שיעור מספר 1 – מבוא למשפט הבינלאומי 13.10.2021

אילו סוגי גורמים חייבים להתקיים במערכת משפט?

קשה מאוד להגדיר משפט בינלאומי פומבי. משני דרכים :

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | מערכת המשפט המדינית | המשב"ל הקלאסי |
| מי הנתין? | האזרחים | המדינות |
| מי המחוקק? | הרשות המחוקקת של הריבון | המדינות מחוקקות לעצמן |
| מי אוכף את הדין? | הרשות השופטת וגורמי החוק של הרשות המבצעת | לרוב, אכיפה עצמית |

יש לנו מערכת אופקית שהשאיפה שלה היא לתאם בין הגורמים במערכת. סיבה שנייה לקושי בהגדרת המשפט הבינלאומי מכיוון שהמשב"ל מתפתח ומשתנה בהתאם לתחום שאותו הוא מסדיר.

**השופט חשין בבג"צ 7957/04 מראעבה נ' רוה"מ:** "המשפט הבינלאומי עבר תהפוכות רבות ומבורכות בעשרות השנים האחרונות. זכרוני כי לפי יובל שנים – ואני סטודנט צעיר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים – היה מקצוע המשפט הבינלאומי הפומבי (להבדילו מהמשפט הבינלאומי הפרטי) מקצוע זניח ושולי (הגם שנלמד בקורס חובה). המשפט הבינלאומי הפומבי כלל לא ראינוהו אנו הסטודנטים ראוי לתואר "משפט"... חלפו שנים והמשפט הבינלאומי הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט".

אחת הסיבות שהמשפט הבינלאומי תופס תאוצה ומשפיע על המשב"ל הוא שהעולם נהיה יותר גלובלי הוא סחר בינלאומי. דוגמא שנייה היא חציית גבולות מבלי לזוז מהכסא. דוגמא שלישית היא נאומו של שבתאי.

המשב"ל העכשווי חלק עדיין מתנהג כמו המשב"ל הקלאסי.

|  |  |
| --- | --- |
|  | בחלקים כאלו ואחרים, המשב"ל כיום (במדיה המשתנה מחלק אחד למשנהו) |
| מי הנתין? | לא רק המדינות |
| מי המחוקק? | לא רק המדינות |
| מי אוכף את הדין? | לא רק אכיפה עצמית או וולנטארית. |

הבהרה לגבי הסכמי ווספליה:

סיפור וספליה הוא מיתוס מוחלט. יחד עם זאת הוא כלי נוח לספר את הסיפור שהוא הרבה יותר מורכב. הוא נולד במאה ה19 בידי אנשים שרצו לחזק את ריבונות המדינה שרצו לחזק את זה שהוא לפני המשפט הבינלאומי.

מאז תום מלחמת העולם השנייה יש פריחה מואצת של תחום המשפט הבינלאומי. הכל הופך להיות חוצה גבולות הן מבחינת פשע, תקשורת ועוד. בשנים האחרונות יש תקופת נגד אך כמו שאפשר לראות בשנים האחרונות יש תגובת נגד לתגובת הנגד. צריך להסתכל במגמה הכללית והמערכת ממשיכה להתרחב. אנגליה יצאה מהאיחוד האירופי אך למרות זאת יש צורך והעולם ממשיך להיות גלובלי. ישנם אלמנטים טובים יותר ופחות אך זהו המצב למרות תגובת הנגד.

**המטרה שהייתה לשיעור הזה והיא להגדיר מהו משב"ל –** ישנם תחומים שמתנהגים דומה כפי שהתנהג המשב"ל הקלאסי. יש תחומים שלא ומהם לא – כל תחום ותחום אחר שונה. יחד עם זאת עיקר המשב"ל הפומבי עדיין פועל מאוד קרוב לקצה "הקלאסי".

**הגדרת המשפט הבינלאומי הפומבי לפי ד"ר בורר:** המשפט הבינ"ל הוא "חיה מוזרה" - אנחנו רגילים למערכות משפט מדינתיות, ומערכת משפט שמתנהגת אחרת מקשה עלינו להבין את מהותה. בנוסף, מגמת הגלובליזציה גורמת להתרחבות של המשב"ל לתחומים רבים וחדשים. המשב"ל מתפתח ומשתנה בהתאם לתחום שאותו הוא מסדיר. קשה להגדיר דבר דינמי שמתעצב לנגד עינינו, במיוחד כאשר קצב השינוי משתנה גם בין תתי-תחומים בתוך המשב"ל (חלק עדיין פועלים לפי המודל המדינתי באופן מוחלט).

**הגדרת המשב"ל הפומבי פורמאלית:** "מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינלאומית (שמורכבת ממדינות, ארגונים בינ"ל וגורמים נוספים) על מנת להגשים את הערכים של הקהילה הבינ"ל ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה. מערכת זו פועלת תחת ההנחה כי **הכללים והמנגנונים שלה מחייבים את חברי הקהילה הבינלאומית, במרבית המקרים מצייתים לכללים ולמנגנונים של המערכת".**

**שיעור מספר 2 - ציות למשפט הבינלאומי 14.10.2021**

בשיעור הקודם, ניסינו להגדיר מהו המשפט הבינלאומי ובשיעור הנוכחי ננסה להסביר למה מצייתים למשפט הבינלאומי הנוכחי. כל מערכת משפט נצבת בפני קושי לספק צידוק מוסרי ללמה יש לציית אליה. "כל סיבה מוסרית שניתן לסבור כי קיימת להצדקת החובה, לציית לחוקים, ניתן להראות שהיא חסרת ערך אם בוחנים אותה מנקודת מבט כזו או אחרת" בלאסה פסקל (1669). אם אנחנו לא מוצאים הסבר מוסרי ללמה צריך לציית למערכת משפט, צריך לוותר ולהתחיל לשאול מדוע לציית לה.

למה מצייתים למשפט בינ"ל? תיאוריות:

**הגישה הפוזיטיביסטית** - אבי הפוזיטיביזם, ג'ון אוסטין, הגדיר נורמה משפטית **כפקודה של הריבון המגובה בסנקציה**. **הריבון,** להגדרת אוסטין**, הוא מי שמסוגל לאכוף את הסנקציות שלו**- **תוך ויתור על ההצדקה המוסרית לציות**. כלומר- במקום לנסות להצדיק מבחינה פילוסופית את הציות למערכת המשפט- הם פונים לגישה פוזיטיבית: לאיזו מערכת משפט מצייתים ולמה?

לאור זאת, מדוע מצייתים למשפט בינ"ל (שלא מסוגל לאכוף סנקציות)? בתקופת אוסטין (המאה ה-19) **המשב"ל נוסח ע"י מדינות ונועד להסדיר התנהגות של מדינות.** כלומר, בשונה מההיררכיה שהציג - במשב"ל יש **מערכת יחסים אופקית** (עיקרון של שוויון בין מדינות). מבחינת סנקציות, לא הייתה מערכת ממוסדת של הטלת סנקציות על מדינה. לדעת אוסטין המשב"ל **אינו תחום משפטי אמיתי** אלא "כללי נימוס מקובלים".

לסיכום- **המשפט הבינלאומי איננו 'משפט'.**

* אין הפרדה בין הריבון לכפופים- מערכת אופקית. המדינות יוצרות ומצייתות למשפט הבינלאומי (או שלא מצייתות..)
* אין מערכת מובנית וסדורה של סנקציות – אין ברוב התחומים בתי משפט או בתי דין וגם אם יש ההצטרפות אליהן היא וולנטרית. ב99% מהמקרים אין רשות אכיפה.
* מערכת בתי המשפט הבינלאומיים לא מחייבת.
* אין מערכת אכיפה

**אוסטין אומר שלכל היותר המשפט הבינלאומי הוא כללי נימוס.**

**הגישה הריאליסטית-** גישה מבוססת עובדות ולא הצדקות.

במערכות משפט מדינתיות: הכל מבוסס על כוח, אינטרסים כסף ופוליטיקה. המסקנה מכך היא שהשלטון אינו לגיטימי.

במשפט הבינלאומי: מדינות אינן באמת מנומסות אלא פועלות בהתאם למה שטוב להם. הכול הצגה ולכן המדינות תפרנה את כללי המשב"ל בעיתוי שייבחרו.

בתקופה מאוחרת יותר, מלומדים מאסכולות קיצוניות פיתחו את ההגדרה של אוסטין למערכות משפט כניסיון פוליטי של החזקים לקדם את האינטרסים שלהם באופן מושכל. גישות ביקורתיות אלו מסתכלות על **המשב"ל ככסות למעשים פוליטיים**. לדעתם, הכל פוליטי - מדינה חזקה פועלת כאוות נפשה, ומדינה חלשה תפחד מסנקציות ו"תתנהג יפה". אם אוסטין מגדיר משב"ל ככללי נימוס, הגישות הביקורתיות אומרות שבכלל אין נימוס והכל מושתת על כוח ואינטרסים.

אז נשאלת השאלה- האם המשב"ל הוא רק כללי נימוס או כסות אינטרסים?

התשובה היא שאיום בסנקציות לא יכול להחזיק מערכת משפט. האיום אינו מספיק כדי לגרום לציות, אלא הוא אלמנט משלים בלבד- שנועד למנוע מאיתנו להתפתות להפר את החוק במקרים נקודתיים, ולכן התיאוריה הפוזיטיביסטית של אוסטין והגישות הריאליסטיות המאוחרות יותר- אינם מספקים תיאור טוב של המשב"ל. יש סיבות נוספות שמדרבנות לציות למשב"ל, ובשל הציות שהסיבות הללו גורמות לו- הסנקציות יכולות להרתיע.

**אחת הסיבות המרכזיות לציות לחוק היא הרגל.** "הרגל חברתי" זה מהווה תשובה חזקה מאוד לריאליסטים, כי הרגל מופנם ע"י חלשים וחזקים כאחד. הפנמה זו כה חזקה עד שלעיתים החזקים מתחילים לחשוב שההרגל משמש את האינטרסים שלהם (או פשוט נלקח כמובן מאליו).

סיבות נוספות לציית למשב"ל: חוקים מאפשרים **תיאום בין הצדדים השונים;** **שיקולים מוסריים; הסכמה והוגנות** (מתוקף היותנו שותפים במערכת יש לציית לכל החוקים, ללא אפשרות "לבחור בפינצטה"). בולט במיוחד בדמוקרטיות נוכח חלקו של האזרח בבחירת השלטון.

האם הסיבות הללו רלוונטיות למשב"ל?

עובדתית, **רוב המדינות מצייתות למשב"ל רוב הזמן.** כלומר, התיאור הריאליסטי-ביקורתי שאומר שהכל קשור לאינטרסים וכוח אינו מדויק. אומנם רמת הציות למשב"ל נמוכה יותר מרמת הציות למערכות משפט מדינתיות, אבל היא עדיין גבוהה - כך שאי אפשר להסביר אותה באמצעות טענות פשוטות של אינטרסים וכוח.

למה מדינות מצייתות למשב"ל (מלבד אינטרסים, כוח ופחד מסנקציות)?

**1. הפנמה והרגל:** לכל מדינה יש קבוצת משפטנים שעוסקת במשב"ל. המשפטנים הללו הם חלק מקהילה בינ"ל של משפטנים, ובמסגרת זאת מפנימים נורמות של משב"ל. הם מפיצים ומטמיעים את הנורמות שהפנימו כחלק מהנורמות המדיניות, והמדינה המגבה אותם (כי היא מעוניינת להיות חלק מהקהילה הבינ"ל). בצורה כזו **נורמות בינ"ל הופכות לחלק מהדין המקומי, מופנמות ע"י הציבור והופכות להיות חלק מההרגל ממש כמו הדין הישראלי.**

**2. שיקולים של יחסי גומלין ותיאום:** אי אפשר לקבוע דיני תעופה או תקשורת מבלי שיהיה לכך אלמנט משב"לי. לעיתים נציית לנורמה שלא נוחה בטווח הקצר כדי להימנע מ"שבירת כלים" בטווח הארוך.

**3. פחד מסנקציות:** למרות שמערכת הטלת הסנקציות לרוב פחות מוסדרת או ממוסדת מאשר במשפט המדינתי, אך החשש מסנקציות (ישירות, אלימות, פליליות או כלכליות) עדיין קיים.

**4. דעת קהל בינלאומית ופנימית:** יש מדינות שאכפת להן מהאופן שבו הן נתפסות בעולם, עד כדי השפעה בפועל על התנהלותן. יש מדינות שמושפעות גם מדעת הקהל מבית (צרפת הצטרפה ל-ICC עקב לחץ פנימי). ככל שהעולם נהיה יותר גלובלי אז זה נותן יתרונות גדולים יותר.

**5. מוסר:** גם במשב"ל יש נורמות שקיימות מסיבות מוסריות. למשל, איסור על ביצוע רצח עם.

**6. היררכיה:** מעמדה של המדינה בעולם משפיע על מידת הציות שלה.

שיקולי מדיניות למה מדינות לא מצייתות למשב"ל?

**1. דעת קהל פנימית:** לחץ פנימי על השלטון להפר את המשב"ל.

**2. אינטרס לאומי חזק:** למשל, שיקולי ביטחון או זהות לאומית.

**3. סנקציות:** אם מדינה יודעת שבתחום מסוים כנראה לא תוטל עליה סנקציה, הפיתוי להפר את המשב"ל יהיה גדול יותר.

**4. מעמד:** מדינה מבודדת (שאין לה מה להפסיד) או מעצמה תפר יותר בקלות את הדין הבינ"ל.

העולם מתחלק ל3 סוגי מדינות : מעצמות (ארה"ב, סין, רוסיה) – מדינות אשר יכולות להפר את חוקי המשב"ל כי עדיין ימשיכו "לשחק איתן" בשל כוחן הגדול. מדינות מבודדות (צפון קוריאה) – מדינות שאין להן מה להפסיד. רוב המדינות אינן מעוניינות להיות מבודדות ולא מעצמות. לדוג' ישראל – לא מבודדת ולא מעצמה.

**5. מידת הלגיטימיות של הכלל:** רצח עם הוא כלל לגיטימי, כלל אחר יכול להיתפס כלא לגיטימי ולכן קל יותר להפר כלל לא לגיטימי.

המגמות במשב"ל ותוצאותיהן

1. יותר מקרים של דילמות למדינות האם להפר את חוקי המשב"ל או לציית לו.
2. **יש התגברות של המתח בין הפוליטי לנורמטיבי :** יש מקרים בהם זה ברור שהחוק מבטא נורמה מוסרית. יש מקרים שברור שהחוק מבטא אינטרס צר של מישהו. כאשר מתבטא אינטרס צר של מישהו היא מסותרת תחת "אינטרס מוסרי/לאומי". בגלל ריבוי הנורמות יש יותר סיטואציות שבהן נוצר מתח בין מה ערכי למה לא ערכי להפר לבין מקרים שבהן הנורמה היא לא ערכית או ערכית והאם להפר אותה. האמת ביניהן היא עניין של השקפה.

**דוגמא:** דיני מלחמה. יחד עם זאת של דיני הלחימה ושל המשפט הפלילי הבינלאומי יוצרת אינטרס לגורמים להפר את חוקי המשפט הבינלאומי. לפעמים האויבים הם אלו שאומרים שמציגים אותם באופן לא ראוי למרות שזו האמת. זו התבטאות של עניין ההשקפה.

מי צודק?

* אין תשובה אובייקטיבית.
* הבעיה בריאליזם הקיצוני : התעלמות ממורכבות. רות גביזון בועדת וינוגרד מציגה את הגישה הריאליסטית – צריך לציית למשב"ל כדי ליצור יחס טוב מול העולם מבחינת פוליטיקה (כוח ויחסים).
* עמדת מני מזוז בפני ועדת וינוגרד: קודם כל יש אלמנט מוסרי. דיני הלחימה התפתחו תחת הנחה מאוד חשובה. לחימה היא בין הצדדים הלוחמים אזרחים צריכים להיות מחוץ לעסק. זה שצד אחד הורג אזרחים לא אומר שהצד השני(ישראל) גם צריכה להרוג אזרחים. דבר שני המשב"ל היום מתפתח. אם חיילי צה"ל לא יתנהגו לפי הכללים הם יכולים להישפט במדינות אחרות. יש עניין של דעת קהל בעולם אנחנו תלויים במדינות אחרות וחוות דעתם. המדינות האחרות מצפות מאיתנו לציית לחוקי המשב"ל.

**לסיכום:** יש 2 גישות שהן פשטניות. הגישה שאומרת שהמשב"ל הוא דבר נפלא מוסרי וערכי שלא מונע מאינטרסים. הגישה השנייה שטוענת ההפך שהוא מושחת ומונע מאינטרסים בלבד. המציאות מורכבת ואין אפשרות להכרעה אובייקטיבית. המרצה ממליץ לחיות עם המורכבות ולא להכריע. הוא ממליץ לנו לחיות באי ודאות ולא עם שורה ודאית. אין מי צודק ומי לא צודק.

**שיעור מספר 3 – מקורות המשב"ל – מבוא + מנהג 20.10.2021**

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 המשב"ל – "תצוגי הנורמות המרכזיות של המשב"ל" – כלומר יש סוגי נורמות שלא מצוינות בסעיף למרות שהן חלק מהמשב"ל.

**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. במשב"ל, 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 הבינלאומי 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 תחום 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 המשב"ל. 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)].

**דוגמאות לדין מנהגי:** התפתחות דיני הים. אנשי רפואה בזמן מלחמה בהנחה שהם לא נושאים נשק לא ניתן לירות בהם.

**מהם הקשיים בשימוש במנהג**(למה זה בעיה להסתמך על הדין 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 למשב"ל, 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).

**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 במשב"ל 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 ביניהן. לכן אין נטישה של הדין המנהגי. במשב"ל אין ברירה אלא להשתמש בו, והוא עדיין מקור נורמטיבי חשוב. לדוג': דיני מלחמה ודיני הים.

**מה צריך להתקיים כדי שנגיד שיש פרקטיקה של מדינות**(state practice)**, פירוט על מרכיבי המנהג:**

כללי – הרעיון הוא כמות גדולה מאוד של מדינות שנוהגות באותו אופן(תקיים את הפרקטיקה). 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 המשב"ל, 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.

**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 מספר 4 – מקורות המשב"ל – דיני אמנות חלק א' 21.10.2021**

אמרנו שיש שני מקורות המרכזיים למשב"ל- 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 ביניהן. 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 לץICJ 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).
* מנהג מחייב את כל המדינות מלבד מדינות שהן מתנגד עקבי.

**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/אופי –

**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 דקלרטיביות? ליישר קו, כי הדין המנהגי הוא עמום(יש הסכמה שיש מנהג אבל לא ברור מה הוא אומר). 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: מדינת ישראל מעולם לא חתמה על תקנות האג והיא מקיימת אותה מכיוון שהיא חושבת שהיא דין מנהגי.

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

4. סיווג אחר הוא אמנות המקימות מוסדות בינלאומיים –דוגמאות: מגילת האו"ם, ארגון הסחר העולמי WTO , אמנת רומא של ה-ICC. הן אמנות מולטילטרליות, אמנות יוצרות דין וקונסטיטוטיביות באופיין ומה שמיוחד שהן המייצרות מוסדות, שמוסמכים בעצמם לייצר נורמות משפט בינלאומי מחייבות. לדוג': 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-ILC 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 המשב"ל זה לא מעניין. המשב"ל 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 פעמית). 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(נפסק בהלכה **בע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל).** **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 מספר 5 – מקורות המשב"ל – דיני אמנות חלק ב' 27.10.2021**

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 הורשה- 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. ישנן 2 סוגי של הסתייגויות: מקרה ראשון – הסתייגות מסעיף ספציפי. מקרה שני – ישנו הסדר שקיים בכל האמנה, מדינה יכולה להסתייג מההסדר הספציפי הכולל הזה.

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 המשב"ל 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 האופציה 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 להסתייגות מכלל האמנה בנוגע לאספקט 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 בכפוף להסתייגות.
* **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 הדיפלומטיים. יש את האמנה בדבר חסינויות דיפלומטיות וקונסולריות, האמנה הזאת כמו שנלמד בהמשך, מספקת הגנה למה שנקרא " השק הדיפלומטי". 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 בנוגע 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 הדיפלומטי 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/הסעיפים 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.

**מדינה יכולה לחזור בה מהסתייגות או מהתנגדות להסתייגות.**

* 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**(אמנה בין שתי מדינות).

**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, כשסינגפור 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 ל"ש נ' ל"א 10408/01-** 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 חייב 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.** היא לא בהכרח מייצרת את הדין. אם תתקבל פרשנות אחרת של האמנה וזו תהיה הפרשנות המקובלת של האמנה הרי שהפרשנות הזאת תחייב גם את המדינה שהגישה את ההצהרה הפרשנית.

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 בינלאומית 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(לוקחת על עצמה החלטה משפטית מחייבת) – 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. דוקטרינת ההשתק – הדמינה מושתקת מלטעון שהיא לא מחויבת לעשות מה שהיא התחייבה אליו. 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 מבחינה משפטית 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 משב"ל 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.

נסיבות המקימות אפשרות ביטול:

1. אם החתימה על האמנה ניתנת בניגוד גלוי לדין מרכזי מדינתי הרי שהאמנה תהיה ניתנת לביטול.

* לדוגמא טורקיה: אמנות חשאיות, המדינה שבה החוקה אוסרת כאלו אמנות. בישראל הדין מאפשר חתימה על אמנות חשאיות.
* 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 אנקור ואט בגבול תאילנד וקמבודיה. תאילנד מגישה מפות שגויות ובשל כך לכאורה קמבודיה אמורה לקבל את המקדש. הולכים לפי הכלל של העפרון הכחול רק החלקים הרלוונטים יתבטלו.

3. **אי אפשרות בלתי צפויה לביצוע האמנה:**

* הרס/העלמות בלתי צפויים, של אובייקט חיוני לצורך ביצוע האמנה. לדוגמה: מי הנהר שיבשו באורח קבוע (ולא ניתן היה לצפות זאת).
* חריג: צד שתרם להעלמות/הרס תוך הפרת האמנה לא יוכל לבטלה.
* חריג נוסף: האמנה לא תבוטל אם ניתן היה לצפות את העלמות/הרס האובייקט. 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 מספר 6 – היחס בין מנהג ואמנה + נורמות נוספות במשב"ל 28.10.2021**

סוגי נורמות במשפט הבינלאומי

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

* הכרזות חד צדדיות
* החלטות של ארגונים בינלאומיים(לדוג' החלטות של המועצה לביטחון האו"ם).
* SOFT LAW –"חוק רך" (soft law) – חוק שאינו מחייב מבחינה משפטית.
* 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 נקראים "יהלומי דמים". 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 שהמשב"ל לא מחייב אותו. כך למשל פסק דין מפקח היהלומים – 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.

פרגמנטציה

המשב"ל הולך וגדל עד שהוא גדל יותר מידי. במקום שתהיה נורמה אחת יש שתי נורמות או שיש שני ארגונים בינלאומיים לעסוק בבתי המשפט הבינלאומיים. במקום קול אחד זה הופך ל2 קולות.

מבחינים בין:

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

**פרגמנטציה נורמטיבית –** מצב בו נורמות של המשב"ל 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 תחומי העיסוק של מוסדות בינלאומיים שונים בלי שיש לנו יכולת להכריע איזה מוסד גובר על איזה מוסד. לדוג':

1. אמנה המגנה על דיג דגי טונה כחולים באוקיינוס השקט ויש לה ביה"ד משלה. ישנה אמנה שמסדירה את הסחר הבינלאומי גם לה יש בית דין בינלאומי משלה לסכסוכים. אמנה שלישית שמסדירה את דיני הים וגם לה יש ביה"ד משלה. איזו פסיקה גוברת על איזו פסיקה אחרת?
2. ישנה אמנה שנועדה להבטיח הגנה על זכויות אדם באירופה. חתומות עליה 40 מדינות ויש לה ביה"ד. ישנה אמנה ויש לה ביה"ד ועליה חתומות 27 להסדיר את הסחר באירופה. סחר משפיע על זכויות אדם. השאלה – פסיקה של האיחוד האירופי של ביה"ד לסחר היא שקובעת או של זכויות האדם? מי גוברת על מי במקרה של התנגשות? הם קבעו הסדר "סולנגר" שמשמעותה "כל עוד לא תעצבן אותי", אני אכבד את הפסיקה שלך כל עוד זה לא ממש מעצבן אותי.

**פרגמנטציה מדינתית –** כאשר גורמים שונים בתוך המדינה מנצלים את הפרגמנטציה במשב"ל (המוסדית והנורמטיבית) וחותמים על התחייבויות סותרות. כל משרד ממשלתי מעדיף לחייב את ישראל לפעול בדרך שמגשימה את האינטרסים שלו. לדוג': במדינת ישראל גורמי משרד איכות הסביבה מעודדים את מדינת ישראל לחתום על אמנת "ברצלונה" שקובעת שאסור לנקוט בצעדים שעלולים לזהם את הים התיכון. במדינת ישראל ישנה גם גוף שאחראי על צינור. הגוף הזה הוא חשאי וכפוף למשרד ראש הממשלה, הצינור הזה היה אמור להעביר נפט איראני לים התיכון. הנפט אינו זורם כבר שנים אך הגוף נשאר חזק. מדינת ישראל מקיימת עם איחוד האמירויות הסכם שלום ונחתם הסכם על הזרמת נפט אמיראתי בין קצא"א שתזרים נפט דרך הצינור שיסכן את השונית באילת. מדינת ישראל נמצאת במצב שבו היא מתחייבת שתי התחייבויות בו זמנית.

ככל שהשימוש במשב"ל גובר כך תגבר גם הפרגמנטציה.

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

**התנגשויות בין נורמות הסכמיות:**

* אמנת האו"ם גוברת על אמנות אחרות.
* שתי נורמות הסכמיות סותרות – במידה ומדובר באמנות בין אותן מדינות – מאוחרת 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.

**התנגשויות בין נורמות מנהגיות:**

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

**התנגשות בין נורמה הסכמית למנהגית(סתירה בין מנהג לאמנה):**

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

**האם אמנות יכולות לייצר מנהג?**

קיימת עמדת מיעוט שסבורה שאמנות לא יכולות ליצור מנהג. מנגד, לפי העמדה הרווחת אמנות כן יכולות ליצור מנהג. כדי להבין כיצד זה יכול לקרות צריך להבחין בין שני מקרים: **מקרה א:** מצב בו אמנה מולטילטראלית תוביל להיווצרות מנהג; **מקרה ב:** מצב בו הרבה אמנות בילטראליות בין מדינות שונות, אבל שיש בהן הסדרים דומים, יובילו יחדיו להיווצרות מנהג. נפרט עכשיו על כל אחד מהמקרים להם מתייחסת העמדה הרווחת, ואז נציג את עמדת המיעוט.

**מקרה א:** בשנה מסוימת נחתמת אמנה מולטילטראלית שסעיפיה קונסטיטוטיביים (משמע, לא דקלרטיביים), עם השנים מצטרפות על האמנה הזו, עוד ועוד מדינות; האם עובדה זו, תוביל אותנו למסקנה שההסדרים באמנה הפכו להיות מנהגיים?

למשל, כשאמנת האו"ם התקבלה ב-1945 לא כל המדינות שהיו קיימות הצטרפו מיד, והאמנה כללה הסדרים רבים שלא שיקפו את המשפט המנהגי בזמנו. אבל כיום, חתומות 193 על אמנת האו"ם, יש בעצם רק שלוש מדינות שאינן שנויות במחלוקת שלא חברות באו"ם (הוותיקן, ניאו ולדעת רבים גם איי קוק); האם כל זה מוביל למסקנה שההסדרים המעוגנים באמנת האו"ם הפכו להיות מנהגיים.

למה השאלה הזו חשובה? כיוון שברגע שאנחנו קובעים שההסדרים המעוגנים באמנה הופכו להיות מנהגיים הרי שהסדרים אלו יהיו מחייבים גם את המדינות שלא חתומות על האמנה (וזאת בתנאי של יוכח שהמדינות החתומות הן מתנגדות עקביות לאותם מנהגים). [משמע, אם נחזור לדוגמא שלנו – היה ונקבע שההסדרים הקבועים באמנת האו"ם הפכו מנהגיים, הרי שהסדרים אלו מחייבים גם את הוותיקן, את ניאו, ואת איי-קוק].

דוגמא נוספת: אם תזכרו זה היה הסיפור בפס"ד המדף היבשתי, שם הטענה של המדינות שתבעו את גרמניה הייתה שדין שנולד באמנת הים משנת 1958 (עקרון המרחק השווה שלא היה עקרון מנהגי בשנת 1958), מחייב בשנת 1969 את גרמניה, למרות שגרמניה לא הצטרפה לאמנה, כי לטענת המדינות שתבעו את גרמניה, במהלך 12 השנים שעברו, העקרון הפך למנהגי.

 קושי נוסף, הוא שמאמנות (בכפוף למגבלות עליהן דיברנו) אפשר לפרוש; לעומת זאת, דין מנהגי מחייב את כולם (יתר על כן, אם דין מנהגי כבר קיים לא ניתן להחליט פתאום להפוך להיות מתנגד עקבי כלפיו -כדי להיות מתנגד עקבי צריך להתחיל להביע את ההתנגדות מיד ברגע שהמנהג מתחיל להתגבש). כך, למשל, תקנות האג (או בשמה המלא אמנת האג הרביעית לעניין הכללים החלים בעת לחימה ביבשה והתקנות הנספחות אליה) היא אמנה שאומצה בשנת 1907, ובאותה העת, חלק נכבד מההסדרים בה לא היו מנהגיים, אלא קונסטיטוטיביים. גרמניה חתמה על אמנה, אבל ב-1939 היא פרשה ממנה. לאחר המלחמה טוענים שגרמניה הפרה את הנורמות הקבועות שם (ואף מעמידים לדין במשפטי נירנברג ובמשפטי נוספים עובדי ציבור גרמניים על פשעי מלחמה, בגין הפרה של נורמות הקבועות בתקנות). הגרמנים טוענים שהם לא הפרו את המשב"ל כי בזמן המלחמה גרמניה לא הייתה צד לאמנה. טענה זו נידחת, כיוון שביה"ד בנירנברג קובע שהנורמות שקבועות באמנה זו כבר הפכו עד 1939 לדין בינלאומי מנהגי.

אם כך, מה התשובה- האם הסדרים הקבועים באמנה מולטילטרלית יכולים להפוך לדין מנהגי מפאת העובדה שכמות מאוד גדולה של מדינות הצטרפה לאמנה?

לפי העמדה הרווחת: הצטרפות של מדינות רבות לאמנה מולטילטרלית יכולה לסייע להפיכת הנורמות הקבועות באותה אמנה לדין בינלאומי מנהגי: בשל להפיכתן של נורמות לאמנה לנורמות מנהגיות; אבל זה לא תנאי מספיק.

לגבי המדינות החתומות יש לבחון עמידה בתנאים ליצירת המנהג:

1. Sp – נדרשת כלליות, עקביות וממושכות.
2. OJ – החתימה לעיתים תהווה אינדיקציה.
* הבדיקה תעשה עבור כל כלל בנפרד.

**ראשית,** צריך לראות שהמדינות באמת פועלות בהתאם לכלל שקבוע באמנה (החתימה על האמנה אולי יכולה להוות אינדיקציה ל-OJ, אבל צריך שהמדינות באמת תפעלנה באופן עקבי לפי הכלל, כדי שנוכל לקבוע שקיים גם SP). **שנית,** כיוון שצריך לבחון SP, הרי שהבחינה היא לא בנוגע לאמנה כמכלול, אלא צריך לבחון לגבי כל כלל באמנה בנפרד, והאם בהקשר שלו ה-SP הוא מספיק רחב ועקבי כדי שהוא הפך למנהגי. **שלישית,** עצם העובדה שמדינה לא חתומה על אמנה לא יוביל אותנו למסקנה שהיא מתנגדת עקבית לכלל, היה ונגיע למסקנה שהכלל הפך למנהגי; שכן, במקרים רבים, מדינה לא חותמת על אמנה בגלל התנגדות למספר קטן של כללים, או בגלל סיבה אחרת כלשהי (רק אם היא מביעה התנגדות עקבית וברורה לכלל הספציפי שאנו בודקים היא תחשב למתנגדת עקבית היה ונגיע למסקנה שהכלל היה מנהגי (אי החתימה יכולה בסך הכול להיות נתון שיתכן ויתמוך במסקנה שהיא מתנגדת עקבית, אבל רחוק מלהיות נתון מכריע)). [לדוגמא: למרות ש-3 מדינות לא חברות האו"ם, כיום יש קונצנזוס שהכלל בדבר איסור השימוש בכוח (שלא להגנה עצמית) הקבוע באמנת האו"ם [עליו נדבר בהמשך הקורס], הפך למנהגי; ואף אחד לא טוען שהוותיקן מתנגדת עקבי לכלל האמור – הכלל האמור מחייב גם את הוותיקן]. **רביעית,** ככול שפחות מדינות יהיו חתומות על האמנה, כך יהיה יותר חשוב להסתכל על ההתנהגות של המדינות שלא חתומות. לא רק כדי לבחון אם הם מתנגדות עקביות לכלל כזה או אחר הקבוע באמנה, אלא גם לבחון האם הן כן פועלות לאור הכלל האמור. היה וגם הן כן פועלות לפי הכלל האמור (ולא רק מדינות החתומות על האמנה), הרי שהדבר יספק ראיה תומכת חזקה ביותר לכך שהכלל האמור הפך לדין מנהגי.

ניקח, למשל, את הדוגמא המורכבת הבאה: הפרוטוקול ה-I הנספח לאמנות ג'נבה, הוא אמנה מ-1979 בה כיום חברות 174 מדינות (שזה המון, אם כי פחות מ193). לכן, כיום, לגבי הרבה מאוד מהכללים הקבועים שם יש הסכמה שהם מנהגיים. עם זאת, 174 זה לא 194, ובנוסף, ייתכן ויש לקחת לכדי חשבון גם את העובדה שמספר מדינות משמעותיות שעוסקות הרבה בלחימה (ארה"ב, ישראל, הודו, פקיסטן, איראן, טורקיה) לא חברות באמנות. לכן, יש יותר לנקוט ביתר זהירות לפני שמגיעים למסקנה שכלל זה או אחר באמנה זו הוא מנהגי, כי צריך להסתכל על המדינות האחרות שכן חתמו.

**דוגמא נוספת למחשבה** [שיכולה להיות שאלה נהדרת בבחינה]: האמנה בדבר אישור השימוש וההפצה של נשק כימי משנת 1993 [נכנסה לתוקף ב-1997], היא אמנה שחברות בה 193 מדינות (לרבות מספר מדינות שלא חברות באו"ם), אשר, בין השאר, אוסרת כל שימוש בנשק כימי, אפילו בתגובה להתקפה בנשק כימי מצד האויב. רק 4 מדינות [שאינן שנויות במחלוקת] לא חברות באמנה מצרים, צפון-קוריאה, דרום-סודן ו-ישראל (ישראל היא המדינה היחידה בעולם שחתמה על האמנה אבל לא אשררה אותה). האם האיסור הקבוע באמנה על שימוש בנשק כימי הפך למנהגי? אם כן, האם הוא מחייב את ישראל, או שהיא הפכה למתנגד עקבי? [איזה מידע נוסף אנחנו צריכים כדי לענות על השאלות הללו].

**מקרה ב: האם אמנות בילטרליות יכולות ליצר דין מנהגי?** [לפי העמדה הרווחת התשובה היא חיובית]. נניח שהרבה מאוד אמנות בילטרליות (כל אחת בין שתי מדינות, שלפחות אחת מהן אינה זהה למדינות שחתומות על האמנות הבילטראליות האחרות) כוללת כולן פחות או יותר את אותו כלל; במקרה כזה, בהנחה והמדינות השונות באמת פועלות לפי ההסדר האמור, לפי העמדה הרווחת, התוצאה המצטברת עשויה להיות התגבשות של הכלל שחוזר בין האמנות הללו לכדי דין בינלאומי מנהגי. לאמיתו של דבר, מבחינה היסטורית זהו התהליך שדרכו התגבש הדין המנהגי בתחומים מרכזיים במשב"ל, כגון: לחסינות דיפלומטית; הסגרה; השקעות זרות: כללים שנוצרו בהרבה באמנות דו-צדדיות התגבשו למנהג (שאח"כ לעיתים עוגנו באמנת דקלרטיבית רב-צדדית).

