תוכן עניינים

[התפתחות היסטורית של המשפט הבינלאומי: **סיכום של המרצה** 2](#_Toc94028973)

[טיב ההיסטוריה: 4](#_Toc94028974)

[ציות למשב"ל 5](#_Toc94028975)

[מקורות המשב"ל 6](#_Toc94028976)

[מקורות המשב"ל המשך: דיני אמנות חלק א' 9](#_Toc94028977)

[מקורות המשב"ל המשך: דיני אמנות חלק ב' 12](#_Toc94028978)

[סוגי נורמות נוספות במשב"ל 16](#_Toc94028979)

[פרגמנטציה 17](#_Toc94028980)

[היחס בין הדין המדינתי\פנימי למשפט הבינלאומי 21](#_Toc94028981)

[היחס בין הדין הבינלאומי לדין בישראל – ניתוח פורמאלי 26](#_Toc94028982)

[המדינה חלק א' וב' 30](#_Toc94028983)

[אחריות בינלאומית והגנה דיפלומטית 35](#_Toc94028984)

[חסינות מדינה\ריבון חלק א' 40](#_Toc94028985)

[חסינות מדינה\ריבון – חלק ב': 42](#_Toc94028986)

[ישוב סכסוכים בדרכי שלום - שיעור אסינכרוני - נשלח במייל 46](#_Toc94028987)

[איסור על שימוש בכוח – חלק א' וב' 47](#_Toc94028988)

[דיני לחימה חלק א' JIB 54](#_Toc94028989)

[דיני לחימה חלק ב' JIB 57](#_Toc94028990)

[משפט פלילי בינלאומי 60](#_Toc94028991)

[זכויות אדם: 67](#_Toc94028992)

# התפתחות היסטורית של המשפט הבינלאומי: **סיכום של המרצה**

1. גם בעידן העתיק היו דינים שהינו מגדרים אותם כמשפט בינלאומי: בעיקר בתחומים של דיני מלחמה ושלום. אבל המשפט הבינלאומי המודרני כמו שאנחנו מכירים אותו היום מתפתח בהדרגתיות (על היסודות הקדומים יותר כמובן), בתהליך שבמידה רבה משיק ומגיב להתפתחותן ההדרגתית של המדינה.
2. **סיפור ווספליה:**
   1. בהרבה מקורות תמצאו את סיפור היסטורי הבא (סיפור שנקרא לו סיפור ווסטפליה): לפי הסיפור הזה המדינה נולדה באירופה, כתוצאה מהסכמי וסטפליה (1648), שהם הסכמי השלום שסיימו את מלחמת 30 השנים (מלחמה שבמידה רבה הייתה סכסוך בין הריבונים באירופה שנותרו קתולים, לבין הריבונים שאימצו גישות פרוטסטנטיות, בניסיון של כל צד לכפות על הצד השני את הגרסה שלו של הנצרות).
   2. לפי **סיפור ווסטפליה**: בהסכמי ווסטפליה האמורים, הריבוניים של כל אחת מהיחידות הגאוגרפיות-הריבוניות שהיו קיימים באירופה (יחידות שמהן, במידה רבה, התפתחו המדינות שקיימות כיום באירופה) שלא להתערב בענייני הדת בתוך תחומן של כל אחת מרעותיה (כמו גם שלא להתערב בעניינים פנימיים אחרים האחת של השנייה). לעקרון אי-ההתערבות האמור הסכימו, כחלק מאותו תהליך שלום, גם האפיפיור וכן גם הקיסר של האימפריה הרומית הקדושה. עובדה זו חשובה שכן שני הגורמים הללו טענו עד אז, במידה רבה, כי יש להם סמכות שהיא עליונה לזו של שליטי היחידות הגאוגרפיות-הריבוניות השונות, ויתר על כן, חלק נכבד מהשליטים של היחידות הללו הכירו, במידה זו או אחרת, בסמכות של לפחות אחד משני הגורמים הללו. עם חתימת ההסכמים נוצרו לראשונה ישויות הגאוגרפיות-ריבוניות שמחד, בזירה הבינלאומית בעלות מעמד משפטי שווה (אין מעליהן כל ישות בעלת סמכות עליונה), ושמאידך, בזירה הפנימית של כל אחת מהן, ריבון הישות הגאוגרפיות-ריבוניות הוא הסמכות העליונה (חופשי לנהל את ענייניו ללא שלאיזה גורם חיצוני תהיה סמכות חוקית להתערב). סיפור ווסטפליה ממשיך ומספר לנו שהמשפט הבינלאומי נולד, הלכה למעשה, סמוך לאחר לידת המדינות (אם לא כבר בעצם החתימה על האמנות הבינלאומיות שנחתמו בווספליה); המדינות שנוצרו, יצרו את המשפט הבינלאומי ככלי לתאם ולהסדיר את האינטראקציה בניהן (זה נכון שהמדינות שאבו השראה מנורמות שהיו קיימות קודם, אך נורמות אלו, אומר לנו סיפור וסטפליה, לא נועדו להסדיר יחסים בין מדינות. לאמיתו של דבר, הסיפור הזה הוא מיתוס (מכונה היום מיתוס ווסטפליה), והמדינה המודרנית, כפי שאנחנו מכירים אותה היום, היא תוצר של תהליך הדרגתי שהחל הרבה לפני הסכמי וסטפליה ושהגיע לשיאו עמוק לתוך המאה ה-19.
3. נמשיך בסקירה ההיסטורית התמציתית:
4. **במאה ה-17 (**משמע, בתקופה בה לפי הסיפור המקובל נולד המשב"ל): התחומים העיקריים שטופלו ע"י משפטני המשב"ל באותה תקופה היו (כמו לפני כן), דיני מלחמה, הסכמי שלום ויחסים דיפלומטיים, אבל גם תחום נוסף הפך להיות מרכזי והוא דיני הים, וזאת עקב עליית הקולוניאליזם.
5. **מסוף המאה ה-18,** מתחזק, תהליך שהחל עוד קודם של חילון של המשפט הבינלאומי (תהליך שאת ראשיתו, עוד קודם לכן, יש נטייה לייחס להוגו גרוטיוס)
   1. **הוגו גרוטיוס הוא מלומד משפט בינלאומי שחי במאה ה-17 (1583-1645):** ואשר מכונה פעמים רבות "אבי המשפט הבינלאומי"; נהוג לראות בכתביו של גרוטיוס את ראשית תהליך החילון של המשפט הבינלאומי, שכן בספרו, הוא חותם את הדיון בשאלה מדוע קיימת חובה לציית למשפט הבינלאומי גרוטיוס, במשפט, בוא הוא טוען שהטיעון המוסרי שהוא מציג בדבר קיום חובה לציית למשפט הבינלאומי עומד: "גם אם נקבל כנכון, את מה שלא ניתן לקבל כנכון בהיעדר רשעות מוחלטת, והוא שאין אלוהים, או שענייניהם של בני-האדם אינם מעניינים אותו כלל".
   2. נקודת התחלה טובה יותר ניתן למצוא בכתביו של **Alberico** **Gentili, שקדם לגרוטיוס (1552-1608),** שם נכתב בפשטות Silete theology in munere alieno!!"(או בתרגום לעברית – תיאולוגים תשתקו כאשר אתם מחוץ לשדה שלכם (משמע, כאשר מדובר במשפט בינלאומי) – אבל גנטלי אמר את זה כחלק מניסון להציג טיעון לפיו מותר לטבוח תורכים ללא הבחנה או רחמים, ולכן סקירות היסטורית עכשוויות מעדיפות לדלג עליו].
   3. עוד מבערך סוף המאה ה-18, קיימת השפעה הולכת גוברת על המשפט הבינלאומי להשקפה תורת-משפטית פוזיטיביסטית; על-פי השקפה זו, הדין הוא לא משפט טבעי אלא תוצר של בחירה אנושית; לכן, מקור הלגיטימציה של נורמת משב"ל הוא אינו נעוץ באיזה מוסר אוניברסלי ואבסולוטי אלא בריבונות המדינות ובהסכמתן לנורמה.
   4. כמו כן, באותה תקופה, מתחילה תקופה של שינויים חברתיים וטכנולוגיים מואצים, עקב המהפכה התעשייתית. בהקשר זה יש לציין במיוחד, שהתפתחויות טכנולוגיות בתחום הנשקים, כמו גם המעבר לצבאות לאומיים סדרים, מובילות לכך שהמלחמות מסוף המאה ה-18 ואילך נהיות יותר ויותר עקבות מדם. כתוצאה מכך, גובר הצורך להסדרת התחומים הנוגעים ללחימה, באמצעות הדין הבינלאומי.
   5. התפתחויות טכנולוגיות אחרות מובילות להתגברות הצורך בהסדרה משפטית חוצת-גבולות (משמע, לשימוש במשפט בינלאומי) גם בתחומים אחרים; למשל בקונגרס וינה 1815 שסיים את המלחמות הנפוליאוניות חותמים על שלל אמנות להסדיר נושאים של סחר, השיט, הדואר וכו'.
6. מגמה זו של התרחבות התחומים אותם מסדיר המשפט הבינלאומי, כמו גם של גידול, בכל תחום ותחום, של כמות נורמות המשפט הבינלאומי המסדירות את התחום, **המשיכה לאורך כל המאה ה-19**; ולאמיתו של דבר, ממשיכה מאז ואילך.
7. **במהלך המאה ה-20** המשפט הבינלאומי שעד אז עסק במדינות אירופאיות ומערביות, הופך להיות באמת גלובלי [יש לזכור שרוב המדינות הקיימות כיום נוצרו במהלך המאה העשרים, וזאת בעוד שבמאה ה-19-רוב העולם נשלט ע"י מספר קטן של אימפריות אירופיות.
8. בחינת תורת המשפט, במהלך המאה ה-20, לצד הגישה הפוזיטיביסטית מתפתחת הגישה הריאליסטית, אשר בקיצון רואה במשפט את המשך הפוליטיקה, כלי למימוש אינטרסים.
9. **מלחמת העולם הראשונה** היא האירוע המשמעותי הראשון במשפט הבינלאומי, במאה ה-20, ובעקבותיה מוקם חבר הלאומים, ב-1919. מטרתו העיקרית של חבר הלאומים היא למנוע מלחמות; ארגון זה מוחלף, לאחר מלחמת העולם השנייה בארגון בעל מטרות דומות אבל כזה שלמוסדותיו יש יותר שיניים וזה האו"ם.
10. **מלחמת העולם השנייה** מזכירה לקהילה הבינלאומית שמאחורי המדינות מסתתרים אנשים ומתבהר שיש צורך לעיתים שהמשפט הבינלאומי יפנה ישירות אל האנשים הללו; במקור (משמע, סמוך לאחר מלחמת העולם השנייה) היא מדובר בצורך שכזה **משני סוגים:**
    1. צורך לעשות שימוש במשפט הבינלאומי כדי להעניק לבני אדם הגנה גם מפני המדינה שלהם: ע"פ הנרטיב המקובל, עד אז המשפט הבינלאומי נועד להכווין את ההתנהגות של מדינות, וכלל לא פנה לבני-אדם (בני אדם כלל לא היו הכתובת של המשפט הבינלאומי), כך שלכל מדינה היה שיקול דעת מוחלט להחליט כיצד להתייחס לאזרחיה. הנרטיב המקובל מספר לנו שהשואה ושאר זוועות מלחמת העולם השנייה מובילות לתובנה שזה לא יכול להיות המצב עוד, וכי על המשפט הבינלאומי להסדיר איזשהם סטנדרטים של יחס לבני אדם אליו הם יהיו זכאים גם ממדינתם; כך נולדים המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם.
    2. הסוג השני של פניה ישירה לבני אדם באמצעות המשפט הבינלאומי, שהחל להיעשות בו שימוש בעקבות מלחמת העולם השנייה, היא יצירת נורמות משפט בינלאומי אשר בגין הפרתן ניתן להטיל סנקציות לא רק על המדינות הרלוונטיות, אלא גם על בני האדם שהפרו את הנורמה. עד אז, ע"פ הנרטיב המקובל, כפי שדיברנו, המשפט הבינלאומי נועד לכוון את ההתנהגות רק של מדינות-לכן, אם מדינה הפרה את הדין, היו (ועדין יש גם היום) סנקציות שהמשפט הבינלאומי קובע שמדינות אחרות יכולות להטיל עליה. העניין הוא שמדינה זה לא ישות אמיתית, את הפעולות שלה מבצעים בני-אדם את האנשים הללו לעיתים לא ירתיעו הסנקציות שמוטלות על מדינתם (האליטה בדיקטטורה כנראה לא תגווע ברעב אם יוטל במדינה אמברגו). לכן, ע"פ הנרטיב המקובל, בעקבות השואה ושאר זוועות מלחמת העולם השנייה, הוחלט שלגבי מספר קטגוריות של נורמות יסודיות של המשפט הבינלאומי-כמו פשעי מלחמה-יוטלו סנקציות ישירות על בני האדם- זה בעצם מה שנעשה במשפט שנערך בבית-הדין הבינלאומי נירנברג.
11. צריך להבין אבל שגם היום, תחומים שבהם המשפט הבינלאומי מדבר ישירות לבני אדם באחת משני הדרכים שדיברנו עליהם-מתן הגנות לבני אדם או הטלת סנקציות לבני אדם-הם החריג ולא הכלל. עם זאת, התחומים הללו, מאז סוף מלחמת העולם השנייה, ובמיוחד ב-20 שנה האחרונות, הולכים ומתרחבים. כך, למשל, ישנם יותר ויותר תחומים כלכליים בהם ניתנות לבני אדם הגנות אפילו ממדינתם שלהם, או מטילים עליהם סנקציות (במקרה הזה כלכליות) ישירות.
12. קפיצת הדרך הבאה שעושה המשפט הבינלאומי, החלה בשנות ה-90 עם סוף המלחמה הקרה, והיא ממשיכה בימינו אנו

13.10.2021

# טיב ההיסטוריה:

1. אנחנו נלמד משפט בינלאומי פומבי, אנחנו לא מתעסקים במשפט בינלאומי פרטי וכל פעם שנגיד משב"ל הכוונה למשב"ל פומבי.
2. המשבל הקלאסי לעומת המשפט הרגיל:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | מערכת המשפט המדינית | משב"ל הקלאסי | המשב"ל העכשיוי |
| נתינים | הציבור (לא גוף זהה למחוקק) | המדינות | לא רק המדינות |
| מחוקק | ציבור נבחר | המדינות מחוקקות לעצמן. | לא רק המדינות גם , גם אירגונים בינ"ל |
| אכיפה | אכיפה פורמאלית | אכיפה עצמית | אכיפה עצמית וולנטרית |

1. **מהו משב"ל?**
   1. **המשב"ל הקלאסי** – באופי הכי קלאסי המשב"ל הוא מערכת אופקית (בעוד המשפט המדיני הוא מערכת היררכית) של תיאום התנהגות בין מדינות בעוד המדינות הן הנתינים והמחוקקות והאכיפה היא עצמית בלבד.
   2. **המשב"ל העכשיוי:** לא שונה בהרבה מהמשב"ל הקלאסי, אך יש בו שינויים קלים שמשפיעים על רמת החשיבות של המשב"ל, כמו למשל יותר אכיפה והקמת אירגונים בינ"ל.
   3. המשב"ל הוא מטרה זזה מכיוון שהוא כל הזמן משתנה, כך למשל בעבר המשב"ל לא היה כול כך חשוב בעוד היום הוא הרבה יותר משמעותי. המשב"ל הקלאסי היה ללא מערכת אכיפה אמיתית בעוד היום הדברים בכיוון הזה לאט משתנים. אפשר להגיד שאחת הסיבות המרכזיות שבגינם המשב"ל נהיה כול כך חשוב הוא בגלל הגלובליזציה, סחר בינלאומי וכד'.
   4. נאום שבתאי: חציית גבולות מבלי לזוז מהכיסא, שבתאי מראה כיצד מהרגע שהגיע מישראל עד להאג הוא הושפע מהמשב"ל בדברים הכי קטנים. מהדאורדראנט שהוא שם בבוקר שצריך להיות תואם תקנים בינ"ל לבין טיסה בין מדינות שהיא לפי תקנים בינ"ל.
   5. תקופות שונות למשב"ל
      1. התקופה הקלאסי כפי צוין לעיל.
      2. תקופה שנייה – אחרי מלחמת העולם השנייה, תחילת הפריחה של הארגונים הבינ"ל.
         * + מיקוד בבני אדם מזוג זכויות אדם.
           + מיקוד בבני אדם מסוג הטלת סנקציות ישירות (לדוג' חוקי נינברג נ' גרמני הנאצית).
      3. תקופה שלישית – שנות ה-90 ואילך. התחזקות הגופיים הבינ"ל.
   6. **אופיו של המשב"ל כיום** 
      1. בקצה אחד: מערכת משפט שמטרתה להסדיר התנהגות בין מדינות.
      2. בקצה השני: מערכת משפט שהשליטה של המדינות ביצירת הדין בה קטנה והמשוא העיקרי בה הוא בני אדם\זכויות אדם.
      3. עיקר המשב"ל עדיין פועל באופן קרוב למשב"ל הקלאסי.
   7. **המשב"ל הגדרה פורמאלית:** "מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינ"ל (שמורכבת ממדינות, ארגונים בינ"ל וגורמים נוספים) על מנת להגשים את הערכים של הקהילה הבינ"ל ולקדם את הקהילה. מערכת זו פועלת תחת הנחה כי הכללים והמנגנונים שלה מחייבים את חברי הקהילה הבינ"ל אליהם הם מכוונים, ואכן מרבית מחברי הקהילה הבינ"ל במרבית מהמקרים מצייתים לכללים ולמנגנונים של המערכת."

# ציות למשב"ל

1. **למה מצייתים למשב"ל?**
   1. **גישה פוזיטיבית**: בלאסה פסקל טוען שכל סיבה מוסרית שניתן לתת להצדקה של המשב"ל יהיה ניתן להראות כי היא חסרת ערך אם בוחנים אותה מנקודת מערכת שונה. לכן במקום לבחור סיבה מוסרית צריך פשוט לבחון מדוע מצייתים (פוזיטיבי).
      1. אוסטין – משפט הוא נורמה של הריבון שמגובה בסנקציה. לכן לדעת אוסטין המשב"ל הוא אינו משפט, הוא מעין כללי נימוס. מדוע אינו משפט:
         1. אין הפרדה בין הריבון לכפופים – מערכת אופקית לעומת אנכית.
         2. אין מערכת מובנית וסדורה של סנקציות.
         3. אין מערכת בתי משפט מחייבת (בתי המשפט הבינ"ל תלויה בהסכמת הצדדים).
         4. אין מערכת אכיפה.
   2. **הגישה הראליסטית:**
      1. **הגדרה**: על פי הראליסטים המשפט המדיני הוא מערכת של אינטרסים.
      2. ראליזם ומשב"ל – אם כך, המשב"ל על אחת כמה וכמה הוא מערכת של אינטרסים, המדינות אינן מנומסות הכול הצגה ולכן כאשר לא יהיה להם אינטרס הן יפרו את המשב"ל (בייחוד לאור העובדה שאין מערכת אכיפה מוסדרת).
2. **איזה גישה צודקת?**
   1. **בהקשר המדינתי:** 
      1. איום בקיום סנקציות אינו מספיק: באמת הפשוטה היא שסנקציה לא יכולה להיות הסיבה היחידה לציות לחוק, מכיוון שברגע שכולנו נחליט לא לציית לחוק, למערכת האכיפה לא יהיה מספיק כוח כדאי למנוע מאיתנו להפר את החוק. כלומר, איום בסנקציות הוא אלמנט נוסף בלבד, רוב האנשים לא מפרים את החוק לא בגלל הפחד מסקציה אלה מסיבות אחרות (לדוג' רוב אנשים לא רוצחים לא בגלל הפחד מעונש אלא מסיבות אחרות). מסקנה: אוסטין והעמדות הראליסטיות לא מספקות.
      2. אם כך למה מצייתים לחוקים?
         1. סיבה מוסרית.
         2. נורמה חברתית או תרבותית, פעמים רבות החוק משקף תרבות או נורמה.
         3. יש חוקים שבהם אנחנו מצייתים בכלל לתאום, לדוג' לנסוע בצד ימין של הכביש.
            * הראלסטים מתארים מסלול חד כיווני בין אינטרסים לציות, אך בפועל זה יותר מורכב. מכיוון שהאינטרסים שלנו לעיתים מורכבים מהתרבות שלנו.
         4. הסכמה והוגנות (במשטר דמוקרטי בפרט) – יש מנצחים ויש מפסידים וגם המפסידים מכבדים את כללי המשחק.
   2. **בהקשר של המשב"ל:**
      1. מדוע מדינות מצייתות למשב"ל?
         1. אינטרסים - כלכליים.
         2. סנקציות, אומנם הסנקציות הן יחסית מעטות.
         3. דעת קהל בינ"ל וגם דעת הקהל המדינית שלעיתים רוצה שהמדינות שלה יהיו חלק מאמנות הבינ"ל.
         4. הרגל חברתי – לעיתים אפשר לחשוב שזה לא קשור למשב"ל, אך בפועל זה כן, יש קהילה של משפטנים בין לאומית שיוצרת הרגלים בינה לבין עצמה והיא מביאה אותם למדינות (לדוג' IZO).
3. **סיבות לא לציית למשב"ל**
   1. למרות הסיבות לציית למשב"ל אלו סיבות לא חזקות במיוחד. הסנקציות חלשות ואינטרסים הם דבר משתנה. **השיקולים העיקריים בגינם מדינה לא תציית למשב"ל:**
      1. **אינטרסים לאומיים -** לפעמים האינטרסים הלאומיים שמובלים את המדינה לא לציית למשפט הבינ"ל (האינטרס של המדינה גדול יותר).
      2. **המקום בהיררכיה העולמית -** ציות למשב"ל גם מושפע מסוג המדינה - העולם מתחלק ל2 סוגים של מדינות:
         1. מדינות שהן מעצמות - לכן הן יכולות להרשות לעצמן להפר את המשב"ל כי עדיין יהיה רצון לשתף אותם במשב"ל, בן משלמות מחיר יחסית נמוך (לדוג' ארה"ב).
         2. מדינות מבודדות - מדינות שאין להן מה להפסיד, הן לא נתמכות על ידי העולם בצורה משמעותית ולכן פחות מפחדות (לדוג' צפון קוריאה).
      3. **דעת הקהל הפנימית -** לעיתים תושבי המדינה לא מעוניינים בציות למשב"ל.
      4. **מה מידת הלגיטימיות -** לדוג' אמנת הדואר, ארה"ב פרשה מהאמנה כי היא חשבה שאינה לגיטימית משום שהם הפסידו ממנה בעוד סין הרוויחה מאוד.
      5. **לעיתים אין חשש מסנקציה**.
4. **המגמות במשב"ל ותוצאותיהן:**
   1. התרחבות תחומי העיסוק של המשב"ל
   2. התחזקות המשב"ל
   3. התחזקות הסנקציות

**כתוצאה מכך:**

* 1. יותר מקרים של דילמות למדינות האם להפר או לציית למשב"ל
  2. התגברות המתח בין ה"פוליטי" ל"נורמטיבי". המפר יגיד שההפרה היא הערכית ואילו המבקש לחוקק חוק יגיד שהוא המוסרי, זאת על אף שלעיתים הסיבה האמיתית היא אינטרס באמתלה של ערכיות.
     + - * יש מגמה של מדינות להציג את האויבים שלהם כמפרי המשב"ל.

1. **האם השימוש במשב"ל הוא יותר אינטרסנטי או יותר ערכי?**
   1. **תשובה:**
      1. אין תשובה אובייקטיבית
      2. הבעיה בריאליזם התעלמות מהמורכבות
   2. **עמדת מני מזוז בפני ועדת וינגרד**
      1. יש גם פן מוסרי, דיני מלחמה נובעים גם מערכים חשובים של זכויות אדם.
      2. דעת הקהל העולמית חשובה.
      3. הקטנת הסיכון של חיילי צה"ל לעמוד לדין (אינטרס).

סיכום: לדעת ד"ר בורר אין צורך להכריע בשאלה האם המשב"ל הוא ערכי או אינטרסנטי ויש בו את שני הדברים.

20.10.2021

# מקורות המשב"ל

1. אין מסמך רשמי המציין מה הם מקורות המשב"ל, אך ישנה את חוקת ה- ICJ – סעיף 38 שמפרט מעט מן העקרונות.
2. **סעיף 38 לחוקת ICJ:** :הסעיף מפרט את הנורמות המשפטיות העיקריות של המשפט הבינלאומי.
   1. הסעיף הזה עושה חלוקה בין נורמות ראשיות לנורמות משניות:
      1. מקורות ראשיים:
         1. **אמנות בין המדינות הרלוונטיות** – משב"ל הסכמי=אמנות.
         2. **המנהג הבינלאומי** – המשב"ל המנהגי.
      2. מקורות משניים:
         1. מקורות מחייבים
            * עקרונות המשפט הכללים המקובלים על ידי האומות – משתמשים בהם כאשר יש לקונה.
         2. מקורות לא מחייבים – אמצעי עזר שלא יוצרים דין
            * פסיקה של בית דין בינלאומי – פסיקה של בית דין לאומי מחייבת רק את הצדדים שהיו בהליך (כלומר, אין עיקרון התקדים המחייב.
            * כתבי מלומדים ומומחים.
   2. **חשיבות סעיף 38:**
      1. **תכלית פרקטית עבור ה-** ICJ – עוזר לנו באופן כללי להבין יותר בקלות מה הן הנורמות המשפטיות של המשב"ל.
      2. **חשיבות תיאורטית** – במידה רבה קובע ומסמן את מקורות המשב"ל (כמובן שישנם מקורות נוספים.
   3. מנהג בינלאומי - סעיף 1 לסימן 38 מן החוקה של בית-הדין הבינלאומי קובע כי: "מנהג בינלאומי, כראייה לפרקטיקה כללית המקובלת בתורת דין."
3. **המנהג הבינלאומי**
   1. **מהו מנהג? בנוי משני תנאים מצטברים:**
      1. י**סוד פיזי\עובדתי state practice** – צריך שהרוב המכריע של המדינות מקיים את הפרקטיקה. תנאים:
         * + הרוב המכריע צריכים להיות מתוך בעלי אינטרס או זיקה לפרקטיקה. לדוג' פרקטיקה בנוגע לחקר החלל תכלול את הרוב המכריע של המדינות שעוסקות בחקר זה.
      2. **היסוד הנפשי\משפטי opino juris-** תחושת מחויבות של המדינות לפיה הן מבצעות את הפעולה שהן מבצעות בגלל שהם מרגישות מחויבות מבחינה משפטית לפעול כמו שהן פעולות. לדוג' פריסת שטיח אדום לאנשים דיפלומטים זה אינו מנהג אלה כללי נימוס ואף מדינה לא מרגישה מחויבת לפריסת השטיח האדום.
         1. התפתחות דיני הים – אי פגיעה בצוותים רפואיים.
   2. **הקשיים במנהג:**
      1. **לדעת האם התגבש מנהג -** יש קושי לזהות האם נוצר מנהג ומתי נוצרה פרקטיקה מספיק גדולה ומתוך תחושת מחויבות משפטית.
      2. **לדעת מתי התגבש מנהג -** חוסר וודאות גם אם ישנה הסכמה כי נוצר מנהג לגבי מתי הוא נוצר. לדוג' אין חילוק שעות היום שאין דרך להשיג היום שטח היום בדרך של הגנה. אחת הטענות של מדינת ישראל היא שהמנהג הזה יתפתח לאחר שנה 67.
      3. **לדעת מה הם הפרטים של המנהג**
      4. **היכולת ליצור מנהג חדש –** כדי ליצור מנהג חדש יש צורך בהפרת הדין הקיים, אם מדינה אחת מפרה את הדין אז היא עוברת על החוק אך אם הרבה מדינות מפרות אז משתנה המנהג. כלומר, יוצר תמריץ להפר את הדין במטרה לשנות את המנהג.
      5. **אי הסכמה של רוב המדינות**
   3. **לסיכום**:
      1. המנהג הוא מקור נורמטיבי לא נוח, רוב המדינות זנחו את המנהג במשפט הפנימי.
      2. עם זאת, אין ברירה אלא להשתמש במשב"ל ולכן והוא נותר מקור חשוב.
   4. **כיצד מוכחים מנהג?**
      1. המרכיב הראשון – התנהגות המדינות (state practi)
         1. **כלליות ונרחבות** – פרקטיקה כללית בקהילה הבינלאומית, כלומר צריך שכמות גדולה של מדינות תקיים את הפרקטיקה (צריך שרוב המדינות יקיימו אך לא חייב שממש כולן).
         2. **עקביות וחזרתיות** – עקביות ביישום הכלל – אי אפשר לצפות להתנהגות עקבית באופן מוחלט, אך נצפה שברוב נכבד של הפעמים רוב המדינות ככה נוהגות באופן נמשך.
         3. **ממושך** – משך הזמן – פרקטיקה ממושכת.
            * חריג – מנהג לעיתים יכול להתקבל תוך זמן קצר, זה קורה כאשר הכלליות והעקביות חזקות יותר מבדר"כ.

**פרשת המדף היבשתי:** אמנת המדף היבשתי נחתמה וגרמניה לא חתמה עליה. דנמרק והולנד תובעת את גרמניה בבית הדין הבינלאומי בטענה למנהג (לא יכלו לטעון לאמנה כי גרמניה לא חתמה). בית המשפט פסק כי לא מדובר במנהג, אך הסביר שאין זה אומר שמנהג לא יכול להתפתח מנהג תוך זמן קצר. משמע, מנהג יכול להתפתח בזמן קצר כל עוד מתקיימים באופן ברור הכללים של עקביות וכלליות.

דוג' נוספת – בעבר היה מקובל שמדינה לא יכולה להשתמש בעיקרון ההגנה העצמית כנגד שחקן לא מדינתי, אך לאחר ה11.9 ארה"ב לא פעלה כך ותקפה באפגניסטן וקיבלה תמיכה בינ"ל.

* 1. **הקשיים בהוכחת מנהג:** אנחנו מבקשים כלליות, אך זו בקשה ממש מסובכת בעולם שבו יש 200 מדינו. ריבוי המדינות בעולם מקשה על התפתחותם של מנהגים חדשים.
  2. **הפתרונות**: יש בעקבות הקשיים ניסיונות ליצר הסדרים\כללים שיאפשרו התפתחות מנהגים באופן יותר קל.
     1. **כלל המדינות המושפעות במיוחד** – לדוג' אוסטריה ושוויץ הן מדינות ללא מוצא לים, אך לעומתם יש מדינות שבהם יש ים. הטענה היא שיש להקשיב למדינות שיש להם זיקה\רלוונטיות לנושא ולא למדינות ללא זיקה.
        + - ישראל וארה"ב טוענות שמדינות שלא נלחמו שנים צריכות לא להוות קול משמעותי בהחלטות בנוגע לדיני לחימה – זה שונה מהטיעון של הים מכיוון שזה לא רלוונטי למדינות האלה כרגע אך יכול להיות משמעותי בעתיד.
     2. **כלל המנהג האזורי –** מנהג אזורי הוא מנהג בו לא מחפשים את כל המדינות בעולם אלא מתייחסים למדינות באזור מסוים ובודקים מה היא הפרקטיקה המחייבת באזור הזה והוא מחייב רק את המדינות באזור.
        + - לדוג' – סכסוך בין קולומביה לפרו – מתנגד שלטון נכנס לתוך פרקליטת קולומביה בפרו ומדינת פרו מבקש שקולומביה להסגיר אותו. טענת קולומביה אנחנו לא מסגירים אותו כי התפתח מנהג במדינות האזור שאין להסגיר את המתנגד. ביהמ"ש הבינ"ל אומר שאכן יכול להתפתח מנהג אזורי אך במקרה הזה לא התפתח מנהג.
          - הקשיים במנהג אזורי הם: מהו האזור? איך ניתן לתחם אזורים באסיה או אפריקה.
     3. **כלל המתנגד העקבי** – הכלל קובע שאם מדינה מתנגדת למנהג באופן עקבי מיום היווצרותו הרי שהמנהג לא חל עליה. התנאים:
        1. התנגשות מפורשת.
        2. התנגדות ממושכת.
        3. התנגדות עקבית
        4. התנהגות בזמן יצירת המנהג – אם המנהג כבר קיים, המנהג חל עליה והיא לא יכולה להתנגד אליו.
           + הקשיים:

קשה להבין מתי המנהג התגבש ולכן זה מקשה על ההחלטה האם מדינה היא אכן מתנגדת עקבית. בנוסף מקשה על מדינה להבין מתי להתנגד. לדוג' מדינת ישראל טוענת ששיכון אזרחים בשטח כבוש אסור ולטענת ישראל המנהג קיים רק מאז 67 ואילו אחרים טוענים שמאז מלחמת העולם השנייה.

המון מנהגים נוצרו לפני שמדינות התפתחו ולכן אין להם אופציה להיות מתנגדים עקביים ולכן הטענה שזה עוזר לאלמנט הסכמה היא טענה מאוד חלשה.

* + - * + **מנהגים שאי אפשר להתנגד אליהם: Jus cogens – כלל בל יעבור**

נורמה מנהגית בסיסית שהוכרה ככזו שלא ניתן לגרוע ממנה

לדוג' – עבדות, רצח עם, פשעים כנגד האנושות.

ככלל לא ניתן להתנגד ל JC.

חשוב לא להתבלבל בין JC לEO (era aomnen) – EO הם כללים אשר הפרה שלהם היא הפרה כנגד כל העולם. כל JC הם גם EO אך לא כל EO הם JC. לדוג' פגיעה באיכות הסביבה פוגעת בכל העולם והיא EO אך היא אינה JC.

* + 1. **כלל לוטוס –** למדינה מותר הכול אלא אם נאסר במפורש
       1. פרשת לוטוס: התנגשות בין ספינה צרפתית לספינה טורקית ליד טורקיה. הקצין הצרפתי נעצר ע"י טורקיה. לטענת הצרפתיים יש מנהג שקובע שיפוט לספינת הדגל.
          - ביהמ"ש הבינ"ל קובע **שלמדינה מותר הכול אלא אם נאסר במפורש**. לכן, הנטל על צרפת להוכיח שנאסר על הטורקים לשפוט את הקצין.
          - במקרה הנ"ל לא הוכח שהפרקטיקה במדינת שפעלו כך הייתה מתחושת מחויבות משפטית אלא יותר מתוך נימוס.
  1. **היחס בין פרקטיות להצהרות**:
     1. **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 איסור על מדינות לעשות שימוש בכוח מלבד למטרות של הגנה עצמית– האם איסור על שימוש בכוח כנגד גורם שאינו מדינתי הוא מנהג, על אף שהמון מדינות עושות שימוש בכוח? התשובה לכך היא חיובית, מכיוון שגם מדינות שעושות שימוש בכוח נותנת לכך הצדקות ולכן בבסיס ברור שהן רואות בשימוש בכוח דבר לא חוקי ולכן הם מרגישות צורך להצדיק עצמן.
     2. **פס"ד Filartiga פילרטיגה:** דיון על המנהג בנוגע לעינויים – יש מדינות שמבצעות עינויים, מדינות אלו או מכחישות את השימוש בעינויים או טוענות שהמעשים אינם נחשבים עינויים. מסקנה: הן כולן מאמינות בכלל שאומר שעינויים הם אסורים.
     3. **דוגמת הנשק הגרעיני:** מה קורה כאשר בפועל מדינות לא עושות משהו אבל מצהירות שמותר להן לעשות את זה. ככלל, במרבית המקרים תהיה נטייה להניח שאין מנהג. לדוג' נשק גרעיני- יש מעט מדינות שיש להם נשק גרעיני אך בשנת 96 הרבה מדינות הצהירו כי יש להם זכות לפתח נשק גרעיני על אף שהן אינן עושות את זה ולכן לא קיים דין מנהגי שאוסר על החזקה של נשק גרעיני.
     4. לסיכום:
        1. במקרה שבו המדינות מצהירות למחויבות לדין הקובע האיסור, ובפועל הרבה פעמים פועלות בניגוד לאיסור – תהיה נטייה לקבוע שקיים דין מנהגי (וזאת במיוחד שמדובר באיסורים שנועדו להגן על בני-אדם – כגון בתחומים של דיני זכויות אדם ודיני לחימה)עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים בהם ההפרה היא כה גורפת, שיתייחסו להצהרות כמילים ריקות לצורכי יחסי ציבור ולא כ-OJ ויקבעו שאין מנהג.
        2. במקרה שבו מדינות לא פועלות בדרך מסוימת, יש לבדוק מדוע הן לא פועלות כך, אם יתברר שהן מצהירות שהן יכולות לפעול בדרך האמורה, ולא עושות זאת משיקולים פרקטיים או פוליטיים, ולא משיקולים של תחושת מחויבות משפטית הרי שיקבע שאין מנהג (מובן שבמציאות הרבה פעמים חלק מהמדינות תצהרנה ככה וחלק מהמדינות תצהרנה אחרת ויהיה קושי להכריע האם מספיק מדינות לא פועלות מתוך OJ).

