**מחברת קורס משפט בינלאומי פומבי**

שיעור מס' 1, 13.10.2021

**מבוא למשפט בינלאומי פומבי**

**מהו המשפט הבינלאומי?**

למשב"ל אין הגדרה מאחר וזו חיה מוזרה ואמורפית. מוזרה כי היא שונה ממערכות משפט שאנו מכירים, אמורפית מאחר והיא משתנה. קשה להגדיר דבר דינמי המתעצב לנגד עיננו, במיוחד כאשר קצב השינוי משתנה גם בין תתי תחומים בתוך המשב"ל.

הגדרה פורמלית: "מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינלאומית (המורכבת ממדינות, ארגונים בינלאומיים 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 הבינ"ל אליהם הם מכוונים, ואכן מרבית חברי הקהילה בינ"ל במרבית המקרים מצייתים לכללים ולמנגנונים של המערכת".

הקושי בלהגדיר משפט בינלאומי פומבי:

1. זוהי מערכת שלא דומה למערכת המשפט אליה אנו רגילים. כאשר אנו מדמיינים מערכת משפט רגילה, אנו יוצאים מנקודת הנחה שיש נתינים, מחוקק ומערכת אכיפה פורמלית. המשב"ל הקלאסי מתנהג אחרת לחלוטין. הנתינים הם המדינות, המחוקקים הם המדינות (בשתי דרכים: חתימה על אמנות / מנהגים אשר נתפסים כדין מחייב). אכיפת הדין נעשית גם היא ע"י המדינות. בשונה ממערכת משפט רגילה הירארכית ואנכית, יש לנו מערכת אופקית שהשאיפה שלה הי לתאם התנהגות בין החברים במערכת.
2. מדובר **במטרה זזה,** מאחר והמשפט הבינלאומי משתנה כל הזמן. השופט חשין במראעבה אמר כי המשפט הבינלאומי עבר תהפוכות רבות ומבורכות בעשרות השנים האחרונות, ואף שבזמנו הוא לא היה מגדיר את המשב"ל כמשפט ולא התייחסו אליו כאל מערכת כזו.

המשפט הבינלאומי נהיה חשוב יותר מאחר והעולם נהיה יותר גלובלי ועל כן ישנם יותר תחומים הדרושים הסדרה. המערכת מתרחבת ככל שהעולם נהיה יותר גלובלי, ניתן לראות זאת בסחר בינלאומי, בחציית גבולות מבלי לזוז מהכיסא (השפעת מדינה על מדינה אחרת וכו'). שבתאי רוזן במאמרו מתאר איך האדם הפרטי (הוא עצמו) מושפע מהמשב"ל. המשמעות היא שהיום, בחלקים שונים של המשב"ל, במידה שהיא משתנה מתחום לתחום – הנתין הוא לפעמים לא רק מדינה, יש פעמים שהמשב"ל פונה לבני אדם / לתאגידים, פעמים רבות המחוקקים אינם דווקא המדינות אלא יכולים להיות ארגונים בינלאומיים, והאכיפה יכולה להיעשות לא רק ע"י המדינות אלא ע"י בתי דין בינלאומיים. **ישנן שתי דרכים לפנות לאדם הפרטי: (1) הטבלת סנקציות (2) הקניית זכויות.**

התפתחות היסטורית של המשב"ל:

ע"פ ד"ר בורר, הסכמי ווספליה הוא מיתוס. יחד עם זאת, הוא כלי נוח לספר את הסיפור, שהוא עצמו יותר מורכב. במאה ה19 קיימת השקפה חזקה לפיה המשב"ל מסדיר יחסים בין מדינות ולא בין פרטים. ישנה אכיפה פלילית אוניברסלית רק נגד שודדי ים וסוחרי עבדים. דבר זה נעשה משום ש:

1. מדובר במעשים שפוגעים באינטרס משותף של רוב המדינות – אינטרס בינלאומי משותף.
2. המעשים נעשו ללא חסות מדינתית (ע"י אנשים פרטיים) ובעיקר בשטחים חסרי ריבונות, מה שהביא לכשל אכיפתי שאינו מאפשר להסתמך על מערכות המשפט הפלילי של המקום בו מבוצע עיקר המעשה.

ניתן לחלק את החברה הבינ"ל בעידן המודרני ל3 תקופות:

1. **התקופה המודרנית: משב"ל קלאסי (ממוקד מדינות)**

תקופה זו הייתה לאחר מלחמת העולם הראשונה. תקופה זו מאופיינת במספר מצומצם של מדינות. החברה מאופיינת ברקע תרבותי אידאולוגי דומה (קפיטליזם), וללא ארגון המתאם את היחסים בין כל המדינות. המשב"ל עסק בעיקר ביחסים בין אותן המדינות. הסדרת השימוש בכוח אפשר את פתיחת המלחמה. ע"פ תורת המשפט באותה התקופה, אין כנסיה שמביאה את החוקים ועל כן הם מתגבשים מהנורמות של החברה.

1. **התקופה המודרנית המאוחרת: תחילת הפריחה של ארגונים בינלאומיים**

בתקופה זו יוסד חבר הלאומים (האו"ם), פורקה ברית המועצות והסתיימה המלחמה הקרה. באותה התקופה חלו שני שינויים: מספר המדינות החברות בקהילה הבינ"ל גדל והצטרפו מדינות שונות, והתפתח דיגול של ארגונים בינלאומיים, גם בזירה האזורית וגם בזירה העל אזורית. המשב"ל בתקופה זו אסר על המדינות את השימוש בכוח ככלי לניהול המדינה, פיתח דיני לחימה וקידם זכויות אדם. באותה התקופה התפתחה תורת משפט ריאליסטית, בה מקדמים את המדיניות שהכלל רוצה לרדם. קידום אינטרסים לאומיים וגלובליים. ההתנגדות לפרקטיקה זו טענה כי דבר זה מקדם אינטרסים פוליטיים ולא את הצדק במשפט.

1. **התקופה הפוסט מודרנית (שנות ה90 ואילך)**

תקופה זו מאופיינת בגלובליזציה ובשינויים פוליטיים – אמריקה נעשתה החזקה ונאלצה לעמוד אל מול אתגרים מצד קבוצות המיעוט (טרור). המשב"ל התרכז יותר בזכויות האדם מאשר במדינה. המדינה יכולה להיפגע קצת בשביל שזכויות אדם וקבוצות מיעוט לא ייפגעו. הביטחון הוא לא ביטחון של מדינה מול מדינה בלבד אלה יש לשמור על האנשים במדינה מפני גורמים שונים בתוכה. בתקופה זו התחזקו מספר גופים:

* התחזקות הגופים הבין מדינתיים, WTO, האיחוד האירופי, טריבונאלים בינלאומיים
* התחזקות גופים לא מדינתיים: תאגידים בינלאומיים, ארגוני טרור חוצי גבולות, הפשע המאורגן

טיב המשב"ל היום נע על הספקטרום: בקצה אחד מערכת משפט שמטרתה להסדיר את ההתנהגות בין מדינות, בעוד שבקצה השני מצויה מערכת משפט שהשליטה של המדינות ביצירת הדין בה קטנה ושהמושא הוא בני האדם. עיקר המשב"ל עדיין פועל מאוד קרוב לקצה הקלאסי.

שיעור מס' 2, 14.10.2021

**ציות למשפט הבינלאומי**

כל מערכת משפט מתקשה לספק צידוק מוסרי לחובה לציית לה. "כל סיבה מוסרית שניתן לסבור כי קיימת להצדקת החובה לציית לחוקים, ניתן להראות שהיא חסרת ערך אם בוחנים אותה מנקודת מבט זו או אחרת" (בלאסה פסקל). אם כך, מדוע יש לציית למשב"ל?

* הגישה הפוזיטיביסטית (אוסטין): משפט הוא נורמה של הריבון המגובה בסנקציה, והריבון הוא מי שכוחו מספיק חזק על מנת להטיל סנקציות. מעבר להסבר מתי הציות יתרחש בפועל. ויתור על ההצדקה המוסרית. ע"פ אוסטין, המשב"ל הוא איננו חוק, ממספר סיבות:

1. אין הפרדה בין הריבון לכפופים, מערכת אופקית לעומת מערכת אנכית.
2. אין מערכת מובנית וברורה של סנקציות – אין מערכת משפט מחייבת (הסמכות תלויה בהסכמת הצדדים), ואין מערכת אכיפה.

אם כן, המשב"ל ע"פ אוסטין הוא כללי נימוס.

* הגישה הריאליסטית: ריאליזם קיצוני, מתיאור לשלילה. לקיחת הטיעון של אוסטין והפיכתו לצד השני – אם אין כוח, אין חוק. הכל פוליטיקה והכל אינטרסים, אין חוק לגיטימי. אם כך, לגישתם המשב"ל הוא בגדר הצגה, המדינות אינן מנומסות באמת אלא פועלות בהתאם למה שטוב להם. על כן, בסיטואציה כזו או אחרת – *המדינות תפרנה את המשב"ל.*

(אי) נכונות ההנחות של אוסטין / ריאליסטים בהקשר המדינתי

האם באמת איום בסנקציות מספיק? סנקציה לא יכולה להיות הסיבה היחידה לציות לחוק, מאחר וביום בו כולם יחליטו להפר את החוק, למשטרה ולמערכת האכיפה אין מספיק כוח אדם כדי לעשות סדר. האיום בסנקציה הוא עוזר במקרים בהם עומדים להתפתות לעבור על החוק ומרתיע מלעשות כן. זהו אלמנט משלים בלבד. אם כך, המסקנות הן:

* אוסטין והעמדות הריאליסטיות לא מספקות תיאור טוב מספיק של המציאות
* יש סיבות נוספות שמדרבנות לציות
* רק בשל ציות הרוב מהסיבות האחרות, הסנקציות יכולות להרתיע

אם כך, מהן הסיבות הנוספות בגינן מצייתים לחוק?

* הרגל חברתי: אנו פועלים בהתאם למנהגי התרבות שלנו, המצטיירים בעיננו כ"בסדר" וכדבר הנכון לעשות. החוק משקף את התרבות שלנו. ההרגל מופנם ע"י חלשים וחזקים כאחד, ולעיתים אף עלול להפוך בעיני החזקים ככזה המשרת את האינטרסים שלהם.
* מוסר מקובל ונורמות חברתיות משותפות: ישנן נורמות שהן פשוט מוסריות ורובנו מסכימים כי מאחוריהן עומדים עקרונות מוסריים. חלק מהנורמות מוסכמות כחלק מתרבות מסוימת.
* תיאום ויחסי גומלין בין הצדדים השונים: אין חשיבות בהכרעה לכאן או לכאן, אלא בחשיבות של דבר מה אחיד וקבוע. לדוג': אין חשיבות לצד בו ננהג בכביש, אלא ישנה חשיבות לאחידות הצד בו ייסעו כולם.
* הסכמה והוגנות: בעיקר במשפט דמוקרטי. אני מחויב למערכת ולציות החוקים מעצם כך שאני שחקן במשחק.

אז מדוע מדינות מצייתות למשב"ל, למעט בשל אינטרסים, כוח ופחד מסנקציות?

1. הפנמה והרגל: לכל מדינה יש קבוצת משפטנים העוסקת במשב"ל, אשר מהווים חלק מקהילה בינ"ל של משפטנים. הם מטמיעים את הנורמות כחלק מהנורמות המדיניות תוך גיבוי מצד המדינה, ובכך נורמות בינ"ל הופכות לחלק מן הדין המקומי. הן מופנמות ע"י הציבור והופכות להיות חלק מההרגל.
2. שיקולים של יחסי גומלין ותיאום: לעיתים נציית לנורמה לא נוחה לטווח הקצר על מנת להימנע משבירת כלים בטווח הרחוק.
3. פחד מסנקציות: על אף שהסדרת הטלת הסנקציות ממוסדת יותר מהמשפט המדינתי, עדיין קיים החשש מסנקציות (ישירות, אלימות, פליליות או כלכליות).
4. דעת קהל בינלאומית ופנימית: ישנן מדינות שאכפת להן מהאופן בו הן נתפסות בעולם, ודבר זה משפיע על התנהלותן בפועל. יש מדינות המושפעות גם מדעת הקהל מבית (לחץ פנימי).
5. מוסר: גם במשב"ל יש נורמות שקיימות מסיבות מוסריות.
6. היררכיה: מעמדה של המדינה בעולם משפיע על הציות שלה.

*"רצח עם זה פיכסה" (ז. בורר)*

מנגד, יש תמריץ להפר מאחר ואין ריבון משותף ולרוב אין סנקציות חזקות.

אם כך, איזה שיקולים להוביל לאי ציות של מדינה לכללי המשב"ל?

1. אינטרסים לאומיים, בין אם ביטחון לאומי ובין אם זהות לאומית, המובילים את המדינה שלא לציית לכללי המשב"ל.
2. מעמד: מדינה מבודדת שאין לה מה להפסיד, ומנגד – מדינה שהיא מעצמה, יפרו יותר בקלות את הדין הבינ"ל.
3. דעת קהל פנימית הדוחקת במדינה להפר את כללי המשפט הבינ"ל.
4. מידת הלגיטימיות של הכלל: עד כמה הכלל נתפס כלגיטימי בעיני הכלל באותה המדינה.
5. חשש מסנקציות: עד כמה החשש מסנקציות משמעותי (משתנה ממיקום למיקום).

*"אנחנו מדינה בינונית בגיל ההתבגרות ואנחנו מתנהגים בהתאם"*

המגמות במשב"ל ותוצאותיהן

מגמות המשב"ל (התרחבות תחומי העיסוק, התחזקות המשב"ל והתחזקות הסנקציות) הביאו ליותר מקרים של דילמות למדינות האם להפר או לציית לכללי המשב"ל.

בנוסף, יש התגברות של המתח בין הפוליטי לנורמטיבי. יש מקרים שברור שהחוק מבטא עקרון מוסרי, ובאותה המידה יש מקרים בהם ברור כי החוק מבטא אינטרס צר של מישהו. יש סיטואציות רבות יותר בהן נוצר מתח בין החשיבה כי הנורמה היא ערכית וההפרה אינה ערכית לבין מצבים בהם החשיבה היא כי הנורמה אינה ערכית ולכן הפרתה תהיה ערכית. דוג': תחום דיני הלחימה. תחום זה שנוי במחלוקת, אך עם זאת הם משמשים אינטרס של צדדים מסוימים להציג את אויביהם ככאלו המפרים את המשב"ל.

*"פשעי המלחמה ברובם זה פויה".*

המתח בין הפוליטי לנורמטיבי בהקשרו של המשב"ל מתחזק: מחד, אין היררכיה של מוסדות חקיקה, שיפוט ואכיפה ולכן החשש לניצול פוליטי של הדין גובר. מאידך, בתחומים מסוימים הטיעון המוסרי לעיתים חזק מאוד. אין תשובה אובייקטיבי למתח זה, הכל עניין של השקפה. הבעיה בריאליזם הקיצוני הוא פשטנות, התעלמות ממורכבות.

שלושה עקרונות מעדות מזוז בוועדת וינוגרד:

* בדיני הלחימה יש אלמנט מוסרי. דיני הלחימה התפתחו תחת ההנחה כי אזרחים צריכים להיות מחוץ לטווח המלחמה (חפים משפע, אין לפגוע בהם)
* חופש הפעולה של צה"ל תלוי בלגיטימיות שלו
* הקטנת הסיכון לקציני צה"ל מהעמדה לדין

המציאות היא מורכבת, ועל כן לא תמיד ניתן להכריע בצורה מוחלטת. בשל כך, אנו צריכים לחיות עם המתח של דמוקרטיה מול ערכים.

שיעור מס' 3, 20.10.2021

מבחינה פורמלית אין מסמך שבא ומפרט מהן הנורמות המחייבות במשב"ל. יחד עם זאת קיימת אמנה העוסקת בעניין ספציפי: ICJ – בית הדין בהאג. באמנה זו יש סעיף (מס' 38) המפרט את הנורמות המשפטיות העיקריות של המשב"ל. סעיף זה עושה חלוקה בין נורמות ראשיות לנורמות משניות.

מקורות ראשיים:

1. אמנות: מונח מקביל למשפט בינלאומי הסכמי
2. מנהג: דין בינלאומי מנהגי מחייב (מלבד מתנגדות עקביות)

מקורות משניים:

1. מקור מחייב: עקרונות משפט כלליים המקובלים על האומות בנות תרבות, כאשר ההנחה היום היא כל האומות הן בנות תרבות. במקרים בהם ישנה לאקונה בחוק, ניתן למלא אותה באמצעותם.
2. אמצעי עזר (לא יוצרים דין)
3. פסיקה בינלאומית: פסיקה של בית דין בינלאומית מחייבת מבחינה פורמלית רק את הצדדים המעורבים בהליך, היא אינה מחייבת בצורה כללית. יחד עם זאת, ככל שבית הדין הבינ"ל יותר נחשב, מייחסים יותר חשיבות לפסיקות שלו.
4. כתבי מלומדים ומומחים

לסעיף 38 שתי מטרות:

* מטרה פורמלית פרקטית: להנחות באופן ספציפי את השופטים באותו בית דין (ICJ) מהן המקורות עליהם הם יכולים וצריכים להסתמך.
* חשיבות תיאורטית: סעיף זה עוזר להבין באופן יותר כללי מהן הנורמות המשפטיות המרכזיות של המשב"ל. יחד עם זאת, יש מקורות נוספים אשר לא מצויים בסעיף.

**המנהג הבינלאומי – דין בינלאומי מנהגי**

מנהג מורכב משני רכיבים:

1. פרקטיקה מקובלת בין מדינות
2. OJ, תחושת מחויבות משפטית בקרב המדינות

דוג' לכך ניתן לראות בדיני הים אשר חלק נכבד מהם מוסדר בדין המנהגי, אם בנוגע לגבולות טריטוריאליים ואם בנוגע לאי פגיעה בצוותים רפואיים אשר מתניידות בדרכים ימיות.

הבעייתיות בהסתמכות על נורמה מנהגית

* חוסר וודאות ונוחות: קושי בזיהוי האם התגבש מנהג, מתי התגבש מנהג ומהם פרטיו המדויקים. הקושי נוגע הן לאלמנט הפרקטיקה המקובלת והן לאלמנט ה OJ, האם פעולה זו נעשית מתוך תחושת מחויבות משפטית.
* הפרות דינים קודמים בשל חוסר הסדרה כללי של המנהגים: על מנת לקבוע דין מנהגי נוכחי יש להפר דין מנהגי קודם, במידה כזו או אחרת – ישנו תמריץ להפר את הדין. בניית נורמה מנהגית טומנת בחובה את התמריץ להפרת הדין המנהגי.
* הפרת מנהג פוגמת באלמנט הפרקטיקה המקובלת: אם מדינות מפירות את המנהג- אז אין בעצם עקביות של פרקטיקה מקובלת.. יש גם מימד של חוסר צדק- אם מדינה אחת או מדינות בודדות מפירות את המנהג- הן יישפטו ואולי ייענשו. אם הרבה מדינות יפרו את המנהג- המנהג יתבטל מעצמו (כי הוא לא מנהג אם הרוב לא נוהגים לפיו).
* אי הסכמה של רוב המדינות

*לתקן.*

**רכיבי המנהג**

**פרקטיקה מקובלת**, התנהגות המדינה מורכבת ממספר כללים:

1. כלליות ונרחבות: כמות נכבדת של מדינות שתקיים את הפרקטיקה. לא בודקים זאת בצורה גורפת ומוחלטת מאחר ובלתי אפשרי להשיג ציות מוחלט של כל המדינות.
2. עקביות: המשכיות וחזרתיות ביישום הפרקטיקה. אי אפשר לצפות ממדינה, המורכבת מאנשים רבים, תעמוד ברף של עקביות מוחלטת ועל כן יש לבחון זה ברוב יחסי נמשך.
3. משך זמן: על הדינים המנהגים להיות דינים שהתפתחו במשך מאות / עשרות שנים. יחד עם זאת, יש חריגים תחת נסיבות מסוימות בהן נוצר מנהג תוך זמן קצר. חריג כזה מתאפשר כאשר שני האלמנטים האחרים (כלליות ועקביות) חזקים במיוחד. חרגיש זה בא לדיון בפרשת המדף היבשתי.

**פרשת המדף היבשתי (כלל המרחק השווה):** ב58' נחתמת אמנה בנוגע למדף היבשתי, גרמניה לא חתומה על האמנה. כ10 שנים לאחר מכן, הולנד ודנמרק תובעים את גרמיה בנושא זה בטענה כי התגבש מנהג שקובע כללים דומים לכללים שנקבעו באמנה. ICJ קובע כי לא התקיים דין מנהגי ועל כן גרמניה ניצחה. עם זאת, כאמירה כללית, אומר בית הדין כי ייתכנו מצבים בהם יתפתח מנהג תוך זמן קצר. לא במקרה זה וזאת כאמור כאשר שני הכללים האחרים מתקיימים באופן חזק במיוחד. לעומת זאת, בתקופת מלחמת העולם הראשונה התגבשו מנהגים בנוגע לריבונות המדינה בשטח האווירי שלה.

דוג' נוספת היא כי עד ה11.9 לא היה ניתן לצאת למלחמת הגנה התקפתית כאשר מדינה חווה התקפה מצד ארגון לא מדינתי (כגון אל קעידה). לאחר ה11.9, ארה"ב פלשה לאפגניסטן ומקבלת תמיכה מקבוצות של מדינות וממדינות אישיות. יש הטוענים כי משם התפתח דין מנהגי המאפשר התקפה הגנתית כנגד גוף טרור, ויש כאלה שטוענים כי לא התגבש כלל.

הבעייתיות המרכזית בדרישה הכלליות והעקביות, היא כי הדרישה היא שהפרקטיקה תהיה כללית ועקבית (כמעט אחידה). משמע, צריך אחידות אוניברסלית. בצורה כזו, לא יתפתחו כמעט מנהגים. לכן, יש ניסיון לייצר הסדרים שיאפשרו התפתחות מנהגים באופן יותר קל. ישנם מספר הסדרים הנוגעים בנושא זה:

* כלל המדיניות המושפעות במיוחד. לדוג', בכל הקשור לדיני הים, יש לצפות לעקביות ממדינות להן מוצא לים ולא מכלל המדינות. מנגד, יש מדינות הטוענות כי הן לוחמות הרבה ולכן יש להקשיב לפרקטיקה שלהן בכל הקשור לדיני לחימה, מאשר למדינות שלא נלחמות. במקרה בו מדינה איזה מעורבת במנהג, יש לבחון מדוע היא לא מעורבת בו: האם היא אין לה צורך בו, האם כרגע הוא לא רלוונטי עבורה אך בעתיד ייתכן שכן, או האם היא חושבת שמנהג זה אסור.
* מנהג אזורי. אין צורך בכלל המדינות בעולם, אלא במדינות באיזור מסוים, תוך בחינת הפרקטיקה המקובלת תוך תחושת מחויבות משפטית לאורך זמן בהן. פרקטיקה שכזו תיחשב כדין / מנהג איזורי.

*"בני האדם כולם גרועים באותה מידה"*

המתנגד העקבי

מרגע שהתגבש, מנהג מחייב את כל המדינות. עם זאת, אנו רוצים שהמשב"ל יהיה מבוסס על הסכמתן של המדינות. הפתרון הוא **כלל המתנגד העקבי.** כלל זה קובע שמדינה המתנגדת למנהג באופן עקבי מיום היווצרותו, הרי שהמנהג לא חל עליה. ההתנגדות צריכה להיות (1) מפורשת (2) עקבית לאורך זמן (3) צריכה להתחיל מיום התגבשות המנהג. קיימת עמדה משפטית הטוענת כי כלל זה לא קיים, אך הדעה הרווחת היא שכלל זה קיים.

היתרון של כלל זה הוא שהוא מחדד את עקרון ההסכמה, יש כאן כיבוד של עקרון הריבונות. לדוג', סכסוך בין בריטניה לנורבגיה בקשר לחלוקת שלל הדיג בים הצפוני. בריטניה טוענת כי התפתח מנהג, נורבגיה סותרת אותו. ICJ קבע כי לא התפתח מנהג, וגם אם התפתח אחד כזה – נורבגיה התנגדה לקיומו.

הבעייתיות בכלל זה, היא שקשה לזהות מהו מועד גיבושו של מנהג. מבחינת עובדתית, קשה לזהות האם המדינה החלה להתנגד לפני שנוצר המנהג או לאחר שנוצר המנהג. מבחינה מעשית, הדבר מקשה על מדינה לזהות את המועד ממנו להתחיל להתנגד למנהג. לדוג', עמדה רווחת כיום בעולם היא כי קיים איסור להעביר משהו לשטח כבוש. ישראל טוענת כי לא התפתח מנהג כזה, ובמידה ואכן התגבש כזה – הוא החל ב67 והחל מרגע זה המדינה התנגדה להתגבשותו מתוקף הקמת התיישבויות. בעיה נוספת עם כלל זה היא כי מרבית המנהגים התפתחו לפני שמרביץ המדינות התפתחו, על כן, לאותן המדינות לא עומדת האופציה של מתנגד עקבי. הטענה של חיזוק אלמנט ההסכמה, חלשה הרבה יותר ממה שזה נראה.

יש חריג אחד לכלל המתנגד העקבי, Jus Cogens – כלל בל יעבור, הנוגע לנורמות בסיסיות שהוכרו ככאלה שאין לגרוע מהן. ביניהן: עבדות, רצח עם, פשעים נגד האנושות. כל דין שהוא **jus cogens** הוא גם דין שהוא **erga omnos**-(הפרת ארגה אומנוס היא פגיעה בכל מדינות העולם). כלומר כשמדינה מפירה דין כזה, היא מפרה אותו כלפי כל מדינה אחרת בעולם. כל דיני הjus cogens הם erga omnos, אבל לא כל דיני הerga omnos הם jus cogens – למשל זיהום סביבתי. (כלומר יש דיני erga omnos שאפשר להתנגד להם או לסתור אותם באמנות).

**רכיב המחויבות המשפטית**

יש צורך בביצוע ההתנהגות מתוך תחושת מחויבות משפטית.

**פרשת לוטוס (1927)**

התנגשות בין ספינה צרפתית לספינה טורקית. הטורקים עוצרים את הנאשם ומעמידים אותו לדין, צרפת רצה לpcij וטוענת כי יש מנהג שקובע סמכות שיפוט לספינת הדגל עליה נהג הקצין. צרפת מביאה דוגמאות רבות לכך שהמדינות שלא היו מדינת הדגל נמנעו מהעמדה לדין. ביה"ד דחה את הטענה הצרפתית וקובע כי **לא הוכח שההימנעות מהעמדה לדין במקרים הללו נבעה מהכרה בקיומו של כלל משפטי האוסר על העמדה לדין (לא הוכחה תחושת מחויבות משפטית- אלא כנראה ההימנעות נבעה מכללי נימוס וכבוד).** בהעדר הוכחה לכך – הרי שמכיוון שלמדינות הכול מותר אלא אם נאסר במפורש – הנטל הוא על מי שמבקש להגביל את הפעלת הריבונות של מדינה וצרפת לא עמדה בנטל זה.

היחס בין הפרקטיקה בפועל לבין ההצהרות

**פרשת 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.

כאשר מדובר במקרה שההצהרות מדברות על קיומו של דין בינלאומי מנהגי שאוסר משהו ובפעול המדינות מפירות אותו תוך הצהרה כי האיסור קיים, פעמים רבות נגיע למסקנה כי אכן קיים דין מנהגי. הדבר קורה במיוחד התחומים העוסקים בהגנה על בני אדם (זכויות אדם, דיני לחימה).

כאשר בפועל מדינות לא עושות משהו אך מצהירות כי מותר להן לעשות אותו – במרבית המקרים, ככלל תהיה נטייה להניח שאין מנהג. הדוגמא שקיימת היא הדוגמא של נשק גרעיני: יש מעט מדינות עם נשק גרעיני, אך נכון לשנת 96', הרבה מדינות הצהירו כי ברמה העקרונית מותר מבחינה משפטית לפתח נשק גרעיני. הן לא עושות זאת מתוך תחושה של מחויבות משפטית, ולכן נקבע כי לא קיים דין מנהגי האוסר על החזקה בנשק גרעיני.

שיעור מס' 4, 21.10.2021

**אמנות**

דיני האמנות מוסדרים במשפט המנהגי, אך ב1969 נחתמה אמנה בווינה בדבר דיני אמנות. אמנה זו נקראת אמנת האמנות. מרבית הנושאים הכתובים באמנת ווינה משקפים את הדין המנהגי, ולכן למרות שאמנת ווינה לא חלה על מדינות שלא חתמו עליה, הדין המנהגי בענייני אמנות חל עליהן(הדין עצמו אינו שונה מהותית ממה שכתוב באמנה ועל כן החיוב החל על המדינות בכלל ועל אלו הלא חתומות בפרט הוא זהה).

סעיף 2(1)(א) לאמנת האמנות: "למטרת אמנה זו המונח אמנה משמעותו הסכם בינלאומי שנכרת בכתב בין מדינות והכפוף למשפט הבינלאומי, בין שהוא מגולם במסמך יחיד ובין בשני מסמכים או יותר הקשורים זה בזה ויהיה כינוי המיוחד באשר יהיה".

משמעות סעיף זה, היא שכדי שאמנה תיחשב אמנה צריך שיתקיימו בה מספר אלמנטים:

1. **הסכם**: שהצדדים החליטו והסכימו עליו.
2. **בינלאומי**: ההסכם מחיל בתוכו את הדין הכללי, ולא דין מדינתי של מדינה כזו או אחרת.
3. **בין מדינות** (ו/או ארגונים בינלאומיים): אמנת וינה לא חלה על שחקן שאינו מדינתי.
4. **בכתב** (או בע"פ): אמנה יכולה להיות בע"פ, אך אמנת וינה לא תחול עליה שכן היא דורשת כתב. עם זאת, הדין המנהגי כן יחול עליה, מאחר והוא קובע כי אמנה יכולה לחול בעל פה.
5. **כפוף למשפט הבינלאומי**: מדינות לפעמים יכולות לחתום ביניהם הסכם, ולרצות להחיל עליו את הדין המדינתי ולא את הדין הכללי. על כן, הסכם כזה לא יהיה הסכם בינלאומי.

**פס"ד קטאר נ' בחריין:** היה מסמך שכותרתו "פרוטוקול מוסכם", שלכאורה נשמע לא מחייב. ה-ICJ, לאחר שבחן את התוכן, קבע כי התוכן מחייב ולכן מדובר באמנה ללא קשר לכותרת. נלמדים מכך שני דברים: (1) כותרת המסמך לא משנה, תוכן המסמך הוא זה שמשנה (2) אמנה לא חייבת להיות מסמך אחד, אמנה יכולה להיות מורכבת ממספר מסמכים. **בעצם, מה שייבחן בהסכם הוא התוכן וכוונות הצדדים.**

בעוד שמנהג מחייב את כל המדינות (למעט מתנגד עקבי), אמנות מחייבות רק את מי שמשמש כצד להן – למדינות עומדת הזכות להחליט האם להצטרף לאמנה או לא.

משמעות הפרת אמנה

1. כאשר מדינה מפרה אמנה, יש בכך *הפרה של נורמה חוזית*. המשמעות לכך היא, שהרבה אמנות יש סעיפים בהסכם הקובעים מהן ההשלכות של הפרה.
2. הפרת אמנה היא הפרת חוק בינלאומי, מבחינת המשב"ל זוהי הפרה של דין מחייב. במקרה זה, חלים דיני המשב"ל העוסקים בהפרה של המשב"ל. תחום זה נקרא דיני אחריות מדינה.
3. כאשר מדינה מפרה אמנה, היא מפרה דין מנהגי יסודי של המשב"ל שקובע כי הסכמים צריך לקיים.

דרכים שונות לסווג אמנות

* **אמנות בילטראליות מול אמנות מולטילטראליות**

ההבחנה בין אמנה בילטראלית – הסכם בין 2 מדינות לאמנה מולטילטראלית – הסכם בין כמה מדינות. מתבססת על מספר המשתתפים באמנה.

* **אמנות מעין חוזיות מול אמנות שיוצרות דין במהותן**

הבחנה בין אמנות חוזיות באופיין (אמנות על קשרי סחר, הסכמי שלום או הסגרה בין מדינות) לבין אמנות שנועדו להתנהג באופן דומה לחוק במשפט המדינתי (אמנת ז'נבה בעניין דיני הלחימה, למשל, קובעת כללים לגבי מה מותר ומה אסור). מרבית האמנות הבילטראליות יהיו חוזיות באופיין, כאשר אמנות מולטילטראליות נעות לכאן ולכאן.

* **אמנות דקלרטיביות מול אמנות קונסטיטוטיביות**

אמנות קונסטיטוטיביות מייצרות דין חדש, בעוד שאמנות דקלרטיביות (הצהרתיות) נועדו להעלות על הכתב (בפורמט של אמנה) מהו הדין המנהגי בנושא, זאת כדי ליישר קו בין כל המדינות. פורמלית, מדינה שלא חתמה על אמנה לא מחויבת אליה. אם זו אמנה דקלרטיבית שמצהירה על דין מנהגי קיים – המדינה עדיין מחויבת אליו.

שלוש סיבות מרכזיות לחתימה של מדינות על אמנה דקלרטיבית:

1. מנהג מעצם טבעו הוא עמום, בעוד שאמנה מבהירה את פרטי הדין המנהגי כפי שהסכימו המדינות.
2. יכולה להיות אי וודאות בנוגע לשאלה האם נורמה מסוימת היא דין מנהגי או לא, ואם כן מתי היא החלה להתקיים. ההתכנסות יחדיו סביב מסמך המאשרר את הדין המנהגי מחזקת את הטענה לקיומו.
3. ישנן אמנות שבעת חתימתן היו קונסטיטוטיביות, ועם הזמן הנורמות בהן התקבעו כדין מנהגי. דוגמא לכך, היא חתימת ארבעת אמנות ז'נבה בדבר דיני הלחימה מ1949. בתחילה היה ברור כי חלקים נכבדים מהן קונסטיטוטיביים (מייצרים דין חדש בעקבות הסקת מסקנות), בעוד שכיום כל המדינות בעולם מסכימות ששלושת האמנות הראשונות הן דקלרטיביות, וכל המדינות (למעט ישראל) מסכימות כי הרביעית משקפת דין מנהגי.

כמובן שיכול להיות שילוב של אמנה שהיא דקלרטיבית וקונסטיטוטיבית, ויש כמה סיבות לכך (רשימה פתוחה):

* להעלות על כתב באמנה חדשה (יוצרת דין) את כל מה שנהוג בנושא האמנה לפני שיוצרים דין חדש בנושא.
* מדינות מרמות, הן לכאורה מעלות על כתב מנהג או דין קיים בטענה שזה סעיף דקלרטיבי, אך למעשה יוצרות במסווה דין חדש לטובתן.
* אמנות שהתחילו כקונסטיטוטיביות והפכו לדקלרטיביות – כי המטרה הייתה שהאמנות יהפכו למנהג, כדוג' אמנת האג או אמנת ז'נבה.
* **אמנות שלא יוצרות מוסדות בינלאומיים מול אמנות שיוצרות מוסדות בינלאומיים**

יש אמנות מסוג מיוחד אשר מקימות מוסדות בינ"ל. המיוחד באמנות אלו הוא שבחלק מהמקרים האמנה מעניקה למוסד הבינ"ל סמכות לייצר נורמות מחייבות חדשות. דוגמה לכך היא האו"ם, שהוקם במסגרת אמנה. האו"ם הקים גוף קטן בשם מועצת הביטחון ובו חמש מדינות קבועות. למועבי"ט יש סמכות לייצר כל מיני מסמכים, ביניהם החלטה מכוח פרק 7. הצ'רטר קובע שהחלטה מכוח פרק 7 מחייבת את כל המדינות החברות באו"ם.

איך כורתים אמנה?

**אמנה בילטראלית:** די פשוט, המשלחות מ2 המדינות מגיעות ומסכימות ביניהם על אותם הדברים.

**אמנה מולטילטראלית:** הדרך הנפוצה ביותר היא הובלת גוף או ארגון בינלאומי שמזמין את המדינות להתכנס יחד. לרוב הוא ישלח להם טיוטה של מה צריך להיות באמנה. המדינות מפרקות את הנקודות לפרקים, וכל מדינה בוחרת לאיזה מן הדיונים להצטרף ולשלוח נציג. לאחר שהוועדות השונות מנסחים את הפרקים הרלוונטיים, מתכנסים במליאה ומקיימים הצבעה על כל אחד מהסעיפים.

גוף מרכזי שפועל ליצירת אמנות מולטילטראליות הוא ה-ILC (International Law Comission), גוף של האו"ם המורכב מוועדת משפטנים שתפקידם לקדם את פיתוח המשב"ל. הוא עושה זאת בשתי דרכים: איסוף מומחים ממספר מדינות המנסים לנסח אמנה המכתיבה את הדין המנהגי, או כינוס המדינות בניסיון לנסח אמנה בנושא כזה או אחר. בשנים האחרונות הוא נוטה יותר לפרסום מסמכים מאשר ניסוח אמנות.

כיצד הופכת מדינה לצד באמנה?

* **חתימה ע"י נציג מוסמך חתימה**

צריך שהגורם שמוסמך לחייב את המדינה מבחינה משפטית, יבצע את הפעולה הנדרשת לחיוב המדינה באמנה. הגדרה זו מתחלקת לשתי שאלות: מיהו הגורם המוסמך, ומהי הפעולה הנדרשת כדי שמדינה תצטרף לאמנה. מבחינת המשב"ל אם נבחר ציבור בכיר שלא מורשה חתימת הסכם בינ"ל חותם על ההסכם, המדינה מחויבת להסכם. מבחינת המשפט המדינתי, המדינה אינה מחויבת באמנה זו, ועל כן נוצרת סתירה.

ע"פ הדין הישראלי, המוסמכים לחתום על אמנה בשם המדינה הם (א) הממשלה או שר שהממשלה האצילה לו סמכות זו (ב) שר החוץ או גורם ששר החוץ ימנה.

הגורם המוסמך לחייב את מדינתו צריך לעמוד באחד מתוך 3 תנאים חלופיים:

1. מספיקה הוכחה שיש לו סמכות
2. מהפרקטיקה של המדינות המעורבות
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 בטענה כי לרוב יש לראשי המדינות סמכות ולכן לא הייתה לקמרון סיבה לחשוב שראש המדינה הניגרי לא מוסמך. קמרון לא צריכה להכיר את הדין הניגרי.

בפרקטיקה, פעמים רבות מנהלי המו"מ אינם הגורמים המוסמכים. הם חותמים בראשי תיבות, כך שאין חיוב משפטי. בטקס החתימה עצמו, חותמים הגורמים המוסמכים מכל מדינה.

הפעולה הנדרשת לצורך חיוב מדינה לאמנה יכול להיות אחת משלוש:

1. חתימה: פעולה חד שלבית, חד פעמית.
2. חתימה + אשרור: פעולה דו שלבית, הליך המבוצע לאחר החתימה הראשונית על האמנה של אישור האמנה בתוך המדינה. בתום ההליך החוזרת המדינה ומודיעה כי אשררה את האמנה (מעין חותמת על האמנה בשנית). יש בדיקה בין הדין הבינ"ל שנקבע לבין הדין המדינתי.

ניתן לחלק את מדינות העולם למדינות שבהן הפרוצדורה של האשרור דורשת מעורבות של הפרלמנט, אל מול מדינות בעולם בהן הפרוצדורה של האשרור נעשית ככלל בידי הרשות המבצעת. בארה"ב למשל, החוקה קובעת כי האשרור צריך להיעשות אל מול הסנאט ברוב של 2/3. במדינת ישראל כי נקבע כי האשרור נעשה בממשלה (נקבע בפסק דין מסוים). במקרים מיוחדים, יש אפשרות בה האשרור ייעשה באמצעות הכנסת.

הסיבות להליך הדו שלבי של חתימה ואשרור:

* לתת למדינה שהות להחליט, זאת כדי לחזק את אלמנט ההסכמה
* זמן להכנות פנימיות בתוך המדינה: (1) זמן לממשלה להבין את משמעות האמנה (2) אפשרות להתאים את החקיקה הפנימית

הדין החל בתקופה שבין החתימה לבין האשרור: מדינה שחתמה על אמנה אבל לא אשררה אותה לא מהווה צד לאמנה. עם זאת, הדין המנהגי קובע שאסור לה לנקוט פעולות שחותרות יחד העקרונות היסודיים של האמנה. בין האמנה לאשרור אין הגבלת זמן, ויש מחויבות לאי סיכול.

האם ניתן להתחרט: תלוי בנוסח האמנה, ס'18 לאמנת וינה: ברירת המחדל היא שאפשר למשוך חתימה. דוגמא לכך היא כאשר ארה"ב וישראל הודיעו כי לא יאשררו את אמנת רומא, לאחר שחתמו עליה. בשלב זה מדינת ישראל מחויבת לעקרונות היסודיים של האמנה, שאינם מוגזמים מדי. ישראל חיקתה את התנהלות ארה"ב בנושא זה.

*"כמה כיף להתחבא מאחורי גב של ענק"*

1. הצטרפות (Accession): פרוצדורה חד שלבית לפיה מדינה מגיעה ומודיעה כי היא רוצה להצטרף לאמנה קיימת. פרוצדורה זו נובעת מהעובדה כי משך הזמן בו ניתן לחתום ולאשרר אמנה הוא מוגבל, והיא נועדה לע מנת לאפשר למדינות אחרות להצטרף לאמנה קיימת.

*"אין לי מספיק שערות על הראש בשביל למרוט אותן"*

פרישה מאמנה

* אם האמנה קובעת הוראות בעניין, אז רק בהתאם להוראות, לדוג' חוקת רומא. לפי אמנת וינה (אמנת האמנות): פרישה בהודעה של שנה מראש. הפרישה אינה מבטלת את סמכות הICC להליכים שהחלו קודם לפרישה.
* אם האמנה שותקת, סע' 56 לאמנת וינה אומר כי: יש לבחון את כוונת הצדדים בנוגע לפרישה. סע' 54 אומר כי פרישה בהסכמת שאר המדינות שהן צד לאמנה.- בכל מקרה יש להודיע על פרישה שנה מראש.

שיעור מס' 5, 27.10.2021

**הסתייגות מאמנה**

אם הייתה נדרשת הסכמה לכל הנאמר בכל אמנה, מעט מאוד אמנות היו נחתמות. על כן, פותח פתרון ההסתייגות שמטרתו היא לאפשר למדינה להפוך להיות צד לאמנה למרות שיש הסדרים ספציפיים באמנה שהיא לא מעוניינים בהם.

