**מחברת קורס - משפט בינלאומי פומבי**

התפתחות היסטורית של המשפט הבינלאומי (סיכום זיו)

גם בעידן העתיק היו דינים שהינו מגדרים אותם כמשפט בינלאומי: בעיקר בתחומים של דיני מלחמה ושלום. אבל המשפט הבינלאומי המודרני כמו שאנחנו מכירים אותו היום מתפתח בהדרגתיות (על היסודות הקדומים יותר כמובן), בתהליך שבמידה רבה משיק ומגיב להתפתחותן ההדרגתית של המדינה.

סיפור ווספליה:

לפי הסיפור הזה המדינה נולדה באירופה, כתוצאה מהסכמי ווספליה (1648), שהם הסכמי השלום שסיימו את מלחמת 30 השנים (מלחמה שבמידה רבה הייתה סכסוך בין הריבונים באירופה שנותרו קתולים, לבין הריבוניים שאימצו גישות פרוטסטנטיות, בניסיון של כל צד לכפות על הצד השני את הגרסא שלו של הנצרות).

בהסכמי ווספליה האמורים, הריבונים של כל אחת מהיחידות הגאוגרפיות-הריבוניות שהיו קיימים באירופה (יחידות שמהן, במידה רבה, התפתחו המדינות שקיימות כיום באירופה) הסכימו שלא להתערב בענייני הדת בתוך תחומן של כל אחת מרעותיה (כמו גם שלא להתערב בעניינים פנימיים אחרים האחת של השנייה). לעקרון אי-ההתערבות האמור הסכימו, כחלק מאותו תהליך שלום, גם האפיפיור וכן גם הקיסר של האימפריה הרומית הקדושה. עובדה זו חשובה שכן שני הגורמים הללו טענו עד אז, במידה רבה, כי יש להם סמכות שהיא עליונה לזו של שליטי היחידות הגאוגרפיות-הריבוניות השונות, ויתר על כן, חלק נכבד מהשליטים של היחידות הללו הכירו, במידה זו או אחרת, בסמכות של לפחות אחד משני הגורמים הללו. עם חתימת ההסכמים נוצרו לראשונה ישויות הגאוגרפיות-ריבוניות שמחד, בזירה הבינלאומית בעלות מעמד משפטי שווה (אין מעליהן כל ישות בעלת סמכות עליונה), ושמאידך, בזירה הפנימית של כל אחת מהן, ריבון הישות הגאוגרפיות-ריבוניות הוא הסמכות העליונה (חופשי לנהל את ענייניו ללא שלאיזה גורם חיצוני תהיה סמכות חוקית להתערב). סיפור ווספליה ממשיך ומספר לנו שהמשפט הבינלאומי נולד, הלכה למעשה, סמוך לאחר לידת המדינות (אם לא כבר בעצם החתימה על האמנות הבינלאומיות שנחתמו בווספליה). המדינות שנוצרו, יצרו את המשפט הבינלאומי ככלי לתאם ולהסדיר את האינטראקציה בניהן (זה נכון שהמדינות שאבו השראה מנורמות שהיו קיימות קודם, אך נורמות אלו, אומר לנו סיפור ווספליה, לא נועדו להסדיר יחסים בין מדינות). לאמיתו של דבר, הסיפור הזה הוא מיתוס (מכונה היום מיתוס ווספליה), והמדינה המודרנית, כפי שאנחנו מכירים אותה היום, היא תוצר של תהליך הדרגתי שהחל הרבה לפני הסכמי ווספליה ושהגיע לשיאו עמוק לתוך המאה ה-19.

המשך הסקירה ההיסטורית:

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

מסוף המאה ה-18, מתחזק, תהליך שהחל עוד קודם של חילון של המשפט הבינלאומי. תהליך שאת ראשיתו, עוד קודם לכן, יש נטייה לייחס להוגו גרוטיוס, מלומד משפט בינלאומי שחי במאה ה-17 (1583-1645), ואשר מכונה פעמים רבות "אבי המשפט הבינלאומי". נהוג לראות בכתביו של גרוטיוס את ראשית תהליך החילון של המשפט הבינלאומי, שכן בספרו, הוא חותם את הדיון בשאלה מדוע קיימת חובה לציית למשפט הבינלאומי במשפט בוא הוא טוען שהטיעון המוסרי שהוא מציג בדבר קיום חובה לציית למשפט הבינלאומי עומד: "גם אם נקבל כנכון, את מה שלא ניתן לקבל כנכון בהיעדר רשעות מוחלטת, והוא שאין אלוהים, או שענייניהם של בני-האדם אינם מעניינים אותו כלל".

עוד מבערך סוף המאה ה-18, קיימת השפעה הולכת גוברת על המשפט הבינלאומי להשקפה תורת-משפטית פוזיטיביסטית. על-פי השקפה זו, הדין הוא לא משפט טבעי אלא תוצר של בחירה אנושית. לכן, מקור הלגיטימציה של נורמת משב"ל הוא אינו נעוץ באיזה מוסר אוניברסלי ואבסולוטי אלא בריבונות המדינות ובהסכמתן לנורמה.

כמו כן, באותה תקופה, מתחילה תקופה של שינויים חברתיים וטכנולוגיים מואצים, עקב המהפכה התעשייתית. בהקשר זה יש לציין במיוחד, שהתפתחויות טכנולוגיות בתחום הנשקים, כמו גם המעבר לצבאות לאומיים סדרים, מובילות לכך שהמלחמות מסוף המאה ה-18 ואילך נהיות יותר ויותר עקבות מדם. כתוצאה מכך, גובר הצורך להסדרת התחומים הנוגעים ללחימה, באמצעות הדין הבינלאומי.

התפתחויות טכנולוגיות אחרות מובילות להתגברות הצורך בהסדרה משפטית חוצת-גבולות (משמע, לשימוש במשפט בינלאומי) גם בתחומים אחרים: למשל בקונגרס וינה 1815 שסיים את המלחמות הנפוליאוניות חותמים על שלל אמנות להסדיר נושאים של סחר, השיט, הדואר וכו'.

מגמה זו של התרחבות התחומים אותם מסדיר המשפט הבינלאומי, כמו גם של גידול, בכל תחום ותחום, של כמות נורמות המשפט הבינלאומי המסדירות את התחום, המשיכה לאורך כל המאה ה-19, ולאמיתו של דבר, ממשיכה מאז ואילך.

במהלך המאה ה-20 המשפט הבינלאומי שעד אז עסק במדינות אירופאיות ומערביות, הופך להיות באמת גלובלי (יש לזכור שרוב המדינות הקיימות כיום נוצרו במהלך המאה העשרים, וזאת בעוד שבמאה ה-19-רוב העולם נשלט ע"י מספר קטן של אימפריות אירופיות).

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

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

מלחמת העולם השנייה מזכירה לקהילה הבינלאומית שמאחורי המדינות מסתתרים אנשים ומתבהר שיש צורך לעיתים שהמשפט הבינלאומי יפנה ישירות אל האנשים הללו. במקור מדובר בצורך שכזה משני סוגים:

1. צורך לעשות שימוש במשפט הבינלאומי כדי **להעניק לבני אדם הגנה גם מפני המדינה שלהם**: ע"פ הנרטיב המקובל, עד אז המשפט הבינלאומי נועד להכווין את ההתנהגות של מדינות, וכלל לא פנה לבני-אדם, כך שלכל מדינה היה שיקול דעת מוחלט להחליט כיצד להתייחס לאזרחיה. הנרטיב המקובל מספר לנו שהשואה ושאר זוועות מלחמת העולם השנייה מובילות לתובנה שזה לא יכול להיות המצב עוד, וכי על המשפט הבינלאומי להסדיר איזשהם סטנדרטים של יחס לבני אדם אליו הם יהיו זכאים גם ממדינתם. כך נולדים המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם.
2. הסוג השני של פניה ישירה לבני אדם באמצעות המשפט הבינלאומי, שהחל להיעשות בו שימוש בעקבות מלחמת העולם השנייה, היא **יצירת נורמות משפט בינלאומי אשר בגין הפרתן ניתן להטיל סנקציות לא רק על המדינות הרלוונטיות, אלא גם על בני האדם שהפרו את הנורמה**. עד אז, ע"פ הנרטיב המקובל, כפי שדיברנו, המשפט הבינלאומי נועד לכוון את ההתנהגות רק של מדינות-לכן, אם מדינה הפרה את הדין, היו (ועדין יש גם היום) סנקציות שהמשפט הבינלאומי קובע שמדינות אחרות יכולות להטיל עליה. העניין הוא שמדינה זה לא ישות אמיתית, את הפעולות שלה מבצעים בני-אדם את האנשים הללו לעיתים לא ירתיעו הסנקציות שמוטלות על מדינתם. לכן, ע"פ הנרטיב המקובל, בעקבות השואה ושאר זוועות מלחמת העולם השנייה, הוחלט שלגבי מספר קטגוריות של נורמות יסודיות של המשפט הבינלאומי-כמו פשעי מלחמה-יוטלו סנקציות ישירות על בני האדם- זה בעצם מה שנעשה במשפט שנערך בבית-הדין הבינלאומי נירנברג.

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

קפיצת הדרך הבאה שעושה המשפט הבינלאומי, החלה בשנות ה-90 עם סוף המלחמה הקרה, והיא ממשיכה בימינו אנו.

מבוא למשפט בין לאומי

משפט בין לאומי פרטי הינו תחום משפט העוסק בבחירה בין מערכות דינים, כאשר צריך לבחור איזה דין מדינתי יחול. **המשב"ל הקלאסי** הינו מערכת אופקית (בעוד המשפט המדיני הוא מערכת היררכית) של תיאום התנהגות בין מדינות בעוד המדינות הן הנתינים והמחוקקות והאכיפה היא עצמית בלבד. בעוד **המשב"ל העכשווי** הוא בעל כלים שמשפיעים על רמת החשיבות של המשב"ל, כמו למשל יותר אכיפה והקמת ארגונים בינ"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 ארגונים בינ"ל |
| אכיפה | אכיפה פורמאלית | אכיפה עצמית | אכיפה עצמית וולונטרית |

ישנם 2 קשיים בהגדרת משפט בין לאומי:

1. המערכת אינה דומה למערכת המשפט אליה אנו רגילים. במערכת משפט רגילה יש נתינים, מחוקק ובתי משפט. לעומת המשפט הבין לאומי בו הנתינים הינם המדינות והמחוקקים הם גם המדינות.
2. המשפט הבינלאומי הוא מטרה זזה - מתפתח ומשתנה מרגע לרגע בהתאם לתחום שאותו הוא מסדיר.

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

אחת הסיבות שהמשפט הבינלאומי תופס תאוצה ומשפיע על המשב"ל הוא שהעולם נהיה יותר גלובלי הוא סחר בינלאומי. דוגמא שנייה היא חציית גבולות מבלי לזוז מהכיסא. דוגמא שלישית היא **נאומו של שבתאי** אשר מתאר כיצד גם האדם הפרטי מושפע מן המשפט הבין לאומי. המשמעות הינה כי ישנם חלקים שונים של המשפט הבין לאומי בהם הנתין והמחוקק הוא לא בהכרח המדינה, לדוג': אמנות שפונות לבני אדם. הפנייה לאדם פרטי היא ע"י הטלת סנקציות והקניית זכויות.

הבהרה לגבי הסכמי ווספליה:

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

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

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

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

ציות למשב"ל:

כעת ננסה להבין מדוע מצייתים למשפט הבין לאומי? כל מערכת משפט ניצבת בפני קושי לספק צידוק מוסרי לשאלה מדוע יש לציית לה. למעשה פסקל בספר פילוסופי אומר כי כל סיבה מוסרית שיספקו לשאלה למה צריך לציית למערכת המשפט ישנו טיעון נגד שמסביר מדוע היא לא משכנעת. לכן במקום לבחור סיבה מוסרית צריך פשוט לבחון מדוע מצייתים.

הגישה הפוזיטיביסטית - אוסטין אומר שיש להפסיק לחפש סיבות מוסריות, יש לשאול למה אנשים מצייתים למערכות משפט בפועל. ע"פ אוסטין חוק הוא נורמה של הריבון המלווה בסנקציה, הריבון הוא מי שיכול (בעל כוח) להפעיל סנקציות. אוסטין אומר כי לאור זאת המשפט הבין לאומי הוא אינו חוק. במשפט הבין לאומי אין הפרדה בין ריבון לנתינים, אין מערכת אכיפה ואין מערכת מובנית של סנקציות. על כן, **אוסטין סבור כי המשפט הבין לאומי הוא לכל היותר כללי נימוס**.

הגישה הראליסטית - לוקחת את התיאור של אוסטין והופכת לתיאור שלילי. אם הכל כוח אז אין חוק לגיטימי, הכל כוח והכל אינטרסים. מדינות אינן יצורים מנומסים, לכן הכל הצגה. **מדינות יציתו למשפט הבין לאומי רק אם יש להם אינטרס או מתוך פחד מהפעלת סנקציות**. המשפט הבין לאומי לא משמש תפקיד. אם מדינות לא יפחדו מסנקציה או ישיגו תועלת מכך הן יפרו את המשפט הבין לאומי.

האם אוסטין או הגישות הראליסטיות צודקות? האם באמת איום בסנקציות מספיק? סנקציה לא יכולה להיות הסיבה היחידה לציות לחוק, ביום שכולם יחליטו להפר את החוק לרשויות האכיפה אין מספיק כוח כדי להחזיר את העניינים לסדר. אנשים מצייתים לחוק מסיבות שאינן נוגעות לאיום בסנקציה. האיום בסנקציה עוזר ומרתיע אך הוא אינו כל הסיפור. על כן, תיאור המציאות של אוסטין והגישות הראליסטיות הוא אינו תיאור נכון של המציאות. הם מזהים חלק קטן ממציאות מורכבת. ישנם סיבות נוספות לציות ורק בגלל שאנשים מצייתים רוב הזמן בגלל הסיבות האחרות האיום בסנקציות אכן עוזר במקרים בהם אנשים מתפתים להפר את החוק.

סיבות שמצייתים לחוק:

* סיבות מוסריות.
* תיאום - יש חוקים שקיימים בשל צורך לתיאום, לא אכפת לנו אם נוסעים בצד ימין של הכביש או שמאל אך חשוב כי יהיה צד.
* נורמה חברתית - אנו עושים הרבה דברים כי הם מהווים נורמה חברתית והחוק משקף את התרבות והנורמות שלנו. אנו יודעים כי אם נפר נורמה חוקתית זה יוביל לכעס של החברה. לכן, גם אנשים בעלי כוח לעיתים עושים דברים שלא משרתים את האינטרסים שלהם כי זה לא בהתאם לנורמה החברתית.
* הסכמה והוגנות - בחברות שונות בעולם יש כיתוב בין מחנות שונים. יחד עם זאת, גם במדינות כאלה כאשר צד מפסיד עדיין מעטים אומרים כי הם לא יקשיבו לחוקי המדינה. חלק מהתיאום הוא תיאום לטווח ארוך, אני אפסיד היום אך ארוויח לטווח הארוך. חלק נוסף הוא הוגנות, לפעמים נפסיד ולפעמים ננצח.

השאלה הינה האם דברים אלה רלוונטיים למשפט הבין לאומי? מבחינת הראליזם והפוזיטיביזם ההנחה היא שלא, אין מערכת סנקציות ולכן מדינות יפרו את המשפט הבין לאומי. ע"פ לואיס הנקין: רוב המדינות מצייתות לכללי המשפט הבין לאומי.

על כן עולה השאלה מדוע מדינות מצייתות לכללי המשפט הבין לאומי?

* אינטרסים - עניין של יחסי גומלין ותיאום. המערכת העולמית היא גדולה ועל מנת שיהיה תיאום מדינות מוכנות "להפסיד" בדברים מסוימים כדי להרוויח באחרים.
* ביטחון - ציות למשפט הבין לאומי מייצר ביטחון לשחקנים בזירה הגלובלית שאפשר לסמוך על המדינה, יש לך יתרונות כלכליים ונוספים.
* סנקציות - ישנם סנקציות. הם לא תמיד קיימות ולא בכל תחום אבל הן קיימות.
* דעת קהל - דעת הקהל בעולם חשובה למדינות.
* מוסר - יש נורמות רבות בבסיס המשפט הבין לאומי שיש סיבות מוסריות רבות לציית להן.
* הרגלים חברתיים - אנשי המשפט הבין לאומי מעבירים נורמות של מדינות ושל המשפט הבין לאומי למדינות אחרות.

עדיין קיימים תמריצים להפר את המשפט הבין לאומי:

* אינטרסים לאומיים - לפעמים האינטרסים הלאומיים שמובלים את המדינה לא לציית למשפט הבינ"ל (האינטרס של המדינה גדול יותר).
* המקום בהיררכיה העולמית - ציות למשב"ל גם מושפע מסוג המדינה. מדינות שהן מעצמות יכולות להרשות לעצמן להפר את המשב"ל כי עדיין יהיה רצון לשתף אותם במשב"ל. מדינות מבודדות לא נתמכות על ידי העולם בצורה משמעותית ולכן פחות מפחדות (לדוג': צפון קוריאה).
* דעת הקהל הפנימית - לעיתים תושבי המדינה לא מעוניינים/מעוניינים בציות למשב"ל.
* מה מידת הלגיטימיות - לדוג': אמנת הדואר, ארה"ב פרשה מהאמנה כי היא חשבה שאינה לגיטימית משום שהם הפסידו ממנה בעוד סין הרוויחה מאוד.
* לעיתים אין חשש מסנקציה.

המגמות במשב"ל ותוצאותיהן:

מדינות נמצאות ביותר ויותר סיטואציות בשאלה האם לציית/להפר את המשפט הבין לאומי? בנוסף, יש התגברות של המתח בין הפוליטי לנורמטיבי. יש מקרים בהם ברור כי החוק מבטא נורמה מוסרית ויש מקרים בהם ברור כי החוק מבטא אינטרס צר של מישהו. מי שבעל אינטרס מסתיר את האינטרס תחת נורמה מוסרית. מי שרוצה להפר חוק יגיד כי החוק אינטרסנטי והוא ערכי. **ככל שיש יותר נורמות קיימות יותר סיטואציות בהן יש התנגשות בין נקודת מבט שאומרת כי הנורמה ערכית וההפרה לא ערכית אל מול נקודת מבט שאומרת כי הנורמה לא ערכית וההפרה ערכית.**

מי צודק? במתח בין הפוליטי ונורמטיבי אין תשובה אובייקטיבית. הבעיה כי הגישות פשטניות ומציגות גישה שחורה ולבנה. זה הסיפור של **עדותו של מזוז בוועדת וינוגרד**. רות גביזון אומרת כי משפט בין לאומי זה פוליטיקה וישראל צריכה לציית להם רק כשזה עושה לה טוב בעולם. מזוז עונה לה כי קודם כל יש אלמנט מוסרי בדיני הלחימה, הם התפתחו תחת הנחה כי אזרחים צריכים להיות מחוץ ללחימה. שנית, הוא אומר כי מנגנוני האכיפה של המשפט הבין לאומי יותר רציניים, לנו יש אינטרס לציית כי חיילי צהל יכולים למצוא עצמם מועמדים לדין. שלישית, יש עניין של דעת עולם, אנו תלויים במדינות אשר מצפות מאתנו לציית למשפט הבין לאומי.

לסיכום: יש 2 גישות פשטניות- (1) הגישה כי המשפט הבין לאומי הוא הדבר הכי נפלא, מוסרי וערכי. (2) הגישה שאומרת כי המשפט הבין לאומי לא נורמטיבי ולא מוסרי. יש לחיות עם המתח והמורכבות בין גישות אלה.

מקורות המשב"ל:

מבחינה פורמלית אין מסמך שמפרט את הנורמות המחייבות במשפט הבין לאומי. עם זאת, קיימות אמנות שעוסקות בעניינים ספציפיים. אמנת ICJ, האמנת האג, כוללת את ס'38 המפרט את הנורמות המשפטיות העיקריות של המשפט הבין לאומי.

הסעיף עושה **חלוקה בין נורמות ראשיות לנורמות משניות**. הסעיף מפרט מקורות ראשיים:

* אמנות - מהוות משפט בין לאומי הסכמי, מקור ראשי.
* מנהגים.

ככלל אין היררכיה בין מקורות אלה. בנוסף, הסעיף מפרט רשימת מקורות משניים:

* עקרונות משפט כללים המקובלים על האומות בנות תרבות - מקור המתמודד עם מצבי לאקונה בחוק. חיפוש עקרונות שקיימים בהרבה מקורות משפט מדינתיות. עצם היותם קיימים בהרבה מערכות משפט מאפשר למלא לאקונות במשפט הבין לאומי.
* כתיבה של מלומדים העוסקים במשפט הבין לאומי - במערכת המשפט הבין לאומי נעזרים בספרות משפטית, זה לא אמצעי שיוצר דין, אלא אמצעי שנעזרים בו כדי להבין את הדין.
* פסיקות בתי דין לאומיים - פסיקות של בתי דין בין לאומיים הם כלי עזר ולא מקור משפטי מחייבת הם מחייבות רק את הצדדים להליך.

מטרות ס'38:

* מטרות פורמאלית - להנחות ספציפית את השופטים ב ICJ לגבי המקורות עליהם הם יכולים להסתמך.
* חשיבות תאורטית - כלי עזר אשר מאפשר להבין באופן כללי מהם הנורמות המשפטיות המרכזיות של המשב"ל. יחד עם זאת, קיימים עוד סוגי מקורות במשב"ל שאינם נמצאים שם.

**דין בין לאומי מנהגי:**

מנהג מוגדר בס'38 לחוקת ה ICJ כ"**General practice accepted as law**" .

למנהג יש 2 רכיבים:

* היסוד העובדתי - פרקטיקה מקובלת של המדינות state practice.
* הרכיב המשפטי - OJ - תחושת מחויבות של המדינות לפיה הן מבצעות את הפעולה שהן מבצעות בשל מחויבות משפטית לפעול בדרך בה הן פועלות.

\*\* הרעיון בתחושת המחויבות הוא להראות את הסכמת המדינות. עם זאת, רוב המדינות נוצרו אחרי מלחמת העולם אך רוב המנהגים נוצרו לפני המדינות.

במשפט הבין לאומי חשובה לנו ההתנהגות המקובלת בקרב מדינות והמחויבות המשפטית של המדינות לפעול. דוג' 1: דיני הים, מרבית דיני הים מוסדרים בדין המנהגי. בעבר מדינות עשו בים מה שהם רוצים. אז מדינות אמרו שמרחק מסוים מהחוף שלהם הם שלהם. עם הזמן מפרקטיקה מקובלת זו הפכה לתחושת מחויבות משפטית ונוצר כלל מנהגי בדבר מים טריטוריאליים. דוג' 2: קיים מנהג כי גורמי רפואה שאינם נושאים נשק בזמן מלחמה אינם נושאים נשק. זה התחיל מאנשי רפואה שהיו רצים בכלי הקרב ואז בצבאות שרצו להכשיר את צוותי הרפואה שלהם. כך השתרשה מחויבות משפטית ונוצר מנהג שלא יורים בגורמים רפואיים בלי נשק במלחמה.

מה הבעיה בהסתמכות על דין מנהגי?

* כיוון שמדובר בדין מנהגי יש **קושי לזהות אם נוצר מנהג**, מתי נוצרה פרקטיקה מספיק גדולה של אנשים שעושה משהו מתחושת מחויבות משפטית.
* גם אם יש הסכמה שנוצר מנהג לעיתים יש **חוסר וודאות בנוגע לשאלה מתי הוא נוצר**.
* יש וויכוחים על השאלה **מהם פרטי המנהג המדויקים** (תוכן המנהג).
* בעיה נוספת היא כי בחלק מכובד מן המשפט הבין לאומי יש כבר דינים, כדי שייווצר דין חדש יש להפר את הדין הקודם. אם רק מדינה אחת מפרה את הדין היא עבריינית. אם הרבה מדינות מפרות את הדין אז אין דין ויש מנהג חדש. ישנו **מסר סותר ביחס להפרות של הדין** ותמריץ להפר את הדין.
* יש מצב בו לגבי מנהג יש **אי הסכמה של המדינות**, מנהג אף פעם לא יהיה מקובל על כולם ומושלם. הוא מקור משפטי לא נוח.

יחד עם חסרונות אלה במשפט הבין לאומי אין ברירה. יש קושי לכנס את כל המדינות ושהן תסכמנה על משהו באמנה, זה מאוד מורכב. לכן קיימות מעט מאוד אמנות עם קבלה גורפת. ישנם תחומים שלמים במשפט הבין לאומי שחלק נכבד מהם מוסדר במנהג: דיני לחימה בים, דיני לחימה באוויר ועוד.

רכיב 1 - פרקטיקה מקובלת של מדינות:

תנאים להתקיימות פרקטיקה של מדינות:

* כלליות ונרחבות - צריך **שכמות נכבדת של מדינות תקיים את הפרקטיקה.** מדינות רבות שנוהגות באופן מסוים. אי אפשר לחפש ציות מוחלט/אכיפה.
* עקביות - **המשכיות וחזרתיות**. אין דרישה לעקביות מוחלטת, בני אדם מטבעם אינם יצורים עקביים, לכן לא ניתן לצפות להתנהגות עקבית מוחלטת. אנו מצפים כי בדר"כ המדינות ינהגו על פי המנהג באופן נמשך.
* משך זמן - **פרקטיקה ממושכבת**, מרבית הדינים המנהגים התפתחו במשך מאות- עשרות שנים. ישנם חריגים בהם יכול להיווצר מנהג בזמן קצר, לצורך כך צריך כי שני האלמנטים האחרים יתקיימו באופן יותר חזק. זה קורה הרבה פעמים בתחומים חדשים. דוג' 1: מרחב אווירי, כל עוד לא היו מטוסים לא היה שאלה על ריבונות השמיים, ברגע שמטוסים התפתחו מהר מאוד מדינות פתחו כללים בנוגע למרחב האווירי והתפתח מנהג על ריבונות טריטוריאלית של השמים של המדינה. דוג' 2: עד ה11 בספטמבר היה מקובל שלא ניתן להפעיל דיני שימוש בכוח כתוצאה מהתקפה של ארגון לא מדינתי. אחרי ה11 בספטמבר ארה"ב מתקיפה באפגניסטן ומקבלת תמיכה ממדינות וארגונים רבים. לכן, יש הטוענים כי התפתח במהירות דין מנהגי המאפשר הגנה עצמית ממתקפות של ארגוני טרור.

**פס"ד המדף היבשתי** - ב58' נחתמת אמנה הקובעת את הכללים למדף היבשתי, גרמניה לא חותמת על האמנה. כ1םם שנים לאחר מכאן הולנד ודנמרק מגישות תביעה כנגד גרמניה ל ICJ, הן לא יכולות להסתמך על האמנה ולכן אומרות כי התגבש מנהג שקובע כללים דומים לאלה שנקבעו באמנה. ה ICJ קובע שלא התקיים דין מנהגי, גרמניה לא חתומה ולא ניתן לחייבה. ביה"ד אומר כאמירה כללית כי יתכנו מצבים בהם יתפתח מנהג תוך זמן קצר, לא במקרה זה, וזאת כששני התנאים האחרים. כלליות ועקביות, מתקיימים באופן חזק במיוחד.

הבעיה: אנו דרושים כלליות ועקביות, אך מסורבל לדרוש כלליות ועקביות בעולם בו יש כ200 מדינות. ריבוי המדינות מקשה על התפתחות מנהגים חדשים. לכן, יש ניסוי לייצר הסדרים שיאפשרו התפתחות מנהגים באופן יותר קל. הפתרון:

* כלל המדינות המושפעות במיוחד - Specially affected states. יש מדינות שאומרות כי הן לוחמות הרבה ולכן צריך להקשיב לפרקטיקה שלהם בדין מנהגי בדיני הלחימה ולא להקשיב לדוגמה לשוויצרים שלא לחמו כמה מאות שנים. אי המעורבות במלחמה לא אומרת כי המדינה לא תהייה מעורבת בעתיד, זה לא סיטואציה כמו העדר גישה לים של מדינות אשר לא עשויה להשתנות. מעטים מקבלים טיעון זה מהסיבה שלכל המדינות יש אינטרס שישמע קולם במגוון תחומים. אנו נצטרך להבין למה מדינה לא מעורבת, האם זה לא רלוונטי עבורה, האם זה לא רלוונטי עכשיו אבל בכללי כן או האם המדינה לא מסכימה עם המעשה הספציפי ושיש מנהג קיים שאוסר ולכן אינה מעורבת. גם בפתרון זה יש אלמנטים של אי ודאות.
* מנהג אזורי - ניסיון אחר לפתרון את הבעיה הוא בעזרת מנהג אזורי, מחפשים מדינות באזור מסוים ואומרים כי הפרקטיקה המקובלת בקרב קבוצת מדינות ספציפית היא X תוך תחושת מחויבות משפטית. לכן יש דין מנהגי אזורי המחייב את מדינות האזור. דוג' אמיתית: מתנגד שלטון מפרו בורח לקולומביה, פרו דורשת כי קולומביה תחזיר אותו. קולומביה מסרבת, אומרת כי התפתח בדרום אמריקה דין בין לאומי מנהגי אזורי המאפשר למדינה להעניק הגנה למתנגדים פוליטיים של מדינה אחרת. ה ICJ אומר כי באופן כללי יכול להתפתח דין מנהגי אזורי, במקרה זה אין פרקטיקה מקובלת עקבית המאפשרת לקבוע כי התפתח מנהג. בעיה אמיתית היא לנסות לתחם את האזור, את דרום אמריקה קל לתחם אבל קשה לתחם אזורים באסיה.

כלל המתנגד העקבי:

מהרגע שמנהג התגבש הוא מחייב את כלל המדינות מלבד חריג זה. אנו רוצים כי המשפט הבין לאומי יהיה מבוסס על הסכמה של מדינות. הפתרון הוא כלל המתנגד העקבי. כלל זה קובע כי **אם מדינה מתנגדת למנהג באופן עקבי מיום היווצרותו הרי שהמנהג אינו חל עליה**. קיימת עמדה משפטית שלא מכירה בכלל כך שיש קונצנזוס רחב אך לא מוחלט כלפי הכלל. ההתנגדות צריכה להיות: (1) מפורשת, (2) עקבית לאורך זמן (3) מיום התגבשות המנהג. היתרון של כלל זה הוא כי הוא מחדד את עקרון ההסכמה, יש פה כיבוד של עקרון הריבונות.

ישנם בעיות עם כלל המתנגד העקבי:

* קשה מאוד לזהות את מועד התגבשות המנהג. מבחינה עובדתית קשה לזהות אם המדינה התחילה להתנגד לפני או אחרי יצירת המנהג ומקשה על המדינה להבין מתי עליה להתחיל להתנגד. דוג': עמדה רווחת היום היא שקיים כלל מנהגי האוסר על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, לישראל טענות רבות לגבי כלל זה. ישראל טוענת שאם התפתח מנהג כזה הוא התגבש אחרי 67' והיא מהיום הראשון התנגדה. העמדה הנגדית אומרת כי המנהג התגבש בתחום מלחמת העולם השנייה ולכן מחייב את ישראל.
* מרבית המנהגים התפתחו לפני שמרבית המדינות התפתחו. לכן מדינות אלה לא יכולות להתנגד עקבית למנהגים שקיימים מלפני התפתחותם. על כן, הטענה כי כלל זה מחזק את אלמנט ההסכמה יחסית חלשה.

Jus Cogens - יש סוג של **דין מנהגי שלא ניתן להתנגד אליו**, לא ניתן להיות מתנגד עקבי. הדין הבין לאומי המנהגי הזה נקרא Jus Cogens. אלו סוגים ספציפיים של נורמות מנהגיות הקובעות כללים יסודיים, הם גוברים על כל הנורמות האחרות. לדוג': איסור על עבדות, רצח עם, פשעים נגד האנושות. יש נורמות לגביהם יש חילוקי דעות כגון עיקרון ההכרה העצמית לגביהם יש מדינות שאומרת כי הם Jus Cogens ומדינות אחרות אומרות שהם לא.

Era Omnos - נורמות של המשפט הבין לאומי שיכולות להיות במנהג או בתוצר של אמנה **שהפרתן מהווה הפרה של הנורמה כלפי כל מדינות העולם**. כל הנורמות שהן Jus Cogens הן גם Era Omnos אך לא כל נורמה שהיא Era Omnos היא גם Jus Cogens.

רכיב 2 - המחויבות המשפטית:

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

**פס"ד Lotus**: התנגשות בין ספינה צרפתית לטורקית, הטורקים מעמידים את הנאשם לדין. הצרפתים אומרים כי להם הסמכות שיפוט כי נוצר מנהג על פיו השיפוט הוא אצל מדינת הדגל של הספינה הרלוונטית. ה ICJ אומר כי למדינות במשפט הבין לאומי מותר לעשות כל מה שלא נאסר במפורש. לכן, נטל ההוכחה הוא על מי שטוען למנהג. בהקשר זה אומר ICJ כי מדינות לא עשו זאת ממחויבות משפטית אלה מנימוס הדדי.

**פס"ד אבו עיטה**: דוגמה ישראלית ליישום כלל הלוטוס בהקשר של הניסיון לאתר מנהג. "מי שמבקש לבחון דבר קיומו של מנהג כאמור, יכול אפוא להיתקל במכלול של נתונים, בו נעדרת דעה מוסכמת, אחידה מקובלת וכללית, שבכוחה להצביע על קיומו של מנהג, המבטא פרקטיקה המקובלת בתורת דין, אם כי יש סימנים לקיומו של נוהג, שלא בשל לכדי מנהג מחייב, או אם כי קיים נוהג, שנותר אחרי השתחקותו של מנהג שהיה קיים בעבר. חובת ההוכחה בדבר קיומו של מנהג בעל מאפיינים ומעמד, כמתואר מבחינת היסודות שלו בסימן 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי, רובצת על מי שטוען לקיומו".

מה קורה כאשר מדינות מצהירות כי יש דין מנהגי אך לא פועלות על פיו?

**פס"ד ניקרגואה נ' ארה"ב**: ב-1986 ה-ICJ דן באחריות של ארה"ב לפעולות חמושות של קבוצות מורדים שבהן תמכה. לפי אמנת האו"ם, חל איסור על מדינות לעשות שימוש בכוח. ספציפית במקרה הזה ל-ICJ לא הייתה סמכות לדון בנושא על בסיס דין בינ"ל שמקורו באמנות אלא רק לפי המשפט המנהגי. לפיכך עלתה השאלה האם האיסור על שימוש בכוח מעוגן גם בדין מנהגי? לכאורה נראה שלא, כי מדינות משתמשות לא מעט בכוח תוך הפרה של הכלל, ולכן האיסור לא יכול להיחשב כמנהגי. **ה-ICJ קבע שגם במקרים שבהם מדינות פעלו שלא בהתאם לכלל, הן דאגו לתת הצדקות והסברים לכך** (ולא לטעון שפשוט מותר להן להשתמש בכוח), **ומכך ניתן ללמוד שהן מודעות לקיומה של נורמה משפטית אוסרת** (התקפה ללא הצדקה אינה חוקית).

**פס"ד Filartiga** : פס"ד אמריקני מ-1980 שעסק בנושא עינויים. ביהמ"ש קבע שמדינות שמבצעות עינויים לרוב מנסות להסתיר את העינויים - ההפרה או לטעון שהן לא מפרות, מה שמוכיח את **מודעותן לקיומה של נורמה משפטית אוסרת.** לפיכך, **ישנו דין מנהגי שאוסר על עינויים**. באופן כללי, לכל הפחות בתחומים של זכויות אדם והגנה בדיני לחימה ניתן משקל חזק מאוד ל-OJ, גם בהינתן הפרות.

בתחומים של זכויות אדם והגנות בדיני הלחימה - ניתן משקל חזק ל OJגם כשיש הפרות.

פרקטיקה של היתר והצהרות של איסור

פרשנות ניקרגואה ופילרטיגה

מה קורה בהתנגשות בין הפרקטיקה בפועל לבין ההצהרות

לדוגמה: השימוש בנשק גרעיני.

פרקטיקה של איסור והצהרות של היתר

ניתן להגיע למסקנה שאין מנהג

סיכום: כאשר מדובר במקרה שההצהרות מדברות על קיומו של דין שאוסר משהו והפועל המדינות מפרות אנו ככל הנראה נגיע למסקנה כי יש דין מנהגי, במיוחד בהגנה על בני אדם. כאשר בפועל מדינות אינן עושות משהו אך מצהירות כי מותר להן לעשות כך. ככלל, תהייה נטייה להניח כי אין מנהג. לדוג': נשק גרעיני, למעט מדינות יש נשק גרעיני,ב96' הרבה מדינות הצהירו כי מותר להן לפתח נשק גרעיני, הם לא עושות זאת מתוך מחויבות משפטית. ה ICJ קבע כי לא קיים דין מנהגי האוסר על החזקת נשק גרעיני.

**אמנות:**

מהי אמנה? כדי לזהות את הדין שחל על אמנות התכנסו המדינות ונסחו את אמנת וינה ב69'. אמנה זו מפרטת את הדינים המרכזיים בתחום האמנות. על כן, האמנה מכונה **אמנת האמנות**. אמנת וינה משקפת ברורה את הדין המנהגי, ולכן למרות שהיא אינה חלה על מדינות שאינו חתומות עליה, הדין המנהגי שדומה למה שכתוב בוינה חל עליהם.

ס'2(1)(א) לאמנת וינה - "אמנה היא **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".

"בין מדינות" - במשפט הבין לאומי הקלאסי אמנות היו בין מדינות. היום יש אמנות שנחתמות בין ארגונים בין לאומיים למדינות ובין ארגונים בין לאומיים שונים. על הסכמים בין ארגונים לא חלה אמנת וינה אך חלים עליהם דינים מנהגיים שדומים בתוכנם לאמנת וינה.

"בכתב" - אמנה בין לאומית יכולה להיות בעל פה, אמנת וינה אינה חלה על אמנה בעל פה. על אמנות בעל פה חל הדין המנהגי. לדוג': באסון הכרמל המדינות שבאו לסייע ביקשו שמדינת ישראל תצהיר שאם הכבאים שלהם יהרסו דברים מדינת ישראל זו שתפצה על הנזק ומדינת ישראל התחייבה בע"פ.

"כפוף למשפט הבינלאומי" - מדינות יכולות לחתום הסכם שעליו יחול דין מדינתי כלשהו ולא הדין הבין לאומי. הסכם כזה אינו נחשב לאמנה בין לאומית.

"בינלאומי" - ההסכם אינו פרטי.

"כינויו המיוחד" - ההנחה היא שכאשר שתי מדינות חותמות על הסכם זו אמנה.

**פס"ד קטאר נ' בחריין**: בין קטאר לבחריין יש סכסוך. הן מסכימות לנהל מו"מ בעזרת מלך סעודיה. אם לא יצליחו להגיע להסכמה הם ילכו להישפט ע"י ה ICJ. הם הסכימו על זה בשני מסמכים: מכתב ופגישה אשר בסופה יוצא פרוטוקול. בתמצית הפרוטוקול כתוב את ההסכמה ביניהם. הם פונים ל ICJ ואחת המדינות אומרת כי אין אמנה. ה-ICJ לאחר שבחן את התוכן, קבע כי התוכן מחייב ולכן מדובר באמנה ללא קשר לכותרת. אנו לומדים כי **כותרת המסמך אינה משנה**, אלא תוכנו. בנוסף, אנו לומדים כי **אמנה יכולה להיות מורכבת ממספר מסמכים**.

הבדל בין מנהג לאמנה: מנהג מחייב את כל המדינות מלבד למדינות שהן מתנגדות עקביות. לעומת זאת, אמנה מחייבת רק את המדינות שחברות בה.

משמעויות נורמטיביות של הפרת אמנה:

מדינה מפרה אמנה, איזה סוג נורמה היא מפרה? חוזית, חוק בינלאומי ודין מנהגי.

* חוזית - אמנה היא הסכם בין מדינות, שמדינה מפרה אמנה היא מפרה חוזה. המשמעות לכך היא שבהרבה אמנות יש סעיפים הקובעים את השלכות ההפרה.
* חוק בינלאומי - אמנות מהוות נורמה ראשית בדין הבינלאומי. כאשר מדינה מפרה אמנה, מבחינת המשפט הבין לאומי היא הפרה דין מחייב, חוק. לכן, בנוסף לנורמות החוזיות שיכול להיות שיקבעו על הפרת האמנה חלים הדינים של המשפט הבינלאומי שנוגעים להפרת נורמה במשפט הבינלאומי (דינים אלה חלים במקרה של הפרת אמנה או מנהג).
* דין מנהגי - הדין המנהגי בינלאומי המנהגי קובע כי אמנות יש לקיים.

דרכים שונות לסווג אמנות:

* אמנות בילטראליות מול אמנות מולטילטראליות-ההבחנה בין **אמנה בילטראלית- הסכם בין 2 מדינות** **לאמנה מולטילטראלית- כמה מדינות**. מתבססת על מספר המשתתפים באמנה.
* אמנות מעין חוזיות מול אמנות שיוצרות דין במהותן - ניתן לסווג ע"פ אמנות שיש להן **אופי חוזי** (כמו אמנות על קשרי סחר, הסכמי שלום או הסגרה בין מדינות) **לבין אלה הבעלות אופי יותר חקיקתי** (אמנת ז'נבה בעניין דיני הלחימה, למשל, קובעת כללים לגבי מה מותר ומה אסור). להפרה של אמנות אלה יש את אותן 3 השלכות עליהן דיברנו.
* אמנות דקלרטיביות מול אמנות קונסטיטוטיביות - את האמנות ניתן לחלק ל2 סוגים: קונסטיטוטיביות ודקלרטיביות. אמנות קונסטיטוטיביות - **מייצרות דין חדש**. אמנות דקלרטיביות - **מצהירות על מהו הדין המנהגי בנושא**.

ישנם אמנות שהיו קונסטיטוטיביות והפכו לדקלרטיביות - עם הזמן התפתח מנהג שאומר את מה שיש באמנה. לדוג': בעבר היה אסור לעשות שימוש בכוח אלא למטרות הגנה עצמית, הכלל הזה קבוע באמנת האו"ם. עם השנים התפתח דין מנהגי שאוסר על שימוש בכוח למטרות שאינן הגנה עצמית.

בסופו של דבר אמנה לא נבדקת כאמנה אלא סעיף סעיף, ולגבי כל סעיף מכריעים אם מדובר בדין מנהגי או דקלרטיבי. כלומר, גם אמנה המצהירה על עצמה כקונסטיטוטיבית יכולה להכיל סעיפים מסוימים שיהיה קונצנזוס לגבי מעמדם הדקלרטיבי.

* אמנות שיוצרות מוסדות בינ"ל - לדוג': אמנת האו"ם. אמנות אלה הן בדר"כ מולטילטרליות, יוצרות דין וקונסטיטוטיביות. יש להם מאפיין מיוחד - האמנה מעניקה סמכות לגוף המוקם לייצר נורמות חדשות במשפט הבינלאומי, את החברות באמנה מחייבות הנורמות המצויות באמנה אך גם הנורמות העתידיות שייצר אותו גוף. לדוג': מועצת הביטחון של האו"ם, אמנת האו"ם קובעת כי החלטות של מועצת הביטחון מחייבות את כל המדינות החברות באו"ם.

איך כורתים אמנה?

* אמנה בילטרלית: די פשוט לכרות אמנה בילטראלית, דיון בין הצדדים עד לכריתת הסכם.
* אמנה מולטילטראלית: ניתן לכרות בכמה דרכים, כאשר אחת נפוצה היא הובלת גוף או ארגון בינ"ל שמזמין את המדינות להתכנס. הארגון שולח הצעה לאופן בו הוא חושב שהאמנה צריכה להראות. את האמנה מחלקים לחלקים ויש דיונים שונים בכל חלק. המדינה בוחרת לאיזה דיונים לשלוח נציג. אחרי שכל וועדה מנסחת את הפרקים מתכנסים במליאה ויש הצבעה על הסעיפים. אם נופל סעיף מנהלים מו"מ חדש ואם לא זהו הנוסח הסופי. כעת מדינות צריכות להחליט אם להיות צד לאמנה. ה ILC (International Law Comission) הוא תת ארגון בתוך האו"ם שתפקידו הוא פיתוח המשפט הבינלאומי. הוא עושה זאת בעזרת: (1) מכנס מדינות שיעזרו להחליט מה הדין המנהגי. (2) מכנס מדינות בניסיון לכנס אמנה בנושא כלשהוא. בשנים האחרונות הוא נוטה לכיוון הדרך הראשונה עקב הקושי לנסח אמנות מולטילטרליות.

