**משפט בינלאומי פומבי**

**תשפ"א | ד"ר סיוון שלמה אגון**

**אלינור מוסה-זדה**

[שיעור ראשון, 09/03/2021 – טיבו של המשפט הבינלאומי 2](#_Toc76744949)

[שיעור 2, 15/03/2021 – הולדתו והתפתחותו של המשב"ל 5](#_Toc76744950)

[שיעור 3, 05/04/2021 – מקורות המשב"ל חלק א': סעיף 38 לחוקת הICJ ואמנות 12](#_Toc76744951)

[שיעור 4, 06/04/2021 – מקורות המשב"ל חלק ב': אמנות ומנהגים בינ"ל 18](#_Toc76744952)

[שיעור 5, 12/04/2021 – מקורות המשב"ל חלק ג': מנהגים, עקרונות ומקורות משפט משניים 25](#_Toc76744953)

[שיעור 6, 19/04/2021 – היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי 32](#_Toc76744954)

[שיעור 7, 20/04/2021 – שיעור תרגול: היחס בין המשב"ל והמשפט הישראלי 39](#_Toc76744955)

[שיעור 8, 03/05/2021 – השחקנים המרכזיים במשב"ל: מעמד המדינה 45](#_Toc76744956)

[שיעור 9, 04/05/2021 – מעמד הרשות הפלסטינית 52](#_Toc76744957)

[שיעור 10, 11/05/2021 – אחריות מדינה במשב"ל 56](#_Toc76744958)

[שיעור 11, 24/05/2021 – ארגונים בינלאומיים 65](#_Toc76744959)

[שיעור 12, 25/05/2021 – פרק 7 למגילת האו"ם, עיקרון יישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינ"ל 74](#_Toc76744960)

[שיעור 13, 31/05/2021 – דיני שימוש בכח חלק א' 81](#_Toc76744961)

[שיעור 14, 01/06/2021 – דיני שימוש בכח חלק ב' 86](#_Toc76744962)

[שיעור 15, 07/06/2021 – דיני העימות המזוין חלק א' 92](#_Toc76744963)

[שיעור 16, 08/06/2021 – דיני העימות המזוין חלק ב': עקרונות ההבחנה, המידתיות וההומניות 99](#_Toc76744964)

[שיעור 17, 14/06/2021 – דיני התפיסה הלוחמתית / דיני הכיבוש 105](#_Toc76744965)

[שיעור 18, 21/06/2021 – הרצאת אורחת: זכויות אדם במשפט הבינלאומי 112](#_Toc76744966)

[שיעור 19, 22/06/2021 – משפט בינלאומי פלילי 117](#_Toc76744967)

[שיעור 20, 28/06/2021 – בית הדין הפלילי הבינ"ל 125](#_Toc76744968)

# שיעור ראשון, 09/03/2021 – טיבו של המשפט הבינלאומי

**מבנה הציון:**

* בחינה בחומר סגור שווה 85%.
* מטלות בגובה 15% – 5% הכתבה בפדלט ו10% עבודה על הרשות הפלסטינית כמדינה.
* נוכחות חובה, מצלמות פתוחות.

**מבנה הקורס:** נתחיל מטיבו של המשפט הבינלאומי, לאחר מכן נעשה סקירה היסטורית, המקורות המשפטיים שמרכיבים את המשפט הבינ"ל, השחקנים במשפט וכו'. את החלק השני של הקורס נקדיש לענפי המשפט הבינלאומי השונים.

**מה זה המשפט הבינלאומי?** המשפט הבינלאומי הוא לא משהו ערטילאי, הוא נוכח בחיים שלנו כפרטים ומדינה בעולם הגלובלי, ובישראל בפרט. בזירה הבינלאומית יש המון מאבקי כוח שמתורגמים לכלים משפטיים שניתן לעשות בהם שימוש. הדין הזה מכתיב לא מעט את החיים שלנו ויכול גם לעמוד בסתירה לו.

לדוג' בית הדין הבינלאומי הפלילי הוא בית דין שיש לו סמכות להעמיד מדינות לדין על פשעים בינלאומיים חמורים – רצח עם וכיו"ב. לאחרונה, לאחר בדיקה מקדמית שנמשכה 5 שנים, התובעת של בית הדין קבעה כי ניתן לפתוח בחקירה של פשעים בינלאומיים שמבוצעים בשטחים פלשתינים, ביניהם פשעים של ארגוני טרור פלשתינים. זו החלטה קשה עבור ישראל.

יש מקרים בודדים בהם צה"ל מבצע חקירה עצמית, ולכן ביה"ד צריך לפעול לפי עיקרון המשלימות- אם צה"ל חוקר את האירוע, ביה"ד צריך להדיר את רגליו.

**היקף הזירה ותחום הפעולה של המשפט הבינלאומי** – ראינו כמה דוגמאות בפדלט לגבי המשפט הבינלאומי. המשותף לכולן הוא רמת בולטות גבוהה – הסכם שלום / הסכם גרעין / בית דין לאומי וכו'. יחד עם זה ראינו טרמינולוגיה מוכרת – מדובר בהסכמים משפטיים, בתי דין וכו'. הספרה היא משפטית.

יש למשב"ל קווי דמיון למשפט המדינתי. המשב"ל לא עוסק רק בסוגיות הרות גורל, אלא הוא גם מסדיר יותר תחומים ממה שאנחנו בכלל מדמיינים. דוגמאות: הסדרת שירותי דואר; הגנה על זכויות יוצרים; חלוקת תדרי רדיו; הגנה על בע"ח בסכנת הכחדה; הכרה הדדים ברישיונות נהיגה; מאבק משותף במגפות; מאבק בעישון; מאבק בחסר בסמים – בעולם גלובלי שבו הסם גדל בדרום אמריקה ותוך כמה ימים יכול להיות בישראל, אנחנו צריכים משב"ל בשביל להתמודד איתו; מאמץ משותף למלחמה בהתחממות כדור הארץ ומשבר האקלים – מדינה לבדה לא יכולה להילחם בהתחממות הגלובלית, אך כשהדבר נעשה במאמץ משותף המלחמה אפקטיבית יותר1 צמצום זיהום האוויר והמים; סיוע בלכידת עבריינים נמלטים ע"י הסכמי הסדרה שנועדו להילחם בפשיעה חוצת גבולות; הסדרת פעולתם וזכויותיהם של משקיעים זרים במדינה ויישוב סכסוכים מסחריים בינלאומיים.

הדבר בא לידי ביטוי בשלל נורמות, הסכמים בינלאומיים, ארגונים בינ"ל שהמדינות יכולות לשתף בהן פעולה וכו'.

**הגדרה**: המשפט הבינלאומי הוא מערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבינ"ל (המורכבת ממדינות, ארגונים בינ"ל וגורמים נוספים) על מנת להגשים את ערכיה ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה.

בעידן הגלובליזציה, יש תלות הדדית גוברת בין המדינות השונות, והקהילות במדינות השונות. המשב"ל נעשה הרבה יותר חשוב.

כדי להילחם בתופעות לא רצויות – פשיעה, מגפות וכיו"ב – מדינה אחת בודדת לא יכולה להתמודד איתן באפקטיביות כמו אם היא תשתף פעולה עם מדינות נוספות. לכן קרנו של המשב"ל עולה ביתר שאת.

**האם המשב"ל הוא משפט?** האם יש לו מאפיינים של שיטה משפטית (כמו זו שאנחנו מכירים בתוך מדינה)?

התפתחות משפטית:

* **המשב"ל אינו שיטה משפטית, אלא מערכת מוסרית לכל היותר - הובס במאה ה17:** *"חוק העמים וחוק הטבע הינם אותו הדבר – בשני המקרים מדובר על מערכות אנרכיות המבוססת על מוסר ולא דין".*
* **המשב"ל אינו משפט כלל - אוסטין במאה ה19:** *"המשב"ל אינו משפט – אינו מבוסס על פקודה של ריבון. ענף של אתיקה, לא של משפט"*. לדעת אוסטין המשב"ל אינו משפט כי הוא לא מבוסס על פקודה של ריבון. במשפט המדינה יש ריבון, רשות מחוקקת שיש לה סמכות להכתיב את הכללים הראשוניים בכל שיטה. אוסטין אומר כי למשב"ל אין פרלמנט ולכן הוא אינו משפט משום שהוא נעדר מהמאפיינים המובהקים של שיטת משפט פנימית.
* **המשב"ל הוא משפט, אך לא מערכת משפט הארט ב1961:** מביע עמדה מעט מעודנת יותר – *"המשב"ל הינו משפט, אך אינו מערכת משפט – נעדר כלל הכרה ואין מספיק זיקה בין הנורמות שלו"*. לדעת הארט, למשב"ל אין כלל הכרה לדוג' בישראל כלל ההכרה מצביע על הכנסת וכי החוקים שיוצאים ממנה הם ציווי משפטי מחייב. במשב"ל אין לנו ריבון אחד שאם הוא נותן איזשהו ציווי משפטי, אנחנו יודעים שזה כלל משפטי מחייב. הארט מוכן להסכים שהמשב"ל הוא משפט, אבל לא LEGAL SYSTEM.
* **חשין בפס"ד מראעבה**- זהו אחד מ2 פסקי הדין המכוננים בנושא של חוקיות גדר הביטחון שבנתה ישראל בעיצומה של האינתיפאדה השנייה. חשין בפסה"ד אומר: *"המשב"ל כלל לא ראינוהו – אנו הסטודנטים – ראוי לתואר "משפט", וליחס דומה זכו המוסדות של הקהילה הבינ"ל ובהם בית הדין הבינ"ל. חלפו שנים, והמשב"ל הלאומי הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט"*.

לדעת חשין, זו לא שיטת משפט טבין ותקילין, כיוון שלא ניתן לאכוף אותה.

**על מה נסמכת העמדה השוללת את היות המשב"ל "משפט"?**

1. **אין מחוקק מרכזי-** יש קושי בזיהוי ויצירת כללים ונורמות משפטיות מחייבות. החקיקה הקיימת כללית ואינה נובעת מריבון חיצוני.
2. **אין רשות שופטת מרכזית** שיש לה סמכות שיפוט שבחובה, אכיפת נורמות וקבלת פרשנות מוסכמת של הדין. התוצאה של המצב הוא כאוס, הנצחת סכסוכים כין אין בית משפט.
3. **אין רשות מבצעת מרכזית** כמו במדינות (ממשלה, משטרה, הוצל"פ וכו') אין לנו גוף שיכול להוציא לפועל את המדיניות של המשב"ל ואין לנו סנקציות ברורות בגין הפרה של כללי המשב"ל. אם מדינה לא תציית לפס"ד בינ"ל אין שום רשות הוצל"פ שתבוא ותחייב את המדינה.

🡨 הטענה הכללית הזו מביאה למצב כאוטי. התפקידים המסורתיים של המשפט – הכוונת התנהגות, יישוב סכסוכים ויצירת מסגרת לקיום בצוותא ושת"פ לא מתקיימים כמו שצריך במשב"ל. מדינות, ובפרט מדינות חזקות, יכולות להתעלם מהמשב"ל. יש אף שטוענים כי היחסים בזירה הזו נשענים על כוח ולא על הדין.

עד כה ראינו למה לאורך לא מעט שנים נטען שהמשב"ל איננו משפט. **לדעת המרצה, למרות היעדר המוסדות והפגמים, הדבר אינו מבטל את היות המשב"ל משפט ומערכת משפטית של ממש.**

בשלב הראשון העבודה שאין מחוקק מרכזי, לא אומרת שאין חקיקה. יש במשב"ל חקיקה בדרך של גיבוש כללים מחייבים ע"י הסכמים בינ"ל שיוצרים נורמות מחייבות. על חלק מההסכמים ההלו חתומות כמעט כל המדינות (מגילת האו"ם, WTO). יש לנו עשרות הסכמים בעשרות נושאים.

בנוסף, יש נורמות מחייבות מכוח מנהג – לא נכנס לזה עכשיו. מנהגים מחייבים במשב"ל זה לדוגמא האיסור על עבדות, הוא לא נכרת בשום אמנה, אבל הוא כלל מחייב במשב"ל.

🡨 בשורה התחתונה, המשב"ל עשיר באין ספור נורמות, ובתחומים מסוימים אף יותר מהמשפט המדינתי (זכויות אדם, סביבה לדוג').

העובדה שאין רשות שופטת מרכזית לא אומרת שאין שיפוט. יש לנו מערכת של בתי משפט ומערכות בוררות בינ"ל שיש להם סמכות מחייבת. דוגמאות:

* ביה"ד של מדינות האיחוד האירופי מחייב את המדינות החברות באיחוד.
* בית הדין של ארגון הסחר העולמי WTO. בארגון יש מערכת בתי משפט מחייבת שחברות בו 164 מדינות והוא אחראי על רגולציה בתחום המסחר. בכל רגע נתון, כל מדינה יכולה לתבוע מדינה אחרת שחברה בארגון. זו מערכת בתי משפט מחייבת, עם פסקי דין מחייבים.
* יש לנו שלל הסכמים בינ"ל שאומרים שהיה ויתעורר סכסוך בין 2 מדינות, הסכסוך יידון במוסד מסוים. לדוג' בהסכם השלום בין ישראל למצרים נקבע סעיף שמסדיר מה ייעשה במצב בו יתגלע סכסוך בין המדינות ומי יהיה מוסמך לדון בהם.
* יש לנו בימ"ש ומוסדות בוררות בינ"ל. יש לנו עשרות בתי משפט ועשרות מנגנוני בוררת שיש להם סמכות מחייבת.

בשלב השלישי, למרות העובדה שאין רשות מבצעת מרכזית ורשויות אכיפה, אין לנו ממשלה עולמית. יש לנו כל מיני גופים אחרים שממלאים פונקציות כאלה, החשובה שבהן היא מועצת הביטחון של האו"ם. היא הרשות המבצעת של האו"ם והקהילה הבינ"ל.

האו"ם מורכב מ15 מדינות – 5 מדינות בו הן קבועות: ארה"ב, בריטניה, צרפת, רוסיה וסין. אלו 5 המעצמות הגדולות אחרי מלה"ע השנייה. העניין מעורר לא מעט ביקורות האם זה אכן משקף את הסדר העולמי של היום, מה לגבי מעצמות עולות כמו הודו או ברזיל.

למעוצה יש סמכויות ביצוע והפעלת כוח רבות מאוד. ובכלל זה הטלת סנקציות פוליטיות, כלכליות וצבאיות. הסנקציות שמופעלות לדוג' על אירן והביאו אותה למצב כלכלי מאוד קשה, הן סנקציות שמועצת הביטחון הטילה על אירן מתוך רצון להביא אותה לשולחן המו"מ ולחתום בזמנו על הסכם הגרעין. סנקציות כאלה הוטלו על צפון קוריאה ועירק. אירן הצטרפה לשולחן המו"מ רק לאחר שהסנקציות פגעו בה קשות.

בנוסף, יש לנו משטרים בינ"ל שיש להם סמכויות ספציפיות להטיל סנקציות. לדוג' לארגון הסחר הבינלאומי יש ערכאה ראשונה וערכאת ערעור. אם מדינה מפרה את הסכמי הסחר בינלאומיים, יש לה 15 חודשים לתקן את זה. אם לאחר 15 חודשים המדינה המפסידה לא מתקנת את דרכיה, המדינה המנצחת יכולה לפנות לבית הדין ולבקש להטיל סנקציות.

לדוג' בתיק שבו האיחוד האירופי ניצח בתביעה מול ארה"ב על משחקים לא הוגנים בתחום המסים. ארה"ב לא תיקנה את דרכיה והאיחוד האירופי קיבל סמכות להטיל סנקציות על ארה"ב בגובה 4 מיליארד דולר. בתגובה, ארה"ב התכנסה ושינתה את חקיקת המסים שהייתה עד אז בניגוד למשטר הסחר הבינ"ל.

🡸 אם כן, יש חקיקה, שיפוט ואכיפה או הוצל"פ. ההבדל בין שיטות המשפט הלאומיות והבינ"ל זה עניין שבמהות אלא בדרגה – הפעלת סמכויות באופן ביזורי / ריכוזי.

# שיעור 2, 15/03/2021 – הולדתו והתפתחותו של המשב"ל

שיעור שעבר עסקנו בשאלת היות של המשב"ל כשיטת משפט. ראינו שיש לנו מספר מאוד גדול של מוסדות שיפוט שמצוידות ביכולות אכיפה. על רקע הדברים האלה, התפיסה היום שמדובר בשיטת משפט. אך ההבדל בינה לבין המשפט המדינתי הוא שבמשב"ל הכל יותר מבוזר, יש לנו משטרים שונים – לסחר, לביטחון וכו'. זה שונה משיטת המשפט הפנימי, ויחד עם זאת יש לנו מאפיינים מאוד דומים למשפט המדינה.

המשב"ל הוא עדיין משפט לא מתקדם כי יכולות האכיפה שלו לא גבוהה. ולמרות שאין לנו אכיפה ממוסדת כמו בשיטה הפנימית, רמת הציות למשב"ל היא גבוהה מאוד. יותר מכך, גם כשמדינות ריבוניות כיום נחשדות בחוסר ציות, הן מרגישות איזה צורך להראות שהן בכל זאת עומדות בכללי המשב"ל.

ישראל היא דוגמא מאוד טובה בהקשר הזה, לכאורה אם לישראל לא היה אכפת, היא לא הייתה מנסה להראות בבג"צ כיצד היא עומדת בכללי המשב"ל. טענו נגד ישראל שהסיכולים הממוקדים שלה הם "רצח ללא משפט". המדינה ניסתה להצדיק את זה בעתירה שהוגשה בנושא לפי דיני המשב"ל.

המשב"ל נחשב כמשפט עם יותר "שיניים" – חלק באמצעות הסנקציות, חלק באמצעות הלחץ מהיות המדינה המסוימת כחברה בארגון יחד עם מדינות העולם. לכן היא נחשבת למערכת הרבה יותר משמעותית גם אם היא שונה במובנים מסוימים מהמשפט המדיני.

על רקע זה יש מי שטוענים כי המשב"ל הוא שיטת משפט יותר פרימיטיבית ופחות מפותחת מהמשפט הפנימי, בין היתר כי הוא יותר צעיר. לדעת המרצה, הדבר לא כך. אופן התפתחות המשב"ל מצביע במידה רבה על תחכום מאוד גדול, המשב"ל נדרש להתמודד עם הרבה אתגרים שמשפט מדינתי לא נדרש להם.

**מה האילוצים שהמשב"ל נאלץ להתמודד איתן?**

1. חברות בו הרבה מדינות ולאומים שאין להן אתוס משותף וכל אחד מושך לכיוונים אחרים. המשב"ל הוא גלוקאלי - נע בין הגלובליות שהעולם הולך אליה בעשורים האחרונים, ומצד שני יש כוח לוקלי שמושך חזרה לכיוון המדינה והקהילה. המשב"ל נע בין 2 המתחים האלה והוא נאלץ לפעול בתוך מתח שלא קיים ברמת המדינה. לכן, אנחנו צריכים כללים שיהיו מקובלים על סוגים שונים של מדינות.
2. המשב"ל צריך לענות על צרכים של המון שחקנים. השחקנים הקלאסיים הן מדינות, אבל לא רק. יש לנו המון שחקנים נוספים בזירה הבינלאומית- ארגונים לא ממשלתיים, חברות על-לאומיות (אפל, אינטל וכו'), אפילו אנשים פרטיים הם גם שחקנים שיש להם לא מעט זכויות. זה אלמנט נוסף שדורש מהמשב"ל הרבה תחכום.
3. המשב"ל נאלץ להתמודד עם אתגר מאוד משמעותי – הצורך לעודד ציות לכללים כשהוא נעדר יכולות אכיפה פורמליות מאוד נוקשות. רוב המדינות מצייתות רוב הזמן למשב"ל, ולכן יש פה אלמנט של תחכום.

🡨 לכן, התכנים של המשב"ל רחוקים מלהיות פרימיטיביים, הם מכילים כללי סחר בינלאומי, קניין רוחני ודברים שנוגעים לביטחון, טרור וזכויות אדם, משב"ל פלילי, איכות סביבה ועוד. אבל גם אם מאוד היינו רוצים לא ניתן לפתור את כל הבעיות שבעולם באמצעות המשב"ל. לא משנה כמה הכללים יהיו ראויים וצודקים. בייחוד כיוון שמדובר בזירה מאוד פוליטית שמושכת אותו לכיוונים שונים.

**המשב"ל הוא סט של מכשירים, כללים,** ארגונים שהמדינות הריבוניות יצרו כדי להשיג יעדים מאוד מוגדרים, בהם לאינטרסים של מדינות יש תפקיד מאוד חשוב בפיתוחה.

דברי השופט מזוז בוועדת וינוגרד: המשב"ל הוא לא משפט ומערכת משפט, אלא בתחומים מסוימים הוא מכתיב את החיים שלנו יותר מהמשפט המדינתי.

**הולדתו והתפתחותו של המשב"ל**

אנחנו מדברים על המשב"ל המודרני, כמו שאנחנו מכירים אותו היום. הדבר הזה כשלעצמו הוא לא תופעה חדשה. אנחנו יודעים שערי המדינה ביוון העתיקה קיימו ביניהם יחסים שהיו מגובים בהסכמים, מחלוקות היא מוסדרות בהליכי גישור. אפילו שלמה המלך כרת הסכמים עם ממלכות אחרות במזרח הקדום.

אם אנחנו מתייחסים למשב"ל כסט של כללים שבאים להסדיר מערכות יחסים בין מדינות, ניתן לראות שזה היה קיים עשרות שנים אחורה.

אך המשב"ל שאנחנו מכירים כיום – המשב"ל המודרני – נולד ב1648. נק' הזמן הזו קשורה בדברים מאוד חשובים:

* הופעתה של המדינה המודרנית
* התפתחות מערכת פוליטית עולמית שמבוססת על ריבוי של מדינות – The multistate system. מדינות עם גבולות קבועים ושלטון אפקטיבי מרכזי.

**① המשב"ל המסורתי בימי הביניים**

בימי הביניים באירופה היה קיים מושג המדינה "סטייט". אך הוא היה מושג אמורפי ושונה ממה שאנחנו מכירים כיום. באירופה של התקופה הפאודלית, היבשת הורכבה מממלכות ונסיכויות בהן הגבולות השתנו תכופות, כי מצד אחד יש לנו מלכים ומצד שני יש לנו אצילים. אותו אצילים החזיקו צבא משל עצמם והיו יכולים להחליט שהם משנים את הנאמנות שלהם ממלך אחד למלך אחר. בעולם של אותן ממלכות, אין לנו לאומיות, ולכן הגבולות השתנו כל הזמן.

בנוסף, העצמאות של אותן יחידות פוליטיות הייתה מאוד חלשה כי אותן מדינות, יחידות פוליטיות, כפופות ל2 ישויות ששלטו על היחידות הפוליטיות –

1. הישות הפוליטית- הקיסרות הרומית הקודשה שהייתה איחוד פוליטי של אירופה הנוצרית.
2. הישות הדתית – הכנסייה, ובעיקר האפיפיור שעמד בראש הכנסייה הקתולית. הכפיפות לא הייתה רק מבחינה דתית. לאפיפיור הייתה סמכויות נורמטיביות מאוד משמעותיות באירופה דאז, וסמכויות חקיקה בחלקים משמעותיים של החיים. בנוסף, האפיפיור היה אוטוריטה ליישוב סכסוכים בין היחידות הפוליטיות השונות.

במהלך תקופה זו היו מאבקי כוח מתמשכים בין הקיסר לבין האפיפיור שהיה חזק מבחינה נורמטיבית. עם הזמן, האפיפיור הולך ומתעצב כסמכות חזקה יותר אל מול הקיסר.

**② הופעת המדינה המודרנית ומערכת פוליטית המבוססת על ריבוי מדינות**

כל ההסדר הזה של הקיסרות הרומית והכנסייה הקתולית מתחיל להיסדק במהלך המאה ה16. הקיסר הולך ומאבד יותר ויותר שליטה ואחיזה במלכים השונים שנמצאים תחת הקיסרות הרומית. גם האפיפיור הולך ומאבד מכוחו כיוון שעולים קולות חדשים בנצרות שצוברים יותר ויותר כוח באירופה וקוראים תיגר על הסמכות של הכנסייה הקתולית. כל התהליכים האלה מגיעים לשיאם ב1648:

1. **1648 היא שנת הסיום של** **מלחמת 30 השנים**- במלחמת 30 השנים, מדינות פרוטסטנטיות ופלורליסטיות רוצות לפרק את הסדר של הכנסייה והקיסרות, המלכויות והנסיכויות רוצות עצמאות. בתגובה, הכנסייה והקיסרות מנסים בפעם האחרונה לעגן את השליטה שלהם באירופה. אך אחרי 30 שנה, הם מפסידים במלחמה הזו ולא צולחים בניסיון שלהם להשליט ולבצר את השליטה שלהם באירופה. המלחמה מסתיימת בתבוסה של הכנסייה והקיסרות.
2. **הסכמי ווסטפליה**: עם סיום המלחמה חותמות הממלכות השונות על הסכמי ווסטפליה. ההסדר העולמי הווסטפליאני מבוסס על הסכמים שיצרו מדינות עצמאיות וריבוניות באירופה.

מה קורה בהסכמים אלו שנחתמו באירופה ב1648? מי ששלט באירופה מסכים להכיר בעצמאותן של מדינות חדשות והיותן פטורות מעולה של הכנסייה הקתולית, דהיינו יש בהן חופש דת. כל הישויות הפוליטיות העצמאיות מקבלות אוטונומיה מרחיקת לכת גם ביכולות לנהל יחסים עם ישויות פוליטיות מחוצה להן, דברים שהקיסר שלט בהן עד אז.

משמעות ההסכם היא אובדן השליטה המוחלט של הכנסייה הקתולית בסדר היום של אירופה. לא פחות חשוב מכך, המשמעות של ההסכמים היא יצירתה של מערכת מדינות עצמאיות שאינן חשופות יותר להתערבות של מה שנעשה בשטחן.

🡨 כל אלו מתארים את ההתמוטטות של הסדר העולמי (משפטי) שבו הכנסייה היה הגורם הנורמטיבי המאחד. לכן, **אם התמוטט סדר משפטי אחד ונוצרו ישויות חדשות, מה שאנחנו צריכים זה סדר משפטי חדש.** סט כללים חדש להסדיר את היחסים בין הישויות הפוליטיות העצמאיות החדשות האלה. סט הכללים הזה הוא **המשב"ל.** לכן רואים את הולדתו ב1648 – נשבר סדר עולמי אחד ונוצר סדר עולמי אחר.

**③ תופעות שהאיצו את עליית המשב"ל המודרני והתרחשו במקביל** **להתפתחות שראינו**-

התקופה הזו היא תקופה של גילוי יבשות חדשות והתפתחות התעבורה הימית. גילוי יבשות חדשות זה כר לעוד חיכוכים בין הישויות הפוליטיות בעולם. הדרך להסדיר את החיכוכים היא במלחמה או הסדרה משפטית. **התוצאה של כל המהלכים היא שיש לעולם לצורך במערכת כללים חדשה- היא מערכת המשב"ל.**

**המשב"ל המודרני הוא מערכת כללים חילונית שמבקשת להסדיר את היחסים בין המדינות המודרניות-** בהתחלה זה בין אותן מדינות אירופה העצמאיות (קתוליות ופרוטסטנטיות). מהר מאוד מערכת הכללים מבקשת להסדיר את היחסים בין מדינות באשר הן, נוצריות ולא נוצריות. בשלב שבו אנחנו נמצאים המערכת לא יכולה להישען על דין דתי כזה או אחר, אלא על מערכת מנותקת מדת.

**מהנקודה הזו והלאה – המשב"ל מתפתח בשלושה שלבים מרכזיים:**

**① השלב הראשון בין 1648-1815**. כמה מאפיינים לשלב הראשון:

בשלב הראשוני הזה הכוח שמניע את ההתפתחות הנורמטיבית הם מלומדים. המלומד המוכר ביותר שזכה לכינוי אבי המשב"ל הוא **הבולט גרוטיוס** ההולנדי. לצידו היו מלומדים אחדים שהניחו את הכללים הראשונים של המשב"ל. הם מתחילים לאתר את הנורמות, האמנות והמנהגים.