הגדרה: הכרזה חד צדדית של מדינה, שיש לבטל או לשנות תחולה לגביה, של סעיפים ספציפיים באמנה או של כלל האמנה בנוגע לאספקטים ספציפיים מסוימים. הסתייגות יכולה להיעשות ע"י המדינה רק לפני השלמת הליך הפיכתה לצד לאמנה (משמע, בעת החתימה, האשרור, ההצטרפות או ההורשה של האמנה).

ישנן הסתייגות שקל להבחין בהן, ומנגד יש הסתייגויות בהן המדינה אומרת כי הסדר הקיים לאורך כל האמנה, ובהקשר ספציפי מסוים היא מסתייגת ממנו. דוגמאות:

* עברו שלושים שנה מיום חתימתה של ישראל על **האמנה לזכויות אדם** אזרחיות ופוליטיות ועד לאשרורה. בישראל יש פער משמעותי במעמדות בדיני האישות בגלל מעמדו של הדין הדתי, שמנע את האשרור תקופה ארוכה. כשדן מרידור היה שר המשפטים הוא שכנע את הממשלה לחתום על האמנה בכפוף להסתייגות - ישראל תקיים את הסעיף בדבר שוויון זכויות בכפוף למגבלות הקבועות בדין הפנימי שלה.
* **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.
* **אמנה בדבר חסינויות וזכויות יתר לאו"ם** 1946. קנדה מסתייגת מכלל ההסדרים באמנה בהקשר של נושא מסוים (מיסוי משכורות של אזרח או תושב).

החיסרון בהסתייגויות הוא יצירת אי אחידות בדין הבינ"ל, שהוא מעט סתירה למטרתה המרכזית של האמנה – הסכמה אחידה של כלל המדינות. ההסתייגות יוצרת למעשה מעטה של הסכמה, לא הסכמה אמיתית. דבר זה מביא לפגיעה בוודאות ובסדר המשפטי.

הסתייגות ביחס למדינות אחרות

בנוגע למדינה מסתייגת, האמנה חלה עליה בכפוף להסתייגות. בנוגע להשפעה על מדינות אחרות, יש להבחין בין 3 מצבים:

1. מצב בו מדובר במדינה אחרת החברה באמנה, שלא התנגדה להסתייגות (קיבלה את הסתייגות אותה המדינה, צעד פסיבי: פשוט לקבל). האמנה חלה ביחסים אלו בכפוף להסתייגות, ובכפוף לכלל לפיו המדינה המסתייגת אחראית להתנהל באותה הצורה המסתייגת כלפי אותה המדינה האחרת ולהפך – תהיה זכאית לאותו היחס (הדדיות). דוג' לכך – עניין השק הדיפלומטי, לוב ובריטניה 1984).
2. מערכת יחסים בין המדינה המסתייגת לבין מדינה המודיעה על התנגדות לאותה הסתייגות. מדינות אחרות רשאיות להתנגד להסתייגות, אך על המדינה למסור את התנהגותה תוך 12 חודשים מיום הגשת ההסתייגות או בעת הצטרפותה לאמנה. המתנגדת רשאית לקבוע שלא תהיה תחולה ביחסיה עם המסתייגת להסדר לגביו נעשתה ההסתייגות, ואף לקבוע כי לא תהיה תחולה של האמנה ביחסיה עם אותה מדינה מסתייגת.
3. ביחסים בין המדינות האחרות אשר לא הסתייגו. במקרים כאלו, אין השפעה על היחסים ביניהן. אין זה משנה האם הן התנגדו להסתייגות או לא.

מדינה יכולה לחזור בה מהסתייגות או מהתנגדות להסתייגות.

מתי לא ניתן להגיש הסתייגות

1. באמנה בילטראלית, אשר היא בין שתי מדינות, לא ניתן להסתייג מאחר ובכך מתבטל ההסכם בין שתי המדינות ונעקר עיקרה של האמנה.
2. באמנות מולטיראליות לא ניתן יהיה להסתייג בשני מקרים (סעיף 19 לאמנת האמנות):
3. במקרה בו האמנה אוסרת על הסתייגות:

(-) אמנות שהושגו כעסקת חבילה אחרי מו"מ ארוך (אמנת דיני הים)

(-) באמנות המקימות ארגונים בינלאומיים (כדוג' אמנת רומא)

1. כאשר ההסתייגות גורפת עד כדי פגיעה במטרות האמנה, לדוג': למשל, הקביעה העקרונית באמנה לזכויות אדם על הזכות לשוויון בין גברים ונשים. ב-1994 מועצת זכויות האדם של האו"ם קבעה שההסתייגות של סעודיה מהשוויון בין גברים לנשים מהווה הסתייגות גורפת שפוגעת במטרות האמנה.

*"את יכולה לפתוח חשבון בנק? לאישה בערב הסעודית זה לא ברור הדברים האלה"*

זיהוי הסתייגות אסורה והשלכותיה

מדינת ישראל חותמת על אמנה בדבר זכויות אדם, לרבות על אמנה בדבר אפליית נשים הטוען כי לא תיווצר אפליה בין נשים לגברים בכל הקשור לתחום האישות (נישואין וגירושין). עם זאת, בישראל חלק נכבד מתחום הנישואין והגירושין מוסדר ע"י בתי הדין הרבניים, בהם ישנם הסדרים מפלים. על כן, מדינת ישראל חותמת על האמנה אך לא מאשררת אותה מאחר וישנה התנגדות פוליטית בתוך הבית. עד תחילת שנות ה90, דן מרידור מוצר פתרון ומשכנע את הממשלה לחתום (לאשרר) את האמנה תוך הוספת הסתייגות שאומרת שהסעיף בדבר שוויון ביחסי אישות יחול כל עוד הוא לא פוגע / סותר את ההסדרים הדתיים החלים במדינת ישראל. הסתייגו תזו אינה חותרת כנגד מטרתה ותכליתה של האמנה, אלא שהיא נוגעת להסדרים הללו במקרים ספציפיים. למרות זאת, ביהמ"ש לענייני משפחה בפסק הדין הספציפי הזה סבר אחרת. פסק דין זה שווה לפסק הדין של ביהמ"ש השלום, ורק אם ימשיך הלאה יוכלו להכיר בו כהלכה. מראה שיש מקרים שהם די וודאיים, ויהיו מקרים בהם יהיה ויכוח בשאלה האם הסתייגות תקינה או שמא היא חותרת תחת תכליתה של האמנה.

יש אמנות בהן יש מנגנונים ספציפיים המבחינים בהסתייגויות אסורות (לדוג', האמנה למניעת אפליה גזעית). מנגד, במרבית האמנות, אין דרך לדעת האם ההסתייגות אכן אסורה. ישנו ויכוח שאינו הוכרע בין 2 מוסדות מרכזיים:

1. מועצת זכויות האדם של האו"ם קבעה שברגע שנעשתה הסתייגות אסורה, היא בטלה מיסודה, ונשאר רק האשרור של האמנה. כלומר, ההסתייגות מבוטלת אך האמנה חלה על המדינה.
2. הILC, שמועצת זכויות האדם פלשה לתחום עיסוקו, הוציא חוות דעת נגדית. הבסיס להיותן של אמנות מחייבות הוא עיקרון ההסכמה – עקרון מרכזי במשפט הבינלאומי. לא ניתן להכריח דינה לקבל את האמנה בלי ההסתייגות. סעודיה הסכימה בכפוף להסתייגות ולכן אי אפשר לחייב אותה תוך ביטול ההסתייגות. הILC קבע כי אם המוסד הרלוונטי קבע שההסתייגות לא תקפה, הרי שעליו להודיע למדינה המסתייגת על דחיית ההסתייגות ואז עליה להחליט אם לפרוש מהאמנה או לתקן את הסתייגותה. אם שאר המדינות שותקות ולא מעירות על ההסתייגות, חזקה עליהן שהסכימו להסתייגות (גם אם היא אסורה).

אלו הן שתי עמדות שלא ניתנה הכרעה ביניהן, אך הן מביאות לתוצאות שונות בעליל.

הצהרות פרשניות באמנה

הצהרה פרשנית היא הצהרה של מדינה החברה באמנה שמסבירה מהי לדעתה הפרשנות הנכונה להסדר מסוים שנמצא באמנה. ישנם שני הבדלים בין ההשלכות של הצהרה פרשנית לבין ההשלכות של הסתייגות:

1. הצהרה פרשנית לא מייצרת בהכרח את הדין. אם לאורך זמן תתקבל פרשנות אחרת של האמנה וזו תהיה הפרשנות המקובלת של האמנה, הרי שהפרשנות הזו תחייב גם את המדינה שהגישה את ההצהרה הפרשנית.
2. להצהרה פרשנית אין מגבלת זמן. הסתייגות יש להגיש כל עוד הליך ההפיכה לצד לאמנה לא הסתיים, בעוד שניתן להגיש הצהרה פרשנית בכל זמן סביר.

סיבות להוצאת הצהרה פרשנית לאמנה

1. בהרבה מקרים, מדינות רוצות להיות הפרשניות של האמנה ולכן הן ממהרות לפרסם פרשנות לאמנה. הן עושות זאת מתוך תקווה כי שאר המדינות יסכימו איתן ובכך פרשנותם תהיה הפרשנות הרווחת של האמנה.
2. מדינות משתמשות לעיתים בהצהרות פרשניות כדי להכניס הסתייגויות בדלת האחורית, לעיתים אף כדי לא להיתפס כמסתייג. עם זאת, כותרת המסמך אינה משנה אלא תוכן המסמך ועל כן התוכן של ההצרה הוא המכריע בנוגע לעתיד התקבלותו. יכולים להיות וויכוחים פרשניים בנושא.

הסתייגויות / הצרות מדינות ערב ביחס לישראל

מדינות ערב נהגו (חלקן עדיין נוהגות) במשך שנים, בעת הצטרפותן לאמנה מולטיראלית, להוסיף מסמך שלשונו אומרת כי "אין בהצטרפותנו לאמנה זו כדי (א) להכיר במדינת ישראל (ב) כדי לייצר מחויבויות משפטיות ביני לבין מדינת ישראל. בהקשר זה ישנן 2 עמדות משפטיות, שההבדל ביניהם הוא הבדל של גוונים:

1. ILC אומר כי החלק הראשון של ההצרה הינו חסר ערך לחלוטין. יש כלל במשב"ל שאומר כי הצטרפות לאמנה אינה מצהירה על הכרה בשאר המדינות המצורפות לאמנה. בנוגע לחלק השני של ההצהרה, ה ILCטוען כי זוהי לא הצהרה פרשנית ולא הסתייגות והוא מתחמק מלתת אמירה ברורה בעניין.
2. ישראל אומרת כי מדובר בהצהרות פוליטיות שאין להן ערך משפטי. בנוסף, במקרים של הסתייגות זו באמנות ספציפיות היא טוענת כי זוהי הסתייגות החותרת תחת תכליתה ומטרתה של האמנה.

**הכרזות**

3 מושגים שיש להבחין ביניהם:

* הצהרה פרשנית: הצהרה של מדינה החברה באמנה שמסבירה מהי לדעתה הפרשנות הנכונה להסדר מסוים שנמצא באמנה.
* הכרזה חד צדדית: הצהרה של מדינה מסוימת כלפי שאר מדינות העולם, שאומרת כי היא לוקחת על עצמה התחייבות משפטית מסוימת. המעמד של הכרזה כזו הוא כמעמדו של דין בינלאומי מחייב. המדינה חתמה על אמנה בינה לבין העולם במעמד צד אחד. לאחר הכרזה, המדינה מושתקת מלטעון שאין עליה חובה לפעול בדרך זו – יצירת חובה משפטית. דוג' מובהקת היא פרשת הניסויים הגרעיניים באוקיאנוס השקט (צרפת), דוג' מורכבת יותר היא התחייבות ישראל בנוגע לאמנת ג'נבה הרביעית: ישראל סבורה כי אמנה ג'נבה לא חלה על השטחים, אך מחויבת ליטול על עצמה את ההסדרים ההומניטריים באמנה.

*"ה ILCאומר: נייט."*

* הכרזה בינלאומית: מסמך עם כללים שחתומות עליו מדינות, אך עם אמירה לפיה המסמך אינו מחייב משפטית. דוגמא לכך היא ההכרזה בדבר זכויות האדם מ1948. מטרת הכרזות אלו והתועלת מהן: **(1)** התנעת הליכים וקביעת עקרונות בסיס לאמנות עתידיות, מאפשר גיבוש הסכמות עקרוניות ביתר גמישות ומהירות כדוג' ההכרזה בדבר זכויות האדם ב1948, הכרזת שטוקהולם מ1972 והרכזת ריו מ1992 **(2)** לעיתים מוביל עם הזמן לגיבוש מנהג בינלאומי **(3)** יחסי ציבור (מטרה שאינה ראויה).

**דברים בסיסיים בקיום אמנות**

כיבוד אמנה

1. על הצדדים לבצע את הוראותיה של האמנה בתום לב (סעיף 26 לאמנת האמנות).
2. אמנה מחייבת רק את הצדדים לה והיא לא יכולה להטיל חובות על מדינה שאינה צד לאמנה, אלא אם המדינה הזו מסכימה לכך.
3. מדינה לא רשאית להסתמך על משפטה המדינתי כהצדקה לאי מילוי הוראות אמנה שהיא צד לה (סעיף 27 לאמנת האמנות), זאת בכפוף לחריג קטן שיילמד בהמשך.
4. הפרשנות: בהתאם ללשון האמנה, לאור מטרתה ותכליתה – פרשנות פורמליסטית (סעיפים 31-32 לאמנת האמנות).

הפרת אמנה – דיני אחריות מדינה

מה קורה כשמופר הסדר באמנה?

* נכנסים לתוקף דינים בינלאומיים המכונים דיני אחריות המדינה – שקובעים מה מדינה יכולה לעשות כאשר הופרה התחייבות באמנה כלפיה ולמה היא זכאית בגין ההפרה. גם הפרה לא מהותית מקימה אחריות למדינה.
* בנוסף, ניתן לקבל את הסעדים הקבועים באמנה בגין ההפרה- אם נקבעו כאלו באמנה.

אמנות בטלות ואמנות הניתנות לביטול

**אמנה בטלה** היא אמנה שהפגם שדבק בה בעת עשייתה היה כה חמור עד כי יש לשלול את תוקפה כאמנה. אמנה נחשבת לבטלה בהתקיים אחת מהסיבות הבאות:

1. סתירה לאמנת האו"ם
2. איום או שימוש בכוח בלתי חוקי שהביא לכריתת האמנה
3. שימוש באמצעי כפייה נגד נציג מדינה (כדוג' הנאצים ונציג צ'כיה)
4. אמנה הנוגדת כלל בל יעבור

**אמנה הניתנת לביטול** היא אמנה שהצדדים יכולים לבחור לבטל, והיא דורשת מספר תנאים:

1. רשימת נסיבות המצדיקות ביטול אמנה
2. הביטול צריך להיעשות תוך זמן סביר מגילוי נסיבות אלו

**חריגים:**

1. גבול בינלאומי שנקבע באמנה לא ישתנה עם ביטול האמנה
2. הגנה על זכויות אדם באמנות בעלות אופי הומניטארי – מדינה לא יכולה להתנער מאמנה כזו גם אם מדינה אחרת הפרה אותה

נסיבות לביטול אמנה

* אם החתימה על אמנה נעשתה בניגוד גלוי להסדר יסודי בדין של המדינה, הרי שהאמנה תהיה ניתנת לביטול. דוג', אמנות חשאיות במדינות שהחוקה אוסרת כאלו אמנות (קמרון נ' ניגריה)
* טעות בעובדה מהותית שהייתה יסוד עיקרי להסכמת המדינה לחבור לאמנה. עם זאת, לא ניתן להתבסס על טעות בה מדינה תרמה לה בהתנהגותה (כלל העיפרון הכחול). פרשת במקדש בגבול תאילנד קמבודיה.
* היווצרות סיטואציה בלתי צפויה המונעת את מימוש האמנה. דוג', הרס / היעלמות בלתי צפויים של אובייקט שהיה חיוני לקיום האמנה. עם זאת, צד שתרם להיעלמות / הרס האובייקט תוך הפרת האמנה לא יוכל לבטלה. בנוסף, האמנה לא תבוטל אם ניתן היה לצפות את היעלמות / הרס האובייקט.

שיעור מס' 6, 28.10.2021

**סוגי נורמות נוספים במשב"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.

**סוגי נורמות נוספים:**

* הכרזות חד צדדיות
* החלטות של ארגונים בינלאומיים. ארגוני בינ"ל מוקמים מתוקף אמנות, והחלטותיהם יכולות להפוך לנורמות מחייבות באחת מהדרכים: (1) קביעה באמנה כי נורמות אלו מחייבות (2) מדינות יתחילו לנהוג מתוקף החלטה של ארגון מסוים באופן שיוביל להתפתחות מנהג.
* Soft Law, נורמות שמבחינה פורמלית לא מחייבות, אך בפועל הן בעלות השפעה רבה. דוג' לכך היא חתימה על מסמך הבנות בנוגע לפתיחת השמיים בין מספר מדינות תוך הבהרה כי מסמך זה אינו אמנה מחייבת. בפועל, למסמך זה תהיה השפעה רבה על התנהגות המדינות על אף שהוא אינו מחייב מבחינה משפטית.

קיים סוג מסוים של Soft Law לפיו המדינות נוהגות כאילו הן מחויבות. סוג זה מיוצר ע"י גורמים פרטיים, לא ע"י מדינות וברמה המשפטית הוא אינו מחייב, אך ברמה המעשית לא יפרו אותו. אלו מקרים בהם גופים בינלאומיים שאינם מדינתיים קובעים כללים וולונטריים לכאורה, אך בפועל מדינות פועלות מתוך מחויבות לכללים הללו. למסמך זה אין כל תוקף משפטי, אך בעידן הגלובלי יש תחומים שהעיסוק בהם חוצים גבולות ויש רצון וצורך להגדיל את התיאום בתחומים הללו – ועל כן מקימים העוסקים בתחום גוף שמטרתו להסדיר את התחום. לעיתים השפעת גוף זה הופכת לחזקה כל כך עד דמינה בפועל חייבת לאמץ את ההסדרים האמורים, למרות שמבחינה פורמלית אין חובה לאמצם, שכן ללא אימוץ הכללים היא לא תוכל להשתתף באותה פעילות בינלאומית.

שלוש דוגמאות לעניין זה:

1. הארגון הבינ"ל ISO, שמכתיב תקנים. בתחומים מסוימים הנורמות של ISO נקבעות ע"י גופים פרטיים לחלוטין, ועדיין השפעתו כה משמעותית שמדינות שרוצות לקחת בו חלק צריכות להתיישר לפי הסטנדרטים שלו.
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.
3. דוגמה נוספת היא *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 (אחרת לא היו לא כמעט יהלומים לסחור בהם). לכללים אלו, שפורמלית כלל לא מחייבים, הייתה השפעה עצומה.

**פרגמנטציה**

המשפט הבינ"ל גדל משנה לשנה, כך שבמקום שתהיה נורמה אחת של משב"ל, ישנן נורמות רבות אשר חלקן סותרות אחת את השניה. פרגמנטציה היא התנגשות בין דיני המשב"ל השונים מבלי שניתן להכריע בקלות איזה מבין הדינים המתנגשים גובר. ישנם 3 סוגי פרגמנטציה:

* פרגמנטציה נורמטיבית: נורמות שונות של המשב"ל שמתנגשות זו בזו ללא כלל הכרעה ברור.
* פרגמנטציה מוסדית: התנגשות בין סמכויות של מוסדות בינ"ל שונים, כגון בתי דין. ההתנגשות נובעת מסמכות מקבילה למספר גופים אשר חופפים זה לזה מבחינת התחומים, מבלי שניתן להכריע מי מהגופים עליון למי.
* פרמנטציה של המדינה: מצב בו גורמים שונים במדינות מנצלים את הפרגמנטציה של המשב"ל (הנורמטיבית והמוסדית) לקידום עמדותיהם האישיות, מה שמביא להחלטות שונות וסותרות של גורמים שונים. בעצם פרגמנטציה זהו מצב בו המדינה מתחילה לדבר בקולות שונים, כאשר כל קול רוצה לחזק את העמדה שלו ע"י השימוש בקול המדינתי.

סוגי ההתנגשויות בין נורמות של המשב"ל

1. התנגשות בין נורמות הסכמיות

* התנגשות בין סעיף באמנת האו"ם לסעיף באמנה אחרת: אמנת האו"ם גוברת על אמנות אחרות.
* סתירה בין שתי אמנות רגילות, שתי התחייבויות סותרות בין 2 מדינות, כללי ברירת הדין: (א) דין ספציפי יגבר על דין כללי (ב) מאוחר יגבר על מוקדם)

1. התנגשות בין נורמות מנהגיות

* התנגשות בין JC (יוס קוגנס) לנורמה מנהגית רגילה: JC יגבר על נורמות מנהגיות אחרות.
* התנגשות בין 2 נורמות רגילות: אם שתי הנורמות אינן JC, הולכים ע"פ כללי ברירת הדין.

1. התנגשות בין נורמה הסכמית לנורמה מנהגית

* ככלל, יש לפעול ע"פ כללי ברירת הדין
* חריג: יוס קוגנס גובר על דין בינלאומי הסכמי

שני מקרים מיוחדים בהם נדון בהמשך עוסקים בהתנגשות בין נורמה מחייבת מאמנת האו"ם לבין (1) יוס קוגנס (2) דין מנהגי שאינו יוס קוגנס.

**היחס בין אמנה למנהג**

יכולים להיות שלושה סוגים של יחסים בין מנהג לבין אמנה:

1. אמנה דקלרטיבית, אמנה המשקפת מנהג קיים
2. נורמות הקבועות באמנות יכולות להפוך למנהגיות עם הזמן
3. סתירה בין דין מנהגי לדין הסכמי

אמנות המייצרות מנהגים

הצגת הדילמה: נחתמת אמנה שסעיפיה קונסטיטוטיביים (לא דקלרטיביים). עם השנים מצטרפות על האמנה הזו, עוד ועוד מדינות. האם זה אומר שההסדרים באמנה הפכו להיות מנהגיים? למשל, כשאמנת האו"ם התקבלה ב- 1945 לא כל המדינות שהיו קיימות הצטרפו מיד, והאמנה כללה הסדרים רבים שלא שיקפו את המשפט המנהגי בזמנו. אבל כיום, חתומות 193 על אמנת האו"ם, יש בעצם רק שלוש מדינות שאינן שנויות במחלוקת שלא חתומות.

ההשלכה המרכזית של אמנה המייצרת דין מנהגי היא הרחבת היקף המדינות החייבות בדין – מחויבות של כל המדינות (מלבד מתנגדות עקביות). ברגע שתוכן האמנה הופך להיות הסדר מנהגי, הסדרים אלו יהיו מחייבים גם את המדינות שלא חתומות על האמנה (בתנאי שלא יוכח שהמדינות החתומות הן מתנגדות עקביות לאותם המנהגים). ההשלכה שנייה של אמנה המייצרת מנהג היא צמצום האפשרות הפרישה מההסדר. מאמנות ניתן לפרוש בעוד ממנהג בתוקף לא ניתן לפרוש, לא ניתן להפוך למתנגד עקבי לאחר יצירת המנהג, על המתנגדים להתחיל להביע את ההתנגדות מיד ברגע שהמנהג מתחיל להתגבש. לדוג', בכירים נאצים נשפטו בנירנברג בגין הפרה של תקנות האג שהפכו למנהגיות לדעת בית הדין הפלילי הבינלאומי עוד לפני פרישת גרמניה מהתקנות ב-1939. לכן גרמניה בעצם הפרה דין מנהגי.

קיימת עמדת מיעוט, אשר הייתה בעבר העמדה הקלאסית של המשב"ל, שטוענת כי אמנה לא יכולה לקדם מנהג. עם זאת, העמדה הרווחת אומרת כי אמנה יכולה (בכפוף לתנאים מסוימים) יכולה לקדם היווצרותו של מנהג. כדי להבין עיצד דבר זה יכול לקרות יש להבחין בין שני מקרים: (א) מצב בו אמנה מולטיטראלית תוביל להיווצרות מנהג (ב) מצב בו הרבה אמנות בילטראליות בין מדינות שונות, שיש בהן הסדרים דומים, יובילו יחדיו להיווצרות מנהג.

כעת נפרט על כל אחד מן המקרים להן מתייחסת העמדה הרווחת, ולאחר מכן נציג את עמדת המיעוט.

אמנות כן יכולות ליצור דין מנהגי

* **מקרה א': הסדרים הקבועים באמנה מולטיטראלית**

הצטרפותן של מדינות רבות לאמנה מולטיטרלית יכולה לסייע להפיכת הנורמות הקבועות באותה אמנה לדין בינלאומי מנהגי ולהפיכת אותן הנורמות לנורמות מנהגיות, אך זהו לא תנאי מספיק. לשכם כך נדרשים תנאים נוספים:

1. מדינות שחתמו על האמנה – יש לבחון עמידה בתנאים ליצירת מנהג:
2. SP – נדרשת כלליות, עקביות וממושכות.
3. OJ – יסוד נפשי של מחויבות משפטית.

יש לבחון כל כלל באמנה בנפרד, ולראות האם התקיים כלפיו SP והאם הפרקטיקה מספיק רחבה ועקבית. בעניין החתימה, החתימה לעיתים מהווה אינדיקציה אך אם מדינה לא חתומה על האמנה, אין זה מחייב כי היא מתנגדת עקבית.

1. לגבי המדינות שאינן חתומות, יש לבחון מספר תנאים:
2. האם גם להן יש SP וOJ (שני הכללים הראשונים).
3. להפך – האם הן מתנגדות עקביות.
4. לא זה ולא זה. ייתכן ודבר זה ישמש אינדיקציה לכך שלא התפתח מנהג. לגבי אופציה זו, ייתכן ותהיה חשיבות לזהות המדינות הלא חתומות (דוג' לכך הוא הפרוטוקול ה1 לאמנה ג'נבה: כל המדינות המוכרות בעולם חתומות על אמנות ז'נבה מ-1949 ומכירות במחויבות לנהוג בהתאם לנורמות באמנה. לאור זאת, העמדה המקובלת בעולם היא שככלל, הנורמות המפורטות באמנות אלו משקפות דין מנהגי (גם אם לא היה כן בעת חתימתן). העמדה המקובלת בישראל היא שזה נכון רק לגבי שלושת האמנות הראשונות.

ככל שפחות מדינות חתומות, כך חשוב להסתכל על התנהגותן של אלו שלא חתמו. לא רק כדי לבחון האם הן מתנגדות עקביות לכלל כזה או אחר הקבוע באמנה, אלא גם לבחון האם הן כן פועלות לאור הכלל האמור. היה וגם הן פועלות לפי הכלל האמור (ולא רק מדינות החתומות על האמנה), הרי שהדבר יספק ראיה תומכת חזקה ביותר לכך שהכלל האמור הפך לדין מנהגי. דוגמא לכך יכולה להיות הפרוטוקול ה-I הנספח לאמנות ג'נבה, הוא אמנה מ-1979 בה כיום חברות 174 מדינות (שזה המון, אם כי פחות מ193-). לכן, כיום, לגבי הרבה מאוד מהכללים הקבועים שם יש הסכמה שהם מנהגיים. עם זאת, 174 זה לא 194, ובנוסף, ייתכן ויש לקחת לכדי חשבון גם את העובדה שמספר מדינות משמעותיות שעוסקות הרבה בלחימה (ארה"ב, ישראל, הודו, פקיסטן, איראן, טורקיה) לא חברות באמנות. לכן, יש לנקוט ביתר זהירות לפני שמגיעים למסקנה שכלל זה או אחר באמנה זו הוא מנהגי.

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

* **מקרה ב': דין מנהגי שיוצר ע"י אמנות בילטרליות**

נניח שהרבה מאוד אמנות בילטרליות כוללות פחות או יותר את אותו הכלל. במקרה כזה, בהנחה והמדינות השונות באמת פועלות לפי ההסדר האמור (SP ו-OJ) , לפי העמדה הרווחת, התוצאה המצטברת עשויה להיות התגבשות של אותו הכלל באמנות הללו לכדי דין בינלאומי מנהגי. לאימתו של דבר, מבחינה היסטורית זהו התהליך שדרכו התגבש הדין המנהגי בתחומים מרכזיים במשב"ל, כגון: חסינות דיפלומטית; הסגרה; השקעות זרות: כללים שנוצרו בהרבה באמנות דו - צדדיות התגבשו למנהג שאח"כ לעיתים עוגנו באמנת דקלרטיבית רב-צדדית.

העמדה השוללת היווצרות דין מנהגי ע"י אמנה

כאשר מדינה מצייתת לנורמה בגלל שהיא נמצאת באמנה, בהגדרה לא מתקיים הרכיב של OJ ליצירת המנהג. היא לא מצייתת מתוך חיוב משפטי, אלא שהיא מצייתת מתוך כבוד להסכם. לכן, המנהג ייקבע לפי המדינות שאינן חתומות. אין יסוד נפשי הנדרש להיווצרות מנהג. המסקנה המתבקשת מגישה זו, שעל מנת לבחון האם כלל הקבוע באמנה התגבש לכדי מנהג, יש לבחון רק את ההתנהגות של המדינות שלא חתמו על האמנה. אבל זו גישה שעלולה להוביל לאבסורד – האם באמת, כדי להכריע האם יש כלל מנהגי האוסר שימוש בכוח שלא בנסיבות של הגנה עצמית עלינו לבדוק רק את ההתנהגות של הוותיקן, ניאו ואיי-קוק?

שיעור מס' 7, 03.11.2021

**היחס בין המשפט הבין לאומי לדין המדינתי**

ישנה חשיבות יותר נורמטיבית (פחות תועלתנית) לפיה מדובר בביטוי של תופעה רחבה, והיא השאלה של מהם היחסים בין שתי מערכות משפט. בנוסף, עם התפתחותו של המשב"ל החיכוכים בינו לבין נורמות מדינתיות גדלים.

שתי שאלות בהן עולה היחס בין שתי מערכות המשפט:

1. מהו מעמדו של דין ממערכת אחת בתוך המערכת השנייה, אם בכלל?
2. מה קורה במצב של סתירה ביניהן?

את שתי השאלות הללו נבחן ע"י 3 נקודות מבט:

* נקודת מבט של המשפט הבינלאומי
* נקודת מבט של מתבונן מהצד, נקודת מבט תיאורטית (התיאוריות הקלאסיות בנושא – מוניזם ודואליזם)
* נקודת המבט של מערכות המשפט המדינתיות

נדון האם דין מסוים יכול להיקלט במערכת אחרת, ומה עושים במצבים של סתירה בין המערכות השונות. לאחר מכן נדון במשפט הישראלי.

* **נקודת מבטו של המשב"ל**

מבחינה פורמלית ככלל, למשפט המדינתי אין מעמד במשפט הבינלאומי (בכפוף לחריגים), ועל כן דין מדינתי ספציפי לא יכול להיקלט במשב"ל. ביחד עם דינים של מדינות אחרות, הדבר יכול להוות אינדיקציה לקיומו של מנהג אך אלו מקרים נדירים יותר, שכן יש להוכיח מחויבות משפטית. בנוסף, המשב"ל מעוניין בציות של המדינה לדין הבינ"ל וביישומו, מבלי שימת דגש כל שהו על הדרך בה תציית – העיקר שתציית. במקרה של סתירה בין דין של מדינה לדין של המשב"ל, דין המשב"ל גובר. סעיף 27 לאמנת וינה – הקביעה כי סתירה בין דין מדינתי לאמנה לא מהווה עילה להפרת אמנה (בכפוף לחריגים). מבחינת המשב"ל הוא עליון לדין המדינתי.

* **נקודת מבט תיאורטית, תיאוריות קלאסיות בנושא**

הגישה המוניסטית

ההנחה הבסיסית של הגישה המוניסטית היא שהמשב"ל והמשפט המדינתי הינם חלק ממערכת משפט אחת. רובן המוחלט של הגישות המוניסטיות מגיע למסקנה לפיה המשב"ל עליון ביחס למשפט המדינתי. הגישות המוניסטיות מנמקות את עליונות של המשב"ל באופן שונה אלו מאלו. ישנן שתי גרסאות רווחות למוניזם:

1. גישת המשפט הטבעי: המשב"ל מייצג נורמות מוסר בסיסיות ועל כן הוא עליון על הדין המדינתי. בימי הביניים, טיעון זה היה נטען על כל נורמות המשב"ל. כיום טיעון זה נטען בעיקר בהקשרים של זכויות אדם, דיני לחימה ומשפט פלילי בין לאומי זאת מאחר וחלק מדיני המשב"ל נובעים מאינטרסים של המעצמות, ללא קשר למוסר.
2. הגישה הפוזיטיביסטית (קלזן): המשב"ל יוצר את המדינות (קובע האם מדינה תקום) ולפיכך קדם לדין המדינתי, ועל כן הוא עליון לדין המדינתי. טענת נגד לנימוק זה היא שמדינה נוצרת ע"י העם וע"י הכרת הציבור במוסדות הציבוריים, והמדינות הן היוצרות את המשב"ל – ועל כן המדינה קדמה למשב"ל.

כיום, כמעט ואין אנשים שמצדדים בגישה המוניסטית. יחד עם זאת, בבחינת נורמות של המשב"ל ופסיקת בתי הדין הבינ"ל, ניתן לראות כי הפסיקה נעשית ע"פ הגישה המוניסטית וכי המשב"ל ומוסדותיו ממשיכים להצהיר כי המשב"ל עליון לדין המדינתי.

הגישה הדואליסטית

ההנחה הבסיסית של הגישה הדואליסטית היא כי המשב"ל והמשפט המדינתי הינם שתי חיות שונות. המשב"ל עוסק במדינות, בעוד שהמשפט המדינתי עוסק בבני אדם. המסקנה המשותפת לגישות הדואליסטיות היא כי הדין המדינתי עליון למשב"ל ולמדינה עומדת הבחירה האם לאמץ משב"ל מסוים. גישות אלו מנמקות את עליונות הדין המדינתי על המשב"ל בצורות שונות. שני הטיעונים החזקים ביותר נטענים ע"י אנשי הדואליזם הם דמוקרטיה והגדרה עצמית (הדין המדינתי משקף את התרבות ואת הגדרת המדינה). הבעייתיות בטיעונים אלו היא שלעיתים גם בדמוקרטיה מתרחשים דברים נוראיים, קל וחומר בתרבויות שונות.

כיום בשיח האקדמי, כמעט ואין תמיכה לדואליזם. עם זאת. מעשית, רוב מערכות המשפט המדינתיות מצהירות כי המשפט המדינתי עליון למשב"ל.

*"היה צריך להודיע לעם היהודי שהם עומדים למות. באמת, היעדר הצפיות הזה הוא מטורף"*

לסיכום, 3 נקודות מבט בנוגע ליחס בין המוניזם לדואליזם:

* מבחינת המשב"ל ומוסדותיו: משב"ל עליון על המשפט המדינתי (מוניזם).
* המשפט המדינתי ומוסדותיו: בגדול ובכפוף להבהרות, ההנחה היא כי המשפט המדינתי עליון למשב"ל (יסודות דואליסטים).
* המתבונן מהצד והגישות האקדמיות המקובלות כיום: לא מאמינות במוניזם ולא בדואליזם, מביעות תמיכה בגישות מורכבות (הרציונל הבסיסי שלהן בהמשך).
* **נקודות המבט של מערכות המשפט המדינתיות**

3 דברים משותפים בין הגופים השונים במערכות המשפט המדינתיות:

1. הקרנה בסיסית של יסודות דואליסטים
2. בפועל, בהסדרים שלהם יש ביטוי לאלמנטים מוניסטים ולאלמנטים דואליסטים
3. התמרכזות, כל מדינה בהתאם לנקודת ההתחלה שלה

העמדה המוצהרת היא כי המשפט המדינתי עליון למשב"ל, מתוך הצדקה תיאורטית ע"י הגישה הדואליסטית. במציאות, ההסדרים במדינות משקפים תנועה על הרצף בין מוניזם לדואליזם (\*מנסחי החוקות שלהם הושפעו מהוויכוח התיאורטי). ההסדרים מהווים ביטוי של פשרות שנוצרו בין השקפות תיאורטיות שונות, שחלקן בעלות יסודות מוניסטיים יותר וחלקן בעלות יסודות דואליסטיים יותר.

3 סוגי דוקטרינות אפשריות להסדרים שאומצו:

1. קליטה ישירה (אוטומטית): המשפט הבינלאומי, מעצם היותו כזה הוא מהווה חלק מהדין המדינתי. מדינות עם הסדר כזה מכונות לעיתים מוניסטיות.
2. צורך בקליטה מפורשת: יש צורך בקליטה מפורשת מצד המדינה, אקט מפורש. אם נקלט בתקנה מעמדו כתקנה, מעמדו כחוק, משמע מעמד הנורמה הבינ"ל הינו כמעמד הנורמה המדינתית המאמצת. תואם את הגישה הדואליסטית, ולכן מדינות עם הסדרים כאלה מכונות לעיתים דואליסטיות.
3. דוקטרינת ביניים (יישום): יש צורך בקליטה. גם המשב"ל שלא נקלט עדיין משפיע על הדין המדינתי. הוא אינו בעל מעמד נורמטיבי מחייב, אך יש לו השפעה על הדין המדינתי: הן בפרשנות הדין המדינתי והן ביישום הנורמות בתוך המדינה, גם ללא קליטה מפורשת. בפועל, במדינות יש שילוב של 3 סוגי הדוקטרינות. דוגמאות:
4. הסדר אחד לאמנות והסדר אחר למנהג
5. עליונות על נורמות מדינתיות מסוימות (כדוג' תקנות) אך לא על אחרות (כדוג' חוקה).

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | בריטניה | 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 | החוקה גוברת | החוקה גוברת |
| סתירה בין חוק למשב"ל | החוק פנימי גובר הן על אמנות הן על מנהגים | אמנה גוברת על חוק פנימי. 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 |

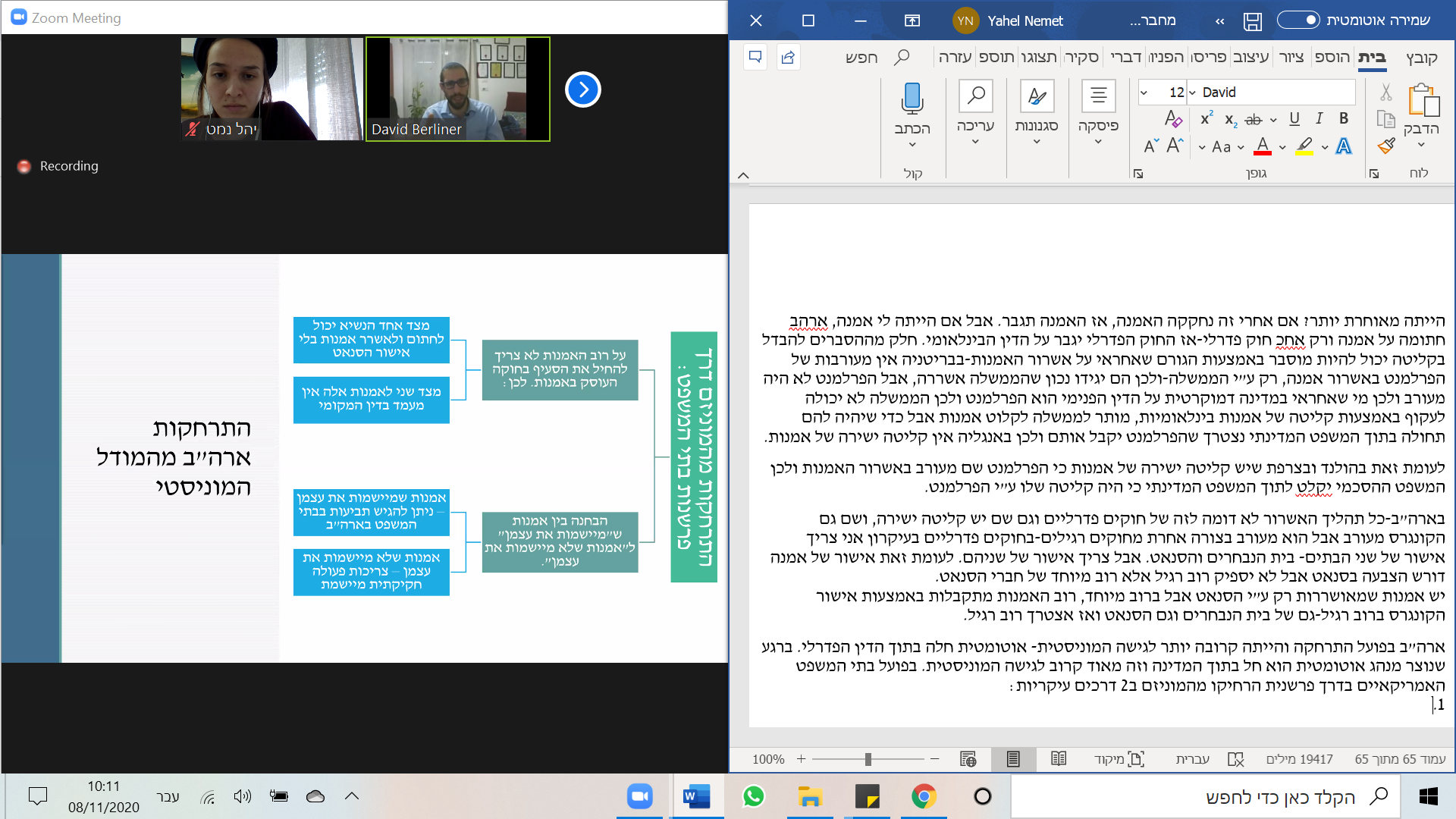
**בבריטניה** יש הבחנה ברורה בין משב"ל מנהגי ומשב"ל הסכמי. המשפט המנהגי נקלט באופן אוטומטי, בעוד שהמשב"ל ההסכמי צריך לעבור הליך חקיקה. גם ההצטרפות לאמנה משתנה בין מדינות, ובבריטניה אין שום מעורבות של הפרלמנט בהליך אשרור האמנה. אם יש חוק מפורש במדינה הוא יגבר על המשב"ל המנהגי וההסכמי, ואם אם הפרלמנט יבקש 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.