21.10.2021

# מקורות המשב"ל המשך: דיני אמנות חלק א'

1. **מהי אמנה? כללי בסיס**
   1. **אמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969 (אמנת האמנות)** – סעיף2(1)(א) לאמנת האמנות "למטרת אמנה זו המנוח "אמנה" משמעותו הסכם בינלאומי שנכרת בכתב בין מדינות וכפןף למשפט הבינלאומי בין שהוא מגולם במסמך יחיד ובין בשני מסמכים או יותר הקשורים זה בזה, ויהיה כינויו המיוחד אשר יהיה".
      1. גם מדינות שאינן חתומות על אמנת וינה חל עליהם הדין המנהגי שדומה מאוד לכללים שרשומים אמנת האמנות.
   2. **מרכיבי האמנה:**
      1. **הסכם**
      2. **בכתב** – אמנה בינ"ל יכולה להיות בעל פה, אך על אמנה בע"פ לא תחול אמנת וינה. לדוג' באסון הכרמל המדינות שבאו לסייע ביקשו שמדינת ישראל תצהיר שאם הכבאים שלהם יהרסו דברים מדינת ישראל זו שתפצה על הנזק ומדינת ישראל התחייבה בע"פ.
      3. **כינויו המיוחד –**
         1. **Qatar v Bahrain (קטאר נ' בחריין)-** נהיה סכוך בין קטר לבחריין. הם מנסות בעזרת סעודיה ומחליטות שאם לא יגיעו להסכמה הם יפנו לICJ. הם קוראות להסכם הזה "פרוטוקול הסכם". לאחר שנתגלע הסכסוך הICJ החליט שהתוכן מחייב על אף שהם לא קראו מסמך אמנה. המסקנה: אין זה משנה כיצד מכנים את המסמך, **מה שחשוב הוא הכוונה והתוכן**. \*יש המון מסמכים שהוכרו כאמנה, שכונו כ: הסכם, חליפת איגרות, מגילה, חוקה, פרוטוקול, ברית, מזכר הבנה, תרשומת, זכרון דברים ועוד המון אחרים.
         2. **ההנחה היא שכאשר שתי מדינות חותמות על הסכם זו אמנה.**
      4. **בין המדינות -** היום מאוד ברור כי אמנות נחתמות בין מדינות. אולם, ישנן גם אמנות שנחתמות בין ארגונים בינ"ל שעליהם לא חל דין האמנת האמנות.
      5. **כפוף למשפט הבינלאומי** **-**
      6. **מסמך אחד או יותר -**
2. **את מי מחייבת האמנה**
   1. רק את המדינות שחברות באמנה זאת בשונה ממנהג שבו כל המדינות חייבות מלבד מתנגד עיקבי שזה נדיר (יחסית נדיר).
3. **מה המשמעויות המשפטית של הפרת אמנה**
   1. איזה נורמה מפרה מדינה שהיא מפרה אמנה:
      1. **הפרת חוזה** – מדובר בהסכם בין מדינות ולכן יש בהפרת אמנה השלכות של הפרת חוזה ולכן בתוך אמנות יש סעיפים המגדירים מה ההשלכות של הפרת ההסכם.
      2. **הפרת החוק הבינ"ל** – מבחינת המשפט הבינ"ל היא הפרה דין מחייב\חוק. בנוסף לנורמות החוזיות ישנם דינים שעוסקים בהפרת האמנה והפרת מנהג.
      3. **הפרת דין מנהגי בינ"ל** – הפר הדין הבינ"ל המנהגי הקובע כי הסכמים יש לקיים.
         * + הצהרת לונדון 1971 – 6 מדינות חותמות עליה וקובעות שהסכמים חייב לכבד, זה מחייב רק את המדינות החתומות. אך, זה השפיע בהמשך על הדין המנהגי בעולם. **הסכמים חייבים לקיים**.
4. **דרכים לסיווג אמנות**
   1. כמה סוגים של אמנות - אמנות שיש להם יותר אופי חוזה לעומת אמנות שיש להם יותר אופי של חקיקה. בשני המקרים האלה יתקיימו שלושת ההפרות.
      1. אמנות בילטרליות – שני צדדים.
      2. אמנות חוזיות
      3. אמנות מולטילטרליות - הרבה צדדים.
      4. אמנות היוצרות דין
   2. **ניתן לחלק את האמנות לשני סוגים:**
      1. **אמנות דקלרטיביות** – מצהירות על מה הוא הדין המנהגי בנושא.
         1. למה ליצור אמנה אם כבר קיים דין מחייב בנושא? מכיוון שמנהג מעצם טבעו הוא עמום והצהרה דקלרטיבית יכולה לפתור את הבעיות:
            * יש הסכמה שיש מנהג אבל אין הסכמה על הפרטים הקטנים.
            * יכולה להיות אי וודאות לגבי האם התקיים מנהג או מתי הוא התקיים.
            * אמנה דקלרטיבית עוזרת להוכיח שאכן מדובר ביסוד נפשי (OJ).
            * יכול לסחוף עוד מדינות להשתכנע שיש מנהג.
         2. ישנה דרך נוספת להיווצרות של אמנה דקלרטיבית – אמנה שהייתה קונסטיטוטיבית אבל אם הזמן הפכה למנהג ולכן הפכה דקלרטיבית. לדוג' תקנות האג אשר קבעו את דיני המלחמה והיום היה נחשבת מנהג (לדוג' מדינת ישראל מעולם לא חתמה על האמנות מתוך ההנחה שמדובר בדין מחייב כי זה מנהג).
         3. לעיתים מדינות טוענות שמדובר באמנה דקלרטיבית על מנת לייצר מנהג.
         4. חשוב לזכור שבדר"כ לא כל סעיפי האמנה הם דקלרטיביים ותמיד ישנם גם סעיפים קונסטיטוטיביים. יש מעט מאוד אמנות שכל הסעיפים בהם נחשבים דקלרטיביים (לדוג' אמנת האג).
      2. **אמנות קונסטיטוטיביות** – אמנות היוצרות דין.
      3. **אמנות משולבות** –
      4. **אמנות אשר יוצרות \ מקימות מוסדות בינ"ל** – בדר"כ הן מולטילטרליות והם אמנות יוצרות דין. בנוסף לכך, הרבה פעמים האמנה מעניקה סמכות לגוף הנוסד ליצור נורמות חדשות מחייבות. מה שמחייב את המדינות זה לא רק מה שכתוב באמנה, אלא נורמות מחייבות ייווצרו על ידי אותו גוף (לדוג' מועצת הביטחון של האו"ם).
5. **איך נכרתות אמנות:**
   1. אמנה בבילטרלית – בדומה לכריתת חוזה "רגילה" משלחת מכל מדינה.
   2. אמנה מולטילטרלית-
      1. בדרך כלל בהובלה של גוף או ארגון בינ"ל. לדוג':
         1. הצלב האדום אמנת ג'נבה
         2. האמנה האוסרת על שימוש במצרר.
         3. ILC- גוף האום שעוסק בפיתוח המשב"ל.
            * הוועדה מגבשת טיוטה המגיעה לנציגי המדינות. לדוג' החלטת האו"ם מ1949 הביאה לאמנת האמנות ב1969.
6. **כיצד מדינה הופכת לצד לאמנה?**

צריך שהגורם שמוסמך לחייב את המדינה מחינה משפטית, יבצע את הפעולה הנדרשת לחיוב מדינה באמנה. כלומר ישנן שתי שאלות:

* 1. **מי הגורם המוסך?**
     1. סיפור – נתניהו נסע לאיחוד האמירויות וגילה שהוא לא מוסמך לחתום על ההסכם עם האמירויות. מה היה קורה אם ראש הממשלה היה מגלה שאין לו סמכות אחרי שהוא צירף את המדינה לאמנה?
        1. ככל אנחנו לא יכולים לצפות ממדינה אחרת לדעת את כל סדרי השלטון שאיתה המדינה חותמת על האמנה. ולכן ישנו **כלל של סמכות נחזת** – קובע שאם על פי הנסיבות היה סביר להניח שהגורם שחתם בשם המדינה הוא מוסמך, המדינה מחויבת לאמנה. **ס' 7 לאמנת וינה - שלושה תנאים שמספיק שאחד מהם מתקיים:**
           + מספק הוכחה שיש לו סמכות.
           + מהפרקטיקה של המדינות המחויבות (לדוג' מדינה שבה מקובל שלראש הממשלה יש סמכות סביר שתניח שלראש הממשלה של המדינה האחרת יש סמכות).
           + מהנסיבות נראה שהמדינה התכוונה לתת לו סמכות (מייצג או נחזה למייצג).
        2. כלל זה יוצר מצב בו יש פער בין הדין המדינתי לדין הבינ"ל
  2. **מהי הפעולה הנדרשת?** קיימות שלוש פעולות –**איזה פעולה מבין השלוש תידרש כדי לחייב את המדינה לאמנה ספציפית, תקבע במפורש או במשתמע באמנה עצמה**.
     1. **חתימה** – פעולה חד"פ, חתימה ונגמר. פעולה חד שלבית.
     2. **חתימה + אישרור** – הגורם המוסמך חותם. כל אחד חוזר למדינתו ועושה פרוצדורה (הנקבעת ע ידי הדין המדינתי) ואז הגורם המוסמך חוזר בתום ההליך ומוסר כי המדינה ומודיעה כי אשררה את האמנה. פעולה דו שלבית.
        1. הפרוצדורה: הליך, שמבוצע לאחר החתימה הראשונה על האמנה, של אישור האמנה בתוך המדינה. אפשר לחלק את העולם לשני סוגי מדינות עיקריות מבחינת סוג פרוצדורה:

מדינות בהם הפרוצדורה של האישור היא אישור על ידי הפרלמנט

מדינות שהפרוצדורה של האישרור מתבצעת על ידי הרשות המבצעת.

במדינת ישראל – יש צורך באשרור הממשלה ובמקרים מיוחדים אישור של הכנסת.

* + - 1. מדוע נדרש האישרור (אישור כפול)?
         * לתת למדינה שהות להחליט הכל - מחזק את אלמנט ההסכמה.
         * זמן להכנות פנימיות בתוך המדינה – נותן זמן לממשלה להבין את משמעות האמנה ואפשרות להתאים את החקיקה הפנימית לאמנה.
      2. הדין החל בין האמנה לאשרור:
         * **אין הגבלת זמן** בין החתימה לאשרור. לדוג' ישראל חתמה על אמנת זכויות האדם ואישררה אותה רק עשרות שנים לאחר מכן.
         * בזמן בין החתימה לאשרור האמנה לא מחייבת את המדינה, יחד עם זאת יש לה חובה מינימאלית והיא חובה לא לחתור תחת יסודות האמנה.
         * **משיכת החתימה:** היכולות של מדינה להתחרט ולמשוך את חתימתה תלויה בנוסח האמנה שנחתמה, כדי שאפילו החובה המינימאלית לא תחול עליה. ס' 18 לאמנת וינה קובע שברירת המחדל היא שניתן למשוך את החתימה. לדוג' ארה"ב וישראל הודיעו שלא יאשררו את אמנת רומא והחליט למשוך את החתימה יחד עם ארה"ב.

ישנו ויכוח פרשני האם מדינה בכלל יכולה למשוך חתימה מאמנת רומא, ולכן הטוענים זאת חושבים שעל מדינת ישראל לא לסכל את אמנת רומא.

* + 1. **הצטרפות** – accession – הוא תהליך בו מדינה מצטרפת לאמנה לאחר הזמן בה היה ניתן לחתום על האמנה. מדובר בהליך חד שלבי של הודעה מצד המדינה על הצטרפותה לאמנה.
       - * **לדוג' אמנת רומא** –אמנת רומאעד שהיא נכנסת לתוקף (כלומר עד שיוקם בית הדין) יש הליך דו שלבי של חתימה ואשרור. מרגע שהוקם בין הדין אין תהליך דו שלבי והתהליך היחיד האפשרי הוא הצטרפות.

1. **פרישה מאמנה:**
   1. **האם מדינה יכולה לפרוש מאמנה שהיא צד לה**?
      1. **אם האמנה קובעת הוראות בעניין אז בהתאם להוראות.** לדוג' חוקת רומא- ניתן לפרוש בהודעה של שנה והיא אינה מבטלת את הסמכות של ה-ICC להליכים שהחלו קודם הפרישה.
      2. **אם האמנה אינה קבועת כללים (שותקת)** –
         1. ס' 56 לאמנת האמנות: יש לבחון את כוונת הצדדים בנוגע לפרישה.
         2. ס' 54: אפשר לפרוש בהסכמת שאר המדינות שהן צד לאמנה .

בשני המקרים יש להודיע 12 חודשים מראש.

27.10.2021

# מקורות המשב"ל המשך: דיני אמנות חלק ב'

1. **הסתייגות:**
   1. **הגדרה**: הכרזה חד צדדית של מדינה, שיש לבטל או לשנות תחולה לגביה של סעיפים ספציפיים באמנה, או של כלל האמנה בנוגע לאספקטים ספציפיים מסוימים. הסתייגות יכולה להיעשות ע"י המדינה רק לפני השלמת ההצטרפות או במועד ההצטרפות.
      * + - **הסתייגות ניתן להגיש כל עוד המדינה לא הפכה לצד לאמנה**.
   2. **שתי סוגים של הסתייגות:**
      1. **הסתייגות מס' ספציפי:**
         * + דוג' להסתייגות – אמנת ג'נבה 1949 – סמלי צוותי רפואה – נקבע באמנה שהם צלב אדום וסהר אדום ואריה - מדינת ישראל מוסיפה הסתייגות וקובעת שמלבד שלושת הסמלים המוכרים אפשר גם להשתמש בסמל של מגן דוד אדום.
      2. **הסתייגות מכלל האמנה בנגע לאספקט ספציפי:**
         * + הסתייגות של קנדה מאמת חסינויות וזכויות יתר לאו"ם - מסתייגות מכלל הסעיפים באמנה במקרה שהם קשורים לחוסר תשלום מס.
   3. **הבעיה בהסתייגויות:**
      1. יוצר חזות של הסכמה, כאשר בפועל אין הסכמה. לכן בפועל יוצר חוסר וודאות ופגיעה בסדר המשפטי.
   4. **ההשלכות של הסתייגות**:
      1. **כלפי המדינה עצמה** - האמנה חלה עליה מלבד ההסתייגות.
      2. **מה היחס למדינות אחרות?**
         1. **מדינות שחברות באמנה ולא הסתייגה (קיבלה את הס')-** האמנה חלה בהתאם להסתייגות, בכפוף לכלל של הזכות להדדיות. אם מישהו הסתייג הוא צריך לנהוג באותו דין כלפי המדינה שלא הסתייגה.
            * לדוג' – לוב ובריטניה – מתוך השגרירות בלוב יורים החוצה על המפגינים ואזרחית בריטית מתה. בריטניה רוצה להסתכל בשק הדיפלומטי ומכיוון שלוב התסייגה במס' השק הדיפלומטי כאשר יש חשד שיש שימוש לרעה בשק, בריטניה בוחרת להסתכל בשק (כלל ההדדיות).
         2. **בין המדינה שמסתייגת לבין מדינה שהתנגדה להסתייגות של אותה** **המדינה** – יש לה כמה אפשריות:

ביחסים בין שתי המדינות כל אמנה לא חלה.

או ביחסים בנוגע לס' הספציפי אין תחולה.

* + - * + מדינה רשאית להגיש התנגדות להסתייגות תוך 12 חודשיים מיום הגשת ההסתייגות.
    1. **מתי לא ניתן להסתייג?** מדינה יכולה לחזור בה מההסתייגות או מהתנגדות להסתייגות.
       1. כאשר מדובר באמנה בלאטרלית (בין שני צדדים) עם הייתה הסתייגות לא קיים הס'.
       2. כשאר האמנה אוסרת על הסתייגות.
          - אמנת שהם עסקת חבילה אחרי מו"מ ארוך (אמנת הים).
          - אמנות מקימות ארגונים בינ"ל (אמנת רומא).
       3. כאשר הסתייגות פוגעת בתכליתה ויעודה של האמנה. דוגמאות:

ערב הסעודית חותמת על האמנה למניעת אפליה עם הסתייגות שאומרת שהאמנה לא תחול במקרים בהם היא סותרת את האיסלם על פי הפרשנות של ערב הסעודית. היא לא יכולה לחתום מכיוון שהפרשנות שלה היא מפלה נשים.

סינגפור – רוצה לחתום על האמנה לזכויות הילד עם הסתייגות לזה שמותר להרביץ לילדים. לא יכולה לחתום.

**פס"ד ל"ש נ' ל"א** (מסובך יותר) – ישראל חותמת על אמנה שקובעת כי יהיה שוויון בין נשים לגברים בדברים הקשורים ליחסי אישות. שנים מדינת ישראל לא אישררה את האמנה. בשנות ה-90 דן מרידור משכנע את הממשלה לאשרר את האמנה, תוך הוספת הסתייגות שאומרת שס' בדבר שוויון ביחסי אישות יחול כל עוד הוא לא סותר את ההסדרים הדתיים החלים במדינת ישראל. השופט טוען שההסתייגות של מדינת ישראל מס' 16 סותרת את תכלית האמנה ולכן לא תקפה.

**איך נדע עם זה פוגע בתכלית?** לרוב אין דרך לדעת, אך יש יוצאי דופן כמו האמנה למניעת אפליה גזעית.

* + 1. **הסתייגות אסורה:** כיצד נדע עם ההסתייגות היא אסורה?
       1. יש וויכוח לא מוכרע בין מועצת זכויות האדם (שתפקידה לפרש אמנות) לILC (גוף של האו"ם שתפקידו לפתח ולקדם את המשב"ל) – **שתי גישות:**
       2. **גישות מועצת זכויות האדם -** מפרסמת מסמך שמנסה לפרש מה תהיה המשמעות של מדינה שמסתייגות תחת האמנה לזכויות האדם. הקביעה היא האמנה חלה על המדינה, אך ההסתייגות אינה חלה.במידה והמדינה לא מרוצה היא יכולה לפרוש מהאמנה (כל עוד זו אמנה שניתן לפרוש ממנה).
       3. **גישת ILC –** לא ניתן להכריח מדינה לקבל אמנה בלי הסתייגויות.לדעתם חייבת להיות הסכמה ברורה של המדינה. מה הפתרון?
          - אם כל המדינות מתנגדות להסתייגות אז המדינה לא יכולה לחתום על האמנה או יכולה להיות באמנה מבלי הסתייגות. בפועל הסיכוי שזה יקרה מאוד קטן כי צריך החלטה פה אחד מכל האמנות.
          - בעצם מתחת לפי השטח אפשר לומר שהמדינה יכולה להיות חברה באמנה למרות שהיא הגישה הסתייגות שחותרת תחת האמנה. כלומר, פוגע התכלית של איסור על הסתייגות שפוגעת בתכלית.

**אין הכרעה בין הגישות!**

1. **הצהרה פרשנית**
   1. **הגדרה:** הצהרה של מדינה בתוך אמנה שמסבירה מה לדעתה הפרשנות הנכונה לסעיף\הסדר שנמצא באמנה. בקיצור פרשנות או הברה בנוגע לס' או ההסדר.
   2. **שני הבדלים בין ההשלכות של הצהרה להסתייגות:**
      1. הצהרה פרשנית היא לא מייצרת בהכרח את הדין – אם לאורך זמן תתקבל פרשנות אחרת של האמנה, וזו תהיה הפרשנות המקובלת של האמנה, הרי שהפרשנות החדשה תחייב גם את המדינה שהגישה את ההצהרה הפרשנית.
      2. אין מגבלת זמן להצהרה פרשנית בשונה מהסתייגות שניתן להגיש כל עוד ההפיכה להיות צד באמנה לא הסתיים.
   3. **מה המטרה של הצהרות פרשניות?**
      1. מדינות רוצות להשפיע על מה תהיה הפרשנות של האמנה ולכן הם מפרסמות את דעתם במטרה ליצור קונצנזוס בין המדינות ושהפרשנות שלהם היא זו שבסופו של דבר תתקבל.
      2. הכנסת הסתייגות בדלת האחורית:
         1. מצב בו לא ניתן להגיש הסתייגות כי היא כבר חלק באמנה או שהאמנה לא מאפשרת הסתייגות.
         2. לא נעים להסתייג מבחינת יחסי ציבור ולכן עדיף לקרוא לזה הצהרה פרשנית.
   4. **מה שמשנה זה תוכן המסמך ולא כותרת המסמך** – יהיו מסמכים שהם הסתייגות על אף שכתוב שהם הצהרה פרשנית ויהיו מסמכים שהם הצהרה פרשנית על אף שרשום שהם הסתייגות.
2. **הסתייגות\ הצהרה של מדינות ערב ביחס לישראל:**
   1. מדינות ערב כאשר הם נכנסות לאמנה מולטילטראלית – הם נוהגת להוסיף הצהרה – אין באמור בהצטרפותי משום יצירת מחויבות משפטית אל מול מדינת ישראל או להכיר בקיומה.
   2. שני עמדות בנוגע להצהרה זו:
      1. **עמדת ILC:**
         1. המשב"ל קובע - אין הכניסה להאמנה משום הכרה במדינות אחרות (אחרת היה מאוד קשה לחתום על אמנות).
         2. לא מדובר בהסתייגות או הצהרה – אך לא אומר מה המשמעות של זה מבחינה משפטית.
      2. **עמדת מדינת ישראל** –
         1. מדובר בהצהרות פוליטיות ולכן חסרות תוקף משפטי.
         2. בהרבה אמנות מנוגדת לרוח האמנה ולכן פסולות. לדוגמה אמנות שנוגעות לשיתוף פעולה בינלאומי.
3. **הכרזות:**
   1. הצהרה פרשנית היא אינה הכרזה – לא הכרזה חד צדדית ולא הכרזה בינ"ל.
   2. **מהי הכרזה בינ"ל –**
      1. מסמך עם כללים ועם אמירה לפיה המסמך אינו מחייב משפטית. לדוג' ההכרזה בדבר זכויות אדם מ 1948.
      2. מה המטרה של ההכרזות הבינ"ל:
         1. אנחנו יודעים שלא נצליח להגיע לכללים משפטיים עכשיו, אך בואו ניצור מסמך עכשיו כדי להתחיל תהליך.
         2. הכרזות כאלה יכולות לקדם התפתחותו של מנהג.
         3. אחלה יחסי ציבור – מטרה לא ראויה.
   3. **מהי הכרזה חד צדדית -**
      1. הצהרה של מדינה מסוימת כלפי שאר מדינות העולם שאני לוקחת על עצמי מעמד משפטי מחייב לגבי דבר כלשהו – כמו אמנה חד צדדית. מבחינה משפטית היא חייבת לפעול ככה והיא מושתקת מלטעון שאין עליה חובה לפעול כפי שהצהירה.
      2. התנאים להכרזה חד צדדית:
         1. אורגן מוסמך של המדינה.
         2. ניסוח שמבהיר שזו הכוונה.
         3. פומביות.
      3. דוגמאות:
         1. פרשנות הניסויים הגרעיניים באוקיינוס השקט על ידי צרפת – הICJ – קובע שמרגע שצרפת הכריזה שלא תעשה ניסויים גרעיניים היא מחויבת לכך משפטית.
         2. לאחר מלחמת ששת הימים ישראל מכריזה שאמנת ג'נבה ה-4 לא חלה בשטחיים ויחד עם זאת היא מודיעה שהיא לוקחת על עצמה לקיים את ההסדרים ההומניטריים באמנה.

שתי עמדות ביחס לסוגיה:

* + - * + הילה אדלר – דיני כיבוש – הצהרה חד צדדי מחייבת.
        + הממשלה (שיוצגה ע"י עו"ד פרטי) בדבר חוק ההסדרה – מדובר בהצהרה וולנטרית שאינה מחייבת משפטית.

1. **כללים בסיסיים בדיני אמנות:**
   1. היחס בדבר כיבוד האמנה:
      1. על הצדדים לבצע את ההוראות בתום לב.
      2. האמנה מחייבת רק את המדינות שחתומות באמנה.
      3. למשפט הבינ"ל לא אכפת מהדין המדינתי. לכן אם יש סתירה דין הבינ"ל מנצח, לכן מדינה לא יכולה להסתמך על הדין המדינתי שלה כאשר היא מפרה את אמנה (כפוף לחריג).
      4. הפרשנות העיקרית היא פרשנות פורמליסטית ולשונית ורק אם אין הכרעה פונים לפרשנות התכליתית.
   2. **הפרת אמנה:**

**מה קורה כשמופר הסדר באמנה?**

* + 1. נכנסים לתוקף דינים בינלאומיים המכונים **דיני אחריות המדינה** – שקובעים מה מדינה יכולה לעשות כאשר הופרה התחייבות באמנה כלפיה ולמה היא זכאית בגין ההפרה. גם הפרה לא מהותית מקימה אחריות למדינה.
    2. בנוסף, ניתן לקבל את הסעדים הקבועים באמנה בגין ההפרה - אם נקבעו כאלו באמנה.
    3. **אמנות בטלות והאמנות הניתנות לביטול:**
       1. אמנות ניתנות לביטול: הגדרה: אמנה שהפגם בה מאוד חמוד עד שהוא שולל את תוקפה. הפגמים:

איום לפתוח במלחמה אם צד לא יחתום על האמנה (איום כלכלי אפשרי). איום על שימוש בכוח

סתירה של אמנת\מגילת האו"ם.

איום כלפי הנציג. לדוג' איום על הנציג הצ'כי על ידי גרמניה שיהרגו אותו.

אמנה שסותרת יוס קוגנס.

* + - 1. **אמנות בטלות (מעיקרן):** תנאים לביטול אמנה על ידי אחד הצדדים:

ישנן נסיבות המצדיקות ביטול אמנה.

הביטול נעשה תוך זמן סביר.

* + - * + חריגים:

גבול בינ"ל שנקבע באמנה לא ישתנה עקב ביטול אמנה.

הגנה על זכויות אדם באמנות הומניטריות – אם התבטלה האמנה אי אפשר לפגוע בזכויות אדם.

* + - * + נסיבות שיכולות להוביל לביטול אמנה חלק א':

אם חתימה על אמנה נעשה **בניגוד גלוי להסדר יסודי בדין** של המדינה הרי שהאמנה תהיה ניתנת לביטול (אנחנו נצפה שמדינות אחרות יידעו). לדוג' טורקיה בחוקה קובעת שהיא אינה יכולה להיות באמנה חשאית ולכן אם מדינה חותמת עם טורקיה על אמנה חשאית היא אינה מחייבת משפטית.

**טעות בעובדה מהותית**– הגדרה: טעות שהייתה יסוד עיקרי להסכמת המדינה לחבור לאמנה. אבל לא ניתן להתבסס על טעות שהמדינה תרמה לה בהתנהגות.

כלל העיפרון הכחול – רק החלקים באמנה שהטעות השפיעה עליהם יכולים להתבטל.

מדינת ישראל טעתה בשרטוט של מפה בגבול עם לבנון ולכן זה היה הגבול כי מדינת ישראל היא זו. שגרמה לטעות.

**אי אפשרות( בלתי צפויה) לבצע את האמנה**. לדוג' הרס בלתי צפוי של אובייקט שהיה חיוני. חריגים:

מדינה שתרמה לשינוי הבלתי צפוי במצב לא תוכל להסתמך עליו.

השינוי צריך להיות בלתי צפוי (לדוג' בצורת במקום שיש בו בצורות לא ייראה אירוע לא צפוי).

* + - * + נסיבות לביטול אמנה חלק ב':

**שינוי מהותי בנסיבות** – דוגמה לשינוי שאינו מהותי מספיק: הפיכה משלטון דיקטטורי לשלטון דמוקרטי לא שינוי מספק. משבר כלכלי אדיר לא שינוי מספיק מהותי. המבחן של שינוי נסיבות מהותי הוא קשה מאוד על מנת שמדינות לא יתנערו מהאמנות.

**הפרה מהותית** –

הפרת תנאי באמנה שהינו הכרחי למימוש מטרת האמנה.

באמנה בילטראלית: ניתן להשעות את האמנה כולה או מקצתה, או אף לבטלה כליל.

**נסיבות נוספות –** שוחד או תרמית. לדוג' שיחוד הצד השני.

**באמנה מולטילטרלית:**

המדינות יכולות בהחלטה פה אחד להשעות\לבטל אמנה.

מדינה נפגעת במיוחד יכולה להשעות את הפעלת האמנה, כולה ומקצתה, ביחס למדינה המפרה.

כל מדינה יכולה להשעות את ציותה לאמנה, כולה או מקצתה, אם ההפרה משנה מעיקרה את מצבן של כלל המדינות החברות (לדוג' ייצור נשק בניגוד לאמנה לאיסור או פירוק נשק).

28.10.2021

# סוגי נורמות נוספות במשב"ל

1. **סוגי נורמות נוספות במשב"ל:**
   1. **הכרזות חד צדדיות** – הצהרה של מדינה מסוימת כלפי שאר מדינות העולם שאני לוקחת על עצמי מעמד משפטי מחייב לגבי דבר כלשהו – כמו אמנה חד צדדית. מבחינה משפטית היא חייבת לפעול ככה והיא מושתקת מלטעון שאין עליה חובה לפעול כפי שהצהירה.
   2. **החלטות של ארגונים בינ"ל**. יש אמנת שמייצרות מוסדות ונותנות למוסד הזה סמכות לייצר נורמות משפטיות מחייבות עבור המדינות החייבות באמנה. לדוג' החלטות של מועצת הביטחון של האו"ם מחייב את המדינות החברות באמנת האו"ם.
   3. **Soft law** – הוא שם כללי למגוון כלים משפטיים במשפט הבינלאומי שאינם בעלי תוקף מחייב כשלעצמם. לדוג' הכרזה בין לאומית- נראה כמו אמנה, אך אינו מחייב. ישנן כול מיני סיבות לעשות חוקים כאלה:
      1. יחסי ציבור (סיבה לא טובה כביכול)
      2. מסמכים שמתווים דרך שמובילים בסוף לאמנה.
      3. יכולות להוות אינדיקציה להתפתחותו של מנהג.
      4. לא רוצים להגיד שזה הסדר לא מחייב, אבל מבחינה פוליטית יש רצון שיפעלו על פי הכללים האלה. אם אנחנו נסכם אם משהו עם האמריקאים גם אם נקבע שזה לא מחייב משפטית, לא באמת אפשי מבחינה פוליטית להפר את זה. לעיתים הסיבה תהיה קשורה לכך שהשר שהגיע להסכם לא מוסמך לחתום על אמנה אז נקבע שזה לא מחייב משפטית
      5. **דוגמאות**: soft law ברמה המשפטית אפשר להפר במרמה המעשית בלתי אפשרי.
         1. ISO  : (International Organization for Standardizatio)מדובר בגוף פרטי שקובע כללים בכל העולם, הכללים לא מחייבים, אבל בלתי אפשרי בפועל לא לקיים אותם. לדוג' גודל מכולה בנמלים, אם תביא גודל לא נכון פשוט יהיה בלתי אפשרי להכניס את המכולה לנמל.
         2. ארגון שקובע דומיין בקליפורניה – חברה פרטית שרשומה על פי דיני קליפורניה, בלתי אפשרי בפועל לקבוע דומיין שאינו עומד בכללים שלהם.
         3. **בג"ץ 909/08 – נ' המפקח על היהלומים** – המפקח על היהלומים במדינת ישראל החרים יהלום שלא הייתה לו תעודת קמברלי. העותר טוען שהוא פעל שלא כחוק. ביהמ"ש קבע כי המפקח על היהלומים פעל כמו שצריך מכיוון שפעל על פי כללי קימברלי. כלומר, על אף שזה Sopt law השופט החליט שאין ספק המפקח על היהלומים פעל כשורה ונתן לחוקי קימברלי מעמד משפטי. מתוך הבנה שאם ביהמ"ש יחליט שהמפקח על היהלומים לא אמור לפעול לפי כללי קימברלי אז מדינות בעולם היום מפסיקות לסחור יהלומים עם ישראל.

# פרגמנטציה

1. **הגדרה: התנגשות בין שתי נורמות או יותר.**
   1. **פרגמנטציה נורמטיבית:** מצב בו יש לנו נורמות שונות במשב"לאשר סותרות אחת את השנייה.
      1. הכלל אומר ללכת לפי כללי ברירת הדין. אך, ישנה בעיה מכיוון שלעיתים הכללים האלה אינם פותרים את הבעיה.
         1. **לדוג' –** שלוש אמנות שיוצרות סתירה.
            * יש אמנה שקובעת שאסור לגייס לצבא ילדים מתחת לגיל חמש עשרה.
            * ויש את אמנת ג'נבה השלישית שעליה חתומות רוב המדינות בעולם, שאומרת שאם אתה מחזיק שבוי מלחמה אתה צריך לספק לו אפשרות לקנות טבק בקנטינה.
            * אמנה נוספת של כללי הבריאות הבינ"ל על צימצום השימוש בטבק שעליה חתומות רוב המדינות בעולם, שבה נקבע שאסור לספק לאנשים מתחת לגיל 18 סיגריות.
            * **השאלה שעולה -**האם צריך לספק טבק לילד בין 16 שבוי או לא? אין תשובה ברורה לכך.
   2. **פרגמנטציה מוסדית**: סמכות מקבילה למספר גורמים.
      1. דוגמה 1:
         1. יש אמנה שמטילה איסור דייג של דגים כחולי סנפיר בים.
         2. יש אמנה לגבי סחר בימים – יש לה בית משפט.
         3. יש אמנה שלישית שמסדירה את דיני הים – יש לה בית משפט.
            * **איך מחליטים איזה מוסד הוא זה שייקבע את הפסיקה.**
      2. דוגמה 2:
         1. אמנת זכויות האדם – קיים לו בית משפט. בין הדין האירופי לזכויות אדם.
         2. האיחוד האירופי – בית דין של האיחוד האירופי של סחר.
            * **מי גובר על מי בפסיקותיו?** קבעו הסדר, שאומר שהם מכבדים את ההסדר אחד של השני, כול עוד הם פסיקותיו סבירות בעיני השני (מדובר בהחלטה פרקטית ולא קביעה נורמטיבית, מכיוון שכל אחד עדיין חושב שהוא העליון).
   3. **פרגמנטציה של המדינה:** גורמים שונים במדינה מנצלים את הפרגמנטציה של המשב"ל לקידום עמדותיהם. גורמים שונים מביאים להחלטות שונות וסותרות בזירה הבינ"ל, מתוך הנחה שאם הם התחייבו לכך מבחינה בינ"ל יהיה קשה למדינה לא להסכים לכך מבחינה מדינית.
      1. בעבר היה גוף אחד שפעל בזירה הבינ"ל – גוף מתוך משרד החוץ – המודל הזה לא יכול לעבוד יותר, מכיוון שאין למשרד החוץ את הידע המקצועי המספק כדי לעשות זאת. משרד הסביבה מבין בסביבה ואילו משרד המשפטים במשפט וכו'. לכן, כיום נותנים לגופים שונים מכל המשרדים לנהל החלטות בזירות הבינ"ל. דבר זה יוצר לעיתים סתירה מטעם המדינה בזירה הבינ"ל.
         * + לדוג' מדינת ישראל מתחייבת בשתי התחייבות שונות בזירה הבינ"ל -
2. **כיצד ניתן ליישב בין נורמות סותרות?** 
   1. **התנגשות בין נורמות הסכמיות, דהיינו אמנות.** שלושה מקרים אפשריים:
      1. סתירה בין אמנת האו"ם לאמנה אחרת - אמנת האו"ם גוברת על אמנות אחרות.
      2. התחייבות סותרת בין אותן מדינות (לדוג' שתי המדינות חתמו על שתי אמנות שסותרות אחת את השנייה) – כללי ברירת הדין.
         1. ספציפי גובר על כללי
         2. מאוחר גובר על מוקדם.
      3. התחייבויות סותרות של מדינה אחת לשתי מדינות שונות – בהכרח הפרה.
   2. **התנגשות בין נורמות מנהגיות:**
      1. JC – יוס קוגנס גובר על נורמות רגילות. אם שתי הנורמות אינן JC, כללי ברירת הדין.
   3. **התנגשות בין נורמה הסכמית לנורמה מנהגיות.** ארבעה מקרים אפשריים:
      1. ככלל אם זה לא נופל לשלושת המקרים האחרים אז הולכים לפי כללי ברירת הדין.
      2. הדין הבינלאומי המנהגי או יוס קוגנס, ככלל היוס קוגנס ייגבר.
      3. נורמה שהיא יוס קוגנס ומצד שני יש לנו נורמה שהיא דין בינ"ל הסכמי שמחייב מכוח החלטת האו"ם – תשובה בהמשך.
      4. סתירה בין דין בינ"ל שמחייב מכוח אמנת האו"ם ומצד שני יש לנו דין מנהגי שהוא לא יוס קוגנס – תשובה בהמשך.
3. **יחס בין מנהג לאמנה**
   1. **שלושה סוגי אמנות:**
      1. אמנה היכולה ליצור מנהג
      2. אמנה דקלרטיבית\הצהרתית
      3. אמנה הסותרת מנהג.
   2. **ההשלכות של אמנות המייצרות מנהג:**
      1. **השלכה 1: הרחבת היקף המדינות החייבות בדין.**
         1. האמנה מחייבת את המדינות שהצטרפו.
         2. מנהג מחייב את כל המדינות, בעוד שמאמנה ניתן לפרוש.
            * לדוג' המדף היבשתי – המדינות ניסו לשכנע כי מדובר במנהג ולכן גרמניה מחויבת.
      2. **השלכה 2: צמצום האפשרות לצאת מההסכם.**
         1. מאמנות אפשר לפרוש בעוד ממנהג לעולם לא ניתן לפרוש (מלבד מתנגד עקבי).
            * דוג' פס"ד של ביה"ד בנירנברג שקבע שעל אף שגרמניה יצאה מאמנת האג לפי מלחמת העולם השניה היא הפרה דין בינ"ל כי האמנה הפכה למנהג.
            * אמנת האו"ם קובעת שאסור לצאת למלחמה אלא אם כן מדובר בהגנה עצמית, ס' זה בהקמת האו"ם היה ס' זה קונסטיטוטיבי – היום באו"ם חברות רוב המדינות בעולם (מלבד משהו כמו שלוש מדינות, ביניהן הוותיקן). **האם הוותיקן יכול לצאת למלחמה לא מטעמי הגנה עצמית?** הרי שנחתמה האמנה זה היה דין הסכמי ולא מנהגי. **תשובה:** הדעה הרווחת אומרת שלא יכולה לצאת.
4. **האם אמנות יכולות לייצר מנהג?** סיכום של המרצה
   1. **שתי גישות לאם אמנה יכול להפוך למנהג:**
      1. העמדה הרווחת היא שדין הסכמי **יכול** להפוך למנהג.
      2. עמדת מיעוט שאומרת שדין הסכמי **לא יכול** להפוך למנהג.
   2. **הדעה הרווחת** :אם כך לפי הדעה הרווחת כיצד אמנה יכולה להפוך למנהג? נדגים זאת על שני מקרים:
      1. ***מקרה א:*** מצב בו אמנה מולטילטראלית תוביל להיווצרות מנהג.
      2. ***מקרה ב:*** מצב בו הרבה אמנות בילטראליות בין מדינות שונות, אבל שיש בהן הסדרים דומים, יובילו יחדיו להיווצרות מנהג.
   3. ***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?
      * 1. דוגמה 1: 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 שלא 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].
        2. דוגמה 2: 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.
        3. מה הקושי בהפיכת אמנות לדין מנהגי? מאמנות (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.
      1. **מסקנה: לפי העמדה הרווחת:** הצטרפות של מדינות רבות לאמנה מולטילטרלית יכולה לסייע להפיכת הנורמות הקבועות באותה אמנה לדין בינלאומי מנהגי: להפיכתן של נורמות לאמנה לנורמות מנהגיות; אבל זה **לא תנאי מספיק. מדוע אין זה תנאי מספק?**
         1. **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).
         2. **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.
         3. **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].
         4. **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**.
            * 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]
   4. ***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).
   5. העמדה הסבורה שאמנות **לא יכולות** ליצור דין מנהגי, דעת מיעוט:
   6. 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?

