משב"ל – אור כהן

[**טיבו של המשפט הבינ"ל** 3](#_Toc506936340)

[**שיעור 2 – התפתחות המשפט הבינלאומי המודרני** 6](#_Toc506936341)

[**השלב הראשון (1648-1815)** 7](#_Toc506936342)

[**השלב השני – 1815-1919** 8](#_Toc506936343)

[**השלב השלישי – ראשית המאה ה-20 (שלום וורסאי 1919) – עד היום** 8](#_Toc506936344)

[**פרספקטיבות שהוצגו לנו עד היום בספרות – מדוע מדינות מצייתות למשב"ל?** 10](#_Toc506936345)

[**ריאליזם משפטי**. 10](#_Toc506936346)

[**ריאליזם תועלתני** 11](#_Toc506936347)

[**הגישה הליברלית**. 12](#_Toc506936348)

[**מקורות המשפט הבינלאומי** 14](#_Toc506936349)

[**המקור הראשון - האמנה** 16](#_Toc506936350)

[**חתימה ואשרור - איך מדינה מצטרפת לאמנה?** 17](#_Toc506936351)

[**מושגי יסוד בדיני אמנות** 18](#_Toc506936352)

[**המקור השני למשב"ל – המנהג** 19](#_Toc506936353)

[**התנאים להיווצרות מנהג** 19](#_Toc506936354)

[**דין קוגנטי Jus Cogens**. 21](#_Toc506936355)

[**היחס בין דין הסכמי למנהג** 22](#_Toc506936356)

[**המקור השלישי במשב"ל – עקרונות משפט כלליים** 23](#_Toc506936357)

[**מקורות משפטיים משניים** 24](#_Toc506936358)

[**מקורות נוספים** 25](#_Toc506936359)

[**היחס בין המשפט הבינלאומי לדין המקומי** 26](#_Toc506936360)

[**איך רואה המשב"ל את סוגיית היחס בין המשפט המקומי לבין המשב"ל?** 27](#_Toc506936361)

[**היחס בין המשב"ל והמשפט הישראלי** 31](#_Toc506936362)

[**היכן מחילים את חזקת ההתאמה?** 34](#_Toc506936363)

[**השחקנים הראשיים במשב"ל – המדינה** 35](#_Toc506936364)

[**המדינה ואחריות בינ"ל** 40](#_Toc506936365)

[**כללי אחריות בינ"ל** 40](#_Toc506936366)

[**ארגונים בינלאומיים** 44](#_Toc506936367)

[**יישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינלאומיים** 52](#_Toc506936368)

[**בתי משפט בינלאומיים – מיפוי הזירה** 54](#_Toc506936369)

[**ביה"ד הבינלאומי לצדק (ICJ)** 55](#_Toc506936370)

[**דיני השימוש בכוח – זיו בורר** 56](#_Toc506936371)

[**דיני העימות המזויין / משב"ל הומניטארי** 64](#_Toc506936372)

[**תנאי הסף לכניסה לסכסוך מזויין ותחולת דיני הלחימה** 67](#_Toc506936373)

[**עקרונות היסוד של דיני הלחימה** 68](#_Toc506936374)

[**דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש)** 71](#_Toc506936375)

[**זכויות אדם במשפט הבינלאומי** 76](#_Toc506936376)

[**מקורות משפט זכויות האדם הבינלאומי** - **מסמכי ליבה** 77](#_Toc506936377)

[**מוסדות האו"ם לזכויות אדם** 78](#_Toc506936378)

[**זכויות האדם במשב"ל** 80](#_Toc506936379)

[**זכויות אדם בשעת חירום** 80](#_Toc506936380)

[**תחולת דיני זכויות האדם** 82](#_Toc506936381)

[**מנגנוני האכיפה:** 83](#_Toc506936382)

[**משפט בינלאומי פלילי** 84](#_Toc506936383)

[**העבירות – פשעי מלחמה** 85](#_Toc506936384)

[**מנגנוני האכיפה של המשב"ל הפליל:** 87](#_Toc506936385)

[**בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)** 88](#_Toc506936386)

[**אתגרים בזירת בית הדין הפלילי הבין-לאומי** 88](#_Toc506936387)

[**מבוא לבית הדין (הICC-)** 89](#_Toc506936388)

[**קשיים, אתגרים והישגים** 91](#_Toc506936389)

[**בית הדין, ישראל והפלסטינים** 91](#_Toc506936390)

[**משב"ל מסחרי** 92](#_Toc506936391)

[**רקע היסטורי ל GATT-וה-WTO-** 93](#_Toc506936392)

[**עקרונות וכללי היסוד של WTO/GATT:** 95](#_Toc506936393)

[**החריגים הכלליים ס' 20G לGATT- – סעיף החריגים הכלליים**. 98](#_Toc506936394)

23.10.17

**משפט בינלאומי פומבי – שיעור 1**

שם המרצה: סיוון. מרצה בפקולטה בנושא משפט בינ"ל.

מה צפוי לנו בקורס?

הנוכחות בקורס היא חובה. המרצה מאמינה שלנוכחות בכיתה יש משמעות, וערך נוסף. המרצה תעביר רשימות נוכחות. בסילבוס במודל כתוב את מספר ההיעדרויות המותר (חמישה).

הבחינה היא 100% מהציון בקורס (כמו בקורס של זיו בורר).

הקורס מעניין אך גם נפיץ. אנו מדברים על סוגיות שהן רגישות, שהן במרקם החיים שלנו בישראל. חשוב למרצה שנחליט מעכשיו שכל העמדות לגיטימיות כל עוד הן נאמרות בצורה מכבדת.

יכול להיות שיהיו כמה פעמים בודדות שלא נעשה את הקורס בשני בשעה חמש, אלא ביום שלישי (ב2-2:30). יש מצב שזה יקרה כבר בשבוע הבא (יום שני לא יהיה שיעור, ואז ביום שלישי נתחיל ב2:30/2:45)

לגבי הסילבוס – עלה כל מה שצריך לאתר. עם זאת, יכול להיות שיצא פסק דין חדש. חשוב שכל פעם נתעדכן לקראת השיעורים הבאים.

המצגות מועלות אחרי השיעור באתר.

**טיבו של המשפט הבינ"ל**

היקף הזירה ותחום הפעולה של המשב"ל (דוגמאות אקטואליות)

* טראמפ כינס מסיבת עיתונאים בה הוא אומר כי **איראן מפרה את הסכם הגרעין**. מדובר בהסכם בינ"ל – מדינות חתמו על הסכם זה כדי להניע את איראן מלפתח נשק גרעיני. למשפט המדינתי אין שום קשר לדבר הזה. טראמפ אומר כי איראן כבר מפרה (הפרות קטנות) – ואם זה ימשיך הוא ימצא דרך לתקן את ההסדר הבינלאומי הרע הזה.
* האו"ם אישר פה אחד **סנקציות חדשות נגד צפון קוריאה**. לאו"ם יש אפשרות לקבל החלטות מחייבות בדבר סנקציות נגד מדינות מסוימות שמפרות את הדין הבינלאומי. כאן רוצים למנוע את הידרדרות הסכסוך עם צפון קוריאה לכדי מלחמה גרעינית – והוא מנסה לעשות זאת על ידי סנקציות.
* **פרישת ארה"ב מאונסקו** (ארגון המדע, התרבות והחינוך). ראש ממשלת ישראל מודיע שישראל שוקלת להצטרף למהלך הזה.
* **משאל העם בקטלוניה** – מה לזה ולמשפט הבינלאומי? קטלוניה רוצה להכריז על עצמה כמדינה עצמאית ורוצה ששאר מדינות העולם יכירו בה ככזו. הדבר הבסיסי ביותר שהם מבקשים – הכרה כמדינה. נושא זה מוסדר במשפט הבינ"ל - האם קטלוניה תקיים את התנאים השונים כדי להיות מוכרת כמדינה, והאם שאר המדינות ייבחרו להכיר בקטלוניה כמדינה עצמאית.

כל הדברים האלה שאנו קוראים עליהם יום יום בעיתון – זה הכל מוסדר, קיים ומנוהל תחת המשפט הבינ"ל. המשותף ל-4 הדוגמאות הללו: **כולם בעלי רמת בולטות גבוהה, וטרמינולוגיה מוכרת**.

עם זאת, למרות שאלו הדוגמאות שאנו מכירים מחיי היום יום שלנו, זהו **רק קצה הקרחון של מה שהמשפט הבינלאומי עושה בחיים שלנו**. הרשימה במצגת היא עוד תפח מקצה הקרחון הזה (הסגרה של עבריינים בין מדינות, סחר בינ"ל, פעולה של משקיעים זרים שרוצים להשקיע בישראל, שיתוף פעולה נגד סחר בסמים, דברי דואר, שימוש בתדרי תקשורת...).

כדי שהדבר הזה יתקיים, יש לנו מגוון עצום של נורמות בינ"ל בכל אחד מהתחומים המדגמיים האלה, ולצדם באופן טבעי יש לנו מוסדות (הרבה פעמים הנורמות לא מתופעלות בעצמן, וצריך מוסד בינ"ל לגרום לנורמות להיות מיושמות).

**הגדרת המשפט הבינ"ל:** מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינ"ל (שמורכבת ממדינות, ארגונים בינ"ל וגורמים נוספים) על מנת להגשים את הערכים של הקהילה הבינ"ל ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה.

בעידן הגלובליזציה בו הגבולות בין המדינות מתעממים והתלות ההדדית בין מדינות מתחזקת, ברור לנו שהמשפט הבינ"ל הופך למשמעותי יותר – יש לו הרבה יותר אינטראקציות להסדיר.

**האם המשפט הבינ"ל הוא בכלל משפט? האם יש לו מאפיינים של שיטה משפטית?**

**הובס** (לוויתן, 1660): **חוק העמים (המשפט הבינ"ל) וחוק הטבע הינם אותו הדבר** – בשני המקרים מדובר על מערכות אנרכיות המבוססות על מוסר ולא דין.

**אוסטין** (1863) – **המשפט הבינ"ל הוא לא משפט** – הוא לא מבוסס על סמכות/ריבון /גורם ריכוזי שמסמכותו להפעיל כוח. אינו מבוסס על פקודה של ריבון, מדובר בענף של אתיקה ולא משפט.

**המשב"ל אינו משפט – נעדר המאפיינים המובהקים של שיטת המשפט הפנימית.**

מאוחר יותר מצטרף **הארט** (1961) עם עמדה יותר מרוככת – **המשפט הבינ"ל הוא כן משפט, אבל הוא לא מערכת משפט**. זאת כי הוא נעדר את אותו כלל בסיסי שנדרש בכל מערכת משפטית, אותו **כלל הכרה (Rule of Recognition)** שאומר מהו חוק בעל סמכות מחייבת ומהו לא חוק.

לא לפני הרבה זמן, העמדה הזאת (בצורה מרוככת) מצאה ביטוי בפס"ד של **השופט חשין** –

**פס"ד מראעבה**, אחד מפסקי הדין המכוננים בנושא גדר הביטחון (שם נמצא שהגדר אינה חוקית)

*"עוד רבה הדרך לפניו עד שיהפוך להיות המשפט הפומבי שיטת משפט מן המניין שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות"*

**על מה נסמכת העמדה השוללת היות המשב"ל "משפט"?**

הטענות המרכזיות מתבססות על:

1. העדר **מחוקק מרכזי** – אין לנו משהו שהוא דמוי כנסת. ברגע שאין גוף מחוקק מרכזי, יש קושי בזיהוי מהם הכללים המחייבים, איך הם נוצרו, האם הם מחייבים? החקיקה היא בד"כ כללית במשב"ל, והיא לא נובעת מריבון חיצוני אחד מרכזי.
2. העדר **רשות שופטת מרכזית** – אין כמו בישראל מערכת בתי משפט היררכית.

באופן מסורתי מדינות היו צריכות לתת את ההסכמה שלהן Ad-Hoc כדי שיהיה בית משפט שיהיה מוכן לדון בסכסוך. אין לנו אכיפת נורמות אפקטיבית כנגד צד שלא נשמע לכללים, יותר קשה לנו לקבל פרשנות של בתי משפט בינלאומיים כפרשנות מוסמכת. התוצאה היא הנצחה של סכסוכים בינ"ל לאורך זמן, מדינות מפרשות לעצמן את הדין הבינ"ל ומיישמות אותו בהתאם להשקפת עולמן.

1. העדר **רשות מבצעת מרכזית** - אין במשפט הבינ"ל משהו שדומה לממשלה, או גופי אכיפה כמו משטרה או הוצאה לפועל. אין גוף מרכזי שמחליט על המדיניות ומוציא אותה לפועל.

בכל אירוע ספציפי צריך למצוא פתרון Ad-Hoc,

במקרה של דעא"ש לדוגמא, אין גוף אחד במשפט הבינ"ל שיכול להחליט נגד דעא"ש. לוקח זמן..

**התוצאה לפי טענות אלו –**

* תפקידי המשפט המסורתיים – הכוונת התנהגות, יישוב סכסוכים ויצירת מסגרת חיים לקיום בצוותא ושת"פ – אינם מתמלאים כהלכה במשפט הבינ"ל.
* מדינות חזקות יכולות להתעלם מהמשפט הבינ"ל ולעשות מה שבא להן. היחסים הבינ"ל מבוססים על כוח. מי שחזק הוא בד"כ הצודק.

**אופייה המשפטי של השיטה – העמדה התומכת היות המשב"ל "משפט":**

1. **העדר מחוקק מרכזי לא נגזר ממנו בהכרח העדר חקיקה!**
* **חקיקה** = תהליך גיבוש של כללים מחייבים.
* **קיימים במשב"ל כללים מחייבים בשפע**:
* הסכמים בינ"ל, מגילת האו"ם, WTO... יש המון חקיקה פוזיטיבית בצורה של אמנות.
* כללים שנוצרו ממנהג – מדובר בדין מחייב לכל דבר ועניין. **לדוגמא**: סמכות שיפוט למדינה מאפשרת להעמיד אדם שביצע בשטח שלא בטריטוריה שלה לדין במידה והוא ביצע פשע חמור כמו פשעי מלחמה, סחר בסמים, ומשפט אייכמן.
* **המשפט הבינ"ל עשיר בנורמות**, ובתחומים מסוימים אף יותר מהדין הפנימי (זכויות אדם, איכות סביבה).
1. **יש לנו** **מערכת של בתי משפט ובוררות בינ"ל** (למרות שאין רשות שופטת בינ"ל)
* המדינות יכולות להסכים **לסמכות שיפוט** במסגרת הסכמים ספציפיים:
* **לדוגמא**: כשמדינות נכנסות לאמנה מסוימת, הן מודעות לכך שהן יוכלו להגיע למחלוקת לגבי סעיפים בהסכם. הצדדים מסכימים לדון בבוררות בינ"ל במידה ויש מחלוקות.
* **דוגמא נוספת** – אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים (בICJ).
* יש גם מדינות שנתנו את **סמכות השיפוט מראש** ובאופן כללי לICJ-.
* לצד אלה יש לנו בתי דין בינ"ל רבים בעלי **סמכות שיפוט בנושאים ספציפיים**:
* האיחוד האירופאי
* ארגון הסחר העולמי (WTO)
* ECHR
* ICC

בנוסף, **המשפט הבינ"ל מחלחל לתוך מערכת המשפט והשיפוט המדינתיות** (סיכולים ממוקדים, סמכות אוניברסלית) המשפט הבינלאומי קונה גם אחיזה בדיוני המשפט הישראלי ובניתוחיו.

1. **יש לנו בין היתר את מועצת הביטחון** (על אף העדר רשות מבצעת מרכזית):
* 15 מדינות (מתוכן רק 5 חברות קבועות עם זכות וטו).
* יש לה סמכויות של ביצוע והפעלת כוח. זה לא דבר מובן מאליו שרוסיה וסין שמגנות על צפון קוריאה הסכימו על הסנקציות. גם במקרה של איראן הוטלו סנקציות כלכליות.

בנוסף, יש לנו שורה ארוכה של **משטרים בינ"ל ספציפיים בעלי סמכות להטיל סנקציות**.

* **לדוגמא, הWTO**: אם מדינה לא מצייתת לפסק הדין תוך 15 חודשים, למערכת יישוב הסכסוכים יש זכות להטיל סנקציות מסחריות נגד המדינה המפסידה שלא מצייתת. באחד הסכסוכים הארוכים בין ארה"ב לאיחוד האירופאי, ארה"ב קיבלה אפשרות להטיל סנקציות של 200 מיליון דולר לשנה נגד סחורות של האיחוד האירופאי, ובתיק אחר שהאיחוד האירופי זכה, הוא קיבל את הזכות להטיל סנקציות בשווי 4 מיליארד על ארה"ב.

למעשה אנו רואים שיש לנו חקיקה במשפט הבינ"ל, שיפוט, אכיפה ואפילו הוצל"פ. זה לא בכל מקום ובכל רגע, אבל זה קיים. כמובן שיש הבדלים בין המשפט הבינ"ל למשפט הפנימי. אבל זה לא הבדלים של מהות אלא **דרגה**. הוא מביא לכך שהפעלת הסמכויות במשפט הבינ"ל נעשית באופן מבוזר יותר, לעומת מערכת המשפט המדינתית שהיא ריכוזית.

למרות העדר אכיפה ממוסדת, **רמת הציות למשפט הבינ"ל נתפסת כגבוהה למדי**.

**לואיס הנקין** – "*רוב המדינות מצייתות רוב הזמן לרוב כללי המשפט הבינ"ל*".

למה אנו מקבלים את הרושם שיש אינסוף הפרות של המשפט הבינ"ל? כי מדובר בדברים בולטים שכולנו נחשפים אליהם. ברוב המקרים רוב המדינות מצייתות רוב הזמן. הרבה פעמים מדינות מצייתות גם בנושאים רגישים וקשים.

**בבג"ץ הסיכולים הממוקדים**, בית המשפט העליון מנסה ליישב את השיטה הזאת עם הדינים הבינ"ל. אנו רואים שגם מדינות בנושאים רגישים מאוד (ביטחוניים/כלכליים/פוליטיים) ינסו לעמוד בכללים. היום המשפט הבינלאומי נחשב יותר ויותר כשיטת משפט "עם שיניים".

דברי **היועמ"ש לשעבר מזוז** בפני **ועדת וינוגרד**:

*"היום המשפט הבינלאומי מנהל את חיינו לא פחות, ובעוד 20 שנה, יותר מאשר המשפט הפנימי...הריבונות של המדינות הולכת ומצטמצמת והמשפט הבין לאומי הלך והופך להיות מעין השפיץ של פירמידת הנורמות. הוא הופך להיות התחליף לחוקה המדינתית".*

**גם בתוך המשפט הפנימי שלנו לא הכל ורוד ועל פי הספר**:

* המחוקק המרכזי אינו תמיד בעל מעמד בלעדי (common law).
* בתי המשפט בישראל מיישבים חלק מאוד קטן מהסכסוכים. בתי המשפט נותנים החלטות בקמצוץ מהתיקים הפוטנציאליים שהיו יכולים להיות להם, לכן יש עלייה בדרכים אחרות לטפל במחלוקות (ADR).
* למרות קיום מנגנוני אכיפה חזקים, הציות לדין הפנימי לוקה בחסר. אין שוטר בכל מקום לזהות ולנטרל איומים ועבירות. לכן לא בהכרח שכל העבירות נענשות במשפט הפנימי.
* גם במישור הפנימי – might is right – השופט משקף את מבנה הכוח בחברה.

יש הטוענים שהמשפט הבינ"ל הוא משפט, אבל בדרגת התפתחות **פרימיטיבית יותר**. המשפט הבינ"ל נוסד רק ב-1648 (350 שנה), אבל גם טענה זו לא בהכרח נכונה. הוא פשוט אחר כי הוא מתעסק עם תופעות אחרות וחברה אחרת. הוא לא מתעסק עם חברה לאומית שמיושרת סביב ערכים, אלא הוא מבנה מאוד מבוזר. על רקע זה נראה כי המשפט הבינ"ל הוא מתוחכם, ושהוא מנסה להתמודד עם מתחים מאוד קשים:

* אין אתוס שמוביל את הקהילה הבינ"ל. זה לא קיים במשפט הבינ"ל (כל אחד מושך לכיוון אחר).
* במשפט הבינ"ל יש צורך בכללים שיהיו מקובלים על מדינות מפותחות ומדינות מתפתחות. צריך לאזן בין האינטרסים של אפריקה לבין ארה"ב.
* צריך לאזן בין שחקנים ראשיים (מדינות).
* צריך לעודד ציות לכללים.

**לסיכום -** המשפט הבינ"ל הוא רק היבט אחד מהזירה הבינ"ל. בקורס הזה נעסוק רק בהיבט מאוד מסוים ביחסים הבינ"ל – המשפט.

אנו צריכים לבוא עם ציפיות ריאליות – מדובר במערכת לא מושלמת שמנסה לעשות עבודה עם אילוצים מאוד קשים, והיא מנסה להשיג יעדים מאוד מוגדרים (בטחון, כלכלה, זכויות אדם). את כל שאיפות אלו נפרוט במהלך הקורס שלנו.

מחר נעסוק בהתפתחות ההיסטורית של המשפט הבינ"ל. השיעור יהיה באותה כיתה.

24.10.17

**שיעור 2 – התפתחות המשפט הבינלאומי המודרני**

**איך בעצם נרקמו העור והגידים של שיטת המשפט הבינלאומי?**

היום אנו ננסה לפרוט את ההיסטוריה של המשפט הבינלאומי.

איפה מתחילה ההתפתחות של המשפט הבינלאומי?

אפשר לומר שהמשפט הבינלאומי הוא לא תופעה חדשה.

* היו לנו ערי מדינה ביוון שניהלו יחסים מוסדרים בכיוונים של הסדרים משפטיים, שלמה המלך כרת הסכמים, האימפריה הרומית עם ערים ביוון ובמצריים.

היה לנו מעין משפט בינלאומי, אבל לא בדיוק (זה לא היה דומה למערכת משפטית).

**תאריך הלידה של המשב"ל המודרני הוא 1648.**

ראשיתו של המשפט המודרני קשור בטבורו להופעת המדינה המודרנית, ובהתפתחות של מערכת פוליטית מרובת מדינות (The Multistate system), עם גבולות קבועים, שלטון אפקטיבי ומרכזי באותם מדינות.

**ימי הביניים**

היה לנו מושג של מדינה "State", אבל זה היה מאוד אמורפי.

לאותם יחידות פוליטיות לא הייתה זהות פוליטית לאומית משמעותית. שינויי הגבולות היו מאוד תכופים. בנוסף, גם למלכים ששלטו באותן נסיכויות אין באמת מונופול מרכזי להפעלת הכוח. האצילים החזיקו כוחות עממיים משל עצמם (הגנה על הרכוש). למלך לא היה באמת כוח ריכוזי על צבא משמעותי, כך ש**רעיון הריבונות** היה מאוד מאוד חלש ורזה.

בנוסף, היחידות הפוליטיות הללו היו כפופות ל-2 ישויות:

* **סמכות פוליטית** – הקיסרות הרומית הקדושה שייסד **קרל הגדול** במאה ה-8 כאיחוד פוליטי של אירופה הנוצרית.
* ביזור רב של סמכויות שלטוניות למלכים – כפיפות לקיסר.
* **סמכות דתית** – הכנסייה הקתולית שבראשותה עומד האפיפיור
* לאפיפיור הייתה סמכות משמעותית – סמכות לחקיקה, יישוב סכסוכים ועוד.

במהלך תקופה ארוכה – יש מאבקי כוח, ובמשך הרבה זמן באופן הדרגתי האפיפיור הולך ומתחזק מול הקיסר (הסמכות הפוליטית).

כל הדבר הזה מתחיל להתכרסם ולהשתנות כשבמהלך המאה ה-16 סמכויות הקיסר והאפיפיור מתחילות להיחלש.

* הקיסר מתחיל לאבד את אחיזתו במלכים ששולטים בנסיכויות השונות.
* האפיפיור גם מתחיל לאבד את כוחו – אירופה הופכת לפחות קתולית וקוראת תיגר על הכנסייה הקתולית.

**השיא – 1648 – סיום מלחמת 30 השנים באירופה**:

* בשנה זו מסתיימת מלחמה ארוכה מאוד שהתחילה ב-1618. זה היה הניסיון האחרון של הכנסייה והאימפריה הרומית הקדושה לאחוז בשלטון – אך הם כשלו. ספרד וגרמניה ניסו להמשיך לאחוז בכוח אך איבדו זאת למול צרפת, הולנד ושוודיה.
* בין הנושאים שסביבם סובבת המלחמה – מעמד הנסיכויות במרכז אירופה ומערבה (האם הן יהפכו ליחידות עצמאיות פוליטיות באמת?), ובפרט הפרוטסטנטיות (כמו הולנד, או צרפת) שלא רצו לחיות תחת הכנסייה הקתולית והקיסר.
* המלחמה מסתיימת בתבוסה של הסדר הישן.

בסוף מלחמת 30 השנים מגובשים **הסכמי ווסטפליה:**

* הסכמה להכיר בעצמאות של מדינות חדשות + חופש דת. בעצם מתגבשת ההבנה שאותן יחידות שהיו כפופות לכנסייה הקתולית יכולות עכשיו לבחור איזה דת הן יישמו בטריטוריה שלהן לצד עצמאותן.
* הנסיכויות מקבלות אוטונומיה מאוד רחבה ביחס ליחסי החוץ שלהן. הן יכלו להתחיל באופן עצמאי להתנהל מול ישויות אחרות.

**משמעות ההסכמים**: אובדן השליטה של הקיסרות הרומית והדת הקתולית.

כנגזרת מכך, נוצרת מערכת של מדינות עצמאיות **שאינן חשופות יותר להתערבות בנעשה בשטחן פנימה** (**עקרון הריבונות** – לא מתערבים במה שקורה בתוך שטח המדינה).

כתוצאה מכך – הסדר המשפטי הקודם מתמוטט (הכנסייה כגורם נורמטיבי מאחד), ועכשיו נוצר ריק נורמטיבי, ויש צורך במערכת כללים חדשה להסדרת היחסים בין המדינות העצמאיות (בצורה לא לחימתית, אלא בשיתוף פעולה בתנאים של שלום) יש צורך במערכת שתעשה רגולציה ביחסים בין המדינות החדשות שנוצרו.

באותם זמנים, מתחילה תקופה של גילוי יבשות חדשות, גילוי משאבים חדשים, פיתוח תעבורה, וכתוצאה מכך נוצר יותר קשר (חיכוך) בין המדינות, ואז נוצר צורך **במערכת כללים חדשה**.

**המשפט הבינלאומי המודרני** מתחיל להתהוות על רקע זה.

מדובר במערכת כללים **חילונית** (מנותקת מכל זרם דתי אחר) שבאה להסדיר את אותן אינטראקציות גוברות בין המדינות המודרניות החדשות.

* קתוליות ופרוטסטנטיות.
* בהמשך – נוצריות ושאינן נוצריות (סין, טורקיה).

המערכת לא יכולה כבעבר להתבסס על הדין הדתי.

במערכת זו:

* למדינה חופש פעולה מוחלט ביחס למה שקורה בשטח שלה (**ריבונות**).
* המעמד של מדינה בתוך מערכת הכללים הזאת וכחברה בקהילת המדינות הזו **לא מותנת בזיקה לדת הקתולית**. הדת איבדה לחלוטין כל אלמנט בהסדרה של היחסים בין המדינות.

ב-1648 המדינות יושבות בווסטפיליה ומציירות את גבולותיהם.

מכאן מתפתחים **3 שלבים מרכזיים להתפתחות המשב"ל**:

**השלב הראשון (1648-1815)**

* הכוח המניע – מלומדים (הבולט – **גרוטיוס** מהמאה 17)

**גרוטיוס** בכתיבתו מדגיש את הניתוק המוחלט של המשב"ל מהדת. המשב"ל מבוסס על הדין הטבעי - יסודות רציונאליים, ועל דין פוזיטיבי – הסכמים ומנהגים).

**חשיבותו**:

* גרוטיוס משלים את מהלך השתתת המשב"ל על יסודות חילוניים.
* הוא מפרט מהם מקורות המשב"ל (הסכמים ומנהגים).
* הוא מזהה כללים ספציפיים של המשב"ל – יצירת תשתית נורמטיבית בסיסית למשב"ל.

הוא כתב ב-2 תחומים עיקריים – **דיני לחימה ודיני ים**.

גרוטיוס היה הראשון שהעלה על הכתב את חופש השייט במים בינלאומיים (מים שהם לא טריטוריה של אף מדינה) במים מסוג זה כל כלי שיט של כל מדינה יכול לשוט באופן חופשי, לעומת מים טריטוריאליים בהם לא כל אחד יכול לשוט.

בנוסף – היו כבר קרבות על הקרקע, ולכן הוא כבר התעסק בדיני לחימה בתקופה מוקדמת זו.

* בשלב הזה המשפט הבינ"ל מתפקד באופן צנוע ביחסים בין המדינות השונות (המדינות השונות היו בעיקר עדיין מדינות באירופה, והן היו נוצריות):
* האינטראקציה בין המדינות מועטה.
* כללי המשפט המוסכמים על הכל – דלים.
* **הכלל המרכזי – עקרון הריבונות**.
	+ **בתוך המדינה** – שלטון אבסולוטי של מלכים – מונופול על כוח פוליטי. בשלב הזה המשב"ל לא אומר שום דבר ביחס לשאלה מה המדינה עושה בתוך השטח שלה.
	+ **מחוץ למדינה** – איסור על התערבות כלשהי בעניינים פנימיים (כשכוחות של מדינה שטים בימים של אחרים, ייחס לשבויים של הצד האחר).
* הכללים המרכזיים מתפתחים בעיקר בדיני לחימה ודיני ים.

**השלב השני – 1815-1919**

* התפתחות מואצת – עיבוי נורמטיבי ופריצת דרך בתחום המוסדי.
* הגורמים לשינוי:
* **קריסת הסדר הישן** – המהפכה הצרפתית, מלחמות נפוליאון – ניסיון להחזיר את היציבות.
* **הרחבת הקהילה הבינ"ל** (ארה"ב, פרס, יפן, סין, טורקיה ועוד).
* **המהפכה התעשייתית וההתפתחויות הטכנולוגיות** – הגברת האינטראקציה (סחר, דואר, רכבות, הגנה על זרים – לאילו הגנות הם זכאים? צריך תשובות על השאלות הללו).
* **התגברות איום המלחמה** – המדינות יכולות להשית הרבה יותר נזק.

**ההתפתחויות המרכזיות:**

1. **הקמת הארגון הבינ"ל הראשון – הקונצרט של אירופה (1815)**. זה היה כנס שהיה אמור להיות חד פעמי אחרי מלחמות נפוליאון, אבל פתאום המדינות הבינו כי זה דבר טוב, וזה הפך ללמעלה מ-30 כנסים לאורך תקופה ממושכת (דיבורים על חילוק טריטוריה, סימון הגבולות, שימור היציבות באירופה).
2. **ועידות בינ"ל** – בשנת 1889 ו-1907 מכונסות 2 ועידות – **ועידות האג**. לוועידות אלו מוזמנות כל המדינות שהיו קיימות לאותה עת. לא רק שכל המדינות הקיימות משתתפות – הן עושות זאת על בסיס עקרון נוסף – בסיס של **שוויון ריבוני. כל מדינה קטנה כגדולה שווה אחת לשנייה**. ההצבעות של לוקסמבורג וארה"ב שוות אותו קול. מדובר ב**עקרון השוויון הריבוני**.

בוועידות אלו נחתמות שורה של אמנות, 2 מהן:

* + **אמנת האג לישוב סכסוכים בדרכי שלום (1899)** קובעת איך מדינות צריכות ליישב סכסוכים בלי לפנות למלחמה, היא קובעת מנגנונים של בוררות, חקירה וגישור. היא גם **מקימה בפעם הראשונה מוסד ליישוב סכסוכים (PCA)** – מוסד לבוררות שיושב עד היום בהאג בהולנד. לוועידות האג יש גם תרומה נורמטיבית וגם תרומה מוסדית!
	+ **אמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה 1907**. אמנה זו קובעת שלל הסדרים בתחום דיני הלחימה – מה מותר למדינות בלחימה ומה אסור, והיא קובעת בין היתר כללים שמסדירים את המצב בו כשמדינה מחזיקה שטח זר שלא שלה – זה מחייב את כל המדינות (כולל השטחים שישראל כובשת, ומדינת ישראל מנסה להתאים את עצמה לכך).

באמנה זו, קיים חלק הנקרא "החובות של צד שתופס שטח – כיבוש של גורם זר" ואז יש חובות לצבא הזר שכובש את השטח – מתי מותר להחרים רכוש? מתי מותר להרוס רכוש בשטח כבוש?

1. החל מסוף המאה ה-19 אנו רואים **עלייה מאוד משמעותית בשימוש של מדינות במנגנונים אלה** ליישוב שלום במקום ללכת ישר למלחמה.

**בשלב השני** אנו רואים את ראשיתה של הנכונות של המדינות להתחיל לוותר על נתחים מריבונותן. הן הולכות ומחייבות את עצמן בכל מני אמונות, שקובעות להן כיצד לפעול כלפי חוץ. **מדוע זה קורה?**

* המשב"ל – נועד לשרת את האינטרסים של המדינות.
* המציאות של המאה ה-19 חייבה שת"פ הולך וגובר בין המדינות, אחרת הן היו בעימות מתמשך.

שיטת האג שקפה אופטימיות של המאה ה-19, אבל בפועל, **שיטת האג נכשלה**. כבר בעשור השני של המאה ה20 הייתה מלחמת עולם, ובמלחמה לא הייתה לשיטת האג שום דרך להתמודד עם המדינות. שוב קורס הסדר העולמי שניסו לכונן.

**השלב השלישי – ראשית המאה ה-20 (שלום וורסאי 1919) – עד היום**

ניסיונות ליצור סדר עולמי מובנה באמצעות ארגונים בינ"ל. רק עם אמנות לא ניתן לעשות זאת, אז אולי באמצעות ארגונים בינ"ל – אולי אז נביא לסדר עולמי ולשיתופי פעולה משמעותיים יותר.

הקמת גופים אלו כרוכה בהעברת נתחים נוספים מריבונות המדינות לגוף הקבוע בעל אישיות משפטית.

* **בשנת 1919 מוקם חבר הלאומים** (הרתעה בפני תוקפנות; הגבלת השימוש בכוח; חיזוק ישוב סכסוכים בדרכי שלום – מוקם בית משפט **PCIJ** בית משפט קבוע לצדק). חבר הלאומים היה ריק מתוכן אחרי כמה שנים, והוא לא הצליח למנוע את מלחמת העולם השנייה.
* **בשנת 1945 בתום המלחמה, מוקם ארגון האו"ם** – **סעיף 2(4)** למגילת האו"ם קובע איסור מוחלט לשימוש בכוח ביחסים הבינ"ל. מנסים לתת לו כבר הרבה יותר שיניים, נותנים לו סמכות לנקוט בסנקציות כלכליות, אבל לאו"ם יש גם את הסמכות להחליט על שימוש בסנקציות צבאיות (כמו לוב – הפילו משטר מכהן). בנוסף מוקם ה-**ICJ** – בית משפט בינלאומי לצדק.

את הגופים האלה (חבר הלאומים והאו"ם) מקימה הקהילה הבינלאומית כתגובה למלחמות העולם.

יש עליית מדרגה נורמטיבית, עליית מדרגה ברמה המוסדית, ותנופה חקיקתית.

עם זאת, המדינות לא הקימו "ארגון על". הסדר שהמדינות רואות למולן שהן מקימות את האו"ם זה אותו סדר ווספליאני שמבוסס על מדינות עצמאיות וריבוניות.

כבר ב**ס' 2(7)** למגלית האו"ם – נכתב כי

*"יש איסור התערבות הארגון בענייניהן הפנימיים של המדינות"*.

זה ניסיון ליצור משהו חדש אבל לא ללכת רחוק מדי.

האו"ם בכלל ומועצת הביטחון בפרט – התפקיד המרכזי שבעצם מיוחס להם זה שמירה על הביטחון והשלום העולמי. לכן כשמועצת הביטחון מוצאת לנכון לעשות שימוש בכוח, היא עושה זאת כשיש איום על השלום והביטחון העולמיים.

**התפתחויות נוספות ומגמות עכשוויות**

* **תחומי עיסוק מתרחבים** – בנוסף לתחומים הקלאסיים (דיני לחימה ודיני ים), יש עבודה בתחומים רבים אחרים – סחר בינלאומי, דיני השקעות, משפט בינלאומי פלילי (איומים על בכירים ישראליים), דיני איכות סביבה, חלל, פליטים, זכויות אדם....

התוכן של הנורמות היום הוא מאוד רחב.

שינוי מ"**מודל כדורי הביליארד**" שהיה מזוהה עם הסדר הווספטליאני. המשב"ל לא היה נכנס לתוך הכדור פנימה. היום אנו רואים **כרסום הולך וגובר במודל הזה**.

אחד התחומים המשמעותיים הוא זכויות אדם – המשב"ל אומר למדינה איך היא צריכה לנהוג עם אנשים שנמצאים בשטח שלה – הדוגמא הכי בולטת לכרסום במודל זה.

* **התרחבות בפן הארגוני** – היום לצד האום יש לנו שורה ארוכה של ארגונים בינ"ל.

כל ארגון כזה מנציח את הכרסום הנוסף בריבונות של המדינות. היום יש כל-כך הרבה ארגונים בינלאומיים שהתפתח מונח של **"ממשל גלובלי" (Global Governance)**.

בנוסף מתקיימת **פרגמנטציה** – היום יש כל-כך הרבה ארגונים בינ"ל, שהמשפט הבינ"ל בעצמו כבר מפוצל (הזרועות לא מסונכרנות אחת עם השנייה) – בעיית הפרגמנטציה.

* **התרחבות הקהילה הבינ"ל** – בראשית המאה ה-20 היו 50 מדינות, והיום יש למעלה מ-190.
* **בצד המדינות** – המשפט הבינ"ל התחיל ממקום של משחק בין מדינתי (Inter National).

היום אין ספק שהמדינות הן השחקן המרכזי במשפט הבינ"ל, **אבל** לצידן אנו רואים שורה ארוכה של שחקנים שהכוח והמקום שהם תופסים במשפט הבינלאומי הולך וגובר – בין אם אלו ארגונים בינ"ל, NGO's (אמנסטי), תאגידים ופרטים (פרט יכול להביא תביעה נגד מדינה בבית משפט לזכויות אדם).

* **מגמה של העברת סכסוכים להכרעה שיפוטית** – אנו רואים היום מגמה טבעית שקרתה - העברה מוגברת של סכסוכים להכרעה שיפוטית ולא פעם, לבתי משפט בינ"ל עם סמכות שיפוט מחייבת ביחס לסכסוכים שיש להם סמכות שיפוטית לגביהם.

שבוע הבא ככל הנראה נקיים שיעור כפול ביום שלישי, המרצה תוציא הודעה מסודרת וגם לגבי השעות. אז ביום שני לא יהיה שיעור.

30.10.17

**שיעור 3**

**מדוע מדינות מצייתות למשפט הבינלאומי?**

מדוע מדינות מצייתות למשפט שלא נקבע על ידי המחוקק שלנו? למה בכל זאת אנו רואים מדינות מצייתות לתופעה שנקראת משב"ל?

במשפט הפנימי הישראלי שלנו, מערכת המשפט היא מערכת היררכית:

יש לנו את הריבון – המחוקק – הוא זה שיש לו את הסמכות לחוקק חוקים.

אנחנו הפרטים – יכולים לכבד את החוק, ומי שמפר את החוק מטופל.

מערכת המשב"ל היא מערכת **אופקית ולא היררכית** כמו זאת במדינה.

המדינות הן אלו **שיוצרות את החוק** והחוק נמצא בצורת **אמנות** (הסכמים בין המדינות), או שהמדינות יוצרות את החוק בצורה קצת פחות מפורשת דרך **מנהגים**.

מדינות נוהגות בפרקטיקות מסוימות שעם הזמן חייבים לפעול לפיהן.

בנוסף, אין לנו מערכת של הוצל"פ במשב"ל.

**בשורה התחתונה** – המדינות במשפט הבין לאומי הן אלו שיוצרות את החוק ומחליטות אם להפר או לכבד אותו – מאוד שונה מהדין הפנימי.

**פרופ' Louis Henkin** – רוב המדינות מכבדות את רוב כללי המשב"ל רוב הזמן.

למרות כל מה שתיארנו עד עכשיו, באופן מפתיע הנקין אומר כי למרות זאת רוב המדינות מצייתות לכללים של המשפט הבינלאומי.

**למה הדבר הזה קורה?**

המרצה מציגה סרטון קצר על תיק שהגיע לביהמ"ש הלאומי (ICJ) – אוסטרליה נגד יפן, על מה שאוסטרליה טוענת שהוא ציד לוותינים לא חוקי. יפן אומרת שזה נעשה לצרכים מדעיים – ואוסטרליה אומרת שזה לא אותו חריג ביחס למסות שיפן צדה. יפן תציית להחלטה של בית הדין, שמצא את אוסטרליה צודקת, וקבע כי יפן צדה הרבה מעבר לצרכים מדעיים.

למרות שיפן יכולה לסגת מההסכם הבינ"ל ולהמשיך את ציד הלוותינים, יפן אומרת שהיא תציית.

למה רוב המדינות מצייתות רוב הזמן למשב"ל? מדוע מדינות לא מצייתות לפעמים? האם יש כללים שיש סבירות רבה יותר שיזכו לציות מאחרים?

**פרספקטיבות שהוצגו לנו עד היום בספרות – מדוע מדינות מצייתות למשב"ל?:**

1. **ריאליזם משפטי** – מדינות מצייתות כל עוד הכללים משרתים את האינטרסים הלאומיים שלהם. אינטרס לצבור כוח (כלכלי/פוליטי/צבאי).

**מורגנטאו** אומר על כך, שתפקיד המשב"ל הוא קודם כל מוגבל וצנוע –

1. **להכווין את ההתנהגות של המדינות במקרים שבהם אין אינטרס חזק כלשהו שמנוגד לכלל הבינ"ל.** בנוסף – תהיה תועלת הדדית ברגולציה (הגברת תיאום, הפחתת סכסוכים). הדוגמא לכך היא קביעה שמים טריטוריאליים נמשכים 12 מייל ימי לתוך הים. לאף מדינה אין אינטרס חזק נגד כלל כזה. לא כל מדינה תקבע איפה נגמרת הטריטוריה שלה בים – יש כאן כלל יעיל שלא נוגד אינטרסים חזקים של מדינות.

במקרים כאלה, המשב"ל הוא טכניקה יעילה לשיתוף פעולה בין מדינות באופן שמסייע להן לקדם את האינטרסים שלהן.

במקרה של התנגשות בין האינטרס הלאומי למשב"ל – שם המדינה לא תציית.

המשפט הבין לאומי תחת הגישה של הריאליזם המשפטי, לא מחייב באופן מלא, אמיתי ועמוק כמו שהמשפט הלאומי מחייב אותנו. אין לו את אותו אלמנט כפייתי, הוא רק מכוון התנהגות.

**אריק פוזנר** מחדד את הנקודה ואומר כי לא תיתכן מחויבות נורמטיבית משפטית עמוקה לנורמה אם אין אכיפה. למדינות אין את אותה מחויבות כי אין את האכיפה.

1. **המשב"ל הוא גם כלי רטורי שהתכלית שלו היא הסוואה של האינטרסים של המדינות**.

**מורגנטאו** אומר כי אף מדינה לא רוצה להצטייר כמדינה שפועלת מתוך אינטרס תועלתני משלה. המשב"ל מאפשר להצדיק את אופן הפעולה של המדינות ככסות על האינטרסים שלהם. **במילים אחרות** – המשב"ל מסייע למדינות לטשטש את ניסוח המניעים והפעולות שהן מבצעות בצורה שמעוגנת בנורמות חיצוניות.

אבל, כשמדינות מסתמכות על המשב"ל, הן לא עושות זאת מתוך אמונה נורמטיבית עמוקה בחיוב המשפטי של הנורמות האלה, אלא מטעמים יותר אפולוגטיים – השגת לגיטימציה פוליטית.

**למשל – הסכסוך בין רוסיה לאוקראינה** – אוקראינה אומרת כי רוסיה פלשה לתוכה, כבשה, סיפחה באופן לא חוקי את חצי האי קרים בניגוד מוחלט למשב"ל. האוקראינים הם הצודקים! רוסיה מצד שני פלשה כדי להגן על המיעוט הרוסי, והיא הולכת ומשקמת חזרה את הריבונות שלה ביחס לאותו מיעוט ובאופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות המשב"ל. אנו רואים איך אותה סיטואציה, כשכל מדינה מנסה להסתמך על המשב"ל כדי להקרין על עצמה ועל האופן שבו היא פועלת הילה יותר לגיטימית שמגובה בנורמות חיצוניות של במשב"ל.

**דוגמאות שתומכות בגישה זו** – מראות כי המדינות יפרו את החוק הבינ"ל אם האינטרס הלאומי כבד מדי.

**לדוגמא – הפצצת הכור בעיראק** – ישראל הפציצה את הכור תוך שהיא מפרה את איסור השימוש בכוח ואיסור ההתערבות בעניינים פנימיים, כי ישראל הסכימה לקחת את הסיכון של ההפרה.

**ניתן לחשוב גם על הפלישה של ארה"ב לעיראק** - אף אחד לא מצא ממש הצדקה לפלישה לעיראק – וכנראה שהאינטרסים היו כל-כך משמעותיים שהיא בכל זאת הלכה.

**עם זאת**, גישה זו מאוד פשטנית – הרבה פעמים אנו רואים שמדינות מצייתות או לכל הפחות משתדלות מאוד לציית גם כשזה נוגד אינטרס לאומי חשוב. **לדוגמא:**

* + - **החלטות של ביהמ"ש העליון האמריקאי – עצורי גואנטנמו** – אחרי אירועי 11/9, היו שינויים מאוד משמעותיים באופן שבו ארה"ב התנהלה מול טרוריסטים, ולמרות הצורך הביטחוני החומר אנו רואים את ביהמ"ש העליון בסדרה ארוכה של החלטות מחייב את הממשל האמריקאי לקיים הליכים הוגנים של מעצר ביחס לעצורים של אל-קעידה בגואנטנמו, מכוח המשב"ל.
		- **ישראל – פס"ד העינויים** – ביהמ"ש העליון מבטל את היכולת לעשות שימוש בעינויים גם כשזה נועד לשרת אינטרסים ביטחוניים, כי זה סותר נורמות של זכויות אדם שמעוגנות במשב"ל. מדובר בסוגיה מאוד חשובה למדינה.

**גדר הביטחון** – ביהמ"ש העליון סרטט מחדש את כל התוואי של הגדר שמשרד הביטחון תכנן. הוא עשה זאת עקב פסיקה של ה-ICJ, וביהמ"ש מנסה כמה שיותר לציית לחובות של ישראל למשב"ל בלי לבטל את הגדר.

**רמת הציות** – מדובר במקרים בהם האינטרס הלאומי הוא מהמעלה הראשונה, ועדיין המדינה מצייתת ועושה כל מה שהיא יכולה כדי לציית למשב"ל.

רמת הציות היא גבוהה במשב"ל גם בסוגיות קשות בהן האינטרס הלאומי מאוד גבוה, ורמת הציות לא שונה באופן דרמטי מהמשפט הבינלאומי, רק שסוג ההפרות הוא עצום הרב יותר (הפצצת כור אטומי, רצח עם...)

1. **ריאליזם תועלתני** – למדינות יש שיקולים רציונליים תועלתניים לכבד את המשב"ל – זה דיי דומה לריאליזם המשפטי, **אבל**, עם הגישה הזאת ש**הנקין** מזוהה איתה – יש הגדרה הרבה יותר רחבה.

**לואיס הנקין** – למדינות יש סט מאוד מאוד רחב של תמריצים פנימיים וחיצונים לציית למשב"ל. למדינות יש אינטרס ארוך טווח בקיומו של שלטון חוק בזירה הבינ"ל.

1. **תמריצים פנימיים - בדיוק מהדברים האלה** – אומר לנו **הנקין** שאנו מקבלים המון מזה שמצייתים למשפט הבינ"ל. בכל מקרה בפוטנציאל של הפרה ספציפית – הנזק לאינטרס ארוך הטווח **גובר** על התועלת מההפרה של כלל ספציפי בנקודת הזמן העכשווית. מדינות רציונאליות כל הזמן עושות את החישוב של עלות-תועלת. ובהרבה פעמים התועלת של שיתוף הפעולה עולה על העלות של הפרה בנקודה מסוימת. לכן המדינות כשחקנים רציונאליים – כל הזמן שוקלות האם כדאי או לא כדאי לקיים כלל מסוים.

הרבה פעמים, מה שקורה בשורה התחתונה זה שהאינטרס ארוך הטווח של שלטון חוק בינלאומי גובר על התועלת של הפרה ספציפית.

**לדוגמא – ארה"ב**. עד היום מעצמת הסחר של העולם. היא מהמשתמשות הגדולות של מערכת יישוב הסכסוכים – ה**WTO**-. היא תובעת הכי הרבה ונתבעת הכי הרבה. למה ארה"ב מצייתת כשמדינה כמו גואטמלה תובעת אותה?

היא זוכרת שהיא אחת מהגדולות שמשתמשות במערכת. היא מצייתת כשהיא מפסידה, כי מדינות אחרות יצייתו כשהיא תנצח.

הסיבה האמתית היא **שלארה"ב יש רווח מאוד גדול מעצם זה שמשטר השת"פ של הסחר הבינלאומי יעבוד באופן מתקתק ויעיל.** כל עוד הכללים באופן כללי (שלטון החוק באופן כללי) עובדים כמו שצריך, היא מרוויחה מעצם שהסחר פועל כמו שצריך. לכן אומרת ארה"ב – גם אם היא מפסידה היום, טוב לה לטווח הארוך שישמר שלטון החוק, שיהיה את ה**WTO-** – כי זה משרת אותי, את היצואנים והתעשיינים. לכן ברוב המוחלט ארה"ב מצייתת.

אינטרס בכיבוד כללים להם המדינה הסכימה בעבר.

מדינות מסכימות לכללים שיש סיכוי שהן אכן יצייתו להן.

**יסוד ההסכמה -> מתאם גדול בין הכלל הבינ"ל לאינטרס המדינה**.

אי ציות – מקרים מצומצמים יחסית.

הסברים אלו לא מסבירים למה למדינות יש אינטרס לקיים את הכללים, אלא למה הרבה פעמים הן כן מעוניינות שיהיו גם **מנגנוני אכיפה לכללים אלו**. הן רוצות שלטון חוק בטווח הארוך, והן רוצות מנגנוני אכיפה כי אלו כללים שהן מעוניינות בהם, ולכן יהיה להן טוב אם יהיו מנגנונים חיצוניים שיאכפו אותם. זה מסביר למה בפועל אנו רואים יותר בתי משפט בינ"ל, יותר מנגנוני אכיפה, יכולת להפעיל סנקציות.

1. **תמריצים חיצוניים** –

**סנקציות פורמליות -** כנגד כל הפרה במשב"ל יש סנקציה.

הסנקציה הזאת יכולה להיות או משפטית פורמלית או לא פורמלית.

הרבה מההפרות של המשב"ל מלוות בסנקציות של ממש – כמו הליכים משפטיים לפושעי מלחמה/של מדינות אחרות.

**לדוגמא** – האיחוד האירופאי תבע את ארה"ב בנוגע ללב של מערכת המיסוי האמריקאית. ארה"ב הפסידה, לא צייתה במשך 15 חודשים, והאיחוד האירופאי קיבל באופן אוטומטי את הזכות להטיל סנקציות סחר בשווי 4 מיליארד דולר בשנה. לאחר מכן הן סידרו את העניינים ביניהם (סנקציות משפטיות עם שיניים של ממש).

**קיימות גם סנקציות של מועצת הביטחון** – כמו הסנקציות נגד צפון קוריאה בעקבות הניסויים הגרעיניים – התקבלו סנקציות שאפילו רוסיה וסין אישרו.

**אכיפה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי** – יש איומים כאלה על ישראל שמאיימים לגרור אנשי צבא להליכים משפטים בינלאומיים ב-ICC. זה שיניים של מערכת המשפט הבינ"ל ביחס לפרטים שפעלו ועשו עבירות כשלוחים של המדינה.

**סנקציות א-פורמליות** – פגיעה במוניטין, יחסים עם מדינות אחרות, העדר נכונות לסחר/השקעה, חרם אקדמאי, חרם צרכני.... כל זה מוסיף לאיזונים של עלות תועלת כשהמדינה חושבת האם להפר או לא להפר את החוק הבינלאומי. **הנקין** אומר כי לא ניתן לזלזל בסנקציות הלא פורמליות שמושכות מדינות לציות.

**במקרה של דרום אפריקה** – יותר ויותר מדינות לא רצו לסחור עם דרום אפריקה. עלויות המוניטין היו כל-כך גבוהות, כך שבסופו של דבר הממשל ישב עם נלסון מנדלה כדי לסדר את העניינים, כי הם לא יצליחו להתקיים לבד (בלי סנקציות פורמליות!)

**חוק הסיוע האמריקאי** – יש סעיף שמאפשר לקונגרס לא לתת סיוע כספי למדינות שמזוהות עם הפרת זכויות אדם שיטתיות. ארה"ב משתמשת בכוח שלה ליישר מדינות לעבר ציות דיני זכויות האדם הבינלאומיים – אחרת הם לא יקבלו ממנה כסף.

**דוגמא לכך זה הסחר בבני אדם** – ארה"ב חוקקה חוק להגנת קורבנות סחר בבני אדם. ארה"ב פרסה אחרי עבודה מאוד משמעותית את כל מדינות העולם ל-3 קטגוריות לפי מידת הרצינות של המאבק שלהן בסחר בבני אדם. ישראל דורגה ברשימה השלישית – וארה"ב אמרה לכל מדינות ברמה זו – תחשבו טוב מה אתן עושות כדי לצאת מרשימה זאת, אחרת השלטר על הסיוע ייסגר. ישראל מיד חוקקה חוק והתחילה להילחם בתופעה זו, כך שהיא קפצה תוך כמה שנים ברשימות של ארה"ב.

מאוד יכול להיות שהיו עוד אינטרסים שגרמו לישראל לעשות זאת, אבל אין ספק שגם אותו תמריץ לא פורמאלי היה תמריץ משמעותי.

יש מצבים נוספים – כמו רתיעה של משקיעים מלהיכנס למדינות שנתפסות ככאלה שלא מצייתות למשב"ל. כל התמריצים הללו פועלים לא פחות על מנת לעודד מדינות לעבר ציות.

**הנקין** אומר שהתמריצים החיצוניים, יחד עם התמריצים הפנימיים, יוצרים **תרבות של ציות למשב"ל**.

1. **הגישה הליברלית** – מזוהה איתה **פרופ' תומס פרנק**, והוא קצת עזב את עולם האינטרסים, ואמר שמדינות מצייתות למשב"ל דווקא מתוך **מקום של ערכים**. הוא אמר שמדינות הן לא רק שחקניות תועלתניות – הן סוכנות של טוב. הן רוצות לציית ולעשות דברים כי זה נכון וטוב לעשות. **תומס פרנק** אומר לנו כי הוא מבין איפה הוא נמצא – קשה לדבר על ערכים מוסכים בין המדינות (פלורליזם אתי). **פרנק** אומר לנו שהבסיס למחויבות של המדינות למשב"ל נעוץ **בלגיטימיות של הכללים של המשב"ל**.

**ככל שכלל נהנה מיותר לגיטימיות – רמת הציות שלו תהיה יותר גדולה (Compliance Pull).**

יש פה בעצם 3 מישורים שצריך להסתכל עליהם:

1. **Source Legitimacy** – האם הכלל נובע ממקור סמכות לגיטימי/מקובל? האם זה בית משפט בינ"ל? האם הכלל נובע מהסכם שהמדינה הסכימה לו? כדי לדעת אם כלל לגיטימי, נסתכל מה המקור שיצר את הכלל הזה. אם מקור הסמכות לגיטימי – סביר להניח שהכלל יהיה לגיטימי.
2. **לגיטימציה פרוצדוראלית** – האם ההליך אפשר למדינות להשתתף? האם הייתה שקיפות בהליך? (ערבויות להליך הוגן). האם אנו יכולים להסתכל על ההליך כהליך שהוליד כלל באופן לגיטימי?

**ישראל לדוגמא** סירבה להשתתףבדיונים סביב גדר הביטחון – אם ישראל לא תשתתף, לא יהיה לגיטימיות להליך זה בכלל. אותו דבר קרה עם **דוח גולדסטון** שהיה אחרי מבצע עופרת יצוקה – ישראל סירבה באופן מוחלט לשתף פעולה עם דוח גולדסטון. ההשתתפות בהליך תוביל ללגיטימציה שלו ושל תוצאותיו. פרנק בצדק טוען שמדובר בהליך מאוד מאוד חשוב.

1. **לגיטימציה מהותית** – אם נתקל בכלל שסותר תפיסות מאוד חזקות של צדק, כנראה זה יהיה כלל לא לגיטימי.

**Complaisance pull** של נורמה (האם הכלל לגיטימי) תלוי **ב4 משתנים עיקריים** על פי **פרנק**:

1. **בהירות או מוחלטות של הכלל (Determinacy)** – נורמה שהיא ברורה יותר ומפורשת יותר מכווינה התנהגות באופן טוב יותר, והיא כנראה תעודד יותר ציות לעומת נורמה עמומה מעורפלת מידי. **למשל:** נורמה שפשוט אומרת שאסור לבצע פעולות טרור – מדובר בנורמה עמומה מדי. מי שמפר אותה יוכל לטעון שלא עשה זאת – מדובר בנורמה רחבה מאוד.

**בניגוד לכך**, נורמה שלמשל אומרת לדיפלומטים שמכהנים בשגרירות של מדינה זרה תינתן חסינות כל עוד הם פועלים בתפקיד שלהם – זו נורמה שהציות שנציית לה הוא גבוה יותר. אנו יודעים שהחסינות חלה לגבי דיפלומטיים.

**ואולם** – **נורמה לא יכולה להיות מוחלטת מידי**. נורמה שהיא מוחלטת מידי תביא לתוצאות לא צודקות ומקוממות. **דוגמא לכך הוא "איסור השימוש בכוח"** – מדובר בסעיף ברור מאוד באמנה, אבל אם האיסור היה מוחלט והרמטי, הוא היה מאבד את הלגיטימיות שלו, כי במקרים שיש הצדקה של שימוש בכוח – לא ייתכן שלא יתאפשר למדינות לעשות שימוש בכוח כדי להגן על עצמן ממתקפה שתבוא אליהם בעתיד. נורמה לא יכולה להיות מוחלטת עד כדי חוסר היגיון. צריך להישאר מרווח למקרים שצפויים להצדיק חריג לנורמה זו.

1. **תיקוף סימבולי (Symbolic Validation) –** כל מני טקסים שבעצם מדגישים שאנו עוסקים באיזשהו כלל שמחייב אותנו, שאנו מסכימים לו.

יש לנו הרבה טקסים כאלו במשב"ל – כמו שאנו מאשררים אמנה. מדינה לא רק חותמת על האמנה, אלא היא מלווה את זה במהלך שלם שנקרא "אשרור". זהו טקס שלם שאיזשהו גורם בתוך המדינה/הממשלה מאשררים את האמנה ומוסיפים משנה תוקף לכך שהיא מחייבת את המדינה.

כשעושים הסכם שלום – חותמים בצורה שהעם והעולם יראה. הם מקרינים עוד לגיטימציה לכללים שנובעים מההסכם הזה. תיקוף סימבולי זה עוד אלמנט ממנו אנו יכולים ללמוד על התוקף המחייב, הלגיטימציה של הכלל שמניעה את המדינה לציית לו בסופו של דבר.

1. **קוהרנטיות (Coherence)** – כלל שמיושם באופן עקבי ייהנה מלגיטימיות רבה יותר.

**לדוגמא** – ישראל מעלה טענות מול מועצת זכויות האדם של האו"ם. מדובר בגוף שיושב בג'נבה ומקבל הכי הרבה החלטות כל שנה נגד ישראל. ישראל אומרת שמתנכלים אליה – ובמקום להתעסק בשאר המדינות, ישראל מככבת באופן מובהק בהחלטות עד כדי כך שאפילו בריטניה תתנגד להחלטות נגד ישראל – הגוף מאבד את הלגיטימיות שלו. הכללים מאבדים את הלגיטימיות כי הגוף לא עקבי – הוא לא מחיל את הסטנדרטים של זכויות אדם באופן עקבי ביחס לשאר המדינות.

**דוגמא נוספת** – רוב הבדיקות ב**ICC**-, רובן ביחס למדינות מאפריקה (סודן, קונגו...) על הרקע של הצטברות התיקים – יש הרבה מי שיוצאים נגד הלגיטימיות של בית הדין. יש פשעי מלחמה בהרבה מקומות אחרים, ומיישמים את הנורמות באופן לא עקבי. היום, אחת הביקורות המשמעותיות כנגד הICC זה חוסר העקביות בהפעלת הכללים ופתיחת חקירות.

1. **הלימה למדרג הנורמטיבי (Adherence To A Normative Hierarchy)** – בואו נסתכל על האופן שבו הכלל תואם למדרג הנורמטיבי.

למשל – כלל שעולה בקנה אחד עם עקרון היסודות של המשב"ל כמו ריבונות מדינה – למשל הכלל שאומר שלמדינות יש ריבונות על משאבי הטבע בשטחן (ולא לשום גורם אחר) – זה כלל שהולם את המדרג הנורמטיבי. יש כאן את עקרון הריבונות, וכלל של בעלות על משאבי הטבע שתואם את המדרג.

**לעומת זאת** – כלל שלא עולה בקנה אחד עם עיקרון הריבונות ולכן הוא שנוי במחלוקת – הוא **הכלל של התערבות הומניטארית**. מצב כמו מה שקורה בסוריה, או יוגוסלביה בשנות ה-90. זה מצב בו יש שליט שאין שום ספק שטובח בעמו (או שאין ספק שמבוצעים רצח עם או פשעים חמורים נגד האנושות).

זה קורה בתוך הטריטוריה של המדינה! על פי עקרון הריבונות לא מתערבים בעניינים פנימיים של המדינה. מה קורה כשבתוך הטריטוריה הריבונית מבוצע רצח עם? האם אפשר להתערב ולהיכנס? או שעקרון הריבונות מונע זאת מאתנו?

כלל ההתערבות ההומניטרית בדיוק מנסה לשנות זה – זהו כלל שהולך ומתעצב. לא ברור מהו המעמד שלו היום. הוא מאוד שנוי במחלקות בגלל שהוא פחות הולם את המדרג הנורמטיבי שאנו חושבים עליו כשאנו מדברים על המשב"ל.

31.10.17

**שיעור 4**

**מקורות המשפט הבינלאומי**

מהם בעצם המקורות של הכללים של הנורמות של המשב"ל?

נגיד שיש משט נוסף שמתקרב לחופי רצועת עזה, ואנו היועצים המשפטיים. אנו צריכים להבין האם מותר להתקרב לספינה, להשתלט עליה? הכל קורה במים בינלאומיים – איפה נמצא כללים אלו?

באמנות, מנהגים, ובעוד שלל רחב של מקורות..

היכן מוצאים את רשימת מקורות המשב"ל? **בס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ)**

ס' 38 בחוקת הICJ- ממלא פונקציה דומה מאוד לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט.

**ס' 38 לחוקת ה-ICJ:**

1. *בית הדין שתפקידו לפסוק לפי המשב''ל בסכסוכים המובאים לפניו, ינהג לפי-*

*א- הסכמים בינלאומיים, כלליים או פרטניים.*

*ב- מנהג בינלאומי, כעדות לנוהג כללי המקובל כדין.*

*ג- עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות.*

*ד- החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר של המדינות השונות,* ***בתור***

 ***אמצעי עזר לקביעת*** *כללי המשפט.*

1. *הוראה זו אינה גורעת מסמכותו של בית הדין לפסוק לפי הצדק והיושר* ***אם בעלי הדין מסכימים לכך.***(הוראה זו לא הופעלה מעולם – אם אין שום חוק ויש לקונה מוחלטת, הצדדים יכולים להסכים שביהמ"ש יפסוק לפי עקרונות היושר)*.*

לסעיף 38 יש **חשיבות תאורטית** – מדובר בכלל זיהוי התוחם את גבולות השיטה (המשב"ל) ומספק קריטריון לתיקוף כלליה.

יש לו גם **תכלית פרקטית** – הוא אומר באילו מקורות על ביה"ד להשתמש ביישוב סכסוכים. **אבל** – למרות שס' 38 נמצא בתוך חוקת הICJ-, סעיף זה נחשב כמסמן/כקובע את מקורות המשב"ל באופן רחב יותר (קובע למדינות, לבתי משפט – מהם מקורות בית המשפט הבינ"ל).

**איך סעיף 38 מגדיר את המקורות הנורמטיביים באופן כה רחב? במה הוא שונה?**

**ICJ-** סעיף 92 למגילת האו"ם אומר כי ה**ICJ-** הוא הזרוע השיפוטית של האו"ם – מה שמקנה לו יוקרה ומעמד במשפט הבינלאומי. כל המדינות החברות באו"ם הן צד לחוקת הICJ-.

**מקורו בחוקת ה-PICJ-** בנוסף, מקור סעיף 38 הוא מאמנה בינלאומית אחרת – ה-**PCIJ** – בית הדין שהוקם ב-1919 אחרי מלחמת העולם הראשונה – הסעיף הזה כמעט מאה שנה אתנו, והוא הפך להיות חלק מהמסורת של המשב"ל, ולכן תוקפו חולש הרבה מעבר ל**ICJ**-.