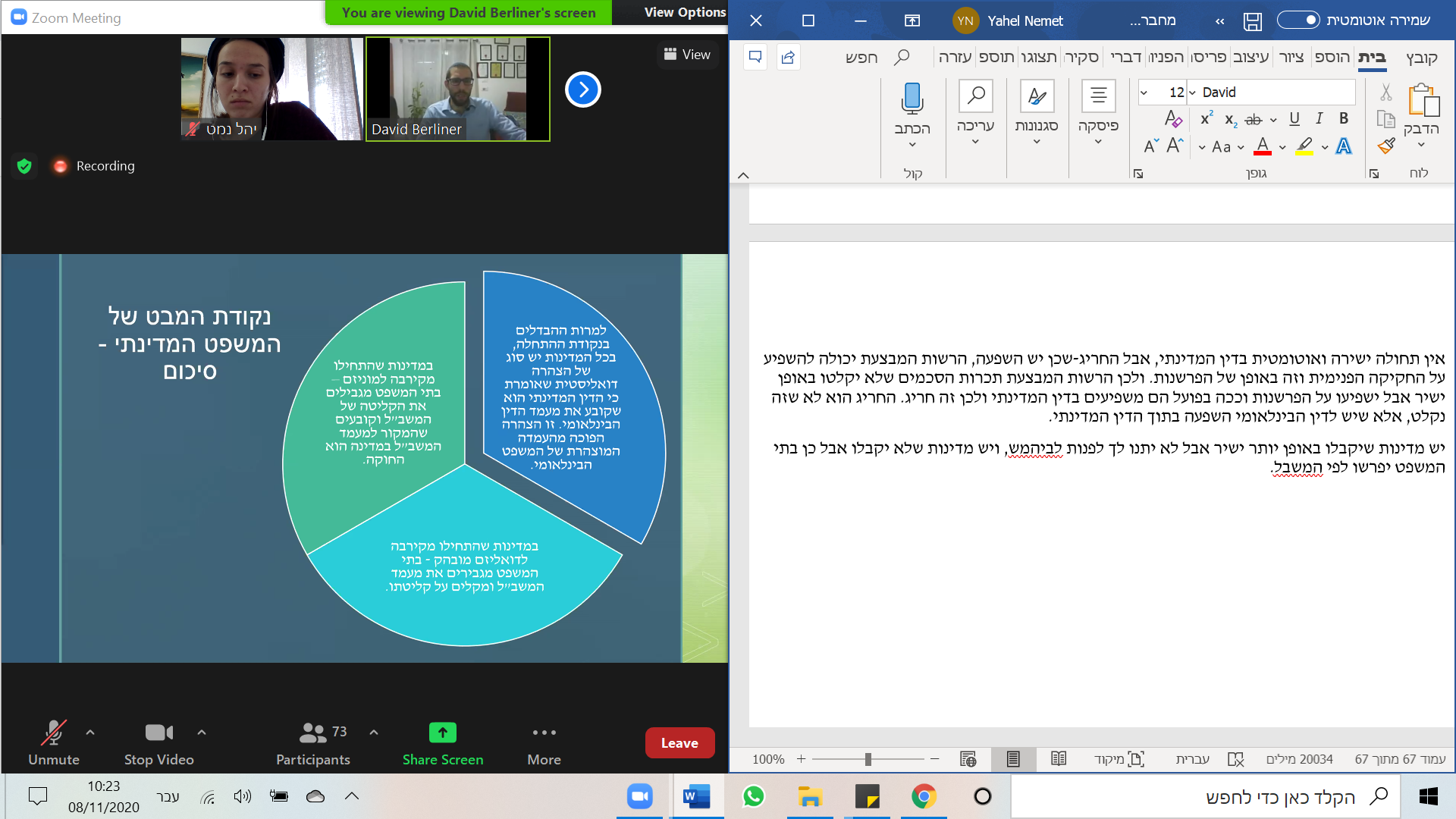
**בחלק מהמדינות הפוסט-קומוניסטיות** נקבע שהמשב"ל גובר גם על סעיפים בחוקה (גרמניה ורוסיה). זוהי גישה מוניסטית מאוד וכדי לאזן אותה הפרשנות לכללי המשב"ל נעשית בהתאם לחוק המקומי ועל ידי בתי המשפט המקומיים, ולא בהכרח כפי שנקבע ע"י ארגונים בינלאומיים. לדוגמה: אם ה-ICJ ייקבע שההשתלטות של רוסיה על חצי האי קרים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

חזקת התאמה פרשנית (**בבריטניה ובהולנד**): יש לשאוף לפרש את הדין המדינתי (לא משנה באיזו דרגה) לאור הנורמות של המשפט הבינלאומי, ללא הבחנה האם הנורמה הינה משפט מנהגי או משפט הסכמי.

**בארה"ב** הגישה היא שונה: החוקה לא מתייחסת למנהג בינלאומי (מלבד סעיף קטן). יחד עם זאת, ההשקפה הרווחת (עד שנות ה60) הייתה כי דין מנהגי נקלט באופן ישיר, ושמעמדו גבוה מתקנה ונמוך מחוק. החוקה האמריקאית כן מתייחסת לכריתת אמנות ואומרת כי הגורם המוסמך לצרף את ארה"ב לאמנה זהו הסנאט האמריקאי ועליו לעשות זאת ברוב של 2/3 בהצבעה אחת. מרגע שארה"ב צורפה לאמנה, הרי שמעמד ההסדרים באמנה הם כשל חוק פדראלי (החוקה גוברת עליהם, אך הם גוברים על כל חקיקה פדראלית מוקדמת / חקיקה מדינתית אחרת).

פסיקת ביהמ"ש העליון האמריקאי אמרה שכאשר החוקה האמריקאית מתייחסת במנוח אמנה היא אינה מתייחסת למושג אמנה כפי שהמשב"ל מגדיר אותו, אלא רק לאמנות שהחליטו לערב בהן את הסנאט. ביהמ"ש קבע כי למעשה הנשיא יכול לצרף את ארה"ב לאמנות על דעת עצמו ואלו לא ייקלטו לדין האמריקאי. בנוסף, כל האמנות שעברו ע"י הסנאט – לא נקלטות אוטומטית, אלא רק אמנות שמניסוחן ברור שהן נועדו להעניק זכויות / להתיר חובות לבני אדם. מכאן, ביהמ"ש הרחיב את סמכות הנשיא וצמצמה את היקף המידה בה אמנות נקלטות למשפט המדינתי האמריקאי. בנוסף, במשפט האמריקאי ישנה הלכה שמחילה חזקת הלכה פרשנית. יחד עם זאת, יש קולות שבאים ואומרים כי הלכה זו אינה חלה (באגף הימני השמרני).

ניתן לראות כי במדינות אשר החלו דואליסטיות יחסית, בתי המשפט שלהם מצאו דרך למשוך אותם למרכז באופן שייתן יותר כבוד למשב"ל. לעומת זאת, מדינות שהחלו יחסית בקצה המוניסטי, נעשו פסיקות כאלו ואחרות שהחלישו מעט את מעמדו של המשפט המדינתי תוך הצהרה עקרונית כי הדין המדינתי עליון. גם במדינות שנקבע כי המשב"ל עליון לחוקה, נטען כי נקבע כך מאחר ובחוקה צוינה עליונותו של המשב"ל.

באופן כללי ניתן לראות התמרכזות, מתן השפעה משמעותית למשפט הבינ"ל אך לא בצורה מוחלטת.

שיעור מס' 8, 04.11.2021

**היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי – מבט עומק**

כל מערכת נורמטיבית חייבת להציג את עליונותה על שאר המערכות, זאת על מנת לשמור על סמכותה ומניעת היבלעות למערכת השנייה. על כן, השאלה איזו מערכת צודקת / עליונה יותר היא עניין של אמונה, וכל מערכת צריכה להקפיד על עליונותה כדי לשמור על סמכותה.

**הסתירה בין המשב"ל למשפט המדינתי**

טיעוני מערכת המשפט המדינתית

* עליונות הנובעת מתוקף שיקוף הערכים של אוכלוסיית המקום ע"י החוקים המדינתיים, הם יותר קרובים לשטח
* ייצוג ערכים מקומיים
* הדין התקבל בהליך דמוקרטי (במדינות דמוקרטיות)

טיעוני מערכת המשפט הבינלאומית

מבחינה פרקטית:

* בעידן הגלובאלי, עם אינו שוכן לבדו בעולם. מעשינו אינם נעצרים בגבול המדינתי.
* אי אפשר להתמודד בלי דין משפטי שמסדיר את האינטראקציות בעולם. אם נפר אותו, גם אחרים יפרו אותו.
* אי ציות למשב"ל יכול להוביל לסנקציות, להיעדר שיתוף פעולה מצד שאר המדינות וכו'. למדינות עומדים מספר שיקולים מדוע כדאי להם לציית למשב"ל.

מבחינה מוסרית:

* בתחומים מסוימים, המשב"ל מסדיר נורמות מוסריות בסיסיות, כדוגמת דיני לחימה ודיני זכויות אדם.
* אי ציות

דוגמא לסתירה זו היא **משפט אייכמן**: אייכמן טוען כי פעל בהתאם לחוקי גרמניה, ולכן לא ניתן להעמידו לדין על שהפר את המשב"ל מאחר והיה מחויב המדינתי הגרמני. עונה לו ביהמ"ש כי ברגע שהפר את המשב"ל וביצע פשעים, הוא אינו יכול להסתתר מאחורי דיני המדינה. המשב"ל גובר. אייכמן טוען טענה נוספת לפיה לא ניתן להעמיד אותו לדין בישראל, שכן החוק הישראלי (עשיית דין בנאצים), שמסמיך את בית המשפט בישראל להעמיד לדין אנשים שביצעו פשעי מלחמה סותר את המשפט הבינלאומי משום שהוא פוגע בעקרון ריבונות המדינה; עקרון הריבונות מחייב שרק מדינה שבתחומיה בוצעו העבירות או שאליה שייך העבריין (גרמניה) תהיה רשאית להעניש. ביהמ"ש עונה לו כי הוא מחויב למשפט המדינתי (חוק יסוד: הכנסת) ואין הוא צריך להיזקק לטענה לפיה חוק זה סותר את המשב"ל.

**מה עושים כאשר קיימות מערכות מתחרות במקביל?**

* **עימות**

כל מערכת מצהירה על עליונותה ומענישה את הבוחרים לציית למערכת השנייה. הבעיה בעימות היא (1) שתי המערכות תיפגענה מהעימות, שכן בכפייה על אנשים לבחור בין המערכות, כל אחת מהמערכות בהכרח תפסיד תומכים. (2) מערכות אלו תלויות אחת בשנייה, ומשב"ל לא ישרוד אם המדינות ככלל לא תצייתנה אליו. לשני הצדדים יש אינטרס לא להיכנס לעימות כולל. בהכרזת העליונות יהיו חיכוכים, אך לשתי המערכות יש אינטרס לפנות לכיוון של פשרה.

* **פשרה**

מנגנוני פשרה הינם מנגנונים בכל אחת מהמערכות, והן נועדו להקטנת החיכוך. מנגנונים אלו מורכבים מ3 רכיבים:

1. כל מערכת ממשיכה להצהיר על עליונותה.
2. באימוץ מערכת פשרה, המערכת מאמצת מנגנון אשר בהקשרים מסוימים הוא בעל השפעה לנורמות של המערכת השנייה.
3. ההשפעה הניתנת תמיד תהיה מוגבלת, כך שערכים עקרוניים של המערכת יישמרו, ותמיד תיכלל בה הצהרה כי מקור הסמכות להשפעת נורמה זו נובעת מהנורמה של המערכת המייצרת את מנגנון ההשפעה.

*"בתוך תוכי אני גוש צמר גפן מתוק"*

מבחינת המשב"ל קיים מנגנון פשרה באמנתוינה: סתירה לא מהווה עילה להפרת חוק מהמשב"ל, אך אם ההתחייבות לאמנה נעשתה בניגוד לכלל יסוד של הדין המדינתי, ההתחייבות אינה תקפה. הפשרה בדין הבינלאומי – ס' 46 שהוא חריג לס' 27.ס' 27 לאמנת וינה קובע שסתירה בין דין מדינתי לאמנה לא מהווה עילה להפרת האמנה. כלומר, מבחינת המשב"ל, המשב"ל עליון למשפט המדינתי. ס' 46 קובע שאם ההסדר באמנה הפר הפרה יסודית של חוק מדינתי מרכזי של אותה מדינה, המדינה תוכל לטעון שההתחייבות של הנציג שלה לאמנה אינה מחייבת (פשרה פורמלית).

בדין המדינתי הפשרה באה לידי ביטוי בהתמרכזות בין הגישה המוניסטית לדואליסטית, שמתבטאת ביחס למנהג מול היחס להסכמים. הרבה מדינות מאמצות אוטומטית משפט מנהגי ודורשות פרוצדורה מסוימת ביחס לאימוץ משפט הסכמי. מנגנוני הפשרה מצמצמים את פוטנציאל החיכוך בפועל (פשרה פורמלית).

דוגמה נוספת היא חזקת ההתאמה הפרשנית, לפיה מצד אחד חובה לעשות ככל שניתן כדי לפרש את הדין המדינתי באופן שימנע סתירה בינו לבין הדין הבינלאומי שחל על אותה מדינה. אם נוסח החוק או תכליתו מעידים באופן ברור כי המחוקק המדינתי רצה אחרת, אזי ילכו ע"פ הדין המדינתי אע"פ שהוא מפר את דין המשב"ל (פשרה פורמלית).

מנגנון פשרה א פורמלי, הוא פסיקות ה"כל עוד": מקור פסיקות אלו הוא ביחסים בין ביה"ד האירופאי לביה"ד הגרמני. האירופאי אמרו לגרמני כי כל עוד לא יכבדו כל הקשור לזכויות אדם, ביה"ד הכללי לא יכבד את כלליהם המדינתיים. במידה ויכבדו זכוית אדם, ביה"ד האירופאי יכבד את פסיקותיו המדינתיות של ביה"ד הגרמני גם אם אינו מסכים עימו.

* **הדגמה מס' 1: ארה"ב והמשב"ל**

במשפט האמריקאי ישנו מאבק בין שתי עמדות בנוגע ליחס למשב"ל:

התנגדות למשב"ל ללא רתיעה מעימות

הטענה של המצדדים בעמדה זו הן כי המשב"ל אינו דמוקרטי, בשוני מהמשפט האמריקאי שהוא דמוקרטי – ועל כן לא ניתן לו חשיבות. הטענה הנסתרת מאחורי טענה זו היא ההשקפה לפיה ארה"ב הינה מעצמה ולכן היא אינה מחויבת לייחס חשיבות לנורמות המשב"ל.

בסרטון של ג'ון בולטון נאמר במפורש כי כל מה שחשוב להם אלו האינטרסים של ארה"ב, ולכן הציות למשב"ל ייעשה רק במקרים בהם הציות משרת את האינטרסים.

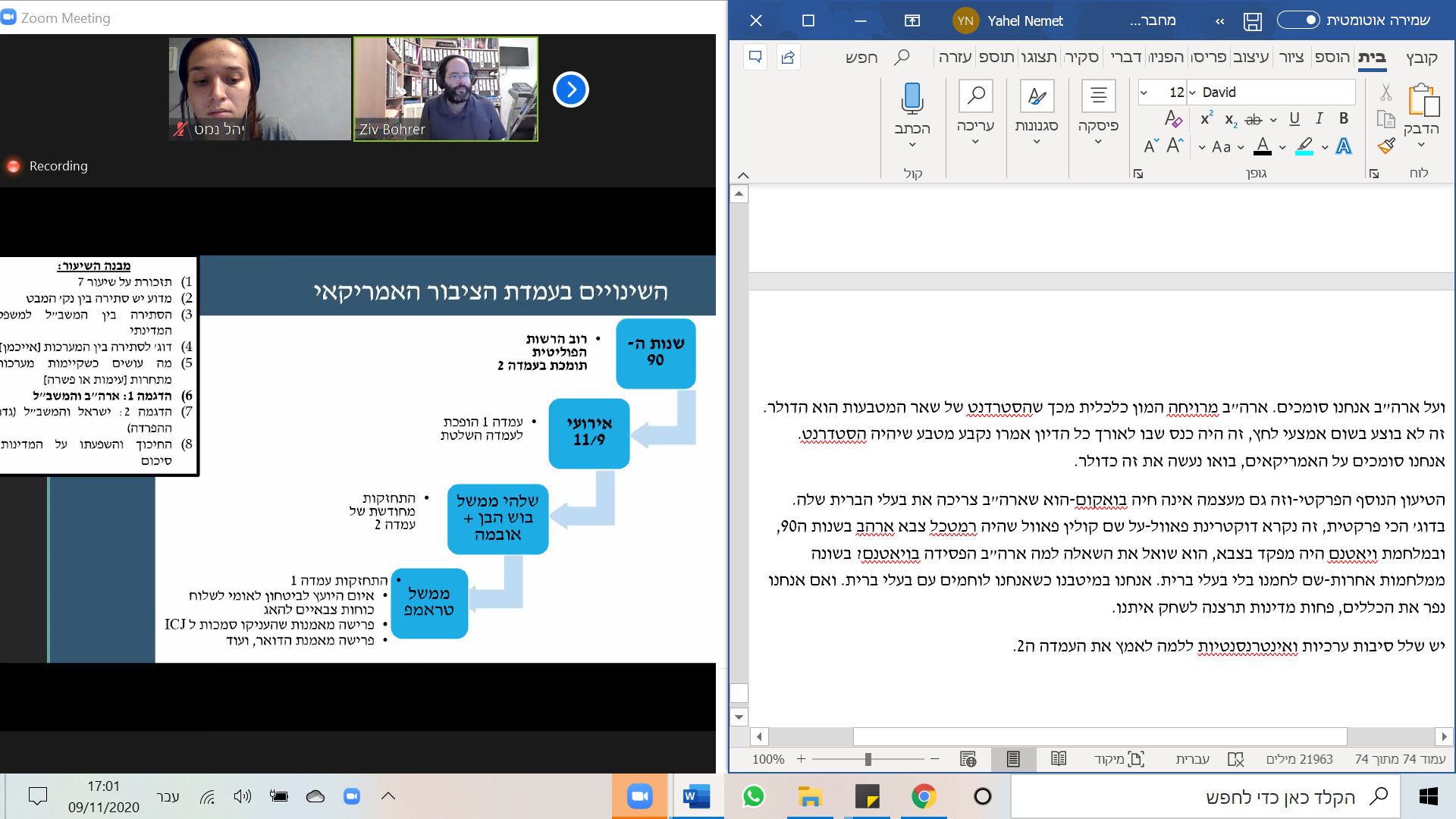
התחשבות במשב"ל (לפשרה)

גם מעצמה צריכה להתחשב במשב"ל, היא אינה מתקיימת בוואקום משל עצמה. חלק מהטיעונים התומכים בעמדה זו הינם טיעונים ערכיים כדוג' שותפות הערכים בין המשב"ל למשפט האמריקאי / בין המשפט האמריקאי לבין מדינות אחרות. בנוסף, ישנו הטיעון המעשי לפיו מעצמה לא חיה לבד.

המחירים להתנגדות למשב"ל מצד ארה"ב:

1. יהיה לארה"ב קשה יותר להשיג אמון משאר העולם ומכך, קושי בהשגת חברים למטרות מסוימות
2. הפסד הדיפלומטיה הרכה, דיפלומט שמתנגד למשב"ל מאבד את אמפתית הציבור העולמי כלפיו

השינויים בארה"ב לאורך השנים:



* שנות ה-90: רוב הרשות הפוליטית תומכת בעמדת ההתחשבות במשב"ל.
* אירועי 11/9: עמדה 1 הופכת למרכזית: התכנסות ללאומיות כהתגוננות. (1) נחקק חוק שמאפשר התערבות צבאית נגד האג במקרה של מעצר חייל אמריקאי (2) פרישה מאמנות שמעניקות סמכות ל ICJ. הייתה אמנה שממשל בוש לא פרש ממנה – אמנת יחסי הידידות בין ארה"ב לאיראן בשלטון השאה. במקום להילחם כל פעם באיראן (אחרי המהפכה), ארה"ב הייתה משתמשת באמנה כדי 'לשחרר לחצים' ולתבוע את איראן במקום להתערב צבאית.
* שלהי ממשל בוש+אובמה: התחזקות מחודשת של עמדה 2. 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). (3) 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.
* ממשל טראמפ: התחזקות עמדה 1. הפגנת גישה לעומתית באופן יוצא דופן (2) איום היועץ לביטחון לאומי לשלוח כוחות צבאיים להאג (3) פרישה מאמנות שהעניקו סמכות ל ICJ. פרישה מאמנות הדואר, ועוד. מחירי הגישה הלעומתית: אי שיתוף פעולה בין ארה"ב למדינות אחרות.
* **הדגמה מס' 2: ישראל והמשב"ל (גדר ההפרדה)**

הפלסטינאים פונים לעצרת האום שמבקשת חוות דעת מהICJ-, ביה"ד הבינלאומי הכי נחשב בעולם. הוא יכול לתת חוות דעת משפטיות או פסיקות. לכאורה לחוות דעת מייעצת שלו אין שום מעמד מחייב, אבל יחד עם זאת הוא הכי נחשב בעולם ולכן יש לזה ברמה המעשית השפעה למרות שפורמלית אם זה חוו"ד זה לא מחייב בכלל, ואם זה פס"ד, הדבר מחייב רק את המדינות שהיו צד להליך. מדינת ישראל בוחרת שלא להופיע בICJ , בגלל שהיה ברור שהוא יצטרך להכריע בחוקיות ההתנחלויות ולכן הייתה לגיטימציה שהם לא יתנו לגיטימציה להתנחלויות.

ה ICJ קבע כי גדר ההפרדה אינה חוקית מאחר והיא מפרה את עקרון המדינתיות של דיני המלחמה של המשב"ל, זאת ללא התייחסות כלשהי לטרור הפלסטיני. המשמעות הפוטנציאלית של ההחלטה היא חרם על ישראל בגין אי ציות וירידה במעמדה של ישראל.

התמודדותה של ישראל עם חוות הדעת של ה ICJ:

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).

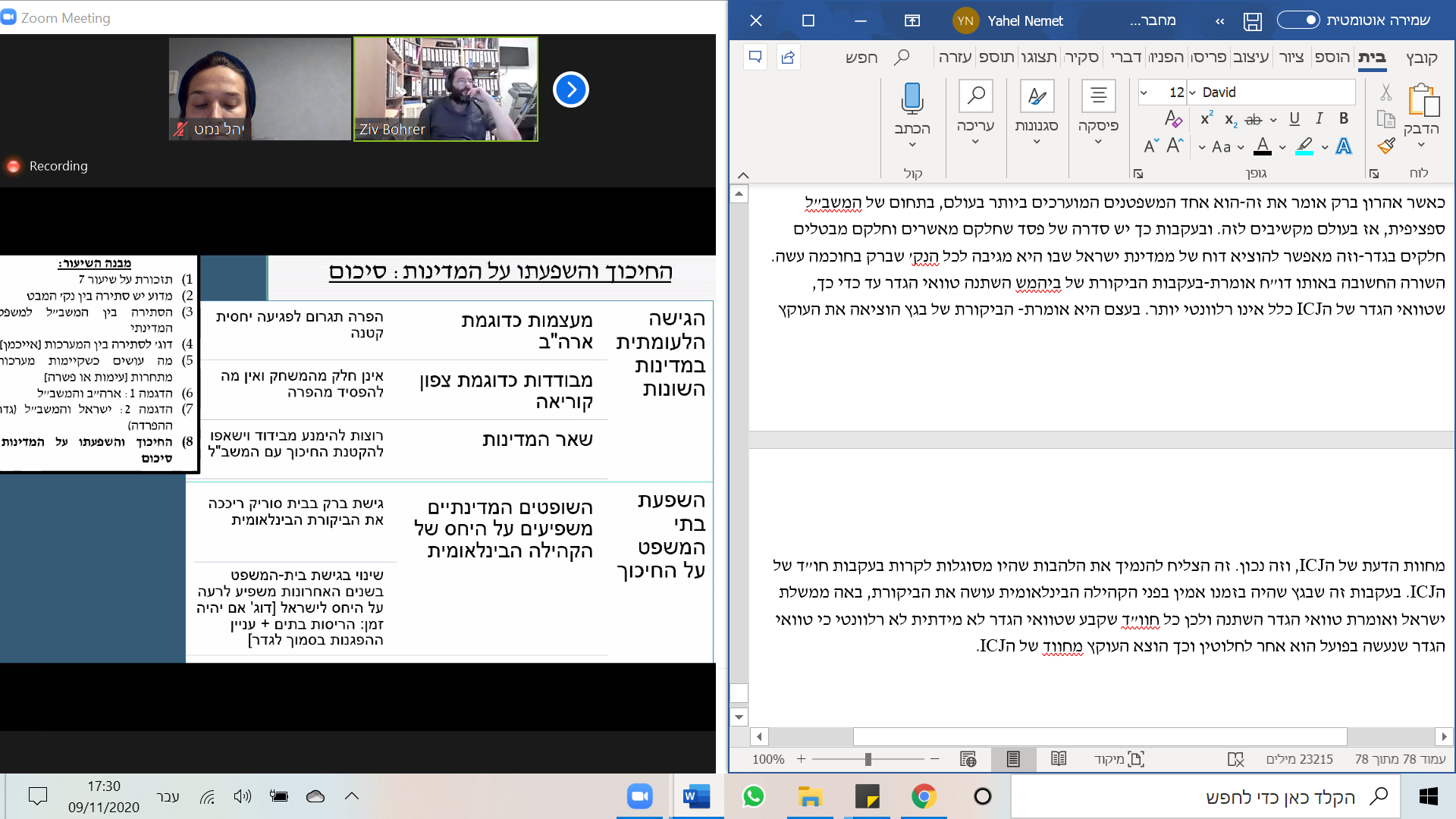
חשין: גישה לעומתית – השופט חשין אמר בצורה ברורה שה-ICJ התבסס על תמונה חלקית בלבד ולכן החלטת ביה"ד הבינ"ל אינה לגיטימית וחסרת משקל. אם דעת חשין הייתה מתקבלת, הייתה זו קריאה נגד ה-ICJ שהייתה פוגעת בלגיטימציה הבינ"ל של ישראל ופותחת דלת לתביעות פליליות נגד ישראלים בחו"ל תחת סמכות אוניברסלית. התנגשות בעימות: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

ברק (רוב): ברק פוסק בצורה מלאה בחשיבה משפטית, ולכן בוחר לפתוח כמה שפחות חזיתות ומתמקד בנושא מסוים – כל עניין המידתיות בפגיעה בדיני הלחימה. את דיון בעניין חוקיות ההתנחלויות הוא משאיר מחוץ לדיון.

ברק מציג גישת פשרה: מעמד השטחים או נושאים אחרים אינם רלוונטיים לדיון, כמו חוקיות ההתנחלויות. 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 ה ICJ. בעקבות בג"ץ זה יש סדרה של פסקי דין, חלקם מבטלים וחלקם מאשרים חלקים בגדר. בשורה התחתונה- בעקבות הביקורת השתנה תוואי הגדר כך שתוואי הגדר שעליו הICJ נתן חוות דעת- אינו רלוונטי יותר. ההשלכה היא שהוצא העוקץ שהיה קיים בחוו"ד של ה ICJ.

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. 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.

ההצדקה לעמדה של ברק היא עקרון המשלימות / השיוריות, זאת כולל הפירות שהושגו מפסיקתו.

בהמשך, קובע השופט סולברג (בג"ץ 6828/20) כי "חפצי חיים אנחנו ולא נמות על קידוש אמנת ז'נבה".

שיעור מס' 9, 10.11.2021

**היחס בין המשפט הבינלאומי לדין בישראל – ניתוח פורמלי**

הדיון ביחס בין המשב"ל לבין הדין הישראלי עוסק ב3 שאלות:

1. מהי השפעה פרשנית – במקרה ויש דין בינלאומי חל על ישראל, האם הוא משפיע על הדרך בה נפרש נורמות ישראליות. אין הבדל בין דין בינלאומי מנהגי לבין דין בינלאומי הסכמי.
2. דרך ומידת הקליטה של הנורמות במשפט הישראלי. קיים הבדל בין דין בינלאומי מנהגי לדין בינלאומי הסכמי.
3. מהו המעמד הנורמטיבי של הדין הבינלאומי במערכת המשפט הישראלית, היכן הוא נכנס בפירמידת הנורמות. קיים הבדל בין דין בינלאומי מנהגי לדין בינלאומי הסכמי.

כעת נדון בכל אחת מהשאלות הללו ובהשפעתה על היחס בין המשב"ל לבין הדין בישראל.

* **ההשפעה הפרשנית – חזקת ההתאמה הפרשנית**

ע"פ הדין הישראלי, חזקת ההתאמה הפרשנית חלה בין אם מדובר בדין בינלאומי מנהגי ובין אם מדובר בדין בינלאומי הסכמי. חזקת ההתאמה הפרשנית אומרת ש**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. כלומר – דין בינלאומי מנהגי שישראל אינה מתנגד עקבי לו, או דין בינלאומי שנמצא באמנות שישראל צד להן, זאת במטרה לצמצום החיכוך בין המשב"ל לדין המדינתי.

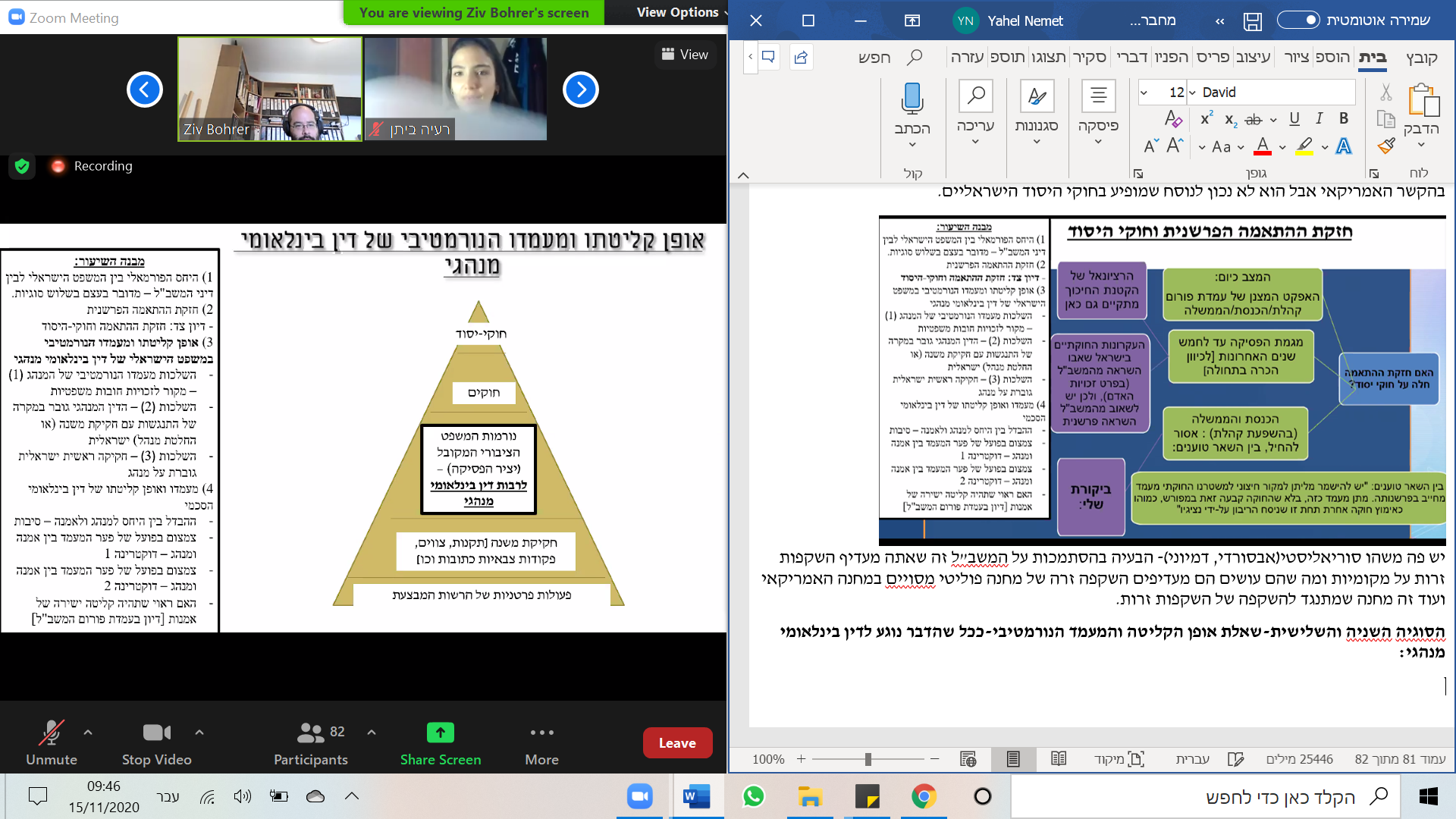
דוגמא לכך ניתן לראות ב**פס"ד להיס** (טבח של איש אחד): חייל בשני אירועים שונים בדיעבד הוכרע שהוא רצח שם כל ערב כמה אנשים בכפר והוא טען שזה היה אקט של צורך צבאי ואמר שאמור להיות לו סייג בדין הפלילי על הדבר הזה. היה דיון על האם זה עומד בתנאי הדין הבינלאומי או לא. בית המשפט מפרש את תקנות האג (שהפכו למנהגיות) וסעיפים רלוונטיים של אמנת ז'נבה של 1929- דין הסכמי. ניתן לראות שבית המשפט נסמך כאמור גם על דין מנהגי וגם על דין אמנתי. בנוסף ניתן לראות כי חזקת ההתאמה הפרשנית היא הלכה ותיקה.

חזקת ההתאמה הפרשנית וחוקי היסוד

מגמת הפסיקה עד לשנים האחרונות היא לכיוון ההכרה בתחולה, זאת מאחר והרציונל של הקטנת החיכוך מתקיים גם כאן. העקרונות החוקתיים בישראל שאבו השראה מהמשב"ל, בפרט בכל הקשור לזכויות אדם, ולכן יש לשאוב מהמשב"ל השראה פרשנית. הכנסת והממשלה הציגו עמדה נגדית (בהשפעת ארגון קהלת), לפיה אין להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית, בין היתר כי דבר זה יהווה מתן פתח להעתקה של ערכים זרים לתוך החוקה הישראלית. בין השאר נטען כי

**פס"ד סילוואד:** דיון על תחולת חזקת ההתאמה על חוקי היסוד. ד"ר בוררמראה שפורום קהלת פשוט לקחו את גישת השופט סקאליה האמריקאית בהעתקה גסה, זאת מבלי להתאים אותה למקרה הישראלי. קהלת אומרים שאי אפשר להחיל את חזקת ההתאמה על חוקי היסוד, זאת אם אין הסמכה מפורשת לכך בחוקי היסוד – "יש להישמר מליתן למקור חיצוני למשטרנו החוקתי מעמד מחייב בפרשנותה. מתן מעמד כזה, בלא שהחוקה קבעה זאת במפורש, כמוהו כאימוץ חוקה אחרת זו שניסח הריבון ע"י נציגיו". לדעת בורר זה אבסורד כי פורום קהלת לקחו את הגישה ממחנה מסוים אמריקאי, אשר בכלל מתנגד להעתקת גישות זרות.

ד"ר בורר מסביר כי ישנה הנחה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם כי יש לפרשם על סמך עקרונות מגילת העצמאות, ואחת מעקרונות מגילת העצמאות היא נאמנות לאו"ם. עקרונות אמנת האו"ם ס'2 ובאופן עקיף ס'1 הם רשימה ארוכה של נורמות של המשב"ל – זאת לרבות נורמה של שקידה על שאיפה לפעול בהתאם לנורמות המשב"ל. לפיכך, חזקת ההתאמה הפרשנית צריכה לחול גם על חוקי היסוד, ועל כן יש לפרשם באופן שיתאים ויקטין את החיכוך בינם לבין דיני המשב"ל (המנהגי וההסכמי).



**קליטת דין בינלאומי מנהגי**

הדין הבינ"ל המנהגי **נקלט אוטומטית** – 'קליטה ישירה' בישראל, ו**יגבר** על חקיקת משנה שסותרת אותו.

ההשלכות לנורמה הנקלטת באופן ישיר ונמצאת במעמד עליון לחקיקת משנה ונמוך מחקיקת יסוד:

1. מקור להענקת זכויות וסמכויות
2. דוגמאת חסינות דיפלומטית אזרחית ופלילית: **פרשת בסיוני** (קיום חסינות דיפלומטית פלילית ואזרחית): לא קיים חיקוק ישראלי המעניק חסינות דיפלומטית ביהמ"ש פוסק שקיימת חסינות דיפלומטית במשפט הישראלי שמקורה בדין בינלאומי מנהגי.
3. **בג"ץ הסיכול הממוקד:** טענת העותרים היא שאין חוק המתיר לחיילים להרוג (למעט בהגנה עצמית), ולכן זו גרימת מוות בכוונה תחילה. סעיף 34יג – צידוק: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה: הוא היה חייב או מוסמך לפי דין, לעשותו". ברק אומר 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, זאת מאחר (1) דיני המלחמה אלו תחומים שבאופן מסורתי הושארו להסדרת המשב"ל. (2) דיני מלחמה הם תחום בו יש סיכון מוגבר להעמדה לדין בעולם.

1. המנהג גובר בהתנגשות עם חקיקת משנה או החלטת מנהל

הדוגמא לכך היא נוהל שכן – פקודה צה"לית לפיה כאשר מבוקש מתבצר בבית, פונים לשכן של אותו אדם שיתחנן אל אותו אדם שייכנע מבלי להילחם. צה"ל טען כי אנשים אלו הם מתנדבים וכי בפועל דבר זה חוסך חיי אדם. עם זאת, במציאות נראה כי הרבה מהאנשים התנדבו כאשר כוון אליהם רובה. עקרון בסיסי של דיני הלחימה הוא עקרון ההבחנה – הבחנה בין אזרחים ללוחמים, אין לערב בלחימה אזרחים אשר אינם מעורבים. ביהמ"ש העליון קבע כי יש סתירה בין נוהל שכן (שקבוע בחקיקת משנה ישראלית) לבין המשב"ל המנהגי (עקרון ההבחנה של דיני הלחימה) ולכן נוהל שכן מבוטל.

1. מעמדו הנורמטיבי של הדין המנהגי – בהתנגשות בין מנהג לחוק (חקיקה ראשית) החוק יגבר

**פרשת עפו (גירוש מחבלים):** בסעיף 49 לאמנת ז'נבה (אושררה אך לא נקלטה) קבוע כלל שאומר שאסור להוציא בכפייה אזרחים משטח כבוש. עד לסוף שנות ה-90 ישראל השתמשה בפרקטיקה של גירוש מחבלים. בעתירה נגד הפרקטיקה הזו שמגר אמר כי בניגוד למה שכתוב באמנה, הדין המנהגי אוסר רק גירוש קולקטיבי, ואף הוסיף כי גם אם הדין המנהגי אוסר גירוש אינדיבידואלי (יחידני), הרי שהחקיקה הראשית הישראלית גוברת. בך אומר כי כנראה שהדין המנהגי אכן אוסר על גירוש אינדיבידואלי, אך עדיין – חקיקה ראשית גוברת.

יש לפרש את תקנות ההגנה לאור המשב"ל, ולכן יש לפרשן כלא מאפשרות גירושים קולקטיביים. השופט בך אמר שאי אפשר לפרש את הסעיף של אמנת ז'נבה ככזה שמתיר גירושים אינדיבידואליים (של יחידים), אך עדיין החקיקה בישראל גוברת.

**קליטת דין בינלאומי הסכמי בישראל**

אמנה בינלאומית, אף עם מדינת ישראל צד לה, לא הופכת להיות חלק מהדין במדינה – אין קליטה ישירה, נדרשת פעולה של קליטה מפורשת. הקליטה המפורשת הינה אימוץ של נורמות האמנה אל תוך חיקוק ישראלי (אין לבלבל את הפעולות הפנימיות ההופכות את ישראל כצד לאמנה).

המעמד הנורמטיבי לאחר הקליטה:

* מעשית ככלל, היא בעלת מעמד של החיקוק הקולט (נקלטה בתקנה, מעמדה כתקנה. נקלטה בחוק, מעמד כחוק)
* פורמלית אין לה שום מעמד במדינת ישראל

**ע"א 25/55 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.

בכל הנוגע לאמנה שישראל צד לה אך היא לא נקלטה, פורמלית היא חסרת כל מעמד נורמטיבי. על כן, במקרה של סתירה בין אמנה כזו לבין חוק – החוק יגבר. דוגמא לכך היא **פרשת עפו:** אמנת ז'נבה לא נקלטה בישראל, ועל כן הכלל הישראלי בתחום גבר. דוגמא נוספת היא **בג"ץ וופא עלי** (דיון צד בנוגע לעניין הגירוש): ביניש ציינה את פסיקת עפו, ומוסיפה כי לעשות פרשנות תכליתית לאמנה, ומאחר ובפועל תנאי הקריאה והנגישות של המשפחות לכלואים לא נפגעות, ועל כן פרשנות תכליתית של הסעיף מביאה למסקנה כי הוא לא הופר.

סתירה בין אמנה שלא נקלטה לבין נורמה / מעשה של הרשות המבצעת

**ע"א 25/55 סמרה:** ברנזון קובע כי מדובר באמנה (הסכם הפסקת אש) שלא נקלטה בנורמה ישראלית, ולכן אין לה מעמד בדין ואי אפשר לחייב את המדינה לקיים אותה.

*"אני יותר חכם עכשיו. פחות שיער, יותר חוכמה"*

לסיכום, השוואה בין אופן הקליטה והמעמד של דין בינלאומי מנהגי לאופן הקליטה והמעמד של דין בינלאומי הסכמי:

|  |  |
| --- | --- |
| **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 |  |

**דין מנהגי:**

נקלט אוטומטית, בעל מעמד נורמטיבי כשל כללי המשפט הציבורי המקובל (יציר הפסיקה). חוק גובר על מנהג, מנהג גובר על חקיקת משנה. הרציונל הוא הגבלת פעולת יתר של הרשות המבצעת

**דין הסכמי:**

חסר מעמד נורמטיבי פורמאלי בדין המדינתי. ניתן לקלוט באמצעות חקיקה (תוקף מכוח החוק). הרציונל הוא שהרשות המבצעת לא תעקוף את המחוקק. המגמה היא התגברות כוח האמנות והקטנת החיכוך.

* קיים רציונל דמוקרטי להבדל הקליטה בין שני סוגי הדינים של המשב"ל. התוצאה של הפסיקה היא הגברת ההשפעה בפועל של דין מנהגי הסכמי שלא נקלטו. בפועל יש לאמנות האלה השפעה משמעותית, לא זהה לזו של דין בינלאומי מנהגי אך די קרובה לכך.

עם השנים התחזק מעמדן של האמנות ובפועל יש להן השפעה חזקה על הדין הישראלי (על אף שלא נקלטו רשמית). אחת הסיבות לכך הוא דוקטרינות התפתחו, והן קשורות זו לזו:

1. חזקת ההתאמה הפרשנית בהקשר לאמנות (רלוונטית גם למשב"ל מנהגי)

בהקשר של אמנות, דוקטרינה זו 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).** המשמעות הפרקטית של דוקטרינה זו היא שלעיתים ביהמ"ש יפרש את החוק באופן שונה ממה שהיה עושה אלמלא האמנה. כלומר, יהיו מקרים שבהם, בעקבות חזקת ההתאמה הפרשנית, ביהמ"ש יצמצם את היקף הסמכות שתהיה לגורמים הישראליים הרלוונטיים.

