משפט בינלאומי פומבי

**דרישות הקורס**

- אין זום לקורס אלא ישלח הקלטות

- הציון יהיה מורכב מ100% מבחן סופי, אלא אם לא תהיה מספיק נוכחות בכיתה ואז יהיו 4 בחנים.

- יש סילבוס מפורט במודל, לא ישלח מיילים עם חומרי קריאה. צריך להבין לבד מה צריך לקרוא לכל שיעור.

**הבהרה חשובה**

כאשר אומרים משב״ל בקורס זה מדברים על משפט בינלאומי פומבי לא פרטי.

שיעור מס׳ 1

**מהו המשב״ל?**

קיים כושי להגדיר מהו בדיוק המשפט הבינלאומי פומבי משני סיבות:

1. המשפט הבינ"ל הוא "חיה מוזרה" - אנחנו רגילים למערכות משפט מדינתיות, ומערכת משפט שמתנהגת אחרת מקשה עלינו להבין את מהותה. אנחנו רגילים למערכת משפט אשר מתרכז באזרחי המדינה ולא המדינות עצמם. אנו רגילים לעצם העובדה שהרשות המחוקקת של הריבון הוא המחוקק ולא למצב שבו המדינות מחוקקות חוקים לעצמם. יתר על כן במקום שהרשות השופטת וגורמי אכיפת החוק של הרשות המבצעת יהיו אלא שיאכפו את הדין. במשפט הבינלאומי הקלאסי לרוב יש אכיפה עצמית.
2. מגמת הגלובליזציה גורמת להתרחבות של המשב"ל לתחומים רבים וחדשים. המשב"ל מתפתח ומשתנה בהתאם לתחום שאותו הוא מסדיר. קשה להגדיר דבר דינמי שמתעצב לנגד עינינו, במיוחד כאשר קצב השינוי משתנה גם בין תתי-תחומים בתוך המשב"ל (חלק עדיין פועלים לפי המודל המדינתי באופן מוחלט).

**השופט חשין בפס״ד מראעבה נ׳ רוה״מ**

"המשפט הבינלאומי עבר תהפוכות רבות ומבורכות בעשרות השנים האחרונות. זכורני כי לפני יובל שנים - ואני סטודנט צעיר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים - היה מקצוע המשפט הבינלאומי הפומבי (להבדילו מהמשפט הבינלאומי הפרטי) מקצוע זניח ושולי (הגם שנלמד בקורס חובה). המשפט הבינלאומי הפומבי כלל לא ראינוהו - אנו הסטודנטים - ראוי לתואר "משפט", וליחס דומה זכו המוסדות של הקהיליה הבינלאומית ובהם בית הדין הבינלאומי. **חלפו שנים, והמשפט הבינלאומי הלאומי הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו-שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט.** כך הוא, למיצער, בענייניהם של אזורים מסוימים או בענייניהן של מדינות מסוימות על פני הגלובוס. טוב שכך נתפתח המשפט הבינלאומי הפומבי, אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיותו שיטת משפט מן-המניין, שיטת משפט שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות."

* חשין בעצם טוען שלמרות ההתקדמות של המשב״ל, יש לה עוד הרבה להתפתח עד שיהיה אפשרי להשתמש בו.

מערכת המשפט הבנילאומי מתרחבת ככל שהעולם נהיה יותר גלובלי (בזכות האינטרנט ומערכות שונות):

1. סחר בינלאומי – לדוגמה, כאשר אנו מזמינים פריט מחו"ל – יש צורך בהסדר לאומי לגבי תשלום המס (למי מהמדינות נשלם אותו?).
2. חציית גבולות מבלי לזוז מהכיסא – בעזרת האינטרנט אנו לא צריכים לזוז מהכיסא בשביל להיות בכל העולם. בנאמו של שבתאי, הוא מתאר את השפעת המשפט הבינלאומי על חיי היום יום של כל אחד ואחד מאיתנו.

חלק מהמשפט הבינלאומי לא פונה רק למדינות אלא גם לתאגידים ולגופים אחרים. גם האכיפה לא מתבצעת רק ע"י בתי המשפט, אלא גם על ידי בתי דין. כמו כן, כל אחד מחלקיו של המשפט הבינלאומי מתפתח באופן שונה ובמהירות שונה.

המשפט הבינלאומי העכשווי בחלקו עדיין מתנהג כמו המשפט הבינלאומי הקלאסי,אך כיום בחלקים כאלו ואחרים של המשפט הבינלאומי כבר ניתן לראות:

שהנתין – לא רק מדינות.

בנוסף, המחוקק – לא רק המדינות.

יתר על כן אכיפת הדין – לא רק אכיפה עצמית או וולונטארית.

**התפתחות היסטורית של המשפט הבינלאומי:**

גם בעידן העתיק היו דינים שהינו מגדרים אותם כמשפט בינלאומי: בעיקר בתחומים של דיני מלחמה ושלום.

אבל המשפט הבינלאומי המודרני כמו שאנחנו מכירים אותו היום מתפתח בהדרגתיות (על היסודות הקדומים יותר כמובן), בתהליך שבמידה רבה משיק ומגיב להתפתחותן ההדרגתית של המדינה.

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

לפי סיפור וספליה: בהסכמי וספליה האמורים, הריבונים של כל אחת מהיחידות הגאוגרפיות-הריבוניות שהיו קיימים באירופה (יחידות שמהן, במידה רבה, התפתחו המדינות שקיימות כיום באירופה) שלא להתערב בענייני הדת בתוך תחומן של כל אחת מרעותיה  (כמו גם שלא להתערב בעניינים פנימיים אחרים האחת של השנייה). לעקרון אי-ההתערבות האמור הסכימו, כחלק מאותו תהליך שלום, גם האפיפיור וכן גם הקיסר של האימפריה הרומית הקדושה.

עובדה זו חשובה שכן שני הגורמים הללו טענו עד אז, במידה רבה, כי יש להם סמכות שהיא עליונה לזו של שליטי היחידות הגאוגרפיות-הריבוניות השונות, ויתר על כן, חלק נכבד מהשליטים של היחידות הללו הכירו, במידה זו או אחרת, בסמכות של לפחות אחד משני הגורמים הללו.

עם חתימת ההסכמים נוצרו לראשונה ישויות הגאוגרפיות-ריבוניות שמחד, בזירה הבינלאומית בעלות מעמד משפטי שווה (אין מעליהן כל ישות בעלת סמכות עליונה), ושמאידך, בזירה הפנימית של כל אחת מהן, ריבון הישות הגאוגרפיות-ריבוניות הוא הסמכות העליונה (חופשי לנהל את ענייניו ללא שלאיזה גורם חיצוני תהיה סמכות חוקית להתערב).

סיפור ווסטפליה ממשיך ומספר לנו שהמשפט הבינלאומי נולד, הלכה למעשה, סמוך לאחר לידת המדינות (אם לא כבר בעצם החתימה על האמנות הבינלאומיות שנחתמו בווספליה); המדינות שנוצרו, יצרו את המשפט הבינלאומי ככלי לתאם ולהסדיר את האינטראקציה בניהן (זה נכון שהמדינות שאבו השראה מנורמות שהיו קיימות קודם, אך נורמות אלו, אומר לנו סיפור וסטפליה, לא נועדו להסדיר יחסים בין מדינות.

לאמיתו של דבר, הסיפור הזה הוא מיתוס, והמדינה המודרנית, כפי שאנחנו מכירים אותה היום, היא תוצר של תהליך הדרגתי שהחל הרבה לפני הסכמי וסטפליה ושהגיע לשיאו עמוק לתוך המאה ה-19.

לכן, הסכם וסטפליה הוא בעצם הסכם חסר משמעות. הסכמי וסטפליה הינם הסכמים מזויפים שנוצרו לאחר תקופת המשפט הבינלאומי, ונעשה בהם שימוש בכדי לקדם את עצמאות וסטפליה.

-הבהרה זו חשובה על מנת שנזכור שלעיתים כאשר אדם מעביר לנו מידע היסטורי הוא לעיתים מנסה לקדם אינטרס שלו. עלינו להטיל ספקות בסיפורים היסטוריים – וזאת משום שההיסטוריה מסובכת.

* תקופה ראשונה – משפט בינלאומי קלאסי (ממוקד מדינות).
* תקופה שנייה – לאחר מלחמת העולם השנייה (אם לא כבר מתחיל אחרי מלחמת העולם הראשונה, תחילה הפריחה של אגונים בינלאומיים כמו האו"ם).

1. מיקוד בבני אדם – זכויות האדם.
2. מיקוד בבני האדם – הטלת סנקציות ישירות על בני אדם, נירברג.

* תקופה שלישית – שנות ה90 ואילך:

1. התחזקות הגופים הבין מדינתיים – WTO, האיחוד האירופאי, טריבונלים בינלאומיים.
2. התחזקות גופים לא מדינתיים – תאגידים בינלאומיים, ארגוני טרור חוצי גבולות, הפשע המאורגן, NGO מולטי לאומיים.

* תקופה רביעית – התנגדות למשפט הבינלאומי, brexit, טרמפ.

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

מסוף המאה ה-18, מתחזק, תהליך שהחל עוד קודם של חילון של המשפט הבינלאומי (תהליך שאת ראשיתו, עוד קודם לכן, יש נטייה לייחס להוגו גרוטיוס)

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

לפי זיו בורר נקודת התחלה טובה יותר ניתן למצוא בכתביו של Alberico Gentili, שקדם לגרוטיוס (1552-1608), שם נכתב בפשטות Silete theology in munere alieno!!"(או בתרגום לעברית – תיאולוגים תשתקו כאשר אתם מחוץ לשדה שלכם (משמע, כאשר מדובר במשפט בינלאומי) – אבל גנטלי אמר את זה כחלק מניסון להציג טיעון לפיו מותר לטבוח תורכים ללא הבחנה או רחמים, ולכן סקירות היסטורית עכשוויות מעדיפות לדלג עליו.

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

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

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

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

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

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

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

מלחמת העולם השנייה מזכירה לקהילה הבינלאומית שמאחורי המדינות מסתתרים אנשים ומתבהר שיש צורך לעיתים שהמשפט הבינלאומי יפנה ישירות אל האנשים הללו; במקור (משמע, סמוך לאחר מלחמת העולם השנייה) היא מדובר בצורך שכזה משני סוגים:

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

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

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

לסיכום, כאשר אנו מנסים להגדיר את המשפט הבינלאומי כיום:

ישנו ספקטרום – בקצה אחד מערכת משפט שמטרתה להסדיר את ההתנהגות הבין מדינות.

בקצה השני – מערכת משפט שהשליטה של המדינות ביצירת הדין בה קטנה ושהמושא בה הוא בני אדם.

עיקר המשב"ל עדיין פועל מאוד קרוב לקצה "הקלאסי".

**הגדרת המשפט הבינלאומי פומבי:**

מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינלאומית (שמורכבת ממדינות, ארגונים בינלאומיים וגורמים נוספים) ע"מ להגשים את הערכים של הקהילה הבינלאומית ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה. מערכת זו פועלת תחת ההנחה כי הכללים והמנגנונים שלה מחייבים את חברי הקהילה הבינלאומית אליהם הם מכוונים, ואכן מרבית חברי הקהילה הבינלאומית, במרבית המקרים מצייתים לכללים ולמנגנונים של המערכת.

שיעור מס׳ 2

**למה מצייתים למשב״ל?**

כל מערכת משפט ניצבת לפני קושי של צידוק מוסרי למה צריך לציית לו.

בלאסה פסקל (1669) אומר ״שכל סיבה מוסרית שניתן לסבור כי קיימת להצדקה לציית לחוקים... ניתן להראות שהיא חסרת ערך אם בוחנים אותה מנקודת מבט זו או אחרת״.

עם השנים מתפתח מחנה תורת משפטי – אין סיבה להצדקה מוסרית למה לציית לחוק, אלא יש לבחון זאת מסיבה נוספת, וזוהי הגישה הפוזיטיבית – לבחון למה מצייתים לחוק בפועל.

**הגישה הפוזיטיביסטית**

אבי הפוזיטיביזם, ג'ון אוסטין, הגדיר נורמה משפטית כפקודה של הריבון המגובה בסנקציה. הריבון, להגדרת אוסטין, הוא מי שמסוגל לאכוף את הסנקציות שלו- תוך ויתור על ההצדקה המוסרית לציות.

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

לסיכום- המשפט הבינלאומי איננו 'משפט'.

* אין הפרדה בין הריבון לכפופים- מערכת אופקית. המדינות יוצרות ומצייתות למשפט הבינלאומי (או שלא מצייתות..)
* אין מערכת מובנית וסדורה של סנקציות.
* מערכת בתי המשפט הבינלאומיים לא מחייבת. (סמכות ה-ICJ תלויה בהסכמת הצדדים).
* אין מערכת אכיפה

**הגישה הריאליסטית- גישות עובדתית של המשפט.**

הריאליסטים לוקחים את הגישה של אוסטין והופכים אותה למשהו שלילי. לדעתם במערכת משפט מדינתי, הכל מבוסס על כוח, אינטרסים ופוליטיקה. המסקנה מכך היא שהשלטון אינו לגיטימי.

בנוגע למשב״ל הם אומרים שהמדינות אינן יצורים מנומסות באמת אלא פועלות בהתאם למה שטוב להן. הכל הצגה ומתי שזה לא מתאים להן המדינות תפרנה את המשפט הבינלאומי.

**האם הפוזיטיביזם והריאליזם הקיצוני צודקים?**

ג'ון בולטון, שגריר ארה"ב באו"ם , פרופסור ליחסים בינלאומיים ולאחר מכן יועץ לביטחון לאומי של טרמפ. לפיו, האום עובד רק כאשר ארה"ב רוצה שהוא יעבוד, ואם לא אז הוא לא עובד (ארה"ב לא כפופה לאו"ם). זו השקפה מאוד חזקה של ריאליזם קיצוני.

לדעת הרצוג – הכל אינטרסים ופוליטיקה, ולכן אין להיות כפופים להחלטת האו"ם.

המסר – הכל אינטרסים, פוליטיקה, אין עניין של חוק.

האם אוסטין או הגישות הריאלסטיות צודקים? האם באמת איום בסנקציות מספיק?

התשובה היא לא, כי ברגע שאנחנו נפסיק לפחד מהסנקציה ליחידות האכיפה אין מספיק כוח כדי לאכוף את החוק. בסופו של דבר האיום בסנקציה הוא לא הסיבה שאנחנו באמת לא מפרים את החוק, אלא הוא יכול להיות רק אלמנט משלים. ולכן אוסטין והעמדות הריאליסטיות לא מספקות תיאור מספיק טוב של המציאות. אלא יש סיבות נוספות שמדרבנות לציית לחוק. ורק בשל הציות מהסיבות האחרות הסנקציות יכולות להרתיע.

**למה מצייתים לחוק הישראלי?**

אחת הסיבות המרכזיות לציות לחוק היא **הרגל.** "הרגל חברתי" זה מהווה תשובה חזקה מאוד לריאליסטים, כי הרגל מופנם ע"י חלשים וחזקים כאחד. הפנמה זו כה חזקה עד שלעיתים החזקים מתחילים לחשוב שההרגל משמש את האינטרסים שלהם (או פשוט נלקח כמובן מאליו). חלק נכבד מהאינטרסים שלנו מעוצבים על ידי החברה שאנו חיים בה. לכן, לפעמים מה שנגדיר כאינטרס שלנו בעצם עוצב ע"י הנורמות שעיצבו את החוק.

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

**אם כן מהם הסיבות שאנו מצייתים לחוק הישראלי שתקפים גם לחוק הבינלאומי?**

1. **הפנמה והרגל:** לכל מדינה יש קבוצת משפטנים שעוסקת במשב"ל. המשפטנים הללו הם חלק מקהילה בינ"ל של משפטנים, ובמסגרת זאת מפנימים נורמות של משב"ל. הם מפיצים ומטמיעים את הנורמות שהפנימו כחלק מהנורמות המדיניות, והמדינה המגבה אותם (כי היא מעוניינת להיות חלק מהקהילה הבינ"ל). בצורה כזו נורמות בינ"ל הופכות לחלק מהדין המקומי, מופנמות ע"י הציבור והופכות להיות חלק מההרגל ממש כמו הדין הישראלי.
2. **שיקולים של יחסי גומלין ותיאום:** אי אפשר לקבוע דיני תעופה או תקשורת מבלי שיהיה לכך אלמנט משב"לי. לעיתים נציית לנורמה שלא נוחה בטווח הקצר כדי להימנע מ"שבירת כלים" בטווח הארוך. (לדוגמה ISO- International Organization for Standardization). בנוסף לפעמים אנו מצייתים לכללי המשחק גם אם נפסיד לפעמים, כיוון שכשאנחנו ננצח אנחנו נרצה שגם האחרים יצייתו לכללים.
3. **פחד מסנקציות:** למרות שמערכת הטלת הסנקציות לרוב פחות מוסדרת או ממוסדת מאשר במשפט המדינתי, אך החשש מסנקציות (ישירות, אלימות, פליליות או כלכליות) עדיין קיים.
4. **דעת קהל בינלאומית ופנימית:** יש מדינות שאכפת להן מהאופן שבו הן נתפסות בעולם, עד כדי השפעה בפועל על התנהלותן. יש מדינות שמושפעות גם מדעת הקהל מבית (צרפת הצטרפה ל-ICC עקב לחץ פנימי).
5. **מוסר:** גם במשב"ל יש נורמות שקיימות מסיבות מוסריות שאנחנו רוצים שיהיו אוניברסליות . למשל, איסור על ביצוע רצח עם.
6. **היררכיה:** מעמדה של המדינה בעולם משפיע על מידת הציות שלה.

**למה מדינות לא מצייתות למשב"ל?**

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

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

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

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

מעצמות יכולות לאפשר לעצמם להפר את המשפט הבן לאומי יותר ממדינות אחרות כי עדיין אנשים ירצו לשחק איתם. למדינות מבודדות כבר אין יותר מה להפסיד, לא משנה איזה סנקציה יתנו להם זה לא יכול להיות יותר גרוע מהמצב שהם נמצאים בו. אך רוב המדינות בעולם לא יהיו מעצמה ולא מדינות מבודדות ולכן הם חיות בטוח האמצע שיש להם אינטרס יותר חלק לציית למשב״ל אבל זה לא אומר שכולם שוות מעמד וכולם יצייתו לחוק.

**במדינת ישראל** יש תחושת נחיתות, התחושה היא שאנחנו יותר חלשים ממה שאנחנו באמת. "מדובר במדינה קטנה וצעירה אשר מוקפת באויבים" אבל זה לא נכון. פחות מ50% ממדינות העולם קטנות ממנה, פחות מ50% ממדינות בעולם נוצרו לאחריה, ויש לה המון חברים. במציאות מדינת ישראל היא מדינה בינונית ויותר חזקה ממה שהיא תופסת את עצמה.

**5.** **מידת לגיטימיות הכלל**: ככל שהכלל נתפס כיותר לגיטימי, יותר מצייתים לו. כמו שהרבה יותר איסורים לעניין זיהום הים התיכון יופרו מאשר איסורים על רצח. לדוגמה אמנת הדואר מנגנון שפיצה מדינות מסוימות כיוון שהיו חלשות יותר. הקושי בדואר הוא הק"מ האחרון והיקר ביותר, לכן אמנת הדואר הולכת למדינה שעושה את הק"מ האחרון. ב1840 זה עזר לארה"ב אך בשלב מסוים זה התחיל לשחק לטובת הסינים והמנגנון נתפס במדינות מערביות יותר וזו מחאתו של טרמפ, אך יהיה יותר כבד לפרק את המערכת הזו, מאשר להמשיך בה.

**המגמות במשב״ל ותוצאותיהן:**

המשפט הבן לאומי עוסק ביותר תחומים ויש יותר דינים, יש יותר התחזקות של מוסדות המאפשרות להטיל סנקציות. המשמעות של הדברים האלה היא שיש יותר ויותר מקרים שבהם המשפט הבן לאומי רלוואנטי ולכן יש יותר מקרים בהם מדינות נמצאות בדילמה האם לציית או להפר את המשפט הבן לאומי. בנוסף יש התגברות במתח בין ה״פוליטי״ ל״נורמטיבי״. קיימים מקרים בהם זה מאוד ברור שהחוק מייצר נורמות מוסריות. יש מקרים שזה ברור שהחוק מבטא אינטרס צר של מישהו אך הוא לא יגיד זאת במפורש אלא ינסה לטעון שזהו חוק מוסרי. ולכן נוצר מתח בין נקודת מבט שאומרת שהנורמה היא ערכית לעומת נקודת המבט שאומרת שהנורמה היא לא ערכית אלא ההפרה היא ערכית ואיפה האמת נמצאת זה שאלה של השקפה. לדוגמה, דיני הלחימה. פשעי מלחמה זהו דבר לא מוסרי ולכן יש התגברות של אמצעי אכיפה נגדם במשב״ל. אך הפריחה של המשב״ל מייצר גם אינטרסים לגיטימיים מסוימים להציג את האיום שלהם כמפרים של המשפט הבינלאומי. זה נקרא lawfare- לוחמות משפט. הבעיה בריאליזם קיצוני הוא התעלמות ממורכבות. ולכן אין תשובה אובייקטיבית האם דיני הלחימה הם לגמרי מוסריים או לגמרי פוליטיים.

**ועדת וינוגרד**

**רות גביזון** משתייכת לריאליזם הקיצוני. לפיה, המשפט הבינלאומי ודיני הלחימה הם אינטרסים, נציית בכדי להיראות טוב ואם לא אז זה בכדי להביך אותנו. הכל מושחת והכל אינטרסים.

לעומתה **מזוז** אומר שיש אלמנטים האחרים שטילים את המטוטלת לצד השני.

1. **אלמנט מוסרי**, דיני הלחימה התפתחו על מנת להגן על האזרחים. וזה שהצד השני מפר אותם לא נותן לנו את הלגיטימציה גם להפר אותם.
2. **הקטנת הסיכון לקציני צה״ל מהעמדה לדין**, המשב״ל התפתח ומנגנוני האכיפה כיום יותר רציניים מבעבר. ולכן אם נפר את דיני הלחימה אז חיילי צהל יכולים למצוא את עצמם מעומדים לדין על ידי מדינות אחרות במפני הICC.
3. **חופש הפעולה של צה"ל תלוי בלגיטימיות**

-שעון חול צבאי – מגדיר לנו כמה זמן ניתן לנו לעשות בפועל משימה מסוימת (עד עלות השחר).

- שעון חול מדיני – אנו לא חיים לבד בעולם. יש לנו חברים אשר מצפים מאיתנו להתנהג בדרך מסוימת, ובלי הגב שלהם אנחנו לא יכולים להילחם. שעון החול המדיני משמעותו כמה זמן החברות שלנו בעולם תהיינה מוכנות לתת לנו גב לפעולה, למרות התמונות מלחמה שאינן נראות טוב ומשודרות בCNN, וככל שאנו פועלים יותר לפי כללי המשב"ל – שעון החול המדיני שלנו הוא ארוך יותר, ונקבל יותר חופש לפעול.

במבצע "ענבי זעם" שעון החול נגמר ברגע שנחת פגז בבסיס האו"ם והרג אזרחים, זהו בעצם הרגע שבו הופרה המשפט הבינלאומי.

שיעור מס׳ 3

מבחינה פורמלית אם רוצים למצוא את הנורמות המחייבות של המשב״ל אין מסמך אחד שמפרט אותם. אך קיים אמנה שעוסקת בICJ , בסעיף 38 ניתן למצוא את הנורמות העיקריות של המשב״ל. סעיף זה מחלק בין נורמות ראשיות לנורמות משניות.

שני הנורמות המרכזיות הם:

1. אמנות בינ״ל (משפט בינלאומי הסכמי)
2. מנהג (דין בינ״ל מנהגי)

ככלל אין אנרכיה בין שני הנורמות הללו.

הנורמות המשניים אשר מצוינים בסעיף הם:

1. עקרונות משפט כליים המקובלים על האומות בנות תרבות- עקרונות המשותפים להרבה מערכות משפט מדינתיות- מיושמים כשיש לאקונה.
2. פסיקה של בית דין בינ״ל- מקור משני בלבד המהווה אמצעי עזר, במשב"ל אין תקדים מחייב (לא ממש משפיע). אלא הפסיקה מחייבת רק את שני הצדדים הרלוואנטיים. ככל שהבית דין הספציפי יותר נחשב מתייחסים לפסיקה שלו יותר.
3. כתיבה של מלומדים ומומחים במשפט הבינלאומי אשר מפרסמים מאמרים. בעבר התחשבו מאוד בכתביהם של מלומדים. היום פחות אלא אמצעי עזר בלבד שאינו קובע את הדין.

לסעיף 38 יש שני תפקידים מרכזיים:

1. תפקיד פורמלי- הסעיף מפרט את הכללי עזר שעומדים לרשות שופטי הICJ כאשר הם באים לקבוע את הדין. לדוגמה: סעיף קטן 2 מציין שעומדת להם הזכות בהסכמת הצדדים לפסוק ע"פ כללי הצדק (לא נורמה משפטית במשפט הבינלאומי, אך מהווה הסדר מקביל למה שנקרא במשפט הישראלי פסיקה על דרך הפשרה).
2. מבחינה תיאורטית- נותן לנו אינדיקציה מהם המקורות הנורמות המרכזיים שקיימות במשפט הבינלאומי. למרות שיש מקורות נוספים שלא מצוינים שם.

**דין בינלאומי מנהגי**

‘International custom, as evidence of a general practice accepted as law”

**מהו מנהג?**

למנהג יש שני מרכיבים:

1. היסוד העובדתי: ״פרקטיקה מקובלת של מדינות״ (state practice).
2. היסוד הנפשי: תחושת מחויבות של המדינות לפיה הם מבצעות את הפעולה שהן מבצעות בגלל שהמם מרגישות מחויבת משפטית לפעול בדרך זו- Opinio Juris (OJ) .

* דוגמה ל-OJ ניתן למצוא בהתפתחות דיני הים, לגבי מים טריטוריאליים. פעם מדינות שייטו בכל מקום, עד שמדינות החוף דרשו שיכבדו את "פרטיותן".
* דוגמה נוספת, אסור לראות על אנשים מהצוות הרפואי כל עוד הם לא נושאים עליהם נשק.
* דוגמה למוסכמה בינ"ל שאינה OJ - שטיח אדום בטקסים ממלכתיים.

ישנו משל מפורסם שבאמצעותו ממחישים את המנהג: ישנם שני כפרים שוויצרים שביניהם מדרונות ודשא. כדי להגיע מכפר אחד לשני כל אדם הולך בדרך אחרת, עד שלבסוף נוצר שביל. ככל שהשביל מתבהר אנשים רבים יותר צועדים בו. זו הפרקטיקה הכללית המקובלת. מתי היא הופכת לדין מנהגי? ברגע שחברי הקהילה הרלוונטית (משתמשי הדרך, תושבי שני הכפרים) מתחילים לתפוס את המצב ככזה שבו יש להם חובה משפטית ללכת רק בשביל. הם מאמינים שבסטייה מהשביל הם מפרים את החוק. **בהתקיים שני האלמנטים הללו**- 1] **פרקטיקה כללית מקובלת** **ו**-2] **תפיסתה כחובה משפטית** **נוצר דין מנהגי**.

**הקושי בהסתמכות על המנהג**

1. **חוסר וודאות ונוחות לגבי תוכן המנהג:** קשה לנו לזהות בהרבה פעמים האם התפתח מנהג או לא. בנוסף, הסתמכות על פרקטיקה לא לוקחת בחשבון את השונות בהתנהגות בין מדינות. לדוגמה, לא כולם הלכים באותה השביל כל הזמן ויש הרבה שבילים קטנים. עולה השאלה מה הוא השביל המרכזי המחייב?
2. **חוסר וודאות לגבי מועד היווצרות המנהג**: לעיתים נוצר קושי בזיהוי עצם קיומו של מנהג או מועד היווצרותו. גם אם תהיה הסכמה לגבי קיומו, לפעמים קשה לדעת מתי בדיוק הוא התחיל. הבעיה בזיהוי נוגעת גם לאלמנט הפרקטיקה המקובלת וגם ל-OJ (איך אפשר להבין אם מדינה התנהגה בצורה מסוימת מתוך תחושת מחויבות משפטית?).

* למשל, אין חילוקי דעות שכיום יש כלל במשב"ל לפיו לא ניתן להשיג טריטוריה בכוח, וזה שאדם כבש טריטוריה בזמן מלחמה לא מאפשר לו להחיל את הריבונות שלו. מדינת ישראל טוענת שהיא לא חולקת על קיומו, אך לדעתה דין מנהגי זה התפתח לאחר מלחמת העצמאות ב67'.

1. **רוב התחומים לא מוסדרים "מאפס":** הדרך היחידה שבה מנהג חדש יכול להיווצר היא הפרה של מנהג קיים. כלומר, קיים מסר סותר של היחס של חשיבות שמירה על המנהג, ותמריץ להפר את הדין.
2. **אי הסכמה בין המדינות:** המטרה המוצהרת של הדין המנהגי בדרישת היסוד המעין נפשי היא לבסס את הסכמת המדינות. המטרה היא, לתת לגיטימציה לדין הבינלאומי באמצעות ביסוסו על הסכמת המדינות. אנו יודעים שמדינות הסכימו לדין המנהגי בכך שהן נוהגות ככה מתוך מחויבות משפטית.

מרבית מדינות העולם נוצרו בשנים שבין תום מלחמת העולם השנייה לסוף שנות ה60, אך רוב דיני המשפט הבינלאומי המנהגי נוצרו לפני, בשנות ה50. הבעיה היא - שאם המדינה נוצרת לאחר שנוצר המנהג, הוא אוטומטית מחייב אותה. לכן, לגבי הדינים האלו אלמנט ההסכמה הוא הרבה יותר חלש.

1. **הפרות של מנהג פוגעות בכלל העקביות שמתנה קיום מנהג**: 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).

- לאור כל הסיבות הללו, ההסתמכות על דין מנהגי היא רעיון גרוע ולכן, מרבית מדינות העולם ויתרו על הדין המנהגי. אז מדוע משמרים אותו במשב"ל? ללא הסדר מנהגי, תחומים רבים יישארו ללא הסדרה, לכן אין ברירה אלא להסתמך על המנהג והוא נותר מקור חשוב במשב"ל (אי אפשר לכנס את כל המדינות ולקבוע ביחד חוקים).

**רכיבי המנהג**

1. התנהגות המדינה- State Practice
2. **כלליות/ נרחבות-** צריך שכמות נרחבת של המדינות יקיימו את הפרקטיקה. אין מספר מדויק כמה מדינות, אלא יותר מהרוב אך לא חייב להיות כולם.
3. **עקביות-** המשכיות וחזרתיות של קיום הפרקטיקה. בני אדם הם יצורים לא עקבים ולכן לא נידרש עקביות מוחלטת כמו כן גם לא מכל מדינה ומדינה. מה שכן מצפים להראות שבדרך כלל זה מה שרוב המדינות עושות בעקביות. לפעמים יהיה ויכוח האם הייתה מספיק עקביות ליצרית מנהג.
4. **ממושכות-** משך זמן. צריך להראות שזהו פרקטיקה שמקיימים אותה למשך שנים, לפעמים מדובר על מאות או אפילו אלפי שנים ולפעמים מספיק עשרות שנים.

* יכול תחת נסיבות מסוימות מנהג בזמן קצר. במקרה כזה נקל על דרישת הממושכות אך נחמיר את דרישת הכלליות והעקביות.

**פס"ד המדף היבשתי**

בוצע ניסיון לגיבוש כלל לגבי דרך מדידת המדף היבשתי של מדינה מסוימת (עד לאיפה ניתן לשלוח אנשים לכרות גז, מחצבים ועוד). בשנת 1958 נחתמה אמנה בין קבוצת מדינות בנושא, ובין היתר דנמרק והולנד, כשגרמניה לא חתמה עליו. כ10 שנים לאחר מכן פונות הולנד ודנמרק לICJ כנגד גרמניה, בטענה שהיא הפרה את הכלל הקובע את דרך חלוקת השטח. הבעיה היא – שהולנד ודנמרק לא יכולות לטעון שגרמניה הפרה את האמנה, משום שהיא לא חתמה עליה. לכן, הן טוענות שהתפתח מנהג.

גרמניה מכחישה וטוענת שלא התפתח מנהג כזה ב10 השנים האחרונות. לפי הICJ יכול להתפתח מנהג תוך זמן קצר בתנאים מסוימים מאוד, אך במקרה הספציפי הזה לא התגבש מנהג ולכן גרמניה לא הפרה דבר.

בדרך ככל כאשר ניראה מנהג שהתפתח תוך זמן קצר ניתן לראות שמדובר על תחום שהוא חדש יחסית ולכן הרבה מדינות רוצות להגיע להסכם על דרך הפעולה תוך זמן קצר.

לדוגמה: המרחב האווירי מעל מדינות – בשנת 1910 החל השימוש במטוסים, והיה צורך לקבוע כללים לריבונות על השמיים. מהר מאוד (20 שנים) התפתח כלל מנהגי אשר קבע שיש ריבונות על השמיים מעל הטריטוריה.

דוגמה נוספת, אירועי ה11.9 – שימוש בכוח נגד ארגוני טרור. עד ל11.9 היה קיים כלל מנהגי לפיו מדינה לא יכולה לצאת למלחמה בעקבות תקיפת ארגון לא מדינתי. כלומר, אין טענת הגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי. לאחר אירועי ה11.9 ארה"ב תוקפת את אפגניסטן בעקבות תקיפת הארגון הלא מדינתי "אלקעידה" ומקבלת גב רחב וגורף ממועצת הביטחון של האו"ם, האיחוד האירופאי ועוד שלל מדינות וארגונים המעגנים מדינות שונות.

לכן, יש הטוענים שהתפתח כלל מנהגי חדש שמאפשר בכפוף לתנאים מסוימים לצאת למלחמה כתגובה להגנה עצמית למתקפה של ארגון לא מדינתי. עד היום, יש הטוענים אחרת (כמו הICJ), שכלל לא התפתח מנהג כזה.

הבעיות בתנאי הכלליות והעקביות

הפרקטיקה צריכה להיות כללית ועקבית כלומר צריך אחידות אוניברסלית. דרישה זו הייתה אפשרית כאשר לא היה מספר כה גדול של מדינות שיש היום. כיום עם הכמות הרב של מדינות יהיה מאוד קשה להגיע להסכמת רוב המדינות. וכתוצאה מכך כמעט ולא יתפתחו מנהגים.

הפתרונות לבעיה הם:

1. **כלל המדינות המושפעות במיוחד Specially affected states-** בכדי לקבוע הסדר משפטי למדינה, נסתכל רק על יתר המדינות שהן בעלות מאפיינים דומים ועל ההסדרים שנקבעו שם. לדוגמה דיני הים, קשור רק למדינות עם מוצא לים. לפעמים חושבים המנהג לא קשור למדינות מסוימות כי זה לא רלוונטי לה בנקודת זמן מסוימת אך זה לא אומר שזה תמיד לא יהיה רלוונטי. דוגמה לשם הבנה ארה"ב וישראל טענו שהן נלחמות הרבה ולכן יש לייחס חשיבות להתנהגותן כאשר רוצים להכריע מהו הדין המנהגי שעוסק בלחימה, אך לא צריך לפנות לפרקטיקה של מדינות שבקושי נלחמות, כמו שוויץ (שנלחמה בפעם האחרונה רק במאה ה17). הבעיה מדינה שלא נלחמת בהווה, לא בהכרח שלא תילחם בעתיד. דיני הלחימה נוגעים לכל המדינות. למרות ששוויץ בקושי נלחמת, עדיין יש לה צבא, ולכן שאלות של דיני לחימה כן מעניינות אותה. אלו הן סיטואציות שונות שאינן מקבילות - דיני הלחימה רלוונטיים לכל מדינה, בשונה מדיני הים שרלוונטיים רק למדינות בעלות מוצא לים.
2. **מנהג אזורי-** מתייחסים רק למדינות באזור מסוים בעולם. לדוגמה סכסוך בין קולומביה לפרו. מתנגד פוליטי לשלטון פרו ברח לשגרירות קולומביה אשר נמצאת בפרו. פרו פונה לקולומביה ומבקשת ממנה להוציא את אותו המתנגד לפרו, הרי פרו לא יכולה להיכנס לשגרירות קולומביה בשל דין בינלאומי אשר מונע ממנה לעשות כן. קולומביה טוענת שעוד מתקופת המרידות הגדולות בדרום אמריקה התפתח דין מנהגי אזורי בדרום אמריקה שמאפשר למדינות להעניק מקלט למתנגדי שלטון של מדינות אחרות. הICJ קובע שיכול להתפתח מנהג אזורי ספציפי אך במקרה הנ״ל לא התפתח דין כזה כי לא היה מספיק עקביות. הבעיה שעולה מהפתרון הזה הוא קושי הגדרת אזור מסוים.

**כלל המתנגד העקבי**

מרגע התגבשות המנהג הוא מחייב את כל המדינות בעולם חוס ממדינות אשר התנגדו למנהג באופן מפורש. זהו עניין בעיתי מאחר והרצון העומד מאחורי המשב״ל הוא הסכמת כל המדינות. ולכן חל כלל המתנגד העקבי אשר קובע שכאשר מדינה מתנגדת למנהג באופן עקבי מיום התבצרותו, הרי שהמנהג לא יכול עליה. (קיימת עמדה שטוענת שלא חל כלל כזה אך העמדה הרווחת היא שכלל זה כן חל).

על מנת להגדיר מדינה כמתנגד עקבי ההתנגדות שלו צריכה להיות:

1. **מפורשת** – לא בשתיקה
2. **לאורך זמן**
3. **מיום התגבשות המנהג**- זהו תנאי קשה מאוד היות שרוב המדינות הוקמו ב-70 השנים האחרונות (והמנהג קיים עוד לפני כן). בנוסף, לא תמיד פשוט לזהות את מועד התגבשות המנהג ולכן קשה מאוד להוכיח התנגדות מיום התגבשות המנהג. קיים כלל מנהגי במשב"ל שקובע שאסור להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש. לישראל יש שלל טענות מדוע הכלל הזה לא רלוונטי לגבי איו"ש, ואחת מהן היא שהיא מתנגדת עקבית לכלל זה - לפיה, גם אם התפתח כלל כזה, הרי שהוא התפתח לאחר שנת 67 (מלחמת העצמאות) בעקבות התגובה לפעולות ישראל, ואם זהו השלב שבו הוא התפתח ישראל היא מתנגדת עקבית לכלל. מנגד, ניתן לטעון שכלל עמדתי זה התפתח עוד לפני מלחמת העולם השנייה – ואם זה נכון, הרי שישראל לא יכולה להיות מתנגדת עקבית. הדבר מופיע בפס"ד בנירנברג.

היתרון של כלל המתנגד העקבי הוא שהוא מחדד את כלל העיקרון ההסכמה. לדוגמה, פרשת אזורי הדגה: בריטניה אומרת שיש מנהג לאופן חלוקת המים. נורבגיה טוענת שאין מנהג כזה. ביה"ד אומר שאין מנהג, וגם אם היה הוא לא היה חל על נורבגיה.

**סייג אחד לעקרון המתנגד העקבי: דין קוגנטי**

יש סוג נורמות ספציפי של דין בינלאומי מנהגי זהו Jus Cogens. אלו הם דינים מנהגים שקובעים כללים יסודיים ערכיים, והם גוברים על כל הנורמות האחרים. ניתן להחליפן רק עם Jus Cogens חדש שמתפתח. לדוגמה איסור על עבדות, איסור על רצח עם, איסור על ביצוע פשעים נגד האנושות.

- דיון צד: Erga Omnes- נורמות של המשב״ל שיכולות להיות במנהג אך יכולות להיות גם תוצר של אמנה, שהפרתן מהווה הפרה של הנורמה כלפי כל המדינות בעולם. כל דיני הjus cogens הם בהגדרה erga omnes, אבל לא כל דיני הerga omnes הם jus cogens – למשל זיהום סביבתי. (כלומר יש דיני erga omnes שאפשר להתנגד להם- או לסתור אותם באמנות).

1. המחויבות המשפטית Opinion Juris – התנהגות המדינה צריכה לבוא מכוח מחויבות משפטית, ולא מתוך נימוס אלא מתוך הידיעה שאם היא לא היא מפרה נורמה משפטית.

**לדוגמה, פס״ד Lotus**

פסד של הICJ, שנקרא באותה התקופה PCIJ ספינה צרפתית בשם לוטוס התנגשה בספינה טורקית בלב הים, וישנם נפגעים בספינה הטורקית, ולכן הטורקים רוצים להעמיד לדין את הקצין הצרפתי שהיה אחראי המשמרת בעת ההתנגשות על גרם מוות ברשלנות. הצרפתים טוענים שישנו כלל מנהגי המקנה סמכות שיפוט בלעדית לדון במקרים כאלה לספינת הדגל בה שהה הקצין, כלומר לצרפת. ומביא דוגמאות רבות לכך שהמדינות שלא היו מדינת הדגל נמנעו מההעמדה לדין.

ישנו עקרון נוסף לפיו למדינה מותר לעשות הכל, אלא אם דבר נאסר במפורש. לכן, נטל ההוכחה שהתפתח דין מנהגי כזה הוא על צרפת משום שהוא מבקש להגביל את הפעלת הריבונות של המדינה. לפי הPCIJ לא התפתח דין מנהגי למרות שמדינות עשו את זה מידי פעם אך לא הוכרח שהם עשות את זה מתוך מחויבות משפטי ולא נימוס הדדי.

**עיקרון לוטוס –** מדינות רשאיות לעשות ככל העולה על רוחן כל עוד לא קיים דין בינלאומי מפורש שאוסר עליהן לבצע את הפעולה. כיום עיקרון לוטוס כבר לא חל בתחומים רבים במשב"ל.

**דוגמה ישראלית, פס״ד אבו עיטה נ׳ מפקד איו״ש**

״מי שמבקש לבחון דבר קיומו של מנהג כאמור, יכול איפוא להיתקל במכלול של נתונים, בו נעדרת דעה מסכמת, אחידה, מקובלת וכללית, שבכוחה להצביע על קיומו של מנהג, המבטא פראקטיקה המקובלת בתורת דין, אם כי יש סימנים לקיומו של נוהג, שלא בשל לכדי מנהג מחייב, או אם כי קיים נוהג, שנותר אחרי השתחקותו של מנהג שהיה קיים בעבר. חובת ההוכחה בדבר קיומו של מנהג בעל מאפיינים ומעמד, כמתואר מבחינת היסודות שלו בסימן 38לחוקת בית-הדין הבינלאומי, רובצת על מי שטוען לקיומו: The party which relies on a custom of this kind must prove that" This custom is established in such a manner that it has become, At [26] (1950) the asylum case).". Binding on the other party (276 (

היחס בין הפרקטיקה בפועל לבין ההצהרות

**פרשת ניקרגואה נ׳ ארה״ב**

ה-ICJ דן באחריות ארה"ב לפעולות חמושות של קבוצות מורדים בניקרגואה שארה"ב תמכה בהן. על פי אמנת האו"ם חל איסור על מדינות לעשות שימוש בכוח, אלא למטרות של הגנה עצמית (נלמד את משמעות המונח "שימוש בכוח" בשיעור מאוחר יותר. לצורך הפשטה הניחו שמדובר ביציאה למלחמה או בתמיכה בלחימה של גורם אחר). מסיבות פרוצדוראליות, במקרה הספציפי, לא הייתה ל-ICJ סמכות לדון במקרה על סמך דין בינלאומי שמקורו באמנות אלא רק לפי משב"ל מנהגי. לכן, עלתה השאלה האם האיסור על שימוש בכוח הוא גם איסור בדין המנהגי. הקושי העולה הוא שמדינות נוטות להשתמש הרבה בכוח בהפרה של הכלל לכן ניתן לטעון שהאיסור לא יכול להיחשב כמנהגי. אך ה-ICJ דחה טענה זובית הדין מפנה שימת לב לעבודה במקרים בהם מדינות פעלו שלא בהתאם לכלל, הן ניסו לספק הצדקות והסברים ולא טענו שמותר היה להן להשתמש בכוח. מכך שמדינות מרגישות צורך לתת סיבות להתקפה ניתן ללמוד שהן מודעות לכך שהתקפה ללא הצדקה היא בלתי חוקית.

**פס"ד Filartiga**

פס"ד 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.

עם זאת, עשויים להיות מקרים שבהם היחס בין ה-OJ לפרקטיקה דווקא יוביל למסקנה שאין מנהג. לדוגמה, הנשק הגרעיני. באמצע שנות ה-90 ה-ICJ בחן האם שימוש בנשק גרעיני הוא חוקי או לא. אחת הטענות בעד קיומו של דין מנהגי האוסר על נשק גרעיני הוא היעדר נשק גרעיני ברוב המדינות (פרקטיקה של אי שימוש). ביה"ד הסתכל וראה שגם מדינות שאין להן נשק גרעיני שומרות לעצמן את הזכות לפתח נשק גרעיני בעתיד, אם יראו לנכון (לא רואות באי השימוש איסור מחייב) - ולפיכך החליט כי אין דין מנהגי האוסר על נשק גרעיני.

לסיכום

במקרה שבו המדינות מצהירות למחויבות לדין הקובע האיסור, ובפועל הרבה פעמים פועלות בניגוד לאיסור תהיה נטייה לקבוע שקיים דין מנהגי, וזאת במיוחד שמדובר באיסורים שנועדו להגן על בני-אדם, כגון בתחומים של דיני זכויות אדם ודיני לחימה. עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים בהם ההפרה היא כה גורפת, שיתייחסו להצהרות כמילים ריקות לצורכי יחסי ציבור ולא כ-OJ ויקבעו שאין מנהג.

במקרה שבו מדינות לא פועלות בדרך מסוימת, יש לבדוק מדוע הן לא פועלות כך, אם יתברר שהן מצהירות שהן יכולות לפעול בדרך האמורה, ולא עושות זאת משיקולים פרקטיים או פוליטיים, ולא משיקולים של תחושת מחויבות משפטית הרי שיקבע שאין מנהג. כמובן שבמציאות הרבה פעמים חלק מהמדינות תצהרנה ככה וחלק מהמדינות תצהרנה אחרת ויהיה קושי להכריע האם מספיק מדינות לא פועלות מתוך OJ.

שיעור מס׳ 4

**אמנות**

מהי אמנה?

בשנת 1969 נחתמה אמנה ווינה (״אמנת האמנות״) אשר עוסק באמנות. רוב סעיפי האמנה משקפים את הדין המנהגי, ולכן גם אם יש מדינות שאינן חתומות על האמנה הסעיפים שקשורים לדין המנהגי באמנה כן יחול עליהם. סעיף 2(1)(א) לאמנה מגדיר לנו מהי אמנה ״ למטרת אמנה זו המונח 'אמנה' משמעותו הסכם בין מדינות והכפוף למשפט הבינלאומי, בין שהוא מגולם במסמך יחיד ובין בשני מסמכים או יותר הקשורים זה בזה ויהיה כינוי המיוחד אשר יהיה".

על פי הסעיף היסודות שצריכים להיות על מנת שאמנה תחשב אמנה הם:

1. **הסכם**
2. **ההסכם חייב להיות בינלאומי**
3. **ההסכם חייב להיות בין מדינות (ו/או ארגונים בינלאומיים NGO)ֿ-** במשב״ל הקלאסי אמנות היו יכולות להיות רק בין מדינות. כיום קיימות גם אמנות נחתמות בין גופים בין לאומיים למדינות/ גופים בינלאומיים אחרים. אמנת וינה לא חלה על הסכמים עם NGO. על הסכמים כאלה תחול הדין המנהגי שהוא די דומה למה שכתוב באמנה.
4. **ההסכם חייב להיות בכתב (או בפע״פ)-** אמנת וינה לא תחול על אמנה שהיא לא בכתב. ניתן לעשות אמנה בעל פה אך תחול עליה הדין המנהגי של אמנות. דוגמה לאמנה בעל״פ, הסיוע הבינ"ל לכיבוי השריפה בכרמל היה אמנה בע"פ ש"נחתמה" בשיחת טלפון בין רה"מ למנהיגי מדינות זרות שאם הסיעו שלהם יגרום לנזק מדינת ישראל היא זאת שתפצה על הנזק.
5. **כפוף למשפט הבינלאומי-** לא כל הסכם בין מדינות חייבות להיות כפוף לדין המשב״ל אלא ניתן לפי דין מקומי, אמנת וינה לא חלה על הסכמים מסוג זה. תנאי ל"בינלאומי" – הסכם שאינו פרטי. לדוגמה, מקרה בו שתי מדינות חותמות על הסכם והן לא מתכוונות שהמשפט הבינלאומי יחול עליו (לרוב בעניין רכישת נדל"ן). במקרה זה, בכדי להבהיר את ההבדל בין הסכם כזה לאמנה נאמר מפורשות שאמנה זו היא הסכם שיש לה כוונה להיות כפופה למשפט הבינלאומי. ברירת המחדל היא להניח שאם מדינות חותמות על הסכם הוא דווקא יהיה כפוף למשב"ל.

**פס״ד קטאר נ׳ בחריין**

קיים סכסוך בין מדינת קטאר למדינת בחריין, שני המדינות מסכימות שהם צריכות לסדר את הסכסוך וקובעות שהן יפגשו אצל מלך סעודיה לנסות להגיע להסכמה ואם הם לא מצליחים אז הם יפנו לICJ לקבלת עזרה. ראשי שני המדינות שולחים מכתב למלך סעודיה אשר מאשר את ההסכם להיפגש איתו במטרה להגיע להסכמה בין הצדדים, בנוסף נכתב מסמך בשם ,תמצית פורטיקול (Minutes of Meeting) אשר מסמטת פגישה בניהם אצל המלך סעודיה, ובו כתוב שזה באמת התוכנית המסוכמת. ראשי המדינות לא מצליחים להגיע להסכמה אצל המלך סעודיה ולכן הם פונים לICJ, אך אחת מהמדינות אומרת שזה לא מה שהוסכם. ה-ICJ, לאחר שבחן את התוכן, קבע כי התוכן מחייב ולכן מדובר באמנה ללא קשר לכותרת.

מפס״ד זה ניתן ללמוד כמה דברים חשובים:

1. שכותרת המסמך לא קובע, אלא יש לבחון את הכוונה והתוכן של המסמך.
2. אמנה לא חייבת להיות מסמך אחד אלא היא יכולה להיות מורכבת ממספר מסמכים.

אמנת וינה בדבר דיני אמנות משנה 1969 (אמנת האמנות)

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 אשר יהיה״.

מי מחויב באמנה?

בשונה מהמנהג הבינלאומי אשר מחייב את כל המדינות בעולם חוץ מה״מתנגד העקבי״, אמנה מחייבת רק את המדינות שחברות בה. לכל מדינה יש את הזכות לבחור אם היא רוצה להצטרף לאמנה או לא.

מה המשמעויות המשפטיות של הפרת אמנה?

1. **הפרת התחייבות חוזית** - נורמה מעין חוזית. בסופו של דבר, אמנה היא הסכם בין מדינות והמשמעות היא שכאשר צד אחד מפר אותה הוא הפר מעין חוזה שנקבע. בהרבה אמנות יהיו כללים מפורשים של הסעדים שינתנו במקרה הפרת האמנה. (סעדים אלו יבואו בנוסף לסעדים הכלליים שניתנים על הפרת הדין הבינלאומי במשפט הבינלאומי).
2. **הפרת חוק בינלאומי** – אחד משני סוגי הדינים המחייבים של המשב"ל הוא הדין הבינלאומי הסכמי. ולכן כאשר מדינה מפרה אמנה היא מפרה דין בינלאומי. ולכן, בנוסף להסדרים לגבי הפרות שיתכן וקיימים באמנה הספציפית חלים גם ההסדרים הכלליים בנוגע להפרות המשב"ל כלפי המדינה המפרה.
3. **הפרת מנהג** – כאשר מדינה מפרה נורמה של אמנה, היא מפרה דין מנהגי יסודי של המשב"ל שקובע כי "הסכמים צריך לכבד". " Pacta sunt servanda" אשר נקבע באמנת לונדון משנת 1871, כאשר רוסיה החליטה להתנער מאמנה שנחתמה לאחר מלחמת קרים (1856), המעצמות של אותה תקופה כפו עליה להכריז קבל עם ועדה שהיא מודעת לכך שמדובר בהפרה של עיקרון יסוד של המשב"ל. לכן, כל הפרה של אמנה היא גם הפרה של הדין הבינלאומי המנהגי.

דרכים שונות לסווג אמנות

1. **אמנות בילטראליות מול אמנות מולטילטראליות**- ההבחנה בין אמנה בין שני מדינות (בילטראליות) לאמנה בין כמה מדינות (מולטילטראלית). מתבוססת על מספר המשתתפים באמנה.
2. **אמנות מעין חוזיות מול אמנות שיוצרות דין במהותן**- הבחנה בין אמנות שיש להן אופי חוזי (כמו אמנות על קשרי סחר, הסכמי שלום או הסגרה בין מדינות) לבין אמנות שנועדה 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.
3. **אמנות דקלרטיביות מול אמנות קונסטיטוטיביות-** מטרת אמנה קונסטיטוטיבית הוא לייצר דין חדש. לעומתה, מטרת אמנה דקלרטיבית היא לפרט את המנהג הקיים על מנת ליצור יישור קו בין המדינות.

אמנות דקלרטיביות בשונה מהמנהג הקיים חלות רק על המדינות שחתומות באמנה.

אם כן מה הוא הסיבה שמדינות חותמות על אמנות דקלרטיביות?

1. לפעמים המנהג הוא עמום- יש הסכמה שיש מנהג אבל אין הסכמה לגבי הפרטים הקטנים, ולכן המדינות מתאספות ומסכימות על הפרטים הקטנים
2. אי וודאות לשאלת האם מתקיים מנהג ומתי מתקיים- המדינות יצהירו בעזרת האמנה הדקלרטיבית וכך הם טוענות שיש מנהג קיים.
3. ישנן אמנות שבעת חתימתן היו קונסטיטוטיביות, ועם הזמן הנורמות התקבלו כמנהג.

לדגמה: תקנות האג הצהירו על המנהגים הקיימים, יחד עם זאת יש קינזנזוס שהם כבר היו מנהג ולכן יש מדינות שלא חושבות שהם חייבות לחתום על התקנות אך הם מחייבות מאחר ומדובר בדין מנהגי.