**יש לנו 2 סוגים של מקורות במשב"ל**

* **מקורות ראשיים – אמנה, מנהג ועקרונות כלליים**. אלו מופיעים ראשונים ב-**ס' 38**, והם המחייבים העיקריים הראשיים.
* **מקורות משניים – פסקי דין וספרות** – אלו הם מקורות משניים. **ס' 38** נקט במונח "אמצעי עזר" – זה אומר לנו שמתוך פסקי הדין אנו יכולים ללמוד מהו מנהג מחייב. מתוך הספרות אנו יכולים ללמוד שמדובר בכלל מחייב, **אבל** בעיקרון, פסקי דין וספרות, הם עצמם **לא יוצרים דין מחייב**.

בפועל אנו יודעים כי הרבה פעמים פסקי דין יוצרים דין. אנו נראה שזה פועל כך הרבה פעמים גם במשב"ל. בעיקרון פסקי דין הם לא דין מחייב, אבל אנו יודעים שגם בתי משפט במשב"ל, **למרות שאין דוקטרינה של תקדים מחייב במשב"ל, למרות זאת דה פקטו – בשטח בתי המשפט ללא ספק (גם לאומיים ולא לא לאומיים) תורמים בפועל ליצירה של הדין**.

**יסוד ההסכמה**

יסוד ההסכמה של מדינות הוא אלמנט יסודי ביותר כאשר אנו מדברים על המקורות המחייבים של המשב"ל. חוקת הICJ- שמגובשת בתחילת המאה ה-20, מגובשת על רקע הגישה הוולונטרית של המשב"ל.

כנגזרת עקרון היסוד של **עקרון הריבונות** – מדינות כפופות רק לכללים שהן הסכימו להכפיף את עצמן אליהם. **3 המקורות הראשים המהווים ביטוי להסכמה**:

* **אמנה** – ההסכמה הכי מפורשת שיש. המדינה עושה אקט של הצטרפות
* **מנהג** – גם יש ביטוי להסכמה, אבל זו כבר הסכמה משתמעת, כי המדינה באופן ההתנהגות העקבית שלה – מפגינה את ההסכמה לכלל.
* **עקרונות כלליים** – זה עקרונות כל-כך בסיסיים שמתקיימים בכל שיטת ממשל פנימית, שמדינות הסכימו להם גם במישור הבינ"ל (כמו עקרון תום הלב).

**דיני לחימה** - אחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה, שהיום הועלה על הכתב, ושאף פעם לא היה ספק שהוא דין מנהגי מחייב – **עקרון ההבחנה**. מדובר באחד מעקרונות היסוד של דיני הלחימה, אשר קובע כי צד לעימות מזויין חייב להבחין כל העת בין אזרחים ללוחמים, ובין מטרות צבאיות לאזרחיות. במשך עשורים הכלל לא היה כתוב בשום מקום, אבל יותר ויותר מדינות נהגו לפיו כשנלחמו, כך שהתבסס לו דין מנהגי כשמסה גדולה של מדינות מיישמות אותו באופן שיטתי ועקבי. זו דוגמא ל**דין מנהגי**. אנו רואים שיסוד ההסכמה בא לידי ביטוי בכל 3 המקורות אבל בעצימות שונה.

עכשיו כשאנו יודעים שיסוד ההסכמה הוא יסוד מכונן, אנו יכולים להבין מדוע פסקי דין במשפט הבינלאומי לא יוצרים תקדים מחייב ומחייבים רק את הצדדים לסכסוך הספציפי – כי כל שאר המדינות לא הסכימו להליך הספציפי ולפסק הדין שניתן במסגרתו. לכן פסקי דין באופן עקרוני מחייבים את הצדדים לסכסוך הספציפי ולא יוצרים תקדים מחייב.

**בהתבסס על הגישה המסורתית** – הסכמה היא הבסיס הנורמטיבי והמקור ללגיטימיות למקורות המשב"ל.

**הקושי בגישה המסורתית** –

* **זוהי פיקציה** – מנהג הוא **דין מחייב** עבור מדינות חדשות שנוצרות, מבלי שהן עצמן התנהגו בצורה ששיקפה את הסכמתן למנהג. קטלוניה לדוגמא, בסיכוי הלא סביר שהיא תצליח להשיג הכרה ועצמאות – תהיה מחויבת במנהגים, זאת למרות שזו מדינה חדשה שלא הסכימה להסכמים הקודמים.
* **כללים מסוג Jus Cogens** – מספר מצומצם של כללים במשב"ל שמחייבים את כל המדינות לא משנה מה. מדובר בדין שלא ניתן לעבור עליו. בין הנורמות המזוהות שהן דין קוגנטי – איסור השימוש בכוח, איסור על עבדות, איסור על עינויים. מדובר בדינים של ייהרג ובל יעבור. מדינות שלא הסכימו לעולם לא לענות – תחת המשב"ל זה לא מעניין אותנו. מדובר בקושי נוסף בגישה המסורתית שמבוססת על הסכמה.

חשוב לציין שיסוד ההסכמה עומד בעיקרו תחת רוב העקרונות של המשב"ל..

* **התפתחות המשב''ל כולל ארגונים בינ''ל** שיוצרים הרבה נורמות, ובהן יסוד ההסכמה מעורער אפילו יותר. יש לנו ארגונים בינ"ל בהם יסוד ההסכמה הולך ומתעורר עוד יותר.

**האם הסעיף קובע היררכיה בין המקורות?**

לא. בעקרון שלושת המקורות מחייבים מבחינה נורמטיבית באותה המידה. לכן אנו נצטרך להסתכל על כל המקורות הללו כדי למצוא את התשובה לשאלה המשפטית מולנו. כל מקורות אלו שואבים כאמור את הכוח המחייב שלהם מההסכמה של המדינות, ולמרות שהביטוי של ההסכמה הוא **שונה**, הם מחייבים באותה מידה.

**רשימת המקורות בסעיף 38 אינה רשימה ממצה של מקורות המשפט הבינלאומי היום.**

המרצה תזכיר 2 מקורות נוספים שלא רשומים:

1. **הצהרה חד צדדית** – מדינה יכולה באקט חד צדדי ורצוני לחייב את עצמה בנורמות בזירה הבינ"ל. הדוגמא הקלאסית בנושא הזה בישראל – ישראל במשך הרבה שנים טענה שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה בשטחי איוש (ובעבר גם ברצועת עזה). עם זאת, בא בעת שישראל טענה שאמת ג'נבה לא מחייבת אותה בשטחי איו"ש, בראשית שנות ה-70 ישראל יצאה בהכרזה חד צדדית מפי היועץ המשפטי לממשלה שמגר – שאמרה "אני בכל זאת לוקחת על עצמי לקיים את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית ביחס לאיו"ש ורצועת עזה". ישראל לקחה על עצמה מחויבויות תחת המשפט הבינלאומי – הייתה כאן הסכמה. היא באופן רצוני לקחה את המחויבויות הללו.
2. **החלטות של ארגונים בינ"ל** – מדינות שמקימות ארגון בינ"ל נותנות סמכות לארגון לקבל החלטות מסוימות ולפעול בתחומים מסוימים. ארגון זה מקבל כל מני החלטות – חלק **מחייבות** וחלק **לא מחייבות**, אבל גם כאן עדיין נותר לנו יסוד ההסכמה, כי המדינות היו אלה שהקימו את הארגון. מדובר ביסוד הסכמה מעורער יותר כי הארגון הוא ישות משפטית שיוצרת נורמות חדשות שהמדינות כפופות להן. **לדוגמא** – מועצת הביטחון מוסמכת לקבל החלטות שמחייבות את כל המדינות בעולם. ההסכמה הובעה מרגע הצטרפות המדינה לאו"ם, אבל רוב המדינות לא שותפות לעצם ההחלטה במועצת הביטחון – זה בעצם ההסכמה על קינון האו"ם וההצטרפות אליו. מדובר באלמנט הסכמה חלש יותר.

**המקור הראשון - האמנה**

סעיף 38 - International Convention, אמנות בינ"ל.

יש שלל ביטויים שעושים בהם שימוש במשפט הבינ"ל לאמנות:

 Treaty, Agreement, Charter, Protocol, Covenant, Statute – כל מילים אלו הן אמנות.

מגילת האו"ם = אמנה בינ"ל. המשמעות של כל המילים הנרדפות היא טקסית. אין משמעות משפטית כל עוד מתקיימים התנאים לשאלה "מהי אמנה".

**אמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969) (אמנת האמנות/אמנת וינה):**

לפי סעיף 2(1)(א) לאמנת וינה, אמנה זה *''הסכם בינ''ל המסוכם בין מדינות, בכתב, ונשלט ע''י המשב''ל, בין אם נקבע במסמך אחד שניים או יותר, וללא תלות בכינויו הספציפי.''*

**יסודות האמנה:**

* **הסכם.**
* **בין מדינות** – לכל מדינה יש זכות אינהרנטית לכרות אמנות (ס' 6 לאמנה). אמנת וינה 1969 עוסקת רק באמנות בין מדינות. אמנות הכוללות ארגונים בינלאומיים היא מאמנת וינה 1986 (לא נדבר על זה).
* **בכתב** – ההסכם צריך להיות בכתב.
* **כפוף למשפט הבינלאומי** – האמנה כפופה רק למשב"ל, ולא לדין של מדינה כזו או אחרת. היא חיה כולה רק בספירה הבין לאומית.
* **השם לא קובע** – אנו נתקל בהרבה מאוד שמות לאמנות.

**הבחנות וסיווגים מקובלים שנוהגים לעשות בין אמנות:**

1. אמנה דו צדדית (bilateral) או רב צדדית (multilateral) – יש לנו אמנות שיש להן רק 2 צדדים, ואמנות עם הרבה צדדים. השוני המרכזי בין 2 סוגים אלו – **התרופות**. יהיה הרבה יותר קל להשתחרר מאמנה דו צדדית בהשוואה לאמנה רב צדדית. קיים גם מוסד של הסתייגות שקיים רק באמנות רב צדדיות.
2. אמנה חוזית (contractual treaty) או יוצרת חוק (law making treaty) –

**אמנה חוזית** - דומה מאוד לחוזה במשפט הפנימי שלנו. היא יוצרת סדרה של חיובים חוזיים ששלובים זה בזה לצורך הסדרה של עניין קונקרטי.

**לדוגמא** – אמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארה"ב. הרבה ישראלים מהגרים לארה"ב – אבל איפה הם משלמים את המס? הם לא מפסיקים להיות אזרחים ישראלים הרי.

**דוגמא נוספת** – אמנות הסגרה, שבהן המדינות שחתומות על האמנה מתחייבות מתי הן יסגירו פושעים. למשל, **רוזנשטיין** שהוסגר לארה"ב בכפוף לאמנת ההסגרה בין ישראל לארה"ב.

**אמנה יוצרת חוק** – אמנה שקובעת עקרונות ונורמות בעלי תחולה הרבה יותר כללית או רחבה. **לדוגמא** – אמנת הג'נוסייד באה באופן כללי למנוע מצבים של רצח עם, ולטפל/להעניש את מי שהיה מעורב ברצח העם. אמנות זכויות אדם באות באופן כללי לקבוע אילו זכויות אדם מגיעות לאנשים כשהם נמצאים במדינה. כנגזרת מכך – באמנות יוצרות חוק, הן יוצרות למדינות התחייבות אובייקטיבית שממשיכה לעמוד בלי קשר להאם שאר המדינות מקיימות את האמנה. באמנה יוצרת חוק ישראל לא יכולה לטעון שבגלל שסין מפרה את האמנה – גם אני מפרה. כמו שכולנו כפופים למשפט הפלילי, כך בדיוק עם אמנות שיוצרות חוק.

**האם מספר הצדדים לאמנה קובע את אופייה כאמנה חוזית או כאמנה יוצרת חוק?**

בד"כ אנו מוצאים במשב"ל מתאם בן אמנות חוזיות ודו צדדיות. כשאנו מדברים על אמנות מולטילטרליות (רב צדדיות) – נראה אמנות יוצרות דין (אמנת ג'נוסייד, ג'נבה) וגם אמנות חוזיות (שילוב מספר חוזים בילטרליים – כמו הסכם הWTO-, אמנות ההסגרה האירופאית.

1. אמנה דקלרטיבית או קונסטיטוטיבית –

**דקלרטיבית -** אמנה דקלרטיבית כוללת נורמות מנהגיות שמחייבות את כולן. המשמעות היא שהאמנה מחייבת **גם את המדינות שמעולם לא הצטרפו אליה**.

**לדוגמא** – אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961), אמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969), אמנת ג'נבה הרביעית (1949).

**קונסטיטוטיביות** – כוללות נורמות חדשות שלא היו קיימות קודם. אמנה קונסטיטוטיבית מחייבת **רק את הצדדים שהצטרפו אליה**.

**למשל** – אמנת פריז בעניין פליטת גזי חממה. **רק המדינות שהצטרפו לאמנה – האמנה מחייבת אותן**. פרישתו של טראמפ מהסכם האקלים לא מחייבת אותו כי הוא לא צד בהסכם.

באמנות רבות, אנו רואים **עירוב של הוראות קונסטיטוטיביות לצד הוראות דקלרטיביות**.

**לדוגמא** – **הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977** – מדובר במסמך מאוד מרכזי בדיני הלחימה. ישראל וארה"ב מעולם לא הצטרפו להסכם זה, אבל גם ישראל וגם ארה"ב לא מערערות על כך שהפרוטוקול הראשון מניח כללים בסיסיים בדיני הלחימה כמו **עקרון ההבחנה** – הפרוטוקול הזה כולל גם הוראות קונסטיטוטיביות (הוראות מבחינת דין חדש שלא מחייב צדדים שלא בהסכם) אבל גם הוראות דקלרטיביות שמחייבות מדינות שגם מעולם לא הצטרפו אליו – כמו ארה"ב וישראל. למשל – **עקרון ההבחנה** שיש להבחין בין אזרחים ולוחמים. הפרוטוקול הראשון מעלה על הכתב גם את **עקרון הפרופורציונאלית**. ישראל וארה"ב לא מערערות על כך שאין ספק שמדובר בהוראות דקלרטיביות ולכן מחייבות גם אותן.

ביהמ"ש ב**פסק דין סיכולים ממוקדים** – בא ואמר לישראל כי סעיף XYZ בפרוטוקול הראשון מהווה דין דקלרטיבי ומחייב את ישראל למרות שישראל מעולם לא הצטרפה לפרוטוקול.

ברוב המקרים אנו נראה אמנות שמשלבות גם אמנות דקלרטיביות וקונסטיטוטיביות.

ייתכן שאמנה תתחיל כאמנה קונסטיטוטיביות, ובמרוצת השנים כשיותר מדינות יפעלו לפיה, היא תרכוש מעמד של אמנה מנהגית – זה בדיוק מה שקרה לאמנת ג'נבה הרביעית. בשנת 1949 הוראות רבות ממנה היו דין קונסטיטוטיבי, והיום אין עוררין שהיא הפכה לאמנה דקלרטיבית.

**חתימה ואשרור - איך מדינה מצטרפת לאמנה?**

**סעיף 11 לאמנת וינה:** בד"כ הליך של הצטרפות של מדינה לאמנה הוא הליך **דו שלבי**.

**השלב הראשון – החתימה** – יש טקס מכובד, בין אם זו אמנה שחותמים עליה בארמון האומות המאוחדות בג'נבה, והנציגים הרשמים של המדינות באקט הטקסי חותם על האמנה.

ככלל שלב זה לבדו לא מספק. זה לא שחתימה היא לחלוטין חסרת משמעות – מרגע שמדינה ביצעה את האקט הראשוני של החתימה, קמה לה המחויבות שלא לפעול באופן שמסכל את תכלית האמנה. גם אם היא לא סיימה את שלב ההצטרפות הרשמי, היא לא יכולה לפעול באופן גורף נגד הוראות האמנה. **על רקע זה** – אם מדינה חתמה והיא לא רוצה להצטרף לאמנה וכן רוצה לפעול נגד תכלית האמנה, היא חייבת להבהיר שהיא לא מתכננת להצטרף לאמנה – מה שישראל וארה"ב עשו עם חוקת רומא (חוקת ה**ICC-** – חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי). ישראל וארה"ב משכו את חתימתם תוך כדי שהם הבהירו שהן לא רוצות להצטרף.

**השלב השני – שלב האשרור** – שלב האשרור למעשה כולל דיון מהותי בתוך המדינה עצמה באשר להצטרפות שלה לאמנה. אם בסוף השלב הזה היא מחליטה להצטרף, היא שולחת כתב אשרור.

לכל מדינה יש תהליך אשרור משלה, אבל באופן כללי אפשר לדבר על 2 סוגים של תהליכי אשרור:

* **ברוב מדינות העולם** – **הפרלמנט**, בית המחוקקים, הוא זה שמבצע את אקט האשרור (ארה"ב, צרפת), ולאחר מכן האמנה הופכת להיות חלק **מהדין הפנימי המחייב**
* **בשאר המדינות**, **הממשלה** היא זאת שיש לה את סמכות האשרור (ישראל, בריטניה) – לממשלה יש את הסמכות לחתום וגם את הסמכות הסופית של האשרור. מהצד השני של המטבע, בגלל שזה לא הפרלמנט/המחוקק – האמנות לא הופכות להיות באופן אוטומטי חלק מהדין הפנימי המחייב.

לא משנה אם כך או אם כך – בכל מדינה יש אקט נוסף של אשרור כדי להצטרף לאמנה.

**הרעיון מאחורי ההליך הדו-שלבי**

האשרור זה מה שמביא את הדיון לתוך המדינה, ולכן, כדי שהמדינה תדע שהיא גמרה בדעתה להצטרף לאמנה, ובגלל סיבות חוקתיות פנים מדיניות שדורשות את המעורבות של המחוקק, מחלקים את ההצטרפות של האמנה ל-2 שלבים.

06.11.17

**שיעור 5**

**מושגי יסוד בדיני אמנות –**

**הסתייגות (ס' 19-23 לאמנת וינה) –** *"מדינה רשאית בעת הצטרפות להודיע שאינה מקבלת על עצמה חלק מההתחייבויות הקבועות באמנה".*

מוסד ההסתייגות מאפשר למדינה בזמן שהיא מצטרפת לאמנה מסוימת להודיע שהיא בעצם לא מקבלת על עצמה הוראה מסוימת או מקצת מהוראות האמנה.

**ניתן להסתייג רק באמנות רב צדדיות** (מולטילטרליות).

**לדוגמא** – אמנת זכויות האדם משנת 1976. היא קובעת זכויות בתחום של חופש דת, כבוד אדם, בטחון אישי, הסדרים שקשורים לחופש התנועה (ומתי אפשר להגביל אותו). אנו רוצים לכנן משהו מסיבי כמו זכויות אדם כמשהו רב צדדי, אבל זה קשה. מצד אחד אנו רוצים ליצור אמנה כזאת, ומצד שני יהיה קשה לנו מאוד להסכים על אמנה שכל המדינות יסכימו ביחד (עקב הפלורליזם).

**מוסד ההסתייגות** נותן לנו את האפשרות של האמנה למשוך כמה שיותר צדדים להיות חלק ממנה, ועדיין לאפשר גמישות למדינות שאין ביכולתם להסכים להוראה כזו או אחרת לא לקחת את המחויבות הזאת.

**ישראל** עושה שימוש בכלי הזה במספר אמנות. **לדוגמא** – האמנה בדבר ביעור אפליית נשים (1979). כשישראל מצטרפת לאמנה זאת, יש סעיף מסוים שישראל מרגישה שהיא לא תוכל להתחייב בו – סעיף 7(ב) שקובע שוויון משרות בשירות הציבורי בכל המשרות. מדינה חברה צריכה לאפשר את אותן אפשרויות וזכויות לנשים ולגברים, אבל ישראל באה ואומרת כי היא מצטרפת לאמנה ומסתייגת מסעיף 7 ב' כי היא לא יכול לעמוד בחובת שוויון זו ככל שזה נוגע למשרות שיפוטיות בבתי דין דתיים. ישראל יודעת שזה דבר שהיא מלכתחילה לא יכולה לעמוד בו, ולכן היא מצטרפת לאמנה עם ההסתייגות (זה עדיף לה) ומודיעה שלא תעמוד בהוראה 7(ב).

קיימות מגבלות שיכולות להיות בתוך אמנות. באמנת וינה לדוגמא לא ניתן להסתייג באופן ששומט את תכלית האמנה כולה. דוגמא לכך היא הסתייגות שצרפה ערב הסעודית לאמנת ביעור אפליית נשים – היא צרפה הסתייגות כללית. "ככל שתהיה סתירה בין הדין האסלאמי לאמנה – ראו אותי מסתייגת" – לא נהוג לקבל הסתייגויות כאלו.

**הכלל הבסיסי של אמנות** – מהרגע שהמדינה הצטרפה לאמנה היא חייבת לקיים את האמנה בתו"ל. (סעיף 26) מרגע שמדינה מצטרפת לאמנה, היא מחויבת לכל אחת מהוראותיה כלפי כל יתר הצדדים לאמנה. בנוגע לצדדים שלא הצטרפו לאמנה מסוימת – ככל שמדובר באמנה שצד לא הצטרף אליה, הוא יהיה מחויב בהוראות האמנה שמשקפות משפט בינלאומי מנהגי שמחייב את כולם.

**היחס בין האמנה למשפט הפנימי** – עקרון היסוד במשב"ל שאומר כי מדינה לא יכולה להתבסס על הדין המדינתי שלה כהצדקה להפרה של אמנה (סעיף 27).

מרגע שמדינה הצטרפה לאמנה מבחינת המשב"ל היא מחויבת בהוראות האמנה. לא מעניין את המשפט הבינ"ל אם פתאום יש חוק מדינתי שאומר למדינה לעשות משהו אחר.

**תרופות במקרה של הפרה** – במקרה של הפרה, המדינה אחראית ועשויה לשאת בתוצאות, למשל:

* **הפרת נגד/צעדי גמול** – כשמדינה מפרה אמנה, בין אם זה נחשב כהפרה יסודית או הפרה רגילה, למדינות האחרות (בין אם זה אמנה דו צדדית או רב צדדית) עשויה לקום זכות להפרת נגד – אם מדינה אחת מפרה אמנה, ניתן להפר בצורה נגדית כדי לגרום למדינה הראשונית להפסיק את ההפרה של המדינה הראשונית.
* **ביטול/השעיית האמנה** – חשוב להבדיל בין אמנה דו צדדית לבין אמנה רב צדדית.
* **אמנה בילטרלית (דו צדדית)** – במקרה של הפרה מהותית (בין היתר, הפרת סעיף חיוני להשגת מטרות/תכלית האמנה) – קמה היכולת הדרסטית **לבטל/להשעות** את האמנה כולה או חלקה. זוהי אמנה שיותר דומה לחוזה.
* **אמנה מולטילטרלית (רב צדדית)** – כשיש לנו הפרה מהותית באמנה רב צדדית על ידי אחד הצדדים, שאר הצדדים יכולים להסכים **פה אחד** לבטל או להשעות את האמנה מול הצד המפר או בין כל הצדדים. עם זאת – קשה יהיה להסכים הסכמה פה אחד בנושא זה.

**המקור השני למשב"ל – המנהג**

המקור הבא - סעיף 38 לחוקת ה-**ICJ**: *"המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין''*.

**משל השביל** – נדמיין כפר, שבין מועצת הכפר לכנסייה יש שדה פרא. אנשים בכפר מדי פעם צריכים להגיע ממקום מועצת הכפר לכנסייה. האדם הראשון הולך בשדה הפרא ותווה שביל. אחריו באים עוד אנשים והשביל מקבל יותר צורה. חלק מהאנשים משפיעים יותר מאחרים על התוואי, וככה לאט לאט נוצר לו השביל בין 2 הנקודות בכפר.

במשל הזה, השביל הוא **נוהג**. ס' 38 אומר כי מדובר בנוהג כללי שהתקבל בבחינת דין. השביל הוא הנוהג – אנשים נוהגים ללכת בו וככה נוצרת דרך נוחה וברורה למעבר.

פסיעות הרגליים – קיימות כאלה החשובות יותר ופחות = **נוהג בינלאומי** – השוואה בין מדינות שיש להן חשיבות רבה יותר ושנותנות את משקלן.

כדי שנעבור מנוהג למנהג – דרוש לנו אלמנט נוסף– **יסוד חובה**. כדי שזה יהיה דין נדרש שאנשי הכפר (המדינות) ירגישו **תחושת מחויבות ללכת רק בדרך הזאת**.

רק כשיש לנו נוהג שהוא כללי ותחושת מחויבות לפעול רק באופן הזה – אז נעבור מנוהג למנהג שהוא בבחינת דין מחייב.

כל עוד לאנשי הכפר מותר ללכת בשבילים אחרים ואין תחושת מחויבות ללכת בשביל אחד – אנו נשארים בעולם של נוהג עם צורת התנהגות שלא מחייבת. כדי לעבור מהנוהג למנהג **אנו חייבים את תחושת המחויבות של האנשים/המדינות לנהוג באופן מסוים**, לא רק מטעמי נימוס אלא כי הן חייבות בכך. **לדוגמא** – טקסי נימוסים כשמקבלים מנהיג ממדינה זרה עם שטיח אדום/תותחים – זה נוהג של נימוס. מדינות לא עושות את זה כי הן מרגישות מחויבות משפטית לעשות זאת – זה נשאר נוהג שהן עושות אותו מסיבות של כבוד ונימוסים.

משל השביל מלמד אותנו גם **כי מנהג הוא פרקטיקה שנוצרת באופן ספונטני**. אם הפרקטיקה מתמשכת, כללית ועקבית – אז היא עשויה להפוך למחייבת – מדינות חייבות לנהוג על פי הפרקטיקה המדוברת. למנהג יש **עמימות אינהרנטית** – הכל קצת יותר עמום ומעורפל. כמה זמן צריך עד שנוהג הופך למנהג מחייב? כמה מדינות צריכות לנהוג בהתאם אליו?

במנהג יש לנו **קושי באיתור** אינהרנטי לזהות את הכלל הרבה פעמים, כמו שבשביל שלנו, עד שהוא לא יהיה מגודר ומואר בלילה, אנשים עשויים שלא לעבור דרכו, ככה גם במנהג קשה לנו לאתר בדיוק.

המנהג הוא מקור חשוב מאוד להתפתחות המשפט הבינלאומי, ויש לנו תחומים שהתפתחו רק על דרך המנהג – **דיני הים** מתפתחים כמה מאוד אחורה בדרך של מנהג. **דיני הלחימה** (אופן התייחסות לשבויי מלחמה) – התפתחו בדרך של מנהג.

**התנאים להיווצרות מנהג**

מקובל לפרש את סעיף 38 (1)(B) כמציב שני תנאים מצטברים:

* **יסוד פיזי – פרקטיקה** – "נוהג כללי" (State Practice) – איך מדינות מתנהגות בפועל.
* **יסוד נפשי – תחושת מחויבות** – "שנתקבל בבחינת דין" (Opinion Juris) – המדינות יעשו זאת מתוך תחושת מחויבות משפטית.

**התנאי המצטבר הראשון - היסוד פיזי – פרקטיקה היא התנהגות מקובלת, שצריכה לעמוד ב- 3 מבחנים:**

1. **ממושכת** **–** דרישת זמן.
2. **עקבית –** על פניו נדרשת פרקטיקה של כל המדינות הרלוונטיות.
3. **כללית –** היא צריכה להיות מזוהה עם הרבה מדינות כדי שנדבר על פרקטיקה מדינתית.
4. **ממושכת (דרישת הזמן)** – ברור שפעולה חד פעמית לא יכולה ליצור לנו מנהג. תהליך של התהוות של מנהג לוקח איזשהו פרק זמן.

**אין זמן מינימלי** – אין לנו במשב"ל הגדרה לכמות הזמן הדרושה להתהוות מנהג. יש לנו מנהגים שהתפתחו על פני דורות במשכי זמן ארוכים - **חסינות דיפלומטית** לדוגמא התפתחה במשך עשרות שנים עד שלבסוף התקבע המנהג. מצד שני, יש לנו תחומים שבפרק זמן של שנים בודדות התפתח מנהג – כמו המנהג של ריבונות מדינות על המרחב האווירי שלהם. מנהג זה התפתח תוך שנים בודדות מיד עם התפתחות טכנולוגיית התעופה.

**כלל נוסף שהתפתח במהירות בזק – הכלל שאין למדינה ריבונות כלפי החלל שמעליה**. היא לא יכולה למנוע מכלי החלל מעליה לעבור. זה מאוד מאוד תלוי נושא כמה זמן צריך. אין זמן מינימלי.

**מדף יבשתי (פס"ד North sea continental Shelf ICJ 1969)** – הרבה יותר קל לחלץ את משאבי הטבע מאזור זה. רצועה זו שבד"כ מתפרסת על 200 מייל ימי – מדינות מכירות במדף היבשתי כשטח שיש למדינות ריבונות עליו.

ב-1958 מתקבלת אמנת המדף היבשתי. נקודת המוצא שלה היא שלמדינות יש ריבונות על המדף היבשתי שלהן. יש סכסוך שמביאות דנמרק והולנד נגד גרמניה.

הן טוענות שבאמנה מ-58 יש כלל אשר נקרא "**כלל המרחק השווה**" – שהתוצאות שלו הן שהולנד ודנמרק מקבלות שטחים נרחבים במדף היבשתי, בעוד גרמניה נשארת עם מעט.

דנמרק והולנד טוענות כי כלל המרחק השווה הפך מ-1958 (גיבוש האמנה) עד 1969 לכלל מנהגי, ולכן הוא מחייב את גרמניה למרות שלא הצטרפה למדף האמנה היבשתי מ-1958.

**ה ICJ דוחה** את הטענה של הולנד ודנמרק – הכלל לא היה מנהגי כשגובשה האמנה, והוא גם לא הפך ב-11 שנים מאז לכלל מנהגי.

בית הדין גם אומר כי מעבר הזמן הקצר של 11 שנים – אין בו כשלעצמו מלמנוע התפתחות של מנהג (אין זמן מינימלי בעיקרון). אם מדינות רוצות להוכיח שהתפתח כלל מנהגי בפרק זמן כה קצר (11 שנים), הנטל עליהן הרבה יותר כבד בלהוכיח את 2 המנהגים האחרים של הפרקטיקה – **הכלליות והעקביות** (שלושת האלמנטים – משך הזמן, כלליות ועקביות ביחס מתמיד ביניהם).

דנמרק והולנד לא הצליחו להראות שהפרקטיקה הייתה כללית מספיק, הרבה מדינות לא עקבו אחריה, ובית הדין פסק לטובת גרמניה.

1. **עקבית** – מדינות לא יכולות לפעול לפי הפרקטיקה פעם כן ופעם לא. צריך לנהוג באופן קונסיסטנטי. לכאורה לא מדובר בכלל מורכב מדי. הכלל הזה הופך להיות מעניין במקרים בהם יש לנו פער באופן שבו מדינות מתנהגות לאיך מדינות אומרות שהן מתנהגות.

מדינה מצהירה הצרה מסוימת אבל הן לא עומדות בסטנדרטים שלהם – האם יש לנו פרקטיקה עקבית? פס"ד Filartiga (1980):

פילרטיגה הוא שוטר בפרגוואי שיש אישומים על כך שהוא ביצע עינויים כלפי אחד ממתנגדי השלטון. הוא בורח מפרגוואי לארה"ב. מסתבר שגם המשפחה של הקורבן עברה לארה"ב. הן מגלים שהוא שם, והם רוצים לתבוע אותו בביהמ"ש בארה"ב. כדי שלפי החוק הרלוונטי בארה"ב ביהמ"ש הפדרלי יקנה סמכות שיפוט – נדרש היה שהפשע המדובר שייוחס לפילרטיגה יהיה פשע בינ"ל. השאלה היא האם עינויים זה פשע בינ"ל? בין היתר, מה שסיבך את המצב הוא שיש אמנת עינויים בינ"ל – אבל רק מ-74. (6 שנים).

**פילרטיגה** טוען כי **לא מתקיים תנאי העקביות** – כל המדינות מענות והן פשוט אומרות שהן לא מענות. **ביהמ"ש** אומר בתגובה – כי גם המדינות שמענות, או שהן מכחישות שהן מענות, או שהן טוענות כי המקרים של העינויים היו מקרים של חריגה מסמכות, או שזה מקרים של נסיבות חריגות של "פצצה מתקתקת". ביהמ"ש אומר כי **המדינות, אף אחת מהן, לא יוצאות חוצץ נגד עצם הכלל הבינ"ל שאסור לענות**.

ביהמ"ש מוסיף ואומר כי גם אם יש סתירה בין המעשים של המדינות לבין ההצהרות שלהן, ההצהרות הרשמיות של כל המדינות (והוא סוקר המון מדינות) מראות שהפרקטיקה היא שיש איסור על עינויים. על פי פרקטיקה זו, ניתן להסיק על קיומו של מנהג שאוסר עינויים ומעגן אותם כפשע בינ"ל ולכן יש לארה"ב סמכות לדון בתביעה.

מקרה זה מלמד אותנו באופן כללי, שכשאנחנו באים לבחון האם מתקיים מנהג – אנו צריכים לבדוק לא רק את האופן שבו מדינות מתנהגות, אלא גם את ההצהרות והתגובות שלהן למול הטענות שמופנות נגדם (למשל במקרה שלנו – אומרים שמדינה מענה, אבל אז אומרים שזו הייתה חריגה מסמכות). תגובות אלו חשובות לנו לבדיקה האם קיים מנהג או לא.

1. **פרקטיקה כללית** – צריך שהפרקטיקה תהיה כללית מספיק. צריך מספר גדול של מדינות שנוהגות בהתאם לכלל כדי שנוכל לטעון שהתגבש מנהג. **מדובר על** **קבוצה משמעותית של מדינות**. זו יכולה להיות קבוצה של מדינות חשובות, או קבוצה של מדינות רלוונטיות לתחום. בנוגע למדף היבשתי – ביהמ"ש הסתכל רק על מדינות שיש להן חוף. **עם זאת**, כשאנו מדברים על כלליות – לא די בכך שיש לנו קבוצה משמעותית שנוהגת בהתאם לפרקטיקה הרלוונטית, אלא ששאר המדינות לא הביעו התנגדות להתנהגות המדוברת. זו איזושהי השלמה עם הפרקטיקה המתעצבת בדרך של שתיקה. **במילים אחרות – כשאנו מדברים על אלמנט הכלליות, נדרשת לנו הסכמה פוזיטיבית של קבוצה משמעותית של מדינות, ואי התנגדות מצד קבוצה משמעותית של מדינות**. התנהגות מועטה של מדינות לא תשלול את התגבשות הכלל לכדי מנהג, אבל זה יכול להוציא את המדינות הספציפיות האלה מתכולת הכלל.

מנהג במשב"ל לא חייב להיות אוניברסלי – יש מנהגים אזוריים שאינם עולמיים.

**התנאי המצטבר השני - היסוד הנפשי**

מה שמבדיל נוהג ממנהג – הוא שמנהג מחייב משפטית. נלוות להתנהגות תחושת מחויבות לפעול דווקא כך ולא בדרך אחרת.

הדרישה בספרים היא כי הפרקטיקה שהמדינות נוהגות תהא מקובלת בתורת דין.

**במילים אחרות** – כשאנו מדברים על היסוד הנפשי, אנו צריכים להראות שהמדינות הפועלות בהתאם לפרקטיקה המדוברת עושות את זה מתוך תחושת הכרה ומחויבות לנהוג בדרך המסוימת.

**פס"ד Lotus PCIJ (1927)**

מדובר בסכסוך בין צרפת לטורקיה. אונייה צרפתית וטורקית מתנגשות בלב הים (בשטח בינ"ל). אגב ההתנגשות, נהרגים אנשי צוות על האונייה הטורקית. הטורקים מושכים את 2 הספינות לנמל בטורקיה ומעמידים לדין קצינים צרפתיים אצלם בבתי המשפט על גרם מוות ברשלנות.

צרפת טוענת שקיים במשב"ל מנהג לפיו **אין להעמיד לדין אזרחים זרים שביצעו עבירות על גבי אונייה זרה בלב הים**. צרפת אומרת כי טורקיה הפרה את המשב"ל.

ה**PCIJ**- אומר כי הוא לא שוכנע על ידי צרפת כי יש פה פרקטיקה. אבל גם אם הוא היה זורם איתה ומשתכנע שיש פרקטיקה – אין את **היסוד הנפשי הנדרש שמלווה את הפרקטיקה כדי שיהיה מדובר במנהג מחייב**. בית הדין אומר לנו כי במקרים שהביאה לפני צרפת שמדינות לא העמידו לדין, לא עשו זאת מתוך תחושת מחויבות שזו הדרך שהן חייבות לנהוג (**שאסור להן להעמיד לדין!**)

בית הדין אומר כי אין כלל האוסר על מדינות להפעיל סמכות שיפוט בנסיבות לפנינו. **טורקיה רשאית הייתה להעמיד לדין**. (פס"ד לוטוס נחשב ככזה שהכיר בעיקרון יסוד שמבטא עיקרון יסוד במשב"ל, **שכל מה שלא נאסר על מדינות במשב"ל – מותר להם**. לכן טורקיה רשאית הייתה להעמיד לדין).

**על מה נסתכל כדי להוכיח קיומו של מנהג?**

**היסוד הפיזי – פרקטיקה מדינתית** – **נסתכל על מגוון רחב של מקורות** – דיווחים עיתונאיים, דוחות ועדות חקירה, דברי חקיקה פנימיים של המדינה, החלטות ממשלה, אגרות דיפלומטיות, מסמכים של משרדי חוץ, הכרזות של בכירי ממשל, פסקי דין מדינתיים ובינ''ל שמצביעים על אופן הפעולה של המדינות, וכמובן גם הפעולות הפיזיות בפועל של מדינות.

בנוסף, חשוב להסתכל לא רק על הפעולות הפיזיות של המדינות – **חשוב להסתכל גם על האופן שבו מדינות מגיבות** לדברים בזירה הבינ"ל. מה הן מצהירות שהן עושות/מהם הסטנדרטים.

מדובר בעבודה מורכבת וקשה, שגם בית הדין הבינ"ל מתקשה בו.

**היסוד הנפשי** – להוכיח את היסוד הנפשי זה גם דבר מאוד קשה. במקרים רבים בתי המשפט מסיקים על תחושת המחויבות של מדינות להתנהג בצורה מסוימת מעצם זה שפשוט הם רואים פרקטיקה מאוד נרחבת בהתאם לכלל המדובר. כשבאים לשלב ההוכחות, היסוד הנפשי והפיסי מתקפלים האחד בתוך השני. הם מאוד כרוכים האחד בשני, ולכן כשביהמ"ש מנסה ללמוד על היסוד הנפשי, הוא יסתכל על אותם מקורות בדיוק שמהם הוא ילמד על הפרקטיקה (היסוד הפיזי) – פסקי דין, החלטות ממשלה, תמיכה המדינות בארגונים בינ"ל....

כשאנו ביסוד הנפשי ניתן משקל מאוד מאוד גדול **להכרזות ולעמדות הפומביות שהמדינות מכריזות** – איך הן מתווכות את עצמן ואיך הן מציגות את מה שהן עושות.

**האם מדינה יכולה להוציא את עצמה מגדר התחולה של המנהג?**

מוסד זה נקרא **מתנגד עקבי**. מדינה שנחשבת למתנגדת עקבית למנהג מסוים לא תהיה מחויבת אליו. **עם זאת**, יש תנאים כדי שמדינה תחשב למתנגדת עקבית לכלל מנהגי מתגבש:

1. **ההתנגדות החלה מזמן היווצרות המנהג –** זה לא מאפשר התחמקות מכללים וערעור יציבות הכללים.בנוגע למדינות חדשות שמצטרפות – נשללה מהן היכולת להיות מתנגדות עקביות על מנהגים קודמים.
2. **ההתנגדות צריכה להיות עקבית ופומבית** – כדי שלמדינות האחרות תהיה צפיות – מדינה X אכן מתנגדת ולא ניתן לחייב אותה בכלל.

**דין קוגנטי Jus Cogens - נורמות מנהגיות שהמדינות מייחסות להן חשיבות עליונה – הן מעל כל הנורמות של המשב''ל.** הנורמות העליונות הללו נקראות **Jus Cognes**.

**דוגמאות**: האיסור על עבדות, שימוש בכוח, רצח עם, אפליה גזעית, פשעים נגד האנושות, הפרות זכויות אדם בסיסיות (עינויים), עקרונות בסיסיים של דיני המלחמה. מדובר ברשימה לא סגורה שמשתנה כל הזמן. יש כיום כאלו שמדברים גם על דינים שקשורים להגנת הסביבה, והזכות להגדרה עצמית של מדינות.

**נפקות:**

**סעיף 53 לאמנת וינה** – *"אמנה בטלה אם בזמן שבו ערכו אותה היא עומדת בסתירה לדין קוגנטי."* למשל אמנה לא יכולה לקבוע שמותר להרוג שבויי מלחמה, כי יש דין קוגנטי בנוגע לשבויי מלחמה. זה מן **"תקנת הציבור"** של המשב''ל.

**סעיף 64** – *"אם במהלך הזמן מתגבשת נורמה קוגנטית – כל אמנה סותרת (גם אם היא קדמה בזמן) – הרי שהיא בטלה"*

אם בעבר הייתה לנו אמנה של סחר בעבדים, ואז התגבשה נורמה קוגנטית כי עבדות זה אסור – האמנה בטלה וחסרת כל תוקף משפטי במשב"ל. **מדובר בדין שמדינות לא יכולות לסטות ממנו ויהי מה!** **בנוסף, אי אפשר להיות מתנגד עקבי לדין קוגנטי.**

7.11.17

**שיעור 6**

**היחס בין דין הסכמי למנהג**

ישנן מגוון אינטראקציות בין הדין המצוי בהסכם לדין המעוגן במנהג:

הזכרנו את המונח **אמנה דקלרטיבית** – אמנה שמשקפת דין מנהגי קיים. לא פעם אנו נתקל באמנה שבעצם מה שהיא עושה – היא ממש **מעלה על הכתב את הדין המנהגי הקיים בתחום מסוים**.

אם כבר יש לנו דין מנהגי – למה לעשות את המאמץ הנוסף הזה ולעלות אותו על הכתב בצורה של הסכם/אמנה? **למה הרבה פעמים עושים קודיפיקציה?**

* זה מגביר את הוודאות סביב המעמד המחייב של כללים. מנהג הוא הרבה יותר פרוץ ונתון לפירוש.
* הגברת הוודאות סביב תוכן הכללים הקונקרטיים (היקפם המדויק מאפשר לנו להיות פרטניים יותר) האמנה נותנת לנו את האפשרות לפרק את הדברים בצורה הרבה יותר ברורה וכוללנית
* במסגרת אמנה, המדינות יכולות לקבוע מנגנונים ליישום, אכיפה ומעקב אחר יישום ההוראות של האמנה. יש לא מעט אמנות שמקימות כחלק מהן מנגנוני אכיפה – כמו האמנה לזכויות האדם 1966 (ICCPR) שהקימה וועדה של 18 מומחים שעוסקים באופן שוטף במעקב אחר אופן יישום האמנה על ידי המדינות השונות. מנגנון זה התאפשר רק לאחר כתיבה האמנה.

**דוגמאות לאמנות שעשו קודיפיקציה**:

* **אמנת ג'נבה** – העלתה על הכתב את הדינים שהיו קיימים באותה עת ביחס למותר ולאסור למדינות בים הפתוח.
* **אמנת ג'נבה השלישית ביחס לשבויי מלחמה** – כבר ברגע שהיא חוקקה היא נחשבה לדקלרטיבית – היא עשתה סדר ופרטה את הדין.

אמנה שיוצרת כללים שלא היו קיימים קודם לכן מכוח מנהג – נקראת **אמנה קונסטיטוטיבית** (למשל – אמנת ג'נבה הרביעית במקור. אמנה זו שעסקה באזרחים בזמן מלחמה – ב-1929 היא נחשבה לאמנה קונסטיטוטיבית – רוב הוראותיה יצרו דין חדש. זה מה שהיה במקור.

**אמנה עשויה להתחיל את דרכה כאמנה שיוצרת דין חדש, אבל ברבות הזמן אמנה קונסטיטוטיבית יכולה להפוך לדקלרטיבית** – יותר ויותר מדינות נוהגות על פי האמנה, והאמנה משנה לאט לאט את מעמדה. אמנת האג הרביעית (1907) - אמנם ב-1947 אמנת ג'נבה הרביעית הייתה קונסטיטוטיבית, אבל היום אמנה זו משקפת ברובה דין מנהגי.

**דוג' לכך היא אמנת האג הרביעית 1907** מהחשובות בדיני הלחימה. כשנוצרה שיקפה דין חדש שחייב רק המדינות שהצטרפו אליה, אך הפכה להיות חשובה ב**משפטי נירנברג** בתום מלחה''ע ה-2. הנאצים טענו שבתי הדין לא יכול לעשות שימוש באמנה, מכיוון שכשהתחילה המלחמה האמנה הייתה רק קונסטיטוטיבית כלומר חייבה רק מדינות שהצטרפו עליה, ומרבית המדינות שגרמניה ביצעו בהן פשעי מלחמה לא היו חברות בה. בית הדין משיב שעד שהתחילה המלחמה האמנה רכשה כבר מעמד מנהגי (במיוחד מלחה''ע הראשונה), לכן ב-1939 האמנה חייבה גם מדינות שלא היו צד, ולכן יכול לפסוק לפי האמנה. אמנה יכולה להוות בסיס להיווצרותו של כלל מנהגי.

מה לגבי אמנה שמספר החברות בה הוא ממש גבוה? (רוב מדינות העולם). האם דיי בכך שנגיד שהיא דקלרטיבית?

עצם כמות החברות לא כשלעצמו יהפוך אמנה למנהגית – כי אז הדין היה נכפה על מיעוט. עם זאת, אין ספק שבמקרים מסוימים מספר גבוה של מדינות יכול להעיד כי נוצר מנהג. בהקשר של ארבע אמנות ג'נבה – 194 מדינות הן צד לאמנות אלו.

**הפרוטוקול הראשון שנוסף לאמנות ז'נבה** (שהוא בעצם מן אמנה חדשה) שעוסק בסכסוכים מזוינים בינ''ל, 174 מדינות הן צד לו – אבל הוא לא דין מנהגי מוחלט. יש הוראות שהן מנהגיות בו (הבחנה, פרופורציונאליות), אבל מדינות שמאוד מאוד רלוונטיות לדיני לחימה – בכלל לא צד בפרוטוקול!

כדי שייווצר מנהג נדרש שחלק משמעותי יכלול מדינות רלוונטיות. לכן הפרוטוקול הראשון לא נחשב דקלרטיבי, אלא **רק הוראות מסוימות בו**, והחלק האחר עדיין אמנה קונסטיטוטיבית.

**אמנות רבות הן אמנות מעורבות** – נמצא בהן הוראות מחייבות לכן מדינות העולם, והוראות במעמד קונסטיטוטיבי שמחייבות רק את המדינות שהצטרפו לאמנה.

בעולם היום, המגמה היא יותר ויותר ללכת לכיוון של אמנות. הן נותנות לנו יותר וודאות משפטית, ברורות יותר ומאפשרות לנו ללוות את האמנה במנגנוני אכיפה שיהפכו את הדין לאפקטיבי יותר.

**סתירה בין הוראה בהסכם וכלל מנהגי -** במידה ושני הרבדים שווים במעמדם הנורמטיביים –

* כלל מאוחר גובר על מוקדם
* כלל ספציפי גובר על כללי

עם זאת, בפועל הוראות האמנה הן שיגברו, כי אמנות בד"כ מאוחרות בזמן, והן גם הרבה יותר ספציפיות/מפורטות, ולכן הרבה פעמים כשנתקל בהתנגשות האמנה תגבר בפועל. **ככלל** – יש לפרש אמנות באופן שלא ייצור התנגשות עם קיום התחייבויות אחרות במשב"ל. יש לעשות זאת באופן כמה שיותר הרמוני עם כלל המקורות והכללים המשפטיים במשב"ל כשהדבר אפשרי.

**המקור השלישי במשב"ל – עקרונות משפט כלליים**

**סעיף 38(1)(ג) לחוקת ה-ICJ:**

*"עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות''*.

"עקרונות המשפט הכלליים" - עקרונות המשותפים לשיטות המשפט הפנימיות של המדינות השונות.

 נלך ונסתכל על המון שיטות משפט שונות, ונראה האם העיקרון הרלוונטי מתקיים ברוב שיטות המשפט. **לדוגמא** – עקרון תום הלב, מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה, עקרון מעשה בית דין.

אמרנו ש**יסוד ההסכמה** הוא יסוד מכונן במשב"ל. עצם זה שהמדינה נתנה את ההסכמה שלה לאמנה, לכלל מנהגי כלשהו – זה מה שמקרין לגיטימציה על האמנה ועל הכללים המנהגיים.

אם אנו יכולים למצוא את העיקרון בכל שיטת משפט (כמו השתק או מעשה בית דין) – יש עקרון אוניברסלי! ובכך למעשה באה לידי ביטוי ההסכמה של המדינות לתחולה של עקרונות אלו גם בתחולה של המשב"ל. אם כל המדינות מסכימות לתחולה במשפט הפנימי – כמובן שניתן להסכים שהם יחילו זאת במשב"ל! (מדובר בפיקציה).

**למה צריך את זה?** למה כשמנסחים את חוקת ה-**PCIJ** אחרי מלחמת העולם הראשונה, ומעתיקים את הסעיף הזה לחוקת ה**ICJ**-, למה המדינות המנסחות קובעות עקרון נוסף של עקרונות משפט כלליים? למה לא מספיק האמנה והמנהג?

המנסחים חששו ששעה שבית הדין יצטרך לפתור סכסוכים – לפעמים לא יהיו בידיו אמנות ומנהגים לפתור את הסכסוך. במצב כזה (לקונה) רצו לתת את המקור המשפטי הנוסף (של עקרונות משפט כלליים) בפני בית הדין כדי שהוא יוכל לפסוק במקרים של לקונות.

**מה קורה בפועל?** ה-**ICJ** מראה בפסיקתו כי הוא מתייחס לעקרונות המפשט הכלליים כמקור קיים, אך תחולתו מוגבלת למדי. הסיבות לכך:

* **היום העולם מאוד הטרוגני** – המון מדינות בעלות סדר ערכים שונה ושיטות משפט שונות. לכן הרבה יותר קשה למצוא עקרונות שעוברים בכל שיטה שניתן לראות בהם כעקרונות כלליים.
* **יש צורך לעשות מחקר מאוד מאוד קשה** – אם ה**ICJ**- נמצא מול תיק/סכסוך, והוא רוצה ללמוד האם יש עקרון השתק – הוא לא יכול להמציא כי בכל שיטות המשפט יש עקרון כזה. הוא צריך לעבור על שיטות שונות ולהסתכל על מדגם מייצג. זה המון אנרגיה.

אנו רואים שבתי דין בינלאומיים לא ססים לעשות את המחקר הזה.

* **היום יש כבר המון מנהגים ואמנות** – הרבה פחות מקרים שבהם באמת יש לקונה. לבתי משב"ל יש נטייה בכלל **לא למצוא מצב של לקונה** (**פס"ד לוטוס**) – ביהמ"ש לא אמר כי יש לקונה, אלא שיש כאן הסדר שלילי – במשפט הבינ"ל מה שלא אסור למדינות הוא מותר!
* **בשורה התחתונה** – פרשנות מצמצמת למונח של עקרונות כלליים, כשלרוב כשכן מאתרים אותם ועושים בהם שימוש, **מדובר בעיקר בעקרונות פרוצדוראליים שנוגעים להליך המשפטי ולא עקרונות מהותיים** – כמו השקת (צד מסוים מנוע מלהעלות טענה – עקרון פרוצדורלי). עקרון של מעשה בית דין (אי אפשר לנהל הליך אם כבר האדם נשפט באותו הליך).

**מקורות משפטיים משניים**

**ס' 38(1)(ד) לחוקת ה-ICJ:** *''החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט''*.

**מה היחס בין המקורות הראשוניים (האמנה, מנהג ועקרונות כלליים) לבין המקורות המשניים? (הפסיקה והספרות לדוג').**

**הפסיקה והספרות = אמצעי עזר**. הם יכולים לשמש אותנו כיועצים משפטיים, את בתי המשפט – כראיה לקיום המקורות העיקריים. זה עוזר לנו להבין מה הדין המחייב ומה הפרשנות שלו.

הספרות לא תיצור את עקרון ההבחנה – אבל נעזר בפסיקה ובספרות כדי לראות האם עוקבים אחריו.

**החלטות בינ"ל** נקודת המוצא – ס' 59 לחוקת ביה"ד: *"החלטת בית הדין אינה מחייבת אלא את בעלי הדין שבסכסוך ולגביו אותו סכסוך בלבד".* הסעיף הזה משקף את הקביעה שבמשב"ל אין עקרון של תקדים מחייב. פסק דין מחייב את הצדדים לסכסוך בעניין הספציפי בלבד. המשב"ל לא מכיר עקרונית בדוקטרינה של תקדים מחייב. **עם זאת**, כל בית משפט בינלאומי ספציפי מאוד מאוד דבקים בפסיקות הקודמות שלהם. לכן, **באופן עקרוני, כל בית משפט בפועל מכפיף את עצמו לבית משפט קודם**.

**יתכנו מצבים של סתירה בין פסיקות של בתי הדין השונים** (**לדוגמא** – בתחום של דיני השקעות בינ"ל הובאו מאז אמצע שנות ה-2,000 תביעות רבות נגד ארגנטינה. ארגנטינה בכל התביעות האלה העלתה את הגנת הצורך – לא הייתה לה אפשרות אחרת לעשות את מה שהיא עשתה – לפגוע במשקיעים זרים. חלק מהפאנלים צידדו בהחלטותיה ופטרו אותה מהתשלום, ויש כאלה שחייבו אותה – זה קורה כי המערכת היא אופקית, וכל טריבונל עבד כאי בודד. זה הביא לסתירות ברמה חמורה.

**תפקיד ערכאות שיפוטיות בינ"ל – כלי עזר בלבד בקביעת המשב"ל.**

1. **הפסיקה נותנת גושפנקה** לזה שקיים כלל מנהגי מחייב מסוים או עקרון כללי. (הISCJ- הכיר ב**"השתק"** כעיקרון של המשב"ל). **דוגמא נוספת** – חו"ד בנושא גדר הביטחון ב-2004 ה-ICJ קבע כי אמנת ג'נבה מחייבת גם את ישראל כמו כל מדינה אחרת.

הפסיקה לא יצרה את העיקרון – אבל ממנה אנו למדים שאכן יש עקרון.

1. **דרך הפסיקה אנו לומדים מה הפרשנות הנכונה של האמנה/מנהג**.

למרות שזה רק אמצעי עזר, לאור הגידול המסיבי במספר בתי המשפט הבינ"ל שקיימים היום, היום המשקל של החלטת בית משפט הוא הרבה יותר כבד ומשמעותי. לפסיקה יש כוח שכנועי גדול.

בקביעה כי אמנת ג'נבה מהווה דין מנהגי בנושא גדר הביטחון 2004 – היו השפעות רחבות היקף.

מדובר במקור משני בעל השפעה מאוד גדולה.

**תפקיד ערכאות מדינתיות**

1. **פונקציה דומה לבתי דין בינ"ל** – סיוע בזיהוי המקורות הראשוניים ובפרשנותם.
2. **פונקציה יוצרת משפט** – לבתי משפט מדינתיים יש תפקיד נוסף. פסקי דין הם חלק מהפרקטיקה המדינתית היוצרת מנהג. אנו נסתכל על פסקי הדין כדי לדעת איך הן מתנהגות, ונבין מהו היסוד הנפשי ותחושת המחויבות שמלווה אותן.

**לפסיקה מדינתית יש חשיבות מאוד גדולה ב-ס' 38**

בפרקטיקה יש יותר משקל וערך שכנועי להחלטות בית דין בינ"ל.

**לצד זאת** – אנו כן רואים תרומות לעיצוב כללי המשפט הבינ"ל באמצעות פסיקה מדינתית (**פס"ד אייכמן** – מדינה שאין לה זיקה לעבריין יכולה להעמיד לדין בגין פשעים חמורים כמו פשעים נגד האנושות ורצח עם, **פס"ד הסיכולים הממוקדים** – תקדימי בכל הקשור ללחימה בטרור, מתי אפשר להרוג לוחמי ארגוני טרור, ו**פס"ד חמדאן** בנוגע לעצורים בגואנטנמו).

**אמצעי עזר נוסף – כתבי מלומדים**

בדומה להחלטות שיפוטית, הם מסייעים בזיהוי מקורות ראשוניים ופרשנותם. בתי הדין הבינ''ל נוטים שלא להפנות למלומדים. בתי דין מדינתיים לעומת זאת, כן נוטים לעשות שימוש במלומדים בתחום המשב''ל. השימוש בספרות הוא ע''י הצדדים, בתי דין בינ''ל, בתי דין מדינתיים.

**מקורות נוספים**

**ס' 38** הוא לא רשימה סגורה. יש עוד 3 מקורות שלא קיימים ב-ס' 38 שאנו נדבר עליהם:

**א. הצהרות חד-צדדיות** - כשמדינה נוטלת על עצמה התחייבות משפטית בזירה הבינ"ל באופן חד צדדי (ללא קשר לאמנה או מנהג כזה או אחר). **לדוגמא** – בראשית שנות ה-70 צרפת ערכה ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט. זה מאוד הפריע לניו זילנד ואוסטרליה, אז הן מגישות תביעה נגד צרפת ל**ISCJ**-, כשהן דורשות שצרפת תפסיק את הניסויים הללו. במהלך תקופה זו, נשיא צרפת כינס מסיבת עיתונאיים, והתחייב כי צרפת תפסיק לקיים ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט.

ה-**ISCJ** אמר כי אין צורך להכריע בתיק – גורם מוסמך בצרפת כבל את עצמו במישור הבינלאומי – ולכן אין מה להמשיך את הדיונים בתיק. יש הצהרה חד צדדית מחייבת.

**דוגמא נוספת** – ההצהרה החד צדדית של ישראל מפיו של **שמגר** (היועמ"ש) בשנות ה-70 – ישראל מחויבת לקיים את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית. ההצהרה החד צדדית הזאת הביאה לכך שישראל חייבה את עצמה בהוראות ההומניטריות, וביהמ"ש העליון פשט פסק בהרבה תיקים לאור אמנת ג'נבה הרביעית על בסיס ההצהרה החד צדדית של ישראל.

**התנאים שמדינה צריכה לעמוד בהם כדי שתחייב את עצמה בהצהרה חד צדדית:**

מדינה תהיה מחויבת בהכרזה חד צדדית כאשר היא יוצאת מפי **אורגן מוסמך** **בפומבי** (כשהעולם יודע מהדבר הזה) כאשר ניתן להוכיח שהמדינה **התכוונה להיות מחויבת** על פי ההצהרה הזאת.

**ב. החלטות של ארגונים בינ"ל**

הארגונים הבינ"ל הופכים ליותר ויותר חשובים – כל פעם כשמדינות מקימות ארגון בינ"ל – הן מאצילות לו סמכויות ותחומי אחריות בתחומים שונים. **מהו מעמד ההחלטות?** יש החלטות של ארגונים שמחייבות מדינות אחרות, ויש החלטות מארגונים אחרים שהן בגדר המלצות.

**האו"ם**:

* **מועצת הביטחון** – יש לה סמכות לקבל החלטות, כאשר חלקן מחייבות וחלקן לא.
* כשמועצת הביטחון פועלת מכוח פרק 7, היא מוסמכת לתת החלטות מחייבות (**לדוגמא** – צפון קוראיה: הסנקציות הן דוגמא מובהקת להחלטה של מועצת הביטחון מכוח ס' 7. מדובר בהחלטה שמחייבת את כל מדינות העולם – הסנקציות מחייבות את כל המדינות).

**מעמד החלטה מחייבת של מועצת הביטחון=מעמד האמנה של האו"ם!** (ס' 103 למגילת האו"ם – כשיש סתירה בין המגילה של האו"ם לבין מחויבות הסכם אחר – המחויבות תחת מגילת האו"ם גוברת. מדובר במעמד משודרג במשב"ל וכנגזרת מכך גם להחלטות מחייבות של מועצת הביטחון)

* **העצרת הכללית** – כל המדינות מיוצגות, והמעמד של ההחלטות בעצרת הכללית הוא **בגדר המלצות**. לא מדובר במעמד של דין שמחייב את המדינות. **עם זאת**, גם כשהעצרת הכללית מקבלת החלטות בגדר המלצה – זה לא אומר שאין להן משמעות:
* העמדות שמוצגות במסמכים הרשמיים יכולות ללמד אותנו על הפרקטיקה של מדינות ועל המחויבות הנפשית של מדינות למנהג מסוים. לכן מאופן ההצבעה של המדינות ניתן ללמוד על יחס המדינות לכללים של המשב"ל.
* להחלטות של העצרת הכללית יכולה להיות **פונקציה** שדומה לפסקי דין ומלומדים – הן יכולות לעזור לנו לפרש את המנהגים והאמנות. דוגמא לכך – העצרת הכללית ב-1974 מקבלת החלטה בעניין עבירה שנקראת "**עבירת התוקפנות**" – כאשר מדינה נוהגת בתוקפנות ביחס למדינה אחרת. **עם זאת**, לא היה ממש ברור מה התוכן של הדבר הזה. ב-1974 העצרת הכללית פרסמה כמה עמודים שבהם היא מנתחת את המושג "תוקפנות של מדינות האחת כלפי השנייה" – זה הפך להיות מסמך מכונן שגם הICJ- מפנה להחלטה הזו של העצרת הכללית. לכן עשוי להיות להחלטות אלו תוקף מאוד משמעותי בפועל
* הרבה פעמים, החלטות של העצרת הכללית לא עוסקות בדין הקיים או בפרשנותו, אלא הן מייצגות סטנדרט **חדש** שיש לשאוף אליו לגבי איך שמדינות צריכות להתנהג.

**ג. Soft Law (נורמות מרוככות)**

מדובר במונח במשב"ל לכל אותן החלטות ומסמכים של ארגונים בינ"ל שהן לא אמנה או מנהג. הן לא מחייבות עקרונית את המדינות, אבל בפועל הן משפיעות **מאוד** ומכווינות לא פחות את ההתנהגות של המדינות, כמו גם את ההתנהגות של שחקנים אחרים במבשב"ל כמו חברות בינ"ל או פרטים.

**לדוגמא** – הארגון הימי העולמי הוציא מסמך טכני למדי שקובע כללים בעניין הטמנת פסולת באופן שלא יזהם את הימים. ההשפעה של המסמך הזה מטורפת! הרבה מדינות פועלות לפיו בלי שהן צריכות לציית לכך בכלל. היו מומחים שקבעו כללים מאוד יעילים בנושא שלמדינות יש אינטרס משותף בו, והמדינות מצייתות לכך בלי שהן חייבות.

**דוגמא נוספת** – כללים של הOECD- בעניין תאגידים בינ"ל – נכנסים תאגידים בינ"ל למדינות מתפתחות עם כוונות רווח, ועולה השאלה איך צריך להתנהג? איזה סטנדרטים של שקיפות?

ה-OECD קבע כללים שתאגידים רב לאומיים צריכים לעמוד בהם בנושאים של שוחד ושקיפות. אף אחד במדינות השונות לא חייב לציית לכללים אלו של הOECD-. הם לא דין מחייב במשב"ל. תוך שנים ספורות אנו רואים מסות של מדינות וחברות שמנחילות כללים אלו על עצמן.

הנורמות המרוככות הללו משפיעות על מדינות, חברות ופרטים לא כי חייבים לציית להן, אלא בגלל שהרבה פעמים יעיל/ראוי לפעול לפי הנורמות האלה גם אם הן לא מחייבות קניין עם דין פוזיטיבי.

לעיתים נורמה שמתחילה כמשפט לא מחייב (משפט רך) יכולה להפוך במרוצת הזמן למשפט מחייב (**Hard Law**). **לדוגמא** – ב-1948, כמה שנים בודדות אחרי מלחמת העולם השנייה, מאמצת העצרת הכללית את ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם. מדובר באחד המסמכים המכוננים בתחום של זכויות האדם במשב"ל.

היום אין מי שחולק על כך (מעטים מי שיחלקו על כך) שהמסמך הזה מהווה דין מנהגי!

המסמך הזה היה כל-כך חשוב, ואמנות זכויות האדם נבנו עליו, כך שהוא צבר יותר ויותר כוח.

לשבוע הבא – לקרוא את הנושא הבא שהוא היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט הפנים

13.11.17

**שיעור 7**

**היחס בין המשפט הבינלאומי לדין המקומי**

היום נעבור לדון בקשר בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנימי.

בעקרון מדובר ב-2 מערכות משפט בעלות קיום נפרד – מדובר במערכות שנוצרות באופן שונה ולכן עולה השאלה היסודית – **מהו היחס בין 2 מערכות משפט אלו?**

עד כה, כשעסקנו במקומות המשפט הבינלאומי – עשינו זאת דרך ס' 38.

בשני השיעורים הקרובים העיקר יהיה כאשר בית משפט מדינתי ניצב מול שאלות שמוסדרותבמשב"ל – **איך הוא אמור להתייחס, להחיל, או שלא להחיל את הנורמות של המשב"ל**?