כיצד מדינה הופכת לצד באמנה?

צריך **שהגורם המוסמך** לחייב את המדינה מבחינה משפטית, **יבצע את הפעולה הנדרשת** לחיוב המדינה באמנה.

חתימה ע"י **נציג מוסמך חתימה** -

יש אמנות שמדינה יכולה להצטרף אליהן בהליך חד שלבי - חתימה. ברגע שהנציג המוסמך של המדינה חתם על האמנה, היא מחייבת.

* כלל הסמכות הנכזבת - יש להדגיש שלמשפט בינלאומי אכפת מה קורה בין המדינות, לא מה קורה בתוך מדינה שהיא צד להסכם. לכן אם נבחר ציבור בכיר שלא מורשה חתימת הסכם בינ"ל חותם על ההסכם- המדינה מחויבת להסכם.
* מתי אדם מוסמך לחייב את מדינתו? תנאים חלופיים: (1) אדם המספק הוכחה שיש לו סמכות. (2) מהפרקטיקה של המדינות המעורבות יש לו סמכות. (3) מהנסיבות נראה שהמדינה התכוונה לתת לו סמכות (מייצג או נחזה כמייצג).

**פרשת ניגריה נ' קמרון (2002)** - ראש המדינה הניגרי חתם על הסכם עם קמרון. ניגריה טענה שלא תואם את הדין הפנימי. ה-ICJ דוחה את טענת ניגריה -לרוב יש לראשי המדינות סמכות. לא הייתה לקמרון סיבה לחשוב שראש המדינה הניגרי לא מוסמך. קמרון לא צריכה להכיר את הדין הניגרי.

\*\* החריג**:** רק כאשר מדובר על **נורמה יסודית בולטת בדין הפנימי של מדינה** שנציג לא מוסמך שלה חתם על אמנה/הסכם.

**הפעולה** הנדרשת -

הפעולה הנדרשת לצורך חיוב המדינה יכולה להיות אחת משלוש:

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 הוא הליך שמבוצע לאחר החתימה הראשונית על האמנה, של אישור האמנה בתוך המדינה. בתום ההליך חוזרת המדינה ומודיעה אשררה את האמנה. אפשר לחלק את מדינות העולם למדינות בהם פרוצדורת האשרור דורשת את מעורבות הפרלמנט ולכאלה בהם היא נעשית ע"י הרשות המבצעת. לדוג': בארה"ב ע"פ החוקה יש צורך באישור של הסנט בהצבעה אחת ברוב של 2/3, עם זאת ברוב האמנות רה"מ יכול לאשר. בישראל הממשלה היא שצריכה לאשרר.

**פס"ד קמיאר** - ההלכה הקובעת כי בישראל הממשלה היא הגוף המאשרר. שם ביהמ"ש העליון קבע שככלל הליך האשרור בישראל הוא בסמכות הרשות המבצעת. הוא השאיר אופציה קטנה למקרים בהם יש צורך בפרוצדורה יותר מורכבת, אם הכנסת מחליטה על דעת עצמה שהיא רוצה לאשרר אמנה ואז צריך את חתימת הנשיא. מאז נקבעו בחוקי יסוד מספר מקרים בהם נדרשת החלטה של הכנסת.

למה צריך הליך אשרור? (1) לתת למדינה זמן להחליט כדי לחזק את אלמנט ההסכמה. (2) לפעמים האמנה סותרת את הדין המדינתי, למדינה ניתנת הזמן לעשות "סדר בבית" ולהקטין את סיכויי הסטירה בין הדין המדינתי לדין הבינלאומי. בזמן בין החתימה לאשרור האמנה אינה מחייבת את המדינה. יחד עם זאת, יש לה חובה מינימלית לא לחתור תחת יסודות האמנה.

האם המדינה יכולה להתחרט ולמשוך את החתימה? תלוי בנוסח האמנה.

1. הצטרפות - יש אמנות שקובעות כי אחרי מן מסוים אין אופציה לחתימה ואשרור. יש פרוצדורה חד שלבית בה המדינה באה ואומרת כי היא רוצה להתחייב. בשלב זה יש אמנה רצה ואם המדינה רוצה להצטרף לאמנה עליה לעשות את התהליך הפנימי ולהודיע כי היא רוצה להצטרף, אין צורך יותר בתהליך דו שלבי. לדוג': חוקת רומא - החתימה עליה התאפשרה עד שנת 2002, מי שרצה להיות חלק באמנה לאחר מכאן היה צריך לעשות זאת בהליך הצטרפות.

\*\* השאלה מהי הפרוצדורה הנדרשת תלויה באמנה ומצוינת באמנה הספציפית.

פרישה מאמנה

האם מדינה יכולה לפרוש מאמנה שחתמה/אשררה/הצטרפה?

* אם האמנה קובעת הוראות בעניין- אז רק בהתאם להוראות, לדוג': חוקת רומא, אפשר לפרוש והפרישה תיכנס לתוקף שנה אחרי הפרישה, לביה"ד יש סמכות על אירועים שקראו עד להודעת הפרישה. לפי אמנת וינה (אמנת האמנות): פרישה בהודעה של שנה מראש. הפרישה אינה מבטלת את סמכות הICC להליכים שהחלו קודם לפרישה.
* אם האמנה שותקת - יש לבחון את כוונת הצדדים באמנה, בכל מקרה הודעה של שנה מראש. ס' 56 לאמנת וינה אומר כי: יש לבחון את כוונת הצדדים בנוגע לפרישה. ס' 54- פרישה בהסכמת שאר המדינות שהן צד לאמנה. פרישה של מדינות רבות מהאמנה אינה מהווה עילה מוצדקת לפרישה מן האמנה, היא תצטרך לבקש הסכמה הוא לפעול בהתאם לנסיבות הפרישה.

הסתייגות מאמנה:

ישנה בעיה - קשה להגיע להסכמה כללית בעולם בו יש הרבה מדינות, אם היינו דורשים הסכמה כוללת לא הינו מצליחים לעשות אמנות. על כן פותח רעיון **ההסתייגות** המאשר למדינה להיות צד לאמנה למרות שיש הסדרים ספציפיים באמנה שהיא לא מעוניינת בהם.

הסתייגות - הכרזה חד צדדית של מדינה, שיש לבטל או לשנות תחולה לגביה של סעיפים ספציפיים באמנה, או של כלל האמנה בנוגע לאספקטים ספציפיים מסוימים. הסתייגות יכולה להיעשות ע"י המדינה רק לפני הליך הפיכתה לצד לאמנה.

סוגי הסתייגויות: (1) מפורשת - המדינה אומרת כי היא מסתייגת מסעיפים ספציפיים. (2) המדינה אומרת כי יש הסדר ספציפי שחל באמנה והיא מסתייגת מהסדר זה.

דוגמה 1: **אמנת ז'נבה** (1949) קובעת שגופים רפואיים המטפלים בשדה הקרב צריכים לסמן את עצמם באחד משלושה סמלים: צלב אדום, סהר אדום והאריה השואג האיראני האדום. מדינת ישראל הציעה להוסיף מגן דוד אדום אך נדחתה. כאשר ישראל חתמה על אמנת ז'נבה היא הוסיפה הסתייגות שאומרת כי תקיים את האמנה בכפוף לכך שתורשה להשתמש במגן דוד אדום.

דוגמה 2: **אמנה בדבר חסיונות וזכויות יתר לאו"ם** - קנדה מסתייגת מכלל האמנה בהקשר לנושא מסוים (מיסוי משכורות של אזרח או תושב). ההסתייגות של קנדה - כלל החסינות וזכויות היתר באמנה לא יחולו מקום בו ישן בהן להגביל הטלת או גביית מיסים ממשכורת אנשי או"ם שהם תושבי קנדה או אזרחיה. משמע, קנדה מהווה מרכז חייהם אף במנותק מעבודתם במשלחת האו"ם בקנדה.

הבעיה היא כי אם מטרת האמנה היא הגעה להסכמות בעקבות ההסתייגות ישנה רק חזות של הסכמה.

השלכות ההסתייגות:

* על המדינה המסתייגת - האמנה **חלה עליה בכפוף להסתייגות**.
* בנוגע למדינות אחרות - יש הבחנה בין 3 מצבים:

1. מדינה אחרת באמנה שלא התנגדה להסתייגות - האמנה חלה בכפוף להסתייגות והמדינה יכולה להגיד כי ביחסים ביניהם **ההסתייגות היא דו צדדית**. לדוג': יש הפגנה ליד שגרירות לוב ומתוכה יורה צלף במפגינים והורג שוטרת בריטית, יש חסינות בבניין ומשטרת אנגליה רוצה לחקור. היא חושדת כי לוב תנסה להבריח בשק הדיפלומטי (מיכל בו השגרירות מעבירה תכתובות בין המדינות) את הרובים. שלוב חותמת על האמנה בדבר חסיונות לשגרירים היא מוסיפה הסתייגות בה היא אומרת שהיא רואה לנכון את עצמה זכאית לפתוח את השק בארצה אם יש חשד סביר לניצול לרעה. בריטניה אומרת כי מכיוון שלוב הסתייגה היא יכולה לפעול כך גם.
2. מערכת יחסים בין המדינה המסתייגת למדינה המודיעה על התנגדות להסתייגות - את ההתנגדות אפשר להגיש תוך 12 חודשים מיום הגשת ההסתייגות או מעת הצטרפות לאמנה. המדינה יכולה להגיד כי כל **הסעיף נשוא ההסתייגות באמנה או לחילופין כל האמנה אינה חלה בין המדינות**.
3. ביחסים בין המדינות האחרות לאמנה - ביחסים בין 2 צדדים שלישיים לאמנה **אין השפעה** להסתייגות.

\*\* מדינה יכולה למשוך את ההסתייגות ואת ההתנגדות שלה להסתייגות.

חריגים להסתייגות לאמנה:

* אמנה בילטרלית - 2 מדינות.
* כאשר האמנה אוסרת הסתייגות - ישנם אמנות הקובעות כי לא ניתן להסתייג ממנה. למשל, אמנת דיני הים.
* כאשר ההסתייגות גורפת כל כך עד כדי פגיעה במטרות האמנה - לדוג': בסינגפור יש עונש של מכות בטוסיק על קנה במבוק. היא חותמת על האמנה לזכויות הילד עם הסתייגות כי מותר להמשיך לקיים עונש זה כלפי ילדים.

**ל"ש נ' ל"א** - מדינת ישראל חותמת על אמנות בדבר זכויות אדם, לרבות האמנה על ביעור אפליה כנגד נשים שקובעת שיהיה שוויון ללא אפליה מגדרית בין נשים לגברים גם בתחום הישות. ענייני נישואין וגירושין בישראל מוסדרים ע"י בתי דין דתיים, בהם יש הסדרים מפלים ולכן מדינת ישראל חותמת אך אינה מאשררת את האמנה. בתחילת שנות ה90' דן מרידור משכנע את הממשלה לאשרר את האמנה תוך הוספת הסתייגות שאומרת כי הסעיף בדבר שוויון ביחסי ישות יחול כל עוד הוא לא סותר הסדרים דתיים החלים במדינה. להשקפת דן מרידור וממשלת ישראל, זו הסתייגות שלא חותרת תחת תכליתה ויעודה של האמנה, זו הסתייגות בנוגע למקרים מסוימים באשר לסוגיה ספציפית. ביהמ"ש לענייני משפחה, בפס"ד זה, סבר אחרת. מה הערך של פס"ד זה? הוא פסק דין של בימ"ש השלום. זה רק מראה לנו את העובדה שיהיו מקרים מאוד וודאיים אבל יהיו הרבה מקרים שפתאום יהיה ויכוח בשאלה האם ההסתייגות היא בסדר או חותרת תחת התכלית. דווקא המורכבות של התיק היא החשובה, כי היא מראה שיש עניין של הערכה סובייקטיבית. איך נדע האם הסתייגות חותרת תחת התכלית? במרבית המקרים קשה לדעת, עד היום ערב הסעודית טוענת שההסתייגות שלה היא לגיטימית.

איך נדע אם הסתייגות חותרת תחת תכלית האמנה? במרבית האמנות אין דרך, זה יוצר וויכוח. יש אמנות בהם יש הסדרים ספציפיים.

מה קורה אם מדינה הגישה הסתייגות אסורה?

* מקרה נדיר - יש מנגנון שקובע.
* מקרה נפוץ - אין מנגנון שקובע. יש וויכוח לא מוכרע. ישנם 2 גופים: מועצת זכויות האדם והILC. מועצת זכויות האדם מפרסמת מסמך בו היא מנסה להגיד מה יקרה שמדינה מסתייגת. היא אומרת כי אם ההסתייגות פסולה וההצטרפות אינה פסולה האמנה חלה על המדינה בלי ההסתייגות, אם המדינה לא מרוצה היא יכולה לפרוש. ה ILC אומרים כי שמקבלים הצטרפות בלי הסתייגות משנים את האמנה לה הסכימה המדינה. לכן, לא ניתן להכריח את המדינה לקבל את האמנה ללא הסתייגות. אם שאר החברות מתנגדות להסתייגות המדינה תיזרק מחוץ לאמנה. ה ILC רומז שהמדינה תוכל להמשיך להיות צד לאמנה למרות ההסתייגות שחותרת תחת תכליתה אך ההסתייגות תחול על כל המדינות שלא יתנגדו.

יש אמנות עם מנגנון הכרעה

ההסתייגות מבוטלת אך האמנה חלה על המדינה.

מה קורה אם מדינה הגישה הסתייגות אסורה?

מועצת זכויות האדם

לא ניתן להכריח מדינה לקבל את האמנה בלי הסתייגות.

ILC

אין תשובה ברורה

הצהרות פרשניות באמנה

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

הבדלים בין הצהרה להסתייגות:

1. הצהרה פרשנית לא מייצרת את הדין - אם לאורך זמן תתקבל פרשנות אחרת של האמנה והיא תהייה הפרשנות המקובלת של האמנה. הרי שהפרשנות הזאת תחייב גם את המדינה שהגישה את ההצהרה הפרשנית.
2. אין מגבלת זמן - הסתייגות ניתן להגיש כל עוד הליך ההפיכה לצד לא הסתיים (12 חודשים). הצהרה פרשנית ניתן להגיש בכל זמן סביר.

למה יש הצהרות פרשניות?

* מדינות **רוצות להשפיע על פרשנות האמנה** ולכן מפרסמות את דעתן בתקווה שאחרות תסכמנה איתן. כך זה יהפוך להיות הפרשנות המקובלת של האמנה.
* לעיתים מדינות **משתמשות בהצהרות פרשניות להכניס הסתייגויות בדרך האחורית**. זה קורה כאשר: (1) לא ניתן להגיש הסתייגות ולכן היא מכניסה הצהרה פרשנית שמהווה הסתייגות. (2) ש"לא נעים" להסתייג ולכן קוראים לזה הצהרה פרשנית. לכן אנו מסתכלים על תוכן המסמך ולא על כותרתו. יהיו מסמכים שכותרתם הצהרה פרשנית ונסתכל עליהם כהסתייגות.

הסתייגויות/הצהרות ביחס לישראל: מדינות ערב במשך שנים נהגו, וחלקן עדיין נוהגות, כאשר הם מצטרפות לאמנה מולטילטרלית, להוסיף מסמך הצהרה/הסתייגות, שלשונו היא: "אין באמור בהצטרפותי לאמנה זו כדי להכיר במדינת ישראל ולייצר מחויבויות משפטיות בייני לבין מדינת ישראל". בהקשר זה יש 2 עמדות משפטיות: (1) עמדת ה ILC - אומר כי החלק הראשון של ההצהרה חסר משמעות שכן הצטרפות לאמנה אינה מהווה הכרה בכלל חברות האמנה. לגבי החלק השני זה לא הצהרה כי היא לא מפרשת ולא הסתייגות כי זה לא מסעיף/הסדר ספציפי. (2) ישראל - אומרת כי מדובר בהצהרות פוליטיות ללא ערך משפטי וכי הסתייגות כזאת בהקשרים של אמנות ספציפיות חותרת תחת תכלית ויעוד האמנה.

\*\* הצהרה פרשנית היא אינה הכרזה חד צדדית או הכרזה בין לאומית. לא לבלבל!!

הכרזה בין לאומית:

מסמך שנראה כמו אמנה, מפרט רשימת כללים, וחתומות עליו מדינות, אך יש בו סעיף המציין כי הוא אינו מסמך משפטי מחייב. לדוג': ההכרזה בדבר זכויות האדם מ48'.

מטרת ההכרזות הבינלאומיות:

* התנעת תהליכים וקביעת עקרונות בסיס לאמנות עתידיות. לדוגמא הכרזה בדבר זכויות האדם 1984.
* מאפשרת גיבוש הסכמות עקרוניות ביתר גמישות ומהירות.
* מקדמות התפתחותו של מנהג ומשמשות אינדיקציה לקיומו.

הכרזה חד צדדית:

אמירה של מדינה מסוימת כלפי שאר מדינות העולם בה היא אומרת כי היא לוקחת התחייבות משפטית כלשהי. להכרזה מעמד של דין בינלאומי מחייב הסכמי. זה כאילו המדינה חתמה אמנה עם שאר העולם המטילה חובות רק עליה. המדינה מושתקת מלטעון כנגד החובה לנהוג בדרך שהבטיחה שתנהג. דוג': צרפת הצהירה כי לא תעשה ניסויים גרעיניים באוקיאנוס השקט ועשתה שוב. ניו זילנד עתרה ל ICJ ה ICJ אמר כי צרפת לקחה על עצמה מחויבות משפטית. לכן היא מחויבת לא לערוך ניסויים גרעיניים באוקיאנוס השקט. דוג' 2: ישראל מכריזה כי אמנת ג'נבה לא חלה בשטחים ויחד עם זאת מודיעה לקחת על עצמה לקיים הסדרים המונטריים הקיימים באמנה. הילה אדלר אומרת כי זוהי הצהרה חד צדדית מחייבת. ממול המדינה שיוצגה בעתירה נגד חוק ההסדרה אמרה כי זו הייתה החלטה מדינית וולונטרית.

כללים בסיסיים בדיני אמנות:

כיבוד אמנה:

* ס' 26 לאמנת האמנות קובע שמדינות צריכות לנהוג בתום לב כלפי צדדים אחרים באמנה.
* אמנה מחייבת רק את הצדדים להוהיא לא יכולה להטיל חובות על מדינה שאינה צד לאמנה, אלא אם המדינה הזו מסכימה לכך.
* מדינה לא יכולה להסתמך על משפטה הפנים- מדינתי כהצדקה לאי-מילוי הוראות האמנה שהיא צד לה (סע' 27 לאמנת האמנות).
* הפרשנות:בהתאם ללשון האמנה, לאור מטרותיה ותכלית, סע' 31-32 לאמנת האמנות. בסעיפים מפורטים מסמכים שיכולים לשמש לפרשנות.

הפרה אמנה:

שמדינה מפרה אמנה 2 נורמות נכנסות לפעולה: (1) אלה הקיימות באמנה הקובעות את השלכות ההפרה. (2) גוף דיני במשפט הבינלאומי שעוסק בהשלכות ההפרה. שם הגוף הוא דיני אחריות מדינה.

אמנה בטלה או אמנה הניתנת לביטול

* אמנה בטלה - אמנה שהפגם שדבק בה בעת עשייתה היה כה חמור עד כי **יש לשלול את תוקפה כאמנה**. דוג': סתירת הוראות אמנת האו"ם, איום או שימוש בכוח בלתי חוקי שמביא לכריתת אמנה, שימוש באמצעי כפייה כלפי נציג המדינה ואמנה הנוגדת כלל בל יעבור.
* אמנה שניתנת לביטול - אמנה שנכרתה ולשאר הצדדים **יש יכולת להחליט האם לבטל** את האמנה או לא. תנאים לביטול: (1) ישנן נסיבות המצדיקות את ביטול האמנה. (2) הביטול נעשה תוך זמן סביר. (3) חריגים: גבול בינלאומי שנקבע באמנה לא משתנה עם ביטולה והגנה על זכויות אדם באמנות בעלות אופי הומניטרי- מדינה לא יכולה להתנער מאמנה כזו גם אם מדינה אחרת הפרה אותה.

נסיבות המצדיקות אפשרות ביטול: (1) אם חתימה על אמנה נעשתה **בניגוד גלוי להסדר יסודי בדין של המדינה** הרי שהאמנה ניתנת לביטול. לדוג': חוקת טורקיה קובעת כי לא ניתן לכרות אמנות חשאיות. (2) **טעות בעובדה**. לדוג': ישראל רוצה לסגת משטח לבנון וצריך לשרטט את הגבול. הם חותמות אמנה בע"פ באמצעות שליח האו"ם. ישראל מספקת מפות לאו"ם והגבול משורטט. חודש לאחר מכאן התגלה כי ניתנה המפה הלא נכונה. טעות יסודית מצדיקה אפשרות להתנער מהאמנה אך לא ניתן להתבסס על טעות שהמדינה תרמה להתקיימותה. יש כלל העיפרון הכחול לפיו רק חלקים רלוונטיים באמנה מתבטלים. (3**) אי אפשרות בלתי צפויה** לביצוע האמנה - נוצרה סיטואציה שמונעת את מימוש האמנה. לדוג': מסכימים על חלוקת מים ויש בצורת בלתי צפויה. החריגים הם כי המדינה לא יכולה לחבל בנכס או לתרום לשינוי הבלתי צפוי וכי השינוי הוא באמת בלתי צפוי.

**מקורות נוספים של המשב"ל**

בס' 38 לחוקת ה-ICJ , המפרט את המקורות הקלאסיים של המשב"ל, מאוזכרות נורמות משניות - עקרונות משפטיים כלליים, פסיקה של בתי דין בינ"ל, וכתבי מלומדים. אולם, יש נורמות מחייבות של המשב"ל שלא נמצאות בסעיף אך הן רלוונטיות כגון:

הכרזות חד צדדיות: למדנו למעלה.

החלטות של אירגונים בינלאומיים: ארגונים בינ"ל מוקמים מתוקף אמנות, והחלטותיהם יכולות להפוך לנורמות מחייבות באחת משתי דרכים: (1) קביעה באמנה שהן מחייבות (2) מדינות יתחילו לנהוג מתוקף החלטה של ארגון באופן שיוביל להתפתחות מנהג. לעיתים קרובות החלטות של ארגונים יקבעו סטנדרטים שיחייבו את חבריהם, כגון האיחוד האירופי.

Soft law: נורמות שברמה הפורמאלית לא מחייבות, אבל בעלות השפעה רבה. הכרזות בין לאומיות הם דוגמה לנורמות מסוג זה. סיבות ליצור נורמות אלה:

* יחסי ציבור
* מסמכים מתווי דרך לאמנה
* אינדיקציה להתפתחות מנהג
* שלא רוצים להגיד שמשהו מחייב אך מבחינה פוליטית רוצים שיפעלו לפי הכלל.

יש סוג ספציפי של soft law שמיוצר ע"י גורמים פרטיים אשר אינו מחייב ברמה המשפטית אך ברמה המעשית קשה להפר אותו. הכוונה היא למקרים מסוימים בהם גופים בינלאומיים לא מדינתיים קובעים כללים לכאורה וולונטריים, אבל מדינות בפועל פועלות מתוך מחויבות לכללים הללו. לדוג': ISO קובע סטנדרטים לאיך להתנהג, לדוגמה גדלי מכולות שיכנסו לנמל, למרות שכללים אלה לא מחייבים משפטית קשה להפר אותם. דוג' 2: חברה רשומה בקליפורניה (בבעלות משותפת של ארה"ב וקליפורניה) שקובעת את הדומיינים באינטרנט. אם מדינת ישראל רוצה שלאזרחיה תהיה גישה לאינטרנט - עליה לפעול לפי כללי האינטרנט.

**A.I.M.D נ' המפקח על היהלומים** - **כללי קימברלי, המסדירים את הסחר ביהלומים.** מטרת כללי קימברלי היא יצירת תעודת זהות לכל יהלום כדי למנוע סחר ביהלומי דמים. הכללים נקבעו ע"י קרטל דה בירס, שבעבר סחר ב-80% מהיהלומים בעולם. משמעות הכללים הייתה שאם בורסת יהלומים רצתה לסחור ביהלומים שהקרטל סיפק, היה עליה לעמוד בכללים. **כללים אלו, שפורמלית כלל לא מחייבים, הייתה השפעה עצומה**. העותרת הינה חברה העוסקת ביבוא יהלומים אשר ייבאה לישראל יהלום שמשקלו 14.32 קראט ממדינת מאלי. מדינה זו אינה חברה בתהליך קימברלי, המקים פיקוח על סחר ביהלומים, וליהלום לא צורפה "תעודת קימברלי". לאור זאת, לא הורשתה העותרת להכניס את היהלום וזה נלקח ע"י המשיב. מכאן עולה השאלה: האם החלטת המשיב לחלט את היהלום ולא לאפשר את השבתו לחו"ל מצויה במתחם הסבירות המוענקת לו מתוקף תפקידו? ביהמ"ש קבע כי החלטת המשיב לחלט את היהלומים הייתה סבירה וכי אין לומר שהאיזון בין האינטרסים נעשה בצורה לא ראויה. **ברמה הפורמאלית הדין אינו מחייב, עם זאת אנו לא יכולים להפר אותו**.

פרגמנטציה

התופעה של **התנגשות בין דיני משב"ל שונים מבלי שניתן בקלות להכריע איזה מבין הדינים המתנגשים גובר** היא תת-תופעה של תופעה רחבה יותר המכונה פרגמנטציה. קיימים בעצם שלושה סוגים של פרגמנטציה:

* פרגמנטציה נורמטיבית - **נורמות שונות של המשב"ל מתנגשות זו בזו, ללא כלל הכרעה ברורה**. במקרים אלה לא ברור מהי הנורמה הקובעת. דוג': יש דין בינלאומי מנהגי שקבוע בפרוטוקול אמנת ג'נבה על פיו אסור לגייס לצבא אנשים מתחת לגיל 15.יש פרוטוקול אמנת ג'נבה השלישית עליה חתומות 196 מדינות שאומרת כי יש לספק לשבוי מלחמה אפשרות לקנות טבק. אמנה נוספת בשם כללי אגרון הבריאות בדבר צמצום השימוש בטבק, עליה חתומות 182 מדינות, אומרת כי אסור לספק טבק לאנשים מתחת לגיל 18. מכאן לא ברור אם שבוי בן 16 זכאי לסיגריה או לא?
* פרגמנטציה מוסדית - **התנגשות בין סמכויות של מוסדות בינ"ל שונים**, כגון בתי דין. מכוח אמנות שונות **מוקמים** **מוסדות שונים**, ופתאום מגלים שיש חפיפה בין התחומים שלכל ארגון יש סמכות להסדיר. ואז השאלה החלטות של איזה מבין הגופים גוברת. לדוג': יש אמנה המטילה מגבלות על דייג דגי טונה כחולי ספיר באוקיאנוס השקט הדרומי וקובעת מוסד בוררות לסכסוכים אלה. יש אמנה הקובעת את הסחר הבינלאומי וגם לה יש בי"ד משלה. את הטונה דגים לסחר. יש אמנה המסדירה את דיני הים וגם לא בי"ד משלה. **איזה פסיקה גוברת**? איך יודעים איזה מוסד גובר על מי?
* פרגמנטציה של המדינה - בעבר שלט על היחסים הבינלאומיים מודל משרד החוץ, גוף אחד דיבר בשם המדינה בזירה הבינלאומית. כיום, המשפט הבינלאומי נוגע במלא תחומים ואין למשרד החוץ את הידע הרלוונטי. לכן, משרדים שונים מנהלים מו"מ בתחומים שונים. במדינה יש אנשים שונים עם אינטרסים שונים, גורמים שונים אלה מנצלים את פריחת המשב"ל כדי לעגן נורמות שמחזקת את עמדתם. **פרגמנטציה של המדינה משמעותה כי המדינה מדברת בכוחות שונים בזירה הבינלאומית. לרוב כי גופים שונים מנצלים את המשפט הבינלאומי לתת גב יותר חזק לעמדה שלהם בוויכוח המדינתי.** לדוג': במדינת ישראל גורמי משרד איכות הסביבה מעודדים את ישראל לחתום על אמנת ברצלונה שקובעת שאין לנקוט בצעדים שעלולים לזהם את הים התיכון. במדינת ישראל יש גוף שאחראי על צינור שמעביר נפט אירני לים התיכון. משרד רהמ"ש מנהל מו"מ לאמנה בינלאומית עם איחוד האמירויות בו הסכימו שיעבירו נפט דרך הצינור. ומדינת ישראל נמצאת במצב בו ההתחייבויות שלה סותרות.

**התנגשות בין נורמות:**

פורמאלית שיש סטירה בין נורמות בינלאומיות מה גובר על מה?

התנגשות בין נורמות הסכמיות:

* אמנת האום גוברת על אמנות אחרות.
* התחייבויות סותרות בין אותן מדינות - כללי ברירת הדין: ספציפי גובר על כללי ומאוחר גובר על מוקדם. לדוג': 2 מדינות חברות בשתי אמנות בהן יש סטירה.
* ההתחייבויות סותרות בין מדינות שונות - המדינה בהכרח הפרה דין בינלאומי. לדוג': ישראל חתמה על אמנה לא לזהם את הים התיכון מול מדינות אגן הים התיכון. באמנה אחרת חתמה ישראל לאפשר לאיחוד האמירויות להעביר נפט בצינור התת ימי שלה.

התנגשויות בין נורמות מנהגיות:

* אם אחד הנורמות היא Jus cogens היא גוברת על נורמות מנהגיות אחרות.
* אם שתי הנורמות אינן Jus cogens כללי ברירת הדין: ספציפי גובר על כללי ומאוחר על מוקדם.

התנגשות בין נורמה הסכמית למנהגית:

* דין בינלאומי מנהגי ודין הסכמי מתנגשים - ככלל כלכלי ברירת הדין יכריעו: ספציפי גובר על כללי ומאוחר על מוקדם.
* דין בינלאומי מנהגי הוא Jus cogens וסותר דין בינלאומי הסכמי - ככלל הדין הבינלאומי המנהגי גובר.
* דין בינלאומי מנהגי הוא Jus cogens סותר סעיף מפורש באמנת האו"ם (בהמשך).
* דין בינלאומי הסכמי מחייב מכוח אמנת האו"ם סותר דין בינלאומי מנהגי רגיל (בהמשך).

**יחסים בין אמנה למנהג**:

אמנה דקלרטיבית - דין באמנה ישקף דין מנהגי.

אמנה הסותרת מנהג.

אמנות המייצרות מנהגים - לפי העמדה הרווחת **אמנות כן יכולות ליצור מנהג**. קיימת עמדת מיעוט לפיה אמנה לא יכולה לקדם מנהג.

השלכות של אמנות המייצרות מנהג: (1) הרחבת היקף המדינות החייבות בדין - האמנה מחייבת מדינות שהצטרפו אל מול מנהג שמחייב את כולם. (2) צמצום האפשרות לצאת מההסכם - מאמנה ניתן לפרוש בעוד שממנהג צריך להיות מתנגד עקבי. לדוג': פס"ד של ביה"ד בנירנברג שקבע שעל אף שגרמניה יצא מאמנת האג לפי מלחמת העולם השניה היא הפרה בין בינ"ל כי האמנה הפכה למנהג.

האם אמנה יכולה להפוך למנהג?

לפי העמדה הרווחת אמנות כן יכולות ליצור מנהג. כדי להבין כיצד זה יכול לקרות צריך להבחין בין שני מקרים: (1) מצב בו אמנה מולטילטראלית תוביל להיווצרות מנהג. (2) מצב בו הרבה אמנות בילטראליות בין מדינות שונות, אבל שיש בהן הסדרים דומים, יובילו יחדיו להיווצרות מנהג.

בשנה מסוימת נחתמת אמנה מולטילטראלית שסעיפיה קונסטיטוטיביים האומרת שאין לצאת למלחמה, אלא לשם הגנה עצמית. עם השנים מצטרפות על האמנה הזו, עוד ועוד מדינות, האם עובדה זו, תוביל אותנו למסקנה שההסדרים באמנה הפכו להיות מנהגיים? לדוג': כשאמנת האו"ם התקבלה ב-1945 לא כל המדינות שהיו קיימות הצטרפו מיד, והאמנה כללה הסדרים רבים שלא שיקפו את המשפט המנהגי בזמנו. אבל כיום, חתומות 193 על אמנת האו"ם. האם כל זה מוביל למסקנה שההסדרים המעוגנים באמנת האו"ם הפכו להיות מנהגיים? ברגע שאנחנו קובעים שההסדרים המעוגנים באמנה הופכו להיות מנהגיים הרי שהסדרים אלו יהיו מחייבים גם את המדינות שלא חתומות על האמנה ואם זה דין הסכמי, הן לא מחויבות. קושי נוסף, הוא שמאמנות אפשר לפרוש. לעומת זאת, דין מנהגי מחייב את כולם ואם דין מנהגי כבר קיים לא ניתן להחליט פתאום להפוך להיות מתנגד עקבי כלפיו.

העמדה הסבורה כי אמנה יכולה להפוך למנהג מחייב:

אמנה מולטילטרלית - שמדובר באמנה מולטילטרלית **לא דיי כי הרבה מדינות חתמו, צריך להסתכל על התנהלות המדינות בפועל**. יש לראות אם בפועל יש כלליות, עקביות וממושכות. לגבי מדינות שאינן חתומות, אם הן פועלות לפי הכלל זה מחזק את התפיסה כי הדין מנהגי, אם הן התנגדו באופן נחרץ ככל הנראה נגיע למסקנה כי יש דין מנהגי והן מתנגדות עקביות. אם הם ניטרליות נגיע למסקנה שיש דין מנהגי והוא חל גם עליהן. דוג' 1: יש אמנה שנקראת הפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה. עליה 174 מדינות. ביניהם מדינות בעלות כוחות גדולים (סין, הודו..). יש הטוענים כי צריך להסתכל על התנהגות מדינות אלה כדי להחליט אם סעיף הוא מנהג כי מדינות אלה מושפעות במיוחד מתחום דיני הלחימה. דוג' 2: ישנה אמנה מ93' שקובעת כי אסור להשתמש בנשק כימי גם כתגובה לשימוש בנשק כימי. על אמנה זו חתומות כל המדינות מלבד 4: מצרים, ישראל, צפון קוריאה ודרום סודאן. דיי ברור כי האמנה הפכה לדין מנהגי.

אמנה בילטרלית - אם אמנות רבות בילטרליות קובעות כלל מסוים ניתן לקבוע כי הוא מנהג מחייב. בפועל יש וויכוחים לגבי מספר האמנות, מידת הזהות הנדרשת ועוד.

עמדה המתנגדת לכך שאמנות יכולות להפוך למנהג:

מדינות שחותמות על אמנה מקיימות את הכללים הקבועים באמנה לא מכוח תחושת מחויבות לכלל הספציפי אלא **מתוך תחושת מחויבות לכלל לפיו "הסכמים צריך לקיים"**. משמעות הדבר, שלא יכול להתקיים אצלם OJ (יסוד נפשי) גם כשהם מבטאות התנהגות עקביות שתואמת את הכלל.

יחס בין המשפט המדינתי לבין לאומי:

מהי חשיבות שאלה זו בדין המדינתי:

1. חשיבות פרקטית - שימוש במשפט הבינלאומי בבימ"ש מדינתיים.
2. חשיבות נורמטיבית - ביטוי לסוגיה רחבה יותר של היחסים בין מערכות משפט, ככל שהמשב"ל מתרחב מתרחבים החיכוכים בין המשב"ל למשפט המדינתי, משליך על תהליכים פנימיים במשב"ל ובמשפט המדינתי.

ביחס זה עולות 2 שאלות: (1) מה המעמד של דין ממערכת אחת בתוך המערכת השנייה? (2) מה קורה במצב של סתירה בין מערכות הדינים?

את שאלות אלה נבחן מ3 נקודות מבט: (1) נקודות המבט של המשפט הבין לאומי. (2) נקודת מבט של מתבונן מהצד (תאורטית)- גישות המוניזם ודואליזם. (3) נקודת המבט של מערכות מדינתיות. בהמשך ננסה להבין כיצד התשובות לשאלות אלה סותרות מנקודות המבט השונות כיצד מתמודדים עם סתירות אלה. לבסוף ננסה להבין מה קורה במשפט הישראלי.

**נקודת המבט של המשב"ל:**

מעמד הדין המדינתי במשפט הבינלאומי: המשב"ל **לא מתעניין במשפט המדינתי**. בכפוף לחריגים מעטים בהם יכול דין של מדינה להיקלט במשב"ל: (1) כאשר הדין המדינתי קיים אצל מדינות רבות. (2) בהקשרי אזרחות - כל מדינה קובעת מי האזרח שלה. (3) לדין המדינתי השפעה על גבולות.

האם למשפט הבינלאומי אכפת כיצד ייקלט הדין הבינלאומי? לא, העיקר כי הדין ייקלט.

מה גובר בסתירה מבחינת המשפט הבינלאומי? מבחינת המשב"ל **הדין הבינלאומי**. ס' 27 לאמנת וינה (אמנת האמנות) קובעשסתירה בין דין מדינתי לאמנה לא מהווה עילה להפרת האמנה. כלומר, מבחינת המשב"ל, המשב"ל עליון למשפט המדינתי.

**נקודת המבט של השיח האקדמי:**

תיאוריות ליחסים בין המשב"ל למשפט המדינתי:

הגישה המוניסטית - מגוון עמדות רואות את המשב"ל והמשפט המדינתי **כחלק ממערכת משפט אחת,** לכן המשב"ל עליון למשפט המדינתי. אין כיום הסכמה רבה לגישה המוניסטית, אך המשב"ל ומוסדותיו ממשיכים להצהיר באופן גורף **שהמשב"ל עליון למשפט המדינה.** ישנם תאוריות מוניסטיות שונות בנימוקם מדוע המשפט הבינלאומי גובר על המדינתי.

שתי תיאוריות מרכזיות שמסבירות את הגישה המוניסטית הן:

1. גישת המשפט הטבעי -שאומרת **שהמשב"ל מייצג נורמות מוסר בסיסיות ולכן עליון לכל משפט מדיני**. בימי הביניים גישה זו רווחה לגבי כל המשב"ל, אך כיום היא נטענת בעיקר בנושאים של זכויות אדם, דיני מלחמה ומשפט פלילי בינ"ל (פשעי מלחמה, רצח עם וכו'). נורמה זו לא משכנעת היום ביחס לכלל המשפט הבינלאומי. לדוג': את אייכמן מעמידים לדין על רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה. הוא אומר כי הוא ציית לדין הגרמני אשר אומר להרוג, בין היתר, יהודים. אומרים כי ע"פ המשפט הבינלאומי מעשיו אסורים והיה עליו לציית לנורמה הבינלאומית. הנימוק לעליונות פה הוא **המוסר**. הנורמות של המשב"ל מייצגות נורמות מוסר בסיסיות ולכן הוא צריך לציית להן, גם תוך הפרת הדין המדינתי.
2. הגישה הפוזיטיביסטית - שאומרת כי **הדין הבינ"ל הוא שקובע אם מדינה תקום, ולפיכך המדינה היא יצירת המשב"ל והוא עליון לה**. ישנה ביקורת מצד היסטוריונים של המשב"ל, שטוענים כי המשב"ל והמדינות נוצרו והתפתחו במקביל. טיעון נגד נוסף הוא שהמדינה הוקמה מכוח ההכרה של הציבור במוסדות (ואולי הכרה של מדינות אחרות).

כיום באקדמיה כמעט ואין תמיכה במוניזם. יחד עם זאת, מעשית, המשב"ל ומוסדותיו פוסקים ע"פ הגישה המוניסטית ומצהירים באופן גורף שהמשפט הבינלאומי עליון למדינתי.

הגישה הדואליסטית - משפחת הגישות הסבורה כי המשב"ל והמשפט המדינתי הן **שתי חיות שונות.** המשב"ל עוסק במדינות והמשפט המדינתי עוסק בבני אדם (מה שקורה בתוך המדינות). לפיכך, האדם צריך לציית לנורמה המדינתית ו**למדינה יש שיקול דעת מוחלט אם לאמץ כללים של משב"ל לקרבה.** כל עוד המדינה לא בחרה לעשות כן, הכלל יחייב אותה אך לא את אזרחיה. אם המדינה רוצה להחיל כלל מסוים על אזרחיה, עליה לעשות זאת בחוק פוזיטיביסטי ולא די בעצם הצטרפותה לאמנה.

גישות דואליסטיות שונות נבדלות בנימוק בדבר עליונות הדין המדינתי:

1. טיעון דמוקרטי.
2. הגדרה עצמית - הדין המדינתי משקף תרבות.

הבעיה היא כי גם דמוקרטיות עושות דברים רעים ויש תרבויות בהם ישנם מנהגים רעים. לכן, כיום גם בדיון התיאורטי הגישה הדואליסטית הטהורה לא מקובלת. לפי גישה זו, אם מדינה לא חוקקה חוקים נגד פשעים נגד האנושות או רצח עם, לכאורה אין לאיסור על כך. יחד עם זאת, **רוב מערכות המשפט המדינות מצהירות כי המשפט המדינתי עליון למשב"ל**.

היחס למוניזם ודואליזם- שלוש נקודות מבט:

1. המשפט הבינ"ל ומוסדותיו: המשב"ל עליון על המשפט המדיני (מוניזם).
2. המשפט המדינתי ומוסדותיו: ההנחה היא כי המשפט המדיני עליון על המשב"ל (יסודות דואליזם).
3. המתבונן מהצד והגישה האקדמית: לא מוניזם. לא דואליזם. תמיכה רבה כיום בגישות מורכבות בהם נגע בשיעור הבא.

**נקודת המבט של המשפט המדינתי:**

במערכות המשפט המדינתיות השונות יש שוני, כל מערכת משפט מתנהגת באופן שונה. אך יש בהן שלושה דברים משותפים: (1) הקרנה בסיסית של יסודות דואליסטיים - הצהרה של עליונות הדין המדינתי. (2) ההסדרים של מדינות משקפות לרוב שילוב בין דואליזם למוניזם ולא ביטוי מוחלט לאחת הגישות. (3) קיימת התמרכזות - הענקת משמעות למשב"ל אך לא השפעה נוספת.

איך המשפט המדינתי מתייחס למשב"ל?

שלוש דוקטרינות אפשריות לקליטת הדין הבינ"ל:

1. קליטה ישירה: קליטה אוטומטית. המשב"ל נקלט אוטומטית לדין המדינתי. מדינות עם הסדר כזה נקראות גם מדינות **מוניסטיות**. לדוג': בישראל מנהג נקלט באופן ישיר ומעמדו נמוך מתקנות ועליון מחוקים.
2. צורך בקליטה מפורשת: יש צורך בקליטה אקטיבית, בנורמה חוקית, של המדינה. תואם את הגישה **הדואליסטית**. מעמד הנורמה הבינ"ל יהיה כמעמד הנורמה שאימצה אותה, חלק מהפרוצדורה הוא קביעת סוג הנורמה בעת הקליטה (חוק, תקנה וכיוצ"ב). לדוג': אם החוק מאמץ את הוראות האמנה, החוק שמאמץ הוא המחייב את המדינה.
3. דוקטרינת ביניים (יישום): גם המשפט הבינלאומי שלא נקלט משפיע על המשפט המדינתי. הוא משליך על הפרשנות והיישום של הנורמות בתוך המדינה, גם אם לא הייתה קליטה מפורשת.