1. לפעמים מדינות מרמות ועושות אמנה דקלרטיבית על מנת לייצר את המנהג. ולפעמים אמנה יכולה להתחיל כקונסטיטוטיבית ולהפוך לדקלרטיבית. אך לא תמיד מדובר בכלל האמנה, ולכן צריך לבדוק אותם סעיף סעיף.
2. **אמנות המקימות ארגונים בינלאומיים -** בדרך כלל מדבר על אמנות מולטילטרליות שמייצרות דין. הרבה מאוד מהפעמים האמנה מעניקה סמכות לגוף בתוך המוסד שהוקם לייצר נורמות משפטיות בינלאומיות. לדוגמה- אמנת האו״ם מעניקה סמכות למועצת הביטחון.

איך כורתים אמנה?

1. **אמנה ביוטראלית-** כמו שחותמים על כל הסכם אחר
2. **אמנה מולטילטראלית-** הרבה פעמים יש גוף או ארגון בינ״ל שמכנס מדינות ביחד, ומפיץ טיוטה שהוא חושב שצריך להיות מוסכם. מחלקים את הטיוטה לחלקים ומקיימים דיונים על חלקים שונים שלו. כל מדינה בוחרת לאיזה דיון היא רוצה להצטרף (לשלוח נציג). לאחר שהוועדות מנסחות את הפרקים הרלוואנטיים. כולם מתאספים ומקיימים הצבעה על כל אחד הסעיפים. בשלב ההצבעה קשה לשנת את מה שכבר מוסכם. לאחר הסכמה על הנוסח מדינות צריכות להחליט אם הם רוצות להצטרף לאמנה. גוף בדרך כלל עוסק בזה הוא הILC גוף של האו״ם שבדרך כלל אוסף אליו את המדינות בניסיון לנסח אמנה, או של נציגים של המדינות. דוגמה לאמנה כזאת זה אמנת ווינה- הצלב האדום, לקח להם 20 שנה לכתוב אותו.

כיצד מדינה הופכת לצד באמנה?

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

מכאן עולות 2 שאלות:

1. מי נחשב לגורם שמוסמך לחייב את המדינה?
2. מספיק הוכחה שיש לו סמכות- כתב מינוי
3. מהפרקטיקה של המדינה המעורבות-
4. מהנסיבות נראה שהמדינה התכוונה לתת לו סמכו (מייצג או נחזה כמייצג).

מבחינת המשפט הבינלאומי אם מישהו שאינו מוסמך לצרף מדינה לאמנה פועל נגד סמכותו, קיים כלל של סמכות נחשפת, אם בנסיבות או הפרקטיקה המדינה יכלה להניח שהגורם מוסמך אז העסקה תקפה למרות שזה נוגד את המשפט המדינתי של אותו מדינה.

**פרשת ניגריה נ׳ קמרון (2002)**

ראש המדינה הניגרי חתם על הסכם עם קמרון. ניגריה טענה שלא תואם את הדין הפנימי. הICJ דוחה טענת ניגריה מאחר ולרוב יש לראשי המדינות את הסמכות. לא הייתה לקמרון סיבה לחשוב שראש המדינה הניגרי לא מוסמך. קמרון לא צריכה להכיר את הדין הניגרי.

פעמים רבות מנהלי המו״מ אינם הגורם המוסמכים. חותמים בראשי תיבות- אין חיוב משפטי. טקס- חתימה של הגורמים המוסמכים.

1. מהי הפעולה שעל אותו גורם לעשות? יהיה רשום באמנה.
2. **חתימה- פעולה חד פעמית**
3. **חתימה+ אשרור- פעולה דו שלבית**

-הגורם המוסמך חותם ומחזיר את האמנה הביתה על מנת שיקבל אשרור. יש מדינות בעולם שהאשרור נעשה על ידי הפרלמנט ומדינות בעולם שהוא נעשה על ידי הרשות המבצעת. במקרים מיוחדים נצרך אישור של הכנסת.

- לאחר האשרור הגורם המוסמך חוזר לזירה הבינלאומית ומודיע על הצטרפות לאמנה.

הסיבה לצורך אשרור הוא מאחר והוא מאפשר לממשלה להבין את משמעות האמנה. ובמקרה הצורך לשנות את הדין המדינתי על מנת שלא תהיה סטירה בינו לבין הדין הבינלאומי. יתר על כן הצורך באשרור מחזק את אלמנט ההסכמה. מדינה לא חייבת לאשרר אמנה ישר אחרי שהיא חותמת עליו, יתר על כן קיימים מקרים בהם מדינה רוצה למשוך את החתימה שלה באמנה. קיימות אמנות שמאפשרות משיכת חתימה כגון אמנת רומא. ויש אמנות שלא מאפשרות זאת.

1. **הצטרפות-** יש אמנות שקובעות שאחרי זמן מסויים אין פרוצדורה דו שלבית, אלא מדינה יכולה פשוט להגיד שהיא רוצה להצטרף לאמנה. ולכן יש אמנות שקובעות שעד שהאמנה נכנסת לתוקף ניתן לחתום עליה ולאחר מכן מדינה יכולה להתחייב לאמנה באמצעות הליך המכונה הצטרפות (accession) שזוהי הליך חד שלבי של הודעה מצד המדינה של הצטרפות לאמנה. לדוגמה, חוקת רומא עד שנת 2002 היה ניתן לחתום על האמנה ולאחר מכן היה צריך פשוט להודיע על הצטרפות.

פרישה מאמנה

האם מדינה יכולה פרוש מאמנה שהיא חתמה / אשררה/ הצטרפה אליו?

1. אם האמנה קובעת הוראה בעניין- אז רק בהתאם להוראות.

לדוגמה, חוקת רומא המציינת שפרישה ממנה יכולה לעשות רק בהודעה של שנה מראש. הפרישה אינה מבטלת את סמכות הICC להליכים שהחלו קודם לפרישה.

1. אם האמנה שותקת- סעיף 56 לאמנת וינה קובע שיש לבחון את כוונת הצדדים בנוגע לפרישה, אך עדיין צריך להודיע על פרישה לפחות שנה מראש. סעיף 54 לאמנת ווינה קובע שפרישה יכולה לעשות בהסכמת שאר המדינות שהן צד לאמנה.

שיעור מס׳ 5

**הסתייגות מאמנה**

לפעמים מדינה רוצה להיות צד לאמנה, אך יש הסדרים ספציפיים מצומצמים באמנה שהיא לא מעוניינת בהם, מאחר וקשה מאוד להגיע להסכמת כל המדינות בכל סעיפי האמנה ולכן מותר להם להסתייג.

הסתייגויות: 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).

קיימים שני סוגים של הסתייגויות:

1. **הסתייגות לסעיף ספציפי**

לדוגמה: 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.

1. **הסתייגות להקשר ספציפי שקיים לאורך כל האמנה**

לדוגמה: האמנה בדבר חסינויות וזכויות יתר לאו״ם (1946) קנדה מסתייגת ואומר ״כלל החיסוניות וזכויות היתר באמנה לא יחולו מקום בו יד בהן להגביל הטלת או גביית מיסים ממשכורות אנשי או״ם שהם תושבי קנדה (משמע, קנדה מהווה מרכז חייהם אף במנותק מעבודתם במשלחת האו״ם בקנדה) או אזרחי קנדה.״

הסתייגויות- החיסרון

יוצר חוסר אחידות (מדינות מאשרות אמנה אך לא מכבדות את הוראותיה), ולכן נוצר פגיעה בוודאות ובסדר המשפטי.

ההשלכות של הסתייגות

1. כלפי המדינה המסתייגת- האמנה חל עליה לפי ההסתייגות (מדינה שתפעל בהתאם להסתייגות שלה לא תיחשב כמפרה של האמנה)
2. כלפי כל שאר המדינות החתומות על האמנה-
3. **ביחסי המדינה המסתייגת עם מדינה אחרת שחתמה על האמנה ולא התנגדה להסתייגות-** במקרה כזה האמנה חלה בהתאם להסתייגות משני הצדדים. לדוגמה: בריטניה ולוב (1984)- יש הפגנה ליד השגריות של לוב באנגליה, במהלך ההפגנה יורה צלף מתוך השגרירות והורג שוטרת בריטית. משטרת אנגליה חושדת שלוב תנצל את החסינות הדיפלומטי ותעביר את הנשק בתוך השק. כאשר לוב חתמה על האמנה בדבר חסינות לשגרירות היא מוסיפה הסתייגות שקובעת שהיא יכולה לפתוח את השק הדיפלומטי אם קיים חשד לניצול לרעה של השק. לפיכך, גם בריטניה יכולה לפעול כלפי לוב לפי ההסתייגות.
4. **מערכת יחסים בין המדינה המסתייגת למדינה המודיעה התנגדות להסתייגות-** מדינות אחרות רשאיות להתנגד להסתייגות תוך 12 חודשים מיום הגשת ההסתייגות או בעת הצטרפותה לאמנה. כאשר מדינה מתנגדת להסתייגות היא רשאית לקבוע שלא תחולה ביחסיה עם המסתייגת להסדר לגביו נעשתה ההסתייגות, או אף לכלל האמנה.
5. **ביחסים בין המדינות האחרות (שלא הסתייגו לאמנה)-** אין השפעה להסתייגות

- מדינה יכולה לחזור בה מהסתייגות או מהתנגדות להסתייגות.

חריגים לאפשרות להסתייג:

1. אמנה בילטראלית
2. כאשר המאנה אוסרת הסתייגויות; נפוץ ב:
3. אמנות שהושגו כעסקת חבילה אחרי מו״מ ארוך (אמנת דיני הים)
4. באמנות המקימות ארגונים בינלאומיים (לדוגמה אמנת רומא)
5. כאשר ההסתייגות פוגעת בתכליתה ויעודה של האמנה-

**דוגמאות מובהקות:** סינגפור- האמנה בדבר זכויות הילד, סעודיה והאמנה האוסרת על אפליה נגד נשים.

**דוגמה יותר מסובכת:**

**פס״ד ל״ש נ׳ ל״א**

מדינת ישראל חותמת על אמנות בדבר זכויות אדם לרבות אמנה לביטול בהפליה נגד נשים, הקובעת ללא הפליה מגדרית בין נשים לגברים גם בתחום האישות (נישואים וגירושים). מדינת ישראל חותמת אך לא מאשרת מאחר ובישראל תחום הנישואים והגירושים הם תחת הדין הרבני אשר קיים בו הפלייה. לבסוף, מדינת ישראל מאשרת את האמנה אך מסתייגת שהסעיף בדבר יחסית שוויון בדבר אישות יחול כל עוד הוא לא פוגע בהסכמים הדתיים הקיימים במדינת ישראל. לדעתם של הממשלה לא מדובר בהסתייגות הפוגעת בתכליתה ויעודה של האמנה.

איך נדע אם מדובר בהסתייגות הפוגעת בתכליתה ויעדה של האמנה? לרוב אין מנגנון הכרעה, אך יש אמנות עם מנגנון הכרעה (לדוגמה, האמנה למניעת אפליה גזעית).

מה קורה אם מדינה הגישה הסתייגות אסורה?

במצבים נדירים קיימים אמנות עם מנגנון הכרעה (לדוגמה, האמנה למניעת אפליה גזעית), אך לרוב אין תשובה ברורה. במקרה כזה קיים וויכוח לא מוכרע מה קורה במצב הזה.

* לפי מועצת זכויות האדם באו״ם ברגע שנעשתה הסתייגות אסורה, ההסתייגות מבוטלת והאמנה חלה על המדינה.
* לפי הILC. הבסיס להיותן של אמנות מחייבות הוא עיקרון ההסכמה. סעודיה הסכימה בכפוף להסתייגות ולכן אי אפשר לחייב אותה תוך ביטול ההסתייגות. ה-ILC 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).

**הצהרה פרשנית**

הצהרה של מדינה החברה באמנה המצהירה מהי לדעתה הפרשנות הנכונה להסדר/ סעיף מסויים שנמצא באמנה. אין בהצהרה משום הימנעות מלהחיל הוראה של אמנה, אלא הבהרה לגבי הדרך שהמדינה מפרשת אותה או תחיל אותה הוראה. אם לאורך זמן נוצר פרשנות אחרת לאמנה והיא המקובלת הפרשנות הזאת תחייב גם את המדינה שהגישה את ההצהרה. בשונה מהסתייגות, ניתן להגיש הצהרה פרשנית בכל זמן שהיא.

מדינות מגישות הצהרה בחשיבה שאולי מדינות אחרות יחליטו על דרך הפרשנות שלהם והיא תהפוך להיות הפרשנות המקובלת. במקרים מסוימים מדינות מנצלת את האפשרות ההצהרה לקבוע הסתייגות. במצבים שלא ניתן להגיש הסתייגות, מאחר ונגמר הזמן האפשרי להסתייג או מאחר והאמנה לא מאפשרת הסתייגות. במקרים כאלה חשוב לזכור שלא משנה מהו כותרת המסמך, אלא תוחלת המסמך, במצב כזה יהיה חייב לעבור על המסמך לראות ואם אכן מדובר בהסתייגות אסורה, יהיה וויכוח.

**הסתייגות/ הצהרות מדינות ערב ביחס לישראל**

כאשר מדינות ערב חותמות על אמנה מלטראלית הן נוהגות להוסיף מסמך הצהרה/ הסתייגות האומרת: ״ אין באמור בהצטרפותי לאמנה מלטראלית הזאתי כדי להכיר במדינת ישראל, ולייצר מחויבויות משפטיות ביני לבין מדינת ישראל״. בהקשר הזה יש עמדות משפטיות:

1. הILC קובע שלפי המשב"ל הצטרפות לאמנה לא קובע הכרה במדינות אחרות החתומות באמנה. יתר על כן, לא מדובר בהצהרה פרשנית מאחר והיא לא מפרשת שום סעיף באמנה, ולא מדובר בהסתייגות בסעיף/ הסדר ספציפי באמנה.
2. ישראל טוענת שמדובר בהצהרות פוליטיות שאין להם ערך משפטי, ובנוגע לאמנות ספציפיות ההסתייגות היא הסתייגות בניגוד לתכלית ויעוד האמנה. לדוגמה: הצהרת סוריה בהצטרפותה לאמנת ה-salvage.

**הכרזות**

הכרזה בינלאומית: מסמך שניראה כמו אמנה המפרט עליו כללים וחתומים עליו מדינות, אבל יש בסוף סעיף האומר שהוא לא מסמך משפטי מחייב (לדוגמה, ההכרזה בדבר זכויות האדם מ-1948). מטרת מסמך זה הוא לייצר מסמך שיצור מפת דרכים לקראת הסדר מחייב בעתיד. בנוסף, הכרזות אלא יכולות לקדם את קיומו של מנהג בהצטברות דברים אחרים.

הכרזה חד צדדית: הצהרה של מדינה/ ארגון מוסמך של המדינה מסוימת כלפי שאר מדינות בעולם המצהירה שהיא לוקחת על עצמה התחייבות משפטית מסוימת. מעמד מכרז זה הוא דין הסכמי מחייב באותו רמה של דין הסכמי בינלאומי. ברגע שמדינה החליטה החלטה זו היא מושתקת מלטעון שאין עליה חובה לפעול בדרך הזו (דוקטרינת ההשתק). לדוגמה, צרפת מודיעה שהיא לא תעשה יותר ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט.

**כיבוד האמנה**

לפי סעיף 26 לאמנת האמנות- על הצדדים באמנת לבצע את הוראותיה בתום לב. אמנה מחייבת רק את הצדדים לה והיא לא יכולה להטיל חובות על מדינה שאינה צד לאמנה, אלא אם המדינה הזו מסכימה לכך.

לפי סעיף 27 לאמנת האמנות- מדינה שצד לאמנה לא יכולה להגיד שהיא לא מקיימת את האמנה מאחר והוא נוגד את המשפט המדינתי שלה.

לפי סעיפים 31-32- הפרשנות המקובלת הפרוש אמנה היא בהתאם ללשון האמנה ואם היא לא מתקבלת אז עוברים למטרתה ותכליתה של האמנה.

**הפרת אמנה**

כאשר מדינה מפרה אמנה, נכנסים לתוקף שני דינים:

1. נורמות חוזיות- הנורמות הקיימות באותה אמנה ספציפית הקובעות מהי ההפרה של האמנה
2. מדובר בהפרה של דינים בינלאומיים המכונים דיני אחריות מדינה- שקובעים מה מדינה יכולה לעושות כאשר הופרה התחייבות באמנה כלפיה ולמה היא זכאית בגין ההפרה.

**אמנה בטלה ואמנות הניתנות לביטול**

אמנה בטלה: אמנה שהפגם שדבק בה בעת עשייתה היה כה חמור עד כי יש לשלול את תוקפה כאמנה.

אמנה נחשבת כבטלה בהתקיים אחת מהנסיבות הבאות:

- הוראת האמנה סותרת את הוראותיה של מגילת האו״ם (ס׳ 103)

- איום או שימוש בכוח בלתי חוקי שהביא לכריתת אמנה

- שימוש באמצעי כפייה כלפי נציג המדינה (לדוגמה, הנאצים וצ׳כיה)

- אמנה הנוגדת כלל בל יעבור (Jus Cogens, ס׳ 53 לאמנת וינה)

אמנה שניתנת לביטול: אמנה שנכרתה ולשאר הצדדים יש יכולת להחליט האם לבטל את האמנה או לא.

אמנה נחשבת כניתנת לביטול אם קיימים 3 תנאים:

- **ישנן נסיבות המצדיקות ביטול אמנה-**

1. **אם החתימה על האמנה נעשתה בניגוד גלוי להסדר יסודי בדין המדינה הרי שהאמנה תהיה ניתנת לביטול**- יש מדינות שהחוקה שלהם קובעת שאי אפשר לקבוע אמנות חשאיות. דוגמה נגדית קמרון נ׳ ניגריה (2002)
2. **טעות בעובדה-** טעות שהייתה יסוד עיקרי להסכמת המדינה לחבור לאמנה. לדוגמה, ישראל ולבנון- כאשר נקבעה הגבול עי ידי האו״ם מדינת ישראל סיפקה מפות שהיה בהם טעות במיקום הגבול. מאחר וישראל תרמה לטעות, לא ניתן להתבסס על טעות שהמדינה תרמה לה בהתנהגותה. אך במקרה של מקדש אנקור ואט בגבול תאילנד- קמבודיה הטעות לא נעשתה על ידי המדינה ולכן היא כן ניתנת לביטול. במקרה כזה חל כלל ״העיפרון הכחול״- לא כל האמנה מתבטלת, רק החלקים הרלוואנטיים באמנה מתבטלים
3. **אי אפשרות בלתי צפויה לביצוע אמנה**- נוצר סיטואציה בלתי צפויה המונעת את מימוש האמנה. לדוגמה, הרס או העלמות, בלתי צפויים, של אובייקט שהיה חיוני לצורך ביצוע האמנה (כגון שינוי בפני השטח עקב שיטפון).

- אם צד תרם להתעלמות/ הרס האובייקט לא תוכל לטעון לביטול האמנה.

- הסיבה חייבת להיות בלתי צפויה. לדוגמה, הסכם ישראל- ירדן בנוגע למים. ישראל לא יכולה לטעון שחוסר מים זה דבר בלתי צפוי ולכן הייתה חייבת למצוא דרך לעביר מים.

1. **שינוי מהותי בנסיבות-** שינוי מהותי מבחינת הפרשנות במשפט הבינלאומי הוא שינוי מאוד חריג. לדומה לשינוי שאינו מהותי- שינוי משמטר דמוקרטי לדיקטטורי, במטרה לגרום לקושי גדול למדינה לבטל אמנה.
2. **הפרה מהותית**- הפרת תנאי באמנה שהינו הכרחי למימוש מטרת האמנה.

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

- באמנה מולטילטרלית- המדינות יכולות בהחלטה פה אחד להשעות/ לבטל את האמנה. מדינה שנפגעה במיוחד יכולה להשעות את הפעלת האמנה, כולה ומקצתה, ביחס למדינה המפרה. כל מדינה יכולה להשעות את ציותה לאמנה, כולה או מקצתה, אם ההפרה משנה מעיקרה את מצבן של כלל המדינות החברות (לדוגמה, ייצור נשק בניגוד לאמנה לאיסור או פירוק כלי נשק).

1. **נסיבות נוספות**- שוחד או תרמית

- **הביטול נעשה תוך זמן סביר**- אי ביטול תוך זמן סביר ייחשב כהשלמה עם הפגם והמדינות לא יכולות לבטל.

- **חריגים שאינם ניתנים לביטול**- (א) גבול בינלאומי שקבע באמנה לא ישתנה עם ביטול האמנה (לא יחזרו לגבול בינלאומי הקודם, עיקרון יציבות הגבולות) (ב) הגנות על זכויות אדם באמנות בעלות אופי הומניטארי (באמנות בדבר זכויות אדם או דיני לחימה, הפרה לא מאפשרת למדינות אחרות להתנער מהחובות האלא).

שיעור מס׳ 6

**היחסים בין אמנה למנהג**

קיימים שלוש סוגים של יחסים בין אמנה למנהג:

1. **אמנה דקלרטיבית**
2. **אמנה הסותרת מנהג**- נדבר עליו בהמשך השיעור
3. **אמנה היכולה לייצר מנהג-** לאמנה זו השלכות גדולות: (1) הרחבת היקף המדינות החייבות בדין- נורמה בין לאומית הסכמית מחייבת רק את המדינות החתומות עליו, לעומת נורמה מנהגי שמחייב את כולם חוץ מהמתנגד העקבי. לדוגמה, פרשת המדף היבשתי גרמניה לא הייתה חתומה על האמנה ולכן המדינות האחרות התעקשו שמדובר במנהג. (2) צמצום אפשרות הפרישה מההסדר- מאמנות אפשר לפרוש אך אם מדובר במנהג אי אפשר להתנער ממנו (חוץ מהמתנגד העקבי). לדוגמה, ביה״ד בנירנברג ביחס לתקנות האג מ-1907. גרמניה חתמה על התקנות, בשנות ה30 גרמניה מושכת את החתימה שלה. כשמעמידים לדין את אנשי גרמניה על ההפרה במלחמת העולם השנייה, אנשי גרמניה טוענים שזה לא חל עליהם כי גרמניה משכה את החתמה. אך לפי בית המשפט התקנות הפכו לדין מנהגי לפני המלחמה ולכן זה כן חל עליהם.

נשאלת השאלה האם אמנות יכולות לייצר מנהג?

קיימת עמדת מיעוט שסבורה שאמנות לא יכולות ליצור מנהג. מנגד, לפי העמדה הרווחת אמנות כן יכולות ליצור מנהג.

כדי להבין כיצד זה יכול לקרות צריך להבחין בין שני מקרים: (א) מצב בו אמנה מולטילטראלית תוביל להיווצרות מנהג. (ב) מצב בו הרבה אמנות בילטראליות בין מדינות שונות, אבל שיש בהן הסדרים דומים, יובילו יחדיו להיווצרות מנהג.

אמנה מולטילטרלית

לפי העמדה הרווחת, הצטרפות של מדינות רבות לאמנה מולטילטרלית יכולה לסייע להפיכת הנורמות הקבועות באותה אמנה לדין בינלאומי מנהגי. אבל זה לא תנאי מספיק, אלא יש לבדוק לגבי המדינות התחומות אם הם עומדים בתנאים ליצירת המנהג:

1. SP- נדרשת כלליות, עקביות וממושכות. צריך לראות שהמדינות באמת פועלות בהתאם לכלל שקבוע באמנה, באופן עקבי לאורך תקופה.
2. OJ- החתימה על האמנה לעיתים מהווה אינדיקציה.

* כיוון שצריך לבחון SP, הרי שהבחינה היא לא בנוגע לאמנה כמכלול, אלא צריך לבחון לגבי כל כלל באמנה בנפרד, והאם בהקשר שלו ה-SP הוא מספיק רחב ועקבי כדי שהוא הפך למנהגי.

עצם העובדה שמדינה לא חתומה על אמנה לא יוביל אותנו למסקנה שהיא מתנגדת עקבית לכלל, אם למסקנה שהכלל הפך למנהגי. במקרים רבים, מדינה לא חותמת על אמנה בגלל התנגדות לסעיף ספציפי, או בגלל סיבה אחרת כלשהי. רק אם היא מביעה התנגדות עקבית וברורה לכלל הספציפי שאנו בודקים היא תחשב למתנגדת עקבית אם נגיע למסקנה שהכלל היה מנהגי. אי החתימה יכולה בסך הכול להיות נתון שיתכן ויתמוך במסקנה שהיא מתנגדת עקבית, אבל רחוק מלהיות נתון מכריע. לדוגמה, למרות ש-3 מדינות לא חברות האו"ם, כיום יש קונצנזוס שהכלל בדבר איסור השימוש בכוח (שלא להגנה עצמית) הקבוע באמנת האו"ם הפך למנהגי. אף אחד לא טוען שהוותיקן מתנגדת עקבי לכלל האמור הוא מחייב גם את הוותיקן.

ככול שפחות מדינות יהיו חתומות על האמנה, כך יהיה יותר חשוב להסתכל על ההתנהגות של המדינות שלא חתומות. לא רק כדי לבחון אם הם מתנגדות עקביות לכלל כזה או אחר הקבוע באמנה, אלא גם לבחון האם הן כן פועלות לאור הכלל האמור. אם גם הן פועלות לפי הכלל האמור, הרי שהדבר יספק ראיה תומכת חזקה ביותר לכך שהכלל האמור הפך לדין מנהגי.

דוגמה 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 לא חברות באמנה מצרים, צפון-קוריאה, דרום-סודן ו-ישראל (ישראל היא המדינה היחידה בעולם שחתמה על האמנה אבל לא אשררה אותה). האם האיסור הקבוע באמנה על שימוש בנשק כימי הפך למנהגי? אם כן, האם הוא מחייב את ישראל, או שהיא הפכה למתנגד עקבי?

*אמנה בילטרליות*

נניח שהרבה מאוד אמנות בילטרליות (כל אחת בין שתי מדינות, שלפחות אחת מהן אינה זהה למדינות שחתומות על האמנות הבילטראליות האחרות) כוללת כולן פחות או יותר את אותו כלל. במקרה כזה, בהנחה והמדינות השונות באמת פועלות לפי ההסדר האמור, ניתן הטעון להתגבשות של הכלל שחוזר בין האמנות הללו לכדי דין בינלאומי מנהגי. מבחינה היסטורית זהו התהליך שדרכו התגבש הדין המנהגי בתחומים מרכזיים במשב"ל, כגון: לחסינות דיפלומטית, הסגרה, השקעות זרות: כללים שנוצרו בהרבה באמנות דו-צדדיות התגבשו למנהג (שאח"כ לעיתים עוגנו באמנת דקלרטיבית רב-צדדית). עולות שאלות בנידון של כמה אמנות צריכות להיות כדי להגיד שנוצר מנהג? איזה זהות צריך שיהיה?

עמדת מיעוט

לפי העמדה הזו, מדינות שחותמות על אמנה מקיימות את הכללים הקבועים באמנה לא מכוח תחושת מחויבות לכלל הספציפי אלא מתוך תחושת מחויבות לכלל לפיו "הסכמים צריך לקיים״. משמעות הדבר, שלא יכול להתקיים אצלם OJ, גם כשהם מבטאות התנהגות עקביות שתואמת את הכלל. המסקנה המתבקשת מגישה זו, שעל מנת לבחון האם כלל הקבוע באמנה התגבש לכדי מנהג, יש לבחון רק את ההתנהגות של המדינות שלא חתמו על האמנה. אבל זו גישה שעלולה להוביל לאבסורד האם באמת, כדי להכריע האם יש כלל מנהגי האוסר שימוש בכוח שלא בנסיבות של הגנה עצמית עלינו לבדוק רק את ההתנהגות של הוותיקן, ניאו ואיי-קוק?

**סוגי נורמות נוספים במשפט הבינלאומי**

סעיף 38 לחוקת הICJ מפרט את רוב הנורמות המחייבות במשפט הבינלאומי, איך קיימים נורמות מחייבות שלא מופיעות שם והם;

- **הכרזות חד צדדיות**

- **החלטות של ארגונים בינלאומיים** (מועצת הביטחון של האו״ם)

- **soft law**- מסמכים בינלאומיים שנראים כמחייבים אבל לא באמת, אך עדיין יש להם השפעה רבה (הכרזה בינלאומיות)

למה לעשות soft law?

1. יחסי ציבור
2. מסמכים שמתווים את הדרך ובסוף מובלים לאמנה.
3. יכול להלוואת אינדיקציה בנסיבות לסיומות לopinio juris
4. מסיבה מסוימת קיים רצון לא להכריז על המסמך כמחייב אך אין בעצם אפשרות לא לעמוד בזה, כאשר מחפשים איך להתנהל בתחום מסויים אי אפשר להתנער מה soft law במקרה הזה.
5. מקרים מסוימים של soft law בהם גופים בינלאומיים לא מדינתיים קובעים כללים לכאורה וולונטריים, אבל מדינות בפועל פועלות מתוך מחויבות לכללים הללו. לכאורה, אם מדובר בגוף לא מדינתי, וההחלטה אם לפעול לפי הסטנדרט היא וולונטרית לחלוטין אז אין לסוג כזה של מסמך שום כוח משפטי מחייב. לעיתים ההשפעה של הגוף הופכת לחזקה כל-כך עד שמדינה בפועל חייבת לאמץ את ההסדרים האמורים, למרות שמבחינה פורמלית אין חובה לאמצם, שכן ללא אימוץ הכללים היא לא תוכל להשתתף באותה פעילות בינלאומית .

* לדוגמהISO הוא גוף פרטי שקובע סטנדרטים מסוימים. הקביעות שלו לא מחייבות משפטית אבל קשה לא לפעול לפי מה שהם קובעים.
* דוגמה נוספת- The internet corporation for the assignment of names and numbers (ICANN) תפקידו לקבוע דומיינים באינטרנט, למרות שגם בפה מדובר בגוף פרטי שאין לו מעמד משפטי מחייב אבל כולם פועלים לפיו. אם מדינת ישראל רוצה שלאזרחיה תהיה גישה לאינטרנט - עליה לפעול לפי כללי האינטרנט.
* עוד דוגמה:

פס״ד **בג״צ 909/08 A.I.M.D נ׳ שמואל מרדכי**

לפני התפתחות כל עולם ההייטק מדינת ישראל הייתה מעצמת היהלומים. שוק היהלומים נשלט על ידי קרטל דה בירס והוא מעמץ **כללי קימברלי, המסדירים את הסחר ביהלומים.** מטרת כללי קימברלי היא יצירת תעודת זהות לכל יהלום כדי למנוע סחר ביהלומי דמים, הוא בודק מאיפה היהלום, מתי הוא הגיעה ומספר מזהה.

במקרה הזה מישהו מגיע לבורסת היהלומים ברמת גן עם יהלום, המפקח מחרים לו את היהלום מאחר שאין לו תעודת זהות, למרות שעל פי המשפט המנהלי המדינה חייבת להוכיח שזה פסול (לא כמו שהיה במקרה הנ״ל שעל האדם להוכיח שזה לא פסול). בית המשפט קובע שהמפקח פעל בסדר מאחר והוא פעל לפי כללי קימברלי.

משמעות הכללים הייתה **שאם בורסת יהלומים רצתה לסחור ביהלומים שהקרטל סיפק, היה עליה לעמוד בכללים** (אחרת לא היו לו כמעט יהלומים לסחור בהם). לכללים אלו, שפורמלית כלל לא מחייבים, הייתה השפעה עצומה.

**התנגשות של נורמות**

כאשר קיים סטירה בין נורמות בינלאומיות שונות מבחינה פורמלית מה גובר על מה?

* **התנגשות בין נורמות הסכמיות:**
* כאשר יש התנגשות בין סעיף מאמנת האו״ם או נורמה מחייבת מכוח אמנת האו״ם לבין סעיף מאמנה אחרת, אמנת האו״ם גוברת.
* התחייבויות סותרות בין אותן מדינות- כללי ברירת הדין: דין ספציפי יגבר על דין כללי, מאוחר גובר על מוקדם.
* התחייבויות סותרות של מדינה אחת לשתי מדינות שונות- בהכרח המדינה תהיה במצב של הפרת איזה שהוא דין בינלאומי.
* **התנגשות בין נורמות מנהיגות:**
* Jus Cogens יגבר על נורמות מנהגיות אחרות.
* אם שני הנורמות אינן Jus cogens כללי ברירת הדין.
* **התנגשות בין נורמה הסכמית למנהגית:**
* ככלל: כללי ברירת הדין.
* חריג: Jus cogens גובר על דין בינלאומי הסכמי, חוץ משני מקרים מיוחדים: (1) סטירה בין Jus cogens לנורמה מחייבת מאמנת האו״ם. (נדון עליו בהמשך) (2) סטירה בין דין הסכמי מנהגי מכוח אמנת האו״ם לדין בין לאומי מנהגי שאינו Jus cogens.

**פרגמנטציה**

בעקבות ההתפתחות של המשב״ל נוצר מצב שבו בהקשרים מסוימים קיימים כמה נורמות נוגדות וקשה לקבוע מי מהם גובר.

קיימים שלושה סוגים של פרגמנטציה:

1. **פרגמנטציה נורמטיבית-** קיימים כמה נורמות מחייבות במשפט הבינלאומי המתנגשים זו בזו, ללא כלל הכרעה ברורה.

* לדוגמה, דין בינלאומי מנהגי שקובע איסור גיוס חיילים לצבא מתחת לגיל 15. אך באמנת ז׳נבה השלישית קובעת שאם מחזיקים שבוי מלחמה צריך לספק לו נגישות למוצרי טבק במחיר נורמטיבי. באמנת כללי ארגון הבריאות העולמי בדבר הצמצום שימוש בטבק קובע שאסור לספק מוצרי טבק לאנשים מתחת לגיל 18. עולה השאלה האם שבוי מלחמה בגיל 16 זכאי לסגריה או לא?

1. **פרגמנטציה מוסדית-** מצב שקיימים מוסדות בינלאומיים שונים שנוצרת בעקבות התפתחות המשב״ל חפיפה בין תחומי העיסוק שלהם בלי שיש אפשרות להכריע איזה מוסד עליון.

* לדוגמה, קיימת אמנה שמטילה מגבלות על דייגת דגי טונה כחולי סנפיר באוקיינוס השקט בדרומי ויש לו מוסד בוררות לסכסוכים בנושא הזה. קיימת אמנה אחרת המסדירה את השכר הבינלאומי וגם לה יש מוסד בוררות. קיימת אמנה שלישית המסדירה את דיני הים וגם לה קיימת בית דין משל עצמה. עולה השאלה פסיקה של איזה בית דין קובע?
* ֿדוגמה נוספת, קיימת אמנה שנועדה להבטיח זכיות אדם בקרב מדינות אירופה ויש לה בית דין. קיימת אמנה נוספת שנועדה להסדיר את השכר בין מדינות אירופה (שכר משפיע לזכויות אדם) עולה השאלה האם הפסיקה של בית הדין של האיחוד האירופי בקשה לזכיות אדם בענייני שכר(ECJ) או של בין הדין האירופי לזכויות אדם(ECHR) במקרה של התנגשות?

1. **פרגמנטציה של המדינה-** גורמים שונים במדינות מנצלים את הפרמנטציה של המשב״ל לקידום עמדותיהם על ידי עיגון נורמה שתחזק את העמדה שלהם בבית. נוצר מצב שהמדינה מתחילה לדבר בקולות שונים בזירה בינלאומית, זה נעשה כיוון שגורמים שונים במדינה רוצים לתת גב יותר חזק לדעה שלהם.

* לדוגמה, במדינת ישראל גורמי משרד איכות הסביבה מעודדים את ישראל לחתום על אמנת ברצלונה הקובעת שאסור לנקות בצדדים שעלולים לזהם את היום, אך קיים במדינת ישראל גם גוף שנקרא קצא״א שאחראי על הצינור שמזרים את הנפת האירוני לים בתיכון (למרות שכבר לא זורם שם נפט). כאשר משרד ראש הממשלה מנהל משא ומתן עם איחוד האמוריות וחותם על האמנה איתם הם הסכימו להזרמת נפת דרך הצינור של קצא״א. נוצר מצב שמדינת ישראל מתחייבת לשני התחייבויות סוטרות בזירה הבינלאומית.

שיעור מס׳ 7

**היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי**

חשיבות שאלת המעמד של המשב״ל בדין המדינתי:

חשיבות פרקטית- לרוב כאשר נשתמש במשב״ל נשתמש בו בבימ״ש מדינתיים.

חשיבות נורמטיבית- ביטוי לסוגיה רחבה יותר: קיימים יחסים בין המשב״ל למערכות משפט אחרות. בנוסף, ככל שהמשב״ל מתפתח קיימים יותר חיכוכים עם מערכות משפט אחרים, כתוצאה מכך זה משליך על תהליכים פנימיים במשב״ל ובמשפט המדינתי.

**מעמדו של דין מדינתי במשב״ל לפי המשב״ל**

המשב״ל מניח שהוא עליון לדין המקומי של מדינות. דינים של מדינות ספציפיות לא נקלטות למשב״ל, ניתן להשתמש בהם כאינדיקציה להיווצרות מנהג אך הוא לא מחייבות מבחינת המשב״ל. יתרה מכך, למשב״ל לא משנה איך מדינות קולטות את המשב״ל לתוך מערכת הדין המקומי לו. אלא העיקר שהם מתחייבים לדיני המשב״ל (החריג הוא קביעת מיהו אזרח, קיים אמנה שקובע מה הזכויות המוענקות לאזרח אך הוא משאיר את הקביעה של מישהו אזרח למדינה ספציפית אלא כל מדינה יכולה לקבוע לעצמה). כאשר קיים סתירה בין דין של מדינה לדין של המשב״ל. מבחינת המשב״ל הדין שלו גובר. ס' 27 לאמנת וינה (אמנת האמנות) קובע״שסתירה בין דין מדינתי לאמנה לא מהווה עילה להפרת האמנה. כלומר, מבחינת המשב"ל, המשב"ל עליון למשפט המדינתי״. החריג הוא, האם מדובר בדין יסודי גלוי של המדינה.

**מעמדו של דין מדינתי במשב״ל לפי הגישות התאורטיות הקלאסיות**

**מוניזם (תאוריות מוניסטיות):** ההנחה הבסיסית היא שהמשב״ל והמשפט המדינתי הם חלק ממערכת משפט אחת. רוב הגישות המוניסטיות מגיעות למסכנה שהמשפט הבינלאומי עליון למשפט המדיני. קיים שלל גדול של גישות מוניסטית וההבדל בניהם הוא בנימוק שהם מספקות לכך שלטענתם המשפט המדיני לא גובר על המשב״ל.

שתי גישות רווחות למוניזם:

1. **גישת משפט טבעי-** המשב״ל מייצג נורמות מוסר בסיסיות וככאלה הם מעל המשפט הבינלאומי. בימי הביניים גישה זו הייתה תקפה לגבי כל המשב״ל, בעקבות החשיבה שאלוהים יצר את המשב״ל ולכן זה מעל הכול. כיום, גישה זו תקפה בעיקר לגבי זכויות אדם, דיני לחימה ומשפט פלילי בינלאומי.
2. **הגישה הפוזיטיביסטית (קלזן)**- מי קדם למי? כל מערכות המשפט המדינתיות כפופות למערכת המשב״ל. לפי עמדתו של קלזן הסיבה שהמשב״ל עליון ביחס למשפט המדינתי הוא מאחר והמשב״ל קובע אם משהו יכול להיחשב כמדינה. מנגד, ניתן לטעון שהמשב״ל והמדינות נוצרו והתפתחו במקביל. בנוסף ניתן להגיד שהמדינה הוקמה מכוח ההכרה של הציבור במוסדות (ואולי הכרה של מדינות אחרות).

כיום, בשיח האקדמי (של המתבוננים מהצד) כמעט ואין תמיכה למוניזם. עם זאת, מעשית, המשב״ל ומוסדותיו (כגון טירבונאלים בינלאומיים) ממשיכים להצהיר באופן גורף שהמשפט הבינלאומי עליון ביחס למדינתי. (בשיעור הבא נלמד למה הם עושים את זה).

**דואליזם (תאוריות דואליסטיות)-** ההנחה הבסיסית היא שהמשב״ל והמשפט המדינתי הם שתי חיות שונות. המשב״לעוסק במדינות והמשפט המדינתי עוסק באנשים. מרבית מהגישות הדואליסטיות מניחות שמערכות המשפט המדינתיות יכולות לבחור האם לאמץ או לא את המשפט הבינלאומי. ברמה המעשית המשמעות היא שהגישות הדואליסטיות היא שהאדם לא צריך לציית למשב״ל אלא הוא צריך לציית לדין המדינתי. ישנן תאוריות דואליסטיות שונות. מה שמבדיל בניהם זה הנימוקים שהם מספקות למסקנתן בדבר עליונות הדין המדינתי. אחד הטיעונים הוא הטעון הדמוקרטי, נבחרי הציבור הם אלא שקובעים את הדין המדינתי. טעון נוסף שרלוונטי גם למדינות לא דמוקרטיות הוא הטיעון של ביטוי עצמי, קיים יותר סיכוי להשתקפות התרבות המדינתית בדין המדינתי מאשר במשב״ל. מנגד, ניתן לטעון שזה שמשהו נמצא בחוק המדינתי או בתרבות המדינתית לא אומר שזה הדבר הנכון לעשות (אחרת לא היה אפשר לעמיד לדין את הנאצים ודומיהם, הרי הם פעלו לפי הדין המדינתי).

כיום, בשיח האקדמי (של המתבוננים מהצד) כמעט ואין תמיכה לדואליזם. עם זאת, מעשית, מערכות משפט מדינתיות (בגדול ובכפוף למורכבוית שבהמשך ידונו) ממשיכות להצהיר באופן גורף שהמשפט המדינתי עליון ביחס לבינלאומי.

**מעמדו של המשב״ל בדין המדינתי מנקודת המבט של המשפט המדינתי**

במשפט המדינתי קיימים שלושה אלמנטים משוטפים:

1. הצהרה דואליסטית שאומרת שהמשפט המדינתי עליון למשפט המדיני. קיים אפילו במדינות שאומרות שהמשב״ל עליון לחוקה וזאת מאחר והחוקה קבעה את זה.
2. במציאות, המדינות שונות אחד לשנים בהסדרים שלהם. אם מסתכלים על כל מדינה ומדינה נראה שההסדרים שלהם מבטאים שילוב של יסודות מוניסטיים ודואליסטיים. זאת מאחור שרוב במדינות הוצרו מאותם סיבות, וכאשר כתבו את החוקה המנסחים הושפעו מהוויכוח התיאורטי.
3. ככלל ניתן להגיד שבמדינות יש התכנסות למרכז, ונותנים השפעה משמעותית אך מוגבלת למשב״ל.

**דרכי קליטת המשב״ל בדין המדינתי**

שלוש דוקטרינות אפשריות לקליטת הדין הבינ״ל:

1. קליטה ישירה incorporation- המשב״ל אוטומטי חלק מהמשפט המדינתי, המנהג אוטומטי במשפט המדינתי וכך גם האמנה לאחר שהמדינה עושה את מה שהיא צריכה כדי להצטרף לאמנה. מדינות עם הסדר כזה מוכנות לעיתים מוניסטיות, למרות שזה לא הגדרה מדויקת.
2. צורך בקליטה מפורשת transformation- תואם את הגישה הדואליסטית. לדין הבינלאומי אין מעמד במערכת המדינתית. המדינה יכולה להחליט לקלוט אותו באמצעות נורמה מדינתית ספציפית (חוק שיעתיק את ההסדר במשב״ל). היה והדין העותק לדין המדינתי מעמדו יהיה במעמד הנורמה הקולטת (נקלט כתקנה יהיה במעמד של תקנה), והוא יהיה מה שמחייב משפטית ולא הדין הבינלאומי.
3. דוקטרינת ביניים, יישום implementation- גם אם הנורמה לא נקלטה באופן פורמלי לדין המדיני, עדיין תהיה לה השפעה עקיפה על הדין המדינה. על פי הפרשנות של הדין המדינתי ועל יישום הנורמות הפנימיות (חזקת ההתאמה הפרשנית- כלל משפטי שאומר שיש לפרש ככל שניתן נורמה בדין המדינתי בהתאם לנורמה בינלאומית שמחייבת את אותה המדינה).

במציאות: קשה למצוא מדינה שהולכת רק לפי הסדר אחד, ברוב המדינות יש קיום של ההסדרים בשני אופנים. (1) הסדר אחד לדין בינלאומי הסכמי והסדר אחד לדין בינלאומי מנהגי. (2) לפעמים ברגע שזה נקלט יהיה לזה עליונות על נורמות מדינתיות מסוימות (למשל תקנות) אך לא על אחרות (למשל חוקה).

**מעמד המשב״ל בדין המדיני במדינות שונות בעולם**

**אנגליה:** דין בינלאומי נקלט באופן ישיר, מעמדו הוא עליון לתקנות ונמוך מחוק. הגורם המאשר את האמנות הוא הממשלה אבל מהרגע שמצטרפים אליה זה לא אוטומטי הופך לדין המדינתי אלא יש צורך בקליטה ישירה. בנוסף, קיים חזקה פרשנית.

**הולנד:** גם דין מנהגי וגם הסכמי נקלטים באופן ישיר. הגורם המוסמך לצרף את הולנד לאמנה הוא הפרלמנט ומרגע ההצטרפות היא הופכת להיות חלק מהדין המדינתי. החוקה גוברת על דין בינלאומי מנהגי, ובקשר לדין בינלאומי הסכמי אין הכרעה (אם יצטרך להכריע אז כנראה שהאמנות יהיו מעל לחוקה). אמנה גוברת על החוק הפנימי אך כנראה שהחוק הפנימי גובר על הדין המנהגי. גם להולנד קיים חזקה התאמה פרשנית.

**צרפת:** גם דין מנהגי וגם הסכמי נקלטים באופן ישיר. הגורם המוסמך לצרף את הולנד לאמנה הוא הפרלמנט ומרגע ההצטרפות היא הופכת להיות חלק מהדין המדינתי. החוקה גוברת גם על מנהג וגם על אמנה, אבל גם אמנה וגם מנהג כנראה גוברים על חקיקה. בצרפת פורמלית אין חזקה התאמה פרשנית (בפועל יש).

**ארה״ב:** החוקה לא מתייחסת לדין בינלאומי מנהגי, יחד עם זאת ההנחה הרווחת הייתה שמשפט בינלאומי מנהגי נקלט באופן ישיר ומעמדו עליון לחוק הפנימי ופחותה לחקיקה הפדרלית. החוקה מסמיך את הסנאט (בהצבעה אחת עם רוב של שני שליש) לצרף את ארה״ב לאמנה ומעמדה הוא כשל חקיקה חוק פדראלי, עליון לדין מדינתי, עליון לחקיקה משנה פדראלית, עליון לחקיקה מוקדמת יותר פדראלית, לא עליון לחקיקה מאוחרת יותר פדראלית ולא עליון לסעיפים בחוקה עצמה. קיים פסיקה מוקדמת הקובעת שיש חזקת התאמה פרשנית.

לאחרונה בית המשפט האמריקאי קבע כמה דברים בקשר לאמנות:

1. שכאשר בחוקה האמריקאית מדברת על אמנה היא מדברת רק על האמנות שהסנאט הצטרף אליהם ולא הנשיא (למרות שלפי המשב״ל הם נחשבים אמנות לכל דבר).
2. לא כל האמנות שאושרו על ידי הסנט נקלטות אלא רק אמנות שלהם שממם מעניק בפרוש שהם נועדו להעניק זכויות וחובות לבני אדם.
3. בשנים האחרונות, הפלח הימני השמרני בארצות הברית מקדם טיעון לפיו חזקה ההתאמה הפרשנית לא חלה והדים מנהגי לא נקלט בדין המדינתי. טרם ניתן פסיקה רשמית בנושא מבית המשפט האמריקאי (קיים סיכוי שזה יקרה).

לאורך השנים קיים מגמה מעניינת, מדינות שההסדר הראשוני שלהם היה יחסית קרוב להסדר המוניסטי עם השנים רואים אימוץ של דוקטרינות המחלישות במידה מסוימת את מידת ההשפעה של המשפט הבינלאומי. ורואים פסיקה הצהרתית ברורה שהמשפט המדינתי עליון למשפט הבינלאומית וכל מעמד שניתן למשב״ל הוא מכוח נורמה מדינתי. בדרך כלל גם נמצא דוקטרינה הקובעת שמה שמחייב את בית המשפט זה לא הפרשנות של המשב״ל של מוסדות אחרים אלא הפרשנות של מוסדות של אותו מדינה מעניקות למשב״ל. מנגד, מדינות שבהתחלה היו יחסית קרובים לצד הדואליסטי רואים אימוץ של דוקטרינות שמחזקות את ההשפעה של המשב״ל לזירה המדינתית. זאת אומרת יש ניסון של שני הצדדים ליצור החלטה משפטית שנותן השפעה משמעותית אבל רחוק ממוחלטת למשפט הבינלאומי.

**לסיכום:**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 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 על משב״ל מנהגי, לגבי אמנות יש התחמקות מלהכריע. | החוקה גוברת | החוקה גוברת |
| סתירה בין חוק למשב"ל | החוק פנימי גובר הן על אמנות הן על מנהגים.  מנהג גובר על תקנות אבל תקנות גוברות על אמנות. | 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 התאמה פרשנית | קיימת | קיימת | לא קיימת | פרשנות הדין הפנימי כך שלא יסתור את המשב"ל |

* במדינות שהתחילו מקירבה למוניזם- בית המשפט מגביל את הקליטה של המשב״ל וקובעים שהמקור למעמד המשב״ל במדינה הוא החוקה.
* במדינות שהתחילו מקירבה לדואליזם מובהק- בית המשפט מגבירים את מעמד המשב״ל ומקלים על קליטתו.
* למרות ההבדלים בנקודת ההתחלה, בכל המדינות יש סוג של הצהרה דואליסטית שאומרת כי הדין המדינתי הוא שקובע את מעמד הדין הבינלאומי. זה הצהרה הפוכה מהעמדה המוצהרת של המשפט הבינלאומי.

שיעור מס׳ 8

**מדוע יש סתירה בין המשפט המדינתי למשב״ל?**

על מנת לשרוד כל מערכת נורמטיבית חייבת לטעון שהיא עליונה לכל המערכות הנורמטיביות האחרות הפונות לאותה אוכלוסייה, אם לא הסמכות שלה נבלעת בתוך המערכת השנייה (תזת ההתאמה)(יצחק אנגלרד, Kant). נוצר מצב של סטירה לוגית, דבר לא יכול להיות נכון ולא נכון בו זמנית, כל אחד לא יכול להגיד שהשני גובר כי אז היא תאבד את הסמכות שלה. כאשר כל מערכת מנסה לטעון שהיא זו שצריך לציית לה, היא טוענת טיעונים מוסרים.

**הסתירה בין המשפט המדינתי למשב״ל**

טיעוני מערכת המשפט המדינתית: (1) ייצוג של ערכים מקומיים, הגדרה עצמית (יש יותר סיכוי של הדין המקומי מבטא את הערכים שלנו מנורמות אוניברסליות). (2) הדין התקבל בהליך דמוקרטי (רצון העם).

טיעוני מערכת המשפט הבינלאומית: (1) פרקטי: עם לא לבדו ישכון, מדינה לא יכולה להתנהל לבד בעולם. קיים צורך להסדיר את האינטראקציות בין המדינות. אי ציות למשב״ל יכול להוביל לסנקציות. (2) מוסרי: בתחומים מסוימים המשב״ל מסדיר נורמות מוסריות בסיסיות.

אין תשובה ברורה איזה מערכת משפט גוברת על השנייה.

דוגמה לסתירה בין המערכות:

**ע״פ 336/61 אייכמן**

אייכמן טוען ״פעלתי בהתאם להחלטות (תכנית ״הפתרון הסופי״) וחובת הציות שלי הייתה לדין הגרמני ולא למשב״ל. מנגד בית המשפט הישראלי אומר ״העניין נוגע במעשים הפוגעים באיסוריו של משפט העמים... מבחינת המשפט הבין- לאומי, הם חורגים כליל מתחומי סמכותה ה-׳ריבונית׳ של המדינה אשר ציווה לבצעם או ׳הכשירה׳ אותם בדיעבד, ולפיכך האנשים שהשתתפו באותם המעשים חייבים לתת בעצמם את הדין עליהם ואין בכוחם לחסות... מאחורי ׳חוקי׳ המדינה אשר מכוחם התחזו לפעול״

אייכמן מוסיף וטוען ״לא ניתן להעמיד אותי לדין בישראל, שכן החוק הישראלי (חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם), מעניק סמכות לבית-המשפט בישראל להעמיד לדין אנשים שביצעו פשעי מלחמה בזמן מלחמת העולם השנייה, סותר את המשפט הבינלאומי משום שהוא פוגע בעיקרון ריבונות המדינה״. לטענת אייכמן עקרון זה ״מחייב שרק המדינה שבתחומיה בוצעה העבירה או שאליה שייך העבריין (כאן גרמניה) תהיה זכאית להעניש בגינה״.

בית המשפט השיב (בין השאר) ״על בית המשפט לתת תוקף לחוק כנסת ואין אנו יכולים להיזקק לטענה שחוק זה נוגד את עקרונות המשפט הבין- לאומי״.

**מה עושים שקיימות מערכות מתחרות?**

עימות- כל מערכת מצהירה עליונות ומענישה את כל מי שבוחר לציית למערכת השנייה על פנייה.

היתרון- אם אתה מנצח אין אף מערכת שעומדת מולך

חיסרון- אנשים יאלצו לבחור וכך גורם להחלשת המעמד של כל אחת ממערכות משפט, התלוי באמון הציבור. פגיעה במעמד המשב״ל הוא באותו הזמן גם פגיעה במדינה כי הוא גורם לפגיעה בשיתופי הפעולה בין מדינות החיוניים בעידן המודרני.

פשרה- יש בשני המערכות מנגנונים שהמטרה שלהם היא להפחית את החיכוך בין המערכות, כדי שהאימות לא תהיה טוטלית את נקודתית. קיימים במערכת המשפט המדינתי ובמשב״ל מנגנונים של פשרה. לשערתו של זיו בורר, קיימים מנגנוני פשרה פורמליים- דין שאומץ באחד המערכות שמבטא מנגנון של פשרה (לדוגמה, סעיף 46 לאמנה וינה). קיימים גם מנגנוני הפרה לא פורמליים, שמוסדות מסדירים בניהם (לדוגמה, הדיאלוג בין בית המשפט בישראל לבית דין הרבני בקשר לנישואים רפורמים, חזקת ההתאמה הפרשנית, הסדר "כל עוד" כאשר בית הדין של האיחוד האירופי תוך התעלמות מזכויות אדם, בא ביהמ"ש העליון לחוקה הגרמני ואומר שהוא מורה למוסדות המדינה לא לציית לפסיקות של בית הדין של האיחוד האירופי כל עוד לא יאמר שהוא מכיר בזכויות אדם (פס"ד סולונגה 1). כאשר בית הדין האירופי (בפס"ד סולונגה 2) הוא טוען שהוא ממשיך לעבוד כסדרו אך מכיר בכך שיש זכויות אדם.)