מדובר בשאלת היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט המדינתי, וזו שאלה מאוד חשובה

קודם כל בהיבט הפרקטי – אנו נראה שבתי המשפט בישראל נדרשים לא פעם לשאלות שמעברות היבטים של משב"ל, ולכן עולה השאלה איך בימה"ש אמור לפסוק? איך אנו כמשפטנים אמורים לייעץ למשרדי הממשלה השונים שמבצעים פעולות שיש להם השלכות מבחינת הדין הבינלאומי?

**יש לה השלכות באשר לרלוונטיות התחום למשפטנים ישראלים.**

* **השלכות מבחינת אפקטיביות המשב''ל** – במידה רבה גם היום המשב"ל נשען על כך שמדינות יצייתו מרצונן באופן וולנטרי. אם בתי המשפט המדינתיים יחילו בעצמם יותר את הדין הבינלאומי – הרי שלדין הבינלאומי יהיו יותר שיניים ויותר אפקטיביות.
* **השלכות תיאורטיות** – מה היחס בין 2 מערכות המשפט שמשחקות תפקידים חשובים בחיים שלנו? מה הזיקה ביניהם? מה קורה במקרים של סתירה?

קיים גידול הולך וגובר של נושאים שמערבים שאלות של המשב"ל – גם בתוך המשפט הפנימי יש יותר הפניות לדין הבינלאומי – **פס"ד מג'ורי** (האינתיפאדה השנייה) אז באו לבג"ץ הרבה מאוד תיקים שקשורים להתנהלות של צה"ל וישראל במסגרת המצב הביטחוני באינתיפאדה השנייה.

**ברק** אומר כי *"כל חייל ישראלי נושא בתרמילו הן את כללי המשב"ל והן את כללי היסוד של המשפט הישראלי"* – כאילו יש הרמוניה ביניהן (שאיפה להרמוניה).

**עם זאת, יש גם מצבים של סתירה בין המשפט המדינתי למשב"ל**

**לדוגמא** – **חוק ההסגרה משנת 1954**. בשנת 1978 נחקק תיקון לחוק בעקבות נאום מאוד מפורסם של מנחם בגין שנקרא "נאום היהודי הנרדף" ובעקבות התיקון לחוק הזה קובע חוק ההסגרה כי מ-1978 לא ניתן להסגיר אזרחים ישראלים למדינות אחרות. הבעיה היא, שבשנת 1964 ישראל חותמת על אמנת הסגרה עם ארה"ב. אמנה זו מבוססת על הדדיות – ובאמנה אין שום סייג לזה שאי אפשר להסגיר אזרחים.

אז מגיע **פס"ד שיינביין** – הוא אזרח אמריקאי שביציע רצח באמריקה והצליח לברוח לישראל לפני שאסרו אותו (אזרחות ישראלית). ארה"ב רוצה להסגיר את הרוצח אליהם, אבל יש חוק ישראלי שמונע ממני לכבד את המחויבות הבינלאומית שלקחתי מולך. באותו מקרה הייתה סתירה ובלגן בינלאומי בין ישראל לארה"ב. מדובר בדוגמא לאחד מהמקרים בהם אין הרמוניה.

המצב הרצוי הוא כמה שפחות תקריות שיינביין שכאלה – כמה שיותר התאמה.

**למה אנו צריכים לדאוג שתהיה הרמוניה?**

* הגלובליזציה יצרה לנו הרבה יותר אינטראקציות בין מדינות ובין פרטים למדינות. היא יצרה גם המון נורמות במשב"ל – ענף זכויות אדם יותר מפותח במשב"ל מאשר מדינות אחרות, איכות סביבה, השקעות בינ"ל.
* מדובר בהמון תחומים שלפיהם המשב"ל בא ומסדיר נושאים שהיו נחשבים כמדינתיים Proper.

מהו היחס בין 2 מערכות הדינים הללו שהאינטראקציה והחפיפה ביניהן הופכת להיות יותר גדולה?

**שני מישורים:**

* **משב"ל** - נקודת המשב"ל באשר ליחס בין 2 מדינות.
* **דין פנימי** - איך הדין הפנימי של 2 המדינות רואה את היחס בין 2 מערכות הדין.

**איך רואה המשב"ל את סוגיית היחס בין המשפט המקומי לבין המשב"ל?**

המשב"ל לא אומר למדינות השונות איך הן צריכות לקלוט את הוראותיו, **עם זאת** – העיקרון הבסיסי במשב"ל הוא ש**הדין הפנימי לא יכול להוות הצדקה להפרה של הדין הבינ"ל**.

אם מדינה לקחה על עצמה התחייבות בדין הבינ"ל – היא מחויבת בה. אנו רואים את הביטוי לעקרון היסודי הזה בכמה מקומות:

* ס' 27 לאמנת האמנות (אמנת וינה) אומר כי צד לאמנה אינו יכול להסתמך על המשפט הפנימי כצידוק לאי מילוי התחייבויותיו באמנה.
* סעיף 3 לכללי ה-ILC בדבר אחריות מדינה (קובעים מתי מדינה נושאת באחריות כתוצאה מההפרה) – *"היות פעולה חוקית לפי הדין הפנימי אינה מעלה ואינה מורידה ביחס לחוקיותה/אי חוקיותה בדין הבינ"ל"* – לא מעניין את המשב"ל.
* סעיף 32 לכללי ה-ILC – Irrelevance of Internal Law: *מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כצידוק לאי-ציות להתחייבויותיה הבינ"ל."*

מבחינת המשב"ל – נשארנו מחויבים לארה"ב. לא עניין אותו הדין הפנימי. אם ארה"ב הייתה גוררת את ישראל ל**ICJ**- – היו קובעים כי יש להסגיר את האזרח לא מעניין מה אמר חוק ההסגרה בישראל.

לכן, במקרה כמו שיינביין **כאשר יש לנו סתירה בין הדין הפנימי לבינלאומי** – מבחינת המשפט הבינלאומי המדינה תחשב כמפרה ותישא באחריות על כך במשפט הבינלאומי גם אם המדינה לא תרוץ ותשנה/לא תשנה את הדין הפנימי שלה. במישר הבינלאומי היא תחשב כמפרה.

**האם המשפט המדינתי ממש לא רלוונטי מבחינת המשב"ל?**

לא. אנו יודעים שהמשפט המדינתי דווקא כן מעניין את המשב"ל – הוא מקור לחילוץ של מנהגים ועקרונות כלליים. המשפט המדינתי מסייע בפרשנות המשפט הבינלאומי – ולכן, זה לא נכון לומר שהמשפט הפנימי לא מעניין את המשפט הבינלאומי.

**איך רואה המשפט המדינתי את סוגית היחס בינו לבין המשב"ל**?

אמרנו שהמדינה היא זו שקובעת לעצמה את דרך קליטת המשפט הבינלאומי לתוכה – זו זכות של מדינה להחליט כיצד לעשות זאת.

כאן אנו צריכים להכיר 2 דוקטרינות שמדברות על היחס בין המשפט הפנימי לבינלאומי:

* **הגישה הדואליסטית** – יוצאת מנקודת הנחה שהמשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי הן שיטות משפט שלא קשורות אחת לשנייה. גישה זו אומרת שבין מערכת המשפט הבינ"ל לפנימית יש הבדלים תהומיים – מקור הנורמות שונה (מחוקק לעומת עקרונות כלליים והחלטות ארגונים בינ"ל). השחקנים שונים – ארגונים בינ"ל. בדין המדינתי זה חברות אחת מול השנייה, פרטים מול חברות – הפרטים גם הם שונים במהותם ובמסגרת זאת גם האינטראקציות שבא המשפט הבינלאומי להסדיר לעומת האינטראקציות שהמשפט המדינתי בא להסדיר.

לכן, מאחר שמדובר ב-2 שיטות משפטיות בעלות קיום נפרד, **כללי המשב"ל חלים** **רק במישור הבינ"ל אלא אם כן וככל שהמדינה אימצה אותם לתוך הדין הלאומי שלה**.

תחת הגישה הדואליסטית אנו מדברים לכן על מה שנקרא **קליטה מפורשת – טרנספורמציה**.

תחת הגישה הדואליסטית כדי שהמשפט הבינלאומי יהפוך לחלק מהדין הפנימי ויחייב בתוך בי המשפט המדינתיים, נדרש שהמדינה תעשה אקט אקטיבי שקולט את הדין הבינלאומי לתוכה.

תחת גישה זו – מעמד המשפט הבינלאומי בדין המדינתי נגזר בעצם מהמידה שהדין המדינתי מאפשר זאת.

* **מוניזם** – גישה זו אומרת שמערכת המשפט הבינלאומית ומערכות המשפט המדינתיות הם חלקים ונדבכים במבנה משפטי אחד.

הטענה של הגישה המוניסטית אומרת כי קיימת חפיפה מאוד גדולה בין ההסדרים בדין הבינלאומיים והמדינתיים, ושאסור לנו לאפשר מצב שבו יהיה לנו פער בין המחויבויות של המדינה בדין הבינלאומי לבין מה שהדין הפנימי שלי אומר לה. צריך למעשה להימנע מתקריות של סתירה (**פס"ד שיינביין**). **קלזן** הוא מלומד מוניסט שאמר שלא יכול להיות שבאותו קיום משפטי יהיו לנו 2 שיטות משפט – המדינתית והבינלאומית שהם נפרדות – לא יכול להיות שנראה אותם כנפרדות. **קלזן** הלך אפילו רחוק מזה, ואמר כי המשפט הבינלאומי צריך להיחשב כנורמה העליונה שגוברת על המשפט המדינתי. מדינות יונקות את החיות שלהם וההכרה מהמשפט הבינלאומי – ולכן הדין המדינתי צריך לסגת מפני המשב"ל.

אם בגישה הדואליסטית אמרנו שמשב"ל יכנס רק באקט של **טרנספורמציה** – הגישה המוניסטית אומרת כי **המשפט הבינ"ל נקלט באופן ישיר לדין הפנימי**. הוא הופך באופן אוטומטי להיות חלק מהדין הפנימי, כזה שאפשר לפסוק ולהחיל אותו בבתי המשפט המדינתיים.

**לפי המוניזם – מה קורה במקרה של התנגשות?**

1. בכורה לדין הבינ"ל.
2. בכורה לדין הלאומי/פנימי.
3. כללי הכרעה (דין ספציפי, מאוחר וכו'...).

**מה קורה בפרקטיקה?**

אנו נראה כי אין מדינות שהן 100% מוניסטיות או דואליסטיות – רוב המדינות מציגות שילוב כזה או אחר של 2 הגישות.

באופן כללי אנו רואים הבחנה בין האופן שבו מדינות קולטות מנהגים בדין הפנימי לבין האופן שבו מדינות קולטות אמנות לדין הפנימי:

* **מנהגיות** - ברוב המדינות דין מנהגי הופך באופן אוטומטי לחלק מהדין הפנימי. אזרחים יכולים להישען על דין מנהגי זה, וביהמ"ש יכול להכריע על פי דין זה. **לדוגמא – אמנת האג בדבר הכללים/נהלים למלחמה ביבשה** – מדובר באמנה מ-1907 שרלוונטית למצבי לחימה וכיבוש. אין ספק כי מדובר בדין מנהגי, ואנו יכולים לראות בהרבה פסקי דין את ביהמ"ש העליון פוסק ומכריע לפי כללי אמנת האג – זה דין מנהגי, נכלל אוטומטית, שומע טענות ומכריע בהתאם למחויבות של מדינת ישראל בלי שישראל קבעה זאת בחקיקה. מנהגים נוצרים באופן ספונטני על בסיס הפרקטיקה בין מדינות – המדינות חשות מחויבות לפעול ככה בכל מקרה.
* **אמנות** (נורמות הסכמיות) – המצב יותר מורכב. כאן אנו רואים פיצול בין מדינות.
* **מוניסטיות** – שם מרגע שהמדינה הצטרפה לאמנה, האמנה מקבלת מעמד של חקיקה פנימית (היא חלק מהדין הפנימי).
* **דואליסטיות** – אם אין חקיקה קולטת/אוטו אקטב נוסף של טרנספורמציה, האמנה לא הופכת להיות חלק מהדין הפנימי.

**ממה נובע השוני בשאלה האם המדינה היא מוניסטית או דואליסטית בנוגע ליישום הדין הבינלאומי על הדין הפנימי?** השוני נגזר מהתהליך של כריתת האמנה וההצטרפות אליה**!**

* באותן מדינות כמו ישראל ובריטניה שהממשלה והרשות המבצעת היא זו שבעלת הסמכות לאשרר אמנות להצטרף בשם המדינה לאמנות, המדינות הללו הן דואליסטיות. מדוע? **כי המחוקק לא מעורב**. אכן הרשות המבצעת בעלת סמכות לאשרר אמנות, אבל כדי שהאמנות שמממשלה מצטרפת אליהם יתנו תוקף בדין הפנימי – צריך שהמחוקק יגיד את דברו ויגיד שהאמנה מחייבת אותו גם בדין הפנימי כדי שהאזרחים יוכלו להישען על כך.
* הצד השני של המטבע – באותן מדינות שבהן לפרלמנט/למחוקק יש תפקיד אקטיבי/מרכזי באשרור של האמנות – אלה הם מטבע הדברים המדינות המוניסטיות שמיד עם ההצטרפות האמנה קובעת מעמד של חוק. המחוקק הוא זה שמחוקק חוקים במדינה. אם הוא בעל הסמכות לחייב את המדינה באמנות – הוא עושה תהליך של חיקוק חוק. במדינות שבהן הפרלמנט מעורב באשרור האמנות, **הפרלמנט הוא זה שמחייב את המדינה**.

**דוגמאות לפרקטיקה במדינות:**

* **בריטניה** – כמו בישראל, הפרלמנט לא מעורב באשרור. כדי שאמנות שהן בעלות מעמד של דין הסכמי יחייבו את בריטניה, נדרש הפרלמנט לעשות מעשה ולקלוט את האמנה לתוך הדין הבריטי, ורק אז הוא יקנה מעמד בדין הבריטי הפנימי – זה בנוגע לאמנות.

מנהג עם זאת הופך באופן אוטומטי לחלק מהדין הבריטי – אם אזרח בריטי רוצה להביא לביהמ"ש תביעה, הוא יכול להישען על המנהג כמו החוקים הבריטים.

**במידה ויש סתירה** – בבריטניה אם יש חוק מפורש שסותר או מחויבות מכוח מנהג או מחויבות מכוח אמנה, החוק הבריטי **יגבר.**

בבריטניה יש חזקה פרשנית של התאמת המשפט הפנימי למשב"ל – **חזקת ההתאמה הפרשנית** אומרת בעצם לשופט בבריטניה *"שופט יקר, כשאתה מפרש את הדין, נא עשה זאת באופן* ***שיעלה בקנה אחד ככל האפשר עם המחויבויות של המדינה בדין הבינלאומי****."*

חזקה זו שואפת להרמוניזציה.

**בריטניה היא מדינה מוניסטית בכל הנוגע למנהג, ומדינה דואליסטית בכל הנוגע לאמנה.**

* **גרמניה** – כמו רוב המדינות, **המנהג** נקלט ישירות. עם זאת, גרמניה היא מדינה מוניסטית הרבה יותר חזקה מאנגליה במקרה של מנהג – המנהג גובר אפילו על הדין הפנימי! אם יש חוק גרמני ומנהג בינלאומי והם בסתירה – המנהג הבינלאומי גובר בגרמניה – מדובר במדינה מוניסטית מאוד חזקה.

בנוגע **לאמנה** – בגרמניה המחוקק מעורב באשרור האמנות, והאמנה הופכת עם האשרור לחלק מהדין הגרמני הפנימי. עוד יותר מכך – האמנה **תגבר** על חוק מקומי סותר בגרמניה. גרמניה היא מדינה מוניסטית חזקה גם ביחס לאמנות. עם זאת, אם תהיה התנגשות בין האמנה לחוקה של גרמניה, האמנה תיסוג מפני החוקה.

* **צרפת** – אמנות מאושררות על ידי הפרלמנט, ולכן זה כבר לא מפתיע אותנו שאמנה הופכת באופן אוטומטי עם ההצטרפות לחלק מהדין הפנימי. גם כאן, האמנה **תגבר** על חוק פנימי סותר.

עם זאת, האמנה תיסוג בפני החוק הצרפתי, והמנהג נקלט באופן אוטומטי.

* **הולנד** – האמנה מאושררת על ידי הפרלמנט והופכת לחלק מהדין הפנימי. גם בהולנד האמנה תגבור על חוק מדינתי סותר, אבל הולנד לקחו את המוניזם לאקסטרים – האמנה תגבר **אפילו על החוק** אם האמנה התקבלה ברוב מיוחס של הפרלמנט – רוב של 2/3 של הפרלמנט ההולנדי.

אם מספיק 2/3 לתקן את החוקה בדין הפנימי, וקיבלנו אמנה ב2/3 – אין סיבה שלא תגבור על החוקה! הולנד היא נקודת הקיצון של המוניזם.

* **ארה"ב** – מדובר במקרה שיש לו דינמיות והתפתחות מעניינת.

**המנהג** נקלט באופן אוטומטי כמו בשאר המדינות. חוק פדראלי או חוק מדינתי של State גובר על מנהג בינלאומי, כשגם כאן יש את **חזקת ההתאמה הפרשנית** – צריך לשאוף לכמה שפחות סתירה וכמה שיותר שהדין הפנימי יעלה בקנה אחד עם הבינ"ל.

**בנוגע לאמנה** – לצורך אשרור של אמנות בארה"ב **נדרש אישור של 2/3 מהסנאט!** יש אמנות בינ"ל שארה"ב יזמה, ואז לא הצליחה להביא אותה לאישור בסנאט! (אמנת חבר הלאומים – ארה"ב לעולם לא הצטרפה אליו). **עם זאת**, אם אמנה זכתה לרוב של 2/3 בסנאט – לפי סעיף 6 לחוקה, אמנה שהסנאט אשרר אותה ברוב של 2/3 – מעמדה הוא **כשל חוק פדראלי בארה"ב**.

**מה הנפקות של זה?**

במקרה של התנגשות – האמנה נסוגה מפני החוקה האמריקאית (החוקה האמריקאית גוברת לא משנה מה), **אבל**, האמנה שאושררה היא כמו חוק פדראלי – ולכן היא תגבר **גם על החוקות של המדינות השונות וגם על החוקים של המדינות השונות בארה"ב**.

למול חוק פדראלי – המאוחר גובר. אם האמנה נקבעה אחרי חוק פדראלי ישן יותר – האמנה תגבר. אם ארה"ב הצטרפה לאמנה ואז חוקקה חוק פדראלי סותר – החוק המאוחר בזמן יגבר.

על פניו, נראה כי ארה"ב מוניסטית חזקה – אמנה=חוק פדראלי. כל זה תיאורטי בשלב זה.

במשך מאה השנים האחרונות – יותר ויותר אלמנטים דואליסטים חדרו להם לאט לאט לתוך אופן שבו אמנו נקלטות לדין הפנימי בארה"ב – *"Shall be… Supreme law of the land"*

**בפועל חלק גדול מהאמנות שמאושררות על ידי ארה"ב שהסנאט כן הצביע עבורם ברוב של 2/3 – בפועל לא חלות באופן אוטומטי בדין הפנימי**.

התחילו להם בתי המשפט בארה"ב בפרשנות שלפיה ביחס לאמנות מסוימות, גם אם הסנאט אשרר אותם ברוב הנדרש, עדיין נדרשת חקיקה שתתווך בין הדין הבינלאומי לבין הדין המדינתי.

בעצם, בדין האמריקאי נוצרה לה אבחנה בין Non-Self-Executing Treaties לבין

Self-Executing Treaties.

במאה ה-19 מתחילה להתפתח התיאוריה שלמרות שאמנות צריכות להיות במעמד של חוק פדרלי ולמרות שעקרונית הן לא דורשות חקיקה קולטת, אומרים בתי המשפט בארה"ב *"רק רגע, עם כל הרצון הטוב יש אמנות שלא מתאימות שנקלוט אותם באופן אוטומטי בלי שהמחוקק יומר את דברו באופן מדוקדק יותר. צריך חקיקה שבכל זאת תתווך חלק מהאמנות לתוך הדין הפנימי: אמנות ה Non-Self-Executing Treaties לא ניתנות ליישום AS-IS כלשונם בדין הפנימי, אלא דרושות חקיקה שתתווך ותיישם אותן באופן ברור יותר.*" **זאת לעומת** Self-Executing Treaties שניתן ליישם בהתאם להוראות הדין בארה"ב כחוק פדראלי כאשר יש רוב של 2/3.

**לדוג' פס''ד סיי פוג'י נ' מדינת קליפורניה** – מדובר באזרח יפני שרצה לקנות נדל"ן בקליפורניה. עם זאת, היה חוק בקליפורניה שהגביל בצורה משמעותית את האפשרות של אזרחים זרים לקנות נדל"ן בקליפורניה. האזרח היפני התבסס על מגילת האו"ם – שבאחד הסעיפים שלה מדברת על עיקרון השוויון – ושהמדינות שהן צד למגילת האו"ם תפעלנה על מנת לכבד את הזכות לשוויון של אנשים. היפני טוען כי בארה"ב האמנה אושררה כמו שצריך והפכה להיות במעמד של חוק פדראלי. משמעות הדבר: החוק הפדראלי/האמנה אמורה לגבור על החוק של מדינת קליפורניה, ולכן צריך לאפשר לו לקנות נדל"ן בקליפורניה.

בתי המשפט דחו את התיק – בטענה כי אותו סעיף במגילת האו"ם שמדבר על עקרון השוויון, אומר שמדינות יפעלו על מנת לכבד וליישם את הזכות הזאת.

ביהמ"ש האמריקאי אומר שזה סעיף non-self-executing treaties – ארה"ב הייתה צריכה לעשות אקט נוסף שמתווך את חובותיה למגילת האו"ם אל תוך הדין הפנימי בכל הנוגע לשוויון – ובגלל שארה"ב לא עשתה כן, אז הרי שהאמנה הזאת לא תקפה על מדינת קליפורניה, ולכן היא רשאית לא לאפשר לאזרח היפני לרכוש את הקרקע.

בשנות ה-90 ארה"ב מצטרפת לשורת אמנות בינ"ל בתחום **זכויות האדם**. כבר ברגע שהקונגרס נדרש לדבר ומאשרר את הצטרפות ארה"ב, הוא אומר **שהקונגרס רואה את האמנות האלה כ- Non-Self-Executing Treaties–** ארה"ב תצטרך לדאוג לחקיקה שתתווך אותן באופן ברור יותר לתוך הדין הפנימי כדי שהיא תהיה מחויבת על בסיס האמנה בדין הפנימי.

השיא של זה הוא **בפס"ד Medellin** – חובות של ארה"ב בדבר יחסים קונסולריים. ביהמ"ש העליון בפסיקתו העיקרית נותן **משנה תוקף** להבחנה בין אמנות Non-Self-Executing לאמנות Self-Executing - בתי המשפט יצטרכו להבחין בפועל בין האמנות.

מי שנדרש להכריע בסופו של דבר הם בתי המשפט כאשר מגיעים אליהם סכסוכים ספציפיים בנוגע לאמנות ספציפיות – וביהמ"ש צריך לומר האם מדובר באמנה שנקלטה או לא נקלטה באופן אוטומטי לדין האמריקאי. **שני השיקולים המרכזיים שביהמ"ש מתייחס אליהם:**

1. **האם פרקטית ניתן להעניק לכלל שבנדון (עקרון השוויון) כוח של חוק ללא חקיקה ספציפית של הקונגרס?** האם אפשר ליישם את האמנה בלי שהמחוקק יגיד את כוונתו באופן ברור יותר?
2. בתי המשפט האמריקאים במצבים כאלה הולכים ומסתכלים על **ההיסטוריה החקיקתית של האמנה המדוברת**. בד"כ להרבה אמנות יש קומנטר – קובץ שמעלים על כתב את היסטוריית מו"מ האמנה – אומר מה הייתה הכוונה של מי שהציע, ושופך אור על הנוסח הספציפי באמנה. בתי המשפט האמריקאים, כאשר הם ניצבים מול הדילמה הזאת, הולכים להיסטוריה של המו"מ של האמנה – ומנסים דרכה ללמוד מה המדינות חשבו – האם אלו אמנות שיכולות להיקלט על ידי המדינות או לא?

בד"כ כשאמנה כוללת שאלות פוליטיות חשובות שמחייבות הכרעה פנימית יותר מדוקדקת, הנטייה תהיה לראות בהן כNon-Self-Executing Treaties.

**לדוגמא** – הסכמי ה**WTO**- (ארגון הסחר הבינ"ל) – הסכמים כבדי משקל מבחינת החובות שנוצרים עבור ארה"ב – ארה"ב חוקקה הסכמים אלו במהלך עצום לתוך חוקי המדינה. יש חוק פנימי אמריקאי שמיישם אותו ומבהיר את עמדת המחוקק – איך, מתי, למה אפשר להישען על ההסכמים בדין הפנימי.

מחר דפנה מגיעה לשיעור, וצריך להיות בשקט (המתרגלת).

14.11.17

**שיעור 8**

**היחס בין המשב"ל והמשפט הישראלי (דפנה - מתרגלת)**

בשיעור הקודם דיברנו על כך שיש 2 מערכות משפט – מערכת משפט ישראלית ומערכת משפט בינלאומית. דיברנו על כך שבכל מני מדינות יש שיטות שונות לקלוט את המשב"ל, כאשר יש 2 תפיסות עיקריות: **דואליסטית ומוניסטית**.

1. **התפיסה המוניסטית** אומרת שמדובר במערכת משפט אחידה – לא צריך לעשות אקט אקטיבי כדי לקלוט את המשב"ל – ברגע שהצטרפתי לאמנה אני מחויבת בה. זאת שיטה שבד"כ נהוגה במערכת המשפט הקונטיננטלית (צרפת).
2. **תפיסת משפט דואליסטית** – מדובר ב-2 מערכות משפט נפרדות שנעות במסלולים נפרדים ולפעמים יש השקה. איך עושים את ההשקה?

אם הצטרפתי לאמנה – אני אחוקק חוק ישראלי שאומר שקלטנו את האמנה ואנו מחויבים בה. עוד שיטות – לקלוט דרך הפסיקה. בעקרון, כל מערכת משפט בתוך התפיסה הדואליסטית (ישראל, קנדה, אנגליה וארה"ב) יש סט כללים של איך היא קולטת את המשב"ל.

בעצם, בשיעור הזה נעסוק ב**איך בישראל קולטים את המשב"ל** – מה עושים איתו? האם מחוקקים לפיו חקיקה? האם סמכויות צריכות לפעול לפיו? האם תקנות צריכות להיקבע לפי המשב"ל? או שישראל זה כמו אי?

**המשפט הישראלי** למעשה לא הגדיר בחקיקה איך קולטים משב"ל. ההתפתחות של קליטת המשב"ל בישראל נעשתה **דרך הפסיקה**. הפסיקה משתמשת בעצם ב-2 הבחנות מאוד חשובות בין נורמות במשב"ל:

* **נורמות מסוג מנהג.**
* **נורמות מסוג הסכם (אמנות).**

**קליטת נורמות מסוג מנהג**

מנהג זה נורמה שקובעת לכל אומות העולם והיא מחייבת כל מדינה בלי בעצם לשאול אותה אם זה מקובל או לא. המנהג נקבע על סמך 2 דברים מאוד בסיסיים:

1. **הפרקטיקה** – אם הרבה מדינות או מדינות חשובות עוקבות אחר כלל.
2. **זה כלל שאנו יכולים לראות שמעבר לזה שהן עושות את זה** – יש איזשהו מימד של מחויבות משפטית שנכנס לתוך זה. **לדוגמא** – היום האיסור על עבדות נחשב כאיסור מנהגי. זה אומר שאני כמדינת ישראל לא יכולה לכרות הסכם בינלאומי עם ארה"ב למכירת עבדים.

**פס"ד שטמפפר נ' היועמ"ש (1954)**

יש אונייה בלב ים, והאונייה עומדת לטבוע. איש הצוות זורק סירות הצלה, אבל הוא לא בדק אם בסירות יש משוטים – והוא מואשם בהריגה ברשלנות.

עם זאת, הוא אומר כי הוא בכלל היה בלב ים, ולכן לישראל בכלל **אין שום סמכות שיפוט כאן**. ישראל לא קבעה בחוק העונשין שברגע שיש ספינת דגל במים בינלאומיים חל החוק הישראלי.

**ביהמ"ש אומר כי יש כלל מנהגי** לפיו סמכות השיפוט של מדינה חלה על אונייה בעלת דגל ישראלי, גם אם היא בלב ים. לכן גם אם הכלל לא נקלט בדין, זה **כלל מנהגי** ואין שום צורך בקליטה אקטיבית – והוא הופך להיות חלק מהדין בלי פעולה חקיקתית.

**מה גובר במקרה של סתירה?**

מה קורה כאשר יש לי חוק פנימי שסותר את אותו כלל מנהגי? יש כאן איזשהו קונפליקט! אני כביהמ"ש מחויב לחוקי ישראל. אבל מדינת ישראל מחויבת גם למנהגים בינלאומיים.

**פרשת אייכמן**

הסנגור טוען כי העמדה לדין בישראל בעצם מנוגדת למשפט הבינלאומי המנהגי.

הוא טוען כי הפשעים לא בוצעו בכלל על אדמת ישראל (לא הייתה), הקורבנות אינם ישראלים והנאשם לא ישראלי – בכלל אין שום זיקה למדינת ישראל ולכן אין לה סמכות שיפוט להעמיד את אייכמן לדין.

הדבר השני שהוא טוען – זה שהחוק שלפיו הוא מואשם בדין (חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם) – נחקק אחרי שהפשע בוצע. מדובר על **חקיקה רטרואקטיבית** – אשר מנוגדת למשפט הפלילי. התפיסה הייתה כי מדובר בעקרון מנהגי.

ביהמ"ש אומר שם כמה דברים:

ברקע יש דיון של סמכות שיפוט אוניברסלית – בפשעים חמורים מסוימים כמו רצח עם יש בעצם סמכות שיפוט לכל מדינה בעולם, גם אם אין זיקה ישירה בין הפשע לבין המדינה שמעמידה לדין.

אבל ביהמ"ש אומר שגם אם אפשר היה לקבל את טענות הסנגור וגם אם באמת יש כלל מנהגי שלא ניתן להעמיד לדין, הגם שיש כלל מנהגי כזה, יש לנו **חוק פנימי מפורש** (חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם) ואותו חוק פנימי מפורש **גובר על מנהג**.

יש כאן איזשהו פתח – על כל דבר אני יכול לחוקק חוק מפורש. אז לא נהיה מחויבים בנורמות בינלאומיות בכלל? (נדבר על כך בהמשך).

**קליטת אמנות** – אינה הופכת לחלק מהדין הפנימי **אלא אם יש חקיקה קולטת**.

**פס"ד האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה**

עוסק בשלושה עותרים שבעצם אומרים שבגלל הסכם שביתת הנשק שישראל חתמה עם ירדן, היה שם למעשה שינוי של גבול, והם איבדו את אדמותיהם.

הם אומרים **שבהסכמי רודוס** יש סעיף שאומר שבעצם ההסכם הזה לא ניתן לפגוע בקניין פרטי של התושבים. **ביהמ"ש** אומר כי נכון שיש משפט בינ"ל ואמנה שישראל מחויבת לה – אבל אמנה זו מדברת על מדינות. פרטים בעצם לא יכולים לטעון גם על זכויות על בסיס אותו הסכם מכיוון שמדובר בהסכם בין מדינות. **ביהמ"ש** אומר גם כי הפרט יכול היה להסתמך על הסכם בינ"ל רק אם הכנסת הייתה מחוקקת חקיקה קולטת. כלומר – **האמנה לעומת המנהג לא נכנסת באופן אוטומטי לדין הפנימי, אלא נדרש הליך של קליטה.**

**מעמדה של אמנה דקלרטיבית**

כאן הסיפור הוא קצת שונה. אמנה דקלרטיבית מכריזה על כלל מנהגי מוכר – היא מעלה אותו לידי כתב. היא לא ממציאה כלל חדש – אלא רק מעלה אותו לכתב.

**פס"ד עפו** (1987)

דובר על סוגיה של גירוש מחבלים מאיו"ש. הטענה הייתה שלא ניתן לגרש את המחבלים כי הם נחשבים על בסיס אמנת ג'נבה הרביעית אזרחים מוגנים שלא ניתן להעבירם בכפייה לשטח אחר, שאחרת ישראל תבצע פשע מלחמה.

**שמגר** עושה ניתוח כפול - אומר שגירוש מחבלים לא מבטל את הוראות **סעיף 49**, **אבל**, אמנת ג'נבה היא לא אמנה דקלרטיבית אלא **קונסטיטוטיבית** בלבד – ולכן אם היא לא נקלטה בחקיקה (והיא לא נקלטה) – אין לה תוקף במשפט הישראלי כאשר מגיעים לביהמ"ש.

פס"ד זה הוא משנות השמונים. היום הגישה היא שונה – היום יש תפיסה שלפחות ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה נחשבות דקלרטיביות ולכן אין צורך בקליטה מפורשת. (חוזק על ידי ה**ICJ**-).

יש כאן אמירה שאם מדובר באמנה קונסטיטוטיבית ולא דקלרטיבית – צריך אקט של קליטה במשפט הישראלי, אחרת לא ניתן להיבנות ממנה.

**סיכום הכלל כפי שמסכמו שמגר** – המשפט הבינלאומי **המנהגי** נקלט אוטומטי אלא אם יש משהו שסותר אותו.

**אמנות** בכלל הן לא חלק מהדין הישראלי וצריך לאמצם בחקיקה כדי שיהיו תקפות – אלא אם מדובר באמנה דקלרטיבית.

חשוב לציין כי כל זה נכון למשפט הפנימי. במשפט הבינלאומי כל הנורמות האלו מחייבות.

איך אפשר להבחין בין אמנה קונסטיטוטיבית לדקלרטיבית?

תוך היכרות הנורמות ומערכת המשב"ל, הצהרות, קבוצות מומחים (ISC), כל אלו מביאים לנו פרשנות של המשב"ל. היום אם נפתח ספר של משב"ל, האמירה תהיה שעבדות היא איסור מנהגי (משהו ידוע), ולכן פרוטוקול פלאומו שאוסר על עבדות וסחר בבני אדם – התפיסה היא שמדובר במסמך דקלרטיבי.

למה בעצם נדרש שיהיה אקט שקולט את האמנה? למה אי אפשר פשוט לאשרר את האמנה – כמו שהשגריר יחתום על הסכם הפקת קולנועית משותפת עם צ'כיה, או הסכם על איסור ציד לוויתנים - למה אני צריך עוד משהו שיקלוט את האמנה שכבר חתמתי עליה?

הכנסת קובעת את החקיקה, **והממשלה מחליטה על הצטרפות לאמנות.**

**ההסברים של שמגר:**

1. **עקרון הפרדת רשויות** - שמגר אומר שיש כאן פגיעה בהפרדת הרשויות – המדינה תחליט באיזה נורמות המדינה מחויבת, אבל זה התפקיד של הכנסת!
2. **הבדלים מהותיים בין משב"ל למשפט הפרטי** - שמגר גם אומר כי המשפט הבינלאומי והישראלי שונים בתכלית – המשב"ל נוצר על ידי מדינות וארגונים בינ"ל.
3. **אפשרות אי התאמה בין האמנה לתנאי הארץ** - האם האינטרסים של סקנדינביה זהים לשל ישראל? האם אנו באותו מאותו רקע? ממש לא! יש אי התאמה. הרבה פעמים אותו אקט שקולט את האמנה עושה את ההתאמה בין האינטרסים של המדינה, לתושבים ולתנאים שיש כאן. אנו מגלים שבתקנות יכולות להיות הרבה דרישות – כמו שהמדינה חייבת לתת מקלט לאישה שנרדפת במדינה אחרת – מדובר בהליך קליטה, חוק שישראל צריכה לחוקק וכרגע הוא אינו קיים.
4. **תכתיבים מצד מדינות אחרות** - יכול להיות שיש נורמות שלא נבחנו בכלל בעיניים של ישראל.
5. **אי בהירות – זה יכול ליצור בלבול**. אם כל אמנה תהיה מחייבת באופן אוטומטי – איך נדע אילו השלמות נדרשות בדין הפנימי? האם אנו מקבלים את התמונה המלאה או שצריך חקיקה משלימה לאמנה?

**יש גם טיעונים נגד ההסברים של שמגר** - לכנסת יש 21 יום עד שהיא מחליטה אם לאשרר/לקלוט את האמנה או לא לאחר שהממשלה העבירה זאת אליה, במידה והחליטה לעשות כן.

**חקיקה קולטת – מספר מודלים, ביניהם:**

1. **חקיקה מפורשת** – חוק יישום הסכם בדבר רצועת עזה ויישום יריחו – אנו מיישמים את אותה אמנה.
2. **חוק שקובע שלאמנה הנספחת מעמד של חוק אמנת האג** – החזרת ילדים חטופים. חוק שאומר שהאמנה שהיא הנספח לחוק זה היא בעלת מעמד של חוק – היא כבר נקלטת בזה עתה בדין הפנימי. לא עשיתי ממש חוק שמונה את כל מה שכתוב באמנה – אבל הנספח לחוק הוא חלק מהאמנה וההאמנה היא בגדר חוק.
3. **חוק שבעצם בתוכו הוא מכפיף עצמו לאמנות בינלאומיות** – חוק ההסגרה אומר שההסגרה למדינה אחרת תעשה כאשר יש הסכם הסגרה בלבד (אמנה בינלאומית). החוק למעשה מכפיף הוראות בתוכו לנורמה בינלאומית.

**בפס"ד שיינבין** – נקבע שלמרות שהיה לנו הסכם הסגרתי להסגיר את אותו אזרח – לא הסגרנו אותו בשל החוק הפנימי. **חוק פנימי מפורש גובר על התחייבות באמנה.**

**חזקת ההתאמה הפרשנית –**

ברבות השנים ביהמ"ש פיתח כלי שנקרא **חזקת ההתאמה הפרשנית** כדי להתמודד עם הסתירות של החוק הבינ"ל. החזקה הזאת אומרת שיש לנסות לפרש כל דבר חקיקה ישראלי באופן **שעולה בקנה אחד עם התחייבות בינ"ל של מדינת ישראל**, וזה לא משנה אם מדובר על מנהג או נורמות הסכמיות. כאשר יש לי חוק שאני בא לפרש אותו בביהמ"ש, אני אנסה שהוא יהיה תואם כמה שיותר לנורמות הבינ"ל. בהתחלה החזקה הזאת נקבעת ב**פס"ד קמיאר** – ויש שם את חזקת ההתאמה. עם השנים אנו רואים שהחזקה הזאת **הולכת ותופסת תאוצה**

**פס"ד פלונים נ' שר הביטחון** (1997)

פרשת קלפי המיקוח. נשאלת השאלה האם שר הביטחון יכול להמשיך ולעצור עצורים במעצר מנהלי כקלפי מיקוח. אנו מחזיקים למעשה עצורים לבנונים – המדינה טענה כי המחבלים מוחזקים כקלף מיקוח (רון ארד). מנגד נטען כי החזקתם כקלפי מיקוח מנוגדת לאמנה הבינ"ל.

**השופט ברק** קודם כל אומר תחילה שזה לא עובר על נורמה של משפט בינלאומי, ומעבר לכך – זה בכלל לא משנה, הוא בחן כרגע בפס"ד את החוקתיות של החוק שמאפשר לבצע את אותו מעצר מנהלי – **חוק סמכויות שעת חירום** (מאסרים) וראה שהוא מידתי ולתכלית רואיה – ולכן מרגע שהוא נמצא ראוי, ממילא **גובר חוק פנימי ומפורש על המשב"ל כי מדובר בהוראה ספציפית**. לכן הוא בכלל לא בודק מה הסתירה בינו לבין המשב"ל. היה מדובר במקרה בתחילת כהונתו של ברק.

פרשה זו **חוזרת בדיון נוסף (שנת 2000)**, וכאן **ברק** עושה פרשנות שונה.

הוא אומר שנכון שגם אם אין איסור מפורש על החזקת בני עורבה במשפט המנהגי וגם אם האיסור על החזקת בני ערובה לא כובל את ישראל, עדיין כאשר הוא עושה פרשנות תכליתית של אותו חוק, והוא אומר שהחזקה כקלף מיקוח זה לא בגדר השיקולים הלגיטימיים שניתן להשתמש באותו חוק ולבצע מעצר מנהלי (שיקולי ביטחון), כאשר אני פונה לתכלית האובייקטיבית של החוק –

יש להתחשב **גם בחזקת ההתאמה**, **וגם בנורמות הבינלאומיות**. חלק מהתכלית של החוק היא גם להגשים את ההוראות של המשב"ל. הסמכות של שר הביטחון לעצור ולהחזיק מחבלים כקלפי מיקוח כאשר לא נשקפת מהם סכנה מידית – **היא לא חוקתית** ולא תואמת את ההתחייבות הבינלאומית של מדינת ישראל. כל זה היה רקע ל**חוק הלב"חים** (לוחמים בלתי חוקיים) שנחקק ב-2002. כבר בתחילת החוק אנו רואים אמירה מפורשת שהחוק נועד לפעול בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותה של מדינת ישראל לפי הוראות המשב"ל – הכנסה של חזקת ההתאמה באופן מפורש.

**ע"פ 6659/06 פלוני (2008)**

כשיש עתירה על חוקתיות אותו חוק לביהמ"ש העליון (לשופטת בייניש) – אנו רואים "צעד קדימה". **השופטת בייניש** עשתה שתי בחינות:

1. בחנה את חוקתיות החוק על פי הדין הפנימי (פסקת הגבלה, חוקתיות....)
2. בדקה אותו על פי הנורמות הבינ"ל – האם אותו חוק עולה בקנה אחד עם המשב"ל?

למעשה – מלבוא ולהגיד שמדובר ב-2 מערכות נפרדות ושאם יש חוק סותר הוא גובר – יש כאן שינוי של **180 מעלות!** לא רק שיש חזקת ההתאמה הפרשנית – **היא בחינה נוספת לבדיקת החוק!**

אנו גם רואים שחזקת ההתאמה הפרשנית נכנסת במפורש בתוך חוק ספציפי – המחוקק אומר כי צריך לדאוג שהפעלת החוק עולה בקנה אחד עם המשב"ל – מכניסים את הנורמות של המשב"ל לתוך החוק! למעשה – לאורך השנים המעמד של חזקת ההתאמה הפרשנית התחזק משמעותית!

**היכן מחילים את חזקת ההתאמה?**

בנוגע לחוקי יסוד – אנו לא ניתן לחזקת ההתאמה לחול על חוקי היסוד שלנו – זה ייצור בלגן ומשהו לא טבעי – אינטרסים אחרים יוכלו לפגוע לי בריבונות. בנוסף – עקרון הפרדת הרשויות – אם נפעיל על חוקי היסוד את חזקת ההתאמה הפרשנית, תהיה לנו בעיה.

* **פרשנות חקיקה ראשית של הכנסת**:

**בג"ץ 2599/00 יתד**

קבוצה של הורים של ילדים בעלי צרכים מיוחדים פונה לביהמ"ש ואומרת כי משרד החינוך אומנם מקצה תקציב לבתי ספר לחינוך מיוחד, אבל אנו מבקשים שיהיה גם תקציב לשילוב ילדים עם צרכים מיוחדים גם בבתי ספר רגילים – זה חלק מהזכות לחינוך!

**השופטת דורנר** בוחנת בעצם האם יש זכות חוקתית לחינוך? ומה הפרשנות של חוק חינוך מיוחד? האם הוא כולל את הזכות הזאת?

כשהיא מגיעה להחלטה שישראל צריכה ליישם את חוק החינוך המיוחד באופן שוויוני ומקבלת את העתירה – היא אומרת שגם בפסיקה במשפט הישראלי כבר הכרנו בזכות בחינוך, אבל לא רק זה – ישראל חתומה על האמנה לזכויות הילד שמדברת על כך שלכל ילד יש זכות לחינוך, והיא חתומה גם על האמנה לזכויות חברתיות תרבותיות כלכליות (IESER) – וישראל גם שם מחויבת בזכות לחינוך.

מתוקף כך גם כן יש זכות לתת את אותו תקציב לילדים בעלי מוגבלויות להשתלב בבתי ספר רגילים.

יש כאן יחס לכל מני נורמות במשב"ל, והבחינה תעשה במיוחד בנוגע לנורמות שישראל מחויבת בהן באופן פורמאלי.

* **רשות מנהלית**

לאחר מכן אנו בעצם רואים פסקי דין שמדברים על זה שלא רק חקיקה ראשית צריכה לעמוד בכללי מערכת המשפט הבינלאומי, אלא גם רשות מנהלית בבואה לבצע החלטה – צריכה להתחשב בכך.

**דוגמא 1-** אם רשות מנהלית – כמו משרד החינוך, מחליט ששיעורים מסוימים בפיזיקה יכנסו לאליהם רק גברים, זה לא עולה בקנה אחד עם המחויבות של מדינת ישראל לפי האמנה לזכויות נשים שאומר שאישה כמו גבר צריכה ליהנות מהזכות לחינוך.

**דוגמא 2** – רשות בתי הסוהר מחליטה שלאסירים ביטחוניים לא יהיו ביקורי משפחה – גם החלטה כזאת צריכה בעצם להתחשב בנורמות בינלאומיות שישראל מחויבת בהן. (**בג"ץ יסין**).

**בשורה התחתונה – התחזקות המשב"ל במשפט הפנימי**

אנו רואים איזושהי מגמה של התחזקות המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי שמראה לנו שאנו הולכים לכיוון שהוא בכלל **מוניסטי**! אם אני משתמש בנורמות בינלאומיות בפרשנות חוק בבית המשפט כהליך אוטומטי – לכאורה נראה כי מדובר במערכת כללים אחודה שהתמזגה!

**זה קורה בגלל כמה סיבות:** (המשפט הבינלאומי הולך ומתחזק ומשפיע יותר על המשפט הפנימי).

* **התחזקות השפיטה הבינלאומית** – היום הפרט/אנשים מהווים חלק מאוד חשוב ממערכת השפיטה (לא רק מדינות). ניתן להעמיד לדין אנשים בתוך בית משפט בינ"ל! אנו רואים זאת עם הקמת ה-**ICC** לדוגמא, שיכול להוציא צווי מעצר ולהעמיד לדין על פשעים חמורים.
* **עקרון המשלימות בדין הפלילי הבינ"ל** – לדוגמא, בפס"ד אליאור עזריה – ביהמ"ש אומר כי יש חשיבות מאוד גדולה למרות הביקורת הציבורית לכך שבמערכת ישראל יש מערכת שיפוטית מתפקדת שמעמידה לדין אנשים שעברו על דיני הלחימה .

(תנאי בדין הבינלאומי – ביהמ"ש יתערב ויעמיד לדין אנשים שעשו פשעי מלחמה, רק אם אותה מדינה לא יכולה או לא רוצה להעמיד לדין את האנשים שלה – רק אם אין מערכת מתפקדת).

* **המשב"ל עצמו עבר שינוי** – אם פעם המשפט עסק בדברים כמו מים בינלאומיים, מלחמות, סחר בנשק, סחר במוצרים, היום הוא מדברים על תכנים **שרלוונטיים יותר לדין הפנימי!** הזכות לשוויון והזכות לחינוך – הם דברים פנימיים של המדינה ולא דברים של המשב"ל! אבל עובדה שיש נורמות בינלאומיות שעוסקות באותם דברים, ולכן התכנים של המשב"ל חודרים פנימה. זה מתחבר לכך שהמשפט הישראלי משתמש יותר ויותר בנורמות של המשב"ל.

20.11.17

**שיעור 9**

**השחקנים הראשיים במשב"ל – המדינה**

**מיהם השחקנים בזירת המשב"ל?**

עד מלחמת העולם הראשונה, השחקנים המרכזיים במשב"ל היו **המדינות**. המדינה היא בעצם השחקן שהוא בעל אישיות משפטית במשב"ל – הוא בין מדינתי (Inter National).

במרוצת המאה ה-20 מופיעים לנו יותר שחקנים שפורצים למעשה את האופי הבין-מדינתי של המשב"ל –

* **ארגונים בינ"ל**: נראה כי יש לנו מאות ארגונים בינ"ל שיש להם אישיות משטית נפרדת במשב"ל.
* **Quasi States**: מעין מדינות, כמו **פורטוריקו** – היא לא אחת ממדינות ארה"ב, אבל היא מדינת חסות. לאזרחים שם יש אזרחות אמריקאית אבל הם לא יכולים להצביע לבחירות – וארה"ב היא זו שמנהלת את יחסי החוץ של פורטוריקו.

**טאיוואן** – לא העזה להכריז עצמאות, היא שחקן, אבל לא במלוא מובן המילה – היא מפחדת שסין תכבוש אותה ושהיא תאבד את המקום שהיא הגיעה אליו היום.

* **גופים פרטיים אחרים** – אנשים אינדיבידואלים, חברות בינ"ל, NGO's – כל אלה זה עוד שלל שחקנים שהמשב"ל חל בעניינם היום.

לא לכל השחקנים יש את אותו מעמד במשב"ל, ולא לכולם יש את אותן זכויות וחובות. **עם זאת** – המגמה היא **יותר ויותר לעבר הרחבה של הזכויות והחובות של השחקנים האחרים**.

**למשל** – היום אנשים פרטיים יכולים להגיש תביעה כנגד מדינה על הפרת זכויות אדם שנעשתה להם. משקיעים זרים יכולים לתבוע מדינות בטריבונאלים בינ"ל להשקעות! אנו רואים יותר ויותר זכויות שביהמ"ש מעניק לגופים אחרים.

**היום נתמקד במדינה** – השחקן החשוב ביותר.

* **היסטורית** – זה השחקן החשוב ביותר.
* **פוליטית** – עדיין השחקן המשמעותי ביותר.
* **משפטית**-
	+ מרבית הנורמות קשורות בה.
	+ בעלת האישיות המשפטית הרחבה ביותר.
	+ בעלת סמכות רחבה ליצור נורמות חדשות – הן אלה שהפרקטיקה שלהן יוצרת מנהג, והן אלה שמהפרקטיקה שלהן נוצרים עקרונות המשפט הכלליים.

**איך קובעים שיחידה פוליטית מסוימת היא מדינה?**

**אמנת מונטיבידיאו (1933)** – אמנה דקלרטיבית (מחייבת את כולם – משקפת משפט מנהגי)

ס' 1 – **ארבעת התנאים לקיום של מדינה במשפט הבינלאומי:**

1. **אוכלוסייה קבועה** – אין דרישת מינימום [כמו נאורו, ליכטנשטיין, מונקו (מדינות קטנטנות)]. חשוב שזו תהיה אוכלוסייה קבועה, ולא אוכלוסייה שמבוססת על נוודים.
2. **טריטוריה מוגדרת** – כשאנו מדברים על טריטוריה – על הטריטוריה לכלול את שטח היבשה, המים הטריטוריאליים שלה, ושטח המים הפנימיים (כמו אגם הכינרת). הדרישה לטריטוריה התגבשה ככזו שחייבת להיות למדינה יבשה.

גם כאן **אין דרישת מינימום לגודל הטריטוריה** – מונקו לדוגמא קטנטנה. הטריטוריה **לא** חייבת להיות רציפה (כמו ארה"ב - שקנדה מפרידה בינה לבין אלסקה). בנוסף – **אין צורך בגבולות מוסכמים** – יכולה לקום מדינה שעדיין חלק מגבולותיה שנויים במחלוקת!

1. **ממשלה** – כדי שישות מסוימת תוכל להיקרא מדינה – נדרש שתהיה ממשלה בעלת **יכולת אפקטיבית** לנהל את ענייני המדינה – צריך ממשלה עם **יכולת שליטה אפקטיבית** בטריטוריה המיוחסת. בין היתר, המבחן המהותי שמסתכלים עליו זה האם יש לישות הזאת יכולת לקיים חוק וסדר בשטח המדובר?

**אבל**, ביחס לתנאי זה – **אנו רואים כרסום והחלשה של הדרישה לשליטה אפקטיבית**.

**לדוגמא**: כשקונגו מוקמת ומצטרפת לאו"ם – אין שם ממשלה שמצליחה לשלוט באופן אפקטיבי על כל קונגו. קרואטיה ובוסניה-הרצגוביה – יש עדיין גופים חיצוניים/שונים שקשורים לאו"ם ששולטים ומנהלים חלקים ממדינות אלו – וזה לא מנע מהם להיות מדינות מוכרות על ידי האו"ם. מה שהביא להחלשה בעקרון זה הוא העלייה המטאורית ב**זכות של עמים להגדרה עצמית** – מה שהביא להגמשה של עקרון השליטה האפקטיבית, כי יש זכות מנוגדת כבדת משקל – **הזכות להגדרה עצמית**.

**מה לגבי מדינות נכשלות**? (נפל החוק והסדר במדינות) – יש אינספור דוגמאות כמו סומליה (שנות ה-90), לבנון (שנות ה-80), ליבריה בשנות ה-90, סודן – כאן המצב הוא שהרבה יותר קשה/כמעט בלתי אפשרי לומר שמדינה היא כבר לא מדינה מאשר לדבר על עצם הקיום שלה. מרגע שמדינה כבר הוכרה ככזו שמקיימת את כל התנאים והפכה למדינה בקהילה בבינלאומית (אל אחת כמה וכמה הצטרפה לאו"ם) – אין כמעט מצב שבו אומרים שהישות היא לא מדינה.

העמדה המקובלת היא שצורת הממשל של המדינה לא מעניינת בנוגע לקיום מדינה – הממשלה צריכה להיות אפקטיבית. **אבל**, כשנגיע לסוגיה של "הכרה במדינה" – אז אנו נראה ש**כן** נכנס לנו האלמנט של הלגיטימיות של הממשלה, האם זו ממשלה לגיטימית ודמוקרטית? כאן נראה איך נכנס האלמנט של מחויבות לזכויות אדם ולשלטון דמוקרטי דרך סוגיית ההכרה.

1. **כושר לקיים/לנהל יחסי חוץ** – הדגש בתנאי הזה הוא על היכולת של היחידה הפוליטית המדוברת לקיים יחסי חוץ – כמו לכרות אמנות, להצטרף לארגונים בינ"ל.

כשאנו מדברים על התנאי של כושר לקיים יחסי חוץ, אנו רוצים להבין שאנו מדברים על **מדינה שהיא עצמאית ביחס למדינות אחרות**. אנו שואלים את עצמנו עד כמה המדינה עצמאית בפעולותיה במישור הבינ"ל.

לפורטוריקו היום (ליכטנשטיין בעבר) – לא הייתה לה היכולת להצטרף בעצמה לאמנות, לנהל באופן עצמאי יחסים דיפלומטיים מול מדינות אחרות כי מדינה אחרת עשתה את זה בשבילה. כל עוד הדבר הזה לא קיים – ישות מסוימת לא תחשב כמדינה.

התנאים שדיברנו עליהם עכשיו (סעיף 1) הם התנאים שמשמשים את הדין הבינלאומי בבדיקת האם ישות מסוימת היא מדינה. לכאורה, ישות שעומדת ב-4 תנאים אלה יכולה להכריז על עצמה כמדינה.

בנוסף – הצטרפות לאו"ם זה **לא תנאי לקיום מדינה**, אבל כמובן שעצם ההצטרפות של מדינה לאו"ם בהחלט מהווה אינדיקציה חשובה לקיומה של מדינה.

**איך מדינה מצטרפת לאו"ם?**

המדינה צריכה את העצרת הכללית ומועצת הביטחון – צריך החלטה של מועצת הביטחון על ההצטרפות של אותה מדינה והצבעה ברוב של 2/3 מהעצרת הכללית (2/3 מתוך 193).

**הכרה במדינה:**

זהו חלק חשוב מאוד בפאזל של שאלת ההגדרה וקיומה של מדינה במשב"ל.

הכרה זו סמכות שנתונה למדינות אחרות להכיר או שלא להכיר במדינה החדשה שקמה.

כשמדינה כמו קוסובו מכריזה על עצמאות – וחלק מהמדינות מכירות בה וחלק לא – מהי הנפקות של הצעד הזה? האם הכרה היא אקט קונסטיטוטיבי שנדרש למדינה כדי להיחשב כמדינה? או שזה רק אקט דקלרטיבי שלא משנה מבחינה משפטית את היותה של מדינה?

* **הגישה הדקלרטיבית** – אין להכרה או אי הכרה על ידי מדינות אחרות השלכה על הקיום **המשפטי**/**הנורמטיבי** של מדינה.
* **הגישה הקונסטיטוטיבית** – לא די בארבעת התנאים שדיברנו עליהם, אלא הכרה היא תנאי (מרכיב חיוני קונסטיטוטיבי) לקיומה של מדינה.

סעיף 3 לאמנת מונטווידאו – קיומה של הכרה **אינו** מהווה תנאי הכרחי לקיומה של מדינה.

די ב-4 התנאים שדיברנו עליהם עד עכשיו (תואם את הגישה הדקלרטיבית).

אם אמנת מונטווידאו אומרת לנו בפשטות שהכרה היא אקט דקלרטיבי – מה מוסיפה אותה הכרה?

* הכרה מצד מדינות אחרות יוצרת **לגיטימציה פוליטית** – היא מכירה לגבי אותה מדינה חדשה שקמה. כשמדינה מכירה במדינה אחרת היא מצהירה למעשה הצהרת כוונות – היא נכונה להיכנס ליחסים דיפלומטיים בינ"ל עם המדינה החדשה.
* בפועל, אקט ההכרה **הוא זה שמאפשר למדינה החדשה להוציא מהכוח אל הפועל את עצם קיומה/עובדת קיומה כחברה בקהילה הבינ"ל**.

**הנפקויות המשפטיות של ההכרה**

**הליך חד צדדי** – מדינה א' בוחרת אם להכיר או לא במדינה ב'.

עקרון יסוד שמיוחס למשפט הבינ"ל הוא **עקרון הריבנות** – במסגרת זו, מדינה יכולה להכיר במדינה אחרת ויכולה שלא – זה חלק מהריבונות שלה להחליט על כך. **במילים אחרות – למדינה אין חובה להכיר במדינה אחרת.** במישור של המשב"ל – אין נפקות משפטית להכרה או אי הכרה.

**לדוגמא** – ישראל. למרות אי הכרה מצד חלק ממדינות ערב, העדר ההכרה הזאת לא משליך על הקיום הנורמטיבי משפטי של ישראל כמדינה, לצד העובדה שיש מסה קריטית של מדינות שכן מכירות בישראל כמדינה. העובדה שיש נתח מסוים של מדינות, לא שולל/מאיין את הקיום הנורמטיבי של ישראל כמדינה במשב"ל.

העובדה שלא מכירים במדינה – לא אומר שבין המדינות לא חלים כללי המשב"ל. למשל – כשישראל הייתה במצב של מלחמה פעילה מול סוריה (שלא מכירה בישראל) – זה לא שלל את תכולתם של דיני הלחימה הבינ"ל. לא סוריה ולא ישראל טענו שבגלל שסוריה לא מכירה בישראל לא חלים דיני הלחימה. למרות שסוריה לא מכירה בישראל – הכללים הבינ"ל המשפטיים הרלוונטיים יחולו ביניהם.

למרות שלהכרה אין משמעות משפטית במשב"ל, יש לה **משמעויות פוליטיות ודיפלומטיות** **אדירות**.

מדינה שלא מכירה במדינה אחרת – זה אומר שהיא לא תקיים איתה יחסים דיפלומטיים, לא תחתום איתה על אמנות. בנוסף, מדינה חדשה שמספר לא מבוטל של מדינות לא מכירות בה – לא תוכל להצטרף לארגונים בינ"ל. אם צריך רוב של 2/3 בעצרת הכללית – אם אין את הרוב הזה המדינה לא תיכנס לאו"ם. לקוסובו למשל אין רוב של 2/3 היום, ואם מדינות לא מכירות במדינה האחרת – למדינה החדשה קשה מאוד לממש את עצם היותה מדינה בזירה הבינ"ל.

**לדוגמא** – **סומלילנד** – חבל ארז בסומליה שהכריז על עצמו כמדינה עצמאית. השטח של האזור הוא פי 6 ממדינת ישראל. יש טריטוריה, 3.5 מיליון תושבים קבועים, משטר דמוקרטי יציב, ועדיין אף מדינה לא הולכת ומכירה בישות הזאת שלכאורה יכלה להיות מדינה! מאוד נחמד שיש לסומלילנד את התנאים, אבל היא לא מצליחה לממש את עצמה כמדינה כי אף אחד חוץ מעצמה לא מכיר בה!

גם כשאין נפקות משפטית – **הנפקות הפוליטית מאוד אקוטית/חשובה**.

**הנפקות המשפטית שכן קיימת לשאלת ההכרה היא במישור של המשפט המדינתי/הפנימי**. מדינות נהנות בין היתר מכל מני פריווילגיות במשב"ל – אחת מהן נקראת **חסינות הריבון**.

עקרון יסוד נוסף ששזור בעיקרון הריבונות של המדינות הוא העיקרון של **שוויון ריבוני**.

מרגע שמדינה למדינה שווה בין שווים, הריבונים השונים/המדינות השונות שוות זו לזו.

כנגזרת מעיקרון השוויון הריבוני, התפתחה במשב"ל חסינות שנקראת **חסינות ריבון/מדינה**.

חסינות זו אומרת שמכוח זה שמדינות שוות זו לזו, הרי שמדינה אחת **לא יכולה להיתבע** בבית משפט מדינתי של מדינה אחרת.

**בישראל** שאלה זו עלתה במספר פסקי דין – היו מספר תביעות שהובאו על רקע פיגועים בישראל – תבעו את הרשות הפלסטינית שאחראית בצורה כזו או אחרת לפיגועים. עו"ד של הרשות טען כי הרש"פ היא מדינה ולכן אי אפשר לתבוע אותה בבית דין מדינתי.

במדינת ישראל השתרשה ההלכה להחליט האם הרשות הפלסטינית היא מדינה או לא – מצויה בידי הממשלה. ביהמ"ש אומר שהוא לא נכנס לזה אם מתקיימים התנאים של המשב"ל להכיר במדינה. הסמכות להכיר במדינה היא פוליטית ומצויה בידי הממשלה, ולכן בתיקים הללו משרד החוץ מוציא תעודת חוץ – שאומרת שמבחינת ישראל הרש"פ היא לא מדינה ולכן אפשר לתבוע אותה. **אם כן, אנו רואים ששאלת ההכרה במישור המשפטי רלוונטית למשפט הפנימי.**

ההחלטה של מדינה האם להכיר או לא להכיר בישות אחרת כמדינה נגזרת לא רק מ-4 התנאים האובייקטיבים שדיברנו עליהם, ולא רק מהשיקולים הפוליטיים ששוקלת המדינה האם להכיר או לא, אלא: **בפעול** **השאלה האם להכיר או לא במדינה מושפעת גם בשאלה האם עצם הקמת המדינה החדשה ואופן ההתנהלות שלה היא חוקית/לגטימית!**

אנו רואים ירידה במשקל התנאים האובייקטיביים ועלייה במשקל הלגיטימיות (משקל ההכרה) שמזוהה עם הלגיטימציה של המדינה שדורשת את ההכרה במדינתה.

**לדוגמא** – **רודזיה** – הגלגול הקודם של **זימבבואה**. רודזיה הכריזה על עצמאות בשנות ה-60 וביקשה להצטרף לאו"ם. הבעיה שהיה מדובר בשלטון לבן ששלל כל זכות מהשחורים – ולכן בעידוד האו"ם היה קמפיין שלם למדינות לא להכיר ברודזיה – כי היה מדובר במדינה שאופן ההתנהלות שלה לא היה חוקי/לגיטימי. חלק היו בעלי זכויות וחלק נעדרי זכויות, ולכן למרות שהתקיימות התנאים האובייקטיביים כולם, אף מדינה לא הכירה ברודזיה. אנו רואים דוגמא מובהקת לאיך המשקל של הלגיטימציה וההכרה עולה מול התנאים האובייקטיביים.

**סומלילנד** (אנו כבר מכירים) – על פני כנראה יש טיעון טוב ללמה היא קיימת (תנאים אובייקטיביים). ההכרה של סומלילנד כרוכה בפרישה של סומלילנד מהטריטוריה של מדינה אחרת – מדובר בפרישה של **חבל ארץ** מטריטוריה של מדינה אחרת שאין בכלל עוררין שזה חלק מהשטח הריבוני שלה! ולכן זאת הסיבה האמתית שבגינה מדינות לא הכירו עד היום בסומלילנד כמדינה! מאחר ומדובר בחבל שרוצה לפרוש ממדינה קיימת, הרי שהדבר כרוך בזכות חשובה נוספת של מדינות במשב"ל – **הזכות לשלמות טריטוריאלית**. מדובר בזכות לשלמות בטריטוריה שלהם.

**קוסובו** – כשקוסובו מכריזה על עצמאות ב-2008, וחלק מהמדינות מכירות וחלק לא – החלק שלא מכיר עושה זאת בגלל שהכרה בקוסובו כמדינה משמעותה שיאפשרו לחבל מסוים (החבל של קוסובו) לפרוש ממדינה קיימת – **סרביה**. מדינות כמו רוסיה לא מכירות בקוסובו כמדינה עצמאית, אבל לא מעט מדינות מהאיחוד האירופאי הכירו בה – עקב הזכות להגדרה עצמית. כשארה"ב בוחרת להכיר בקוסובו – הם מכירות בכך שלמיעוט הקוסובי כולל זכות להגדרה עצמאית מסרביה – זה מראה את ההגמשה של הכללים בנוגע להכרה במדינה.