**העמדה הסבורה שאמנות לא יכולות ליצור דין מנהגי:** מול העמדה הסבורה שאמנות יכולות להוביל להתגבשות דין מנהגי, ישנה עמדה השוללת זאת, מכל וכל. עמדה זו בעבר זכתה לתמיכה יותר גדולה; אך היום היא נחשבת עמדת מיעוט חלשה (אם כי מדינות חשובות כדוגמת ארה"ב עדין עשו בה שימוש בעשורים האחרונים). לפי העמדה הזו, מדינות שחותמות על אמנה מקיימות את הכללים הקבועים באמנה לא מכוח תחושת מחויבות לכלל הספציפי אלא מתוך תחושת מחויבות לכלל לפיו "הסכמים צריך לקיים". משמעות הדבר, שלא יכול להתקיים אצלם OJ, גם כשהם מבטאות התנהגות עקביות שתואמת את הכלל. המסקנה המתבקשת מגישה זו, שעל מנת לבחון האם כלל הקבוע באמנה התגבש לכדי מנהג, יש לבחון רק את ההתנהגות של המדינות שלא חתמו על האמנה. אבל זו גישה שעלולה להוביל לאבסורד – האם באמת, כדי להכריע האם יש כלל מנהגי האוסר שימוש בכוח שלא בנסיבות של הגנה עצמית עלינו לבדוק רק את ההתנהגות של הוותיקן, ניאו ואיי-קוק?

**שיעור מספר 7 – היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי – הצד הפורמאלי 3.11.2021**

בשיעור היום נדבר על מהו המעמד הבינלאומי במשפט המדיני.

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

יש שתי סיבות לעסוק בסוגיה הזו:

1. פרקטית – סביר שנשתמש במשב"ל בתיק בבית משפט בישראל.
2. נורמטיבית/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 במשב"ל, חשוב שנבין את מערכת היחסים של המשב"ל עם המשפט המדינתי.

**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 המשב"ל בתוך המשפט המדינתי?

**מנקודת המבט של המשב"ל**

**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 למשב"ל. 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 המשב"ל סובר שהוא עליון [אחרי שנוצרה אמנה, למשל ארה"ב וישראל חתמו על דיני הסגרה. ישראל הייתה צריכה להסגיר איזשהו רוצח. לפי המשפט בישראל, היא לא הייתה צריכה להסגיר אותו. למעשה ישראל הפרה את המשב"ל. במקרה כזה וכשיש סתירה בין הדין המדינתי למשב"ל, המשב"ל גובר. ישראל יצרה את המשב"ל, 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 המשב"ל, 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 המשב"ל בתוך המשפט המדינתי?** מבחינת המשב"ל 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 המשב"ל הוא נורמה עליונה, שמדינות צריכות לקלוט אותו, יעשו זאת בדרכן). **שורה תחתונה – המשב"ל מניח שהוא עליון.**

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. ישנן תיאוריות מוניסטיות שונות הנבדלות בנימוקם שהם מספקות למסקנתן בדבר עליונות המשב"ל.

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 המשב"ל 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 המשב"ל – מי שהקים את המדינות הוא לא המשב"ל, אלא הציבור. המדינות הקימו את המשפט. טענת נגד: מי שיוצר מדינות הוא העם שיוצר מדינה. **אולי** צריך גם הכרה של מדינות אחרות. אחר כך מי יצר את המדינות המשב"ל.

באקדמיה כמעט ואין אנשים שמצדדים בגישה המוניסטית. יחד עם זאת שנקרא את הגישה של המשב"ל, הם פוסקים לפי גישה מוניסטית.

* **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 המשב"ל לדין המדינתי, אז הנורמה אולי מחייבת את המדינה במישור הבינלאומי אבל היא לא מחייבת את בני האדם והאזרחים בתוך המדינה.

**ישנן תיאוריות דואליסטיות שונות הנבדלות בנימוקן שהן מספקות למסקנתן בדבר עליונות הדין המדינתי**. כיום בשיח האקדמי כמעט ואין תמיכה לדואליזם. עם זאת, מעשית, מערכות משפט מדינתיות ממשיכות (בגדול ובכפוף למורכבויות שבהמשך ידונו) ממשיכים להצהיר באופן גורף שהמשפט המדינתי עליון ביחס לבינלאומי.

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 המשב"ל).
* 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. תמיכה רבה כיום בגישות המורכבות שעל הרציונל הבסיסי שלהם נדבר בשיעור הבא.

**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 המשב"ל 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** – שהמשב"ל נקלט באופן אוטומטי לתוך המשפט המדינתי. גישה שבאה לידי ביטוי כאן היא מוניזם, לכן מדינות עם הסדר כזה מכונות לעיתים מוניסטיות.
* 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 בינלאומית); אם מה שקלט את הדין הבינלאומי 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 המשב"ל.

אם תהיה התנגשות חזיתית בין המשב"ל 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 המשב"ל והוא ישפיע על הפרשנות של המשפט המדינתי, כך שיתאים למשפט הבינלאומי.

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 למשב"ל.

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 המשב"ל למשפט המדינתי – המדינה צריכה להחליט מה גובר (בריטניה – הדין הפנימי גובר; צרפת – משב"ל גובר( אלא אם מתנגש עם החוקה, אז היא תגבר); ארה"ב – משב"ל במעמד של דין פדרלי, 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 ארה"ב רק מבחינה בינלאומית

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 הפדרלי, 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 הפדרלי 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 המשב"ל לתוך הדין הפנימי, יש מדינות שתנו יותר משקל למוניזם ויש מדינות שנתנו משקל לדואליזם. מעניין לראות שמדינות ששיקפו דואליזם מובהק, בתי המשפט הגדירו את המעמד של המשב"ל וגם הקלו על קליטתו במדינה. לעומת זאת, במדינות בהן המשפט התחיל מהמוניזם, אז בתי המשפט פיתחו דוקטרינות שהגבילו את הקליטה הישירה של המשב"ל. מדינות כאלה מצהירות שמה שמעניק למשב"ל את המעמד שלו הוא לא המשב"ל עצמו, אלא הסעיף בחוקה שקובע את המעמד. כלומר, גם מדינות מוניסטית, הן מצהירות שמה שנותן תוקף למשב"ל היא החוקה או הדין המדינתי לכן גם הן משקפות בסופו של דבר את הדואליזם.

יש איזושהי 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 דואליסטית), 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 המשב"ל וקובעים שהמקור למעמד המשב"ל במידה הוא החוקה.
* במדינות שהתחילו מקרבה לדואליזם מובהק- בתי המשפט מגבירים את מעמד המשב"ל ומקלים על קליטתו.
* למרות ההבדלים בנקודת ההתחלה, בכל המדינות יש סוג של הצהרה דואליסטית שאומרת כי הדין המדינתי הוא שקובע את מעמד הדין הבינלאומי. זו הצהרה הפוכה מהעמדה המוצהרת של המשפט הבינלאומי

**שיעור מספר 8 – היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי – מבט עומק 4.11.2021**

בשיעור הקודם סיימנו עם בכך שראינו שגם מדינות שהתחילו מנקודת התחלה מאוד דואליסטית, 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 המשב"ל בתוך המערכת המדינתית, דבר שנעשה בדרך כלל באמצעות הצהרה שמה שנותן את המעמד למשב"ל זה נורמה מדינתית. זוהי הצהרה שאומרת שמה שיהיה תקף זה הפרשנות של המדינה עצמה, ולא פרשנות של המשב"ל במקומות אחרים.

אנחנו רואים התקרבות, שמדינות שהתחילו מנקודת מבט מוניסטית ומדינות שהתחילו מנקודת מבט דואליסטית יש מצד אחד מעמד למשב"ל ומצד שני התעקשות על הצהרה של עליונות המשפט המדינתי. ננסה להבין מה המקור של המסר הסותר בין המשב"ל למדינתי- כלומר שהמשב"ל 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- משב"ל חל על מדינות ולא על אנשים. בנוסף, חסר תוקף כלפי בני אדם אם מדינתם לא קלטה את המשב"ל לדין הפנימי.

נקודת המבט של המשפט הבינלאומי

* עליונות של המשב"ל

נקודת מבט של המשפט המדינתי

* נקודות התחלה שונות של המדינות
* הצהרה שמעמד המשב"ל 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 הבינלאומי 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. כל מערכת כאשר היא רוצה שיצייתו לה, פותחת עם טיעון ערכי. הטיעון החזק של המערכת הדתית עבור הבן אדם המאמין היא המקור האלוהי. הטיעון המנצח של המערכת המדינתית היא דמוקרטיה. מי צודק? עניין של אמונה ואין למה להתווכח. אותו דבר ניתן לראות במשפט הבינלאומי והמשפט המדינתי.

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 למשב"ל יש מערכת טיעונים חזקים – טיעונים פרקטיים – 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 המשב"ל מסדיר נורמות מוסריות בסיסיות.

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

* אופציה 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 המשב"ל היא פגיעה במדינה כי זה יוביל לפגיעה בשיתוף הפעולה בין המדינות, החיוניים בעידן המודרני.

* לכן יש אופציה שנייה והיא **פשרה** (בורר מדבר על כך במאמר שלו) – כל אחת מהמערכות מאמצת מנגנונים במטרה להקטנת החיכוך. לשתי המערכות יש אינטרס לא להיכנס לעימות ולסכם על פשרה. **מנגנוני פשרה מורכבים מ3 רכיבים:**
1. **הצהרת עליונות -** כל מערכת מצהירה עדיין על העליונות שלה. לדוג' – שופט בבית הדין מה הסמכות של דין תורה? מאיפה הוא נובע – שרשרת הקבלה דרך הדורות. אם נשאל שופט בית משפט עליון מה הסמכות של הדיינים הרבנים הוא יגיד חוק בתי דין רבניים.
2. **אימוץ מנגנון פשרה -** המערכת כאשר היא מאמצת מנגנון פשרה היא מאמצת מנגנון שנותן השפעה לנורמות של המערכת השנייה.
3. **תיחום והצהרה שמקור הסמכות הוא לא מקור אינהרנטי של הסמכות השנייה אלא נובע מדין של המערכת שאימצה את מנגנון הפשרה.** ההשפעה הניתנת היא זה תמיד מוגבלת ככה שהערכים העקרוניים של המערכת מייצרת מנגנון פשרה נשמרים ותמיד כלול בה הצהרה שמרום הסמכות שלה שהעניק לה את היכולת להשפיע לנורמות של המערכת השנייה היא לא המערכת השנייה אלא דין של המערכת שייצרה את מנגנון. כלומר תיחום אלמנט ההשפעה ואלמנט הצרה שההשפעה נובעת מהמערכת שמייצרת את המערכת הראשונה. לדוג' – התנגשות בין דין תורה לעניין מדיני. בתי הדין לפי הקביעה כפופים לחוקי היסוד. ישנו תיחום של ההשפעה. לפי בתי המשפט הישראלי הסמכות ניתנת מתוקף חוק בתי דין רבניים.

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 **ככל שניתן** בהתאם למשב"ל. אם נוסח החוק או תכליתו באופן ברור מעידים שהמחוקק המדינתי רצה אחרת, אז ילכו לפי הדין מדינתי. דוג' נוספת: פסיקות הסולונגה(כל עוד). מקור פסיקות הסולונגה הוא בית הדין לחוקה הגרמני שהוא בית הדין החוקתי הכי נחשב באירופה. מה הסיפור: האיחוד האירופי מוקם ומוקם לו בית דין והוא אומר, לא מעניין אותנו זכויות אדם אלא סחר/שיתוף פעולה כלכלי. ביה"ד לחוקה הגרמני אומר לא. כל עוד אתה לא תכבד את זכויות האדם, אנחנו נורה לגרמנים לא לכבד את פסיקות ביה"ד האירופי. בתגובה הוא נותן שכמובן שהם מכבדים את זכויות האדם ולוקחים אותן בחשבון בפסיקותיהן. וכך הוא עושה זאת מכאן והלאה. ניתן פס"ד שני של סולונגה ואומר כל עוד ביה"ד יכבד את זכויות האדם, הם יכבדו את הפסיקה שלו גם אם יגיעו לתוצאות שונות מהפסיקות שהן רגילות וזה לא נוח להם.

ישנם 2 מנגנוני פשרה. מנגנון פורמלי(ס' 46 לאמנת וינה/הסיפא לסעיף 46א) ומנגנון של אתיקה – א פורמלי(פסיקות הסולונגה).

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 המשב"ל.

ארה"ב והמשב"ל

בתרבות האמריקאית יש שתי עמדות הנוגעות למשב"ל.

**עמדה 1:** התנגדות למשב"ל ללא רתיעה מעימות. לא מצייתים למשב"ל 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 – המשב"ל 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, ארה"ב מרוויחה המון כי סומכים עליה( הדולר הוא הסטנדרט). ארה"ב 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 ארה"ב 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 ארה"ב לאיראן. וממשלת ארה"ב 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 לביהמ"ש הקנדי, הדרום אפריקאי, וביהמ"ש אירופי לזכויות אדם.

בישראל- פס"ד בית סוריק, 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 האינתיפאדה 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. המשב"ל 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 במשב"ל לא מייחסים לו חשיבות (לדעת בורר גם לעניין הריסת בתי מחבלים, תיפתח חקירה).

**החיכוך והשפעתו על מדינות: סיכום**

הגישה הלעומתית במדינות השונות:

* מעצמות כדוגמת ארה"ב- 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 מספר 9 – היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי – ניתוח פורמלי 10.11.2021**

בשיעור הזה אנחנו סוגרים דיון שהתחלנו לפני שני שיעורים 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 משב"ל מנהגי להסכמי (אמנות) כי החשש מכל אחת מסוגי הנורמות הוא שונה.

אנחנו נתקלים בשאלת היחס הפורמאלי בין המשפט הישראלי לבין דיני המשב"ל 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 הבינלאומי (הסכמי), לשניהם אותה מידה של השפעה על פרשנותם של דינים ישראליים.
* הסוגיה השנייה שבה אנו נתקלים בדין הישראלי הפורמאלי בסוגיה בין היחס של המשפט הישראלי למשב"ל, זה **דרך ומידת הקליטה של דיני המשפט הבינלאומי הפומבי לדין הישראלי** – קליטה זה כיצד ואיך דין של המשב"ל 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 למשב"ל, **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 שביהמ"ש מחיל חזקת ההתאמה הפרשנית- בית המשפט מפרש את סעיף 69 לחוקת השיפוט הצבאית הישראלית, בהתאם לתקנות האג (הפכו למנהגיים) וסעיפים רלוונטיים 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 הרציונל הצר שלה, היא משקפת גישה תיאורטית של פשרה. אם נזכך אז הרציונל הצר שלה הוא להקטין את מידת החיכוך בין המשפט הישראלי למשב"ל. 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 מהמחויבות 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 הרציונל הוא הקטנת החיכוך בין המשב"ל לדין הישראלי. בנוסף, צריך לזכור שיש לנו נורמות חוקתיות ששואבות השראה מהמשב"ל (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 המשב"ל.

בתגובה לכך חלה התנגדות – קמה טענת נגד של הכנסת והממשלה(בהשפעת ארגון קהלת) שאומרת כי אסור להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית, בין השאר כי מדובר בחוסר סמכות וזה מהווה העדפה של ערכים על פני ערכים מקומיים. בנוסף אין לזה הסמכה מפורשת וחייבת להיות הסמכה מפורשת.

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 ומעמדו הנורמטיבי של המשב"ל 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.

**הפירמידה:**

 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 מקור להענקת זכויות 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 דיפלומטית. 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 לבג"צ 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 המשב"ל 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 שבפועל ביהמ"ש העליון הישראלי נותן מעמד מיוחד למשב"ל המנהגי בדיני לחימה: ראשית, אלו תחומים שבאופן מסורתי הושארו להסדרת המשב"ל. 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 הבינלאומי 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 צה"ל 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)- מדובר על עתירה של אנשים שגורשו מיהודה ושומרון. סעיף 49 לאמנת ז'נבה קובע כי אסור לגרש גם אם מדובר באינדיבידואליים. החוק הישראלי תקנות ההגנה שהן חקיקה ראשית מאפשרות לגרש אנשים. רוצים לגרש אנשים ומועלות 2 טענות בבג"צ. שמגר אומר שהדין המנהגי אוסר גירוש קולקטיבי בניגוד למה שכתוב באמנה. הוא קובע שמדובר באמנה ולא במנהג, אך גם אם האמנה הייתה הופכת למנהג – מעמדה הנורמטיבי של חקיקה ראשית ישראלית גוברת על המשב"ל.

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 המשב"ל מה שמחייב את ישראל זה מה שקבוע באמנה.

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 המשב"ל הרלוונטיים (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.

השופט 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.

**בג"צ וופא עלי –** עתירה נגד בתי הסוהר שמחזיקים בשבויים בשטחים נמצאים מחוץ לשטחי הקו הירוק. בשונה מפס"ד עפו ששם ניתן לומר שמעדיפים את הדין המקומי על המנהגי. השופטת בינייש אומרת : צריך לעשות פרשנות תכליתית לאמנה ובפועל תנאי הכליאה והנגישות לכלואים לא נפגעות(הכלא נמצא במגידו), לכן פרשנות תכליתית של הסעיף מביאות למסקנה שהוא לא אושר. מבחינה פורמלית היא הייתה יכולה לסכם בדין המדינתי גובר אך כדאי למנוע חיכוך ענתה כך.

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 הבינלאומי 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 במשב"ל.

-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.
* רציונל: הגבלת פעולת יתר של הרשות המבצעת.

**דין הסכמי**

* חסר מעמד נורמטיבי פורמאלי בדין המדינתי.
* ניתן לקלוט באמצעות חקיקה (תוקף מכוח חוק).
* רציונל: 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 הפרשנית- שהחילו אותה מהיום הראשון גם על דין בינלאומי הסכמי. כי גם כאן יש את השאיפה לצמצם את החיכוך בין הדינים של המשפט הישראלי לבין חובות של מדינת ישראל בדין הבינלאומי. הלכה למעשה החלת חזקת ההתאמה הפרשנית גם במקום שיש התנגשות בין חקיקה לאמנות שישראל צד להן, בפועל נותנת השפעה משמעותית לדין הבינלאומי 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. המשפט הבינלאומי מאפשר להכניס אנשים למעצר מנהלי, אך הסיכון צריך להיות אישי ונובע מהאדם. 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 במשב"ל (האמנה שחתמה עליה) על כן צריך לפרש אותו(רק סיכון אישי הנובע מן האדם)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 במשב"ל אז הוא היה גובר על החזקה (אולי היו בעיות אחרות ממשפט חוקתי אבל מבחינת המשב"ל 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 הפרשנית 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 יוצאים 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.

חיות בהערת אגב – יש דינים שהם דיני כיבוש שחלים בשטח. כאשר יש סתירה שתסתור דינים אלו הן בלתי סבירות.

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

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

אבל אם יש אמנה שבה ישראל התחייבה לעשות את הפעולה באמנה זו , ביהמ"ש יקבע שהיא סבירה ולא בטלה מפאת זה שנעשתה מתוך מוטיבציה לקיים את התחייבות של מדינת ישראל במשב"ל (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. ביהמ"ש: 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 הפרשנית על נורמת הסבירות בהקשר של דין בינלאומי 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 בינלאומי 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 בינלאומי מנהגי להסכמי הצטמצם.

**שיעור מספר 10 – המדינה (חלק א) 11.11.2021**

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 המשב"ל, וגם היום במדינה רבה המשב"ל פונה בעיקר אל מדינות. לישויות יש אינטרס מאוד חזק להיות מוכרות כמדינות, מאחר והמעמד (מדינה) הזה מקנה זכויות מסוימות.

**זכויות המדינה במשב"ל:**

* **עיקרון ראשון-** יש כלל שקובע שמבחינה משפטית יש שיוויון בין מדינות (גם אם מבחינה פוליטית הן בעלות כוח שונה – מבחינה משפטית הדין שלהן שווה). סעיף 2(1) למגילת האו"ם.
* **עיקרון שני-** מבחינת המשב"ל למדינות יש חופש פעולה לעשות כל דבר שלא נאסר במפורש בידי המשב"ל (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 במשב"ל 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 -** המשב"ל מחייב מדינות אחרות להעניק למדינה ונציגיה חסינויות מסוימות וזכויות יתר מסוימות (דוגמה- חסינות דיפלומטית).
* עקרון נוסף של המשב"ל 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 והמשב"ל 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. הישות 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** – **פס"ד זילנד:** 40 אנשים מתיישבים על בסיס צבאי נטוש בלב ים ומכריזים על הקמת מדינה בשם זילנד. מכירת אזרחות היא המשאב הכי טוב של מדינת זילנד. יום אחד 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 מפני שהוא שגריר של מדינת זילנד.

בית המשפט בגרמניה דוחה את הטענה הזו – לא מתקיים תנאי של טריטוריה (יבשתית). בשלב מסוים ארגוני פשע השתלטו על האיזור ואותה קבוצה שחיה שם נאלצה לבקש חילוץ מצבא בריטניה. היום זילנד 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 ארה"ב עם הוואי ואלסקה. יוון עם כל האיים.

-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 ארה"ב שבמשך שנים נאבקה עם שבטים ילידים במערב ארה"ב על שליטה בשטחים שמבחינת המשב"ל הוכר כשטח של ארה"ב. המלחמות האינדיאניות נמשכו 100 שנים. השטח נקרא כיום המערב הפרוע.

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. בכיס פלוג'ה הידוע היום כצומת פלוגות וגם צומת ראם/מסמיעה בין שתי המקומות הללו ישבו כוחות מצריים וחסמו את הדרך וכך לישראל לא הייתה שליטה על הנגב. בשנת 49 רק אז מדינת ישראל השתלטה על אילת.

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, הצבא מגיע בכלל משוויץ. יחד עם זאת אפשר לטעון שזה עדיין מסגרת חברתית, פשוט רואים שהתנאי מתממש רק לא באופן מושלם לחלוטין.

למשל בהקשר של זילנד- ביהמ"ש קבע שאין בזילנד 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.

דוגמא נוספת לטביה. כאשר לטביה מתפרקת מברית המועצות, לוקח תקופה של שנה עד שמתגבש קונצנזוס שמדובר במדינה.

**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. לדוג': מדינת ישראל מכירה בכל מיני מדינות שאין לה יחסים דיפלומטיים איתן.
* 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 מהמשב"ל 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 המשב"ל 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 מדינת אי שהייתה בה רוב אוכ' אתנית יוונית ומיעוט אוכ' 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 נעשית 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 בינלאומיים שהיא התחייבה עליהם. זאת גם הפרה של נורמות אחרות של המשב"ל אבל לא נכנס לזה. לכן למרות שלכאורה המדינה מקיימת את תנאי מונטווידאו - לא תוכר הישות שהכריזה עצמאות כמדינה, כי הליך הקמתה בוצע תוך כיבוש לו חוקי והפרה של נורמות של המשפט הבינלאומי.

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(עם צריך לנהל את חייו), 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 המשב"ל כלפי כל מדינות העולם. בנוסף, קיימת עמדה רווחת כיום שרואה בעיקרון ההגדרה העצמית עיקרון שהוא יוס קוגנס, לא כולם תומכים בהשקפה זו. מדינת ישראל כיום לא רואה עקרון זה כיוס 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, במשב"ל 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. לעומת זאת לישויות שלא היו "statas" נפרדים יהיה קשה להכיר בהם. לדוג': יוגוסלביה מתפרקת, לרוב המדינות אין בעיה אך לקוסובו יש בעיה כי היא שטח אוטונומי בסרביה שבתוך יגוסלביה. דוג': ברית המועצות מתפרקת ולרוב המדינות אין בעיה אך לנגורנו קראבח היא שטח אוטונומי ארמני בתוך אזרבייג'ן.

החיסרון של עקרון שמירת הגבולות – הוא מייצר מדינות לא הומוגניות(מה שגורם לפעמים למלחמות אזרחים בתוך המדינות). 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 מספר 11 – המדינה (חלק ב) 17.11.2021**

אמרנו שהשאיפה לממש את עיקרון ההגדרה העצמית תוביל אותנו להיות יותר סלחניים במידה שבה אנחנו נדרוש מימוש של כל אחת מתנאי אמנת מונטווידאו – 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 הטריטוריאלית 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 הם 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- מיעוט נרדף שלא זוכה למימוש זכויותיו במדינה הקיימת זכאי לפרישה – זה לא המקרה שלנו. לכן יש צורך בהסכמה כפולה והתנאים הם: א. צריך רוב במשאל עם בתוך האזור שמעוניין לפרוש ו-ב. בכל המדינה זה אחד משניים או משאל עם, או החלטה של הפרלמנט בשטח של כלל המדינה הקיימת.

**כלומר, אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב והמיעוט יחד, אלא כמוצא אחרון של מיעוט תחת דיכוי**. 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 ביוגוסלביה. 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 שלפיה ראוי שקוסובו תהיה מדינה עצמאית, אבל מוסיפים ואומרים שהתוצאה צריכה להיות בהסכמת הצדדים.

שנה אחר כך ב2008 קוסובו מכריזה על עצמאות ו77 מדינות בעולם לרבות ארה"ב 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 ויכירו כמדינה 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. הICC מתנהג כאילו הם מדינה לצורך אמנת רומא.

**תנאי מונטווידאו:**

1. **אוכלוסייה-** יש.

2. **טריטוריה**- עמדת היועמ"ש(ישראל) הולך לשני כיוונים. האחד, עניין ההחזקה בשטח. בפעול הגוף שהכריז על עצמו כשלטון של השטח לא שולט ברוב השטח. בחלקים גדולים שולט צהל ובעזה שולט החמאס. בנוסף הפלסטינאים מנסים להחזיק את המקל שני קצותיו. כדי שיהיה מדינה צריך שלטון שיחזיק במידה אפקטיבית בשטח. אם אתם טוענים שהשטח כבוש אין שטח רלוונטי. ישראל(יועמ"ש) 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 ישראל והפלסטינים. בהחלטה יש הבדל בין הניסוח באנגלית לניסוח בצרפתית – בצרפתית מדבר על נסיגה מהשטחים שנכבשו תמורת שלום(כלומר, על ישראל תמורת שלום לסגת מכל השטחים), בעוד שהגרסה האנגלית מדברת על נסיגה משטחים שנכבשו תמורת שלום(במשתמע נשמע שהיא צריכה לסגת מכל השטחים). ממשלת ישראל הצליחה לעצבן את הנשיא האמריקאי הוא אפשר להעביר החלטה חדשה במועצת הביטחון(לא מחייבת), שמניחה שאלא אם הפלסטינים מסכימים הגבול הוא 67 והתיקונים הם מינימליים. ישראל טוענת שזה אינו מחייב אבל יש טיעון חזק לצד האחר.

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 הרש"פ 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**: היועמ"ש: 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. התובעת מזכירה שמה שמשנה זה מה שקורה בפועל.

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

* **תנאים מקלים –**

**ריבון בשטח**: היועמ"ש 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 וההחלטה שקביעה כזאת תוכרע בהסכם קבע).

עוד טוען היועמ"ש 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 המשב"ל ומכשול להשגת פתרון שתי המדינות, ומדגישה שהצדדים יכולים רק בהסכמה לחרוג מהסדר 1967.

**אמצעי מימוש לזכות להגדרה עצמית**: היועמ"ש – 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 מונטווידאו 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 מספר 12 – אחריות בינלאומית והגנה דיפלומטית(חלק א) 18.11.2021**

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 המשב"ל, האם את ההפרה ניתן לייחס למדינה ומה הסנקציות שניתן להטיל עליה מפאת העובדה שהיא הפרה את המשב"ל 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 במשב"ל 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 מספר 13 – אחריות בינלאומית והגנה דיפלומטית(חלק ב) 24.11.2021**

אחריות דיפלומטית (לא חסינות דיפלומטית!)

**תוצאות ההפרה**

נניח שזיהינו שבוצע הפרה של דין מדינה, 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. אין פיצויים עונשיים במשפט הפלילי.
3. **SATISFACTION - הכרה והתנצלות** – צריך לתת למדינה שהופר כלפיה המשב"ל את תחושת הסיפוק שנובעת מהתנצלות.

מקרה שבו ניתן לראות את שלוש הדרכים הוא: במקרה של המרמרה, בסופו של יום מדינת ישראל הכירה כלפי טורקיה בכך שהיא הפרה כלפיה (באמצעות זה שהיא פגעה באזרחיה הטורקים) את המשפט הבינלאומי. ישראל החזירה את המרמרה לטורקיה (**השבה פיזית**) ואז הוסכם על מנגנון כסף שיעבור לקרן טורקית (שתעביר לקורבנות הטורקים) (**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? המשב"ל מבוסס על אכיפה עצמית.

**החלופות הפחות שכיחות:**

1. במקרים נדירים – אפשר לפעול במישור הבינלאומי ולבקש ממועצת הביטחון לקבוע סנקציות של האו"ם. בשביל זה צריך גיבוי בינלאומי של כל חמש המדינות הקבועות החברות במועצת הביטחון ונושא בעל חשיבות בינלאומית שנובע מהפרות רציניות(איום על השלום העולמי, הפרה של השלום העולמי ומעשה תוקפנות).
2. אופציה נוספת היא במישור דיני הלחימה – פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות או השמדת עם יכולות , במקרה זה יש פוטנציאל להעמיד לדין אדם שעשה זו ולבצע אכיפה פלילית.

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

1. **RETORTION –** הבעת כעס כלפי המדינה המפרה. אלה צעדים שאין בהם הפרה של המשב"ל, 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 כאמצעי ללחוץ כלפי המדינה המפרה במטרה לגרום לה להפסיק את ההפרה. (לדוג': שטורקיה חשבה שישראל הפרה את המשב"ל בפרשת המרמרה היא ביטלה את עסקאות הנשק בין ישראל לטורקיה). 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 המשב"ל. צריך להפעיל לחץ במקום שישפיע על המדינה. למדינות שונות חשובים דברים אחרים ולכן צריך להרחיב את צעדי הנגד כדי להגיע לאפקטיביות.

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

1. הגמול צריך להיות פרופורציונאלי ביחס לנזק שנגרם(מבחן כמותני) בהפרה המקורית ולחומרת ההפרה(מבחן איכותני) זוהי העמדה הרווחת. יש גישת מיעוט(רק ארה"ב מחזיקה בה)- לפיה צעדי הגמול צריכים להיות פרופורציונאליים להתנגדות של המדינה המפרה. הוא צריך להיות בלחץ כה שיגרום למדינה להפסיק להפר. מה יתרון עמדה זו? אפקטיביות. במקרים שהמבחן האיכותני והכמותי לא מגיעים לעוצמה מספקת, אנחנו צריכים לאפשר למדינה לתת צעדי נגד יותר נוקשים אם אנחנו רוצים אפקטיביות. החיסרון - גישת המיעוט נדחית לרוב כי משמעותה שכלפי מדינה עקשנית ניתן לעשות הכל. זה מאוד סובייקטיבי מה דרוש כדי להחזיר את המצב לקדמותו. אם אחת ממטרות העל של המשב"ל היא לשמור על היציבות והשלום, הרי שמטרה זו תפגע.
2. איסור על שימוש בכוח, פרט להגנה עצמית.
3. איסור לפגוע בזכויות אדם יסודיות.
4. אסור לפגוע בנורמות יוס קוגנס.
5. אסור להפר הוראות של דיני הלחימה המגבילות את השימוש בפעולות תגמול (reprisals) – מאפשרים לעשות דברים נוראיים רק כדי להכריח את הצד השני לעשות דברים נוראיים. reprisals מאפשרים להפר דיני אחרים בדיני הלחימה על מנת לגרום למדינה המפרה להפסיק את ההפרות שלה של דיני הלחימה. הפרות של דיני הלחימה משמען – מוות. reprisals מכיוון שהם נורא מחמירים יש הגבלות למי מותר לעשות אותן. אסור לעשות כנגד שבויי מלחמה. אנו לא יכולים לעקוף את המגבלות החלות על reprisals.
6. אסור לפגוע בחסינויות הדיפלומטיות והקונסולאריות.
7. אסור לבצע גמול כאשר יש לגבי הסכסוך עצמו הליך משפטי בינלאומי שמתנהל.

**הגנה דיפלומטית**

**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 דיפלומטית! 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 המשב"ל 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) –בני הזוג ספרים במקצועם, גרים בתאילנד והבעל רצח את אשתו, ביתר את גופתה ופשט את עורה, הכניס את חלקי גופה למזוודה וניסה להסתיר אותה בנהר. השאלה הזו מתעוררת בשני מישורים – במישור המשב"ל – האם המשב"ל מחייב את המדינה להעניק לאזרחיה הגנה דיפלומטית? עמדת הרוב טוענת שהגנה 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. עמדת המיעוט טוענת, שהכלל הקלאסי אינו תקף יותר ולמדינה יש חובה עפ"י המשב"ל להעניק לאזרח של מדינה דיפלומטית מקום בו מדובר בפגיעה בזכויות אדם יסודיות.

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 שהמגמה שטרם התגבשה לדין מנהגי מחייב (זה לא בקרב מספיק מדינות כדי לקבוע שהתגבש מנהג). אבל זה הדין הרצוי ויש סיכוי טוב שהדין לשם יתקדם.

**בפס"ד מימון כהן נ' שר החוץ –** השופט מאמץ את דעת הרוב ולא מחייב את המדינה להעניק לו הגנה דיפלומטית.

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 דיפלומטית. מקור החובה לא יהיה במשב"ל אלא במשפט המדינתי של אותה מדינה.

**פס"ד Abbasi vs. secretary of state (UK) -** סיפור של אזרח בריטי שנכלא על ידי 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. ברמה הפורמלית הוא אומר שביהמ"ש אינו נדרש להכריע בשאלה הזו. מה אחת מ2 הסיבות המרכזיות שבגללן ביהמ"ש אומר שהוא לא מכריע בשאלה זו. יש שיקולים טובים למה ביהמ"ש לא התערב. הסיבה החשוב לעניינו הוא שביהמ"ש לא נדרש להכריע מפני שהמדינה הכירה שבנסיבות מסוימות תהיה לה החובה לפעול וגם להבטיח שאם יקבעו עונש מוות המדינה תבקש חנינה. זאת אומרת למרות שביהמ"ש אומר שאין חשש לעיוות דין ממשי ייתכנו מקרים שלא סביר שהמדינה לא תתערב(לדוג' פגיעה בזכות לחיים).

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 המשב"ל. זהו החריג המוסכם. **דוגמה:** ס' 9(1) לאמנה למניעת אפליה נגד נשים: 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 זו לא מספיק.

נוטבאום היה אזרח גרמני שחי שנים רבות בגוואטמלה ומסתבך שם, 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- מכיוון שהיא מנוגדת לכללי הדין הבינלאומי ועדיף היה להישאר עם הדין הפורמאלי. לכן בהמשך בית הדין טען שלנוטבאום 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 חובת מיצוי הליכים כשההליך הפנימי שלא מוצה לא רלוונטי -** 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. **חובת מיצוי ההליכים רלוונטית רק במקרים 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. הולכים לפי הפגיעה היותר משמעותית מבין השניים.

**שיעור מספר 14 – חסינות מדינה(חלק א) 02.12.2021**

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

חסינות מעוגנת במשפט הבינלאומי שמסדיר את חסינויות המוענקות למדינה או לנציגיה. חסינות היא כלל משפטי המונע הפעלת הליך משפטי במערכת המשפט כלפי אדם או גורם מסוים. בהקשר הבינלאומי חסינויות מדינה הן חסינויות שמונעות הפעלה של הליך משפטי כזה או אחר במערכת משפטית של מדינה אחת ביחס לאחרת או לנציגיה של אותה מדינה.

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.

הערה : אין חסינויות מדינה בטריבונלים בינלאומיים.

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 חסינויות – 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. מלבד זאת ההסדרים הם שונים:

1. לנציג כזה או אחר יש חסינות אך למדינה אין חסינות ולהפך.
2. הסדרים שנוגעים לנציגים שונים הם שונים מנציגים אחרים. לראשי מדינה יש היקף חסינויות שונה משגריר וכו'.

**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 חסינויות השונות שמוענקות למדינה ונציגיה). חסינות במובן הצר חלה רק בהליכים אזרחיים, משום שלא ניתן להעמיד מדינות לדין פלילי. היא 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 עסקית אין חסינות**. איך מבחינים בין פעילות שלטונית לפעילות עסקית? בפס"ד רע"א 7092/94 **קנדה נ' אדלסון** – ממשלת קנדה סוחרת מאדם פרטי 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 הוא 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 הפרטי 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 בדעת רוב 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).

סעיפים אחרים בחוק קובעים סייגים נוספים לחסינות הריבון, שמשקפים את הדין המנהגי:

**ס' 4:** חוזה עבודה עם עובד שהוא אזרח/תושב ישראל ונכרת בשטח ישראל/אמור להתבצע בו.

**ס' 6:** תביעות הקשורות לנכסי מקרקעין הנמצאים בישראל.

**ס' 7:** תביעות הנוגעות לקניין רוחני.

**ס' 8:** תביעות חפציות נגד אונייה או מטענה.

**ס' 15:** בנוגע להוצאה לפועל (הוצל"פ) יש למדינה חסינות יחסית. בחריגים מסוימים למדינה זרה יש חסינות מפני הליכי הוצל"פ בישראל וכן לא יוטל קנס/מאסר על מדינה זרה או מי שפועל בשמה.