**ארה״ב והמשב״ל**

בהקשר האמריקאי כיום (כ25 שנה) יש מאבק בין שתי עמדות שכיום זה ממש חלוקה פוליטית (לא ככה היה לפני זה, בוש האבא היא בעד המשב״ל). האימות לא התחיל עם טרמפ, נקודת השבר הגדולה הייתי בדגש על אירועי 9/11 (משטר בוש הבן מרגיש שלצורח הדברים שהוא רוצה לעשות המשב״ל מתסבך לו בין הרגלים). הטעונים שלהם הם: (1)המשב״ל הוא לא דמוקרטי ולא לגיטימי, המשפט הבינלאומי לא מעניין אותנו, מה שמעניין זה המשפט האמריקאי. (2) ארה״ב היא מעצמה ולכן אנחנו יכולים לפרש את המשב״ל איך שאנחנו רוצים.

המשפטן שעומד מאחורי כל המהפך הזה הוא אנטונין סקאליה. לסקלייה יש אידאולוגיה, הוא רוצה שהחוקה האמריקאית תפורש לפי הגישה שלו של איך שהאבות המייסדים חשבו, ולמחשבתו זה דורש לנפנף את המשפט הבינלאומי.

קיימים שלל ביטוים של הגישה הזו:

* **בתקופת בוש הבן**, הוא מושך את החתימה של ארה״ב מהאמנה של הICC והיא מעביר חוק המעניק סמכות לנשיא האמריקאי לשלוח צוות צבאי להאג אם מעמידים לדין חייל אמריקאי על פשעי מלחמה.
* **בתקופה של טראמפ**, אמריקה פורשת מאמנת הסכם אירן, מאמנת הדואר שהם חברים בה מ1944. השביתו את כוחות השיפוט של הWCO (World Customs Organization)

מול הגישה הזאתי קיימת גישה אחרת האומרת כמה דברים:

1. גם מעצמה אינה חיה בוואקום, אם נעשה את מה שאנחנו רוצים יהיו לזה השלכות. לדוגמה, שאובמה רצה להפגיז בסוריה הוא לא הצליח לגבש קואליציה.
2. הרבה ממה שארצות הברית מצליחה לעשות נקרא ״דיפלומטיה רכה״. יש לה מעמד עליון במבט העולמי ולכן הם מייצאים קרבה תרבותית, יש אמונה שהם הצד הטוב ולכן רוב המדינות לא יכלו נגדם. אך זה נחלש ברגע שאתה מחליט שאתה לא מתחשב במשב״ל.
3. הם מייבאים דוגמה לשאר המדינות היותר קטנות בעולם, אם הם לא מתחשבים במשב״ל גם מדינות אחרות מתחילות להפר את המשב״ל.

עם השנים קיימות מעברים בין שני הגישות:

* בשנות ה80 וה90- כולם דוחפים את המשפט את הבינלאומי- ריגן דוחף שלל אמנות עם רוסיה, בוש האבא, קלינטון דוחף הסכמי שלום.
* אירועי 9/11- העמדה שמעדיפה את המשפט האמריקאי הופכת לעמדת השולטת.
* שלהי ממשל בוש הבן יש הנמחה של הלהבות הוא מבין שהוא לא מצליח לגייס קואליציות אז הוא עושה דברים כדי להשיב את אימון האולם למחויבות של ארה״ב למשב״ל+ אובמה- התחזקות מחודשת של הענקת דגש למשב״ל.
* ממשל טראמפ- התחזקות העדפת המשפט האמריקאי מעל המשב״ל. איום היועץ לביטחון לאומי לשלוח כוחות צבאיים להאג, פרישה מאמנות שהעניקו סמכות לICJ, פרישת מאמנת הדואר.
* בערך שליש מהמדינות בעולם הפקידו אצל הICJ מסמך המאפשר לכל מדינה אחרת שגם הפקידו מסמך כזה להגיש נגדם תביעה בכל סכסוך בעניין המשפט הבינלאומי לICJ. ארה״ב היה המדינה הראשונה להגיש את המסמך הזה, הם משכו את המסמך בשנות ה80 בעקבות הפסד בפסק דין ניקרגואה. יחד עם זאת הם משאירים אמנות ספציפיות שסכסוך על פי אמנה הזאת תגיע לשיפוט בICJ לדוגמה אמנת הג'נוסייד.

מחירי העמדה הלעומתית:

* קושי גובר ביצירת קואליציות בינלאומיות.
* ירידה מעמד פסיקת ביהמ״ש העליון האמריקאי.
* אם ארה״ב ככוח כזה חזק בשולחן הבינלאומי יכול להתנהג ככה גם המדינות הקצת יותר קטנות גם מרשים לעצמם להתנהג ככה.

**ישראל והמשב״ל**

עד כה דיברנו על ארה"ב כמעצמה, אם היינו מדברים על צפון קורה זה לא היה משנה כי הם מדינה מבודדת ולכן אין להם מה להפסיד. מדינת ישראל כמדינה "רגילה" תשלם מחיר גבוה בהרבה מאשר מעצמה. במדינות רגילות נראה יותר מנגנוני פשרה. ב20 שנה האחרונות המשפט הפלילי בינלאומי צומח, המשמעות היא שיש סיכון שבסוף חיילים ישראלים יועמדו לדין בICC.

**פרשת גדר ההפרדה**

רקע: בהתחלה שנבנה הגדר היא נבנתה ללא חשיבה על הצרכים של התושבים הפלסטינאים הגרים במקום. האו״ם פונה לICJ לקבלת חוות דעת בנוגע לחוקיות גדר ההפרדה. ישראל בוחרת שלא להצטרף בתהליך בפני הICJ (בעניין ההתנחלויות אנחנו והעולם לא מסכימים ובפסיקה היו חייבים להתייחס להתנחלויות, אם ההינו שותפים בהליך היינו נותנים לגיטימציה בפסיקה). הקביעה של הICJ כמעט לא מתייחסת לאיום הטרור במדינת ישראל. בית המשפט קובע, שמדינת ישראל לא עמדה בתנאי הצורך והפרופורציונלית של דיני הלחימה בנוגע למיקום בניית הגדר, ולכן בעצם בניית הגדר המהווה פשע מלחמה.

תגובת מדינת ישראל: ראשית היא מצהירה על דה לגיטימציה (למשל על ההתעלמות מאיום עוצמת הטרור).

**פס״ד בית סוריק**

חשין (דעת מיעוט): **גישה לעימות-** טוען שאין משב"ל (אולי הוא קצת מתפתח לאחרונה) , והשופטים לא עשו משפט כי הם לא בחנו את העובדות בשטח כתפקידם אלא התבססו על תמונה חלקית על העובדות ׳משפח׳ ולא ׳משפט׳. אם דעת חשין הייתה מתקבלת, זו הייתה קריאה למלחמה נגד הICJ שהייתה פוגעת בלגיטימציה הבינ״ל של ישראל ופותחת דלת לתביעות פליליות נגד ישראלים בחו״ל תחת סמכות אוניברסלית.

ברק (דעת רוב): **גישה לפשרה-** ברק אומר כי מעמד השטחים או נושאים אחרים אינם רלוונטיים לדיון, כמו חוקיות ההתנחלויות. דעת הרוב של השופט ברק עשתה טריק יפה, הוא קיבל את ההנחת ה-ICJ שמדובר בשאלה של צורך ופרופורציונליות אבל קבעה שלשופטים הישראלים יש יותר מידע מל-ICJ. הוא אומר כי בית הדין (ICJ) לא החזיק בכל האינפורמציה, הוא בדק את כל הגדר ולא מקטע מקטע. בג"ץ יבדוק בעצמו כל מטר כדי לבחון את המידתיות וליישם את עמדת הICJ. בעקבות הבג"ץ 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. בכך השופט ברק מצא דרך להגיע לפשרה ולשמור על הלגיטימציה של המשב"ל מבחינת המדינה, על הלגיטימציה של המדינה מבחינת המשב"ל, לאכוף את כל הכללים ועדיין להגיע לתוצאה מתקבלת ופרקטית.

* לאחר הפסיקה של ברק נוצר קרדיט למדינת ישראל בעיני העולם, שמצליח ונותן לישראל את הסמכות לקבוע בעצמו כי מערכת המשפט הישראלי הוא אמינה.

הצדקה לעמדה של ברק: עקרון המשלימות והשיוריות והפירות שהושגו- יש כלל במשב״ל שאומר שאם מדינה אוכפת ראוי את דיני הלחימה ומשפט הפלילי הבינלאומי שום מדינה לא יתערב מהחוץ (שיוריות בנושא של הסמכות האוניברסלית, משלימות בנושא של הICC) .

במדינת ישראל יש מיאוס מהאקטיביזם השיפוטי לכן ממנים יותר שופטים שמרנים שמחפשים עימות לעומת פשרה, דבר שגורם לאיבוד הקרדיט שלו בעולם. לדוגמה- הריסות בתים. על אף שמדובר על פי המשב"ל בפשע מלחמה, ב2014 ביהמ"ש הישראלי מאשר הריסות בתים השופט סולברג בנושא הזה אומר ״ולא נמות על קידוש אמנת ז׳נבה גלוי וידוע, כי מדינת ישראל מתמודדת עם מלאכי- חבלה חורשי- רע, שהוגי האמנות לא חזו כלל בעיני- רוחם בעת שעיצבו וגיבשו את הוראותיהן״.

שיעור מס׳ 9

**היחס בין המשב״ל לדין הישראלי**

כאשר מדברים על היחס בין המשפט המדינתי הישראלי למשב״ל, עולים שלוש סוגיות:

1. **השפעה פרשנית**- באיזה מידה הדין הבינלאומי החל על מדינת ישראל צריך להשפיע על הפרשנות של הדין הישראלי? אין הבדל בין דין בינלאומי מנהגי להסכמי (חזקה ההתאמה הפרשנית).
2. **דרך ומידת הקליטה במשפט הישראלי**- האם דין בינלאומי מסוג מסויים נקלט לתוך הדין הישראלי והופך להיות נורמה משפטית פורמלית ישראלית? קיים הבדל בין משפט מנהגי להסכמי.
3. **מעמד נורמטיבי במשפט הישראלי**- האם ובאיזה מידה יש מעמד לדין הבינלאומי עם הוא נקלט בתוך המערכת של המשפט הישראלי. קיים הבדל בין דין מנהגי להסכמי.

**השפעה פרשנית**

על פי כלל חזקת ההתאמה הפרשנית יש לפרש את הדין הישראלי ככל שניתן בהתאם לדין הבינלאומי שחל על מדינת ישראל , ההלכה בישראל קובעת כי הכלל חל בין אם הדין הבינלאומי הרלוואנטי הוא משפט מנהגי או אמנה שישראל צד לה.

**פס״ד להיס**

בזמן מלחמת השחרור צהל כובש חלקים בדרום לבנון, ביניהם כפר חולה. שמואל להיס שהיה מ"פ במשך שני לילות הולך לכפר והורג לבדו עשרות אנשים. פס"ד מצונזר, אך להיס עתר לבג"ץ בטענה שלא ניתן להעמידו לדין מכיוון שהוא עשה זאת מחוץ למדינת ישראל. לבסוף הוא קיבל חנינה בטיעון שהמון אנשים עשו פשעי מלחמה והדבר אינו הוגן להעניש אותו בלבד כאשר הם לא נענשו.

מבחינה משפטית להיס טוען שחלה עליו הגנת הצורך, כי היה חשש מבחינתו שהם יצטרפו לכוח הלוחם. חשש של התביעה הוא שהוא עשה זאת כי לנקום במות חבריו בשדה הקרב. זוהי הגנת הצידוק שמעוגנת בפקודת השיפוט הצבאי. בית הדין הצבאי העליון קבע שצריך לבחון את הגנת הצורך במשפט הישראלי בהתאם לדין הבינלאומי הרלוונטי, הוא קובע שהדין הבינלאומי הרלוונטי לא מאפשר להוציא להורג אנשים חפים מפשע במצב כפי שהיה (מדובר באנשים חסרי נשק שהוחזקו על ידי צה"ל) בין אם מדובר באזרחים ובין אם בשבויים אסור להוציא להורג ולכן מרשיע אותו. ביהמ"ש אומר שהוא מחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית בין אם הוא יגיע למסקנה שמדובר בדין בינלאומי מנהגי ובין אם יגיע למסקנה שמדובר בדין בינלאומי הסכמי.

על איזה דין ישראלי חזקת ההתאמה הפרשנית חלה?

לגבי רוב הדינים הישראלים אין מחלוקת האם חל עליהם כלל החזקה הפרשנית. המחלוקת חלה רק בקשר לחוקי יסוד. מאז חקיקת חוקי היסוד ועד לשנים האחרונות, מגמת הפסיקה הייתה שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה. שתי הטענות ללמה להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי היסוד הן: (א) הרציונל של הקטנת החיכוך מתקיים גם כאן. (ב) העקרונות החוקתיים בישראל שאבו השראה מהמשב"ל (בפרט זכויות אדם), ולכן יש לשאוב מהמשב"ל השראה פרשנית.

במהלך השנים היו עתירות נגד הקביעה הזו (הכנסת והממשלה בהשפעת ארגון קהלת) הטוענות שאסור להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד. לפי זיו בורר פורם קהלת לקחו את גישת השופט סקאליה האמריקאית בהעתקה גסה, בלי להתאים אותה למקרה הישראלי. הם טוענים שאי אפשר להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד אם לא קיים הסמכה מפורשת לכך בחוקי יסוד. ״יש להישמר מלתת מקור חיצוני למשטר החוקתי שמחייב בפרשנות שלה. מתן מעמד שכזה, בלי שהחוקה קבעה זאת במפורש, כמוהו כאימוץ חוקה אחרת, תחת זו שניסח הריבון על ידי נציגיו״. לדעתו של זיו בורר זה אבסורד כי פורום קהלת לקחו את הגישה ממחנה מסוים אמריקאי, שבכלל מתנגד להעתקת גישות זרות.

הביקורת של זיו לגישה הזאת היא שבחוקי היסוד (כבוד האדם) כתוב במפורש שיש לפרשם לפי עקרונות מגילת העצמאות. למגילת העצמאות שיש מעמד מסוים במשפט החוקתי, והיא מתייחסת במפורש גם לעקרונות מגילת האומות המאוחדות. כלומר, חזקת ההתאמה הפרשנית צריכה לחול גם על חוקי היסוד. יש לפרשם באופן שיתאים ויקטין החיכוך בינם למשפט הבינלאומי (המנהגי וההסכמי).

המצב כיום היא שאין הלכה בנושא, חלק מהשופטים מסכימים עם קהלת וחלק אחר פשוט מפחד.

**אופן קליטתו ומעמדו הנורמטיבי של הדין הבינ״ל המנהגי**

בישראל קיימת פירמידת הנורמות:

1. חוקי יסוד
2. חקיקה ראשית (חוקים)
3. נורמות המשפט הציבורי המקובל (יציר הפסיקה למשל, דוקטרינת הסבירות במשפט המנהלי), לרבות דין בינלאומי מנהגי
4. חקיקת משנה (תקנות צווים, פקודות צבאיות כתובות וכו)
5. פעולות פרטיות של הרשות המבצעת

במשפט הישראלי, בהיותו מערכת משפט מקובל יש נורמות של המשפט הציבורי המקובל שהם יציר הפסיקה. זה נורמות שמקורם בפסיקה ומטרתם להגביל את הרשות המבצעת. לדוגמה, איסור משוא פנים, זכות השימוע, זכויות אדם טרום המהפכה החוקתית, דוקטרינת הסבירות האומרת שאסור שהחלטת הרשות תהיה לא סבירה באופן קיצוני אם כן- היא בטלה. נורמה נוספת של המשפט הציבורי המקובל היא הנורמה שקולטת את הדין הבינלאומי מנהגי באופן ישיר, ומעניקה לה מעמד עליון על חקיקת משנה ופחותה מחקיקה ראשית וחוקי יסוד.

השלכות קליטת הנורמה המנהגי האופן ישר בדין הישראלי:

1. **מקור להענקת זכויות וסמכויות כלפי רשות.**

* לדוגמה, חסינות דיפלומטית- שגריר מוחמד בסיוני והוא מזמין למופע אחת מרקדניות הבטן הגדולות בישראל. הוא מטריד אותה מינית וכנראה מנסה לאנוס אותה, אך שהיא מגישה תלונה במשטרת עונים לה שקיים לו חסינות דיפלומטית, שמקורה בדין הבינלאומי המנהגי שנקלט באופן ישר בדין הישראלי ולכן זה תקף למרות שהוא לא נמצא. בספר החוקים הישראלי.
* דוגמה נוספת, בג"ץ סיכול ממוקד- כאשר מבצעים סיכול ממוקד, האדם שלוחץ על הירי גורם למותו של אדם בכוונה תחילה, לכם יש להאשימו ברצח. בחוק העונשין הוא לא זכאי להגנות בעקבות אחת הסייגים. ולכן מדינת ישראל צריכה להפסיק את הסיכול הממוקד ולהעמיד לדין את האנשים שעשו זאת על רצח (כנ"ל לגבי חיילים ואנשי ביטחון). סעיף 34יג לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה: הוא היה חייב או מוסמך לפי דין, לעשותו" ברק טוען שחיילים 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. כי דיני המלחמה אלו תחומים שבאופן מסורתי הושארו להסדרת המשב"ל. בנוסף דיני מלחמה הם תחום בו יש סיכון מוגבר להעמדה לדין בעולם.

1. **בהתנגשות בין מנהג לחקיקת משנה או החלטת מנהל- המנהג גובר**

* לדוגמה, נוהל שכן. מדובר בנוהל שאומץ בפקודה צה״לית (חקיקת משנה) שקובע, כאשר מתבצר מחבל בבית מבקשים מהשכן שלו לנסות לשכנע אותו להיכנע בלי קרב. הבעיה היא שאחד הדינים הבינלאומיים הבסיסים של דיני הלחימה הוא עיקרון ההבחנה. כלל זה קובע שתפקידם של הלוחמים הוא להילחם, וצריך לעשות ככל שניתן לא לערב את האזרחים בלחימה. צה״ל טוען שהשכן הסכים בהתנדבות ללכת (למרות שכך לא בדיוק המקרה כי חיילים באו אליו באמצע הלילה עם נשק לשאול אותו אם הם יכלו). 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. **בהתנגשות בין מנהג לחוק- החוק (חקיקה ראשית) גובר**

* לדוגמה, פרשת עפו- גירוש מחבלים. יש כלל בדינה הלחימה שאומר שאסור להוציא אנשים שהם תושבים של שטח כבוש אל מחוץ לשטח. סע' 49 לאמנת ז'נבה אוסר על גירוש מוגנים משטח כבוש מדובר גם על גישור קולקטיבי וגם על גישור אינדיבידואלי. **לפי שמגר**: המשפט המנהגי אוסר רק גירוש קולקטיבי ולכן על פי דעתו אין סטירה עם הדין המנהלי. **לפי דעתו של בך (דעת מיעוט**): הדין המנהגי אוסר גם גירושים אינדיבידואליים. למרות זאת שניהם מסכימים שתקנות ההגנה (חקיקה ראשית) המאפשרת גרוש ולכן הם גוברות על הדין המנהגי ומותר לגרש.

**אופן קליטתו ומעמדו הנורמטיבי של הדין הבינ״ל הסכמי**

בשונה מדין בין לאומי מנהגי, דין בינלאומי הסכמי לא נקלט באופן ישיר בדין הישראלי, אלא נדרשת קליטה מפורשת, צריך שיאומץ בחיקוק הישראלי (לא חייב חקיקה ראשית). גם לאחר הקליטה אין לאמנה שישראל צד לה מעמד נורמטיבי בדין הישראלי, אלא לחיקוק הקולט יש מעמד (לפי סוג החיקוק הקולט). ולכן במקרה שיש סטירה בין החיקוק הקולט לאמנה החיקוק גובר לפי הדין הישראלי (לפי המשב״ל האמנה גובר).

**ע״א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ׳ 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. בית המפשט אומר ״הסכם רודוס הוא חוזה ברית (treaty) בין מדינת ישראל לבין מדינה אחרת. יהא כוחו ותקפו של חוזה כזה מבחינת המשפט הבינלאומי אשר יהיה, אין הוא בבחינת חוק שבתי- המשפט שלנו יזדקקו לו או יתנו לו תוקף כלשהו. הזכויות שהוא מעניק והחובות שהוא מטיל הן זכויות וחובות של המדינות אשר כרתו את ההסכם ומימושן הוא אך ורק בידיהן בדרכים המיוחדות להשגת ביצועם של חוזים בינלאומיים. חוזה כזה אינו ניתן בכלל לשיפוטם של בית- המשפט במדינה, אלא אם ובמידה שהוא, או הזכויות והחובות הנובעות ממנו, צורפו בכור החקיקה של המדינה וקיבלו צורה של חוק מחייב. במקרה כזה, נזקק בית- המשפט, לאמיתו של דבר לא להסכם בתור החוק המוניציפלי שלנו. מזה נובע גם, כי במקרה שלא יתאימו החוק וההסכם זה לזה, אף כי ברור שהחוק בא להפעיל את ההסכם ולהגשימו, יעדיפו בתי- המשפט את החוק, שהוא והוא בלבד מחייב אותם, ורק על פיו יחתכו את הדין.״ (זיו בורר אומר שצריך להחליף את המילה חוזה לאמנה, וחוק לחיקוק)

בג"ץ קבע כי מדובר באמנה שלא נקלטה בנורמה ישראלית, ולכן אין לה מעמד בדין ואי אפשר לחייב את המדינה לקיים אותה. מה שיש לו מעמד זה לחיקוק הקולט. מבחינת המשב"ל מה שמעניין הוא הדין הבינ"ל ולא החקיקה המדינתית.

מה קורה בהקשר לאמנה שישראל צד לה, שלא נקלטה? מבחינה פורמלית אין לו כל מעמד נורמטיבי, ולכן אם יש סתירה בינה לבין חוק החוק גובר. לדוגמה, פרשת עפו קיים סתירה בין אמנת ג׳נבה שלא נקלטה בחקיקה הישראלית לבין חוק ישראלי ולכן הדין הישראלי גובר למרות שמדובר על אמנה בינלאומית. אך בעקבות התפתחות המשפט הבינלאומי פלילי, היה צורך לשנות את הגישה של הדין הישראלי בקשר למשפט בינלאומי הסכמי.

**פס"ד וופא עלי**

את אסירים פלשתינאים מהשטחים שמים בבתי סוהר בישראל. בעצם, מוציאים אותם בכוח מחוץ לשטח הכבוש. הייתה על כך עתירה לבג"ץ. בשונה משנות ה-80, בשנת 2009 למרות שניתן לטעון מבחינה משפטית שאנחנו פועלים לפי הדין המדינתי, זהו לא הטענה הכי חכמה. לכן, השופטת בייניש אומרת שצריך לפרש את סעיף 49 לאמנת ז'נבה פרשנות תכליתית, הפרשנות תוביל אותנו למסקנה שבמקרה של וופא עלי אין הפרה של הדין הבינ"ל. מאחר ואיכות החיים של האסירים משתפרת ולא נפגעת הגישה של המשפחות אל האסירים. כי הכלא הוא במגידו (בין מגידו לשטחים זה מאוד קרוב).

מה קורה בסתירה בין אמנה שלא נקלטה בדין הישראלי לבין נורמה/ מעשה של הרשות המבצעת? מבחינה פורמלית מעשה של הרשות המבצעת אמורה לגבור. לדוגמה, בפס״ד סמרה בשופט ברנזון אומר שאמנות מעניקות זכויות למדינות ולא לאנשים פרטיים, ולכן לא ניתן להסתמך על הסכם רודוס. המסקנה, לכאורה (מבחינה פורמלית וכן גם מעשית בפסיקה הישנה) גם נורמות או פעילות של הרשות המבצעת גוברת על אמנה שישראל צד לה אם היא לא נקלטה.

סיכום עד כאן-

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

הרציונל העומד מאחורי ההבדל הוא רציונל דמוקרטי. ההבדל הזה לא נותן לרשות המבצעת לאמץ נורמות של המשפט הבינלאומי אלא היא צריכה לפנות למחוקק. הרשות השופטת יכולה בעצמה לאמץ נורמות של המשפט הבינלאומי אך אם היא עושה כך הם גוברים רק על נורמות של הרשות המבצעת ולא של הרשות המחוקקת.

**דוקטרינות לצמצומם הפער בין מעמד אמנה למנהג**

קיימים דוקטרינות שמצמצמות את הפער של מידת הכוח שיש לדין בינלאומי מנהגי למידת הכוח שיש לדין בינלאומי הסכמה שלא אומצו בחקיקה הישראלית.

1. **חזקת ההתאמה הפרשנית**- בשני המקרים אנחנו צריכים ככל שניתן לפרש את הדין הישראלי בהתאם לדין הבינלאומי. כך שבשני המקרים אנחנו שואפים לצמצם את המקרים שיקבע שיש סתירה בניהם. בפרשת להיס בית המשפט קבע שהחזקה חלה על שני סוגי הנורמות של המשב״ל. ההפנמה שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על הדין המנהגי וגם על הדין ההסכמי מתחזק עם השנים, פס"ד שמחיש את התגברות ההפנמה היא:

**פרשת פלונים (שנת 2,000)**

מדינת ישראל מחזיקה את דוראני ועובד, אחרי שכבר סיימו לרצות את העונש הפלילי שלהם ושהיא עצמה סבורה שאין להם סיכון אישי. היא בכל זאת מחזיקה אותם כקלפי מיקוח להחלפה מול רון ארד. לפי סעיף 2 לחוק המעצרים המנהליים שר הביטחון רשאי להחזיר עציר מנהלי לטעמי ביטחון המדינה. המשב"ל בדבר זכויות אדם מאפשרת להחזיק אנשים במעצר מנהלי רק אם יש להם סיכון אישי. בפס"ד הראשון בבג"ץ הוא קובע שהחקיקה הראשית הישראלית (סעיף 2 לחוק המעצרים) גובר על הדין הבינלאומי ולכן מותר להחזיקם אותם כקלפי מיקוח (דעת הרוב). דעת המיעוט ואמרת שחזקת הפרשנות מחייבת אותנו לפרש ״לטעמי ביטחון המדינה״ לאור הסעיף הרלוואנטי באמנה זכויות האזרחיות והפוליטיות כך שטעמי ביטחון המדינה הם רק סיכון אישי. בדיון נוסף מתהפכת דעת הרוב והמיעוט (וברק משנה את דעתו).

מסקנה: הפער בין מעמד המנהג למעמד משפט ההסכמי מצומצם יותר משנראה וכן גם הצטמצם עוד בעשורים האחרונים.

1. **החלת חזקת ההתאמה הפרשנית על נורמת הסבירות של המשפט הציבורי המקובל**- דוקטרינת הסבירות קובעת שחקיקת משנה או פעולה מנהל תהיה בטלה מקום שהיא לוקה בחוסר סבירות קיצונית (עפ"י קביעת ביהמ"ש). ההלכה שקובעת שחזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על מקום שצריך לפרש את נורמות המשפט הישראלי היא הלכה שנקבעה כבר בשנות החמישים. אך פסקי הדין שהתחילו ליישם את ההלכה הזאת ספציפית על דוקטרינת הסבירות הם חדשים יותר (משנות ה90). לפסקי דין יש השלכה אדירה בפועל על אמנות שישראל לא צד להן.

קריטריון מרכזי לקביעה אם חקיקת משנה או פעולת מנהל היא סבירה או לא היא האם היא עומדת בהלימה אחת עם אמנות שישראל צד להן. זה אומר שפעולת מנהל או חקיקת משנה שבמצב נורמלי היו קובעים שהיא סבירה, אפשר לקבוע שהיא לא סבירה כי פתאום ישראל צד לאמנה (גם אם לא נקלטה) לחילופין, יש חקיקת משנה שהיינו קובעים שלא סבירה ולפתע נקבע שהיא סבירה כי היא נעשית כדי ליישם אמנה שישראל צד לה. (גם אם לא נקלטה).

**פס"ד דרזנר נ' גיל**

נושיו של גיל ביקשו למנוע את יציאתו מהארץ (בדר"כ לא היו נותנים לו לצאת לשוויץ). גיל יוצא מהארץ משום ששוויץ רוצה להעמידו לדין על הונאה ונחתם בין ישראל לשוויץ אמנת הסגרה, כלומר מטרת יציאתו היא למימוש האמנה. זאת אומרת שמה שלא היה נחשב באופן עקרוני לא סביר, נחשבת לסביר משום האמנה.

מסקנה: מילוי מחויבות בינלאומית היא שיקול להפיכת פעולה ״לא סבירה״ ל״סבירה״

**בג״צ עיריית בית-לחם**

חיות ״בהנחה שהאמנות חלות, הן יהיו אבן בוחן מרכזית בהכרעה האם פעולת הרשות המנהלית (מפקד הצבאי) הן סבירות״.

המשמעות היא שככלל אם חקיקת משנה או פעולת מנהל סותרת דין בינלאומי הסכמי (אמנה שישראל צד לה) ככלל זה יוביל לביטולה. ולכן זה מאוד צמצם את הפער בין הדין הבינלאומי המנהגי להסכמי. הוא לא הפך אותם להיות זהה אבל צמצם את הפער בניהם.

מה המשמעות של כל זה? מה שרואים בדין הישראלי, זה מערכת שהתחילה במקום יחסית דואליסטי ואימצה מנגנונים שחיקו במידה מסוימת אך לא מוחלטת את המשב"ל, זו מגמה כללית שמשקפת רציונל של המתרכזות שמטרתו רעיון של פשרה בין מערכות המשפט. זה נכון גם ברמה הכללית לגבי כל מערכות המשפט בכך שמערכות דואליסטיות אחרות, המתקרבות יותר למרכז, והתנועה של מערכות מוניסטיות למרכז משקפות רעיון של שימור המערכת המשפטית, בכדי לייצר מנגנון פשרה.

שיעור מס׳ 10

**זכויות המדינה במשפט הבינלאומי**

1. **חופש הפעולה-** עקרון לוטוס. בחלק נכבד, אם לא בכל תחומי המשפט הבינלאומי למדינה יש את הפריבילגיה לפעול ולעשות כל מה שלא נאסר במפורש (לא בדיוק חל על דיני זכויות אדם, דיני לחימה לא חלה).
2. **שוויון בין המדינות-** מבחינה משפטית דין כל המדינה זהה לדין מדינה אחרת.
3. **חסינויות למדינות ולנציגיהן-** מדינות ונציגיהם זכאים לחיסוניות וזכויות יתר ביחסים שלהם עם מדינות אחריות, כמו חסינות דיפלומטית.
4. **אי התערבות בענייניה הפנימיים של המדינה-** עקרון זה פחות נוקשה ממה שהוא היה בעבר. פס״ד איי פלמס ניתן ע״י בית הדין הבינלאומי לבוררות, הוא נחשב לפס״ד הקלאסי בנוגע לאי התערבות.

**מהי מדינה?**

תנאי מונטווידאו- הם תנאים שבמקורם נכתבו באמנה בין מדינות בדרום אמריקה, לגבי איך הן ביניהן יכירו בישות כמדינה. היום אין חלוקי דעות שתנאי מונטווידאו מייצגים דין משפט בינלאומי מנהגי.

**תנאי מונטווידאו**

תנאי הראשון- טריטוריה

* **טריטוריה חייבת להיות יבשתית**

בזמן מלחמת העולם השנייה הבריטים בנו פלטפורמות להצבת כלי קרב בים הגבוה (לא בשטח של שום מדינה). כמה שנים טובות לאחר שבריטניה נוטשת את הפלטפורמות, מגיע לשם בן אדם, והוא מכריז על המקום כמדינה חדשה בשם ״סילנד״. מקור ההכנסה המרכזי של סילנד הוא ממכירת אזרחויות, אם אתה משלם יותר אתה יכול להיות שגריר ולקבל חסינות דיפלומטית. תושב גרמני קנה אזרחות ״סילנדית״ והפך להיות שגריר מטעמם בגרמניה. כאשר פקיד מס הכנסה הגרמני מגיע אילו, הוא טוען שיש לו חסינות דיפלומטית. בית המשפט הגרמני לא קיבל את הטענה מאחר וטריטוריה של מדינה צריכה להיות יבשתית ולא משהו בנוי בים.

* **גודל המדינה לא קובע**- אין מינימום של שטח נדרש לצורך הגדרתה כמדינה, לדוגמה הוותיקן.
* **הטריטוריה של המדינה לא חייבת להיות רציפה**- לדוגמה, ארה״ב עם אלסקה והוואי. דוגמה נוספת, ב19 שנים הראשונות של ישראל, הר הצופים היה שטח ישראלי שנמצא בתוך השטח הירדני.
* **גבולות המדינה לא חייבים להיות ברורים ומוסכמים אלא הם יכולים גם להיות שנויים במחלוקת**- לדוגמה, ארה״ב לא הסדירה את הגבולות שלה עם קנדה ועם מקסיקו במקומות מסוימים בגבול.
* **כאשר ישות טוענת שהיא מדינה אין חיוב שהיא תשלוט על כל השטח**- כאשר כבשנו את אילת לא היה לנו לשליטה על שטח של הנגב. דוגמה נוספת היא ארה״ב, היא נאבקה על השליטה באזור מערב ארצות הברית עם שבטים אינדיאנים (native American).
* בדרך כלל שאשר ישות קמה ומחליטה להכריז על עצמה כמדינה היא לא ממלאה את כל תנאי מונטווידאו. ולכן, במציאות לא דורשים התממשות מושלמת של כל הקריטריונים אלא צריך דרישה של התממשות של מימוש משמעותי של כל אחד מהקריטריונים (אין הסכמה חד משמעית של מהו מימוש משמעותי). קיימים תכונות מסוימות שהם לא חלק מתנאי מונטווידאו, אך ההבדל בין קיומם לאי קיומם משפיע על המידה שנדרוש את חומרת התקיימות תנאי מונטווידאו.

תנאי שני- אוכלוסייה קבועה

בגבול בין מצרים לסודן קיים אזור בעקבות תקלה בסרטוט לא שייך לאף מדינה, ולכן איש אחד החליט שהוא הולך לעבור לאזור הזה ולהקים שם מדינה (הבת שלו הולכת להיות הנסיכה של המדינה). אך מאחר ולא קיים אוכלוסייה קבועה זה לא נחשב מדינה.

* לא צריך שהאוכלוסייה הקבועה של המדינה תהיה מאוד גדולה.

- רוב אזרחי הוותיקן מגיעים ממדינות שונות בעולם כחלק מקידום בעבודה שלהם, החיילים במשמר מגיעים משוויץ אך מאחר ועדיין יש שם אוכלוסייה קבועה שגרה שם ניתן להגדיר אותה כמדינה.

תאי שלישי- שלטון

היכולת להשליט מרות על האוכלוסייה בשטח. כאשר ישות מכריזה על עצמה כמדינה, היא לא צריכה לקיים את תנאי זה באופן מושלם. לדוגמה, לטביה, בוסניה, ישראל.

* מקרה אלטלנה- כאשר חתמו על הסכם פירוק המחתרות, הוא לא חלה על ירושלים ולכן האצ״ל בירושלים לא התפרק. הכוונה היא, שהיו אזורים בשליטת גורמים שלא סרו למרות הממשל המרכזי, ונטען שירושלים היא לא חלק מישראל ומגיע להם נשק בנפרד.
* כאשר קרואטיה ובוסניה התפרקו מיוגוסלביה, חלק נכבד מהשטח ביום הכרזת קרואטיה כמדינות נשלט על ידי מורדים אתניים סרביים (אנשים גרו בקרואטיה אבל ממוצא אתני סרבי). גם בסלובניה המצב היה דומה. ביום הכרזתה כמדונה 51% מהשטח נשלט על ידי בוסניה סלובניה, והיתר ע"י בוסנים ממוצא אתני סרבי, ועדיין ראו בהן כמדינות.
* לעומת זאת, כשלטביה מכריזה על עצמאות על מרבית השטח, עדיין השלטון של ברית המועצות מטיל מרות בשטחה. לכן, לקח זמן משמעותי (בערך כשנה) עד שהמצב התייצב מספיק, והמרות על חלק מספיק גדול מהשטח היו בידי השלטונות הלטביים, בכדי שיראו בלטביה כמדינה.
* אם יום אחד לאחר שמדינה כבר קיימת מתפרקת לה השלטון. זה לא אומר שהיא מפסיקה להיות מדינה, מבחינת המשב״ל היא נשארת מדינה. לדוגמה, סומליה בתחילת ה2,000 (לוב ותימן כיום).

תנאי רביעי- עצמאות (היכולת לנהל קשרים בינלאומיים)

מה קורה כאשר מדינה חותמת על הסכם הנותנת רשות למדינה אחרת לנהל את מרבית יחסי החוץ שלה? איי קוק, מהרגע שהם הפכו להיות מדינה הם העניקו לזילנד את הרשות לנהל להם את יחסי החוץ שלהם. ברמה שאיי קוק לא חלק מהאו״ם, אך הם כן חתומה על אמנה רומה המעיד על כך שהיא כן מנהלת אלמנטים מסוימים מיחסי החוץ שלה. לפי העמדה הרווחת, איי קוק היא מדינה (לפי חלק מהשופטים של הICC קוק היא לא מדינה).

**מידת ההשפעה של הכרה מצד מדינות אחרות**

האם נדרשת הכרה רחבה מצד מדינות אחרות כדי שמדינה תחשב מדינה?

1. **גישה קונסטיטוטיבית**- היא גישה שאומרת שחייב הכרה מצד מדינות אחרות על מנת להכריז על עליה כמדינה. עצם ההכרה של מדינה אחרת במדינה החדשה שקמה, אומרת שהיא מזהה שהמדינה החדשה ממלאה את תנאי מונטווידאו, משמע בלי הכרה אי אפשר להיחשב כמדינה.

הגישה הזאת התפתחה בתחילת המאה ה19 על ידי קבוצה של 6 מעצמות שקרוא לה ״קונצרט של אירופה״ (הסבא של מועצת הביטחון). הם מודיעים שהם הולכים להגדיר מיהו מוגדר כמדינה, אם הם לא מכירים בזה הוא לא נחשב כמדינה. הסיבה לכך הוא שבאותה התקופה מדינות דרום אמריקה רוצות להכריז עצמאות מספרד ופורטוגל (מדינות באירופה שהיו בקונצרט או חברות של מדינות בקונצרט). חוץ מזה שהם היו מעוצמות דיקטטוריות ובאותה התקופה היו מהפכות דיפלומטיות ליברליות באירופה.

1. הגישה הדקלרטיבית- מלשון declaration, הגישה הזאת מכירה בכך שמדינה קמה כאשר היא ממלא את תנאי מונטווידאו. והכרה זה רק תיאור עובדתי של מדינה אחרת האומרת את מה שהיא רואה.

* כאשר מדינת ישראל חלה היא מנסה להראות שהיא עומדת בשני הגישות ״ בתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות, אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל״.

משמעות ההכרה

1. **משמעות פרקטית להכרה**- ככל שההכרה רחבה יותר, אנו נהיה יותר סלחנים במידה שבה נדרוש את התממשות כל אחד מתנאי מונטווידאו. כאשר ישות שהיא קמה ומכריזה על מלחמה, היא לא מקיימת באופן מושלם את כל אחד מהתנאים אלא מידת ההתממשות היא ספקטרום. לדוגמה, כאשר בוסניה- הרצגובינה קמה היא שלטה רק ב60% מהשטח. אך מאחר והיה לה הכרה של כמעט כל המדינות בעולם, ההכרה הרחבה הזו גרמה לכך שראו את הישות הזאת כמדינה יותר בקלות.
2. **תורם להכרה בזכות לשלמות טריטוריאלית**- דוגמה להסברה, קוסבו הוא שטח שרוב אזרחיו היו קוסובניים, כלומר משתייכים לקבוצה אתנית הקרובה לאלבניים אך דתם היא מוסלמית. שטח זה היה נשלט על ידי סרביה. קוסבו התפצלה מסרביה, ויכלה להכריז על עצמאות למרות שעדיין היו סרביים אשר התגוררו בקוסבו. השלטון הסרבי נקט צעדים לבצע רצח עם בקוסבו, מה שהוביל להתערבות של נאט"ו, שגרמה להברחת צבא סרביה מ80% מהשטח (הם מתעקשים על השטח משום שרוב האתרים ההיסטוריים שלהם נמצאים שם). ההבחנה בין האם סרביה נחשבת למדינה או לא היא מאוד חשובה. היה וקוסבו היא לא מדינה, אז השטח שייך לסרביה. היה וקוסבו היא כן מדינה מכירים בה בכפוף לגבולותיה, מה שאומר הוא מהרגע שהיא הפכה למדינה עצמאית, 20% מהשטחים הצפוניים שהם בשליטת סרביה, הם שטח כבוש.
3. **יכול לאפשר להצטרפות לארגונים בינלאומיים**- זה תלוי בתנאי הארגון. יש ארגונים שהתנאים שלהם מאפשרות לישויות שהם מדינות להצטרף, ויש ארגונים שקיימות למדינות מסוימות ווטו על הצטרפות מדינות אחרות (לדוגמה, סין לא מאפשרת לטאיוואן להצטרף לאו״ם). ברמה הכללית כלל שיותר מדינות מכירות בישות כמדינה זה מגדיל את האפשרות שלה להצטרף ליותר ארגונים.
4. **בסיס ליחסים דיפלומטים בין מדינות**- לא הכרחי, מדינת ישראל מכירה בהרבה מדינות מסביב לעולם ואין לנו איתם יחסים דיפלומטים.
5. **מסייע לקבלת זכויות של מדינה (מצד המדינות המכירות**)- היחסים בין מדינה לישות שהיא מכירה בה כמדינה, נותנת לה פריבילגיות שמגיעות עם ההכרה הזאת. נדרשת להעניק לה את הזכויות שהמשב״ל מעניק למדינות, לדוגמה מעניקה לנציגים שלה את החיסוניות הרלוונטיות.

**חריגים לאמנת מונטווידאו**

קיימים שלושה מצבים בהם גם אם מדינה מממשת באופן מושלם את תנאי מונטווידאו היא לא תוכר כמדינה:

1. **מדינות אפרטהייד**- ישות שייעודה המרכזי הוא מימוש הפרדה גזעית, גם אם היא מקיימת את כל תנאי מונטווידאו לא ניתן להחשיב אותה כמדינה.

לדוגמה, כאשר דרום אפריקה משתחררת מהשלטון הבריטי, עולה לשלטון מפלגה הדוגלת בהפרדה גזעית. בהתחלה לא היה על כך ביקורת בינלאומית מאחר ויש עוד מדינות עם משטר כזה בעולם (ארה״ב עם השחורים). עם הזמן צצה ביקורת לגבי משטר זה. אחת הדרכים בהן משטר האפרטהייד מטפל בביקורת הוא לרכז את כל השחורים באזור מסויים ולהכריז עליה כמדינה נפרדת. אם אזרחי המדינה החדשה רוצים לעבוד אצלנו הם יכולים ומאחר וזה כל כך קרוב הם יחזרו הביתה בסוף היום. לכאורה, יש שטח, אוכלוסייה קבועה, שלטון ולא נמנע מהם לקיים יחסי חוץ, הם בטוח מקיימים כאלה עם דרום אפריקה, לכן ניתן להגדיר את הישות כמדינה. אך המטרה האמתית של מדינה זו היא לערוך שינוי במאזן הדמוגרפי ולהוריד את הביקורת על משטר האפרטהייד לייצר אזורים לתושבים לבנים, ואזורים מצומצמים לשחורים (במשב״ל הכללים נכתבו בדם)

1. **הקמת המדינה נעשתה תוך כיבוש לא חוקי של שטח**- לא כל כיבוש הוא לא חוקי, כישוב הוא מצב משפטי על פי המשפט הבינלאומי. אך יש מקרים בהם הכיבוש הוא לא חוקי. במקרים כאלה, הדין קובע שמקום בו הוקמה מדינה על שטח שהושג האמצעות כיבוש לא חוקי לא תוכר כמדינה אפילו אם היא מממשת את כל תנאי מונטווידאו.

לדוגמה, קפריסין, קפריסין הוא אי שהאוכלוסייה שלו מחולקת בין רוב אתני יווני (לא אזרחי יוון, אלא רוב שיש לו קשר אתני ליוונים (גרקו פירי), ומיעוט שיש לו קשרים אתניים וקרבה אתנית לטורקים (טרקו פירי). בשנות ה70 פרצה מלחמת אזרחים ביוזמת הגרקו פירי. כתוצאה מכך טורקיה הגיעה לסייע למיעוט הטרקו פירי, וכובשת את צפון קפריסין. אך, מאחר וטורקיה הפרה את האמנה המסדירה איך מכריעים סכסוכים, הכיבוש של צפון קפריסין נחשב כיבוש לא חוקי. על השטח שנכבש על ידי הצבא הטורקי, מכריזה ישות עם מוסדות שנשלטים על ידי טרקו פירים, על היותה מדינה. קיים קונצנזוס (היחידים שלא שותפים לו היא טורקיה וצפון קפריסין) האומר שצפון קפריסין אינה מדינה, ומאחר והשטח שעליו המדינה מושג באמצאות כיבוש לא חוקי של הטורקים שנעשה בהפרת אמנות בינלאומיות שהסדורו את הסכסוך בקפריסין.

דוגמה נוספת, איי קרים. הרוסים החדירו כוחות צבאיים לא במדים, אשר התחזו למורדים מקומיים וגירשו את הצבא האוקראיני מהאזור. זה כיבוש לא חוקי משום שנחתמה אמנה בין אוקראינה לבין רוסיה, בה רוסיה התחייבה שלא תדרוש בעלות על קרים, והאוקראינים נתנו בתמורה לרוסיה את הנשק הגרעיני שהיה להם. על שטח אי קרים מכריזה הישות על עצמאות, וההחלטה הכמעט ראשונה והאחרונה שהישות הזו מחליטה עליה היא להתאחד עם רוסיה. אך אם אנו מדברים על שלב בו הישות הרגעית הזו הייתה קיימת, ישות שלא נראה בה כמדינה (לא נראה בה) היא הושגה בדרך של כיבוש לא חוקי.

1. הקמת המדינה נעשתה תוך ביצוע רצח עם, טיהור אתני, אלימות רחבה- הישות הוקמה בתהליך שכלל קידום אתני או רצח.

**נסיבות שיביאו להקלה באופן שבו נבחן את התממשות תנאי מונטווידאו**

תנאי מונטווידאו בדרך כלל לא מתקיימים באופן מושלם כאשר ישות מכריזה על עצמה כמדינה. קיימים שלושה תנאים בעקיבותם נקל על האופן שבו נבחן את התממשות תנאי מונטווידאו:

1. הכרה מצד מספר רב של מדינות
2. אם ההכרה באותה הישות כמדינה תביא למימוש הזכות להגדרה עצמית, מידת ההשפעה משתנה בהתאם לסיטואציות שונות
3. אין ריבון אחר בשטח

**עיקרון ההגדרה העצמית**

עקרון ההגדרה עצמית התפתח במאת ה19 באירופה, כתוצאה מהחלשות של אימפריות שונות ויוצר התעוררות של רצון קבוצות אתניות לנהל את חייהם בעצמם (לכן נקראה הגדרה עצמית, רוצים להגדיר ולהחליט על חייהן בעצמם). עקרון זה מעוגן בסעיף 1(2) באמנת האו״ם, אחת ממטרות האו״ם היא לפתח את היחסים בין המדינות על בסיס עיקרון השוויון ועקרון ההגדרה עצמית של העמים.

כיום, ההשקפה הרווחת רואה בזכות ההגדרה עצמית משום erga omnis ורבים (אם לא הרוב) סוברים שמדובר אף ביוס קוגנס. לפיכך, כאשר מדינה מפרה את עקרון ההגדרה עצמית של עם או של מדינה אחרת זה בעצם הפרה לא כלפי בעם אחד אלא בכל משפחת העמים.

מי זכאי להגדרה עצמית?

כל קבוצה גדולה של אנשים שיש לה תרבות משותפות, שככלל נולדים לתוכה ועוזבים אותה דרך המוות. הבעיה היא שבעולם יש 7,000 קבוצות לאומיות, ויש בערך 200 מדינות בעולם, כלומר אנו לא ממשים את עקרון ההגדרה עצמית בצרוה טוב אם רוב העמים בעולם לא מקבלים מדינה משלהם. הסיבה לך שלא כל עם מקבל מדינה הוא, שזה היה גורם להרבה מדינות. מהסיבה שבאופן מפתיע אנשים גרים אחד ליד השני גם אם הם מגיעים מעמים שונים. העירוב בין הלאומים השונים גורם לכך שכל ניסיון לשרטט מדינות בהתאם לעמים השונים יוביל לשפיכות דמים אדירה, וזה עוד לפני שהגענו למסקנה והוספנו את העובדה שיש עמים מסוימים שרוצים שטחים מסוימים מסיבות היסטוריות.

**השפעתו של עקרון ההגדרה העצמית**

* עיקרון ההגדרה עצמית לא משפיע באופן מוכרע, אלא יש גורמים שמאזנים אותו וזה משתנה מסיטואציה לסיטואציה.

סיטואציות בהן לעקרון ההגנה העצמית יש השפעה יחסית גדולה:

1. **אין ריבון חוקי עכשווי על השטח**- זהו קורה בשני מצבים
2. **מדינה פדרטיבית אשר מתפרקת**- מדינה פדרטיבית היא מדינה המורכבת מסטייטים (תת ישויות), כמו בארצות הברית. במצב כזה, לעיקרון ההגדרה עצמית יש השפעה גדולה והוא מאפשר לנו להכיר בישויות השונות יצאו מההתפרקות כמדינות.
3. **מדינה קולוניה אשר מתפרקת**- אם זה שטח של קולוניה, המדינה תוכר בשטח שלפני זה הייתה בו הקולוניה, כי אין בעלות חוקית של מעצמה קולוניאסטית על שטח. אם זה פדרציה אנחנו נכיר בתת ישויות מתחת כל אחת כמדינה נפרדת. אבל נכיר בהם בכפוף לעיקרון Uti Possidetis (עקרון שימור הגבולות) האומר שיש לאמץ את הגבולות הקולוניאליסטים הקיימים, או את הגבולות שבין ה״states״ של הפדרציה כשזו מתפרקת. הבעיה ביישום עקרון זה הוא שיהיו עמים שונים בישויות שייוצרו.

לדוגמה, צ'צ'ניה לא זכתה לעצמאות כי היא הייתה אזור אוטו לאומי בתוך רוסיה, שהיא הייתה סטייט אחת בברית המועצות.

* **החיסרון של עקרון שימור הגבולות:** הוא שהוא יוצר מדינות פחות הומוגניות, ויותר מעורבבות ממדיניות לאומיות, כי לעיתים קרובות הקולוניאליסטים חצו קבוצה אתנית או עם באמצע.
* היתרון של עקרון שימור הגבולות: קידום יציבות. אם לא נפעל לפי עקרון זה לא תהיה נקודת התחלה לשרטט הסכמה.

שיעור מס׳ 11

1. **קיים ריבון חוקי עכשווי על השטח**- זו סיטואציה פשוטה, במסגרתה ישנו מיעוט במדינה (קבוצה אתנית), אשר מעוניין לפרוש מהמדינה הקיימת ולהקים מדינה חדשה בתוך חבל ארץ מסוים באותה המדינה. יש שתי גישות לסיטואציה הזו:
2. **גישתו של העליון הקנדי**- אין הכרה בפרישה חד צדדית של מיעוט ללא הסכמת הרוב, אלא כמוצא אחרון של מיעוט תחת דיכוי.

* בקנדה יש מספר קבוצות אתניות שונות (חלקם הם אינדיאניים, אסקימוסים, דוברי האנגלית (אנגלופונים) ודוברי הצרפתית (פרנקופונים)) בכל הטריטוריות שמרכיבות את קנדה מלבד קוויבק, הפרנקופונים מהווים מיעוט. במשך שנים האנגלופונים היו לא נחמדים לפרנקופונים, ואף ביצעו בהם סוג של רצח עם. אך עם השנים ובעיקר בתחילת שנות ה80 מתרחש שינוי, וזהו מהווה הרקע לקבלת הצ'רטר. החל משנות ה80 ועד היום הם מתייחסים אליהם די יפה. באמצע שנות ה90, בעקבות בחירות טריטוריאליות עלתה לפרלמנט של בקוויבק מפלגה בדלנית, אשר החליטה לעשות ממשל עם בנושא פרישה מקנדה. כהכנה לממשל עם בקוויבקים שלחו לכל חייל קנדי מהמוצא הקוויבקי שאם יוחלט במשאל העם שבקוויבק פורשת מקנדה אז הוא עובר להיות חייל בצבא החדש שתוקם, בינתיים האנגלופונים היו שאננים. לבסוף התוצאות היו 50.56% היו נגד הפרישה וכל השאר היו בעד, התוצאות הפחידו את האנגלופונים. לכן, הממשלה הקנדית פנתה לבית המשפט העליון הקנדי לברר על יכולתה של בקוויבק לפרוש מקנדה באופן חד צדדי.
* על מנת לענות על השאלה, בית המשפט נדרש למשב״ל, הוא קובע שמיעוט יכול לפרוש באופן חד צדדי רק אם הוא חווה רדיפה במדינה הקיימת, אשר לא מאפשרת לו לממש את זכויותיו. אם זהו לא המצב, אין אפשרות לפרישה חד צדדית אלא נדרשת הסכמה כפולה.

הסכמה כפולה:

1. משאל עם בתוך הטריטוריה שרוצה לפרוש.
2. צריך לשאול גם את כל אזרחי המדינה הקיימת האם היא מעוניינת בפרישה, כיוון שגם זכויותיהם של האזרחים בשטחים שלא יפרשו עלולות להיפגע מהפרישה.

דרכים לקבלת הסכמת המדינה הקיימת:

1. משאל עם לכל המדינה, וכך שהקולות של מי שגר בשטח שרוצה ריבונות נספר פעמים.
2. הממשלה הנבחרת של כלל המדינה תסכים לכך, כול עוד זה מה שיצא בתוצאה של המשאל עם של האזור המבקש ריבונות. לדוגמה, Scottish referendum 20214.
3. **גישתו של הICJ בחוות הדעת שלו בנוגע לקוסובו)-** לעקרון ההגדרה העצמית יתרון ומשקל גדול גם כאשר קיים ריבון חוקי עכשווי על השטח. כלומר, אף בסיטואציה כזו הזכות להגדרה עצמית מאפשרת הקלה במידת ההתממשות הנדרשת ביחס לתנאי מונטווידאו.