בשלב הזה המשב"ל משחק תפקיד יחסית צנוע כיוון ש:

1. האינטראקציה בין המדינות הייתה מועטה. רוב המדינות היו מקיימות אינטראקציות בתוכן פנימה ובהתאם לזה סט הכללים שנדרש הוא דל יחסית.
2. הכלל המרכזי והברור הוא **עיקרון הריבונות** לפיו בתוך המדינה, יש למדינה חופש פעולה בשטח שלה. למלכים יש שלטון אבסולוטי, מונופול על הכוח הפוליטי והצבא. מחוץ למדינה יש איסור על התערבות כלשהי בענייני פנימיים.
3. הכללים המתפתחים הם בעיקר בענף דיני הלחימה ובענף דיני הים.
* ענף דיני הלחימה בא להסדיר את המותר והאסור לעשות בשעת מלחמה. גרוטיוס היה מאבות הענף הזה וכבר במאה ה17 הוא מתחיל להניח את כללי המותר והאסור כשהוא יוצא מנקודת הנחה שגם בזמן מלחמה לא הכל מותר למדינות. גם בזמן שמדינות יוצאות להגן על עצמן, לא הכל מותר להן. זה הניצנים של הענף.
* כללים משמעותיים נוספים מתפתחים בענף דיני הים. הסיבה היא כי התעבורה הימית מניעה יותר סחר. לכן, צריך להסדיר מה מותר לאוניות ואיפה יש **חופש הימים**. עוד מנוח שטבע גרוטיוס ומהווה אחד מעקרונות היסוד של דיני הים – לפיו בים הפתוח (לא במים הטריטוריאליים של כל מדינה), ברגע שיוצאים מהמים הטריטוריאליים לכל המדינות ולכל האוניות יש חופש מוחלט לנוע. מה שמאפשר לסחר בינ"ל כי יש חופש לנוע במרחב הימי העולמי.

**② השלב השני 1815-1919.** בשלב הזה יש התפתחות מואצת של המשב"ל, זו לא רק התפתחות נורמטיבית בעיבוי של הכללים, אלא גם פריצת דרך בתחום המוסדי- מתחילים להיווצר מוסדות בינ"ל שאמונים על יישום ופיתוח מתמשך של המשב"ל.

מהם הגורמים לשינוי הדרסטי של המשב"ל?

1. קריסת הסדר הישן ב1815 עם המהפכה הצרפתית וסיום מלחמת נפוליאון. בסוף המהפכה הצרפתית נפוליאון עולה לשלטון ומתחיל במסע הכיבוש שלו. המלחמות מסתיימות ב1815 ומשאירות כאוס גדול שמרכזו באירופה אך מקרין על העולם באופן רחב יותר ומביא לערעור הסדר הישן וצורך להחזיר את הסדר.
2. הרחבת הקהילה הבינ"ל – ארה"ב, פרס, יפן, סין, טורקיה ועוד. ככל שיש יותר שחקנים, אנחנו נדרשים לעוד ועוד כללים שיסדירו את האינטראקציות בין כל השחקנים האלה. אירופה היא יחסית קהילה הומוגנית, אך המדינות החדשות הן בעלות רקע תרבותי שיוצר עוד כללים ועוד תחומים.
3. המהפכה התעשייתית שמביאה עימה התפתחות טכנולוגית- מצד אחד האינטראקציה גוברת ע"י רכבות, סחר , דואר הגנה על זרים ועוד. מצד שני:
4. התבססות גדולה של צבאות שמגבירה את איום המלחמה- ההבנה היא כי במצב כזה הליכה למלחמה יכולה להביא איתה תוצאות מאוד קשות ולכן יש צורך בעיצוב כללים שיימנע ככל הניתן הליכה למלחמה. ויתמודד עם האיום.

על רקע ההתפתחויות האלה קמים מספר מוסדות:

1. הקמת הארגון הבינ"ל הראשון – הקונצרט של אירופה 1815. פורום להידברות והסדרת נושאים.
2. ועידות בינלאומיות בהאג מ1899 ו1907. בועידות אלה מזומנות כל המדינות, על בסיס של שוויון ריבוני, להשתתף בועידה בינ"ל שכל ההחלטות המחייבות בה מתקבלות על בסיס קונצנזוס. כולן שוות ולכולן יש 'סיי'. מעבר לזה, בוועידות האג אנחנו רואים יצירתן של אמנות חדשות שיוצרות דין בינ"ל חדש.

יש שורה של אמנות שהתקבלו ב2 הוועדות האלה שקיימות עד היום וחשובות מאוד במשב"ל:

1. אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום מ1899– המדינות מבינות שעליהן למנוע את האפשרות לצאת למלחמה, ע"י מתן כלים למדינות לפתור סכסוכים בדרכי שלום – הקמת מוסדות גישור ובוררות וכו'. האמנה מניחה כללים יסודיים איך מדינות צריכות ליישב סכסוכים ביניהם. לראשונה קם גוף יישוב סכסוכים בינ"ל פורמלי – PCA. זהו מוסד בינ"ל קבוע לבוררות שיושב ופועל עד היום בהאג. נוצר בשנת 1899. זו המחשה לפיתוח מוסדי במישור השני.
2. אמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 – האמנה מאוד חשובה הכוללת כמה מהכללים היסודיים והחשובים ביותר בדיני הלחימה. היא מניחה את הכללים הראשוניים איך להתייחס לשבויי מלחמה, כללי העשה והאל תעשה במלחמה, כללים איך על מדינה לנהוג ביחס לשטח שנכבש אגב מלחמה ועוד. בהערת אגב, זו אחת האמנות שישראל רואה את עצמה מחויבת אליה בהתנהלותה באיו"ש ובעבר ברצועת עזה.

אלו רק 2 דוגמאות לתרומה הנורמטיבית האדירה ולתרומה המוסדית של הקמת מנגנון בוררות קבוע שיהיה לעזר לפתרון סכסוכים בין מדינות. חשוב להדגיש כי כל ההתפתחויות האלה כרוכות בוויתור הדרגתי הולך ומתמשך על נתחים של ריבונות המדינות. מדינות מוכנות לוותר על חלקים מהריבונות שלהן עבור המשב"ל או במסגרתו כי זה משרת את האינטרסים שלהן. הן מבינות שהן צריכות לשתף פעולה בתחומים מסוימים ובמקביל לזה המציאות שמתהווה ומתעצמת במאה ה20 והמאה ה21 מחייבת יותר ויותר שת"פ בין מדינות. זה לא שמדינות 'יפות נפש' מצטרפות למשב"ל אלא כל מדינות שמפיקה מכך רווח כלשהו.

בעיקר האמנות שנוצרו סידרו סדר משפטי בינלאומי שמכונה "שיטת האג". לצערנו, קיומן של מלחמות העולם מלמד כי שיטה זו נכשלה למרות האופטימיזם הגדול שנלווה אליה, כיוון שאין מנגנונים שיעצרו מדינות מלשבור את הכלים ברגע שהאינטרסים שלהן יצביעו על הכיוון הזה.

**③ השלב השלישי – שלום וורסאי- שלהי 1919 (מלה"ע ה1) – היום.**

בשלב הזה יש 2 ניסיונות משמעותיים ליצור סדר עולמי חדש, אחרי מלה"ע 1 ואחרי מלה"ע 2. הניסיון הוא ליצור סדר עולמי חדש ע"י ארגונים בינ"ל. בהקמת הארגונים בינ"ל המדינות בעצם מעבירות נתחים מהריבונות שלהן לגופים חיצוניים קבועים שיש להם אישיות משפטית נפרדת משל המדינות שהקימו אותן.

המשחק הבינ"ל מתחיל להיות מגוון יותר ולקבל צבעים מגוונים יותר. המדינות עצמן, מתוקף ריבונותן מקימות ארגונים בינ"ל כי הן חושבות שארגונים אלה יסייעו להם לשתף פעולה טוב יותר ולקדם את האינטרסים שלהם בצורה טובה יותר.

2 הארגונים הבינ"ל המכוננים:

1. חבר הלאומים שהוקם מייד אחרי מלה"ע ה1- הרעיון שמנחה את הקמת חבר הלאומים הוא רעיון אינטואיטיבי – שת"פ טוב יותר בין מדינות העולם הוא מה שעשוי למנוע מלחמת עולם נוספת. נשיג את זה ע"י הרתעת מדינות מכניסה למדינה מלכתחילה, הגבלת יכולת המדינות לעשות שימוש בכוח.
2. לצד חבר הלאומים מוקם בית משפט בינלאומי קבוע- לא עוד מוסד בוררות כמו הPCA, אלא את בית המשפט הבינ"ל הקבוע לצדק שהתקיים בין מלה"ע ה1 לבין מלה"ע ה2 – PCIJ. הוא התקיים לא הרבה זמן, אך יש לו פסיקות שעד היום נותנות את אותותיהן.

**חבר הלאומים נכשל כישלון חרוץ**. ארה"ב ורוסיה מעולם לא הצטרפו אליו מה שגזר את דינו ככל הנראה. פרישת יפן ואיטליה מחבר הלאומים עם מלה"ע ה2 הייתה אות המיתה של חבר הלאומים. חבר הלאומים לא מנע את מלה"ע ה2 שלכאורה בשביל זה הוא הוקם.

אחרי מלה"ע ה2 יש ניסיון נוסף ליצור סדר עולמי חדש שמתבטא ב:

1. **הקמת האו"ם-** זהו ארגון לא פשוט, הן מבחינת ישראל ספציפית והן מבחינה כללית. האו"ם הוקם ע"ב אותו עיקורן מנחה – נקים ארגן שיעזור לנו למנוע את מלה"ע הבאה. המנדט החשוב ביותר של האו"ם הוא לדאוג לשלום ולביטחון העולמיים.

לדוג' ס' 2(4) למגילת האו"ם קובע באופן מפורש שיש איסור מוחלט חד משמעי וברור על שימוש בכוח ביחסים שבין מדינות אלא אם מתקיימים חריגים מסוימים שנדון עליהם בהמשך. האו"ם מקים את מנגנון הביטחון הקולקטיבי שמאפשר לה לנקוט בצעדים מסוימים אם יש מדינות שמאיימות על השלום והביטחון הלאומיים – כמו הסנקציות שמוטלות על אירן, קוריאה וכו.

יש לו סמכות חוקית ומשפטית להטיל סנקציות על מדינות ריבוניות. עד 1965 לא הייתה סמכות כזאת. יש שיאמרו שהיא לא אפקטיבית, אך בכל זאת יש להעריך את עצם קיומו של ארגון בינ"ל שיכול לנקוט בצעדים כאלה משמעותיים בשם הקהילה הבינ"ל.

1. לצד האו"ם מוקמת הזרוע השיפוטית שלו - **בית הדין הבינ"ל לצדק – ICJ**. הPCIJ נפל יחד עם חבר הלאומים ולכן הוא קם תחתיו.

גם חבר הלאומים וגם האו"ם מוקמים כתגובה למלחמות העולם שהביאו לקריסת סדר עולמי קודם. בשניהם יש עלייה במישור המוסדי בדמות ארגון בינ"ל מפותח יותר שמדינות האצילו לו יותר מהריבונות שלהן.

חשוב להבהיר כי האו"ם הוא לא ארגון על-מדינתי. יתרה מזו, עיקרון הבסיס של שליטת המדינות הווסטפליאניות נותר על כנו. המדינות בראש ובראשונה הן יחידות פוליטיות ריבוניות. האו"ם הוא לא ארגון על אלא מסגרת שדרכה מדיניות יכולות לשתף פעולה באופן יותר יעיל.

ביטוי חשוב לזה ניתן למצוא בס' 2(7) למגילת האו"ם בו נאמר מפורשות כי האו"ם לא יכול להתערב בענייניהם הפנימיים של המדינות. המדינות ראו בחשיבות הקמת האו"ם אך לא התכוונו ליצור ארגון שינהל אותן מלמעלה. המדינות האצילו לו סמכויות לא מבוטלות וכרסמו בחלקים מסוימים של הריבונות שלהן.

**התפתחויות נוספות ומגמות עכשוויות –**

מ1919 התפתחות המשב"ל היא רבה.

* התפתחות בתחומי העיסוק - אם התחלנו מדיני לחימה ודיני הים, היום יש לנו שורה עצומה של תחומים. זהו תחום עצום בהיקפו. יותר מזה, המשפט הבינ"ל הולך עם השנים ומסדיר יותר ויותר דברים בתוך המדינה, זה בולט במיוחד בדיני זכויות אדם. בראשית דרכו של המשב"ל הוא זכה לכינוי "**מודל כדורי הביליארד**"- המשב"ל נתפס כסט של כללים שנועד להסדיר את להסדיר את ההתנגשויות בין הכדורים עצמם (שנתפסו כמדינות הריבוניות בסדר העולם הווסטפליאני), ולא נכנס מבעד למעטפת של הכדורים. היום, שיש לנו הסדרה ענפה בדיני זכויות אדם לדוג' איך מדינות צריכות להתייחס לאזרחיהן – המשב"ל נכנס לתוך כדורי הביליארד. דיני זכויות האדם, איכות הסביבה וכו' ממחישים את הסטייה ממודל כדורי הביליארד.
* התרחבות בפן הארגוני - אנחנו רואים מאות נוספות של ארגונים בינ"ל- ארגון הבריאות העולמי, הסחר העולמי וכן הלאה. כל ארגון כזה הוא אישיות משפטית נפרדת שהמדינות האצילו לה סמכויות – כרסום נוסף בריבונות של המדינות.

יתרה מזאת, היום אנחנו מדברים על ממשל גלובלי. הארגונים האלה זוכים לכינוי של ממשל גלובלי – הם מהווים חלק מממשל מעל המדינה שמכתיב למדינות בתחומים נוספים של החיים.

* התרחבות הקהילה הבינ"ל – היום חברות יותר מ190 מדינות. זה מראה על המורכבות של המשב"ל. המדינות הן לא השחקן היחיד, הן השחקן המרכזי והחשוב ביותר במשב"ל אבל הן כבר לא השחקן היחיד ויש עוד שחקנים חשובים כמו ארגונים בינ"ל, תאגיד ענק ואנשים פרטיים.

היום אנחנו חיים בעולם שבו שיש לאזרחים באירופה הזכות לפנות באופן ישיר וללא כל צורך בתיווך מדינותיהם לביה"ד הבינלאומי. השחקנים הפרטיים יש קול בזירה הבינ"ל בלי שום צורך להיזקק למדינות האם שלהן. המשב"ל נותן זכויות לשחקנים בתוך כדור הביליארד, בתוך המדינות. מה שממחיש שהמדינות הן לא השחקן היחיד.

* אנחנו רואים מגמה מאוד ברורה של העברת סכסוכים בין מדינות, בין מדינות ותאגידים, בין מדינות ואנשים פרטיים להכרעה שיפוטית בינלאומית. לצד הICJ יש לנו שורה ארוכה של בתי דין בינלאומיים שיש להם סמכות שיפוט מחויבות מרגע שהמדינות כרתו אמנה באותו נושא.
* על רקע תהליכי התפרקות כמו הברקזיט, יציאת ממשל טראמפ מכל מיני אמנות בינלאומיות ועוד, עליית קולות לאומיים ועליית הפופוליזם.

יש שיאמרו כי המשב"ל נמצא במשבר אחרי ההתחזקות האדירה שלו. יש מדינות שנרתעו ממידת ההשפעה שיש לארגונים בינ"ל כמו האיחוד האירופי על בריטניה.

# שיעור 3, 05/04/2021 – מקורות המשב"ל חלק א': סעיף 38 לחוקת הICJ ואמנות

בשיעורים הקודמים דיברנו על טיבו של המשב"ל, ועסקנו בשאלה האם הוא מערכת משפט. למרות שאין ריבון, מחוקק רשות שופטת ומבצעת מרכזיות, יש למשב"ל את כל המאפיינים שמאפשרים להגדיר אותו כמערכת משפטית. דיברנו על ההיסטוריה וההתפתחות. היום נתחיל את המסע אל תוך עולם יותר סובסטנטיבי של המשב"ל – מקורות המשב"ל.

**✓ מהם המקורות המשפטיים שבאמצעותם אנחנו עונים על שאלות ופותרים בעיות ברמה של המשב"ל?**

מקרה בוחן - בפברואר האחרון, דיווחו על תקיפה ליד דמשק שבסוריה, שבמסגרתה נהרגו 6 אנשים. לפי הדיווחים של הארגון הסורי לזכויות אדם, הדבר קרה במסגרת תקיפה ישראלית של מאגרי נשק איראניים שנמצאים בשטחי סוריה. מבחינה משפטית, האם לפי המשב"ל, חוקי לבצע תקיפה של מדינה אחת בשטח של מדינה שנייה כלפי יעדים של מדינה שלישית? כדי לענות על השאלה, יש לבדוק באמנות בינלאומיות האם זה חוקי. אחת האמנות שיכולה לענות על השאלה בענייננו היא אמנת ג'נבה. בנוסף, ניתן לבדוק מהם המנהגים הבינ"ל בנידון ומה אומרת הפסיקה.

אנחנו יודעים לאיזה מקורות לפנות מכוח **ס' 38 לחוקת בית הדין הבינ"ל לצדק- הICJ**. זהו סעיף מכונן שממלא בזירה הבינלאומית תפקיד מאוד דומה לס' 1 לחוק יסודות המשפט. כידוע, ס' 1 לחוק יסודות המשפט אומר לנו מהם מקורות המשפט בישראל ומדרג ביניהם - חקיקה > הלכה פסקה > היקש > עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל והמשפט העברי.

🡪 **ס' 38 מפרט מספר מקורות:**

א. הסכמים בינלאומיים (=אמנות) כלליים או פרטיים

ב. מנהגים בינלאומיים – המנהג הבינלאומי הוא פרקטיקה שמדינות נוהגות לפיה מתוך תחושה שהפרקטיקה מחייבת חובה משפטית, דין מחייב. נרחיב על זה בהמשך הקורס. המנהג הרבה יותר חמקמק מאמנה, יש לו תפקיד מאוד מעניין במשב"ל. לדוג' אם יש לנו סיטואציה שבה מדינות רבות לאורך זמן ובאופן עקבי מכבדות את מוסד החסינות הדיפלומטי בו יש חסינות למדינות שמתארחות אצלן – זה מהווה ראיה שהן קיבלו על עצמן את הנוהג הזה של המוסד לחסינות דיפלומטית כדין מחייב, חובה משפטית, גם אם זה לא מצוי בשום מסמך כתוב / אמנה.

ג. עקרונות המשפט הכלליים המקובלים ע"י האומות בנות התרבות – זה סעיף שנשאב לחוקת הICJ באמצע שנות ה40 ואומץ מחוקת הPCIJ, בית הדין שפעל בין 2 מלחמות העולם. סעיף כ"כ בסיסי שנשאב לחוקת בית הדין AS IS גם אם השפה קצת ערכאית.

ד. החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר, בתור **אמצעי עזר** לקביעת כללי המשפט, תוך שמירה על הוראותיו של ס' 59- סעיף ד' מהווה מקור מנחה לפי המילים 'אמצעי עזר', הוא מדבר על ספרות משפטית בינ"ל ועל פסיקת בתי דין (נשים לב שלא כתוב איזה בתי דין).

ס' 59 לחוקת נICJ אומר מפורשות כי החלטות הICJ והתפיסה היא כי מדובר על בתי דין בינ"ל באופן רחב יותר יש להם תוקף בין בעלי הדין הספציפיים ובעניין הספציפי. **אנחנו רואים שאין במשב"ל כעניין משפטי עקרוני תקדים מחייב**. נראה בהמשך כיצד בתי דין נוהגים בפועל.

ס' 38(ב) משלים ואומר שההוראה שבס' 1 לא גורעת מסמכותו של בית הדין לפסוק לפי הצדק והיושר אם בעלי הדין מסכימים לכך. בפועל, השימוש בהוראה הזו בזירה הבינ"ל נמוך מאוד כיוון שהוא דורש את הסכמת הצדדים לסכסוך ומדינות כמעט ולא מסכימות שידונו לפי העקרונות האלו. הסעיף הוא לא לגמרי אות מתה, אבל מאוד קרוב לזה. בתי דין בינלאומיים לא מגיעים לסעיף 38(2), כי יש עוד מקורות מעבר למה שראינו. אבל בשעת הניסוח רצו ליצור מוצא למקרה ובו לא יהיה שום דין.

העקרונות הצדק האלו, כזכויות אדם וכיו"ב, מגולמים המון במשב"ל אבל בד"כ בתוך אמנות ספציפיות שמכילות את העקרונות האלה ויחולו דרכן.

**נקודות חשובות לגבי הסעיף:**

* חשיבות תיאורטית – ראינו שהארט ומלומדים אחרים אמרו שהמשב"ל הוא לא משפט כי אין לו כלל הכרה, כלל זיהוי שמבחין בין דין מחייב לדין לא מחייב. על זה יבואו מלומדים ויגידו שס' 38 הוא כלל הכרה שתוחם את המקורות ומספק קריטריונים ברורים לגבי המקורות המחייבים של מערכת המשב"ל.
* תכלית פרקטית – הוא אומר לבית הדין ולבתי דין בינ"ל באופן כללי באיזה מקורות משפטיים הם אמורים להשתמש כשהם נדרשים לשאלות משפטיות במסגרת הסכסוכים שמובאים לפניהם. למרות שהסעיף הזה מצוי בחוקת בית דין לאומי אחת, החשיבות שלו יוצאת הרבה מעבר לחוקת הICJ. מקובל לראות בס' 38 סעיף הגדרות שקובע את מקורות המשב"ל באופן הרבה יותר רחב.

**למה ס' 38 נהנה מכזו יוקרה?** הICJ נחשב עפ"י מגילת האו"ם כזרוע שיפוטית שלו, ולכן הוא נחשב כמוסד יוקרתי, וס' 38 נהנה מהיוקרה שהמוסדות מאצילים אליו ומוותק מאוד גדול. וכמו הרבה דברים שנוטים לקבל הערכה וחשיבותם מעצם הוותק שלהם, כך גם סעיף זה. בנוסף, הסעיף היה מצוי בחוקת קודמו, הPCIJ, ולכן הוא הפך בשנים האחרונות לחלק מהמסורת הנוהגת של המשב"ל. מדובר בסעיף מכונן, אי אפשר להפריד בחשיבות שלו לזיהוי וסימון מקורות המשפט.

**✓ 2 סוגים של מקורות עפ"י ס' 38**

1. מקורות ראשיים (Primary sources): אמנות, מנהגים ועקרונות כלליים. דוג' לעקרונות:
* עיקרון תום הלב- על מדינות לקיים את האמנות בתו"ל, כמו שמצופה מפרטים לקיים חוזה בתו"ל.
* מעשה בית דין – אם בית דין אחד הכריע בסוגיה לא יבוא גורם משפטי אחר ויכריע בו.

המשמעות של המקורות הראשיים – הם עצמם המקור לנורמות מחייבות **באופן ישיר**. מהם צומחים הכללים המהותיים עצמם שבתי דין ויועצים משפטיים יכולים להחיל באופן ישיר.

1. מקורות משניים: אנחנו רואים עדות להם בס' 38(1)(ד) – ספרות ופסקי דין של בתי דין (נרחיב על זה בהמשך) – גם בתי דין בינלאומיים וגם בתי דין לאומיים/מדינתיים. לבתי דין מדינתיים כמו למשל בג"צ שנותן פסיקה בנושאי סיכולים ממוקדים יכול להיות תפקיד חשוב.

מה ההבדל בין המקורות? המקורות המשניים לא מחייבים, בניגוד למקורות הראשיים. המקורות הראשיים הם יוצרי נורמות, לעומת המקורות המשניים שהם מיישמים את הנורמות ולא מייצרים דין בינ"ל חדש.

פסקי דין למשל יכולים לסייע לנו בפרשנות המקורות הראשיים- יש למשל מנהג שקובע את עיקרון ההבחנה בדיני הלחימה, לפיו במהלך סכסוך מזוין הצדדים הנלחמים צריכים להבחין בין הכוחות הלוחמים לאזרחים ולכוון את נשקם לכוחות הלוחמים. מדובר בעיקרון מאוד כללי – בפועל ובסיטואציות מלחמה אנחנו נדרשים ליישום המנהג. אז, פסקי דין שמפרשים את עיקרון ההבחנה יכולים לעזור במקרים קונקרטיים. פסקי הדין לא יצרו את העיקרון אך הם מלטשים אותו. כנ"ל לגבי ספרות, היא יכולה לעזור בפרשנות אמנות, מנהגים וכו'. אבל היא לא תיצור כשלעצמה דין בינ"ל חדש.

**בפועל יש למקורות המשניים משמעות גדולה יותר, בפרט לפסקי הדין, למרות שכעניין עקרוני הם לא מחייבים.** לדוגמא בג"צ בפרשת הסיכולים הממוקדים נדרש לכל מיני שאלות בבואו להכריע האם סיכול ממקוד הוא חוקי או לא. בגלל שישראל היא לא צד לאמנות מסוימות הוא נדרש לשאלה האם יש הוראות מסוימות שהן מנהגיות ומחייבות את ישראל – ביהמ"ש חקר וקבע כי הוראות מסוימות משקפות מנהג במשב"ל.

**✓ יסוד ההסכמה (CONSENT)**

המשב"ל התחיל כמשחק בין מדינות ריבוניות. חוקת הICJ שבה כאמור נטוע ס' 38 במקור נוסחה בתחילת המאה ה20 בזמן שבו עיקרון הריבונות שלט בכיפת המשב"ל. הגישה שהייתה מקובלת בזמן ניסוח החוקה בתחילת המאה הקודמת היא גישה שידועה **כגישה הוולונטריסטית**, לפיה **עיקרון הריבונות** הוא עיקרון יסוד במשב"ל וממנו נגזר **יסוד ההסכמה, CONSENT**, שאומר כי מדינות מסכימות או כפופות רק לכללים והנורמות שהן הסכימו להן באופן וולונטרי, מתוך רצונן. לכן, אנחנו רואים שעיקרון ההסכמה מצוי בצורה כזו או אחרת בכל שלושת המקורות הראשיים של המשב"ל כפי שנראה להלן:

* אמנה דורשת הסכמה מפורשת שבאה לידי ביטוי בהצטרפות של המדינה באופן שאינו משתמש לשני פנים.
* מנהג –מדינות שבאופן מתמשך ועקבי מתנהגות לפי פרקטיקה מסוימת, משתמע מהתנהגותן שהן רואות בהיעדר התנהגות מסוימת כדרך התנהגות מחייבת משפטית. ההסכמה נלמדת ומשתמעת מהתנהגות עקבית של מדינות לאורך זמן ולכן זה לא כ"כ ברור.
* עקרונות כלליים – ההסכמה היא יותר הסכמה מכללא. מדובר בעקרונות כ"כ בסיסיים כמו תום הלב, מעשה בית דין, מעילה בת עוולה וכו שכל המדינות מכירות בהן בשיטה המדינתית. לכן יסוד ההסכמה טמון לכאורה בחזקה שעל המדינות שאם הן מסכימות לכך בשיטת המשפט המדינתית, חזקה שהן מסכימות לכך גם בזירה הבינ"ל.
* עפ"י ס' 59 לחוקת בית הדין הבינ"ל לצדק, פסקי דין כעניין משפטי ועקרוני לא מחייבים, פרט לסכסוך הספציפי והצדדים הספציפיים. למה הכניסו את ס' 59? כיוון שנעדר מפסקי הדין יסוד ההסכמה, מי שנתן לבתי הדין את ההסכמה לדון במקרה הספציפי הן המדינות המסוכסכות ולא כל הקהילה הבינ"ל. ובגלל זה לא יכול להיות שפסקי דין יחייבו את מי שלא היה צד לסכסוך. זהו ביטוי לעיקורן הריבונות והגישה הוולונטריסטית.

**לסיכום, עפ"י הגישה המסורתית למשב"ל ההסכמה היא הבסיס הנורמטיבי למקורות המשב"ל** והיא מה שמקנה להן את הכוח שלהן לכפות על מדינות דברים ומקנה להם לגיטימציה. להסכמה יש יסוד חשוב לפחות באופן מסורתי והיא שמביא התוקף נורמטיבי למקורות. אנחנו נראה בהמשך איך יסוד ההסכמה מתערער עם השנים, בעיקר עם הכניסה של ארגונים בינ"ל כשחקן משמעותית.

