סקירה היסטורית:

המשב"ל התפתח מהרגע שנוצרה מדינה ויש הבחנה בין דין משב"ל לדין מדינתי.

* הסכמי ווספליה: הסכמים שסיימו את מלחמת 30 השנים ב-1648, היחידות האירופאיות קובעות שלא יתערבו בתהליכים פנימיים אחת של השנייה. ההסכמים יוצרים ישויות גאוגרפיות ריבוניות בעלות מעמד בינלאומי שווה ובעלות ריבון פנימי שמהווה סמכות עליונה. בתקופה זו הוסדרו דינים שונים (דיני הים, דיני מלחמה ועוד) ע"י משפטנים.

בתקופה זו חל תהליך חילון של המשב"ל. את תהליך זה מייחסים לאבי המשב"ל, הוגו גוטריוס - האגדה אומרת שהוא התחיל את החילון של המשב"ל כשכתב בספרו שאין אלוהים.

* סוף המאה ה-18: משתנה ההשקפה לפיה המשב"ל הוא 'משפט הטבע' להשקפה לפיה הסכמת המדינות היא מקור הלגיטימציה למשב"ל. המהפכה התעשייתית והתפתחויות טכנולוגיות נוספות מובילות להסדרת תחומים חדשים במשב"ל - **בקונגרס וינה** מסדירים באמנות את נושאי הסחר, השייט, הדואר וכו'.
* המאה ה-20:המשפט הבינלאומי יוצא מגבולות אירופה והופך לגלובלי. מלחמת העולם הראשונה מהווה אירוע מכונן בעקבותיו מוקם חבר הלאומים שיוחלף באו"ם. הכרה בכך שהמשב"ל צריך לפנות גם לאנשים:
  + 1. שימוש במשב"ל כדי להגן על אנשים מפני מדינות - הסדרת סטנדרט של יחסי המדינה כלפי אנשיה.
    2. יצירת נורמות המאפשרות הטלת סנקציות על אנשים אשר הפרו את הנורמה.

מבוא למשב"ל

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

ישנם 2 קשיים בהגדרת המשב"ל:

1. המערכת אינה דומה למערכת המשפט אליה אנו רגילים (ראה טבלה).
2. המשב"ל מתפתח ומשתנה מרגע לרגע בהתאם לתחומים השונים אותו הוא מסדיר.

הגדרת המשב"ל - מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינלאומית על מנת להגשים את הערכים של הקהילה הבינ"ל ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה. מאז מלחמת העולם השנייה יש פריחה של המשב"ל בשל תהליכי גלובליזציה.

ציות למשב"ל

ע"פ פסקל, כל סיבה שתינתן לציות למשב"ל אינה משכנעת וניתנת לסתירה. על כן, יש לבחון מדוע מצייתים למשב"ל?

* הגישה הפוזיטיביסטית - אוסטין מגדיר מערכת משפט כחוק שמלווה בסנקציה, משמע **מצייתים מתוך פחד**. עם זאת, במשב"ל אין מערכת אכיפה וסנקציות. לכן **המשב"ל הוא לכל היותר כללי נימוס**.
* הגישה הראליסטית - מדינות אינן "יצורים מנומסים" ולכן **יצייתו למשב"ל רק מתוך אינטרס או פחד מסנקציה**.

סנקציה לא יכולה להיות הסיבה היחידה לציות. על כן, גישות אלה משקפות חלק קטן ממציאות מורכבת.

מדוע מצייתים לחוק (מעבר לסנקציות)?

1. סיבות מוסריות
2. תיאום - ישנה חקיקה הקיימת בשל הצורך בתיאום.
3. נורמה חברתית - אנו מצייתים לחוק כי הוא משקף את התרבות והנורמות שלנו.
4. הסכמה והוגנות - הוגן שנשחק לפי כללי המשחק וכך נפתח יחסי אמון.

אז מדוע מצייתים למשב"ל?ע"פ אנקין רוב המדינות מצייתות למשב"ל.

1. אינטרסים - שיקולים של תיאום ויחסי גומלין שיוצרים תמריץ להפנים נורמות.
2. ביטחון - ציות למשב"ל יוצר ביטחון לשחקנים בזירה הבינ"ל כלפי המדינה.
3. סנקציות - ישנן סנקציות בתחומים שונים במשב"ל.
4. דעת קהל - למדינות אכפת ממה שחושבים עליהן בעולם ועל ההשלכות מכך.
5. שיקולי מוסר - נורמות של משב"ל שהם כללי מוסר בסיסיים - המדינה לא רוצה לבצע פשעי מלחמה.
6. הרגלים חברתיים - נורמות של מדינות עוברות במשב"ל.

מהם התמריצים להפר את המשב"ל?

1. אינטרסים לאומיים - שיקולי ביטחון וזהות לאומית.
2. דעת קהל פנימית - דעת קהל פנימית שיכולה להשפיע על מהלך כנגד משב"ל.
3. מקום בהיררכיה העולמית - השפעת סוג המדינה לדוג': ארה"ב יכולה שלא לדפוק חשבון לאף אחד.
4. מידת הלגיטימיות - מדינות יפרו נורמה של המשב"ל שאינה לגיטימית.
5. העדר חשש מסנקציה.

ככל שהמשב"ל בעל זיקה ליותר ויותר תחומים (יש יותר נורמות) - נוצרת דילמה האם לציית או לא. יש **התנגשות** בין נקודת מבט לפיה **הנורמה ערכית וההפרה לא** אל מול נקודת מבט לפיה **הנורמה לא ערכית וההפרה כן**.

ישנם 2 גישות פשטניות למשב"ל:

1. גישה לפיה המשב"ל הוא מוסרי וערכי.
2. גישה לפיה המשב"ל אינו מוסרי ונורמטיבי.

מקורות המשב"ל

ס'38 לאמנת האג מפרט את נורמות המשב"ל בחלוקה לנורמות ראשיות ומשניות.

**מקורות משניים:**

* + 1. עקרונות משפטיים כלליים:עקרונות שקיימים בהרבה מערכות משפט מדינתיות המאפשרים למלא לאקונה בחוק.
    2. פסיקות של בתי דין בינלאומיים: כלי עזר משפטי המחייב את הצדדים להליך בלבד.
    3. כתבי מלומדים: שימוש בספרות משפטית כאמצעי להבנת הדין (לא ליצירתו).

**מקורות ראשיים (אמנות ומנהגים):**

אין היררכיה בין מקורות אלה, נורמה אחת לא גוברת על השנייה (מלבד עקרונות בסיסיים- ספציפי-כללי, מוקדם-מאוחר).

**מנהג**

מנהג בינ"ל מוגדר בס'38 לחוקת ה-ICJ **כפרקטיקה כללית המקובלת על המדינות כדין**. למנהג שני מרכיבים:

1. יסוד עובדתי - **פרקטיקה מקובלת** של המדינות state practice.
2. יסוד נפשי OJ - תחושת **מחויבות משפטית** של המדינות לציית למנהג.

\*\* תחומים שהתפתחו מדין מנהגי: דיני הים, דיני לחימה, דין הנוגע לגורמי רפואה בלחימה.

מדוע ההסתמכות על מנהג בעייתית?

1. ישנו קושי לזהות אם נוצר מנהג.
2. ישנו חוסר וודאות בנוגע למועד יצירת המנהג.
3. ישנו קושי להבין את פרטי המנהג המדויקים.
4. ישנו מסר סותר ביחס להפרת הדין - כדי שייוצר דין מנהגי חדש יש צורך כי הרבה מדינות יפרו דין קיים (בעייתי).
5. לעיתים יש העדר הסכמה של מדינה למנהג.

יחד עם זאת, יש **קושי ליצור הסכמות רחבות באמנה** ולכן ישנם תחומי משב"ל שלמים המוסדרים בעזרת מנהגים.

רכיב 1 - פרקטיקה כללית מקובלת של מדינות:

תנאים להתקיימות פרקטיקה של מדינות:

1. כלליות ונרחבות - כמות נכבדת של מדינות המקיימות את הפרקטיקה (נוהגת באופן מסוים).
2. עקביות - המשכיות וחזרתיות, אין צורך בעקביות מוחלטת אלא כי בדר"כ ינהגו המדינות ע"פ המנהג.
3. משך זמן - פרקטיקה ממושכת של עשרות - מאות שנים. חריג: מקרים בהם מנהג מתפתח בזמן קצר, יש צורך כי 2 התנאים האחרים יהיו "חזקים" יותר. קורה הרבה פעמים בתחומים חדשים, לדוג': ברגע בו מטוסים התפתחו התפתח דין מנהגי הנוגע למרחב אווירי תוך זמן קצר.

פס"ד המדף היבשתי - בפסה"ד אומר ביה"ד כאמירה כללית כי יתכנו מקרים בהם יתפתח מנהג תוך זמן קצר כשתנאי העקביות וכלליות מתקיימים באופן חזק במיוחד.

בעיה - **מסורבל לדרוש כלליות ועקביות מ200 מדינות** ולכן קשה לפתח מנהגים חדשים. פתרון:

1. כלל המדינות המושפעות במיוחד - ישנם פרקטיקות שאינם רלוונטיות לכל מדינה. לדוג': דיני הים אינם רלוונטיים למדינות ללא גישה לים.
2. מנהג אזורי - פרקטיקה המקובלת בקרב קבוצת מדינות ספציפית. לדוג': ביקשו הסגרה של אדם מקולומביה לפרו, קולומביה טענה שהפרקטיקה האזורית היא לא להסגיר עבריינים פוליטיים. ה-ICJ אמר שלא היתה פרקטיקה עקבית נמשכת שיצרה את המנהג הזה. זה פתרון אבל לא תופס תמיד.

כלל המתנגד העקבי: חריג לכלל לפיו הדין המנהגי מחייב את כל המדינות הקובע כי אם מדינה מתנגדת למנהג באופן עקבי מיום היווצרו המנהג אינו חל עליה. לחריג 3 תנאים:

1. ההתנגדות צריכה להיות **מפורשת**.
2. ההתנגדות צרכה להיות **עקבית לאורך זמן**.
3. ההתנגדות צריכה להיות **מיום התגבשות המנהג**.

הבעיה עם כלל זה היא כי קשה להוכיח מתי מנהג נולד וכי מנהגים רבים התפתחו לפני הקמת מדינות.

Jus Cogens - דין מנהגי שלא ניתן להתנגד אליו, נורמות אלה גוברות על אחרות. לדוג': איסור על עבדות ורצח עם.

Era Omnos - נורמות של המשב"ל שהפרתן מהווה הפרה של נורמה כלפי כל מדינות העולם.

רכיב 2 - מחויבות משפטית Opinion Juris

אנו צריכים כי המדינה תבצע את התנהגותה מתוך **תחושת מחויבות משפטית**.

פס"ד לוטוס: התנגשות ספינות, עלתה הטענה כי יש מנהג לפיו שיפוט הנאשם הוא במדינת הדגל של הספינה. ה ICJ קבע כי זה לא נבע ממחויבות אלה מנימוס. פסה"ד קבע עיקרון לפיו מדינות רשאיות לעשות כל מה שהמשב"ל לא אסר עליהן במפורש וכי נטל ההוכחה למנהג הוא על הטוען להתקיימותו.

פס"ד אבו עיטה: דוגמה ישראלית ליישום כללי הלוטוס בניסיון לאתר מנהג.

מה קורה שמדינה מצהירה שיש מנהג אבל מפרה אותו?

פס"ד ניקרגואה - דיון של ה ICJ באחריות ארה"ב לפעולות חמושות של מורדים בהם תמכה. ל ICJ אין סמכות לדון בנושא מכוח אמנה ועולה השאלה האם איסור על שימוש בכוח מעוגן במנהג? לכאורה נראה שלא כי מדינות משתמשות בכוח, אך ה ICJ קבע שבמקרים בהן פעלו מדינות בכוח הם נתנו לכך הסברים ומכך ניתן להסיק על מודעותן לנורמה האוסרת.

פס"ד Filartiga - פס"ד בנושא עינויים. ביהמ"ש קבע כי מדינות שמבצעות עינויים לרוב מסתירות זאת מה שמעיד על מודעותן לקיומה של נורמה משפטית אוסרת. לפיכך, קיים דין מנהגי האוסר על עינוים.

מה קורה בהתנגשות בין הפרקטיקה לפועל?

1. בפועל מבצעים ומצהירים על איסור - לרוב קיים מנהג (בהגנה על חיי אדם ניתן יותר משקל להצהרות OJ).
2. בפועל לא מבצעים ומצהירים כי מותר - נניח כי אין מנהג.

מה ההבדל בין אמנה למנהג? מנהג מחייב את כלל המדינות מלבד מתנגדות עקביות בעוד אמנה מחייבת את החברות בה.

**אמנות:**

אמנת וינה ("אמנת האמנות")מ-1969 מפרטת את דיני האמנות המרכזיים. אמנה זו משקפת דין מנהגי ולכן מחייבת באופן עקיף מדינות שלא חתומות עליה.

מה זו אמנה? ע"פ ס'2(1)(4) לאמנת האמנות "**הסכם בין לאומי שנכרת בכתב בין מדינות וכפוף למשפט הבין לאומי** בין שהוא מגולם במסמך יחיד ובין בשני מסמכים או יותר הקשורים זה בזה, ויהיה כינויו המיוחד אשר יהיה".

1. בין מדינות - במשב"ל הקלאסי אמנות היו רק בין מדינות. כיום, ישנם אמנות שכוללות ארגונים בינ"ל.
2. בכתב - אמנה יכולה להיות בעל פה (אך אמנת וינה לא תחול עליה ויחול הדין המנהגי).
3. כפוף למשב"ל - הסכם שמדינות קבעו שהדין הבינ"ל יחול עליו. הסכם בו חל דין מדינתי אינו אמנה.
4. בינלאומי - ההסכם אינו פרטי.
5. כינוי מיוחד - ההנחה היא ששני מדינות חותמות על מסמך הוא אמנה.

פס"ד קטאר נ' בחריין - סכסוך בין קטאר לבחריין כאשר ישנה הסכמה לנהל מו"מ ב2 מסמכים (מכתב ופרוטוקול). אחת המדינות טוענת להעדר אמנה. ה ICJ קבע כי התוכן מחייב ולכן מהווה אמנה למרות כותרת המסמך ופיצולו ל2 מסמכים.

משמעויות הפרת אמנה: מדינה שמפרה אמנה **מפרה 3 סוגי נורמות**:

1. חוזית - אמנה היא הסכם והפרתו מהווה הפרת חוזה. ישנם אמנות בהם קבועים השלכות להפרה.
2. חוק בינ"ל - אמנה הינה נורמה ראשית במשב"ל והפרתה מהווה הפרה של דין מחייב במשב"ל.
3. דין מנהגי - ישנו דין מנהגי לפיו אמנות יש לקיים.

דרכי סיווג אמנה:

1. אמנות בילטרליות ומולטילטרליות - ישנם אמנות בין 2 מדינות (בילטרליות) ובין מספר מדינות (מולטילטרליות).
2. אמנות חוזיות ויוצרות דין - ישנם אמנות בעלות אופי חוזי (לדוג': אמנות קשרי מסחר) ואמנות בעלות אופי חקיקתי (לדוג': אמנות הנוגעות לדיני לחימה).
3. אמנות דקלרטיביות וקונסטיטוטיביות - ישנם אמנות המייצרות דין חדש (קונסטיטוטיביות) ואמנות המצהירות על דין מנהגי בנושא כלשהו (דקלרטיביות). אמנות יכולות להיות קונסטיטוטיביות ולהפוך לדקלרטיביות במידה ומתפתח מנהג חדש המשקף את האמנה. האמנה לא נבחנת כאמנה אלא כל סעיף בנפרד.
4. אמנות שיוצרות מוסדות בינ"ל - אמנות אלה הן בדר"כ מולטילטרליות וקונסטיטוטיביות. הן מעניקות לגוף המוקם סמכות לייצר נורמות משב"ל חדשות והחברות בהן מחייבת ציות גם לנורמות אלה. לדוג': אמנת האו"ם.

איך נוצרות אמנות?

1. אמנה בילטרלית - דיון בין הצדדים עד הגעה להסכם.
2. אמנה מולטילטרלית - ארגון בינ"ל מזמין מדינות להתכנס ומייצר טיוטה ראשונה לאמנה. מתכנסים לוועידות בנוגע לכל חלק. אחרי שכל וועידה מנסחת את החלק שלה יש הצבעה. לאחריה על המדינות להחליט אם להיות צד לאמנה. גופים שמייצרים אמנות: האיחוד האירופי, גוף של האו"ם- ILC, הצלב האדום.

כיצד מדינה הופכת צד לאמנה? צריך **שהגורם המוסמך** לחייב את המדינה מבחינה משפטית, **יבצע את הפעולה הנדרשת** לחיוב המדינה באמנה.

מי מוסמך לחתום על אמנה? יש אמנות בהן חתימה של נציג מוסמך מספיקה להצטרפות.

1. מתי אדם מוסמך? לחילופין: (1) האדם סיפק הוכחה לסמכותו. (2) מהפרקטיקה של המדינות המעורבות יש לו סמכות. (3) מהנסיבות נראה שהמדינה התכוונה לתת לו סמכות (מייצג או נחזה כמייצג).
2. כלל סמכות נכזבת - אם נבחר ציבור בכיר שלא מורשה חתימה חותם - המדינה מחויבת להסכם.

פס"ד ניגריה נ' קמרון - רהמ"ש הניגרי חתם על הסכם, ניגריה טענה כי הוא אינו מורשה בדין הפנימי. ה ICJ דוחה את הטענה כי לרוב לרהמ"ש יש סמכות. חריג: כאשר מדובר על נורמה יסודית בולטת בדין הפנימי של מדינה.

מהי הפעולה הנדרשת? פעולה הנדרשת לצורך חיוב המדינה יכולה להיות:

1. חתימה - פעולה חד פעמית.
2. חתימה ואישור - הגורם המוסמך חותם, חוזרים לארץ ואחרי קבלת האישור חוזר הגורם המוסמך לזירה הבינלאומית ומאשר את האמנה. הליך האשרור נעשה במטרה: (1) לתת למדינה זמן להחליט (מחזק הסכמה). (2) לתת למדינה זמן לסדר סתירות בין האמנה לדין המדינתי.

פס"ד קמיאר - קביעת ביהמ"ש העליון כי הליך האשרור בישראל נעשה ע"י הרשות המבצעת.

1. הצטרפות - פרוצדורה חד שלבית בה המדינה מודיעה על רצון להצטרף לאמנה (לרוב כאשר נגמרת האופציה לחתימה ואשרור). לדוג': עד 2002 היה ניתן להצטרך לחוקת רומא בחתימה ואשרור, לאחר מכן רק בהצטרפות.

פרישה מאמנה: האם מדינה יכולה לפרוש מאמנה בה היא חברה?

1. אם האמנה קובעת הוראות - הפרישה מהאמנה הינה בהתאם להוראות. לדוג': פרישה מחוקת רומא תיכנס לתוקף אחרי שנה. הפרישה אינה מבטלת סמכות על אירועים שקדמו לה.
2. אם האמנה שותקת - יש לבחון את כוונת הצדדים כאשר הפרישה בהודעה של שנה מראש. על הפרישה להיות בהסכמת שאר המדינות לאמנה, מסיבה מוצדקת (ס'54 אמנת האמנות).

הסתייגויות: הכרזה חד צדדית של מדינה, שיש לבטל או לשנות תחולה לגביה של סעיפים ספציפיים באמנה, או של כלל האמנה בנוגע לאספקטים ספציפיים מסוימים. ההסתייגות נעשית בעת תהליך ההצטרפות לאמנה. הסתייגות יכולה להיות: (1) מפורשת - הסתייגות מסעיף ספציפי. (2) כללית - הסתייגות מהסדר/נושא ספציפי באמנה.