**בג"ץ קלפי המיקוח:** אנשי חיזבאללה הואחזקו כקלפי מיקוח לקבלת מידע על רון ארד. ע"פ דיני המשב"ל, קיים איסור על החזקת אדם המעצר אלא אם יש בו סיכון אישי (+חריגים). סעיף ' לחוק חירום מעצרים אומר כי אם "היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי ביטחון המדינה / הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא להורות על מעצר (מנהלי) של אדם לתקופה שתצוין בצו ולא תעלה על 6 חודשים. ברק פסק כי חזקה כי תכלית חוק היא להגשים את המשב"ל ולא לסתור אותו, בין אם מנהגי ובין אם הסכמי. לפיכך, אין להחזיק באותם אנשי חיזבאללה.

**יהיו מקרים שבהם חזקת ההתאמה הפרשנית תביא לפרשנות שדווקא תרחיב את סמכות הגורם השלטוני הישראלי** (למשל, יכולת להחרים יהלומים בזכות כללי קימברלי).

1. צמצום בפועל של פער המעמד בין אמנה ומנהג (החלת חזקת ההתאמה הפרשנית על נורמת הסבירות של המשפט הציבורי המקובל)

הפסיקה הקובעת בעניין החלת חזרת ההתאמה הפרשנית ניתנה בשנות ה50. יחד עם זאת, בעשורים האחרונים הפסיקה הזו מקבלת כוח ומחזקת מאוד את ההשפעה בפועל של אמנות שישראל צד להן (אף אם לא נקלטו), וזאת מכיוון שמכוח הלכה זו הוחלה חזקת ההתאמה הפרשנית על נורמת הסבירות – חזקת ההתאמה הפרשנית תשפיע על ההכרעה האם פעולה מסוימת של הרשות מנהלית היא סבירה או לא. משמע, יהיו מקרים בהם לולא קיומה של אמנה שישראל צד לה – היה נקבע כי אותה הפעולה אינה סבירה ולאחר מכן היה נקבע כי היא סבירה, או שהיה נקבע כי היא כן סבירה ובהמשך היו מפריכים זאת.

**רע"א דרזנק נ' גיל:** רוצים להסגיר את גיל לשוויץ. המשמעות שאם יסגירו אותו לשוויץ זה שהנושים שלו בארץ, הסיכוי שלו להשיג את הכסף שלו קטן. זכות הקניין שלהם נפגעת באופן משמעותי. ולכן יש סיבות טובות לעכב אותו בארץ ולא לאפשר לו לצאת. יחד עם זאת, יש אמנת הסגרה עם שוויץ ואי הסגרתו לשוויץ מהווה הפרה של האמנה עם שוויץ. לכן, ביהמ"ש מגיע למסקנה שההחלטה לאפשר לו לצאת מהארץ ולא להוציא צו עיכוב יציאה מהארץ היא סבירה לאור העובדה שמשרתת את ההתחייבות של מדי באמנה שהיא צד לה. לאור העובדה שהחלטה הפוכה הייתה מפרה התחייבות של מד"י באמנת ההסגרה עם שוויץ. מילוי מחויבות בינלאומית היא שיקול להפיכת פעולה לא סבירה לסבירה.

הדין הישראלי הוא מערכת שהתחילה במקום דואליסטי יחסית, ואימצה מנגנונים שחיזקו במידה מסוימת (לא מוחלטת) את המשב"ל. זוהי מגמה כללית המשקפת רציונל של פשרה בין מערכות המשפט.

**בג"ץ עיריית בית לחם:** מדובר בשאלה של תחולת האמנות בדבר זכויות אדם שישראל חתומה עליהם בשטחים. יש סתירה בין הדין ההסכמי להחלטה המנהלית. הסתירה מהווה שיקול חזק לכך שההחלטה המנהלית לא סבירה. ביהמ"ש מתחמק מהשאלה האם האמנות מחייבות את ישראל גם בשטחים כי הצדדים מסכימים שאפשר לצאת מנקודת הנחה שהן כן חלות.

הדין הרצוי ביחס לקליטת אמנות: האם כדאי שתהיה קליטה ישירה של אמנות?

טיעונים בעד קליטה ישירה:

* בזירה הבינלאומית, הטיעון האינסטרומנטלי: קליטה ישירה תקטין את הסיכוי להתנגשות
* הטיעון הערכי: יש לקיים התחייבויות, בזירה הפנימית, עידוד לקליטת ערכים

טיעונים נגד קליטה ישירה:

* הפרדת רשויות, טיעון דמוקרטי: הכנסת ככלל אינה מעורבת בהצטרפות לאמנות (מלבד חריגים)
* טיעון מהותי: האמנה מפסיקה להיות מתאימה בשלב מסוים. הפתרון הוא התגברות בחוק או לחלופין פרישה מאמנה, הבעייתיות בפתרון הוא שהם מהווים התרסה ועידוד הפרה.

שיעור מס' 10, 11.11.2021

**המדינה**

המדינה היא השחקן המרכזי בזירה הבינלאומית, לפיכך היא זכרית לסדרת זכויות מטעם המשב"ל:

1. שוויון בין מדינות: מבחינה משפטית, כל המדינות שוות זו לזו והן בעלות אותו מעמד
2. חופש פעולה: כל מדינה רשאית לפעול בכל אופן אשר אינו נאסר מפורשת בדיני המשב"ל (כפי שנקבע ע"פ **עקרון לוטוס**)
3. חסינות מדינות ונציגיהן
4. אי התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה (כפי שנקבע ב**פס"ד איי פלמאס**)

מהי מדינה?

ע"פ **תנאי מונטווידאו**, על מנת שמדינה תוגדר כמדינה ישנם ארבעה תנאים שעליה לקיים:

1. טריטוריה: צריך שתהיה יבשתית (**סילנד**). אין מגבלת גודל, אין הכרח לטריטוריה רציפה והגבולות יכולים להיות שנויים במחלוקת. בנוסף, אין צורך בשליטה מלאה על השטח. **פס"ד סילנד:** קבוצות אנשים שהתיישבו על בסיס צבאי בריטי נטוש שקם על רפסודות מעל שטח ימי, והכריזו על הקמת מדינה בשטח זה. מקור ההכנסה של המדינה היה מכירת אזרחות. נקבע כי סילנד אינה נחשבת מדינה מאחר והיא חסרת טריטוריה יבשתית.
2. אוכלוסייה: אוכלוסייה קבועה בעלת מבנה חברתי מסודר. מדינה שמותחת את הגבול הנוכחי היא הוותיקן.
3. שלטון: היכולת להפעיל מרות על השטח ועל האוכלוסייה המצויה בו. גם בתנאי זה, הוא אינו חייב להתקיים בצורה מלאה, מדינות רבות לא ממשו תנאי זה באופן מוחלט בעת הקמתן. בנוסף, גם בשלב בו מוסדות השלטון מתפרקים, הישות עדיין תיחשב כמדינה. דוגמאות לכך ניתן לראות בישראל, יוגוסלביה ואלטלנה.
4. עצמאות: כושר לקיים יחסים בינלאומיים מבלי שיוכתבו ע"י גורם אחר. עמדה מסוימת סוברת כי גם תנאי זה אינו חייב להתקיים בצורה מוחלטת. דוגמא לכך ניתן לראות באיי קוק, אשר קיבלה את הסכם עצמאותה מנו זילנד, וחתמה איתה על אמנה כי ניהול מרבית יחסי החוץ של איי קוק ינוהלו ע"י ניו זילנד. על כן, איי קוק אינם חברים באו"ם. עם זאת, לאור העובדה כי יש להם יחסי חוץ עצמאיים (הצטרפו לאמנת רומא), העמדה הרווחת מכירה באיי קוק כמדינה. עמדה אחרת סוברת כי איי קוק אינה נחשבת מדינה אך היא ישות מספיק קרובה למדינה על מנת שתוכל לחתום על אמנות בינ"ל.

רוב המדינות בעולם אינם מקיימים את תנאי מונטווידאו באופן מוחלט, זהו לא מצב של הכל או כלום. לעיתים, יש פעמים בהן ישויות שנויות במחלוקת. לשם כך, ישנם **פרמטרים נוספים** בעלי חשיבות פוטנציאלית לצורך זיהוי ישות כמדינה:

* **מידת ההשפעה של הכרה מצד מדינות אחרות**

הגישה הקונסטיטוטיבית: נדרשת הכרה רחבה מצד מדינות אחרות על מנת שישות תיחשב למדינה. כאשר מדינה מכירה במדינה שקמה, היא מכריזה כי היא מזהה את מילוי תנאי אמנת מונטווידאו אצל המדינה שקמה. ללא הכרה, אין מדינה. כיום כמעט אף אחד לא מצדד בעמדה זו, הסיבה לכך היא סיבה היסטורית: בעבר היו 5 מדינות בלבד ("הקונצרט של אירופה") אשר הכירו במדינות, ופעמים רבות הן לא הסכימו להכיר במדינה אחרת מסיבות כאלו ואחרות. התנהלות זו יצרה חוסר צדק ולכן עברו לגישה הדקלרטיבית.

הגישה הדקלרטיבית (הגישה המקובלת כיום): הכרה של מדינות אחרות אינה תנאי נדרש לצורך קיומה של מדינה. הכרה של מדינות במדינה היא הצהרה על עובדה קיימת. הבעיה בגישה זו היא שהיא מייצרת חילוקי דעות.

רוב המדינות באופן אינן מקיימות את תנאי מונטווידאו באופן מוחלט. על כן, כאשר יש הכרה רחבה יותר, תהיה התגמשות רחבה יותר ולסלחנות רבה יותר בכל הקשור למילוי תנאי מונטווידאו (דוג', בוסגניה הרצוגובניה).

המשמעות של הכרה מצד מדינות אחרות:

1. תמיכה בטענה כי מדובר במדינה
2. מסייע לקבלת זכויות של מדינה מצד המדינות המכירות
3. יכול לאפשר הצטרפות לארגונים בינ"ל
4. יכול לאפשר קיום יחסים דיפלומטיים (לא בהכרח)
5. תורם להכרה בעיקרון השלמות הטריטוריאלית (ברגע שמדינה מוכרת, יש הכרה בגבולות שלה. ניתן לראות זאת במקרה קוסובו: התפצלות מסרביה – שטח אוטונומי בתוך סרביה, כאשר הרוב האתני בשטח זה הוא אלבני. עד היום צפון קוסובו נשלט ע"י סרביה, כך שלפי העמדה המקובלת בעולם – מרגע שקוסובו הפכה למדינה עצמאית, מעמדה של צפון קוסובו הוא שטח כבוש. מדינה שלא מכירה בקוסובו כמדינה לא רואה בצפון קוסובו כשטח המוחזק בכיבוש סרבי).

* **מקרים בהם ישות המקיימת את תנאי מונטווידאו לא תוכר כמדינה**

ישנם שלושה פרמטרים, כאשר בקיום של אחד מהם – אף אם הישות מקיימת באופן מושלם את תנאי מונטווידאו, לא נכיר בה כמדינה.

1. מדינות אפרטהייד: ישות שייעודה המרכזית היא תמיכה בהפרדה גזעית לא תוכר כמדינה גם אם תקיים את כל תנאי מונטווידאו. תנאי זה פותח בעקבות הקמת בנטוסטן, ניסיון של דרום אפריקה להתמודד עם הביקורת נגדה ע"י העברת שחורים לשטח מגודר שיהווה מדינה.
2. הקמת המדינה נעשית תוך כיבוש לא חוקי של שטח: כיבוש שנעשה תוך הפרה של נורמה אחרת של המשב"ל (דיני ה JAB). דוגמא לכך ניתן לראות במקרה של קפריסין: מדינת אי בה מצוי רוב אתני יווני ומיעוט אתני תורכי. כאשר פרצה מלחמת אזרחים (בשנות ה70) צבא תורכיה התערב לטובת המיעוט והשתלט על השטח בצפון קפריסין. המיעוט האתני התורכי מכריז על מדינה בשטח זה, ולכאורה מקיים את כל תנאי מונטווידאו. למרות זאת, נקבע כי הכיבוש נעשה בצורה שאינה חוקית ועל כן לא היה ניתן להכיר בצפון קפריסין כמדינה.
3. מדינה שהליך הקמתה היה כרוך בביצוע רצח עם, טיהור אתני או אלימות רחבה.

*"ילדים של אחרים זה די פיכסה, ושלי זה מעייף"*

* **עקרון ההגדרה העצמית**

ההשקפה הרווחת כיום רואה בזכות ההגדרה העצמית משום erga omnis, פגיעה בזכות הגדרה עצמית של עם מהווה גרימת נזק כלפי כל מדינות העולם). רבים, אם לא הרוב, סבורים כי מדובר ביוס קוגנס.

הזכות להגדרה עצמית אומרת כי כל עם זכאי למדינה, ברמת העיקרון. עם: קבוצה גדולה, בעלת תרבות משותפת שככלל נולדים לתוכה ומתים בה. עם זאת, ל ניתן לממש תנאי זה באופן מוחלט ואף לא באופן חזק מאוד – זאת לנוכח ריבוי המדינות והעמים בעולם. במידה וכל עם יקבל מדינה, ייווצרו מלחמות אינסופיות, זאת לאור העובדה כי לרוב עמים מעורבבים אחד בתוך השני. על כן, עקרון זה לא יכול לקבל השפעה אבסולוטית, והוא דורש איזון עם פרמטרים אחרים. עקרון זה יהיה בעל השפעה מסוימת בנוגע לסלחנות בדרישת תנאי מונטווידאו. עם זאת, מידת הסלחנות משתנה בין שתי נסיבות:

1. סיטואציה בה אין ריבון חוקי קודם על השטח (בעלת סלחנות גדולה יותר): שני מצבים עיקריים בהם ישות מכריזה על עצמה כמדינה, בהן אין ריבון קודם:
2. מקרה בו הריבון הקודם היה שלטון קולוניאליסטי והוא נסוג
3. סיטואציה בה מדינה פדרטיבית מתפרקת (כדוג' ברית המועצות) – אין ריבון קודם מאחר והמדינה שהתפרקה לא קיימת יותר

כאשר אין ריבון קודם על השטח, המשקל שנייחס לעקרון ההגדרה העצמית יהיה גדול יותר, הסלחנות כלפי תנאי מונטווידאו תהיה גדולה יותר. עקרון Uti Possidetis: עקרון שימור הגבולות, קובע כי גבולות המדינה החדשה שהוכרה יהיו זהים לגבולות שהיו קיימים קודם. במדינה פדרטיבית מתפרקת, גבולות המדינה יהיו גבולות הstate. החיסרון של עקרון זה הוא יצירת מדינות הומוגניות פחות, לאור העובדה כי לעיתים קרובות הקולוניאליסטים חצו קבוצה אתנית / עם באמצע. היתרון של עקרון זה הוא קידום יציבות. הניסיון מראה כי ללא נקודת התחלה לציור הגבולות, יהיו יותר מלחמות בעולם. במצב זה, עקרון ההגדרה העצמית מקל על תנאי מונטווידאו אך לא זוכה למימוש מלא אלא למימוש מאוזן וכפוף לעקרון שימור הגבולות.

שיעור מס' 11, 17.11.2021

ההשלכות של עקרון שימור הגבולות: חלקים מהקבוצה האתנית יהפכו למיעוט ולקבוצות לאומיות מסוימות יהיו פחות סיכויים להכרה כמדינה, לאור העובדה כי ההכרה בהן אינה תואמת את עקרון שימור הגבולות.

1. סיטואציה בה קיים ריבון חוקי עכשווי על הטריטוריה הרלוונטית: מצב בו קבוצה אתנית רוצה לפרוש ממדינה קיימת. מתחלק לשני סוגי עמדות:
2. גישת ביהמ"ש העליון הקנדי: **אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב, אלא כמוצא אחרון של מיעוט תחת דיכוי.**

קנדה מורכבת ממספר קבוצות אתניות, כאשר החלוקה הגסה בין אלו שהגיעו מאירופה היא בין האנגלופונים (אנגליה) לפרנקופונים (צרפת). בכל המקומות הפרנקופונים מהווים מיעוט, חוץ מאשר בקוויבק. ברוב השנים האנגלופונים לא התייחסו יפה לפרנקופונים, ועל כן בבחירות המקומיות מקוויבק עולה מפלגה לאומנית אשר עשתה משאל עם לפרישה מקנדה. התוצאות היו 50.58% בעד פרישה ו49.42% נגד הפרישה. ממשלת קנדה (האנגלופונים) פונים לביהמ"ש העליון להכרעה בשאלה האם מבחינה חוקית רשאים אותם האנשים בקוויבק לפרוש. ביהמ"ש העליון אומר כי ישנן **2 סיטואציות בהן זכאי מיעוט לפרוש ולהקים מדינה**:

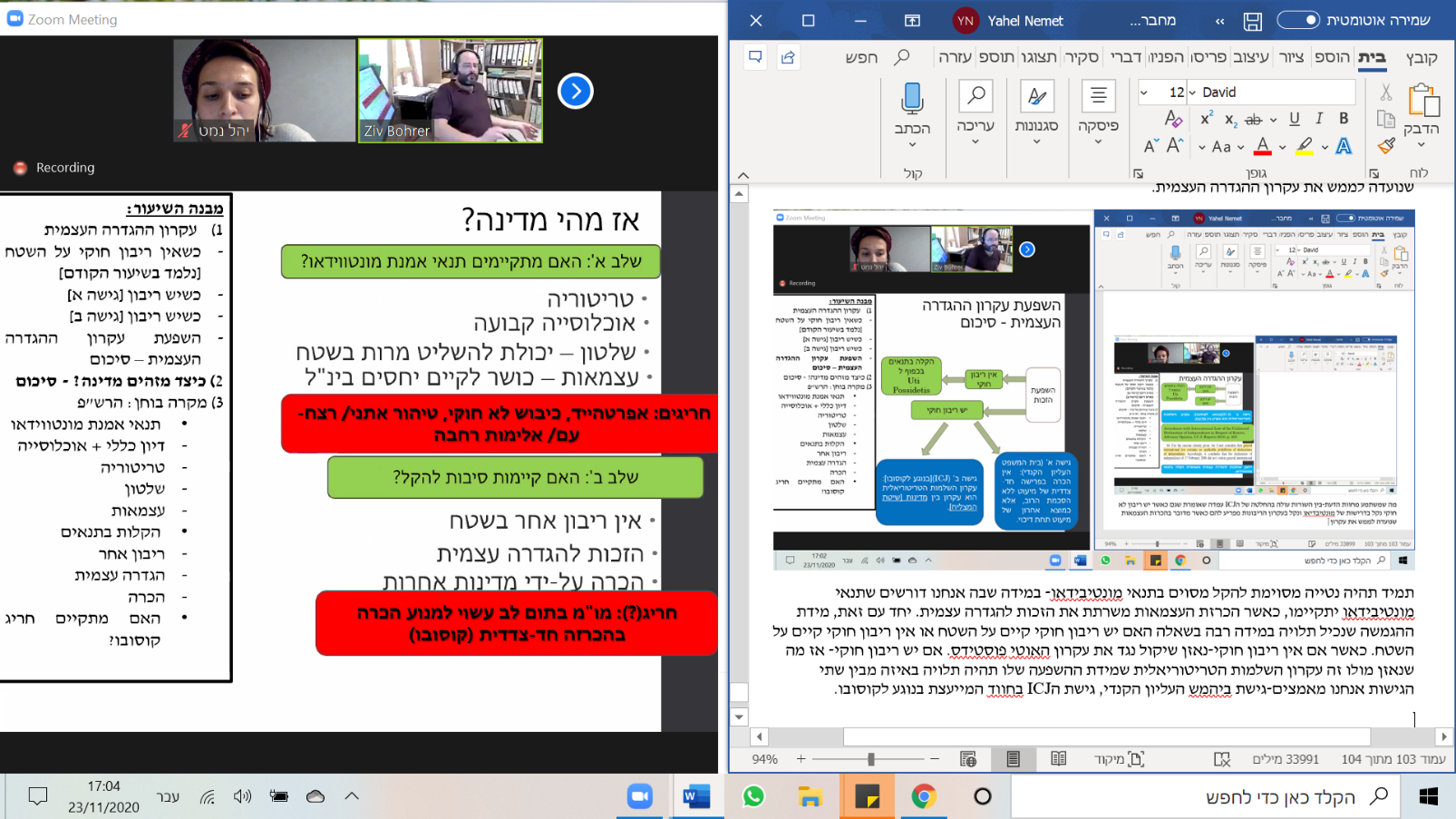
1. מדובר במיעוט נרדף שלא זוכה למימוש זכויותיו בתוך המדינה הקיימת, ופוסק כי במקרה זה אין הדבר רלוונטי, אין אפליה כיום כנגד הפרנקופונים.
2. קבלת הסכמה כפולה (שני רכיבים) – **רוב במשאל עם** בתוך הטריטוריה המעוניינת לפרוש ו**הסכמה** של המדינה הקיימת בכללותה (ניתנת להשגה ע"י משאל עם של כל האוכלוסייה, או ע"י הסכמת הממשלה הנבחרת הכללית). הטיעון לכך הוא כי גם זכויות האזרחי בחלק שאינו פורש עלול להיפגע מהפרישה.
3. גישת ה ICJ שנקבעה בהקשר של קוסובו: **אין פרקטיקה אחידה לגבי האופן בו מדינות נולדות.**

קוסובו הייתה במעמד של תת-פדרציה ביוגוסלביה שהייתה מדינה פדרטיבית. כשיוגוסלביה התפרקה, העולם לא הכיר בהם מתוך עקרון שימור הגבולות. עם זאת, רודן בשם מילוסוביץ' מבצע שלבים בדרך לטיהור אתני, זאת בניסיון להרחיב את שטח סרביה. בתגובה להכרזת העצמאות של קוסובו, מילוסוביץ' נכנס עם כוחותיו הצבאיים לקוסובו ושם נאט"ו תופסת את השליטה באזור. עברה החלטה במועבי"ט אשר העניקה תוקף לנוכחות נאט"ו בקוסובו, ובנוסף קבעה כי על הצדדים לנהל משא ומתן ולהכריע בו על מעמדה הסופי של קוסובו. סרביה וקוסובו לא הגיעו להסכמות, ו2007 האיחוד האירופי מוציא הצהרה לפיה ראוי שתקום מדינת קוסובו עצמאית (במשא ומתן). ב2008 קוסובו מכריזה על עצמאות ו77 מדינות בעולם הכירו בהם. שאלה שהופנתה ל ICJ היא האם מניתן לראות בקוסובו כמדינה ע"פ עקרון ההגדרה העצמית. סרביה טוענת את הטענה הבאה: קוסובו אינה מדינה, שכן קיומה כמדינה נקבע תוך הפרה של עקרון שלטון הטריטוריאלי. בנוסף, הכרזת העצמאות של קוסובו מהווה הפרה של החלטת מועבי"ט ושל הסמכת הקוסוברים לפיה הדבר יוכרע במשא ומתן ולא כהכרעה חד צדדית. קוסובו טענה בתגובה כי היא מיעוט נרדף וכי סרביה לא יכולה לטעון לריבונות על השטח מאחר והיא לא נמצאת שם כבר עשור, וכי החלטת מועבי"ט לא רלוונטית מאחר והמו"מ הגיעה למבוי סתום.

ה ICJ אומר כי הדרישה לקיים את השלמות הטריטוריאלית לא חלה על ישות שאינה מוגדרת כמדינה. לפיכך, מיעוט אתני יכול לנסות להכריז עצמאות, לפעמים זה יצליח ולפעמים לא. בנוגע להחלטת מועבי"ט הסכמת הקוסוברים – שניהם לא נועדו לייצר את התוצאה הסופית אלא אמצעי לשלב ביניים. על כן, ככל שמתרחק הזמן ממועד הסכמה הקבוע, ההסכמה הופכת ללא רלוונטית. בשורה התחתונה, ה ICJ קובע כי עקרון ההגדרה עצמית הוא עקרון חשוב, והוא צריך להילקח בחשבון בהחלטה האם להכיר במדינה או לא – גם במקרים של מיעוט פורש.

**סיכום: השפעת עקרון ההגדרה העצמית**

בעל מידה מסוימת של השפעה תמידית, אך עוצמת ההשפעה משתנה בין שני סוגי מצבים: מצב בו לא קיים ריבון חוקי – השפעה משמעותית תוך משקל נגד לעקרון שימור הגבולות, ומצב בו קיים ריבון חוקי – בו יש שתי גישות: אין הכרה בפרישה ללא הסכמת הרוב אלא כמוצא אחרון והגישה לפיה אין פרקטיקה אחידה לגבי היווצרות מדינות (השפעה קטנה יותר על עקרון השלמות העצמית).

**סיכום, מהי מדינה:**

(חריגים באדום)

**הרשות הפלסטינית**

**שלב א: האם מתקיימים ברשות הפלסטינית תנאי אמנת מונטווידאו –**

1. טריטוריה (2) אוכלוסייה קבועה (3) שלטון, יכולת להשליט מרות בשטח (4) עצמאות, כושר לקיים יחסים בינ"ל

עמדת היועמ"ש הישראלי מול עמדת התובעת של ה ICC:

1. **עם:** אין מחלוקת על כך שיש אוכלוסייה קבועה.
2. **טריטוריה:** היועמ"ש הולך למספר כיוונים: (א) עניין ההחזקה בשטח. בהסתכלות בפועל, הגוף שהכריז על עצמו כשולט לא שולט ברוב השטח, צה"ל שולט בחלקים נכבדים ובעזה החמאס שולט. (ב) הפלסטינים מנסים להחזיק את המקל בשתי קצותיו: כדי שיהיה כיבוש צריך שצבא אחר יחזיק בשליטה אפקטיבית את השטח, בעוד שכדי שתהיה מדינה צריך שלטון שיחזיק בשליטה אפקטיבית בשטח – אם הם מחזיקים בשטח אין כיבוש, לא יכולים להיות שלטון וכיבוש בו זמנית. (ג) אין גבולות ברורים לטריטוריה המדוברת. בהסכמי הפסקת האש ב49 הצדדים הסכימו שהקו הירוק לא הגבול המוסכם וגם בהסכמי אוסלו הצדדים הסכימו להסכים על שאלת הגבולות רק בהסכם הקבע. בנוסף לעניין הגבולות-העמדה המקובלת של מד"י בנוגע להחלטה 242- החלטה 242 היא החלטה שמועצת הביטחון של האו"ם שהצדדים קיבלו אותה כבסיס למו"מ מבחינתם ולכן מחייבת את ישראל. בהחלטה זו יש הבדל בין האנגלית לניסוח בצרפתית-הניסוח הצרפתי מדבר על נסיגה מהשטחים (מכל השטחים)שנכבשו ב67 תמורת שלום, בעוד שהגרסה האנגלית מדברת על נסיגה משטחים(ולכן ישראל נתלית על הגרסה באנגלית כדי לטעון שאפילו החלטת מועצת הביטחון מכירה בזכותה הפוטנציאלית לחלק מהשטחים) שנכבשו ב67 תמורת שלום. הישראלים לא שמו לב להפרשי הניסוח.
3. **שלטון:** בדומה לעניין הטריטוריה, בפועל הפלסטינים לא שולטים בשטח, צה"ל ביו"ש וחמאס בעזה. גם מנקודת המבט של הפלסטינים אין שלטון בשטח מאחר והם טוענים שזו שטח כבוש. בנוסף, מבחינה משפטית הסכמי אוסלו הינם הסכם בין שלטון כובש לנציגות אוכלוסייה בשטח כבוש. לפיכך, מקורות הרשות הפלסטינית נובעות מהשלטון הכובש – ישראל. על כן, מבחינה פורמלית בחתימת הסכמי אוסלו המקפד הישראלי האציל סמכויות לרשות הפלסטינאית.
4. **עצמאות:** הסכמי אוסלו אסרו על קיום יחסי חוץ בינ"ל.

עמדת התובעת

1. **עם:** אין מחלוקת.
2. **טריטוריה:** ייתכן מצב בו ישנה שליטה אפקטיבית לקיום אמנת מונטווידאו ובו זמנית ומספיק שליטה אפקטיבית לצה"ל על מנת לקבוע שמדובר בכיבוש. זוהי שאלה של יחס של דיכוטומיה לעומת ספקטרום. בנוגע לגבולות השנויים במחלוקת, הדבר שכיח גם במדינות אחרות. בנוסף, ישנה גרסה צרפתית (החלטה 242) המדברת על השטחים שנכבשו ב67, ועל כן לפיה ההכרזה הצרפתית על ישראל לסגת מכל השטחים. זאת ועוד, העמדה המקובלת היא כי שטחים אלו נועדו לפלסטינאים.
3. **שלטון:** יש שליטה מסוימת משמעותית לפחות בחלקים משמעותיים מהשטח, שוב תוך הנסיבות המקלות הקיימות בהקשר הפלסטיני.
4. **עצמאות:** בפועל יותר מ120 מדינות מקיימות יחסי חוץ עם הפלסטינים, נוסף על העובדה כי הם חבירם בארגונים בינלאומיים רבים.

**שלב ב: האם ניתן להקל בתנאי מונטווידאו –**

1. שאלת קיומו של ריבון אחר על השטח

**עמדת מדינת ישראל** הייתה כי יש לה טענה לריבונות על השטח, תוך הכרה כי טענה זו צריכה להיות מוכרעת במשא ומתן. מבחינה פורמלית, מעמד השטחים (נובע מדיני המשב"ל החלים על מנדטים) הריבונות היא בהקפאה. לישראל יש בסיס משפטי לטענה לריבונות על השטח הנובע מכתב המנדט. בנוסף, הצדדים הסכימו לרגע זה לא להסכים על סוגית הריבונות על השטח וגבולותיו (הסכמי הפסקת אש והסכמי אוסלו).

**עמדת** התובעת היא שאין ריבון חוקי קיים לשטח, שכן מלבד מעט מירושלים. נוספת הפרשנות המקובלת של החלטה 242. בנוסף, מאז כתב המנדט קרו דברים: הנורמות הבינ"ל העכשוויות אינן מכירות בשטח שהוא חלק מהבית הלאומי של העם היהודי אלא כשטח שנועד (תוך תיקוני גבול קלים שאולי יושגו בהסכמה בין הצדדים) למימוש הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני.

1. אמצעי למימוש הזכות להגדרה עצמית

**ישראל** טוענת כי הזכות להגדרה עצמית אינה מחייבת מתן מדינה עצמאית. בנוסף, יש לשים את הגבול במתן הסלחנות כלפי תנאי מונטווידאו – תנאי השליטה שלהם קטנים מאוד, ועל כן הסלחנות אינה בהכרח נדרשת ומגיעה במקרה זה.

**התובעת** טענה כי הזכות להגדרה עצמית הינה יוס קוגנס. זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית הוכרה ע"י הקהילה הבינ"ל ואף ע"י מדינת ישראל. בנוסף, הפלסטינים מקיימים את כל תנאי מונטווידאו במידה מסוימת, כך שניתן להקל בבחינה של תנאים אלו כאשר מדובר במקרה בו ההכרה בישות כמדינה תהווה מימוש של זכות ההגדרה העצמית, בטח כאשר מדובר בשטח ללא ריבון אחר.

1. הכרה

**ישראל:** הכרה אינה קונסטיטוטיבית – אינה יוצרת דין חדש למעמד אותה ישות, והאי אינה יכולה להחליף את הדרישות הפורמליות (ס'42 לעמדת היועמ"ש).

**התובעת:** הכרה מאפשרת הקלה באופן בו בוחנים את תנאי מונטווידאו, ויש הכרה רחבה במדינה פלסטינית. סיבה נוספת להקל בבחינת תנאי מונטווידאו היא מאחר ואין לתת למעוול לצאת נשכר.

**שלב ג: האם מתקיים חריג קוסובו המונע הקלה בתנאי מונטווידאו**

* **ישראל:** נקבע בהסכמים כי אסור לפלסטינים להקים מדינה באופן חד צדדי. המו"מ בין ישראל לפלסטינים טרם הסתיים.
* **התובעת:** קידום סיפוח השטחים אינו עולה בקנה אחד עם מו"מ בין הצדדים. בפועל, כיום אין מו"מ.

שיעור מס' 12, 18.11.2021

**דיני אחריות בינ"ל של המדינה**

השחקן הראשי בדיני המשב"ל הוא המדינה. מקורם של דיני אחריות המדינה הוא בדין המנהגי המשותף במסמך של ה ICC מטעם האו"ם. העיקרון המנחה הוא כי המדינה אחראית להפרה של מחויבות בינלאומית מצידה (ס'1). לכללי אחריות מדינה אין מעמד מחייב אבל מקובל לראות אותם כמייצגים את המשב"ל המנהגי.

אחריות על הפרה מורכבת משני מרכיבים:

1. מעשה / מחדל שניתן לשייך למדינה
2. המעשה מהווה הפרה של דין בינלאומי (מנהגי / הסכמי) של המדינה שתקף במועד ההפרה.

יש לבדוק כיצד ניתן לייחס משהו למדינה והאם הוא היווה הפרה, הדבר תלוי בנורמה הספציפית – ישנן נורמות שגם אם לא נגרם נזק מעצם הפרת הנורמה אנחנו נקבע כי המדינה אחראית. מנגד, ישנן נורמות שכדי שייקבע כי בוצעה הפרה מצידן צריך יהיה לבצע נזק. לפיכך, **רכיבים של נזק + אשם (יסוד נפשי) נקבעים ע"פ הנורמה העיקרית**. פעולה ע"פ הדין המדינתי לא תהווה הגנה (ס'3).

האשם (המרכיב הנפשי) של מדינה לא קיים במסגרת כללי אחריות רחבים, יש לבדוק כל מקרה במסגרת הרלוונטית שלו. יש להסתכל על הנורמה שנטען כי הפרו אותה ולאתר את היסוד הנפשי שנדרש בהקשרה. על מנת להכריע מהו היסוד הנפשי שנדרש על מנת לקבוע כי אכן נעשתה הפרה ע"י המדינה צריך להבין את הנורמה המהותית עצמה.

דיני אחריות המדינה מתייחסים גם ליחס שבין דין המדינה לדין הבינ"ל. העובדה שהמדינה פעלה לפי חובה בדין המדינתי לא משנה לעניין הפרת האחריות המדינתית הבינ"ל. יש גם התייחסות ספציפית לכך שמדינה לא יכולה להתבסס על הוראות הדין הפנימי שלה כדי להצדיק את אי קיום החובות הנובעות מההפרה (קיום, השבה וכו').

**כלל הייחוס**

ככלל, כדי שפעולה תיחשב פעולה של המדינה עליה להתבצע ע"י אורגן של המדינה. שני סוגים של אורגנים (כלל וחריג):

* אורגן דה יורה (ס'4) הוא כל מיש המדינה קבעה שהוא אורגן בדין המדינתי. אין משמעות לדרגה בהיררכיה השלטונית.
* חריג: אורגן דה פקטו הוא גורם שיש לו תלות מוחלטת במדינה כך שהוא נמצא בשליטתה. המבחן לזיהוי אורגן דה פקטו הוא מבחן מחמיר מאוד – נדרשת תלות מוחלטת של האורגן במדינה, הוכחת הקשר בין המדינה לאורגן.

לדוג', המלחמה ביוגוסלביה הייתה בעצם מלחמת אזרחים בתוך בוסניה. ממשלת בוסניה נאבקה בארגון מורד בוסני-סרבי ובוסני-קרואטי, למעשה נתמך ע"י ממשלת סרביה. נקבע שהייתה שליטה ותלות מספיק גבוהה של ארגון המורדים בסרביה כדי לדון בשאלה האם יש לסרביה אחריות. ה-ICTY קבע שהייתה מספיק אחריות כדי ליצור הקשר, אבל בתיק אחר (עם אותן נסיבות) ה-ICJ קבע שלא. מבחן התלות הוא מבחן מורכב שיכול להעלות תוצאות שונות במקרים דומים.

פעולה בחריגה מסמכות

קיימים שני סוגים עיקריים של חריגה מסמכות:

1. פעולה בניגוד לחלוקת הסמכויות בדין המדינתי: כאשר גוף אחד, אורגן אחד של המדינה מבצע פעולה שהוא לא מוסמך לעשות אך גוף אחר של המדינה מוסמך לעשותו.
2. הפרת הוראה של גורם מוסמך: האורגן עושה פעולה בניגוד להוראה שניתנה ע"י גורם מוסמך האומרת לו שלא לבצע פעולה זו.

ניתן לייחס למדינה אחריות על מעשה שביצע אורגן שלה שבוצעה בחריגה מסמכות אם המעשים נעשו במסגרת כשרותו של האורגן. קיומה של כשרות נקבע על סמך שני מבחנים מצטברים:

1. מבחן הזיקה המהותית: האם הפעולה המפרה קשורה לתפקידיו של האורגן (אם ההפרה נעשתה ע"י שוטר, יש לבחון האם הפעולה המפרה קשורה לפעילות שיטור).
2. מבחן הסמכות הנחזית: כיצד הדבר נראה מהצד, האם בבחינתו של אדם מהצד היה ניתן להניח כי האדם פועל כאורגן של המדינה באותו רגע.

לדוג', אנשי צבא במקסיקו הרגו אזרח צרפתי שסירב לתת להם כסף. ערכו דיון באחריות המדינה שקבע שאנשי הצבא פעלו באופן שתואם את כשרותם כאנשי צבא (שימוש בנשק שניתן להם במסגרת הזו) ולכן יש סמכות נחזית ומקסיקו אחראית על המעשים. דוגמה נוספת היא החייל הירדני שירה ב-12 נערות ישראליות. ירדן לקחה אחריות ושלמה פיצויים.

**חריג**: בדיני לחימה לא מתעסקים עם מבחן הכשירות. כאשר חייל מפר במלחמה אחד מדיני הלחימה במשב"ל, אוטומטית מוטלת אחריות על המדינה של אותו חייל מפרה. הסיבה לכך היא העובדה כי אלו הם דינים המאפשרים למדינות להרוג, ובשל הסמכות העוצמתית של דינים אלו מגיעה גם אחריות גדולה.

**אחריות המדינה למעשי אזרחים**

סעיף 8: הכלל הוא כי **המדינה אינה אחראית למעשיהם של אזרחיה** אלא אם נתנה לו הוראות או שלטה במעשיו, לרבות מעשי אורגניה שבוצעו לא בכשרות. ישנם **שלושה חריגים** לסעיף זה, המקימים אחריות למדינה בשל מעשה של אזרח פרטי שלה.

1. אימוץ בדיעבד, במפורש או במשתמע של המדינה כלפי מעשים של אזרחיה (או של אורגנים שבוצעו לא בכשרות). האימוץ ייעשה לרוב מתוך אינטרסים של המדינה. המקרה הקלאסי לכך הוא ההפיכה האיראנית – השתלטות סטודנטים איראנים על שגרירות ארה"ב באיראן. איראן לקחה אחריות על כך מתוך אינטרס פוליטי פנימי.
2. מקרים בהם הדין המהותי מטיל על המדינה חובה למנוע / להעניש בגין אותה פעולה, והיא לא פעלה בהתאם לאותו הדין. ה ICJ אומר כי החובה למנוע את המעשה אינה מוחלטת אל יש להפגין חריצות ראויה. משמע, אבן הבוחן היא אינה מבחן התוצאה אלא אופי ניסיון המניעה מצד המדינה (בהנחה והיה כזה). במקרה של הסטודנטים האיראנים, לאיראן יש חובה להגן על השגרירים וכיוון שלא עשתה כך, הפרה את הדין הבינ"ל והיא אחראית להפרה זו.
3. הגורם הפרטי (לרבות אזרח) פועל תחת הנחיה או שליטה של המדינה. הנחיה ניתנת לזיהוי, אך כיצד ניתן להכריע האם הייתה שליטה מצד המדינה ומהי מידת השליטה הנדרשת על מנת שיוכלו לייחס את פעולת הגורם הפרטי למדינה?
4. סטנדרט של שליטה אפקטיבית (ניקרגואה, איראן-קונטרס): המדינה מכווינה את כל פעולות הארגון, ובמידה ואין, אז אחריות רק על הפעולות שכן הכווינה. הבעייתיות בהגדרה זו היא מתן אפשרות למדינות להתחמק מאחריות תוך הוכחה של חוסר שליטה אפקטיבית (רף גבוה מדי). בנוסף, הדבר אינו משקף את הפרקטיקה בפועל של המדינות האחרות בנוגע לאחריות על גופים מעין צבאיים הפועלים תחת שליטתן (TADIC).
5. מבחן השליטה הכוללת של ה ICTY (TADIC): למדינה יש מעורבות בניהול הארגון. נדרשת השפעה על מדיניות הארגון, ללא דרישת יכולת של המדינה לכוון כל פעולה בארגון.

**פס"ד ניקרגואה (פרשת איראן-קונטרס):** בשנות ה-80 היה קשר בין ארה"ב לקבוצת מורדים ("הקונטרס") בניקרגואה. השלטונות בניקרגואה טענו שארה"ב מממנת ומחמשת אותו. המקרה הגיע ל-ICJ ונבחנה שאלה ספציפית: האם רמת השליטה של ארה"ב בארגון המורדים מספיקה כדי לייחס את מעשי המורדים לארה"ב? ביהמ"ש קבע **סטנדרט שליטה של "שליטה אפקטיבית". לא די להראות מימון, שליטה והדרכה אלא צריך שליטה אמיתית על פעולות המורדים.** **המדינה מכווינה את כל פעולות הארגון.**

**פס"ד TADIC:** ב-1999 ה-ICTY אימץ מבחן אחר בשאלת אחריות ממשלת סרביה על ארגון המורדים הבוסני-סרבי. אם לא הייתה אחריות היה מדובר בסכסוך תוך-מדינתי, מה שמשפיע באופן ישיר על תחולת דיני המלחמה והמשב"ל הפלילי הרלוונטיים למקרה. במקרה כזה לא ניתן היה לייחס אחריות לסרביה. אך אם יש אחריות וניתן לייחס את פעילות המורדים לסרביה, הרי שמדובר בסכסוך בינ"ל ששם הכללים ברורים בהרבה במסגרת פשעי המלחמה הרלוונטיים. ב-ICTY נאמר שמבחינת השיוך, יש להסתמך על דיני אחריות מדינה – אבל לא מקבלים את מבחן השליטה האפקטיבית, שלדבריהם מאפשר התחמקות קלה מדי למדינה מהמעשים שבאחריותה, ולא משקף את הפרקטיקה של המדינות בנוגע לאחריות על גופים מעין צבאיים הפועלים תחת שליטתן. לפיכך, המבחן הראוי הוא **"מבחן השליטה הכוללת". אחריות משמעה האם למדינה יש שליטה כללית במעשים/מעורבות בפעולות הארגון (ולא על כל מעשה ומעשה), שמאפשרת לייחס את מעשי הארגון למדינה ולהגיד שהארגון פועל מטעמה. מימון וחימוש הם אינדיקטורים טובים לשליטה כוללת, בנוסף למעורבות בניהול הארגון.**

ב-2007 היה ב-ICJ דיון שעסק בהפרת אמנת הג'נוסייד בין בוסניה לסרביה. ה-ICJ חזר לכלל השליטה האפקטיבית ואמר שבפועל ה-ICTY קבע מבחנים שדומים למבחנים של שליטה אפקטיבית. כלומר, הוא **ביטל פרקטית את מבחן השליטה הכוללת והחזיר את המבחן לשליטה אפקטיבית.** הוא מוסיף כי ייתכן שלצורך קביעה באיזה סכסוך מזויין מדובר (השאלה בה עסק ה ICTY), המבחן יהיה מבחן השליטה הכוללת. תוספת זו נעשתה למראית עין ובצורה חיצונית, זאת על מנת שלא ייצרו סכסוך עם ה ICTY.