**קטלוניה** – יש טריטוריה, אין ספק שיש פרלמנט שהצליח לעשות ממש עם, שלטון אפקטיבי, יכולה להיות יכולת לקיים יחסי חוץ. ספרד לא הכירה בקוסובו בגלל קטלוניה וחבל הבסקים – היא לא רוצה שיהיה תקדים לחבל ארץ פורש – ומכירים בזה כאפשרות להכרה של מדינה תוך פגיעה בזכות השלמות הטריטוריאלית

**הרשות הפלסטינית כמקרה מבחן:**

1. **אוכלוסייה קבועה** – מתקיים.
2. **טריטוריה** – מתקיים (לפחות בשטחי A) גם אם לא רציפה, וגם אם הגבולות לא מוגדרים – זה כבר לא פקטור.
3. **ממשלה** – מאז הסכמי אוסלו הועברו סמכויות שלטוניות לרשות הפלסטינית. בעבר היו לה גם סמכויות שליטה בעזה, עד שהחמאס השתלט, אבל עכשיו הרשות קיבלה את השליטה במעברים – אם ההסכם יתבסס יתפתח טיעון משמעותי יותר של שליטת הרש"פ על עזה.

המקרה של הרש"פ הוא מקרה פרדיגמטי להראות איך מבחינת העולם ומבחינת משפטנים הדרישה לממשלה אפקטיבית **מתרככת ומתגמשת שוב למול עקרון ההגדרה העצמאית** – למול הזכות להגדרה עצמית במשב"ל. יש החלטות של האו"ם שמכירות בזכות של הפלסטינים להכרה עצמאית. ה**ICJ**- ב-2004 הכיר מפורשות בזכות של העם הפלסטיני להגדרה עצמית. ישראל בשנות ה-90 לא הכירה בזכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית במילים אלו – אבל היא כן הכירה בזכויות הלגיטימיות והפוליטיות – שיש כאלו הרואים את זה כשווה ערך לזכות להכרה עצמית.

הטיעון אומר שגם אם לרש"פ אין שליטה אפקטיבית באיו"ש ועזה (כי חמאס עדיין שולט ברצועה, כי ישראל מפעילה סמכויות משמעותיות באיו"ש), אזי הזכות להגדרה עצמית תרכך זאת. זה השיח הרווח בנושא זה.

1. **יכולת לנהל יחסי חוץ** – לרש"פ יש יכולת מתפתחת לנהל יחסי חוץ. יש מי שגם כאן אומר שעצם כך שישראל חתמה על הסכמי אוסלו מאפשר לה לעשות זאת.

לרשות הפלסטינית יש הרבה נציגויות. היא הצטרפה לארגונים בינ"ל מסויימים.

הגישה הרווחת היא ש-4 התנאים האובייקטיביים מתקיימים במידה רבה – והזכות להגדרה עצמית עשויה להגמיש זאת. בהסכמי אוסלו הגבילו את היכולת של הרש"פ לכרות אמנות – אבל דה פקטו זה לא קרה.

לפני כמה שנים הרשות איימה שהיא תפנה בבקשה להצטרפות לאו"ם כי היא סוברת שהיא עומדת בכל 4 התנאים, ועומדת לה הזכות להגדרה עצמית, והרש"פ פונה בבקשה להצטרף כמדינה חברה באו"ם. ב-29.11.12 – מתקיימת הצבעה בעצרת הכללית, וברוב של 138 מדינות מצביעות בעד הצטרפותה כמדינה (החלטה 67/11) – אבל נדרשת המלצה של מועצת הביטחון – וזה עומד כנושא שאף אחד לא רוצה לדון בו במועצת הביטחון – ונושא זה עומד לפתחה של מועצת הביטחון – לא מתעסקים איתו. כל עוד לא תהיה המלצה – היא לא תוכל.

**אבל**, החלטה זו גרמה לשדרוג מעמדה של הרש"פ ממעמד של ישות משקיפה שאינה מדינה למעמד של מדינה **משקיפה**. הרשות היא מדינה משקיפה באו"ם כעת למעשה.

**מהם ההשלכות המשפטיות של ההחלטה בעצרת?**

מדובר נושא שנוי מאוד במחלוקת. סוגיה זו מעוררת מחדש את השאלה "מהם התנאים לקיומה של מדינה?" האם אכן **די בהכרה של מדינות ובזכות להכרה עצמית עד כדי כך שאנו מוותרים על שליטה אפקטיבית אמתית בשטח?** אין ספק שישראל שולטת יותר מהרשות, וחמאס שולט יותר מהרשות! כשאין באמת שליטה אפקטיבית אלא חלקית מאוד, האם הזכות להכרה עצמית כל-כך משמעותית כדי לגמרי להגמיש את התנאי של ממשלה אפקטיבית?

החלטות של העצרת הכללית – מעמדן **כהמלצה**, ולכן, על פניו, גם אם ברוב גדול, ההחלטה של העצרת היא לא מעשה מחייב של האו"ם. העצרת לא מוסמכת לקבל מדינה חברה באו"ם – צריך את מועצת הביטחון. לכן יש כאלו שאומרים שלא מדובר במדינה – ואין להחלטה נפקות משפטית.

**עם זאת,** החלטת העצרת (ברוב גדול) מספקת תשובה לגבי מה המדינות בעולם חושבות על הישות הזאת – רוב מדינות העולם סימנו כי הן מכירות בישות הזאת כמדינה! ולכן, זה נכן מגמיש משמעותית את התנאי לשליטה האפקטיבית בנוסף לזכות להגדרה עצמית – ולכן, גם אם לא מתקיים תנאי השליטה האפקטיבית, ההכרה מחלישה אותו.

בפועל, השדרוג של הרש"פ למעמד של מדינה משקיפה באו"ם סלל את הדרך שלה להצטרפות למספר אמנות וארגונים בינ"ל שהחשוב ביותר ביניהם הוא **חוקת בית הדין הפלילי**. החל מ-2015, פלסטין היא אחת מ-123 המדינות החברות בבית הדין הבינ"ל הפלילי.

מקרה הרש"פ מלמד אותנו על המגמות החשובות של התנאים להכרה במדינה – ההגמשה של השליטה האפקטיבית והחשיבות העולה של אלמנט הלגיטימיות של המדינה, של אלמנט ההכרה והחשיבות העולה של הזכות להגדרה עצמית.

שבוע הבא יש הרצאת אורח עם הבחור שהיה ביעוץ המשפטי של ישראל באו"ם. אנו נעשה שיעור כפול ביום שלישי – נתחיל ב-2, נצא להפסקה, ואז נעשה השלמות במידת הצורך.

21.11.17

**שיעור 10 -** **המדינה ואחריות בינ"ל**

מתי בעצם מדינה תישא באחריות כשהיא מפרה חובה בינ"ל?

כמו שאנו יודעים – למדינות יש הרבה פריווילגיות במשב"ל – הן נהנות משלמות טריטוריאלית, חסינות ריבון. תחת זכויות אלו יש גם הרבה מאוד חובות תחת מנות ומנהגים. כשהן מפרות את חובות אלו – מדינות עשויות לשאת באחריות משפטית.

**כללי אחריות בינ"ל**

מדובר בכללים מסדר שני – החובות המהותיות של המדינות נמצאות במנהגים ובאמנות. החובה שקובעת כי אסור למדינות לעשות שימוש בכוח ביחסים שלהם זה נורמה מסדר ראשון – זה הכלל המהותי שאומר למדינה איך מותר לה ואסור לה להתנהל.

הכללים שאנו נדבר עליהם היום הם כללים מסדר שני – הם נכנסים לפעול מקום שבו מופר אחד הכללים הראשוניים – כמו מקום בו יש הפרה של איסור השימוש בכוח.

**לדוגמא** – כשרוסיה פולשת לאוקרינה, ומספחת את חצי האי קרים – ברור לנו כי זו סיטואציה תחת המשב"ל. אילו שאלות יעניינו אותנו בסיטואציה כזאת?

1. האם ניתן **לייחס** את מעשה ההפרה לרוסיה? האם זה מעשה שצריך לראות אותו כמעשה של מדינת רוסיה?
2. האם היה איזשהו **בסיס מוצדק** להפרה הזאת?
3. מהן **ההשלכות המשפטיות**? למשל, האם רוסיה צריכה להשיב את המצב לקדמותו? האם רוסיה צריכה לשלם פיצויים לאוקראינה?

**המסגרת המשפטית**

הכללים בדבר אחריות מדינה מעוגנים ב –

**Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts (2001).**

מדובר באמנה/סט של כללים שניסחה ה**ILC**- – וועדה של מומחים משפטיים מהמעלה הראשונה שעוסקים בשאלות שונות של המשב"ל תחת חסות האו"ם.

משנות ה-50 הם יושבים על המדוחה בגיבוש הסט של הכללים בדבר אחריות מדינה.

הטיוטה המגובשת הסופית הוצגה לאו"ם ב-2001. זו טיוטת אמנה שלא הפכה לאמנה כשלעצמה – אבל הדעה הרווחת היום היא שהכללים בטיוטה משקפים משב"ל מנהגי. טריבונאלים פסקו לפי טיוטה זו – ולכן אין מחלוקת שאנו מבססים את כללי אחריות המדינה לפי טיוטה זו.

**התנאים לאחריות הבינלאומית:**

**סעיף 1** – קובע לנו עקרון מנחה: **על הפרה יש אחריות**. מדינה שמפרה כלל של המשב"ל נושאת באחריות.

**סעיף 2** – אחריות בינ"ל קמה כשמתקיימים **3 תנאים**:

1. **מעשה או מחדל** – התנהגות של מדינה שיכולה לעלות כהפרה של המשב"ל יכולה להיות או מעשה או מחדל. האופי של ההתנהגות הזאת מושפע מהאופי של החובה שמוטלת על המדינה. אם מוטל על המדינה איסור על שימוש בכוח ביחסים בינ"ל – כשהמדינה מפרה את האיסור היא עשתה **מעשה** - פעולה אקטיבית. לעומת זאת – אם על המדינה מוטלת חובת עשה פוזיטיבית – כמו למנוע רצח עם או זיהום סביבתי, כשהמדינה לא עושה זאת – מדובר ב**מחדל**.

שני הדברים יכולים להוות בסיס להפרה של מדינה שמפרה את החובות הבינ"ל שמוטלות עליה.

1. **המהווה הפרה של חובה/כלל ראשוני של המשב"ל** (**ס' 3 + 32** ב**ILC**-) – הסיווג של ההתנהגות של המדינה האם היא מפרה או לא מפרה את המשב"ל נקבעת על ידי המשב"ל. מדינה לא יכולה להישען על הדין הפנימי שלה כהצדקה להפרה של המשב"ל. זה לא מעניין את המשב"ל. המשב"ל הוא שקובע האם מדינה הפרה או האם מדינה לא הפרה, ולא מעניין אותו מה אומר הדין הפנימי. (מופיע גם ב**ס' 27** לאמנת וינה – אמנת האמנות)
2. **ומיוחס למדינה על פי המשב"ל** – ייחוס האחריות למדינה. אנו יודעים שמדינה היא ישות מופשטת – היא פועלת דרך אנשים ופרטים, ולכן, כדי שאפשר יהיה להגיד שהמעשה בוצע על ידי מדינה, צריך לייחס את הפעולות המסוימות שעשו אנשים בשר ודם למדינה. אז עולה השאלה החשובה – **איזה פעולות אפשר לייחס למדינה?**

ייחוס זה מבחן משפטי שעניינו איתור אותן זיקות שקושרות בין מעשה/מחדל מסוימים לבין המדינה. הכלל הבסיסי הוא **שהמדינה לא נושאת באחריות באשר היא לגבי האזרחים/הפרטים שנמצאים בשטחה**. אז מה הזיקה שצריכה להתקיים בין אדם לפעולה מסוימת לבין המדינה – כדי שנגיד שלזה חבה המדינה?

1. **זיקה מוסדית** – אחריות מדינה לגבי האורגנים שלה. **ס' 4** לכללי ה**ILC** אומר לנו ש"התנהגות של אורגן של מדינה מיוחסת לה"

פעולות של מי שהם לא אורגנים של המדינה – עקרונית הן בגדר פעולות פרטיות. המדינה עשויה לחוב לעיתים באחריות גם בגין פעולות שכאלה, אבל צריך שיתקיימו זיקות מסוימות.

אורגנים לדוגמא: שרים, אנשי צבא, אנשי מנהל ציבורי....

אין **שום חשיבות להיררכיה** – מדינה יכולה לשאת באחריות גם אם טוראי ביצע פעולה שהפרה את המשב"ל וגם הרמטכ"ל. זה לא שהמדינה תישא באחריות רק לגבי אורגניה הבכירים – **אורגנים נקודה!**

**איך יודעים מיהו האורגן?** לפי **ס' 4 (2)** – עפ"י הדין הפנימי של המדינה, אך לא רק. המלומדים שניסחו את הטיוטה יודעים שמדינה לא בהכרח אומרת מי כן אורגן ומי לא, ולכן בדברי ההסבר של הILC- נאמר מפורשות שכשאנו נרצה ללמוד מיהו אורגן – נסתכל על מספר גורמים. נסתכל על הפרקטיקה במדינה, נסתכל על התפקידים שממלאים אנשים בפועל. המדינה לא יכולה לעקוף ולטעון שזה לא אורגן רק בגלל שבחוק היבש לא מוגדר האדם כבעל סמכות ספציפית כאורגן.

דברים אלו קיבלו אישוש ואישור בפסקי דין של בית הדין הבינלאומי לצדק (ה**ICJ**-). נמחיש זאת באמצעות פרשת בוסניה נגד סרביה בעקבות המלחמה בשנות ה-90 בבלקן –

**פרשת הג'נוסייד**.

טבח זה עמד במרכז של כמה פרשות בינלאומיות. בוסנייה טענה כי יש לייחס אחריות לסרביה בגין הפעולות של מיליציה בשם VRS. עולה השאלה ב**ICJ**- – כדי שאני אוכל לייחס את הפעילות של ה-VRS לסרביה בגין רצח העם- האם הVRS היה אורגן דה פקטו של סרביה? ברור שהדין הפנימי בסרביה לא אמר זאת, ועלתה השאלה **האם זה אורגן דה פקטו?**

ה**ICJ** אומר לנו כי הדין הפנימי הוא לא המבחן היחיד ללמוד האם גוף מסוים/ישות מסוימת היא אורגן של המדינה.

ה**ICJ** אומר כי יש מצבים שישויות/גופים מסוימים ייחשבו כאורגן בפועל (דה פקטו), **אבל** הם צריכים לפעול מתוך **תלות מלאה** במדינה. אנו רוצים לראות תלות מלאה של ה-VRS בסרביה כדי שנוכל לייחס לה את הפעולות שלהם כאילו היו שלה. זה היה רף מאוד גבוה. במקרה הזה זה לא היה מספיק כדי לייחס זאת באופן ישיר – לא מצאו תלות מלאה.

**סעיף 5** של ה-**ILC** אומר לנו כי גם גופים שהם לא אורגנים של המדינה שמוסמכים לבצע **פונקציות ממשלתיות**, נייחס את האחריות למדינה בגין פעולותיהם כאילו היו אורגן.

אנו חיים בעולם של הפרטה – הרבה מהפונקציות של חברות מבוצעות על ידי גופים פרטיים, אבל הפונקציות שהן מבצעות הן ממשלתיות – כמו תפעול בתי הסוהר בארה"ב שמבוצע על ידי חברות פרטיות – הפונקציה שלטונית. גם ביקורת גבולות נעשית לרוב על ידי חברות פרטיות שעושות פונקציה ממשלתית.

גורמים כאלה שמבצעים פונקציות ממשלתיות – יראו אותם במעמד זהה לזה של אורגן, וניתן יהיה לייחס אחריות בגין פעולותיהם/מחדליהם למדינה. הרציונל לכך הוא זה שהם מבצעים פונקציה בעלת **אופי ציבורי** – אם הם לא היו מבצעים אותה המדינה הייתה.

**פעולה במסגרת הכשרות (capacity) - לא כל התנהגות של אורגן תיוחס למדינה**. כדי שנייחס פעולה של אורגן למדינה, נדרש שהפעולה תבוצע במסגרת כשרותו של אורגן.

קיימים לטובת זיהוי זה **2 מבחנים**:

* + **מבחן הזיקה המהותית** – שואל האם יש זיקה בין הפעולה שבוצעה לבין התפקיד של האורגן – כמו ששר הביטחון מורה על פעולה מסוימת במבצע צבאי. ברור לנו שיש קשר.
	+ **מבחן הסמכות הנחזית** – מבקש לבדוק האם הסממנים החיצוניים מראים לנו שמבצע הפעולה פעל במסגרת תפקידו כאורגן. אם לדוגמא אנו רואים שוטר במדי שוטר, ופעולתו נראית כקשורה לתפקידיו הרגילים כשוטר – כמו סיטואציה של מעצר/הכוונת תנועה – הסממנים החיצוניים של הסיטואציה מצביעים לנו שהפעולה בוצעה בכשרותו כאורגן.

שני המבחנים חשובים ונבדקים בכל סיטואציה – אבל יכולים להות מקרים בהם אחד מהמבחנים לא תקף לגמרי – אבל עדיין נגיד שהפעולה בוצעה בכשרות. **לדוגמא** – אם שר הביטחון נותן אישור פעולה לסיכול ממוקד מהבית לו – אין את כל הSetting (הוא בבית במיטה) אבל ברור לנו הזיקה לתפקיד – מתקיים הזיקה המהותית בלי לפקפק.

**פעולה החורגת מסמכות** – קיימים 2 מקרים טיפוסיים של חריגה מסמכות:

* + מקרה שבו האורגן מבצע פעולה שלא הוקצתה לו – למשל, אם שר הביטחון הוא זה שמאשר סיכולים ממוקדים, ומשום מה השר לעניינים אסטרטגים אישר פעולה – השר עשה פעולה שלא הוקצתה לו.
	+ פעולה שמבוצעת תוך הפרה של ההוראות שניתנו על ידי הגורם המוסמך – אם פקודות הצבא אומרות שאסור לעשות מעשי ביזה במהלך מבצע, אבל במהלך מבצע X חיילים כן ביצעו מעשי ביזה – זה מעשה שנעשה תוך הפרת פקודות הצבא.

לפי כללי אחריות מדינה – האם המדינה תישא באחריות בגין מעשי האורגנים שלה למרות שהם חרגו מסמכות?

**ס' 7 לכללי הILC** אומר מפורשות שגם אם אורגן חרג מסמכותו – **ההתנהגות שלו תיוחס למדינה** כל עוד פעולת האורגן נעשתה במסגרת התפקיד. אם חייל עשה פעולת ביזה במסגרת התפקיד – המדינה עדיין עשויה לשאת באחריות בגין זה. **חריגה מסמכות לא פוטרת מדינה מאחריות לפעולות והמעשים של האורגנים שלה**, ועליה מוטל הנטל לחנך אותם כמו שצריך ולמנוע אותם מלבצע הפרות במשפט הבינ"ל. כל מדינה הייתה מעלה טענה כי היא לא אחראית כי הייתה חריגה מסמכות, ולכן ס' 7 קבע כלל מאוד ברור ופשוט.

1. **אחריות המדינה לפעולות אנשים פרטיים** – נקודת המוצא שלנו היא שהמדינה באופן עקרוני לא נושאת באחריות בגין כל מה שהפרטים עושים בשטחה – זה ברור, אחרת המדינה הייתה נתבעת ללא הפסקה.

ביחס לגורמים פרטיים, אנו יודעים שאין לנו את היחס של זיקה מוסדית – ולכן אנו נדרשים לחפש זיקות אחרות שבהתקיימותם, כן תישא המדינה באחריות גם בגין פעולות של פרטים – מי שאינם אורגנים שלה. הזיקות האפשריות:

* + **כלל ראשון** **- התנהגות אנשים שקיבלו הנחיות מהמדינה או נתונים לשליטתה** שמעוגן ב-**ס' 8** ב-**ILC**– מדבר על התנהגות של אנשים שקיבלו הנחיות של המדינה/נתונים לשליטתה של המדינה – שאז פעולותיהם ייוחסו למדינה.

פעולות של פרטים ייוחסו למדינה כשהפעולות בוצעו תחת שליטתה של המדינה. **מהו היקף השליטה הנדרש?** כדי שנגיד שניתן לייחס זאת לפעולות של המדינה?

**פס"ד ניקרגואה (1986) ICJ**

מדובר בארגון בשם Contras בניקרגואה שמנסה להביא להפלת ממשלה זו. מסתבר שארה"ב דיי מעורבת בעניינים – היא שולחת ציוד לאותו ארגון, יש שיתוף פעולה עם סוכני מודיעין אמריקאים, שיתוף פעולה באימונים.

ניקרגואה טוענת להתערבות בעניינים הפנימיים שלה והפרות במשב"ל מצד ארה"ב – האיסור על התערבות בעניינים פנימיים, על שימוש בכוח... דרך זה שהיא שיתפה פעולה עם ארגון ה Contras. האם ניתן לייחס את הפעולות של ארגון זה לארה"ב כדי שהיא אכן תחוב בהפרות המשב"ל?

ה-**ICJ** אומר שכדי שפעולות של ארגון ייוחסו למדינות כמו במקרה הזה, **לא דיי בסיוע**, צריך **הכוונה של כל פעולה ופעולה!** ה**ICJ** קובע את **מבחן השליטה האפקטיבית** – כדי שפעולות הארגון ייוחסו לארה"ב היה צריך להראות שליטה אפקטיבית של ארה"ב בפעולות שלו. שארה"ב נתנה פקודה לכל פעולה שהארגון הוציא. את זה ניקרגואה לא הצליחה להוכיח, ולכן הפעולות של הארגון עצמן לא יוחסו לארה"ב.

**פס"ד טאדיץ' מ-1999 של ה-ICTY (ביה"ד הפלילי)** – נדרש לשאלה של ייחוס אחריות באופן של "אגב". ה-**ICTY** נדרש באופן אגבי בשאלה של ייחוס פעולות של מיליציות צבאיות שפעלו בבוסניה לסרביה. ה**ICTY**- מוצא שסרביה השתתפה במימון ה-VRS, קביעת היעדים האסטרטגים שלו, מינוי המפקדים של ה-VRS, ולכן ה-ICTY קובע שכדי לייחס את הפעולות של הVRS לסרביה – נדרש מבחן של שליטה כללית, ובמקרה הזה הוא קבע **שהתמלא מבחן השליטה הכללית**. הוא למעשה **לא התייחס למה שה-ICJ** **פסק לגבי ניקרגואה.**

ה-**ICJ** לא בדיוק אהב את זה – **פס"ד הג'נוסייד 2007**

באותה פרשה ראינו מוקדים יותר שה-**ICJ** לא הגיע למסקנה שה-VRS זה אורגן דה פקטו. נגיד שמדובר בגוף פרטי – האם עדיין ניתן לייחס את הפעולות של הגוף הפרטי הזה ואת מעשי הג'נוסייד לסרביה? האם הארגון הזה פעל לפי ס' 8 לכללי ה-**ILC** תחת **שליטתה של סרביה?** ה**ICJ** אומר לנו שב-1986 בניקרגואה הוא קבע את **מבחן השליטה האפקטיבית** – צריך לתת הוראות לכל פעולה ופעולה. לא מספיק מימון/בחירת מפקדים – צריך **שליטה אפקטיבית** משמעותית.

* + **כלל שני** **- המדינה מכירה במעשים ומאמצת אותם בדיעבד**– עניינו במצב שהמדינה מכירה בדיעבד במעשים של הפרטים ומאמצת/מאשרת אותם בדיעבד. (מעוגן ב-**ס' 11**)

יהיה ניתן לייחס את הפעולה לפי ס' 11 אם המדינה אישרה ואימצה את ההתנהגות של אותם אנשים פרטיים.

המקרה המפורסם שממחיש את המצב הזה הוא **הפרשה של החטופים בשגרירות בטהרן** – הסטודנטים השתלטו על שגרירות ארה"ב באיראן. מקרה זה הגיע ל-**ICJ**, וארה"ב תבעה את איראן – היא אמרה שצריך לייחס את פעולות הסטודנטים לאיראן. הם טענו שאיראן לא רק שלא גינתה את הפעולה, היא גם **אימצה ושיבחה את המעשה**, וגם אחרי שהוא המשיך להתגלגל היא לא עשתה דבר כדי להפסיק את המצב של לקיחת אותם בני הערובה. דרך זה בין היתר ה**ICJ**- ייחס את האחריות לאיראן למרות שזה היו סטודנטים, אנשים פרטיים ולא אורגנים של מדינה.

איראן בהתנהגותה אימצה ושיבחה את המעשה – ותחת ס' 11 לכללים המעשה של הסטודנטים יוחס לאיראן.

* + **כלל שלישי - חובה לפעול בחריצות ראויה -** עוד מצב מעניין, מצבים שבהם נטיל על המדינה אחריות עקיפה – אחריות בגין פעולות פרטיות בגלל שהמדינה הפרה את חובתה לפעול בחריצות ראויה.

יש כל מני נורמות שמטילות שלל חובות על המדינה שנקראות **חובות פוזיטיביות** – החובה למנוע רצח עם, למנוע זיהום סביבתי, להגן על דיפלומטים זרים שנמצאים בשטח המדינה. כאן אנו לא מדברים על חובה מוחלטת שמוטלת על המדינה, אלא על **חובה לפעולה בחריצות ראויה**.

המדינה תישא באחריות כשהמדינה **יודעת** שאדם עומד לבצע פעולה בלתי חוקית לפי המשב"ל, ו**אינה נוקטת בפעולות סבירות** על מנת למנוע ממנו את הפעולה. נדרש ממנה סטנדרט של **סבירות** – לנקוט בפעולות סבירות כדי למנוע את הפעולה

ואם כבר בוצעה הפעולה הבלתי חוקית – על המדינה לפעולה בצורה סבירה כדי לתפוס את האדם ולהעמיד אותו לדין.

**פרשת בוסניה נ' סרביה** –

ס' 1 לאמנת הג'נוסייד – קובע כי למדינות יש חובה פוזיטיבית למנוע רצח עם.

ה-**ICJ** אומר לנו במקרה הזה כי השאלה אם המדינה פעלה בחריצות ראויה כדי למנוע את רצח העם שבוצע בבוסניה לא נמדדת לפי התוצאה האם אכן נמנע רצח העם או לא בשורה התחתונה – אלא האם סרביה במקרה שלנו השקיעה את **המאמצים הסבירים** למנוע את רצח העם. כאן קבע ה-**ICJ** שסרביה הייתה **המדינה הקרובה ביותר למיליציית ה-VRS.** הם היו איתם כל-כך בקשרים – שהם היו המדינה הכי קרובה למנוע את רצח העם שבוצע בבוסניה, ולכן **כן נמצא שסרביה הפרה את חובתה לנהוג בחריצות ראויה,** ודרך ההפרה הזאת יוחסו לה המעשים של ה-VRS. לא כי הם היו אורגן שלה, לא כי היא שלטה בהם שליטה אפקטיבית, **אלא כי היא לא פעלה בחריצות ראויה למנוע את המעשים שהם ביצעו, ושהיא הייתה המדינה במצב הטוב ביותר למנוע את רצח העם.**

**פרשת הסגל הדיפלומטי בטהרן**

ה-**ICJ** מצא גם דרך **ס' 11** שאיראן נושאת באחריות, ובנוסף ה-ICJ מצא שאיראן הפרה את החובה לפעול בחריצות ראויה – וגם לפי זה היא נושאת בפעולות הסטודנטים – כי באמנת וינה ליחסים דיפלומטיים – **ס' 22** קובע כי חובה על המדינה המארחת להגן על חצרות השגרירות. בין היתר ה-**ICJ** מצא כי איראן לא פעלה בחריצות הראויה ובאמצעים סבירים כדי להגן על השגרירות מפני ההשתלטות של הסטודנטים.

**חריגים לאחריות בינ"ל – הצדקות למדינה לביצוע המעשה המפר**

**פרק V (סעיפים 20-25)** לכללי אחריות מדינה **ILC** נותנים 6 חריגים, שאם מתקיים אחד מהם, וגם אם המעשה יוחס למדינה והיא תיתפס כמי שהפרה – היא עדיין לא תישא באחריות.

1. **הסכמה**.
2. **חריג הגנה עצמית** – כשמדינה מפרה את איסור השימוש בכוח – נרחיב בשיעור מיוחד.
3. **צעדי גמול** – צעדים חד צדדיים שלא כרוכים בהפעלת כוח צבאי. כשמדינה נוקטת בהם בתגובה להפרה של מדינה אחרת. **לדוגמא** – נגיד שקוריאה עשתה ניסויים שמפרים את הדין הבינ"ל. סין – שותפתה של קוריאה נוקטת בסנקציות כלכליות כנגד קוריאה – סין **מפרה אמנת סחר מול קוריאה**. סין תהיה פטורה מכך שהיא הפרה את הדין הבינלאומי – בכך שהיא תטען שהיא עושה הפרת נגד – צעדי גמול לא כוחניים כמו סנקציות סחר.

זה לא כזה פשוט. כדי שצעדי גמול כאלו יהיו חוקיים – הם יצטרכו לעמוד במספר תנאים:

1. **צעדי הגמול ננקטים רק כנגד המדינה האחראית לפעולה הבלתי חוקית (צפון קוריאה)**.
2. **מטרת הצעדים לגרום למדינה לשוב ולציית לכללי המשב"ל**. לגרום לקוריאה להפסיק את הניסויים הגרעיניים – ולשוב ולציית לדין הבינ"ל.
3. **באופן זמני בלבד** – עד שהמדינה הראשונית תשוב לדרך הישר. בכל מתאפשר למדינה הראשונית לחזור לדך הישר, ואז גם סין תפסיק להפר את המשב"ל.
4. **צעדי גמול חייבים להיות פרופורציונליים לנזק שנגרם כתוצאה מההפרה הראשונית** של המדינה שנגדה ננקטים צעדי הגמול. הפרופורציונאלית תבחן בכל מקרה ומקרה.
5. **צורך** – המדינה לא תישא באחריות בינ"ל בגין הפרה במצב של צורך, כלומר, במצב בו מדובר בפעולה שנועדה להגן על **אינטרסים חיוניים של המדינה** – כמו שמירה על הסדר הציבורי במדינה, שמירה על יציבות המשטר (נוכח ניסיונות הפיכה), משבר כלכלי...

עקב הימנעות ממצב בו כל מדינה תטען צורך – נקבעו מספר תנאים:

1. כאשר מדובר בדרך היחידה למנוע סכנה חמורה ומידית.
2. הפעולה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או כלפי הקהילה הבינ"ל.
3. המדינה לא תרמה בעצמה להיווצרות מצב הצורך.

בשנת 2002 ארגנטינה נקלעה למשבר כלכלי עמוק – והיא פשוט התחילה להלאים רכוש של משקיעים זרים – השקעות של מיליארדים ממשקיעים זרים. המשקיעים נשארים המומים – והם תובעים את ארגנטינה בטריבונאלים בינ"ל. בכל המקרים האלה ארגנטינה העלתה את **חריג הצורך** – היא אמרה כי הלאמת הרכוש הייתה הדרך היחידה לשמירה על הציבור והכלכלה.

חלק מהטריבונאלים לא קיבלו את טענת ארגנטינה – ארגנטינה בהתנהלותה הכלכלית **גרמה להיווצרות המשבר הכלכלי** – ולכן חלק מהטריבונאלים קבוע כי ארגנטינה הפרה את המשב"ל וכי לא עומד לה חריג הצורך, כי היא יצרה בעצמה את המשבר בהתנהלותה הכושלת.

28.11.17

**שיעור 11**

**ארגונים בינלאומיים**

בשיעורים הקודמים דיברנו על השחקן המרכזי – המדינה. היום נעבור לדבר על שחקן חשוב לא פחות – הארגונים הבינלאומיים. היום הדברים יהיו קצת יותר ברורים כשנעמיק בנושא זה.

ארגונים בינלאומיים זה שחקן שהחשיבות שלו עולה.

**חוק הצפיפות של ג'ורג' אבי סאאב (1999)** – כל רמה של צפיפות נורמטיבית מחייבת רמה מתאימה של צפיפות מוסדית. כלומר – תראו כמה נורמות יש לנו במשב"ל! יש לנו ענפים שלמים! כל הנורמות האלו חייבו גם רמה גבוהה יותר של צפיפות מוסדית – יותר מוסדות במשב"ל כדי לאפשר את הניהול והאכיפה של הנורמות שהתגבשו במהלך השנים.

לכן אנו רואים צמחיה אדירה של ארגונים בינלאומיים. אם בהתחלה היה מדובר במספרים בודדים – היום אנו מדברים על 400 ארגונים (תוך פחות ממאה שנים!)

זה מביא אותנו לשיח של ה-20 שנה האחרונות שמכונה לעיתים International Governance (ממשל בינ"ל/גלובלי) שמתייחס לאותם ארגונים בעלי סמכויות משמעותיות שצמחו להם במרוצת השנים – בעיקר בחצי השני של המאה העשרים.

**סיווגים אפשריים של ארגונים בינ"ל, שדרכם נכיר מאפיינים של ארגונים בינ"ל:**

**פונקציה** – יש ארגונים בינלאומיים שהם אוניברסליים – יכולים לעסוק בהמון תחומים. הדוגמא הבולטת היא **האו"ם** – יש לו הרבה סוכנויות וארגונים שעוסקים בפיתוח, חינוך, תרבות ושת"פ בתחומים אחרים. אבל, רוב הארגונים הבינלאומיים עוסקים בד"כ בתחומים ממוקדים ומסוימים.

ה**WTO**- הוא ארגון הסחר הבינלאומי. **NATO** זו אותה ברית צבאית שארה"ב עומדת בא, וזה ארגון בינלאומי של כמה מדינות שמשתפות פעולה בתחום הביטחון

**WHO** – ארגון הבריאות העולמי – עוסק בתחום מסוים - בריאות. רוב מדינות העולם חברות בו. תחת הארגון הזה מדינות נושאות ונותנות על אמנות חדשות – כמו **האמנה נגד טבק** שחרטה על דגלה את הניסיון להפחית את עישון הסיגריות בעולם, בפרט בקרב צעירים – כל העבודה נעשתה בחסותו של ארגון הבריאות העולמי. יש לנו גם את **ארגון העבודה הבינלאומי**, ארגון **WIPO (שנמצא בג'נבה)** – ארגון הקניין הרוחני הבינ"ל.

**הרכב** –

גיאוגרפי

**מודל אוניברסלי -** יש לנו ארגונים אוניברסליים שכל מדינה יכולה להצטרף אליהם – האו"ם לדוגמא, ארגון העבודה הבינלאומי, הבנק העולמי (מעל 180 מדינות), **WTO** (164 מדינות).

**מודל אזורי** – ה**EU** (האיחוד האירופי) לדוגמא הוא ארגון אזורי. זה ירד ל-27 מדינות אם בריטניה תעזוב. יש גם את ה**AU**- – איחוד המדינות האפריקאיות.

האם הכניסה:

**פתוחה** לכל המדינות (**ILO, WHO, IMF**) – הכניסה בזכות ואין תנאים.

**מותנית** – מדינה יכולה להצטרך לארגון הבינ"ל רק אם היא עומדת בתנאים אובייקטיבים – לדוגמא, מדינה שרוצה להצטרף לאיחוד האירופאי – לא מספיק שהיא ביבשת אירופה. צריך שכל החברות יסכימו לכך, וצריך שתהיה למדינה משטר דמוקרטי, כיבוד זכויות אדם, קריטריונים כלכליים מסוימים. האיחוד האירופי היא דוגמא ברורה לכניסה מותנית.

יש ארגונים שהכניסה אליהם פתוחה רק אם יש למדינות אינטרס לכך – כמו **OPEC** (ארגון נפט).

ארגון פוליטי מול טכני

**ארגון פוליטי** – לדוגמא האו"ם, הוא ארגון שעוסק בנושאים פוליטיים מהמעלה הראשונה – סוגיות של שלום ובטחון.

**ארגון טכני** - יש ארגונים שלא עוסקים בכך – אלא דברים הרבה יותר טכניים, כמו ארגון התעופה האזרחית העולמית. על פניו זה ישמע כמו ארגון לא חשוב – אבל הוא קובע את הסטנדרטים לפיהם כל חברות התעופה וכל המדינות יישרו קו לפיהם – סטנדרטים של בטיחות במטוסים, סטנדרטים של שדות תעופה ונחיתה בהם. זה בעל חשיבות עליונה. מדובר במשהו כל-כך חשוב למרות שהוא נשמע אזוטרי וטכני.

**אופי הסמכות**

ארגונים מסורתיים כמו ארגון הבריאות הבינ"ל או ה-WTO – ההחלטות בהם מתקבלות **בהסכמת כל המדינות** החברות. מדינות לא רוצות להיות כפופות להחלטות שהן לא הצביעו בעדן – זה יכול לגרום לסחבת ושיתוק. למשל, בWTO-, משנת 2001, כמעט **לא הצליחו להעביר אף הסכם חדש בעל משמעות**. בארגון של מעל 160 מדינות קשה מאוד להשיג הסכמה של כולם כדי לקבל החלטות והסכמים מחייבים.

יש ארגונים בינ"ל בעלי **סמכות כופה** – בהחלטת רוב אפשר לקבל החלטות מחייבות! חלק מהמדינות, גם אם הן לא מסכימות, יצטרכו לשאת בתוצאות.

מועצת הביטחון של האו"ם – יש לה סמכות כופה, סמכות לקבל החלטות שבאופן אוטומטי יכולות לחייב את כל שאר המדינות בעולם.

**האישיות המשפטית של הארגונים הבינ"ל**

ארגון בינ"ל מוקם על ידי אמנה. המשמעות היא הסכם בינ"ל שמדינות חתמו עליו, ובמסגרתו הן קוננו ארגון בינ"ל חדש. מגילת האו"ם היא אמנה בינ"ל שמכוחה קם האו"ם.

חוקת ה**WTO**- – זו האמנה הבינ"ל שמכוחה הוקם ארגון הסחר הבינ"ל.

מרגע שהוקם הארגון – הכוונה היא להקים ארגון **קבע** – ולא יוזמה זמנית. המוסד הקבוע הזה צריך שיהיה **בעל מוסדות עצמאיים מהמדינות שהקימו אותו**.

**המוסד הזה (הארגון) פועל במישור הבינלאומי ולא כפוף לאף מדינה ספציפית**.

הזכויות והחובות של ארגון בינ"ל שונות לחלוטין מזכויות וחובות של המדינות שמרכיבות אותו. יש לו **אישיות משפטית נפרדת**.

**מטרת ההסכם המכונן** - המטרה היא להקים גוף משפטי שמופקד על המטרות המשותפות, קידום היעדים המשותפים, שלשמן המדינות הקימו את הארגון. ה**WTO**- לדוגמא הוקם כדי שיהיה מוסד שיאפשר לשתף פעולה בתחום הסחר הבינ"ל. **NATO** הוקם כדי לקדם יעדים של בטחון.

**חברות בארגונים בינ"ל**

בד"כ המדינות שהיו שותפות למו"מ, הן באופן אוטומטי הופכות להיות חברות בארגון. למשל, ה-**WTO** כשהוקם ב-1995, 125 מדינות היו מעורבות, והן הפכו מיד לחברות אוטומטיות. אז איך יש היום מעל 160 חברות? באמצעות הסדרי הכניסה לארגון (עמידה בתנאים שהוא דורש). ה**WTO**- מאפשר לכל מדינה להצטרף. מצד שני, ה-**EU** לא יאפשר למדינות להצטרף ללא עמידה בתנאים.

**סמכויותיהם של ארגונים בינ"ל:**

**פס"ד לוטוס** – למדינות במשב"ל מותר לעשות כל מה שלא נאסר עליהן. המצב הוא בדיוק **הפוך** לגבי ארגונים בינ"ל. לארגון בינ"ל מותר לעשות **רק מה שהמדינות הסמיכו אותו לעשות**. לכן הסמכות המפורשת של ארגונים בינ"ל הן אותן סמכויות שהמדינות נתנו לו במפורש. למועצת הביטחון נתנה סמכות מפורשת להטיל סנקציות על מדינות אחרות במקרה שיש איום על השלום והביטחון העולמי. ל**NATO**- ניתנה הסמכות המפורשת בהתקיים תנאים מסוימים להפעיל כוח צבאי.

**סמכות משתמעת** (Implied Powers) – סמכויות שברור שצריך להיות לארגון בינ"ל, אך המדינות לא נתנו את דעתן עד לרזולוציה הזאת.

**ישראל לדוגמא** – במסגרת מלחמת העצמאות האו"ם שולח נציג כדי לנסות לגשר ולפשר בין ישראל ומדינות ערב ולהביא את המלחמה לסופה. ב-1948 גורמים פעילים בלח"י רוצחים את אותו שליח – מה קורה במצב כזה? האם האו"ם יכול לתבוע פיצויים ממדינה שגרמה לנזק לשליחים של האו"ם?

בשום מקום במגילת האו"ם אין תשובה לדבר הזה. לכן האו"ם פונה ל-**ICJ** ומבקש חוו"ד – האם לאו"ם יש סמכות משתמעת/נלוות לתבוע ממדינות פיצויים במקרה והם גרמו לנזק לשליחיו.

ה-**ICJ** אומר כי אם לאו"ם יש סמכות לשלוח נציגים לאזורי סכסוך, הרי ברור שיש לו את הסמכות לתבוע פיצויים אם קורה נזק לשליחים שהוא שולח. צמחו לאו"ם סמכויות משתמעות מסוימות.

**מעמד החלטות ארגונים בינ"ל:**

לרוב, החלטות של ארגונים בינ"ל הן בגדר המלצות. גם בזה אי אפשר לזלזל (**חוק רך**).

עם זאת, יש לנו גם אמנות שמסמיכות את הארגון הבינ"ל לקבל החלטות שמחייבות.

**מגילת האו"ם** שמסמיכה בסעיף 25 את מועצת הביטחון לקבל החלטות שיחייבו את כל מדינות האו"ם. **האמנה של ארגון התעופה האזרחית** גם היא מקנה סמכויות מרכזיות לארגון לקבל החלטות שמחייבות את כל המדינות החברות בארגון.

איך אנו יכולים להסביר את המצב הזה שארגון בינ"ל בעל ישות משפטית נפרדת כולל סמכות לקבל החלטות מחייבות ביחס למדינות? במועצת הביטחון מדובר בהחלטות שהמדינות אפילו לא היו חלק מתהליך קבלת ההחלטות!

**הבסיס לאפשרות לחייב הוא עיקרון האצלת סמכויות (Delegation)** – המדינות, בהקימן את הארגון, הן עצמן הסכימו להאצלה הראשונית, ומכוח זה, הארגון רכש לעצמו את הסמכות הלגיטימית לקבל החלטות שמחייבות את המדינות גם אם הן עצמן לא הסכימו להחלטה הספציפית. הן למעשה אפשרו את הכרסום בריבונות שלהן.

**האו"ם**

ב-1945 בארה"ב בוועידת סן פרנסיסקו אומרים כי מקימים ארגון שידאג לביטחון ולשלום העולם. המדינות יעמידו לרשות הארגון כוחות צבא כדי שיוכל לאכוף את השלום והביטחון. כאן נתחיל לראות את הפערים בין החזון למציאות.

הארגון הוקם אחרי מלחמת העולם השנייה ב-1945. כבר ב**ס' 1** שלו הוא מניח לנו את מטרותיו:

1. שמירה על השלום והביטחון הבינ"ל.
2. קידום יחסי הידידות בין המדינות – אם יהיו לנו יחסים טובים יותר לא נצטרך בכלל להגיע לביטחון.
3. השגת שיתוף פעולה בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, הומניטריות וכיבוד זכויות אדם.

כבר עכשיו ניתן לראות את ההיבט הרב תחומי של האו"ם – המניפה שהאו"ם שואף לקדם רחבה עד מאוד. בפועל – היו רק 51 מדינות באו"ם בראשית דרכו. תוך עשרות בודדות של שנים הגענו כיום ל-193 מדינות (רובן, מדינות מפתחות).

**חברות (ס' 4)** – כדי שמדינה חדשה תצטרף לאו"ם צריך החלטה של העצרת הכללית ברוב של 2/3 והמלצה של מועצת הביטחון.

**העצרת הכללית של האו"ם**.

העצרת הכללית היא האורגן שבו לכל מדינה מתוך ה-193 יש בה נציג. לכל מדינה יש נציג אחד בהצבעה. לארה"ב יש בדיוק קול אחד כמו לישראל הקטנה.

העצרת הכללית רשאית עקרונית לדון בכל נושא שמצוי במגילת האו"ם. אבל – ההחלטות בעצרת הכללית הן בגדר **המלצות** – המדינות לא מחויבות.

לכל מדינה יש קול אחד, וההחלטות מתקבלות בהחלטת רוב.

**ס' 18** במגילת האו"ם אומר שכאשר מדובר בהחלטות חשובות – נדרש **רוב של 2/3 מהמדינות שמשתתפות בהצבעה** לקבלת מדינה.

**-נתפסת כ'מועדון ויכוחים'** – מסגרת לדיונים, מתכנסת בספטמבר ל-Session צפוף של ישיבות. זה מה שמבליט את הנופך הדמוקרטי של האו"ם, מקום שבו המדינות השונות יכולות להתדיין ולהביע את עמדותיהן.

**-לפי ס' 12 למגילת האו"ם**, כשמועצת הביטחון מפעילה סמכויותיה ביחס לסכסוך (Dispute) או ביחס למצב מסוים (Situation), העצרת הכללית צריכה להדיר רגליה מהנושא ולא להמליץ המלצות בנושא אלא אם המועצה תבקש.

-**בפועל**, מה שאנו רואים מראשית קיומו של האו"ם זה ניסיון מתמשך של העצרת הכללית **לאתגר** את מועצת הביטחון כשהיא לא פועלת (כאשר המדינות הקבועות משתמשות בזכות הוטו).

דוגמא לכך זה **מלחמת קוריאה** – **1950**, רוסיה חברה קבועה וכך גם ארה"ב – כל פעם אחת רוצה לקבל החלטה, והשנייה מסנדלת את זה. זה בדיוק מה שקרה במלחמת קוריאה.

ארה"ב הביאה את **החלטה 377 "מאוחדים למען השלום"** (Uniting for Peace) בעצרת הכללית.

*"כאשר מועצת הביטחון לא יכולה למלא את תפקידה העיקריים בשל העדר הסכמה בין החברות הקבועות, הרי שבכל מקרה של הפרה או איום על השלום או מעשה תוקפות, העצרת הכללית תדון בנושא מתוך מגמה להציע הצעות לחברות לפעולות משותפות...".*

החלטה זו למעשה אומרת כי העצרת הכללית לא תשב מנגד, כאשר:

1. מדובר במצב מאוד חמור של איום על השלום והביטחון העולמיים.
2. מועצת הביטחון לא יכולה למלא את התפקיד שהטילו עליה.

במידה ושני התנאים מתקיימים – העצרת הכללית יכולה להקים מושב חירום, להתחיל לפעול ולקבל החלטות.

**החלטה 377** מאפשרת לעצרת הכללית לעקוף את מועצת הביטחון דרך מושב חירום **ואפילו להמליץ על הפעלת כוח**. החלטה זו ב-1950 גרמה למשבר מאוד עמוק באו"ם. רוסיה טענה כי ההחלטה טורפת מחדש את הסמכויות במגילה. זה לא שההחלטה הזאת הייתה אות מתה.

בשנות החמישים – מבצע קדש, דווקא בריטניה וצרפת הטילו אות ווטו – היו להם אינטרסים כלכליים בתעלת סואץ, ואז מתכנס מושב חירום של העצרת הכללית, והעצרת הכללית מורה על הקמת כוח שמירת שלום ומשגרת אותו לתעלה – UNEF – אחד מכוחות השלום העולמיים הראשונים שהוקמו בעולם. זה מראה כי יש גם אלמנטים אופרטיביים להחלטה זו שהקנתה סמכויות לעצרת הכללית להפעיל כוח.

**מועצת הביטחון**

המטרה הייתה – גוף שמקבל את ההחלטות בפועל. כשמקימים את האו"ם אחרי מלחמת העולם הראשונה ועל רקע הכישלון הצורם של חבר הלאומים שהיה קיים לפניו – ניסו להפיק לקחים. אם מקימים עכשיו חבר לאומים "חדש" – אנו צריכים לתת לארגון הבינ"ל הזה יותר שיניים לניהול אפקטיבי של הקהילה הבינ"ל ומצבי סכסוך. את תקוות האלה תלו במועצת הביטחון.

ההרכב – מועצת הביטחון מורכבת מ-15 מדינות. 5 הן החברות הקבועות (חמש מעצמות) ו-10 מדינות זמניות שנבחרות על ידי העצרת (שבוחרת אחת לשנתיים ברוב של 2/3 את 10 המדינות הזמניות שישבו בשנתיים הקרובות בעצרת – לפי מפתח של חלוקה גיאוגרפית).

הליך קבלת ההחלטות – לכל חברה מתוך 15 החברות יש קול אחד בהצבעות. כשבמועצת הביטחון יש הבחנה בין החלטות שקשורות לנהלים, לבין החלטות מהותיות. כל ההחלטות הפרוצדוראליות – מספיק רוב של 9 מתוך 15 המדינות. עם זאת, בהחלטות מהותיות, כמו החלטות על הטלת סנקציות כלפי מדינה כלשהי, או האם לצרף מדינה מסוימת כחברה באו"ם – צריך רוב של **9 מדינות**, אבל צריך ש**אף אחת מחמש המדינות הקבועות לא תתנגד** (**זכות וטו**).

ביקורת – יש ביקורת מאוד גדולה על ההרכבה הזה של מועצת הביטחון, בפרט על חמש המדינות הקבועות – יש להם כוח עצום להשפיע על מה שקורה בעולם. אולי היה הגיון שדווקא חמשת אלו היו החברות הקבועות, אבל אחרי 70 שנה זה לא בדיוק משקף את הסדר העולמי. יש כאלו שטוענים שצריך לשקול מחדש את המושג "חברות קבועות", אבל קשה להאמין שזה ישתנה באמת בגלל שעדיין קיימות מדינות חזקות ב"מדינות הקבועות" – כמו סין.

סמכויות – **ס' 24** למגילת האו"ם אומר לנו כי המדינות מסמיכות את המועצה להיות אחראית להבטחת השלום והביטחון הבינ"ל ולפעול מטעמם בנושאים אלה. מכך נגזרות

**2 הסמכויות המרכזיות של מועצת הביטחון – 1. יישוב סכסוכים בדרכי שלום (פרק 6 במגילת האו"ם) ו-2. פעולה כנגד איומים כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות (פרק 7).**

1. **סמכויות יישוב סכסוכים בדרכי שלום (פרק 6 למגילת האו"ם) –**

כשיש מחלוקות וסכסוכים בין מדינות שעלולים לערער את היציבות, הסדר, השלום והביטחון בעולם, אז מועצת הביטחון מוסמכת לקבל החלטות ולהמליץ לצדדים על נקיטה באמצעים שיביאו לסיום הסכסוך ביניהם – כמו מינוי מתווך/מפשר מסוים שיביא להבנות בין הצדדים, הקמת וועדת חקירה ניטרלית (לכאורה) שתחקור את הנושא. מועצת הביטחון יכולה לקרוא לצדדים לנקוט בצעדים מסוימים או להימנע מצעדים מסוימים כדי לקדם את סיום הסכסוך.

בין ההחלטות המפורסמות ביותר שהתקבלו בפרק 6 – **החלטה 242** אחרי מלחמת ששת הימים – ההחלטה שרואה את החזרת השטחים שנכבשו במלחמה כבסיס להסכם שלום.

**החלטה 2234** – בסוף כהונתו של אובמה – נותנת גינוי מאוד מפורש ל"מפעל ההתנחלויות". ארה"ב באופן חריג לא השתמשה בזכות הווטו ונמנעה (במועצת הביטחון).

**מעמד החלטות של מועצת הביטחון** – חשוב לציין שהמיתוס שהחלטות מכוח פרק 6 לא מחייבות ומכוח פרק 7 כן מחייבות, הוא לא נכון. **ס' 25** למגילת האו"ם אומר כי החברות באו"ם חייבות לקבל ולציית להחלטות של מועצת הביטחון. בשום מקום בס' 25 לא נראה התייחסות לפרק 6 או 7! בשום מקום לא נראה שהחלטות תחת פרק 6 הן מחייבות ו7 לא. יותר מזה! הICJ- אמר מפורשות כי החלטות של מועצת הביטחון יכולות להיות מחייבות גם כשהן לא ניתנות תחת פרק 7!

**אז איך נדע האם החלטה של מועצת הביטחון מחייבת או לא**? **לפי נוסח ההחלטה**.

**במאמר הבלוג שקיבלנו לקריאה** – נראה כי מועצת הביטחון "קוראת לישראל" ומעודדת.

**לעומת זאת**, בחלקים אחרים של ההחלטה, מועצת הביטחון עשתה שימוש במילים הרבה יותר נוקבות. מועצת הביטחון **דורשת**. לכן יש לא מעט שסוברים שב**החלטה 2234** יש חלקים שמחייבים משפטית שעשויות להקים לישראל מחויבויות משפטיות ויש חלקים שהן בגדר המלצה שלא יוצרים חובה משפטית. ישראל בעצמה עובדת לפי צורת ניתוח זו.

בסוף מלחמת לבנון השנייה מתקבלת **החלטה 1701** – שקובעת איפה צריכים להיפרס הכוחות. משרד החוץ הבהיר כי לא מדובר בהמלצה בלבד – אלא שיש שם חלקים שמחייבים את ישראל, וגם את לבנון וחיזבאללה. לכן חשוב למרצה שנדייק בנושא זה.

1. **סמכויות ופעולה כנגד איומים כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות (פרק 7)** –

תחת **סעיף 39** מוסמכת מוצעת הביטחון לקבוע שקיים מצב שמהווה איום על השלום / הפרה של השלום או קיום של מעשה תוקפנות. תחת סעיף זה מועצת הביטחון מסוגלת לבחון סיטואציה מסוימת ולומר שהיא מסכנת את השלום והביטחון העולמי.

על בסיס קביעה זו, מועצת הביטחון רשאית להורות על צעדים למען השבת השלם או קיומו.

כשהחלטה מתקבלת מכוח פרק 7, **אין ספק שההחלטות מחייבות**. מועצת הביטחון כן מקלה עלינו בד"כ ואומרת לנו כי היא פועלת תחת פרק 7. אנו נדע האם ההחלטה מחייבת או לא גם לפי הנוסח.

מועצת הביטחון עושה שימוש מוקדם בסמכויות בפרק 7 –

כשצבאות ערב פולשים לישראל, מועצת הביטחון מזהה את המצב הזה כמאיים על השלום והביטחון והיא מקבלת החלטות בהתאם לכך.

במהלך רוב תקופת המלחמה הקרה מועצת הביטחון **משותקת**, ארה"ב ורוסיה עשו שימוש רב בסמכות הוטו והמועצה הייתה משותקת כמעט לחלוטין. היא לא הצליחה להיות השחקן שהמנסחים שיוו לעצמם שיפעל באופן אפקטיבי לשימור השלום והסדר בעולם.

מתקיימת התעוררות כשמסתיימת המלחמה הקרה – כמו פלישת עיראק לכווית (1990), יוגוסלביה (1991), סומליה (1992), בוסניה (1993), רצח העם ברואנדה (1994), מלחמת האזרחים בסיירה לאון, איום הטרור העולמי (2001), ולוב (2011) – מיטוט השלטון של קדאפי באמצעות כוחות נאטו.

מרגע שמועצת הביטחון מקבלת החלטות על בסיס פרק 7, יש החלטות אופרטיביות משמעותיות

צעדים לא כוחניים (ס' 41) – ניתוק יחסי המסחר, ניתוק יחסי התעבורה הימית/תעופתית עם מדינה מסוימת, ניתוק יחסים דיפלומטיים... **לדוגמא** – סנקציות סחר על עיראק בעת פלישתה לכווית ב-1990. ב-2006-2008 – איראן, היו הגבלות על סחר בנשק, הגבלות סחר הקשורות לתכנית הגרעין, הקפאת רכוש אנשים וגופים מסוימים.

צעדים כוחניים (ס' 42) – אם האיום על השלום והביטחון העולמי הם ברף הגבוהה של החומרה, מועצת הביטחון ראשית להורות על צעדים כוחניים.

**לדוגמא** – מבצעים אוויריים (הפצצה על לוב) או מבצעים ימיים ויבשתיים.

מאז שנות ה-90, אחרי תום המלחמה הקרה, אנו רואים את מועצת הביטחון מקבלת החלטות על צעדים כוחניים – סומליה, האיטי, בוסניה, זאיר, אלבניה, קונגו, אפגניסטן ולוב.

בנוגע לסוריה – היו הרבה דיונים, אבל רוסיה וסין הטילו וטו. למעשה מועצת הביטחון הייתה משותקת.

ההחלטות בפרק 7 **מחייבות את כל מדינות העולם**. אם יתקבלו סנקציות חדשות נגד צפון קוריאה – מהרגע שהתקבלה ההחלטה במועצת הביטחון, כל המדינות מחויבות בה, וכל המדינות נדרשות לעשות כל פעולה כדי לגרום למדינה לחזור לדרך הישר.

החלטה כזאת **גוברת על העיקרון בסעיף 2(7) במגילת האו"ם** – אי התערבות בעניינים הפנימיים של המדינה.

בנוסף, במגילת האו"ם קיים **ס' 103** שמשדרג את מעמד מגילת האו"ם. הוא אומר כי כשיש סתירה בין המחויבויות של מדינה תחת מגילת האו"ם לבין מחויבויות אחרות במשב"ל – החובות תחת מגילת האו"ם גוברות. כשמועצת הביטחון מקבלת החלטה מחייבת בפרק 7 – זה גובר על התחייבויות אחרות של מדינות על בסיס אמנות שונות!

**לדוגמא** – קיים הסכם סחר בינ"ל בין רוסיה לצפון קוריאה. החלטת מועצת הביטחון אומרת לכל העולם כי אסור לסחור עם צפון קוריאה – רוסיה חייבת להפסיק לסחור גם אם זה כרוך בהפרה של הסכם הסחר הבינ"ל. החלטות במועצת הביטחון כוללות מעמד משודרג כמו מעמדם המשודרג של הסעיפים במגילת האו"ם.

**הרשימה שעליה דיברנו עד כה היא לא רשימה סגורה** – מועצת הביטחון עצמה והמדינות שמניעות אותה יצרו פרשנות רחבה לגבי מה באמת בפועל מוסמכת מועצת הביטחון לעשות ואילו החלטות היא מוסמכת לקבל.

דה פקטו, מועצת הביטחון במרוצת השנים הרחיבה את סמכויותיה לסמכויות של חקיקה ושיפוט.

משנת 2001, לאחר הפיגועים של אל-קעידה בארה"ב, אנו רואים סדרה ארוכה של החלטות, כאשר חלק גדול מהם תחת פרק 7 בפועלה של מועצת הביטחון תחת הכובע של שמירת הביטחון והשלום העולמיים, כאשר היא בעצם רואה בטרור כאיום לשלום והביטחון העולמי, מה שמאפשר לה לפעול בעניינו של פרק 7.

**אין היום בעולם אמנה כללית וסדורה בנושא טרור** – אין קונצנזוס על מה זה טרור. לכן נכון להיום אין אמנה כוללת בנושא טרור. יש לנו אמנות ספציפיות שעושות דברים מאוד ממוקדים – כמו האמנה למניעת מימון טרור ומניעת טרור בתעופה אזרחית – אבל לא אמנה גנרית.

לווקום הזה נכנסת מועצת הביטחון, עם **החלטה 1373** (2001) מיד אחרי פיגועי התיאומים שפשוט קובעות חובות על המדינות לגבי טרור ומעשיו השונים. החלטה 1373 דורשת ממדינות להקפיא נכסים של מי שחשוד בטרור.

החיובים כמו להעמיד לדין מי שחשוד בטרור, להקפיא נכסים וכו' ... חלים על **כל המדינות**.

מועצת הביטחון פירשה בהרחבה את סמכויותיה גם בתחום השיפוט. **לדוגמא:**

בתי דין בינלאומיים פליליים שמועצת הביטחון מקימה תחת פרק 7. דוגמאות לכך זה בית הדין הפלילי ליוגוסלביה (1993), בית הדין לרואנדה (1994).

זה סוג של פטנט – לא מצליחים להיכנס ולהביא שלום באמצעות כוחות צבא, אבל בואו נקים בין דין בין לאומי שימצו את הדין עם הפושעים.

**הרצאת אורח – נמרוד**

נמרוד בא לספר לנו על הניסיון המקצועי בנוגע למשלחת ישראל לאו"ם. נמרוד היה חלק מהייעוץ המשפטי למשלחת. המשלחת זה למעשה שגרירות – היא מנהלת את היחסים של ישראל מול האו"ם. בראשה עומד שגריר. מתחת לשגריר יש סגן שגריר ו-6 שליחים. כל אנשים אלו מגיעים ממשרד החוץ. יש לנו 6 כי יש 6 וועדות בעצרת הכללית של האו"ם –

כל המדינות החברות באו"ם שמות **6 כובעים**: וועדת השלום הבינ"ל, וועדת הפיתוח הבינ"ל, וועדת זכויות האדם, וועדת שאלות פוליטיות, וועדת הארגון והמנהל של האו"ם והוועדה המשפטית.

הוועדות הן ההרכב המרכזי שבו האו"ם פועל. בסוף העצרת הכללית מאמצת החלטות אלו.

מתחת ל-6 הדיפלומטים יש צוותים של מקצועיים. גודל המשלחת משתנה כפונקציה של כוח ותקציב המדינה. איי מרשל לדוגמא לקחו עורך דין יהודי והוא מצביע בהחלטות.

**לגבי הייעוץ המשפטי** – בשנים האחרונות הבינו כי זה חשוב למשלחת. העבודה של ייעוץ משפטי כוללת 2 כובעים –

1. **הביזנס של האחרים** שם מתעוררות שאלות משפטיות ושואלים אותך מה אתה חושב (כמו סוגיות צבאיות או פוליטיות).
2. **הביזנס של היועמ"ש** – סוגיות משפטיות Proper שלא מעניינות אף אחד חוץ מהיועמ"ש.

המרצה ידבר תחילה על הביזנס של היועמ"ש, ואז ידבר על הביזנס של האחרים.

**הביזנס של היועמ"ש (משפטי)**

נמרוד הגיע לוועידה דיפלומטית – התכנסות של מדינות שבה מתיישבים לנסח אמנה בינ"ל חדשה. האמנות מיוצרות דרך הוועידות הדיפלומטיות האלו. כשמסיימים לנסח – הנוסח נסגר בוועידה הדיפלומטית. זה בדיוק מה שנמרוד רצה לעשות בניו יורק. הוועידה שהוא היה בה עסקה בסחר לנשק.

**איך זה עובד?**

מקבילים את ניסוח האמנה לניסוח בכנסת.

1. רוב העבודה בכלל של לנסח את הדברים ולהתווכח, מבוצעת מחוץ לחדר! או שזה קורה לפני או שזה קורה ממש במקביל לדיונים. נמרוד ניסה להיכנס לחדרים האחוריים (המליאה שיעממה אותו).
2. ניסוח של אמנה בינלאומית מעורב בהמון פוליטיקה. יש **פוליטיקה של המהות** (עניינית – של התכלס) יש כאלו שחושבים שזה בסדר למכור למדינה נשק שתבצע איתו רצח עם, ויש כאלו שלא. מתווכחים על זה. הסוג השני של הפוליטיקה זה **הפוליטיקה האסטרטגית** של בניית קואליציות – עושים דילים של תמיכה בסעיפים ודפיקת סעיפים. הסוג השלישי של הפוליטיקות זה ה**פוליטיקה האישית** – הסכסוך חורג מהגבולות של הסכסוך. כמו הסכסוך הישראלי פלסטיני. זה גרם פעמים רבות לעיכובים ולדחיות בוועידה למרות שאין קשר לוועידה.

זמן קצר אחרי שהוועידה נסגרה, הגיעה השלב המרכזי בחיי האו"ם – **העצרת הכללית** – המושב הכללי מתחיל ונגמר בספטמבר. בשבוע הראשון יש את הוויכוח הכללי – מגיעים ראשי המדינות ונואמים בעצרת. אחרי זה מתפצלים לוועדות, ולכל וועדה יש סדר יום, שורה של נושאים בכל מחזור שנתי, ומקבלים החלטות בנושאים אלו. הצהרות אלו הן לכאורה "המלצות" אבל הן יכולות להיות מחייבות.

**עם זאת** – החלטות אלו חשובות מכמה סיבות:

1. פוליטית – המדינות לא אוהבות החלטות שתוקפות אותן.
2. יכולה להיות נפקות משפטית להחלטות כמו משפט רך – כמו ההחלטה שעוסקת על תוקפנות.
3. כסף – לאו"ם יש תקציב לא קטן (5 מיליארד דולר) והוא משקיע אותו במדינות.

מכל סיבות אלו – ההחלטות בעצרת הכללית יכולות להיות חשובות ומשקיעים זמן רב וכסף בעצרת.

**חוויותיו של המרצה –**

**תוכן ההחלטות**

היו את ההחלטות שעסקו באמנת ג'נבה לדוגמא – היה צריך להתעסק בתוכן ובניסוח שלהם. היו החלטות של דיפלומטיים אחרים כמו החלטות הוועדה לזכויות אדם

**איך זה עובד?**

כשאתה מגיע לאו"ם – אומרים לך קודם כל **אל תשנה כלום** – קח את ההחלטה משנה שעברה, תעתיק ותדביק, תוסיף תאריכים וללא בלגן.