**ביסוד ההסכמה יש המון פיקציות** –

* מנהג ומדינות חדשות. היום יש פחות מדינות חדשות, אבל בתקופה הפוסט קולוניאליזם נוצרו עשרות מדינות בטווח מאוד קצר. כל פעם שנוצרת מדינה חדשה היא מחויבת למנהגים הקיימים. הפיקציה היא שמדינה חדשה נולדת למציאות שבה היא מקבלת את כל הדינים המנהגיים מבלי שהיא עצמה הסכימה להם. ביחס למדינות חדשות, ברגע שהן מצטרפות לזירה הבינ"ל, הן מסכימות לקבל על עצמן את הדינים המנהגיים המחייבים אותה עת. עצם בקשתן להצטרף מראה שהן מקבלות את הדינים המנהגיים. בהמשך נראה שיש מוסג של התנגדות עקבית ואם מדינה עונה על המוסד הזה אז יש מנהגים שלא יחולו עליה.
* אופן התפתחות המשב"ל במרוצת השנים. כפי שראינו ככל שמדינות הקימו יותר ויותר ארגונים בינ"ל, הן האצילו להם סמכויות, ואלו יוצרים דין כל הזמן. אז גם אם עיקורן ההסכמה הוא כחוק, ההסכמה שהמדינות נתנו היא להקמת הארגון, אבל לא לנורמות שהן יוצרות. מדינות לא מסכימות לכל נורמה וגם שם יש לנו סוג של פיקציה. התפתחות המשב"ל מאוד מאתגרת את יסוד ההסכמה כי יש לנו הרבה שחקנים שיוצרים בעצם דין בינ"ל.

**האם ס' 38 יוצר היררכיה ומדרג בין המקורות?** לא. כשיש שאלה משפטית, צריך לבחון את כל המקורות משום שעולם שואבים את סמכותם ואת הלגיטימציה שלהם מיסוד ההסכמה. לכן כשאנחנו נדרשים לשאלה משפטית אנחנו נדרשים להחיל את מה שרלוונטי בלי הבחנה מאיפה זה נגזר.

כמו בדין הפנימי יכולות להיות סתירות בין הדינים. אומנם אין היררכיה, אבל עדיין צריך **כלל הכרעה**. דיני ברירת הדין שיחולו הם –

* **דין ספציפי גובר על דין כללי** – אמנות הן בד"כ ספציפיות יותר כי הן מפרטות ועושות עבודה יותר יסודית ממנהג ולכן הן יכולות לגבור עליו.
* **דין מאוחר גובר על דין מוקדם** – אמנות בד"כ מאוחרות יותר. לכן במצב של סתירה אמנה מאוחרת תגבור על מנהג ישן.

כל עוד אין קונפליקט, הם יחולו בצוותא ונצטרך להתייחס לכולם.

**✓ מקורות חדשים למשב"ל**

**נכון להיום, רשימת המקורות בס' 38(1) אינה ממצה את מקורות המשב"ל.** דוגמאות למקורות חדשים:

* הצהרות חד צדדיות – ישראל לדוג' טענה במשך הרבה שנים שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה בשטחי איוש ועזה. בו בזמן שישראל טענה זאת, היא הצהירה מפי היועמ"ש דאז שמגר באופן חד צדדי שהיא נוטלת על עצמה את החובה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה. למרות שהאמנה לא חלה על המדינה היא מוכנה לקיימה באופן חד צדדי ע"י הצהרתה.
* החלטות של ארגונים בינ"ל – ארגונים בינ"ל משחקים תפקיד מאוד חשוב בזירה, לחלקם יש סמכות לקבל החלטות מחייבות. למועצת הביטחון יש סמכות בתחומים מסוימים לקבל החלטות שמחייבות אוטומטית את כל מדינות העולם. למשל כשמועצת הביטחון מטילה סנקציות על צפון קוריאה ואומרת שמעכשיו אסור לסחור איתה במשאבים מסוימים. מרגע שניתנה ההחלטה הזו היא חייבה את כל מדינות העולם. החלטות כאלו מחייבות אוטומטית, ולמרות שאין להן זכר להחלטות בס' 38 – הן מקור מאוד חשוב היום.

**✓ אמנות**-

ס' 38 מדבר על הסכמים בינלאומיים- International conventions. אבל בפועל, יש לכך ביטוים אלטרנטיביים (treaty, charter, protocol ועוד..). המשמעות של כל הביטויים היא טקסית בלבד. כל עוד אותו מסמך עומד בתנאים של **ס' 2(1)(א) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות** מ1969, איך לכותרת המסמך שום משמעות משפטית. זוהי **אמנת האמנות** ובעצם תפקידה דומה לחוק החוזים וכו', היא אומרת איך כורתים אמנות, מצטרפים אליהן, יוצאים מהן וכו'. איך מתנהל דיני האמנות במשב"ל.

ס' 2 מגדיר מהי אמנה – הסכם בינ"ל המסוכם בין מדינות בכתב ונשלט ע"י המשב"ל בין אם נקבע במסמך אחד או שנים או יותר וללא תלות בכינויו הספציפי.

**יסודות הסעיף:**

1. הסכם
2. בין מדינות – לכל מדינה בזירה הבינ"ל סמכות לכרות אמנות לפי ס' 6 לאותה אמנה. זכות ההשתתפות בהליך החקיקה במשב"ל. אמנת וינה עוסקת רק באמנות בין מדינות. כיום, המשב"ל מאוד התפתח ומדינות הן עדיין שחקן מרכזי, אבל לא בלעדי ולכן יש אמנה נוספות שעוסקות באמנות שארגונים בינ"ל הן צד להן – אמנת וינה מ1986 שלא נרחיב עליה.
3. בכתב
4. כפוף למשב"ל – לא כפוף לדין המדינתי של מדינה כזו או אחרת. במצב לדוג' שבו מדינה אחת קונה ממדינה אחרת שטח לשגרירות שהיא רוצה להקים, זה הסכם נדל"ני בשטח המדינה הרלוונטית לא בינ"ל.

🡨 כאמור השם לא קובע. כל עוד מתקיימים היסודות לעיך.

**✓ סוגים של אמנות וההבחנות בינים:**

1. הבחנה בין אמנה דו צדדית (bilateral) לרב צדדית(multilateral) - ההבחנה היא בכמות הצדדים לאמנה. ההשלכות של ההבחנה הן בסוג התרופות, מה קורה במקרה של הפרת אמנה (אמנה דו צדדית קל יותר להשתחרר מאשר רב צדדית). ובמוסד ההסתייגויות רלוונטית בעיקר לרב צדדיות – נרחיב על הכל בהמשך.

2. אמנה חוזית (contractual treaty) לאמנה יוצרת חוק (law making treaty) – הן משרתות 2 פונקציות נפרדות בחיים הבינ"ל.

אמנות חוזיות הן כמו חוזה שאנחנו מכירים במשפט הפרטי, הן באות להסדיר סוגיה קונקרטית בין הצדדים באמצעות חיובים כרוכים ושלובים שהם חיובי מראה. לדוג' האמנה למניעת כפל מס בין ישראל לארה"ב שקובעת את הכללים שבהתאם להם ימוסה אדם שהוא אזרח מדינה אחת, וגר ועובד במדינה אחרת, כך שלא ימסו אותו בשתי מדינות כפל מס. זו אמנה חוזית – המדינות התחייבו כיצד למנוע מצבים לא נוחים. כנ"ל אמנות הסגרה – ישראל וארה"ב חתומות על אמנת הסגרה שקובעת כי בתנאים מסוימים ישראל תסגיר מבוקשים לארה"ב וכך גם ארה"ב. אלו חיובים שלובים מעין חיובי מראה בסוגיה קונקרטית.

בשונה מזה, יש אמנות יותר יומרניות, אלו הן אמנות יוצרות חוק המתפקדות כמו חוק במשפט המדינתי - הן באות לקבוע עקרונות בעלי תחולה יותר כללית על איך החברה הבינ"ל צריכה להתנהל. לדוג' אמנת הג'נוסייד – האמנה בדבר מניעת רצח עם אומרת באופן ברור שלא משתמע לשתי פנים שרצח עם מנוגד למשב"ל. זה ערכים מאוד רחבים שאמנה יוצרת לה חוק ותשתית במשב"ל. אמנה ג'נבה באה להגדיר את המותר והאסור במצב מלחמה וקובעת עקרונות משמעותיים מאוד – איך בעצם מלחמה צריכה להתנהל. אמנות זכויות אדם באות לעגן ערכים יסודיים שמדינות רואות בהן זכויות בסיסיות – חופש דת, איסור עינויים, חופש הביטוי וכו'. הן ממש כמו חוקים בתוך המדינה שבאים להסדיר באופן רחב איך הקהילה שלנו, הזירה הבינ"ל, צריכה להתנהל.

אמנות יוצרות חוק מבקשות ליצור התחייבויות אובייקטיביות שאינן תלויות בהתנהגות של צד כזה או אחר, אלא זה האופן שבו קהילה בינ"ל חושבת שמדינות צריכות לנהוג.

האם מספר הצדדים לאמנה קובע במידה מסוימת את האופי שלה כחוזית או יוצרת חוק? בד"כ יש לנו מתאם די ברור בין אמנות דו צדדיות לאמנות חוזיות כי הן באות להסדיר סוגיה ספציפית. באמנות הסגרה, אמנות למניעת כפל מס, אמנות להסכמי סחר חופשי וכיו"ב, יש מתאם גדול בין היות אמנה דו צדדית לחיובים חוזיים במהותם. אמנות רב צדדיות הן יותר מורכבות – אמנות יוצרות דין הן באופן מובהק רב צדדיות. לדוג' אמנה שאוסרת על ציד לוויתנים לא עוזרת אם ישראל וקפריסין רק יסכימו על זה לדוג' בים התיכון, זה יהיה חסר השפעה, כדי ליצור ולקבע נורמה של איסור ציד לוויתנים במים הבינ"ל. אנחנו צריכים ליצור נורמות מאוד כוללניות ולכן אמנות יוצרות דין בהגדרתן הן רב צדדיות.

יש גם אמנות חוזיות רב צדדיות –אמנת ההסגרה האירופאית היא דוגמה מובהקת לאוסף של חיובים שלובים בתחום ההסגרה. שיכפלו את זה בין הרבה מדינות.

3. הבחנה הכי חשובה – הבחנה בין אמנה דקלרטיבית לבין אמנה קונסטיטוטיבית:

* אמנה דקלרטיבית – אמנה שכוללת נורמות שהן בגדר דין מנהגי, הן כבר משקפות משב"ל מחייב. האמנה מעלה על הכתב את אותן נורמות. אמנות דקלרטיביות שכוללות הוראות מסוימות שהן בגד דין מנהגי מחייבות גם מדינות שאינן צד להן ומעולם לא עשו את האקט של ההצטרפות לאמנה. לדוג' אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים היא אמנה דקלרטיבית, ולכן גם מדינות שמעולם לא הצטרפו אליה מחויבות לה. אמנת וינה בדבר דיני אמנות – ישראל מעולם לא הצטרפה אליה אבל היא נחשבת באופן מובהק ככזו שמשקפת דין מנהגי מחייב. אמנת ג'נבה הרביעית שעוסקת בדיני מלחמה.
* אמנה קונסטיטוטיבית – אמנה הכוללת נורמות חדשות לגמרי במשב"ל. אלה לא נורמות מנהגיות ולכן אמנות כאלה או אמנות שמכילות הוראות כאלה מחייבות רק את המדינות שהצטרפו אליה. לדוג' אמנת האקלים של פריז היא אמנה קונסטיטוטיבית שמנסה למנוע את המשך ההתחממות הגלובלית, ולכן היא מחייבת רק את מי שהצטרף אליה. נכון להיום, ישראל לדוג' לא מחויבת אליה, בניגוד למדינות האיחוד האירופי.

**המהות היא בדקויות** - באמנות בינ"ל יש עירוב בין הוראות קונסטיטוטיביות לצד הוראות דקלרטיביות.. לכן אם אנחנו רוצים להיות מדויקות לא נכון לדבר על אמנה בכללותה, אלא הרבה פעמים יותר נכון ומדויק לדבר על אמנה שכוללות הוראות דקלרטיביות והוראות קונסטיטוטיביות.

לדוג' הפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה הוא אינסטרומנט נפרד לאמנה. ישראל וארה"ב לא הצטרפו לפרוט' הראשון בין היתר בגלל שהוא נותן מעמד של שבויי מלחמה ללוחמי חופש. ישראל חוששת שבמסגרת הסכסוך הערבי-ישראלי מחבלים יוכרו כלוחמי חופש ולכן היא לא הצטרפה.

הפרוט' הראשון מדבר בפירוט רב גם על עיקרון היסוד של ההבחנה בדיני מלחמה. זהו דין מנהגי ולכן ישראל וארה"ב מחויבות באותם סעיפים למרות שהן מעולם לא הצטרפו לפרוט' הראשון. גם ביהמ"ש העליון הכיר מפורשות בכך שיש הוראות בפרוט' הראשון, וביניהן הוראות ההבחנה שמחייבות את ישראל כי הן במעמד של דין מנהגי.

נקודה חשובה נוספת היא כי אמנה יכולה להחיל את דרכה כאמנה קונסטיטוטיבית ובמרוץ השנים להפוך חלקה או כולה לדקלרטיבית. לדוג' אמנת האג מ1977 בדבר הלוחמה ביבשה הייתה קונסטיטוטיבית בשעת כריתתה. זוהי אמנה מכוננת בתחום דיני הלחימה ובין האמנות הראשונות שהגדירה את זכויות שבויי הלחימה. האמנה נידונה במשפטי נירנברג. שם, ביהמ"ש מכריע שלאור העובדה שחלפו 40 שנים מעת כריתתה, היא הפכה לדין מנהגי בתחום דיני הלחימה שמחייבת את כלל המדינות שנלחמו במלה"ע ה2.

# שיעור 4, 06/04/2021 – מקורות המשב"ל חלק ב': אמנות ומנהגים בינ"ל

**✓ תהליך הצטרפות מדינות לאמנה – חתימה ואשרור**

ס' 11 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות דן באמצעים שמבטאים את יסוד ההסכמה של המדינות לאמנה וכיצד היא יכולה להצטרף אליהן. ס' 11 מונה מספר דרכים בהן ניתן להצטרף לאמנה, על פי לשון הסעיף: "הסכמתה של מדינה להיות קשורה באמנה אפשר להביע בחתימה, החלפת מסמכים המכוננים אמנה, באשרור, בקיבול, באישור או בהצטרפות, או בכל דרך אחרת, כפי שהוסכם". זו רשימה לא ממצה והמדינות יכולות לבטא את הסכמתן בשלל דרכים נוספות.

הליך ההצטרפות של מדינות לאמנות הוא הליך דו שלבי –

**① שלב החתימה-** זהו בעיקרון שלב טקסי ולכן הליך החתימה אינו מספיק, בד"כ נדרש גם אשרור. במרבית המקרים המדינה תחילה חותמת על האמנה ע"י נציג רשמי של המדינה – שר בתחום הרלוונטי, רוה"מ וכיו"ב. ע"י החתימה הנציג מודיע לעולם על הכוונה של המדינה לבחון באופן חיובי הצטרפות לאמנה.

בעצם האקט של החתימה שקורה בד"כ בכנס חגיגי, קמה עפ"י ס' 18 מחויבות למדינה שלא לפעול באופן שמסכל את מטרת או תכלית האמנה. זו אמירה מאוד כללית, אבל חשובה ביותר. מדינה לא יכולה בו"ז לחתום ולפעול באופן שמסכל את האמנה.

על רקע הקביעה הזו אנחנו יכולים להבין את ההתנהגות של ישראל וארה"ב בעניין חוקת רומא המהווה את מקור הסמכות לפעילותו של ביה"ד הפלילי הבינ"ל בהאג (ICC). המדינות חתמו על האמנה, אבל הבינו שהיא יכולה לגרום להן בעיות ולכן הן החליטו לבטל את הצטרפותן לאמנה. הסייג לס' 18 זה אם מדינה מבהירה את הכוונה שלה שלא להצטרף לאמנה כמו שישראל וארה"ב עשו בנושא חוקת רומא (נציין כי מאקט של חתימה קל יותר לחזור לעומת מאקט של אשרור).

**② שלב האשרור-** אשרור הוא הצעד השני שנדרש כחלק מההצטרפות של מדינות ריבוניות לאמנה. אקט האשרור כולל בראש ובראשונה דיון בפורום המתאים בתוך המדינה ועם הנציגים המתאימים בשאלה האם המדינה אכן רוצה ויכולה להצטרף לאמנה. במידה וכן, המדינה שולחת כתב אשרור של האמנה לאותו גוף שאחראי על ניהול האמנה (זה יכול להיות מזכ"ל האו"ם לדוגמה). כל אמנה מגדירה מיהו אותו המוסד שאצלו מפקידים את כתבי האשרור שבאמצעותן מצטרפים לאמנה.

**הליך האשרור-** כחלק מהזכות הריבונית של כל מדינה, כל מדינה היא שקובעת את הליך האשרור שלה.

* ברוב המדינות בעולם (ארה"ב, צרפת ואחרות), מי שמאשרר עבור המדינה את האמנה ונותן את הגושפנקא הסופית שהמדינה מצטרפת לאמנה זה **הפרלמנט, בית המחוקקים**. הסיבה לכך היא כי מרגע שהמדינה הצטרפה לאמנה, האמנה הופכת להיות חלק מחייב מהדין הפנימי שלה, ולכן אם האמנה קונה כזה כוח משמעותי, מי שצריך לאשר אותה הוא המחוקק, שמוסמך באופן רגיל של הדברים ליצור את הדין בתוך המדינה.
* במדינות אחרות (ישראל, בריטניה ואחרות) **הממשלה** מאשררת כחלק מהפריווילגיה של הממשלה לנהל את יחסי החוץ עבור המדינה. במדינות האלה, בגלל שזו הממשלה ולא המחוקק שנותן את הגושפנקא להצטרפות, האמנות אינן מהוות באופן אוטומטי חלק מהדין הפנימי של המדינה. האמנות יחייבו את המדינות בזירה הבינ"ל אבל בתוך המדינה הן לא יקנו מעמד של חוק. כי זה לא המחוקק שבעצם מאשרר את האמנה, אלא הממשלה.

במהלך הקורס נדון ביחס שבין הדין הבינ"ל לדין הפנימי. כשמדינה מצטרפת לאמנה, מלבד שהיא מחויבת אליה ביחס עם המדינות האחרות. המדינה גם נדרשת לפעול בתוכה עצמה, להעביר חקיקה שתיישם את האמנות שתאפשר למדינה לעמוד בהתחייבויות שלה. לדוג' אמנה בנושא סחר שבה ישראל מתחייבת לפי הWTO לא לגבות מכס על מוצרי חשמל מעבר ל15%. זו התחייבות יפה ברמה הבינ"ל, אבל כדי להוציא את זה לפועל המדינה צריכה להעביר תקנה או חוק שאכן קובע כי ישראל לא תגבה על מוצרי חשמל שמגיעים אלה יותר מ15% מס, הדברים שלובים.

מה שקורה הוא שצריך לנתק את ההליך – הממשלה יכולה להתחייב ברמה הבינ"ל ואחרי זה "תשבור את הראש" איך ליישם את זה בתוך הדין הפנימי. נרחיב על זה בהמשך כאמור.

**⇐ הסתייגות (ס' 19-23 לאמנת וינה)**

הסעיפים האלה אומרים לנו משהו מאוד מעניין- מדינה רשאית בעת הצטרפותה להודיע קבל עם ועולם שאינה מקבלת עליה מקצת ההתחייבויות הקבועות באמנה. יש לציין כי מדינה לא יכולה להצטרף ולהסתייג לדוג' מ90% מההוראות באמנה, אלא מקצת מהן. כמו כן, הדבר אפשרי רק באמנות מולטילטרליות ולא באמנות דו צדדיות כח אז זה אומר שאין הסכם וכן לא באמנות דקלרטיביות.

ההסתייגות בד"כ מצורפת עם החתימה ואשרור, הרבה פעמים זה יכול לקרות אחרי. לדוג' ישראל הצטרפה ב1991 לאמנת זכויות האדם מהחשובות ביותר – האמנה בדבר ביעור ההפליה נגד נשים (1979). ס' 7ב לאמנה מדבר על שוויון במשרות בשירות הציבורי ואומר שמדינות חברות צריכות להבטיח שוויון בין גברים ונשים באופן שבו מחולקות משרות בשירות הציבורי. בישראל, הדין הדתי נוהג במקצת השירותים ולכן ישראל צופה שיהיו בעיות כבר מרגע ההצטרפות. לכן עם הצטרפותה, ישראל מסתייגת מס' 7ב ביחס למשרות מינוי שיפוטיות בבתי דין דתיים כי שם באופן מובהק ממונים גברים והיא לא יכולה להבטיח את השוויון המגדרי. את כל שאר האמנה ישראל מקבלת על עצמה לכבד טבין ותקילין.

ישנה הדדיות בהסתייגות - כאשר מדינה מסתייגת מסעיף מסוים, כל המדינות האחרות לא מחויבות כלפי אותה מדינה באותם סעיפים שהיא הסתייגה מהם. זה יכול להתבטא ברמה שאסור לאותה מדינה מסתייגת להעלות טענות כלפי מדינות אחרות. זה יוצר סוג של השתק.

**מדוע קיימת הזכות להסתייג?** כיוון שמבחינה הגיונית באמנות מולטילטרליות קשה להגיע לנוסח מוסכם על כל המדינות. לכן, אנחנו מעדיפים לגבש אמנה שיש לה רוב גדול שמסכים ונאפשר למדינות שיש להן בעיות בהצטרפות, עדיין להצטרף עם הסתייגויות מסוימות כל עוד הן בגדר הסביר (כמות על איכות).

בנוסף, אנחנו רואים פה ביטוי לעיקרון הריבונות - כשם שיש למדינה זכות להסכים לאמנה, כך יש לה זכות שלא להסכים לחלק מהוראותיה.

אלו 2 מוטיבים משמעותיים לסיבה שנוצר מגנון ההסתייגויות – ריבונות ופשרה.

**⇐ עפ"י ס' 26 לאמנה הכלל הבסיסי הוא שאמנה מחייבת את הצדדים לה ויש לקיימה בתום לב**. מרגע שמדינה הפכה צד לאמנה, היא מחויבת לקיים אותה מול כל שאר הצדדים. מדינה שלא חברה באמנה חייבת רק בכלל המנהגי שבה אם קיים.

**⇐ יחס בין אמנה למשפט פנים מדינתי -** אנחנו נדבר על היחס בהמשך. כרגע אנחנו נכיר את עיקרון היסוד במשב"ל בהקשר זה – מרגע שמדינה הצטרפה לאמנה היא מחויבת לציית לכללים של האמנה. **עפ"י ס' 27 לאמנה, כעניין עקרוני, מדינה לא יכולה להישען על הדין הפנימי שלה כהצדקה להפרת חובותיה מכוח האמנה.** מבחינת המשב"ל, מרגע שמדינה הצטרפה לאמנה, היא צריכה לקיים אותה. המשפט המדינתי לא יכול להיות הגנה למדינה להפרות.

**⇐ תרופות במקרה של הפרה** (לא נדון לעומק) - במקרה של הפרה, המדינה חבה באחריות בינ"ל ועשויה לשאת בתוצאות. למשל:

* צעדי גמול - מדינה שהפרה אמנה עשויה להיות כפופה להפרות נגד או צעדי גמול שיהיו חוקיים כדי למנוע מהמדינה להמשיך בהפרתה.
* ביטול / השעיית המדינה - זה מקובל באמנות דו צדדיות. אם יש הפרה מהותית ע"י מדינה אחת כלפי המדינה האחרת, המדינה האחרת יכול להסתמך על ההפרה ולומר שלא מתאימה לה האמנה, ולכן היא מבטלת או משעה אותה לצמיתות / באופן זמני וכו'.

באמנה מולטילטרלית – אם יש הפרה מהותית של מדינה אחת כלפי האחרות, האחרונות יכולות להסכים פה אחד לבטל או להשעות את האמנה מול המדינה המפרה או בין כל הצדדים. זה לא קורה חדשות לבקרים, אך זה סעד אפשרי.

**⇐ יציאה מאמנות** – בחוקת ביה"ד הפלילי הבינ"ל (חוקת רומא), יש אפשרות לצאת מאמנה גם אחרי שמדינה הצטרפה. היו 2 מדינות באפריקה שכאקט של מחאה וכעס כלפי ביה"ד הן פרשו מהאמנה. זה פרוצדורלי מאוד אבל מדינות עושות את זה.

**✓ מנהגים בינלאומיים**

ס' 38(1)(ב) לחוקת הICJ מדבר על המנהג הבינלאומי, כ"ראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין".

**⇐ משל השביל של המלומד הבלגי דה ווישר** – דה ווישר מדבר על כפר שיש בו שני מוקדים חשובים – כנסיית הכפר ומועצת הכפר - שנמצאים ב2 קצוות שונים של הכפר וביניהם מפריד שדה פרא. אנשים צריכים להגיע מנקודה אחת לשנייה. האדם הראשון שהיה צריך להגיע פסע באיזה נתיב מסוים (הקצר ביותר / היפה ביותר וכו'). עם הזמן יותר ויותר אנשים התחילו לפסוע באותו הנתיב כך שעם הזמן מתגבש לו מעין שביל של ממש שניתן לזהות באופן ברור.

**הנמשל:**

* השביל = הנוהג, האופן שבו רוב האנשים בכפר נוהגים ללכת כשהם נדרשים ללכת ממקום אחד לאחר. השביל הוא הפרקטיקה הנוהגת בכפר.
* פסיעות הרגליים החשובות = המדינות הפועלות בתחום / בעלות המשקל. לא כל האנשים הולכים בשביל הזה, אך עוברים שם האנשים החשובים בכפר. הדבר דומה למדינות שפעולות יותר בתחומים מסוימים ויש להן יותר משקל. לא כל פסיעות הרגליים שקולות, יש כאלה שהפסיעות שלהן יותר משמעותיות.
* חובה - השביל הוא נוהג, כדי לעבור מנוהג למנהג נדרש לנו אלמנט נוסף מעבר לפרקטיקה נוהגת, נדרש לנו יסוד של חובה. איזו תחושה של מחויבות לפעול בדרך מסוימת. אם אנחנו חוזרים למשל השביל, נדרשת תחושה של חובה בקרב אנשי הכפר ללכת רק בנתיב מסוים ולא בנתיב אחר. רק אז זה יהפוך למנהג משפטי מחייב. כל עוד מותר לאנשים בכפר לפסוע בנתיבים אחרים, ההליכה בשביל המסוים נותרת בגדר נוהג ולא מנהג משפטי מחייב, כי לא מלווה לה תחושת מחויבות נדרשת. אם ברבות הזמן, אנשי הכפר ירגישו שהם חייבם ללכת רק בשביל הזה אז הנוהג יהפוך למנהג. אלו דברים ערטילאיים.

מה מלמד אותנו משל השביל על המנהג? עשויה להיות פרקטיקה שבמקור היא נוהגת באופן מאוד ספונטני כדי לענות על דרישות מסוימות - אנשים צריכים להגיע בין 2 נקודות ולכן הם הולכים בשביל הזה, אולי היא הגיעה מיעילות וכו'. ברבות הזמן הפרקטיקה הופכת למתמשכת, כללית ועקבית, ואז היא עשויה להפוך למנהג מחייב.

בנוסף, המשל מלמד אותנו כי **טמונה במנהג עמימות אינהרנטית** – קשה להצביע על תהליך היווצרות המנהג. כמה זמן צריך כדי שייוצר מנהג? כמה מדינות צריכות לפעול לפי הנוהג כדי נגיד שזו פרקטיקה נוהגת בזירה הבינ"ל? בין היתר בגלל הקושי הזה היום הרוב המוחלט של המשב"ל נוצר באמצעות אמנות, שהיא המקבילה לחקיקה מדינית. אמנות יותר ברורות, שקופות ונהירות לשחקנים. הגם שמשב"ל נוצר בדרך של מנהג, היום המסה עברה לאמנות.

משל השביל מסמל לנו את **הקושי באיתור** **מנהגים** (מתי אנחנו עוברים מנוהג למנהג?). גם כשיש שביל, כל עוד שהוא אינו מוגדר אנשים עשויים שלא לעבור בו.