בפועל במדינות רבות יש ערבוב הסדרים, יש הסדרי קליטה שונים לגבי מנהג ואמנה או הסדרי הקליטה נותנים מעמד עליון רק לחלק מהנורמות המדינתיות.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | בריטיה | הולנד | צרפת | ארה"ב |
| משפט מנהגי | קליטה ישירה | קליטה ישירה | קליטה ישירה | קליטה ישירה |
| משפט הסכמי | קליטה ע" חקיקה | קליטה ישירה | קליטה ישירה | קליטה ישירה |
| אשרור אמנות | ממשלה | פרלמנט | פרלמנט | 95% בשיתוף הסנאט או הקונגרס |
| סתירה בין החוקה למשב"ל | (אין חוקה) | החוקה גוברת על משב"ל מנהגי, לגבי אמנות יש התחמקות מלהכריע | החוקה גוברת | החוקה גוברת |
| סתירה בין חוק משנה/ חוק ראשית למשב"ל | החוק פנימי גובר הן על אמנות הן על מנהגים | אמנה גוברת על חקיקה ראשית וחקיקה משנית. חוק פנימי גובר על מנהג. (כנראה) | המשב"ל גובר | אמנות וחוק פדרלי- מעמד שווה  אמנות גוברות על חוקים מדינתיים |
| יחס בתי המשפט |  |  |  | אבחנה בין 'הסכם המתבצע מעצמו' ל'הסכם שאינו מתבצע מעצמו' |
| חזקת פרשנות | פרשנות הדין הפנימי בהתאם למשפט המנהגי וההסכמי. |  |  | פרשנות הדין הפנימי כך שלא יסתור את המשב"ל |

בבריטניה- **יש הבחנה ברורה בין משב"ל מנהגי ומשב"ל הסכמי.** המשפט המנהגי נקלט באופן אוטומטי, בעוד שהמשב"ל ההסכמי צריך לעבור הליך חקיקה. גם ההצטרפות לאמנה משתנה בין מדינות, ובבריטניה אין שום מעורבות של הפרלמנט בהליך אשרור האמנה. **אם יש חוק מפורש במדינה הוא יגבר על המשב"ל המנהגי וההסכמי,** ואם אם הפרלמנט יבקש להעביר חוק הסותר את האמנה, החוק יגבר. קיימת **חזקה פרשנית שלפיה החקיקה הפנימית בבריטניה תתפרש ככל הניתן באופן שתואם להתחייבויות המנהגיות וההסכמיות לפי המשב"ל**.

בהולנד, צרפת ומדינות פוסט-קומוניסטיות- בהולנד וצרפת המשב"ל המנהגי הופך אוטומטית לחלק מהמשפט המדינתי ואת המשב"ל ההסכמי צריך לאשר בפרלמנט. **בצרפת המשב"ל גובר על המשפט המדינתי אבל לא על החוקה.** בהולנד **האמנה גוברת על החוק ההולנדי,** בעוד שמשב"ל המנהגי לא גובר על החוק ההולנדי.

**בחלק מהמדינות הפוסט-קומוניסטיות נקבע שהמשב"ל גובר גם על סעיפים בחוקה** (גרמניה ורוסיה). זוהי גישה מוניסטית מאוד וכדי לאזן אותה **הפרשנות לכללי המשב"ל נעשית בהתאם לחוק המקומי ועל ידי בתי המשפט המקומיים, ולא בהכרח כפי שנקבע ע"י ארגונים בינלאומיים.** לדוג': אם ה-ICJ ייקבע שההשתלטות של רוסיה על חצי האי קרים היא פשע, מה שיקבע מבחינת רוסיה ואוקראינה היא פרשנות בתי המשפט המקומיים.

בארה"ב - **הגישה שונה - משפט הסכמי נקלט ישירות במעמד של חקיקה פדרלית.** כלומר, גובר על חקיקה מדינתית אבל כפוף לחוקה, וחוק פדרלי מאוחר יותר גובר על האמנה. כדי לאשר אמנה בארה"ב דרוש הליך אישור חתימה מצד הממשל והצבעה בסנאט ברוב מיוחס (2/3). לאחר מכן לאמנה יש מעמד של חקיקה פדרלית. בפועל בתי המשפט האמריקניים קרבו את הליך קבלת האמנות בארה"ב לגישה הדואלית בשלוש דרכים:

1. קבעו **שרוב האמנות הבינ"ל לא נמצאות תחת מסגרת החוקה.** כך האמנה לא צריכה אישור של הסנאט אך גם לא נמצאת במעמד של חוק פדרלי. מבחינת המשב"ל זה לא משנה את ההצטרפות.
2. **אמנות שאושררו ע"י הסנאט מובחנות ע"י ביהמ"ש מבחינת ניסוח -** אמנות שמיישמות את עצמן מול אמנות שלא יוצרות יישום פנימי ברור. **רק אמנות שמיישמות את עצמן מציבות זכויות וחובות לפרט,** ורק הפרתן מאפשרת להגיש תביעה בתוך ארה"ב על הפרת זכות מאמנה. הרציונל להפרדה פשוט - אמנות עמומות או שנועדו להסדיר יחסים שלטוניים לא רלוונטיות לאזרחים.
3. בדומה למדינות פוסט-קומוניסטיות, **ביהמ"ש יכול לבצע פרשנות מקומית לחוק בינ"ל.**

\*\* יש **אי בהירות לגבי המשפט המנהגי בארה"ב.** הגישה התיאורטית אומרת **שהמשפט המנהגי מאומץ כחוק פדרלי** בדומה למשפט ההסכמי, אך קיימת עמדה שגורסת כי **אין לו מעמד כלל.**

אנו רואים כי במדינות יחסית דואליסטיות, בתי המשפט מצאו דרך לדחוף למרכז, באופן שייתן יותר כבוד למשפט הבינלאומי. לעומת זאת, מדינות שהתחילו בקצה המוניסטי, נעשו פסיקות שהחלישו את מעמד המשפט הבינלאומי. פסיקות אל מצהירות כי הדין העליון הוא המדינתי. כלומר ישנה התמרכזות, מתן השפעה משמעותית למשפט הבינלאומי אך לא מוחלטת.

סיכום - נקודת המבט של המשפט המדינתי:

למרות ההבדלים, בנקודת ההתחלה, בכל המדינות יש סוג של **הצהרה דואליסטית** שאומרת כי הדין המדינתי הוא שקובע את מעמד הדין הבינלאומי. זו הצהרה הפוכה מהעמדה המוצהרת המוניסטית של המשפט הבינלאומי.

* מדינות שבהתחלה היו קרובות למוניזם מובהק - בתי המשפט מגבילים את הקליטה של המשב"ל וקובעים שהמקור למעמד המשב"ל במדינה הוא החוקה.
* מדינות שבהתחלה היו קרובות לדואליזם מובהק - בתי המשפט מגבירים את מעמד המשב"ל ומקלים על הקליטה שלו.

**איך פותרים את ההתנגשות בין המערכות?**

אנו רואים **סתירה בין עמדת המשפט הבינלאומי לנקודת המבט של המדינות**. כל מערכת נורמטיבית כדי לשרוד חייבת לטעון לעליונות אל מול המערכות הנורמטיביות האחרות הנוגעות לאותו קהל. הסתירה היא עקרונית, עמוקה, כל אחת אומרת כי הבסיס לציות הוא אחר. מערכת חייבת לדרוש עליונות כי אם לא תדרוש היא תאבד סמכות ותבלע למערכת השנייה.

מערכות שרוצות כי יקשיבו להן פותחות בטיעון ערכי. הטיעון המנצח של **מערכת מדינתית** הוא **טיעון תרבותי** (הגדרה עצמית, שיקוף הערכים המקומיים) **והטיעון הדמוקרטי**. טיעוני **המשפט הבינלאומי** הם **טיעון פרקטי** - בעידן הנוכחי כל דבר שקורה בעולם משפיע על כולנו, יש צורך להסדיר את האינטראקציה בין מדינות **וטיעון מוסרי** - זכויות אדם זה מוסרי, המשב"ל מסדיר נורמות מוסריות.

מי צודק? זה לא יכול להיות תלוי סיטואציה כי **כל מערכת משפט דורשת ציות מוחלט**! דוג': אייכמן מועמד לדין וטוען כי מדינת ישראל לא יכולה להעמיד אותו לדין כי מעשיו בוצעו מתוך ציות לחוקי גרמניה. בית המשפט משיב- "העניין נוגע במעשים הפוגעים באיסוריו של משפט העמים. מבחינת המשב"ל- המעשים חורגים מתחומי סמכותה הריבונית של המדינה אשר ציוותה לבצעם או 'הכשירה' אותם בדיעבד, לכן האנשים שעשו את אותם מעשים חייבים לתת את הדין ואין הם יכולים להסתתר מאחורי חוקי המדינה.בנוסף, אייכמן טוען כי העמדה לדין ע"י ישראל נוגדת את עקרון הריבונות. ביהמ"ש משיב עי על פי החוק לעשיית הדין בנאצים אשר הוא חוק ישראלי וגובר, ניתן להעמיד אותו לדין. **כל אחד צריך לטעון לעליונות על מנת שיקשיבו לו**. על כן שהדין הבינלאומי משרת את ישראל היא תטען שהוא גובר (לדוג': החוק הבינלאומי עליון ולכן דובר על חוקי גרמניה). כאשר הדין המדינתי משרת את ישראל היא תטען שהוא עליון וגובר.

אז מה עושים שיש סתירה?

1. עימות - כל מערכת **מצהירה עליונות ומענישה את הבוחרים לציית למערכת השנייה**. אנו מסוגלים להכיל ולהחזיק עמדות סותרות עד לרגע בו נאלץ להחליט. לכן, ברגע שנאלץ לבחור שני המערכות יפסידו תומכים ויחלשו. כל מערכת יכולה להתקיים רק עם תומכים.
2. פשרה - מנגנונים להקטנת חיכוך. המשפט הבינלאומי והמדינתי תלויים אחד בשנייה. מדינת תלויות במשב"ל כי הן לא רוצות להיות מבודדות והמשב"ל לא יכול לשרוד ללא ציות המדינות. לשני הצדדים יש אינטרס לא להיות בעימות כולל. לכן הם יפנו לכיוון של פשרה. למנגנוני פשרה 3 רכיבים: (1) כל מערכת **מצהירה על עליונות** למרות אימוץ הפשרה. (2) המערכת, באימוץ מנגנון פשרה, **מאמצת מנגנון שנותן השפעה לנורמות של המערכת השנייה**. (3) ההשפעה הניתנת היא **מוגבלת**, ערכי המערכת המייצרת את הפשרה נשמרים, וכלולה הצהרה כי הדין של המערכת שייצרה את הפשרה הוא שנותן את הכוח. יש מנגנוני פשרה פורמאליים (לדוג': ס'46) וא-פורמאליים (לדוג': פסיקות סולנגה וחזקת ההתאמה הפרשנית).

דוג' 1: בהתנגשות בין דין תורה לדין מדינתי, לדין תורה יש מעמד בענייני נישואין וגירושין, הם כפופים לחוקי יסוד ומקור הסמכות של הדין הרבני הוא מכוח חוק בתיה"ד הרבניים. דוג' 2: כלל בסיס במשפט הבינלאומי שמכריז על עליונות הוא ס'27 לאמנת וינה. אבל, ע"פ ס'46 כאשר מדובר בהפרה של דין מדינתי יסודי וגלוי זה סיבה לאי ציות למשב"ל. דוג' 3: חזקת ההתאמה הפרשנית, על פיה חובה לעשות ככל שניתן כדי לפרש דין מדינתי באופן שימנע סתירה ביינו לבין הדין הבינלאומי. עם נוסח החוק ותכליתו מעידים כי המחוקק המדינתי רצה אחרת, ילכו ע"פ המדינתי. דוג' 4: פסיקות הסולונגה (הכל עוד). שהאיחוד האירופי מקים את ביה"ד הם אומרים כי מעניין אותם שת"פ כלכלי ולא זכויות אדם. ביה"ד לחוקה הגרמנית אומר כי כל עוד ביה"ד האירופאי לא יכבד זכויות אדם מוסדות המדינה שלי לא יכבדו את פסיקותיך. ביה"ד לזכויות אדם אומר כי הוא מכבד את זכויות האדם ולוקח אותם בחשבון. פסה"ד הגרמני אומר כי כל עוד הם יכבדו זכויות אדם הוא יכבד את פסיקתו גם אם תוצאותיהם יהיו שונות.

בתוך מדינה יש גורמים שירצו עימות וכאלה שירצו פשרה.

הסיפור האמריקאי - עמדות ביחס למשב"ל: **שנות ה-90** - רוב הרשות הפוליטית תומכת בעמדת ההתחשבות במשב"ל, **הפשרה**. עד לפני 20 שנה רוב המחנות בארה"ב תמכו בפיתוח המשפט הבינלאומי. אחרי **אירועי ה11 בספטמבר** - התכנסות ללאומיות כהתגוננות, עמדת **העימות**. הממשל האמריקאי הבין כי המשפט הבינלאומי יסבך אותו עם צעדים שהוא רוצה לעשות. הם טוענים כי המשפט האמריקאי גובר ולכן הבינלאומי לא מעניין וכי להם יש את הזכות לבחור כיצד לפרש את המשב"ל: (1) נחקק חוק שמאפשר התערבות צבאית נגד האג במקרה של מעצר חייל אמריקאי. (2) פרישה מאמנות שמעניקות סמכות ל-ICJ. **ממשל בוש+אובמה**: התחזקות מחודשת של עמדת **הפשרה** שלפני אירועי ה1 בספטמבר. ארה"ב מתחילה לשלם מחירים על מדיניותה הלעומתית כלפי המשב"ל. בנות בריתה מאירופה נפגעו פוליטית בגלל עיראק ומבטאות את אי-שביעות רצונן מארה"ב. בנוסף- ממשל אובמה יותר אוניברסלי (המפלגה הדמוקרטית). שימוש בנשק כימי של סוריה כלפי אזרחיה. אובמה רוצה לנהל מתקפה משולבת עם צרפת ובריטניה. הן מסרבות. לא סומכות על ארה"ב. ארה"ב לא תוקפת. **בעידן טראמפ**: התחזקות עמדת **העימות**, של אחרי ה1 בספטמבר. הוא פורש ממגוון אמנות, הוא שוקל לשלוח כוח צבאי להאג, הם מסכלים את אפשרות המינוי של שופטים. מחירי העמדה הינם קושי גובר ביצירת קואליציות בינלאומיות וירידה בעמדת פסיקת ביהמ"ש העליון האמריקאי.

הסיפור הישראלי - ישראל גדר ההפרדה והICJ - פנייה של האו"ם לICJ לקבלת חוות דעת בנוגע לחוקיות גדר ההפרדה, לחוות דעת זו אין תוקף משפטי ואף ישראל הודיעה כי היא אינה מעורבת. ה ICJ הוא ביה"ד הבינלאומי החשוב בעולם. ישראל בוחרת שלא להופיע בפני ה-ICJ שכן היא אינה רוצה לתת לגיטימציה לפסיקה בנושא. פסיקת ה ICJ קובעת כי גדר ההפרדה לא חוקית וכי ההתנחלויות לא חוקיות, אך הוא לא מתייחס לטרור הפלשתיני, הם אומרים כי טוואי הגדר מהווה הפרה של חוקי מלחמה. הם טוענים כי אם ישראל הייתה חלק מההליך הם היו מתחשבים יותר. המשמעויות הפוטנציאליות של ההחלטה: חרם על ישראל בגין אי-ציות, ירידה במעמדה של ישראל התמודדות ישראל עם חוות הדעת של ה-ICJ וסיכון חיילי צה"ל.

**בג"ץ בית סוריק** - עסק בתוואי גדר הביטחון לאחר החלטת ה-ICJ בנושא (שגדר הביטחון אינה חוקית כי היא מפרה את עיקרון המידתיות של דיני המלחמה - כלומר, הנזק שנגרם לאוכלוסייה גדול בצורה לא מידתית ביחס לתועלת הצבאית של ישראל מהגדר).

חשין (דעת מיעוט) **גישה לעומתית (עימות) -** השופט חשין אמר בצורה ברורה שה-ICJ התבסס על תמונה חלקית בלבד ולכן החלטת ביה"ד הבינ"ל לא לגיטימית וחסרת משקל. אם דעת חשין הייתה מתקבלת, הייתה זו קריאה נגד ה-ICJ שהייתה פוגעת בלגיטימציה הבינ"ל של ישראל ופותחת דלת לתביעות פליליות נגד ישראלים בחו"ל תחת סמכות אוניברסלית. התנגשות בעימות: ה-ICJ שרלטנים. 'משפח' ולא 'משפט'. עמדת בית הדין לא לגיטימית כי הציג תמונה חלקית.

ברק (רוב): **גישת פשרה** - ברק אומר כי מעמד השטחים או נושאים אחרים אינם רלוונטיים לדיון - אלא רק המקרה הקונקרטי. דעת הרוב של השופט ברק עשתה טריק יפה - הוא **קיבל את הנחת ה-ICJ שמדובר בשאלה של מידתיות, אבל קבעה שלשופטים הישראלים יש יותר מידע מל-ICJ.** הוא אומר כי בית הדין (ICJ) לא החזיק בכל האינפורמציה. בג"ץ יבדוק בעצמו כל מטר כדי לבחון את המידתיות וליישם את עמדת הICJ.

בעקבות הבג"ץ יש סדרה של פסקי דין - חלקם מבטלים (משנים את הטוואי) וחלקם מאשרים חלקים בגדר. בשורה התחתונה - **בעקבות הביקורת השתנה תוואי הגדר כך שתוואי הגדר שעליו הICJ נתן חוות דעת- אינו רלוונטי יותר**. **בכך השופט ברק מצא דרך להגיע לפשרה** - לשמור על הלגיטימציה של המשב"ל מבחינת המדינה, על הלגיטימציה של המדינה מבחינת המשב"ל, לאכוף את כל הכללים ועדיין להגיע לתוצאה מתקבלת ופרקטית. מדינת ישראל מוציאה מסמך כי לאור פסיקות העליון תוואי הגדר השתנה ופסיקות ה ICJ כבר אינן רלוונטיות למה שמתרחש בשטח. גישה מוניסטית הייתה רואה את החלטת ה-ICJ כסופית. הדואליזם היה פועל בשתי דרכים - דחייה מוחלטת ועימות של החלטת ה-ICJ (כפי שעשה חשין) או חתירה לפשרה (כפי שעשה ברק).

הגישה הלעומתית במדינות השונות:

* מעצמות כמו ארה"ב : הפרת הדין הבינ"ל תגרום פגיעה יחסית קטנה.
* מבודדות כמו צפון קוריאה: אינן חלק מהמשחק הבינ"ל ואין מה להפסיד מהפרת הדין הבינ"ל.
* שאר המדינות: רוצות להימנע מבידוד וישאפו להקטנת החיכוך עם המשב"ל.

השפעת בתי המשפט על החיכוך:

השופטים המדינתיים משפיעים על היחס של הקהילה הבינלאומית:

* גישת ברק בבית סוריק ריככה את הביקורת הבינלאומית.
* שינוי בגישת ביהמ"ש בשנים האחרונות משפיע לרעה על היחס לישראל- גישה יותר לעומתית.

**היחס בין המשב"ל לדין הישראלי- הפן הפורמלי**

3 תת סוגיות תחת היחס הפורמלי בין המשפט הישראלי לבין דיני המשב"ל

1. השפעה פרשנית – האם העובדה שיש דין בינלאומי משפיעה על האופן בו אנו צריכים לפרש נורמות ישראליות? אין הבדל בין דין מנהגי לדין בינ"ל הסכמי.
2. דרך ומידת הקליטה במשפט הישראלי – ההבדל בין הדין הבינ"ל המנהגי לבין דין בינ"ל הסכמי.
3. מעמד נורמטיבי במשפט הישראלי – ההבדל בין דין בינ"ל מנהגי לבין דין בינ"ל הסכמי. הבדלים אלה לא מגיעים מהמשפט הבינלאומי שבו הדין ההסכמי והמנהגי זהה.

השפעה פרשנית:

חזקת ההתאמה הפרשנית: קובעת כי **חזקה על המחוקק הישראלי (לרבות מחוקק משנה) 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 המשפט הבינלאומי החל על מדינת ישראל**. ע"פ הדין הישראלי חזקת ההתאמה חלה בין אם מדובר באמנה, דין הסכמי, שישראל צד לה ובין אם מדובר במנהג. החזקה חלה בין דין בינלאומי החל על ישראל לבין חקיקת משנה, בין אם הנורמה היא יצירת המשפט ובין אם היא חקיקה. השאלה היא האם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על חוקי יסוד?

**פס"ד להיס** - כפר תחת כיבוש, מפקד הולך והורג עשרות תושבי הכפר, ככל הנראה כנקמה על מות חבריו. הוא טען שזה נעשה בצורך, ביהמ"ש פירש את המילה צורך ע"פ דיני לחימה בינלאומיים. הוא קיבל חנינה שכן הרבה פשעי מלחמה בוצעו ולא נשפטו. בית המשפט מפרש את תקנות האג (שהפכו למנהגיות) וסעיפים רלוונטיים של אמנת ז'נבה של 1929- דין הסכמי. אנחנו רואים שבית המשפט נסמך כאמור גם על דין מנהגי וגם על דין אמנתי.

האם חזקת ההתאמה חלה על חוקי יסוד? לכאורה, שאלה זו לא עולה לכדי דיון עד לפני כ20 שנה. תחילה בג"ץ נרתע מכך אך לאט מתחיל גל פסיקה שבא השופטים החלו לסמן שבכוונתם להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד. הסיבה היא כי הרציונליים להחלה על נורמות אחרות מתקיימים גם כאן. יתרה מכך, חוקי היסוד של ישראל לא נולדו בוואקום, הם שאבו השראה מהמשב"ל ולכן פרשנותם בהתאם למשב"ל מתאימה.

**פס"ד סילוואד** - דיון על תחולת חזקת ההתאמה על חוקי היסוד. הכנסת, **בהשפעת קהלת**, טוענת כי אסור להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית. בין השאר כי זה יהיה מתן פתח להעתקה של חוקים זרים לדין הישראלי. בנוסף, אין לכך הסמכה מפורשת. **ד"ר בורר** אומר כי ישנה הסמכה מפורשת במגילת העצמאות, על פיה מפרשים את חוקי היסוד, אשר בה נאמר כי יש לשקוד לפעול בהתאם לכללי המשב"ל. הוא טוען כי יש לעשות הלכה על פיה מחילים את חזקת ההתאמה על חוקי יסוד.

מה מעמד המשב"ל המדינתי מרגע כריתתו? במדינות משפט מקובל יש כללים שהם יצירת הפסיקה. מעמדם הנורמטיבי גבוה מחקיקת משנה ופעולות מנהל ונמוך משל חוק. לדוג': סבירות היא כלל יציר הפסיקה. ישנו כלל של המשב"ל שאומר **שהדין הבינלאומי שנקלט מעמדו כשל נורמה של המשפט המקובל**.



אופן קליטתו ומעמדו הנורמטיבי של הדין הבינ"ל המנהגי:

הדין הבינ"ל המנהגי נקלט אוטומטית- 'קליטה ישירה' בישראל, ויגבר על חקיקת משנה שסותרת אותו. מה ההשלכות לכך שנורמה זו נקלטת באופן ישיר במעמד שעליון לחקיקת משנה ונמוך מחקיקה?

השלכותיו של המשפט המנהגי בישראל לאור מעמדו הנורמטיבי:

1. המשפט המנהגי: **מקור להענקת זכויות** וסמכויות. לדוג': שגריר מצריים מזמין את שולמית שלום, רקדנית בטן ישראלית למופע. הוא מטריד אותה מינית ומנסה לאנוס אותה. האם היא יכולה לתבוע? לא כי יש חסינות. החוק לא קובע חסינות כזו. ביהמ"ש קובע כי קיים מנהג בינלאומי של חסינות דיפלומטית גם בהעמדה לדין פלילי וגם בדין אזרחי.

**בג"ץ הסיכול הממוקד** - עלתה טענה כי סיכול מוקד הינו רצח. אין חוק המתיר לחיילים להרוג (למעט בהגנה עצמית)- זו גרימת מוות בכוונה תחילה ע"פ ס'34יג לחוק העונשין. נקבע כי **חיילים מוסמכים להרוג לפי המשפט הבינ"ל המנהגי**- שהוא נורמה מחייבת בדין הישראלי. המשפט המנהגי מהווה את הדין המסמיך אותם לכך לשם הגנת הצידוק. הערה: יש אינדיקציה לכך שביהמ"ש נותן מעמד מיוחד למשב"ל המנהגי בדיני מלחמה. דיני המלחמה אלו תחומים שבאופן מסורתי הושארו להסדרת המשב"ל. דיני מלחמה הם תחום בו יש סיכון מוגבר להעמדה לדין בעולם.

1. בהתנגשות בין מנהג לחקיקת משנה או החלטת המנהל - **המנהג יגבר**. לדוג': נוהל שכן- פקודה צה"לית, שרוצים להוציא אדם שמתבצר פונים לשכן. הטענה היא כי אנשים אלה התנדבו. בפועל איימו על חיי השכנים הבלתי מעורבים. דיני הלחימה אומרים שאין לסכן באופן מכוון אזרחים שאינם מעורבים בלחימה. ביהמ"ש העליון אומר כי 'הפרקטיקה בשטח מפרה את דיני הלחימה'- הכלל הבסיסי ביותר של דיני הלחימה הוא עיקרון ההבחנה. **ביהמ"ש העליון קבע כי יש סתירה בין נוהל שכן לבין המשב"ל המנהגי** (עקרון ההבחנה של דיני הלחימה) **ולכן נוהל שכן מבוטל**. ולכן נוהל שכן בטל.
2. בהתנגשות בין מנהג לחקיקה ראשית - **החוק גובר**. **כאשר יש סתירה בין דין בינלאומי מנהגי לחוק, החקיקה תגבר**.

**פרשת עפו** - גירוש מחבלים. ס'49 לאמנת ג'נבה קובע שאסור לגרש, גם גירוש אינדיבידואלי. החוק הישראלי, תקנות ההגנה (חקיקה ראשית) מאפשרות לגרש אנשים. רוצים לגרש אנשים. עולות 2 טענות: (1) הגירוש סותר דין בינלאומי מנהגי שסותר גירוש. (2) הגירוש סותר דין בינלאומי הסכמי ס'49. שמגר אומר כי הדין המנהגי אוסר רק גירוש קולקטיבי. הדין המנהגי לא אוסר, וגם אם הוא אוסר גירוש יחידני, הרי שהחקיקה הישראלית הראשית גוברת.

אופן הקליטה והמעמד של דין בינלאומי הסכמי (אמנות) בישראל

הגוף שחותם ו/או מאשרר אמנה הוא ממשלת ישראל, כאשר לפעמים מואצלת הסמכות לראש הממשלה, שר החוץ או שר אחר. הדין הבינלאומי ההסכמי לא הופך להיות חלק מהדין בישראל. אמנה, אף אם ישראל צד לה, לעולם אינה זוכה למעמד נורמטיבי פורמאלי-מחייב במשפט הישראלי. לכל היותר, לעיתים קיים **חיקוק** ישראלי אליו הועתקו הסדרים מאמנה, ומבחינת המשפט הישראלי, **החיקוק "הקולט", ולא האמנה, הוא זה המהווה דין משפטי מחייב**. מרגע הקליטה מעמדה כמעמד הנורמה- תקנה כתקנה, חוק כחוק, חוק יסוד כחוק יסוד. 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. לדוג': אם נקלטה בחוק יסוד, מעמדה של חוק יסוד. החיקוק הקולט הוא בעל מעמד. לכן אם יש הבדל בין החיקוק לאמנה עצמה מבחינת המשב"ל האמנה מחייבת ומבחינת הדין הישראלי בחיקוק הקולט.

**פס"ד סמרה** - במלחמת השחרור שרטטו את הקו הירוק שקבע גבול בין ישראל לירדן. נוצר מצב שכפריים מצאו את עצמם רגל אחת בישראל ורגל שניה בירדן. לגבי אותם כפריים נקבעו (במסגרת הסכמי הפסקת האש) הסדרים שנועדו להגן על זכויותיהם. ישראל לא קיימה את ההסדרים שנקבעו ואותם תושבים עתרו לבג"ץ. **בג"ץ קבע כי מדובר באמנה** (הסכם הפסקת אש) **שלא נקלטה בנורמה ישראלית, ולכן אין לה מעמד בדין ואי אפשר לחייב את המדינה לקיים אותה.**

אמנה שישראל צד לא ולא נקלטה - אינה בעלת מעמד, בסתירה בין האמנה לחוק, אין לאמנה כלל מעמד. **בפס"ד אפו** - יש סתירה בין ס'49 לאמנת ג'נבה לבין תקנות האמנה. לכן השופטים קבעו כי החקיקה הישראלית גוברת.

**בג"ץ וופה עלי** - עתירה כנגד העובדה שבתי הסוהר שמחזיקים מחבלים מהשטחים נמצאים בקו הירוק. זאת הפרה שכן אסור להוציא אותם מהשטח הכבוש. אמירה של ביהמ"ש המעדיפה את הדין הבינלאומי בשנת 2009 הינה בעייתית. לכן, בייניש אומרת כי הדין המדינתי גובר, **יש לעשות פרשנות תכליתית לאמנה**. בפועל, תנאי הכליאה והנגישות של המשפחות לכלואים לא נפגעות. פרשנות תכליתית של הסעיף מביאה למסקנה שהוא לא הופר. מבחינה פורמאלית היא יכלה להגיד כי הדין המדינתי גובר אך כדי למנוע חיכוך היא נימקה.

|  |  |
| --- | --- |
| **דין מנהגי** | **דין הסכמי** |
| נקלט אוטומטית | ניתן לקלוט רק באמצעות חקיקה (תוקף מכוח חוק) |
| מעמד נורמטיבי כשל כללי המשפט הציבורי המקובל (יציר הפסיקה)- **הרשות השופטת מאתרת אותו.** | חסר מעמד נורמטיבי **פורמלי** בדין הישראלי |
| חוק גובר על מנהג | רציונל: שהרשות המבצעת לא תעקוף את הרשות המחוקקת |
| מנהג גובר על תקנה/החלטת מנהל | מגמה חדשה: התגברות כוח האמנות והקטנת החיכוך |
| רציונל: הגבלת פעולת יתר של הרשות המבצעת |  |

מגמת צמצום הפער בין מעמד האמנות והמנהגים:

בפועל יש מגמה בפסיקה המקטינה את הפער בין משפט בינלאומי מנהגי לבין הסכמי הפסיקה **מגבירה את ההשפעה של דין בינלאומי הסכמי** שלא נקלטו. בפועל, לאמנות אלה השפעה משמעותית, לא זהה לדין מנהגי, אך קרובה אליה.

עצם זה שנקבע שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה על אמנות, מחזק את מעמד האמנות. **חזקת ההתאמה חלה גם על אמנה שישראל צד לה ולא נקלטה**. חזקת ההתאמה הפרשנית בהקשר לאמנות - קובעת שעל ביהמ"ש לעשות ככל שניתן כדי לפרש את הדין הישראלי באופן שלא יהווה סתירה בין הדין הישראלי לאמנה שישראל חברה בה (אך לא קלטה). **בפרשת להיס** - לא הוכרע אם הנורמות באמנת ג'נבה השלישית הם מנהגיות או לא. בין אם הם מנהגיות ובין אם הסכמיות יש לפרש על פיהם.

**פרשת פלונים** - ע"פ ס'2 לחוק חירום מעצרים שר הביטחון יכול להכניס אדם למעצר מנהלי לחצי שנה. המשב"ל מאפשר להכניס אנשים למעצר מנהלי כאשר הסיכון נובע מן הבן אדם. אנשי חיזבאללה הוחזקו כקלפי מיקוח. ביהמ"ש קובע כי הדין הישראלי גובר. 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.

פורמאלית, החלת חזקת ההתאמה הפרשנית חלה כבר מ48'. יחד עם זאת, מידת החשיבות בפועל גוברת משנות ה90. המעבר בולט כאשר אנו עובדים מהדיון הראשון לדיון הנוסף בבג"ץ פלונים (פרשת קלפי המיקוח).

כלל הסבירות הוא נורמה של המשפט המנהלי המקובל יציר הפסיקה. פסיקה קובעת כי חזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם שמדובר בנורמה של המשפט הישראלי יציר הפסיקה יש כבר משנות ה50'. יחד עם זאת, בעשורים האחרונים, הפסיקה הזאת מקבלת כוח גדול ומחזקת את ההשפעה בפועל של אמנות שישראל צד להן, אף אם לא נקלטו. זאת מכיוון שמכוח הלכה זו הוחלה חזקת ההלכה הפרשנית על נורמת הסבירות. חזקת ההתאמה הפרשנית צריכה להשפיע על החלטה האם פעולת הראשות המנהלית היא סבירה. לכן, יהיו מקרים שלולא התקיימות אמנה (שישראל צד לה) היה נקבע כי הפעולה לא סבירה ואנו נקבע כי היא סבירה, ולהפך.

**דרזנר נ' גיל** - אדם חייב רוצה לצאת מהארץ ונושיו רוצים צו איסור יציאה מהארץ נותנים, ההחלטה לצאת מהארץ לא מגנה על זכות הקניין של הנושים. גיל עומד לדין למשפט בשוויץ, יש אמנת הסגרה, הוצאתו מהארץ היא מימוש אמנת הסגרה. לכן, למרות הפגיעה בקניין הנושים נקבע כי הוא יכול לצאת מהארץ לשוויץ. **לולא האמנה הייתה נתפסת היציאה כבלתי סבירה אך היא סבירה בשל האמנה**.

**בג"ץ בית לחם** - בהפקעות עומדת זכות הקניין אל מול האינטרס הציבורי. הש' חיות אומרת כי יש דיני כיבוש במשפט הבינלאומי. סתירה של דינים אלה בלתי סבירה.

מסקנה: הפער בין ההשפעה של דין מנהגי לדין הסכמי מצומצם. אם תקנה סותרת דין מנהגי היא בטלה. אם תקנה סותרת אמנה שלא נקלטה לפני ההלכות ההחלטה המנהלית גברה. כיום, לרוב יקבע כי היא בטלה מהיותה בלתי סבירה. יש פער, אך הוא קטן מבעבר.

**הדין הישראלי החל כיחסית דואליסטי ואימץ מנגנונים שחיזקו בצורה מסוימת, לא מוחלטת את המשב"ל**. זוהי מגמה כללית שמשקפת מגמת התמרכזות, **רעיון של פשרה** בין מערכות המשפט.

המדינה:

למה שישות תרצה לקום בבוקר ולהכריז על עצמה כמדינה?

1. הפריווילגיה הראשונה שהמשב"ל מעניק למדינות הוא **שוויון**, כל המדינות שוות מבחינה משפטית.
2. הפריווילגיה השנייה, ע"פ **פס"ד לוטוס**, שחל בחלק מתחומי המשב"ל קובע כי **מדינה ראשית לעשות כל דבר שאינו נאסר מפורשות במשב"ל**.
3. הפריווילגיה השלישית הינה כי המשב"ל מעמיד למדינה ולנציגיה **חסיונות** וזכויות יתר שונות.
4. הפריווילגיה האחרונהמצויה **בפס"ד איי פלמס** נקבע **עקרון אי ההתערבות** בענייני המדינה הפנימיים.

מה התנאים למדינה?

אמנה שנחתמה בין מדינות דרום אמריקה במונטווידאו קובעת 4 כללים למהי מדינה? כללים אלה מהווים חלק מהמשב"ל המנהגי ולכן מחייבים גם מדינות שאינן צד לאמנה.

1. טריטוריה - טריטוריה היא **יבשה**, אין מגבלת גודל על יבשה זו והטריטוריה אינה נדרשת להיות רציפה ואין דרישה כי הגבולות יהיו מוסכמים. לישות לא צריך להיות שליטה מלאה על הטריטוריה על מנת שתהווה מדינה. לדוג': ארה"ב במשך שנים ניהלה מאבק עם הnative Americans על המערב.

**פס"ד סילנד** - הבריטים הקימו פלטפורמות בים מחוץ לשטחם הטריטוריאלי בהם אכסנו נשקים, בשנות ה50 הם נוטשים את הפלטפורמות. בשנות ה60 משתלטים על הטריטוריה ומקימים שם מדינה בשם "סילנד". מדינה זו הרוויחה ממכירת אזרחויות. רשויות מס ההכנסה הגרמניות פונות לאזרח המדינה כי הוא לא שילם מיסים, הוא טוען כי הוא שגריר מטעם סילנד. הוא טוען כי לא ניתן לתבוע אותו כי הוא בעל חסינות של נציג דיפלומטי.

1. אוכלוסייה קבועה - אב שביתו רצתה להיות נסיכה גילה שיש שטח ריק ליד סודן, הוא רץ לשטח ותקע שלט והכריז את ביתו כנסיכה של השטח. האם זו מדינה? לא, **אין אוכלוסייה קבועה**. לדוג': בוותיקן אין אוכלוסייה קבועה, האזרחים הם חלקם חיילים מצבא שוויץ, חיילים שוויצרים יכולים לבחור האם לשרת בשוויץ או בוותיקן. רוב אזרחי הוותיקן אף מגיעים לשם כחלק מקידום בעבודה (נזירים) והם לא יולדים שם. האוכלוסייה הקטנה קבועה.
2. שלטון - **האפשרות של מוסדות מרכזיים** **להטיל מרות על האוכלוסייה** שנמצאת בשטח. דוג' 1: שיוגוסלביה מתפרקת אחת המדינות היא בוסניה. כאשר בוסניה מכריזה על עצמאות, חלק נכבד משטחה נשלט לא על ידי מוסדותיה, אלה ע"י מוסדות של מיעוט אתני סרבי (לא אזרחי סרביה אלה אנשים בני הלאום הסרבי). עדיין, העמדה הרווחת היא כי ביום בו בוסניה הכריזה על הקמת מדינה קיבלו זאת והיא ממשה את תנאי השלטון. דוג' 2: שלטביה מתפרקת מברית המועצות, לא השלטון הלטבי שולט ברוב השטח, אלה ברית המועצות. לוקח כשנה עד שיורדת שליטת ברית המועצות ומתגבש קונצנזוס שמדובר במדינה. \*\* מרגע שמדינה קיימת, **גם אם מתפרקים מוסדות השלטון, הישות תמשיך להתקיים כמדינה**. דוג': לוב ותימן היום, בהם אין שלטון מתפקד.
3. עצמאות - **יכולת לנהל יחסים בינלאומיים**, כאשר גם פה נמצא מדינות שמאתגרות את האלמנט ומראות כי הוא יכול לא להתממש באופן מושלם. לדוג': איי קוק כאשר היא מקבלת עצמאות מניו זילנד חותמת על אמנה כי ניו זילנד תמשיך לנהל את יחסי החוץ שלה, לכן הם לא חברים באו"ם. זה לא שאין להם בכלל יחסי חוץ עצמאים, לדוג' הם הצטרפו לאמנת רומא. לאור העובדה שיש להם יחסי חוץ כלשהם העמדה הרווחת רואה בהם כמדינה.

פרמטרים נוספים בעלי חשיבות לצורך זיהוי ישות כמדינה:

לאור העובדה כי פרמטרים אלה הינם על ספקטרום יהיה מקרים ודאיים ויהיו מקרים בהם יהיו חילוקי דעות על האם ישות היא מדינה. יתרה מכך, ישנם **אלמנטים נוספים** שקיומם יגרום לנו להיות מקלים במידת התממשות תנאי מונטווידאו. ויש אלמנטים שיגרמו לנו להגיד כי אפילו אם התנאים מתממשים באופן מוחלט הישות לא תהווה מדינה.

הכרה: זהו תנאי **שמקל על תנאי מונטווידאו**.

ישנם 2 דעות: (1) עמדת מיעוט - **גישה קונסטיטוטיבית**. הכרה היא **תנאי הכרכי** לקיום מדינה (בנוסף לתנאי מונטווידאו). (2) העמדה הרווחת - **עמדה דקלרטיבית**. ההכרה של מדינות אחרות **אינה מייצרת מדינה**, המדינות מזהות כי מופיעה מולם מדינה.

הסיבה כי העמדה הקונסטיטוטיבית איבדה מכוחה היא היסטורית. בעבד עמדה זו הייתה השולטת. היו מקבץ מדינות + 1 שנקראו הקונצרט של אירופה. הם מודיעות כי אם הם לא מכירות בישות כמדינה זוהי לא מדינה, הם עושות זאת כי בתקופה זו ישנה השתחררות משלטון קולוניאליסטי והם לא רוצות להכיר במדינות אלה שבורחות משלטונן. הסדר זה יצר חוסר צדק ולכן התפתחה תמיכה בגישה הדקלרטיבית. הבעיה בגישה הדקלרטיבית היא שהיא מייצרת חילוקי דעות. לדוג': בטאיוואן מכירים רק כ80 מדינות.

כאשר יש **הכרה רחבה**, נהייה סלחנים יותר לגבי התקיימות תנאי מונטווידאו. להכרה יש **השלכות נוספות**:

* ההכרה מחזקת את הטענה כי הישות היא מדינה.
* ההכרה מקלה בהצטרפות לארגונים בינלאומיים.
* ההכרה יכול להוות פוטנציאל לקיום יחסים דיפלומטיים עם המדינות.
* ההכרה תורמת להכרה בעיקרון השלמות הטריטוריאלית - שמדינה מוכרת מכירים בגבולותיה וזה משפיע על היחס לשטח. דוג': קוסובו הוא שטח אוטונומי בתוך סרביה. יחד עם זאת, הרוב האתני בשטח הוא לא סרבי, אלה אלבני (במובן האתני). שקוסובו מכריזה עצמאות סרביה מנסה לבצע שם רצח עם, נטו משתלט על השטח ומעביר אותם לשלטונות הקוסובריים למעט חלק קטן מהשטח שעובר לסרביה. אם אנו רואים בקוסובו מדינה, הצפון של קוסובו הוא שטח כבוש, אם אנו לא רואים בקוסובו מדינה, הרי שכל השטח שייך לסרביה והוא לא כבוש.
* ההכרה מקנה למדינה ולנציגיה שלל זכויות וחסינויות מטעם המדינה המכירה.

מדינות אפרטהייד, מדינות המוקמות בכיבוש לא חוקי ומדינות שקמו תוך ביצוע רצח עם:

אלו 3 פרמטרים שאם אחד מהם מתקיים, **גם אם הישות מקיימת את תנאי מונטווידאו לא נראה בה כמדינה**.

מדינות אפרטהייד - דוג': אחרי השתחררות דרום אפריקה מהשלטון הבריטי עולה לשלטון מפלגה במייצגת את המיעוט הלבן, התומכת בהפרדה גזעית. בהתחלה מדיניות זו לא זוכה לביקורת אך תוף עשור משתנה היחס ויש ביקורת רצינית כנגד דרום אפריקה. בשאיפה להנמיך ביקורת ולטפל בבעיה כי השחורים הם הרוב, עושים אזורים בהם מרוכזים שחורים וקובעים כי זוהי מדינה אחרת. אם האנשים במדינה זו רוצים לעבוד בדרום אפריקה זה בסדר כחלק מיחסי שת"פ. לכאורה יש ישות עם שטח, אוכלוסייה קבועה, אף היו להם מוסדות שלטון ונראה כי יש יחסי שת"פ עם דרום אפריקה. במשב"ל התגבש כלל כי **מדינות שהתפתחו כדי לחזק את משטר האפרטהייד לא יראו בישות כמדינה** למרות עמידה בתנאי מונטווידאו.

מדינות שקמו תוך ביצוע רצח עם .

מדינה המוקמת בכיבוש לא חוקי - כיבוש יכול להיות חוקי, הוא מצב משפטי המוכר במשב"ל, הוא מתרחש כששלטון שולט בשטח שאינו חלק מהמדינה. **כיבוש לא חוקי נעשה תוך הפרת נורמות במשב"ל**. לדוג': צפון קפריסין. קפריסין היא מדינת אי בה יש רוב אתני יווני ומיעוט אתני טורקי. בשנות ה70' פורצת מלחמת אזרחים, יש הסכמים שמסדירים את המצב ובהפרת ההסכמים הצבא הטורקי מגיע לאי וכובש באופן לא חוקי את צפון קפריסין. בשטח אותו הוא כובש, מוסדות של אנשים מהמוצא הטורקי מכריזים עצמאות בשטח ועל מדינת צפון קפריסין. לכאורה הם מקיימים את תנאי מונטווידאו. עדיין, נקבע במשב"ל כלל לפיו **מדינה שהוקמה באמצעות כיבוש לא חוקי לא תוכר**.

עקרון ההגדרה העצמית: זהו תנאי **שמקל על תנאי מונטווידאו**.

עקרון זה מתפתח באירופה כעיקרון פוליטי במאה ה19. עקרון זה אומר כי **עם צריך להיות מסוגל לנהל את חייו**. עקרון זה הופך לעקרון משפטי באמנת האו"ם. היום מוכר עיקרון זה כ Era Omnos, הפרה של עקרון זה מהווה הפרה כלפי כלל המדינות. יש גם השקפה שאומרת כי זה עיקרון Jus Cogens, לא כולם תומכים בהשקפה זו, לדוג': ישראל.