בהחלטות בעצרת הכללית יש **קונצנזוס "קדוש"** – לא מצביעים נגד בהחלטות אלו. ברגע שמגיעים לפשרה אף אחד לא רוצה לגעת כדי שזה לא יתפרק. בנוסף, כל דבר שכותבים צריך להיות מאוזן, עדין ולא ברור לאף אחד מהכיוונים – **עמימות דיפלומטית**. נעשה שימוש בקודים דיפלומטיים – לא נגיד שישראל לא בסדר ישירות, אלא דרך הצעות אחרות שלא קשורות לישראל.

קודם נוסף – שימוש בפעלים (זה שוס!) אם מדינות לא אוהבות את הדוח שהאו"ם הוציא – הוועדה תגיד שהיא Takes Note, אם אהבו – Accepted. אף אחד לא יגיד Rejected.

בזה מתבטא חלק גדול מהמו"מ באו"ם.

**פרוצדורה/פוליטיקה**

בכל דיון מנסים לנגח את ישראל. יושבים ומאזינים לדיון משעמם על שימור הסביבה בים. ופתאום נציג לבנון מדבר על הים התיכון ושהוא חשוב, ושמדינת ישראל שפכה את הנפט והרגה עשרות אלפי אזרחים...... צריך להגיב ולומר משהו! על לבנון היינו אומרים שאצלם יש אי יציבות, על סעודיה היו מדברים על אפליית נשים. צריך לרוץ ולבקש זכות תגובה, ואם לא נותנים צריך להפעיל את השגריר. **תמיד חייבים להגיב**.

היו מתעסקים באיפה הנציג הפלסטיני ישב, האם יהיה לו דגל באו"ם, איפה הם יופיעו במסמך הטכני... קיים ממש ספר על כך, וזה חלק ממשחק פוליטי שאין לו שום משמעות גדולה בעולם.

המשחק נגמר בכ"ט בנובמבר 2012 כשאימצו את החלטת השדרוג הפלסטיני – כשנתנו מעמד מיוחד לפלסטינים – מדינה צופה (non-member observer state). זאת באמצעות הרוב האוטומטי :

יש 21 מדינות מהליגה הערבית שמתכנסות אחת לשנה ומחליטות ביחד במה לתמוך ובמה לדפוק. מהמפגש הזה יוצאת הנחיה שאומרת למי להצביע. יש גם את הארגון האסלאמי הגדול יותר (56 מדינות). רמה אחרי זה – NAM/G77 – מדינות שלא בא להם טוב המערב והקפיטליזם – יכולות להגיע לרוב אוטומטית. וועידת המדינות הבלתי מזדהות תוכל לקבל את העמדה של המדינות האסלאמיות (כך קורה בד"כ) ואז יש רוב אוטומטי.

לא היה באמת לישראל מו"מ לנהל בנוגע לקבלת פלסטין כמדינה משקיפה.

אחרי ההצבעות בעצרת הכללית, יש שלב בו מדינות יכולות להסביר את ההצבעה שלהן – למה הן תמכו/התנגדו. כך הן יכולות לדחוף מסרים למה הצביעו בעד/נגד. הסברי ההצבעה האלה יכולים להיות בעלי משקל – נראה האם מדינות הכירו בפלסטינים כמדינה או שזה משהו פנימי לאו"ם ללא חשיבות משפטית. המרצה נפגש עם היועצים השגרירים של המדינות שידעו שהם יצביעו בעד/ימנעו, ודרך הסברי ההצבעה הן יכלו למתן את המסר.

**מועצת הביטחון**

מועצת הביטחון מתעסקת כל הזמן בסכסוך הישראלי פלסטיני. כל 3 חודשים יש דיון בנושא.

זה מתקיים בדיון של 15 מדינות, והמדינות אומרות מה הן חושבות על המצב, שגריר ישראל ייתן נאום חוצה לבבות. יש הרבה עבודה לנסח לשגריר את הנאום – הדברים של השגרירים הם בד"כ מאוד יבשים ודיפלומטיים בלי יצירתיות, למרות שהשגריר רון היה מאוד יצירתי. בנוסף לכך, יש דיווחים בנושאים אלו למזכ"ל האו"ם – וגם שם מכניסים את העימות הישראלי פלסטיני.

כל דיונים אלו מייצרים בסופו של דבר עוד 2 תוצרים מעבר לפרק 6 ו-7:

1. **הצהרה נשיאותית** – הצהרה שהמדינה שמובילה את הדיונים (הנשיאה התורנית) מעבירה.
2. **הצהרה לתקשורת** – נשיא המועצה עושה זאת בחוץ.

השאיפה עבור 2 הצהרות אלו הוא לקבל אותם בקונצנזוס. במועצת הביטחון זה קריטי במיוחד (וטו).

לכל החלטה יש מחזיקת עט – המדינה/הנשיאה התורנית של המועצה באותו חודש, או המדינה שיזמה את ההחלטה, או מדינה שקרובה למדינה שאנו מדברים עליה בהחלטה.

צרפת לדוגמא מחזיקת העט בנושא לבנון.

המרצה היה באו"ם בזמן שהתנהל מבצע עמוד ענן בארץ. באחר הצהריים מקבלים הודעה שהתחיל המבצע – ומתחיל לחץ כלפי מועצת הביטחון שתעשה משהו. רצו לשלוח מסר לישראל שתרגיע ומועצת הביטחון התגבשה כדי לתת הצהרה לתקשורת (לא החלטה). שגריר ישראל תפס את המזוודה והתחיל לדהור לכיוון מועצת הביטחון ונמרוד נדחף (איפה שאפשר תמיד שווה להידחף).

נמרוד הגיע לאיפה שבאמת מתנהלים הדיונים – דיונים לא פורמאליים בלי פרוטוקול בחדרים האחוריים. צריך קונצנזוס! לקחו את הישראלים בחדר אחד ושמו את שגרירת ארה"ב לאו"ם כאחראית על ישראל - היא ניהלה את המו"מ בשמנו.

הפלסטינים קיבלו את שגריר מרוקו עליהם – הוא אחראי בשמם. נציגת ארה"ב ונציג מרוקו מנהלים דיון ביניהם והמטרה היא ששני הצדדים יצאו לא מרוצים במידה שווה.

היו 2 פסקאות סימבוליות/טכניות בתחילת ההצהרה, ואז הפסקה השלישית הייתה אמורה להיות ה"בשרית" – הפלסטינים אמרו שאין להם זכות להיות מותקפים, וישראל אמרה שזה ממש לא נכון. ישראל הכניסה שלתושבי הדרום יש זכות לא לחיות תחת טילים ומתקפות. המשיכו לכופף ידיים.

בסוף היה כתוב כי מועצת הביטחון מכירה בצורך של כל צד לחיות חיים נטולי פחד.

04.12.17

**שיעור 12**

**יישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינלאומיים**

אחרי שדנו בשחקנים המרכזיים של משב"ל (מדינות וארגונים), מהיום ועד סוף הקורס אנו נתחיל להעמיק במספר ענפים ספציפיים במשב"ל. נעסוק היום בענף ספציפי – ענף יישוב הסכסוכים בדרכי שלום במשב"ל.

**בתי דין בינ"ל ויישוב סכסוכים**

היסטורית – בתי הדין בינ"ל התפתחו באופן מסורתי/היסטורי כחלק מהענף של יישוב סכסוכים בדרכי שלום במשב"ל. במאה ה-19 וה-20 האיום הגדול שעומד בפני הקהילה הבינ"ל הוא **סכנת המלחמה**.

עד המאה ה-20 – המלחמות היו ככלל חוקיות משפטית. במשך מאות שנים אין כלל שאומר למדינות שאסור להן לצאת למלחמה. לצד זה, עם השנים עולה פוטנציאל ההרס של המלחמה (על רקע המהפכה התעשייתית). למדינות יש טנקים, ואפילו נשק גרעיני בהמשך.

לכן הקהילה הבינ"ל, בעיקר לקראת סוף המאה ה-19-תחילת המאה ה20 – מבינה שיש צורך במהלכים כלשהם שיביאו לצמצום ההשפעות ההרסניות שיש לקהילה הבינ"ל על בני האדם.

**התפתחות הפרוצדורות לישוב סכסוכים בדרכי שלום, מתרחשת ב-3 אפיקים מרכזיים:**

1. **הטלת מגבלות על היכולת של מדינות לעשות שימוש בכוח (Jus Ad Bellum)** כדי להשיג יעדים. מדינות מתחילות לגבש הסכמים בינ"ל שמטילים מגבלות על היכולת שלהם לפנות למלחמה ולעשות שימוש בכוח.
2. **הגבלת אופן ניהול הלחימה (Jus in Bello)** – מה שנקרא **דיני הלחימה**. אם מדינות מצאו את עצמן בלחימה – אנו נקבע אילו דינים יחולו – איך להתייחס לשבויי מלחמה, אילו מטרות מותר לתקוף ואילו חסינות לתקיפה. אילו אנשים מהווים אובייקטים לגיטימיים לתקיפה ואילו חסינים?

כל הדברים הללו מוסדרים בדיני הלחימה (Jus in Bello) – מדובר באפיק נוסף שהמדינות פועלות דרכו כדי לצמצם את ההשפעות ההרסניות של מצב המלחמה.

1. **פיתוח פרוצדורות לישוב סכסוכים בדרכי שלום** – בין השנים 1899-1945 אנו רואים סדרה מאוד משמעותית של אמנות בינ"ל שנחתמות בנושא יישוב סכסוכים בדרכי שלום:
* **אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום** **(1899)**: מקימה את המוסד הראשון הבינ"ל הקבוע בו מדינות יוכלו ליישב את הסכסוכים ביניהם, ה-**PCA**. (פועל עד היום בהאג/הולנד)
* **אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום** **(1907)**.

במשני המקרים הללו מתכנסות וועידות שקובעות פרוצדורות ליישוב סכסוכים בין מדינות.

* **מגילת חבר הלאומים (1919)**.
* **מגילת האו"ם (1945)**.

**החובה על מדינות ליישב סכסוכים בדרכי שלום**

**החוט המקשר** – האמונה (הנאיבית) שמלחמות פורצות כתוצאה מחוסר תקשורת והעדר הליכים ראויים להצפת עוולות.

**המחשבה** - אם תהיינה למדינות בחירה מספקת בין פרוצדורות לא אלימות ניתן יהיה להניא אותן מפני השימוש בכוח.

ניתן למשל לראות היגיון זה **בס' 12 לאמנת חבר הלאומים (1919)**

הלשון לא לגמרי קשה – הרוח של מנסחי מגילת חבר הלאומים כן הייתה הבנה – בואו ננסה לדחוף ולהניע את פתרון הסכסוכים דרך דרכי שלום באמצעות מוסדות לשיפוט בין לאומי (**PCIJ**), אבל **הלשון היא רכה**, ואומרים למדינות **לא לפנות למלחמה אלא לאחר 3 חודשים**. הסעיף רצה ליצור מנגנון של צינון – אם יש להט לחימה, אולי יצליחו לצנן ולשכך את אותו להט לצאת למלחמה.

**סעיף 2(3) למגילת האו"ם** – מדינות צריכות ליישב את הסכסוכים ביניהם בדרכי שלום.

**סעיף 2(4) למגלית האו"ם** – זה הסעיף שאוסר על שימוש בכוח ביחסים בין מדינות. הוא מעגן באופן ברור את איסור השימוש בכוח. מדינות צריכות להימנע משימוש בכוח **ומאיום בשימוש בכוח** ביחסים הבינ"ל ביניהם.

המנסחים של מגילת האו"ם ב-1945 רצו להחליף את הנוסחה הרכה במגילת חבר הלאומים באמירה הרבה יותר החלטית! **חובה לנהל סכסוכים בדרכי שלום ואסור להשתמש בכוח!**

**סעיף 33 למגילת האו"ם** – מדינות שנגלה ביניהן סכסוך שעלול לאיים על השלום והביטחון הבינ"ל צריכות בראש ובראשונה לנסות למצוא פתרון לסכסוך. הסעיף **מפרט רשימה לא סגורה של האמצעים**: מו"מ, חקירה, תיווך, גישור, בוררות, ויישוב שיפוטי של הסכסוך.

בנוסף, סעיף זה אומר כי מדינות יכולות לבחור גם באמצעים אחרים ליישוב הסכסוך כפי **שהן** רואות לנכון – **עקרון הריבונות**. למדינות נשמרת הפריווילגיה להחליט על הדרך שבה הן יישבו את הסכסוך.

**מקובל לסווג את המנגנונים המוצעים ל-2 קבוצות: מנגנונים דיפלומטיים ומנגנונים שיפוטיים.**

ההבדל בין מנגנונים דיפלומטיים ליישוב סכסוכים לשיפוטיים, זה שמנגנונים שיפוטיים כמו בתי משפט בינלאומיים או בוררות מוסרים את **ההכרעה המחייבת בסכסוך** לצד שלישי שפוסק בסכסוך על בסיס **הדין**. במנגנונים דיפלומטיים הבסיס שונה.

צריך לשים לב, כי **ס' 33 אינו קובע פרוצדורה המכתיבה את הבחירה בין הדרכים השונות** ליישוב סכסוכים. הוא משאיר באופן מוחלט את אופן הבחירה להליך יישוב הסכסוכים למדינות! הרבה פעמים מדינות נמצאות בסכסוך אבל אין ביניהן הסכמה לאיזה הליך לפנות.

**יש סכסוכים שלא ייושבו אם הצדדים לא מסכימים על המנגנון** - התוצאה של סעיף 33 היא שגם אם קיימת לנו חובה ליישוב סכסוכים בדרכי שלום, הרבה פעמים קשה מאוד להוציא את החובה הזאת לפעול, כי המשב"ל השאיר למדינות את הזכות לקבוע איך ליישב סכסוכים. כאשר הן לא מסכימות על המנגנון – הסכסוך יישאר על כנו.

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

בהינתן אופיו הוולנטריסטי של המשב"ל – משפט שהתחיל מכך שמדינות כפופות הסכימו לכללים שלהן הן כפופות כמו אמנה ומנהג, ההחלטה אם לפנות ליישוב סכסוך בדרכי שלום ולאיזה הליך, נותן פררוגטיבה (זכות) בידי מדינות. לכן, באופן מסורתי, כל דרכי יישוב הסכסוכים במשב"ל לרבות שיפוט בינ"ל, היו תלויות בהסכמה (Consent-Based). לדוגמא, כשמוקם ה**PCIJ**- – יש לו סמכות רק למדינות שהכירו בסמכותו בתיק הספציפי (חבר הלאומים).

בתי הדין מתפתחים כמנגנון שתלוי במתן הסכמה של מדינות להישפט בבית המשפט הבינ"ל.

**תפקידם של בתי דין בינ"ל**:

**עם זאת**, זה לא איפה שאנו נמצאים היום. תפיסה זו אינה ממצה את תפקידם היום.

בעשורים האחרונים, עם הצמיחה של ארגונים בינ"ל ומשטרי שיתוף פעולה בינלאומיים כמו משטר הסחר הבינ"ל, ועם התגברות שיתוף הפעולה בין מדינות כחלק מתופעת הגלובליזציה, אנו רואים שבתי דין בינ"ל ממלאים למעשה פונקציות שהולכות ונהיות הרבה יותר דומות לפונקציות שבתי משפט בתוך המדינה ממלאים.

רוב בתי הדין הבינ"ל היום פועלים כחלק מאיזשהו משטר שיתוף פעולה מסוים – כמו משטר זכויות אדם, סחר, בינ"ל פלילי, דיני השקעות.

כשהם פועלים כחלק ממשטר בינ"ל כזה, הם לא רק מיישבים סכסוכים בין מדינות. לצד זה – הם אמונים על פרשנות הדין והאמנות הבינ"ל, אכיפה וקידום הציות של הנורמות של המשב"ל במשטרם, וקידום מטרות המשטר (כמו קידום ההגנה על זכויות אדם וערכי יסוד, או סחר).

**דוגמאות:**

* **ICC – ביה"ד הבינלאומי הפלילי.** יש לנו את התובע של בית הדין שעומד כשלוחה בינ"ל, והוא מעמיד לדין אנשים פרטיים שעשו עבירות חמורות לפי המשב"ל, כמו פשעי מלחמה, רצח עם, פשעים נגד האנושות.
* **ECHR – ביה"ד האירופי לזכויות אדם**. רוב מה שהוא מקדיש לו את זמנו זה תביעות של אנשים פרטיים כנגד 47 מדינות ביבשת אירופה. באותן תביעות נטען כי מדינה מסוימת הפרה את זכויות האדם שלהם. **לדוגמא – תיק הבורקה**. צרפת מעבירה חוק שאוסר על ביגוד שמסתיר את הפנים. התיק מתגלגל בערכאות, בית הדין מאשר את החוק כחוקתי, ואז אזרחית צרפתית מוסלמית שראתה עצמה כנפגעת – עתרה לבית הדין האירופאי לזכויות אדם נגד צרפת. התרחקו למעשה מהפונקציה של יישוב סכסוכים קלאסי בין מדינות.
* **WTO DSS – מערכת ישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי.** (יורחב בהמשך)

**בתי משפט בינלאומיים – מיפוי הזירה**

תוך פחות ממאה שנים, מבתי משפט בינ"ל בודדים גדל מספרם לעשרות בתי משפט, בפרט משנות ה-90 (התפתחות מואצת). זה ניכר בגידול ניכר במספר בתי הדין הבינ"ל, ושסמכות בתי הדין החדשים שמוקמים רחבה יותר כולל התפקידים שהן נועדו למלא.

**בנוסף**, אנו רואים עלייה במספר התיקים שמגיעים לבתי דין בינלאומיים בפועל! באוקטובר 2015 מספר התיקים בPending ב**ECJR** עמד על 65,000!

**נהוג לחלק את בתי הדין הבינ"ל ל-4 קבוצות**:

1. **בתי דין גלובליים (בין מדינתיים)**:
* **הקבוצה הוותיקה ביותר של בתי דין בינ"ל**. הראשון – ה**PCIJ**-. יורשו – ה-**ICJ**. משקפים את התפקיד המסורתי של בתי משפט בינ"ל – יישוב סכסוכים בין מדינות בדרכי שלום.
* **ITLOS** – בית הדין הבינלאומי לדיני הים.
* **מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר הבינ"ל WTO**. עוסקת בסכסוכים ענקיים, למשל – מיליוני דולרים של סובסידיות שהארגון האירופי נותן ל-Airbus, מול סובסידיות שארה"ב נותנת לBoeing. זה סוג הסכסוכים שמגיעים למערכת יישוב הסכסוכים של ה**WTO**-.

מבחינת המהות והנושאים של הסכסוך, **לICJ- יש את הסמכות הכי רחבה.** ניתן להביא אליו כל סכסוך במשפט הבינ"ל. **ITLOS** עוסק רק בדיני ים, וה**WTO**- בנושאי סחר. ב**WTO**- יש סמכות שיפוטית **מחייבת**. כל סכסוך שארה"ב תביא נגד הודו/האיחוד האירופי פשוט יגיע לביהמ"ש.

1. **בתי דין לזכויות אדם**:

ב-1950, כתוצאה ממלחמת העולם השנייה גובשה **האמנה האירופית לזכויות אדם**. רוצים ליצור אמנה/גוף של שיתוף פעולה בנוגע לזכויות אדם. בנוסף – הוקם בית דין בינ"ל (ה**ECtHR**-) וניתן לו סמכות לאכוף עלינו את זכויות היסוד שמנויות באמנה.

ה-**ECtHR** החל לפעול ב-1959 בשטרסבורג. לא מדובר בבית דין של האיחוד האירופי. כל מדינות האיחוד האירופאי ועוד מדינות מנויות בו (לא רק האיחוד האירופי).

בית הדין בעיקר דן בתביעות של פרטים בגין הפרשות שנגרמו להם מאחת המדינות. **בפרשת הבורקה** לדוגמא האישה תבעה את צרפת על הנזק שנגרם לה.

בעקבות בית הדין זה (שנחשב מאוד מוצלח – מה שפגע בו, 65 אלף תיקים) היה ניסיון לחקות אותו ב2 מקומות נוספים: ביה"ד הבין-אמריקני לזכויות אדם, וביה"ד לזכויות אדם של האיחוד האפריקאי – כולם על בסיס המודל המוצלח האירופי.

1. **בתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/או פוליטית**:
* מהווים חלק מהסדרים אזוריים לאינטגרציה ושיתוף פעולה כלכלי.
* הוותיק והחשוב – **ביה"ד לצדק של האיחוד האירופי (ECJ)**.

אחרי מלחמת העולם השנייה, מדינות אירופה שואלות איך נביא לכך שלא תהיה מלחמה נוראית נוספת כמו שהייתה? מצד אחד הן מקימות משטר שיתוף פעול בנושא זכויות אדם. חלק מהמדינות האחרות מקימות משהו שהפך לאיחוד האירופי בסופו של דבר.

זאת הייתה "**קהילת הפחם והפלדה של אירופה**" אמרו שנצטרך לגרום לתלות כלכלית בתחומים אלו – אם נהיה תלויים בתחומים אלה ונסחור בהם, אז יקטן הסיכוי שנגיע שוב למלחמה. קהילת הפחם והפלדה היא זו שהופכת לאיחוד האירופאי .

לא רק שנקים את הקהילה – אלא גם בית דין שיאכוף את האמנה – זה מה שעושה בית הדין האירופי לצדק.

* ה-**ECJ** אמנם נקרא בית דין בינ"ל, אך הוא עושה עבודה שיותר דומה לבימ"ש פדרלי. הוא למעשה אוכף על המדינות את דיני האיחוד האירופי.

אנו רואים למעשה, שרוב התיקים הם למעשה של מוסדות האיחוד/נציבות האיחוד שמביאות סכסוכים בנוגע להפרות הדינים באיחוד האירופי. **בנוסף** – תביעות של מדינות, פרטים או מוסדות האיחוד נגד מוסדות אחרים שחרגו מסמכותם.

* המדינות רצו ליצור משהו דומה ל-ECJ – יש ניסיון ליצור דבר כזה באפריקה ובאסיה. צריך לראות לאן הניסיונות האלו יובילו, אבל האיחוד האירופי הוא במקום משלו מבחינת עומק ההסדרים שהוא ייצר.
1. **בתי דין פליליים**
* **ICTY** – **בית הדין הבינ"ל ליוגוסלביה לשעבר**. מועצת הביטחון הקימה את בית הדין המדובר. תחת **פרק 7** ב-1993 בעקבות המלחמה שהייתה בבלקנים. בית הדין סוגר את שעריו ממש בקרוב. מלכתחילה ידעו שבית הדין יהיה קיים לפרק זמן מוגבל עד שיסיים לדון בתיקים שלו. במקרה הנוכחי (האחרון של ביה"ד) העמידו גנרל לדין (שהתאבד במשפט).
* 1994 – מועצה הביטחון מקימה את ה-**ICTR** – בית הדין הבינ"ל לרואנדה.

אנו יכולים לראות כי בתי דין אלו שואפים להתמודד עם הכרישים הגדולים, והם לא שואפים לדון ב"דגים הקטנים".

* **ICC** מוקם מכוח חוקת רומא (1998) – בית הדין פותח את שעריו, ומתחיל לפעול בשנת 2002. בעוד בתי הדין האחרונים הוקמו לפרק זמן מוגבל, ה**ICC**-הוא **בית דין קבוע** מדובר למעשה במוסד פלילי קבוע וגלובלי להעמדה לדין בגין פשעים בינ"ל.

**ביה"ד הבינלאומי לצדק (ICJ)**

**רקע היסטורי**

מוקם אחרי מלחמת העולם השנייה. כל המדינות שהן חלק ממגילת האו"ם הן אוטומטית צד ב.**ICJ**-

**הרכב**

15 שופטים, עצמאיים, הנבחרים על-ידי מועצת הביטחון והעצרת הכללית. תמיד יש שופט רוסי ואמריקאי, וכל שאר השופטים נקבעים לפי מפתח, בהתאם להתפנות מקום. הם מתמנים ל-9 שנים.

**שופט אד-הוק –** רוב מדינות העולם לא מיוצגות, ולכן כשיש סכסוך שמעורבת בו מדינה שאין לה שופט מבין 15 השופטים הקבועים, יש לה זכות מוקנית בחוקת בית הדין להקנות שופט אד-הוק לצורך הסכסוך הספציפי. מפתיע שבמשך הרבה שנים, מדינות שבחרו שופטי אד הוק מינו אזרח משלהן, אך כיום המגמה **התהפכה**. מדינות נהנות מכך שיש להן את הזכות להשפיע, אבל אולי יהיה לשופט יותר "Credibility" אם הוא לא ישויך למדינה בתביעה.

**סמכות (ס' 38 לחוקת ביה"ד)**

לבית הדין יש סמכות לדון בסכסוכים בין מדינות. סמכות זו מבוססת על הסכמת המדינות:

1. **Compromis** - כניסה להסכם מיוחד המפנה סכסוך ספציפי לביה"ד (הסכמה אד הוק) - שתי מדינות שיש ביניהן סכסוך חותמות על הסכם, שהמדינות מגישות לבית הדין ואומרות לבית המשפט להכריע במקרה הספציפי - -וכך הן מקנות סמכות לבית הדין.
2. **Compromisory Clause** – מתן הסכמה במסגרת סעיף באמנה שהינה בתוקף בין הצדדים המפנה סכסוכים ביניהם לביה"ד (למשל, אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים; אמנת הג'נוסייד – קרואטיה נ' סרביה – אם יש סכסוך בנושא רצח עם, תביאו את זה לביהמ"ש להחליט. המדינות קיבלו על עצמן את סמכות השיפוט של ה-**ICJ**).
3. **הסעיף האופציונאלי** – מדינות יכולות להחליט שהן מסכימות מכאן והילך לסמכות השיפוט המחייבת של בית הדין בכל סכסוך שיובא נגדן. בעצם הן מכירות בסמכות השיפוט המחייבת כלפיהן. כרגע 70 מדינות כפופות לסעיף האופציונלי. אפילו ישראל הסכימה במשך לא מעט שנים לסמכות השיפוט המחייבת במשך מספר רב של שנים, ויצאה יחד עם ארה"ב.
4. **Forum Prorogatum** – הסכמה דה פקטו (באמצעות התייצבות) – פנייה חד צדדית של התובעת, המלווה בהסכמה משתמעת של המשיבה הבוחרת שלא להתנגד לסמכות השיפוט. **לדוגמא** – צרפת הגיעה לדיונים והשתתפה בדיונים. עצם זה שהוגשה תביעה וצרפת בחרה להתייצב ושיתפה פעולה עם התביעות מהיום הראשון – פשוט הקנתה מכך הסכמה לסמכות השיפוט של בית הדין.

אלו הן ארבעת הדרכים שה-**ICJ** יכול לרכוש באמצעותן סמכות במדינות.

ב-**WTO** – מרגע שהמדינות הצטרפו ל-**WTO** – כולן בעצם הצטרפותן הסכימו לסעיף האופציונלי. זה ממש לא קיים ב-**ICJ**, וזה מה שמסביר מדוע ה**ICJ**- הרבה פחות עסוק לעומת ה**WTO**- וה**ECtHR**.

**סעדים ואכיפה**

מגוון סעדים:

* **סעד הצהרתי** – הכרה בעוולה שנעשתה לו, כמו ההכרה שהסרבים ביצעו רצח עם.
* **השבה** – סעד של השבה אם נלקח דבר וניתן להשיבו.
* **פיצויים** – ה-ICJ מוסמך לפצות לפעמים.
* **ועוד** (למשל – סימוני גבול, כמו התיק בין סומליה, קנייה וקו הגבול הימי, איפה שנמצא הגז).

**חוות דעת מייעצת**

* לביה"ד קיימת הסמכות לתת חו"ד מייעצת בשאלה של המשפט הבינלאומי. סמכות זו מעוגנת ב-**ס' 65** לחוקת ביה"ד ו**ס' 96** למגילת האו"ם. ניתן לעשות זאת ב**-2 מסלולים**:
1. **העצרת הכללית ומועצת הביטחון** – יכולות לבקש חו"ד בנוגע לכל שאלה משפטית, כמו חוקיות נשק גרעיני במשב"ל.
2. **ארגונים בינ"ל אחרים** כמו ארגון הבריאות העולמי/ארגון העבודה הבינ"ל גם יכולים לפנות לבית הדין ולבקש חו"ד מייעצת, אך **רק בנושאים שנמצאים בתחום הפעולה שלהם**.
* בראשית שנות ה-90, עולה הבקשה לחו"ד בעניין **חוקיות השימוש בנשק גרעיני**. ביה"ד סירב לתת חו"ד, אבל שנתיים לאחר מכן העצרת הכללית פונה לביה"ד (1996).

מאחר שלעצרת הכללית יש אפשרות לבקש חו"ד בכל שאלה משפטית, הפעם בית הדין כן נענה להחלטתה. בחו"ד מרתק ביה"ד אמר שאולי זה יהיה חוקי בסכנה קיומית למדינה.

* בשנת 2004 העצרת הכללית פונה לביה"ד ומבקשת חו"ד בנוגע **לחוקיות של גדר הביטחון/ההפרדה** שישראל התחילה לבנות על רקע האינתיפאדה השנייה. באותו מקרה מתנהלים דיונים בבית הדין ויוצאת חוות דעת – ישראל בחרה להדיר את רגליה מכל ההליך הזה. היא בין היתר חששה מהתוצאות ולא רצתה להקרין לגיטימציה, ולכן היא בחרה בכלל לא לשתף פעולה עם חוות הדעת. בשורה התחתונה, חוות הדעת הייתה מאוד קשה כלפי ישראל. היא מצאה שאין לישראל את הזכות להקים את גדר הביטחון, ולא באופן שאותו היא הקימה. ביה"ד פירט וניתח סוגיות רבות, והוא גם הכיר בזכות של העם הפלסטינאי בהגדרה עצמית. בניגוד לפסקי דין שמחייבים את הצדדים לסכסוך – מעמדה של חו"ד היא **המלצה בלבד**. אי אפשר לזלזל בניתוח ובקביעות המשפטיות של ביה"ד שגם מלומדים ומדינות רבות מתחילות לצטט ולהפנות אליו כמעין אסמכתה לכן יש לחו"ד דעת אלו ערך שכנועי למרות שהן בגדר המלצה.

05.12.17

**שיעור 13**

**דיני השימוש בכוח – זיו בורר**

*התגעגעתם?* המשפט הבינלאומי בגדול ובהפשטה מתחלק ל-2 תחומים: הדם והכסף. סיוון מרצה בנושא הכסף, וזיו מרצה את "שימוש בכוח". במילים פשוטות: **איך ומתי מותר לפתוח במלחמה**.

**דיני הלחימה מתחלקים בגדול ל-2 תתי תחומים:**

1. **Jus In Bellum** (או בקצרה – JIB באישור זיו) – מסדיר את כללי ההתנהגות בזמן הלחימה.
2. **Jus Ad Bellum** (או בקצרה – JAB) – מסדיר את הכללים לגבי האם ומתי מותר לפתוח במלחמה.

בין 2 הכללים הללו מסיבות היסטוריות, יש **קו הפרדה** **ברור**. הסיבה לכך, היא שב-Jus Ad Bellum אין שוויון בין הצדדים. משמע – יהיה לנו צד אחד שהוא התוקפן, וצד שני שהוא המתגונן. (צד אחד צודק וצד אחד לא צודק) אם כי יכול להיות מצב ששניהם טועים. לא יכול להיות מצב ששניהם צודקים.

לעומת זאת, דיני ה-Jus In Bellum חלים באופן שווה על שני הצדדים, ולא משנה אם הוא התוקפן או הצודק.

**הסיבה לקו ההפרדה:** תחשבו שהיינו קובעים הסכם לפיו רק הצד שהוא התוקפן מחויב לקיים את הJus In Bellum-. שום צד לא היה רוצה לציית לכללים אם הצד השני לא מציית לכללי ההתנהגות הללו. יתרה מכך – זה היה יוצר **תמריץ** לכל צד לטעון שהצד השני הוא התוקפן כדי להתנער מהJus In Bellum-.

זהו אינו עניין תיאורטי – דיני הרנסנס באמת קבעו שהצד הצודק רשאי להשתחרר מה-Jus In Bellum – והתוצאה לכך הייתה שהמלחמות התנהלו בTotal War- - הצדדים היו טובחים האחד בשני ללא מגבלות.

**בשיעור הזה נדבר אך ורק על JAB – Jus Ad Bellum.**

ככלל – הטענה כי הכל במשפט הבינלאומי הוא פוליטיקה זה לא נכון. זה יותר מתקרב ללהיות נכון משאר התחומים זה בJus Ad Bellum-, כלומר, יש תופעה יותר נפוצה של פוליטיקה בכסות של משפט – מדינה עושה מה שבראש שלה, ורק מסווה את זה בטיעונים משפטיים. זה לא אומר שה JAB אינו חשוב – כי גם כאן בהרבה מהמקרים, הJAB בעל השפעה על התנהגות המדינות.

זה תחום שבו פוליטיקה ומשפט מתערבבים בסוג של קוקטייל שמשתנה במינונו ממקרה למקרה.

לפני הסקירה ההיסטורית – המרצה הולך לבצע הקדמה קצרה:

משפט בינלאומי ככלל פונה למדינות. יחד עם זאת, קיימים תחומים של המשב"ל שפונים לבני אדם – כמו משפט פלילי בינ"ל. **משפט פלילי בינ"ל** – יש מספר מאוד מצומצם של תתי תחומים במשב"ל, שבהן בנוגע לחלק מהנורמות, הפרה של הנורמה:

1. מטילה אחריות על המדינה.
2. בנוסף, מטילה אחריות פלילית על האדם שביצע את ההפרה.
3. תחום אחד כזה זה הJus In Bellum-, שם, בנוגע לכל הנורמות – הפרה שלהם מטילה אחריות מדינה. בנוגע לחלקם – הפרה שלהם מהווה **פשע מלחמה**.
4. מקבץ נורמות אחר – מקבץ איסורים שנוגעים ל**הפרות יסודיות של זכויות אדם**, שאם מבוצע אחד מהמעשים האלה, המעשה נחשב גם כהפרה על ידי המדינה, וגם **פשע נגד האנושות**.
5. **רצח עם** - מעשה נוסף שגם מטיל אחריות על המדינה וגם מהווה פשע מלחמה.
6. הקטגוריה האחרונה – **הפרה חמורה** של דיני הJus Ad Bellum- - גם מטילה אחריות על המדינה (כמובן) וגם מהווה **פשע בינ"ל שנקרא תוקפנות**. לפי הפרשנות המקובלת כיום – רק מנהיגי מדינות יכולים לבצע פשע זה – הם אלה שמחליטים אם לפתוח במלחמה או לא.

**JAB – נוגע להפרה של מדינה. תוקפנות מתוך JAB – פשע של מנהיג מדינה (אדם).**

**סקירה היסטורית** (הסיפור ההיסטורי המקובל).

על פי הנרטיב המקובל, בימי הביניים, למרות שבתיאוריה היו קיימים גם הJAB- וגם ה-JIB, **הדגש היה על ה-JAB**. כתוצאה מכך, ה-JIB כמעט אף פעם לא נכנס לפעולה כי דיני הלחימה של אותה תקופה קבעו שהצד הצודק לא חייב להכיל אותם כלפי הצד התוקפן, מה שגרם למלחמות להתנהל כמלחמות ללא כללים (מלחמות טוטאליות).

השפל של המצב הזה מגיע ב**-מלחמת 30 השנים** (הסתיימה ב-1648) – שם במשך תקופה ארוכה בכל אירופה נלחמו ללא כללים, כי כל צד טען שהצד האחר הוא לא הצד הצודק.

**בעקבות זאת, מתפתחת עמדה ש:**

1. **יוצרת את ההפרדה בין הJAB- לJIB-** – שהJIB- חל על הצדדים באופן שווה.
2. **העמדה שמה דגש על הJIB** – מתפתחת תפיסה לפיה המלחמה היא דרך לפתרון סכסוכים – דו קרב. לדו קרב יש כללים, והמנצח בדו-קרב (במלחמה) הוא המנצח בסכסוך.

כתוצאה מהדגש על ה-JIB, נוצרת תמיכה חזקה בעמדה מאוד מתירנית בנוגע לJAB-. במילים אחרות: הרבה מאוד אנשים בתקופה ההיא האמינו כי ראשי מדינות יכולים לפתוח במלחמה מתי שבא להם. הגישה המתירנית בנוגע ל-JAB מתפוצצת בפרצוף במלחמת העולם האשונה. בגלל התנקשות בפונקציונר אחד במדינה קטנטונת (בוסניה), כל העולם מדרדר למלחמה.

בעקבות הטראומה של המלחמה הזאת, מנסים לעשות שוב ניסיונות להחיות את הJus Ad Bellum-

**הניסיון הראשון** – נעשה באמנת חבר הלאומים. אמנת חבר הלאומים קבעה **מנגנון פסק זמן**. היא אמרה שמדינות שמתגלע ביניהם סכסוך – צריכות לרוץ לחבר הלאומים (אימא/אבא), לדווח על זה, ואז יש **תקופה של 3 חודשים** שצריך לנסות לפתור את הסכסוך בדרכי שלום. אם הן לא מצליחות – אז "אללה בבאלא". גם על המנגנון הזה יותר מידי מדינות ציפצפו (ההסדר לא תפקד). הוא היה צעד ראשון בהתעוררות הJAB-.

**הניסיון השני -** ניסיון יותר שאפתני נעשה בשלהי שנות ה-20 באמנה בינלאומית שנקראת **הסכם קלוג-בריאנט**. הסכם זה היה יותר שאפתני ב-**2 אלמנטים**:

1. **הוא קבע שאסור למדינות לפתור סכסוכים ביניהן בדרך של מלחמה** – משמע הן חייבות לפתור סכסוכים בדרכי שלום..
2. הפרה חמורה של איסור זה (האיסור לפתור סכסוכים במלחמה/האיסור לפתוח במלחמה) מהווה **פשע של תוקפנות**.

הניסיון השאפתני הזה להוציא מחוץ לחוק את המלחמה מתברר כניסיון **שאפתני מידי** – הוא מתפוצץ בפרצוף **במלחמת העולם השנייה**.

לכן, בעקבות מלחמת העולם השנייה מתרחשים 2 דברים:

1. **דבר צופה פני עבר** – במשפטים שנעשו אחרי מלחמת העולם השנייה (נירנברג וטוקיו), מועמדים לדין גורמים בכירים בהנהגה הנאצית והיפנית בגין **פשע התוקפנות**.
2. **דבר צופה פני עתיד** – לעתיד לבוא, משכתבים/עושים רפורמה בדיני הJus Ad Bellum- בניסיון לייצר הסדר יותר הגיוני מעתה והילך.

הסדר זה מעוגן באמנת סן פרנסיסקו (1945) – **אמנת האו"ם**.

מעכשיו, כשנדון בפשע התוקפנות, נדבר על כללים שההפרה שלהם מטילה אחריות על מדינות.

**ס' 2(4) למגילת האו"ם** מטיל על המדינות איסור גורף על שימוש בכוח, כאשר לאיסור זה יש 2 חריגים מרכזיים שקבועים במגילת האו"ם:

1. **מנגנון הביטחון הקולקטיבי** (בגדול ובהפשטה – מסביר את האפשרות של מועצת הביטחון להורות על שימוש בכוח).
2. **מנגנון ההגנה העצמית**.

**איסור השימוש בכוח**

**ס' 2(4)** קובע *"שהמדינות החברות באו"ם צריכות להימנע מהאיום על שימוש בכוח, ומהשימוש בכוח עצמו, כנגד העצמאות הטריטוריאלית של מדינות אחרות, כנגד הריבונות של מדינות אחרות, או בכל אופן אחר שאינו מתיישב עם מטרות האו"ם."*

**העמדה המקובלת** אומרת שלמדינות אסור לאיים על שימוש בכוח ולהשתמש בכוח, בכפוף לחריגים שקיימים בדין למתי מותר להשתמש בכוח (קולקטיבי והגנה עצמית)

האיסור על שימוש בכוח אינו רק איסור שמעוגן בדיני האמנות, אלא, העמדה הרווחת כיום היא שמדובר **בדין בינ"ל מנהגי**, ויתרה מכך, ב**Jus Cogens- (דין קוגנטי)**. אם הוותיקן יחליט לתקוף את איי קוק – זה טוב מאוד שנדע שהוותיקן הפר את המשב"ל בכך. (אלו 2 המדינות היחידות שלא שנויות במחלוקת שאינן חברות באו"ם). **גם מדינות שלא חברות באו"ם – גם עליהם האיסור חל.**

**מה זה כוח?** אם הסעיף אוסר על שימוש בכוח, אנו צריכים לדעת מה זה כוח.

**לדוגמא,** לחץ כלכלי – לא מהווה שימוש בכוח. **לעומת זאת**, שימוש בכלי נשק המפעיל כוח קינטי כלפי הטריטוריה של מדינה אחרת, זה על בטוח כן שימוש בכוח.

מקרה שלכאורה נראה יותר מורכב – אבל יש קונצנזוס שהוא שימוש בכוח (וגם התקפה חמושה), זה כאשר מדינה שולחת כוחות שלה לטריטוריה של מדינה אחרת – זה מהווה לכשעצמו שימוש בכוח (גם התקפה חמושה) אפילו אם לא נורה כדור אחד! גרמניה לדוגמא כבשה כמה מדינות באירופה בזה שהיא צעדה לתוך המדינה עם הצבא והצבא של המדינה התפרק (בלי לירות כדור אחד).

דבר נוסף שנחשב לשימוש בכוח (אך לא תמיד יהווה התקפה חמושה) – **סיוע למרד אזרחי** במדינה אחרת/ארגון מורדים במדינה אחרת/ארגון לא מדינתי שתוקף מדינה אחרת.

מעשה במדינה דמיונית – צפון קוריאה, שלא אהבה סרט קומדיה גרוע שעמד לצאת על ידי חברה בינ"ל שמצלמת את הסרטים שלה במדינה דמיונית אחרת – ארה"ב. אכן, היא שלחה האקרים לפרוץ למחשבים של אותה חברה, ולפרסם אימיילים מביכים של בכירי החברה (בין השאר אימיילים סקסיסטים ומביכים). יום אחד, למחרת, נעמד נשיא ארה"ב מול הפודיום – ואמר שהמעשה של צפון קוריאה מהווה שימוש בכוח, ואף **התקפה חמושה**. האם נשיא ארה"ב צדק? (יום אחרי הוא חזר בו).

במקרה אחד בו בטוח ש**מתקפת סייבר** מהווה התקפה חמושה – כאשר מדינה אחת פורצת למחשבים של מדינה אחרת, ובעקבות זה משתחרר כוח קינטי קטלני. למשל, החלטה של ישראל לפרוץ למחשבי סכר אסואן ולשחרר את המים (יהרוג 20 מיליון איש). זה מקרה בו מתקפת סייבר היא התקפה חמושה – חדירה למחשבים באופן שיוביל ל**שחרור כוח קינטי**.

**לעומת זאת**, לגבי מקרים אחרים, העמדה המקובלת היא שזה לא שימוש בכוח. המקרה של צפון קוראיה כנראה מובהק שלא. מקרה בו רוסיה חודרת למחשבים של רשויות של מדינה אחרת כדי להתערב בבחירות – זה אסור והפרה של המשב"ל אבל לא שימוש בכוח.

מקרה יותר בעייתי שעדיין העמדה המקובלת אומרת שלא (אך נמצא יותר מומחים שאומרים שכן) – זה מה שקרה באסטוניה ב-2008: אסטוניה החליטה להוריד אנדרטה לזכר החיילים הסובייטים שלחמו במלחמת העולם הראשונה, ויום למחרת כל האתרים של הממשלה האסטונית נמחקו. תקפו גם את הבנקים של אסטוניה, מחשבים של בתי חולים... זה כבר נהיה יותר גבולי. אם מוחקים את כל הנתונים של הבנק יכולים ליצור כאוס (כולל מחיקת מחשבים בבתי חולים). יחד עם זאת, העמדה מקובלת אומרת שגם זה לא נחשב לשימוש בכוח.

\*הערה פרקטית: אנו נמצא מאמרים רבים בנושא סייבר, ולדעת המרצה זה אחד המקרים המשעממים יותר – בד"כ המדינות לא משאירות מספיק טביעות אצבע כדי שנזהה שהן עומדות מאחורי המתקפה, ולכן זהו עניין תיאורטי בלבד.

**ס' 2(4)** לא רק אוסר על שימוש בכוח, אלא גם על **איום שימוש בכוח**.

חשוב להבהיר, וזה נקבע בבהירות בהחלטות ה-**ICJ** בנוגע לנשק גרעיני – האיסור הוא על **איום בשימוש בכוח לא חוקי**. אם ישראל תגיד שאם היא תותקף היא תממש את ההגנה העצמית – זה שימוש בכוח חוקי ולכן ישראל לא מפרה את **ס' 2(4)**, למרות שהיא מאיימת על שימוש בכוח.

זה נקבע בחוות הדעת על השימוש בנשק גרעיני – חלק מהמדינות טענו כי עצם האחזקה בנשק גרעיני מהווה איום בשימוש בכוח, ובית הדין קבע שלא – תחת נסיבות מאוד מאוד צרות שימוש בנשק גרעיני יכול להיות חוקי, ולפיכך עצם ההחזקה אינה מהווה איום לא חוקי.

לא רק איום בצורת דיבור יהווה איום בשימוש בכוח, לפעמים **יעפים אוויריים** בסמוך לגבול ולפעמים **אימונים בסמוך לגבול** יהוו איום שימוש בכוח (לא תמיד).

השאלה בנושא איום תלויה לגבי **אמינות האיום ואופיו של האיום** (האם הוא נתפס כאמין).

דברים אלו נאמרים בדוח שמוציא הארגון האירופאי לשלום ובטחון בנוגע למלחמה בין רוסיה לגיאורגיה (לפני 10 שנים), ובו הוא קובע שהתרגיל שביצעה גיאורגיה יחד עם נאט"ו **לא היווה** איום בשימוש בכוח, כי עד שמתרגיל של נאט"ו יוצאת החלטה של נאט"ו להשתמש בכוח – לוקח זמן. לעומת זאת – תרגיל צבאי שרוסיה בצעה בצד השני – נקבע שכן בגלל **אופיו** של התרגיל.

יכול להיות שחלק מההתגרויות והאמירות של גופים שונים **לא ייחשבו** איום בשימוש בכוח, אבל עדיין לא יהיו לגיטימיים כי הם ייחשבו כהפרה של חובה של סעיף אחר [**2(3)**] שמחייב את המדינות לפתור סכסוכים בדרכי שלום.

**החריגים**

**חריג 1 - מנגנון הביטחון הקולקטיבי** – **סעיף 39 בפרק 7**, קובע שמועצת הביטחון יכולה לקבוע שמעשים מסוימים מהווים איום על השלום, הפרה של השלום או תוקפנות, ולהחליט לאור זה על נקיטת אמצעים להחזרת הביטחון והשלום העולמי על כנו.

החלטה מכוח **פרק 7** מחייבת את **כל מדינות העולם**.

**סעיף 42** מסמיך את מועצת הביטחון לנקוט/להורות על נקיטת צעדים כוחניים כדי לשמר/להחזיר על כנו את הביטחון הבינ"ל, לרבות על הטלת מצור ימי והוראה על מבצעים ימיים, אוויריים ויבשתיים.

נוסח הסעיף והיחס בינו לבין **סעיף 41** שעוסק באמצעים לא כוחניים – מוביל למסקנה שהמטרה שינקטו בצעדים כוחניים רק אם מיצו את הצעדים הלא כוחניים, או שלא היה בהם תועלת.

**סעיף 43** (סעיף הפנטזיה) קבע שהמדינות תתפקדנה כוחות לאו"ם ויווצר מטכ"ל בינ"ל בראשות הרמטכ"לים של 5 המטכ"לים של מועצת הביטחון – וזה יהיה הכוח שיאכוף את השלום. בפועל לא נעשה בזה שימוש, אבל מועצת הביטחון פשוט מסמיכה מדינה/קבוצת מדינות לאכוף על האמצעים שהיא מורה עליהם.

גם כאן הייתה התפתחות היסטורית: המקרה הראשון שעושים שימוש בסעיף 42 הוא **מלחמת קוריאה**. זה עובר במקרה זה כי בריה"מ מחרימה את מועצת הביטחון. הסיבה שרוסיה החרימה את דיני מועצת הביטחון, היא מהסיבה שעד שנות ה-70 מי שהחזיקה בכיסא הסיני במועצת הביטחון לא הייתה סין העממית, אלא טאיוון. מלחמת קוריאה גרמה לבריה"מ ללמוד לקח – הם מיד מחזירים את השגריר שלהם למועצת הביטחון, ומאותו רגע, השימוש בס' 42 כדי לאשר מבצעים צבאיים מוקפא עד סוף המלחמה הקרה.

**לעומת זאת** – מתחילת שנות ה-90 יש לנו מקרים בהם מועצת הביטחון מאשרת שימוש בכוח – כמו לוב (אישור הפצצות מהאוויר), אבל זה לא משהו שקל להעביר (היום יותר קשה מקודם).

העמדה הרווחת כיום היא שרק אם החלטת מועצת הביטחון מאשרת באופן מפורש שימוש בכוח, השימוש בכוח הזה חוקי. מדובר ב**פרשנות** **צרה**. הגענו למצב זה, בגלל שבסוף שנות ה-90 מספר מדינות (ארה"ב ובעקבותיה גם רוסיה) ניצלו לרעה את העובדה שבאותה תקופה הייתה תמיכה רווחת יותר בגישה פחות מצרה (יותר מתירנית).

**קוסובו –** בקוסובו נאט"ו מתקיף את סרביה על מנת למנוע ממנה לבצע רצח עם בקוסובו, מבלי לקבל אישור קודם ממועצת הביטחון (רוסיה הטילה וטו באו"ם). אחת הטענות שארה"ב ושאר מדינות נאט"ו טוענות בדבר חוקיות הפעולה זה **אישור בדיעבד** – אחרי שהם תוקפים, רוסיה נמצאת במצב אחר, ובדיעבד מועברת החלטת מועצת הביטחון שמאשרת את התקיפה.

**המלחמה בעיראק** – האמריקאים נותנים פשרנות מאוד יצירתית להחלטות מועצת הביטחון שנתנו בהקשר סוף מלחמת המפרץ הראשונה, וטוענים שהחלטות אלו במשתמע מתירות להם לעשות שימוש בכוח. לאור מה שהתברר היום (באיזו קלות האמריקאים יצאו למלחמה בעיראק) – היום יש הרבה פחות תמיכה בגישה המתירנית, ו**הגישה הרווחת היא הגישה הצרה** – **צריך אישור מפורש של החלטת מועצת הביטחון מראש**.

בעקבות מלחמת עיראק, בכמה מדינות באירופה מוקמות וועדות חקירה ממלכתיות (הולנד ואנגליה). שתיהן קובעות שהממשלה של אותה מדינה הפרה את הJus Ad Bellum – החלטות מועצת הביטחון לא אפשרו את היציאה למלחמה. **סוריה לדוגמא** – ארה"ב ובריטניה רצו להתערב, אך הפרלמנט בבריטניה לא אישר את הצטרפותה למלחמה בסוריה.

**חריג 2 - הגנה עצמית** – **סעיף 51 לאמנת האו"ם** קובע שאין באמור באמנה זו כדי לפגוע בזכותן הטבועה (טבעית –Inherent) של המדינות להגנה עצמית.

כשבוחנים את הסעיף, רואים שמנסחי האמנה ראו במנגנון ההגנה העצמית (האינדיבידואלי) מנגנון **משני** למנגנון הקולקטיבי, וככזה כמנגנון **זמני** – אם המדינה מותקפת, המדינה צריכה לרוץ למועצת הביטחון. במקביל, עד שמועצת הביטחון מחליטה **מותר לה להתגונן**. בפועל, מכיוון שמועצת הביטחון ממעטת להתערב, חריג זה של הגנה עצמית הפך להיות המנגנון המרכזי, בעוד המנגנון הקולקטיבי הפך להיות המנגנון שהשימוש בו יותר נדיר.

**סעיף 51** קובע שהגנה עצמית יכולה להיעשות רק כתגובה ל**התקפה חמושה**. המונח "התקפה חמושה" – הוא מונח מצומצם יותר מהמונח "שימוש בכוח". כלומר – כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח, אבל לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. במילים אחרות – לא כל שימוש בכוח מאפשר למדינה לעשות שימוש בכוח חזרה.

**לדוגמא** – **בפס"ד ניקרגואה** של ה-**ICJ** – נאמר שחלק ממעשי הסיוע שסייעה ארה"ב לארגון המורדים בניקרגואה (ארגון הקונטרה) מהווה שימוש בכוח, אבל לא התקפה חמושה.

\*ידע כללי: נבחרה באופן דמוקרטי נבחרת שמאל סוציאליסטי בניקרגואה. ארה"ב חוששת שהממשלה הזאת תתמוך בבריה"מ ולא בארה"ב, ולכן הם רוצים להפיל את השלטון. הבאסה הוא שהחוק האמריקאי לא מאפשר לצאת למלחמה בלי אישור הקונגרס, אז היא העבירה נשק לישראל וביקשה ממנה למכור את הנשק למדינה שלישית – איראן דרך לבנון. הכסף חוזר לסוכנויות הנשק האמריקאיות שמעבירות אותו לניקרגואה.

ברור ששימוש בנשק המפעיל כוח קינטי כלפי טריטוריה של מדינה שכנה מהווה לא רק שימוש בכוח אלא גם התקפה חמושה. בנוסף, גם הזזת כוחות לתוך מדינה מהווה לא רק שימשו בכוח אלא גם התקפה חמושה. **יחד עם זאת**, לגבי 2 המקרים שצוינו – יש עמדה "מקובלת" (51/49) שאומרת שיש **מבחן של עוצמה** – משמע: תקרית גבול בודדת להשקפתם של התומכים בגישה הזאת – זה שימוש בכוח אבל לא מהווה התקפת חמושה, ולכן אסור לפתוח במלחמה בתגובה. זה הרציונל שעומד מאחורי התמיכה בגישה זו (למנוע ממדינה להיכנס למלחמה תחת סייג ההגנה העצמית בגלל תקרית בודדת).

יחד עם זאת, עולה השאלה – **מהי העוצמה?**

**לדוגמא** – פס"ד **ICJ** של **ארה"ב נ' איראן** – דיי בפיצוץ מוקש ימי אחד כדי שזה יהווה התקפה חמושה (ומצד שני – יש עמדות שאומרות שהטילים מלבנון זה לא התקפה חמושה).

התמיכה בעמדה המצמצמת הוא ניסיון היסטורי מאוד ארוך שמראה שבהרבה מאוד מקרים מדינות השתמשו בתקריות מאוד מצומצמות כתירוץ לפתוח במלחמה כוללת (כמו מלחמת העולם הראשונה).

ירי של נשק קינטי לשטחה של מדינה – זה ברור התקפה חמושה.

בנוגע להריגת נשיא של מדינה אחרת – זה התקפה חמושה.

שגריר – במקרה אחד ארגון מזויין לא מדינתי (שמדינת ישראל טענה שקשור ללבנון) מחסל את שגריר ישראל בלונדון, ומקרה שני – בזמן תצוגת גלריה בטורקיה שוטר מקומי יורה והורג את השגריר הרוסי בטורקיה

**יש דעות לכאן ולכאן:**

מקרה שברור שהעמדה הרווחת היא שכן מדובר בהתקפה חמושה - סוכנים של מדינה בהנחיית הנהגת המדינה מחסלים שגריר של מדינה אחרת.

מקרה שברור שהעמדה הרווחת היא לא – כאשר גורם שלטוני זוטר על דעת עצמו תוקף והורג את השגריר, הרי שלא מדובר בהתקפה חמושה מצד המדינה (גם כאשר דיני אחריות המדינה קובעים כי ניתן לשייך את המעשה למדינה. ניתן יהיה לשייך פיצויים אבל יתייחסו למקרה כמעשה פשע בלבד).

מקרה אמצע – מקרים שבהם ארגונים מסוימים נתמכים על ידי מדינה אחרת, או שנציג של מדינה חצי על דעת עצמו, מחסלים שגריר. למשל – חיסול השגריר של מדינת ישראל שהוביל למלחמת לבנון.

במרבית המדינות בעולם, במקרים האפורים של חיסול שגרירים, **העמדה הרווחת שלא צריך להתייחס לכך כהתקפה חמושה** – זה נובע מניסיון היסטורי מאוד רע, שבו בעבר החיסולים הללו שימוש תירוץ לפתיחה במלחמה כוללת. **לדוגמא** – המקרה שקרה באי השלום (גבול בין ירדן לישראל) – יש רצון שהדין ימנע מקרה בו כאשר חייל ירדני יורה בשר – תהיה מלחמה כוללת.

.

**מה קורה כאשר תוקפים אזרחים?** (האם מדובר בהתקפה כנגד המדינה?)

* אם תוקפים אותם כשהם נמצאים בטריטוריה של המדינה – זה בטוח התקפה חמושה.
* אם תוקפים אותם בחו"ל – כמו **אוגנדה**, בעיר **אנטבה** –

ה**עמדה המצרה** אומרת שלא מדובר בהתקפה חמושה, שכן ההתקפה לא נעשית כנגד המדינה (לא נגד הטריטוריה ולא נגד גורמי המדינה).

ה**עמדה המרחיבה** אומרת כי כן ניתן להעניק הגנה עצמית, כי בסופו של דבר תפקידה של המדינה הוא להגן על אזרחיה.

המשפטנים שתומכים בעמדה המרחיבה מגיעים לכך בכל מני דרכים פרשניות:

1. לפרש באופן רחב את **סעיף 51**.
2. זה בכלל לא עניין של אמנת האו"ם, אלא, בנוסף לשני החריגים לאיסור של שימוש בכוח שקיימים באמנה, התפתח לדעת הצדדים בעמדה זו **חריג שלישי** במשפט המנהגי, שמאפשר למדינה להפעיל את זכותה להגנה עצמית כתגובה לתקיפת אזרחיה בחו"ל.

**העמדה הרווחת היא שכלל, התקפה של אזרחים בחו"ל לא תחשב התקפה חמושה ולא תצדיק פעולה של הגנה עצמית**. הסיבה לכך היא הניסיון ההיסטורי, שיותר מידי פעמים מדינות ניצלו רשות זאת לרעה.

**יחד עם זאת**, זה לא העמדה של מדינת ישראל – באנטבה. בעקבות אנטבה מועלת הצעה לגנות את מדינת ישראל במועצת הביטחון, וידידותינו במועצה מטילות ווטו – ולכן מועצת הביטחון לא מעבירה החלטת גינוי.

מה קורה כאשר יש התקפה חמושה, אבל מי שמבצע אותה הם לא כוחות מזויינים של מדינה אחרת, אלא **כוחות מזויינים לא מדינתיים**?

בסיס הכוחות המזויינים המדוברים צריכים להימצא בשטח מדינה מסוימת,

אז האם התקפה חמושה מצד ארגון מזויין לא מדינתי מקימה למדינה המותקפת זכות להגנה עצמית כנגד הארגון שנמצא במדינה שמתקיפים ממנה?

**העמדה המצמצמת**, אומרת שרק ב-2 מקרים הדבר ייחשב כהתקפה חמושה המקימה זכות להגנה עצמית:

1. **כאשר ניתן לשייך את המעשים של הארגון המזויין הלא מדינתי** אל המדינה שכנגד הטריטוריה שלה/כנגדה מגיבה המדינה המותקפת.
2. **כאשר הארגון הלא מדינתי שולט בטריטוריה מסוימת** (לא המדינה שולטת בארגון, אלא הארגון) – כמו חמאס.

**העמדה המצמצמת יוצרת בעיה מאוד גדולה למדינה כמו ישראל**:

1. **עניין מלחמת לבנון השנייה** – חיזבאללה, קשריו עם ממשלת לבנון לא מספיק חזקים כדי שיהיה ניתן לשייך את מעשיו למדינת לבנון, ולכן לכאורה, לפי העמדה המצמצמת ישראל אינה רשאית לצאת למלחמה כתגובה להתקפות שמבצע חיזבאללה מלבנון.
2. **האינתיפאדה השנייה** – יהודה ושומרון (ועזה) הם טריטוריות שאינן חלק ממדינת ישראל, אבל המחזיקה בו בתפיסה לוחמתית היא ישראל! צריך לבצע התקפה חמושה בטריטוריה שהיא מחזיקה בה. לכאורה בגלל שלא ניתן לשייך את מעשי הארגון למדינה – דיני הJAB- לא חלים במקרה הזה, וכל מה שישראל יכולה לעשות זה פעולות שיטור ולא לצאת למלחמה. ואכן, בחו"ד הגדר, קובע ה**ICJ**- כי מדינת ישראל לא יכולה להיתלות בעקרון ההגנה העצמית של הJAB כדי להצדיק את פעילותיה בשטחים.

זיו רוצה להסביר כי העמדה המצרה מאוד בעייתית. אנשים מחזיקים בדעה הזאת עקב ההיסטוריה – בעבר העמדה המתירנית יותר מאוד נוצלה לרעה על ידי מדינות שונות כתירוץ לפתוח במלחמה – כמו **מלחמת העולם הראשונה** – מי שמבצע את ההתנקשות ביורש העצר של המדינה האוסטרו הונגרית זה **ארגון מזויין לא מדינתי** לשחרור לאומי של בוסניה. אוסטרו הונגריה מטילה אחריות על סרביה שמסייעת לארגון זה. הגרמנים תומכים בעמדת אוסטרו הונגרים – והם משתמשים בזה כתירוץ – הם רוצים להיכנס למלחמה כי הם רוצים להתמודד עם העליונות הימית הבריטית, והעולם מתגלגל למלחמה של עשרות מיליונים. הטיעון הוא שצריך לנשוך שפתיים קצת. השאלה היא מה המחיר. זה מצב שבו הפתרון שהדין יקבע תמיד יהיה מורכב, כי המציאות מורכבת.

ישראל תמיד תמכה ב**עמדה המרחיבה**. העמדה המרחיבה אומרת:

1. **לגבי שטח כבוש** – מדינה יכולה להגדיר את הזכות להגנה עצמית שלה כנגד ארגון מזויין לא מדינתי הפועל בשטח הכבוש, אם עוצמת ההתקפה שלו (הפעילות החמושה שלו) היא כזאת שלא ניתן עוד לסווג את המעשים כמעשים שניתן להגיב עליהם בפעולת שיטור (מעשים אנלוגיים לפשיעה).
2. **לגבי התקפה של מדינה אחרת שבה נמצא הארגון** – העמדה המרחיבה אומרת כי המדינה המותקפת (שהארגון הלא מדינתי התקיף) רשאית להתקיף את הטריטוריה של המדינה הזרה שממנה פועל הארגון, לא רק כאשר ניתן לשייך את פעילות הארגון כפעילות של המדינה, אלא גם אם כאשר מדובר במצב בו אותה מדינה אינה רוצה/מסוגלת למנוע בעצמה את התקפותיו של הארגון.

**זיו תומך בגישה המרחיבה** – אבל צריך לזכור שזאת הייתה הטענה של אוסטריה כלפי סרביה – סרביה אינה רוצה/יכולה/מעוניינת למנוע את פעילות הארגון. זיו רוצה שלפני שנכריע – שהמעי שלנו יתכווץ מהתלבטות.

**לגבי תנועת המטוטלת** – עד שנות ה-2000, בעוד ישראל תמכה בגישה המרחיבה, מרבית העולם תמך בגישה המצמצמת, ואז ב2001 – קרה ה-**11 בספטמבר**. הקשר בין אל-קעידה לטליבאן היה כזה שככל הנראה לא היה ניתן לקשור בין פעילותו לממשלת אפגניסטאן לפי העמדה המקובלת. **יחד עם זאת**, ללא כל ספק מדובר במקרה בו ממשלת אפגניסטאן לא הייתה מסוגלת ולא רצתה למנוע את פעילות אל-קעידה. ולמרות זאת, בתמיכה כמעט כלל עולמית (צפון קוריאה התנגדה) האמריקאים ובני בריתם יצאו למלחמה כנגד אפגניסטן!

אם המרצה היה מלמד את הקורס ב-2002-2004 – הוא היה אומר לנו שהעמדה המשפטית כיום היא תמיכה בעמדה המרחיבה, אם כי גם אז היו סרבנים Hardcore – כמו ה**ICJ**-.

ה**ICJ**- בחוות הדעת בנוגע לגדר ההרחבה ממשיך לצדד בגישה מצמצמת וחטף על זה בראש מכל המשפטנים – עד כדי שה-**ICJ** חצי חוזר בו בפס"ד שניתן כמה שנים אחרי זה, ואומר שמדובר בשאלה משפטית שהפתרון לגביה – צריך להשאירו בצריך עיון. הוא למעשה משאיר פתח בעתיד לשנות את דעתו בנושא הגישה המצמצמת או המרחיבה בהגנה עצמית.

בעקבות מספר מקרים של ניצול לרעה בשנים האחרונות (רוסיה) ובעקבות התקריות בהן האמריקאים כופפו את ה-JAB בעיראק ואפגניסטן – המטוטלת חוזרת לעמדה המצמצמת. היום כנראה 60% תומכים בעמדה המרחיבה ו40% בעמדה המצמצמת יש כאן מטוטלת ובהתאם לכל מקרה המטוטלת זזה – כי כל פתרון שהחוק מציע הוא "מורכב" בהתאם למציאות המורכבת.

**כללי קרולינה/כללי וובסטר** – אירוע שמתרחש על גבול ארה"ב וקנדה (שבשליטה בריטית) של התקפה של צבא בריטניה על אונייה שנקראת קרוליניה. שר החוץ האמריקאי שניסח את הכללים – נקרא וובסטר.