השלכות ההסתייגות:

1. על המדינה המסתייגת - האמנה **חלה עליה בכפוף להסתייגות**.
2. על מדינות אחרות - ישנם 3 מצבים:

* מדינה באמנה שלא התנגדה להסתייגות - האמנה חלה בכפוף להסתייגות והמדינה יכולה להגיד כי ביחסים ביניהם **ההסתייגות היא דו צדדית**.
* מדינה באמנה שהתנגדה להסתייגות - המדינה יכולה להגיד כי כל **הסעיף נשוא ההסתייגות באמנה או לחילופין כל האמנה אינה חלה** בין המדינות.
* ביחסים בין מדינות אחרות לאמנה - **אין השפעה** להסתייגות.

מתי אסורה הסתייגות?

1. אמנה בילטרלית - בין 2 מדינות.
2. כשאמנה אוסרת הסתייגות - ישנם אמנות הקובעות כי לא ניתן להסתייג, לדוג': אמנת דיני הים.
3. כאשר ההסתייגות כ"כ גורפת שהיא חותרת תחת האמנה - לדוג': ערב הסעודית ואמנת זכויות האישה- הסתייגות בגלל הדין המוסלמי חותרת תחת האמנה.

פס"ד ל"ש נ' ל"א - מדינת ישראל חתמה על האמנה לביעור אפליה עם הסתייגות לפיה הסעיף בדבר שוויון ביחסי ישות יחול כל עוד הוא לא סותר הסדרים דתיים החלים במדינה. ביהמ"ש לענייני משפחה סבר כי הסתייגות זו חותרת תחת האמנה. במרבית המקרים קשה לדעת אם ההסתייגות חותרת תחת האמנה.

מה קורה שיש כזו הסתייגות שחותרת תחת האמנה?

1. מקרה נדיר - יש מנגנון שקובע.
2. מקרה נפוץ - אין מנגנון ויש וויכוח בין 2 גופים:

* מועצת זכויות האדם - אמרה שההסתייגות בטלה והאמנה כולה מחייבת את המדינה (חלה בלי הסתייגות).
* ה ILC- קבלת הצטרפות בלי הסתייגות משנה את האמנה. לכן, לא ניתן להכריח מדינה לקבל אמנה ללא הסתייגות. אם שאר החברות מתנגדות להסתייגות המדינה תיזרק מחוץ לאמנה.

הצהרה פרשנית באמנה:הצהרה פרשנית היא **הצהרה של מדינה החברה באמנה שמסבירה מהי לדעתה הפרשנות הנכונה** לסעיפים/הסדרים המצויים באמנה.

הבדלים בין הצהרה פרשנית להסתייגות:

1. הצהרה פרשנית לא מייצרת דין - אם תתקבל פרשנות אחרת לאמנה היא תחייב את המדינה שהגישה הצהרה.
2. אין מגבלת זמן - הסתייגות ניתן להגיש עד להפיכה לצד באמנה והצהרה בכל זמן סביר.

למה יש הצהרות פרשניות?

1. מדינות רוצות להשפיע על פרשנות האמנה ומפרסמות את דעתם בתקווה שאחרות יסכימו.
2. מדינות משתמשות בהצהרות "לדחוף" הסתייגויות כאשר: (1) לא ניתן להגיש הסתייגות. (2) לא נעים להסתייג.

\*\* לכן, **יש להסתכל על תוכן** ולא כותרת. יהיו מסמכים ששמם הצהרה פרשנית ויהוו הסתייגות.

לא להתבלבל!!! (1) הכרזה בינ"ל - מסמך שנראה כמו אמנה, החתום ע"י מדינות ומפרט כללים אך מצוין בו כי אינו מהווה מסמך משפטי מחייב. (2) הכרזה חד צדדית - אמירה של מדינה כי היא לוקחת עליה התחייבות משפטית כלשהי כלפי שאר העולם, לדוג': הכרזת צרפת כי לא תעשה ניסויים גרעיניים באוקיאנוס השקט.

כללים בסיסיים בדיני אמנות:

1. כיבוד אמנה -

* ס'26 לאמנת האמנות קובע כי מדינות צריכות לנהוג בתו"ל כלפי צדדים לאמנה.
* אמנה מחייבת רק צדדים לה ולא מטילה חובות על מדינות שאינן צד לה.
* מדינה לא יכולה להתבסס על משפט הפנים כהצדקה להפרת האמנה (ס'27 לאמנת האמנות).
* פרשנות האמנה היא בהתאם ללשון ולאור מטרותיה ותכליתה (ס'31-32 לאמנת האמנות).

1. הפרת אמנה - שמדינה מפרה אמנה 2 נורמות חלות:

* מנגנוני האמנה הקובעים השלכות להפרה.
* דיני אחריות המדינה (גוף בינ"ל שעוסק בהשלכות הפרה).

1. אמנה בטלה/ניתנת לביטול -

* אמנה בטלה - אמנה שהפגם שדבק בה היה כה חמור עד כי **יש לשלול את תוקפה כאמנה**. דוג': סתירת הוראות אמנת האו"ם.
* אמנה שניתנת לביטול - אמנה שנכרתה ולשאר הצדדים **יש יכולת להחליט האם לבטל** אותה או לא. תנאים לביטול: (1) נסיבות המצדיקות ביטול. (2) הביטול תוך זמן סביר. (3) חריג: גבול בינ"ל שנקבע באמנה לא משתנה בביטול. נסיבות לביטול: (1) החתימה על האמנה נעשתה בניגוד להסדר יסודי בדין המדינה. (2) באמנה קיימת טעות בעובדה, כאשר לא ניתן להתבסס על טעות מכוונת לביטול אמנה. (3) סיטואציה בלתי צפויה המונעת את ביצוע האמנה, לדוג': אמנת לחלוקת מים ופתאום יש בצורת.

**מקורות נוספים של המשב"ל**

נורמות מחייבות של המשב"ל אשר אינן נמצאות בס'38 לחוקת ה ICJ:

הכרזות חד צדדיות: מעין אמנה בין מדינה לשאר העולם.

החלטות של אירגונים בינ"ל: ארגונים אלה מוקמים מכוח אמנות והחלטותיהם יכולות להפוך לנורמות מחייבות ע"י: (1) קביעה באמנה שהן מחייבות. (2) התפתחות מנהג הזהה להחלטה.

Soft law - נורמות שברמה הפורמאלית לא מחייבות, אבל בעלות השפעה רבה. יש סוג של soft law שמיוצר ע"י גורמים פרטיים אשר אינו מחייב ברמה המשפטית אך מעשית קשה להפר אותו, לדוג': ISO קובע סטנדרטים כמו גודל מכולות מותר, ניתן להפר אותן אך המכולות לא יוכלו להיכנס לנמל.

פס"ד מפקח היהלומים: כללי קימברלי המהווים soft law מסדירים סחר ביהלומים. סוחרת מגיעה לארץ עם יהלום ממדינה שאינה חברה בהליך קימברלי ושאינו בעל תעודה. מפקח הבורסה החרים אותו בחשד להפרת הליך קימברלי. בעתירה לבג"צ כנגד המהלך ביהמ"ש קבע שפעל בסבירות בהתאם ל'הליך קימברלי'. למפקח אכפת מ'הליך קימברלי' כי אם היה מזלזל בכך לא היו סוחרים איתו. ההליך אינו מחייב ברמה פורמאלית ועם זאת לא נפר אותו.

פרגמנטציה

מתארת תופעה של **התנגשות בין דיני משב"ל שונים מבלי שניתן בקלות להכריע איזה דין גובר**. ישנם 3 סוגי פרגמנטציה:

1. פרגמנטציה נורמטיבית - נורמות שונות של המשב"ל מתנגשות זו בזו, ללא כלל הכרעה ברורה. לדוג':יש אמנה לפיה אסור לגייס מתחת לגיל 15, יש אמנה לפיה יש לספק לשבוי טבק ויש אמנה לפיה אין לספק טבק לאנשים מתחת לגיל 18. האם שבוי בגיל 16 זכאי לטבק?
2. פרגמנטציה מוסדית - התנגשות בין סמכויות של מוסדות בינ"ל שונים, כגון בתי דין. כאשר השאלה היא החלטה של איזה גוף גוברת? לדוג': קיים מוסד בוררות מכוח אמנה העוסקת בדייג טונה. קיים בי"ד מכוח אמנת סחר. כאשר סוחרים בדגי טונה, איזה פסיקה גוברת?
3. פרגמנטציה של המדינה - כיום המשב"ל נוגע בתחומים מדיניים רבים. המדינה מדברת בכוחות שונים בזירה הבינלאומית. לרוב, גופים שונים מנצלים את המשפט הבינלאומי לתת גב יותר חזק לעמדה שלהם בוויכוח המדינתי. גורמים שונים אלה מנצלים את פריחת המשב"ל כדי לעגן נורמות שמחזקת את עמדתם. לדוג': במדינת ישראל יש גופים המתנגדים לצעדים שעלולים לזהם את הים (מעודדים חתימה על אמנת ברצלונה). ומשרד רהמ"ש מנהל מו"מ עם איחוד האמירויות על העברת צינור נפט. למדינה התחייבויות סותרות.

התנגשות בין נורמות:

התנגשות בין נורמות הסכמיות (אמנות):

* אמנת האו"ם גוברת על אמנות אחרות.
* התחייבויות סותרות בין אותן מדינות - ספציפי גובר על כללי ומאוחר על מוקדם.
* התחייבויות סותרות בין מדינות שונות - המדינה בעלת ההתחייבויות הסותרות בהכרח הפרה דין בינ"ל.

התנגשות בין נורמות מנהגיות:

* Jus cogens גובר על נורמות מנהגיות אחרות.
* אם שני הנורמות הן Jus cogens ספציפי גובר על כללי ומאוחר על מוקדם.

התנגשות בין נורמה הסכמית (אמנה) למנהגית:

* התנגשות בין אמנה למנהג - ספציפי גובר על כללי ומאוחר על מוקדם.
* התנגשות בין אמנה ל Jus cogens- הדין המנהגי גובר.

יחסים בין אמנה למנהג:

* אמנה דקלרטיבית - האמנה משקפת דין מנהגי.
* אמנה הסותרת מנהג.
* אמנה המייצרת מנהג - לפי העמדה הרווחת אמנות יכולות לייצר מנהג. לכך מספר השלכות: (1) היקף המדינות עליהם חל הדין מתרחב מהמדינות החתומות לכלל המדינות. (2) מצטמצמת האפשרות לצאת מההסכם שכן מאמנה ניתן לפרוש וממנהג יש להיות מתנגד עקבי.

האם אמנה יכולה להפוך למנהג? ע"פ העמדה הרווחת **כן**. יש להבחין בין 2 מקרים:

1. העמדה שסבורה כי אמנה יכולה להפוך למנהג מחייב:

* אמנה מולטילטרלית - לא די כי הרבה מדינות חתמו אלא יש לראות אם בפועל יש כלליות, עקביות וממושכות. אם מדינות שאינן חתומות פועלות לפי הכלל זה יחזק את היותו מנהג ואם לא ככל הנראה נחשוב כי יש מנהג והן מתנגדות עקביות. דוג': רוב המדינות חתומות על האמנה לאיסור נשק כימי ודי ברור כי היא דין מנהגי.
* אמנה בילטרלית - אם אמנות בילטרליות רבות קובעות כלל מסוים ניתן לראותו כמנהג מחייב.

1. העמדה שמתנגדת לכך שאמנות יכולות להפוך למנהג: מדינות חתומות מקיימות את האמנה מכוח הכלל לפיו הסכמים יש לקיים ולא מתוך תחושת מחויבות (OJ). לכן, לא יכול להיווצר מנהג גם שהן פועלות ע"פ כללי האמנה.

יחס בין המשפט המדינתי למשב"ל:

מהי חשיבות שאלה זו בדין המדינתי?

1. חשיבות פרקטית - שימוש במשב"ל בבימ"ש מדינתיים.
2. חשיבות נורמטיבית - משליך על תהליכים פנימיים במשב"ל ובמשפט המדינתי.

עולות 2 שאלות: (1) מה מעמדם של דיני מערכת אחת בתוך השנייה? (2) מה עושים בסתירה בין הדינים? כעת, נבחן שאלות אלה מ3 נקודות מבט: (1) נקודות מבט של המשב"ל. (2) נקודת מבט של מתבונן מהצד. (3) נקודת מבט של מדינות.

**נקודת המבט של המשב"ל:**

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

מעמד הדין המדינתי - המשב"ל לא מתעניין במשפט המדינתי בכפוף לחריגים: (1) דין מדינתי שקיים במדינות רבות. (2) דין הקובע מי אזרח. (3) דין המשפיע על גבולות.

מה גובר בסתירה? הדין **הבינ"ל**. ע"פ ס'27 לאמנת האמנות סתירת אמנה בדין המדינתי לא מהווה עילה להפרתה.

**נקודת המבט של השיח האקדמי (מתבונן מהצד):**

תאוריות ליחסים בין המשב"ל למשפט המדינתי:

1. הגישה המוניסטית -המשב"ל והמשפט המדינתי הם חלק ממערכת אחת. לכן, המשב"ל עליון לדין המדינתי. 2 תאוריות שמסבירות את גישה זו:

* גישת המשפט הטבעי - המשב"ל **מייצג נורמות מוסר בסיסיות** ולכן עליון לכל משפט מדיני. לדוג': את אייכמן מעמידים לדין על רצח עם, הוא טוען כי ציית לדין הגרמני שמורה להרוג יהודים. אומרים כי היה עליו לציית למשב"ל שאוסר להרוג כאשר הנימוק הוא מוסר.
* גישת הפוזיטיביזם - הדין הבינ"ל הוא שקובע אם מדינה תקום, ולפיכך המדינה היא יצירת המשב"ל והוא עליון לה.

\*\* אנשי אקדמיה כבר לא מאמינים במוניזם אבל רואים אותה בפסיקת מוסדות המשב"ל.

1. הגישה הדואליסטית- משפחת גישות לפיה **מדובר בשתי מערכות נורמטיביות שונות**, כאשר המשב"ל עוסק במדינות והמשפט המדינתי בבני אדם. לפיכך, האדם צריך לציית לנורמה המדינתית ולמדינה יש שיקול דעת מוחלט אם לאמץ כללים של משב"ל לקרבה. כל עוד המדינה לא אימצה, הכלל יחייב אותה ולא את אזרחיה. כיום, גם גישה זו לא מקובלת שכן אם מדינה לא חוקקה חוקים נגד פשעים לכאורה אין איסור. עם זאת, **רוב מערכות המשפט המדינות מצהירות כי המשפט המדינתי עליון למשב"ל**.

היחס למוניזם ודואליזם:

1. המשב"ל - מאמץ את המוניזם, המשב"ל עליון למשפט המדיני.
2. המשפט המדינתי - מאמץ את יסודות הדואליזם, המשפט המדיני עליון למשב"ל.
3. המתבונן מהצד - תמיכה בגישות מורכבות.

**נקודת המבט של המשפט המדינתי:**

כל מערכת משפט מתנהגת באופן שונה כאשר ישנם 3 מאפיינים משותפים: (1) הצהרה כי הדין המדינתי עליון (יסודות דואליזם). (2) הסדרים שמשקפים שילוב בין דואליזם למוניזם. (3) הענקת משמעות למשב"ל (התמרכזות).

דוקטרינות לקליטת הדין הבינ"ל:

1. קליטה ישירה - נורמות המשב"ל **נקלטות באופן אוטומטי** במשפט המדינתי, ביטוי למוניזם. לדוג': בישראל מנהג נקלט באופן ישיר ומעמדו נמוך מחוק וגבוה מתקנה.
2. קליטה מפורשת - **קליטה אקטיבית** בנורמה חוקית של המדינה, כאשר מעמד הנורמה כמעמד הנורמה המאמצת, ביטוי לדואליזם. לדוג': אם חוק מאמץ הוראות אמנה אז החוק המאמץ מחייב במדינה.
3. דוקטרינת ביניים - יישום – גם אם הנורמה הבינ"ל לא נקלטה באקט פורמלי במשפט המדינתי, **תהיה השפעה לגבי יישום/פרשנות הדין המדינתי**.

\*\* בפועל, במדינות רבות יש ערבוב הסדרים והסדרי קליטה שונים לגבי מנהג ואמנה.

שלוש דוגמאות:

1. אנגליה – **משפט מנהגי** נקלט באופן אוטומטי והוא עליון לחקיקת משנה. **אמנות**-נדרשת קליטה מפורשת. אם יש סתירה בין אמנה/מנהג לחוק מפורש- החוק יחייב. **יישום**- "חזקת ההתאמה הפרשנית" - הנורמות של הדין הבריטי יפורשו ככל הניתן בהתאם למשב"ל, אבל אם יש סתירה הדין המדינתי גובר.
2. מדינות פוסט קומוניסטיות- **אמנות-** קליטה ישירה. יש מעורבות של הפרלמנט באשרור האמנה. מרגע שאמנות נקלטו, מעמדן כחוק (המשב"ל גובר על חוקה בחלק מהמדינות). **מנהג-** קליטה ישירה. הפרשנות לכללי המשב"ל נעשית בהתאם לחוק המקומי ועל ידי בתי המשפט המקומיים.
3. ארה"ב – **מנהג-** קליטה ישירה כאשר יש חילוקי דעות אם הוא מאומץ כחוק פדראלי או חסר מעמד. **אמנות-** מודל של קליטה ישירה במעמד חקיקה פדראלית. דרוש הליך אישור חתימה מצד הממשל והצבעה בסנאט ברוב מיוחס (2/3). בפועל, ביהמ"ש בארה"ב קרבו את קליטת האמנות לגישה הדואלית.

\*\* ניתן לראות שקשה לסווג מדינות כמוניסטיות או דואליסטיות וכולן **נמצאות במרכז**.

**איך פותרים התנגשויות**?

קיימת **סתירה בין עמדת המשב"ל לעמדת המדינות**, כאשר כל מערכת חייבת לטעון לעליונות כדי לא לאבד את סמכויותיה. לכל מערכת שרוצה שיקשיבו לה ישנו טיעון ערכי:

1. טיעוני המשפט המדינתי:

* טיעון תרבותי - הגדרה עצמית, שיקוף ערכים מקומיים.
* טיעון דמוקרטי.

1. טיעוני המשב"ל :

* טיעון פרקטי - בעידן הגלובליזציה יש צורך להסדיר אינטראקציה בין מדינות.
* טיעון מוסרי - המשב"ל מסדיר נורמות מוסריות כמו זכויות אדם.

מי צודק? הבעייתיות היא כל מערכת **דורשת ציות מוחלט**, זה **לא תלוי סיטואציה**.

מה עושים בסתירה? כל מערכת תצהיר על עליונותה. עולה השאלה מה קורה בהתנגשות?

1. עימות - כל מערכת מצהירה על עליונותה ומענישה את מי שמפר את הדין שלה. הבעייתיות היא כי הצורך לבחור יביא להפסד תומכים ל2 המערכות.
2. פשרה - מנגנונים להקטנת חיכוך, למנגנון זה 3 רכיבים:

* הצהרה - כל מערכת משפט מצהירה באופן מפורש שהיא עליונה למערכת המשפט השנייה.
* הכרה בתחולה- אימוץ מנגנון שנותן השפעה לנורמות המערכת השנייה.
* השפעה מוגבלת - ההשפעה שניתנת היא מוגבלת ומלווה בהצהרה כי דין המערכת המתפשרת הוא שנותן כוח.

הסיפור האמריקאי - **שנות ה90** - תמיכה בעמדת הפשרה. **אירועי 11.9** - התכנסות להתגוננות, עמדת העימות. הממשל מבין כי המשב"ל ימנע ממנו לנקוט בצעדים שרצה ולכן טוען כי המשפט המדינתי גובר. **ממשלות בוש ואובמה** - עלייה מחדש של עמדת הפשרה בשל מחירים שמשלמת ארה"ב על מדיניות העימות. **ממשל טראמפ** - התחזקות עמדת העימות, פרישה ממגוון אמנות, סיכול מינוי שופטים בהאג ועוד.

הסיפור הישראלי (גדר ההפרדה) - האו"ם פונה ל ICJבנוגע לחוקיות גדר ההפרדה. ישראל אינה צד להליך ולכן לחוות הדעת אין תוקף משפטי. פסיקת ה ICJ קובעת כי גדר ההפרדה וההתנחלויות אינן חוקיות וכי הגדר מהווה הפרה של חוקי מלחמה. המשמעויות הפוטנציאליות הם חרם על ישראל, וסיכון חיילי צה"ל.