לא כל ישות יכולה להחליט על עצמה כעם לפי עיקרון זה. עם צריך להיות **קבוצה גדולה**, עם **תרבות משותפת**, שככלל **נולדים לתוכה ומתים בה**. אי אפשר לממש עקרון זה באופן מוחלט, יש כ7000 עמים בעולם וכ200 מדינות. אם ניתן לכל עם מדינה יהיה מלחמות בלתי סופיות, עמים גרים בערבוב אחד עם השני. לכן, עיקרון ההגדרה העצמית אינו עיקרון בעל לו השפעה אבסולוטית והוא מאוזן עם פרמטרים אחרים. בהקשר של הקמת מדינה הוא יהיה בעל השפעה מסוימת לרמה הסלחנות של תנאי מונטווידאו אך מידת הסלחנות משתנה בשתי נסיבות:

1. אין ריבון חוקי קודם על השטח - יש 2 מצבים עיקריים בהם ישות יכולה להכריז על עצמה כמדינה שאין ריבון קודם: (1) שלטון קולוניאליסטי שנסוג ולכן נוצר שטח ללא ריבון חוקי קודם. (2) מדינה פדרטיבית מתפרקת. לדוג': יוגוסלביה התפרקה לחלקיה. במקרה זה לעיקרון הגדרה העצמית תהיה השפעה רבה אך הוא מתאזן עם עיקרון נגדי **"עיקרון שימור הגבולות"** (uti possidetis). עיקרון זה אומר שכאשר הישות תכריז על היותה מדינה בשטח שקודם היה קולוניה, גבולותיה יהיו גבולות הקולוניה ולא ניתן לה ככלל לחלקים שונים בקולוניה להכריז על עצמאות לבד, כנ"ל לגבי מדינה פדרטיבית. לעומת זאת, לישויות שהן לא היו סטייטים נפרדים בתוך המדינה הפדרטיבית יהיה קושי להכיר בהם בגלל עיקרון שימור הגבולות. לדוג': שיוגוסלביה מתפרקת אין בעיה להכיר במדינות רבות, אך יש בעיה להכיר בקוסובו שמהווה שטח אוטונומי בתוך סרביה שהיא חלק מיוגוסלביה. החיסרון בדבקות בעיקרון שימור הגבולות זו יצירת מדינות לא הומוגניות מה שעלול להוביל למלחמות אזרחים, מנגד אי דבקות אנו נפתח את שאלת הגבולות מה שיגרום למלחמות אינסופיות, היתרון זה ייצור יציבות.
2. כאשר קיים ריבון עכשיו על השטח - מצב בו מיעוט שנמצא בשטח רוצה להקים מדינה בשטח של המדינה בו הוא רוב. כאשר ישנו ריבון עכשיו חוקי על השטח יש 2 גישות: (1) גישת ביהמ"ש העליון הקנדי (2) גישת ה ICJ.

גישת ביהמ"ש העליון הקנדי - קנדה מורכבת ממספר קבוצות אתניות החלוקה הגסה היא בין הקבוצה האתנית הדוברת צרפתית (הפרנקופונים) לבין דוברי האנגלית (אנגלופונית). דוברי הצרפתית במיעוט ברוב השטח מלבד באזור אחד, קוויבק. בבחירות המקומיות עולה מפלגה לאומנית והיא מעלה משאל עם בשאלה: "**האם לפרוש מקנדה ולהקים מדינה עצמאית**?". הם מכינים ממש את כל הרקע למשאל עם. הם מפסידים כי 50.2% מהאוכלוסייה הצביעו נגד פרישה. האנגלופונים נכנסים לפאניקה ופונים לביהמ"ש העליון בבקשה לחו"ד מחייב בנוגע לסוגיה החוקתית. הם שואלים האם מבחינה חוקית רשאים קוויבק לפרוש. ביהמ"ש אומר כי יש 2 סיטואציות בהם זכאי מיעוט לפרוש ולהקדים מדינה. (1) מדובר במיעוט נרדף שלא זוכה למימוש זכויותיו במדינה הקיימת. (2) שמקבלים הסכמה כפולה - רוב במשאל עם בתוך הטריטוריה הפורשת והסכמה של המדינה הקיימת בכללותה ע"י משאל עם או ע"י הממשל. **אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב , אלא כמוצא אחרון של מיעוט תחת דיכוי**.

גישת ה ICJ - קוסובו היתה במעמד של תת-פדרציה בסרביה. אחרי התפרקות יוגוסלביה הרוב האלבני בחבל קוסובו רצה להכריז על עצמאות, אבל העולם לא הכיר בהם מתוך עיקרון שימור הגבולות. "למזלם" בסרביה שלט רודן בשם מילוסוביץ' שביצע טיהור אתני. בתגובה לניסיון הכרזת העצמאות של קוסובו, מילוסוביץ' הכניס כוחות הצבאיים לתוך קוסובו (כנראה במטרה לבצע רצח עם). נאט"ו התערב מגרש את צבא סרביה ותופס את השליטה באזור. מועברת החלטת מועצת הביטחון שאוסרת על סרביה להכניס צבא בחזרה לקוסובו ומאפשרת התפתחות שלטון עצמאי. אבל קובעת **שעל הצדדים לנהל מו"מ ולהכריע במו"מ על מעמדה של קוסובו**. הזמן עובר והמו"מ אינו מבשיל. ב2007 האיחוד האירופי אומר כי ראוי שתוצאת המו"מ תהייה מדינה. כשנה לאחר מכאן קוסובו מכריזה על עצמאות ו77 מדינות בעולם מכירות בה. נניח כי קוסובו עומדת בתנאי מונטווידאו וכעת יש לבדוק **כמה דגש נשים על עיקרון ההגדרה העצמית**?

חברי קוסובו פונים ל ICJ ומבקשים את חוות דעתם אם היא מדינה. סרביה טוענת כי א) קוסובו אינה מדינה כי קיומה נעשה תוך הפרת עקרון השלמות הטריטוריאלי. ב) יש החלטת מועצת ביטחון והכרזת העצמאות מהווה הפרה שלה ושל ההסכמה שהנושא יוכרע במו"מ. קוסובו טוענים כי הם מיעוט נרדף וכי הסכמתם וההכרזה לא רלוונטיים כי הסרבים לא מקדמים את המו"מ. ה ICJ הולך בגישה לפיה **המשב"ל פונה למדינות**. כל עוד לא הכריזו על קוסובו כמדינה היא אינה מדינה והדרישה לשלמות טריטוריאלית אינה חלה עליה. הישות של קוסובו הם לא מדינה ולכן לא מחויבים. הם יהיו מדינה אחרי שיש שינוי של הגבול הטריטוריאלי ולכן זה לא רלוונטי. **ל ICJ יש את "שיטת המצליח" - מיעוט אתני יכול לנסות להכריז על פרישה. לפעמים זה יצליח ולפעמים לא.** הפעמים היחידות שמה שקורה בשטח אינו רלוונטי הוא שהמדינה הפורשת נוצרה כדי לבצע אפרטהייד, לבצע רצח עם או תוך הפרה של כיבוש לא חוקי.

החלטת מועצת הביטחון וההסכמה הקוסוברית הם אמצעי לשלב בינים. לכן, ככל שמתרחק הזמן מהמועד בו היו אמורים להגיע להסכמה, ההסכמה אינה רלוונטית. **ה ICJ רומז כי עיקרון ההכרזה העצמית וצריך להילקח בחשבון כאשר נקים מדינה**.

לעיקרון ההגדרה העצמית יש מידה מסוימת של השפעה. עוצמתו משתנה בין 2 מצבים: (1) כאשר אין ריבון חוקי - אז יש השפעה משמעותית המאוזנת ע"י שימוש הגבולות. (2) כאשר יש ריבון - יש 2 גישות. הגישה הקנדית על פיה אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב, אלא כמוצא אחרון של מיעוט אתני. וגישת ה ICJ אשר מעניק משקל גדול יותר לעקרון ההכרזה העצמית.

סיכום - אז מהי מדינה?

**שלב א'**: האם מתקיימים תנאי אמנת מונטווידאו?

* טריטוריה
* אוכלוסייה קבועה
* שלטון - יכולת להחליט מהות בשטח
* עצמאות - יכולת לקיים יחסים בינלאומיים.

חריגים: אפרטהייד, כיבוש לא חוקי, טיהור אתני/רצח עם/אלימות רחבה.

**שלב ב'**: האם אפשר להקל?

* אין ריבון אחר בשטח.
* הזכות להגדרה עצמית
* הכרה ע"י מדינות אחרות

חריגים: מו"מ בתום לב עשוי להביא הכרה בהכרזה חד צדדית (קוסובו).

**מה לגבי הרשות הפלסטינית?**

שלב א: בחינת תנאי אמנת מונטווידאו:

* אוכלוסייה קבועה - יש.
* טריטוריה - **עמדת היועמ"ש** הולכת ב2 כיוונים: (1) החזקה בשטח - הפלסטינים לא שולטים בשטח כי צה"ל מחזיק ביו"ש והחמאס מחזיק בעזה. (2) גם מנק' מבטם של הפלסטינים אין החזקה בשטח כי הם טוענים שהשטח כבוש- כלומר שאין להם שטח משלהם. (3) בנוסף אין גבולות ברורים לטריטוריה. **לעמדת התובעת** שליטה על טריטוריה היא ספקטרום. יכול להיות מספיק שליטה אפקטיבית של הפלסטינאים על מנת להכיר בתנאי מונטווידאו. אך מנגד, מספיק שליטה אפקטיבית לצה"ל כדי שנגיד שיש כיבוש. לגבי הטענה כי הגבולות שנויים במחלוקת - היא אומרת כי ישנם מדינות רבות כאלה. כמו כן, יש גרסה צרפתית להחלטת 242 המדברת על דו טריטוריה על השטחים שנכבשו, ולכן על ישראל תמורת שלום לסגת מכל השטחים. בנוסף, ממשל אובאמה אמר שהגבול הוא של 67 והתיקונים יהיו מינימליים. העמדה המקובלת היא שהשטח נתון להחלטה הפלסטינאית אלא אם יסכימו לשנות את הגבול בינם לבין ישראל. ישראל צריכה לסגת מהשטחים (הכל), שטחים (יכולה להישאר בחלק).
* שלטון - **ע"פ עמדת היועמ"ש** בדומה לעניין הטריטוריה. (1) בפועל - הפלסטינים לא שולטים בשטח, צה"ל שולט ביו"ש, חמאס בעזה. (2) גם מנק' המבט של הפלסטינים אין שליטה בשטח כי הם אומרים שהוא שטח כבוש. גם מבחינה משפטית אם מסתכלים על הסכמי אוסלו הם נחשבים הסכם בין שלטון כובש לבין נציגות האוכלוסייה בשטח הכובש. לכן פורמאלית, המפקד הישראלי האציל סמכויות לרשות הפלסטינאית. ע"פ **עמדת התובעת** יש שליטה מסוימת משמעותית לפחות בחלקים משמעותיים מהשטח (פלוס כמו שנדון בהמשך קיימות בהקשר הפלסטיני נסיבות מקילות). על המענה שלה לטענות היועמ"ש מבחינה משפטית נדבר בהמשך כי בכל מקרה מה שמשנה כאן זה מה שקורה בפועל.
* עצמאות - **ע"פ היועמ"ש** הסכמי אוסלו אוסרים על קיום יחסי חוץ של הפלסטינים. **ע"פ התובעת**: (1) בפועל, יותר מ120 מדינות מקיימות יחסי חוץ עם הפלסטינים והם גם חברים בארגונים בינלאומיים רבים. מה שמשנה כאן זה מה שקורה בפועל (שיש עצמאות לפלסטינים). (2) בעקיפין אנלוגיה לאיי קוק- ישות שלא מנהלת את יחסי החוץ שלה אך נחשבת כמדינה.

שלב ב': האם אפשר להקל?

* קיומו של ריבון אחר על השטח - ע"פ **עמדת ישראל** לא מדובר בשטח ללא ריבון, אלא מדובר ב: **(א)** שטח שהריבונות עליו הושמה במצב של 'הקפאה' בתקופת המנדט ומאז טרם יצאה מהקפאה. **(ב)** לישראל יש בסיס משפטי לטענה לריבונות על השטח (כתב המנדט). **(ג)** הצדדים הסכימו לרגע זה לא להסכים על סוגיית הריבונות על השטח וגבולותיו [הסכמי הפסקת האש והסכמי אוסלו]. **(ד)** הקהילה הבינלאומית הכירה שלישראל יכולה להיות טענה לגבי לפחות חלק מהשטח. מנגד, ע"פ **עמדת התובעת** אין ריבון חוקי קיים על השטח כי: **(א)** השטח לא סופח בפועל. **(ב)** הפרשנות המקובלת של החלטה 242 – ההתנחלויות הן מכשול בדרך לשלום בין שתי המדינות. **(ג)** מאז כתב המנדט קרו דברים: הנורמות הבינ"ל העכשוויות אינן מכירות בשטח יו"ש כחלק מהבית הלאומי היהודי, אלא כשטח שנועד למימוש זכות הגדרה עצמית של העם הפלסטיני.
* הזכות להגדרה עצמית - ע"פ **עמדת ישראל** הזכות להגדרה עצמית אינה מחייבת מתן מדינה. בנוסף, השליטה קטנה ויש גבול לכמה ניתן להיות סלחניים עם תנאי מונטווידאו. **עמדת התובעת: (א)** הזכות להגדרה עצמית היא **יוס קוגנס**. **(ב)** זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית הוכרה על ידי הקהילה הבינ"ל, ואף ע"י מדינת ישראל. **(ג)** הפלסטינים מקיימים את כל תנאי מונטווידאו במידה מסוימת. ניתן להקל בבחינת תנאי מונטווידאו כאשר מדובר במקרה בו ההכרה בישות כמדינה תהווה מימוש של זכות ההגדרה העצמית, לבטחון כשמדובר בשטח ללא ריבון אחר.
* הכרה - הפלסטינאים מבקשים מעמד של מדינה משקיפה באו"ם ו138 מדינות מכירות בהן כמדינה משקיפה. גם אם נתעלם מכך, הרבה מדינות מכירות בהם כמדינה ללא קשר להחלטת האו"ם. **ע"פ עמדת היועמ"ש** - הכרה אינה תנאי ויש גבול להוזלת תנאי מונטווידאו. ע"פ **עמדת התובעת** הכרה מאפשרת הקלה באופן בו בוחנים את תנאי מונטווידאו, ויש הכרה רחבה במדינה פלסטינית. לדעת התובעת יש סיבה נוספת להקל בתנאי מונטווידאו והיא ש'אין לאפשר למעוול לצאת נשכר', ישראל היא שמונעת את ההכרה.

האם קיים חריג קוסובו? **עמדת ישראל**: **(א)** נקבע בהסכמים כי אסור לפלסטינים להקים מדינה באופן חד-צדדי. **(ב)** המו"מ בין ישראל לפלסטינים טרם הסתיים. **עמדת התובעת**: **(א)** קידום סיפוח השטחים אינו עולה בקנה אחד עם מו"מ בין הצדדים **(ב)** בפועל אין כיום משא ומתן.

**דיני אחריות המדינה**

מדינה **אחראית על הפרות של המשב"ל שנעשו על ידה**.

הפרה של דין בינלאומי שתקף במועד ההפרה

**אחריות המדינה ס'2.**

מעשה/מחדל שניתן לשייך למדינה

+

=

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.

הפרה מכוח הדין המדינתי אינה מהווה "תירוץ" להפרה.

בכל **מקרה של הפרה אנו בוחנים 2 דינים**: (1) דיני אחריות המדינה - גוף של דין בינלאומי מנהגי שחל בנוגע לכל הפרה, דין זה אינו כתוב אך יש מסמך של ה ILC שמסכם דין זה. (2) הדין המהותי הרלוונטי - בדין זה יש תשובה לשאלות כמו "האם נדרש אלמנט של נזק?", "מהו היסוד הנפשי של ההפרה?", "האם ההפרה היא רק במעשה או מחדל?". בנוסף, יהיו הסדרים ספציפיים בנוגע להפרה. לדוג': אמנה שקובעת מהם הסעדים של הפרתה, סעדים אלה מתווספים לאלה הקיימים בדיני האחריות המדינית.

ייחוס פעולות למדינה:

ככלל, כדי שפעולה תחשב פעולה של המדינה צריך **שהפעולה תבוצע ע"י אורגן של המדינה**. מיהו אורגן?

1. אורגן דה- יורה - מי שהמדינה **קבעה בדין שלה שהוא אורגן שלה**, כאשר אין משמעות להיררכיה.
2. אורגן דה - פקטו - חריג. לא ניתן למדינה להתחמק באמצעות הדין שלה ונטיל אחריות גם על גוף שמהווה אורגן דה פקטו. כדי שאורגן יהווה אורגן דה פקטו צריך להיות לו **תלות מוחלטת במדינה**. לדוג': שיוגוסלביה התפרקה נוצרה מלחמה בבוסניה הרצגובינה. הבוסנים המוסלמים מקימים ישות בוסנית והבוסנים הסרבים מקימים ישות נפרדת. צבא הבוסנים הסרבים מבצע רצח עם בבוסנים המוסלמים. מי שמממן ומאמן את הבוסנים הסרבים הם סרביה. האם אפשר לשייך את מעשה רצח העם למדינת סרביה? השאלה עולה ב ICJ כי עשור אחרי המלחמה בוסניה תובעת את סרביה על ביצוע רצח עם. ה ICJ קובע כי אין אורגן דה-פקטו. **למרות שיש מימון, אימון, יעוץ ועזרה הם אינם אורגן דה-פקטו**, כי אין תלות מוחלטת, הם מתקיימים גם ללא סרביה.

פעולה בחריגה מסמכות:

מה קורה כאשר מתבצעת פעולה בחריגה מסמכות? לדוג': שוטר מדינת ישראל עוצר שגריר. האם נטיל אחריות?

חריגה מסמכות יכולה להיות: (1) כאשר אורגן של המדינה מבצע פעולה שהוא לא מוסמך לעשות אך גוף מדינתי אחר כן. (2) כאשר אורגן עושה פעולה בניגוד להוראת גורם מוסמך שאומרת לא לבצע את הפעולה.

ניתן לייחס אחריות למדינה על פעילות אורגן **שביצעו בחריגה מסמכות אם המעשים הם בכשרותו של האורגן**. קיומה של כשרות נקבע בעזרת 2 מבחנים מצטברים: (1) מבחן הזיקה המהותית - יש קשר בין הפעולה לבין התפקיד. (2) סמכות נחזית - אם נדמה כי האדם פעל בסמכות והמעשים הינם בכשרות האורגן ניטה לייחס אחריות למדינה, לדוג': חייל צה"ל אשר משתמש בנשק המעשה בכשרותו ולכן ניטה להאמין כי ישנה סמכות.

\*\* חריג - בדיני הלחימה אין מבחן כשירות. אם חייל מפר במלחמה דין מדיני הלחימה אוטומטית מוטלת אחריות על המדינה. דיני הלחימה מאפשרים להרוג אנשים, עם סמכות עוצמתית מוטלת אחריות גדולה.

**פס"ד בוררות** - הגדש הוא על מבחן הסמכות הנחזית.

**Estate of jean** - סכסוך של מקסיקו מול ארה"ב. אנשי צבא מקסיקו שדדו קרקס אמריקאי והרגו אחד מנערי הקרקס. ההליך אפשר לאזרחים לתבוע, מנהל הקרקס תבע על הנזק הכלכלי שנגרם לו.

אחריות המדינה למעשי אזרחים:

המדינה ככלל אינה אחראית למעשים שביצעו אזרחיה. עם זאת, **יש מקרים בהם המדינה אחראית למעשי אזרחיה או למעשי אורגנים שאינם בכשירות**. ישנם 3 חריגים:

1. אימוץ בדיעבד, במפורש או במשתמע, של מעשים של אזרחים - לדוג': סטודנטים אירנים ביוזמתם משתלטים על השגרירות האמריקאית ומחזיקים שם כבני ערובה אנשי סגל אמריקאים. לכאורה, לא צריכה להיות פה אחריות מצד אירן, זוהי "יוזמה" פרטית. אירן מאמצת בדיעבד את פעולת הסטודנטים.
2. הדין הבינלאומי המהותי הספציפי מחייב את המדינה למנוע/להעניש בגין הפעולה והיא לא פעלה בהתאם - יש מקרים שהדין המהותי מטיל על המדינה חובה למנוע. לדוג': דיני המשב"ל שעוסקים בשגרירויות מטילים חובה אקטיבית להגן על שגרירים. לכן אירן אחראית על מעשי האזרחים כי יש בדין חובה אקטיבית למנוע מעשים אלה. לדוג': ישנה אמנה המחייבת לפעול מנוע מעשי רצח עם. הדרישה היא לחריצות ראויה. לכן, סרביה הואשמה בסיוע לרצח עם כי לא פעלה למנוע את קיום רצח העם בסרביה.
3. האזרח פועל תחת הנחייה או שליטה של המדינה - האדם/גוף הרלוונטי שאינו אורגן של המדינה או אורגן שאינו בכשירות (יכול להיות אף אזרח זר), **פועל בהחניה או בשליטת המדינה**. **הנחיה** משמעותה כי המדינה אמרה ל X לעשות Y. ישנם 2 גישות למהי **שליטה**: (1) ה ICJ שליטה אפקטיבית - המדינה מכווינה את פעולות הארגון - לדוג': **פרשת אירן קונטרס** - בניקרגואה עולה בבחירות שלטון דמוקרטי סוציאליסטי, האמריקאים לא אוהבים זאת. על מנת לצאת למלחמה צריך את אישור הקונגרס והם יודעים כי הם לא יקבלו. הוא רוצה לממן גוף מורד שנקרה הקונטרס. האמריקאים פונים לישראל ואומרים לה למכור נשק לאירן על מנת להשיג כסף. האירנים יעבירו את הנשק לחיזבאללה שבתמורה ישחרר בני ערובה אמריקאים בלבנון. הכסף יעבור לאמריקאי שיעבור לקונטרס. הנשק שהגיע לחיזבאללה הביא לפגיעה בישראל. ניקרגואה תובעת את ארה"ב בטענה כי היא אחראית לפעולות הקונטרס. הטענה לא מתקבלת. ע"פ ה ICJ כדי לייחס מעשה למדינה **צריך להיות שליטה אפקטיבית.** משמעותה כי **למדינה יש יכולת מלאה לכוון את כל פעולות הארגון**. (2) גישת ה ICTY - שיוגוסלביה מתפרקת יש מלחמה בבוסניה הרצגובינה וישנם 2 צבאות. סרביה מממנת, מאמנת, מייעצת ומדריכה את הצבא של רפבליקה סרבסקה. אין תלות מוחלטת ואין שליטה אפקטיבית. ה ICTY הוא בי"ד בינלאומי שהוקם לשפוט פשעי מלחמה במלחות שנגרמו מהתפרקות יוגוסלביה. ה ICTY צריך להכריע אם ניתן לשייך את מעשי הצבא לסרביה כי ע"פ דיני הלחימה יש 2 סוגי מלחמות: (1) סכסוך מזויין בין מדינתי. (2) סכסוך מזויין שאינו בין מדינתי. לשני סכסוכים אלה נפקויות בדיני הלחימה שחלים. אם אפשר לשייך זה סכסוך בין מדינתי ואם לא זה סכסוך שאינו בין מדינתי. ה ICTY אינו מקבל את עמדת ה ICJ הוא טוען כי הוא טועה מ2 סיבות: (1) סיבה מהותית - אם נקבע רף גבוה מדינות יעשו פעולות באמצעות אחר ויתחמקו מאחריות. (2) לא ככה מדינות נוהגות בפועל - בפועל מדינות מבצעות פעולות דרך גופים שאינם בעלי שליטה אפקטיבית. לכן, ה ICTY מאמץ מבחן פחות מחמיר שנקרא **מבחן השליטה הכוללת** - צריך **יכולת השפעה על מדיניות הארגון אך אין צורך ביכולת לכוון כל פעולה ופעולה** של הארגון.

\*\* כאשר הסיפור מגיע לפני עשור ל ICJ כל מומחי המשב"ל חיכו לשמוע מה יקרה. או שה ICJ יכנס ב ICTY או שהוא יחזור בו מהלכתו ויאמץ את גישת ה ICTY. ה ICJ דבק במבחן שלו (שליטה אפקטיבית). הוא אינו פותח עימות ישיר ואומר כי יכול להיות שמבחן ה ICTY הוא המבחן הנכון לשאלת סיווג הסכסוך.

\*\* יש לנו מצב שכל גישה מנסה לפתור בעיה מסוימת ויוצרת אחרת. הבעיה בגישת ה ICJ היא כי מדינות יכולות לעשות רע ולהתחמק מאחריות. הבעיה בגישת ה ICTY היא שהיא מתעלמת מן העובדה כי הרבה פעמים מדינות צריכות לכרות בריתות עם גורמים "בעייתיים" כדי להילחם באויביה. לדוג': ישראל כורתת ברית עם הפלנגות שמבצעים רצח עם כדי להילחם בלבנון. האם לישראל יש אחריות לרצח העם של הפלנגות? יש פה מצב "מורכב". שום נוסחה משפטית לא תגיע לתוצאה טובה. אין פיתרון משפטי טוב.

\*\* זוהי דוגמה נהדרת לפרגמנטציה - שני מוסדות שאין ביניהם היררכיה שמתייחסים לאותו מקרה ומגיעים לקביעה שונה לגבי מהו הדין. אז מה מחייב? אין תשובה.

חריגים לאחריות בינלאומית:

ישנם מקרים **שבהם לא תוטל על מדינה אחריות**:

1. הסכמה - מדינה מפרה דין בינלאומי כלפי מדינה אחרת בהסכמת המדינה האחרת. לדוג': הנספח להסכם השלום קובע כי למצרים אסור להכניס כוחות צבא לסיני. מאז שנחתם ההסכם התפתחו כוחות דעאש בסיני. מידי כמה שנים ישראל נותנת הסכמה למצרים להכניס כוחות גדולים לסיני כדי להילחם בדעאש.
2. הגנה עצמית - יש כלל כי אסור לעשות שימוש בכוח, החריג הוא הגנה עצמית.
3. צעדי גמול - המדינה מפרה כתגובה להפרת הצד השני.
4. צורך - תנאי הצורך: (1) על הפעולה המפרה להיות הדרך היחידה למנוע סכנה. (2) המדינה המפרה לא תרמה להיווצרות המצב המסוכן. (3) הפעולה המפרה לא פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה הופרה או של הקהילה הבינלאומית.
5. מצוקה.
6. כוח עליון.

תוצאות הפרת נורמה במשב"ל:

ברגע שזיהינו הפרה של דין בינלאומי, מה אנו מצפים מהמדינה המפרה?

ס' 29 אומר **שעצם ההפרה לא משפיעה על החובה להמשיך לכבד את הנורמה שהופרה**.

ס' 30 אומר שכשיש הפרה **מדינה מחויבת להפסיק את ההפרה ולהתחייב שלא תפר שנית את החובה.**

ס' 31 **יש חובה לתקן את המצב (Reparation)**. יש שלוש דרכים לתיקון המצב המפורטות בס' 34-37):

**תיקון המצב הכולל** (ס' 34):

* **השבה פיזית של המצב לקדמותו** ככל שניתן (ס' 35). השבת המצב אינה תמיד אפשרית ולעיתים לא תידרש בשל העדר פרופורציונליות לתועלת אשר תצמח.
* **פיצויים על הנזק שנגרם – "Compensation**" (ס' 36).במשב"ל אין פיצויים עונשיים.
* **הליך שנקרא "satisfaction" - הכרה והתנצלות** (ס' 36). לבקש סליחה בגין הנזק הנגרם**.**

יש מקרים בהם גם השבה, גם פיצוי וגם התנצלות רלוונטית ויש מקרים בהם כל האופציות רלוונטיות. לדוג': במרמרה הוקמו כמה וועדות כאשר בסוף הייתה וועדה בה הגיעו להסכמה שגם ישראל וגם טורקיה אשמות. ישראל נשאה באשמה וטורקיה לא. באופן מפתיע הדו"ח מודלף יום לפני פרסומו וטורקיה טוענת כי זה הפרה ולכן היא מתנערת מן הדו"ח. מתנהל מו"מ בין ישראל לטורקיה בו ישראל מכירה בכך שהיא הפרה את המשב"ל. יש השבה כי הספינה נמצאת בטורקיה, נקבע פיצוי וישראל העבירה כסף לניזוקים ויש התנצלות מטעם ישראל ע"י נתניהו.

הבעיה - אכיפה במשב"ל:

בדר"כ במשב"ל אין בי"ד שיקבע כי יש הפרה ומה הסעדים. בנוסף, כשיש בי"ד אין מי שיאכוף. לכן, **המשב"ל מבוסס בעיקרו על אכיפה עצמית** (אין צד שלישי, מוסד מלמעלה שמבצע אכיפה).

ישנם 2 מנגנוני שהם סוג של אכיפה עצמית:

1. מועצת הביטחון - יכולה להכריז על סנקציות, לשלוח כוח צבאי לאזור, להטיל מצור. כדי שזה יקרה צריך גיבוי בינלאומי, במיוחד של החברות במועצת הביטחון (בעיקר הקבועות). למועצת הביטחון יש סמכות לכך רק במקרים של איום על שלום עולמי, הפרה של שלום עולמי או מעשה תוקפנות.
2. שההפרה מהווה פשע בינלאומי גרעיני - פשע מלחמה, רצח עם, תוקפנות, פשעים נגד האנושות. במקרה שזה יש פוטנציאל לתפוס את הבן אדם שביצע את המעשה מטעם המדינה ולהעמידו לדין פלילי מטעם המעשה.

מנגנונים אלה רלוונטיים בקטגוריות מצומצמות של מקרים ואינם המנגנונים העיקריים. בשאר המנגנונים יש כלים אחרים שהם דרכים מרכזיות 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. לעשות למדינה האחרת פעולות "לא נעימות" שלא מהוות הפרה של דין בינלאומי. לדוג': לקרוא לשגריר לנזיפה, להפסיק מעשים מתוך רצון טוב כלפי המדינה.
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. המדינה מפרה התחייבות כלפי המדינה המפרה כאמצעי ללחוץ על המדינה המפרה להפסיק את הפרתה.

לצעדי גמול **תנאים**: **(1)** שהמדינה המפרה מפסיקה את ההפרה על צעדי הגמול להפסק. **(2)** צעדים זמניים. **(3)** צעדים הפיכים. **(4)** צעדים בעלי תכלית שאינה עונשית. **(5)** צעדים נגד המדינה המפירה בלבד. הערה: צעדי הנגד אינם צריכים להיות קשורים לאותו נושא, אם נרצה שצעדי הנגד יהיו אפקטיביים יש לאפשר למדינה אפשרות אמיתית להפעיל לחץ על המדינה המפרה באופן שישפיע. למדינות שונות יש דברים שונים חשובים ולכן צריך להרחיב את היקף הנושאים בהם ניתן להפעיל צעדי נגד. לדוג': טורקיה טוענת כי ישראל מפרה את המשב"ל בהקשר לדיני הים ולכן מפרה חוזים כלכליים אל מולה.

לצעדי גמול גם **מגבלות**: מגבלות לצעדי הגמול הן **(1)** דרישת פרופורציה לנזק שנגרם מההפרה המקורית ולחומרת ההפרה. לפי העמדה הרווחת צעדי הגמול צריכים להיות פרופורציונליים ביחס לנזק שנגרם מהפרה המקורית (מבחן כמותני) ולחומרת ההפרה מבחינת סוג הזכויות והעקרונות שנפגעו (מבחן איכותני). ע"פ גישת המיעוט של ארה"ב יש אלמנט נוסף: צעד הנגד צריך להיות פרופורציונלי להתנגדות של המדינה המפרה, יגרום לה להפסיק להפר. צריך לאפשר כלים יותר נוקשים אם רוצים שהם יהיו אפקטיביים. יתרון העמדה הזו: אפקטיביות, הרי אם נרצה שהם יהיו אפקטיביים במקרים שבהם המבחן האיכותני וכמותני לא מגיעים לעוצמה מספקת המדינה לא תקבל את שמגיע לה. היא צריכה לקבל עוד. לעומת זאת, החיסרון הוא שהערכת הפרופורציונליות היא סובייקטיבית, לכך נוספת העובדה שאנו בד"כ מניחים הנחות מוגזמות לגבי יכולות העמיתים שלנו. שילוב של השניים גורם לכך שאם ניתן רשות למדינות להכניס את אלמנט זה לכדי חשבון, עוצמת צעדי הנגד תגבר, המדינה המפרה תגיד שהצעד היה לא פרופרציונלי וזה נוגד את המשב"ל, והיא כתגובה תעשה צעד נגד חריף יותר. כך שבפועל נדרדר את היחסים הבינ"ל. והרי אם אחת ממטרות העל של המשב"ל זה לשמור על היציבות והשלום, הרי שמטרה זו תיפגע. **(2)** איסור על שימוש בכוח (פרט להגנה עצמית). **(3)** איסור על פגיעה בזכויות אדם יסודיות. **(4)** אסור להפר הוראות משב"ל הומניטריות המגבילות את השימוש במעשי גמול. **(5)** אסור לפגוע בכללי jus cogens. **(6)** אסור להפר הוראות של דיני לחימה המגבילות שימוש בהוראות תגמול (reprisals) - בתחום דיני הלחימה יש סוג מיוחד של סעדי גמול שנקרא פעולות תגמול, הוראות אלה מאפשרות למדינה נפגעת להפר את דיני הלחימה על מנת לגרום למדינה המפרה להפסיק את הפרותיה. יש דינים מיוחדים הקובעים איך וכנגד מי ניתן לעשות פעולות תגמול. הכלל אומר כי לא ניתן באמצעי תגמול לעקוף את מגבלות פעולות התגמול. **(7)** איסור לפגוע בחסיונות דיפלומטיות. **(8)** אם הסכסוך הופנה להליך שיפוטי בנוגע לסכסוך, בזמן התנהלות ההליך לא ניתן לקיים/לבצע צעדי גמול.

הגנה דיפלומטית:

רקע: טורקיה עוצרת אזרחים ישראלים. האם לאזרח הישראלי יש אפשרות לעשות משהו? לא! הוא יכול לפעול המערכת המשפטית של המדינה הפוגעת אך זה לא אפקטיבי. היום, יש בהקשרים ספציפיים, באמנות ספציפיות אפשרות לאזרח הנפגע לפעול באופן עצמאי, למשל: האמנה האירופית בדבר זכויות אדם המאפשר לאזרחי המדינות החתומות, לתבוע בגין פגיעת זכויות אדם את החתומות על האמנה. דוגמא נוספות: בין ישראל לקפריסין יש אמנה שמטרתה לעודד משקיעים מהמדינות להשקיע במדינה השנייה ובתמורה נקבע שאם המדינה האחרת פוגעת בזכויות מסוימת של המשקיע הוא יכול לתבוע בבית הדין לא של המדינה הפוגעת אלא בית דין בינ"ל. אולם, אלו חריגים היות ובמרבית ההקשרים של המשב"ל לאזרח הזר אין אפשרות עמידה בזירה הבינלאומית, לכן עוד לפי יצירת החריגים התפתח מנגנון שנקרא "**הגנת דיפלומטית**".

הגנה דיפלומטית היא **פיקציה משפטית המניחה כי כל פגיעה בזכויות של אדם ע"י מדינה זרה היא הפרה של הדין הבינלאומי ביחס למדינתו של אותו אדם**. סמכות שיש למדינה בזירה הבינ"ל כשפוגעים באזרח שלה. מדינה יכולה "לאמץ" את הפגיעה באזרח. כתוצאה מכך, היא יכולה לפעול בזירה הבינלאומית כאילו ההפרה בוצעה כנגדה (לעשות צעדי נגד, פעילות קונסולרית, צעדי גמול, לנהל מו"מ דיפלומטי, ניתוק יחסים דיפלומטיים, להפעיל הליך שיפוטי).

במישור הבינלאומי:

האם מדינה חייבת להעניק הגנה דיפלומטית? ע"פ עמדת הרוב - **מבחינת המשב"ל** למדינה יש שיקול דעת מוחלט להחליט אם להעניק הגנה דיפלומטית או לא להעניק הגנה דיפלומטית. ע"פ עמדת המיעוט - בעידן הנוכחי בו לדיני זכויות האדם יש השפעה על המשב"ל הכלל הקלאסי לא תקף ולמדינה יש חובה ע"פ המשב"ל להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית מקום בו מדובר בפגיעה בזכויות אדם יסודיות. ה- ILC עושה פשרה בין עמדת הרוב למיעוט. בדין המנהגי אין חובה להעניק הגנה דיפלומטית (שיקול דעת למדינה). יחד עם זאת, קיימת מגמה של עליית התמיכה בעמדה לפיה מדובר בחובה כאשר נפגעות זכויות אדם יסודיות. בעתיד, הדין המנהגי ישקף את דעת המיעוט, אך לא כרגע.

**פס"ד מימון כהן** - רצח את גרושתו בתאילנד. ביהמ"ש הישראלי **מאמץ את עמדת הרוב**. יחד עם זאת, בפועל, במדינות שונות בעולם מתגבשת עמדה לפיה במקרים מסוימים תהייה למדינה חובה להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית. מקור החובה הוא לא במשב"ל אלה במשפט הציבורי (חוקתי, מנהלי) של אותה המדינה.

במישור המדינתי:

בפועל במדינות שונות בעולם מתגבשת עמדה לפיה במקרים מסוימים תהיה חובה על המדינה להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית ומקור החובה אינו מהמשב"ל אלא **המשפט הציבורי המדינתי.**

**פס"ד abbasi** - אזרח בריטי שנעצר ע"י האמריקאים ומושם בגואנטנמו. הוא מבקש מממשלת בריטניה שתתערב עבורו, אך אינה רוצה לפגוע ביחסים הדיפלומטיים עם ארה"ב לכן היא בוחרת שלא. הוא פונה לביהמ"ש באנגליה וביהמ"ש קובע כי מבחינת המשב"ל הגנה דיפלומטית היא בשיקול דעת המדינה. הוא טוען כי ע"פ המשפט הציבורי הבריטי מצד אחד למדינה יש שיקול דעת אדיר. אך מצד שני שיקול הדעת לא בלתי מוגבל. **אחד המקרים הבודדים בהם המדינה מחויבת להתערב היא שיש חשש לעיוות דין ממשי**.

בחזרה **לפס"ד מימון** - מימון טוען לפגיעה בזכות לחיים ולהליך הוגן. אם הוא צודק זה עיוות דין ממשי. ביהמ"ש אומר כי הוא לא יכול לקבוע שיש חשש לעיוות דין ממשי. בהתייחסות לשאלה האם על המדינה לפעול ברמה המדינתית, ברמה הפורמאלית, נאמר כי ביהמ"ש לא נדרש להכריע בשאלה זו. אך יש להסתכל ולראות מה הסיבה המרכזית בגללה הוא לא מכריע בשאלה: (1) יש שיקולים למה ביהמ"ש לא מתערב. (2) הוא לא נדרש להכריע כי המדינה הכירה כי בנסיבות מסוימות יש חובה לפעול - אם יקבעו עונש מוות יבקשו בשבילו חנינה. זוהי קריאה לא פורמליסטית שאומרת על אף שביהמ"ש קבע שאין חשש לעיוות דין ממשי**, יתכנו מקרים בהם לא סביר כי המדינה לא תתערב, כאשר מדובר בזכויות יסודיות** כמו הזכות לחיים. עם זאת, ביהמ"ש עושה זאת בצורה **עקיפה ופתלתלה** שייתכן שהנאמר לעיל זו פרשנות של פסק הדין.

מיהו אזרח?

**הדין המדינתי הוא מי שקובע**. חריג: המשב"ל מגביל את אפשרות המדינה להעניק אזרחות למשל: ס'9(1) לאמנה למניעת אפליית נשים קובע כי אישה לא יכולה לקבל אזרחות אוטומטית מעצם כך שבעלה בעל אזרחות זו, יש לשאול אותה.

חריג נוסף: **פס"ד נוטבאום** - אזרח גוואטמלה מסתבך אך לפני שמסתבך קונה אזרחות של ליכטנשטיין. ליכטנשטיין מתייצבת להגן עליו מול גואטמלה. גואטמלה טוענת כי למקרה אין קשר לליכטנשטיין. ה ICJ קובע כי **אין זיקה בין האזרח לליכטנשטיין עד לכדי שהיא לא יכולה להגן עליו**. יש ביקורת כי הפס"ד נוגד את הכלל לפיה למדינה יש שיקול דעת מוחלט לקבוע מי אזרחיה. לכן הILC אומר שההלכה בנוטבאום זו אינה העמדה המקובלת. אך בכל זאת הוא לא נסתר ולכן עלינו לדעת את שתי העמדות ואת החריגים.

מיצוי הליכים:

מדינה רשאית להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית **רק לאחר שמוצו כל ההליכים האפשריים בזירה המדינתית**. סיבות: יעילות, כיבוד ריבונות המדינה והקטנת סכסוכים בזירה הבינ"ל. חריגים: **(1)** כאשר ההליך שלא מוצה לא רלוונטי למקרה. לדוג': יש סכסוך בין חברת ספנות פינית לבריטניה. חברת הספנות מפסידה ופינלנד מתערבת ומעניקה חסינות. בריטניה טעונת לאי מיצוי הליכים כי החברה יכולה להגיש ערעור. בדין הבריטי מותר להגיש ערעור רק על שאלה משפטית והסכסוך הוא על קביעה עובדתית. **(2)** אין חובת מיצוי הליכים כאשר הנפגעת היא המדינה. החובה חלה רק כאשר הפגיעה היא באזרח והמדינה מאמצת פגיעה בו. שיש פגיעה באזרח ובמדינה הולכים לפי הפגיעה המשמעותית יותר.

חסינויות מדינה:

תחום שמעוגן בעיקרו במשב"ל המנהגי **שמסדיר את החסיונות שתוענקנה למדינה או נציגיה**. חסינות היא **כלל משפטי המונע הפעלת הליך משפטי** כלפי אדם או גורם. בהקשר המשב"ל, חסינויות מדינה הן חסינויות שמונעות הפעלה של הליך משפטי במערכת משפטית של מדינה אחת ביחס למדינה אחרת או לנציגיה של המדינה.

למה התפתחו החסיונות?

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

1. עקרונות ריבונות המדינה - מעקרון זה נגזר עקרון איסור ההתערבות בענייני המדינה הפנימיים.
2. עקרון השוויון בין המדינות - הליך משפטי מטבעו מכפיף את הצדדים להליך. ביהמ"ש מכפיף מדינה אחת למוסדות מדינה אחרת.
3. לאפשר למדינות לנהוג באופן חופשי ובכך לצמצם את הסכסוכים בין המדינות.

\*\* חסינויות בינלאומיות לא רלוונטיות להליכים בטריבונליים בינלאומיים, שכן טריבונל הוא אינו מערכת משפט של מדינה אחרת.

ישנם 2 סוגי חסינויות: (1) חסינות ריבון/חסינות מדינה במובן הצר - חסינות שמוענקות למדינה הזרה עצמה. (2) חסינות לגורמים הקשורים למדינה מפני הליכים משפטיים מסוימים במערכת המשפט של מדינה אחרת - חסינויות שמוענקות לנציגי המדינה עצמה.

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

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

לא ניתן לתבוע מדינה בבית משפט של מדינה זרה. החסינות חלה **בהליכים אזרחיים בלבד**, משום שלא ניתן להעמיד מדינות לדין פלילי, אלא רק אזרחים.

אז איך תובעים מדינה?

1. בי"ד בינלאומי - תנאי בסיס לתביעה בבי"ד בינלאומי הוא הסכמת הצדדים.
2. הגשת תביעה בבתי המשפט של המדינה עצמה - אפשרי רק אם החוק של אותה מדינה מאפשר להגיש תביעה כנגד המדינה, גם כאן מגולם עקרון הסכמת המדינה.

בעבר, חסינות המדינה הייתה מוחלטת וכלל לא היה ניתן להגיש תביעות כנגד מדינה במערכת משפט של מדינה אחרת. **אזרחים היו נפגעים** כי הם לא יכולים לגשת לבי"ד בינלאומי והגשת תביעה במדינה אחרת אינה רלוונטית לרוב. חסינות מדינה היא בעלת חסרונות של פגיעה בזכויות אדם. לכן, עם השנים הצטמצמה החסיונות והתפתחו לה חריגים. התוצאה הינה כי ישנה מחלוקת בנוגע להיקף המנהג המקנה חסינות למדינה. מדינות מציגות את עמדתן בדין המדינתי.