הכללים באים ואומרים שכאשר הייתה התקפה חמושה, קמה הזכות למדינה להגנה עצמית.

הרעיון הוא למנוע מצב שבו כל אירועון שיכול להיפתר בדרכי שלום – ידרדר למלחמה כוללת.

המדינה המותקפת לא יכולה להגיב בכל תגובה שהיא רוצה, אלא **מוטלות עליה 3 מגבלות**:

1. **נחיצות** – אם ברור שהמדינה יכולה לפתור את הסיטואציה על ידי שימוש באמצעים לא אלימים, הרי שאסור לה לעשות התקפת נגד (אסור לה להגיב באופן צבאי)

**דוגמא 1** **-** **מלחמת העולם הראשונה** – האימפריה האוסטרו-הונגרית הטילה אולטימטום על סרביה. התנאים האלו היו סופר משפילים. כולם בטוחים שסרביה תסרב לתנאים האלה, אבל "המנוולים" הסכימו לתנאים, ואוסטריה פתחה במלחמה בכל זאת. (הטילו על אוסטריה וגרמניה אחריות פיצויים בסוף המלחמה בגלל זה).

**דוגמא 2 - הסכסוך בין גאורגיה לרוסיה** – זה מקרה יותר מורכב. שם הגיאורגים באים וטוענים כי באזור היו כוחות שמירת שלום בינ"ל, והרוסים לא פנו לכוחות אלו, אלא פתחו במתקפה. לפי עמדת הדוח, אין חובה לפנות לכוח שמירת השלום, ואי הפנייה אינה מהווה הפרה של דרישת הנחיצות.

1. **מידתיות** – לגבי מידתיות יש 2 פרשנויות למה אומרת דרישה זו:
2. **פרשנות כמותנית** - יחס מול יחס – אם הם תקפו אותי בעוצמת אש מסוימת, המדינה הנגדית רשאית להגיב בערך באותה עוצמה.
3. **פרשנות איכותנית** – הפרופורציונאליות היא לא לעוצמת המתקפה החמושה, אלא לעוצמת האיום! המידתיות לא נבחנת ביחס לעוצמת המתקפה הקינטית, אלא ביחס לעוצמת האיום שנבע עקב המתקפה.

**לדוגמא** – מדינה א' שולחת כוח צבאי לכבוש שטח של מדינה ב' בהתקפת פתע. היא מצליחה לכבוש את השטח בלי לירות כדור אחר. לכאורה – לפי העמדה הכמותנית, הדרך היחידה להשיג את השטח בחזרה הוא לדחוף את החיילים האחרים החוצה.

זיו ב-3 מאמרים שונים, כתב למה הוא חושב **שהעמדה האיכותנית היא הנכונה**. **יחד עם זאת**, חשוב להבין שיש לוגיקה מסוימת לתמיכה בעמדה הכמותנית – הערכה של עוצמת האיום היא **סופר סובייקטיבית**, ולכן, אם נסתמך על הגישה האיכותנית, נפתח פתח לניצול לרעה – כל מתקפה חמושה קטנה תהפוך למלחמה כוללת. במילים אחרות – גם כאן 2 העמדות הן עמדות שמובילות לתוצאה "מורכבת" (מלחמה זה דבר מורכב). הדין נועד בין היתר למנוע תגובה מתוך תחושת נקמה/ג'ננה.

1. **מיידיות** – צריך לתקוף לא מוקדם מידי ולא מאוחר מידי. מצד אחד צריך להשתמש בכוח רק כאשר אין ברירה (במועד שלאחריו אין אפשרות לעשות שימוש בצעדים אחרים) מצד שני, האיום עצמו צריך להיות מיידי – אתה לא יכול לתקוף היום עקב איום שאמור להתרחש בעתיד.

אם מדינה זרקה עלי טיל ואין סיכוי שהיא תזרוק עוד טיל – יכול להיות שלמדינה אין עילה להגיב – כי המטרה היא הגנה עצמית!

**מתקפת מנע** –

האם אני יכול להגיב בתגובה של הגנה עצמית למתקפה שעדיין לא קרתה? **קיימים 2 מקרים**:

1. **הגנה עצמית מפני התקפה צפויה** (Anticipatory Self Defense) = מקרה שבו יש לי את כל האינפורמציה שבזמן הקרוב הולכת להיות מתקפה. *"הסורים על הגדרות"*.
2. **התקפה מונעת** (Primitive Self Defense) = רלוונטי בעיקר לנשק להשמדה המונית (נשק גרעיני) – אני יודע שהאויב שלי הולך לפתח נשק גרעיני, ואם אתקוף אותו בעתיד הוא ישתמש בזה נגדי. האם אני יכול היום לתקוף אותו? (כי זה המועד האחרון שאני אוכל לסכל את זה).

**יש לכך 2 עמדות, מצמצמת ומרחיבה**:

1. **העמדה מצמצמת** – 2 הדברים האלה אסורים – גם הגנה עצמית מפני התקפה צפויה וגם הגנה עצמית מונעת אסורים. זאת על בסיס **ס' 51** – אשר מדבר על הגנה מפני התקפה שקרתה, וכאן מדובר על התקפה שטרם קרתה.

קיימים גם טיעונים מהותיים:

1. **ניצול לרעה** – יש מספיק מקרים שבהם רשות להגיב למתקפה שעדיין לא קרתה, הניסיון ההיסטורי מלמד שהוא היווה ניצול לרעה. לדוגמא – הגרעין העיראקי – ישראל תקפה את הכור שפותח בעיראק. **עם זאת**, לאחר מכן ארה"ב שיקרה ואמרה כי העיראקים מפתחים שוב נשק גרעיני.
2. **מנהיגי מדינות הם בסך הכל בני אדם, וכבני אדם הם לא תמיד רציונאליים** – יש להם נטייה להניח לגבי אויביהם את הרע ביותר. הם מניחים שהאויב שלהם רשע יותר, תככן יותר ויותר זומם נגדם מאשר הוא באמת. לכן, אנו עשויים לנצל את ההגנה העצמית מכוח מתקפת המנע ויהיה ריבוי מלחמות בעולם, למרות שלא היה צורך בכך.
3. **העמדה המרחיבה** – גם הגנה עצמית מפני התקפה צפויה היא מותרת וגם הגנה עצמית מונעת מותרת בהקשר של נשק גרעיני (כאשר מתקרבים לנקודת האל חזור – הנקודה שאחריה למדינה הזאת כבר יהיה נשק גרעיני).

**הטיעון המהותי:** כל פרשנות אחרת היא מתכון להתאבדות. אם הסורים על הגדרות ואני לא תוקף, הזמן שייקח להם להגיע מטבריה לחיפה זה חמש שעות! ברגע שהאויב שלי שמצהיר שהוא רוצה לתקוף אותי יהיה עם נשק גרעיני – לא אוכל יותר להתעסק איתו.

1. **יש גם אנשים שמצדדים רק בחצי מהעמדה המרחיבה** – הם אומרים כי הגנה עצמית כנגד התקפה צפויה מותרת, אבל הגנה עצמית מול התקפה מונעת היא אסורה.

**הטיעון מהותי:** הסיבה לכך היא שיש הבדל בין רמת הספקולטיביות של ההערכה. הסורים לדוגמא יכולים להתחרט ולא לתקוף (אבל סיכוי זה קטן מאוד). **לעומת זאת** – הסיכוי שאויב עם נשק גרעיני בפועל ישתמש בנשק הגרעיני נגדי – הוא לא 100% אלא רחוק ממנו.

(**לדוגמא** – המלחמה הקרה – אף אחד לא השתמש בנשק הגרעיני שלו).

**הטיעון הפורמאלי** של התומכים בעמדות המרחיבות:

1. **צריך לתת פרשנות תכליתית לסעיף 51**. לדידם, כל פרשנות אחרת של הסעיף היא לא הגיונית, מובילה למצב אבסורדי, ולכן זו הפרשנות הנכונה לתת לסעיף (גם אם אינה נכונה מילולית).
2. **במשפט המנהגי התפתח היתר** (שנוסף על ההיתרים באמנה) להגיב בהגנה עצמית במקרים אלו (אלו שתומכים בחצי מהעמדה המרחיבה יטענו כי התפתח היתר רק בנוגע להגנה עצמית מפני מתקפה צפויה ולא התקפה מונעת.

אחרי ה11 בספטמבר האמריקאים דוחפים את הגישה המרחיבה של הגנה עצמית מפני התקפה צפויה והתקפה מונעת. בעקבות זאת, הפנדולום מתחיל לזוז בחזרה לתמיכה בגישה המצמצמת.

לדעת זיו, היום יש 50/50 בנוגע לשאלה האם הגנה עצמית מפני התקפה צפויה היא חוקית או לא חוקית. לגבי הגנה עצמית מונעת, עמדת הרוב בעולם היום היא לא חוקית. לכן ישראל דאגה שהתקיפה בסוריה תישאר עמומה (עד שנתניהו פלט שזה ישראל, ואז הכחיש). בנוגע לכור בעיראק חטפנו על הראש ממועצת הביטחון.

**מה קורה כאשר במדינה יש מלחמת אזרחים – האם מדינה יכול להתערב?**

יש 3 עמדות בנושא:

1. **עמדה א-סימטרית** – מותר למדינות אחרות לעזור רק לצד המדינתי. אם זה רק ארגונים שנלחמים אחד בשני לא ניתן לעזור לאף אחד.
2. **עמדה סימטרית חיובית** – מדינות יכולות להתערב לטובת הצד המדינתי ולטובת הצד הלא מדינתי.
3. **עמדה סימטרית שלילית** – למדינות אסור להתערב באף אחד מהצדדים

בפועל **אין הכרעה בין 3 עמדות אלו**. המדינות דואגות להכריז שהצד שהן תומכות בו הוא השלטון האמיתי של המדינה. ארה"ב הכריזה שהשלטון האמיתי זה צבא סוריה החופשי בעוד שהרוסים טענו שזה אסד. **המרצה לא הספיק לגעת בהתערבות הומניטרית – לא יהיה במבחן!**

25.12.17

**שיעור 14**

**דיני העימות המזויין / משב"ל הומניטארי**

בשני השיעורים הקודמים דיברנו עם זיו על דיני השימוש בכוח. דינים אלו עוסקים בשאלה מתי בעצם מותר למדינה לעשות שימוש בכוח צבאי נגד מדינה אחרת, כי הרי ברירת המחדל לפי **ס' 2 (4)** למגילת האו"ם אומר כי שימוש בכוח ביחסים בין מדינות הוא **אסור**.

יש לזה כמובן חריגים – כמו סעיף ההגנה העצמית (**ס' 51**) – שאומר מתי מדינות יכולות להפעיל כוח (להיכנס למצב של מלחמה) עם מדינה אחרת.

היום נדון ב**דיני העימות המזויין / משב"ל הומניטרי** / **דיני לחימה**

מדובר באחד הענפים העתיקים ביותר במשב"ל. ענף זה מושתת בבסיסו על איזון בין שיקולים מתחרים.

**ענף העימות המזויין בא לאזן בין השיקולים הצבאיים (הצרכים הצבאיים של צד במלחמה) לבין האינטרסים ההומניטאריים**. למעשה, ענף זה בא לנסות ולמתן/להקל/לשכך את ההשפעות השליליות של מלחמות ולהפחית את הסבל שהמלחמות מביאות.

**השקפה אידיאולוגית - גם כשמגיעים למלחמה, עדיין יש ערכים הומניטאריים שחשוב וצריך להגן עליהם**.

* גם במלחמה יש להימנע ככל האפשר מפגיעה באנשים הנמצאים מחוץ למעגל הלחימה (אזרחים, פצועים, שבויים).
* גם במלחמה – יש נורמות מסוימות של התנהגות (נורמות בסיסיות) שהצד שלוחם שמקווה להסב נזק ליריב עדיין חייב לעמוד בהם.

קיימת רלוונטיות רבה – מלחמות הם חלק בלתי נפרד מהקיום האנושי גם היום. **עם זאת**, המצב היום הוא שונה בכל מיני מובנים מן העבר (העשורים האחרונים בפרט). אם בעבר רוב המלחמות היו בין מדינה למדינה (מלחמת העולם הראשונה והשנייה), היום רוב המלחמות שהעולם מתמודד איתן הן מלחמות פנים מדינתיות (כמו מלחמות אזרחים), או מלחמות מול ארגונים **לא מדינתיים** (ארגוני טרור). מדובר ב**סכסוכים שאינם בעלי אופי בינלאומי** – יש לכך משמעות **נורמטיבית** לגבי הקביעה של אילו דינים חלים (איזה סכסוך חל בענייננו).

שאלות אלו גם מאוד רלוונטיות בשיח הישראלי – כמו סוגיית **הסיכולים הממוקדים**. הסיכולים הממוקדים מוסדרים בדיני הלחימה – בית המשפט עשה בהן התאמות. שאלה נוספת – **ניתוק החשמל/אספקת החשמל בעזה**, **גדר הביטחון** (על רקע האינתיפאדה השנייה בשנות ה-2000), **הטבח הכימי בסוריה** שזעזע את העולם בשנה שעברה, וכמובן **המלחמה בטרור**.

בין דיני הלחימה שנלמד עליהם יש אינטראקציה מאוד קרובה עם שני הענפים הבאים בקורס – הענף של **משב"ל פלילי** – הרבה מהפשעים שמהווים הפרות של דיני הלחימה הופכים להיות עבירות שניתן להעמיד עליהם לדין, וענף **דיני זכויות האדם של המשב"ל** – זכויות אדם כל-כך בסיסיות שגם במלחמה חשוב לנו להקפיד עליהם.

**התפתחות ומקורות מרכזיים:**

* - 1863 הקמת הצלב האדום וקוד ליבר: קרב סולפרינו הנוראי בצפון איטליה ב-1859 גרם למותם של 6,000 איש. לזירת הקרב הגיע איש עסקים שווייצרי – הוא רואה את הזוועות ואת הפצועים שגוועים למוות, ואותו איש עסקים הוגה רעיון – **הקמת הצלב האדום**. בכך יצומצמו הנזקים מהמלחמה. חלק מהאמנות של דיני הלחימה נוסחו עם ההכרה בצלב האדום

**קוד ליבר** - מלחמת האזרחים האמריקאית היא שהביאה לפיתוח של קוד ליבר (ע"ש פרנץ ליבר) שקבע כללים להתנהגות של חיילי הצפון במהלך המלחמה, למשל את היחס לשבויים של הצד שכנגד, לפצועים, האיסור על עינוי שבויים.

* -1868 הכרזת סנט פטרסבורג: בפעם הראשונה אנו רואים שמטילים איסור על שימוש בכלי נשק מסוימים במלחמה שגורמים לסבל לא אנושי ולא הכרחי. בהכרזה הזאת מתחילים לאסור על קליעים שגורמים לסבל מאוד גדול ומיותר.
* 1899/1907-ועידות האג: במסגרתן מתקבלות שורה של אמנות חשובות, כשהחשובה ביותר היא **אמנת האג הרביעית** בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה והתקנות הנספחות לה (1907). אמנות אלו הן מסמך מכונן בדיני הלחימה. כבר ב-1945 השופטים בנירנברג אומרים כי התקנות הפכו כבר ב-1945 למשב"ל מנהגי. הן קובעות תקנות בנוגע להפקעת רכוש אזרחי, יחס לשבויי מלחמה, ויש פרק שלם שעוסק בתפיסה לוחמתית – דיני הכיבוש - כלי שישראל הכילה אותו לגבי איו"ש ועזה מהרגע שתפסה את השטחים ב-1967.
* 1925-הגבלת השימוש בגזים רעילים ולוחמה ביולוגית בשל הסבל הרב שנגרם ליריב – זה משהו שקשור בסבל אדיר, כולל נשק ביולוגי – ולכן זה אסור.
* 1949- ארבע אמנות ז'נבה: יש ארבע אמנות כאלה על רקע זוועות מלחמת העולם השנייה. מדינות העולם מתכנסות תחת הצלב האדום ומגבשות אמנות בדיני הלחימה.

**אמנת ג'נבה השלישית** בדבר הטיפול בשבויי מלחמה – זה שאסור לרתום את שבויי המלחמה לצד המלחמתי, שחרור שבויי מלחמה... כל הדברים האלה מוסדרים תחת אמנת ג'נבה השלישית.

**אמנת ג'נבה הרביעית** בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה – מוקדשת כולה לאותה אוכלוסייה של אזרחים שלא משתתפת באופן פעיל בלחימה.

ישראל היא צד לכל 4 אמנות ג'נבה (מדובר בדין מנהגי כרגע).

* -1977 פרוטוקול נוסף לאמנות ז'נבה בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינ"ל (פרוטוקול (I ופרוטוקול נוסף בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל (פרוטוקול II):

מתכנסת ועידה תחת הצלב האדום ומגובשים 2 הפרוטוקולים הנספחים לאמנות ג'נבה. מדובר באמנה בינ"ל לכל דבר. מרחיבים וסוגרים פערים שלא הוסדרו במפורש או במפורט באמנות ז'נבה. ישראל וארה"ב הן בין המדינות הספורות שלא הצטרפו לפרוטוקולים האלו. חלק מהוראות הפרוטוקולים משקפות משפט בינ"ל מנהגי (**דגש על הפרוטוקול הראשון**), ולכן הן מחייבות את ישראל וארה"ב. חלק מהוראות הפרוטוקול, ביניהם כאלו שבגללן ישראל וארה"ב לא הצטרפו, מקובל שלא לראות בהן משפט בינ"ל דקלרטיבי ולכן הן לא מחייבות את מי שלא צד לפרוטוקול. הפרוטוקולים עושים **קודיפיקציה** של כמה מהעקרונות הבסיסיים של דיני הלחימה, ביניהם **עקרון ההבחנה ועקרון המידתיות**.

למרות שיש לנו סל מאוד גדול של אמנות, הדין בפוזיטיבי לא פותר הרבה מאוד מהשאלות, מה שמעלה טענות שדיני הלחימה לא הדביקו את הפער, כאשר אחרים טוענים שהם רחבים מספיק.

**דיני השימוש בכוח – Jus Ad Bellum** – עוסק בעצם המעבר ממצב שלום למצב מלחמה ועונה על השאלה מתי מותר להשתמש בכוח (האם מדינה הייתה תוקפנית או שהייתה לה הצדקה לעשות שימוש בכוח?)

**דיני העימות המזוין (דיני הלחימה) – Jus In Bellum** – ענף נפרד המסדיר את הכללים החלים מרגע שנכנסנו למצב הלחימה. דיני הלחימה חלים בלי שום קשר לשאלה מי התוקף או מי המותקף, ללא קשר לחוקיות או צדקת השימוש הראשוני בכוח. מרגע שאנחנו במצב מלחמה, אוטומטית חלים דיני הלחימה, והם חלים באופן שווה על כל הצדדים לסכסוך, גם כשאחד הצדדים לא מקיים אותם.

אם לדוגמא ארה"ב תתקוף את צפון קוראיה – ברגע שארה"ב תשגר את הטיל הראשון תעלה השאלה האם היא הייתה תוקפנית או שהיא פעלה תחת הגנה עצמית?

מהרגע שהן נכנסו למצב של מלחמה – דיני הלחימה שקובעים את המותר והאסור בלחימה חלים באופן שווה גם על ארה"ב וגם על צפון קוריאה. גם אם צפון קוריאה לא תפעל לפי דיני הלחימה, הם ימשיכו לחול על ארה"ב גם כשהצד השני מפר.

**שני סוגי סכסוכים:**

במשב"ל נוהגים להפריד בין 2 סוגי סכסוכים באופן מסורתי. (יש לנו 4 אמנות ג'נבה ששונות מאוד, למעט 2 סעיפים 2 ו-3 – שהן השער לאמנות ג'נבה):

1. **עימות בינ"ל – International Armed Conflict –** **סעיף 2** המשותף לאמנות ג'נבה נקרא "סכסוך בין צדדים לאמנה". סכסוכים בינ"ל הם אלו שקורים בין מדינות. סעיף זה אומר שהאמנה חלה על כל מלחמה, מוצהרת או לא מוצהרת, בין 2 מדינות שהן צד לאמנה. (בינלאומי).
2. **עימות מזוין שאינו בינ"ל – Non-International Armed Conflict –** **סעיף 3** המשותף לאמנות ז'נבה מדבר על סכסוך שאינו בינ"ל. סעיף זה חל במקרה של סכסוך מזויין שאינו בעל אופי בינ"ל. מדובר בקטגוריה שיורית - כלומר כל מה שלא נחשב סכסוך בינ"ל. המקרה הקלאסי – סכסוכים שהם מלחמות אזרחים.

דיני הלחימה הקלאסיים התפתחו בעיקר על רקע של סכסוכים בין מדינות, ולכן, אמנות ג'נבה למעט סעיף 3 כולן מתייחסות לסכסוכים בינ"ל. אם נשווה את הפרוטוקול הראשון מ-1977 לעומת הפרוטוקול שחל על סכסוכים שאינם בינ"ל – הפרוטוקול הראשון הרבה יותר מפורט.

לא רק שהוא יותר מפורט – יש הסדרים שקיימים רק בסכסוכים בינ"ל. **לדוגמא** – הקונספט של שבויי מלחמה קיים רק בקונספט של סכסוכים בינ"ל.

רוב הסכסוכים המזויינים מתרחשים בין מדינות לגופים שאינם מדינות, והפגיעה באוכלוסייה אזרחית קשה במיוחד בסכסוכים מסוג זה. ו**למרות זאת**, כעניין של דין פוזיטיבי, קיימים לנו רק 2 מסמכים שמסדירים את הסכסוכים שאינם בינ"ל – **סעיף 3** (נגד עינויים וזכויות אדם בסיסיות) **והפרוטוקול השני של 1977** (שלא משתווה לפרוטוקול הראשון).

**הסיבות לשוני בהיקף ההתחייבות:**

בראש ובראשונה – בגלל שבמקור בעיקר חשבו על מלחמות אזרחים ופנים מדינתיות, הכירו בכך שזה משהו שצריך להשאיר למדינות הריבוניות להתמודד איתן – יש כלל אי התערבות במה שקורה בתוך מדינה. המשב"ל ניסה להיכנס אבל עשה רגולציה מינימלית יחסית, לא כמו שעשה ביחס לסכסוכים בינ"ל בין מדינות.

**תנאי הסף לכניסה לסכסוך מזויין ותחולת דיני הלחימה**

בסכסוכים בין מדינות – **כל שימוש בכוח**, גם חילופי אש ברמה נמוכה (ירייה אחת מעבר לגבול) יחולו דיני הלחימה. המצב אחר כשמדובר בסכסוכים בתוך מדינה או בין מדינה לגורם לא מדינתי. כאן השאלה של מתי מתחילים להיכנס לפעולת דיני הלחימה היא הרבה יותר מסובכת.

**במלחמת אזרחים לדוגמא** – קשה מאוד בשלב הראשוני לדעת מול איזו סיטואציה אנו ניצבים? סיטואציה של שמירת חוק שאפשר להתמודד עם מעצרים מנהליים? או שעברנו רף שאנו נמצאים למעשה בלחימה (ולא רק הפרות סדר).

כאשר אנו מדברים על מתאר של סכסוך מזויין שאינו בינ"ל, ומלחמות אזרחים, הכלל שהתגבש לגבי השאלה האם אנו בדיני הלחימה או שניתן לטפל זאת באמצעות חוק תוכרע לפי כל מני אינדיקציות, שנועדו לנו לעזור להבין האם הגענו לרף הנדרש של הסיכון/אלימות/פגיעה באנשים שמצדיקים את תחולת דיני הלחימה. זה נידון ב**פס"ד Tadich** – שם נאמר כי דיני הלחימה יהיו במשפט שאינו בינ"ל אם:

* רמת הארגון של הצדדים גבוהה.
* משך הסכסוך ארוך.
* עוצמת האלימות גבוהה.
* מעורבות צדדים שלישיים.
* השלכות על צדדים שלישיים (מושפעים).
* ההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך.

לא מדובר בתנאים מצטברים – לא כולם צריכים להתקיים כדי שנגיד שעל הסכסוך חלים דיני הלחימה. כל מקרה נשפט לאור נסיבותיו. אלו כללי אצבע שנועדו לעזור לנו להבין האם עברנו רף של חומרה/אלימות שמצדיק את החומרה של דיני הלחימה.

**עימות מזוין מול ארגון טרור, נחשב בינ"ל או שאינו בינ"ל?**

יש לנו באופן מסורתי 2 קטגוריות – סכסוך שהוא בינ"ל בין מדינות וסכסוך שהוא לא בינ"ל. ואז עלתה השאלה איפה סכסוך מול ארגון טרור נכנס? (שחקן שהוא לא מדינתי אבל הוא לא בהכרח האזרחים שלי).

ב-17 שנים האחרונות מאז האינתיפאדה ומאז הפיגועים בתאומים חלה התפתחות אדירה. אם בעבר לא היה בכלל ספק בשאלה האם מצב של עימות מול ארגון טרור יכול להיות מצב של מלחמה, היום אין ספק – **מאבק מול ארגון טרור יכול להיחשב כעימות מזויין**.

**אבל,** **לא כל מצב של מאבק/עימות מול ארגון טרור יביא מיד לתחולת דיני הלחימה**.

במקרים כמו האינתיפאדה הראשונה על רקע משך הסכסוך, עוצמת האלימות וכמות הנפגעים, **ביהמ"ש העליון** ב**בג"ץ עגורי 2002** הכיר בצורה שלא משתמעת ל-2 פנים – מאז סוף ספטמבר 2000 מתנהלת ביהודה ושומרון **לחימה קשה**. אין זו פעילות משטרתית, אלא זהו **סכסוך מזויין**. ביהמ"ש הכיר באירועי האינתיפאדה השנייה כאירועים שחלו בהם דיני הלחימה – אבל יש להבדיל מקרה זה מ**גל הסכינים האחרון**. לא היה באחרון אלמנט של ארגון, והפגיעות היו נקודתיות. גם ישראל לא טענה כי היה מדובר בעימות מזויין – ישראל התנהלה מול גל הסכינים תחת פעולות שיטור ודיני אכיפת חוק. **המרצה ממליצה לקרוא את בגץ הסיכולים ולדעת אותו.**

**כיצד יש לסווג עימות מזוין מול ארגון טרור חוצה גבולות?**

* **עימות מזוין שאינו בינ"ל**

**פס"ד חמדאן** (ארה"ב) – ביהמ"ש העליון האמריקאי אומר כי יש לבצע את **מבחן זהות הצדדים** – האם ניצבת מולי מדינה או מישהו אחר. על פי מבחן זה, ביהמ"ש העליון מגיע למסקנה כי

אל-קעידה זה עימות מזוין שאינו בינ"ל לפי המשפט הבינ"ל הקלאסי.

* **עימות מזוין בינ"ל**

**פס"ד הסיכולים הממוקדים** – מבחן **חציית הגבול הבינ"ל** – ישראל נלחמת מול ארגון טרור בעזה. מדובר ארגון שנמצא מחוץ לשטח ישראל, ובראיית ביהמ"ש זה ארגון בינ"ל.

קביעה זו זכתה להמון ביקורת. הצלב האדום לדוגמא הגדיר את הסכסוך בין ישראל לחיזבאללה – סכסוך שאינו בינ"ל.

חשיבות ההבחנה מתעמעמת במידת מה – בעשורים האחרונים מדובר בעיקר המלחמות שהמשפט מתמודד איתם, ומחילים יותר ויותר דינים ועקרונות של דיני הלחימה, כשבעיקרון בדין הפוזיטיבי נמצאים תחת סכסוך בינ"ל – ויש זליגה מסיבית ל"לא בינ"ל".

**בפועל, אין ספק שעקרונות היסוד חלים גם בסכסוך שאינו בינ"ל.**

**עקרונות היסוד של דיני הלחימה:**

בבסיס דיני הלחימה יש לנו **4 נורמות עיקריות שמגלמות אחד/חלק מ-4 עקרונות היסוד:**

1. **צורך צבאי** – במהלך מלחמה מותר לפגוע באינטרסים מוגנים (חיי אדם, רכוש, סביבה) רק כאשר הדבר **משרת צורך צבאי**. רק כאשר מדובר במהלך שנועד לקדם את הצרכים הצבאיים של הצד בסכסוך. עקרון זה בא לידי ביטוי כבר בנוסחה הכללית של דיני הלחימה.

קיימים כללים ספציפיים - **סעיף 23 (G) לתקנות האג** – שעוסק בהריסה של רכוש אזרחי במהלך הלחימה. הסעיף אומר שאפשר להרוס רכוש אזרחי במהלך הלחימה רק כאשר זה משרת צורך צבאי מיידי. **לדוגמא** – חישופים, או שורה של בתים שמשמשים לתצפות.

1. **עקרון ההבחנה (!!!!!!!!!!) –** **סעיף 48 לפרוטוקול (I)** מדובר ב**כלל היסוד**. לפיו יש להבחין בין לוחמים לאזרחים, ובין מטרות אזרחיות ומטרות צבאיות.
2. **הבחנה בין מטרות אזרחיות למטרות צבאיות**.

יש להבחין בין יעדים צבאיים ואזרחיים, ולכוון התקפות רק לעבר יעדים צבאיים. על צד למלחמה אסור לכוון את התקפותיו באופן מכוון כלפי יעד אזרחי.

**יעד צבאי** – אובייקטים שמטבעם, מיקומם, מטרתם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית, ושהריסתם או נטרולם (באופן מוחלט או חלקי) מקנים יתרון צבאי מובהק.

**יעד אזרחי** – יעד שאינו יעד צבאי (הגדרה שיורית).

לאור ההגדרה של היעד הצבאי – יעד שהוא במקורות אזרחי עשוי לאבד את החסינות שלו. אם עושים בבית ספר שימוש כמחסן נשק, הבית ספר הזה איבד לפי דיני הלחימה את החסינות שלו מפני תקיפה – הבית ספר הזה מהווה עקרונית יעד צבאי לגיטימי.

עקרון ההבחנה הוא לא חזות הכל – יכול להיות שלא נעמוד בעקרון זה אם לא נעמוד בעיקרון המידתיות (פרופורציונאליות).

26.12.17

**שיעור 15**

המשך עקרון ההבחנה - דיברנו על יעד צבאי (ס' 52). ראינו שיש הגדרה די רחבה וארוכה.

ראינו שיעד אזרחי מוגדר בצורה שיורית – מה שאינו יעד צבאי.

**יעד אזרחי עשוי לאבד את החסינות שלו** אם השימוש שלו נועד למטרות צבאיות – כמו בית שמשמש כמפקדה לכוחות צבאיים – ואז הוא יכול להוות יעד לתקיפה. על פניו, יעד אזרחי עם שימוש צבאי במיקומו ומטרתו, הרי שהוא מאבד את החסינות.

**יעדים מעורבים (Dual Use)** - יש מגוון רחב של יעדים שמשמשים למטרות אזרחיות כמו כבישים, מסלולי המראה, גשרים, אבל במסגרת עימות מזויין הם עשויים גם לשרת בצורה משמעותית את המאמץ הלחימתי של הצד היריב – שדות תעופה לדוגמא. לכן יעדים מעורבים שכאלה עשויים גם הם בזמן מלחמה להוות מטרה לגיטימית לתקיפה. גשר לדוגמא שיש מודיעין שהוא מאפשר את האספקה של נשק למדינה – תקיפה שלו תשפיע על יכולת הצבא של היריב. גשר כזה שמהווה יעד אזרחי לחלוטין, בזמן מלחמה הוא עלול להיחשב יד צבאי מעורב – זו הקטגוריה של Dual Use.

**איסור על התקפה בלתי מבחינה מטבעה** **(ס' 51 (4)-(5))** פורטים עוד את **עקרון ההבחנה** – תקיפה בלתי מבחינה מטבעה – **למשל**, התקפה שלא מכוונת למטרה ספציפית.

שימוש בנשק/שיטת לחימה שאי אפשר לכוון באופן מספיק מדויק, או שאי אפשר להגביל את תוצאותיהם באופן מספרי תחשב להתקפה בלתי מבחינה.

**ארטילריה לדוגמא** – מדובר בנשק סטטיסטי. אתה יורה אותו אבל הוא עלול ליפול ברדיוס מסוים. זה נשק שאי אפשר לכוון אותו באופן מדויק. אם רוצים להשתמש בנשק ארטילרי באופן חוקי – חייבים לשמור על מרחקי בטיחות מאזורי אוכלוסין. צריך לצייר כל הזמן מעגלים של טווחי בטיחות, ואז מדובר בנשק לגיטימי. בגלל זה נטען שהשימוש של ישראל בנשק ארטילרי היה התקפה בלתי מבחינה כי לא היה ניתן לדייק איתו ולשמור על מעגלי בטיחות.

**הפצצות מגובה רב לדוגמא** – נאט"ו היו שולחים את הטילים מגובה מאוד גבוה – ואז הנשק לא היה מדויק. גם התקפות אלו נפלו תחת סעיפי עיקרון ההבחנה.

**מצרר לדוגמא** – נשק שנורה מפגזים ארטילריים/אוויר, וברגע נתון אחד נפתח הטיל והמון פצצות קטנות יורדות ממנו. על פניו זה אפקטיבי, אבל נגדו נטען שמדובר בנשק שלא ניתן להגביל את הטווח שלו – יהיו מטרות שבכלל לא יהיו צבאיות. ישראל עשתה בו שימוש ב-2006 במלחמת לבנון השנייה – מה שתרם לא מעט להתפתחות המשב"ל – אמנה שמגבילה את השימוש במצרר. לא ברור איפה עומד המצרר היום – אין איסור מוחלט, אבל קיימת הסתייגות.

**נשק גרעיני לדוגמא** – בחוות הדעת של הנשק הגרעיני ב-1976 ניתחו האם התקפה בנשק גרעיני חוקית או לא על פי המשב"ל. הקושי היה שנשק גרעיני הוא נשק שלא ניתן לכוון אותו באופן מספיק מדויק, ואי אפשר לתחום את השפעותיו. ה**ICJ**- אמר שזה כנראה מפר את עיקרון ההבחנה, אבל הוא השאיר סימן שאלה סביב השאלה מה קורה כשמדינה נמצאת בסכנה קיומית? האם גם אז נשק גרעיני יהיה אסור?

צד מתגונן – חובה להבחין בין יעדים אזרחיים לצבאיים – עד כה אמרנו שלצד האחר אסור לתקוף את היעדים האזרחיים. בנוגע לצד השני, דיני הלחימה אומרים כי **צד מתגונן חייב גם הוא להפריד ולהבחין בין היעדים האזרחיים והצבאיים שלו**. ולכן הוא צריך לשים לב טוב איפה הוא ממקם את המחנות הצבאיים שלו. הוא צריך (לפי **ס' 58**) **להימנע** מלהציב את המטרות הצבאיות שלו בקרבת אוכלוסייה אזרחית.

בסכסוך מזויין צד צריך לעשות הכל כדי שיעדיו הצבאיים לא יהיו בסמוך לאוכלוסייה אזרחית.

איסור על שימוש במגנים אנושיים (**ס' 51(7)**) – צד לסכסוך לא יכול לקחת אנשים ולשים אותם בתוך יעד צבאי/סמוך אליו רק בכדי להגן על עצמו מפני תקיפה – זו הפרה של דיני הלחימה. זה נגזר מעיקרון ההבחנה, ומגנים אנושיים זו הפרה ברורה של דיני הלחימה.

1. **הבחנה בין אזרחים לבין לוחמים:**

במשפט הבינלאומי יש לנו 2 קטגוריות – לוחמים ואזרחים.

**לוחמים** – מצד אחד יש להם את הרישיון להשתתף בלחימה – הרישיון להרוג. הם האנשים שמותר להם להשתתף בלחימה. הם גם זכאים להיות שבויי מלחמה – מדובר בפריווילגיה משמעותית, כי לא ניתן להעמיד לדין שבויי מלחמה בגין פעולתם בלחימה – אסור להעמיד לדין שבוי מלחמה על כך שהוא הרג חייל מצרי. שבויי מלחמה ניתן להעמיד לדין רק על פשעי מלחמה. אם חייל פעל כנגד אוכלוסייה אזרחית באופן מכוון – ניתן להעמיד לדין.

הצד השני של המטבע – הלוחמים מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה. גם הטבח וגם הרמטכ"ל הם מטרות צבאיות – כל חייל. גם הפרקליט הצבאי הוא מטרה לגיטימית לתקיפה.

**אזרחים** – חסינים מהתקפה מחד, אבל מצד שני אין להם את הרישיון להשתתף בלחימה ולהרוג – לכן אם אזרח קם ונוטל נשק לידיו ולוקח חלק בלחימה – אותו אפשר להעמיד לדין.

אם אזרח נטל נשק והתחיל לקחת חלק ישיר בלחימה – הוא מאבד את ההגנה והחסינות שלו מפני תקיפה למשך אותו זמן בו הוא נוטל חלק ישיר בלחימה.

איך אנו יודעים מיהו אזרח ומיהו לוחם?

**ס' 50(1)** מגדיר אזרחים באופן שיורי – *"אזרח הוא מי שאינו לוחם"*.

לשאלה מיהו לוחם, **ס' 50 (1)** מפנה אותנו ל**סעיף 4 באמנת ג'נבה השלישית** שעוסקת בשבויי מלחמה – ושם נלמד **מיהו לוחם**. נדע מיהו לוחם לפי השאלה מי זכאי למעמד של שבויי מלחמה. מיהם שבויי מלחמה? שבויי מלחמה הם מי שנופלים באחת הקטגוריות של **סעיף 4**. המרצה תדבר על 2 הקטגוריות החשובות לנו:

* + **חיילים בצבא סדיר של צד לסכסוך (armed forces)** – במלחמת יום כיפור לא הייתה בכלל שאלה, ובסוף הסכסוך היו חילופי שבויים.
	+ **אנשי מליציות השייכים לאחד הצדדים לסכסוך, בהתקיים ארבעה תנאים:** גם מי שנמנה עם מיליציה של צבא לא סדיר יכול להיחשב לשבוי מלחמה בהתקיים 4 תנאים מצטברים:
1. **השתייכות לארגון הכולל שרשרת פיקוד** – מתנהל באופן היררכי.
2. **נשיאת סימן הבחנה קבוע, שניתן להכיר אותו מרחוק** – היום יש ארגונים שכן לובשים מדים, אבל עדיין יש כאלו שלא בזמן לחימה – אז זה עניין מעורפל.
3. **נשיאת נשקם בגלוי** – מתקיים ופחות בעייתי.
4. **ניהול פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהיגיה** – ישראל וארה"ב טוענות כי התנאי המהותי שלא מתקיים גם היום ביחס לארגוני טרור ובגינו הם לא זכאים למעמד של שבויי מלחמה הוא התנאי הרביעי – ארגוני טרור העומדים בשורותיהם מפרים באופן **קונסיסטנטי** את דיני הלחימה – כאשר **עקרון ההבחנה** מופר פעם אחר פעם.

**בג"ץ הסיכולים הממוקדים** – השאלה הכי קשה שעלתה בפני בית המשפט היא האם פעילי טרור הם אזרחים או לוחמים? היה צריך לבדוק זאת לפי ארבעת התנאים המצטברים.

הבג"ץ, בהתאם למהלך האנליטי שביצענו, קובע כי **פעילי טרור אינם לוחמים** על פי אמנת ג'נבה, ולכן לא נהנים ממעמד של שבויי מלחמה.

לאור ההגדרה השיורית של אזרח (מי שאינו לוחם), הרי שפעילי טרור הם אזרחים. בית המשפט אומר כי אנשים כאלה נקראים פשוט **"לוחמים בלתי חוקיים"**, אבל המשב"ל מכיר רק אזרחים או לוחמים. לכן בג"ץ אומר כי הם נופלים לקטגוריית האזרחים.

**האם זה אומר שאסור לתקוף אותם?**

בית המשפט אומר כי יש לפנינו אזרחים=לוחמים בלתי חוקיים=פעילי טרור, אבל מדובר באזרח שנוטל חלק ישיר בלחימה, ולכן אומר ביהמ"ש העליון כי הוא אזרח **שאינו מוגן מפני תקיפה כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי האיבה**.

בשלב הזה ביהמ"ש מתמקד ב**ס' 51(3)** – שם נכתב כי אזרחים אינם מוגנים מפני תקיפה אם הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה באותו זמן, ואומר כי **ס' 51 (3) הוא כלל מנהגי**, ולכן חל על ישראל למרות שהיא לא צד לפרוטוקול.

המרצה הקרינה לנו את הסיכול הממוקד של אחמד ג'עברי.

רמטכ"ל חמאס נוסע לאיתו באחד הרחובות של רצועת עזה, ואחרי מעכב עם המל"ט – פתאום נוחת הטיל והורג אותו. זה בעצם המצב המורכב של סיכול ממוקד, שביהמ"ש לאורו פירש את הסעיף בפרוטוקול הראשון שמדבר על נטילת חלק ישיר.

אז עולה השאלה האם חיסול כזה תואם לפרשנות של ס' 51(3)?

**הצלב האדום** אמר כי **ס' 51(3)**, לפי דברי ההסבר, כולל **פרשנות מצומצמת** – **רק** כאשר האזרח מוציא ממש פעולה צבאית או מתכונן לפעולה הזאת בסמיכות מאוד קרובה.

בכל זמן אחר – תתכבד המדינה ותתנהל מולו באמצעים הרגילים של אכיפת חוק – משפט מנהלי ומעצר מנהלי.

**ביהמ"ש** בבג"ץ הסיכולים אימץ **פרשנות רחבה יחסית** – קודם כל הוא אומר כי ביחס לכל פעיל בארגון טרור (ה"אזרח") – יש לבדוק מהי מידת מעורבותו בלחימה? מהי הפונקציה שהוא מקיים? מהי מידת התרומה שלו?

ביהמ"ש גם אומר כי באופן ברור אין לפגוע באדם שפועל באופן חד פעמי (הוא לא ייחשב כאזרח שנוטל חלק ישיר כאשר הוא ניתק את עצמו מפעולות הלחימה), אבל **יש להימנע מתופעת הדלת המסתובבת** (אזרח ביום ולוחם בלילה).

ביחס לתיבה **"נוטלים חלק ישיר"** - ביהמ"ש מציב סף נמוך יחסית למעורבות (של מה יחשב לנטילת חלק ישיר).

הגדרה זו כוללת **לדוגמא** – נהג המוביל פעילי טרור/תחמושת, אוסף מודיעין, מתכנן, שולח, פונקציה של "לוחמים", לא רק המחבל האחרון בשרשרת – גם מי שמתכנן את הפיגוע, וגם מי שמשלח את המפגעים, ולכן אחמד ג'עברי גם נוטל חלק ישיר.

זה זכה להמון ביקורת, אבל מבחינת ביהמ"ש העליון זה עלול להיות אזרח שנוטל חלק ישיר.

הנקודה שזכתה להכי הרבה ביקורת – ביהמ"ש עשה הבחנה מאוד מעניינת לגבי **מגנים אנושיים** – בין מגנים אנושיים וולנטרים (שמעמידים את עצמם לרשות ארגון הטרור, כמו אלו שעומדים על גגות כדי למנוע תקיפה) לבין מגנים אנושיים בכפייה. **בית המשפט אומר כי מגנים וולנטרים עשויים להיחשב כאזרחים שנוטלים חלק ישיר בלחימה.**

אמירה זו הייתה מפתיעה (אבל אפשר להתווכח על זה).

איך בכלל אפשר לבחון האם הם בכפייה או באופן וולנטרי? גם למודיעין זה מאוד קשה, ולכן קשה לראות צבא שיעשה שימוש בדבר הזה.

ביהמ"ש גם אומר **שיש דברים שלא יחשבו כאזרח שנוטל חלק ישיר** – מוכר מזון או תרופות לארגון טרור לא ייחשב כנוטל חלק ישיר, מי שמעניק תמיכה כספית (קשה לצבוע את הכסף) , מי שמפיץ תעמולה גם לא ייחשב.

מה שהוביל את ביהמ"ש – הוא ניסה להתחקות על מי שמקיימים **פונקציה של לוחמים** – זה מה שניסה להנחות אותו. יש ארגון טרור שעושה דברים דומים לצבא. על פניו הם אזרחים – אבל בואו ננסה להבין מי מקיים פונקציה של לוחמים – והם יהיו נוטלים חלק ישיר בלחימה.

*"****למשך אותו זמן"***

הסעיף קובע כי אזרח שנטל חלק ישיר באופן חד פעמי/ספורדי – זכאי להגנה מתקיפה מרגע ניתוק הפעילות, אבל ביהמ"ש אומר כי אזרח שמבצע **שרשרת של פעולות לחימה/תקיפות** וביניהן יש לו הפסקות, אותו אזרח ייחשב כנוטל חלק ישיר והוא יאבד את החסינות שלו במשך אותו זמן בו הוא מבצע את **שרשרת הפעולות**. זאת הסיבה לכך שהיה ניתן לתקוף את אחמד ג'עברי – הוא היה הרמטכ"ל. גם אם הוא היה מצוי במנוחה – הוא היה מצוי בשרשרת מסוימת. יש להימנע מהתופעה של "הדלת המסתובבת".

**חלופת מעצר** – ביהמ"ש אומר כי סיכול ממוקד יכול להיות חוקי כאשר מדובר באזרח שלוקח חלק ישיר בלחימה, אבל הוא אומר **באופן מפורש** כי כל אימת שלמדינה יש **אפשרות לעצור את האדם** בלי להרוג אותו **היא חייבת לעשות זאת!** סיכול ממוקד יהיה פרקטיקה חלופית **רק אם אין חלופת מעצר**. באינתיפאדה השנייה רוב הסיכולים הממוקדים היו ברצועת עזה – כי שם השליטה של ישראל הייתה מוגבלת. באיו"ש לישראל היו הרבה פחות הצדקות לפנות לסיכול הממוקד – כי האופציה של חלופת המעצר הייתה יותר זמינה.

1. **עקרון המידתיות** –

אין לגרום נזק אגבי (Collateral Damage) לאזרחים ויעדים אזרחיים שהוא מופרז (Excessive) ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מן ההתקפה - **ס' 51 + 57 לפרוטוקול ה(I)-**

גם אם יעד מסוים הוא מטרה צבאית לגיטימית לתקיפה, עדיין צריך שהתקיפה שלו תהיה מידתית – שהנזק האגבי שיגרם מהתקיפה לאוכלוסייה האזרחית וליעדים אזרחיים לא יהיה מופרז/לא פרופורציונאלי.

**הסיכול הממוקד של השייח סלאח שחאדה** – מראשי הזרוע הצבאית של החמאס בעזה. במהלך התקיפה עליו, נהרגו עוד 14 אזרחים בני משפחה. על ההתקפה הזו ישראל קיבלה הרבה ביקורת (היה עליה בג"ץ) בטענה כי הנזק היה לא פרופורציונאלי למטרה.

התשובה של ישראל בין היתר – השאלה האם ההתקפה עמדה בעיקרון הפרופורציונאליות צריכה להיבחן על פי הידע שיש לצד התוקף אחרי התקיפה? (חוכמה בדיעבד)

**צה"ל לא ידע בכלל על נוכחות 14 האנשים האלה** – בהינתן המידע שהיה לישראל ומה שהיא ניסתה להשיג, ההתקפה הייתה אמורה להיות חוקית (רק הוא והעוזר) – **השאלה אם ההתקפה חוקית או לא תיבחן לפי המידע שהיה למפקד עובר לתקיפה (לפני ולא בדיעבד)**.

1. **עקרון ההומניות** – עקרון זה רוצה לומר שאין לגרום נזק וסבל מעבר לזה שדרוש כדי להכניע את היריב/האויב. כלל זה חל בעיקר מול הלוחמים של האויב, ועיקר המגבלות ששואבים על בסיס עקרון ההומניות מצויים במגבלות על סוגים שונים של נשקים – שלא יעשו שימוש בנשקים עם סבל לא אנושי, כמו רעלים, כדורי דום-דום, נשק ביולוגי וכימי – כל האיסורים הללו שאובים מעקרון ההומניות – העיקרון שלא לגרום לסבל לא אנושי כדי להכריע את האויב.

שיעור הבא נדון בדיני כיבוש.

01.01.18

**שיעור 16**

**דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש)**

בשני השיעורים האחרונים דיברנו על עקרונות היסוד של דיני הלחימה, והיום נעבור לדון בענף שמהווה חלק מדיני העימות המזויין – ענף דיני התפיסה הלוחמתית – Law of Belligeren Occupation.

דינים אלו נכנסים לפעולה מקום בו מדינה משתלטת על שטח של מדינה אחרת או על שטח זר כלשהו **בעקבות שימוש בכוח** – מדברים על סיטואציה שמדינה משתלטת על שטח זר בעקבות מלחמה.

**לפי המשב"ל –** **לא ניתן לרכוש ריבונות בשטח מכוח השתלטות כוחניות אליו**. היום לפי המשב"ל לא ניתן לרכוש ריבונות על שטח זר דרך שימוש בכוח. חשוב להדגיש שלא משנה שאלת עצם החוקיות של השימוש בכוח – גם אם מדינה נכנסה למצב מלחמה כי היא עשתה שימוש בזכות שלה להגנה עצמית (השימוש חוקי) – זה לא משנה לעניין העובדה שהיא לא יכולה לרכוש ריבונות בשטח זר מכוח הפעלת הכוח הזה. אם השטח נתפס במלחמה באמצעות שימוש בכוח – המעמד שלו הוא כ**שטח תפוס/מוחזק (Occupied).**

המשב"ל מקדיש מערכת דינים שלמה שמסדירה את הניהול של השטח המוחזק/הכבוש הזה – דיני התפיסה הלוחמתית/דיני הכיבוש, והם כאמור חלק מהענף הרחב יותר של דיני העימות המזויין.

חשוב להבין כי במקרה הישראלי יש משהו מתעתע בגלל האורך שלו, אבל כשמדינות נסחו את דיני הכיבוש, המצב שהם ראו לעיניהם זה **כיבוש כמעין משטר זמני** שנועד לנהל את השטח עד משעמדו של השטח יוסדר – בין אם דרך הסכם שלום, החזרת השטח לריבון... המציאות שהמנסחים ראו לנגד עיניהם זה מציאות של כיבוש כמשטר זמני.

**דיני התפיסה הלוחמתית סובבים סביב שני צירים מרכזיים:**

* **הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של התופס** – צבא זר שולט על אוכלוסייה זרה, ודיני הכיבוש מכירים בכך שהצבא יוכל להפעיל אמצעים כדי לשרת את האינטרסים הביטחוניים שלו.
* **הבטחת צרכי האנשים המוגנים** (protected persons) – תושבי השטח הכבוש (אנשים מוגנים). מדובר בהבטחת הצרכים האנושיים והאינטרסים של האנשים בשטח הכבוש.

לצד צירים אלו, **מטרה נוספת היא שימור הסטטוס קוו הקיים** – הכובש נכנס לתוך השטח הזר, ומחזיק בנאמנות את השטח עד שיוסדר מצבו של השטח. כיוון שהכובש הזר מחזיק בנאמנות את השטח – המטרה היא שהכובש לא יעשה שינויים דרמטיים בשטח אליו הוא נכנס.

**חשוב לציין** שההנחה בבסיס אמנת האג/אמנת ג'נבה הרביעית היא **שכיבוש זו סיטואציה קצרת מועד**. כשנוסחה האמנה על רקע מלחמת העולם השנייה – המציאות היא כיבוש של כמה שנים עד שכל מדינה יוצאת מהחלקים שלה. זו הסיטואציה שהמדינות שיוו לנגד עיניהם – מצב זמני בו המדינות מחזיקות לתקופה מסוימת בשטח ואז מחזירות אותו (במקרה של גרמניה – לריבון הגרמני).

**דוגמאות**: הכיבוש של רוסיה על חצי האי קרים (מדינה נכנסת באמצעות הצבא לשטח ריבוני של מדינה אחרת ומשתמשת בכוח), טורקיה-קפיריסין (טורקיה מחזיקה את השטח כשטח כבוש. הרבה מדינות לא מכירות בריבונות של טורקיה בשטח שנכבש מקפריסין) , ארה"ב-עיראק (החל מ-2003, מלחמת עיראק השנייה לצורך הפלת המשטר של סדאם חוסיין, עד שנערכות בחירות בעיראק וארה"ב יוצאת מהשטח).

**ההקשר הישראלי של דיני התפיסה הלוחמתית:**

1. **רמת הגולן** – השטח סופח לישראל. היה שייך לסוריה, נתפס במלחמת ששת הימים. בראשית שנות ה-80 ישראל מספחת אותו בחוק. מבחינת העולם השטח הזה הוא שטח כבוש לכל דבר ועניין. העולם לא מכיר בטענות הריבונות של ישראל ולא מכיר בסיפוח הישראלי כחוקי – הכלל הוא שלא ניתן אגב מלחמה גם הגנה עצמית לרכוש ריבונות בשטח זר.
2. **מזרח ירושלים** – השטח סופח לישראל. מי שהחזיקה עד ששת הימים הייתה ירדן. ישראל מספחת את השטח מהר מאוד (ממש בימים אחרי ששת הימים). גם השטח הזה נחשב כבוש.

בנוגע להכרה של טראמפ בירושלים – הוא היה מאוד זהיר. הוא אמר שהגבולות של ירושלים יקבעו במסגרת ההסכם שהצדדים יסכימו עליהם. הוא בכלל לא התחיל לסבך את עצמו. ברור גם שהשגרירות תהיה בירושלים המערבית, ולכן ההכרזה של טראמפ שרואה בירושלים כבירת ישראל לא משנה מהתפיסה של ממשלים אמריקאים אחרים.

1. **איו"ש** – הוקם ממשל צבאי לניהול השטח. לעומת רמת הגולן ומזרח ירושלים – ישראל התייחסה בצורה שונה לאיו"ש ורצועת עזה. עד 2005 המצב שלהם היה דומה.

אבל בניגוד לרמת הגולן ומזרח ירושלים **ישראל לא סיפחה את השטחים**. היא הקימה **ממשל צבאי**. מאז אותו רגע ב-67, ממשל צבאי מנהל את השטח כזרועה ארוכה של מדינת ישראל

1. **רצועת עזה** – עד 2005 ממשל צבאי; כיום... (נראה בהמשך).

**מקורות משפטיים המסדירים את דיני התפיסה הלוחמתית:**

* **התקנות הנספחות לאמנת האג (1907)** – **תקנות 42-56** עוסקות בתפיסה לוחמתית – צבא זר שולט בטריטוריה שהיא לא חלק ממדינתו, בעוד יתר תקנות האג עוסקות באופן כללי בהיבטים של דיני העימות המזוין.
* **אמנת ז'נבה הרביעית** – **סעיף 4** מגדיר את האוכלוסיות עליהן חלה האמנה, וביניהן תושבי השטח הכבוש (שאינם אזרחי המדינה הכובשת). תושבי השטח הכבוש זכאים להגנה על ביטחונם, לסדר הציבורי באזורם, בריאות, חינוך.. לצד זאת, אם נשקף לצבא הכובש איום ביטחוני מהאנשים המוגנים, ניתן למשל לעצור אותם ולהעמידם לדין פלילי רגיל או לעצור אותם במעצר מנהלי אם מתקיימים התנאים לכך. המוגנים זכאים לשורה של הגנות אבל ניתן לנקוט ביחס אליהם צעדים ביטחוניים שמתחייבים מהצרכים של הצבא הכובש.

**מהו שטח כבוש?** ההגדרה מצויה **בתקנה 42 לתקנות האג***: "שטח שנמצא* ***למעשה*** *תחת* ***שלטון צבא האויב****. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא* ***ניתן להפעלה****"*.

**תקנה 42** היא למעשה שער לתקנות אחרות שחלות במצב של כיבוש. (רמה"ג באופן כללי, זה שטח שבאופן פרקטי עורר הרבה פחות בעיות – מבחינה עובדתית היו מעט מאוד אנשים בשטח. הבעיות נוצרות על רקע החיכוך בין האוכלוסייה המקומית לצבא הזר).

**קיימות שתי דרישות מצטברות:**

1. על השטח להיות נתון לסמכות האויב (הנוכחות הצבאית הזרה בשטח הזה).
2. סמכות זו צריכה להיות מבוססת וניתנת להפעלה.

**יחד – דרישות אלו נקראות "מבחן השליטה האפקטיבית"** – מדובר **במבחן עובדתי** אשר מסתכל על המציאות ובוחן האם שטח מסוים נתון אפקטיבית לשיטתו של צבא זר. את המשב"ל לא מעניין מה אומרת המדינה שמייחסים לה את הכיבוש – מסתכלים על התנאים בשטח ובודקים האם מתקיימים התנאים בלי קשר למה שהמדינה אומרת. אפשרי גם מצב כיבוש של **חלק מהמדינה** – כמו שהיה בגרמניה אחרי מלחמת העולם השנייה. **במילים אחרות** – לא חייבים שמדינה אחת תכבוש את כל השטח של מדינה האחרת כדי שיחולו דיני הגיבוש.

**הגישה הרווחת במשב"ל** – לצורך מצב של כיבוש, **אין צורך** בהפעלת הסמכות **בפועל** מצד המדינה הכובשת (כמו הקמת ממשל), אלא **די בפוטנציאל להפעלת הסמכות/השליטה** כדי ששטח ייחשב כבוש. (Authority **Can** Be Exercised).

השאלה בנושא זה התעוררה **בבג"ץ צמל (שנות ה-80)** – עסק במחנה מעצר בדרום לבנון. ישראל החזיקה שם עצורים לבנונים על רקע מלחמת לבנון הראשונה. העצורים האלה טוענים שישראל שולטת בשטח שליטה אפקטיבית, שחלים דיני הכיבוש ושכחלק מזה מגיעה להם הזכות שמעוגנת למשל באמנת ז'נבה הרביעית להיפגש עם עורכי דין. ישראל מונעת את המפגש הזה עם עורכי הדין ואז מוגש הבג"צ. מה הנקודה הקריטית? ישראל מעולם לא הקימה ממשל צבאי בדרום לבנון והיא גם לא התעסקה יותר מדי בשאלה הפורמאלית אם היא כובשת או לא אבל עובדתית בשטח הייתה לישראל שליטה ברורה באזורים מסוימים. מגיעה השאלה ל**שופט שמגר** האם אותם אזורים בדרום לבנון שאין ספק ישראל שולטת בהם, זה שטח כבוש שכנגזרת ממנו חלים דיני הכיבוש?

**השופט שמגר:** השאלה הרלוונטית, האם חלים דיני הכיבוש היא האם הכוח הצבאי שתופס בשטח הוא **בעל יכולת** להיכנס בנעלי רשויות השלטון הקודם ולא אם הוא עשה את זה בפועל. המבחן הוא ה**פוטנציאל** להפעיל את השליטה האפקטיבית, לא מעניין אותי אם הכוח הכובש הקים מערכת ארגונית של ממשל צבאי, אלא **האם הוא יכול להיכנס לנעלי הריבון הקודם ולהפעיל סמכויות ממשל.**  שמגר אומר כי תחולת דיני הכיבוש אינה תלויה בהקמת מערכת ארגונית מיוחדת, הלובשת צורת ממשל צבאי – אלא אם הצבא בשטח יכול לעשות זאת בפועל.

זהו **מבחן פוטנציאל השליטה**.

**הרציונל בגישה המרחיבה לפיה די בפוטנציאל השליטה** - דיני הכיבוש בסופו של דבר באים להגן על אוכלוסייה אזרחית שמוצאת את עצמה תחת שלטון זר. לא נרצה לצמצם את המקרים בהם האוכלוסייה זכאית להגנות שונות אלא להרחיב, ולכן בחרו במבחן פוטנציאל השליטה.

**איו"ש** – בשונה ממזרח ירושלים שסופחה לישראל, מאז 1967 המעמד המשפטי היה שטח שנתון בתפיסה לוחמתית (**בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל** –

**בג"ץ ההתנתקות**). ישראל לא התנגדה מעולם לתקנות האג שמסדירות שטח כבוש. השטח מנוהל באמצעות ממשל צבאי בראשו עומד מפקד כוחות צה"ל באזור (אלוף פיקוד מרכז) והוא הריבון הזמני בשטח. בעזה המצב היה זהה עד ההתנתקות, שם הריבון היה מפקד מחוז דרום.

**הבעיה של ישראל היא ביחס לתחולת אמנת ז'נבה הרביעית** – **סעיף 2** המשותף לאמנות ז'נבה קובע מתי תחול אמנת ז'נבה הרביעית (שער הכניסה לאמנת ג'נבה): *"אמנה זו תחול על כל מקרים של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין אחר...בין שניים מבעלי האמנה..."*

אבל אז באה הפסקה השנייה ואומרת שהאמנה תחול גם *"על כל מקרה* ***של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה****, ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגודת מזוינת..."*

**טענת ישראל** – בניגוד לתקנות האג, אמנת ג'נבה הרביעית **לא חלה על איו"ש ועזה (בעבר)**.

ישראל אמרה כי הסעיף הרלוונטי זה הפסקה השנייה של **סעיף 2** – שאומרת שהאמנה תחול על כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה. ישראל טענה כי **רצועת עזה מעולם לא היה שטח של מצריים** – מדובר בכיבוש חלקי אבל לא בשטח שהיה בידי מצרים. כנ"ל טענה ישראל גם לגבי איו"ש – איו"ש מעולם לא היה חלק בריבונותה של ירדן. ירדן החזיקה בשטח הזה אחרי שהבריטים יצאו ממנו. אמנם ירדן טענה לסיפוח השטח – אבל רק בריטניה ופקיסטן הכירו בסיפוח זה. ולכן הטענה הייתה כי אמנת ג'נבה הרביעית לא חלה כי ירדן ומצרים לא היו הבעלים המקוריים בשטח, ולכן אמנת ג'נבה הרביעית בכלל לא חלה על איו"ש ועזה.

**מנגד נטען** (הגישה הרווחת) – הכיבוש של איו"ש ורצועת עזה נכבשו במהלך סכסוך מזויין (לפי הפסקה הראשונה). הם טוענים כי הפסקה השנייה הרבה יותר מצומצמת – הפסקה השנייה חלה בעצם על מקרים ששטח נכבש על ידי מדינה זרה מבלי שהמדינה התנגדה לכך (כמו הכיבוש של דנמרק על ידי גרמניה) – גם זה נחשב למצב של כיבוש כי אנשים נמצאים פתאום תחת כיבוש ושלטון זר. זאת הגישה הרווחת שלפיה איו"ש ועזה חוסים תחת אמנת ג'נבה הרביעית.

מדובר בדיון תיאורטי מעניין אבל פחות פרקטי – ישראל התחייבה בכל מקרה להחיל באיו"ש ובעזה את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית. כנגזרת מכך, ביהמ"ש העליון דיי מדיר את רגליו מהשאלה האם אמנת ג'נבה הרביעית חלה ברצועת עזה או לא. הוא פשוט משאיר בצריך עיון את השאלה האם האמנה חלה או לא, אבל חשוב שנכיר את הטיעונים של מדינת ישראל.

**מעמד רצועת עזה מאז ההתנתקות (ספטמבר 2005)** – מאז ביצוע תכנית ההתנתקות מבוטל הממשלה הצבאי החל מספטמבר 2005. השאלה האם עזה נמצאת תחת כיבוש ישראלי עלתה **בבג"ץ אספקת הדלק והחשמל** (בג"ץ אלבסיוני מ-2007). ישראל טענה כי היא אינה כובשת החל מ-2005 – טענה זו **התקבלה בביהמ"ש העליון**.

*"מאז ספטמבר 2005 אין לישראל עוד שליטה אפקטיבית על רצועת עזה – הממשל בשטח זה בוטל, והחיילים אינם נמצאים בשטח ולא יכולים לשלוט בו"*– ביטוי קלאסי **למבחן השליטה**. בגץ מקבל את עמדת המדינה שרצועת עזה לא נמצאת תחת שליטה ישראל ולא מתקיימים כלפיה דיני הכיבוש, אבל ישראל כן נושאת באחריות מסוימת בגלל התלות שנוצרה משנות הכיבוש המתמשך.

**בבג"ץ הרופאים לזכויות אדם** (2009) – הובהר למדינה שהמצב דינמי. אם ישראל כן תיכנס לשטח מחדש ויתקיימו מבחני שליטה אפקטיבית, האמירות שאין כיבוש ביחס לעזה כן יכולות להשתנות.

בנוסף, יש מלומדים בעולם שמקבלים את העמדה שישראל אינה כובשת ברצועת עזה, אבל יש גם את מי שדוחה עמדה זו בגלל שישראל שולטת במרחב האווירי, ימי ויבשתי של הרצועה (מעברים) – ולכן ישראל היא עדיין כובש, וביהמ"ש העליון טעה בניתוחו לדעתם.