03.11.2021

# היחס בין הדין המדינתי\פנימי למשפט הבינלאומי

1. שאלת המעמד של המשב"ל בדיון המדינתי
   1. חשיבות פרקטית: שימוש בבתי משפט מדיניים
   2. חשיבות נורמטיבית:
      1. ביטוי לסוגייה רחבה יותר
      2. ככל שהמשב"ל מתרחב, מתרחבים החיכוכים.
      3. משליך על תהליכים פנימיים במשב"ל ובמשפט בינלאומי.
2. **שתי שאלות מרכזיות:**
   1. **מה המעמד של דין במערכת המשפט השנייה?**
   2. **מה קורה במצב של סתירה בין הדינים במערכות?**
3. **נבחן שאלות זו משלוש נקודות מבט:**
   1. **מנקודת מבט של המשב"ל**
   2. **מנקודת מבט של מתבונן מהצד (נקודת מבט תיאורטית).**
   3. **נקודת המבט של המערכת המדינית.**
      * + - איך הגיוני שכל נקודת מבט נותנת לנו תשובה אחרת?
4. **נקודת המבט של המשב"ל**
   1. **מה המעמד?** למשפט המדינתי אין מעמד במשב"ל.
      1. **האם דין של מדינה יכול להיקלט במשב"ל?** בעיקרון לא, בכפוף לחריגים מעטים. החריגים:
         1. סתירה בוטה של דין מדינתי גלוי, דוגמת החתימה על אמנה (ס' 46 אמנת האמנות).
         2. כאשר פותרים לקונה, עושים זאת על ידי עקרונות כללים – עקרונות כללים הם דינים זהים אשר חלים אצל המון מדינות.
         3. לעיתים אכפת לו בהקשר של אזרחות.
      2. **איך צריך להיקלט דין משב"ל במערכת המדינית?** למשב"ל זה לא מעניין כיצד מצייתים העיקר שיצייתו.
   2. **מה קורה במצב של סתירה?** על פי המשב"ל כאשר יש סתירה המשב"ל גובר.

**שורה תחתונה המשב"ל עליון**

1. **נקודת המבט התיאורטית – מתבונן מהצד – שתי גישות:**
   1. **מוניזם:** הנחה בסיסית: המשב"ל והמשפט המדינתי הוא חלק ממערכת משפט אחד. אולם, המשב"ל עליון ביחס למשפט המדינתי. ישנן תאוריות מוניסטיות שונות אשר ההבדל ביניהן הוא ביחס לנימוק מדוע המשב"ל עליון:
      1. **גישת משפט טבעי:** המשב"ל עליון, מכיוון שהוא מגלם בתוכו נורמות מוסריות.
         1. היום דיני המשב"ל מורכבים גם מדינים שאינם מוסר בסיסי. בנוסף, יש דינים שאינם מוסריים כלל ובנויים על אינטרסים של המעצמות. לכן גישת המוסר הטבעי לא משכנעות לגבי כל המשפט הבינ"ל ויותר משכנעות לגבי זכויות אדם, דיני לחימה ומשפט בינ"ל פלילי.
            * הסיפור של אייכמן - האייכמן נתפס בארגנטינה ונאמר לו שהוא יועמד לדין והוא טען הוא פעל על פי הדין הגרמני. בתשובה אומרים לו שהמעשים שלו סתרו את המשפט הבינ"ל ולכן מרגע שהוא לא ציית ניתן להעמידו לדין בשם המוסר.
      2. **גישת הפוזיטיביזם**: המשב"ל הוא זה שקובע אם המדינה תקום (המשב"ל יוצר את המדינות), לכן הוא עליון להם.
         1. המתנגדים יטענו שלא המשב"ל יוצר מדינה, אלא העם הוא זה שיוצר את המדינה ולאחר מכן אולי הם זקוקים להכרה על ידי מדינות. ואולי ניתן לומר שהמדינות הן אלה שיצרו את המשב"ל.
      3. היום כמעט ואין אנשים באקדמיה שמצדדים בגישה המוניסטית. אול המשב"ל ומוסדותיו כמעט תמיד ממשיכים לטעון כי המשב"ל הוא עליון ביחס למשפט המדינתי.
   2. **דואליזם:** גישה זו מורכבת ממספר גישות שהמשותף להם הוא שהמשפט הבינלאומי והמדינתי הן מערכות שונות לגמרי. משב"ל פונה מדינות ואילו רק המשב"ל פונה לבני אדם. כפועל יוצא מזה כאשר בן אדם ניצב מול נורמה בינ"ל לנורמה מדינתי עליו לציית למדינה – כלומר הדין המדינתי עליון. מה שמבדיל בין הגישות זה הנימוק מדוע המשפט במדינתי עליון:
      1. גישה 1: דמוקרטיה, לכל מדינה מגיעה הגדרה עצמית והדין המדינתי מאפשר ליצור הגדרה העצמית בדרך הטובה ביותר.
         * + המתנגדים – הדין המדינתי לא באמת פועל לטובת האנשים החיים בו. בנוסף, מצב זה מונע אפשרות להעמיד לדין נאצים ודומיהם.
           + רוב האקדמאים לא מקבלים גישה זו, עם זאת מעשית רוב המדינות ממשיכות לטעון כי הדין המדינתי עליון ביחס למשב"ל.
   3. הרוב הגדול לא תומך בדואליזם או במוניזם ותומך בגישות מרוכבות יותר בעלות מכנה משותף (נגיע לזה בשיעור הבא).
2. **נקודת במבט המדינתי?**
   1. **המעמד? בגדול המשפט המדינתי עליון על המשב"ל – יסודות דואליסטיים.**
   2. **סתירה? הדין המדינתי הוא זה שיש לקיים.**
   3. **המציאות יותר מורכבת**: ההסדרים במדינות מקיימים תנועה על הרצף בין מוניזם לדואליזם.
      * + - מנסחי החוקות של המדינות הושפעו מגישות תיאורטיות שונות. הקמת מדינה בנויה על הסכמי פשרות בין מקמי המדינה ולכן הרבה פעמים הבסיס של המדינה בנוי הן על גישות מוניסטיות והן על גישות דואליסטיות. לכן, יש בלאגן.
   4. שלושה מנגנונים לקליטה של המשב"ל במשפט המדינתי.
      1. **קליטה ישירה** – קליטה אוטומטית – משפט בינ"ל מרגע שהוא משב"ל הוא הופך לדין מדינתי.
         * + לדוג' בישראל דין בינ"ל מנהגי גם לא ללא חקיקה הוא חלק מהחקיקה בישראל (בשונה מהמשב"ל הסכמי).
           + מדינות כאלה בדר"כ נקראות מוניסטיות.
      2. **קליטה מפורשת** – יש צורך בקליטה על ידי המדינה, המעמד של הנורמה הבינ"ל הוא כמעמד של הנורמה המדינתית בה הוא נקלט (לדוג' אם נקלט כתקנה מעמדו כתקנה).
         * + גישה זו תואמת את הגישה הדואליסטית ולכן מדינות שנוהגות ככה נקראות מדינות דואליסטיות.
      3. **יישום -** דוקטרינת ביניים – יש צורך בקליטה, אך גם הדין שלא נקלט ישפיע על הדין המדינתי. לדוג' בפרשנות ויישום הנורמות הפנימיות.
   5. **במציאות**
      1. במדינות רבות יש שילוב בין שלושת סוגי הקליטה לדוג':
         1. הסדר אחד לאמנות (דין הסכמי) והסדר אחר למנהג.
         2. עליונות על נורמות מדינתיות מסוימות, למשל תקנות, אך לא על אחרות, למשל חוקה.
      2. **יש בלגן במשפט הבינלאומי כי בפועל כל מדינה פועל בדרך אחרת לקבי קליטת המשב"ל:**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | בריטניה | הולנד | צרפת | ארה"ב |
| מנהגי | קליטה ישירה | קליטה ישירה | קליטה ישירה | מורכב |
| הסכמי | קליטה באמצעות חקיקה | קליטה ישירה | קליטה ישירה | מורכב |
| אשרור אמנות | ממשלה | פרלמנט | פרלמנט | מורכב |
| סתירה בין משב"ל לחוקה | אין חוקה | החוקה גוברת על משב"ל מנהגי. לגבי אמנות יש התחמקות מהכרעה (כנראה שאמנות גוברות על החוקה). | החוקה גוברת | החוקה (ראי מטה). |
| סתירה בין משב"ל לחקיקה ראשית | חקיקה גוברת על מנהגי והסכמי.  תקנות גוברות על הסכמי אבל לא על מנהגי. | אמנה גוברת על חקיקה ראשית ומשנית.  אבל כנראה חקיקה ראשית ואולי גם משנית גוברת על מנהג. | המשב"ל גובר (זה יותר מורכב בפועל) | מורכב |
| חזקת ההתאמה הפרשנית | קיימת | קיימת | לא קיימת | מורכב |

* + - 1. **יש מדינות פוסט קומוניסטיות שבהם המשב"ל עליון אפילו לחוקה. תיאורית יכול להיות זה גם המצב בהולנד.**
      2. **ארה"ב:**
         * החוקה לא מתייחסת למנהג בינ"ל (מלבד ס' אחד) אולם, עד סוף שנות ה-60 היה נהוג כי דין מנהגי מתקבל באופן ישיר ומעמדו גבוה מתקנה פדרלית ונמוך מחוק פדרלי.
         * לעומת זאת, החוקה כן מתייחסת לאמנות\דין בינ"ל הסכמי, הגורם שמוסמך לצרף את ארה"ב לאמנה זה הסנאט האמריקאי ברוב של שני שליש בהצבעה אחת. מרגע שארה"ב הצטרפה המעמד של האמנה הוא של חוק פדרלי, האמנה בעלת מעמד של חוק פדרלי, כלומר גוברת על חוק פדרלי ישן ולא גוברת על החוקה (על אף שהפרוצדורה של קבלת דין בינ"ל פשוטה יותר כי מדובר בהצבעה אחת).
         * **סיבוך** – פסיקת ביהמ"ש העליון האמריקאי קבעה - כאשר החוקה האמריקאית משתמשת במנוח "אמנה" היא לא מתכוונת למה שמתכוון המשב"ל. אלא מתכוונת רק לאמנות שהתקבלו על ידי הסנאט. כלומר, גם הנשיא יכול לחתום על אמנות על דעת עצמו, אך אלו לא נקלטות לדין האמריקאי, למרות שהן נחשבות אמנות על פי המשב"ל. בנוסף, גם האמנות שעברו את הסנאט לא נקלטות באופן ישיר, אלא רק אמנות שמהניסוח שלהן ברור שהן שמטילות זכויות או חובות על בני אדם. **פסיקה זו מרחיבה של סמכותו של הנשיא ומקטינה של המעמד של האמנות.**
         * משנות ה-60 ובעיקר משנות ה-90: האגף הימני בארה"ב טוען שדין בינ"ל מנהגי לא נקלט באופן ישיר ואין לו מעמד במשפט האמריקאי, אין פסיקה של ביהמ"ש בארה"ב שמאמצת גישה זו נכון לרגע זה – אולם הדבר עלול להשתנות בעקבות שינו בהרכב השופטים בביהמ"ש עליון בארה"ב (ההרכב נהיה יותר שמרני).
         * הלכת bouncing betty (שם של אונייה "בטי המקפצת") – הלכה שמחילה חזקת התאמה פרשנית, כלומר שיש לפרש את הדין המדינתי לדין הבינ"ל החל על המדינה.
    1. **שלושה אלמנטים משותפים בין המדינות:**
       1. הצהרה על עליונות הדין המדינתי.
       2. ההסדרים של המדינות לא מבטאים באופן מוחלט על דואליזם או על מוניזם.
       3. התמרכזות - יש התמרכזות שיוצרת מתן השפעה משמעותית למשב"ל, אבל לא מוחלטת.
          - מה ניתן לראות? מדינות שהיו יחסית דואליסטיות בספקטרום בית המשפט העליון הצליח לדחוף לכיוון של מתן הכרה יותר גדולה למשב"ל. לעומת זאת, מדינות שהתחילו בקצה המוניסטי, נעשו פסיקות שהחלישו את המעמד של המשב"ל.

04.11.2021

1. **מדוע יש סתירה בין נקודות המבט?**
   1. הסבר באמצעות דוגמא: דין תורה אל מול דין מדינה – איזה דין גובר כאשר ישנה סתירה? דין תורה מקור סמכותו הוא מה' ומדינה מקור הסמכות שלה הוא מרצון העם\דמוקרטיה.
      1. הטיעון החזק של המערכת הדתית עבור האדם הדתי הוא המקור האלוקי.
      2. הטיעון המנצח של המערכת המדינתית הוא הדמוקרטיה.
   2. **בעיית תזת ההתאמה:** ברמה הנורמטיבית כל מערכת חושבת שהבסיס שלה ומקור הסמכות שלה הוא אחר. ורואה אותה כעליונה לשנייה, אם לא תראה עצמה עליונה היא תאבד את כוחה ותתמזג או תעלם לתוך המערכת השנייה.
      1. **טיעוני מערכת המשפט המדינתית:**
         1. ייצוג ערכים מקומיים (הגדרה עצמית).
         2. הדין התקבל בהליך דמוקרטי, אני הייתי שותף למשחק ולכן גם אם הפסדתי עלי לקיים.
      2. **טיעוני מערכת המשפט הבינ"ל:**
         1. טיעון פרקטי:
            * עידן גלובאלי – המדינות כיום מושפעות יותר ויותר אחת מהשנייה.
            * הצורך להסדיר את האינטררקציות בין המדינות.
            * אי ציות למשב"ל, יכול להוביל לסנקציות, העדר שת"פ ועוד..
         2. טיעון מוסרי: בתחומים מסוימים המשב"ל מסדיר נורמות מוסריות בסיסיות.
      3. דוג' אייכמן –
         1. אייכמן טוען שלא ניתן להעמידו לדין מכיוון שהוא ציית לדין הגרמני.
            * ביהמ"ש עונה בתגובה: הדין בינלאומי קובע שהיה אסור לך להתנהג ככה והוא גובר על הדין הגרמני.
         2. מדינת ישראל לא יכולה להעמיד אותי לדין כי העמדה תפר את עיקרון הריבונות הבינ"ל, הפשע לא בוצע בישראל וישראל לא הייתה קיימת.
            * ביהמ"ש עונה בתגובה: הדין של עשיית דין בנאצים ועוזרים קובע שמדינת ישראל יכולה להעמידו לדין.
   3. **מה עושים שקיימות במקביל מערכות מתחרות:**
      1. **עימות**: כל מערכת מצהירה עליונות ומענישה את הבוחרים לציית למערכת השנייה. מחיר העימות:
         1. **החלשת המעמד של כל אחת ממערכות המשפט, כי הן תלויות באמון הציבור** – הצבת אולטימטום בוודאי תגרום לכך שאנשים יצטרכו לבחור צד, בחירת צד תגרום לאובדן תומכים. ולכן, אף מערכת לא מעוניינת להכריח את האנשים לבחור באחת מהן כי במצב כזה היא גם עלולה לפסיד תומכים.
         2. **פגיעה במשב"ל**= **פגיעה במדינות:** איבוד תומכים יגרום לפגיעה בשיתופי הפעולה בין המדינות בעידן המודרני.
      2. **פשרה:** בכל אחת מהמערכות יש מנגנונים למניעת החיכוך, כי לאף מערכת אין רצון להגיע לחיכוך כי זה יפגע בציבור הבוחרים שלה. **רכיבים במנגנוני הפשרה:**
         1. כל אחת מהמערכות על אף הפשרה מצהירה על עליונותה.
         2. המערכת מאמצת מנגנון שנותן השפעה לנורמות של המערכת השנייה.
         3. ההשפעה שניתנת מוגבלת (לתחום) והסיבה לעליונותה היא בגלל נורמה פנימית מדינתית.
            * לדוג' לבי"דר יש סמכות רק בענייני המעמד האישי.
         4. המקור של הסמכות של המערכת השנייה, נובע מהמקור של הסמכות הראשונה.
            * דוג' מהדין המדינתי – מצד אחד חובה לעשות ככל שניתן כדי שהדין המדינתי יפורש בהתאם למשב"ל. מצד שני אם נוסח החוק באופן ברור שהמחוקק רצה אחרת אז ילכו לפי המשפט המדינתי גם אם הוא מפר.
            * דוג' פורמאלית מהמשב"ל - ס' 46 לאמנת האמנות – אם הדין המדינתי ידוע וגלוי לכול אז יש להתחשב בו.
            * דוג' אפורמלי מהמשב"ל - פסיקות הסולנגה –

בין הדין לחוקה הגרמני, קובע שכל עוד בית הדין האירופי, לא יכבד את זכויות האדם אני הורה למוסדות המדינה שלי לא לכבד את פסיקות בית הדין האירופי. בית הדין של האיחוד האירופי קובע שהוא יתחשב בזכויות אדם.

בית הדין הגרמני קובע לאחר מכן שאם יכבד את פסיקותיו של בית הדין של האיחוד כל עוד הוא מתחשב בזכויות האדם, גם אם הפסיקה לא נוחה לי.

* + 1. יש צדדים שירצו יותר למשוך לעימות ויש שיותר ירצו למשוך לפשרה:
  1. **היחס של המשפט האמריקאי למשב"ל**:
     1. **עמדה 1: התנגדות למשב"ל ללא רתיעה מעימות. נימוקים:**
        1. משב"ל – לא לגיטימי כי הוא לא דמוקרטי (במיוחד מנהגי).
        2. ארה"ב היא מעצמה והחוק שלה כלפיה עצמה הוא החשוב.
           + ארה"ב קבעה שאם יעצרו חייל אמריקאי בהאג, לנשיא יש אפשרות לשלוח כוחות צבא לשחררו.
           + ארה"ב יוצא מאמנת הדואר.
           + ארה"ב מושכת את החתימה שלה מכול מיני אמנות שקובעות שהICJ הוא זה שישפוט בנושא. אולם היא לא מורידה את החתימה של מאמנה בדבר רצח עם (מסיבות ברורות). כמו כן, לא משכו את האמנה בדבר יחסי שלום בין איראן לארה"ב – הסיבה לכך, לפעמים עדיף שסכסוך יהיה במסגרת. אולם, כיום טראמפ משך את החתימה מהאמנה הזו.
     2. **עמדה 2: התחשבות במשב"ל וחתירה לפשרה. נימוק:**
        1. גם מעצמה אינה חיה בוואקום והיא תשלם מחירים אם היא לא תציית למשב"ל.
        2. ארה"ב שילמה מחירים:
           + **יהיה יותר קשה ליצור שת"פ עם מדינות אחרות**. ארה"ב לא יוצאת אף פעם לבד למלחמה תמיד יחד עם עוד מדינה – בתקופה אחרונה אף מדינה לא הסכימה לצאת איתה למלחמה בסוריה כי דעת הקהל לא סמכה עליה.
           + **ירידה במעמד פסיקת ביהמ"ש העליון האמריקאי**.
     3. הבעיה בהתנהלות של ארה"ב – אם המעצמה שיש לה כביכול הכי הרבה אמינות בוחרת לפרוש מהמשחק, זה עלול לגרום למעצמות יותר קטנות ופחות אמינות לעשות זאת גם. כך למשל, רוסיה מתחילה להפר הסכמים בינ"ל וגם סין.
     4. **השינויים בעמדת הציבור האמריקאי:**
        1. שנות ה-90: רוב הרשות הפוליטית היא בעד פשרה (עמדה 2).
        2. אירועי 11 בספטמבר: עמדת העימות הופכת לשולטת (עמדה 1)
        3. שלהי ממשל בוש הבן+ אובמה: התחזקות מחודשת של עמדת הפשרה.
        4. ממשל טראמפ: החזקות של עמדת העימות.

הערה: מעצמות פחות סובלות מעימות מאשר מדינות שאינן מעצמות לכן במדינות שאין מעצמות נראה יותר מנגנוני פשרה.

* 1. **המחיר שישראל משלמת בשל גדר ההפרדה:**
     1. פנייה של האו"ם לICJ לקבלת חוו"ד בנוגע לחוקיות גדר ההפרדה (חוו"ד של הICJ – לא מחייב משפטית, גם פס"ד מחייב רק את הצדדים).
     2. ישראל בוחרת שלא לעמוד בפני ICJ.
     3. פסיקתו של הICJ – הוא קובע שגדר ההפרדה אינה חוקית וחוו"ד היא שזה פשע מלחמה, ולא מתייחס באופן בוטה לטרור הקיים במדינת ישראל.
     4. המשמעות הפוטנציאלית של ההחלטה –
        1. חייל מדינת ישראל עלולים למצוא עצמם מועמדים למשפט בינ"ל בשל פשע מלחמה.
     5. **כיצד מגיב בית המשפט**: פס"ד בית סורק:
        1. עמדת המיעוט, **חשין**: בוחר בעימות, ואומר שהICJ, הם חבורה של שרלטנים ואין שופטים כי משפט בנוי על עובדות וחוק ולא היו להם את העובדות.
        2. עמדת הרוב, **ברק**:
           + אסטרטגיה משפטית נעלה. הטענה היא כי 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 בג"צ הוציאה את העוקץ מחוות הדעת של ה-ICJ.
     6. בג"ץ דויקאת – המדינה מפסיקה להרוס בתים בגלל פס"ד של ברק. ב2014 היא חוזרת להרוס בתים ובית המשפט העליון בישראל מאשר את זה.

10.11.2021

# היחס בין הדין הבינלאומי לדין בישראל – ניתוח פורמאלי

היחס הפורמאלי בין המשפט הישראלי לבין דיני המשב"ל – שלוש תתי סוגיות:

* 1. חזקת ההתאמה הפרשנית
  2. דרך ומידת הקליטה במשפט הישראלי
  3. מעמד נורמטיבי – האם ובאיזה מידה יש מעמד לדין הבינ"ל.
     + - * השאלה 2 ו-3 נעסוק קודם בהקשר למנהג ואז בהקשר להסכמי.

1. **חזקת ההתאמה הפרשנית (השפעה פרשנית)** :
   1. ההגדרה: **חזקת ההתאמה הפרשנית אומרת כי את הדין הישראלי יש לפרש ככול הניתן בהתאם לדין הבינ"ל החל בישראל.**
   2. חזקת ההתאמה הפרשנית חלה בין אם מדובר בדין בינ"ל הסכמי שישראל צד לה ובין עם מדובר בדין בינ"ל מנהגי. חזקת ההתאמה המשפטית קיימת בכל הנורמות – בין אם בתקנה, בין אם בחוק ובין אם פסיקה. השאלה היחידה היא האם היא קיימת לגבי חוקי יסוד.
   3. 64/49 פס"ד להיס: שמואל להיס הורשע ברצח ערבים בכפר לבנוני ב1948, בעת מלחמת השחרור (לבסוף קביל חנינה). הוא עתר לבג"ץ בטענה שהטבח לא היה בישראל. בנוסף, הוא השתמש בהגנת הצורך, התביעה חשבו שהסיבה להרג הייתה נקמה על מות חבריו. הגנת הצורך מעוגנת בחש"ץ (חוק השיפוט הצבאי), בית הדין הצבאי קובע שצריך לבחון את השאלה האם חל צורך במשפט הישראלי בהתאם לדין הבינ"ל הרלוונטי והוא קובע הדין הבינ"ל הרלוונטי לא מרשה להוציא להורג בדרך זו אנשים. בית המשפט אומר שהוא מחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית בין אם מדובר בדין מנהגי ובין אם מדובר בדין הסכמי.
   4. על איזה דין ישראלי חלה חזקת ההתאמה? בעיקרון חל על כול פירמידת הנורמות מלבד חוקי יסוד. עם זאת, מגמת הפסיקה עד לשנים האחרונות לכיוון הרחבת התחולה, הסיבות לכך:
      1. **הרציונל של הקטנת החיכוך.**
      2. **העקרונות החוקתיים בישראל שאבו השראה מהמשב"ל** (בפרט זכויות אדם) ולכן יש לשאוב מהמשב"ל השראה פרשנית.

עולה חשש כי ביהמ"ש הולך לקבוע הלכה שקובעת כי חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על חוקי היסוד, בשל כך ישנה ביקורת חריפה.

* + - 1. **ביקורת**: מהכנסת והממשלה בהשפעת ארגון קהלת- שני חששות מצידם:
         * כדי לקחת את חזקת ההתאמה ולהחיל אותו על חו"י צריך הסכמה מפורשת - אין הסמכה מפורשת שנותנת אפשרות לעשות את זה.
         * עלול לפתוח פתח להכנסת דין זר למדינה שישנה את החוקים שנקבעו על ידי הנבחרים של הריבון.
      2. **ביקורת על ביקורת (זיו בורר):**
         * ישנה הסמכה מפורשת במגילת העצמאות, נקבעה בה שמדינת ישראל תפרש על חוקיה על פי הדין הבינ"ל.
         * המבקרים עצמם משתמשים בדין זר כדי לטעון את טענותיהם (סקליה).
      3. היום חלק מהשופטים מסכימים עם קהלת וחלק לא מסכימים עם קהלת ואין הכרעה בנושא.

1. **היחס לדין המנהגי – לגבי שאלות: 2) אופן הקליטה 3) מעמד נורמטיבי**
   1. **נורמות המשפט הציבורי**: נורמות המגבילות את הרשות המבצעת. יצרי הפסיקה כמו סבירות, העידר משוא פנים וכד'. בין היתר אחת מהנורמות היא הנורמה המקבלת את המשפט הבינ"ל המנהגי. דין בינ"ל מנהגי נקלט באופן ישיר לנורמות המשפט המקובל ולכן הוא בין חקיקה ראשית לחקיקה משנה.
   2. **מה ההשלכות של מעמד נורמטיבי זה של הדין המנהגי?**
      1. **השלכה 1: מהווה מקור להענקת זכויות וסמכויות כלפי הרשויות** – דוגמאות:
         1. פרשת בסיוני (קיום חסינות דיפלומטית ואזרחית): –
            * אדון בסיוני מטריד מינית רקדנית בטן ואף מנסה ככל הנראה לאנוס אותה. היא מגישה תלונה במשטרה ומשטרה בתגובה אומרת שיש לו חסינות דיפלומטית. לכן היא מגישה תביעה נזיקית. לטענתה לא קיים חיקוק ישראלי המעניק חסינות דיפלומטית ולכן אין סיבה שלא תוכל לתבוע אותו.
            * ביהמ"ש פוסק – שקיימת חסינות דיפ' במשפט הישראלי שמקורה בדין בינלאומי מנהגי ודין מנהגי נקלט באופן ישיר בדין הישראלי ולכן קיימת נורמה של חסינות דפלומטית.
         2. בג"ץ סיכול ממוקד: טענו שכאשר עושים חיסול ממוקד יש גרימת מותו של אדם בכוונת תחילה ולכן מדובר ברצח. אם בודקים בחוק העונשין אין הגנה שהיא רלוונטית סיכול ממוקד ולכן העותרים טוענים שישראל צריכה להפסיק בסיכול ממוקד ולהעמיד לדין חיילים באשמת רצח.
            * ביהמ"ש מפי ברק: ס' 34יג(1) קובע כי אדם לא יישא באחריות פלילית אם הוא היה מוסמך מכוח דין לעשותו. לטענת ברק החיילים פועלים על פי המשב"ל ולכן זה על פי דין.
            * שדיני הלחימה של המשפט הבינ"ל קובעים כי מותר להרוג במכוון לוחמים ואסור אזרחים ולכן לא מדובר ברצח.
         3. הערת צד: למרות שמבחינה פורמאלית ביהמ"ש צריך לתת מקום לדין הבינ"ל המנהגי בכל התחומים, יש אינדיקציות לכך שהוא נוטה יותר להתייחס למשב"ל בתחום דיני הלחימה. הסיבות לכך:

תחומים שמסורתית הושארו להסדרת המשב"ל.

סיכוי גובר להעמדה לדין בעולם. המשפט הפלילי הבינ"ל הולך וגבר ב25 השנה האחרונות לכן חשוב שמדינת ישראל תעמוד בחוקי המשב"ל בתחום זה.

* + 1. **השלכה 2: המנהג גובר בהתנגשות עם חקיקת משנה או החלטת מנהל.**
       1. נוהל שכן: כאשר מחבל מתבצר בבית מבקשים משכנו ובמטרה לשכנע את אותו לצאת ללא עימות מביתו.
          - דיני הלחימה קובעים שצריך לעשות הכול כדי למנוע מאזרחים להיות חלק מהלחימה.
          - טענת צה"ל מדובר בהתנדבות של השכנים.
          - הבעיה בטיעון זה הוא שקשה לומר שמדובר בהתנדבות, יתר על כן לעיתי השכן משתכנע באיומי אקדח.
          - ביהמ"ש בפועל רצה לקבוע שפקודת המשנה מפרה דין בינ"ל מנהגי ולכן בטלה (הוא הגן על צה"ל ולא בדיוק קבע זו).
    2. **השלכה 3: חקיקה ראשית ישראלית גוברת על המנהג:**
       1. פרשת עפו – גירוש מחבלים: ס' 49 לאמנת ג'נבה קובע שאסור לגרש אנשים. לעומת זאת, תקנות ההגנה (חוק למרות השם שלו) קובעת שניתן לגרש אנשים.
          - העותרים טוענים כי החוק של תקנות ההגנה סותר דין מנהגי שאוסר על גירוש וסותר דין הסכמי ולכן יש לבטלו.
          - שמגר: הדין המנהגי קובע שאסור לגרש קבוצה של אנשים ולא מדבר על אדם אחד. וגם אם הוא אוסר יחידני הרי שהחקיקה הראשית הישראלית גוברת.
          - בך: המנהגי קובע שגם אסור לגרש יחידים אבל החקיקה הראשית גוברת על הדין המנהגי.

בהמשך השיעור נחזור לפס"ד זה בהקשר ההסכמי.

* + - * + שניהם בעצם אומרים שס' 49 לאמנת ג'נבה אינו גובר על תקנות ההגנה (שהינן חקיקה ראשית).