בג"ץ בית סוריק - עסק בתוואי גדר הביטחון לאחר החלטת ה-ICJ בנושא. **חשין** (מיעוט) - **גישת העימות**, ה ICJ התבסס על תמונה חלקית ולכן החלטתו חסרת משקל. קבלת דעתו הייתה מהווה קריאה נגד ה ICJופוגעת בישראל ברמה בינ"ל. **ברק** (רוב) - **גישת פשרה**, אומר כי רק המקרה הקונקרטי רלוונטי לדיון. קיבל את עמדת ה ICJ לפיה זה עניין של מידתיות אך אומר כי לשופטים הישראלים יותר מידע ולכן בג"ץ יבחן את המידתיות. בעקבות הבג"ץ משתנה טוואי הגדר. לכן, טוואי הגדר עליו ניתנה ביקורת ה ICJאינו רלוונטי. בכך מצא ברק דרך להגיע לפשרה. יוצא מסמך כי לאור שינוי הטוואי פסיקות ה ICJאינן רלוונטיות למתרחש בשטח.

היחס בין המשב"ל לדין הישראלי:

ישנם 3 סוגיות תחת היחס בין המשב"ל למשפט הישראלי:

1. השפעה פרשנית - השפעת הדין הבינ"ל על פרשנות נורמות ישראליות, אין הבדל בין דין מנהגי לאמנה.
2. דרך ומידת הקליטה - הבדל בין דין בינ"ל הסכמי ומנהגי.
3. מעמד נורמטיבי במשפט הישראלי - הבדל בין דין בינ"ל הסכמי ומנהגי.

השפעה פרשנית:

חזקת ההתאמה הפרשנית - חזקה על המחוקק הישראלי שלא התכוון לסתור נורמה של המשב"ל שמדינת ישראל מחויבת לה. לכן על ביהמ"ש יש **לפרש את דיני מדינת ישראל ככל הניתן באופן התואם את דיני המשב"ל** החל על מדינת ישראל. חזקת ההתאמה חלה בין אם מדובר במנהג ובין אם באמנה שישראל צד לה. החזקה חלה בין דין בינ"ל לבין חקיקת משנה, פסיקה וחקיקה.

פס"ד להיס - מפקד צה"ל הורג עשרות תושבי כפר שתחת כיבוש בטענה כי זה נעשה בצורך. ביהמ"ש פירש את המילה צורך ע"פ דיני הלחימה הבינ"ל.

האם חזקת ההתאמה חלה על חוקי יסוד? עם הזמן מתעורר גל פסיקה שמחיל את חזקת ההתאמה על חוקי יסוד. ניתן לראות כי הרציונליים להחלתה על נורמות רגילות מתקיימים גם כאן וכי חוקי היסוד לא נולדו בוואקום ושאבו השראה מהמשב"ל לכן פרשנותם בהתאם למשב"ל מתאימה.

פס"ד סילוואד - דיון על תחולת חזקת ההתאמה על חוקי היסוד. כאשר ד"ר בורר טוען כי יש לקבוע הלכה לפיה חזקת ההתאמה חלה על חוקי יסוד.

אופן קליטה ומעמד נורמטיבי של מנהג:

מנהג נקלט אוטומטית בקליטה ישירה ויגבר על חקיקת משנה סותרת. מה ההשלכות לכך?

1. המשפט המנהגי כמקור להענקת זכויות - לדוג': שגריר מצריים מזמין זמרת ישראלית למופע, הוא מטריד אותה מינית, לא ניתן להגיש תביעה כי ישנו מנהג הקובע חסינות דיפלומטית.

בג"ץ הסיכול הממוקד - עלתה טענה כי סיכול ממוקד הוא רצח כי לחיילים מותר להרוג רק כהגנה עצמית. נקבע כי חיילים מוסמכים להרוג לפי המשפט הבינ"ל המנהגי- שהוא נורמה מחייבת בדין הישראלי.

1. התנגשות בין מנהג לחקיקת משנה - מנהג יגבר. לדוג': ביהמ"ש העליון קבע כי יש סתירה בין נוהל שכן (פקודה צה"לית להוצאת אדם מתבצר) לבין המשב"ל המנהגי (עקרון ההבחנה של דיני הלחימה) ולכן נוהל שכן מבוטל.
2. בהתנגשות בין מנהג לחקיקה ראשית - החוק גובר.

פס"ד אפו - ס'49 לאמנת ז'נבה אוסר על גירוש, גם אינדיבידואלי. עולה טענה כי זה דין מנהגי. החוק הישראלי מאפשר גירוש. שמגר אומר כי הדין המנהגי אוסר רק גירוש קולקטיבי, וגם אם הוא אוסר גירוש יחידני, הרי שהחקיקה הישראלית הראשית גוברת.

אופן קליטה ומעמד נורמטיבי של אמנות:

אמנות מאושררות ע"י ממשלת ישראל. הדין ההסכמי אינו הופך לחלק מהדין בישראל, אך לעיתים חיקוק ישראלי מעתיק הסדרים מהאמנה והחיקוק הקולט (לא האמנה) מהווה דין משפטי מחייב. בעת הקליטה הופך מעמד האמנה למעמד הנורמה הקולטת. במקרה של סתירה בין הדין הישראלי לדין האמנתי- מה שיקבע הוא הדין הישראלי. לכן בסתירה בין אמנה לחוק- החוק גובר.

אמנה שישראל צד לה ונקלטה - מבחינה פורמאלית אין מעמד. מבחינה מעשית, היא בעלת המעמד של החיקוק הקולט.

פס"ד סמרה - בשרטוט הגבול עם ירדן נוצר מצב של שטחים של כפריים שחולקו ונולדו הסדרים להגן על זכויותיהם. ישראל לא עמדה בהסדרים והוגשו עתירות. בג"ץ קבע כי מדובר באמנה שלא נקלטה ולכן אין לה מעמד בדין הישראלי.

אמנה שישראל צד לה ולא נקלטה - אינה בעלת מעמד בסתירה בין האמנה לחוק (ראה פס"ד אפו).

פס"ד וופה עלי - עתירה כנגד בתי הסוהר שמחזיקים מחבלים מחוץ לקו הירוק. זאת הפרה כי אסור להוציא מהשטח הכבוש. נקבע כי הדין המדינתי גובר, יש לעשות פרשנות תכליתית לאמנה. בפועל, נגישות המשפחות לא נפגעה ואין הפרה.

מגמת צמצום הפער בין מעמד אמנה למנהג:

בפועל, קיימת מגמה בפסיקה המקטינה את הפער בין מנהגים לבין אמנות ומגבירה את ההשפעה של דין בינלאומי הסכמי שלא נקלט. עצם זה שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על אמנות שישראל צד להן ולא נקלטו מחזקת את מעמד האמנות. בפרשת להיס - בין אם הנורמות באמנת ז'נבה מנהגיות או לא יש לפרש לפיהם.

פרשת פלונים - המשב"ל מאפשר להכניס אנשים למעצר מנהלי כאשר הסיכון נובע מן הבן אדם. אנשי חיזבאללה הוחזקו כקלפי המיקוח. בדיון נוסף נאמר כי חזקת ההתאמה מחייבת לפרש את טעמי ביטחון המדינה לאור המשב"ל הרלוונטי. לכן, לקבוע שטעמי ביטחון המדינה זה רק אם הבן אדם מהווה סיכון אישי.

ניתן לראות כי חזקת ההתאמה הפרשנית מוחלת גם על נורמת הסבירות. יהיו מקרים שלולא קיום אמנה היה נקבע כי פעולה לא סבירה ובשל האמנה תחשב הפעולה לסבירה.

דרזנר נ' גיל - אדם חייב לצאת מהארץ למשפט בשוויץ אך נושיו רוצים צו איסור. יש אמנת הסגרה והוצאתו מהארץ היא למימושה. לולא הייתה אמנה יציאתו הייתה בלתי סבירה אך בשל האמנה היא סבירה.

בג"ץ בית לחם - סתירה של דיני הכיבוש של המשב"ל היא בלתי סבירה.

מסקנה: הפער בין ההשפעה של דין מנהגי לדין הסכמי מצומצם. אם תקנה סותרת אמנה שלא נקלטה לרוב יקבע כי היא בטלה מהיותה בלתי סבירה.

המדינה:

למה שישות תרצה להכריז על עצמה כמדינה?

* 1. המשב"ל מעניק למדינות **שוויון,** כל המדינות שוות מבחינה משפטית.
  2. ע"פ פס"ד לוטוס המדינה **רשאית לעשות כל מה שהמשב"ל לא אסר** עליה.
  3. המשב"ל מעמיד למדינה ולנציגיה **חסיונות** וזכויות יתר שונות.
  4. ע"פ פס"ד איי פלמס **אין להתערב** בענייני המדינה הפנימיים.

תנאים למדינה: באמנת מונטווידאו מצויים 4 כללים למדינה:

1. טריטוריה - **יבשה**, כאשר אין מגבלת גודל ולא נדרשת רציפות, הסכמה על הגבולות ושליטה מלאה כדי להיות מדינה.

פס"ד סילנד - פלטפורמות בים מחוץ למים הטריטוריאליים של בריטניה. אנשים משתלטים ומקימים מדינה בשם "סילנד". אזרח גרמניה טוען כי לא ניתן לתבוע אותו בגין אי תשלום מיסים כי הוא שגריר מטעם סילנד ובעל חסינות.

1. אוכלוסייה קבועה - יש דרישה **לאוכלוסייה קבועה**. עם זאת ניתן לראות מדינות כמו הוותיקן בהם האוכלוסייה הקבועה קטנה מאוד ועיקר האוכלוסייה אינו קבוע.
2. שלטון – **אפשרות של מוסדות מרכזיים להטיל מרות** על האוכלוסייה בשטח. גם לא דקדקני, לדוג': שלטביה מתפרקת מבריה"מ ומכריזה עצמאות הרוסים שלטו ב-50% מהשטח, עדיין מומש תנאי השלטון. כמו כן, מדינה ממשיכה להתקיים גם שהשלטון מתפרק, לדוג': לוב ותימן.
3. עצמאות – **היכולת לנהל יחסים בינ"ל**. גם תנאי זה לא מחמיר, לדוג': ניו זילנד מייצגת את איי קוק באו"ם, אך הם הצטרפו למספר אמנות ולכן תנאי העצמאות מתקיים.

פרמטרים נוספים לצורך זיהוי ישות כמדינה: ישנם אלמנטים נוספים שיקלו/יקשו במידת התממשות תנאי מונטווידאו.

1. הכרה - תנאי **מקל**. ישנם 2 דעות: **(1)** עמדת מיעוט - הכרה הכרחית לקיום מדינה בנוסף לתנאי מונטווידאו. **(2)** עמדה רווחת - הכרה במדינות אינה מייצרת מדינה. בעבר הייתה תמיכה בגישת המיעוט, בתקופת השלטון הקולוניאליסטי מדינות לא רצו להכיר במדינות שבורחות משלטונן, נוצר חוסר צדק ולכן עלתה הגישה הרווחת. להכרה השלכות נוספות כמו: הקלה בהצטרפות לאירגוניים בינ"ל, פוטנציאל לקיום יחסים דיפלומטיים, תרומה להכרה בעיקרון השלמות הטריטוריאלית ועוד.
2. מדינות אפרטהייד - תנאי **מחמיר**, מדינות שהתפתחו כדי לחזק משטר אפרטהייד אינם יראו כישויות מדינתיות למרות עמידה בתנאי מונטווידאו.
3. מדינות שקמו תוך ביצוע רצח עם - תנאי **מחמיר**.
4. מדינות המוקמות בכיבוש לא חוקי - תנאי **מחמיר**, מדינה שהוקמה באמצעות כיבוש לא חוקי לא תוכר גם במידה ועומדת בתנאי מונטווידאו. לדוג': הצי הטורקי מגיע לקפריסין וכובש את צפון האי ומכריז עצמאות, לכאורה מתקיימים תנאי מונטווידאו אך לא נכיר בהם כמדינה.
5. עקרון ההגדרה העצמית - תנאי **מקל**, עקרון זה אומר כי עם צריך להיות מסוגל לנהל את חייו. עקרון זה הינו Era Omnos ויש השקפה לפיה הוא Jus Cogens. ע"פ עקרון זה עם צריך להיות קבוצה **גדולה**, עם **תרבות משותפת** שכלל **נולדים ומתים לתוכה**. ישנם עמים רבים ולכן עיקרון זה מאוזן עם פרמטרים נוספים. ע"פ עקרון זה מידת הסלחנות משתנה בהתאם ל2 נסיבות:

* אין ריבון חוקי קודם על השטח - שטח קולוניאליסטי שנסוג או מדינה פדרטיבית שמתפרקת. במקרים אלה לעיקרון ההגדרה העצמית השפעה שמתאזנת עם עקרון שימור הגבולות (גבולות הישות יישארו גבולות הקונולניה/המדינה הפדרטיבית).
* כאשר קיים ריבון על השטח - מיעוט רוצה להקים מדינה באזור בשטח בו הוא רוב כאשר יש ריבון חוקי. ישנם 2 גישות: (1) גישת ביהמ"ש הקנדי - הצרפתים בקנדה עושים משאל עם בשאלה "האם לפרוש מקנדה ולהקים מדינה עצמאית?". הקנדים פונים לביהמ"ש העליון ושואלים אם זה חוקי? ביהמ"ש קובע שישנם 2 סיטואציות בהם זכאי מיעוט להקים מדינה: **שהמיעוט נרדף** ואינו זוכה לזכויות במדינה הקיימת וכאשר **ישנה הסכמה כפולה** (של החלק הפורש ושל הריבון על השטח). (2) גישת ה ICJ - גישת המצליח - קוסובו הינה תת פדרציה בסרביה שרצתה להכריז עצמאות אחר התפרקות יוגוסלביה. החלטת מועצת הביטחון אומרת כי על קוסובו וסרביה לנהל מו"מ בנוגע למעמדה של קוסובו. המו"מ אינו מבשיל וקוסובו מכריזה עצמאות. ישנה פנייה ל ICJ לברר אם קוסובו היא מדינה? נאמר כי המשב"ל פונה למדינות, כל עוד קוסובו לא מדינה אין דרישה לשלמות טריטוריאלית, הם יהיו מדינה אחרי שיש שינוי של הגבול ולכן העיקרון לא רלוונטי. זוהי **שיטת המצליח**, מיעוט יכול להכריז על פרישה ולפעמים זה יצליח ולפעמים לא. ישנה רמיזה כי עקרון ההגדרה העצמית צריך להילקח בחשבון בהקמת מדינה.

הרשות הפלסטינית:

שלב א' עמידה בתנאי מונטווידאו:

* 1. אוכלוסייה קבועה - יש.
  2. טריטוריה - **ע"פ היועמ"ש** אין החזקה כי צה"ל מחזיק ביו"ש והחמאס בעזה, אף ניתן לראות כי הפלסטינאים טוענים כי השטח כבוש. כלומר, אין להם שטח. **ע"פ התובעת** שליטה היא ספקטרום, הפלסטינאים בעלי שליטה מספיק אפקטיבית כדי להכיר בתנאי מונטווידאו.
  3. שלטון אפקטיבי- **ע"פ היועמ"ש** טענות דומות לטריטוריה. **ע"פ התובעת** יש שליטה מסוימת בחלקים משמעותיים מהשטח.
  4. עצמאות - **ע"פ היועמ"ש** הסכמי אוסלו אוסרים קיום יחסי חוץ עם הפלסטינאים. **ע"פ התובעת** מדינות רבות מקיימות איתם יחסי חוץ והם חברות במספר אירגונים בינ"ל.

שלב ב' האם ניתן לקהל?

1. קיומו של ריבון אחר בשטח - **ע"פ היועמ"ש** זהו שטח שהריבונות עליו בהקפאה ולישראל בסיס משפטי לריבונות. עוד הוסכם בצדדים לא להסכים על סוגית הריבונות. **ע"פ התובעת** אין ריבון חוקי בשטח, השטח לא סופח בפועל ע"פ החלטה 242 התנחלויות הן מכשול בדרך לשלום ונורמות עכשוויות לא מכירות ביו"ש כחלק מהשטח היהודי.
2. הזכות להגדרה עצמית - **ע"פ היועמ"ש** זכות זו אינה מחייבת מתן מדינה. בנוסף, השליטה קטנה ויש גבול לסלחנות עם תנאי מונטווידאו. **ע"פ התובעת** זכות זו היא Jus Cogens ואף הוכרה בקהילה הבינ"ל. אף הפלסטינאים מקיימים את כל תנאי מונטווידאו וניתן להקל בתנאים במקרה שההכרה תהווה מימוש הזכות להגדרה עצמית.
3. הכרה - 138 מדינות מכירות בפלסטינאים במעמד משקיפה באו"ם. **עמדת היועמ"ש** הכרה אינה תנאי ואין להוזיל את תנאי מונטווידאו. **עמדת התובעת** הכרה מאפשרת הקלה באופן בו נבחנים התנאים ויש הכרה במדינה פלסטינית.

\*\* האם קיים חריג קוסובו? **עמדת היועמ"ש** הסכמים קובעים כי לפלסטינאים אסור להקים מדינה באופן חד צדדי והמו"מ טרם הסתיים. **עמדת התובעת** סיפוח השטחים לא עולה בקנה אחד עם המו"מ אשר חדל מלהתקיים.

**דיני אחריות המדינה:**

מדינה **אחראית על הפרות של המשב"ל שנעשו על ידה**. מכאן עולות השאלות **מהן הפרות וכיצד יודעים שהם נעשו מצד המדינה**? (1) צריך למצוא כי קיים דין בינלאומי רלוונטי במועד ההפרה. (2) פעולת מעשה או מחדל שניתן לשייך למדינה.

דינים הנבחנים במקרה של הפרה:

1. דיני אחריות המדינה - דין בינלאומי מנהגי שחל בנוגע להפרות המשב"ל.
2. דין מהותי רלוונטי - תשובות לשאלות והסדרים ספציפיים בנוגע להפרה, סעדים אלה מתווספים לדיני אחריות המדינה.

ייחוס פעולות למדינה: כדי שפעולה תחשב של מדינה צריך שהפעולה תבוצע ע"י אורגן שלה. מיהו אורגן?

1. אורגן דה יורה - מי **שהמדינה קבעה** בדין שמהווה אורגן שלה.
2. אורגן דה פקטו - נטיל אחריות על מדינה כלפי מעשה של אורגן דה פקטו, כדי להיות אורגן דה פקטו **נדרשת תלות מוחלטת** במדינה. לדוג': בהתפרקות יוגוסלביה יש מלחמה בין הבוסנים המוסלמים לבוסנים הסרבים. סרביה מאמנת ומממנת את הבוסנים הסרבים. האם ניתן לשייך את מעשיהם לסרביה? הבוסנים הסרבים אינם אורגן דה פקטו כי אין להם תלות מוחלטת בסרביה.

פעולה בחריגה מסמכות: מה קורה שמתבצעת פעולה בחריגה מסמכות? לדוג': שוטר עוצר שגריר. ניתן לייחס אחריות למדינה על פעילות אורגן שבוצעו בחריגה מסמכות אם המעשים בכשרות האורגן. לכשרות 2 מבחנים מצטברים:

1. מבחן הזיקה המהותית - יש **קשר** בין פעולת האורגן לתפקידו.
2. סמכות נחזית - אם **נדמה כי האורגן פעל בסמכות** והמעשים בכשרותו נייחס אחריות למדינה. לדוג': חייל שמשתמש בנשק זה בכשרותו וניטה להאמין כי יש סמכות.

\*\* חריג - בדיני הלחימה אין מבחני כשירות. הפרה של דיני הלחימה אוטומטית מיוחסת למדינה.

פס"ד בוררות - הדגש הוא על מבחן הסמכות הנחזית.

פס"ד estate of jean - צבא מקסיקו שדד קרקס אמריקאי והרג אחד מנעריו. מנהל הקרקס תבע בגין הנזק שנגרם.