לצד כל העמימות הזו תחומים שלמים של משב"ל התפתחו ע"י המנהג לאורך השנים. אחת הדוגמאות היא האמנות בדבר דיני הים מהמאה ה20 שהתפתחו מפרקטיקה של מדינות. מושג המים הטריטוריאליים לפיו במדינות חוף, 12 מייל ימי מהחוף לתוך הים הם חלק מהטריטוריה של מדינת החוף הרלוונטית והיא הריבונית בו. החל מתקופה מסוימת מדינות התחילו לטעון לריבונות בשטח החוף הסמוך להם. נוצרה פרקטיקה שמצד אחד הרבה מאוד מדינות טוענות לריבונות, ומצד שני הרבה מאוד מדינות מכבדות את הריבונות של האחרות במים הטריטוריאליים ומדינות מתייחסות למדינות שלא מכבדות כמי שמפרות איזו חובה משפטית ונוהגות שלא כדין. כך לאורך עשרות שנים נוסד המנהג של מים טריטוריאליים, זה היה דין מנהגי שהתפתח בפרקטיקה של המדינות שהתלוותה לו חובה משפטית.

כך גם בדיני הלחימה – המנהגים איך נתייחס לשבויי מלחמה, באיזה אובייקטיבים מותר לפגוע וכו' נהגו כפרקטיקות שלוותה להם תחושת מחויבות. רק במהלך המאה ה20 המנהגים הועלו על הכתב.

**אומנם המנהג הוא עמום אבל יש לו מקום חשוב במשב"ל גם היום.**

אלמנט נוסף של נוהג – הרבה מכללי הנימוס הבינ"ל, כמו זה שכאשר שליט של מדינה אחרת יורד מכבש המטוס פורסים בפניו שטיח אדום, זה נוהג. נוהג מאוד מקובל אומנם, רוב מוחלט של מדינות העולם יקבלו כך ראשי מדינה אחרים. אבל מדינות לא עושות את זה מתוך חובה משפטית, אלא כי כך נהוג לקבל ראש של מדינה אחרת. אם מדינה לא תפרוס שטיח אדום, אף אחד לא יגיד שהיא הפרה כלל של המשב"ל.

**✓ התנאים להיווצרות מנהג**

מקובל לפרש את ס' 38(1)(ב) כמציב שני תנאים מצטברים מכוננים לקיומו של מנהג:

1. **יסוד פיסי** – פרקטיקה שבגדר "נוהג כללי", שמדינות נוהגות לפיה. יש לכך 3 תתי מבחנים / אלמנטים:
2. ממושכת – דרישת זמן. הפרקטיקה צריכה להיות ממשוכת.
3. עקבית – דרישה לפרקטיקה אחידה מצד כל מדינה ומדינה רלוונטית. המדינות צריכות להתנהג באופן עקבי.
4. כללית – פרקטיקה כללית בקרב מס' גדול של מדינות רלוונטיות. דרישה פרסונלית.
5. **יסוד נפשי** – תחושת מחויבות לפעול לפי הפרקטיקה הספציפית "שנתקבל בבחינת דין".

**⇐ היסוד הפיסי**

**① דרישת הזמן**

פעולה חד פעמית לא יכולה ליצור מנהג בינ"ל מחייב. תהליך התהוות המנהג לוקח זמן בד"כ. השאלה היא האם יש מסך זמן מינימלי שפחות ממנו לא יכול להיווצר מנהג? בעיקרון אין מסמרות ביחס למשך הזמן הדרוש – טיב העניין ומידת התקיימות התנאים האחרים תבחן כל מקרה לגופו.

יש מנהגים שהתפתחו במשך דורות, למשל מים טריטוריאליים היה איטי ולקח זמן. אבל בעיקר בעשורים האחרונים, יש מנהגים שהתפתחו במהירות כמו ריבונות על המרחב האווירי (אחרי מלה"ע ה1), חקר החלל, שימוש בכוח מול ארגוני טרור – זה נושא מאוד מפותח כיום. מתחיל להתבסס מצב שמדינות צריכות להפעיל יותר ויותר כח צבאי כהגנה עצמית מול ארגוני טרור והנושא לא מוסדר בשום אמנה. הנושא התפתח בצורה מטאורית לאחר אירועי ה9.11- נפילת מגדלי התאומים. מתפתח מנהג שמדינות יכולות לעשות שימוש בכוח מול ארגוני טרור.

**פס"ד North sea continental shelf Cases, ICJ(1969)** - בהקשר של דרישת זמן חשוב להכיר את פסק הדין של הICJ בנושא מדף יבשתי. מדף יבשתי הוא רצועת קרקע שיורדת מתחת למים בצורה מאוד הדרגתית עד שיש שיפוע מאוד חד של הקרקע ללב היום. המדף היבשתי נמשך בד"כ על פני מרחק של 200 מייל ימי -זו רצועה מאוד ארוכה. במדף היבשתי של הרבה מדינות קיימים מחצבים מאוד חשובים שגם הרבה יותר קל לחלץ אותם מקרקעית הים לעומת חילוצם מלב הים. למדינות יש אינטרס גדול לפעול במדף היבשתי שלהן.

ב1958 מגובשת אמנת המדף היבשתי שאומרת שכל מדינה ריבונית במדף היבשתי שלה. מתגלע סכסוך בין גרמניה, דנמרק והולנד בנוגע למדף היבשתי בים הצפוני. המקרה מגיע ב1969 לICJ ועולה השאלה האם כלל מסוים לגבי איך מסדירים את המדף היבשתי שבאמנת המדף היבשתי הפך לכלל מנהגי. במקרה הזה ביה"ד דוחה את טענות הולנד ודנמרק שסעיף מסוים באמנה שעזר להן מאוד הוא כלל מנהגי ולכן הוא מחייב את גרמניה, למרות שלא חתמה על האמנה. בית הדין אומר בצורה מפורשת כי מהעדויות שהובאו בפניו בין 1958 ל1869, 11 שנים הכלל לא הפך למנהגי.

לענייננו, האמירות האחרות של ביה"ד חשוב יותר. ביה"ד מבהיר כי עצם זה שעובר זמן קצר בין אימוץ כלל מסוים באמנה לבין היכולת שלו להפוך למנהגי לא שולל את האפשרות שיתפתח כלל מנהגי. **האמירה המשלימה שאומר ביה"ד היא כי ככל שמשך הזמן הנטען להתגבשותו של המנהג הוא קצר יותר, כך הנטל על מי שטוען לקיומו של מנהג גדול יותר להוכיח את קיומן של הדרישות הנוספות בנוגע לפרקטיקה – דרישת הכלליות ודרישת העקביות.** ביה"ד אומר שככל שמשך הזמן הנטען להתגבשות המנהג קצר יותר כך נדרש להוכיח שהפרקטיקה המדוברת נרחבת ומשותפת למספר גדול של מדינות רלוונטיות והן נוהגות בהתאם לפרקטיקה באופן עקבי. באותו מקרה המדינות לא הצליחו לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש.

מפס"ד המדף היבשתי אננו צריכים לקחת את זה שמנהג יכול להתגבש תיאורטית גם בזמן קצר של 11 שנים, אבל במצב כזה צריך להראות שהפרקטיקה היא כ"כ כוללנית ועקבית שמאזנת את דרישת הזמן ואת התגבשות המנהג בזמן כ"כ קצר.

**② פרקטיקה עקבית**

מדינות לא יכולות לנהוג לפי פרקטיקה מסוימת לפעמים ולפעמים לא כדי שנגיד שמדובר במנהג. המדינות צריכות להתנהג באופן עקבי לפי הפרקטיקה הזו. על פניו זה פשוט אבל החיים יותר מסובכים. אנחנו רואים שפסיקה מדינתית מדגישה לנו שבבחינה יש לבדוק לא רק איך מדינות נוהגות אלא גם את ההצהרות והתגובות למעשים של מדינות אחרות. **צריך לראות אם יש פרקטיקה עקבית גם דרך הסתכלות על המעשים של המדינות וגם על הרטוריקה של המדינות (הצהרות וכו').**

זה עלה בהקשר לאיסור על עינויים – היום יש לנו את אמנת העיונים משנת 1984, זה איסור ברור במשב"ל. בתחילת שנות ה80, לא הייתה אמנת העינויים ועלתה השאלה האם האיסור הקיים הוא דין מנהגי שמחייב את כל המדינות. בהקשר הזה היה דיסונסס- מצד אחד מדינות הצהירו נגד עינויים, ברור שזה פשע נפשע ומדינות התנערו והכחישו ממעשים שמיוחסים להן או ניסו להצדיק את מעשיהן ולהראות שמדובר במקרים קיצונים וחריגים. אבל בפועל מדינות מענות גם כיום, ובטח אז.

עלתה השאלה מה קורה במצב כזה שיש מדינות שבפרקטיקה עושות שימוש בעינויים למרות שהן מצהירות כנגדו ומגנות אותו. על רקע זה עלתה השאלה האם האיסור הוא איסור מנהגי שהרי הצהרות לחוד ומעשים לחוד. בתי דין בארה"ב נדרשו לזה לפני האמנה ואמרו שהאיסור על עינויים הוא איסור מנהגי כיוון שגם אם יש מס' מועט של מדינות שעושות עינויים הן מתנערות מזה ומקבלות על עצמן את הנורמה שאוסרת על הדבר הזה ומתכחשות אליו. הרטוריקה החד משמעתית מורה על הכרה באיסור על עינויים במשב"ל.

כל זה רק כדי להדגיש שכשאנחנו מסתכלים על פרקטיקה של מדינות, אנחנו צריכים לבדוק האם מדינות מתנהגות באופן עקבי וגם אם יש סתירה בין המעשים להצהרות, הצהרות יכולות להעיד על נורמה שאוסרת על עינויים במקרה הזה ושהיא מנהגית.

**③ פרקטיקה כללית**

לא מדברים על פרקטיקה אוניברסלית שכל מדינות העולם ינהגו לפיה, שהרי כך לא היה לנו שום מנהג. כשאנחנו מדברים על כלליות אנחנו מדברים על מס' גדול של מדינות שמתנהגות בצורה שעולה בקנה אחד עם הכלל המדובר. קבוצה משמעותית של מדינות החשובות והרלוונטיות לתחום.

אם למשל אנחנו רוצים לדעת אם נוצר כלל מנהגי בתחום של מדף יבשתי – נסתכל על ההתנהגות של מדינות חוף ולא על מדינות שאין להן חוף, הן לא משמעותיות בכלל. אנחנו צריכים לספור את המדינות שרלוונטית לכלל המדובר.

בתחום דיני הלחימה למשל נסתכל יותר על מדינות שמעורבות בלחימה. מדינות אחרות יכולות להיות רלוונטיות בהצהרות אבל המדינות שיש בהן לחימה יהיו יותר רלוונטיות.

כדי שנדבר על פרקטיקה כללית, לא די בקבוצה משמעותית של מדינות שנוהגות בצורה מסוימת. צריך ששאר המדינות לא יביעו התנגדות, אלא שהן משלימות בשתיקה עם הכלל שמתגבש. מצד אחד, צריך קבוצה של מדינות משמעותיות לתחום ינהגו בהתאם לפרקטיקה מסוימת. ושמצד שני, מדינות אחרות לא יביעו התנגדות ויצאו נגד הכלל המתגבש ואז מתקיים אלמנט הכלליות.

**אנחנו צריכים הסכמה פוזיטיבית ואי התנגדות של קבוצה משמעותית של מדינות כדי שנגיד שהפרקטיקה היא כללית.**

התנגדות מועטה של מדינות לא תמנע בהכרח את היווצרות המנהג, אלא זה עשוי להוציא מדינות מסוימות מגדר הכלל ולהכניס אותן לקונספט של מתנגד עקבי. מדובר במצב שמדינה מזהה שמתפתח כלל והיא אומרת שהיא לא מוכנה שהכלל הזה יחול עליה.

אם הICJ בודק אם התפתח מנהג הוא לא עושה משאל בין מדינות אלא בוחן מדינות רלוונטיות ומשמעותיות לאותו תחום.

ברוב המקרים, אנחנו מדברים על מנהג עולמי. אבל יש מנהג שיכול להתפתח באזור מסוים ולא חייב להיות עולמי, כמו מנהג בדרום אמריקה לדוג'.

**⇐ היסוד הנפשי- Opinio Juris**

ליסוד הפיזי, חייב להתלוות יסוד נפשי כדי שמנהג יהיה מחייב. וזה מה שמבדיל נוהג ממנהג – מנהג מחייב משפטית. בניגוד לנוהג שפועלים כך בגלל אינטרסים, פועלים לפי מנהג כי זה מחייב משפטית.

ס' 38 מדבר על כך שהפר'טיקה תהא מקובלת בבחינת דין. המדינות פועלות כי הן מרגישות תחושת מחויבות לפעול בהתאם לפרקטיקה הספציפית ולא בהתאם לפרקטיקה אחרת.

**פס"ד Lotus, PCIJ(1927)-** בקצרה, פסה"ד דן בסכסוך בין טורקיה לצרפת. שתי אוניות שלהן התנגשו בלב ים פתוח, וכתוצאה מזה מתים מספר מלחים טורקים. טורקיה מושה אותם לנמל איסטנבול, ואת אנשי הצוות הצרפתיים היא מעמידה לדין על גרם מוות ברשלנות בבתי הדין שלה, על סמך סמכות פרסונלית פסיבית כי מי שנפגעו היו טורקיים.

הנושא מגיע לPCIJ וצרפת טוענת שטורקיה עושה משהו שלא ניתן לעשות עפי המשב"ל, היא מעמידה לדין צרפתים למרות שבמשב"ל קיים מנהג שלפיו אין להעמיד לדין פלילי אזרחים זרים שביצעו עבירה על גבי אוניה זרה בלב ים – לטורקיה אין סמכות שיפוט.

הPCIJ מאשש שכדי שנכיר במנהג צריכים להתקיים 2 רכיבים – יסוד פיזי ונפשי כפי שהזכרנו. בשלב הזה ביה"ד לא השתכנע שהפרקטיקה הכללית שלה טוענת צרפת קיימת. אבל ביה"ד ממשיך ואומר שגם אם הוא היה משתכנע, במקרה הזה אין יסוד נפשי במובן הזה שבאותם מקרים שהציגה צרפת של התנגשות בין ספינות, הסיבה שמדינה אחת לא העמידה לדין מדינה אחרת לא הייתה מתוך תחושת מחויבות שלא להעמיד לדין, אלא מסיבות אחרות.

ביה"ד מגיע למסקנה שלא קיים המנהג שטוענת לו צרפת, ושבמשב"ל נכון לאותה עת אין כלל שאוסר על מדינות להפעיל סמכות שיפוט פלילית במקרה כמו זה שקרה. ביה"ד מחדד שלא מספיק שתהיה פרקטיקה, אלא שמדינות יפעלו מתוך תחושת מחויבות לפעול באותה פרקטיקה.

**בנוסף, בפסק דין לוטוס ביה"ד אומר שבמשב"ל מותר למדינות לעשות כל מה שלא נאסר עליהן כחלק מהריבונות של מדינה.** זה דומה למשפט הפרטי המדינתי – כמו שלאזרחים מותר לעשות כל דבר שלא נאסר עליהם. זהו פסד שמאשש את העיקרון הזה ברמת המשב"ל.

**כיצד מוכיחים קיומו של מנהג?**

* כדי להוכיח את היסוד הפיזי - הפרקטיקה המדינתית, הICJ יסתכל על מגוון מקורות. ביניהם: דיווחים עיתונאיים, דוחות ועדות חקירה, חקיקה, החלטות ממשלה, פעילות חוץ והפעילות הפיזית של מדינות, איך הן מתנהגות בפועל. כל הדברים האלה ילמדו את מי שנדרש לשאלה האם מתקיים היסוד הפיזי. בהקשר הזה, אנחנו נסתכל לא רק על הנוהג של המדינות, אלא גם על האופן שבו הן מגיבות להתנהגות של מדינות אחרות ולהצהרות שלהן.
* יסוד נפשי – זו שאלה קשה. מספיק קשה שצריך להוכיח יסוד נפשי של אדם קשה, לא כל שכן של מדינה שהיא אישיות מופשטת. לכן בפועל במקרים רבים כשבי"ד נדרש לשאלה האם קיים מנהג, אנחנו נראה כי יסיקו על תחושת המחויבות מכוח היות הנוהג פרקטיקה נרחבת. אם כ"כ הרבה מדינות נוהגות כך הו מרגישות מחויבות. בפועל מה שאנחנו נראה הוא כי לומדים על היסוד הנפשי.

כמו כן, יסתכלו על המקורות שמנינו ביסוד הפיזי. כשמבין כולם, יתנו משקל רב להכרזה של מדינות ולעמדות הפומביות שלהם.

יש חפיפה ניכרת בין איך לומדים יסוד נפשי לאיך לומדים יסוד פיזי. מה שמדגיש את החמקמקות של מנהג. לא מפתיע שהזליגה בימינו היא לעבר יצירת אמנות לפיתוח המשב"ל, ולא לדרך של מנהג בגלל הקשיים.

# שיעור 5, 12/04/2021 – מקורות המשב"ל חלק ג': מנהגים, עקרונות ומקורות משפט משניים

**✓ מנהג בינ"ל – המשך:** האם מדינה יכולה להוציא עצמה מגדר התחולה של מנהג?

מדינה יכולה להגיע למצב שהיא תיחשב כ"מתנגדת עקבית" למנהג מסוים. אם היא אכן מתנגדת ונחשבת ככזו, אז מנהג מסוים שחל על כל הקהילה הבינ"ל לא יחול לגביה. התנאים לכך:

1. התנגדות החל מזמן היווצרות המנהג – על ההתנערות מהמנהג להיות ממש מההתחלה. לא רוצים לאפשר סתם כך להתנגד וכך יתערערו הכללים ותופר היציבות. (כאן נכנסת בעייתיות הפיקציה של מדינות חדשות שנוצרו לאחר המנהג)
2. התנגדות עקבית פומבית – מתוך הגנה על האינטרסים של מדינות אחרות, המדינות המתנגדות צריכות להיות ברורות ולהביע את התנגדותן למנהג באופן פומבי. לא ייתכן שהן יחליטו אם הן כפופות למנהג רק מתי שמתאים להם, אלא זה צריך להיות עקבי.

מדינה שמרגע היווצרות המנהג מתחילה להתנגד לו ועושה זאת באופן פומבי, יכולה להוציא עצמה מתחולתו ותיקרא מתנגד עקבי. אך זה לא דבר פשוט לעשות. הרציונל שעומד מאחורי הקמת המוסד של מתנגד עקבי נעוץ בעיקרון ההסכמה, שמדינה לא תתחייב למה שהיא לא מעוניינת בו.

**✓ דין קוגנטי (Jus Cogens) -** התפיסה במשב"ל היא שיש נורמות מנהגיות שהקהילה הבינ"ל מייחסת להן חשיבות עליונה (מעין שריון של הנורמה). לדוג' האיסור על שימוש בכוח, עבדות, רצח עם, אפליה גזעית, פשעים נגד האנושות, הפרות זכויות אדם בסיסיות (עינויים), עקרונות בסיסיים של דיני מלחמה.

אלו רשימת עקרונות קוגנטיים שלא ניתן להתנות עליהם. עם זאת, הרשימה לא סגורה. יש ויכוח בין כל מיני מלומדים האם יש עוד נורמות שהן בגדר דין קוגנטי. התפיסה הרווחת כי הזכות להגדרה עצמית היא בגדר דין קוגנטי ואפילו נורמות מסוימות שקשורות באיכות הסביבה.

**⇐** הנפקות קשורה לכמה סעיפים באמנות-

* ס' 53 לאמנת האמנות אומרת כי אמנה בטלה אם בזמן עריכתה היא עומדת בסתירה לנורמות קוגנטיות (peremptory norm) של המשב"ל. זה אומר שלא ניתן להתנות על נורמה קוגנטית ומדינות לא יכולות לסטות מהדין הקוגנטי בשום נסיבות שהן.
* ס' 64 לאמנת האמנות היא המשך ישיר ומשמשת כתמונת מראה – אם במהלך הזמן נוצרת נורמה קוגנטית כל אמנה סותרת בטלה רטרואקטיבית. לדוג' התפתחות האיסור הקוגנטי על העבדות במשב"ל- לקח זמן עד שהמנהג הזה התגבש, אבל מרגע שהוא נוצר והקהילה הבינ"ל מכירה בו כדין קוגנטי, כל אמנה שכוללת אישור והסדרת עבדות בטלה ואין לה נפקות משפטית. שבמרוצת הזמן האמנה הזו הפכה להיות אמנה שסותרת דין קוגנטי ולכן היא לא קיימת.
* לא ניתן להסתייג מסעיף של אמנה שכולל דין קוגנטי. לדוג' לא ניתן להסתייג מאמנה שכוללת איסור על עינויים, כיוון שזה דין קוגנטי שההיגיון אומר שלא ניתן להסתייג ממנו.
* לא ניתן להיות מתנגד עקבי לנורמה קוגנטית. בגלל שהרבה נורמות בתחום זכויות האדם ודיני הלחימה לדוג' הן קוגנטיות, הרי שאי אפשר להשתמש במוסד של מתנגד עקבי ולהתנגד לזה.

**✓ ביקורות על המנהג כמקור משפטי** – המנהג סובל מעמימות אינהרנטית ועדיין בתי דין עושים מאמץ לקבל אותו. בנוסף, יש פה פיקטיביות של יסוד ההסכמה, כדי שהיסוד הפיזי במנהג יתגבש אנחנו צריכים פרקטיקה כללית. אנחנו לא מסתכלים על כל המדינות, אלא על קבוצה משמעותית של מדינות שמסכימה להן, בעיקר בשתיקה. כך יסוד ההסכמה בהיבט של מנהג הוא פיקטיבי בחלקו, זאת לעומת אמנה שדורשת הצטרפות אקטיבית.

למרות הסייגים האלה, המנהג והא מקור חשוב של המשב"ל. המשב"ל התפתח דרך המנהג כמו דיני הלחימה, דיני הים וכו'. אלא מעבר לכך, מרגע שהמנהג קיים, יש לו תחולה אוניברסלית בהינתן הסייג של מתנגדת עקבית ויש בכך משהו מאוד יעיל. היבט נוסף של היעילות הוא בדרך יצירתו - המנהג בא לפתור בעיות קונקרטיות ולכן נוצר מפרקטיקות ספונטניות (משל השביל). מדינות מתחילות לנהוג לפי פרקטיקה מסוימת עד שזה מצמיח כלל מחייב, יש לזה משהו יעיל כדרך של יצירת כללים מחייבים במשב"ל.

**✓ יחס בין דין הסכמי למנהג**- יש לנו מגוון רחב של אינטראקציות בין הדינים שמעוגנים באמנות ובין הדינים המנהגיים. נחדד כמה נקודות חשובות בעניין:

**⇐** אמנה המשקפת מנהג קיים – אמנה דקלרטיבית:

מטרתה של אמנה דקלרטיבית הוא לשקף ולהעלות על הכתב דין מנהגי קיים (כולה או חלקה). אמנה כזו מחייבת את כל מדינות העולם, גם אם לא הצטרפו לאמנה.

אם למנהג יש מעמד משפטי מחייב, למה מדינות משקיעות משאבים אדירים להתכנס ולגבש אמנה שכל מטרתה זה להעביר דין משפטי מנהגי קיים למשהו הסכמי וכתוב. למה צריך דבר כזה?

* מנהג הוא עמום ולכן העלאתו על הכתב מגבירה את הוודאות סביב מעמדם המחייב של הכללים
* הגברת הוודאות סביב התוכן של הכללים (היקפה המדויק, פירוט).
* יכולת לקבוע מנגנונים יישום, בקרה ואכיפה – מכוח אמנות קמים בתי דין בינ"ל ליישוב סכסוכים, חובה להגשת דוחות תקופתיים לגוף מנהלי של האמנה ועוד. תחת מנהג קשה יותר לעשות את הדברים האלה וגם קשה ליצור אותם באופן ספונטני, כשאנחנו יושבים ומנסחים את המנהג על הכתב, אנחנו יכולים ללוות לו גופים פרוצדורליים.

דוגמאות לאמנות דקלרטיביות: אמנת ג'נבה בדבר הים הפתוח מ1958 שהעלתה את הכללים שהתגבשו במהלך 200-300 שנים על הכתב. אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים מ1962 ואמנת ג'נבה ה3 בדבר שבויי מלחמה מ1949 העוסקת בשבויי מלחמה.

אומנם בימינו, אמנות הם הדרך השגורה ליצירת דין חדש, אך עלינו לזכור שיש למנהג ולאמנה מעמד נורמטיבי זהה.

**⇐** אמנה קונסטיטוטיבית- אמנה יוצרת חוק:

כזכור, זוהי אמנה שיוצרת כללים שלא היו קיימים קודם לכן מכוח מנהג. אמנת ג'נבה ה4 נחשבת לאמנה קונסטיטוטיבית כי היא יוצרת לעולם דין חדש.

כמו שראינו, אמנה יכולה להתחיל כקונסטיטוטיבית ועם הזמן להפוך כולה או חלקה לדקלרטיבית. זה מה שקרה עם אמנת האג הרביעית בדבר דיני הלוחמה מ1907 – זו אמנה מאוד בסיסית שמסדירה את דיני הלחימה. בעת כריתת היא יצרה דינים חדשים, אבל ביהמ"ש במשפטי נירנברג קובע כי בחלוף 40 שנים האמנה כולה הפכה לדין מנהגי (על בסיס קביעה זו העמידו לדין אזרחים גרמנים לאחר מלה"ע ה2).

🡨 **אמנה יכולה להוות כלי ליצירת דין מנהגי.**

האם באמנות שחברות בה מדינות רבות (רוב מוחלט), עצם החתימות יכול לסמן לנו שמדובר על אמנה דקלרטיבית? אין תשובה חד משמעית. יש מקרים כמו 4 אמנות ג'נבה אליהן הצטרפו 194 מדינות, שעצם הקבלה האוניברסלית מלמדת על היותה מנהגית. אבל לא פעם **נצטרך להסתכל מי המדינות שלא צד לאמנה.**

לדוג' על הפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה מ1977 חתומות 174 מדינות ובכל זאת הוא לא נחשב מנהגי. כיוון שהמדינות שלא הצטרפו אליו מעולם – ארה"ב, ישראל, הודו, פקיסטן וטורקיה הן מדינות שמעורבות באופן יחסית תכוף בסכסוכים מזוינים בינ"ל והן לא צד לפרוטוקול שעוסק באותם סכסוכים. אלו המדינות שמושפעות במיוחד בתחומים האלה, ואם הן לא הצטרפו לפרוטוקול הזה, אנחנו לא יכולים לבוא ולהגיד שהוא משקף דין מנהגי.

אם כך, יש בפרוט' הוראות שמשקפות דין מנהגי כמו עיקרון ההבחנה ויש הוראות שמשקפות רק דין הסכמי ומחייבות את אותן 174 מדינות שהצטרפו לאמנה.

**לסיכום, הרבה אמנות הן אמנות מעורבות – חלקן דקלרטיביות וחלקן קונסטיטוטיביות והיקף התחולה של כל הוראה בהן יהיה שונה בהתאם למהות ההוראה.**

בגלל הרבה מאוד סיבות בעולם המודרני היום, המשב"ל הפוזיטיבי מתפתח הרבה יותר לכיוון של אמנות (הגברת וודאות, בהירות שקיפות, יצירת מנגנונים תומכים (שיפוט, דיווח אכיפה)) ודין הסכמה.

**✓ מקורות נוספים במשב"ל – עקרונות משפט כלליים:**

ס' 38(1)(ג) לחוקת הICJ מדבר על "עקרונות משפט כלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות".

מה הכוונה עקרונות משפט כלליים? מדובר על עקרונות ברמת הפשטה די גבוהה שמשותפות לכל שיטות המשפט המדינתיות ונגזרים מהן בדרך של אינדוקציה. אנחנו לומדים עליהן מהתבוננות בשיטות המשפט המדיניות ומסיקים עיקרון אוניברסלי.

אלו עקרונות יסודיים שרובם עוסקים בניהול ההליך המשפטי – תו"ל (מדינות צריכות למלא את התחייבויותיהן בתו"ל), מעילה בת עוולה, מעשה בית דין, עיקרון האישיות המשפטית העצמאית ונפרדת של תאגיד ועוד.