**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** – במשב"ל המנהגי – גם אם התקיימו כל התנאים של החריג הנזיקי, תינתן חסינות מדינה בגין פעולות מלחמתיות (למשל יש מלחמה בין ישראל לבין סוריה, חיילי צבא סוריה גורמים נזקים פיזיים בשטח מדינת ישראל, לא יהיה ניתן להגיש תביעה נזיקית כנגד סוריה 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 קיימת עמדה שבמקרים האלו, למרות שזאת פעולה מלחמתית, יהיה ניתן להגיש תביעה בנזיקין 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. 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 בנזיקין.

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 ה ICJ, 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 הפדרלית 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).

מנגד, 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). אין חסינות כאשר מדובר בפעולה של סיוע למעשה טרור.

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

* 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 דרך התנהגות[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 מספר 15 – חסינות מדינה(חלק ב) 15.12.2021**

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.** בכל מקרה המדינה רשאית לוותר על החסינות ולהסכים להליך משפטי, גם אם הפרט מתנגד.

הערת צד – חשוב להדגיש שהחסינויות הללו לא רלוונטיות בנוגע להלכים משפטיים במדינתו של בעל התפקיד....

**חסינות פרסונאלית**

* החסינות הפרסונאלית -מוענקת לראשי המדינה ולבעלי תפקידים בכירים בלבד שיש להם נגיעה ליחסי החוץ. דוגמאות- המלך של המדינה, ראש הממשלה ועוד מספר שרים מאוד מצומצם כמו שר הביטחון, האוצר, הסחר ושר 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(ביחס לעבירות מדינתיות זרות).
* 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**(כל מדינה בעולם יכולה להעמיד לדין) 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.

* 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.
* ירדן (ומדינות אפריקאיות נוספות): בICC חברות 120+ מדינות. אמנת רומא של הICC בהליכים של הICC לא תוענק חסינות לרבות חסינות פרסונלית. אמנת רומא נותנת סמכות למועצת הביטחון להפנות לICC הליכים בנוגע למעשים שבוצעו ע"י אנשים של מדינות שהן לא חברות. כך נעשה לבאשיר נשיא סודן ונפתח נגדו הליך בICC. ברגע שנפתח הליך מוצא צו מעצר והאדם נוחת במדינה שהיא חברה היא חייבת להסגיר אותו. באשיר מסתובב בעולם במדינות חברות כגון ירדן וקניה והן אינן מסגירות אותו. עקב כך נפתחים הליכים פליליים נגד המדינות הללו בICC במטרה למנוע מהם לעשות זאת בפעם הבאה. המדינות האלו טוענות כי לא יכלו לעצור אותו כי הוא לא ממדינה חברה וחלה עליו החסינות. הם טוענים **החסינות חלה גם בהליכים בפני בית דין בינלאומי.** בICC בעשור האחרון ניתנים שני סוגים של פסיקות: בחלק מהפסיקות אומרות כן החסינות חלה בבתי דין בינלאומיים כל עוד המדינה לא הסכימה אחרת אלא אם מועצת הביטחון החליטה אחרת. חלק מהפסיקות טוענות כמו הICJ – אין חסינות פרסונלית על פשעים בינלאומיים בבתי דין בינלאומיים נקודה.

**חסינות מהותית**

* חלה לא רק על בכירים אלא על כל בעלי התפקידים במדינה.
* חלה גם אחרי סיום התפקיד.
* היא חלה רק על מעשים רשמיים של ממלא התפקיד של המדינה.
* הדגש הוא על מהות הפעולה והייתה פעולה קשורה להפעלת סמכויות ריבוניות– היא יותר צרה במובן הזה.
* חלה רק על מעשים שבוצעו בזמן היות האדם בתפקיד ציבורי.

סוג ההליכים בהקשרם החסינות חלה – שלל דעות הILC ניסה לעשות בשנים האחרונות סדר ורק חשף את היקף הבלאגן.

החסינות המהותית היא סוג של גלגול של חסינות שניתנת למדינה. (כמו שאין רלוונטיות להעמדה פלילית למדינה, אז אותו הדבר בהקשר לחסינות מהותית). **פס"ד אבו עומר-** מצרי שמתנגד לשלטון במצריים נחטף ע"י הCIAבאיטליה כדי להעביר אותו למצרים. נטען שיש לו חסינות מהותית, ביהמ"ש אומר שלא רלוונטי בהליכים פליליים. יש תמיכה אף רחבה יותר בעמדה לפיה החסינות לא תחול בנוגע להליכים פליליים ביחס לעבירות על פי הדין הפלילי של המדינה הזרה שבה בוצע המעשה. מנגד יש עמדה שטוענת שיש הסבורים שהחסינות הפונקציונאלית חלה באופן גורף בהקשרם של פשעים מדינתיים זרים(אך צריך לזכור שזאת רק בתנאי שהמעשה נשוא העבירה היה קשור באופן חזק להפעלת סמכות ריבונית).

**חסינות מהותית בהליכים פליליים בנוגע לפשעים חמורים**

ברור שאלו הסבורים שהחסינות המהותית לא רלוונטית בהליכים פלילים, סבורים שהיא לא רלוונטית ביחס להליכים פלילים בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים. אבל גם בקרב אלו שסבורים שהיא כן רלוונטית בנוגע להליכים פלילים. יש חילוקי דעות בנוגע לתחולתה בהליכים פלילים בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים.

הILC אומר שקיימת מגמה גוברת של אי הכרה בחסינות המהותית כשמדובר בפשעים בינלואמיים חמורים.

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 ומוגדרות כפשעי מלחמה. מהאמירה של הILC ניתן להסיק שלא התפתח מנהג. לעומת זאת בפסיקה משנת 2021 בערכאה הפלילית הגבוהה ביותר בגרמניה נקבע הפוך. הם בעצם אמרו מהILC אנחנו לומדים לאחרונה שכן התפתח מנהג.

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.

לעומת זאת בפסיקה משנת 2021 בערכאה הפלילית הגבוהה ביותר בגרמניה נקבע הפוך. הם בעצם אמרו מהILC אנחנו לומדים לאחרונה שכן התפתח מנהג. המקרה בגרמניה נטען לחסינות מהותית הוא ניצל זאת כמקרה שנעשה בשליחות המדינה האפגנית. אומרים לו לא. מה שכן נדרש לשים לב שיש קונצנזוס שהחסינות לא חלה בבתי דין בינלאומיים.

**חסינות מהותית בהליכים אזרחיים**

יש קונצנזוס רחב שהחסינות האמורה חלה, ככלל, בהקשרם של הליכים כאלו(אם כי צריך לזכור שהיא רק תחול אם הפעולה קשורה במהותה להפעלת סמכויות ריבוניות).

האם הליכים אזרחיים נוגעים למעשה שהמהווה פשע בינלאומי חמור?

1. ביהמ"ש בהולנד: כיוון שיש חסינות מהותית בהליכים פלילים מדינתיים ביחס לפשעים כאלו, הרי שבדרך ההיקש **יש גם חסינות שכזו בנוגע למעשים כאלו בהליכים אזרחיים**.
2. עמדה נפוצה בספרות: מניחה שאין חסינות בנוגע לפשעים כאלו גם בהליכים מדינתיים ומכך היא גוזרת היקש **שאין חסינות כזו בהליכים אזרחיים**.
3. עמדת בית הין האירופי לזכויות אדם: **יש חסינות מהותית בהליכים אזרחיים אפילו אם אין חסינות מהותית בנוגע לפשעים האלו בהליכים מדינתיים**. לא נכון לעשות היקש בין שני המקרים והסיטואציה היא שונה. בתביעות אזרחיות התמריץ שונה לפגוע במדינה שמסתתרת מאחוריה.

**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 המנהגי. 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 במשב"ל 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:**

1. **הדינים הללו חלים מרגע שהמדינות החליטו על קיום יחסים דיפלומטיים**. דיני החסינות לא קובעים שהמדינות חייבות לקיים יחסים דיפלומטיים, בדרך כלל חותמות על אמנה אחת עם השנייה בנוגע לכך. יחד עם זאת, החסינות הדיפלומטית היא לא רשות של הדיפלומט להפר את הדין המדינתי. להפך – כי מי שנהנה מחסינות דיפלומטית מחויב לקיים את דיני המדינה המקבלת ולא להתערב בענייניה הפנימיים( ס' 41 לאמנת וינה והמשב"ל המנהגי). החסינות הדיפלומטית פירושה שלא יהיה ניתן להפעיל נגדו הליכים משפטיים מקום בו הופרה חובה שלו, אלא אם יש את הסכמת המדינה.
2. 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.
3. 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 ארה"ב לא חייבת לתת כסף למדינות אחרות, היא עושה זאת עושה מתוך רצון טוב שלה לא מתוך אמנה.

אנגליה(לונדון) 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).

**חסינות דיפלומטית מהליכים אזרחיים**

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 משב"ל 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(טענה חלשה). 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.

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).

**חסינות למבנה 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.

**כלי תחבורה של השגרירות**

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

**שיעור מספר 16 -שיעור א-סינכרוני ארגונים בינלאומיים**

בשיעורים אלו נדון במוסדות ייחודיים של מערכת המשפט הבינלאומי: **ארגונים בינלאומיים**. אם אמרנו שהמדינות היו, ובמידה רבה עדיין, השחקן המרכזי במערכת המשפט הבינלאומי, הרי שארגונים בינלאומיים הם השחקן הבא הכי מרכזי. יתרה מכך, תפקידם הולך ונהיה יותר מרכזי ככל שהגלובליזציה גוברת (כיום ,יש מאות רבות של ארגונים).

יש לאבחן בין שני סוגים של ארגונים בינלאומיים :

 .משמע, ארגונים בינלאומיים לא-ממשלתיים ;International Non-Governmental Organization -INGO1.

 .משמע, ארגונים בינלאומיי ם ממשלתיים ;International Governmental Organization -IGO2.

יש גם מספר ארגונים איפשהו באמצע בין IGO ו-INGO; הדוגמא הבולטת והמרכזית היא הצלב האדום הבינלאומי. למרות**, שבפועל,** ל-INGO יש השפעה גוברת על עיצוב המשפט הבינלאומי, הרי שמבחינה משפטית, ככלל, סוג הדין שמסדיר את ענייניהם הוא דין מדינתי (של המדינות בהן ה-INGO פועל, ובמיוחד של המדינה בה הוא הוקם). לכן, אנחנו נתרכז ב-IGO, ובמיוחד ב-IGO המרכזי והחשוב ביותר האו"ם. בהתאם, מעכשיו, כשיעשה שימוש במונח "ארגונים בינלאומיים" הכוונה היא ל-IGO (אלא אם מצוין מפורשות אחרת).

IGOs הם חלק אינטגראלי מהמשב"ל המודרני, תרומתם להתפתחות הנורמות והמוסדות במשב"ל מרכזית וגוברת. יש IGOs שכל מדינה ברמה העקרונית יכולה להצטרף אליהם (לדוג' ארגון הבריאות העולמי, האו"ם), ויש כאלו שרק מדינות מסוימות (חבר מדינות הכתר הבריטי, האיחוד האירופי, הליגה הערבית וכו'), יש IGO שתחום עיסוקם מצומצם יחסית(לדוג' ארגון הבריאות העולמי), ויש כאלו שתחומי העיסוק שלהם רחבים (לדוג' האו"ם). יש כאלו שהם אזוריים ויש כאלו שהם גלובליים.

מאפייני IGOs:

1. הארגון מוקם ופועל ע"פ ומכוח המשב"ל (כך לדוג' בד"כ הארגונים הללו מוקמים מכוח אמנה מולטילטרלית). הדין הבינלאומי שחל על הארגון מורכב מכל האמנות שעוסקות בו, כל האמנות להן הארגון צד, וכל משב"ל מנהגי הרלוונטי לפעילות הארגון (ככל שדין מנהגי שכזה רלוונטי לארגון ולפעמים בהתאמות הנדרשות מפאת השוני בין ארגונים בינלאומיים למדינות).
2. לרוב רק מדינות יכולות להיות חברות ב-IGOs {אך יש דוגמאות ל-IGOs בהם גם גורמים אחרים חברים (למשל, בארגון העבודה הבינלאומי (ה-ILO) מכל מדינה מגיעים שלושה נציגים: נציג המדינה, נציג ארגון העובדים הגדול ביותר, ונציג ארגון המעסיקים הגדול ביותר(כפועל יוצא מכך, לצד נציגי מדינות יש נציג ים של ארגונים לא מדינתיים (ארגוני עובדים וארגונים מעסיקים))}.
3. הארגון הוא גוף קבוע ובעל מוסדות עצמאיים; לארגון ומוסדותיו יש מידה של אוטונומיה ביחס למדינות החברות.
4. לארגון יש מטרות מובחנות (בהתאם לרוב לארגון יש מעין חוקה בה מפורטות מטרותיו המרכזיות, חוקה זו בד"כ תהיה האמנה המכוננת שמכוחה הוקם הארגון).
5. ל-IGOs ככלל יש במשב"ל חובות וזכויות נפרדות מאלו של המדינות החברות בו וכפועל יוצא מכך ככלל יש להם **אישיות משפטית** במשב"ל (משמע, אישיות משפטית נבדלת מהמדינות החברות בארגון).

האישיות המשפטית במשב"ל של IGO – דיון מורחב:

הקביעה שיכולה להיות ל-IGOs אישיות משפטית בינלאומית עצמאית (כשחקנים בזירה הבינלאומית בעלי קיום משפטי ישיר ועצמאי במשב"ל שנבדל מזה של המדינות החברות ב-IGO) לא הייתה מובנת מאליה כשזו נקבעה בתחילה, שכן במשפט הבינלאומי "הקלאסי" השחקנים העיקריים (אם לא הכמעט בלעדיים) היו מדינות.

אחד המקורות המרכזיים הראשונים בו נקבע של-IGO יש ישות משפטית נפרדת זו חו"ד של ה-ICJ שעסקה בשאלה האם לאו"ם יש אישיות משפטית המאפשרת לו לדרוש פיצויים ממדינה. באותו מקרה מדובר היה ברצח הרוזן ברנדוט, שכעובד האו"ם תיווך מטעם [האו"ם](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%95%22%D7%9D) בין [מדינת ישראל](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%AA_%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C) למדינות ערב [במלחמת העצמאות,](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%9C%D7%97%D7%9E%D7%AA_%D7%94%D7%A2%D7%A6%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA) ונרצח [בירושלים](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D) ע"י הלח"י ב-1948. במגילת האו"ם לא כתוב באופן מפורש שלאו"ם יש אישיות משפטית בינ"ל, ואם הוא אינו ישות משפטית כאמור הרי שהאו"ם לא יכול היה לתבוע פיצויים. לכן, ה -ICJ התבקש לתת חו"ד בנושא וקבע כי האו"ם הוא אישיות משפטית במשב"ל, ושכפועל יוצא מאישיות המשפטית שלו האו"ם מסוגל לתבוע פיצוי ממדינה בגין רצח עובד שלו באותה המדינה. לדידו של רובי סייבל: "אין זה ברור אם קביעת (ה-ICJ) חלה לגבי כל ארגון בינלאומי או רק לגבי האו"ם, ויתכן ויש צורך לבדוק המצב לגבי כל ארגון בינלאומי בנפרד". במילים אחרות, קיימות שתי עמדות בנושא: לפי **עמדה אחת** קיים דין בינלאומי מנהגי לפיו לכל IGO יש אישיות משפטית במשב"ל, לפי **עמדה שניה** יש לבדוק כל IGO בנפרד ולראות האם מהאמנה/ות הרלוונטיות ו/או ממטרותיו, עיסוקו, או הפרקטיקה הקיימת בפועל בהקשרו( עולה שיש לו אישיות משפטית נפרדת במשב"ל. להערכתו של ד"ר בורר, העמדה הרווחת היא עמדה א.

לשאלה איזו מבין שתי העמדות הללו היא הדין הקיים )שאלה שבנוגע אליה כאמור אין הסכמה(יש משמעות רבה במדינות בהן הדין המדינתי מתייחס באופן שונה למשב"ל מנהגי ולמשב"ל הסכמי. למשל, בישראל, כזכור, לאמנות, אפילו אם ישראל צד להן, אין מעמד נורמטיבי פורמאלי בדין הישראלי (צריך שחיקוק ישראלי "יקלוט" את הקבוע באמנה), ואילו לדין בינלאומי מנהגי נקלט באופן אוטומטי למשפט הישראלי(במעמד נורמטיבי גובהה משל חקיקת משנה, ונמוך משל חקיקה ראשית). לכן, אם מקבלים את עמדה א (לפיה המשב"ל המנהגי מעניק אישיות משפטית לכלIGO), הרי שלכל IGO יש אישיות משפטית במשפט הישראלי. לעומת זאת, אם מקבלים את עמדה ב (לפיה יש לבדוק כל IGO בנפרד) הרי שתהיה אישיות משפטית **במשפט הישראלי** רק ל-IGO: שלגביו נגיע למסקנה שקיים דין בינלאומי מנהגי המעניק לו באופן ספציפי אישיות משפטית, **או מנגד** שלגביו יש חיקוק ישראלי שמעניק לו אישיות משפטית (כאשר החיקוק המרכזי בהקשר זה הוא חוק חסינויות וזכויות(ארגונים בין-לאומיים ומשלחות מיוחדות) התשמ"ג-1983, שמעניק אישיות משפטית במשפט הישראלי מעמד של תאגיד [לכל IGO שישראל חברה בו (אך חוק ישראלי זה לא עוסק ב-IGOs שישראל אינה חברה בהם)].

**חשוב להדגיש** שעל אף שגם למדינה וגם ל-IGO יש אישיות משפטית במשב"ל, לא מדובר באותו סוג של אישיות. האישיות המשפטית במשב"ל של המדינות היא כללית ובלתי מוגבלת. לעומת זאת, האישיות המשפטית של IGO היא מוגבלת ופונקציונאלית. משמע, בעוד שלמדינות ע"פ המשב"ל יש ככלל את הסמכות לעשות כל דבר שהמשב"ל לא אסר עליהן לעשות (כזכור זהו עקרון "לוטוס"), IGO רשאי לעשות רק את הדברים שהוענקה לו סמכות במשב"ל לבצע. היקף האישיות המשפטית של IGO נקבע על סמך: מסמכי היסוד שלו (כגון האמנה המכוננת), מטרות הארגון, סוג הסמכויות שהוענקו לארגון ומרחב הסמכויות שהוענקו לו, וכן הפרקטיקה הנוהגת בפועל (של הארגון ושל המדינות ביחסיהן לארגון). חשוב להדגיש שההסמכה יכולה להיות מפורשת או משתמעת, **המבחן הוא מבחן פונקציונאלי**- פעמים רבות, סמכויות הארגון הן משתמעות, ונגזרות מכך שקיומם נדרש כדי שיהיה ניתן לבצע באופן יעיל סמכויות אחריות שדבר קיומן כן נקבע מפורשות. כך למשל, במקרה של חו"ד של ה-ICJ בדבר רצח הרוזן ברנדוט, ה-ICJ קבע שלאו"ם יש את היכולת לתבוע פיצוי מישראל בגין רצח אותו עובד, שכן לדידו סמכות זו משתמעת באופן הכרחי מתפקידיו של האו"ם (אם לאו"ם יש סמכות לשלוח נציגים מטעמו לכל מיני זירות סכסוך, חייבת להיות נלווית לה הסמכות לתבוע פיצויים ממדינות הפוגעות בנציגים(). בחו"ד האמורה נקבע שהמבחן הוא מבחן של נחיצות (האם הסמכות המשתמעת נחוצה לצורך ביצוע הסמכויות הקבועות מפורשות). שני עשורים מאוחר יותר, בחו"ד שעסקה בנושא אחר, עשה ה-ICJ שימוש במבחן מקל אף יותר של התאמה (האם הסמכות המשתמעת עולה בקנה אחד )משמע, מתאימה( עם הסמכויות הקבועות מפורשות).

מה המשמעות המעשית לכך שמכירים ב-IGO כאישיות משפטית עצמאית, במשב"ל:

1. **מגע עם גורמים:** מתוקף היותו אישיות משפטית במשב"ל ל-IGO יש סמכות לבוא במגע עם מדינות וארגונים אחרים. אך קיים ויכוח האם ל-IGO בהכרח יש סמכות לכרות אמנות עם מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים. [למרות שלרובם ברור שיש סמכות שכזו (אם כי מוגבלת)]. לפי עמדה אחת, לא ניתן לקבוע א-פריורית שלכל IGO יש סמכות לכרות אמנות, ויש לבחון את הדבר בנוגע לכל ארגון בנפרד. לעומת זאת, לפי עמדה שניה (בה מצדד סייבל) **לכל** IGO יש סמכות כזו(אם כי, ככלל, מדובר, כפי שיוסבר להלן, בסמכות מוגבלת).

בכל מקרה, סמכותו של IGO לכרות אמנות שונה מהסמכות הכללית של מדינות לכרות אמנות. IGO יכול לחתום רק על אמנות: הקשורות לסמכויותיו, לשם מימוש מטרות ותפקידיו ובהתאם לפרקטיקה הנהוגה ביחס אליו (משמע בהתאם ליחס שמעניקות לו מדינות בפועל).

על אמנות בין ארגונים בינלאומיים לבין מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים חל הדין הבינלאומי המנהגי בדבר אמנות כאמור (שהוא מאוד דומה, אם כי בהתאמות הנדרשות, לדין הבינלאומי המנהגי שחל בנוגע לאמנות בין מדינות). בנוסף, קיימת אמנת וינה משנת **1986** בדבר אמנות בין ארגונים בינלאומיים לבין מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים, בה נעשתה קודיפיקציה של הדין האמור. אך אמנה זו (בשונה ממה שניתן היה להבין מאמירה לא מדויקת של בורר באחד השיעורים הראשונים בסמסטר) טרם נכנסה לתוקף (כדי שתיכנס לתוקף צריכות 35 מדינות לחתום עליה, ונכון לרגע זה חתמו עליה רק 32). בכל מקרה, אם וכאשר היא תיכנס לתוקף, גם אז היא תחייב רק את המדינות ואת הארגונים הבינלאומיים שיצטרפו אליה. על כל שאר המדינות והארגונים ימשיך לחו"ל הדין המנהגי בנושא (אם כי הוא די דומה ולרוב זהה למה שקבוע באמנה האמורה. **הערת צד:** ארגון בינלאומי לא יכול להסתמך על כך שהתחייבות בשמו באמנה נעשתה תוך חריגה מנוהל פנימי של הארגון כדי לפטור את עצמו ממחויבות על-פי האמנה; וזאת מלבד במקרים בהם החריגה הייתה "גלויה ונוגעת בכלל בעל חשיבות יסודית".

1. **אחריות בינלאומית**: מפאת היותו אישיות משפטית במשב"ל IGO יישא באחריות בינלאומית, בגין הפרות של המשב"ל, וזאת בהתאם לדיני האחריות של המשב"ל. המשמעות היא, שככלל, המדינות החברות אינן אחראיות להפרות משב"ל המבוצעות ע"י IGO {אלא אם: **א,** מדינה חברה קיבלה על עצמה וולנטרית את האחריות או יצרו מצג למדינה אחרת שהיא מקבלת את האחריות, **או ב**, בנוגע לארגון הספציפי קיימת אמנה שקובעת כי ניתן להטיל אחריות על המדינות החברות בגין מעשים של הארגון}. מקרה מורכב יותר עולה בהקשרם של כוחות שמירת שלום (שהם יחידות של צבאות של מדינות שונות, אשר המדינות משאילות לאו"ם למשימות שמירת שלום). בהתאם לדיני אחריות המדינה הכלל המשפטי במקרה שכזה הוא שהמדינה לא תישא באחריות ורק הארגון (במקרה זה האו"ם) יישא באחריות, בגין הפרות משב"ל שביצע הכוח, אם השליטה האפקטיבית (ולפי עמדה אחרת שליטה כוללת) על חיילי הכוח עברה ממדינה לארגון. לעומת זאת, במקרים בהם גם לאו"ם וגם למדינה יש מידה משמעותית של שליטה בכוח, הרי שגם האו"ם וגם המדינה יישאו באחריות.
2. **יכולת לתבוע ולהיתבע**: כאישיות משפטית ה-IGO ככלל יוכר כבעל יכולת לתבוע ולהיתבע במישור הבינלאומי.
3. **ניהול פנימי**: כאישיות משפטית ל-IGO יש יכולת להעסיק ולפטר עובדים, ולקיים מנגנון משמעתי כלפי עובדיו. כמו כן, הוא מוסמך לקבל החלטות בנוגע לבחירת בעלי תפקידים, הוצאות תקציב, ונהלים פנימיים.
4. **חסינויות וזכויות לארגון ולאנשיו**: מפאת היותו אישיות משפטית במשב"ל ,יתכן ויוענקו ל-IGO ו/או לאנשיו זכויות מסיימות חסינויות מסוימות בדין הבינלאומי. חשוב להדגיש, שההכרעה אם לארגון מסוים ו/או לאנשיו יש זכות/חסינות ספציפית, תלויה בארגון הספציפי (תפקידיו, מטרותיו, סמכויותיו, והפרקטיקה לגביו). החסינות/הזכות הספציפית יכול שתינתן מכוח אמנה, ויכול שתי נתן מכוח משב"ל מנהגי (בהקשר זה, שבמדינות רבות, כגון ישראל, לסוגיית סוג המשב"ל המעניק את החסינות/הזכות תהיה משמעות רבה, מבחינת הדין המדינתי).
5. **סמכות ליצור נורמות משפטיות מחייבות במשב"ל**: לרוב IGO לא מייצרים נורמות משפטיות במשב"ל. משמע ,רוב ההחלטות של רוב ב-IGO הן בגדר המלצות בלבד. עם זאת, ישנם ה-IGO ספציפיים שאמנות העוסקת בהן מסמיכות אותם לקבל החלטות מחייבות{משמע, מעניקות ל-IGO או לאורגן ספציפי של ה-IGO סמכות ליצור נורמה משפטית מחייבת(דין מחייב) במשב"ל}.למשל, חוקת ארגון התעופה האזרחית וחוקת ארגון הבריאות העולמי מקנות כל אחת לארגון בו הן עוסקות סמכויות לקבל, בהקשרים מסוימים, החלטות שמחייבות את כל המדינות החברות בארגון. ניתן לומר שנורמות מחייבות שיוצר IGO הן סוג של דין בינלאומי הסכמי, שכן סמכות ה-IGO ליצור אותן מקורה באמנה שקבע את סמכויות הארגון. הדוג' החשובה ביותר לארגון שלגוף שלו יש סמכות לקבוע נורמות משב"ל מחייבות היא הסמכות שמעניקה מגילת האו"ם (ס' 25) למועצת הביטחון לקבוע החלטות שיחייבו את כל מדינות החברות באו"ם.

**דיון צד:** יש הטוענים שהחלטות ופעילויות של IGO (לרבות החלטות לא מחייבות) מהוות אמצעי טוב להסקת 'פרקטיקה של מדינות' ו-אופיניו-יוריס, לצורך בחינת קיומה של מנהג, שכן לדידם, ה-IGO (במיוחד כשבארגון חברות מדינות רבות) מייצג הרבה מדינות. מצד שני, יש שטוענים שצריך להיזהר שעושים זאת, (א) מכיוון שלא כל ההחלטות והפעולות של הארגון מייצגות את מדינותיו ו-(ב) גם כשמדובר בהחלטות/פעולות שכן ניתן לקבוע באופן יותר חזק שהן מייצגות את המדינות (לדוגמא החלטות של עצרת המדינות החברות בארגון) עדיין כדאי להיזהר שכן חלק נכבד מההחלטות וההצהרות שמתקבלות בארגון, כמו גם חלק מהפעולות האחרות שעושות מדינות חברות בתוך הארגון, הן החלטות/הצהרות/פעולות פוליטיות ולא משפטיות באופיין (משמע, לא קיים אופיניו יוריס בהקשרן). הוויכוח בנושא לרוב עולה בנוגע להחלטות של העצרת הכללית של האו"ם. לפי מגילת האו"ם החלטות כאלו הן חסרות מעמד משפטי (מה שאומר שמדינות יסכמו להצהרות רחבות די בקלות: זה עושה יחסי ציבור טובים (סיבה פוליטית) ואין לזה שיניים מחייבות משפטיות). לכן, יש שאומרים שלא ניתן להסתייע בהחלטות העצרת, כדי להכריע האם קיים מנהג. מצד שני, יש החלטות של העצרת שפשוט נראות כמו מסמך משפטית-ולכן, יש שטוענים שהמדינות כן התכוונו כאשר הן קיבלו אותן להצהיר הצהרה משפטית. במילים אחרות, הן באופן ספציפי לגבי הצהרות של העצרת, והן באופן כללי לגבי החלטות, הצהרות ופעולות של IGO, יש לבחון כל מקרה לגופו. משמע, ברמה המעשית כשבוחנים האם קיים מנהג, יש לחפש מקורות שכאלו אך יש להיזהר בדבר המסקנות שגוזרים מהם. ברור שבמציאות יהיו תמיד חלוקי דעות, האם הצהרה/פעולה/החלטה זו או אחרת מהווה, או לא מהווה, עדות למנהג. נעבור עתה לדון ב-IGO החשוב ביותר והוא האו"ם.

**שיעור מספר 17 - שיעור א-סינכרוני האו"ם**

רקע כללי: הוקם ב-1945 כממשיכו של חבר הלאומים שהוקם ב-1919. מגילת האו"ם אינה רק המסמך המכונן של הארגון, היא גם משקפת עקרונות יסוד של המשב"ל (ריבונות, הגדרה עצמית, שוויון בין מדינות, זכויות אדם וכו').

האו"ם מורכב מ-6 אורגנים מרכזיים: העצרת הכללית ,מועצת הביטחון, המועצה הכלכלית-חברתית, מועצת המנדטים, המזכירות וה-ICJ. הכוונה במגילת האו"ם הייתה שהאו"ם יהיה, ככלל, בנוי על יסוד חלוקה קונסטיטוציונית ברורה של סמכויות בין האורגנים שמרכיבים אותו. אך, עם הזמן, החלוקה הראשונית הברורה רוככה ועומעמה במידת-מה וזאת עקב אילוצים פוליטיים; למשל: בהדרגה התחזק כוחה של העצרת הכללית על חשבון מועצת הביטחון .

העצרת הכללית:

מעין-פרלמנט של האו"ם המורכב מנציגי כלל המדינות החברות. אם כי בשונה מפרלמנט מדינתי החלטו ת של העצרת הכללית של האו"ם לא מחייבות מבחינה משפטית את המדינות (הן לא מהוות נורמה משפטית מחייבת במשב"ל), והן מהוות המלצות בלבד. מדובר בפורום דיוניים, שמתכנס במסגרת של מושב שנתי, מדי שנה, ובנוסף, מכונסים מושבים מיוחדים ע"י המזכ"ל לבקשת מועצת הביטחון או לבקשת רוב מקרב המדינות החברות (ס'20 למגילת האו"ם) מעכשיו אלא אם צוין אחרת הפניה לסעיף מתייחסת לסעיף ממגילת האו"ם).

**ס' 4**- קבלה של מדינה כחברה באו"ם מותנית בהצבעת העצרת ע"פ המלצה של מועצת הביטחון, העצרת לא יכולה לאשר קבלה של מדינה כחברה באו"ם ללא המלצת מועצת הביטחון. עם זאת, העצרת יכולה להכיר במדינה כ'מדינה משקיפה שאינה חברה'. למדינה שכזו נותנים כיסא בעצרת, והיא יכולה להיות חברה בחלק מהגופים של האו"ם; אבל ,היא לא יכולה להצביע בעצרת ואין לה הרבה מהזכויות שיש למדינה חברה באו"ם . הפלסטינים, למשל, לאחר שבקשתם להתקבל כמדינה חברה באו"ם נתקעה במועצת הביטחון (עקב השפעה אמריקאית), פנו לעצרת הכללית ושם עברה הצבעה בתמיכת מרבית המדינות החברות שהעניקה להם מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה.

**ס '5**- העצרת יכולה להשעות מדינה חברה באו"ם אך גם כאן רק בהמלצת מועצת הביטחון.

**ס '6**- העצרת יכולה להרחיק מדינה חברה באו"ם בהינתן הפרה עקבית של הוראות המגילה, אך שוב גם כאן רק המלצת מועצת הביטחון.

**ס '18**- ההצבעה בעצרת היא ע"פ מפתח של 'מדינה אחת קול אחד', וההכרעות נעשות ברוב קולות של המדינות הנוכחות והמצביעות. עם זאת, בהצבעות חשובות (למשל: הרחקת מדינה, ענייני תקציב ,והבחירה הדו-שנתית של המדינות שתשמשנה כחברות הלא קבועות במועצת הביטחון), הדרישה היא לרוב של 3/2 מהקולות הנוכחים והמצביעים.

מסגרת העצרת ותחתיה פועלים גופים, וועדות, ואורגנים שונים, שהוקמו על ידה ומדווחים לה. למשל: אונר"א- סוכנות הסעד לפליטים של האו"ם, אונסקו ,ILC, ו-מועצת זכויות האדם. לעצרת יש שש וועדות קבועות, עיקריות ,שמתכנסות אחת לשנה: הוועדה הכלכלית, הוועדה לפירוק נשק וביטחון בינלאומית, וועדה חברתית-הומנית-תרבותית, וועדה בנושא דה-קולוניזציה, הוועדה האדמיניסטרטיבית, הוועדה לענייני משפט .

**החלטות של העצרת הכללית המתקבלות על-סמך החלטה 377(5) "מתאחדים למען השלום":**

במהלך מלחמת קוריאה, שותקה בפועל הפעילות של מועצת הביטחון, מכיוון שבריה"מ הטילה עקבית וטו, באופן שלא אפשר לקבל החלטות אופרטיביות בנוגע למלחמה האמורה. לכן, עלתה השאלה האם העצרת הכללית מוסמכת להיכנס לתוך הווקום שנוצר. מחד ,מגילת האו"ם גם קובעת שכל עניין ש נוגע להפרה של הביטחון והשלום הבינלאומי צריך להיות מופנה למועצת הביטחון. מאידך, מגילת האו"ם גם עולה (ראו ס' 14-10) שאף העצרת יכולה לדון בנושאים של השמירה על השלום והביטחון הבינלאומי ואפילו לקבל המלצות שמופנות למועצת הביטחון או למדינות, בתנאי שמועצת הביטחון לא דנה במקביל ממש באותם מקרים ספציפיים. ב-1950 הכריעה העצרת שהיא כן מוסמכת לפעול, בקבלה את החלטה 377(5) "מתאחדים למען השלום". החלטה מכירה בכך שלמועצת הביטחון אכן יש (לפי ס' 24 למגילת האו"ם) את הסמכות הראשונית בכל הנוגע לענייני השמירה על הביטחון והשלום הבינלאומי. עם זאת, מההחלטה עולה עמדה משפטית לפיה הסמכות הראשונית האמורה אינה מאיינת את סמכותה (המשנית) של העצרת לפעול בנושאים אלו, הסמכות המשנית הזו ברת הפעלה שעה שמועצת הביטחון לא יכולה לפעול. במילים אחרות, מההחלטה האמורה עולה שהעצרת מוסמכת לפעול בתחומים אלו, בהתקיים שני תנאים: (א) קיים מצב המהווה איום על, או הפרה, של השלום והביטחון הבינלאומי; ו-(ב) מועצת הביטחון כשלה להפעיל סמכותה עקב אי הסכמה בין החברות הקבועות. יש לציין כי, לכאורה, לאור התנאי השני, אסור לעצרת לפעול כל עוד מועצת הביטחון עוסקת באותו המקרה, אבל בפועל העצרת מסמסה את המגבלה הזו עם השנים. כך הפכה העצרת את עצמה למעין מועצת הביטחון.

אך חשוב להדגיש, בשונה מהחלטות מחייבות של מועצת הביטחון, החלטות של העצרת הניתנות על-סמך החלטה 377(5) "מתאחדים למען השלום" (כמו מרבית שאר החלטות העצרת) מהוות המלצות בלבד למדינות החברות אין חובה משפטית לציית להחלטות אלו ונדרשת הסכמתן לצורך יישום ההחלטות האמורות. עם זאת, אין לזלזל בהחלטה 377(5). הסמכות שהוכרה בהחלטה זו אפשרה דיונים שכנראה לא היו מתקיימים בכלל. יתירה מכך, פעולות משמעותיות ביותר נעשו כתוצאה מהחלטות עצרת שהתקבלו על-סמך החלטה 377(5) (לרבות פעולות של שימוש בכוח. רבות מהפעולות הללו, לולי סמכות העצרת שהוכרה בהחלטה 377(5) לא היו נעשות כלל, כי היוזמות לפעול היו נתקעות במועצת הביטחון. אחד המקרים המוקדמים ביותר בו העצרת הפעילה את הסמכויות שלה ע"פ החלטה זו היה ב-1956 כשהיא הקימה כוח חירום מיוחד לפיקוח על הפסקת האש במזה"ת לאחר מבצע קדש (כפי שמשתמע מדוגמא זו פעמים רבות החלטות שהתקבלו על-סמך החלטה 377(5) היוו בסיס לפעולות בהקשר הישראלי-ערבי).