ה ICJ דובק בשיטתו. שתי הגישות מנסות לפתור בעיה אחת כשלמעשה כל אחת יוצרת בעיה אחרת. הבעיה בגישת ה ICJ היא מתן אפשרות להתחמק וחוסר שיקוף פרקטיקת מדינות בפועל. הבעיה בגישת ה ICTY היא שהיא מתעלמת מעובדת חיים מאוד בסיסית, לפיה בהרבה פעמים מדינות צריכות לכרות בריתות עם גורמים בעייתיים על מנת שיילחמו באויבים שלהם. אף נוסחה משפטית אינה מביאה לתוצאה טובה, ובכל חלופה אחרת התוצאה שונה. ישנם פתרונות שפחות טובים מסיבות כאלו ואחרות.

זה דוגמה קלאסית לפרגמנטציה – שני מוסדות שאין היררכיה פורמלית ביניהם, שני מוסדות של המשב"ל, עוסקים באותו מקרה-במלחמה בבוסניה ומפרשים את המשב"ל באופן שונה, מחילים כלל משפטי שונה.

*"פיכסה זה מושג משפטי".*

בדיון האקדמי יש ויכוח מאוד גדול על איזה מבחן נכון יותר - יש טענות שב-ICTY הפחיתו את הסטנדרט כדי להגיע לענישה פלילית כלפי המפקדים והבכירים הסרבים, ויש טענות שאומרות שהסטנדרט של ה-ICJ לא ישים ובפועל משחרר את המדינות מכל אחריות למעשים שארגונים מטעמן עושים. כך, האחראים ברמה הפלילית הורשעו אבל המדינה עצמה לא הורשעה (שני טריבונלים שונים עם סמכויות שונות).

**חריגים לאחריות בינלאומית**

ע"פ סעיפים 20-25, מדינה לא תישא באחריות בגין הפרה שמיוחסת לה במספר מקרים:

1. מעשה שבוצע בהסכמה
2. הגנה עצמית
3. צעדי גמול
4. צורך (הגנה על אינטרסים חיוניים של המדינה): התנאים לצורך: (א) הפעולה המפרה הייתה הדרך היחידה למנוע סכנה ברורה ומידית (ב) המדינה הפרה לא תרמה להיווצרות המצב המסוכן (3) הפעולה המפרה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או של הקהילה הבינ"ל. **בפועל**, רק במקרים קיצוניים מכירים בכך שהתקיים צורך, וזאת כדי שמדינות לא תתחמקנה מהתחייבויותיהן הבינלאומיות.

שיעור מס' 13, 24.11.2021

תוצאות ההפרה (התנהגות המדינה המפרה לאחר ההפרה)

סעיף 29: הפרת חובה אינה פוטרת את המדינה מהמשך קיום החובה.

סעיף 30: על המדינה להפסיק את ההפרה ולהבטיח שלא תפר את החובה בשנית.

סעיף 31: ישנה חובה לתקן את המצב (Reparation), בשלוש דרכים המפורטות בחוק:

1. **Restitution**: חובה השבת המצב לקדמותו, השבה פיזית. זאת חוץ מאשר במקרים בהם הדבר בלתי אפשרי או שאינו פרופורציונלי לתועלת שתצמח ממנו.
2. **Compensation**: פיצוי על הנזק שנגרם (ללא עונש).
3. **Satisfaction**: הכרה והתנצלות על ההפרה.

מקרה בו ניתן לראות את שלושת הדרכים מתבצעות הוא במרמרה. במקרה של המרמרה, זה היה צריך להיות יותר מאוזן אך בסופו של יום מדינת ישראל הכירה כלפי טורקיה בכך שהיא הפרה כלפיה את המשב"ל בכך שפגעה באזרחיה. ישראל החזירה את המרמרה לטורקיה, בנוסף לכל האנשים שנעצרו ע"י ישראל והוחזרו לטורקיה (השבת פיזית). לאחר מכן, הוסכם על מנגנון כסף פיצויים שמדינת ישראל תתן וועדה טורקית תחלק בין הקורבנות-זה פיצויים. והכתבה בסוף מלמדת על כך שביבי התנצל.

במקרה של סרביה-בוסניה, נקבע בסוף כי לבוסניה ישנה אחריות על אי מניעת רצח עם. בהקשר זה השבה אינה רלוונטית (אי אפשר להשיב את המתים), פיצויים אינם רלוונטיים מאחר והם לא ביצעו את המעשים – ולכן הפתרון הרלוונטי הוא הכרה והתנצלות על ההפרה. הדבר יקרה מתוקף הכרת ה ICJ בבוסניה כאחראית.

הבעיה היא שבמשב"ל אין ערכאה שתאכוף את הסעדים, מערכת המשב"ל מבוסס על מערכת אכיפה עצמית. על כן, יש למצוא פתרונות אכיפה שיבטיחו את האכיפה.

**מנגנוני אכיפה**

מנגנוני אכיפה נדירים יחסית

* מועצת הביטחון יכולה להכריז על סנקציות. לשם שדבר זה יקרה, יש צורך בגיבוי בינלאומי ובעיקר בחמשת המדינות החברות במועבי"ט. בנוסף, למועבי"ט עומדת סמכות זו רק במקרים בהם ההפרה מוגדרת כאיום על השלום העולמי, הפרה של השלום העולמי או מעשה תוקפנות. למועצה אמנם עומדת הסמכות, אך היא ניתנת לשימוש רק במקרים חמורים ובמקרים בהם ישנו גיבוי בינלאומי מלא (מקרים נדירים ביותר).
* פוטנציאל לאכיפה פלילית ספציפית מול אותו אדם אשר הפר את המשב"ל. במקרים לא שכיחים בהם מדובר במעשים המהווים פשעים בינלאומיים – פשע מלחמה, פשעים נגד האנושות, השמדת עם וכו'.

שני מנגנונים אלו הינם מנגנונים נדירים אשר השימוש בהם כמעט ולא קורה. לשם כך יש את **מנגנוני האכיפה המעשיים**:

1. **Retortion:** פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה שלא כרוכה באיום של התחייבות משפטית מצד המדינה שמבצעת את הפעולה, פעולות אלו אינן סותרות את המשב"ל – נזיפה בשגריר, הימנעות מחתימה על אמנה עם אותה מדינה, הפסקה של מעשים שנבעו מרצון טוב, החזרת שגריר מאותה מדינה וכו'.
2. **צעדי גמול:** פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, שכן כרוכה באי קיום זמני של התחייבות משפטית מצד הפעולה שמבצעת את צעדי הגמול. הפרת מחויבות כלשהי במשב"ל כאמצעי לחץ כלפי המדינה המפרה במטרה לגרום לה להפסיק את ההפרה. צעדי הנגד אינם חייבים להיות קשורים להתחייבות המקורית שהופרה.

לצעדי הגמול ישנם תנאים ומגבלות:

1. הצעדים יהיו נגד המדינה המפרה בלבד
2. צעדי הגמול יהיו זמניים
3. עליהם להיות צעדים הפיכים
4. הצעדים ייפסקו כאשר ההפרה תיפסק
5. המטרה אינה ענישה אלא הפסקת ההפרה

בשל היות כל מדינה שונה מאחרת, ישנו ניסיון להרחיב את התחומים בהם ניתן לנקוט בצעדי הנגד על מנת שלמדינות יהיה כלי אפקטיבי להפסקת הפרה של המשב"ל כלפיהן ממדינה אחרת. מגבלות נוספות לצעדי הגמול:

1. על צעדי הנגד להיות פרופורציונליים. לפיה הדעה המקובלת, צעדי הגמול צריכים להיות פרופורציונליים ביחס לנזק שנגרם מההפרה המקורית (מבחן כמותני) ולחומרת ההפרה מבחינת סוג ההפרה (מבחן איכותני). דעת המיעוט (ארה"ב) סוברת כי יש להכניס אלמנט שלישי, לפיו צעד הנגד יהיה פרופורציונלי להתנגדות של המדינה המפרה, בעוצמה שאכן תגרום למדינה המפרה להפסיק להפר. היתרון בעמדה זו הוא אפקטיביות למניעת ההפרה. החיסרון בה הוא פגיעה ביחסים הבינלאומיים. העובדה כי הערכת פרופורציה הינה סובייקטיבית ולכך נוספת העובדה לפיה אנו מניחים הנחות מוגזמות בנוגע ליכולות העמיתים. שילוב של שני אלו יביא לכך שבמתן רשות למדינות להכניס אלמנט זה, עוצמת צעדי הנגד תגבר ומדינת הנגד תעשה צעדי נגד במקביל, מה שיביא לדרדור היחסים הבינ"ל. אחת ממטרות העל של המשב"ל היא שמירה על היציבות והשלום, ובהכנסת אלמנט זה מטרה זו תיפגע.
2. אסור שימוש בכוח מלבד במקרים של הגנה עצמית
3. אין לפגוע בזכויות אדם יסודיות
4. אין לפגוע ביוס קוגנס
5. אסור להפר הוראות משב"ל הומניטריות (דיני לחימה) המגבילות את השימוש במעשי גמול. ישנו סוג מיוחד של צעדי גמול שמותר לנקוט בהן שנקרא פעולות תגמול (reprisals). מאפשרים מדינה הנפגעת להפר דיני מסוימים בדיני הלחימה על מנת לגרום למדינה המפרה להפסיק את הפרותיה בתחום דיני הלחימה. מאחר ופעולות אלו פוגעניים, קיימים דינים כיצד וכנגד מי מותר לפעול כך:
6. אסור לפגוע בחסינויות הדיפלומטיות והקונסולאריות
7. אסור לנקוט בצעדי נגד כנגד שבויי מלחמה
8. אין לבצע צעדי נגד כאשר מתנהל הליך שיפוטי בנוגע לסכסוך

**הגנה דיפלומטית**

לאזרחי הזר אין אפשרות עמידה בזירה הבינלאומית, על כן התפתחה הדוקטרינה הגנה דיפלומטית. הגנה דיפלומטית היא **פיקציה משפטית המניחה כי כל פגיעה בזכויות של אדם ע"י מדינה זרה היא הפרה של הדין הבינ"ל ביחס למדינתו של אותו אדם.** מדינה יכולה לאמץ את הפגיעה של האזרח שלה ולהציג אותה כפגיעה במדינה – וכתוצאה מכך, היא יכולה לפעול בזירה הבינ"ל כאילו נעשתה כלפיה הפרה. מרגע שמדינה מאמצת את פיקציית ההגנה הדיפלומטית, עומדות לה מספר דרכי פעולה: (1) מו"מ (2) הליכים משפטיים (3) צעדי נגד (4) ניתוק יחסים דיפלומטיים (5) לחץ כלכלי (6) פעילות קונסולרית.

הגנה דיפלומטית היא סמכות שיש למדינה בזירה הבינ"ל כשפוגעים באזרח שלה. חסינות דיפלומטית היא הגנה שניתנת לדיפלומט של המדינה מפני הליכים בתוך הזירה המדינתית של המדינה המארחת.

האם חובה על מדינה להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטית?

**מבחינת המשפט הבינלאומי:** עמדת הרוב אומרת כי מבחינת המשב"ל, למדינה יש שיקול דעת מוחלט להחליט האם לאמץ את המקרה של האזרח או לא לאמץ – האם להעניק לו הגנה דיפלומטית או לא. קיימת עמדת מיעוט שאומרת כי בעידן הנוכחי, בו לדיני זכויות האדם הבינ"ל יש השפעה גדולה על המשב"ל – הכלל הקלאסי לא תקף יותר, ועל כן למדינה יש חובה ע"פ המשב"ל להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטית, מקום בו מדובר בפגיעה בזכויות אדם יסודיות. ה ILC עושה פשרה בין דעת הרוב לדעת המיעוט – בדין המנהגי הקיים אין חובה על מדינה להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטי, ישנו שיקול דעת מוחלט למדינה להכריע האם להעניק או לא. יחד עם זאת, קיימת מגמה של עליית התמיכה בעמדה לפיה מדובר בחובה כאשר נפגעות זכויות אדם יסודיות. בפס"ד מימון-כהן נ' שר החוץ (ישראלי שרצח את גרושתו בתאילנד וביתר את גופתה), ביהמ"ש מאמץ את עמדת הרוב לפיה הזכות להגנה דיפלומטית היא זכותה של המדינה ולא זכותו של האזרח.

**במישור המשפט המדינתי-ציבורי:** בפועל, במדינות שונות בעולם מתגבשת עמדה לפיה במקרים מסוימים תהיה חובה על המדינה להעניק הגנה דיפלומטית לאזרח, אך מקור החובה אינו במשב"ל אלא במשפט הציבורי (חוקתי / מנהלי). גואמ לכך היא פס"ד עבאסי נ' מזכיר המדינה הבריטי: אזרח בריטי שנעצר ע"י האמריקאים ומונם בגואנטנמו. פונה לביהמ"ש באנגליה, אשר בקביעה ראשונית קובע כי למדינה יש שיקול דעת מוחלט האם להעניק לו הגנה דיפלומטית. יחד עם זאת, הוא פותח חריץ צר באומרו כי בהחלטה להעניק או שלא להעניק הגנה דיפלומטית – יש מקום לביקורת שיפוטית. על כן, כאשר ההחלטה נוגדת ציפיות סבירות של אזרח או במקרה שלא נשקלה כלל ההגנה הדיפלומטית, בפרט כאשר יש חשש לעיוות דין ממשי כלפי האזרח, ביהמ"ש יתערב ויחליט על הגנה דיפלומטית. בבג"ץ מימון נ' שר החוץ, נרמז כי ייתכן ויש חובה למדינה לפעול כאשר האזרח נמצא בסכנת חיים, אפילו אם אין עיוות דין כלפיו. ברמה הפורמלית, נטען כי ביהמ"ש לא נדרש להכריע בשאלה זו, הן מבחינת שיקולים מסוימים (לא קריטי) והן מאחר והמדינה הכירה כי בנסיבות מסוימות תהיה לה החובה לפעול, ובכך הבטיחה כי שאם יקבעו עונש מוות – המדינה תבקש חנינה. זוהי קריאה לא פורמליסטית של פסק הדין, ממנה עולה כי על אף שביהמ"ש קובע כי אין כאן עיוות דין ממשי, ייתכנו מקרים בהם ייקבע כי לא סביר שהמדינה לא תתערב – כאשר מדובר בזכויות מאוד יסודיות (במקרה זה, הזכות לחיים).

מיהו אזרח

הכלל אומר כי הדין המדינתי קובע מיהו אזרח של מדינה. חריג לכך הוא כאשר המשב"ל מגביל את האפשרות של המדינה להעניק אזרחות (מקרים נדירים). דוגמאות לחריגים: (1) כשאישה נישאת לגבר ממדינה זרה, יש לשאול אותה האם היא מעוניינת לקבל את אזרחותו (ס'9(1) לאמנה למניעת אפליה כנגד נשים) (2) מקרה נוטבאום, אזרח גרמני שהשיג אזרחות של מדינת ליכטנשטיין והיא רצתה להעניק לו הגנה דיפלומטית מול גוואטמלה. נקבע ע"י ה ICJ כי היא אינו יכולה להעניק לו הגנה דיפלומטית מאחר ואין לו כל זיקה למדינה – עמדה זו אינה מתקבלת וה ICL קובע כי היא אינה תקפה (עדיין יש לדעת אותה).

**אי מיצוי הליכים**: מדינה רשאית להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית רק לאחר שמוצו כל ההליכים האפשריים בזירה המדינתית. דבר זה נועד להקטין את הסכסוכים בזירה הבינ"ל, לכבד את ריבונות המדינה ולדאוג ליעילות – מערכות משפט מדינתיות יעילות יותר בדרך כלל. יחד עם זאת, ישנם שני חריגים לדרישת למיצוי הליכים:

1. כאשר ההליך שלא מוצה אינו באמת רלוונטי למקרה. דוגמא לכך היא סכסוך בוררות בין שתי מדינות, בו מדינה א' פוגעת בחברת ספנות ממדינה ב', מדינה ב' פונה להליך משפטי ומפסידה בו. פינלנד מעניקה לה הגנה דיפלומטית, המדינה הפוגעת שאלה מדוע חברת הספנות עצמה לא הגישה ערעור – והתשובה היא שלא היה טעם בערעור כי לפי דיני אותה מדינה, ערעור היה ניתן להגיש רק על שאלות משפטיות והבעיה של חברת הספנות, פגיעתה נבעה מהנחות עובדתיות שהיא טענה שהם שגויות אז אין בפועל ערעור. היא יכולה להגיש ערעור , אבל אין טעם.
2. אין חובת מיצוי הליכים כאשר הנפגעת היא המדינה (פגיעה ישירה במדינה) אלא רק כאשר אזרח נפגע (פגיעה עקיפה במדינה). כאשר המדינה פועלת באופן עצמאי, אין לה דרישה למיצוי הליכים – מדינה נפגעת לא צריכה למצות הליכים בתוך המדינה הפוגעת לפני שפונה לזירה הבינלאומית. לעומת זאת, כאשר היא פונה להגנה דיפלומטית יש חובה על האזרח למצות הליכים. במקרים בהם גם האזרח וגם המדינה מעורבים, יש מבחן עמום לפיו שואלים מהי הפגיעה המשמעותית יותר. אם הפגיעה המשמעותית יותר היא הפגיעה באזרח אז גם אם נפגעה המדינה באופן ישיר צריך קודם מיצוי הליכים. לעומת זאת אם הפגיעה היא גם במדינה הנזק הישיר הוא במדינה אין צורך במיצוי הליכים. זה מבחן עמום, אשר יכול להביא למצב בו מדינות יתווכחו אחת עם השנייה לגבי מה הפגיעה משמעותית יותר – הפרט או המדינה.

שיעור מס' 14, 02.12.2021

**חסינויות מדינה**

תחום שמעוגן במשב"ל המנהגי, המסדיר את החסינויות שתוענקנה למדינה ו/או לנציגיה. חסינות היא כלל משפטי המונע הפעלת הליך משפטי במערכת משפט כלפי אדם או גורם מסוים. בהקשר הבינ"ל, חסינויות מדינה הן חסינויות שמונעות הפעלה של הליך משפטי כזה או אחר במערכת משפטית של מדינה אחת ביחס למדינה אחרת או ביחס לנציגיה של אותה מדינה.

הרציונלים לחסינויות:

1. ריבונות המדינה, ממנה הנגזר עיקרון אי התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה
2. עקרון השוויון בין מדינות, הליך משפטי מטבעו מכפיף את הצדדים להליך (אין חסינויות מדינה בטריבונלים בינ"ל)

סוגי חסינויות:

1. חסינות ריבון / חסינות מדינה במובן הצר: חסינויות המוענקות למדינה הזרה עצמה (לא רלוונטית לפלילים, חסינות בהליכים אזרחיים בלבד)
2. חסינות לגורמים הקשורים למדינה מפני הליכים משפטיים מסוימים במערכת משפט של מדינה אחרת: חסינויות המוענקות לנציגי המדינה הזרה

כלל המשותף לכל החסינויות הוא שמי שרשאית לוותר עליהן היא המדינה – אם למדינה יש חסינות, היא יכולה לוותר עליה. אם לנציג המדינה יש חסינות, המדינה היא זו שתחליט האם לוותר על החסינות המוענק לו או לא. מעבר לכלל זה, ההסדרים שונים. לכל תת תחום כזה יש הסדרים הייחודיים לו.

**חסינות ריבון / חסינות מדינה במובן הצר**

החסינות המוענקת למדינה רלוונטית רק בהליכים אזרחיים, מאחר שלא ניתן להעמיד מדינות לדין פלילי. לפיכך, חסינות זו מוענקת בהליכים אזרחיים בלבד. *איך תובעים מדינה?* (1) בבית משפט מדינתי שלה עצמה, אם הדין המדינתי שלה מאפשר זאת (2) בבית דין בינ"ל אם המדינה האמורה חתומה על אמנה המאפשרת זאת, בכפוף לתנאים באמנה.

בעבר, חסינות הריבון הייתה חסינות מוחלטת – לא היה ניתן להגיד תביעות כנגד מדינה זרה במערכת משפט של מדינה אחרת. כיום העמדה המקובלת היא של חסינות מוגבלת – חסינות מצומצמת המוענקת רק בהקשר של פעולות מסוימות, עד כדי התפתחות חריגים. הסיבה לכך היא שמירה על זכויות אדם, שכן חסינות מובילה למצב בו אזרחים שנפגעו מהפרה של חוקי מדינתם ע"י מדינה זרה נותרים ללא אפשרות לקבלת סעד בגין הפרה זו. צמצום החסינות הינו תהליך הדרגתי של שינוי הדין המנהגי, ולכן ישנם חילוקי דעות לגבי היקף השינוי. התוצאה היא שמדינות מציגות את עמדתן בדין המדינתי.

היקף החסינות

ההבחנה המרכזית שהתפתחה עם צמצום החסינות היא ההבחנה בין **פעולות שלטוניות** אשר יזכו את המדינה בחסינות, לבין **פעולות עסקיות / מסחריות** אשר לא יזכו את המדינה בחסינות. עם זאת, עדיין קיימים חילוקי דעות בנוגע למבחן באמצעותו ניתן להבחין בין שתי הקטגוריות הללו:

1. מבחן טיב הפעולה: מבחן צורני אובייקטיבי הבודק את אופייה המשפטי של הפעולה – האם מדובר בפעולה שרק שלטון יכול לבצע או בפעולה שיכולה להיעשות גם ע"י גורם פרטי. מבחן עזר: האם אדם פרטי יכול היה לבצע את הפעולה? אם זו לא פעולה שרק מדינה יכולה לבצע (גם פרט יכול)- אז זו פעולה עסקית מצד המדינה, ואין עליה חסינות.
2. מבחן מטרת הפעולה: מבחן תוכני הבוחן מהי המטרה אותה ביקשה הפעולה להשיג – מטרה שלטונית או עסקית. (למשל, חוזה שעליו חתמה מדינה כדי לממש מטרה שלטונית יחשב כפעולה שלטונית).

**פס"ד קנדה נ' אדלסון** (1997): 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 (לא חסינות דיפלומטית כי החוזה הוא מול ממשלת קנדה ולא השגריר!). 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. במקרה הספציפי צריך להכריע אם חוזה השכירות מהווים 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.

*"קנדה אמרה: מוצי, אני לא יוצאת".*

בפס"ד אדלסון ביהמ"ש העליון מפי השופט ברק בוחן את שתי החלופות ומגיע למסקנה שהעמדה המקובלת בעולם (אם כי לא האחידה), היא העדפה של מבחן טיב הפעולה ולכן מדובר בפעולה שאין לגביה חסינות. יחד עם זאת, זה לא עמדה אחידה לעולם.  
אם בבחינה ממציאים מדינה ודנים בחסינויות לפיה, יש להעלות את האופציה שאולי במדינה הזאתי דווקא אומץ מבחן מטרת הפעולה.

חוק חסינויות מדינות זרות

מאחר והדין לא ברור, ישנן מדינות רבות המחוקקות בדין המדינתי חוק המסדיר את עניין החסינויות למדינות זרות. ע"י חקיקה זו מושגות שתי מטרות: (1) הבהרת הדין כפי שיחול במערכת המשפט המדינתית שלהן (2) הצהרה עולמית בנוגע לפרשנותם לנושא זה במשב"ל, זאת בתקווה שהדין הבינ"ל ייקבע בהתאם להן. לכן, כאשר התקבל פס"ד אדלסון, ברק המליץ לישראל לחוקק חוק חסינויות זרות. החריגים המרכזיים בחוק: (1) פעולה עסקית / מסחרית (2) חריג נזיקי המעוגן בסעיף 5.

**ס'2**: למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל, למעט סמכות השיפוט בעניינים פליליים

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

**ס'3:** תביעה שעילתה עסקה מסחרית

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

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

**ס'7:** תביעות הנוגעות לקניין רוחני.

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

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

החריג הנזיקי וחריגיו

**ס'5:** בוצעה עוולה נזיקית ע"י מדינה זרה בשטח ישראל, בעקבותיה נגרם נזק לגוף / לרכוש מוחשי – אין חסינות, ללא הבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה מסחרית.

**חריג לחריג הנזיקי – מתי תהיה חסינות לעוולה הנזיקית:** כאשר מדובר בפעולה לחימתית, כן תוענק חסינות. שני מקרים שנויים במחלוקת לקיום החריג לחריג הנזיקי: **(1)** כאשר הפעולה הלחימתית הייתה פעולה שהיוותה פשע בינ"ל גרעיני – פשע מלחמה, רצח עם, פשע נגד האנושות, מעשה תוקפנות. קיימת עמדה שבמקרה זה ניתן לתבוע את המדינה בנזיקין, את מבצע המדינה ניתן להעמיד לדין פלילי. ה ICJ קבע כי מבחינת הדין המצוי לא קיים חריג כזה וקיימת חסינות – מנגד, ביהמ"ש החוקתי האיטלקי ובתי משפט ביוון קבעו שכן קיים חריג כזה במשב"ל המנהגי, בהקשר פגיעת גרמניה בהם במלחמת העולם ה2. בישראל החריג לא התקבל, מקובל שיש חסינות גם במקרה של פעולות מלחמה המהוות פשעים נגד האנושות, אם בוצעו במלחמה (פס"ד צמח נ' גרמניה – "לנוכח העובדה שהרפובליקה הפדרלית של גרמניה נהנית מחסינות הריבון הזר, הרי שלא ניתן יהיה לברר את התביעה לגופו של עניין – לא בדרך של תביעה רגילה וגם לא בדרך של תובענה ייצוגית"). **(2)** ארה"ב טוענת כי אין חסינות בגין נזקים שנגרמו מפעולות שביצעה המדינה תוך תמיכה בטרור. מנגד, העמדה הרווחת בעולם קובעת שאין דבר כזה חריג לחריג מאחר והשאלה מהו טרור תלויה בהקשרים פוליטיים. הפסיקות בישראל (במחוזי) סותרות – פסיקה אחת קבעה כי גם אם נגיע למסקנה שהרשות הפלסטינית היא ריבון, אין חסינות לאור הגישה ההולכת ומתפתחת לפיה אין חסינות בסיוע / ביצוע מעשה טרור. מנגד, בפס"ד נגד מצרים נקבע כי אין חריג כזה.

האם יש לתת חסינויות גם לישות שמעמדה נמוך משל מדינה? 3 עמדות: (1) ניתן לתת חסינות גם לגורמים שאינם מדינה (2) חסינות יש רק למדינות (3) השאלה כלל אינה שפיטה מאחר וזוהי שאלה פוליטית ועל כן ביהמ"ש לא צריך לדון בה אלא הכנסת. יחד עם זאת, ביהמ"ש קבע כי אי השפיטות אינה מוחלטת, ועל כן במקרים בהם ההחלטה נגועה בפגם משפטי של ממש –ביהמ"ש יתערב בהחלטה. בישראל נקבע כי שר החוץ יכול לקבוע: 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".

ויתור על חסינות

ס'9-10 לחוק חסינות מדינות זרות: ויתור על חסינות יכול להיות במפורש או בהתנהגות. מדינה יכולה לוותר על חסינותה ולהסכים לשיפוט ע"י המדינה האחרת באופן מפורש או בהתנהגות (התייצבות בביהמ"ש והתחלת ההליך). עיגון במשב"ל מנהגי.

שיעור מס' 15, 15.12.2021

**חסינות ראשי מדינה**

הדין המנהגי מעניק חסינות לנציגים מסוימים של מדינה בשתי דרכים:

1. חסינות מהותית (פונקציונאלית)
2. חסינות אישית (פרסונלית)

בכל מקרה המדינה רשאית לוותר על חסינות ולהסכים להליך משפטי, גם אם הפרט מתנגד – חסינות היא פריבילגיה של מדינה. חשוב להדגיש כי החסינויות הללו אינן רלוונטיות בנוגע להליכים משפטיים במדינתו של בעל התפקיד – השאלה האם ומתי יהיה לבעל תפקיד חסינות מפני הליכים במדינתו שלו היא שאלה שמוסדרת במשפט המדינתי של אותה המדינה ולא במשב"ל.

**חסינות פרסונאלית**

החסינות הפרסונאלית מוענקת לראשי המדינה ולבעלי תפקידים בכירים בלבד שיש להם נגיעה ליחסי החוץ. דוגמאות: המלך של המדינה, ראש הממשלה ועוד מספר שרים מאוד מצומצם כמו שר הביטחון, האוצר, הסחר ושר הנפט (במדינות המפרץ).

תנאים לחסינות הפרסונאלית:

* החסינות חלה כל עוד האדם מכהן, היא לא רלוונטית כאשר הוא מסיים את תפקידו.
* היא אינה חלה בבתי המשפט של המדינה של בעל התפקיד (זה חסינויות בפני העמדה לדין של מדינה אחרת).
* יש וויכוח האם היא חלה בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים (הרחבה בהמשך).
* בכפוף לכך שכן, היא חלה הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים(ביחס לעבירות מדינתיות זרות).
* קיימת בנוגע לביקורים רשמיים ופרטיים של אותו הנציג. המדינה רשאית לוותר על חסינות ולהסכים להליך משפטי, גם אם הפרט מתנגד (בעלת החסינות היא המדינה ורשאית לוותר אם היא רוצה).

חסינות פרסונאלית ביחס לפשעים בינלאומיים חמורים

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

1. ICJ (העמדה הרווחת): יש חסינות על פשעים בינלאומיים גרעיניים בפני העמדה לדין בבתי משפט מדינתיים של מדינות זרות. **אבל אין חסינות בפני העמדה לדין בבתי דין בינלאומיים.** הICC תומך במסקנה זו. עמדה זו נקבעה ב-ICJ בנוגע לניסיון להעמיד לדין על סמך **סמכות אוניברסלית** (כל מדינה בעולם יכולה להעמיד לדין) את שר החוץ של קונגו. מי שהרוויח בהקשר הבלגי זה אריאל שרון (ז"ל) כי נגדו התנהל הליך על סמך סמכות אוניברסאלית, בגין אחריות פלילית לכאורה על המעשים בסברה ושתילה. מרגע שניתנה הפסיקה ב- ICJ, הוקפא ההליך נגד שר החוץ של קונגו וגם נגד אריאל שרון מתוך טענה שהוא נמשך מרגע ששרון יסיים את תפקידו כראש ממשלה.
2. מנגד יש עמדה הפוכה, פס"ד פינושה – בית הלורדים באנגליה – **החסינות הפרסונאלית חלה רק בגין הפרות של הדין המדינתי ולא מפני הפרות חמורות של הדין הבינלאומי** (גם לא בפני בתי דין מדינתיים בשל ההפרות החמורות). אפילו בבתי דין מדינתיים החסינות הפרסונאלית לא חלה כאשר מדובר בפשעים בינלאומיים גרעיניים.
3. ירדן (ומדינות אפריקאיות נוספות): בICC חברות 120+ מדינות. אמנת רומא של הICC בהליכים של הICC לא תוענק חסינות לרבות חסינות פרסונלית. אמנת רומא נותנת סמכות למועצת הביטחון להפנות לICC הליכים בנוגע למעשים שבוצעו ע"י אנשים של מדינות שהן לא חברות. כך נעשה לבאשיר נשיא סודן ונפתח נגדו הליך בICC. ברגע שנפתח הליך מוצא צו מעצר והאדם נוחת במדינה שהיא חברה היא חייבת להסגיר אותו. באשיר מסתובב בעולם במדינות חברות כגון ירדן וקניה והן אינן מסגירות אותו. עקב כך נפתחים הליכים פליליים נגד המדינות הללו בICC במטרה למנוע מהם לעשות זאת בפעם הבאה. המדינות האלו טוענות כי לא יכלו לעצור אותו כי הוא לא ממדינה חברה וחלה עליו החסינות. הם טוענים **החסינות חלה גם בהליכים בפני בית דין בינלאומי.** בICC בעשור האחרון ניתנים שני סוגים של פסיקות: בחלק מהפסיקות אומרות כן החסינות חלה בבתי דין בינלאומיים כל עוד המדינה לא הסכימה אחרת אלא אם מועצת הביטחון החליטה אחרת. חלק מהפסיקות טוענות כמו הICJ – אין חסינות פרסונלית על פשעים בינלאומיים בבתי דין בינלאומיים נקודה.

**חסינות מהותית**

חלה לא רק על בכירים אלא על כל בעלי התפקידים במדינה.

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

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

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

חסינות מהותית בהליכים פליליים בנוגע לפשעים חמורים

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

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

בהקשר הזה יש את פס"ד בית משפט השלום ההולנדי: הוגשה תביעה אזרחית להאג כנגד בני גנץ כרמטכ"ל והאלוף אשל (מפקד חיל האוויר לשעבר) – עקב פעולות שנערכו במהלך צוק איתן ומוגדרות כפשעי מלחמה. מהאמירה של הILC ניתן להסיק שלא התפתח מנהג. לעומת זאת בפסיקה משנת 2021 בערכאה הפלילית הגבוהה ביותר בגרמניה נקבע הפוך. הם בעצם אמרו מהILC אנחנו לומדים לאחרונה שכן התפתח מנהג.

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

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

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

חסינות מהותית בהליכים אזרחיים

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

האם הליכים אזרחיים נוגעים למעשה שהמהווה פשע בינלאומי חמור?

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

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

**חסינות דיפלומטית**

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

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

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

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

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

כללים

1. **הדינים הללו חלים מרגע שהמדינות החליטו על קיום יחסים דיפלומטיים**. דיני החסינות לא קובעים שהמדינות חייבות לקיים יחסים דיפלומטיים, בדרך כלל חותמות על אמנה אחת עם השנייה בנוגע לכך. יחד עם זאת, החסינות הדיפלומטית היא לא רשות של הדיפלומט להפר את הדין המדינתי. להפך – כי מי שנהנה מחסינות דיפלומטית מחויב לקיים את דיני המדינה המקבלת ולא להתערב בענייניה הפנימיים( ס' 41 לאמנת וינה והמשב"ל המנהגי). החסינות הדיפלומטית פירושה שלא יהיה ניתן להפעיל נגדו הליכים משפטיים מקום בו הופרה חובה שלו, אלא אם יש את הסכמת המדינה.
2. התפקיד של הנציג הדיפלומטי כפי שקובעים הדין המנהגי ומעוגן גם וס' 3 באמנת רומא זה לייצג ולהגן על האינטרסים והאזרחיים של מדינתו השולחת במדינה המארחת, ולקדם את היחסים הידידותיים וחילופי המידע בין המדינות.
3. החסינות הזו ניתנת לשגריר הדיפלומטי ניתנת גם לבני משפחתו, בתנאי שהם לא אזרחים או תושבי קבע של המדינה המארחת. חשוב לדעת שמבחן תושבות הקבע הוא לא מבחן הזמן שבו האדם נמצא במדינה המארחת. בודקים האם אותו אדם היה שוהה באותה מדינה, אילולא התפקיד הדיפלומטי (למשל- ברור שאשתו של בסיוני לא תחשב תושבת קבע, למרות שגרה פה כמעט 20 שנה).

חובות המדינה כלפי השגרירים

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

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

כללים נוספים

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

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

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

חסינות דיפלומטית מהליכים אזרחיים

לשגרירים יש חסינות מפני הליכים אזרחיים, חוץ משלושה חריגים – החסינות לא תחול על פעולה לגבי נדלן פרטי בשטח המדינה המארחת/ החסינות לא תחול על ענייני ירושה פרטיים/ החסינות לא תחול על פעילות מקצועית מחוץ לתפקיד רשמי. יחד עם זאת, יש חריג לחריג- אם קנה אוכל במכולת לצורך מחייתו או שהייתו במדינה המארחת אז זה לא מוגדר פעילות עסקית. אם הנציג הוא אזרח או תושב קבע החסינות גם בהליכים אזרחיים וגם בהליכים פליליים תחול עליו רק על מעשים רשמיים.

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

חסינות השק הדיפלומטי

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

חסינות שק דיפלומטי: פתח לניצול לרעה. לדוגמה: בשנת 1984 מגלות רשויות התעופה בלונדון אדם בתוך השק הדיפלומטי הניגרי. מתברר שמדובר בשר בממשלת ניגריה שהסתכסך עם השליט ונסע לבריטניה במטרה שלא לחזור. רשויות הביון של ניגריה (בשת"פ עם המוסד) תפסו ודחפו אותו לשק הדיפלומטי כדי להחזירו לניגריה ולטפל בו שם. ניגריה טענה שבריטניה הפרה את הדין הבינ"ל בכך שפרצה את השק. בריטניה טענה שהיא לא הפרה את המשב"ל מכיוון שלא היה חותם רשמי על הארגז ובגלל החשד שיש שם אדם (והצורך להגן על חיי אדם).

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

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

חסינות למבנה השגרירות

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

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

המדינה המארחת מחויבת להגן על מבנה השגרירות מפני נזק של גורמים פרטיים, והחובה הזאת נשארת תקפה גם אם מתנתקים היחסים הדיפלומטיים.

כלי תחבורה של השגרירות

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

שיעור א-סינכרוני

**יישוב סכסוכים בדרכי שלום**

סעיף 1 לאמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום משנת 1907 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 כי: "כל חברי הארגון יהיו מיישבים את סכסוכיהם הבינלאומיים בדרכי שלום, באופן שהשלום והביטחון הבינלאומיים והצדק לא יבואו לידי סכנה". כמו כן, מוסיף ס' 2(4 )לאמנת האו"ם וקובע איסור על שימוש בכוח לפיו: "כל חברי הארגון יהיו נמנעים ביחסיהם מאיום בכוח או מהשתמש בו, אם כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של איזו מדינה ואם בכל דרך אחרת שאינה מתיישבת עם המטרות של האומות המאוחדות".

ישראל כמובן חתומה על אמנת האו"ם, כמו כן, היא גם חתומה על אמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום מאז שנת 1962. האיסור על שימוש בכוח הוא גם ללא כל ספק מנהגי. לגבי החובה הפוזיטיבית ליישב סכסוכים בדרכי שלום, גם היא ככל הנראה מנהגית, אבל כפי שמסביר יובל שני במאמר, יש לגביה ויכוח פרשני: "לא ברור אם הסעיף מחייב את המדינות **לנקוט בצעדים מעשיים** על מנת ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים, או שמא הוא מסתפק בדרישה כי **כאשר מדינות מחליטות לפעול במטרה ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים הן תעשנה זאת באופן המתיישב עם עקרונות יסוד של ארגון האו"ם** (שמירה על השלום, הביטחון והצדק הבינלאומיים)". נוסח הסעיפים, כמו גם נוסחן נורמות משב"ל נוספות רלוונטיות, 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. יש להודות שהמנגנונים ליישוב סכסוכים הם מנגנונים המכוונים להתמודד עם סכסוך מוגבל, ולרוב לא מתאימים לסיטואציות הכוללות סכסוכים רבים.

המנגנונים הקיימים במשב"ל ליישוב סכסוכים בדרכי שלום

ס'33 למגילת האו"ם קובע כך:

1. בעלי סכסוך, שהמשכתו עלולה לסכן את קיום השלום והביטחון הבינלאומיים, חייבים, קודם כל, לבקש פתרון בדרך משא ומתן, חקירה ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים או שאר דרכי שלום, כטוב בעיניהם;
2. מועצת הביטחון תתבע את בעלי הסכסוך ליישב את סכסוכם בדרכים אלה, כל אימת שתראה צורך בכך;

עיקר **הדברים החשובים** מסעיפים אלו:

1. ס'33(1) מפרט את רשימת המנגנונים המרכזיים הקיימים במשב"ל ליישוב סכסוכים בדרכי שלום – משא ומתן, חקירה ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים.
2. הסיפא של ס'33(1) – " או שאר דרכי שלום, כטוב בעיניהם" – מבהירה כי אין מדובר ברשימה סגורה. אכן, ישנם מנגנונים נוספים במשב"ל לפתרון סכסוכים בדרכי שלום, כדוג' מנגנוני אכיפת ציות ומנגנוני תלונות.
3. מנגנוני אכיפת ציות: מיועדים לטפל באמצעים דיפלומטיים בהפרת התחייבויות שנטלו על עצמן מדינות, בעיקר בנושאים סביבתיים ובנושאי זכויות אדם. מנגנונים אלו מתאפיינים בתפיסה קונסטרוקטיבית (להבדיל מהגישה האדוורסרית), הרואה באי ציות כבעיה אותה יש פתור באמצעות מו"מ רב צדדי, לעיתים מתוך תפיסה של אי הציות כבעיה המשותפת למדינות החברות באמנה הרלוונטית.
4. מנגנוני תלונות: מנגנונים מעין שיפוטיים, המאפשרים לפרטים, לארגונים בינ"ל ולמדינות להתלונן על מדינות המפרות את התחייבויותיהן בפני ועדות הממונות על יישום אמנות מסוימות (ועדות הפועלות מכוח אמנות זכויות אדם אוניברסליות וכו'). הוועדות האמורות דנות בתלונות שהוגשו אליהן בהליך מעין שיפוטי על בסיס הטענות המשפטיות של הצדדים ומפרסמות את המלצותיהן הלא מחייבות ביחס לתלונות. מנגנונים אלו מהווים מעין "יצור כלאיים" – הם פועלים ע"פ אמות מידה משפטיות (כמו מנגנונים שיפוטיים), אך כמו במנגנונים דיפלומטיים – החלטותיהן אינן מחייבות מבחינה משפטית.
5. ס' 33(2) מציין גם כן סוג של מנגנון ליישוב סכסוכים – מועצת הביטחון (בהמשך).
6. נוסח סעיף 33 בכללותו מבהיר שלמדינות יש חופש מוחלט לבחור לעצמן את מנגנון ישוב הסכסוכים שהן רוצות, אלא אם מועצת הביטחון הורתה להם אחרת בהחלטה מחייבת. כמובן, שכלל חופש הבחירה האמור הינו דיספוזיטיבי ולא קוגנטי. משמע, מדינות יכולות להסכים באמנה להגביל עצמן (בהקשרה של אותה אמנה) למנגנון יישוב סכסוכים מסוים. בדרך כלל הסכמה כזו נעשית בנוגע לנושאים מסוימים – הנושאים בהם עוסקת האמנה. עם זאת, ישנו הליך פחות נפוץ אך קיים – קבוצה של מדינות מסכימה ביניהן על אמנה שקובעת כי כל סכסוך ביניהן, לא משנה על מה, ייושב ע"י מנגנוני יישוב סכסוכים מסוימים. דוגמא לכך היא אמנה הקיימת בין רוב מדינות אירופה ואמנה דומה בין כמה חלק מהמדינות באמריקה. מקרה מיוחד של מגנון זה הוא סעיף 36(2) לחוקת ה ICJ, עליו נדון בהמשך.