אחריות המדינה למעשי אזרחים: המדינה אינה אחראית למעשי אזרחיה מלבד 3 חריגים:

1. אימוץ בדיעבד - לדוג': סטודנטים אירנים משתלטים על שגרירות ארה"ב ומחזיקים בני ארובה. לכאורה לא צריכה להיות אחריות לאירן אך היא מאמצת את פעולותיהם.
2. המשב"ל מחייב את המדינה למנוע/להעניש בגין הפעולה והיא לא פעלה כך - מקרים בהם הדין המהותי מטיל על המדינה חובה למנוע. לדוג': אירן אחראית למעשי הסטודנטים כי הפרה את החובה האקטיבית להגן על השגריר.
3. האזרח פועל תחת הנחיית/שליטת המדינה - **הנחייה** משמעותה כי המדינה מורה לו מה לעשות. ישנם 2 גישות למהי **שליטה**: (1) שליטה אפקטיבית (הכוונת פעולה) - כדי לייחס מעשה למדינה יש צורך בשליטה אפקטיבית, יכולת מלאה של המדינה לכוון פעולות. (2) גישת ה ICTY - מבחן השליטה הכוללת, צריך יכולת השפעה על מדיניות הארגון אך אין צורך לכוון כל פעולה.

חריגים לאחריות בינ"ל: מקרים בהם לא תוטל אחריות על המדינה:

1. הסכמה - הפרת דין בינ"ל כלפי מדינה אחרת בהסכמתה, לדוג': למרות האיסור בהסכמי השלום ישראל מרשה למצריים להכניס כוחות צבאיים לסיני להילחם בדעאש.
2. הגנה עצמית - לא תוטל אחריות על מדינה שפעלה בהגנה עצמית.
3. צעדי גמול - לא תוטל אחריות בגין צעדי גמול.
4. צורך - תנאים: (1) ההפרה צריכה להיות הדרך היחידה למנוע סכנה. (2) ההפרה לא תרמה להיווצרות המצב המצריך. (3) הפעולה המפרה לא פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן ההפרה.
5. מצוקה.
6. כוח עליון.

תוצאות הפרת נורמה במשב"ל:

מה מצופה מהמדינה המפרה בעת הפרת דין בינ"ל:

* ס'29 - עצם ההפרה לא מבטלת את החובה להמשיך לקיים את הנורמה שהופרה.
* ס'30 - המדינה המפרה מחויבת להפסיק את ההפרה ולהתחייב לא להפר שנית.
* ס'31 - חלה חובה לתקן את המצב, ישנם 3 דרכים: (1) ס'35 - השבת המצב לקדמותו ככל שניתן. (2) ס'36 - יש לפצות על הנזק שנגרם (אין פיצוי עונשי). (3) ס'37 - הכרה והתנצלות, בקשת סליחה בגין הנזק.

בעיית האכיפה: במשב"ל אין מי שיאכוף ולכן הוא מבוסס על אכיפה עצמית, ישנם 2 סוגי אכיפה עצמית:

1. מועצת הביטחון - יכולה להכריז על סנקציות, לשלוח כוח צבאי לאזור, להטיל מצור. הסמכות הינה רק במקרים של איום על השלום, הפרת השלום ומעשה תוקפנות.
2. הפרה שהיא פשע בינ"ל גרעיני - העמדה לדין פלילי של האדם שביצע את הפשע מטעם המדינה.

\*\* מנגנונים אלה רלוונטיים במקרים מצומצמים ואינם עיקריים. ישנם כלים אחרים מרכזיים של אכיפה עצמית:

1. Retortion - פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, **שלא** כרוכה באי קיום של התחייבות משפטית מצד המדינה שמבצעת את הפעולה. לדוג': קריאה לשגריר לנזיפה.
2. צעדי גמול - פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, **שכן** כרוכה באי קיום של התחייבות משפטית מצד המדינה שמבצעת את צעדי הגמול.

* תנאים: **(1)** צעדי הגמול נגמרים בסיום ההפרה. **(2)** הצעדים זמניים. **(3)** הצעדים הפיכים. **(4)** לצעדים אין תכלית עונשית. **(5)** הצעדים נגד המדינה המפרה בלבד.
* מגבלות: **(1)** פרופורציה בין צעד הנגד לנזק מההפרה. העמדה הרווחת - צעדי הנזק צריכים להיות פרופורציונליים לנזק (מבחן כמותני) ולחומרה מבחינת הזכויות הנפגעות (מבחן איכותני). גישת המיעוט - הצעד צריך להיות פרופורציונלי להתנגשות במובן שיגרום להפסיק להפר. **(2)** איסור על שימוש בכוח. **(3)** איסור על פגיעה בזכויות אדם יסודיות. **(4)** איסור על הפרת הוראות הומניטריות. **(5)** איסור על פגיעה Jus Cogens. **(6)** אסור להפר הוראות של דיני לחימה המגבילות שימוש בצעדי גמול (הוראות המאפשרות הפרה של דיני הלחימה על מנת לגרום למדינה אחרת להפסיק להפר). **(7)** איסור לפגוע בחסינות דיפלומטית. **(8)** איסור לנקוט בצעדי גמול בעת שיפוט הסכסוך.

הגנה דיפלומטית

הגנה דיפלומטית - פיקציה משפטית המניחה **כי כל פגיעה בזכויות של אדם ע"י מדינה זרה היא הפרה של הדין הבינלאומי ביחס למדינתו של אותו אדם**. המדינה "מאמצת" את הפגיעה באזרח ופועלת בזירה הבינ"ל כאילו ההפרה בוצעה נגדה.

האם מדינה חייבת להעניק הגנה דיפלומטית? **(1)** עמדת הרוב - למדינה שיקול דעת מוחלט אם להעניק הגנה דיפלומטית. **(2)** עמדת המיעוט - למדינה חובה להעניק חסינות דיפלומטית בעת פגיעה בזכויות אדם יסודיות. (3) עמדת בינים - ILC אין חובה בדין המנהגי להעניק הגנה דיפלומטית אך קיימת עליה בתמיכה בעמדת הרוב.

פס"ד מימון כהן - אדם שרצח את גרושתו בתאילנד, ביהמ"ש הישראלי מאמץ את עמדת הרוב.

במישור המדינתי: מדינות שונות מאמצות עמדה לפיה חובה של המדינה להעניק הגנה דיפלומטית לאזרח מכוח **המשפט הציבורי המדינתי**.

פס"ד abbasi - אזרח בריטי נעצר ע"י ארה"ב, הוא פונה לביהמ"ש באנגליה בבקשה שיתערבו והוא קובע כי הגנה דיפלומטית היא בשיקול דעת המדינה. עם זאת, שיקול הדעת לא בלתי מוגבל, **אחד המקרים הבודדים בהם המדינה מחויבת להתערב היא שיש חשש לעיוות דין ממשי**.

פס"ד מימון כהן - מימון טוען לפגיעה בזכות לחיים והליך הוגן, במידה והוא צודק זהו עיוות דין ממשי. ביהמ"ש קבע כי זהו אינו עיוות דין ממשי. עם זאת, **יתכנו מקרים בהם לא סביר כי המדינה לא תתערב, כאשר מדובר בזכויות יסודיות** כמו הזכות לחיים.

מיהו אזרח? אזרחות נקבעת ע"פ **הדין המדינתי**. חריג 1: המשב"ל מגביל את אפשרות המדינה להעניק אזרחויות. חריג 2: פס"ד נוטבאום - אזרח גוואטמלה מסתבך וקונה אזרחות ליכטנשטיין, ליכטנשטיין מגנה עליו. ה ICJ קובע כי **אין זיקה בין האזרח לליכטנשטיין** עד לכדי שהיא לא יכולה להגן עליו.

מיצוי הליכים - מדינה רשאית להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית **רק לאחר שמוצו כל ההליכים האפשריים בזירה המדינתית**. חריג 1: כאשר ההליך שלא מוצה לא רלוונטי למקרה. חריג 2: אין חובת מיצוי הליכים כאשר הנפגעת היא המדינה ולא אזרח.

חסינויות מדינה

תחום שמעוגן בעיקרו במשב"ל המנהגי **שמסדיר את החסיונות שתוענקנה למדינה או נציגיה**. חסינויות מדינה מונעות הפעלה של הליך משפטי במערכת משפטית של מדינה אחת ביחס למדינה אחרת או לנציגיה של המדינה.

למה התפתחו חסינויות? למה ראוי למנוע הליכים משפטיים כנגד מדינה ונציגיה במערכות משפט אחרות?

1. ריבונות המדינה - מעקרון זה נגזר איסור התערבות בענייני המדינה.
2. עקרון השוויון בין מדינות - הליך משפטי מטבעו מכפיף מדינה אחת למוסדות האחרת.
3. לצמצם סכסוכים בין מדינות.

\*\* חסינויות אלה אינן רלוונטיות להליכים בבימ"ש בינ"ל.

ישנם 2 סוגי חסינויות: **(1)** חסינות ריבון - חסינות המוענקת למדינה עצמה. **(2)** חסינות לגורמי המדינה במערכת משפט של מדינה אחרת - חסינויות שמוענקות לנציגי המדינה עצמה.

\*\* בכל סוגי החסיונות - המדינה (בלבד) רשאית לוותר על חסינות ולהסכים להליך משפט, גם בשם נציגיה.

**חסינויות ריבון/חסינות מדינה במובן הצר**:

לא ניתן לתבוע מדינה בבית משפט של מדינה זרה, החסינות חלה **בהליכים אזרחיים בלבד**.

אז איך תובעים מדינה?

1. בי"ד בינלאומי - לכך נדרשת הסכמת הצדדים.
2. במערכת המשפט של המדינה עצמה - אפשרי רק עם חוקי המדינה מאפשרים.

\*\* בעבר, חסינות המדינה הייתה מוחלטת וכלל לא היה ניתן להגיש תביעות כנגד מדינה במערכת משפט של מדינה אחרת. לכן, עם השנים הצטמצמה החסינות וקמו לה חריגים.

היקף החסינות:

1. הבחנה בין פעולה מסחרית לשלטונית - לא תהייה חסינות על פעולה מסחרית (ס'3). פס"ד קנדה נ' אדלסון - זוג שהשכירו בית לשגריר קנדה. יש סכסוך לגבי אחד מתנאי החוזה. קנדה טוענת כי ביהמ"ש הישראלי לא יכול לדון כי לקנדה חסינות ריבון. הש' ברק קבע כי דיני חסינות ריבון הינם מנהגיים ומחייבים במשפט הישראלי. עם זאת, אין חסינות זו שמדובר בפעולה מסחרית. ישנם 2 מבחנים לפעולה מסחרית: (1) מבחן מטרת הפעולה - לשם מה נעשתה הפעולה. (2) מבחן טיב הפעולה - האם אדם פרטי יכול לבצע. העמדה הרווחת הינה כי המבחן הוא טיב הפעולה.
2. חריג נזיקי - אין חסינות במידה ובוצעה עוולה ע"י מדינה זרה בשטח ישראל ונגרם נזק גוף או רכוש (ס'5). חריג לחריג: כאשר מדובר בנזק שנגרם בפעולה מלחמתית יש חסינות. חריג לחריג לחריג: ישנם מקרים בהם למרות היות הפעולה מלחמתית אין חסינות:

* שהפעולה המלחמתית היא **פשע בינ"ל גרעיני** - ישנה עמדה כי במקרים אלה ניתן לתבוע. עם זאת, העמדה המקובלת (ICJ) קובעת כי אין חריג לחריג לחריג. פס"ד צמח - לגרמניה חסינות ריבון זר ולא ניתן לברר תביעה כנגדה מכוח חריג זה.
* שהפעולה המלחמתית היא **סיוע למעשה טרור**, העמדה הרווחת היא כי אין חריג שכזה, בישראל יש פסיקה סותרת (פס"ד רש"פ, פס"ד יוסיפוב).

1. הגבלות נוספות לחסינות:

* אין חסינות **בתביעות עובד** כאשר: (1) התביעה בסמכות בי"ד לעבודה (2) העבודה נעשית בישראל (3) העובד אזרח ישראל (ס'4).
* אין חסינות בתביעות הנוגעות **לנכסי מקרקעין** (ס'6).
* אין חסינות בתביעות הנוגעות **לקניין רוחני** (ס'7).
* אין חסינות בתביעות הנוגעות **לאוניה או מטענה** (ס'8).
* יש חסינות בתביעות **הוצאה לפועל** (ס'15).

האם ניתן לאפשר חסינות לישות לא מדינית? ישנם מספר גישות: **(1)** ביהמ"ש יכול לבחון ולקבוע שישות שאינה מדינה וקרובה לתנאי מונטווידאו וזכאית לחסינות. **(2)** חסינות מדינה מוענקת רק למדינות. **(3)** השאלה הינה פוליטית ולכן אינה שפיטה. העמדה הרווחת - ע"פ ס'20 שר החוץ יכול לקבוע כי לישות תהא חסינות על אף שאינה עולה לכדי מדינה.

וויתור על חסינות: המדינה הנתבעת יכולה לוותר על החסינות במפורש או משתמע (ס'9-10).

**חסינות ראשי מדינה**:

הדין המנהגי מעניק חסינות לנציגי מדינה מסוימים ב2 דרכים: **(1)** חסינות מהותית. **(2)** חסינות אישית. חסינות זו אינה רלוונטית להליכים משפטיים במדינת בעל התפקיד.

חסינות פרסונלית:

חסינות חלה על בכירי מדינה בעלי נגיעה ליחסי חוץ, לדוג': נשיא, ראש ממשלה, שר החוץ ושרים נוספים עם נגיעה למדיניות החוץ. החסינות **רלוונטית כל עוד האדם בתפקיד**, בעת סיום התפקיד אין חסינות. תכלית המעשים יכולה להיות כל תכלית, **גם פעולה פרטית**. מועד המעשים עליהם חלה החסינות יכולים להיות **מעשים שבוצעו לפני התפקיד ובזמן התפקיד**. בסיום התפקיד ניתן יהיה להגיש תביעות על מעשים שבוצעו לפני התפקיד, בזמנו ואחריו.

ישנם 3 סוגי הליכים בהקשרם חלה חסינות:

1. הליכים אזרחיים - חסינות חלה.
2. הליכים פליליים -

* הליכים פליליים שנוגעים **לעבירות שהן בדין המדינתי** של המדינה הזרה - חסינות חלה.
* הליכים פליליים שנוגעים **לעבירות שהן פשעים בינלאומיים חמורים** - ישנה השקפה כי איסורים אלה מגנים על אינטרס אוניברסלי. לכן, מי שאוכף פשעים אלה פועל בשם הקהילה הבינ"ל כולה. לכן ישנם 2 מנגנוני אכיפה: **(1)** סמכות אוניברסלית - בנוגע לפשעים אלה כל מדינה יכולה להעמיד לדין. **(2)** העמדה לדין של אנשים בבתי דין פליליים בינלאומיים. השאלה הינה האם מנגנונים אלה משפיעים על תחולה פרסונלית:
* עמדה 1- החסינות נועדה למנוע סכסוכים אך אם הפעולה היא בשם כלל הקהילה הבינ"ל היא אינה רלוונטית (בין בבי"ד בינ"ל ובין אם בבי"ד של מדינה זרה). פס"ד פינושה - רודן בצ'ילה מסדר לעצמו משרה בפרלמנט בכדי לקבל חסינות (לחברי פרלמנט חסינות בצ'ילה). הוא טס לאנגליה ומוגשת בקשת הסגרה מספרד, הוא טוען לחסינות. ביהמ"ש באנגליה קבע כי אין חסינות בגין פשעים בינ"ל חמורים.
* עמדה 2 (רווחת) - גישת ה ICJ, אין חסינות מפני העמדה לדין בבתי דין בינלאומיים בלבד. הרציונל הינו כי גם הליכים בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים הם בעלי אינטרס פוליטי.
* עמדה 3 - ע"פ גישה זו החסינות חלה בכל מקום, גם בהליכים בבי"ד בינ"ל. אמנת רומא קובעת כי בהליכים שנערכים ב ICCאין חסינות לראשי מדינות. עם זאת, נדרשת הסכמת המדינה לאמנת רומא ולביטול החסינות.

חסינות מהותית (פונקציונלית):

חסינות המוענקת **לכל בעל תפקיד במדינה**. החסינות חלה גם אחרי סיום התפקיד בגין מעשים שנעשו במסגרתו וקשורים לו באופן מהותי.

הליכים בהם חלה החסינות:

1. חסינות מהותית בהליכים פליליים בנוגע לעבירות מדינתיות זרות - ישנם 3 עמדות:

* עמדה 1 - החסינות המהותית רלוונטית רק בהליכים אזרחיים. פס"ד אבו עמר - קביעת ביהמ"ש כי חסינות מהותית אינה רלוונטית בהליך פלילי.
* עמדה 2 - החסינות לא תחול רק בהליכים פליליים הנוגעים לעבירות בדין הפלילי של המדינה בה בוצע המעשה.
* עמדה 3 - החסינות חלה גם בהקשרים של פשעים מדינתיים זרים.

1. חסינות מהותית בהליכים פליליים בנוגע לעבירות פליליות חמורות - ע"פ ה ILC ישנה מגמה גוברת של אי הכרה בחסינות מהותית שמדובר בפשע בינ"ל חמור, לדוג': פשעי מלחמה.
2. הליכים אזרחיים - החסינות חלה בהליכים אזרחיים. מה קורה במקרים בהם ההליך האזרחי נוגע לפשע בינ"ל חמור, לדוג': הליך נזיקי של קורבן לפשע בינ"ל.

* עמדה 1 - בהליכים הנוגעים לפשעים בינ"ל חמורים ישנה חסינות ולכן גם בהליכים האזרחיים.
* עמדה 2 - אין חסינות מפשעים בינ"ל חמורים ככלל. לכן, אין חסינות בהליך אזרחי.
* עמדה 3 - יש חסינות בהליכים אזרחיים ללא קשר לתביעה הפלילית.

חסינות דיפלומטית:

תחילה עוגן בדין המנהגי, אך כיום ישנה התייחסות באמנת וינה בדבר חסינויות. בפס"ד שלומית - נקבע כי חסינות דיפלומטית נקלטת לדין הישראלי מכוח היותה מנהג.

כללי חסינות דיפלומטית:

1. החסינות חלה מתחילת היחסים הדיפלומטיים בין המדינות.
2. החסינות הינה פרוצדורלית.
3. החסינות חלה על השגריר ומשפחתו כל עוד אינם תושבי קבע במדינה המארחת.

חובות המדינה כלפי שגרירים:

1. יש לנהוג בשגריר בכבוד, למנוע התקפה כלפיו ולהעמיד לדין את המנסה לתקופו.
2. אין לעצור ולאסור שגריר.
3. אין להעמיד לדין פלילי עובדי שגרירות שאינם אזרחים/תושבי קבע.

חריג : **(1)** ניתן לעכב נציג מטעמי שמירה על סדר ציבורי ומניעת פשיעה. **(2)** ניתן להעמיד לדין בסיום הכהונה על דברים שאינם במסגרת התפקיד.

\*\* החסינות הינה דיונית ויש סנקציות שניתן להטיל בעת ניצולה לרעה: **(1)** ביטולה ע"י המדינה השולחת. **(2)** נקיטת צעדי נגד. **(3)** גירוש שגריר.

חסינות השק הדיפלומטי - חסינות יחסית מוחלטת, כאשר הפתיחה ניתנת להגנה על חיי אדם וששק אינו מסומן כראוי. פס"ד אומרו דיקלו - מקרה של פתיחת שק דיפלומטי בו הוברח בן אדם.

חסינות לשגרירות - חסינות רחבה גם במקרה של סכנת חיים. בנוסף, חייבת המדינה המארחת להגן על מבנה השגרירות ולכבדו גם לאחר סיום היחסים.