בשולי הדברים יצוין שהחלטה 377(5) קבעה שמקום בו נדרש לקבל החלטות מכוח ההחלטה הזו, ולא מכונס באותה העת מושב רגיל של העצרת ,לקרוא לכינוס מושב חירום מיוחד תוך 24 שעות.

מועצת הביטחון:

**ס '23**- מועצת הביטחון נועדה להיות הגוף המבצע של האו"ם (מעין רשות מבצעת/ממשלה), להבדיל מהעצרת שהיא הגוף הפרלמנטארי-דיוני. עם זאת, בשונה מהאנלוגיה המדינתית דווקא ההחלטות מועצת הביטחון (או יותר נכון החלטות שלה מסוג מסוים), ולא החלטות העצרת, הן אלו המחייבות מבחינה משפטית.

מבנה המועצה: 15 מדינות חברות [משמע, הרכב המועצה מצומצם יחסית וזאת כדי לאפשר פעילות שוטפת יעילה], לכל מדינה החברה במועצת הביטחון, יש קול אחד. מתוך 15 המדינות החברות: 10 מתחלפות כל שנתיים (לא ניתן לבחור מיידית במדינה שזה עתה סיימה את תפקידה), ואילו 5 הן מדינות קבועות (ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה שנכנסה בנעלי ברה"מ). ל-5 החברות הקבועות, בשונה מהחברות הלא-קבועות, יש גם זכות להטיל וטו (משמע, לא ניתן להעביר החלטה במועצה אם אחת החברות הקבועות מתנגדת). הסיבה לחוסר השוויון (משמע, להענקת חברות קבוע וזכות וטו לחמש מדינות ספציפיות[ נעוצה בהסקת מסקנות מחבר הלאומים, שם כל המדינות היו שוות, והסדר זה הוביל לכך שמדינות קטנות ניסו לכפות פעולות על מעצמות, והמעצמות מהר מאוד הבינו זאת והפסיקו לשתף פעולה עם חבר הלאומים והכל קרס. במילים אחרות, לאחר מלחמת העולם השנייה, כדי למנוע את הישנות הבעיה (משמע, משיקולים פרקטים הכרחיים), המדינות הסכימו לשלם את המחיר של פגיעה מסויימת בעקרון השוויון בין המדינות. מבחינת עלות מול תועלת, החלטה זו הוכיחה את עצמה: למרות כל כשליו האו"ם לא קרס והוא יותר מסייע בשמירת היציבות בעולם מחבר הלאומים (שהיה גוף חלש ולא אפקטיבי לחלוטין). זהות החברות הקבועות משקפת את תמונת יחסי הכוחות הפוליטיים כפי שהיא הייתה סמוך לאחר מלחה"ע השנייה .

**ס' 27(3) -** העברת החלטה במועצת הביטחון דורשת רוב של 9 חברות ובכללן 5 קבועות, וזאת מלבד בעניינים פרוצדוראליים שבהן די ברוב רגיל של 9 חברות ]הצבעה בשאלה האם העניין מסוים נחשב פרוצדוראלי או לא נחשבת הצבעה על עניין **לא** פרוצדוראלי.[

**ס' 29 -** תחת מועצת הביטחון פועלות וועדות משנה שונות, חלקן קבועות וחלקן זמניות, למשל: הוועדה למלחמה בטרור, וועדות סנקציות שונות. כמו כן, הוקמו גופים נלווים למועצת הביטחון כמו בתי-הדין לשיפוט הפשעים הבינלאומיים שבוצעו ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר (ה-ICTY וה-ICTR).

**ס'24** - התפקיד הראשי והמרכזי של מועצת הביטחון הוא השמירה על השלום והביטחון הבינלאומי, לצורך כך מועצת הביטחון מוסמכת לפעול בדרכים משני סוגים מרכזיים: 1. יישוב סכסוכים בדרכי שלום [כל הדרכים הללו מעוגנות בפרק שש למגילת האו"ם ס' 33-38)]. 2. אימוץ אמצעים כופים [למועצת הביטחון, בניגוד לעצרת, יש את הסמכות לנקוט באמצעים כופים, אמצעים כופים אלו מפורטים בפרק שבע למגילה ס' 39-51)].

אך חשוב לציין שלמועצת הביטחון יש גם תפקידים נוספים )שקבועים בפרקים אחרים של המגילה) כגון: אישור תיקונים למגילה, מינוי שופט ים ל-ICJ, ומתן המלצות בנוגע לקבלה, השהייה, והרחקה של מדינה חברה.

סמכויות מועצת הביטחון מכוח פרק 6 למגילה :

**ס' 34-** לחקור כל מצב/סכסוך ע"מ לקבוע אם יש בו פוטנציאל להפרת השלום והביטחון הבינלאומי .

**ס' 33-** לקרוא לצדדים להסדיר את הסכסוך בדרכי שלום.

**ס'36 -** להתערב בסכסוך שעלול לסכן את השלום והביטחון הבינלאומי בכל שלב שלו, ולהמליץ על עקרונות פעולה וצעדים נדרשים. המלצות אלו אינן מחייבות. למשל, לפי פרשנות רווחת, החלטה מועב" ט 242 מ-1967 שהמליצה על עקרונות לפתרון הסכסוך בין ישראל ושכנותיה ) נסיגה משטחים והכרה של כל המדינות באזור בגבולות קבועים ( הייתה במקור המלצה בלבד )משמע, היא לא הייתה דין משפטי מחייב(. עם זאת, אין חילוקי דעות שכיום מדובר בנורמה משפטית המחייבת את הצדדים )ישראל, הפלסטינאים, ירדן, מצריים וכו(, שכן הצדדים בשלב מאוחר יותר )החל מהמו"מ עם מצריים( הסכימו שהחלטה 242 תהווה הבסיס לכל מו"מ לשלום ביניהם.

**ס' 37 -** היה ומדינות שהן צד לסכסוך בינלאומי לא מסוגלות לפתור אותו בדרכי השלום שמאוזכרות בס' 33 למגילה, הצדדים צריכים להפנות את הסכסוך למועצת הביטחון. לאחר שהצדדים פנו, בהנחה שבסכסוך קיים פוטנציאל ליצירת סיכון לשלום ולביטחון הבינלאומי, מועצת הביטחון יכולה להמליץ לא רק על חלופות ופרוצדורות לפתרון אלא גם על פרטי ההסדר.

**ס' 35 -** כל מדינה החברה באו"ם יכולה להפנות סכסוך או מצב לידיעת מועצת הביטחון.

מכוח פרק 6, התקבלו במהלך השנים החלטות שונות אם לשלוח לאזורים בהם ישנו סכסוך, כוח של משקיפים או כוח של שמירת שלום . מבחינה משפטית, ככלל, לצורך פריסתם בשטח של כוחות אלו (שהוקמו מכוח פרק 6), בשונה מכוחות משקיפים וכוחות שמירת שלום שהוקמו בהחלטות מועצה מכוח פרק 7, נדרשת הסכמת המדינות הרלוונטיות.

**פרק 7 למגילה: פעולות כנגד איומים על, והפרות של, השלום והביטחון הבינלאומי, וכנגד מעשי תוקפנות:**

**ס' 39-** כאשר מועצת הביטחון קובעת שמתקיים איום על, או הפרה של, השלום והביטחון הבינלאומי או שארע מעשה תוקפנות ,היא מוסמכת, לאחר קביעה שכזו, לקבל המלצות או החלטות לפי ס' 41 ו-42, וזאת כדי להשיב את השלום או להחזיר את המצב לקדמותו. סעיפים אלו מסמכים את המועצה לקבל, בין השאר (לאחר קביעה כאמור), החלטות מחייבות מכוח פרק 7, לרבות החלטות בדבר שימוש בכוח. סמכויות מועצת הביטחון מכוח פרק 7 מהוות חריג, שהוכר במגילת האו"ם (משמע, חריג שהמדינות החברות קיבלו על עצמן) לעקרון אי ההתערבות בענייהן הפנימיים של מדינות.

המושג של איום על הביטחון והשלום הבינלאומי התפרש ע"י מועצת הביטחון כמכסה קשת רחבה של מקרים כמו: **סכסוכים פנימיים ולא רק בינל"א** (יש הרבה דוגמאות מהשנים האחרונות להחלטות מועצה שכאלו , למשל בנוגע למלחמה בלוב או בסוריה; אך החלטת המועצה הראשונה שניתנה בהקשר ניתנה כבר לפני זמן רב וזו החלטה 43 שקבעה שהסכסוך המזויין בין הקבוצות היהודיות והערביות בשטח שבשליטת המנדט הבריטי מהווה איום על השלום), **הפרות חמורות של הדין ההומניטארי הבינלאומי** (למשל: מועצת הביטחון קבעה שהמצב ביוגוסלביה והמצב רואנדה היוו הפרה של הדין ההומניטארי של הבינלאומי ולכן היוו איומים על השלום והביטחון הבינלאומי - זה היה הבסיס המשפטי, בין השאר, להקמה על-ידי מועצת הביטחון של בתי-דין פליליים בינלאומיים בהם נשפטו אנשים שנטלו חלק בביצוע מעשי הזוועה הללו), **תמיכה בטרור הבינלאומי** (למשל החלטה 1373, שהתקבלה בעקבות 11/9, קבעה כי מימון טרור בינלאומי מהווה איום על השלון והביטחון העולמי), **הפצת נשק ביולוגי, כימי וגרעיני** (למשל: החלטה 1540) ועוד.

לעומת כל האיומים הללו, רק במקרים מעטים קבעה מועצת הביטחון שמשהו מהווה **הפרה בפועל של השלום והביטחון** **או תוקפנות**. למשל: פלישת עיראק לכווית ,תקיפות של דרום אפריקה ברודיזיה, פלישת צפון קוריאה לדרום קוריאה וכו', וגם שתי תקיפות של ישראל בתוניס כנגד בסיסי אש" (שנעשו, מבלי שישראל שכנעה קודם את האמריקאים בדבר נחיצות התקיפות, כפי שניתן להבין מכך שעברה החלטה במועצת הביטחון )משמע, מכך שהאמריקאים לא הטילו וטו)..

מהרגע שמועצת הביטחון קבעה שהתקיימה הפרה או איום או תוקפנות כאמור לפי ס' 39, היא מוסמכת: (א) לפי ס' 40, לנקוט אמצעים למניעת הסלמה של המצב, כמו קריאה להפסקת אש, נסיגה צבאית מטריטוריה זרה וכיוצ"ב (אלו עדיין לא בהכרח אמצעים מחייבים), (ב) לפי ס'41 , לנקוט באמצעים (שהם בהכרח מחייבים) אך שאינן מערבים שימוש בכוח [מדובר בעיקר על אמצעים כלכליים ודיפלומטיים כאשר הרשימה אינה סגורה (למשל: מערך הסנקציות הכלכליות שנקבע כתגובה לפלישת עיראק לכווית, הקמת בתי-דין פלילים בינל"א, האמברגו והסגר האווירי על לוב, ועוד)], (ג) היא מוסמכת אף להורות על שימוש בכוח (ס '42, 43, 45 עוסקים בדבר אופניי השימוש בכוח).

יש לציין שס' 47-46 מדברים על הקמה ופעולה של כוח צבאי ע"י המועצה, שהפיקוד שלו יהיה מורכב מהרמטכ"לים של צבאות חמש המדינות הקבועות (או נציגיהן) והוא יסייע וייעץ בנוגע לנדרש לצורך הפעלת הכוח וינחה את הכוחות שיעמדו לרשות מועצת הביטחון. אך, עקב המלחמה הקרה ואי הסכמת המעצמות, בפועל, סעיפים אלו לא יושמו כלשונם .

בפרקטיקה, מועצת הביטחון בדרך כלל פעלה, ופועלת, לא בדרך של הקמה של כוח העומד לרשות מועצת הביטחון, במקום זאת, היא או העניקה סמכות לקואליציה של מדינות להפעיל כוח, או הקימה כוחות שלום שהוסמכו לפעול (ואף להפעיל כוח) כדי להפריד בין הצדדים ללחימה.

**איך יודעים אם החלטה היא מכוח פרק 6 או 7?** יש הסבורים שההחלטה צריכה או להגיד מפורשות שהיא

מכוח פרק 7 כדי שנראה אותה שכזו (אחרת נראה אותה כהחלטה מכוח פרק 6). מנגד, רבים סבורים שגם אם ההחלטה לא מציינת מפורשות שהיא מכוח פרק 7, נראה אותה ככזו אם היא מצהירה באופן ברור שהמצב בו היא מטפלת הוא מעשה תוקפנות או איום על השלום והביטחון הבינלאומי או מציינת באופן ברור שהיא החלטת המשך להחלטה בה נאמרו הדברים הללו. הגישה השנייה כמובן פותחת פתח לוויכוח פרשניים, בנוגע להחלטות שונות ,בשאלה האם הן מכוח פרק 6 או 7. כיום, יש ניסיון להקטין את חוסר הוודאות, ולכן, לרוב, כיום, דרך המלך היא, כשמדובר בהחלטה מכוח פרק 7, לציין מפורשות בהחלטה שהיא מכוח הפרק האמור. מדוע זה חשוב מאיזו פרק ההחלטה? כי יש יותר סיכוי שהחלטה תהיה מחייבת (משמע, תהווה דין משב"ל מחייב ולא רק המלצה) אם היא מפרק 7 (ויתירה מכך, כפי שנדון בהמשך, קיימת עמדה הסבורה שרק החלטות מכוח פרק 7 יכולות להיות החלטות מחייבות).

**שאלה :** *מכוח איזה פרק החלטה 253 )משנת 2020( שעסקה בקורונה, לאור העובדה שהמבוא להחלטה קובעConsidering that the unprecedented extent of the COVID-19 pandemic is likely to "ש ההחלטה ניתנה* התשובה היא פרק 6, יש לזכור שפרק *?",endanger the maintenance of international peace and security*

זה הוא הפרק שעוסק באירועים שיש להם "רק "**פוטנציאל** לסכן את השלום העולמי.

**אילו החלטות של מועצת הביטחון הן החלטות מחייבות? ישנן שתי עמדות:**

**עמדה אחת** (בה מצדדות מספר מדינות, לרבות ישראל, בה תומך רובי סייבל, ובה תמכה דעת מיעוט ב-ICJ בעניין נמיביה): סבורה שהתפתחה פרקטיקה על פיה כשמועצת הביטחון מעוניינת להעביר החלטה מחייבת, היא נוהגת, ככלל, להעביר אותה בהחלטה מכוח פרק 7; ולפיכך ,כיום, לאור פרקטיקה זו ,המועצה כיום כבר לא יכולה להעביר החלטות מחייבות אלא כוח פרק 7.

**העמדה השנייה** [שהובעה ע"י דעת הרוב ה-ICJ, בעניין נמיביה ושהיא העמדה הרווחת, בשונה ממה שיתכן משתמע מהפרק של רובי סייבל]: סבורה שמועצת הביטחון יכולה לקבל החלטות מחייבות לא רק מכוח פרק 7 אלא גם מכוח פרק 6(כמו גם לתת החלטות לא מחייבות מכוח פרק 7) והכול תלוי בניסוח של ההחלטה הספציפית עצמה. עמדה זו נסמכת על נוסח מגילת האו"ם (סעיף 25) שקובע שמדינות חייבות לקבל ולציית ל-"החלטות" של מועצת הביטחון וזאת מבלי שהסעיף יוצר אבחנה בין החלטות מכוח פרק 6, והחלטות מכוח פרק 7. יש לציין כי בפועל לפי עמדה זו ההכרעה אם המועצה קבעה הסדר מחייב, או המלצה בלבד, צריכה להיעשות בנוגע לכל סעיף וסעיף בהחלטה מועצת הביטחון בנפרד, על סמך נוסחו של אותו סעיף ספציפי. בדרך כלל, מילים כמו "demands" ו-"decides" יובילו למסקנה שנקבע הסדר מחייב. לעומת זאת, מילים כמו calls upon” , “underlines,, “reaffirms,” , ו-“stresses,” בדרך כלל, יובילו למסקנה שמדובר בהמלצה ולא בהסדר מחייב. עם זאת, כל מקרה צריך להיבחן לגופו, למשל, דעת הרוב ב-ICJ בעניין נמיביה קבעה שסעיף בהחלטת מועצת הביטחון שהתחיל במילים “calls upon” היה כן מחייב וזאת לאור המשך המשפט שהיה נחרץ ואופרטיבי באופיו.

בחומר הקריאה נתתי לכם לקרוא את החלטה 2334 וכן בלוג של Dan Joyner הדן בהחלטה זו והמציג בהקשרה את העמדה הרווחת בנוגע לשאלה אילו החלטות מועצה מחייבות (בלוג שנכתב בתגובה לבלוג אחר שלOrde F. Kittrie המצדד בעמדה השנייה ומגיב לה). כפי שניתן לראות מחומרים אלו עבור Kittrie המצב פשוט: החלטה 2334אינה החלטה מחייבת כיוון שלא נקבע בה מפורשות שהיא התקבלה מכוח פרק 7. לעומת זאת, אם הולכים לפי העמדה הרווחת ,כפי שמראה Joyner, המצב הרבה יותר מורכב ופחות חד וחלק.

דוגמא מעניינת אחרת היא ס '2-1 להחלטה 2532 (משנת (2020 שעסקה בקורונה, סעיפים אלו אומרים כך:

1. Demands a general and immediate cessation of hostilities in all situations on its agenda and supports the efforts undertaken by the Secretary-General and his Special Representatives and Special Envoys in that respect;
2. Calls upon all parties to armed conflicts to engage immediately in a durable humanitarian pause for at least 90 consecutive days, in order to enable the safe, unhindered and sustained delivery of humanitarian assistance, provisions of related services by impartial humanitarian actors, in accordance with the humanitarian principles of humanity, neutrality, impartiality and independence, and medical evacuations, in accordance with international law, including

international humanitarian law and refugee law as applicable ;

בקרב מצדדי העמדה הרווחת קיים ויכוח האם ס '2 הוא המלצה או הסדר מחייב. מחד ,הסעיף עושה שימוש במונח “calls upon” שככלל מכוון להמלצה בלבד. מצד שני ,נוסח הסעיף די נחרץ ודי אופרטיבי, והוא בעצם ההסדר האופרטיבי של סעיף 1 שעושה שימוש במילה "demands" ולכן יש שיטענו (על סמך ההכרעה הקונקרטית בעניין נמיביה) שזה מסוג המקרים בהם, למרות השימוש במילים “calls upon”, מדובר בהחלטה מחייבת.

**מעמדן של החלטות מחייבות של המועצה:** החלטה מחייבת של מועצת הביטחון היא בעצם אחת הנורמות החזקות ביותר (אם לא החזקה ביותר) במשב"ל - מדוע? (שילוב של מספר גורמים) :

1. מסיבות שדנו בהן כבר כל מערכת משפט רואה את עצמה עליונה לכל מערכת משפט אחרת. לכן, מנקודת המבט של המשב"ל כל נורמות המשב"ל עליונות לכל הנורמות של כל משפט מדינתי.
2. סעיף 103 למגילת האו"ם קובע שהמדינות החברות באו"ם מתחייבות שהמחויבויות שלהן על-סמך מגילת האו"ם תהיינה קודמות לכל התחייבות שלהן באמנה בינלאומית אחרת. כיוון שכמעט כל המדינות בעולם חברות באו"ם, המשמעות היא, שלאור סעיף זה ,כמעט אין אופציה ששתי מדינות תוכלנה לחתום על אמנה שתכלול הסדר הסותר הסדר הקבוע במגילת האו"ם, ושלהסדר שיקבע באמנה האחרת יהיה תוקף.
3. מגילת האו"ם קובעת שהחלטות מחייבות של מועה"ב תחייבנה הן את המדינות החברות והן את מוסדות האו"ם.

כך אנחנו מגיעים למצב שבו ניראה כאלו החלטה מחייבת של מועצת הביטחון הי א הקלף הנורמטיבי הכי חזק במשב"ל. אך עד כמה חזק "הקלף" הזה? האם זה אומר שמועצת הביטחון יכולה להחליט כל החלטה שהיא רוצה (לרבות החלטות שפוגעת בזכויות אדם בסיסיות, שמפרות את דיני הלחימה, שפוגעת בשלום העולמי, או שמפרות יוס קוגנס)? בנוגע למענה לשאלה זו, קיימות מספר עמדות:

**עמדה אחת** סבורה שמועצת הביטחון אינו מוגבלת בשק"ד שלה. היא יכולה להחליט כל החלטה שהיא רוצה, והחלטה מחייבת שלה תהיה לכן עליונה לכל דין אחר. לדידם של המצדדים בעמדה זו, צריך לאפשר למועצה יכולת אפקטיבית לפתור איומים על השלום ולא להגביל אותה. יתירה מכך, לדידם, במועצה עצמה יש מספיק איזונים ובלמים שכן קשה להגיע להסכמה בין המעצמות. המצדדים בעמדה זו מפנים למספר סעיפים במגילת האו"ם שלדידם מספקים תמיכה בעמדתם.

**עמדה שניה** (שמופיע בפרק של רובי סייבל) סבורה שיש לפרש את מגילת האו"ם ככוללת מגבלות על הקיף הסמכות של המועצה, לדידם, שאסור למועצת הביטחון בהיותה אורגן של האו"ם לפעול בניגוד למטרות ועקרונות האו"ם המפורטות בס' 2-1 למגילת האו"ם (מטרות ועקרונות אלו כוללים בין השאר מחויבות לשמור על השלום ולהגן על זכויות אדם). משמע, החלטות המועצה לא יכולות לסתור מטרות ועקרונות אלו.

ברמה האובייקטיבית, יש להודות שאין תשובה ברורה בנוסחי סעיפי המגילה (משמע, נוסח ס' 2-1 ונוסח הסעיפים העוסקים בסמכויות המועצה), לשאלה איזו פרשנות של סעיפי המגילה נכונה (זו של המצדדים בעמדה הראשונה או זו של המצדדים בעמדה השנייה) .

**עמדה שלישית** (לא סותרת את העמדה השנייה ויש המצדדים בשתי העמדות גם יחד)מבססת את טענתה שקיימות נורמות שעליונות להחלטות המועצה על בסיס אחר. סעיף 103 למגילת האו"ם עוסק רק ביחס בין הסדרים מכוח מגילת האו"ם לבין דין בינלאומי הסכמי אחר, ואין בו כל התייחסות ליחס בין הסדרים מכוח מגילת האו"ם (כגון החלטות מחייבות של מועצת הביטחון) לבין דיני משב"ל המנהגי. לכן יש שטוענים שהחלטות המועצה לא יכולות לסתור דינים של המשב"ל המנהגי. אבל נראה שזו גישה יותר מדי מרחיקת לכת, שכן יש הרבה מאוד נורמות משב"ל מנהגי ולכן אימוץ גישה זו עלול להגביל יתר על המידה את מועצת הביטחון ולסקל את השאיפה של המדינות החברות באו"ם (משמע ,של כמעט כל מדינות העולם) להעניק למועצה מרחב פעולה מאוד-מאוד נרחב.

לכן, התפתחה, **עמדה רביעית**, יותר מצומצמת מהעמדה השלישית ומהעמדה השנייה, הסבורה שהחלטות המועצה לא יכולות לסתור רק נורמות מנהגיות מסוג יוס קוגנס (עמדה זו נסמכת על הכלל לפיו הן משב"ל מנהגי והן משב"ל הסכמי לא יכולים לסתור יוס קוגנס). מנגד, יש הטוענים (בעיקר אלו המצדדים בעמדה הראשונה) כי כל המדינות הסכימו לתת שק"ד מוחלט למועצת הביטחון ולכן, לדידם, החלטות מחייבות של המועצה גוברות גם על יוס קוגנס .

כיום, להערכתו של בורר, העמדות שזוכות לתמיכה הרבה ביותר הן הראשונה והרביעית (אבל, כפי שראיתם, רובי סייבל סבור אחרת).

**פרשת קאדי:**

שאלת מעמדן של החלטות מחייבות של מועצת הביטחון צפה לפני השטח באופן חזק בעקבות החלטה 1373: מדובר בהחלטה שהתקבלה ב-2001 אחרי 11/9. ההחלטה קבעה שהטרור הוא איום על השלום והביטחון העולמי ונקבעו בה גם צעדים נגד הטרור ומימונו. החלטה 1373 גם קבעה כי על מועצת הביטחון להקים וועדה, שסמכותה לקבוע רשימה של אנשים וארגונים שמעורבים בטרור, ושמרגע שאדם או ארגון נמצא ברשימה, על כל המדינות בעולם להקפיא את נכסיו, להגביל את תנועתו ועוד. בהתאם להחלטה האמורה, מועצת הביטחון אכן הקימה וועדה, כאמור, וזו הכניסה מאות אנשים לרשימה האמורה. הצרה היא שבהחלטה 1373 לא נקבע שום הליך שיאפשר לאנשים ולארגונים שמוכנסים לרשימה לבוא ולטעון טענות בפני הועדה, לא לפני ולא אחרי שזו ניתנה ההחלטה, ולא נקבע שום מנגנון ערעור על החלטות הוועדה. במילים אחרות, ההחלטה יצרה מנגנון המאפשר פגיעה חמורה בזכויות אדם (קניין, תנועה, חירות) וזאת ללא משפט או אפילו זכות טיעון (משמע, יש פה גם פגיעה חמורה בזכות להליך הוגן). יתירה מכך, לא מדובר בצרה תיאורטית, הוועדה באמת עשתה טעויות, עד כדי כך שלפעמים אנשים תמימים לחלוטין הוכנסו לרשימה בטעות רק בגלל שיש להם את אותו ה שם כמו איזשהו טרוריסט. מדינות שונות בעולם (לרבות ישראל) עיגנו את ההחלטה בדין המדינתי וזאת כדי לעמוד במחויבות לציית להחלטות המועצה, דין מדינתי שכזה קבע שמרגע שאדם או ארגון הוכנס לרשימה מוקפאים נכסיו הנמצאים באותה מדינה (ומוטלות עליו עוד הגבלות כפי שהנחתה החלטה 1373). בדינים מדינתיים אלו לא נקבע מנגנון ערעור, והרי אם המנגנון הערעור המדינתי היה מגיע לקביעות אחרות מאלו של הועדה של מועצת הביטחון, הרי שבנוגע לכל אדם/ארגון שהועדה של מועצת הביטחון הכניסה לרשימה, אך המנגנון המדינתי היה קובע שהוא אינו טרוריסט, אי-הטלת מגבלות עליו מצד המדינה היה מהווה הפרה של דין בינלאומי החל עליה (משמע, של החלטת מועצת הביטחון 1373). גם באירופה אומץ חיקוק מקומי שמיישם את החלטה 1373, אך שם לא היה מדובר בחיקוק מדינתי (משמע, לא היה מדובר במצב בו כל מדינה באירופה חוקקה חוק נפרד). חלף לכך, מכיוון שבאירופה, התחומים הרלוונטיים כבר לא מנוהלים על ידי המדינות אלא על ידי האיחוד האירופי, הייתה זו נציבות האיחוד שהתקינה חיקוק של האיחוד האירופי שיישמה את החלטת מועצת הביטחון 1373, נורמה זו החילה באירופה את הרשימה שנקבעה על-ידי הוועדה של האו"ם וחייבה, בין השאר, את כל המדינות החברות באיחוד האירופי להקפיא את הנכסים הנמצאים בשטחם של אנשים הנמצאים ברשימה.

**פס"ד קאדי – ההליך המקדמי:** אדם בשם קאדי הוכנס לרשימה על-ידי הוועדה של מועצת הביטחון, ובעקבות כך הוקפאו נכסים שלו במדינות החברות באיחוד האירופי. אבל קאדי טוען שהוא הוכנס לרשימה בטעות, לכן הוא עותר לבית הדין של האיחוד האירופי בטענה שהחלטת מועצת הביטחון 1373, וכפועל יוצא מכך החיקוק של האיחוד האירופי שיישם אותה באירופה, נוגדים את זכויות האדם שלו, כפי שאלו מעוגנות ב אמנות היסודיות של האיחוד האירופי; ולכן, לטענתו אסור לאיחוד האירופי (ולמדינות החברות בו) ליישם את ההחלטה 1373, ולפיכך, החיקוק של האיחוד האירופי שיישם החלטה זו בטל. נציבות האיחוד האירופי באה וטענה בתגובה שגם אם אכן יש סתירה בין הקבוע באמנות יסודיות של האיחוד האירופי, לבין החלטת מועצת הביטחון 1373 (והחיקוק של האיחוד האירופי שיישם אותה), הרי שהקבוע בהחלטת מועצת הביטחון גובר, שכן החלטות מחייבות של מועצת הביטחון עליונות לכל נורמה אחרת במשב"ל (לרבות הנורמות הקבועות באמנות של האיחוד האירופי). בשלב הראשון, בהליך מקדמי(בפני אורגן של בית-הדין שהחלטותיו לא מהוות פסיקה מחייבת וסופית), ניתנה החלטה אשר דחתה הן עמדת קאדי והן עמדת הנציבות, ואימצה העמדה לפיה שהחלטות מועצת הביטחון כפופות לנורמות יוס קוגנס. אך, מבחינת התוצאה, החלטה זו סברה שיש לדחות את בקשת קאדי, שכן לא כל זכויות האדם הן יוס קוגנס איסור עבדות, רצח עם, אפרטהייד, עינויים הם יוס קוגנס, לעומת זאת, האיסור על פגיעה בקניין (בדרך של הקפאת חשבונות בנק) שלא בהליך ראוי אינו יוס קוגנס.

**פס"ד קאדי – הכרעתו של בית-הדין של האיחוד האירופי:** פס"ד של בית הדין של האיחוד האירופי לקחה כיוון שונה לחלוטין מזה שנלקח בהחלטה בהליך המקדמי. בית הדין קבע שהדין של האיחוד האירופי, כלל אינו דין בינלאומי, אלא דין של מערכת המשפט החלה במרחב של מדינות האיחוד (משמע, מאין דין מדינתי). לכן, ברמה העקרונית הוא עליון לכל דין הבינלאומי (כפי שהוסבר בשיעורים קודמים כל מערכת משפט מנקודת מבטה רואה את דיניה כעליונים לדינים של כל מערכת משפט אחרת מתחרה, לכן, אם מערכת המשפט של איחוד האירופי היא מערכת משפט שונה ונפרדת וממערכת המשפט הבינלאומי, הרי שברור מדוע היא חייבת לקבוע שמבחינתה הדינים שלה עליונים לדיני המשפט הבינלאומי). עם זאת, אומרים השופטים, ברורה לנו החשיבות של עמידה באמנת האו"ם, לכן, ככלל על המדינות(לרבות על המדינות החברות באיחוד האירופי) וגם עלינו כשופטים לעשות הכול כדי לפרש את הדין האירופי כך שהוא לא יסתור את החלטות מועצת הביטחון, נהיה אפילו מוכנים לפרש נורמות של האיחוד, בניגוד לפסיקות קודמות שלנו, ובניגוד לפרשנות שניתנו להן בהקשרים אחרים, כדי לעמוד בדרישות ההחלטות. אך גם לגמישות הפרשנית שיש להפגין כדי להקטין את פוטנציאל לסתירה עם החלטות מועצת הביטחון יש גבול; השאיפה למנוע סתירה עם החלטות מועצת הביטחון אינה יכולה להוביל למצב שבו תפגענה זכויות אדם בסיסיות(כגון הזכות להליך הוגן). ברמה הפרקטית, ביה"ד שולח את מועצת הביטחון לעשות תיקונים להחלטה שתאפשר מנגנון ערעור, ואומר למועצת הביטחון שאם תיקונים כאלו יקרו, אזי הוא יהיה מוכן להיות גמיש, ולקבוע שהמנגנון המתוקן אינו נוגד דיני האיחוד האירופי.

{במציאות: עקב כוחן של מדינות האיחוד{צרפת ובריטניה הן חברות קבועות במועצה, ובאותה העת שתיהן היו גם חברות באיחוד האירופי (מאז בריטניה פרשנה מהאיחוד)] אכן מתקבלות החלטות מועצת הביטחון המתקנות את מועצת הביטחון 1373, ולאחר פינפונג וסידרת הליכי המשך בפני בית הדין של האיחוד, בסופו של דבר, במידה רבה, ניתן אור ירוק על-ידי בית הדין של איחוד להסדר המתוקן}.

פסק-הדין של האיחוד האירופי בעניין קאדי זו מפילה את כולם מהכיסא, שכן עוד עשרות שנים לפני-כן, בפסיקותיו הראשונות המכוננות של בית הדין של האיחוד האירופי, פסק בית-הדין שהנורמות של האיחוד האירופי גוברות על הנורמות המדינתיות (לרבות סעיפים בחוקות המדינות החברות) כי נורמות האיחוד האירופי הן נורמות של המשב"ל, ומשב"ל עליון ביחס למשפט המדינתי. פתאום, בא בית-הדין וקובע שהוא רואה את משפט איחוד אירופה כמערכת נורמטיבית נפרדת מהמשפט הבינלאומי.

אם אנחנו לא מאמצים את קביעת בית-הדין לפיה מדובר במערכות משפט שונות, אז המסקנה המתבקשת היא שההכרעה בפס"ד קאדי היא בעצם ביטוי קיצון לתופעת הפרגמנטציה [יש לנו גורמים שונים של המשב"ל (במקרה הזה מועצת הביטחון מול בית הדין של האיחוד האירופי) ולא ברור איזה גורם הנורמות שלו גוברות במקרה של סתירה].

מאידך, דרך אחרת להסתכל על קאדי היא לקבל את עמדת בית הדין לפיה משפט האיחוד האירופי אינו חלק מהמשב"ל – אלא מערכת משפט נפרדת, ואם זו הדרך הנכונה להסתכל על פס"ד, אז שאר רכיבי פס"ד אינם כה מפתיעים(מלבד עצם החלטתו המפתיעה של בית הדין להכריז על משפט איחוד אירופה כמערכת משפט נפרדת) מדוע? כי שאר הצעדים שנוקט בהם פס"ד הם בעצם ביטוי לנקודה שאוזכרה מקודם (ושדנו בה לעומק מוקדם יותר בקורס), והיא שמערכות משפט תמיד טוענות לעליונות ביחס לכל מערכות המשפט האחרות .כפי שהסברנו מוקדם יותר בקורס, כששתי מערכות משפט טוענות שלהן הסמכות להסדיר את ההתנהגות של אותה קבוצת אנשים, נוצר חיכוך בניהם. לעיתים, חיכוך זה מוביל לעימות, שבו כל מערכת טוענת שמכיוון שהנורמות שלה עליונות לנורמות של המערכת האחרת, הרי שרק הנורמות שלה מחייבות (ולנורמות של המערכת השנייה אין כל תוקף). אבל, במקרים רבים יש לשתי המערכות אינטרס שלא להגיע לעימות, במקרים שכאלו, כל אחת מהמערכות ממשיכה להצהיר שהנורמות שלה עליונות לאלו של המערכת השנייה, אבל ברמה הפרקטית, כל מערכת מייצרת הסדרים, שמחד, מעניקים מידה מסוימת של מעמד לנורמות של המערכת האחרת, ומאידך, מסמנים למערכת האחרת הקווים האדומים, שמעבר להן היא כבר לא תוכל לכבד את הנורמות של האחרת. זה בדיוק מה שמנסה ה-ECJ ליצור כאן ביחסים בין משפט איחוד אירופה לבין המשב"ל, וזה מה, שאכן, קרה בפועל.

**לסיכום**

1. אם נתייחס למקרה של קאדי כסיטואציה שנוצרת בתוך מערכת משפט אחת ברורה היררכית: אז הסוגייה היא איזה דין גובר על איזה דין- לפי כללי ברירת הדין הפורמאלית של המערכת.
2. אם נראה זאת כסיטואציה שנוצרת במערכת משפט אחת שהיא מבוזרת ללא היררכיה ברורה – אז יש כאן דוגמא לתופעת הפרגמנטציה.
3. אם נראה במקרה של קאדי כסיטואציה שנוצרה בממשק בין שתי מערכות משפט שונות: אז זו שאלה של יחסים בין מערכות משפט; שניתן לבחון אותה, כמו שראינו מוקדם יותר בקורס, ברמה הפורמאלית (מה הדין של כל מערכת אומר). ברמה הפילוסופית (איזו מערכת מבחינה מוסרית/תורת-משפטית עדיפה). וברמה הפרקטית (באיזו דרך מתמודדות המערכות בפועל אם הסתירה – דרך של עימות או דרך של פשרה). מה שמקרה קאדי ממחיש לנו, אם כך ,זה שהדברים הללו נזילים, משתנים מתקופה לתקופה, ותלויים באופן בו האוכלוסייה הרלוונטית רואה את המצב.