* כאשר יוגוסלביה התפרקה, לא ניתנה לקוסובו האפשרות להפוך למדינה מהסיבה שהיא לא הייתה "סטייט" נפרד ביוגוסלביה, אלא היוותה שטח אוטונומי בתוך סרביה. בסרביה שלט שליט חובב רצח עם בשם סלודובן מילושביץ, שאחרי שהוא סיים לנסות לעשות רצח עם לקרואטיים ולבוסנים, התפנה להתעסק עם הקוסובריים. חשוב להבין, הסרביים מייחסים חשיבות מאוד גדולה לקוסובו, משום שמרבית אתרי התרבות ההיסטוריים של העם הסרבי נמצאים בקוסובו, וזאת למרות שמשנות ה90 ועד היום הסרביים מהווים מיעוט בקוסובו, ביחס לקוסובריים. בשלב מסוים, סלודובן מילושביץ התחיל לפטר את כל הקוסובריים שהיו משרתי תפקידים במנהל הציבורי, וגרם לכך שכל המנהל הציבורי הפך להיות בשליטה סרבית. לאחר מכן, הוא המשיך ופגע בזכויותיהם של הקוסובריים בכל מיני דרכים (וברור לאן הוא מכוון). הקוסובריים מנסים להתמרד כנגדו בשל התנהגותו, וזה רק משמש לו כתירוץ לשלוח צבא ולהתחיל לנסות לממש את תוכניתו. לכן, נאט"ו מתערבת ושולחת כוחות על מנת להגן על הקוסובריים, ומגרשת את הצבא הסרבי ממרבית קוסובו. בשלב זה, ניתנה החלטת מועצת הביטחון אשר אסרה על הצבא הסרבי לחזור לשטח קוסובו, אך מצד שני היא גם קבעה שהסטטוס הסופי של השטח צריך להיקבע בהסכמה בין הצדדים. לאורך השנים לא יוצא שום דבר מהמשא ומתן הזה, אין תוצאות. לכן, בשנת 2007 האיחוד האירופי מצהיר שראוי שהמשא ומתן יגיע לסיום, ושתוצאתו הסופית צריכה להיות מדינה קוסוברית עצמאית. שנה אחר-כך קוסובו הכריזה עצמאות, ומעל 70 מדינות בעולם הכירו בה כמדינה. בהמשך, חברים של קוסובו יזמו הצבעה בעצרת הכללית של האו"ם אשר הובילה להחלטה להפנות בקשה לחוות דעת של הICJ במטרה שיכריע האם קוסובו היא מדינה.
* בדיונים מעלים הסרביים שתי טענות רציניות:

1. **שלמות טריטוריאלית**- הכרה במדינת קוסובו תהיה פעולה שתפר עקרון בסיס במשב"ל, עקרון השלמות הטריטוריאלית.
2. **החלטת מועצת הביטחון**- ההחלטה אומרת שהדבר חייב להיות בהסכמה, ולא במעשה חד צדדי.

* **תגובת קוסובו** הייתה שמאחר והם מיעוט נרדף במדינה הם זכאים למדינה משל עצמם.
* הICJ מתחמק מהטענה של המיעוט הנרדף ומשאיר אותו בצריך עיון. הוא מאמץ עמדה של המשפט הבינלאומי הקלסי, האומר שהכלל של שלמות טריטוריאלית של המשב״ל החל רק על מדינות. תנועת השחרור הלאומי, בהגדרה, כל עוד לא הצליחה להקים מדינה, היא לא מדינה. ביום בו היא נהייתה מדינה, אז השלמות הטריטוריאלית של המדינה האחרת היא לא רלוונטית, השתנה הגבול שלה. בעצם, הקמת מדינה קוראת לפי ״שיטת המצליח״. תנועות לאומיות ינסו להקים מדינה, לפעמים ילך להם ולפעמים לא. חוץ מהמקרים בהם שגם אם הישות עומדת בכל התנאים אי אפשר להכריז עליה כמדיה (אפרטהייד, רצח עם או כיבוש לא חוקי), אף אחד המתנאים לא מתקיימים לגבי קוסובו ולכן ניתן להכריז עליו כמדינה. יתר על כן, הוא אומר שבקשר להחלטה של מועצת הביטחון, שמטרת ההחלטה לא היה לקבוע את המצב הסופי אלא תהליך והיא לא יכולה לקבוע את התנאים לנצח. אם הצד השני נוהג בחוסר תום לב, הוא לא מקיים את הצד שלו בהסכמה, ולכן הסכמת הצדדים והחלטת הצדדים חסרות תוקף.

לסיכום איך קובעים מהי מדינה?

1. האם מתקיימים תנאי אמנת מונטווידאו?
2. טריטוריה
3. אוכלוסייה קבועה
4. שלטון- יכולת להשליט מרות בשטח
5. עצמאות- כושר לקיים יחסים בינ״ל

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

1. האם קיימות סיבות להגל?
2. אין ריבון אחר בשטח
3. הזכות להגדרה עצמית
4. הכרה על ידי מדינות אחרות

* חריג? מו״מ בתום לב עשוי למנוע הכרה בהכרזה חד- צדדית (קוסובו)

**הרשות הפלסטינית**

הקדמה: קיימים שני צדדים הראשון אומר שבוודאות לא מדובר במדינה (ישראל, היועמ״ש), וצד שני טוען שבוודאות מדובר במדינה. לכל אחד מהצדדים קיימים טיעונים חזקים וחולשות מסוימות. בפסיקה של הICC, גם דעת הרוב וגם דעת המיעוט מסכמים שהם נמנעים להכריע בנושא. ושניהם מסכימים שהפלסטיניים הם מדינה לצורך אמנת רומא (משהו אחר).

שלב א- האם מתקיימים תנאי אמנת מונטווידאו?

1. **טריטוריה**

* עמדת ישראל (היועמ״ש)

1. החזקה בפעול- הפלסטינים לא מחזיקים בכל השטח, צה״ל מחזיק באיו״ש וחמאס מחזיק בעזה.
2. אי אפשר להחזיק את המקל בשני קצותיו- בשביל שיתקיים כיבוש צריך שליטה אפקטיבית של צה״ל. בשביל שיתקיים התנאי לפי אמנת מונטווידאו צריך שליטה אפקטיבית של הפלסטינאים בשטח. אז הפלסטינאים לא יכולים גם לטעון שהם שולטים בשטח וגם שהם תחת כיבוש צה״ל.
3. אין גבולות ברורים לטריטוריה- אם יש משהו שהצדדים היו מוכנים להסכים עליו הוא שאין גבולות קבועים (הסכמי הפסקת אש ב1949, הסכמי אוסלו) בקשר להחלטת 242 הקובעת שטחים תמורת שלם ישראל הולכת לפי הנוסח באנגלית (יש שתי נוסחים מחייבים אחד באנגלית אחד בצרפתית, קיים שוני לאחר התרגום) האומרת שתמורת שלום ישראל צריכה לסגת משטחים שהיא השיגה במלחמת ששת המים. מאחר וכתוב משטחים ולא מהשטחים ולכן ישראל יכולה להישאר בחלק המשטחים. כלומר, שליטה זו שאלה של מידה ולא שאלה של דיכוטומיה - יכול להיות שתהיה מספיק שליטה מצד אחד של הגורם בשטח כדי שיעמוד בתנאי מונטווידאו, ובמקביל מספיק שליטה של צבא זר כדי שיעמוד בתנאי של כיבוש.
4. העמדה הרווחת כיום בעמדת השיח הבינלאומי גם במנותק מהשיח הישראלי פלסטינאי – זו העמדה הזו, המציאות היא מורכבת.

* עמדת התובעת

1. יש שליטה מסוימת (משמעותית)- לפחות בחלקים (משמעותיים) מהשטח, ובנוסף קיימות בהקשר הפלסטיני נסיבות מקלות. כלומר, שליטה זו שאלה של מידה ולא שאלה של דיכוטומיה - יכול להיות שתהיה מספיק שליטה מצד אחד של הגורם בשטח כדי שיעמוד בתנאי מונטווידאו, ובמקביל מספיק שליטה של צבא זר כדי שיעמוד בתנאי של כיבוש. העמדה הרווחת כיום בעמדת השיח הבינלאומי גם במנותק מהשיח הישראלי פלסטינאי זו העמדה הזו, המציאות היא מורכבת.
2. בנוגע לעניין הגבולות- יש הרבה מדינות בעולם שהגבולות שלהם שנויים במחלוקת (טיעון שלא נטען על ידי הטובעת, אבל היום שישראל הכריזה על עצמאות היא לא שלטה על 60% משטחה). יתר על כן, הפלסטינים הולכים לפי הפרשנות המקובלת של החלטת 242 (שהיא העמדה הבינלאומית המקובלת) בצרפתית האומרת שתמורת שלום ישראל צריכה לסגת מהשטח שהיא השיגה במהלך מלחמת שש הימים. כלומר, מכל השטח ולא רק מחלק ממנו.

* לאורך השנים, לישראל היה טיעון מאוד חזק לסיבה לפיה צריך ללכת לפי הנוסח האנגלי ולא הצרפתי, וזאת משום שבפועל, המשא ומתן התנהל על סמך הגרסה באנגלית, ומישהו הוסיף את האות "ה" לגרסה הצרפתית מבלי שהשגריר הישראלי שם לב לכך, זו פאשלה שלו.

שני דברים החלישו את טענתה של ישראל בהקשר הזה: (1) התגבשה עמדה רווחת בזירה הבינלאומית שהשטחים שייכים לפלסטינאים, אלא אם יסכימו על גבול אחר. (2) ישראל עצבנה את אובמה והוא הפשר לעביר את החלטת מועצת הביטחון בשנת 2016, לפיה מדובר בשטחים פלסטינאים כבושים, וקו הגבול המחייב הוא הקו הירוק משנת 67, אלא אם הצדדים יסכימו על עדכוני גבול.

מבחינה משפטית צרה, החלטת מועצת הביטחון משנת 2016 היא החלטה שאינה מחייבת, אך אנחנו נטען שזו החלטה שצריכה להשפיע על דרך הפרשנות של החלטה 242.

1. **אוכלוסייה קבועה-** תנאי שבטוח מתקיים.
2. **שלטון**

* עמדת היועמ״ש

1. בדומה לעניין הטריטוריה בפועל, הפלסטינאים לא שלטים כי צה״ל מחזיק באיו״ש והחמס מחזיק בעזה.
2. גם מנקודת מבטם של הפלסטינים אין שלטון בשטח שכן הם טוענים שהשטח כבוש.
3. מבחינה משפטית הסכמי אוסלו היו בין המפקד הצבאי של השטח הכבוש ונציגים של האוכלוסייה בשטח. מבחינה משפטית הסמכויות של השטח הפלסטיני הם סמכויות שהם קיבלו מהמפקד הצבאי.

* עמדת התובעת

1. נכון שקיימת לפלסטינאיים סמכות מוגבלת בשטח מאחר והחמס שולט בעזה וצה״ל באיו״ש. אך יש שליטה מסוימת (משמעותית) לפחות בחלקים (משמעותיים) מהשטח וזה מספיק.
2. קיימות בהקשר הפלסטיני נסיבות מקלות.
3. על המענה שלה לטענה הנוספת מבחינה משפטית נדבר בהמשך כי בכל מקרה מה שמשנה כאן זה מה שקורה בפועל.
4. **עצמאות**

* עמדת היועמ״ש

1. הסכמי אוסלו אסרו על קיום יחסי חוץ.

* עמדת התובעת

1. בפועל, יותר מ-120 מדינות מקיימות יחסי חוץ עם הפלסטינים והם חברים בארגונים בינלאומיים רבים. מה שמשנה זה מה שקורה בפעול.
2. היא בעקיפין יוצרת אנלוגיה לאיי קוק.
3. על המענה שלה לטענות הנוגעות להסכמי אוסלו נדבר בהמשך.

שלב 2- האם אפשר להקל?

1. **שאלת קיומו של ריבון אחר על השטח**

* עמדת הימין הישראלי האומר שיש ריבון עכשיו חוקי על השטח והוא ישראל. עמדה הזו נסמכת בהצהרת בלפור האומר שעל כל שטח ציבורי בנוי בפלסטלינה הוא צריך לשמש לצורך הקמת בית לאומי לעם היהודי.

ביקורת:

* זהו לא עמדתה של מדינת ישראל. בכל צומת בה מדינת ישראל הייתה צריכה להצהיר על העמדה שלי היא הצהירה שיש לה ״קליים״ על השטח שצריך להיות מוכרע במשא ומתן.
* בספר הלבן הראשון, צ׳רצ׳יל מכריע שבית לאומי לעם היהודי יקום בשטח ולא על השטח.
* בהסכמי הפסקת האש, הסכמנו שהנושא יוכרע רק במשא ומתן.
* עלי פרשנות ישראל להחלטה 242 היא צריכה לסגת מחלק מהשטחים.
* בהסכמי האוסלו הוסכם שההחלטה על השטח צריכה להיקבע במשא ומתן בין הצדדים. המקרה החריג לכך הוא סיפוח ירושלים באופן חד צדדי. אך מלבד ירושלים, מדינת ישראל מעולם לא אימצה עמדה לפיה היא יכולה לקחת ריבונות על שטח באופן חד צדדי.
* עמדת היועמ״ש (עמדת מדינת ישראל)

לא מדובר בשטח ללא ריבון אלא מדובר ב:

1. שטח שהריבונות עליו הושמה במצב של ״הקפאה״ בתוקף המנדט ומאז טרם יצאה מהקפאה.
2. לישראל יש בסיס משפטי לטענה לריבונות עליו והוא כתב המנדט.
3. הצדדים הסכימו לרגע זה לא להסכים על סוגיית הריבונות על השטח וגבולותיו, הסכמי הפסקת האש והסכמי אוסלו.
4. הקהילה הבינלאומית הכירה שלישראל יכולה להיות טענה לגבי לפחות חלק ממנו על פי הפרשנות הישראלית להחלטה 242.

* היועמ"ש לא טען שישראל יכולה להכריז באופן חד צדדי שהיא הריבון של כל השטח הרי לא נרצה גם לעשות זאת, משום שאז נצטרך לתת אזרחות לכל הפלסטינאיים, וזאת משום שלא ניתן לקחת שטח מבלי לקחת את האוכלוסייה שעליו.
* עמדת התובעת (העמדה הרווחת כיום)

1. השטח לא סופח בפעול, כנראה מסיבה מסוימת.
2. הפרשנות המקובלת של החלטה 242.
3. מאז כתב המנדט קרו דברים: הנורמות הבינ״ל העכשוויות (כגון שלל החלטות מועה״ב שניתנו מאז 1967) אינן מכירות בשטח שהוא חלק מהבית הלאומי של העם היהודי, אלא כשטח שנועד (בכפוף לתיקונו גבול קלים שאולי יגיעו להם הצדדים בהסכמה), למימוש הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני. (Security Council Resolution 2334 (2016) 3. underlines it will not recognize any changes to the 4 June 1967 lines, including with regards to Jerusalem, other than those agreed by the parties through negotiations.)
4. **אמצעי למימוש הזכות להגדרה עצמית**

* עמדת הימין הישראלי- אין עם פלסטינאי יש עם ערבי ולו יש מדינות אחרות. הבעיה היא שהאבן הבוחנת לזיהוי עם הוא איך שמרבית המעם תופסים את עצמם. במקרה הנ״ל רוב העם מגדירים את עצמם כפלסטינאיים.
* עמדת היועמ״ש

1. הזכות להגדרה עצמית אינה מחייבת מתן מדינה עצמאית.
2. יש גבול לכמה ניתן להיות סלחניים עם תנאי מונטווידאו.

* עמדת התובעת

1. הזכות להגדרה עצמית היא יוס קוגנס, כיום ישראל מסכימה שמדובר ביוס קוגנס. אך, במגילת העצמאות ישראל טענה שלא מדובר בנורמה יוס קוגנס ״מתוקף זכות טבעית והיסטורית, עם ככל העמים״.
2. עצם הזכות להגדרה עצמי הוא כלל של המשב״ל לרבות ישראל (כאשר שמיר היה ראש ממשלה הוא הכיר בזה).
3. הפלסטינים מקיימים את כל תנאי מונטווידאו במידה מסוימת, ניתן להקל בבחינה של תנאי מונטווידאו כאשר מדובר במקרה בו ההכרה בישות כמדינה תהווה מימוש של זכות הגדרה עצמית, במיוחד כשמדובר בשטח ללא ריבון אחר.
4. **הכרה על ידי מדינות אחרות**

הפלסטינאים נכון להיום זוכאים להכרה מ141 מדינות עולם שונות, ויש שני עניינים להכרה:

1. הפלסטינאים פנו לאו״ם לבקש להיחשב כמדינה חברה באו״ם וסוברו.
2. כאשר ביקשו להיות מדינה משקיפה באו״ם 138 מדינות הכירו בהם כמדינה חברה, 41 נמנעו ו9 היו נגד.

התגובות להחלטה

העמדה של ישראל בקשר לזה: מדובר ההצהרה פוליטית ולא בהחלטה.

דעת המיעוט בICC ע"י השופט ההונגרי: מראה שחלק נכבד מהמדינות שהכירו בפלסטינים כמדינה משקיפה באו"ם סייגו את ההכרה שלהם, ואמרו שהיא רלוונטית רק לצורך העניין הזה ולא באופן כללי. הסתייגות זו מחלישה את הטענה שניתן להסתמך על החלטת העצרת הכללית של האו״ם.

שתי הערות בהקשר הזה:

1. כאשר מדינת ישראל הכריזה על עצמה כמדינה היא הסתמכה באופן יותר יצירתי על החלטת העצרת הכללית, המשפט בהכרזת העצמאות "מתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית, ועל יסוד החלטת העצרת הכללית שראתה שראוי להקים בעתיד מדינה יהודית. בעוד שכאן מדובר על החלטה של העצרת הכללית של האו"ם שמתייחסת באופן ישיר כבר לישות הפלסטינית עצמה.
2. טיעון של הפלסטינאים: גם אם מתעלמים מהחלטת העצרת, 121 מדינות מנהלות יחסים דיפלומטיים עם הפלסטינאים, ו141 מדינות מכירות בפלסטינאים גם במנותק מהחלטת העצרת. לעומת זאת, נכון לשנת 2019 במדינת ישראל מכירות 168 מדינות עולם (אולי כיום בשל הסכמי אברהמי מכירות בישראל 172 מדינות) כלומר, ישראל לא רחוקה מהפלסטינאים מהבחינה הזו.

עמדת התובעת:

1. הכרה מאפשרת הקלה באופן בו בוחנים את תנאי מונטווידאו, ויש הכרה רחבה במדינה פלסטינאית.
2. ״אין לאפשר למעול לצאת נשכר״, ישראל היא זו שמונעת מהפלסטינאים למלא יותר מתנאי מונטווידאו.

לישראל שתי תשובות לטענתה של התובעת:

1. זה לא תנאי שקיים בספרות ובדין הרלוונטי להכרה במדינה.

- התובעת עונהשמדובר בעקרון משפטי כללי ובסיסי.

1. ישראל היא לא הסיבה היחידה לכך, אלא גם החמאס מפריע לפלסטינאים לממש את תנאי מונטווידאו.

-התובעת עונהשישראל משפיעה על הדבר במידה מספקת, כלומר ישראל כשלעצמה עושה מספיק בכדי להפריע.

שלב 3- האם מתקיים חריג קוסובו?

* עמדת היועמ״ש

1. אין החלטה מחייבת של מועצת הביטחון אך כן נקבע בהסכמים כי אסור לפלסטינאים להקים מדינה באופן חד צדדי.
2. המשא ומתן בין ישראל לפלסטינאים טרם הסתיים.

* מדובר בטענה חלשה מאחר שהסכם קבוע היה אמור להיחתם השנת 1999 ומאז עברו 22 שנים (המציאות בזירה הבינלאומית, היא שכמעט אף פעם לא חותמים על הסכמים ב"דד ליין" (בתאריך שנקבע), והמשא ומתן נגרר גם לאחר מכן). אך מאחר והיועמ״ש התכוון לשיחות קרי משנת 2014, שהתפוצץ ובזירה הבינלאומית התפתח קונצנזוס שזה בגלל ישראל.
* עמדת התובעת

1. קידום סיפוח השטחים אנו עולה בקנה מידה אחד עם המשא ומתן בין הצדדים.
2. בפועל, אין כיום משא ומתן.

למה התובעת הניעה את התהליך הזה? התובעת עמדה לפרוש, ולא רצתה לגלגל את הדבר לתובע הבא, משום שמדובר על סיפוח. אמנם ישראל התחייבה מהר מאוד שהיא תספח רק במשא ומתן. אך בפועל, טיעון זה של התובעת הוא חזק מאוד, ופגע בישראל.

* יש לזכור כי חלוף הזמן מחליש את היכולת להסתמך על חריג קוסובו.
* דעתו האישית של זיו בורר, הפרשנות הנכונה של הדין היא שישות לא יכולה להיות גם מדינה וגם תחת כיבוש. עם זאת, במנותק מהשאלה הישראלית הוא מודה שהדינים מתפתחים והוא מאמין שבעתיד ניתן יהיה לטעון שמדובר במדינה, גם אם היא תחת כיבוש.

שיעור מס׳ 12

**דיני אחריות המדינה**

מקורם של דיני אחריות המדינה הוא בדין המנהגי המשתקף במסמך של הILC מטעם האו״ם, מסמך זה הוא לא מסמך מחייב משל עצמו אלא מסכם את הדין המנהגי. אין אמנה שעוסקת בדיני אחריות מדינה, אלא באמנות שונות יש סעיפים הקובעים מה קורה במצב של הפרת הסדר באמנה זו ספציפית. ככלל במקרה כזה יחולו גם דיני אחריות המדינה הכללים וגם ההסדר הספציפי הקבוע באמנה, אם אין הסדר באמנה, אז רק דיני אחריות המדינה.

סעיף 1 למסמך של הILC הוא עיקרון מנחה הקובע ״המדינה אחראית להפרה של מחויבות בינלאומית מצדה.

על מנת להכריע שהייתה הפרה ושהמדינה היא זו שבצע את ההפרה צריך להראות שני דברים: (1) מעשה או מחדל שניתן לשייך למדינה. (2) צריך שאותו מעשה יהווה הפרה של דין בינלאומי מנהגי או הסכמי שתקף במועד ההפרה.

קיימים דברים שקשורים לדיני אחריות המדינה ונקבעים על ידי הדין המהותי הרלוואנטי למקרה לגדומה:

1. שאלת הנזק- האם צריך להתקיים נזק או לא?
2. שאלת היסוד הנפשי- האם די ברשלנות או שיש צריך בכוונה?
3. האם הפרה יכולה להיעשות במחדל? יהיו מקרים שכן ומקרים שלא.

* האבן הבוחן היא הדין במועד ההפרה.
* לפי סעיף 3, מדינה לא יכולה להצדיק את מעשה ההפרה שלה בכך שהיא פעלה לפי הדין המדינתי.

**כלל הייחוס**

האם מעשה של אזרח מדינה מסוימת במדינה אחרת (ישראלים גונבים דברים ממלונות בחול) יכולה להיחשב פעולה של אותה מדינה? ככלל פעולה תחשב כפעולה של המדינה היא צריכה להיות מבוצעת עם ידי אורגן של המדינה.

מה נחשב אורגן של המדינה?

שני סוגים של אורגנים (כלל וחריג):

1. כלל (ס׳ 4) אורגן דה- יורה: מי שהמדינה קבעה שהוא אורגן בדין המדינתי.
2. חריג אורגן דה פקטו- הוא אורגן של המדינה למרות שלא חתום בדין של אותה מדינה שהוא אורגן שלה. זה כאשר מתקיים מבחן שליטה ותלו מוחלטת. כדי שמשהו יהיה אורגן דה פקטו צריך שיהיה לו תלות מוחלטת במדינה כך שהוא נמצא בשליטתה.

* דוגמא לשם הבנת המבחן, כשיוגוסלביה התפרקה, בוסניה נחצתה בין שני גופים, גוף אחד של בוסניה וגוף שני של בוסנקיים ממוצא אתני סרבי שגופם מכונה "רפובליקה סרבסקה". הצבא של רפובליקה סרבסקה ביצע רצח עם בבוסנים, וסרביה תמכה ברפובליקה סרבסקה ובצבא שלה. לכן, כעשור לאחר המקרה, מדינת בוסניה מגישה תביעה כנגד סרביה בגין ביצוע רצח עם. סרביה טוענת בתגובה שזה לא היא עשתה זאת, אלא בוסניה "חברתם". הICJ קבע שלא מדובר אורגן דה פקטו של מדינת סרביה ״particularly great degree of State control… a relationship which the Court’s Judgment… expressly described as ‘complete dependence’״. זה לא היה המצב במקרה הזה.

**פעולה בחריגה מסמכות**

קיימים שני סוגים עיקריים של חריגה מסמכות:

1. **פעולה בניגוד לחלוקת הסמכויות בדין במדינתי**- פעולה של גוף אחד במדינה עושה משהו שגוף אחר מוסמך לעשות.
2. **פעולת אורגן המפרה הוראה של גורם מוסמך של המדינה**- גוף אחד במדינה עושה משהו שאומרו לו שאסור לו לעשות (לפי, חוק, לפי המדינה, לפי גוף אחר).

מצד אחד מדינה לא יכולה לשלות על כל המעשים של אנשים שפועלים בשמם, מצד שני המדינה צריכה לדאוג שאנשים הפועלים בשמם ככלל לא יעשו דברים לא רואים ולא בסמכות, נדרשת איזון בין הדברים. ניתן לייחס אחריות למדינה על מעשי אורגן שלה, שבוצעו בחריגה בסמכות, אם המעשים נעשו במסגרת כשרותו (capacity) של האורגן.

קיומה של כשרות נקבע על סמך שני מבחנים מצטברים:

1. מבחן הזיקה המהותית- צריכה להיות זיקה מהותית בין הפעולה לבין התפקיד של האורגן.
2. מבחן הסמכות הנחזית- האם בן אדם שמסתכל על המקרה מהצד, יניח שמדובר על פעולה שנעשית במסגרת הסמכות של העושה (חלק מתפקידו)?

* בפעול הדגש הוא על המבחן השני.
* לדוגמה, מקרה בין צרפת לבין מקסיקו. חיילים מטעם הצבא המקסיקני עצרו אדם צרפתי ושודד אותו. כאשר מסתכלים על הסיטואציה הזו מהצד, זה נראה כאילו יש קשר מסוים לתפקיד. כיוון שלא היה להם נשק, מדים, או אפשרות לעצור את האדם לולא הם היו חיילים בצבא המקסיקני. לכן, כאשר הם עצרו ותפסו את הצרפתי זה נראה מהצד כאילו הם עשו פעולה שהיא במסגרת תפקידו.

החריג: דיני הלחימה, מדינה אוטומטית אחראית לכל המעשים של חייליה. מאחר שזהו תחום שממילא נותן בו רשות אדירה למדינה לגרום נזק.

**אחריות המדינה למעשי האזרחים**

יהיו מקרים שבהם המדינה תהיה אחריות לפעולות שנעשו על ידי אדם פרטי. בבסיס של דיני אחריות המדינה ישנו ניסיון לאזן בין שני שיקולים סותרים. מצד אחד, אנו לא רוצים לאפשר למדינות להתחמק מאחריות באמצעות כך שהן פועליות על ידי גורמים אחרים. מצד שני, יש גבול למידה שבה ניתן לדרוש מהמדינה לפעול כדי למנוע מעשים פסולים של אחרים.

כלל: מדינה אינה אחראית למעשיהם של אזרחיה (לרבות מעשי אורגניה שבוצעו לא בכשרות).

נבחן שלושה חריגים:

1. **אימוץ בדיעבד, במפורש או במשתמע, של מעשים של אזרחים (או של אורגנים שבוצעו לא בכשרות**)- כלומר, מקרה שהוא המדינה אומרת שהיא גאה במעשים שנעשו ומעודדת אותם.

* לדוגמה, בסוף שנות ה70 מתבצעת מהפכה אסלאמית באיראן. סטודנטים איראניים פולשים לשגרירות ארה"ב באיראן ומתבצרים בתוכה, ומחזיקים כבני ערובה את אנשי השגרירות. אנשי ההנהגה האיראנית וגורמים בכירים בשלטון האיראני מצדיקים ומעודדים זאת משום שהם לא אהבו את האמריקאים, לכן אמרו "כל הכבוד, תמשיכו ככה". בשלב מאוחר יותר, הם גם המשיכו להחזיק בהם בעצמם. מכיוון שהייתה בזמנו אמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין ארה"ב לאיראן, אשר מאפשרת לכל צד לתבוע אחד את השני בICJ, האמריקאים תובעים את האיראניים בICJ בגין פגיעה באנשי השגרירות (אסור לפי המשב"ל לפגוע באנשי שגרירות), והאיראנים בתגובה טוענים שזו לא המדינה עשתה זאת ולכן לא אחראית לכך, אלא הסטודנטים. הICJ דוחה את הטענה הזאת מכמה סיבות. (1) בפועל ההנהגה האירנית אמצה במשתמע את המעשי בכך שהיא עודדה אותם. (2) הדין הבינלאומי הספציפי קובע חובת מניעה אקטיבי.

1. **בדין הבינלאומי המהותי הספציפי מחייב את המדינה למנוע את הפעולה או להעניש בגין הפעולה**, **והיא לא פעלה בהתאם**. אך לפי הICJ החובה למנוע את המעשה אינה מוחלטת, אלא יש להפגין ״חריצות ראויה״ (למשל, לא תבעו את ישראל על כך שלא מנעה את רצח העם).

* לדוגמה, דיני המשב"ל אשר עוסקים בשגרירויות ואנשי הסגל שלהם מטילים חובה על המדינה המארחת לפעול באופן אקטיבי על מנת לדאוג ולהגן על שלומם. לכן, סיבה נוספת לכך שהוטלה אחריות על איראן, הייתה משום שהם לא פעלו כך, אלא עשו הפוך מלפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על אנשי השגרירות. “the action required of the Iranian government by the Vienna Conventions and by general international law was manifest. Its plain duty was at once to make every effort, and to take every appropriate step, to bring these flagrant infringements of the inviolability of the premises, archives and diplomatic and consular staff of the United States Embassy to a speedy end. ״

1. **האזרח פועל תחת הנחיה או שליטה של המדינה**- כדי שמדינה תהיה אחראית לפעולות של גורמים שלא אורגן של המדינה. הוא כאשר הגורם הזה פעל תחת הנחיתה או בשליטתה. תחת הנחיתה- המדינה אומרת לאזרח לרצוח מישהו. תחת שליטת המדינה- המדינה מכווינה את כל פעולות הארגון (אם אין, אז אחריות רק על הפעולות שכן הכווינה).

* לדוגמה, פרשת אירן קונטרסט בשנות ה80. במדינת מיקראגווה עולה שלטון דמוקרטי סוציאליסטי. האמריקאים לא מרוצים מעליית שלטון זה, ולכן משטר רגן רוצה להפיל את השלטון הזה בלי ידיעה של הקונגרס (כדי לצאת לכל סוג של מלחמה צריך אישור). לכן, ממנים קבוצת מורדים בשם "הקונטרסט" ובכדי שהקונגרס לא ידע על כך ומבקשים מישראל למממן אותם. אך לישראל אין כסף, בכדי להשיג כסף ישראל מכרה נשק לאיראניים. (שבהמשך השתמשה באותו הנשק כנגד ישראל) בנוסף, בתמורה לנשק, האיראניים שיחררו את בני הערובה האמריקניים מלבנון. ממשלת מיקראגווה לא אהבה זאת. וכאשר הפרשה הזו מתפוצצת, ממשלת מיקראגווה תובעת את ארה"ב בICJ (מדובר על תקופה לפי שארה״ב משכה את המסמך המאפשר לכולם לתבוע אותה בICJ ). מיקראגווה טוענת שיש לייחס את מעשי הקונטרסט לארה"ב, משום שארה"ב היא זו שמימנה ואימנה אותם.

הICJ לא מקבל את טענת מיקראגווה, ואומר שניתן לייחס את כל פעולות הקונטרס לארה"ב בגלל שלא היה להם קשר של שליטה אפקטיבית על מעשי הארגון. אך, ניתן להטיל אחריות על ארה״ב בגין הפעולות הספציפיות בהן היא כן הכווינה את הקונטרסט (ההחלטה שגרם לארה״ב למשוך את המסמך בICJ).

* החיסרון בגישה היא שזה מאפשר למדינות לעשות פעולות הפרה באמצעות גורמים אחרים, ולהתחמק מאחריות על פעולותיהן. קיימים המון ביקורות על מבחן השליטה האפקטיבי. והדבר עולה שוב פעם לדיון בICTY- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia).
* הICTY נדרש להכריע בשאלה מה סוג היחסים בין סרביה לצבא של רפובליקה סרבסקה? הסיבה לך הוא משום שיש שלב במלחמה בו המלחמה עצמה היא רק בין הכוחות של הצבא הסרבי לבין הכוחות של הצבא הרפובליקני סרבסקי אם לא ניתן לשייך את הפעולות האלה סרביה, מדובר בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי (מלחמת אזרחים). אם כן ניתן לשייך מעשים אלו לסרביה, מדובר בסכסוך בינלאומי. (זה חשוב כי דיני הלחימה במשב"ל שונים במידה מסוימת בכל אחד מהמקרים האלו). סרביה מממנת את הצבא של רפובליקה סרבסקה, שולחת ציוד, מאמנת ומייעצת לכוחות הצבאיים ומבקשת מהם דברים מדי פעם. אך עדיין, הם גם יכולים לעשות דברים על דעת עצמם אם הם רוצים (נשמע כמו ארה"ב והקונטרסט).

הICTY, חולק על ההחלטה של הICJ משתי סיבות. (1) אם נקבע כלל כל כך מצר, מדינות ינצלו אותו להתחמק מאחריות. (2) זה לא המצב לפי הדין המנהגי, בפועל, מדינות פועלות דרך ארגונים שבהם השליטה יותר נמוכה משליטה אפקטיבית, כדי לבצע מעשים שלהם.

בפועל הם קובעים שהמבחן הוא מבחן של "שליטה כוללת". לפיו, לא מספיק מימון ואימונים, צריכים בנוסף מעורבות והשפעה על התנהלות הארגון, כלומר הכוונה כללית על התנהלות הארגון, אבל לא צריך יכולת לכוון כל פעולה ופעולה (אלו מקרים עמומים, יהיו מקרים בהם נתווכח על איזה מהמבחנים הוא עובד).

* מספר שנים לאחר מכן הICJ נדרש לדון בנושא שוב פעם כאשר בוסניה תבעה את סרביה על רצח עם. הוא אומר שברמה העקרונית הICTY טועה, ושומר על המבחן שלו. על מנת לא לפתוח וויכוח חזיתי עם הICTY, הוא אומר שייתכן שלצורך קביעה איזה סכסוך מזויין מדובר המבחן הוא מבחן השליטה כוללת.
* שתי נקודות בהקשר הזה:

1. מה נקודות החולשה של המבחן שמציע הICTY? בעולם שלנו לפעמים צריך להתחבר עם אנשים אחרים (מגעילים) על מנת להילחם באויבים שלנו. בסיטואציה כזאת, יש גבול לכמה ניתן להטיל אחריות על מדינה בגין מעשיהם של החברים (המגעילים) שלנו.

* לדוגמה, ישראל יוצאת למלחמה בלבנון עם הפלנגות הנוצריות, והם עושים רצח עם (רצחו לפלסטינאים בגין היותם פלסטינאים). נשאלת השאלה האם ישראל אחראית למעשיהם? זהו המטח במקרה, זו הסיבה שיש שתי גישות בנושא (לכל גישה יש את היתרונות והחסרונות שלו, כל אחד שגוי/ נכון באותה מידה). מצד אחד המציאות מחייבת מדינה לחבור לאחרות. מצד שני, צריך לדאוג שמדינה לא תחמוק מאחריות בכך שהיא מבצעת פעולות על ידי אחרים. (**למבחן צריך לדעת את שני הגישות)**

1. זו דוגמה קלאסית לפרגמנטציה, ישנם שני מוסדות בינלאומיים, שאין היררכיה ברורה ביניהם (האחת לא מהווה ערכאת ערעור לשנייה), אשר קובעים דין סותר באותה הסוגיה. **(במבחן ניתן לספק כדוגמא לפרגמנטציה את המחלוקת של הICJ והICTY)**

**חריגים לאחריות בינלאומית**

קיימים חריגים שבהם מדינה לא תישא באחריות בגין הפרה שמיוחסת לה (ס׳ 20-25):

1. **מעשה שבוצע בהסכמה**- עם עושים משהו בהסכמת המדינה האחרת.

לדוגמה, הפרוטוקול הביטחוני בהסכם השלום בין ישראל למצרים קובע שלמצרים אסור להכניס כוחות צבאיים מלבד כמות מאוד קטנה לסיני. אך מאז שנחתם ההסכם, התפתח כוח דעאש בסיני, ולישראל אינטרס גדול שהוא לא יתפתח. לכן, ישראל כל כמה שנים מאפשרת למצרים להכניס כוחות צבאיים לסיני בכדי להילחם בדאעש, בניגוד לנספח להסכם השלום בין שתי המדינות.

1. **הגנה עצמית**- נרחיב בהמשך. ישנו כלל במשב״ל האומר שאסור לעשות שימוש בכוח. ויש חריג לפיו ניתן להשתמש בכוח אם הפעולה נעשתה לצורך הגנה עצמית.
2. **צעדי גמול**- מעשה ההפרה נעשה כצד גמול בגין ההפרה שביצעה המדינה האחרת (נרחיב שיעור הבא).
3. **צורך**- בפועל רק במקרים קיצוניים מכירים שהתקיים צורך, וזאת כדי שמדינות לא תתחמקנה מהתחייבויותיהן הבינלאומיות. ניתן להכיר שהתקיים צורך אם התקיימו שלוש תנאים. (א) הפעולה המפרה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או של הקהילה הבינ״ל. (ב) המדינה המפרה לא תרמה להיווצרות המצב המסוכן. (ג) הפעולה המפרה הייתה הדרך היחידה למנוע סכנה ברורה ומידית.

שיעור מס׳ 13

**תוצאות ההפרה**

מה קורה כאשר הופרה החובה?

1. סעיף 29: הפרת חובה אינה פוטרת את המדינה מהמשך קיום ההתחייבות שהופרה.
2. סעיף 30: על המדינה להפסיק את ההפרה, ולהבטיח שלא תפר את החובה בשנית.
3. סעיף 31: יש חובה לתקן את המצב, Reparation.

קיימים שלושה סוגים של Reparations:

1. **השבה פיזית (Restitution)-** החזרה פיזית של המצב לקדמותו. לא תמיד יהיה רלוונטי מאחר ולא תמיד יהיה אפשרי, בנוסף לפעמים זה לא יהיה פרופורציונלי לתועלת שתצמח מזה.
2. **פיצוי על הנזק שנגרם (Compensation)-** במשב״ל אין פיצויים עונשים.
3. **הכרה והתנצלות (Satisfaction**)- לבקש סליחה

- קיימים מקרים בהם כל אופציות רלוונטיות, לדוגמה סיפור המרמרה. הוקמה וועדת חקירה בינלאומית, שהגיע למסקנה שכל אחת מהמדינה קצת הפרה. טורקיה לא מסכימה לקבל את זה ומדליפה את הדוח. מאחר וקיים הסכם בין המדינות שהדוף הודלף, בעקבות ההפרה טורקיה מודיעה שהיא מתנערת מהסיכום של הוועדה. לאחר מכן התחיל משא ומתן בין ישראל לטורקיה והם מגיעים לסיכום שלפיו ישראל לוקחת על עצמה שהיא הפרה את המשפט הבינלאומי. כתוצאה מכך ישראל מחזירה את סירת המרמרה וכל הטורקים שקשורים שהיו בישראל (השבה). יתר על כן ישראל מקימה קרן לפיצוי הפצועים ומשפחות ההרוגים (פיצויים). ולבסוף, אובמה מודיע שישראל צריכה להתנצל לטורקיה (הכרה והתנצלות).

- קיימים מקרים בהם רק פיצוי אחד רלוואנטי. לדוגמה, המלחמה במדינות יוגוסלביה. בוסניה הרצוגובינה עברה רצח עם, ונקבע שסרביה לא ביצעה את הרצח עם, אך היא לא מנעה אותו. הICJ קבע שהשבה לא תעזור כאן, פיצויים לא רלוונטיים משום שלא הם גרמו את הנזק, אלא צבא רפובליקה סרבסקה, לכן מה שרלוונטי הוא הכרה והתנצלות.

**המישור המעשי- החלופה הפחות שכיחות**

הבעיה הבסיסית של המשב״ל הוא שאין בית דין שיקבע אם מדובר הפרה ומה הסעדים. יתר על כן, גם יש בית דין אין לו גורמי אכיפה (אין משטרה בינלאומית). ולכן, המשפט הבינלאומי הוא מערכת משפט שמבוססת בעיקרה על אכישה עצמית.

איך כן ניתן לאכוף את הדין?

1. במקרים נדירים, מועצת הביטחון יכולה להכריז על סנקציות על המדינה המפרה (לשלוח צבא, לקבוע מצור). על מנת שזה יקרה כל צריך גיבוי בינלאומי ובמיוחד של החברות במועצת הביטחון (במיוחד של החברות הקבועות). בנוסף, למועצת הביטחון יש סכות לעשות את זה רק במקרים של איום על השלום העולמי, הפרה של השלום העולמי או מעשה תוקפנות.
2. כאשר ההפרה מהווה פשע בינלאומי גרעיני שהם: (1) פשע מלחמה. (2)פשעים נגד האנושות. (3) רצח עם. (4) תוקפנות. במקרה הזה יש פוטנציאל לתפוס את הבן אדם שעשה את המעשה ולעמיד אותו לדין פלילי בגין המעשה.

פעולות אכיפה עצמית חוקיות:

1. **Retortion**- פעולה חד צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, שלא כרוכה באי- קיום שך התחייבות משפטית מצד המדינה שמבצעת את הפעולה. לדוגמה, לקרוא לשגריר טורקיה לשיחה נזיפה ולהושיב אותו על כיסא נמוך, לא לחתם על אמנה חדשה עם המדינה הזו, להפסיק מעשים שהמדינה עושה לטובת המדינה השנייה שלא מכוח אמנה.

* מטרות לRetortion: (1) לעביר למדינה השנייה מען אזהרה לפני שנוקטים בצעדי חמורים יותר. במטרה לסמן למדינה השנייה שהיא צריכה להפסיק את מעשיה. (2) לפעמים מדובר על פעולות שכואבת בפני עצמם (לא לחתום על הסכם שכר נשקים עם ישראל, וכך יגרום לחוסר מבחינה ביטחונית).

1. **צעדי גמול (countermeasures**)- פעולה חד- צדדית של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפרה, שכן כרוכה באי- קיום (זמני) של התחייבות משפטית מצד הפעולה שמבצעת את צעדי הגמול. בתנאי שזה עומד בתנאים והמגבלות בהם צריכים צעדי גמול לעמוד כדי להיות חוקיים.

תנאים לצעדי גמול:

1. צעדי הגמול צריכים להיפסק ברגע שהמדינה המפרה חזרה למלא את חובותיה (הפסיקה עם ההפרה).
2. צעדי הגמול צריכים להיות זמנים.
3. צעדי הגמול חייבים להיות הפיכים.
4. מטרתם של צעדי הגמול לא יכולה להיות עונשית, הרי בהגדרתם הם נועדו לשכנע את המדינה להפסיק את ההפרה, ולא להעניש על ההפרה (צופה פני עתיד ולא פני עבר).
5. צעדי הגמול צריכים להיות מופנים כנגד המדינה המפה בלבד, ולא כלפי מדינה שלישית.

* צעדי הנגד לא צריכים להיות קשורים להתחייבות המקורית שהופרה. הסיבה לכך הוא, שלפעמים מעשה הקשור להתחייבות המפרה לא יפגע במדינה המפרה ולכן צריך לפעול בהקשר אחר.

מגבלות נוספות על צעדי גמול:

1. **עליהם להיות פרופורציונליים.**

נשאלת השאלה ביחס למה הם צריכים להיות פרפורציונליות?

1. **העמדה הרווחת**- צעדי הגמול צריכים להיות פרופורציונליים ביחס שלני דבירים: (1) מבחן הכמותי- הנזק שנגרם מההפרה המקורית. (2) מבחן איכותני- לחומרת ההפרה (האם נפגעו זכויות אדם יסודיות? האם נפגעו עקרונות יסודיים של המשב״ל).
2. **עמדת המיעוט האמריקאי**- הם מוסיפים אלמנט שלישי, האומר שהצעד הנגד צריך להיות פרופורציונלי להתנגדות של המדינה המפרה (צריך להיות בעוצה כזו שתגרום למדינה מהפרה להפסיק להפר). גישה זו מגדילה את האפקטיביות של צעדי הגמול, ותואם למטרת צעדי הגמול שהוא לגרום למדינה המפרה להפסיק להפר. החיסרון הוא הערכת הפרופורציונליות היא סובייקטיביות (יש נתונים סובייקטיביים שניתן להתווכח עליהם). ולכן בדרך כלל לאנשים יש נטייה להאדיר את הכוח שיש ליריבים שלנו. כתוצאה מכך קיים סיכוי שעוצמת צעדי הגמור יהיה חמורים מידי ויגרנו להחמרת המצב שלבסוף יגרום להתדרדרות של היחסים הבינלאומיים (מטרת המשב״ל הוא לשמור על יציבות הבינלאומית ועל השלום).
3. **אוסר שימוש בכוח מלבד במקרים של הגנה עצמית**
4. **אסור לפגוע בזכויות אדם יסודיות**
5. **אסור לפגוע בjus cogens**
6. **אסור להפר הוראות של דיני הלחימה המגבילה את השימוש בפעולות תגמול (reprisals).** בתחום דיני הלחימה המסדיר את ההתנהגות בזמן הלחימה, יש סוג מיוחד של צעדי גמול מותרים הנקראים פעולות הגמול. הם מאשרים למדינה הנפגעת להפר דיני מסוימים בדיני הלחימה על מנת לגרום למדינה המפרה להפסיק את ההפרות שלה בדיני הלחימה. בעקבות חומרתםלreprisals יש דינים מסוימים הקובעים הגבלות על איך וכנגד מי אפשר לעשות reprisals (לדוגמה, אסור לעשות reprisals נגד שבוי מלחמה). הכלל אומר שלא ניתן לעשות צעדי תגמול שיעקפו את המגבלות שחלות על פעולות הגמול. כלומר, לא ניתן לבצע פעולות תגמול שיפגעו בשבויים.
7. **אסור לפגוע בחיסוניות הדיפלומטיות והקונסולאריות.**
8. **אין לבצע צעדי נגד כאשר מתנהל הליך שיפוטי בנוגע לסכסוך.** אם מתנהל הליך שיפוטי (מושג יותר רחב מהמשפט המדינתי) נגד הסיכסוך, בזמן התנהלותו של ההליך אי אפשר לבצע צעדי גמול. אם לא מתנהל הליך אך יש משא ומתן מותר לקיים צעדי נגד אך בתנאי שהם בתום לב ולא פוגע במשא ומתן.

**הגנה דיפלומטית**

בעבר לאזרח הנפגע לא היה אפשרות להגיש תביעה בינלאומית נגד המדינה הפוגעת אלא רק דרך מערכת המשפט של אותו המדינה (לא תמיד מערכת המשפט הן אמינות). כיום למרות שכללי הILC לא מקנים זכות לאזרח לטעון להפרה של מדינה, אם המדינה הפרה חובה הקבועה באמנה אז לאזרח במקרה הזה מקבל זכות תביאה מכוח האמנה הספציפית (לדגמה, הפרה של אמנה לזכויות אדם, אם מדינה אירופית מפרה את האמנה ניתן לתבועה אותה בבית הדין האירופי לזכויות אדם).

יש למדינות שונות בעולם אמנות שנועדו לעודד משקיעים מכל אחת מהמדינות האלה, להשקיע במדינה השנייה. אמנות אלה מכונות אמנות איקסיד והן מעניקות למשקיעים הרלוונטיים פריבילגיה אדירה. הן קובעות שכאשר נפגעות זכויות מסוימות של אותם המשקיעים, ההליך המשפטי בנוגע לפגיעה הזו לא יתנהל בביהמ"ש של המדינה שבה בוצעה ההשקעה, אלא בבית דין בינלאומי שהוא טריבונל של איקסיד.

יחד עם זאת, המקרים שבהם לאזרח ישנה אפשרות עמידה במשב"ל הם מקרים חריגים, בכדי להתמודד עם המצב הזה, עוד לפני שהתפתחו החריגים התפתחה דוקטרינה משפטית שנקראת הגנה דיפלומטית.

הגנה דיפלומטית יוצרת פיקציה משפטית לפיה כל פגיעה בזכויות של אדם על ידי מדינה זרה היא הפרה של הדין הבינלאומי ביחס למדינת אזרחותו של אדם. כאשר מדינה מעניקה הגנה דיפלומטית לאותו אדם היא בעצם הופכת את הפגיעה של האדם האישי לפגיעה כלפיה. כתוצאה מכך היא יכולה לפעול בזירה הבינלאומית כאילו זה הפרה שבוצעה נגדה (היא יכולה לעשות כל מיני צעדים של retortion, מו״מ, הליכים משפטיים, ניתוק יחסים דיפלומטיים, לחץ כלכלי, פעולות קונסולריות).

**- הערה חשובה**: הגנה דיפלומטיה היא סמכות שיש למדינה בזירה הבינלאומית, מקום שיש שפוגעים באזרח שלה. בשונה מחסינות דיפלומטית שהיא סמכות המוענקת לדיפלומט של המדינה בלפי הליכים בתוך הזירה המדינתית של המדינה המארחת.

האם חובה על המדינה להעניק לפרט הגנה דיפלומטית?

**פס״ד מימון כהן נ׳ שר החוץ**

עובדות: במהלך זמנם בתאילנד מימון נעצר משחד שהוא רצח את אשתו, ביתר את גופתה ופשט את עורה, הכניס את חלקי גופה למזוודה וניסה להסתיר אותה בנהר. בפסק דין עולה השאלה האם מדינה חייבת להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטית בשני מישורים, גם במישור הבינלאומי וגם במישור המדינתי.

במשור הבינלאומי:

1. **העמדה הרווחת**- שמבחינה המשפט הבינלאומי למדינה יש סיכוי דעת מוחלט להחליט אם להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית או לא.
2. **עמדת מיעוט**- בעידן הנוכחי הכלל הקלאסי כבר לא תקף, ולמדינה יש חובה על פי המשב״ל להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטי מקום בו מדובר בפגיעה בזכויות אדם יסודיות.

כאשר הILC נדרש לסכם את הנושא, הוא עשה פשרה בין העמדה הרווחת לדעת המיעוט. הוא אומר שהמשב״ל לפי הדין המנהגי הקיים כרגע נותן שיקול דעת למדינה האם להעניק או לא להעניק חסינה דיפלומטית לאזרח. יחד עם זאת הוא מוסיף שקיים מגמה של עלית התמיכה ועמדה לפי מדובר בחובה כאשר נפגעות זכויות אדם בסיסיות. **(לבחינה צריך לדעת את דעת הרוב את דעת המיעוט והיחסים בניהם).** בפס״ד מימון כהן השופט מאמץ את הדעה רווחת וקובע ש״הזכות להגנה דיפלומטית היא זכות של המדינה ולא זכותו של הפרט״.

במשור המדינתי:

במדינות שונות בעולם מתגבשת עמדה לפיה במקרים מסוימים תהיה חובה למדינה להעניק לאזרח הגנה דיפלומטית אך מקור החובה אינו הוא לא במשב״ל אלא המשפט הציבור של אותה מדינה (החוקתי/ מנהלי).

לדוגמה, **פס״ד Abbasi v Secretary of State (UK)**

אבסי הוא אזרח בריטי שנעצר על ידי האמריקאים ונאסר בגוונטאנמו, הוא מבקש ממשלת בריטניה שתתערב בעבורו. כאשר הם לא מסכימים לעזור לו, הוא פונה לבית מהשפט באנגליה. בשלב הראשון בית המשפט קובע (כמו שנקבע במימון) קובע מבחינת המשפט הבינלאומי הנוהג כרגע שיקול דעת מוחלט. מבחינת המשפט הציבורי הבריתי, מצד אחד הוא אומר שמדובר בתחום שיש לממשלה שיקל דעת מורחב. מצד שני, לא מדובר בשיקול דעת בלתי מוגבל, בית המשפט יטה להתערב כשיש חשש לעיוות דין ממשי.

**בהקשר הישראלי בפס״ד מימון:**

בית המשפט רומז שייתכן כי יש חובה למדינה לפעול כאשר האזרח נמצא בסכנת חיים, אפילו אם אין מדובר בעיוות דין. ברמה הפורמלית בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלה הזו, משני סיבות מרכזיות. (1) יש שיקולים טובים למה בית המשפט לא מכריע בשאלה הזו שלא קשורים לעניינינו. (2) המדינה הכירה שבסיבות מסוימות תהיה לה חובה לפעול, וגם הבטיחה שאם יקבע לו עונש מוות אז המדינה תבקש חנינה. קריאה לא פורמליסטית אומרת שלמרות שבית המשפט קבע שלא מדובר בעיוות דין ממשי, יתכנו מקרים יקבע שלא סביר שהמדינה לא תתערב כאשר מדובר בזכויות שמאוד קשורים לסיכון חיים.

בית המשפט העליון של היום הוא יותר שמרן מבית המשפט של לפני 20 שנה, ולכן ספק אם הוא יראה בפסק הדין הזה חובה לפעול כפי שטוען בורר. יש סיכוי שהוא יאמץ גישה צרה יותר כפי שמאמץ בית המשפט הבריטי. טרם נפסק פסק דין אחר ולכן קשה לדעת מה יהיה.

