**לפני שמתחילים מספר הערות חשובות:**

* + - * שלום לכולם! בשנת תשפ"א השיעורים עברו דרך הזום. ד"ר בורר החליט שחלק מהשיעורים אנחנו נלמד בצורה א- סינכרונית (כלומר, המרצה שלח לנו את השיעורים במייל ולמדנו לבד)**.**
* **נמצאים במחברת זאת רק השיעורים שהועברו על ידי ד"ר זיו בורר בכיתה**. זאת אומרת שהשיעורים הא-סינכרוניים **לא** מופיעים כאן.
* **בהצלחה ענקית**! תהיו טובים, תשתפו ותעזרו תמיד!

**חומר שנשלח במייל לקריאה לפני השיעור הראשון:**

**התפתחות היסטורית של המשפט הבינלאומי:**

גם בעידן העתיק היו דינים שהינו מגדרים אותם כמשפט בינלאומי: בעיקר בתחומים של דיני מלחמה ושלום.

אבל המשפט הבינלאומי המודרני כמו שאנחנו מכירים אותו היום מתפתח בהדרגתיות (על היסודות הקדומים יותר כמובן), בתהליך שבמידה רבה משיק ומגיב להתפתחותן ההדרגתית של המדינה.

בהרבה מקורות תמצאו את הסיפור ההיסטורי הבא ("סיפור ווסטפליה"): לפי הסיפור הזה המדינה נולדה באירופה, כתוצאה מהסכמי וסטפליה (1648), שהם הסכמי השלום שסיימו את מלחמת 30 השנים (מלחמה שבמידה רבה הייתה סכסוך בין הריבונים באירופה שנותרו קתולים, לבין הריבונים שאימצו גישות פרוטסטנטיות, בניסיון של כל צד לכפות על הצד השני את הגרסא שלו של הנצרות). בהסכמים אלו הריבונים של היחידות הגאוגרפיות-הריבוניות שהיו קיימים באירופה (יחידות שמהם התפתחו המדינות שקיימות כיום באירופה) הסכימו ביניהם לא להתערב בענייני דת בתוך תחום של היחידות הריבוניות האחרון (כמו גם בעניינים פנימיים אחרים). לעקרון אי-ההתערבות האמור הסכימו, כחלק מאותו תהליך שלום, גם האפיפיור וגם הקיסר של האימפריה הרומית הקדושה. עובדה זו חשובה שכן שני הגורמים הללו טענו עד אז, במידה רבה, כי יש להם סמכות שהיא עליונה לזו של שליטי היחידות הגאוגרפיות-הריבוניות השונות, ויתר על כן, חלק נכבד מהשליטים של היחידות השונות הכירו, במידה זו או אחרת, בסמכות של לפחות אחד משני הגורמים הללו. עם חתימת ההסכמים נוצרו לראשונה ישויות הגאוגרפיות-ריבוניות שמחד, בזירה הבינלאומית בעלות מעמד משפטי שווה (אין מעליהן כל ישות בעלת סמכות עליונה), ושמאידך, בזירה הפנימית של כל אחת מהן, ריבון הישות הגאוגרפיות-ריבוניות הוא הסמכות העליונה (חופשי לנהל את ענייניו ללא שלאיזה גורם חיצוני תהיה סמכות חוקית להתערב). סיפור ווסטפליה ממשיך ומספר לנו שהמשפט הבינלאומי נולד, הלכה למעשה, סמוך לאחר לידת המדינות (אם לא כבר בעצם החתימה על האמנות הבינלאומיות שנחתמו בווספליה); המדינות יצרו את המשפט הבינלאומי ככלי לתאם ולהסדיר את האינטראקציה בניהן (זה נכון שהמדינות שאבו השראה מנורמות שהיו קיימות קודם, אך נורמות אלו, אומר לנו סיפור וסטפליה, לא נועדו להסדיר יחסים בין מדינות. לאמיתו של דבר, הסיפור הזה הוא מיתוס (מכונה היום מיתוס ווסטפליה).

המדינה המודרנית, כפי שאנחנו מכירים אותה היום, היא תוצר של תהליך הדרגתי שהחל הרבה לפני הסכמי וסטפליה ושהגיע לשיאו עמוק לתוך המאה ה-19.

במאה ה-17 (משמע, בתקופה בה לפי הסיפור המקובל נולד המשב"ל): התחומים העיקריים שטופלו ע"י משפטני המשב"ל באותה תקופה היו (כמו לפני כן), דיני מלחמה, הסכמי שלום ויחסים דיפלומטיים, אבל גם תחום נוסף הפך להיות מרכזי והוא דיני הים, וזאת עקב עליית הקולוניאליזם.

מסוף המאה ה-18, מתחזק, תהליך שהחל עוד קודם של חילון של המשפט הבינלאומי (תהליך שאת תחילתו יש נטייה לעיתים לייחס להוגו גרוטיוס)[[1]](#footnote-1). בנוסף, מבערך מאותה תקופה, קיימת השפעה גוברת להשקפה פוזיטיביסטית ע"פ הדין הוא לא משפט טבעי אלא תוצר של בחירה אנושית; לכן, מקור הלגיטימציה של נורמת משב"ל הוא, לא מוסר אוניברסלי ואבסולוטי אלא ריבונות המדינות והסכמתם לנורמה. כמו כן, באותה תקופה ההתפתחויות הטכנולוגיות של המהפכה התעשייתית, כמו גם הקמת הצבאות הסדרים, מובילות לכך שהמלחמות נהיות יותר עקבות מדם-ולכן, גובר הצורך להסדרת תחומים אלו, באמצעות הדין הבינלאומי. התפתחויות הטכנולוגיות מובילות גם להתגברות הצורך בהסדרה חוצת-גבולות גם בתחומים אחרים; למשל בקונגרס וינה 1815 שסיים את המלחמות הנפוליאוניות חותמים אמנות להסדיר נושאים של סחר, השיט, הדואר וכו'.

במאה ה-20 הפוקוס, שהיה עד אז אירוצנטרי, נע למקומות אחרים, עקב כך שלאורך כל המאה הזו, מוקמות רוב המדינות שאנו מכירים היום – וזאת בעוד שבמאה ה-19-רוב העולם נשלט ע"י מספר קטן של אימפריות אירופיות. במילים אחרות, בעוד שעד המאה העשרים המשב"ל היה במידה רבה מערכת משפט אירופאית או מערבית, במאה ה-20, המשב"ל באמת הופך להיות גלובאלי.

מבחינת תורת המשפט, במהלך המאה ה-20, לצד הגישה הפוזיטיביסטית מתפתחת הגישה הריאליסטית, הרואה במשפט את המשך הפוליטיקה, כלי למימוש אינטרסים.

מלחמת העולם הראשונה היא האירוע המשמעותי הראשון במשפט הבינלאומי, במאה ה-20, ובעקבותיה מוקם חבר הלאומים, ב-1919. מטרתו העיקרית של חבר הלאומים היא למנוע מלחמות; ארגון זה מוחלף, לאחר + מלחמת העולם השנייה בארגון בעל מטרות דומות אבל שלמוסדותיו יש יותר שיניים-האו"ם.

מלחמת העולם השנייה מזכירה שמאחורי המדינות מסתתרים אנשים ומתבהר שיש צורך לעיתים שהמשפט הבינלאומי יפנה ישירות אל האנשים הללו; במקור הצורך הזה היה משני סוגים:

1-הספקה של הגנות לבני אדם גם ממדינתם: ע"פ הנרטיב המקובל, עד אז המשפט הבינלאומי נועד להכווין את ההתנהגות של מדינות. המשפט הבינלאומי כלל לא פנה לבני-אדם (בני אדם כלל לא היו הכתובת של המשפט הבינלאומי), כך שלכל מדינה היה שיקול דעת מוחלט להחליט כיצד להתייחס לאזרחיה. הנרטיב המקובל מספר לנו שהשואה ושאר זוועות מלחמת העולם השנייה מובילות לתובנה שזה לא יכול להיות המצב עוד: על המשפט הבינלאומי להסדיר איזשהו סטנדרטים של יחס לבני אדם אליו הם יהיו זכאים גם ממדינתם; כך נולדים המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם.

2-הסוג השני של פניה ישירה לבני אדם שהחל להיעשות בו שימוש, בעקבות מלחמת העולם השנייה, הינו הטלת סנקציות ישירות על בני אדם. עד אז, ע"פ הנרטיב המקובל, כפי שדיברנו, המשפט הבינלאומי נועד לכוון את ההתנהגות רק של מדינות-לכן, אם מדינה הפרה את הדין, היו (ועדין יש גם היום) סנקציות שהמשפט הבינלאומי קובע שמדינות אחרות יכולות להטיל עליה. העניין הוא שמדינה זה לא ישות אמיתית, את הפעולות שלה עושים אנשים; את האנשים הללו לעיתים לא ירתיעו הסנקציות שמוטלות על מדינתם (האליטה בדיקטטורה כנראה לא תגווע ברעב אם יוטל במדינה אמברגו). לכן, ע"פ הנרטיב המקובל, בעקבות השואה ושאר זוועות מלחמת העולם השנייה, הוחלט שלגבי מספר קטגוריות של נורמות יסודיות של המשפט הבינלאומי-כמו פשעי מלחמה-יוטלו סנקציות ישירות על בני האדם- זה בעצם מה שנעשה במשפט שנערך בבית-הדין הבינלאומי נירנברג.

צריך להבין אבל שגם היום, תחומים שבהם המשפט הבינלאומי מדבר ישירות לבני אדם באחת משני הדרכים שדיברנו עליהם-מתן הגנות לבני אדם או הטלת סנקציות לבני אדם-הם החריג ולא הכלל. עם זאת, התחומים הללו, מאז סוף מלחמת העולם השנייה, ובמיוחד ב-20 שנה האחרונות, הולכים ומתרחבים. כך, למשל, ישנם יותר ויותר תחומים כלכליים בהם ניתנות לבני אדם הגנות אפילו ממדינתם שלהם, או מטילים עליהם סנקציות (במקרה הזה כלכליות) ישירות.

קפיצת הדרך הבאה שעושה המשפט הבינלאומי, החלה בשנות ה-90 עם סוף המלחמה הקרה, והיא ממשיכה בימינו אנו [ועליה נדבר כבר בשיעור]

* **שיעור 1 , 18.10.20– מהו המשפט הבינלאומי הפומבי?**

דרישות הקורס: מבחן בחומר סגור – אלא אם תצא הנחיה אחרת עקב הלימודים המקוונים. בהנחה שהחומר סגור – המבחן מורכב מ3 חלקים – הגדרות קצרות, שאלה ממוקדת, שאלת קייס. כשעונים – ממש לא מבחן של צקליסט. לענות רק למה ששאלו, חומר מיותר יגרור הורדת ניקוד. יהיו בחינות אמצע – בחנים או עבודות וכו. המרצה מאוד מתנגד לזה, הוא יעדיף שהמבחן יהיה 100%. אם תהיה ירידה בתפקוד יהיו בחני פתע (או אם הפקולטה תחייב). אין מיטיב.

הקורס עוסק במשפט בינלאומי­-פומבי, לא במשפט הפרטי.

מהם הגורמים שצריכים להתקיים במערכת משפט כלשהי?

המשפט הבינלאומי הוא חיה מוזרה, היא שיטת משפט שונה ממה שאנחנו מכירים. המוזרות של המשפט הבינלאומי מקשה עלינו להגדיר אותה. מערכות המשפט שאנחנו מכירים הן מערכות היררכיות-אנכיות: יש את הגורמים שמייצרים את החוק, אוכפים ושופטים (רשויות השלטון), ואת האנשים אליהם החוק פונה (האזרחים).

הדברים הללו במשפט הבינלאומי הקלאסי כמעט ולא קיימים. המשב"ל הקלאסי הוא אופקי. הגורם שמייצר את החוק הם הגורמים שאליהם החוק פונה – המדינות מייצרות את החוקים של המשפט הבינלאומי באמצעות שתי דרכים: אמנות (נפגשות ביניהן ועושות הסכמים) ומנהגים (כלל משפטי שמחייב את כל המדינות אם הרבה מדינות נוהגות כך לאורך זמן). המדינות מגבילות את עצמן, ולא גורם עליון מגביל אחרים, אין (בתחילה לפחות לא היו) משטרה בינלאומית או בתי משפט בינלאומיים שאוכפים את הנורמות השונות (המשבל הקלאסי האכיפה הייתה סעד עצמי).

קושי נוסף: המשבל משתנה לנגד ענינו. המשפט הבינלאומי של היום הוא לא דומה לזה של לפני 30 שנים ולא לזה של לפני 60 שנים. העולם הופך יותר ויותר גלובלי. יש צורך היום בכללים בינלאומיים שיסדירו את התופעות של הגלובליזציה (כמו כללי סחר בינלאומיים)

אנחנו למעשה היום יכולים לזוז בין מדינות מהבית – לרכוש סחורות ממדינה אחרת דרך האינטרנט – זה מעורר שאלות כמו תשלומי מע"מ – לאיזה מדינה משלמים ולפי איזה גובה אחוז. יש סוגיות נוספות כמו לשון הרע בינלאומי.

דוגמה נוספת, הנאום של שבתאי רוזן – בחומרי הקריאה – מסביר כמה המשפט הבינלאומי נמצא בכל תחום, ומשפיע על כל תחום בחיים שלנו. לכן הוא מאוד משתנה בהתאם לתקופה וקשה להגדיר אותו (הקפה ששתה, הטיסה במטוס).

יש לישראלים נטייה לחשוב על הדברים בצורה צרה – האם זה טוב למדינת ישראל או רע לה. יש הרבה דברים שקורים בעולם שלא בהכרח קשורים למדינת ישראל – זה לא אומר שזה לא משפיע, אבל לא בהכרח מופנה תחילה נגדנו. אנחנו לפעמים נוטים להסתכל על המשבל כלעומתי למדינה. החברה הישראלית נהיית מקוטבת פוליטית יותר ויותר, מדובר בנטייה שאינה חיובית – אנחנו מנסים להקיף את עצמנו רק במה שדומה לנו. זה רע במיוחד לעורכי דין משום שהם צריכים להחזיק בכמה שיותר דעות. אנחנו בקורס לא מתעסקים בפוליטיקה, אלא בדעות משפטיות.

יש נטייה להציג את המשפט הבינלאומי דרך שתי נקודות מבט קיצוניות – האחת – הדבר הכי נפלא בעולם, שמייצג ערכים אוניברסאלים שמיטיבים עם כולם. השנייה – הדבר הכי מושחת ופוליטי עלי האדמות, לא באמת משפט וכולי. ד"ר בורר – תחזיקו בכל הדעות אך לא בשתי הדעות המנוגדות והקיצוניות. המציאות היא איפשהו במורכבות שבאמצע.

סקירה היסטורית – בחומרי הקריאה לפני השיעור– דיון בכיתה.

במשפט הבינלאומי הקלאסי, המדינות מייצרות נורמות, שהן אוכפות אותן, וקהל היעד של הנורמות הוא המדינות. הנורמות לא פונות לבני אדם, השחקניות הן המדינות.

החל ממלחמת העולם הראשונה, ובמיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה, יש שינויים שמעצבים את המשב"ל מעט אחרת:

* קמים ארגונים בינלאומיים שונים, בניהם ליגת העמים (לימים, האומות המאוחדות).
* המשב"ל מתחיל לפנות אל בני האדם, ולא רק אל המדינות, מתוך ההבנה שמאחורי המדינות יש בני אדם.
* שינויים תורת-משפטיים. אם עד המאה ה-19 תורת המשפט שמצדיקה את הציות למשפט הבינלאומי זה תורת משפט של משפט טבעי, יש חובה אלוהית. מצייתים כי החוק מאיים עלינו. במאה ה-20 מצטרפות גישות שאומרות שהכל פוליטי ויותר מערערות את האמונה שצריך לציית למשבל (נדבר על כך בשיעור הבא).

הקמת ארגונים בינלאומיים:

אחרי מלחמת העולם השנייה – מתחילה המלחמה הקרה, והמשפט הבינלאומי נכנס לתרדמת ארוכה של כמה עשרות שנים, בהן הפיתוח הוא מאוד איטי. התרדמת נגמרה בנפילת חומת ברלין 1989 – נפילת הגוש הסובייטי. בשנות ה90 ובעשור הראשון של שנות ה2000 יש התפתחות אדירה של המשבל, והשינוי האדיר מתבטא במאות אם לא אלפי ארגונים בינלאומיים, מעורבות אדירה של ארגונים אזרחיים-בינלאומיים (לא רק ארגוניים מדינתיים) שמשמפיעים המון. יש התפתחות של סחר וגלובליזציה, טכנולוגיה וכו. המשבל בשני העשורים האלו מתפתח בקצב אדיר.

אבל בעשור האחרון – התחלה של תגובת נגד – התגובה משתנה ממדינה למדינה, הברקסיט באנגליה, טורקיה שמנסה להתחמק מהאיחוד האירופי, שלטון טראמפ שפורש בהדרגה מאמנות בינלאומיות. זה לא בהכרח אומר שהמשבל הולך להתכווץ כי יש התפתחות באיזורים אחרים, וזה מוקדם מידי לדעת האם זה שלב של נסיגה/עצירה או מהמורה קטנה בדרך.

פנייה אל בני אדם:

לאחר מלחמת העולם השניה – מבינים שאי אפשר באמת להשאיר את המשבל רק אצל המדינות. התובנות הן שבחלק מהתחומים של המשבל יש לתת נורמות שהן לטובת בני אדם. כמו למשל דיני זכויות אדם של המשפט הבינלאומי. המשבל לא נועד לשרת רק את המדינות אלא גם את בני האדם, אפילו להגן עליהם מפני המדינות. בני האדם הופכים להיות המושא של הדין.

שינוי נוסף הוא תחומים של משפט בינלאומי שבהם הסנקציות מוטלות על בני אדם ולא על מדינות – זה המשפט הפלילי הבינלאומי. כמו משפט נירנברג. זה חריג – כי דיני המלחמה מופנים כלפי מדינות ולא כלפי בני אדם. המשפט הבינלאומי אומר שמאחורי המדינה יש בני אדם. מאחורי מסך הריבונות יש את האנשים שעושים פעולות למען המדינה, מקיימים עבורה פעולות מסויימות והם צריכים לציית למשפט הבינלאומי בשביל המדינה. לכן, ניתן לאיים עליהם בסנקציות כדי שיעדיפו לקיים את המשבל למרות שהוא מופנה כלפי המדינה בגדול. יש יותר ויותר תחומים בתוך המשבל שאחד מהם קיים בהם – או האלמנט של הגנה וזכויות לבני אדם, או אלמנט של הטלת חובות על בני אדם. לעיתים שניהם יחד. המידה שבה זה קיים משתנה מתחום לתחום במשבל.

יש תחומים שיש הענק זכויות אך אין חובות ולהפך. יש מצבים שהאופי של החובות והזכויות משתנים מאוד. יש תחומים שבהם עדיין פועלים לפי המשבל הקלאסי.

שני השינויים הללו, יוצרים מערכת שהיא מאוד מבולגנת. יש תחומים שמתנהגים לחלוטין כמו משפט בינלאומי קלאסי ויש תחומים שהם מאוד פונים לבני אדם במובן של זכויות וצובות לבני אדם, ויש את תחומי הביניים שהם הבאלגן שבאמצע. בגלל הבאלגן הזה קשה מאוד להגדיר את המערכת של המשפט הבינלאומי.

**הגדרה פורמאלית למשפט הבינלאומי הפומבי**: מדובר בהגדרה פשטנית, חלקית ולא מדויקת או ממצה. המשפט הבינלאומי הפומבי הוא מערכת הכללים והמנגנונים המשפטיים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינלאומית (שמורכבת ממדינות, ארגונים בינלאומיים וגורמים אחרים), על מנת להגשים את הערכים של הקהילה הבינלאומית ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה. המערכת פועלת תחת ההנחה כי הכללים והמנגנונים שלה מחייבים את חברי הקהילה הבינלאומית אליהם אותם כללים מכוונים, ואכן, מרבית חברי הקהילה הבינלאומית במרבית המקרים מצייתים לכללים ולמנגנונים של המערכת.

(בשיעור הבא נבחן מדוע הם מצייתים).

* **שיעור מספר 2, 19.10.20: הציות למשפט הבינלאומי**

למה מצייתים למערכות המשפט?

כל מערכת משפט קצת מתקשה להסביר למה צריך לציית. כל הצדקה מוסרית לציות ניתן לשלול מנקודת מבט פילוסופית. התוצאה היא שיש גישה פילוסופית אחת מוותרת על הניסיון להסביר – זה הפוזיטיביזם. הפוזיטיביזם מעלה שאלה פוזיטיבית – לאיזה מערכת משפט מצייתים ולמה. הוא מגיע למסקנה שמערכת משפט זו נורמה של הריבון שמגובה בסנקציה, כאשר הריבון הוא מי שמסוגל לנסח פקודות ומסוגל גם לאכוף אותן בסנקציה.

מה קורה לגבי מערכת המשפט הבינלאומית? אין ריבון ונתין. במצב הזה אין מי שיטיל סנקציה ויאכוף. היות ואין הפרדה בין ריבון לכפופים, ואין מערכת של סנקציות, ומערכת המשפט אינה מחייבת, אוסטין (הוגה פוזיטיביסט) מגיע למסקנה שהמשפט הבינלאומי אינו משפט, אלא לכל היותר כללי נימוס בין מדינות, עיקר האכיפה סעד עצמי- מדינות מענישות מדינות אחרות. אוסטין מסתכל על מערכת משפט בינלאומית ומגיע למסקנה שזאת לא מערכת משפט. המשפט הוא מקסימום כללי נימוס בין מדינות. [זיו מזכיר משב"ל הוא מערכת אופקית שהמדינות יוצרות את החוק ואליהן החוק מובנה (הקלאסי). בנוסף, אוסטין לא מתאר נכון את המשב"ל].

הגישה הריאליסטית(הגישות הביקורתיות של המשפט) – הגישה שקמה אחרי הפוזיטיביזם – לוקחים את התיאור הפוזיטיביסטי ומראים שבתוכו מתחבאת תוצאה רעה מאוד. אם המשפט מבוסס על כוח, אז הכל מושחת ופוליטי, ואין צידוק לשום דבר. הציות נובע מפחד ואם אוכל לא לציית כי לא אפחד אז לא אציית. הגישה הריאליסטית הקיצוניות טוענת שהתיאור של אוסטין הוא שלילי מאחר ולפי קו המחשבה הזה, מערכות המשפט אינן לגיטימיות משום שהן מובנות על כוח ואינטרסים, ולא על אלמנט חיובי-לגיטימי. הריאליסטים יטענו שהמדינות אינן מנומסות ולכן תפרנה את המשפט הבינלאומי מתי שהן יכולות (בתשובה לאוסטין) – הן פועלות לפי האינטרסים שלהם בלבד. ציות ואי ציות הם "כסות".

המשבל הוא כיסוי למעשי המדינה – אנחנו עושים משהו כי המשבל מאפשר לנו, וזה נשמע יותר טוב מאשר המדינה עושה את זה כי מדינה אחרת כופה עליי/ כי זה מה שהמדינה שלי רוצה. למדינות שונות יש עוצמות שונות בזירה הבינלאומית, למשל אנחנו וארה"ב אין אותו כוח, ולכן הגישה הריאליסטית תסביר מדוע מדינות שונות ינהגו באופן שונה. יש מדינות **שיתמכו** בכך שהמשבל הוא פוליטי ומבוסס על אינטרסים וישתפו עם זה פעולה, יש מדינות שלא, ולכן לא ישתפו עם המשבל פעולה, אך המשותף לשתי העמדות הוא ביקורתיות גלויה. ההנחה היא שהמדינות יפרו את המשפט הבינלאומי כי המדינות לא מנומסות. ראינו סרטון אחד של נציג הגישה הראליסטית הביקורתית ג'ון בולטון, שבממשל בוש הבן (ראיון שלו כשהיה פרופ' ליחב"ל) היה שגריר ארצות הברית באו"ם (שאמרנו שיש לה יכולת השפעה בינלאומית). כעת נראה נציג של גישה הריאליסטית. הפעם ממדינה אחרת, שגריר ישראל באו"ם, הרצוג(שדיבר בעקבות החלטת האום שציונות היא גזענות שכ-10 שנים לאחר מכן בוטלה). שניהם אומרים הכל אינטרסים הכל פוליטי, מושחת. ההבדל הוא שבולטון אומר שכך צריך להיות, אבל הרצוג לא מקבל את זה

מי מהביקורות נכונה?

חוק מדינתי

אנו מצייתים לחוק המדינתי בגלל המוסר ונורמות חברתיות משותפות(פשוט נסכים שנורמות הן מוסריות או שפשוט מתאימות לנו כחלק מתרבות מסוימת), הרגל חברתי(נולדנו לתוך חברה מסוימת והתרגלנו לנורמות האלה, אפילו נציית לחוק בלי מחשבה), בזכות יחסי גומלין והתיאום החברתי שלנו (כולנו נוהגים בצורה מסוימת כדי למנוע בעיות, שלא יהיה כאוס), בגלל האלמנט החינוכי (ככה חינכו אותנו), בגלל ההסכמה והשיוויון בפני החוק, הסכמה והוגנות(במשטר דמוקרטי בפרט. ראוי שנשחק במשחק הדמוקרטי גם אם אני לא אוהב את כל החוקים). לא הכל זה אינטרסים וכוח. אני חי בחברה וחלק מהאינטרס שלי לקיים את הנורמות לאו דווקא מתוך פחד.

מערכת מהשפט שלנו לא מתבססת על סנקציה – הסנקציה היא הגורם האחרון, הוא האלמנט האחרון – מי שכל אלו שפורט לעיל לא משכנעים אותו מדוע לשמור על החוק, יאלץ להתמודד עם סנקציה – מאיים וגורם לשקול שיקולי כדאיות. איום בסנקציות לא מחזיק מערכת משפטית לבדה

המסקנה היא המציאות מוכיחה אחרת, אוסטין והעמדות הריאלסטיות לא מספקות תיאור טוב של המציאות, כאמור יש סיבות נוספות שמדרבנות לציות. ורק בשל הציות מהסיבות האחרות הסנקציות יכולות להרתיע. עד כאן, מדוע מצייתים למשפט מדינתי.

רואים שהמציאות שונה ממה שהתיאוריות סוברות, כי רוב המדינות מכבדות את הכללים של המשפט הבינלאומי רוב הזמן (לפי לואיס הנקין). למה? להבדיל מהמשפט המדינתי הטעמים לציות אינם תמיד זהים.

**מדוע מדינות מצייתות למשפט הבינלאומי:**

* התיאום בין מדינות הכרחי (כולנו טסים בשמיים ושטים בים, ונדרש תיאום. הגלובליזציה מגבירה את השיקול הזה). יחסי תיאום וגומלין זה לא רק שהרווח הוא מיידי (אני לא אסע בצד שני כי כנראה שאתנגש). לפעמים יחסי תאום וגומלין הן לטווח יותר ארוך. למשל אני כמדינה מצטרפת לארגון בינלאומי בידיעה שחלק מהחלטותיה לא יהיו לטובתי, אבל חלק מהחלטות כן יהיו לטובתי. לכן בטווח הארוך אני מאמינה שארוויח כשאהיה בארגון מאשר לא להיות חלק מהארגון הבינלאומי. המדינות הן שחקניות לטווח ארוך תחת ההנחה שבמרבית המקרים או ביותר מקרים הם ירוויחו מאשר יפסידו.
* דעת קהל – פנימית ובינלאומית. יש דעת קהל בינלאומית ולמדינות בחלק מהזמן אכפת מדעת הקהל הזאת, כי למשל מנהיגים לא ישתפו איתנו פעולה וזה כן חשוב להן. או שפשוט אכפת לנו מה הדעה עלינו. וגם דעת קהל פנימית- יש מדינות לציבור בתוכן אכפת מהמשבל ואם מדינה שלהן תפר את המשבל, זה יכול להוביל נזק לאותו פוליטיקאי שמוביל את הפעולה לעשות זאת. דוגמה: צרפת ואנגליה הן חברות במועצת הביטחון של האו"ם. אין שום סיכוי שבעולם שמועצת הביטחון של האום תקבע אי פעם שצריך להעמיד את האנשים שלהן בבית דין בינלאומי פלילי לדין, מהסיבה שהן יושבות באום ויכולות להטיל וטו על זה. ולמרות זאת שתי המדינות חתמו על אמנת רומא, ובעצם נתנו כוח לתובעת של בית הדין בהאג של ה- icc להחליט אם להעמיד לדין את האנשים שלהם. צרפת אפילו הייתה צריכה לשנות את החוקה הצרפתית כדי שזה יהיה אפשרי . הן עשו את זה ולקחו סיכון מהסיבה הפנימית שדעת הקהל לא הייתה מאפשרת להן, שלא להיכנס לאמנת רומא.
* תדמית – מדינה היא אמינה כשהיא מצייתת למשבל. זה שולח סימן לשאר המדינות שאפשר לסמוך עליה
* אינטרסים – כמו ודאות ותמורות כלכליות, יחסי גומלין ותיאום (מדינה תצטרף לארגון כי הוא ברוב המקרים תומך במדינה)
* פחד מסנקציות – סנקציות כלכליות, פליליות ועוד. זה נכון שהן פחות חזקות מהסנקציות המדינתיות אך הן עדיין סנקציות. יש שתי מדינות שלא מפחדות מסנקציות: 1. מדינות מעצמות- יש להן מספיק כוח לעושות מה שהן רוצות והסיכוי שיטילו עליהן סנקציה סיכוי קטן. 2. מדינות המבודדות- אין להן מה להפסיד. במילא הקשרים שלהן עם הזירה הבינלאומית גם ככה מעטים ואין כמעט איך להפחיד אותן.

רוב המדינות נמצאות באמצע, הן לא יהיו מעצמות אף פעם, הן מאוד לא רוצות להיות מבודדות והן יותר חוששות מסנקציות. כמה הן חוששות? זה משנה איפה הן באמצע. ישראל תחשוש יותר מקנדה לגבי סנקציות כי קנדה חזקה יותר כלכלית.

* שיקולי מוסר – המדינה רוצה להגשים מוסר אוניברסאלי ולכן שומרת על משבל. כמו איסור רצח עם ופשעים נגד האנושות.
* הרגל חברתי לציית לנורמות של המשפט הבינלאומי – מעצם האטרקציה של משפטנים ואנשי שלטון יחד. יש שני שלבים- 1. נוסחו כללים כיצד צריך לפעול ברמה הבינלאומית (הצורות בשלטים בכביש מבוססים על אמנה בינלאומית)

2. הכללים הוטמעו המדינות שחברות באמנה

מדוע מדינות לא מצייתות למשפט הבינלאומי:

* אינטרסים לאומיים לאי-ציות (ביטחון, זהות לאומית וכולי)
* דעת קהל פנימית תומכת באי-ציות (למשל התנחלויות, הייתה דעת קהל פנימית שהביעה לחץ לבנות בהתנחלות).
* המקום בהיררכיה- מדינות מבודדות או מעצמות – לא מעניין אותם סנקציה, ולכן כשאין חשש מסנקציה אין צורך בציות.
* מידת הלגיטימיות של הנורמה האוסרת (הכלל הספציפי שהופר) – כללים פרוצדוראליים או כללים פוליטיים בוטים כנראה יזכו לפחות ציות מאשר כלל עם שיקולים מוסריים בבסיסו.

ישנן מגמות של התפתחות המשבל והתחזקות שלו, זה מוביל למגמות של הרחבת העיסוק במשבל, חיזוק שלו וחיזוק הסנקציות, דבר שיוביל לכך שיש יותר מקרים בהם למדינות יש דילמות האם להפר או לציית למשבל (המדינה בוחרת בהתאם לשיקוליה) וכן יש התגברות המתיחות בין הפוליטי לבין הנורמטיבי – הויכוח של האם המשבל הוא פוליטי ומושחת(גישה ביקורתית הראלסטית) או משקף ערכים מוסריים מתעצם – אין מי צודק, מאחר וזה תלוי בדעות ואמונה. אלה שוב אותן עמדות קיצון שיש להימנע מהן, ויש למצוא את האמת באמצע. איפה בדיוק באמצע? כל משפטן לפי עמדתו. המצבים בהם לא נדע האם נורמה היא יותר פוליטית או יותר נורמטיביות ילכו ויתעצמו, ולכן שאלת הציות תהיה דילמה קשה יותר.

למצב זה שתי אפשרויות:

* מחד אין היררכיה של מוסדות חקיקה, שיפוט ואכיפה לכן החשש מניצול פוליטי של הדין הגובר – מה שמוביל ללוחמת משפט Lawfare. לדוגמה: Lawfare כלומר, מדינה אחת משתמשת בדין רק כדי להלבין את המדינה שהיא לא מחבבת או רק להציג את עצמה באור חיובי. מתי זה לוחמת משפט ומתי לא? תלוי בעמדה שמחזיקים
* מנגד, בתחומים מסוימים יש נורמות עם טיעון מוסרי חזק מאוד – כמו דיני זכויות האדם וחלק מדיני הלחימה. תחומים שעשויים להתגבר גם הם.

מדוע ישראל מצייתת? עמדת מזוז בוועדת וינוגרד : שמסביר מדוע צהל מציית לדיני הלחימה במלחמת לבנון השנייה. א. בדיני הלחימה יש אלמנט מוסרי, ב. חופש הפעולה של צה"ל תלוי בלגיטימיות שלו, ג. המשבל הפלילי גובר, ויש רצון להקטין את הסיכוי שקציני צהל יועמדו לדין – אלו הסיבות בגללן מדינת ישראל וצהל מציית לדיני המלחמה ולמשפט הבינלאומי.

לסיכום, זה מורכב. תמיד יהיה מתח בין שיקולים לטובת ציות למשבל ובין השיקולים נגד. מתח שמופיע גם בחוק מדינתי- גם אם אנחנו לא אוהבים את החוק, נמצאים במתח בין שיקולים ערכיים שלא אוהבים את החוק, לבין שיקולי דמוקרטיה, שאנחנו צריכים לציית לו גם אם לא אוהבים אותו.

* **שיעור מספר 3: מקורות המשפט הבינלאומי, 24.10.20**

מקורות הם נורמות משפטיות. למשל, נורמות מדינתיות- דוגמה: הנורמות של מדינת ישאל הם חוקי יסוד, חוקים, תקנות וכולי. הנורמות כתובות בספר החוקים שלנו, או בספרי פסקי הדין, בספרי התקנות וכולי (פד"י וסח"י). במשפט הבינלאומי זה מעט מורכב יותר – יש נורמות מכמה סוגים – חלקן לא כתובות בשום מקור כתוב כמו שנראה בשיעור הנוכחי. – ובחלק אין בהכרח היררכיה בניהן.

למדינות יש חוקה בדרך כלל. אבל למשפט הבינלאומי אין חוקה. אין מקור שאליו אפשר ללכת ולקבל רשימה של המקורות מה המשפטיים המחייבים באותה מערכת משפט (מה הם הנורמות המשפטיות).

הדבר הקרוב ביותר שיש זה ס' 38 לחוקת ה-ICJ – בית המשפט הבינלאומי לצדק – הוא בית הדין הבינלאומי הנחשב ביותר (יש המון בתי דין אבל הוא הכי נחשב), והוא עוסק רק בסכוסוכים בין מדינות – לאדם הפרטי אין עמידה בו, להבדיל מה-ICC – בית הדין הפלילי הבינלאומי, שמעמיד לדין בני אדם. ה-ICJמאוד ותיק, מהמאה ה-19, והוא היה שייך לחבר הלאומים. מרגע שביטלו את חבר הלאומים ומוקם האום, ממשיכים את המוסד בשינוי שם והוא הICJ. ברמה העקרונית, פס"ד של הICJ מחייב רק את המדינות שמשתתפות באותו הליך משפטי.

חוקת הICJ במטרה הצרה שלה היא לציין על אילו מקורות משפטיים יכול בית המשפט (ICJ) להסתמך. יחד עם זאת, בפועל, סעיף 38 שמפרט את המקורות שניתן להסתמך עליו, למעשה נותן רשימה של המקורות המשפטיים העיקריים של המשבל – "תצוגי הנורמות המרכזיות של המשבל" – כלומר יש סוגי נורמות שלא מצוינות בסעיף למרות שהן חלק מהמשבל.

**שני המקורות הראשיים (הנורמות המרכזיות)** של המשפט הבינלאומי הן 1. אמנות בינלאומיות (דין בינלאומי-הסכמי), האמנות מחייבות את המדינות שהן צד להן. 2. מנהג בינלאומי – ככלל, מחייב את כל המדינות, מלבד מדינות שהן מתנגד עקבי.

ברמה העקרונית – אין היררכיה בין אמנות למנהג. המנהג לא גובר על האמנה או ההפך. בהמשך נדבר על איך מיישבים סתירה בניהם.

בנוסף לשני המקורות הללו, יש גם **מקורות משפטיים משניים** – 1**.** ישנו מקור משני מחייב שנקרא– "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות" – משתמשים בהם במצב שיש לאקונה. הכלל אומר שבהינתן לקונה כזו, אנחנו מסתכלים על המשפט המדינתי של המדינות השונות בעולם – אם אנחנו רואים שבמרבית המדינות בעולם יש מוטיב חוזר של אותו כלל, הרי שניתן למלא את הלאקונה באמצעותו. למשל, המשפט הפלילי הבינלאומי הוא יחסית חדש, ולא היו בו הגנות (במשפט הישראלי קוראים לכך "סייגים"). עלתה השאלה האם ניתן לטעון להגנת הכורח – עשיתי כי המפקד שלי אילץ אותי לבצע באיומים על חיי – האם אני זכאי או לא? את הלאקונה הזו מילאו באמצעות עקרונות המשפט הכלליים – כמעט בכל מערכות המשפט בעולם קיימת הגנת כורח, שמזכה אנשים לפחות בעבירות רכוש, ולכן נקבע כי לכל הפחות בעבירות רכוש תהיה הגנת כורח.

2. ישנו גם אמצעי עזר – הוא משני ולא מחייב, כמובן שאינו יוצר דין: פסיקה בינלאומית וכתבתי מלומדים ומומחים

א. פסיקה בינלאומית – פסקי דין קודמים של בתי דין בלאומים, שימו לב הוא אמצעי עזר הוא לא יוצר דין. כי במשפט הבינלאומי אין עקרון תקדים מחייב ברמה הפורמלית, בית דין פוסק פר מקרה. ברמה הפורמאלית הפסיקה שלו לא מחייבת למקרים הבאים. אך בפועל מאוד מכבדים פסיקה קודמת. כמו כן, אמצעי משני שאינו יוצר דין נוסף, הוא כתבי מלומדים ומומחים ונעזרים בהם.

ב. אמצעי עזר נוסף פונים למאמרים של מלומדי משפט ונעזרים בהם- כדי להבין מה אומרת המנהג או אמנה או מה אומרת הפסיקה.

סעיף 38 מעניק תכלית פרקטית שעל פי הם יפסוק ה- ICJ . בנוסף, חשיבות תיאורטית והיא שהוא במידה רבה קובע/ מסמן מקורות המשב"ל (יש עוד מקורות שעליהם נדבר בשיעורים הבאים).

היום נדבר על אחד משני המקורות הראשיים והוא המנהג.

**מנהג –**

מנהג בינלאומי כפי שמעידה הפרקטיקה הכללית הבינלאומית המקובלת כחוק. (נורמה מחייבת שאינה כתובה בשום מקום כחוק). מורכב מפרקטיקה כללית ושנית, היא מקובלת כחוק. מדובר בנורמה מחייבת שלא כתובה בשום מקום, בשום קובץ רשמי. יכול להיות שייציינו שזה מנהג בספרי מלומדים או בפסיקה שציטטה מלומד שאמר (לא המלומד הוא זה שיצר). גם בישראל, בגירושין ונישואין, כל אחד הולך לפי הדין שלו ופוסקים לפי מנהגים. במשבל, המנהג הוא מקור מאוד מרכזי

**איך נוצר מנהג?**

בשלב ראשון – דרושה פרקטיקה מקובלת. מקובל לספר על משל השביל בין הכפרים – יש שני כפרים על הר, ועצם זה שאנשים הולכים בניהם הרבה זמן, נוצר עם הזמן שביל, שברור שהולכים בו, ולא סוטים ממנו. כמובן שזה לא מספיק בשביל שיהיה מנהג כי צריך מחויבות, חוק שאומר להם. כרגע אם מישהו לא ינהג כך, זה לא יהיה עבירה עם סנקציה(לכן לא נוצר מנהג).

כדי שיהיה דין מנהגי מחייב, צריכים להתקיים שני גורמים: יסוד עובדתי(state practice)- פרקטיקה מקובלת בין המדינות, שכולם נוהגים בה (דוגמה שטח אדום או הליכה שביל). אך צריכה להיות דרישה נוספת- יסוד נפשי של מדינות(opino juris)- לקיים את הפרקטיקה מתוך תחושה של מחויבות לדין. מתוך מחשבה שזאת נורמה משפטית מחייבת (אלמנט שלא נמצא בשטח אדום. מקובל בין המדינות שזה רק כללי נימוס ולא דין מנהגי מחייב)

לזכור, המנהג כולל שני רכיבים: יסוד עובדתי – כך כולם נוהגים, ההתנהגות בפועל. יסוד נפשי של מדינות – למה המדינות פועלות כך? מתוך מחויבות לדין, ותחושה שזוהי הנורמה המחייבת וכך אנחנו מחויבים לפעול. יש הרבה תחומים במשפט הבנלאומי שהתפתחו במשפט הבינלאומי המנהגי. לדוגמה: דיני הים למשל – התפתחו במשפט הבינלאומי המנהגי, מעצם זה שמדינות פעלו בצורה מסוימת בים, נוצרו כללים משפטיים מחייבים את המדינות. כיום יש אמנה שעוסקת בדיני הים. יחד עם זאת יש דינים שלא מופיעים באמנה או מדינות שלא חתומות על האמנה (ישראל לא חברה באמנה זאת). ויש תחומים שאין בכלל אמנה כמו תחןם דיני חסינות דיפלומטיות – למרות שאין אמנה כזו, ברור לכולם שיש להעניק לשגריר חסינות דיפלומטית כי זה חלק מהדין המנהגי. כך נוהגים. הוא חוק מחייב פשוט לא כתוב בשום מקום כי הוא דין מנהגי. [עלתה שאלה ואז ד"ר בורר הבהיר- אמנה היא נורמה אחרת, מקור משפטי אחר של המשבל. כדי שדבר יחייב, צריך שיהיה אחד משניים- או שיופיע באמנה(מחייב רק את המדינות שהן צד לאמנה) או שיהיה דין מנהגי (ואז זה מחייב את כל המדינות חוץ מהמתנגד העקבי)]

מהם הקשיים בשימוש במנהג(למה זה בעיה שרואים בדין מנהגי, דין שלא כתוב בשום מקום ונובע מזה שרוב המדינות נוהגות ככה, ואנחנו מניחים שהן נוהגות כך מתוך מחויבות משפטית. למה זאת בעיה שהוא המקור המשפטי המחייב)?