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

ס' 1 לאמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום, משנת 1907 (לא לבלבל עם אמנת האג משנת 1907 בדבר דיני הלחימה ביבשה), קובע כי: "כדי למנוע ככל האפשר חזרה על כוח ביחסים שבין המדינות, מסכימות המעצמות המתקשרות להשתמש במיטב מאמציהם להבטחת יישובם של חילוקי דעות בינלאומיים בדרכי שלום".

באופן דומה ס' 2(3) לאמנת האו"ם קובע כך: "כל חברי הארגון יהיו מיישבים את סכסוכיהם הבינלאומיים בדרכי שלום, באופן שהשלום והביטחון הבינלאומיים והצדק לא יבואו לידי סכנה".

כמו כן, מוסיף ס' 2(4) לאמנת האו"ם וקובע איסור על שימוש בכוח לפיו: "כל חברי הארגון יהיו נמנעים ביחסיהם מאיום בכוח או מהשתמש בו, אם כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של איזו מדינה ואם בכל דרך אחרת שאינה מתיישבת עם המטרות של האומות המאוחדות".

ישראל כמובן חתומה על אמנת האו"ם, כמו כן, היא גם חתומה על אמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום (מאז שנת 1962). האיסור על שימוש בכוח הוא גם ללא כל ספק מנהגי. לגבי החובה פוזיטיבית ליישב סכסוכים בדרכי שלום, גם הוא ככל הנראה מנהגית, אבל כפי שמסביר יובל שני במאמר, יש לגביה ויכוח פרשני: "לא ברור אם הסעיף מחייב את המדינות לנקוט בצעדים מעשיים על מנת ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים, או שמא הוא מסתפק בדרישה כי כאשר מדינות מחליטות לפעול במטרה ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים הן תעשנה זאת באופן המתיישב עם עקרונות יסוד של ארגון האו"ם (שמירה על השלום, הביטחון, והצדק הבינלאומיים)".

נוסח הסעיפים [כמו גם נוסחן נורמות משב"ל נוספות רלוונטיות (כגון ס' 33 למגילת האו"ם עליו נדבר עוד רגע)] תומך בחלופה הראשונה, לעומת זאת, ההתנהגות של המדינות בפועל היא הרבה פעמים בהתאם לחלופה השנייה דווקא.

**מהו סכסוך?** כל מחלוקת בין הצדדים, יכולה להיות עובדתית, משפטית או פוליטית. אך יש להודות שהמנגנונים ליישוב סכסוכים הם מנגנונים המכוונים להתמודד עם סכסוך מוגבל, ולרוב לא מתאימים לסיטואציות הכוללות סכסוכים רבים.

**מה המנגנונים הקיימים במשב"ל ליישוב סכסוכים בדרכי שלום:**

ס' 33 למגילת האו"ם קובע כך:"1.בעלי סכסוך, שהמשכתו עלולה לסכן את קיום השלום והביטחון הבינלאומיים, חייבים, קודם כל, לבקש פתרון בדרך משא־ומתן, חקירה-ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית-דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים, או שאר דרכי-שלום, כטוב בעיניהם; 2. מועצת הביטחון תתבע את בעלי הסכסוך ליישב את סכסוכם בדרכים אלה, כל אימת שתראה צורך בכך." מה שחשוב לנו בסעיף האמור הם הדברים הבאים:

1. סעיף 33(1) מפרט את הרשימה של המנגנונים המרכזיים הקיימים במשב"ל לישוב סכסוכים בדרכי שלום: "משא ומתן, חקירה-ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית-דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים".
2. הסיפא של סעיף 33(1) ("או שאר דרכי-שלום, כטוב בעיניהם") מבהירה כי אין מדובר ברשימה סגורה, ואכן, ישנן מנגנונים נוספים במשב"ל לפתרון סכסוכים בדרכי שלום, למשל "מנגנוני אכיפת ציות" ו-"מנגנוני תלונות".
3. ס' 33(2) גם כן מציין סוג של מנגנון ליישוב סכסוכים: מועצת הביטחון(אבל הוא קצת מיוחד נדבר על זה בהמשך).
4. נוסח סעיף 33 בכללותו מבהיר שלמדינות יש חופש מוחלט לבחור לעצמן את מנגנון ישוב הסכסוכים שהן רוצות (אלא אם מועצת הביטחון בהחלטה מחייבת הורתה להם אחרת). כמובן, שכלל חופש הבחירה האמור הוא דיספוזיטיבי (ולא קוגנטי). משמע, מדינות יכולות להסכים באמנה להגביל את עצמן בהקשרה של אותה אמנה למנגנון ישוב סכסוכים מסוים. בדרך כלל הסכמה כזו נעשית בנוגע לנושאים מסוימים (הנושאים בהן עוסקת האמנה). אבל, הליך פחות נפוץ אבל קיים, הוא שקבוצה של מדינות מסכימה ביניהן על אמנה שקובעת שכל סכסוך ביניהם (לא משנה על מה) ייושב על ידי מנגנוני ישוב סכסוכים מסוימים ואף קובעת את סדר הפניה למנגנונים השונים, ואת הנושאים שלגביהם יפנו לכול מנגנון (למשל, יש אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה, ויש אמנה כזו בין חלק מהמדינות האמריקאיות). מקרה מיוחד של המנגנון הפחות נפוץ האמור, הוא סעיף 36(2) לחוקת ה-ICJ עליו נדבר בהמשך.

**חלוקה למנגנונים דיפלומטים ומגנונים שיפוטיים**

ניתן לחלק את המנגנונים לישוב סכסוכים לשני סוגים: מנגנונים דיפלומטים ומנגנונים שיפוטיים: המשותף למנגנונים הדיפלומטים הוא שכל עוד המדינות המעורבות בסכסוך לא מאמצות את המסקנות של הגורם שעוסק בישוב הסכסוך-התוצאה של ההליך היא לא קביעה מחייבת מבחינה משפטית. לעומת זאת, החלטה של מנגנונים שיפוטיים היא מחייבת משפטית במשב"ל.

כל המנגנונים הבאים שייכים לקטגוריה מנגנונים דיפלומטיים:

1. מחאה דיפלומטית, זימון השגריר.
2. **צעדי נגד -** כפי שכבר דברנו בקורס יש תחום שלם של משפט בינלאומי שלצערי לא נדון בו בקורס שקובע מתי ואיך מדינה בתגובה של הפרה של מדינה אחרת של אמנה שהיא חתמה איתנה היא יכולה להפר חלק מסעיפי האמנה; זה תחום מאוד מורכב שמטיל הרבה מגבלות על האפשרות של מדינה לנקוט בצעדי נגד.
3. **משא ומתן -** אם אמנה קובעת כי יש לקיים מו"מ לפני שפונים למנגנון אחר (נניח, אמנה שקובעת שיש להפנות את הסכסוך להכרעה של בית-דין רק אם המו"מ בין הצדדים כשל), הפרשנות במשב"ל לתנאי שכזה היא שלא מדובר בנטל כבד. די בכך שאחד הצדדים הראה שהוא ניסה ליזום פניה למו"מ. אם זאת, צריך שמהפניה יהיה ברור שאכן מדובר בהצעה לקיים מו"מ {במקרה של גאורגיה ורוסיה, גאורגיה מחתה על כך שרוסיה מבצעת פעולות בשטחה, אך לא היה ברור מהמחאה שהיא מעוניינת לקיים מו"מ, לכן שהיא שמגישה תביעה ב-ICJ כנגד רוסיה, על בסיס האמנה למניעת הפליה גזעית (אמנה המאפשרת למדינות החברות להגיש תביעות אחת כנגד השנייה ל-ICJ בנושאים הנוגעים לאמנה, ובתנאי שהם עשו קודם ניסיון לקיים מו"מ בנושא) בית הדין קובע כי גאורגיה אינה יכולה להגיש תביעה באותו השלב כי היא לא פנתה באופן ברור לרוסיה לקיים מו"מ}. הפרשנויות קובעות גם כי למדינה יש את השיקול הדעת לקבוע באופן חד-צדדי מתי מוצה הניסיון לקיים מו"מ.
4. **תיווך- mediation-** מעורבות של צד שלישי במו"מ, למשל התיווך האמריקאי בין ישראל לתורכיה בעקבות פרשת המרמרה.
5. **פישור- conciliation-** יש גורם שלישי שמקבל אליו את כל הטיעונים והעמדות ומציע הצעה לפתרון הסכסוך. בשונה מתיווך ובדומה לבוררות הצדדים לאחר שמציגים את עמדותיהם, נותנים לצד שלישי להכריע. אבל בשונה מבוררות ההכרעה של המפשר לא מחייבת (כל עוד הצדדים לא מחליטים לאמץ אותה) לכן, זה נחשב מנגנון דיפלומטי ולא שיפוטי.
6. **חקירה- inquiry-** במקור מדובר היה במנגנון שנועד להכריע בשאלות עובדתיות ולא משפטיות, בפועל, כיום, יש ועדות חקירה שניתנת להן סמכות גם לעסוק בשאלות משפטיות (כי הקו המבחין בין שאלה משפטית לעובדתית הוא תמיד עמום). דוגמה מעניינת בהקשר הזה היא ועדת פלמר: זו ועדה שמונתה בהסכמת טורקיה וישראל כדי להכריע האם בוצעו הפרות של המשפט הבינלאומי על-ידי מי מהצדדים. בראשה עמד ראש ממשלת ניו זילנד לשעבר, ג'פרי פאלמר (שהוא גם פרופ' למשב"ל), וסגנו היה נשיא קולומביה לשעבר, אלווארו אוריבה. נציג ישראל בוועדה היה יוסף צ'חנובר, ונציג טורקיה הדיפלומט אוזדם סאנברק ,בכיר במשרד החוץ במדינה. בספטמבר 2011 פורסם דו"ח הוועדה, ובו נקבע שהסגר הימי על רצועת עזה חוקי, אך בבלימת ספינות המשט ישראל הפעילה כוח לא מידתי, ולכן מומלץ שתביע חרטה בפני טורקיה ותשלם פיצויים למשפחות ההרוגים. הדו"ח ביקר את התנהלות טורקיה ופעילי ארגון IHH בפרשה. אבל יום לפני שהיה אמור להתפרסם הדו"ח הוא דלף. יש הסוברים שתורכיה הדליפה אותו עקב הביקורת שהובעה בדו"ח על התנהלותה. יש הסבורים שהייתה זו ישראל שהדליפה אותו מנת למנוע מטורקיה להשפיל את ישראל בפומבי על ידי הטלת סנקציות טורקיות על ישראל כתגובה לדו"ח אשר כאמור קבע כי הופר המשב"ל על-ידי ישראל (בכך שהופעל כוח לא מידתי על ידי חיילי צה"ל). בכל מקרה, בעקבות ההדלפה, טורקיה הודיעה שהיא מתנערת מהדו"ח(דבר שיש הטוענים מחזק את החשד שהיא הייתה המדליפה). לכאורה, המנגנון כשל, בפועל, הוא סייע לצדדים לרדת מהעץ, והיווה באופן חלקי את הבסיס לפשרה שהושגה אחר-כך, במו"מ בתיווך אמריקאי .
7. **מנגנונים אזוריים(או ארגונים בינלאומיים) -** סעיף 33 למגילת האו"ם מדבר מפרשות על ארגונים בינלאומיים אזוריים הכוונה היא לארגון מדינות אמריקה, הליגה הערבית, נאט"ו, ארגון מדינות אפריקה, מנגנוני האיחוד האירופי .היתרון בארגונים שכאלו יש להם רגישות מקומית ואפשרות לתמרץ. זו עדיין לא הצעה מחייבת- ההצעות הן בגדר המלצה. עם זאת, חשוב להדגיש שלמרות שהסעיף מציין מפורשות רק ארגונים אזוריים, גם ארגונים בינלאומיים לא אזוריים יכולים לשמש (וגם בפועל משמשים) לישוב סכסוכים. לכן, אם נדרש לפרט את רשימת סוגי המנגנונים המרכזיים לישוב סכסוכים לרשון "ארגונים בינלאומיים", תוך התייחסות כי ס' 33 מתייחס מפורשות רק לארגונים בינלאומיים אזוריים.
8. **מועצת הביטחון והאו"ם -** אחד מהתפקידים של האו"ם הוא ליישב סכסוכים. המזכ"ל, אחד מתפקידיו המרכזיים הוא להגיע למקומות בהם יש סכסוך. מה לגבי מועצת הביטחון ? כל מועצת הביטחון לא מוציאה החלטות מחייבות, הרי שבברור מדובר במנגנון דיפלומטי(והרי החלטות לא מחייבות של המועצה הן המלצות בלבד כל עוד הצדדים לא מאמצים אותם). מה לגבי מצב בו המועצה נותנת החלטה מחייבת: לכאורה הדבר הופך את המועצה למנגנון שיפוטי והרי כפי שהסברנו מה שמבחין בין מנגנונים דיפלומטים ומנגנונים שיפוטיים הוא שהחלטות של מנגנונים דיפלומטיים לא מחייבות (כל עוד הצדדים לא מאמצים אותם), ואילו החלטות של מנגנונים שיפוטיים כן מאמצות. עם זאת, מכיוון שההליך בפני המועצה כל כך שונה מאך שאנחנו מדמיינים הליך שיפוטי. בורר ממשיך לסווג את המועצה גם במקרה שכזה כמנגנון דיפלומטי. במילים אחרות, אם מתבקש לסווג את המנגנונים המרכזיים לישוב סכסוכים למנגנונים דיפלומטיים ולמנגנונים שיפוטיים, נסווג את המועצה כמנגנון דיפלומטי, ונסביר מהו הקושי שקיים בסיווג זה כאשר המועצה נותנת החלטה מחייבת.

**מנגנונים שיפוטיים לישוב סכסוכים**

כזכור המשותף לכלל המנגנונים הללו הוא שההחלטה של מנגנון שיפוטי (בשונה משל מנגנון דיפלומטי) מחייבת את הצדדים במשב"ל (הפרה של ההחלטה לכשעצמה היא הפרה של המשב"ל).

יש 3 סוגים מרכזים של מנגנונים ששייכים לקטגוריה הזו:

1. **בוררות:** בדין הפנימי ספק אם היינו מגדירים את הבוררות כמנגנון שיפוטי. הבוררות הבינלאומי היא מחייבת את הצדדים-למשל, לאחרונה גמרה ועדת בוררות להכריע בסדרה של סכסוכים בין אריתראה לאתיופיה. (במשב"ל בשונה מהמשפט המדינתי, בוררות נחשבת למנגנון שיפוטי – כי ההחלטות של הבורר מחייבות).
2. **יה"ד הבינלאומי לצדק שיושב בהאג (ה-ICJ).**
3. **טריבונלים נוספים:** חלקם מוקמים אד הוק, חלקם אמונים על הכרעה בסכסוכים שנוגעים למדינות שחברות באמנה ספציפית (כמו ה-WTO, בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים, בין הדין של האיחוד האירופי, ועוד).

**הבסיס להליך השיפוטי הוא הסכמת המדינה:**

1. **הסכמה אד-הוק -** שתי מדינות מסכימות להביא את עניינן בפני הליך שיפוטי, נקודתית לאותו עניין. למשל, מדינת ישראל ומצריים החלטו בזמנו להביא את אי-ההסכמה ביניהם בנוגע למקומו של הגבול באיזור טאבה להכרעה בבוררות בינלאומית (ישראל הפסידה וטאבה עברה למצרים). דוגמא אחרת - יש מקרים בהם מדינות מסכימות אד-הוק להפנות סכסוך מסוים ל-ICJ, ראינו דוגמא למקרה כזה בהקשר של הסכסוך בין קטאר ובחריין עליו דיברנו בתחילת השנה.
2. **אמנה בילטארלית או מולטי-לטראלית -** יש אמנות שונות הקובעות מה מנגנון יישוב הסכסוכים שיחול אם יצוצו בין המדינות החברות סכסוכים הנוגעים לאמנה. חלק מהאמנות הללו קובעות שהמנגנון האמור )לכל הפחות במצבים מסוימים( יהיה מנגנון שיפוטי (לדוגמא: ה-WTO, בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים, בין הדין של האיחוד האירופי, דוגמא לאמנה בי-לטרלית שכזו, הרי שכפי שכבר ציינו באחד השיעורים הקודמים האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין איראן לארה"ב(שהייתה קיימת עד שממשל טראמפ ביטל אותה) קבע המדינות הללו יכולות להגיש תביעה ל-ICJ בנוגע לסכסוכים ביניהן.
3. **הסכמה כללית -** כפי שכבר אמרנו קיימים מקרים בהם קבוצה של מדינות מסכימה ביניהן על אמנה שקובעת שכל סכסוך ביניהם (לא משנה על מה) ייושב על ידי מנגנוני ישוב סכסוכים מסוימים, וציינו שלוש דוגמאות הראשונה, אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה, השנייה אמנה כזו בין חלק מהמדינות האמריקאיות, והשלישית סעיף 36(2) לחוקת ה-ICJ. בכל אחת משלושת הדוגמאות הללו, האמנה קובעת כי תחת תנאים יכול כל סכסוך ביניהם להגיע למנגנון שיפוטי (המצוין באמנה). כך שזה המקום בו ראו לדון בסעיף 36(2) לחוקת ה-ICJ. הסעיף האמור מאפשר למדינה להפקיד בידי ה-ICJ הצהרה לפי המדינה המצהירה מוכנה לכך שכל מדינה אחרת בעולם שגם הפקידה הצהרה כאמור, תוכל להגיש נגדה תביעה ב-ICJ בנוגע לסכסוך מכל סוג שהו. בפועל 74 מדינות בעולם הפקידו הצהרה שכזו {שזה די הרבה –יותר משליש (אם כי חלקן כללו בהצהרה הסתייגויות מסוימת המצמצמות את אפשרויות התביעה – אבל זה עדיין משמעותי)}. יש לציין כי מדינה יכולה להסתמך לא רק על ההסתייגויות שקיימות בהצהרה שלה, אל בנוסף המדינה הנתבעת לפי ס' 36(2) יכולה להסתמך על סייגים המצויים בהכרזה של המדינה התובעת.

מ-1956 ועד שנות 1985 ישראל הייתה אחת מהמדינות שהפקידה הצהרה כזו, ב-ICJ; אך ב-1985, בעקבות ארה"ב, גם ישראל מבטלת את ההצהרה שלה (הסיבה המוצהרת היא הזדהות עם ארה"ב).

**מה האינטרס של מדינות להסכים להליך שיפוטי ?**

1. מדינות שבטוחות בצדקתן רוצות להוכיח זאת.
2. סכסוך נקודתי שבו עלות עצם התמשכות הסכסוך עולה על מחיר ההפסד.
3. אידיאולוגיה בה מחזיקות מדינות מסוימות הרואה בנושאים מסוימים ככאלה שיש לברר בפורום שיפוטי ולא פוליטי.
4. לעיתים, והדבר נכון במיוחד כשמדובר בהסכמה להיות חלק במנגנון קבוע, ההסכמה נובעת מכך שהמדינות הן שחקניות חוזרות-יש ביניהן הרבה אינטראקציות וכל אחת מהם יודעת שהיא מדי פעם תפסיד ומדי פעם תנצח-אבל בטווח הארוך כולן תרווחנה, כי בלי זה כל סכסכוך אקראי יכול להתפוצץ ולהרוס את כל היחסים שכל הצדדים מרווחים מהם.
5. שיקול נוסף SIGNALING – איתות על מחויבות רבה לנורמות הקבועות באמנה.
6. מדינות לעיתים נותנות הסכמה לאמנות המסדירות יישוב סכסוכים בדרך של מנגנון שיפוטי ולא חושבות עד הסוף על התוצאות של צעד כזה.

**דיון צד ארה"ב וה-ICJ**

דוגמא מעניינת למקרה בו מדינה נתנה את הסכמתה להכפפתה למנגנון שיפוטי מבלי לחשוב עד הסוף על ההשלכות, היא הסיפור של ארה"ב עם ה-ICJ. לאחר מלחמת העולם השנייה, ארה"ב חתמת על המון אמנות שקובעות שאם יהיה סכסוך הוא יוכרע על ידי ה-ICJ )לרבות על הפקדה של ההצהרה לפי סעיף 36)2( לחוקת ה-ICJ(. היא רוצה לעודד מדינות אחרות לנקוט באותה דרך כדי להקטין את הפוטנציאל שסכסוכים ידרדרו לכדי עימות מזויין. ואז היא חוטפת מכה ומפסידה ב-ICJ בפסה"ד מול ניקרגואה {כבר דיברנו על המקרה אז נציגו בקצרה: ארה"ב מממנת ומסייעת לקבוצת מורדים (הקונטרה) במרד שלהם כנגד הממשלה הנבחרת בניקרגואה (ממשלת שמאל-הסנדנסיטים) שארה"ב חוששת (לא בטוח אם בצדק) שאם הם יישארו בשלטון הם יהפכו את המדינה למדינה קומוניסטית. ניקרגוואה לוקחת את התיק ל-ICJ; ומנצחת]. ארה"ב בהלם בעקבות ההפסד, התחושה שלה שהיא מדינה קולטת ברק-שהרבה פחות סלחנים למעשים שלה מאשר למעשים של מדינות אחרות (השאלה אם היא צודקת או לא צודקת זה שאלה מורכבת). בעקבות זאת, היא מבטלת את חברותה בכל אמנה שבה היא הסכימה לפניה למנגנון ישוב הסכסוכים של ה-ICJ {וכמובן מושכת את ההצהרה שהיא הפקידה לפי ס' 36(2)} מלבד שלושה **חריגים:**

1. **אמנת רצח העם:** שלא ניתן לבטל את המחויבות לישוב סכסוכים שנוגעים לרצח עם מבלי לבטל את החתימה על האמנה באופן כללי וזה יראה רע.
2. **אמנות שלא ברור אם האמריקאים פספסו, או שהם לא באמת חשבו שיהיה נזק אם יישארו.** דוגמא אחת כזו היא האמנה בדבר אמנות קונסולריות. בהתאם לאמנה: בפרשת לה-גראנד ב-2000 גרמניה פנתה ל-ICJ וטענה כי ארה"ב הפרה את האמנה הקונסולרית, ע"י כך ש נשפטו שני גרמנים בארה"ב ונידנו למוות ללא שאפשרו להם להיפרש אם הקונסול הגרמניה. ארצות הברית מפסידה ורק בעקבות ההפסד הזה היא פורשת מהאמנה. עם זאת, גם לאחר הפרישה מגיע עוד הליך דומה כנגד ארה"ב ל-ICJ (הפעם בנוגע לעצירים מקסיקנים), שכן המקרה קרה לפני הפרישה. ארצות הברית שוב מפסידה. הממשל הפדראלי רוצה ליישם את הפסיקה של ה-ICJ, אבל ה-STATES לא. הסכסוך בין הממשל הפדראלי ל-STATES מגיע לבית-המשפט העליון האמריקאי שבגדול קובע שפסיקות של ה-ICJ לא מחייבות אותו )פסיקה זו מהווה דוגמא קלאסית בו מערכת משפט מדינתי בחרה בעימות ביחס למשב"ל - ככה זה שמדובר במעצמה, לפעמים מוסדותיה מרשים לעצמם לא להתחשב באחרים, אבל כמו שדיברנו בשיעורים הקודמים גם ארה"ב, לעיתים, משלמת על עימותים כאלו מחיר.
3. **אמנות שלא יהיה חכם לארה"ב לבטל:** בורר מספר שכשהוא לימד בעבר את האופציה הזו הוא היה נותן כדוגמא את האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין איראן לארה"ב. כזכור מדובר באמנה בין ארה"ב לאיראן שנחתמה עם בימי השאה, שכולל חובה לפנות ל-ICJ במקרה של סכסוך, כיוון שאמנות תקפות גם לאחר שמתחלף שלטון האמנה עדין תקפה, הרי שמהפיכה לא ביטלה את האמנה. עם זאת, לאור חילופי השלטון, נוצר מצב בו ארה"ב יכולה לנהל מו"מ עם איראן לשינוי האמנה(כי הן לרוב לא כל-כך מדברות אחת עם השנייה). לכן, ארה"ב הייתה צריכה להחליט אם להשאיר את המצב הקיים או לנסות לבטל את כל האמנה. עד לאחרונה העמדה של ארה"ב הייתה שהמצב הקיים עדיף לה (שכן הוא מייצר מנגנון לשחרור לחצים שעלולים לגרום לפיצוץ בין הצדדים), ובהתאם לאורך השנים מספר סכסוכים בין הצדדים ל-ICJ (פעם איראן הפסידה ופעם ארה"ב). לדעתי ההחלטה להשאיר את האמנה בתוקף הייתה חכמה. אבל ממשל טראמפ החליט אחרת וביטל את האמנה. מדוע? האיראנים הגישו תביעה ל-ICJ, ע"פ האמנה הזו, בטענה שארה"ב הפרה האמנה האמורה בכך שהטילה סנקציות על איראן, לאחר שארה"ב ביטלה את חברותה מהסכם הגרעין שנקבע בבין איראן למעצמות. ה-ICJ מוציא צו ביניים שמורה לארה"ב להקפיא זמנית את הסנקציות עד לבירור הנושא ב-ICJ. האמריקאים מודיעים שהם לא יקיימו את הצו (טוענים, מסיבות שונות, של-ICJ, לא הייתה סמכות לתת אותו), וגם מבטלים את האמנה עם איראן (כדי שלא תהיה גישה ל-ICJ בסכסוכים הבאים בין איראן לארה"ב).

**דיון קצר ב-ICJ**

מיהו ה-ICJ? ה -ICJ הוקם, בצורתו הנוכחית, בחוקת האו"ם; למרות שמדובר במוסד ותיק יותר ששמו הקודם היה בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי (PCIJ) (שהוקם על ידי חבר הלאומים). ה-ICJ רשאי לפסוק רק בסכסוכים בין מדינות (ארגונים ובני אדם פרטיים לא יכולים להיות צד להליך בפניו), ורק בתנאי שהמדינות הסכימו לקיום הליך בפניו(ההסכמה יכולה להיות אד הוד, היא יכולה להיות הסכמה ככללית בנוגע לנושא מסווים )נגיד כפי שיש באמנה למניעת רצח עם), או כללית ממש בדרך של הצהרה לפי סעיף 36(2) שדיברנו עליו. מבחינה פורמאלית פס"ד של ה-ICJ מחייב רק את המדינות שהיו צד לאותו הליך משפטי, שכן לא קיים עקרון תקדים מחייב במשב"ל. עם זאת, עקב מעמדו, בפועל ,לפרשנות שלו למשב"ל נותנים משקל רב.

כשמתנהל סכסוך ב-ICJ אבל לאחת המדינות שהיא צד לסכסוך אין שופט קבוע ב-ICJ, היא רשאית לצרף שופט משלה להרכב השופטים. בהתאם, במקרה היחיד בו ישראל פנתה ל-ICJ היא שלחה את שופט בית המשפט העליון גויטין שהיה אדם מאוד מגוון - היה עורך העיתון שהפך להיות הג'רוסלם פוסט, עורך דין פרטי, שופט צבאי בהגנה, שגריר ישראל הראשון בדרום אפריקה, ציר בשגרירות בוושינגטון. מומחה למשפט בינלאומי, ומומחה לקודיפיקציה.

אכיפה: לכאורה אין מנגנון אכיפה, האכיפה נעשית דרך מנגנונים דיפלומטיים. מועצת הביטחון לכאורה יכולה להפעיל סנקציות נגד מדינות המפרות את פסק הדין, זה לא תמיד קורה: בייחוד אם פסק הדין הוא נגד אחת ממדינות הווטו. מלבד פסקי-דין ל-ICJ יש סמכות לתת חוות-דעת משפטיות, וזאת כאשר העצרת הכללית של האו"ם פונה לבית הדין ומבקשת ממנו חוות דעת כאמור .חוות דעת של הICJ הן בגדר המלצה . עם זאת, כאמור עקב מעמדו של ביה"ד, מיחסים חשיבות רבה לפרשנות שהוא נותן לדין הבינלאומי בחוות הדעת שלו.

חוות דעת מפורסמת שלו זו חוות הדעת בדבר חוקיות הנשק הגרעני, מ-1996, שם הוא קבע שאין נורמה במשפט הבינלאומי שאוסרת באופן מוחלטת שימוש בנשק גרעיני; אך הוא רמז שבדרך כלל שימוש בנשק הזה יפגע באיסור, שקיים בדיני הלחימה, כנגד שימוש בנשק לא מאבחן. בנוגע לסוגיות שנוגעות לישראל אזכרנו כבר בקורס שתי חוות-דעת של ה-ICJ – חוות הדעת בנוגע לגדר ההפרדה, וחוות הדעת שקבעה שלאו"ם יש אישיות משפטית (שניתנה בהקשר של החיסול של הרוזן ברנדוט).

**בתי-דין בינלאומיים נוספים מלבד ה-ICJ**

חשוב לזכור שה-ICJ הוא לא הטריבונל הבינלאומי היחיד שקיים. יש בתי-דין רבים נוספים (והכמות שלהם רק גדלה), יתרה מכך, עם הזמן מוקמים יותר ויותר בתי-דין בינלאומיים בהם יש אף זכות עמידה לפרטים. נזכיר, במשפט הבינלאומי הקלאסי רק מדינה הייתה יכולה להיות בסכסוך עם מדינה אחרת, אזרח של מדינה א' שנפגע על ידי מדינה ב' היה צריך לשכנע את המדינה שלו לאמץ את הסכסוך שלו, ולה היה שק"ד להחליט אם לעשות זאת. זו עדיין ההשקפה הרווחת במרבית המשב"ל, וזו אף עדיין ההשקפה הרווחת בהקשרם של בתי-דין בינלאומי ים רבים, כדוגמת ה-ICJ. עם זאת, בעשורים האחרונים, מוקמים יותר ויותר מוקמים טריבונאלים בינלאומיים בהם אנשים יכולים באופן עצמאי לנהל הליך מול מדינה, כמו: בית הדין האירופי לזכויות אדם, כמו בית הדין של האיחוד האירופי, כמו ה-WTO, כמו ICSID [מוסד בוררות, יושב בוושינגטון בחסות הבנק הלאומי, גוף מוביל בכל שקשור להשקעות (בדרך כלל הבוררויות הן בין פרטים למדינות)].

יש עוד המון טריבונאלים (רובם אם לא כולם, חוץ מה-ICJ) ספציפיים במובן שהן עוסקים לא בכל תחומי המשב"ל, אלא בתחום מסוים (זכויות אדם, משפט, כלכלי, דיני ים, משפט פלילי בינלאומי ועוד). את בתי-הדין הללו ניתן למיין לגלובליים מול אזוריים – דוג' לבית דין גלובאלי ITLOS (בית דין שעוסק בסכסוכים בין מדינות החברות באמנת הים, בנוגע לטענות להפרות של אותה אמנה, ללא קשר להיכן בגלובוס בוצעה ההפרה); דוגמאות לבתי דין אזוריים: בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין של האיחוד האירופי, את ביה"ד האמריקאי לזכויות אדם, ועוד. כשאנחנו מסתכלים כיום על הפעילות של בתי-הדין הבינלאומיים אנחנו רואים הרבה יותר פעילות שיפוטית מפעם (יש גם הרבה יותר בתי-דין וגם בתי-הדין הקיימים יותר מ-בעבר).

האם היום ניתן לומר שהתפקיד היחיד של יישוב סכסוכים הוא התפקיד המקורי של מניעת מלחמות? נראה שלא.

מגמות הגלובליזציה והממשקים הרבים שיש היום בעולם מובילים לתפקידים נוסף: הסדרה בינלאומית, קידום שת"פ, רגולציה, קביעת פרמטרים להתנהגות ראויה של מדינות וכו'. מנגד, לאחרונה מדינות שונות יוצאות במתקפות-נגד מתגברות כנגד המשפוט בזירה הבינלאומי. סין מסרבת להתייצב בהליכים בפני בית הדין לדיני הים בהקשר של הסכסוך שלה עם מדינות שונות על איים באוקיינוס השקט, ארה"ב תחת טרמפ יוצאת במתקפה כנגד ה-ICJ, וכן הובילה את ערכאת הערעור של ה-WTO לשיתוק. בערכה אמורים להיות שבעה שופטים, פרישה של שופטים היא אוטומטית לאחר תום הקדנציה, אבל מינוי שופט דורש הסכמה של כל המדינות החברות, ולא ניתן לקיים הליך אם אין לפחות 3 שופטים בערכאת הערעור; וארה"ב מסרבת להסכים למינוי שופטים חדשים, מאז אפריל 2019 נותר רק שופט אחד (משמע, ארה"ב לא אפשרה מינוי שופטים לאורך תקופה בה שישה שופטים סיימו את הקדנציה שלהם ולכן, מאז אפריל 2019 ערכאת הערעור משותקת).

נראה מה ימים יולידו תחת ממשל ביידן.

**שיעור מספר 19 – איסור השימוש בכוח (חלק א) 16.12.2021**

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). **אחד 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) כאשר בהמשך האמנה קובעת 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 Cogenns**).

מהו כוח – העמדה המקובלת היא כוח פיזי-צבאי, הפרת גבול של מדינה על ידי כוח צבאי קרקעי 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). **כלל: 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. לדוגמא מדינה עושה מתקפת סייבר כדי להשפיע על תוצאות הבחירות. רוב האנשים יגידו שזה לא שימוש בכוח. דוגמא נוספת – מתקפת סייבר שמוחקת את תעודות המט"ח של המדינה(מהיום אין לכם כסף), יש שיטענו שאכן מדובר בשימוש בכוח. לפי זיו קשה לשייך מתקפת סייבר ברמת הוודאות הנדרשת למדינה אחרת. איפה עובר הגבול תמיד יהיה ויכוח אך הנטייה של רוב האנשים ושל בורר עצמו הנטייה היא להגיד שלרוב יהיה שימוש בכוח קינטי כי אנו רוצים לצמצם את התירוץ של מדינות לצאת למלחמה.

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 או פצצות גרעיניות טקטיות). **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 ?

**החריג הראשון - מנגנון הביטחון הקולקטיבי** (פרק 7 למגילת האו"ם) **מועצת הביטחון יכולה להתיר הפעלת כוח** בשני 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, ומפיצים שמועות שיש לעיראק נשק להשמדה המונית. אז 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 על סמך המנגנון הקולקטיבי. במדינות כמו בריטניה והולנד הוקמו וועדות חקירה על כך שהממשלות עברו על חוקים. לאורך כל הדרך נתקל ב2 עמדות(האחת מתירנית והשנייה מגבילה) ולכל אחת יש יתרונות וחסרונות, אף פעם אין הסכמה כללית. הסיבה היא שלכל אחת מהן מובילה במצבים מסוימים לפתרון רע ולא לאמץ שום גישה זה הכי נורא. כל פעם מה שקורה הוא שגישה אחת מובילה להשלכות נוראיות והיא מעלה את התמיכה בגישה השנייה. כך נעה המטוטלת מצד לצד ואין הסכמה כללית לגבי עמדה אחת.

**החריג השני - חריג ההגנה העצמית** (ס' 51 למגילת האו"ם). למדינה יש זכות להגיב כנגד התקפה חמושה נגד המדינה או נגד בת בריתה עד התערבות מועצת הבטחון היא דורשת כוח קינטי. התקפה - ירי כניסת כוחות צבאיים שעוברים גבול. לשים לב איום בהתקפה חמושה לא מספיק. חמושה(עוצמה) - כל כדור, תקרית גבול בודדת, לא נחשב התקפה חמושה אין רצון שכל אירוע קטן תהיה מלחמה. בפועל, מדינות מגיבות גם לתקריות מצומצמות. האין 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 מקרה שגרירות של המדינה הוא 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. מנגד, לא כל המדינות מסכימות עם ישראל, והעמדה הרווחת היא שנדרש 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 מספר 20 - איסור שימוש הכוח (חלק ב') - 22.12.2021**

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.

העמדה הרווחת היא העמדה המצמצמת(בן ארי במאמרו תומך בגישה זו): 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(אנטבה) – 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** (המצירה) – 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 לוחמנית (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).

**משמעות הגישה הקלאסית:** התקפה של ארגון לא מדינתי כנגד מדינה, שלא ניתן לייחס אותה למדינה זרה, לא מקימה זכות להגנה עצמית המותקפת, אם הארגון פועל משטח של מדינה זרה או משטח הכבוש ע"י המדינה המותקפת.

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.