**חלוקה למנגנונים דיפלומטיים ומנגנונים שיפוטיים**

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

מנגנונים דיפלומטיים

1. **מחאה דיפלומטית**, זימון השגריר
2. **צעדי נגד**: תחום שקובע מתי ואיך מדינה בתגובה של הפרה של מדינה אחרת של אמנה שהיא חתמה איתנה היא יכולה להפר חלק מסעיפי האמנה; זה תחום מאוד מורכב שמטיל הרבה מגבלות על האפשרות של מדינה לנקוט בצעדי נגד (לא נלמד בקורס)
3. **משא ומתן**

אם אמנה קובעת כי יש לקיים מו"מ לפני שפונים למנגנון אחר, הפרשנות במשב"ל לתנאי שכזה היא שאין מדובר בנטל כבד – די בכך שאחד הצדדים הראה הוא ניסה ליזום פניה למו"מ. עם זאת, צריך שמהפנייה יהיה ברור שאכן מדובר בהצעה לקיים מו"מ. במקרה של גיאורגיה ורוסיה, גיאורגיה מחתה על כך שרוסיה מבצעת פעולות בשטחה, אך לא היה ברור מהמחאה שהיא מעוניינת לקיים מו"מ. על כן כאשר גיאורגיה הגישה תביעה ב ICJ כנגד רוסיה על בסיס האמנה למניעת אפליה גזעית (אמנה המאפשרת למדינות החברות בה להגיש תביעה ל ICJ בנושאים הנוגעים לאמנה והתנאי שעשו ניסיון קודם למו"מ בנושא), בית הדין קובע כי גיאורגיה אינה יכולה להגיש תביעה באותו השלב שכן היא לא פנתה באופן ברור לרוסיה לקיים מו"מ. הפרשנות קובעת כי גם למדינה יש את שיקול הדעת לקבוע באופן חד צדדי מתי מוצה הניסיון לקיים מו"מ.

1. **תיווך**: מעורבות של צד שלישי במו"מ, כדוג' התיווך האמריקאי בין ישראל לטורקיה בעקבות פרשת המרמרה.
2. **פישור**: גורם שלישי שמקבל אליו את כל הטיעונים והעמדות ומציע הצעה לפתרון הסכסוך. בשונה מתיווך ובדומה לבוררות, הצדדים נותנים לצד שלישי להכריע לאחר שהציגו את עמדותיהם. בשונה מבוררות, ההכרעה של המפשר אינה מחייבת כל עוד הצדדים לא מחליטים לאמץ אותה. לפיכך, הדבר נחשב מנגנונים דיפלומטי ולא שיפוטי.
3. **חקירה**: במקור היה מדובר במנגנון שנועד להכריע בשאלות עובדתיות ולא בשאלות משפטיות. בפועל, כיום יש ועדות חקירה שניתנת להן סמכות גם לעסוק בשאלות משפטיות, זאת מאחר והקו המבחין בין שאלה משפטית לעובדתית הוא תמיד עמום. דוגמה מעניינת בהקשר הזה היא ועדת פלמר: ועדה שמונתה בהסכמת תורכיה וישראל כדי להכריע האם בוצעו הפרות של המשפט הבינלאומי על-ידי מי מהצדדים (שאלת הכרעה בסוגיות משפטיות ועובדתיות). בספטמבר 2011 פורסם דו"ח הוועדה, ובו נקבע שהסגר הימי על רצועת עזה חוקי, אך בבלימת ספינות המשט ישראל הפעילה כוח לא מידתי, ולכן מומלץ שתביע חרטה בפני טורקיה ותשלם פיצויים למשפחות ההרוגים. הדו"ח ביקר את התנהלות טורקיה ופעילי ארגון IHH בפרשה. אבל יום לפני שהיה אמור להתפרסם הדו"ח הוא דלף. בעקבות ההדלפה, טורקיה הודיעה שהיא מתנערת מהדו"ח. לכאורה, המנגנון כשל. בפועל, הוא סייע לצדדים לרדת מהעץ, והיווה באופן חלקי את הבסיס לפשרה שהושגה אחר-כך, במו"מ בתיווך אמריקאי.
4. **מנגנונים אזוריים / ארגונים בינלאומיים**: סעיף 33 למגילת האו"ם מדבר מפורשות על ארגונים בינלאומיים אזוריים – הכוונה היא לארגון מדינות אמריקה, הליגה הערבית, נאט"ו, ארגון מדינות אפריקה, מנגנוני האיחוד האירופאי. היתרון בארגונים שכאלו יש להם רגישות מקומית ואפשרות לתמרץ. זו עדיין לא הצעה מחייבת, ההצעות הן בגדר המלצה. עם זאת, חשוב להדגיש שלמרות שהסעיף מציין מפורשות רק ארגונים אזוריים, גם ארגונים בינלאומיים לא אזוריים יכולים לשמש (ומשמשים בפועל) ליישוב סכסוכים. [בבקשה לפרט את רשימת סוגי המנגנונים המרכזיים ליישוב סכסוכים יש לרשום "ארגונים בינ"ל" תוך ציון כי ס'33 מתייחס מפורשות רק לארגונים בינ"ל אזוריים].
5. **מועבי"ט והאו"ם**: אחד מתפקידי האו"ם הוא ליישב סכסוכים. אחד מתפקידיו המרכזיים של המזכ"ל הוא להגיע למקומות בהם יש סכסוך. בנוגע למועבי"ט – כל עוד מועצת הביטחון לא מוציאה החלטות מחייבות, הרי שבברור מדובר במנגנון דיפלומטי אשר אינו מחייב אלא אם הצדדים אימץ את ההחלטה. במצב בו מועבי"ט נותנת החלטה מחייבת, הדבר הופך את המועצה לכאורה למנגנון שיפוטי שכן החלטות של מנגנונים שיפוטיים הינן מחייבות. עם זאת, מאחר וההליך בפני המועצה שונה מכל הליך שיפוטי, ד"ר בורר מסווג מנגנון זה כמנגנון דיפלומטי. [לציין את הקושי בהחלטה מחייבת].

מנגנונים שיפוטיים

החלטה של מנגנון שיפוטי מחייבת את הצדדים במשב"ל, הפרה שלה תהווה הפרה של המשב"ל. ישנם 3 סוגים של מנגנונים ששייכים לקטגוריה זו:

1. **בוררות**: בניגוד לדין הפנימי, הבוררות הבינ"ל מחייבת את הצדדים (מאחר והחלטות הבורר מחייבות).
2. **ביה"ד הבינ"ל לצדק שיושב בהאג (ICJ)**
3. **טריבונלים נוספים**: חלקם מוקמים אד הוק, חלקם אמונים על הכרעה בסכסוכים שנוגעים למדינות החברות באמנה ספציפית.

הבסיס להליך השיפוטי הוא **הסכמת המדינה**:

1. הסכמה אד הוק: שתי מדינות מסכימות להביא את עניינן בפני הליך שיפוטי, נקודתית לאותו עניין. יש מקרים בהם מדינות מסכימות אד-הוק להפנות סכסוך ל ICJ.
2. אמנה ביטלראלית / מולטילטראלית: ת- יש אמנות שונות הקובעות מה מנגנון יישוב הסכסוכים שיחול אם יצוצו בין המדינות החברות סכסוכים הנוגעים לאמנה. חלק מהאמנות הללו קובעות שהמנגנון האמור (לפחות במצבים מסוימים) יהיה מנגנון שיפוטי. דוג' לכך הוא ה WTO, בין הדין של האיחוד האירופי וכו'.
3. הסכמה כללית: כפי שהוסבר קודם, קיימים מקרים בהם קבוצה של מדינות מסכימה ביניהן על אמנה שקובעת שכל סכסוך ביניהם, לא משנה על מה, ייושב על ידי מנגנוני ישוב סכסוכים מסוימים, וציינו שלוש דוגמאות: (א) אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה; (ב) אמנה כזו בין חלק מהמדינות באמריקה, ו(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. לפיכך, זה המקום בו ראו לדון בסעיף 36(2 )לחוקת ה ICJ. הסעיף האמור מאפשר למדינה להפקיד בידי ה ICJ הצהרה לפיה 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, אל בנוסף המדינה הנתבעת לפי ס' 36(2) יכולה להסתמך על סייגים המצויים בהכרזה של המדינה התובעת. מ-1956 ועד שנות 1985 ישראל הייתה אחת מהמדינות שהפקידה הצהרה כזו, ב ICJ, אך בשנות ב-1985 בעקבות ארה"ב, גם ישראל מבטלת את ההצהרה שלה מתוך הצהרה על הזדהות עם ארה"ב.

**אינטרס** המדינות להסכים להליך שיפוטי:

1. מדינות שבטוחות בצדקתן ורוצות להוכיח זאת
2. סכסוך נקודתי שבו עלות עצמם התמשכות הסכסוך עולה על מחיר ההפסד
3. אידאולוגיה בה מחזיקות מדינות מסוימות, הרואה בנושאים מסוימים ככאלה שיש לברר בפורום שיפוטי ולא פוליטי
4. לעיתים, והדבר נכון במיוחד כשמדובר בהסכמה להיות חלק ממנגנון קבוע, ההסכמה נובעת מכך שהמדינות הן שחקניות חוזרות – יש ביניהן הרבה אינטראקציות, וכל אחת יודעת שהיא מדי פעם תפסיד / תנצח – אך בטווח הארוך כולן תרווחנה, שכן סכסוך אקראי יכול להרוס את היחסים בין הצדדים. ,
5. שיקול נוסף, signaling: איתות על מחויבות רבה לנורמות הקבועות באמנה.
6. מדינות לעיתים נותנות הסכמה לאמנות המסדירות יישוב סכסוכים בדרך של מנגנון שיפוטי ולא חושבות עד הסוף על התוצאות של צעד כזה.

**דיון צד ארה"ב וה ICJ**

דוגמא למקרה בו מדינה נתנה את הסכמתה להכפפתה למנגנון שיפוטית מבלי לחשוב על ההשלכות הנלוות לכך היא הסיפור של ארה"ב עם ה ICJ. לאחר מלחמת העולם השנייה, ארה"ב חתמת על המון אמנות שקובעות שאם יהיה סכסוך הוא יוכרע על ידי ה ICJ (לרבות על הפקדה של ההצהרה לפי סעיף 36(2) לחוקת ה ICJ). ארה"ב רוצה לעודד מדינות אחרות לנקוט באותה דרך, זאת כדי להקטין את הפוטנציאל שסכסוכים ידרדרו לכדי עימות מזויין – ואז היא חוטפת מכה ומפסידה ב ICJ. בפס"ד מול ניקרגואה. ארה"ב בשוק בעקבות ההפסד, התחושה שלה שהיא מדינה קולטת ברק – הרבה פחות סלחנים למעשים שלה מאשר למעשים של מדינות אחרות. בעקבות זאת, היא מבטלת את חברותה בכל אמנה שבה היא הסכימה לפניה למנגנון ישוב הסכסוכים של ה ICJ (וכמובן מושכת את ההצהרה שהיא הפקידה לפי ס'36(2)), מלבד שלושה חריגים:

1. אמנת רצח העם: שלא ניתן לבטל את המחויבות ליישוב סכסוכים הנוגעים לרצח עם מבלי לבטל את החתימה על האמנה באופן כללי וזה ייראה רע.
2. אמנות שלא ברור אם האמריקאים פספסו, או שהם לא באמת חשבו שיהיה נזק אם יישארו. דוגמא אחת כזו היא האמנה בדבר אמנות קונסולריות. בהתאם לאמנה: בפרשת לה-גראנד ב-2000 גרמניה פנתה ל ICJ וטענה כי ארה"ב הפרה את האמנה הקונסולרית, בכך שנשפטו שני גרמנים בארה"ב ונידנו למוות, זאת ללא שאפשרו להם להיפגש עם הקונסול הגרמני. ארצות הברית מפסידה, ורק בעקבות ההפסד הזה היא פורשת מהאמנה. עם זאת, גם לאחר הפרישה מגיע עוד הליך דומה כנגד ארה"ב ל ICJ (הפעם בנוגע לעצירים מקסיקניים), 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 לstates מגיע לביהמ"ש העליון האמריקאי, אשר קובע כי פסיקות של ה ICJ לא מחייבות את הממשל הפדראלי. פסיקה זו מהווה דוגמא קלאסית בה מערכת משפט מדינתי בחרה בעימות ביחס למשב"ל – ככה זה כשמדובר במעצמה. עם זאת, גם ארה"ב לעיתים משלמת מחיר על עימותים שכאלה.
3. אמנות שלא יהיה חכם לארה"ב לבטל: דוגמא לכך היא האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין אירן לארה"ב. מדובר באמנה בין ארה"ב לאיראן שנחתמה בימי השואה, שכולל חובה לפנות לICJ 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 יכולה לנהל מו"מ עם איראן לשינוי האמנה )לרוב הן אינן מדברות אחת עם השנייה). לכן, ארה"ב הייתה צריכה להחליט אם להשאיר את המצב הקיים או לנסות לבטל את כל האמנה. עד לאחרונה העמדה של ארה"ב הייתה שהמצב הקיים עדיף לה, שכן הוא מייצר מנגנון לשחרור לחצים שעלולים לגרום לפיצוץ בין הצדדים, ובהתאם לאורך השנים מספר סכסוכים בין הצדדים ל ICJ (פעם איראן הפסידה ופעם ארה"ב. ד"ר בורר סובר כי ההחלטה להשאיר את האמנה בתוקף הייתה חכמה, אך ממשל טראמפ החליט אחרת וביטל את האמנה. הביטול נבע מכך שהאיראנים הגישו תביעה ל ICJ, ע"פ האמנה הזו, בטענה שארה"ב הפרה האמנה האמורה בכך שהטילה סנקציות על איראן, לאחר שארה"ב ביטלה את חברותה מהסכם הגרעין שנקבע בין איראן למעצמות. ה ICJ מוציא צו ביניים שמורה לארה"ב להקפיא זמנית את הסנקציות עד לבירור הנושא ב .ICJ האמריקאים מודיעים שהם לא יקיימו את הצו (טוענים כי ל ICJ לא היה סמכות לתת אותו), וגם מבטלים את האמנה עם איראן, כדי שלא תהיה גישה ל ICJ בסכסוכים הבאים בין איראן לארה"ב. לדעתי טעות – אבל מי אני (ד"ר בורר).

**דיון קצר ב ICJ**

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

כשמתנהל סכסוך ב ICJ אבל לאחת המדינות שהיא צד לסכסוך אין שופט קבוע בICJ, היא רשאית לצרף שופט משלה להרכב השופטים. בהתאם, במקרה היחיד בו ישראל פנתה ל ICJ היא שלחה את שופט בית המשפט העליון גויטין שהיה אדם מאוד מגוון – היה עורך העיתון שהפך להיות הג'רוסלם פוסט, עורך דין פרטי, שופט צבאי בהגנה, שגריר ישראל הראשון בדרום אפריקה, ציר בשגרירות בוושינגטון. מומחה למשפט בינלאומי, ומומחה לקודיפיקציה. לכאורה אין מנגנון אכיפה, האכיפה נעשית דרך מנגנונים דיפלומטיים. מועצת הביטחון לכאורה יכולה להפעיל סנקציות נגד מדינות המפרות את פסק הדין, בפועל זה לא תמיד קורה: בייחוד אם פסק הדין הוא נגד אחת ממדינות הווטו.

מלבד פסקי-דין, לICJ יש סמכות לתת חוות דעת משפטיות, וזאת כאשר העצרת הכללית של האו"ם פונה לבית הדין ומבקשת ממנו חוות דעת כאמור. חוות דעת של הICJ הן בגדר המלצה. עם זאת, כאמור עקב מעמדו של ביה"ד, מיחסים חשיבות רבה לפרשנות שהוא נותן לדין הבינלאומי בחוות הדעת שלו. חוות דעת מפורסמת שלו זוהי חוות הדעת בדבר חוקיות הנשק הגרעיני, מ-1996, שם הוא קבע שאין נורמה במשפט הבינלאומי שאוסרת באופן מוחלטת שימוש בנשק גרעיני; אך הוא רמז שבדרך כלל שימוש בנשק הזה יפגע באיסור שקיים בדיני הלחימה, כנגד שימוש בנשק לא מאבחן. בנוגע לסוגיות שנוגעות לישראל, למדנו כבר בקורס שתי חוות-דעת של הICJ : חוות הדעת בנוגע לגדר ההפרדה וחוות הדעת שקבעה שלאו"ם יש אישיות משפטית (שניתנה בהקשר של החיסול של הרוזן מרנדוט).

**בתי דין בינלאומיים נוספים מלבד ה ICJ**

עם הזמן, מוקמים יותר ויותר בתי דין בינלאומיים בהם יש אף זכות עמידה לפרטים: אמנם התפיסה הרווחת במשב"ל היא שרק מדינה היא צד לסכסוך מול מדינה, ובמקרה פרטי האזרח צריך לשכנע את המדינה שלו להצטרף לסכסוך. עם זאת, בעשורים האחרונים מוקמים יותר ויותר טריבונאלים בינלאומיים בהם אנשים יכולים באופן עצמאי לנהל הליך מול מדינה. דוגמאות לכך הם בית הדין האירופי לזכויות אדם, ה WTO ועוד.

יש עוד המון טריבונאלים ספציפיים במובן שהם עוסקים לא בכל תחומי המשב"ל אלא בתחום מסוים (זכויות אדם, דיני ים, משפט כלכלי ועוד). את בתי הדין הללו ניתן למיין ל**גלובליים אל מול אזוריים**: דוגמה לבית דין גלובאלי – ITLOS (עוסק בסכסוך בין מדינות החברות באמנה לים, טענות להפרת האמנה ללא קשר למיקום בו נעשתה). דומה לבית דין אזורי – בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין של האיחוד האירופי. בהסתכלות על פעילות בתי הדין הבינלאומיים ניתן לראות הרבה יותר פעילות שיפוטית מפעם.

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

שיעור א-סינכרוני 2

**ארגונים בינלאומיים (בדגש על האו"ם)**

אחרי המדינות, המשמשות שחקן מרכזי במשב"ל, השחקן המרכזי השני הוא אותם ארגונים בינלאומיים. עם הגלובליזציה, תפקידם הולך ונהיה מרכזי יותר ויותר. יש להבחין בין שני סוגים של ארגונים בינלאומיים:

1. INGO, ארגון בינלאומיים לא ממשלתיים
2. IGO, ארגונים בינלאומיים ממשלתיים

למרות שבפעול ל INGO יש השפעה גוברת על עיצוב המשב"ל, מבחינה משפטית ככלל סוג הדין המסדיר את ענייניהם הוא דין מדינתי של המדינות בהן ה INGO פועל ובמיוחד של המדינה בה הוקם. על כן נעסוק ב IGO המרכזי – האו"ם.

IGO הם חלק אינטגראלי מהמשב"ל המודרני, תרומתם להתפתחות הנורמות והמוסדות במשב"ל מרכזית וגוברת. יש IGO שכל מדינה יכולה להצטרף אליהם, לעומת כאלה שרק מדינות מסוימות יכולות להצטרף אליהם. יש כאלה שתחום עיסוקן מצומצם יחסית ויש כאלה שתחומי העיסוק שלהם רחבים יותר,. יש גלובליים ויש אזוריים.

מאפייני ה-IGO's , הארגונים הבינ"ל הממשלתיים

1. לרוב מוקמים באמנה מולטילטראלית. הארגון הממשלתי מוקם מכוח המשב"ל ופועל על פיו - הדין הבינלאומי שחל על הארגון מורכב מכל האמנות שעוסקות בו, כל האמנות להן הארגון צד, וכל משב"ל מנהגי הרלוונטי לפעילות הארגון.
2. לארגון יש מטרות מובחנות, ובד"כ תהיה לארגון אמנה מכוננת שמכוחה קם הארגון, ומשמשת כמעין חוקה המפרטת את המטרות המרכזיות.
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. לרוב רק מדינות יכולות להיות חברות ב IGO.
5. סמכויות הארגון הבינ"ל הממשלתי – באופן כללי, ל-IGO's יש במשב"ל חובות וזכויות נפרדות מאלו של המדינות החברות בו. לכן, הארגון הממשלתי הוא אישיות משפטית במשב"ל (הנבדלת ממדינות הארגון), בדומה למדינה - אך מדובר באישיות משפטית פונקציונלית ומוגבלת- מותר לארגון כזה לעשות רק מה שהוגדר לו לפי 3 המקורות לעיל (האמנה המכוננת, פרקטיקה נהוגה, תכלית הארגון).

האישיות המשפטית של IGO במשב"ל – דיון מורחב:

חו"ד של ה-ICJ קבעה כי האו"ם הוא אישיות משפטית נפרדת, אך לא ברור האם חו"ד זו חלה על כל ה-IGO's. באותו מקרה דובר היה ברצח הרוזן ברנדוט, שכעובד האו"ם תיווך מטעם האו"ם בין מדינת ישראל למדינות ערב במלחמת העצמאות, ונרצח בירושלים ע"י הלח"י ב-1948. במגילת האו"ם לא כתוב באופן מפורש שלאו"ם יש אישיות משפטית בינ"ל, ואם הוא אינו ישות משפטית כאמור הרי שהאו"ם לא יכול היה לתבוע פיצויים. לכן, ה ICJ התבקש לתת חו"ד בנושא וקבע כי האו"ם הוא אישיות משפטית במשב"ל, ושכפועל יוצא מאישיות המשפטית שלו האו"ם מסוגל לתבוע פיצוי ממדינה בגין רצח עובד שלו באותה המדינה.

יש שתי עמדות בנושא:

1. קיים דין בינלאומי **מנהגי** **לפיו לכל IGO יש אישיות משפטית במשב"ל.**
2. לפי העמדה השנייה (רובי סייבל)יש לבדוק כל IGO בנפרד ולראות האם מהאמנה/ות הרלוונטיות ו/או ממטרותיו, עיסוקו, או הפרקטיקה הקיימת בפועל בהקשרו – עולה שיש לו אישיות משפטית נפרדת במשב"ל.

לשאלה איזו מבין שתי העמדות הללו היא הדין הקיים יש משמעות רבה במדינות בהן הדין המדינתי מתייחס באופן שונה למשב"ל מנהגי ולמשב"ל הסכמי. בישראל, לאמנות אין מעמד נורמטיבי פורמלי בדין הישראלי – בניגוד לדין בינ"ל מנהגי אשר נקלט באופן אוטומטי למשפט הישראלי. לכן, אם מקבלים את עמדה מס' 1, הרי שלכל IGO יש אישיות משפטית במשפט הישראלי. בקבלת עמדה מס' 2, ל IGO תהיה אישיות משפטית במשפט הישראלי רק במקרים בהם יסיקו כי קיים דין בינ"ל מנהגי המעניק לו אישיות משפטית באופן ספציפי, שלגביו יש חיקוק ישראלי המעניק לו אישיות משפטית. **ד"ר בורר: העמדה הרווחת היא עמדה א.**

על אף שגם למדינה וגם ל IGO יש אישיות משפטית במשב"ל, אין מדובר באותו סוג של אישיות. האישיות המשפטית של המדינות במשב"ל היא כללית ובלתי מוגבלת, בעוד שהאישיות המשפטית של ה IGO היא מוגבלת ופונקציונאלית – משמעות הדבר היא שבעוד שלמדינות ע"פ המשב"ל יש ככלל את הסמכות לעשות כל דבר שהמשב"ל לא אסר עליהן לעשות, IGO רשאי לעשות רק את הדברים שהוענקה לו הסמכות לבצע. היקף האישיות המשפטית של IGO נקבע על סמך מסמכי היסוד שלו (כגון האמנה המכוננת), מטרות הארגון, סוג הסמכויות שהוענקו לארגון ומרחב הסמכויות שהוענקו לו וכן הפרקטיקה הנוהגת בפועל של הארגון ושל המדינות ביחסיהן לארגון. ההסכמה יכולה להיות מפורשת או משתמעת: **המבחן הוא מבחן פונקציונאלי –** פעמים רבות סמכויות הארגון הינן משתמעות ונגזרות מכך שקיומן נדרש על מנת שיהיה ניתן לבצע באופן יעיל סמכויות אחריות שדבר קיומן נקבע מפורשות (במקרה של רצח הרוזן, ה ICJ קבע כי לאו"ם יש את היכולת לתבוע פיצויים מישראל בגין הרצח, שכן לדידו סמכות זו משתמעת באופן הכרחי מתפקידיו של האו"ם – אם לאו"ם יש סמכות לשלוח נציגים מטעמו לכל מיני זירות סכסוך, חייבת להיות לה סמכות נלווית לתבוע פיצויים ממדינות הפוגעות בנציגים). בחוו"ד האמורה נקבע כי המבחן הינו **מבחן הנחיצות** – האם הסמכות המשתמעת נחוצה לצורך ביצוע הסמכויות הקבועות מפורשות. בהמשך, ה ICJ עשה שימוש במבחן מקל יותר – **מבחן ההתאמה**, האם הסמכות המשתמעת עולה בקנה אחד (מתאימה) עם הסמכויות הקבועות מפורשות.

המשמעות המעשית להכרה ב IGO כאישיות משפטית עצמאית במשב"ל

1. מגע עם גורמים: מתוקף האישיות המשפטית ל IGO יש סמכות לבוא במגע עם מדינות וארגונים אחרים. עם זאת, קיים ויכוח האם עומדת לו בהכרח סמכות לכרות אמנות עם מדינות ו/או ארגונים בינ"ל אחרים (אם כי לרוב ברור שישנה סמכות כזו, אם כי מוגבלת). עמדה אחת סוברת כי לא ניתן לקבוע א-פריורית לכל IGO זה יש סמכות לכרות אמנות, וכי יש לבחון את הדבר בנוגע לכל ארגון בנפרד. העמדה השנייה סוברת (סייבל) כי לכל IGO יש סמכות כזו, אם כי מוגבלת. סמכותו של IGO לכרות אמנה שונה מהסמכות הכללית של מדינות לכרות אמנות – IGO יכול לחתום רק על אמנות הקשורות לסמכויותיו, לשם מימוש מטרותיו ותפקידיו ובהתאם לפרקטיקה הנהוגה ביחס אליו, משמע: רק בהתאם ליחס שמעניקות לו מדינות בפועל.

על אמנות בין ארגונים בינלאומיים בין מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים חל הדין הבינלאומי המנהגי בדבר אמנות כאמור. בנוסף, קיימת אמנת וינה משנת 1986 בדבר אמנות בין ארגונים בינלאומיים לבין מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים, בה נעשתה קודיפיקציה של הדין האמור (אמנה זו טרם נכנסה לתוקף, וכדי שתיכנס לתוקף צריכות לחתום עליה 35 מדינות, ונכון לרגע זה חתמו עליה רק 32 (גם כאשר תיכנס לתוקף, תחייב רק את המדינות שחתמו עליה)). הדין האמור די דומה ולרוב זהה למה שקבוע באמנה האמורה. הערת צד: ארגון בינלאומי לא יכול להסתמך על כך שהתחייבות בשמו באמנה נעשתה תוך חריגה מנוהל פנימי של הארגון כדי לפטור את עצמו ממחויבות על-פי האמנה; וזאת מלבד במקרים בהם החריגה הייתה "גלויה ונוגעת בכלל בעל חשיבות יסודית".

1. אחריות בינלאומית: מפאת האישיות המשפטית, ה IGO יישא באחריות בינ"ל בגין הפרות של המשב"ל בהתאם לדיני האחריות של המשב"ל. המשמעות היא שככלל המדינות החברות אינן אחריות להפרות משב"ל המבוצעות ע"י IGO אלא אם: (א) מדינה חברה קיבלה על עצמה וולנטרית את האחריות/ יצרו מצג למדינה אחרת שהיא מקבלת את האחריות, או (ב) קיימת האמנה בנוגע לארגון הספציפי שקובעת כי ניתן להטיל אחריות על המדינות החברות בגין מעשים של הארגון.

מקרה מורכב יותר עולה בהקשרם של כוחות שמירת שלום (יחידות של צבאות של מדינות שונות, אשר המדינות משאילות לאו"ם למשימות שמירת שלום). בהתאם לדיני אחריות המדינה, הכלל המשפטי במקרה שכזה הוא שהמדינה לא תישא באחריות ורק הארגון (האו"ם במקרה זה) יישא באחריות בגין הפרות משב"ל שביצע הכוח, אם השליטה האפקטיבית (יש הסוברים שכך אם שליטה כוללת) על חיילי הכוח עברה ממדינה לארגון. לעומת זאת, במקרים בהם גם לאו"ם וגם למדינה יש מידה משמעותית של שליטה בכוח, הרי שגם האו"ם וגם המדינה יישאו באחריות.

1. יכולת לתבוע ולהיתבע: ככלל, כאישיות משפטית ה IGO יוכר כבעל יכולת לתבוע ולהיתבע במישור הבינ"ל.
2. ניהול פנימי: כאישיות משפטית, ל IGO יש יכולת להעסיק ולפטר עובדים ולקיים מנגנון משמעתי כלפי עובדיו. כמו כן, הוא מוסמך לקבל החלטות בנוגע לבחירת בעלי תפקידים, הוצאות תקציב ונהלים פנימיים.
3. חסינויות וזכויות לארגון ולאנשיו: מפאת היותו אישיות משפטית במשב"ל, ייתכן ויוענקו ל IGO ו/או לאנשיו זכויות מסיימות וחסינויות מסוימות בדין הבינלאומי. **ההכרעה אם לארגון מסוים ו/או לאנשיו יש זכות/חסינות ספציפית, תלויה בארגון הספציפי** (תפקידיו, מטרותיו, סמכויותיו, והפרקטיקה לגביו). החסינות/הזכות הספציפית יכול שתינתן מכוח אמנה, ויכול שתינתן מכוח משב"ל מנהגי (דבר בעל משמעות רבה בדין המדינתי).
4. סמכות ליצור נורמות משפטיות מחייבות במשב"ל: לרוב IGO לא מייצרים נורמות משפטיות במשב"ל, משמע – רוב ההחלטות של רוב ב IGO הן בגדר המלצות בלבד. עם זאת, ישנם IGO ספציפיים שאמנות העוסקות בהן מסמיכות אותם לקבל החלטות מחייבות (מעניקות להן את הסמכות ליצור דין מחייב במשב"ל). ניתן לומר שנורמות מחייבות שיוצר IGO הן סוג של דין בינלאומי הסכמי, שכן סמכות ה IGO ליצור אותן מקורה באמנה שקבעה את סמכויות הארגון. הדוג' החשובה ביותר לארגון שלגוף שלו יש סמכות לקבוע נורמות משב"ל מחייבות היא הסמכות שמעניקה מגילת האו"ם (ס'25) למועצת הביטחון לקבוע החלטות שיחייבו את כל מדינות החברות באו"ם.

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

**האו"ם**

רקע כללי: הוקם ב-1945 כממשיכו של חבר הלאומים שהוקם ב-1919. מגילת האו"ם אינה רק המסמך המכונן של הארגון, היא גם משקפת עקרונות יסוד של המשב"ל (ריבונות, הגדרה עצמית, שוויון בין מדינות, זכויות אדם ועוד). האו"ם מורכב מ6 אורגנים מרכזיים: העצרת הכללית, מועב"ט, המועצה הכלכלית-חברתית, מועצת המנדטים, המזכירות והICJ. הכוונה במגילת האו"ם הייתה שהאו"ם יהיה, ככלל, בנוי על יסוד חלוקה קונסטיטוציונית ברורה של סמכויות בין האורגנים שמרכיבים אותו. אך עם הזמן, החלוקה הראשונית הברורה רוככה ועומעמה במידת מה וזאת עקב אילוצים פוליטיים, למשל: בהדרגה התחזק כוחה של העצרת הכללית על חשבון מועצת הביטחון.

**העצרת הכללית**

מעין פרלמנט של האו"ם המורכב מנציגי כלל המדינות החברות. בשונה מפרלמנט מדינתי, החלטות של העצרת הכללית של האו"ם לא מחייבות מבחינה משפטית את המדינות (לא מהוות נורמה משפטית מחייבת במשב"ל), והן מהוות המלצות בלבד. מדובר בפורום דיוניים, שמתכנס במסגרת של מושב שנתי מדי שנה ובנוסף מכונסים מושבים מיוחדים ע"י המזכ"ל לבקשת מועבי"ט או לבקשת רוב מקרב המדינות החברות )ס' 20 למגילת האו"ם).

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

סעיף 5: העצרת יכולה להשעות מדינה חברה באו"ם אך גם כאן רק בהמלצת מועבי"ט.

סעיף 6: העצרת יכולה להרחיק מדינה חברה באו"ם בהינתן הפרה עקבית של הוראות המגילה, אך רק בהמלצת מועבי"ט.

סעיף 18: ההצבעה בעצרת היא 'מדינה אחת – קול אחד' וההכרעות נעשות ברוב קולות של המדינות הנוכחות והמצביעות. עם זאת, בהצבעות חשובות (כדוג' הרחקת מדינה, ענייני תקציב, והבחירה הדו-שנתית של המדינות שתשמשנה כחברות הלא קבועות במועבי"ט), הדרישה היא לרוב של 2/3 מהקולות הנוכחים והמצביעים.

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

במהלך מלחמת קוריאה, שותקה בפועל הפעילות של מועבי"ט, מכיוון שבריה"מ הטילה עקבית וטו באופן שלא אפשר לקבל החלטות אופרטיביות בנוגע למלחמה האמורה. לכן, עלתה השאלה האם העצרת הכללית מוסמכת להיכנס לתוך הווקום שנוצר. מחד, מגילת האו"ם גם קובעת שכל עניין ש נוגע להפרה של הביטחון והשלום הבינ"ל צריך להיות מופנה למועבי"ט. מאידך, מגילת האו"ם גם עולה כי העצרת יכולה לדון בנושאי השמירה על השלום והביטחון הבינ"ל ואפילו לקבל המלצות שמופנות למועבי"ט או למדינות, בתנאי שמועבי"ט לא דנה במקביל ממש באותם מקרים ספציפיים. ב-1950 בעצרת הכללית התקבלה החלטה 377 הכוללת בתוכה שני תנאים: "מאוחדים למען השלום" (uniting for peace) שאומרת כי "כאשר **(א)** מועבי"ט לא יכולה למלא את תפקידיה העיקריים (שמירת השלום והסדר הלאומי) בשל היעדר הסכמה בין החברות הקבועות, הרי **(ב)** 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". 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 מועבי"ט.

חשוב להדגיש - בשונה מהחלטות מחייבות של מועבי"ט, החלטות של העצרת הניתנות על סמך החלטה - 377 "מתאחדים למען השלום" כמו מרבית שאר החלטות העצרת מהוות המלצות בלבד למדינות החברות אין חובה משפטית לציית להחלטות אלו, ונדרשת הסכמתן לצורך יישום ההחלטות האמורות. דוגמה להחלטה שהתקבלה מתוקף החלטה 377 היא החלטה 1001: במבצע קדש בריטניה וצרפת הטילו וטו במועבי"ט, והעצרת הכללית החליטה על הקמת כוח שמירת שלום בינ"ל - UNEF. בשולי הדברים יצוין שהחלטה 377(5) קבעה שבמקום בו נדרש לקבל החלטות מכוח ההחלטה הזו ולא מכונס באותה העת מושב רגיל של העצרת, יש לקרוא לכינוס מושב חירום מיוחד תוך 24 שעות.

**מועצת הביטחון**

אחת המסקנות ממפלת חבר הלאומים הייתה שיש צורך להעניק "שיניים" לגוף המנהל את הזירה הבינ"ל.

סעיף 23: מועבי"ט נועדה להיות הגוף המבצע של האו"ם – מעין רשות מבצעת/ממשלה – להבדיל מהעצרת שהיא הגוף הפרלמנטארי דיוני. עם זאת, בשונה מהאנלוגיה המדינתית דווקא ההחלטות מועבי"ט, או יותר נכון החלטות שלה מסוג מסוים, ולא החלטות העצרת, **הן אלו המחייבות מבחינה משפטית**.

מועבי"ט מורכבת בכל רגע נתון מ-15 מדינות - 5 חברות קבועות (המשקפות את מערך הכוחות ביום סיום מלחה"ע השנייה- ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה שנכנסה בנעלי ברה"מ) ו-10 חברות זמניות הנבחרות ע"י העצרת (רוב של שני שליש) אחת לשנתיים, על פי מפתח חלוקה גיאוגרפית. לכל חברה מתוך ה-15 יש קול אחד בקבלת ההחלטות במועבי"ט.

סעיף 27: יש הבחנה בין **החלטות דיוניות** הקשורות לנהלים (המצריכות רוב של 9) לבין **החלטות מהותיות** שבנוסף לרוב של 9 מצריכות היעדר התנגדות של אחת החברות הקבועות. כלומר, **כדי שהחלטה תעבור ותהיה מחייבת, צריך שאף אחת מהחברות הקבועות לא תטיל וטו. הצבעה בשאלה האם העניין מסוים נחשב פרוצדוראלי או לא נחשבת הצבעה על עניין מהותי.** הסיבה לחוסר שוויון זה בהענקת חברות קבועה וזכות וטו לחמש מדינות ספציפיות - נעוצה בהסקת מסקנות מחבר הלאומים, שם כל המדינות היו שוות, והסדר זה הוביל לכך שמדינות קטנות ניסו לכפות פעולות על מעצמות, והמעצמות מהר מאוד הבינו זאת והפסיקו לשתף פעולה עם חבר הלאומים והכל קרס. לכן משיקולים פרקטים הכרחיים, המדינות הסכימו לשלם את המחיר של פגיעה מסוימת בעקרון השוויון בין המדינות. יש על כך ביקורת רבה – חמש החברות הקבועות והעוצמתיות (הודות לווטו) משמרות מצב מלפני יותר מ70 שנה, שמתעלם ממעצמות עולות כמו הודו, גרמניה ויפן.

תפקיד מועצת הביטחון

סעיף 24: התפקיד הראשי והמרכזי של מועבי"ט הוא השמירה על השלום והביטחון הבינ"ל. לצורך כך מועבי"ט - מוסמכת לפעול בשתי דרכים בשם המדינות: יישוב סכסוכים בדרכי שלום (פרק 6 למגילת האו"ם) ואימוץ אמצעים כופים: כדי לפעול נגד איום כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות (פרק 7 למגילה).

חשוב לציין כי למועבי"ט יש גם תפקידים נוספים (שקבועים בפרקים אחרים של המגילה) כגון: אישור תיקונים למגילה, מינוי שופטים ל- ICJ , ומתן המלצות בנוגע לקבלה, השהייה, והרחקה של מדינה חברה.

סמכויות מכוח פרק 6, התנאי: פוטנציאל להפרת השלום והביטחון הבינ"ל

פרק 6 מאפשר למועבי"ט מסמיך לחקור כל מצב/סכסוך ע"מ לקבוע אם יש בו פוטנציאל להפרת השלום והביטחון הבינ"ל (ס' 34). להמליץ לצדדים בסכסוך בין מדינות שעלול לערער את השלום והביטחון הבינ"ל על נקיטת צעדים אפשריים כדי להביא לסיום הסכסוך בדרכי שלום. למשל - מינוי מתווך או מפשר; חקירה; קריאה לצדדים לסכסוך לנקוט/להימנע מצעדים. לדוגמה, החלטה 242 (1967) היא אחת ההחלטות המפורסמות ביותר מכוח פרק 6, שכוללת מתווה להחזרת שטחים לצורך סיום הסכסוך הישראלי-פלסטיני. החלטות/המלצות אלו אינן מחייבות. מכוח פרק 6, התקבלו במהלך השנים החלטות שונות אם לשלוח לאזורים בהם ישנו סכסוך, כוח של משקיפים או כוח של שמירת שלום. מבחינה משפטית, ככלל, לצורך פריסתם בשטח של כוחות אלו (שהוקמו מכוח פרק 6), בשונה מכוחות משקיפים וכוחות שמירת שלום שהוקמו בהחלטות מועצה מכוח פרק 7, נדרשת הסכמת המדינות הרלוונטיות.

החלטות מכוח פרק 7 למגילה: פעולות כנגד איומים על/הפרות השלום והביטחון הבינ"ל/ מעשי תוקפנות

במסגרת פרק 7 למגילת האו"ם מועבי"ט מוסמכת לקבוע שקיים **מצב חירום המהווה איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה של תוקפנות,** וכן **להורות על צעדים לקיום השלום או השבתו. מקרים של איום/הפרה על השלום לדוגמא:**

1. סכסוכים פנימיים (ולא רק בינ"ל)
2. הפרות חמורות של הדין ההומניטארי הבינ"ל
3. תמיכה בטרור הבינ"ל (למשל החלטה 1373 בעקבות 9/11, קבעה כי מימון טרור בינ"ל מהווה איום על השלום והביטחון העולמי)
4. הפצת נשק ביולוגי, כימי וגרעיני

כשהחלטה מתקבלת מכוח פרק 7 זה לרוב מצוין במפורש בנוסח ההחלטה (ואף יש שימוש במילים "קשות" ומחייבות).

הפעם הראשונה שמועבי"ט קבעה שמצב מסוים מהווה איום על השלום והביטחון העולמיים הייתה בזמן פלישת צבאות ערב לישראל. בתקופת המלחמה הקרה מועצת הביטחון הייתה כמעט משותקת, כך שלא עשתה הרבה עד שנות ה-90. לאחר סיום המלחמה הקרה חלה התעוררות במועבי"ט - התקבלו החלטות לגבי פלישת עיראק לכוויית (1990); יוגוסלביה (1991); סומליה (1992); סלובניה (1993); רואנדה (1994); סיירה לאון; איום הטרור העולמי (2001); ולוב (2011).

פרק 7 מסמיך את מועבי"ט לאשר שימוש באמצעי אכיפה לשמירה ו/או השבת השלום והביטחון.