1. **היחס לדין ההסכמי – לגבי שאלות: 2) אופן הקליטה 3) מעמד נורמטיבי**
   1. איך נקלט דין בינ"ל הסכמי לתוך הדין הישראלי:
      1. אמנה בינלאומית, אף אם ישראל צד לה לא הופכת להיות חלק מדין המדינה. אין קלטה ישירה **ונדרשת קליטה מפורשת** (קליטה מפורשת= אימוץ בחיקוק ישראלי).
   2. **המעמד הנורמטיבי לאחר הקליטה של דין הסכמי:**
      1. **מעשית** – ככל, כמעמד החיקוק שקלט את האמנה.
      2. **פורמאלית** – גם לאחר הקליטה אין מעמד נורמטיבי, למה יש מעמד? לחיקוק הקולט. לכן, במקרה שיש סתירה בין בחיקוק הקולט לאמנה אז החיקוק גובר על פי המשפט הישראל. אולם על פי המשב"ל האמנה גוברת.
         1. ע"א 25/55: האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה: מפקיעים אדמות לאנשים אשר לפי אמנה מול ירדן נקבע שלא יפקיעו להם את האדמות, האמנה נקבעת בחיקוק ישראלי באופן מעט שונה ולכן בשלב מסוים מפקיעים להם את האדמה. ביהמ"ש קובע שאין מעמד לאמנה ואילו יש מעמד לחיקוק. **"גם, כי במקרה שלא יתאימו החוק וההסכם זה לזה, אף כי ברור שהחוק בא להפעיל את ההסכם ולהגשימו, יעדיפו בתי המשפט את החוק, שהוא והוא בלבד מחייב אותם, ורק על פי יחתכו את הדין".**
   3. **מה לגבי אמנה שישראל צד לה אך לא נקלטה בחוק ישראלי?**
      1. פורמאלית אין כל מעמד נורמטיבי. **לכן, כאשר יש סתירה בין אמנה שלא נקלטה לחוק - החוק הישראלי גובר.**
         1. דיון צד: עד שנות ה-80 יכולים לדון בהאם גירוש הוא פשע מלחמה או לא אבל מאז שבשנות ה-90 פסיקות של בתי הדין הפלילים קבעו כי גם גירוש אינדיבידואלי נחשב פשע מלחמה מדינת ישראל הפסיקה לעשות זאת.
      2. בג"ץ וופא עלי:
         1. המקרה: כלואים פלסטינים בשטחים שמים אותם בבתי כלא בישראל. עותרים על כך לבג"ץ הטענה הייתה שהעבירו אותם מהשטח הכבוש.
         2. ביניש: צריך לעשות פרשנות תכליתית לאמנה, תנאי הכליאה משתפרים עקב הכליאה בישראל ולא נפגעת אפשרות המפגש עם משפחותיהם (הכלא יושב במגידו שזה מרחק מאוד קטן מהשטחים). לכן פרשנות תכליתית של הס' קובעת שהוא לא הופר.
         3. בשונה משנות ה-80 בשנת 2009 יותר מורכב לומר שאנחנו לא מקשיבים לדין הבינ"ל ולכן ביניש עושה מהלך מעניין. ממחיש את השינוי של כוחו של המשפט הבינ"ל.
      3. בג"ץ עפו: נקבע כי החוק בישראל גובר על האמנה שלא נקלטה בדין מדיני.
      4. **מה קורה כאשר יש סתירה בין אמנה שלא נקלטה לבין נורמה\מעשה של הרשות המבצעת (חקיקת משנה)?**
         1. ע"א 25/55: האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה:
            * ברזנון- אמנות מעניקות זכויות ולמדינות ולא לאנשים פרטיים**.**
            * לא ניתן להסתמך על הסכם רודוס.
         2. **מסקנה:** לכאורה (משמע פורמאלית וכן מעשית בפסיקה הישנה יותר) גם נורמות\פעולות של הרשות גוברות על אמנה שישראל צד לה אם היא לא נקלטה בחיקוק.
            * בפועל אומצו דוקטרינות שגורמות בפועל ההשפעה של אמנות כאלה היא כמעט כמו ההשפעה של מנהג.
2. **סיכום דרך הקליטה והמעמד של דין בינ"ל הסכמי ומנהגי:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | דין מנהגי | דין הסכמי |
| **קליטה** | נקלט אוטומטית | ישר צורך בקליטה מפורשת באמצעות חיקוק. |
| **מעמד נורמטיבי** | מעמד נורמטיבי כשל כללי המשפט הציבורי  חוק גובר על מנהג  מנהג גובר על חקיקת משנה | חסר מעמד נורמטיבי פורמאלי. מעמדו כמעמד החיקוק שקלט את האמנה. |

* 1. הרציונל שעומד מאוחרי ההבדל במעמד ודרך הקליטה של סוגי הדינים הבינ"ל הוא הרציונל הדמוקרטי.
     1. מהו הרציונל הדמוקרטי – אנחנו הכי צריכים לפחד מכוחה של הרשות המבצעת והכי פחות מכוחה של הרשות השופטת.
     2. לכן, אנחנו מרשים לרשות השופטת לאמץ נורמות משלה בעוד לרשות המבצעת אנחנו לא מאשרים והיא מקבלת את כוחה הבלעדי מתוקף של חיקוק ישראלי

1. **הדוקטרינות שמצמצמות את הפער בין דין מנהגי להסכמי:**
   1. **דוקטרינה 1: חזקת ההתאמה הפרשנית:** חזקת ההתאמה הפרשנית קיימת גם כאשר ישראל צד לאמנה והיא לא קלטה אותה.
      1. פרשת פלונים (2000): אנשי חיזבאללה הוחזקו כקלפי מיקוח לקבל מידע על רון ארד, לאחר שנגמר עונשם הפלילי.
         1. המשב"ל אוסר על החזקת אדם במעצר אלא אם יש בו סיכון אישי (יש חריגים, צריך ללמוד אותם). הרציונל הוא שאי אפשר להשתמש באנשים כאמצעי בלבד.
         2. ס' 2 לחוק חירום מעצרים – אם לשר הביטחון יש יסוד סביר להניח שמטעמים של ביטחון המדינה או הציבור ישנו צורך באדם פלוני יוחזק במעצר הוא רשאי לעשות זאת.
         3. בג"ץ – החוק הישראלי גובר ולכן מותר להשתמש בהם קלף מיקוח.
         4. דנג"ץ – ברק: חזקת ההתאמה הפרשנית מחייבת אותי לפרש את החוק של סיכון המדינה לפי האמנה הרלוונטית ולכן לקבוע שהמונח ביטחון המדינה כוונתו רק לסיכון הנובע באופן אישי מהבנאדם.
            * **המסקנה – הפער בין מעמד הדין ההסכמי למנהגי קטן הרבה יותר בשל חזקת ההתאמה הפרשנית.**
   2. **דוקטרינה 2: החלת חזקת ההתאמה הפרשנית על נורמת הסבירות של המשפט המקובל:**
      1. דוקטרינת הסבירות היא דוקטרינה שקובעת שפעולה של הרשות המבצעת תהיה בטלה מקום שהיא סובלת מחוסר סבירות קיצונית. ביהמ"ש הוא זה שקובע האם זה מעשה סביר או לא.
      2. החזקה שקובעת שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם כאשר מדובר בנורמה של המשפט הציבורי המקובל יציר הפסיקה, ניתנה בשנות ה-50. עם זאת, פסקי הדין שהחלו ליישם חזקה זו על דוקטרינת הסבירות הם פס"ד חדשים יותר (בערך מסוף שנות ה-90). לפסקי דין אלה יש השפעה אדירה על אמנות שישראל צד להם אבל לא נקלטו בחיקוק.
      3. חזקת ההתאמה הפרשנית המופעלת על נורמת הסבירות יוצרת **קריטריון מרכזי להכריע אם פעולת מנהל היא סבירה או לא סבירה תלויה האם היא עומדת או לא עומדת באמנות שישראל צד להם**. כלומר - יהיו מקרים שאילולא קיומה של אמנה היה נקבע שפעולת המנהל לא סבירה ולהפך.
      4. רע"א דרדנזר נ' גיל: הייתה בקשת הסגרה של גיל לשוויץ. אולם, הנושים של גיל בישראל ביקשו להוציא נגדו צו יציאה מהארץ, כי אם יצא מהארץ תיפגע להם הזכות לקניין.
         1. קיימת אמנת הסגרה בין שוויץ לישראל, כלומר, ללא אמנת ההסגרה ההחלטה למנוע ממנו יציאה מהארץ הייתה סבירה, אולם בשל האמנה פעולה שכזו תיחשב כלא סבירה.
      5. בג"ץ עיריית בית לחם: במקרה הייתה סתירה בין הדין ההסכמי להחלטה המנהלית.
         1. חיות: בהנחה שאמנות ג'נבה חלות במקרה הן יהיו אבן בוחן לקבוע האם הפעולה של הרשות המנהלית הייתה סבירה או בלתי סבירה.
      6. **ככלל אם חקיקת משנה סותרת דין בינ"ל הסכמי זה יוביל לביטול שלה – כי ככלל יקבעו שהחקיקת משנה אינה סבירה – מכאן הצמצום בפער.**
         * + כמובן שלא צמצם לגמרי את הפער שכן דין מנהגי מבטל באופן מידי כאשר ישנה סתירה.
2. **לסיכום:**
   1. במשפט הישראלי אנחנו רואים עימות של דוקטרינות משפטיות שמחזקות את המעמד של המשב"ל, אך לא נותנות לו מעמד מוחלט. זה משקף את מגמת ההתמרכזות שעשו מערכות משפט שהתחילו מנקודת מבט יחסית דואליסטית. הרציונל מאחורי התמרכזות הוא הרציונל של הפשרה. מנגד המערכות שהיו מונסטיות החלישו את המשב"ל כדי לחזק את המערכת המדינית ולקיים מנגנון של פשרה שיקטין את החיכוך בין המערכות.

11.11.2021

# המדינה חלק א' וב'

1. **זכויות המדינה במשב"ל**
   1. **שוויון בין מדינות** - כל המדינות במשב"ל הינן בעלי זכויות שוות.
   2. **חופש פעולה** - כלל לוטוס קובע שמדינה רשאית לעשות כל דבר שאינו נאסר מפורשות במשפט הבינ"ל (להוציא זכויות אדם ודיני מלחמה).
   3. **חסינויות וזכויות יתר שונות**. לדוג' זכויות לדיפלומטים.
   4. **אי התערבות בעניינים הפנימיים של המדינה** – פס"ד איי פלמס: מצהיר על עיקרון אי ההתערבות.
2. **מהי מדינה?**

**תנאי (אמנת) מונטווידאו –** תנאי אלה נקבעו באמנה בין מדינות בדרום אמריקה והיום אמנה זו נחשב דין מנהגי. הכללים של מונטווידאו הם על ספקטרום לא תמיד ברור הם ישות מסוימת היא מדינה או לא.

* 1. **טריטוריה**
     + 1. יבשתית - פס"ד סילנד: קבוצת אנשים מתיישבים על בסיס צבאי בריטי נטוש שקם על עמודי בטון טענים שהקימו מדינה. בית הדין הגרמני תובע אחד מאזרחי המדינה על זה שהוא לא שילם מס, לטענתו הוא שגריר מטעם המדינה סילנד ולכן הוא לא אמור לשלם כסף לגרמניה. ביהמ"ש קובע כי סילנד היא לא מדינה מכיוון שאין לה טריטוריה יבשתית.
       2. אין מגבלה על הגודל – לדוג' הוותיקן היא מדינה בגודל אולי שלושה רחובות.
       3. טריטוריה לא צריכה להיות רציפה – לדוג' ארה"ב עם אלסקה והוואי. יוון עם כל האיים שלה. ואפילו ישראל עד שנת 67 הייתה טריטוריה לא רציפה.
       4. הגבולות יכולים להיות שונים במחלוקת – לדוג' ישראל. אך גם בצרפת וארה"ב יש חילוקי דעות לגבי הגבולות.
       5. השליטה לא צריכה להיות מלאה – לדוג' ישראל לא שלטה על חלקים נרחבים של השטח שלה. גם ארה"ב ניהלה עד לאחרונה מאבקי שליטה עם הילידים במערב.
  2. **אוכלוסייה קבועה -** הצבא של הוותיקן חייליו הם משוויץ. רוב אזרחי הוותיקן מגיעים לשם כחלק מקידום בעבודה והם לא אמורים להוליד ילדים (נזירות). עם זאת, יש שם אוכלוסייה קטנה מאוד שהיא כן קבועה.
  3. **שלטון –** יכולת להשליט מרות על אוכלוסייה בשטח. אומנם ישנם מדינות שהקמתם לא שלטו על רוב האוכלוסייה שלהם. דוגמאות:
     1. בוסניה והרצגובינה – כאשר היא הכריזה שהיא מדינה קבלו את זה. זאת על אף, שבזמן ההכרזה היא לא שלטה על יותר מ50% מהשטח שלה.
     2. כאשר שליטא הכריזה על עצמאות ב-1990, לעולם לקח שנה להכיר בעצמאותה כי הצבא האדום של בריה"מ שלט ב-40% משטחה.
     3. ישראל – בירושלים לא פירקו את המחתרות כי היא לא הייתה תחת המשטר של ישראל ולכן צריך לתת לאצ"ל שם נשק. כלומר היו אזורים שלא סרו למרות של המדינה.
  4. **עצמאות –** יכולת וכושר לקיים יחסים בינ"ל. דוגמאות למדינות שמאתגרות את האלמנט הזה: **איי קוק –** מקבלת את העצמאות שלה מניו זילנד, באמנה שלהם עם ניו זילנד נקבע כי רוב היחסים הבינלאומיים שלהם ינהלו אותם על ידי ניו זילנד. מכיוון שהיא עדיין מקיימת חלק מיחסי החוץ שלה העמדה הרווחת מכירה באיי קוק כמדינה.

1. **פרמטרים נוספים בעלי חשיבות פוטנציאלית לצורך זיהוי ישות כמדינה:**
   1. יש מקרים שעל אף הקיום של כל התנאים של מונטווידאו לא יכירו בישות כמדינה ולהפך.
   2. **מידת ההשפעה של הכרה מצד מדינות אחרות**:
      1. האם נדרשת הכרה רחב מצד מדינות אחרות?
         1. גישה קונסטיטוטיבית: הכרה היא תנאי הכרחי לקיומה של מדינה, זאת בנוסף לתנאי מונטווידאו.
         2. גישה דקלרטיבית – הגישה המקובלת היום: ההשקפה היא שההכרה במדינות האחרות לא יוצרת את המדינה, אלא המדינות מזהות שמופיעה מולן מדינה. כלומר, הן רק מכריזות על עובדה קיימת.
            * הסיבה שזו הגישה שמקובלת היום היא כי בעבר מדינות באירופה ניצלו את מעמדן ולא הכירו במדינות מסוימות כאשר זה לא היה משתלם להם כלכלית ופוליטית.
            * ישראל בהקמתה השתמשה בשתי הגישו כדי שהעולם יכיר בה. הן מהכרזת האו"ם והן מזכות טבעית הקיימת להם מהעבר.
      2. **השלכות של הכרה מצד מדינות אחרות**:
         1. כאשר ישנה הכרה רחבה אז יש הקלה בתנאי מונטווידאו.
         2. **יכול לאפשר קיום יחסים דיפלומטיים (**לא בהכרח, לדוג' מדינת ישראל מכירה במדינות שאין לה יחסים דיפלומטיים איתם).
         3. **תורם לשלמות טריטוריאלית** – כאשר מדינה מכירה במדינה אחר לרוב יש הכרה גם בגבולות שלה.
            * מקרה קוסבו – שטח שהיה בתוך סרביה, אולם הרוב בשטח הזה היו אלבניים (במובן האתני לא במובן המדיני). כאשר קוסבו מכריזה עצמאות, סרביה מנסה לבצע שם רצח עם. נאט"ו מפנה את השטח מלבד 20% ממנו ששייכת לסרביה. ההכרה או חוסר ההכרה בקוסובו משפיעה על האם ה20% שנמצאים בשליטה בסרבית הם שטח כבוש. לדוג' רוסיה לא רוא זאזור שטח כבוש כי היא לא מכירה בקוסבו.
         4. **תמיכה בטענה שמדובר במדינה**
         5. **מסייע לקבלת זכויות של מדינה**
         6. **יכול לאפשר הצטרפות לארגונים בינ"ל.** לדוג' טיוואן לא נמצאת באו"ם מכיוון שסין לא מכירה בה.
   3. **חריגים לאמנת מונטווידאו** - מקרים בהם לא תוכר כמדינה ישות שמקימת תנאי מונטווידאו:
      1. **מדינות אפרטהייד**: ישות שייעודה המרכזי הוא מימוש אפרטהייד לא תקיים מדינה גם אם תנאי מונטווידאו התקיימו לגביה באופן מוחלט. זאת, בעקבות הקמת "בנטוסטן" - ניסיון של דרום אפריקה להתמודד עם הביקורת נגדה ע"י העברת שחורים לשטח מגודר שיהווה "מדינה".
      2. **הקמת המדינה נעשתה בדרך של כיבוש לא חוקי**:
         1. כיבוש הוא לא בהגדרה מצב לא חוקי, כיבוש יכול להיות חוקי, הוא מצב משפטי שבו מדינה שולטת בשטח של מדינה אחרת.
         2. צפון קפריסין – מדינת אי שבה היה רוב אתני יווני ומיעוט אתני טורקי. בשנות ה-90 פורצת מלחמת אזרחים. צבא טורקיה התערב לטובת המיעוט הטורקי, השתלט על שטח בצפון קפריסין ו"מסר" אותו לשלטון "החדש" בצפון קפריסין. נקבע שהכיבוש ע"י תורכיה היה לא חוקי ולכן לא ניתן להכיר בצפון קפריסין כמדינה.
      3. **אם הקמת המדינה נעשתה תוך ביצוע רצח עם/טיהור אתני/פשעים נגד האנושות באופן רחב.**
   4. **השפעתו של עיקרון ההגדרה העצמית**: כלל מוסרי ומשפטי במשפט הבינ"ל. העיקרון קובע שלקבוצות אתניות יש זכות להגדרה עצמית, וזכות לקבוע לעצמן שלטון בעל אופי משלהן.
      1. כיום ההשקפה הרווחת רואה בזכות הגדרה עצמית משום erga omnes - וכלן מי שלא מאפשר לקבוצה שיש לה זכות להגדרה עצמית לחיות בעצם פוגם בכל מדינות העולם. אך, רבים (לא הרוב) טוענים שמדובר ביוס קוגנס (ישראל לא מכירה בזה כיוס קוגנס). עיקרון זו לעיתים יגרום לנו להקל בתנאים אותם יש לקיים על פי אמנת מונטווידאו.
      2. **מי זכאי להגדרה עצמית?**
         1. קבוצה גדולה.
         2. בעלת תרבות משותפת.
         3. שכלל נולדים לתוכה ומתים בה

עיקרון זה הוא לא עיקרון מכריע, שכן יש המון קבוצות בעולם שעונות להגדרה זו ואם ניתן לכולן מדינה יהיה וויכוח ומלחמות אינסופיים. עיקרון הגדרה עצמית הוא בעל השפעה בהחלטה האם קבוצה מסוימת תהפוך למדינה. **העיקרון הינו בעל השפעה גדולה יותר כאשר אין ריבון חוקי על השטח ואילו בעל השפעה קטנה יותר כאשר יש ריבון חוקי על השטח.**

* + 1. **השפעת העקרון כשאין ריבון חוקי על השטח**:
       1. שני מקרים בהם אין ריבון בשטח:
          - התפרקות מדינה פדרלית (לדוג' פירוק ברית המועצות).
          - נסיגה של שלטון קולוניאליסטי (לדוג' הבריטים בישראל).

**במצב שאין ריבון תהיה הקלה בתנאי מונטווידאו בכפוף לuti possidetis.**

* + - 1. uti possidetis **עיקרון שימור הגבולות** - יש לאמץ את הגבולות הקולוניאליסטים הקיימים, או הגבולות שבין הstates"" של הפדרציה שמתפרקת.
         * חיסרון: כלל זה יוצר מדינות פחות הומוגניות.
         * יתרון: יוצר יציבות- מונע את פתיחת שאלת הגבולות.
      2. **עיקרון השלמות הטריטוריאלית** – מדינה זכאי לשלמות הטריטוריאלית שלה כאשר היא הריבון על השטח.

17.11.2021

* + 1. **השפעת העקרון כאשר יש ריבון על הקרקע:** מצב שבו מיעוט שנמצא בשטח מסוים בתוך מדינה מסוימת והוא מעוניין לפרוש המדינה וליצור מדינה משל עצמו (לדוג' הקטלונים בספרד). **בנושא קיימות שתי גישות:**
       1. בית המשפט העליון הקנדי: קנדה מורכבת ממספר קבוצות אתניות, קבוצה אתנית דוברת צרפתית וקבוצה אתנית דוברת אנגלית. בכל אזור דוברי האנגלית הם הרוב ואילו דוברי הצרפתית הם מיעוט, מלבד בקוויבק שם הצרפתים הם הרוב. השלטון בקוויבק עשה משאל עם לגבי האם לפרוש מקנדה או לא. דוברי הצרפתית מפסידים הפרש של עשירית האחוז. בשל כך, הממשלה בקנדה פונה לביהמ"ש העליון לקבלת חוו"ד מחייבת (הבינו פתאום שהם צריכים לחשוש) – ושואל האם מבחינה חוקית רשאים הקוויבק לפרוש מקנדה. ביהמ"ש העליון קובע שישנן שתי סיטואציות בהם זכאי מיעוט שכזה לפרוש מהמדינה:

מיעוט נרדף שלא זוכה למימוש זכויותיו בתוך המדינה הקיימת – וזה לא המקרה בסיפור של קוויבק, יותר מזה יש הגנות מיוחדות בחוקה.

מקבלים הסכמה כפולה –

דבר ראשון: רוב במשאל עם בתוך הטריטוריה שרוצה לפרוש

דבר שני: הסכמה המדינה הקיימת בכללותה. שתי דרכים להשיג את ההסכמה של המדינה. או על ידי משאל עם או שהממשלה הנבחר הכללית תיתן את הסכמה. לדוג' בבריטניה- הממשלה הבריטית הסכימה שאם במשאל עם הסקוטים ירצו לפרוש הם יוכלו לפרוש.

* + - * + **הרציונל:** גם המדינה הקיימת שאינה פורשת יכולה להיפגע מכך.
        + **אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב, אלא רק אם זה אחרון של מיעוט תחת דיכוי.**
      1. **גישת ה-ICJ שנקבעה בהקשר של קוסובו:** קוסובו הייתה תת פדרציה בתוך סרביה (אזור בתוך staste) - אחרי התפרקות יוגוסלביה הרוב האלבני בחבל קוסובו רצה להכריז על עצמאות, אבל העולם לא הכיר בהם מתוך **עיקרון שימור הגבולות** (הם תת פדרציה ולא פדרציה). בעקבות הרצון לעצמאות הרודן בסרביה מנסה לעשות תיאור אתני. נאט"ו מתערב ותפס שליטה באזור. עברה החלטה במועצת הביטחון שקוסובו וסרביה צריכות להגיע להסכמה ביניהם. סרביה וקוסובו לא הגיעו להסכמה, בשל כך האיחוד האירופי מוציא הצהרה לפי ראוי שתקום מדינת קוסובו עצמאית. שנה לאחר מכן קוסובו מכריזה על עצמאות ורק 77 מדינות בעולם מכירות בה. החברים של קוסובו פונים לICJ כדי שתכריע בנושא.
         * טענת סרביה- קוסובו לא מדינה. משתי סיבות

ההחלטה של העצמאות נוגדת את עיקרון השלמות הטריטוריאלית

ההחלטה החד צדדית מפרה את ההסכמה מועצת הביטחון שיש צורך להגיע להסכמה.

* + - * + טענת קוסובו-

טוענים כי הם מיעוט נרדף ולכן מגיע להם מדינה על אף שזה נוגד את העיקרון.

ההחלטה של ההסכמה הדדית נותנת לסרביה זכות וטו ולכן לעולם לא יהיה אפשרי שקוסובו תהיה מדינה.

* + - * + החלטת הICJ: ההפרה של עיקרון השלמות הטריטוריאלית, ציות לעקרון זה מחייב רק מצד מדינות. אי אפשר להחיל את הנורמה הזו על קוסובו כי נורמות של המשב"ל חלות רק על מדינות (ולכאורה היא עדיין לא נולדה, ומרגע שנולדה כבר אין הפרה). לכן עקרון השלמות הטריטוריאלית לא חל על הקוסובריים. מיעוט אתני יכול לנסות להכריז על פרישה, לעיתים יצליח לעיתים לא יצליח – שלוש מקרים בהם הוא לא יכול להכריז: אפרטהייד, רצח עם, כיבוש לא חוקי.
        + **עיקרון השלמות הטריטוריאלית הוא עיקרון בין מדינות (שיטת מצליח).**
    1. סיכום: מהי מדינה?
       1. שלב א'
          - טריטוריה
          - אוכלוסייה קבועה
          - שלטון – יכולת להשליט מרות בשטח
          - עצמאות – כושר לקיים יחסים בינ"ל.

חריגים אפרטהייד, כיבוש לא חוקי, רצח.

* + - 1. שלב ב' – סיבות להקל על התנאים:
         * הזכות להגדרה עצמית

אין ריבון אחר בשטח (בכפוף לעקרון שימור הגבולות).

יש ריבון – גישת קנדה וגישת הICJ

* + - * + הכרה על ידי מדינות אחרות

מו"מ בתו"ל עשוי למנוע הכרה בהכרזה חד צדדית (בקוסובו היה מו"מ לא בתום לב לכן הוכר).

1. הרשות הפלסטינאית
   1. הICC- לא קובע האם הרשות הפלסטינית היא מדינה. אבל קובע שהיא מדינה לצורך אמנת רומא.
   2. האם הרשות הפלסטינית היא מדינה?
      1. **שלב 1:**
         1. **טריטוריה**:
            * עמדת ישראל (היועמ"ש)- היועמ"ש הולך לשני כיוונים:

עניין השליטה בשטח – שטחים נחרבים נשלטים על ידי צה"ל ובעזה שולט חמאס. בנוסף, הפלסטנאים רוצים להחזיק את המקל שתי קצותיו. אם יש כיבוש הם לא שולטים בשטח, כי יש שליטה על ידי מדינה אחרת בטריטוריה, אם הם שולטים בשטח אין כיבוש.

אין גבולות ברורים- מעולם לא הייתה הסכמה על מה הוא הגבול. החלטה 242 שניתנת על יד מועצת הביטחון (הגרסה האנגלית) אומרת שישראל צריכה לסגת **מ**שטחים מסוימים תמורת שלום. כלומר היא לא חייבת לסגת מכל השטחים. בנוסף, הסכמי אוסלו, שוב הצדדים הסכימו ששאלת הגבולות תוכרע בהסדרי קבע, כלומר לא הייתה גם אז הכרעה.

* + - * + עמדת התובעת:

עניין השליטה בשטח: כיבוש ושליטה של מדינה אחרת הם לא דיכוטומיים – יכול להיות מצב שתהיה מספיק שליטה אפקטיבית כדי לקיים את אמנת מונטווידאו ומצד שני מספיק שליטה לצה"ל כדי שנכיר בכיבוש.

אין גבולות ברורים: יש הרבה מדינות שהגבולות שלהם שנויים במחלוקת. בנוסף, יש גם גרס צרפתית להחלטה 242- **ה**שטחים שנכבשו ב67 (שטחים לעומת **ה**שטחים)– כלומר ישראל צריכה לסגת מכל השטחים ב67. העמדה המקובלת בזירה הבינ"ל גבולות 67 הם הגבולות שישראל צריכה לסגת מהם ורק בהסכמת הפלסטינאים אפשר לשנות.

* + - 1. **אוכלוסייה** : יש ואין חוסר הסכמה.
      2. **שלטון**: יכול להשליט מרות השטח.
         * עמדת ישראל:

כמו בעניין של השטח- צה"ל שולט בשטח וחמאס מחזיק בעזה. וגם מנקודת מבט פלסטינית הם לא שולטים בשטח כי יש כיבוש.

הסכמות של הרשות הפלסטינית היא מכוח הסמכות הסכמי אוסלו, הרש"פ אינו הריבון ואילו ישראל היא הריבון שנותן סמכות.

* + - * + עמדת התובעת: כפי שטענה לפני, יש שליטה מספקת של הפלסטינאים גם אם יש שליטה של צה"ל.
      1. **עצמאות**:
         * עמדת ישראל: באוסלו נקבע כי אסור לרש"פ לקיים יחסי חוץ.
         * עמדת התובעת: 120 מדינות ומעלה מכירות בפלסטינים כמדינה.
    1. **שלב ב'- האם אפשר להקל?**
       1. **שאלת קיומו של ריבון אחר על השטח** –
          - עמדת ישראל:

מבחינה פורמאלית מדינת ישראל מעולם לא טענה שהיא הריבון על השטח וההחלטה מי הריבון צריכה להיות בהסכמה. שטח שהריבונות עליו הושמה במצב של 'הקפאה' בתקופת המנדט ומאז טרם יצאה מהקפאה.

לישראל יש בסיס משפטי לטענה לריבונות על השטח (כתב המנדט).

הצדדים הסכימו לרגע זה לא להסכים על סוגיית הריבונות על השטח וגבולותיו (הסכמי הפסקת האש והסכמי אוסלו).

הקהילה הבינלאומית הכירה שלישראל יכולה להיות טענה לגבי לפחות חלק מהשטח.

* + - * + עמדת התובעת: אין ריבון אחר על השטח.

השטח לא סופח בפועל.

הפרשנות המקובלת של החלטה 242 – מדינת ישראל צריכה לסגת מהגבולות.

מאז כתב המנדט קרו דברים: הנורמות הבינ"ל העכשוויות אינן מכירות בשטח יו"ש כחלק מהבית הלאומי היהודי, אלא כשטח שנועד למימוש זכות הגדרה עצמית של העם הפלסטיני. החלטה 2334 – רואה בהתנחלויות הוא שטח פלסטינאים וכל שינוי צריך להיעשות בהסכמה.

* + - 1. **אמצעי למימוש הזכות להגדרה העצמית:**
         * עמדת ישראל: הזכות להגדרה עצמית אינה מחייבת מדינה. ואין בעיה שתהיה להם הגדרה עצמית, אולם כמות השליטה בשטח שלהם כול כך קטנה שלא ניתן להיות סלחניים עם תנאי מונטווידאו.
         * עמדת התובעת:

הזכות להגדרה עצמית היא יוס קוגנס

זכות של הפלסטינאים להגדרה עצמית הוכרה על ידי הקהילה הבינ"ל ואף על ידי מדינת ישראל.

הפלסטינים מקיימים את כל תנאי מונטווידאו במידה מסוימת. ניתן להקל בבחינת תנאי מונטווידאו כאשר מדובר במקרה בו ההכרה בישות כמדינה תהווה מימוש של זכות ההגדרה העצמית, במיוחד כשמדובר בשטח ללא ריבון אחר.

* + - 1. **הכרה:**
         * עמדת ישראל: הכרה אינה קונסטיטוטיבית, ולא יכולה להחליף את הדרישות הפורמאליות. מדובר בהצהרה פוליטית בלבד ואין לה תוקף משפטי. היועמ"ש טוען שאין חריג.
         * עמדת התובעת: בגלל שישנה הכרה על ידי מדינות אחרות ישנה אפשרות לרכך את תנאי מונטווידאו. בנוסף, היא טוענת שיש חריג שקובע שאין המעוול יכול להיות נשכר- כלומר הסיבה שהפלסטינאים לא יכולים לממש את התנאים זה ישראל.
    1. **שלב ג': האם קיים חריג לקוסובו?**
       1. עמדת ישראל:
          - נקבע כי אסור לפלסטינאים להקים מדינה באופן חד צדדי.
          - המו"מ בין ישראל לפלסטינאים טרם הסתיים. טענה חלשה כי המו"מ האחרון היה ב2014 והתפוצץ בעקבות ישראל.
       2. עמדת התובעת:
          - קידום הסיפוח בשטחים אינו עולה בקנה אחד עם מו"מ בין הצדדים.
          - בפועל אין כיום מו"מ.

18.11.2021

# אחריות בינלאומית והגנה דיפלומטית

1. **אחריות המדינה בגין הפרת דין בינ"ל**
   1. אחריות המדינה במשב"למקורה בדין המנהגי המשתקף ממסמך של הILC מטעם האו"ם**.**
   2. **עיקרון מנחה: מדינה אחראית להפרה של מחויבות בינ"ל מצדה.**
   3. אחריות על הפרה מורכבת משני דברים:
      1. צריך למצוא פעולה\מעשה\מחדל שניתן לשייך למדינה.
      2. המעשה הוא הפרה של דין בינ"ל רלוונטי (דין שתקף במועד ההפרה).
2. **ייחוס פעולות המדינה**

**כלל הייחוס:** ככלל כדי שפעולה תחשב פעולה של המדינה, צריך שהפעולה תבוצע על ידי אורגן של המדינה.

* 1. **מי פועל בשם המדינה:**
     1. כל מי שהמדינה קבעה שהוא אורגן בדין המדינתי.
        + - הערה: אין משמעות לדרגה בהיררכיה השלטונית.
     2. חריג: אורגן דה פקטו הוא גורם שיש לו תלות מוחלטת במדינה כך שהוא נמצא בשליטתה. זה מבחן מחמיר כי **התלות חייבת להיות מוחלטת**.
        1. דוג' בוסניה נ' סרביה ומנוטונגרו: הצבא של רפבליקה סרבסקה (לא מדינה) עושה רצח עם בבוסניה. מדינת סרביה עוזרת לצבא של רפבליקה סרבסקה, באימון החיילים מימון וייעוץ. בוסניה תובעת את סרביה בגין רצח עם. הICJ – קובע שסרביה לא אחראית על רצח עם שכן הצבא הוא גוף שלא דה פקטו, כי אין תלות מוחלטת.
  2. **פעולה בחריגה מסמכות:** מה קורה כאשר מדובר בחריגה מסמכות, כלומר שגריר ישראל גונב בחו"ל. האם אז המדינה אחראית?
     1. שני סוגיים עיקריים של חריגה סמכות:
        1. כאשר גוף אחד של המדינה עושה פעולה שהוא לא מוסמך לעשות אך גוף אחר של המדינה מוסמך לעשות.
        2. פעולה של אורגן המפרה הוראה של גורם מוסמך במדינה.
     2. ניתן לייחס למדינה מעשים של האורגן שלה שבוצעו בחריגה מסמכות, אם המעשים נעשו במסגרת כשרותו של האורגן. כיצד נבחן את כשרותו של האורגן? שני מבחנים:
        1. **מבחן הזיקה המהותית** - האם הפעולה המפרה קשורה לתפקידיו של האורגן. נניח אם ההפרה נעשתה ע"י שוטר – האם הפעולה המפרה קשורה לפעילות שיטור.
        2. **מבחן הסמכות הנחזית** – האם הפעולה נחזתה כפעולה שאורגן יכול לבצע במסגרת תפקידו. לדוג' שגריר ששודד שגריר לא נראה סמכות נחזית, אולם שוטר ששודד שגריר זה נראה סמכות נחזית. כי זה נראה כאילו היה מותר לו לשדוד אותו. **בפועל הדגש הוא על מבחן זה.**
           + חריג: בדיני לחימה האחריות היא מוחלטת לכלל המעשים שמבצעים חייליה של אותה מדינה- לא משנה אם זה חריגה מסמכות שלא הייתה במסגרת כשרותו.
  3. **מעשים של אנשים פרטיים:** ככלל המדינה לא תהיה אחראית על מעשים שעשו אזרחיה אם הם לא אורגן שלה, אולם יש לכך חריגים. **שלושה חריגים:**
     1. **אימוץ בדיעבד, במפורש, או במשתמע, של מעשים של אזרחים או של אורגנים שפעולו שלא בכשרות.**
        + - דוג' סטודנטים איראניים פורצים לשגרירות האמריקאית ומחזיקים שם בני ערובה אמריקאים. איראן מאמצת בדיעבד את הפעולות של הסטודנטים (אימוץ יכול להיות מפורש ומשתמע), במקרה זה היה אימוץ משתמע. ארה"ב תובעת את איראן בICJ, איראן טוענת שזה מעשים של אזרחים פרטיים ולא באחריותה. הוחלט שזה אומץ במשתמע ולכן יש לה אחריות.
     2. **הדין המהותי הספציפי מחייב את המדינה למנוע\להעניש בגין הפעולה והיא לא פעלה בהתאם לדין.** הICJ קובע כי החובה למנוע את המעשה אינה מוחלטת, אלא יש להפגין "חריצות ראויה".
        + - בוסניה נ' סרביה ומנוטונגרו: סרביה אשמה באי מניעת רצח עם, שכן בדין הבינ"ל נקבע שמדינות צריכות למנוע רצח עם. ולכן למרות שאינה אשמה ברצח עם עצמו. יש לה אשמה במחדל.
          - דוגמת איראן והסטודנטים- בנוסף, איראן חייבת על פי הדין המהותי להגן על השגרירות.
     3. **האזרח\הגוף פועל תחת *הנחיה* או *שליטה* של המדינה.** הנחיה – המדינה אומרת לגוף\אדם לעשות דבר כלשהו. שליטה- מהי שליטה **שתי גישות:**
        1. ICJ- **שליטה אפקטיבית,** המדינה מכווינה את כל פעולות האורגן (אם אין, אז האחריות היא רק על הפעולות שכן היכווינה).
           + פס"ד ניקרגואה (פרשת איראן-קונטרס): בשנות ה-80 היה קשר בין ארה"ב לקבוצת מורדים ("הקונטרס") בניקרגואה. השלטונות בניקרגואה טענו שארה"ב מממנת ומחמשת אותו. המקרה הגיע ל-ICJ ונבחנה שאלה ספציפית - האם רמת השליטה של ארה"ב בארגון המורדים מספיקה כדי לייחס את מעשי המורדים לארה"ב? ביהמ"ש קבע סטנדרט שליטה של "שליטה אפקטיבית". לא די להראות מימון, שליטה והדרכה אלא צריך שליטה אמיתית על פעולות המורדים. המדינה מכווינה את כל פעולות הארגון.
        2. ICTY- חולק על הICJ, שתי סיבות ותומך במבחן של **שליטה כוללת** – למדינה יש מעורבות בניהול. לא די במימון ואימון בכלל צריך יכולת השפעה על מדיניות הארגון, אך לא חייבת להיות לך יכולת לכוון כל מעשה ומעשה.
           + במקרה של סרביה על מול בוסניה – לכן הICTY , קובע כי סרביה אחראית על פי מבחן השליטה הכוללת
           + לאחר מכן ב2007 מגיע המקרה של בוסניה וסרביה לICJ – הICJ, ממשיך לדבוק במבחן שלו (השליטה אפקטיבית), אבל הוא לא פותח עימות ישיר עם הICTY, ואומר שיכול להיות שמהבחן של של הICTY נכון לגבי המבחן של סיווג סכסוך. הICJ אומר זאת על אף שהICTY מציין במפורשת שמדובר במבחן לשיוך אחריות. אבל זה פשוט היה ניסיון להימנע מעימות.
        3. **הבעיה בגישות:**

גישת השליטה האפקטיבית – יאפשר למדינות לעשות מעשים מפוקפקים ולא לקחת אחריות עליהם.

גישת השליטה הכוללת- מתעלמת מכך שהרבה פעמים מדינות צריכות לכרות בריתות עם גורמים מפוקפקים כדי להילחם באויבים שלהם.

* + - * + יוצא מצב ששום נוסחה משפטית לא מגיעה לתוצאה טובה.
        + דוגמה טובה לפרגמנטציה – שני גורמים בינ"ל שמתייחסים לאותם מקרים מגיעים לקביעה שונה מהו הדין. מה מחייב? – לא ברור.
  1. **חריגים לאחריות הבינ"ל:** יש מקרים בהם המדינה לא תישא באחריות בגין הפרה שמיוחסת לה במספר מקרים.
     + 1. **הסכמה** - הסכמה תקפה שנתנה מדינה למדינה אחרת להפרה של אמנה הקיימת ביניהם מסירה את אחריותה הבינ"ל של המדינה המפרה. הסכמה שהוגה בכפייה או איומים אינה נחשבת הסכמה תקפה

לדוג' ישראל בניגוד להסכם השלום בינה לבין מצרים מאשרת להם להכניס כוחות צבא לסיני להילחם בדעא"ש

* + - 1. **הגנה עצמית**
      2. **צעדי גמול**
      3. **צורך**: מדינה פטורה מאחריות בינלאומית כאשר ההתנהגות הבלתי חוקית היא הדרך היחידה לשמור על האינטרסים החיוניים שלה. שלושה תנאים מצטברים:
         * הפעולה המפרה הייתה הדרך היחידה למנוע סכנה ברורה.
         * המדינה המפרה לא תרמה להיווצרות המצב המסוכן.
         * הפעולה המפרה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות או של הקהילה הבינ"ל כלפיהן החובה מופרת.

**בפועל רק במקרים קיצוניים מכירים שהתקיים צורך, וזאת כדי שמדינות לא תתחמקנה מהתחייבויותיהן הבינ"ל.**

* + - 1. **כוח עליון** – כלל הקובע שמדינה של ביצע את חובותיה בשל נסיבות חיצוניות שמעבר לשליטה אינה נושאת באחריות בינלאומית.
      2. **מצוקה** - מדינה פטורה מאחריות בינלאומית אם לאדם שביצע את הפעולה לא הייתה אפשרות סיבה אחרת כדי להציל את חייו או חיי בני אדם אחרים (במקרה כזה יש אפשרות לקיים את החובה אבל היא עלולה להוביל לאובדן חיי אדם).