* עמימות לגבי היווצרות המנהג ותוכנו – מתי הפרקטיקה תהפוך למנהג מחייב? בני אדם לא עקביים, ומדינות מורכבות מהרבה בני אדם, ולכן תמיד תהיה מידה של אי ודאות, לגבי תוכן המנהג(כי מדינות מתנהגות שונה אחת מהשנייה ולא באופן מדויק), ובעיה נוספת היא לגבי השאלה מתי נוצר המנהג, אם בכלל (חלק מהמדינות יגידו כן נוצר מנהג, וחלק מהמדינות יגידו לא נוצר מנהג). למדינה אין "נפש" – ולא נדע לזהות בהכרח את היסוד הנפשי של המחויבות לדין. אז יש לנו חוסר וודאות לגבי תוכן המנהג ולגבי האם ומתי נוצר המנהג.(מדינות שאומרות שפועלות לפי מנהג תצטרך להראות שהרבה פעלו כך וכמובן היסוד השני, מתוך תחושת מחויבות).
* מסר סותר בנוגע להפרות הדין: אם מדינה אחת מפרה, זה לא בסדר, זה נגד החוק. אם הרבה מדינות מפרות – זהו הדין, וזה לגיטימי. מייצרים תמריץ להפר את הדין. אם הרבה מדינות יפרו את הדין, ישתנה הדין. אם מדינה אחת תצליח לשכנע שהרבה הפרו, יווצר דין חדש.
* בעיה נוספת- הרבה מהמנהגים שמחייב את כלל מדינות העולם נוצרו לפני שמדינות העולם נוצרו, והם לא יכלו להשפיע על עיצוב הכללים – וזאת בעיה, סתירה פנימית למשבל, כי טוען שהנורמות שלו נסמכות על הסכמת המדינה ועל תחושת המחויבות שלהם אל הנורמה. אבל בפועל לא היה לרוב המדינות עיצוב בנורמה, אז מידת ההסכמה היא קטנה יותר (אי הסכמה של רוב המדינות).

מדינת ישראל תמיד סוברת שהיא מדינה צעירה וקטנה, אך בפועל מחצית מהמדינות בעולם נוצרו אחרינו בתהליך הדה-קולוניזציה. כמחצית מהמדינות בעולם הן גם יותר קטנות מאיתנו.

לסיכום: המנהג הוא מקור נורמטיבי לא נוח, ומרבית מערכות המשפט המדינתיות זנחו את ההסתמכות עליו ושימוש בו – הן עברו לחקיקה כתובה (יש להם את "הסחי שלהם", ושם מופיעים החוקים). לכאורה גם במשבל יכלו להסתמך על אותו דבר ולבוא להסתמך רק על אמנות. הבעיה היא שיש תחומים שלמים שהמדינות לא מצליחות לסכם על אמנה חדשה שתאגד את כל הדין ובטח לא כל המדינות בעולם. יש קושי להגיע להסכמה בין הרבה מדינות בנוגע לניסוח האמנות והדין, ולכן התחומים הללו ממשיכים להיות מוסדרים במשפט המנהגי. צריכים להיות דינים שינהלו את החיים שלהן, שיסדיר את היחסים בינהן. לכן אין נטישה של הדין המנהגי. במשבל אין ברירה אלא להשתמש בו, והוא עדיין מקור נורמטיבי חשוב.

**פירוט על מרכיבי המנהג:**

התנהגות מדינות [יסוד עובדתי(state practice)]- – התנהגות המדינות דורשת שלושה תנאים – כללי, עקבי, ממושך.

כללי – הרעיון הוא כמות גדולה מאוד של מדינות שנוהגות באותו אופן. אין דרישה מספרית יבשה. יש ויכוחים בנוגע לכללים ספציפיים האם יש מספיק מדינות.

עקביות – הכוונה היא להתנהגות שיטתית באותו האופן. חזרתיות והמשכיות ולא דבר ספורדי אף פעם אין עקביות מוחלטת. לא ברור כמה עקבי זה צריך להיות כדי להיחשב למנהג, ויש ויכוחים. צריך להיות שגרתי בגדול.

ממושך – המדינות פועלות בהתאם לכלל הזה במשך זמן מסוים. נשאף לזמן כמה שיותר ארוך, אך יחד עם זאת אנחנו חיים בעולם דינאמי, יש סיטואציות חדשות שצריך להתמודד איתן באופן מהיר וצריך דין שיסדיר את זה. האם יכול להיות מנהג שיתפתח מהר? כן, אבל כדי שזה יקרה, צריך ששני הכללים האחרים יהיו חזקים כלומר הכלליות והעקביות.

לעניין האם מנהג יכול להתפתח מהר, זו השאלה שעולה **בפסד המדף היבשתי** – נחתמת אמנה לפיה מדף יבשתי הוא 200 קילומטר מהחוף או עד מדינה אחרת. מחלקים בין שתי מדינות במקרה של התנגשות לפי חלוקה שווה מהחוף. גרמניה לא חתומה והיא טוענת שזה לא מנהג. דנמרק ושוודיה טוענות שהתגבש מנהג מאז שנחתמה האמנה. הICJ עונה שספציפית במקרה הזה לא התגבש מנהג בזמן הקצר של 11 שנה, אבל ברמה העקרונית מנהג שכזה יכול להתגבש בתקופה זמן שכזו, ובלבד שרכיבי העקביות והכלליות חזקים במיוחד.

במקרה אחר שכן קרה והיה מנהג, במלחמת העולם הראשונה ואחריה נכנסים לחיינו המטוסים, וצריך להכריע האם למדינה יש ריבונות על השטח האווירי שלה. במשך זמן קצר התגבשו כללים מנהגיים בנוגע לריבונות המדינה על השטח האווירי שלה.

הבעיה בדרישות הכלליות והעקביות – אף פעם אין אחידות מוחלטת. הסיכוי שכל המדינות יתנהו באופן עקבי הוא אפסי, ואם נחמיר עם דרישות אלו לא יתפתחו מנהגים(למשל כשמדובר ב-200 מדינות). אנחנו צריכים את המנהג כי אחרת אין חוק שיסדיר את היחסים בניהם (אין הרבה הסכמה על אמנות ואין אמנות בכל נושא). מצד שני אם לא נדרוש עקביות וכלליות אנחנו נכפה על מדינות כללים שהם לא באמת הסכימו עליהם. כדי לאזן בין שני השיקולים הנוגדים – התפתחו שני פתרונות בדמות כללים משפטיים:

* Specially affected states: -כדי לדעת האם נוצר מנהג, צירך לבחון את המדינות שהכלל משפיע עליהן ולא על כל מדינות העולם. אם רוצים לבחון אם יש מנהג העוסק בדיני הים, צריך לבחון מדינות שיש להן ים ושבעיות כאלו מתעוררות אצלה, לבחון את ההתנהגות של המדינות האלו ומכך לבחון את המנהג (ולא מדינות שאין להן בכלל ים).

מדינת ישראל מאוד אוהבת את הטיעון הזה בהקשר של דיני הלחימה, כטיעון ההודף את הביקורת האירופאית על מדינת ישראל. שהרי הן לא נלחמות ולא מבינות שום דבר. בואו תסתכלו על מדינות שבאמת חוות מלחמה. בורר טוען שזה טיעון לא משכנע. העמדה הרווחת בעולם מסכימה איתו – זה לא משכנע, ובהקשר של דיני לחימה לא מקבלים טענה כזו (יש למעט ל13מדינות בעולם צבא, ויש סיכויים שהם ילחמו בעתיד).

* מנהג אזורי – כלל נוסף שבא להקל על דרישת הכלליות והעקביות, זהו ההסדר הזה שקובע כי יכול להיות מצב בו יתפתח מנהג רק באיזור מסוים בעולם, ולא בכל העולם. הבעיה היא שלא ברור מהו הגבול – האם מנהג בין שתי מדינות הוא מחייב? כנראה שלא, אך ברמה העקרונית יכול להתפתח מנהג איזורי. לדוגמה: שגרירות קולומביה בפרו- מקרה שבו בורח עבריין פולטי, (מישהו שניסה לעשות מרד) בפרו לשגרירות קולומביה בפרו וזה מגיע לICJ

פרו דורשת שיחזירו לה את העבריין, וקולומביה טוענת שהתפתח בדרום אמריקה מנהג אזורי שמאפשר למדינות להעניק מקלט פוליטי לעבריינים פולטיים שנמצאים במדינה אחרת. ה-ICJ אומר ברמה העקרונית שהיא צודקת, יכול להתפתח מנהג מקומי. אבל מבחינת הכלל הספציפי לא התפתח כלל כזה.

כלל נוסף שנועד לחדד את יסוד ההסכמה לדין המנהגי הוא **כלל המתנגד העקבי –** שקובע כי אם מדינה מתנגדת באופן עקבי ומפורש למנהג עוד ממועד התגבשותו, הרי שהמנהג הזה לא מחייב אותה. התנאים: התנגדות מפורשת, התנגדות בזמן היווצרות המנהג, התנגדות עקבית. אם המנהג קודם למדינה, הוא מחייב את המדינה. דוגמה: פרשת אזורי הדגה- טענה של בריטניה לגבי חלוקות הדייג בים הצפוני. בריטניה: יש מנהג לאופן חלוקת המים. לפי נורבגיה: אין מנהג. ביה"ד: אין מנהג. ואם היה מנהג אז הוא לא היה חל על נורבגיה. כי נורבגיה התנגדה לו מיום היווצרו.

הסייג לדוקטרינת המתנגד העקבי נקרא JUS COGENS – מדינה לא יכולה להתנגד "מתנגד עקבי" לנורמה שהיא יוס קוגנס – "כלל בלל יעבור" – דין קוגנטי, שלא ניתן להתנות עליו. יש נורמות יסודיות ביותר של המשבל, כמו האיסור נגד עבדות, האיסור לבצע רצח עם, כמו האיסור לבצע פשעים נגד האנושות וכולי. כאשר מתגבש כלל זה, מדינה לא יכולה להתנגד לו. היא לא יכולה להגיד "אני סוחרת בעבדים 200 שנה. זה יפה שזה דין מנהי אבל אני מתנגדת"

שלוש השלכות נוספות לנורמה שהיא יוס קוגנס (=דין קוגנטי):

* אמנה לא יכולה לסתור דין קוגנטי. אי אפשר שתהיה נורמה שתסתור דין שהוא יוס קוגנס
* דין קוגנטי יכול להיות מוחלף באמצעות דין קוגנטי אחר –
* כל הדינים הקוגנטיים הם דינים שהם ארגה-אומנוס(נורמות שברגע שהן מופרת, כל המדינות נפגעות מכך) – אם מדינה מפרה דין קוגנטי היא נחשבת כמפרה של הדין הזה כלפי כל מדינות העולם ולא רק כלפי מדינה ספציפית שעשו לה רצח עם. (יש דינים נוספים שהם ארגה-אומנוס כמו דיני איכות הסביבה, אך הם לא דינים קוגנטיים) – כל הדינים הקוגנטיים (יוס קוגנס) הם ארגה-אומנס, אבל לא כל הנורמות שהם ארגה-אומנוס הם קוגנטיים.

**הערה: כאן בורר אמר שישלח חומר במייל כי השיעור הסתיים. זה החומר מיום 25.10.20:**

**היסוד הנפשי- תחושת המחויבות המשפטית (opinio juris) בהתגבשות מנהג**

שטיח אדום מול טיפול בחולים ופצועים בשדה הקרב – מי מביניהם מנהג? כדי להכריע בודקים: האם הביצוע הוא מתוך תחושת חובה או מטעמים של נימוס ו-comity. איך נדע? כדי שיתקיים ה-opinio juris (אפשר לכתוב בבחינה OJ) **יש צורך באמונה כי הפרקטיקה היא מחייבת בגלל קיומה של נורמה משפטית שמחייבת את הפעולה.** צריך אמונה שאתה פועל בגלל שאתה חייב. (כלומר נדרש אלמנט סובייקטיבי).

הסוגיה נדונה בפסק הדין של הPCIJ (גרסה מוקדמת של הICJ - פס"ד לוטוס מ1927. טורקיה מול צרפת. התנגשות בין ספינה צרפתית (הלוטוס) לספינה טורקית בלב ים. יש נפגעים בספינה הטורקית. הקצין הצרפתי שהיה אחראי המשמרת בעת ההתנגשות מגיע לטורקיה וזו עוצרת אותו ורוצה להעמיד אותו לדין על גרם מוות ברשלנות.

הצרפתים טוענים שיש מנהג המקנה סמכות שיפוט בלעדית לדון במקרים כאלה לספינת הדגל עליה עמד הקצין (כלומר לצרפת), ומביא דוגמאות רבות לכך שהמדינות שלא היו מדינת הדגל נמנעו מהעמדה לדין. ביה"ד דחה את הטענה הצרפתית וקובע כי לא הוכחה שההימנעות מהעמדה לדין במקרים הללו נבעה מהכרה בקיומו של כלל משפטי האוסר על העמדה לדין (לא הוכחה תחושת מחויבות משפטית). בהעדר הוכחה לכך – הרי שמכיוון שלמדינות הכול מותר אלא אם נאסר במפורש (מבחינת המשב"ל – ההפך מהמשפט הציבורי) – הנטל הוא על מי שמבקש להגביל את הפעלת הריבונות של מדינה וצרפת לא עמדה בנטל זה.

[חשוב לקרוא בהקשר זה את פס"ד וופא - יש בו יישום של כלל לוטוס בהקשר ישראלי ובאופן כללי הדיון בו בסוגיות שנוגעות לזיהוי מנהג הוא טוב]

מה קורה כשיש סתירה בין ההצהרות של המדינות להתנהגותן בפועל?

 את ה-OJ מסיקים, במקרים רבות, מההצהרות של המדינות (מהדרך בה הן מצדיקות/מסבירות את מעשיהן או מגנות אחרים), אבל מה קורה כשיש התנגשות של הפרקטיקה בפועל של מדינות לבין ההצהרות של המדינות? פס"ד ניקרגואה נ' ארה"ב (1986): ה-ICJ דן באחריות ארה"ב לפעולות חמושות של קבוצות מורדים בניקרגואה שארה"ב תמכה בהן. על פי אמנת האו"ם חל איסר על מדינות לעשות שימוש בכוח אלא למטרות של הגנה עצמית. מסיבות פרוצדוראליות, במקרה הספציפי, לא הייתה ל-ICJ סמכות לדון סמך דין בינלאומי שמקורו באמנות אלא רק לפי משב"ל מנהגי. לכן, עלתה השאלה האם האיסור על שימוש בכוח הוא גם איסור בדין המנהגי.

הקושי: מדינות נוטות להשתמש הרבה בכוח בהפרה של הכלל לכן ניתן לטעון שהאיסור לא יכול להיחשב כמנהגי. אך ה-ICJ דוחה טענה זו. בית הדין מפנה שימת לב לעבודה במקרים בהם מדינות פעלו שלא בהתאם לכלל, הן ניסו לספק הצדקות והסברים ולא טענו שמותר היה להם להשתמש בכוח. מכך שמדינות מרגישות צורך לתת סיבות להתקפה ניתן ללמוד שהן מודעות לכך שהתקפה ללא הצדקה היא בלתי חוקית.

פס"ד Filartiga – פס"ד אמריקאי מ-1980- עוסק בסוגיה דומה בנוגע לעינויים (נכון שיש מדינות מבצעות עינויים – אבל הן ככלל או מכחישות את המעשה או טוענות שמה שהן עשו לא נחשב עינויים; משמע, הן ממשיכות להצהיר מחויבות לכלל (משמע, נפסק שקיים מנהג למרות קיומה של התנהגות מפרה)).

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

* שיעור 4, 26.10.20: מקורות המשבל- דיני אמנות (חלק א)

אמרנו שיש שני מקורות המרכזיים למשבל- אמנות ומנהג. בשיעור שעבר הרחבנו על המנהג.

היום נדבר על אמנות.

מהי אמנה?

דיני האמנות (שעוסקים במהי אמנה? מתי היא תקפה) קבועים במשפט הבינלאומי המנהגי. יחד עם זאת ב1969 התכנסו המדינות בעולם וניסחו אמנה שמטרתה לעשות סדר, או קודיפיקציה בדיני האמנות. ככלל, מרבית הסעיפים של אותה אמנה ( שהיא אמנת וינה בדבר דיני אמנות. מכונה "אמנת האמנות"), מייצגים את המשפט המנהגי. גם מדינה שלא חתומה על אמונת וינה (למשל, מדינת ישראל), חלים עליה דיני אמנות דומים, לא מתוקף אמנת וינה אלא מכוח המנהג שהוא דומה ברובו.

הס2(1)(א) לאמנת וינה ("אמנת האמנות") – קובע סדרת תנאים שאם הם מתקיימים הרי שמדובר באמנה:

* הסכם – משהו שהצדדים הסכימו עליו
* בינלאומי – לא הסכם במישור הפרטי
* הסכם בין מדינות (המנהגי אומר ו/או ארגונים בינלאומיים) – בעולם יש גם אמנות שנחתמות בין מדינות לבין ארגונים בינלאומיים, או בין ארגונים בינלאומיים לבין ארגונים בינלאומיים אחרים (נניח בין האו"ם לבין האיחוד האירופי). על הסכמים אלו לא תחול אמנת וינה. על הסדרים אלו יחולו הדין המנהגי, שהוא ברובו דומה לאמנת וינה.
* בכתב (המשב"ל המנהגי אומר שגם בעל פה) – בגדול אמנת וינה קובעת שההסדרים הקבועים בה יחולו רק בכתב, אבל המשפט המנהגי מאפשר שאמנות יהיו גם בעל פה. דוגמה לאמנה בעל פה- בשריפה בכרמל – נשלחו צוותי כיבוי ממדינות שונות. המדינות הללו רצו הבטחה בעל פה ממדינת ישראל כי במידה ויגרם להן נזק, והן יתבעו את המדינה, מדינת ישראל תשפה את הממשל. מלבד שוויץ – שדרשו בכתב את ההסכמה הזו – שאר המדינות קיבלו את ההבטחה הזו בעל פה בשיחת טלפון.
* שכפוף למשב"ל הפומבי – לא כל הסכם שנקבע שיחול דין מדינתי מהווה אמנה (דוגמה- מדינה א' רוצה לרכוש נכס ממדינה ב'. הרבה פעמים יקבע שהרכישה של הנכס, יחולו דיני המדינה שבה נרכש הנכס. רכישת נכס שחלים עליו דיני מדינה מסוימת זה הסכם שאינו אמנה).

האם כדי שמסמך יחשב אמנה הוא צריך להיקרא אמנה בכותרת שלו? בין קאטאר לבחריין היה סכסוך. בחריין וקאטר ממנות את המלך פייסל של סעודיה להיות הבורר בינהן. הן עושות זאת בשתי דרכים: חלופת מכתבים כפולה- ראש מדינת קאטר וראש מדינת בחריין, כל אחד שולח מכתב למלך סעודיה, שבו כל אחד אומר שמקבלים את מלך סעודיה כמתווך. מלך סעודיה שולח לכל אחד מכתב בחזרה ועונה שהוא מקבל את התיווך. בנוסף, אותו דבר סוכם בפרוטוקול פגישה בין שלוש המדינות (שנת 1990).

עוד מוסכם במכתבים ובפרוטוקול פגישה, שאם לא נצליח ליישב את הסכסוך באמצעות הבוררות של המלך פייסל, הדברים יועברו לבוררות ב- ICJ , קאטר מתייאשת בשלב מסוים מלהגיע לבוררות עם המלך ופונה לICJ. בחריין מתנגדת וטוענת שאין שום הסכמה באמנה שהיא יכולה לפנות ל-ICJ קטאר אומרת שיש אמנה- כל הגלויות ופרוטוקול הפגישה עם המלך.

האם זאת אמנה? נראה שמדובר באמנה ושאכן ניתן לפנות אל הICJ. משום שאין חשיבות לכותרת – כי כוונה והתוכן הם החשובים ,וברור שיש הסכמה בין הצדדים (מדינות) שה-ICJ יפסוק בעניינם. ההסכמה הייתה בכתב שזה מה שיקרה. כמו כן, כל התנאים מתמלאים, ואין דרישה לכותרת ברשימת התנאים שבסעיף מעלה. אמנה גם לא חייבת להיות במסמך אחד (ויש המון מסמכים שהוכרו כאמנה, למרות שהיה כינוי אחר ולא אמנה כמו : הסכם, חליפת איגרות, מגילה, חוקה, פרוטוקול, ברית, מזכר הבנה, תרשומת, זכרון דברים ועוד המון אחרים) .

נקודה נוספת שעולה מפסק הדין היא שאמנה לא חייבת להיות מסמך אחד. במקרה שלפנינו האמנה מורכבת משני מכתבים ופרוטוקול.

והדברים האלה מופיעים בסע' 2 לאמנת האמנות – הסעיף מתיר מפורשות "בין שהוא מגולם במסמך יחיד ובין בשני מסמכים או יותר הקשורים זה בזה, ויהיה כינוי המיוחד אשר יהיה".

* בורר מדגיש, מה שנסתכל זה על התוכן וכוונת הצדדים.

את מי האמנה מחייבת?

רק את מי שצד לאמנה (כל מדינה מחליטה האם להצטרף).

**משמעויות של הפרת אמנה:**

* הפרת חוזה – שמעניקים סעדים במישור החוזי (לא בדיוק כמו סעדים של דיני חוזים מדינתיים, אלא דיני חוזים בינלאומיים) באמנות כתוב מה יקרה במקרה של הפרה (נקרא דיני אחריות מדינה. על סנקציות נדבר בהמשך)
* מנקודת המבט של המשב"ל מדובר בהפרה של חוק– אמנה היא נורמה מסוג חוק. מדובר בהפרה של הדין הבינלאומי הסכמי. למדינות שכלפיהן הופנתה האמנה יש סמכויות להפעיל סמכויות מכוח דיני אחריות המדינה.
* בנוסף, כל הפרה של אמנה היא גם הפרה של הדין הבינלאומי המנהגי הקובע כי הסכמים יש לקיים.

הצהרת לונדון – 1871 – מדובר באמנה, המעצמות של אותה תקופה מצהירות שמדובר בכלל יסודי של המשפט הבינלאומי המנהגי לקיים אמנות. הנציג הרוסי אמר שבעתיד אם הם ירצו הם יוכלו להפר את האמנה. המעצמות האחרות דרשו שהוא יצהיר שמדינתו מחויבת לאמנה. האחרות הצטרפו.

**דרכים שונות לסיווג אמנות:**

1. א. אמנות בילטרליות – אמנות שיש רק שתי מדינות שהן צד לאמנה. לרוב מדובר באמנות שהמשא ומתן שלהן הוא חוזי.

ב. אמנות מולטילטרליות – הרבה מדינות הן צד לאמנה. קודקס חוקים. קושי להגיע להסכמות.

2. לפי מהות –

א. אמנות יוצרות דין – כמו למשל אמנת האו"ם – אמנה שמחייבת את כל המדינות שחברות באו"ם, כמעט כל המדינות בעולם. והיא קובעת הרבה נורמות שהן בעלי אופי של חוק. קובעת מתי מותר ואסור להשתמש בכוח וכולי, אופי חוקי/חוקתי. לעומת זאת ב. אמנות חוזיות – הסכם פתיחת מרחב הטיס בין איחוד האמירויות לבין ישראל, מדובר באופי חוזי. יתכנו אמנות שהן בעלות אופי חוזי מחד אך יוצרות דין מאידך.

3. לפי חידוש הדין (לא חייב שזה דין חדש, יש הבדלים):

א. אמנות דקלרטיביות – אמנה שמעגנת את הדין המנהגי הקיים, שמצהירות בכתב את הנורמות. מה הסיבה לאמנות דקלרטביות? ליישר קו, כי הדין המנהגי הוא עמום. המטרה של האמנה הדקלרטיבית היא להבהיר את הדין המנהגי ולרכז אותו, ובכך לפתור את בעיית העמימות שלו.

ב. אמנות קונסטיטוטיביות – מייצרות דין חדש, שלא היה קיים קודם לאמנה.

ג. אמנות משולבות – מרכזים את הדין הקיים אבל על הדרך מוסיפים דינים חדשים – בין בשוגג ובין בכוונה. יש גם אמנות שמתחילות כקונסטיטוטיביות, וחלקם מהסעיפים הופכים לדין המנהגי. למשל תקנות האג.

לפעמים מדינות מרמות, מאגדות על הכתב סעיפים דקלרטבים, ואז מוסיפות סעיף שתואם את הפרשנות שלהן. טוענות שזה דקלרטיבי, בעוד שבמציאות זה דווקא יכול להיות קונסטנטיבי.

4. סיווג אחר הוא אמנות המקימות מוסדות בינלאומיים –דוגמאות: מגילת האו"ם, ארגון הסחר העולמי WTO , אמנת רומא של ה-ICC. הן אמנות קוסטנטיביות באופיין ומה שמיוחד שהן המייצרות מוסדות, שמוסמכים בעצמם לייצר נורמות . כמו אמנת האו"ם שמקימה את מועצת הביטחון ומועצת הביטחון יכולה לייצר החלטות שמחייבות את כל המדינות שחברות באו"ם שזה כמעט כל המדינות בעולם.

**איך נכרתות אמנות?**

**אמנות בילטרליות** – הליך שדומה לכריתת חוזה. מתכנסים הצדדים השונים, מגיעה משלחת מכל מדינה ומנהלים משא ומתן לכריתת חוזה.

**אמנות מולטילטריות** – להזמין את כל המדינות בעולם למו"מ זה אופרציה מאוד מורכבת ולכן זה מתרחש בדרך כלל בהובלה של גוף או ארגון בינלאומי (דוגמאות: הצלב האדום אם זה אמנות ז'נבה/

ה-INC ארגון של האום שהתפקיד שלו הוא לקדם את המשפט הבינלאומי, הוא היה אחראי ליציאה למו"מ שהוביל לאמנת וינה / הארגון שעוסק בפיקוח על סחר קונבנציונאלי כשמדובר באמנה האוסרת על שימוש במצרר.

מה שקורה הוא שאותו הארגון מזמין את מדינות העולם, יוצרים ועדות על פי נושאים. וכל מדינה מחליטה לאיזה נושאים חשוב לה לשלוח נציגים שלה לניסוח. הנציגים מגיעים לוועדות שרלוונטיות עבורה, מכינים סעיפים ויש הצבעות במליאה על הסעיפים השונים. ההצבעות יוצרות את המסמך שהוא הטיוטא של האמנה. ועכשיו המדינות צריכות להחליט אם הן חותמות על האמנה ומצטרפות או שלא.

**כיצד מדינה הופכת לצד באמנה?(גורם מוסמך+ פעולת חיוב)**

הגורם שמוסמך לחייב את המדינה מבחינה משפטית, יבצע את הפעולה הנדרשת לחיוב המדינה באמנה – כאן מתעוררות שתי שאלות: 1. מי מוסמך לחייב את המדינה מבחינה משפטית, 2. ומהי הפעולה שעל אותו גורם לעשות?

הגורם הוא לא ראש הממשלה בישראל. הגורם המוסמך הוא שר החוץ.

כלומר, הגורם הרלוונטי הוא הממשלה או שר שהסמיכה הממשלה. זאת מלבד מקרים בהם חוקים או חוקי היסוד קובעים הסדר אחר (בעיקר בנוגע לשטח טריטוריאלי).

כדי שראש הממשלה יוכל להיות מוסמך הוא צריך לפנות לממשלה ולקבל סמכות משר החוץ (האצלת סמכות).

אם הולך מישהו שאינו מוסמך מבחינת הדין המנהלי הישראלי, וחותם על אמנה. למשל, ראש ממשלה שאינו קיבל הסכמה משר החוץ – את המשבל זה לא מעניין. המשבל מתעסק במה שקורה בין-מדינות, לא במה שקורה בתוך המדינות.

**סעיף 7 לאמנת וינה**

אדם מוסמך לחייב את המדינה, אם יש לו הוכחה שיש לו את הסמכות מהדין המדינתי שלו לחתום. למשל רה"מ נתניהו קיבל פתק משר החוץ אשכנזי (סיפק הוכחה).

לחילופין, אם מהפרקטיקה של המדינות המעורבות עולה שהאדם הזה מוסמך – אזי הוא מוסמך.

הסיטואציה השלישית היא, אם מהנסיבות נראה (מעיני הצד השני) שהמדינה התכוונה לתת לו סמכות אזי הוא בעל סמכות. המילה החשובה היא "נראה". כלומר, איך זה היה נראה לצד השני של האמנה. כי אנחנו לא יכולים לצפות ממדינות אחרות להיכנס לקרביים של המשפט החוקתי/מנהלי של המדינות שהן צד לאמנה. התנאים האלו הם חלופיים ולא מצטברים!

דוגמה: פרשת ניגריה נ' קמרון (2002) – ראש המדינה הניגרי חתם הסכם עם קמרון. ניגריה טוענת שלפי הדין הפנימי לראש המדינה הניגרית אין סמכות לחתום על ההסכם, ולכן האמנה הזו בטלה. הסיפור מגיע לICJ ושם נפסק כי יש לדחות את הטענות. לשיטתם, לרוב לראשי מדינות יש סמכות, לא היו בנסיבות משהו שמראה לקמרון שראש המדינה אינו מוסמך, ואי אפשר לצפות מקמרון להכיר לעומק את הדין הניגרי. החריג: אם החתימה נעשה בניגוד לנורמה יסודית בולטת של המדינה השנייה אז היא בטלה. (למשל, סעיף מרכזי בחוקה).

במקרה הישראלי, מבחינת המשפט הבינלאומי, אם רה"מ היה מגלה בדיעבד שאין לו סמכות, אז מבינת המשב"ל ההסכמה לא בטלה – לא מדובר בנורמה יסודית של המדינה, ולכן אי אפשר לבטל מאחר ויתר התנאים מתקיימים. מבחינת המשב"ל ההסכם עם איחוד האמירויות תקף, למרות שלפי הדין המדינתי לא היה אמור להיות לו תוקף (שהרי לרה"מ אין סמכות לחתום)

בפרקטיקה

פעמים רבות מנהלי המשא ומתן אינם הגורמים המוסמכים (כמו ראש המל"ל או ראש המוסד), והם חותמים ברשאי תיבות – אין לכך חיוב משפטי, אלא פשוט כדי ליישר קו ויודעים שסיימנו. הולכים בחזרה למדינה, מדווחים לגורם המוסמך ואז הגורם המוסמך חותם את החתימה הפורמלית (משולב בטקס).

**מה הפעולה הנדרשת לצורך חיוב מדינה אחרת באמנה:**

הפעולה הנדרשת לצורך חיוב מדינה לאמנה יכולה להיות אחת משלוש:

1. חתימה

2. חתימה + אשרור

3. הצטרפות (Accession)

השאלה, איזו פעולה מבין השלוש תידרש כדי לחייב את המדינה לאמנה ספציפית, תקבע (במפורש או במשתמע) באמנה הספציפית עצמה– יש אמנות שמסתפקות בחתימה (=פעולה חד שלבית). יש אמנות שקובעות שצריך חתימה ואז אשרור(= פעולה דו שלבית), יש מצבים בהם מספיקה הצטרפות.

**ההבדל בין חתימה לבין חתימה ואשרור:**

חתימה – פשוט חד צדדית, הגורם המוסמך חותם.

לעומת זאת אשרור היא פעולה דו שלבית : חתימה ואשרור – הגורם המוסמך חותם, חוזר למדינה שלו, ואז יש פרוצדורה תוך-מדינית. כל מדינה ותהליך האשרור שלה. בישראל – הצבעה של הממשלה, ובמקרים חריגים הצבעה של הכנסת. ארה"ב – הצבעה של הסנאט העליון ברוב של 2/3. באירופה- הפרלמנט. אחרי אותו תהליך במדינה, הגורם המוסמך חוזר לזירה הבינלאומית ומודיע על האשרור. רק אז (אחרי שהיה חתימה וגם אשרור) המדינה היא צד לאמנה.

**מדוע נדרש הליך כפול?**

1. מרבית האמנות דורשות אשרור כי זה מגדיל את הוודאות ומחזק את אלמנט ההסכמה.
2. אפשרות להתאים את החקיקה הפנימית כדי שלא ייווצר מצב שהדין המדינתי של המדינה, מחייב אותה להפר את האמנה שחתמה עליה.

יהיו מקרים בהם תהיה סתירה בין הדין הבינלאומי ומה שקבוע באמנה לבין הדין המדינתי. האשרור מאפשר לתקן את הדין המדינתי ורק אז לאשרר את האמנה, כדי למנוע סתירות אלה.

1. מאפשר לממשלה להבין לעומק את משמעות האמנה.

**מה קורה באותה תקופת ביניים בין החתימה לבין האשרור?**

למשל מדינה חתמה על האמנה אבל לא אישררה אותה (כאמור זה רק כלפי אמנות שמחייבות אשרור). מה יתרחש בתקופת הביניים? כמו בחוזים – יש רק חובת תום לב. כלומר, המדינה לא מחויבת לאמנה, הנורמות של האמנה לא מחייבות אותה אבל יחד עם זאת, היא לא יכולה לפעול באופן החותר תחת יסודות האמנה (מחויבת לאי-סיכול).

מה קורה אם אנחנו מתחרטים? חתמנו, לא אשררנו, ואנחנו רוצים למשוך את החתימה. הדבר תלוי בנוסח האמנה עצמה. יש שיגידו במפורש לא, יש שיגידו במפורש כן, ויש שישתקו ונצטרך לפרש אותן לפי ההקשר. ההנחה היא שאם יש שתיקה אז אפשר (ס' 18 לאמנת וינה).

למשל, אמנת רומא – הקימה את בין הדין הפלילי הבינלאומי. מדינת ישראל וארה"ב היו מעורבות בניסוח שלה, חתמו, אך כל אחת מהן מסיבות שונות, לא אשררו ורוצים למשוך את החתימה. האם מותר למשוך חתימה? לא ברור אם אמנת רומא מאפשרת למשוך חתימה. כל מדינה חושבת אחרת, יש כאלה שחושבות שכן ויש כאלה שחושבות שלא.

הצטרפות (=תהליך חד שלבי)– אמנות שבשלב מסוים מצטרפות לתוקף (כדי שתכנס לתוקף צריך X מדינות, או נכנסת לתוקף משנה Y). מרגע שהאמנה נכנסת לתוקף, האמנה קובעת אין יותר הליך דו שלבי כדי להיות צד לאמנה אלא הליך חד שלבי של הצטרפות. מדינה פונה לרשם של האמנה או למוסד, והיא תבקש להצטרף לאמנה. יכולים גם לדחות אותה. אנחנו מניחים שהמדינה כבר יודעת על האמנה ושקלה את השיקולים השונים או התאימה את החקיקה הפנימית, ואין צורך בהליך דו שלבי. למשל אמנת רומא- קבעה 60 מדינות כדי שהיא תיכנס לתוקף, האמנה נפתחת להצטרפות ב-1998. עד שמגיעים ל-60 מדינות לוקח ארבע שנים. בזמן הזה, אותן 60 מדינות ביצעו אשרור וחתימה. מרגע שנכנסה לתוקף והגיעו ל60, היא דרשה משאר המדינות רק הצטרפות.

**פרישה מאמנה:**

אם מדינה רוצה לפרוש ממנה, צריך לראות מה האמנה קובעת ומה ההוראות בעניין –הפרישה היא בהתאם להוראותיה. למשל חוקת רומא – פרישה בהודעה מראש של שנה, והפרישה לא מבטלת סמכות של הICC בעניינים שהחלו טרם הפרישה

יש אמנות שלא ניתן לפרוש מהן – והדבר כתוב מפורש. אז אי אפשר לפרוש ממנה. המדינה יכולה לפנות למדינות האחרות החברות באמנה, בכדי שיסכימו לה להשתחרר. אם אין הסכמה, המדינה מוגבלת.

כך גם במקרה שהאמנה שותקת- יש לפרש את כוונת הצדדים בנוגע לפרישה(ס' 56), ואם נגיע למסקנה שכן הסכימה לפרוש, יש צורך להודיע 12 חודשים מראש.

בהמשך לאמנה שותקת, אם הגענו למסקנה שלא הייתה כוונה לאפשר פרישה, עדיין מדינה יכולה לפרוש בהסכמת המדינות שהן צד לאמנה (ס' 54). לפעמים יתנו את ההסכמה ולפעמים לא.

* **שיעור 5, 1.11.20 מקורות המשב"ל דיני אמנות (חלק ב')**

פתחנו בחובות מהשיעור הקודם, ד"ר בורר סיפר על מאמר של אסתר אפרת סמילנג " דיני אמנות והפרקטיקה הישראלית" הוא מחדד כי שאלו אותו מה קורה עם הסכם בין מדינות וארגונים בינלאומיים, או הסכם בין ארגון בינלאומי לבין ארגון בינלאומי אחר. המרצה אמר לפני שני שיעורים, שחל רק הדין המנהגי אבל בעצם כן יש אמנה אחרת בנושא (אמנת וינה אחרת מ-1984\*).

כלומר על פיה, ההסכם במקרים האלה כן יכול להוות אמנה, בתנאי שהוא מקיים את התנאים שבהגדרה הקבועה \*באמנת וינה, בדבר דיני אמנות בין מדינות וארגונים בינלאומיים ובין ארגונים בינלאומיים לבין עצמם. כמובן שלא כל המדינות או הארגונים חתומים עליה.

חידוד נוסף לגבי כללי "יוס קוגנס" ו"ארגה אומנוס"- ישנן אמנות שמעניקות זכויות לכל המדינות (erga omne). דוגמאות לכך הן אמנות שקבעו את מעמד החלל החיצון מעמד האנטרטיקה, וזכויות שיט בתעלת סואץ. חלק מאמנות אלו נהפכו עם השנים למשפט מנהגי, והוראותיהן מחייבות גם מכוח המנהג.

**הסתייגות-הבעיה והפתרון**

הבעיה- לעיתים מדינה המעוניינת להצטרף לאמנה מולטירטרליות, אך ישנו סעיף שבעייתי מבחינתה.

הפתרון- הסתייגויות- המדינה, כאשר היא מצטרפת (או חותמת/מאשררת/מבצעת הצטרפות וכולי), מגישה מסמך שנקרא **הסתייגות** שהוא בהגדרה- הכרזה חד צדדית של מדינה, שהיא מסכימה למרבית הסעיפים, אבל יש לבטל או לשנות סעיפים או הסדרים מסוימים שהיא מתנגדת להם – כלומר, אותה מדינה לא מחילה או מחילה בשינוי מסוים. התכלית שעומדת בהסתייגויות – לאפשר למדינות להצטרף לאמנות מולטילטרליות גם אם לא מסכימים מעט מן ההסדרים, אחרת לא היה אפשרי לגבש אמנות מולטילטרליות. הערה של בורר למושג יורשה- כאשר מדינה מתפרקת ממדינה אחרת ואז היא יורשת לפעמים את המחויבות באמנות של המדינה ממנה שהיא התפרקה. קבעו שגם בשלב הזה מדינה יכולה להודיע הסתייגות.

אמנת וינה – מגדירה הסתייגות מסעיף אחד או יותר (סעיפים ספציפים לאמנה). ההגדרה יותר מדוייקת להסתייגויות: "הכרזה חד צדדית של מדינה, שיש לבטל או לשנות תחולה לגביה של סעיפים ספציפיים באמנה, או של כלל האמנה בנוגע לאספקט מסוים. מתי? בעת החתימה, האשרור, הקבלה וכיוצ"ב (לפני השלמת ההצטרפות).

הILC [ארגון של האום שתפקידו לפתח את המשבל שתי דרכים – לוקח נושא, מברר מה הדין ואז מפרסם מסמך שמרכז את הדין המנהגי בנושא כפי שהוא סבור (דוגמה- אותו מסמך משנת 2011 שמסכם את נושא ההסתייגויות, נרחיב עליו כעת), או שהוא מגבש טיוטא לאמנה ומציע למדינות לאמץ את האמנה כמו אמנת וינה]

ה- ILC הבהיר במסמך שפרסם מ2011 שיש גם הסתייגויות שהן לא מסעיף ספציפי – הן הסתייגות מכל האמנה כל שהיא חלה באספקט מסוים. למשל, אמנת ז'נבה הראשונה בדבר טיפול בפצועים בשדה הקרב, קובעת שגורמי רפואה יהיו זכאים להגנות מסוימות אם הם יישאו על מדיהם ועל רכביהם סמלים מזהים (צלב אדום, סהר אדום, אריה שואג -אירני). ישראל מציעה גם מגן דוד אדום, מדינות ערב מפילות את האופצייה הזו (של מגן דוד אדום), ולכן כאשר מדינת ישראל חותמת על אמנת ז'נבה, היא מסתייגת בנוגע לסמלים המוגנים ומוסיפה שניתן להשתמש גם במגן דוד אדום. ז"א באמנה זה לא מופיע כסמל אבל קיימת ההסתייגות של מדינת ישראל.