היקף החסינות:

1. הבחנה בין פעולה מסחרית לשלטונית (ס'3)- **לא תהייה חסינות על פעולה עסקית או מסחרית** אל מול פעולה שלטונית לה תהייה חסינות.

**פס"ד קנדה נ' אדלסון** - בני זוג השכירו בית בהרצליה עבור מגורי שגריר קנדה. חוזה השכירות נחתם בין בני הזוג (בעלי הנכס) וממשלת קנדה (לא השגריר עצמו), וקבע שבתנאים מסוימים תתארך תקופת השכירות. קנדה טענה שהתנאים להתממשות אופציית הארכת החוזה התקיימו, ואילו בעלי הנכס טענו שלא ופנו לביהמ"ש כדי שיורה לשגריר להתפנות מהנכס. קנדה טענה שתגובה שביהמ"ש הישראלי לא יכול לדון בסכסוך כי קמה לקנדה חסינות ריבון. הנשיא ברק קבע שדיני חסינות הריבון הם דינים של המשב"ל המנהגי, וככאלו נקלטים באופן ישיר לתוך המשפט הישראלי. עם זאת, דינים אלו קובעים שמדינה **לא תהיה זכאית לחסינות ריבון אם מדובר בפעולה מסחרית**. ישנם 2 מבחנים להבחין האם פעולה מהווה פעולה מסחרית או שלטונית. מבחן "מטרת הפעולה" - **מוביל למסקנה שמדובר בפעולה שלטונית** (נעשתה לשם מטרה שלטונית, שיכון שגריר - לאנשים פרטיים אין שגרירים). עם זאת, מבחן "טיב הפעולה"- **מוביל למסקנה שמדובר בפעולה מסחרית** (השכרת נכס למגורים היא פעולה שגם אדם פרטי יכול לבצע). ברק קבע **שמבחן "טיב הפעולה" הוא הפרשנות הנכונה של הדין הבינ"ל המנהגי,** שכן לדידו הוא מספק איזון ראוי יותר בין זכויות הפרט לאינטרס המדינה הזרה להגשים את מטרותיה הפוליטיות. זוהי **העמדה המשפטית הרווחת כיום במשב"ל.** עם זאת, ישנן עדיין מדינות רבות בעולם שסבורות כי הפרשנות הנכונה לדין המנהגי היא מבחן "מטרת הפעולה", ובחלקן הדין המדינתי אף מחייב את ביהמ"ש לפעול לפי מבחן זה.

\*\* הרבה מדינות מחוקקות דין שמסדיר את חסינויות המדינות הזרות באותם מדינה. בכך הן משיגות 2 דברים: (1) הבהרת הדין כפי שהוא חל במשפטן. (2) הצהרה לעולם לגבי הפרשנות הנכונה למשב"ל בענייהם. לכן ב2007 ממליץ ברק לחוקק חוק חסינויות מדינות זרות. ב2018 מחוקק חוק חסינויות מדינה.

ס'2 - למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל, למעט סמכות השיפוט בעניינים פליליים. כמעט כל שאר סעיפים החוק עוסקים בחריגים. אנו נדבר על החריג של הפעולה המסחרית ועל החריג הנזיקי.

1. החריג הנזיקי (ס'5) - בוצעה עוולה נזיקית ע"י מדינה זרה בשטח ישראל ונגרם נזק גוף/רכוש מוחשי, אין חסינות. ע"פ העמדה הרווחת במקרה זה, אין הבחנה בין פעולות שלטוניות למסחריות.

\*\* חריג לחריג הנזיקי - **כאשר מדובר בפעולה מלחמתית תהייה חסינות**, למרות שיש עוולה נזיקית ע"י מדינה תהייה חסינות. לדוג': אם בלחימה בין ישראל לסוריה ייפול טיל סורי על בית ישראלי, לא ניתן יהיה לתבוע את סוריה.

\*\* חריג לחריג, לחריג הנזיקי - מקרים בהם אין חסינות למרות שהפעולה מלחמתית:

* כאשר הפעולה המלחמתית הייתה **פעולה שהיוותה פשע בינלאומי גרעיני** (תוקפנות, רצח עם, פשע נגד האנושות). קיימת עמדה לפיה במקרה זה ניתן לתבוע את המדינה בתביעה נזיקית. דוג': הסיפור צץ בבתי המשפט ביוון ובאיטליה בנוגע למעשי הנאצים. איטליה ויוון בשלבים מסוימים תמכו בנאצים. אחרי המלחמה גרמניה משלמת פיצוים למדינות שונות. גם אם יוון ואיטליה יש אמנות אלה, תנאי אמנות אלה פחות מטיבים כי הם תמכו בה במלחמה. מה שיצר מצב כי אזרחים רבים שהיו קורבנות מלחמה נותרו ללא פיצוי. הם מגישים תביעות נזיקיות נגד גרמניה בבתי המשפט ביוון ואיטליה. גרמניה טוענת לחסינות. התובעים אומרים כי מעשים אלה היוו רצח עם ופשע נגד האנושות ולכן אין חסינות. **בתי המשפט ביוון ואיטליה מקבלים את הטענה וקובעים חריג לחריג לפיו אין חסינות לפעולה מלחמתית שמהווה פשע בינלאומי גרעיני**. גרמניה הולכת ל ICJ ותובעת את יוון ואיטליה בגין הפרת הנורמה של חסינות מדינה. **עמדת ה ICJ (העמדה המקובלת) קובע שאין חריג**. כך שיש עמדת מיעוט לפיה יש חריג לחריג לחריג. איטליה ויוון לא מקבלות את עמדת ה ICJ וממשיכות להוציא פסקי דין כנגד גרמניה.

**פס"ד צמח נ' גרמניה** - בישראל, הנושא לא נידון ע"י העליון. הוא נידון ע"י המחוזי ונקבע כי לנוכח העובדה שהרפובליקה הפדרלית הגרמנית נהנית מחסינות הריבון הזר, הרי שלא ניתן יהיה לברר את התביעה לגופו של עניין - לא בדרך של תביעה רגילה וגם לא בדרך של תובענה ייצוגית.

* אם הפעולה המלחמתית היתה **פעולה של סיוע למעשה טרור אין חסינות**. העמדה הרווחת בעולם היא שאין חריג כזה שכן אין הגדרה ברורה למהו טרור. בישראל הסוגיה לא נדונה ע"י העליון ובמחוזי יש פסיקות סותרות.

**פס"ד רש"פ** - גם אם הייתי מגיע למסקנה ... שמעמדה של הרשות הפלשתינית הוא כמעמד "ריבון" ... ספק בעייני אם היה מקום לסלק תביעה זו על הסף, במיוחד לאור הפסיקה המשמעותית המתפתחת במדינות העולם, אשר מאפשרת הגשת תביעות נזיקין כנגד מדינות המעודדות או שותפות בביצוע מעשי טבח.

**פס"ד יוסיפוב** - נוכח כל האמור... **לא ניתן לאפשר תביעה** נגדה (מצרים) המופנית כנגד הפעלת מדיניותה בשטחה הריבוני, בטענה למעורבות במעשי טרור.

1. ניתן לראות כי ישנם חריגים נוספים בנוסף לחריגים המרכזיים בהם עסקנו: **(1)** ס'4 שולל חסינות **בתביעת עובד** בהצטברות 3 תנאים: כאשר עילת התביעה היא בסמכות ביה"ד לעבודה, עניינה של התביעה בעבודה שאמורה להיעשות בישראל וכשקמה עילת התביעה היה העובד אזרח ישראל. **(2)** ס'6 שולל חסינות למדינה בתביעות הקשורות **לנכסי מקרקעין** בישראל. **(3)** ס'7 שולל את חסינות המדינה הזרה מפני תביעות הנוגעות **לקניין רוחני**. **(4)** ס'8 שולל חסינות ממדינה זרה בתביעות חפציות הנוגעות **לאונייה או מטענה**. **(5)** ס'15 מקנה למדינה זרה חסינות יחסית בתביעות הנוגעות **להוצאה לפועל** - בחריגים מסוימים למדינה זרה יש חסינות מפני הליכי הוצל"פ בישראל וכן לא יוטל קנס/מאסר על מדינה זרה או מי שפועל בשמה.

האם ניתן לאפשר חסינות לישות לא מדינית?

ישנם כמה עמדות:

1. ביהמ"ש יכול לבחון ולהגיע למסקנה שישות שהיא לא מדינה, קרובה לתנאי מונטווידאו אבל לא מספיק זכאית לחסינות ריבון.
2. חסינות מדינה מוענקת רק למדינות.
3. השאלה אינה שפיטה, זוהי שאלה פוליטית שהרשות המבצעת צריכה לעסוק בה, היא יכולה להחליט אם להעניק לאותה הרשות חסינות.

העמדה שהתקבלה היא מעין עמדה שלישית. ס'20לחוק חסינות מדינות זרות – "שר החוץ רשאי לקבוע בצו כי לישות מדינית תהא חסינות, אף שמעמדה המשפטי הבינ"ל אינו עולה כדי מעמד של מדינה". יחד עם זאת, אי השפיטות הוא לא אי שפיטות מוחלטת ובמקרים שבהם ההחלטה נגועה בפגם משפטי של ממש, הוא יכול להתערב, לדוג': אם השר קיבל שוחד על מנת להעניק חסינות. לפני קביעת הסעיף היו סדרת פסקי דין סותרים במחוזי בנושא.

ויתור על חסינות:

ס'9-10 לחוק חסינויות מדינה אומר כי מי שרשאית לוותר על החסינות היא המדינה הנתבעת. הוויתור יכול להיות מפורש או משתמע (מתייצבת לניהול ההליך).

**חסינות ראשי מדינה:**

הדין המנהגי מעניק חסיונות לנציגים מסוימים של מדינה בשני דרכים: (1) חסינות מהותית. (2) חסינות אישית. בכל מקרה, המדינה רשאית לוותר על חסינות ולהסכים להליך המשפטי גם אם האדם מתנגד לכך.

\*\* חשוב להדגיש שחסינויות לא רלוונטיות בנוגע להליכים משפטיים במדינתו של בעל התפקיד שמוסדרת בדין המדינתי.

חסינות פרסונלית:

החסינות חלה על **בכירי המדינה**, שיש לפעילותם **נגיעה ליחסי חוץ**, לדוג': נשיא, ראש ממשלה, מלך, שר חוץ ושרים נוספים שיש להם נגיעה למדיניות חוץ, לדוג': שר נפט במדינות מפרץ, שר הסחר, שר האוצר. לגבי השאר ישנם ויכוחים. החסינות **רלוונטית כל עוד האדם בתפקיד**, בעת סיום התפקיד אין חסינות, לדוג': בבלגיה נפתח הליך כנגד שרון, ההליך הוקפא שהוא החל בתפקידו והכוונה היתה להמשיך בהליך בסיומו. 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. ביחס לחסינות המהותית, החסינות הפרסונלית מעניקה חסינות רחבה לקבוצה קטנה ולתקופת זמן מצומצמת.

יש לעשות הבחנה בין 3 סוגי הליכים בהקשרם חלה החסינות:

* הליכים אזרחיים - חסינות חלה.
* הליכים פליליים -

1. הליכים פליליים שנוגעים לעבירות שהם רק בדין המדינתי של המדינה הזרה - לדוג': ראש ממשלת ישראל גנב משה בארה"ב, **חסינות חלה**.
2. הליכים פליליים שנוגעים לעבירות שהן פשעים בינלאומיים חמורים - יש השקפה רווחת לפיה שמדובר **באיסורים מיוחדים שמגנים על אינטרס אוניברסלי**. לכן ההשקפה היא שכאשר גורם אוכף את פשעים אלה הוא לא פועל בשם האינטרס שלו אלה בשם האינטרס של הקהילה הבינלאומית כולה. כתוצאה מכך המשב"ל מאפשר בהקשרם של פשעים אלה 2 מנגנוני אכיפה ייחודיים. (א) סמכות אוניברסלית - לגבי פשעים אחרים מדינה צריכה קשר כדי להעמיד לדין, לדוג': קרה בטריטוריה שלה, המבצע הוא האזרח שלה. על פשעים אלה מותר למדינות להפעיל סמכות אוניברסלית, כל מדינה יכולה להעמיד לדין. (ב) העמדה לדין של אנשים בבתי דין פליליים בינלאומיים. השאלה היא האם המאפיין הייחודי של פשעים אלה + המנגנונים משפיעים על תחולת החסינות הפרסונלית. ישנם 3 עמדות:

* עמדה 1 - החסינות נועדה למנוע סכסוכים בין מדינות, אך המדינה האוכפת פועלת בשם הקהילה הבינלאומית כולה. לכן, **החסינות הפרסונלית אינה רלוונטית**, בין אם ההליך הפלילי מבוצע בבימ"ש של מדינה זרה ובין אם בבי"ד בינלאומי.

**פס"ד פינושה** - רודן בצ'ילה שהיה מענה מתנגדי משטר. פרושה יורד מהמשטר ומסדר לעצמו עסקה כי הוא יהיה חבר פרלמנט לשארית חייו, לחברי פרלמנט בצ'ילה יש חסינות ולכן לא יהיה ניתן להעמיד אותו לדין בצ'ילה. הוא טס לטיפול רפואי באנגליה ומוגשת בקשה של ספרד להסגירו על מנת שיכלו להעמידו לדין. הוא טוען כי הוא בעל חסינות. ביהמ"ש באנגליה אומר כי זה לא רלוונטי כי אין תחולה בהקשר של חסינות בגין פשעים בינלאומיים חמורים.

* עמדה 2 - **אין חסינות מפני העמדה לדין בבתי דין בינלאומיים בלבד**. בלגיה מפעילה מכוח סמכות אוניברסלית הליכים כנגד בכיר בקונגו. קונגו מגישה תביעה ל ICJ ששופך מים צוננים על העמדה הראשונה. הוא אומר כי יש חסינות פרסונלית גם על פשעים בינלאומיים חמורים בנוגע להליכים במדינות. אין חסינות כאשר מדובר בהליכים בבתי דין בינלאומיים. הרציונל הינו כי גם הליכים בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים הם בעלי אינטרס פוליטי. לכן, אין לאפשר זאת. ה ICJ אומר שזה פחות קורה בבתי משפט בינלאומיים כי להקמתם צריך הסכמה של מדינות רבות. זוהי העמדה המובילה.
* עמדה 3 - גישה לפיה **חסינות חלה בכל מקום, גם בהליכים בבית דין בינלאומי**. ב ICC חברות 120 מדינות. אמנת רומא קובעת כי בהליכים שנערכים ב ICC אין חסינות לראשי מדינות. האמנה גם נותנת סמכות למועצת הביטחון להפנות ל ICC הליכים בנוגע למעשים שבוצעו ע"י מדינות שאינן חברות. לדוג': באשיר, נשיא סודאן, נגדו נפתח הליך ב ICC. ברגע שנפתח הליך ב ICC נוצר צו מעצר וברגע שאדם נוחת במדינות חברות ב ICC יש לעצור אותו. באשיר מסתובב בעולם אך המדינות החברות ב ICC לא מסגירות אותו. נגד המדינות נפתחים הליכים מנהליים. המדינות טוענות בהליכים אלה כי הם לא יכלו לעצור אותו כי **הוא לא ממדינה חברה וחלה עליו החסינות**. הם טוענים כי החסינות חלה גם בהליכים בבתי דין בינלאומיים. ב ICC יש 2 סוגי פסיקות שדוחות את הטענה. (1) חלק מהפסיקות אומרות כי החסינות חלה בבתי דין בינלאומיים כל עוד המדינה לא הסכימה אחרת אלא אם מועצת הביטחון הסכימה אחרת. (2) גישת ה- ICJ עמדה לפיה אין חסינות פרסונלית על פשעים בינלאומיים בבתי דין בינלאומיים.

חסינות מהותית (פונקציונלית):

החסינות מוענקת **לכל בעל תפקיד של המדינה,** לא רק הבכירים. החסינות **חלה גם אחרי סיום התפקיד** והפיכה לאדם פרטי. תכלית המעשים בגינם החסינות ניתנת הינם **מעשים הקשורים באופן מהותי לתפקיד האדם,** הדגש הוא על מהות הפעולה והיותה פעולה קשורה להפעלת סמכויות ריבוניות. מועד המעשים בהקשרם חלה החסינות הינם **מעשים שאדם ביצע בזמן תפקידו הציבורי**. סוג ההליכים שבהקשרם חלה החסינות, ישנם כמה דעות כאשר גם כאן קיימת הבחנה בין הליכים שונים:

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

* עמדה 1 - קיימת עמדה לפיה **החסינות המהותית רלוונטית רק בהליכים אזרחיים** ואינה רלוונטית בהליכים פליליים.

**פס"ד אבו עומר** - מטיף דת מצרי ומתנגד שלטון. נחטף ע"י ה CIA באיטליה כדי להעבירו למצריים. הם טוענים לחסינות מהותית וביהמ"ש אומר כי זה אינו רלוונטי בהליכים פליליים.

* עמדה 2 - **אין תחולה** לחסינות פרסונלית בנוגע להליכים פליליים **אם הופר הדין הפלילי המדינתי של המדינה** שרוצה להעמיד לדין - מדינות לא צריכות לשלוח נציגים לבצע פשעים ולהפר דין פלילי של מדינות אחרות.
* עמדה 3 - אל מול עמדות אלה יש עמדה על פיה גם פה עלול להיות ניסיון להתנקם במדינה ע"י פגיעה באורגנה לכן **החסינות חלה גם בהקשר להליכים פליליים בנוגע לעבירות מדינתיות זרות**.

1. חסינות מהותית בהליכים פליליים בנוגע לעבירות פליליות חמורות - גם בקרב האנשים שסבורים שחסינות מהותית רלוונטית בהליכים פליליים יש וויכוח בשאלה האם היא חלה בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים. ה ILC אומר כי קיימת **מגמה גוברת של אי הכרה בחסינות מהותית שמדובר בפשעים בינלאומיים חמורים**. יש קונצנזוס כי החסינות לא חלה אם ההליך מתקיים בבתי דין בינלאומיים. לדוג': מגישים תביעה אזרחית בהולנד כנגד גנץ ומפקד חיל האוויר בגין פעולות המהוות פשע מלחמה בעזה. ביה"ד אומר כי הוא מסיק מאמירת ה ILCכי לא התפתח מנהג שאפשר להעמיד לדין. לעומת זאת, בערכאה פלילית בגרמניה שהעמידו חייל אפגני על פשעי מלחמה שביצע באפגניסטן, הוא טוען לחסינות מהותית ונאמר כי היא אינה חלה. נקבע הפוך כי מה ILC כן התפתח מנהג.
2. הליכים אזרחיים - העמדה הרווחת הינה כי החסינות המהותית **חלה בהליכים אזרחיים**. סוגיה אחת בה ישנו וויכוח הוא האם **כאשר הליכים אזרחיים נוגעים למעשה שמהווה פשע בינלאומי חמור**, השאלה היא האם במקרים אלה חלה חסינות? לדוג': תביעת נזיקית של קורבן במקביל להליך פלילי. ישנם 3 עמדות: **(1)** עמדת ביהמ"ש בהולנד - מניחה שבנוגע לפשעים אלה ישנה חסינות מהותית, בהליכים בבתי משפט מדינתיים. מתוקף כך, ישנם חסינות בהליכים אזרחיים. **(2)** עמדה רווחת בספרות - אין חסינות בנוגע לפשעים אלה בהליכים מדינתיים. מכך, אין חסינות במקרים אלה בהליכים אזרחיים. **(3)** עמדת ביה"ד האירופאי לזכויות אדם - אין לעשות היקש, יש חסינות מהותית בהליכים אזרחיים גם אם אין חסינות מהותית על פשעים אלה בהליכים מדינתיים.

**חסינות דיפלומטית**:

בין הדינים המנהגים הקדומים ביותר במשב"ל. כיום, ישנה גם אמנת וינה בדבר חסינות דיפלומטית. עד 2008 לא היתה מעוגנת החסינות הדיפלומטית בישראל באף חוק. עם זאת, **בפס"ד שולמית** נקבע כי חסינות דיפלומטית היא חלק מהמשפט כי דין מנהגי נקלטת אוטומטית. היום יש אזכור אחד לחסינות דיפלומטית בחוק חסינויות מדינות זרות שם נאמר כי החוק אינו גורע מחסינות דיפלומטית.

כללי החסינות הדיפלומטית:

1. דיני החסינות חלים מהרגע שמדינות החליטו לקיים יחסים דיפלומטיים.
2. החסינויות הם פרוצדורליות ולא מהותיות. אין בדיני החסינות הדיפלומטית להצדיק התעלמות מדיני המדינה המארחת או התערבות בענייניה הפנימיים.
3. החסינות חלה על השגריר ועל משפחתו, אלא אם הם אזרחים/תושבי קבע של המדינה המארחת (תושב קבע - האם גם בהיותם מנותקים מהשגריר הם היו שוהים באותה המדינה).

חובות המדינה כלפי שגרירים:

1. יש לנהוג בשגריר בכבוד ולמנוע כל התקפה על גופו, חירותו או כבודו, וכן להעמידו לדין ולהסגיר את מי שתוקף שגריר.
2. אין לעצור/לאסור נציג דיפלומטי.
3. אין להעמיד לדין פלילי עובדים בשגרירות שאינם אזרחים/תושבי קבע.

חריגים: (1) ניתן לעכב נציג לשם שמירה על הסדר הציבורי/מניעת פשע חמור (2) אם מדובר במקרה שאינו במסגרת תפקיד ניתן להעמיד לדין לאחר סיום הכהונה.

החסינות הדיפלומטית היא חסינות דיונית ואינה הופכת מעשה לחוקי. לכן, ישנן סנקציות שניתן להטיל במקרה של ניצול לרעה, כי הרי החסינות היא פריבילגיה: אי**(1)** לבקש מהמדינה השולחת לבטל את החסינות. **(2)** המדינה יכולה לנקוט בצעדי נגד **(3)** המדינה יכולה לגרש שגריר.

החסינות היא **בפני הליכים אזרחיים ופליליים**. חריגים: (1) עסקאות נדל"ן פרטיות במדינה המארחת. (2) ענייני ירושה פרטיים. (3) פעילות מקצועית מחות לתפקיד, לדוג': במקביל להיותו שגריר הוא גם רופא. אם הנציג הוא אזרח/תושב קבע, החסינות תחול רק על מעשים רשמיים.

חסינות השק הדיפלומטי: דיברנו על השק הדיפלומטי ואמרנו כי **החסינות יחסית מוחלטת**. אך, אם יש הסתייגויות, מדינה אחרת יכולה לנצל זאת. החריג היחיד לפתיחת השק הוא לצורך הגנה על חיי אדם.

**פס"ד אומרו דיקלו** - שר ניגרי שמסתכסך עם ראש מדינת ניגריה ובורח לאנגליה. ראש מדינת ניגריה רוצה להחזיר אותו ונעזר בסוכני מוסד. הם חוטפים אותו באנגליה ומכניסים לשק דיפלומטי ושולחים לניגריה. הדבר מתגלה בשדה התעופה. אנגליה טענה כי זה לצורך הגנה בחיי אדם וכי השק אינו מסומן. ניגריה תובעת על פתיחת השק.

\*\* שק שאינו מסומן כמו שצריך מותר לפתוח, אם מגלים בפתיחה כי זה שק דיפלומטי צריך לסגור.

חסינות למבנה השגריר: האמירה לפיה השגרירות היא שטח של המדינה השולחת אינה נכונה. יחד עם זאת, **השגרירות מוגנת מאוד** כך שלא ניתן להתפרץ לשגרירות גם במקרה של סכנת חיים. לדוג': אם פושע בורח לשגרירות לא ניתן לחדור פנימה, אם שומעים ירי משגרירות לא ניתן לחדור פנימה. המדינה המאחרת חייבת להגן על מבנה השגרירות מפני נזק וחדירת גורמים פרטיים. בנוסף, יש לכבד את מבנה השגרירות גם לאחר סיום היחסים הדיפלומטיים. גם לרכב של השגרירות יש חסינות רחבה.

ארגונים בינלאומיים:

בפרק זה נעסוק **בארגונים בינלאומיים**, המהווים מוסדות ייחודיים של המשב"ל. ארגונים בינלאומיים מהווים שחקן מרכזי (אחרי המדינות) במשב"ל. תפקידם של ארגונים אלה הופך למרכזי יותר בעידן הגלובליזציה. ישנם 2 סוגים של ארגונים בינלאומיים:

1. INGO - ארגונים בינלאומיים לא ממשלתיים. לארגונים אלה ישנה **השפעה בפועל** על עיצוב המשב"ל. אך ככלל, הם **מוסדרים ע"י הדין המדינתי**.
2. IGO - ארגונים בינלאומיים ממשלתיים. אנו נתמקד בארגונים אלה ולכן שנעשה שימוש במונח "ארגונים בינלאומיים" נתייחס ל IGO.

**ארגונים בינלאומיים ממשלתיים (IGO):**

ה IGO הם **חלק אינטגרלי מהמשב"ל** ותורמים להתפתחות נורמות ומוסדות במשב"ל. ה IGO שונים מאחר לשני: (1) ישנם IGO שכל מדינה יכולה להצטרף אליהם (לדוג': האו"ם) וכאלה שרק מדינות מסוימות (לדוג': האיחוד האירופי). (2) יש IGO עם תחום עיסוק מצומצם (לדוג': ארגון הבריאות העולמי) וכאלה עם תחום רחב (לדוג': האו"ם). (3) יש IGO אזוריים ויש גלובליים.

מאפייני ה IGO:

1. הארגון מוקם ופועל ע"פ ומכוח המשב"ל, הדין הבינלאומי שחל על הארגון מורכב **מכל האמנות** שעוסקות בו ושהוא צד להן, וכל דין מנהגי הרלוונטי לפעילותו.
2. רק מדינות יכולות להיות חברות ב IGO, זאת למעט חריגים בודדים.
3. הארגון הוא גוף קבוע ובעל מוסדות עצמאיים. לארגון ומוסדותיו יש מידה של **אוטונומיה** ביחס למדינות החברות. לארגון בד"כ יהיו תתי-גופים שונים, מוסדות של הארגון שיהיו מופרדים ומובחנים מהמדינות החברות (לאו"ם יש את העצרת הכללית, אונסק"ו ומועצת הביטחון).
4. לארגון יש מטרות מובחנות. לרוב, מטרות אלה יפורטו במעיין חוקה של הארגון (אמנה מכוחה הוקדם הארגון).
5. ל IGOיש חובות וזכויות נפרדות במשב"ל מאלו של המדינות החברות בו וכפועל יוצא מכך ככלל יש להם **אישיות משפטית במשב"ל**.

האישיות המשפטית הנפרדת של ה IGO:

בעבר הקביעה לפיה ל IGO אישיות משפטית נפרדת לא הייתה מובנת מאילו. המקורות הראשונים בו נקבעה האישיות הנפרדת היא חו"ד של ה ICJ שעסק בשאלה האם לאו"ם יש אישיות משפטית המאפשרת לו לדרוש פיצויים ממדינה. באותו מקרה היה רצח ע"י הלח"י של עובד או"ם (ברנדוט) שתיווך בין מדינת ישראל למדינות ערב במלחמת העצמאות. במגילת האו"ם לא כתוב באופן מפורש שלאו"ם יש אישיות משפטית בינ"ל, ואם הוא אינו ישות משפטית כאמור הרי שהאו"ם לא יכול היה לתבוע פיצויים. ה ICJ קבע כי **האו"ם הוא אישיות נפרדת במשב"ל** ולכן יכול לתבוע פיצוי. עם זאת, קיימות 2 עמדות בנושא: **(1)** עמדה לפיה ישנו דין מנהגיו לפי כל IGO הוא בעל אישיות משפטית נפרדת במשב"ל (העמדה הרווחת). **(2)** עמדה לפיה יש לבדוק כל IGO בנפרד ולראות מתוך האמנה הרלוונטית האם עולה שיש לו אישיות משפטית נפרדת במשב"ל. לשאלה איזו עמדה היא הדין חשיבות רבה במדינות בהן הדין המדינתי מתייחס שונה למשב"ל מנהגי והסכמי. לדוג': בישראל לאמנות אין מעמד נורמטיבי אך דין בינלאומי מנהגי נקלט אוטומטית למשפט. לכן, ע"פ העמדה ראשונה לכל IGO אישיות משפטית במשפט הישראלי. אך ע"פ העמדה השנייה כדי של IGO תהייה אישיות משפטית יש צורך בדין בינלאומי מנהגי המעניק ל IGOהספציפי אישיות משפטית. או לחילופין שיהיה חיקוק ישראלי המעניק ל IGO אישיות משפטית.

חשוב לציין, **האישיות המשפטית של ה IGO אינה זהה לאישיותם המשפטית של מדינות** במשב"ל. אישיות משפטית של מדינה במשב"ל היא **כללית ובלתי מוגבלת** (סמכות לעשות כל דבר שלא נאסר). לעומת זאת, האישיות המשפטית של ה IGO היא **מוגבלת ופונקציונלית** (סמכות לעשות רק מה שהמשב"ל מעניק לו סמכות). היקף הסמכות נקבע על סמך: (1) מסמכי יסוד - האמנה המכוננת. (2) מטרות הארגון. (3) סוגי הסמכויות שהוענקו לארגון ומרחב הסמכויות שהוענקו לו. (4) הפרקטיקה הנוהגת בפועל. ההסמכה יכולה להיות מפורשת או משתמעת והמבחן הוא מבחן פונקציונאלי: מבחן של נחיצות - האם הסמכות המשתמעת **נחוצה לצורך ביצוע הסמכויות הקבועות** מפורשות? (חו"ד רצח ברנדוט- שאלת הפיצויים לאו"ם). שני עשורים מאוחר יותר, בחו"ד אחרת, עשה ה- ICJ מבחן של התאמה (יותר מקל) - האם הסמכות המשתמעת **עולה בקנה אחד** (משמע מתאימה) **עם הסמכויות הקבועות** מפורשות.

השלכות מעשיות להכרות ב IGO כאישיות משפטית עצמאית:

1. מגע עם גורמים - מתוקף היותו אישיות משפטית במשב"ל ל- IGO יש **סמכות לבוא במגע עם מדינות וארגונים אחרים**.אבל קיים ויכוח האם ארגוני IGO יכולים לכרות אמנות בינ"ל עם מדינות ו/או ארגונים בינ"ל אחרים. ישנם 2 עמדות לכך: (1) צריך לבחון כל IGO בנפרד כדי לקבוע אם הוא יכול לכרות אמנות. **(2)** כל IGO יכול לכרות אמנות (סמכות מוגבלת). סמכותו של IGO לכרות אמנות שונה מהסמכות הכללית של מדינות לכרות אמנות. IGO יכול לכרות רק **אמנות הקשורות במסגרת הסמכויות שהוענקו לו, לשם למילוי מטרותיו ותפקידיו ובהתאם לפרקטיקה הנהוגה ביחס אליו** (כלומר בהתאם ליחס שמדינות מעניקות לו בפועל). על אמנות בין IGO ל-IGO אחרים/מדינות חל כמעט אותו דין מנהגי שחל על אמנות בין מדינות. אמנת וינה מ86' מסדירה גם אמנות מסוג זה לפי אותו דין מנהגי (אך היא עוד לא נכנסה לתוקף). **הערה חשובה**: ארגון בינלאומי לא יכול להסתמך על חריגה מנוהל פנימי בתוך הארגון, כדי לפטור עצמו מאמנה שהתחייב לה. **החריג**: החריגה הפנימית הייתה גלויה ונוגעת בכלל מרכזי.
2. נשיאה באחריות בינ"ל: מפאת היותו אישיות משפטית במשב"ל, IGO יישא באחריות בינלאומית, בגין הפרות של המשב"ל, וזאת בהתאם לדיני האחריות של המשב"ל (בהם עסקנו בהקשר למדינות). המשמעות היא, שככלל, ה**מדינות החברות אינן אחראיות להפרות משב"ל המבוצעות ע"י IGO,** אלא אם: **(1)** מדינה חברה קיבלה על עצמה וולונטרית את האחריות או יצרו מצג למדינה אחרת שהיא מקבלת את האחריות. (**2)** בנוגע לארגון הספציפי קיימת אמנה שקובעת כי ניתן להטיל אחריות על המדינות החברות בגין מעשים של הארגון. מקרה מורכב יותר עולה בהקשרם של כוחות שמירת שלום, שהם יחידות של צבאות של מדינות שונות, אשר המדינות משאילות לאו"ם למשימות שמירת שלום. בהתאם לדיני אחריות המדינה הכלל המשפטי במקרה שכזה הוא **שהמדינה שברשותה כוח זה לא תישא באחריות בגין הפרות משב"ל שביצע כוח שמירת-השלום**. רק הארגון (במקרה זה האו"ם) יישא באחריות, בתנאי שהשליטה האפקטיבית (או כוללת) על חיילי הכוח עברה מהמדינה לארגון (מתי קיימת שליטה אפקטיבית נדבר בשיעור על "אחריות מדינה"). לעומת זאת, במקרים בהם גם לאו"ם וגם למדינה יש מידה משמעותית של שליטה בכוח, הרי שגם האו"ם וגם המדינה יישאו באחריות.
3. יכולת לתבוע ולהיתבע: כאישיות משפטית ה-IGO ככלל יוכר כבעל יכולת לתבוע ולהיתבע במישור הבינלאומי.
4. ניהול פנימי: כאישיות משפטית ל- IGO יש יכולת להעסיק ולפטר עובדים, ולקיים מנגנון משמעתי כלפי עובדיו. הוא מוסמך לקבל החלטות בנוגע לבחירת בעלי תפקידים, הוצאות תקציב, ונהלים פנימיים.
5. חסינויות חובות וזכויות לארגון ולאנשיו:מפאת היותו אישיות משפטית במשב"ל, יתכן ויוענקו ל- IGO ו/או לאנשיו זכויות מסוימות וחסינויות מסוימות בדין הבינלאומי. ההכרעה אם לארגון מסוים ו/או לאנשיו יש זכות/חסינות ספציפית, תלויה בארגון הספציפי. החסינות/הזכות הספציפית יכול שתינתן מכוח אמנה, ויכול שתינתן מכוח משב"ל מנהגי. \*\*לסוגיית סוג המשב"ל המעניק את החסינות/הזכות משמעות רבה, מבחינת הדין המדינתי (ישראל).
6. סמכות ליצור נורמות משפטיות מחייבות במשב"ל :לרוב IGO לא מייצרים נורמות משפטיות במשב"ל. **רוב ההחלטות של רוב ב- IGO הן בגדר המלצות בלבד**. עם זאת, ישנם IGO's ספציפיים שאמנות העוסקת בהן מסמיכות אותם לקבל החלטות, ליצור נורמה מחייבת במשב"ל. לדוג': חוקת ארגון התעופה האזרחית וחוקת ארגון הבריאות העולמי מקנות כל אחת לארגון בו הן עוסקות סמכויות לקבל, בהקשרים מסוימים, החלטות שמחייבות את כל המדינות החברות בארגון. ניתן לומר שנורמות מחייבות שיוצר IGO הן סוג של דין בינלאומי הסכמי, שכן סמכות ה- IGO ליצור אותן מקורה באמנה שקבעה את סמכויות הארגון.

\*\* האם פעילויות של ארגונים בינ"ל יכולות ליצור מנהג? יש שטוענים **שהחלטות ופעילויות של ארגונים בינ"ל היא דרך טובה להסיק פרקטיקה של מדינות (SP) ותחושת מחויבות משפטית (OJ), משום שהארגון כזה לרוב מייצג מדינות רבות** (החברות בו). מנגד, רבים סבורים **שככלל, אין לגזור מנהגים מפעילויות של ארגונים -** שכן: (1) חלק נכבד מהפעולות שמדינות עושות בתוך ארגונים כאלו הן פוליטיות ולא משפטיות באופיין (כלומר, אין OJ). (2) לא כל ההחלטות והפעולות של הארגון מייצגות את מדינותיו.

הוויכוח בנושא עולה לרוב בנוגע **להחלטות העצרת הכללית של האו"ם.** החלטות אלו מתקבלות ברוב קולות ע"י נציגי רוב מדינות העולם, אך **לפי מגילת האו"ם אינן מחייבות מבחינה משפטית.** כלומר, מדינות יסכימו להצהרות רחבות די בקלות - זה תורם להן פוליטית (יחסי ציבור טובים) ונטול "שיניים" משפטיות. לאור זאת, יש שאומרים שלא ניתן להסיק מנהג מהחלטות העצרת. מנגד, יש החלטות של העצרת שנראות כמו מסמך משפטי - ולכן יש הטוענים שהמדינות כן התכוונו להצהיר הצהרה משפטית כאשר קיבלו אותן. לסיכום, הן ספציפית לגבי הצהרות של העצרת הכללית והן כללית לגבי החלטות, הצהרות ופעולות של ארגונים בינ"ל - **אלו הם** **מקורות שיש לבחון כאשר בודקים אם קיים מנהג, אבל להיות זהירים מאוד ולא להסיק מיד מקיומו של מקור כזה כי קיים מנהג**.

**האו"ם**

רקע כללי: הוקם ב45' כמחליף את חבר הלאומים אחרי מלחמת העולם השנייה. ארגון בין ממשלתי שחרט על דגלו מספר יעדים: שמירת השלום והביטחון הבינ"ל, קידום יחסי הידידות בין המדינות, השגת שת"פ בינ"ל בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, הומניטריות וקידום כיבוד זכויות אדם. מגילת האו"ם אינה רק המסמך המכונן של הארגון, היא גם משקפת עקרונות יסוד של המשב"ל - ריבונות, הגדרה עצמית, שוויון בין מדינות, זכויות אדם וכו' . האו"ם מורכב מ- 6 אורגנים מרכזיים: העצרת הכללית, מועב"ט, המועצה הכלכלית חברתית, מועצת המנדטים, המזכירות, וה- ICJ .

העצרת הכללית:

**פרלמנט של האו"ם המורכב מנציגי כלל המדינות החברות**. החלטות ההעצרת הכללית **לא מחייבות מבחינה משפטית** את המדינות אלא בגדר המלצה בלבד (לא מהוות נורמה משפטית מחייבת במשב"ל). מדובר בפורום דיוניים, שמתכנס מדי שנה. ובנוסף, מכונסים מושבים מיוחדים ע"י המזכ"ל לבקשת מועב"ט או לבקשת רוב מקרב המדינות החברות (ס'20 למגילת האו"ם).

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. למדינה שכזו נותנים כיסא בעצרת, והיא יכולה להיות חברה בחלק מהגופים של האו"ם. אבל, היא לא יכולה להצביע בעצרת ואין לה זכויות נוספות שיש לחברות באו"ם. לדוג': הפלסטינים בשל התנגדות המועב"ט אינם חברים באו"ם אך בתמיכת מרבית המדינות בעלי מעמד של משקיפה.

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 המלצת מועב"ט.

ס' 18 - ההצבעה בעצרת היא ע"פ **קול אחד לכל מדינה** וההכרעות נעשות **ברוב קולות** של המדינות הנוכחות והמצביעות. עם זאת, בהצבעות חשובות הדרישה היא לרוב של 2/3 מהקולות הנוכחים והמצביעים. במסגרת העצרת ותחתיה פועלים גופים, וועדות, ואורגנים שונים, שהוקמו על ידה ומדווחים לה. לדוג': אונר"א- סוכנות הסעד לפליטים של האו"ם, אונסקו, ILC ,ו-מועצת זכויות האדם. לעצרת יש שש וועדות קבועות, עיקריות, שמתכנסות אחת לשנה: הוועדה הכלכלית, הוועדה לפירוק נשק וביטחון בינל"א, וועדה חברתית-הומנית-תרבותית, וועדה בנושא דה-קולוניזציה, הוועדה האדמיניסטרטיבית, הוועדה לענייני משפט.

החלטות העצרת המתקבלות על-סמך החלטה 377(5) "מתאחדים למען השלום": ב-1950 מועב"ט הייתה משותקת עקב מלחמת קוריאה. לכן, עלתה השאלה האם העצרת הכללית מוסמכת להיכנס לתוך הווקום שנוצר? ב-1950 הכריעה העצרת שהיא כן מוסמכת לפעול, בקבלה את החלטה 377(5) "מתאחדים למען השלום" לפיה **"כאשר מועבי"ט לא יכולה למלא את תפקידיה העיקריים** (שמירת השלום והסדר הלאומי) **בשל היעדר הסכמה בין החברות הקבועות, הרי 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".** מההחלטה האמורה עולה שהעצרת מוסמכת לפעול בתחומים אלו, בהתקיים שני תנאים: (1) קיים מצב המהווה איום על, או הפרה, של השלום והביטחון הבינ"ל. (2) מועב"ט כשלה להפעיל סמכותה עקב אי הסכמה בין החברות הקבועות. לכאורה, לאור התנאי השני, אסור לעצרת לפעול כל עוד מועב"ט עוסקת באותו המקרה, אבל בפועל העצרת מסמסה את המגבלה הזו עם השנים. כך הפכה העצרת את עצמה למעין מועב"ט. בנוסף, חשוב להדגיש, בשונה מהחלטות מחייבות של מועב"ט, החלטות של העצרת הניתנות על-סמך החלטה 377(5), כמו מרבית שאר החלטות העצרת, מהוות **המלצות בלבד**.

מועצת הביטחון:

ס' 23 - מועב"ט נועדה להיות **הגוף המבצע של האו"ם**, להבדיל מהעצרת שהיא הגוף הפרלמנטארי-דיוני. עם זאת, דווקא ההחלטות מועב"ט (מסוג מסוים) ולא החלטות העצרת, הן אלו **המחייבות מבחינה משפטית**.

מבנה המועצה: **15 מדינות חברות**, הרכב מצומצם יחסית וזאת כדי לאפשר פעילות יעילה, כאשר לכל מדינה החברה במועב"ט, **יש קול אחד**. מתוך 15 המדינות החברות: **10 מתחלפות** כל שנתיים, **ו5 מדינות קבועות** (ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה). ל-5 החברות הקבועות, יש גם **זכות להטיל וטו**. לכן, לא ניתן להעביר החלטה במועצה אם אחת החברות הקבועות מתנגדת. הסיבה לחוסר השוויון נעוצה בהסקת מסקנות מחבר הלאומים, שם כל המדינות היו שוות, והסדר זה הוביל לכך שמדינות קטנות ניסו לכפות פעולות על מעצמות, והמעצמות מהר הפסיקו לשתף פעולה עם חבר הלאומים והכל קרס. זהות החברות הקבועות משקפת את תמונת יחסי הכוחות הפוליטיים כפי שהיא הייתה סמוך לאחר מלחה"ע השנייה.

ס' 27(3) - העברת החלטה במועב"ט דורשת רוב של 9 חברות ובכללן 5 קבועות, וזאת מלבד בעניינים פרוצדוראליים שבהן די ברוב רגיל של 9 חברות.

ס' 29 - תחת מועבי"ט פועלות וועדות משנה שונות, חלקן קבועות וחלקן זמניות, לדוג': הוועדה למלחמה בטרור, וועדות סנקציות שונות. כמו כן, הוקמו גופים נלווים למועב"ט, לדוג': בתי-הדין לשיפוט הפשעים הבינלאומיים שבוצעו ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר.

ס' 24 - התפקיד המרכזי של מועבי"ט הוא השמירה על השלום והביטחון הבינ"ל, לצורך כך מועבי"ט מוסמכת לפעול בדרכים משני סוגים מרכזיים : (1) יישוב סכסוכים בדרכי שלום (2) אימוץ אמצעים כופים (למועב"ט, בניגוד לעצרת, יש את הסמכות לנקוט באמצעים כופים, פרק 7 למגילה).

\*\* למועב"ט יש גם תפקידים נוספים, לדוג': אישור תיקונים למגילה, מינוי שופטים ל ICJומתן המלצות בנוגע לקבלה, השהייה, והרחקה של מדינה חברה.

סמכויות מועב"ט מכוח פרק 6 למגילה:

ס' 34 - לחקור כל מצב/סכסוך ע"מ לקבוע אם יש בו פוטנציאל להפרת השלום והביטחון 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. לדוג': לפי פרשנות רווחת, החלטה מועב"ט 242 מ-1967 שהמליצה על עקרונות לפתרון הסכסוך בין ישראל ושכנותיה (נסיגה משטחים) הייתה במקור המלצה בלבד (לא הייתה דין משפטי מחייב). עם זאת, אין חילוקי דעות שכיום מדובר בנורמה משפטית המחייבת את הצדדים, שכן הצדדים בשלב מאוחר יותר הסכימו שהחלטה 242 תהווה הבסיס לכל מו"מ לשלום ביניהם.