**מיהו אזרח?**

ככלל הדין המדינתי קובע מיהו אזרח, כל מדינה יכולה להחליט מה הקריטריונים להענקת אזרחות למדינה שלה. החריג לכלל היא מתן האזרחות נוגד את כללי המשב״ל. לדוגמה, ס׳ 9(1) לאמנה למניעת אפליה כנגד נשים קובע שאסור לחייב אישה לקחת את האזרחות של בעלה. אלא עומדת לה הזכות לשיקול דעת. יתכן שקיים חריג נוסף והוא, כאשר אין שאם זיקה בין האזרח למדינה שמגנה עליו (קביעת הICJ במקרה שלה נוטבאום. נוטבאום היה אזרח גרמניה שהתגורר בגוואטמלה. הוא הסתבך בגוואטמלה, אך לפני כן דאג להוציא אזרחות של ליכטנשטיין. ליכטנשטיין התערבה במטרה להעניק לנוטבאום הגנה דיפלומטית, אך גוואטמלה לא הסכימה לה להתערב. הסיפור מגיע לICJ והם קובעים שמאחר ואין זיקה בין לנוטבאום לליכטנשטיין, ולכן למרות שהוא אזרח של המדינה היא לא יכולה להעניק לה חסינות דיפלומטית. קיים ביקורת אדינה לפס״ד מאחר שבניגוד לכלל הבסיסי של המשב״ל הקובע שלמדינה יש שיקול דעת כמעט מוחלת להחליט מיהו אזרחיה. ולכן כאשר הILC בשנות ה2000 מסכם את הכללים בנושא הוא קובע אומר שההלכה בנוטבאום היא לא העמדה הנכונה. מאחר שזהו פס״ד של הICJ שלא נקבע אחרת, **למבחן צריך לדעת את שני העמדות וגם את היחסים בניהם.**

**מיצוי הליכים**

מדינה רשאית להעניק לאזרח שלה הגנה דיפלומטית רק לאחר שמוצו כל ההליכים האפשריים בזירה המדינתית של המדינה הפוגעת. זאת מאחר שרוצים למצוא פתרון ברמה הפנים מדינתית במקום להגדיל את הסכסוך הבינלאומית, מערכת משפט מדינתיות יותר יעילות וקיים המון כבוד לריבונות המדינה הפוגעת.

שני סייגים למיצוי הליכים:

1. **אין חובת מיצוי הליכים כשההליך הפנימי שלא מוצה לא רלוונטי.** לדוגמה, קיים סכסוך בין חברת ספנות פינית לבין ממשלת בריטניה. מתנהל הליך משפטי בבית המשפט בבריטניה והממשלה הפינית מפסידה. פינלנד מתערבת ומעניקה הגנה דיפלומטית לחברה, ממשלת בריטניה טוענת לאי מיצוי הליכים מאחר והחברה יכולה להגיש ערעור. בדין הבריטי נקבע שניתן להגיש ערוער בנושא הזה רק שמדובר בשאלות משפטיות והבעיה אצל החברה מהנחות עובדתיות, ולכן אין טעם למיצוי הליכים.
2. **חובה מיצוי ההליכים רלוונטית לפגיעה עקיפה במדינה (משמע, כשאזרח נפגע), ולא לפגיעה ישירה במדינה.** חובת מיצוי הליכים היא במצב שמי שנפגע הוא האזרח והמדינה מאמצת את הפגיעה הזו, ולא כאשר המדינה עצמה נפגעה. כאשר ויש פגיעה גם במדינה וגם באזרח הולכים לפי הפגיעה היותר משמעותית.

שיעור מס׳ 14

חסינות מדינה

חסינות מדינה הוא תחום שמעוגן במשפט הבינלאומי, שמסדיר את היחסניות שתוענקנה למדינה ואו לנציגיה. חסינות היא כלל משפטי המונע הפעלת הליך משפטי במערכת משפטית כלפי אדם או גורם מסויים. בהקשר הבינלאומי, חסינויות מדינה הן חסינויות שמונעות הפעלה של הליך משפטי כזה או אחר במערכת משפטית של מדינה ביחס למדינה אחרת או לנציגיה של אותה מדינה.

הרציונליים לחסינות:

1. עקרון השוויון בין מדינות- תביעה בבית משפט בעצם מכפיפה מדינה אחת אל מסודות של מדינה אחרת.
2. עקרון הריבונות והרצון להימנע מהתערבות בענייניה הפנימיים של המדינה.
3. הקטנת סכסוך בין מדינות.

- אין חסינות מדינה בטריבונלים בינלאומיים.

תחום חסינות המדינה מתחלק לשני תתי תחומים: (1) חסינות ריבון/ חסינות מדינה במובן הצר- החסינויות המוענקות למדינה הזרה עצמה. (2) חסינות לגורמים הקשורים למדינה מפני הליכים משפטיים מסוימים במערכת משפט של מדינה אחרת- חסינויות שמעונקות לנציגי המדינה הזרה (למשל לראשי המדינה... ראש הממשלה, נשיא).

- ההסדרים הם שונים, קיימים מצבים בהם לנציג יש חסינות ולמדינה אין, או שיש למדינה חסינות אך לנציג אין. יתר על כן, היקף החסינויות שיש לנציגים שונה בין נציג לנציג. אך בכל המקרים, המדינה היא זו שרשאית לווצר על חסינות ולהסכים להליך משפטי ולא אדם ספציפי.

**חסינות ריבון/ חסינות מדינה במובן הצר**

לא ניתן לתבוע מדינה בהליכים אזרחיים בבית משפט של מדינה אחרת. חסינות ריבון חלה רק בהליכים אזרחיים משום שלא ניתן להעמיד מדינות לדין פלילי.

איך תובעים מדינה?

1. בית דין בינלאומי (בכפוף לאמנה)- כדי שיהיה ניתן לתבוע מדינה בבית דין בינלאומי באיזה שהוא שלב המדינה הייתה צריכה להסכים לכך (לא חייב דווקא בהקשר הזה, ניתן גם הסכמה גורפת).
2. במערכת המשפט שלה- אפשרי רק אם החוק של אותה מדינה מאפשר (כלומר גם כאן נדרשת הסכמה של המדינה).

בעבר החסינות המדינה במובן הצר הייתה חסינות מוחלטת, במצב זה הנפגעים הם האזרחים (המשב״ל לא רלוואנטי, ולהגיש תביעה באותה מדינה רוב הזמן או יקר מידי או לא רלוואנטי). הבעיה בכך הוא שחסינות מוחלטת פוגעת בזכויות אדם של האזרחיים. ולכן, עם השנים הצטמצמה החסינות והתפתחו לה חריגים. החריגים התפתחו מאחר ומדינות שונות מתחילות להפר את הדין המנהגי הקיים, ומאמצות חוק שמצמצם חסינות במצבים של פגיעה בזכויות אדם. הבעיה היא זה קורה בקצב שונה במדינות שונות ונוצר חוסר וודאות לגבי היקף השינוי, ונוצר הרבה מצבים של חוסר וודאות. כדי להתמודד עם החוסר וודאות מדינות רבות בעולם מאמצות דין מדינתי שקובע מה תהיה היקף החסינות למדינות זרות באותה מדינה.

החריגים לחסינות מוחלטת:

1. **ההבחנה בין פעולה מסחרית לבין פעולה שלטונית**- לא תהיה חסינות על פעולה מסחרית, על פעולה שלטונית כן תהיה חסינות.

**פס״ד 7092/94 קנדה נ׳ אדלסון**

אדלסון משכיר את הווילה שלו לממשלת קנדה טובת המגורים של השגריר. קיים מחלוקת לגבי האם התקיימה סעיף הארכה שרשום בחוזה? לדעתה של קנדה היא התקיימה, לדעתו של אדלסון לא התקיימה ולכן ממשלת קנדה צריכה לפנות את הבית. ממשלת קנדה מפנה את הבית וטוען שהוא לא יכול לטבוע אותם מאחר וקיים להם חסינות.

* עולה השאלה האם מדובר בעסקה מסחרית או שלטונית?

קיימים שתי מבחני עזר כדי לענות על השאלה: (1) מבחן טיב הפעולה- האם אדם פרטי יכול לקיים את העסקה. (2) מטרת העסקה.

**בפס״ד אדלסטון** מדובר על עסקה שגם אדם פרטי יכול לקיים, ולכן מבחן טיב הפעולה מתקיים לטובתם. אך מבחינת מטרת העסקה רק מדינה יכולה להשכיר מגורים לטובת דיור של שגריר.

לפי המשב״ל קיים מחלוקת אלו מהמבחנים הוא הקובע. ברק בפסק הדין קובע ״הדעה המקובלת, גם אם לא האחידה, במשפט הבינלאומי המנהגי הינה כי המבחן המכריע, גם אם לא הבלעדי, הוא מבחן טיב והמהות (nature) של פעולת המדינה ולא מבחן המטרה (ה-purpose) של הפעולה״. לאור קביעתו נחקק חוק חסינות מדינות זרות 2008 (ס׳8) ״למדינה לא תהא חסינות מפני תביעה שעילתה עסקה מסחרית״.

מדינות שונות מסביב לעולם מחוקקות חוק המסדיר את סוגית חסינויות מדינות זרות באותה מדינה. כאשר הם מחוקקות חוק זה הם מבהירות את הדין כפי שהוא יחול במדינה שלהם. הם גם שולחות הצהרה פרשנית לעולם, על מהי לדעתם הפרשנות הנכונה של המשב״ל.

החוק הישראלי הקובע את הדרך הפרשנית של ישראל לפרוש הכלל המנהגי בקוע בחוק חסינות מדינה.

ס׳ 2 לחוק קובע: ״למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בית המשפט בישראל, למעט סמכות השיפוט בעניינים פליליים״ (כמעט כל שאר סעיפי החוק קובעים את החריגים בהם לא תהיה חסינות המדינה). (בשיער נדון בסייגים הכי מרכזיים (ס׳ 3 ו5). אבל סעיפים אחרים בחוק קובעים סייגים נוספים לחסינות הריבון שגם הם (לפי העמדה הרווחת) משקפים את הדין המנהגי. למבחן צריך ללמוד גם את סעיפים 4,6,7,8 ו15, ואת המידע הרלוונטי אצל הרפז).

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

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

ס' 6: תביעות הקשורות לנכסי מקרקעין הנמצאים בישראל.

ס' 7: תביעות הנוגעות לקניין רוחני.

ס' 8: תביעות חפציות נגד אונייה או מטענה.

1. **החריג הנזיקי**- בוצע עוולה נזיקית על ידי מדינה, בשטח של ישראל ונגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי סעיף 5 קובע שאין חסינות. לפי העמדה הרווחת אין הבחנה בין פעולות שלטניות למסחריות.

* **חריג לחריג הנזיקי-** לפי המשב״ל, תינתן חסינות בגין פעולות מלחמתיות (במלחמה בין ישראל לסוריה, אם נפגע בית אי אפשר לתבוע את סוריה על הנזק של הבית).
* בשני מצבים קיימים וויכוח האם קיימים מצבים שבהם למרות שמדובר בפעולה מלחמתית לא תהיה חסינות?

1. **מקרה ראשון- כאשר הפעולה הלחימתית הייתה פעולה שהיוותה פשע בין לאומי גרעני (פשע מלחמה/ רצח עם/ פשע נגד האנושות**). קיימת עמדה שאומרת שבמקרה המסוים מותר לתבוע את המדינה על נזיקין. (המסכימים עם עמדה הזו לא רואים בה רק כחריג לחריג לחריג כאמור, אלא פשוט סבורים שלמדינה אין חסינות בתביעות אזרחיות כאשר מדובר במעשה המהווה הפרה חמורה של דיני הלחימה/רצח עם/פשעים נגד האנושות. המשמעות היא שלדעתם הכלל האמור [המסיר כאמור את החסינות] יכול להיות רלוונטי בעוד הקשרים ולא רק כחריג לכלל המעניק חסינות בנוגע לפעילות לחימתית).

* מקרה זה עלה בבית משפט ביוון ובאיטליה בנוגע למעשים של הנאצים. לאחר המלחמה גרמניה חתמה על אמנות עם מדינות שונות המסדירות את עניין הפיצויים. למרות שגם איטליה וגם יוון היו בצד הגרמני לתקופה במהלך המלחמה, גם איתם גרמניה חתמה על אמנה כזאת. אך האמנות האלו היו פחות מטיבים וכתוצאה מכך היו הרבה אזרחים שנפגעו מפשעי מלחמה מהחיילים הנאצים שנשארו בלי פיצוי. ולכן הם מגישים תביעות נזיקיות כנגד גרמניה בבית המשפט ביוון ובאיטליה, בתגובה גרמניה טוענת לחסינות. הטובעים טוענים שמדובר בחריג לחריג הנזיקי מאחר והמעשים מהוואיים פשע נגד האנושות/ פשעי מלחמה. בית המשפט המדינות האלה מקבלים את הטביעה וקובעים שאין חסינות אפילו לפעולה לחימתית כאשר מדובר בפעולה שבוצע כפשע מלחמה.

גרמניה לא אוהבת את ההכרעה, וטובעת את המדינות בגין הפרה של הנורמה הבינלאומית של חסינות מדינה בICJ. הICJ וקבע שאין חריג לחריג הנזיקי. בתי המשפט באיטליה וביון לא מקבלים את הפסיקה ואומרים שהICJ טועה בפסיקה שלו מבחינת המשפט הבינלאומי, וגם אם לא הדין המדינתי שלנו קובע שאי אפשר להיות חסינות באותו מקרה. מוגשות טביעות במדינות, גרמניה לא מתייצב ומוצאים עיכוליים נגד גרמניה (דוגמה טובה לעימות במבחן).

בישראל, לא התקבל החריג **בפס״ד ת״א 2143-07 (מחוזי- ת״א) 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״.

* למבחן חשוב לזכור שהעמדה הרווחת היא של הICJ שקובע שאין חריג לחריג לחריג. עמדת מיעוט משמעותית שאומרת שיש.

1. **מקרה שני- ארה״ב קובע שאין חסינות בגין נזיקין שנגרמו מפעולות שביצעה מדינה תוך תמיכה בטרור.** מנגד העמדה הרווחת בעולם קובע שאין כזה חריג, מאחר והמושג טרור הרבה פעמים תלויה בניתוחים פולטים. העמדה בפסיקה הישראלית לא נדונה בעליון אלא במחוזי ויש פסיקות סותרות.

**בש"א 9767/08 רש"פ נגד פלד**: "גם אם הייתי מגיעה למסקנה שמעמדה של הרשות הפלסטינית הוא כמעמד "ריבון", ספק בעיני אם היה מקום לסלק תביעה זו על הסף, במיוחד לאור הפסיקה המשמעותית המתפתחת במדינות העולם, אשר מאפשרות הגשת תביעות נזיקין כנגד מדינות המעודדות ו/או שותפות בביצוע מעשי טרור".

- אין חסינות כאשר מדובר בסיוע או ביצוע של מעשה טרור

מנגד**, 5006/08 יוסיפוב נגד מצרים:** "לא ניתן לאפשר תביעה נגדה (מצרים) המופנית כנגד הפעלת מדיניותה בשטחה הריבוני, בטענה למעורבות במעשי טרור".

האם יש לתת חסינות גם לישות שמעמדה נמוך משל מדינה?

קיימים ארבע גישות:

1. ניתן לתת חסינות גם לגורמים שאינם מדינה- בית המשפט יכול לבחון שישות שקרובה לממש את אמנת מונטווידאו אבל לא מספיק מקיימת אותה, זכאית לחסינות ריבון.
2. חסינות יש רק למדינות
3. השאלה כלל אינה שפיטה (השאלה לאילו ישויות יש להתייחס כמדינה היא שאלה פוליטית, שלא ראוי שבית המשפט יתערבו בה)- מי שצריך להתעסק עם השאלה היא הרשות המבצעת.
4. עמדת המשפט הישראלי (עמדה השלישית מוחלשת)- ס׳ 20 לחוק חסינות מדינות זרות: ״שר החוץ... רשאי לקבוע, בצו, כי לישות מדינתית תהא חסינות... אף שמעמדה המשפטי הבינלאומי אינו עולה כדי מעמד של מדינה; צו לפי סעיף זה יכול שיהיה דרך כלל, לסוגי עניינים או לעניין מסוים, ויכול שיוגבל לתקופה קצובה.״ זאת אומרת מדובר בסמכות המוענקת לשר החוץ להפעיל שיקוד לעת בנושא ולעדכן את בית המשפט. ההנחה היא שאם הוא לא מודיע כלום לבית המשפט, אז אין חסינות. אך לפי הפסיקה לא מדובר באי- שפיטות מוחלטת, סולברג – בע״א 2144/13: ״מדובר בהחלטה מדינית מובהקת. נושאים אלה מצויים בסמכותה של הרשות המבצעת ובית המשפט לא ידרש אליהם. על דרך העיקרון, כל עוד עושה הרשות המבצעת בתחומי סמכותה, והחלטתה אינה נגועה בפגם משפטי של ממש״. זאת אומרת במקרים שבהם ההחלטה נגועה בפגם משפטי של ממש בית המשפט יתערב בהחלטה (מקרים מאוד נדירים).

**ויתור על חסינות**

מדינה רשאית לותר על חסינות הריבון. בהקשר הישראלי זה כלל שמעוגן בס' 9-10 לחוק חסינות מדינות זרות. הוויתור יכול להיעשות באופן מפורש(המדינה מסכימה במפורש לוותר) או באופן משתמע דרך התנהגות[כשהיא מתייצבת בפני בית המשפט ומתחילה לנהל את ההליך (זה חשוב מאוד כי אם היא לא רוצה לוותר, אז בתחילת ההליך לבקש לדחות את התביעה מפאת החסינות, בנוסף, להצהיר במפורש שאין בהתייצבות ויתור על חסינות)].

שיעור מס׳ 15

**חסינות ראשי מדינה**

הדין המנהגי מעניק חסינות לנציגים מסוימים של מדינה בשתי דרכים:

1. חסינות מהותית (פונקציונאלית) Ratione Materiae
2. חסינות אישית (פרסונאלית) Ratione Personae

בכל מקרה: מדינה רשאית לוותר על חסינות ולהסכים להליך משפטי, גם אם הפרט מתנגד.

- הערת צד: חשוב להדגיש החיסוניות הללו לא רלוונטיות לנוגע להליכים משפטיים במדינתו של בעל התפקיד (השאלה האם ומתי יהיה לבעל תפקיד חסינות מפני הליכים במדינה שלו היא שאלה שמוסדרת במשפט המדינתי של אותה המדינה ולא במשפט הבינלאומי).

**החסינות הפרסונאלית**

חסינות פרסונאלית מוענקת לקבוצה מצומצמת של בעלי תפקידים בכירים במדינה, שיש להם פונקציה מרכזית ביחסי חוץ (ראש ממשלה, שר החוץ, נשיא). לגבי תפקידים מסוימים יש מחלוקת, למשל עבור מדינה במפרץ לשר הנפט יש חלק מאוד חשוב ביחסים הבינלאומיים. לעומת זאת, שר התשתיות והגז הישראלי לא תופס חלק חשוב ולכן ככל הנראה לא מגיע לו. החסינות קיימת רק כל עוד האדם בתפקיד (אחרי שסיים את תפקידו החסינות מפסיקה להתקיים). החסינות חלה לא רק בקשר למעשים שביצע האדם כחלק מתפקידו אלא גם על פעולות פרטיות (לרבות מעשים שבוצעו בביקור פרטי). החסינות הפרסונלית רלוונטית הן ביחס למעשים שביצע האדם לפני שנכנס לתפקיד והן בנוגע למעשים שביצע במהלך התפקיד (אך כאמור תפסיק להתקיים כשהאדם מסיים את התפקיד). מדינה יכולה להחליט לוותר על החסינות של אותו אדם, גם אם הוא מתנגד.

- ביחס לחסינות המהותית, החסינות הפורמלית מעניקה חסינות רחבה יותר, לקבוצה קטנה יותר, לתקופת זמן מצומצמת יותר.

סוג ההליכים בהקשרם החסינות חלה:

1. לבטח חלה בהליכים אזרחיים.
2. לבטח חלה בהליכים פלילים ביחס לעבירות מדינתיות זרות. מדובר בעבירות שהם עבירות פליליות לפי הדין של המדינה הזרה.
3. קיימת ויכוח בקשר להאם חלה חסינות ביחס לביצוע פשעים בינלאומיים חמורים (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות)? ואם כן היכן? וזאת לאור ייחודם של פשעים אלו.

* **יש השקפה רווחת האומרת,** שמדובר באיסורים ייחודיים שמגנים על אינטרס אוניברסלי. ולכן כאשר גורם אוכף את העבירות הללו (מעמיד מישהו לדין עליהם), הוא פועל בשם האינטרס של הקהילה הבינלאומית כולה. כתוצאה מכך, התפתחה במשב״ל רשות לאכוף את העבירות בשני מנגנונים ייחודיות.

1. **סמכות אוניברסאלית-** בדרך כלל מדינה צריכה קשר למקרה על מנת לעמיד לדין, כגון: קשר טריטוריאלי (נעשה בשטח שלה), הקורבן הוא אזרח המדינה, המבצע הוא אזרח המדינה (אם אין קשר אי אפשר להעמיד לדין). בקשר לפשעים בין לאומיים, המשב"ל בסמכות אוניברסאלית מאפשר לכל מדינה לעמיד לדין גם אם אין לה קשר למקרה.
2. **בתי דין פליליים בינלאומיים-** על סמך אותם הסיבות, המשב״ל מאפשר להקים בתי דין פליליים בינלאומיים, ולעמיד בדין בהם אנשים בגין הפשעים.

התפתחו שלוש גישות שונות לשאלה האם יש חסינות בגין הפרות פליליות חמורות של המשפט הבינלאומי?

1. החסינות חלה רק בגין הפרות של הדין המדינתי ולא מפני הפרות חמורות של הדין הבינלאומי, הרי מטרת החסינות היא למנוע סכסוכים בין מדינות. הגורם האוכף פועל מכות סמכות אוניברסאלית, ולכן החסינות הפרסונלית לא רלוונטית בהקשר של פשעים בינלאומיים חמורים גם בהליכים שמתקיימים במדינה זרה וגם בביתי דין בינלאומיים.

* פס״ד דוגמא לתמיכה בגישה זו היא מקרה אוגוסטו פינושה באנגליה, אשר היה רודן בצילה. תקופתו ידועה בפשעים אנושיים, הוא התמחה בהעלמות, הייתה הנחה שאנשים מתו ולא מצאו את גופותיהם. הוא היה מטיס אנשים ממטוס וזורק אותם מהם לתוך הג'ונגלים כך קשה מאוד למצוא את הגופה לאחר מכן. בשנות ה90 הייתה אופטימיות ששלטונות רודניים הסתיימו. מאחר ואוגוסטו בינושה שלא רצה שיעמידו אותו לדין על מעשיו, בהסכם המעבר לשלטון הדמוקרטי הוכנס תנאי שקבע שהוא יהיה סנאטור לכל החיים. על פי הדין המדינתי לחברי פרלמנט יש חסינות, וכך לא יהיה ניתן לשפוט אותו בצ'ילה. אך בינושה נסע לטיפול רפואי באנגליה, ובספרד פתחו כנגדו הליכים על סמך סמכות אוניברסלית והגישו בקשה לאנגליה להסגיר אותו לספרד. פינושה טען לחסינות, אך ביהמ"ש האנגלי קבע שהחסינות הפרסונלית לא רלוונטית מאחר ואין חסינות בהקשר של פשעים בינלאומיים חמורים, וזה יכול להתנהל גם בבית דין בינלאומי, וגם בבית דין מדינתי של מדינה זרה.
* עמדה זו זכתה לתמיכה גוברת עד שנות ה2000, עד שהICJ פוסק גישה אחרת.

1. גישת הICJ, אין חסינות מפני העמדה לדין בבתי דין בינלאומיים.

* בלגיה אימצה את הגישה הראשונה, והשתמשה בה לא רק עם זוטרים, אלא גם לבכירים, בין היתר עם שר החוץ של קונגו. קונגו מגישה תביעה כנגד בלגיה. הICJ פוסק שהחסינות הפרסונלית לא חלה כשמדובר בהליכים פליליים בבתי דין בינ"ל בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים, אך כן חלה כשמדובר בהליכם פליליים במדינות זרות.

שני נימוקים לכך הם:

1. נימוק פורמליסטי- הICJ אמר שהוא רואה פרקטיקה של מדינות שהסירו את החסינות בנוגע לפשעים אלו בבתי דין בינלאומיים (נירנברג, טוקיו, ICTY). לעומת זאת, הוא לא רואה פרקטיקה של מדינות בהן הוסרה החסינות הזו במדינות זרות. ולכן אין מפסיק פרקטיקה כזו כדי שיתפתח מנהג.
2. נימוק המותי- בפועל, עובדות החיים הן שהליכים כאלה מהוות כלי פוליטי, לעומת זאת כאשר מדובר בבתי דין בינ"ל דרושה הסכמה ולכן הסיכוי לניצול הוא קטן יותר.

* זהו הגישה המובילה, אך לא אומר שמפסיקים להשתמש בגישות האחרונות

1. גישת ירדן (ומדינות אפריקאיות נוספות), החסינות חלה גם בהליכים בבתי דין בינלאומי.

* הרקע לגישה היא שבאמנת רומא של הICC רשום שאין חסינות לראשי מדינה בהליכים שמתקיימים בICC. אך קיימים מצבים בהם מדינה יכולה להיות מעומדת לדין בICC גם אם היא לא חברה בה: (1) כאשר מבצעים פשעים בשטח של מדינה חברה (מה שנטען כלפי ישראל בקשר לפלסטינאיים). (2)כאשר מועצת הביטחון מפנה מקרה ממדינה לא חברה אל הICC (אמנת רומא מעניקה סמכות למועצת הביטחון להפנות מקרים לICC). האמנת רומא יש סעיף נוסף הקובע שמהרגע שנפתח הליך כנגד אדם בICC, ויש כנגדו צו מעבר. אם הוא נוחת באחת המדינות החתומות על אמנת רומא היא חייבת להסגיר אותו.

ולכן, כאשר בשיר (נשיא סודן) אשר נפתח הליך כנגדו על רצח עם, נחות באחת המדינות החברות בICC, הם היו אמורים לעצור אותו ולהסגיר אותו לICC. מאחר והם לא פעלו כך, נפתחו כנגדם הליכים מנהלים במטרה לנוע את ההתנהגות הזאת בעתיד. המדינות טוענות שהן לא עצרו את בשיר משום שיש לו חסינות פורמלית. ומאחר וסודן לא חברה בICC היא לא ויתרה על החסינות של בשיר.

בפסיקות האחרונות של הICC יש שני סוגי פסיקה בעניין:

1. גם אם מדינה לא חתומה עם אמנת רומא, אם מועצת הביטחון של האו״ם שלך את המקרה לICC, לא חלה חסינות פרסונאלית. (אם זו הפסיקה שהייתה מאומצת זה היה טוב גם למדינת ישראל, משום שאם גורמים שלנו יעמדו לדין זו מדינה חברה שלא מגיעה לICC בגלל החלטת מועצת הביטחון)
2. אין חסינות פרסונאלית על שפעים בינלאומיים כאשר מדובר בבתי דין בינלאומיים (זו הגישה שניתנה בפסק דין האחרון של הICC).

**חסינות מהותית (פונציונאלית)- Ratione Materiae**

החסינות המהותית מוענקת לכל בעלי התפקידים של המדינה, לא רק על הבכירים (בשונה מהחסינות האישית). היא ממשיכה לפעול גם לאחר שהאדם סיים את תפקידו (בשונה מהחסינות האישית). חסינות חלה רק בנוגע למעשים רשמיים של ממלאי תפקידים במדינה; הדגש הוא על מהות הפעולה והיותה פעולה קשורה הפעלת סמכויות ריבוניות (בשונה מהחסינות האישית). החסינות חלה רק על מעשים שבוצעו בזמן היות האדם בתפקיד ציבורי (בין אם הנוכחי ובין אם קודם). בקשר לסוג ההליכים שהחסינות חלה עליהם יש שלל דעות. הILC ניסה לעשות סדר בדעות וזה רק חשף את היקף הבלגן ועורר התנגדויות.

תחולת החסינות המהותית בהליכים פלילים בנוגע לעבירות מדיניות זרות

1. עמדה לפיה החסינות המהותית (בשונה מהחסינות הפרסונאלית) רלוונטית רק בהליכים אזרחיים ואינה רלוונטית בהליכים פלילים. זה מ3גיע מתוך ההנחה שהחסינות המהותית מגיעה מכוח חסינות הריבון, ולכן שאשר החסינות לא רלוואנטית למדינה אז גם לא מבקרה הזה.

* זו עמדה שניתן למצוא למשל בפסק דין שניתן ב08 בעניינו של אבו עומאר. אבו עומאר הוא מטיף דת מוסלמי מצרי שהאמריקאים לא אהבו ולכן סוכני CIA חטפו אותו באיטליה והעניקו אותו לשלטון המצרי, שגם הם לא אוהב אותו במיוחד. סוכני הCIA נתפסו באיטליה והעמידו אותם לדין בגין חטיפה, והם טענו לחסינות מהותית, הערכאה הפלילית באיטליה לא קיבלה עמדתם, אמרה שחסינות מהותית לא חלה בהליכים פליליים.

1. יש תמיכה אף יותר רחבה בעמדה לפיה החסינות לא תחול בנוגע להליכים פלילים ביחס לעבירות על פי הדין הפלילי של המדינה הזרה שבה בוצע המעשה. מדינות לא אמורות לשלוח את נציגיהן לבצע פשעים במדינות אחרות.
2. מנגד יש הסוברים שהחסינות הפונקציונאלית חלה באופן גורף בהקשרם של פשעים מדינתיים זרים (אם כי צריך לזכור שזאת רק בתנאי שמעשה נשוא העבירה היה קשור באופן חזק להפעלת סמכויות ריבוניות). לפי גישה זו ניתן לנצל הליכים לרעה והם עשויים לפגוע ביחסים בין המדינות, לכן ישנה חסינות מהותית גם בהקשרם של הליכים בנוגע לפשעים מדינתיים.

תחולת החסינות המהותית בהליכים פלילים בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים

ברור שאלו הסוברים 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 חלוקי דעות בנוגע לתחולתה בהליכים פלילים בנוגע לפשעים בינלאומיים חמורים.

קיימים שתי דעות מרכזיות בנידון

1. ILC: קיימת מגמה גוברת של אי- הכרה בחסינות מהותית כשמדובר בפשעים בינלאומיים חמורים (כמו בהגנה דיפלומטית).
2. ביהמ״ש בהולנד: מוגשת תביעה נזיקית כנגד בני גנץ כרמטכ"ל ומפקד חיל האוויר, בנוגע למעשים שמהווים לכאורה פשעי מלחמה (פשעים בינ"ל חמורים) בימה"ש סבור שכדי להכריע בכך, הוא צריך להכריע האם מדובר בהליכים פליליים. הוא מסתכל על האמירה של הILC ומסיק ממנה שאולי עומד להתפתח מנהג, אך כיום טרם התפתח מנהג. הוא קובע שאין חסינות מהותית במקרים כאלה, אך רק בבית דין בינלאומיים. אך יש חסינות מהותית במקרים כאלה בהליכים פלילים בבתי דין מדינתיים זרים.

לעומתו, בינואר 2021 הערכאה הפלילית הגבוהה ביותר בגרמניה, בהליך פלילי כנגד חייל אפגני בגין ביצוע פשעי מלחמה, מסתכל על אותה השורה ומסיק שלאחרונה כן התפתח כבר מנהג. הוא קובע שאין חסינות מהותית במקרים כאלה, גם כשמדובר בהליכים בבתי דין מדינתיים זרים.

- קיים קונצנזוס יחסית רחב שאין חסינות מהותית במקרים כאלה בבתי דין בינלאומיים.

- לפי זיו בורר- ככל הנראה העמדה הרווחת יותר היא עמדת ביהמ״ש הגרמני.

חסינות מהותית בהליכים אזרחים

יש קונצנזוס יחסית רחב שהחסינות האמורה חלה, ככלל, בהקשרם של הליכים כאלו (אם כי צריך לזכור שהיא רק תחול אם הפעולה קשורה במהותה להפעלת סמכויות ריבוניות). קיים וויכוח בשאלה האם יש חסינות מהותית מפני תביעות אזרחיות בעקבות הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי?

יש שלוש דעות:

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: כיוון שאין חסינות מהותית בהליכים פלילים מדינתיים ביחס לפשעים כאלו, הרי שבדרך ההיקש אין גם חסינות שכזו בנוגע למעשים כאלו בהליכים אזרחיים.
3. עמדת בית הדין האירופי לזכויות אדם: יש חסינות מהותית בנוגע למעשים כאלו בהליכים אזרחיים, אף אם אין חסינות מהותית שכזו בהליכים פלילים מדינתיים ביחס לפשעים כאלו (אין לעשות היקש מההליך הפלילי לאזרחי).

**חסינות דיפלומטית**

הדין המנהגי מעניק חסינות לדיפלומטים בתנאים מסוימים. עגון לכלל הזה ניתן גם למצוא באמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים. בישראל עד לשנת 2008 לא היה שום חוק ישראלי שאיזכר את החסינות הזו. אך מאחר ומשפט הבינלאומי מנהגי נקלט באופן אוטומטי בדין הישראלי, חסינות דיפלומטית מעוגנת בדין הישראלי מכוח המנהג. דוגמה לכך היא פס״ד שלום, רקדנית בטן שטענה שהשגריר של מצריים בישראל בסיוני הזמין אותה לדירה ושם ניסה לאנוס אותה. היא מגישה תלונה במשטרה והיא לא נחקרת בגלל החסינות הדיפלומטית. היא מנסה חלופה של תביעה נזיקית. המחוזי דוחה את התביעה הנזיקית מבלי לדון בטענות לגופן, על סמך הקביעה שהחסינות הדיפלומטית היא משפט בינלאומי מנהגי ומתוקף היותה מעוגנת שם היא חלק מהמשפט הישראלי. "החסינות הדיפלומטית, כפי שגובשה באמנת וינה, שרירה וקיימת במקומותנו".

כיום חוק חסינות מדינות זרות קובע ״חוק זה אינו גורע מחסינות דיפלומטית או קונסולרית או מחסינות אחרת החלה בישראל לפי כל דין או נוהג״.

כללים מרכזיים:

1. דיני החסינות חלים מרגע שמדינות החליטו לקיים יחסים דיפלומטיים. (ב) אין בדיני החסינות הדיפלומטית כדי להצדיק התעלמות מדיני המדינה המארחת או התערבות בענייניה הפנימיים. (ג) החסינות ניתנת לשגריר ולמשפחתו (אם אינם אזרחים/ תושבי קבע במדינה. תושב קבע הוא מי שגם בהיעדרו של התפקיד היה שוהה במדינה זמן ממושך).

חובות המדינה כלפי שגרירים:

1. יש לנהוג בשגריר בכבוד ולמנוע כל התקפה על גופו, חירותו או כבודו, וכן להעמיד לדין/ להסגיר את מי שתוקף שגריר. (ב) אין לעצור/ לאסור נציג דיפלומטי. (ג) אין להעמיד לדין פלילי עובדים בשגרירות שאינם אזרחים/ תושבי קבע (חסינות מוחלטת).

חריגים:

1. ניתן לעכב נציג לשם שמירה על הסדר הציבורי/ מניעת פשע חמור. לדוגמה, מאבטח השגרירות שירה למוות בשני ירדנים לא מורשה לצאת לישראל. (ב) אם מדובר במעשה שאינו במסגרת תפקיד ניתן להעמיד לדין פלילי לאחר סיום הכהונה. לדוגמה, המקרה עם ביסיוני שהחליט לסיים את כהונתו במצריים בכדי שלא ניתן יהיה לקיים כנגדו הליכים פליליים בישראל.

סנקציות שניתן להטיל במקרים של ניצור החסינות לרעה:

1. המדינה המארחת יכולה לבקש מהמדינה השולחת להסיר את החסינות, הרי החסינות היא פריווילגיה של המדינה ולא של השגריר. (ב) המדינה המארחת יכולה לגרש את השגריר מהמדינה. (ג) המדינה המארחת יכולה לנקוט בצעדי נגד. (ד) המדינה המארחת יכולה לסרב לקבל כתבי אמנה מהשגריר בהמשך.

- דוגמה לסנקציות, שגרירים בניו יורק חונים היכן שרוצים משום שאין חניה בעיר, וכתגובה עיריית ניו יורק אשר לא יכולה לגרור את האוטו, מדביקה קנס על הרכבים, והשגרירים לא משלמים את הקנסות. בתגובה, ארה"ב מקצצת מדי שנה את סכום הקנסות שנצברו מתוך כספי הסיוע שהיא מעניקה לאותה המדינה שאליה משתייך השגריר, ומעבירה אותם לעיריית ניו יורק. זהו לא צעד נגד משום שארה"ב לא חייבת לחלק כסף למדינות אחרות.

- גם בלונדון זה אותו הסיפור, שם הוחלט שלא לקבל כתבי אמנה משגרירים אשר צברו הרבה דוחות. לכן, כשצריך לחדש את כתב האמנה הם מבקשים לשלוח שגריר אחר. זה לא צעד נגד, כי מדינה לא חייבת להסכים שאדם מסוים יהיה השגריר.

חסינות דיפלומטית מהליכים אזרחיים

כלל נציגים דיפלומטיים חסינים גם מפני הליכים אזרחיים, חוץ מחריגים מסיימים: (א) פעולה לגבי נדל״ן בשטח המדינה המארחת. (ב) ענייני ירושה פרטיים. (ג) פעילות מקצועית מחוץ לתפקיד רשמי של אותו שגריר, לדוגמה אם השגריר רופא שיניים במקצוע ופותח קליניקה אין לו חסינות על תביעה בקשר לקליניקה. (ד) אם הנציג הוא אזרח/ תושב קבע, החסינות תחול רק על מעשים רשמיים.

**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. החריג לכלל הוא הצלת חיים, מותר לפתוח את השק הדיפלומטי כאשר יש חדש שמה שבפנים מסכן חיי אדם (דוגמה לסכנת חיים, כשיש פצצה או אדם בתוך השק). לדוגמה אומרו דיקלו, מדובר בשר ניגרי שהסתכסך עם נשיא ניגריה וברח לאנגליה במטרה לא לחזור. נשיא ניגריה רוצה שיחזור, דואג להחזירו בשק (ע"י סוכני מוסד). שמים את השר בתוך השק שנשלח בהיתרו- שם מתעורר חשד, ומוצאים את השר בתוך השק. האנגלים מצדיקים את פתיחת השק מכמה סיבות (1) היה חשש להצלת חיים. (2) השק לא מסונן כראוי. שק לא מסומן אינו חסין מחיפוש, כל עוד לא ידוע שמדובר בדואר דיפלומטי.

**חסינות למבנה השגריות**

בניגוד לתפישה בעבר, מבנה השגרירות אינו נמצא תחת ריבונות המדינה האורחת. אבל הוא זוכה לחסינות רחבה. המבנה נמצא ״מחוץ לתחום״ לסוכני המדינה המארחת, אפילו במצב של חשד לסכנת חיים אסור להתפרץ למבנה השגרירות (גם כאשר שומעים פגיעה בחיים, לפי זיו הציעו ליצור חריג כזה איך הוא לא התקבל). המדינה המארחת חייבת להגן על המבנה מפני נזק ומפני חדירת גורמים פרטיים (אירן הפרה בהקשר השגרירות האמריקאית). יש לכבד את מבנה השגרירות גם לאחר סיום היחסים הדיפלומטים בין המדינות (למשך עשרות שנים לא היו יחסים דיפלומטיים בין קובה לארה"ב, והמבנה של שגרירות ארה"ב בהוואנה נשאר שמור, ושגרירות שוויץ בהוואנה הייתה אחראית על תחזוקת המבנה. לאחר שחודשו היחסים השוויצרים החזירו את המפתח).

- יש לכלי תחבורה של השגרירות חסינות מוחלטת מפני חיפוש, תפישה, עיקול או הוצאה לפועל.

שיעור אסינכרוני ראשון

**ארגונים בינלאומיים**

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

**יש להבחין בין שני סוגים של ארגונים בינלאומיים:**

1. **INGO International Non-Government Organization –** ארגונים בינלאומיים לא ממשלתיים.
2. **IGO International Governmental Organization–** ארגונים בינלאומיים ממשלתיים.

- יש מס' ארגונים באמצע בין הINGO לIGO, הדוגמא הבולטת והמרכזית היא ארגון הצלב האדום הבינלאומי.

למרות שבפועל, לארגונים הבינלאומיים הלא ממשלתיים יש השפעה גוברת על עיצוב המשפט הבינלאומי. מבחינה משפטית, ככלל סוג הדין שמסדיר את ענייניהם הוא דין מדינתי )של המדינות בהן הINGO פועל, ובמיוחד של המדינה בה הוא הוקם(. לכן, אנו נתרכז בIGO, ובמיוחד בIGO המרכזי והחשוב ביותר שהוא האו"ם.

- בהתאם, מעכשיו כאשר יעשה שימוש במונח "ארגונים בינלאומיים" הכוונה היא לIGO, אלא אם מצוין מפורשות אחרת.

IGOs הם חלק אינטגרלי מהמשפט הבינלאומי המודרני שתרומתם להתפתחות הנורמות והמוסדות במשב"ל מרכזית וגוברת.

1. יש IGOs שכל מדינה ברמה העקרונית יכולה להצטרף אליהם, כמו ארגון הבריאות העולמי או האו"ם, ויש כאלו שרק מדינות מסוימות יכולות להצטרף אליהם, כמו חבר מדינות הכתר הבריטי, האיחוד האירופי, הליגה הערבית.
2. יש IGOs שתחום עיסוקם הוא מצומצם יחסית, כמו ארגון הבריאות העולמי, ויש כאלו שתחומי העיסוק שלהם הם רחבים כמו האו"ם.
3. יש כאלו שהם אזוריים ויש כאלו שהם גלובליים.

מאפייני הIGOs:

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

האישיות המשפטית במשפט הבינלאומי של הIGO:

הקביעה שיכולה להיות לIGOs אישיות משפטית בינלאומית עצמאית, כשחקנים בזירה הבינלאומית בעלי קיום משפטי ישיר ועצמאי במשפט הבינלאומי שנבדל מזה של המדינות החברות בIGO, לא הייתה מובנת מאליה כשזו נקבעה בתחילה, שכן במשפט הבינלאומי הקלאסיים השחקנים העיקריים (אם לא הכמעט בלעדיים) היו המדינות.

אחד המקורות המרכזיים הראשונים בו נקבע שלIGO יש ישות משפטית נפרדת, זו חוות דעת של הICJ שעסקה בשאלה האם לאו"ם יש אישיות משפטית המאפשרת לו לדרוש פיצויים ממדינה? מדובר ברצח הרוזן בנדוט, שכעובד האו"ם תיווך מטעם האו"ם בין מדינת ישראל למדינות ערב במלחמת העצמאות, ונרצח בירושלים ע"י הלח"י בשנת 1948. במגילת האו"ם לא כתוב באופן מפורש שלאו"ם יש אישיות משפטית בינלאומית, ואם הוא אינו ישות משפטית כאמור, הרי שהאו"ם לא יכול היה לתבוע פיצויים.לכן, הICJ התבקש לתת את חוות דעתו בנושא, וקבע כי האו"ם הוא אישיות משפטית במשב"ל, ושכפועל יוצא מהאישיות המשפטית שלו, האו"ם מסוגל לתבוע פיצוי ממדינה בגין רצח עובד שלו באותה המדינה.לדידו של רובי סייבל "אין זה ברור אם קביעת הICJ חלה לגבי כל ארגון בינלאומי או רק לגבי האו"ם, ויתכן ויש צורך לבדוק את המצב לגבי כל ארגון בינלאומי בנפרד".

קיימות שתי עמדות בנושא: (א) קיים דין בינלאומי מנהגי לפיו לכל IGOיש אישיות משפטית במשב"ל. (ב) יש לבדוק כל IGO בנפרד ולראות האם מהאמנה הרלוונטית (או ממטרותיו, עיסוקיו, הפרקטיקה הקיימת בפועל בהקשרו) עולה שיש לו אישיות משפטית נפרדת במשפט הבינלאומי.(לפי זיו, העמדה הרווחת היא העמדה הראשונה)

איזו מבין שתי העמדות הללו היא הדין הקיים?

זו שאלה שאין עליה הסכמה, ולשאלה זו יש משמעות רבה במדינות בהן הדין המדינתי מתייחס באופן שונה למשפט הבינלאומי המנהגי ולמשפט הבינלאומי ההסכמי. **למשל,** בישראל לאמנות אפילו אם ישראל היא צד להן אין מעמד נורמטיבי פורמלי בדין הישראלי. צריך שחיקוק ישראלי "יקלוט" את הקבוע באמנה, ואילו דין בינלאומי מנהגי נקלט באופן אוטומטי למשפט הישראלי, במעמד נורמטיבי גבוה משל חקיקת משנה, ונמוך משל חקיקה ראשית. לכן, אם מקבלים את העמדה הראשונה לפיה המשב"ל המנהגי מעניק אישיות משפטית לכל IGO, הרי שלכל IGO יש אישיות משפטית במשפט הישראלי. לעומת זאת, אם מקבלים את העמדה השנייה לפיה יש לבדוק כל IGO בנפרד, הרי שתהיה אישיות משפטית במשפט הישראלי רק לIGO: שלגביו נגיע למסקנה שקיים דין בינלאומי מנהגי המעניק לו באופן ספציפי אישיות משפטית. **או** שלגביו יש חיקוק ישראלי שמעניק לו אישיות משפטית (כאשר החיקוק המרכזי בהקשר זה הוא חוק חסינויות וזכויות (ארגונים בין לאומיים ומשלחות מיוחדות) התשמ"ג 1983, שמעניק אישיות משפטית במשפט הישראלי כמעמד של תאגיד לכל IGO שישראל חברה בו, אך חוק ישראלי זה לא עוסק בIGOs שישראל אינה חברה בהם).

חשוב להדגישעל אך שגם למדינה וגם לIGO יש אישיות משפטית במשפט הבינלאומי, לא מדובר באותו סוג של אישיות משפטית. האישיות המשפטית במשפט הבינלאומי של המדינות היא כללית ובלתי מוגבלת. לעומת זאת, האישיות המשפטית של הIGO היא מוגבלת ופונקציונלית. כלומר**,** בעוד שלמדינות על פי המשב"ל יש ככלל את הסמכות לעשות כל דבר שהמשב"ל לא אסר עליהן לעשות (עקרון לוטוס), הIGO רשאי לעשות רק את הדברים שהוענקה לו סמכות במשפט הבינלאומי לבצע.

היקף האישיות המשפטית של IGO נקבע על סמךמסמכי 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. ההסמכה יכולה להיות מפורשת או משתמעת, והמבחן הוא מבחןפונקציונליפעמים רבות, סמכויות הארגון הן משתמעות ונגזרות מכך שקיומם נדרש כדי שיהיה ניתן לבצע באופן יעיל סמכויות אחריות שדבר קיומן כן נקבע מפורשות.

לדוגמה, חוות הדעת של הICJ בנוגע לרצח הרוזן ברנדוט הICJ קבע שלאו"ם יש את היכולת לתבוע פיצוי מישראל בגין רצח אותו העובד, שכן לדידו סמכות זו משתמעת באופן הכרחי מתפקידיו של האו"ם. אם לאו"ם יש סמכות לשלוח נציגים מטעמו לכל מיני זירות סכסוך, חייבת להיות נלווית לה הסמכות לתבוע פיצויים ממדינות הפוגעות בנציגים. בחוות הדעת האמורה נקבע שהמבחן הוא מבחן של נחיצות, האם הסמכות המשתמעת נחוצה לצורך ביצוע הסמכויות הקבועות מפורשות.

שני עשורים לאחר מכן בחוות דעת שעסקה בנושא אחר, הICJ השתמש במבחן מקל אף יותר של התאמה. האם הסמכות המשתמעת עולה בקנה אחד (מתאימה) עם הסמכויות הקבועות מפורשות.

מהי המשמעות המעשית לכך שמכירים בIGO כאישיות משפטית עצמאית במשפט הבינלאומי?

1. **מגע עם גורמים**, מתוקף היותו אישיות משפטית במשב"ל, לIGO יש סמכות לבוא במגע עם מדינות וארגונים אחרים.קיים ויכוח האם לIGO בהכרח יש סמכות לכרות אמנה עם מדינות ו/או עם ארגונים בינלאומיים אחרים, למרות שלרובם ברור שיש סמכות שכזו (אם כי מוגבלת).
2. לא ניתן לקבוע באופן אפריורי (מראש) שלכל IGO יש סמכות לכרות אמנות, ויש לבחון את הדבר בנוגע לכל ארגון בנפרד.
3. הגישה השנייה שאיתה מצדד סייבל, לכל IGO יש סמכות כזו, אם כי ככלל מדובר בסמכות מוגבלת.

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

בנוגע לאמנות בין ארגונים בינלאומיים לבין מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים, חל הדין הבינלאומי המנהגי בדבר אמנות כאמור. דין זה דומה מאוד לדין הבינלאומי המנהגי שחל בנוגע לאמנות בין מדיניות (אם כי בהתאמות הנדרשות). בנוסף, קיימת אמנת וינה משנת 1986 בדבר אמנות בין ארגונים בינלאומיים לבין מדינות ו/או ארגונים בינלאומיים אחרים, בה נעשתה קודיפיקציה של הדין האמור. אך אמנה זו, טרם נכנסה לתוקף. בכדי שאמנת וינה תכנס לתוקף 35 מדינות צריכות לחתום עליה, ונכון לרגע זה חתמו עליה רק 32 מדינות. אם וכאשר היא תיכנס לתוקף גם אז היא תחייב רק את המדינות ואת הארגונים הבינלאומיים שיצטרפו אליה. על כל שאר המדינות והארגונים ימשיך לחול הדין המנהגי בנושא, אם כי הוא די דומה ולרוב זהה למה שקבוע באמנה האמורה.

* **הערת צד:** ארגון בינלאומי לא יכול להסתמך על כך שהתחייבות בשמו באמנה נעשתה תוך חריגה מנוהל פנימי של הארגון כדי לפטור את עצמו ממחויבות על פי האמנה, וזאת מלבד במקרים בהם החריגה הייתה "גלויה ונוגעת בכלל בעל חשיבות יסודית".

1. **אחריות בינלאומית** מפאת היותו אישיות משפטית במשפט הבינלאומי, הIGO יישא באחריות בינלאומית בגין הפרות של המשב"ל, וזאת בהתאם לדיני האחריות של המשב"ל. המשמעות היא,שככלל המדינות החברות אינן אחראיות להפרות משב"ל המבוצעות ע"י הIGO, אלא אם: מדינה חברה קיבלה על עצמה באופן וולונטרי את האחריות, או יצרה מצג למדינה אחרת שהיא מקבלת את האחריות. **או** בנוגע לארגון הספציפי, קיימת אמנה שקובעת כי ניתן להטיל אחריות על המדינות החברות בגין מעשים של הארגון. מקרה מורכב יותר עולה בהקשרם של כוחות שמירת שלום יחידות של צבאות של מדינות שונות, אשר המדינות משאילות לאו"ם למשימות שמירת שלום. בהתאם לדיני אחריות המדינה, הכלל המשפטי במקרה שכזה הוא שהמדינה לא תישא באחריות ורק הארגון (במקרה זה האו"ם) יישא באחריות בגין הפרות משב"ל שביצע הכוח, אם השליטה האפקטיבית (ישנה עמדה אחרת לפיה מדובר דווקא בשליטה כוללת) על חיילי הכוח עברה ממדינה לארגון. לעומת זאת, במקרים בהם גם לאו"ם וגם למדינה יש מידה משמעותית של שליטה בכוח, הרי שגם האו"ם וגם המדינה יישאו באחריות.
2. **יכולת לתבוע ולהיתבע** כאישיות משפטית, הIGO ככלל יוכר כבעל יכולת לתבוע ולהיתבע במישור הבינלאומי.
3. **ניהול פנימי** כאישיות משפטית, לIGO יש יכולת להעסיק ולפטר עובדים, ולקיים מנגנון משמעתי כלפיו עובדיו. כמו כן, הוא מוסמך לקבל החלטות בנוגע לבחירת בעלי תפקידים, הוצאות תקציב ונהלים פנימיים.
4. **חסינויות וזכויות לארגון ולאנשיו** מפאת היותו אישיות משפטית במשפט הבינלאומי, ייתכן ויוענקו לIGO ו/או לאנשיו זכויות מסוימות וחסינויות מסוימות בדין הבינלאומי.

* חשובלהדגישההכרעה האם לארגון מסוים ו/או לאנשיו יש זכות או חסינות ספציפית, תלויה בארגון הספציפי (תפקידיו, מטרותיו, סמכויותיו והפרקטיקה לגביו). החסינות או הזכות הספציפית יכול שתינתן מכוח אמנה, ויכול שתינתן מכוח משב"ל מנהגי. עלינו לזכרו בהקשר הזה שבמדינות רבות (כמו ישראל), לסוגיית סוג המשב"ל להעניק את החסינות או הזכות תהיה משמעות רבה מבחינת הדין המדינתי.

1. **סמכות ליצור נורמות משפטיות מחייבות במשפט הבינלאומי** לרוב IGO לא מייצרים נורמות משפטיות במשפט הבינלאומי. משמע**,** רוב ההחלטות של רוב בIGO הן בגדר המלצות בלבד. אם כי כפי שכבר ראינו, אין לזלזל בהשפעתו של הSoft Law.עם זאת, ישנם IGO ספציפיים שהאמנות העוסקות בהן מסמיכות אותם לקבל החלטות מחייבות**.** כלומר, אמנות אשר מעניקות לIGO או לאורגן ספציפי של הIGO סמכות ליצור נורמות משפטיות מחייבות (דין מחייב) במשפט הבינלאומי. למשל, חוקת ארגון התעופה האזרחית וחוקת ארגון הבריאות העולמי – מקנות כל אחת לארגון בו הן עוסקות סמכויות לקבל בהקשרים מסוימים החלטות שמחייבות את כל המדינות החברות בארגון.ניתן לומר שנורמות מחייבות שיוצר הIGO הן סוג של דין בינלאומי הסכמי שכן סמכות הIGO ליצור אותן מקורה באמנה שקבעה את סמכויות הארגון. הדוגמה החשובה ביותר לארגון שלגוף שלו יש סמכות לקבוע נורמות משפט בינלאומי מחייבות, היא הסמכות שמעניקה מגילת האו"ם בסעיף 25 למועצת הביטחון לקבוע החלטות שיחייבו את כל המדינות החברות באו"ם.

* יש הטוענים שהחלטות ופעילויות של הIGO, לרבות החלטות לא מחייבות, מהוות אמצעי טוב להסקת פרקטיקה של מדינות ו**OJ** (יסוד נפשי של הדין המנהגי**) לצורך בחינת קיומה של מנהג.** שכן, לדידם הIGO מייצג מדינות רבות, (במיוחד כשבארגון חברות מדינות רבות).

מצד שני, יש שטוענים שצריך להיזהר כשעושים זאת, משום ש: **(1)** לא כל ההחלטות והפעולות של הארגון מייצגות את מדינותיו, והרי הארגון הוא ישות משפטית נפרדת. **(2)** גם כשמדובר בהחלטות ופעולות שכן ניתן לקבוע באופן יותר חזק שהן מייצגות את המדינות, כמו למשל החלטות של עצרת המדינות החברות בארגון, עדיין כדאי להיזהר, שכן חלק נכבד מההחלטות וההצהרות שמתקבלות בארגון, כמו גם חלק מהפעולות האחרות שעושות מדינות החברות בתוך הארגון, הן החלטות, הצהרות או פעולות פוליטיות ולא משפטיות באופיין. משמע, לא קיים OJ בהקשרן.