דוגמא נוספת להסתגות מכלל האמנה בנוגע לאספט מסוים: יש אמנה בדבר חסינויות וזכויות יתר לאו"ם 1946, ומכל מיני סעיפים באמנה נוגעים להסדרים של פטורים מסוימים בענייני ממס.

קנדה – לא אהבה את זה (וזה נכון לגבי עוד כמה מדינות), ולכן כשהיא חתמה על האמנה הזו היא מוסיפה הסתייגות לפיה זכויות היתר שקבועות באמנה לא תחולנה, ככל שהן נוגעות למיסוי משכורת של אדם שהוא אזרח או תושב קבע של קנדה. זה לגבי נקודה מאוד ספציפית (לא כמו ישראל שאמרה לגבי סע' שהיא מחילה הסדר אחר. פה יש סוגייה מאוד ספציפית לעניין המס).

**חיסרון של הסתייגויות –**

* אין אחידות – מדינות מאשרות אמנה אך לא מכבדות את הוראותיה, ולכן יש פגיעה בוודאות ובסדר המשפטי.

כלומר, במקום שיהיה הסדר זהה בין כל המדינות, יש הסדרים שונים עקב הסתייגויות, ולכן ישנה פגיעה בוודאות ובסדר המשפטי. כמו כן, להסתייגויות יש השלכות שונות. יש המון הסתייגויות בכל אמנה.

**תוצאות של הסתייגויות –**

* המדינה מסתייגת, ואינה מחויבת להסדר שהיא הסתייגה ממנו. כלומר, שאר ההסדרים חלים עליה חוץ מזה שהיא הסתייגה ממנו.
* **ההסתייגות היא הדדית** – זאת אומרת, גם מדינות אחרות ביחסים שלהם עם המדינה המסתייגת לא חייבות להחיל את ההסדר ממנו המדינה הסתייגה. (כאשר המדינה מקבלת את ההסדר) דוגמה: המקרה של לוב ואנגליה משנת 1984 בנוגע לשקים הדפלומטיים. יש את האמנה בדבר חסינויות דיפלומטיות וקונסולריות, האמנה הזאת כמו שנלמד בהמשך, מספקת הגנה למה שנקרא " השק הדפלומטי". השגרירות שמה דברים בתוך שק או ארגז, שמה פתק, שולחת למדינה שלה או ההפך. מאותו רגע אסור לאחרים לגעת בו. כאשר לוב חותמת על האמנה הזאת היא מצטרפת הסתייגות בנודע לשקים הדיפלומטיים שבו היא אמרה שהיא זכאית לפתוח את השקים הדיפלומטיים אם היא חושדת שהועברו בו חפצים אסורים (בפועל ההסתייגויות הייתה יותר מפורטת אבל בורר לא רוצה להיכנס לזה).

עד שבשנת 1984 יש הפגנה בבריטניה ליד השגרירות הלובית ויורים אל הקהל. מהירי הזה נפצעים 10 אנשים ונהרגת שוטרת בריטית. הבריטים חושבים שהירי נעשה מהשגרירות עצמה, ויתרה מכך הם חושבים שהנשק שאיתו נעשה הירי, הלובים מנסים להעלים אותו באמצעות שליחתו בשק הדיפלומטי אל לוב. אז אנגליה תופסת את השק הדפלומטי ובין השאר מודיעה שהיא סבורה שהיא רשאית לפתוח את השק לאור ההסתייגות של לוב (שהרי לוב אמרה בעצמה שבסיטואציות כאלה, לוב תפתח את השק. מה שנקרא "הדדיות"). העקרון שההסתייגות היא הדדית, נכון ביחסים של המדינה המסתייגת לגבי כל המדינות החברות באמנה. יחד עם זאת, יש חיה מיוחדת שנקראת "מדינה שמתנגדת להסתייגות" (פירוט בסע' הבא)

* **התנגדות להסתייגות** – המדינות האחרות יכולות "להתנגד" להסתייגות. מדינה מתנגדת יכולה להחליט כיצד ההסתייגות תשפיע על תחולת האמנה בין המדינות.

ההתנגדות צריכה להימסר תוך 12 חודשים מיום ההסתייגות (או בעת ההצטרפות לאמנה). – למשל לוב שמגישה הסתייגות לאמנה בדבר החסיניות הדיפלומטיות וקונסלולריות מדינות אחרות צריכות לקרוא מהר ולקלוט שהוגשה הסתייגות, ותוך שנה מהגשת ההסתייגות או אם מצטרפות מאוחר יותר, אז מאותו היום של ההצטרפות, הן צריכות להודיע שהן מתנגדות להסתייגות. זה פותח להן שתי אופציות: 1. להיות כמו שאר המדינות החברות באמנה, כל האמנה תחול עם אותה מדינה מסתייגת מלבד ההסדרים ממנה המדינה הסתייגה. 2. כל האמנה הזאת לא תחול ביחסים בין המדינה המסתייגת לבין המדינה שמתנגדת להסתייגות.

יש לה בחירה משתי האופציות, או לפעול כפי הסעיף הקודם, או לבחור שלא להחיל כלל את האמנה עם המדינה המסתייגת. לא מספיק להתנגד, צריך להגיד מה בחרו.

* סיכום תגובת המדינות להסתייגות:
* בין מדינות אחרות 🡸אין השפעה להסתייגות
* בין המסתייגת למתנגדת🡸זכות המתנגדת שלא תחול ההוראה שלגביה יש הסתייגות או שלא תחול האמנה בכלל (אותה מדינה מתנגדת בוחרת מבין שתי האופציות).
* בין המסתייגת למקבלת🡸 האמנה חלה בהתאם להסתייגות+ זכות להדדיות

**מתי לא ניתן להסתייג-**

1. כאשר האמנה מולטילטראלית אוסרת הסתייגות – נפוץ בעיקר באמנות שהושגו כעסקת חבילה אחרי משא ומתן ארוך(אמנת דיני הים), או במקרים בהם אמנות המקימות ארגונים בינלאומיים יוצרים אמנה (אמנת רומא).

2. כאשר מדובר באמנה בילטראלית.

3. כאשר ההסתייגות פוגעת בתכליתה וייעודה של האמנה – כמובן שיש עמדות סותרות בין המדינה המסתייגת לבין אחרות. הבעיה היא שלרוב אין מנגוני הכרעה. החריג – האמנה למניעת אפליה גזעית –שקובע שאם 2/3 מהמדינות מתנגדות להסתייגות מסוימת, אזי שהוא הסתייגות המנוגדת לתכליתה ויעודה של האמנה. שתי דוגמאות מובהקות להסתייגות: 1. סינגפור- האמנה בדבר זכויות הילד. אצל סינגפור עדיין יש עונש שבו ניתן להרביץ מכות עם מקל והוא חל גם על קטינים. לכן, כסינגפור חותמת על האמנה לזכויות הילד היא קובעת שזה לא ימנע ממנה לבצע ענישה פיזית כלפי קטינים כי הענישה הזאת לדעתה היא לטובת הילד כדי לחנכו. ברור לכל שהענישה פוגעת בתכליתה וייעודה של האמנה. 2. דוגמה שנייה: סעודיה והאמנה האוסרת על אפליה נגד נשים- סעודיה מוסיפה הסתייגות שבו בכל מקום בו ההתחייבות שלה כלפי האמנה תהיה נגד הדין הדתי כפי שסעודיה מפרשת אותו, הרי שהדין הדתי המוסלמי יגבר. היות ובסעודיה הדין הדתי מחייב כלפי הנשים וסעודיה מפרשת אותו באופן מאוד לא שוויוני כלפי נשים, זאת הסתייגות שחותרת תחת יעודה ומטרתה של האמנה.

דוגמה נוספת קצת יותר מסובכת- היא מפס"ד שביקש שנקרא- עסק במרוץ הסמכויות. האישה הגישה תביעת מזונות והבעל כבר כרך את זה, היא רצתה לבטל כי זה לא שוויני.

השופט של בית משפט לענייני משפחה התייחס לאמנה האוסרת אפליה נגד נשים. ישראל מצטרפת אליה בשנת 1991. הבעיה שבישראל דיני האישות נקבעים לפי הדין הדתי, וחלק מהדתות יש להן אלמנטים מפלים בין גברים לנשים. לכן, מדינת ישראל מוסיפה הסתייגות לסעיפים הרלוונטיים לאמנה וחושבת שזה בסדר. כי את מרבית הנורמות היא מאמצת, ורק לגבי סעיפים מסוימים היא מסתייגת.

אותו שופט בשלום אומר- כוון שמדובר בתחום כל כך יסודי, הרי ההסתייגות מתחום זה, פוגעת בתכליתה של האמנה ולכן ההסתייגות הזאת בטלה. ברגע שהסתייגות בטלה, הוא מניח שהאמנה חלה על ישראל כלשונה. ומרגע שזה המצב, אנחנו נראה בשיעורים אחרים שבדין הישראלי יש כלל שנקרא "חזקת ההתאמה הפרשית"- משמעותו, שצריך לפרש את ההסדרים בדין הישראלי לאור המחויבויות של מדינת ישראל בדין הבינלאומי.

דבר זה מוביל אותו למסקנה, שהוא צריך לפרש את הדין הישראלי, באופן שלא יפר את אותו הסדר שמופיע באמנה. על כן, לא ניתן לבצע את הכריכה (בבית המשפט ההסדר צריך להיות שוויוני). כאמור ישראל לא חושבת שההסתייגות פוגעת באמנה אבל לפחות שופט שלום אחד חושב שכן.

**תוצאות של הסתייגות אסורה – במרבית המדינות אין תשובה ברורה**

מה קורה כאשר מדינה הגישה התנגדות אסורה, מה הן התוצאות של המהלך הזה?

* יש מעט מאוד אמנות עם מנגנון הכרעה שבוחנות האם ההתנגדות אסורה או לא. לדוגמה: האמנה למניעת אפליה גזעית.
* אבל במרבית האמנות אין תשובה ברורה וקיימות שתי עמדות:

1. מועצת זכויות האדם של האום (היא הפרשן המחייב בדבר האמנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות), הוציאה מסמך פרשני כללי שאומר, שמקום שמדובר בהסתייגות אסורה הרי שהיא בטלה, והאמנה חלה על המדינה בלי אותה הסתייגות. אותו הסדר שהמדינה רצתה להתחמק ממנו, חל עליה.

2. ILC מוציא עמדה הפוכה, וטוען שאמנות מבוססות על עקרון ההסכמה. לכן אי אפשר להכריח מדינה לקבל על עצמה את האמנה כמו שהיא כתובה, וניתן להסתייג גם אם היא אסורה בהינתן שתי אופציות על ידי המדינות האחרות שחברות: א. לתקן את ההסתייגות שלה. או ב. לבטל את ההסתייגות שלה, כך שהאמנה תחול בלשונה. מה קורה אם הן שותקות או מסכימות להסתייגות האסורה, הרי שתחול על המדינה האמנה בכפוף להסתייגות למרות שזאת הסתייגות אסורה.

* מה קורה שהדעות סותרות, מה עושים? חיים עם אי הוודאות. ערב הסעודית תבחר בעמדה של ה- ILC ועמדה נגדה תטען לפי הגישה של מועצת זכויות האדם. בבחינה לרוב נגיד "מצד אחד ומנגד" כמובן תלוי איך מנוסחת השאלה.

**הצהרות פרשניות**

הצהרה פרשנית – זה מסמך, הכרזה שמדינה מגישה פרשנות או הבהרה לגבי סעיף באמנה. כלומר, המדינה אומרת "אני מבינה סע' מסוים כבעל פרשנות X וכך אני אחיל אותו. בשונה מהסתייגות ניתן להגיש אותה בכל זמן סביר (יכול להיות גם אחרי שהמדינה הצטרפה לאמנה, לא חייה במועד ההצטרפות). בנוסף, בשונה מהסתייגות, אין בהצהרה הימנעות מלהחיל הוראה של האמנה אלא **הבהרה לגבי הדרך שבה המדינה מפרשת ומבינה את הסעיף באמנה והדרך בה היא תחיל את הוראתה.**

הסיבות הכנות לעשות הצהרה פרשנית הן שתיים: 1. המדינה רוצה שיראו שכאשר היא מתנהגת באופן זה היא לא מתכוונת להפר את האמנה, אלא ככה היא מבינה אותה. יש הרבה סעיפים באמנה שהם לא ברורים ואפשר לפרש אותם בכל מיני דרכים. מבהירה שלדעתה הפרשנות תתקבל, זאת הפרשנות באותה הצהרה. 2. המדינה מקווה שגם מדינות אחרת ינהגו לפי הפרשנות שלה, בכדי שפרשנות זו תהפוך להיות הפרשנות המקובלת של אותו הסדר באמנה.

**הצהרה פרשנית מול הסתייגות – יתרונות וחסרונות**

להצהרה פרשנית יש יתרון גדול וחסרון גדול ביחס להסתייגות:

יתרון של הצהרה פרשנית – הצהרה פרשנית יכולה להינתן בכל עת, ואפילו יכולה להינתן באמנות שקובעות שלא ניתן להסתייג מהן.

החיסרון בהצהרה פרשנית – שמדינה לא יכולה לדבוק בפרשנות שהיא נתנה בהצהרה במידה ותתקבל פרשנות רווחת אחרת באופן גורף. (למשל מדינה א' אומרת שצריך לפרש איזשהו סעיף 3 באופן X ועם חלוף השנים מתפתחת עמדה שצריך לפרש את סעיף 3 באופן Y. הפרשנות שתחייב אותי היא פרשנות Y.

למה דנים בהצהרה פרשנית מול הסתייגות?

כי לפעמים הצהרה היא דרך עקיפה לעשות הסתייגות. הכלל קובע שגם לגבי הצהרה פרשנית או הסתייגות לא משנה הכותרת, אלא משנה התוכן. יכול להיות מקרה שיקרא בכותרתו הצהרה פרשנית אבל נקרא ונבין מהתוכן שזאת הסתייגות ולהיפך. יכול להיות שיהיה מקרה שלא תהיה כותרת בכלל ונצטרך לקרוא, ולגלות שמשפטים מסוימים הם הסתייגות וחלק הצהרה פרשנית. ברור שיהיו על כך חילוקי דעות בין גורמים שונים, של מהי פרשנות ומהי הצהרה.

המקרה של מדינות ערב וישראל- מקרה מורכב

מדינות ערב – כאשר שהן חותמות על אמנות מולטילטרליות, הן מוסיפות הצהרה שאין בהצטרפות לאמנה כהכרה במדינת ישראל, ואין בהצטרפות כדי ליצור התחייבויות משפטיות כלפי ישראל(חלק שני). עלתה שאלה לגבי מה המשמעות של זה.

הILC – החלק הראשון של ההצהרה הוא פוליטי – הצטרפות לאמנה היא מעולם לא הכרה במדינה אחרת שחברה בה. לגבי החלק השני – זה לא הסתייגות כי זה כללי מידי, אבל גם לא הצהרה פרשנית כי זה לא מפרש שום סעיף, ולכן אין לזה שום משמעות משפטית. הם לא באמת עונים על המצב הזה,.

עמדת מדינת ישראל – ההצהרות האלה הן פוליטיות וחסרות תוקף משפטי. בנוגע לעוד אמנות ספציפיות, האמנות הללו דורשות שיתוף פעולה בינלאומי, ולכן הצהרה שכזו בהקשר לאמנה ספציפית פוגעת בייעודה ותכליתה של האמנה (לכן הצהרה כזאת בטלה).

* **הערה: כעת נדון בשני סוגי נורמות שלא קשורות לדיני אמנות או להקשר שאנחנו מדברים עליו בנושא אמנות. זאת כדי למנוע טעויות וכדי שלא נבלבל בארבע החיות שהן : הסתייגות/ הכרזה פרשנית/הכרזה בינלאומית (שעושות כמה מדינות יחד)/ הכרזה חד צדדית.**

**הכרזה בינלאומית**

הכרזה בנלאומית היא מסמך שאותו מנסחות כמה מדינות ביחד, והן מצהירות שהמסמך הזה לא מחייב מבחינה משפטית. למשל, אחרי מלחמת העולם השנייה מנסחים דיני זכויות אדם של המשפט הבינלאומי, ולא מצלחים להגיע להסכמה לגבי אמנה.

לכן המדינות מנסחות מסמך לא מחייב שנקרא "ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם -1948". הרעיון – התקווה שהוא ישמש בסיס בעתיד לניסוח אמנה. תוך, 18 שנה לאחר ניסוח האמנה, נוסחו שתי אמנות מחייבות. הדבר השני שהכרזה שכזו עשויה לפתח גם מנהג – יש תחושת מחויבות בכל זאת ופועלות כך (יש יסוד עובדתי וגם יסוד נפשי). סיבה שלישית- תורם ליחסי הציבור של המדינות – נראה טוב ולא מחייב בשום דרך.

**הכרזה חד צדדית –**

באה מדינה ומכריזה בפני כל העולם שהיא תנהג באופן מסוים – כמו אמנה בין המדינה לבין העולם, כאשר שאר מדינות העולם לא מחויבות לעשות כלום. די בזה שאורגן מוסמך של המדינה מצהיר באופן פומבי שהמדינה מתחייבת לפעול בדרך מסוימת. למשל, צרפת מתחייבת לא לעשות ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט, כמה שנים לאחר מכן היא עושה בכל זאת, הסיפור מגיע לICJ והוא קובע שיש הפרה של הדין הבינלאומי כי יש הפרה של התחייבות חד צדדית. מדינות עושות את זה כדי להוריד את הלחץ הבינלאומי, ובכדי למנוע כבילה בכלל קשה יותר.

מקרה יותר מורכב- כאשר ישראל אחרי 1967 מחזיקה בשטחים, היא טוענת שאמנת ז'נבה הרביעית מסיבות פרשנויות שהיא מחזיקה בהן, לא חלה בשטחים. יחד עם זאת ישראל מוסיפה שהיא מתחייבת להחיל את הסעיפים ההומניטריים של אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים בכל זאת, למרות שהאמנה לא חלה. בורר אומר שאם נקרא את נוסח ההכרזה אפשר לטעון טענה חזקה שמדינת ישראל לא התכוונה לבצע הכרזה חד צדדית שתחייב אותה, אלא פשוט להצהיר הצהרה פוליטית. עם הזמן העמדה הרווחת היום היא שההתחייבות של ישראל היא התחייבות חד צדדית.

**כללים בסיסיים בדיני אמנות**:

1. חובות בדבר כיבוד אמנה

* על הצדדים לבצע את הוראות האמנה בתום לב (ס 26 לאמנת וינה).
* האמנה מחייבת את הצדדים החתומים לה – אי אפשר לכפות מדינה אחרת אלא אם היא מסכימה לכך.
* מדינה לא רשאית להסתמך על המשפט המדינתי כהצדקה לאי-מילוי אחר הוראות האמנה. יש לזה (ישלח במייל). – ס'27 לאמנת וינה
* פרשנות אמנה – מפרשים אותה קודם כל בהתאם ללשון האמנה. פונים למטרתה ותכליתה של האמנה, רק כאשר לשונה לא ברורה. ס' 31-32 לאמנת וינה.

2. הפרת אמנה מובילה לשני דברים:

* סנקציות שהאמנה עצמה מטילה.
* בנוסף, נכנסים לתוקף דיני אחריות מדינה - משפט מנהגי שקובעים מה ההשלכות של הפרה של המשב"ל עי מדינה שאותו משבל חל עליה (נדבר בהמשך).

3. אמנות בטלות מול אמנות הניתנות לביטול –

אמנה בטלה – הפגם שדבק בה בעת עשייתה היה כה חמור עד כדי שלילת תוקפה של האמנה (אמנה סותרת את הוראות מגילת האום(ס' 103), איום או שימוש בכוח בלתי חוקי שהביא לכריתת האמנה, שימוש באמצעי כפייה (פיזיים) כלפי נציג מדינה(איימו להרוג את הנציג הצ'כי אם לא יחתום), אמנה הנוגדת כלל בל יעבור- יוס קוגנס, ס' 53 לאמנת וינה)

מתי אמנה ניתנת לביטול ? –אם ישנן נסיבות המצדיקות ביטול אמנה, והביטול נעשה תוך זמן סביר – יש ביטול. אי-ביטול בתוך זמן סביר ייחשב כהשלמה עם הפגם, והמדינה לא תוכל לדרוש את ביטולו

**חריגים לכך** –

גבול בינלאומי שנקבע באמנה שבוטלה, לא ישתנה עם ביטול האמנה.

דבר שני, אמנות בעלות אופי הומינטארי לא יבוטלו גם אם יש פגמים. באשר לזכויות אדם, קיים כלל שקובע שהכללים בנוגע להשלכות ביטול, לא יחולו ביחס להוראות הנוגעות להגנת על זכויות האדם הכלולות באמנות בעלות אופי הומניטארי.

משמע, המדינות האחרות לא יכולות בגלל שמדינהX הפרה את האמנה ופגעה בזכויות- לפגוע בזכויות האדם של אזרחי X או להתנער מהחובה שלהן להגן על זכויות אדם בדרך אחרת. זה לא תופס-ההשקפה היא שמדובר בצד שלישי, האזרחים שהאמנה באה להגן עליהם.

(**הערה:** מעניין "החריגים" ועד סוף השיעור, זה חומר שנשלח על ידי בורר, משום שלא סיים בשיעור. מדובר במצגת יחסית **ארוכה** וכולה מופיעה כאן. אם יש משהו לא ברור, אפשר לחזור למייל וללמוד מהמצגת)

נסיבות המקימות אפשרות ביטול:

1. ההסכמה ניתנת בניגוד גלוי לדין מרכזי מדינתי

* (דוגמה לדיון: אמנות חשאיות, במדינות שהחוקה אוסרת כאלו אמנות.
* דוגמה נוספת נגדית לדיון: פרשת קמרון נ' נגריה מ-2002).

2. טעות בעובדה מהותית- הגדרה: טעות שהייתה יסוד עיקרי להסכמת המדינה להצטרף לאמנה.

* לא ניתן להתבסס על טעות שהמדינה תרמה לה בהתנהגותה.
* כלל "העיפרון הכחול" – רק החלקים באמנה שהושפעו מהטעות יהיו בטלים
* לדוגמה: המקדש בגבול תאילנד וקמבודיה.

3. אי אפשרות בלתי צפויה לביצוע האמנה

* לדוגמה: מי הנר שיבשו באורח קבוע (ולא ניתן היה לצפות זאת)
* דוגמה נגדית: הסכם ישראל-ירדן בנוגע למים

פגמים בכריתה: ס' 47-46 [כל הסעיפים הם סעיפים באמנת האמנות ומשקפים דין מנהגי] עוסקים בנושא של חוסר סמכות פנימית. ס' 46 מחריג את ס' 27 שלא מאפשר לנמק הפרה של אמנה בכך שהסדריה סותרים דין פנימי וקובע כי אם ההסדר באמנה הפר הפרה יסודית של חוק מרכזי ייתכן והדבר יאפשר למדינה לטעון שהתחייבות הנציג שלה לאמנה אינה מחייבת. למשל, אם ההתחייבות סותרת סעיף בסיס בחוקה.

(במיוחד במדינה שמאוד מסובך לשנות את החוקה) לדוג' יש מדינות רבות בעולם בהן קבוע שאסור למדינה לחתום על אמנות חשאיות.

[דיון צד בנוגע לאמנות חשאיות: חשוב להדגיש, המשב"ל אינו אוסר אמנות חשאיות. כמו כן, הדין במדינת ישראל לא אוסר אמנות חשאיות (הדברים הללו אף נאמרו במפורש ב-2013 , בג"ץ 12/7146 אדם נ 'הכנסת), אבל יש מדינות שהחוקה שלהם אוסרת זאת.

ניתן לטעון טיעון חזק לפיו לחתימה על אמנה חשאית מצד מדינה שהחוקה שלה אוסרת זאת לא יהיה תוקף. עם זאת גם המשפט הבינלאומי מבין שאמנות בינלאומיות חשאיות הן בעייתיות והדבר בא לידי ביטוי בכך שאמנת האום דורשת שמדינות תרשום את האמנות שהן חותמות עליהן במזכירות האו"ם.

מה קורה אם אמנה לא נרשמת (נניח כי אמנה חשאית( -

סעיף 102 קובע כי אם האמנה לא נרשמה במזכירות האו"ם הרי שלא ניתן להסתמך עליה בפני אורגנים של האו"ם. אבל כאמור לא בפני אורגנים של האו"ם, כן יהיה ניתן להיסתמך עליה והיא תקיפה (אלא אם היותה חשאית גורם לה להיות בניגוד גלוי לדין מובהק של אחת המדינות חתומות).

 ס' 47 קובע כי מי שהתחייב בשם מדינה, עשה זאת בניגוד להגבלה שהייתה עליו, יחייב את המדינה. אלא אם מי שהתחייב אמר מראש או הצהיר על ההגבלות שהמדינה הטילה עליו. הרעיון הוא שלא ניתן עכשיו לצפות מכל המדינות לבדוק עכשיו את כל החוקים של כל שאר המדינות.

ב-2002 התנהל תיק בין קמרון לניגריה ונטען כי ראש הממשלה לא היה מוסמך לחתום על האמנה. טענה זו נדחתה על כי בדר"כ לראשי מדינות יש סמכות וקמרון לא הייתה אמורה לדעת מה הדין הפנימי של המדינה קובע לגבי סמכות החתימה + ס' 48 מאפשר נסיגה מהאמנה, כאשר יש טעות מהותית בעובדה. אך, לא ניתן להתבסס על טעות שהמדינה תרמה לה בהתנהגותה.

בגבול בין תאילנד לקמבודיה יש מקדש שלפי הסכם בין תאילנד לקמבודיה הושם בצד הקמבודי, על בסיס מפה שתאילנד טענה שהיא שגויה. ה-ICJ טוען כי תאילנד תרמה להיווצרות הטעות [הטעות בין השאר נגרמה בגלל מה שהופיע במפות היסטוריות שתאילנד נסמכה עליהן בטיעוניה] ולכן ההסכם עומד בעינו.

סעיף 61 עוסק במצב של חוסר אפשרות לבצע את האמנה למשל כאשר הושמד או נעלם אובייקט חיוני לביצוע האמנה. לדוגמא: מי נהר שיבשו באורח קבוע לא יהיה ניתן לבטל את האמנה על סמך טענה, אם:

(א) הצד שרוצה לבטל את האמנה הוא זה שגרם להעלמות האובייקט תוך הפרת האמנה)הוא יבש את הנהר

 או (ב) היעלמות הנכס הייתה צפויה [דוגמא: הסכם השלום- ישראל התחייבה להעביר לירדן מהכנרת כמות נתונה של מים בשנה. מה קורה אם ישנה בצורת? האם ישראל יכולה לטעון לחוסר אפשרות לקיום האמנה? התשובה היא **לא**. כי בצורת היא דבר צפוי באזורינו ולכן חזקה שמדינת ישראל ציפתה שהיא תהייה מחוייבת להסדר האמור גם בשנות בצורת [היא תצטרך להעביר מים מותפלים] זהו מצב שניתן לצפות אותו, והסעיף קובע שאי אפשר להתבסס על חוסר אפשרות לבצע כתוצאה ממצב שהיה ניתן לצפותו.

נסיבות לביטול אמנה (חלק ב')

4. שינוי נסיבות מהותי

* דוגמאות: אספקת מים; שינוי משטר

5. הפרה מהותית

* הפרת תנאי באמנה שהינו הכרחי למימוש מטרת האמנה
* באמנה בילטראלית: ניתן להשעות את האמנה כולה או מקצתה, או לבטלה כליל
* **באמנה רב צדדית** המדינות יכולות בהחלטה פה אחד להשעות/לבטל האמנה

- מדינה נפגעת יכולה להשעות אם ההפרה משנה מעיקרה את מצב המדינות

 -לדוגמה: ייצור נשק בניגוד לאמנה לאיסור או פירוק כלי נשק.

6. נסיבות נוספות

* שוחד
* תרמית

פגמים נוספים המהווים עילה לביטול: תרמית, שוחד, כפיית הסכם בדרך של איומים על נציג המדינה. + עניין נוסף: בטיוטה של אמנת וינה נכללה גם כפייה פוליטית וכלכלית כבסיס לביטול אמנה אך הוחלט בסוף של לכלול חלופה זו שכן לחצים כאלו הם חלק אינטגרלי מהיחסים בזירה הבינלאומי- לכן פעולות כפיה פוליטית/כלכלית לא יכולות להצדיק ביטול אמנה.

סעיף 62 מדבר על שינוי מהותי בנסיבות, לעומת אלו ששרו בעת הכריתה ושלא היה צפוי בידי הצדדים, אם מדובר בנסיבות שהיו בסיס חיוני להסכמה של הצדדים להיות מחויבים באמנה והשינוי בנסיבות יוצר שינוי רדיקלי בהיקף ההתחייבות שעדיין יש לבצע בהתאם להסכם.

העמדה המקובלת מפרשת כלל זה מאוד בצמצום {נקבע שאפילו שינוי משטר[נניח ממשטר דיקטטורי למשטר דמוקרטי] לא יחשב שינוי מהותי [שכן גם שינויי שלטון הם עניין צפוי ולא מצדיקים בפני עצמם ביטול או הפרת האמנה]}.

לכן, אם נחזור לדוגמא של ישראל וירדן, גם על הכלל הזה ישראל לא יכולה להיבנות מהטענה, כי מצב של בצורת הוא דווקא כן צפוי באזורנו.

רק הפרה יסודית ומהותית תבטל את האמנה (ס' 60 .) לפי ס' 60 הפרה מהותית היא ביטול או פרישה לא מוצדק/ת או הפרת סעיף חיוני להשגת המטרה או התכלית של האמנה.

באמנה בילטראלית הצד הנפגע יכול להסתמך על ההפרה כעילה לביטול האמנה(בכפוף לסעדים נוספים).

באמנות מולטילטרליות המדינות האחרות יכולות לטעון שאינן מחוייבות לקיים את ההוראה שהופרה או במצב קיצוני לבטל את האמנה כולה.

**מצגת סיכום:**



סוגיה אחרונה – גם בשיעור הזה וגם בשיעור הקודם היזכרו נסיבות שבגינן מדינה שהתחייבה להיות צד לאמנה, יכולה להשתחרר מההתחייבות הזו, למען הנוחות בואו נרכז עכשיו את הסיבות העיקריות: סעיף 42 - מדינה לא יכולה להחליט לחזור בה, לבטל או לפרוש מאמנה כרצונה, ואף לא להשעות אמנה, אלא בהתקיים תנאים מסוימים; התנאים העקריים הללו הם:

* אם האמנה מאפשרת זאת (ס' 54a)))
* בהסכמת כל הצדדים האחרים לאמנה (ס' 54(b))
* עקב פגמים בכריתה – ס' 46 – 52 (כמו למשל חוסר סמכות פנימית, אך גם אז רק בנסיבות מסוימות).
* התנגשות עם Jus Cogens- סעיפים 53 ו-64
* אירועים מסוימים לאחר הכריתה – ס' 60 – 62 . (הכוונה היא להפרה מהותית של האמנה ושינוי נסיבות קיצוני)
* **שיעור 6, 2.11.20: היחס בין מנהג ואמנה + נורמות נוספות במשב"ל**

**( השיעור בוטל ולכן ד"ר בורר שלח חומר במייל מתאריך ה-3.11)**

**הערה חשובה: זה הסיכום של שחר לשיעור 6. את שיעור 6 שנכתב על ידי ד"ר בורר, ניתן למצוא במייל.**

**בנוסף, לאחר כמה ימים, נשלח שוב מייל מד"ר בורר שיש טעות בסיכום:**

" הפנו אותי לטעות סופר במערך השיעור של שיעור 6 ששלחתי לכם. מדובר במשפט השלישי מלמטה בעמוד 3: "כזכור נורמת יוס קוגנס גוברת על כל נורמת יוס קוגנס אחרת". מה שהתכוונתי לכתוב הוא: "כזכור נורמת יוס קוגנס גוברת על כל נורמת משב"ל אחרת שאינה יוס קוגנס" ועוד הייתי צריך להוסיף אם רוצים ממש לדייק ש: "ומלבד החלטה מחייבת של מועצת הביטחון, שלגבי היחסים בין החלטה שכזו לבין נורמת יוס קוגנס הסיפור הוא מורכב ונדון בו בשיעור שיעסוק בהחלטות מועצת הביטחון (בגדול אם אתם כבר עכשיו ממש סקרנים אז יש עמדות שאומרות שנורמת יוס קוגנס גוברת גם על החלטות מחייבות של מועצת הביטחון, ויש עמדה הפוכה שאומרת שנורמות מחייבות של מועצת הביטחון גוברות על נורמות יוס קוגנס)"

היחס בין דין בינלאומי מנהגי לבין דין בינלאומי הסכמי (היחס בין מנהג לאמנה)

כאשר מדברים על אמנה ומנהג יש שלושה תרחישים אפשריים:

* אמנה משקפת מנהג (דקלרטיבית)
* אמנה הופכת למנהג
* אמנה סותרת מנהג

האם השתתפות רבה של מדינות הופכת את התוכן שלהן לדין מנהגי?

אם כן – ההסדרים שבאמנה המדוברת הופכים למחייבים את כלל המדינות – לרבות אלו שלא חתומות על האמנה. זה מעורר קושי – מאמנות אפשר לפרוש (בפכוף לתנאים שדנו בהם בעבר), אך אם האמנה הפכה לדין מחייב לא ניתן לפרוש ממנה, ולא ניתן להיות מתנגד עקבי למנהג.

אמנת האג הרביעית (הכללים החלים בלחימה ביבשה) – אמנה שאומצה בשנת 1907, ההסדרים בה ברובם היו לא מנהגיים, אלא קונסטיטוטיביים. אמנה זו הפכה לדין מנהגי (!) – לכן יכלו להעמיד לדין הנאצים במשפט נירנברג.

אין חולק כי הצטרפות מדינות רבות לאמנה מחזקת את האפשרות שההסדרים הקבועים באמנה יהפכו למנהגיים, אך זהו לא תנאי בלעדי:

* יש להראות כי המדינות החתומות על האמנה פועלת בהתאם לכללים המעוגנים בה באופן עקבי
* יש לבחון לגבי כל כלל באמנה האם השימוש של המדינות בו מספיק עקבי ורחב כדי שהוא יהפוך למנהג
* חשוב להניח כי עצם התנגדותה של מדינה להצטרף לאמנה לא הופך אותה למתנגד עקבי לכלל
* כלל שפחות מדינות יהיו חתומות על האמנה יהיה חשוב לבחון את ההתנהגות של המדינות שלא חתומות

כך למשל, פרוטוקול 1 לאמנת ז'נבה – חברות בו 174 (מתוך 193). הרבה מהכללים שם הם מנהגיים אם כי לא כולם, ויש לנקוט זהירות לפני שמגיעים למסקנה בנוגע לכלל ספציפי בדבר היותו מנהגי או לא.

גם אמנות בילטרליות יכולות ליצור מנהג – כך למשל נוצר המנהג של חסינות דיפלומטית, הסגרה וכולי.

ישנה עמדת נגד לפיה מכל מקום אמנה לא יכולה ליצור מנהג – בעבר דעה זו הייתה חזקה ורחבה, היום היא דעת מיעוט. מדינות הבוחרות לקיים אמנות לא בוחרות לקיים אותן מכוח האופיניוס יוריס שלהן, אלא מכוח המחויבות לכלל לפיו הסכמים יש לכבד. על מנת לבחון את קיומו של מנהג יש לבחון את התנהגות המדינות שלא חתומות על האמנה – אך עמדה זו עשויה להוביל לאבסורד מסויים.

סתירה בין נורמות:

* שתי נורמות הסכמיות סותרות – במידה ומדובר באמנות בין אותן מדינות – מאורחת גוברת על מוקדמת, וספציפית גוברת על כללית.
* באמנות סותרות בין מדינה אחת לשתי מדינות אחרות (אומרים א למדינה אחת ו-ב למדינה אחרת) – היא תפר את הדין הבינלאומי בכל מקרה, אז לא משנה מה היא תבחר לעשות.

סתירה בין מנהגים:

* אם אחת מהנורמות היא יוס קוגנס – גוברת.
* אם שתיהן לא יוס קוגנס – ככלי ברירת הדין (מאוחרת מוקמת ספציפית כללית)

סתירה בין מנהג לאמנה:

* מנהג שהוא יוס קוגנס ואמנה שהיא לא אמנה של האום – מנהג גובר
* יוס קוגנס ואמנה של האום – נדון בהמשך הקורס.
* מנהג שהוא לא יוס קוגנס ואמנה של האום – נדון בהמשך הקורס
* מנהג שהוא לא יוס קוגנס ואמנה שהיא לא של האום – ברירת הדין (ספציפי-כללי, מאוחרת מול מוקדמת – קשה לענות מי המוקדמת).

פרגמנטציה –

מבחינים בין:

1. פרגמנטציה נורטיבית
2. פרגמנטציה מוסדית בינלאומית
3. פרגמנטציה של המדינה.

פרגמנטציה נורמטיבית – מצב בו נורמות של המשבל מתנגשות (למשל – אמנה שאוסרת נגישות לטבק של קטינים יחד עם אמנה שמחייבת להעניק לשבויי מלחמה גישה לטבק, יחד עם הכלל המנהגי לפיו אין לגייס למלחמה מתחת לגיל 15. מה קורה עם שבוי מלחמה בגילאים 15-18 שמעוניין בטבק?)

פרגמנטציה מוסדית- אמנות שמקימות מוסדות ופתאום מגלים שיש חפיפה בין תחומים של מוסדות שונים – למשל בית הדין האירופי לזכויות האדם סמכות לבטל דין מדינתי הפוגי בזכויות אלו. במקבילל – בית הדין של האיחוד האירופי סמכות דומה. היו מקרים כי שבהם נקבע כי חוק לא זכות אדם מבחינת אחד מהם אך האחר קבע שכן. לא ברור למי המילה האחרונה.

פרגמנטציה מדינתית – כאשר גורמים שונים בתוך המדינה מנצלים את הפרגמנצטיה במשבל (המוסדית והנורמטיבית) וחותמים על התחייבויות סותרות. כל משרד ממשלתי מעדיף לחייב את ישראל לפעול בדרך שמגשימה את האינטרסים שלו.

ככל שהשימוש במשבל גובר כך תגבר כם הפרגמנצטיה.

מלבד אמנה ומנהג – יש מקורות משפטיים נוספים כמו עקרונות כללים, פסיקה של בתי דין בינלאומיים וספרות. ישנם מקורות נוספים על אלו המפורטים כמו

1. הכרזות חד צדדיות
2. החלטות של ארגונים בינלאומיים
3. SOFT LAW – מסמכים שנחתמים בזירה הבינלאומית עם מעורבות מסוימת של נציגי המדינות אך הם לא מחייבים במישור הבינלאומי. המטרה היא ליצור בסיס לאמנה או ליצור לחצים פוליטיים. מסמכים כאלה צוברים כוח – ומדינות עשויות לאמץ אותם עד לכדי התפתחות למנהג. עשויים להיות מצבים בהם נקבעים כללים לכאורה וולונטריים בידי גופים לא מדינתיים – אך הם בפועל מחייבים את המדינות בגלל התיאום והגלובליזציה. כך למשל ISO זה ארגון לא מדינתי שקובע סטנדרטים של תנאים – לא מחייב, אבל בשביל שהסחורה תימכר במדינות אחרות זה מאלץ את היצרנים לאמץ את התקן. כמו כן הליך קימברלי – יהלומים שנמכרים כדי לממן מלחמות. ההליך ממליץ אם כי לא מחייב לייצר תעודת זהות לכל יהלום ומדינות ולסוחרי יהלומים וכך אפשר לדעת שהיהלום לא משמש מימון למלחמה. יש הקפדה רבה על הכלל הזה כי זה אינטרס כלכלי למרות שהמשבל לא מחייב אותו. כך למשל פסק דין מפקח היהולמים – הופקע רכוש של אדם רק מאחר והוא לא הוכיח את מקורות של היהלום. המפקח על היהלומים עשה את ההחרמה כדי לעמוד בסטנדרט בינלאומי (למרות שהוא לא מחייב) – ככה שניתן לראות שבפועל זה מתפקד כמו נורמה.
* **שיעור 7 (עם המתרגל דוד ברלינר), 8.11.20: היחס בין הדין הבינלאומי והדין המדינתי:**

בשיעור היום נדבר על מהו המעמד הבינלאומי במשפט המדיני.

את המשב"ל לא מעניין מה היחס בינו לבין המשפט המדינתי, אבל אנינו נייחס לכך שלושה שיעורים.

יש שתי סיבות לעסוק בסוגיה הזו:

1. פרקטית – סביר שנשתמש במשבל בתיק בבית משפט בישראל.
2. תיאורטית – להבין את ההתנגשות בין שתי מערכות דינים. ככל שהמשב"ל מתרחב – יש יותר התנגשויות (דוגמה תיק גירושין שיכול להתנהל בשתי מדינות למשל הולנד וישראל, הוויכוח הוא איזה דין חל ואיזה סמכות). לכן, כדי להבין את השימוש של בג"צ במשבל, חשוב שנבין את מערכת היחסים של המשבל עם המשפט המדינתי.

קיימות שתי גישות תאורטיות בנוגע ליחס שבין הדין המדינתי לבין המשב"ל:

* **הגישה המוניסטית**(המוניזם) – המשב"ל והמשפט המדינתי הם מערכת משפט אחת, ולכן המשפט הבינלאומי עליון על המשפט המדינתי. כלומר, יש לנו מערכת משפט גדולה- הבינלאומית ומתחתיו יש את מערכת המשפט המדינתית שבעצם שואבת את כוחה וסמכותה מהמשב"ל, ואם יש סתירה אז המשב"ל גובר.