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

ס' 35 - כל מדינה החברה באו"ם יכולה להפנות סכסוך או מצב לידיעת מועב"ט.

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

פרק 7 - פעולות כנגד איומים על, והפרות של השלום והביטחון הבינ"ל, וכנגד מעשי תוקפנות:

ס' 39 - כאשר מועב"ט קובעת שמתקיים איום על, או הפרה של השלום והביטחון הבינ"ל או שארע מעשה תוקפנות, היא **מוסמכת לקבל המלצות או החלטות** לפי ס' 41 ו-42 ,וזאת **כדי להשיב את השלום** או להחזיר את המצב לקדמותו. סעיפים אלו מסמכים את המועצה לקבל **החלטות מחייבות** מכוח פרק 7 ,**לרבות החלטות בדבר שימוש בכוח**. סמכויות מועב"ט מכוח פרק 7 מהוות חריג, שהוכר במגילת האו"ם לעקרון אי ההתערבות בענייהן הפנימיים של מדינות. המושג של איום על הביטחון והשלום הבינ"ל התפרש ע"י מועב"ט כמכסה קשת רחבה של מקרים כמו: (1) **סכסוכים פנימיים** ולא רק בינ"ל, לדוג': מלחמות אזרחים בלוב או בסוריה. החלטת המועצה הראשונה שניתנה בהקשר ניתנה כבר לפני זמן רב וזו החלטה 43 שקבעה שהסכסוך המזויין בין הקבוצות היהודיות והערביות בשטח שבשליטת המנדט הבריטי מהווה איום על השלום. (2) **הפרות חמורות של הדין ההומניטארי** הבינ"ל, לדוג': מועב"ט קבעה שהמצב ביוגוסלביה והמצב ברואנדה הינם הפרות של הדין ההומניטרי ולכן היוו איומים על השלום והביטחון הבינ"ל - זה היה הבסיס המשפטי להקמה על-ידי מועב"ט של בתי-דין פליליים בינלאומיים בהם נשפטו אנשים שנטלו חלק בביצוע מעשי הזוועה. (3) **תמיכה בטרור** הבינ"ל, לדוג': החלטה 1373 ,שהתקבלה בעקבות 9/11 ,קבעה כי מימון טרור בינ"ל מהווה איום על השלום והביטחון העולמי. (4) **הפצת נשק** ביולוגי, כימי וגרעיני. לעומת כל האיומים הללו, רק במקרים מעטים קבעה מועב"ט שמשהו **מהווה הפרה בפועל של השלום והביטחון** או תוקפנות. לדוג': פלישת עיראק לכווית, תקיפות של דרום אפריקה ברודזיה, פלישת צפון קוריאה לדרום קוריאה וכו'.

מהרגע שמועב"ט קבעה שהתקיימה הפרה או איום או תוקפנות כאמור לפי ס'39, היא מוסמכת: **(1)** לפי ס'40 ,**לנקוט אמצעים למניעת הסלמה** לדוג': קריאה להפסקת אש, נסיגה צבאית מטריטוריה זרה (אלו לא בהכרח אמצעים מחייבים). **(2)** לפי ס'41, **לנקוט באמצעים מחייבים שאינם מערבים שימוש בכוח** (בעיקר אמצעים כלכליים ודיפלומטיים) לדוג': מערך הסנקציות הכלכליות שנקבע כתגובה לפלישת עיראק לכווית, הקמת בתי-דין פלילים בינ"ל, האמברגו ועוד. **(3)** **להורות על שימוש בכוח** (ס'42 ,43 ,45 עוסקים בדבר אופניי השימוש בכוח).

ס' 47-46 - מדברים על **הקמה ופעולה של כוח צבאי ע"י המועצה**, שהפיקוד שלו יהיה מורכב מהרמטכ"לים של צבאות חמש המדינות הקבועות (או נציגיהן) והוא יסייע וייעץ בנוגע לנדרש לצורך הפעלת הכוח וינחה את הכוחות שיעמדו לרשות מועב"ט. אך, עקב המלחמה הקרה ואי הסכמת המעצמות, בפועל, סעיפים אלו לא יושמו כלשונם. בפרקטיקה, מועב"ט בדרך כלל פעלה, ופועלת, לא בדרך של הקמה של כוח העומד לרשות המועב"ט. במקום זאת, היא העניקה סמכות לקואליציה של מדינות להפעיל כוח, או הקימה כוחות שלום שהוסמכו לפעול, ואף להפעיל כוח, כדי להפריד בין הצדדים ללחימה.

איך יודעים אם ההחלטה היא מכוח פרק 6 או 7?

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

איזה החלטות מועב"ט הן החלטות מחייבות?

ישנם 2 עמדות: **(1)** סבורה שהתפתחה פרקטיקה על פיה כשמועב"ט מעוניינת להעביר החלטה מחייבת, היא נוהגת, ככלל, להעביר אותה כהחלטה מכוח פרק 7. לפיכך, כיום, לאור פרקטיקה זו, המועצה כבר לא יכולה להעביר החלטות מחייבות אלא מכוח פרק 7. **(2)** סבורה שמועב"ט יכולה לקבל החלטות מחייבות מפרק 6 והכול תלוי בניסוח של ההחלטה הספציפית עצמה. עמדה זו נסמכת על נוסח ס'25 למגילת האו"ם שקובע שמדינות חייבות לקבל ולציית ל-"החלטות" של מועב"ט וזאת מבלי שהסעיף יוצר אבחנה בין החלטות מכוח פרק 6 ומכוח פרק 7 .יש לציין כי בפועל לפי עמדה זו ההכרעה אם המועצה קבעה הסדר מחייב, או המלצה בלבד, צריכה להיעשות בנוגע לכל סעיף וסעיף בהחלטה מועב"ט בנפרד, על סמך נוסחו של אותו סעיף ספציפי. בדרך כלל, מילים כמו "demands" ו "decides"יובילו למסקנה שנקבע הסדר מחייב. לעומת זאת, מילים כמו"reaffirms", "underline", "calls upon", "stresses" בדרך כלל, יובילו למסקנה שמדובר בהמלצה ולא בהסדר מחייב. עם זאת, כל מקרה צריך להיבחן לגופו, לדוג': דעת הרוב ב-ICJ בעניין נמיביה קבעה שסעיף בהחלטת מועצת הביטחון שהתחיל במילים ”upon calls ”היה כן מחייב וזאת לאור המשך המשפט שהיה נחרץ ואופרטיבי באופיו.

מעמדן של החלטות מחייבות של המועצה:

החלטה מחייבת של מועב"ט היא אחת הנורמות החזקות ביותר במשב"ל ממספר סיבות:

1. כל מערכת משפט רואה את עצמה עליונה לכל מערכת משפט אחרת. לכן, **מנוקדת המבט של המשב"ל כל נורמות המשב"ל עליונות לכל הנורמות של כל משפט מדינתי**.
2. **סעיף 103 למגילת האו"ם קובע שהמדינות החברות באו"ם מתחייבות שהמחויבויות שלהן על סמך מגילת האו"ם תהיינה קודמות לכל התחייבות שלהן באמנה בינלאומית אחרת**. כיוון שכמעט כל המדינות בעולם חברות באו"ם, המשמעות היא, שכמעט אין אופציה ששתי מדינות תוכלנה לחתום על אמנה שתכלול הסדר הסותר הסדר הקבוע במגילת האו"ם, ושלהסדר שיקבע באמנה האחרת יהיה תוקף.
3. מגילת האו"ם קובעת **שהחלטות מחייבות של מועה"ב תחייבנה הן את המדינות החברות והן את מוסדות האו"ם**. כך אנחנו מגיעים למצב שבו ניראה כאלו החלטה מחייבת של מועב"ט היא הקלף הנורמטיבי הכי חזק במשב"ל. אך עד כמה חזק "הקלף" הזה? האם זה אומר שמועה"ב יכולה להחליט כל החלטה שהיא רוצה? בנוגע למענה לשאלה זו, קיימות מספר עמדות: **(1)** סבורה שמועב"ט אינו מוגבלת בשק"ד שלה. היא יכולה להחליט כל החלטה שהיא רוצה, והחלטה מחייבת שלה תהיה לכן עליונה לכל דין אחר. לטענתם של המצדדים בעמדה זו, צריך לאפשר למועצה יכולת אפקטיבית לפתור איומים על השלום ולא להגביל אותה. הם סבורים כי במועצה עצמה יש מספיק איזונים ובלמים שכן קשה להגיע להסכמה בין המעצמות. לטענתם, יש מספר סעיפים במגילה התומכים בעמדה זו. **(2)** סבורה שיש לפרש את מגילת האו"ם ככוללת מגבלות על הקיף הסמכות של המועצה. אסור למועב"ט בהיותה אורגן של האו"ם לפעול בניגוד למטרות ועקרונות האו"ם. משמע, החלטות המועצה לא יכולות לסתור מטרות ועקרונות אלו. **(3)** מבססת את טענתה שקיימות נורמות שעליונות להחלטות המועצה על בסיס אחר. סעיף 103 למגילת האו"ם עוסק רק ביחס בין הסדרים מכוח מגילת האו"ם לבין דין בינלאומי הסכמי אחר, ואין בו כל התייחסות ליחס בין הסדרים מכוח מגילת האו"ם לבין דיני משב"ל המנהגי. לכן יש שטוענים **שהחלטות המועצה לא יכולות לסתור דינים של המשב"ל המנהגי**. אבל נראה שזו גישה יותר מדי מרחיקת לכת, שכן יש הרבה מאוד נורמות משב"ל מנהגי ולכן אימוץ גישה זו עלול להגביל יתר על המידה את מועב"ט ולסקל את השאיפה של המדינות החברות באו"ם להעניק למועצה מרחב פעולה מאוד-מאוד נרחב. **(4)** סבורה שהחלטות המועצה לא יכולות לסתור רק נורמות מנהגיות מסוג יוס קוגנס.מנגד, יש הטוענים כי כל המדינות הסכימו לתת שק"ד מוחלט למועה"ב ולכן, לדידם, החלטות מחייבות של המועצה גוברות גם על יוס קוגנס. כיום, **העמדות שזוכות לתמיכה הרבה ביותר הן הראשונה והרביעית**.

**פרשת קאדי** - רקע: החלטה 1371 שהתקבלה ב-2001 אחרי 9/11 שקבעה שהטרור הוא איום על השלום והביטחון העולמי ונקבעו בה גם צעדים נגד הטרור ומימונו. ההחלטה גם קבעה כי על מועב"ט להקים וועדה, שסמכותה לקבוע רשימה של אנשים וארגונים שמעורבים בטרור, ושמרגע שאדם או ארגון נמצא ברשימה, על כל המדינות בעולם להקפיא את נכסיו, להגביל את תנועתו ועוד. בהתאם להחלטה האמורה, מועב"ט אכן הקימה וועדה, כאמור, וזו הכניסה מאות אנשים לרשימה האמורה. הבעיה שבהחלטה לא נקבע שום הליך שיאפשר לאנשים ולארגונים שמוכנסים לרשימה לבוא ולטעון טענות בפני הועדה, ולא נקבע שום מנגנון ערעור על החלטות הוועדה. נוצר מנגנון המאפשר פגיעה בזכויות אדם ללא זכות טיעון וערעור. מדינות שונות בעולם עיגנו את ההחלטה בדין המדינתי וזאת כדי לעמוד במחויבות לציית להחלטות המועצה. דין מדינתי זה קבע שמרגע שאדם או ארגון הוכנס לרשימה מוקפאים נכסיו הנמצאים באותה מדינה בדינים מדינתיים אלו לא נקבע מנגנון ערעור. גם באירופה אומץ חיקוק מקומי שמיישם את החלטה 1373 ,אך שם לא היה מדובר בחיקוק מדינתי. חלף לכך, מכיוון שבאירופה, התחומים הרלוונטיים כבר לא מנוהלים על ידי המדינות אלא על ידי האיחוד האירופי, הייתה זו נציבות האיחוד שהתקינה חיקוק של האיחוד האירופי שיישמה את החלטת מועב"ט 1373 ,נורמה זו החילה באירופה את הרשימה שנקבעה על-ידי הוועדה של האו"ם וחייבה, בין השאר, את כל המדינות החברות באיחוד האירופי להקפיא את הנכסים הנמצאים בשטחם של אנשים הנמצאים ברשימה.

ההליך המקדמי: קאדי הוכנס לרשימה על-ידי הוועדה של מועב"ט, ובעקבות כך הוקפאו נכסים שלו במדינות החברות באיחוד האירופי. קאדי טוען שהוא הוכנס לרשימה בטעות, לכן הוא עותר לבית הדין של האיחוד האירופי בטענה שהחלטת מועב"ט 1373 והחיקוק האירופאי שמיישם אותה נוגדים זכויות האדם, שמעוגנות באמנות היסודיות של האיחוד האירופי. לטענתו אסור לאיחוד האירופי ליישם את ההחלטה 1373. ולפיכך, החיקוק של האיחוד האירופי שיישם החלטה זו בטל. נציבות האיחוד האירופי באה וטענה בתגובה שגם אם אכן יש סתירה בין הקבוע באמנות יסודיות של האיחוד האירופי, לבין החלטת מועב"ט הרי שהקבוע בהחלטת מועב"ט גובר, שכן החלטות מחייבות של מועב"ט עליונות לכל נורמה אחרת במשב"ל. בשלב הראשון, בהליך מקדמי, ניתנה החלטה אשר דחתה הן עמדת קאדי והן עמדת הנציבות, ואימצה העמדה לפיה **שהחלטות מועב"ט כפופות לנורמות יוס קוגנס**. אך, מבחינת התוצאה, החלטה זו סברה שיש לדחות את בקשת קאדי, שכן לא כל זכויות האדם הן יוס קוגנס איסור עבדות, רצח עם, אפרטהייד, עינויים הם יוס קוגנס, לעומת זאת, האיסור על פגיעה בקניין שלא בהליך ראוי אינו יוס קוגנס.

הכרעת בית הדין האיחוד האירופי: בית הדין קבע **שהדין של האיחוד האירופי, כלל אינו דין בינלאומי, אלא דין של מערכת המשפט החלה במרחב של מדינות האיחוד**, מעין דין מדינתי.לכן, **הוא עליון לכל דין הבינלאומי.** עם זאת**,** צריכה להית חשיבות לעמידה באמנת האו"ם. לכן, על המדינות ועלינו כשופטים **לעשות הכול כדי לפרש את הדין האירופי כך שהוא לא יסתור את החלטות מועה"ב**. נהיה אפילו מוכנים לפרש נורמות של האיחוד, בניגוד לפסיקות קודמות שלנו, ובניגוד לפרשנות שניתנו להן בהקשרים אחרים, כדי לעמוד בדרישות ההחלטות. אך יש גבול, **השאיפה למנוע סתירה עם החלטות מועבי"ט אינה יכולה להוביל למצב שבו יפגעו זכויות אדם** בסיסיות (כגון הזכות להליך הוגן). ברמה הפרקטית, ביה"ד שולח את מועבי"ט לעשות תיקוניםלהחלטה שתאפשר מנגנון ערעור, ואומר למועב"ט שאם תיקונים כאלו יקרו, אזי הוא יהיה מוכן להיות גמיש, ולקבוע שהמנגנון המתוקן אינו נוגד דיני האיחוד **האירופי.**

במציאות:עקב כוחן של מדינות האיחוד מתקבלות **החלטות מועבי"ט המתקנות את החלטות מועבי"ט 1373** , ולאחר פינג-פונג וסדרת הליכי המשך בפני בית הדין של האיחוד, בסופו של דבר, במידה רבה, **ניתן אור ירוק על ידי בית הדין של האיחוד להסדר המתוקן**.

פסק הדין של האיחוד האירופי בעניין קאדי מפיל את כולם מהכיסא, כיוון שבפסיקותיו הראשונות של בית הדין של האיחוד האירופי, פסק בית הדין **שהנורמות של האיחוד האירופי גוברות על הנורמות המדינתיות**, **כי נורמות האיחוד האירופי הן נורמות של המשב"ל, והמשב"ל עליון ביחס למשפט המדינתי.** פתאום, בא בית הדין וקובע שהוא רואה את משפט איחוד אירופה כמערכת - נורמטיבית נפרדת מהמשפט הבינלאומי.

אם אנחנו לא מאמצים את קביעת בית הדין לפיה מדובר במערכות משפט שונות, אז המסקנה המתבקשת היא - שההכרעה בפס"ד קאדי היא בעצם **ביטוי קיצון לתופעת הפרגמנטציה** - יש לנו גורמים שונים של המשב"ל ולא ברור הנורמות של איזה גורם גוברות בסתירה. אם מאמצים את עמדת בית הדין לפיה **משפט האיחוד האירופי אינו חלק מהמשב"ל** אלא מערכת משפט נפרדת, אז שאר רכיבי פס"ד אינם כה מפתיעים כי שאר הצעדים שנוקט בהם פס"ד הם בעצם ביטוי לנקודה שאוזכרה מקודם, והיא שמערכות משפט תמיד טוענות לעליונות ביחס לכל מערכות המשפט האחרות. כששתי מערכות משפט טוענות שלהן הסמכות להסדיר את ההתנהגות של אותה קבוצת אנשים, נוצר חיכוך בניהם. לעיתים, חיכוך זה מוביל לעימות, שבו כל מערכת טוענת שמכיוון שהנורמות שלה עליונות לנורמות של המערכת האחר - רק הנורמות שלה מחייבות (ולנורמות של המערכת השנייה אין כל תוקף). אבל, במקרים רבים יש לשתי המערכות אינטרס שלא להגיע לעימות. במקרים שכאלו, כל אחת מהמערכות ממשיכה להצהיר שהנורמות שלה עליונות לאלו של המערכת השנייה. אבל ברמה הפרקטית, כל מערכת מייצרת הסדרים, שמחד, מעניקים מידה מסוימת של מעמד לנורמות של המערכת האחרת, ומאידך, מסמנים למערכת האחרת הקווים האדומים, שמעבר להן היא כבר לא תוכל לכבד את הנורמות של האחרת. זה מה שמנסה ה- ICJ ליצור כאן ביחסים בין משפט איחוד אירופה לבין המשב"ל, וזה מה, שאכן, קרה בפועל.

פרשת קאדי - סיכום:

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

יישוב סכסוכים בדרכי שלום:

ס'1 (לאמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום) - קובע כי "כדי למנוע ככל האפשר חזרה על כוח ביחסים שבין המדינות, מסכימות המעצמות המתקשרות **להשתמש במיטב מאמציהם להבטחת יישובם של חילוקי דעות בינלאומיים בדרכי שלום"**. באופן דומה ס' 2(3) לאמנת האו"ם קובע כך: "כל חברי הארגון יהיו מיישבים את סכסוכיהם הבינלאומיים בדרכי שלום, באופן שהשלום והביטחון הבינלאומיים והצדק לא יבואו לידי סכנה."

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

האיסור על שימוש בכוח מהווה ללא כל ספק גם **דין מנהגי**. לגבי החובה פוזיטיבית ליישב סכסוכים בדרכי שלום, גם הוא ככל הנראה מהווה **דין מנהגי**. אבל, כפי שמסביר יובל שני במאמר, יש לגביה ויכוח פרשני: "לא ברור אם הסעיף מחייב את המדינות **לנקוט בצעדים מעשיים** על מנת ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים, או שמא הוא מסתפק בדרישה כי כאשר מדינות מחליטות לפעול במטרה ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים הן תעשנה זאת **באופן המתיישב עם עקרונות יסוד של ארגון האו"ם** (שמירה על השלום, הביטחון, והצדק הבינלאומיים)". נוסח הסעיפים תומך בחלופה הראשונה. לעומת זאת, ההתנהגות של המדינות בפועל היא הרבה פעמים בהתאם לחלופה השנייה דווקא.

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

מה המנגנונים הקיימים במשב"ל ליישוב סכסוכים בדרכי שלום?

ס' 33 למגילת האו"ם - קובע: " 1. בעלי סכסוך, שהמשכתו עלולה לסכן את קיום השלום והביטחון הבינלאומיים, חייבים, קודם כל, לבקש פתרון בדרך משא־ומתן, חקירה-ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית-דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים, או שאר דרכי-שלום, כטוב בעיניהם. 2. מועצת הביטחון תתבע את בעלי הסכסוך ליישב את סכסוכם בדרכים אלה, כל אימת שתראה צורך בכך". חשיבות הסעיף: **(1)** מפרט את **רשימת המנגנונים המרכזיים** הקיימים במשב"ל לישוב סכסוכים בדרכי שלום (לדוג': מו"מ, חקירה, פישור ועוד..). **(2)** הבהרה כי **הרשימה לא סגורה** וישם מנגנונים נוספים במשב"ל לפתרון סכסוכים בדרכי שלום (לדוג': מנגנוני אכיפת ציות). **(3)** מציין את **מועצת הביטחון** כמנגנון ליישוב סכסוכים. **(4)** מבהיר שלמדינות יש **חופש מוחלט לבחור לעצמן את מנגנון ישוב הסכסוכים** שהן רוצות, אלא אם מועצת הביטחון בהורתה אחרת בהחלטה מחייבת. כמובן, שכלל חופש הבחירה האמור הוא דיספוזיטיבי. משמע, מדינות יכולות להסכים באמנה להגביל את עצמן בהקשרה של אותה אמנה למנגנון ישוב סכסוכים מסוים. בדרך כלל הסכמה כזו נעשית בנוגע לנושאים מסוימים. אבל, מדינות יכולות לכרות אמנה לפיה כל סכסוך ביניהם ייושב על ידי מנגנוני ישוב סכסוכים מסוימים.

מנגנונים דיפלומטיים ושיפוטיים: ניתן לחלק את המנגנונים לישוב סכסוכים ל2 סוגים:

1. מנגנונים דיפלומטים - כל עוד המדינות המעורבות בסכסוך לא מאמצות את המסקנות של הגורם שעוסק בישוב הסכסוך- התוצאה של ההליך היא **לא קביעה מחייבת** מבחינה משפטית .
2. מנגנונים שיפוטיים - החלטה של מנגנונים שיפוטיים היא **מחייבת** משפטית במשב"ל.

סוגי מנגנונים דיפלומטיים:

1. מחאה דיפלומטית - לדוג': זימון השגריר.
2. צעדי נגד - אמצעי מקובל מאוד, לדוג': הקפאת היחסים הביטחוניים, הכלכליים וכו'.
3. משא ומתן - אם אמנה קובעת יש לקיים מו"מ לפני שפונים למנגנון אחר, הפרשנות במשב"ל היא שלא מדובר בנטל כבד. די בכך שאחד הצדדים הראה שהוא ניסה ליזום פניה למו"מ. אם זאת, צריך שמהפניה יהיה ברור שאכן מדובר בהצעה לקיים מו"מ. גם כי למדינה יש את השיקול הדעת לקבוע באופן חד-צדדי מתי מוצה הניסיון לקיים מו"מ.
4. תיווך - משא ומתן בינ"ל שבו קיים צד שלישי שמנסה להוביל את הצדדים לסכסוך להסכם. לדוג': התיווך האמריקאי בין ישראל לתורכיה בעקבות פרשת המרמרה.
5. פישור - conciliation. הליך שבו הצד השלישי לא רק מתווך אלא שומע את הצדדים ומציע להם הצעה לפתרון הסכסוך. בפישור, בשונה מבוררות בינ"ל, **ההצעה של הצד השלישי לא מחייבת את הצדדים.** במשב"ל בוררות נחשבת לסוג של הליך שיפוטי.
6. חקירה - inquiry. מנגנון שנועד להכריע **כאשר המחלוקת הינה עובדתית**, בפועל כיום יש ועדות חקירה משפטיות, לדוג': וועדת פלמר שמונתה בהסכמת טורקיה וישראל להכריע בשאלת הפרה של המשב"ל ע"י הצדדים בפרשת המרמרה.
7. מנגנונים אזוריים/ ארגונים בינ"ל- ס'33 מתייחס לארגונים אזוריים אך בפועל גם ארגונים בינלאומיים שמטרתם **לייצר הליכים** שבהם המדינות החברות בארגון יפתרו סכסוכים ביניהן בדרכי שלום. הצעותיהם הם **בגדר המלצה**. לדוג': ארגון מדינות אמריקה, הליגה הערבית, נאט"ו, ארגון מדינות אפריקה האיחוד האירופי הוא שמוביל לפתרונם של חלק גדול מהסכסוכים באירופה.
8. מועצת הביטחון ומנגנוני האו"ם - לאו"ם יש גופים רבים שמשקיעים מאמץ בפתרון סכסוכים. למשל, **כאשר מועבי"ט נותנת החלטה לא מחייבת היא פועלת כמנגנון דיפלומטי**. לגבי מצב בו המועצה נותנת החלטה מחייבת: לכאורה הדבר הופך את המועצה למנגנון שיפוטי, והרי כפי שהסברנו מה שמבחין בין מנגנונים דיפלומטים ומנגנונים שיפוטיים הוא שהחלטות של מנגנונים דיפלומטיים לא מחייבות (כל עוד הצדדים לא מאמצים אותם), ואילו החלטות של מנגנונים שיפוטיים כן מחייבות. עם זאת, מכיוון שההליך בפני המועצה כל כך שונה מאיך שאנחנו מדמיינים הליך שיפוטי. ד"ר בורר ממשיך לסווג את המועצה גם במקרה שכזה כמנגנון דיפלומטי. \*\* אם נתבקש לסווג את המנגנונים המרכזיים לישוב סכסוכים למנגנונים דיפלומטיים ולמנגנונים שיפוטיים, **יש לסווג את המועצה כמנגנון דיפלומט**י, ולהסביר מהו הקושי שקיים בסיווג זה כאשר המועצה נותנת החלטה מחייבת.

מנגנונים שיפוטיים לישוב סכסוכים:

1. בוררות - לאחר שהבורר שמע את הצדדים הוא מכריע, **הכרעתו מחייבת** (בשונה מבוררות פנים- מדינתית). לדוג': אריתריאה ואתיופיה הסכימו על וועדת בוררות שתכריע ביניהן.
2. ביה"ד הבינלאומי לצדק שיושב בהאג - ICJ.
3. טריבונלים נוספים: חלקם מוקמים אד הוק, חלקם אמונים על הכרעה בסכסוכים שנוגעים למדינות שחברות באמנה ספציפית, לדוג': כמו ה- WTO , בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים, בין הדין של האיחוד האירופי, ועוד..

הבסיס להליך שיפוטי - הסכמה המדינה:

1. הסכמה אד הוק - שתי מדינות **מסכימות להביא את עניינן בפני הליך שיפוטי**, **נקודתית לאותו עניין**. לדוג' 1: מדינת ישראל ומצריים החליטו בזמנו להביא את אי ההסכמה ביניהם בנוגע למקומו של הגבול באזור טאבה להכרעה בבוררות בינלאומית ישראל הפסידה וטאבה עברה למצרים. יש מקרים בהם מדינות מסכימות אד הוק להפנות סכסוך מסוים ל- ICJ, לדוג' 2: הסכסוך בין קטאר ובחריין עליו דיברנו בתחילת השנה.
2. אמנה בילטרלית או מולטי לטראלית - יש **אמנות שונות הקובעות מה מנגנון יישוב הסכסוכים שיחול** אם יצוצו בין המדינות החברות סכסוכים הנוגעים לאמנה. חלק מהאמנות הללו קובעות שהמנגנון האמור יהיה מנגנון שיפוטי, לדוג' 1: ה- WTO , בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים, בין הדין של האיחוד האירופי. דוג' 2: האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין איראן לארה"ב קבעה שהמדינות הללו יכולות להגיש תביעה ל- ICJ בנוגע לסכסוכים ביניהן.
3. הסכמה כללית - קיימים מקרים בהם קבוצה של מדינות מסכימה ביניהן על **אמנה** **שקובעת שכל סכסוך ביניהן ייושב על ידי מנגנוני ישוב סכסוכים מסוימים**. שלוש דוגמאות: (1) אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה. (2) אמנה כזו בין חלק מהמדינות באמריקות. (3) סעיף 36(2) לחוקת ה- ICJ . בכל אחת משלושת הדוגמאות הללו, האמנה קובעת כי תחת תנאים יכול כל סכסוך ביניהם להגיע למנגנון שיפוטי (המצוין באמנה).

\*\* ס'36 לחוקת ה ICJ - הסעיף האמור מאפשר למדינה **להפקיד בידי ה-ICJ הצהרה לפי המדינה המצהירה מוכנה לכך שכל מדינה אחרת בעולם שגם הפקידה הצהרה כאמור, תוכל להגיש נגדה תביעה ב- ICJ בנוגע לסכסוך מכל סוג שהוא**. בפועל 74 מדינות בעולם הפקידו הצהרה שכזו. אם כי חלקן כללו בהצהרה הסתייגויות מסוימת המצמצמות את אפשרויות התביעה. יש לציין כי **מדינה יכולה להסתמך לא רק על ההסתייגויות שקיימות בהצהרה שלה**, בנוסף **המדינה הנתבעת לפי ס' 36 (2) יכולה להסתמך על סייגים המצויים בהכרזה של המדינה התובעת.**  מ- 1956 ועד שנות 1985 ישראל הייתה אחת מהמדינות שהפקידה הצהרה כזו, ב- ICJ, אך בשנות ב- 1985, בעקבות ארה"ב, גם ישראל מבטלת את ההצהרה שלה.

אינטרס המדינה להסכים להליך השיפוט:

1. מדינות **שבטוחות בצדקתן** ורוצות להוכיח זאת.
2. סכסוך נקודתי שבו **עלות עצם התמשכות הסכסוך עולה על מחיר ההפסד**.
3. **אידיאולוגיה** בה מחזיקות מדינות מסוימות הרואות בנושאים מסוימים ככאלה **שיש לברר בפורום שיפוטי ולא פוליטי**.
4. מדינות הן **שחקניות חוזרות.** לפעמים למדינות יהיה **אינטרס לקבוע מנגנון שיפוטי קבוע** כי כך גם אם יפסידו מדי פעם, לא יאבדו את מערכת היחסים. בטווח הארוך כל המדינות ירוויחו.
5. SIGNALING: **איתות** **על מחויבות רבה לנורמות הקבועות באמנה**.
6. לפעמים מדינות לא חושבות עד הסוף לפני שהן נותנות את ההסכמה לאמנות המסדירות יישוב סכסוכים בדרך של מנגנון שיפוטי, לדוג': ארה"ב.

ארה"ב וה-ICJ : מקרה בו מדינה נתנה את הסכמתה להכפפתה למנגנון שיפוטי מבלי לחשוב עד הסוף על ההשלכות. לאחר מלחמת העולם השנייה, ארה"ב חתמת על המון אמנות שקובעות שאם יהיה סכסוך הוא יוכרע על ידי הICJ, לרבות על הפקדה של ההצהרה לפי סעיף 36 (2) לחוקת ה ICJ. היא רוצה לעודד מדינות אחרות לנקוט באותה דרך כדי להקטין את הפוטנציאל שסכסוכים ידרדרו לכדי עימות מזויין. אך פסק הדין שעצבן את ארה"ב במיוחד הוא פסק הדין בעניין ניקרגואה. רגע לאחר שארה"ב משכה את ההצהרה שלה שניתן לתבוע אותה ב ICJ. ישראל עשתה את אותו הדבר. האמריקאים קלטו שהם מדינה "קולטת ברק", שמחפשים אותם, ולכן הם החלו לבטל את ההתחייבות שלהם גם באמנות אחרות לפיהם היא הסכימה לדון במנגנון ישוב הסכסוכים של ה ICJ, ומושכת את הצהרתה לפי ס'36(2). זאת, למעט שלושה סוגי אמנות: **(1)** אמנת רצח העם: לא ניתן לבטל את המחויבות לישוב סכסוכים שנוגעים לרצח עם מבלי לבטל את החתימה על האמנה. **(2)** אמנות שלא ברור אם האמריקאים פספסו, או שהם לא באמת חשבו שיהיה נזק אם יישארו - לדוג': האמנה בדבר אמנות קונסולריות. בפרשת לה-גראנד ב-2000 גרמניה פנתה ל ICJ וטענה כי ארה"ב הפרה את האמנה הקונסולרית, ע"י כך שנשפטו שני גרמנים בארה"ב ונידנו למוות ללא שאפשרו להם להיפגש עם קונסול גרמניה. ארצות הברית מפסידה ורק בעקבות ההפסד הזה היא פורשת מהאמנה. עם זאת, גם לאחר הפרישה מגיע עוד הליך דומה כנגד ארה"ב, הפעם בנוגע לעצירים מקסיקנים, שכן המקרה קרה לפני הפרישה. ארצות הברית שוב מפסידה. הממשל הפדראלי רוצה ליישם את הפסיקה של ה ICJ אבל ה STATES לא. הסכסוך בין הממשל הפדראלי ל STATES מגיע לבית-המשפט העליון האמריקאי שבגדול קובע שפסיקות של ה ICJ לא מחייבות אותו. **(3)** אמנות שלא יהיה חכם לארה"ב לבטל: לדוג': האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין אירן לארה"ב. אמנה בין ארה"ב לאירן שנחתמה עם בימי השואה, שכולל חובה לפנות ל ICJ במקרה של סכסוך. כיוון שאמנות תקפות גם לאחר שמתחלף שלטון האמנה עדין תקפה, הרי שמהפכה לא ביטלה את האמנה. עם זאת, לאור חילופי השלטון, נוצר מצב בו ארה"ב לא יכולה לנהל מו"מ עם אירן לשינוי האמנה. לכן, ארה"ב הייתה צריכה להחליט אם להשאיר את המצב הקיים או לנסות לבטל את כל האמנה. ממשל טראמפ החליט לבטל את האמנה.

בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג: ה-ICJ

ה-ICJ הוקם בחוקת האו"ם. עם זאת, בפועל מדובר במוסד וותיק יותר שנקרא בעבר ה-PCIJ. ה- **ICJ רשאי לפסוק רק בסכסוכים בין מדינות**, **ורק בתנאי שהמדינות הסכימו לקיום הליך בפניו**. מבחינה פורמאלית פס"ד של ה ICJמחייב רק את המדינות שהיו צד לאותו הליך משפטי, שכן לא קיים עקרון תקדים מחייב במשב"ל. עם זאת, עקב מעמדו, בפועל, לפרשנות שלו למשב"ל נותנים משקל רב. מדינות יכולות להגיע ל-ICJ בשלוש וחצי דרכים:

א. **הסכמה אד-הוק** שהסכסוך הספציפי יתקיים ב-ICJ.

ב. **אמנה** קובעת שסכסוכים שנוגעים אליה יתנהלו ב-ICJ. למשל, האמנה על רצח עם.

ג. **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.** לדוג': ישראל שלחה את השופט גויטין לשבת בהרכב ששפט בסכסוך שבו הייתה מעורבת בשנות ה-60. מלבד פסקי-דין ל ICJיש סמכות לתת חוות-דעת משפטיות, וזאת כאשר העצרת הכללית של האו"ם פונה לבית הדין ומבקשת ממנו חוות דעת כאמור. חוות דעת של הICJ הן בגדר המלצה. עם זאת, מיוחסת חשיבות רבה לפרשנות שנותן ביה"ד לדין הבינלאומי.

בתי דין בינלאומיים נוספים

חשוב לזכור שה- ICJ הוא לא הטריבונל הבינלאומי היחיד שקיים, יש בתי דין רבים נוספים. יתירה מכך, עם הזמן **מוקמים יותר ויותר בתי דין בינלאומיים בהם יש אף זכות עמידה לפרטים**. נזכיר, במשפט - הבינלאומי הקלאסי רק מדינה הייתה יכולה להיות בסכסוך עם מדינה אחרת, אזרח של מדינה שנפגע על ידי מדינה אחרת היה צריך לשכנע את המדינה שלו לאמץ את הסכסוך שלו, ולה היה שק"ד להחליט אם לעשות זאת. זו עדיין ההשקפה הרווחת במרבית המשב"ל, וזו אף עדיין ההשקפה הרווחת בהקשרם של בתי דין בינלאומיים רבים, כדוגמת ה- ICJ . עם זאת, בעשורים האחרונים, מוקמים יותר ויותר טריבונאלים בינלאומיים בהם אנשים יכולים באופן עצמאי לנהל הליך מול מדינה, לדוג': בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין של האיחוד האירופי, יש עוד המון טריבונאלים (רובם אם לא כולם, חוץ מה- ICJ) **ספציפיים** במובן שהם **עוסקים לא בכל תחומי המשב"ל, אלא בתחום מסוים כמו זכויות אדם,** משפט כלכלי, דיני ים, משפט פלילי בינלאומי ועוד.

את בתי הדין הללו **ניתן למיין לגלובליים מול אזוריים**. דוג' לבית דין גלובאלי : ITLOS בית דין שעוסק בסכסוכים בין מדינות החברות באמנת הים, בנוגע לטענות להפרות של אותה אמנה, ללא קשר להיכן בגלובוס בוצעה ההפרה). דוגמאות לבתי דין אזוריים: בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין של האיחוד האירופי, את ביה"ד האמריקאי לזכויות אדם, ועוד.

מגמות הגלובליזציה והממשקים הרבים שיש היום בעולם מוביליםאת בתי הדין **לתפקידים נוספים** **מלבד מניעת מלחמות**: הסדרה בינלאומית, קידום שת"פ, רגולציה, קביעת פרמטרים להתנהגות ראויה של מדינות וכו'. מנגד, לאחרונה מדינות שונות יוצאות במתקפות כנגד המשפטיזציה בזירה הבינלאומית. סין מסרבת להתייצב בהליכים בפני בית הדין לדיני הים בהקשר של הסכסוך שלה עם מדינות שונות על איים באוקיינוס השקט, ארה"ב תחת טרמפ יוצאת במתקפה כנגד ה- ICJ , וכן הובילה את ערכאת הערעור של ה- WTO לשיתוק (בכך שחסמה מינוי שופטים).

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 האימות המזויין (Jus In Bellum) - מסדירים **את ההתנהגות במהלך המלחמה**/עימות מזויין. איך כוחות צריכים לנהוג אחד כלפי השני ואיך צדדים צריכים לנהוג כלפי אוכלוסייה אזרחית.

הנחת היסוד של תחומים אלה שונה. ה JAB יש 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**. בעבר הדין אפשר לצד מותקף להתנער מJIB ולהילחם ללא מגבלות. הבעיה היא כי כל צד מניח שהוא צודק, כלל כזה יגרום לכך ששני הצדדים לא יישמו את דיני ה JIB ולכן הוא חל על שני הצדדים.

**דיני השימוש בכוח JAB:**

התפתחות דיני השימוש בכוח:

דיני ה JAB התפתחו בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה. לכן, כדי להבין אותם, יש לראות מה היה קיים לפני. בין מלחמות העולם יש מאבק בין 2 גישות: **(1)** מדינות יכולות לצאת למלחמה מתי שבא להן - יש מדינות שפועלות בהתאם לגישה זו, לדוג': גרמניה. **(2)** מלחמה היא בהגדרה הפרה של המשב"ל - יש חובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום. מתוך השקפה זו נחתמות סדרת אמנות האוסרות על מלחמה כאשר החשובה ביותר היא אמנת קלוג - בראינט. במשפטים שנערכים אחרי מלחמת העולם השנייה קובעים בתי הדין בטוקיו ונירנברג כי ההשקפה השנייה היא ההשקפה הנכונה של הדין, קיים איסור מנהגי מוחלט על יציאה למלחמה. הדין אסר על מלחמה ופתיחה בה היא מעשה לא חוקי שמטילה אחריות על המדינה - **מעשה תוקפנות**. עוד הם קובעים כי ניתן להטיל על מעשה זה אחריות אישית פלילית על בני האדם (רמטכ"ל, שר ביטחון) ולא על המדינה בלבד. במקרה של הטלה על אדם יקרה המעשה **פשע תוקפנות**.

יש פה 2 גישות קצה בעייתיות. לעיתים מדינה צריכה לצאת למלחמה. עם זאת, לא נרצה לאפשר יציאה תמידית למלחמות. לכן מצד אחד בעלות הברית מצהירות כי הדין אסר על יציאה למלחמות. עם זאת, **בהקמת האו"ם משתנה הדין** **ונקבע דין מאוזן שככלל אוסר לצאת למלחמה אך מתיר לכך 2 חריגים**. גם היום יציאה למלחמה בניגוד ל JAB מהווה הפרה של המשב"ל מסוג מעשה תוקפנות. ואף יהיה ניתן להטיל אחריות על אדם על יציאה למלחמה ויטילו אחריות בגין פשע תוקפנות. עם זאת, דיני ה JAB השתנו והשינוי קורה באמנת האו"ם.

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**.

אמנת האו"ם מתחילה באיסור, הכלל הוא כי **אסור לעשות שימוש בכוח** כנגד העצמאות הטריטוריאלית, ריבונית של המדינה או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו"ם. **הכלל של איסור שימוש בכוח הוא Jus Cogens**. בהמשך, קובעת האמנה 2 חריגים: (1) ניתן להשתמש בכוח אם ניתנה הוראה או הסכמה ממועצת הביטחון. (2) ניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית.

מהו שימוש בכוח?

ככלל, שימוש בכוח הוא **הפעלת כוח פיזי צבאי**. ס'2(4) למגילת האו"ם קובע שעל המדינות החברות באו"ם להימנע מהאיום או השימוש בכוח נגד העצמאות הטריטוריאלית או הריבונות של מדינה, או בכל אופן אחר שלא מתיישב עם מטרות האו"ם. עם זאת, הפרת גבול של מדינה ע"י כוח צבאי קרקעי וסיוע למורדים בתנאים מסוימים נחשב שימוש בכוח. סנקציות כלכליות/פוליטיות אינם מהוות שימוש בכוח.

\*\* התקפה חמושה: כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. לדוג': סיוע למורדים יכול להיות שימוש בכוח אך לא יהווה התקפה חמושה.

האם מתקפת סייבר מהווה שימוש בכוח? לדוג': חברה אמריקאית מוציאה סרט שמעצבן את קים ג'ונג און. בתגובה פורצים האקרים אל מאגרי המיילים של אותה חברה ומפרסמים אותם לציבור באופן שמביך אותה. נשיא ארה"ב מודיע כי המעשה של צפון קוריאה מהווה "מעשה מלחמה" - שימוש בכוח מצד צפון קוריאה כלפי ארה"ב. האומנם?

**תקיפת סייבר שגורמת להפעלת כוח קינטי** (כוח פיזי) **ישיר בעל פוטנציאל הרג - מהווה שימוש בכוח בוודאות.** לדוג': אם היו פורצים למחשבים של סכר אסואן וגורמים לשחרור המים (שיגרמו למותם של מיליונים) - היו עושים שימוש בכוח. תקיפות של מערכות מחשוב של המדינה (בנקים, בתי חולים, חברות חשמל) כנראה לא נחשבות לשימוש בכוח. קל וחומר שפריצות למיילים של חברה פרטית לא נכללת בכך. הדעות חלוקות - נדרש שחרור כוח קינטי במתקפת הסייבר.

איום שימוש בכוח:

לפי ס'2(4) גם איום להשתמש בכוח (באופן לא חוקי) מהווה הפרה כללית של הJAB. איום להשתמש בכוח חוקי, מתי שמותר להשתמש, זה לא איום לא חוקי בכוח. **איום בכוח הוא לא חוקי אם הכוח שמאיימים לבצע הוא לא חוקי**. זה נקבע בחוות הדעת של ה ICJ בנוגע לחוקיות הנשק הגרעיני. חוות הדעת על שימוש בנשק גרעיני. מדינות פונות ל ICJ ומבקשות חוות דעת בנוגע לשימוש בנשק גרעיני. ICJ קבע שיש מקרים שנשק גרעיני הוא חוקי: **(1)** פצצות גרעיניות טקטיות (פצצות גרעיניות קטנות שאפשר להשתמש בהם בשדה הקרב). **(2)** מקרה שהדבר נדרש להצלת המדינה אם יש איום על קיומה. המתנגדים טענו כי עצם ההחזקה של הנשק הגרעיני אינו חוקי שכן הוא מהווה איום שימוש בכוח. ה ICJ אמר שמותר להחזיק נשק זה בנסיבות מסוימות. אנו לומדים כי איום בשימוש בכוח יכול להיות במעשים, לדוג': מדינה מרכזת 120,000 חיילים ליד גבול מדינה אחרת. יש פה אקט שמראה על איום שימוש בכוח.

איך יודעים אם משהו מהווה איום? מנגד, לא כל התגרות תחשב לאיום בשימוש בכוח. ישנם התגרויות מסוימות שיכולות להיות הפרה של החובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום, גם אם אינן "איום".