ארגונים בינ"ל:

ארגונים בינ"ל הינם שחקנים ראשיים במשב"ל אחרי מדינות. ישנם 2 סוגים של ארגונים בינ"ל:

1. INGO - ארגונים בינ"ל לא ממשלתיים. ארגונים אלה מוסדרים ע"י דין מדינתי.
2. IGO - ארגונים בינ"ל ממשלתיים.

**ארגונים בינ"ל ממשלתיים (IGO)**:

IGO's הינם חלק אינטגרלי מהמשב"ל: **(1)** ישנם IGO's שכל מדינה יכולה להצטרף אליהם (האו"ם) וכאלה שלא (האיחוד האירופאי). **(2)** יש כאלה עם תחום עיסוק מצומצם (ארגון הבריאות) וכאלה עם נרחב. **(3)** יש אזוריים ויש גלובאליים.

מאפייני IGO's:

1. הארגונים **מוקמים ופועלים מכוח המשב"ל** והדין שחל עליהן מורכב מאמנות להן הוא צד ודין מנהגי רלוונטי.
2. למעט חריגים, רק מדינות יכולות להיות חברות ב IGO's.
3. הארגון הוא **גוף אוטונומי** וקבוע **בעל מוסדות עצמאיים**.
4. לארגון יש **מטרות מובחנות** אשר יפורטו בחוקתו (אמנה מכוחה הוקם).
5. הארגון הוא **אישיות משפטית נפרדת** בעל חובות וזכויות נפרדות מהחברות בו.

האישיות המשפטית הנפרדת של הIGO's: האישיות הנפרדת נקבעה בחו"ד של ה ICJשעסק באישיות המשפטית של האו"ם, בה נקבע כי **האו"ם הינו אישיות משפטית נפרדת** במשב"ל. ישנם 2 עמדות בנושא:

* עמדה 1 (רווחת) - לכל ה IGO's יש אישיות משפטית נפרדת במשב"ל מכוח דין מנהגי.
* עמדה 2 - יש לבדוק את אישיותו המשפטית של כל IGO בנפרד בהתאם לאמנתו.

אישיות משפטית זו **אינה זהה לאישיותם המשפטית של מדינות**. למדינה הסמכות לעשות כל מה שלא נאסר עליה בעוד ל IGO's סמכות מוגבלת למה שנאמר במפורש במשב"ל. הסמכות נקבעת ע"פ: **(1)** מסמכי יסוד - האמנה המכוננת. **(2)** מטרות הארגון. **(3)** סוגי הסמכויות שהוענקו לארגון ומרחב הסמכויות שהוענקו לו. **(4)** הפרקטיקה הנוהגת בפועל. מתן הסמכות יכול להיות מפורש או משתמע. לכך 2 מבחנים: **(1)** מבחן פונקציונלי - האם הסמכות המשתמעת נחוצה לפעולת ה IGO? **(2)** מבחן ההתאמה - האם הסמכות המשתמעת עולה בקנה אחד עם הסמכויות המפורשות?

השלכות להכרה ב IGO כאישיות משפטית עצמאית:

1. מגע עם גורמים - ל IGO'sסמכות לבוא במגע עם מדינות ו IGO's אחרים. קיים ויכוח לגבי סמכות ה IGO's לכרות אמנות:

* עמדה 1 - נבחן בנפרד את היכולת של כל IGO לכרות אמנות.
* עמדה 2 - כל IGO יכול לכרות אמנות כאשר סמכותו שונה משל מדינות, הוא יכול לכרות רק אמנות הקשורות לסמכויותיו ולשם מילוי מטרותיו ותפקידו.

\*\* אמנת וינה מ86' מסדירה אמנות בין 2 שני IGO's (היא אינה נכנסה לתוקף). IGO אינו יכול לפטור עצמו מאמנה בהסתמכות על חריגה מנוהל פנימי. חריג: מקרים בהם החריגה הפנימית גלויה ומרכזית.

1. נשיאה באחריות בינ"ל: IGO's נושאים באחריות בינ"ל בגין הפרות של המשב"ל בהתאם לדיני האחריות. החברות ב IGO'sאינן אחראיות להפרות שלהן, אלא אם: **(1)** המדינה קיבלה אחריות באופן וולונטרי או יצרה מצג לפיו היא אחראית. **(2)** ישנה אמנה המאפשרת הטלת אחריות על החברות.

\*\* מדינה שברשותה כוח שמירת שלום מטעם האו"ם לא תישא באחריות בגין הפרות שביצע כוח זה, זאת כאשר לאו"ם השליטה האפקטיבית הבלעדית על חיילי הכוח. במקרים בהם למדינה שליטה תישא גם היא באחריות.

1. יכולת לתבוע ולהיתבע: כאישיות משפטית יוכל ה IGO לתבוע ולהיתבע במישור הבינ"ל.
2. ניהול פנימי: ה IGOיכול לקבל החלטות בנוגע לבעלי תפקידים, הוצאות תקציב ונהלים פנימיים.
3. חסינויות חובות וזכויות לארגון ואנשיו: יתכן כי ל IGO ואנשיו יוענקו זכויות וחסינויות במשב"ל. ההכרעה לגבי החסינויות תלויה בארגון. החסינות תוענק מאמנה או דין מנהגי.
4. סמכות ליצר נורמות משפטיות מחייבות במשב"ל: רוב החלטות ה IGO הם בגדר המלצה בלבד. עם זאת, ישנם IGO ספציפיים שהאמנות העוסקות בהם מסמיכות אותם לקבל החלטות שיהוו נורמה מחייבת. לדוג': חוקת ארגון הבריאות העולמי מקנות לו סמכויות לקבל החלטות שמחייבות את החברות בארגון. זהו דין בינ"ל הסכמי שמקורו באמנה.

\*\* האם פעילות של IGO יכולה ליצור מנהג? יש שחושבים שהחלטות ופעילויות של IGO היא דרך טובה להסיק SP ו OJ ולכן מהוות מנהג. מנגד, יש הסבורים שאין לגזור מנהג מפעילות שלIGO כי: **(1)** פעילויות שמדינות עושות כחלק מהארגון הינן פוליטיות ולא משפטיות (אין OJ). **(2)** החלטות הארגון לאו דווקא מייצגות את חברותיו. הוויכוח עולה בהקשר להחלטות האו"ם שלפי המגילה אינן מחייבות משפטית. לאור זאת, יש הטוענים כי לא ניתן להסיק מנהג מהחלטות האו"ם. לסיכום, יש לבחון מקורות אלה כאשר בודקים מנהג, אבל לא להסיק מקיומו של מקור כי קיים מנהג.

**האו"ם**:

רקע כללי: הוקם ב45 וחרט על דגלו מספר יעדים: שמירת השלום והביטחון הבינ"ל, קידום יחסי ידידות בין מדינות, השגת שת"פ בינ"ל בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, הומניטריות וקידום כיבוד זכויות אדם. מגילת האו"ם משקפת את עקרונות היסוד של המשב"ל: ריבונות, הגדרה עצמית, שוויון, זכויות אדם ועוד. האו"ם מורכב מ- 6 אירגונים מרכזיים: העצרת הכללית, מועב"ט, המועצה הכלכלית חברתית, מועצת המנדטים, המזכירות, וה- ICJ.

העצרת הכללית

פרלמנט של האו"ם המורכב מנציגי כלל המדינות החברות. החלטות העצרת לא מחייבות מבחינה משפטית, אלא מהוות המלצה. זהו פורום המתכנס מידי שנה או לבקשת מועב"ט/ רוב המדינות בנסיבות מיוחדות.

ס'4 - קבלה של מדינה כחברה באו"ם מותנית **בהצבעת העצרת ע"פ המלצה של מועב"ט** (העצרת לא יכולה לאשר קבלה של מדינה ללא המלצת מועב"ט). עם זאת, העצרת יכולה להכיר במדינה כמדינה משקיפה שאינה חברה. המדינה תוכל להיות חברה בחלק מן הגופים אך לא תקבל את שלל הזכויות של החברות (הצבעה). לדוג': פלסטינים.

ס'5 - העצרת יכולה להשעות מדינה חברה באו"ם אך רק בהמלצת מועב"ט.

ס'6 - העצרת יכולה להרחיק מדינה חברה באו"ם בהינתן הפרה עקבית של הוראות המגילה, אך ורק בהמלצת מועב"ט.

ס'18 - בהצבעה בעצרת ניתן **קול אחד לכל מדינה** וההכרעות נעשות **ברוב קולות** של הנוכחות והמצביעות. בהצבעות חשובות הדרישה היא לרוב של 2/3 מהקולות. במסגרת העצרת פועלים גופים, וועדות, ואורגנים שונים, שהוקמו על ידה ומדווחים לה. בנוסף, לעצרת יש שש וועדות קבועות, שמתכנסות אחת לשנה: הוועדה הכלכלית, הוועדה לפירוק נשק וביטחון, וועדה חברתית-הומנית-תרבותית, וועדה בנושא דה-קולוניזציה, הוועדה האדמיניסטרטיבית, הוועדה לענייני משפט.

החלטת 377(5) מתאחדים למען השלום: מכוחה מתקבלות החלטות העצרת. כאשר מועב"ט לא יכולה למלא את תפקידיה העיקריים בשל היעדר הסכמה בין החברות הקבועות. בכל מקרה של הפרה או איום על השלום או מעשה תוקפנות, העצרת הכללית תדון בנושא מתוך מגמה להציע הצעות לחברות לפעולות משותפות, לרבות שימוש בכוח צבאי אם נדרש. הסמכות לפעול בתחומים אלו מותנה ב2 תנאים: (1) מצב המהווה איום על השלום או הפרה של הביטחון הבינ"ל. (2) מועב"ט כשלה להפעיל סמכותה עקב אי הסכמה בין החברות. במשך השנים התנאי השני התמסמס. החלטות העצרת מכוח החלטה זו מהוות המלצה בלבד.

מועצת הביטחון:

ס'23 - מועב"ט הינה **הגוף המבצע** של האו"ם, החלטותיו (מסוג מסוים) **מחייבות מבחינה משפטית**.

מבנה מועב"ט - מועב"ט מורכבת מ15 מדינות בעלות קול אחד. מתוכן **10 מתחלפות** כל שנתיים **ו5 קבועות** (ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה) להן **זכות הטלת וטו** (לא ניתן להטיל החלטה בהתנגדותן).

ס'27(3) - העברת החלטה דורשת רוב של 9 חברות מתוכן 5 קבועות, זאת מלבד להחלטות פרוצדורליות בהן נדרש רוב רגיל של 9.

ס'29 - תחת מועב"ט ישנם וועדות משנה קבועות וזמניות, לדוג': הוועדה למלחמה בטרור, וגופים נלווים, לדוג': בתי דין.

ס'24 - תפקיד מועב"ט הוא שמירה על השלום והביטחון. לכך, מוסמכת לפעול ב2 דרכים: **(1)** ישוב סכסוכים בדרכי שלום. **(2)** אימוץ אמצעים כופים (חלק 7 למגילה). למועב"ט יש תפקידים נוספים, לדוג': אישור תיקונים למגילה, מינוי שופטים ל ICJומתן המלצות בנוגע לקבלה, השהייה, והרחקה של מדינה חברה.

סמכויות מועב"ט מכוח פרק 6:

* ס'34 - לחקור סכסוכים ומצבים ולקבוע אם יש פוטנציאל להפרת השלום הבינ"ל.
* ס' 33 - לקרוא לצדדים להסדיר את הסכסוך בדרכי שלום.
* ס'36 - להתערב בסכסוך שעלול לסכן את השלום והביטחון הבינ"ל בכל שלב שלו, ולהמליץ על עקרונות פעולה וצעדים נדרשים. המלצות אלו אינן מחייבות.
* ס'37 - במידה ומדינות שהן צד לסכסוך אינן מצליחות לפטורו בדרכי שלום, עליהן לפנות למועב"ט אשר יכולה להמליץ על חלופות לפרוצדורות ועל פרטי ההסדר.
* ס' 35 - כל מדינה החברה באו"ם יכולה להפנות סכסוך או מצב לידיעת מועב"ט.

מכוח פרק 6 התקבלו החלטות לשלוח לאזורים בהם קיים סכסוך כוח משקיפים/כוח שמירת שלום. מבחינה משפטית, לצורך פריסת כוחות מכוח פרק 6 נדרשת **הסכמה של המדינות**.

פרק 7 - פעולות כנגד איומים והפרות של השלום והביטחון וכנגד מעשי תוקפנות:

ס'39 - כאשר מועב"ט קובעת שקיים האיום הנ"ל היא מוסמכת לקבל החלטות/המלצות מכוח ס'41-42 במטרה להשיב את השלום ואת המצב לקדמותו. מכוח סעיפים אלה מוסמכת מועב"ט **לקבל החלטות מחייבות לרבות שימוש בכוח**. סמכות זו הינה חריג לעקרון אי ההתערבות בענייני מדינות.

איום על הביטחון והשלום הינו: **(1)** **סכסוכים פנימיים** ולא רק בינ"ל, לדוג': מלחמת אזרחים. **(2)** הפרות חמורות של **הדין ההומניטרי** הבינ"ל. **(3) תמיכת בטרור** הבינ"ל, לדוג': החלטת בעקבות 9/11 לפיה מימון טרור הוא איום על השלום והביטחון**. (4)** **הפצת נשק** ביולוגי, כימי וגרעיני **או תוקפנות**, לדוג': פלישת צפון קוריאה לדרום קוריאה.

מרגע שנקבע כי התקיימה הפרה, איום, או תוקפנות מכוח ס'39, **מועב"ט מוסמכת**: ס'40 - לנקוט אמצעים לא מחייבים למניעת הסלמה, לדוג': קריאה להפסקת אש ונסיגה צבאית מטריטוריה. ס'41 - לנקוט אמצעים מחייבים שאינם מערבים שימוש בכוח, לדוג': דיפלומטיים. ס'42, 43, 45 - להורות על שימוש בכוח.

ס'46-47 - מאפשר הקמה ופעולה של כוח צבאי שפיקודו מורכב מרמטכ"לים של המדינות הקבועות. הפיקוד מסייע ומייעץ בנוגע להפעלת הכוח ומנחה את הכוחות שברשות מועב"ט. בפרקטיקה, מועב"ט אינה פועלת בדרך של הפעלת כוח, אלא בדרך של הענקת סמכות למדינות להפעיל כוח או הסמכת כוחות שלום לפעול.

איך יודעים אם החלטה מכוח פרק 6 או 7? יש הסבורים כי ההחלטה **צריכה לנקוב במפורש** כי היא מכוח פרק 7 (הגישה הרווחת כיום). מנגד, יש הסבורים כי נראה החלטה ככזאת אם היא **מצהירה בבירור** שהמצב בו היא מטפלת הוא מעשה תוקפנות או איום על השלום הבינ"ל או **מהווה החלטת המשך** להחלטה מכוח פרק 7. החשיבות לכך היא כי החלטות מכוח פרק 7 מחייבות, לעומת החלטות מפרק 6.

איזה החלטות מועב"ט הן מחייבות?

1. עמדה 1 - רק החלטות המועברות מכוח פרק 7.
2. עמדה 2 - החלטות מחייבות יכולות להיות גם מכוח פרק 6, תלוי בניסוח. ס'25 למגילת האו"ם קובע חובת ציות להחלטות מועב"ט מבלי ליצור הבחנה בין הפרקים. בפועל, ע"פ עמדה זו יש לבחון את תוקפו של כל סעיף כמחייב על פי ניסוחו.

מעמדן של החלטות מחייבות של מועב"ט:

החלטות אלה הינן אחת הנורמות החזקות במשב"ל, ממספר סיבות:

1. כל מערכת משפט רואה עצמה כעליונה, לכן מבחינת המשב"ל החלטות המועב"ט עליונות למשפט מדינתי.
2. ע"פ ס'103 למגילת האו"ם המדינות החברות מתחייבות שהמחויבויות שלהן מכוח המגילה יהיו קודמות לכל התחייבות באמנות בינ"ל אחרות. רוב המדינות חברות באו"ם ולכן לא ניתן לקיים הסדרים הסותרים אמנה זו.
3. מגילת האו"ם קובעת שהחלטות מחייבות של מועב"ט יחייבו הן את המדינות החברות והן את מוסדות האו"ם.

\*\* האם זה מאפשר למועב"ט להחליט כל החלטה? **(1)** עמדה לפיה **מועב"ט אינה מוגבלת בשיקול דעתה**, בשל הצורך לאפשר לה יכולת אפקטיבית למנוע איומים על השלום. מנגנון הרוב במועצה הוא שמאזן ובולם החלטות. **(2)** עמדה לפיה **סמכות המועצה מוגבלת**, ואינה יכולה לפעול בניגוד למטרות ועקרונות האו"ם. **(3)** עמדה לפיה החלטות המועצה **אינן יכולות לסתור את דיני המשב"ל המנהגי**. גישה זו מרחיקה לכת שכן היא מגבילה את מועב"ט יתר על המידה. **(4)** עמדה לפיה החלטות המועצה **לא יכולות לסתור נורמות jus cogens**. מנגד, ישנה עמדה לפיה החלטות המועב"ט המחייבות גוברות על jus cogens. כיום, ישנה תמיכה בעמדה ה1 וה4.

פרשת קאדי – החלטה שנקבעה בעקבות 9/11 לפיה אדם/ארגון שמוגדר ע"י מועב"ט כמעורב בטרור יש להקפיא את נכסיו, ללא אפיק ערעור. החלטה זו אומצה בדין המדינתי של מדינות רבות ובניהם בדין של האיחוד האירופאי. קאדי הוכנס לרשימה בטעות ועותר לביה"ד של האיחוד האירופאי בטענה לפגיעה בזכויות אדם. לטעתנו, יישום החלטת מועב"ט סותר את הקבוע באמנות האיחוד האירופאי. לטענת האיחוד האירופאי, במידה ויש סתירה החלטת המועב"ט גוברת. ניתנה החלטת לפיה החלטות מועב"ט אינן יכולות לסתור jus cogens. עם זאת, פגיעה בקניין אינו jus cogens. בביה"ד של האיחוד האירופאי נקבע כי דין האיחוד האירופאי עליון לדין בינלאומי. לכן, ביה"ד שולח את מועב"ט לתקן את ההחלטה כך שיתאפשר מנגנון ערעור. קביעת האיחוד האירופאי לפיה נורמות האיחוד עליונות על נורמות המשב"ל ומדובר ב2 מערכות שונות הינה מפתיעה. אם נסתכל על מקרה זה כהתנגשות בתוך מערכת משפט אחת השאלה היא איזה דין גובר לפי כללי ברירת הדין של המערכת. אם זוהי התנגשות במערכת משפט מבוזרת, זוהי פרגמנטציה. אם זוהי התנגשות בין 2 מערכות משפט שונות אז יש לבחון את היחסים בין מערכות המשפט בהתמודדות של עימות מול פשרה.

יישוב סכסוכים בדרכי שלום:

ס'1 לאמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום - קובע כי יש להשתמש במיטב המאמצים להבטחת יישובם של חילוקי דעות בינלאומיים בדרכי שלום.

ס'2(3) לאמנת האו"ם - קובע כי: "כל חברי הארגון יהיו מיישבים את סכסוכיהם הבינלאומיים בדרכי שלום, באופן שהשלום והביטחון הבינלאומיים והצדק לא יבואו לידי סכנה". חובה זו מהווה דין מנהגי.

ס'2(4) לאמת האו"ם - קובע איסור על שימוש בכוח. חובה זו מהווה דין מנהגי.

ישנו וויכוח פרשני, לא ברור האם המדינות צריכות לנקוט בצעדים מעשיים על מנת ליישב סכסוכים בינ"ל. או שמא, כאשר המדינות מחליטות לפעול יש לעשות זאת באופן המתיישב עם עקרונות היסוד של האו"ם. נוסח הסעיפים תומך בחלופה הראשונה בעוד התנהגות המדינות בשנייה.

מהו סכסוך? כל מחלוקת עובדתית, משפטית או פוליטית בין הצדדים. כאשר המנגנונים לא מתאימים לסיטואציות בהן סכסוכים רבים.