בתוך הגישה המוניסטית יש שתי גרסאות –

גישת המשפט הטבעי – המשב"ל מייצג נורמות מוסריות יסודיות בסיסיות, ולכן הוא עליון למשפט המדינתי. היום, טענה זו נשמעת בעיקר בתחומים של זכויות אדם, דיני מלחמה, משפט פלילי-בינלאומי וכולי – פחות בתחומים כלכליים. לכן אם תהיה סתירה בין המשבל למדינתי, אז המדינתי ייסוג בפני הבינלאומי.

גישה פוזיטיביסטית – הדין הבינלאומי הוא שקובע אם המדינה תקום. ולכן עצם הקיום של המדינה תלוי במשב"ל. המדינות הן יצירה של המשב"ל, ולכן הוא עליון על משפט המדינתי. הנורמה הבסיסית בגישה זו היא שהסכמים צריך לכבד. הבעיה בטיעון הזה – שהמדינות הן יוצרות את המשבל – מי שהקים את המדינות הוא לא המשב"ל, אלא הציבור. המדינות הקימו את המשפט.

* **הגישה השנייה היא הדואליסטית** – המשב"ל והדין המדינתי הן שתי מערכות משפט נפרדות. מערכת אחת – עוסקת במדינות (משב"ל); השנייה עוסקת בבני אדם (מדינתי) ולכן הן לא באותה מערכת (הפרדה של סוגיות שונות ולכן הן מערכות משפט נפרדות לחלוטין). בהתאם לגישה זו, למדינה יש שיקול דעת מוחלט ובלעדי האם לאמץ או לא לאמץ לתוך המשפט המדינתי נורמה מהמשב"ל. כל עוד המדינה לא אימצה את הנורמה של המשבל לדין המדינתי, אז הנורמה אולי מחייבת את המדינה במישור הבינלאומי אבל היא לא מחייבת את בני האדם והאזרחים בתוך המדינה.

אם המדינה רוצה להחיל דין בינלאומי על האנשים בטריטוריה שלה המדינתית, היא צריכה לעשות את זה באמצעות חיקוק פנימי שמעגן את הנורמה הבינלאומית. חשוב לשים לב כי מקור הסמכות הוא הדין המדינתי, ולא הדין הבינלאומי.

הטיעון הזה רלוונטי במיוחד למשבל הקלאסי, ולא לזה שבא אחרי מלחמת העולם השנייה (התחילו לפנות לבני אדם), אך עדיין – זה שהתחילו לפנות לבני אדם לא מחייב את האזרחים ישירות – זה "שטח שיפוטי" אחר.

מדובר בשתי גישות קיצון – ויש הרבה באמצע.

**היחס למוניזם והדואליזם- שלוש נקודות מבט**

* הגישה העקרונית של המשפט הבינלאומי, המוסדות והטריבונלים הבינלאומיים היא שהמשפט הבינלאומי הוא עליון למשפט המדינתי (מוניזם).
* לעומת זאת, הגישה הבסיסית של המדינות היא גישה דואליסטית (המדינתי גובר על המשבל).
* הגישה השלישית- "המתבונן מהצד" (חוקרים ואקדמיים) – אין תמיכה לגישות האלו - הגישה הדואליסטית לא מאפשרת הענשה במקרי קיצון (נאצים למשל יכולים להגיד שהם פעלו לפי הדין המדינתי), ואין תמיכה במוניזם (יש קושי בכפייה על מדינות – פוגע בריבונות. כמו כן, יש שוני רחב בין המדינות ואי אפשר תמיד להחיל את אותה הנורמה על כל האנשים בעולם) .

**תפיסת המשפט הבינלאומי VS תפיסת המשפט המדינתי (הדיון הפוזיטיבי)**

השאלה הראשונה תהיה -האם וכיצד יכול להיקלט דין של מערכת אחת במערכת השנייה?

שאלה שניתן לחלק לשתיים:

1. האם וכיצד המשפט המדינתי יכול להיקלט בתוך משפט הבינלאומי

2. ולהפך, כיצד צריכה להיקלט נורמה של המשבל בתוך המשפט המדינתי?

**מנקודת המבט של המשבל**

**תשובה לשאלה אחת: האם וכיצד המשפט המדינתי יכול להיקלט בתוך משפט הבינלאומי?**

**העמדה המוצהרת: המשפט הבינלאומי עליון למשפט המדינתי.**

באופן כללי דין של מדינה ספציפית לא רלוונטי למשבל. זה הדין הבינלאומי שנקבע וזה מה שמחייב. לא נבדוק עכשיו מה המדינות אומרת בכל סוגיה וסוגיה. לכלל הזה יש חריגים –למשל אזרחות (בנוגע להענקת אזרחות, כל מדינה תחליט למי להעניק. לגבי שלילת אזרחות זה יותר מורכב) או קביעת גבולות. (באופן כללי המשבל סובר שהוא עליון [אחרי שנוצרה אמנה, למשל ארהב וישראל חתמו על דיני הסגרה. ישראל הייתה צריכה להסגיר איזשהו רוצח. לפי המשפט בישראל, היא לא הייתה צריכה להסגיר אותו. למעשה ישראל הפרה את המשבל. במקרה כזה וכשיש סתירה בין הדין המדינתי למשבל, המשבל גובר. ישראל יצרה את המשבל, היא חתמה על אמנה, ולכן צריכה לעמוד בהתחייבות ולהסגיר, גם אם הדין המדינתי אומר אחרת( אגב, הדין בישראל אכן שונה בהמשך].

חוק פנימי של מדינה לא מהווה הצדקה להפרה של המשבל, אבל יש חריג גם של יצירת עקרונות משפט כלליים – כמו למשל במקרים של לאקונות (סייגים לדין פלילי בינלאומי)**.**

**תשובה לשאלה השנייה: כיצד צריכה להיקלט נורמה של המשבל בתוך המשפט המדינתי?** מבחינת המשבל הוא מחייב את המדינות. לא אכפת לו איך המדינה תקלוט את זה לתוך הדין הפנימי, העיקר שהיא תציית לדין הבינלאומי. (למשל לא אכפת לו איך מדינה תקלוט את דיני הלחימה, העיקר שייקלט. כי הרי המשבל הוא נורמה עליונה, שמדינות צריכות לקלוט אותו, יעשו זאת בדרכן).

**מנקודת המבט של הדין המדינתי**:

**תשובה לשאלה אחת: האם וכיצד המשפט המדינתי יכול להיקלט בתוך משפט הבינלאומי?**

ככלל, העמדה המוצהרת: המשפט המדינתי עליון למשב"ל. הצדקה תיאורית: עמדה דואליסטית – ולכן מהשבל נחות למשפט המדינתי. במציאות – המודלים שהמדינות אומצו בפועל משלבים בין אלמנטים שונים. ההסדרים במדינות משקפים תנועה על הרצף בין מוניזם לדואליזם. מנסחי החוקות של המדינות הושפעו מהויכוח התיאורטי בין המוניזם לדואליזם. מנסחי חוקה שהושפעו מהמוניזם, לקחו עמדה שהיא יותר עם אלמנטים אלה.

נראה שיש שלושה הסדרים שונים (דוקטרינות) לקליטת הדין הבינלאומי בדין המדינתי:

* הדוקטרינה הראשונה היא **קליטה ישירה** – שהמשבל נקלט באופן אוטומטי לתוך המשפט המדינתי. גישה שבאה לידי ביטוי כאן היא מוניזם, לכן מדינות עם הסדר כזה מכונות לעיתים מונסטיות.
* הדוקטרינה השנייה היא **קליטה מפורשת** – נדרש אקט של קליטה מצד המדינה – למשל חיקוק בחוק שהיא קולטת אמנה או נורמה בינלאומית מסוימת. – הגישה הזאת משקפת את הדואליזם. מה שחל זה רק מה שהמדינה קבעה.

צריך לבדוק מה המעמד שיש לנורמה המדינתית שקלטה את הדין הבינלאומי – אם הנורמה המדינתית שאימצה את המשב"ל היא חקיקה, אזי שאם יש התנגשות בינה לבין החלטה מנהלית – החוק יגבר(אותה נורמה בנלאומית); אם מה שקלט את הדין הבילנאומי הייתה תקנה מנהלית – ויהיה חוק שיסתור את זה, החוק יגבר על התקנה, והנורמה המדינתית תגבור על הבינלאומית.

כלומר, מעמד הנורמה הבינלאומית יהיה כמעמד הנורמה שאימצה אותה (חוק, תקנה וכיוצ"ב).

* דוקטרינת ביניים – גישת היישום: המשב"ל לא נקלט באופן מלא ואוטומטי לתוך המשפט המדינתי, אבל משפיע עליו באמצעות פרשנות. אנחנו מיישמים את הנורמות המדינתיות לאורן של הנורמות הבינלאומיות, כך שיתאימו לנורמה של המשבל.

אם תהיה התנגשות חזיתית בין המשבל לבין המשפט המדינתי, המשפט המדינתי יגבר, כי הנורמה הבינלאומית לא נקלטה באפן ישיר לתוך המשפט המדינתי. אבל אם אין התנגשות, ויש התלבטות לגבי פרשנות מסוימת של המשפט במדינתי אז אני אקח את המשבל והוא ישפיע על הפרשנות של המשפט המדינתי, כך שיתאים למשפט הבנלאומי.

יישום הדוקטרינות השונות במדינות

בפועל – יש הרבה מדינות שיש בהן שילוב של שלוש הגישות האלה: הכוונה בשילוב הוא שיכול להיות הסדר מסוים של קליטת אמנות בדין המדינתי, אבל הסדר אחר בנוגע לקליטת מנהגים.

עליונות על נורמות מסוימות (למשל תקנה) אך לא על נורמות אחרות (למשל חוקה).

במקום שבו תהיה מורכבות מיוחדת – זה כאשר יהיה מקום בו תהיה עליונות של המשב"ל, ואז המדינה תצטרך להסביר מדוע נתנה את העליונות למשבל.

חזקת ההתאמה הפרשנית – פרשנות הדין הפנימי בהתאם למשפט המנהגי וההסכמי. חזקה שהדין המקומי לא סותר את הדין הבינלאומי, ולכן ככל שהדבר האפשרי מפרשים את הדין הפנימי כך שיהיה תואם לדין הבינלאומי (הן הסכמי והן מנהגי). מדובר בחזקה, ולכן היא ניתנת לסתירה. הדין הפנימי צריך להלום את הדין הבינלאומי.

אם יש התנגשות בין המשבל למשפט המדינתי – המדינה צריכה להחליט מה גובר (בריטניה – הדין הפנימי גובר; צרפת – משבל גובר( אלא אם מתנגש עם החוקה, אז היא תגבר); ארה"ב – משבל במעמד של דין פרדלי, ולכן גובר על דין מדינתי, חוקה גוברת על חוק פנימי; הולנד – אמנה גוברת על חוק פנימי, מנהג מול חוק פנימי, יגבר הדין הפנימי על דין מנהגי)

כמו כן, במקרה של התנגשות יש את הכללים של נורמה מאוחרת גוברת על מוקדמת, ונורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית. לרוב ניטה לפעול בהתאם למאוחר יותר.

* התרחקות ארה"ב מהמודל המוניסטי באמצעות בית המשפט – על רוב האמנות לא צריך להחיל את סעיף החוקה שדורש 2/3 מהסאנט כדי לאשרר אמנות. לכן: - מצד אחד הנשיא יכול לחתום ולאשרר אמנות בלי הסנאט. מצד שני, בתי המשפט גם קבעו שלאותן אמנות אין מעמד בדין האמריקאי – אין תחולה בדין המדינתי. כלומר יחייבו את ארהב רק מבחינה בנלאומית

דרך נוספת בה התהליך קרה – הבחנה בין אמנות ש"מיישמות את עצמן ל"אמנות שלא מיישמות את עצמן". אמנות שאושרו בידי הסנאט.

אי אפשר לפסוק לפי אמנות שלא מיישמות את עצמן, הן חלק מהדין הפדארלי, אבל הן לא מחייבות ואזרח לא יכול להתנהל לפיהם בבתי משפט מדינתיים, עד שלא תוגדר כמיישמת את עצמה או עד שתיושם (פעולה חקיקתית מיישמת). אם ניתן לאזרחים לתבוע לפי כל אמנה – הם יתערבו במדיניות החוץ של ארצות הברית. בית המשפט לא מעוניין בכך ולכן מונע את זה.

במילים אחרות, יש שתי סוגי אמנות- אמנות שמיישמות את עצמן- ניתן להגיש תביעות בבתי המשפט בארה"ב והיא יכולה להעניק זכויות לפרט. ויש אמנות שלא מיישמות את עצמן- צריכות פעולה חקיקתית מיישמת, יש לה תחולה בדין הפידרלי אבל הפרט לא יכול לבוא ולתבוע. זאת כי הרבה סעיפים באמנות הם עמומים, לא רוצים שבתי המשפט יתחילו לפרש ולשנות אותם. בנוסף, אם יתנו לאזרחים לתבוע על כל אמנה ואמנה לבית משפט, תינתן אפשרות לאזרח להתערב במדיניות חוץ, מה שבתי המשפט לא רצו לאפשר. לכן עשו את החלוקה הזאת. (דוד הסביר שיהיה כתוב האם האמנה מיישמת את עצמה או לא)

ככלל, ככל שהפרלמנט מעורב יותר באשרור האמנה כך עולה ההסתברות שהאמנה תקלט בדין המקומי. יש לכך הצדקות בעקרונות השיטה הדמוקרטית (הפרלמנט מחוקק ולא הממשלה).

אך גם כשהפרלמנט מעורב באשרור האמנות, בתי המשפט לא נוטים תמיד להחיל את האמנות על המדינה או על האזרחים באופן ישיר שיחייבו את המדינה לעשות פעולות מסוימות, אלא בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית (שבאמצעות הפרשנות יש השפעה של הדין הבינלאומי על המדינתי).

סיכום:

ניתן להצדיק את הגישה של מערכות המשפט המדינתיות על סמך יסודות דואליסטים. בפועל – יש מדינות שהקלו את הקליטה של המשבל לתוך הדין הפנימי, יש מדינות שתנו יותר משקל למוניזם ויש מדינות שנתנו משקל לדואליזם. מעניין לראות שמדינות ששיקפו דואליזם מובהק, בתי המשפט הגדבירו את המעמד של המשבל וגם הקלו על קליטתו במדינה. לעומת זאת, במדינות בהן המשפט התחיל מהמוניזם, אז בתי המשפט פיתחו דוקטרינות שהגבילו את הקליטה הישירה של המשבל. מדינות כאלה מצהירות שמה שמעניק למשבל את המעמד שלו הוא לא המשבל עצמו, אלא הסעיף בחוקה שקובע את המעמד. כלומר, גם מדינות מוניסטית, הן מצהירות שמה שנותן תוקף למשבל היא החוקה או הדין המדינתי לכן גם הן משקפות בסופו של דבר את הדואליזם.

יש איזשהי התכנסות למרכז בקליטה של הדין הבינלאומי. תהיה נכונות גדולה יותר של בתי המשפט לקלוט את הדין המנהגי מאשר האמנות (מלבד הולנד).

למרות ההבדלים בנקודת ההתחלה בין המדינות השונות – יש נקודה משותפת בנקודת המבט של המדינות – לכל המדינות יש סוג של הצהרה שהדין המדינתי הוא הקובע את המעמד של הדין הבינלאומי (כלומר הצהרה דואלסטית), זוהי עמדה הפוכה מהעמדה של המשב"ל שאומר שהוא עליון למשפט המדינתי.

סיכום בנקודות כפי שהופיעו במצגת

* במדינות שהתחילו מקרבה למוניזם- בתי המשפט מגבילים את הקליטה של המשבל וקובעים שהמקור למעמד המשבל במידה הוא החוקה.
* במדינות שהתחילו מקירבה לדואליזם מובהק- בתי המשפט מגבירים את מעמד המשבל ומקלים על קליטתו.
* למרות ההבדלים בנקודת ההתחלה, בכל המדינות יש סוג של הצהרה דואלסטית שאומרת כי הדין המדינתי הוא שקובע את מעמד הדין הבנלאומי. זו הצהרה הפוכה מהעמדה המוצהרת של המשפט הבנלאומי
* **שיעור 8, 9.11.20:היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי- מבט עומק**

בשיעור הקודם סיימנו עם דוד בכך שראינו שגם מדינות שהתחילו מנקודת התחלה מאוד דואלסטית, אימצו כללים שהמטרה שלהם לתת קדימות מסוימת ולו חלקית למשפט הבינלאומי. לעומת זאת, מדינות שהתחילו מנוקדת מבט יחסית מוניסטית, מאומצות בהן דוקטרינות שהמטרה היא להחריש את מעמד של המשבל בתוך המערכת המדינתית, דבר שנעשה בדרך כלל באמצעות הצהרה שמה שנותן את המעמד למשבל זה נורמה מדינתית. זוהי הצהרה שאומרת שמה שיהיה תקף זה הפרשנות של המדינה עצמה, ולא פרשנות של המשבל במקומות אחרים.

אנחנו רואים התקרבות, שמדינות שהתחילו מנקודת מבט מוניסטית ומדינות שהתחילו מנקודת מבט דואלסטית יש מצד אחד מעמד למשבל ומצד שני התעקשות על הצהרה של עליונות המשפט המדינתי. ננסה להבין מה המקור של המסר הסותר בין המשבל למדינתי- כלומר שהמשבל מוסר שהוא העליון לדין המדינתי, ומנגד המדינות שולחות מסר שהדין שלהן הוא העליון.

במצגת הייתה תזכורת נוספת לשיעור הקודם:

נקודת מבט תאורטית

* מוניזם- עליונות למשב"ל
* דואליזם- משבל חל על מדינות ולא על אנשים. בנוסף, חסר תוקף כלפי בני אדם אם מדינתם לא קלטה את המשבל לדין הפנימי.

נקודת המבט של המשפט הבינלאומי

* עליונות של המשבל

נקודת מבט של המשפט המדינתי

* נקודות התחלה שונות של המדינות
* הצהרה שמעמד המשבל נקבע בדין המדינתי (דואליזם)
* תהליכם: התכנסות למרכז בנוגע לקליטת המשב"ל

**מדוע המערכות המדיניות שולחות מסרים סותרים? ומדוע קיימת סתירה בין נקודות המבט של הדין הבנלאומי והמדינתי?**

כאשר שתי מערכות נורמטיביות מנסות לכוון התנהגות של פרטים, היא חייבת לטעון שהיא עליונה על האחרת; אחרת – היא תיבלע במערכת השנייה.

במצבים של שתי מערכות נוגדות כל אחת טוענת שהיא העליונה (כמו הדין הדתי מול חוקי המדינה בישראל), וזה מה שקורה בין המשב"ל לבין מערכות המשפט המדינתיות.

לכל מערכת משפט יש "קלף" מנצח. טיעוני מערכת המשפט המדינתית – תטען שיש לו עליונות בגלל שיש סיכוי גדול יותר שהחוקים שלהם משקפים את הערכים של אוכלוסיית המקום, יותר קרובים לשטח. בנוסף, החוק התקבל בדרך דמוקרטית – ולכן הוא עליון.

מנגד, גם למשבל יש מערכת טיעונים חזקים – טיעונים פרקטיקיים – בעידן של גלובליזציה, פעולה של כל מדינה יוצרת השפעות על מדינות אחרות, יש צורך להסדיר את האינטראקציות בין המדינות. הפרה של דין במקום אחד מובילה להפרה במקום אחר. אי ציות למשב"ל יכול להוביל לסנקציות, העדר שת"פ ועוד. וגם יש טיעון מוסרי- בתחומים מסוימים המשבל מסדיר נורמות מוסריות בסיסיות.

דוגמא לסתירה בין המערכות – ע"פ 336/61 (אייכמן) – אייכמן טוען שהוא פעל בהתאם לחוקי גרמניה, מאחר שהוא היה מחוייב לו אי אפשר להעמידו לדין. בית המשפט – ברגע שעברת על המשב"ל אתה לא יכול להסתתר מאחורי דיני המדינה – המשבל גובר.

אייכמן טוען טענה נוספת– לא ניתן להעמיד אותי לדין בישראל, שכן עיקרון הריבונות של המדינה מחייב שרק במדינה שבה בוצעה העבירה או שלה שייך העבריין, תהיה זכאית להעניש (כשלעצמו זה לא נכון). העליון משיב – בית המשפט הישראלי מחוייב למשפט המדינתי ולכן יש לנו סמכות. (סתירה מוחלטת לתשובה הקודמת שנתן העליון. טיעונים נוגדים של איזה דין גובר).

מה עושים כשיש שתי מערכות מקבילות מתחרות?(עימות או פשרה)

* אופצייה אחת היא **עימות** – כל מערכת מצהירה שהיא העליונה ומענישה את אלה שמחליטים להעדיף את הנורמות של המערכת האחרת על פניה.

הבעיה(מחיר העימות) – שתי המערכות תפגענה מהעימות. החלשת מעמד כל אחת ממערכות משפט, התלוי באמון הציבור. הציות עובד בצורה הטובה יותר כשלא יודעים מה הסיבה שמצייתים. בנוסף, פגיעה במעמד המשבל היא פגיעה במדינה כי זה יוביל לפגיעה בשיתוף הפעולה בין המדינות, החיוניים בעידן המודרני.

* לכן יש אופצייה שנייה והיא **פשרה** (בורר מדבר על כך במאמר שלו) – כל אחת מהמערכות מאמצת מנגנונים במטרה להקטנת החיכוך.

דוגמאות, במשפט הבינלאומי – בדיני האמנות – גם בדין מדינתי הוא לא תירוץ לבוא ולהגיד שהגורם לא היה מוסמך לחתום על האמנה ובכך להשתחרר ממנה. יחד עם זאת, יש חריג – אם הכריתה נעשתה בניגוד לעקרון יסודי ובולט בדין המדינתי.

דוגמה מהדין המדינתי – יש את חזקת ההתאמה הפרשנית – שמבקשת שהדין המדינתי יפורש בהתאם למשבל.

כשדיברנו בשבוע שעבר על צמצום הפער שבין מוניזם לדואליזם – מנגנוני פשרה הם הביטוי לתופעה זו. אצל מדינות מוניסטיות לכאורה לא היה צריך להיות חיכוך, אבל ראינו שתזת ההתאמה גורמת להן להכריז על עליונות (שוב, בין אם הן מוניסטיות ובין שהן דואליסטיות). הדואליסטיות היו צריכות להיות בעימות תמידי, אבל הן מאמצות מנגנוני ריכוך שמחייב לתת קדימות מסוימת או התחשבות מסוימת בנורמות המשבל.

(בורר הבהיר שוב לגבי חזקת ההתאמה הפרשנית- היא אומרת שאתה כשופט המדינה הישראלי, תנסה לפרש את הדין המדינתי, באופן שלא יוביל לסתירה במשפט הבנלאומי, כך יהיה ניתן לצמצם כמה שאפשר את החיכוך)

ארה"ב והמשב"ל

בתרבות האמריקאית יש שתי עמדות הנוגעות למשב"ל.

עמדה 1: התנגדות למשבל ללא רתיעה מעימות. לא מצייתים למשבל אם הוא לא מתאים לנו. מה שמשנה זה האינטרסים של ארה"ב. אם לציית לנורמה ישרת את האינטרסים נעשה זאת, ואם לא אז לא. נימוקים לכך – המשבל הוא לא דמוקרטי ולא לגיטימי, הוא לא לוקח בחשבון את האינטרסים של ארה"ב. כמו כן, ארה"ב היא מעצמה (לפי טראמפ)– אין בעיה שתעשה מה שהיא רוצה. אם הנורמות מפריעות, פשוט לא צריך להקשיב.

יש מחיר לעמדה זו, כמו קושי ליצור קואליציות בינלאומיות, וכן ירידה במעמד פסיקת ביהמ"ש העליון האמריקאי במשפט המשווה ועלייה של ביהמ"ש הקנדי, דרום אפריקאי וכולי – ההשפעה האמריקאית יורדת.

עמדה 2: התחשבות במשב"ל תוך חתירה לפשרה. הנימוק – גם המעצמה לא חיה בואקום ולכן צריכה להתחשב במסגרות הנורמטיביות השונות. כמו כן, אנחנו רוצים להפיץ את הערכים שלנו, ולכן נשחק לפי חוקי המשחק, ארהב מרוויחה המון כי סומכים עליה( הדולר הוא הסטנדרט). ארהב צריכה את בנות הברית שלה. דוקטרינת פאוול – ארה"ב הפסידה בויאטנם כי לחמה בלי בעלי ברית. ארה"ב צריכה בעלי ברית כדי להיות במיטב, ולכן כדי לה לשתף פעולה עם המשב"ל.

בשנות ה-90 – העדפת עמדה 2;

אבל אחרי אירועי ה11/9 – מאמצת ארהב עמדה 1 וחוק המתיר לתקוף את האג אם יוחזק שם חייל אמריקאי ופרישה מאמנות שמעניקות סמכות שיפוט מהICJ.

שלהי בוש הבן+אובמה –אצל בוש הבן מחוקק חוק התקיפה כנגד האג, שאם אי פעם ייעצר חייל אמריקאי ע"י בית דין פלילי בהאג, יש לנשיא סמכות כדי לחלץ את החייל (החוק חוקק באמצע הכהונה של בוש. הם גם פורשים מאמנות שמעניקות סמכות לICJ. האמנה שנשארת ונותנת סמכות לICJ היא האמנה יחסי רעות ושלום בין ארהב לאיראן. וממשלת ארהב ואיראן שמרו עליה מתוך אינטרס. כל פעם היות תובעות אחת את השנייה. פעם זאת מפסידה ופעם השנייה.

לקראת סופה של ממשלת בוש הבן כי החברות האירופאיות שלה פחות משתפות איתה פעולה, ואצל אובמה התחזקות מחודשת של עמדה 2. גם כאן אובמה נכווה מהעניין הזה שבעלות הברית פחות משתפות איתו פעולה.

ואז מגיע טראמפ – עמדה 1. איום היועץ לביטחון לאומי לשלוח כוחות צבאיים להאג, פורשים מאמנת הדואר וכולי.

קושי ביצירת קואליציות. וגם יש השפעה של הגישה הבדלנית והלעומתית הזאת- צמצום בהסתמכות של בית משפט העליון במדינות אחרות ופנייה לביהמש הקנדי, הדרום אפריקאי, הביהמ"ש אירופי לזכויות אדם.

בישראל- גדר ההפרדה – הפלסטינאים פונים לבית הדין (ICJ) בהאג דרך האום, בכדי לקבל חוות דעת מייעצת (לכאורה, אין שום מעמד משפטי מחייב – אך היות והוא בית הדין הכי נחשב בעולם, ויש לכך השלכות ברמה המעשית). מדינת ישראל בוחרת שלא להופיע בפני הICJ (בחירה חכמה – היה ברור שיכריעו על ההתנחלויות וחוקיותן, והשתתפות פירושה קבלת חוות הדעת שקובעת שהן לא חוקיות) .

התקבלו שורה של פסיקות, בניהן קביעה שגדר ההפרדה מפרה את עיקרון המידתיות של דיני הלחימה. בפסיקה של הICJ אין התייחסות כמעט לטרור הפלסטינאי (שהוא המניע לגדר בשל האינתיפדה השנייה). מה מדינת ישראל עושה? פס"ד מעצבן מחד, מאידך זה סיכון אמיתי למדינה ברמה המשפטית (פשע מלחמה – יש חשש שיעמידו לדין אזרחים ישראלים שהיו מעורבים בגדר ההפרדה, ויהיו מדינות שאפילו יחרימו אותנו. המשבל הפלילי מאוד התחזק).

כיצד מדינת ישראל מגיבה? פה רואים את בג"צ בית סוריק –

חשין – נוקט בגישה של עימות. הוא טוען שלא נעשה משפט באמת משום שלא הייתה התייחסות לטרור הפלסטינאי. הוא מזלזל במשב"ל כמערכת משפט.

ברק – היו כל מיני נושאים שהם לא רלוונטיות לדיון כמו מעמד השטחים. הוא מתייחס רק לסוגיית הגדר – הוא טוען שהמסקנה של הICJ היא טעות – בגלל שלא היו לפניהם את כל האינפורמציה מאחר ומדינת ישראל לא הגיעה לדבר ולמסור מידע. הוא מחליט לבדוק מטר-מטר בגדר ולחפש את המידתיות שלה.

ברק הוא שופט מאוד מוערך בעולם, ובמיוחד במשפט בינלאומי, ולכן האמירה שלו מאוד מתקבלת. בעקבות זאת, יש מספר פסקי דין שמבטלים או מאשרים חלקים בגדר. מדינת ישראל יוצרת דוח בנוגע לכל מה שברק לא התייחס אליהן, והשורה התחתונה שלו (בנוגע לגדר) – שונה תוואי הגדר עד כדי כך שהתוואי הגדר, שעליו ניתנה חוות הדעת של הICJ כבר אינה רלוונטית. הביקורת של בצג הוציאה את העוקץ מחוות הדעת של ה-ICJ.

השינויים בבית המשפט העליון בעשרים השנים האחרונות, לרבות מינוי שופטים שמרניים יותר – יוצר תהליך של איבוד האמון בבית המשפט העליון הישראלי בפני העולם והICJ. לראייה, כאשר התובעת של בית הדין הבינלאומי הפלילי היא מכריזה על חקירה שנוגעת גם להוראות פתיחה באש בגדר בעזה – נושא שיש לו פסק דין שמאשר את החוקיות שלו – מאחר ואין בו הנמקה משכנעת מבחינת בית הדין הבינלאומי. (לדעת בורר זה לא היה קורה בתקופת ברק, כנראה היה מנמק אחרת) כך גם לגבי הריסות בתי מחבלים, ברק ביקש להקפיא כי ברור לכולם למרות שפסיקת בית משפט עליון מאפשר זאת, שמדובר בפשע מלחמה (העמדה הרווחת). העובדה שאין לבית משפט העליון את אותו מעמד כמו לפני 20 שנה גורמת לזה שהגורמים במשבל לא מייחסים לו חשיבות (לדעת בורר גם לעניין הריסת בתי מחבלים, תיפתח חקירה).

**החיכוך והשפעתו על מדינות: סיכום**

הגישה הלעומתית במדינות השונות:

* מעצמות כדוגמת ארהב- הפרה תגרום לפגיעה יחסית קטנה.
* מבודדות כדוגמת צפון קוריאה- אינן חלק מהמשחק ואין מה להפסיד מהפרה
* שאר המדינות- רוצות להימנע מבידוד וישאפו להקטנת החיכוך עם המשב"ל

השפעת בתי המשפט על החיכוך

* השופטים המדינתיים משפיעים על היחס של הקהילה הבינלאומית:
* גישת ברק בבית סוריק ריככה את הביקורת הבינלאומית
* שינוי בגישת בית המשפט בשנים האחרונות משפיע לרעה על היחס לישראל (דוג' הריסות בתים+ עניין ההפגנות בסמוך לגדר)
* **שיעור 9: 15.11.20 היחס בין המשפט הבינלאומי לדין בישראל- ניתוח פורמאלי**

בשיעור הזה אנחנו סוגרים דיון שהתחלנו לפני שלושה שיעורים (החל מהשיעור עם דוד) על היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי( איך מדינות שונות מתייחסות אליו), כאשר הניסיון היה להבין את זה גם ברמה ההשוואתית וגם ברמה התיאורטית.

עכשיו מגיעים להקשר הישראלי (נראה את מנגנוני הפשרה הפורמליים שהם נורמות שמערכת מאמצת כדי לצמצם את החיכוך כמו : חזקת ההתאמה הפרשנית שנדבר עליה שוב בהקשר הישראלי והשני מבחינים בין משבל מנהגי להסכמי (אמנות) כי החשש מכל אחת מסוגי הנורמות הוא שונה.

אנחנו נתקלים בשאלת היחס הפורמאלי בין המשפט הישאלי לבין דיני המשבל בשלוש סוגיות שונות:

* **הסוגייה של ההשפעה הפרשנית** – האם ובאיזה מידה אני צריך לפרש את הדין המדינתי הישראלי באופן שיתאם את ההתחייבויות שחלה על מדינת ישראל כלפי הדין הבינלאומי. בהקשר הזה אין חשיבות להבחנה שבין הדין המנהגי לדין ההסכמי, לשניהם אותה מידה של השפעה על פרשנותם של דינים ישראליים.
* הסוגיה השנייה שבה אנו נתקלים בדין הישראלי הפורמאלי בסוגיה בין היחס של המשפט הישראלי למשבל, זה **דרך ומידת הקליטה של דיני המשפט הבינלאומי הפומבי לדין הישראלי** – קליטה זה כיצד ואיך דין של המשבל הופך לנורמה משפטית מחייבת של המשפט הישראלי. כאן נראה שהמשפט הישראלי יש הבחנה בין הדין המנהגי לדין ההסכמי.
* הסוגיה השלישית שבה אנו נתקלים בדין הישראלי הפורמאלי בסוגיה בין היחס של המשפט הישראלי למשבל, **זה המעמד הנורמטיבי של הדין הבינלאומי במשפט הישראלי** – בהנחה שהדין הבינלאומי נקלט למשפט הישראלי, איפה הוא ממוקם בפרמידת הנורמות? גם בשאלה זו גם כאן יש הבחנה בין דין מנהגי לבין דין אמנתי.

חזקת ההתאמה הפרשנית וחוקי יסוד

פס"ד להיס – חייל בשני אירועים שונים רצח עשרות אנשים בכפר ערבי. כשהעמידו אותו לדין, הוא טען שזה היה אקט של סייג הצורך צבאי(הדין הישראלי סע' 69) ולכן יש לו סייג מאחריות פלילית. היה דיון האם זה עומד בתנאי הדין הבינלאומי או לא.

מדוע יש צורך בדיון במשב"ל, אם הוא טוען שיש לו סייג לפי הדין הישראלי (או הדין הצבאי)? עקב חזקת ההתאמה הפרשנית. יש לפרש את הדין הישראלי בהתאם לדין הבינלאומי שחל על ישראל. זאת בהתאם לדין המנהגי (שישראל אינה מתנגד עקבי לו) ובהתאם לדין הסכמי, שנמצא באמנות שישראל צד להן. ישראל בחזקת ההתאמה הפרשנית, לא מבחינה בין דין בינלאומי מנהגי לבין דין בינלאומי הסכמי.

בורר בחר בפסד להיס, בשל היותו מקרה קשה שלא ניתן לשכוח, הוא פסד ראשון שביהמש מחיל חזקת ההתאמה הפרשנית- בית המשפט מפרש את סעיף 69 לחוקת השיפוט הצבאית הישראלית, בהתאם לתקנות האג (הפכו למנהגיים) וסעיפים רלווטניים באמנת ז'נבה מ1929(דין הסכמי) שמחייבים את ישראל. בנוסף, הפסד מבהיר שהחזקה חלה גם אם מדובר במנהגי וגם אם בהסכמי. רואים זאת כי שניהם משמשים השראה לפרשנות הדין הישראלי (כמור תקנות האג ואמנת ז'נבה).

וגם בית המשפט מבקש שלא להכריע במעמדן של הנורמות הבינלאומיות במשפט הישראלי.

בורר אומר שבמאמר שלו, חזקת ההתאמה הפרשנית הרציונאל הצר שלה, היא משקפת גישה תיאורטית של פשרה. אם נזכך אז הרציונאל הצר שלה שלה הוא להקטין את מידת החיכוך בין המשפט הישראלי למשבל. במילים אחרות, להקטין את הסיכוי שבו הדין הישראלי המדינתי יכריח את מדינת ישראל להפר את ההתחייבויות שלה לפי הדין הבינלאומי. כלומר, שהדין הישראלי לא יחייב אותה לעשות אחרת מהדין הבינלאומי.

חזקת ההתאמה הפרשנית לא מאפשרת לשופט לעשות הכל – אם לשון החוק או תכליתו באופן ברור מביעים את רצונו של המחוקק לסטות מהמחוייבות של הדין הבינלאומי, להפר אותו – אזי שהחזקה לא חלה, והשופט צריך לתת קדימות לדין הישראלי בהתאם ללשונו או לתכליתו.

הדבר נכון במלוא האחוזים כשמדובר בחקיקה ראשית של הכנסת. כשמדובר בחקיקת משנה המצב מורכב יותר. אם חקיקת משנה סותרת דין מנהגי – הדין המנהגי גובר; אם חקיקת משנה סותרת התחייבות של ישראל באמנה – לעיתים חקיקת המשנה אינה סבירה ולכן בטלה.

שאלה שד"ר בורר דן בה במאמר- האם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על חוקי היסוד?

בחמש השנים האחרונות נשלחו רמזים די ברורים מהפסיקה, שהכוונה היא לקבוע הלכה לפיה חזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על חוקי יסוד. למה? כי גם כאן חל הרציונאל הוא הקטנת החיכוך בין המשבל לדין הישראלי. בנוסף, צריך לזכור שיש לנו נורמות חוקתיות ששואבות השראה מהמשבל (זכויות אדם – קיבלנו השראה מרכזית מהחוקה הקנדית, הם קיבלו השראה מהאמנה האירופית בדבר זכויות אדם והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966). לכן הגיוני שנפרש אותן לאור המשבל.

בתגובה לכך חלה התנגדות – קמה טענת נגד של הכנסת והממשלה( בהשפעת קהלת) שאומרת כי אסור לחיל, מדובר בחוסר סמכות וזה מהווה העדפה של ערכים על פני ערכים מקומיים.

הטענה הזאת יצרה אפקט מצנן, ובעקבותיו בית המשפט ברמה הגלויה מסרב לדון בסוגיה הזאת (סדרה של 4 פסקי דין).

בפועל – השופטים (בפס"ד סילוואן) מפרשים את חוקי היסוד לאור נורמות משבליות שחלות על מ"י, מבלי להצהיר על כך מפורשות.

השופט סולברג בפסק הדין – מאמץ את העמדה של הכנסת ופורום קהלת לפיה אין להתערב.

קהלת והשאר אומרים שפירוש המשטר החוקתי הישראלי בהתאם לנורמות בינלאומיות מהווה אימוץ חוקה אחרת, תחת זו שניסח הריבון.

ד"ר בורר במאמרו מעביר ביקורת – טוען שיש צורך בקבלת המשב"ל מכוח מגילת העצמאות, שמתחייבת לפעול בהתאם לדין הבינלאומי. וזאת, מאחר שחוקי היסוד בדבר זכויות אדם קובעת שיש לפרשם בהתאם למגילת העצמאות (סעיף עקרונות היסוד). לדעת בורר הטענות של קהלת ואח' הם טיעונים אמריקאיים (של סקלייה) אבל לא מתאימים אותם לישראל.

**אופן הקליטה ומעמד נורמטיבי של המשבל המנהגי:**

דין בינלאומי מנהגי נקלט באופן אוטומטי, מרגע שהוא קיים הוא חלק מהמשפט הישראלי, אלא אם מדינת ישראל הייתה מתנגדת עקבית לו ויש מעט מאוד דינים מנהגים בינלאומיים שישראל מתנגדת עקבית להם.

מי שמגלה אם דין מנהגי קיים בישראל, בדרך כלל זה בתי המשפט ובאופן הכי ספציפי זה בית משפט העליון (נראה זאת בפועל בפסיקות של ביהמ"ש).

כאשר הוא נקלט, עולה השאלה מה המעמד הנורמטיבי שלו? התשובה היא שהדין המנהגי נמצא בקומת ביניים בפירמידת הנורמות- מתחת לחוקים ומעל לחקיקת משנה. הדין המנהגי הבינלאומי לא נמצא שם לבד, הוא נמצא יחד עם נורמות המשפט הציבורי המקובל (יציר הפסיקה).

יש נורמות משפט מקובל כמו למשל דוקטרינת הסבירות, שלא רשומה בחוק או בחוק אבל היא נורמה של המשפט ומעוגנת בפסיקה. דוגמה נוספת, הזכות לשוויון שהיא כזכות עצמאית מעוגנת עוד מכמעט קום המדינה, כנורמה של המשפט הציבורי המקובל יציר הפסיקה. אותו דבר גם הדין המנהגי, הוא חלק מאותן נורמות של המשפט המקובל יציר הפסיקה, שנמצא ביחד איתם בקומה ובמעמד שווה שלהם.

זה אומר שהם נמוכים מחוקים. אם יש סתירה שלא ניתן ליישב אותה באופן פרשני עם דין בנלאומי מנהגי לבין הסדר שקבוע בחוק ישראלי, אז מבחינת המשפט הישראלי, החוק יגבר.

לעומת זאת אם יש סתירה בין הקבוע בחקיקת משנה לבין הקבוע בדין הבינלאומי המנהגי, חקיקת המשנה תוכרז כבטלה. הדין הבינלאומי המנהגי יגבר, בדיוק כמו שאם חקיקת משנה תסתור את הזכות לשוויון או דוק' הסבירות תהיה בטלה.

**הפרמידה:**

 1. חוקי יסוד

 2. חוקים

 3. נורמות המשפט הציבורי המקובל (יציר פסיקה, לרבות דין בינלאומי מנהגי)

 4. חקיקת משנה (תקנות, צווים, פקודות צבאיות כתובות וכו')

 5. פעולות פרטניות של הרשות המבצעת.

**השלכות המעמד הנורמטיבי של המשפט המנהגי –**

1. מכיוון שמדובר בנורמה משפטית מחייבת במשפט הישראלי – **היא יכולה להוות בסיס לזכויות וסמכויות.** דוגמה – קיימת נורמה במשפט הבינלאומי המנהגי ומעוגנת גם באמנות, שמעניקה חסינות דיפלומטית, לא ניתן להעמיד לדין או להגיש תביעה אזרחית כנגד שגריר מדינה אחרת בישראל, אלא אם המדינה שלו הרשתה זאת ומוותרת על החסינות שלו. בישראל אין חיקוק של חסינות דפלומטית. ועדיין היא חלק מהמשפט הישראלי זה מנהג בינלאומי והוא מחייב את המשפט הישראלי.