מתי מותר להשתמש בכוח?

אמנת האום מתירה שימוש בכוח ב2 מצבים:

1. מנגנון הביטחון הקולקטיבי (פרק 7 למגילה) - כאשר ניסחו את אמנת האו"ם השאיפה הייתה שמנגנון הביטחון הקולקטיבי יהיה דרך המלך. **מועצת הביטחון יכולה** **להתיר הפעלת כוח** בשני שלבים: (1) פרק 7 ס'39 - כדי להיכנס לפרק 7 צריך כי מועב"ט תקבע שמתקיים איום על השלום העולמי או מעשה תוקפנות. (2) פרק 7 ס'41-42 - מהרגע שמצב זה הוכרז אפשר להשתמש באמצעים שאין בהם שימוש בכוח או באמצעים כוחניים. ההנחה היא כי ההנחיה לעשות שימוש בכוח היא רק כמוצא אחרון, אם האמצעים האחרים אינם מספקים. עם זאת, כל זה יכול לקרות בהחלטה אחת. לדוג': יש איום על השלום ותוקפנות ואז המועצה מורה על הצעדים בהם היא מרשה להשתמש.

לפי הרעיון המקורי היה אמור לקום כוח צבאי בפיקוד האו"ם, בפועל מועצת הביטחון מסמיכה מדינות מסוימות לפעול תחת האו"ם או לחילופין מסכימה מדינות לפעול לא תחת האו"ם. דרך זו לא הפכה להיות הדרך המרכזית.

ב45' עד 85' מועצת הביטחון החליטה על שליחת כוח צבאי פעם אחת, במלחמת קוריאה, כי רוסיה החרימה את דיוני מועצת הביטחון. המנגנון מתחיל לעבוד יותר טוב בשנות ה90', עידן האופטימיות. מדינות משתפות פעולה ומנסות למנוע אירועים של איום על השלום. יחד עם זאת, לא רק שניתנות החלטות שמאפשרות שימוש בכוח, מתוך חשש לא לחזור למצב הקודם מתפתחת תמיכה בגישה משפטית שמאפשרת **פרשנות מתירנית של החלטות מועצת הביטחון**. לדוג': במתקפת נטו בקוסובו, מדינות המערב הולכות למועצת הביטחון ולא מצליחות להעביר החלטה שמאפשרת שימוש בכוח בשל הטלת וטו מרוסיה. המדינות יוצאות למלחמה בכל זאת ומשתלטות על קוסובו. רוסיה לא יכולה למנוע את המלחמה ומסכימה להעביר החלטת מועצת ביטחון בדיעבד שמכשירה את פעילות מדינות נטו. זוהי פרשנות מתירנית כי יש אישור בדיעבד. עם הזמן יורדת התמיכה בגישה המתירנית ועולה תמיכה **בגישה מצמצמת** שאומרת שכדי שמעשה יחשב שימוש בכוח חוקי על סמך המנגנון הקולקטיבי צריך שהרשות להשתמש בכוח תינתן בהחלט מועצת הביטחון מראש ומפורש. לדוג': במלחמת האזרחים בסוריה בשיא השתתפו כ1,000 ארגונים. אסד מחליט להפגיז נשק כימי כנגד המורדים, אובמה רואה בזה קו אדום ומנסה לגייס בנות ברית ולהוציא תקיפה בסוריה. ממשלת אנגליה רוצה לעזור אך יש מרד מטעם חברי הפרלמנט של ממשלת אנגליה.

מבחינה היסטורית תהיה תמיכה בגישה אחת, ואז המטוטלת תזוז תמיכה בגישה אחרת. אף פעם אין קונצנזוס. הסיבה - כל אחת מהגישות מובילה לפתרון רע. כל פעם שיש לגישה השלכות בעייתיות עוברים לגישה הנגדית וככה עובדת המטוטלת.

1. חריג ההגנה העצמית - ס'51 לאמנת האו"ם אומר "כל האמור בנוגע לאיסור על שימוש בכוח, אין בו כדי לפגוע בזכותה האינהרנטית של **מדינה** **לפעול בהגנה עצמית נגד 'מתקפה חמושה'** כלפיה או כלפי בת בריתה, עד להתערבות מועב"ט". יש 2 עמדות: **(1)** דיי בכדור אחד שכדי שתתקיים התקפה חמושה - אם עושים דרישת עוצמה אין מספיק כלים למדינה המותקפת, לדוג': לסין והודו יש סכסוך על הגבול בהימליה. כדי שלא כל עימות בין החיילים בגבול יוביל למלחמה נקבע כי לפטרולים שם אסור להחזיק נשם חם. הסינים בנו יחידה שלמה שכל חייליה הם מומחי אומנות לחימה והם הורגים במכות חיילים הודים. מכאן נראה כי מבחן העוצמה הוא בעייתי. עם זאת, העמדה הרווחת דורשת מבחן עוצמה כדי שלא כל אירוע גבול יהיה מלחמה. **(2)** יש רף עוצמה ותקריות בודדות אינם התקפה חמושה - לא כל חייל שמשתגע יוביל לפריצת מלחמה.

\*\* מהי התקפה חמושה? כל מתקפה חמושה מהווה שימוש בכוח, אבל לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. **שימוש בכוח קינטי כנגד המדינה** הוא התקפה חמושה. העברה של צבא לתוך טריטוריה של מדינה אחרת ללא שימוש בנשק הוא התקפה חמושה. לעומת זאת, סיוע למורדים כל עוד לא ניתן לשייך שליטה על מעשי המורדים זוהי לא התקפה חמושה אך מהווה שימוש בכוח.

\*\* מה הכוונה כי התקפה היא נגד המדינה? המקרים הפשוטים הם תקיפת טריטוריה, תקיפת בכירי המדינה, תקיפה מבנה שגרירות ותקיפת אוניות או מטוסי המדינה.

* מה בנוגע לתקיפת שגריר? **(1)** מדובר בחיסול נציג של מדינה, ולכן מדובר בתקיפה נגד מדינה. **(2)** יש להוכיח קשר חזק ביותר, בין המחסלים למדינה. העילה לפתיחת מלחמת לבנון כי ארגונים פלסטינאים ניסו לחסל את שגריר ישראל בלונדון. ישראל אומרת כי האחריות על התקיפה היא על לבנון ולכן פותחת במלחמה. העמדה של מדינת ישראל היא כי תקיפה שגריר היא התקפה חמושה כנגד המדינה. יחד עם זאת, העמדה הרווחת הינה כי במרבית המקרים בהם גורם שאפשר לשייך את מעשיו למדינה מסוימת תוקף שגריר של מדינה אחרת, המדינה האחרת לא רואה בזה התקפה חמושה מצד מדינת התוקף. כן משייכים את המעשה למדינה במובן של אחריות מדינה ודרישת פיצוי אך לא רואים בזה התקפה חמושה. אם עמדה זו הייתה מאומצת כל שוטר או חייל היה יכול להביא לפתיחת מלחמה בין מדינה שלו לבין המדינה של השגריר שאותו הוא הורג.
* מה בנוגע לתקיפת אזרחי המדינה מחוץ לשטחה? חיילי א' אחת פוגעים באזרחי מדינה ב' מחוץ לשטח של מדינה ב'. האם מדינת האזרחים המותקפים יכולה לראות בכך התקפה נגדה ולהפעיל כוח כנגד המדינה האחרת (לדוג': מדינת ישראל במבצע אנטבה). בפועל, מועב"ט לא גינתה את מבצע אנטבה ולא אישרה את הפעולה. ישנם 2 גישות: **(1)** מרחיבה - התקפה כזאת נגד אזרחים היא התקפה כנגד המדינה ופעולת המדינה היא הגנה עצמית. עמדה מרחיבה נוספת אומרת כי זה אפשרי מכוח המשפט המנהגי. הבעיה היא כי כל תקיפה של אזרח במדינת חוץ הוא פתח למלחמה. **(2)** מצמצמת - זוהי העמדה הרווחת, תקיפה מצד מדינה אחת של אזרחי מדינה אחרת לא מקנה זכות להגנה עצמית. ניתן לראות כי כל גישה בעייתית ויכולה להוביל במקרים מסוימים לתוצאות טובות ובמקרים אחרים לרעות. אין דרך להתמודד עם זה.
* תקיפת ארגון לא מדינתי - ארגון צבאי שלא שייך למדינה פועל משטחה ותוקף מדינה אחרת. הפעלת כוח קינטי כנגד שטח מדינה מסוימת מהווה שימוש בכוח ומותר רק כהגנה עצמית. האם המדינה האחרת יכולה לתקוף את השטח ממנו עובד הארגון? האם מתקפה חמושה חייבת להיות מצד מדינה? ס'51 אומר כי מתקפה חמושה צריכה להיות מצד מדינה. **(1)** הגישה הקלאסית (מצמצמת) - לא קם חריג הגנה עצמית כנגד התקפה של ארגון לא מדינתי. התקפה של ארגון לא מדינתי כנגד המדינה, שלא ניתן לייחס אותה למדינה זרה, לא מקימה זכות להגנה עצמית אם הארגון פעל משטח המדינה זרה או משטח הכבוש ע"י המדינה המותקפת. ההשלכה בהנחה שזה שטח זר כי המדינה המותקפת מתקיפה מדינה אחרת. הגישה מוכנה להכיר באפשרות שתקום הגנה עצימת ב2 נסיבות: (1) מקרה בו הארגון הלא מדינתי שולט בשטח (2) מקרה בו ניתן לשייך את מעשי הארגון למדינה כלשהי. זה משאיר 2 מצבים שלמדינה אין מה לעשות: (1) שארגון לא מדינתי מוציא פעילות (תוקף) ממדינה זרה ולא ניתן לשייך את מעשיו למדינה הזרה. (2) מדינה שמחזיקה שטח מחוץ לגבולותיה תחת כיבוש וארגון פועל מתוך השטח הכבוש ותוקף את המדינה הכובשת. במקרים אלה לפי הגישה הקלאסית המדינה לא יכולה להוציא כוח. היא אמורה לעשות פעולות שיטור אם זה בשטח הכבוש ואם זה במדינה זרה להפעיל לחץ על המדינה הזרה לבצע פעולות שיטור. **(2)** גישה מרחיבה - נוסף על שני המקרים המותרים לפי הגישה הקלאסית למדינה יש זכות הגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי, גם בשני מצבים נוספים: (1) תקיפה בשטח הכבוש מצד מדינה המחזיקה באותו שטח כבוש, בתגובה למתקפה כנגדה מצד ארגון לא מדינתי אם: הארגון הלא מדינתי התוקף פועל מתוך אותו שטח כבוש ולא ניתן להסתפק בפעולת שיטור בתגובה לתקיפה. לדוג': ישראל מחזיקה באיו"ש, החמאס פועל מאיו"ש וישראל תוקפת אותו. (2) תקיפה בשטח מדינה זרה, בתגובה למתקפה של ארגון שיצאה מאותה מדינה זרה אם המדינה הזרה אינה רוצה/יכולה למנוע את תקיפות הארגון. ישראל מחזיקה בעמדה זו שנים, העמדה נדחית ע"י רוב מדינות העולם מ2 סיבות: קבלת מקרים אלה הוא פתח לניצול לרעה שכן ישנם ארגונים רבים הפועלים ממדינות שונות וכנ"ל בכיבוש בו לכוח הכובש אחריות כלפי האוכלוסייה הנכבשת. בנוסף, יש ניסיון היסטורי רב של ניצול לרעה ושל מקרים בהם פעולות של ארגון לא מדינתי השפיעו לרעה. ב11/9 העולם כולו אומר כי לארה"ב זכות להגנה עצמית להגיב למתקפה, זה מקבל תמיכה בהחלטות מועב"ט. הטענה שעולה היא זוהי התגבשות מהירה של מנהג ששינה את הדין. עם זאת, בתחילת שנות ה2000 עדיין ה ICJ תומך בגישה הקלאסית. בחוות דעתו על חוקיות גדר ההפרדה הוא מתמודד עם טענה ישראלית כי בניית הגדר היא פעולת הגנה עצמית (דורשת הפעלת כוח על שטח, בשטח שאינו חלק מגבולות המדינה הריבוניים). ה ICJ אומר כי טיעון ההגנה העצמית לא רלוונטית כי מדובר בהתקפה של ארגון מזויין לא מדינתי הפועל משטח כבוש הכבוש ע"י המדינה המותקפת. גישה מצמצמת. ה ICJ מקבל חוות דעת מטורפת ולכן שהוא נדרש לסוגיה דומה בפעם הבאה הוא אומר כי זוהי שאלה שהוא משאיר בצריך עיון. בעשור האחרון יש צמיחה של תמיכה בגישה הקלאסית. אנו רואים שוב את המטוטלת.

כללי וובסטר/כללי קרולינה

ב1882 צבא בריטניה השולט בקנדה יוצא למתקפה בשטח ארה"ב. בעקבות הסכסוך הבריטים ששלטו בקנדה והאמריקאים **מגיעים להסכמה מהם הכללים לתקיפה חמושה** והכללים מנוסחים ע"י דניאל וובסטר. כללים אלה הם כללים שמטילים מגבלות על הדרך שמדינה מותקפת צריכה לפעול. כללים אלה אינם כתובים באמנת האו"ם אלא **בדין הבינלאומי המנהגי**. הכללים הם: נחיצות, מידתיות ומידיות.

1. נחיצות - **אם ניתן לפתור את העניין בדרכי שלום**, גם אם מדינה הותקפה בהתקפה חמושה **לא קמה לה זכות להגנה עצמית**. תכלית הכלל היא כי המתקפה תהייה להגנה עצמית ולא למטרת ענישה. דוג': מלחמת העולם השנייה החלה בהתנקשות בשליט האוסטרו-הונגרי, האוסטרו-הונגריים הגישו אולטימטום לסרביה והם הסכימו. עם זאת, הם יצאו למלחמה, אין נחיצות.
2. מידתיות - למידתיות 2 גישות: (1) גישה כמותנית - גישה מצמצמת וככל הנראה הרווחת לפיה המדינה המותקפת רשאית להגיב **בהיקף כוח אש דומה** למתקפה ממנה סבלה. הבעיה היא פעמים רבות האיום מהמתקפה גדול יותר מעוצמת האש שבוצעה במתקפה עצמה, לדוג': צבא א' כובש את שטח מדינה ב' ללא שימוש בנשק, הדרך היחידה החוקית להגיב היא בדחיפות ללא נשק. (2) גישה איכותנית - גישה לפיה **הפרופורציה היא בעוצמת האיום**, בדר"כ כוח אש יותר גדול מבגישה הכמותנית. הבעיה היא כי הערכת גודל איום היא סובייקטיבית ויכולה לגרום לתגובה מופרזת בין אם תמימה ובין אם במטרה לנצל לרעה.
3. מידיות - יש להשתמש בכוח **רק כשצריך**, לא מוקדם מידי ולא מאוחר מידי. השאלה שעולה היא מה הדין לגבי התקפה מונעת שהיא הגנת עצמית? ישנם 2 סוגי מתקפות מנע: (1) הגנה עצמית ממתקפה צפויה - לדוג': רואים את האויב מתקרב ופועלים קודם. (2) האויב מפתח נשק שברגע בו יהיה הנשק לא ניתן יהיה להילחם בו - האם אפשר לפני נקודת העל חזור לתקוף? ישנם 3 עמדות: (א) עמדה מצמצמת - אסור, אין עמידה בדרישת מידיות, נסמכת על טיעון לפיו אמנת האו"ם מדברת רק על התקפה שכבר קרתה ומהותי לפיו יש נטייה להעריך ביתר את כוונות אויבינו ויש חשש לניצול לרעה. (ב) עמדה מרחיבה - 2 סוגי מתקפות המנע מותרות, נתמכת ע"י ישראל וארה"ב בטענה כי אחרת למדינות אין יכולת להתגונן. (ג) עמדת 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. זוהי לא הגנה עצמית אלא מניעת שינוי של מאזן כוחות אסטרטגי. הצידוד בעמדה המרחיבה ובעמדת הביניים שניהם מובנות על אותה קונסטרוקציה משפטית של פרשנות תכליתית לס'51 (מניעת תוצאה חסרת היגיון)/הסתכמות על הדין המנהגי, כאשר הפרשנות והטענה לגבי גבולות המנהג היא שונה. עד ה11/9 יש תמיכה בגישה הממצמצת ובעקבות ה11/9 ארה"ב דוחפת את הגישה המרחיבה. האמריקאים ניצלו זאת לרעה בעירק וחלה ירידה בתמיכה בגישה המרחיבה. כיום ד"ר בורר סבור כי הגישה היא גישת הביניים.

התערבות במלחמת אזרחים במדינה זרה:

**במדינה א' יש מלחמת אזרחים, האם מדינה ב' יכולה להתערב ואם כן לטובת איזה צד?** ישנם 3 גישות: (1) גישה א-סימטרית: למדינה תמיד מותר להזמין מדינה לסייע לה, אבל לגורם לא מדינתי אסור. הגישה הזו תואמת את הרעיון של דוקטרינת אי ההתערבות בעניינים הפנימיים של מדינה, זה חלק מהריבונות של מדינה. (2) דוקטרינת השוויון הנגטיבי: אם יש מלחמה בפנים המדינה אסור להתערב לטובת אף אחד הצדדים כי לא ברור מי צודק. (3) דוקטרינת השוויון הפוזיטיבי: מותר להתערב לטובת כל אחד מהצדדים. בפועל אין הכרעה בין 3 עמדות אלו. המדינות דואגות להכריז שהצד שהן תומכות בו הוא השלטון האמיתי של המדינה. לדוג': בהקשר של סוריה ארה"ב הכריזה שהשלטון האמיתי זה צבא סוריה החופשי [ארגון שמאז די התפרק], בעוד שהרוסים טענו לאורך כל שהדרך שזה היה ונותר שלטונו של אסד.

האם התערבות הומניטרית חוקית?

שלטון פוגע באזרחים שלו (מבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות), **האם מדינה זרה יכולה להתערב צבאית** (משמע, לעשות שימוש בכוח) **כדי להציל את האזרחים**? ברור שזה לא מקרה של הגנה עצמית, המדינה הזרה לא מגיבה כנגד מתקפה שבוצעה נגדה. ישנם 2 עמדות: (1) עמדה מתירנית: **התערבות הומניטרית היא חוקית**. לדעת התומכים בעמדה זו, התפתח חריג בדין המנהגי המתיר שימוש בכוח במקרים אלו. לחלופין, הם מפרשים את ס' 2(4) כלא אוסר את השימוש בכוח הזה כי הוא לא פוגע בטריטוריה ובריבונות ובמטרות האו"ם. (2) עמדה מגבילה: מדינה לא יכולה על דעת עצמה לבצע התערבות הומניטרית, **רק מעוה"ב יכולה להסמיך מדינות לעשות שימוש בכוח לשם התערבות הומניטרית**. בשנות ה-90 ותחילת שנות ה-2000 הייתה תמיכה גדולה בעמדה המתירנית, בשנים האחרונות בעקבות מקרים בהם גישה זו נוצלה לרעה **העמדה הרווחת היא המגבילה**.

**דיני הלחימה JIB**:

דינים אלה מסדירים את הפעילות בזמן הלחימה. כל הפרה מצד לוחם של המדינה של דיני הלחימה אוטומטית משויכת למדינה שלו. דיני אחריות המדינה הם יותר מחמירים בהקשר של JIB. הדינים חלים באופן שוויוני כי כל צד בטוח שהוא צודק וכי אזרחים מחוץ למעגל הלחימה יפגעו מכך.

למה יש דיני לחימה? ישנם 3 מטרות מרכזיות:

1. לכל מלחמה יש "מוצאי מלחמה" - הסיכוי כי האויב יעלם הוא אפסי והצעדים שצריך לעשות לכך אינם מוסריים. לכן, יהיה יום אחרי המלחמה וביום אחרי המלחמה צריך להסתדר עם האויב. ככל שזוועות המלחמה גדולות יותר הסיכוי שיסתדרו קטן יותר.
2. כלל מוסרי בסיסי במלחמה הוא כי את האלימות יש לכוון כלפי צבא ולא כלפי אזרחים או אנשים שאינם מעורבים בלחימה (שבויים ופצועים). במלחמה אנו שונאים את האויב גם אם הוא אזרח והחייל שלנו הוא לא חייל תאורטי. לכן, מטרת דיני הלחימה היא להכריח אותנו לא להתפתות להפר כללים מוסריים שאנו מלכתחילה נסכים להתחייב להם.
3. לאפשר תיאום בין הצדדים- גם אויבים צריכים תיאום ביניהם, לדוג': צד א' רוצה לדבר עם צד ב' (לשקול הפסקת אש, פינוי פצועים). עליו לנפנף בדגל לבן, לדבר ולחזור ללחימה. יש כלל שאוסר על הצד השני לירות בעת הרמת דגל לבן (למרות שזה לא מעיד על כניעה).

\*\* אלו אינם כל המטרות ומטרות אלה לא מסבירים את כל הדינים. לדוג': יש איסור ללחום בזמן שאני מתחזה לאויב ולובש את בגדיו. המטרות אינן מסבירות את חוק זה, דין זה נולד בימי הבינים בהם מטרת המדים הייתה אחרת. כלל זה שורד וממשיך 500 שנה ללא היגיון.

\*\* דיני הלחימה אינם נמצאים בווקום, יש קשרים ביניהם ל2 תחומים נוספים במשב"ל: (1) משב"ל פלילי - חלק משמעותי מדיני הלחימה הפרתם מהווה פשע בינלאומי שנקרא פשע מלחמה. (2) דני זכויות האדם של המשב"ל - החפיפה נוגעת כי הרציונל לחלק מדיני הלחימה הוא הרעיון שיש זכויות אדם עליהן יש להגן גם בלחימה.

מתי חלים דיני הלחימה? ישנם 3 מצבים בהם 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': יהודה ושומרון נכבשו בששת הימים, המלחמה נערכה 6 ימים אך דיני הכיבוש חלים בשטח עד היום.

\*\* יש הבדלים בכללים הקונקרטיים שחלים בכל הקשר. לכן, הקורפוס (מקבץ הדינים) שנקרא דיני לחימה JIB מתחלק ל2.5 תתי קורפוסים:

1. דיני העימות המזויין הבין מדינתי IAC.
2. דיני העימות המזויין הלא בין מדינתי NIAC, לדוג': מלחמת אזרחים.
3. דיני כיבוש המהווים תת תחום בדיני ה IAC, הם בנויים מ2 קומות. בשטח הכבוש דיני הכיבוש של IAC חלים. אך יש קומה נוספת של דינים שמוסיפים על דיני ה IAC ומשנים 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. יתרה מכך, בהרבה הקשרים ה NIAC פחות מגבילים ומדינות רוצות פחות מגבלות בעיקר כנגד אויב שלא מציית לכללים.
2. עמדת ישראל - הדינים הם IAC תוך שאין צורך להעניק מעמד של שבוי מדינה 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 IAC יותר ברורים ויש יותר קונצנזוס מה הם. הם אומנם מכבידים אך נותנים וודאות (מצרך חשוב במלחמה).

מקורות דיני הלחימה:

מרבית דיני הלחימה הם **מנהגיים**. יחד עם זאת, מדינות הרגישו צורך להבהיר את דיני הלחימה ולהוסיף עליהם ולכן ניתן למצוא אותם גם **באמנות**. כיום, מרבית דיני הלחימה מצויים גם בדין המנהגי וגם באמנות. עם זאת, גם כיום ישנם דיני לחימה שמצויים רק במשפט המנהגי, לדוג': דיני לחימה באוויר. יש גם דיני לחימה שמצויים רק באמנות ומחייבים רק את המדינות החתומות. יש גם דיני לחימה שלא מצויים באמנה ויש חילוקי דעות אם הם דין מנהגי או לא, לדוג': יש וויכוח אם אסור או מותר להצמיד לרובה חנית עם גב משונן. יש דינים שכתובים באמנות ויש ויכוח אם הם מנהגיים או לא, לדוג': באמנת ז'נבה יש סעיף לפיו אסור להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש, העמדה הרווחת אומרת כי הסעיף אוסר העברה וולנטרית וכי הוא מנהגי. ישראל טוענת כי אם הסעיף אוסר העברה וולנטרית הוא אינו מנהגי (ולכן אינו חל בשטחים) - העברה וולנטרית (לא כתובה באמנה) אינה מנהגית.

דיני הלחימה של היום התפתחו באירופה של ימי הביינים (הדינים השתנו מאז). הדינים התפתחו באופן הדרגתי. באמצע המאה ה19 יש ניסיון לעשות קודיפיקציה של דיני הלחימה. במהפכה התעשייתית מלחמות נהיות יותר קטלניות והתקווה היא שאם הדין יהיה ברור יותר, ומוסכם יותר, המחייבות לכללים תגבר. קרב גטיסבורג מתחרה על התואר הקרב הכי עקוב מדם עד אותה עת. בשלושה ימים נהרגו יותר מ60,000 חיילים. ומה שאנחנו רואים מאמצע המאה ה19 יש מלחמה נוראה, ובתום הלחימה מגבשים אמנה בתקווה שזה ירכך את חומרת הלחימה, וכך הלאה בין כל מלחמה. באמצע המאה ה19 נוסחו: קוד ליבר - כללים שנוסחו עבור חיילי צבא הצפון במלחמת האזרחים האמריקאית. תוכנם שימש השראה לתקנות האג. הכרזת סנט פטרסבורג - הכרזה בדבר איסור על שימוש בקליעים מסוימים, כדי לא לגרום סבל מיותר ללוחמים. אמנת ז'נבה הראשונה -מנוסחת בעקבות קרב סולפרנו (אירוע שהוביל להקמת הצלב האדום) וכוללת 10 סעיפים שעוסקים בטיפול בפצועים בקרב חילות היבשה. כיום, יש 4 אמנות ז'נבה כי לאחר כל מלחמה גדולה מתקבלת אמנה חדשה והקודמות מתעדכנות.

1899 – ניסוח תקנות האג. בעקרות המלחמה הטוקורוסית ובהשראת מה שנוסח בבריסל מנוסחים תקנות האג שהם ניסיון לעשות קודיפיקציה לדיני הלחימה בישיבה ולצד אמנות ג׳נבה הם מחיבות. ב1907 בעקבות מלחמת יפן רוסיה מתעדכנות האמנות האג יש קונצנזוס כל הסעיפים בתקנות האג מהווים דין מנהגי.

אחרי מלחמת העולם הראשונה ישנה אמנה המסדירה את הלחימה עם נשק ביולוגי ואת אמנת ז'נבה העוסקת בשבויי מלחמה.

ב49' מנוסחות אמנות ז'נבה שאנו מכירים כיום. 196 מדינות חותמות על אמנות ז'נבה ולכן בנוגע לאמנות 1-3 יש קונצנזוס כמעט מוחלט כי הסעיפים משקפים דין מנהגי. נטל ההוכחה על מי שטוען כי הסעיפים אינם מנהגיים הוא עליו והוא חזק. 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 ה4 - היא האמנה הראשונה **שתכליתה המרכזית היא להגן על אזרחים** בזמן לחימה. בנוסף, עד אותו שלב האמנות שעוסקות בדיני הלחימה מתייחסות רק ל IAC (עימותים מזויינים בין מדינות). עד המאה ה20' דיני הלחימה לא התייחסו ל NIAC כי לא העזו לחדור את מסך הריבונות. יחד עם זאת, ברור כי לא היו סעיפים באמנות עד אז שעסקו בסכסוכים מזויינים שאינם מדיניים. יש את ס'3 המשותף לכל אמנות ז'נבה שקובע כללים מאוד בסיסיים לדיני לחימה ב NIAC. קיים קונצנזוס כיום כי כללים אלה חלים בכל סכסוך למרות שהסעיף מתייחס רק ל NIAC. כיום יש קונצנזוס שהפרה של כללים אלה מהוה פשע מלחמה.

ב77' מנוסחים 2 פרוטוקולים לאמנת ז'נבה:

1. AP1 - עוסק בעימותים מזויינים בינלאומיים.
2. AP2 - 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 כ170. ישראל וארה"ב לא מאשררות, ולכן הפרוטוקולים אינם מחייבים אותן. היום, חלק מהסעיפים באמנות אלה מהווים דין מנהגי והם מחייבים מדינות שאינן חתומות מתוקף הדין המנהגי.

אמנת רומא של ביה"ד הפלילי בהאג - ס'8 לאמנה מגדיר רשימה ארוכה של פשעי מלחמה, בעקיפין מפרטים דיני לחימה (כי כל מה שהוא פשע מלחמה קשור לדיני הלחימה).

עקרונות דיני הלחימה: לדיני הלחימה 4 עקרונות משותפים:

1. עקרון הצורך - **אין לבצע פעולה שאין לה תכלית צבאית**. עקרון זה הוא עקרון מגביל ולא משחרר, כל דיני לחימה מבטא איזון בין עקרון הצורך לתכליות אחרות. לכן, לא ניתן להגיד כי הפרו דיני לחימה בשל צורך.
2. עיקרון האבחנה - סדרה של דינים בדיני הלחימה מבטאים את העיקרון **לפיו יש להבחין בין לוחמים בהם מותר לפגוע לבין אלו שאינם מעורבים במדינה בהם אסור לפגוע במכוון**. החובה חלה על אנשים ועל מטרות צבאיות.
3. עיקרון המידתיות - כאשר תוקפים מטרה צבאית מותרת יש לבחון האם הנזק הצפוי לאוכלוסייה האזרחית מופרז ביחס ליתרון הצבאי שיופק מההתקפה. מותר לבצע התקפה כל עוד הנזק לאזרחים לא מופרז ביחס ליתרון הצבאי שהושג מההתקפה.
4. עיקרון ההומניות - חל גם באינטראקציה עם לוחמים. **אסור לגרום לסבל מיותר**, לדוג': להשתמש בכדורים שאת הרסיסים שלהם אי אפשר לראות ברנטגן. יש וויכוח עד כמה מדובר באיסור כללי שתקף באופן עצמאי או עיקרון שלאורו גוזרים איסורים על נשקים ספציפיים.

מתי מתחילים לחול דיני הלחימה?

1. בסכסוך מזויין בין מדינות - דיני הלחימה חלים **מהכדור הראשון** (בשונה מעמדות על JAB).
2. בסכסוכי NIAC - במלחמות אזרחים קיים חשש שכלל דומה ינוצל ע"י משטרים כדי להשתיק מחאות. לכן, בסכסוכים אלה נדרש רף יותר גבוה והרף קובע **ע** נראה כי הכלל עמום ולכן, יהיה וויכוח אם אירוע הוא אירוע מזויין וחלים דיני לחימה או לא אירוע מזויין וחלים דיני השיטור.

מטרות צבאיות ואזרחיות:

כשדיברנו על עקרון האבחנה אמרנו **שלוחמים ומטרות צבאיות מותר לתקוף ואילו אזרחים ועצמים אזרחיים הם לא מטרה חוקית** (אפשר לפגוע בהם רק בתור נזק אגבי, כל עוד הוא פרופורציונאלי).

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

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

מה קורה שנלחמים בארגון מזויין שאינו מדינתי? מבחינה עובדתית קשה לדעת איזה אנשים שייכים לארגון. מבחינה משפטית, יש וויכוח משפטי מתי ותחת אילו תנאים מי שייך לארגון יחשב מטרה צבאית.

**דיני כיבוש:**

דיני הכיבוש הם **תת חלק בתוך דיני הלחימה של ה IAC**.

\*\* כיבוש כשלעצמו אינו מהווה הפרה של המשב"ל, כיבוש מסוים יכול להיות חוקי/לא חוקי, אך הכיבוש עצמו הוא מצב משפטי שהמשב"ל מסדיר. ההנחה היא כי מצב זה צריך להיות זמני.

\*\* כיבוש כשלעצמו אינו מונח בעל קונוטציה פוליטית. בעבר, היה המונח כיבוש נטרלי פוליטית. לאחר 67' מתפתחות קונוטציות פוליטיות ולכן כיבוש מכונה "תפיסה לוחמתית".

הגדרה - מצב שבו **כוח צבאי של מדינה מסוימת מחזיק בשטח שאינו שטח ריבוני של אותה מדינה**. מתוך שאנו לומדים שלא מדובר בשטח ריבוני של אותה מדינה הרי ההנחה כי הכיבוש הוא מצב זמני. עדות לכך רואים בתקנה 55 לתקנות האג העוסקת ביחס בין הכוח הכובש לבין נכסי נדל"ן של המדינה הנכבשת המדברת על הכוח הכובש כאל אדמיניסטרטור ונאמן, פונקציה זמנית. שכבה זו של דיני הלחימה **מוסיפה חובות ונורמות ולפעמים משנה נורמות משב"ל של דיני הלחימה**.

דיני הכיבוש נועדו להסדיר את מערכת היחסים של הכוח הכובש עם 2 גורמים:

1. בין מעצמה כובשת למדינה שממנה נכבש השטח - הכוח הכובש הוא נאמן, מחזיק זמני של השטח ומחויב לא לעשות מהלכים עם השלכה ארוכה על השטח.
2. בין מעצמה כובשת לאוכלוסייה בשטח - על המדינה הכובשת להגן על זכויות האוכלוסייה הנכבשת ככל שניתן. מול האוכלוסייה הקודמת הוא סוג של ריבון זמני ויש לו חובות כלפיהם. לכן, חובות של כוח כובש כלפי אוכלוסייה בשטח הכבוש גדולות יותר מהחובות שקיימות לכוח צבאי לא כובש שנלחם כלפי אוכלוסייה זרה בה הוא נפגשד בלחימה.

לכוח הכובש מותר לפעול רק משיקולים מצומצמים: (1) לטובת שהשלטון הקודם שכן הוא נאמנות (2) לטובת תושבי השטח שהן נתינו הזמניים. (3) מתוך צורך צבאי, זהו צורך צבאי צר יותר מאשר בלחימה רגילה. (4) שמירה על הסדר הציבורי, מטיב עם התושבים והכרחי לשמירה על שליטה בשטח.

איפה נמצאים דיני הכיבוש?

חלק קטן מדיני הכיבוש נמצא רק במשב"ל מנהגי, כאשר **רוב דיני הכיבוש הם גם מנהגים וגם הסכמיים**. האמנות המרכזית הינן: תקנות האג, אמנת ז'נבה הרביעית ומספר אמנות נוספות כאשר העיקרי בהן הוא הפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה.

תקנות האג - יש קונצנזוס כי הדין בתקנות אלה הוא דין מנהגי, זה נקבע במשפטי נירנברג. לכן, מדינת ישראל בחרה שלא לחתום עליהם באמירה כי הם מחייבות אותה כדין מנהגי.

אמנת ז'נבה הרביעית - העמדה הרווחת היא כי הנורמות בה מנהגיות. מי שטוען ההפך מוטל עליו נטל הוכחת כבד עד בלתי אפשרי. נובע מזה שנורמות אלה קיימות כ70 שנה וכל המדינות שאינן שנויות במחלוקת חתומות על האמנה.

הפרוטוקול הראשון - מדינת ישראל ונוספות אינן חתומות. אבל, יש הרבה נורמות בפרוטוקול זה שיש קונצנזוס כי הן מנהגיות. אלה, מחייבות את ישראל.

הגדרת הכיבוש מצויה באמנות האג - שטח נחשב כבוש שהוא בפועל נמצא תחת סמכות צבא זר. הכיבוש הוא רק תחת אותה טריטוריה בה הסכמות הוקמה וניתן להפעילה. המבחן הינו **שליטה אפקטיבית**, הכוח הצבאי הזר שולט שליטה אפקטיבית בשטח. לעומת זאת, אם נסתכל באמנת ז'נבה למרות התייחסותה לענייני כיבוש אין בה הגדרה למהו כיבוש. ההתייחסות הכי כללית היא בס'2 שמשותף לכלל האמנות שקובע כי הדינים המצויים באמנות יחולו גם בשטח כבוש שנכבש ללא כל התנגדות צבאית. מסעיף זה ומהפרק בנושא באמנה הרביעית אנו רואים כי מנסחי האמנה הניחו כי ישנו יצור מוגדר שנקרא כיבוש והחילו עליו נורמות. לכן ההגדרה הרווחת היא כי המבחן לשטח כבוש של שליטה אפקטיבית רלוונטי גם לנורמות הכיבוש באמנות ז'נבה הרביעית.

\*\* באמנת ז'נבה נקבע כי נורמות מסוימות יפסיקו לחול אחרי שנה מתחילת הכיבוש (תפיסת השטח). סעיף זה לא מעניין כי אלו נורמות שאנו לא מתווכחים עליהם וכי העמדה הרווחת אומרת כי סעיף זה הוא אות מתה. הדין המנהגי ממשיך להחיל את דיני הכיבוש על השטח גם אחרי שנה.

מבחן השליטה האפקטיבית:

נדון ב4 סוגיות העולות מהשליטה האפקטיבית:

1. מתי מתקיימת שליטה אפקטיבית - כדי שנחשיב שליטה אפקטיבית האם צריך כי הכוח הצבאי יקים שלטון צבאי בשטח או שדי בכך שיש בכוחו לעשות זאת אף אם לא עשה זאת? יש פה 2 גישות, שניהן בעייתיות. (1) גישת המיעוט - דיני הכיבוש חלים במצב שבו הכוח הצבאי הקים באמת בפועל שלטון צבאי, משטר, החל לנהל את השטח. גישה זו פותחת פתח אדיר לניצול לרעה. ה ICJ צידד בגישה זו בפס"ד לפני כ15 שנה. (2) העמדה הרווחת - עמדת הפוטנציאל, אם הכוח הצבאי נמצא בשטח ויש פוטנציאל להקים בו שלטון צבאי הרי שמדובר בשטח כבוש וחלים דיני הכיבוש. הבעיה בגישה זו היא שפוטנציאל הוא מונח עמום המוביל לוויכוחים. את עמדה זו ניתן למצוא בפסיקות בג"ץ לאורך השנים.
2. האם תחולת או אי תחולת דיני הכיבוש הם שאלה דיכוטומית? האם ברגע שנוצרת שליטה אפקטיבית חלים דיני הכיבוש? או בגלל שמדובר בספקטרום ולא דיכוטומיה גם החלת דיני הכיבוש תהייה אופן הדרגתי? זה נכון בעיקר לנקודת ההתחלה, התחלת תחולת דיני הכיבוש על הכוח הכובש, האם הם חלות בבת אחת או חלות יותר ויותר ככל שהשליטה מתגברת. זה נכון גם לנקודת הסיום, האם השליטה מפסיקה ברגע ואיתה דיני הכיבוש או שנחליט כי מדובר בעניין הדרגתי. זהו וויכוח לא תאורטי, ניתן לראות ויכוח זה לגבי עזה. (1) העמדה המסורתית - ברגע מסוים אין מספיק שליטה ודיני הכיבוש נגמרים. (2) העמדה הרווחת - הדרגתיות, לכן חובות ישראל כלפי עזה הם לא 0, זה חשוב בוויכוח על העברת מים וחשמל לעזה. ע"פ העמדה המסורתית אין לספק לעזה מים וחשמל ועל פי העמדה הרווחת לישראל יש אלמנטים של השפעה ושליטה על חיי תושבי עזה ולכן אינה יכולה להתנער מכל כוח חובות דיני הכיבוש, לכן חלק מהחובות חלים וביניהם החובה לספק מים וחשמל.
3. האם יתכן שליטה אפקטיבית בלי כוח צבאי בשטח? וויכוח זה אינו תאורטי והוא הוויכוח המרכזי בנוגע לעזה. (1) עמדה מסורתית - תנאי הכרחי לקיומו של כיבוש הוא הימצאותם של מגפיים על הקרקע, כוח צבאי בשטח. עם זאת, לעיתים צבא כובש שטח וממשיך הלאה לכבוש עוד, אם נגיד שאין כיבוש נאפשר התחמקות של כוח צבאי זר מהחלת דיני כיבוש עליו. לכן, מאומצת עמדת ביינים. (2) עמדת ביינים - 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. התמיכה בדעה זו הולכת וגוברת בין השאר בשל ההקשר העזתי, אנחנו שולטים בחשמל, מים, יציאה וכניסת סחורות ולכן טוענים מלומדים כי מדובר בכיבוש.
4. האם שליטה יכולה להיות באמצעות פרוקסי? לדוג': צפון קפריסין, יש שם ישות אוטונומית שטוענת למדינה אך דרך אחרת להתייחס למצב היא שיש שם ארגון שהוא מטעם מדינת טורקיה. השאלה האם ההחזקה של אותו ארגון מהווה כיבוש מצד מדינה תהייה תלויה בשאלה אם ניתן לייחס את מעשי הארגון למדינה. ישנם 2 עמדות לייחוס אחריות למדינה: (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. דיני הכיבוש של תקנות האג חלים על השטח ודיני הכיבוש של אמנות ז'נבה אינם חלים. יחד עם זאת, המדינה אומרת כי היא באופן וולונטרי מקיימת את הנורמות ההומניטריות מתוך דיני הכיבוש של ז'נבה (כאשר אינה אומרת מה הומניטרי בעיניה ומה לא).

למה ישראל "דוחפת" את אמנת ז'נבה? בגלל 2 סעיפים: (1) ס'49 שאוסר העברה של אוכלוסייה של הכוח הכובש לשטח הכבוש. למדינת ישראל עדיף לטעון כי הסעיף לא חל שכן העמדה הרווחת היא שמדובר גם בהעברה וולונטרית, אם הסעיף חל ההתנחלויות מהוות הפרה. (2) ס'47 שאומר שלא יהיה בסיפוח השטח כדי לפגוע בזכויות המונקות מכוח דיני הכיבוש לאוכלוסייה בשטח. זה אומר כי לא ניתן לספח את השטח וגם במידה וכן יחולו דיני הכיבוש.

הטיעון המשפטי: מדינת ישראל לא רצתה לספח את רוב השטחים בשל בעיה של אוכלוסייה ערבית גדולה, היה צריך או לתת להם אזרחות מה שמשנה מאזן דמוגרפי או לא לתת אזרחות ולהפוך לשלטון אפרטהייד. עם זאת, היא רצתה לספח חלקים. לכן, היא מבינה שהיא צריכה למצוא דרך שלא יחול ס'47 כדי שיהיה לה פתח לספח חלק מהשטחים. ישראל טוענת כי קיימת הבחנה בין ז'נבה להאג בהקשר זה. מבחינה פורמאלית - תקנות האג מתייחסות לצבא העוין ופחות למדינת המקור של השטח. לכן, נראה כי המוטיבציה היא להחיל אותם בכל מקום שהצבא הוא עוין, להשקפת אוכלוסיית איו"ש צה"ל הוא עוין. בנוסף, הן מנהגיות והן חלות בכל סיטואציה ולא רק שמדובר בשטח ששייך למדינה זרה. לעומת זאת, בהקשר של אמנת ז'נבה, ס'2 המשותף שאומר מתי האמנות יחולו אומר כי הם יחולו בסכסוך מזויין ובנוסף, בכל המקרים של כיבוש מלא או חלקי של טריטוריה של אחת המדינות החתומות גם אם הוא הושג ללא התנגדות צבאית. מדינת ישראל אומרת כי לא מדובר על כיבוש של שטח של אחת המדינות החברות. נכון שירדן חתומה באמנת ז'נבה אך השטח לא שלה, הוא רק סופח אליה חלקית ולא הייתה הכרה רחבה בסיפוח. לעמדת מדינת ישראל, למדינה יש שייכות פוטנציאלית על השטח. לכן, לא מדובר בכיבוש של שטח של מדינה חברה ולכן האמנה לא חלה. לכן, חשוב למדינה לטעון כי אמנת ז'נבה אינה מנהגית.

העמדה בעולם - אומרת כי מטרת הסעיף היא להגיד כי בנוסף לכלל הסיטואציות הרגילות האמנה חלה גם שנכבש שטח ללא ירייה (ללא התנגדות). הרישא של הסעיף מדבר על קונפליקט מזויין בין הצדדים. השטח לא הושג בלי מלחמה, הוא הושג במלחמה בין ישראל לירדן גם אם הוא לא השטח שלה. יש טיעון כפול: (1) האמנות חלים מתוקף הרישא. (2) הסיפא לא בא להוציא או להגיד שסיטואציות כיבוש אחרות לא חלות אלה להבהיר שגם ללא כוח צבאי זה נחשב לכיבוש לצורך תחולת אמנת ז'נבה.

העמדה המקובלת - אמנת ז'נבה חלה באיוש. כל המדינות בעולם חתמו על אמנות ז'נבה וכולן פרט לישראל טוענות שמדובר בדין מנהגי (לדברי ישראל רק האמנה הרביעית לא מנהגית). לאור היקף החתימות, קשה לטעון שהאמנה הרביעית איה מנהגית.