מנגנונים לישוב סכסוכים בדרכי שלום:

ס'33 למגילה האו"ם - בעלי סכסוך שעלול לסכן את קיום השלום והביטחון הבינ"ל מחויבים לפתור את הסכסוך באחת מדרכי השלום כראות עיניהם. מועצת הביטחון תדרוש מבעלי הסכסוך ליישבו בדרכים אלה, בעת שתראה צורך בכך. חשיבות הסעיף: **(1)** מפרט את המנגנונים לישוב סכסוכים בדרכי שלום. **(2)** מבהיר כי רשימת המנגנונים לא סגורה. **(3)** מציין כי מועצת הבטחון מהווה מנגנון לישוב סכסוכים. **(4)** מבהיר כי למדינות חופש לבחור את מנגנון ישוב הסכסוך, אלא אם מועב"ט הורתה אחרת. חופש זה הוא דיספוזיטיבי.

מנגנונים דיפלומטיים ושיפוטיים:

1. מנגנונים דיפלומטיים – מנגנונים אלה **אינם מחייבים משפטית**.

* מחאה דיפלומטית – לדוג': זימון השגריר.
* צעדי נגד - לדוג': הקפאת היחסים הביטחוניים, הכלכליים וכו'.
* קיום מו"מ – אמנות יכולות לקבוע חובת ביצוע מו"מ לפני פנייה למנגנון אחר. מדינה יכולה לקבוע באופן חד צדדי כי מוצא ניסיון המו"מ.
* תיווך – משא ומתן בינ"ל שבו קיים צד שלישי שמנסה להוביל את הצדדים לסיום הסכסוך.
* פישור – הליך בו הצד השלישי שומע את הצדדים ומציע פתרון, כאשר פתרון זה אינו מחייב.
* חקירה – מנגנון המכריע במחלוקות עובדתיות. כיום, מוקמות וועדות חקירה משפטיות בסכסוכים שונים.
* מנגנונים אזוריים/ארגונים בינ"ל - ארגונים שמטרתם לייצר הליכים בהם המדינות החברות יפטרו סכסוכים בדרכי שלום כאשר הצעותיהן מהוות המלצה, לדוג': הליגה הערבית.
* מועב"ט ומנגנוני האו"ם – החלטה לא מחייבת של מועב"ט מהווה מנגנון דיפלומטי. כאשר ניתנת החלטה מחייבת, ניתן לחשוב כי זהו הליך שיפוטי. עם זאת, ההחלטה עדיין מסווגת כהליך דיפלומטי.

1. מנגנונים משפטיים – מנגנונים אלה מחייבים משפטית במשב"ל.

* בוררות – שמיעת הצדדים והכרעה מחייבת ע"י בורר.
* ה ICJ – ביה"ד הבינלאומי לצדק בהאג.
* טריבוליים נוספים - חלקם מוקמים אד הוק, חלקם אמונים על הכרעה בסכסוכים שנוגעים למדינות שחברות באמנה ספציפית, לדוג': ביה"ד שהוקם מכוח אמנת דיני הים.

הסכמת המדינה כבסיס להליך שיפוטי:

1. הסכמה אד הוק – הסכמת 2 מדינות להליך שיפוטי בעניין ספציפי. לדוג': הסכמת ישראל ומצרים לבוררות בנוגע לגבול בטאבה.
2. אמנה בילטרלית או מולטילטרלית – ישנן אמנות בהן נקבע מה מנגנון ישוב הסכסוכים שיחול בוויכוחים הנוגעים להן, לדוג': בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים.
3. הסכמה כללית – מקרים בהן קבוצות מסכימות על אמנה הקובעת איך ייושב סכסוך ביניהם. לדוג': ס'36 לחוקת ה ICJהמאפשר למדינה להפקיד בידי ה ICJ הצהרה לפיה היא מאפשרת למדינות אחרות לתבוע אותה ב ICJ בכל סכסוך. הסתייגות מסוימת בהצהרות אלה תהייה דו צדדית.

אינטרס להסכים להליך השיפוט:

1. מדינות **שבטוחות בצדקתן** ורוצות להוכיח זאת.
2. סכסוך נקודתי שבו **עלות עצם התמשכות הסכסוך עולה על מחיר ההפסד**.
3. אידאולוגיה לפיה יש לברר נושאים מסוימים **באופן משפטי ולא פוליטי**.
4. מדינות מהוות **שחקניות חוזרות** בעלות אינטרס לקבוע מנגנון שיפוטי קבוע על מנת לא לפגוע במערכת היחסים.
5. מעיד על **מחויבות** לנורמות הקבועות באמנה.
6. לעיתים מדינות **לא מקדישות מחשבה** ומאפשרות בטעות החלה של מנגנון שיפוטי. לדוג': ארה"ב וה ICJ, אחרי מלחמת העולם השנייה ארה"ב חתמה על אמנות המקנות ל ICJסמכות הכרעה בסכסוכים. בעקבות פס"ד ניקרגואה, משכה ארה"ב את הצהרות אלה, למעט: (1) אמנת רצח העם – לא ניתן לבטל את המחויבות לישוב סכסוכים מבלי לבטל את החתימה על האמנה. (2) אמנות שהתפספסו או שאין נזק מהשארתן – לדוג': האמנה בדבר אמנות קונסולריות, ממנה שכחה ארה"ב למשוך את ההצהרה ולכן נתבעה ב ICJ בגין הפרתה. (3) אמנות שלא חכם לבטל: לדוג': האמנה בדבר יחסי ידידות עם אירן.

ה ICJ – ביה"ד הבינ"ל לצדק בהאג:

ה ICJמוקם מכוח חוקת האו"ם ורשאי לפסוק רק בסכסוכים בין מדינות ורק בהסכמתן. פסה"ד של ה ICJ מחייב משפטית רק את המדינות שהן צד להליך. עם זאת, בפועל, לפרשנותו למשב"ל משקל רב. ישנם מספר דרכים להגיע ל ICJ:

1. **הסכמה אד-הוק** שהסכסוך הספציפי יתקיים ב-ICJ.
2. **אמנה** קובעת שסכסוכים שנוגעים אליה יתנהלו ב-ICJ. לדוג': האמנה על רצח עם.
3. **ההצהרה** שמדינות יכולות להגיש אפריורי (כמו בהפקדה לפי סעיף 36(2) לחוקת הICJ-).

\*\* שלושת המקרים הללו הם הליכים שיפוטיים וההחלטה בגינם מחייבת רק את הצדדים לסכסוך.

לא לכל המדינות החברות ב-ICJ יש שופטים בו, אך הכלל אומר **שאם מנהלים הליך נגד המדינה היא רשאית לצרף שופט מטעמה להרכב.** מלבד פסקי-דין ל ICJיש סמכות לתת חוות-דעת משפטיות, חוות דעת אלה הן בגדר המלצה. עם זאת, מיוחסת חשיבות רבה לפרשנותו של הICJ.

בתי דין בינ"ל נוספים:

עם הזמן **מוקמים יותר ויותר בתי דין בינלאומיים** כאשר בחלקם יש אף זכות עמידה לפרטים, לדוג': ביה"ד האירופאי לזכויות אדם. בתי דין אלה הינם **ספציפיים** במובן בו הם עוסקים בתחום ספציפי, לדוג': זכויות אדם, דיני הים ועוד. בתי דין אלו מתחלקים **לגלובאליים מול אזוריים**, לדוג': ביה"ד האירופאי לזכויות אדם (אזורי). לבתי הדין **תפקידים נוספים** מלבד מניעת מלחמות, לדוג': הסדרה בינלאומית ורגולציה. לאחרונה, יוצאות מדינות כנגד המשפטיזציה בזירה הבינ"ל.

איסור על שימוש בכוח:

המשב"ל שעוסק במלחמה מתחלק ל2 תחומים עיקריים:

1. דיני השימוש בכוח (Jus Ad Bellum) - מסדירים **האם ומתי מותר לפתוח במלחמה**.
2. דיני העימות המזויין (Jus In Bellum) - מסדירים **את ההתנהגות במהלך המלחמה**/עימות מזויין.

ב JABיש הנחה **שיש צד תוקף וצד מתגונן**, וקיים העדר שוויון במעמד החוקי בין הצדדים. לעומת זאת, ב JIB כלל יסוד הוא כי **הדינים חלים באופן שווה בין שני הצדדים ללא קשר מי התוקף והמותקף**.

**JAB דיני השימוש בכוח:**

התפתחות דיני השימוש בכוח:

לפני מלחמת העולם הראשונה היו 2 גישות: (1) מדינות יכולות לצאת למלחמה מתי שבא להן. (2) מלחמה היא בגדר הפרת המשב"ל ונוגדת את החובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום. במשפטים בטוקיו ונירנברג, אחרי המלחמה, נקבע כי יש איסור מנהגי על יציאה למלחמה ופתיחה בה מטילה אחריות על המדינה בגין **מעשה תוקפנות**. הטלת אחריות על אדם בגין פתיחת מלחמה תקרא **פשע תוקפנות**. עם זאת, בהקמת האו"ם משתנה הדין, מתוך הבנה כי לעיתים יש צורך ביציאה למלחמה, כך שאסור לצאת למלחמה בכפוף ל2 חריגים: **(1)** ניתן להשתמש בכוח מהסכמת מועב"ט. **(2)** ניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית.

את דיני השימוש בכוח שקיימים היום ניסחו ב45' והם מהווים **דין בינלאומי מנהגי**, כאשר הנורמות הבסיסיות שלהם מהוות Jus Cogens. לכן, הם **מחייבים גם מדינות שלא חברות באו"ם**.

מהו שימוש בכוח? הפעלת כוח פיזי צבאי. גם הפרת גבול של מדינה ע"י כוח צבאי קרקעי וסיוע למורדים בתנאים מסוימים יחשבו לשימוש בכוח. סנקציות כלכליות/פוליטיות אינם מהוות שימוש בכוח.

\*\* התקפה חמושה – **שימוש בכוח קינטי כנגד המדינה** והעברה של צבא לתוך הטריטוריה ללא שימוש בנשק מהוות התקפה חמושה. לעומת זאת, סיוע למורדים ללא שניתן לשייך שליטה אינו מהווה התקפה חמושה, אלא שימוש בכוח. כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח. אך לא כל שימוש בכוח יכלול התקפה חמושה.

\*\* התקפת סייבר – תקיפת סייבר שגורמת להפעלת כוח קינטי ישיר בעל פוטנציאל הרג מהווה שימוש בכוח. מנגד, תקיפת מערכות מחשוב אינה נחשבת לשימוש בכוח. הדעות חלוקות לגבי הידרשות שחרור כוח קינטי.

איום שימוש בכוח: גם איום להשתמש בכוח מהווה הפרה כללית של הJAB אם הכוח שבו מאיימים אינו חוקי. לדוג': בחוות דעת של ה ICJ נקבע כי נשק גרעיני חוקי במספר מקרים. לכן, עצם החזקתו אינה מהווה איום בשימוש בכוח. מעשה עשוי להיות איום אם הוא **אמין** **ונתפס כאיום אמיתי**. מנגד, יש התגרויות שאינן מהוות איום אלא הפרת חובה לפתור סכסוך בדרכי שלום.

מתי מותר להשתמש בכוח?

שימוש בכוח מותר מכוח אמנת האו"ם ב2 מצבים:

1. מנגנון הביטחון הקולקטיבי (פרק 7 למגילה): מועב"ט יכולה להתיר הפעלת כוח ב2 שלבים:

* ס'39 - הכרזת מועב"ט כי מתקיים איום על השלום העולמי/מעשה תוקפנות.
* ס'41-42 - מרגע ההכרזה אפשר להשתמש באמצעים שאינם מהווים שימוש בכוח או באמצעים כוחניים (כמוצא אחרון).

לפי הרעיון המקורי היה צריך לקום כוח צבאי בהנהגת האו"ם. בפועל, מועב"ט מסמיכה מדינות להפעלת כוח. מ45' עד 85' המנגנון מופעל פעם אחת. בשנות ה90 ניתנות יותר החלטות המאפשרות שימוש בכוח. מתפתחת **גישה מתירנית** של החלטות מועב"ט, לדוג': במתקפת נטו בקוסובו הוטל וטו מרוסיה על שימוש בכוח וכאשר רואה רוסיה כי המלחמה לא נמנעה היא מאפשרת את הפעלת הכוח בדיעבד. עם הזמן עולה תמיכה **בגישה מצמצמת** לפיה את הרשות להשתמש בכוח יש לתת מראש במפורש. שתי הגישות מהווה פתרון רע ולכן ההכרה ביניהם מתחלפת.

1. הגנה עצמית – ע"פ ס'51 לאמנת האו"ם אין באמור על איסור השימוש בכוח למנוע את זכות ההגנה העצמית של מדינה כנגד מתקפה חמושה עליה או על בת בריתה, עד להתערבות מועב"ט. ישנם 2 גישות למתקפה חמושה:

* די בכדור אחד להתקיימות מתקפה חמושה - התקיימות דרישת עוצמה שוללת כלים מן המדינה המותקפת, לדוג': בעימות בין הודו לסין בהימליה נקבע כי אסור לחיילים בגבול להחזיק נשק. הסינים אימנו יחידת חיילים באומנות לחימה. מכאן, מבחן העוצמה בעייתי.
* תקריות בודדות אינם התקפה חמושה (רווחת) - לא כל מעשה של חייל יחיד יוביל למלחמה.

מה הכוונה כי תקיפה היא "כנגד מדינה"? אמרנו כי התקפה חמושה היא שימוש בכוח **כנגד מדינה**. המקרים הפשוטים הם כנגד: טריטוריה, בכירים, מבנה שגרירות, מטוסים ואוניות.

* תקיפת שגריר - **(1)** עמדת ישראל בלבנון - זהו חיסול נציג המדינה ולכן מהווה תקיפה כנגדה. **(2)** עמדה רווחת - יש להוכיח קשר בין המחסלים למדינה על מנת שזה יחשב לתקיפה חמושה מצד המדינה.
* תקיפת אזרחי המדינה מחוץ לשטחה - חיילי מדינה א' פוגעים באזרחי מדינה ב' מחוץ לשטח מדינה ב'. האם זוהי התקפה כנגד המדינה? **(1)** גישה מרחיבה - התקפה זו היא נגד המדינה ותגרור הגנה עצמית. זה אפשרי מכוח המשפט המנהגי (גישת ישראל באנטבה). **(2)** גישה מצמצמת (רווחת) - תקיפה זו אינה כנגד המדינה ולא מקנה זכות להגנה עצמית. ניתן לראות כי שתי הגישות בעייתיות.
* תקיפת ארגון לא מדינתי - כאשר ארגון צבאי שלא שייך למדינה פועל משטחה ותוקף מדינה אחרת, האם המדינה יכולה לתקוף את השטח בו פועל הארגון? הרי ע"פ ס'51 מתקפה חמושה (המקימה זכות להגנה עצמית) נעשית ע"י מדינה:
* גישה מצמצמת - אין הגנה עצמית כנגד התקפה של ארגון לא מדינתי (שלא ניתן לייחס למדינה זרה). מלבד 2 נסיבות: **(1)** כאשר הארגון הלא מדינתי שולט בשטח. **(2)** מקרה בו ניתן לשייך את מעשי הארגון למדינה. לכן, ישנם 2 מצבים בהם למדינה אין מה לעשות: **(1)** שארגון לא מדינתי תוקף ממדינה זרה ולא ניתן לשייך לה את התקיפה. **(2)** הארגון פועל משטח כבוש מחוץ לגבולות המדינה ותוקף את המדינה כובשת. במקרים אלה נבצע פעולות שיטור/ נפעיל לחץ על המדינה הזרה לבצעם.
* גישה מרחיבה - למדינה יש זכות הגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי ב2 מצבים נוספים: **(1)** תקיפה בשטח כבוש מצד המדינה המחזיקה בו כתגובה לתקיפת ארגון לא מדינתי כאשר פעולות השיטור אינן מספיקות. **(2)** תקיפה בשטח מדינה זרה, בתגובה למתקפה של ארגון שיצאה מאותה מדינה זרה אם המדינה הזרה אינה רוצה/ יכולה למנוע את תקיפות הארגון. זוהי עמדת ישראל אך היא לא רווחת בשל חשש מניצול לרעה. התמיכה בין הגישות משתנה מעת לעת.

כללי קרולינה/וובסטר:

כללים המנוסחים ע"י דניאל וובסטר **המטילים מגבלות על הדרך שמדינה מותקפת צריכה לפעול**. כללים אלה מהווים דין המנהגי.

1. נחיצות - **אם ניתן לפתור את העניין בדרכי שלום**, גם אם מדינה הותקפה בהתקפה חמושה **לא קמה לה זכות להגנה עצמית**. התכלית היא כי מתקפה נועדה להגנה עצמית ולא ענישה.
2. מידתיות – 2 גישות: (1) גישה כמותית (רווחת) - המדינה המותקפת רשאית להגיב **בהיקף כוח אש דומה** למתקפה כלפיה. הבעיה היא כי פעמים רבות האיום גדול מעוצמת האש. (2) גישה איכותית - **הפרופורציה היא בעוצמת האיום**, בדר"כ כוח אש יותר גדול מבגישה הכמותית. הבעיה היא כי הערכת גודל איום יכולה להיות מופרזת.
3. מידיות - יש להשתמש בכוח **רק כשצריך**, לא מוקדם מידי ולא מאוחר מידי. מה לגבי מתקפת מנע?

* הגנה ממתקפה צפויה – רואים את האויב מתקרב ופועלים קודם.
* האויב מפתח נשק שברגע שיפותח לא יהיה ניתן להילחם בו.

האם אפשר לפעול לפני נקודת אל החזור? **(1)** גישה מצמצמת - אסור, אין עמידה בדרישת מידיות. **(2)** גישה מרחיבה - 2 סוגי מתקפות המנע מותרות אחרת אין יכולת להתגונן (עמדת ישראל). **(3)** גישת ביניים - הגנה עצמית מפני מתקפה צפויה היא מותרת. לעומת זאת, הגנה עצמית מונעת היא אסורה כי הימצאות נשק אצל אויב משנה מאזן כוחות אך לא מבטיחה תקיפה. עד 9/11 התמיכה היא בגישה המצמצמת וארה"ב דוחפת לגישה המרחיבה. היום, הגישה הרווחת היא גישת הביניים.

התערבות במלחמת אזרחים במדינה זרה:

במדינה א' יש מלחמת אזרחים, האם מדינה ב' יכולה להתערב ואם כן לטובת איזה צד? **(1)** גישה אסימטרית – המדינה יכולה להזמין סיוע אך לגורם הלא מדינתי אסור. **(2)** גישת השוויון הנגטיבי – אין להתערב עבור 2 הצדדים. **(3)** גישת השוויון הפוזיטיבי – ניתן להתערב עבור 2 הצדדים. בפועל, **אין הכרעה** והמדינות מכריזות כי הצד בו הן תומכות הוא השלטון האמיתי במדינה.

האם התערבות הומניטרית חוקית?

כאשר שלטון פוגע באזרחיו, האם מדינה זרה יכולה להתערב צבאית (לעשות שימוש בכוח) כדי להציל אזרחים? זוהי לא הגנה עצמית, יש 2 עמדות: **(1)** עמדה מתירנית (רווחת) - התערבות הומניטרית היא חוקית מכוח הדין המנהגי. לחילופין, האיסור על שימוש בכוח לא חל על שימוש שאינו פוגע במטרות האו"ם. **(2)** עמדה מגבילה – רק מועב"ט יכולה להסמיך מדינות לעשות שימוש בכוח לשם התערבות הומניטרית.

**JIB דיני הלחימה**:

מסדירים **פעילות בזמן לחימה**. דינים אלה חלים **באופן שוויוני**, שכן כל צד בטוח כי הוא צודק.

למה יש דיני לחימה?

1. מוצאי המלחמה – לאחר המלחמה יצטרכו **הצדדים להסתדר**, הסיכוי לכך קטן ככל שזוועות המלחמה גדלות.
2. מטרת דיני הלחימה היא **להכריח אותנו לא להתפתות להפר כללים מוסריים** שאנו מלכתחילה נסכים להתחייב להם, את האלימות בלחימה יש לכוון כלפי צבא.
3. לאפשר תיאום בין הצדדים – גם אויבים צריכים תיאום.