האם התקפה חמושה חייבת להיות מצד המדינה? (כלומר, האם תקיפה צבאית כנגד המדינה מצד ארגון לא מדינתי יכולה להיחשב "התקפה חמושה" המקימה למדינה המותקפת זכות להגנה עצמית?)

**העמדה המרחיבה יותר** – היא גם עמדת מדינת ישראל, נוסף על שני המקרים המותרים לפי הגישה הקלאסית למדינה יש זכות הגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי, גם בשני המצבים הנוספים הבאים:

1. אם מדובר בארגון מזוין לא מדינתי שפועל בשטח הנתון לתפיסה לוחמנית (כבוש) ניתן יהיה לפעול כוח הזכות להגנה עצמית כאשר עוצמת ההתקפה היא כזו שלא ניתן להגיב עליה בפעולת שיטור.
2. אם מדובר בתקיפה בשטח של מדינה זרה – מותר להגיב באמצעות דיני השימוש בכוח כאשר:
3. ייחוס פעולות הארגון למדינה (כשהקשר בניהם חזק מספיק).
4. 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 התנגדו 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(בנוגע לכיבוש שבוצע ע"י קונגו) 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 – הICJ לא שינה את דעתו, אך עדיין העמדה המרחיבה זוכה בתמיכה מעט רחבה יותר מאשר העמדה המצמצמת (60/40).

**כללי וובסטר/קרולינה** – 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. 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. **מטרת הכלל: לוודא שהפעלת הכוח נעשית לצרכי הגנה עצמית בלבד ולא לצורך עונשי.** 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 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 המצמצמת - **גישה כמותנית**. מודדים את העוצמה בפועל של ההתקפה ולכן ההתקפה המגיבה צריכה להיות באותה עוצמה (ירו טיל אחד, מחזירים טיל אחד). הקושי: לפעמים לא ניתן להסיר את האיום בלי להפעיל יותר כוח ממה שהופעל.
4. הגישה המרחיבה – **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 המיידיות 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 ואי יכולת להתגונן.
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 בהגנה עצמית 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 בהגנה עצמית 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.

**התערבות במלחמת אזרחים**

בסיטואציה שבה יש מלחמת אזרחים במדינה מסוימת, האם מדינה חיצונית רשאית להתערב?

1. **הגישה הא-סימטרית** - מדינה יכולה להתערב מבחוץ רק כדי לסייע לצד של השלטון (אם הזמין אותה). אם היא מסייעת למורדים היא מפרה את האיסור על התערבות בעניינים פנימיים.
2. **גישת השוויון הנגטיבי** - אסור להתערב לטובת אף אחד מהצדדים.
3. **גישת השוויון הפוזיטיבי** - מותר להתערב לטובת כל צד שיזמין אותה.

כיום, המחנה הגדול ביותר תומך בגישה הא-סימטרית. המחנה השני בגודלו תומך בשוויון נגטיבי והמחנה השלישי בגודלו (שעדיין משמעותי) תומך בשוויון פוזיטיבי.

הגישה הפוזיטיבית מאפשרת למדינות מבחוץ להתערב בעניינים של מדינות אחרות - וגם נותנת להן תמריץ לעודד התקוממויות פנימיות. מצד שני, יש מקרים שבהם השלטון גרוע ומלחמת האזרחים מוצדקת - ואולי יש טעם במתן אפשרות להתערבות חיצונית.

במצב הנוכחי שבו הדין לא ברור עד הסוף, מדינות שמתערבות רוצות להוכיח שפעולותיהן חוקיות על סמך יותר מגישה אחת. טריק מקובל הוא לטעון שהשלטון שהיה איבד את הלגיטימיות שלו, והנהגת המורדים שהמדינה החיצונית תומכת בה מהווה את השלטון הלגיטימי. כך קרה בסוריה, כשהמערב הודיע ששלטון אסד אינו לגיטימי יותר.

**האם התערבות הומניטרית חוקית?**

שאלה אחרונה: שלטון פוגע באזרחים שלו (מבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות), האם מדינה זרה יכולה להתערב צבאית [משמע, לעשות שימוש בכוח] כדי להציל את האזרחים [זה מה שעשו מדינות נאט"ו בקוסובו]; ברור שזה לא מקרה של הגנה עצמית, המדינה הזרה לא מגיבה כנגד מתקפה שבוצעה נגדה. ישנן שתי עמדות:

**עמדה מתירנית:** התערבות הומניטרית היא חוקית; לדעת התומכים בעמדה זו, התפתח חריג בדין המנהגי המתיר שימוש בכוח במקרים אלו, לחלופין, הם מפרשים את ס' 2(4) כלא אוסר את השימוש בכוח הזה כי הוא לא פוגע בטריטוריה ובריבונות ובמטרות האו"ם.

**עמדה מגבילה:** מדינה לא יכולה על דעת עצמה לבצע התערבות הומניטרית; רק מעוה"ב יכולה להסמיך מדינות לעשות שימוש בכוח לשם התערבות הומניטרית.

בשנות ה-90 ותחילת שנות ה-2000 תמיכה גדולה בעמדה המתירנית, בשנים האחרונות בעקבות מקרים בהם גישה זו נוצלה לרעה (רוסיה בקרים, רוסיה בגאורגיה), העמדה הרווחת היא העמדה המגבילה.

**שיעור מספר 21 – דיני לחימה (חלק א') - 29.12.2021**

למדנו כי דיני המשב"ל העוסקים בלחימה מתחלקים לשני קורופוסי דינים עיקריים : דיני שמימוש בכוח(JAB) ודיני הלחימה(JIB). האם דיני הJAB שיויוניים? לא. יש צד תוקפן שהוא לא צודק ויש צד מותקף שהוא הצודק. הבדלים עיקריים:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | JAB | JIB |
| במה עוסקים? | בעיקר קובעים מתי (תחת אלו תנאים) מותר לפתוח בעימות מזויין. | קובעים את המותר והאסור במהלך התרחשות העימות המזויין. |
| תחולת דיני אחריו המדינה | ככלל אחריותה של מדינה להפרות JAB נקבעת לפי כללי הייחוס הרגילים של דיני אחריות המדינה. | כל הפרת JIB ע"י לוחם של מדינה, מקימה אחריות על אותה מדינה (הסדר מחמיר יותר מדיני אחריות המדינה הרגילים). |
| האם מתייחס באופן שווה לצדדים? | יחס לא שוויוני : הJAB מחיל כללים מסוימים לתוקפן וכללים אחרים לצד המותקף (הצד הצודק) | כללי הJIB חלים, ככלל, באופן שווה על שני הצדדים כי הניסיון מלמד:1. שכשהJIB חל רק על צד אחד זה מוביל להפרתו.
2. כשאיזשהו צד יכול להפר את הכללים הנפגעים יהיו בעיקר אזרחים.
 |

**מטרות דיני הלחימה**

מטרות דיני הלחימה:

1. מניעת מלחמה טוטאלית: הצדדים הלוחמים ייאלצו להסתדר אחד עם השני לבסוף ולכן מלחמה טוטאלית הוא יעד לא סביר ולא מוסרי.

2. הגנה על אוכלוסייה אזרחית ועל לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (שבויים ופצועים): הרציונל המוסרי הוא שתפקיד החיילים הוא להסתכן, ואין הצדקה לפגיעה באלו לא מעורבים בלחימה (כגון אזרחים).

3. קביעת כללי משחק: יש יתרונות הדדיים בתיאום בין הצדדים.

הערה: יש כללי JIB שאינם עונים על הרציונליים לעיל. במקרים מסוימים מדובר בכללים היסטוריים שנותרו בספר החוקים.

הערה: קיימת קרבה מסוימת בין הJIB לבין המשב"ל הפלילי (הפרות של דיני הלחימה הן לעיתים גם פשעים בינ"ל (פשעי מלחמה). כמו בן, קיימת קרבה מסוימת בין הJIB לבין דיני זכויות האדם של המשב"ל (במינימום של דיני JIB רבים הוא שישנן זכויות אדם בסיסיות, אשר חלות גם במצב של לחמה).

**דיני הלחימה קשורים לשני תחומים מתוך המשב"ל:**

1. משפט פלילי בינלאומי: הפרת דיני הלחימה מטילה אחריות לא רק על המדינה אלא אף על הפרט המבצע, ההפרה מהווה פשע בינלאומי.

2. דיני זכויות האדם במשב"ל: החפיפה בין שני התחומים נובעת מכך שחלק נכבד מדיני הלחימה נובע מהרציונל הבסיס לפיו יש זכויות אדם שראוי להגן עליהם גם בזמן מלחמה.

**באילו סיטואציות חלים דיני הלחימה:**

1. עימות מזויין בין מדינתי/בינלאומי – המקרה הבסיסי של מלחמה בין מדינות.
2. שטח כבוש – שטח המחוזק בתפיסה לוחמתית. בשטח הכבוש ממשיכים לחול דיני הלחימה כל עוד נמשך הכיבוש גם אם נגמרה המלחמה.
3. מלחמה שלפחות צד אחד הוא ארגון מזויין לא מדינתי. המקרה הקלאסי של זה הוא מלחמת אזרחים.

או בניסוח אחר הJIB מתחלק ל2.5 תתי קורפוסים:

1. דיני העימות המזויין הבינלאומי IAC Law)).
2. דיני העימות המזויין שאינו בינלאומי (NAIC Law).
3. דיני הכיבוש (תת תחום של IAC Law) - בשטחים כובשים ישנן 2 קומות של כללים: דיני הלחימה חלים בשטח כל עוד נמשך הכיבוש(גם אחרי המלחמה). דיני הכיבוש(או התפיסה הלוחמתית) ייחודיים חלים גם הם ולעיתים יוצרים שינויים בדיני הלחימה או מוסיפים איסורים חדשים.

**תחולת הJIB**

כיצד נסווג סכסכוך עם ארגון מזויין לא מדינתי שחוצה גבולות? ישנן 2 גישות מרכזיות :

1. **העמדה הרווחת – מבחן זהות הצדדים:** אם אחד הצדדים אינו מדינה, הרי שמדובר בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי. לפיכך הדינים הרלוונטים הם דיני הNAIC. מכיוון שדיני הNAIC נועדו להתמודד עם סכסוך שבו אחד הצדדים הוא ארגון מזוין שאינו מדינתי. יתרה מכך בהרבה הקשרים הNAIC פחות מחמירים ומעמידים מספר מועט של מגבלות.
2. **העמדה של מדינת ישראל – מבחן חציית הגבול:** אם מאפיין קבוע של הסכסוך הוא חציית גבול, מדובר בסכסוך מזויין בינלאומי. יש 2 סיבות/תכליות בגללן מדינת ישראל מגיע לעמדה זו:
3. **תכלית פורמלית** – בהגדרת הסכסוך חוצה גבולות ובהגדרה יש אלמנט של מלחמה עם המדינה השנייה. אם לא נחיל את דיני הIAC המדינה עלולה להצטרף למלחמה.
4. **תכלית פרקטית** – דיני הIAC יש חילוקי דעות מכיוון שהם יותר ברורים. אם אני מאמץ את הIAC אולי זה מכביד עליי אך נותן לי וודאות. ודאות היא מצרך חשוב במלחמה. הIAC יותר מגבילים את הכוח הלוחם אך זה מחיר שנעדיף לשלם כדי לקבל ודאות.

**מקורות דיני הלחימה?**

איפה אפשר למצוא את דיני הלחימה? – מרבית דיני הלחימה הם מנהגיים. יחד עם זאת מדינות הרגישו צורך להבהיר את דיני הלחימה ולהוסיף עוד דיני לחימה וניתן למצואן באמנות. המקורות העיקריים לדיני הלחימה הם Martens Clauset, תקנות האג (1907), ארבע אמנות ז'נבה (1949), שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה (1977) והמשב"ל ההומניטרי המנהגי. יש דיני לחימה שגם היום הם נמצאים במשפט המנהגי. ישנם גם דיני לחימה שהם אינם מנהגיים ונמצאים רק באמנות ולכן הם יחייבו רק את המדינות שחתומות על האמנה. ישנם גם דיני לחימה שאינם מצויים באף אמנה וישנם חילוקי דעות בנוגע לקיומם והאם הן דין מנהגי או לא. לדוג': האם מותר להצמיד לרובה חנית עם גב משונן? עקב השימוש של הגרמנים בנשק זה במלחמת העולם הראשונה והפסקתם בשל אזהרת בעלות הברית. יש גם דינים שכתובים באמנות ויש ויכוח אם הם מנהגיים או לא. לדוג': באמנת ז'נבה יש סעיף שאומר שאסור להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש. יתרה מכך העמדה הרווחת אומר שהסעיף אוסר גם העברה וולנטרית והסעיף מנהגי. אחת הטענות של ישראל שאם הסעיף אוסר העברה וולנטרית הרי שהוא לא מנהגי. ככלל, דיני הלחימה הם דין מנהגי, אך לאורך השנים הם עוגנו במספר אמנות מולטילטרליות.

**נסקור את ההיסטוריה של דיני הלחימה:**

1. ימי הביניים ואילך – דיני הלחימה מתגבשים לכדי משב"ל מנהגי.
2. אמצע המאה ה-19 – **ניסוח קוד ליבר**(כללים שנוסחו עבור חיילי צבא הצפון במלחמת האזרחים האמריקאית תוכנם שימש השראה לתקנות האג). **אמנת ז'נבה** הראשונה אי פעם(מנוסחת בעקבות קרב סלפינו) וכוללת 10 סעיפים שעוסקים בפצועים בקרב חילות היבשה, האמנה הראשונה מדברת על טיפול בפצועים בשדה הקרב. האמנה השנייה מדברת על פצועים בים. האמנה השלישית עוסקת בטיפול בשבויי מלחמה. אמנת ז'נבה הרביעית עוסקת בהגנת אזרחים בזמן לחימה. באמנה זו נמצאים דיני הכיבוש/תפיסה לוחמתית. שלוש האמנות הראשונות קיימות בצורות שונות מסוף המאה ה-19, כאשר העקרונות הבסיסיים שלהם לא מחדשים הרבה. אמנת ז'נבה הרביעית היא החידוש הגדול של 1949, בעקבות מלחמת העולם השנייה. כיום אין מדינה שלא חברה בארבע אמנות ז'נבה (ישראל הצטרפה ב-1951). **הכרזת סנט פטרסבורג** עוסקת באופן ספציפי בכדורים שמתפוצצים בגוף אך מכריזה על עקרון שאסור לגרום לסבל מיותר ללוחמים ועקרון הצורך שמטרת הלחימה הלגיטימית היחידה היא להחליש את האויב כדי שהמלחמה תגמר.
3. 1899 – ניסוח תקנות האג. אמנה מולטילטרלית שמטרתה להסדיר את דיני הלחימה ביבשה. נוסח האמנה עודכן בשנת 1907 וקיים קונצנזוס שהוא מהווה דין מנהגי גם כיום. אחרי מלחמת העולם הראשונה נחתמות מספר אמנות נוספות בהן אמנת ז'נבה שעוסקת בשבויים ואמנה שמגבילה שימוש בגזים רעילים.
4. 1949 – נקבעות ארבע אמנות ז'נבה התקפות כיום. 196 מהמדינות המוכרות בעולם חתומות על אמנות ז'נבה ולכן בנוגע לאמנות 1-3 יש קונצנזוס כמעט מוחלט שהסעיפים שם משקפים דין מנהגי. גם לגבי האמנה הרביעית זו העמדה הרווחת בעולם מלבד מדינה אחת ושמה ישראל שטוענת שאמנת ז'נבה הרביעית אינה משקפת דין מנהגי ויש לבחון כל סעיף לגופו. אמנת ז'נבה ה4 היא האמנה הראשונה שתכליתה המרכזית היא להגן על אזרחים בזמן מלחמה. בנוסף עד אותו שלב האמנות שעוסקות בדיני הלחימה מתייחסות רק לAIC (עימותים מזויינים בין מדינות), על פי הנרטיב המקובל עד אמצע המאה ה-20 דיני הלחימה בכלל לא הסדירו את דיני הלחימה בNAIC כי המשפט בינלאומי הקלאסי לא הסכים לחדור את מסך הריבונות. יחד עם זאת ברור שלא היו סעיפים באמנות עד א שעסקו בסכסוכים מזויינים שאינם מדינתיים ומה שיש בכל אמנות ז'נבה מ1949 זה ס' 3 המשותף(נמצא בכל אחת האמנות בס' 3) שקובע כללים מאוד בסיסיים לדיני לחימה בNAIC. לדוג': אסור להוציא להורג ללא משפט, אסור לאנוס ועוד. קיים קונצנזוס שהכללים החלים בס' 3 חלים בכל סכסוך.
5. 1977 – נוספים 2 פרוטוקולים לאמנת ז'נבה שמטרתן להסביר ולפרט את דיני הלחימה הקיימים. הפרוטוקול הראשון עוסק בסכסוך מזויין בין מדינות(AP1). הפרוטוקול השני עוסק בNAIC ובסוג מאוד ספציפי שלו ונדרש שהעימות יתרחש בתוך שטח של מדינה אחת וצד לא מדינתי ישלוט בחלק מהשטח של המדינה(AP2). רוב מדינות העולם מאשררות את שני הפרוטוקולים. ישראל וארה"ב(ומספר מדינות נוספות ביניהן גם אירן) לא מאשררות ולכן הפרוטוקולים אינם מחייבים אותן.
6. 1998 – אימוץ אמנת רומא של הICC (ס'8). מגדיר פשע מלחמה כאשר בהגדרה פשע מלחמה הינו הפרה של דיני הלחימה – מה שמפרט בעקיפין דיני לחימה.

**עקרונות דיני הלחימה**

דיני הלחימה כוללים ארבעה עקרונות יסוד:

1. **צורך צבאי** – עקרון לפיו אין לבצע פעולות שאין להן תכלית צבאית(למשל – איסור על פעולות שתכליתן ענישה). ביטויי העיקרון: מספר דינים קובעים שיש מעשים שעשייתם ללא צורך צבאי אסורה(כמו הריסת רכוש אזרחי והטלת אימה על אוכלוסיית האויב). גם כאשר אין הסדרה מפורשת, מדובר בעקרון על פיו כל דיני הלחימה משקפים איזון בין צרכים צבאיים לבין צמצום הסבל בלחימה. מסיבה זו, לא ניתן להצדיק הפרה של דיני הלחימה בטענה שמדובר בצורך צבאי.
2. **אבחנה** – חלה חובה כפולה: חובה לאבחן בין לוחמים(שבהם מותר לפגוע במכוון), לבין אוכלוסיות שאינן נוטלות חלק פעיל בלחימה(משמע אזרחים, שבויים, עצורים ופצועים) שבהם אסור לפגוע במכוון. חובה לאבחן בין מטרות צבאיות(שמותר לתקוף) לבין אובייקטים אזרחיים(שאסור לכוון התקפה נגדם).
3. **מידתיות JIB** – כאשר תוקפים מטרה צבאית מותרת, יש לבחון האם נזק הצפוי לאוכלוסייה האזרחית מופרז ביחס ליתרון הצבאי שיופק מההתקפה. הערה: את מידתיות התקיפה בוחנים לפי המידע שהיה למפקד עובר לתקיפה.
4. **הומאניות** – כאשר תוקפים, אסור לגרום ללוחמי האויב סבל שאינו נחוץ להכרעת האויב(רלוונטי בעיקר לשימוש בכלי נשק שגורמים לסבל). לדוג': אסור להשתמש בכדורים שאת הרסיסים שלהם אסור לראות ברנטגן. יש ויכוח עד כמה מדובר באיסור כללי שתקף באופן עצמאי או עד כמה מדוב בעקרון שלאורו גוזרים איסור בנשקים ספציפיים.

**מועד תחילת העימות**

בסכסוך מזויין בין מדינות דיני הלחימה חלים מהכדור הראשון. לעומת זאת, במלחמת אזרחים וגם בסכסוך טרנסלאומי(במנותק מהשאלה כיצד יש לסווג סכסוך זה), קיים חשש שכלל דומה ינוצל על ידי משטרים להשתיק מחאות. או בניסוח אחר: נוצר צורך לאבחן בין מצב של "לחימה" שבו פגיעה בלוחמי האויב מותרת, לבין מצב של "שיטור" שבו מותרת פגיעה רק במצב של סכנת חיים קונקרטית ומיידית. לכן לפי העמדה הרווחת, בסכסוכים שכאלו חל כלל אחר: כדי שנחשיב את הסיטואציה כעימות מזויין(משמע כדי שדיני הלחימה יחלו לחול), הצד הלא מדינתי צריך לעמוד בשני תנאים:

1. רמת ארגון גבוהה.
2. עוצמת אלימות גבוהה.

שתיהן יחד יצרו מצב לחימה.

אינדיקציות נוספות: משך זמן ארוך וסוג הנשקים בהם הצד הלא מדינתי עושה שימוש.

**מה נחשבת מטרה אזרחית ומה נחשבת מטרה צבאית?**

כשדיברנו על עקרון האבחנה, אמרנו שלוחמים ומטרות צבאיות מותר לתקוף ואילו אזרחים ועצמים אזרחיים הם לא מטרה חוקית (אפשר לפגוע בהם רק בתור נזק אגבי, כל עוד הוא פרופורציונאלי). עצמים יחשבו למטרות צבאיות; באחד מהמקרים הבאים:

1. עצם שלפי טבעו מספקת תרומה אפקטיבית לפעולה הצבאית: למשל בסיסים צבאיים, וציוד צבאי.
2. עצם שעקב מיקומו מהווה תרומה אפקטיבית לפעולה הצבאית: לדוג' יש מעבר באזור הררי שרק דרכו ניתן לעבור ומפגיז אותו, כדי שיחסם והאויב לא יוכל לעבור בו). בית אזרחי, יכול להפוך לזמן מסוים, למטרה צבאית, עקב מיקמו, למשל, חישוף של בתים בעזה שמפריעים לראות היכן נמצא האויב.
3. עצם שלפי שימוש מהווה מטרה צבאית: למשל: משאיות, מכוניות, בתים פרטיים כל עוד נעשה בהם שימוש צבאי, או מיועד להיעשות בהם שימוש שכזה בזמן הקרוב.

**מה לגבי לוחמים?** כאשר מדובר בלוחם של צבא של מדינה מותר לפגוע בו תמיד (לא משנה מה התפקיד שלו אפילו הטבח צבאי) מדובר במטרה צבאית מעצם טבעה. אזרח, לעומת זאת, ככלל, אינו נחשב למטרה צבאית, הוא יחשב מטרה צבאית רק אם הוא נוטל חלק בלחימה ורק בזמן שהוא נוטל חלק בלחימה.

**מה קורה שנלחמים בארגון מזויין שאינו מדינתי?** מבחינה עובדתית קשה לדעת איזה אנשים שייכים לארגון ומבחינה משפטית, יש וויכוח משפטי מתי ותחת אילו תנאים מי שייך לארגון יחשב מטרה צבאית (מסיבות של קוצר זמן, לא נדון בוויכוחים הללו).

**שיעור מספר 22 – דיני לחימה (חלק ב') - 05.01.2022**

**דיני כיבוש**

בטרם נתחיל לדון בדיני הכיבוש – שתי הבהרות:

1. **הבהרה ראשונה** – בניגוד לטענת השמאל – כיבוש שלעצמו הוא אינו הפרה של המשב"ל. כיבוש מסוים יכול להיות חוקי או לא חוקי. כיבוש הוא מצב דינים שמוסדר במשב"ל ואף מסדיר את תנאיו. ההנחה היא שכיבוש צריך להיות מצב זמני. דיני הכיבוש הם תת מתוך דיני הלחימה של הIAC.
2. **הבהרה שנייה** - בניגוד לטענת הימין – המונח "כיבוש" שלעצמו אין בהכרח משמעות פוליטית.

**דיני כיבוש – מבוא**

כיבוש הגדרה לא פורמלית: ניתן להגדיר כיבוש כמצב שבו כוח צבאי של מדינה מסויימת מחזיק בשטח שהוא לא שטח ריבוני של אותה מדינה. מכאן יוצא שכיבוש נועד להיות מצב זמני, בו הכובש משמש מעין נאמן זמני לניהול השטח הכבוש. עדות לזה ניתן לראות בתקנה 55 לתנות האג שמדברת על נכסי נדלן על היחס בין הכוח הכובש, ומדובר על הכוח הכובש כמנהל ונאמן על שטחי הנדלן.

דיני הכיבוש הם שכבה נוספת של דינים שחלה בשטח כבוש **במקביל** לדיני הלחימה. דיני הכיבוש מסדירים 2 מערכות יחסים:

1. בין מעצמה כובשת למדינה שממנה נכבש השטח – המדינה הכובשת מחזיקה את השטח בנאמנות. מחזיקה באופן זמני בשטח.
2. בין מעצמה כובשת לאוכלוסייה שנמצאת בשטח הכבוש - על המדינה הכובשת להגן על זכויות האוכלוסייה הנכבשת ככל שניתן. הוא בעצם ריבון זמני ויש לו חובות כלפיהן.

לאור אופיין של 2 מערכות היחסין הללו הכוח הכובש מוגבל בפעולותיו בשטח למספר שיקולים מצומצמים:

1. טובת השלטון הקודם.
2. טובת תושבי השטח הכבוש.
3. צורך צבאי צר – מותר לו לפעול מתוך צורך צבאי, הוא צר ומגביל יותר מלחימה רגילה.
4. שמירה על הסדר הציבורי – דבר שמיטיב עם התושבים שרוצים שקט וכמובן הכרחי לשלטון לשמור על השליטה שלו בשטח.

**איפה נמצאים דיני הכיבוש**

חלק קטן מהם נמצא במשפט הבינלאומי המנהגי, רוב דיני הכיבוש הם גם מנהגיים וגם הסכמיים (גם כמנהג וגם באמנה כלשהי). האמנות המרכזיות הן תקנות האג, אמנת ז'נבה הרביעית ומספר אמנות נוספות שהעיקרי ביניהן הוא הפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נבה. **תקנות האג** – יש קונצנזוס היום שמה שקבוע בהן הוא בהכרח מנהגי, מדינת ישראל אינה חולקת על זה וזו הסיבה שמדינת ישראל בחרה לא לחתום אף פעם על תקנות אלו מכיוון שהם מחייבות מבחינה מנהגית. **אמנת ז'נבה הרביעית** – העמדה הרווחת של כלל העולם היא שאמנה זו כמו 3 האחרות, הנורמות בה הן ככלל מנהגיות. מי שטוען שנורמה מסויימת באמנת ז'נבה הרביעית מוטל עליו נטל ההוכחה ונטל זה מאוד כבד וכמעט בלתי אפשרי. נובע מזה שהן נורמות משנת 1949 והן ישנות. לגבי הנורמות שנמצאות בפרוטוקול הראשון מדינת ישראל אינה חתומה עליה, אך יש הרבה נורמות שכתובות שם שהן מנהגיות וחלקן אף מחייבות את ישראל.

**הגדרת הכיבוש נמצאת באמנת האג** – שטח נמצא כבוש כאשר בפועל הוא נמצא תחת סמכותו של צבא זר. הכיבוש יתפרש רק על אותה טריטוריה שסמכות שכזאת הוקמה וניתן להפעילה. בשביל כיבוש נדרשת **"שליטה אפקטיבית".** עלינו לראות שהכובש הזר שולט שליטה אפקטיבית בשטח. לעומת זאת באמנת ז'נבה (למרות שהיא מתייחסת לכיבוש) אין בה בשום מקום מהי ההגדרה לכיבוש. אבל נקבע שם בס' 2 החל בכל אמנות ז'נבה שקובע שגם שטח כבוש שנתפס ללא לחימה יכול להיות שטח כבוש. ההנחה הרווחת היא ההגדרה של **"שטח כבוש"** המבחן לזיהוי שטח כזה רלוונטי גם לנורמות דיני הכיבוש שנמצאים באמנת ז'נבה הרביעית, רלוונטי גם לדיני הלחימה.

הערה: באמנת ז'נבה נקבע שלאחר שנה מיום תפיסת השטח, חלק מדיני הכיבוש מפסיקים לחול. בפועל העמדה מקובלת היא שסעיף זה אינו תקף ושחובות הכוח הכובש גדלות ככל שהזמן עובר.

**מבחן השליטה האפקטיבית**

עולות ארבע סוגיות שעולות מן הדרישה לשליטה אפקטיבית:

1. **מתי מתקיימת שליטה אפקטיבית?** – הגישה הרווחת היא שדיני הכיבוש חלים רק במצב שבו הכוח הצבאי הקים בפועל משטר צבאי. לפי תקנות האג זה מה שהן התכוונו במקור. אך לאור העובדה שהגישה הזו פותחת פתח לניצול לרעה זוהי גישת מיעוט היום. העמדה הרווחת היא עמדת הפוטנציאל – אם יש לו את הפוטנציאל להקים בשטח שלטון צבאי הרי שמדובר בשטח כבוש והרי שמתקיימים דיני הכיבוש. הבעיה בגישה זו שמראה שהיא גישה לא מושלמת, היא שפוטנציאל זה מושג עמום ויהיו ויכוחים. פותח מקום להתחמקות. לדוג': צה"ל במלחמת השחרור נמצא בדרום לבנון והוא אינו בונה על השטח. הוא אינו מקים שם שלטון צבאי ואומר להם תעשו מה שאתם רוצים כל עוד אתם לא תוקפים אותנו. הוא לא מקים שלטון צבאי כי זה כאב ראש לעשות זאת. **שורה תחתונה: דעת מיעוט** זו (של הICJ): רק כאשר הכוח הצבאי הקים משטר צבאי בשטח. **דעת הרוב**(וגם בג"ץ): כאשר יש לכוח הצבאי יכולת להקים משטר צבאי.
2. **האם שליטה יכולה להיות הדרגתית?** – העמדה המסורתית: דיני הכיבוש חלים באופן דיכוטומי (כן/לא). עמדה בעלייה: דיני הכיבוש חלים באופן מדורג. עמדה זו נכונה בעיקר לעמדות הזמן של התחלה (מתי מתחילים לחול על הכוח הכובש דיני הכיבוש), או האם בעמדה של אופן הדרגתי ככל שעמדת השליטה שלו יותר אפקטיבית. נקודה הזמן השנייה היא לגבי סיום הכיבוש (אם הצבא מתחיל לצאת מהשטח, בשנייה שהכוח יוצא נגמרו דיני הכיבוש או שגם פה מדובר בעניין הדרגתי). ויכוח זה אינו תיאורטי – זה הויכוח שמתנהל לגבי עזה. העמדה המסורתית אומרת זה ON/OFF ברגע שאין שליטה נגמרו דיני הכיבוש. העמדה השנייה אומרת שזה הדרגה ולכן החובות של ישראל כלפי עזה הן לא 0. נהיה קונקרטי בעניין ההספקה של חשמל ומים. עמדתה הרשמית של ישראל לגבי עזה הוא שאין כיבוש בעזה.
3. **האם תתכן שליטה אפקטיבית בשטח ללא כוח צבאי בשטח?** – ויכוח זה הוא הויכוח המרכזי (ניתן לראות בדו"ח טירקל בנוגע לעזה). העמדה המסורתית הייתה "מגפיים על הקרקע", תנאי הכרחי לקיומו של כיבוש הוא הימצאותו של כוח צבאי ממשי בשטח. אבל, מה עושים במצב שיש כוח צבאי גדול שתופס שטח אדיר – ורוצה להתקדם הלאה לכבוש עוד. הוא יודע שבאזורים רבים לא תהיה התנגדות של האוכלוסייה, ולכן לא ישאיר שם חיילים כי יעדיף אותם בחזית, ומניח שאם תהיה מרידה הוא פשוט יקפיץ לשם כוחות. אם נגיד שזה לא כיבוש, אנו משאירים את האוכלוסייה שם ללא כובש, וכך מאפשרים התחמקות של הכוח הכובש מדיני הכיבוש החלים עליו. ישנה עמדת ביניים שמדברת על **"כיבוש קפיצה",** כלומר השטח יחשב כבוש גם במקרה שהכוח הצבאי לא נמצא בשטח אבל אותו צבא יכול להקפיץ לשם בקלות כוח שינהל או ישתלט על השטח במידה ויהיו בעיות. הדוקטרינה הזו עליה נסמכת התביעה בICC כאשר היא טוענת בניגוד לעמדת ישראל שעזה היא עדיין שטח כבוש. הבעיה במבחן זה שגם הוא עמום. העמדה השלישית היא עמדת מכלול הנסיבות – עמדה זו בוחנת את מכלול ההכשרים האם מדובר בשטח כבוש או לא. התמיכה בגישה זו צוברת תמיכה ולפיה עזה היא שטח כבוש. לפי גישה זו 90% מהשטח מוקף ע"י ישראל, היא שולטת במסחר הימי ועוד ולפי גישה זו עדיין מדובר בכיבוש.
4. **האם שליטה יכולה להיות באמצעות פרוקסי (שלוח)?** – **הICJ** – כן, אם המדינה השולטת שליטה אפקטיבית בכוח של הפרוקסי. **הICTY**: כן אם המדינה שולטת שליטה כוללת בפעולות הפרוקסי. "פרוקסי" זה שלוח - מלחמה באמצעות שלוח כמו שצד"ל לחם בשם ישראל בלבנון.

**מעמד איו"ש**

עמדת ישראל – איו"ש הוא שטח שכבוש לפי תקנות האג, אבל לא לפי אמנות ז'נבה. דיני הכיבוש של תקנות האג חלים על השטח ודיני הכיבוש שנמצאים באמנות ז'נבה לא חלים בשטח. יחד עם זאת מוסיפה המדינה ואומרת שבאופן וולונטרי היא לוקחת על עצמה לקיים גם את הנורמות ההומניטריות כגון דיני הכיבוש הנמצאים באמנות ז'נבה. אך ישראל אינה מציינת ברשימה מה הן הנורמות הוולונטריות.

המוטיבציה לעמדה זו נעוצה בשני סעיפים לאמנות ז'נבה:

1. **סעיף 49** – האוסר על העברה המונית של אוכלוסייה של הכוח הכובש אל תוך השטח הכבוש. מדינת ישראל לא רוצה שהסעיף יחול משמע ההתנחלויות הן הפרה של הדין המנהגי.
2. **סעיף 47** – קובע שלא יהיה בסיפוח השטח כדי לפגוע בזכויות המוענקות מכוח דיני הכיבוש לאוכלוסייה בשטח. ניסוח פתלתל שאומר שלא ניתן לספח את השטח. גם אם סיפחת את השטח ממשיכים לחול דיני הכיבוש.

מדינת ישראל מעולם לא רצתה לספח את כל השטחים מכיוון שישנה בעיה של רוב ערבי באיזור, זה היה מאלץ אותה להחליט שתי החלטות רעות: לתת לאזרחי האיזור אזרחות ישראלית או לא לתת להם אזרחות ואז יהיה שם לשלטון כזה והוא אפרטהייד. אפרטהייד אינו חוקי. היא כן רצתה לספח חלקים ולכן מתום מלחמת ששת הימים היא מבינה שהיא צריכה למצוא דרך שלא יחול סעיף 47 כדי שייווצר לה פתח לספח חלק מהשטחים. חלק מהשטחים היא סיפחה בשבוע הראשון אחרי המלחמה: ירושלים , רמת הגולן ב1981.

הבסיס המשפטי שמבחין בין תחולת תקנות האג לאמנות ז'נבה באיו"ש:

**מבחינה פורמלית** – הסעיפים הרלוונטיים בתקנות האג מתייחסים תמיד לצבא העוין ופחות למדינת המקור של השטח מלבד כותרת של הפרק(ששם כן מדובר על המדינה ממנה נקלח השטח), נראה שהמוטיבציה מאחורי תקנות האג להחיל זאת בכל מקום שהצבא הרלוונטי הנמצא בטח הוא עוין. לכן צה"ל הוא צבא עוין. בנוסף תקנות האג הן מנהגיות ולכן ההנחה היא שברגע שהן מנהגיות הן חלות בכל סיטואציה ולא רק כאשר מדובר בשטח של מדינה זרה. **לעומת זאת** בהקשר של אמנת ז'נבה ס' 2 המשותף שאומר מתי האמנות יחולו בסכסוך מזוין (מלחמה) ובנוסף בכל המקרים של כיבוש מלא או חלקי בטריטוריה של אחת מהמדינות החתומות גם אם אותו כיבוש הושג ללא התנגדות צבאית. מדינת ישראל אומרת כי מדובר על כיבוש של שטח של אחת המדינות החברות. נכון שירדן חתומה באמנת ז'נבה אך השטח לא שלה, הוא רק סופח אליה חלקית ולא הייתה הכרה רחבה בסיפוח. לעמדת מדינת ישראל, למדינה יש שייכות פוטנציאלית על השטח. לכן, לא מדובר בכיבוש של שטח של מדינה חברה ולכן האמנה לא חלה.