מה הטענה בנוגע לעקרונות המשפט הכלליים? למה הם הוכרו כמקור נוסף של המשב"ל? ההיגיון אומר כי מדובר בעקרונות שהם חלק מכל שיטת משפט לאומית. מעצם זה, אנחנו לומדים על האופי האוניברסלי של הכללים האלה ושיש בו יסוד של הסכמה מכללא - חזקה על מדינות שמכבדות אותו ברמה הלאומית, שיכבדו אותו ברמה הבינ"ל.

למה בתחילת המאה ה20, בשעת ניסוח ס' 38 לחוקת הPCIJ, היה צריך את אותם עקרונות נוספים בנוסף לאמנה ומהנהג? העקרונות נועדו לתת מענה למצב של לאקונה וכי למנוע מבית הדין להיכנס למצב הזה.

בפועל, השימוש באותם עקרונות נעשה במקרים מועטים ואינו תדיר כלל. לדוג' היה סכסוך כלשהו שבו הICJ השתמש בעיקרון ההשתק (צד אחד מושתק מלטעון אחרת בגלל האופן שבו הוא התנהג). ביה"ד עשה בדיקה מקיפה וראה כי עיקרון ההשתק נוהג בעשרות מדינות ואכן ביה"ד פסק לפי ההשתק.

ועדיין, למרות שזה מקור עצמאי התחולה שלו ביום יום די מוגבלת. סיבות אפשריות לכך:

* העולם היום הרבה יותר הטרוגני מאשר בתחילת המאה ה20, ולכן מאוד קשה למצוא עקרונות שגם אם השם זהה, המהות שלהם תגיד את אותו הדבר אצל המדינות.
* מלאכת האינדוקציה מורכבת ובתי דין נרתעים מכך - העבודה שבה כרוך מהלך הלמידה של עקרונות משפט כלליים הוא סיזיפי וקשה (בגלל שיטות המשפט שונות, השפות השונות וכיו"ב).
* ממלאי לקונות - העקרונות נועדו למלא לקונות ובפועל אין הרבה לקונות. הסיבה לכך היא שהמשב"ל מאוד עמוס בנורמות, יש לנו לא רק משפט מנהגי אלא גם גוף מסיבי של משפט הסכמי ואלפי אמנות בשלל תחומים. המשב"ל אינו רזה כשהיה בתחילת המאה ה20 ולכן המקרים שבהם נוצרות לאקונות הרבה יותר נדירות.

הנטייה של בי"ד הם בכלל לא למצוא מצבים של לקונות. כמו שראינו בפרשת לוטוס – ביה"ד קבע שכל מה שלא נאסר על מדינות במשב"ל, הרי הוא מותר. בגלל הדבר הזה יוצא שהמשב"ל רואה מצבים שבהם אין כללים כמעין הסדר שלילי. מה שהוא לא הסדיר, כנראה שהוא לא התיימר להסדיר ולכן אין לקונה.

לסיכום, כשמדברים על עקרונות משפט כלליים, הפרשנות שלהם מצומצמת. מדובר בעקרונות ברמת הפשטה גבוהה ושהרבה מהם נוגעים באופן ספציפי להליך המשפטי כמו מעשה בית דין, עיקרון האישיות המשפטית הנפרדת לתאגידים וכו'. הם לרוב פרוצדורליים ולא מהותיים, ולכן הם ממלאים תפקיד יותר צנוע במשב"ל.

**✓ מקורות משפטיים משניים**

ס' 38(1)(ד) לחוקת הICJ - "החלטות בתי דין ומשנתם של גדולים הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט".

הפסיקה והספרות כמקורות מנחים בבחינת אמצעי עזר שמשמשים כ:

* נורמות מסדר שני שבאים ומפרשים את הנורמות מסדר ראשון.
* אסמכתא לעצם הקיום של המקורות הראשיים (האם התגבש מנהג, את מי הוא מחייב וכו').
* אמצעי פרשנות למקורות הראשיים, הם עוזרים לנו להבין מה היקף הנורמות שמעוגנות במנהג.

אבל הפסיקה והספרות לא יוצרים כשלעצמם דין חדש. נסייג את זה בהמשך לגבי בתי דין, שהם לא רק הצהרתיים (מיישמי נורמות).

**⇐ פסיקה - החלטות בינ"ל:** ס' 38 לא מבחין בסוג ביה"ד בעניין של החלטות שיפוטיות, בהמשך אנו נבחין בין החלטות של גופים בינ"ל לבתי דין מדינתיים. בנוסף, יש לנו את ס' 59 כנק' מוצא שאומרת שהחלטה של הICJ אינה מחייבת אלא את בעלי הדין ובאותו סכסכוך ספציפי. סעף זה מלמד אותנו ש**עיקרון התקדים המחייב אינו קיים במשב"ל כעניין עקרוני.**

אך עצם זה שאין עקרונית עיקרון של תקדים מחייב, לא אומר שהICJ ובתי דין אחרים לא דבקים בהחלטות שלהם. בפועל, כל בי"ד מכפיף את עצמו לעיקרון של תקדים מחייב. בתי דין בינ"ל שונים נסמכים כל הזמן על החלטות שיפוטיות קודמות שלהם, ורק עם הנסיבות מאוד שונות הן יסטו מהחלטה קודמת.

בנוסף, בזירה הבינ"ל אין בית משפט עליון, יש הרבה בתי משפט בינ"ל נפרדים. במצב הזה, ובהיעדר עיקרון של תקדים מחייב. יש לנו מצבים של סתירה בין הפסיקות של בתי דין בינ"ל שונים. בתי הדין מודעים לזה ומנסים להיזהר מזה מתוך הבנה של אחריות משותפת. אבל היו סתירות וכנראה שעוד יהיו כאלה בעתיד.

מה התפקיד של החלטות שיפוטיות בערכאות בינ"ל? על פניו, זהו כלי עזר בקביעת הכללים של המשב"ל:

1. מתן גושפנקא לקיום מנהג או עיקרון כללי (דרך לברר האם פרקטיקה ממסוימת נחשבת למנהג/עיקרון).
2. קביעת הפרשנות הנאותה לתוכן המקורות הראשוניים החלים בסכסוך וליחס בין הוראותיהם. זה תפקיד חשוב מאוד ויש לו משמעות והשלכות אדירות על המשב"ל.

מאז נפילת הגוש הקומוניסטי, יש לנו כ"כ הרבה בתי דין בינ"ל וסכסוכים בינ"ל. דבר שהביא ב25 השנים האחרונות לעליית המשקל שיש לפסיקה בינ"ל ולפיתוח המשב"ל. לטקסט יש ערך שכנועי ואפקט משפטי, גם אם הוא לא בבחינת דין מחייב.

**⇐ פסיקה - החלטות לאומיות:** עם זאת, גם **להחלטות שיפוטית של בתי דין מדינתיים** יש תפקיד שהרי ס' 38 לא מבחין. מה תפקידם?

1. פונקציה דומה לבתי דין בינ"ל – סיוע בזיהוי המקורות הראשוניים ובפרשנותם (מהו מנהג, עיקרון וכו')
2. פונקציה יוצרת משפט – חלק מהפרקטיקה המדינתית היוצרת מנהג ומקור לחילוץ עקרונות משפט כלליים. הרבה פעמים כשנרצה ללמוד האם יש מנהג מסוים, נפנה לפסיקות מדינתיות שמלמדות אותנו כיצד מדינה תופסת פרקטיקה מסוימת. החלטות של בתי דין הן חלק מהפרקטיקה ויכולות לשחק תפקיד בהיווצרות המנהג במשב"ל. כנ"ל לגבי עקרונות – אם הרבה בתי דין מחילים עיקרון מסוים, זה יכול ללמד על קיומו בזירת המשב"ל.

בפרקטיקה , להחלטות בתי דין בינ"ל יש תפקיד וחשיבות הרבה יותר גדולה. בין היתר כי הם ניתנים על ידי מוסדות שלא משויכים למדינה כזו או אחרת וע"י שופטים מומחים במשב"ל. עם זאת, יש הרבה החלטות של בתי דין לאומיים שתרמו תרומה אדירה לעיצוב כללי המשב"ל. 2 דוג' ממדינת ישראל:

* בפרשת אייכמן ביהמ"ש הכיר בפשעים נגד האנושות, בעבירה של רצח עם ובסמכות שיפוט אוניברסלית לפיה למדינה יש סמכות להעמיד לדין אזרחים זרים בנסיבות מסוימות שלא ביצעו עבירות נגד אזרחיה או בטריטוריה שלה. ביהמ"ש העליון היה החלוץ בתחום, פרשת אייכמן היא מהמצוטטות ביותר.
* לפרשת הסיכולים הממוקדים מסוף 2006 יש השפעה חוצת גבולות. לא מעט מדינות שמבצעות את הפרקטיקה של סיכולים ממוקדים נסמכות על העוגן המשפטי שמצוי בפסק הדין של ביהמ"ש העליון.

**⇐ ספרות משפטית:** מקורות שמצויים בספרות הם אמצעי עזר שמסייע לנו באיתור ופרשנות המקורות הראשיים. בפועל, התפקיד מאוד צנוע. אנחנו רואים בICJ מיעוט הפניות לספרות, בבתי דין בינ"ל אחרים יש קצת יותר הפניות לחוקרים ולספרו אך. זה מופיע בעיקר בבתי דין מדינתיים.

**✓ מקורות נוספים שמחוץ לס' 38**

עד עכשיו דיברנו על המקורות שס' 38 נוקב בהם באופן מפורש – האמנה, המנהג, עקרונות משפט כללים, פסיקה וספרות. אך כשהתחלנו לדבר על המקורות, אמרנו שהרשימה לא סגורה. היום נרחיב על 2 מקורות נוספים שהם מקורות משפטיים חשובים במשב"ל, נדבר האם הם מחייבים ובאיזה נסיבות.

**① הצהרות חד צדדיות** – התחייבות חד צדדית של מדינה שבמסגרתה היא נטלה על עצמה איזו חובה במשב"ל (הסכמה לכלל). דוגמאות:

* פסה"ד הראשון שהכיר בנושא הזה היה פסק דינו של הPCIJ משנת 1933 בפרשת מזרח גרינלנד. פסה"ד עסק בהכרזה פומבית של שר החוץ של נורבגיה לפיה ממשלת נורבגיה לא תעמיד קשיים שעה שדנמרק תטען לריבונות בכל גרינלנד. על בסיסי ההתחייבות הזו הPCIJ, מוצא את נורבגיה כמי שנטלה על עצמה חובה משפטית בזירה הבינ"ל באופן חד צדדי, שמחייב אותה ביחסיה מול דנמרק ושולל מנורבגיה את היכולת לטעון נגד ריבונות דנמרק בכל גרינלנד.
* פרשת הניסויים הגרעיניים – צרפת ביצעה שורה של ניסויים גרעיניים באוקיינוס השקט למורת רוחן של אוסטרליה וניו זילנד שחששו מקרינה. האחרונות תבעו את צרפת בICJ. ב1974 צרפת יוצאת בהצהרה לפיה היא מתחייבת לא לבצע ניסוים גרעיניים באוקיינוס השקט, הICJ נתלה בהצהרה חד צדדית זו כדי לחייב את צרפת לחדול מהניסויים.
* הצהרתו הפומבית של שמגר כיועמ"ש בשנת 1971 לפיה הגם שישראל טוענת שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה באיוש ועזה (היום ישראל לא מעלה את הטענה הזו), ישראל נוטלת על עצמה את החובה לקיים את ההוראות ההומניטריות של האמנה (רובה ככולה עוסקת באיך מתייחסים לאזרחים במצב מלחמה וכו'). זוהי הצהרה מפורשת וברורה של מדינת ישראל. ההצהרה חזרה על עצמה בהמון פסיקות בג"צ שעסקו בשטחים – יישום הוראות ג'נבה על בסיסי ההתחייבות החד צדדית של ישראל.

מדינה תהיה מחויבת מכוח הכרזה חד צדיית בתנאים שלהלן:

1. הכרזה מפי אורגן מוסמך של המדינה
2. ההצהרה ניתנה באופן פומבי כך שיכלו להתרשם ממנה.
3. ניתן להוכיח שהייתה כוונה שההצהרה תהיה מחייבת – המדינה התכוונה להיות מחויבת על פי ההצרה (לומדים מעובדות וההקשר).

**② החלטות ארגונים בינ"ל –** עם העלייה בחשיבות הארגונים הבינ"ל (העברת סמכויות לקבל החלטות ואחריות מצד מדינות לאותם ארגונים), ישנה גם עלייה טבעית בחשיבות ההחלטות של אותם ארגונים.

מה המעמד של ההחלטות האלה? התשובה מאוד מורכבת. יחד עם הסמכויות שניתנו מצד המדינות לאותם ארגנים, ניתנה גם הסמכות לקבל החלטות. יש ארגונים שיש להם סמכות לקבל החלטות שמחייבות את המדינות שחברות בהן, יש ארגונים שמוסמכים לקבל החלטות מחייבות וגם החלטות שהן בגדר המלצה (גם להמלצות יש חשיבות משפטית) ויש ארגונים שהחלטותיהם הן רק בגדר המלצות.

**האו"ם -** לאו"ם לדוג' יש 2 אורגנים שמוסמכים לתת החלטות –מועצת הביטחון והעצרת הכללית.

**🡨 מועצת הביטחון של האו"ם** מופקדת על השמירה על הביטחון והשלום העולמי. עפ"י ס' 25 למגילת האו"ם "למועצת הביטחון יש את הסמכות לתת החלטות". מגילת האו"ם כוללת 2 פרקים שמכוחם מועצת הבטחון יכולה לקבל החלטות –

1. פרק 7 "פעולות שננקטות נגד איומים על השלום והביטחון העולמיים"- אין עוררין על כך שכשמועצה הביטחון פועלת תחת פרק 7, **ההחלטות שלה מחייבות את כל מדינות העולם**. כשמועצת הבטחון הטילה לדוג' סנקציות על איראן היא עשתה את זה בפועלה תחת פרק 7 במטרה להגן או לשמור על הבטחון והשלום העולמיים, מאותה שניה כל מדינות העולם מחויבות לסנקציות. ההחלטות האלה הן בעלות מעמד משפטי מחייב.
2. פרק 6 "יישוב סכסוכים בינ"ל בדרכי שלום"- עולה השאלה עולה מה המעמד של ההחלטות תחת פרק זה. העמדה הרווחת היא שכשמועצת הבטחון פועלת תחת פרק 6 יש לבדוק את נוסח ההחלטה. לעיתים מדובר בהחלטות שאינן מחייבות ולעיתים מדובר בהחלטות מחייבות. לכן חייבים לקרוא היטב את הלשון בה ניתנה ההחלטה הספציפית - האם למשל מועצת הביטחון תדבר בדרך של המלצה, בדרך של הפצרה, או בדרך של החלטה.

**מועצת הבטחון היא דוגמא לאורגן שיכול לתת גם החלטות מחייבות וגם החלטות שאינן מחייבות.**

ככלל, מעמד החלטה מחייבת של ארגון בינ"ל, הוא כמעמד האמנה שמכוחה הוקם הארגון וניתנה הסמכות. עם זאת, עפ"י ס' 103 למגילת האו"ם, לא רק שההחלטות האו"ם מחייבות כדין אמנה בינ"ל, אלא שבמצב של סתירה בין הוראות מגילת האו"ם לבין הוראות אמנה אחרת, הוראות אמנת האו"ם גוברות. לכן, החלטה מחייבת של מועצת הביטחון תחת פרק 7, מעמדה הוא כמעמד מגילת האו"ם שדוחה הוראות סותרות של כל אמנה אחרת (מעמד משודרג).

**🡨 העצרת הכללית של האו"ם: החלטות העצרת הכללית של האו"ם הן בגדר המלצות.** על פניו הן לא מחייבות משפטית אבל זה לא אומר שאין להן חשיבות נורמטיבית כיוון שהעמדות השונות של המדינות המוצגות במסמכים רשמיים של העצרת הכללית יכולות ללמד אותנו על פרקטיקה של מדינות ולחלץ תחושות מחויבות החשובה להיבט המנהג – האם קיים מנהג בינ"ל חדש ומחייב.

פונקציה דומה לפסקי דין וספרות - לא פעם החלטות העצרת הכללית יפרשו לנו את הדינים הראשיים בזירה הבינ"ל. למשל לעצרת הכללית יש החלטת מכוננת משנת 1974 שבה היא פירשה את עבירת התוקפנות במשב"ל – האיסור על שימוש בכוח ביחסים בין מדינות. מי שעושה את זה עוברת על עבירת התוקפנות. החלטת העצרת הכללית פירשה את העבירה הזו ולכן קנתה כוח שכנועי מאוד חשוב.

**③ Soft Law- "נורמות מרוככות"**

לצד ה- hard law, הדין הפוזיטיבי המחייב, יש שלל מקורות שזכו לכינוי soft law, נורמות מרוככות אשר **אין להן מעמד משפטי מחייב כמו של ההארד לאו.** הם כוללים החלטות של ארגונים בינ"ל (ארגון הסחר העולמי / הבריאות וכו') וועדות מומחים בזירה הבינ"ל.

הרבה פעמים כל ההחלטות האלו מייצגות את הדין הראוי וההגיוני – איך צריך להתנהל בתחום מסוים לפי הארגון המסוים שמוציא אותו. לדוג' כללי הOECD (ארגון המדינות המתועשות) בעניין תאגידים רב לאומיים, או כללים בעניין הטמנת פוסלת באופן המוני זיהום בים של הארגון הימי העולמי.

העולם הזה משפיע לא פחות מאמנות ומנהגים על ההתנהגות של מדינות ושל שחקנים אחרים בזירה הבינ"ל למרות שהוא לא מחייב משפטית. **בפועל, לנורמות המרוככת כעניין אמפירי יש הפשעה אדירה למרות שאין להם תוקף משפטי מחייב.**

נורמה שמתחילה כסופט לאו, עשויה במרוצת הזמן להפוך להארד לאו ע"י הפיכתו למנהג. לדוג' ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם מ1948. בתום מלה"ע ה2 ב1948 העצרת הכללית של האו"ם מקבלת את ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם. בראשית הדרך, ההחלטה משקפת את מה שראוי בדיני זכויות האדם. עם הזמן ההכרזה הזו מאומצת ע"י יותר ויותר מדינות, מהווה בסיס להרבה אמנות ומצוטטת בפסיקה ובספרות עד כדי דך שהיום כולם רואים בהכרזה הזו כמי שמשקפת דין בינ"ל מנהגי.

# שיעור 6, 19/04/2021 – היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי

היום נדון בשאלה יסודית – **שאלת היחס בין המשב"ל למשפט המדינתי**. נראה את הגישות השונות ביחס לשאלה הזו, כיצד מדינות שונות בעולם מתייחסות למשב"ל. לאחר מכן, נבדוק מה היחס בין הדין הבינ"ל לדין הישראלי ונוכל לעמוד על המשמעות שיש לדין הבינ"ל בתוך הדין המדינתי שלנו.

לכל מדינה יש שיטת משפטית מדינתית לאומית ששואבת השראה ממקורות שונים. אנחנו מדברים באופן גס הן על השיטה הקונטיננטלית והן על שיטת המשפט המקובל. לצד זאת, המדינות הן גם שחקניות בזירה הבינ"ל שם יש לנו את המשב"ל. למשפט הבינלאומי ולמשפט המדינתי של המדינות יש קיום נפרד ותהליך היווצרות שונה.

**עולה השאלה מה היחס בין שיטת המשב"ל לבין שיטות המשפט המדינתיות.**

בשיעורים הקודמים עסקנו במקורות המשב"ל. ראינו את ס' 38 שמנחה בתי משפט בינ"ל לאיזה מקורות עליהם להתייחס שעה שמגיע אליהם סכסוך בינ"ל. ס' 38 אומר איך בתי משפט בינ"ל צריכים לנהוג כשהם נדרשים לסכסוך בינ"ל. היום, השאלה מעט שונה. מה קורה למשל כשבית משפט מדינתי, כמו ביהמ"ש העליון שלנו נדרש לדון בשאלה שלפחות חלק מהתשובות לה מצויות במשב"ל? לאן הוא אמור לפנות, מה המעמד שיקבלו המקורות השונים והאם בכלל ניתן להישען על מקורות המשב"ל?

לשאלת היחס יש נפקויות חשובות, בין היתר:

* השלכות באשר לרלוונטיות התחום למשפטנים ישראליים - אם למשפט הבינ"ל יש מקום בשיטת המשפט המדינתית, הרי שהמשב"ל יותר רלוונטי ממה שנדמה, כי יש לו נפקות לא רק במידה והמדינה תקלע לסכסוך בינ"ל, אלא יש לו משמעות גם בתוך המדינה וגם בסכסוכים שמתנהלים בתוך בתי המשפט שלה. עשויה להיות לו משמעות ופריסה יותר ממה שחשבנו.
* השלכות מבחינת אפקטיביות המשב"ל – גם בתי משפט לאומיים יהפכו להיות סוכני אכיפה של המשב"ל. זה מגביר את אפקטיביות ההוראות שבמשב"ל.
* השלכות תיאורטיות – מתעוררות שאלות תיאורטיות חשובות, כמו כמה המקום שנותנות שיטות משפט מדינתיות למשב"ל, כמה מקום הן נותנות ובאיזה דרכים המשב"ל יכול לקנות מקום בתוך השיטה המדינתית.

כעניין של מגמה- קיימת היום מגמה כללית בעולם של עלייה משמעותית בתיקים מדינתיים שמערבים שאלות של המשב"ל ומצריכים הפניות למשב"ל בתוך הפסיקה והמשפט המדינתי.

ישראל היא דוגמה פנומנלית לדבר. המשב"ל מתעורר בהמון תיקים שקשורים לאספקט הביטחוני, כל שקשור לדיני לחימה – לדוג' בג"צ העינויים, קשת בענן ועוד. באופן תדיר מאוד המשב"ל מתעורר גם בהקשר לשטחי איו"ש. המורכבות של השליטה הישראלית המנוהלת במידה רבה מכוח המשב"ל ומכוח דיני הכיבוש במשב"ל. בג"צים מכוננים נוספים:

**בג"צ עגורי:** על רקע זה ביהמ"ש העליון שלנו אומר את אחת האמירות המכוננות בבג"צ עג'ורי שעסק בגירוש פעילי טרור מאיו"ש לרצועת עזה בזמן האינתיפאדה השנייה כחלק מהצעדים שהמדינה נקטה כדי להילחם בטרור הפלסטיני. פעולה זו נקראת תיחום מגורים וקבועה בס' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, לפיו אפשר למדינה השולטת בתחום זר לתחום או להעביר מגורים של אדם מסוים שמשקף איום ביטחוני.

הנשיא ברק אומר "כל חייל ישראלי נושא.. בתרמילו הן את כללי המשב"ל והן את כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי..". דהיינו, **ביהמ"ש העליון אומר שחיילים ישראלים, שעה שהם פועלים באיוש, נדרשים לציית הן למשב"ל והן לכללי המשפט המנהלי.** זוהי דוגמא להלימה בין המשב"ל והמשפט המדינתי. לפחות בתיקים שנוגעים לאיוש ורצועת עזה, צפויה להיות משמעות גדולה למשב"ל.

אבל לא פעם ייתכנו מצבים של סתירה בין המשב"ל למשפט הלאומי. בין מחויבות שלקחה עליה המדינה ובין החקיקה הפנימית של המדינה. כפי שנראה להלן:

**פס"ד שיינביין:** הדוגמא בהקשר הזה קשורה לחוק ההסגרה הישראלי מ1954. החוק מפרט איך מדינת ישראל צריכה להתנהל ביחסי ההסגרה שלה מול מדינות אחרות וזאת לאור שורה של אמנות הסגרה שישראל הצטרפה אליהן. זהן חוק ישן ואחד החוקים הוותיקים ביותר שנחקקו לאחר קום המדינה. ב1978 רואים לנכון לתקן את החוק ומוסיפים לו הוראה מאוד חשובה שיוצרת שינוי מאוד עמוד בחוק. עפ"י אותה הוראה, לא ניתן מרגע זה ואילך להסגיר למדינה אחרת, גם אם יש לנו איתה אמנת הסגרה, אדם שבזמן ביצוע העבירה היה אזרח ישראלי. הבעיה שבשנות ה60 ישראל חותמת על אמנת הסגרה עם ארה"ב שבה אין שום זכר לאפשרות שלא ניתן להסגיר אזרחים ואף ס' 4 לאמנה אומר שאין מקום לחריגה כזאת.

בשנת 1998 מגיעה לביהמ"ש העליון פרשת שיינביין – שיינביין היה אזרח אמריקאי שמעולם לא חי בארץ. הוא ירש אזרחות ישראלית במקביל לאמריקאית דרך אבא שלו שנולד בארץ והיגר לארה"ב. שיינביין ביצע פשע חמור בארה"ב ולפני שנעצר הוא נוסע לישראל. ארה"ב מבקשת ממשרד המשפטים להסגיר את שיינבין לאור אמנת ההסגרה שקיימת בין המדינות. משרד המשפטים נתקל בקושי לאור ההוראה הסותרת בחוק ההסגרה. משרד המשפטים נאלצים להשיב לאמריקאים שהם לא יכולים להסגיר את שיינביין כיוון שהוא היה אזרח ישראלי בזמן ביצוע העבירה. בסופו של הדבר העניין הוכרע לפי המשפט החוקתי הישראלי, כשברע היה המשב"ל. **זו התנגשות חזיתית בין חוק פנימי לאמנה בינ"ל**. ישראל לא הסגירה אותו ו"חטפה" מהאמריקאים. אחרי כמה שנים ישראל שינתה את חוק ההסגרה ומיתנה את נושא הסגרת האזרחים בצורה משמעותית.

**✓ מהו הדין הרצוי בדבר היחס בין הדין הפנימי לדין הבינ"ל?** רצוי כמובן שתהיה הרמוניה. שאלת היחס הופכת ליותר ויותר אקוטית ומשמעותית עם הזמן בגלל האינטראקציה ההולכת וגוברת בין מדינות כתוצאה מהגלובליזציה וריבוי הנורמות במשב"ל. כיום, הרבה מהאינטראקציות הן לא רק בין מדינות, אלא נכנסות גם אל תוך המדינות פנימה, כמו אמנות שמנחות איך מדינות צריכות לנהוג בעניינים מסוימים בשטחיה.

בעולם כזה, יש יותר חיכוכים ונקודות מפגש בין הדין הבינ"ל לדין המדינתי. על הרקע הזה מתחדדת השאלה בעניין היחס בין הדין המדינתי לדין הבינ"ל. את שאלת היחס נחלק לשני מישורים:

1. מישור המשב"ל – איך המשב"ל רואה את המשפט המדינתי.
2. מישור הדין הפנימי - איך הוא רואה וקולט אליו את הדין הבינ"ל. מירב השיעור יוקדש אליו.

**① מישור המשב"ל**- עמדת המשב"ל בסוגית היחס בין המשפט המקומי למשפט הבינ"ל.

המשב"ל יוצא מעיקרון הריבונות וההסכמה. כשיטת משפט שזו אחת מעקרונות היסוד שלה, המשב"ל אינו קובע למדינה איך היא צריכה לקלוט את הוראותיו לתוכה.

**העיקרון הבסיסי שהמשב"ל קובע הוא שהמשפט המדינתי, הדין הפנימי של מדינות, לא יכול בשום מצב שהוא להצדיק הפרות של המשב"ל מצד מדינות.**

ס' 27 לאמנת וינה קובע ש"צד לאמנה אינו יכול להסתמך על המשפט הפנימי כצידוק לאי מילוי ההתחייבויות באמנה". מרגע שמדינה הצטרפה לאמנה, היא מחויבות לאמנה במישור הבינ"ל. לדוג' במקרה שיינביין- הייתה אמנה בילטרלית בנושא ההסגרה. לישראל הייתה חובה לציית להוראות האמנה ולהסגיר את שיינביין. מבחינת המשב"ל, זו לא יכולה להיות הצדקה עבור ישראל שיש לה חוק פנימי סותר. זו לא הגנה רלוונטית ולגיטימית. אם ארה"ב למשל הייתה תובעת את ישראל בבית הדין הבינלאומי על הפרה של אמנת ההסגרה בפרשת שיינביין, בית הדין היה מחייב את ישראל להסגיר אותו.