**הוויכוח בנושא עולה לרוב בנוגע להחלטות של העצרת הכללית של האו"ם.** לפי מגילת האו"ם החלטות כאלו הן חסרות מעמד משפטי מה שאומר שמדינות יסכימו להצהרות רחבות די בקלות זה עושה יחסי ציבור טובים (סיבה פוליטית), ואין לזה שיניים מחייבות משפטית. 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. במילים אחרות, הן באופן ספציפי לגבי הצהרות של העצרת, והן באופן כללי לגבי החלטות, הצהרות ופעולות של הIGO, יש לבחון כל מקרה לגופו. ברמה המעשית כאשר בוחנים האם קיים מנהג, יש לחפש מקורות שכאלו (שכן יתכן ויהיה בהן כדי לסייע), אך יש להיזהר בדבר המסקנות שגוזרים מהם. ברור שבמציאות תמיד יהיו חילוקי דעות, האם הצהרה, פעולה או החלטה כזאת או אחרת מהווה או לא מהווה עדות למנהג.

**האו״ם**

רקע כללי: הוקם בשנת 1945 כממשיכו של חבר הלאומים שהוקם בשנת 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 משישה אורגנים מרכזיים (א) העצרת הכללית, (ב) מועצת הביטחון, (ג) המועצה הכלכלית חברתית, (ד) מועצת המנדטים, (ה) המזכירות, (ו) הICJ.

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 של האו"ם**

מעין פרלמנט של האו"ם המורכב מנציגי כלל המדינות החזרות. אם כי בשונה מפרלמנט מדינתי, החלטות של העצרת הכללית של האו"ם לא מחייבות מבחינה משפטית את המדינות, כלומר, הן לא מהוות נורמה משפטית מחייבת במשפט הבינלאומי, והן מהוות המלצות בלבד. מדובר בפורום דיונים, שמתכנס במסגרת של מושב שנתי, מדי שנה, ובנוסף מכונסים מושבים מיוחדים על ידי המזכ"ל לבקשת מועצת הביטחון או לבקשת רוב מקרב המדינות החברות (סעיף 20 למגילת האו"ם).

* מעכשיו, אלא אם צוין אחרת הניה לסעיף מתייחסת לסעיף ממגילת האו"ם.

סעיף מס' 4 למגילת האו"ם קבלה של מדינה כחברה באו"ם מותנית בהצבעת העצרת על פי המלצה של מועצת הביטחון. העצרת לא יכולה לאשר קבלה של מדינה כחברה באו"ם ללא המלצת מועצת הביטחון. עם זאת, העצרת יכולה להכיר במדינה כ"מדינה משקיפה שאינה חברה". מדינה משקיפה שאינה חברה היא מדינה שנותנים לה כיסא בעצרת, והיא יכולה להיות חברה בחלק מהגופים של האו"ם, אבל היא לא יכולה להצביע בעצרת ואין לה הרבה מהזכויות שיש למדינה חברה באו"ם. הפלסטינים למשל, לאחר שבקשתם להתקבל כמדינה חברה באו"ם נתקעה במועצת הביטחון עקב השפעה אמריקאית, פנו לעצרת הכללית, ושם עברה הצבעה בתמיכת מרבית המדינות החברות, שהעניקה לפלסטינאים מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה.

סעיף מס' 5 למגילת האו"ם: העצרת יכולה להשעות מדינה חברה באו"ם, אך רק בהמלצת מועצת הביטחון.

סעיף מס' 6 למגילת האו"ם: העצרת יכולה להרחיק מדינה חברה באו"ם בהינתן הפרה עקבית של הוראות המגילה, אך גם כאן רק בהמלצת מועצת הביטחון.

סעיף מס' 18 למגילת האו"ם: ההצבעה בעצרת היא על פי מפתח של "מדינה אחת קול אחד", וההכרעות נעשות ברוב קולות של המדינות הנוכחות והמצביעות. עם זאת, בהצבעות חשובות כמו הרחקת מדינה, ענייני תקציב, והבחירה הדו שנתית של המדינות שישמשו כחברות הלא קבועות במועצת הביטחון הדרישה היא לרוב של 2/3 מהקולות הנוכחים והמצביעים.

במסגרת העצרת ותחתיה פועלים גופים, וועדות ואורגנים שונים, שהוקמו על ידה ומדווחים לה. למשל, אונר"א, סוכנות הסעד לפליטים של האו"ם, אונסקו, ILC, ומועצת זכויות האדם. לעצרת יש שש וועדות קבועות ועיקריות אשר מתכנסות אחת לשנה: הוועדה הכלכלית, הוועדה לפירוק נשק וביטחון בינלאומי, וועדה חברתית הומנית תרבותית, וועדה בנושא דה קולוניזציה, וועדה אדמיניסטרטיבית וועדה לענייני משפט.

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

במהלך מלחמת קוריאה, שותקה בפועל הפעילות של מועצת הביטחון מכיוון שברית המועצות הטילה וטו באופן עקבי, אשר לא אפשר לקבל החלטות אופרטיביות בנוגע למלחמה האמורה. לכן, עלתה השאלה – האם העצרת הכללית מוסמכת להיכנס לתוך הווקום שנוצר? מצד אחד, מגילת האו"ם גם קובעת שכל עניין שנוגע להפרה של הביטחון והשלום הבינלאומי צריך להיות מופנה למועצת הביטחון, אך מצד שני ממגילת האו"ם עולה בסעיפים 10-14 שאף העצרת יכולה לדון בנושאים של השמירה על השלום והביטחון הבינלאומי, ואפילו לקבל המלצות שמופנות למועצת הביטחון או למדינות, בתנאי שמועצת הביטחון לא דנה במקביל ממש באותם מקרים ספציפיים.

ב1950 העצרת הכריעה שהיא כן מוסמכת לפעול, בקבלה את ההחלטה 377(5) – "מתאחדים למען השלום". ההחלטה מכירה בכך שלמועצת הביטחון אכן יש את הסמכות הראשונית בכל הנוגע לענייני השמירה על הביטחון והשלום הבינלאומי, לפי סעיף 24 למגילת האו"ם, אך עם זאת – מההחלטה עולה עמדה משפטית לפיה הסמכות הראשונית האמורה אינה מאיינת את סמכותה המשנית של העצרת לפעול בנושאים אלו. הסמכות המשנית הזו ברת הפעלה שעה שמועצת הביטחון לא יכולה לפעול.

כלומר, מההחלטה האמורה עולה שהעצרת מוסמכת לפעול בתחומים אלו בהתקיים שני תנאים:

1. קיים מצב המהווה איום על או הפרה של השלום והביטחון הבינלאומי.
2. מועצת הביטחון כשלה להפעיל סמכותה עקב אי הסכמה בין החברות הקבועות.

יש לציין כי לכאורה לאור התנאי השני אסור לעצרת לפעול כל עוד מועצת הביטחון עוסקת באותו המקרה, אבל בפועל העצרת מסמסה את המגבלה הזו עם השנים. כך, הפרה העצרת את עצמה למעין מועצת ביטחון.

אך חשוב להדגיש, בשונה מהחלטות מחייבות של מועצת הביטחון, החלטות של העצרת הניתנות על סמך החלטה 377(5) "מתאחדים למען השלום", כמו מרבית שאר החלטות העצרת, מהוות המלצות בלבד - למדינות החברות אין חובה משפטית לציית להחלטות אלו, ונדרשת הסכמתן לצורך יישום ההחלטות האמורות. עם זאת, אין לזלזל בהחלטה 377(5). הסמכות שהוכרה בהחלטה זו אפשרה דיונים שכנראה לא היו מתקיימים בכלל.

יתרה מכך, פעולות משמעותיות ביותר נעשו כתוצאה מהחלטות עצרת שהתקבלו על סמך החלטה 377(5), לרבות פעולות של שימוש בכוח. רבות מהפעולות הללו, לולא סמכות העצרת שהוכרה בהחלטה 377(5) לא היו נעשות כלל, כי היוזמות לפעול היו נתקעות במועצת הביטחון. אחד המקרים במוקדמים ביותר בו העצרת הפעילה את הסמכויות שלה על פי החלטה זו, היה בשנת 1956 כאשר היא הקימה כוח חירום מיוחד לפיקוח על הפסקת האש במזרח התיכון לאחר מבצע קדש. כפי שמשתמע מדוגמה זו, פעמים רבות ההחלטות שהתקבלו על סמך החלטה 377(5) היוו בסיס לפעולות בהקשר הישראלי ערבי.

הערת צד – החלטה 377(5) קבעה שמקום 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**

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

מבנה המועצה חברות בה 15 מדינות. כלומר, הרכב המועצה מצומצם יחסית, וזאת בכדי לאפשר פעילות שוטפת ויעילה. לכל מדינה החברה במועצת הביטחון יש קול אחד. מתוך 15 המדינות החברות בה, 10 מתחלפות כל שנתיים (לא ניתן לבחור מיידית במדינה שזה עתה סיימה את תפקידה), ואילו 5 מדינות הן מדינות קבועות (ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה שנכנסה בנעלי ברית המועצות). ל5 המדינות החברות הקבועות, בשונה מהחברות הלא קבועות יש זכות להטיל וטו. משמע, לא ניתן להעביר החלטה במועצה אם אחת החברות הקבועות מתנגדת לה. הסיבה להענקת 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.

במילים אחרות, לאחר מלחמת העולם השנייה, כדי למנוע את הישנות הבעיה, משמע, משיקולים פרקטיים והכרחיים, המדינות הסכימו לשלם את המחיר של פגיעה מסוימת בעקרון השוויון בין המדינות. מבחינת עלות מול תועלת, החלטה זו הוכיחה את עצמה למרות כל כשליו, האו"ם לא קרס והוא יותר מסייע בשמירת היציבות בעולם מחבר הלאומים, שהיה גוף חלש ולא אפקטיבי לחלוטין.

סעיף מס' 27(3) למגילת האו"ם: העברת החלטה במועצת הביטחון דורשת רוב של 9 חברות ובכללן 5 קבועות, וזאת מלבד בעניינים פרוצדורליים שבהן די ברוב רגיל של 9 חברות. הצבעה בשאלה האם עניין מסוים נחשב פרוצדורלי או לא, נחשבת הצבעה על עניין לא פרוצדורלי.

סעיף מס' 29 למגילת האו"ם: תחת מועצת הביטחון פועלות וועדות משנה שונות, חלקן קבועות וחלקן זמניות. למשל, הוועדה למלחמה בטרור, וועדות סנקציות שונות. כמו כן, הוקמו גופים נלווים למועצת הביטחון כמו בתי הדין לשיפוט הפשעים הבינלאומיים שבוצעו ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר (הICTY והICTR).

סעיף מס' 24 למגילת האו"ם – התפקיד הראשי והמרכזי של מועצת הביטחון הוא השמירה על השלום והביטחון הבינלאומי. לצורך כך, מועצת הביטחון מוסמכת לפעול בדרכים משני סוגים מרכזיים:

1. יישוב סכסוכים בדרכי שלום – דרכים אלו מעוגנות בפרק 6 למגילת האו"ם, סעיפים 33-38.
2. אימוץ אמצעים כופים – למועצת הביטחון (בניגוד לעצרת) יש את הסמכות לנקוט באמצעים כופים המפורטים בפרק 7 למגילת האו"ם, סעיפים 39-51.

חשוב לציין שלמועצת הביטחון יש גם תפקידים נוספים – אשר מעוגנים בפרקים אחרים של המגילה, כגון אישור תיקונים למגילה, מינוי שופטים לICJ ומתן המלצות בנוגע לקבלה, השהייה והרחקה של מדינה חברה.

סמכויות מועצת הביטחון מכוח פרק 6 למגילת האו"ם:

סעיף 34 – לחקור כל מצב או סכסוך על מנת לקבוע אם יש בו פוטנציאל להפרת השלום והביטחון הבינלאומי.

סעיף 33 – לקרוא לצדדים להסדיר את הסכסוך בדרכי שלום.

סעיף 36 – להתערב בסכסוך שעלול לסכן את השלום והביטחון הבינלאומי בכל שלב שלו, ולהמליץ על עקרונות פעולה וצעדים נדרשים (המלצות אלו אינן מחייבות).

למשל, לפי פרשנות רווחת, החלטה 242 של מועצת הביטחון משנת 1967 שהמליצה על עקרונות לפתרון הסכסוך בין ישראל ושכנותיה (נסיגה משטחים והכרה של כל המדינות באזור בגבולות קבועים), הייתה במקור המלצה בלבד ולא דין משפטי מחייב. עם זאת, אין חילוקי דעות שכיום מדובר בנורמה משפטית המחייבת את הצדדים (ישראל, פלסטינאים, ירדן, מצרים ועוד), שכן הצדדים בשלב מאוחר יותר, החל מהמשא ומתן עם מצריים, הסכימו שהחלטה 242 תהווה הבסיס לכל משא ומתן לשלום ביניהם.

סעיף 37 – היה ומדינות שהן צד לסכסוך בינלאומי לא מסוגלות לפתור את הסכסוך ברכי השלום המאוזכרות בסעיף 33 למגילה, הצדדים צריכים להפנות את הסכסוך למועצת הביטחון. לאחר שהצדדים פנו, בהנחה שבסכסוך קיים פוטנציאל ליצירת סיכון לשלום ולביטחון הבינלאומי, מועצת הביטחון יכולה להמליץ לא רק על חלופות ופרוצדורות לפתרון, אלא גם על פרטי ההסדר.

סעיף 35 – כל מדינה החברה באו"ם יכולה להפנות סכסוך או מצב לידיעת מועצת הביטחון.

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

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

סעיף 39 – כאשר מועצת הביטחון קובעת שמתקיים איום על, או הפרה של השלום והביטחון הבינלאומי או שאירע מעשה תוקפנות, היא מוסמכת לאחר קביעה שכזו לקבל המלצות או החלטות לפי סעיפים 41-42, וזאת כדי להשיב את השלום או להחזיר את המצב לקדמותו.

סעיפים אלו מסמיכים את המועצה לקבל בין השאר (לאחר קביעה כאמור), החלטות מחייבות מכוח פרק 7, לרבות החלטות בדבר שימוש בכוח. סמכויות מועצת הביטחון מכוח פרק 7 מהוות חריג, שהוכר במגילת האו"ם. משמע, חריג שהמדינות החברות קיבלו על עצמן, לעיקרון אי ההתערבות בענייהן הפנימיים של מדינות (סעיף 2(7)).

המושג של איום על הביטחון והשלום הבינלאומי התפרש ע"י מועצת הביטחון כמכסה קשת רחבה של מקרים כמו:

1. סכסוכים פנימיים ולא רק בינלאומיים – יש הרבה דוגמאות מהשנים האחרונות להחלטות מועצה כאלו. למשל, בנוגע למלחמה בלוב או בסוריה. אך החלטת המועצה הראשונה שניתנה בהקשר זה ניתנה כבר לפני זמן רב, וזו החלטה 43 שקבעה שהסכסוך המזויין בין הקבוצות היהודיות והערביות בשטח שבשליטת המנדט הבריטי מהווה איום על השלום.
2. הפרות חמורות של הדין ההומניטרי הבינלאומי – למשל, מועצת הביטחון קבעה שהמצב ביוגוסלביה והמצב ברואנדה היוו הפרה של הדין ההומניטרי של המשב"ל ולכן היוו איומים על השלום והביטחון הבינלאומי. זה היה הבסיס המשפטי, בין השאר, להקמה של בתי דין פליליים בינלאומיים על ידי מועצת הביטחון, בהם נשפטו אנשים שנטלו חלק בביצוע מעשי הזוועה הללו.
3. תמיכה בטרור הבינלאומי – למשל, החלטה 1373 שהתקבלה בעקבות אירועי 9/11, קבעה כי מימון טרור בינלאומי מהווה איום על השלום והביטחון העולמי.
4. הפצת נשק ביולוגי, כימי וגרעיני – למשל החלטה 1540.

* ישנם עוד מקרים רבים שאינם מפורטים כאן.

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

מהרגע שמועצת הביטחון קבעה שהתקיימה הפרה, איום או תוקפנות כאמור לפי סעיף 39, היא מוסמכת:

1. לפי סעיף 40, לנקוט אמצעים למניעת הסלמה של המצב, כמו קריאה להפסקת אש, נסיגה צבאית מטריטוריה זרה וכיוצא באלה. אלו עדיין לא בהכרח אמצעים מחייבים.
2. לפי סעיף 41, לנקוט באמצעים שהם בהכרח מחייבים, אך שאינם מערבים שימוש בכוח. מדובר בעיקר על אמצעים כלכליים ודיפלומטיים כאשר הרשימה אינה סגורה. למשל, מערך הסנקציות הכלכליות שנקבע כתגובה לפלישת עיראק לכווית, הקמת בתי דין פליליים בינלאומיים, האמברגו והסגר האווירי על לוב ועוד.
3. מועצת הביטחון מוסמכת אף להורות על שימוש בכוח. סעיפים 42,43 ו45 עוסקים בדבר אופני השימוש בכוח.

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

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

איך יודעים אם החלטה היא מכוח פרק 6 או 7?

יש הסבורים שההחלטה צריכה או להגיד מפורשות שהיא מכוח פרק 7 כדי שנראה אותה שכזו, אחרת נראה אותה כהחלטה מכוח פרק 6. מנגד, רבים סבורים שגם אם ההחלטה לא מציינת מפורשות שהיא מכוח פרק 7, נראה אותה ככזו אם היא מצהירה באופן ברור שהמצב בו היא מטפלת הוא מעשה תוקפנות או איום על השלום והביטחון הבינלאומי, או מציינת באופן ברור שהיא החלטת המשך להחלטה בה נאמרו הדברים הללו. הגישה השנייה כמובן, פותחת פתח לוויכוחים פרשניים בנוגע להחלטות שונות, בשאלה האם הן מכוח פרק 6 או 7.

כיום, יש ניסיון להקטין את חוסר הוודאות, ולכן לרוב כיום דרך המלך היא כשמדובר בהחלטה מכוח פרק 7, לציין מפורשות בהחלטה שהיא מכוח הפרק האמור. מדוע זה חשוב מאיזו פרק ההחלטה?

זה חשוב משום שיש יותר סיכוי שהחלטה תהיה מחייבת ותהווה דין משפט בינלאומי מחייב ולא רק המלצה אם היא מפרק 7, ויתרה מכך, 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".

תשובה – מכוח פרק 6, אשר עוסק באירועים שיש להם רק פוטנציאל לסכן את השלום העולמי.

אילו החלטות של מועצת הביטחון הן החלטות מחייבות?

עמדה אחת – בעמדה זו מצודדות מספר מדינות, לרבות ישראל, בה תומך רובי סייבל, ובה תמכה דעת המיעוט בICJ בעניין נמיביה. לפי עמדה זו, סוברים שהתפתחה פרקטיקה על פיה כשמועצת הביטחון מעוניינת להעביר החלטה מחייבת, היא נוהגת ככלל להעביר אותה בהחלטה מכוח פרק 7. לפיכך כיום, לאור פרקטיקה זו – המועצה כיום כבר לא יכולה להעביר החלטות מחייבות אלא מכוח פרק 7.

עמדה שנייה – עמדה זו הובעה על ידי דעת הרוב בICJ בעניין נמיביה, והיא העמדה הרווחת (בשונה ממה שיתכן ומשתמע מדבריו של רובי סייבל). לפי עמדה זו, סוברים שמועצת הביטחון יכולה לקבל החלטות מחייבות לא רק מכוח פרק 7, אלא גם מכוח פרק 6 (כמו גם לתת החלטות לא מחייבות מכוח פרק 7), והכל תלוי בניסוח של ההחלטה הספציפית עצמה. עמדה זו נסמכת על נוסח סעיף 25 במגילת האו"ם שקובע שמדינות חייבות לקבל ולציית להחלטות של מועצת הביטחון, וזאת מבלי שהסעיף יוצר אבחנה בין החלטות מכוח פרק 6, והחלטות מכוח פרק 7.

יש לציין שבפועל, לפי עמדה זו ההכרעה אם המועצה קבעה הסדר מחייב או המלצה בלבד – צריכה להיעשות בנוגע לכל סעיף וסעיף בהחלטת מועצת הביטחון בנפרד, על סמך נוסחו של אותו סעיף ספציפי.

* בד"כ, מילים כמו "Demands" ו- "Decides" יובילו למסקנה שנקבע הסדר מחייב.
* לעומת זאת, מילים כמו "Reaffirms", "Underlines", "Calls upon" ו- Stresses"" בד"כ יובילו למסקנה שמדובר בהמלצה ולא בהסדר מחייב.

עם זאת, כל מקרה צריך להיבחן לגופו. למשל, דעת הרוב בICJ בעניין נמיביה קבעה שסעיף בהחלטת מועצת הביטחון שהתחיל במילים "Calls upon" היה כן מחייב וזאת לאור המשך המשפט, שהיה נחרץ ואופרטיבי באופיו.

בחומר הקריאה – צריך לקרוא את החלטה 2334 ואת הבלוג של Dan Joyner הדן בהחלטה זו והמציג בהקשרה את העמדה הרווחת בנוגע לשאלה אילו החלטות מועצה מחייבות. זהו בלוג שנכתב בתגובה לבלוג אחר של Orde F. Kittrie המצדד בעמדה השנייה ומגיב לה.

כפי שניתן לראות מחומרי הקריאה הללו, עבור Kittrie המצב פשוט – החלטה 2334 אינה החלטה מחייבת, מכיוון שלא נקבע בה מפורשות שהיא התקבלה מכוח פרק 7. לעומת זאת, אם הולכים לפי העמדה הרווחת כפי שמראה Joyner- המצב הרבה יותר מורכב ופחות חד וחלק.

דוגמא מעניינת אחרת היא סעיפים 1-2 להחלטה 2532 משנת 2020, שעסקה בקורונה:

1. Demands a general and immediate cessation of hostilities in all situations on its agenda and supports the efforts undertaken by the Secretary-General and his Special Representatives and Special Envoys in that respect;

2. Calls upon all parties to armed conflicts to engage immediately in a durable humanitarian pause for at least 90 consecutive days, in order to enable the safe, unhindered and sustained delivery of humanitarian assistance, provisions of related services by impartial humanitarian actors, in accordance with the humanitarian principles of humanity, neutrality, impartiality and independence, and medical evacuations, in accordance with international law, including international humanitarian law and refugee law as applicable;

בקרב מצדדי העמדה הרווחת – קיים ויכוח האם סעיף 2 מהווה המלצה הוא הסדר מחייב?

* מצד אחד, הסעיף עושה שימוש במונח 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, שזהו מסוג המקרים בהם למרות השימוש במילים "Calls upon", מדובר בהחלטה מחייבת.

מעמדן של ההחלטות המחייבות של המועצה:

החלטה מחייבת של מועצת הביטחון היא בעצם אחת הנורמות החזקות ביותר (אם לא החזקה ביותר) במשפט הבינלאומי. ישנו שילוב של מספר גורמים לכך:

1. מסיבות שדנו בהן כבר, כל מערכת משפט רואה את עצמה עליונה לכל מערכת משפט אחרת. לכן, מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי, כל הנורמות המשפט הבינלאומי 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 יהיו קודמות לכל ההתחייבויות שלהן באמנות בינלאומיות אחרות. כיוון שכמעט וכל מדינות העולם חברות באו"ם- המשמעות היא שלאור סעיף זה, כמעט אין אופציה ששתי מדינות יוכלו לחתום על אמנה שתכלול הסדר הסותר הסדר הקבוע במגילת האו"ם, ושלהסדר שייקבע באמנה האחרת יהיה תוקף.
3. מגילת האו"ם קובעת שהחלטות מחייבות של מועצת הביטחון יחייבו הן את המדינות החברות והן את מוסדות האו"ם. כך, אנו מגיעים למצב שבו נראה כאילו החלטה מחייבת של מועצת הביטחון היא הקלף הנורמטיבי הכי חזק במשפט הבינלאומי.

אך עד כמה חזק הקלף הזה? האם זה אומר שמועצת הביטחון יכולה להחליט כל החלטה שהיא רוצה, לרבות החלטות הפוגעות בזכויות אדם בסיסיות, שמפרות את דיני הלחימה, שפוגעות בשלום העולמי או שמפרות נורמות JC?

קיימות מס' עמדות בנוגע לתשובה על השאלה הזו:

1. העמדה הראשונה – סבורה שמועצת הביטחון אינה מוגבלת בשיקול הדעת שלה. כלומר, מועצת הביטחון יכולה להחליט כל החלטה שהיא רוצה, והחלטה מחייבת שלה תהיה עליונה על כל דין אחר.

לדידם של המצדדים בעמדה זו, צריך לאפשר למועצה יכולת אפקטיבית לפתור איומים על השלום ולא להגביל אותה. יתרה מכך, לדידם במועצה עצמה יש מספיק איזונים ובלמים שכן קשה להגיע להסכמה בין המעצמות. המצדדים בעמדה זו מפנים למס' סעיפים במגילת האו"ם שלדידם מספקים תמיכה בעמדתם.

1. העמדה השנייה – עמדה זו מופיעה בפרק של רובי סייבל. לפיה, סבורים שיש לפרש את מגילת האו"ם ככוללת מגבלות על היקף הסמכות של מועצת הביטחון.

לדידם, אסור למועצת הביטחון בהיותה אורגן של האו"ם לפעול בניגוד למטרות ועקרונות האו"ם המפורטים בסעיפים 1-2 למגילת האו"ם. מטרות ועקרונות אלו כוללים בין השאר מחויבות לשמור על השלום ולהגן על זכויות האדם. משמע, החלטות המועצה לא יכולות לסתור מטרות ועקרונות אלו.

* ברמה האובייקטיבית – יש להודות שאין תשובה ברורה בנוסחי סעיפי המגילה (בנוסח סעיפים 1-2 ובנוסח הסעיפים העוסקים בסמכויות המועצה) לשאלה איזו פרשנות של סעיפי המגילה נכונה – זו של המצדדים בעמדה הראשונה, או זו של המצדדים בעמדה השנייה.

1. העמדה השלישית – עמדה זו לא סותרת את העמדה השנייה, ויש כאלו שמצודדים בשתי העמדות האלו יחד.

עמדה זו 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 ין הסדרים מכוח מגילת האו"ם כגון החלטות מחייבות של מועצת הביטחון לבין דיני המשפט הבינלאומי המנהגי.

לכן, יש שטוענים שהחלטות המועצה לא יכולות לסתור דינים של המשפט הבינלאומי המנהגי.

אך נראה שזו גישה יותר מדי מרחיקת לכת, שכן יש הרבה מאוד נורמות משפט בינלאומי מנהגי, ולכן אימוץ גישה זו עלול להגביל יתר על המידה את מועצת הביטחון ולסקל את השאיפה של המדינות החברות באו"ם (כלומר, של כמעט כל מדינות העולם) להעניק למועצה מרחב פעולה מאוד מאוד נרחב.

1. העמדה הרביעית – עמדה יותר מצומצמת מהעמדה השלישית ומהשנייה, הסבורה שהחלטות המועצה לא יכולות לסתור רק נורמות מנהגיות מסוג JC.

עמדה זו נסמכת על הכלל לפיו הן המשב"ל המנהגי והן המשב"ל ההסכמי לא יכולים לסתור נורמות JC. מנגד, יש הטוענים (בעיקר אלו המצדדים בעמדה הראשונה), כי כל המדינות הסכימו לתת שיקול דעת מוחלט למועצת הביטחון, ולכן לדידם החלטות מחייבות של המועצה גוברות גם על נורמות JC.

* כיום, להערכתו של זיו – העמדות שזוכות לתמיכה הרבה ביותר הן הראשונה והרביעית, אך רובי סייבל סבור אחרת.

**פרשת קאדי**

שאלת מעמדן של החלטות מחייבות של מועצת הביטחון צפה לפני השטח באופן חזק בעקבות החלטה 1373.

החלטה 1373 הינה החלטה שהתקבלה בשנת 01' אחרי אירועי ה09/11. בהחלטה זו, נקבע שהטרור הוא איום על השלום והביטחון העולמי, ונקבעו בה גם צעדים כנגד הטרור ומימונו. החלטה זו קבעה גם שעל מועצת הביטחון להקים וועדה, שסמכותה לקבוע רשימה של אנשים וארגונים המעורבים בטרור, ושמרגע שאדם או ארגון נמצאים 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 שנכנסים לרשימה לבוא ולטעון טענות בפני הוועדה. לא לפני ולא אחרי שהיא נתנה את ההחלטה, ולא נקבע שום מנגנון ערעור על החלטות הוועדה.

במילים אחרות, ההחלטה יצרה מנגנון המאפשר פגיעה חמורה בזכויות האדם (קניין, תנועה, חירות) וזאת ללא משפט או אפילו זכות טיעון (פגיעה חמורה גם בזכות להליך הוגן). יתרה מכך, זו לא צרה תיאורטית, הוועדה באמת עשתה טעויות – עד כדי כך שלפעמים אנשים תמימים לחלוטין הוכנסו לרשימה בטעות, רק בגלל שיש להם את אותו השם כמו של איזה שהוא 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 המדינה, ומוטלות עליו עוד הגבלות כפי שהנחתה החלטה 1373.

בדינים מדינתיים אלו לא נקבע מנגנון ערעור, והרי אם מנגנון הערעור המדינתי היה מגיע לקביעות אחרות מאלו של הוועדה של מועצת הביטחון, הרי שבנוגע לכל אדם או ארגון שוועדת 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 (של החלטת מועצת הביטחון מס' 1373).

גם באירופה אומץ חיקוק מקומי שמיישם את החלטה 1373, אך שם לא היה מדובר בחיקוק מדינתי. כלומר, 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 מס' 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.

פסק דין קאדי – ההליך המקדמי:

אדם בשם קאדי הוכנס לרשימה על ידי הוועדה של מועצת הביטחון, ובעקבות כך הוקפאו נכסים שלו במדינות החברות באיחוד האירופי, אך קאדי טוען שהוא הוכנס לרשימה בטעות, לכן הוא עתר לבית הדין של האיחוד האירופי בטענה שהחלטה מס' 1373 של מועצת הביטחון, וכפועל יוצא מכך החיקוק של האיחוד האירופי שיישם החלטה זו באירופה, נוגדים את זכויות האדם שלו, כפי שאלו מעוגנות באמנות היסודיות של האיחוד האירופי. לכן, לטענתו אסור לאיחוד האירופי ולמדינות החברות בו ליישם את החלטה 1373, ולפיכך, החיקוק של האיחוד האירופי שיישם החלטה זו בטל.

נציבות האיחוד האירופי טענה בתגובה – שגם אם אכן יש סתירה בין הקבוע באמנות יסודיות של האיחוד האירופי לבין החלטת מועצת הביטחון 1373 והחיקוק של האיחוד האירופי אשר יישם אותה, הרי שהקבוע בהחלטת מועצת הביטחון גובר, שכן החלטות מחייבות של מועצת הביטחון עליונות לכל נורמה אחרת במשפט הבינלאומי, לרבות הנורמות הקבועות האמנות של האיחוד האירופי.

בשלב הראשון, בהליך מקדמי – בפני אורגן של בית הדין שהחלטותיו לא מהוות פסיקה מחייבת וסופית, ניתנה החלטה אשר דחתה הן את עמדת קאדי והן את עמדת הנציבות, ואימצה את העמדה לפי החלטות מועצת הביטחון כפופות לנורמות JC. אך מבחינת התוצאה, החלטה זו סברה שיש לדחות את בקשת קאדי, שכן לא כל זכויות האדם הן JC - איסור עבדות, רצח עם, אפרטהייד ועינויים הן נורמות JC, אך לעומת זאת האיסור על פגיעה בקניין בדרך של הקפאת חשבונות בנק שלא בהליך ראוי, אינו JC.

הכרעתו של בית הדין של האיחוד האירופי – פסק הדין של בית הדין של האיחוד האירופי לקח כיוון שונה לחלוטין מזה שנלקח בהחלטה בהליך המקדמי. בית הדין קבע שהדין של האיחוד האירופי הוא כלל אינו דין בינלאומי, אלא דין של מערכת משפט החלה במרחב של מדינות האיחוד (כלומר, מעין דין מדינתי).

לכן, ברמה העקרונית דין זה הוא עליון לכל דין בינלאומי. כאמור, כל מערכת משפט מנקודת מבטה רואה את דיניה כעליונים לדינים של כל מערכת משפט מתחרה אחרת. לכן, אם מערכת המשפט של האיחוד האירופי היא מערכת משפט שונה ונפרדת ממערכת המשפט הבינלאומי, הרי שברור מדוע היא חייבת לקבוע שמבחינתה הדינים שלה עליונים לדיני המשפט הבינלאומי.

עם זאת, השופטים אומרים שברורה להם החשיבות של עמידה באמנת האו"ם, לכן, ככלל על המדינות (לרבות על המדינות החברות באיחוד האירופי) וגם על השופטים לעשות הכל כדי לפרש את הדין האירופי כך שהוא לא יסתור את החלטות מועצת הביטחון. השופטים אומרים שהם אפילו מוכנים לפרש נורמות של האיחוד בניגוד לפסיקות קודמות שלהם ובניגוד לפרשנות שניתנה להן בהקשרים אחרים, כדי לעמוד בדרישות ההחלטות.

אבל, גם לגמישות הפרשנית שיש להפגין כדי להקטין את הפוטנציאל לסתירה עם החלטות מועצת הביטחון יש גבול- השאיפה למנוע סתירה עם החלטות מועצת הביטחון לא יכולה להוביל למצב שבו יפגעו זכויות אדם בסיסיות, כמו הזכות להליך הוגן.

כלומר, ברמה הפרקטית – בית הדין שולח את מועצת הביטחון לעשות תיקונים להחלטה שתאפשר מנגנון ערעור, ואומר למועצת הביטחון שאם תיקונים כאלו יקרו אז הוא יהיה מוכן להיות גמיש, ולקבוע שהמנגנון המתוקן אינו נוגד את דיני האיחוד האירופי.

במציאות – עקב כוחן של מדינות האיחוד, משום שצרפת ובריטניה הן מדינות חברות קבועות במועצת האו"ם, ובאותה העת שתיהן היו גם יחד חברות באיחוד האירופי (רק בהמשך בריטניה פרשה מהאיחוד), אכן מתקבלות החלטות מועצת ביטחון המתקנות את החלטה 1373, ולאחר פינגפונג וסדרת הליכי המשך בפני בית הדין של האיחוד האירופי, בסופו של דבר במידה רבה ניתן אור ירוק על ידי בית הדין של האיחוד להסדר המתוקן.

פסק הדין של האיחוד האירופי בעניין קאדי מפיל את כולם מהכיסא - 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, והמשב"ל עליון ביחס למשפט המדינתי. כאן, פתאום בית הדין בא וקובע שהוא רואה את המשפט של האיחוד האירופאי כמערכת נורמטיבית נפרדת מהמשפט הבינלאומי.

אם אנו לא מאמצים את קביעת בית הדין לפיה מדובר במערכות משפט שונות, אז המסקנה המתבקשת היא שההכרעה בפסק דין קאדי היא בעצם ביטוי קיצון לתופעת הפרגמנטציה.

הסיבה היא, שיש לנו גורמים שונים של המשפט הבינלאומי (מועצת הביטחון מול בית הדין של האיחוד האירופאי), ולא ברור איזה נורמות של איזה גורם גוברות במקרה של סתירה.

דרך אחרת להסתכל על פסק הדין – היא לקבל את עמדת בית הדין לפיה משפט האיחוד האירופי אינו חלק מהמשב"ל, אלא מערכת משפט נפרדת. ואם זו הדרך הנכונה להסתכל על פסק הדין, אז שאר רכיבי פסק הדין אינם כה מפתיעים, מלבד עצם החלטתו המפתיעה של בית הדין להכריז על משפט איחוד אירופה כמערכת משפט נפרדת.

מדוע? כי שאר הצעדים שנוקט בהם פסק הדין הם בעצם ביטוי לנקודה שאוזכרה מקודם, והיא שמערכות משפט תמיד טוענות לעליונות ביחס לכל מערכות המשפט האחרות.

כפי שהסברנו בעבר, כששתי מערכות משפט טוענות שלהן הסמכות להסדיר את ההתנהגות של אותה קבוצת אנשים, נוצר חיכוך ביניהן. 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 שמצד אחד מעניקים מידה מסוימת של מעמד לנורמות של המערכת האחרת, ומצד שני מסמנים למערכת האחרת את הקווים האדומים שמעבר להם היא כבר לא תוכל לכבד את הנורמות של האחרת.

זה בדיוק מה שמנסה הECJ ליצור כאן, ביחסים בין משפט איחוד אירופה לבין המשב"ל – וזה מה שאכן קרה בפועל.

לסיכום:

1. אם נתייחס למקרה של קאדי כסיטואציה שנוצרת בתוך מערכת משפט אחת ברורה היררכית - אז הסוגייה היא איזה דין גובר על איזה דין - לפי כללי ברירת הדין הפורמאלית של המערכת.
2. אם נראה זאת כסיטואציה שנוצרת במערכת משפט אחת שהיא מבוזרת ללא היררכיה ברורה – אז יש כאן דוגמא לתופעת הפרגמנטציה.
3. ואם 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 או מבחינת תורת-משפטית עדיפה, וברמה הפרקטית - באיזו דרך מתמודדות המערכות בפועל עם הסתירה – דרך של עימות או דרך של פשרה.

מה שמקרה קאדי ממחיש לנו, אם כך, זה שהדברים הללו נזילים, משתנים מתקופה לתקופה, ותלויים באופן בו האוכלוסייה הרלוונטית רואה את המצב.

שיעור אסינכרוני שני

**יישוב סכסוכים בדרכי שלום**

**סעיף מס' 1 לאמנת האג בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום**, משנת 1907 (בשונה מאמנת האג משנת 1907 בדבר דיני הלחימה ביבשה), קובע כי – "כדי למנוע ככל האפשר חזרה על כוח ביחסים שבין המדינות, מסכימות המעצמות המתקשרות להשתמש במיטב מאמציהם להבטחת יישובם של חילוקי דעות בינלאומיים בדרכי שלום".

**באופן דומה סעיף 2(3) לאמנת האו"ם קובע כך -** "כל חברי הארגון יהיו מיישבים את סכסוכיהם הבינלאומיים בדרכי שלום, באופן שהשלון והביטחון הבינלאומיים והצדק לא יבואו לידי סכנה."

כמו כן, **מוסיף סעיף 2(4) לאמנות האו"ם וקובע איסור על שימוש בכוח לפיו -** "כל חברי הארגון יהיו נמנעים ביחסיהם מאיום בכוח או מלהשתמש 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 יישוב סכסוכים בדרכי שלום**, מאז שנת 1962. האיסור על שימוש בכוח הוא גם ללא כל ספק מנהגי.

לגבי החובה הפוזיטיבית ליישב סכסוכים בדרכי שלום גם הוא ככל הנראה מנהגית, אבל כפי שמסביר יובל במאמר, יש לגביה ויכוח פרשנת - "לא ברור אם הסעיף מחייב את המדינות לנקוט בצעדים מעשיים על מנת ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים, או שמא הוא מסתפק בדרישה כי כאשר מדינות מחליטות לפעול במטרה ליישב את סכסוכיהן הבינלאומיים הן תעשנה זאת באופן המתיישב עם עקרונות יסוד של ארגון האו"ם (שמירה על השלום, הביטחון, והצדק הבינלאומיים)".

**נוסח הסעיפים** (כמו גם נוסחן נורמות משב"ל נוספות רלוונטיות - כגון סעיף 33 למגילת האו"ם) **תומך בחלופה הראשונה**. לעומת זאת, התנהגות של המדינות בפועל היא הרבה פעמים בהתאם לחלופה השנייה דווקא.

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

מה המנגנונים הקיימים במשב"ל ליישוב סכסוכים בדרכי שלום:

**סעיף 33 למגילת האו"ם קובע כך -** "1. בעלי סכסוך, שהמשכתו עלולה לסכן את קיום השלום והביטחון הבינלאומיים, חייבים, קודם כל, לבקש פיתרון בדרך משא-ומתן, חקירה-ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית-דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים, או שאר דרכי-שלום, כטוב בעיניהם; 2. מועצת הביטחון תתבע את בעלי הסכסוך ליישב את סכסוכם בדרכים אלה, כל אימת שתראה צורך בכך."

**מה שחשוב לנו בסעיף האמור הם הדברים הבאים:**

1. **סעיף 33(1) –** מפרט את הרשימה של המנגנונים המרכזיים הקיימים במשב"ל לישוב סכסוכים בדרכי שלום: "משא-ומתן, חקירה-ודרישה, תיווך, פישור, בוררות, הכרעת בית-דין, היזקקות לעזרתם של מוסדות אזוריים או סידורים אזוריים" (נגדיר בהמשך את המנגנונים הללו).
2. **הסיפא של סעיף 33(1) –** "או שאר דרכי-שלום, כטוב בעיניהם", מבהירה כי אין מדובר ברשימה סגורה, ואכן, ישנן מנגנונים נוספים במשב"ל לפתרון סכסוכים בדרכי שלום, למשל "מנגנוני אכיפת ציות" ו-"מנגנוני תלונות" (הסבר במאמר של יובל שני, עמוד 212).
3. **סעיף 33(2) –** גם כן מציין סוג של מנגנון ליישוב סכסוכים - מועצת הביטחון (אבל הוא קצת מיוחד נדבר על זה בהמשך).
4. **נוסח סעיף 33 בכללותו -** מבהיר שלמדינות יש חופש מוחלט לבחור לעצמן את מנגנון ישוב הסכסוכים שהן רוצות, אלא אם מועצת הביטחון בהחלטה מחייבת הורתה להם אחרת.

כמובן, שכלל חופש הבחירה האמור הוא דיספוזיטיבי ולא קוגנטי. משמע, מדינות יכולות להסכים באמנה להגביל את עצמן בהקשרה של אותה אמנה למנגנון יישוב סכסוכים מסוים. בדרך כלל הסכמה כזו נעשית בנוגע לנושאים מסוימים (הנושאים בהן עוסקת האמנה). אבל, הליך פחות נפוץ אבל קיים, הוא שבקבוצה של מדינות מסכימה ביניהן על אמנה שקבועת שכל סכסוך ביניהם (לא משנה על מה) ייושב על ידי מנגנוני ישוב סכסוכים מסוימים (ואף קובעת את סדר הפניה למנגנונים השונים, ואת הנושאים שלגביהם יפנו לכול מנגנון (למשל, יש אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה, ויש אמנה כזו חלק מהמדינות באמריקה).

מקרה מיוחד של המנגנון הפחות האמור, הוא סעיף 36(2) לחוקת ה-ICJ עליו נדבר בהמשך.

**חלוקה למנגנונים דיפלומטיים ומנגנונים שיפוטיים:**

ניתן לחלק את המנגנונים ליישב סכסוכים לשני סוגים - מנגנונים דיפלומטיים ומנגנונים שיפוטיים.

**המשותף למנגנונים הדיפלומטיים** הוא שכל עוד המדינות המעורבות בסכסוך לא מאמצות את המסקנות של הגורם שעוסק בישוב הסכסוך – התוצאה של ההליך היא לא קביעה מחייבת מבחינה משפטית. לעומת זאת, החלטה של מנגנונים שיפוטיים היא מחייבת משפטית במשב"ל.

**כל המנגנונים הבאים שייכים לקטגוריה מנגנונים דיפלומטיים:**

1. **מחאה דיפלומטית, זימון השגריר.**
2. **צעדי נגד -** כפי שכבר דיברנו בקורס יש תחום שלם של משפט בינלאומי שלא נדון בו בקורס שקבוע מתי ואיך מדינה בתגובה של הפרה של מדינה אחרת של אמנה שהיא חתמה איתה היא יכולה להפר חלק מסעיפי האמנה. זה תחום מאוד מורכב שמטיל הרבה מגבלות על האפשרות של מדינה לנקוט בצעדי נגד.
3. **משא ומתן.**

שימו לב, שאם אמנה קובעת שיש לקיים מו"מ לפי שפונים למנגנון אחר (נניח, אמנה שקובעת שיש להפנות את הסכסוך להכרעה של בית-דין רק אם המו"מ בין הצדדים כשל), הפרשנות במשב"ל לתנאי שכזה היא שלא מדובר בנטל כבד - די בכך שאחד הצדדים הרואה שהוא ניסה ליזום פניה למו"מ. עם זאת, צריך שמהפנייה יהיה ברור שאכן מדובר בהצעה לקיים מו"מ.

במקרה של גאורגיה ורוסיה, גאורגיה מחתה על כך שרוסיה מבצעת פעולות בשטחה, אך לא היה ברור מהמחאה שהיא מעוניינת לקיים מו"מ, לכן שהיא מגישה תביעה ב-ICJ כנגד רוסיה, על בסיס האמנה למניעת הפליה גזעית (אמנה המאפשרת למדינות החברות להגיש תביעות אחת כנגד השנייה לICJ בנושאים הנוגעים לאמנה, ובתנאי שהם עשו קודם ניסיון לקיים מו"מ בנושא) בית הדין קובע כי גאורגיה אינה יכולה להגיש תביעה באות השלב כי היא לא פנתה באופן ברור לרוסיה לקיים מו"מ.

הפרשנות קובעת גם כי למדינה יש את שיקול הדעת לקבוע באופן חד-צדדי מתי מוצה הניסיון לקיים מו"מ.

1. **תיווך (mediation) –** מעורבות של צד שלישי במו"מ, למשל התיווך האמריקאי בין ישראל לתורכיה בעקבות פרשת המרמרה.
2. **פישור ((conciliation –** יש גורם שלישי שמקבל אליו את כל הטיעונים והעמדות ומציע הצעה לפתרון הסכסוך. בשונה מתיווך ובדומה לבוררות הצדדים לאחר שמציגים את עמדותיהם, נותנים לצד שלישי להכריע. אבל בשונה מבוררות ההכרעה של המפשר לא מחייבת, כל עוד הצדדים לא מחליטים לאמץ אותה. לכן, זה נחשב מנגנון דיפלומטי ולא שיפוטי.
3. **חקירה** (inquiry) – במקור, היה מדובר במנגנון שנועד להכריע בשאלות עובדתיות ולא משפטיות. בפועל, כיום, יש ועדות שניתנת להן סמכות גם לעסוק בשאלות משפטיות (כי הקו המבחין בין שאלה משפטית לעובדתית הוא תמיד עמום).

דוגמה מעניינת בהקשר הזה היא ועדת פלמר - זו ועדה שמונתה בהסכמת טורקיה וישראל כדי להכריע האם בוצעו הפרשות של המשב"ל על-ידי מי מהצדדים (שימו לב, שאלה שדורשת הכרעה בסוגיות משפטיות ועובדתיות). בראשה עמד ראש ממשלת ניו זילנד לשעבר, ג'פרי פאלמר (שהוא פרופ' למשב"ל), וסגנו היה נשיא קולומביה לשעבר, אלווארו אוריבה. נציג ישראל בוועדה היה יוסף צ'חנובר, ונציג טורקיה הדיפלומט אוזדם סאנברק, בכיר במשרד החוץ במדינה.

**בספטמבר 2011 פורסם דו"ח הוועדה**, ובו נקבע שהסגר הימי על רצועת עזה חוקי, אך בבלימת ספינות המשט ישראל הפעילה כוח לא מידתי, ולכן מומלץ שתביע חרטה בפני טורקיה ותשלם פיצויים למשפחות ההרוגים. הדו"ח ביקר את התנהלות טורקיה ופעילו ארגון IHH בפרשה. אבל יום לפני שהיה אמור להתפרסם הדו"ח הוא דלף. יש הסוברים שטורקיה הדליפה אותו ערב הביקורת שהובאה בדו"ח על התנהלותה. יש הסוברים שהייתה זו ישראל שהדליפה אותו על מנת למנוע מטורקיה להשפיל את ישראל בפומבי על ידי הטלת סנקציות טורקיות על ישראל כתגובה לדו"ח אשר כאמור קבע כי הופר המשב"ל על ידי ישראל (בכך שהופעל כוח מידתי על ידי חיילי צה"ל). בכל מקרה, בעקבות ההדלפה, תורכיה הודיעה שהיא מתנערת מהדו"ח (דבר שיש הטוענים מחזק את החשד שהיא הייתה המדליפה). לכאורה, המנגנון כשל, בפועל, הוא סייע לצדדים לרדת מהעץ, והיווה באופן חלקי את הבסיס לפשרה שהושגה אחר-כך במו"מ בתיווך אמריקאי.

1. **מגנונים אזוריים, או 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 האירופי. היתרון בארגונים שכאלו יש להם רגישות מקומית ואפשרות לתמרץ. זו עדיין לא הצעה מחייבת – ההצעות הן בגדר המלצה. עם זאת, חשוב להדגיש שלמרות שהסעיף מציין מפורשות רק ארגונים אזוריים, גם ארגונים בינלאומיים לא אזוריים יכולים לשמש (וגם בפועל משמשים) לישוב סכסוכים. לכן, אם אתם מתבקשים לפרט את רשימת סוגי המנגנונים המרכזיים לישוב סכסוכים רשמו " ארגונים בינלאומיים", תוך אתם מציינים כי סעיף 33 מתייחס מפורשות רק לארגונים בינלאומיים אזוריים.
2. **מועצת הביטחון והאו"ם –** אחד מהתפקידים של האו"ם הוא ליישב סכסוכים. המזכ"ל, אחד מתפקידיו המרכזיים הוא להגיע למקומות בהם יש סכסוך. **מה לגבי מועצת הביטחון –** כל עוד מועצת הביטחון לא מוציאה החלטות מחייבות, הרי שבבירור שמדובר במנגנון דיפלומטי (והרי החלטות לא מחייבות של המועצה הן המלצות בלבד כל עוד הצדדים לא מאמצים אותם). **מה לגבי מצב בו המועצה נותנת החלטה מחייבת?** לכאורה הדבר הופך את המועצה למנגנון שיפוטי והרי כפי שהסברנו מה שמבחין בין מנגנונים דיפלומטים ומנגנונים שיפוטיים הוא שהחלטות של מנגנונים דיפלומטיים לא מחייבות (כל עוד הצדדים לא מאמצים אותם), ואילו החלטות של מנגנונים שיפוטיים כן מאמצות. עם זאת, מכיוון שההליך בפני המועצה כל כך שונה מאיך שאנחנו מדמיינים הליך שיפוטי, זיו לפחות ממשיך לסווג את המועצה גם במקרה שכזה כמנגנון דיפלומטי.

במילים אחרות, אם אתם מתבקשים לסווג את המנגנונים המרכזיים לישוב סכסוכים למנגנונים דיפלומטיים ולמנגנונים שיפוטיים, **סווגו את המועצה כמנגנון דיפלומטי**, והסבירו מהו הקושי שקיים בסיווג זה כאשר המועצה נותנת החלטה מחייבת.

**מנגנונים שיפוטיים לישוב סכסוכים:**

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

**יש 3 סוגים מרכזיים של מנגנונים ששייכים לקטגוריה הזו:**

1. **בוררות** – בדין הפנימי ספק אם היינו מגדירים את הבוררות כמנגנון שיפוטי. הבוררות הבינלאומית היא מחייבת את הצדדים – למשל, לאחרונה גמרה ועדת בוררות להכריע בסדרה של סכסוכים בין אריתראה לאתיופיה.

שימו לב - במשב"ל, בשונה מהמשפט המדינתי, בוררות נחשבת למנגנון שיפוטי – כי ההחלטות של הבורר מחייבות.

1. **ביה"ד הבינלאומי לצדק שיושב בהאג [ה-ICJ].**
2. **טריבונלים נוספים –** חלקם מוקמים אד הוק, חלקם אמונים על הכרעה בסכסוכים שנוגעים למדינות שחברות באמנה ספציפית (כמו הWTO, בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים, בית הדין של האיחוד האירופי, ועוד).

**הבסיס להליך שיפוטי הוא הסכמת המדינה:**

1. **הסכמה אד-הוק –** שתי מדינות מסכימות להביא את עניינן בפני הליך שיפוטי, נקודתית לאותו עניין.

למשל, מדינת ישראל ומצרים החליטו בזמנו להביא את אי-ההסכמה ביניהם בנוגע למיקומו של הגבול באזור טאבה להכרעה בבוררות בינלאומית. ישראל הפסידה וטאבה עברה למצרים.

דוגמה נוספת - יש מקרים בהם מדינות מסכימות אד-הוק להפנות סכסוך מסוים ל-ICJ. ראינו דוגמה למקרה כזה בהקשר של הסכסוך בין קטאר ובחריין עליו דיברנו בתחילת השנה.

1. **אמנה בילטראלית או מולטי-לטראלית –** יש אמנות שונות הקובעות מה מנגנון יישוב הסכסוכים שיחול אם יצוצו בין המדינות החברות סכסוכים הנוגעים לאמנה.

חלק מהאמנות הללו קובעות שהמנגנון האמור (לכל הפחות במצבים מסוימים) יהיה מנגנון שיפוטי.

לדוגמא - הWTO, בית הדין שהוקם מכוח אמנת דיני הים, בית הדין של האיחוד האירופי.

דוגמא לאמנה בי-ליטראלית שכזו - האמנה בדבר יחסי השלום והידידות בין לארה"ב, שהייתה קיימת עד שממשל טראמפ ביטל אותה, קבעה שהמדינות הללו יכולות להגיש תביעה ל-ICJ בנוגע לסכסוכים ביניהן.

1. **הסכמה כללית –** 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:
2. אמנה כזו בין רוב מדינות אירופה.
3. אמנה כזו בין חלק מהמדינות באמריקות.
4. סעיף 36(2) לחוקת ה-ICJ.

**בכל אחת משלושת הדוגמאות הללו -** האמנה קובעת כי תחת תנאים יכול כל סכסוך ביניהם להגיע למנגנון שיפוטי (המצוין באמנה). כך שזה המקום בו ראוי לדון בסעיף 36(2) לחוקת ה-ICJ. הסעיף האמור מאפשר להפקיד בידי ה-ICJ הצהרה לפיה המדינה המצהירה מוכנה לכך שכל מדינה אחרת בעולם שגם הפקידה הצרה כאמור, תוכל להגיש נגדה תביעה ב-ICJ בנוגע לסכסוך מכל סוג שהוא.

בפועל 74 מדינות בעולם הפקידו הצהרה שכזו, שזה די הרבה – יותר משליש (אם כי חלקן כללו בהצהרה הסתייגויות מסוימות המצמצמות את אפשרויות התביעה – אבל זה עדיין משמעותי). יש לציין כי מדינה יכולה להסתמך לא רק על ההסתייגויות שקיימות בהצהרה שלה, אלא, בנוסף המדינה הנתבעת לפי סעיף 36(2) יכולה להסתמך על סייגים המצויים בהכרזה של המדינה התובעת.