העמדה המקובלת של העולם

1. פרשנות שונה של אמנת ז'נבה – **הסיפא** של הסעיף בא להגיד בנוסף לכל הסיטואציות הרגילות, האמנה חלה גם בסיטואציה בה נכבש שטח ללא ירייה אפילו של כדור אחד. יתרה מכך **הרישא** של הסעיף מדבר על מקרים שבהם היה קונפליקט מזויין בין הצדדים. אז האמירה היא שהשטח הזה לא הושג ללא מלחמה הוא הושג לישראל במלחמה בין צדדים שהם בסכסוך (ישראל וירדן). בהתאם לעמדה המקובלת ישנה פסיקה של הICJ בחוות דעת הגדר.
2. כל מדינות העולם חתמו על אמנת ז'נבה וכולן(פרט לישראל) טוענות שמדובר בדין מנהגי. לאור היקף החתימות קשה לטעון שהאמנה הרביעית אינה מנהגית. הערה : עמדת ישראל נסמכת על הסכמי הפסקת האש, כתב המנדט והנוסח האנגלי של אמנת ז'נבה. כפי שהוסבר בדיון בשאלה האם הפלסטינים הם מדינה, טענות אלה בעייתיות ונחלשות עם הזמן.

**שיעור מספר 23 – משב"ל פלילי - 06.01.2022**

**"במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומי?":**

קיים ויכוח אלו קטגוריות של מעשים נחשבים פשעים בינלאומיים. אנחנו נדלג על הוויכוח הזה ונתמקד ב-4 הקטגוריות הבאות של פשעים בינלאומיים:

1. פשעי מלחמה
2. פשעים נגד האנושות
3. רצח עם
4. תוקפנות

המכונות יחדיו: "פשעים בינלאומיים גרעיניים". אלו 4 קטגוריות שיש קונצנזוס כי המשב"ל הפלילי עוסק בהן {יש אף מלומדים שמגדרים את המונח "המשב"ל הפלילי" (או "המשב"ל הפלילי מובנו הצר") כתחום העוסק רק בקטגוריות פשעים בינלאומיים אלו (ומכנים את תחום המשב"ל העוסק בדברים אחרים בשמות שונים אחרים כגון "משפט פלילי טרנס לאומי" (או "המשב"ל הפלילי מובנו הרחב")}.

 **מה משותף לארבעת הקטגוריות האמורות** (על פי הנרטיב המקובל 3 דברים):

**ראשית**, ככלל (עם חריגים מאוד מעטים), מדובר בהפרות חמורות של דיני הלחימה, תוך שבנוגע לחלקם (משמע, בנוגע למעשים שכיום נופלים תחת הקטגוריות של "פשעים נגד האנושות" ו-"רצח עם"), בעקבות ניסיון היסטורי רע, הורחבה תחולת האיסור גם לביצוע מאסיבי של המעשים ע"י שלטון כנגד אזרחיו שלו ו/או בעת שלום. **שנית**, כל הקטגוריות הללו (שלוש באופן מפורש ו-"רצח עם" באופן משתמע) נכללו בחוקת לונדון של בית הדין בנירנברג. אם כי, חושב לציין, שבכל אחת מהקטגוריות, נוספו עם השנים איסורים ולפעמים גם הוסרו איסורים. (הכוונה בכך ש -"רצח עם" נכללו במשתמע היא שהמעשים שנחשבים כיום "רצח עם" נכללו אז בהגדרה של "פשעים נגד האנושות", ולאחר מכן, ב-1948 הוחלט לייחד למעשים הללו קטגוריה חדשה נפרדת: "רצח עם"). **שלישית**, מלבד חלק קטן מפשעי המלחמה (ואולי גם תוקפנות), מדובר בפגיעות חמורות בזכויות אדם.

במחקרו של בורר הוא מראה שבנוגע להפרות של דיני הלחימה תמיד [משמע, באופן רציף, מאז ימי הביניים המאוחרים, מזה מאות שנים], הוטלה אחריות אישית פלילית גם על החייל שהפר את הדין [ולא רק אחריות קולקטיבית על הישות הריבונית שלה הוא היה שייך]. משמע, ההיסטוריה של האיסור במשב"ל על ביצוע פשעי מלחמה היא בת מאות שנים. באופן דומה, המחקר שלי מראה שגם ההיסטוריה של פשעים נגד האנושות ושל רצח עם [כמו גם של תוקפנות אבל לא ניכנס להיסטוריה היותר מורכבת של פשע בינלאומי זה] לא התחילה לאחר מלחמת העולם השנייה. בהפשטה, ניתן לומר שלכל המאוחר, כבר מאז המחצית השנייה של המאה ה-19, הייתה קיימת תמיכה רחבה בעמדה משפטית לפיה ביצוע של המעשים אשר אנחנו מכנים כיום "פשעים נגד האנושות" ו-"רצח עם" הוא אסור לפי המשפט הבינלאומי, ולא זו אף זו שהוא מהווה ביצוע של פשעים בינלאומיים. יתירה מכך, כבר אז השם שהוענק לפשעים הבינלאומיים הללו הוא "פשעים נגד האנושות". קחו לדוגמא, את מלחמת הבוקסרים, שהתרחשה בשנים 1900-1901. מלחמה זו הייתה מלחמה בסין בה כוח מזויין לא מדינתי בסין (הבוקסרים), מחד, בתמיכת חלקים בשלטון הסיני, ומאידך תוך התמרדות בחלקים אחרים בשלטון הסיני, יצא בפעולה צבאית כנגד הפעילות הקולוניאליסטית בסין. רכיב מרכזי בפעולה הצבאית של הבוקסרים היה ביצוע של מעשי רדיפה ורצח כנגד נוצרים בסין (לרבות ולמען האמת בעיקר של סינים מקומיים שבחרו להתנצר), ופעולות אלו נרצחו כשלושים אלף סינים-נוצרים ועוד 200 זרים. במסמך מחאה אשר הגישו לסין 11 מדינות [וביניהן: גרמניה, יפן, ארה"ב, רוסיה, צרפת, בריטניה ואטליה, אוסטריה (משמע, כל המדינות מאוחר יותר תהיינה הצדדים המרכזיים למלחמת העולם)], כונו המעשים הללו "פשעים נגד האנושות ונגד המשפט הבינלאומי", תוך שבמסמך ההוא דרשו 11 המדינות הללו מסין להעמיד לדין את המבצעים. יתירה מכך, כיוון שסין לא הצליחה/רצתה לפעול בנחישות כנגד הבוקרסים, נשלח כוח צבאי משותף משמונה מדינות [וביניהן: גרמניה, יפן, ארה"ב, רוסיה, צרפת, בריטניה ואטליה] להילחם בבוקסרים ולגרום להם להפסיק. במהלך המבצע הזה, הועמדו לדין בוקסרים שונים שהיו מעורבים במעשי הטווח לדין בבתי משפט צבאיים של המעצמות שלחמו נגדם [דבר שמוכיח שכבר באותה העת התייחסו את המעשים הללו כאל פשעים בינלאומים (מסוג פשעים נגד האנושות)]. במילים אחרות, המקרה הזה [והוא אינו המקרה היחיד] מראה שכבר אז המעשים שהיום נחשבים לפשעים בינלאומיים מסוג פשעים נגד האנושות ורצח עם נחשבו כבר אז לפשעים בינלאומיים מסוג פשעים נגד האנושות [המונח רצח עם, וההפרדה בין המעשים שנחשבים לרצח עם לבין המעשים שנחשבים פשעים נגד האנושות נעשתה כאמור רק ב-1948].

**המשב"ל הפלילי הוא "יצור מוזר" ביחס למשפט הבינלאומי "הקלאסי**" :

מושאי הדינים שלו הם אנשים ולא מדינות – עם השנים בעוד תחומים של המשב"ל מורם" מסך הריבונות" (לדוג' – דיני זכויות האדם). אך עדיין, המשב"ל הפלילי ייחודי בכך שהוא מטיל סנקציות באופן ישיר על פרטים (לשם השוואה: דיני זכויות האדם מטילים חובות על מדינות לדאוג לפרטים) .

**המשב"ל הפלילי הוא "יצור מוזר "גם ביחס לקונספט של משפט פלילי**:

1. במשפט פלילי "רגיל" (מדינתי) המדינה מחוקקת את החוקים. לעומת זאת, במשב"ל מדובר באיסורים שמרבית המדינות לא היו מעורבות בקביעתם שכן, מרביתם הפכו להיות משב"ל מנהגי, לפני שרובן קיבלו עצמאות.
2. מבחינת סמכות השיפוט: במשפט פלילי "רגיל" (מדינתי) יש התמקדות בדברים שקשורים למדינה (לרוב מעשים שבוצעו בשטח המדינה. אך, לעיתים, במקום, עיסוק במקרים בהם הקורבן או העבריין הוא אזרח של המדינה, או יש פגיעה באינטרס ייחודי חושב ביותר של המדינה). לעומת זאת, במשב"ל הפלילי יש **סמכות שיפוט אוניברסלית**: דוקטרינה משפטית לפיה מדינה יכולה להעמיד לדין אדם שביצע פשע בינלאומי גרעיני גם אם אין לה שום קשר למקרה. יתר על כן, לעיתים, ההליך המשפטי בכלל יתנהל בביה"ד בינלאומי.

**הסיבות להיווצרותו של "היצור המוזר" שהוא המשב"ל הפלילי (על פי ההיסטוריה המקובלת):**

1. סיבה מוסרית: מדובר באיסורים המשקפים עקרונות מוסר כה יסודיים (הגנה על זכויות אדם בסיסיות), עד לכדי שהם עליונים לחקיקה מדינתית ושאכיפתם הינה אינטרס אוניברסאלי.
2. כשל אכיפתי: דיני המשפט הבינלאומי: במיוחד דיני הלחימה - לא נאכפו מספיק טוב על ידי סנקציות שכוונו כלפי המדינות בלבד. גם המשפט הפלילי המדינתי לא עושה את עבודת האכיפה מספיק טוב (המדינה בה בוצע הפשע לרוב לא מחזיקה במבצע, ולמדינה שבה מוחזק המבצע יש לרוב אינטרס שלא להעמידו לדין, כי מדובר באורגן שלה (חייל שלה, שוטר שלה, או אפילו ראשי השלטון שלה).

**היסטוריה מקובלת:**

במאה ה-19 קיימת ההשקפה חזקה על פיה המשפט הבינלאומי מסדיר יחסים בין מדינות ולא בין פרטים. עם זאת, יש אכיפה פלילית אוניברסלית נגד שודדי ים וסוחרי עבדים (משמע, החלה של דוקטרינת הסמכות האוניברסאלית בהקשרם). מדוע?

1. מדובר במעשים שפוגעים באינטרס משותף לרוב הגדות של המדינות (חופש השייט בימים בנוגע לשוד-ים וזכויות אדם בסיסיות בנוגע לסחר עבדים).
2. שנעשים ללא חסות מדינתית (ע"י אנשים פרטיים) ובעיקר בשטחים חסרי ריבונות שוד הים מבוצע בהגדרה ב-high sea, וגם מרבית פעולת סחר העבדים מבוצעת שם כי שינוע העבדים בוצע בעיקרו בספינות. במילים אחרות, בנוגע לעבירות הללו קיים: אינטרס בינלאומי משותף + כשל אכיפתי שאינו מאפשר להסתמך על מערכות המשפט הפלילי של המקום בו מבוצע עיקר המעשה.

אבל העבירות הללו נראות מאוד שונות מפשעי מלחמה - הן מבוצעות על ידי אנשים פרטיים (ולא נציגי מדינות) למטרות רווח כלכלי (ולא קידום האינטרס של המדינה שלך). אז איך לפי הסיפור המקובל הגענו להחלה של המשפט הפלילי הבינלאומי על פשעים מהסוג שבו הוא עוסק כיום פשעים שבעיקר מבוצעים על ידי נציגים של מדינות (כגון חיילים)?

דני המלחמה, בעבר וגם היום, נסמכים בעיקר על משפט מנהגי-משמע, מדובר בפרקטיקות של הצבאות הלוחמים לאורך ההיסטוריה שהפכו למחייבות, מבחינת משפטית, מעצם זה שנוהגים לפיהן לאורך שנים רבות. אבל במאה ה-19 המלחמות נעשות יותר עקובות מדם {עקב התפתחויות טכנולוגיות, שינויים במאפייני הצבאות (מעבר לצבאות עממיים), והחלשות המחויבות למשפט הבינלאומי המנהגי} בניסיון לצמצם את זוועות המלחמה, נעשים ניסיונות לאמץ באמנות בינלאומיות, קודיפיקציה של דיני הלחימה. התקווה היא שאם הדין יהיה ברור יותר, מוסכם יותר, המחייבות לכללים תגבר. ניסיונות הקודיפיקציה זוכים למידה משמעותית של הצלחה, אמנת ז'נבה הראשונה אי פעם (שעוסקת בהגנה על פצועים בשדה הקרב), מאומצת ב-1864. תקנות האג (אמנה שמנסה לעשות קודקס יחסית מפורט של דיני הלחימה ביבשה) מאומצות ב-1899, וגרסה חדשה מפורטת יותר(שתקפה גם כיום), מאומצת ב-1907. אבל למרות הקודיפיקציה הגוברת של דיני הלחימה, זוועות המלחמה לא קטנות, להיפך הן מחמירות ממלחמה למלחמה.

**לכן:** מתחילה להתפתח, אצל יותר ויותר אנשים, התובנה שהמנגנונים של סנקציות נגד המדינות אינם מספיק אפקטיביים [יש פה בעיית נציג-למשל, לדיקטטור שמורה על הפרת הדין, הרבה פעמים לא איכפת שהאוכלוסייה תחטוף סנקציות עקב כך]. לכן, הולכות וגוברות הקריאות לכך שיש להטיל בנוסף גם אחריות אישית (פלילית) על בני האדם שבפועל מבצעים את ההפרות. יש אפילו הצעה ראשונה לבית דין פלילי בינלאומי (מצד הנשיא השני של הצלב האדום ב (1872.

מלחמת העולם הראשונה ממחישה באופן מאוד חד את הכישלון של הניסיון למתן את זוועות המלחמה רק באמצעות קודיפיקציה של דיני הלחימה ובאמצעות סנקציות כנגד המדינות. קיימת דרישה ציבורית חזקה העמיד לדין בגין פשעי מלחמה חיילים גרמנים שביצעו זוועת מתוך הפרה של דיני הלחימה. בנוסף, רבים דורשים יותר: רוצים להעמיד לדין את הקייזר הגרמני בגין החלטתו לפתוח במלחמה, והרי לולי החלטה זו לא היו מבוצעים כלל זוועת מלחמה. דרישות אלו באות לידי ביטוי בהסכם השלום שנחתם בסוף המלחמה בין בעלות הברית המנצחות לבין גרמניה (הסכם ורסאי). הסכם זה כולל סעיף שקובע כי הקייזר יועמד לדין בביה"ד בינלאומי על מעשיו. סעיף אחר קובע כי הגרמנים מתחייבים להסגיר את החיילים שלהם החשודים בביצוע פשעי מלחמה, כדי שבעלות הברית המנצחות תוכלנה להעמיד אותן לדין (גם כאן נקבע שבנסיבות מסוימות ההעמדה לדין תהיה בביה"ד בינלאומי. בפועל, הסעיפים הללו ממוסמסים. הקייזר בורח להולנד (מלכת הולנד היא בת-דודה שלו) והולנד מסרבת להסגיר אותו. גרמניה, באופן דומה, מסרבת להסגיר את חייליה. לבסוף, לגבי החיילים מסוכם הסוף שגרמניה תעמיד אותם לדין בעצמה, במה שזכה לכינוי "משפטי לייפציג". הבעיה היא שהמשפטים הללו היו חרפה. רק מעטים הועמדו לדין, ומתוך המעטים שהועמדו לדין, הרוב זוכו ואלו שהורשעו בפועל נתנו להם לברוח מהכלא, כך שגם הם בפועל לא נענשו. לכן, לאחר מלחמת העולם השנייה, בעלות הברית התעקשו על ביה"ד בינלאומי. הן לא רצו שהפארסה של משפטי לייפציג תחזור על עצמה.

**משפטי מלחמת העולם השנייה**: נחשבים הרגע המכונן של המשפט הפלילי המודרני – עמדה של שבר מהעבר. זוועות המלחמה מחייבים שינוי השקפה ואימוץ עמדה על פיה המדינה היא ישות תאגידית שמאחוריה יש אנשים, ולכן, כאשר יש הפרות חמורות של דיני הלחימה (שמרביתם נועדו להגן על זכויות אדם בסיסיות) יש צורך בהרמת מסך. המשפט הללו כוללים את: משפטי נירנברג, משפטי טוקיו ויצורי כלאיים – משפטי הכוחות הכובשים בגרמניה, ומשפטי המדינות השונות באירופה (האם זה דין מדינתי או בינלאומי). **עשרות אלפי איש הועמדו לדין**. בעצם עושים פה החלה בהתאמה של הרציונליים שעמדו בבסיס הדוקטרינה שהחילה סמכות אוניברסאלית על שודדי ים וסוחרי עבדים. משמע, העמדה היא שגם כאן קיימים:

1. אינטרס בינלאומי משותף - הגנה על זכויות אדם בסיסיות בדרך של מניעת זוועות;
2. מתן מענה לכשל סיבתי - כפי שכבר הוסבר המדינה בה בוצע הפשע לרוב לא מחזיקה במבצע, ולמדינה שבה מוחזק המבצע יש לרוב אינטרס שלא להעמידו לדין, כי מדובר באורגן שלה (חייל שלה, שוטר שלה, או אפילו ראשי השלטון שלה), והסנקציות שמאפשר המשב"ל לפעיל כנגד המדינה, פעמים רבות אינן מספיק אפקטיביות.

**דיון צד: קשיים שהעלו משפטי WWII** (חלקם קיימות במידה מסוימת מה גם כיום), ומה המענה שביה"ד בנירנברג טען שהמשב"ל הפלילי מספק לקשיים אלו : **טענה - רטרואקטיביות: ה**איסורים הרלוונטיים שהיו קיימים במשב"ל חלו על מדינות ולא על אנשים.

תשובה: טיעון פורמאליסטי: מדינה זה פיקציה (מאחורי מסך הריבונות מסתתרים אנשים שהם אלו שבאמת מבצעים את המעשים, כך שאיסורי המשב"ל תמיד פנו אל אנשים. השאלה היחידה האם נסמכים רק על סנקציה קולקטיבית) מענישים את המדינה, משמע, עושים את החיים קשים בדרך אחר לכל בני האדם החיים תחת הקולקטיב הזה, או שגם נסמכים על סנקציה פלילית שמענישה את האנשים הספציפיים שביצעו את מעשה ההפרה.

טיעון מוסרי: הנאשים ידעו שמעשיהם הם בלתי מוסריים באופן בולט ובסיסי ולכן הייתה כאן אזהרה מוקדמת. **טענה - צדק של מנצחים**: רק אנשים מהצד המפסיק נענשו. התשובה: טיעון פורמאליסטי ומוסרי - העובדה שאחר לא נענש על פשע לא מצדיקה את ביצוע הפשע על האדם שכן מועמד לדין, במיוחד כאשר מדובר במעשים שהינם כה חמורים מבחינה מוסרית.

**המשך הדיון ההיסטורי**: בין מלחמת העולם השנייה לסוף שנות ה-90 קיים קיפאון מוחלט בתחום המשב"ל הפלילי עקב המלחמה הקרה, המקשה על שיתופי פעולה בין המדינות. בשנות ה-90: מוקמים לראשונה מאז נירנברג שני בתי-דין פליליים בינלאומיים [מכונים בתי-הדין אד-הוק דור שני], האחד יעסוק בפשעים בינלאומיים שבוצעו במלחמה ביוגוסלביה לשעבר( ICTY), השני יעסוק בפשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו ברוונדה (ICTR). מדוע הם מוקמים דווקא אז? בעקבות תום המלחמה הקרה (יש תחושת אופטימיות לגבי הצורך בשיתוף פעולה בינלאומי), פלוס לחץ ציבורי רחב (תחילת עידן ה-CNN, מביא את תמונות הלחימה באופן מידי לבתיהם של מיליונים, הדבר, המוכנה אפקט ה-CNN, מייצר לחץ ציבורי על הפוליטיקאים בעולם לפעול), פלוס חוסר רצון פוליטי אחרי מלחמת המפרץ לשלוח שוב כוחות מזוינים. המטרה של בתי הדין היא לא רק להעניש אלא גם לייצר הרתעה.

לבתי הדין הללו הייתה תרומה אדירה למשב"ל הפלילי: הפסיקה שלהם הבהירה נורמות רבות של המשפט פלילי הבינלאומי, הקמתם ופסיקותיהם מהוות תחילת הפריחה הנוכחית של המשפט הפלילי הבינלאומי, הפסיקה שלהם בפועל הרחיבה באופן משמעותי את היקף המעשים שנחשבים אסורים לפי המשב"ל הפלילי ובכך הגבירה את הפוטנציאל של השימוש במשב"ל הפלילי לשם ההגנה על זכויות אדם.

**ביקורת על בתי-הדין מצד אלו שהתנגדו לקיומם**: פסיקתם מהווה, לדעת המבקרים, הרחבת יתר של איסורי המשב"ל הפלילי, וכן היא אינה בהירה מספיק, כל זה פוגע בדרישה לאזהרה מוקדמת.

**החסרונות בפועל**:

1. חוסר לגיטימציה במדינת המקום (משמע, ברוונדה ובמדינות שהוקמו במקום יוגסלביה).
2. עלות – יקרים ביותר.
3. העדר יעלות – נסגרו אחרי כמעט שלושים שנה לאחר שכל אחד מהם עסק בכ-200 תיקים בלבד.
4. לא יצרו הרתעה מספקת: לכן בקוסובו ובמקדוניה כבר נשלחו כוחות מזוינים.
5. סלקטיביות: למה דווקא הסכסוכים הללו ולא אחרים, ובנוסף למה דווקא הנאשים הספציפיים (הרי מעטים הועמדו לדין).
6. צדק של מנצחים: ברואנדה רק צד אחד מועמד לדין. ב-ICTY אבל שני הצדדים.

עקב החסרונות הללו, בשלהי שנות ה-90 יש מעבר להתמקדות ב-3 מנגנוני אכיפה אחרים כתחליף לבתי-הדין אד-הוק:

1. סמכות אוניברסאלית.
2. טריבונאלים מעורבים.
3. ה-ICC: בית דין פלילי קבוע.

# סמכות אוניברסאלית

מבוססת על הרעיון שהמבצעים של פשעים בינלאומיים הם אויבי כל האנושות ולכן כל מדינה יכולה להעמידם לדין. במנגנון זה יש פוטנציאל לפתור את הכשל האכיפה, שכן לא תלויים עוד בחסדי מדינת המבצע או בסיכוי הקטן שהמבצע ייתפס בשטח המדינה בה בוצע הפשע – כל מדינה יכולה לאכוף את הדין. **הקושי** – חשש לניצול פוליטי. בכל מדינה עלולים להתחיל לפתוח בהליכים פליליים כדי אורגנים של מדינות שאינן אהודות שם, בטענה לביצוע פשעים בינלאומיים גרעיניים (לדוג': ניסיונות שנעשים ע"י גורמים פרו-פלסטינאים לעשות שימוש, במדינות שונות בעולם, בהליכים מבוססי סמכות שיפוט אוניברסאלית, כנגד גורמים ישראלים). בפועל עקב ניצול פוליטי שכזה, לאחר פריחה של שימוש במנגנון זה בחצי השני של שנות ה-90 יש דעיכה בשימוש בו. מדינות רבות חוקקו בדין שלהם דרישות שמקשות על פתיחת הליך על סמך סמכות אוניברסאלית.

בנוסף יש תמיכה הולכת בגוברת בכך **שעקרון החליפיות** (מקביל לעקרון ההשלמתיות של ה-ICC עליו נדבר בהמשך) הוא חלק מהדין הבינלאומי המנהגי בנושא. לפי עקרון זה מדינה יכולה להעמיד לדין אדם על בסיס סמכות אוניברסאלית רק אם אף אחת מהמדינות הקשורות למקרה (מדינת העבריין, המדינה בה בוצע הפשע, ומדינת הקורבן) אינה מעוניינות ואינה יכולה להעמידו לדין. **נדרש לשים לב שלא ננטשה לחלוטין דוקטרינת הסמכות אוניברסאלית.**

יצוין שגם בארץ הדין הפלילי מאפשר הפעלה של דוקטרינת הסמכות האוניברסאלית בנוגע לפשעים בינלאומי גרעיניים שמעוגנים באמנה בינלאומית שישראל צד לה (רלוונטי לרצח עם ולחלק מפשעי המלחמה): **ס' 16(א) לחוק העונשין קובע**: "דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן, והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העבירה אשר יהא**".**

**בתי-דין מעורבים (מכונים גם בתי-דין היברידים)**

אחת האלטרנטיבות שמסוף שנות ה-90 פונים אליה במקום להקים ביה"ד אד הוק בתגובה למקרה (כגון מלחמה) בו בוצעו פשעים בינלאומיים היא להקים ביה"ד מעורב/היברידי שיעסוק באותו האירוע. בדומה לבתי-הדין אד-הוק, מדובר בבתי דין שמתכנסים על מנת לעסוק בסכסוך ספציפי ולאחר שמסיימים לדון באותו עניין הם מתפרקים, אז מה ההבדל בין בתי דין מעורבים לבתי דין בינלאומיים-אד-הוק?

קשה לתת הגדרה מדויקת לביה"ד מעורב (ולכן יש בתי-דין שלגביהם קיימים חילוקי דעות האם הם שייכים או לא שייכים לקטגוריה הזו), אבל, בגדול, מדובר בית דין פלילי המערכת אלמנטים מדינתיים ובינלאומיים, בדרך כלל באחד לפחות משני האלמנטים הבאים:

1. מבחינה מוסדית יש עירוב של גורמים מהמדינה ומהזירה הבינלאומית (נניח חלק מהשופטים מקומיים וחלק מבחוץ), ו/או חלק מגורמי התביעה מקומיים וחלקם מבחוץ.
2. מבחינה נורמטיבית: בתי הדין הללו יכולים להעמיד לדין גם על הפרה של דין מדינתי וגם על הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי [לפעמים יש גם עירוב בתחומי דין אחרים כגון בדין הפרוצדוראלי]. מידת העירוב של שני המערכות (הן מהבחינה המוסדית והן מהבחינה הנורמטיבית) משתנה בין הטריבונאלים השונים השייכים לקטגוריה זו. בתי הדין ההיברידיים הקלאסיים הם בסיירה לאון (שסיים לאחרונה את עבודתו), בקמבודיה (שהתעסק במעשה החמרוג'). דוגמאות נוספות לבתי-דין שרבים מחשיבים כבתי דין היברידים/מעורבים ניתן למצוא: בלבנון, בקוסובו, בגווטמאלה, בסרביה, בבוסניה ועוד, הכול תלוי איך מגדירים טריבונאל מעורב/היברידי.

**היתרונות הפוטנציאלים של בתי-הדין המעורבים (בהשוואה לבתי-הדין אד הוק דור ב):**

1. **יש להם את הפוטנציאל להיות יעילים יותר וזולים יותר בהשוואה לבתי דין אד-הוק**: מכיוון שהם "רוכבים" על גבי מערכת המשפט הפלילי המדינתית הקיימת (לא צריך להקים מאפס מערכת חדשה). השופטים והתובעים מיומנים, מכירים את המקום, יש "רכיבה" על מערכת מוכרת וידועה שיכולה ליצור מצב של יעילות גדולה יותר.
2. **יש להם את הפוטנציאל לזכות ביותר לגיטימיות מצד המקומיים**: גם בדיקטטורות הרבה פעמים (אם כי לא בכל הדיקטטורות) מערכת המשפט זוכה ליותר לגיטימיות בהשוואה למוסדות השלטון האחרים, ולכן אם מקימים בתי דין כזה במדינה שהייתה לפני האירוע דיקטטורה, ובתי המשפט באותה דיקטטורה נחשבו ליחסית לגיטימיים, אז יש יותר סיכוי שפסקי הדין של בית הדין ההיברידי (שבו כאמור מעורבים שופטים מקומיים) יזכור ללגיטימיות בקרב האוכלוסייה המקומית גדול יותר (זה לא שהם שופטים אותנו אלא הם עוזרים לנו לשפוט את עצמנו).

**מה הבעיות של בתי דין מעורבים? – שלוש בעיות:**

1. בתי הדין ההיברידיים לא מתאימים לכל האירועים (אלא בעיקר למקרים שקרו במדינה אחת) – כאשר יש מלחמה בין שתי מדינות, על איזו מערכת משפט קיימת אנחנו יכולים לרכוב?
2. קיים חשש שבית הדין יחשוב על עצמו יותר מדי כבית דין בינלאומי, הוא יפסיק לחשוב על עצמו כהיברידי אלא יתחיל להתנהג בפועל כבית דין בינלאומי אד הוק והבעיה בכך היא שהוא עלול עקב כך לאבד את הלגיטימיות של האוכלוסייה המקומית. לדוגמא: בסיירה לאון, לא בוצעה העמדה לדין אחת על בסיס הדין המדינתי, ובית המשפט ציטט יותר פסקי-דין קנדים, מאשר פסקי דין מכל מדינות אפריקה יחדיו (מישהו יכול לנחש מאיזו מדינה הגיע נשיא ביה"ד?).
3. קיים גם חשש הפוך לחשש השני: עשויה להיות השפעה יותר מדי גדולה של השלטון המקומי על בתי הדין ההיברידיים וזה מחטיא את המטרה. ההנחה שעומדת בבסיס בתי-הדין הללו היא שאם יכניסו אלמנט בינלאומי שיהווה מעין פיקוח על ההליך (לדוגמא: שופט או תובע בינלאומי), אז ההליך יהיה יותר ראוי. אבל יש מקרים בהם זה לא עובד או לא עובד מספיק טוב. לדוגמא: בקמבודיה, כאשר התהליך בפני בית הדין התחיל להציק למדינה הקמבודית יותר מדי, והלחץ הבינלאומי הראשוני להקים את ביה"ד נחלש, קמבודיה דאגה לא להעביר תקציב מספיק לבית הדין (בשלב מסוים השופטים המקומיים בבית הדין אפילו פתחו בשביתה כי לא העבירו להם משכורת במשך שלושה חודשים). (יש לדעת שגורמים שהיו קשורים לשלטון החמארוז מעורבים גם היום בשלטון בקמבודיה ולכן יש ניסיון מצידם לצמצמם את פעילותו של בית הדין המעורב שם).

לאור החסרונות של בתי-הדין ההיברידים/מעורבים, בסביבות 2014-2005 הייתה דעיכה יחסית בפנייה לשימוש בחלופה של הקמת בתי דין כאלו. עם זאת, בחמש/שש שנים האחרונות אנחנו רואים פריחה מחודשת של הפניה לחלופה של הקמת בתי-דין ההיברידים/מעורבים ולא בטוח שזה מסיבות טובות. לפחות בחלק מהמקרים, זה ניסיון להימנע מהעברת המקרים ל-ICC או למדינה זרה (שתפעל על יסוד סמכות אוניברסאלית), וזאת מתוך הנחה של השלטונות המקומיים שעל בית דין מעורב ההשפעה שלהם תהיה יותר גדולה.

**ה-ICC {ביה"ד הפלילי הקבוע היושב בהאג (לא לבלבל עם ה-ICJ שגם יושב בהאג)}**

האמנה של ה-ICC (אמנת רומא) מנוסחת ב-1998, ב-2002 ביה"ד פותח את שעריו לאחר שיותר מ- 60מדינות הצטרפו. כיום, יותר מ-120 מדינות חברות (הכמות הכה גדולה בזמן כה קצר – מעידה שמשהו השתנה בעולם) -בשנים האחרונות נחלש מעט – מספר מדינות פרשו, ומספר מדינות נוסף איימו לפרוש. יש לו בעיות לחקור ולתפוס נאשמים בחלק מהמקרים אבל עדיין בגדול הוא שורד ומתפתח.

מה הכללים שחלים לגביו:

1. מוגבל רק לעבירות המנויות באמנה (כדי להקטין את הטענות לאי-אזהרה מוקדמת ולעמימות הדין).
2. מוגבל רק לפשעים שבוצעו לאחר הקמתו (כדי להקטין את הטענות לרטרואקטיבית).
3. חל רק על מקרים שנוגעים למדינות שחברות באמנה (משמע, שהפשע בוצע בשטחן או על ידי אזרח שלהן, לא די בכך שהקורבן הוא אזרח שלהן) או ביקשו להעניק לתובע סמכות אד הוק, או הסמכה של מועה"ב (לוב, סודן). (כדי להקטין טענות של צדק של מנצחים). כיוון שהפלסטינאים הוכרו כמדינה חברה ב-ICC. עמדת התובעת של ה-ICC היא שיש לביה"ד סמכות על מעשים שמבוצעים באיו"ש אפילו אם הם מבוצעים ע"י גורמים ישראלים. מכפי שדנו בשיעור על "המדינה" התובעת פנתה לביה"ד על מנת לקבל פסיקה שתכריע בשאלה האם היא צודקת בעמדתה כי הפלסטינים הם מדינה – בקרוב נדע מה בית הדין עצמו חושב.
4. חומרה: כדי שלביה"ד תהיה סמכות שיפוט במקרה ספציפי (שקרה במדינות שלגביהן יש לו סמכות שיפוט), גם הסכסוך צריך להיות חמור, וגם הפשעים הספציפיים בסכסוך שנבחרים להגשת כתב אישום צריכים להיות חמורים - ולפי הפרשנות שניתנה ע"י ה- ICC לדרישה זו גם הנאשמים צריכים להיות האחראים העיקריים (כדי להקטין את האפשרות לניצול פוליטי לרעה).
5. **עקרון השלמתיות**: כדי שהתובע של ה-ICC יהיה רשאי לחקור ולהעמיד לדין, בית הדין יהיה רשאי לדון במקרה, לא די שיש סמכות שיפוט בהקשרה של המדינה הרלוונטית, ולא די שיש עמידה בתנאי החומרה, נדרש בנוסף עמידה בתנאי ההשלמתיות (משמע, נדרש להראות שהמדינות הרלוונטיות אינן מוכנות או אינן יכולות להקים הליך פלילי ראוי בנוגע לאותו מקרה) שוב מדובר בתנאי שנועד להקטין את האפשרות לניצול פוליטי וכדי לתת תמריץ למדינות לאכוף את הדין.

**פשעים בינלאומיים גרעיניים – הגדרות:**

**פשעי מלחמה:** האיסורים של דיני הלחימה (IHL) חלים על מדינות, המונח פשעי מלחמה מתייחס לאותם דיני לחימה שהפרתם גוררת סנקציה לא רק כנגד מדינת המפר אלא גם סנקציה פלילית כנגד האדם המפר.

במשפטי נירנברג קבעו כי כל הפרה של דיני הלחימה הינה הפרה פלילית. הקביעה האמורה היא בעייתית:

1. חלק נכבד מדיני הלחימה הם עמומים ולכן אין מספיק אזהרה מוקדמת: למשל, קיים איסור בדיני הלחימה על שימוש בנשק שגורם סבל מיותר אבל קיים ויכוח אדיר אילו נשקים הם אלו שגורמים לסבל שכזה.
2. חשש לשימוש פוליטי: כל מדינה תפרש את הדין העמום על מנת לצבוע את מעשי אנשי מדינת האויב כפשעי מלחמה (ככל שרשימת האיסורים גדולה יותר, ותחת ההגדרה של נירנברג היא מאוד גדולה, יש כר נרחב יותר לניצול לרעה שכזה).
3. לא כל דין מדיני הלחימה מגן על עקרון מוסרי בסיסי אוניברסאלי: למשל, קיימת בדיני הלחימה חובה לתת קבלה לאזרח בשטח כבוש אם וכאשר גורם של הכוח הכובש מחרים לא רכוש. האם עצם אי הענקת הקבלה היא מעשה חמור דיו כדי שראוי שנקרא לו פשע מלחמה (יש כמה פסקי-דין מאחרי מלחמת העולם השנייה שזה היה פשע המלחמה בגינו הורשעו חיילים גרמניים). אם אין פגם מוסרי כה חמור – נחלשת ההצדקה הנורמטיבית שקיימת בבסיס הרציונל של המשב"ל הפלילי המאפשר להעמדה לדין במערכות משפט שהן זרות. כמו כן, אם הפגם המוסרי אינו חמור מספיק עלול להיווצר קושי של היעדר אזהרה מוקדמת.

כיום יש מעט מאוד תומכים בהגדרה האמורה שניתנה בנירנברג ל-"פשע מלחמה" (אבל עדיין ישנם כאלו).