24.11.2021

1. **תוצאות ההפרה:**
   1. ס' 29: הפרת החובה אינה פוטרת את המדינה מהשמך קיום ההתחייבות שהופרה.
   2. ס' 30: על המדינה להפסיק את ההפרה ולהבטיח שלא תפר את אותה חובה שנית.
   3. ס' 31: יש חובה לתקן את המצב (reparation)
      1. השבה פיזית - אך רק כאשר התיקון הפיזי פרופורציונלי לתועלת שבתיקון **– Restitution.**
      2. פיצוי על הנזק שנגרם (לא פיצוי עונשי) – **Compensation.**
      3. הכרה והתנצלות – **satisfaction.**
         1. יש מקרים בהם כל האופציות רלוונטיות ויש מקרים שרק אחת האופציות רלוונטיות.
            * רק ההתנצלות רלוונטית - במקרה של סרביה וקוסובו למשל- קשה להוכיח קשר סיבתי בין אי מניעת רצח העם של סרביה לבין רצח העם בפועל, לכן סרביה לא חויבה בפיצויים. אולם, ההתנצלות של סרביה על רצח העם בקוסובו.
            * כל שלושה רלוונטים - ישראל והמרמרה – ישראל החזירה את הספינה לטורקיה, שלימה פיצוי לנפגעים והתנצלה על האירוע.
   4. **המישור המעשי:** מערכת המשפט הבינלאומי ברובו מתבסס על אכיפה עצמית. הכוונה אכיפה על ידי אחד הגורמים במשפט הבינלאומי ולא על ידי גוף אכיפה מוגדר. אם אין גוף עצמאי מה אפשר לעשות?

**המקרים הנדירים:**

* + 1. הטלת **סנקציות על ידי מועצת הביטחון של האו"ם**, נדיר מכיוון שצריך הסכמה של כל המדינות. בנוסף, מועצת הביטחון יכולה לעשות זאת רק כאשר ישנו איום על השלום על העולמי, הפרה של השלום העולמי או מעשה תוקפנות.
    2. ההפרה מהוות פשע בינלאומי גרעיני: פשע מלחמה, רצח עם, תוקפנות, פשעים נגד האנושות. יש פוטנציאל לסמכות לתפוס את הבן אדם שעשה את המעשה עבור המדינה ולהעמידו לדין פלילי. **פוטנציאל לאכיפה פלילית.**

**המקרים השכיחים:**

* + 1. Retortion – פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, **שלא** כרוכה באי קיום של התחייבות משפטית מצד המדינה שמבצעת פעולה. לדוג' הוצאת שגריר לחופשה, נזיפה כלפי השגריר מהמדינה האחרת.
    2. צעדי גמול countermeasure – פה המדינה שנפגעה מבצעת איזה שהיא הפרה של התחייבות בין לאומית כאמצעי לחץ כלפי המדינה המפרה במטרה לגרום לה להפסיק את ההפרה. לדוג' כאשר טורקיה חשבה שישראל מפרה את החוק הבינ"ל היא ביטלה את כל הסכמי הסחר בנשק איתה. מטרת אמצעי הגמול היא לגרום למדינה המפרה לחדול ממעשי ההפרה לכן יש תנאים:
       1. צעדי הגמול צריכים להיות **מופנים כלפי המדינה המפרה** בלבד.
       2. צעדי הגמול צריכים להיות **זמניים**.
       3. צעדי הגמול צריכים להיות **הפיכים**.
       4. יש **להפסיק את אמצעי הגמול ברגע שהמדינה חזרה לציית** לכללי המשב"ל.
       5. צעדי הגמול **לא יכולים להיות עונשיים**.
       6. **זכויות יסוד שאין לפגוע בהם בעת שימוש בצעדי נגד**:
          - סטייה מחובות הבינ"ל ביחס לשימוש בכוח
          - הגנה על זכויות אדם בסיסיות.
          - איסור על מעשי גמול הכרוכים בשימוש בכוח (פרט למצבי הגנה עצמית).
          - איסור הפרה של חובות קוגנטיות של המשב"ל.
          - שמירה על חסינות של דיפלומטים או קונסולריים.
       7. איסור להפר הוראות של דיני הלחימה המגבילות את השימוש בתגמול (repisals). אי אפשר באמצעות צעדי נגד לעקוף את ההוראות המגבילות אמצעי תגמול.
       8. אסור להפעיל צעדי גמול כאשר סכסוך תלוי ועומד בפני גורם בינלאומי המוסמך לקבוע החלטות המחייבות את שני הצדדים.
       9. **עיקרון הפרופורציה** - עיקרון זה צריך להביא בחשבון שלושה מרכיבים:
          - פרופורציה ביחס לנזק שנגרם עקב ההפרה.
          - פרופורציה היחס לחומרת ההפרה והזכויות שנפגעו.
          - דעת מיעוט של ארה"ב – מבחן נוסף- צעד הנגד צריך להיות פרופורציונאלי להתנגדות של המדינה המפרה – בעוצמה כזו שבאמת תגרום למדינה המפרה להספיק להפר.

יתרון – אפקטיביות.

חסרונות – מדובר בהנחות סובייקטיביות, בנוסף אנחנו מניחים הנחות מוגזמות ביחס לעמיתנו. אם נאפשר הכנסת רכיב זה בחשבון זה יגדיל את עוצמת צעדי הנגד בשל כך המדינה הפרה עלולה להפר עוד דברים ובכך לערער את היחסים הבינ"ל.

צעדי הנגד לא חייבים להיות קשורים להתחייבות המקורית שהופרה, מתוך הבנה שאמצעי הלחץ צריך באמת להפעיל לחץ ולכן לא תמיד טוב שיהיה זהה.

1. **הגנה דיפלומטית**
   1. **במישור הבינ"ל:**
      1. רעיונית לאזרח הפרטי אין אפשרות לעמוד בזירה הבינ"ל, למעט חריגים. לדוג' בין ישראל לקפריסין יש אמנה שקובעת שאזרח זר שנקלע לאירוע משפטי הוא יכול לבחור להישפט בבימ"ש בינ"ל.
      2. **הגדרה – הגנה דיפלומטית:** הגנה משפטית היא פיקציה משפטית שמניחה שכל פגיעה בזכויות של אדם על ידי מדינה זרה היא הפרה של הדין הבינ"ל ביחס למדינתו של אותו אדם. לדוג' טורקיה פגעה בזכיות של ישראל זו היא הפרה של טורקיה כלפי ישראל. המדינה יכולה לפעול בזירה בינ"ל כאילו זו הפרה שבוצעה נגדה. לדוג' הפעלת צעדי גמול וריטורשן (Retortion), ניתוק יחסים דיפלומטים. **דוקטרינה משפטית אשר מאפשרת למדינה להתייחס לפגיעה באזרח שלה כאילו מדובר בפגיעה כלפיה.**

**חשוב לשים לב שלא מדובר בחסינות דיפלומטית! –** חסינות דיפלומטית היא היכולת להגן על נציג של המדינה.

* + 1. **העמדה המקובלת –** מבחינת המשפט הבינלאומי למדינה יש שיקול דעת מוחלט האם לאמץ את המקרה של האזרח שלה או לא (להעניק לו הגנה דיפלומטית או לא).
    2. **עמדת מיעוט –** בעידן הנוכחי שבו לדיני זכויות אדם יש השפעה, הכלל הקלאסי לא קיים ולכן למדינה יש חובה על פי המשפט הבינלאומי להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטית מקום בו מדובר בפגיעה בזכויות אדם יסודיות.
    3. **עמדת הILC** – עמדת פשרה בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט. אין חובה במשפט המנהגי להגנה דיפלומטית, אולם ייתכן שמדובר בדין מנהגי בהתהוות שכן המון מדינות מתחילות להכיר בעמדת המיעוט כעמדה המקובלת.
  1. **במישור המדיני:**
     1. פס"ד Abbasi (באנגליה): מדובר על אזרח אנגלי שנכלא בגואנטנמו. בא כוחו אומר שבריטניה צריכה לפנות בשמו של עבאסי לארה"ב כדי לשחררו מגואנטנמו כי התנאים שם לא אנושיים. בית המשפט הבריטי אומר כי בית המשפט לא מתערב בשיקולים הנוגעים ליחסי החוץ של המדינה. יחד עם זאת, הוא פותח חריץ צר באומרו כי **בהחלטה להעניק או שלא להעניק הגנה דיפלומטית- יש מקום לביקורת שיפוטית**. ולכן- כאשר ההחלטה נוגדת ציפיות סבירות של אזרח (או שכלל לא נשקלה הגנה דיפלומטית), בפרט כאשר יש חשש לעיוות דין משמעותי כלפי האזרח- בית המשפט יתערב ויחליט על הגנה דיפלומטית
     2. פס"ד מימון כהן **-** אלי מימון (העותר) נעצר בחשד לרצח אשתו קרול. הוגש כנגדו כתב אישום. אם יורשע ברצח הוא צפוי לגזר דין מוות. העותר פנה ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה להסגירו לארץ משום שבתאילנד צפוי לו עונש מוות וסדרי הדין שם אינם מבטיחים לו מפשט הוגן. פנייתו נענתה בסירוב. מכאן הערעור.
        1. בית המשפט העליון קובע כי הגנה דיפלומטית היא זכות של המדינה ולכן שיקול הדעת הוא מוחלט כלפי המדינה. עם זאת בית המשפט קבע שהוא לא נדרש להכריע לגבי האם יש חובה למדינה לפעול כאשר קיימת לאזרח סכנת חיים, מכיוון שהמדינה בעצמה אמרה שיש לה חובה לפעול במידה וייקבע גזר דין מוות (היא תבקש חנינה עבורו).
           + לא כול כך ברור מה ההכרעה של הדין המהותי.
  2. **מיהו אזרח?**
     1. הכלל: הדין המדינתי הוא זה שקובע - כל מדינה יכולה להחליט על פי הדין הפנימי שלה מיהו אזרח.
        1. חריג – כאשר המשפט הבינלאומי קובע בחוק שאין אזרחות.
           + אישה לא הופכת אוטומטית אזרחית של המדינה בה הבעל אזרח. יש לבקש את הסכמתה.
           + מקרה נוטבם (ICJ)– אדם קנה אזרחות בליכטנשטיין – המדינה מתערבת לטובתו בחסינות דיפלומטית. הICJ קובע שהמדינה כול כך לא קשורה אל האדם עד כדי כך שהיא לא יכולה להגן עליו.
           + עמדת הILC – בעקבות הדים רבים והתנגדות מקרב המדינות שכן החלטה זו סותרת את הכלל המקובלת טוענת הICJ כי זו אכן לא העמדה המקובלת.
  3. **מיצוי הליכים:** חובת מיצוי הליכים בטרם יקבל אזרח הגנה דיפלומטית, עליו למצות את ההליכים מול המדינה הפוגעת.
     1. **למה למצות הליכים?**
        1. יעילות
        2. הזדמנות לפתרון ברמה הפנים- מדינתית
        3. כיבוד ריבונות המדינה הפוגעת
     2. **חריגים**:
        1. ההליך שלא מוצא לא באמת קשור לנושא ההפרה.
           + לדוג'בין חברה בריטית לחברה פינית היה סכסוך הפינים הפסידו ולכן פינלנד ביקשה הגנה דיפלומטית. בריטניה טענה לאי מיצוי הליכים כי החברה לא הגישה ערעור. בפועל החברה הפינית לא יכלה בכלל להגיש ערעור שכן בחוק הבריטי ניתן להגיש ערעור רק על שאלה משפטית ולא על ממצאים עובדתיים ובמקרה הנ"ל הערעור היה רק לגבי ממצאים עובדתיים.
        2. אין חובת מיצוי הליכים כאשר הנפגעת היא המדינה, חובת מיצוי ההליכים רק כאשר הפגיעה היא באזרח והמדינה מאמצת את הפגיעה בו. כאשר יש פגיעה גם באזרח וגם במדינה הולכים לפי מה הפגיעה היותר משמעותית.

02.12.2021

# חסינות מדינה\ריבון חלק א'

1. תחום שמעוגן במשפט המנהגי בעיקרו ומעגן את החסינות שתוענק למדינה או נציגיה. חסינות היא כלל משפטי שמונע הפעלת כלל משפטי במערכת משפט כלפי אדם או גורם מסוים, בהקשר הבינ"ל חסינויות מדינה הן חסינויות שמונעות הפעלה של הליך משפטי כזה או אחר במערכת משפטית של מדינה אחת ביחס למדינה אחרת או לנציגיה.
2. **הקדמה כללית** 
   1. **למה ראוי שתהיה חסינות מדינה?**
      1. ריבונות המדינה – ממנו נגזר העיקרון שקובע שאסור להתערב בענייני הפנימיים של המדינה.
      2. עיקרון השוויון בין המדינות והליך משפטי בבסיסו מכפיף מדינה אחת למוסדות של מדינה אחרת.
      3. לצמצם את הסכסוך בין מדינות – אם כל אזרח יכול לתבוע מדיה אחרת זה עלול להגביר את כמות המקומות בהם יהיה חיכוך בין מדינות.
         * + חשוב לזכור כי חסינות מדינה לא קיימת בטריבונל בין לאומי, מטרת חסינות מדינה היא מניעת שפיטה של מדינה אחת תחת השיפוט של מדינה אחרת.
   2. **שני סוגים של חסינות מדינה:**
      1. חסינות ריבון\ חסינות מדינה במובן הצר - חסינות שמוענקות למדינה עצמה.
      2. חסינות לגורמים הקשורים למדינה מפני הליכים משפטיים מסוימים במערכת משפט של מדינה אחרת.
         * + **כלל המשותף ל-2 סוגי החסינות היא שהמדינה היא זו שיכולה לוותר עליה.** כלומר, נציג לא יכול לבחור לוותר על חסינות.
3. **חסינות ריבון\ חסינות מדינה במובן הצר**
   1. **הגדרה** – חסינות שמוענקת למדינה עצמה בגין הפעולות שלה.
   2. **החסינות היא חסינות אזרחית בלבד שכן במשפט הפלילי אפשר לתבוע רק אנשים והמדינה היא לא בן אדם ולכן ממילא אינה זקוקה לחסינות**.
   3. **איך תובעים מדינה**?
      * 1. **טריבונל בינ"ל** – אך יש צורך בהסכמת המדינות.
        2. לתבוע במערכת המשפט של המדינה עצמה – בכפוף לדין המדינתי שלה.
   4. **היקף החסינות** - בעבר החסינות הייתה מוחלטת, אולם כיום החסינות מוגבלת. במהלך השנים הפרו המדינות את הדין המנהגי הקודם ובשל כך התפתח דין מנהגי חדש אשר כולל בתוכו חריגים רבים לחסינות.
   5. **החריגים לחסינות:** 
      1. **פעולה שלטונית\מסחרית – איך נדע אם מדובר בפעולה שילטונית? שתי גישות:**
         1. **מבחן טיב\מהות הפעולה** – האם אדם פרט היה יכול לבצע פעולה כזו?
         2. **מבחן מטרת הפעולה** – מה המטרה שהמדינה ניסתה להשיג?
            * פס"ד אדלסון - המשכיר תבע את קנדה בגין הפרה של חוזה שכירות - ישראל כפופה למשפט המנהגי והוא קובע חסינות מצומצמת. רק ביחס לפעולות שלטוניות ולא ביחס לפעולות הקשורות לתחום המשפט הפרטי. ברק קובע כי המבחן העיקרי הוא טיבה ומהותה של הפעולה ולא המניע לביצועה שכן זה המבחן המקובל על דעת רוב מדינות העולם. כדי ליישם את המבחן תישאל השאלה :האם אדם פרטי יכול היה לבצע את הפעולה או שמא הפעולה מצריכה שימוש בכוחות הקיימים למדינה. נוכח האמור נקבע כי חוזה השכירות הוא פעולה בתחום המשפט הפרטי.
      2. **חוק חסינות מדינה:**
         1. **ס' 2 לחוק חסינות מדינה – "**למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות מפני השיפוט של בתי משפט בישראל למעט סמכות השיפוט בעניינים פלילים**"** מלבד ס' 2 כול שאר הסעיפים מתעסקים בחריגים.
         2. **לימוד עצמי – 4, 6, 7, 8, 15**
         3. **החריג העסקי: ס' 3 -** **תביעה שעילתה עסקה מסחרית: "** מדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית"
         4. **החריג הנזיקי: ס' 5** - "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל."מדינה לא תקבל חסינות מפני עוולה נזיקית שבוצעה בשטח ישראל וגרמה לנזק גוף או רכוש.
            * חריג לחריג הנזיקי: במקרה של פעולות מלחמתיות המדינה תקבל חסינות מפני החריג הנזיקי (משב"ל מנהגי).
            * חריג לחריג לחריג:במידה והפעולה שביצעה המדינה היה פשע מלחמה גרעיני (פשע מלחמה, רצח עם, תוקפנות, פשעים נגד האנושות) ניתן יהיה לתבוע אותה על אף שזו פעולה מלחמתית.

עמדת יוון ואיטליה: חיילים יוונים ואיטלקים תובעים את גרמניה נזיקית על מה שקרה להם במלחמת העולם השנייה, גרמניה טוענת שמדובר בפעולה מלחמתית ולכן יש לה חסינות. בתי המשפט ביוון ואיטליה קובעים שיש חריג לחריג לחריג כי מדובר בפשע גרעיני.

עמדת ה-ICJ: גרמניה תובעת את איטליה ויוון בICJ בטענה להפרה של משפט מנהגי – ה-ICJ קובע שאין חריג לחריג לחריג. בתי המשפט באיטליה ויוון לא מקבלים את ההחלטה של ICJ ולכן ממשיכים להתקיים תביעות אבל גרמניה לא מתייצבת להליכים ואין להם מה לעשות מלבד להקפיא את הנכסים של גרמניה הנמצאים במדינות שלהם.

עמדת ישראל: ת"א 2143-07: לא ניתן לתבוע את גרמניה בשל חסינות מדינה. לכן, לא התקבל החריג לחריג.

* + - 1. **חריג של ארה"ב** – אין חסינות בגין נזקים שנגרמו מפעולות שביצעה מדינה בגין סיוע למעשי טרור.
         * העמדה בעולם: עמדה זו אינה מקובלת בעולם שכן ההגדרה של מעשה טרור היא לעיתים הגדרה לא קבועה וסבוכה מבחינה פוליטית.
         * עמדת ישראל – פסיקות סותרות: לא נדון בבית המשפט העליון אך נדון בבית המשפט המחוזי ונפסקו פסיקות סותרות.

פס"ד רש"פ נ' פלד: גם אם נגיע למסקנה שהרש"פ ריבון (לא הגיעו למסקנה זו בפס"ד) ככל הנראה לא הייתה מתקבל חסינות לאור הפסיקה המתפתחת במדינות העולם אשר מאפשרת תביעות נזיקין כנגד מדינות המעודדות\שותפות בביצוע מעשי טרור.

יוספוב נ' מצרים: לא ניתן לאפשר תביעה נגד מצרים המופנית כנגד פעולות המדינה שלה בשטחה הריבוני בטענה למעורבות במעשי טרור שכן יש חסינות גם כנגד סיוע למעשי טרור.

1. **חסינות לגופים שאינם מדינה**
   1. **האם יש חסינות לישות שמעמדה נמוך ממעמדה של מדינה? שלוש גישות:**
      1. עמדה א': ניתן להעניק חסינות גם לגורמים שאינם מדינה.
      2. עמדה ב': חסינות ניתן לתת רק למדינה.
      3. עמדה ג': לא שפיט – מדובר בשאלה פוליטית שלא ראוי שבתי המשפט יתערבו בה ומי שראוי שיכריע בה זה הרשות המבצעת. תחליט הממשלה\שר החוץ כי מעוניינת להעניק חסינות היא יכולה להעניק ואם היא לא מעוניינת היא לא תעניק לה.
   2. **העמדה בישראל:** 
      1. ס' 20 לחוק חסינות מדינה - שר החוץ בצו יכול לקבוע האם להעניק חסינות לגוף שאינו מדינה. אם הוא בחר לא להגיד מה דעתו ההנחה היא שהוא בחר לא להעניק.
      2. אולם ביהמ"ש קבע כי היא השפיטות הזו היא לא אי שפיטות מוחלטת. פס"ד 13\2144 (סולברג): מדובר בהחלטה מדינית מובהקת. אולם, במקרה של פגם משפטי חמור יהיה מקום לרשות השופטת להתערב.
         * + לפני שנקבע הסעיף וניתנה הפרשנות שלו בפסיקה היו סדרה של פס"ד סותרים במחוזי בנושא (ביטוי לזה ניתן לראות בחומרי קריאה).
2. **ויתור על חסינות**
   1. **ס' 9-10 בחוק חסינות** **מדינה**: רק המדינה הזרה היא זו שיכולה לוותר על החסינות בין במפורש ובין במשתמע.
      * + - איך מוותרים באופן משתמע? ניהול ההליך אל מול בית המשפט. מה המקרה המסובבך, מדינה טוענת לחסינות ומתחילה לנהל את ההליך. מדינה צריכה להיזהר לא להתחיל את ההליך המהותי לפני ההחלטה האם יש לה חסינות או לא.

15.12.2021

# חסינות מדינה\ריבון – חלק ב':

1. **חסינות ראשי מדינה:** מתחלקת לשניים

**הערות צד:**

* + 1. **החסינות היא זכות של המדינה ולכן המדינה היא זו שיכולה לוותר עליה, גם אם הפרט מתנגד!**
    2. **לא מדובר בחסינות תוך מדינות לחברי כנסת או לנשיא שכן חסינות כזו היא של הדין המדינתי ולא הבינלאומי.**
  1. **חסינות אישית (פרסונאלית):**
     1. **למי החסינות מוענקת?** חלה על קבוצה מאוד קטנה של אנשים, על הבכירים ביותר במדינה שיש לתפקידים שלהם ממשק עם יחסי החוץ. בקבוצה זו בטוח יהיה ראש הממשלה ושר החוץ מעבר לכך יהיה עוד שרים ובכירים בעלי זיקה ליחסי החוץ של ישראל.
     2. **מתי חלה החסינות:** קיימת כל עוד האדם בתפקיד – כאשר מסתיים התפקיד מפסיקה החסינות.
     3. **היקף החסינות:** חלה לא רק בהקשר למעשים שביצע שחלק מתפקידו אלא גם על פעולות פרטיות (לרבות מעשים שבוצעו בביקור פרטי).
     4. **מועד המעשים שההליכים בהקשרם החסינות חוסמת:** ביחס לחסינות המהותית החסינות הפרסונאלית, מעניקה חסינות רחבה ביותר לקבוצה קטנה יותר ולתקופת זמן מצומצמת יותר.
     5. **סוג ההליכים בהקשרם החסינות חלה:** נעשה הבחנה בין כמה סוגים של הליכים:
        1. הליכים אזרחים:בהליכים אזרחים החסינות חלה.
        2. הליכים פלילים: צריך לעשות הבחנה בין עבירות פליליות שהן רק עבירות על הדין המדינתי של המדינה הזרה לבין עבירות פליליות שהן פשעים בינ"ל חמורים (לא נעשה שימוש במושג גרעיני שכן זה הגדרה יותר מצומצמת).
           + **לגבי עבירות מדיניות זרות** – אין חילוקי דעות והחסינות חלה.
           + **לגבי פשעים בינ"ל חמורים** – יש מחלוקת: האם חלה ביחס לביצוע פשעים בין לאומיים ואם כן היכן? – יש השקפה שפשעים בינ"ל חמורים פועלים כדי להגן על האינטרס של הקהילה הבינ"ל ולכן כאשר מדינה אוכפת פשע כזה היא פועלת למען אינטרס בינ"ל. בשל כך, המשב"ל מאפשר שני מנגנוני אכיפה ייחודיים:

**סמכות אוניברסלית:** כדי שמדינה תוכל לתבוע אדם במעשה פלילי המדינה צריכה זיקה טריטוריאלית לעומת זאת על פשעים בינ"ל חמורים המשב"ל מאפשר להפעיל סמכות אוניברסלית.

**בתי משפט בינ"ל:** המשפט הבינ"ל מאפשר להקים בתי דין בינ"ל פלילים ומאפשר להעמיד לדין אנשים בגין מעשים אלו.

בהקשר הזה יש וויכוח בין שלוש עמדות:

* + - * + **עמדה א:** החסינות חלה רק בגין הפרות של הדין המדינתי ולא מפני הפרות חמורות של הדין הבינ"ל. החסינות נועדה למנוע סכסוך בין מדינות, לכן במקרה של ביצוע פשעים בינ"ל חמורים אין משמעות לחסינות הפרסונאלית שכן יש הפרה של אינטרס בינ"ל.

המקרה של פינושה (רודן של צ'לה): הוא קבע בחוק שהוא תמיד יהיה חבר פרלמנט ולכן תהיה לו לנצח חסינות. פינושה יוצא לאנגליה וספרד מבקשת להסגיר אותו. פינושה טוען לחסינות שכן הוא סנטור לכל החיים. ביהמ"ש באנגליה קובע שזה לא רלוונטי בגלל שאין תחולה בהקשר של פשעים בינ"ל חמורים.

* + - * + **עמדה ב: עמדת הICJ:** אין חסינות מפני עמדה לדין בבתי הדין הבינלאומיים. כלומר, יש חסינות פרסונאלית לגבי ראשי מדינות גם לגבי פשעים בינ"ל חמורים כאשר מדובר במשפט במדינה עצמה. אולם, אין חסינות כאשר מדובר בהעמדה לבין בבית משפט בינ"ל. התכלית – גם מאחורי העמדה לדין של פשעים חמורים יכול להסתתר סכסוך פוליטי וכדי למנוע את זה מתוך הנחה של טריבונאלים בין לאומיים הם יותר אובייקטיבים יש חסינות גם לגבי פשעים חמורים בשיפוט במדינה הדרה עצמה.
        + **עמדה ג:** החסינות חלה גם בהליכים בבתי דין בינ"ל (עמדת ירדן ומדינות אפריקה נוספות).

פרשת נשיא סודן (ערעור של ירדן על אי הסגרת עומאר אל באשיר): אמנת רומא של הICC קובעת כי לא תהיה חסינות לראשי מדינה. כלומר כל המדינות שחתמו הסכימו להוריד את החסינות של ראשי מדינה בהקשר של אמנת רומא. כמו כן, האמנה נותנת סמכות למועצת הביטחון להפנות ל-ICC בנוגע למעשים שבוצעו על ידי מדינות שאינן חברות. נפתח נגד נשיא סודן הליך בICCוהיה כנגדו צו מעצר, על פי אמנת הICC יש חובה לחברות באמנה להסגירו. עם זאת, קניה וירדן לא מסגירות אותו ונפתחים כנגדם הליכים מנהלים. טענת ירדן: סודן לא חברה באמנה ולכן עדיין חלה עליו החסינות, כלומר החסינות חלה גם בהליכים בבתי דין בינ"ל (כל עוד המדינה לא וויתרה). הICC לא מקבל את גישת ירדן ומקבל את גישת הICJ.

**הגישה המקובלת ביותר היא עמדה ב', עמדה א' גם מקובלת אך פחות ועמדה ג' כמעט ולא מקובלת.**

* 1. **חסינות מהותית (פונקציונלית):** 
     1. **למי החסינות מוענקת:** חלה על כל בעלי התפקידים של המדינה, לא רק על הבכירים.
     2. **מתי חלה החסינות:** גם לאחר שסיים את התפקיד:
     3. **היקף החסינות:** רק מעשים שקשורים באופן מהותי לתפקידו של האדם והוא עובד כזרוע של המדינה.
     4. **מועד המעשים שההליכים בהקשרם החסינות חוסמת:** רקמעשים שהאדם ביצע התפקיד ולא מעשים פרטיים.
     5. **סוג ההליכים בהקשרם החסינות חלה:** יש המון דעות בנושא אך נדון רק בחלק. גם כאן נעשה הבחנה בין עבירות פליליות מדיניות לעבירות פליליות חמורות לבין עבירות פליליות אזרחיות**.**
        1. הליכים פלילים:
           + **עבירות מדינתיות זרות**:

**עמדה א'**: קיימת עמדה לפיה החסינות המהותית (בשונה מהפרסונאלית) רלוונטית רק בהליכים אזרחיים ואינה רלוונטיים בהליכים פלילים.החסינות המהותית הוא גלגול של חסינות הריבון ולכן כמו ששם החסינותלא רלוונטית גם כאן לא.

פס"ד אבו עומר: אבו עומר הוא מטיף דת נוצרי ומתנגד שלטון, הוא נחטף על ידי הCIA בתוך שטח איטליה, במטרה להעבירו למצרים והם נתפסים. הם טוענים לחסינות מהותית, אך ביהמ"ש באיטליה אומר שחסינות זו לא רלוונטית בהליכים פלילים.

יש תמיכה אף יותר רחבה בעמדה לפיה החסינות לא תחול בנוגע להליכים פלילים ביחס לעבירות על פי הדין הפלילי של המדינה הזרה שבה הוצע המעשה – מתוך הבנה שמדינה ששולחת נציגים כדי להפר דין מדינתי של מדינה אחרת יוצרת יותר סכסוכים ולכן צריך למנוע זאת על ידי אי מתן חסינות.

**עמדה ב':** מנגד יש הסוברים שהחסינות המהותית חלה באופן גורף בהקשרם של פשעים מדינתיים זרים (אם זאת צריך לזכור שזה רק בתנאי המעשה של העבירה היה קשור באופן חזק להפעלת סמכויות ריבוניות).

* + - * + **עבירות של פשעים בינ"ל חמורים**

**עמדה א': ICJ –** קיימת מגמה גברת של אי-הכרה בחסינות מהותית בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים.

**עמדה ב': ביהמ"ש בהולנד** אין חסינות מהותית במקרים כאלה, בבתי דין בינלאומיים. אך יש חסינות מהותית, במקרים כאלו בהליכים פלילים בבתי דין מדינתיים זרים.

פס"ד של בית משפט בהולנד בנוגע לתביעה אזרחית נגד גנץ ואשל על המעשים בעזה כפשעי מלחמה- אזרח הולנדי תבע אותם בגלל שש בני משפחתו נהרגו בפגיעה אווירת לשל חיל האוויר. ביהמ"ש בהולנד קבע כי לגנץ ואשל ישנה חסינות מהותית.

**עמדה ג': עמדת ביהמ"ש בגרמניה –** אין חסינות מהותית במקרים כאלה, גם כאשר מדובר בהליכים בבתי דין מדינתיים זרים (נראה שזו העמדה הרווחת).

* + - 1. הליכים אזרחים: יש קונצנזוס יחסית רחב שהחסינות האמורה חלה, ככלל, בהקשרם של הליכים כאלו (אם כי צריך לזוכר שהיא רק תחול אם הפעולה קשורה במהותה להפעלת סמכויות ריבוניות).
         * **האם ישנה חסינות מהותית מפני תביעות אזרחיות בעקבות הפרות חמורות של המשב"ל?**

**עמדה א':** עמדת ביהמ"ש בהולנד - ישנה חסינות בבתי משפט מדינתיים בפלילי ומתוקף כך גוזר הקש לגבי בתי משפט במדינתיים בנושאים אזרחים.

**עמדה ב':** אין חסינות לפשעים כאלו בפלילי ולכן גוזרת הקש וטוענת כי אין חסינות גם בתביעות אזרחיות.

**עמדה ג':** יש חסינות בהליכים אזרחים אפילו אם אין חסינות מהותית בנוגע לפשעים כאלו במקרים פלילים. ולא נכון לעשות היקש.

1. **חסינות דיפלומטית**
   1. **הדין המנהגי מעניק חסינות דיפלומטית בתנאים מסוימים. עיגון:**
      1. הכללים המצויים במשפט המנהגי ובאמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטים.
      2. **בישראל:** תחולה לפי מנהג. והעיגון היחיד הוא בחוק חסינות מדינות זרות "חוק זה אינו גורע מחסינות דיפלומטית או קונסולרית או מחסינות אחרת החלה בישראל לפי כל דין או נוהג." – חוק זה מעגן את החסינות בכך שהוא אומר שהדין הישראלי לא אמור לפגוע במשב"ל בנושא זה אך הוא לא מקור בפני עצמו.

פס"ד שלומית שלום: עסק

* 1. **כללים**:
     1. דיני החסינות חלים מרגע שהמדינות החליטו לקיים יחסים דיפלומטיים.
     2. אין בדיני החסינות הדיפלומטית כדי להצדיק התעלמות מדיני המדינה המתארחת או התערבות בענייניה הפנימיים.
  2. **היקף החסינות:**
     1. **חסינות ניתנת לשגריר ולמשפחתו** אלא אם הם תושבי קבע- נבחן לפי האם גם לולא הקשר לתפקיד שגריר הם היו שוהים באותה מדינה/ אזרחים של המדינה המארחת.
     2. **חובת המדינה כלפי השגרירים**:
        1. יש לנהוג בכבוד ולמנוע כל התקפה נגדו
        2. אין לעצור/ לאסור נציג דיפלומטי
        3. אין להעמיד לדין פלילי עובדים בשגרירות שאינם אזרחים/ תושבי קבע (חסינות מוחלטת)
        4. חריגים:
           + ניתן לעכב נציג לשם שמירה על הסדר הציבורי/ מניעת פשע חמור.
           + אם מדובר במעשה שאינו ניתן במסגרת התפקיד. ניתן להעמידו לדין אחרי סיום התפקיד.
     3. **סנקציות שכן אפשר להטיל במקרה של ניצול לרעה**: כאמור, מדובר בחסינות פרוצדורלית. מה המדינה יכולה לעשות אם האדם מפר?
        1. **המדינה רשאית לוותר על חסינות** - המדינה שנפגעה יכולה לבקש מהאדם להסיר את החסינות. החסינות היא פריבילגיה וניתן לבטלה.
        2. **צעדי נגד**- ארה"ב מקצצת מהכספים שמעבירה לאותה מדינה בעקבות "פשעים" שעשה הנציג. בריטניה אומרת שבעקבות הפרה כזו לא מקבלים את כתב האמנה שלו בעת החידוש.
        3. **המדינה יכולה את לגרש שגריר מהמדינה**.
     4. **החסינות היא מפני הליכים פליליים ואזרחיים, עם חריגים לחסינות:**
        1. עסקות נדל"ן פרטיות בשטח המדינה המארחת.
        2. ענייני ירושה פרטיים.
        3. פעילות מקצועית מחוץ לתפקיד רשמי.
     5. **אם הנציג הוא אזרח/ תושב קבע של המדינה המאחרת,** החסינות מצטמצמת ותחול רק על מעשיים רשמיים.
  3. **חסינות השק הדיפלומטי:** 
     1. **הגדרה:** הוא מעטפה, חבילה, מזוודה או כל מארז אחר המשמש למשלוח חומרים הנהנים מחסינות דיפלומטית מחיפוש או תפיסה.
     2. חסינות השק הדיפלומטי היא חסינות רחבה מאוד וכמעט מוחלטת, החריג היחיד הוא: השק ניתן לפתיחה לצורך הגנה על חיי אדם (מתי שיש דן אדם/ פצצה בפנים).
     3. פרשת השר הניגרי: שר ניגרי מסתכסך עם ראש ניגריה ובורח לאנגליה. ראש ניגריה לא אוהב שהוא ברח והוא נעזר בסוכני מוסד כדי להחזיר את אותו שר. סוכני המוסד מנסים להבריח את השר בתוך השק הדיפלומטי, הדבר מתגלה ולכן אנגליה פותחת את שק הדיפלומטי של ניגריה. אנגליה טענה שתי טענות: (1) הצלת חיים (2) השק לא מסומן כמו שצריך- לא צריך לכבד אותו (טענה השנייה חלשה שכן אם מגלים שהשק הוא דיפלומטי יש חובה לסגור אותו).
  4. **חסינות מבנה השגרירות:**
     1. בעבר היה נהוג להגיד כי "השגרירות היא שטח המדינה השולחת" אולם אמירה זו אינה נכונה. יחד עם זאת, השגרירות מוגנת מאוד עד לכדי שבשונה מהשק הדיפלומטי:
        1. **לא ניתן להתפרץ לשגרירות גם במקרה של סכנת חיים.** אם פושע בורח לתוך שגרירות אי אפשר לשלוח שוטרים פנימה. הציעו חריג לכך והוא נדחה מתוך חשש שהוא ינוצל לרעה. ניצול לרעה יכול לפעול לשני הכיוונים.
        2. המדינה המאחרת חייבת **להגן על מבנה השגרירות מפני נזק ומפני חדירת גורמים פרטיים** (איראן בעבר לא כיבדה חובה זו).
        3. יש **לכבד את מבנה השגרירות גם לאחר סיום היחסים** הדיפלומטיים בין המדינות.

**הערה: יש לכלי תחבורה של השגרירות חסינות מוחלטת מפני חיפוש/ תפיסה/ עיקול/ הוצאה לפועל.**

# ישוב סכסוכים בדרכי שלום - שיעור אסינכרוני - נשלח במייל

הסיכום הוא מהמחברת המקוצרת שלי! לכן כדי עדיין לקרוא גם את המייל

**מקורות לישוב סכסוכים בדרכי שלום:**

אמנת האג ליישוב סכסוכים בדרכי שלום

אמנת האו"ם ס' 2(3) הקובע כי כל החברות צריכות ליישב את סכסוכיהם בדרכי שלום וס' 2(4) האוסר על שימוש בכוח.