אחריות בינ"ל – מה קורה שמדינה מפרה חובה שלה, באיזה אחריות היא עשויה לשאת. בנושא של אחריות מדינה להפרות המשב"ל יש כללים מאוד חשובים שניסחה ועדת הILC של האו"ם. היא ניסחה את הכללים בעניין אחריות מדינה להפרות משב"ל (נקדיש לזה זמן בהמשך). לצורכי השיעור נכיר את הסעיפים הבאים שמהדהדים את אותו עיקורן שס' 27 לאמנת וינה:

* ס' 3 לכללי הILC בדבר אחריות מדינה שקובע כי "היות פעולה חוקית לפי הדין הפנימי אינה מעלה ואינה מורידה ביחס לחוקיותה או אי חוקיותה בדין הבינ"ל". לא מעניין את המשב"ל מה הדין המדינתי אומר ואם מדינה פעלה לפי חוקיה או לא.
* סעיף 32 לכללי הILC- IRRELEVANCE OF INTERNAL LAW- אי הרלוונטית של המשפט הפנימי. על פיו "מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כצידוק לאי ציות להתחייבויותיה הבינ"ל.

המשפט המדינתי הוא בגדר עובדה לכל היותר, הוא לא יהווה צידוק שיכול לאיין איזושהי הפרה של המשב"ל בידי המדינות.

בפועל, במקרה של סתירה, המדינה בעצם מפרה את חובותיה במישור הבינ"ל והיא עשויה לשאת באחריות בינ"ל, גם אם הסתירה לא מביאה לביטול הדין המדינתי. המשב"ל לא יכול להורות למדינה לשנות את חוקיה, אבל המדינות עשויות לשאת באחריות בינ"ל לאור ההפרות שלהן, יכולים לנקוט נגדיהן סנקציות ומדינות אחרות יכולות לתבוע אותן בבית דין בינ"ל.

האם המשפט המדינתי (החקיקה והפסיקה) אינו רלוונטי למשב"ל? כמובן שלא. המשפט המדינתי יכול להיות אמצעי לפרשנות מנהגים, אמנות ועקרונות בינ"ל כפי שלמדנו.

המשפט המדינתי יכול להיות רלוונטי בסיטואציה כמו הסיטואציה של ישראל בבית הדין הפלילי הבינ"ל. אם בית הדין אכן יחליט שיש מקום להעמיד לדין ישראלים מסוימים בגין ביצוע פשעי מלחמה, אחת הטענות שישראל תוכל להעלות זה שישראל בעצמה חקרה ובדקה ובתי המשפט השונים דנו בפשעי המלחמה שלכאורה בוצעו ולכן אין מקום שבית הדין יתערב. זו צורה יותר מתוחכמת לרלוונטיות של המשפט המדינתי למשב"ל. נגד הטענה הזו עומדת טענה שיכול להיות שהמדינה לא חקרה מספיק טוב.

לאחרונה, בית הדין הפלילי הבינ"ל החליט שיש לו סמכות שיפוט בסיטואציה הפלסטינית. התובעת הפלילי הודיעה שהיא תפתח בחקירה לגבי הפשעים שבוצע בשטחי הרשות.

**② מישור הדין הפנימי –** עמדת המשפט המדינתי ביחס למשב"ל.

אומנם במישור הבינ"ל, המדינה מחויבת בחובות הבינ"ל שלקחה על עצמה. אך במישור המדיני, כחלק מעיקרון הריבונות, כל מדינה קובעת איך המשב"ל ייקלט לתוכה. בעניין הזה יש לנו שתי תיאוריות מרכזיות – דואליזם ומוניזם.

1. **דואליזם (transformation)**- התיאוריה הזו אומרת שהמשב"ל ושיטות המשפט המדינתיות הן 2 שיטות נפרדות שאינן קשורות זו בזו, הן נוצרות ומתקיימות בשני מישורים נפרדים - זירה מדינתית וזירה בינ"ל. יש ביניהם הבדלים תהומיים ומהותיים מאוד:
	* מקור הנורמות הוא שונה – מחוקק בשיטה המדינתית והמדינות וארגונים בינ"ל בזירה הבינ"ל.
	* השחקנים שונים - בזירה הבינ"ל אנחנו נדבר בראש ובראשונה על המדינות, אבל גם על ארגונים בינ"ל שונים, והיום גם פרטים. בתוך המדינה השחקנים הם אחרים, בראש ובראשונה הם אזרחים והם עוסקים במערכות יחסים שונות.
	* כנגזרת מכך האינטראקציות שונות בכל זירה- אינטראקציה גלובלית מול אינטראקציה פרטית.

🡨 לכן, מדובר ב2 מערכות נפרדות וכנגזרת מכך כללי המשב"ל יחולו במישור המדינתי רק אם המדינה אימצה אותם לתוך המשפט המדינתי שלה.

לפי התיאוריה הדואליסטית המדינה צריכה לעשות אקט פרו אקטיבי, מעשה מפורש שקולט את המשב"ל (טרנספורציה) דרך חקיקה לתוך הדין הפנימי שלה ורק אז המשב"ל יקנה תוקף וסמכות בזירה המדינתית. רק אז האזרחים יוכלו לטעון שיש להם זכויות מכוח המשב"ל. בגישה הדואליסטית מעמד המשב"ל בדין הפנימי נגזר באופן ישיר מהמידה שבה הדין המדינתי מאפשר את זה.

1. **מוניזם (incorporation)-** גישה הפוכה. הגישה המוניסטית מסתכלת על כל מערכות היחסים בין הדינים באופן שונה לחלוטין. לדעתה, **לא מדובר במערכות משפט נפרדות, אלא מדובר בשני נדבכים במבנה משפטי אחד שמתקיים היום בעולם**. הן לא מנותקות אחת מהשנייה.

עפ"י הגישה המוניסטית קיימת חפיפה ניכרת בסוג ההסדרים הפנים מדינתיים לבינ"ל. שניהם מסדירים אותם תחומים, יש חפיפה מאוד גדולה בתחומים והסוגיות. מעבר לזה, אנחנו לא יכולים להרשות שיהיה פער בין ההתחייבויות הבינ"ל של המדינה לבין הדין הפנימי שלה, שהרי הכל מתרחש בספרה אחת. לא יכול להיות שתהיה סתירה.

קלזן, מזוהה מאוד עם הגישה הזו. אמר שלא יכול להיות שבחלל גיאוגרפי ופרסונלי אחד ידורו בנפרד מערכות משפט מנותקות אחת מהשנייה. המשב"ל והדין הפנימי קשורים זה בזה, והמשב"ל הוא הגבוה יותר והנעלה יותר. מדינות קונות את הלגיטימציה שלהן בזירה הבינ"ל. לכן, לדעת קלזן ולא מעט הוגים אחרים, חייבים לשאוף להרמוניה בין המערכת המדינתית למערכת הבינ"ל. אם בגישה הדואליסטית דיברנו על קליטה מפורשת, לפיו המשפט הבינ"ל חייב לעבור תהליך של קליטה מפורשת בחקיקה כדי לקנות תוקף מחייב בדין המדינתי. הרי שבגישה המוניסטית, אנחנו מדברים על **קליטה ישירה של הדין הבינ"ל לתוך הדין המדינתי**. עפ"י הגישה המוניסטית, מרגע שמדינה מחויבת לאמנה או מנהג מסוים, המקור הזה קונה תוקף אוטומטי גם לתוך הדין המדינתי והפרטים יוכלו להסתמך על אותם מקורות גם בסכסוך פרטי ותוך מדינתי.

מה קורה כשיש התנגשות עפ"י הגישה המוניסטית? יש כל מיני אפשרויות:

1. בכורה לדין הבינ"ל
2. בכורה לדין הלאומי
3. כללי הכרעה (ספציפי, מאוחר וכו') שהרי מדובר בנדבך אחד.

**✓ מה קורה בפרקטיקה? מוניזם או דואליזם?**

בפועל, כשאנחנו מסתכלים על מדינות העולם, אנחנו רואים שאין כמעט מודלים טהורים, מדינות שהן 100% מוניסטיות או 100% דואליסטיות ביחס למשב"ל. לרוב יש מיקסים עם מינונים שונים מכל תיאוריה. ככלל, ניתן להבחין בין קליטת נורמות מנהגיות להסכמיות בדין הפנימי:

* כשמדובר בנורמות מנהגיות, הקליטה היא בד"כ אוטומטית מרגע שמכירים בו. ברוב המוחלט של המדינות, מרגע שהן מכירות במנהג מסוים, הוא מקבל תחולה ישירה ואוטומטית בדין הפנימי. רוב מדינות העולם הן מוניסטיות ביחס למשב"ל מנהגי. הסיבה לכך היא שנורמות מנהגיות נלמדות מתוך המשפט המדינתי, ולכן יש פה שיקול אסטרטגי. מדינות לא רוצות שרוב מזדמן של מדינות יקבעו מה חל בדין הפנימי שלהן, ולכן קל להן יותר לחיות עם מנהגים שגם ככה מחייבים באופן עקרוני את רוב מדינות העולם.
* יש שוני ביחס למשב"ל הסכמי, מכוח אמנות. יש חלוקה בין מדינות מוניסטיות שבהן מרגע שהמדינה הצטרפה לאמנה היא הופכת להיות חלק מהדין המדינתי, לבין מדינות דואליסטיות כמו ישראל ובריטניה שבהן אם אין חקיקה קולטת מפורשת של האמנה, לאמנה אין מעמד מחייב בתוך המשב"ל המדינתי.

🡨 **יש קורלציה ברורה בין האופן שבו מדינות מצטרפות לאמנות, לבין המעמד שלהן בשיטת המשפט המדינתית.** מדינות כמו ישראל ובריטניה שהרשות המבצעת, כחלק מהפריבילגיה של ניהול יחסי החוץ, היא הישות שמוסמכות בשם המדינה להצטרף לאמנות. מדינות כאלה הן דואליסטיות, האמנה צריכה לעבור חקיקה מפורשת כדי להיות חלק מהדין הפנימי, שאם לא כך אנחנו מביאים לממשלה סמכויות חקיקה ע"י חתימה ואשרור שמספיקה להפוך האת האמנה לדין פנימי. במדינות כאלה, הממשלה יכולה להתחייב בשם המדינה במישור הבינ"ל, אבל במשפט המדינתי נוכל להסתמך עליהם רק לאחר שיעברו תהליך של קליטה מפורשת בחקיקה.

לעומת זאת, במדינות אחרות, בהן לפרלמנט יש תהליך משמעותי באשרור האמנות, האמנות קונות מעמד של דין מדינתי, כמו של חוק מדינתי שמרגע שאושררו.

**✓ דוגמאות:**

1. **בריטניה**-
* **מנהג:** כרוב מדינות העולם היא מוניסטית ביחס למנהג, הוא נקלט ישירות לדין המדינתי.
* **אמנה: בבריטניה הפרלמנט לא מעורב בתהליכי אשרור של האמנות, אלא הממשלה. לכן כדי שאמנה תקנה מעמד משפטי מחייב היא חייבת לעבור הליך של קליטה מפורשת. המחוקק חייב לומר את דברו ולהעביר חקיקה שתקלוט את האמנה אל תוך הדין הבריטי.**
* מה קורה כשיש חוק מפורש שסותר מנהג או אמנה? **החוק הבריטי יגבר במצב של סתירה. בבריטניה, כמו בהמון מדינות העולם, יש חזקה שנקראת** חזקת ההתאמה הפרשנית **שאומרת כי מקום שבו מסתמנת סתירה לכאורה בין הדין בינ"ל לדין מדינתי, ביהמ"ש שנדרש לסוגיה, ינסה ככל האפשר לפרש את הדין המדינתי, החוק הפנימי, באופן שיעלה בקנה אחד עם החובות הבינ"ל של המדינה. כלומר, יש חזקה שאין ספור בתי משפט מדינתיים בעולם הכירו בה שמדינה לא התכוונה להביא עצמה למצב של סתירה ולכן ביהמ"ש יעשו מאמץ פרשני לפרש את החוק והדין הבינ"ל באופן שיעלו קנה אחד זה עם זה.**
1. גרמניה **–**
* מנהג**: נקלט ישירות, וגובר אפילו על דין מקוממי סותר אבל לא על החוקה הגרמנית.**
* אמנה**: בגלל שהמחוקק הגרמני מעורב בתהליכי אשרור אמנות. מרגע שגרמניה הצטרפה לאמנה, האמנה הופכת במישרין לחלק מהדין הפנימי. גרמניה היא דוגמא למדינה מוניסטית.**
* במצב של סתירה בין הדין הפנימי לאמנה, **מרגע שגרמניה הצטרפה לאמנה האמנה תגבר על חוק מקומי סותר אבל לא כל חוקה הגרמנית.**
1. צרפת **(דומה לגרמניה) -**
* מנהג: **נקלט ישירות לתוך הדין הפנימי.**
* אמנה: **אשרור אמנות הוא ע"י הפרלמנט ולכן הן הופכות להיות חלק מהדין הפנימי.**
* במצב של סתירה בין הדין הפנימי לאמנה, **האמנה תגבר על חוק מדינתי סותר אבל לא על החוקה.**
1. הולנד­**-**
* מנהג: **נקלט ישירות לתוך הדין הפנימי. אבל חוק מקומי סותר יגבר על המנהג.**
* אמנה**: הפרלמנט מעורב באשרור אמנות ולכן אמנה נקלטת ישירות עם הצטרפות הולנד לאמנה מסוימת.**
* במצב של סתירה בין הדין הפנימי לאמנה, **האמנה תגבר על החוק המקומי הסותר ואפילו על החוקה אם הפרלמנט ההולנדי קיבל את האמנה ברוב מיוחס (רוב של 2/3 שנדרש לתיקון החוקה עצמה בהולנד).**

**🡨 אנחנו רואים איך כל מדינה מתוקף הריבונות שלה קובעת את המקום שהיא נותנת למשב"ל.**

1. ארה"ב-
* **מנהג**: נקלט ישירות, אבל במצב של סתירה חוק פדרלי או מדינתי גובר.
* **חזקת ההתאמה הפרשנית**: חזקה שהחוק המדינתי תואם את המשב"ל.
* **אמנה**: בארה"ב הקונגרס מאוד מעורב בהליך אשרור. נדרש אישור של 2/3 מחברי הסנאט כדי להצטרף לאמנה. זו דרישה מאוד משמעותית. ואכן יש דוגמאות בהיסטוריה לאמנות שארה"ב ניסחה אותן אך לא הצטרפה אליהן בסוף, כאמנת חבר הלאומים לאחר מלה"ע ה1. ארה"ב הייתה הכוח המניע לאמנת חבר הלאומים, אבל הסנאט לא העביר את האמנה ברוב של 2/3 ולכן היא מעולם לא הצטרפה לחבר הלאומים.
* **מעמדה של אמנה שכן עברה את המשוכה הוא לא פחות משל חוק פדראלי לפי ס' 6 לחוקה** ולכן במצב של התנגשות:
	+ האמנה תיסוג בפני החוקה.
	+ תגבר על כל חקיקה סותרת של כל אחת ממדינות ארה"ב שהרי מעמדה כשל חוק פדראלי.
	+ אם יש סתירה בין אמנה לחוק פדרלי אחר, אז המאוחר גובר.

כל זה יפה באופן עקרוני. ארה"ב התחילה ממקום מוניסטי ביחס לאמנה. ואולם, בשיטה האמריקאית למעשה קיים גם רכיב דואליסטי שב100 השנים האחרונות הפך משמעותי יותר. בפועל, חלק גדול מהאמנות שארה"ב חותמת עליהם היום לא חלות ישירות בדין הפנימי. הפרשנות הרווחת בקרב בתי המשפט ובראשם ביהמ"ש העליון האמריקאי היא שיש אמנות שצריכות תיווך בינן לבין הדין המדינתי. הן חייבות חקיקה אמריקאית של הקונגרס כדי לקנות תוקף משפטי מחייב בשיטת המשפט האמריקאית.

בהקשר הזה נכיר את ההבחנה שנוצרה בפסיקה עם השנים בין אמנות שברור מה הן אומרות מיום אשרורן (self-executing treaties) לבין non-self-executing treaties, אמנות שמחייבות חקיקה מתווכת של המחוקק האמריקאי כדי שהן יהפכו למחייבות בתוך ארה"ב וכדי שיקנו מעמד משפטי מחייב.

הזרעים של התיאוריה הזו, מונחים עוד במאה ה19. שם ביהמ"ש האמריקאיים מתחילים להגיד שלמרות שהחוקה אומרת שהאמנות הן כמו חוק פדראלי זה מתאים רק לאמנות מסוימות ולא לכולן. זה הולך ומתפתח במרוצת המאה ה20 כפי שנראה להלן:

**פרשת פוג'י** – פוג'י, אזרח יפני שרצה לקנות קרקעות בקליפורניה ונתקל בחוק מדינתי שקובי כי יש קרקעות מסוימות שזרים לא יכולים לקנות. פוג'י מגיש תביעה נגד קליפורניה לפיה המדינה מחויבת בשוויון בין היתר לפי סעיף מסוים למגילת האו"ם שאומר שמדינות העולם צריכות להבטיח שוויון ואי הפליה. ביהמ"ש האמריקאי אומר שהסעיף הזה במגילת האום הוא דורש חקיקה מתווכת נוספת. שהרי הגם וארה"ב רוצה לנהוג בשוויון, היא צריכה חקיקה. כל עוד המחוקק לא גיבש חקיקה מתווכת שתבהיר מה בדיוק החובה שחלה על ארה"ב בהקשר הזה, הרי שמדינת קליפורניה לא חייבת ליישם את אותו סעיף ופוג'י לא יכול להסתמך על מגילת האום בפני ביהמ"ש האמריקאי ולכן תביעתו נדחית.

ביטוי נוסף ניתן לראות במגמת הקונגרס באישור אמנות לומר מה כוחה של האמנה. לדוג' בשנות ה90 ארה"ב מצטרפת לשורת אמנות בדבר זכויות אדם, הקונגרס מאשר אותן ואומר שהן "נון סלף". כדי שהן יחייבו בתוך ביהמ"ש, חייבים להעביר חקיקה מתווכת באופן יותר מפורט את האמנות לתוך שיטת המשפט האמריקאית הפנימית. את המשך המגמה ניתן לראות בפסק דין בפרשת מדלין מ2008 שאומר את אותם הדברים (לא הרחבנו).

איך מבחינים בארה"ב בין 2 האמנות? זו שאלה קשה, יש עליה אינסוף ויכוחים. הדברים יותר פשוטים כשהקונגרס מצהיר על האמנות. המקרים היותר קשים זה כשהקונגרס לא מצהיר איך הוא רואה את האמנה הספציפית וביהמ"ש הוא שנדרש להכריע בנושא דרך פרשנות. יש 2 שיקולים שמנחים את ביהמ"ש באותם המקרים לבדוק האם זו אמנה שיש לה תוקף מחייב אוטומטי או שהיא צריכה חקיקה:

1. האם ניתן להעניק לכלל שבאמנה כוח של חוק גם ללא חקיקה של הקונגרס (האם הוא ספציפי או מפורט מספיק וכיו"ב)?
2. מה הייתה כוונת מנסחי האמנה?

לרוב, כשמדובר בשאלות פוליטיות עם משמעויות כלכליות/ השפעות הרות גורל - זו תהיה אמנה שדורשת חקיקה.

# שיעור 7, 20/04/2021 – שיעור תרגול: היחס בין המשב"ל והמשפט הישראלי

ראינו שהמוניזם והדואליזם מייצגים 2 קצוות של סקאלה מסוימת ביחס לקליטת המשב"ל בדין הפנימי. **היום ננסה למקם את ישראל על הציר הזה**. הגישה המוניסטית רואה במשב"ל ובדין המדינתי כאחד, מעצם זה שהמשפט המדינתי הוא נגזרת של המשב"ל ולא מתקיים בלעדיו. מדינות שנוטות לצד המוניסטי של הסקאלה, יהיו מדינות שיקלטו בד"כ אמנות באופן ישיר ע"י הקונגרס ובמקרה של סתירה, האמנה תנצח. מנגד, הגישה הדואליסטית רואה את 2 המערכות כמערכות נפרדות. היא בד"כ מעדיפה את הדין הפנימי שנועד לשרת את האוכלוסייה המקומית. יש **גישה שלישית** ופחות מקובלת בעולם לפיה כל מקרה יבחן באופן פרטני לפי כללי הכרעה. זה משולב בד"כ אל תוך הגישות האחרות.

כמו שאמרנו, אין מדינות שנמצאות תמיד רק בקצה אחד של הסקאלה, מדינות יאמצו גישות שונות בנושאים שונים.

**✓ מה קורה בישראל?** השיטה הישראלית דומה לבריטית ואין לנו שום חוק שמטפל בסוגיה הזו. הנושא מוסדר בפסיקה. היום נראה מה הכללים שעוגנו בפסיקה לאורך השנים בהתאם למקורות השונים ומתוכם נחלץ את כללי המפתח ביחס לקליטת המשב"ל בדין הישראלי.

**① מנהג**- המנהג הוא מקור ייחודי למשב"ל ומרכיב המון נורמות. ככלל, אנחנו רואים שמנהג נקלט באופן אוטומטי בדין הישראלי. אז ישראל היא מוניסטית יותר משחשבנו.

**ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועמ"ש**- מדובר על איש צוות באונייה שנשאה דגל ישראל וטבעה שהואשם בהריגה. השאלה הייתה האם לישראל יש סמכות שיפוט במקרה שקרה מחוץ למים הטריטוריאליים שלה (בזמנו, זה היה 3 מיל מעבר לחוף)? חשין האב מנסה למצוא כל מיני פתרונות. הוא מוצא כי המשפט האנגלי אימץ את המשב"ל לפיו למדינת הדגל יש סמכות שיפוט. מתוקף הריבונות של מדינת ישראל, היא יכולה לשאוב באופן ישיר את העקרונות המקובלים של המשב"ל גם בלי שיש חקיקה שקולטת אותו.

**חשוב להבין שפסק דין זה מביא את הבשורה לפיה המשפט המנהגי הוא חלק מהדין הפנימי ללא צורך בטרנספורמציה או הליך קליטה.** לגבי מנהג, ישראל היא מדינה מוניסטית.

בעניין הזה, השאלה המתבקשת היא מה קורה אם משפט מנהגי שנקלט באופן אוטומטי סותר חקיקה פנימית ישראלית? בעניין הזה יש לנו את **פסה"ד בעניינו של אייכמן**. שם ביהמ"ש דן באותה שאלה – סתירה של מנהג בינ"ל מול חקיקה ישראלית.

צוות ההגנה של אייכמן טען 2 הגנות עיקריות שביהמ"ש משיב עליהן:

1. היעדר זיקה מוכרת - ישראל לא הייתה קיימת בימי מלה"ע ה2 ולכן אין לה זיקה לעבירות.

כנגד טענה זו, ביהמ"ש מסתמך על סמכות שיפוט אוניברסלית שנותנת אפשרות להעמיד לדין אזרחים של מדינה מסוימת ללא שום זיקה של המדינה המעמידה לדין לאירוע לאור חומרת המעשים והפגיעה באנושות כולה.

1. חקיקה רטרואקטיבית - חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם הוא חוק רטרואקטיבי ויש איסור לחוקק חוק כזה במשב"ל.

כנגד טענה זו, ביהמ"ש אומר שאפילו אם יש איסור כזה, יש לנו חקיקה פנימית שסותרת את זה וגוברת. כלומר, **חוק פנימי מפורש גובר על דין מנהגי סותר.** אז אם חשבנו שישראל מוניסטית, חזרנו לכיוון הדואליסטי.

🡨 לסיכום – משפט מנהגי חל באופן אוטומטי, אך שיש סתירה בינו לבין חוק ישראלי, החוק גובר.

**② אמנה -** אמנה לא נקלטת באופן אוטומטי אל הדין הפנימי, אלא ע"י חקיקה שקולטת אותה באופן אקטיבי.

פסה"ד המנחה הוא **ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה –** לאחר מלחמת העצמאות, גבולות המדינה נקבעים בצורה לא מסודרת. צה"ל השתלט על אזורים חקלאיים באזור המשולש ומפריד חקלאים ירדניים מהאדמות שלהם. על שטחים אלו חל חוק נכסי נפקדים שהעביר את הבעלות בנכסיהם של כל הנפקדים שעברו למדינות אויב למדינה.

בסוף 1948, נחתם הסכם רודוס (הסכם שביתת נשק) עם הירדנים שהורה בין היתר על חילופי שטחים. הסכמי רודוס מחזירים את החקלאים אל תוך שטח ישראל וכך הם נמצאים בכפיפה אחת עם השטחים שלהם. בעקבות אותם הסכמים, החקלאים הירדנים תבעו את שטחיהם בחזרה.

בדיון השני, השופט ברנזון מתייחס לטענת היועמ"ש לפיה הירדנים לא יכולים להסתמך על הסכם רודוס שהוא הסכם בינ"ל ולא מדיני. **האופן היחיד שבו פרט יכול להסתמך על הסכם בינ"ל הוא אם הכנסת מחוקקת חוק קולט**. אנחנו מבינים מהאמירה הזו שאמנה לא נקלטת באופן אוטומטי אלא היא צריכה חקיקה קולטת.

זוהי גישה דואליסטית קלאסית- הסכמים שמדינה חתומה עליהם מחייבים אותה מול המדינות האחרות ולא מול האזרחים שלה, אלא אם תהיה קליטה בחוק.

אפשר לראות שבאופן מתודולוגי גם כשלביהמ"ש יש תשובה ישראלית לסוגיה, הוא יבחן את זה במשקפת בינ"ל וייתן את התשובה באותה צורה.

בהקשר זה נציין את אמנת וינה אומרת שמדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי שלה כדי להיחלץ ממחויבות במשב"ל. לעומת זאת, בדין הפנימי, המדינה יכולה להתייחס לאמנה כ"רצונה".

אחת הדוגמאות המוכרות לכך היא פסה"ד של הICJ ביחס לגדר הביטחון. בג"צ קובע באופן כללי שהגדר חוקית, לעומת הICJ שסבור אחרת. לבסוף, בניית הגדר נסמכת על הוראות דין ישראליות או הוראות דין איו"שיות שנקלטו לחקיקה הישראלית.

..

**מה מעמדה של אמנה דקלרטיבית?** ככלל, נקלטת אוטומטית כי היא מנהגית.

**בג"צ 785/87 עפו** – ברקע הפרשה חוקיות גירוש מחבלים מאיו"ש. אמנת ג'נבה הרביעית עוסקת בשאלת היחס של מדינה כובשת אל האזרחים שנכבשו והאם אפשר להעביר אותם משטחם למקומות אחרים. אותם מחבלים טענו כי הם אזרחים מוגנים בגלל שהם גרים בשטח כבוש ואי אפשר לגרש אותם. ביהמ"ש עסק בשאלה האם אמנת ג'נבה הרביעית מ1949 היא דקלרטיבית (שנקלטת אוטומטית בדין ואז המחבלים הם אזרחים מוגנים שלא ניתן לגרש) או קונסטיטוטיבית?

**שמגר** אומר שהמחבלים לא מוגנים ולכן לא נכללים תחת הוראות ס' 49 לאמנה ג'נבה. יתרה מזאת, אף אם המחבלים היו נכללים בסעיף, מדובר באמנה קונסטיטוטיבית ולכן היא לא מאומצת בדין הישראלי באופן אוטומטי אלא דורשת חקיקה קולטת. ומשאין חקיקה כזאת, הדין הישראלי גובר על האמנה גם אם הסעיף של אותה אמנה קובע שהמחבלים מוגנים.

**השופט בך** בדעת מיעוט סבור אחרת – מדובר במחבלים מוגנים מכוח ס' 49 לאמנה ויש לטפל בהם בדרכים אחרות. עם זאת, בך מסכים עם הרוב שמדובר באמנה הסכמית ולא דקלרטיבית.

(נזכיר כי ישראל, בניגוד למדינות העולם, רואה באמנת ג'נבה אמנה הסכמית ולכן היא לא מחילה אותה בשטחי איו"ש ועזה. עם זאת, היא התחייבה להחיל את הסעיפים ההומניטריים שבה.)

**סיכום -**

1. **מנהג ואמנה מנהגית –** חלק ממשפט הארץ, נקלט באופן אוטומטי, אך נסוג בפני חקיקה ישראלית סותרת.
2. **אמנה קונסטיטוטיבית** - אינה חלק מהדין הפנימי אלא אם אומצה בחקיקה.