* מ1956 ועד 1985 – ישראל הייתה אחת מהמדינות שהפקידו הצהרה כזו בICJ, אך ב1985 בעקבות ארה"ב, גם ישראל ביטלה את ההצהרה שלה (הסיבה המוצהרת היא הזדהות עם ארה"ב).

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

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

**דיון צד - ארה"ב וה-ICJ:**

דוגמא מעניינת למקרה בו מדינה נתנה את הסכמתה להכפפתה למנגנון שיפוטי מבלי לחשוב עד הסוף על ההשלכות, היא הסיפור של ארה"ב עם ה-ICJ.

לאחר מלחמת העולם השנייה, ארה"ב חתמה על המון אמנות שקובעות שאם יהיה סכסוך הוא יוכרע על ידי ה-ICJ (לרבות על הפקדה של ההצהרה לפי סעיף 36(2) לחוקת ה – ICJ). **היא רוצה לעודד מדינות אחרות לנקוט באותה דרך כדי להקטין את הפוטנציאל שסכסוכים ידרדרו לכדי עימות מזויין.**

ואז, **היא חוטפת מכה ומפסידה ב-ICJ בפסה"ד מול ניקרגואה** - ארה"ב מממנת ומסייעת לקבוצת מורדים (הקונטרה) במרד שלהם כנגד הממשלה הנבחרת בניקרגואה (ממשלת שמאל – הסנדנסיטים,) שארה"ב חוששת (לא בטוח אם בצדק) שאם הם יישארו בשלטון הם יהפכו את המדינה למדינה קומוניסטית. ניקרגואה לוקחת את התיק ל-ICJ ומנצחת. ארה"ב בשוק בעקבות ההפסד, התחושה שלה שהיא מדינה קולטת ברק-שהרבה פחות סלחנים למעשים שלה מאשר למעשים של מדינות אחרות (השאלה אם היא צודקת או לא צודקת זה שאלה מורכבת).

בעקבות זאת, **היא מבטלת את חברותה בכל אמנה שבה היא הסכימה לפניה למנגנון יישוב הסכסוכים של ה-ICJ**, וכמובן מושכת את ההצהרה שהיא הפקידה לפי סעיף 36(2), מלבד שלושה חריגים:

1. **אמנת רצח העם** – לא ניתן לבטל את המחויבות ליישב סכסוכים שנוגעים לרצח עם מבלי לבטל את החתימה על האמנה באופן כללי וזה יראה רע.
2. **אמנות שלא ברור אם האמריקאים פספסו, או שהם לא באמת חשבו שיהיה נזק אם יישארו:**

דוגמה אחת כזו היא האמנה בדבר אמנות קונסולריות. בהתאם לאמנה - בפרשת לה-גראנד ב-2000 גרמניה פנתה ל-ICJ וענה כי ארה"ב הפרה את האמנה הקונסולרית, ע"י כך שנשפטו שני גרמנים בארה"ב ונידונו למוות ללא שאפשרו להם להיפגש עם הקונסול הגרמני. ארה"ב הפסידה ורק בעקבות ההפסד הזה היא פורשת מהאמנה. עם זאת, גם לאחר הפרישה מגיע עוד הליך דומה כנגד ארה"ב ל-ICJ (הפעם בנוגע לעצירים מקסיקנים), שכן המקרה קרה לפי הפרישה. ארצות הברית שוב מפסידה. הממשל הפדראלי רוצה ליישם את הפסיקה של ה-ICJ, אבל ה-STATES לא. הסכסוך בין הממשל הפדראלי ל-STATES מגיע לבית המשפט העליון האמריקאי שבגדול קובע שפסיקות של ה-ICJ לא מחייבות אותו.

פסיקה זו מהווה דוגמה קלאסית בה מערכת משפט מדינתית בחרה בעימות ביחס למשב"ל – **זיו ממשיך ואומר** שככה זה שמדובר במעצמה, לפעמים מוסדותיה מרשים לעצמם להשתין מהמקפצה (ומבקש סליחה על הביטוי) – אבל כמו שדובר בשיעורים הקודמים גם ארה"ב, לעיתים, משלמת על עימותים כאלו מחיר.

1. **אמנות שלא יהיה חכם לארה"ב לבטל –** תמיד שזיו לימד את האופציה הזו הוא היה נותן כדוגמה את האמנה דבר יחסי השלום והידידות בין לארה"ב. כזכור מדובר באמנה בין ארה"ב לאירן שנחתמה עם בימי השואה, שכולל חובה לפנות לICJ במקרה של סכסוך, כיוון שאמנות תקפות גם לאחר שמתחלף שלטון האמנה עדין תקיפה, הרי שמהפיכה לא ביטלה את האמנה.

עם זאת, לאור חילופי השלטון, נוצר מצב בו ארה"ב יכולה לנהל מו"מ עם אירן לשינוי האמנה (כי הן לרוב לא כל-כך מדברות אחת עם השנייה). לכן, **ארה"ב הייתה צריכה להחליט אם להשאיר את המצב הקיים או לנסות לבטל את כל האמנה.** עד לאחרונה העמדה של ארה"ב הייתה שהמצב הקיים עדיף לה (שכן הוא מייצר מנגנון לשחרור לחצים שעלולים לגרום לפיצוץ בין הצדדים), ובהתאם לאורך השנים מספר סכסוכים בין הצדדים ל-ICJ (פעם אירן הפסידה ופעם ארה"ב).

לדעת זיו, **ההחלטה להשאיר את האמנה בתוקף הייתה חכמה.**

**אבל ממשל טראמפ החליט אחרת וביטל את האמנה -** האיראנים הגישו תביעה ל-ICJ, וע"פ האמנה הזו, בטענה שארה"ב הפרה את האמנה האמורה בכך שהטילה סנקציות על אירן, לאחר שארה"ב ביטלה את חברותה מהסכם הגרעין שנקבע ביו איראן למעצמות, הICJ מוציא צו ביניים שמורה לארה"ב להקפיא זמנית את הסנקציות עד לבירור הנושא ב-ICJ.

האמריקאים הודיעו שהם לא יקיימו את הצו (טוענים, מסיבות שונות, של-ICJ, לא הייתה סמכות לתת אותו), וגם מבטלים את האמנה עם אירן כדי שלא תהיה גישה ל-ICJ בסכסוכים הבאים בין אירן לארה"ב. לדעת זיו טעות, אבל מי הוא (לדבריו).

**ICJ**

**ה-ICJ הוקם, בצורתו הנוכחית, בחוקת האו"ם.** למרות שמדובר במוסד ותיק יותר ששמו הקודם היה בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי (PCIJ) (שהוקם על ידי חבר הלאומים). **ה-ICJ רשאי לפסוק רק בסכסוכים בין מדינות** (ארגונים ובני אדם פרטיים לא יכולים להיות צד להליך בפניו), **ורק בתנאי שהמדינות הסכימו לקיום הליך בפניו**.

ההסכמה יכולה להיות אד הוק, היא יכולה להיות הסכמה כללית בנוגע לנושא מסוים (נגיד כפי שיש באמנה למניעת רצח עם), או כללית ממש בדרך של הצרה לפי סעיף 36(2) שדיברנו עליו.

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 ב-ICJ, היא רשאית לצרף שופט משלה להרכב השופטים.

בהתאם, במקרה היחיד בו ישראל פנתה ל-ICJ היא שלחה את שופט בית המשפט העליון גויטין שהיה אדם מאוד מגוון- היה עורך העיתון שהפך להיות הג'רוסלם פוסט, עורך דין פרטי, שופט צבאי בהגנה, שגריר ישראל הראשון בדרום אפריקה, ציר בשגרירות בוושינגטון. מומחה למשפט בינלאומי. ומומחה לקודיפיקציה.

* **אכיפה -** לכאורה אין מנגנון אכיפה, האכיפה נעשית דרך מנגנונים דיפלומטיים. מועצת הביטחון לכאורה יכולה להפעיל סנקציות נגד מדינות המפרות את פסק הדין, זה לא תמיד קורה: בייחוד אם פסק הדין הוא נגד אחת ממדינות הווטו.
* מלבד פסקי דין **ל-ICJ יש סמכות לתת חוות-דעת משפטיות**, וזאת כאשר העצרת הכללית של האו"ם פונה לבית הדין ומבקשת ממנו חוות דעת כאמור. חוות דעת של ה-ICJ הן בגדר המלצה.

עם זאת, כאמור עקב מעמדו של בית הדין, מייחסים חשיבות רבה לפרשנות שהוא נותן לדין הבינלאומי בחוות הדעת שלו. חוות דעת מפורסמת שלו זו חוות הדעת בדבר חוקיות הנשק הגרעיני, מ-1996, שם הוא קבע שאין נורמה במשפט הבינלאומי שאוסרת באופן מוחלט שימוש בנשק גרעיני - אך הוא רמז שבדרך כלל שימוש בנשק הזה יפגע באיסור שקיים בדיני הלחימה, כנגד שימוש בנשק לא מאבחן.

* בנוגע לסוגיות שנוגעות לישראל אזכרנו כבר בקורס שתי חוות-דעת של ה-ICJ – חוות הדעת בנוגע לגדר ההפרדה, וחוות הדעת שקבע שלאו"ם יש אישיות משפטית (שניתנה בהקשר של החיסול של הרוזן ברנדוט).

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

**חשוב לזכור שה-ICJ הוא לא הטריבונל הבינלאומי היחיד שקיים -** יש בתי דין רבים נוספים (והכמות שלהם רק גדלה). יתירה מכך, עם הזמן מוקמים יותר ויותר בתי-דין בינלאומיים בהם יש אף זכות עמידה לפרטים.

נזכיר, במשפט הבינלאומי הקלאסי רק מדינה הייתה יכולה להיות בסכסוך עם מדינה אחרת - אזרח של מדינה א' שנפגע על ידי מדינה ב' היה צריך לשכנע את המדינה שלו לאמץ את הסכסוך שלו, ולה היה שיקול דעת להחליט אם לעשות זאת. **זו עדיין ההשקפה הרווחת במרבית המשב"ל,** וזו אף עדיין ההשקפה הרווחת בהקשרם של בתי-דין בינלאומיים רבים, כדוגמת ה-ICJ.

עם זאת, בעשורים האחרונים, **מוקמים יותר ויותר טריבונלים בינלאומיים בהם אנשים יכולים באופן עצמאי לנהל הליך מול מדינה -** כמו בית הדין האירופי לזכיות אדם, כמו בית הדין של האיחוד האירופי, כמו ה-WTO, כמו ICSID - מוסד בוררות, היושב בוושינגטון בחסות הבנק הלאומי, גוף מוביל בכל שקשור להשקעות (בדרך כלל הבוררויות הן בין פרטים למדינה.

**יש עוד המון טריבונלים** (רובם אם לא כולם, חוץ מה-ICJ) **ספציפיים במובן שהן עוסקים לא בכל תחומי המשב"ל,** **אלא בתחום מסוים** - זכויות אדם, משפט כלכלי, דיני הים, משפט פלילי בינלאומי ועוד.

**את בתי-הדין הללו ניתן למיין לגלובליים מול אזוריים:**

**דוגמא לבית דין גלובאלי –** ITLOS. זהו בית דין שעוסק בסכסוכים בין מדינות החברות באמנת הים, בנוגע לטענות להפרות של אותה אמנה, ללא קשר להיכן בגלובוס בוצעה ההפרה.

**דוגמאות לבתי דין אזוריים -** בית הדין האירופי לזכויות אדם, בית הדין של האיחוד האירופי, את ביה"ד האמריקאי לזכויות אדם, ועוד. כשאנחנו מסתכלים כיום על הפעילות של בתי-הדין הבינלאומיים אנחנו רואים הרבה יותר פעילות שיפוטית מפעם (יש גם הרבה יותר בתי-דין וגם בתי-הדין הקיימים יותר מבעבר).

**האם היום ניתן לומר שהתפקיד היחיד של יישוב הסכסוכים הוא התפקיד המקורי של מניעת מלחמות?**

**נראה שלא -** מגמות הגלובליזציה והממשקים הרבים שיש היום בעולם מובילים לתפקידים נוספים:

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

שיעור מס׳ 16

**דיני השימוש בכוח**

מבוא: המשב״ל מתחלק לשני חלקים, החלק הראשון עוסק בכסף והחלק השני מתעסק בדם. דיני השימוש בכוח מנסה להסדיר עניינים הקשורים לדמים.

המשפט הבינלאומי שמסדיר עניינים הנוגעים למלחמה מתחלקים לשני תחומים :

1. **(Jus Ad Bellum) JAB- דיני השימוש בכוח (דיני לחימה**)- דינים אלו עוסקים בעיקר בשאלה האם ומתי מותר לצאת למלחמה ומבחינים בין תוקפן למותקף.
2. **(Jus In Bello) JIB- כללי העימות המזוין (משפט בינלאומי הומניטרי)**- אלו הם דיני הקובעים את הכללים לאיך להתנהג בזמן הלחימה, הם חלים באופן שווה על הצדדים (אי אפשר להגיד שמאחר וצד לא התוקף אלא המותקף ולכן לא חלים עליו את דיני הלחימה).

התפתחות דיני השימוש בכוח

דינים השימוש בכוח התקפים כיום, נמצאים ברובם האמנת האו״ם. כולל דיני השימוש בכוח (גם מה שלא כתוב האמנת האו״ם) משקפים דין מנהגי, רכבים מרכזים בהם מהווים Jus Cogens. בתקופה שבין מלחמת העולם הראשונה לשנייה, קיים וויכוח בין שתי עמדות קצה.

1. כוח הוא אמצעי לגיטימי לפתור סכסוכים בינלאומיים- זאת אומרת שלמדינות מותר תמיד לצאת למלחמה. קלזוביץ אומר ״שמלחמה היא המשך המדיניות והפוליטיקה באמצעים אחרים״

“War is the continuation of politics by other means”.

1. ישנו איסור מוחלט על שימוש בכוח במשב״ל ועל מדינות חלה חובה לפתור סכסוכים רק בדרכי שלום. הדעה הזאת התפתחה בעקבות מלחמת העולם הראשונה והיא מעוגנת במספר אמנות חשובות (המפורסמת מבניהם היא אמנה קלוג- בריאן, שקובעת שמלחמה היא מעשה לא חוקי לפי המשב״ל). בעקבות ההשקפה הזאת, בתי הדין בנירנברג ובטוקיו קבעו שקיים איסור מנהגי מוחלט על יציאה למלחמה, שהפרתו מטילה אחריות הן על המדינה (״מעשה תוקפנות״), והן אחריות פלילים במשב״ל על אנשי אותה מדינה שבפועל ביצעו את ההפרה (״פשע תוקפנות״).

- גישה זו היוותה הבסיס לדין הקיים כיום. גם כיום יציאה למלחמה בניגוד לכללי JAB מהווה ״מעשה תוקפנות״ בנוגע למדינה המפרה ובעיקרון יכולה להוות גם פשע ״תוקפנות״. דיני הJUB השתנה סמוך לאחר WW2.

דיני השימוש בכוח כיום

רוב דיני השימוש בכוח נמצאים באמנת האו״ם והם נחשבים גם לדין מנהגי:

ס׳2(4) לאמנת האו״ם קובע איסור גורף על שימוש בכוח: ״על המדינות להימנע מאיום או משימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוריאלית, ריבונות של מדינה או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו״ם״. הפרשנות הרווחת של הכלל הזה אומר שאסור לאיים בכוח או לעשות שימוש בכוח אלא בחריגים המוסכמים. האיסור נחשב כמייצג של המשפט במנהגי וJus Cogens.

במיקראגווה, מסיבות של טריקים משפטיים שהאמריקאים עשו, ICJ יכל לדון במקרה רק על סמך דין בינלאומי מנהגי ולא הסכמי. האמריקאים טענו שם שדיני השימוש בכוח של המשב"ל המנהגי הם יותר מתירניים מדיני השימוש בכוח הנמצאים באמנת האו"ם. והICJ לא מקבל את טענתם, לפיו גם כאשר מדינות מפרות את הכלל הזה הן הצהירו שהן מצייתות לו).

החריגים לכלל

1. ניתן להשתמש בכוח אם ניתנה הוראה או הסכמה לכך ממועצת הביטחון (״מנגנון הביטחון הקולקטיבי״). למועצת הביטחון יש סמכות לקבוע שמשהו הוא ״איום על השלום״ ״הפרה של השלום״ ״מעשה תוקפנות״. מהרגע שזה נקבע, מועצת הביטחון יכולה להורות על צעדים שונים, גם צעדים שאין בהם שימוש בכוח וגם כאלו שיש בהם שימוש בכוח.
2. ניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית

מהו שימוש בכוח?

שימוש בכוח הוא הפעלת כוח פיזי צבאי, גם הפרת גבול של מדינה על ידי כוח צבאי קרקעי גם אם לא ירו כדור אחד, נחשב אפילו ״כהתקפה חמושה״, וגם סיוע למרי בתנאים מסוימים. אם כי לא כל סיוע שכזה יהווה התקפה חמושה. סנקציות כלכליות לא נחשבות שימוש בכוח.

האם מתקפת סייבר מהווה שימוש בכוח?

יש שיח שלם לגבי מתי מתקפת סייבר מהווה שימוש בכוח. כאשר התקפת הסייבר גורמת לשחרור של כוח קינטי (לזרוק משהו) שיש לו פוטנציאל לפגוע ברכוש ובבני אדם, ברור שמדובר בשימוש בכוח. לדוגמה, הצעתו של אביגדור ליברמן להפעלת כוח סייבר לשם פתיחת סכר שתפגע בבני אדם. מנגד קיימים מרקים בהם ברור שלא מדובר בשימוש בכוח. לדוגמה, יוניברסל פורסם סרט קומדיה על ראש ממשלת צפון קוריאה. ראש הממשלה הזה לא אהב את זה שצחקו עליו, ולכן אנשי יחידת הסייבר של הצבא של אותה המדינה תקפו את מחשבי החברת. בתגובה, נשיא ארה״ב הצהיר שמדובר במעשה של פתיחה במלחמה.

מקרים שיש עליהם וויכוח:

1. כאשר מדינה עושה פעולות סייבר בכדי להתערב במערכת הבחירות של מדינה אחרת. העמדה הרווחת היא שלא מדובר בשימוש בכוח, למרות שכיום רוב המדינות חושבות שכן (עוד לא נהפכה ההחלטה).
2. כאשר מדינה יוצרת הפסקת חשמל במדינה אחרת הגורמת לפגיעה בגנרטורים ולקריסת בתי החולים. כנראה שיש נטייה להגדיר את המקרה הזה לא כשימוש בכוח, אלא כהפרת נורמה אחרת של המשב״ל.

עולה קושי להצבת הגבול, לפי זיו בורר ורוב האנשים יש לשים את הקו הזה במקום בו יש כוח קינטי. הסיבה היא שרוצים לצמצם את הסיבות של המדינות לצאת למלחמות. באופן כללי, מדובר בסוגיה מאוד לא מעשית, משום שהבעיה העיקרית במתקפות סייבר היא שקשה מאוד לזהות מי עשה אותן.

- כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח, לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה.

**איום בשימוש בכוח**

לפי סעיף 2(4) גם איום להשתמש בכוח (באופן לא חוקי) מהווה הפרה של כללי הJAB (כללי השימוש בכוח). לדוגמה, כאשר בנט, הכריז שמדינת ישראל תעשה שימוש בכל האמצעים הצבאיים הנדרשים היה והיא תותקף ע"י איראן.

איום על שימוש בכוח הוא לא חוקי רק אם אדם מאיים לעשות שימוש בכוח לא חוקי. כלומר, אם אדם מצהיר שהוא ישתמש בכוח לשם הגנה עצמית, בסיטואציה שבה מותר לו להשתמש בכוח, זו לא הפרה על האיסור בשימוש בכוח. זה נקבע בחוות הדעת של הICJ בנוגע לחוקיות השימוש בנשק הגרעיני. מדינות שונות פנו לICJ בכדי שיקבע ששימוש בנשק גרעיני הוא לא חוקי, אך הICJ קבע שייתכנו נסיבות בהן שימוש בנשק גרעיני כן יהיה חוקי. טענו שעצם ההחזקה של הנשק הגרעיני כשלעצמה, מהווה איום לא חוקי לעשות שימוש בכוח. אך הICJ קבע שלא בהכרח שההחזקה של הנשק הגרעיני היא למטרות לא חוקיות, ולכן ההחזקה לא בהכרח מהווה איום לא חוקי לשימוש בכוח. נקבע גם שאיום בכוח לא חייב להיות במילים אלא יכול להיות גם במעשים לדוגמה, ריכוז כמות גדולה של חיילים בגבול מדינה אחרת וטוענת שמדובר באימון צבאי. (הICJ קבע שני מצבים בהם שימוש בנשק גרעיני יהיה חוקי (א) שימוש בפצצה גרעיני טקטיות (פצצה גרעיניות קטנות). (ב) כאשר אין ברירה זה יכול להיות המוצא האחרון של מדינה להגן על עצמה.)

- מתי תרגיל צבאי היווה איום לשימוש בכוח? התשובה היא שילוש של אמינות האיום, ואיך היא נתפסת בעיני אחרים. ברור שאם הוא נתפס בעיני אחרים באופן מסוים, ניתן לנקוט בצעדים שירגיעו אותם אם רוצים. גם יעפים צבאיים יכולים להיחשב לשימוש בכוח. יחד עם זאת, התגרויות מסוימות יכולות להיות הפרה של החובה לפתור סכסוכים בדרכי שלום, גם אם אינן "איום". למשל, הפרת הנורמה שמציבה חובה של לפתור סכסוכים בדרכי שלום, פגיעה בשלמות הטריטוריאלית. גם טיסה שהיא לא חציה של הגבול יכולה להיחשב לשימוש בכוח.

**חריגים לשימוש בכוח**

כזכור, אמנת האו״ם מתירה שימוש בכוח בשני מצבים:

1. **מנגנון הביטחון הקולקטיבי (פרק 7 למגילת האו״ם),** מועצת הביטחון יכולה להתיר הפעלת כוח בשני שלבים:
2. סעיף 39- מועצת הביטחון יכולה לקבוע כי קיים איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות, ולהחליט על האמצעים שיש לנקוט בהם בכדי להשיב את השלום והביטחון.
3. סעיפים 41+42- מסמיכים את מועצת הביטחון להורות על שימוש באמצעים שאינם כוחניים או כאמצעי אחרון שימוש באמצעים כוחניים (סעיף 41 קובע מה הם אמצעים לא כוחניים, וסעיף 42 קובעים מהם אמצעים כוחניים).

הרעיון הוא לייצר מנגנון בינלאומי של כלל הקהילה הבינלאומית שיפחיד מדינות מלפתוח במלחמות, משום שהן ידעו שאם הן יפתחו במלחמות כל העולם יעלה עליהן עד לכדי שהיה אמור להיות מנגנון צבאי משותף.

* סעיף 43 לאמנה קובע מנגנון צבאי משוטף בפיקוד האו״ם. בפעול מועבי״ט מסמיכה מדינות להפעיל כוח. בפועל בארבעים השנים הראשונות מועבי״ט הורה לשלוח כוח צבאי רק פעם אחת (מלחמת קוריאה).
* בשנות ה90, מתחילים לראות מקרים בהם מועצת הביטחון מסמיכה שימוש בכוח. לא זו אף זו, התפתחה גישה מאוד מתירנית לגבי מתי מעשה של שימוש בכוח ייחשב לחוקי על בסיס המנגנון הקולקטיבי. לדוגמה, ב1998 לאחר שמדינות המערב לא הצליחו לגרום להתערבות מועבי״ט לגבי רצח העם שעשה סלודובן מילוסוביץ בקוסובו. מדינות המערב שלוחים את נאט״ו לתקוף בקוסובו ללא אישור, ולבסוף מועבי״ט מאשר את ההחלטה בדיעבד.
* יש גורמים שהחליטו לערוך פרשנויות יצירתיות יותר בכדי להכשיר את הפעולות שלהם. בשנת 2003 במלחמת המפרץ השנייה ארה"ב טענה שפרשנות מרחיבה של החלטה קודמת של מועצת הביטחון (מסוף מלחמת המפרץ הראשונה) מאפשרת שימוש בכוח.

מנגנון הביטחון הקולקטיבי אינו אפקטיבי, ראינו שב40 השנים לא עשו בו שימוש, ובשנות ה90 הוא לא כ"כ תפקד. מצד אחד, יש סיבות טובות לאפשר פרשנות יצירתית, גמישה ומרחיבה של הסמכות לפי המנגנון הקולקטיבי. אך מצד שני, כפי שלמדנו ממלחמת עיראק פרשנות גמישה מובילה לניצול לרעה ולמלחמות מיותרות. לאורך השנים קיים מאבק בין גישה מתירנית לגישה מגבילה אם מסתכלים לאורך העשורים, רואים תנועה של מטוטלת בקשר למתיכה בגישות. יש תקופה שבה תומכים בגישה אחת, ולאחר מכן בגישה האחרת. לעולם אין קונצנזוס של 100%, תמיד נשארים שני מחנות. הסיבה לכך היא מאוד פשוטה שני הפתרונות לפי שתי הגישות הללו, בכל אחד מהדיונים שנראה, מובילים במקרים מסוימים לתוצאות גרועות. (לא לבחור בשום אחת מהגישות זה הגרוע מכל). ייתכן שמלחמת המפרץ השנייה הובילה לשינוי בגישה. בעקבות הניצול לרעה שנעשה בגין הגישה המתירנית, יש תגובת נגד בחלק מהמדינות באירופה, הוקמו וועדות חקירה ממלכתיות שקבעו שהייתה הפרה של הJAB (כללי השימוש בכוח). לכן, כאשר ארה"ב רצתה בעשור האחרון לעשות שימוש בכוח על סמך פרשנויות יצירתיות של החלטות מועצת הביטחון בעלות הברית שלה לא תמכו בה ולא היו איתה בכך. ולכן ניתן לראות כיום שהמטוטלת זזה לכיוון תמיכה בגישה המצמצמת. לפי הגישה המצמצמת רק החלטה של מועבי״ט שניתנת מראש ובה הסמכה מפורשת להשתמש בכוח מהווה אישור חוקי לשימוש בכוח (לפי זיו, ברור שבעתיד המטוטלת תעבור לכיוון השני).

* לדוגמה, בזמן מלחמת האזרחים בסוריה אסד התחיל להשתמש בנשק כימי כנגד מורדים וכנגד האוכלוסייה האזרחית שלו. מבחינת אובמה מדובר בקו אדום והוא רצה לשלוח כוח צבאי לסוריה בכדי למנוע זאת, לכן פנה לבעלות הברית שלו. כאשר אובמה פנה לבעלות הברית שלו, ממשלת אנגליה רצתה לעזור לו, אך בפרלמנט נעשה מרד בנוגע למתן העזרה. ממשלת צרפת הבינה שאין סיבה לפנות לפרלמנט אפילו. לכן, ברגע שאובמה הבין שבעלות הברית לא משתפות איתו פעולה הוא נסוג.

1. **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.

* **התקפה**- שימוש בכוח קינטי כנגד המדינה הארחת לרבות כניסה של כוח צבאי ללא יריה של אף כדור (נדגיש, לא כל שימוש בכוח הוא התקפה חמושה).
* **חמושה**- מאבק בין שתי גישות (א) התקפה חמושה היא אפילו יריה של כדור אחד. החיסרון בגישה הזו, היא שכל אירוע הכי קטן יהווה אירוע פתיחה במלחמה. (ב)הגישה הרווחת היום, דורשת מבחן עוצמה, לפיה אם זו תקרית גבול בודדת לא מדובר בהתקפה חמושה. הבעיה בגישה הזו: דרישת העוצמה עלולה לפעמים להתיר את המדינות המותקפות בלי כלים להתמודד עם התקריות הנמוכות .יתר על כן, מבחינה פרקטית, מדינות מגיבות גם לתקריות גבול מצומצמות.
* **נגד מדינה**- ברור שאם זה נגד הטריטוריה של המדינה, או כנגד ראש המדינה זה נחשב כנגד המדינה. גם אם מדובר בתקיפה של משהו מחוץ למדינה כמו תקיפה של השגרירות, עדיין נבין שמדובר בתקיפה כנגד המדינה. גם לגבי תקיפה של אוניית חיל הים של מדינה מסוימת מהווה תקיפה כנגד המדינה.

במקרים מסוימים עולה מחלוקת האם מדובר בתקיפה נגד המדינה:

1. **תקיפת שגריר-** האם חיסול שגריר מהווה התקפה חמושה? לדוגמה, מדינת ישראל יצאה למלחמה כנגד לבנון בגלל שלטענתה ארגון הטרור (אש"ף) שישב בלבנון וקיבל תמיכה מממשלת לבנון חיסל את שגריר ישראל באנגליה.

קיימים שני גישות: (א) הגישה הישראלית אומר שגם פעולה של חיסול שגריר מהווה התקפה חמושה כנגד המדינה. (ב) העמדה הרווחת אומרת שיש להוכיח קשר חזק ביותר (מעבר לדיני אחריות המדינה) בין "המחסלים" לבין המדינה. (כן ישייכו לעניין הפיצויים, אך זה לא ייחשב לשימוש בכוח ובהתקפה חמושה כנגד המדינה לשם מלחמה. זאת בכדי לצמצם את הסכסוכים בעולם).

שיעור מס׳ 17

1. **תקיפת אזרחי המדינה מחוץ לשטחה-** (במבצע אנטבה, ביצענו התקפה כנגד אוגנדה).

לפי זיו בורר יש 2 גישות האם הקיפה זו היא תקיפה נגד המדינה: (א) יש זכות להגנה עצמית במקרה כזה. (ב) זה לא זכות של הגנה עצמית אלא יש זכות להשתמש בכוח מתוקף המשפט המנהיגי במקרה כזה. (ג) העמדה הרווחת, התקיפה לא מקנה זכות להגנה עצמית (עקב חשש מניצול לרעה).

לפי המרצה, בן ארי לקח כמה מקרים ועל בסיסם חיבר נקודות וטען למנהג, אך ביחס לכמות המקרים בהם אזרחים חוטפים מכות בעולם, ברוב המדינות לא מגיבים כך. לכן, ניתן לטעון שמבחינה פורמלית המנהג הוא דווקא הפוך, ויתרה מכך יש כאן סכנה אדירה למתן פתח לתירוץ לפתיחה במלחמה. המשמעות היא שכל חייל יכול להוביל לפתיחת מלחמה. יחד עם זאת, אם אין רשות לצאת למלחמה, אז מה אמורים לעשות במצבים כמו אנטבה?

* בפועל, מועבי״ט לא גינתה את מבצע אנטבה, אבל גם לא אישרה את הפעולה.
* לפי זיו בורר, העמדה הרווחת היא העמדה שאסור, אך יחד עם זאת יש תמיכה לא מבוטלת לעמדה שמתירה, אך מבחינה מהותית לכל עמדה יש יתרונות וחסרונות.

האם מתקפה חמושה חייבת להיות מצד מדינה?

עולה השאלה, האם תקיפה צבאית כנגד המדינה מצד ארגון לא מדינתי יכולה להיחשב ״התקפה חמושה״ המקימה למדינה המותקפת זכות להגנה עצמית?

1. **הגישה הקלאסית (המצהירה),** למדינה אין זכות להגנה עצמית בתגובה לתקיפה של ארגון לא מדינתי. מלבד בשני מצבים חריגים: (1) כאשר לארגון יש שליטה אפקטיבית על טרטוריה, כאשר ישנו ארגון מזוין לא מדינתי ששולט בטריטוריה (חמס). (2) כשהקשר בין הארגון למדינה מסוימת חזק מספיק כדי שיהיה ניתן לייחס את פעולות הארגון למדינה הזרה הזו לפי דיני אחריות מדינה. כלומר, ניתן לתקוף כאשר ניתן לשייך את פעולות הארגון המזוין הלא מדינתי למדינה מסוימת לפי דיני אחריות המדינה (גישת הICTY וגישת הICJ).

**הגישה המצרה משאירה שני מקראים מאוד משמעותיים מחוץ לתחום:**

1. מקרה שבו הארגון המזוין הלא מדינתי פועל משטח של מדינה זרה, אך לא ניתן לשייך את מעשיו למדינה הזרה לפי דיני אחריות המדינה. לדוגמה, אשף בתחילת שנות ה80 בלבנון.
2. מדינה שמחזיקה בשטח מחוץ לגבולותיה תחת כיבוש, ובשטח זה פועל ארגון מזוין לא מדינתי שתוקף את אותה המדינה. לפי הגישה הזו, המדינה המותקפת לא יכולה להסתמך על דיני השימוש בכוח.

- בשני המקרים מה שהמדינה כן יכולה לעשות, זה פעולות שיטור.

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

1. הגישה המרחיבה (עמדת ישראל), נוסף על שני המקרים המותרים לפי הגישה הקלאסית, למדינה יש זכות להגנה עצמית כנגד תקיפה של ארגון לא מדינתי, גם בשני המצבים הנוספים הבאים:
2. תקיפה בשטח הכבוש, מצד מדינה המחזיקה באותו שטח כבוש, בתגובה למתקפה כנגדם מצד ארגון לא מדינתי; אם הארגון הלא מדינתי התוקף פועל מתוך אותו שטח כבוש ולא ניתן להסתפק בפעולות שיטור כתגובה לתקיפה.
3. תקיפה בשטח מדינה זרה, בתגובה למתקפה של ארגון שיצאה מאותה מדינה זרה אם המדינה הזרה אינו רוצה או מסוגלת למנוע את התקיפה של הארגון, וזאת למרות שלא ניתן לייחס את פעולות הארגון למדינה כי הקשר בין הארגון למדינה לא מספיק חזק.

- ישראל טוענת שזהו הדין הבינלאומי, וזו גם הייתה עילת מדינת ישראל למבצע קדש.

בפועל ניתן לזהות תנועת מטוטלת, עד שנות ה2000 עמדת ישראל נדחתה כי מדינות אחרות לא התמודדו עם טרור בהיקף רחב. הגישה המרחיבה פותחת פתח אדיר לניצול לרעה. העולם מלא בארגונים קיקיוניים שיש להם נשק, והם פועלים משטחים ששייכים למדינות מסוימות. הסתמכות על הגישה המרחיבה פותחת פתח אדיר להתדרדרות למלחמה, וכנ"ל לגבי שטח כבוש. דיני הכיבוש מתירים חובות משמעותיות מאוד על הכוח הכובש על המדינה הכובשת ביחס לאוכלוסייה הכבושה. דרך טובה להתנער מהחובות האלו היא לטעון שמדובר במצב מלחמה, והרי מי שיותר מוגבל בשימוש בכוח הוא שוטר ולא חייל במלחמה. זהו תירוץ טוב להשתחרר ממגבלות.

יש מקרה אדיר וטראומתי שהשפיע על העולם, לפני יותר ממאה שנה פרצה מלחמת העולם הראשונה, והאירוע שהוביל לפריצתה היה התנקשות ביורש העצר האוסטרו הונגרי. כלומר, בעקבות ההתנקשות אוסטריה פתחה במלחמה כנגד סרביה. ברגע שהתקיפו את הסרביים הרוסים נכנסו, וברגע שהאוסטרים הותקפו גם הגרמנים נכנסו, בהמשך גם האנגליים נכנסו והצרפתיים ואז החלה מלחמת העולם. בעקבות החשש לניצול לרעה, עד 11.09.2000 ישראל באופן עקבי תמכה בגישה המרחיבה, אך העמדה הרווחת בעולם הייתה העמדה המצמצמת בעקבות אירועי ה11/09 בתקופה מאוד קצרה הייתה סדרת הצהרות משלל מדינות בעולם אשר תמכו באפשרות של ארה"ב להפעיל הגנה עצמית בתגובה למתקפה של אל-קעידה, עד לכדי שיש טענה (טענה אמריקאית) שהתפתח מנהג אינטנסיבי מנהג חדש תוך זמן קצר.

אך מה שהרס את הסיפור לפיו התפתח מנהג חדש, גם בראשית שנות ה2,000 (שיא התמיכה בגישה המרחיבה) היו כאלו שהתעקשו להידבק לגישה הקלאסית והמצמצמת, כמו הICJ. בחוות הדעת בעניין גדר ההפרדה דעת הרוב בICJ קבעה שמדינת ישראל לא יכולה לטעון הגנה עצמית בהקשר זה, משום שזו התקפה מארגון מזוין לא מדינתי שלא שולט על טריטוריה. על החלק הזה בחוות הדעת של הICJ, הICJ חטף ביקורת אדירה ולכן הICJ הבין שהוא צריך לכופף את הראש משום שיש תנועת מטוטלת. בעניין הכיבוש שביצע קונגו, בית הדין הותיר את הסוגייה ללא הכרעה ואם הוא היה רוצה להגיד שיש מנהג הוא היה אומר זאת, אך בכל זאת בחר להשאיר זאת בצריך עיון.

בשנים האחרונות, נראה שהעמדה השתנתה בעקבות הניסיון והניצול לרעה (גם של האמריקאים ושל הרוסים), המטוטלת נעה בחזרה שוב לגדילה של תמיכה בגישה הקלאסית והמצמצמת. המרצה מעריך שמידת התמיכה כיום – 60% בגישה מרחיבה, 40% בגישה המצמצמת. זה הרבה יותר מורכב ממה שמסופר על ידי בן ארי, וזאת משום שהוא מבלבל בין המצב המורכב של הדין לבין עמדתו.

**כללי וובסטר/ קרולינה**

דניאל וובסטר - שר החוץ של ארה"ב, אשר ניסח כללים במסגרת משא ומתן עם הבריטים בהקשר של תקרית קרולינה שבה צבא בריטי הטביע את הקרולינה.

לפי אמנת האו"ם מותר למדינה להפעיל כוח כהגנה עצמית בתגובה למתקפה חמושה מצד מדינה אחרת. כללי קרולינה מגבילים מתי ובאיזו מידה מותר למדינה להפעיל כוח גם כהגנה עצמית. כללי קרולינה לא כתובים באמנת האו"ם, אלא מעוגנים אך ורק בדין המנהגי.

השימוש בכוח כהגנה עצמית כפוף לשלוש מגבלות, שנועדו להקטין את הסיכוי שיפתח עימות מזויין ולצמצמם את ההיתכנות למלחמה כוללת: (1) נחיצות (2) מידתיות (3) מיידיות.

נחיצות

אם ניתן לפתור את הבעיה בלי להשתמש בכוח אסור להפעיל כוח. ז״א ניתן להפעיל כוח רק כאשר שימוש בדרכי שלום לא יהיה אפקטיבי. תכלית הכלל היא לוודא שהפעלת הכוח נעשית לצרכי הגנה עצמית בלבד, ולא לצורך עונשי. דוגמה להפרה, WW1 אוסטריה הונגריה תוקפת את סרביה למרות שסרביה הסכימה לתנאי האולטימטום.

מידתיות

ניתן להבין תנאי זה בJAB בשני אופנים: (1) פרשנות כמותית (״עין תחת עין) ניתן להגיב בעוצה שדומה לעוצמת התקיפה. הבעיה היא שלא תמיד ניתן להסיר את האיום מבלי להפעיל יותר כוח ממה שהופעל. (2) פרשנות איכותנית, ניתן להגיב רק בעוצמה הנדרשת להסרת האיום. הקושי הוא שזה פותח פתח לניצול לרעה, שכן הערכה של איומים היא עניין סובייקטיבי (אנו נוטים לחשוב לרעה על האויבים שלנו).

- מטרת הכלל הוא למנוע תגובה מתוך תחושת נקמה (תגובה עונשית).

- זיו בורר תומך בגישה האיכותנית. לדעתו הגישה הכמותנית היא לא ריאלית. על המשב"ל לאפשר את הסרת האיום שנוצר על המדינה המותקפת.

מיידיות

יש להשתמש בכוח רק במועד שבו אין כל ברירה אחרת, ורק על מנת להסיר איום (משמע, לא מוקדם מידי, ולא אחרי זמן רב מאוד לאחר ההתקפה). משום שזה מעיד שזו לא הגנה עצמית אלא או תירוץ או נקמה.

* דרישת המיידיות מעלה שאלה לגבי מתקפות מנע. מתקפות מנע יכולות להיות משני סוגים:

1. הגנה עצמית מפני התקפה צפויה (Anticipatory Self Defense) קיים מידע מוקדם על מתקפה עתידית (כאשר האויב מתקרב לעבר הגבול).
2. הגנה עצמית מונעת (Primitive Self Defense) מידע על איום קיומי בעתיד. היא רלוונטית לסיטואציה של נשק להשמדה המונית או נשק גרעיני. כאשר האויב עומד לפתח נשק שמשנה את המאזן האסטרטגי. תקיפה מאוחרת יותר תגרום לנזקים (בין בנזקים שנובעים מהתקפת הכור ובין אם בהתקפה מוקדמת יותר של האויב בנשק גרעיני). למשל תקיפת ישראל את הכור בעיראק או תקיפה המשויכת לישראל לפי פרסומים זרים בנוגע לכור בסוריה.

* האם מתקפת מנע בכל אחד מהסוגים האלה היא חוקית?

1. עמדה מצמצמת, כל התקפת מנע אסורה ואינה עומדת בתנאי המיידיות. יתרה מכך, המצדדים בגישה זו מספקים שני טיעונים נוספים: (א) טיעון פורמלי: ס׳ 51 מדבר על הגנה עצמית מפני התקפה חמושה שכבר קרתה, ולכן מה שלא קרה לא נחשב הגנה עצמית (ב) טיעון מהותי: קיים חשש אדיר להרחבת המקרים בהם יפתח מלחמה. וזאת בשל חשש מניצול לרעה ומשום שאנו נוטים להניח את הרע מכל בנוגע לכוונות האויבים שלנו. בנוסף, יש חשש ממלחמה בעקבות "אזעקת שווא" (נכון כלפי הגנה עצמית צפויה או מונעת).
2. עמדה מרחיבה: התקפת מנע מהווה הגנה עצמית מותרת. שאחרת משאירים מדינות ללא אפשרות להגן על עצמן, ולפעמים זה יהיה מאוחר מדי. יש הבדל בין לתקוף מדינה לאחר שהיא כבר תקפה, לבין לחכות שהמדינה תתקיף ואז. אותו הדבר גם לגבי נשק גרעיני.
3. עמדת ביניים: הגנה עצמית מהתקפה צפויה מותרת, הגנה עצמית מונעת אסורה. מאחר והסיכוי לתקיפה במקרה של התקפה צפויה גבוה, אך במקרה של התקפה מונעת הוא יותר נמוך

* טיעונים פורמליים לגבי העמדה המרחיבה והעמדת ביניים: (א) יש לתת פרשנות תכליתית לס׳ 51 (כדי למנוע תוצאה חסרת היגיון) ברור שתומכי הגישה המרחיבה יגידו שפרשנות תכליתית תוביל לגישה המרחיבה לפיה שני הדברים מותרים, וכך כל תומכים יכוונו את הפרשנות התכליתית לגישתם. (ב) יש היתר להגיב במקרים אלה לפי הדין המנהגי. תומכי הגישה המרחיבה יספקו מקרים ועל בסיסם יטענו שהתגבש מנהג אשר מתיר התקפה חמושה בשני המקרים, ולעומת זאת, תומכי גישת הביניים יטענו שלא היו מספיק מקרים להוכיח שהתקיים מנהג לגבי הגנה עצמית מונעת אך יש מספיק מקרים שיעידו על התפתחות מנהג להגנה עצמית צפויה.

הדין בפועל:

בן ארי לקח את המקרים הללו והגיע למסקנה שהגישה התקפה כיום היא הגישה המרחיבה. לפי זיו בורר המציאות מורכבת יותר: בנוגע להגנה עצמית מפני התקפה צפויה עד אירועי ה11/09 הייתה תמיכה רחבה בגישה המצמצמת, לאחר מכן בגישת הביניים ומעט מאוד תמכו במרחיבה (ביניהם ישראל). לאחר אירועי ה11/09 בכדי להפסיק את המתקפה בעיראק ארה"ב קידמה את הגישה המרחיבה, ואכן גברה התמיכה בגישה המרחיבה.

אבל, לאחר שארה"ב ניצלה לרעה את הJAB בשנים האחרונות, נראה שהעמדה המקובלת שוב חוזרת לגישה המצמצמת. כלומר, כאשר מתבררים הדברים דועכת התמיכה בהרחבות. בנוגע להגנה עצמית מונעת העמדה הרווחה היא שמתקפה כזו אסורה. לכן, להערכתו של המרצה (בשונה מבן ארי) המצב כיום הוא שהגישה הרווחת ביותר היא גישת הביניים, אך במעט. לדעת זיו בורר, המטוטלת תנוע הלאה בהתאם לכיוון השיחות הגרעיניות עם האיראניים, והיה ולא ייחתם הסכם זה תלוי באם ישראל תתקוף באיראן לבד או עם ארה"ב, או לא תתקוף בכלל.

**התערבות במלחמת אזרחים במדינה זרה**

במדינה א' יש מלחמת אזרחים, האם מדינה ב' יכולה להתערב ואם כן לטובת איזה צד?

קיימים 3 גישות:

1. 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' השיוויון 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.

**התערבות הומניטרית**

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

שתי עמדות:

1. עמדה מתירנית: התערבות הומניטרית היא חוקית. לדעת התומכים בעמדה זו, התפתח חריג בדין המנהגי המתיר שימוש בכוח במקרים אלו, לחלופין, הם מפרשים את ס' 2(4) כלא אוסר את השימוש בכוח הזה כי הוא לא פוגע בטריטוריה ובריבונות ובמטרות האו"ם.
2. עמדה מגבילה: מדינה לא יכולה על דעת עצמה לבצע התערבות הומניטרית, רק מעוה"ב יכולה להסמיך מדינות לעשות שימוש בכוח לשם התערבות הומניטרית.

בשנות ה-90 ותחילת שנות ה-2000 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

**דיני לחימה**

למדנו כי דיני המשב"ל העוסקים בלחימה מתחלקים לשני קורפוסי דינים עיקריים : דיני שמימוש בכוח(JAB) ודיני הלחימה(JIB).

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

מטרות דיני הלחימה:

1. הגנה על אוכלוסייה אזרחית ועל לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (שבועיים ופצועים). מדובר ברציונל מוסרי, תפקידם של החיילים הוא להסתכן, ואין הצדקה לפגיעה באלו לא מעורבים בלחימה (כגון אזרחים).
2. מלחמה טוטאלית זה יעד לא סביר ולא מוסרי, זו ראייה עתידית הרי הצדדים הלוחמים ייאלצו להסתדר אחד עם השני לבסוף.
3. קביעת כללי המשחק, יש יתרונות הדדים בתיאום בין הצדדים. גם צדדים לוחמים צריכים לתאם ביניהם דברים בזמן המלחמה.

* יש כללי JIB שאינם עונים על הרציונליים לעיל. במקרים מסוימים מדובר בכללים היסטוריים שנותרו בספר החוקים.
* קיימת קרבה מסוימת בין הJIB לבין המשב"ל הפלילי, הפרות של דיני הלחימה הן לעיתים גם פשעים בינ"ל (פשעי מלחמה). כמו כן, קיימת קרבה מסוימת בין הJIB לבין דיני זכויות האדם של המשב"ל (במינימום של דיני JIB רבים הוא שישנן זכויות אדם בסיסיות, אשר חלות גם במצב של לחמה).

תחולת הJIB

דיני הלחימה חלים ב3 מצבים עיקריים (כשקיים שוני מסוים בנוגע לכללים הקונקרטיים שלחים בכל אחד מהמצבים):

1. סכסוך מזוין בינלאומי (כגון מלחמה בין מדינות) IAC, כגון מלחמה בין מדינות.
2. שטח כבוש, אחד הדברים המיוחדים בו הוא שבכיבוש חלים דיני הלחימה כל עוד הכיבוש ממשיך, גם אם המלחמה שבה נכבש השטח חלפה.
3. סכסוך מזוין שאינו בינלאומי (כגון מלחמת אזרחים) NIAC, כגון מלחמת אזרחים.

* מקבץ דיני הלחימה החלים בכל אחת מהסיטואציות האלה הוא לא זהה, יש שוני. ולכן, ניתן להגיד שדיני הלחימה הוא קורפוס (מקבץ דינים העוסקים באותו הנושא) אותו ניתן לחלק לשניים וחצי תתי קורפוסים:

1. דיני העימות המזויין הבינלאומי (IAC-Law) + דיני הכיבוש (שהם תת קורפוס של IAC Law).
2. דיני העימות המזוין שאינו בינלאומי (NIAC Law).

* הסיבה שדיני הכיבוש הם תת קורפוס של IAC Law היא מאחר וחלים שתי קומות של כללים: (א) דיני הלחימה חלים בשטח כל עוד נמשך הכיבוש (גם אחרי המלחמה). (ב) דיני הכיבוש (או התפיסה הלוחמתית) ייחודיים חלים גם הם, ולעיתים יוצרים שינויים בדיני הלחימה או מוסיפים איסורים חדשים.

כיצד נסווג עימות מזוין חוצה גבולות בין מדינה לבין ארגון לא מדינתי?

1. העמדה הרווחת מסתמכת על מבחן זהות הצדדים. אם אחד הצדדים אינו מדינה, הרי שמדובר בסכסוך מזוין שאינו בינלאומי.
2. עמדת ישראל מסתמכת על מבחן חציית הגבול, אם מאפיין קבוע של הסכסוך הוא חציית גבול מדובר בסכסוך מזוין בינלאומי.

* שני שיקולים פרקטיים:

1. החלת דיני הNIAC ולא IAC יכול לגרום לבעיות רבות במקרה שבו ישנה מלחמה ובה גם צבא מדינתי פועל וגם ארגון לא מדינתי מעורב. לדוגמא, ישראל נלחמה בלוחמי פאתח (ארגון מזוין לא מדינתי) וסוריה על שטח מדינת לבנון, אז האם כאשר חייל מכוון הוא יצטרך לזהות במי מהם הוא ירה ואז בהתאם יפעילו עליו את הדינים הרלוונטיים? זה לא פרקטי להחיל דינים שונים כל פעם, וזה לא מעשי.
2. דיני הIAC אמנם מכבידים יותר, אך הם גם יותר ברורים. יש יותר קונצנזוס לגבי כללי הIAC, בעוד בנוגע לדיני הNIAC יש הרבה חילוקי דעות בנוגע לתחולת דינים מסוימים ולתוכנם. וודאות היא מצרך חשוב ויקר במלחמה.

מקורות דיני הלחימה

ככלל, דיני הלחימה הם דין מנהגי, אך לאורך השנים הם עוגנו במספר אמנות מולטילטרליות.

* יש דיני לחימה שגם כיום מעוגנים רק במשפט הבינלאומי המנהגי. בנוסף, חלק נכבד מדיני הלחימה החלים בNIAC הם רק מנהגיים. יש דיני לחימה הנמצאים באמנות והם לא מנהגיים. ולכן הם יחייבו רק את המדינות החברות באמנות. יש דיני לחימה שנמצאים באמנות, ויש חילוקי דעות האם הם משקפים גם דין מנהגי. בנוסף, יש נורמות שלא מעוגנות בשום אמנה ויש ויכוח האם הן חלק מהדין המנהגי.

סקירה היסטורית של דיני הלחימה

* מימי הביניים ואילך דיני הלחימה מתגבשים לכדי משב״ל מנהגי.
* מאמצע המאה ה-19 ניסוח קוד ליבר(כללים שנוסחו עבור חיילי צבא הצפון במלחמת האזרחים האמריקאית תוכנם שימש השראה לתקנות האג). אמנת ז'נבה הראשונה אי פעם(מנוסחת בעקבות קרב סלפינו) וכוללת 10 סעיפים שעוסקים בפצועים בקרב חילות היבשה, האמנה הראשונה מדברת על טיפול בפצועים בשדה הקרב. האמנה השנייה מדברת על פצועים בים. האמנה השלישית עוסקת בטיפול בשבויי מלחמה. אמנת ז'נבה הרביעית עוסקת בהגנת אזרחים בזמן לחימה. באמנה זו נמצאים דיני הכיבוש/תפיסה לוחמתית. שלוש האמנות הראשונות קיימות בצורות שונות מסוף המאה ה-19, כאשר העקרונות הבסיסיים שלהם לא מחדשים הרבה. אמנת ז'נבה הרביעית היא החידוש הגדול של 1949, בעקבות מלחמת העולם השנייה. כיום אין מדינה שלא חברה בארבע אמנות ז'נבה (ישראל הצטרפה ב-1951). הכרזת סנט פטרסבורג עוסקת באופן ספציפי בכדורים שמתפוצצים בגוף אך מכריזה על עקרון שאסור לגרום לסבל מיותר ללוחמים ועקרון הצורך שמטרת הלחימה הלגיטימית היחידה היא להחליש את האויב כדי שהמלחמה תגמר.
* (אחרי המלחמה הפרנקו גרמנית היה ניסיון לייצר קודקס של דיני הלחימה בשם הצהרת בריסל, בשנת 1889 היה ניסיון נוסף שהוביל ליצירת תקנות האג).
* ב1899 ניסוח תקנות האג שהיא אמנה מולטילטרלית שמטרתה להסדיר את דיני הלחימה ביבשה. נוסח האמנה עודכן בשנת 1907 וקיים קונצנזוס שהוא מהווה דין מנהגי גם כיום.
* בשנת 1949 נקבעות ארבע אמנות ז׳נבה התקפות כיום. אמנות אלה החליפו את אמנת ז׳נבה הקודמות ויצרו מספר שינויים משמעותיים בהסדרת דיני הלחימה. לראשונה נקבעה אמנה שיעודה העיקרי הוא הגנה על אזרחים מתוך מניע הומניטארי (אמנת ג׳נבה ה-4). ס׳ 3 משותף לכל המאנות וכולל הסדרה בסיסית של דיני הלחימה בסכסוכים שאינם בינלאומיים (כמו מלחמת אזרחים). וזאת בכדי שאם מדינה תרצה לחתום רק על חלק מהאמנות, היא לא תוכל להתחמק מהחובות שחלות בסעיף זה. כיום קיים קונצנזוס שהאיסורים בס׳ 3 המשותף חלי בכל סוגי הלחימה והפרתם מהווה פשע מלחמה.
* כיום, 196 מדינות בעולם חתומות על אמנות ז'נבה. לאור העובדה הזו, ולאור העובדה שככלל מדינות מצייתות לכללים האלו, העמדה הרווחת היא שהנורמות הקבועות בארבעת האמנות האלה משקפות דין בינלאומי מנהגי (ז״א שנטל ההוכחה הוא על מי שטוען שאין דין מנהגי). מדינת ישראל לא מסכימה שזהו המצב באמנת ז'נבה הרביעית. שם, יש לבחון כל סעיף לגופו (האם הוא מהווה גם דין מנהגי שחל גם על אלו שלא חתומות על אמנת ז'נבה הרביעית).
* בשנת 1977 נוספו שני פרוטוקולים לאמנת ז׳נבה, AP1 העוסק בעימותים מזוינים בינלאומיים, AP2 עוסק בעימותים מזוינים שעומדים בשני תנאים (א) העימות מתרחש בתוך שטח של מדינה אחת (2) צד לא מדינתי שולט בחלק מהשטח של המדינה. רוב מדינות העולם מאשררות את שני הפרוטוקולים. ישראל וארה״ב (ומספר מדינות נוספות בהן גם אירן) לא מאשררות, ולכן הפרוטוקולים אינם מחייבים אותם (אבל אם דין זה או אחר מחייב את ישראל/ ארה״ב אלא אם נראה שמדובר במצב של התנגדות עקבית).
* בשנת 1998 נוסחה אמנת רומא של הICC. סעיף 8 לאמנה קובע רשימה ארוכה של פשעי מלחמה. ולכן במשתמע אמנת רומא עוסקת גם בהסדרה של דיני הלחימה.