\*\* אלו אינן כל המטרות ומטרות אלה לא מסבירות את כל הדינים הקיימים.

מתי חלים דיני הלחימה?

1. עימות מזויין בינלאומי - כאשר המקרה הטיפוסי הוא מלחמה בין מדינות.
2. מלחמה שצד אחד הוא ארגון מזויין לא מדינתי - לדוג': מלחמת אזרחים.
3. שטח כבוש - שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. המיוחד בשטח הכבוש הוא שבשטח זה חלים דיני הלחימה כל עוד נמשך הכיבוש גם בתום המלחמה. לדוג': איו"ש נכבש בששת הימים, אך דיני הכיבוש חלים עד היום.

דיני ה JIB מתחלקים לכמה מקבצי דינים:

1. IAC - דיני העימות המזויין **הבין מדינתי**.
2. NIAC - דיני העימות המזויין **הלא בין מדינתי**, לדוג': מלחמת אזרחים.
3. דיני כיבוש - מהווים תת תחום בדיני הIAC, הם בנויים מ2 קומות. בשטח הכבוש דיני הכיבוש של IAC חלים. אך יש קומה נוספת של דינים שמוסיפים על דיני ה IACומשנים אותם שרלוונטית רק לכיבוש, לדוג': דיני הלחימה אוסרים על הספקת מזון ודיני כיבוש מכריחים את הספקתם.

איך מסווגים סכסוך עם ארגון מזויין לא מדינתי חוצה גבולות? ישנם 2 גישות:

1. עמדה רווחת - הדינים הרלוונטיים הם **NIAC** זאת כי דיני ה NIAC נועדו להתמודד עם סכסוך שבו אחד הצדדים הוא ארגון מזויין לא מדינתי וזה המצב פה. בנוסף, בהרבה הקשרים ה NIACפחות מגבילים ומדינות רוצות פחות מגבלות בעיקר כנגד אויב שלא מציית לכללים.
2. עמדת ישראל - הדינים הם **IAC** ואין צורך להעניק מעמד של שבוי מלחמה ללוחם של ארגון לא מדינתי. יש לכך 2 סיבות: **(1)** סיבה פורמאלית - בהגדרה הסכסוך הוא חוצה גבולות ויש אלמנט של מלחמה עם מדינה אחרת. אם לא נחיל את דיני ה IAC יהיה באלגן אם המדינה תצטרף לעסק. **(2)** סיבה פרקטית - דיני ה IACיותר ברורים ויש יותר קונצנזוס מה הם. הם נותנים וודאות (מצרך חשוב במלחמה).

מקורות דיני הלחימה:

כיום, מרבית דיני הלחימה **מנהגיים** אך ניתן למצוא אותם גם ב**אמנות**. עם זאת, יש דיני לחימה שמצויים רק בדין מנהגי, יש דיני לחימה שמצויים רק באמנה (מחייב רק את החתומים), יש דיני לחימה שלא מצויים באמנה ולא ברור אם מהווים דין מנהגי ויש דינים שכתובים באמנות אך יש וויכוח בשאלה אם הם מנהגיים.

דיני הלחימה החלו בימי הביניים. באמצע המאה ה19, המלחמות הופכות לקטלניות יותר ולכן ישנו ניסיון לעשות קודיפיקציה לדיני הלחימה בטענה כי המחויבות לכללים תגבר. בשנים אלה נוסחו **קוד ליבר** (כללים ששימשו השראה לתקנות האג), **הכרזת סנט פטרסבורג** (איסור שימוש בקליעים שגורמים לסבל מיותר) **ואמנת ז'נבה הראשונה** (עוסקת בטיפול בפצועים בקרבות חילות יבשה).

ב1899 ניסחו את **תקנות האג** המהוות ניסיון לעשות קודיפיקציה לדיני הלחימה. וב1907 חל קונצנזוס כי תקנות אלה הפכו לדין מנהגי.

ב1949 מנוסחות **אמנות ז'נבה**. 196 מדינות חותמות על אמנות ז'נבה ולכן בנוגע לאמנות 1-3 יש קונצנזוס כמעט מוחלט כי הסעיפים משקפים דין מנהגי. לגבי אמנת ז'נבה הרביעית זוהי ההסמכה ברוב בעולם. עם זאת, ישראל טוענת כי היא לא משקפת דין מנהגי ויש לבחון כל סעיף לגופו. **אמנת ז'נבה הרביעית** היא האמנה **הראשונה שתכליתה להגן על אזרחים** בזמן לחימה. עד לאותו שלב עסקו כל האמנות ב IAC, מלבד ס'3 המשותף לכל אמנות ז'נבה שקובע כללים מאוד בסיסיים לדיני לחימה בNIAC, כיום סעיף זה חל גם על IAC והפרת כללים אלה מהווה פשע מלחמה.

ב1977 מנוסחים לאמנת ז'נבה 2 פרוטוקולים: AP1 - עוסק בעימותים מזויינים בינלאומיים. 2AP - עוסק בעימותים מזויינים שעומדים ב2 תנאים: **(1)** העימות מתרחש בתוך שטח של מדינה אחת. **(2)** צד לא מדינתי שולט בחלק מהשטח של המדינה. על פרוטוקולים אלה חתומים 170 מדינות, כאשר חלק מהסעיפים מהווים דין מנהגי.

עקרונות דיני הלחימה:

1. עקרון הצורך - אין לבצע פעולה שאין לה תכלית צבאית.
2. עקרון ההבחנה - יש להבחין בין לוחמים בהם מותר לפגוע לבין אלו שאינם מעורבים בלחימה בהם אסור לפגוע במכוון. ניתן לפגוע בכל חייל, כאשר באזרח ניתן לפגוע רק אם הוא נוטל חלק בלחימה.
3. עיקרון המידתיות - בתקיפת מטרה צבאית, יש לבחון האם הנזק הצפוי לאוכלוסייה האזרחית מופרז ביחס ליתרון הצבאי שיופק מההתקפה.
4. עקרון ההומניות - אסור לגרום לסבל מיותר, חל גם באינטראקציה בין לוחמים.

מתי מחילים את דיני הלחימה?

1. בסכסוך מזויין בין מדינות IAC - דיני הלחימה **חלים מן הכדור הראשון**.
2. בסכסוכי NIAC - **צריך להיות ארגון לצד הלא מדינתי** (לא סתם מוחים) **ועוצמת הלחימה צריכה להיות יחסית גבוהה** כאשר מסתכלים על משך העימות וסוג הנשקים. זאת על מנת למנוע השתקת מחאות ע"י משטרים.

מטרות צבאיות ואזרחיות: מכוח עקרון ההבחנה ניתן לתקוף לוחמים ומטרות צבאיות אך לא אזרחים. מטרה צבאית היא: **(1)** עצם **שמספק תרומה** לפעולה צבאית (בסיס). **(2)** עצם **שמיקומו** **תורם** לפעולה צבאית (בית הממוקם אסטרטגית). (3) עצם **שבהתאם לשימושו** מהווה פעולה צבאית (משאית, מכונית, בתים מתוכם מפגיזים).

**דיני כיבוש**:

תת חלק מדיני הIAC. כיבוש כשלעצמו אינו מהווה הפרה של המשב"ל, אלא מהווה מצב משפטי אותו המשב"ל מסדיר. זהו מצב שבו **כוח צבאי של מדינה מסוימת מחזיק בשטח שאינו שטח ריבוני של אותה מדינה**, מכך ישנה הנחה כי זהו מצב זמני. שכבה זו של דיני הלחימה **מוסיפה חובות ונורמות** ולפעמים **משנה נורמות** משב"ל של דיני הלחימה.

דיני כיבוש מסדירים יחסים בין הכוח הכובש ל2 גורמים:

1. בין המעצמה הכובשת למדינה ממנה נכבש השטח – הכוח הכובש הוא **נאמן בשטח** ומחויב לא לעשות מהלכים עם השלכות ארוכות טווח.
2. בין מעצמה כובשת לאוכלוסייה בשטח – על המדינה הכובשת להגן על זכויות האוכלוסייה הנכבשת, שכן היא מהווה **ריבון זמני כלפיה**. חובות אלה גדולות מחובות הקיימות לכוח צבאי כלפי אוכלוסייה זרה בה נפגש בלחימה.

הכוח הכובש יכול לפעול ממספר שיקולים: **(1)** טובת השלטון הקודם (פועל כנאמנו). **(2)** טובת תושבי השטח הנכבש. **(3)** צורך צבאי. **(4)** שמירה על הסדר הציבורי.

איפה נמצאים דיני הכיבוש?

1. דין מנהגי - חלק קטן מדיני הכיבוש מעוגן רק במשב"ל מנהגי כאשר רובו הוא גם הסכמיים.
2. אמנות -

* תקנות האג - תקנות אלה מהוות דין מנהגי במשפטי נירנברג לכן, ישראל לא חתומה עליהם.
* אמנת ז'נבה הרביעית - העמדה הרווחת היא כי נורמות אלה הן מנהגיות.
* הפרוטוקול הראשון - הרבה מנורמות הפרוטוקול הינן מנהגיות, לכן, מחייבות גם את ישראל שלא חתומה.

\*\* את הגדרת הכיבוש מוצאים בתקנות האג - שטח נחשב כבוש כשהוא **בפועל נמצא תחת סמכות צבא זר**. המבחן הינו **שליטה אפקטיבית** של הכוח הצבאי בשטח. באמנת ז'נבה לא מוגדר מהו כיבוש, לכן מבחן השליטה האפקטיבית חל גם על דיני הכיבוש באמנות אלה.

מבחן השליטה האפקטיבית:

1. מתי מתקיימת שליטה אפקטיבית? **(1)** גישת המיעוט - דיני הכיבוש חלים במצב שבו הכוח הצבאי הקים באמת בפועל שלטון צבאי, משטר, החל לנהל את השטח. **(2)** העמדה הרווחת - יש צורך בפוטנציאל של הכוח הצבאי להקמת שלטון בשטח כבוש. הבעיה כי פוטנציאל הוא מונח עמום.
2. האם תחולת דיני הכיבוש היא שאלה דיכוטומית? האם דיני הכיבוש חלים בעת שנוצרה שליטה אפקטיבית או שמדובר בספקטרום הדרגתי, זה נכון לנקודות ההתחלה והסיום. **(1)** עמדה מסורתית - דיני הכיבוש הם דיכוטומיים. **(2)** עמדה רווחת - דיני הכיבוש חלים בהדרגתיות. לדוג': ישראל מספקת מים וחשמל לעזה כי יש אלמנטים של השפעה ושליטה.
3. האם יתכן שליטה אפקטיבית בלי כוח צבאי בשטח? (1) עמדה מסורתית - צריך מגפיים על הקרקע, כוח צבאי בשטח. (2) עמדת ביניים - כיבוש קפיצה, שטח יחשב לכבוש במקרה בו הכוח הצבאי אינו בשטח ואותו צבא יכול להקפיץ בקלות כוח שינהל את השטח. (3) מכלול הנסיבות - בודקים את מכלול הקשרים בין השטח לכוח הכובש ובהתאם לעוצמה נגיע למסקנה האם מדובר בשטח כבוש.
4. האם שליטה יכולה להיות באמצעות פרוקסי - האם החזקה של שטח ע"י ארגון מטעם המדינה מהווה כיבוש מצד אותה המדינה? (1) עמדת ה ICJ - ניתן לייחס אם המדינה שולטת **שליטה אפקטיבית** בכוחה של הפרוקסי. (2) עמדת ה ICTY - ניתן לייחס אם המדינה שולטת **שליטה כוללת** בפעולת הפרוקסי.

מהו מעמד איו"ש?

עמדת ישראל - איו"ש הוא שטח כבוש לפי תקנות האג, אבל אינו שטח כבוש ע"פ אמנת ז'נבה הרביעית ולכן דיני הכיבוש של אמנות ז'נבה אינם חלים. עם זאת, ישראל מקיימת באופן וולונטרי את הנורמות ההומניטריות מתוך ז'נבה. ישראל "דוחפת" את אמנת ז'נבה בשל ס'49 האוסר על העברת אוכלוסייה של הכוח הכובש לשטח כבוש וס'47 לפיו לא יהיה בסיפוח השטח כדי לפגוע בזכויות המוקנות מכוח דיני הכיבוש. מדינת ישראל רוצה לספח חלקים מהשטחים ולכן צריכה למצוא דרך שס'47 לא יחול, כדי שיהיה לה פתח לסיפוח. טענת ישראל לפיה אמנת ז'נבה לא חלה מסתמכת על ס'2, מכוחו האמנה חלה במקרים של סכסוך מזויין ובמקרים של כיבוש מלא/חלקי של טריטוריה של מדינה חתומה גם ללא התנגדות צבאית. ע"פ ישראל, אין כיבוש של שטח של מדינה חתומה ולכן האמנה אינה חלה. לכן, חשוב למדינה לטעון כי אמנת ז'נבה אינה מנהגית.

עמדת העולם - טיעון כפול: (1) האמנות חלות מתוקף הרישא. (2) הסיפא לא בא להוציא סיטואציות כיבוש אחרות אלא להבהיר שגם ללא כוח צבאי ישנו כיבוש לצורך תחולת אמנת ז'נבה. העמדה המקובלת הינה כי אמנת ז'נבה חלה באיוש שכן מדובר בדין מנהגי.

משפט פלילי בינ"ל:

במה עוסק המשב"ל הפלילי? פשעים בינ"ל גרעיניים - (1) פשעי מלחמה. (2) פשעים נגד האנושות. (3) רצח עם. (4) תוקפנות.

מה משותף לקטגוריות אלו?

1. ככלל, מדובר **בהפרות חמורות של דיני הלחימה**. כאשר בחלקן תחולת האיסור הורחבה לביצוע מאסיבי של המעשים ע"י השלטון כנגד אזרחיו או בעת שלום.
2. קטגוריות אלו **נכללו במפורש או במשתמע בחוקת לונדון** של ביה"ד בנירנברג. עם כי במהלך השנים נוספו/הורדו איסורים.
3. מלבד חלק קטן מפשעי המלחמה (ואולי גם תוקפנות), **מדובר בפגיעות חמורות בזכויות אדם**.

המשפט הפלילי כ"יצור מוזר": המשפט הפלילי מוזר ביחס למשב"ל הקלאסי כי הוא עוסק באנשים ולא במדינות. הוא מוזר ביחס למשפט הפלילי כי במשפט הפלילי המדינה היא המחוקקת ובמשב"ל הפלילי המדינות לא מעורבות בקביעת האיסורים. בנוסף, במשפט הפלילי יש התמקדות במדינה לעומת המשב"ל הפלילי שם סמכות השיפוט אוניברסלית.

סיבות להיווצרות המשב"ל הפלילי:

1. סיבה מוסרית - איסורים אלה משקפים **עקרונות מוסר כה יסודיים** עד לכדי עליונות לחקיקה מדינתית שאכיפתם היא אינטרס אוניברסאלי.
2. כשל אכיפתי - דיני המשפט הבינלאומי, במיוחד דיני הלחימה **לא נאכפים מספיק טוב** על ידי סנקציות שכוונו כלפי המדינות בלבד. גם המשפט הפלילי המדינתי לא עושה את עבודת האכיפה מספיק טוב.

היסטוריה מקובלת:

במאה ה19 ההשקפה הינה כי המשב"ל מסדיר יחסים בין מדינות. עם זאת, יש אכיפה פלילית כנגד שודדי ים וסוחרי עבדים (דוקטרינת הסמכות האוניברסלית) כי מדובר במעשים שפוגעים באינטרס משותף לכלל, הנעשים ללא חסות מדינתית בשטח ללא ריבונות. עבירות אלו מבוצעות ע"י אנשים פרטיים לרווח כלכלי.

דיני המלחמה בעבר נסמכו בעיקר על דין מנהגי. אבל, במאה ה19 מלחמות נעשו יותר קשות, לכן, בניסיון לצמצם זוועות נעשים ניסיונות לאמץ באמנות בינלאומיות, קודיפיקציה של דיני הלחימה. ניסיונות אלה זוכים להצלחה. אבל, למרות הקודיפיקציה הגוברת של דיני הלחימה, זוועות המלחמה לא קטנות.

מלחמת העולם הראשונה ממחישה את הכישלון של ניסיון זה. קיימת דרישה ציבורית להעמיד חיילים לדין בגין פשעי מלחמה. למרות שישנה התחייבות להעמדה לדין הן של הקייזר הגרמני והן של חיילי הצבא החשודים בפשעי מלחמה. בפועל, המשפטים לא צלחו, רק מעטים הועמדו לדין, הרוב זוכו ומי שהורשע ברח. לכן, ישנה התעקשות על הקמת בי"ד בינ"ל.

זוועות מלחמת העולם השנייה מחייבות שינוי השקפה ואימוץ עמדה על פיה המדינה היא ישות תאגידית שמאחוריה יש אנשים. לכן, כאשר יש הפרות חמורות של דיני הלחימה יש צורך בהרמת מסך. עשרות אלפי אנשים מועמדים לדין מכוח דוקטרינת הסמכות האוניברסלית לפיה קיימים: (1) אינטרס בינלאומי משותף של הגנה על זכויות אדם (2) מתן מענה לכשל אכיפתי.

כנגד ההעמדות לדין עלו 2 טיעונים:

1. רטרואקטיביות - האיסורים באותה עת חלו על מדינות בלבד. תשובה: (1) טיעון פורמליסטי – מדינה זה פיקציה, מאחורי המדינה ישנם אנשים שעברו על האיסורים. (2) טיעון מוסרי – האנשים ידעו מראש שמעשיהם אינם מוסריים.
2. צדק של מנצחים - רק הצד המפסיד נענש. תשובה: העובדה שצד אחד לא נענש אינה מצדיקה את ביצוע הפשע.

בשנות ה90 מוקמים לראשונה מאז נירנברג 2 בתי דין פליליים בינ"ל: **(1)** עוסק בפשעים שבוצעו ביוגוסלביה (ICTY). **(2)** יעסוק בפשעים שבוצעו ברואנדה. המטרה של בתי הדין היא לא רק להעניש אלא גם לייצר הרתעה. לבתי דין אלה תרומה אדירה למשב"ל הפלילי שכן פסיקתם הבהירה נורמות רבות והיוותה את תחילת הפריחה של המשב"ל הפלילי. עם זאת, ישנה ביקורת כי פסיקתם הרחיבה יתר על המידה את איסורי המשב"ל הפלילי ואינה בהירה מספיק. החסרונות בפועל: **(1)** חוסר לגיטימציה במדינת המקום. **(2)** עלות בתי הדין גבוהה. **(3)** העדר יעילות. **(4)** לא יצרו הרתעה מספקת. **(5)** סלקטיביות: לא כל הסכסוכים/האנשים שפשעו הועמדו לדין. **(6)** צדק של מנצחים: לא שני הצדדים הועמדו לדין. עקב כך, בשלהי שנות ה-90 **יש מעבר להתמקדות ב-3 מנגנוני אכיפה אחרים**: (1) סמכות אוניברסאלית. (2) טריבונאלים מעורבים. (3) ה ICCבית דין פלילי קבוע.

סמכות אוניברסאלית:

המבצעים של פשעים בינלאומיים הם אויבי כל האנושות ולכן **כל מדינה יכולה להעמידם לדין**. המנגנון פותר את כשל האכיפה, שכן לא תלויים בחסדי מדינת המבצע או בסיכוי הקטן שהמבצע ייתפס בשטח המדינה בה בוצע הפשע. עם זאת, יש חשש לניצול פוליטי. בפועל, עקב ניצול זה יש דעיכה בשימוש במנגנון. בנוסף, יש תמיכה הולכת וגוברת **בעיקרון החליפיות**, לפיו מדינה יכולה להעמיד לדין אדם רק אם אף אחת מהמדינות הקשורות למקרה אינה מעוניינות/יכולה, אשר הופך לדין מנהגי בנושא.