דוגמה לכך בפס"ד בסיוני-מחוזי: השגריר של מצרים בישראל, בסיוני שלטענת מי שאז הייתה רקדנית הבטן מספר אחת בישראל, בהופעה מולו הוא הטריד ותקף אותה. היא מגישה נגדו תלונה ולא עושים עם זה שום דבר כי יש חסינות דיפלומטית. אז היא מגישה נגדו תביעה אזרחית וביהמ"ש המחוזי אומר שלא ניתן לדון בתביעה, כי בסיוני זכאי לחסינות דיפלומטית. איפה החסינות הדיפלומטית מעוגנת? במשפט הבינלאומי המנהגי שהוא חלק מהמשפט הישראלי. הוא נורמה משפטית מחייבת במשפט הישראלי.

דוגמא נוספת טיפה יותר מורכבת , בג"צ הסיכול הממוקד – כאשר יש לוחם ארגון טרור שלא ניתן להגיע אליו באופן פיזי, אז יורים עליו טיל ממוקד מלמעלה שיהרוג אותו.

העותרים לבגצ טוענים שהסיכול הממוקד הוא רצח. כי אז רצח היה מוגדר "הגורם למותו של אדם בכוונה תחילה".

אז למה בית משפט עליון קובע שסיכול ממוקד הוא לא רצח? בגלל שיש לנו את סייג הצידוק (34 יג לחוק העונשין) "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אחד מאלה: (1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו"

אין החוק המתיר לחיילים להרוג למעט במקרים של הגנה עצמית. אומר ביהמ"ש (ברק) דיני הלחימה של המשבל המנהגי מעניקים סמכות ללוחם להרוג לוחם של צד האויב, זה מהותה של מלחמה. לכן כאשר חיילים צהל מבציעים סיכול ממוקד, קמה הגנת צידוק כי הם מוסמכים לפי דין לבצע את אותה הריגה. מי שמסמיך אותם הוא הדין המנהגי שהוא נורמה מחייבת במשפט הישראלי.

**הערה:** יש אינדיקציה שביהמ"ש נותן מעמד מיוחד למשב"ל המנהגי בדיני לחימה: ראשית, אלו תחומים שבאופן מסורתי הושארו להסדרת המשבל. שנית, זהו תחום בו יש סיכום מוגבר להעמדה לדין בעולם בגין פשעי מלחמה.

1. השלכה שנייה היא **התנגשות בין מנהג לחקיקת משנה או החלטת המנהל** –הדין הבנלאומי יגבר וחקיקת המשנה או החלטת המשנה תוכרז כבטלה.

למשל פסק הדין בעניין נוהל שכן – הייתה קיימת פקודה צבאית (חקיקת משנה) שהסדירה את נוהל שכן – אם רוצים לבצע מעצר של מבוקש או חשוד, מגיעים לדלת של השכן שלו, ומבקשים ממנו להוציא אותו מהבית ולשכנע אותו להיכנע. הטיעון של צהל היה שהשכנים מתנדבים ושזה מציל חיי אדם.

בפועל – הרבה מהמקרים הפלסטינאים השכנים לא בדיוק התנדבו, וזה היווה סיכון לחיי השכנים שהם בלתי מעורבים – דבר זה מנוגד לדיני המלחמה, מאחר ואין לסכן באופן מכוון אזרחים שאינם מעורבים בלחימה.

בית המשפט העליון – קבע שהפרקטיקה שהתקבעה בשטח מעלה חשש להפרות של דיני המלחמה, וחידוד הפקודות לא יוביל להסרת החשש. (מתחמקים, לא קובעים שהפקודה עצמה מפרה אלא שבפועל הלוחמים לא פועלים כדין) – ולכן ההחלטה בטלה.

1. **התנגשות בין מנהג לבין חוק** – חקיקה ראשית ישראלית גוברת על מנהג. (תקנות הגנה הן חקיקה ראשית – זה שם מוזר)

בפס"ד עפו (גירוש בכפייה של מחבלים- אינדיבידואלי)- שמגר קובע שמדובר באמנה ולא במנהג, אך גם אם האמנה הייתה הופכת למנהג – מעמדו הנורמטיבי של חקיקה ראשית ישראלית גוברת על המשבל.

השופט בך מרגיש פחות בנוח עם זה – אך הוא עדיין קובע שחקיקה ראשית גוברת. ברמה הפורמלית זה גובר. בפועל – עקב פסיקות בטירובונל בעניין יגוסלביה – נפסק שגם גירוש אינדיבידואלי זה פשע מלחמה ומקורו מנהגי. חוק כזה היום מסכן את מדינת ישראל. כיום ישראל לא מגרשת, רק בחילופי שבויים ובהסכמה

**מעמדו ואופן קליטתו של דין בינלאומי הסכמי –**

הדין ההסכמי לא הופך להיות חלק מהדין במדינה. גם אם ישראל הצטרפה לאמנה, הדין הזה לא הופך להיות נורמה של המשפט הישראלי. כן יכול להיות שחיקוק ישראלי יקלוט לתוכו את מה שקבוע באמנה. אפשר להקים תקנה שתאמץ את האמנה.

בסתירה בין אמנה לחוק – החוק הישראלי גובר. אם הדין ההסכמי נקלט בדין הישראלי – מה שמחייב הוא הדין הקולט ומעמדו כמעמד הדין הקולט – אם האמנה נקלטה בחוק אזי שמעמדה כחוק, אם כתקנה אזי כתקנה. מה שיחייב בדין הפנימי שהוא מה שקבוע בדין הפנימי בהתאם למעמד הנורמה הקולטת, וזאת למרות שמבחינת המשבל מה שמחייב את ישראל זה מה שקבוע באמנה.

**הערה: ד"ר בורר אמר שישלח חומר שלא הספיק ללמד, זה ההשלמה של מה שאמר בהקלטה( הפעם לא נשלח כתוב אלא מוקלט):**

מזכיר שדין הסכמי להבדיל מדין מנהגי, מעולם לא נקלט במשפט הישראלי. אמנה שישראל צד לה, היא לעולם לכשעצמה לא נורמה במשפט הישראלי. יחד עם זאת לפעמים( נטען שלפעמים משום שיש מאות אמנות, אין חיקוק שמאמץ אותן). הכוונה בחיקוק- בחוק/ חקיקת משנה. למשל אמנת ג'נבה נקלטו בדין הישראלי בפקודות צבאיות שהמעמד שלהן הוא חקיקת משנה.

לעומת זאת אמנת האג בדבר חטיפת ילדים או אמנה בדבר רצח עם נקלטה בחוק ישראלי.

כאשר יש חוק/חיקוק כזה מבחינת המשפט הישראלי, מה שקבוע בחיקוק הישראלי הקולט הוא מה שמחייב. ולכן אם יש סתירה בין מה שקבוע בחיקוק הקולט לבין מה שקבוע באמנה. מבחינת המשפט הישראלי מה שמחייב הוא המעמד של החיקוק הקולט. הסיכוי לסתירה קטן, כי משתדלים שלא תהיה סתירה ובנוסף, יש לנו את חזקת ההתאמה הפרשנית שבמיוחד בחיקוקים כאלה מחייבת אותנו להתאמץ ולפרש את החיקוק הקולט לאור דיני המשבל הרלוונטים (האמנה הרלוונטית).

במרבית המקרים כאשר אין חיקוק קולט אז לכאורה לאמנה אין תוקף משפטי במשפט הישראלי.

וזה הסיפור בפס"ד 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה- שהוא פס"ד קלאסי בתחום. באותו מקרה, נחתמים אמנות, הסכמי הפסקת האש בין ישראל לבין מי שלחמו נגדה במלחמת השחרור. בין השאר בהסכמים האלה, שנחתמו מול ירדן (הסכם רודוס) מובטחים זכויות מסוימות והגנות על שטחים מסוימים לגבי התושבים שנמצאים באזור הגבול בצד הישראלי, סמוך לגבול ירדן.

ישראל בניגוד למה שנקבע באמנות האלה, מפקיעה את השטח באמצעות החלת חוק נכסי נפקדים. התושבים שהיו תחת ההגנות שנקבעו בהסכם, עותרים לבג"ץ.

הש' ברזון- טוען שלעותרים אין בסיס משפטי להסתמך עליו כי: א. האמנות מעניקות זכויות למדינות (ישראל וירדן) ולא לאנשים פרטיים (שהם לא צד לאמנה). ב. האמנה- אותו הסכם רודוס אין לה מעמד משפטי פורמאלי במשפט הישראלי. מסקנה- לכאורה גם נורמות של הרשות גוברות על אמנה שאושררה.

ד"ר בורר מסביר שזאת פסיקה קצת נבזית, כי אלו הסכמים שהנציגים היו מאוד מעורבים בו, אבל ברמה פורמאלית מה שנקבע בבג"ץ הזה הוא באמת נכון.

יחד עם זאת, צריך לדעת שבאופן הדרגתי שלאורך השנים צומצמה חולשתו של הדין הבנלאומי ההסכמי במשפט הישראלי. למרות שפורמאלית לדין ההסכמי אין מעמד (הוא לא נורמה במשפט הישראלי),בפועל יש דוקטרינות מסוימות שמעניקות לו השפעה במשפט הישראלי. כזאת שצמצמה (לא בצורה מוחלטת) את הפער במעמד בין המשפט הבינלאומי המנהגי למשפט הבינלאומי ההסכמי בתוך המשפט הישראלי.

**הסיבות להבדל בין היחס למנהג**

מדוע דין מנהגי זוכה ליחס יותר טוב (נזכיר שהוא נקלט אוטומטי והמעמד הנורמטיבי שלו הוא עליון לחקיקת משנה) לעומת זאת דין הסכמי לא נקלט בכלל ולכן אין מעמד. מה שיחייב זה אותו מעמד של חיקוק קולט.

הרציונאל נוגע למי הרשות שבפועל אחראית על איתור הנורמות. דין בנלאומי הסכמי, מי שלפי ההסדר הישראלי מצרף את ישראל לאמנה זה ככלל הרשות המבצעת(הממשלה). יש בה פחות אמון. הרצון היה שלא הרשות המבצעת תחייב את המדינה להסדרים שנוגעים בניגוד לרצון של הכנסת. לא רצו שזה יהיה דרך לרשות המבצעת להחליש את הכנסת שהרי מבחינת פירמידת המוסדות, הכנסת עליונה לרשות המבצעת.

לעומת זאת, דין בנלאומי מנהגי, מי שבפועל מאתרת את הנורמה זאת הרשות השופטת. משום שבפועל זאת רשות שאנחנו פחות חוששים מהטיות פוליטיות שלה, יש אמון יותר גדולה. גם פה האמון לא מוחלט כי אמרנו שדין מנהגי, במעמד שנקלט הוא נמוך מחקיקה ראשית. זאת אומרת שגם כאן נותנים את הקדימות לרשות המחוקקת (הכנסת) לקבוע אם היא רוצה הסדר שיסתור את הנורמות שישראל מחויבת להם במשבל.

-סיכום בנקודות מתוך המצגת דין מנהגי מול הסכמי:

**דין מנהגי**

* נקלט אוטומטית
* מעמד נורמטיבי כשל כללי המשפט הציבורי המקובל( יציר הפסיקה)
* חוק גובר על מנהג
* מנהג גובר על חקיקת משנה
* רציונאל: הגבלת פעולת יתר של הרשות המבצעת

**דין הסכמי**

* חסר מעמד נורמטיבי פורמאלי בדין המדינתי
* ניתן לקלוט באמצעות חקיקה (תוקף מגוח חוק)
* רציונאל: שהרשות המבצעת לא תעקוף את המחוקק.
* מגמה: התגברות כוח האמנות, והקטנת החיכוך.

**על אף ההבדלים, יש דוקטרינות שצמצמו בפועל את הפער בין אמנה ומנהג**

1. דוקטרינה ראשונה- חזקת ההתאמה הפרשית- שהחילו אותה מהיום הראשון גם על דין בנלאומי הסכמי. כי גם כאן יש את השאיפה לצמצם את החיכוך בין הדינים של המשפט הישראלי לבין חובות של מדינת ישראל בדין הבנלאומי. הלכה למעשה החלת חזקת ההתאמה הפרשנית גם במקום שיש התנגשות בין חקיקה לאמנות שישראל צד להן, בפועל נותנת השפעה משמעותית לדין הבנלאומי הסכמי שישראל היא צד להן.

דוגמה פס"ד פלונים (2000): פרשת קלפי המיקוח.

ס' 2 לחוק שעת חירום מעצרים, והזכות לבצע מאסר מנהלי קובע: אם לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה או הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא להורות על מעצר (מנהלי) של אדם לתקופה שתצוין בצו ולא תעלה על 6 חודשים.

אנשי חיזבאללה הוחזקו כקלפי מיקוח לא בגלל שיש סיכון אישי בנוגע אליהם אלא מתוך רצון לקבל מידע על רון ארד.

אבל מדינת ישראל חתומה על אמנה בדבר זכויות אדם אזרחיות ופוליטיות. שקובעת שלא יוחזק אדם במעצר או מאסר אלא מפאת אשמה אישית.

לכן, בדיון הנוסף בפרשת פלונים, בא ביהמ"ש ואומר צריך לפרש את סע' 2 לשעת חירום מעצרים, לפי כלל חזקת ההתאמה הפרשנית, לאור התחייבויותיה של מדינת ישראל במשבל (האמנה שחתמה עליה)

על כן צריך לפרש אותו בהתאם לאמנה, שלא יאפשר להחזיק מחבלים במעצר/ מאסר ללא שיש מסוכנות אישית ממנו.

פרשנות כזאת של החוק, לאור חזקת ההתאמה הפרשנית, נותנת השפעה משמעותית לדין הבינלאומי ההסכמי שחל על ישראל. למרות שפורמאלית אין לו מעמד נורמטיבי מחייב במשפט הישראלי. בתאוריה, אם ישראל חותמת על אמנות חזקה עליה שרצתה לקיים אותה.

אם הכנסת הייתה מחוקקת חוק שאומר אנחנו יכולים להחזיק עצורים כקלפי מיקוח, ואז רואים שתכליתו של החוק ויעודו נועד לסתור את ההתחייבות של ישראל במשבל אז הוא היה גובר על החזקה (אולי היו בעיות אחרות ממשפט חוקתי אבל מבחינת המשבל זה היה בסדר).

לבסוף מה שקרה באמצעות החזקה, בוטלה חקיקת המשנה.

מסקנה: הפער בפועל בין מעמד המנהג למעמד משפט הסכמי הצטמצם.

2. דוקטרינה נוספת היא דוקטרינה שבאה והחילה את חזקת ההתאמה הפרשנית גם על הנורמות של המשפט הציבורי המקובל. במיוחד על דוקטרינת הסבירות. דוקטרינת הסבירות אומרת שהרשות המבצעת לא יכולה לעשות פעולות ששום רשות מבצעת סבירה לא הייתה נוקטת בהן. ואם היא נוקטת בפעולה כזאת, אז חקיקת המשנה שהיא התקינה דינה בטלות. זאת דוקטרינה שקיימת בעוד מערכות (אנגלית, קנדית. אנחנו לא המצאנו אותה אלא ירשנו).

עם השנים בישראל וחלק ממדינות אחרות, נפסק שחזקת ההתאמה הפרשית חלה גם על פרשנות של דוקטרינת הסבירות. זאת אומרת, שההכרעה של בית משפט העליון אם פעולה היא סבירה או לא סבירה תושפע משאלת קיומה או אי קיומה של נורמה משפט בינלאומי רלוונטית שחלה על ישראל לרבות נורמה משפט הסכמית. או במילים פשוטות, העובדה שישראל חתמה על אמנה מסוימת שהיא צד לה, ועכשיו יש פעולה מנהלית תקנה שסותרת את ההתחייבות באותה אמנה עובדה הזאת תשפיע על ההחלטה סבירה או לא. היא יכולה להשפיע בשתי דרכים:

א. מקרה של בג"צ עיריית בית לחם שם מדובר בתחולת האמנות בדבר זכויות אדם שישראל חתומה עליהן בשטחים. ביהמ"ש מתחמק האם האמירות האלה מחייבות את ישראל גם בשטחים כי יוצאחם מנקודת הנחה שהאמנות האלה חלות בשטחים. לכן ביהמ"ש אומר בהנחה שאמנות אלה חלות, האמירה שלנו האם הפעולה של המפקד היא סבירה או לא סבירה, תושפע מההתחייבות של ישראל באמנות האלה.

בהרבה מקרים אם פעולות הצבא שזה רשות מבצעת, הן בניגוד להתחייבות שיראל חתומה להן, התקנות יהיו בטלות. כי היא סותרת התחייבות של מדינת ישראל באמנה שההיא צד לה.

ב. אבל יכולה להיות גם תוצאה הפוכה- יכול להיות מצב שבו הרשות עושה פעולה מסוימת, שאם לא הייתה אמנה רלוונטית, ביהמש היה קובע שהיא לא סבירה ומבטל אותה.

אבל אם יש אמנה שבה ישראל התחייבה לעשות את הפעולה באמנה זו , ביהמש יקבע שהיא סבירה ולא בטלה מפאת זה שנעשתה מתוך מוטיבציה לקיים את התחייבות של מדינת ישראל במשבל (בהקשר הזה לאמנה שישראל צד לה. דין בינלאומי הסכמי).

דבר זה בא לידי ביטוי בפס"ד 8943/03 דרזנר נ' גיל- רצו להסגיר את גיל לשוויץ. הנושים של גיל בישראל ביקשו לעקב את הסגרתו לשוויץ, כי הסיכוי להשיג את הכסף שלהם קטן. כלומר, זכות הקניין שלהם נפגעת באופן משמעותי. ביהמש: אומר שיש סיבות טובות לעכב אותו בארץ ולא לאפשר לו לצאת. אך יחד עם זאת יש אמנת הסגרה עם שוויץ. ואם לא נסגיר אותו לשוויץ, הרי שנפר את האמנה הזאת עם שוויץ.

לכן, ביהמ"ש מגיע למסקנה שההחלטה לאפשר לו לצאת מארץ היא סבירה לאור העובדה שהיא משרתת את ההתחייבות של ישראל באמנה בינלאומית שהיא צד לה. ז"א לאור העובדה שהחלטה הפוכה הייתה מפירה התחייבות של מדינת ישראל באמנה מול שוויץ.

ההחלה של חזקת ההתאמה הפרשית על נורמת הסבירות בהקשר של דין בנלאומי מנהגי מוביליה לפעמים לכך שפעולה של רשות מבצעת, לולא האמנה היה נקבע שהיא לא סבירה ובגלל האמנה נקבע שהיא סבירה. או לחילופין יכול להיות מצב שהאמנה הייתה קובעת שהיא סבירה למרות שהפעולה לא סבירה.

לסיכום, יהיו חקיקות משנה ותקנות מנהל שנקבע שהן בטלות, בגלל הסתירה שלהן עם דין בינלאומי הסכמי. זה לא יקרה תמיד, זה יקרה רק בחלק מהמקרים. אבל זה יכול לקרות לאור אותה דוקטרינה שמחילה את חזקת ההתאמה הפרשנית על נורמת הסבירות. העובדה הזאת מצמצמת את הפער בהשפעה בפועל במשפט הישראלי בין דין בינלאומי הסכמי לבין דין בנלאומי מנהגי.

שוב חשוב להדגיש שמבחינה פורמאלית, עדיין לדין בינלאומי הסכמי אין מעמד פורמאלי בדין הישראלי. בפועל לאור 2 הדוקטרינות שדיברנו עליהן, הפער בהשפעה בין דין בנלאומי מנהגי להסכמי הצטמצם.

* **שיעור 10, 16.11.20 – המדינה (חלק א) –**

בשיעור הזה ובשיעור הבא נדבר על המדינה (בהקשר של הפלסטינים ובחינה האם הרשות הפלסטינית היא מדינה)

השחקנית הראשית במשב"ל היא המדינה. המדינות ביחד הן אלה שבעיקר יוצרות את הנורמות של המשבל, וגם היום במדינה רבה המשבל פונה בעיקר אל מדינות. ליישויות יש אינטרס מאוד חזק להיות מוכרות כמדינות, מאחר והמעמד (מדינה) הזה מקנה זכויות מסויימות.

**זכויות המדינה במשבל:**

* עיקרון ראשון- יש כלל שקובע שמבחינה משפטית יש שיוויון בין מדינות (גם אם מבחינה פוליטית הן בעלות כוח שונה – מבחינה משפטית הדין שלהן שווה).
* עיקרון שני- מבחינת המשבל למדינות יש חופש פעולה לעשות כל דבר שלא נאסר במפורש בידי המשבל (מקביל לעקרון החוקיות כפי שהוא חל על אנשים פרטיים – הפוך לעקרון חוקיות המנהל). הוא נקרא עקרון לוטוס – בעקבות פס"ד לוטוס של ה-ICJ (פורט בעבר – ספינות שמתנגשות).

היום חופש הפעולה של המדינות יותר מצומצם – יש תחומי במשבל שבהם עקרון לוטוס לא עובד – כמו למשל דיני הלחימה (פסקת מרטינס- גם אם אין דין אוסר, עדיין המדינות מוגבלות) שבו יש דעה לפיה חל העיקרון ההפוך על המדינות. מרגע שיש דיני זכויות אדם בינלאומיים שחלים תמיד – עקרון לוטוס מוגבל.

* יש חסינויות למדינות ולנציגיהן - המשבל מחייב מדינות אחרות להעניק למדינה ונציגיה חסינויות מסוימות וזכויות יתר מסוימות (דוגמה- חסינות דפלומטית).
* עקרון נוסף של המשבל כלפי מדינות הוא - אי התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה – ריבונות – בא לידי ביטוי פס"ד איי פלמס – עסקו בעקרון אי ההתערבות. עקרון אי התערבות כיום הוא הרבה יותר מוגבל ממה שהיה בעבר – עקב צמיחת דיני זכויות האדם, דיני הלחימה המודרניים והמשבל הפלילי.

**מהי מדינה?**

נדבר כעת על תנאי "אמנת מונטווידאו

אמנת מונטווידאו – קובעת את התנאים לקיומה של מדינה. האמנה נחתמה בין מדינות דרום אמריקה, שבה פורטו התנאים הנדרשים לזיהוי מדינה – זה הפך למנהג ולכן זה מחייב את כל מדינות העולם ולא רק את מי שחתום על האמנה (גם את ישראל למרות שאינה חתומה).

האמנה מפרטת 4 תנאים שדרושים לקיומה של מדינה. מרבית המדינות לא מקיימות באופן מוחלט את כל ארבעת התנאים ועדיין מכירים בהם. עד כמה לא באופן מוחלט? שנוי במחלוקת. היישות צריכה לממש במידה מסוימת במידה מסויימת את כל אחת התנאים. לא צריך מימוש מושלם של כל אחת מהתנאים.

התנאים הם: טריטוריה, אוכלוסייה קבועה, שלטון, עצמאות, (נדבר גם אם יכול להיות שיתכנו עוד תנאים)

1. תנאי הראשון **טריטוריה** – 40 אנשים מתיישבים על בסיס צבאי נטוש בלב ים ומכריזים על הקמת מדינה בשם זילנד. אזרח גרמני קונה דרכון של המדינה ולכן כאשר באות רשויות המס של גרמניה בדרישה ממנו לשלם מיסים בגרמניה – הוא טוען שהוא שילם כבר מיסים במדינת האזרחות השנייה שלי זילנד( אפס אחוז) ולא בגרמניה. לכן, לטענתו לא חייב במס כלפי גרמניה.

בית המשפט בגרמניה דוחה את הטענה הזו – לא מתקיים תנאי של טריטוריה (יבשתית). בשלב מסויים ארגוני פשע השתלטו על האיזור ואותה קבוצה שחיה שם נאלצה לבקש חילוץ מצבא בריטניה. היום סילנד נטושה מאדם.

אז מהי טיריטוריה? יבשתית, גבולות יכולים להיות שנויים במחלוקת. שליטה מלאה/חלקית, מדינה קטנה/גדולה, לא רציפה בהכרח: פירוט

-יש דרישה שהטריטוריה תהיה יבשתית.

-אין חובה שהטריטוריה תהיה רציפה- דוגמאות ארהב עם הוואי ואלסקה

-אין תנאי מינימום לגודל של הטריטוריה- למשל מונאקו או הוותיקן קטנות מאוד. מדינות יכולות להיות קטנטנות ועדיין ייחשבו כמדינות.

-גבולות המדינה יכולים להיות שנויים במחלוקות- יש הרבה מדינות בעולם שהגבול שלהן שנוי במחלוקת. דוגמה אחת כזאת היא מדינת ישראל/ הגבול בין ערב הסעודית לתימן/ הודו ופקיסטאן.

-האם הטריטוריה חייבת להיות מלאה? יש מדינות שלא מצליחות לשלוט בכל הטריטוריה כמו ארהב שבמשך שנים נאבקה עם שבטים ילידים במערב ארה"ב על שליטה בשטחים שמבחינת המשבל הוכר כשטח של ארה"ב. המלחמות האינדיאניות נמשכו 100 שנים.

כל האלמנטים האלה קיימים בהקשר הישראלי: הגבול שלנו שנוי במחלוקת או חלקים ממנו היום. הטריטוריה שלנו לפחות בין 1948 עד 1967 לא הייתה רציפה (הר הצופים בירושלים היה מובלעת, היה צריך לחצות שטח ירדני כדי ללמוד באוניברסיטה).

בתחילת המדינה, הייתה תקופה ממושכת שלישראל לא הייתה שליטה ביותר מ-60% מהשטח שלה.

2. תנאי שני **אוכלוסייה קבועה** – יש צורך במסגרת חברתית משמעותית קבועה על הטריטוריה. המקרה שהכי מקשה בעניין אוכלוסייה קבועה – ותיקן. רואים שהותיקן לא מממשת באופן מלא את התנאי אוכלוסייה קבועה כי לא נולדים שם ילדים – מייבאים אוכלוסייה שנשבעת שלא תביא ילדים באופן קבוע. יחד עם זאת אפשר לטעון שזה עדיין מסגרת חברתית, פשוט רואים שהתנאי מתממש רק לא באופן מושלם לחלוטין.

למשל בהקשר של סילנד- ביהמש קבע שאין בסילנד אוכלוסייה קבועה.

3. תנאי השלישי הוא **שלטון(יכולת להשליט מרות בשטח)** – הגורם שמחליט שהישות היא מדינה, וטוען שהשלטון על המדינה הזאת הוא שלו, יש את היכולת להשליט המרות שלו כלפי האוכלוסייה בשטח – גם כאן התנאי הזה לא חייב להתקיים במלואו (כמו כל שאר התנאים).

מרגע שמדינה קיימת היא ממשיכה להיחשב כמדינה גם אם השלטון שלה מתפרק. אנחנו מחפשים את התנאי הזה רק במועד ההקמה. דוגמאות- ישראל (בעניין חוסר השליטה בנגב),

בוסניה הרצגובינה- כאשר יוגוסלביה מתפרקת לחלקיה והחלק שנקרא בוסניה הרצגובינה מכריז על עצמאות, חלק נכבד מהשטח נמצא בשליטה של מיליציה סרבית, שמכריזה על שליטה ביישות שנקראת "רפובליקה סרפסקה". גם כשנחתם הסכם שלום במלחמה שם, מוסכם ש49% מהשטח ינוהל על ידי רפובליקה סרפסקה וזה המצב גם היום. ועדיין כאשר בוסניה הרצגובינה מכריזה על עצמאות ומקשת להתקבל באום יש הסכמה רחבה שהיא מדינה למרות שעל חלקים נכבדים מהשטח שלטו ארגונים לא מדינתיים אחרים.

יחד עם זאת, למרות שלא צריך מילוי מלא של התנאי, אם אין מילוי מספיק של תנאי זה, אז לא נראה בישות כמדינה. הדוגמה שבדרך כלל נותנים זאת ליטא. כאשר ליטא מכריזה עצמאות בשנת 1990 לוקח כמעט יותר משנה עד שהעולם מוכן לראות בה כמדינה. הסיבה המרכזית לכך היא שבעצם ברית המועצות עד 91 ממשיכה להחזיק בחלק נכבד מהשטח, אז התחושה הייתה שלא מתקיים תנאי השלטון במידה מספקת כדי לראות בליטא מדינה עצמאית.

חשוב להדגיש שמרגע שמדינה קיימת היא ממשיכה להיחשב כמדינה גם אם השלטון המרכזי שלה מתפרק. לדוגמה לוב/ תימן/ סוריה( הרוב נשלט עי אסד חלק עי המורדים וכו).

את תנאי השלטון מחפשים בעת ההקמה.

4. תנאי רביעי **עצמאות** – שהיא היכולת לקיים יחסים בינלאומיים. גם כאן לא צריך שתנאי זה יתמלא באופן מושלם. מספיק פוטנציאל של היכולת הזו.

איי קוק היא יישות שהייתה שייכת ליו זילנד, קיבלה עצמאות מניו זילנד כחלק מהסכם העצמאות, סוכם שאזרחי איי קוק ימשיכו להיות אזרחים גם של ניו זילנד. וסוכם משהו יותר חשוב לעניינינו, שניו זילנד תנהל את יחסי החוץ של איי קוק, ולכן איי קוק לא חברים באו"ם. האם איי קוק הם מדינה? נבדוק לפי התנאים:

טריטוריה- יש שטח יבשתי, אוכלוסייה קבועה- יש, שלטון שמנהל את המרות כלפי האנשים באותה אוכלוסייה- יש. מה שנשאר הוא יחסי חוץ- התשובות כאן חלוקות. אלה שאומרים שכן- כי אם היא רוצה היא יכולה לנהל יחסי חוץ ושנית היא מנהלת יחסי חוץ. למשל איי קוק חתומה באמנת רומא ולכן חברה בבית הדין הבינלאומי בהאג.

אלה שאומרים שלא- איי קוק הם לא מדינה, יחד עם זאת היא ישות מספיק קרובה כדי להיות מסוגלת לחתום על אמנות בינלאומיות מסוימות.

יש עמדה שרווחת שאומרת שאיי קוק הם מדינה.

לכן גם בקיום של השאלה בדבר קיום יחסים בינלאומיים, לא צריך מילוי מלא ומושלם של הפרמטר כדי שנראה בישות כמדינה.

**מה בנוגע להכרה בינלאומית? האם מדינות אחרות צריכות להכיר בישות כמדינה בשביל שהיא תהיה מדינה? זה לא סגור עד הסוף ויש ויכוח:**

1. עמדה קונסטיטוטיבית – בנוסף על תנאי מונטווידאו, נדרשת גם הכרה. בלי הכרה רחבה (מצד מדינות רבות) הישות אינה מדינה.
2. עמדה דקלרטיבית – נדרש רק 4 תנאים של מונטווידאו, אין צורך בהכרה. תנאי מונטווידאו מפסיקים. ההכרה היא הצהרת המדינות שהן מזהות את ארבעת התנאים. יכולה להתקיים מדינה גם מבלי שאף מדינה לא תכיר בה (תיאורטי). עמדה זו היא המקובלת היום.

כלומר, הכרה היא לא תנאי לקיומה של מדינה. אבל מה עושות מדינות כאשר הן מכירות בישות כמדינה? הן בעצם מכריזות שהן זיהו שהתקיימו אצל אותה ישות תנאי מונטווידאו.

יחד עם זאת, זה לא אומר שבפועל אין להכרה בינלאומית משמעות.

כאשר יש הכרה רחבה אנחנו יותר סלחנים כלפי מידת התקיימות תנאי מונטווידאו – ההכרה מאפשרת לנו גמישות בדרישה לקיומם של תנאים אלו (תזכרו לא חייבים שיהיה 100 אחוז מכל תנאי).

כמו כן, מדינה שמכירה בישות מזהה את תנאי מונדטווידאו וזה מחזק את הטיעון של הישות בדבר היותה מדינה. למשל בבוסניה הרצגובינה הייתה הכרה רחבה מאוד, כאשר היא הכריזה על עצמאות, לכן הייתה סלחנות יותר גדולה בעניין מידת השליטה בשטח.

לעומת זאת, ליטא כאשר הכריזה עצמאות אז הרבה מדינות מתוך רצון לא להסתכסך עם רוסיה, לא הכירו בה ולכן הייתה יותר נוקשות בנוגע לתנאי המימוש של השלטון.

המשמעות של הכרה מצד מדינות אחרות (השלכות מעשיות נוספות):

* תמיכה בטענה שמדובר במדינה (שהתממשו תנאי מונטווידאו)
* ההכרה של יותר מדינות מקלה על הזכות לשלמות טריטוריאלית (גם אם אנחנו לא שולטים בחלק מסוים אבל יש לנו הכרה זה מסייע לנו לטעון שאנחנו מדינה והשטח שלא בשליטתנו הוא שטח כבוש). דוגמה- הסיפור של קוסובו. כאשר קוסובו מכריזה עצמאות ,סרביה והמדינות שתומכות בה (וזה העמדה שלהן עד היום), רואות בישות הזאת חבל מורד. לעומת זאת, מדינות שמכירות בקוסובו כמדינה, רואות בשטח הזה כשייך למדינת קוסובו ולשלמות הטריטוריאלית של קוסובו.

יש לזה השלכה משמעותית. במציאות בשטח, שלטונות קוסובו שולטים ב-80% מהשטח ובחלק הצפוני 20% שולטת סרביה. אם אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שקוסובו היא מדינה, אז צפון קוסובו זה שטח תחת כיבוש שחלים שם דיני הכיבוש של סרביה. לעומת זאת, אם אנחנו קובעים שקוסובו היא לא מדינה אלא מחוז מורד, אז הנוכחות של סרביה במקום היא לגיטימית לחלוטין. כי זה פשוט נוכחות של צבא סרביה בחלק מהטריטוריה של סרביה.

* עצם זה שמדינות מכירות במדינה, מקל על האפשרות שלה לבצע יחסים דיפלומטיים
* ההכרה יכולה לאפשר הצטרפות לאגונים בינלאומיים.
* בנוסף, מבחינת המדינות שמכירות בישות כמדינה, ההכרה באה עם משמעות, דבר זה שמסייע לקבלת זכויות של מדינה. הן יעניקו לה ולגורמיה את החסיונות וזכויות יתר שמוענקות מהמשבל למדינות.

**מקרים בהם לא תוכר כמדינה ישות שמקיימת את תנאי מונטווידאו:**

גם אם יש ישות שמקיימת את כל התנאים של מונטווידאו, יהיו מקרים שעדיין לא נראה בישות הזאת מדינה.

1. המקרה הראשון -**מדינות אפרטהייד** – אפריקה והסיפור של הבנטוסטניים- בנטוסטן הוא כינוי שניתן לכל אחת מעשר מדינות שיצר ממשל האפרטהייד בדרום אפריקה. הלבנים רצו לשמור על העליונות הפוליטית שלהם, הם ידעו שאם יתנו זכות הצבעה לשחורים אז בעצם דרום אפריקה תהיה תחת שליטתם. לכן, הלבנים הקימו מדינות פיקטיביות עבור השחורים כדי לשנות את המאזן הדמוגרפי, (אמרו שהם אזרחים של המדינות האלה). כעת לא יהיה קשר בין הלבנים לשחורים, ולא יהיה להם זכות הצבעה בדרום אפריקה אלא במדינות בנטוסטן.

זאת מדיניות שמנציחה משטר אפרטהייד (שהוא על פי המשבל פשע נגד האנושות) ולכן לא מכירים במדינות שקמות.

1. המקרה השני שהישות לא תוכר**, היא כאשר הקמתה המדינה נעשתה תוך כיבוש לא חוקי של השטח** –דוגמה: צפון קפריסין. קפריסין היא מדינה שהייתה בה אוכ' אתנית יוונית ואוכ' אתנית תורכית. בשלב מסוים יש דווקא מצד היוונים בהתחלה, ניסיון לפגוע באוכלוסייה התורכית. תורכיה המדינה כתגובה שולחת כוחות לסיוע לאוכ' התורכית ומשתלטת על צפון קפריסין.

הכוחות שהם תומכים בהם שם מכריזים על עצמאות, כאשר ההשתלטות על השטח נעשת תוך הפרה של הסכמים בינלאומיים שעליהן היו חתומות קפריסין, יוון, תורכיה ובריטניה. שבהם הייתה התחייבות לשמור על השלמות של קפריסין. לכן אותו כיבוש של השטח על ידי תורכיה הוא הפרה של הסכמים בינאומיים שהיא התחייבה עליהם. זאת גם הפרה של נורמות אחרות של המשבל אבל לא נכנס לזה. לכן לא תוכר הישות שהכריזה עצמאות כמדינה, כי הליך הקמתה בוצע תוך כיבוש לו חוקי והפרה של נורמות של המשפט הבנלאומי

1. מקרה שלישי הוא כאשר **תהליך הקמת המדינה נעשה תוך ביצוע רצח עם או טיהור אתני, או תוך שימוש באלימות רחבה.**

**עקרון ההגדרה העצמית**

עקרון ההגדרה העצמית והשפעתו על הקמת המדינה – העיקרון קובע שלקבוצות אתניות יש זכות להגדרה עצמית, זהו כלל שהוא ארגה אומנוס- שהמדינות כולן מחייבות בו כלפי כל מדינות העולם. כאשר אני שולל מקבוצה מסוימת את הזכות להגדרה עצמית שלה, אני לא פוגע רק בה, אלא מבצע הפרה של המשבל כלפי כל מדינות העולם. בנוסף, קיימת עמדה רווחת שרואה בעיקרון ההגדרה העצמית עיקרון שהוא יוס קוגנס.

מי זכאי להגדרה עצמית? קבוצה גדולה שיש לה תרבות משותפת, שככלל נולדים לתוכה. בדרך כלל נבחן איך מרבית בני הקבוצה תופסים את הקבוצה בכדי לדעת אם היא זכאית להגדרה עצמית. העיקרון להגדרה עצמית מתחיל להתפתח מהמאה ה19 והוא משפיע על עיצוב המדינות, בעיקר מאחרי מלחמת העולם הראשונה ועד שנות החמישים בהן משורטט העולם מחדש.

אם כך, מדוע שעקרון ההגדרה העצמית לא יהיה המכריע בשאלה האם יש או אין מדינה? מאחר ויש בעולם 7000 קבוצות אתניות שונות – ואם נייצר לכל קבוצה מדינה יהיו המון מדינות קטנטנות שלא מחזיקות את עצמן כלכלית, יהיו מלחמות אינסופיות בעולם וניסיונות מזוויעים לטיהורים אתניים.

לכן, במשבל התגבשו אלמנטים שונים שמאזנים את ההשפעה של עקרון ההגדרה העצמית והפחיתו את כוחו – הוא לא מונע את זה שנכיר במדינה של לאום בזכות עקרון ההגדרה העצמית, אבל יש עקרונות משפטיים שמגבילים את כוחו. יתרה מכך – מידת ההשפעה שלו משתנה בין שתי סיטואציות: א. השפעה גדולה היא במצבים שבהם אין ריבון חוקי אחר על השטח. ב. השפעה קטנה יותר כאשר יש ריבון חוקי על השטח (על ההשפעה השנייה נדבר בשיעור הבא).

א. **כאשר אין ריבון חוקי אחר על השטח** – יש לעקרון ההגדרה העצמית השפעה משמעותית, אך לא מוחלטת – הוא מוגבל באמצעות עקרון שימור הגבולות (uti possidetis=):

אין ריבון חוקי על השטח (דנו בשלוש אפשרויות), כאשר יש מדינה שהשתחררה מקולוניאליזם או בפדרציה שמתפרקת לגורמיה. אפילו כאשר הריבון החוקי האחרון על השטח לא קיים יותר (למשל האימפריה העות'מנית באיוש).

כאשר קבוצה אתנית טוענת להיותה ישות מדינתית בטריטוריה שאין לה ריבון חוקי – לעקרון ההגדרה העצמית תהיה השפעה רבה, בכך שהוא יחסית ירכך באופן משמעותי את המידה שבה נדרוש את התממשות תנאי אמנת מונטווידאו – נהיה יותר סלחניים וגמישים כלפי הרכיבים כאשר מדובר ברצון לממש את עקרון ההגדרה העצמית, של ישות שמייצגת קבוצה אתנית ,שזכאית לעקרון ההגדרה העצמית בטריטוריה שאין בה ריבון חוקי. יחד עם זאת יש אלמנט מאזן-הטריטוריה שתינתן למדינה שתקום, היא אותה טריטוריה שאין לה ריבון חוקי, זאת בהתאם לעקרון שימור הגבולות.

שימור הגבולות Uti Possidetis- יש לאמץ את הגבולות הקולוניאליסטים הקיימים או את הגבולות בין ה- "States" של הפדרציה כשזו מתפרקת.

החיסרון של עקרון שמירת הגבולות – הוא מייצר מדינות לא הומוגניות. היתרון שלו – הוא מקדם יציבות. הניסיון מראה שאם מנסים לשרטט את קווי הגבול בהתאם לקווים האתניים באופן מוחלט זה מוביל למעשי זוועה וטיהור אתני מאחר ובדרך כלל האוכלוסיות מעורבות אחת בשנייה.

* **שיעור 11 , 23.11.20– המדינה (חלק ב):**

אמרנו שהשאיפה לממש את עיקרון ההגדרה העצמית תוביל אותנו להיות יותר סלחניים במידה שבה אנחנו נדרוש מימוש של כל אחת מתנאי אמנת מונטי וידאו – בכפוף לעיקרון הuti possidetis - [שימור הגבולות (הקודמים)] זאת כאשר אנו מדברים על כך שאין ריבון חוקי על השטח (אפשרות אחת הריבון הקודם היה בתקופה קולוניאלית או המקרה השני כשמדובר על מדינה פדרלית שהתפרקה כמו ברית המועצות.). חשוב- שימור גבולות הוא קשור למקרה בו אין שימור גבולות על השטח.