**עקרונות דיני הלחימה**

דיני הלחימה כוללים ארבע עקרונות יסוד:

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

**מועד תחילת העימות**

בסכסוך מזויין בין מדינות דיני הלחימה חלים מהכדור הראשון. לעומת זאת, במלחמת אזרחים וגם בסכסוך טרנסלאומי(במנותק מהשאלה כיצד יש לסווג סכסוך זה), נוצר צורך לאבחן בין מצב של "לחימה" שבו פגיעה בלוחמי האויב מותרת, לבין מצב של "שיטור" שבו מותרת פגיעה רק במצב של סכנת חיים קונקרטית ומיידית. לכן לפי העמדה הרווחת, בסכסוכים שכאלו חל כלל אחר: כדי שנחשיב את הסיטואציה כעימות מזויין(משמע כדי שדיני הלחימה יחלו לחול), הצד הלא מדינתי צריך לעמוד בשני תנאים: (א)רמת ארגון גבוהה. (ב)עוצמת אלימות גבוהה. שתיהן יחד יצרו מצב לחימה.

* אינדיקציות נוספות: משך זמן ארוך וסוג הנשקים בהם הצד הלא מדינתי עושה שימוש.
* עדיין נותר קושי: עמימות הכלל יוצרת חילוקי דעות ביחס לסיווג כלחימתי או שיטורי.

**מטרות צבאיות ואזרחיות**

מטרה צבאית היא עצם שמטבעו מספק תרומה אפקטיבית לפעילות צבאית (בלוני תעבורה) או עצם שלפי שימושו (בהווה או בזמן הקרוב) תורם לפעילות צבאית. או עצם שמספק תרומה אפקטיבית לפעילות צבאית בשל מיקומו. למשל, הפגזה בכדי למנוע מעבר בין הרים (הדרך היחידה), יוצרים מפולת בכדי שצבא האויב לא יוכל לעבור שם.

מטרות אנושיות, לוחמים של צבא מדינתי הם תמיד מטרה צבאית. לעומת זאת, אזרח הוא מטרה צבאית רק אם הוא תורם ללחימה, ורק בזמן שבו הוא תורם ללחימה.

* ביחס לסכסוך מזוין לא מדינתי, קיים ויכוח אודות זיהוי לוחמים.

שיעור מס׳ 19

**דיני כיבוש**

הבהרות חשובות: (א) בניגוד לטענות שמאל, כיבוש הוא פעמים רבות מצב חוקי מבחינת המשב״ל. דיני הכיבוש במשב״ל הם חלק מדיני הלחימה של JAB ולכן בכל מקרה שבו חלים דיני הכיבוש, חלים גם דיני הלחימה. (ב) בניגוד לטענות ימין, למונח ״כיבוש״ אין בהכרח משמעות פוליטית (באנגלית המונח המקובל הוא Belligerent Occupation ומדובר בתרגום לעברית של מונח משפטי זה).

מבוא

הגדרה לא פורמאלית של כיבוש: מצב שבו כוח צבאי של מדינה אחת מחזיק בשטח שאינו לשטח ריבוני של מדינה (לא להשתמש בהגדרה הזו למבחן) . מכאן יוצא שכיבוש נועד להיות זמני, בו הצבא הכובש משמש מעין נאמן זמני לניהול השטח הכבוש. דוגמה ליחס המשפטי לכיבוש: תקנה 55 לתקנות האג ״The occupying state shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and הכהההכהכהכ agricultural estates belonging to the hostile state and situated in the occupied country”

דיני הכיבוש הם שכבה נוספת של דינים שחלה בשטח כבוש במקביל לדיני הלחימה ולפעמים מוסיפים עליהם עוד חובות. בדרך כלל באופן שמתיר מגבלות נוספות על הכוח הלוחם, בהשוואה לכוח שהוא רק לוחם ולא כובש שטח.

מערכות היחסים המרכזיות בכיבוש

דיני הכיבוש מסדירים את המערכת היחסים עם הכוח הכובש בשני אופנים: (א) בין המעצמה הכובשת למדינה שממנה נכבש (מערכת יחסים של ריבון זמני). על המדינה הכובשת להגן על זכויות האוכלוסייה הנכבשת ככל שניתן. משתי מערכות היחסים האלו נגזרת אותה ההשלכה, והיא שישנם מגבלות נוספות על כוח צבאי ברגע בו הוא כובש, מאשר על כוח צבאי שלא נמצא בסיטואציה של כיבוש.

באופן קונקרטי, מעבר לכך שיש רשימת חובות שלא נדון בהן, הכוח הכובש רשאי לפעול רק אם זה נובע מארבעת השיקולים הבאים:

1. רשאי לפעול לטובת השלטון הקודם.
2. רשאי לפעול לטובת תושבי השטח הכבוש.
3. רשאי לפעול מתוך צורך צבאי צר יותר מהצורך הצבאי הקיימים בקשר לכוח לוחם שלא בשטח כבוש.
4. רשאי לפעול לטובת שמירה על הסדר הציבורי הרי המטרה של כל שלטון הוא לשמור על שלום הציבור.

מאחר והכוח הכובש מובל לפעול רק מתוך התכליות האלה, דיני הכיבוש מטילים עליו מגבלות די משמעותית. ולכן, נראה ניסיונות של כוחות לוחמים להתחמק מהדבר, לטעון טענות שמטרתן להוביל למסקנה שדיני הכיבוש לא צריכים לחול עליהם.

מקורות דיני הכיבוש

מרבית דיני הכיבוש המנהגי (חלקם אך ורק בדין המנהגי), בנוסף בתקנות האג יש פרק שלם של דיני הכיבוש. יתר על כן, יש פרק של דיני כיבוש באמנת ז׳נבה הרביעית. העמדה הרווחת של כלל העולם היא שאמנה זו כמו 3 האחרות, הנורמות בה הן ככלל מנהגיות. מי שטוען שנורמה מסויימת באמנת ז'נבה הרביעית מוטל עליו נטל ההוכחה ונטל זה מאוד כבד וכמעט בלתי אפשרי. נובע מזה שהן נורמות משנת 1949 והן ישנות. לגבי הנורמות שנמצאות בפרוטוקול הראשון מדינת ישראל אינה חתומה עליה, אך יש הרבה נורמות שכתובות שם שהן מנהגיות וחלקן אף מחייבות את ישראל.

הגדרת הכיבוש נמצאת בתקנות האג:

"שטח ייחשב ככבוש כאשר הוא ,הלכה למעשה, נמצא תחת סמכותו של הצבא העוין, והכיבוש ייפרס אך ורק על הטריטוריה שבה סמכות בוססה וניתן להפעילה". כלומר, בשביל כיבוש, נדרשת "שליטה אפקטיבית".

באמנת ז'נבה אין הגדרה ל"כיבוש":

אבל נקבע שם שגם שטח שנתפס ללא לחימה יכול להיות שטח כבוש. סעיף 2 המשותף קובע שהדינים שקבועים באמנה (דיני הלחימה שנמצאים בכל ארבעת האמנות, והדינים שעוסקים ספציפית בכיבוש בחלק מאמנת ז'נבה הרביעית), יחולו גם במקרים של כיבוש מלא או חלקי של טריטוריה של אחת מהמדינות החברות, אף אם הכיבוש נעשה ללא אלימות. מסעיף זה ומסעיף 154 (שלא נרחיב עליו) אנו לומדים שמנסחי אמנת ז'נבה הניחו שקיים דבר כזה כיבוש, שיש לו הגדרה מוסכמת, ולכן הם הרשו לעצמם לציין שאמנות הז'נבה יחולו מבלי להידרש להגדרה של מהו כיבוש. כפועל העמדה המקובלת היא, שמבחן השליטה האפקטיבית לזיהוי כיבוש חל גם בתקנות האג וגם באמנת ז'נבה (הצלב האדום מחזיק בעמדה אחרת).

* באמנת ז׳נבה נקבע שלאחר שנה מיום תפיסת השטח, חלק מדיני הכיבוש מפסיקים לחול. בפועל העמדה המקובלת היא שסעיף זה אינו תקף ושחובות הכוח הכובש גדלות ככל שעובר הזמן.

**מבחן השליטה האפקטיבית**

עולות ארבע סוגיות שעולות מן הדרישה לשליטה אפקטיבית:

1. **מתי מתקיימת כיבוש?**
2. דעת המיעוט (שהICJ תומכת בה) ,רק כאשר הכוח הצבאי הקים משטר צבאי בשטח. כלומר, שליטה אפקטיבית היא אך ורק כאשר השלטון באמת הקים ממשל צבאי בשטח, רק אז דיני הכיבוש מתחילים לחול.

* היתרונות שבגישת המיעוט היא שגישה זו מעניקה לנו וודאות, בנוסף, אם אנו דווקנים ופורמליסטים זהו הפירוש שמתיישב באופן הכי פורמליסטי עם נוסח הגדרת הכיבוש בתקנות האג, (למרות שניתן לראות את הסיפא העוסקת בפוטנציאל).
* החיסרון הגדול של הגישה הזו היא שזה מאפשר לצבא הזר להתנער מהחובות שלו לפי דיני הכיבוש (כי הם מגבילים אותו יותר מדיני לחימה). ולכן אם נאמץ את הגישה שדורשת הקמה בפועל של משטר צבאי, אנו ניתן את השליטה בשאלה האם יחולו דיני הכיבוש או לא, בידי הכוח הצבאי הזר. אותו הכוח שהרבה פעמים יהיה לו אינטרס לא להחיל את דיני הכיבוש, וזו דרך קלה, הוא פשוט לא יקים שלטון צבאי.

1. דעת הרוב (שגם בג"צ תומך בה) הוא כאשר יש לכוח הצבאי יכולת להקים משטר צבאי. כלומר, לא נדרשת הקמה בפועל של משטר צבאי, אלא נדרש שלצבא יש את היכולת, הפוטנציאל, להקים משטר צבאי בשטח. ברגע שישנו פוטנציאל לעשות כן, מספיקה השליטה בשטח כך שאם הוא ירצה יוכל להקים משטר בשטח, ולכן יחולו דיני הכיבוש – וזה מה שיחייב אותו להקים את אותו המשטר הצבאי, משום שבלעדיו הוא לא באמת יוכל לממש את החובות שדיני הכיבוש מטילים עליו.

* החיסרון בגישה היא שהשאלה מתי לכוח צבאי יש פוטנציאל ויכולת להקים משטר צבאי יוצרת מבחן עמום שיהיו עליו ויכוחים. הרבה פעמים יהיו חילוקי דעות עובדתיים, ואנו נשארים עם מבחן עמום. אך יחד עם זאת, זו העמדה הרווחת כיום היא מבחן יכולת ההקמה ולא הקמה בפועל.

1. **האם שליטה יכולה להיות הדרגתית?** שאלה זו חלה בסיטואציה של תחילת הכיבוש וסוף הכיבוש, כמה נסיגה של הצבא ביחס לשטח אנו צריכים בכדי להגיד האם הפסיק הכיבוש? האם זה מ0 ל100? פתאום בשלב מסוים נחליט שזהו כבר לא כיבוש? או שישנו ספקטרום.
2. העמדה המוסרית אומרת שדיני הכיבוש חלים באופן דיכוטומי (כן/לא).
3. עמדה שנמצאת בעלייה וזוכה ליותר ויותר תמיכה – דיני הכיבוש חלים באופן מדורג, עמדת ספקטרום. זאת אומרת, גם אם נגיד שזה לא מאה אחוז מדיני הכיבוש, עדיין ישנה תחולה חלקית ומשמעותית של דיני הכיבוש.
4. עמדת ביניים, כאשר ביהמ"ש העליון נדרש לסוגיה זו הוא בחר בעמדת ביניים, "ללכת בלי ולהרגיש עם". כלומר, האו קבע שלא מדובר בכיבוש, משום שהוא נגמר. אך יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שנותרו יחסים מאוד משמעותיים בין ישראל (שהיא הכוח הכובש) לבין האוכלוסייה בשטח, ויש עדיין אלמנטים משמעותיים של תלות.

* העליון יצר פשרה יפה, מבחינה משפטית זו לא קונסטרוקציה אלגנטית, אך היא חכמה מבחינה טקטית. יש יתרונות בכך שישראל מציגה את עזה כשטח שאינו כבוש, וקבלת המחויבויות האלו יכולה להקטין את הלחץ הבינלאומי שמוטל על ישראל. לכן, ישנו הגיון משפטי ולא רק מדיניותי לעמדת העליון.

1. **האם תיתכן שליטה בלי כוח צבאי?**
2. העמדה המסורתית אומרת שיש צורך ב"Boosts on the ground". העמדה הקלאסית אומרת שלא, אם אין ממש צבא בשטח, זהו לא כיבוש.
3. עמדת הביניים (תובעת הICC אחרי מלחמת העולם השנייה) אומרת שיש שליטה גם כאשר ניתן להשתלט על שטח בזמן קצר. כלומר, כאשר ניתן להקפיץ את הצבא למקום בקלות רבה יש שליטה. זה חשוב משום שמישהו יהיה אחראי על אותה האוכלוסייה, לא ניתן להשאיר אותה תלושה, ולאפשר לצבא הזה להתחמק מאחריותו (כמו הדוגמא של יוון וגרמניה במלחמת העולם השנייה).
4. עמדת מכלול הנסיבות, זוהי עמדה אשר זוכה ליותר ויותר תמיכה. והיא עמדת מכלול הנסיבות. צריך להסתכל על מכלול הנסיבות של הקשר בין הכוח הצבאי לבין השטח, אם ישנם הרבה אלמנטים של שליטה, נגיע בסופו של דבר למסקנה שמדובר בכיבוש. (זו העמדה שנטענת כיום על ידי מרבית האנשים שטוענים שעזה עדיין כבושה)

* ניתן לשלוט בשטח גם בדרכים שאינן כוללות נוכחות צבאית
* לפי המרצה, הבעיה בגישה הזו, היא שהיא הופכת כל סיטואציה של מצור צבאי למצב של כיבוש. (מצור צבאי הוא כאשר מקיפים שטח ושולטים בכניסה והיציאה של אנשים וסחורות ממנו, בכדי לגרום לגורמים הלוחמים באותו השטח להיכנע, ויש דיני לחימה שעוסקים רק במצור). להשקפתו של זיו, שהיא יותר דעת מיעוט, גישה זו לא הגיונית, כי היא הופכת כל מצור לכיבוש, וכל אחד מהם הוא שונה.

1. **האם שליטה יכולה להיות באמצעות פרוקסי?**
2. עמדת הICJ – כן, אם המדינה שולטת שליטה אפקטיבית בכוח של הפרוקסי.
3. עמדת הICTY – כן, אם המדינה שולטת שליטה כוללת בפעולות הפרוקסי.

(למבחן- יכול להיות קשור לדיני אחריות מדינה)

**מעמד איו״ש- עמודת ישראל**

עמדת ישראל היא שיהודה ושומרון הינם שטחים כבושים לפי תקנות האג, אבל לא מהווים שטחים כבושים לפי אמנות ז'נבה. כלומר, דיני הכיבוש שבאמנות האג חלים, דיני הכיבוש שבאמת ז'נבה לא חלים.

המוטיבציה לעמדה זו נעוצה בשני סעיפים באמנות ז'נבה אשר ישראל מעוניינת שיבוטלו:

1. סעיף 49 לאמנת ז'נבה אוסר על כוח כובש לבצע העברה המונית של אוכלוסייה לתוך שטח כבוש. ישראל טוענת שסעיף זה חל רק על העברה בכפייה, אך העמדה הרווחת בעולם היא שזה חל גם על העברה וולונטרית. ישראל לא רוצה שסעיף זה יחול על העברה וולונטרית משום שאם כך ייקבע שההתנחלויות הן לא חוקיות, ואילו אם הוא לא חל זה לא יפריע להקמת ההתנחלויות.
2. סעיף 47 קובע (באריכות) שלא ניתן לספח שטח שנכבש באופן שפוגע באוכלוסייה המקומית. לפי המרצה, סעיף זה מנוסח באופן גרוע מאוד לפיו, היה והמדינה תספח את השטח הכובש, אסור שהדבר יפגע בכל דרך בזכויות של האוכלוסייה בשטח הכבוש מתוקף דיני הכיבוש. זהו ניסוח מקשה מאוד להגיד שלא ניתן לספח שטח כבוש.

- מדינת ישראל לא רצתה לעולם לספח את כל השטח, אלא לייצר קונסטרוקציה שתאפשר לה לספח רק חלקים מהשטח הרי לאור ס׳ 47 היא צריכה או להעניק לכל הערבים אזרחות או שהיא הופחת לאפרטהייד.

נבחן מהו הבסיס המשפטי שמבחין בין תחולת תקנות האג לאמנות ז'נבה באיו"ש?

הסיבה הראשונה לכך נמצאת בסעיף 2 המשותף של אמנות ז'נבה.

לסעיף זה יש שני חלקים, החלק הראשון קובע שהאמנה תחול בסיטואציות של מלחמה בין המדינות החתומות על האמנה, והחלק השני קובע שהאמנה תחול גם בכיבוש של שטח של מדינה החברה באמנה, ואפילו אם השטח הזה נכבש לא בדרך של מאבק אלים. כלומר, סעיף זה מגדיר שטח כבוש ככזה שנכבש מידי אחת מן המדינות החברות באמנה. כאשר ירדן הכריזה ריבונות על השטחים אף אחד לא הכיר בכך, כי זהו שטח מארץ ישראל המנדטורית. בנוסף, היא התנערה מהכרזת הריבונות הזו בשנת 1988 ולכן זה לא שטח של ירדן, וסעיף 2 לא רלוואנטי אז אמנת ז׳נבה לא חל.

אז למה חלות תקנות האג?

בתקנות האג (ס׳42) אין התייחסות לזהות הגורם שממנות נכבש השטח. צריך רק שהכוח הכובש יהיה ״צבא עוין״ (ייתכן שניתן היה להיעזר בכותרת הסעיף שהיא’military authority over the territory of the hostile state”. (בפעול הסתמכות על הכותרת בעייתית, משום שיש כלל פרשני שמעניקה לה משקל קטן בפרשנות האמנה). יתר על כן, יש הסכמה כללית שתקנות האג המוות דין מנהגי (לאחר מלחמת העולם השנייה חיילים נאצים נשפטו בגין הפרת תקנות האג, ולכן האמנה מקובלת כמנהג עוד לפני 1967). תקנות האג חלות על כל שטח שאינו שטח של המדינה שמחזיקה בו.

**מעמד איו״ש- העמדה המקובלת והרווחת בעולם**

לפי העמדה הרווחת אמנה ז׳נבה חלה באיו״ש, מכמה סיבות:

1. פרשנות אמנת ז׳נבה, תכלית הפסקה השנייה היא רק להרחיב את תחולת המאנה למקרים בהם בוצע כיבוש ללא קרב. מטרת סעיף 2 כולו היא לספק הגנה לאוכלוסייה של שטח כבוש, וכך יש לפרשה. (ניתן לראות את הטיעון הזה בפסיקת הICJ בחוות הדעת שנתן בנוגע לגדר ההפרדה.
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. ומהרגע שהן מנהגיות, הן חלות על כל המדינות מלבד על מתנגד עקבי.נניח והיה מקום לטענת ישראל בשנת 1967 (18 שנים לאחר שנוסחה האמנה) שאמנת ז'נבה הרביעית היא לא מנהגית, ואילו אמנות ז'נבה 1-3 הן כן מנהגיות משום שהן רק החליפו גרסאות קודמות, ולא כל המדינות היו חתומות עליה, ניתן להבין כיצד לבסס טיעון שמדובר בדין שהוא לא מנהגי. אבל היום, אנו 70 שנה לאחר היווצרותה של אמנת ז'נבה הרביעית, וכל המדינות המוכרות בעולם חתומות על האמנה, והבסיס של הניסיון לטעון שהיא לא מנהגית הוא מאוד חלש, ומדינת ישראל לא תוכל לטעון שהיא מתנגדת עקבית, כי היא הסכימה לדין הזה כאשר הוא עוד היה דין הסכמי.

* עמדת ישראל נסמכת גם על הסכמי הפסקת האש, כתב המנדט, והנוסח האנגלי של החלטה 242 (כפי שהוסבר בדיון בשאלה האם הפלסטינים הם מדינה טענות אלה הן בעייתיות, ונחלשות עם הזמן). (חשוב לעבור על השיעורים של אחריות המדינה ומעמד הרשות הפלסטינאית)

שיעור מס׳ 20

**מבוא למשפט פלילי בינלאומי- סיכום של זיו בורר**

"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")}.

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

**(1)** 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. **(2)** כל הקטגוריות הללו (שלוש באופן מפורש ו-"רצח עם" באופן משתמע) נכללו בחוקת לונדון של בית הדין בנירנברג. אם כי, חושב לציין, שבכל אחת מהקטגוריות, נוספו עם השנים איסורים ולפעמים גם הוסרו איסורים. (הכוונה בכך ש -"רצח עם" נכללו במשתמע היא שהמעשים שנחשבים כיום "רצח עם" נכללו אז בהגדרה של "פשעים נגד האנושות", ולאחר מכן, ב-1948 הוחלט לייחד למעשים הללו קטגוריה חדשה נפרדת: "רצח עם"). **(3)** 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 שלך). אז איך לפי הסיפור המקובל הגענו להחלה של המשפט הפלילי הבינלאומי על פשעים מהסוג שבו הוא עוסק כיום פשעים שבעיקר מבוצעים על ידי נציגים של מדינות (כגון חיילים)?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**החסרונות בפועל**:

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

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

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

**סמכות אוניברסאלית**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

מה הכללים שחלים לגביו:

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

**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 בינלאומיים שאינם כלולים בה.

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

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

**המאפיינים:**

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

**השמדת עם**

ישנם 2 רכיבים:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

לפי זיו בורר הנרטיב המקובל ביחס להיסטוריה של המשב״ל הפלילי הוא שגוי, ההסבר שהוא שלח במייל: כזכור, בהפשטה, לפי הנרטיב המקובל, עד למלחמת העולם השנייה, מלבד פשע שוד הים ופשע הסחר בעבדים, לא היו קיימים פשעים בינלאומיים (משמע, בגין הפרה של דין בינלאומי הוטלה אחריות רק על מדינות ולא על פרטים). כך, למשל, כאשר בוצעה הפרה של דיני הלחימה של המשב"ל הוטלה בגין כך אחריות על המדינה של החייל אשר הפר את דין הלחימה ולא על החייל עצמו. רק לאחר מלחמת העולם השנייה, לפי הנרטיב המקובל, נקבע שהפרה של דיני הלחימה יכולה להטיל אחריות לא רק על המדינה של החייל המפר, אלא גם על החייל המפר עצמו (משמע, נקב שהפרות שכאלו לחשוב לפשעי מלחמה (שזה סוג של פשע בינלאומי)). כמו כן, נקבע שמעשים מסוימים שעד אז נאסרו על-ידי המשב"ל רק בזמן לחימה (משמע, שעד אז נאסרו רק לפי דיני הלחימה), יהיו אסורים גם בעת שלום, ואף כאשר גורמי שלטון של מדינה מבצעים אותם כנגד אזרחים של אותה מדינה, וזאת כאשר מדובר בביצוע מאסיבי של איסורים אלו; יתירה מכך, נקבע שהביצוע של המעשים האסורים הללו יטיל אחריות לא רק על המדינה אלא גם על אנשים שביצעו בפועל את המעשים, וכך נולדו, לצד פשעי המלחמה, גם פשעים נגד האנושות ורצח עם כקטגוריות נוספות של פשעים בינלאומיים; כאשר, חשוב להדגיש, שמיד לאחר מלחמת העולם השניה, לא הייתה קטגוריה נפרדת למעשים שהיום מכונים "רצח עם", וגם המעשים הללו כונו "פשעים נגד האנושות". רק ב-1948 הפך המונח "רצח עם" למונח משפטי, כאשר בעצם לקחו את המעשים החמורים ביותר מבין המעשים שנחשבו לפשעים נגד האנושות, והפכו אותם לקטגוריה נפרדת של פשעים בינלאומיים גרעיניים.

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

שיעור מס׳ 21

**דיני זכויות אדם**

בניגוד לרוב כללי המשפט הבינלאומי, דיני זכויות האדם עוסקים במה שקורה בתוך המדינה, ולא ביחסים בין מדינות. כלומר, זהו מקרה בו הדין של המשב"ל פונה למדינה ומטיל עליה חובות בהתנהלות הפנימית שלה כלפי האזרחים והתושבים של המדינה עצמה.

התפתחות דיני זכויות אדם

מבחינה היסטורית כללים אלה התפתחו לאחר מלחמת העולם השנייה, בהשראת העובדה שכבר קודם לכן התפתחו מס' תחומים בודדים במשב"ל, שתכלית מרכזית של הדינים באותו התחום היא הגנה על הזכויות של בני האדם, והכוונה היא בעיקר לדיני הלחימה ולמשטר ההגנות על זכויות מיעוטים (לפי הנרטיב המקובל דינים אלא התפתחו לאחר מלחמת העולם השנייה אך זה לא נכון). - במאמרם של שני ונפתלי מאזכרים את שני הדברים הללו, ובמאמרה של דפנה היא מוסיפה את ההגנה הדיפלומטית.

(מלחמת העולם השנייה ערערה את התפיסה לפיה כל מדינה דואגת לאזרחיה. בהסכם לונדון, מוקם בית דין בינלאומי שבו לפי הנרטיב המקובל, לראשונה נקבע שרדיפה של אזרחים מהווה פשע בינלאומי (פשע נגד האנושות). לפי הנרטיב המקובל זה הפך להיות מחייב באירוע נירנברג לאחר מלחמת העולם השנייה. אך זה לא כך, אלא לכל המאוחר בשלהי המאה ה19, אז הייתה תמיכה בעמדה שהתעללות באזרחים, כאשר נעשית באופן רחב היקף על ידי גורמי שלטון ואפילו מה שמוגדר כרצח עם (פגיעה באזרחים על מנת לחסל קבוצה אתנית או תרבותית) מכונה פשע בינלאומי, פשעים כנגד האנושות. עד מלחמת העולם השנייה רצח עם היה תת קטגוריה תחת פשע נגד האנושות, ובשנת 1948 הפרידו בין הקטגוריות. במלחמת הבוקסריםכל המדינות המובילות השותפות במלחמת העולם השנייה משני הצדדים (גרמנים, איטלקים ויפניים) חתומים על המסמך שאומר שזו הפרה של המשב"ל שקוראים לה מפורשות פשע נגד האנושות, ויתרה מכך המדינות האלו העמידו לדין את הבוקסרים. וזו הפרה של המשב"ל, וקוראים לך מפורשות פשעים נגד האנושות, ויתרה מכך המדינות האלו העמידו לדין בוקסרים.)

לפי הנרטיב המקובל הרעיון של פשעים כנגד האנושות הומצא לאחר מלחמת העולם השנייה, והראיה היא שהשופטים בנירנברג כאשר התעסקו בזה הבינו שמדובר בחידוש ולכן הם יכולים לדון רק בפשעים נגד האנושות, פגיעה בזכויות אדם מסיבית, הקשורה למלחמה. הם בעצם מנעו מעצמם לדון כמעט בכל מה שקרה לפני 39.

קידום זכויות אדם באו״ם

בשנת 1945 הוקם האו״ם ובאמנה שלו ניתן לראות בפעם הראשונה את תהליך התפתחות דיני זכויות האדם, יש בו מס' סעיפים די בודדים שמאזכרים ברמה די כללית את עניין זכויות האדם.

**סעיף 1(2)** אחת ממטרות האו"ם היא לפעול באופן המכיר בזכות להגדרה עצמית.

**סעיף 1(3)**  אחת ממטרות האו"ם היא להשיג שת"פ בין מדינות לשם קידום ועידוד כבוד לזכויות וחירויות אדם יסודיות ללא אפליה.

**סעיפים 55 ו56** על מדינות העולם לסייע לארגון לקדם שמירה על זכויות האדם וחירויות יסודיות ללא אפליה.

מעורבות האו"ם בתוך המדינה מעלה מתח בין שני עקרונות: מצד אחד לפי ההשקפה הקלאסית של המשב"ל אין להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה. כאמור, גישה זו מפחדת, נמנעת, או חושבת שלא ראוי להתערב בענייניה הפנימיים של המדינה. מצד שני יש רצון וצורך לשמור על זכויות אדם בסיסיות.

בפועל, האו"ם דומיננטי מאוד בתחום זכויות האדם, ופועל במסגרת ארגוני משנה כגון UNISEF, UNESCO, ILO, ועוד שלל גופים שונים שתפקידם העיקרי הוא לפעול בתחום זכויות האדם.

נציבות זכויות האדם של האו״ם (Human Rights Commission) ומועצת זכויות האדם של האו״ם (Human Rights Council)

נציבות זכויות האדם של האו"ם הוקם בשנת 1946 ובמקור היו חברים בו דיפלומטיים מובילים שהיו גם אנשי אידיאולוגיה, והוא הגוף שאחראי לתהליך שהביא לניסוח ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם. אולם, מאחר וחברי הנציבות הינם נציגים פוליטיים של מדינות, ומה שקרה לאורך השנים הוא תהליך שבו הגוף הפך להיות נשלט על ידי אינטרסים ואוריינטציות פוליטיות מסוימות, ועם הזמן חלק נכבד מהמושבים שלו נתפס על ידי מדינות שהרקע שלהם בזכויות אדם הוא לא באמת מוצלח, ואם מסתכלים בנקודה הצרה של היחס לישראל הגוף פיתח הטיה לרעת ישראל, והראיה לכך היא שהיו שנים ש50% מההחלטות שלו היו כנגד ישראל, והפרופורציה ליחס שניתן למדינות אחרות מעידה על הטיה ברורה. בשנת 2006 עשו רפורמה, שכחלק ממנה ביטלו את נציבות זכויות האדם של האו"ם, והקימו במקומה את מועצת זכויות האדם של האו"ם, שקיימת משנת 2006 ועד היום. בתקווה שגוף זה יהיה פחות מוטה פוליטית ויותר מאוזן, אך כלל הנראה התקווה הזו התבדתה. גופים אלו ממנים את ועדות החקירה שפועלות לאחר כל סכסוך עם עזה. וועדות החקירה האלו הן לא הנציבות או המועצה עצמה, אלא מומחים למשב"ל שמרכיבים ועדת חקירה. היו וועדות שהיו יותר מוטות, וכאלו שפחות למשל, את וועדת מגאוון ככל הנראה לא ניתן להגדיר כמוטה, אך וועדת שבס היא דוגמא קלאסית לוועדה מוטיב.

הנציב העליון לזכויות אדם של האו״ם (High Commissioner on Human Rights) ומשרדו

בשנת 1993 הוקם הנציב העליון לזכויות אדם של האו״ם. הוא עומד בראש גוף (שתפקידו אחר מהנציבות או מהמועצה), שתפקידו לתאם בין הגורמים השונים של האו"ם אשר עוסקים בזכויות אדם. מי שממונה בד"כ להיות נציב הוא דיפלומט בכיר ומקובל בעולם, ולכן זו בד"כ נציבות שהיא יחסית גורם מאוזן. יש פה פחות בעיית הטיה, לא תמיד, זה תלוי בנציב הספציפי שנבחר.

הוועדה לזכויות אדם (Human Rights Committee) ICCPR

הוועדה לזכויות אדם נוצרה מכוח אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (הICCPR) משנת 1966. הICCPR הוא הפרשן המוסמך של אותה האמנה והוא מורכב משפטני משב"ל מכל העולם, לכן הוא הרבה פחות מוטה פוליטית. זה לא אומר שתמיד נסכים איתו, אך אין זה אומר שהוא מוטה. (הראיה החזקה ביותר לכך שלגוף זה אין הטיה מובנית כנגד ישראל היא שבראש הגוף הזה, עומד ישראלי).

**ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם**

בשנת 1948 מתקבלת באו״ם ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם, שכוללת בתוכה מספר זכויות אדם משמעותיות (כמו משפט הוגן וחופש הביטוי) וגם עקרונות חשובים (כמו האוניברסליות של זכויות אדם). ההכרזה נתנה ליגיטימציה לעסוק בזכויות אדם, קידמה את השיח בנושא וגם הולידה אמנות נוספות בתחום זה. להכרזה אין מעמד משפטי מחייב אך רבים סוברים שהוא הפך עם השנים לדין מנהגי. מכמה סיבות: (א) הערכים בהכרזה אומצו באמנות בינ״ל. (ב) היא התקבלה בהסכמה נרחבת. (ג) החלטות מאוחרות של האו״ם אזכרו את ההכרזה. (ד) 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 למנהגים האמור בהכרזה אינו מחייב, וכנראה שלכן היא התקבלה ללא מתנגדים (אבל היו כמה מדינות שנמנעו). זיו מחזיק בעמדה השמרנית הוא משוכנע שהרוב הגדול של ההכרזה משקף דין מנהגי, אך יש לבדוק כל סעיף.

לאחר ההכרזה, נעשים ניסיונות ליצור אמנה מחייבת. אבל, בפועל רק אחרי שנים רבות (התפרסות המלחמה הקרה, והפערים האידאולוגיים בין הליברלים לקומוניסטים) התקבלו שתי האמנות המרכזיות (ב1966 נפתחו האמנות לחתימה והן נכנסו לתוקף ב1976)

1. אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1976)- ״זכויות דור ראשון״.
2. אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1976)- ״זכויות דור שני״.

כל אחד מהגושים השיג הישגים בכל אמנה. לכן, כל גוש חותם גם על האמנה השנייה ולא רק על זו הרלוונטית לו. חשוב לזכות שהפרישה מאמנות אלה לא הותרה ע״י מועצת זכויות האדם (כשצפון קוריה ביקשה לפרוש.)

לאורך השנים גובשו אמנות נוספות, המרכזיות בינן הן: אמנת הג'נוסייד (1948), מניעת אפליה גזעית (1965) אמנת זכויות הילד (1989), מעמד הפליטים (1951), מניעת אפליה נגד נשים (1979), מהגרי עבודה (1990), חסרי אזרחות (1954), מניעת עינויים (1984), בעלי מוגבלויות (2006), הגנה מפני היעלמויות כפויות (2006) ויש את האמנות האזוריות בדבר זכויות אדם.

מאפיינים באמנות זכויות האדם:

כאשר מדובר בזכויות האדם, אין למדינות אינטרס לוודא שהדין נאכף במדינות אחרות. יש פוטנציאל לכשל אכיפתי בהקשר של דיני זכויות האדם של המשב"ל. לכן, התפתחו מעין מנגנונים ונורמות מסוימות שמטרתן לצמצמם את הפוטנציאל לכשל האכפתי הזה. מנגנונים אלו לא מצליחים במאה אחוז, אך כן מצליחים לצמצם את הבעיה. המנגנונים:

1. **באמנות רבות מוקם גוף עצמאי (או וועדה) שמטרתו לקדם את יישום האמנה במס' דרכים:**
2. הוועדות מקבלות דוחות תקופתיים מהמדינות (ודוחות צללים) שבהם דיווח על מצב זכויות האדם במדינה, ומפרסמות את הערותיהן לדיווח של המדינה. במרבית האמנות האלה יש מנגנון דיווח. מדינה החברה באמנה צריכה פעם בתקופה (לרוב, פעם ב5 שנים) להתייצב בפני הוועדה ולהגיש דוח על מצב יישום זכויות האדם המנויות באמנה באותה המדינה. אלו דוחות מהללים, ולכן "עוכרי המדינה" דואגים להציג דוח צללים שמציג תמונה אחרת והוועדה מתחילה לחקור את השוני. לכן, למרות שזהו מנגנון חלש, כן יש פה השפעה המשפרת את מצב זכויות האדם בעולם.
3. כל וועדה מהווה הפרשן המוסמך של האמנה שהקימה אותה, ובהתאם כל וועדה מפרסמת הערות פרשניות על נוסח האמנה, שבעזרתן ניתן להבהיר מושגים שונים באמנה ולתחום את היקפה. מכל הערה פרשנית מפתחים ומרחיבים את הנורמות ומגדילים את החובות שחלות על המדינה. בנוסף, הן גם מגיבות לסיטואציות שקורות בשטח.
4. חלק מהאמנות כוללות מנגנון המאפשר למדינות אחרות להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בגין הפרת זכויות אדם לפי האמנה של שני ובן נפתלי במאמרם אומרים על המנגנון הזה שני דברים: (א) מעולם לא נעשה שימוש במנגנון זה. (ב) במקרה יחיד, בנוגע לאמנה בדבר איסור ההפליה הגזעית ישראל נאלצה להסכים להיות חברה במנגנון זה. מאמרם נכתב בשנת 2006 ומאז ישנו חידוש, כיום היו תלונות אפילו בדבר האמנה לאיסור ההפליה הגזעית. בנוסף, הפלסטינאים (שמרבית הקהילה הבינלאומית רואה בהם מדינה) התלוננו כנגד ישראל בטענה שהיא מקיימת משטר אפרטהייד בשטחים. כתגובה, ישראל טענה שהפלסטינאים לא מהווים מדינה, טענתם נדחתה ומאז ישראל לא משתפת פעולה עם ההליך. זיו טוען שהוא לא חושב שהמצב בשטחים הוא אפרטהייד אך כאשר יגמר ההליך הזה בעוד כמה שנים, להערכתו ישנו סיכוי כמעט וודאי שיקבע שישראל כן מקיימת אפרטהייד בשטחים, ויהיו לכך השלכות ונזקים למדינת ישראל כאשר זה יקרה.

* דיון צד: ישראל שולטת בשטחים. לגבי אוכלוסייה אחת שישראל שולטת עליה שזה כל אזרחי מדינת ישראל בקו הירוק והמתנחלים יש זכות הצבעה לכנסת, ויש אוכלוסייה אחרת שזה הפלסטינאים באיוש שאין להם את הזכויות האלו, הם לא יכולים להצביע בכנסה. זה בסדר בהנחה שמה שיש בשטחים זה כיבוש, כי דיני הכיבוש מאפשרים לשלטון הצבאי להחזיק תחת משטר צבאי, שבהגדרתו הוא לא דמוקרטי, את האוכלוסייה בשטח הכבוש. אבל, בכדי שזה ייחשב כיבוש, כיבוש בהגדרתו חייב להיות זמני. ולכן, אם מדינת ישראל מתנהגת כאילו היא מתכננת להשאיר את המצב הזה קבוע, ומשתמשת בדיני הכיבוש כתירוץ לייצר מערכת שבה יש שתי מעמדות, מעמד שיכול להצביע לכנסת ומקבל זכויות מלאותו מעמד אחר שלא, הרי זה אפרטהייד בהגדרה. זיו לא חושב שזה אפרטהייד כי מדינת ישראל מתנהגת כאילו זה מצב זמני, לכן לדעתו זה כיבוש. אך גורמים רציניים במדינת ישראל עשו הרבה מאוד רעשים לכיוון עמדה שאומרת שהיא רוצה להשאיר את המצב הזה לנצח. ואם זה המצב וחלוף הזמן (50 שנה אחרי), אז הבסיס לטענה שלא מדובר באפרטהייד כי זה כיבוש, הולך ונשחק.

1. חלק מהאמנות כוללות מנגנון המאפשר לפרטים להגיש לוועדה מכוח האמנה תלונות כנגד מדינות אחרות בגין הפרת זכויות האדם לפי האמנה. ככלל, מנגנון שכזה קבוע בפרוטוקול אופציונלי, כך שרק כנגד מדינה שחתמה על המנגנון האופציונלי שמעניק לוועדה לסמכות להפוך למעין בית דין בינלאומי לזכויות אדם, אז פרטים יכולים להגיש לוועדה תלונות.
2. **ישנן הגבלות על הסתייגויות מאמנות שעוסקות בזכויות האדם עסקה בכך הוועדה לזכויות האדם עסקה בכך בנוגע לICCPR, וקבעה:**
3. הסתייגויות לא יכולות להסתייג מנורמה מנהגית וקוגנטית, וכפי שכבר ראינו רוב זכויות האדם הן מנהגיות, וכפי שעוד נדון חלקן אף JC. חלק נכבד מזכויות האדם הקבועות באמנות כיום נחשבות מנהגיות, או לפחות הגרעין שלהם. כלומר, מחלק נכבד מהנורמות שבאמנות, מדינות כבר לא יכולות להסתייג.
4. כזכור, הסתייגות לא יכולה לפגוע בתכלית או בייעוד האמנה, והוועדה לזכויות האדם פירשה את המשמעות של הדבר באופן רחב מאוד וקבעה מלא הגבלות על האפשרות להסתייג. נראה את מה שנכתב ע"י שני ובן נפתלי– "הוועדה לזכויות האדם הממונה על אכיפת האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות ציינה בהערה פרשנית שפורסמה בשנת 94 מס' דוגמאות לסוגי הסתייגויות העלולות להיות בלתי חוקיות – הסתייגויות הגורעות מנורמות משפטיות מנהגיות או קוגנטיות, הסתייגויות המנוגדות לעקרונות מסגרת המצויים בבסיס המשטר שהאמנה יוצאת (כגון, עקרון ההגדרה העצמית, עקרון השוויון, הצורך ביישום האמנה בדין הפנימי והמגבלות על זכות החריגה), הסתייגויות המגבילות את יכולת הפיקוח של מנגנוני האכיפה על המדינה המסתייגת והסתייגויות גורפות המכפיפות למעשה את האמנה לדין הפנימי".
5. (1) לדעת הוועדה, בהקשר של הICCPR הוועדה היא הגורם המוסמך להכריע האם הסתייגות מסוימת חוקית, כאשר אם ההסתייגות לא חוקית האמנה חלה על מדינה ללא ההסתייגות (לכאורה, לפי דיני האמנות הכלליים המדינה יכולה להחליט לפרוש מהאמנה, אבל בחו״ד אחרת קבעה הוועדה שICCPR היא אמנה שלא ניתן לפרוש ממנה). (2) עם זאת חשוב להזכיר שILC מחזיק בדעה אחרת לגבי ההשלכות של הסתייגות לא חוקית (דעה שממנה נובעת גם עמדה לפיה למדינות החברות (ולא הוועדה) כקולקטיב תמיד יש את המילה האחרונה הן בנוגע להכרעה שהסתייגות היא חוקית, והן בנוגע למתן אפשרות למדינה לפרוש).

הערת צד לגבי המסמך שהגישה ישראל בנוגע לסעיף 9 לICCPR, כאשר ישראל חתמה על האמנה בדבר זכויות פוליטיות, היא הגישה מסמך אחד שמשלב אלמנטים של הסתייגות, הערה פרשנית והחרגה בעקבות מצב חירום. (זה יכול להיות בסיס נהדר לשאלה במבחן לקרוא את הסעיפים ולזהות מה ישראל עושה בכל אחד מהם.)

1. כל זכויות האדם הן נורמות Erga Omnes, ומשמעות הדבר שהחובה לכבדן תקפה כלפי כל העולם (כל מדינה יכולה לטעון להפרת זכויות אדם במדינה אחרת).

לסיכום: לזכויות אדם משמעות רבה בזירה הבינלאומית, כך שבין היתר אי כיבוד זכויות האדם יכול להוביל לסנקציות ולחוסר שיתוף פעולה. כמו כן, יש להן השפעה על הדין הפנימי במדינה (לדוגמא, פס"ד גלאון).

**הסדרים באמנות זכויות אדם**

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות עוסקת בארבע קבוצות של זכויות: (א) שלמות הגוף- איסור על עינויים ועבודות. (ב) הליך הוגן, זכויות במעצר ותנאי כליאה הולמים. ג. חופש התנועה, זכות להקים משפחה, הגנה על קטינים. (ד) חירות הפרט- חופש ביטוי, חופש אמונה ומצפון, חירות פוליטית, חופש העיתונות, חופש התאגדות והזכות לבחור ולהיבחר.

עקרון ספציפי שמודגש באמנה בסעיף 26 הוא הצורך למנוע אפליה, בנוגע לכל הזכויות האלו, יש חובה ליישם את הדברים באופן לא מפלה, כאשר אסור להפלות לפי גזע, צבע, מין, שפה, דת, נטייה פוליטית, לאום, רקע חברתי או כל סטטוס אחר. מתוך הסיפא הוועדה קבעה שגם לא ניתן להפלות על סמך נטייה מינית למשל. יחד עם זאת, באמנה זו ניתנת הגנה חלשה יותר לזכות להגנה עצמית ולזכויות מיעוטים.

באמנה זו ניתנת הגנה חלשה יותר לזכות להגנה עצמית ולזכויות מיעוטים.

סעיף חשוב במיוחד באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות הוא סעיף 2, אשר כולל מס' עקרונות חשובים:

(א) על מדינות לכבד ולהבטיח את הזכויות באמנה, עקרון זה מקים לצד החובה הנגטיבית (של לא לפגוע), גם חובות פוזיטיביות. כגון, על המדינה להבטיח שאחרים לא יפגעו בזכויות אדם, ועל המדינה לחקור מקרים בהם הופרה הזכות לחיים. (ב) חל איסור על אפליה בשל מין, גזע, מוצא, רכוש ועוד, לרבות לפי העמדה המשפטית כיום, איסור על אפליה ועל בסיס נטייה מינית.(ג) על המדינות לאמץ חקיקה שתאפשר את כיבוד הזכויות באמנה. בהקשר הישראלי למשל, ישראל חתמה על האמנה בשנות ה60 אך אשררה אותה בשנות ה90, והיא עשתה זאת כחלק מהמהלך שהוביל לאימוץ חוקי היסוד. חוקי היסוד במידה מסוימת הן אלמנט ביישום האמנה לזכויות האדם. (ד) חובה על המדינות לתת סעד אפקטיבי למי שזכויותיו נפגעו.

**הגבלות על זכויות אדם**

כלומר, באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ישנם סעיפים שמאפשרים הגבלה של זכויות האדם או פגיעה בזכויות האדם במקרים מסוימים (פסקת ההגבלה מובנת). לדוגמה, ניתן לפגוע בחופש התנועה כאשר זה נדרש בכדי להגן על ביטחון לאומי, סדר ציבורי, בריאות הציבור, מוסר ציבורי או זכותם של אחרים. בחלק מהזכויות האישור להגביל או לפגוע בזכויות הוא משתמע. למשל, בנוגע לזכות לחיים ובנוגע לזכות לחירות האיסור הוא על פגיעה "שרירותית" בזכות. משמע, פגיעה לא שרירותית היא מותרת. כדי להכריע מהו שרירותי ומהו לא שרירותי מכניסים פנימה מעין מבחני פסקת הגבלה. יחד עם זאת, יש זכויות שלא ניתן לפגוע בהן או להגביל אותן, אלו זכויות אבסולוטיות, למשל האיסור על עינויים. לכן, פסיקת בג"צ לפיה לפעמים תעמוד הגנת הצורך לסוכני שב"כ אשר מענים אחרים, לא עומדת בדרישות האמנה.

**הגבלת זכויות בזמן מצב חירום (גריעה מהתחולה)**

הICCPR בסעיף 4 כולל הסדר של גריעה מתחולה בעת חירום (והסדרים דומים קיימים גם בהרבה אמנות אחרות לזכויות אדם). לפי הסדר הגריעה כפי שהוא קבוע בICCPR מדינות חברות באמנה רשאיות להשעות או לגרוע מתחולה בעת מצב חירום זכויות הקבועות באמנה, מלבד מס' זכויות המוגנות מכך, וזאת בכפוף לתנאים הבאים:

1. המדינה ניצבת בפני שעת חירום כללית שמאיימת על חיי האומה.
2. המדינה הכריזה על שעת חירום בהתאם להליכה החוקתיים.
3. המדינה הודיעה למזכ"ל האום 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 בינלאומיות אחרות של אותה המדינה – למשל, אסור להפר את דיני הלחימה.

הערה, יש זכויות שאין לפגוע בהן גם במצב חירום, כמו למשל האיסור על עינויים או הזכות לחיים. יחד עם זאת, אם הורגים לוחם של הצד השני בהתאם לדיני הלחימה, נקבע שזו לא הריגה שרירותית משום שהיא מותרת לפי דיני לחימה. אם הרג הוא פשע מלחמה, אז אוטומטית מפרים את הזכות לחיים. בנוגע לישראל, ישנו מצב חירום מאז הקמתה בשנת 1948. ישראל קבעה חוקים כלליים שחלים שנים, וישראל לא מדקדקת ומקפידה שהאמצעים שמבוצעים אכן נדרשים ומתאימים לשעת החירום

**תחולת דיני זכויות אדם על ישראל באיו״ש**

המדינה צריכה לדאוג לזכויות של האדם, ועלינו לראות מתי חלה על מדינה החובה לכבד את החובות שלה על פי האמנה. וביחס לאדם מסוים מתי עליה להעניק לו את הזכויות האלה ולדאוג למימושן. ישראל במקור התנגדה לתחולת דיני ז״א עליה באיו״ש על סמך שני טיעונים, שכל אחד מהם מציף סוגיה יותר כללית, והם: (1) לאמנת ז״א אין תחולה אקסטריטוריאלית. (2) דיני ז״א לא חלים שיש התנגשות עם דיני הלחימה.

עמדתה במקור של ישראל היא שמדובר בתנאים מצטברים, והחובות באמנה חלות על מדינה רק ביחס לאנשים שנמצאים גם שטח הריבוני של המדינה וגם תחת סמכות השיפוטית של המדינה. ישראל גם פרשה את המונח jurisdiction בפרשנות צרה כמתייחס רק למצב בו המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה חלים.

העמדה הרווחת כיום היא שמדובר בתנאים חליפיים. יש להעניק משמעות רחבה למונה jurisdiction כמתייחס לכל מצב בו לגורמי המדינה יש שליטה אפקטיבית על השטח הרלוונטי או על האדם הרלוונטי. לכן, יש כיום הסכמה יחסית רחבה שהחובות באמנות זכויות אדם חלות על מדינה גם לבטח (א9 ביחס לאנשים שנמצאים בשטח שאותה מהמדינה מחזיקה תחת כיבוש. (ב) ביחס לאנשים שגורמי המדינה מחזיקים (תפסו/ עצרו/ חטפו) אבל מנוח שליטה אפקטיבית הוא עמום ולכן בנוגע לשלל מצבים אחרים יש וויכוחים האם יש בהם מספיק שליטה כדי להטיל חובות על המדינה.

אבל מונח השליטה האפקטיבית הוא עמום, ולכן בנוגע לשלל מצבים אחרים יש וויכוחים האם יש בהם מספיק שליטה בכדי להטיל חובות על המדינה. למשל, כאשר סוכנים של המדינה בעולם עוצרים אדם ישנו וויכוח שלם בשאלה האם מידת השליטה מספקת כדי להגיד שהחובות חלות על האמנה. בהקשר של ישראל, בלחץ של בג"צ, המדינה מכירה בכך שלפחות בהקשר של שטחים שמוחזקים תחת שליטה אפקטיבית שלה, חלים עליה במידה מסוימת ובכפוף למגבלות דיני זכויות האדם.

דיני זכויות האדם אינן חלות שכהן מתנגשות עם דיני הלחימה

טענתה השנייה של מדינת ישראל היא שדיני זכויות האדם לא חלים משום שדיני הלחימה חלים בשל הכיבוש. זו הייתה העמדה הקלאסית, דיני זכויות האדם נועדו לחול במצבי שלום, ולכן ברגע שדיני הלחימה קיימים דיני זכויות האדם לא רלוונטיים. הקושי בדבר הוא עמדה לפיה דיני זכויות האדם חלים במלחמה, מטילה נטל כבד על הכוחות הלוחמים. משנות ה2000, עם התחזקות זכויות האדם, קודמו עמדות לפיהן דיני זכויות האדם בזמן מלחמה ממשיכים לחול במקביל לדיני הלחימה:

שלב א: חוות הדעת בעניין הנשק הגרעיני של הICJ ובית הדין האירופי לזכויות האדם בפסיקותיו בראשית שנות ה2000. נקבע שדיני זכויות האדם יחולו רק כאשר ישנה לקונה בדיני הלחימה, ויפורשו באופן שיתאים להקשר של לחימה.

שלב ב: דעת הICJ בעניין קונגו ובית הדין האירופי לזכויות האדם בפסיקותיו בעשור השני של שנות ה2000. בגדול, זו עמדה לפיה ככלל יש תחולה במקביל של דיני הלחימה וזכויות האדם, וככלל יש לפרש את דיני הלחימה לאור דיני זכויות האדם. לא תהיה תחולה לדיני זכויות האדם רק כשבבירור דין לחימה ספציפי קובע שונה מזה הקבוע בדיני זכויות האדם. זוהי פרשנות רחבה למתי קיימת לקונה בדיני הלחימה, הדורשת מילוי על ידי דיני זכויות האדם. גישה זו מחילה את דיני זכויות האדם ודיני הלחימה כמעט תמיד במקביל, ומפרשת באופן מאוד רחב מתי ישנן לקונות בדיני הלחימה, ומפרשת מאוד צר מתי ישנו דין ספציפי שמונע את החלת דיני זכויות האדם.( זו הייתה העמדה הרווחת עד לשלב ג', וזיו מחזיק בעמדה הקלאסית המופיעה בשלב א').

שלב ג: בית הדין האירופי לזכויות האדם בפסק דין שניתן בשנת 2021 בעניין גאורגיה ורוסיה, לוקח צעד אחד אחורה, וקובע שבשדה הקרב עצמו בזמן הלחימה ממש אין תחולה לדיני זכויות האדם. מחוץ לשדה הקרב הממשי, כנראה עדיין חלה הגישה שניתנה בשלב ב'. בית הדין בעצם סייג את גישת שלב ב' במידה מסוימת.

בשנים האחרונות ישראל מבינה שהיא לא יכולה להמשיך להחזיק בעמדה שכבר אין בה כמעט תמיכה, והיא בעצם מתעוררת מוקדם ומאמצת את העמדה שהייתה בשלב א, אבל עם פרשנות מאוד מצרה, שמניחה שכמעט אף פעם אין לקונה, ופה ושם דיני זכויות האדם עוזרים.