**חוקת השטח הכבוש** – **סעיף 43** לתקנות האג: מגדיר את החובות של הממשל הזמני בשטח הכבוש כלפי האוכלוסייה.

**בג"ץ ג'מיעת אסכאן** (1983) – עסק בהפקעה של קרקע פרטית באיו"ש, לשם הקמת כביש 443. **בג"ץ קבע 3 צירים ביניהם על המפקד הצבאי (שהוא הריבון בשטח) לאזן**:

* כיבוד זכויות האוכלוסייה המקומית – חובה אקטיבית (ולא רק פסיבית) לכיבוד צרכיהם, לרבות בהיבטים של בטחון וסדר ציבורי, והן בהיבטים אזרחיים (למשל מוסדות חינוך ורפואה) וכלכליים. לכן, יש הגבלות על נטילת רכוש, הטלת מיסים חדשים, איסור ענישה קולקטיבית, איסור גירוש... נמצא גם **חובות עשה פוזיטיביות** על המפקד הצבאי – הבטחת אספקת מזון, שירותי רפואה וחינוך.. זה מעוגן גם **בתקנה 50** לתקנות האג וגם **בסעיף 33** לאמנת ז'נבה הרביעית.
* כיבוד ושמירת האינטרסים של הריבון הקודם – כיבוש זו תופעה קצרת מועד וזמנית, ולכן המפקד הצבאי צריך ככל האפשר לכבד את האינטרסים של הריבון הקודם ולעשות **כמה שפחות שינויים דרמטיים בשטח הכבוש**.
* האינטרסים הביטחוניים של הממשל הצבאי בשטח – המשב"ל מבין שגם אם נכנס לשטח צבא זר, הוא זה שאמור לנהל את השטח ולספק חובות לאוכלוסייה האזרחית ואמור לדאוג גם לסדר ולביטחון של השטח – כולל זה של הצבא עצמו. לכן יש הכרה **בסמכות המפקד הצבאי לחוקק חקיקת ביטחון** במסגרתה ינקטו צעדים ביטחוניים כמו הגבלות תנועה על תושבי השטח הכבוש, מעצר מנהלי, תיחום מגורים.. בהקשר הישראלי חשוב להבין שבתחילת הדרך ביהמ"ש פירש את האינטרסים הביטחוניים שהמפקד הצבאי יכול לקחת בחשבון כאינטרסים הביטחוניים של הצבא השולט בשטח. עם השנים והמציאות שנרקמה בשטח, **בג"ץ הכיר ביכולת של המפקד הצבאי להתחשב גם בשיקולים ביטחוניים שנוגעים לאזרחי ישראל שיושבים בשטח, וגם בשיקולי ביטחון רחבים יותר שנוגעים למדינת ישראל עצמה** (כמו בעצם הקמת גדר הביטחון שנבנתה בחלקים מסוימים על שטחים פלסטיניים באיו"ש לצורכי ביטחון של מדינת ישראל ואזרחים בתוך מדינת ישראל(. ביהמ"ש למעשה מרחיב מאוד את מה שהמפקד הצבאי יכול לשים על הכף כשהוא מאזן בין האינטרסים השונים.

**מהו מדרג הדינים החלים בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית? (מדרג נורמטיבי).**

* **כללי המשב"ל** – דיני התפיסה הלוחמתית (תקנות האג ואמנות ז'נבה הרביעית), ויש מגמה מתפתחת לפיה חלים גם דיני זכויות האדם הבינ"ל (זה שנוי במחלוקת(. **הגישה הרווחת כיום היא שדיני זכויות האדם גם חלים על שטח כבוש** – זה נמצא תחת השיפוט של המדינה הכובשת, ולכן תושבים של שטח כבוש נהנים מ**סט נוסף של הגנות**, לא רק מההגנות של דיני הכיבוש אלא גם זכויות האדם.
* **דין הריבון הקודם** – בהקשר הישראלי, באיו"ש מדובר בדין ירדני ודין מנדטורי קודם. המעניינות ביותר הן תקנות מנדטוריות של תקנות ההגנה בשעת חירום 1945 (תקנה 119)מכוחן מבצעת ישראל באיו"ש את אמצעי הריסות הבתים.
* **צווים של המפקד הצבאי** – "תחיקת הביטחון" המאפשרת מכוחה למשל "הצו בדבר הוראות ביטחון" שמקנה סמכויות למפקד כמו הליכי מעצר ומשפט פלילי, להפעיל תנועה בשטח ולהטיל סגר. צו נוסף הוא *הצו בדבר מעצרים מנהליים.*
* **בהקשר הישראלי – המשפט המנהלי** – בג"ץ הבהיר מפורשות שעל המפקד הצבאי חל גם המשפט המנהלי - זאת לאור העובדה שהמפקד הצבאי הוא חלק מצה"ל כלומר רשות מנהלית ישראלית שכפופה לרשות המבצעת הישראלית. בכלל זה יש את עיקרון המידתיות, הסבירות, אי משוא פנים בקבלת החלטות וכו'...

**שני סוגי טענות המובאות בפני בג"ץ:**

1. **חוסר סמכות (המשב"ל או דין הריבון הקודם)** – הטענה של העותר היא שהמשפט הבינ"ל שחלק על ניהול השטח או שדין הריבון הקודם לא מקנים למפקד הצבאי את הסמכות לעשות אשר עשה. לדוגמא – **בג"ץ ג'מעית אסכאן** (הפקעת קרקע פרטית לצורך בניית כביש 443) שדן המפקד הצבאי החליט להפקיע שטח בכביש 443 למרות שכולו בשטח איו"ש (לאור הסיכונים באינתיפאדה). הטענה כאן הייתה ש**ס' 52** מאפשר הפקעה של שטח כבוש **לצרכים צבאיים**. כאן המפקד הצבאי לטענתם לא היה מוסמך להפקיע את הכביש באופן מוחלט כדי לבנות כביש שירות בלבד. **בג"ץ** (בהובלת **ברק**) אמר שצריך ללכת ל**ס' 43** של תקנות האג, שם נכתב שהמפקד הצבאי צריך לנהוג במסגרת השיקולים שצריך לאזן, לא יכול היה להפקיע קרקע פרטית של תושבי השטח הכבוש, לצורך כביש שישמש באופן בלעדי את תושבי המעצמה הכובשת. – **ס' 43 גובר על 52**.

**בג"ץ אבו צפייה** (הגבלת תנועה לפלסטינים בכביש 443) - המפקד הצבאי החליט לאסור תנועת פלסטינים באופן מוחלט בכביש 443 למרות שכולו בשטח איו"ש (לאור הסיכונים באינתיפאדה). הטענה כאן הייתה שהמפקד הצבאי לא היה מוסמך לסגור את הכביש באופן מוחלט לפלסטינים תושבי השטח הכבוש. בג"ץ קבע שהמפקד הצבאי במסגרת השיקולים שצריך לאזן, לא יכול היה להפקיע קרקע פרטית של תושבי השטח הכבוש, לצורך כביש שישמש באופן בלעדי את תושבי המעצמה הכובשת. כאן בעצם חרג המפקד הצבאי מסמכותו.

1. **פגמים בהפעלת סמכות קיימת** – בתיקים כאלה נטען שגם אם למפקד הייתה סמכות לעשות את שעשה, הוא **הפעיל את סמכותו באופן לא מידתית/לא סבירה**/שלא שקל את השיקולים הרלוונטיים לעניין. **לדוגמא** – **בג"ץ עג'ורי** – ביהמ"ש הכיר בסמכותו של הממשל הצבאי לבצע את האקט של הסיפוח, אבל בסופו של יום בית המשפט אישר רק 2 מצווי תיחום המגורים, כי הוא טען שהצו השלישי לא היה מידתי והסיכון כלפי האדם היה נמוך – וזה היה בלתי סביר להעביר אותו מאיו"ש לעזה.

בנוסף– **בג"צים בעניין גדר הביטחון** (המפורסם בהם הוא **בג"ץ בית סוריק וגם בג"ץ מראעבה**). ביהמ"ש הכיר בסמכות של ישראל להקים את גדר הביטחון בזמן שהיא מפקיעה קרקעות. **עם זאת** – המדינה הפסידה במגרש של הסבירות והמידתיות. בג"ץ גרם לישראל לשנות קטעים רבים מהגדר, כי הוא טען שישראל לא לקחה בחשבון את האופי שבו הגדר משפיעה על התושבים הפלסטיניים – מכאלה סיבות בג"ץ קבע שהגדר פגעה באופן לא מידתי בתושבי השטח הכבוש, ולכן הורה על שינוי המתווה כדי שיהיה מידתי וראוי יותר.

02.01.18

**שיעור 17 (עם המתרגלת - דפנה)**

**זכויות אדם במשפט הבינלאומי**

המרצה מראה לנו תמונה ממטה האו"ם – שנקרא "The Golden Rule" – כלל הזהב. בתמונה יש אנשים, נשים, ילדים מכל מני תרבויות. נורמן (הצייר) חיפש משהו שמחבר בין כל הדתות – והוא מצא שהכלל הדומה הוא "*עשה לאחרים כפי שהיית רוצה שינהגו כלפיך"* – או *"מה ששנוא עלייך, על תעשה לחברך".*

**יש איזשהו סל בסיסי שכל אדם נולד איתו, שהמדינה לא יכולה לשלול אותו.**

הרקע לכך נוצר לאחר ההבנה שהמדינות כשלו לספק את ההגנה הבסיסית לזכויות אדם, וכל התנועה של זכויות האדם מגיעה אחרי התקופה של מלחמת העולם השנייה. על הרקע הזה – ההבנה באה ואומרת שאנו צריכים **כלל זהב** כדי לשמור על אותו אדם גם במקום שהמדינה לא מצליחה למלא את תפקידה. אנו קובעים מערכת נורמות בסיסית שהמדינה לא יכולה לשלול – כי מדובר ב**זכויות טבעיות** - זכויות שמוקנות לאדם מעצם היוולדו, להבדיל מזכויות אחרות שהמדינה מחליטה אם לתת או לא, כמו אזרחות – אלו זכויות שמוקנות לי כאדם **באופן טבעי**. זכויות אלו הן גם **אוניברסליות – הן חלות בכל מקום**.

**זכויות אדם – חשיבות ומרכזיות הנושא.**

עם השנים, הנושא הזה צובר יותר ויותר תאוצה, ובכיוונים שלא נצפו – לא היה ניתן לדמיין בשנת 1945 שחברת NIKE תאמץ כללים שקשורים לזכויות אדם שיחולו עליה כתאגיד. ישראל וארה"ב מככבים, האו"ם צבר תאוצה עם המון תת גופים שעוסקים בזכויות אדם, וזה רלוונטי בהרבה מאוד תחומים. תחומי זכויות האדם מתרחבים. בשנת 2016 הצטרפה לה אמנה לאנשים בעלי מוגבלויות.

לא רק המדינה מחויבת, אולי גם חברות, ולא רק חברות, אלא מה קורה ומה ההשלכות כשמדינה מפרה זכויות אדם – זה גם תחום שצובר תאוצה.

חברות עולמיות לא רוצות היום להשקיע במקומות שבהם יש סכסוכים והפרות זכויות אדם כמו אוקראינה, ולכן זה משפיע אם החברה מכילה את זכויות האדם או לו.

**הייחוד של תחום זכויות האדם במשב"ל**

**הפרט הופך לשחקן מרכזי** - תחום שנועד להטיב עם האדם בקיומו בעולם. אם עד עכשיו המשב"ל דיבר על משחק בין מדינות (כמו דיני ים, דיני סחר) ולא בין פרטים, כאן פתאום באו דיני זכויות האדם **והפכו את הכל** – ניקח את הפרט, נצהיר שיש לו זכויות ואפילו זכות עמידה.

**שינוי מהתפיסה הקלאסית, כניסה לתחומים שנתפסו כ"ריבוניים"** - מעבר לכך, מדובר בנושאים שבאופן קלאסי נתפסו כ**ריבוניים** – משהו בתוך המדינה. עד עכשיו המשב"ל דיבר על נושאים **בין מדינות** – כמו יצירת גבולות, חסינויות, אמנות – כדי לסדר את הכללים והגבולות בין המדינות על מנת שלא יתערבו להם בענייניהם הפרטיים, ויש כאן שינוי מאוד משמעותי.

המדינה מתחייבת לתת זכויות להנגשה בתחב"צ לאנשים בעלי מוגבלויות ולהצהיר על כך בפורומים בינ"ל (ולקבל על כך ביקורת) – זה מאוד מוזר ושונה ממה שהיה עד עכשיו.

**מעבר ממודל של תיאום למודל של הכפפה (חוקתיזציה)** – המדינות מכפיפות עצמן למערכת נורמות.

**ברקע**, באותם שנים היה מדובר בתום עידן הקולוניאליזם. הרבה מדינות קיבלו עצמאות והשתחררו משולטיהם – קיבלו זכות להגדרה עצמית כמו הודו, ירדן, אלג'יר, ישראל... פתאום הייתה התעוררות וחשיבות לזהות של העם והדמוקרטיה. שיאו הוא בהצהרה האוניברסלית על זכויות אדם.

**חלוקת הזכויות לדורות**

**דור א': זכויות אזרחיות ומדיניות** – אל תעשה, אל תפגע בפרט, חופש הביטוי, חופש ההפגנה, חופש דת... מטרתם הוא ליצור חיץ בין הפרט לשלטון.

**דור ב': זכויות כלכליות חברתיות** – אלו זכויות עבות יותר: זכויות חיוביות, המדינה צריכה להעניק משהו כמו כיתות או תרבות. הייתה תפיסה שאומרת כי אנשים רעבים ממש לא מתעניינים בחופש הביטוי, הרבה יותר חשוב שיהיה להן מענה רפואי בסיסי, הזכות לקיום בכבוד.

**דור ג': זכויות קיבוציות** – מדובר בזכויות שאומרות שלא מדובר בזכויות פרט בלבד אלא גם של עם – כמו הזכות להגדרה עצמית. (לא נעסוק בנושא זה)

**מקורות משפט זכויות האדם הבינלאומי** - **מסמכי ליבה:**

1. **מגילת האו"ם (הצ'רטר)** – במגילת האום הוגדרו סמכויות ארגון האו"ם, ובין היתר בתוך מאות הסעיפים ניתן מנדט לאו"ם לעשות, לקדם, לפתח ולהפיץ את נושא זכויות האדם, ולשם כך על האום להקים גופים ומוסדות. מדובר על החוקה של האו"ם. זהו מסמך מאוד חשוב. זו הפעם הראשונה כאשר מדברים על "זכויות אדם" כמושג. **Article 1**, **Arcticle 55**.

**Acticle 2(7)** – לצד כל הסמכויות שניתנו לאו"ם לעסוק בזכויות אדם, עדיין אין כאן סמכויות להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה (**עיקרון אי התערבות**). אבל איך זה מסתדר?

בעצם המדינות הן עדיין מדינות. הן קיבלו על עצמן סט מסוים של התחייבויות **אבל דרוש איזון** – הן עדיין רצו לשמור על ריבונותם בזמן שנותנים לאום כוח מסוים – תוך שמירה על עקרון אי ההתערבות.

1. **ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם** – ההכרזה נחתמה ב-10 בדצמבר 1948, והיא המסמך הראשון שמסביר לנו מה הן אותם זכויות אדם. הכרזה זו מכילה 28 סעיפים, והיא כוללת גם זכויות מהדור הראשון וגם מהדור השני. מדובר במסמך חשוב שם הוחלט על סל מאוד בסיסי של זכויות, וגם בפתיח של ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם – יש אמירה מאוד חזקה שאומרת כי היה חוסר של מערכת הגנות גלובלית שהייתה נדרשת במהלך מלחמת העולם השנייה.

עם השנים, מעמד ההכרזה התחזק, והיום התפיסה היא שההכרזה האוניברסלית של זכויות אדם היא מנהגית (פרקטיקה שמדינות מצייתות ותחושת מחויבות) – מנהג זה נורמה שמשב"ל שמחייב גם אם לא הסכמתי לאמנה. לא כל המדינות מסכימות שמדובר במעמד מנהגי אבל זו התפיסה הרווחת.

אנו רואים בהכרזה האוניברסלית של זכויות אדם את 2 התכונות החשובות ביותר – מדובר בזכויות **טבעיות ואוניברסליות**. הזכויות שוות ובלתי ניתנות להפרה.

**ס' 2** – הן ניתנות ללא הבדל דת, גזע, שפה.

**ס' 28** – אין גוף בינלאומי שמקנה את הזכויות האלה. מי שאחראי לקיים את הזכויות **היא המדינה** – **היא היא**! הגוף שנותן ומגן על הזכויות.

**ס' 29(2)** קובע שהזכויות בנוסף להיותן טבעיות ואוניברסליות הן גם **יחסיות**. אנו נראה זאת גם באמנות הספציפיות אחר כך – זה אומר שיש איזון בין זכויות אחרות ובין אנשים אחרים.

**חופש הביטוי לדוגמא** - יש מגבלות (הסתה). הזכות מוגבלת ויחסית, ודורשת איזון. הגבלות צריכות להיקבע בחוק תחת החוק המדינתי – המדינה צריכה להטמיע את העקרונות והיא תקבע את היחסיות. כן מאפשרים למדינות את עקרון הריבונות, אבל מי שמיישמות את הנורמות אלו המדינות.

1. **אמנת 1966 – ICCPR, ICESCR**

נכון שהיו באמנת האו"ם 30 זכויות אבל זה לא הספיק – רצו לעבות אותם, אבל מדינות לא תמיד מסכימות ביניהן. כאשר לארה"ב חופש הביטוי חשוב, לסין זה לא. לכן ב-1991 מחליטים לפצל את הזכויות ל-2 אמנות.

1. האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות **ICCPR**
2. האמנה לזכויות חברתיות כלכליות תרבותיות **ICESCR**

הגוש הקומוניסטי מושך לזכויות חברתיות כלכליות תרבותיות – כמו דיור, חינוך, בריאות, ומדינות קפיטליסטיות מושכות יותר לכיוון של הזכות לבחור, להיבחר, להפגין, חופש הביטוי, שוויון וכו'. עד היום סין לא הצטרפה לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות, וארה"ב לא הצטרפו לאמנה לזכויות חברתיות כלכליות תרבותיות.

ישראל אישררה את שתי האמנות בשנת 1991. אנו מחוייבים לאמנות אלו ופועלים במסגרתן.

**מקרים לדוגמא של האמנות**

לדוגמא - אישה מאירלנד (בה יש איסור גורף על הפלות) שנאצלת לעבור הפלה מסיבות בריאותיות ונוסעת ללונדון. היא מבקשת כשחוזרת לאירלנד מבי"ח לתת לה תרופות שיתאימו למה שעברה ובי"ח מסרב. הועדה קובעת שהסירוב מהווה פגיעה בשוויון בין נשים וגברים.

בשנת 2014 ישראל הופיע בפני הועדה – ובנוגע לזכות לחיי משפחה, הועדה טענה כי הנוהל בבקשה לאיחוד משפחות בין תושבי השטחים לבין תושבי ישראל פוגע בזכות לחיי משפחה

הועדה עוסקת גם בענייני זכויות אדם, שם קיימים ביטויים של זכויות אדם – ושם ישראל קיבלה ביקורת משמעותית על חוקים שקובעים דיווח/שקיפות בנושא של עמותות.

**פירוט האמנות**

1. **האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות ICCPR**.

זכויות מהדור הראשון, זכויות המצריכות מימוש מיידי (אל תעשה), 22 זכויות, ומנגנון **תלונות פרטני. מעין מיני בג"ץ**, איסור עונש מוות, והמדינה יכולה להשעות חלק מן הזכויות בשעת חירום.. החובה שהאמנה מטילה על המדינה הוא **לכבד ולהבטיח את הזכויות** – מדובר בחובה לא לפגוע ולאפשר את הזכויות. כמובן שחלק מהזכויות דורשות מעשים אקטיביים – הזכות להליך הוגן לדוגמא, חופש הביטוי. יש כאלו שאומרים שהזכויות האלו יקרות יותר מהזכויות החיוביות של הדור השני.

1. **האמנה לזכויות חברתיות כלכליות תרבותיות ICESCR**.

האמנה קובעת חובות עשה וזכויות **מהדור השני** – כמו הזכות לחינוך ותרבות (לעבור על האמנה), אבל היא גם אומרת שזכויות אלו ניתנות ליישום **בהדרגה**. זה בסדר שאני כמדינה אגיד שהזכות לא ממומשת ב-100% - אבל אני צריכה להראות שאני מתקדמת למימוש אותה זכות – בניית עוד כיתות, שינוי חוקים – להראות שיש עבודה ותהליך הטמעה.

יש כמובן גם זכויות שמדברות על **מימוש מיידי** – זכויות בגרעין הקשה, כמו זכויות על עבדות – משהו שצריך להיות ממוגר.

**אמנות זכויות אדם מרכזיות נוספות**

מדובר באמנות זכויות אדם שהן ספציפיות לנושאים מסוימים.

* האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית 1965 **CRED**.
* האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים 1979 **CEDAW**.
* האמנה נגד עינויים 1984 **CAT**.
* האמנה להגנה על זכויות הילד **CRC**1988 (פרוטוקולים נוספים – זנות ילדים ומעורבות ילדים בסכסוכים מזויינים).
* האמנה להגנה על זכויות אנשים עם מוגבלויות (2006) **CRPD**.

**מוסדות האו"ם לזכויות אדם**

1. **הנציבות העליונה לזכויות אדם – UNHCHR -** הגוף המרכזי שמניע, מפתח ומבקר את נושא זכויות האדם.
2. **המועצה לזכויות אדם – HRC -** זהו גוף פוליטי שכולל 47 מדינות, כלומר דיפלומטים (לא מומחים). הם יושבים לפי חלוקה אזורית. למועצה **3 מנגנונים**:
3. **דווחים והליכים מיוחדים** – נותנים מנדט בנושא מסוים או בנוגע למדינה מסוימת.

**לדוגמא** – דווחית הוציאה בספטמבר דוח על המצב בעולם בנושא של אלימות נגד נשים, כשהסקירה ניתנת על המדינות שהיא הייתה בהן – כמו ישראל, תאילנד, אנגליה... היא מביאה את זה למועצה לזכויות אדם ועל בסיס זה מתקבלות המלצות ותהליכים.

זה איזשהו זרז/קטליזטור להתחיל תהליך מסוים בנוגע לזכויות אדם. יש להם גם מנדט בנוגע למדינות מסוימות. יש גם דווח לעניינים מסוימים עד סוף הכיבוש בישראל.

1. **ועדות חקירה** – המועצה יכולה להחליט על הקמת ועדת חקירה בנושא ספציפי כשיש טענות להפרות זכויות אדם. **לדוגמא** **ועדת שבאס-דיוויס** בישראל בעקבות צוק איתן ב-2014, בה העידו אזרחים ישראלים מעוטף עזה.יש לו משקל רב בפני בית הדין והקהילה הבינלאומית.
2. **מנגנון הביקורת** **התקופתי** (**UPR**) – מדינות מבקרות מדינה אחת. ישראל הולכת להופיע בינואר במנגנון זה. אחת ל-5 שנים מתכנסות המדינות וסוקרות את מצב זכויות האדם בשטחיהן, מדינות אחרות שואלות שאלות ומבקרות אותן – ויוצא מכך דוח. מה יהיו השלכות הדוח? נראה. אולי ההשלכות זה המלצות מסוימות, או הד תקשורתי. אף מדינה לא רוצה להיות מדינה שמשחירים אותה ביחס לזכויות אדם.
3. **ועדות המומחים (הועדה לזכויות אדם)** שהוקמו מכוח אמנות זכויות אדם (הועדה לזכויות אדם ביניהם). המרצה הקרינה לנו עדות בפני וועדת חקירה של קטוע רגליים מצוק איתן.

כל האמנות שהזכרנו קודם מקימות מטעמן ועדת מומחים שאחראית על יישום האמנה הספציפית בנושא המסוים.

**כל ועדה מורכבת מ-18 מומחים משפטיים, ויש לה 4 סמכויות עיקריות:**

1. **מנגנון הדיווח** – פרסום מסקנות בעקבות דוחות תקופתיים. יש תהליך –

**הגשת הדוח-> הופעה של המדינה -> מסקנות של הועדה -> תוך שנתיים המדינה צריכה להראות שהיא פועלת**.

כל 5 שנים המדינות צריכות להגיש דוח לוועדה בנוגע ליישום הנורמות שבאמנה הספציפית.

לאחר מכן המדינה מופיעה בפני הועדה ונשאלת שאלות במשך כמה שעות. במקביל לכתיבת הדוח ארגוני החברה האזרחית כותבים דוח (דוחות צללים) והם מציגים את מצב זכויות האדם לפי נקודת המבט שלהם. הועדה מאמתת בין המידע שקיבלה מהמדינה לבין המידע שקיבלה מארגוני החברה האזרחית. לבסוף הועדה מפרסמת מסקנות עם המלצות איך המדינה יכולה לשפר את הזכויות (היא מציינת דברים גם לחיוב ומפרגנת על דברים שהשתפרו). אחרי שנה מהמסקנות המדינה מגישה Follow Up, בו מוצגת ההתקדמות לגבי יישום המסקנות.

1. **חיבור הערות כלליות פרשניות** – ועדת זכויות אדם מורכבת ממומחים משפטיים (משפטנים) לא דיפלומטיים. המומחים עצמאיים שלא מייצגים את המדינה וזה מאוד ניכר – הם **מומחי תוכן**. ההערות הפרשניות נועדו לפרש ולתת תוכן רחב יותר לאותם סעיפים באמנה. ההערות יכולות להתחדש אחרי תקופה מסוימת. בניגוד לאמנה שהיא הסכמית – ועדות אלו אינן מחייבות, אך יש יוקרה לגוף של הועדות ולכן יש מעמד להערות אלו בפרשנות.
2. **מנגנון התלונות הפרטני** (הפרוטוקול הנוסף, אליו לא הצטרפה ישראל) – מאפשר הליך בג"צי בו גוף מתלונן על הפרות של זכויות אדם. פרטים במדינות שחתומות על הפרוטוקול יכולים לפנות לוועדה ישירות ולא רק דרך המדינה (אחרי שמיצו את ההליכים בתוך המדינה).
3. **מנגנון תלונות בין מדינתי** – בפועל לא השתמשו במנגנון מעולם, בשל יחסים דיפלומטיים, מדינות לא רוצות להלין אחת על השנייה.

**אתגרים במנגנוני זכויות האדם:**

1. אין סמכות מחייבת- רק ממליצה, זהו soft law**.**
2. מציאת ממצאים אובייקטיביים בדוקים – מקבלים דוחות של הועדה לזכויות אדם – קיבלנו ביקורת בישראל על כך שבישראל יש אחוז מאוד גבוה של התאבדויות בקרב אבות גרושים, חזרנו מבוהלים **ולא היה לנתונים אלו כל שחר**.

 גם מדינה מדווחת וגם ארגונים לא ממשלתיים מדווחים, איך יודעים מהי האמת?

1. חוסר במנגנוני אכיפה - אם אני מפר זכות לא יבוא צבא לאכוף זאת.
2. לגבי חלק מהגופים לעיתים קיימת בעיה של תדמית פוליטית ובלתי אמינה (יותר ממחצית ההחלטות היו נגד ישראל כשברקע יש את סוריה).

**השפעת מנגנון הדיווח:**

אנחנו רואים שלמרות כל זה כן יש איזה שהיא אפקטיביות ומדינות כן מצייתות. זה יוצר הד תקשורתי – אכפת למדינות מה יהיה כתוב בחוק. לוועדות אלו יש יוקרה, ואף מדינה לא רוצה שהמוניטין שלה יושחר בקרב הקהילה הבינ"ל – כי יש לזה הרבה השלכות, גם ביחב"ל וגם בהשקעות.

**לדוגמא** – ישראל תיקנה את החוק אחרי שדורגה בRank 3- בסולם סחר בבני אדם.

אפקטיביות – הוועדה דנה בדוחות גם על בסיס מידע שמקבלת מגורמים חיוניים, ה-NGO חוקרת את נציגי המדינה ולהמלצותיה יש השפעה על המוניטין של המדינה.

תמריצים – הדיאלוג בין המדינה ולוועדה כמו גם ההד התקשורתי יוצר לחץ פוליטי על המדינה וגורם לה לשתף פעולה ולהתאים את הנורמות שלה לסטנדרטים האוניברסליים של זכויות האדם.

גוף מקצועי קבוע – כל כמה שנים יש את הדיווח הזה וזה מאפשר לבחון התקדמות תקופתית, העלאת הנושא לתודעה.

**דוגמאות ליישום ההמלצות במישור הלאומי:**

* **הקמת צוות יישום מסקנות** (2011).
* **חקיקה** – העלאת גיל הנישואים מ-17 ל-18 (2013); החמרת העונש בעבירת זנות קטינים (דין לקוחו של קטין מ-3 ל-5 שנים).
* **יישום בבג"ץ** – בג"ץ קו לעובד המבטל נוהל שעובדת זרה בהריון צריכה לעזוב את הארץ במידי.

08.01.18

**שיעור 18 (עם המתרגלת)**

**זכויות האדם במשב"ל**

בשיעור הקודם דיברנו על International Bill of Rights, מעמד ההכרזה האוניברסלית כמנהג, אמנת 1966, ומוסדות האו"ם המרכזיים לזכויות אדם (המנגנונים שמפעילים את אותם נורמות של זכויות אדם – כאשר דיברנו על הודעות לזכויות אדם - הנציבות העליונה לזכויות אדם, המועצה לזכויות אדם וועדות המומחים). **בנוסף** – הסברנו שכל אמנה שמקימה ועדה לזכויות אדם, לחלקם יש פרוטוקול נוסף שחלק מהמדינות יצטרפו אליו, ודרכו אנשים יכולים לפנות באופן ישיר ולהלין על הפרה של זכויות אדם שהמדינה מפרה נגדם – ישראל אינה חברה במנגנון הזה.

**מאפייני זכויות האדם**

* אוניברסליות – חלות בכל מקום ובכל מדינה. לדוגמא הוועדה האחראית על יישום **CIDAW** (נגד אפליית נשים) שאלה את ישראל מהם תנאי העבודה והשכר של עובדות זרות, למרות שהעובדות הזרות אינן אזרחיות ישראל.
* טבעיות – מדובר בזכויות טבעיות לכל אדם – הן מוקנות לכל אדם מרגע היוולדו. זה טבעי – ואי אפשר לשלול את כל הסל באופן מוחלט (ניתן להגביל) – **לדוגמא**, יש אסירים מצד אחד, והזכות לחופש תנועה מצד שני.
* חלק מהנורמות של זכויות האדם הן Erga Omnes - כלפי כולי עלמא (Towards All). אם מדינה אחת מפרה את אותה זכות אדם שנמנית כזכות, היא מפרה אותן לא רק כלפי תושביה אלא כלפי הקהילה הבינ"ל כולה, כלפי האנושות. הפרה של נורמות מסוימות בתחום דיני זכויות האדם זוהו מסוג מאוד חמור, שאנו אומרים שלא יכול להיות שהוא משפיע רק על מקום אחד, **אלא שבהכרח יש על כך השלכות על העולם כולו** – אם מתקיים רצח עם במדינה אחת, זה לא משפיע רק על המדינה. מלחמה באופן אינהרנטי היא כמו תבערה בשדה – משהו שמתפשט. מעבר לכך – יש כאן הפרה של מחויבות שהיא כלפי האנושות. **לדוגמא** – בשנת 2004 מזהים שמתבצע רצח עם בחבל דרפור שבסודן, ומועצת הביטחון של האו"ם מקבלת החלטה ש**כל מדינות העולם** אסורות לסחור ולייצא נשק לסודן לאותה קבוצה שמבצעת את רצח העם. מועצת הביטחון מזהה את הרצח כפגיעה בקהילה הבינ"ל כולה, ולכן כל הקהילה צריכה לפעול יחדיו נגד הרצח. מדובר בסט של נורמות עליונות שהמדינות מחויבות בו.

**דוגמא נוספת** – ב-2003 מוגשת בבלגיה תביעה של אזרחים לבנונים נגד ראש הממשלה שרון עקב הטבח בסברה ושתילה. הקורבנות אינם אזרחים בלגים, המעשה לא התבצע בבלגיה. מי שביצע את המעשה לכאורה אינו בלגי, אבל עדיין בגלל שעסקינן כביכול בפשע מסוג ג'נוסייד, לעיתים זה מקים **סמכות שיפוט אוניברסלית**. מקרה זה נסגר, ולאריאל שרון הייתה חסינות.

ה **ICJ**-מונה בפרשת מפעלי הגרירה של ברצלונה (1970) מספר זכויות שהם **Erga Omnes**: **תוקפנות, ג'נוסייד, איסור על עבדות, הפליה גזעית**. הדעה הרווחת כיום היא שגם **האיסור על עינויים**. ככל שאנו מדברים על הפרה יותר חמורה של זכות אדם – סט הכלים שלי מתרחב.

ב-2016 – יצא חוק בארה"ב שאין לעשות עסקים עם רוסיה בגלל הכיבוש של חלקים מאוקראינה – אנו חוששים שדבר כזה עשוי לתרום לפגיעה בהגנה הגלובלית, ולכן אנו צריכים לפעול בכל נקודה גם אם אין קשר ספציפי לארה"ב.

* קוגנטיות – חלק מזכויות האדם הן כאלו שלא ניתן לסטות מהן, הן מחייבות. אני לא יכול להיכנס להסכם עם הפיליפינים ולומר שהם יועסקו בתנאי עבדות – כי לא ניתן להתנות על זכויות אדם.
* יחסיות – לא ניתן לשלול אותן באופן מוחלט, אבל אפשר להגביל אותם.

**זכויות אדם בשעת חירום**

**ס' 4** לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (**ICCPR**) קובע שבשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה, ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות לגרוע במידה הנחוצה מההתחייבויות שעפ"י אמנה זו, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהם האחרות עפ"י המשב"ל ולא יגררו הפליה.

**למה הכניסו סעיף כזה לאמנת זכויות אדם?**

החשש הוא שינצלו לרעה את האפשרות לחרוג מזכויות האדם בגלל שיש מצב חירום. דווקא במצב חירום עולה החשש להפרת זכויות אדם. במצבים של שחיתות ומלחמה – הסיכון לזכויות אדם הוא הגבוה ביותר. כדי למנוע פתח רחב כזה, קובע הסעיף **מגבלות**.

**המדינה הנמצאת בשעת חירום יכולה לגרוע מהזכויות שבאמנה בשעת חירום, וזאת בשלושה תנאים:**

1. **המדינה ניצבת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה** – מה זו שעת חירום?

הועדה לזכויות אדם בהערה פרשנית 29 משנת 2001*,* מדברת על:

* סיטואציה קיצונית (מלחמה, מהומות בהיקף נרחב, אסון טבע רב ממדים);
* איום על חיי האומה (צריכה להיות הפרעה ממשית).
* סכסוך מזוין (במצב כזה חזקה שמדובר במצב חירום).
* הודעה המגדירה שעת חירום כמצב זמני ויוצא דופן.

ב2004 בריטניה אחרי אירועי 9/11 מאוימת גם היא ע"י פיגועים של אל-קעידה, היא מכריזה מצב חירום ומחוקקת חוק לפיו ניתן לעצור תושבי אנגליה שאינם אזרחים במעצר מנהלי (לא צו מעצר שמוצא ע"י הרשות השופטת) בשל החשד שהם מעורבים בפעילות טרור שעשויה לצאת לפועל בעתיד. בבית הדין לזכויות אדם באירופה עולה השאלה האם מצב חירום יכול להיות בגלל משהו שעדיין לא קרה? 9/11 היה בארה"ב ועוד לא היה משהו בסדר גודל כזה בבריטניה. **בית הדין קובע שכן!** לא צריך לחכות לאסון כדי להפעיל מצב חירום. מדינה שנמצאת באיום ממשי יכולה לגרוע מן הזכויות הללו. כאשר מדובר על מעצרים מנהליים – מדובר על פגיעה ב**ס' 9** כמו הזכות להליך הוגן.

1. **המדינה הכריזה על שעת חירום (במישור הפנימי) לפי סעיף 4(1)** – לא מספיקה פנייה למזכ"ל האו"ם כי אנחנו רוצים שההכרזה על מצב חירום תעבור בקרה של המנגנונים הפנימיים של מדינה. דרך הכנסת ודרך המשפט לדוגמא – מנגנוני ביקורת פנימיים.
2. **המדינה הודיעה על מצב זה למזכ"ל האו"ם (ס' 4(3)) (מישור בינלאומי)** – גם על היותה במצב חירום, וגם מאיזה סעיפים באמנה היא גורעת.

**היקף הסטייה המותרת – כפוף למגבלות הבאות**:

1. האמצעים צריכים להיות נחוצים ומידתיים – **עקרון הפרופורציונליות**:
* **מבחן הקשר הרציונאלי** (האמצעי שאני נוקטת עומד בקשר רציונאלי למטרה).
* **מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה** (מכל האמצעים שאני יכול לנקוט בהם אני בוחר בזה שהכי פחות פוגע).
* **מבחן המידתיות במובן הצר** (יחס ראוי בין הנזק שנגרם לבין התועלת שמרווחת).

**לדוגמא** – בעניין **Mcbride** נעצרים פעילים חשודים בטרור מהמחתרת האירית ל-4 ימים, בלי שמראים להם ראיות ועל בסיס צו מנהלי ולא שיפוטי, הם אומרים שיש פגיעה לא מידתית בזכות להליך הוגן ומעצר שאינו שרירותי. ביהמ"ש אומר שהאמצעי שננקט הוא מידתי, כי אלו רק 4 ימים ולא יותר, ובכל מקרה הייתה להם אפשרות לקבלת צו של בימ"ש.

1. המדינה אינה מפרה התחייבויות בינ"ל אחרות – מדינה אינה יכולה לסטות מזכויות מסוימות באמנה אם בכך היא מפרה מחויבות בינ"ל אחרות (בעיקר מדובר על דיני הלחימה והמשב"ל הפלילי). גם כשאני במצב חירום אני עדיין מחויב בדיני המלחמה בדין ההומניטרי – העובדה שאני בשעת חירום לא פוטרת אותי מלהיות מחויבת בסעיפים אחרים – כמו איסור על לקיחת בני ערובה. דוג' מהערה פרשנית 29 של הוועדה: החובה להעניק יחס הומני לעצור בהקשר לסכסוך חמוש, איסור על לקיחת בני ערובה, חטיפה או מאסר בסתר, איסור על גירוש או העברה בכיפה של אוכלוסייה אזרחית...
2. האמצעים בהם היא נוקטת לא יהוו הפליה על בסיס גזע צבע מין דת לשון או מוצא חברתי – אותה פרשה בבריטניה שדיברה על מצב חירום כפעולה מניעתית, ההכרזה על מצב חירום הייתה חוקית – אבל האמצעים שננקטו שם היו לא חוקיים. המעצר היה על בסיס קבוצתי, ולכן בית הדין אומר שהחוק מפלה, לא הראו שיש כאן שונות רלוונטית, הרי אי אפשר להגיד שכל הקבוצה הזו (תושבים שאינם אזרחים של אנגליה אך לא ניתן לגרשם) חשודה בפעולות טרור ולכן להחזיקם במעצר – זו אפליה.

**ס' 4(ב) לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות קובע זכויות שלא ניתן לסתות מהן לא משנה מה, גם במצב חירום:**

1. הזכות לחיים – **ס' 6**.
2. האיסור על עינויים, יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים – **ס' 7**.
3. האיסור על עבדות – **ס' 8 (סעיף קטן 1-2)**.
4. איסור מאסר בשל הפרת התחייבות חוזית – **ס' 11**.
5. איסור ענישה פלילית רטרואקטיבית – **ס' 15**.
6. הזכות להיחשב כבעל אישיות משפטית – **ס' 16**.
7. חופש המחשבה, המצפון והדת – **ס' 18**.

אלו זכויות שלא ניתן לגרוע מהן גם בשעת חירום. **מדוע דווקא זכויות אלו?**

1. אלו זכויות מאוד מאוד יסודיות ובסיסיות, חלקן אפילו Erga Omnes – נרצה להגן עליהם לא משנה מה.
2. בנוסף, לחלק מהזכויות אין קשר למצב חירום. למה כשיש מלחמה יש צורך שיפגע חופש הדת של אנשים? אין שום קשר בין הדברים.

**ישראל ומצב החירום:**

בישראל הוכרז מצב חירום מיום היווסדה של המדינה. היא נמצאת באיום בטחוני קשה ומורכב מאוד, שלא הוסר. יחד עם זאת ישראל כן רצתה לקחת על עצמה מחויבויות של זכויות אדם, וכן היה חשוב למדינה לעמוד בסטנדרטים מסוימים גם במצב חירום, ולכן כשישראל מאשררת את ה-**ICCPR**, היא אומרת שביחס ל**ס' 9** לאמנה שמדבר על איסור על מעצר שרירותי, ככל שאמצעי המעצר המנהלי בו היא נוקטת חורג מחובותיה לפי האמנה, הרי שהדבר נעשה במסגרת מצב החירום לפי הוראות **ס' 4** לאמנה. ההסתייגות למעשה אומרת שבהינתן מצב החירום – אנו סוטים מס' 9.

**המאפיינים של מעצר מנהלי:**

**חריג 1** – צו למעצר מנהלי לעומת מעצר פלילי מוצע על ידי שר הביטחון ולא על ידי רשות שופטת.

**חריג 2** – המעצר מתבצע לפני עשיית המעשה הפלילי.

**חריג 3** – במעצר מנהלי ניתן להיות עצור 8 ימים מבלי שמובאים בפני שופט. ניתן גם להאריך את אותו צו, ולכן עולה חשש לפגיעה יותר משמעותית בזכות להליך הוגן והאיסור על מאסר שרירותי שקבוע בס' 9 שאוסר על מאסר שרירותי.

ישראל מקבלת ביקורת רבה מהוועדה לזכויות אדם על היותה במצב חירום - הוא לא זמני ולא יוצא דופן, צריך לבחון מחדש האם עדיין מצב החירום עומד בתוקף (בראייתה). ישראל עונה שהיא נמצאת עדיין במצב של סכסוך ולכן עדיין מצב החירום חל.

**תחולת דיני זכויות האדם**

**ס' 2(1)** לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדינות קובע שמדינות מתחייבות לכבד ולהבטיח את הזכויות שבאמנה, **לכל היחידים בתחומיה של המדינה, והכפופים לשיפוטה**.

עולה כאן השאלה **האם מדובר בתנאים מצטברים או תנאים חלופיים?** האם מדינה מחויבת בזכויות אדם כלפי מי שנמצא בשטחה וכפוף לשיפוטה? או גם מחוץ לשטחה אבל תחת שיפוטה?

מה בנוגע ליחס בין מערכת הדינים של זכויות האדם לדין ההומניטרי?

**שטחי יהודה ושומרון** – אלו שטחים שנמצאים תחת שליטת המדינה אבל לא בהכרח בשטחה. כאן יש מורכבות – הועדה לזכויות אדם אומרת כי התנאים חלופיים. **התשובות:**

* **הוועדה לזכויות אדם** - **התנאים הם חלופיים**. דיני זכויות האדם יחולו בכל מצב, גם במצב של כיבוש. עלתה טענה כי יש סמכות שיפוט של ארה"ב בגואנטנמו – ולכן דיני זכויות האדם חלים שם.
* ה**ICJ**- בשתי חוות דעת (חוקיות הנשק הגרעיני + חוקיות גדר ההפרדה), הדינים חלים ב**מקביל**. **אבל** היקף התחולה של הדין ייקבע לפי הדין המיוחד (Lex Specialis) - כלומר דיני הלחימה גוברים כי זה הדין הספציפי המיוחד ולא הכללי.
* **ועדת טירקל** – מוקמת ב-2010 כדי לבחון את התנהלות הצבא במשט. לפיה **מערכות הדינים הן משלימות** – אין או/או, אלא ישנם סטנדרטים משותפים שמופיעים בשני הדינים. מעבר לכך, בדיני זכויות האדם יש דברים כל כך בסיסיים שמן הסתם אי אפשר לגרוע מהם לגמרי במצב של לחימה. בכל מקרה אותם זכויות גם ככה קיימות גם בדין ההומניטרי – כך שהדינים מתכתבים אחד עם השני ואלו הם דינים משלימים.
* **עמדתה המוצהרת של מדינת ישראל** – דיני זכויות האדם אינן חלים בשטחי יו"ש, אלא חל הדין המיוחד, **דיני הלחימה** (כלומר התנאים הם מצטברים, גם בשטחה וגם כפופים לשיפוטה).אלו הם דינים פרטניים, ולכן דיני זכויות האדם לא חלים שם. **יחד עם זאת** – בפורומים בינלאומיים עדיין ישראל כן עונה ומשיבה בעל פה על אותם שאלות ומשתפת פעולה עם הפורומים שאחראים עליו.

דיברנו בשיעור הקודם על הקושי בנושא של זכויות האדם – להרבה מהגופים אין בכלל סמכות מחייבת. אנו רואים באמת שעם הזמן לא רק שדיני זכויות האדם נוגעים ביותר ויותר תחומים, אלא גם מנגנוני האכיפה הולכים ונהיים משמעותיים יותר:

**מנגנוני האכיפה:**

* **סנקציות מועצת הביטחון** – פרשת דרפור (2006) בה הוחלט הפעלת סנקציות על סודן בגלל טענות על רצח עם שמתרחש בדרפור. אסור לאף מדינה למכור לה נשק, אימונים צבאיים וכו'. זו החלטה מחייבת על כל המדינות.
* **מנגנוני אכיפה ברמה האזורית** – ככל שיש קבוצה יותר קטנה כך יש אינטרס משותף שהמדינות השכנות שלי יכבדו זכויות אדם. יש גם יותר מכנה משותף שמאפשר הסכמה על אמנות וכד' – כמו חופש דת, מניעת טרור, מניעת הסתה...

***האמנה האירופית בדבר זכויות אדם (ECHR 1950)***שכוללת זכויות מדור ראשון, והפרוטוקולים הנוספים בשנים שאח"כ הוסיפו גם מהדור השני. מי שאוכף הוא **בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECTHR)** אליו פונים פרטים על הפרות של האמנה לעיל, כל עוד ניסו למצות את כל ההליכים ברמת המנגנון הפנימי שלהם. הפסיקה שלו מחייבת את המדינות – זה כמו מעין בג"ץ עליון. יש חובה למצות את ההליכים הפנימיים במדינה לפני שניגשים אליו.

האתגר הוא שהמדינות הן אלו שאוכפות – מצד אחד המדינות רוצות להגן על האזרחים, ומצד שני לשמור על מרחב של שיקול דעת למדינה. מדובר בבית דין שחולש על מדינות שונות רבות.

**לדוגמא:** החלטה בנושא לבישת רעלה (בורקה) בבתי ספר בצרפת (2008) נערה בת 11 מגיעה לשיעורי ספורט בבית ספר בצרפת ואומרים לה שאסור לה להיכנס עם רעלה. אחרי ערכאות פנימיות במדינה התיק מגיע לבית הדין האירופי לזכויות אדם, **שמאזן** בין **חופש הדת** שקבוע באמנה האירופאית לזכויות אדם וזכות החינוך, לבין עיקרון שקיים בצרפת שמדבר על **ניטרליות מסממנים של דת במרחב הציבורי**. בית הדין קובע **שלא הופרה** כאן הזכות לחופש דת.

* **מנגנונים ברמה הגלובלית**
* **ICJ -** הפרה של אמנת ה**CERD** (נגד אפליה גזעית) מצד רוסיה בחצי האי קרים, מכיוון שרוסיה מנעה חינוך בשפה האוקראינית לאוכלוסייה הרלוונטית, ולכן הוצאו צווים נגד רוסיה.
* **התחזקות המשב"ל הפלילי**
* **הרחבת תפקידם של פרטים** – יכולת פנייה עצמאית פרטית לוועדה לזכויות אדם, ארגוני זכויות אדם המגנים על הפרט, עדות של פרטים מול המועצה לזכויות אדם.
* **רצון של מדינות לשמור על המוניטין שלהן** – התחזקות מעמדה של דעת הקהל העולמית.
* **מנגנונים נוספים** – חוק הסיוע האמריקאי שקובע שכל מדינה שארה"ב תורמת לה כסף, חייבת לעמוד בסטנדרטים מסוימים של זכויות אדם. ארה"ב השעתה כספים לישראל בתקופה בה ישראל דורגה במדד לא טוב בשל סחר בנשים לזנות. ישראל פעלה נרחבות ובשנים הבאות ישראל דורגה במקום טוב יותר.

**דוגמא** נוספת – קביעת האיחוד האירופאי שמוצרים שמיוצרים מעבר לשטחי הקו הירוק, יסומנו.

**דוגמא** נוספת – ארה"ב בעקבות כיבוש חצי האי קרים ע"י רוסיה, מעבירה חוק איסור מוחלט של כל גורם אמריקאי להיכנס לאיזשהן עסקאות עם כל גורם רוסי.

אנו רואים שיש התחזקות של מנגנוני האכיפה לגבי נורמות של זכויות אדם. הרעיון בדיני זכויות האדם היה לשמור סל מאוד חשוב של זכויות לפרט – שגם בהינתן כל אותם איומים, עדיין יישמרו זכויות יסודיות, ולא בכדי לא כל הזכויות נכנסו לשם, ונכנסו איזונים – כי הלקח מההיסטוריה היה שהמדינה לא העניקה מספיק הגנה, והיה צורך ברשת נוספת של מערכת הגנה על הפרט.

אנו רואים שיש התחזקות של אכיפה בנושאי זכויות אדם, וגם מבחינת ההשלכות והאפקט.

08.01.18

**שיעור 18**

**משפט בינלאומי פלילי**

כלי האכיפה המרכזי של ענפי המשב"ל (דיני לחימה וזכויות אדם), ואבן דרך בהתפתחות שלטון החוק הבינ"ל – המדינה ואלו שפועלים בשמה **כפופים לדין הבינ"ל באופן ישיר**. המטרה של המשב"ל הפלילי היא ליצור נורמות ביחס לאנשים פרטיים כאשר קיימת סנקציה פלילית כאשר מפרים נורמות אלו. **העבירות שנקדיש להן חלק מרכזי:** שוד ים, סחר בעבדים, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם, עינויים, טרור, עבירות סמים.

**התפיסה בבסיס המשב"ל הפלילי**

יש נורמות בעלות חשיבות בינ"ל, לכן **נדרשת יצירת מנגנוני אכיפה במקרים בהם אכיפה מדינתית אינה יעילה** (טיפול באיזשהו "כשל שוק").

**דוגמא 1** - **שוד ים שנעשה בלב ים**, זה לא בהכרח בשטחה הריבוני של אף מדינה ולכן צריך שהקהילה הבינ"ל שכולה נפגעת מתופעת שודדי הים, תוכל לאכוף את האיסור על שוד ים.

**דוגמא 2** - **עינויים**, שבהגדרתם הרשמית נעשים ע"י גורמים רשמיים של מדינה, לכן ברור שמדינה עצמה לא תעמיד לדין גורמים רשמיים שלה ולכן נדרש המשב"ל הפלילי.

אלמנט נוסף שעומד בתפיסה בבסיס המשב"ל – מאחר שמדובר בנורמות בעלות חשיבות לכלל הקהילה הבינ"ל, הרי שבעצם לכל מדינה ומדינה יש את הזכות לתבוע בגין הפרת הנורמות הללו.

המונח הנהוג למפרי הנורמות המשותפות **הוא אויבי המין האנושי בכללותו –Hostis Humani Generis.** לכן התפיסה שהתגבשה היא שלכל המדינות יש זכות תביעה אינהרנטית כלפי אויבי האנושות הללו.

עולה שאלה של אחריות אזרחים פרטיים. הדין במקור דן באחריות בין מדינה למדינה – אבל כאן מדובר על אחריות פלילית של אנשים פרטיים! זה עלה **במשפטי נירנברג**:

**שאלת האחריות האישית של פרטים -ביה"ד בנירנברג (1945):**

טענת הנאשמים – המשב"ל חל בין מדינות ואינו מקים אחריות כלפי פרטים באופן אישי. לכן **חוקת לונדון** (שמכוחה הוקם ופעל בית הדין בנירנברג) היא מעשה חקיקה משפטי רטרואקטיבי (Ex Post Facto), שאסור.

ביה"ד דוחה את הטענה:

* קיים **מנהג** בינ"ל שלפיו ניתן להעמיד לדין אנשים פרטיים, בין היתר על פשעי מלחמה.
* העבירות שעליהן מעמידים לדין (רצח ועינויים) הן **עבירות שאסורות במשפט המדינתי** של כל שיטות המשפט, לכן זהו לא משהו חדשני, אלא הם כן הוזהרו במשפט הפנימי שלהם שזה אסור.
* הדרך היחידה לאכוף נורמות של המשב"ל היא ההבנה שפשעים בינ"ל אמנם מבוצעים לכאורה ע"י מדינות (מלחמה בין מדינות), אבל מי שמבצע בפועל את הפשעים הם בני אדם, ולא ישויות ערטילאיות. לכן **אם רוצים לאכוף ולמצות את הדין, חייבים להעמיד לדין אנשים פרטיים**, אלו שביצעו את המעשים האסורים בפועל.
* את אותה תשובה השיב בית המשפט בישראל בפרשת אייכמן.

**הקשר בין המשב"ל הפלילי לבין דיני זכויות האדם ודיני הלחימה:**

ראשית, הערכים המוגנים הם אותם ערכים יסודיים משותפים.

* המשב"ל הפלילי מספק מערכת נורמטיבית משלימה שבעצם מספקת מנגנוני אכיפה כנגד מבצעי ההפרות עצמם (ולא נגד המדינות). למעשה נוצרים מנגנוני אכיפה יותר אפקטיביים.
* המשב"ל הפלילי ודיני זכויות האדם מספקים הגנה נוספת לזכויות אדם מעבר לזו הקיימת במישור הפנים-מדינתי.

**דוגמא 1** – המקרה של צ'ילה - אם היא לא תעמיד את פינושה לדין (היה המנהיג שלה), ספרד אומרת שתבוא היא ותתבע על פשעים נגד האנושות.

**דוגמא 2** – אם יוגוסלביה לא תמצה את הדין עם מילוסוביץ (שהיה נשיא יוגוסלביה), יבוא ה-**ICTY** ויעמיד הוא בשם הקהילה הבינ"ל את מילוסוביץ לדין.

* חובות שמטיל המשב"ל הפלילי הן חובות כלפי כולי עלמא – **Erga Omnes**. לכן כשמדובר בפשעים מסוימים, יש זכות תביעה לכל המדינות ביחס לעבירות, גם אם הן לא בוצעו מול המדינה המסוימת שתובעת.

**התפתחות המשב"ל הפלילי:**

* במאה ה-17-18 ניתן לראות שמתפתחת התפיסה ששודדי ים הם אויבי המין האנושי, ולכן ניתן להעמיד לדין שודדי ים בכל בית דין מדינתי, גם אם אין קשר בין המים הטריטוריאליים שבו התבצעה הפגיעה/המדינה לא הושפעה ישירות, כי יש פגיעה שנעשית בשטח שהוא לא בהכרח של מי מהמדינות, אבל היא פוגעת ביכולת של מדינות לעשות סחר כרגיל וכו'.
* במאה ה-19 יש הרחבה לסוחרי עבדים – גם אם אין זיקה ספציפית למדינה.
* ההתפתחות הדרמטית ביותר היא לאחר מלחמת העולם השנייה:
* מימד ראשון הוא **הרחבת סוג העבירות שאפשר להעמיד לדין במסגרת המשב"ל הפלילי**.
* **הרחבה משמעותית בפן המוסדי** – מוקמים יותר מוסדות בינ"ל, כאשר בית הדין הבינלאומי בהאג הוא אחד החשובים ביותר. (ביה"ד בנירנברג, ביה"ד בטוקיו, ה**ICC**-).

**ההסברים להתפתחות המשב"ל הפלילי, בפרט מאז שנות ה-90:**

* לחץ דעת הקהל הבינ"ל (To End Impunity) - להביא לסיום המצב שאנשים לא משלמים על זוועות שהם מבצעים – התחמקות מעונש.
* "זול" יותר להקים בתי משפט בינ"ל מהתערבות צבאית (**ICTR**, **ICTY** – יותר קל מלשלוח כוח צבאי לרואנדה ויוגוסלביה).
* שינויים גיאופוליטיים - סוף המלחמה הקרה ושיפור היחסים הבינ"ל, כך שהתאפשר יותר שיתוף פעולה (גם מועצת הביטחון התחילה לעבוד יותר טוב בעקבות כך).
* כישלון של המסגרת המדינתית (המשפט הפלילי המדינתי) להתמודד עם אלו שמפרים את הדין הבינ"ל – כמו פינושה.
* מנגנוני האכיפה הרגילים של דיני זכויות האדם והמשב"ל ההומניטארי לא מספקים.
* הכרה בזיקה בין יציבות בינ"ל למיגור פשעים בינ"ל.
* אבן דרך בהבניית שלטון החוק הבינ"ל.

**העבירות – פשעי מלחמה**

עד 1945 שוד ים וסחר בעבדים היו העבירות המרכזיות, אך מאמצע המאה ה-20 נוספות עבירות. נקודת הזמן החשובה היא חוקת לונדון (1945) שמניחה 3 עבירות חמורות: **פשעי מלחמה, פשעים נגד השלום (תוקפנות) ופשעים נגד האנושות.**

* **בית הדין בנירנברג** - שופט בגין פשעי מלחמה עפ"י תקנות האג (1907) ואמנת ג'נבה בדבר שבויי מלחמה (1929( (אמנה מעט רזה יותר שהיוותה בסיס לאמנה מ1949). אלו היו 2 האלמנטים שעל בסיסים שפטו בגין פשעי מלחמה בנירנברג.
* **אמנות ג'נבה 1949** – קובעות סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס **להפרות חמורות במיוחד** (Grave Breaches), שמבוצעות כלפי אוכלוסיות מוגנות (אזרחים, שבויים ופצועים).

**עבירות כמו**: רצח אזרחים, עינויים, גירוש, מעצר לא חוקי, גיוס בכפייה של אזרח אויב, מניעת הליך משפטי הוגן, לקיחת בני ערובה, פגיעה נרחבת ברכוש ללא הצדקה צבאית.

* **הפרוטוקול ה-I** הרחיב את העבירות שנחשבות לפשע מלחמה: תקיפת יעדים באופן העשוי לגרום לפגיעה חמורה ובלתי מוצדקת לאוכלוסייה אזרחית, העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, אפרטהייד, פגיעה מכוונת במבני תרבות או דת.
* **סעיף 8 לחוקת רומא** - הקודיפיקציה העדכנית ביותר של מה מהווה פשע מלחמה בסכסוך בינ"ל וגם בסכסוך שאינו בינ"ל.
* העברת אוכלוסייה לשטח כבוש (במישרין או בעקיפין, לדוגמא ישראל גם אם לא כופה את זה שיעברו לשם אנשים, היא מאפשרת את זה ולא מונעת).
* פגיעה מכוונת בעובדי סיוע הומניטרי או כוחות שמירת שלום.
* שימוש כוזב בסמלי האו"ם או בדגל לבן.
* ביזה.
* שימוש בכלי נשק אסורים (גזים רעילים, קליעים מתרחבים או נשק בלתי הומני אחר).
* אונס ועבירות מין.
* שימושים במגנים אנושיים.
* הרעבת אזרחים.
* גיוס קטינים (מתחת לגיל 15(.
* **בנירנברג התווסף הפשע נגד השלום (פשע התוקפנות)** – הפשע הזה היה חידוש משפטי של חוקת לונדון שהוצג בנירנברג. חלק מהגנרלים נאצים הורשעו על עצם השתתפות בתכנון והוצאה לפועל של מלחמה תוקפנית. עם זאת, מאז נירנברג הפשע הזה בדעיכה כי הוא פשע שנוי במחלוקת. האם מדינה מסוימת נהגה בתוקפנות כשיצאה למלחמה או פעלה מתוך הגנה עצמית זו שאלה סבוכה. למרות זאת, המדינות נותנות לביה"ד הפלילי הבינ"ל סמכות שיפוט ביחס לעבירת התוקפנות (סעיף 5 לחוקת רומא).

ב1998 המדינות קובעות כי ל-**ICC** תהיה סמכות שיפוט על **תוקפנות**, אך הן לא הצליחו להסכים על הגדרה ל"מהי תוקפנות", אז הם קבעו שהמדינות מאוחר יותר ישבו במיוחד לקבוע הגדרה לפשע התוקפנות. המדינות אימצו את הגדרת התוקפנות ב-2010, וקבעו שהמדינות החברות ב **ICC**-יתכנסו שוב ב-2017 ויעשו אקטיבציה להגדרה, ומאותו רגע ה ICC-יוכל להעמיד לדין בגין העבירה הזו. בדצמבר 2017 מתכנסות המדינות ומחליטות על **אקטיבציה של ההגדרה**, וקובעות שהחל מיולי 2018 תהיה לבית הדין סמכות שיפוט ביחס לעבירת התוקפנות.

בסופו של דבר הוחלט שלבית הדין **ICC** תהיה סמכות שיפוט בנוגע לעבירת התוקפנות רק כלפי המדינות שאשררו את העבירה.

לפי ההגדרה – פשע התוקפנות עניינו בתכנון, הכנה והוצאה לפועל של מעשה תוקפנות (Act of Aggression) שהוא מוגדר כשימוש בכוח על ידי מדינה כנגד הריבונות, השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה אחרת, או בכל דרך אחרת שאינה עולה בקנה אחד עם מגילת האו"ם. כיום אין לנו מקרה כזה – ויהיה מעניין לראות אם יעשו בו שימוש בהמשך.

* **בחוקת לונדון התווספה העבירה של פשעים נגד האנושות** – חידוש זה רצה לאפשר לבית הדין להעמיד לדין נאצים בגין פשעים כנגד האזרחים הגרמניים עצמם! (ולא בהכרח נגד מדינות אחרות ואזרחים של מדינות אחרות, כמו קודם). גם פשעים נגד האנושות ניתן למצוא היום בחוקת רומא, זה אחד מ-4 הפשעים שיש ל**ICC**- סמכות שיפוט לגביהם (ס' 7 לחוקת רומא). רכיבי העבירה הסבוכה הם:
1. הפשעים חמורים (רצח, אונס, גירוש, עינויים, העלמת בני אדם, אפרטהייד וכו'.
2. הפשעים מתבצעים ביודעין כחלק ממתקפה נרחבת ושיטתית (לא אקט חד פעמי אלא מסכת פשעים) – יש אלמנט מאוד משמעותי להיקף של הפשעים.
3. הפשעים הללו צריכים להיות מכוונים כנגד האוכלוסייה האזרחית.

פשעים נגד האנושות שמבוצעים נגד אזרחים יכולים להתקיים לא רק בזמן מלחמה אלא **גם במצב של שלום**, לא חייב שיהיה מצב טוטאלי של כאוס ומלחמה. פינשה עשה את הפשעים בצ'ילה כחלק מהניהול הרגיל של המדינה.

* **אמנת הג'נוסייד (1948) הוסיפה את עבירת רצח העם (ג'נוסייד)** – ההגדרה נקלטה בס' 6 לחוקת רומא. **התנאים:**
1. פשעים חמורים (רצח, פגיעה גופנית או נפשית, יצירת תנאי מחייה בלתי אנושיים, מניעת לידות, הוצאת ילדים מחזקת משפחתם)**.**
2. מתוך כוונה **להשמיד** באופן מלא או חלקי (רכיב כוונה שקשה מאוד להוכחה).
3. הכוונה להשמיד היא של קבוצה לאומית, אתנית, גזעית, או דתית.

אלו הן היסודות הלא פשוטים של רצח עם. בית הדין לרואנדה העמיד לדין בגין עבירה זו וגם ה-**ICTY**.

* **עבירות נוספות** – יש עוד עבירות מעבר לעבירות המרכזיות שדיברנו עליהן עד עכשיו.
* עינויים (בפני עצמם ולא כחלק מפשעים נגד האנושות וכו') – מוגדרת באמנת העינויים.
* האמנה למניעת חטיפת מטוסים (1970).
* האמנה נגד לקיחת בני ערובה (1979).
* האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים (1988).
* האמנה למניעת פיצוצי טרור (1997).
* האמנה למניעת מימון טרור (1999).
* פרוטוקול הסחר בבני אדם (2001).

**מנגנוני האכיפה של המשב"ל הפלילי:**

שני מנגנוני אכיפה מרכזיים – **מדינות, ובתי דין בינ"ל**.

**אכיפה ע"י מדינות**

* **באמצעות הדין הפלילי המדינתי**:
* **מדינות בעלות זיקה לעבירה** (סמכות טריטוריאלית/פרסונלית) - מי שביצע או מי שבוצע נגדו הם אזרחים שלה. המדינות יכולות להטיל את מרותם.
* **לעיתים המשב"ל אפילו מחייב מדינות לאמץ חקיקה האוסרת התנהגות מסוימת ולהעמיד לדין בגינה.** לכך המדינות יוכלו באופן אפקטיבי לאכוף את הנורמות האלו.

**דוגמא 1** - הפרוטוקול לאיסור על סחר בבני אדם (2001) קבע מפורשות שכל המדינות שהן צד לפרוטוקול חייבות לקבוע בחוק הפנימי שלהן איסור על סחר בבני אדם.

**דוגמא 2** - האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים (1988).

* **באמצעות סמכות שיפוט אוניברסלית** – הסמכות מופעלת כשאין למדינה המעמידה לדין שום זיקה לאירוע. למדינה יש סמכות שיפוט ביחס לפשעים מסוימים, לא ביחס לכל עבירה אלא ביחס לכל העבירות המנהגיות. יש עבירות שהן הסכמיות ולא מנהגיות, ולכן נדרש שאמנה ספציפית שמכוננת את העבירה, תקנה סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס אליה.

בחלק מהאמנות המדינות קבעו מפורשות את החובה להעמיד לדין או להסגיר בגין פשע בינ"ל מסוים. **לדוגמא**- אמנות ז'נבה, לאחר שנקבעות העבירות החמורות, הן אומרות שלכל המדינות יש **סמכות שיפוט אוניברסלית** ביחס לאותם פשעי מלחמה, ומעבר לכך יש חובה להעמיד לדין. **אם לא מעמידים לדין חייבים להסגיר למדינה שמעמידה לדין** (כך פושעים בינלאומיים לא ימצאו מקלט). אותו דבר באמנת העינויים.