משפט פלילי בינ"ל:

במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומי? (1) פשעי מלחמה. (2) פשעים נגד האנושות. (3) רצח עם. (4) תוקפנות. קטגוריות אלו מכונות יחדיו Crimes International Core, פשעים בינלאומיים גרעינים. אלו 4 קטגוריות שיש קונצנזוס כי המשב"ל הפלילי עוסק בהן, יש אף מלומדים שמגדרים את המונח "המשב"ל הפלילי" או "המשב"ל הפלילי מובנו הצר" כתחום העוסק רק בקטגוריות פשעים בינלאומיים אלו.

מה משותף לארבעת הקטגוריות האמורות?

1. ככלל (עם חריגים מאוד מעטים), **מדובר בהפרות חמורות של דיני הלחימה**. תוך שבנוגע לחלקם (פשעים נגד האנושות ורצח עם) בעקבות ניסיון היסטורי רע, הורחבה תחולת האיסור גם לביצוע מאסיבי של המעשים ע"י שלטון כנגד אזרחיו שלו ו/או בעת שלום.
2. כל הקטגוריות הללו, במפורש או במשתמע (רצח עם), **נכללו בחוקת לונדון** של בית הדין בנירנברג. אם כי, בכל אחת מהקטגוריות, נוספו עם השנים איסורים ולפעמים גם הוסרו איסורים. לדוג': מעשים שנחשבים כיום "רצח עם" נכללו בעבר בהגדרה של "פשעים נגד האנושות". רק בשלב מאוחר יותר קיבלו קטגוריה נפרדת.
3. מלבד חלק קטן מפשעי המלחמה (ואולי גם תוקפנות), מדובר **בפגיעות חמורות בזכויות אדם**.

המשפט הפלילי כ"יצור מוזר":

ניתן לראות כי המשב"ל הפלילי הוא **"יצור מוזר"** **ביחס למשפט הבינלאומי הקלאסי** - מושאי הדינים שלו הם אנשים ולא מדינות. עם השנים בעוד תחומים של המשב"ל מורם "מסך הריבונות". אך עדיין, המשב"ל הפלילי ייחודי בכך שהוא **מטיל סנקציות באופן ישיר על פרטים**.

המשב"ל הפלילי הוא "**יצור מוזר" גם ביחס לקונספט של משפט פלילי**: (1) מבחינת היכולת לחוקק: במשפט פלילי "רגיל" המדינה מחוקקת את החוקים. לעומת זאת, במשב"ל מדובר באיסורים שמרבית המדינות לא היו מעורבות בקביעתם (מהווים דין מנהגי לפני הקמתן). (2) מבחינת סמכות השיפוט: במשפט פלילי מדינתי יש התמקדות בדברים שקשורים למדינה, לדוג': מעשים שבוצעו בשטח המדינה, מקרים בהם הקורבן או העבריין הוא אזרח של המדינה ועוד. לעומת זאת, במשב"ל הפלילי יש סמכות שיפוט אוניברסלית: דוקטרינה משפטית לפיה מדינה יכולה להעמיד לדין אדם שביצע פשע בינלאומי גרעיני גם אם אין לה שום קשר למקרה. יתר על כן, לעיתים, ההליך המשפטי בכלל יתנהל בבית-דין בינלאומי.

סיבות להיווצרות המשב"ל הפלילי:

1. סיבה מוסרית: מדובר **באיסורים המשקפים עקרונות מוסר** כה יסודיים עד לכדי שהם עליונים לחקיקה מדינתית ושאכיפתם הינה אינטרס אוניברסאלי.
2. כשל אכיפתי: דיני המשפט הבינלאומי, במיוחד דיני הלחימה **לא נאכפו מספיק טוב** על ידי סנקציות שכוונו כלפי המדינות בלבד. גם המשפט הפלילי המדינתי לא עושה את עבודת האכיפה מספיק טוב (למדינה לרוב אין אינטרס להעמיד לדין את המבצע כי מדובר בחייל שלה, שוטר שלה, או אפילו ראשי השלטון שלה(, לדוג': ניתן לראות כי אלאור עזריה קיבל עונש של 1.5 כאשר שופט אמר בבירור כי יסודות הרצח מתקיימים.

היסטוריה מקובלת:

במאה ה-19 קיימת ההשקפה חזקה על פיה המשפט הבינלאומי מסדיר יחסים בין מדינות ולא בין פרטים. עם זאת, יש אכיפה פלילית אוניברסלית נגד שודדי ים וסוחרי עבדים (**דוקטרינת הסמכות האוניברסאלית**): (1) מדובר במעשים שפוגעים באינטרס משותף לרוב הגדול של המדינות. (2) המעשים נעשים ללא חסות מדינתית (ע"י אנשים פרטיים) ובעיקר בשטחים חסרי ריבונות. לכן, בנוגע לעבירות הללו קיים: (1) אינטרס בינלאומי משותף. (2) כשל אכיפתי שאינו מאפשר להסתמך על מערכות המשפט הפלילי של המקום בו מבוצע עיקר המעשה.

העבירות הללו נראות מאוד שונות מפשעי מלחמה-הן מבוצעות על ידי אנשים פרטיים למטרות רווח כלכלי. אז איך הגענו להחלה של המשפט הפלילי הבינלאומי על פשעים מהסוג שבו הוא עוסק כיום פשעים שבעיקר מבוצעים על ידי נציגים של מדינות, לדוג': חיילים?

דני המלחמה, בעבר וגם היום, נסמכים בעיקר על משפט **מנהגי**- משמע, מדובר בפרקטיקות של הצבאות הלוחמים לאורך ההיסטוריה שהפכו למחייבות, מבחינת משפטית, מעצם זה שנוהגים לפיהן לאורך שנים רבות. אבל, במאה ה-19 המלחמות נעשות יותר עקובות מדם. בניסיון לצמצם את זוועות המלחמה, **נעשים ניסיונות לאמץ באמנות בינלאומיות, קודיפיקציה של דיני הלחימה**. התקווה היא שאם הדין יהיה ברור יותר, ומוסכם יותר, המחייבות לכללים תגבר. ניסיונות הקודיפיקציה זוכים למידה משמעותית של הצלחה, אמנת ג'נבה הראשונה, העוסקת בפצועים בשדה קרב, מאומצת ב-1864 .תקנות האג, העוסקות בדיני הלחימה יבשה, מאומצות ב-1899. וגרסה חדשה שלהם מאומצת ב-1907. אבל, למרות הקודיפיקציה הגוברת של דיני הלחימה, זוועות המלחמה לא קטנות, להיפך הן מחמירות ממלחמה למלחמה.

מתחילה להתפתח, אצל יותר ויותר אנשים, התובנה שהמנגנונים של סנקציות נגד המדינות אינם מספיק אפקטיביים. לכן, הולכות **וגוברות הקריאות לכך שיש להטיל בנוסף גם אחריות אישית על בני-האדם שבפועל מבצעים את ההפרות**.

מלחמת העולם השניה ממחישה באופן מאוד חד את הכישלון של הניסיון למתן את זוועות המלחמה באמצעות קודיפיקציה של דיני הלחימה ובאמצעות סנקציות כנגד המדינות. קיימת דרישה ציבורית חזקה העמיד לדין בגין פשעי מלחמה חיילים גרמנים שביצעו זוועת מתוך הפרה של דיני הלחימה. בנוסף, רבים רוצים להעמיד לדין את הקייזר הגרמני בגין החלטתו לפתוח במלחמה. דרישות אלו באות לידי ביטוי בהסכם השלום שנחתם בסוף המלחמה בין בעלות הברית המנצחות לבין גרמניה, הכולל סעיף שקובע כי הקייזר יועמד לדין בבית-דין בינלאומי על מעשיו. סעיף אחר קובע כי הגרמנים מתחייבים להסגיר את החיילים שלהם החשודים בביצוע פשעי מלחמה, כדי שבעלות הברית המנצחות תוכלנה להעמיד אותם לדין. בפועל, הסעיפים הללו אינם מתממשים. הקייזר בורח להולנד שמסרבת להסגיר אותו וגרמניה מסרבת להסגיר את חייליה. לבסוף, לגבי החיילים מסוכם שגרמניה תעמיד אותם לדין בעצמה, (משפטי לייפציג). הבעיה היא שהמשפטים הללו לא צלחו, רק מעטים הועמדו לדין ומתוכם הרוב זוכו. גם אלו שהורשעו בפועל ברחו מהכלא. לכן, לאחר מלחמת העולם השנייה, **בעלות הברית התעקשו על בית-דין בינלאומי**.

משפטי מלחמת העולם השנייה נחשבים לרגע המכונן של המשפט הפלילי המודרני – עמדה של שבר מהעבר. **זוועות המלחמה** **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**. המשפטים הללו כוללים את: משפטי נירנברג, משפטי טוקיו, משפטי הכוחות הכובשים בגרמניה, ומשפטי המדינות השונות באירופה. עשרות אלפי אנשים הועמדו לדין. נעשית החלה בהתאמה של הרציונליים שעמדו בבסיס דוקטרינת הסמכות האוניברסאלית. העמדה היא שגם כאן קיימים: (1) אינטרס בינלאומי משותף. של הגנה על זכויות אדם בסיסיות בדרך של מניעת זוועות (2) מתן מענה לכשל אכיפתי.

\*\* טענה - **רטרואקטיביות** - האיסורים הרלוונטיים שהיו קיימים במשב"ל חלו על מדינות ולא על אנשים. תשובה - (1) טיעון פורמאליסטי: מדינה זה פיקציה, מאחוריה מסתתרים אנשים העוברים על האיסורים, כך שהמשב"ל תמיד פנה לאנשים.(2) טיעון מוסרי: האנשים ידעו שמעשיהם הם בלתי מוסריים באופן בולט ובסיסי ולכן הייתה כאן אזהרה מוקדמת.

\*\* טענה - **צדק של מנצחים**: רק אנשים מהצד המפסיק נענשו. התשובה: העובדה שאחר לא נענש על פשע לא מצדיקה את ביצוע הפשע על האדם שכן מועמד לדין, במיוחד כאשר מדובר במעשים שהינם כה חמורים מבחינה מוסרית.

בין מלחמת העולם השנייה לסוף שנות ה-90 קיים קיפאון מוחלט בתחום המשב"ל הפלילי עקב המלחמה הקרה, המקשה על שיתופי פעולה בין המדינות. בשנות ה-90 **מוקמים לראשונה מאז נירנברג שני בתי-דין פליליים בינלאומיים**: (1) יעסוק בפשעים בינלאומיים שבוצעו במלחמה ביוגוסלביה לשעבר (ICTY). (2) יעסוק בפשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו ברואנדה (ICTR). בתי דין אלה מוקמים בעקבות תום המלחמה הקרה, לחץ ציבורי רחב וחוסר רצון פוליטי אחרי מלחמת המפרץ לשלוח שוב כוחות מזוינים. המטרה של בתי הדין היא לא רק להעניש אלא גם לייצר הרתעה. לבית דין אלה הייתה תרומה אדירה למשב"ל הפלילי - הפסיקה שלהם הבהירה נורמות רבות של המשפט פלילי הבינלאומי, הקמתם ופסיקותיהם מהוות תחילת הפריחה הנוכחית של המשפט הפלילי הבינלאומי. בנוסף, הרחיבה פסיקתם באופן משמעותי את היקף המעשים שנחשבים אסורים לפי המשב"ל הפלילי ובכך הגבירה את הפוטנציאל של השימוש במשב"ל הפלילי לשם ההגנה על זכויות אדם. הביקורת על בתי הדין הייתה כי פסיקתם מהווה, הרחבת יתר של איסורי המשב"ל הפלילי, וכן היא אינה בהירה מספיק, מה שפוגע בדרישה לאזהרה מוקדמת. החסרונות בפועל: **(1)** חוסר לגיטימציה במדינת המקום. **(2)** עלות בתי הדין גבוהה. **(3)** העדר יעלות (נסגרו אחרי כמעט שלושים שנה לאחר שכל אחד מהם עסק בכ-200 תיקים בלבד). **(4)** לא יצרו הרתעה מספקת (לכן, במקרים הבאים כבר נשלחו כוחות מזוינים). **(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.

במחקרו טוען ד"ר בורר שבנוגע להפרות של דיני הלחימה תמיד הוטלה אחריות אישית פלילית גם על החייל שהפר את הדין. משמע, ההיסטוריה של האיסור במשב"ל על ביצוע פשעי מלחמה היא בת מאות שנים. באופן דומה, הוא מראה שגם ההיסטוריה של פשעים נגד האנושות ושל רצח עם לא התחילה לאחר מלחמת העולם השנייה. בהפשטה, ניתן לומר שלכל המאוחר, כבר מאז המחצית השנייה של המאה ה-19, הייתה קיימת תמיכה רחבה בעמדה משפטית לפיה ביצוע של המעשים אשר אנחנו מכנים כיום "פשעים נגד האנושות" ו-"רצח עם" הוא אסור לפי המשפט הבינלאומי. יתירה מכך, כבר אז השם שהוענק לפשעים הבינלאומיים הללו הוא "פשעים נגד האנושות".

סמכות אוניברסאלית

מבוססת על הרעיון **שהמבצעים של פשעים בינלאומיים הם אויבי כל האנושות ולכן כל מדינה יכולה להעמידם לדין**. למנגנון זה פוטנציאל לפתור את כשל האכיפה, שכן לא תלויים עוד בחסדי מדינת המבצע או בסיכוי הקטן שהמבצע ייתפס בשטח המדינה בה בוצע הפשע, **כל מדינה יכולה לאכוף את הדין**. הקושי הינו כי יש חשש לניצול פוליטי, בכל מדינה עלולים לפתוח בהליכים פליליים כנגד אורגני מדינות אחרות בטענה לביצוע פשעים בינלאומיים גרעיניים. בפועל, עקב ניצול פוליטי שכזה, לאחר פריחה של שימוש במנגנון זה, יש דעיכה בשימוש בו. מדינות רבות חוקקו בדין שלהם דרישות שמקשות על פתיחת הליך על סמך סמכות אוניברסאלית. בנוסף, יש תמיכה הולכת וגוברת בכך **שעקרון החליפיות**, לפיו מדינה יכולה להעמיד לדין אדם על בסיס סמכות אוניברסאלית רק אם אף אחת מהמדינות הקשורות למקרה אינה מעוניינות/יכולה, הופך לדין מנהגי בנושא. עם זאת, לא ננטשה לחלוטין דוקטרינת הסמכות אוניברסאלית, וגם בארץ הדין הפלילי מאפשר הפעלה של דוקטרינה זו בנוגע לפשעים בינלאומי גרעיניים שמעוגנים באמנה בינלאומית שישראל צד לה מכוח ס'16 לחוק העונשין.

בתי-דין מעורבים (היברידים)

**אלטרנטיבה אליה פונים במקום להקים בית-דין בתגובה למקרה** בו בוצעו פשעים בינלאומיים היא **להקים בית-דין מעורב/היברידי שיעסוק באירוע**. מדובר בבתי דין שמתכנסים על מנת לעסוק בסכסוך ספציפי ומתפרקים בסיומו. בתי דין מעורבים הינם בתי דין פליליים המערבים אלמנטים מדינתיים ובינלאומיים, בדרך כלל באחד לפחות בשני האלמנטים הבאים: (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. כאשר מידת העירוב של שני המערכות (משני הבחינות) משתנה בין הטריבונאלים השונים השייכים לקטגוריה זו.

יתרונות בתי הדין המעורבים:

1. פוטנציאל להיות יעילים יותר וזולים בהשוואה לבתי-דין אד-הוק, זאת מכיוון שהם "רוכבים" על גבי מערכת המשפט הפלילי המדינתית הקיימת (השופטים והתובעים מיומנים, מכירים את המקום) מה שמביא ליעילות.
2. פוטנציאל לזכות ביותר לגיטימיות מצד המקומיים. גם בדיקטטורות הרבה פעמים מערכת המשפט זוכה ליותר לגיטימיות בהשוואה למוסדות השלטון האחרים, ולכן אם מקימים בתי-דין כזה במדינה שהייתה לפני האירוע דיקטטורה, ובתי-המשפט באותה דיקטטורה נחשבו ליחסית לגיטימיים, אז יש יותר סיכוי שפסקי הדין של בית הדין ההיברידי (שכולל שופטים מקומיים) יזכה ללגיטימיות בקרב האוכלוסייה המקומית.

חסרונות בתי הדין המעורבים:

1. בתי הדין ההיברידיים **לא מתאימים לכל האירועים**, שכן כאשר יש מלחמה בין שתי מדינות, לא ברור על איזו מערכת משפט קיימת לרכוב.
2. קיים חשש שבית הדין **יחשוב על עצמו יותר מדי כבית דין בינלאומי**, ויתחיל להתנהג בפועל כבית דין בינלאומי אד הוק. בכך הוא עלול לאבד את הלגיטימיות של האוכלוסייה המקומית. לדוג': בסיירה לאון, לא בוצעה העמדה לדין אחת על בסיס הדין המדינתי, ובית המשפט ציטט יותר פסקי-דין קנדים, מאשר פסקי דין מכל מדינות אפריקה יחדיו.
3. עשויה להיות גם **השפעה גדולה מידי של השלטון המקומי** על בתי הדין ההיברידיים מה שיחטיא את מטרתם. ההנחה שעומדת בבסיס בתי-הדין הללו היא שאם יכניסו אלמנט בינלאומי שיפקח על ההליך, הוא יהיה יותר ראוי. אבל, יש מקרים בהם זה לא עובד או לא עובד מספיק טוב. לדוג': בקמבודיה, כאשר ההליך בפני בית הדין התחיל להציק למדינה יותר מדי, והלחץ הבינלאומי הראשוני להקים את בית-הדין נחלש, דאגו לא להעביר תקציב מספיק לבית הדין.

לאור החסרונות של בתי-הדין ההיברידים, ב2014-2005 הייתה דעיכה בפנייה לשימוש בחלופה של הקמת בתי דין אלו. עם זאת, ב5-6 שנים האחרונות ישנה פריחה מחודשת לחלופה של הקמת בתי-דין ההיברידים, ככל הנראה מסיבות לא טובות. שכן במקרים רבים זה ניסיון להימנע משיפוט ע"י ה ICC או ע"י מדינה זרה וזאת מתוך הנחה של השלטונות המקומיים שעל בית -דין מעורב ההשפעה שלהם תהיה יותר גדולה.

ה ICC ביה"ד הפלילי הקבוע בהאג

האמנה של ה ICC (אמנת רומא) מנוסחת ב-1998 וב2002 בית הדין פותח את שעריו לאחר שיותר מ-60 מדינות הצטרפו. כיום, יותר מ -120 מדינות חברות כאשר בשנים האחרונות נחלש ביה"ד מעט בשל פרישה ואיום בפרישה של מספר מדינות. לביה"ד בעיות לחקור ולתפוס נאשמים בחלק מהמקרים, אבל בכל זאת הוא שורד ומתפתח.

הכללים שחלים על ה ICC:

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 מועה"ב.
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, לא די שיש סמכות שיפוט בהקשרה של המדינה הרלוונטית, ולא די שיש עמידה בתנאי החומרה, נדרש בנוסף עמידה **בעקרון ההשלמתיות**. משמע, **נדרש להראות שהמדינות הרלוונטיות אינן מוכנות או אינן יכולות להקים הליך פלילי ראוי בנוגע לאותו מקרה**.

**פשעים בינלאומיים גרעיניים**

פשעי מלחמה

האיסורים של דיני הלחימה חלים על מדינות. המונח פשעי מלחמה **מתייחס לאותם דיני לחימה שהפרתם גוררת סנקציה לא רק כנגד מדינת המפר אלא גם סנקציה פלילית כנגד האדם המפר**. 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, לדוג': קיים איסור על שימוש בנשק שגורם סבל אבל לא ברור מהם נשקים אלה.
2. חשש לשימוש פוליטי: 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, לדוג': קיימת בדיני הלחימה חובה לתת קבלה לאזרח בשטח כבוש אם וכאשר גורם של הכוח הכובש מחרים לא רכוש. האם אי הענקת הקבלה עולה לכדי פשע מלחמה? אם אין פגם מוסרי כה חמור נחלשת ההצדקה שקיימת בבסיס הרציונל של המשב"ל הפלילי המאפשר העמדה לדין במערכות משפט זרות. כמו כן, אם הפגם המוסרי אינו חמור מספיק עלול להיווצר קושי של היעדר אזהרה מוקדמת.

כיום יש מעט מאוד תומכים בהגדרה האמורה שניתנה בנירנברג ל-"פשע מלחמה". לאור הביקורת על גישה זו, 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).

מה קורה אם בפרוטוקול הראשון משהו מוגדר כפשע מלחמה ומדינה שלא חתומה על הפרוטוקול סבורה שזה לא פשע מלחמה? היא יכולה לטעון שהקביעה שזה אינו משקף את הדין המנהגי, טיעון זה יהיה יחסית חלש אם האיסור כבר היה קיים באמנת ז'נבה והשינוי שנעשה בפרוטוקול הוא רק הקביעה שמדובר בפשע מלחמה.

מה קורה אם משהו לא מוגדר באמנות ז'נבה או בפרוטוקול כהפרה חמורה, האם זה אומר שהוא לא פשע מלחמה? הכוונה היא לדיני לחימה שמעוגנים רק במשפט המנהגי, בתקנות האג שלא כוללות משטר הפרות חמורות או שמעוגנים באמנות ג'נבה ובפרוטוקול אך לא נוסחו כהפרות חמורות, אבל מאז שנוסחו האמנות הללו, נוצר קונצנזוס שהפרתן מספיק חמורה כדי להוות פשע מלחמה?

**פס"ד טאדיץ** - קבע את המבחן המקובל לזיהוי של דינים שהפרתם מהווה פשע מלחמה. בפס"ד נדרשת התקיימות 2 תנאים: (1) מדובר בהפרה רצינית של נורמה חשובה. (2) נוצרה פרקטיקה רווחת בקרב המדינות של הטלת אחריות אישית פלילית על מפרי אותה נורמה.

\*\* כיוון שהמבחן שנקבע בטאדיץ הוא עמום, יתכנו מקרים בהם יהיו חילוקי דעות האם הפרה של דין לחימה כזה או אחר מהווה פשע מלחמה. כדי להימנע מוויכוחים שכאלו בהקשר של ה ICC המדינות שניסחו את אמנת רומא קבעו בס'8 באמנה, רשימה סגורה של פשעי מלחמה. רשימה זו מהווה במידה רבה, נקודת ההתחלה לדיון בשאלה האם מעשה מסוים הוא פשע מלחמה. עם זאת, ברשימה מספר בעיות:

1. היא **כוללת מספר איסורים שלא כולם חושבים שהם מנהגיים**, לדוג': האיסור על העברת אוכלוסייה של המדינה הכובשת לשטח הכבוש שעמדת מדינת ישראל היא שהקביעה שמדובר בפשע מלחמה אינה משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי.
2. הרשימה באמנת רומא לא כוללת מספר איסורים שכולם חושבים שהם מנהגיים, לדוג': עבדות שאינה מינית ואינה שיטתית במהלך מלחמה. אך מצהירה מפורשות שהיא מודעת **שיש פשעים בינלאומיים שאינם כלולים בה**.

לפיכך, **כשמדובר בהליך בפני ה ICC השאלה מהו פשע מלחמה שלבית הדין יש סמכות לגביו תקבע לפי ס' 8 לאמנת רומא**. שמדובר בהליך שמתנהל במקום אחר, לדוג': במדינה כלשהי המפעילה סמכות אוניברסאלית, הרשימה בס' 8 תהיה נקודת התחלה. אבל, אם רוצים לטעון שמשהו מופיע ברשימה הוא לא פשע מלחמה, או שמשהו שלא מופיע ברשימה הוא כן פשע מלחמה, ניעזר בדוקטרינה שנקבעה בטאדיץ. 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. ס'7(1) לאמנת רומא מציין מעשים שונים המהווים פשעים נגד האנושות ומוסיף סעיף סל הכולל "מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה".
2. המעשים מבוצעים כחלק ממדיניות ממשלתית או כחלק מפרקטיקה רחבה ושיטתית: (1) התקפה רחבת היקף מבחינת כמות. (2) התקפה שיטית 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 כי ה JAB השתנו במידה רבה בעקבות הקמת האו"ם. (2) למועצת הביטחון יש סמכות בסעיף 39 לקבוע שמעשה של מדינה הוא מעשה תוקפנות (3) ההגדרה החשובה ביותר כיום נמצאת בתיקון שנעשה ב-2010 לאמנת רומא, של הICC.

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

1. ה JAB הם דינים עמומים במיוחד, וההחלטה לצאת למלחמה היא החלטה שבה יש השפעה גדולה לשיקולים פוליטיים, לדוג': יש חשש גדול במיוחד כי האשמות בדבר ביצוע הפשע, תהייה מונעות משיקולים.
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.

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

כשניסחו את אמנת רומא, מצד אחד, לא היה נעים לא לכלול את פשע התוקפנות. מצד שני, נציגי המדינות היו מודעים לבעייתיות הפוליטית שלו ולכן לא באמת רצו שתהיה ל ICCסמכות בנוגע אליו. לאור זאת, בס'5 לאמנת רומא נכללה אמירה לפיה תהייה סמכות ל ICC לגבי עבירה רק כשתצורף הגדרה של הפשע האמור לאמנה. מבחינה מעשית, כולם היו בטוחים שסעיף זה יישאר אות מתה. אך בניגוד לצפיות, בשנת 2010 ,הגיעו המדינות להסכמה בדבר הגדרה כאמור ונקבע שלבית הדין תהיה סמכות בנוגע לפשע התוקפנות רק בהקשרן של מדינות שתסכמנה לכך וזאת אך ורק אם בתוך תקופה של שבע שנים לפחות 30 מדינות תסכמנה להעניק לבית הדין, בהקשרן, סמכות שיפוט בנוגע לפשע התוקפנות. ולאחר מכן, תתקבל החלטה ברוב של שני שליש מכלל המדינות החברות ב-ICC להתחיל להפעיל את סמכות השיפוט. רבים האמינו שתנאים אלו לא יתממשו, אבל בניגוד לצפיות אלו, במהלך השנים שחלפו, 35 מדינות נתנו את הסכמתן להחלטת סמכות שיפוט כאמור בהקשרן, ו ב-14 לדצמבר 2017 ,הסכימו המדינות החברות, פה אחד, כי החל מיולי, 2018, תהיה ל ICC סמכות לדון בפשע התוקפנות. אם כי ההחלטה האמורה מבהירה שלבית דין לא תהיה סמכות שכזו אם הפשע בוצע ע"י אזרח או בשטחה של מדינה שלא נתנה את הסכמה להענקת סמכות שיפוט לבית הדין. וזאת אלא אם מועצת הביטחון הפנתה את המקרה ל ICC.

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

1. מועצת הביטחון העניקה לו סמכות שכזו.
2. הפשע בוצע על ידי אזרח של מדינה חברה ובשטח של אותה מדינה שחברה ב ICC והסכימה להחיל על-עצמה באופן ספציפי סמכות שיפוט של ה ICCבנוגע לתוקפנות.

פשע התוקפנות" מוגדר באמנה רומא כ"**תכנון, הכנה, יוזמה או ביצוע, של "מעשה תוקפנות" שלאור אופיו, חומרתו והיקפו, מהווה הפרה בעליל של אמנת האו"ם, 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**".

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

דיני זכויות אדם

בניגוד לרוב המשב"ל דיני זכויות אדם מתעסקים **במתרחש בתוך המדינה**. 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 (התפתח בעקבות מלחמת העולם הראשונה.

קו פרשת המים היה מלחמת העולם השנייה מתגבשת התובנה שמדינות לא תמיד דואגות לאזרחים ולכן על המשפט הבינ"ל לפקח שמדינות דואגות לאזרחים. כתוצאה מכך נחתם הסכם לונדון לפיו מוקם בי"ד בינלאומי שבו (לפי הנרטיב המקובל) לראשונה נקבע שרדיפה של אזרחים מהווה פשע בינלאומי (פשע נגד האנושות). לפי הנרטיב המקובל השופטים בנירנברג הבינו שמדובר בחידוש ולכן הם הסכימו לדון רק בפשעים שנגעו למלחמת העולם השנייה. מתוך הנחה כי הדברים שבוצעו אחרי הם כבר אסורים מכוח דיני הלחימה. בפועל, כבר היו השקפות לפני נירנברג שרצח עם לדוג' מהווה פשע נגד האנושות.

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 בתוך המדינה מעלה מתח בין שני עקרונות: מתח בין **רצון לשמור על זכויות אדם** לבין החשש שמושפע מההשקפה לפיה במשב"ל **אין להתערב בענייני המדינה** הפנימיים. עם הזמן יש פריחה של דיני זכויות האדם, אמנות וגופים שעוסקים בתחום זה. אף באו"ם הוקמו גופים רבים שמטרתם לשמור על זכויות אדם:

* נציבות זכויות האדם של האו"ם human rights commission - גוף זה מנסח בהנהגת אלינור רוזוולט, את **ההכרזה בדבר זכויות האדם**. הגוף **מורכב מנציגי מדינות** שלא בהכרח חסידות של הגנה על זכויות האדם. עם הזמן גוף זה נהייה מוטה פוליטית כנגד ישראל כך שעם הזמן החלטות רבות שלו עוסקות בישראל וביחס שלה לזכויות אדם. ב2006 גוף זה מוחלף בגוף חדש שנקרא מועצת זכויות האדם של האו"ם.
* מועצת זכויות האדם של האו"ם human rights council - הוקם עקב ההטיות הפוליטיות של הנציבות. התקווה הייתה כי גוף זה יהיה פחות פוליטי ויותר מאוזן. לפחות בהקשר הישראלי, היחס הוא עדיין ביקורתי. גופים אלה מינו וועדות חקירה בהקשרים לעימותים בעזה ואיוש", שהמסקנות שלהם לא תמיד עזרו לישראל.
* נציב זכויות האדם commissioner on human rights - 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 human rights committee - גוף שהוקם מכוח האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR). אמנה זו מנוסחת ב66 ונכנסת לתוקף ב76 ומכוחה קיימת וועדת מומחים. הוועדה היא הפרשן המוסמך של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות. הגוף אינו מוטה פוליטית (יו"ר הוועדה הנוכחי הוא פרופסור יובל שני מהעברית).

\*\* אנו רואים כי מרחב הסמכות של הגופים שונה, סוג האנשים שיושבים בהם שונה ורמת ההטיה נגד ישראל נעשה על ספקטרום.

ב48 מתקבלת ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם. הכרזה זו כוללת רשימת זכויות אדם בסיסיות ואת העיקרון לפיו זכויות אדם הן אוניברסליות. ההכרזה אומרת שהיא לא אמנה, לא מסמך מחייב. יחד עם זאת, היום בשונה מ48 יש עמדה רווחת שאומרת כי הנורמות בהכרזה מנהגיות. האם להכרזה מעמד משפטי? רבים סבורים שהאמור בהכרזה הפך עם השנים לדין מנהגי כי הערכים בהכרזה אומצו באמנות בינ"ל, היא התקבלה בהסכמה נרחבת, החלטות מאוחרות של האום אזכרו את ההכרזה, כללי ההכרזה אומצו לדין הפנימי במדינות רבות. מצד שני, הכוונה לא הייתה ליצור דין מחייב ויש גם זכויות שאינן מקוימות. לכן כנראה שרק חלקים מההכרזה הפכו למנהג.

אחרי ההכרזה נכנסים מהר מאוד למלחמה הקרה. יש קיפאון ולוקח כמעט 20 שנה לנסח אמנות מחייבות בדבר זכויות אדם ולוקח עוד 10 שנים עד כניסתן לתוקף. הסיבה שישנה 2 אמנות היא בשל הפיצול הפוליטי:

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).

בעבר היה פחות תמיכה לזכויות הדור השני לפחות בגוש המערבי. כיום, ההשקפה היא ש2 קבוצות הזכויות יש חובה למדינה לקיים ובהתאם מרבית המדינות חתומות על 2 האמנות. בכל אחת מהאמנות יש הישגים לשני הצדדים, לדוג': הזכות לקניין לא נמצאת בשני האמנות כי הקומוניסטים התערבו.

\*\* ברגע שמדינה הצטרפה לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות לא ניתן לפרוש.

יש אמנות נוספות שנוגעות בסוגיות ספציפיות של זכויות אדם: אמנת הג'נוסייד, מניעת אפליה גזעית, זכויות הילד, מעמד פליטים, מניעת אפליה נגד נשים, מהגרי עבודה, חסרי אזרחות, מניעת עינויים, בעלי מוגבלויות, הגנה מפני היעלמויות כפויות. בנוסף לכל זה ישנם גם אמנות אזוריות כאשר החשובה מבניהם היא האמנה האירופית לזכויות אדם אשר מקבילות לה האמריקאית והאפריקאית.

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 - מרבית האמנות שעוסקות בזכויות אדם, ובפרט 2 המרכזיות, יש וועדת מומחים שמורכבת ממשפטנים בכלל העולם שהשאיפה היא כי תהייה בלתי תלויה ותפעל לקדם את יישום האמנה. הדרכים:

* מדינות מגישות דוח לוועדה שמסביר את מצב זכויות האדם (דוחות דומים מוגשים גם ע"י NGO's). הוועדה דורשת מהמדינה דין וחשבון להסביר את המצב במציאות. קביעות מצד הוועדה יכולות לגרום לאי נעימות בזירה הבינ"ל ועם העובדה שיש גורם שעוסק בכך גורם ללחץ על המדינה לשפר דרכיה.
* הוועדה מהווה הפרשן המוסמך של האמנה שהקימה אותה, ובהתאם כל וועדה מפרסמת הערות פרשניות על נוסח האמנה, שבעזרתן ניתן להבהיר מושגים שונים באמנה ותחום את היקפה. לדוג': הערה פרשנית על הזכות לחיים, על אפשרות להסתייג מהאמנה וכו. בכך מקדמת הוועדה את זכויות האדם.
* חלק מהאמנות כוללות מנגנון שמאפשר למדינות להגיש תלונה על מדינה אחרת בטענה כי המדינה האחרת הפרה את האמנה. ישראל הצטרפה למנגנון זה בנוגע לאמנה בדבר איסור אפליה גזעית אבל מעולם לא הופעל בנוגע לאמנות אלה מנגנון התלונה. בשנים האחרונות זה שונה וברגע זה ישנה תלונה של הפלסטינאים נגד מדינת ישראל מכוח האמנה למניעת אפליה גזעית בטענה כי המדינה מקיימת משטר אפרטהייד באיו"ש.
* חלק מהאמנות כוללות מנגנון שמאפשר לפרטים להגיש תלונה כנגד המדינה ושהוועדה תקבע אם זכותו של אותו פרט נפגעה ע"י המדינה הרלוונטית. המדינה צריכה לחתום על פרוטוקול בו הוא מסכימה להעניק לוועדה סמכות זו בהקשר אליה. לדוג': באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות 2/3 מהחברות חתמו על פרוטוקול אופציונלי כזה (מתוך 170+ מדינות חתומות).

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, לדוג': ביחס לזכויות אדם שהסתייגות מעקרון ההגדרה העצמית, עקרון השוויון, הצורך בישום האמנה בדין הפנימי והמגבלות על זכות החריגה, הסתייגויות המגבילות את יכולת הפיקוח של מנגנוני האכיפה על המדינה המסתייגת והסתייגויות גורפות המכפיפות את האמנה לדין הפנימי.
* לדעת הוועדה בהקשר של הICCPR הוועדה היא הגורם המוסמך להכריע האם הסתייגות מסוימת חוקית, אם הסתייגות היא לא חוקית היא בטלה והאמנה חלה על המדינה בלי הסתייגות. בנוסף, המדינה לא יכולה לפרוש מהאמנה גם אם ההסתייגות בטלה. יש ביקורת על עמדה זו של ה ICCPR. ביקורת זו היא של ה ILC אשר 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 (לדוג': איסור על עבדות, עינויים ואפליה על רקע גזעי), יש כאלה שאינם jus cogens (לדוג': הזכות לקניין) ויש זכויות לגביהם יש וויכוח (לדוג': הזכות להליך הוגן).
2. כל זכויות האדם בהגדרה הם Erga omnes רעיון זה התפתח מתוך שאיפה לצמצם את החולשות של זכויות האדם.

\*\* שישראל חתמה על האמנה היא הגישה מסמך הסתייגות, ההערה פרשנית והסתייגות מזכויות בחירום בפסקה אחת.

הסדרים מרכזיים באמנות זכויות אדם:

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות עוסקת בארבע קובצות 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.

\*\* העיקרון שמודגש באמנה בכלליות הוא איסור אפליה הקבוע בס'26.

ס'2 - סעיף חשוב הכולל מספר עקרונות חשובים:

1. על המדינות לכבד ולהבטיח את הזכויות באמנה, לא מדובר רק בחובות נגטיביות (לא לפגוע) אלה גם פוזיטיביות (לפעול כדי להבטיח זכויות).
2. חל איסור על אפליה בשל מין, גזע, מוצא, רכוש ועוד.
3. על המדינה לאמץ חקיקה שתאפשר את כיבוד הזכויות באמנה. לכן, ישראל מאשררת את האמנה במקביל להעברת חוקי היסוד בדבר זכויות אדם.
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 סעיפים הזכויות, לדוג': ניתן להגביל את חופש התנועה במטרה להגן על הביטחון הלאומי והסדר הציבורי.

יש מקומות בהם הרשות לפגוע בזכות היא משתמעת/מובלעת, לדוג': הזכות לחירות ההגבלה היא על שלילת חירות שרירותית, אם זה לא שרירותי זה מותר ויש רשות לפגוע בחירות זו אם הפגיעה אינה שרירותית. ויש זכויות אבסולוטיות בהם לא ניתן לפגוע, לדוג': הזכות לא לסבול מעינויים. לכן, כנראה שפסיקת בג"ץ שאומרת כי ניתן לספק הגנת צורך לחוקרים אינה עומדת בתנאי זכויות האדם של המשב"ל.

הגבלות זכויות אדם בחירום - במצב של חירום, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ה ICCPR) כוללת מנגנון של גריעה מתחולה. מנגנון זה קובע כי מדינה יכולה להוציא מתחולה חלק מהזכויות המצויות באמנה בשל קיום מצב חירום. כדי שהיא תוכל לעשות זאת 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 במדוקדק מפאת מצב החירום (מותאם למצב החירום הקונקרטי). **(5)** האמצעים צריכים לעמוד בקנה אחד עם התחייבויות בינ"ל אחרות (לדוג': החרגה לא תפר את דיני הלחימה).

\*\* יש זכויות שאין לפגוע בהן גם במצב חירום (לדוג': איסור על עינוים או הזכות לחיים).

תחולת דיני זכויות אדם על ישראל באיוש:

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 ז"א לא חלים בשטחים).
2. דיני זכויות אדם לא חלים כשיש התנגשות עם דיני הלחימה.

עולה השאלה באיזה סיטאציות למדינה יש חובה להגן על הזכויות מכוח האמנה, ההתלבטויות מתחילות להתקיים מחוץ לשטח הריבוני של אותה המדינה. מתי למדינה חלות חובות לדאוג לאנשים מכוח האמנה מחוץ לטריטוריה.

באיזה מידה, אם בכלל, חלים זכויות האדם במקביל לדיני הלחימה?

במקור טענה ישראל טענה כי האמנה לא חלה עליה בשטחים. היא הסתמכה על 2 טיעונים: (1) לאמנה אין תחולה אקסטריטוריאלית. (2) כל מדינה חברה באמנה לוקחת על עצמה מחויבות לכבד ולהבטיח עבור כל הפרטים הנמצאים בטריטוריה שלה והכפופים לJurisdiction שלה את הזכויות המוכרות לפי האמנה. ישראל טוענת כי אלו תנאים מצטברים. להשקפתה, צריך גם שזה יהיה השטח הריבוני וגם שאותם פרטים יהיו תחת הJurisdiction שלה, היא פירשה את מונח זה למקרים בהם הדין הישראלי חל על אותם אנשים. מכיוון ובשטחים לא חל הדין הישראלי אין לה חובה על תושבי השטחים. עם טיעון זה 2 בעיות ולכן הוא לא מקובל כיום: (1) המשמעות של And היא לא רק וגם, היא יכולה להיות ו/או, לייצר תנאים חלופיים ולא מצטברים. (2) בנוסף המונח Jurisdiction הוא בעל פרשנויות רבות שחלקן רחבות מסמכות שיפוט ולכן ניתן להעניק לו משמעות של אדם הנמצא תחת סמכות/שליטת המדינה. לאור 2 הדברים האלה **העמדה הרווחת** היא כי מדובר בתנאים חליפיים וכי דרישת ה Jurisdictionהיא כי האדם או השטח הרלוונטי הם תחת שליטת המדינה האפקטיבית. המשמעות היא שהמדינה חייבת לדאוג לזכויות אדם גם שהשטח ריבוני וגם שהוא נמצא תחת כיבוש. בנוסף, כאשר יש שליטה אפקטיבית על האדם (נאסר ע"י המדינה אפילו אם במדינה זרה). יחד עם זאת, המונח שליטה אפקטיבית עמום. לכן, יש שלל של מקרים נוספים שבו בתוך טווח העמדה הרווחת יש וויכוחים בשאלה האם יש מספיק שליטה כדי לקבוע כי האמנה חלה (המדינה חייבת לדאוג לזכויות) או האמנה לא חלה.

כיום, מדינת ישראל מכירה בכך שחובות האמנה חלות עליה גם בשטחים.

האם דיני זכויות האדם לא חלים בהתנגשות עם דיני הלחימה?

בעבר, ההשקפה הקלאסית הייתה שמרגע שחלים דיני לחימה לא חלים דיני זכויות אדם. דיני זכויות אדם התפתחו לעסוק בשלום ולא במלחמה ולכן דיני הלחימה "זורקים" את דיני זכויות האדם. כיום, אנשים ספורים מחזיקים בדעה זו. העמדה הרווחת היא כי במידה מסוימת, דיני זכויות האדם חלים. הקושי בהחלה של זכויות האדם בלחימה הוא שהם עשויים להטיל חובות נוספות שיכבידו על הכוח הלוחם.

איך משתנה העמדה? מאמצע שנות ה90 הדעה משתנה 180 מעלות. בשלב הראשון ה ICJ ובתי דין בינלאומיים אזוריים אחרים אומרים כי עצם זה שחלים דיני הלחימה לא מגרש זכויות אדם. אנו מסתכלים על דיני הלחימה השונים, זה אומר כי אם יש לאקונה בדיני הלחימה צריך להחיל בלאקונה את דיני זכויות האדם ויש לפרש את דיני הלחימה לאור דיני זכויות האדם בשל חשיבותם.

שלב שני - מיצוע של דעות שמכיל את דיני זכויות האדם בלחימה. רק שדין מסוים של דיני הלחימה ממש לא מאפשר להכיל במקביל דיני זכויות אדם לא ניתן יהיה להחיל במקביל דיני זכויות אדם ויוצר לאקונות רבות בהן נכנסות דיני זכויות האדם. בעצם, יש תחולה מקבילה של דיני זכויות האדם והלחימה. זוהי העמדה הרווחת.

שלב שלישי - **פס"ד גורגיה** - הולך צעד קטן אחורה ובהקשר מאוד מצומצם חוזר לעמדה הקלאסית. בשדה הקרב עצמו דיני זכויות האדם לא יחולו ויחולו רק דיני הלחימה.

בישראל - ישראל בהקשר זה מבינה כי היא לא יכולה להמשיך לדבוק בעמדה הקלאסית, העמדה הקלאסית מתקשרת לדיני הכיבוש כי דיני הכיבוש הם חלק מדיני הלחימה. ישראל מחזיקה בגישת שלב ראשון עם פרשנות מאוד צרה. דו"ח טירקל: " במצבים של עימות מזוין, המשפט הבינלאומי ההומניטרי הוא הדין המיוחד. במצבים הכרוכים בפעילויות אכיפה מסורתיות במהלך עימות מזוין, ימלא הדין הכללי של משפט זכויות האדם הבינ"ל את החסר (לאקונה) במשב"ל ההומניטרי. לדעת הועדה, לא חל משטר נורמטיבי נפרד של משפט זכויות אדם הבינלאומי במקום המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אלא נורמות מסוימת של זכויות אדם חלות על מנת להשלים את החסר בכללי המשב"ל ההומניטרי".