* לאור הביקורת על הגישה הזו, כבר לאחר מלחמת העולם השנייה הוצעה גישה אחרת: "משטר ההפרות החמורות". ע"פ גישה זו, רק הפרה של דיני לחימה מסוימים, חשובים, תחשב פשע מלחמה. איך יודעים מה היא הפרה חמורה? **ראשית**, כל אחת, מאמנות ז'נבה מגדירה אילו ס' שלה הפרתם מהווה הפרה חמורה (משמע, כפשע מלחמה), כנ"ל הפרוטוקול ה-I שהרשימה בו יותר ארוכה.
* מה קורה אם בפרוטוקול ה-I משהו מוגדר כפשע מלחמה ומדינה שלא חתומה על הפרוטוקול סבורה שזה לא פשע מלחמה (לא רלוונטית לאמנות ז'נבה כי כמעט כל מדינות העולם חתומות), היא יכולה לטעון שהקביעה שזה אינו משקף את הדין מנהגית. טיעון זה יהיה יחסית חלש אם האיסור כבר היה קיים באמנת ז'נבה והשינוי שנעשה בפרוטוקול הוא רק הקביעה שמדובר בפשע מלחמה (כי המדינה כבר הסכימה שזה אסור, ומאחורי המדינה קיימים אנשים).
* מה קורה אם משהו לא מוגדר באמנות ז'נבה או בפרוטוקול ה-I כהפרה חמורה, האם זה אומר שהוא לא פשע מלחמה? הכוונה כאן היא לדיני לחימה שמעוגנים רק במשפט המנהגי, או שמעוגני ם מלבד במנהג גם בתקנות האג שלא כוללות משטר הפרות חמורות, או שמעוגנים באמנות ז'נבה או בפרוטוקול ה-I אבל לא נוסחו שם כהפרות חמורות, אבל מאז שנוסחו האמנות הללו, נוצר קונצנזוס שהפרתן מספיק חמורה כדי להוות פשע מלחמה.
* המבחן המקובל לזיהוי אילו מבין הדינים הללו הפרתם מהווה פשע מלחמה נקבע ב-1995 **בפס"ד טאדיץ** של ICTY והוא דורש התקיימות 2 תנאים: 1. מדובר בהפרה רצינית של נורמה חשובה ו2. שנוצרה פרקטיקה רווחת בקרב המדינות של הטלת אחריות אישית פלילית על מפרי אותה נורמה. כיוון שהמבחן שנקבע **בטאדיץ** הוא עמום, יתכנו מקרים בהם יהיו חילוקי דעות האם הפרה של דין לחימה כזה או אחר מהווה פשע מלחמה.

כדי להימנע מוויכוחים שכאלו בהקשר של ה-ICC, המדינות שניסחו את אמנת רומא, החליטו לקבוע במקומו, בס' 8 של האמנה, רשימה סגורה של פשעי מלחמה (רשימה זו, נסמכת על פס"ד טאדיץ ועל פסיקה שהלכה בעקבותיו ולכן הרשימה שם הרבה יותר מפורטת מרשימת ההפרות החמורות שקיימת באמנות ז'נבה). בגדול הרשימה טובה והיא כיום, במידה רבה, נקודת ההתחלה לדיון בשאלה האם מעשה מסוים הוא פשע מלחמה, אך, בשוליים יש בה בעיות:

1. היא כוללת מספר איסורים שלא כולם חושבים שהם מנהגיים (למשל ,האיסור על העברת אוכלוסייה של המדינה הכובשת לשטח הכבוש שעמדת מדינת ישראל היא שהקביעה שמדובר בפשע מלחמה אינה משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי, דוגמא נוספת, לפי ה-ICC ביצוע מצב גורמים של המדינה של אונס של חיילי אותה המדינה ,בהקשר של המלחמה יכול להיחשב כפשע מלחמה, בעוד שיש הטוענים שלפי הדין המנהגי רק או נס של אנשים מהצד השני ללחימה מהווה פשע מלחמה).
2. הרשימה באמנת רומא כוללת מספר איסורים שכולם חושבים שהם מנהגיים (למשל, עבדות שאינה מינית ואינה שיטתית במהלך מלחמה, או פשע המלחמה של ענישה קולקטיבית, או פשע המלחמה של הטלת פחד באוכלוסייה אזרחית), האמנה אף מצהירה מפורשות שהיא מודעת שיש פשעים בינלאומי ים שאינם כלולים בה.

לפיכך, כשמדובר בהליך בפני ה-ICC השאלה מהו פשע מלחמה שלבית הדין יש סמכות לגביו תקבע לפי ס'8 לאמנת רומא. שמדובר בהליך שמתנהל במקום אחר, למשל, במדינה כלשהי המפעילה סמכות אוניברסאלית, הרשימה בס' 8 תהיה נקודת התחלה טובה. אבל אם רוצים לטעון שמשהו מופיע ברשימה הוא לא פשע מלחמה, או שמשהו שלא מופיע ברשימה הוא כן פשע מלחמה, ניעזר בדוקטרינה שנקבעה בטאדיץ {לחלופין, אולי נטען שכל הפרה של דין מדיני הלחימה היא פשע מלחמה (משמע, ננסה להסתמך על המבחן שנקבע בנירנברג), אבל, כאמור, גישה זו היא גישת מיעוט כיום}.

**פשעים נגד האנושות (קשר הדוק לדיני זכויות האדם) המאפיינים:**

1. מעשים נפשעים במיוחד הפוגעים באופן חמור בכבוד האדם. סעיף 7(1) לאמנת רומא מציין מעשים שונים שהם פשעים נגד האנושות – ומוסיף סעיף סל של – "מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה...".
2. המעשים מבוצעים כחלק ממדיניות ממשלתית או כחלק מפרקטיקה רחבה ושיטתית: 1. התקפה רחבת היקף – כמות, או 2.התקפה שיטית – איכות – משמע תכנון ותמיכה מגבוה.
3. כיום איסור הפלילי חל על ביצוע המעשים הן במלחמה והן בשלום.
4. הקורבנות המובהקים של הפשעים הם אזרחים – אך יתכן ולאור הניתוק מאלמנט המלחמה יכולים להיות הקורבנות (לפחות שלא בזמן מלחמה) גם חיילים.

**השמדת עם**

ישנם 2 רכיבים:

**רכיב פיזי** – ביצוע אחד מהמעשים הבאים, כנגד קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית:

1. הריגת חברי הקבוצה.
2. גרימת נזק נפשי או גופני לחברי הקבוצה.
3. בכפפת הקבוצה לתנאי חיים שיש בהם כדי להביא להרס פיזי של הקבוצה.
4. שימוש באמצעים למניעת לידות בקבוצה.
5. העברת ילדים מהקבוצה לקבוצה אחרת (לפי העמדה המקובלת מדובר ברשימה סגורה, אך יש עמדות אחרות).

**רכיב הכוונה** - המעשים בוצעו מתוך כוונה להביא להרס מלא או חלקי של הקבוצה באשר היא קבוצה.

**פשע התוקפנות/ פשעים כנגד השלום (הוגדר על ידי נירנברג – the supreme international crime)**

בגדול, הפשע האמור עוסק בהטלת אחריות אישית פלילית על בני אדם בגין הפרות חמורות של ה-JUS AS BELUM (משמע, של הדין הבינלאומי הקובע מתי מותר לצאת למלחמה – דיני השימוש בכוח).

קיימות הגדרות שונות לתוקפנות: **ראשית**, קיימות ההגדרות שניתנו בנירנברג וטוקיו (אך אלו, במידה רבה, לא רלוונטיות היום כי דיני JAB, השתנו במידה רבה בעקבות הקמת האו"ם. **שנית**, למועצת הביטחון יש סמכות בסעיף 39 לקבוע שמעשה של מדינה הוא מעשה תוקפנות (לשים לב שההתמקדות היא במדינה ולא באדם, אם כי בתיאוריה מועה"ב יכולה גם לקבוע שאדם ביצע פשע תוקפנות).

ההגדרה החשובה ביותר כיום נמצאת בתיקון שנעשה ב-2010 לאמנת רומא, של ה- ICC (נדבר על הגדרה זו בהמשך).

פשע התוקפנות יותר בעייתי פוליטית, בהשוואה לפשעים הבינלאומיים הגרעיניים האחרים, מהסיבות הבאות:

1. ה-JUS AD BELLUM הם דינים עמומים במיוחד, וההחלטה לצאת למלחמה היא החלטה שבה יש השפעה גדולה לשיקולים פוליטיים (לכן, יש חשש גדול במיוחד כי האשמות בדבר ביצוע הפשע, כמו גם הכחשות שבוצעה פשע – תהיינה מונעות משיקולים פוליטיים).
2. ההחלטה לצאת למלחמה היא החלטה שמבוצעת על ידי ראשי המדינה (יתירה מכך – כיום, הגדרת העבירה אף מגבילה את האחריות רק לבכירים) – וניתן לשער שאלו פחות מוכנים שהם יועמדו לדין משזוטרים יועמדו לדין.
3. מאז הקמת האו"ם, החלטות בדבר הפרת של השימוש בכוח (לרבות שמעשה מהווה תוקפנות) היו מסורות באופן בלעדי למועצת הביטחון וקיים למעצמות אינטרס חזק שלא להעניק סמכות שכזו לגוף אחר.

עקב הבעייתיות הפוליטית האמורה, בשונה מהפשעים הבינלאומיים האחרים, פשע התוקפנות, לא נאכף מאז המשפטים שנערכו לאחר מלחמת העולם השנייה. עם זאת, בשנים האחרונות הוא חווה התעוררות מפתיעה לחיים.

**נסביר את התהליך**: כשניסחו את אמנת רומא, מצד אחד, לא היה נעים לא לכלול את פשע התוקפנות (אחרי הכול הוא הוגדר בנירנברג – the supreme international crime). מאידך, נציגי המדינות היו מודעים לבעייתיות הפוליטית שלו ולכן לא באמת רצו שתהיה ל-ICC סמכות בנוגע אליו. לאור זאת נקבעה פשרה: בסעיף 5 לאמנת רומא נכללה אמירה לפיה תהייה לסמכות ה-ICC לגבי עבירה זו תהיה רק כשתצורף הגדרה של הפשע האמור לאמנה (משמע, רק לאחר שהמדינות תסכמנה על הגדרה כזו). מבחינה מעשית, כולם היו בטוחים שסעיף זה יישאר אות מתה. אך, בניגוד לצפיות, בשנת 2010, הגיעו המדינות להסכמה בדבר הגדרה כאמור, בהחלטה שהתקבלה אז, נקבע שלבית הדין תהיה סמכות בנוגע לפשע התוקפנות רק בהקשרן של מדינות שתסכמנה לכך (משמע, בכל מקרה לא בהקשרן של כל המדינות החברות באמנת רומא), וזאת אך ורק אם בתוך תקופה של שבע שנים לפחות 30 מדינות תסכמנה להעניק לבית הדין, בהקשרן, סמכות שיפוט בנוגע לפשע התוקפנות. לאחר מכן, תתקבל החלטה ברוב של שני שליש מכלל המדינות החברות ב-ICC להתחיל להפעיל את סמכות השיפוט. רבים האמינו שתנאים אלו לא יתממשו, אבל בניגוד לצפיות אלו, במהלך השבע השנים שחלפו, 35 מדינות (כיום זה כבר 40) נתנו את הסכמתן להחלטת סמכות שיפוט כאמור בהקשרן, וב-14 לדצמבר 2017, הסכימו המדינות החברות, פה אחד, כי החל מיולי, 2018, תהיה ל-ICC סמכות לדון בפשע התוקפנות; אם כי ההחלטה האמורה מבהירה שלבי ת דין לא תהיה סמכות שכזו אם הפשע בוצע ע"י אזרח של מדינה שלא נתנה את הסכמה להענקת סמכות שיפוט כאמור לבית הדין , ובטריטוריה של מדינה כאמור (וזאת אף אם מדובר במדינה החברה ב-ICC) (וזאת אלא אם מועצת הביטחון הפנתה את המקרה ל-ICC).

במילים אחרות ל-ICC יכולה להיות סמכות שיפוט בנוגע לפשע התוקפנות באחד משני מצבים:

1. מועצת הביטחון העניקה לו סמכות שכזו (ואז זה יכולה להיות נוגע למעשה שבוצע באיזושהי מדינה בעולם ע"י אזרח של מדינה כלשהי בעולם).
2. הפשע בוצע על ידי אזרח של מדינה חברה ב-ICC שבנוסף להיותה חברה ב-ICC הסכימה להחיל על עצמה באופן ספציפי סמכות שיפוט של ה-ICC בנוגע לתוקפנות פלוס (התנאים הם מצטברים ולא חליפיים כמו בנוגע לפשעים אחרים), המעשה גם בוצע בשטח של מדינה חברה ב-ICC שבנוסף להיותה חברה ב-ICC הסכימה להחיל על עצמה באופן ספציפי סמכות שיפוט של ה-ICC בנוגע לתוקפנות.

**"פשע התוקפנות"** מוגדר באמנה רומא כ: תכנון, הכנה, יוזמה או ביצוע, של "מעשה תוקפנות" שלאור אופיו ,חומרתו והיקפו, מהווה הפרה בעליל של אמנת האו"ם, ע"י אדם הנמצא בפוזיציה המאפשרת לו לפעיל שליטה על או להכווין את הפעילות הצבאית או הפוליטית של מדינה.

**"מעשה תוקפנות"** מוגדר כשימוש בכוח מזויין על ידי מדינה כנגד הטריטוריה, העצמאות הפוליטית או הריבונות של מדינה אחרת, או בכל אופן אחר שאינו תואם את אמנת האו"ם.

העובדה שהמדינות, בכל זאת, הצליחו להגיע להגדרה מוסכמת ל-"פשע תוקפנות", למרות הרגישות הפוליטית של הסוגיה, מהווה אינדיקציה שלמשב"ל הפלילי יש יותר כוח משסבורים אלו שמספידים אותו בשנים האחרונות.

שאלה מעניינת היא האם בפועל יהיו תיקים ב-ICC בנוגע לפשע התוקפנות (ויוזכר – ל-ICC יש סמכות בנוגע רק לגבי מדינות שהסכימו לכך). שאלה נוספת מעניינת האם היו הלכים העמדה לדין בהקשרים אחרים, למשל, בבית משפט מדינתי, על סמך סמכות אוניברסאלית (ספק רב –בגלל הרגישות הפוליטית אבל אין לדעת).

**שיעור מספר 24 – דיני זכויות אדם - 12.01.2022**

**מבוא**

בניגוד לרוב כללי המשב"ל דיני זכויות האדם מתעסקים במה שקורה בתוך המדינה ולא ביחסים בין המדינות. הוא בא ואומר למדינה כיצד להתנהג לכלל אזרחיה. מבחינה היסטורית כללים אל התפתחו לאחר מלחמת העולם ה2, בהשראת העובדה שכבר קודם לכל התפתחו מספר תחומים (בודדים) במשב"ל שבהם תכלית מרכזית של הדינים באותו התחום היא הגנה על זכויות של בני אדם (והכוונה היא בעיקר לדיני הלחימה ולמשטר ההגנות על זכויות המיעוטים).

מלחמת העולם ה2 ערערה את התפיסה לפיה כל מדינה דואגת לאזרחיה. הסכם לונדון: מוקם בית דין בינלאומי שבו (לפי הנרטיב המקובל) לראשונה נקבע שרדיפה של אזרחים מהווה פשע בינלאומי ("פשע נגד האנושות").

ב1945, אחרי משפטי נירנברג ואמנת האו"ם, שיקולים תקופתיים כמו קולוניאליזם והיעדר זכות בחירה הגבילו את האזכור בחוקת הארגון של נורמות המשב"ל עניינים פנים- מדינתיים. כן ניתן למצוא מספר אזכורים שמגדירים את זכויות האדם כאחד הנושאים שבסמכות ואחריות האו"ם:

1. ס' 1(2) – אחת ממטרות האו"ם היא לפעול באופן המכיר בזכות להגדרה עצמית.
2. ס' 1(3) – אחת ממטרות האו"ם היא להשיג שת"פ בין מדינות לשם קידום ועידוד כבוד לזכויות וחירויות אדם יסודיות ללא אפליה.
3. ס' 55-56 – על מדינות העולם לסייע לארגון לקדם שמירה על זכויות אדם וחירויות יסודיות ללא אפליה.

מעורבות האו"ם בתוך המדינה מעלה מתח בין שתי עקרונות:

מצד אחד אין להתערב בענייניה הפנימיים של המדינה, מצד שני יש רצון וצורך לשמור על זכויות אדם בסיסיות. באותה התחלה עם הזמן יש לנו פריחה אדירה של דיני זכויות האדם, פריחה אדירה של אמנות וגופים שעוסקים בזכויות האדם. במבט על האו"ם בתוכו ובעצמו יש פריחה אדירה של גופי או"ם שונים שהעיסוק העיקרי שלהם הוא בזכויות אדם. בין הגופים האלו ניתן למצוא: ILO, UNESCO, UNISEF וכגון להלן:

1. **נציבות זכויות האדם של האו"ם (1946-2006)** – הוא מוקם כגוף מאוד חיובי ובעצם הוא מנסח בהנהגתה של אלינור רוזוולט את ההכרזה בדבר זכויות האדם בעולם. העבודה שעמדה בראשו אלינור רוזוולט, הרכבו היה הרכב של נציגי מדינות ואנשים פוליטיים. מה שהוביל לכך שעם הזמן הוא עובר שינויים פוליטיים, הרבה מהכיסאות מתמלאים ע"י מדינות שאינן חסידות גדולות של זכויות אדם. ב2006 נעשית רפורמה שמבטלת את הגוף הזה ומחליפה אותו בגוף חדש שנקרא **מועצת זכויות האדם של האו"ם** שהשאיפה שגוף זה יהיה מאוזן יותר. בהקשר הישראלי השאיפה הזו התבדתה. שני הגופים הללו מונו ועדות חקירה בהקשרים של עימותים שהיו לישראל מול עזה ואיו"ש שהמסקנות שם לא היו לטובת ישראל. כל ועדה נדרש להסתכל בשונה ולשים לב מי עומד בראשות הועדה.
2. **הנציב העליון לזכויות אדם של האו"ם (בקיצור נציב זכויות האדם של האו"ם) (1993 ואילך)** – עיקר תפקידו הוא לתאם בין כל גורמי האו"ם השונים שעוסקים בזכויות אדם. בדר"כ האיש שיושב בראש הארגון הוא מאוזן. זה לא בהכרח שהאדם והמשרד שהוא עומד בראשו תמיד נחמדים לישראל זה אומר שבאופן יחסי זה גורם יחסית מאוזן.
3. **הוועדה לזכויות אדם (מכוח אמנת ICCPR 1966)** – ועדה זו היא גוף שהוקם מכוח האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות. אמנה זו נוסחה ב1966 ונכנסת לתוקף ב1976, מכוח אמנה זו מתקיימת ועדה של מומחים למשפט בינלאומי. היא הפרשן המוסמך של האמנה לזכויות האדם הפוליטיות. זה גוף שמידי פעם מוציא דוחות מאוד ביקורתיים נגד ישראל, אך אינו מוטה פוליטית נגד ישראל. למען האמת היושב ראש הנוכחי שלה הוא פרופסור יובל שני מהאונ' העברית.

**דיני זכויות אדם באו"ם**

ב1948 מתקבלת באו"ם ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, שכוללת בתוכה מספר זכויות אדם בסיסיות (כגון משפט הוגן וחופש ביטוי) וגם עקרונות חשובים (כגון האוניברסליות של זכויות האדם). ההכרזה נתנה לגיטימציה לעיסוק בזכויות אדם, קידמה את השיח בנושא וגם הולידה אמנות נוספות בתחום זה. האם להכרזה מעמד משפטי? הכרזה זו טוענת כי היא אינה אמנה והיא לא מחייבת. היום בשונה מ1948 יש עמדה מאוד רווחת שאומרת שהנורמות בהכרזה הפכו להיות מנהגיות מכיוון:

1. הערכים בהכרזה אומצו באמנות בינלאומיות.
2. היא התקבלה בהסכמה נרחבת.
3. החלטות מאוחרות של האו"ם אזכרו את ההכרזה.
4. כללי ההכרזה אומצו לדין הפנימי במדינות רבות.

מצד שני הכוונה לא הייתה ליצור דין מחייב, ויש גם זכויות שאינן מקוימות. לכן כנראה שרק חלקים מההכרזה הפכו למנהג.

לאחר ההכרזה, נעשים ניסיונות ליצור אמנה מחייבת. אבל בפועל רק אחרי שנים רבות (בגלל פוליטיקה) התקבלו שתי האמנות המרכזיות (ב1966 נפתחו האמנות לחתימה והן נכנסו לתוקף ב1976). הסיבה שמתקבלות שתי אמנות שונות הן בעקבות הפיצול הפוליטי.

1. אמנה בדבר אזרחיות ופוליטיות (1976) – "זכויות דור ראשון", המערב דחף לה.
2. אמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות (1976) – "זכויות דור שני", הגוש הסובייטי דחף לה.

זכויות דור ראשון הן התעסקות של המדינה בלא לפגוע כמו למשל הזכות לבחור, הליך הוגן וכו'. זכויות דור שני זה הזכויות הכלכליות, התרבותיות והחברתיות והאלמנט האקטיבי שלהן הוא יותר חזק כמו לספק תנאי מחייה בסיסיים, דיור הוגן, חינוך וכו'. לכן, בעבר הייתה פחות תמיכה לזכויות הדור השני לפחות בגוש המערבי וכיום ההשקפה היא ששתי התפיסות האלו יש חובה חזקה למדינה לקיים אותן ובהתאם למרבית המדינות בעולם חתומות על שתי האמנות האלו.

הזכות לקניין לא נמצאת באף אחת מהאמנות הללו כי הקומוניסטים התנגדו. מידת החובה לפחות בניסוח הפורמלי שמוטלת על מדינה לממש את הזכויות התרבותיות והכלכליות היא חלשה יותר ביחס לנוסח בדבר אופי החובה שיש למדינות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. כיום ההשקפה היא ששתי הקבוצות של זכויות יש חובה חזקה למדינה לקיים אותן. בהתאם מרבית המדינות בעולם חתומות על שתי האמנות האלו. הערה: לפי **הפרשנות של מועצת זכויות האדם** לא תינתן פרישה מאמנות אלה ברגע שמדינה הצטרפה אליהן (כשצפון קוריאה ביקשה לפרוש).

לאורך השנים גובשו אמנות נוספות (אמנת הג'נוסייד, מניעולכל האמנות הגלובאליות יש להוסיף גם אמנות אזוריות העוסקות בזכויות אדם כגון האמנה האירופית לזכויות אדם.

**מאפיינים באמנות זכויות אדם**

כאשר מדובר בזכויות אדם, אין למדינות אינטרס לוודא שהדין נאכף מדינות אחרות. במצב שכזה ייווצר כשל אכיפתי וכדי למנוע אותו אומצו באמנה מנגנונים שונים במפורש/בדרך פרשנית דינים ומנגנונים שונים שמטרתם לצמצם את אותו כשל אכיפתי. המנגנונים:

1. באמנות רבות מוקם גוף עצמאי/ועדה שמטרתה לקדם את יישום האמנה במספר דרכים:
2. הוועדות מקבלות פחם בתקופה דוחות תקופתיים מהמדינות (ודוחות צללים) שבהם דיווח על מצב זכויות האדם במדינה ומפרסמות את הערותיהן לדיווח של המדינה.
3. כל ועדה מהווה את הפרשן המוסמך של האמנה שהקימה אותה ובהתאם כל ועדה מפרסמת הערות פרשניות על נוסח האמנה, שבעזרתן ניתן להבהיר מושגים שונים באמנה ולתחום את היקפה.
4. חלק מהאמנות כוללות מנגנון המאפשר למדינות אחרות להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בגין הפרת זכויות אדם לפי האמנה.
5. חלק מהאמנות כוללות מנגנון המאפשר פרטים להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בגין הפרת זכויות אדם לפי האמנה (ככלל, מנגנון שכזה קבוע בפרוטוקול אופציונאלי, כך שרק כנגד מדינה שחתמה על המנגנון האופציונלי פרטים יכולים להגיש לוועדה תלונות). פרוטוקול אופציונלי – זה שהמדינה חתמה זה לא מספיק היא חייבת לחתום על פרוטוקול ובו היא מאשרת לוועדה לתת לה תלונה אם היא לא עומדת בתנאי האמנה.
6. ישנן הגבלות על הסתייגויות מאמנות שעוסקות בזכויות אדם (עסקה בכך הוועדה לזכויות אדם בנוגע לה-ICCPR וקבעה) :
7. הסתייגות לא יכולה להיות מנורמה שהפכה מנהגית או קוגנטית (וכפי שכבר ראינו רוב זכויות האדם מנהגיות וכפי שעוד נדון חלקן אף יוס קוגנס).
8. כזכור הסתייגות לא יכולה לפגוע בתכלית ויעוד האמנה, ביחס לזכויות אדם : זוהי חתיכת הגבלה להסתייג.
9. לדעת הועדה, בהקשר של הICCPR הועדה היא הגורם המוסמך להכריע האם הסתייגות מסוימת חוקית, כאשר אם ההסתייגות לא חוקית האמנה חלה על מדינה ללא הסתייגות (לכאורה, לפי דיני האמנות הכלליים הדמינה יכולה להחליט לפרוש מהאמנה, אבל בחו"ד אחרת קבעה הוועדה שה- ICCPR היא אמנה של ניתן לפרוש ממנה). עם זאת חשוב להזכיר שה- ILC מחזיק בדעה אחרת לגבי ההשלכות של הסתייגות לא חוקית {דעה שממנה נובעת גם עמדה לפיה למדינות החברות (ולא הועדה) כקולקטיב תמיד יש את המילה האחרונה הן בנוגע להכרעה שהסתייגות היא חוקית והן בנוגע למתן אפשרות למדינה לפרוש}.
10. נהוג לראות בחלק מזכויות אדם (כמו איסור על עינויים, על עבדות ועל אפליה גזענית) נורמות קוגנטיות. יש גם זכויות שיש חילוקי דעות אם הן יוס קוגנס(למשל, הזכות להליך הוגן).
11. כל זכויות האדם הן נורמות ארגה אומנס ומשמעות הדבר שהחובה לכבדן תקפה כלפי כל העולם (כלומר – כל מדינה יכולה לטעון להפרת זכויות אדם).

אם נסכם: לזכויות אדם משמעות רבה בזירה הבינלאומית (כך, שבין היתר אי-כיבוד זאת אומרת יכול להוביל לסנקציות, חוסר שת"פ), כמו כן יש להן השפעה על הדין הפנימי במדינה (לדוג' פס"ד גלאון).

**הסדרים באמנות זכויות אדם**

נבחן את הכללים שנקבעו באמנות זכויות האדם: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות עוסקות בארבע קבוצות של זכויות:

1. שלמות הגוף – איסור על עינויים ועבדות.
2. הליך הוגן, זכויות במעצר ותנאי כליאה הולמים.
3. חופש תנועה, זכות להקים משפחה, הגנה על קטינים.
4. חירות הפרט – חופש ביטוי, חופש אמונה ומצפון, חירות פוליטית, חופש עיתונות, חופש התאגדות והזכות לבחור ולהיבחר.

עקרון ספציפי שמודגש באמנה הוא הצורך למנוע אפליה, כך נקבע בס' 26 כי: צבע, גזע, מין, שפה, אמונה דתית אחרת, מקום לידה ועוד', לפי הפרשנות היום ססטוס אחר זה כולל נטייה מינית.

סעיף חשוב במיוחד באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות הוא ס' 2 שכולל מספר עקרונות חשובים:

1. על המדינה לכבד ולהבטיח את הזכויות באמנה. עקרון זה מקים לצד החובה הנגטיבית(של לא לפגוע) גם חובות פוזיטיביות כגון: על המדינה להבטיח שאחרים לא יפגעו בזכויות אדם, על המדינה לחקור מקרים בהם הופרה הזכות לחיים.
2. חל איסור על אפליה בשל מין, גזע, מוצא, רכוש ועוד. (לרבות לפי העמדה המשפטית כיום איסור על אפליה ועל בסיס נטיה מינית).
3. על המדינות לאמץ חקיקה שתאפשר את כיבוד הזכויות באמנות.
4. חובה על המדינות לתת סעד אפקטיבי למי שזכויותיו נפגעו.

**תחולת דיני זכויות האדם על ישראל באיו"ש**

**מידת התחולה האקסטריטוריאלית של האמנות** - זה שיש לי זכות צריך להטיל על מדינה כלשהי לדאוג לקיים את הזכות שלי. השאלה היא באילו סיטואציות למדינה יש את החובה הזו, שבעצם כמו שנראה, ההתלבטויות מתחילות להתקיים כאשר אנו מתחילים לדבר על דברים שקוראים מחוץ לשטח הריבוני של המדינה.

ישראל במקור התנגדה לתחולת דיני זכויות אדם עליה באיו"ש על סמך שני טיעונים שכל אחד מהם מציף סוגיה יותר כללית, הטיעונים היו:

1. לאמנות זכויות אדם אין תחולה אקסטריטוריאלית.
2. דיני זכויות אדם לא חלים שיש התנגשות עם דיני הלחימה.

נדון, בקצרה, בכל אחד מהטיעונים והסוגיות:

**העמדות שמדינת ישראל טענה במקור בנוגע לתחולת האמנה בשטחים כלפיה. ישראל טענה במקור כי האמנה לא חלה עליה בשטחים. זאת אומרת החובות שלי לדאוג לזכויות כלפי האמנה לא רלוונטיות כלפי תושבי השטחים. היא התסמכה על שני טיעונים שפותחים לנו נתיב לדון באחד משתי הסוגיות:**

1. **לאמנות זכויות אדם אין תחולה אקסטריטוריאלית** – נוסח האמנה שאומר "כל מדינה חברה באמנה, לוקחת על עצמה את המחויבות לכבד ולהבטיח עבור כל בני האדם הנמצאים בטריטוריה שלה והכפופים לJURISDICTION את הזכויות לפי האמנה". הטענה של ישראל למילה AND באמנה היא וגם/פלוס, כלומר התנאים הם מצטברים. להשקפתה של מדינת ישראל צריך שזה גם יהיה השטח הריבוני של ישראל וגם הריבוניים הספציפיים יהיו תחת JURISDICTION. ברמה העקרונית העמדה של ישראל היא שאמנה לא תחול על כל האזרחים במדינת ישראל. כיוון שהשטחים הם לא חלק מהשטח הריבוני של ישראל, הרי שלהשקפתה אין לה את אותה חובה בהקשר של תושבי השטחים. אבל ישנן 2 בעיות עם הטיעון הזה ולכן הוא לא מקובל היום:
2. AND באנגלית כמו ו' החיבור בעברית יש לה את האפשרות להיות לא רק **"וגם"** אלא **"ואו"** כלומר שייווצרו **תנאים חליפיים ולא מצטברים** (זיו מפנה למאמר של השופט חיים כהן "כסילות ואו טיפשות" כתב מחאה).
3. המונח JURISDICTION יש לו כל מיני פרשנויות חליפיות הרבה יותר רחבות מאשר המשמעות העברית שהיא סמכות שיפוט. לכן הוא סופג את המשמעות של אדם הנמצא תחת הסמכות של המדינה.

לאור שני הדברים הללו **העמדה הרווחת** היום היא שמדובר בתנאים חליפיים ושדרישת ה JURISDICTIONשאותו אדם/השטח הרלוונטי נמצאים תחת שליטה אפקטיבית של אותה מדינה. זה אומר שני מקרים שבוודאות המדינה חייבת לדאוג לתנאים בשטח שנמצא תחת כיבוש שלה. גם ישראל מסכימה שאם זה שטח ריבוני אז היא תדאג לזכויות וגם לשטח תחת כיבוש, האמנה חלה על האוכלוסייה בשטח הכבוש. מקרה שלישי שיש קונצנזוס לגביה היא שליטה אפקטיבית על אדם – מקרה בו מחזיקים אדם במדינה זרה(לדוג': אנשי מוסד שחטפו איש חמאס בשוויץ, הם לא יכולים לבצע בו עינויים). יחד עם זאת המונח שליטה אפקטיבית הוא מונח עמום ולכן יש שלל של מקרים נוספים(אליהם לא ניכנס בקרוס) שבו בתוך התווך של העמדה הרווחת יש ויכוחים שונים בו האם יש מספיק שליטה כדי להטיל חובות על המדינה.

1. **זכויות האדם אינן חלות כשהן מתנגשות עם דיני הלחימה** – בעבר נטען שדיני הלחימה באים במקום דיני זכויות אדם. אך עם התחזקות זכויות אדם מוקדמות עמדות לפיהן דיני זכויות אדם ממשיכים לחול בלחימה. כיום ניתן לספור על 2 ידיים את האנשים שמחזיקים בדעה זו (זוהי גם דעתו של בורר, שמצדד בגישה הזו). העמדה הרווחת היום היא שלפחות במידה מסוימת דיני זכויות האדם חלים, הקושי: ככל כזה מטיל נטל כבד על הכוחות הלוחמים. איך מתקדם התהליך לשינוי העמדה הוא קורה מאמצע שנות ה90. יש תהליך של כ25 שנה ובו הדעה משתנה 180 מעלות.
2. שלב א – הICJ ועוד בתי דין אירופאים לזכויות אדם אומרים שעצם זה שחלים דיני הלחימה לא מגרש את זכויות האדם ולא הופך אותם ללא רלוונטים. אם יש לאקונה בדיני הלחימה צריך להחיל במקום זה את דיני זכויות האדם. באופן יותר כללי יש לפרש את דיני הלחימה בהשראת דיני זכויות האדם.
3. שלב ב – עדיין מתרחש בימים אלו. איך יש איתו את החריג של שלב ג. בגדול עמדה לפיה ככלל יש תחולה במקביל של דיני הלחימה וזכויות אדם, וככל יש לפרש את דיני הלחימה לאור דיני זכויות האדם. לא יהיה תחולה לדין זכויות אדם רק כשבבירור דין לחימה ספציפי קובע שונה מזה הקבוע בדיני זכויות האדם. פרשנות רחבה למתי קיימת לאקונה בדיני הלחימה דורשת מילוי ע"י זכויות האדם.
4. שלב ג - בי"ד האירופי לזכויות אדם נותן פס"ד בשם **ג'ורגיה נ' רוסיה (2021)** – בעצם הוא חוזר בפסד לעמדה הקלאסית. הוא אומר שבשדה הקרב עצמו רק שם דיני זכויות האדם לא יחולו ויחולו דיני הלחימה. דיני הלחימה עוסקים בטווח מצבים רחב יותר בשדה הקרב.

ישראל בהקשר הזה מבינה שהיא לא יכולה להמשיך בעמדה הקלאסית שלה והיא משנה מעט את עמדתה, ובעצם מאמצת את גישת שלב א אבל תוך הענקת פרשנות מצרה לה. היא מציינת זאת בדו"ח ועדת טירקל.

**הגבלות על זכויות אדם**

יש אפשרות להגביל זכויות בשונה מאמנות שונות של זכויות אדם אין פסקת הגבלה אחת. יש סעיפים שמאפשרים הגבלה של/פגיעה בזכויות אדם במקרים מסוימים. למשל ביחס לחופש התנועה.

הערה 1 – בחלק מהזכויות האישור להגביל/לפגוע בזכויות הוא משתמע. לדוג': בנוגע לזכות לחיים ובנוגע לזכות לחירות האיזור הוא על פגיעה "שרירותית" בזכות (משמע, פגיעה לא שרירותית היא מותרת).

הערה 2 – יש זכויות שלא ניתן לפגוע בהן או להגביל אותם. לדוג': האיסור על עינויים.

**הגבל זכויות בזמן מצב חירום ("גריעה מתחולה")**

במצב של חירום חלק נכבד מן האמנות האלו כוללת מנגנון של "גריעה מתחולה" והוא קובע שמדינה יכולה להוציא מתחולה חלק מהזכויות שנמצאות באמנה מפאת קיומו של מצב חירום. אך כדי לעמוד בתנאים האלו וכדי שהיא תוכל לעשות זאת היא צריכה לעמוד בתנאים לא פשוטים:

1. נדרש מצב חירום רציני שמאיים על חיי האומה.
2. המדינה הכריזה על מצב חירום בהתאם להליכים החוקתיים שלה.
3. המדינה הודיעה למזכ"ל האו"ם על השעיית הזכויות ואילו מהן.
4. האמצעים הפוגעים בזכויות בהן נוקטת המדינה הם נחוצים ומידתיים במידה הנדרשת במדוקדק מפאת מצב החירום.
5. האמצעים הללו עומדים בקנה אחד עם התחייבויות בינלאומיות אחרות של אותה המדינה(למשל אסור להם להפר את דיני הלחימה).

הערה – יש זכויות שאסור לפגוע בהן גם במצב חירום. לדוג': האיסור על עינויים או הזכות לחיים.

* סוף דבר -