כפי שלמדנו, היום אין אמנה דקלרטיבית לחלוטין או קונסטיטוטיבית לחלוטין, אלא הן מעורבות בד"כ. לסעיפים הדקלרטיביים נתייחס כמו אל מנהג ולסעיפים הקונסטיטוטיביים נתייחס כאמנה. **כמובן שזו הבחנה שרלוונטית רק מבחינת הדין הפנימי אך זה לא תירוץ ביחס למחויבות המדינה במשב"ל**- התוקף המשפטי של התחייבויות מכוח אמנה ומנהג זהה.

🡨 בימ"ש ישראלי מתייחס למנהג כחלק מחקיקה כל עוד היא לא סותרת. אבל ביהמ"ש לא יתייחס לאמנה כשיקול בהחלטות שלו.

**הסברים שמציג שמגר ללמה זה הכלל בישראל? מנהג אוטומטי ואמנה לא ושניהם נסוגים מפני חוק סותר, אלא אם נאמר במפורש שהמשב"ל גובר.**

1. עיקרון הפרדת הרשויות בין המחוקק לממשלה- הממשלה היא שמאשרת אמנות ואם נהפוך אמנות לחוק אנחנו עוקפים סמכויות. זה לא הסבר מספיק טוב כי לכנסת יש סמכות להגיב על אמנות חשובות, וגם לקבינט בנושאים מסוימים. בנוסף, אפשר לעבור למודל שבו הכנסת גם חותמת על אמנה ואז פותרים את העניין הזה.
2. הבדלים מהותיים בין המשב"ל למשפט הלאומי- אך זה נכון גם למנהג. ולהפך, מנהג אפילו נקלט בלי חקיקה קולטת. ההבדלים בין המשב"ל למשפט הלאומי זה לא הסבר ששונה בין מנהג לאמנה.
3. אי התאמה בין האמנה לתנאי הארץ, לתושביה ולאינטרסים- ביקרות דומה ללמעלה.
4. תכתיבים מצד מדינות אחרות- אז למה מנהג נכנס אוטומטית ואמנה לא? אם כבר להפך, באמנה המדינה שותפה לכתיבתו וקל לה יותר להסתייג.
5. אי בהירות בין אמנות שצריכות חקיקה מתווכת לאמנות שלא (המודל בארה"ב). בימ"ש ישראלי נדרש להחלטה יותר מורכבת - איזו היא דקלרטיבית ואיזו קונסטיטוטיבית. זה קושי גדול אבל זה התפקיד של ביהמ"ש- לפרש נורמות.

**איך חקיקה קולטת נראית בפועל? יש לכך מספר מודלים:**

1. חקיקה מפורשת – עיגון הוראות האמנה בחקיקה ישראלית. העתקה של הוראות האמנה אל תוך החוק. לדוג' חוקים ליישום הסכמי הביניים, חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו 1994.
2. חוק שקובע שלאמנה הנספחת מעמד של חוק- כמו ס' 2 לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) 1991 שמפנה לאמנה כנספח לחוק וקבע שיש לו מעמד של חוק.
3. חוק המפנה ומכפיף הוראות בתוכו לקביעות בדין הבינ"ל- כמו חוק ההסגרה ס' 2א.

🡨 הוראת חוק מפורשת גוברת על הוראת חוק סותרת שנקלטה מאמנה עפ"י פס"ד שיינבין.

**✓ חזקת ההתאמה הפרשנית**

שיינבין דיבר על הפער בין אמנת ההסגרה בין ישראל וארה"ב לבין חוק ההסגרה הישראלי. מה שגבר זה החוק הישראלי ולא האמנה שנקלטה בחקיקה הישראלית. מכך היה אפשר להתרשם שישראל היא על הציר היותר דואליסיטי. עם זאת, בשנים האחרונות יש זליגה לציר המוניסטי לאור **חזקת ההתאמה הפרשנית לפיה גם אם החוק סותר מנהג וכו' עדיין חשוב וצריך לפרש את החוק הישראלי בהתאם להתחייבויות הבינ"ל של ישראל.** חזקה זו עוד הייתה קיימת משנות ה50 בפס"ד אמסטרדם.

**השופט לנדוי בפס"ד קמיאר**- פרשה משנות ה60 שעסקה בהסגרת עבריין משוויץ לאור הסכם ההסגרה בין המדינות. מי שחתם על האמנה לא היה מוסמך לעשות את זה ויש לאקונה בחוק לגבי שאלת הסמכות. **לנדוי אומר שאומנם יש לאקונה אבל נפרש את זה בקנה אחד עם המשב"ל** **ובאופן שימנע התנגשות**. במשב"ל לא משנה מי חתם, ולכן נכבד את האמנה.

**פס"ד פלונים נ' שר הביטחון, פרשת קלפי המיקוח** – פסה"ד דן בשאלה האם מותר להחזיק שבויים במעצר מנהלי אחרי שתמה המסוכנות ובניגוד לכללי המשב"ל, משום שרוצים להמשיך את המעצר ולהשתמש בהם כקלפי מיקוח להחלפת שבויים?

בדיון הראשון ברק אומר שמעצר המערערים חוסה בצל חוק ספציפי שעומד בפסקת ההגבלה הישראלית ולכן לא משנה מה אומר המשב"ל שהרי החוק המקומי גובר. מדובר בשיקול ביטחוני ישראלי לגיטימי.

שנתיים אחרי זה, זה מגיע לדיון נוסף. ברק מתחרט, משנה את דעתו ואומר שאי אפשר לפעול בניגוד לדין הבינ"ל. החזקתם כקלפי מיקוח לא נופלת בגדר שיקולי ביטחון לגיטימיים. הם אינם מהווים יותר סיכון ביטחוני למדינת ישראל, ולכן אין הצדקה להמשיך להחזיק אותם לפי החוק.

בנוסף, ברק בודק האם אפשר להחזיק אותם כקלפי מיקוח בדרך אחרת ביחס למשב"ל? ביהמ"ש מנסה לקרב בין המשב"ל לדין הישראלי. ברק אומר שאין מנהג שמתייחס לעניין. אומנם יש אמנה הסכמית שאוסרת את זה, אך ישראל לא קלטה את האמנה לחוק שלה. ולמרות זאת, ברק מכיל את חזקת ההתאמה הפרשנית שלאורה צריך לשחרר את השבויים.

בעקבות פסק דין זה, נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים. סעיף 1 של החוק, סעיף המטרה, אומר ש- "החוק נועד... בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי". אנחנו רואים כאן את חזקת ההתאמה הפרשנית.

**ע"פ 6659/06 פלוני נ' שר הביטחון**- פסק דין זה עסק בחוק הכליאה של לוחמים בלתי חוקיים וניתן ע"י השופטת בייניש. ברק בדיון השני בחן את החוק בעיני פסקת ההגבלה ואחרי זה בחן את בראי המשקפת הבינ"ל. בייניש בוחנת קודם במשקפת הבינ"ל, ואחר זה במשקפת הישראלית של פסקת ההגבלה וחוקי היסוד.

פסקי הדין שעוסקים בסוגיית הקליטה תמיד הולכים לחזקה ומנסים לפרש את הדין הישראלי כמה שיותר קרוב למשב"ל.

**✓ היכן מחילים את החזקה הפרשנית?**

פרשנות חקיקה ראשית של הכנסת- בג"צ יתד: חוק חינוך מיוחד מתקצב מוסדות לחינוך מיוחד כדי שיאפשרו למידה של ילדים עם מוגבלויות בתנאים שמתאימים להם, אבל הוא לא מאפשר, לפחות בפרשנות צרה, מימון של מוסדות לימוד רגילים שיוכלו ללמד ילדים עם מוגבלויות. העתירה מוגשת מצד הורים לילדים עם מוגבלויות וארגונים חברתיים שתבעו מהמדינה מתוקף הזכות לחינוך והזכות לשוויון שמעוגנות באמנות זכויות אדם שישראל צד להן, הכרה בזכויות נוספות לילדיהם במסגרות החינוכיות ותקצוב מוסדות חינוך רגילים שיאפשרו למידה של ילדים עם מוגבלויות.

ביהמ"ש מקבל את העתירה ומחיל את החזקה הפרשנית ואומר **שיש לפרש את חוק חינוך מיוחד לאור האמנות שישראל צד להן. החזקה למעשה חלה הן ביחס לנורמות מנהגיות והן ביחס לנורמות הסכמיות, בין אם נקלטו ובין אם לאו.**

בפועל יש בזה פוטנציאל להפוך את ישראל למדינה מוניסטית, דבר שעלול ליצור את הבעיות שעמדנו עליהן מעלה (פגיעה בהפרדת הרשויות וכו').

זה קורה בארה"ב בפס"ד ארה"ב נ' אש"פ – פרשנות צרה של החוק נגד טרור בארה"ב לא מאפשרת לאש"פ להחזיק משרדים בארה"ב. ביהמ"ש הפדרלי בערכאה ראשונה ב1988 אומר למדינה שצריך לפרש את החוק באופן כזה שיתכתב עם ההסכם של ארה"ב עם האו"ם המאפשר לאש"פ להחזיק משרדים בארה"ב. ראינו שמצד אחד יש לנו הסכם שמאפשר, ומצד שני חקיקה שספק מאפשרת ספק לא. ובחירה של ביהמ"ש לפרש אותה באופן כזה שיעלה באותו קנה עם ההתחייבות הבינ"ל שם.

תחולת החזקה במשפט מנהלי: החזקה יכולה להיות חלק משיקולים שרשות מנהלית צריכה לשקול. אפשר לראות זאת בבחינת רכיב הסבירות של תנאי הכליאה בבתי הכלא הצבאיים באיו"ש שנמצאים בפיקוחו של מפקד פיקוד מרכז שנקרא חליף הריבון באזור יהודה ושומרון. התנאים במחנה המעצר שהוא מחזיק צריכים להיבחן לאור כללי המשפט המנהלי, וביניהם כלל הסבירות וכן יכולים להיבחן לאור התחייבויות ישראל במשב"ל.

בעניין זה ניתן לראות את הסיפור של **דרזנר נ' יורם גיל** – גיל הוסגר משוויץ לישראל. בזמן שההליך הפלילי נסגר, הוציאו נגדו הרבה צווי עיכוב יציאה מהארץ בגלל שהוא פשט רגל. נשאלה השאלה האם אפשר למנוע ממנו לחזור לשוויץ כי הוא הוסגר בגלל הליך פלילי ובזמן זה נפתחו הליכים אזרחיים במקביל? לפי אמנת ההסגרה אם אותו הליך נסגר צריך להחזיר אותו והחזירו את גיל למרות שהיו נגדו הרבה צווים אחרים.

האם החזקה חלה על חוקי יסוד? בפועל לא, אבל ברק אומר שבעיקרון אפשר להחיל.

**פס"ד 3666/03 אדם:** העותרים, מסתננים שטענו כי אי אפשר להחזיק אותם במתקני הכליאה במשך 3 שנים בגלל שהדבר פוגע בזכות לכבוד שבחו"י כבוה"א. כמו כן, העותרים טענו כי כליאתם תפר את זכויותיהם שמעוגנות באמנת הפליטים. ביהמ"ש אומר שהדבר אכן פוגע בזכויות לפי חוק היסוד, אבל לא מתייחס לאמנת הפליטים. דהיינו, מספיק שיש פגיעה בזכויות חוקתיות כדי לבטל את המדיניות.

יש ניסיון להחיל את החזקה על חוקי היסוד, אבל זה בעייתי כי זה יהפוך אותנו למאוד מאוד מוניסטים ויהפוך את נורמות המשב"ל למחייבות בישראל. פרשנות נורמות חוקי היסוד תעשה לאור המשב"ל. החשש הוא לחתור תחת ריבונות הכנסת כרשות מחוקקת. חוזרים ליכולת הממשלה לעקוף את הכנסת. גם אם החוק לא נקלט, ויש חזקה אנחנו עוקפים את הכנסת. אם נעשה את זה על חוקי יסוד העקיפה תהיה מאוד חזקה ולכן נמענים מזה ומסתייגים מזה.

**🡨 בשורה התחתונה** ראינו שבישראל המנהג נקלט אוטומטית, גוונים מוניסטיים. אבל בו זמנית ראינו שאמנות צריכות להיקלט בחקיקה וגם אז לא האמנה ולא המנהג יכולים לגבור על חקיקה פנימית סותרת – גוונים דואליסטיים. עם השנים חזקת ההתאמה הפרשנית לוקחת אותנו חזרה לצדדים מוניסטיים. כי גם אם אמנות נקלטות או לא, נעדיף לפרש את החקיקה ברוח מנהג או אמנה וזה דומה לקליטה.

זה קורה מכמה סיבות, עלייה בליברליזם ושינוי כללי של המשב"ל והתעסקות גוברת עם זכויות אדם. פעם המשב"ל עסק במלחמה, היום הוא עוסק בעוד תחומים – סחר, חינוך וכו'. המשב"ל נכנס הרבה יותר לרמת המיקרו של החיים היומיומיים. כמו כן, אנחנו רואים יותר גופי אכיפה ברמה הבינ"ל וברמה הלאומית.

yarin.coh9@gmail.com

# שיעור 8, 03/05/2021 – השחקנים המרכזיים במשב"ל: מעמד המדינה

היום נעסוק בסוגיה שתלווה אותנו כמה שיעורים – השחקנים במשב"ל. נבדוק מיהם השחקנים בזירה הבינ"ל? מיהן הישויות שיכולות לתבוע ולהיתבע, שהן בעלות זכויות וחובות במשב"ל.

✓ **מי הן הישויות המשפטיות במשב"ל?**

אין תשובה נכונה אחת. באופן מסורתי, יש איזה שינוי על פני הציר הזמן.

* עד מלה"ע ה1 השחקניות המרכזיות ואולי אפילו היחידות היו **המדינות**. המדינות היו בעלות אישיות משפטית בזירה הבינ"ל. בשיעורים הראשונים דיברנו על מודל כדורי הביליארד- באופן מסורתי, כל כדור נדמה למדינה המשב"ל בא להסדיר את ההתנגשויות בין הכדורים = היחסים בין המדינות, בעוד שהוא לא נכנס לתוך הכדורים עצמם. לכן הוא נקרא משפט בין-לאומי (inter-national).
* מהמאה ה20 ומלה"ע ה2 אנחנו רואים פריצה של מודל כדורי הביליארד הישן והמודל המדינתי הטהור. לצד המדינות, שהן השחקניות העיקריות, אנחנו רואים צמיחה של עוד **שחקנים חדשים** שהם גם בעלי אישיות משפטית שנושאת זכויות וחובות במשב"ל:
	+ בראש ובראשונה הם ארגונים בינ"ל, כמו חבר הלאומים אחרי שקם מלה"ע ה1, והאו"ם שהחליפו אחרי מלה"ע ה2. לצד האו"ם, אנחנו רואים את ארגון העבודה הלאומי, הבריאות העולמי, הסחר העולמי, הימי העולמי.
	+ Qausi states - ישויות מעין מדינתיות. לדוג' פורטוריקו, היא מדינת חסות של ארה"ב. הפורטוריקנים נושאים באזרחות אמריקנית אבל הם לא מצביעים בבחירות. הסיבה שהם מעין מדינה היא כי פורטוריקו נתנה לארה"ב את הסמכות לנהל את יחסי החוץ בשבילה. וגם טאיוואן, ישות של 20 מיליון אנשים, וממשלה שמנהלת יחסי חוץ, לא נחשבת כמדינה כי סין טוענת שטאיוואן היא חלק מהשטח הריבוני שלה. יש איזשהו איום תמידי מעל טאיוואן שאם היא תעשה את האקט של הכרזת מדינה, סין תפלוש אליה ותספח את שטחיה לסין. טאיוואן במובנים מסוימים מתנהלת כמעין מדינה. מצד אחד, היא הצטרפה לארגונים בינ"ל שמאפשרים לישויות מעין מדיניתיות להשתתף כמו ארגון הסחר העולמי. מצד שני, היא לא חברה באו"ם כי היא לא מדינה.
	+ גופים פרטיים- בני אדם, תאגידים וNGOs. אנשים פרטיים יכולים היום לתבוע בערכאות בינ"ל כמו בבתי דין לזכויות אדם, ולהיתבע בערכאות בינ"ל, ביניהן הICC. לצד האינדיבידואלים יש גם תאגידים, חברות רב לאומיות שמשקיעות במספר מדינות. אלו שחקנים מאוד חשובים ברמה המשפטית הבינ"ל. הם נהנים מלא מעט זכויות.

אם נסכם, אנחנו רואים שינוי יסודי של המודל הבין מדינתי הטהור עם שחקנים מסוג אחד שהמשב"ל התחיל ממנו. **לצד זאת, לא לכל השחקנים יש את אותה אישיות משפטית ולא כולם באותו מעמד**. המגמה במשב"ל באופן כללי היא לעבר הרחבת זכויותיו וחובותיהם של השחקנים הלא-מדינתיים. למשל, אינדיבידואלים יכולים לתבוע ולהיתבע היום בערכאות בינ"ל ולפנות אליהם ישירות. אומנם המדינות הן עדיין השחקן הראשי בזירה הבינ"ל, אך המגמה היא הרחבת החובות והזכויות של השחקנים הלא מדינתיים.

**✓ המדינה –**

היום נקדיש את השיעור לשחק המרכזי – המדינה. ננסה לראות איך מגדירים מדינה, מתי מוקמת הישות הזו. **למה אנחנו מתחילים עם המדינה?**

1. היסטורית - המדינה היא השחקן המרכזי במשב"ל.
2. פוליטית - מדינות הן השחקנים המשמעותיים והמשפיעים בזירה הבינ"ל יותר מהשחקנים האחרים.
3. משפטית - מדינות הן עדיין השחקניות החשובות ביותר כיוון ש:
4. רוב הנורמות במשב"ל קשורות בהן ומסדירות את ההתנהגות של המדינות בעזרת הרגולציה.
5. כנגזרת מכך, למדינות יש את האישיות המשפטית הרחבה ביותר בזירה הבינ"ל. יש לה הכי הרבה זכויות וחובות.
6. המדינות הן בעלות הסמכות המשמעותית והרחבה ביותר ליצירת נורמות חדשות בזירה הבינ"ל. מדינות הן אלה שחותמות על אמנות, שהיא הדרך המשמעותית ביותר לייצור נורמות חדשות כיום. וכשאנחנו רוצים לבדוק אם פרקטיקה מסוימת הפכה לנוהג, אנחנו בוחנים את התנהגותן.

**איך נוצרת מדינה במשב"ל? איך קובעים אם יחידה פוליטית מסוימת מהווה מדינה?**

לצורך כך, יש לנו את **אמנת מונטיבידאו** מ1933 שהיום אין עוררין על כך שהיא בגדר אמנה דקלרטיבית המשקפת דין מנהגי. היא מחייבת את כל מדינות העולם גם אם מעולם לא הצטרפו אליה. אמנת מונטיבידאו אומרת לנו בס' 1 שהמדינה, כבעלת אישיות משפטית במשב"ל, צריכה למלא אחר התנאים המצטברים הבאים - אוכלוסייה קבועה; טריטוריה מוגדרת; ממשלה וכושר לקיים יחסי חוץ.

**נרחיב על ארבעת התנאים:**

**① אוכלוסייה** – הדגש הוא על אוכלוסייה קבועה. אין דרישת מינימום. בנאורו לדוגמא יש 12,000 אנשים ועדיין אף אחד לא מערער על היותה מדינה כי האוכלוסייה קבועה. מדינה לא יכולה להיות מורכבת מאוכלוסייה ארעית של נוודים, אלא איזשהו גרעין קבוע של אוכלוסייה – בין אלפי אנשים ובין מיליארדים.

**② טריטוריה** – טריטוריה כוללת את כל השטחים של המדינה. קרי, שטח היבשה, המים הפנימיים המים הטריטוריאליים והמרחב האווירי שמעל שטחים אלו. מדינה לא יכולה להיות בלי יבשה! למדינה חייבת להיות איזו טריטוריה יבשתית. בלי זה, הישות הזו לא יכולה להיחשב כמדינה. גם פה, אין דרישת מינימום. מדינות יכולות להיות גם קטנות מאוד מאוד מאוד. מונקו לדוג' היא עיר על שפת הים.

בנוסף, הטריטוריה לא חייבת להיות רציפה. לדוג' ארה"ב כוללת גם את שטחי אלסקה והוואי שמופרדות ממנה. הטריטוריה שמיוחסת למדינה מסוימת יכולה להיות מקוטעת.

כמו כן, כדי שנעמוד בתנאי הטריטוריה אין צורך בגבולות מוסכמים. ישראל היא דוגמא מובהקת לעניין זה, מבחינת מדינות העולם גבולות ישראל שנויים במחלוקת. מדינות רבות לא מכירות ברמת הגולן או ירושלים כחלק משטחי ישראל בניגוד לאופן שבו ישראל מתייחסת לשטחים אלו, אבל אף אחד לא מערער היום על זה שישראל היא מדינה. גם כשישראל הצטרפה לאו"ם גבולותיה היו שנויים במחלוקת, אבל זה לא גרע מכך שייחסו טריטוריה מסוימת לשטחי ישראל.

**③ ממשלה** – ב100 השנים האחרונות מתייחסים לתנאי הזה כדרישה לקיומה של ממשלה שהיא בעלת כושר אפקטיבי לנהל את ענייני המדינה – היכולת להשליט חוק וסדר אפקטיבי בשטח המוגדר של המדינה על אוכלוסייתה הקבועה.

לאורך ההיסטוריה, אנחנו מוצאים לא מעט דוגמאות בהם תנאי זה אינו מתקיים במלואו. לדוג' בשעה שקונגו שמכריזה על עצמה עצמאות אבל תנאי הממשלה לא מתקיים כי בזמן שהיא מכריזה עצמאות מתנהלת בקונגו מלחמת אזרחים שבה הממשלה לא שולטת על חלקיים עיקריים של קונגו. למרות זאת, מדינות העולם רואות בקונגו מדינה ומאפשרות לה להצטרף כמדינה חברה באו"ם. כך היה גם בקרואטיה ובוסניה-הרצגובינה, מדינות שקמו על חרבות יוגוסלביה והאו"ם פותח בפניו את דלתותיו למרות שבזמן ההכרזה על עצמאותן תנאי הממשלה לא מתקיים על כל שטח המדינה שהן מייחסות לעצמן.

למה זה קורה? תנאי הממשלה האפקטיבית התרופף בפרט בעשורים האחרונים. **התנאי כורסם ובמקומו עלתה זכות העמים להגדרה עצמית.** עיקרון ההגדרה עצמית מוגדר כלא מפחות מכלל שהוא בדרגה הגבוהה ביותר במשב"ל (jus cogens). הייתה התפתחות אדירה בעניין ההגדרה העצמית מאז מלה"ע ה2, שהואצה בעשורים האחרונים (נדבר עליה מחר). גם עיקרון ההגדרה העצמית של עמים משחק תפקיד משמעותי במשב"ל. הICJ הכיר מפורשות בזכות של העם הפלסטיני להגדרה עצמית ב2004. הזכות הזו גורמת להתרופפות וכרסום מסוים בתנאי הממשל האפקטיבי.

אנחנו רואים גם בפסיקה וגם בכל מיני מסמכים בינ"ל שמכח הזכות להגדרה עצמית, יש לעם זכות לשלוט על עצמו בצורה העצמאית ולהגשים זכות זו.

הרבה פעמים יהיו התנגשות בין 2 הפקטורים האלה – לדוג' שטח מסוים שבו העם טוען להגדרה עצמית ורוצה לפרוש מהממשל האפקטיבי בשטח. או לדוג' עם או אותו לאום יש להם אוטונומיה כלשהי בשטח ולצידם יש ממשלה שנוטלת סמכויות שלטוניות מאוד חשובות ובגללה לא מתמלא תנאי הממשל האפקטיבי. נציין כי יש מצבים שגם אם יש איזו קבוצת מיעוט שטוענת להגדרה עצמית, היא יכולה להיות ממומשת במשהו שהוא פחות ממדינה.

הרבה פעמים יש איזו קובצת מיעוט שטוענת לאיזושהי אוטונומיה. לדוג' קוויבק בקנדה – למרות רצונה העז והעמוק לפרוש מקנדה, והתקיימות ממשל עצמי ברמה מסוימת. קנדה עדיין מפעילה שם סמכויות משמעותיות, כך שהתנאי של ממשלה אפקטיבית לא מתמלא ביחס לקוויבק במלוא עוצמתו. לכן יש פה איזושהי התנגשות.

 **Failed states**- המונח מדבר על מדינות שעוברות קריסה בתקופת זמן מסוימת. לדוג' סומליה כונתה כך על רקע המון מלחמות בשטחה, לבנון בשנות ה80 שהתנהלה בפועל ע"י סוריה, ליבריה בשנות ה90, סודאן גם היום.

זו מדינה שהוקמה והעולם הכיר בה, אבל בשלב מסוים היא די קורסת לתוך עצמה לתקופה כלשהי ולפעמים אפילו לתקופה ממושכת. האם מדינה כזו יכולה לאבד את זכותה להיות מדינה? הליך יצירת המדינה הוא כמעט בלתי הפיך, אנחנו לא מכירים מצב שבו העולם אומר ש"מעכשיו לבנון היא לא מדינה", אין דבר כזה. **יש איזשהו מהלך חד כיווני וכמעט בלתי הפיך ביצירה של מדינה גם כשתנאי יסודי כמו מדינה אפקטיבית לא מתקיים.**

חשוב לציין כי **צורת הממשל במדינה לא רלוונטית**, כדי שממשלה תהיה אפקטיבית היא לא חייבת להיות דמוקרטית. אולי זה ערך ראוי אבל אין חיוב כזה. צורת הממשל יכולה להיות דיקטטורה, דמוקרטיה ועוד. זה לא משנה מבחינת היכולת להכיר בממשלה מסוימת כשולטת באופן אפקטיבי בשטח מסוים. אבל בעניין ההכרה אנחנו נראה שככל שהדבר נוגע לעצם ההכרה במדינות, המגמה היום היא כן להסתכל על צורת הממשל. כשמדינה שוקלת להכיר במדינה חדשה, יש נטייה להסתכל על צורת הממשל של המדינה החדשה, מחויבותה לזכויות אדם ועקרונות יסוד דמוקרטיים. כשנדון בסוגיית ההכרה, נראה שהנושא של צורת ממשל תופס מקום בשיח.

**④ הכושר לקיים יחסי חוץ** - הדגש בתנאי הזה הוא על היכולת של אותה יחידה פוליטית לקיים יחסי חוץ – לכרות אמנות ולכונן יחסים דיפלומטיים. התנאי הזה פורש בפסיקה כעצמאות ביחס למדינות אחרות לשאת ולתת מולן וכו. התנאי הזה מראה כמה למעשה הישות הפוליטית, שרוצה להיות מדינה, עצמאית בהתנהלות שלה ובבחירות שלה במישור הבינ"ל. היא יכולה להיות שחקן מדינתי במישור הבינ"ל.

בגלל זה אנחנו יכולים לבין למה פורטוריקו לדוג' היא לא מדינה במשב"ל כי היא מסרה את היכולת שלה לנהל יחסי חוץ לממשל האמריקאי, ולכן התנאי היסודי הזה לא מתקיים ביחס למדינת החסות שלא נחשבת כמדינה במשב"ל אלא כמעין מדינה כיוון שבתוך מדינה. בפורטוריקו יש ממשל, אוכלוסייה ושטח מוגדר, אבל חלק חשוב בעצמאות שלה נמסר לארה"ב.

אפשר לראות דוגמא נוספת למדינה בשם ליכטנשטיין- היא לא הייתה חברה באום כי היא נתנה לשוויץ את היכולת לקיים יחסי חוץ עבורה. ברבות השנים, היא קיבלה את הזכות חזרה (ב1990) והיום היא מדינה עצמאית וריבונית לכל דבר ועניין.

ארבעת התנאים שבס' 1 לאמנה הם התנאים שקובעת האמנה ביחס לשאלה האם קמה מדינה חדשה. לכאורה ישות שעומדת ב4 התנאים האלה יכולה להכריז על עצמה כמדינה. בהקשר הזה נציין כי אומנם הצטרפות לאו"ם כמדינה חברה כשלעצמה היא לא תנאי לקיום מדינה, אבל זה מהווה אינדיקציה חזקה לקיומה של מדינה במשב"ל. הליך של הצטרפות לאו"ם הוא דו שלבי המורכב מ:

1. המלצה של מועצת הביטחון של האו"ם. במועצה יש 5 חברות קבועות שיש להן זכות וטו ויכולות למנוע הצטרפות של מדינה חדשה לאום.
2. החלטה של העצרת הכללית ברוב של 2/3 ממי שמצביע בהצעה.