היקף החובה לישוב סכסוכים בדרכי שלום:

**גישה אחת**: חובה פוזיטיבית – ישנה חובה לנקוט צעדים מעשיים לישוב סכסוך בדרכי שלום.

**גישה שניה**: אין חובה אקטיבית, אך במידה ומדינה מחליטה ליישב סכסוך עליה לעשות זאת בדרכי שלום.

נוסח הסעיפים תומך בחלופה הראשונה ואילו התנהגות המדינות תומכת בחלופה השנייה.

**המנגנונים לישוב סכסוכים:**

ס' 33 למגילת האו"ם מפרט את המנגנונים. ישנם שני סוגי מנגנונים: מנגנונים דיפלומטיים – שאינם מחייבים משפטית; מנגנונים שיפוטיים – המחייבים משפטית.

**מנגנונים דיפלומטים:**

* 1. **מחאה דיפלומטית**- זימון שגריר.
  2. **צעדי נגד**
  3. **משא ומתן** – אם אמנה דורשת מו"מ לפני מנגנון אחר לא מדובר בנטל גבוה, אך צריך שמהפנייה יהיה ברור שיש הצעה לקיים מו"מ (במקרה של רוסיה וגאורגיה המחאה של גאורגיה לא נחשבה שהיא מעוניינת במו"מ ולכן ICJ לא קיבל את התביעה).
  4. **תיווך** – מעורבות גורם שלישי על מנת לפייס שתי מדינות (ארה"ב במרמרה).
  5. פישור – גורם שלישי מקבל את כל הטיעונים ומציע פתרון לסכסוך – בשונה מברורות בינ"ל החלטה של מפשר אינה מחייבת.
  6. **חקירה** – במקור היה אמור להכריע בשאלות עובדתיות היום מכריעה גם בשאלות משפטיות כי קשה לדעת מה קו הגבול (וועדת פלמר במקרה של המרמרה היא דוגמה למנגנון מסוג חקירה).
  7. **ארגונים בינ"ל** – כמו האו"ם או האיחוד האירופי. אולם, ס' 33 מדבר מפורשות על ארגונים אזוריים כמו ארגון מדינות אפריקה או ארגון מדינות אמריקה (ולא בינ"ל), אך הוא לא מגביל את האפשרות לעשות שימוש בארגונים בינ"ל ליישוב סכסוכים.
  8. **המועב"ט** – מנגנון כלאיים. שכן לעיתים יש לו החלטות שמחייבות משפטית ולעיתים לא. אך בשל העובדה שהחלטותיו שונות כול כך מהליך שיפוטי הוא יותר קרוב למנגנון דיפלומטי.

**מנגנונים שיפוטיים:**

* 1. בוררות
  2. ICJ – בית הדין הבינ"ל בהאג.
  3. טריבולנים נוספים – WTO, בית הדין של אמנת הים, בית הדין של האיחוד האירופי.

הבסיס להליך השיפוטי הוא הסכמת המדינה – שלושה סוגי הסכמות:

* 1. הסכמה אד הוק
  2. אמנה בילטרלית או מולטילטרלית – הסכמה ליישוב סכסוכים הנוגעים לאמנה מסוימת בתוך האמנה עצמה. לדוג' אמנת דיני הים קובעת בין דין לדיני הים.
  3. הסכמה כללית – קבוצות של מדיניות המסכימות על גוף שידון בסכסוכים ביניהם (לא משנה מה נושא הסכסוך). יש אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה, אמנה כזו בין מדינות בארה"ב וס' 36(2) לחוקת הICJ מאפשר למדינות להפקיד הצהרה שסכסוכים בין מדינות אשר הניחו הצהרה זהה יקבעו בICJ (ארה"ב פורשת בגלל ניקרגואה וישראל פורשת כהזדהות). כיום יותר משליש ממדינות העולם הפקידו הצהרה כזו.

האינטרס לתת הסכמה להליך שיפוטי מצד המדינות:

* 1. מדינות שבטחות בצדקתן.
  2. סכסוך נקודתי שבו עלות הסכסוך יותר גרועה מהסיכוי להפסיד.
  3. משחק חוזר – לעיתים מדינה תפסיד אך לעיתים גם תנצח ולכן משתלם לה.
  4. איתות על מחויבות לנורמות באמנה.
  5. חוסר הבנה של ההשלכות.

דיון צד בארה"ב – פורשת מרוב האמנות המאפשרות מנגנון שיפוטי בגלל ההפסד בניקרגואה. לא פורשת מהמנגנון מאמנת רצח העם שכן כדי לפרוש היא חייבת לפרוש מהאמנה וזה יראה רע. פורשת רק לאחר המון שנים מהאמנה מול איראן בממשל טרמאפ (לא בטוח שהיה כדי לה, שכן אולי סכסוך כזה עדיף תחת הICJ). ופורשת מאמנת הקונסליות אחרי שהיא מפסידה לגרמניה.

בנוסך לICJ, ישנם גם בתי דין גלובליים כמו בית דין העוסק באמנת הים ובתי דין אזוריים כמו בית הדין האירופי לזכויות אדם.

**מטוטלת –** בגלל גלובליזציה יש הבנה שישנם המון סכסוכים שאינם דיני לחימה שבתי דין בינ"ל צריכים להסדיר, אולם גם ישנה תנועת נ' כנגד בתי הדין האלה. לדוג' סין לא מתייצב להליכים בבית הדין של אמנת דין הים. ארה"ב לא מאפשרת למנות שופטים בבית הדין של WTO.

16.12.2021

# איסור על שימוש בכוח – חלק א' וב'

1. **התפתחות דיני השימוש בכוח – דיני המשב"ל העוסקים במלחמות מתחלקים לשני סוגים עיקרים:**
   1. **דני שימוש בכוח** – JAB jus ad bellum - - מסדרים את האם ומתי אפשר להשתמש בכוח\לפתוח במלחמה. **מבחינים בין התוקף למותקף.**
   2. **כללי בעימות המזויין** – JIB- jus in bello - מסדירים את התנהגות במהלך המלחמה\העימות המזויין. כיצד הצדדים צריכים לנהוג אחד כלפי השני וכלפי האוכלוסייה האזרחית. **חלים באופן שווה על הצדדים.**
      * + - יש סיבה חשובה להפרדה בין שני התחומים – הסיבה לכך היא שנקודת הבסיס היא שונה. בדיני השימוש בכוח יש הנחה שיש צד צודק וצדק לא צודק, לעומת זאת בכללי העימות המזויין הכלל הוא כי הדינים חלים על שני הצדדים לא משנה מי התוקפן ומי המגן.
2. **התפתחות של דיני השימוש בכוח - JAB:**
   1. התפתחו בעיקרן בתקופה שמיד לאחר מלחמת העולם השנייה. לכן כדי להבין אותן נלך לתקופה אחת לפני זה לראות מה היה קיים אז ואיך הגענו למה שקיים היום. בתקופה שבין מלחמות העולם יש מאבק בין שני גישות קיצוניות:
      1. **גישה 1:** מדינות יכולות לצאת למלחמה מתי שבא להם. יש עדיין מדינות שפועלות לפי גישה זאתי באותה תקופה.
      2. **גישה 2:** מנגד בעקבות הטראומה של מלחמת העולם הראשונה הובילה לגישה חדשה הרואה כי מלחמה בהגדרה היא הפרה של המשב"ל כי היא מפרה את העיקרון של פתרון סכסוכים בדרכי שלום. בעקבות השקפה זו נחתמות סדרה של אמנות האוסרות על מלחמות. האמנה החשובה ביותר היא אמנת קלוג-יה. במשפטים שנערכים אחרי מלחמת העולם השנייה קובעים בתי הדין בנירנברג וטוקיו שגישה זו היא הגישה הנכונה בדין ופתיחה במלחמה היא מעשה לא חוקי והוא נקרא מעשה תוקפנות. בנוסף, הם טוענים שזהו מעשה שאפשר להטיל בעקבותיו אחריות פלילית אישית כלפי אדם ולא רק מדינה וזה נקרא פשע תוקפנות.

**המונחים האלו רלוונטיים גם היום –** גם היום יציאה מלחמה בניגוד לדיני ה-JAB נחשבת מעשה תוקפנות וגם יהיה ניתן להטיל אחריות על אדם פרטי והטלת אחריות כזו תהיה פשע תוקפנות. אם כך מה שונה? דיני ה-JAB מעט שונים היום והשינוי בהם נעשה באמנת האו"ם ב1945.

1. **דיני שימוש בכוח כיום**:
   1. דיני השימוש בכוח נמצאים באמנת האו"ם ורובם נחשבים גם לדין מנהגי (וכנראה גם יוס קוגנס) ולכן הם מחייבות גם מדינות שלא חברות באו"ם.
      1. ס' 2 (4) לאמנת האו"ם קובע כלל של איסור גורף על שימוש בכוח (יוס קוגנס ומשב"ל מנהגי). **האיסור**: על מדינות להימנע מאיום או שימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוריאלית, ריבונות של מדינה או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו"ם (ככלל ההנחה היא שהסיפא אינה חשובה).
      2. **המשך האמנה קובע שני חריגים לאיסור זה:**
         1. ניתן להשתמש בכוח אם ניתנה הוראה או הסמכה ממועצת הביטחון – מכוח פרק 7 לאמנת האו"ם.
         2. ניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית.
   2. **מהו כוח?**
      1. ככל מדובר בשימוש בכוח פיזי צבאי, לרבות גם אם פולשים לטריטוריה של מדינה מבלי לירות כדור אחד. לרבות גם סיוע לארגונים מזויינים אזרחיים.

סנקציות כלכליות הן אינן שימוש בכוח!

* + 1. כלל נוסף: כל התקפה חמושה (בהקשר של הזכות להגנה עצמית) מהווה שימוש בכוח, אך לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. למשל סיוע למורדים הרבה פעמים יהיה שימוש בכוח אך לא יהיה התקפה חמושה (נגדיר בהמשך מה זו התקפה חמושה).
    2. פרשת ארצות הברית וצפון קוראיה: ארה"ב עושה סרט שצוחק על ראש של צפון קוריאה, צפון קוריאה פותחת במתקפת סייבר על החברה שעשתה את הסרט. נשיא ארה"ב טוען כי מדובר בשימוש בכוח. המקרה הזה הוא דוגמה ברורה לכך שמתקפת סייבר היא אינה שימוש בכוח גם אם היו פורצים למיילים של הפנטגון. אולם, ישנם מקרים בהם מתקפת סייבר יכולה להוות שימוש בכוח – **כאשר המתקפה עלולה להוביל להפעלת כוח קינטי אשר עלולה לסכן רכוש או חיי אדם**. לדוג' פתיחת סכר שתציף עיר ותפגע בבני אדם.
       1. אולם ישנם מקרים יותר אפורים – מדינה עושה מתקפת סייבר כדי לפגוע בבחירות של מדינה אחרת – רוב האנשים יגידו שזה לא.
       2. האם מתקפת סייבר שתוקפת את עתודות המט"ח של מדינה ומוחקת את הכסף – גם לא.
       3. מה אם מתקפה על החשמל? – הרבה שיגידו שעדיין לא.
          - הפואנטה היא שיש ספקטרום של מצבים ורוב הדעות סוברות כי יש למתוח את הקו הרבה יותר קרוב לכיוון של שימוש בכוח קינטי כדי למנוע מלחמות כי הכרה בתוקפנות היא הכרה כי מדינה פתחה במלחמה כנגד מדינה אחרת.
  1. **איום בשימוש בכוח:**
     1. לפי ס' 2(4): גם איום להשתמש בכוח (באופן לא חוקי) מהווה הפרה של כללי השימוש בכוח (JAB).
        + - ראש ממשלת ישראל אומרת כי מדינת ישראל תשתמש בכל האמצעים האפשריים שלה במדינה ואיראן תתקוף אותה. **האם מותר זו אמירה מותר?** כן, אם אתה מאיים להשתמש בכוח מתי שמותר לך אז זה לא איום לא חוקי.
     2. **איום בכוח הוא לא חוקי אם הכוח שמאיימים לבצע הוא לא חוקי.**
     3. **הICJ – קובע כ שימוש בפצצות גרעיניות הוא חוקי בנסיבות מסוימות:**
        1. **פצצות גרעיניות טקטיות – פצצות גרעיניות קטנות שאפשר להשתמש בהן בשדה הקרב.**
        2. **מקרה שהדבר נדרש להצלת המדינה מאיום לקיומה.**

החזקה של נשקה גרעיני אינה מהווה איום בכוח אפריורית מכיוון שיש מקרים בהם מותר להחזיק בנשק גרעיני.

* + 1. **איום על שימוש בכוח לא חייב להיות במילים, הוא יכול להיות** **במעשים** – לדוג' מדינה מרכזת חיילים שלה על גבול של מדינה אחרת (רוסיה ואוקרינה).
       - * איך נדע? מעשה עשוי להיות איום אם הוא אמין ונתפס כאיום אמיתי.
         * מצד שני- לא כל התגרות\פרובוקציה תהיה איום על שימוש בכוח, אך זה יכול להיות הפרה של החובה ליישב סכסוכים בדרכי שלופ.

1. **מתי מותר להשתמש בכוח:**
   1. **מנגנון הביטחון הקולקטיבי**: סמכויות מועצת הביטחון **מכוח פרק 7 למגילת האו"ם**. יש חשיבות להבין מתי האמנה הזו נוסחה, היא נוסחה אחרי תקופת מלחמת העולם השנייה אך לפני תחילת המלחמה הקרה. בתקופה זו רוסיה וארה"ב עדיין ביחסים טובים והם מנסחים הסכם וההנחה היא שמנגנון ההגנה הקולקטיבי יהיה דרך המלך להפעלת שימוש בכוח ומדינות יעזרו למדינות אחרות במידה ותהיה נגד מדינה תוקפנות.

ההסדר אומר שלוש מקרים בהם מועצת הביטחון יכולה להתיר הפעלת כוח: **איום על השלום הפרה של השלום או מעשה תוקפנות**. ההסדר מורכב **משני שלבים:**

* + - 1. **שלב א** – ס' 39: צריכה לקבוע שזה איום על השלום, הפרה של השלום או תוקפנות- מועצת הביטחון יכולה לקבוע כי קיים איום על השלום הפרה של השלום או מעשה תוקפנות ולהחליט על אמצעים שיש לנקוט בהם כדי להשיב את השלום והביטחון.
      2. **שלב ב** – 41-41: הסמכת גורם זה או אחר על ידי המועב"ט לעשות שימוש באמצעים כוחניים - מסמיכים את מועצת הביטחון להורות על שימוש באמצעים שאינם כוחניים או כאמצעי אחרון להפעלת כוח.

המטרה הייתה אמורה להיות שזו תהיה הדרך המרכזית לשימוש בכוח, אך בפועל זו לא הפכה להיות הדרך המרכזית להפעלת שימוש בכוח – לאורך העשור הראשון של מנגנון זה מועצת הביטחון עשתה רק פעם אחת שימוש במנגנון זה, מלחמת קוריאה (רוסיה החרימה את הוועדה ולכן הצליחו לאשר זאת – כי לרוסיה יש זכות וטו). לאחר מכן נכנס המנגנון לתרדמת עד שנות ה-90. תחילת שנות ה-90 המועב"ט מסמיכה יותר ויותר מדינות לעשות שימוש בכוח. יתר על כן, בתקופה זו התפתחה גישה המרחיבה את מתי שימוש בכוח ייחשב חוקי על פי המנגנון הקולקטיבי.

* + 1. **גישה מרחיבה**: מתפתחת גישה שאומרת כי מותרת סמכות בדיעבד או סמכות משתמעת.
       1. הכשרה בדיעבד – 1998 פרשת קוסובו: ראש סרביה רוצה לעשות רצח עם בקוסובו ולכן מדינות המערב מבקשות אישור לעשות שימוש בכוח ממועצת הביטחון – המועבי"ט לא מאשרת (בגלל הוטו של רוסיה) והן יוצאות בכול זאת למלחמה ומשתלטות על קוסבו. אחרי שהן עושות את זה הן הולכות שוב למועצת הביטחון לקבל אישור וכעת שרוסיה מבינה שהיא לא יכולה למנוע את זה אז מתקבלת החלטה במועב"ט להכשיר את הפעולה בדיעבד.
       2. פרשנות מרחיבה - 2003 פרשת מלחמת עיראק (מלחמת המפרץ): ארה"ב חושבת שלעיראק יש נשק להשמדה המונית ויוצאת נגדה למלחמה בפועל ארצות הברית מזייפת לא מעט ראיות. ארה"ב לא מקבלת הסמכה ממועב"ט ולכן טוענת שפרשנות מרחיבה של החלטה קודמת מאפשרת לה אתה שימוש בכוח.
    2. **גישה מצמצמת:** בעקבות מלחמת עיראק מתפתחת גישה יותר מצמצמת כדי שמעשה ייחשב שימוש בכוח חוקי על פי המנגנון הקולקטיבי צריך שההסכמה לעשות שימוש בכוח **תינתן מראש ובמפורש על ידי מועצת הביטחון**. מכיוון שפרשנות מרחיבה מובילה לניצול לרעה ומלחמות מיותרות.

מאבק בין שתי הגישות- גישה מתירנית וגישה מגבילה. ומבחינת תמיכה בגישות האלו מדובר בתנועת מטוטלת יש תקופות שיש תמיכה בגישה אחת ויש תקופת של תמיכה בגישה האחרת כאשר לעולם אין קונצנזוס לאף אחת מהגישות. אולם שתי הגישות האלו במקרים מסוימים מובילות לתוצאות גרועות. אבל גם לא לבחור באף אחת מגישות זה הדבר הכי גרוע. במקרה שלנו בעקבות הניצול לרעה של הגישה המתירנית ישנה חזרה מסוימת לגישה המגבילה ומדינות רבות הדימו וועדות חקירה שקבעו שהייה הפרה של כללי הלחימה. לכן כאשר ארה"ב בשנים האחרונות רוצה לעשות שימוש בכוח בעקבות פרשנויות מרחיבות בעלות הברית שלה לא איתה. כלומר המטוטלת היום היא יותר לכיוון הגישה המגבילה שאומרת שיש לקבל אישור בראש ובמפורש.

לדוג' מדינות לא מצטרפות לארה"ב ללחימה בסוריה: אסד מחליט להפגיז בנשק כימי נ' אוכלוסייה אזרחית והמורדים. ממשלת אנגליה רוצה לעזור אך הפרלמנט לא מאפשר. זה נובע ממלחמת עיראק שהמון מדינות קובעות שמדובר בהפרה של ה-JAB.

* 1. **חריג הגנה עצמית:** המחשבה פעם הייתה שמדינה תגן על עצמה עד שמועב"ט תתערב. אך בפועל החריג של הגנה עצמית (ס' 51) הפך לדרך המרכזית לשימוש בכוח.
     1. **ס' 51:** **הכלל -** למדינה יש זכות להגיב, באמצעות שימוש בכוח ל"התקפה חמושה" נגד המדינה או נגד בת בריתה עד להתערבות של המועבי"ט.
     2. **מהי התקפה חמושה?** ככלל שימוש בכוח קינטי בכפוף לעוצמה כנגד המדינה האחרת לרבות כניסה של כוח צבאי שנעשית ללא יריה של אף כדור. המונח התקפה חמושה הוא מונח צר יותר מהמונח שימוש בכוח- **לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה אבל כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח**. דוגמה לשימוש בכוח שאינו מהווה התקפה חמושה – סיוע לקבוצת מורדים מבחינת מזון וכד' (כל עוד אין שיוך של קבוצת המורידים למדינה)- זה נקבע בניקרגואה.
        1. מאבק שין שתי גישות:
           + **גישה 1: התקפה חמושה היא אפילו יריה של כדור אחד –** כלומר אין מבחן עוצמה לגבי מהי התקפה חמושה. החיסרון בגישה זאת היא שכל אירוע הכי קטן יגרום לפתיחה במלחמה.
           + **גישה 2**: **ישנו מבחן עוצמה הקובע מהי התקפה חמושה**, לכן תקרית בודדת בגבול היא אינה התקפה חמושה. החיסרון בגישה זו היא שזה עלול להותיר את המדינה ללא כלים להתמודד עם תקריות בעוצמה נמוכה. נוסף על כך, בפרקטיקה מדינות מגיבות על מקרי גבול בודדים. **זהו הגישה הרווחת!**
     3. **מה זה כנגד מדינה?** נגד הטריטוריה של המדינה, נגד השגרירות, נגד ראש המדינה, נגד אוניה של המדינה בים הפתוח נחשב כנגד המדינה. מה לגבי מקרי הגבול?

**תקיפת שגריר:**

* + - 1. **עמדת ישראל – תקיפת שגריר מהווה התקפה חמושה, אולם זו לא העמדה הרווחת.**
         * פרשת השגריר שלמה ארגוב: ניסון ההתנקשות קרה כאשר השתתף ארגוב בארוחת ערב במלון בלונדון. בסיום הארוחה יצא ארגוב על מנת לשוב לרכבו. עוד לפני שהספיק ארגוב להגיע אל הרכב, התקרבו אליו שלושה מחבלים שחיכו לו במקום ואחד מהם ירה בראשו מטווח קצר. ישראל מייחסת את התקיפה ללבנון כי לטענתה לבנון קשורה באופן חזק לאש"ף ולכן ישראל פותחת במלחמה נ' לבנון.
      2. **העמדה המקובלת – שיש להוכיח קשר חזק ביותר (מעבר לדיני אחריות מדינה בין המחסלים למדינה).** הניסיון מראה כי במרבית המקרים שבהם גורם שאפשר לשייך את מעשיו בדיני אחריות מדינה למדינה מסוימת תוקף שגריר של מדינה מסוימת, המדינה האחרת לא רואה בזה התקפה חמושה מצד מדינתו של התוקף. היא כאן משייכת את התקיפה מצד אחריות מדינה ותבקש פיצויים אך היא לא רואה בכך התקפה חמושה והסיבה לכך היא שאם היו מאמצים גישה שרואה בכך התקפה חמושה זה היה מאפשר לכל שוטר הכי קטן במדינה לגרום לפתיחה במלחמה.

22.12.2020

**תקיפת אזרחי המדינה מחוץ לשטחה:**

גורמים ממדינה אחת פוגעים באזרחים של מדינה אחרת מחוץ לשטחה. האם המדינה יכול לראות תקיפה זו כהתקפה חמושה? לדוג' מדינת ישראל ראתה בחטיפה של המטוס לאנטבה תקיפה חמושה ולכן הוציאה כוחות צבאיים שיחלצו את הנוסעים.

* + - 1. **הגישה המרחיבה: התקפה כנגד אזרחים מאפשרת תקיפה -** שתי עמדות לגבי הסיבה שמותר לתקוף:
         * עמדה א' - התקפה כזו כנגד אזרחים היא התקפה כנגד המדינה לכן יש זכות להגנה עצמית.
         * עמדה ב' - זו לא נובע מעיקרון ההגנה העצמית אלא נובע מדין מנהגי אחר.

החיסרון - בגישה זו היא שכל תקיפה על ידי החייל הכי פשוט יכולה להוביל למלחמה. בסופו של דבר אזרחים של מדינות מותקפים כל יום במדינות אחרות על ידי שוטרים\חיילים של מדינות אחרות. לכן, המעמדה המקובלת בעולם היא הגישה המצמצת.

* + - 1. **העמדה הרווחת: התקיפה לא מעניקה זכות להגנה עצמית עקב חשש לניצול לרעה.**
         * גם פה ניתן לראות את המתח בין גישה מגבילה לגישה מתירנית- כל אחת המגישות עלולה להוביל לתוצאות ממש גרועות אך גם לתוצאות טובות. הרי אם לא היו יוצאים לאנטבה היה יכול להיות מצב ממש גרוע. אולם, גם שימוש בגישה זו עלול להוביל לפתיחה מוגזמת במלחמות.
         * בפועל – מדינות ערב פונים למועצת הביטחון בבקשה לגנות את מבצע אנטבה. **מועצת הביטחון לא מגנה את הפעולה אך גם לא מאפשרת אותה בדיעבד.**

**תקיפת ארגון לא מדינתי:**

**האם מתקפה חמושה חייבת להיות מצד מדינה**? ארגון צבאי ששייך למדינה פועל מאיזשהו שטח ותוקף מדינה אחרת. האם המדינה האחרת יכולה לתקוף את אותו ארגון? הרי זה אומר לתקוף שטח של מדינה אחרת שלא היא עצמה הפעילה תקיפה חמושה כנגדה (אלא הארגון).

* + - 1. **הגישה המצמצמת (הקלאסית): למדינה אין זכות להגנה עצמית כתגובה לתקיפה של ארגון לא מדינתי**- מלבד שני חריגים:
         * **כאשר לארגון הלא מדינתי יש שליטה אפקטיבית בשטח.** לדוג' רצועת עזה הנשלטת על ידי חמאס.
         * **כאשר ניתן לשייך את מעשה הארגון למדינה מסוימת על פי דיני האחריות המדינית.** כאשר מופיעים חיילים שעד אתמול היו חיילים של הצבא הרוסי עם מדים של הצבא הרוסי ללא דרגות וכובשים את קרים ניתן לשייך מעשים אלו לרוסיה.

מקרים בהם למדינה אין מה לעשות:

**ארגון מזויין לא מדינתי מקיים את הפעולות שלו ממדינה זרה אבל לא ניתן לשייך את המעשים שלו למדינה הזרה.** לדוג' אש"ף בלבנון וחיזבאללה בלבנון במרבית המקרים (כל עוד הוא לא השתתף בבחירות).

**מדינה שמחזיקה שטח מחוץ לגבולותיה תחת תפיסה לחומתית (כיבוש) ופועל ארגון מתוך השטח הכבוש ותוקף את המדינה הכובשת**. לפי הגישה המצמצת המדינה לא יכולה להוציא כוח צבאי מסיבי כדי לטפל בהם.

מה המדינה יכולה לעשות? 1. פעולות שיטור אם זה בשטח הכבוש (מרבית מה שחיילי צה"ל עושים בשטחים אלו פעולות שיטור). 2. אם זו מדינה זרה להפעיל לחץ על המדינה הזרה לבצע פעולות שיטור.

* + - 1. **הגישה המרחיבה (שהיא גם עמדת ישראל): נוסף על שני המקרים המותרים לפי הגישה הקלסיים יש זכות להגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי גם בשני מצבים נוספים:**
         * מצב א': כאשר מדובר בשטח כבוש המדינה הכובשת יכולה לצאת למתקפה כנגד הארגון כאשר (שני תנאים מצטברים): 1. הארגון הלא מדינתי התוקף פועל מתוך אותו שטח כבוש. 2. לא ניתן להסתפק בפעולות שיטור כתגובה לתקיפה.
         * מצב ב': תקיפה בשטח מדינה זרה, בתגובה למתקפה של ארגון שיצא מאותה מדינה זרה אפילו אם לא ניתן לשייך את המעשים לאותה מדינה זרה, אפשרי כאשר המדינה הזרה אינה רוצה או אינה יכולה למנוע את התקפות הארגון.

**מה קורה בפועל?** ניתן שוב לזהות תנועת מטוטלת:

* + - 1. **במשך שנים המעדה המרחיבה (עמדת ישראל) נדחית:**
         * מכיוון שיש המון ארגונים לא מדינתית הפועלים משטחם של מדינות זרות תוקפים מדינות ולכן גישה זו עלולה להוביל לניצול לרעה. כך גם לגבי הכיבוש, למדינה הכובשת יש המון אחריות על אזרחי השטח הכבוש והיא עלולה לתרץ את פעולותיה החריגות בכך שהיא יוצאת למלחמה. כמו כן, סיבה נוספת לתמיכה בגישה המצמצמת היא כי מדינות רבות לא התמודדו אם טרור רחב היקף.
         * סיבה נוספת היא שיש ניסיון היסטורי צרוב של שימוש לרעה בגישה המרחיבה – מלחמת העולם הראשונה נפתחה בעקבות ההתנקשות ביורש העצר ההונגרי. האימפריה אוסטרית-ההונגרית תוקפת את סרביה ורוסיה שהיא בעלת ברית של סרביה נכנסת פנימה לעזור ואז גרמניה מצטרפת כבעלת ברית של אוסטריה-הונגריה וככה לאט לאט עוד מדינות מצטרפות. מי חיסל את יורש העצר? הארגון לשחרור בוסניה שפעל מתוך סרביה- ארגון לא מדינתי שפעל בניגוד להסכמתה של סרביה. אוסטריה-הונגריה טענה שסרביה אינו רוצה\מסוגלת לטפל בו. כלומר ארגון לא מדינתי הוביל את כל העולם למלחמת עולם.
      2. **בעקבות מתקפת 9\11 חל שינוי והעדה המתירנית זכתה לתמיכה רחבה:** 
         * לאחר המתקפה העולם כולו מתגייס ואומר לארה"ב כי יש לה זכות להגנה עצמית להגן מפני המתקפה הזו. ובעצם הטענה המרכזית היא שמהר מאוד התגבש קונצנזוס ששינה את הגין המנהגי. עם זאת, גם בתחילת שונות ה2000 הICJ המשיך לצדד בגישה הקלאסית לדוג' בקביעתו כי מדינת ישראל לא יכולה לטעון להגנה עמית בקשר לגדר ההפרדה.
         * פרשת גדר ההפרדה: מדינת ישראל טוענת כי גדר ההפרדה היא פעולה של הגנה עצמית ולכן על אף שזה פעולה של הפעלת כוח במקום שאינו שיטחו הריבוני של ישראל מותר לה. הICJ טוען כי מדינת ישראל לא יכול להפעיל כוח כיוון שמדובר בהגנה עצמית כנגד ארגון לא מדינתי מתוך שטח כבוש.
         * ה-ICJ חוטף ביקורת חמורה בעקבות גדר ההפרדה (שכן הגישה הרווחת בעולם הייתה מרחיבה בעקבות אסון התאומים) ולכן בפעם הבאה שהוא צריך לדון בנושא בעניין קונגו הוא משאיר את השאלה בצריך עיון (ככל הנראה הICJ לא שינה את דעתו רק כופף את דעתו).
      3. **חזרה לגישה הקלאסית**:המלחמה שהאמריקאים יצרו על יסוד הטיעון הזה נכשלה והובילה למותם של מאות אלפי אנשים, לכן בעשור האחרון יש צמיחה מחודשת של תמיכה בגישה הקלאסית (לדעת ד"ר בורר המצב הוא 65% תמיכה בגישה המרחיבה ו45% תמיכה בגישה הקלאסית). לדוג' תקיפת רוסיה בקרים.

1. **כללי וובסטר\קרולינה**

**הגדרה**: אירוע משנת 1832 אשר צבא ארה"ב יוצא למתקפה בשטח קנדה. צבא בריטניה השולט בקנדה יוצא למתקפה בשטח ארה"ב. בעקבות העימות הצדדים מחליטים על כללים יסודיים שאומרים שהשימוש בכוח כפוף לשלוש מגבלות – נחיצות, מידתיות ומיידיות (את הכללים כותב דניאל וובסטר שר החוץ האמריקאי, כללי קרולינה על שם הספינה). **הכללים האלו לא רשומים באמנת האו"ם והם נמצאים בדין המנהגי.**

* 1. **נחיצות:** אם אפשר לפתור את העניין בדרכי שלום, גם אם הותקפת התקפה חמושה לא קמה הגנה עצמית. מטרת הכלל: שההתקפה תהיה באמת להגנה עצמית ולא לצורך ענישה. **דוגמאות:**
     + 1. פעולה לא נחוצה - WWI- פרשת אוסטרו הונגריה אל מול סרביה: אוסטרו הונגריה תוקפת את סרביה על אף שסרביה הסכימה לעמוד בתנאי האולטימטום.
       2. פעולה נחוצה - מלחמת גאורגיה רוסיה: נטען שההגנה העצמית של הגיאורגים הייתה מוצדקת, משום שלא ניתן היה להסתמך על כוחות האו"ם שהיו באזור.
  2. **מידתיות:** לא מדובר במידתיות של המשפט החוקתי ואל מידתיות של הJIB זוהי מידתיות של JAB. מטרת הכלל: למנוע תגובה מתוך תחושת נקמה. **שני עמדות לתנאי זה:**
     + 1. **הגישה המצרה: גישה כמותנית (עין תחת עין)** הגישה הרווחת – **ניתן להגיב בעוצמה שדומה לעוצמת התקיפה**.חיסרון: פעמים רבות הפגיעה מהתקיפה היא הרבה יותר משמעותית מעוצמת התקיפה שבוצעה בפועל, ולא ניתן להסיר את האיום בלי להפעיל יותר כוח ממה שהופעל. לדוג' מצב בו צבא כובש שטח של מדינה אחרת ועושה זאת מבלי לירות גדול אחד. לפי לוגיקה זו הדרך היחידה להגיב היא במכות והרי זה ככל לא יהיה אפקטיבי. בשל כך קיימת גישה מרחיבה.
       2. **הגישה המרחיבה: גישה איכותנית**- **ניתן להגיב רק בעוצמה הנדרשת להסרת האיום**. חיסרון: הערכה של גודלו של האיום היא ממש סובייקטיבית ועמומה. המשמעות של זה יכול לגרום להתקפה תמימה (שכן אנחנו חושבים שאויבים שלו יותר חזקים מכפי שהם) או שאינה תמימה (ניצול לרעה של מגבלת המידתיות). לדוג' האמריקאים במלחמת המפרץ טענו לאיום מצד עיראק בפועל התגלה שזה לא נכון.

\*הגישה המקובלת בעולם היא הכמותית שכן האיכותנית מובילה ליצול לרעה. לדעת ד"ר בורר הגישה הכמותית היא דווקא זו שיוצרת תגובה עונשית שכן היא אינה מחסלת את האיום אלא רק מכה בעד מכה, בעוד האיכותני המטרה היא חיסול האיום.

* 1. **מיידיות: יש להשתמש בכוח רק במועד שבו אין כל בריה אחרת, ורק על מנת להסיר איום מיידי.**
     + 1. **מה לגבי מתקפת מנע?** עדיין לא הותקפתי אבל אני תוקף וטוען להגנה עצמית. שני סוגים של מתקפות מנע:

הגנה עצמית מפני התקפה צפויה - כאשר אתה רואה את האויב מתקרב או קיים מידע מוקדם על מתקפה עתידית.

הגנה עצמית מונעת - כאשר האויב שלך מפתח נשק (להשמדה המונית) שמשלב מסוים לא תוכל לפגוע בו (לדוג' אי אפשר להפציץ פצצה אטומית) ומרגע שיהיה לו את הנשק לא תוכל לתקוף אותו.ישראל עשתה זאת בעיראק ובסוריה.

* + - 1. **שלוש עמדות לגבי מתקפות מנע:**
         * עמדה מצמצמת: **כל מתקפת מנע היא אסורה, שכן זה לא עומד בדרישת המיידיות**. הגישה נסמכת על שני טיעונים:

טיעון פורמלי – ס' 51 מדבר על מקרה בו קרתה מתקפה. לכן ברור שאסור להגיב על מתקפה שעדיין לא קרתה.

טיעון מהותי – חשש מטעות כי יש למדינות נטייה להעריך בצורה מוגזמת את האיום של האויבים שלהם. וחשש של ניצול לרעה. לדוג' יש מצב שבו האויב סתם יתאמן לצד הגבול ואנחנו נפתח במלחמה.

* + - * + עמדה מרחיבה: **התקפת מנע מהווה הגנה עצמית מותרת בשני סוגי מתקפות המנע.** ישראל וארה"ב מצדדות בעמדה זו. הנימוק: כל מדיניות אחרת מעמידה את המדינה המצב של איסור תגובה אל מול סכנה קיומית.
        + עמדת ביניים: **הגנה עצמית מהתקפה צפויה מותרת. הגנה עצמית מונעת אסורה**. הרציונל: אומנם הגנה עצמית מונעת היא אסורה מכיוון שזה שלאויב שלך יש נשק גרעיני אולי משנה את המאזן בינכם אבל הוא אינו פותח מלחמה. כלומר זו לא הגנה עצמית זה פשוט מניעת שינוי של מאזן הכוחות האסטרטגי. לדוג' העובדה שלרוסיה יש נשק גרעיני אינה גרמה למלחמה ואולי אפילו הפחיתה את הסיכוי למלחמה.

עמדת הבינים והעמדה המרחיבה רואה את הצורך לתת פרשנות תכליתית לס' 51. ובנוסף לדעתה יש היתר להגיב על פי הדין המנהגי במקרים כאלה.

הוספה מהמייל שזיו שלח:

1. **התערבות במלחמת אזרחים במדינה זרה:**
   1. **במדינה א' יש מלחמת אזרחים; האם מדינה ב' יכולה להתערב ואם כן לטובת איזה צד?** **3 גישות:**
      * 1. גישה א-סימטרית: **למדינה תמיד מותר להזמין מדינה לסייע לה, אבל לגורם לא מדינתי אסור**. הגישה הזו תואמת את הרעיון של דוק' אי ההתערבות בעניינים הפנימיים של מדינה, זה חלק מהריבונות של מדינה.
        2. דוקטרינת השוויון הנגטיבי: **אם יש מלחמה בפנים המדינה אסור להתערב לטובת אף אחד הצדדים כי לא ברור מי צודק.**
        3. דוקטרינת השוויון הפוזיטיבי: **מותר להתערב לטובת כל אחד מהצדדים.**
   2. בפועל **אין הכרעה בין 3 עמדות אלו**. המדינות דואגות להכריז שהצד שהן תומכות בו הוא השלטון האמיתי של המדינה. למשל בהקשר של סוריה ארה"ב הכריזה שהשלטון האמיתי זה צבא סוריה החופשי [ארגון שמאז די התפרק], בעוד שהרוסים טענו לאורך כל שהדרך שזה היה ונותר שלטונו של אסד.
2. **האם התערבות הומניטרית חוקית?**
   1. **שאלה: 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. **שתי עמדות:**
      * 1. עמדה מרחיבה: 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.
        2. עמדה מצמצמת: מדינה לא יכולה על דעת עצמה לבצע התערבות הומניטרית; רק מעוה"ב יכולה להסמיך מדינות לעשות שימוש בכוח לשם התערבות הומניטרית.
   2. 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.