בתי דין מעורבים (היברידים):

הקמת בתי דין היברידיים העוסקים באירוע ספציפי ומתפרקים בסיומו. בתי דין אלה הינם בתי דין פליליים המערבים אלמנטים מדינתיים ובינ"ל: **(1)** מבחינה מוסדית - עירוב של גורמים מהמדינה ומהזירה הבינלאומית, לדוג': שופטים מקומיים. **(2)** מבחינה נורמטיבית - בתי הדין הללו יכולים להעמיד לדין גם על הפרה של דין מדינתי וגם על הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי.

יתרונות: **(1)** זולים בהשוואה לבתי דין אד הוק מכיוון שהם רוכבים על מערכת המשפט הפלילית המדינתית הקיימת. **(2)** זוכים ליותר לגיטימיות מצד מקומיים.

חסרונות: **(1)** אינם מתאימים לכל האירועים שכן במלחמה בין 2 מדינות לא ברור על איזה מערכת לרכוב. **(2)** חשש שביה"ד יתנהל כבי"ד בינלאומי ויאבד לגיטימיות בעייני המקומיים. **(3)** חשש להשפעה גדולה של השלטון המקומי על בתי הדין מה שיחטיא את מטרתם.

לאור חסרונות אלה, ב2014-15 הייתה דעיכה בפנייה לבתי דין אלה. בשנים האחרונות ישנה עליה ככל הנראה כניסיון להתחמק משיפוט ע"י ה ICC או מדינה זרה.

ה ICC ביה"ד הפלילי בהאג:

ה ICC הוקם מכוח אמנת רומא ופתח את שעריו ב2002. כיום, בביה"ד 120 מדינות חברות כאשר בשנים האחרונות נחלש מעמדו מעט.

הכללים שחלים על הICC:

1. מוגבל **רק לעבירות המנויות באמנה**, בכדי להקטין טענות לאי-אזהרה ולעמימות הדין.
2. מוגבל **רק לפשעים שבוצעו לאחר הקמתו**, בכדי להקטין טענות לרטרואקטיבית.
3. חל רק **על מקרים שנוגעים למדינות שחברות** באמנה, לדוג': הפשע בוצע בשטחן או על ידי אזרח שלהן (כאשר לא די כי הקורבן אזרח). בנוסף, לביה"ד סמכות במקרים בהם ביקשו להעניק לתובע סמכות אד הוק, או מכוח הסמכה של מועב"ט.
4. כדי שלבית-הדין תהיה סמכות שיפוט במקרה ספציפי **גם הסכסוך צריך להיות חמור, וגם הפשעים הספציפיים** בסכסוך שנבחרים להגשת כתב אישום צריכים להיות חמורים. הפרשנות שניתנה ע"י ה ICCלדרישה היא כי גם הנאשמים צריכים להיות האחראים העיקריים.
5. כדי שתובע של ה ICCיהיה רשאי לחקור ולהעמיד לדין ובית הדין יהיה רשאי לדון במקרה נדרשת בנוסף עמידה **בעקרון ההשלמתיות** - נדרש להראות שהמדינות הרלוונטיות אינן מוכנות או אינן יכולות להקים הליך פלילי ראוי בנוגע לאותו מקרה.

**פשעים בינ"ל גרעיניים**:

פשעי מלחמה:

המונח פשעי מלחמה **מתייחס לאותם דיני לחימה שהפרתם גוררת סנקציה לא רק כנגד מדינת המפר אלא גם סנקציה פלילית כנגד האדם המפר.** במשפטי נירנברג קבעו כי כל הפרה של דיני הלחימה הינה הפרה פלילית. קביעה זו בעייתית:

1. חלק נכבד מדיני הלחימה הם עמומים ולכן אין מספיק אזהרה מוקדמת.
2. כל מדינה תפרש את הדין העמום על מנת לצבוע את מעשי אנשי מדינת האויב כפשעי מלחמה.
3. לא כל דין מדיני הלחימה מגן על עקרון מוסרי בסיסי אוניברסאלי.

כיום, יש מעט מאוד תומכים בהגדרה שניתנה בנירנברג ל-"פשע מלחמה". כבר לאחר מלחמת העולם השנייה הוצעה **גישת משטר ההפרות החמורות**. ע"פ גישה זו, **רק הפרה של דיני לחימה מסוימים, תחשב פשע מלחמה**. אמנות ז'נבה והפרוטוקול הראשון מגדירות אילו סעיפים שלהן הפרתם מהווה הפרה חמורה (פשע מלחמה).

אם משהו מוגדר בפרוטוקול הראשון כפשע מלחמה ומדינה אינה חתומה וסבורה כי זה אינו פשע מלחמה היא יכולה לטעון כי זה אינו משקף דין מנהגי. זוהי טענה חלשה, בעיקר אם הדין היה קיים בז'נבה ורק תוקן בפרוטוקול.

אם משהו לא מוגדר באמנות ז'נבה או בפרוטוקול כהפרה חמורה, האם זה אומר שהוא לא פשע מלחמה? פס"ד טאדיץ - קבע את המבחן המקובל לזיהוי של דינים שהפרתם מהווה פשע מלחמה. נדרשת התקיימות 2 תנאים: **(1)** מדובר בהפרה רצינית של נורמה חשובה. **(2)** נוצרה פרקטיקה רווחת בקרב המדינות של הטלת אחריות אישית פלילית על מפרי הנורמה.

כדי להימנע מוויכוחים בשל עמימות המבחן בטאדיץ, נקבע בס'8 לאמנת רומא רשימה סגורה של פשעי מלחמה. ברשימה מספר בעיות:

1. היא כוללת מספר איסורים שלא כולם חושבים שהם מנהגיים.
2. הרשימה לא כוללת מספר איסורים שכולם חושבים שהם מנהגיים. עם זאת, היא מצהירה כי יש פשעים שאינם כלולים בה.

לפיכך, כשמדובר בהליך בפני ה ICC השאלה מהו פשע מלחמה שלבית הדין יש סמכות לגביו תקבע לפי ס' 8 לאמנת רומא. שמדובר בהליך במקום אחר, הרשימה בס'8 הוא נקודת התחלה עליה מפעילים את מבחני פס"ד טאדיץ. ישנה דעת מיעוט לפיה כל הפרה של דיני הלחימה היא פשע מלחמה (דעת נירנברג).

פשעים נגד האנושות:

המאפיינים:

1. מעשים חמורים במיוחד המביאים **לפגיעה חמורה בכבוד האדם**.
2. המעשים מבוצעים כחלק ממדיניות ממשלתית או כחלק מפרקטיקה רחבה ושיטתית: **(1)** התקפה רחבת היקף מבחינת כמות. **(2)** התקפה שיטתית מבחינת איכות. משמע תכנון ותמיכה מגבוה.
3. האיסור הפלילי חל על ביצוע המעשים הן במלחמה והן בשלום.
4. הקורבנות המובהקים של הפשעים הם אזרחים אך יכולים להיות גם חיילים.

רצח עם

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

פשע התוקפנות

עוסק **בהטלת אחריות אישית-פלילית על בני-אדם בגין הפרות חמורות של ה JAB**(דיני השימוש בכוח). קיימות הגדרות שונות לתוקפנות: (1) ההגדרות שניתנו בנירנברג וטוקיו. אלו, במידה רבה, לא רלוונטיות היום. (2) למועב"ט יש סמכות בס'39 לקבוע שמעשה של מדינה הוא מעשה תוקפנות. (3) הגדרה בתיקון שנעשה ב-2010 לאמנת רומא, של הICC.

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

1. ה JABהם דינים עמומים ובהחלטה לצאת למלחמה ישנה השפעה גדולה לשיקולים פוליטיים.
2. ההחלטה לצאת למלחמה היא החלטה שמבוצעת על ידי ראשי המדינה, שפחות מוכנים לעמוד לדין.
3. מאז הקמת האו"ם, החלטות בדבר הפרת של השימוש בכוח היו מסורות באופן בלעדי למועצת הביטחון וקיים למעצמות אינטרס חזק שלא להעניק סמכות שכזו לגוף אחר (ICC).

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

ס'5 לחוקת ה ICCקבע כי עבירה זו תחול רק מעת שתסוכם הגדרתה, לכן חשבו כי הסעיף יישאר אות מתה. עם זאת, ב2010 הגיעו החברות להסכמה בדבר ההגדרה ונקבע כי לביה"ד סמכות שיפוט בפשעי תוקפנות בהקשרן של המדינות שמסכימות לכך ובתנאי שתוך 7 שנים 30 מדינות יסכימו. התקבלה החלטה ברוב להתחיל להפעיל את סמכות השיפוט. בניגוד לציפיות, מדינות נתנו את הסכמתן לסמכות שיפוט זו והחל מיולי 2018 ל ICC סמכות לדון בפשעי תוקפנות, זאת רק בהסכמת המדינה. מכך יוצא כי ל ICCסמכות ב2 מקרים: **(1)** הסמכת מועב"ט. **(2)** שהפשע בוצע בשטח/ע"י אזרח של מדינה שחברה ב ICC והסכימה להחלת סמכותו.

**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 להפעיל שליטה על או להכווין את הפעילות הצבאית או הפוליטית של מדינה". **מעשה תוקפנות** מוגדר כ"שימוש בכוח מזויין על ידי מדינה כנגד הטריטוריה, העצמאות הפוליטית או הריבונות של מדינה אחרת, או בכל אופן אחר שאינו תואם את אמנת האו"ם".

דיני זכויות אדם:

זהו תחום **שאומר למדינה איך לנהוג כלפי אזרחיה**. דינים אלה התפתחו בעקבות מלחמת העולם השנייה כאשר התחומים העיקריים ששימשו השראה הם: **(1)** דיני לחימה **(2)** משטר ההגנות של זכויות המיעוטים.

במלחמת העולם השנייה מתגבשת התובנה לפיה מדינות לא דואגות לאזרחים ולכן על המשב"ל לפקח. כתוצאה מכך נחתם הסכם לונדון לפיו הוקם בי"ד לאומי בו נקבע כי רדיפת אזרחים מהווה פשע בינ"ל. נקודת ההתחלה היא אמנת האו"ם. באמנה זו יש מעט מאוד אזכורים לחובה לפעול למען זכויות אדם וזה מתוך החשש להתערב בעניינים פנימיים של מדינות:

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

מעורבות האו"ם מהווה מתח בין **הרצון לשמור על זכויות אדם** לבין החשש המושפע מ**ההשקפה לפיה אין להתערב בענייני המדינה הפנימיים במשב"ל**. עם הזמן יש פריחה של תחום זה והקמת גופים שמטרתם לשמור על זכויות אדם:

* נציבות זכויות האדם של האו"ם - גוף זה מנסח את **ההכרזה בדבר זכויות האדם**. הגוף **מורכב מנציגי מדינות**. עם הזמן גוף זה נהייה מוטה פוליטית כנגד ישראל והחלטות רבות שלו עוסקות בישראל וביחס שלה לזכויות אדם. ב2006 גוף זה מוחלף.
* מועצת זכויות האדם של האו"ם - התקווה הייתה כי גוף זה יהיה פחות פוליטי ויותר מאוזן. בהקשר הישראלי, היחס הוא עדיין ביקורתי. גופים אלה מינו וועדות חקירה, שהמסקנות שלהם לא תמיד הטיבו עם ישראל.
* נציב זכויות האדם - גוף שהוקם ב93 ועיקר תפקידו **לתאם בין כלל גורמי האו"ם שעוסקים בזכויות אדם**. בדר"כ בראשו עומדים גורמים יחסית **"מאוזנים" פוליטית**.
* הוועדה לזכויות אדם - גוף שהוקם מכוח האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR) ומכוחה קיימת וועדת מומחים. הוועדה היא **הפרשן המוסמך של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות**. הגוף אינו מוטה פוליטית.

ב48 מתקבלת **ההכרזה האוניברסלית** בדבר זכויות אדם. הכרזה זו כוללת **רשימת זכויות אדם בסיסיות** ואת **העיקרון לפיו זכויות אדם הן אוניברסליות**. ההכרזה אינה אמנה מחייבת. אך חלק מן הנורמות בהכרזה מנהגיות.

לאחר ההכרזה מתחילה המלחמה הקרה ונוצרות 2 אמנות בשל פיצול פוליטי:

1. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ICCPR - אמנה לה דחף המערב, האמנה מכילה זכויות "דור ראשון" - זכויות אזרחיות ופוליטיות (זכות להליך הוגן, להיכנס ולצאת מהארץ), עיקרם היא התעסקות המדינה לא לפגוע.
2. אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות - הגוש הסובייטי דחף לה. האמנה מכילה זכויות "דור שני" - הן זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות כאשר האלמנט האקטיבי יותר חזק (חינוך, דיור הולם ועוד).

כיום, ההשקפה היא שאת 2 קבוצות הזכויות יש חובה לקיים ובהתאם מרבית המדינות חתומות על 2 האמנות. מהאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות לא ניתן לפרוש.

מאפייני אמנות זכויות האדם:

אחת הבעיות באמנות לזכויות אדם שמכיוון שככלל הם מטילות חובות פנימיות על המדינה למדינות אחרות לא אכפת מה שגורם **לכשל אכיפתי**. כדי לצמצם כשל אכיפתי זה אומצו מנגנונים שונים:

1. וועדות מומחים - באמנות שעוסקות בזכויות אדם, יש וועדת מומחים בלתי תלויה שתפעל לקדם את יישום האמנה:

* מדינות מגישות דוח לוועדה שמסביר את מצב זכויות האדם בהן. קביעות מצד הוועדה יכולות לגרום לאי נעימות בזירה הבינ"ל וללחץ על המדינה לשפר דרכיה.
* הוועדה מפרסמת הערות פרשניות על נוסח האמנה, שבעזרתן ניתן להבהיר מושגים באמנה ולתחום את היקפה.
* חלק מהאמנות כוללות מנגנון שמאפשר למדינות להגיש תלונה על מדינה אחרת בטענה כי המדינה האחרת הפרה את האמנה.
* חלק מהאמנות כוללות מנגנון שמאפשר לפרטים להגיש תלונה נגד המדינה ושהוועדה תקבע אם זכותו של הפרט נפגעה ע"י המדינה. המדינה צריכה לחתום על פרוטוקול בו הוא מסכימה להעניק לוועדה סמכות זו.

1. דרך נוספת להקטין את חולשת מנגנוני האכיפה נוגעת להסתייגויות. ה ICCPR שעסקה בכך קבעה:

* אין להסתייג מנורמה מנהגית, כיוון שרוב זכויות האדם מנהגיות בנוגע לרוב זכויות האדם קשה להסתייג.
* נקבעו כי הסתייגות לא יכולה לפגוע בתכלית האמנה ויעודה.
* לדעת הוועדה היא הגורם המוסמך להכריע האם הסתייגות מסוימת חוקית, אם הסתייגות היא לא חוקית היא בטלה והאמנה חלה בלי הסתייגות. בנוסף, המדינה לא יכולה לפרוש מהאמנה גם אם ההסתייגות בטלה. ישנה ביקורת של ה ILCאשר סבור כי המילה האחרונה בנוגע לשאלה האם הסתייגות היא חוקית והאם מדינה יכולה לפרוש היא של המדינות החברות יחדיו.

1. יש זכויות אדם שהם jus cogens, יש כאלה שאינם jus cogens ויש זכויות לגביהם יש וויכוח.
2. כל זכויות האדם בהגדרה הם Era omens.

הסדרים מרכזיים באמנות זכויות אדם: האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות עוסקת בארבע קבוצות של זכויות: **(1)** שלמות הגוף - הזכות לחיים, לא לסבול עינויים, לא להיות עבד. **(2)** הליך הוגן, זכויות במעצר ותנאי כליאה. **(3)** זכויות הליכים ומשפט. **(4)** חירויות הפרט - חופש ביטוי, חופש אמונה, מצפון, חירות פוליטית, חופש העיתונות, חופש ההתאגדות. באמנה מודגש בכלליות עקרון איסור האפליה.

ס'2 - סעיף חשוב הכולל מספר עקרונות חשובים:

1. על המדינות לכבד ולהבטיח את הזכויות באמנה, לא מדובר רק בחובות נגטיביות אלא גם פוזיטיביות.
2. חל איסור על אפליה בשל מין, גזע, מוצא, רכוש ועוד.
3. על המדינה לאמץ חקיקה שתאפשר את כיבוד הזכויות באמנה.
4. חובה על המדינות לתת סעד אפקטיבי למי שזכויותיו נפגעו.

הגבלות על זכויות אדם:

באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות יש אפשרות להגביל זכויות. המגבלות מצויות בתוך סעיפי הזכויות. יש מקומות בהם הרשות לפגוע בזכות היא משתמעת/מובלעת ויש זכויות אבסולוטיות בהם לא ניתן לפגוע.

הגבלות זכויות אדם בחירום - במצב של חירום, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות כוללת מנגנון של גריעה מתחולה, לפיו מדינה יכולה להוציא מתחולה חלק מהזכויות המצויות באמנה בשל מצב חירום. ישנם מספר תנאים: **(1)** מצב חירום רציני המאיים על חיי האומה. **(2)** על המצב חירום להיות מוכרז בחקיקה. **(3)** המדינה צריכה להודיע למזכ"ל האו"ם על השהיית הזכויות. **(4)** האמצעים הפוגעים בזכויות צריכים להיות נחוצים ומידתיים במידת הנדרש. **(5)** האמצעים צריכים לעמוד בקנה אחד עם התחייבויות בינ"ל אחרות. יש זכויות בהן לא נפגע גם במצב חירום.

תחולת דיני זכויות אדם באיו"ש:

הרבה שנים מדינת ישראל טענה כי החובות על פי האמנה לא מטילות עליה זכויות ביחס לתושבי השטחים. על סמך שני טיעונים שכל אחד מהם מציף סוגיה יותר כללית:

1. לאמנות זכויות אדם אין תחולה אקסטריטוריאלית (כלומר זכויות אדם לא חלות בשטחים).
2. דיני זכויות אדם לא חלים כשיש התנגשות עם דיני הלחימה.

\*\* עולה השאלה באיזה סיטואציות יש למדינה חובה להגן על זכויות מכוח האמנה לאנשים מחוץ לטריטוריה.

באיזה מידה חלים זכויות אדם במקביל לדיני לחימה?

במקור טענה ישראל כי האמנה לא חלה עליה בשטחים. היא הסתמכה על 2 תנאים מצטברים: **(1)** החובות חלות רק בשטח הריבוני של המדינה.**(2)** החובות חלות רק ב jurisdiction שלה. ישראל גם פירשה את המונח jurisdiction פרשנות צרה לפיה הוא חל במקרים בהם הדין הישראלי חל על אותם אנשים.

העמדה הרווחת כיום**: (1)** מדובר בתנאים חליפיים **(2)** יש להעניק משמעות רחבה למונח jurisdiction כמתייחס לכל מצב בו לגורמי המדינה יש שליטה אפקטיבית על השטח הרלוונטי או על האדם הרלוונטי. לכן יש כיום הסכמה יחסית רחבה שהחובות באמנות זכויות אדם חלות על מדינה ביחס לאנשים שנמצאים בשטח שאותה המדינה מחזיקה תחת כיבוש וביחס לאנשים שגורמי המדינה מחזיקים (חטפו/ עצרו/ כלאו).

האם דיני זכויות האדם לא חלים בהתנגשות עם דיני הלחימה?

בעבר, ההשקפה הקלאסית הייתה שמרגע שחלים דיני לחימה לא חלים דיני זכויות אדם. כיום, העמדה הרווחת היא כי במידה מסוימת, דיני זכויות האדם חלים.

איך השתנתה העמדה? **(1)** ה ICJ ובתי דין בינלאומיים אזוריים אחרים אומרים כי עצם זה שחלים דיני הלחימה לא מגרש זכויות אדם. (2) מיצוע של דעות שמכיל את דיני זכויות האדם בלחימה כך שישנה תחולה מקבילה של הדינים. **(3)** פס"ד ג'ורג'יה - הולך צעד קטן אחורה ובהקשר מאוד מצומצם חוזר לעמדה הקלאסית. בשדה הקרב עצמו דיני זכויות האדם לא יחולו ויחולו רק דיני הלחימה.

בישראל - גישת ביניים, שלב ראשון עם פרשנות צרה.