כאשר יש מדינה קיימת, כלומר יש ריבון חוקי קודם, עומד לזכותה עקרון השלמות הטריטוריאלית (עקרון זה הוא רק במקרה שיש ריבון חוקי על השטח. לא להתבלבל עם המושג הקודם!). ההשלכה של עיקרון השלמות הטריטוריאלית היא שבמרבית המקרים, כאשר מיעוט בתוך מדינה קיימת יכריז על עצמאות מהמדינה הקיימת, ויטען שחלק מהמדינה הקיימת הוא כמדינה חדשה – לא יעזור לו עקרון ההגדרה העצמית בגלל עקרון השלמות הטריטוריאלית. ככל עקרון השלמות הטיריטוראלית ימנע מאותו מיעוט לממש בדרך של מדינה חדשה את הזכות שלו להגדרה עצמית. יחד עם זאת, זה לא אומר שעקרון השלמות הטריטוריאלית תמיד מנצח . מקרה אחד שבו עקרון ההגדרה עצמית ינצח הוא מקרה שהשלטון הקיים מסכים שהמיעוט הקיים יפרוש יחד עם אותה טריטוריה. לדוגמה: שהסקוטים רצו לפרוש מהממלכה המאוחדת (בריטניה) שלטונות בריטניה אמרו בסדר, נעביר חוק שאתם יכולים לפרוש אם תשיגו הסכמה בשטח שלכם. בגדול, במקרים שיש הסכמה גם בקרב אוכלוסיית המיעוט שרוצה לפרוש וגם בקרב המדינה ממנה רוצים לפרוש אז אין בעיה ותהיה פרישה. דווקא בסוף היה משאל עם בסקוטלנד והם החליטו שהם בעצמם לא רוצים לפרוש.

מה קורה כשאין הסמכה של השלטון : בהקשר הזה יש שתי גישות-

1. **גישה אחת היא של בית המשפט העליון הקנדי** – בהקשר של ניסיון הפרישה של קוויבק (מבוטא "קבק") מקנדה. רקע: קנדה מחולקת לשתי אוכלוסיות עיקריות, אוכ' דוברת אנגלית המכונה "אנגלופונית" ואוכ' דוברת צרפתית המכונה "פרנקופונית". קנדה היא מדינה פדרטיבית, במרבית האזורים בקנדה האוכ' האנגלופונית היא הרוב וגם באופן כללי היא הרוב הגדול. יחד עם זאת באזור אחד בקנדה האוכלוסייה הפרנקופונית היא הרוב באופן משמעותי, האזור הזה הוא "קוויבק".

בבחירות האזוריות לטריטוריה בשלהי שנות ה-90 נבחרת מפלגה בדלנית והמפלגה הזאת רוצה שקוויבק תפרוש מקנדה (הם מתכוננים ממש לכך- מכינים שטרות, שולחים מכתבים לחיילים בקנדה שאם תהיה פרישה החיילים יהיו חיילים של קוויבק).

הם מעבירים משאל עם, הקוובקים מתנגדים לפרישה ב-0.4%. דבר זה מבהיל את הממשלה הקנדית והבהלה הזאת גורמת לה לפנות לבית המשפט העליון הקנדי ולבקש חוות דעת מייעצת.

החוקה הקנדית מאפשרת לממשלה לבקש חוות דעת מייעצת מביהמ"ש העליון בשאלות משפטיות. השאלה המשפטית של ממשלת קנדה היא- האם ותחת איזה תנאים הקוובקים יכולים לפרוש מקנדה אם בכלל-

ביהמ"ש הקנדי- א. צריך משאל עם בתוך האזור שמעוניין לפרוש ו-ב. בכל המדינה זה אחד משניים או משאל עם, או החלטה של הפרלמט בשטח של כלל המדינה הקיימת.

כלומר, אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב והמיעוט יחד. צריך משאל עם פנימי ושבכלל המדינה יחול משאל עם או החלטה של הפרלמנט.

יחד עם זאת, רשאי מיעוט לדעתו של ביהמ"ש עליון הקנדי, לפרוש באופן חד צדדי (ז"א ללא הסכמה של המדינה הקיימת) ממדינה קיימת, כאשר מדובר בקבוצה לאומית אשר נמנע ממנה באופן עקבי לממש את זכויותיה בתוך המדינה הקיימת. למשל מיעוט שנרדף או יש נגדו רצח עם, כזה מיעוט יוכל לפרוש גם באופן חד צדדי.

2. הגישה השנייה היא גישתו של הICJ- בחוות הדעת המייעצת שלו בנוגע להכרזת העצמאות של קוסובו.

יוגוסלביה ("איחוד העמים הסלבים הדרומיים") הייתה מדינה פדרטיבית. היא הורכבה ממספר מדינות- סלובניה, קרואטיה, סרביה, בוסניה הרצגובינה, סרביה, מונטנגרו ומקדוניה. לקוסובו לא היה מעמד של מדינה נפרדת ביוגוסלביה( היה לה שטח אוטונומי מיוחד בתוך סרביה, כלומר בתוך מדינה ספציפית ביוגוסליה. למה היה לה מעמד יותר נמוך? מהסיבה שלאזור של קוסובו יש שתי תכונות מיוחדות: מצד אחד, הרוב בחבל קוסובו הוא לא סרבי אלא מיעוט אתני אחר- קוסוברי שקרוב מבחינה אתנית לאלבנים. מצד שני מרבית האתרים ההסטוריים שחשובים להיסטוריה הלאומית של העם הסרבי נמצאים בקוסובו.

לכן קבעו שמצד אחד מבחינה היסטורית קוסובו תהיה חלק מסרביה ומצד שני נתנו להם סוג של אוטונומיה בתוך סרביה.

אבל בגלל תת המעמד הזה, כאשר יוגוסלביה מתפרקת לחלקיה, אין לקוסוברים זכות למדינה עצמאית, לאור העיקרון של שימור הגבולות. מוביל למסקנה הם לא היו מדינה נפרדת, אלא חבל בתוך סרביה.

כעת סרביה היא מדינה עצמאית. בסרביה עולה לשלטון אדם נורא בשם סלודובן מילוטוביץ ובין שאר זוועותיו, הוא מבטל את המעמד האוטונומי המיוחד של קוסובו. במקביל הוא גם עושה טיהורים אתניים ורצח עם לגבי מיעוטים אחרים, ונלחם במדינות אחרות השונות, שהיו חלק מיוגוסלביה בניסיון למנוע מהן לפרוש.

אנשיו מבצעים רצח עם במקומות שונים, ואחרי שמונעים ממנו לעשות דברים נוראיים במקומות אחרים, הוא פונה לקוסובו מכוון שהוא חושש שקוסובו תפרוש, הוא מבצע טיהורים אתניים בקוסובו מתוך שאיפה שקוסובו (שהיה בה אז רק מיעוט אתני סרבי ורוב קוסוברי) תהיה מבחינה אתנית סרבית.

כיוון שהעולם לא מעוניין ששוב תחזור המלחמה ביוגוסלביה, מדינות נאטו מתערבות ובעצם מגרשות את צבא סרביה ממרבית קוסובו, תחת ההצהרה שהמטרה שלהן באותה התערבות זה למנוע טיהור אתני. מי ששולט במרבית חבל קוסובו, באותה תקופה זה נאטו.

אחרי שזה קורה, ב1999 מועברת החלטת מועצת ביטחון שמצד אחד קוראת לכוחות הסרבים לצאת מהשטח (בעצם מכירה בזה שהם כבר גורשו מהשטח עי נאטו) אבל מהצד השני, כדי לרצות את הרוסים שהם החברים של הסרבים, ההחלטה גם כוללת הצהרה בדבר הצורך לכבד את השלמות הטריטוריאלית של סרביה. והיא קוראת לצדדים לנהל מו"מ על מנת להגיע להסדר קבע בנוגע למעמדו של החבל. ככה מתנהלים הדברים והמו"מ מוביל לשום מקום.

עד שב2007 האירופאיים מוציאים החלטה שלהם שראוי שקוסובו תהיה מדינה עצמאית, אבל מוסיפים ואומרים שהתוצאה צריכה להיות בהסכמת הצדדים.

שנה אחר כך ב2008 קוסובו מכריזה על עצמאות ו72 מדינות בעולם לרבות ארהב ואירופה מכירות בה כמדינה.

נבדוק אם קוסובו מקיימת את תנאי מונטווידאו:

**טריטוריה**- יש להם במידה מסוימת, כמו בהרבה מדינות בשלבי הכרזת העצמאות, לא ברמה מלאה או מושלמת. בפועל צריך לדעת ש20% מהשטח מוחזק על ידי הסרבים. שאר השטח באותה תקופה מוחזק בידי נאטו ( אבל נאטו אומרים שעושים זאת בשביל הקוסוברים).

**אוכלוסייה**-יש.

**שלטון**- לא עצמאי באופן מוחלט כי מי שמנהל את השטח זה נאט"ו יחד עם גורמים מקומיים, אבל שוב נאט"ו מכריז שהוא עושה זאת כי מסייע לבנות את המוסדות המקומיים (מסיבה פשוטה- הסרבים לא הרשו לאף אחד ממוצא קוסוברי להיות שותף בשלטון. לא היה שופטים או שוטרים, ואנשי שלטון קוסוברים בגלל המדיניות של הסרבים. לכן היה צריך לעזור להם). התנאי מתקיים אבל הוא מקרטע.

**יחסי חוץ-** יש 72 מדינות שהכירו בהם.

אז יש לנו ישות שלא משרתת באופן מושלם את תנאי מונטווידאו. עיקרון ההגדרה העצמית עובד לטובתם אבל מצד שני יש לנו שני דברים שעומדים לרעתם: האחד זה עיקרון השלמות הטריטוריאלית של סרביה, והשני זה החלטת מועצת הביטחון (שמחייבת) שאומרת שמעמדה של קוסובו צריך להיקבע בהסכמה של שני הצדדים במשא ומתן.

לכן עולה השאלה האם ההכרזה החד צדדית של הקוסוברים למדינה היא חוקית? בורר מזכיר שיכולה להיות טענה שתתבסס על בית הדין הקנדי, שקבע כי מיעוט נרדף כן יכול להכריז הכרזה חד צדדית.

הסוגייה הזאת מתגלגלת אל ה-ICJ שמאמץ גישה מאוד שונה מגישתו של בית המשפט העליון הקנדי. ה-ICJ אומר שעיקרון השלמות הטריטוריאלית הוא עיקרון שהמחויבות לציית לו היא של מדינות ולכן הוא לא חל על ארגוני שחרור לאומי.

הארגון הקוסוברי יכול לנסות להכריז על עצמאות והוא לא יפר בזה את עיקרון השלמות הטריטוריאלית כי העיקרון הזה לא יחול עליו.

מה לגבי הטענה שזה מפר את ההחלטה של מועצת הביטחון (מס' 1224)? ה-ICJ אומר שגם אם הייתה הפרה, זה לא הופך את הכרזת העצמאות ללא חוקית. הכרזת עצמאות רק במקרים מאוד צרים של רצח עם/ כיבוש לא חוקי/ ואפרטהייד, תוכרז לא חוקית

במילים אחרות –ארגון לשחרור לאומי יכול לעשות את שיטת המצליח – שהארגון יכריז על עצמאות ויכול להיות שיוכר כמדינה ואם לא ילך לו, אז לא יוכר כמדינה.

יחד עם זאת צריך לזכור שיש מדינות אחרות שאם הן מכירות בקוסוברים כמדינה, אפשר לטעון שהן מפירות את החלטת מועצת הביטחון, שקבעה שהמעמד של השטח צריך להיות מוכרע בהסכמת הצדדים. בנוסף, החלטות מועצת הביטחון כן רלוונטיות לארגונים לא מדינתיים ומחייבים ארגונים לא מדינתיים.

בהקשר הזה אומר ה-ICJ שברור היה שההחלטה של מועצת הביטחון לא נועדה לאפשר משא ומתן לנצח. הדרישה שההכרעה תתקבל בהסכמת הצדדים היא דרישה זמנית.

אמנם לא עומדים עם סטופר, אבל אם נקבע מועד והרבה זמן אחריו לא נראית התקדמות, או שאין כלל מועד מוסכם ונראה שזה לא מתקדם – כך הרלוונטיות שההחלטה תעשה בהסכמה יורדת ומתחזקת הגישה לפיה הם רשאים להכריז על עצמאות.

הדבר נכון על אחת כמה וכמה כאשר הצד השני הוא שמונע את ההגעה להסכם במשא ומתן.

לסיכום, ארגון שחרור לאומי לא צריך לציית לעקרון השלמות הטריטוריאלית ויכול להכריז באופן חד צדד על מדינה בשיטת מצליח. כאשר יש החלטה של מועצת הביטחון או הסכמה בין הצדדים להגיע להסדר באופן מוסכם. אז החלטה או הסכם כזה צריך לראות בהם מניעה זמנית כנגד הכרזת העצמאות. כאשר ככל שהזמן עובר מהמועד שהיא ניתנה או מהמועד שנקבע בהחלטה שעד אליו צריך להגיע להסכמה, ככה הרלוונטיות של ההסכם או ההחלטה הזאת פוחתת. בטח זה ככה כאשר הצד השני יש אינדיקציות שהוא לא פועל בתום לב או מסכל מלהגיע להבנות.

**הבהרה:** כאשר יוגוסלביה מתפרקת הקוסוברים לא היו זכאים למדינה משלהם, כי הם לא היו מדינה ביוגוסלביה אלא חבל בתוך סרביה שהיא הייתה המדינה. שם חל עיקרון שימור הגבולות שמנע מהם להכריז על עצמאות.

יום למחרת כשסרביה היא מדינה עצמאית, כבר נשאלת שאלה אחרת והיא האם הקוסוברים שהם חיים בשטח שהוא חלק מסרביה (שסרביה לא פדרטיבית). האם הם יכולים להכריז על השטח הזה מדינה עצמאית? יש ריבון חוקי, אין מדינה פדרטיבית מתפרקת ולכן מה שרלוונטי זה עקרון השלמות הטריטוריאלית. כמה העקרון רלוונטי? זה תלוי אם מאמצים את גישת ה-ICJ או גישת בית משפט העליון הקנדי.

לסיכום, תמיד תהיה נטייה מסוימת להקל במידה שדורשים שתנאי מונטווידאו יתקיימו, כאשר הכרזת העצמאות משרתת את הזכות להגדרה עצמית. יחד עם זאת, מידת הגמישות תלויה במידה רבה בשאלה- האם יש ריבון חוקי קיים על השטח או אין ריבון חוקי קיים כל השטח.

אם אין ריבון חוקי אנחנו נאזן כשיקול נגד את עיקרון שימור הגבולות. לעומת זאת אם יש ריבון חוקי, אז מה שנאזן מולו זה עקרון השלמות הטריטוריאלית, כשמידת ההשפעה שלו, תהיה תלויה באיזה מידה מהגישות אנחנו מאמצים- של בית משפט העליון הקנדי או גישת ה-ICJ בחוות הדעת המייעצת בעניין קוסובו.

**לסיכום כיצד מזהים מדינה (לפני שנבחן את הרשות הפלסטינית)**

שלב ראשון: האם מתקיימים תנאי אמנת מונטווידאו?

1. טריטוריה

2. אוכלוסייה קבועה

3. שלטון- יכולת להשליט מרות בשטח

4. עצמאות- כושר לקיים יחסים בינלאומיים

* גם אם מתקיימים כל התנאים באופן מושלם, לא נכיר בישות כמדינה אם קיימים אותם חריגים כמו: אפרטהייד/ כיבוש לא חוקי/ טיהור אתני/רצח עם/ אלימות רחבה.

**אם לא מתקיימים החריגים האלה, אבל תנאי מונטווידאו לא מתממשים אצלה באופן מושלם, נבחן מהם המקרים בהם נקל איתה במידת התממשותם-**

* אין ריבון אחר בשטח
* הזכות להגדרה עצמית
* הכרה על ידי מדינות אחרות
* יחד עם זאת, גם אם מקרים אלה מתקיימים והופכים את תנאי מוטוודאו לגמישים יותר, יתכן שיהיה **חריג** לצד השני: שיגיד אם יש הסכמה לנהל את המשא ומתן בתום לב לצורך הגעה להסכמה על מעמד השטח, הרי שהמומ או ההסכמה יכולים במידה מסוימת למנוע את ההכרה. (עד גבול מסוים לעניין הזמן, ותלוי איך מתנהג הצד השני) (קוסובו).

**האם הרשות הפלסטינית היא מדינה?**

הפלסטינים מכריזים עצמאות בשנת 2011 הדיון לגביהם עולה כי הפלסטינים פנו בשלב הראשון למועצת ביטחון כדי להיות מוכרים כמדינה חברה באום. מועבט לא הצליחה להגיע להסכמה בנושא. אז הם פנו לעצרת הכללית של האום כדי להיות מדינה משקיפה באום. והעצרת הכללית ברוב מאוד גדול הכירה בהם כמדינה משקיפה ואז כמה שנים אחר כך הם פנו לICC וביקשו להצטרף אליו כמדינה. היה ויכרו כמידנה לצורך ה ICC, אז ל- ICC תהיה סמכות שיפוט על מעשים שמבוצעים בשטח המדינה הזאת, זאת אומרת שה- ICC יהיה מורשה לפתוח בחקירה בגין חשדות לביצוע פשעי מלחמה לכאורה שחיילי צה"ל ביצעו בשטחים ואולי אף להעמיד לדין בעקבות כך.

לכן למדינת ישראל חשוב מאוד שהפלסטינים לא יוכרו כמדינה. זה הסיפור והוא רץ ממש עכשיו.

בית הדין ה- ICC עדיין לא נתן החלטה לגבי כך. ישראל טוענת שפלסטינים הם לא מדינה והתובעת טוענת שלדעתה כן.

* **תנאי מונטווידאו :**

1. **אוכלוסייה-** יש

2. **טריטוריה**- ישראל טוענת שבטריטוריה אין גבולות ברורים כיוון שאין הסכם קבע(הצדדים הסכימו שלא להסכים על הגבולות גם בהסכמי הפסקת האש שהקו הירוק הוא לא הגבול המוסכם בשנת 1949 וגם בהסכמי אוסלו אמרו שהסכמה על הגבולות ידונו בה רק בהסדר קבע), וכי הפלסטינים לא יכולים לטעון שהשטח כבוש וגם לטעון שיש להם שטח שיש להם בו ריבונות.

בנוסף לעניין הגבולות, החלטה 242 – החלטה של מועצת הביטחון של האום שמחייבת את ישאל והפלסטינים. בהחלטה יש הבדל בין הניסוח באנגלית לניסוח בצרפתית – בצרפתית מדבר על נסיגה מהשטחים שנכבשו תמורת שלום, בעוד שהגרסה האנגלית מדברת על נסיגה משטחים שנכבשו תמורת שלום.

ישראל נסמכת על הנוסח האנגלי כדי לטעון - החלטה זו מראה שבכך מועצת הביטחון של האום מכירה בריבונותה של ישראל על השטחים – מאחר שמה שנכבש כבר הוחזר.

מנגד, התובעת הICC – קובעת שתנאי האמנה מונטווידאו לא צריכים להתקיים באופן מושלם, יש להם שליטה משמעותית בחלקים מהשטח, יש נסיבות שמחייבות הגמשה מהעמידה בתנאים ולגבי הגבולות – יש הרבה מדינות שבעת עצמאותן גבולותיהן שנויים במחלוקת.

3. **שלטון**: הישראלים טוענים שהפלסטינים לא שולטים בשטח, כי צהל מחזיק באיוש ואילו החמאס בעזה -ואין גוף ריבוני. אם יש כיבוש אין שלטון. בנוסף, הרשות נוצרה בהסכמי אוסלו שנקבעו בהם סמכות שיורית שיוותרו בידי ישראל – מלמד שישראל היא מקור הסמכויות של הרש"פ ולכן הרשפ היא אינה הריבון בשטח. נקבע ששאלת הריבונות תיקבע בהסכמי הקבע.

מנגד, התובעת אומרת: יש שליטה מסוימת בשטח וכן קיימות נסיבות מקלות להגמשת התנאים.

מה שמעניין זה שליטה בפועל שכנראה יש להם.

**4**. **עצמאות**: היועמש: הסכמי אוסלו אסרו על קיום יחסי חוץ; התובעת: בפועל יש 120 מדינות שמקיימות יחסי חוץ עם הפלסטינאים והם חברים בארגונים בינלאומיים רבים. יש מימוש משמעותי של עקרון העצמאות.

**מסקנה- התנאים מתקיימים ככה ככה. כל אחד יטען שהתנאים מתקיימים/ לא מתקיימים. כעת נדון אם אפשר להקל:**

* **תנאים מקלים –**

**ריבון בשטח**: היועמש טוען שלא מדובר בשטח בלי ריבון, אלא שמדובר בשטח שהריבונות עליו הושמה במצב של הקפאה בתקופת המנדט ומאז טרם יציאה מההקפאה.

כתב המנדט נותן לישראל את הזכות לטענה לריבונות על השטח (ששטחי פלשתינה ישמשו להקמת בית יהודי). בנוסף, הצדדים הסכימו שלא להסכים על סוגיית הגבולות והריבונות (אוסלו והחחלטה שקביעה כזאת תוכרע בהסכם קבע).

עוד טוען היועמש שהקהילה הבינלאומית הכירה שלישראל, יכולה להיות טענה לגבי לפחות חלק מהשטח. התובעת טוענת שהשטח מעולם לא סופח בפועל. המשב"ל אינו מכיר בשטח כשטח להגדרה עצמית של העם היהודי אלא כשטח למימוש ההגדרה העצמית של העם הפלסטיני. כמו כן, הפרשנות המקובלת של החלטה 242- שונה מפרשנות היועמ"ש.

ב2016 מועצת הביטחון הכריזה על כך שהיא מצהירה על מחויבות לחזון שתי המדינות, שההתנחלויות הן הפרה של המשבל ומכשול להשגת פתרון שתי המדינות, ומדגישה שהצדדים יכולים רק בהסכמה לחרוג מהסדר 1967.

**אמצעי מימוש לזכות להגדרה עצמית**: היועמש – הזכות להגדרה עצמית אינה מחייבת מתן מדינה, יש גבול כמה אפשר להגמיש את תנאי אמנת מונטווידאו. טענת התובעת: הזכות להגדרה עצמית היא יוס קוגנס (שנוי במחלוקת), הפלסטינים מקיימים את כל תנאי אמנת מונטיווידאו במידה מסויימת, וניתן להקל כאשר אין ריבון אחר בשטח ויש מימוש זכות להגדרה עצמית.

**הכרה:** היועמ"ש – הכרה אינה קונסטיטוטיבית ולא יכולה להחליף את הדרישות הפורמליות של מונטווידאו. התובעת: הכרה מאפשרת הקלה באופן בו בוחנים את תנאי מונטווידאו, ויש הכרה רחבה מאוד במדינה פלסטינית. כאשר הם פונים לאום כדי להיות מדינה משקיפה, 138 מדינות מצביעות בעד. יש בכרה בה כמדינה עי הרבה מדינות (רק 9 מצביעות נגד)

לטענת התובעת קיימת סיבה נוספת להקל באופן בו בוחנים את תנאי האמנה, סוד של "אין לאפשר למעוול לצאת נשכר". מי שמונע מהפלסטינים לממש את תנאי מונטווידאו זה הישראלים.

* **האם מתקיים חריג קוסבו?** (מו"מ בתום לב עשוי למנוע הכרה בהכרזה חד צדדית)

הסכמי אוסלו קבעו ששאלת הריבונות, הגבולות וההתנחלויות היו הקלף החזק ביותר של ישראל כנגד האפשרות להכיר בפלסטינים כמדינה( חריג קוסובו); אממה – הסכם הקבע היה אמור להיקבע כבר ב1999 – וזה לא קרה – ולכן ניתן כנראה להתגבר עליו באמצעות פסיקת הICJ.

הישראלים טוענים כי המו"מ מתמשך; התובעת – קידום סיפוח השטחים אינו עולה בקנה אחד עם ניהול מו"מ – כך שבפועל אין באמת משא ומתן היום.

* **שיעור 12, 30.11.20 – אחריות בינלאומית והגנה דיפלומטית (חלק א)**

המדינה היא השחקן המרכזי בדין הבינלאומי ולכן יש סיכוי גדול שהיא גם מי מפרה אותו בדרך כלל.

בשיעור הזה נעסוק בדיני אחריות מדינה שהם דינים שעוסקים בשאלה האם הופר דין של המשבל, האם את ההפרה ניתן לייחס למדינה ומה הסנקציות שניתן להטיל עליה מפאת העובדה שהיא הפרה את המשבל שניתן לייחס אותם.

אותן סנקציות שקיימות מכוח דיני אחריות מדינה הן סנקציות שקיימות בנוסף לסנקציות שיתכן וקיימות לנורמות הספציפיות. כלומר, יכול להיות שאמנה ספציפית תקבע סנקציות נוספות, כך שבעצם דיני אחריות מדינה הם שכבה נוספת בנוסף לאותם הסדרים שקיימים.

והדינים האלה קיימים גם אם אין הסדרים נוספים.

העקרון הבסיסי שהמדינה אחראית להפרה של מחויבות בינלאומית מצידה.

הפרה תקום כאשר יש הפרה של דין בינלאומי שתקף במועד ההפרה (בין אם הסכמי ובין אם מנהגי)+ את אותה הפרה- שיכולה להיות בדרך של מעשה/ ולעיתים בנורמות מסוימות גם במחדל, ניתן לשייך למדינה.

השאלה אם כדי שנגיע למסקנה האם הייתה הפרה בגרם **נזק** היא שאלה שתלויה בנורמה הספציפית. יש נורמות שגם אם לא נגרם נזק עדיין יש הפרה של הנורמה ונקבע שהמדינה אחראית. ויש נורמות שכדי לקבוע שנורמה הופרה והמדינה אחראית, צריך להיווצר נזק.

**לעניין יסוד נפשי**- האם צריך כוונה או יכולה להיות הפרה בדרך של רשלנות או אחריות קפידה?- גם כאן נצטרך לבדוק את הנורמה המופרת עצמה ולאתר את היסוד הנפשי הנדרש.

הפרה של דין בנלאומי בגלל שדדין מדינתי חייב את אותה מדינה לא מהווה הגנה.

**סיכום**

מעשה או מחדש שאפשר לשייך למדינה+ הפרה של הדין הבינלאומי (מנהגי/הסכמי) שתקף במועד ההפרה= אחריות מדינה.

הערות: רכיבים של נזק+ יסוד נפשי נקבעים לפי הנורמה העיקרית

פעולה לפי הדין המדינתי לא מהווה הגנה.

**ייחוס פעולות למדינה**

כלל הייחוס: פעולה שמבצע אורגן של המדינה תחשב פעולה מטעם המדינה.

**מי פועל בשם המדינה?**

יש שני סוגים של אורגנים –

1. **אורגן דה יורה (מה שמופיע בסעיף 4 למסמך)** – אורגן שהמדינה קבעה בחוקיה שהוא אורגן בדין של אותה מדינה( הדין המדינתי שלה): הממשלה, הצבא, פקח התנועה, רשויות מקומיות, הפרלמנט וכו'.

אין משמעות לדרגה בהיררכיה השלטונית. יחד עם זאת, אם היינו מגבילים רק לארגונים דה-יורה – היינו מתחמקים מאחריות באמצעות שינויי חקיקה או העדר חקיקה מראש, או שליחת אדם שלא מעוגן בחוק.

2. **יכולים להיות גם אורגנים דה-פקטו**: הקביעה נבחנת באמצעות מבחן התלות המוחלטת. נקבע בICJ שעסק בשאלת האחריות של סרביה לרצח העם שבוצע בבוסניה (פס"ד בוסניה נ' סרביה ומנטנגרו).

רקע: יוגוסלביה מתפרקת מחלקיה שעבורנו חשובים שני חלקים: חלק אחד הוא סרביה (שקראה לעצמה תקופה ארוכה יוגוסלביה) והחלק השני היא מדינה בוסניה הרצגובינה. בבוסניה הרצגובינה היו שלוש קבוצות אתניות- הרוב בוסמקים- בוסנים מוסלמים, קבוצה שנייה בוסנים ממוצא אתני קרואטי, קבוצה שלישית היא בוסנים ממוצא אתני סרבי שהכריזו על מדינה נפרדת שהם קראו לה "רפבליקה סרפסקה" (שלא הוכרה כמדינה), מבחינתנו היא גוף מורדים בתוך מדינה שנקראת בוסניה.

עכשיו חלק נכבד יעסוק בשאלת היחסים בין מדינת סרביה והצבא שלה, לבין כוחות הצבא של המורדים של הסרבים בבוסניה ( אותה "רפובליקת סרפסקה"). במלחמה הזאת בוצעו פשעים בין לאומיים, בין השאר בוצע רצח עם. כ-10 שנים אחרי המלחמה, מגישה מדינת בוסניה הרצגובינה תביעה כנגד מדינת סרביה בטענה שסרביה אחראית לביצוע רצח עם.

סרביה עונה כתגובה בטענה ראשונה, ואומרת שהיא לא אחראית. מוסכם על כולם שלא כוחות הצבא שלה הם אלה שביצעו את רצח העם. אלא מי שביצע את המעשים בשטח זה כוח הצבא של רפובליקת סרפסקה (בקיצור- VRF).

בוסניה לא מקבלת טענה זאת.

לכן ה- ICJ צריך לבוא ולבחון מה היחסים בין VRF לבין מדינת סרביה. ביהמ"ש אומר שהם לא אורגנים דה יורה (כי הדין הסרבי לא קבע בחוק שהם אורגן) ולכן נבדק אם הם אורגנים דה פאקטו. המבחנים של זיהוי אורגן דה פקטו זה מבחן התלות המוחלטת-כאן ה- ICJ אומר שעם כל היחסים הסופר צמודים בין מדינת סרביה לרפובליקת סרפסקה, לא הייתה להם תלות מוחלטת במדינת סרביה ולכן לא מדובר באורגן דה פקטו.

נקבע כי אורגן דה פקטו הוא גורם שיש לו תלות מוחלטת במדינה כך שהוא נמצא בשליטתה.

**פעולה בחריגה מסמכות**

ניתן לייחס אחריות למדינה על מעשיו של אורגן במסגרת כשרותו (סעיף 7).

מה קורה במצב של חריגה מסמכות – יש שני תרחישים.

1. במצב של פעולה בניגוד לחלוקת הסמכויות בדין המדינתי- לחרוג מסמכות או 2. במקרה של הפרת הוראה מגורם מוסמך.

אנו נטיל אחריות על האורגן (דה יורה או דה פקטו) של המדינה במקרים שפעל בחוסר סמכות, וזאת כאשר הפעולה למרות היותה בחוסר סמכות, בוצעה במסגרת הכשרות או היכולת של האורגן.

מהי כשרותו של האורגן- כדי לדעת צריך להפעיל שני מבחנים: האחד מבחן הזיקה מהותית (האם הפעולה המפרה קשורה לפעילותו ותפקידו של האורגן). למשל אם ההפרה נעשתה על ידי שוטר, האם הפעולה המפרה קשורה לפעילות שיטור.

המבחן השני הוא מבחן הסמכות הנחזית ששואל איך זה נראה מהצד. בוחן האם אדם שהיה מסתכל מהצד, היה מניח שכאשר הבנאדם עושה את הפעולה, הוא היה מניח שהוא אורגן של המדינה. בדוגמה של השוטר, כאשר הוא במדים אז אדם מהצד יניח שפעילותו היא פעולה של שוטר.

בפועל, עיקר ההתמקדות הוא במבחן הסמכות הנחזית (אין פסיקה שביטלה את המבחן הראשון אבל בעיקר מה שמכריע את השאלה זה שאלת הסמכות הנחזת). ההתמקדות בסמכות הנחזת באה לידי ביטוי בפס"ד צרפת נ' מקסיקו (1929) – עסקו במקרה בו אנשי צבא מקסיקו עצרו אזרח צרפתי ,דרשו ממנו כסף וכאשר הוא סירב הם ירו בו. הם עצרו וירו בו כאשר לבשו מדים. ועדת התביעות קובעת יש זיקה מהותית- היו עם נשק וגם בסמכות הנחזת, רואים שמדובר בפעולה של צבא. אבל אם קוראים את פס"ד הם התמקדו במבחן השני כאמור.

חשוב להבהיר שיש תחום אחד שבו למדינה יש אחריות אוטומטית לכל פעולה שמבצעים האורגנים שלה מסוג מסוים וזה תחום דיני הלחימה – כאשר לוחם של מדינה מפר את דיני הלחימה לא משנה אם עשה בכשירות או לא, במדים או לא במדים, הוא הפר את דיני הלחימה. ודיני לחימה אפשר להפר רק בזמן לחימה, אז אוטומטית קמה למדינה אחריות בינלאומית על כל מעשי ההפרה (שמבצעים חיילה).

הסיבה לכלל המיוחד הזה כי הדינים האלה יש להם פוטנציאל פגיעה גבוה.

**אחריות המדינה למעשים אזרחיים או אפילו אורגנים של מדינה שלא בכשירות (למשל פעולה של חייל/שוטר בחופש)**

ככלל, המדינה אינה אחראית למעשי אזרחיה לרבות מעשי אורגניה שבוצעו שלא בכשירות. יש לכך שלושה חריגים שכן תהיה אחריות של המדינה (לזכור שזה **חריגים** כי המקרה הרגיל הוא שאין למדינה אחריות על מעשים של אזרחים או אורגנים שפעלו לא בכשירות):

1. אימוץ מפורש או משתמע של המדינה את המעשים של אזרחים או של אורגנים שפעלו בחוסר כשירות בדיעבד (בעיקר כשזה משרת את המדינה בפוליטיקה הפנימית המדינתית שלה). המדינה מאמצת במפורש או משתמע את הפועלה שנעשתה. דוגמה בולטת היא השתלטות סטודנטים איראנים בשלבים המאוחרים של ההפיכה האיסלמית באיראן, על שגרירות ארה"ב באיראן. בשל אמנה שהייתה ביניהן, ארה"ב מגישה תביעה נגד איראן הICJ. איראן טוענת שזאת לא פעולה של אורגנים דה פקטו או דה יורה של המדינה האירנית, זאת התארגנות של סטודנטים. ה-ICJ אומר שזה התחיל כפעולה של אנשים פרטיים, סטודנטים איראניים, אבל אם בודקים את ההכרזות של מנהיגי איראן הרי שרואים שהם בפועל אימצו את הפעולה של הסטודנטים.
2. החריג השני- כאשר הדין המהותי הספציפי מחייב את המדינה למנוע או להעניש בגין פעולה, והיא לא פעלה בהתאם. כדי שלא תוטל אחריות המדינה צריכה להוכיח שהיא פעלה בחריצות ראויה.

מה שמטיל עליה אחריות זה החובה שקיימת בדין המהותי למנוע את המעשה ולהעניש, היא לא מנעה או השקיעה מאמצים סבירים כדי להעניש או למנוע משמע היא אחראית.

לא מדובר במבחן התוצאה (הצליחה או לא הצליחה) אלא במבחן הסבירות – האם היא הקדישה את כל האמצעים הסבירים ובחריצות ראויה כדי למנוע את התופעה או להעניש את המבצע. למשל הסטודנטים בשגרירות האיראנית, למדינה יש חובה אקטיבית להגן על השגירים ולהעניש את מי שפוגע בהם. איראן מלבד האימוץ של המעשה, היא הפרה את החובה הזאת של דיני השגרירים.

דוגמה נוספת זה המקרה של סרביה ובוסניה – בסופו של יום ה-ICJ קובע שלא ניתן לייחס לסרביה בשום דרך ביצוע של רצח עם. יחד עם זאת במשבל למדינות יש חובה לפעול למנוע רצח עם שמבוצע על ידי אחרים. סרביה הייתה בת ברית מאוד חזקה של כוחות רפבלקה סרפסקה, היא חשדה וידעה שהם מבצעים רצח עם, והיא לא נקטה בנחיצות הראויה באמצעים סברים כדי למנוע את רצח העם. על ידי בית הדין כן יוחס להם אחריות על אי מניעה של רצח עם ולא רצח עם).

1. כאשר גורם פרטי פועל תחת הנחיה או שליטה של המדינה. מהי מידת שליטה הנדרשת כדי לייחס פעולה של אותו גורם פרטי למדינה? נדון בשלושה מקרים. לפי ICJ – ארהב לא מרוצה מהשלטון בניקרגואה והיא מחליטה לתמוך בארגון מורדים שנקרא הקונטראס. ניקרגואה תובעת את ארה"ב בגין מעשים שביצעו הקונטראס בניקרגואה. ארהב טוענת שאי אפשר לייחס לה אחריות בגין מעשים שבוצעו על ידי בן ברית שלה, ולא על ידה. בית הדין ה-ICJ מאמצים כלל מאוד מקביל לייחוס אחריות במקרים כאלה וקובעים- כדי שיהיה ניתן לייחס אחריות בנלאומית למדינה, בגין מעשה של גורם פרטי, צריך להוכיח שליטה אפקטיבית של המדינה באותו גורם(לא די במימון של הגוף אלא נדרש שהמדינה תכווין במידה רבה ומשמעותית את כל פעולות הארגון). על ארה"ב הוטלה אחריות בגין נורמות אחרות באותו פס"ד, ובעקבותיו היא מחקה את מרבית האפשרויות של מדינות להגיש נגדה תביעות ב-ICJ.

לעומת זאת, המקרה השני ICTY שנדרש לדון בסוגיה דומה בנוגע ליחסים בין שתי ישויות- מדינת סרביה מצד אחד והארגון של רפבליקת סרפסקה מהצד השני. בעולם יש שני סוגים של סכסוכים- סכסוכים בינלאומיים (מלחמה בין מדינות) וסכסוכים שאינם בינלאומיים (מלחמת אזרחים) ודיני לחימה שחלים על כל אחד מסוגי הסכסוכים הם לא זהים.

אם הכוחות המזויינים של רפובליקת סרפסקה היה ניתן לייחס את המעשים שלהם לסרביה אז בעצם יש פה מלחמה בין שתי מדינות- סרביה לבוסניה. ואז דיני הלחימה הם של שתי מדינות.

לעומת זאת, אם לא ניתן לייחס את היחסים של כוחות רפבליקה סרפסקה לסרביה אז מה שיש פה זה מלחמת אזרחים בתוך בוסניה. ואז חלים דינים של סכסוך בתוך מדינה.

לכן נדרש ה- ICTY להכריע האם ניתן לייחס את היחסים כוחות רפבליקה סרפסקה לסרביה. והוא קובע שהICJ טעה. משום שה- ICJ קבע מבחן מחמיר מידי ולא ראוי שמאפשר למדינות לעשות מעשיים לא ראויים, באמצעות אורגנים לא מדינתיים ולהתחמק מאחריות.

לשיטתו, המבחן הראוי הנכון הוא שליטה כוללת בארגון- למדינה יש מעורבות משמעותית בניהולו של הארגון, זאת יחד עם מתן מימון וסיוע אופרטיבי. אין צורך בהכוונה של ממש של פעולות הארגון לבטח לא הכוונה ספציפית של פעולת הארגון). כדי לייחס אחריות למדינה על פעולות של גורם זה.

**המקרה השלישי של ICJ בקביעה מאוחרת יותר, כאשר הסיפור של המלחמה בוסניה נדון מספר שנים אחר כך**– נקבע שהמבחן הנכון הוא השליטה האפקטיבית, אבל יכול להיות שלצורך קביעה באיזה סכסוך מזויין מדובר (האם מדובר בסכסוך בין מדינות או סכסוך בתוך מדינה השאלה בה עסק ה-ICTY) המבחן הוא מבחן השליטה הכוללת (שזה לא נכון בעליל, סתם רצון למנוע התנגשות).

**במבחן**- צריך לדעת שיש שתי עמדות- עמדת השליטה האפקטיבית ומבחן השליטה הכוללת. בשני המקרים לא די במימון אבל באחד צריך בנוסף הכוונה של פעולות ובשני צריך מעורבות וניהול. שני המבחנים עמומים, לכן לקרוא שוב את ההגדרות לעיל.

**קיימים חריגים לאחריות המדינה**

כלומר יש מקרים שגם אם נקבע כי בוצעה עבירה וניתן לייחס אותה למדינה, עדיין המדינה המפרה לא תישא באחריות. כאשר ארבעה מבין החריגים המרכזים הם

1. מעשה שבוצע בהסכמה של המדינה שכלפיה בוצעה ההפרה
2. מעשה שבוצע לצורך הגנה עצמית (נדבר על זה בשיעור על איסור השימוש בכוח)
3. גמול (נדבר בשיעור הבא)
4. **צורך = הדרך היחידה למנוע סכנה ברורה ומיידית+ אין פגיעה באינטרסים חיוניים + המדינה לא תרמה ליצירת המצב. (אלה שלושה תנאים כדי שתהיה למדינה הגנת הצורך)**

הפרשנות של התנאים היא מאוד מחמירה ולרוב אין פטור על בסיס הגנת הצורך.

* **שיעור 13, 7.12.20: אחריות בינלאומית והגנה דיפלומטית (חלק ב)-**

אחריות דיפלומטית (לא חסינות דיפלומטית!)

**תוצאות ההפרה**

מה קורה כאשר מופרת חובה? עצם הפרת החובה לא פותרת את המדינה מהמשך הקיום של ההתחייבות (ס' 29). על המדינה להפסיק את ההפרה ולהבטיח שלא תפר את החובה בשנית (ס30). הדבר האחרון הוא שיש חובה לתקן את המצב (=Reparation) (ס 31)

החובה לתקן את המצב(=Reparation) מורכבת מ-3 תתי חובות. כלומר יש שלוש דרכים שהמדינה צריכה לנקוט כדי לתקן את המצב. חשוב להבין שהיא לא חייבת לעשות את כל הדרכים אבל יהיו מקרים שהיא כן למשל צריכה לעשות שתי דרכים (אחד לא מספיק)

1. – **RESTITUTIONהשבה פיזית** – אם מדינה הפרה את המשפט הבינלאומי באופן שגרם לשינוי פיזי, או שנגרם נזק שניתן לתקן אותו, היא חייבת להשיב את המצב לקדמותו ולתקן. יחד עם זאת קיים חריג לכלל זה, והוא כאשר ההשבה הפיזית אינה פרופורציונאלית לתועלת. ההשקעה שהמדינה צריכה לעשות, כדי להשיב את המצב לקדמותו באופן פיזי גדולה מאוד בהשוואה לעלות, ולכן במקרים כאלה לא תידרש השבה פיזית. מה עושים במצב זה? משלמים פיצויים בגין נזק (כמו בדיני נזיקין) (ראו סע' 2)
2. **COMPENSATION- פיצוי על הנזק שנגרם** – חשוב להדגיש: פיצוי בגין נזק, ולא מדובר בענישה על ההפרה.
3. **SATISFACTION - הכרה והתנצלות** – צריך לתת למדינה שהופר כלפיה המשבל את תחושת הסיפוק שנובעת מהתנצלות.