29.12.2021

# דיני לחימה חלק א' JIB

סיכום שלי + השלמה מהחברת של שושנה

1. **מבוא ותזכורת:**
   1. הבדלים:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | JAB | JIB |
| במה עוסקים | בעיקר קובעים מתי (תחת אלו תנאים) מותר לפתוח בעימות מזויין. | קובעים את המותר והאסור במהלך התרחשות העימות המזויין. |
| תחולת דיני אחריות מדינה | ככל אחריותה של מדינה להפרות JAB נקבעת לפי כללי הייחוס הרגילים של דיני אחריות המדינה. | כל הפרת JIB על ידי לוחם של המדינה מקימה אחריות מדינה (הסדר מחמיר יותר מאחריות מדינה רגילה). |
| האם מתייחס באופן שווה | יחס לא שוויוני – מחיל כללי שונים לתוקף ולמותקף. | חל באופן שווה על הצדדים. רציונל:  חוסר שוויון יוביל להפרה.  כאשר צד יכול להפר כללים הנפגעים העיקרים הם אזרחים. |

1. **מטרות דיני הלחימה** 
   1. **ראייה עתידית:** "לכל שבת יש מוצאי שבת": כלומר, כאשר תסתיים המלחמה יש צורך להסדיר שלום בין המדינות ודיני הלחימה דואגים שהתוצאות יהיו פחות חמורות וכך הסיכוי לתקן את היחסים גדל.
   2. **סיבה מוסרית**: להכריח אותנו לא להתפתות להפר כללים מוסרים שגם מלכתחילה במסך של בוערות היינו מסכימים שאסור לנו לקיים אותם.
   3. סיבה פרקטית: לאפשר **תיאום** בין הצדדים גם בעת לחימה בין אויבים. לדוג' כאשר אני מרים דגל לבן אסור לירות עלי.

* דיני הלחימה נוצרו בזיקה למשפט הבינ"ל הפלילי ולכן **חלק גדול מדיני הלחימה לא מטיל רק אחריות על המדינה אלא גם על האדם שביצע אותם.**
* קיימת קרבה מסוימת בין הJIBלבין המשב"ל לבין דיני זכויות האדם של המשב"ל- שכן גם בJIB יש כללי אדם בסיסים שאסור להפר אותם במזמן מלחמה.
* חשוב לזכור כי דיני הלחימה לא תמיד תואמים את אחת מהמטרות במקרים מסוימים מדובר בכללים היסטוריים שנותרו בספר החוקים. לדוג' יש דין מלחמתי הקובע שאסור להילחם כאשר אני לבוש במדים של הצבא האחר. זה לא באמת עומד באף אחת מהמטרות שכן מה ההבדל בין להיות לבוש כמו חייל טורקי או אזרח טורקי.

1. **תחולת דיני הלחימה**
   1. **דיני הלחימה חלים בשלושה מקרים ולכל מקרה דינים שונים:**
      1. **דיני העימות המזויין הבינ"ל. (IAC-law):** חלים במקרה הקלאסי של מלחמה בין שתי מדינות, דהיינו סכסוך מזויין בינ"ל.
      2. **דיני העימות המזויין שאינו בינלאומי\אזרחי (NIAC-law):** סכסוך מזויין שאינו בין לאומי\אזרחי. המקרה הקלאסי - מלחמת אזרחים.
      3. **דיני הכיבוש (תת תחום של IAC-law):** החזקה של שטח כבוש/שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית - דיני הכיבוש הינם תת תחום בתוך דיני הסכסוך המזויין הבינ"ל, והם בנויים בשתי קומות:
         1. קומה ראשונה- **בשטח הכבוש ממשיכים לחול דיני הלחימה כל עוד נמשך הכיבוש**, גם אם נגמרה המלחמה. לכן דיני הכיבוש חלים על יו"ש כיום, למרות שנגמרה מלחמת ששת הימים, ועשינו שלום עם הירדנים שכבשנו מהם את השטח.
         2. קומה שנייה – חלים גם דינים ייחודים לכיבוש שלעיתים יוצרים שינויים או מוסיפים איסורים\חובות חדשים. לדוג' בדיני הסכסוך המזויין הבינ"ל אסור לעצור הספקה ואילו בדיני הכיבוש יש חובה לתת אספקה.
   2. **מה דינו של סכסוך מזויין חוצה גבולות בין מדינה לארגון לא מדינתי?** 
      1. העמדה הרווחת: **מבחן זהות הצדדים:** אם אחד הצדדים אינו מדינה, הרי שמדובר בסכסוך מזויין שאינו בינלאומי (NIAC). בנוסף לכך, בהרבה הקשרים דיני ה-NIAC יותר מקלים, ולכן מדינות ישאפו לסווג כך את הסכסוך אל מול אותו ארגון לא מזויין.
      2. עמדת ישראל: **מבחן חציית הגבול:** אם המאפיין הקבוע של הסכסוך הוא חציית גבול הרי שמדובר בסכסוך בינ"ל (IAC). עמדה ישראל היא עמדה הנובעת מפסיקת בג"ץ הקובעת כי מדובר בIAC תוך שאין חובה להעניק מעמד של שווי מלחמה ללוחם מהארגון העוין. יש שתי סיבות שישראל הגיעה למסקנה הזאת:

בהגדרה הסכסוך חוצה גבולות, ויש מלחמה עם ארגון בטריטוריה של המדינה השנייה.

סיבה פרקטית: לעתים המלחמות הרבה יותר מורכבות ולכן עדיף ללכת לפי גישה אחת ברורה (לדוג' נלחמו על שטח לבנון בסוריה שהיא מדינה ובפת"ח שהוא ארגון לא מדינתי – אם לא הייתה גישה אחת לישראל, נגד כל גוף שנלחם בנו היינו צריכים לפעול בכללים שונים וזה היה מבלבל מאוד). בנוסף, דינו הIAC הרבה יותר ברורים. אמנם אימוץIAC עלול להכביד, אבל זה נותן ודאות שהיא מצרך חשוב בלחימה.

1. **מקורות דיני הלחימה**
   1. **היכן ניתן למצוא את דיני הלחימה**? מרבית דיני הלחימה נמצאים גם בדין המנהגי וגם באמנות.
      1. יש דיני לחימה שהמקום היחיד שהם נמצאים בו הוא **במשפט המנהגי**. כמו למשל דיני הלחימה באוויר.
      2. יש גם דיני לחימה שהם לא מנהגיים- **נמצאים רק באמנות**, ולכן יחייבו רק את המדינות החתומות עליהן.
      3. יש גם **בשוליים** דיני לחימה שלא נמצאים באף אמנה, ויש חילוקי דעות גם אם הם בכלל דין מנהגי. למשל, יש ויכוח האם אסור או מותר להצמיד לרובה חנית עם גב משונן-רובה עם חרב מחוברת יעני. כי במלחמת העולם הראשונה טענו שזה גרם לסבל מיותר.
         * + בנוסף, יש גם דינים באמנות שיש ויכוח האם הם חלים: דוגמא: העברה וולנטרית של אזרחים- לטענת ישראל לא מדובר בדין מנהגי, מכיוון שהיא לא רואה את אמנת ג'נבה הרביעית כחלה בשטחים אז הדין הזה לא חל לגביה.
   2. **המקור ההיסטורי לדינים**: דיני הלחימה הם דין מנהגי, אך לאורך השנים הם עוגנו במספר אמנות מולטילטרליות. נסקור את ההיסטוריה:
      1. **ימי הביניים ואילך**: דיני הלחימה מתגבשים לכדי משב"ל מנהגי ועוד לא נרשמים כאמנות.
      2. **אמצע המאה ה-19:** מאמצע המאה ה-19 מתחיל ניסיון לעשות קודיפיקציה של דיני הלחימה. זאת לאחר שמלחמות החלו להחריף יותר ויותר ממלחמה למלחמה. מסקנה: דין מנהגי מתגבש לכדי אמנות. ומתגבשים שלושה מסמכים מרכזיים:
         1. ניסוחקוד ליבר- מסמך אמריקאי, ששימש השראה לתקנות האג אח"כ.
         2. הכרזת סנט פיטסבורג עוסקת באי גרימת סבל מיותר ללוחמים, עקרונות שם חלק מדיני הלחימה עד היום.
         3. אמנת ג'נבה הראשונה אי פעם מנוסחת בעקבות קרב סלפינו, שהוביל להקמת הצלב האדום. וכולל סעיפים שעוסקים בטיפול בפצועים שברב חילות היבשות.

כיום יש 4 אמנות ז'נבה מכיוון שבעקבות כל מלחמה גדולה התקבלה אמנה חדשה והאמנות הקודמות לה התעדכנו בהתאם.

* + - * + ב-1906 מבוטלת אמנת ג'נבה הראשונה של אז, ומנוסחת אמנת ג'נבה חדשה, ומנוסחת אמנת ג'נבה מספר 2 שעוסקת בפצועים ונטושים בים. לאחר מלחמת העולם הראשונה מעדכנים את האמנות הקודמות ומוסיפים אמנת ג'נבה מס' 3 , ולאחר מכן מעדכנים את האמנות הקודמות וגם מוסיפים את אמנת ג'נבה מספר 4 בנושא הגנת אזרחים.
        + 1899- ניסוח **תקנות האג**. ניסיון לעשות קודיפיקציה לדיני הלחימה ביבשה, ולצד אמנות ג'נבה מהווים האמנות המרכזיות של דיני הלחימה.
        + 1907 בעקבות המלחמה היפנו-רוסית עודכנו תקנות האג, ואלו התקנות התקפות עד היום.
        + יש קונצנזוס שהסעיפים בתקנות האג מהווים דין מנהגי. בשל כך מדינת ישראל לא חתמה על תקנות האג שכן היא טענות שהן חלות עליה מתוקף הדין המנהגי.
        + אחרי מלחמת העולם הראשונה מנוסחת אמנת ג'נבה שעוסקת בשבויי מלחמה, ואמנה שעוסקת בנשק ביולוגי.
        + ב-1949 מנוסחות ארבעאמנות ג'נבה שאנחנו מכירים כיום, חתומות עליהם 179 מדינות בעולם, ולכן יש קונצנזוס שהסעיפים באמנות אלו הם מנהגיים, או במילים אחרות מי שטוען שסעיפים באמנות אלו לא מנהגיים, נטל ההוכחה עליה הוא מאוד כבד. זאת מלבד **לאמנת ג'נבה הרביעית** שישראל שטוענות שלא כל ס' בה הוא מנהגי, אלא יש לבחון כל ס' בנפרד. אמנות אלו החליפו את אמנות ז'נבה הקודמות ויצרו מספר שינויים משמעותיים בהסדרת דיני הלחימה:

אמנת ג'נבה הרביעית: האמנה הראשונה שתכליתה המרכזית היא להגן על אזרחים בזמן לחימה.אומנם בעבר היו סעיפים שהגנו על אזרחים אבל זו פעם ראשונה שיש אמנה שזו מטרתה העיקרית.

ס' 3 המשותף לכל האמנות (כדי שמדינות לא יוכלו להתחמק ממנו) המסדיר באופן בסיסי את דיני הלחימה בסכסוכים שאינם בינלאומיים (NIAC). עד אותו זמן האמנות שעוסקות בדיני הלחימה היו מתייחסות רק ל-IAC. ע"פ הנרטיב המקובל, עד אמצע המאה ה-20 דיני הלחימה אפילו לא הסדירו את דיני הלחימה ב-NIAC.

כיום ישנו קונצנזוס שהאיסורים בס' 3 המשותף חלים בכל סוגי דיני הלחימה. בנוסף קיים קונצנזוס כי הפרת האיסורים מהווה פשע מלחמה (על אף שלא מצוין זאת במפורש).

* + - * + 1977 – נוספים שני פרוטוקולים לאמנות ז'נבה:

AP1: עוסק בעימותים מזויינים בינלאומיים (IAC).

AP2: עוסק בעימותים מזוינים שעומדים בשני תנאים: 1. העימות מתרחש בתוך שטח של מדינה אחת. 2. צד לא מדינתי שולט בחלק מהשטח של המדינה.

רוב מדינות העולם אישררו את שני הפרוטוקולים האלה, למעט ישראל, ארה"ב, רוסיה, הודו, איראן – לכן פרוטוקולים אלו אינם מחייבים אותן. מלבד אם זה משקף דין מנהגי ואז רק אם יש התנגדות עקבית זה לא מחייב.

* + - * + 1998- אימוץ אמנת רומא של ה-ICC- ס' 8 לאמנת רומא מגדיר בעקיפין פשעי לחימה.

1. **עקרונות דיני הלחימה**

נהוג להגיד שלדיני הלחימה יש 4 עקרונות יסוד:

* 1. NECCESITY- עיקרון **הצורך הצבאי**: **עקרון לפיו אין לבצע פעולות שאין להן תכלית צבאית** (למשל איסור על פעולות שתכליתן ענישה). זהו עיקרון מגביל ולא עיקרון משחרר, כלומר ההנחה היא שלא ניתן לטעון כי הפרנו את אחד העקרונות האחרים בשם עיקרון הצורך אלא להפך מותר להפר רק שממש צריך.
     + 1. מספר דיני לחימה אף קובעים במפורש שיש מעשים שעשייתם ללא צורך צבאי אסורה. לדוג' הריסת רכוש אזרחי או הטלת אימה על אוכלוסיית האויב.
       2. עיקרון זה משקף איזון בין צרכים צבאיים לבין צמצום הדבל בלחימה.
  2. DISTINCTION- **עקרון האבחנה:** מעיקרון זה קמה חובה כפולה:
     + 1. לאבחן בין לוחמים (שהם מותר לפגוע במכוון) לבין אוכלוסייה אזרחית שאינה נוטלת חלק פעיל בלחימה.
       2. אבחנה בין אובייקטיבים צבאיים לבין אובייקטיבים אזרחים.
  3. PROPORTIONALITY- JIB (לא לבלבל אם מידתיות ב-JAB) - **עיקרון המידתיות**: כאשר תוקפים מטרה צבאית יש לבחון האם התועלת הצבאית תגבר על הנזק האגבי שיגרם (לאזרחים או לסביבה למשל).

את מידתיות התקיפה בוחנים לפי המידע שהיה למפקד לפני התקיפה.

* 1. HUMANITY- **עקרון ההומאניות**: בתקיפה, אסור לגרום ללוחמי האויב סבל שאינו נחוץ להכרעת האויב (רלוונטי בעיקר לשימוש בכלי נשק שגורמים לסבל). למשל השימוש בקליעים או פצצות שכוללים רסיסים שלא ניתן לזהותם ברנטגן, כדי להקשות על הטיפול בחייל הפצוע.

1. **מועד תחילת הלחימה:**
   1. בסכסוך בין מדינות (IAC) דיני לחימה חלים **מהכדור הראשון**.
   2. בסכסוך שאינו בין לאומי (NIAC ) - יש לנו פחד להחיל את כלל זה, כי כל מחאה נגד הרודן עשויה להתחיל מלחמה. ולכן יש הסכם שבסכסוכים האלה נדרש רף יותר גבוה כדי שהם יחולו. נצר צורך לאבחן מתי מדובר במצב של "לחימה" ומתי מדובר במצב של "שיטור" שבו מותרת פגיעה רק במצב של סכנת חיים קונקרטית. כדי להגיד מצב כמצב לחימה ולא מצב שיטור ישנם שני תנאים:
      * 1. צריך להיות ארגון מזויין ולא סתם מורדים בודדים.
        2. עומת הלחימה צריכה להיות יחסית גבוהה.

אינדיקציות נוספות הן משך זמן הסכסוך, וסוג הנשקים בהם הצד הלא מדינתי עושה שימוש.

עדין נותר קושי בשל עמימות המונחים: ולכן לפעמים אם לא מצליחים להחיל דיני לחימה אז עושים שימוש **בדיני שיטור**.

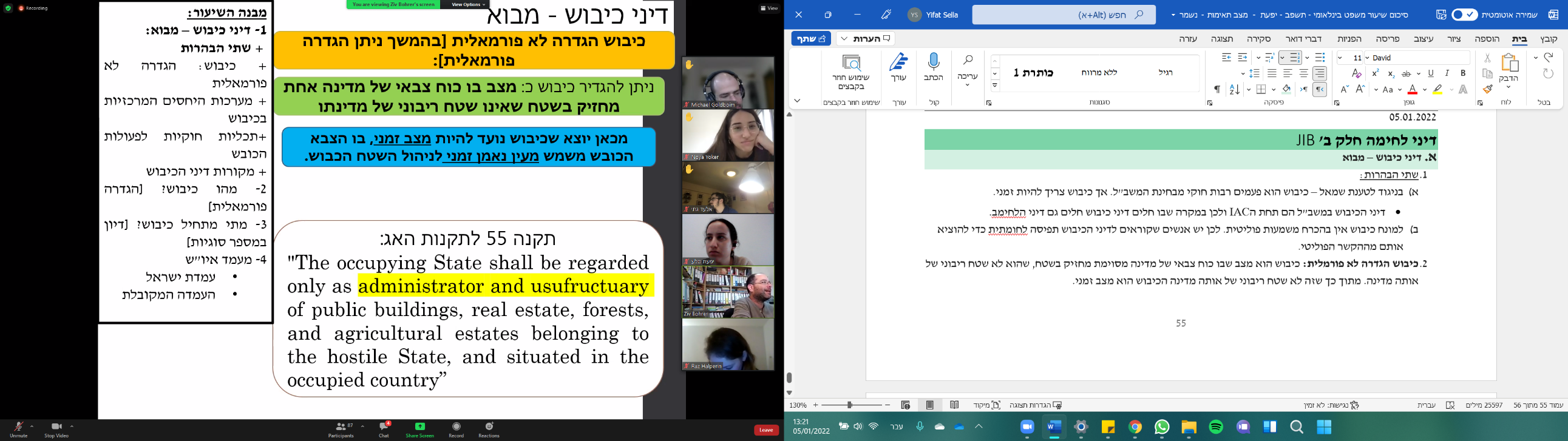
1. **מטרות צבאיות ואזרחיות**

**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 פרופרצינאלי).

* 1. **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 להעשות בהם שימוש שכזה בזמן הקרוב.
  2. **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.
  3. **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].

05.01.2022

# דיני לחימה חלק ב' JIB

1. **דיני כיבוש – מבוא**
   1. שתי הבהרות:
      1. **בניגוד לטענת שמאל** – כיבוש הוא פעמים רבות חוקי מבחינת המשב"ל. אך כיבוש צריך להיות זמני. כיבוש כלעצמו הוא לא מצב לא חוקי.
         * + דיני הכיבוש במשב"ל הם תחת הIAC ולכן במקרה שבו חלים דיני כיבוש חלים גם דיני הלחימה.
      2. **בניגוד לטענת הימין** - למונח כיבוש אין בהכרח משמעות פוליטית. לכן יש אנשים שקוראים לדיני הכיבוש תפיסה לוחמתית כדי להוציא אותם מההקשר הפוליטי.
   2. **כיבוש הגדרה לא פורמלית:** כיבוש הוא מצב שבו כוח צבאי של מדינה מסוימת מחזיק בשטח, שהוא לא שטח ריבוני של אותה מדינה. מתוך כך יוצא שכיבוש הוא מצב זמני, בו הצבא הכובש משמש מעין נאמן זמני לניהול השטח הכבוש.
      1. עדות לכך אפשר לראות בתקנה 55 לתקנות האג – הכוח הכובש הוא מנהל ונאמן, מונחים שניתן להבין מהם שמדובר בפונקציה זמנית. נוסף על כך, המון ממה שכוח כובש יכול לעשות נגזר מהיותו זמני.
   3. **מערכות היחסים המרכזיות בכיבוש**:
      1. דיני הכיבוש הם שכבה נוספת של דיני שחלה בשטח כבוש במקביל לדיני הלחימה. **דיני הלחימה מסדירים שתי מערכות יחסים:**
         1. בין **מעצמה** כובשת **למדינה שממנה נכבש** השטח – המדינה הכובשת מחזקיה את השטח בנאמנות.
         2. בין **מעצמה** כובשת **לאוכלוסייה** בשטח – על המדינה הכובשת להגן על זכויות האוכלוסייה הנכבשת ככל שניתן.
   4. **הכוח הכובש מוגבל בפעולותיו בשטח למספר שיקולים מצומצמים:** ישנם ניסיונות להתחמק מכך שדיני הכיבוש חלים על כוחות צבאיים שכן הם מונעים מהם לא מעט פעולות. הכוח הכובש ראשי לפעול רק בגלל השיקולים הבאים (תכליות חוקיו לכיבוש):
      1. טובת השלטון הקודם - שכן ממנו הוא כבש את השטח.
      2. צורך צבאי צר יותר – יהיו דברים שבהקשר של לחימה יהיה מותר לעשות אבל בכיבוש לא, מכיוון שלכובש יש חובות יותר גדולות כלפי האוכלוסייה. מדובר בצורך צבאי צר יותר מכוח צבאי שיאנו נמצא בכיבוש.
      3. טובת תושבי השטח הכבוש.
      4. שמירה על הסדר הציבורי.
   5. **מקורות הכיבוש**:
      1. חלק קטן של דיני הכיבוש נמצאים בדין המנהגי, עם זאת רוב דיני הכיבוש הם גם מנהגים וגם נמצאים באמנה כלשהי. האמנות המרכזיות הן:
         1. **תקנות האג** – יש קונצנזוס מוחלט שמה שכתוב בהם כלל מנהגי. מדינת ישראל לא חולקת על זה וזו אפילו הסיבה שבגינה ישראל לא חתמה על תקנות האג שכן היא ממילא מחויבת אליהן.
            * **ההגדרה של "כיבוש" נמצאת בתקנות האג: שטח נחשב כבוש כאשר בפועל הוא נמצא תחת סמכותו של צבא זר, הכיבוש יתפרש רק על מקום בו סמכות זו הוקמה וניתן להפעילה**. **מבחן "השליטה האפקטיבית".**
         2. **אמנת ז'נבה הרביעית** – העמדה הרווחת בעולם היא שהנורמות בהם ככלל הן מנהגיות. מי שטוען שהנורמות אינן מנהגיות חובות ההוכחה היא עליו.
            * באמנה זו אין הגדרה ל"כיבוש". אבל נקבע שגם שטח שנתפס ללא לחימה יכול להיות שטח כבוש. אפשר לומר כי מנסחי האמנה הניחו שיש הגדרה לכיבוש ורק הוסיפו לכך עוד דברים. בשל כך **העמדה המקובלת היא שמבחן השליטה האפקטיבית חל גם על הנורמות שחלות באמנות ז'נבה.**
            * הערה: באמנת ז'נבה נקבע שלאחר שנה מיום תפיסת השטח חלק מדיני הכיבוש מפסיקים לחול – בפועל העמדה המקובלת (וכנראה הדין המנהגי) היא שס' זה הוא אות מתה ושחובות הכוח הכובש דווקא גדולות ככול שעובר הזמן.
         3. **מספר אמנות נוספות שביניהן פרוטוקול אמנת ז'נבה ראשון**- גם בהן יש תקנות שנחשבות מנהגיות.
2. **מהו כיבוש ומתי מתחיל הכיבוש?**

נדון בארבע סוגיות שעולות מן הדרישה לשליטה אפקטיבית:

* 1. **מתי מתקיימת שליטה אפקטיבית?** שתי גישות פרשניות: (ששתיהן לא מוצלחות אך אין גישה שלישית יותר טובה).
     1. גישת מיעוט (ICJ): דיני הכיבוש חלים **רק כאשר הכוח הצבאי הקים באמת שלטון צבאי.** תקנות האג באופן פורמלסטי התכוונו לכך. חיסרון: אולם גישה זו עלולה להוביל לניצול לרעה – כלומר מדינה לא תקין שלטון כדי שלא תחשב כובשת על אף שהיא כן. **הICJ –** צידד ביקשה זו וחטף על כך ביקורות קשה.
     2. גישת הרוב (בג"ץ של שנות ה-80): **כאשר יש לכוח הצבאי יכולת להקים משטר צבאי**. כלומר, כל עוד יש למדינה פוטנציאל אז היא נחשבת כובשת. חיסרון: פוטנציאל הוא מונח עמום.
  2. **האם השליטה יכולה להיות הדרגתית?** זה ויכוח שקיים עד היום לגבי עזה.
     1. העמדה המסורתית: **דיני הכיבוש חלים באופן דיכוטומי**. ברגע שאין מספיק שליטה אין יותר דיני כיבוש ולהפך.
     2. עמדה בעלייה: **דיני הכיבוש חלים באופן מדורג**. ככל שיש לך יותר שליטה כך גם החובות שלך יותר חזקים.
        1. כיצד גישות אלו משפיעות על המצב בעזה?
           + הגישה המסורתית – אם לישראל אין שליטה על עזה היא אינה כובשת שלה יותר ולא חלים עליה דיני כיבוש.
           + הגישה בעלייה – גם אם זה לא כיבוש באופן מוחלט זה לא אומר שהייתה התנתקות מוחלטת. ישראל שולטת ברוב הכניסה של הסחורות וברוב הכניסה של היציאה של אנשים מהאוויר והים. זאת אומרת שגם אם לא מאה אחוז מדינה הכיבוש חלים יש לפחות תחולה חלקית. דיני הכיבוש חלים באופן מדורג ולכן גם אם השליטה בעזה אינה מלאה יש שליטה כלשהי ולכן חלים דיני הכיבוש. לכן, יש עדיין לישראל חובות כלפי האוכלוסייה בעזה כמו לדוג' סיפוק חשמל ומים.
  3. **האם תתיכן שליטה בלי כוח צבאי בשטח?** לדוג' צבא שכובש עוד ועוד שטחים אבל הוא לא רוצה להשאיר כוחות במקומות בהם יש התנגדות ולכן הוא משאיר את האוכלוסייה בשטח ללא צבא שמשליט סדר. למה שצבא יעשה זאת? כי הוא יודע שברגע שתהיה בעיה הוא יכול להקפיץ כוחות לשטח.
     1. עמדה מסורתית: "הנעל בשטח" **תנאי הכרחי לכיבוש הוא הימצאות הכוח הצבאי ממש בשטח**. חיסרון:
     2. עמדת ביניים (ICC): **יש שליטה כאשר ניתן להשתלט תוך זמן קצר**. תפיסה זו מתפתחת לאר מלחמת העולם השנייה. זה חשוב כדי שמישהו יהיה אחראי על אותה אוכלוסייה. עמדה זו עוזרת לתמוך בכך שעזה עדיין תחת כיבוש. חיסרון: יש כאן אלמנט סובייקטיבי, הטענה ישראל יכולה לכבוש את עזה כל רגע היא דעה שאינה אובייקטיבית.
     3. עמדת מכלול הנסיבות: ניתן לשלוט בשטח גם בדרכים שאינן כוללת נוכחות צבאית. בו נסתכל על מכלול הנסיבות בין השטח לצבא הכובש אם יש המון אלמנטים של שליטה אז נטען כי קיים כיבוש. גם דעה זו מצדדת בגישה שעזה נמצאת עדיין תחת כיבוש. העובדה שישראל שולחת צבא ושולטת באוויר וביבשה על עזה מראה כי במכלול הנסיבות ישראל עדיין נכבשת כובשת.
        + - זוהי אחת הגישות אלה נסמכת עמדת התביעה בICC שעזה היא עדיין שטח כבוש.
          - זיו לא תומך בגישה זו בשל חיסרון משמעותי בה – גישה זו הופכת כל סיטואציה של מצור לכיבוש. מה זה מצור צבאי? מקיף שטח ושולט בכניסה של סחורות ויציאות ממנו כדי לגרום לגורמים הצבאים בשטח להיכנע. בדיני לחימה יש דיני מצור ואין סיבה להשתמש בדיני כיבוש כי זה שני דברים שונים.
  4. **האם שליטה יכולה להיות באמצעות שלוח (פרוקסי)? התשובה היא תמיד כן**, אך השאלה היא מתי אנחנו יכולים לשייך את אותו המעשה למדינה.
     1. ICJ - כן, אם המדינה שולטת שליטה **האפקטיבית** בכוח השלוח.
     2. ICTY - כן, אם המדינה שולטת שליטה **כוללת** בפעולות השלוח.

1. **מעמד איו"ש**
   1. **עמדת ישראל**: לדעת ישראל, איו"ש הוא שטח כבוש לפי תקנות האג, אך אינו שטח כבוש לפי אמנת ז'נבה. כלומר, דיני הכיבוש לתקנות האג חלים על השטח אבל דיני הכיבוש של אמנת ז'נבה הרביעית לא חלים על השטח. מדינת ישראל מוסיפה ואומרת שהיא לוקחת על עצמה לקיים את הנורמות ההומניטריות שחלות באמנת ז'נבה (אך ישראל לא מציינת מהי נורמה הומניטרית או לא באמנה).
      1. **המוטיבציה לעמדה זו של ישראל:**
         1. ס' 49 לאמנת ז'נבה הרביעית – העברת של אוכלוסייה לתוך שטח כובש. אם הס' חל ההתנחלויות הן הפרה של ס' זה.
         2. ס' 47 לאמת ז'נבה הרביעית - קובע שלא ניתן לספח שטח כנכבש באופן הפוגע באוכלוסייה המקומית. בעצם הס' אומר שלא ניתן לספח את השטח.

מדינת ישראל מעולם לא רצתה לספח את כל השטחים שכן היא לא רצתה רוב ערבי במדינה ויש חובה לתת אזרחות לפלסטינאים אשר חיים בשטחים המסופחים. אולם, היא רצתה שלא התקיים ס' 47 כדי לספח חלק מהשטחים.

* + 1. **מהו הבסיס המשפטי שמבחין בין תחול תקנות האג לאמנות ז'נבה באיו"ש:**
       1. **הסיבה הראשונה** לכך נמצאת בס' 2 (המשותף) לאמנות ז'נבה – ס' זה קובע מתי האמנות יחולו:
          - חלק ראשון (רישא): האמנות יחולו בסכסוך מזויין (סיטואציה של מלחמה) בין המדינות החתומות על האמנה.
          - חלק שני (סיפא): יחולו בכיבוש של שטח של מדינה חברה באמנה ואפילו אם השטח הזה נכבש ללא כל מאבק אלים.

**טענת ישראל**: החלק שעוסק בכיבוש מתייחס רק לכיבוש של שטח שהיה שייך למדינה חברה, ירדן חתומה על האמנה אך איו"ש לא שלה (הצהרת הסיפוח של ירדן לא התבלה על ידי מדינות העולם מלבד מעטות מאוד). לכן ס' 2 לא רלוונטי ואמנות ז'נבה לא חלות על איו"ש. **איו"ש הוא לא שטח של מדינה חתומה על אמנה ולכן האמנות אינן חלות על איו"ש.**

* + - 1. **שתי סיבות לכך שאמנות האג כן חלות על השטח הכבוש**:
         * תקנות האג הן מנהגיות ולכן הם חלות גם על שטחים שנויים במחלוקת ועל כלל המדינות בעולם. לכן חל על ישראל.
         * ס' 42 לתקנות האג לא מתייחס זהות הגורם שמננו נכבש השטח וצריך רק שהכוח הכובש יהיה "צבא עוין". בוודאי אפשר לומר כי הפלסטינאי הממוצע רואה בצבא ישראל צבא עוין. לכן, אין זה משנה אם השטח נכבש על ידי מדינה חברה באמנה.
  1. **העמדה המקובלת (ICJ):** העמדה הרווחת בעולם:
     1. **ההקשר בו נוסחה הסיפא לסעיף 2 –** נוסחה כתגובה לכיבושים של הנאצים שבוצעו ללא ירייה של כדור אחד והמטרה היא שדיני הכיבוש יחולו גם במקרים כאלו. כלומר היא להרחיב את תחולת האמנה למקרים בהם בוצע כיבוש ללא קרב ולא נועדה להוציא את שאר האופציות של הכיבוש. רק לבהיר גם אם לא נורה כדור אחד זה נחשב כיבוש.
     2. **רישא -** ארבעת האמנות יחולו בכל מקרה של עימות מזויין בין מדינות החתומות על אמנה. לכן ישראל וירדן חתומות על האמנה ולכן הכיבוש נוצר תוך כדי מלחמה בין מדינות חתומות. ולכן הוא חל מהרישא ולא מהסיפא שרק נודה לציין עוד מקרים.
     3. **הטיעון המרכזי –** קשה לטעון כי אמנת ז'נבה אינה מנהגית ולכן זה חל על כל המדינות חוץ ממתנגד עקבי. גם אם נגיד שאמנת ז'נבה לא הייתה מנהגית בשנת 67, קשה לומר כי שבעים שנה אחרי כאשר רוב מדינות העולם חתומות על האמנה וטוענות שזו הוא דין מנהגי קשה לטעון שהאמנה היא אינה מנהגית. נוסף על כך מדינת ישראל לא יכולה להיות מתנגד עקבי שכן היא חתמה על האמנה כאשר היא עוד הייתה דין הסכמי.
        + - **לעמדת ישראל שלוש מאמנות ז'נבה מנהגיות והרביעית לא.**

06.01.2022 – מערך השיעור של זיו- עם שינויים שלי.

# משפט פלילי בינלאומי

1. **מבוא : במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומ**י:
   1. המשב"ל הפלילי מתעסק ב**-** 4 פשעים בינלאומיים עיקריים, אלו נקראים "פשעים בינלאומיים גרעיניים":
      * 1. פשעי מלחמה.
        2. פשעים נגד האנושות.
        3. רצח עם.
        4. תוקפנות.
   2. **שלושה דברים משותפים לארבעת הקטגוריה:** 
      1. **ראשית**, כלל הם מהווים הפרות חמורות מאוד של דיני הלחימה (למעט חריגים). בעקבות ניסיון היסטורי רע, הורחבה תחולת האיסור גם לביצוע מאסיבי של המעשים ע"י שלטון כנגד אזרחיו שלו ו/או בעת שלום.
      2. **שנית**, כולם נכללו במפורש או במשתמש בחוקת לונדון של בית הדין בנירנברג. למה במשתמע? כי "רצח עם" לא נכלל במפורש ועד שנת 1948 לא היה נכלל בקטגוריה נפרדת אלא נכלל תת פשעים נגד האנושות. חשוב לציין, שבכל אחת מהקטגוריות, נוספו עם השנים איסורים ולפעמים גם הוסרו איסורים.
      3. **שלישית**, מלבד חלק קטן מפשעי המלחמה ואולי גם תוקפנות, מדובר בפגיעות חמורות בזכויות אדם.
   3. **מאפיינים ייחודיים נוספים של המשב"ל הפלילי**:
      1. **המשב"ל הפלילי הוא "יצור מוזר" ביחס למשפט הבינלאומי "הקלאסי**": מושאי הדינים שלו הם אנשים ולא מדינות. עם השנים בתחומים נוספים 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.
      2. **משב"ל הפלילי הוא "יצור מוזר" גם ביחס לקונספט של משפט פלילי מדינתי:**
         1. במשפט פלילי 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 מדינתי יש התמקדות בדברים שקשורים למדינה. לעומת זאת, במשב"ל הפלילי יש סמכות שיפוט אוניברסלית: דוקטרינה משפטית לפיה כל מדינה יכולה להעמיד לדין אדם שביצע פשע בינלאומי גרעיני גם אם אין לה שום קשר למקרה. יתר על כן, לעיתים, ההליך המשפטי בכלל יתנהל בבית דין בינלאומי.
   4. **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**: הדין אינו נאכף מספיק טוב על ידי המדינות בלבד. 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 הפשע, ובמדינה שבה מוחזק המבצע יש לרוב אינטרס שלא להעמידו לדין, כי מדובר באורגן שלה (חייל שלה, שוטר שלה, או אפילו ראשי השלטון שלה).
         * + **לדוג'** מגינת ישראל שפטה את אלאור עזריה והוא קיבל עונש קל, ויש מדינות לא כמו ישראל שלא רק שלא יתנו עונש קל אלא לא יתנו עונש כלל.
2. **היסטוריה מקובלת:**
   1. **מאה ה-19:** התפיסה המקובלת היא שהמשב"ל מסדיר רק יחסים בין מדינות. אולם, עבירות של שוד ים וסחר בעבדים יס סמכות אוניברסלית ואלו הם פשעים בינלאומיים.
      1. **למה הם פשעים בינ"ל באותה תקופה:**
      2. אינטרס משותף- במקרה של פיראטים סחר בים ומבקרה של סחר בעבדים – הבנה שזה מעשה בזוי שרומס את זכויות האדם הבסיסיות ביותר.
      3. כשל אכיפתי- המעשיים נעשים לרוב ללא חסות מדינתית ובעיקר בשטחים חסרי ריבונות. מצב זה אינו מאפשר להסתמך על מערכות המשפט הפלילי של המקום בו מבוצע עיקר המעשה.
   2. **תחילת קודיפיקציה**: עבירות אלו מאוד שונות משפעי מלחמה, שכן הן מבוצעות על ידי אנשים פרטיים ולא נציגי מדיניות והן למטרות רווח כלכלי ולא קידום אינטרסים מדיניים. אם כך איך סיפור כזה הוביל להחלה של המשב"ל הפלילי על פשעים שבעיקר מבוצעים על ידי נציגים של מדינות? המלחמות במאה ה-19 נהיות עקבות מדם – בשל כך יש צורך בקודיפיקציה של דיני הלחימה, שתשליט סדר. אך קודיפיקציה זו לא הובילה לשינוי ולכן הולכת מתגבשת התונה כי צורך באכיפת הקודקס על מנת ליצור הרתעה. סנקציות כנד מדינות לא יוצרת מספיק הרתעה שכן אין אינן מכוונת כלפי האנשים שמבצעים את הפשעים.
      * + - לדוג' צפון קוראיה – יש רצח עם, עקב רצח העם מוטלות סנקציות על צפון קוראיה. אחת מהסנקציות היא איסור הכנסת או יציאה של סחורות ולכן יש רעב. בפועל סנקציה זו משפיע על העם ולא על השלטון שיש לו אוכל.
   3. **1921 משפטי לייפציג**: הניסיון הראשון לאכיפה הפלילית הוא במלחמת העולם הראשונה, נחתם הסכם הכולל סעיף שקובע כי הקייזר יועמד לדין בבית דין בינלאומי על מעשיו, וסעיף אחר קובע כי הגרמנים מתחייבים להסגיר את החיילים שלהם החשודים בביצוע פשעי מלחמה. התוצאה רוב הנאשים זכו או שוחררו מהר מאוד. נוסף על כך, הקייזר הגרמני בורח להולנד והולנד לא מסגירה אותו שכן המלכה היא בן הדודה של הקייזר. לכן, לאחר מלחמת העולם השנייה, בעלות הברית התעקשו על בית דין בינלאומי.
   4. **משפטי** **מלחמת העולם השנייה:** בעקבות המלחמה הקשה ישנו אימוץ עמדה על פיה המדינה היא ישות תאגידית שמאחוריה יש אנשים, יש צורך בהרמת מסך. יש צורך להפר את ריבונות המדינה ולהעמיד לדין פושעי מלחמה בלי מעורבותה. המשפט הללו כוללים את: משפטי נירנברג, משפטי טוקיו, ויצורי כלאיים משפטי הכוחות הכובשים – בגרמניה, ומשפטי המדינות השונות באירופה. ועשרות אלפי אנשים הועמדו לדין.