**ס' 41 מדבר על צעדים מחייבים לא כוחניים:** הקמת בתי דין פלילים בינ"ל, ניתוק יחסי מסחר, תקשורת, תעבורה ימית ויבשתית, ניתוק יחסים דיפלומטיים וכו'. למשל, ב-1990 עיראק פלשה לכוויית והוכפפה לסנקציות כלכליות קשות מכוח סמכות המועצה (איסור על ייבוא והעברות כספים). ב-2008-2006 התקבלה סדרת החלטות של מועבי"ט נגד איראן בגלל ניסיונותיה להשגת נשק גרעיני (הגבלות על סחר בנשק, הגבלות סחר הקשורות לגרעין, הקפאת רכוש אנשים וגופים מסוימים). האמברגו והסגר האווירי על לוב.

**ס' 42, 43, 44 מדברים על צעדים מחייבים כוחניים:** מבצעים אוויריים, ימיים ויבשתיים. מאז ראשית שנות ה-90 מועבי"ט אישרה שימוש בכוח במספר מקרים, כגון סומליה, בוסניה, אפגניסטאן ולוב.

**ס' 46-47** מדברים על הקמה ופעולה של כוח צבאי ע"י המועצה, שהפיקוד שלו יהיה מורכב מהרמטכ"לים של צבאות חמש המדינות הקבועות ותפקידו להוציא לפועל את מטרות המועצה. לא הופעל מעולם. מועבי"ט בדר"כ מעניקה סמכות לקואליציה של מדינות להפעיל כוח, או הקימה כוחות שלום שהוסמכו לפעול (ואף להפעיל כוח) כדי להפריד בין הצדדים ללחימה .

**ס' 48: החלטות מועבי"ט מתוקף פרק 7 מחייבות אוטומטית את כל מדינות העולם.** מדינות האו"ם חייבות לנקוט כל פעולה הדרושה כדי לקיים את החלטות מועבי"ט.

* **החלטות מחייבות אלו גוברות על עיקרון יסוד במשב"ל המעוגן בס' 7(2) במגילת האו"ם - אי התערבות בעניינים של המדינה.**

**איך יודעים אם החלטה היא מכוח פרק 6 או 7?**

1. יש הסבורים שההחלטה צריכה או להגיד מפורשות שהיא מכוח פרק 7 כדי שנראה אותה שכזו (אחרת נראה אותה כהחלטה מכוח פרק 6).
2. 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.
3. 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, כיום, דרך המלך היא לציין מפורשות בהחלטה שהיא החלטה מכוח פרק 7**.
4. מדוע זה חשוב מאיזו פרק ההחלטה? כי יש יותר סיכוי שהחלטה תהיה מחייבת [דין משב"ל מחייב ולא רק המלצה אם היא מפרק 7 ] ויתירה מכך, כפי שנדון בהמשך, **קיימת עמדה הסבורה שרק החלטות מכוח פרק 7 יכולות להיות החלטות מחייבות.**

שאלה: מכוח איזה פרק החלטה 2532 משנת 2020 שעסקה בקורונה, לאור העובדה שהמבוא להחלטה קובע שההחלטה ניתנה "Considering that the unprecedented extent of the COVID-19 pandemic is likely to endanger the maintenance of international peace and security"? התשובה היא פרק 6, יש לזכור שפרק זה הוא הפרק שעוסק באירועים שיש להם "רק" פוטנציאל לסכן את השלום העולמי.

החלטות המועבי"ט אשר מהוות החלטות מחייבות

1. עמדה אחת: (בה מצדדות מספר מדינות, לרבות ישראל, בה תומך רובי סייבל, ובה תמכה דעת מיעוט ב- ICJ בעניין נמיביה): סבורה שהתפתחה פרקטיקה על פיה כשמועבי"ט מעוניינת להעביר החלטה מחייבת, היא נוהגת, ככלל, להעביר אותה בהחלטה מכוח פרק 7; ולפיכך, כיום, לאור פרקטיקה זו, המועצה כיום כבר לא יכולה להעביר החלטות מחייבות אלא מכוח פרק 7.
2. עמדה השנייה: (שהובעה ע"י דעת הרוב ה- ICJ , בעניין נמיביה ושהיא העמדה הרווחת: סבורה שמועבי"ט יכולה לקבל החלטות מחייבות לא רק מכוח פרק 7 אלא גם מכוח פרק 6, כמו גם לתת החלטות לא מחייבות מכוח פרק 7 והכול תלוי בניסוח של ההחלטה הספציפית עצמה. עמדה זו נסמכת על נוסח מגילת האו"ם (סעיף 25) שקובע שמדינות חייבות לקבל ולציית ל "החלטות" של מועבי"ט וזאת מבלי שהסעיף יוצר אבחנה בין החלטות מכוח פרק 6, והחלטות מכוח פרק 7 . יש לציין כי בפועל לפי עמדה זו ההכרעה אם המועצה קבעה הסדר מחייב, או המלצה בלבד, צריכה להיעשות בנוגע לכל סעיף וסעיף בהחלטה מועבי"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 “ calls upon” , “underlines,” , “reaffirms ,” , ו “ - stresses ,” בדרך כלל, יובילו למסקנה שמדובר בהמלצה ולא בהסדר מחייב. עם זאת, כל מקרה צריך להיבחן לגופו, למשל, דעת הרוב ב- ICJ בעניין נמיביה קבעה שסעיף בהחלטת מועצת הביטחון שהתחיל במילים “ calls upon ” היה כן מחייב וזאת לאור המשך המשפט שהיה נחרץ ואופרטיבי באופיו.

דוגמא מעניינת היא ס' 1--2 להחלטה 2532 (משנת 2020) שעסקה בקורונה. בקרב מצדדי העמדה הרווחת קיים ויכוח האם ס' 2 הוא המלצה או הסדר מחייב. מחד, הסעיף עושה שימוש במונח “ calls upon ” שככלל מכוון להמלצה בלבד. מצד שני, נוסח הסעיף די נחרץ ודי אופרטיבי, והוא בעצם ההסדר האופרטיבי של סעיף 1 שעושה שימוש במילה " demands " ולכן יש שיטענו (על סמך ההכרעה הקונקרטית בעניין נמיביה) שזה מסוג המקרים בהם, למרות השימוש במילים “ calls upon ”, מדובר בהחלטה מחייבת.

מעמדן של החלטות מחייבות של המועצה

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**פרשת קאדי:**

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

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

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

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

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

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

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

**לסיכום**

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

שיעור מס' 16, 16.12.2021

**שימוש בכוח (חלק א')**

מבוא

דיני המשב"ל העוסקים במלחמות מתחלקים לשני סוגים עיקריים:

1. דיני שימוש בכוח jus Ad Bellum – קובעים מתי מותר להשתמש בכוח, מסדירים האם ומתי מותר לפתוח במלחמה. דינים אלו מבחינים בין תוקפן ומותקף, הנחת יסוד לפיה יש היעדר שוויון במעמד החוקי בין הצדדים.
2. כללי העימות המזוין Jus In Bello – קובעים את המותר והאסור במהלך עימות מזוין שכבר החל, מסדירים את ההתנהגות במהלך המלחמה. הנחת היסוד של דינים אלו היא שהם חלים באופן שווה על שני הצדדים, לא משנה מי התוקפן ומי המותקף.

**Jus Ad Bellum – דיני שימוש בכוח**

התפתחות דיני השימוש בכוח

דינים אלו התפתחו בעיקרם בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, ולכן כדי להבין אותם יש לראות מה היה קיים בתקופה שקדמה לה. בתקופה שבין מלחמות העולם קיים מאבק בין שתי עמדות קיצון מרכזיות ביחס לחוקיות השימוש בכוח:

1. שימוש בכוח הוא אמצעי לגיטימי לפתור סכסוכים במשב"ל.
2. מלחמה בהגדרה היא הפרה של המשב"ל מאחר וישנה חובה לפתור סכסוכים בינ"ל בדרכי שלום. תחת השקפה זו נחתמות סדרה של אמנות אשר אוסרות על מלחמה, המפורסמת בהן היא אמנת קלוג-בריאן.

לאחר מלחמת העולם השנייה, בתי הדין בטוקיו ובנירנברג קובעים כי ההשקפה השנייה היא ההשקפה הנכונה – הדין הבינ"ל באותה תקופה אסר על מלחמה, כך שפתיחה במלחמה היא מעשה לא חוקי. הכינוי למעשה זה במשב"ל הוא מעשה תוקפנות. בנוסף, נקבע כי זהו מעשה שניתן להטיל עליו אחריות פלילית אישית על פרטים (בני אדם), מה שהופך את זה לפשע תוקפנות.

שתי עמדות אלו הן קיצוניות, ולכן בהקמת האו"ם בעלות הברית משנות את הדין – קובעות דין מאוזן יותר, אשר ככלל אוסר לצאת למלחמה למעט חריגים המאפשרים זאת. גישה זו היוותה את הבסיס לדין הקיים כיום. גם היום יציאה למלחמה בניגוד לדיני JAB מהווה מבחינת המדינה הפרה של המשב"ל – מעשה לא חוקי של תוקפנות, וניתן יהיה להטיל אחריות אישית פלילית על אדם בגין פשע תוקפנות. השינוי הוא בדיני השימוש בכוח – מה שבעבר נחשב כהפרה, היום לא בהכרח ייחשב כהפרה. השינוי קורה באמנת האו"ם.

דיני השימוש בכוח התקפים כיום

דיני השימוש בכוח נמצאים באמנת האו"ם, רובם נחשבים גם לדין בינלאומי מנהגי.

ס'2(4) לאמנת האו"ם קובע איסור גורף על שימוש בכוח: האיסור על המדינות להימנע מאיום או משימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוריאלית, ריבונות של מדינה או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו"ם.

בהמשך האמנה ישנם שני חריגים לאיסור זה:

1. ניתן להשתמש בכוח אם ניתנה הוראה או הסמכה לכך ממועצת הביטחון
2. ניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית

**ככלל** ההנחה היא שהכלל אומר כי אסור למדינה לעשות שימוש בכוח כנגד מדינה אחרת, **אלא אם** מתקיימים אחד משני החריגים. יש ניסיונות לבניית קונסטרוקציות על הסיפא של הסעיף, אך זהו עיקרו של הכלל. זהו יוס קוגנס.

מהו שימוש בכוח?

שימוש בכוח הוא הפעלת כוח פיזי-צבאי; הפרת גבול של מדינה על ידי כוח צבאי קרקעי; וגם סיוע למרי בתנאים מסוימים. ככלל מדובר בשימוש בכוח פיזי-צבאי, לרבות פלישה למדינה ללא שימוש בנשק וסיוע לארגונים מזוינים לא מדינתיים (לחץ כלכלי אינו נחשב שימוש בכוח). כלל נוסף: כל התקפה חמושה (בהקשר של הזכות להגנה עצמית) מהווה שימוש בכוח, אבל לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה.

מתקפת סייבר: 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 צפ"ק מהווה "מעשה מלחמה" – שימוש בכוח מצד צפ"ק כלפי ארה"ב. זהו מקרה המראה כי מתקפת סייבר אינה מהווה שימוש בכוח. לעומת זאת, **מקרים בהם מתקפת סייבר תהווה התקפה חמושה אלו מקרים בהם המתקפה גורמת לשחרור כוח קינטי ישיר שיכול לסכן רכוש ובני אדם**. לדוגמא, פריצה למחשבי סכר של מדינה שמטרתה לשחרר את מאגרי המים ולהביא להצפה תהווה שימוש בכוח. העמדה המקובלת היא למתוח את הקו יחסית קרוב לדברים שנראים כמו שחרור כוח קינטי, תקיפת סייבר עם השפעה עקיפה אינה מהווה שימוש בכוח – זאת על מנת לצמצם את הסיבות המאפשרות למדינות לצאת למלחמה.

איום בשימוש בכוח

ע"פ ס'2(4), גם איום להשתמש בכוח (באופן לא חוקי) מהווה הפרה של כללי ה JAB. איום בכוח הוא לא חוקי רק אם האיום הוא שימוש בכוח במצב שלא חוקי להשתמש בו בכוח. קביעה זו נקבעה בחוות הדעת של ה ICJ בנוגע לחוקיות הנשק הגרעיני (פנייה של מדינות ל ICJ שיקבע כי החזקת נשק גרעיני הינה פעולה לא חוקית כי היא מהווה שימוש בכוח, בניגוד אליהם הוא קובע כי ההחזקה בו תהיה חוקית בשתי נסיבות: (1) פצצות גרעיניות טקטיות (2) מקרה שהדבר נדרש להצלת המדינה מאיום על קיומה).

ניתן ללמוד מפסיקה זו נקודה חשובה נוספת – איום בשימוש בכוח לא חייב להיות במילים, הוא יכול להיות גם במעשים. לדוגמא, מדינה אחת מרכזת לוחמים ליד גבול של מדינה אחרת. מעשה עשוי להיות איום אם הוא אמין ונתפס כאיום אמיתי. עם זאת, התגרויות מסוימות יכולות להוות הפרה של החובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום גם אם אינן "איום".

**מתי מותר להשתמש בכוח**

אמנם האו"ם מתירה שימוש בכוח בשני מצבים:

* **מנגנון הביטחון הקולקטיבי (סמכויות מועבי"ט מכוח פרק 7 לאמנת האו"ם)**

כאשר ניסחו את אמנת האו"ם השאיפה הייתה שמנגנון ההגנה הקולקטיבי (הסמכת מועבי"ט) יהיה דרך המלך ומנגנון ההגנה העצמית יהיה חריג זמני שבו מדינה תעשה שימוש בטרם תפנה למועבי"ט שתטפל באירוע. ס' באו"ם אף הניח הקמת כוח בינ"ל שהמטכ"ל שלו יורכב מהרמטכ"לים של צבאות חמשת החברות הקבועות באו"ם, והוא ישמור על השלום בעולם.

מועצת הביטחון יכולה להתיר הפעלת כוח בשני שלבים –

1. ע"פ ס' 39, מועבי"ט רשאית לקבוע שמקרה מסוים הוא איום על השלום/הפרה של השלום, איום/הפרה של השלום העולמי או מעשה תוקפנות ולהחליט על אמצעים שיש לנקוט בהם כדי להשיב את השלום והביטחון.
2. ס' 41+42 מסמיכים את מועבי"ט להורות על שימוש באמצעים שאינם כוחניים או כוחניים כאמצעי אחרון. לפי הרעיון המקורי היה אמור לקום כוח צבאי בפיקוד האו"ם. בפועל, מועבי"ט מסמיכה מדינות להפעיל כוח.

בחינת החלטות מועבי"ט לאורך השנים

עד 1990 – ניתן אישור להשתמש בכוח רק במלחמת קוריאה. אחרי שנות ה-90: יותר אישורים. מדינות החלו לאמץ פרשנות מרחיבה להוראות מועבי"ט. 1998- נאט"ו תוקפת בקוסובו ללא אישור. נטען שמועבי"ט אישרה את ההתקפה בדיעבד. 2003 – במלחמת המפרץ ארה"ב טוענת שפרשנות מרחיבה של החלטה קודמת, מאפשרת שימוש בכוח.

הכשרת פעולה כוחנית ע"י מועבי"ט בדיעבד: נאט"ו התערב בקוסובו בלי אישור מראש של מועבי"ט וקיים ספק לגבי חוקיות התקיפה. אחרי ההשתלטות על קוסובו מועברת החלטה במועבי"ט ש"מלבינה" בדיעבד את המבצע הצבאי של נאט"ו. בשנות ה-90 העמדה המשפטית המקובלת הייתה שמועבי"ט יכולה להכשיר בדיעבד פעולות. בעשורים האחרונים רואים כל מיני מקרים שבהם מדינות עשו שימושים יצירתיים בהחלטות מועבי"ט כדי להצדיק את הפעולות שלהן. למשל, ארה"ב טענה שסמכותה לפלוש לעיראק מתבססת על החלטות שהתקבלו אחרי מלחמת המפרץ הראשונה. בעקבות הניצול לרעה של החלטות מועבי"ט **העמדה הרווחת כיום היא גישה מצמצמת החלטות מועבי"ט לא יכולות להכשיר בדיעבד פעולות כוחניות שמפרות את הJAB. רק החלטה של מועבי"ט שניתנה מראש ובהסמכה מפורשת להשתמש בכוח מהווה אישור חוקי לשימוש בכוח.**

מבחינה היסטורית, ניתן לראות כי עוצמת על אחד מהמחנות משתנה לאורך הזמן. הסיבה לכך היא שכל אחת מגישות אלו מובילה במצבים מסוימים לפתרון רע, ואי אפשר לא לאמץ אף גישה.

* **הגנה עצמית (ס'51 למגילת האו"ם)**

למדינה זכות להגיב באמצעות שימוש בכוח ל"התקפה חמושה" נגד המדינה או נגד בת בריתה, עד להתערבות מועבי"ט. לפי הרעיון המקורי הגנה עצמית הייתה אמורה להיות סעד זמני עד להתערבות מועבי"ט, אך בפועל המדינות אינן סומכות על המועצה.

התקפה חמושה: כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח אך לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה. "**התקפה**" – ירי, כניסת כוח צבאי לשטח המדינה. "**חמושה**" – מבחן עוצמת האקט. ישנן שתי עמדות:

1. העמדה המרחיבה: מבחינת כוח קינטי, די בכדור אחד על מנת שהדבר ייחשב כהתקפה חמושה. הרעיון הוא להגן על זכות המדינה להגנה עצמית בכל מקרה.
2. העמדה המצמצמת: ישנו רף של עוצמה, תקריות גבול בודדות לא ייחשבו כהתקפה חמושה. הרעיון הוא שלא כל אירוע בודד יוביל לפריצת מלחמה (העמדה המקובלת). בפועל מדינות מגיבות גם לתקריות מצומצמות.

"**נגד המדינה**" – ירי אל עבר המדינה, חיסול של ראש המדינה, תקיפה שגרירות וכו'. בחינת מקרים שונים:

1. תקיפת שגריר: עמדת מדינה ישראל היא שתקיפת שגריר מהווה התקפה חמושה כנגד המדינה. יחד עם זאת, זוהי לא העמדה הרווחת. ניתן לראות כי במרבית המקרים בהם גורם שניתן לשייך את מעשיו ע"פ דיני אחריות המדינה למדינה מסוימת תוקף שגריר של מדינה אחרת, המדינה האחרת לא רואה בדבר התקפה חמושה מצידו של התוקף. היא תדרוש פיצויים ממדינת התוקף אך לא תגדיר זאת כהתקפה חמושה – לאור העובדה כי אימוץ עמדה זו מאפשר לכל פרט לפתוח מלחמה בין מדינות. במקרים בהם המדינה כן תראה בתקיפת שגריר התקפה חמושה, נדרש להוכיח קשר הדוק יותר בין התוקף לבין המדינה שלו.

שיעור מס' 17, 22.12.2021

1. תקיפת אזרחי המדינה מחוץ לשטחה: בהקשר זה, הגישה המרחיבה מציגה שתי עמדות:
2. התקפה כזו מהווה התקפה כנגד המדינה ועל כן יש זכות להגנה עצמית.
3. הזכות להגנה עצמית במקרה זה נובעת מתוקף המשפט המנהגי.

**העמדה הרווחת** היא שתקיפה מצד מדינה אחת של אזרחים ממדינה אחרת **לא מקנה** זכות להגנה עצמית עקב חשש של ניצול לרעה (בן ארי סובר אחרת, ד"ר בורר חושב שביחס למקרים בהן סיטואציה זו אכן קורית אין צורך להכיר בכך). בפועל, במבצע אנטבה מועבי"ט לא אמרה משהו חד משמעי כאשר שאר המדינות פנו אליה שתגנה את פעילות ישראל – לא גינתה את מבצע אנטבה, אך גם לא אישרה את הפעולה.

1. תקיפת ארגון לא מדינתי: **הגישה הקלאסית** (מצמצמת) היא שכלל למדינה **אין זכות** להגנה עצמית בתגובה לתקיפה של ארגון לא מדינתי (בשל החשש מהשלכות נלוות, התקפות בין מדינות), **מלבד** בשני מצבים חריגים:
2. מעשה של ארגון לא מדינתי אשר הינו בעל שליטה אפקטיבית בשטח, כדוג' חמאס .
3. במקרה בו ניתן לשייך את הארגון למדינה מסוימת, הקשר בין הארגון למדינה מסוימת חזק מספיק כדי שיהיה ניתן לייחס את פעולות הארגון לאותה מדינה ע"פ דיני אחריות מדינה.

משמעותה של הגישה המצמצמת היא שהתקפה של ארגון לא מדינתי כנגד מדינה, שלא ניתן לייחס אותו למדינה זרה, לא מקימה זכות להגנה עצמית אם הארגון (1) פועל משטח של מדינה זרה או (2) משטח כבוש ע"י המדינה המותקפת. הפעולות בהן המדינה יכולה לנקוט הן פעולות שיטור (כדוג' פעילות חייל צה"ל בשטחים), ובמקרה ומדובר בפעילות במדינה זרה ניתן ללחוץ על המדינה הזרה לבצע פעולות שיטור.

**הגישה המרחיבה** (עמדת ישראל) היא שנוסף על שני החריגים המותרים לפי הגישה הקלאסית, למדינה **יש זכות** להגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי **גם בשני** המצבים הבאים:

1. תקיפה בשטח כבוש מצד מדינה המחזיקה אותו באותו שטח כבוש, בתגובה למתקפה כנגדה מצד ארגון לא מדינתי אם: (א) הארגון הלא מדינתי התוקף פועל מתוך אותו שטח כבוש + (ב) ולא ניתן להסתפק בפעולות שיטור כתגובה לתקיפה.
2. תקיפה בשטח מדינה זרה בתגובה למתקפה של ארגון שיצאה מאותה מדינה זרה, אם המדינה הזרה אינה רוצה / אינה יכולה למנוע את תקיפה הארגון, (זאת למרות שלא ניתן לייחס את פעולות הארגון למדינה כי הקשר בין הארגון למדינה לא מספיק חזק).

בפועל ניתן לראות תנועת מטוטלת. במשך שנים גישת ישראל נדחתה ע"י רוב מדינות העולם משתי סיבות מרכזיות:

* פתח אדיר לניצול לרעה: יש ארגונים מהפכניים רבים בעולם, רוב ארגוני הפשע בעולם הינם ארגונים מזוינים, והם פועלים מדי פעם מול מדינות שונות. קבלת מקרים אלו (1+2) מהווה פתח אדיר לניצול לרעה, כנ"ל כלפי שטח כבוש.
* יש ניסיון היסטורי צרוב של מקרים בהם נעשה ניצול לרעה: במלחה"ע הראשונה מי שתקף היה ארגון לאומי סלאבי שרצה לפרק את האימפריה האוסטרו-הונגרית. הטענה של האימפריה הייתה שסרביה אינה מעוניינת לטפל בארגון זה.

בעקבות מתקפת 11/9 חל שינוי והעמדה המתירנית זכתה לתמיכה רחבה. הטענה הנטענת היא שזוהי דוגמא להתגבשות מהירה של מנהג, נוצר קונצנזוס ששינה את הדין. ה ICJ כתב בעניין חוקיות גדר ההפרדה כי בניית גדר ההפרדה הינה פעולה של הגנה עצמית, והטיעון ההגנה העצמית של ישראל לא רלוונטי בהקשר זה מאחר ומדובר בהתקפה של ארגון מזוין לא מדינתי הפועל מתוך שטח כבוש הכבוש ע"י המדינה המותקפת – המשך צידוד בגישה הקלאסית. לאחר שקיבל ביקורת בנושא, בפס"ד קונגו אשר בו נדרשו לאותו נושא, ה ICJ השאיר שאלה זו בצריך עיון והותיר את הסוגיה ללא הכרעה. בעשור האחרון ניתן לראות צמיחה של תמיכה בגישה הקלאסית עקב מספר מקרים של ניצול לרעה (כדוגמת תקיפת רוסיה בקרים), וכיום המצב עומד על בערך 60% תמיכה בגישה המרחיבה ו40% תמיכה בגישה הקלאסית.

**שימוש בכוח – חלק ב'**

**כללי וובסטר/קרולינה**

כללים יסודיים האומרים כי השימוש בכוח כהגנה עצמית לאחר תקיפה כפוף ל3 מגבלות שנועדו להקטין את הסיכוי שיפתח עימות מזוין ולצמצם את ההיתכנות למלחמה כוללת. הכללים הללו אינם כתובים באמנת האו"ם והם מצויים בדין המנהגי. המגבלות הן נחיצות, מידתיות ומיידיות.

1. נחיצות: אם ניתן לפתור את הבעיה מבלי להשתמש בכוח, אסור להפעיל הכוח. תכלית הכלל הוא שהמלחמה אכן תהיה אקט של הגנה עצמית ולא תהווה פעולה של נקמה/ענישה (דוגמא: אוסטרו הונגריה תוקפת את סרביה למרות שסרביה הסכימה לתנאי האולטימטום). דוגמא למתקפה נחוצה היא מלחמת רוסיה-גיאורגיה. הטענה הייתה כי בהגעת הרוסים ניתן היה לפנות לכוחות האו"ם באיזור, מה שנקבע כטיעון חלש מאחר ולא היה ניתן לסמוך עליהם כי הם אכן יעצרו את הכוחות הרוסים ומשכך גיאורגיה עמדה במבחן הנחיצות.
2. מידתיות: מידתיות יוס אד בלום, לא מידתיות כמו במשפט החוקתי. ניתן להבין תנאי זה בשני אופנים: **פרשנות כמותית** (הגישה המצמצמת), עין תחת עין – ניתן להגיב בעוצמה שדומה לעוצמת התקיפה, המדינה המותקפת רשאית להגיב בהיקף כוח אש דומה למתקפה ממנה סבלה. הבעיה בגישה זו היא שפעמים רבות האיום שנגרם מהמתקפה גדול יותר מעוצמת האש שבוצעה במתקפה עצמה, לא ניתן להסיר את האיום בלי להפעיל יותר כוח ממה שהופעל. לכן, קיימת גישה מרחיבה – **פרשנות איכותנית**, לפיה ניתן להגיב רק בעוצמה הנדרשת להסרת האיום – הפרופורציה היא לעוצמת האיום. הבעיה בגישה זו היא שהערכת גודל האיום הינה סובייקטיבית ועמומה, מה שיכול להביא לתגובה מופרזת (תגובה מופרזת תמימה/תגובה מופרזת מתוך ניצול לרעה). מטרת הכלל: למנוע תגובה מתוך תחושת נקמה (עונשית).
3. מיידיות: יש להשתמש בכוח רק במועד שבו אין כל ברירה אחרת, ורק על מנת להסיר איום מיידי (מחד לא מוקדם מדי ומאידך לא אחרי זמן רב מאוד לאחר ההתקפה).

בנוגע למתקפת מנע (מתקפה מונעת המבוצעת בטענה של הגנה עצמית), יש שני סוגים: (1) הגנה עצמית מפני התקפה צפויה, זאת כאשר קיים מידע מוקדם על מתקפה עתידית (2) הגנה עצמית מונעת, מידע על קיום איום עתידי. כאשר האויב מפתח נשק להשמדה המונית (גרעיני) אשר משלב מסוים לא יהיה אפשרי לתקוף אותו, וברגע שיהיה לו את הנשק לא ניתן יהיה להילחם בו. ישנן שלוש עמדות בנושא:

1. עמדה מצמצמת: כל התקפת מנע אסורה ואינה עומדת בתנאי המיידיות. עמדה זו נסכמת על שני טיעונים, פורמלי ומהותי. הפורמלי טוען כי ע"פ ס'51, הגנה עצמית תיעשה במצב בו קרתה מתקפה ולא במצב עתידי. המהותי אומר כי לרוב אויבים יוערכו בצורה מוגזמת – ישנו חשש מניצול לרעה וחשש ממלחמה בעקבות אזעקת שווא.
2. עמדה מרחיבה: התקפת מנע מהווה הגנה עצמית מותרת. כל מדיניות אחרת מעמידה מדינה במצב של איסור תגובה מול סכנה קיומית.
3. גישת ביניים: הגנה עצמית מפני מתקפה צפויה מותרת, הגנה עצמית מונעת אסורה. הסיכוי לתקיפה במקרה של התקפה צפויה גבוה, אך במקרה של התקפה מונעת הוא יותר נמוך.

הקונסטרוקציה המשפטית שמצדדי שתי הגישות (עמדה מרחיבה + גישת ביניים) נסמכים עליה היא זהה אך התוצאות הן שונות: (א) יש לתת פרשנות תכליתית לס'51 כדי למנוע תוצאה חסרת היגיון (ב) יש היתר להגיב במקרים אלה לפי הדין המנהגי. בפועל ניתן לראות תנועת מטוטלת בין הגישות השונות.

* הגנה עצמית מפני התקפה צפויה: עד 11/9 ישנה תמיכה בגישה המצמצמת. לאחר 11/9, ארה"ב דוחפת את הגישה המרחיבה וגוברת התמיכה בגישות המרחיבות. לאחר שארה"ב ניצלה זאת לרעה, ניתם לראות כי העמדה המקובלת חוזרת לגישה המצמצמת. לדעת ד"ר בורר, כיום יש רוב שתומך בכך שמותר לפעול כנגד מתקפה צפויה.
* הגנה עצמית מונעת: העמדה הרווחת היא שמתקפה כזו היא אסורה. ישנו רוב שמתנגד, אך זהו רוב קטן.

*"עצים הם חמודים אבל אני לא חייב תמיד לחבק אותם".*

**התערבות במלחמת אזרחים במדינה זרה**

**במדינה א' יש מלחמת אזרחים; האם מדינה ב' יכולה להתערב ואם כן לטובת איזה צד?** **3 גישות:**

1. גישה א-סימטרית: למדינה תמיד מותר להזמין מדינה לסייע לה, אבל לגורם לא מדינתי אסור. הגישה הזו תואמת את הרעיון של דוק' אי ההתערבות בעניינים הפנימיים של מדינה, זה חלק מהריבונות של מדינה.
2. דוק' השוויון הנגטיבי: אם יש מלחמה בפנים המדינה אסור להתערב לטובת אף אחד הצדדים כי לא ברור מי צודק.
3. דוק' 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. למשל בהקשר של סוריה ארה"ב הכריזה שהשלטון האמיתי זה צבא סוריה החופשי [ארגון שמאז די התפרק], בעוד שהרוסים טענו לאורך כל שהדרך שזה היה ונותר שלטונו של אסד.

**האם התערבות הומניטרית חוקית?**

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

שתי עמדות:

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

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

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

שיעור מס' 18, 29.12.2021

**דיני לחימה – חלק א'**

מבוא

דיני המשב"ל עוסקים בלחימה מתחלקים לשני קורפוסי דינים עיקריים: (1) דיני שימוש בכוח (2) דיני הלחימה. דיני השימוש בכוח אינם שוויוניים לשני הצדדים (המותקף הוא הצודק והמתקיף הוא האשם) והדינים הם שונים. ההבדלים העיקריים:

1. במה עוסקים: דיני השימוש בכוח, בעוד שדיני הלחימה.
2. תחולת דיני אחריות מדינה: בדיני השימוש בכוח, בעוד שבדיני לחימה
3. האם מתייחס באופן שווה לשני הצדדים: דיני השימוש בכוח, בעוד שבדיני הלחימה

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **דיני שימוש בכוח** | **דיני לחימה** |
| **במה עוסקים** | בעיקר קובעים מתי ותחת אלו תנאים מותר לפתוח בעימות מזוין | מסדירים את הפעילות בזמן הלחימה |
| **תחולת דיני אחריות מדינה** | ככלל אחריותה של מדינה להפרות JAB נקבעת לפי כללי הייחוס הרגילים של דיני אחריות מדינה | כל הפרת JAB ע"י לוחם של מדינה מקימה אחריות על אותה מדינה (הסדר מחמיר יותר מדיני אחריות המדינה הרגילים) |
| **היחס לצדדים** | מראות יחס לא שוויוני, הjab מכיל כללים מסוימים לתוקפן וכללים אחרים לצד המותקף (הצד הצודק) | כללי ה JAB חלים ככלל באופן שווה על שני הצדדים כי הניסיון מלמד ש   1. כאשר ה JAB חל רק על צד אחד זה מוביל להפרתו, 2. כשאיזשהו צד יכול להפר את הכללים הנפגעים יהיו בעיקר אזרחים. |

יש איסור שקובע כי לצד אסור ללחום בזמן שהוא לובש את מדי האויב.

מטרות עיקריות של דיני הלחימה

1. הגנה על אוכלוסייה אזרחית ועל לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (שבויים ופצועים), הנובעת מרציונל מוסרי לפיו תפקיד החיילים הוא להסתכן ואין הצדקה לפגיעה באלו שלא מעורבים בלחימה (כגון אזרחים).
2. מלחמה טוטאלית הינה יעד לא סביר ולא מוסרי. נובע מראייה עתידית לפיה הצדדים הלוחמים ייאלצו להסתדר אחד השני בסופו של דבר.
3. קביעת כללי משחק, שכן יש יתרונות הדדיים בתיאום בין הצדדים.

ישנם כללי JIB שאינם עונים על הרציונלים לעיל. במקרים מסוימים מדובר בכללים היסטוריים שנותרו בספר החוקים.

דיני הלחימה קשורים לשני תחומים מתוך המשב"ל:

1. משפט פלילי בינלאומי: הפרת דיני הלחימה מטילה אחריות לא רק על המדינה אלא אף על הפרט המבצע, ההפרה מהווה פשע בינלאומי.
2. דיני זכויות האדם במשב"ל: החפיפה בין שני התחומים נובעת מכך שחלק נכבד מדיני הלחימה נובע מהרציונל הבסיס לפיו יש זכויות אדם שראוי להגן עליהם גם בזמן מלחמה.

תחולת דיני הלחימה

ישנם שלושה מצבים בהם חלים דיני הלחימה:

1. עימות מזוין בין מדינתי/בינלאומי, כגון מלחמה בין מדינות.
2. שטח כבוש, שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית. בשטח הכבוש ממשיכים דיני הלחימה כל עוד נמשך הכיבוש, גם אם נגמרה המלחמה.
3. סכסוך מזוין שאינו מדינתי/בינלאומי, כגון מלחמת כאזרחים.

בניסוח אחר, דיני הלחימה מתחלקים ל2.5 תת-קורפוסים, בהקבלה ל3 המקרים המצוינים לעיל:

1. **דיני העימות המזוין הבינלאומי (IAC)**

+ דיני הכיבוש (תת קורפוס, תת תחום בתוך דיני ה IAC – בשטחים כבושים ישנן שתי קומות של כללים:

1. דיני הלחימה חלים בשטח כל עוד נמשך הכיבוש (גם אחרי המלחמה)
2. דיני הכיבוש (/התפיסה הלוחמתית) ייחודיים חלים גם הם ולעיתים יוצרים שינויים בדיני הלחימה/ מוסיפים איסורים חדשים.

דינים אלו מוסיפים נורמות, אך לעיתים הם משנים את דיני הלחימה של ה IAC.

1. **דיני העימות המזוין שאינו בין לאומי (NIAC)**

סיווג סכסוך מדינה עם ארגון מסוים שאינו מדינתי החוצה גבולות

1. העמדה הרווחת, **מבחן זהות הצדדים**: אם אחד הצדדים הוא אינו מדינה, הרי שמדובר בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי. לפיכך, הדינים הרלוונטיים הם דיני NIAC – מאחר ודינים אלו נועדו להתמודד עם סכסוך שבו אחד הצדדים הוא ארגון מזוין לא מדינתי. יתרה מכך, בהרבה הקשרים דינים אלו מחמירות פחות ומעמידות מספר מועט יותר של מגבלות.
2. עמדת מדינת ישראל, **מבחן חציית הגבול**: אם מאפיין קבוע של הסכסוך הוא חציית גבול, מדובר בסכסוך בינלאומי. יש לעמדה זו שתי תכליות:
3. תכלית פורמלית: בהגדרה הסכסוך חוצה גבולות ובהגדרה יש אלמנט של מלחמה עם המדינה השנייה. אם לא נחיל את דיני ה IAC המדינה עלולה להצטרף למלחמה.
4. תכלית פרקטית: דיני ה IAC יותר ברורים ולפיכך יש לגביהם יותר חילוקי דעות. על אף שהדבר מעט מכביד, הכללים הללו יוצרים וודאות – מצרך חשוב במלחמה.

מקורות דיני הלחימה

מרבית דיני הלחימה הן מנהגיים. יחד עם זאת, מדינות הרגישו צורך להבהיר את דיני הלחימה ולהוסיף מספר דינים – ולכן ניתן למצוא את דיני הלחימה באמנות. יש דיני לחימה שגם היום המקום היחיד שהם נמצאים הוא במשפט המנהגי (לדוג' דיני הלחימה באוויר). יש גם דיני לחימה שהם אינם מנהגיים ומקורם רק באמנות, ולכן הם יחייבו רק את המדינות החתומות על האמנה הרלוונטית. בנוסף, יש דיני לחימה שאינם מצויים באף אמנה ויש חילוקי דעות בנוגע לקיומם והאם הם דין מנהגי או לא. דוגמא לכך הוא הוויכוח האם מותר להצמיד לרובה סכין, עקב השימוש של הגרמנים בנשק זה במלחמת העולם הראשונה והפסקתם בשל אזהרת בעלות הברית. הוויכוח מעולם לא הוכרע סופית ועל כן מעמדו לא ידוע.

יש דינים הכתובים באמנות ויש ויכוח האם הם מנהגיים או לא. באמנת ז'נבה יש סעיף שאומר שאסור להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש. יתרה מכך, העמדה הרווחת היא שהסעיף אוסר גם העברה וולונטרית והסעיף מנהגי. ישראל טוענת כי אם הסעיף אוסר העברה וולונטרית הוא אינו מנהגי – אם האיסור הוא ע"פ האמנה, הרי שהדבר אינו מנהגי ועל כן אינו חל בשטחים.

היסטורית דיני הלחימה

דיני הלחימה המוכרים כיום החלו להתפתח באופן הדרגתי באירופה של ימי הביניים. עם זאת, הדינים השתנו לאורך השנים. מאמצע המאה ה19 מתחיל ניסיון לבניית קודיפיקציה של דיני הלחימה. הסיבה לכך היא בשל הכניסה למהפכה התעשייתית, מה שמשפיע על המלחמה – המלחמות נהיות יותר מתועשות ויותר קטלניות. ניסוח קוד ליבר: מסמך תוך-אמריקאי המהווה מדריך לדיני הלחימה ושימש השראה לתקנות האג לאחר מכן. אמנת ז'נבה הראשונה אי פעם מנוסחת בעקבות קרב סולפרנו (אירוע שהוביל להקמת הצלב האדום) וכוללת 10 סעיפים העוסקים בטיפול בפצועים בקרב חילות היבשה. הכרזת סנט-פיטסבורג עוסקת באופן ספציפי בכדורים שמתפוצצים בגוף ומכריזה כמה הכרזות כלליות – אסור לגרום סבל ללוחמים, מטרת הלחימה היא להחליש את האויב במידה הנדרשת לסיום הלחימה וכו'. כלליה מהווים דין מנהגי כיום.

ב1906 (לאחר המלחמה הרוסית-יפנית) מבוטלת אמנת ז'נבה הראשונה ומנוסחת אחת חדשה ואחת נוספת לה, העוסקת בפצועים ובנטושים בים. לאחר מלחמת העולם הראשונה – מבטלים את שתי אמנות ז'נבה ומקימים חדשות באותן נושאים, יותר מפורטות, ומוסיפים אמנה שלישית העוסקת בשבויי מלחמה. לאחר מלחמת העולם השנייה מקימים 3 אמנות ז'נבה חדשות מפורטות יותר (ביטול הקודמות) ומאמצים אמנה רביעית העוסקת בדיני זכויות אזרחים.

1899 ניסוח תקנות האג – בעקבות המלחמה הטורקו-רוסית ובהשראת מה שנוסח בבריסל, מנוסחות תקנות האג, ניסיון לבניית קודיפיקציה לדיני הלחימה ביבשה. לצידם עומדות האמנות המרכזיות של דיני הלחימה, כאשר ב1907 נוסח האמנה עודכן ואלו הן תקנות האג שתקפות עד היום. קיים קונצנזוס שכל/מרבית הסעיפים בתקנות האג מהווים דין מנהגי.

ב1949 מנוסחות ארבעת אמנות ז'נבה התקפות כיום – 196 מהמדינות בעולם חתומות עליהן, ולכן בנוגע לאמנות 1-3 יש קונצנזוס כמעט מוחלט שסעיפיהן משקפים דין מנהגי – נטל ההוכחה הוא על מי שטוען שהם אינם מנהגיים, כמעט בלתי אפשרי. לגבי הרביעית, יש מדינה אחת שטוענת כי אמנה זו לא משקפת בכללותה דין מנהגי ויש לבחון כל סעיף לגופו.

אמנת ז'נבה הרביעית יועדה בעיקרה להגנה על אזרחים מתוך מניע הומניטארי, והראשונה מסוג זה. עם זאת, ע"פ הנרטיב המקובל עד אמצע ה120 דיני הלחימה לא הסדירו על הלחימה ב NIAC מאחר והמשב"ל לא העז לחדור את מסך הריבונות. בשל כך, ס'3 משותף לכל האמנות (נמצא בכל אחת מהן, שאף מדינה לא תוכל להתחמק ממנו) וכולל הסדרה בסיסית של דיני הלחימה בסכסוכים שאינם בינלאומיים (מלחמת אזרחים). ישנה אמירה לפיה כללים אלו חלים בכל הסכסוכים (מדינתיים ושאינם מדינתיים). קיים קונצנזוס שהפרה האיסורים המפורטים בס'3 מהווה פשע מלחמה.

1977 נוספו שני פרוטוקולים נוספים לאמנת ז'נבה שמטרתם להוסיף ולפרט את דיני הלחימה הקיימים. הפרוטוקול הראשון AP1 עוסק בסכסוך מזוין בין מדינות. הפרוטוקול השני עוסק ב NIAC מאוד ספציפי – כאשר העימות מתרחש בתוך שטח של מדינה אחת וצד לא מדינתי שולט בחלק מהשטח של המדינה. על פרוטוקולים אלו חתומות 170 מדינות בהן לא נכללו רוסיה, ארה"ב, הודו וישראל. חלק נכבד מהסעיפים במדינות אלו משקפים דין מנהגי כיום, ולפיכך מחייבים גם את ישראל וגם את ארה"ב מתוקף הדין המנהגי.

ב1998 אומצה אמנת רומא של ה ICC, ס'8 שלה מגדיר פשעי מלחמה כאשר בהגדרה פשע מלחמה הינו הפרה של דיני לחימה – מה שמפרט בעקיפין דיני לחימה.