מקרה שבו ניתן לראות את שלוש הדרכים הוא: במקרה של המרמרה, בסופו של יום מדינת ישראל הכירה כלפי תורכיה בכך שהיא הפרה כלפיה (באמצעות זה שהיא פגעה באזרחיה התורכים) את המשפט הבינלאומי. ישראל החזירה את המרמרה לתורכיה (**השבה פיזית**) ואז הוסכם על מנגנון כסף שיעבור לוועדה תורכית (שתעביר לקורבנות התורכים) (**פיצויים על נזק שנגרם**). בנוסף ישראל התנצלה בפני ארדואן (**SATISFACTION**).

כאמור לא בכל המקרים יופעלו שלוש החובות. למשל במקרה של בוסניה הרצגובינה, ה-ICJ קבע שסרביה לא ביצעה רצח עם אבל סרביה הפרה את החובה למנוע את רצח העם.

השבה פיזית- לא ניתן לעשות שהרי אי אפשר להחזיר את מי שמת.

פיצויים על נזק שנגרם- ה-ICJ אומר שאי אפשר להוכיח מה הנזק שנגרם מאי הפעולה של סרביה. אם היה ניתן להוכיח שהיה נמנע או מצטמצם רצח העם אם סרביה הייתה מתערבת, אז היה אפשר לחשב את הפיצוי. פה הפיצויים לא רלוונטיים. לא הצליחו להוכיח מה הנזק שנוצר מאי פעולה (יש פה בעיה מבחינת קשר סיבתי).

לכן מה שנקבע זה ההתנצלות וההכרה- כי עצם זה שה-ICJ פוסק שסרביה הפרה את החובה הזאת, זה מממש את SATISFACTION.

**המישור המעשי**

הבעיה היא שבדרך כלל אין ערכאה שתאכוף את הסעדים. גם אין "הוצאה לפועל" שתאכוף את זה. אז מה כן אפשר לעשות? **החלופות הפחות שכיחות:**

במקרים מסוימים – אפשר לפעול במישור הבינלאומי ולבקש ממועצת הביטחון לקבוע סנקציות של האום. בשביל זה צריך גיבוי בינלאומי של כל חמש המדינות החברות במועצת הביטחון ונושא בעל חשיבות בינלאומית שנובע מהפרות רציניות.

אופציה נוספת היא במישור דיני הלחימה – פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות או השמדת עם יכולות להוביל לאכיפה פלילית.

ברוב המקרים שתי החלופות הללו לא רלוונטיות. יש כללים לאיך מדינה יכולה לבצע פעולות של אכיפה עצמית:

1. RETORTION – הבעת כעס כלפי המדינה המפרה. אלה צעדים שאין בהם הפרה של המשבל, למשל – החזרת שגריר/ ניתוק יחסים דיפלומטיים/ צמצום הפעילות הכלכלית בין המדינות (שלא מגובות באמנה). זה לא תמיד מספיק ולכן מדינות נוקטות בצעדים יותר חזקים, צעדי גמול (ראו סע' ב')
2. COUNTERMEASURES – צעדי גמול – פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, הכרוכה באי-קיום (זמני) של התחייבות משפטית. יש תנאים ומגבלות על צעדי הגמול:

**תנאים שצעדי הגמול צריכים לעמוד בהם- (המטרה אינה ענישה אלא הפסקת ההפרה):**

1. צעדי הגמול מתבצעים עד להשבת המצב לקדמותו ולא מעבר
2. צעדי הגמול חייבים להיות רק נגד המדינה המפרה בלבד
3. צעדי הגמול צריכים להיות זמניים
4. צעדי הגמול צריכים להיות הפיכים.

**הערה**: צעדי הנגד לא חייבים להיות קשורים להתחייבות המקורית שהופרה, וניתן להשתמש בכל תחום אחר של המשבל.

**מגבלות על צעדי נגד ( מה בכלל אסור לעשות)-**

1. איסור לפגוע בזכויות אדם יסודיות
2. אסור לפגוע ביוס קוגנס
3. הגמול צריך להיות פרופורציונאלי לנזק שנגרם בהפרה המקורית ולחומרת ההפרה (העמדה הרווחת). יש גישת מיעוט- לפיה צעדי הגמול צריכים להיות פרופורציונאליים ללחץ שיידרש כדי לגרום למדינה לחזור בה מההפרה. גישת המיעוט נדחית לרוב כי משמעותה שכלפי מדינה עקשנית ניתן לעשות הכל. זה מאוד סובייקטיבי מה דרוש כדי להחזיר את המצב לקדמותו.
4. איסור על שימוש בכוח, פרט להגנה עצמית.
5. אסור לפגוע במשבל ההומניטארי
6. אסור לבצע גמול כאשר יש לגבי הסכסוך עצמו הליך משפטי בינלאומי שמתנהל.

**מה קורה כאשר מי שנפגע הוא אזרח ולא מדינה?**

כללי הILC לא מקנים לפרט זכות לטעון להפרה של מדינה. החריג – יש מצבים בהם יש לאדם פרטי זכות תביעה מכוח אמנה ספציפית כמו למשל בבית הדין של האיחוד האירופי.

אבל במרבית המקרים לאדם הפרטי אין אפשרות לאדם הפרטי לקבל סעד.

זו הסיבה שהתפתחה ההגנה הדיפלומטית( זאת לא חסינות דפלומטית! אלה שני דברים שונים) – **הגנה דיפלומטית= הפרת זכויותיו של הפרט נחשבת הפרה כלפי מדינת אזרחותו, כאשר היא מאמצת את הפגיעה.**

מדובר בפיקציה משפטית, שמאפשרת למדינה לפעול גם בפעולות גמול כאשר פוגעים באזרחיה (כאילו הייתה הפרה של המשבל מצד מדינה א' כלפי מדינה ב' וזאת כאשר אותה מדינה ב' בוחרת לאמץ את עילתו של אזרח מדינה ב').

אז ברגע שרואים בכך פגיעה במדינה (אימצה את עילת האזרח), היא יכולה לנקוט בצעדי גמול ויש עוד מגוון של אפשרויות פעולה כמו פעילות קונסולרית( ברגע שאדם נעצר, הוא רשאי לפגוש את הקונסול), לחץ כלכלי, ניתוק יחסים דיפלומטיים, משא ומתן, הליכים משפטיים וכן צעדי גמול.

האם חובה על המדינה להעניק לפרט הגנה דיפלומטית? לא! פס"ד בן מימון כהן(שרצח את גרושתו בתאילנד) –השאלה הזו מתעוררת בשני מישורים – במישור המשבל – האם המשבל מחייב את המדינה להעניק לאזרחיה הגנה דיפלומטית? הגנה דיפלומטית היא לא זכות של האדם אלא זכות של המדינה, כפועל יוצא מזה היא רשאית בשיקול דעת שלה להחליט האם לאמץ את עילתו של האדם או לא.

לגבי פגיעה בזכויות אדם יסודיות, הILC (יש מסמך מנהגי בנושא) קובע שבמקרים שבהם המדינה הזרה פוגעת בזכויות אדם בסיסיות בצורה קשה של אזרח ממדינה אחרת, ניתן לזהות מגמה לפיה המדינות מרגישות שיש להם תחושת מחויבות (חובה) להעניק לו הגנה דיפלומטית. יחד עם זאת אפילו ה-ILC אומר שמגמה הזאת טרם התגבשה לדין מנהגי מחייב (זה לא בקרב מספיק מדינות כדי לקבוע שהתגבש מנהג). אבל זה הדין הרצוי ויש סיכוי טוב שהדין לשם יתקדם.

במישור המשפט המדינתי: בהרבה מדינות דמוקרטיות בעולם, בנסיבות מסוימות זה לא יהיה חוקי מבחינת המשפט המדינתי שלא להעניק הגנה דיפלומטית. כלומר יש חובה להעניק הגנה דפלומטית. בבריטניה – סיפור של אזרח בריטי שנכלא על יש האמריקאים בגוונטאנמו (מתקן מעצר).

בא כוח העציר פונה לבריטניה שתפנה לאמריקאים כי הם פוגעים בזכויותיו ללא משפט ותנאים לא טובים.

בית המשפט בבריטניה קובע- יש לרשויות שיקול דעת רחב בנוגע להפעלת הצעדים הדיפלומטיים, ובכפוף לביקורת שיפוטית שבוחנת סבירות וצפייה סבירה של אזרח, וכשיש פגיעה בזכויות אדם יסודיות – בעיקר כשיש חשש לעיוות דין ממשי בבית המשפט יתערב. יתערב רק בפגיעה קשה בזכויות אדם יסודיות , וגם אז במקרים מאוד צרים- רק אם ברור שהמדינה לא בחנה את פנייתו.

בהקשר הישראלי יש את פס"ד מימון כהן נ' שר החוץ – נרמז שייתכן כי יש חובה למדינה לפעול כאשר האזרח נמצא בסכנת חיים, אפילו אם אין מדובר בעיוות דין.

בית המשפט העליון של היום הוא יותר שמרן מבית המשפט של לפני 20 שנה, ולכן ספק אם הוא יראה בפסק הדין הזה חובה לפעול כפי שטוען בורר. יש סיכוי שהוא יאמץ גישה צרה יותר כפי שמאמץ בית המשפט הבריטי. טרם נפסק פסק דין אחר ולכן קשה לדעת מה יהיה.

אמרנו מדינה יכולה להעניק הגנה דיפלומטית לאזרח. לכן עולה השאלה-

**מיהו אזרח?**

הכלל המדינתי קובע מיהו אזרח של מדינה. המדינה יכולה לעשות מה שהיא רוצה מבחינת דיני האזרחות, להעניק אזרחות למי שהיא רוצה ולתת לו הגנה דיפלומטית. החריג המוסכם – כאשר מתן האזרחות לא תואם את כללי המשבל. זהו החריג המוסכם. דוגמה: אין להעניק או לשלול אזרחות של אישה ברגע שנישאה ללא שיקול דעתה.

ישנו חריג נוסף שלא מוסכם – כאשר אין שום זיקה בין האזרח לבין המדינה שמגנה עליו (ICJ נוטבאום) אזרחות זה לא מספיק.

נוטבאום היה אזרח גרמני שחי שנים רבות בגוואטמלה, יחד עם זאת הוא הצליח בזכות הונו להשיג אזרחות של מדינת ליכטנשטיין. לכן, כאשר גוואטמלה לטענתו פוגעת בזכויותיו מי שמאמצת את המקרה שלו זה לא גרמניה אלא ליכטנשטיין. גוואטמלה אומרת שאין לנוטבאום שום קשר אמיתי עם ליכטנשטיין, ולכן אין לה עמידה להעניק לו הגנה דיפלומטית.

הסיפור הזה מגיע ל-ICJ (גוואטמלה נ' ליכטנשטיין) והוא מקבל את טענת גוואטמלה. ואומר מכוון שלא הייתה לנוטבאום זיקה לליכטנשטיין, למרות שמבחינה פורמאלית אזרח שלה, היא לא יכולה להעניק לו הגנה דיפלומטית. (לפסד הזה נמתחה הרבה ביקורת- עדיף היה להישאר עם הדין הפורמאלי. לכן בהמשך בית הדין טען שלנובאום יש נסיבות מיוחדות, ושההלכה היא רעועה).

במבחן צריך להגיד- קיימת העמדה של פס"ד נוטבאום אבל העמדה הרווחת היום היא שאין מבחן זיקה , אלא ככלל המבחן הוא מהם דיני האזרחות המדינתיים( לזכור את החריג הראשון).

**כדי שמדינה תוכל להעניק הגנה דיפלומטית יש דרישה למיצוי ההליכים:**

לפני שמדינה יכולה לאמץ את העילה של האזרח, עליו להראות שהוא פעל למצות את ההליכים במערכת המשפטית של אותה מדינה פוגעת.

למה הדרישה למיצוי הליכים? רוצים לדאוג שלא ידרדר המצב, שיהיה פתרון ברמה המדינית. מערכות משפט מדינתיות יעילות יותר ויש הרבה עניין של כיבוד רצון וריבונות המדינה הפוגעת.

קיימים לכך שני חריגים – 1. אין טעם במיצוי הליכים, למשל מדינה א' פוגעת בחברת ספנות במדינה ב, מדינה ב' פונה למערכת המשפט במדינה הפוגעת. היא פועלת במסגרת ההגנה הדיפלומטית. מדינה א' טוענים שלא מיצו הליכים כי לא היה ערעור. הטענה הזו נדחית מאחר והחוקים במדינה קובעים שניתן להגיש ערעור רק אם יש שאלה משפטית, הבעיה של חברת הספנות שהפגיעה שלה נבעה מהנחות עובדתיות, ולכן אין טעם להמשיך למצות את ההליכים.

 2. מקרים של פגיעה עקיפה במדינה – כשמדינה נפגעת, אין צורך במיצוי הליכים בתוך המדינה הפוגעת.

החובה למצות הליכים מתקיים רק אם המדינה נפגעת יחד עם האזרח, והפגיעה המשמעותית יותר היא הפגיעה באזרח. אם הפגיעה המשמעותית יותר היא הפגיעה באזרח אז גם אם המדינה נפגעה חייבים מיצוי הליכים. לעומת זאת, אם הפגיעה המשמעותית היא במדינה אין צורך במיצוי הליכים.

* **שיעור 14, 21.12.20 חסינות מדינה(חלק א')**

בשיעור הזה נדבר על חסינות מדינה במובן הצר, מה שנקרא חסינות ריבון. בשיעור הבא נדבר על חסינות שנותנת המדינה לגורמים שונים במקרים שונים.

חסינות היא נורמה של המשפט הבינלאומי שמסירה בתנאים מסוימים ממדינה ו/או מגורמיה את הכפיפות להליך משפטי של מדינה אחרת, במדינה אחרת. אין חסינות בבתי המשפט של תוך המדינה עצמה, או בבתי המשפט הבינלאומיים.

**רציונליים של חסינות:**

1. עיקרון השוויון בין המדינות.
2. מניעת ניגוח בין לאומי – שלא יהיה כלי פופוליסטי – הקטנת החיכוך בין מדינות שונות.
3. עקרון הריבונות והרצון להימנע מהתערבות בענייניה הפנימיים של המדינה.

תחום חסינויות המדינה מתחלק לשניים: 1. חסינות הריבון או חסינות המדינה במובן הצר – חסינות שלה זכאית המדינה עצמה מפני הליכים משפטיים בפורומים של בתי משפט של מדינות אחרות. בתחום הזה היא ישות ששונה מאדם פיזי או תאגיד אז לא ניתן להעמיד את המדינה בהליך פלילי. לכן החסינות הזאת לא רלוונטית להליך פלילי, אלא רק לאזרחי. 2. חסינות לגורמים הקשורים למדינה מפני הליכים משפטיים במערכת משפט של מדינה אחרת- יש הסדרים שונים (חסינות דיפלומטיים/ראשי מדינה/ משלחות וכולי). לכל הסדר יש כללים שונים ואין חסינות גורפת (נדבר עליהם בשיעור הבא).

נקודה חשובה שחשוב לזכור- יש כלל משפטי אחד שהוא המשותף לכל החסינויות – המדינה תמיד רשאית לוותר על חסינות שמועקת לה או למי מגורמיה. זה זכות של המדינה (!) – אם השגריר רוצה חסינות והמדינה מתנערת ממנה – אין לו חסינות.

**חסינות ריבון/ חסינות מדינה במובן הצר**

חסינות ריבון – מבהיר שמדובר ב"חיה מיוחדת", אבל עשוי ליצור בלבול עם חסינויות שמוענקות לראשי מדינה(זה בכלל הקטגוריה השנייה). ריבון הכוונה שהחסינות מוענקת למדינה.

השם חסינות במובן הצר – עשוי לבלבל עם חסינות במובן הרחב (שזה כל התחום הרחב של החסינויות השונות שמוענקות למדינה ונציגיה). חסינות במובן הצר חלה רק בהליכים אזרחיים, והיא חלה בהליכים משפטיים במדינה אחרת. אם כך, איך תובעים את המדינה?

1. במערכת המשפט שלה ובכפוף לדין המדינתי
2. בבית דין בינלאומי אם המדינה הסכימה לסמכות בית הדין הבינלאומי.

בעבר – חסינות המדינה הייתה מוחלטת, ואי אפשר לתבוע מדינה בפורום משפטי של מדינה אחרת. זהו לא המצב כיום, וברוב המדינות יש חסינות יחסית ולא מוחלטת.

החסינות המוחלטת פגעה בשני עקרונות מאוד חשובים וחשיבותם מתחזקת לאורך המאה העשרים – 1. זכויות אדם – חסינות מדינה מוחלטת זה מקשה על האדם הפרטי הנפגע לקבל סעד בגין פגיעה שנגרמה לו; 2. פגיעה בעקרון שלטון החוק המדינתי – יש הפרות של נורמות מדינתיות שבעצם לא נאכפות כי המדינה חסינה. לכן, מהסיבות האלה ובמיוחד מהסיבה בפגיעה בזכויות אדם, מתחילה מגמה של שינוי וצמצום החסינות והפיכתה לחסינות מוגבלת ויחסית.

המגמה הזו מתרחשת במספר דרכים – מדינות מאמצות חוק שמצמצם חסינות, בתי משפט שמצמצמים חסינות וכולי. הבעיה – זה קורה בקצב שונה במדינות שונות ונוצר חוסר וודאות לגבי היקף השינוי. כדי לפתור ולהתמודד עם חוסר הודאות- מדינות רבות בעולם מאמצות דין מדינתי שקובע מה תהיה היקף החסינות למדינות זרות באותה מדינה.

שלוש חשיבויות לחקיקה הזאת:

1.החקיקה הפנימית חוקקה בעיקרה כתגובה לחוסר הוודאות שקיים בדין הבינלאומי המנהגי בנושא.

2. כלל החקיקות האלה יחד מאפשר לנו לאתר מהו הדין המדינתי בנושא – המדינות מצהירות את עמדתן בנוגע לדין הבינלאומי.

3. ברמה הפרקטית – כך ניתן לברר מהו היקף החסינות שמדינה א' תזכה במערכת המשפט של מדינה ב'.

**ההליך של צמצום החסינות נעשה באמצעות יצירת חריגים לחסינות:**

החריג המרכזי ביותר – מבחין בין פעולות שלטוניות לבין פעילויות עסקיות, כשלפעילות האחרונה אין חסינות. איך מבחינים בין פעילות שלטונית לפעילות עסקית? בפס"ד רע"א 7092/94 **קנדה נ' אדלסון** – ממשלת קנדה סוחרת מאדם פרטיי דירה בהרצליה עבור השגריר הקנדי. החוזה הסתיים, ויש תנאים שמאריכים את החוזה באופן אוטומטי – כעת יש מחלוקת אם התנאים התקיימו או לא. אדלסון טוען שהתנאים לא התקיימו וקנדה טוענת שהם כן התקיימו, לכן היא לא מפנה את הוילה. אדלסון פונה לבית המשפט ותובע את קנדה כדי שתפנה את הוילה. קנדה עונה – שאי אפשר לדון בזה בכלל בבית המשפט, מאחר ויש לקנדה חסינות בפני הליכים המתקיימים בפני בתי המשפט הישראליים.

בגלל שחסינות לא מוחלטת, בית המשפט צריך להחליט האם קנדה צודקת – האם מדובר בפעילות שלטונית או בפעילות עסקית? גיא הרפז מפרט מספר עמדות, שתי עמדות העיקריות שהן –

מבחן טיבה ומהותה של הפעולה (האם אדם אפרט יכול לבצע את הפעולה? – אם כן אז עסקית). לעומת זאת, יש גישה אחרת- מבחן מטרת הפעולה (מה המדינה רצתה להשיג מטרה עסקית או שלטונית?)- לפי מבחן מטרת הפעולה – השכרת הווילה בהרצליה היא פעולה שלטונית שתכליתה לשכן נציג של המדינה, השגריר.

לעומת זאת, אם הולכים לפי מבחן טיב הפעולה – הפעולה היא פעולה עסקית של השכרת דירה – שיכלה להיעשות גם בידי אדם פרטי. בית המשפט אימץ את מבחן הטיב והמהות של הפעולה ולא מבחן המטרה. לא מדובר בעמדה אחידה בעולם, ובמבחן יש להעלות את שני המבחנים אלא אם מדובר על ישראל. עמדה זו אומצה בחוק חסינות מדינות זרות 2008, ס' 3 – "למדינה לא תהא חסינות מפני תביעה שעילתה עסקה מסחרית" (לזכור שאם במבחן תהיה מדינה שהיא לא ישראל, צריך להעלות את הטענה שאולי אומץ המבחן השני).

בפסק דין זה – ברק מסביר שהמדינה חייבת לחוקק חוק שיסדיר את חסינויות המדינה, וחשוב שהדין הזה יהיה ברור. יש שאלות של זכויות אדם, שלטון חוק, הבעת עמדה של מדינת ישראל וכולי. מהסיבות האלה יש לחוקק מהר חוק חסינות מדינות זרות שיבהיר את המצב.

המחוקק מקשיב ולאחר 11 שנה מחוקק חוק חסינות מדינות זרות.

נקבע הכלל – מעוגן בסעיף 2 – למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל, למעט סמכות השיפוט בעניינים פליליים. עיקר החוק – הוא פירוט של סייגים לכלל: 3-4-6-7-8-15 הם סייגים לכלל שקובעים מתי בכל זאת כן ניתן לקיים הליך נגד מדינה והיא לא תזכה לחסינות, **והם דרושים לבחינה**. דיברנו כבר על הסייג בסע' 3 שמבחין בין פעילות עסקית לשלטונית (שעיגן את הפסיקה של אדלסון לעניין טיב הפעולה).

כעת נדבר על הסייג הקבוע בס' **5** – החריג הנזיקי – קובע סדרה של תנאים בהתקיימם לא תזכה מדינה זרה לחסינות בבית המשפט הישראלי בהליך נזיקי. מה התנאים? צריך שתהיה עוולה נזיקית שבוצעה בידי המדינה (בהתאם למבחני אחריות מדינה- אורגן דה פקטו ואורגן דה יורה וכו')+העוולה בוצעה בשטח ישראל +נגרם נזק לגוף או רכוש מוחשי.

לפי העמדה הרווחת בחריג הנזיקי אין הבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה מסחרית. יחד עם זאת, קיים לחריג הנזיקי קיים חריג – במשבל המנהגי – גם אם התקיימו כלהתנאים של החריג הנזיקי, תינתן חסינות מדינה בגין פעולות מלחמתיות (למשל יש מלחמה בין ישראל לבין ירדן, חיילי צבא ירדן גורמים נזקים פיזיים בשטח מדינת ישראל, לא יהיה ניתן להגיש תביעה נזיקית כנגד ירדן בגין הנזקים שנגרמו בבית משפט ישראלי.

קיים גם "החריג לחריג לחריג"

החריג לתחולת החריג לחריג הנזיקי – נתון במחלוקת. גיא הרפז טוען כי במצבים בהם הפעולה הנזיקית שבוצעה בזמן מלחמה היוותה פשע בין לאומי גרעיני/ רצח עם/ פשע נגד האנושות או תוקפנות ("הפרת יוס קוגנס" לפי גיא הרפז; לפי בורר – אצל הרפז ההגדרה לא מדויקת ולכן להעדיף את מה שאמר לעיל) – קיימת טענה שבמקרים האלו, למרות שזאת פעולה מלחמתית, יהיה ניתן להגיש תביעה כנגד המדינה.

איך הדבר מתנהל?

מוגשות תביעות בשנים האחרונות במדינות שונות, בעיקר כנגד גרמניה בגין פעולות שבוצעו בזמן מלחמת העולם השנייה.

בחלק מהמדינות, בתי המשפט דוחים את התביעות כי יש חסינות למדינה– מפאת החריג לחריג הנזיקי (אז או שמוצאים את המבצע המקורי ומעמידים אותו לדין או שהמדינה של הקורבן תאמץ את עילתו לפי כללי אחריות דיפלומטית- המדינה תאמץ את עילתו של הקורבן ותדרוש פיצויים עבורו. ומה שלמדנו בשיעור האסנכרוני- יישוב סכסוך בדרכי שלום. אבל להגיש תביעה בבית משפט במדינת הניזוק אי אפשר כי יש חסינות ).

במספר מדינות – בעיקר יוון ואיטליה – תביעות כנגד גרמניה בגין פשעים בינלאומיים שבוצעו בידי הנאצים, קובעים בתי המשפט המדינתיים הללו שיש חריג לחריג לחריג – הם מאמצים את הכלל שגם אם מדובר בפעולה מלחמתית אם הפעולה הזאת הייתה פשע מלחמה/ רצח עם/ תוקפנות/ פשע נגד האנושות, אין חסינות למדינה וניתן לתבוע בנזיקית.

גרמניה – מאוד לא אוהבת את הפסיקות האלה ופונה ל ICJ – שקובע שאין חריג לחריג לחריג (זאת העמדה הרווחת).

בתי המשפט ביוון ואיטליה לא אוהבים את הפסיקות של הICJ ובית המשפט לחוקה האיטלקי קבע שהוא לא מסכים עם הפרשנות של הicj, ונקבע שם כי גם אם זוהי הפרשנות של הדין – החוקה האיטלקית לא מקבלת את הפרשנות הזו. בגדול – אין הכרעה חד משמעית (אם מדובר בדעת המיעוט שמאמינה בחריג לחריג לחריג והיא אולי אינדיקציה למגמה שאולי תוביל בעתיד להתגבשות דין מנהגי שייצר חריג לחריג לחריג. (זאת דוגמה לפס"ד שמשקף עימות, אם נשאל).

אין ספק שיש מקום לפיצוי – אבל השאלה של החסינות היא שאלה של הפורום המשפטי שדנים בו.

בישראל – לפי פסד ת"א 2143/07 צמח נ' גרמניה – הוגשה תביעה נגד גרמניה לאור מעשים שבוצעו חיילי גרמניה הנאצית. תביעה נזיקית. נקבע- לנוכח העובדה שהרפובליקה הפרדלית של גרמניה נהנית מחסינות הריבון הזר הרי שלא ניתן יהיה לברר את התביעה לגופו של עניין – לא בדרך של תביעה רגילה וגם לא בדרך של תובענה ייצוגית (תביעות נגד גרמניה הוגשו אצלה ולא בישראל). ניכר שלא מתקבל החריג לחריג לחריג.

**סיכם מתוך המצגת:**

**החריג הנזיקי:** מדינה לא תקבל חסינות מפני חבלה נזיקית שבוצעה בשטח ישראל ודרמה לנזק לגוף או לרכוש ממשי.

**חריג לחריג הנזיקי (משב"ל מנהגי):** תינתן חסינות בגין פעולות מלחמתיות.

**חריג לחריג לחריג הנזיקי:**

* בתי משפט ביוון ואיטליה- אין חסינות אם המדינה ביצעה הפרות חמורות של דיני הלחימה/רצח עם/פשע נגד האנושות
* עמדת ה-ICJ (העמדה המקובלת) יש חסינות גם במקרים כאלה.
* בישראל: לא התקבל החריג.
* במבחן להגיד יש דעה רווחת שאומצה גם בישראל, אבל יש גם דעה משמעותית אחרת שאומרת שכן קיים חריג לחריג לחריג.

קיים דיון נוסף ומקביל בשאלה האם קיים חריג לחריג לחריג אחר –– עמדה אמריקאית שעוגנה בחוק מדינתי פדרלי אמריקאי – המדינה לא תזכה בחסינות ריבון מפני תביעה נזיקית שנוגעת בפעולות מלחמתיות, אם מדובר בנזקים שנגרמו בפעולות שביצעה המדינה תוך תמיכת טרור. (פעולה מלחמתית תוך תמיכה בטרור- אין חסינות).

העמדה הרווחת בעולם היא שהחריג לחריג לחריג מסוג זה לא מתקיים. יש חשש מאחר וההגדרה לטרור היא עמומה וחריג לחריג לחריג הזה, עשוי לפתוח פתח לפוליטיזציה ולהוביל לכך שאזרחים פרטיים יורים סכסוכים בין מדינות.

בישראל – יש פסיקות סותרות. אין פסיקה של העליון בנושא ויש פסיקות סותרות במחוזי:

בית משפט מחוזי בפס"ד97767/08 רש"פ נ' פלד – "גם אם הייתי מגיע למסקנה שמעמדה של הרשות הפלשתינית היא ריבון, ספק בעיני אם היה מקום לסלק תביעה זו על הסף, במיוחד לאור הפסיקה המשמעותית המתפתחת במדינות העולם אשר מאפשרות הגשת תביעת נזיקין כנגד מדינות המעודדות ו/או שותפות בביצוע מעשי טרור. " כלומר, מקבלים את החריג לחריג לחריג (האחר- הטרור).

5006-08 יוסיפוב נ' מצריים – "נוכח כל האמור, לא ניתן לאפשר תביעה נגדה, המופנית כנגד הפעלת מדיניותה בשטחה הריבוני בטענה למעורבות במעשה טרור."

* בורר מסביר שיש טיעונים לכאן ולכאן כפי שרואים בפסדים לעיל. בעד- יש חריג לחריג לחריג (האחר לעניין הטרור) וזה נקבע בפס"ד פלד. מדובר בדברים נוראיים מי שנפגע זכאי לפיצויים ולהגיש תביעה היכן שנוח לו וזה במדינה שלו.

טיעון נגד אומר שאין (נקבע בפס"ד יוסיפוב)- היות וזה פותח פתח לניצול לרעה פוליטי ומגדיל את הסכסוך בעולם. אולי עדיף שאדם פרטי יפגע מאשר שיהיו סכסוכים בעולם)

**שאלה נוספת שראינו אצל הרפז- האם יש לתת חסינות רק למדינות או גם לישויות שמעמדן נמוך ממעמד של מדינה (למשל הרשות הפלסטינית)?**

העמדות חלוקות בין שלוש עמדות : עמדה ראשונה שאומרת כן ניתן לתת חסינות גם לגורמים שאינם המדינה– ובית המשפט יכול להעניק גם. עמדה שנייה שאומרת- לא. חסינות יש רק למדינות. בית המשפט תמיד יכריע שאין לישות שהוא לא מדינה חסינות. עמדה שלישית– על בית המשפט להימנע, כי השאלה לא שפיטה. (עמדה ראשונה ושלישית חושבות שאפשר לתת חסינות לישויות שמעמדן נמוך ממדינה ההבדל בגישות הוא מי יחליט).

בישראל – שר החוץ יכול לקבוע בצו כי לישות מדינית תהא חסינות אף שמעמדה המשפטי הבין לאומי אינו עולה כדי מעמד מדינה (סעיף 20 לחוק חסינות מדינות זרות נותן לו סמכות).

הוויכוח שקיים ואין לגביו הכרעה, הוא האם בית המשפט יכול לקבוע בנושא. שזה שלוש העמדות שציינו לעיל ( שתי העמדות האחרות אומרות שיש עניין של בית המשפט ועמדה אחת אומרת שבית משפט צריך לכבד את החוק כפי שכתוב- שר החוץ הוא שקובע). בורר אומר שבית משפט יכול לבחון את סע' 20 ולהגיד שכן יכול להתערב. כאמור אין הכרעה.

**ויתור על חסינות –**

מדינה רשאית לותר על חסינות הריבון. בהקשר הישראלי זה כלל שמעוגן בס' 9-10 לחוק חסינות מדינות זרות – אך הוא משקף גם את המשב"ל המנהגי. הוויתור יכול להיעשות הן באופן מפורש(המדינה מסכימה במפורש לוותר) והן באופן משתמע [כשהיא מתייצבת בפני בית המשפט ומתחילה לנהל את ההליך (זה חשוב מאוד כי אם היא לא רוצה לוותר- אז בתחילת ההליך לבקש לדחות את התביעה מפאת החסינות, בנוסף, להצהיר במפורש- אין בהתייצבות ויתור על חסינות)]

* **שיעור 15, 28.12.20 חסינויות (חלק ב)**

למדנו שיש חסינות ריבון/ מדינה במובן הצר (קטגוריה ראשונה). עכשיו אנחנו בקטגוריה השנייה: שיש שני סוגים שנמצאים תחת קטגוריה זו- חסינות ראשני מדינה והשני זה חסינות דיפלומטית.

**חסינות ראשי מדינה:**

הדין המנהגי מעניק חסינות לנציגים מסוימים של מדינה בשתי דרכים – **חסינות מהותית** **וחסינות פרסונאלית.**

**חסינות פרסונאלית**

* החסינות הפרסונאלית -מוענקת לראשי המדינה ולבעלי תפקידים בכירים בלבד. דוגמאות- המלך של המדינה, ראש הממשלה ועוד מספר שרים מאוד מצומצם כמו שר הביטחון, האוצר. שר הנפט (במדינות המפרץ)
* תנאים לחסינות הפרסונאלית:
* החסינות חלה כל עוד האדם מכהן – היא לא רלוונטית כאשר הוא מסיים את תפקידו.
* היא אינה חלה בבתי המשפט של המדינה של בעל התפקיד (זה חסינויות בפני העמדה לדין של מדינה אחרת).
* יש וויכוח האם היא חלה בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים (הרחבה בהמשך).
* בכפוף לכך שכן – היא חלה הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים.
* קיימת בנוגע לביקורים רשמיים ופרטיים של אותו הנציג. המדינה רשאית לוותר על חסינות ולהסכים להליך משפטי, גם אם הפרט מתנגד (בעלת החסינות היא המדינה ורשאית לוותר אם היא רוצה).

**חסינות פרסונאלית ביחס לפשעים בינלאומיים חמורים**

המחלוקת: האם יש חסינות פרסונאלית (האפשרות להעמיד לדין את ראש המדינה) בגין הפרות חמורות(פשעים גרעיניים) של המשפט הבינלאומי? יש לכך שלוש עמדות:

* ICJ( העמדה הרווחת): יש חסינות על פשעים בינלאומיים גרעיניים בפני העמדה לדין בבתי משפט מדינתיים של מדינות זרות. אבל אין חסינות בפני העמדה לדין בבתי דין בינלאומיים. הICC תומך במסקנה זו.

העמדה הזאת נקבעה ב-ICJ בנוגע לניסיון להעמיד לדין על סמך סמכות אוניברסלית את שר החוץ של קונגו. מי שהרוויח בהקשר הבלגי זה אריאל שרון (ז"ל) כי נגדו התנהל הליך על סמך סמכות אוניברסאלית, בגין אחריות פלילית לכאורה על המעשים בסברה ושתילה. מרגע שניתנה הפסיקה ב- ICJ, הוקפא ההליך נגד שר החוץ של קונגו וגם נגד אריאל שרון מתוך טענה שהוא נמשך מרגע ששרון יסיים את תפקידו כראש ממשלה.

* ירדן (ומדינות אפריקאיות נוספות): החסינות חלה גם בהליכים בפני בית דין בינלאומי.
* מנגד יש עמדה הפוכה, פס"ד פינושה – בית הלורדים באנגליה – החסינות הפרסונאלית חלה רק בגין הפרות של הדין המדינתי ולא מפני הפרות חמורות של הדין הבינלאומי (גם לא בפני בתי דין מדינתיים בשל ההפרות החמורות). (אפילו בבתי דין מדינתיים החסינות הפרסונאלית לא חלה כאשר מדובר בפשעים בינלאומיים גרעיניים.

**חסינות מהותית**

חלה על הרבה יותר אנשים. היא חלה רק על מעשים רשמיים של ממלא התפקיד של המדינה – היא יותר צרה במובן הזה.

מצד שני היא חלה לא רק על בכירים אלא על כל בעלי התפקידים במדינה וחלה גם אחרי סיום התפקיד. במובן הזה היא רחבה יותר.

גם בהקשר הזה יש ויכוח בשאלה האם ובאיזה מידה היא חלה בהליכים פליליים – בהקשר הזה יש את פס"ד בית משפט השלום ההולנדי- הוגשה תביעה אזרחית להאג כנגד בני גנץ כרמטכ"ל והאלוף אשל (מפקד חיל האוויר לשעבר) – עקב פעולות שנערכו במהלך צוק איתן.

עלתה השאלה האם ההליך הזה פוגע בחסינות המהותית. העמדה הרווחת היא שהחסינות המהותית חלה רק בהליכים אזרחיים והיא לא רלוונטית בשום הליך פלילי. (גישת ה-ICJ אין חסינות מהותית כאשר מדובר בפשעים בינלאומיים חמורים).

בית המשפט ההולנדי הולך שני צעדים קדימה – לדעתו החסינות חלה גם בהליכים פליליים, לרבות הליכים פלילים שעוסקים בפשעים בינלאומיים גרעיניים. מכאן נגזרת מסקנה נוספת – גם בתביעות נזיקיות שעוסקות בנזק שנגרם בגין ביצוע של פשעים בינלאומיים גרעיניים, החסינות המהותית תחול. בתוצאה: טובה לישראל כי מדובר גם בתביעה נזיקית והיא נדחת.

**הרציונאל של החסינות המהותית**: השלמת החסינות שמוענקת למדינה, ולמנוע מצב שבו למדינה יש חסינות מפני הליכים אזרחיים במדינות אחרות, יתחמקו מזה באמצעות תביעת נציגי המדינה, והוא מספק אינדיקציה לכך שהחסינות חלה רק בהליכים אזרחיים. אחרים יטענו שיש להחילה גם בהליכים פלילים כדי שלא "יציקו" באמצעות תביעות פליליות למדינה

**חסינות דיפלומטית**

אחד התחומים הראשוניים שעוגנו במשפט הבינלאומי. מרבית דיני החסינות הדיפלומטיים הם מנהגיים (כללים שמצויים במשפט המנהגי) בנוסף, קיימת אמנת וינה לעניין יחסים דיפלומטיים מ1961 שהיא אמנה דקלרטיבית (מכריזה על דין מנהגי קיים).

בהקשר הישראלי- מתוקף העובדה שדיני החסינות הדיפלומטים מעוגנים במרביתם במשבל המנהגי – הם נקלטים ישירות למשפט הישראלי וקיימים בו גם מבלי שיש עיגון מפורש. או ללא כל צורך בעיגון מפורש בחוק ישראלי (נראה בהמשך שיש עיגון עקיף בחוק) העיקרי הוא במנהגי.

פס"ד מחוזי – בשם שלום – רקדנית בטן שטענה שהשגריר של מצריים בישראל בסיוני הזמין אותה לדירה ושם ניסה לאנוס אותה.

היא מגישה תלונה במשטרה והיא לא נחקרת בגלל החסינות הדיפלומטית. היא מנסה חלופה של תביעה נזיקית. המחוזי דוחה את התביעה הנזיקית מבלי לדון בטענות לגופן, על סמך הקביעה שהחסינות הדיפלומטית היא משפט בינלאומי מנהגי ומתוקף היותה מעוגנת שם היא חלק מהמשפט הישראלי. "החסינות הדיפלומטית, כפי שגובשה באמנת וינה, שרירה וקיימת במקומותנו".

בפועל – מצרים מזמנת אותו בחזרה לחופשה שממנה הוא לא חזר לתפקיד (הוא סיים את התפקיד במצרים). כאמור, בנוסף לעיגון במשפט המנהגי – כיום יש חוק חסינות מדינות זרות. החוק הישראלי מכיר בעיגון של המשפט המנהגי (ס' 21 לחוק חסינות מדינות זרות: "חוק זה אינו גורע מחסינות דיפלומטית או קונסולרית או מחסינות אחרת החלה בישראל לפי כל דין או נוהג").

**כללים:**

דיני החסינות לא קובעים שהמדינות חייבות לקיים יחסים דיפלומטיים, בדרך כלל חותמות על אמנה אחת עם השנייה בנוגע לכך. יחד עם זאת, הדינים הללו חלים מרגע שהמדינות החליטו על קיום יחסים דיפלומטיים.

החסינות הדיפלומטית היא לא רשות של הדיפלומט להפר את הדין המדינתי. להפך – כי מי שנהנה מחסינות דיפלומטית מחוייב לקיים את דיני המדינה המקבלת ולא להתערב בענייניה הפנימיים( ס' 41 לאמנת וינה והמשבל המנהגי).

החסינות הדיפלומטית פירושה שלא יהיה ניתן להפעיל נגדו הליכים משפטיים מקום בו הופרה חובה שלו, אלא אם יש את הסכמת המדינה.

התפקיד של הנציג הדיפלומטי כפי שקובעים הדין המנהגי ומעוגן גם וס' 3 באמנת רומא זה לייצג ולהגן על האינטרסים והאזרחיים של מדינתו השולחת במדינה המארחת, ולקדם את היחסים הידידותיים וחילופי המידע בין המדינות.

החסינות הזו ניתנת לשגריר הדיפלומטי ניתנת גם לבני משפחתו, בתנאי שהם לא אזרחים או תושבי קבע של המדינה המארחת. חשוב לדעת שמבחן תושבות הקבע הוא לא מבחן הזמן שבו האדם נמצא במדינה המארחת. בודקים האם אותו אדם היה שוהה באותה מדינה, אילולא התפקיד הדיפלומטי (למשל- ברור שאשתו של בסיוני לא תחשב תושבת קבע, למרות שגרה פה כמעט 20 שנה).

**חובות המדינה כלפי השגרירים**

מרגע שמתחיל הליך האמנה (מרגע שמתקבל השגריר, זאת אומרת המדינה המארחת מכירה בו כשגריר) –קיימת חובה על המדינה המארחת להגן עליו.