בעצם עושים פה החלה בהתאמה של הרציונאליים שעמדו בבסיס הדוקטרינה שהחילה סמכות אוניברסאלית על שודדי ים וסוחרי עבדים:, 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 במ בצע, ולמדינה שבה מוחזק המבצע יש לרוב אינטרס שלא להעמידו לדין, כי מדובר באורגן שלה.

* + 1. הקשיים שעולים בשל משפטי מלחמת העולם השנייה:
       1. רטרואקטיביות: האיסור חל בדיעבד משום שעבר מעשים אלה נאסרו רק על מדינות. פתרון:
          - טיעון פורמליסטי: אין איסור על "מדינה" אלא על אנשים וכל ההבדל הוא האם הסנקציה קולקטיבית או פרסונאלית. כלומר ברור שהאיסור הוא גם על החיילים.
          - טיעון מוסרי: הייתה אזהרה מוקדמת והנאשמים ידעו שאלו הם כללי מוסר בסיסיים.
       2. "צדק ש מנצחים": חיילי בעלות הברית לא הועמדו לדין. פתרון: טיעון פורמליסטי + מוסרי: אכיפה בררנית אינה מצדיקה ביצוע פשעים ודאי לא מעשים בעלי חומרה מוסרית גבוה.
  1. **תקופת קיפאון:** בין מלחמת העולם השנייה לסוף שנות ה- 90 קיים קיפאון מוחלט בתחום המשב"ל הפלילי עקב המלחמה הקרה, המקשה על שיתופי פעולה בין המדינות.
  2. **תחייה חדש** - בשנות ה- 90 : מוקמים לראשונה מאז נירנברג שני בתי דין פליליים בינלאומיים - מכונים בתי הדין אד הוק דור שני:
     1. האחד יעסוק בפשעים בינלאומיים שבוצעו במלחמה ביוגוסלביה לשעבר – ICTY. בתחילת המלחמה של יוגוסלביה החתימו אותם שיעמידו אותם לדין אם יעברו על פשעים בינ"ל. אין צדק של מנצחים כי כל צדדים מועמדים לדין והם הוזהרו מראש.
     2. השני יעסוק בפשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו ברוונדה ICTR. מכיוון שיש צד אחד מנצח במלחמה שהוא זה שבוצע כלפיו רצח עם, מעמידים לדין רק את מי שביצע רצח עם.

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.**

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

* + - 1. חוסר לגיטימציה במדינת המקום.
      2. עלות – בתי דין הם יקרים ביותר. כל אחד עלה מיליון דולר
      3. העדר יעלות - נסגרו אחרי כמעט שלושים שנה לאחר שכל אחד מהם עסק ב200 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. אבל ב**-** ICTY שני הצדדים.

1. **המשב"ל הפלילי כיום:**

**עקב החסרונות הללו יש התמקדות בשלושה מנגנוני אכיפה כתחליף לבתי הדין אד הוק:** סמכות אוניברסלית, טריבונלים מעורבים ובית דין פלילי קבוע.

* 1. **סמכות אוניברסלית:** כל המדינות ראשיות לאכוף את כללי המשב"ל הפלילי ואין משמעות למקום העבירה או לזהות מבצעה.
     1. הבעיה: יש חשש שמדינות ינצלו את הסמכות האוניברסלית למטרות פוליטיות.
     2. התוצאה:השימוש בסמכות אוניברסלית הולך ופחות כי:
        1. מדינות מחוקקות חוקים שמקשים על פתיחת הליכים ע"פ סמכות אוניברסלית.
        2. גוברת תמיכה בעיקרון השיוריות, לפיו ניתן להשתמש בסמכות אוניברסלית רק אם המדינות המעורבות אינן יכולות\רוצות לנהל הליך שכזה.

אם זאת הסמכות האוניברסלית לא ננטשת לחלוטין

פרשת פול פוט: הציעו לישראל העמידו לדין בגין פשעים נגד האנושות, שכן החוק הישראלי מאפשר לעשות שימוש בסמכות אוניברסלית – ישראל מסרבת.

* 1. **טריבונלים מעורבים:** בתי דין שבהם חל דין מעורב (מדינתי + בינ"ל) ו\או שופטים מעורבים.
     1. **יתרונות:** 
        1. **מערכת זולה יותר**, היא מערכת שרוכבת על מערכת המשפט הפלילית הקיימת, וא צריך להקים מערכת חדשה
     2. **לגיטימיות מצד המדינה בה מתנהל התהליך**. 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.
     3. **חסרונות:**
        1. **בתי דין מעורבים לא מתאימים לכל הסכסוכים** – מתאים בעיקר למלחמות אזרחים ואירועים שקרו במדינה אחת. פחות מתאים כאשר יש מלחמה בין שתי מדינות (על איזה מערכת משפטית קיימת סכסוך כזה יכול לרכוב). כמו כן לא מתאים כאשר ההנהגה שביצע את המעשים עדיין שולטת.
        2. **קיים חשש שבית הדין יחשוב על עצמו יותר מדי כבית דין בינלאומי** (פוליטיזציה), 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: בית הדין בסיירה לאון (לא יושב בסיירה לאון..) – נשיא בית הדין היה קנדי, לא בוצעה העמדה לדין אחת על בסיס הדין המדינתי, ובית המשפט ציטט יותר פסקי דין קנדים, מאשר פסקי דין מכל מדינות אפריקה -יחדיו.
        3. **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 בית הדין נחלש, קמבודיה דאגה לא להעביר תקציב מספיק לבית הדין (בשלב מסויים 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 - 2005 2014 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 בי ת דין מעורב ההשפעה שלהם תהיה יותר גדולה.

* 1. **הICC: בית דין פלילי קבוע:** בית דין זה דן במסגרת כמה כללים–
     1. **מוגבל רק לעבירות המנויות באמנת רומא –** כדי להקטין טענות של אי אזהרה מוקדמת ועמימות הדין.
     2. **יכול לדון רק בפשעים שבוצעו לאחר הקמתו –** כדי להקטין טענות רטרואקטיביות.
     3. **בעל סמכות לדון רק כאשר מתקיים אחד מהבאים:**
        1. הפשע נוגע למדינות החברות באמנה - משמע, שהפשע בוצע בשטחן או על ידי אזרח שלהן, לא **-**די בכך שהקורבן הוא אזרח שלה.
        2. מדינה ביקשה מבית הדין לדון.
        3. מועבי"ט הסמיכה את בית הדין לדון במקרה.
     4. **דן רק במקרים חמורים** (סכסוך חמור, פשע חמור במסגרת סכסוך, הנידונים הם האחראים העיקריים.
     5. **משלימות** – התובע רשאי להעמיד לדין רק אם המדינה אינה רוצה\מסוגלת לעשות זאת בעצמה. כלומר אם המדינה אינה רוצה או יכולה לנהל הליך ראוי.

1. **פשעים גרעיניים - הגדרות**
   1. **פשעי מלחמה:** האיסורים של דיני הלחימה 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.
      1. גישת בית הדין בנירנברג (גישת מיעוט) - במשפטי נירנברג קבעו כי כל הפרה של דיני הלחימה הינה הפרה פלילית. הקביעה האמורה היא בעייתית :
         1. **עמימות:** 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 בפשעי 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 לו 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 נורמטיבית 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.
      2. **גישת "משטר ההפרות החמורות" -** כיום יש פחות תומכים בהגדרה שניתנה בנירנברג והתפחתה גישה נוספת. ע"פ גישה זו, רק הפרה של דיני לחימה מסוימים, חשובים, תחשב פשע מלחמה. איך יודעים מה היא הפרה חמורה ?כל אחת, מאמנות ג'נבה מגדירה אילו ס' שלה הפרתם מהווה הפרה חמורה (משמע, כפשע מלחמה) וכך גם בפרוטוקול ה- I שהרשימה בו יותר ארוכה.
         1. מה קורה אם בפרו' ה- I משהו מוגדר כפשע מלחמה ומדינה שלא חתומה על הפרוטוקול סבורה שזה לא פשע מלחמה? (השאלה לא רלוונטית לאמנות ג'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 ג'נבה והשינוי שנעשה בפרו' הוא רק הקביעה שמדובר בפשע מלחמה (כי המדינה כבר הסכימה שזה אסור, ומאחורי המדינה קיימים אנשים(.
         2. מה קורה אם משהו לא מוגדר באמנות ג'נבה או בפרו' ה- I כהפרה חמורה, האם זה אומר שהוא לא פשע מלחמה? הכוונה כאן היא לדיני לחימה שמעוגנים רק במשפט המנהגי, או שמעוגנים מלבד במנהג גם בתקנות האג שלא כוללות משטר הפרות חמורות, או שמעוגנים באמנות ג'נבה או בפרטוקול 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:

מדובר בהפרה רצינית של נורמה חשובה.

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.

* + 1. **רשימת פשעי המלחמה בס' באמנת רומא (הגישה המקובלת) -** כדי להימנע מוויכוחים שכאלו בהקשר של ה- ICC (בית משפט בינלאומי פלילי), 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 ג'נבה. בגדול הרשימה טובה והיא כיום, במידה רבה, נקודת ההתחלה לדיון בשאלה האם מעשה מסוים הוא פשע מלחמה. **הבעיות ברשימה:**
       1. היא כוללת מספר איסורים שלא כולם חושבים שהם מנהגיים – לדוגמה:
          - האיסור על העברת אוכלוסייה של המדינה הכובשת לשטח הכבוש - שעמדת מדינת ישראל היא שהקביעה שמדובר בפשע מלחמה אינה משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי;
          - לפי ה- ICC ביצוע מצד גורמים של המדינה של אונס של חיילי אותה המדינה, בהקשר של המלחמה יכול להיחשב כפשע מלחמה, בעוד שיש הטוענים שלפי הדין המנהגי רק אונס של אנשים מהצד השני ללחימה מהווה פשע מלחמה.
       2. הרשימה באמנת רומא לא 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 בינלאומיים שאינם כלולים בה.

**מה קורה בפועל?**

* + - 1. כשמדובר בהליך בפני ה- ICC השאלה מהו פשע מלחמה שלבית הדין יש סמכות לגביו תקבע לפי ס' 8 לאמנת רומא.
      2. 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. או לחלופין, 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.
  1. **פשעים נגד האנושות**:
     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..." .
        1. המעשים מבוצעים כחלק ממדיניות ממשלתית או כחלק מפרקטיקה רחבה ושיטתית: התקפה רחבת היקף –כמות; או התקפה שיטית איכות משמע תכנון ותמיכה מגבוה.
     2. כיום איסור הפלילי חל על ביצוע המעשים הן במלחמה והן בשלום.
     3. הקורבנות המובהקים של הפשעים הם אזרחים אך יתכן ולאור הניתוק מאלמנט המלחמה יכולים להיות שהקורבנות (לפחות שלא בזמן מלחמה) יהיו גם חיילים.
  2. **רצח עם\ השמדת עם**: שני רכיבים:
     1. **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. הכפפת 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.**

* 1. **רכיב הכוונה**: המעשים - בוצעו מתוך כוונה להביא להרס מלא או חלקי של הקבוצה באשר היא קבוצה.
  2. **תוקפנות\ פשעים נגד השלום**:
     1. בגדול, תוקפנות עוסקת בהטלת אחריות אישית פלילית על בני אדם בגין הפרות חמורות של הJUS AS BELUM (JAB – דיני שימוש בכוח) משמע, של הדין הבינלאומי הקובע מתי מותר לצאת למלחמה.
     2. קיימות הגדרות שונות לתוקפנות:
        1. ראשית, **קיימות ההגדרות שניתנו בנירנברג וטוקיו** - אך אלו, במידה רבה, לא רלוונטיות היום כי דיני השימוש בכוח (JAB), השתנו במידה רבה בעקבות הקמת האו"ם.
        2. שנית, **למועצת הביטחון יש סמכות בסעיף 39 לקבוע שמעשה של מדינה הוא מעשה תוקפנות** – חשוב לשים לב כי ההתמקדות היא במדינה ולא באדם, אם כי בתיאוריה מועה"ב יכולה גם לקבוע שאדם ביצע פשע תוקפנות(.
        3. שלישית, **תיקון מ2010 לאמנת רומא של הICC** (ההגדרה החשובה ביותר) – יורחב בהמשך.
     3. פשע התוקפנות יותר בעייתי פוליטית, בהשוואה לפשעים הבינלאומיים הגרעיניים האחרים, מהסיבות הבאות:
        1. דיני השימוש בכוח (JAB) 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 שבוצע הפשע 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 וברור כי **העמדת בכירים לדין היא הרבה יותר בעייתית מבחינה פוליטית**.
        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.
     4. עלייתו המחודשת של אכיפת פשע התוקפנות - 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:
        1. מכיוון שהפשע התוקפנות הוגדר בנירנברג, לא היה ברור כיצד לכללו באמנת רומא. אך ברור היה שיש צורך בהגדרה מחדש לאור הבעייתיות של ההגדרה בנירנברג. 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 (כלומר לא מחייב את כל המדינות החברות באמנה אלא רק את אלו שהסכימו לקבל על עצמן).
           + **ההגדרה תתקבל רק 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 שלבית 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 אלא אם מועצת הביטחון הפנתה את המקרה ל- ICC .
        2. **לסיכום: ל- ICC יכולה להיות סמכות שיפוט בנוגע לפשע התוקפנות באחד משני מצבים** :
           + **מועצת הביטחון העניקה לו סמכות שכזו** - ואז זה יכולה להיות נוגע למעשה שבוצע באיזשהי מדינה בעולם על ידי אזרח של מדינה כלשהי בעולם.
           + **פשע בוצע על ידי אזרח של מדינה חברה ב ICCשהסכימה להחיל על עצמה באופן ספציפי סמכות שיפוט של הICC בנושע לתוקפנות והמעשה גם בוצע בשטח של מדינה חברה ב ICCשהסכימה להחיל על עצמה באופן ספציפי סמכות שיפוט של ה ICC בנוגע לתוקפנות** – תנאים מצטברים! ואל חליפיים**.**
     5. הגדרות:
        1. **"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, על ידי אדם הנמצא בפוזיציה המאפשרת לו לפעיל שליטה **-** על או להכווין את הפעילות הצבאית או הפוליטית של מדינה.
        2. **"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 הסוגייה, מהווה אינדיקציה שלמשב"ל הפלילי יש יותר כוח משסבורים אלו שמספידים אותו בשנים האחרונות.

12.01.2022

# זכויות אדם:

1. **מבוא**
   1. הניגוד לרוב כללי המשב"ל, דיני זכויות האדם עוסקים במה שקורה בתוך המדינה (כלפי האזרחים שלה) ולא ביחס למדינות אחרות.
   2. מבחינה היסטורית, כללים אלה התפתחו לאחר מלחמת העולם השנייה ובהשראת העובדה שקודם לכן התפתחו מספר תחומים בודדים במשב"ל. שבהם תכלית מרכזית של הדינים באותו התחום היא הגנה על זכויות בני אדם והכוננה היא בעיקר לדיני הלחימה ולמשטר ההגנות על זכויות מיעוטים.
   3. מלחמת העולם מערערת את התפיסה לפיה כל מדינה דואגת לאזרחיה. ולכן בנירנברג נקווה כי רדיפה של האזרחים של המדינה עצמה מהווה פשע בינ"ל גרעיני (פשעים נ' האנושות). לפי הנרטיב המקובל השופטים בנירנברג הבינו כי הכרה בפשעים נ' האנושות היא חידוש לכן הסכימו לדון רק פשעים נ' האנושות אשר היו בתקופת המלחמה שכן הם נאסרו קודם לכן מכוח דיני הלחימה.
2. **דיני זכויות אדם באו"ם**
   1. **רקע היסטורי לדיני זכויות האדם באו"ם:**
      1. 1945 – **אמנת האו"ם** הוא השלב השני לאחר מלחמת העולם השנייה, אולם זו התחלה קטנה. שכן יש סעיפים בודדים שמאזכרים ברמה מאוד כללים את דיני זכויות האדם:
         1. ס' 1(2) – אחת ממטרות האו"ם היא לפעול באופן המכיר את הזכות להגדרה עצמית.
         2. ס' 1(3) – אחת ממטרות האו"ם היא להשיג שת"פ בין מדינות לשם קידום ועידוד זכויות וחרויות אדם יסודיות ללא אפליה.
         3. ס' 55-56 – על מדינות העולם לסייע לארגון לקדם שמירה על זכויות אדם וחרויות יסודיות ללא אפליה.
   2. **קידום זכויות אדם באו"ם:**
      1. מעורבות האו"ם בתוך המדינה מעלה מתח בין שני עקרונות:
         1. הגישה הקלאסית – אין להתערב בענייניה של הפנימיים של המדינה.
         2. רצון וצורך לשמור על זכויות אדם בסיסיות.
      2. אולם ההגדרות הקטנות העלה הובילה לתופה רחבה מאוד של הגנה על זכויות אדם. ישנם גופים רבים מאוד באו"ם אשר מטרתם היא שמירה על זכויות אדם. גופים מרכזיים:
         1. **נציבות זכויות האדם של האו"ם** – במקור היו חברים בו דיפלומטים מובילים והוא אחראי להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם. אבל בגלל שהחברים בנציבות הם נציגים דיפלומטיים (פולטים) של מדינות, הגוף מתחיל להיות נשלט על ידי אוריינטציות פוליטיות שונות. הוא מפתח דעה בולטת כנגד ישראל עד כדי שהיו שנים ש50 אחוז מההחלטות שנקבעו בו היו כנגד ישראל. בשל כך בשנת 2006 עושים רפורמה ומבטלים את הגוף הזה ומקימים את מועצת זכויות האדם של האו"ם והתקווה הייתה שהגוף הזה יהיה פחות פוליטי – ככל הנראה תקווה זו אינו מתקיימת לפחות לגבי ישראל. אלו הגופים שמינו את הוועדות חקירה כל פעם שלישראל היה סכסוך עם עזה. וועדות החקירה היא אינה המועצה עצמה ובהקשר של הוועדות חלקן היו מוטות וחלקן לא.
         2. **הנציב העליון לזכויות אדם של האו"ם –** אדם שעומד בראש גוף שתפקידו לתאם בין הגורמים השונים של האו"ם העוסקים בזכויות אדם. בדר"כ גוף זה הוא מאוזן אך זה תלוי בנציב שנבחר.
         3. **הוועדה לזכויות אדם** – הגוף שהוקם מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). הגוף הזה הוא הפרשן המוסמך של אותה אמנה. והוא מורכב מומחים במשפט בינ"ל מכל העולם ולכן הוא הרה פחות מוטה פוליטית. הראיה לכך שאין לגוף זה הטיה מובנת – בראש הגוף הזה עומד ישראלי, פרופ' יובל שני.
      3. **1948 – ההכרזה בדבר זכויות האדם** - מתקבלת באו"ם ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם, שכוללת בתוכה מספר זכויות אדם משמעותיות (כמו משפט הוגן וחפש הביטוי) וגם עקרונות חשובים כמו האוניברסליות של זכויות האדם. ההכרזה הלא נועדה להיות מסמך מחייב ומצהירה על כך במפורש. יחד עם זאת יש עמדה מאוד חזקה היום שמה שכותב בהכרזה הזו הפך לדין בינ"ל מנהגי מהסיבות הבאות:
         1. הערכים בהכרזה אומצו באמנות בינ"ל
         2. היא ההתקבלה בהסכמה נרחבת
         3. ההחלטות של האו"ם אוזכרו בהכרזה
         4. כללי ההכרזה אומצו לדין הפנימי בהרבה מדינות.
            * אולם מכיוון שהמטרה לא הייתה ליצור ידן מחייב כנראה שרק חלקים מההכרזה הפכו למנהג.
   3. ישנו ניסיון לכתוב אמנה כללית שתפרט את זכויות האדם, אך יכנו קושי בשל המלחמה הקרה. יש פערים אידיאולוגים ופולטים בין המערב הליברלי שנוטה לכיוון זכויות האזרחיות כמו הצבעה חופש ביטוי וכד' לבין הגוש הקומוניסטי שנוטה ליותר זכויות סוציאליות שהם מגורים חינוך בריאות.
      1. רק 20 שנה לאח"כ התקבלנו שתי אמנות מרכזיות:
         1. אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות – "זכויות דור ראשון"
         2. אמה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות - "זכויות דור שני"
      2. שתי הגושים חותמים על האמנות כאשר כל אחד מהגושים משיג מעט השגים לטובתו:
         1. הגוש הסוייבטי דואג שבאף אחת מן האמנות לא תופיע הזכות לקניין.
         2. הגוש מערבי דואג שבאמנה בדבר זכויות חברתיות הדרישה מצד המדינה לא תהיה דורשנית מידי (אם זאת במהלך השנים הפרשנות של הדרישה מתרחבת).
            * לפי הפרשנות של מועצת זכויות האדם שהיא הפרשן המוסמך לא ניתן לפרוש מהאמנה ולכן צפון קוראיה לא יכולה לפרוש כאשר ביקשה זאת.
         3. לאורך השנים נחתמות אמנות שעוסקות בזכויות אדם באופן ספציפי: לדוג' האמנה לזכויות הילד, אמנה לזכויות פליטים, אמנה למניעת אפליה, אמנה לבעלי מוגבלויות וכו'. בנוסף לאמנות הגלובליות ישנן גם לא מעט אמנות אזוריות.
3. **מאפייני אמנות זכויות אדם –**
   1. **כשל אכיפתי** כאשר מדובר בזכויות האדם אין למדינות אינטרס לוודא שהדין נאכף במדינות אחרות. יש לכך מספר משמעויות: התפתחו בשל כך נורמות למניעת הכשל (לא מצליחים לצמצם במאה אחוז):
      1. **באמנות רבות מוקם גוף עצמאי או ועד שמטרתו לקדם את יישום האמנה במספר דרכים:**
         1. מנגנון דיווח מהמדינות -הוועדות מקבלות דוחות תקופתיים מהמדינות ודוחות צללים (מגורמים שרוצים שלא תמיד לטובת המדינה אך הם מהמדינה) לכן המדינה לא רוצה להיות "מובכת" ומנסה להראות שיפור.
         2. כל וועדה מהווה הפרשן המוסמך של האמנה שהקימה אותה- בכך מאפשר להגיב לסיטואציות בשטח וגורמת להרחבה של הנורמות.
         3. חלק מהמנגנון המאפשר למדינות אחרות להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בגין הפרת זכויות אדם לפי האמנה. שני ובן נפתלי אומרים על מנגנון הזה שמעולם לא נעשה בו שימוש. ובמקרה אחד בנוגע לאמנה אחת ישראל נאלצה להסכים להיות חברה במנגנון הזה ושזה היה באמנה לאיסור אפליה גזעית. אולם, מאז המאמר יש מספר מקרים בהם כן הוגשו תביעות של מדינות כנד מדינות אחרות. **הפלסטינאים שהם מדינה לדעת מרבית העולם הגישו תביעה הגין הפרת האמנה בדבר איסור אפליה גזעית בטענה שמדינת ישראל מפעילה משטר אפרטהייד בשטחים.** ישראל טענה שהפלסטינאים אינם מדינה וטענה זו נדחה וישראל די מסרבת לשתף פעולה עם ההליך.
         4. חלק מהמאמנות יש גם מנגנון המאפשר לאזרחים (פרטים) להגיש תלונות כנגד המדינה בגין הפרה של הזכויות. זה בדר"כ פרוטוקול נוסף שמעניק לוועדה את הסמכות ויש צורך לחתום עליו בנוסף לאמנה. האמנה בדבר זכויות חברתיות יותר ממאה מדיניות הסכימו לחתום על פרוטוקול אופציונלי.
      2. **ישנן הגבלות על ההסתייגויות מאמנות שעוסקות בזכויות אדם:**
         1. מדיניות לא יכולות להסתייג מס' באמנה או מנורמה באמנה אם הנורמה משקפת נורמה מנהגית או קוגנטית.
         2. כזכור ההסתייגות לא יכולה לפגוע בתכלית ויעוד האמנה ביחס לזכויות אדם.
         3. הוועדה קבעה שהיא הגורם המוסמך בהקשר של הICCPR אם הסתייגות היא חוקית או לא חוקית ואם היא קבעה שההסתייגות אינה חוקית האמנה קיימת על המדינה בלי ההסתייגות והמדינה הזו לא יכולה לפרוש.
            * ILC – מחזיק בדעה אחרת, לדעתו אם המדינות האחרות מקבלות את ההסתייגות או הפרישה זה אפשרי.
            * הערת צד - כאשר ישראל חותמת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) – היא מגישה מסמך אחד שמשלב אלמנטים של הסתייגות, הערה פרשנית והחרגה בשל מצב חירום.
      3. **נהוג לראות בחלק מזכויות האדם כמו איסור על עינויים על עבדות ועל אפליה גזעית נורמות קוגנטיות.**
      4. **כל זכויות האדם הן נורמות של אגרה אומנס (EO) ומשמעות הדבר היא שהחובה לכבדן תקפה כלפי כל העולם פגיעה בזכות אדם של מישהו היא פגיעה במדינות העולם כולו**
4. **הסדרים מרכזיים**
   1. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR)
      1. עוסקת בארבע קבוצות של זכויות:
         1. שלמות הגוף – איסור על עינויים ועבדות
         2. הליך הוגן, זכויות במעצר ותנאי כליאה הולמים.
         3. חופש התנעה, זכות להקים משפחה והגנה לעל קטינים
         4. חירות הפרט- חופש הביטוי, חופש אמונה ומצפון, חירות פוליטית, חופש העיתונות, חופש ההתאגדות והזכות לבחור ולהיבחר.
            * בנוגע כל הזכויות יש לבצע את הזכויות באופן לא מפלה.
            * הזכות להגדרה עצמית וזכויות מיעוטים מוגנות באופן יחסית חלש באמנה.
      2. **סעיף חשוב במיוחד באמנה הוא ס' 2** שכולל מספר עקרונות חשובים:
         1. על המדינה לכבד ולהבטיח את הזכויות באמנה. חובות שליליות - על המדינה לא לפגוע; וחיוביות – על המדינה להגן. כמו חובה לחקור מקרי רצח ולהעמיד לדין אנסים;
         2. חל איסור על אפליה בשל מין, גזע, מוצא, רכוש ועוד (לרבות נטייה מינית).
         3. על המדינות לאמץ חקיקה שתאפשר את כיבוד הזכויות באמנה. לזוג חוקי היסוד במדינת ישראל.
         4. חובה על המדינות לתת סעד אפקטיבי למי שזכויותיו נפגעו.
5. **זכויות אדם ביו"ש**
   1. ישראל התנגדה לתחולת דיני זכויות אדם באיו"ש על סמך שתי טיעונים: **כלומר היא לא מחויבת לדאוג לזכויות האדם של התושבים בשטחים.**
      1. **לאמנות זכויות אדם אין תחולה אקסטריטוריאלית**:

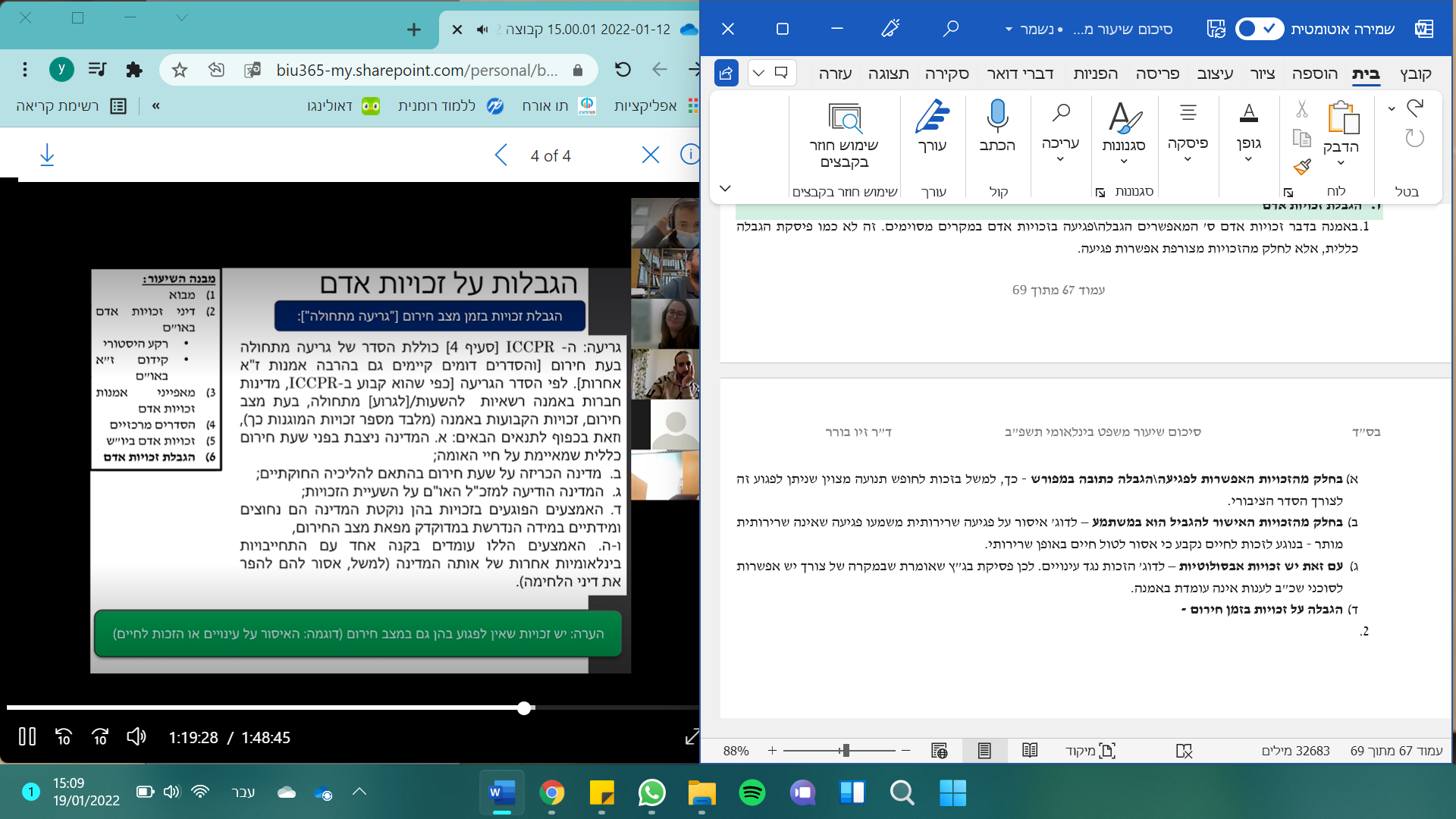
האמנה קובעת שכל צד באמנה לוקחת עליו לכבד ולהבטיח בעבור עכל הפרטים הנמצאים בטריטוריה שלו והכפופים לJurisdiction שלו את הזכויות המוניות באמנה זו.

**עמדת ישראל -** קיבעה זו של האמנה היא תנאים מצטברים – 1. גם שטח ריבוני 2. וגם צריך להיות במקום שבו הדין המקומי שלה חל (פירוש צר של המונח Jurisdiction).

**העמדה הרווחת –** לעומת עמדת ישראל המעדה הרווחת היא שאלו אינם תנאים מצטברים אלא תנאים חלופיים – או שטח ריבוני או שטח שלמדינה יש שליטה אפקטיבית עליו (פירוש רחב של המנוח Jurisdiction). לכן, יש כיום הסכמה יחסית רחבה שהחובות באמנות זכויות אדם חלות על שטח כבוש (מכיוון שבשטח כובש יש שליטה אפקטיבית. ויחס לאנשים שגורמי המדינה מחזיקים (תפסו\עצרו\חטפו\כלאו).

בהקשר של מדינת ישראל בלחץ של בג"ץ מדינת ישראל מכירה בכך שלפחות בשטחים שמוחזקים בשליטה אפקטיבית שלה חלים אלה לפחות במידה מסוימת חלק מדיני זכויות האדם.

* + 1. **דיני זכויות אדם לא חלים שיש התנגשות עם דיני הלחימה** (שבתוכם יש את דיני הכיבוש).
       1. בעבר נטען שדיני הלחימה באים במקום דיני זכויות אדם: אך אם התחזקות זכויות האדם בשנות ה2000 התחזקה עמדה הטוענת כי זכויות אדם ממשיכות לחול במהלך הלחימה. ביקורת על גישה זו טוענת כי כלל כזה מטיל נטלים כבדים מידי על הכוחות הלוחמים. שני שלבים להתחזקות:
          - שלב א: ICJ – חו"ד נשק גרעיני + בי"ד האירופי לזכויות אדם - דיני זכויות האדם יחלו רק כאשר ישנה לקונה בדיני הלחימה ויםורשו באופן שיתאים להקשר של לחימה.
          - שלב ב: קונגו + בי"ד האירופי לזכויות אדם (פסיקות בעשור השני של שנות ה2000) – החלה של דיני זכויות האדם כמעט תמיד במקביל לדיני הלחימה. מפרשת באופן רחבת מתי יש לקונות שבהם ניתן להכניס זכויות אדם ומפרשת באופן מאוד מצמצם את המקרים של דיני הלחימה בהם יש להגביל את דיני זכויות האדם.
          - שלב ג': פס"ד מ2021 - לפני כמה חודשים בית הדין האירופי לזכויות אדם נותן תקדים – באירוע בין גיאורגיה ורוסיה – בזמן הלחימה עצמה, בשדה הקרב ממש לא חלים דיני זכויות האדם.
       2. עמדת ישראל – מאמצת את העמדה בשלב א', א בפרשנות מאוד מצרה. כלומר בטענה שכמעט ואין לקונה המאפשר להכניס דיני זכויות אדם.

1. **הגבלת זכויות אדם**
   1. באמנה בדבר זכויות אדם ס' המאפשרים הגבלה\פגיעה בזכויות אדם במקרים מסוימים. זה לא כמו פיסקת הגבלה כללית, אלא לחלק מהזכויות מצורפת אפשרות פגיעה.
      1. **בחלק מהזכויות האפשרות לפגיעה\הגבלה כתובה במפורש** - כך, למשל בזכות לחופש תנועה מצוין שניתן לפגוע זה לצורך הסדר הציבורי.
      2. **בחלק מהזכויות האישור להגביל הוא במשתמע** – לדוג' איסור על פגיעה שרירותית משמעו פגיעה שאינה שרירותית מותר - בנוגע לזכות לחיים נקבע כי אסור לטול חיים באופן שרירותי.
      3. **עם זאת יש זכויות אבסולוטיות** – לדוג' הזכות נגד עינויים. לכן פסיקת בג"ץ שאומרת שבמקרה של צורך יש אפשרות לסוכני שכ"ב לענות אינה עומדת באמנה.
      4. **הגבלה על זכויות בזמן חירום -** 
         * + יש זכויות שאסור לפגוע הם גם במצב חירום – לדוג איסור על עינויים והזכות לחיים.