עקרונות דיני הלחימה

דיני הלחימה כוללים ארבעת עקרונות יסוד:

1. **צורך צבאי:** עקרון לפיו אין לבצע פעולות שאין להן תכלית צבאית (לדוג' איסור על פעולות שתכליתן ענישה). זהו עיקרון מגביל, לא עיקרון משחרר – ההנחה היא כי גם ללא הסדרה מפורשת, כל אחד מדיני הלחימה מבטא איזון בין עיקרון הצורך לתכליות אחרות. לפיכך, לא ניתן לטעון כי הפרת דיני לחימה נעשתה מצורך. העיקרון מתבטא במספר דינים הקובעים שיש מעשים שעשייתם ללא צורך צבאי אסורה (כמו הריסת רכוש אזרחי והטלת אימה על אוכלוסיית האויב).
2. **אבחנה:** חלה חובה כפולה – (1) חובה להבחין בין לוחמים (בהם מותר לפגוע במכוון) לבין אוכלוסיות שאינן נוטלות חלק פעיל בלחימה (אזרחים, שבויים, עצורים ופצועים) (2) חובה לאבחן בין מטרות צבאיות שמותר לתקוף לבין אובייקטים אזרחיים שאסור לכוון התקפה כנגדם.
3. **מידתיות JIB:** מגביל את המידה בה ניתן לגרום לנזק אגבי. כאשר תוקפים מטרה צבאית מותרת יש לבחון האם הנזק הצפוי לאוכלוסייה האזרחית מופרז ביחס ליתרון הצבאי שיופק מההתקפה. מותר לבצע התקפה כל עוד הנזק האגבי לאזרחים אינו מופרז ביחס ליתרון הצבאי שהושג מההתקפה. את מידתיות התקיפה בוחנים לפני המידע שהיה למפקד מלכתחילה (לפני התקיפה).
4. **הומאניות:** חל גם באינטראקציה עם הלוחמים. כאשר תוקפים, אסור לגרום ללוחמי האויב סבל שאינו נחוץ להכרעת האויב (רלוונטי בעיקר לשימוש בכלי נשק שגורמים לסבל). יש ויכוח עד כמה מדובר בעיקרון לאורו נגזרים איסורים בנשקים ספציפיים.

מועד תחילת העימות

בסכסוך מזוין בין מדינות דיני הלחימה חלים מהכדור הראשון. לעומת זאת, במלחמת אזרחים וגם בסכסוך טרנס-לאומי קיים חשש שכלל דומה ינוצל ע"י משטרים להשתיק מחאות. על כן, בהקשר של סכסוכים שסווגו כ NIAC, נדרש רף גבוה יותר כדי שיחולו – והרף הזה קובע שצריך להיות ארגון לצד הלא מדינתי ועוצמת הלחימה צריכה להיות יחסית גבוהה. אינדיקטורים נוספים לבחינה זו – משך המלחמה וסוג הנשקים. עדיין נותר קושי העמימות.

**מטרות צבאיות ואזרחיות**

מהי מטרה צבאית –

1. עצם שמטבעו מספק תרומה אפקטיבית לפעילות צבאית
2. עצם שלפי שימושי, בהווה או בזמן הקרוב, תורם לפעילות צבאית
3. עצם שמספק תרומה אפקטיבית לפעילות צבאית בשל מיקומו

לעומת זאת, מטרות אנושיות: לוחמים של צבא מדינתי לעולם יהיו מטרה צבאית. אזרח הוא מטרה צבאית רק אם הוא תורם לליחה, ורק בזמן שהוא תורם ללחימה.

שיעור מס' 19, 05.01.2022

**דיני לחימה, חלק ב': דיני כיבוש**

כיבוש לכשעצמו אינו מהווה הפרה של המשב"ל (בניגוד לטענות שמאל), ואף פעמים רבות כיבוש הינו מצב משפטי שהמשב"ל מסדיר בצורה מפורטת ומסדרת. לפיכך, כיבוש חוקי לפי תנאים מסוימים, אחד מהם הוא ההנחה כי כיבוש אמור להיות מצב זמני. דיני הכיבוש במשב"ל הם חלק מדיני הלחימה של IAC ולכן בכל מקרה שבו חלים דיני הכיבוש, חלים גם דיני הלחימה. בנוסף, המונח כיבוש אינו בהכרח בעל משמעות פוליטית (בניגוד לטענות ימין) אלא **מונח משפטי ניטרלי**.

מבוא

הגדרה לא פורמאלית לכיבוש: מצב בו כוח צבאי של מדינה מסוימת מחזיק בשטח שאינו שטח ריבוני של אותה מדינה. לאור העובדה כי השטח אינו שטח בריבונות המדינה יוצא ש**כיבוש נועד להיות מצב זמני**, בו הצבא הכובש משמש מעין נאמן זמני לניהול השטח הכבוש. ע"פ תקנת 55 לתקנות האג ניתן לראות אזכור נוסף בנוגע לאלמנט הזמניות של כיבוש. דיני הכיבוש הם שכבה נוספת של דינים שחלה בשטח כבוש **במקביל** לדיני הלחימה.

דיני הכיבוש נועדו להסדיר שתי מערכות יחסים:

1. בין מעצמה כובשת למדינה ממנה נכבש השטח: המדינה הכובשת מחזיקה את השטח בנאמנות, כמחזיק זמני של השטח.
2. בין מעצמה כובשת לאוכלוסייה בשטח: על המדינה הכובשת להגן על זכויות האוכלוסייה הנכבשת ככל שניתן, כריבון זמני יש לו חובה כלפי האוכלוסייה הכבושה.

לאור האופי של שתי מערכות היחסים הללו, לכוח הכובש מותר לפעול אך ורק מתוך קטגוריה מצומצמת של שיקולים:

1. לטובת השלטון הקודם
2. טובת תושבי השטח הכבוש
3. צורך צבאי צר (צורך לא כמו במצב של מלחמה, מצומצם יותר)
4. שמירה על הסדר הציבורי

חלק קטן מהם נמצא במשפט הבינלאומי המנהגי, רוב דיני הכיבוש הם גם מנהגיים וגם הסכמיים (גם כמנהג וגם באמנה כלשהי). עיקר דיני הכיבוש נמצאים בתקנות האג, ארבע אמנות ז'נבה ובמספר אמנות נוספות שהעיקרי בהן הוא הפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה. ישנו קונצנזוס לפיו מה שנחתם בתקנות האג נחשב כדין מנהגי. ע"פ הדעה הרווחת בעולם אמנת ז'נבה הרביעית, כמו שלושת האחרות, בעלת נורמות מנהגיות.

**הגדרת כיבוש נמצאת בתקנות האג:** שטח נחשב כבוש כאשר הוא בפועל נמצא תחת סמכותו של צבא זר. הכיבוש יתפרש רק על אותה טריטוריה שבה סמכות זו הוקדמה וניתן להפעילה – בגדול, **בשביל כיבוש נדרשת שליטה אפקטיבית של הכוח הצבאי הזר בשטח (מבחן זיהוי שטח כבוש).** באמנת ז'נבה אין הגדרה לכיבוש, אך נקבע כי גם שטח שנתפס ללא לחימה/התנגדות צבאית יכול להיות שטח כבוש. מסעיף זה ניתן לראות כי מנסחי האמנה הניחו כי ישנה הגדרה למושג כיבוש והניחו עליה הנחות נוספות. העמדה המקובלת היא שמבחן השליטה האפקטיבית חל גם באמנת ז'נבה. באמנת ז'נבה נקבע שלאחר שנה מיום תפיסת השטח, חלק מדיני הכיבוש מפסיקים לחול – העמדה הרווחת כיום היא שסעיף זה נחשב בגדר אות מתה, הוא אינו תקף וחובות הכוח הכובש גדלות ככל שעובר הזמן.

מתי מתחיל כיבוש: מבחן השליטה האפקטיבית

ישנן ארבע סוגיות העולות מן הדרישה לשליטה אפקטיבית:

1. **מתי מתקיימת שליטה אפקטיבית?**

לשאלה זו קיימות שתי גישות פרשניות שונות: אחת (ICJ) אומרת כי השטח נחשב כבוש רק במצב בו הכוח הצבאי הקים בפועל שלטון צבאי (משטר) המנהל את השטח. גישה זו פותחת פתח אדיר לניצול לרעה, ועל כן זוהי גישת המיעוט היום. העמדה הרווחת היא עמדת הפוטנציאל: אם לכוח הצבאי יש את הפוטנציאל להקים משטר, הרי שמדובר בכיבוש ומכאן חלים החובות על כוח צבאי כובש. הבעיה בגישה זו היא שפוטנציאל הינו מונח עמום ועל כן מקרים מסוימים יהיו שנויים במחלוקת. בג"צ מחזיק בעמדה זו (ניתן לראות זאת בפס"ד ממבצע קדש וממלחמת לבנון).

1. **האם שליטה יכולה להיות הדרגתית?**

הדיון בזמני תחולת השליטה ואיתם תחולת החובות המוטלות על הכוח הכובש – האם ניתן להגדיר שליטה כהדרגתית או שהתשובה לכך ברורה בלבד. גם כאן ישנן שתי עמדות שונות: העמדה המסורתית טוענת כי דיני הכיבוש חלים באופן דיכוטומי (כן/לא). עמדה אחרת הנמצאת בעלייה סוברת כי דיני הכיבוש חלים באופן מדורג, כגדול השליטה כך גודל החובות. **גישת ביניים**: כל עוד ישנה תלות מסוימת בין הכוח הכובש לאוכלוסייה הכובשת – עליו הכוח הכובש למלא את חובותיו.

1. **האם תיתכן שליטה בלי כוח צבאי בשטח?**

העמדה המסורתית הייתה עמדת "מגפיים על הקרקע": תנאי הכרחי לקיומו של כיבוש הוא הימצאות הכוח הצבאי בשטח. עם זאת, במצב בו כוח צבאי תופס שטח גדול ומעוניין לכבוש עוד, תוך ידיעה כי לא תהיה התנגדות של האוכלוסייה בשטחים אלו (מה שיביא לאי השארת כוח צבאי בשטחים הכבושים), ייתכן מצב של התחמקות הכוח הכובש מדיני הכיבוש החלים עליו. לפיכך, התגבשה עמדת ביניים ("כיבוש קפיצה") לפיה שטח ייחשב כבוש גם כאשר הכוח הצבאי לא נמצא בשטח אך אותו צבא יכול להקפיץ לשם כוח שינהל את השטח במקרה של בעיות. העמדה השלישית הינה עמדת "מכלול הנסיבות": בדיקת מכלול הקשרים בין השטח לכוח הכובש, ובהתאם לעוצמה נגיע למסקנה האם מדובר בשטח כבוש או לא.

1. **האם שליטה יכולה להיות באמצעות פרוקסי (גוף שלוח של גורם אחר)?**

ה ICJ טוענת שכן רק אם המדינה שולטת שליטה אפקטיבית. לעומתם, ה ICTY טוענת ששליטה יכולה להיות ע"י פרוקסי רק אם המדינה שולטת שליטה כוללת בפעולות הפרוקסי.

**מעמד איו"ש**

עמדת ישראל

איו"ש הינו שטח כבוש לפי תקנות האג אך לא לפי תקנות ז'נבה – דיני הכיבוש של תקנות האג חלים על השטח בעוד שדיני הכיבוש המצויים באמנות ז'נבה לא חלים בשטח. עם זאת, המדינה מוסיפה כי היא לוקחת על עצמה באופן וולונטרי לקיים את הנורמות ההומניטריות מתוך דיני הכיבוש המצויים באמנת ז'נבה. המוטיבציה לעמדה זו נעוצה בשני סעיפים בתקנות ז'נבה:

* ס'49: אוסר על העברה המונית של אוכלוסייה של הכוח הכובש לתוך השטח הכבוש. אם הסעיף חל, התנחלויות מהוות הפרה שלו).
* ס'47: קובע באריכות שלא ניתן לספח שטח שנכבש באופן שפוגע באוכלוסייה המקומית. מדינת ישראל לא רצתה לספח את כל השטחים לאור הבעיה של רוב ערבי גדול באוכלוסייה, אלא לספח רק חלקים.

**הבסיס המשפטי המבחין בין תחולת תקנות האג לתקנות ז'נבה באיו"ש לטענת ישראל:** מבחינה פורמלית, סעיפי תקנות האג מתייחסים לצבא העוין ופחות למדינת המקור של השטח, מלבד כותרת של הפרק. מכאן ניתן לראות כי המוטיבציה מאחורי תקנות האג הייתה להחיל את דיני הכיבוש רק במקומות בהם בשטח הכבוש מצוי כוח צבאי עוין. בנוסף, תקנות האג הן מנהגיות ולכן הן חלות בכל סיטואציה ולא רק כאשר מדובר בשטח ששייך למדינה זרה. לעומת זאת, בס'2 לאמנת ז'נבה המגדיר את תחולת האמנות, נאמר כי הן יחולו בעת מלחמה ובנוסף יחולו גם בכל המקרים של כיבוש מלא או חלקי של טריטוריה של אחת מהמדינות החתומות – גם אם אותו כיבוש הושג ללא התנגדות צבאית. ירדן אמנם חתומה על אמנת ז'נבה, אך השטח לא שלה – לא מדובר על כיבוש של שטח של מדינה חברה ולכן האמנה לא חלה. האמנה מקובלת כמנהג עוד לפני 1967.

העמדה המקובלת

1. פרשנות שונה של אמנות ז'נבה: תכלית הפסקה השנייה היא הרחבה של תחולת האמנה למקרים בהם בוצע כיבוש ללא קרב. מטרת ס'2 כולו היא לספק הגנה לאוכלוסייה של שטח כבוש, וכך יש לפרש אותה. איו"ש סופח לישראל במסגרת מלחמה בין ישראל לירדן. כך קבע גם ה ICJ בחוות הדעת בעניין הגדר.
2. כל מדינות העולם חתמו על אמנות ז'נבה וכולן (פרט לישראל) טוענות שמדובר בדין מנהגי. לאור היקף החתימות, קשה לטעון שהאמנה הרביעית אינה מנהגית. הערה: עמדת ישראל נסמכת גם על הסכמי הפסקת האש, כתב המנדט והנוסח האנגלי של אמנת ז'נבה. טענות אלו בעייתיות ונחלשות עם הזמן.

שיעור מס' 20, 06.01.2022 + שיעור מס' 21 07.01.2022

**משפט בינלאומי פלילי**

במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומי

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

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

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

המשותף לארבעת הקטגוריות האמורות (על פי הנרטיב המקובל 3 דברים):

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

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

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

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

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

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

**היסטוריה מקובלת**

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

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

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

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

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

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

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

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

**דיון צד: קשיים שהעלו משפטי WWII** (חלקם קיימות במידה מסוימת מה גם כיום), ומה המענה שביה"ד בנירנברג טען שהמשב"ל הפלילי מספק לקשיים אלו : **טענה - רטרואקטיביות: ה**איסורים הרלוונטיים שהיו קיימים במשב"ל חלו על מדינות ולא על אנשים. תשובה: טיעון פורמאליסטי: מדינה זה פיקציה (מאחורי מסך הריבונות מסתתרים אנשים שהם אלו שבאמת מבצעים את המעשים, כך שאיסורי המשב"ל תמיד פנו אל אנשים. השאלה היחידה האם נסמכים רק על סנקציה קולקטיבית) מענישים את המדינה, משמע, עושים את החיים קשים בדרך אחר לכל בני האדם החיים תחת הקולקטיב הזה, או שגם נסמכים על סנקציה פלילית שמענישה את האנשים הספציפיים שביצעו את מעשה ההפרה.

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

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

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

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

החסרונות בפועל:

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

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

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

סמכות אוניברסאלית

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

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

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

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

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

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

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

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

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

הבעיות בבתי דין מעורבים

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

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

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

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

הכללים שחלים לגביו:

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

**פשעים בינלאומיים גרעיניים – הגדרות:**

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

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

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

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

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

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

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

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

**מאפייני פשעים נגד האנושות (קשר הדוק לדיני זכויות האדם)**

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

**השמדת עם**

ישנם 2 רכיבים:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

שיעור מס' 22, 12.01.2022

**דיני זכויות אדם**

בניגוד לרוב כללי המשב"ל, דיני זכויות האדם עוסקים **במה שקורה בתוך המדינה** ולא ביחסים בין המדינות. מבחינה היסטורית כללים אלא התפתחו לאחר מלחמת העולם השנייה, בהשראת העובדה שכבר קודם לכל התפתחו מספר תחומים בודדים במשב"ל בהם התכלית המרכזית של הדינים באותו התחום היא הגנה על זכויות של בני אדם – הכוונה בעיקר לדיני הלחימה ולמשטר ההגנות על זכויות מיעוטים. מלחמת העולם השנייה ערערה את התפיסה לפיה כל מדינה דואגת לאזרחיה.

הסכם לונדון: מוקם בי"ד בינלאומי שבו, ע"פ הנרטיב המקובל, לראשונה נקבע שרדיפה של אזרחים מהווה פשע בינלאומי (פשע נגד האנושות). לפי הנרטיב המקובל, השופטים בנירנברג הבינו שמדובר בחידוש ולכן הם פירשו את הצ'רטר של נירנברג ככזה שמאפשר להם לעסוק רק בפשעים נגד האנושות שאירעו בקשר למלח"ע ה-2 ונמנעו כלל מלדון בפשעים נגד האנושות לפני 1939 וזאת מתוך ההנחה שהדברים שבוצעו אחרי המלחמה היו אסורים כבר ע"י דיני הלחימה.

1945: כאשר מוקם האו"ם, שיקולים תקופתיים כגון קולוניאליזם והיעדר זכות בחירה הגבילו את האזכור בחוקת הארגון של נורמות המשב"ל לענייני פנים-מדינתיים. כן ניתן למצוא מספר אזכורים שמגדירים את זכויות האדם כאחד הנושאים המצויים בסמכות ואחריות האו"ם:

* 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 וחירויות אדם יסודיות ללא אפליה.
* ס'55-56: על מדינות הועלם לסייע לארגון לקדם שמירה על זכויות אדם וחירויות יסוד ללא אפליה.

קידום זכויות אדם באו"ם

מעורבות האו"ם בתוך המדינה מעלה מתח בין שני עקרונות: אין בעיה להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה מחד, ומאידך יש רצון וצורך לשמור על זכויות אדם בסיסיות. בפועל, האו"ם דומיננטי מאוד בתחום זכויות האדם ופועל במסגרת ארגוני משנה.

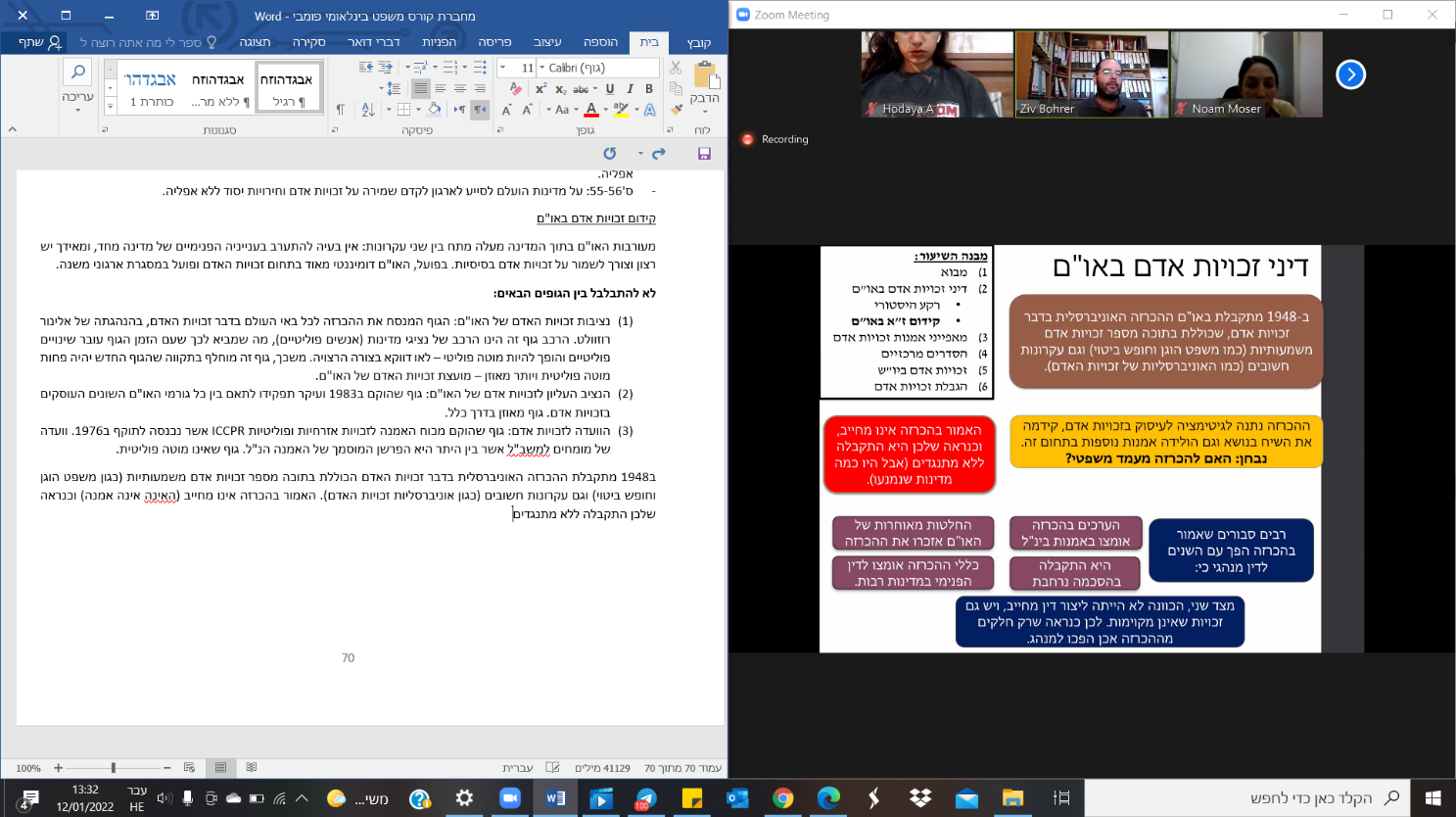
**לא להתבלבל בין הגופים הבאים:**

1. נציבות זכויות האדם של האו"ם: הגוף המנסח את ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם, בהנהגתה של אלינור רוזוולט. הרכב גוף זה הינו הרכב של נציגי מדינות (אנשים פוליטיים), מה שמביא לכך שעם הזמן הגוף עובר שינויים פוליטיים והופך להיות מוטה פוליטי – לאו דווקא בצורה הרצויה. משכך, גוף זה מוחלף בתקווה שהגוף החדש יהיה פחות מוטה פוליטית ויותר מאוזן – מועצת זכויות האדם של האו"ם.
2. הנציב העליון לזכויות אדם של האו"ם: גוף שהוקם ב1983 ועיקר תפקידו לתאם בין כל גורמי האו"ם השונים העוסקים בזכויות אדם. גוף מאוזן בדרך כלל.
3. הוועדה לזכויות אדם: גוף שהוקם מכוח האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות ICCPR אשר נכנסה לתוקף ב1976. וועדה של מומחים למשב"ל אשר בין היתר היא הפרשן המוסמך של האמנה הנ"ל. גוף שאינו מוטה פוליטית.

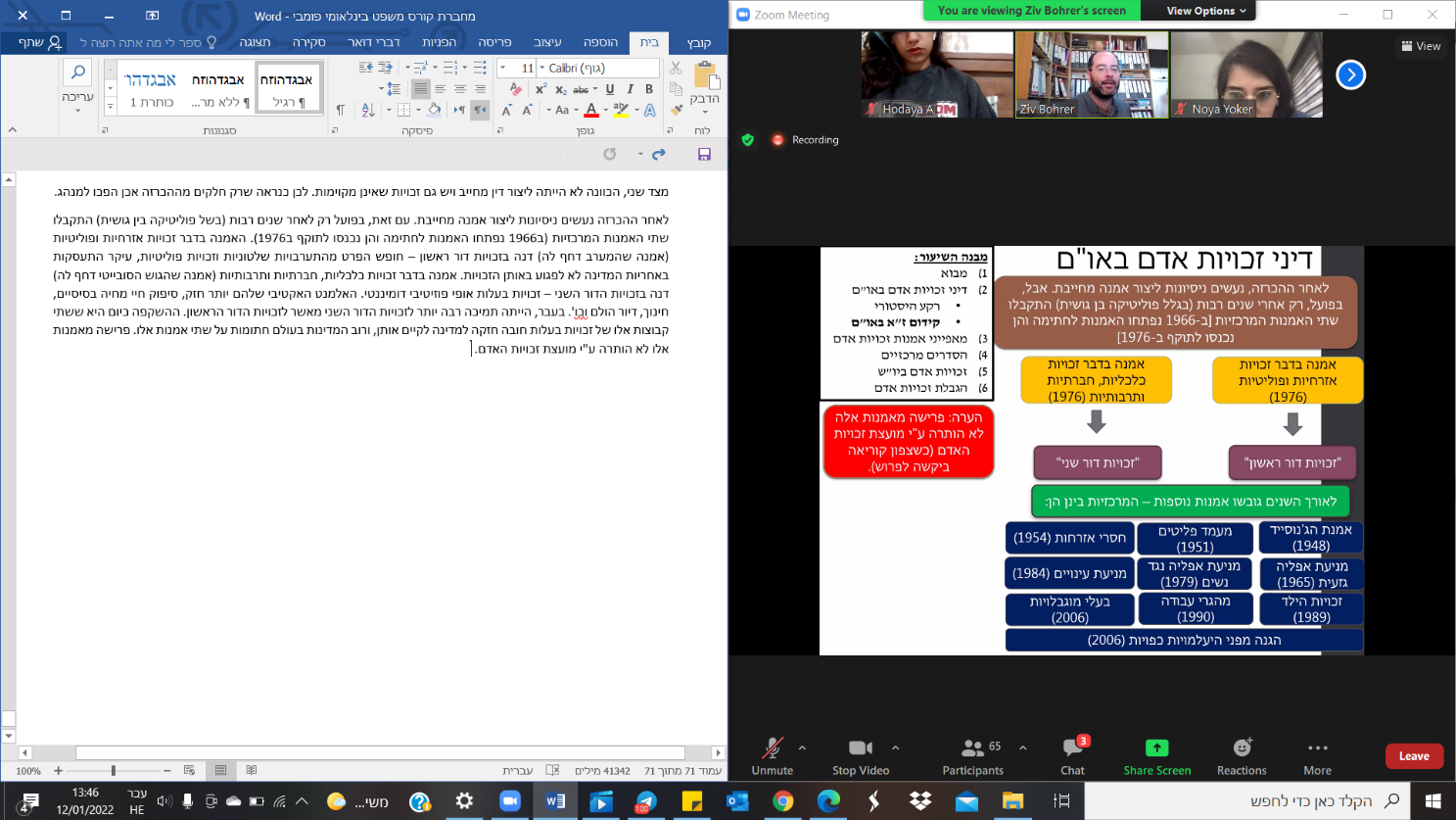
ב1948 מתקבלת ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם הכוללת בתוכה מספר זכויות אדם משמעותיות (כגון משפט הוגן וחופש ביטוי) וגם עקרונות חשובים (כגון אוניברסליות זכויות האדם). האמור בהכרזה אינו מחייב (היא אינה אמנה) וכנראה שלכן התקבלה ללא מתנגדים (היו מספר מדינות שנמנעו).

ההכרזה נתנה לגיטימציה לעיסוק בזכויות אדם, קידמה את השיח בנושא וגם הולידה אמנות נוספות בתחום זה.

רבים סבורים כי האמור בהכרזה הפך עם השנים לדין מנהגי מאחר ו:

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

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

לאחר ההכרזה נעשים ניסיונות ליצור אמנה מחייבת. עם זאת, בפועל רק לאחר שנים רבות (בשל פוליטיקה בין גושית) התקבלו שתי האמנות המרכזיות (ב1966 נפתחו האמנות לחתימה והן נכנסו לתוקף ב1976). האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (אמנה שהמערב דחף לה) דנה בזכויות דור ראשון – חופש הפרט מהתערבויות שלטוניות וזכויות פוליטיות, עיקר התעסקות באחריות המדינה לא לפגוע באותן הזכויות. אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (אמנה שהגוש הסובייטי דחף לה) דנה בזכויות הדור השני – זכויות בעלות אופי פוזיטיבי דומיננטי. האלמנט האקטיבי שלהם יותר חזק, סיפוק חיי מחיה בסיסיים, חינוך, דיור הולם וכו'. בעבר, הייתה תמיכה רבה יותר לזכויות הדור השני מאשר לזכויות הדור הראשון. ההשקפה כיום היא ששתי קבוצות אלו של זכויות בעלות חובה חזקה למדינה לקיים אותן, ורוב המדינות בעולם חתומות על שתי אמנות אלו. פרישה מאמנות אלו לא הותרה ע"י מועצת זכויות האדם.

לכל האמנות הגלובאליות יש להוסיף גם אמנות אזוריות העוסקות בזכויות אדם, כגון האמנה האירופית לזכויות אדם.

מאפייני אמנות זכויות אדם

כאשר מדובר בזכויות אדם, אין למדינות אינטרס לוודא שהדין נאכף במדינות אחרות – מה שיביא לכשל אכיפתי. כדי למנוע את הכשל האכיפתי, אומצו באמנה מנגנונים שונים ונורמות שונות שמטרתם לצמצם את אותו כשל אכיפתי:

1. באמנות רבות מוקם גוף עצמאי/וועדה שמטרתו לקדם את יישום האמנה במספר דרכים:
2. הוועדות מקבלות דוחות תקופתיים מהמדינות (ודוחות צללים) בהם דיווח על מצב זכויות האדם במדינה, ומפרסמות את הערותיהן לדיווח של המדינה.
3. כל וועדה מהווה את הפרשן המוסמך של האמנה שהקימה אותה, ובהתאם לכך כל וועדה מפרסמת הערות פרשניות על נוסח האמנה, שבעזרתן ניתן להבהיר מושגים שונים באמנה ולתחום את היקפה.
4. חלק מהאמנות כוללות מנגנון המאפשר למדינות אחרות להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בין הפרת זכויות אדם לפי האמנה.
5. חלק מהאמנות כוללות מנגנון המאפשר לפרטים להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בגין הפרת זכויות אדם לפי האמנה. ככלל, מנגנון שכזה קבוע בפרוטוקול אופציונאלי, כך שפרטים יכולים להגיש לוועדה תלונות רק נגד מדינה שחתמה על המנגנון האופציונאלי.
6. ישנן הגבלות על הסתייגויות מאמנות העוסקות בזכויות אדם. הוועדה לזכויות אדם עסקה בכך וקבעה כי:
7. הסתייגות לא יכולה להיות מנורמה מנהגית/קוגנטית. מאחר ורוב זכויות האדם הפכו מנהגיות, לא ניתן להסתייג מרוב זכויות האדם.
8. הסתייגות לא יכולה לפגוע בתכלית ובייעוד האמנה. ביחס לזכויות אדם, תהיה זו הסתייגות הפוגעת בעקרון ההגדרה העצמית, עקרון השוויון, הצורם ביישום האמנה בדין הפנימי והמגבלות על זכות החריגה.
9. לדעת הוועדה, בהקשר של ICCPR הוועדה היא הגורם המוסמך להכריע האם הסתייגות מסוימת חוקית, כאשר אם ההסתייגות לא חוקים האמנה חלה על מדינה ללא ההסתייגות. עם זאת, חשוב לזכור כי ILC מחזיק בדעה אחרת לגבי ההשלכות של הסתייגות לא חוקית, ולפיה המילה האחרונה הנוגע להסתייגות ולפרישה מהאמנה היא של המדינות החברות עצמן כקולקטיב.

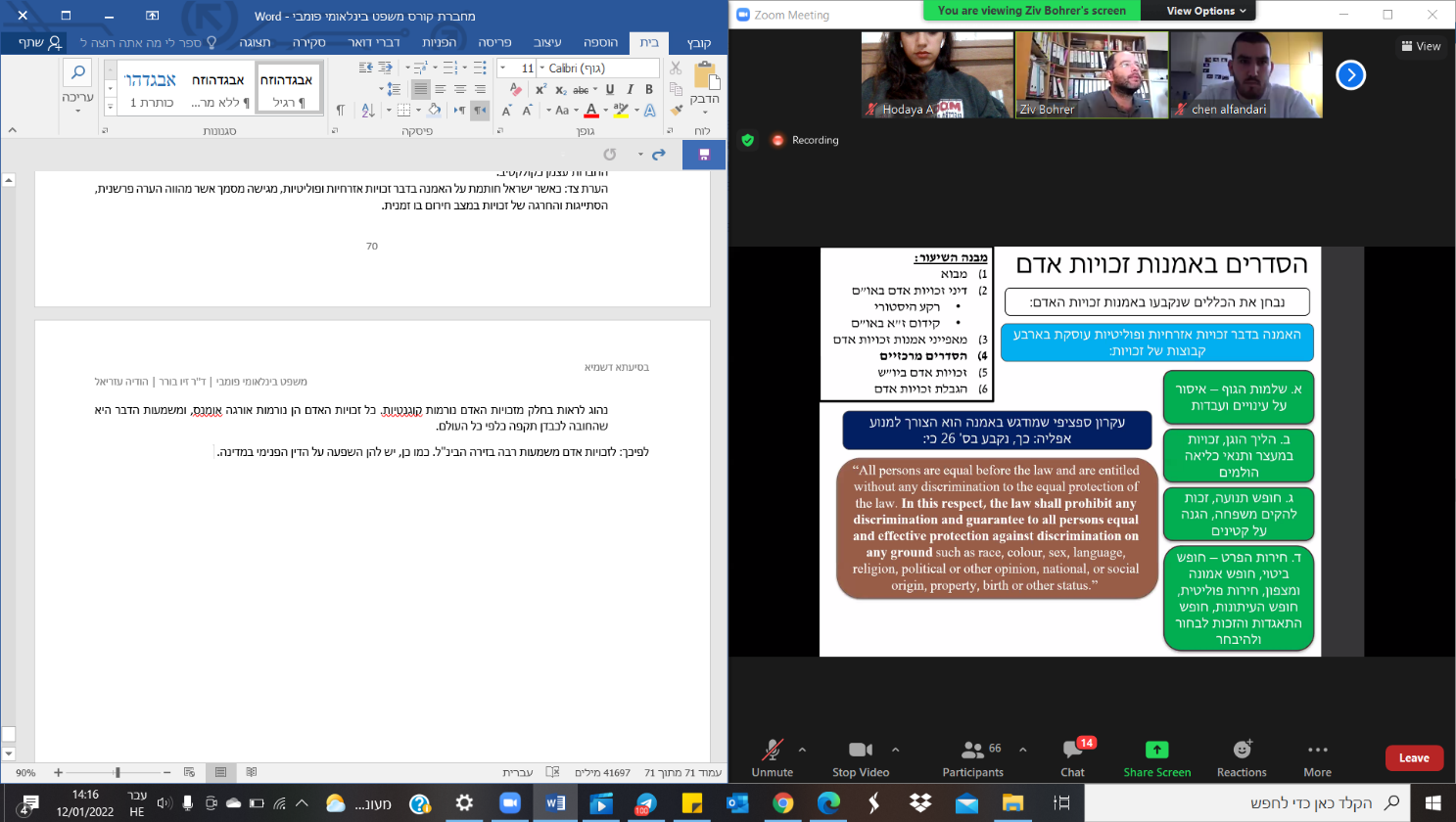
הערת צד: כאשר ישראל חותמת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, מגישה מסמך אשר מהווה הערה פרשנית, הסתייגות והחרגה של זכויות במצב חירום בו זמנית.

נהוג לראות בחלק מזכויות האדם נורמות קוגנטיות. כל זכויות האדם הן נורמות אורגה אומנס, ומשמעות הדבר היא שהחובה לכבדן תקפה כלפי כל העולם.

לפיכך: לזכויות אדם משמעות רבה בזירה הבינ"ל. כמו כן, יש להן השפעה על הדין הפנימי במדינה.

הסדרים מרכזיים

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות עוסקת בארבע קבוצות של זכויות:

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

עקרון ספציפי שמודגש באמנה הוא הצורך למנוע אפליה, ולכן נקבע בס'26 כי אין להפלות בין בני אדם מכל סיבה שהיא – מוצא, נטייה, גזע, מין, אמונה דתית, מקור לידה או כל סטטוס אחר.

סעיף חשוב הוא סעיף 2, הקובע מספר עקרונות חשובים:

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

הגבלות על זכויות אדם

באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות יש סעיפים המאפשרים הגבלה של/פגיעה בזכויות אדם במקרים מסוימים. יש מקומות בהן הרשות לפגוע בזכות מובלעת בתוך מילת שסתום – דוגמא לכך היא הזכות לחירות האוסרת על הגבלה שרירותית – מה שמאפשר הגבלה של הזכות כל עוד מוכיחים שההגבלה אינה שרירותית. בנוסף, ישנן זכויות אבסולוטיות בהן לא ניתן לפגוע, כדוג' הזכות לא לסבול בעינויים.

הגבלת זכויות אדם במצב חירום

במצב של חירום האמנה כוללת מנגנון של החרגה/גריעה מתחולה. המנגנון קובע כי מדינה יכולה להוציא מתחולה חלק מהזכויות הנמצאות באמנה מפאת קיומו של מצב חירום. כדי לעשות זאת יש לעמוד בסדרה של תנאים:

1. המדינה ניצבת מול מצב חירום כללי המאיים על חיי האומה
2. מדינה הכריזה על שעת חירום בהתאם להליכים החוקתיים
3. המדינה הודיעה למזכ"ל האו"ם על השעיית הזכויות
4. האמצעים הפוגעים בזכויות בהן נוקטת המדינה הם נחוצים ומידתיים במידה הנדרשת במדוקדק מפאת מצב החירום
5. האמצעים הללו עומדים בקנה אחד עם התחייבויות בינ"ל אחרות של אותה המדינה (לדוג', אסור להפר את דיני הלחימה)

עם זאת, יש זכויות שלא ניתן להחריג אותן גם במצב חירום, כדוג' האיסור על עינויים והזכות לחיים.

תחולת דיני זכויות אדם על ישראל ביו"ש

ישראל התנגדה במקור לתחולת דיני זכויות אדם ביו"ש על סמך שני טיעונים אשר כל אחד מהם מציף סוגיה יותר כללית:

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

שיעור מס' 23, 13.01.2022

**הפרכת טענות ישראל**

מידת התחולה האקסטריטוריאלית של האמנות

כל מדינה החברה באמנה לוקחת על עצמה את המחויבות לכבד ולהבטיח עבור כל הפרטים (כל בני האדם) הנמצאים בטריטוריה שלה והכפופים ל jurisdictionאת הזכויות המוכרות לפי האמנה.

**עמדתה במקור של ישראל:** מדובר בתנאים מצטברים והחובות באמנה חלות על מדינה רק ביחס לאנשים שנמצאים גם (א) בשטח ריבוני של המדינה וגם (ב) תחת סמכות השיפוט של המדינה – לפיכך, האמנה אינה חלה על ישראל בשטחים. ישראל גם פירשה את המונח jurisdiction פרשנות צרה כמתייחס רק למצב בו המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה חלים. עם הזמן, חל שינוי מסוים בעמדת ישראל, וכיום ישראל מכירה כי החובות של האמנה חלות עליה גם בשטחים.

**העמדה הרווחת כיום:** (1) מדובר בתנאים חליפיים (2) יש להעניק משמעות רחבה למונח jurisdiction כמתייחס לכל מצב בו לגורמי המדינה יש שליטה אפקטיבית על השטח הרלוונטי או על האדם הרלוונטי. לכן, כיום ישנה הסכמה יחסית רחבה לפיה החובות באמנות זכויות האדם חלות על מדינה גם לבטח (א) ביחס לאנשים בנמצאים בשטח שאותה המדינה מחזיקה תחת כיבוש (ב) וביחס לאנשים שגורמי המדינה מחזיקים (תפסו/עצרו/חטפו/כלאו). עם זאת, מונח השליטה האפקטיבית הינו עמום ולכן בנוגע לשלל מצבים אחרים יש וויכוחים האם יש בהם מספיק שליטה כדי להטיל חובות על המדינה.

זכויות האדם אינן חלות כאשר הן מתנגשות עם דיני הלחימה

בעבר ההשקפה הקלאסית הייתה כי ברגע תחולת דיני הלחימה – לא חלות זכויות האדם. דיני זכויות האדם התפתחו על מנת לעסוק בשלום ולא במלחמה, ולכן במצב של מלחמה דיני המלחמה מוציאים את דיני זכויות האדם החוצה. המעדה הרווחת כיום היא שדיני זכויות האדם חלים במידה מסוימת לפחות. כלל כזה יטיל נטל כבד על הכוחות הלוחמים. זהו תהליך של כ25 שנה, במהלכן הדעות משתנות. מספר שלבים בתהליך:

1. ICJ (חו"ד הנשק הגרעיני) + ביה"ד אירופי לזכויות אדם: עצם זה שחלים דיני הלחימה לא מגרש את זכויות האדם, דיני אדם יחולו רק כשיש לקונה בדיני הלחימה, ויפורשו באופן שיתאים להקשר של לחימה.
2. ICJ (בעניין קונגו) + ביה"ד אירופי לזכויות אדם: עמדה לפיה ככלל יש תחולה של דיני זכויות אדם ודיני הלחימה במקביל, וככלל יש לפרש את דיני הלחימה לאור דיני זכויות האדם. לא תהיה תחולה לדיני זכויות אדם רק כאשר בבירור דין לחימה ספציפי קובע קביעה שונה מזה הקבוע בדיני זכויות אדם. פרשנות רחבה בנוגע למתי קיימת לאקונה בדיני הלחימה הדורשת מילוי ע"י זכויות אדם.
3. בי"ד אירופי לזכויות אדם בפס"ד מ2021: צעד אחורה, הקובע כי בשדה הקרב ממש אין תחולה לדיני זכויות אדם. מחוץ לשדה הקרב הממשי, עדיין חלה הגישה של שלב ב' (פרשנות דיני הלחימה לאור דיני זכויות האדם).

**בשנים האחרונות ישראל משנה מעט את עמדה ומאמצת את גישת שלב א', זאת תוך הענקת פרשנות צרה.** דוגמא לכך ניתן לראות הדו"ח ועדת טירקל: "במצבים של עימות מזוין, המשב"ל ההומניטרי הוא הדין המיוחד. המצבים הכרוכים בפעילויות אכיפה מסורתיות במהלך עימות מזוין, ימלא הדין הכללי של משפט זכויות האדם הבינ"ל את החסר (לאקונה) במשב"ל ההומניטארי. לדעת הוועדה, לא חל משטר נורמטיבי נפרד של משפט זכויות האדם הבינ"ל במקום המשב"ל ההומניטארי, אלא נורמות מסוימות של זכויות אדם חלו תעל מנת להשלים את החסר בכללי המשב"ל ההומניטארי".