* כאשר אמנה נוספת מ1973 קובעת שמוטלת על המדינה המאחרת חובה לקבוע בחוק המדינתי שלה שלפיה תקיפה נציג זאת עבירה פלילית. ברגע שבוצעה עבירה כזאת, יש חובה להעמיד לדין את התוקף **או** לעצור אותו ולהסגירו למדינה השולחת כדי שהיא תעמיד אותו לדין בשטחה.
* סע' 29 לאמנת וינה קובע שעל המדינה המארחת לנהוג בו בכבוד ולמנוע התקפה על חירותו גופו או כבודו.
* סע' נוסף קובע שלשגריר הדיפלומטי יש חסינות מוחלטת מדין פלילי של המדינה המקבלת בכל זמן הכהונה. **חריג-** אם מדובר במעשה שאינו במסגרת בתפקיד, ניתן להעמיד לדין לאחר הכהונה.
* מהחסינות הזו נהנים עובדים טכניים ומנהליים של השגרירות שאין להם מעמד דיפלומטי, כל עוד הם אינם אזרחים או תושבי קבע של המדינה המארחת.
* אסור גם לאסור או לעצור את השגריר הדיפלומטי. **חריג-** ניתן לעכב לזמן קצר נציג לשם שמירה על הסדר הציבורי/מניעת פשע חמור.

**כללים נוספים**

* מדובר בחסינות דיונית – היא לא הופכת את מעשי השגרירים לחוקיים. אם הוא יישאר במדינה אחרי סיום הכהונה – אם זו פעולה שלא נוגעת לתפקידו ניתן יהיה להעמידו לדין, והמדינה שלו עדיין רשאית לוותר על החסינות שלו.
* המדינה המאחרת יכולה (עוד לפני צעדי נגד) לעשות פעולות כמו-לא לקבל כתבי אמנה הבאים של השגריר, רשאית לגרש את השגריר, להזמין אותו לשיחת נזיפה ולעשות כל מיני צעדים שמחלישים את הקשרים שלה או מונעים קשרים חדשים עם המדינה השולחת. בנוסף לזה, היא יכולה לנקוט גם בצעדי נגד, שיגרמו למדינה השולחת להעניק סעד בגין ההפרה.

דוגמה: בשל בעיות החניה שמתרחשים עם השגרירים, ארה"ב מסכמת בכל שנה את כל דוחות החנייה של השגריר ואת הסכום שהיה אמור להתקבל מהקנסות, היא מקזזת מכספי הסיוע שהיא שולחת לאותה מדינה. האם אלה צעדי נגד? לא. כי צעדי נגד זה הפרה זמנית של הדין הבינלאומי מצד המדינה הנפגעת עד שהמדינה הפוגעת תפסיק בפגיעה ותיתן סעד בגין אותה הפרה. כלומר, במקרה הזה הדרישה הבסיסית לא קיימת, כי ארהב לא חייבת לתת כסף למדינות אחרות, היא עושה זאת עושה מתוך רצון טוב שלה לא מתוך אמנה.

אנגליה פותרת בדרך אחרת- היא מאיימת שלא תקבל את כתב אמנה של שגריר שהוא עבריין חנייה. האם זה צעד נגד? לא. כי מדינה אינה מחויבת לקבל שגריר זה או אחר של מדינה אחרת (ואפילו יכולות לגרש אותו ולרצות שמישהו אחר יגיע).

* לשגרירים יש חסינות מפני הליכים אזרחיים, חוץ משלושה חריגים – החסינות לא תחול על פעולה לגבי נדלן פרטי בשטח המדינה המארחת/ החסינות לא תחול על ענייני ירושה פרטיים/ החסינות לא תחול על פעילות מקצועית מחוץ לתפקיד רשמי. יחד עם זאת, יש חריג לחריג- אם קנה אוכל במכולת לצורך מחייתו או שהייתו במדינה המארחת אז זה לא מוגדר פעילות עסקית.

אם הנציג הוא אזרח או תושב קבע החסינות גם בהליכים אזרחיים וגם בהליכים פליליים תחול עליו רק על מעשים רשמיים.

**הערה:** יש גם דין בדבר חסינות קונסולארית שגם הוא ברובו משבל מנהגי, וגם קיימת אמנה שבעיקרה דקלרטיבית בדבר זכויות היתר והחסינויות הקונסולריות. המעניקה לקונסולים חסינויות שונות, דומות אך לא זהות לאלה שמוענקות לנציגים דיפלומטיים (דיון בזה נמצא בחומר הקריאה).

**חסינות השק הדיפלומטי –**

על מנת שהשגרירות תוכל לתקשר עם המדינה השולחת (המדינה שלה), נקבע שהשגרירות יכולה להעביר דואר מהשגרירות ובחזרה, מבלי שיגעו בו והוא יהיה מוגן. ניתן להעביר גם מוצרים לשימוש אישי, ציוד קשר, מכשירי הצפנה וכו'. זאת באמצעות שק שיכול להיות גם ארגז דיפלומטי וגם משאית שלמה. לא יגעו בחומרים המועברים כל עוד הם מסומנים בסימן מיוחד.

למדינה המארחת או כל מדינה שעוברת בדרך, אסור לעכב או למנוע את השק הדיפלומטי.

בחומר הקריאה ניתנו מס' מקרים. בורר ביקש להציג את המקרה הניגרי- שר לשעבר של ניגריה הופיע בתוך השק. בסופו של דבר השק נפתח בטענה שלא סומן.

יש הטוענים שלא צריך לפתוח את השק בשום מקרה, אבל הכלל (עמדה רווחת) הוא שאפשר לפתוח במקרה של הצלת חיים כמו כשאדם נמצא בתוך השק/ כשיש חומרי נפץ בתוך השק.

אנגליה – טוענת שאפשר לפתוח שק אם הוא לא מסומן כראוי. הכלל- אפשר לפתוח אם לא סומן כראוי, אבל ברגע שמתברר מהפתיחה שזה שק דיפלומטי, צריך להפסיק עם החיפוש מייד(אם אין חריג הצלת חיים) לסגור את השק ולתת לו הלאה.

יש הרבה מדינות שקבעו הסתייגויות לעניין הזה של איסור חיפוש ועיכוב מוחלט של השק. דיברנו בשיעורים הראשונים לגבי השק הדיפלומטי שעלה בין לוב לבין אנגליה (לחזור לדיון הזה בהסתייגויות מאמנות).

חלק מהמדינות קבעו הסתייגות כללית שבאה ואמרה שהן מרשות לעצמן לפתוח את השק בכל מקרה שהן חושדות שיש ניצול לרעה. קיימת עמדה מבוססת מהצד השני שאומרת שהסתייגות עד כדי כך רחבה, היא כבר הסתייגות לא תקיפה (לחזור על השיעור של הסתייגויות).

**מבנה השגרירות**

מבנה השגרירות בעבר הייתה טענה שהוא שטח של המדינה השולחת אבל זוהי לא העמדה כיום. יחד עם זאת, מבנה השגרירות זוכה לחסינות רחבה ביותר כך שהוא מחוץ לתחום לסוכני המדינה המארחת. כאן אין אפילו חריג של הצלת חיים. החסינות למבנה היא די מוחלטת, ולכן רואים מקרים של מדינות שמנצלות זאת כדי להעניק הגנה לפושע נמלט או לבצע פשע בתוך מבנה השגרירות.

מה שכן, המדינה המארחת יכולה לנקוט בצעדי נגד וצעדים פחות חמורים במקרים בהם מנוצל לרעה מבנה השגרירות.

המדינה המארחת מחויבת להגן על מבנה השגרירות מפני נזק של גורמים פרטיים, והחובה הזאת נשארת תקפה גם אם מתנתקים היחסים הדיפלומטיים. כמו שקרה עם מרוקו (עד שחודשו היחסים).

מבחינת חומר- מצפה מאיתנו לדעת את החומר גם על דברים שלא דיבר כמו חסינות למבנה השגרירות ומבנה השגרירות.

**כלי תחבורה של השגרירות**

לכלי התחבורה של השגרירות יש חסינות מוחלטת מחיפוש/ תפיסה/עיכוב/עיקול או הוצאה לפועל.

שיעור 16: **לימוד א- סינכרוני מוסדות בינלאומיים חלק א'**

שיעור 17: **לימוד א- סינכרוני מוסדות בינלאומיים חלק ב'**

שיעור 18: **לימוד א-סינכרוני : יישוב סכסוכים בדרכי שלום**

שיעור 19 -בהמשך

שיעור 20- בהמשך

שיעור 23 **לימוד א- סינכרוני:: משב"ל פלילי** (יש קפיצה כי דיני לחימה/ זכויות אדם/משב"ל כלכלי ירדו מהחומר לבחינה)

* **שיעור 19, 4.1.21 איסור השימוש בכוח- חלק א'**

דיני השימוש בכוח שזה בעיקר האיסור על שימוש בכוח .דיני המשב"ל שעוסקים במלחמות מתחלקים לשני סוגים עיקריים. הראשון) ׁ ׁׁJus Ad Bellum למבחן **(JAB** הדינים שעוסקים בכללים בדבר מתי אפשר להשתמש בכוח כמו למשל מתי אפשר לפתוח במלחמה .דינים אלה מבחינים בין התוקפן לבין המותקף. השני (Jus In Bellum למבחן **JIB** ) עוסק בכללי המשחק בזמן העימות המזויין עצמו מה מותר ומה אסור בעיצומו של העימות המזויין. הכללים האלה חלים באופן שווה על שני הצדדים התוקף והמותקף (כדי למנוע מצב שהמותקף ירשה לעצמו לנהוג לא לפי הכללים מהסיבה שהוא המותקף ויש לו יותר זכויות יתר להגן על עצמו )הכללים אחידים וחלים על שני הצדדים. (דיני מלחמה ודיני לחימה לא להשתמש במבחן זה לפעמים שם כולל לשתי הקבוצות לפעמים לאחת מהן ) .

**סקירה היסטורית:** בתקופה שבין שתי מלחמות העולם קיים ויכוח בין שתי עמדות קצה מרכזיות ביחס לחוקיות השימוש בכוח .עמדת קצה אחת אומרת, למדינות מותר לעשות מה שבראש שלהם **,**כוח הוא אמצעי לגיטימי לפתור סכסוכים בינלאומיים.האיש שמייצג את העמדה הזו באופן מובהק שמו קרל פון קלאוזביץ לדעתו המלחמה היא המשך של המשא ומתן הבינלאומי. המלחמה היא אחד מהכלים בערכת הכלים לצורך ניהול יחסים בינלאומיים. גישה שנייה שמקבלת משקל כבד בעקבות זוועות מלה"ע ה 1 טוענת שיש איסור מוחלט על שימוש בכוח במשב"ל ועל המדינות חלה חובה מוחלטת לפתור סכסוכים בדרכי שלום .לפיכך מלחמה היא הפרה של כללי המשב"ל ולכן בהגדרה היא פשע. עמדה זו אומצה במספר הסכמים אחרי מלחמת העולם ה 1 (בהם הסכם קלוג בריאן).אם נבחן אמנות שונות מאותה תקופה הן משקפות בעיקר את הגישה השנייה. בפועל בשטח יש מדינות שממשיכות לשקף את הגישה השנייה (האיטלקים באתיופיה ,היפנים במנצ'וריה, והגרמנים מתחילים את הכיבוש הנאצי בסודטים רכס ההרים בצ'כיה והלאה).על אף התנהגות של מדינות אלה בתי הדין בנירנברג ובטוקיו (אלה בתי הדין שהעמידו לדין את ההנהגה הנאצית והיפנית אחרי מלה"ע ה 2 ),קובעים שהעמדה השנייה הפכה להיות דין בינלאומי מנהגה ויתרה מכך הם קובעים שהפרה של האיסור על שימוש בכוח (**JAB**) מטילה אחריות הן על המדינה (מעשה תוקפנות) וביחד עם זה אחריות פלילית במשב"ל על אנשי אותה מדינה שביצעו את ההפרה בפועל (פשע תוקפנות) (הכוונה כאן לאנשי ההנהגה לא לחייל הבודד).הפסיקה בנירנברג מהווה את הבסיס לדין שקיים היום ,הדומה בבסיס הדין הקיים היום הוא שגם כיום יציאה למלחמה בניגוד לכללי ה **JAB** מהווה מעשה תוקפנות בנוגע למדינה המפרה ובעיקרון יכולה להוות גם פשע תוקפנות כנאמר ואז תטיל אחריות פלילית אישית על ההנהגה. (לשים לב להבדלים במונחים : מעשה תוקפנות הפרה מצד מדינה של ה **JAB** פשע תוקפנות היא הנורמה שמטילה אחריות פלילית אישית על אדם בגין מעורבותו במעשה התוקפנות של מדינתו . ) השונה בדין הקיים היום הוא שבעקבות מלה"ע ה 2 ה **JAB** משתנים באופן משמעותי כי יש הבנה והכרה לכולם ברור שכלל שאומר שמלחמה היא תמיד לא חוקית הוא כלל לא ריאלי.והעמדה שמאומצת היא עמדת ביניים בין שתי העמדות שהיו קיימות בין שתי מלחמות העולם.איך מתקנים את דיני ה **JAB ,**מאמצים את אמנת האו"ם ,היום רוב דיני ה JAB מעוגנים באמנה זו, יחד עם זאת כל דיני ה JAB או כמעט כולם מעוגנים גם במשב"ל המנהגי (הוותיקן לא יכולהלתקוף את איי קוק למרות שהוותיקן ואיי קוק לא חברות באו"ם בגלל שזה דין מנהגי זה חל עליה בלי להיות חברה באו"ם ) . חד הכללים המרכזיים באמנת האו"ם סעיף 4 (2) קובע איסור גורף על שימוש בכוח (לשון הסעיף על המדינות להימנע מאיום או שימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוראלית או ריבונות של מדינה או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו"ם )שני החריגים .הראשון כאשר השימוש בכוח ניתן בהוראה או הסמכה מטעם מועצת הביטחון נקרא מנגנון ההגנה הקולקטיבי השני,ניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית . ׁ(סעיף 2 (4) מקבל תוקף גם כדין מנהגי וגם כ Jus Cogennsׁ ) .

מהו כוח – העמדה המקובלת היא כוח קינטי כלפי טריטוריה של מדינה אחרת .כלומר יורים טיל או כדור,(שימוש בסנקציות כלכליות לא נקרא כוח )גם חצייה של כוח מזויין את הגבול, אף אם לא הופעל שום כלי נשק מהווה שימוש בכוח ,(ואפילו מהווה התקפה חמושה). כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח אבל לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. למשל מדינה מממנת ארגון לא מדינתי נגד המדינה האחרת העמדה המשפטית קובעת שגם מימון או סיוע למורדים מהווה שימוש בכוח .יחד עם זאת הוא לא תמיד יחשב למתקפה חמושה מצד המדינה המממנת .מתקפה חמושה הגדרה יותר צרה מהגדרת שימוש בכוח .בין שאר התנאים צריך להראות את הקשר ישיר למדינה המממנת ולארגון הלא מדינתי .כמה דוגמאות להמחיש את הקשת של אפשרויות הגדרה של שימוש בכוח באמצעות סייבר ,האחת , ארה"ב מוציאה סרט קולנוע שעושה פרודיה למנהיג של קוריאה הצפונית קים גו'נג און .צפון קוריאה פורצת באמצעות ארגון ביון לאימיילים של עובדי חברת סוני ומפרסמת את האימיילים . אובמה טוען זה שימוש בכוח. זיו אומר ,זה לא שימוש בכוח סך הכל פרסמו אימיילים .השנייה איום של אביגדור ליברמן מתקפת סייבר לשחרר את סכר אסואן לפי זיו זה לא מתקפה חמושה ושימוש בכוח. רק אם תהייה מתקפת סייבר לשחרר סכר אסואן באמצעות מחשבים ויופעל כוח קינטי שכתוצאה ממנו כל הישובים ליד הסכר יוצפו ואנשים יספו למוות רק אז לפי זיו בורר והעמדה הרווחת זה יקרא שימוש בכוח. כלומר, שרק אם מדובר במתקפת סייבר שהובילה לשחרור כוח קינטי כדי לגרום נזק ,רק זה יקרא שימוש בכוח והתקפה חמושה .שאר המקרים על הקשת הזו יש גישות שונות .. לפי זיו קשה לשייך מתקפת סייבר ברמת הוודאות הנדרשת למדינה אחרת.

בסעיף 2 (4) קבוע שגם האיום להשתמש בכוח ( באופן לא חוקי ) מהווה הפרה של כללי ה **JAB** –הבהרה אם מנהיג מאיים נעשה שימוש בכוח כנגד כל מי שמתקיף אותנו אין הפרה זה שימוש חוקי בכוח או לצורך הגנה עצמית או בגלל שנתקבל אישור של מועצת הביטחון. אין כאן הפרה האיום להשתמש בכוח מהווה הפרה של כללי ה **JAB** ושימוש בכוח אך ורק אם הכוח שמאיימים להשתמש בו הוא לא חוקי .( הובאה שאלה לגבי חוקיות האחזקה של מדינה בכור גרעיני האם זה שימוש בכוח בפני ה –ICJ התשובה היא שעצם האחזקה לא מהווה שימוש בכוח כי יתכן והמדינה כל כוונתה היא לעשות שימוש בכור הגרעיני לסיבות חוקיות כמו הגנה עצמית ).איום בשימוש בכוח יכול להיות גם במעשים ולא רק מילולית הדוגמא הקלאסית היא כאשר מדינה שולחת את הצבא שלה לעשות תרגילים צבאיים בעלי מאפיינים מאיימים בסמוך לגבול של מדינה אחרת יחד עם זאת לא כל תרגיל צבאי בסמוך לגבול יחשב אוטומטית לשימוש בכוח.(לפי זיו זה טבעי שצבאות מתאמנים) בודקים למה המדינה ביצעה את התרגיל הצבאי ,כלומר נבדוק האם זה איום אמין? ונבדוק איך התרגלים הצבאיים נתפסו בעיני הצד השני המדינה השנייה? (לזכור מצד שני התגרויות מסוימות יכולות להיות הפרה של החובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום כאשר זה לא נחשב איום). (לדוגמא רוסיה התאמנו ליד גבול גיאורגיה נחשב איום בשימוש בכוח לפי פרמטרים כמו כוחות גדולים המון אוגדות וחיילים כן התפרש כאיום).

החריגים מתי מותר להשתמש בכוח ?

מנגנון הביטחון הקולקטיבי (פרק 7 למגילת האו"ם) הוא מוסדר לפי שלבים .בשלב הראשון (ס' 39 ) מועצת הביטחון יכולה לקבוע שהמעשה מהווה איום על השלום או הפרה של השלום או מעשה תוקפנות ולהחליט על אמצעים שיש לנקוט בהם כדי להשיב את השלום והביטחון.

בשלב השני (ס' 41 וס' 42) שני הסעיפים מסמיכים את מועצת הביטחון להורות על שימוש באמצעים שאינם כוחניים או כאמצעי אחרון להפעיל כוח.כל מיני אמצעים בתחילה ישתמשו באלה שאינם כוחניים ואחר כך באמצעים יותר כוחניים.יכולה גם להחליט מיד להשתמש באמצעים כוחניים .

ע"פ הרעיון המקורי היה אמור לקום כוח צבאי משותף שינוהל על פי 5 המדינות החברות הקבועות במועצת הביטחון בפיקוד האו"ם לא יצא לפועל בגלל מסך הברזל בפועל מועצת הביטחון מסמיכה מדינות להפעיל כוח בשמה .

נבחן את החלטות מועצת הביטחון לאורך השנים ,בפועל עד שנות ה 90 הופעלה פעם אחת ההסמכה של מועצת הביטחון להפעיל כוחות ,במלחמת קוריאה. הסיבה היא שבאותה תקופה ברה"מ מחרימה את דיוני מועצת הביטחון כאות מחאה על כך שנתנו לטיוואן את המושב של סין במועצת הביטחון ולא לסין העממית את המושב.ארה"ב שמחה שברה"מ יצאה ולא יכולה להטיל ווטו על מה שהיא רוצה והיא מעבירה החלטות כי יודעת שלא יהיה לה ווטו מברה"מ מעבירה החלטה להסמיך כוח רב לאומי ממועצת הביטחון וארה"ב יוצאת להילחם בקוריאה (כדי למנוע ניצחון והשתלטות של צפון קוריאה הקומוניסטית על דרום קוריאה )ברה"מ מבינה טעות ולכן זו ההחלטה האחרונה שיוצאת ממועצת הביטחון על הסמכה לשימוש בכוח שניתנת עד נפילת מסך הברזל.משנות ה90 יש שימוש יחסית נרחב באישורים מועצת הביטחון לשימוש בכוח .יתרה מכך בעקבות השימוש הנרחב מתפתחת פרשנות מרחיבה לגבי השאלה מה נחשב אישור של מועצת הביטחון שני מקרים שמראים טוב מה זו פרשנות מרחיבה.האחד ,**הסמכה בדיעבד,**מתקפת נא"טו בקוסובו בשנת 1998 , יש בעייה לעזור כי רוסיה מונעת את השימוש בכוח כי היא מחויבת לסרביה.מדינות נאט"ו למרות שאין אישור יוצאות ומשתלטות על קוסובו .ורק בשלב זה מצליחים להעביר בעזרת רוסיה החלטה במועצת ביטחון שמכשירה ו"מלבינה " את ההתקפה של נאט"ו כלומר די בהסמכה בדיעבד . השני **אישור במשתמע,**היציאה של ארה"ב למלחמת המפרץ 2003 אחרי מתקפת התאומים ארה"ב רוצים לתקוף לא רק באפגניסטן אלא גם בעיראק מפיצים שמועות שיש לעיראק נשק להשמדה המונית ואז מסתמכים על אישורים קודמים שניתן אישור לשימוש בכוח מקודם והם טוענים שדי בהסמכה משתמעת של מועצת הביטחון לשימוש בכוח כדי שהשימוש בכוח יהיה חוקי כלומר שפרשנות מרחיבה של החלטה קודמת( מסוף מלחמת המפרץ ה 1 ).

בעקבות הניצול לרעה של הפרשנות הזו המטוטלת נעה לכיוון המצמצם וכיום העמדה שרווחת היא העמדה המצרה כלומר העמדה שאומרת, נדרשת הסמכה מפורשת ומראש ממועצת הביטחון כדי שהשימוש בכוח יהיה חוקי .במדינות כמו בריטניה והולנד הוקמו וועדות חקירה על כך שהממשלות עברו על חוקים .לאורך כל הדרך נתקל ב2 עמדות ולכל אחת יש יתרונות וחסרונות, אף פעם אין הסכמה כללית.

החריג השני חריג ההגנה העצמית (ס' 51 למגילת האו"ם) .למדינה יש זכות להגיב כנגד התקפה חמושה היא דורשת כוח קינטי, ירי כניסת כוחות צבאיים שעוברים גבול, ( לשים לב איום בהתקפה חמושה לא מספיק כל כדור תקרית גבול בודדת לא נחשב התקפה חמושה אין רצון שכל אירוע קטן תהיה מלחמה ). אין הכרעה מה המידתיות? מה הפירוש **כנגד המדינה** הפרשנות הקלה זה שטח המדינה או למשל סירה צבאית בשטח פתוח חיסול של ראש המדינה תקיפת שגרירות של המדינה חיסול של ראש המדינה במקום אחר לפי עמדה מקובלת נחשב כן שימוש בכוח. אבל שגרירות של המדינה יותר מורכב מה קורה אם מחסלים או פוגעים בשגריר במקרה של ישראל השגריר ארגוב היה הסיבה למלחמה .העמדה של מדינת ישראל גם חיסול שגריר מהווה התקפה חמושה נגד המדינה לא כל המדינות מסכימות נדרש לדעתן יותר מכללי השיוך שנדרשים לפי דיני אחריות מדינה .כלומר מקרה שבו שוטר זוטר של מדינה א על דעת עצמו יורה במישהו ממדינה ב לפי דיני אחריות מדינה אפשר לשייך מעשה זה למדינה של אותו שוטר ולהטיל עליהם קנסות ופיצויים אבל זו לא התקפה זו פשיעה .זו תהיה התקפה אם את השוטר הזה הסמיכו ראשי המדינה. העמדה הרווחת אומנם יש דיני אחריות ואפשר לשייך מבחינת דיני אחריות מדינה אבל זה לא מספיק לשייך התקפה חמושה זו העמדה הצרה. במקרה זה למדינת ישראל העמדה המרחיבה .שתי עמדות לכל אחת יש יתרונות וחסרונות.

* **שיעור 20 , 11.1.2021: איסור השימוש בכוח - חלק ב'**

חריג ההגנה העצמית דורש לשם הפעלתו התקפה חמושה כנגד המדינה. נבחן מקרים נוספים ונראה האם הם נחשבים התקפה כנגד מדינה, ולפיכך האם המדינה המוקפת יכולה להשתמש בדיני השימוש בכוח ובדיני ההגנה העצמית.

ארגון מזויין שניתן לשייך את פעולותיו למדינה מסוימת, חוטף מטוס של מדינה אחרת ומנחית אותו במדינתו מתוך מטרה לתקוף אזרחי מדינה שלישית, שרוב הנוסעים במטוס הם אזרחיה. המדינה שאזרחיה חטופים שולחת כוח חילוץ צבאי מטעמה אל המדינה שלה משויך הארגון (מבצע אנטבה). האם המדינה השולחת רשאית להפעיל כוח צבאי מחוץ לשטחה כנגד המדינה החוטפת? במילים אחרות: האם חטיפת מטוס הנוסעים היא בגדר התקפה חמושה כנגד מדינה?

גם בסוגיה זו, כמו בסוגיות רבות של דיני השימוש בכוח JAB- קיימות שתי עמדות – האחת מרחיבה והשנייה מצמצמת. הסיבה לקיומן של שתי העמדות היא שאימוץ גורף של עמדה אחת יוביל לתוצאות לא רצויות. התמיכה בין שתי העמדות משתנה מעת לעת.

העמדה המרחיבה: ניתן לחלק אותה לשתי עמדות שונות:

1. מותר. מדובר בהתקפה חמושה כנגד אזרחי המדינה – שהיא כמו התקפה כנגד המדינה. לא מתקיפים אותם מפאת היותם אנשים פרטיים אלא מתוקף היותם אזרחי אותה מדינה. על כן, תנאי סעיף 51 למגילת האום מתקיימים וניתן להשתמש בחריג ההגנה העצמית
2. מותר להשתמש בכוח במקרה הזה, אך המקור לכך הוא המשפט המנהגי ולא ס' 51. הדין המנהגי רחב יותר מההסדר הקבוע בסעיף 51

העמדת הרווחות היא העמדה המצמצמת: הסיטואציה הזו אינו מקימה זכות להגנה עצמית. זכות שכזו עשויה להוביל לניצול לרעה ובו התקפה על ידי כל שוטר או חייל של מדינה כלשהי ישמש תירוץ ועילה לפתיחת מלחמה.

ספציפית לגבי מבצע יהונתן – מנסים להעלות את הסוגיה הזו במועצת הביטחון כדי שהיא תגנה את ההתקפה. מועצת הביטחון לא מגנה אך גם לא מאשרת. ניתן לפרש את זה כאישור וניתן לפרש את זה כדחייה. מועצת הביטחון בחרה שלא לבחור במקרה הזה. עמדת מדינת ישראל (ועוד מספר מדינות לא קטן) מעדיפות את העמדה המרחיבה.

תחריש אחר: הגוף שתוקף את המדינה הוא ארגון חמוש שאינו מדינתי. למשל:

1. הארגון החמוש שאינו מדינתי מבצע את התקפותיו משטח של מדינה אחרת (חזבאללה בלבנון, נלחם בישראל) – האם מדינת ישראל רשאית לתקוף בלבנון מתוקף דיני השימוש בכוח וחריג ההגנה העצמית?
2. הארגון החמוש שאינו מדינתי מבצע את התקפותיו שהוא השולט בפועל בו (חמאס בעזה, תוקף את ישראל)
3. הארגון החמוש שאינו מדינתי מבצע את התקפותיו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (כיבוש) על ידי המדינה שאותו הארגון תוקף. (א-תנזים באיו"ש, נלחם בישראל).

**הגישה הקלאסית** – במצבים הללו – ככלל, אין למדינה המותקפת זכות להגנה עצמית. הדבר כפוף לשני חריגים:

1. כאשר לארגון שליטה אפקטיבית בטריטוריה – במצב זה אין שליט אחר לשטח ולכן ניתן לתקוף את השטח שבו שולט הארגון
2. הקשר בין הארגון לבין המדינה שבשטחה הוא יושב חזק מספיק כדי שניתן יהיה לשייך את מעשי הארגון למדינה (כאן יש שתי דעות לאיזה חוזק של קשר צריך – עמדת הICTY ועמדת הICJ).

יש שני מקרים משמעותיים שנשארים בחוץ בהתאם לחריגים של הגישה הקלאסית:

1. כאשר הארגון פועל מתוך שטח שנתון לתפיסה לוחמתית (כיבוש) המחוזק בידי המדינה המותקפת – כאן טענו שהפעילות לא יכולה להתבסס על דיני הJAB ולכן היו שטענו שכל מה שהמדינה יכולה לעשות זה פעולות שיטור ולא פעולות לוחמה.
2. כאשר הארגון תוקף משטח של מדינה אחרת שלא ניתן לשייך לה את מעשי הארגון – העמדה הקלאסית לא מאפשרת למדינה המותקפת להתגונן. זה כאשר המדינה שבשטחה יושב הארגון לא מעוניינת או לא מסוגלת להתמודד עם הארגון. (למשל – חיזבאללה ולבנון, ממשלת לבנון בשנות ה-80 והפת"ח, אלקעידה וממשלת הטאליבן באפגניסטן).

יש בעיה עם הכלל הזה. מדוע העולם מתעקש על הכלל המצומצם הזה עד תחילת שנות ה2000? כאמור – בגלל שהעמדה המרחיבה מעוררת חשש לניצול לרעה ולמלחמות.

**העמדה המרחיבה יותר** – היא גם עמדת מדינת ישראל:

אם מדובר בארגון מזוין לא מדינתי שפועל בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (כבוש) ניתן יהיה לפעול כוח הזכות להגנה עצמית כאשר עוצמת ההתקפה היא כזו שלא ניתו להגיב עליה בפעולת שיטור.

אם מדובר בתקיפה בשטח של מדינה זרה – מותר להגיב באמצעות דיני השימוש בכוח כאשר א. ייחוס פעולות הארגון למדינה (כשהקשר בניהם חזק מספיק) ב. כשהמדינה הזרה אינה רוצה או יכולה למנוע את ההתקפה ולפעול כנגד אותו הארגון.

**המצב בפועל**: תנועת מטוטלת בין שתי העמדות. עד שנות ה200 העמדה הרווחת היא העמדה המצמצמת. זה נובע מחשש לניצול לרעה וממלחמות.

לטענת ישראל הדבר נובע מאחר ומדינות אחרות לא התמודדו עם מתקפות טרור רחבות. מרגע שהחלו להתמודד עם טרור הם שינו עמדה. ההיסטוריה מלמדת שטיעון זה שגוי. פראנץ פרדיננד – דוכס של האימפריה האוסטרו-הונגרית, שחוסל בידי ארגון שחרור לאומי סרבי. אוסטריה האשימו את הסרבים שהם לא מסוגלים להתמודד עם אותו ארגון ולכן תקפו אותו בשטח סרביה. זה הרקע לפתיחת מלחמת העולם הראשונה – אין ספק שיש פה ניצול לרעה שיצר טראומה משמעותית שיוביל להתנגדות של מדינות כלל המרחיב.

נקודת השינוי – ה11/9 – ארה"ב טוענת שהיא יכולה לתקוף באפגניסטן כי הם לא יכולים או רוצים להתמודד עם אלקעידה. התקיפה של ארצות הברית בעיראק מאושרת באופן רחב על ידי מועצת הביטחון, המדינות החברות בנאט"ו ועל ידי האיחוד האירופי. זו דוגמא למצב בו דין מנהגי חדש נוצר בתוך זמן קצר.

יחד עם זאת, עמדת הICJ מעט שונה מהעמדה המרחיבה. הם התנגד לעמדה זו באופן עקרוני עוד ב2001. בחוות הדעת שלו בנוגע לגדר ההפרדה, נקבע שישראל לא יכולה לטעון להגנה עצמית כנגד התקפה חמושה מקום בו ההתקפה החמושה מבוצעת על ידי ארגון לא מדינתי ובמיוחד כאשר היא זו ששולטת בשטח בו פועל הארגון. חלק זה בחוות הדעת שמבטא את הביקורות בשיח המשפטי של אותה תקופה. למרות זאת, בפסק הדין שניתן מאוחר יותר הicj מעט מתגמש והוא משאיר את הסוגיה הזו בצריך עיון.

יש חזרה של המטוטלת אל עבר הגישה המצומצמת ובמיוחד עקב שימוש לרעה של רוסיה בחצי האי קרים, ושל האמריקאים במלחמת עיראק ואפגניסטן.

לפי בורר – העמדה המרחיבה זוכה בתמיכה מעט רחבה יותר מאשר העמדה המצמצמת (60/40)

**כללי קרולינה/וובסטר** – גם אם למדינה יש זכות להגנה עצמית, עדיין יש גבולות שמקורם במשפט המנהגי. מקורם בתקרית גבול בין ארצות הברית לבריטניה ששלטה בקנדה, בנוגע לאוניה שקראו לה קרולינה והם נוסחו בידי וובסטר. יש שלושה כללים עיקריים:

1. **נחיצות**: הפעלת הכוח נחוצה ונדרשת כדי להתמודד עם האיום שבא לידי ביטוי בהתקפה החמושה. אם יש דרכים חלופיות לפתרון העימות יש לאמצן ואין להשתמש בכוח. למשל – מלחמת העולם הראשונה. בעקבות אותו חיסול שדיברנו עליו, אוסטרו-הונגריה מגישה אולטימטום לסרביה הכולל סדרת תנאים משפילים שמטרתם הייתה שסרביה לא תוכל להסכים לתנאים האלו כדי שיהיה "תירוץ" לפתוח במלחמה. הסרבים במהלך בלתי צפוי הסכימו לתנאים אלו. למרות זאת, האוסטרים תוקפים. דוגמא נוספת – מלחמת גיאורגיה-רוסיה. עולה טענה לפיה לא גיאורגיה עמדה בתנאי הנחיצות כי יכלה לפנות לכוחות השלום בשטח כדי לפתור את הסכסוך. בפועל – לא הייתה אפשרות כזו ולכן עמדו בדרישת הנחיצות.
2. **מידתיות**: המידתיות היא כלל שבתחומים שונים מקבל משמעות שונה. המידתיות של הJAB שונה מהמידתיות של הJIB והן שונות מהמידתיות מהמשפט החוקתי או של דיני זכויות אדם. המידתיות בהקשר של JAB היא כלל לפיו התגובה של המדינה המותקפת צריכה להיות מידתית להתקפה. הרציונאל: למנוע פעולות ענישה. כאן יש שתי גישות:
3. הגישה המרחיבה - גישה כמותנית. מודדים את העוצמה בפועל של ההתקפה ולכן ההתקפה המגיבה צריכה להיות באותה עוצמה (ירו טיל אחד, מחזירים טיל אחד)
4. הגישה המצמצמת – גישה איכותנית. המידתיות היא ביחס לאיום האסטרטגי שנוצר בהתקפה ולמדינה המותקפת מותר להפעיל את הכוח שנדרש כדי להסיר את האיום הזה. כטיעון לצדקתם, הם מביאים את מקרה תיאורטי של כיבוש שטח ללא שימוש בכוח. לפי הלוגיקה של הגישה המרחיבה – המדינה הנכבשת לא יכולה להדוף את הכוח באמצעות נשק או כוח. התומכים בגישה המרחיבה יטענו שמדובר במקרה קיצון ולכן התוצאה היא אבסורדית. במציאות המקרה הזה חריג עד כדי לא קיים. בפועל יש חשש מניצול לרעה של הגישה האיכותנית ולא הכמותית. ייתכן ניצול מכוון – התקפה קטנה של האויב עשויה להוביל למלחמה רחבה. חלק זה ניצול לרעה לא מכוון. הנחת המוצא שלנו היא שהאויב הוא הרע ביותר ולכן כל פעולה שהוא מבצע היא איום אסטרטגי עצום (למרות שבפועל הוא קטן יותר). ועל כן יש לאמץ את הכלל הכמותי. בורר – תומך בגישה האיכותנית. הגישה הכמותנית היא לא ריאלית. על המשב"ל לאפשר את הסרת האיום שנוצר על המדינה המותקפת
5. **מיידיות**: גם כאן הרציונאל הוא מניעת ענישה. אי אפשר להשתמש בכוח מוקדם מידי אבל גם לא מאוחר מידי. משתמשים בכוח רק כשאין ברירה אחרת (נחיצות) אבל זה לא מאפשר דחייה עד אין קץ. משתמשים בכוח כדי להסיר איום מיידי. דרישת המיידתיות מעלה שאלה לגבי מתקפות מנע. מתקפות מנע יכולות להיות משני סוגים:
6. מתקפת מנע מפני התקפה צפויה. לא מחכים לחציית הגבול או לירייה הראשונה. תוקפים מעט קודם על סמך הערכה לפיה הם הולכים עוד מעט לתקוף. זה מה שמדינת ישראל עשתה בששת הימים.
7. התקפה מונעת שאינה כנגד התקפה צפויה. היא רלוונטית לסיטואציה של נשק להשמדה המונית או נשק גרעיני. כאשר האויב עומד לפתח נשק שמשנה את המאזן האסטרטגי. תקיפה מאוחרת יותר תגרום לנזקים (בין בנזקים שנובעים מהתקפת הכור ובין אם בהתקפה מוקדמת יותר של האויב בנשק גרעיני). למשל תקיפת ישראל את הכור בעיראק או תקיפה המשויכת לישראל לפי פרסומים זרים בנוגע לכור בסוריה.

גם כאן יש מספר עמדות:

1. העמדה המצמצמת: JAB לא מאפשרים שימוש בכוח כנגד התקפה שעדיין לא התרחשה בפועל ולכן לא מאפשרים מתקפות מנע. לגישה הזו יש שני טיעונים: טיעון פורמלי. לשון סעיף 51 לאמנת האום לא מאפשר מתקפת מנע – הוא דורש שהמתקפה החמושה כבר קרתה. טיעון מהותי – 1. חשש אמיתי לניצול לרעה (למשל מלחמת המפרץ השנייה) 2. הניסיון ההיסטורי מלמד שאנחנו תופשים את האיום יותר חזק ממה שהוא, והסתמכות על רעיונות של מתקפת מנע מובילה למלחמות שנבעו מאזעקת שווא – לא היה באמת איום. כמו כן, הימצאות של נשק גרעיני בידי האויב לא מחייב שימוש בו (ארה"ב-רוסיה במלחמה הקרה, פקיסטנים-הודים) יש שטוענים כי קיומו של נשק גרעיני לשני הצדדים ממתן את התנהגות הצדדים.
2. העמדה המרחיבה: יש סיכון קיומי שמופנה כנגד המדינה ולכן לא ניתן שלא לאשר הגנה עצמית במקרים האלה. טיעון פורמלי- העמדה הזו טוענת שצריך לפרש את לשון סעיף 51 באופן שלא יוביל לתוצאה אבסורדית של העמדה המצמצמת. וכן שהמשפט המנהגי המתפתח הוא רחב יותר מלשון סעיף 51. טיעון מהותי: פרשנות אחרת מובילה למצב של איסור תגובה מול מדינות אחרות – דבר שמוליד סכנה קיומית למדינה.
3. עמדת הביניים- הגנה עצמית מהתקפה צפויה מותרת. מתקפת מנע היא אסורה. טיעון פורמלי – העמדה הזו טוענת שצריך לפרש את לשון סעיף 51 באופן שלא יוביל לתוצאה אבסורדית של העמדה המצמצמת. וכן המשפט המנהגי המתפתח הוא רחב יותר מלשון סעיף 51 (אך בהסתייגות ממתקפת מנע) טיעון מהותי: הסיכוי לתקיפה במקרה של התקפה צפויה גבוה אבל במקרה של מתקפת מנע הוא נמוך יותר

**העמדה בפועל** - כשמדובר בהתקפה צפויה: עד ה11/9 העמדה הרווחת היא העמדה המצמצמת. ישראל תומכת בעמדה המרחיבה אבל היא במיעוט. אחרי ה11/9 גוברת התמיכה בגישות המרחיבות. בעקבות הניצול לרעה של האמריקאים המטוטלת חוזרת שוב לכיוון המצמצם כשמדובר בהתקפה מונעת בלתי צפויה: העמדה הרווחת היא שאסור. על כן, ישראל קיבלה נזיפה ממועצת הביטחון בנוגע להתקפה של הכור בעיראק. כשתקפו את הכור בסוריה – לא לקחו אחריות על המעשה והוא מיוחס לישראל רק מפרסומים זרים.

הערה: השיעור האחרון היה חזרה לבחינה והוא לא נמצא כאן.

בהצלחה!!!!!

1. מלומד משפט בינלאומי שחי במאה ה-17 (1583-1645, ואשר מכונה פעמים רבות "אבי המשפט הבינלאומי"; נהוג לראות בכתביו של גרוטיוס את ראשית תהליך החילון של המשפט הבינלאומי, שכן בספרו, את הדיון בשאלה מדוע קיימת חובה לציית למשפט הבינלאומי גרוטיוס חותם במשפט, על סמך הטיעון המוסרי שהוא מציג, קיים חובה לציית למשפט הבינלאומי: "גם אם נקבל כנכון, את מה שלא ניתן לקבל כנכון בהיעדר רשעות מוחלטת, והוא שאין אלוהים, או שענייניהם של בני-האדם אינם מעניינים אותו כלל". אני אישית סבור שנקודת התחלה טובה יותר ניתן למצוא בכתביו של Alberico Gentili, שקדם לגרוטיוס (1552-1608), שם נכתב בפשטות Silete theology in munere alieno! (“Shut up, theologians, when outside your field!"). [↑](#footnote-ref-1)