יתרונות סמכות שיפוט אוניברסלית –

* **מניעת התחמקות עבריינים מדין** (הרתעה, צדק, מניעה).
* **חיזוק האופי האוניברסלי של זכויות האדם**.

חסרונות סמכות שיפוט אוניברסלית –

* **חוסר אחידות ביישום הנרמול של המשב"ל הפלילי**. זה מאוד אקראי אם מדינה רוצה להעמיד פושע ממדינה אחרת.
* **קיים חשש מאוד גדול לפוליטיזציה** – יעשו שימוש בסמכות ככלי פוליטי והתנגחות מול מדינות אחרות שהן רוצות לזכות מהן משהו בתמורה.
* **חשש מריבוי הליכים נגד חשודים** – מה יקרה אם הרבה מדינות ירצו לעשות שימוש בסמכות השיפוט האוניברסלי על אותו אדם?
* **יכולת מוגבלת לבחון השלכות פוליטיות של ההליך** (לדוגמה אם במדינה ממנה מגיע הפושע יש מגעים לתהליכי פיוס, העמדה לדין תפגע בזה ותגרום נזק). קיים אספקט מאוד רחב של ההשלכות של הפעלת סמכות זו.
* **בפועל מדינות ממש אינן ששות לעשות שימוש בסמכות ולהעמיד לדין ע"ב סמכות אוניברסלית** (הוצאות, הרעת יחסים וכו').

מוסד זה לא נחשב להצלחה מסחררת של המשב"ל. לאור החסרונות הרבים.

**אכיפה על ידי בתי דין פליליים בינלאומיים** (אד-הוק / מעורבים)

* **בתי דין אד-הוקיים** – הוקמו לצורך סכסוך/סיטואציה מסוימת והתפזרו לאחר הטיפול בה.
* נירנברג וטוקיו.
* שנות ה-90 – **ICTR, ICTY**
* **בתי דין מעורבים (היברידיים)** – מאז 2000, מדובר בבתי דין שכוללים שופטים מעורבים – שופטים בינ"ל שיושבים לצדם של שופטים מהמדינה הרלוונטית והפשעים הם גם מעורבים: **בינלאומיים ומדינתיים**. דוגמאות לכך:
* מזרח טימור
* קוסובו
* בוסניה
* קמבודיה
* סיירה לאון

יתרונות:

1. **פרוצדורה אפקטיבית** – התאמה לזמן ולמקום. בית הדין בודק את הנושא לעומק.
2. **מסר של מאבק בינ"ל בפשעים בינ"ל** – הקהילה הבינ"ל מתגייסת ומממנת בתי דין אלו וזה מראה על החשיבות שיש למאבק.
3. **תרומה לפיתוח המשב"ל הפלילי** – ובתוך כך גם פיתוח דיני הלחימה (כמו ה-**ICTY** שהלכותיו תרמו מאוד לפיתוח המשב"ל הפלילי).

חסרונות:

1. **התמקדות במדינות מסוימות** – **צדק סלקטיבי** (למה הקימו לרואנדה בית דין, אבל לא לסודן? למה סיירה לאון ולא גאורגיה?).
2. **טיפול רטרואקטיבי בהפרות** – **אין הרתעה בזמן** אמת כי הקמת בית הדין היא אחרי שנעשו חלק גדול מהפשעים.
3. **עלות אדירה** – לצורך העניין ה **ICTY** וה- **ICTR** במהלך 20 שנים הם דנו בערך ב-200 כתבי אישום, ועלו **2 מיליארד $.**

על רקע זה הקהילה הבינלאומית מגיעה למסקנה שהדרך היא לפעול דרך **בית דין בינ"ל קבוע**.

**בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC):**

נוסד מכוח חוקת רומא שגובשה ב1998 אבל נכנסה לתוקף רק ב1 ביולי 2002 (אחרי שהמספר הנדרש של מדינות אכן אשררו). בית הדין יושב בהאג, וחברות בו 123 מדינות נכון להיום (ישראל וארה"ב חתמו במקור על חוקת רומא אבל לא אשררו ואף משכו את חתימתן, ולכן אינן חברות בבית הדין. ישראל וארה"ב לקחו חלק פעיל בניסוח האמנה – אבל ארה"ב החליטה שהיא לא מצטרפת, וישראל עשתה בדיוק אותו הדבר)

כדי שבית הדין יוכל להפעיל סמכות שיפוט נדרש אחד מאלה:

1. **המדינה שבשטחה בוצעה העבירה – הינה צד לחוקת רומא, או נתנה הסכמה אד-הוק**. למעשה גם מדינה שהיא לא צד יכולה להסמיך את בית הדין לדון. (ב-2009 אחרי מבצע עופרת יצוקה, הרשות הפלסטינית עושה מהלך ביחס לבית הדין ומבקשת לתת סמכות אד-הוק לבית הדין ביחס לאירועים של עופרת יצוקה – יורחב בשבוע הבא).
2. **מדינת האזרחות של הנאשם – הינה צד לחוקה או שנתנה הסכמה אד-הוק**.
3. **הפניה של מועצת הביטחון** – מועצת הביטחון (יש אפשרות לוטו) מוסמכת מכוח **פרק 7** למגילת האו"ם להפנות כל סיטואציה לבית הדין – **גם אם הן לא מדינות שחתמו על חוקת רומא**.

היום הרשות הפלסטינית היא אחת המדינות שנמצאות תחת אמנת רומא, ולכן ברגע שהרש"פ העניקה את סמכות השיפוט, ומאחר שבית הדין בודק סיטואציות – זה כן גורם לכך שישראל נכנסת תחת הבדיקה המקדמית בנושא פלסטין (לזה כמעט יוקדש כל השיעור הבא).

יוזמה לפתיחת הליך יכולה לנבוע משלושה גורמים:

1. **התובע של בית הדין** – יש לו שיקול דעת האם לפתוח בהליכים בסיטואציות מסוימות.
2. **המדינות החברות** (מדינות שבוצעו בהן פשעים ואמרו לבית הדין שיש אצלם פשעים אבל התמוטט אצלן הסדר ולכן אין להן יכולת למצות את הדין בעצמן, לכן מבקשות מבית הדין – זה נקרא **הפניה עצמית**).
3. **מועצת הביטחון** יכולה לבקש מבית הדין לבדוק ולפתוח בהליכים פליליים.

סמכות שיפוט:

**עיקרון המשלימות** – החוקה של בית הדין מבטאת העדפה עקרונית ברורה להעמדה לדין וחקירה ע"י המדינה שלה הזיקה לפשעים. לפי עיקרון זה, בית הדין ייטול סמכות לחקור מקרה רק אם המדינה שלה יש זיקה לא רוצה או לא מסוגלת לעשות זאת בעצמה.

15.01.18

**שיעור 19 – מרצה אורח – עו"ד תומר ארמתי**

**אתגרים בזירת בית הדין הפלילי הבין-לאומי**

תומר מלווה באופן צמוד את הנושאים שמתקשרים לישראל. החומר שילמד בשיעור עלול להיות בבחינה. תומר – אני הולך לדבר אתכם היום על המוסדות (כמו ה**ICC**). נקדיש את השיעור הזה למוסד אחד חשוב במיוחד – גם כי מדובר במוסד המוביל והמרכזי בתחום המשב"ל הבינלאומי, וגם כי אי אפשר להתחמק מנושא זה כיום. יש לו נגיעה מבחינת הישראלים שבית הדין הפלילי יפתח הליכים נגד ישראל. בנובמבר 2017 תובעת בית הדין הפלילי הבינ"ל החליטה לא לפתוח בחקירה עקב משט המרמרה. כיום מתנהלת בדיקה שנפתחה בעקבות בקשה של הרשות הפלסטינית.

**בדיקה זאת של הנושא הפלסטיני כוללת 2 נושאים עיקריים:**

1. **מבצע צוק איתן** (2014).
2. **כל מה שמתרחש ביהודה ושומרון ובמזרח ירושלים בדגש על ההתנחלויות** – מתנהל כבר 3 שנים. התובעת בוחנת את האפשרות האם לפתוח חקירה או לא. זה דבר בעל משמעויות ארוכות טווח – וזה ילווה אותנו בשנים הקרובות. אנו צריכים להיות מודעים לכך.

תומר שייך למחלקה למשב"ל – אחראים על הייעוץ המשפטי לממשלה בנושאים בינ"ל – כמו משפט כלכלי, זכויות אדם, פומבי בינ"ל. תומר יתמקד אתנו בנושא ההגנתי – הגנה על מדינה ישראל ועל בעלי תפקידים שפועלים מטעם המדינה מפני תביעות והליכים בחו"ל, לפי הסדר הבא:

1. ערכאות מדינתיות.
2. בית הדין הפלילי הבין-לאומי.
3. האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (המרמרה).
4. מבצע צוק איתן בעזה.

שני האירועים האחרונים דורשים פעילות מצד המחלקה של תומר – דברים אלו מתבטאים בכך שנושאים אלו נחקרים לעומק, ובצידוק פעילות החיילים. כל הדברים האלה יחדיו כוללים רווח נוסף באופן שבו בית הדין הלאומי רואה את מדינת ישראל.

**מבוא לבית הדין (הICC-)**

ה-**ICC** הוקם על מנת להעמיד לדין את האחראים על הפשעים החמורים ביותר. ה-**ICC** הוקם בתחילת שנות ה-2000 כתוצאה של הליך מאוד ארוך של התמסדות המשפט הפלילי. מה שמיוחד ב-**ICC** לעומת הטריבונלים שקדמו לו – **הוא קבוע** (לעומת טריבונלים שהוקמו אד-הוק כמו נירנברג, טוקיו, יוגוסלביה ורואנדה). ה-**ICC** יושב בהאג לתמיד, והסמכות שלו (לפחות בחזון) היא גלובלית ונועדה לכסות את כל העולם. מבחינה פוטנציאלית ה-**ICC** אמור לכסות את כל העולם. הוא פועל מכוח **אמנת רומא**. נכון להיום הצטרפו ל-**ICC** 123 מדינות, אבל שליש ממדינות העולם לא חבר ב**ICC**- (דבר המגביל את יכולת פעולתו). חשוב לציין כי המעצמות המובילות לא הצטרפו ל-**ICC** – ארה"ב, רוסיה, סין, הודו וישראל, בנוסף לאזורים רחבים בעולם שסובלים מייצוג חסר.

בגלל ההיסטוריה והערכים, ישראל תמכה בהקמה של ה**ICC**-. הרעיון להקים בית דין פלילי קבוע נולד לראשונה בעקבות מלחמת העולם הראשונה, וקודם במרץ על ידי משפטנים יהודיים. כשרעיון זה הבשיל לסיכוי ממשי, ישראל תמכה ברעיון זה ממש עד הרגע האחרון. היא מכבדת את הרעיון ואת הייעוד של בית הדין הזה כמו שהוא אמור להיות. ישראל בחרה בשלב הזה לא להצטרף ל**ICC**- – מדובר במוסד צעיר. עוד בשלב המו"מ יתעוררו חששות שה-**ICC** ינוצל למטרות פוליטיות. חששות אלו מאז לא התבדו – למרות שישראל אינה חברה נעשים ניסיונות חוזרים ונשנים לגרום ל-**ICC** לעסוק בה, ובשלב הזה ישראל בחרה להשקיף מהצד. למרות שאנו לא חברים – אנו משתתפים פעילים באספות הפוליטיות. תומר לפני מספר שבועות חזר מאסיפה כזאת בניו-יורק שבמהלכה אושרה ההפעלה של **פשע התוקפנות**. ביה"ד יוכל למעשה בשנים הקרובות להפעיל סמכות זו.

**קיימים 2 דברים חשובים שצריך לזכור לגבי ה-ICC:**

* ה**ICC**- הוקם במהלך מו"מ, ועלו שאלות איך הוא צריך להראות.

היו טענות כי ביהמ"ש צריך להפעיל סמכות אוניברסלית, אבל בסופו של דבר התקבלה פשרה שבית הדין יהיה מבוסס על **הסכמה** – הוא לא יוכל להפעיל סמכות בכל מקום, ומדינה צריכה להסכים להחלת הדין על ידו באמצעות הצטרפות לאמנה. אם צרפת חברה בבית הדין, הוא יכול להפעיל סמכות כלפיה. מדינה שלא הצטרפה – הגבלה על סמכותו. יש לכך סייג (המרצה יגע בכך בהמשך).

* בית הדין הוקם במוסד שיורי – התפקיד הוא של המדינות, ובית הדין נועד להשלים אותן אם המדינות לא מפעילות את סמכויותיהן. זה נותן כבוד למדינות, והרעיון הוא שהמדינות יבצעו קודם כל את התפקיד.

**מבנה ותפקידים**

* **משרד התובעת** – פועלת כמו המשטרה והפרקליטות. כיום נקראת בנסודה.
* **נשיאות בית הדין** – מורכבת ממספר שופטים וותיקים שנחשבים לראש המוסד.
* **ערכאות שיפוטיות** – כמו בתי המשפט אצלנו.
* **משרד הרשם**.

**הפשעים**:

* השמדת עם
* פשעים נגד האנושות
* פשעי מלחמה
* פשע התוקפנות

מדובר בפשעים החמורים ביותר.

**סמכות שיפוטית ומנגנוני "התנעה":**

בית הדין פועל מכוח הסכמת המדינות. יש לו 2 בסיסים של סמכות שהוא יכול להפעיל:

* **בסיס ראשון**
1. יכול להפעיל סמכות השיפוט אם הפשע בוצע במדינה שהיא חברה ש**האצילה** את סמכותה לבית הדין.
2. **בסיס פרסונאלי-אקטיבי** – בית הדין מוסמך לדון במעשים של אזרח של מדינה חברה.

(ברמת העיקרון בית הדין לא אמור להפעיל סמכות על מדינות שאינן חברות)

1. **הפנייה של מועצת הביטחון** כמו שכמעט קרה בסוריה. זה קרה בלוב לדוגמא.

\*חריג – אזרח של מדינה שלא חברה פועל על שטח של מדינה שהיא חברה – **לבית הדין יש סמכות**.

* **בסיס שני**

זה שיש סמכות לא אומר שבית הדין יפעל. הסמכות שלו צריכה להיות **מותנעת** על ידי:

1. **הפניה של מועצת הביטחון**.
2. **הפניה של מדינה חברה**.
3. **יוזמת התובעת** – התובעת יכולה להיות עצמאית ולא לפתוח בחקירה, ולמעשה מסרבת לבקשת המדינה לחקור.

**קבילות**

חוקת בית הדין קובעת **שני מבחנים** לקבילות של תיק בפני בית הדין:

1. **עקרון המשלימות** – בית הדין הוא מוסד שיורי, וזה בא לידי ביטוי בכך שבית הדין יתערב רק כאשר המדינות לא ממלאות את תפקידם. יש למעשה **מבחן דו שלבי** שבו בית הדין שואל את עצמו 2 שאלות:
2. **האם מתנהלים הליכים במדינה בנוגע למקרה מסוים?** במידה ולא, עקרון המשלימות לא עוצר את בית הדין.
3. **במידה וכן מתקיימים – האם יש פגם בהליך של המדינה?** אולי אין לה רצון למצות את הדין? אולי אין לה יכולת? כמו שמדינה תעשה מהלכים כדי להוריד את בית הדין מהגב שלה. תרחיש של חוסר יכולת תקף כאשר המערכת המשפטית קורסת/לא זמינה.

כך בית הדין דרש מלוב להסגיר את הבן של קדאפי (לא החזיקה אותו בידיה).

1. **עקרון החומרה** – בית הדין נוסד כדי לטפל בפשעים החמורים ביותר, זוועות המוניות המזעזעות את המצפון האנושי. מקרה שאינו מגיע לרף החומרה הדרוש לא יהיה קביל בפני בית הדין.

**ניתן לבדוק האם הפשע חמור על פי הקריטריונים הבאים**:

מהו היקף הפשעים, מהותם, אופן ביצועם, השפעתם? נראה הדגמה לכך באירוע המשט. האם דברים אלו מצטברים לכדי התרשמות כללית לכמה האירוע חמור והאם הוא מצדיק את הרף של בית הדין?

שני מבחנים אלו הם כלים מאוד חשובים של בית הדין לשאול האם זה דבר שהוא נועד לטפל בו.

**שלבי ההליך בבית הדין**

1. **בדיקה מקדמית** – הליך לא פורמלי שמנוהל על ידי התביעה ומתבסס על חומרים גלויים. נשאלת השאלה האם יש סמכות, משלימות וחומרה? במידה והמקרה עונה על אלו – התובעת פותחת בחקירה.
2. **חקירה + הוצאת צווי מעצר** – ביצוע חקירה על חומרים שאינם גלויים, עד כדי הוצאת צווי מעצר.
3. **אישור אישומים** – השופט בודק את האישומים ומאשר ללכת למשפט.
4. **משפט** – פסק דין וגזר דין – משפט לכל דבר ועניין.
5. **(ערעור)** – בין אם מהצד של התביעה או הנאשם.

במידה והאדם מורשע – הוא יילקח למעצר למדינה חברה.

**השלב הקריטי הוא הראשון – הבדיקה המקדמית**. בית הדין נועד לשפוט אנשים, אבל השיפוט שלו יכול להשפיע על מדינות – כמו שיפוט של נשיא (הנשיא של סודן שיש נגדו צו מעצר).

**קשיים, אתגרים והישגים**

ה**ICC**-הוא מוסד צעיר יחסית – הוקם לפני 16 שנה בלבד. במהלך 16 השנים – אנו רואים שמתוך 11 חקירות פתוחות, **10 באפריקה**. היחידה שמחוצה לה היא המלחמה בין רוסיה לגיאורגיה. יש יותר בדיקות מקדמיות מחוץ לאפריקה כמו נוכחות החיילים הבריטיים בעיראק – יש טענות שהם היו מעורבים בעינויים. יש סמכות שיפוט פרסונלית אקטיבית. אפגניסטן נמצאת בבדיקה מקדמית, וזה מפתיע שהיא חברה – משרד התובע החליט שתפתח שם חקירה על התערבות ארה"ב במדינה וכו'.. יש פוטנציאל להתנגשות בין ה-**ICC** לארה"ב – בדיקה זו כוללת טענות של עינויים שנעשו על ידי ארה"ב. קיימת גם בדיקה מקדמית על אוקראינה.

**מאזן ההישגים מול הקשיים והאתגרים**

במהלך 16 השנים – נעשו 5 משפטים. תומר חושב שזה נחשב מעט מאוד, בוודאי למוסד שמתוקצב בסכומים מאוד גדולים. יש כרגע עוד 3 משפטים שמתנהלים. זה מוסד יחסית צעיר שעדיין לומד, והרבה מאוד עומס – נפח הפעילות הכולל הינו רב.

**2 הקשיים שהכי נכון לתת להם תשומת לב –**

**נושא שיתוף הפעולה** – ה**ICC**- הוא ענק ללא רגליים – אין לו את זרועות האכיפה והוא תלוי בשיתוף פעולה של מדינות, אך דבר זה לוקה בחסר. נשיא סודן עדיין הרשה לעצמו לבקר ב-80 נסיעות לחו"ל למרות שיש לו צו מעצר – הייתה הזדמנות לעצור אותו אך זה לא קרה. מתוך 26 צווי מעצר של בית הדין, רק 10 בוצעו.

**לגיטימיות ופוליטיזציה** – יש ביקורת שמאוד מכאיבה ל**ICC**- – למה כל הזמן אפריקה? יש לדבר הזה גם תשובות. רוב המדינות שבהן בית הדין עוסק זה מדינות שביקשו את התערבותו, ורוב המדינות שהוא חוקר הן מדינות שביקשו זאת, ויש 2 מדינות שבהן מועצת הביטחון ביקשה זאת – לוב וסודן. מי שמוביל את הקמפיין זה נשיא סודן וקניה, אבל זה כן כתם על המוניטין של ה**ICC**-.

בצד החיובי של התמונה – בית הדין צבר לעצמו מעמד. הוא טוען כי הייתה לו השפעה על תהליכים פנימיים של מדינות כמו הסכם השלום בקולומביה, הירידה בשימוש בילדים חיילים באפריקה, בחירות שקטות בקניה. בית הדין נהנה מכבוד ממדינות בקהילה הבינ"ל, והוא כן תרם לכך שהמשב"ל חלחל לתודעה ולענפים אחרים – המשב"ל הפלילי עלה כענף משפטי מוביל.

**בית הדין, ישראל והפלסטינים**

בסוף 2015 הרש"פ פונה ל**ICC**-, כאשר היא מצד אחד מבקשת להצטרף כמדינה חברה, ובמקביל עושה הצהרה רטרואקטיבית שמתחילה מה-13 ביוני 2014 (יום אחרי חטיפת הנערים) – לבית הדין יש סמכות לגבי אירועים שהתרחשו בשטחים הפלסטינים הכבושים, ובמקביל הם הצטרפו לאמנות שמבחינת ה-**ICC** הן מדינה חברה. בהתאם לכך תובעת בית הדין פותחת בדיקה מקדמית לגבי המצב בפלסטין. אבל איך היא עושה זאת? הם לא מדינה! כיצד הם יכולים להצטרף?

התובעת עונה שהשאלה האם פלסטין היא מדינה שעומדת בתנאים של האמנה – היא לא דנה בה. היא מסתכלת על מעמד הפלסטינים בעצרת הכללית של האו"ם – כאשר ב-2012 קיבלו החלטה לקבל את מעמדת של פלסטין כמדינה משקיפה שאינה חברה – ומבחינת התובעת זה מספיק כדי לקבל את הפלסטינים כמדינה חברה ב-**ICC**.

ישראל לא הסכימה עם החלטת התובעת – ומבחינתה זה טעות. אנו מכירים רק מבחן אחד לשאלה האם ישות היא מדינה או לא, והשם על הכיסא בעצרת הכללית לא מכריע את השאלה הזאת.

**בנוסף** – עצם הרעיון שבית הדין יתחיל לעסוק בנושאים אלו הוא מאוד בעייתי. הבסיס של הסמכות של בית הדין זה שטח של מדינה חברה. איך אתה מחליט מה השטח של מדינת פלסטין?

הרש"פ סימנה את ה**ICC**- כמוסד מרכזי בקידום האג'נדה שלהם. הם משקיעים מאמצים רבים כדי לשכנע את התובעת לפתוח בחקירה. יש כאן מאמץ מאוד גדול שצריך להכיר אותו.

מדינת ישראל נמצאת בעמדה מוזרה – היא לא חברה ולא הסכימה לסמכות של ה**ICC**-. מצד שני – התובעת פותחת בדיקה ואנו נמצאים בעמדה מוזרה. ביולי 2015 ראש הממשלה החליט שהוא מאשר דיאלוג מול בית הדין בשביל לפרט את טענות ישראל, מתוך מחשבה שנכון יהיה שבית הדין לא ישמע רק צד אחד. יש לנו ניסיון רע עם גופים בזירה הבינ"ל שמקבלים החלטות מופרכות ומוטות כנגד מדינת ישראל – החלטנו לתת הזדמנות כדי להציג את הטענות שלנו, אבל הסביבה היא פוליטית עם השפעה רבה על ידי גופים שפחות מספמפטים את העמדה הישראלית.

השנה אנו סוגרים 3 שנים מאז פתיחת הבדיקה בנושא פלסטין.

**צוק איתן** – נבחנות טענות כנגד צהל, מול ארגונים פלסטיניים בנוגע לירי כלפי אוכלוסייה אזרחית, מגנים אנושיים. בנוגע לאיו"ש- בודקים את נושא ההתנחלויות, הרס בתים, אלימות מתנחלים, יחס לעצירים, והפליה כלפי תושבים פלסטיניים.

**המרמרה** –

הפליגה תחת הדגל של קומורו – היא חברה בבית הדין ולכן יש לו סמכות שיפוט. איי קומורו ביקשה מהתביעה לפתוח בחקירה נגד מדינת ישראל. התובעת בחנה את הטענות הללו במשך שנה וחצי והגיעה להחלטה שלא לפתוח בחקירה. חשוב לומר כי כן אמרו בהחלטה שלא בוחנים את סוגיית ההגנה העצמית – זה תלוי בנסיבות האינדיבידואליות של החיילים. כן הכירו כי יש אלמנט חזק בתגובה של החיילים אבל זה לא בא לידי ביטוי בהצהרה. בסופו של דבר נקבע שהאירוע אינו חוצה את רף החומרה.

הפנייה הראשונית של קומורו הייתה במאי 2013, וההחלטה הסופית התקבלה בנובמבר 2017. ההחלטה של פתיחת החקירה היא של התובעת – והשופטים יכולים רק לבקש ממנה. השופטת קבעה כי האירוע אינו חמור מספיק לפתיחת חקירה.

איי קומורו פנתה בתור המדינה שבה בוצעו הפשעים, אבל הספינה הייתה טורקית. היא החליפה דגל כמה ימים לפני אירוע המשט וחזרה לדגל טורקי אחרי אירוע המשט. משרד עורכי דין טורקי פנה דרך איי קומורו. זה ניצול של האופציה הפרוצדורלית. האירוע הזה מעורר חששות מסכנות של פוליטיזציה. זה דוגמא מובהקת לאירוע מסוג זה.

16.01.18

**שיעור 20+21**

**משב"ל מסחרי**

הגענו ל-2 השיעורים האחרונים שלנו שעוסקים בנושא הכי מעניין לדעת המרצה.

במהלך הקורס שלנו, התחלנו לצלול לתוך ענפים ספציפיים של המשב"ל. ב-2 השיעורים האחרונים עסקנו בענף של משב"ל פלילי.

הבשורות הטובות – המשב"ל לא מתעסק רק בנושאים פליליים והגבלת מדינות, אלא יש גם תחומים שבהם אנו מדברים על נושאים קצת יותר אופטימיים – שיתוף פעולה ויחסים כלכליים בין לאומיים. משב"ל כלכלי הוא תחום עצום , שכולל נושאים שקשורים למסחר, מטבע... אבל הענף הכי גדול ומרכזי עד היום בתחום של משב"ל כלכלי זה הענף של **משב"ל מסחרי**.

**מה זה בעצם משב"ל מסחרי? למה צריך אותו?**

סחר בינלאומי הוא מה שמאפשר לשווקים והמשקים של כל המדינות בעולם להיפתח האחד כלפי האחר. החשיבות של סחר בינלאומי נעוצה בכך שהוא מאפשר לשווקים של מדינות לא להתקיים כ**משק אוטרקי**. (משק אוטרקי = משק שמספק את כל צרכיו לעצמו). המשק הזה יהיה מוגבל כי הוא ניזון ונשען רק על המשאבים המסוימים של המדינה. כאשר למדינה אין משאבים מסוימים – פשוט לא יהיו לה אותם במשק (כמו גז). הדוגמא הכי נפוצה שהיו מביאים עד לאחרונה הייתה **צפון קוראיה**, אבל **אפילו היא כבר לא מתקיימת כמשק אוטרקי**. מועצת הביטחון כפתה סנקציות סחר כדי להניא אותה מתכנית הגרעין – כי יש מדינות כמו רוסיה וסין שצפון קוריאה מנהלת איתן סחר. אפילו היא הבינה שהיא לא יכולה לספק את כל צרכיה לעצמה.

מדינת ישראל הייתה נחשבת כמעצמה של עיבוד יהלומים – אבל אין בישראל יהלומים, אלא אפריקה. איך התאפשר לישראל להפוך למעצמה בתחום של עיבוד יהלומים? **סחר בינלאומי**. אם לא היה סחר בינלאומי והיהלומים לא היו יכולים להגיע לישראל – היא לעולם לא הייתה יכולה להפוך למעצמה. זו דוגמא לכך שסחר בינלאומי מאפשר למדינות להתפתח ולהפוך למוקד משמעותי.

ברמה הגלובלית מפרספקטיבה עולמית – סחר בינלאומי מאפשר לעולם **הקצאה יותר יעילה של ההון האנושי (כוח העבודה) וההון הכלכלי**. הסחר העולמי מאפשר לכל מדינה בעצם להתמקצע **ביתרון היחסי** שלה. אם לדוגמא לישראל יש יכולות מאוד טובות בתחומים כמו עיבוד יהלומים, הייטק וציוד צבאי, בעולם גלובאלי ישראל יכולה להתמקד רק באותם תחומים שבהם יש לה יתרון יחסי ביחס לשאר מדינות העולם. היא תמקד את כל כוחותיה במוצרים אלו, ועם הכסף שהיא תרוויח היא תרכוש את כל מה שהיא לא מייצרת ממדינות שבהן יש יתרון יחסי. זאת התורה של סחר חופשי ולמה הוא טוב למעשה.

**כדי שנוכל לממש את יתרונות הסחר החופשי, נצטרך לוודא שיוסרו החסמים לסחר** (לדוג' מכס). **מכס** זה איזשהו מס – חיוב שצריך לשלם. הוא חסם סחר כי כדי לקבל גישה לתוך השוק של המדינה צריך לשלם אותו. מוצרים שלא ישלמו מכס יישארו מחוץ למדינה). דיני הסחר הבינ"ל באים ועושים רגולציה לחסמי הסחר מתוך רצון להפחית אותם (לא לבטל) (למעשה להפחית את החומות בין המדינות שהמוצרים צריכים לעבור ביניהם). כל הנושא של סחר בינ"ל מקבל משנה חשיבות בעידן הגלובליזציה – המעבר הקל יותר של סחורות ומידע, והפיתוחים הטכנולוגיים הגבירו את החשיבות והאופן בו מדינות סוחרות – ובכך הגבירו את חשיבות הדינים שבאים להסדיר את הסחר הבינלאומי.

העובדה שניתן לרכוש מכשיר iPhone 4 במחיר יחסית נגיש – רק מחזק את חשיבות הסחר הבינ"ל.

הסחר הבינ"ל למעשה מעלה את הרווחה בעולם ומוריד את העלויות.

סחר בינלאומי **מצד שני אומר כי השוק הפנימי נחשף ליותר תחרות**. מצד אחד מדינות רוצות שהסחורה שלהן תיוצא בצורה הרבה יותר קלה וזורמת לעולם, ומצד שני יש להם את האינטרס להיסגר מפני העולם כדי להגן על התעשייה שלהם – ובדיוק בשביל זה באים דיני הסחר כדי לאפשר למדינות להיות "פחות מגינות כלפי הסחר שלהן עצמן".

**רקע היסטורי ל GATT-וה-WTO-**

ארגון הסחר העולמי (**WTO**) הוא מערכת סחר מולטילטרלית וכולל 164 מדינות (כולל ישראל). השורשים של ארגון ה**WTO** נעוצים בהסכם הנקרא **GATT** – ההסכם הכללי בדבר סחר ומכסים.

הסכם **GATT** הוא בעצם חלק מהארכיטקטורה של חלק מהמנצחים במלחמת העולם השנייה, במה שהם ראו כסדר העולמי הכלכלי החדש ביום אחרי המלחמה (אחרי מלחמת העולם השנייה).

ארה"ב היא זו שהובילה את המדיניות.

ההסכם היווה ניסיון לתקן את החוליים שהובילו למלחמה – כמו המשבר הכלכלי הגדול ב-1920 של ארה"ב. הסכם זה נועד להביא לשיתוף פעולה כלכלי גדול יותר בין מדינות כדי שזה ימנע מלחמות בין מדינות. הסכם **GATT** מבוסס על רעיון ליברליזציה של הסחר (הפיכת הסחר הבינ"ל לחופשי יותר) מובל על ידי מודל כלכלת השוק הקפיטליסטית (ארה"ב).

**GATT** גם ביטא ניסיון ליצור גוש של המערב מול הגוש הקומוניסטי שהתגבש מיד אחרי מלחמת העולם השנייה (ראשית ימיה של המלחמה הקרה).

**התפיסה המנחה** – יצירה של תלות בין מדיניות כלכלית למדיניות פוליטית. עובר למלחמת העולם השנייה, אמרנו כי המדיניות הכלכלית שבה כל מדינה דאגה רק לצרכים שלה והתנהלה בצורה דורסנית כלפי מדינות אחרות – על רקע זה נוצרה מלחמת העולם השנייה, בא **GATT** ואומר בואו נלמד מהתקלה הזאת – אם **ניצור יותר שת"פ כלכלי ואינטגרציה, תוך הימנעות ממדיניות כלכלית הרסנית** – ניצור תנאים טובים משמעותית מבחינה פוליטית. במלחמה יש לנו להפסיד הרבה יותר, ולכן יש כאן חיבור מאוד חשוב בין הפן הכלכלי ליציבות פוליטית.

**הסכם GATT** בא ומניח את התשתית לשת"פ הכלכלי הזה – מצב בו המדינות יהיו תלויות אחת בשנייה באופן עמוק יותר. זה למעשה מסגרת לתנאי הסחר בין מדינות. הסכם **GATT** עוסק בסחר ב**מוצרים** (טובין) להבדיל מסחר בשירותים (חלק עצום מהסחר העולמי כיום הוא סחר בשירותים – אם אתקשר לספק אינטרנט הודי יענה לי אם אתקשר לספק). **GATT** עוסק רק בסחר בטובין/מוצרים

הסכם **GATT** בא לעשות **ליברליזציה הדרגתית** של הסחר. **GATT** לא בא לבטל לחלוטין מכסים, אלא מבקש להוריד באופן הדרגתי מכסים וחסמים אחרים (כמו סובסידיות – ישראל מסבסדת את החקלאים שלה – כדי שהעגבנייה תעלה שקל בלבד, המדינה משתתפת מהכיס שלה יחד עם החקלאי בייצור המוצר. כשהמדינה מתערבת ומשתתפת בייצור החקלאי – היא מעוותת את הסחר, כי באפריקה יש יצרנים יותר יעילים של עגבניות, אבל ישראל מתערבת במאזן הטבעי שהיה נוצר בשוק העולמי).

המטרה היא בעצם לפתוח בדרך הזאת את השווקים של מדינות, ולהוביל להפחתת עלויות **כשמטרת העל של הסכם GATT היא להביא להעלאה של הרווחה הכלכלית בעולם.** זו המטרה האמתית.

**הסדרBretton Woods**

ועידה שהתרחשה בימים האחרונים של מלחה"ע השנייה, בניסיון לחזות את הסדר הכלכלי החדש שיהיה אחרי המלחמה. נציגי המדינות (שהולכות לנצח במלחמה, בראשן ארה"ב) מבקשים להקים **שלושה מוסדות**:

1. **הבנק העולמי** – יושב בוושינגטון כאשר 180 מדינות בעולם חברות בו. נותן אשראי למדינות מתפתחות.
2. **קרן המטבע העולמית** – יושב בוושינגטון עם 180 מדינות, עושה פיקוח.
3. **ארגון הסחר הבינלאומי** (**ITO**) –- התקיים מו"מ על הקמת ארגון נוסף שהיה אמור להיקרא ארגון הסחר הבינ"ל, והוא היה אמור להשתית מערכת מאוד רחבה בתחום הסחר הבינלאומי – לא רק מוצרים, אלא גם דיני תחרות, עבודה, תנאי עובדים – משהו עצום.

במקביל לכל זה, התקיים המו"מ על הסכם **GATT** שהיה מצומצם למוצרים בלבד.

הקונגרס האמריקאי צריך לאשרר את האמנה כדי שארה"ב תהיה צד להסכם. הנשיא האמריקאי הביא את חוקת ה**ITO**- לקונגרס, אבל הקונגרס לא היה מוכן לאשרר אותו – הוא אמר כי ריבונות ארה"ב תפגע באופן משמעותי! לכן ארה"ב לא מצטרפת לחוקה. בהתאם לכך – גם המדינות האחרות לא מצטרפות, ולא מוקם ארגון ה-**ITO**. הדבר היחיד ששורד זה הסכם **GATT**.

הסכם **GATT** נחתם בינואר 48 – כאשר אין לו מוסד שמגבה אותו, אבל מאז שנות ה-40, הסכם **GATT** הופך לארגון דה פקטו – מוקם מבנה, עובדים אנשים שמשתייכים אליו ומנהלים את יישומו. כמעט למשך 50 שנים הוא היה סיפור הצלחה מפתיע (הסכם שהפך לארגון).

**עם זאת**, לקראת סוף שנות ה-80 הסכם **GATT** פשוט לא מספיק כדי להסדיר את כל מה שהסחר הבינ"ל דרש. בנוסף – מספר החברות בהסכם **GATT** גדול באופן משמעותי – מ-23 מדינות ל128. ב-1994. על רקע כל המורכבויות האלו, מתגלעים הרבה יותר סכסוכי סחר בין מדינות. אבל בגלל שב-**GATT** אין מסגרת ארגונית משמעותית, אין גם מערכת יישוב סכסוכים סדורה להכריע בסכסוכים בין מדינות. על רקע זה, ב-1.1.95 מוקם ארגון הסחר העולמי- **WTO**.

**תוצאות סבב אורוגוואי (הקמת הWTO)**:

* הקמת ארגון בינלאומי שכולל 164 מדינות וכמעט כל הסחר הבינ"ל כיום עובר תחת הארגון. 75% מהמדינות שחברות בארגון הן חברות מתפתחות. אפילו ארה"ב הצטרפה.
* הסכם ה**GATT**- נטמע לתוך ה**WTO**-, אבל כעת ניתן למצוא לצידו שורה ארוכה של הסכמים כמו ה **GATS**, **TRIPS**, **DSU** ועוד.... ה**DSU** הוא הסכם בינ"ל שלם שעוסק רק במערכת יישוב הסכסוכים של ה**WTO**-.
* למערכת יישוב הסכסוכים של ה-**WTO** יש סמכות שיפוט מחייבת – כלומר, כל אחת מ-164 המדינות החברות, ברגע שהצטרפה לWTO- – כל מדינה אחרת יכולה להביא סכסוך נגדה, והמדינה הזאת חייבת להתייצב. למערכת שיפוט זו יש סמכות מחייבת כלפי ארה"ב, קוסטריקה, סין וכו'... המערכת כוללת פאנלים אד-הוקיים (ספציפי), ומעל הפאנלים הללו יושבת ערכאת ערעור קבועה שיושבים בה 7 שופטים – מערכת משפטית של ממש. אם מדינה לא מצייתת לפס"ד, בד"כ, תוך 15 חודשים המדינה המנצחת זכאית ב**אופן אוטומטי** לקבל רשות לנקוט בסנקציות סחר (לפגוע כלכלית!) במדינה שהפסידה בתיק עד שהמפסידה תשלם. זה נוף מאוד חריג במשב"ל – לדוגמא, במקרה של סנקציות (תיק ההורמונים) ארה"ב קיבלה אפשרות לנקוט בסנקציות כנגד האיחוד האירופי. בתיק אחר האיחוד קיבל אפשרות לנקוט בסנקציות של 4 מיליארד דולר בשנה כנגד ארה"ב.
* Single Undertaking – מי שרוצה להצטרף לWTO- חייבת לקבל על עצמה את כל ההסכמים, או לא להיכנס בכלל. זה הכל או כלום. מי שלא אהב את הדבר הזה – זה מדינות מתפתחות.
* **ביקורת נגד ה-WTO** - המדינות המתפתחות בד"כ מפרות את דיני הסחר כמו חיקויים לתרופות וחיקויי סרטים. המצב של הכל או כלום מחייב את המדינות המתפתחות לעשות הכל או כלום. התחושה היא שלא רק שהכריחו אותם להסכים לתנאי הקניין הרוחני – גם במקומות הכי חשובים להם בהם היתרון היחסי שלהם נמצא (חקלאות) – שם ארה"ב והאיחוד האירופאי נעמדות על הרגליים האחוריות ולא מוכנות לוותר על הסובסידיות שלהם. משבר זה מלווה את הWTO- מהרגע שהוא קם עד היום. לא הצליחו לייצר הרבה הסכמים בינ"ל חדשים בגלל השבר והמתח הזה בין המדינות המתפתחות ובין המדינות המפותחות.

**עקרונות וכללי היסוד של WTO/GATT:**

בבסיסם עומדת אידיאולוגיה ליברלית – סחר חופשי יותר בין המדינות, וכך להעלות את הרווחה בכל המדינות. **זאת באמצעות שני אמצעים**:

1. **ביטול יחס מפלה ביחסי הסחר הבינ"ל** – בבסיס ה-**GATT** יש **שני עקרונות של אי-הפליה**:
2. **עקרון המדינה מועדפת (MFN)** (**ס' 1 לGATT-**) – עקרון יסוד זה אוסר על מדינה חברה ב**WTO**- להפלות בין שותפות הסחר השונות – כלומר, בין המדינות החברות השונות ב**WTO**-. באופן ספציפי, עקרון ה-MFN אומר כי אסור למדינה להפלות בין מוצר המיובא ממדינה א' **למוצר דומה** המיובא ממדינה ב'. אם מדינה נותנת איזושהי הטבת שכר כמו 0% מכס על מוצר ממדינה א', היא חייבת מיד וללא כל תנאי לתת את אותו יחס לכל שאר המדינות החברות ב**WTO**-. **הרציונל מאחורי כלל זה – הפחתת המתחים הבינ"ל בין המדינות** ודה-פוליטיזציה של הסחר הבינ"ל.

**לדוגמא – תיק הבננות**. הסכסוך הארוך ביותר (סכסוך בן 20 שנה). ב1993 האיחוד האירופי מקבל דרקטיבה – בננות שמגיעות מקבוצה של מדינות שנקראות ACP (אפריקה, קריבי ופסיפי – קולוניות לשעבר של האיחוד האירופאי), נכנסות **כניסה חופשית** עם 0% מכס ישר לתוך השוק האירופאי. אותה דרקטיבה אומרת כי בננות מכל שאר מדינות העולם (כמו אמריקה הלטינית – שהן היעילות ביותר) – יצטרכו לעמוד במערכת מאוד מסובכת של מכסים, ומכסות ורישיונות. אין ספק שהבננה היא אותו מוצר, אבל היא מיוצרת במקומות שונים – האחד ב-ACP והשני באמריקה הלטינית. האיחוד האירופאי מפר למעשה את ה-MFN.

מערכת הסכסוכים של ה**WTO**- קבעה בקלות שהאיחוד האירופאי הפר ברגל גסה את עקרון הMFM- – עקרון זה כל-כך יסודי שהוא השער בהסכם גת, מה שמעיד על החשיבות והבסיסיות שלו. תיק הבננות זה דוגמא להפרה של העיקרון הזה ביחס למוצר שהוא דומה.

הדגש הוא על **מוצרים דומים** – כדי שתהיה הפרה של עקרון ה-MFN, המוצרים לא חייבים להיות זהים (לא חייב להיות בננה לבננה) – זה יכול להיות מוצרים מתחרים או חלופיים.

**כאן הדיון המורכב** – מה זה מוצרים חלופיים? לפטופ ומחשב נייח דומה/חליפי? זה בעיקר תלוי בנסיבות של המקרה הספציפי. פיתה ולחם זה דומה?

ההגדרה של מוצר דומה כפי שהתפתחה בפסיקת ה-**WTO** כוללת לא רק מוצרים זהים אלא גם מוצרים מתחרים וחלופיים, כאשר מספיק שיש אחוז מסוים משמעותי באוכלוסייה בקרב הצרכנים שיעברו ממוצר האחד לאחר כתלות בהפרש המחיר ביניהם כדי שהמוצר ייחשב חלופי/מתחרה.

**לדוגמא** (סתם דוגמא פיקציה) – יש לנו בשוק בישראל מחשבים נייחים. כל המחשבים הנייחים לישראל מיובאים מארה"ב. יש בישראל גם מחשבים ניידים שכולם מיובאים מיפן. יפן וארה"ב שתיהן חברות ב-**WTO**. בא שר הכלכלה של ישראל וקובע כי מחשבים נייחים – אפשר למכור גם במרכולים וחנויות כמו שופרסל-דיל, מגה וכו'. אותה תקנה אומרת שמחשבים ניידים בישראל אפשר למכור רק בחנויות ציוד משרדי. הנייחים עולים 1000 דולר והניידים 1200 דולר. נגיד והיה מובא תיק זה ל**WTO**- – הדיון הכי קשה היה האם המוצר האמריקאי מול היפני – כאשר החשיפה של שניהם בשוק שונה, האם הם בכלל מוצרים דומים? רק אם הם יהיו מוצרים דומים – נגיד שיש אפליה. שאלה נוספת – האם ההפרש במחיר הוא הפרש כזה שחלק משמעותי מהאוכלוסייה יעבור מאחד לשני בגלל הפרש המחיר ביניהם. האם יש מספיק אנשים בשוק שיקנו נייח ולא נייד בגלל ההפרש של 200 דולר?

הפסיקה של ה-**WTO** אומרת בצורה מפורשות – **כל מקרה לגופו** (בנושא הגדרת מוצר דומה – פיתה ולחם יכולים להיחשב או ללא להיחשב לדומים, **תלוי בנסיבות**).

**חריגים לעקרון המדינה המועדפת (MFN) –**

חריג שעוסק במתן הטבות סחר למדינות מתפתחות (Enabling Clause).

חריג זה מאפשר למדינות מפותחות להעניק הטבות סחר למוצרים שמקורם במדינות מתפתחות, מבלי להעניק את אותן הטבות לשאר החברות ב-WTO. מאפשרים לארה"ב להעניק הטבות סחר לניגריה, מבלי להעניקם לקנדה ויפן.

למעשה מאפשרים לעשות **אפליה מתקנת** לטובת מדינות מתפתחות – וזה יהווה חריג חוקי. מטרת סעיף זה היא לעודד סיוע ופיתוח כלכלי בקרב מדינות מתפתחות.

1. **עקרון היחס הלאומי (National Treatment) (סעיף III לGATT-)**.

(MFN – איסור הפליה בין מוצרים דומים ממדינות שונות)

עקרון היחס הלאומי **אוסר הפליה בין מוצרים מקומיים ובין מוצרים מיובאים דומים** מהרגע שהמוצרים הזרים המיובאים נכנסו לתוך השוק המקומי. עקרון היחס הלאומי עוסק למעשה בשאלה – האם מדינה מעדיפה את המוצרים העצמיים שלה על פני מוצרים אחרים של מדינות אחרות? מרגע שמוצר נכנס לתוך השוק המדינתי – המדינה חייבת לתת למוצר הזר ולמוצר המקומי הדומה **את אותו היחס** **בדיוק**.

**ס' 3** (עקרון היחס הלאומי) חל ביחד לגבי 2 דברים:

1. **מיסוי פנימי מפלה** – כשמדינה קובעת מס קניה על אלכוהול לדוגמא. מס קניה נפוץ כלפי אלכוהול, טבק ודלק – אלו מוצרים שאנו משלמים עליהם לא רק מע"מ, אלא גם מס קניה שמייקר את המוצר עוד יותר. אחד ממסי הקנייה המפורסמים בישראל הוא על אלכוהול.

**לדוגמא** – ישראל מייצרת יין וקובעת את החוק הבא – כל מוצר אלכוהול שהוא עד 14% כולל, מס הקנייה עליו הוא 10%. כל מוצר אלכוהול שאחוז האלכוהול שלו הוא 15% ומעלה (כמו וויסקי ווודקה) – מס הקניה עליו הוא 30%. למעשה – כל מה שלא יין (מה שמיובא לישראל) יקר משמעותית.

פינדלנד רואה זאת – ומופתעת מהמחיר היקר של הוודקה בישראל, בעוד שמחירי היין זולים משמעותית – ודווקא הם כפופים ל-10% מס קנייה (כאשר ישראל היא יצרנית יין מפותחת). פינלנד יכולה להגיש תלונה נגד ישראל ב-**WTO** – בטענה כי ישראל מפרה את **ס' 3** – עקרון היחס הלאומי, כי ישראל נותנת יחס מועדף וטוב יותר למוצרי אלכוהול (בעיקר יין – שהוא מוצר מקומי). את נותנת למוצר המקומי יחס טוב יותר מהמוצרים האלכוהוליים הזרים שמיובאים אלייך.

כאן ההתגוששות תהיה האם יין וודקה הם מוצרים דומים?

היו לא מעט תיקים בWTO- לגבי משקאות כמו SAKI יפני מול וודקה וויסקי. בכל המקרים האלה זה היה בסופו של דבר **מוצר דומה**, אבל כל פסק הדין עוסק בשאלה האם SAKI ו-WHISKY הם מוצרים דומים או לא. גם כאן השאלה הקשה תהיה האם בכלל מדובר במוצרים דומים.

1. **רגולציה פנימית מפלה** – דוגמא אמתית בישראל – בישראל עד לפני כמה שנים, היה ניתן למכור רק תיונים שהם סגורים בפס של מתכת (כמו ויסטוצקי). שאר העולם סגרו את התיון עם סיכה. זו דוגמא קלאסית לחסם של תקן – רגולציה פנימית מפלה.

נגד ישראל מעולם לא הוגש תיק בגלל שישראל היא לא שחקן מספיק גדול – ולכן אף מדינה לא הרימה את הכפפה. במכון התקנים הבינו שיש כאן בעיה וישראל ביטלה את הרגולציה הזאת – ולכן יש לנו עוד סוגים של תה כיום.

חשוב לציין כי רק ל-164 המדינות יש זכות עמידה בפני בתי המשפט של ה-WTO. למרות זאת, הכוח המניע מאחורי התיקים שמניע את הממשלות אלו התאגידים.

1. **הפחתה של מכסים וחסמים אחרים לסחר**.
2. **מכס** – חיוב כספי או מס על מוצרים מיובאים, ומוטל בשל ייבואם. זהו מס גבול, על עצם זה שהמוצר נכנס למדינה. מכס הוא **חסם סחר** כי מתן גישת השוק למוצרים תלוי בתשלום המכס. אם מוצר יגיע לנמל אשדוד ולא ישלם את 10% המכס שצריך לשלם – הוא יוחזר מנמל אשדוד. למעשה חייבים לשלם את המכס.

המדינות מטילות מכס כי מכס הוא מקור הכנסה לאוצר המדינה (כמו כל מס). מעבר לכך – מכס הוא **אמצעי להגנה על התעשייה המקומית מפני תחרות**.

ככל שהמכס על מוצר גבוה יותר, המחיר של המוצר עולה. כשהמחיר של מוצר מיובא עולה, פחות צרכנים יקנו אותו, ולכן ייבאו ממנו גם פחות. ברגע שיקטן הייבוא – **תגדל הצריכה והייצור של התוצרת המקומית המתחרה** – כך המכס מגן על התעשייה המקומית. לכן כשמורידים את המכס לקראת החגים על הירקות, הביצים והדגים – התחרות יותר גדולה מבחוץ, יש פחות הגנה והחקלאים נאלצים להוריד את המחירים.

ה**WTO**- מכיר בכך שמכס הוא חסם סחר, ובאופן עקרוני, החברות ב**WTO**- ראשיות להטיל מכסים (למרות שזה מעוות את התחרות בעולם ומביא להעלאת מחירים לצרכנים!). ה**WTO**- מכיר בכך שמכס הוא חסם שכר מגביל את המסחר בין מדינות, ולכן ה-**WTO** ו-**GATT** לא מעוניינים לבטל את המכסים, אלא מבקשים לעשות **הפחתה של המכסים על המוצרים השונים בעולם באופן הדרגתי דרך מו"מ**. מדובר במו"מ בו המדינות מתיישבות אחת עם השנייה ומסכימות על הורדה עוד ועוד של המכסים.

שיעור המכס הממוצע במדינות מערביות ב-1940 היה 40% מכס על כל מוצר (אם משהו עלה 100 שקלים – המחיר שלו היה 140) דרך המו"מ שהתנהל במסגרת ה- **GATT**

וה-**WTO**, המכס הממוצע בעולם ירד מ40% בסוף שנות ה40 ל3.8%.

בכל מו"מ כל מדינה מתחייבת לשלם התחייבויות על כל מוצר – מה יהיה שיעור המכס שיגבה. למשל, נמצא ספרים עבי כרס בישראל שמפרטים את כבילות המכס של המדינה בתחומים השונים - יכול להיות שכבילת ישראל בתחום האלקטרוניקה זה 15%, ההנעלה – 20%, חקלאות – 35%. המשמעות של הכבילה – **אסור לישראל לגבות מעל למספר הכבילה שישראל קבעה**. הדבר היחיד שישראל יכולה לעשות אם היא תוריד את המכס על ציוד חקלאי מ-35% ל-7%. הרבה מדינות הסכימו לכבול את עצמן על שיעורי מכס, כאשר בפועל הן גובות פחות ממה שהן התחייבו לו – מה שמקל על האזרחים. **למדינות אסור לגבות מכס מעל שיעור הכבילה**.

1. **מגבלות כמותיות (מכסות)** – חסם סחר נוסף. מדובר בהבדלה על הכמות שניתן לייבא ממוצר מסוים. למשל – מותר לייבא לישראל 1,000 טון פולי שוקו בשנה, או 1,000 ג'יפים – זה אומר שלא ניתן לייבא יותר מכך.

**ס' 11 בהסכם ה-GATT** בכלל לא אוהב את חסם הסחר הזה. הסכם ה-**GATT** קובע **איסור מוחלט על מגבלות כמותיות** (בניגוד למכס שמותר ב**WTO**-).

איסור יבוא – כאשר אוסרים לייבא בכלל מוצר = **מכסת אפס**.

מכסה מעלה את מחיר המוצר – על פניו מדובר בפעולה דומה למכס – אם יש 1000 ג'יפים ו5000 משפחות רוצות לקנות את הג'יפ – היבואן יעלה את המחיר.

**דוגמא** – **תיק הורמוני הבקר** – בשנות ה-70 וה-80 מתחילות להצטבר ראיות לגבי ההשלכות של השימוש בהורמוני גדילה בבקר. חקלאים ברחבי העולם מזריקים בעצם הורמוני בקר לבקר כי זה מאיץ את ההתפתחות של הבקר, וגורם לכך שהחקלאים שמגדלים את הבקר צריכים לבזבז פחות כסף על גידול הבקר. שימוש בהורמוני בקר נפוץ בעולם, אבל בשנות ה-80 מתחילות להישמע קולות שהורמונים אלו מעלות את הסיכון לסרטן ומובילים להתפתחות מינית מואצת. מתחיל **בלגן שלם באיחוד האירופאי**, עד שבסופו של דבר הנציגות של האיחוד האירופאי קובעת **איסור מוחלט על יבוא ומכירה של בקר שמטופל בהורמוני גדילה באיחוד האירופי**. קנדה וארה"ב עשו שימוש רב בהורמונים אלו – ותבעו את האיחוד האירופאי ב-**WTO** – **מכסת אפס**! הפרה של הסכם **GATT**.

התיק נמשך 20 שנה. האיחוד האירופאי ניסה לטעון לחריגים בריאותיים, אך הוא נפל כי הוא נדרש להמציא הוכחות מדעיות לכך שאכן ההורמונים בבקר מגדילים את הסיכוי לסרטן והתפתחות מינית מוקדמת. בסבב הראשון הוא הפסיד, ובשורה התחתונה **האיחוד האירופאי מפר עד היום את הוראות ה-WTO.** האיחוד האירופאי הוא סרבן מוחלט. אחרי 20 שנים – האיחוד האירופאי שומר על האיסור שלו, והוא גרם לכך שהתפתח שוק משגשג של בקר ללא הורמוני גדילה בארה"ב וקנדה – שעל בסיס ההסכם זוכות לתנאי כניסה מועדפים יותר לאיחוד האירופאי. האיחוד הוריד את מכסיו באופן משמעותי על בשר ללא הורמוני גדילה – מה שמהווה סוג של פיצוי לחקלאים שמגדלים בקר ללא הורמונים. זה הוביל לתחרות אצל החקלאים האירופאים.

\* חשוב לציין כי גם מכסות יצוא רלוונטיות בנוגע ל**ס' 11** – כמו שסין הגבילה את הייצור של מינרלים נדירים.

**החריגים הכלליים ס' 20 לGATT- – סעיף החריגים הכלליים**.

סעיף זה מאפשר חריגה של כל המדינות החברות תחת הסכם **GATT** – יהיה מותר למדינות לקבוע איסורי יבוא, להפלות בין מדינות – אבל רק אם הן עומדות בתנאים לא פשוטים.

למדינות מותר יהיה להפלות אם הן מעוניינות **לקדם מספר מטרות מדיניות** כמו בריאות הציבור, מוסר ואיכות הסביבה. כאשר מגיע סכסוך בנושא זה – מערכת ה**WTO**- נדרשת לקבוע את האיזון העדין בין סחר לבין אינטרסים חברתיים לא פחות חשובים ומתחרים. בהיבט זה סיוון רוצה לציין שהיה שינוי משמעותי ב**WTO**- על רקע הפגנות של עשרות אלפי אנשים ברחובות – כאשר תיארו את ה-**WTO** כארגון שמעניין אותו סחר בלבד. על רקע ביקורת זו, רואים שינוי מאוד משמעותי בפסיקה של ה-**WTO**.

**הסעיף מורכב מ2 חלקים**:

1. **הרישא (מבחני השאפו)** – אין לקרוא את הסכם **GATT** כשולל מהמדינות החברות את האפשרות לאמץ אמצעים שמגבילים את הסחר הבינ"ל אם האמצעים נועדו לאחת מהמטרות הספציפיות, בתנאי שאין מטרה מוסבת כלפי הסחר הבינ"ל.
2. **בהמשך הסעיף נמצאות המטרות** - אמצעים שחיוניים להגנה על מוסר הציבור; אמצעים שחיוניים להגנה על החיים או הבריאות של האדם, החי או הצומח; אמצעים שמתייחסים לשימור משאבי טבע מתכלים. אמצעי שמפר את ההסכם, כמו איסור ייבוא, יכול לזכות להגנה אם נופל לאחת החריגות שבסעיף 20 ואם לאחר מכן עומד בתנאי אי-ההפליה שברישא של הסעיף.

**סדר הניתוח:** ראשית נבדוק אם ישנה הפרה של הסכם ה-**GATT**. במידה ומצאנו אז המדינה הנתבעת פונה ל**סעיף 20** כהגנה. אנו נבצע **מבחן דו שלבי**: קודם בודקים האם האמצעי המפר מוצדק עפ"י אחד החריגים הספציפיים שיש בסעיף. רק אם עברנו את מבחן זה, נעבור לבחינת האמצעי תחת הרישא, כאשר ניתוח לפי **ס' 20** מתמקד קודם כל באמצעי עצמו, המאפיינים ומטרותיו, ובשלב השני תחת הרישא – באופן שבו מיושם האמצעי הזה בפועל.

**תיק השרימפס**

ארה"ב כמדינה מערבית עם ערכים נעלים בתחום הגנת הסביבה, קובעת באמצע שנות ה-90 איסור על ייבוא של שרימפס שנדוג ללא ציוד שנועד להגן על צבי ים בסכנת הכחדה. במצב הזה, פתאום שוקים כמו תאילנד ומלזיה נסגרים בפני ארה"ב.

**(1) שהחוק / האמצעי מגביל הסחר יתייחס לשימוש "משאבי טבע מתכלים"( ס' קטן (G))**

המדינות מגישות תלונה נגד ארה"ב ב-**WTO**. ארה"ב נמצאה אשמה לפי **ס' 11**. ארה"ב מצידה טוענת כי אמצעי איסור הייבוא נופל תחת **ס' 20G** (שימור משאבי טבע מתכלים – כמו נפט, זהב, גז – ולא לצבי ים).

ערכאת הערעור ב-**WTO** **מקבלת** את טענת ארה"ב שצבי ים הם גם משאבי טבע מתכלים. ערכאת הערעור למעשה נוקטת ב**פרשנות דינאמית**. ערכאת הערעור מפנה למבוא ב-**WTO** שמתייחס למונח **פיתוח בר קימא** – שמדבר על כך שגם שעוברים פיתוח כלכלי, צריך לעשות זאת באופן שלוקח בחשבון **אינטרסים סביבתיים**. על בסיס הפרשנות הדינאמית והתכליתית הזאת – מגיעה ערכאת הערעור שמשאבי טבע מתכלים כוללים משאבים לא חיים וגם משאבים חיים, ולכן באותו מקרה נפסק שהחוק האמריקאי משמש אמצעי להשגת המטרה של שימור משאבי טבע מתכלים. למעשה עמדו בתנאי הראשון של **ס' 20G**.

**(2) החוק מלווה במגבלות ברמה המקומית על ניהול/ייצור/צריכה של המשאב המוגן.**

**ס' 20G** דורש גם שאותו אמצעי/חוק אמריקאי יהיה מלווה במגבלות ברמה המקומית על הניהול/ייצור/צריכה של משאב טבע מוגן – נדרש למעשה שארה"ב לא רק תקבע שאפשר לייבא אליה רק שרימפס שנדוג עם טכנולוגיות שמגנות על צבי ים – נדרש שהדייגים האמריקאים עצמם ישתמשו בטכנולוגיות אלו. ואכן, ארה"ב עמדה גם בתנאי הזה.

**לכן ארה"ב צלחה את תנאי 20G**

**מרגע שאמצעי מסוים נפל בגדר אחד החריגים-> בחינתו לאור תנאי הרישא.**

הבחינה תחת הרישא של ס' 20G מתמקדת באופן בו מיושם האמצעי המקביל לשכר, וזה כדי למנוע מצב שבו מדינות ינצלו לרעה את סעיף החריגים. ערכאת הערעור אומרת כי במסגרת הרישא יש לבחון האם האמצעי (במקרה שלנו – החוק האמריקאי) מיושם באופן שמהווה אפליה שרירותית או בלתי מוצדקת בין מדינות שבפועל אותם תנאים סוררים ביניהם?

בנוסף – צריך לבדוק האם איסור היבוא מהווה מגבלה מוסוות על הסחר?

**בסיבוב הראשון של הסכסוך ארה"ב לא צלחה את מבחני השאפו** – הרגולציה הסביבתית שלה יושמה באופן מפלה, בצורה לא מוצדקת ושרירותית.

* הסתבר שעם חלק מהמדינות שהן יצואניות שרימפס רציניות – ארה"ב לפני שהכילה את איסור היבוא – ניהלה מו"מ כדי לעזור להם לעמוד ברגולציה. **עם זאת**, עם המדינות מלזיה וטאיוואן – זה קרה כברק ביום בהיר.
* היו מדינות שקיבלו **סיוע טכני וכספי** כדי שידעו לרכוש ולהפעיל את אותם טכנולוגיות, אבל לא נתנה זאת לכל המדינות – כמו 4 המתלוננות בתיק.
* החוק האמריקאי דרש מכל המדינות לאמץ את הטכנולוגיה שהאמריקאים השתמשו בהם, לא כולל טכנולוגיות אחרות.
* בנוסף לכל זה, לא היה שום הליך הוגן – פתאום הודיעו כי לא ניתן לייבא שרימפס.

על רקע דברים אלו – ה**WTO**- מצא כי ארה"ב מפלה מדינות אחרות, והרגולציה האמריקאית לא צלחה את הרישא ל**סעיף 20G**.

כך קרה בסיבוב הראשון, אך ארה"ב תיקנה את כל החולאים האלה, אך מלזיה לא הייתה מרוצה. מלזיה פתחה בהליכי ציות – שם התכנס הפאנל כדי לבדוק האם המדינה הביאה עצמה לכדי ציות. בשלב הזה גם הפאנל וגם ערכאת הערעור מצאו כי ארה"ב תיקנה כראוי את כל הפגמים, ולכן בסיבוב השני בתיק השרימפס ארה"ב צלחה בהצלחה גם את **ס' 20G** וגם את המבחנים של הרישא.

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

**הבחינה** – קבועה לנו ב-21 לפברואר. הבחינה היא בספרים סגורים למשך 3 שעות. לא נכתבה עדיין. תהיה דומה לשנה שעברה – בחלק הראשון של הבחינה יהיו כמה מושגים שנצטרך לענות עליהם – חלק מתנה (25-30 אחוז מהבחינה). בד"כ יש אפשרות בחירה של 3 מתוך 4. החלק השני – מורכב מ2 מקרים/קייסים – זה לא מהבחינות שצריך להכניס את כל המחברת. יש 2 קיסיים ממוקדים לסוגיות מאוד ספציפיות. הם כן מכילים יותר מסוגיה אחת (לא רק דיני כיבוש או רק דיני זכויות אדם). המלצה של המרצה – תקחו זמן לקרוא אותם, כי זה לא תורה מסיני. מי שבאמת יענה על זה טוב – זה מי שבמעט מקום יענה על הנקודות הספציפיות שהקייס עונה עליהם. הקייסים לא נועדו מלכתחילה לכסות את כל המחברת. 3 שעות זה די ויותר.

שנה שעברה הם היו 35% לכל קייס (או 35% ו40%). זה בחומר סגור, אבל המרצה מצרפת את כל הסילבוס למבחנים – כך שנזכור את השמות של פסקי הדין בכתיבת המבחן, או שלא ניפול על הסעיפים. יש הגבלת מקום (לא למרוח).

המרצה מודעת לכך שרוב האנשים מגיעים לקרוא את החומרים, והסילבוס הוא מדולל יחסית – יש שם בעיקר את הסעיפים ופסקי דין שהם באמת משמעותיים – שגם בהם זה לפסקאות ספציפיות. הדברים שיש – אנו אמורים לדעת עליהם. מי שיפנה לפסיקה רלוונטית יתוגמל על ידי הבודקת. לא ניתן לדבר על דיני הכיבוש בלי לדבר על פסיקה ישראלית.

המרצה תשלח חומרים כמו מושגים או שאלות לדוגמא. המבחן הוגן ולא נועד להכשיל אותנו.

המרצה מקווה שנהנינו מהקורס – מקווה שיצאנו קצת יותר חכמים. מקווה שפתחה לנו רעיונות להתמחות. אם יש שאלות הדלת של סיוון תמיד פתוחה – כמו התייעצות לקראת ההתמחות. סיוון רואה חשיבות רבה בדברים אלה, ומאחלת בהצלחה.