לדוג' לגבי הרש"פ - היא הגישה בקשה למועצת הביטחון להצטרך כמדינה. ארה"ב סיכלה את הדיון ואמרה שהיא לא תמליץ אבל העצרת הכללית כן הצביעה, בהחלטה מ11/2012, היא זכתה לרוב של 138 מדינות, כמות שעוברת את ה2/3. בעקבות ההחלטה של העצרת הכללית מ2012 מעמד הרש"פ שונה למשהו נדיר "מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם". עד היום מועצת הביטחון לא נתנה את דעתה בנושא.

**לסיכום**, כל הנושא כאן הוא קצת גמיש. לכאורה יש לנו 4 תנאים שאומרים מתי ישות מסוימת היא מדינה. אבל הרבה דברים הם בתחום האפור מתוך סיבות פוליטיות ועניינים של הגדרה עצמית. למרות שהתנאים נועדו להיות ברורים ונוחים ליישום, בפועל זה הרבה יותר מורכב עם ישויות מסוימות.

**✓ הכרה**

לצד 4 התנאים האלו, יש סוגיה שלמה ומאוד חשובה והיא סוגית ההכרה.

**מהי הכרה?** הכרה היא סמכות שנתונה למדינות קיימות וותיקות להכיר או לא להכיר בישות חדשה שמכריזה על עצמה כמדינה.

בהקשר הזה עולה שאלה יסודית – האם אותו אקט שהמדינות הותיקות עושות כשהן בוחרות להכיר בישות חדשה כמדינה, הוא **אקט קונסטיטובי או אקט דקלרטיבי?** יש במשב"ל 2 גישות בנוגע להכרה:

1. יש הטוענים כי הכרה היא אקט דקלרטיבי לגמרי. בשאלה אם מדינות ותיקות מכירות או לא במדינה חדשה אין שום השלכות משמעותיות על הקיום הנורמטיבי של המדינה. די לישות מסוימת שהיא מקיימת את 4 התנאים שדיברנו עליהם עד עכשיו כדי להפוך להיות מדינה במשב"ל. ודי לכך לצורך הקיום המשפטי של אותה ישות כמדינה במשב"ל. סוגיית ההכרה זה אקט דקלרטיבי של מדינות, אם הן מצהירות על הכרה או לא זה לא גורע מכך שישות יכולה להיות מדינות גם בלי שמדינות מסוימות יכירו בה.
2. הכרה היא קונסטיטוטיבית, מכוננת לצורך קיום של ישות מסוימת כמדינה. כדי שישות מסוימת תהיה מדינה, היא נדרשת להכרה ממדינות ותיקות. אילולא ההכרה ע"י המדינות האחרות, המדינה לא תקום.

**אמנת מונטיבידאו נמצאת בסקאלה הדקלרטיבית**. האמנה אומרת זאת בס' 3 באופן שלא משתמע ל2 פנים, והיא גם מהדהדת את הדברים בנוסחה אחרת בס' 6 – קיומה של הכרה מצד מדינות אחרות הוא לא הכרחי כדי שנכיר בקיומה של מדינה. קרי, די בקיום 4 התנאים שבס' 1 לאמנה.

**אם די לנו באותם 4 תנאים אובייקטיבים כדי שישות תיחשב כמדינה אז מה כל הסיפור סביב הכרה?** למה האמנה הקדישה סעיף שלם לקונספט של הכרה מצד מדינות. מה זה משנה? למה הכרה חשובה?

בראש ובראשונה, ההכרה נותנת לגיטימציה פוליטית לישות החדשה שטוענת שהיא מדינה. יתרה מכך, כשמדינה ותיקה מצהירה על מדינה חדשה, היא מצהירה על הנכונות שלה לקיים עם המדינה יחסים בינ"ל ומכניסה אותה לזירה הבינ"ל. בפועל, הכרה הוא האקט שמאפשר למדינה חדשה להוציא מהכח אל הפועל את עצם עובדת היותה מדינה וקיומה בקהילה הבינ"ל. בלי הכרה של מדינות אחרות, יהיה למדינה קשב להתקיים כשחקן בזירה הבינ"ל ולנהל יחסים בילטרליים עם מדינות אחרות. לכן, גם אם הגישה השלטת היא דקלרטיבית להכרה יש השלכות רבות.

**דגשים נוספים-** הכרה היא הליך חד צדדי שמדינה קיימת עושה מתוך רצון וולונטרי שלה. כמובן שהוא אקט פוליטי. גם כשמדינה מצהירה שהיא מכירה במדינה אחרת, זה אקט פוליטי. בנוסף,זו זכות שניתנה למדינה ותיקה, אין שום חובה על מדינות ותיקות להכיר או שלא להכיר במדינות חדשות.

**✓ נבחין בין הנפקות המשפטית במישור הבינ"ל לבין המשירו המשפטי המדינתי של ההכרה –**

במישור המשב"ל אין נפקות משפטית להכרה או להיעדר הכרה. יכולות להיות נפקויות דיפלומטיות אבל מבחינה משפטית זה לא שולל את הקיום הנורמטיבי של מדינה מאחר והיא עומדת באותם 4 תנאים אובייקטיביים. לדוג' יש לא מעט מדינות שגם היום, אחרי יותר מ70 שנות עצמאות, הן לא מכירות בישראל כמדינה. ולמרות זאת אי נפקות משפטית לאותו חוסר הכרה במשב"ל. הסיבה היא כי יש מסה קריטית של מדינות שכן הכירו בישראל כמדינה, ולכן גם אם יש 20-30 מדינות שלא מכירות בישראל, זה לא משליך על עצם הקיום הנורמטיבי והמשפטי של ישראל במשב"ל.

בנוסף, גם בהיעדר הכרה מצד מדינות ותיקות מסוימות במדינה חדשה, הכללים של המשב"ל ממשיכים לחול ביניהם. לדוג' ירדן סוריה ומצרים לא הכירו בישראל. גם בזמן שהן לא הכירו בישראל, עדיין כשהמדינות נלחמו אחת בשנייה, אף אחת לא טענה שדיני הלחימה במשב"ל לא חלים. כלומר זה מראה למה אין נפקות להכרה כי הכללים ממשיכים לחול. ברגע שהישויות נמצאות במצב של מלחמה הן חייבות לכבד את כללי המשב"ל. גם אחרי מלחמת 6 הימים ויוה"כ, ישראל וארצות ערב שנטלו חלק בלחימה כיבדו את דיני הלחימה ביחס לשבויי מלחמה. בכל את מהמלחמות האלה, אחר תום הלחימה היו חילופי שבויים כמתחייב.

אבל, להכרה או לאי ההכרה יש משמעויות דיפלומטיות ופוליטיות. מדינות כאלה לא יחתמו על אמנות דו צדדיות ולא יקיימו כלל יחסים בינ"ל פורמליים. מעבר לכף אם מספר משמעותי של מדינות ותיקות לא מכירות במדינה חדשה המדינה החדשה תתקשה לתפקד ולהצטרף לארגונים בינ"ל מכוננים כמו האום. במקרה קיצון שאף מדינה לא מכירה בישות אחרת כמדינה חדשה, היכולת של אותה מדינה לפעול כמדינה בזירה הבינ"ל שואפת לאפס.

לדוגמה - סומלילנד, חבל ארץ שפרש ב1991 מסומליה, הפך לישות מדינית שמקיימת את תנאי אמנת מונטיבידאו וטוענת לעצמאות מדינית. סומליה היא מדינה לא יציבה ורוויות מלחמות. בניגוד אליו, חבל סומלילנד שפרש מבחינתו ב1991 מקים ישות מאוד יציבה פוליטית, לא אלימה עם שלטון פוליטי אפקטיבי. על פניו זה מקיים את כל התנאים של אמנת מונטיבידאו טבין ותקילין אבל אף מדינה בעולם לא הכירה בסומלילנד כי הן רואות בזה פרישה חד צדדים ממדינת סומליה בניגוד **לעיקרון השלמות הטריטוריאלית של מדינות**. מאחר שהפרישה נתפסת ככזו הפוגעת באופן משמעותי בזכות של סומליה, אף מדינה לא מכירה בסומלילנד ומקיימת איתה יחסים. לכן, סומלילנד היא לא מדינה ולא יכולה להתנהל כך.

זו דוגמא למשמעות האדירה מבחינה פוליטית של הכרה שלא מאפשרת לישות מסוימת להיות מדינה הגם שהיא מקיימת את 4 התנאים של אמנת מונטיבידאו. כאמור, להכרה אין נפקות משפטית במישור הבינ"ל, אבל יש משמעויות דיפלומטיות אדירות.

**הנפקות המשפטית העיקרית שיש להכרה הינה במישור הלאומי- במשפט המדינתי.** בעיקר בהיבט של זכויות יתר וחסינויות כמו חסינות דיפלומטית שניתנת לנציגים של מדינות שמכירם בהן. או חסינות ריבון – חסינות שמדינות נהנות ממנה, לפיה אי אפשר לתבוע מדינות בבתי משפט מדינתיים של מדינות אחרות. זו חסינות חשובה שמדינות נהנות ממנה. הרציונל כאן הוא עיקרון השוויון הריבוני. מדינות במשב"ל נחשבות שוות אחת לשנייה, ולכן לא יכול להיות שמדינה אחת תאפשר למדינה אחרת להיתבע בבתי המשפט שלה ותשפוט אותה.

בישראל, היה מקרה מאוד מעניין שהתעורר ב**פס"ד נוריס** – תביעה נגד הרש"פ ודרישת פיצוי על כל הפיגועים שיצאו משטחה. התביעה הוגשה לביהמ"ש המחוזי בירושלים. הרש"פ טענה כי אי אפשר לקיים את ההליך הזה, מאחר והיא מדינה. וככזו, היא טענה לחסינות ריבון בבימ"ש ישראלי.

ביהמ"ש פסק כי הרש"פ לא נהנית מחסינות ריבון. באותה מקרה נפסק שבישראל הסמכות להכרה במדינה אחרת, במקרה הזה בישות מדינתית אחרת, נתונה בידי הממשלה, הרשות המבצעת. באותה מקרה ביהמ"ש מלמד אותנו שהפרוצדורה שבאמצעותה יכריעו האם הישות היא מדינה או לא תיעשה באמצעות **תעודת שר חוץ**. שר החוץ יודיע שישראל מכירה במדינה. במקרה הזה, התעודה אמרה מפורשות שישראל לא מכירה ברש"פ כמדינה. התביעה המשיכה להתנהל ונפסקו פיצויים לתובעים נגד הרשות. בהיבט הזה להכרה עשויה להיות משמעות משפטית ככל שנוגע הדבר לזירה המדינתית.

ההחלטה של מדינה ותיקה האם להכיר או לא בישות חדשה כמדינה נגזרת לא רק משאלת קיום 4 התנאים האובייקטיבים של אמנת מונטיבידאו ומשיקולים פוליטיים, אלא גם מהשאלה הנוגעת לעצם ההקמה של המדינה ואופן התנהלותה – מה צורת הממשל שלה, והאם אופן ההקמה היה חוקי. במילים האחרות – האם ראוי שנצרף אותה אל קהילת המדינות. מה שתנאי זה עושה למעשה הוא מוריד ממשקל התנאים האובייקטיביים ומעלה את משקל הלגיטימיות וההכרה. זה פקטור מאוד חשוב שנכנס לסוגיית ההכרה.

לדוג' רודזיה (זימבבואה היום) – הישות שלטה בשנות ה60 על שטח ויש לה אוכלוסייה, אבל הממשל היה ממשל מפלה לחלוטין שבמסגרתו אין זכויות יסוד לשחורים. מועצת הביטחון יוצאת בהכרזה ומפצירה במדינות שלא להכיר ברודזיה כמדינה בגלל המשטר הלא לגיטימי. לכן, ב-1965 כשהיא מכריזה על עצמאות, אף מדינה לא מכירה בה. בשנות ה-80 הדבר משתנה, עולה מנהיג אחר, השלטון משתנה ונותן זכויות שוות, ואין יותר אפליה. רק אז, זימבבואה זוכה להכרה והיא מצטרפת לאו"ם. אנחנו רואים איך חוקיות המשטר וכיבוד זכויות האדם משליכה על השאלה.

דוגמא נוספת – סומלילנד לא מוכרת ע"י אף מדינה בגלל שעצם ההקמה שלה נתפס כלא חוקי ולגיטימי שלא עולה בקנה אחד עם המשלב. ההקמה של סומלילנד כרוכה בפגיעה בשלמות הטריטוריאלית של סומליה ולכן עצם החוקיות משליכה על סוגיית ההכרה.

כנ"ל קוסובו ופרישתה מסרביה – קוסובו היא אחת המדינות שצומחות לאחר התפרקות הבלקן. ב2008 היא מחליטה לפרוש מסרביה והיא מקימה רפובליקה עצמאית – הרפובליקה של קוסובו. יש ממשל, אוכלוסייה, טריטוריה וריבונות. מחד, לא מעט מדינות מכירות בה – הרבה מדינות מערב אירופה, קנדה ארה"ב. מאידך, מדינות אחרות לא מכירות בה, כדוג' רוסיה, בגלל החשש שהכרה בפרישת חבל ארץ ממדינה קיימת תהווה תקדים ותביא למצב שחבלי ארץ נוספים ילכו בדרך של קוסובו.

לא מזמן קטלוניה בספרד רצתה לעשות מעשה דומה וגם הכריזה על עצמאותה, שם הלא העולמי היה חד וחלק. אף מדינה ובטח לא מדינה ערבית הכירה בזכות חבל קטלן לפרוש בספרד.

מה שנטען במקרה של קוסובו הוא שמדבור במיעוט אתני לאומי שסבל המון תחת הממשל הסרבי ולכן בפרישתה מסרביה, הזכות להגדרה עצמית תמומש באופן אמיתי, מלא ונכון באמצעות מדינה עצמאית ולא תחת סרביה שהיחסים בין הסרבים למיעוט הקוסוברים טעונים. זה שונה ממה שקרה בקטלוניה, שם אף אחד לא טוען שהספרדים פוגעים בקטלונים. הזכות שלהם להגדרה עצמית ממומשת תחת העצמאות שנתונה להם מצד ספרד.

# שיעור 9, 04/05/2021 – מעמד הרשות הפלסטינית

**סיכום השיעור הקודם-** ראינו שאמנת מונטיבידאו כאמנה מנהגית קובעת 4 תנאים אובייקטיבים. לצד זאת, ראינו אלמנט נוסף שאי אפשר לזלזל בחשיבות שלו – אלמנט ההכרה. האם מדינות ותיקות מכירות בישות מסוימת כמדינה ומצהירות על כך שהן יכוננו איתה יחסים דיפלומטיים. הגישה המקובלת באמנת מונטיבידאו היא שהכרה היא לא תנאי הכרחי כדי שמדינה תיחשב כמדינה מבחינה משפטית. אבל להכרה יש חשיבות אדירה מבחינה פוליטית ודיפלומטית. אם אין מסה של מדינות ותיקות שמכירות במדינה החדשה היא לא תוכל לתפקד כמדינה בזירה הבינ"ל. את השיעור סיימנו עם המקרה של קוסובו, חבל ארץ בסרביה שהכריז על עצמאות ב2008. קוסובו היא דוגמא למקרה שנוי במחלוקת בזירה הבינ"ל – המדינות המערביות מכירות בקוסובו כמדינת עצמאית ושאר המדינות לא. החשש הוא שעצם ההכרה יהווה תקדים שלילי עבור מדינות מסוימות של פלישת חבל ארץ ממדינות קיימות. במקרה כמו קוסובו או סומלילנד, האקט של פרישה עשוי לנגוד את עיקרון השלמות הטריטוריאלית. אנחנו רואים שבגין העיקרון הזה מדינות ותיקות לא מכירות במדינות חדשות. לדוג' ראינו שספרד היא מבין המדינות המערביות הבודדות שלא הכירו בפרישת קוסובו כמדינה בגלל החשש שקטלוניה תעשה את זה גם.

לקוסובו יש ממשל וכו', אבל היא לא מצליחה להתקבל לאו"ם. זה יכול להימשך הרבה זמן בגלל שרוסיה כאחת מ5 המדינות הקבועות במועצת הביטחון לא נותנת לכך את הסכמתה וזה יכול להפיל את אחד השלבים בהליך הצטרפות המדינה לאו"ם.

**היום, נעסוק בשאלת מעמד הרשות הפלסטינית**. הסיבה שנעסוק בזה מעבר לרלוונטית הכללית של השאלה האם הרש"פ היא מדינה, היא גם בגלל רצף ההתפתחויות המאוד חשוב שקרה בשנה האחרונה בנושא הזה.

ב2009 הרש"פ פנתה לICC אחרי מבצע עופרת יצוקה וביקשה ממנו לפתוח בחקירה נגד ישראל דרך ס' 12(3) לחוקת רומא, שאומר שגם מדינה שהיא לא חברה יכולה למסור סיטואציה מסוימת לבדיקתו של ביה"ד. התובע של ביה"ד, לואיס מורנו קמפו, ישב מס' חודשים ואמר שאין מספיק אינדיקציות שהרש"פ היא מדינה, המעמד שלה הוא בכלל מעמד של מדינה ולכן הוא לא קיבל את הבקשה של הרש"פ בטענה כי אין לICC סמכות שיפוט.

ב2015, לאחר מבצע צוק איתן, הרש"פ פנתה שוב לICC וביקשה לדון בפשעים הבינ"ל שנעשים בשטחים הפלסטיניים מיוני 2014 (אחרי חטיפת שלושת הנערים). הרש"פ בעצם עושה מעשה ומבקשת להצטרף כמדינה חברה לבית הדין.

מה שהשתנה מאז הבקשה הראשונה לבקשה השנייה של הרש"פ לICC הייתה **החלטה 67/19** **של העצרת הכללית של האו"ם** שמכירה במדינה פלשתינית. ההחלטה הזו מנובמבר 2012 משדרגת את המעמד של הרש"פ באו"ם מישות משקיפה לא מדינתית, **למדינה משקיפה שהיא לא חברה**, יצור די חדש. על בסיס הדבר הזה הרש"פ מגישה ב2015 בקשה להצטרף לחוקת רומא טבין ותקילין. מאפריל 2015 הרש"פ היא מדינה חברה לפחות מבחינה פורמלית בביה"ד הפלילי הבינ"ל. משם, התובעת יושבת למעלה מחמש שנים על הסוגייה ובודקת האם ניתן לפתוח בחקירה פלילית בינ"ל אודות הפשעים שבוצעו לכאורה ברצועת עזה ובשטחי איוש ע"י ישראל כלפי פלסטין.

מדובר במלאכה לא קלה. התובעת דנה בעניין אחר שקשור בישראל בשנים האחרונות, בסוגיית המרמרה והניסון לפרוץ את המצור על עזה. באותה החלטה, התובעת החליטה שאין מקום לפתוח בחקירה כנגד ישראל. השתלטות ישראל על המרמרה למרות שנהרגו בו 9 אנשים, לא עומדת בתנאי החומרה של ביה"ד. זה לא מסוג הסוגיות שהICC אמור לעסוק בהם, הוא אמור לעסוק בפשעים הבינ"ל החמורים ביותר.

ביה"ד לא מאשר את החלטת התובעת בעניין המרמרה, התובעת יושבת על זה עוד שנה והיא מגיעה לאותה מסקנה. ביה"ד לא אוהב את התשובה ועדיין יש כל מיני הליכים בעניין.

במסגרת השיעור נתמקד באלמנט החקירה כנגד ישראל, ככל שתיפתח וכנראה שתיפתח לאור הכרזתה מסוף חודש מרץ האחרון. מי שייחקר הם לא רק ישראל, אלא גם ארגוני הטרור הפלסטינים, חמאס וכו'.

ביה"ד לפי ס' 17 לחוקת רומא עובד לפי עיקרון יסוד מכונן – **עיקרון המשלימות**. כיוון שהמשאבים של ביה"ד מוגבלים והוא מכבד את הריבונות של המדינות, הוא יתערב כגורם משלים מטעם הקהילה הבינ"ל ויעמיד לדין רק כשמדינה לא רוצה או לא יכולה לחקור באופן אמיתי את הדברים.

אין ספק שאם הפרשה הזו תמשיך להתגלגל, אחת הטענות שישראל תעלה היא שביה"ד לא צריך להתערב מפאת עיקרון המשלימות שהרי הפצ"ר חקר את העניין. המצב היותר בעייתי של ישראל יהיה לאו דווקא בגין פשעים בינ"ל שלכאורה בוצעו כיוון שעיקורן המשלימות אכן יכול לעמוד לטובתם. כי גם אם ישראל לא העמידה חיילים לדין, היא חקרה את העניין.

**המצב יותר בעייתי ככל שהדבר נוגע ל'פשע ההתנחלויות' שחוקת רומא הפכה אותו לפשע בינ"ל**. חוקת רומא לא משאירה שום מקום לספק, היא משתמשת בלשון מאוד חריפה לפיה כל העברה של אוכלוסייה בידי הכובש אל השטוח הכבוש, במישרין או בעקיפין, מהווה פשע מלחמה. לכן, ישראל לא יכולה להסתתר מאחורי האמירה שהיא לא העבירה אנשים בכפייה אל אותם שטחים וכו'. הסעיף בחוקת רומא הוא סעיף איום ונורא ולכן אולי הוא הסיבה המרכזית שבגללו ישראל לא הצטרפה לחוקת רומא לאחר שלקחה חלק פעיל בניסוח האמנה.

אחת השאלות שהתובעת נתקלה בהם בבקשה לפתיחה בחקירה היא האם לביה"ד יש סמכות טריטוריאלית כדי לחקור את העניין. התובעת מגיעה בסופו של דבר להחלטה שהרש"פ היא מדינה לפחות לצורכי חוקת רומא ולכן לביה"ד יש סמכות לחקור את העניין ככל שזה נוגע לשטחים שהם מזהים כשטחי הרש"פ. התובעת מרגישה שהיא על קרקע לא מוצקה ולכן מיוזמתה היא פונה לביה"ד ומבקשת לכנס מותב של 3 שופטים שאכן יאמר האם היא יכולה לפתוח בחקירה בנוגע לאותה טריטוריה של מדינת פלסטין.

כל זה נוגע לשאלה האם הרש"פ היא מדינה. גם התובעת וגם ביה"ד אומרים שהם לא צריכים להכריע בעניין לפי הכללים של המשב"ל כיוון שלפחות לצורכי חוקת רומא היא נראית מדינה. היועמ"ש בחוות דעתו דוחה לחלוטין את עמדת התובעת ועמדת שופטי הרוב בביה"ד.

**✓ טיעונים בעד ונגד לגישה לפיה הרש"פ היא מדינה**

**🡸 הרש"פ היא מדינה לפי המשב"ל**

**🡨 אמנת מונטיבידאו:** הם עומדים בתנאים העובדתיים של אמנת מונטיבידאו-

1. אוכלוסייה קבועה
2. שטח מוגדר - לדעת התובעת, הכוונה היא לטריטוריה הפלסטינית הכבושה ואף ישראל מתייחסת לכך בהסכמי אוסלו. לא נדרשת רציפות טריטוריאלית וגם מחלוקת לגבי תוואי הגבול לא שוללת את קיומה של המדינה כל עוד יש שטח שברור לגביו שהוא משטחי המדינה.
3. ממשל אפקטיבי – יש לפלסטין שליטה מסוימת על איוש בהתאם לסיווג השטחים A-C. הנסיבות הפרטניות של פלסטין מצדיקות הגמשה של התנאי זה כלפי פלסטין. במקרים דומים אחרים הקלו בדרישה זו, כמו לדוג' כשהכירו בקונגו ודרום סודאן. הגם שהוא תנאי מכונן, חלה עשורים האחרונים התרופפות וכרסום בו, ככל שהתנאי הזה עומד למול הזכות להגדרה עצמית של אותו עם. גם כאן, זה מקרה שבו צריך להגמיש את התנאי הזה. הזכות להגדרה עצמית של הפלסטינים נתפסת ככזו שיכולה לכרסם בדרישת השליטה אפקטיבית שהיא ללא ספק בעייתי במקרה של הרש"פ משום שישראל מונעת את זה מהם.
4. כושר לנהל יחסי חוץ – התנאי הזה מתקיים דרך הסכמי אוסלו שהביאו להקמת אש"ף. בפועל, פלסטין מנהלת יחסי חוץ באופן נרחב – היא מטרפות לאמנות בינ"ל שונות והצטרפה ללא מעט ארגונים בינ"ל (אונסק"ו, הICC ועוד). בנוסף, יש לה מעל 100 שגרירויות במדינות העולם. דבר שמוסיף ליכולת שלה בפועל לנהל יחסים דיפלומטיים ומייצר למעשה את התנאי הרביעי במישור הבינ"ל, על אף ההגבלה בהסכמי אוסלו. כמו כן, לרש"פ יש נציבויות (דומה לשגרירויות) בלא מעט מדינות בעולם, ביניהן בוושינגטון. לפני כמה שנים, הפלסטינים נטשו את הנציבות בוושינגטון לאור ההידרדרות ביחסים מול טראמפ והעובדה שטראמפ הקפיא את התרומות לאונר"א.

מעבר לזה, יש שאומרים שהגבלת פלסטין לקיים יחסי חוץ מכח הסכמי אוסלו וטענת שהיא בעקבותיה מוזרה, שהרי פלסטין היא צד לאותו הסכם בינ"ל. לכן, לאור הפרדוקס, יש נפקות לישות הבינ"ל הזו.

🡨 **הכרה מצד מדינות** - רונן מציינת בספרה את הגישה הקונסטיטוטיבית לפיה יש דרישה בהכרה לצורך כינונה של מדינה. בכל מקרה אף אם זהו תנאי דקלרטיבי, הוא מתקיים לאור ההכרה שפלסטין קיבלה מ138 מדינות והמעמד שהיא קיבלה באו"ם. מעבר לזה אף אם ישראל תטען שיש פה מציאות שבה פלסטין היא רק שאיפה ואינה מדינה, אין לזה נפקות משפטית כי ההלכה המקובלת היא השיטה הדקלרטיבית.

**🡨 החלטה 67/19** - החלטה 67/19 שמכירה במדינה פלסטינית מעניקה לפלסטינים מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה. המדינה הוכרה כצד לאמנת רומא והיא תוכר כמדינה לעוד עניינים נוספים של חוקת רומא.

**🡨 הגדרה עצמית** -החלטה 67/19 של הICJ הכירה בזכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית. הקמת מדינה עצמאית היא מימוש ההגדרה העצמית. הזכות מעוגנת במגילת האו"ם ומוענקת לכל העמים. היא מחייבת במשב"ל. אומנם העם הפלסטיני יכול לממש את זכותו להגדרה עצמית גם בדרכים אחרות שלא עולות כדי מדינה. אך בענייננו, לאור העובדה ש138 מדינות מכירות בזכות של העם הפלסטיני להקים מדינה זה מאוד משמעותי. החלטה 67/19 היא אומנם המלצה אבל עצם ההכרה הנרחבת מאפשרת את הקיום של המדינה בזירה הבינ"ל. הזכות להגדרה עצמית נמנעה מהפלסטינים לאור ההתנחלויות והקמת גדר הביטחון.

כשדיברנו על מקורות המשב"ל, אמרנו שהרבה פעמים נסתכל על החלטות העצרת הכללית. כשאנחנו רואים 138 מדינות מתוך 193 רואות וחושבות שהרש"פ צריכה להיות מוכרת כמדינה, זה צעד שאי אפשר לזלזל בחשיבות שלו. יש פה משפט בפעולה, המשב"ל נוצר דרך החלטות גם אם הן לא מחייבות. זה חלק מהרוח הגבית שהביאה את הICC לקבל את פלסטין כמדינה. 138 מדינות שמצביעות בעד הכרה ברש"פ כמדינה זו הצהרה מאוד חשובה.

**🡨 דחיית טענת היועמ"ש כנגד אי קיום גרעין הטריטוריה** - הטענה של היועמ"ש היא שאין לפלסטינים לפחות כרעין של שטח מוסכם ושהכל שנוי במחלוקת. שאלת ההסכמה בין ישראל לרש"פ שהגבולות הסופיים וכל הסדרת המעמד של השטח נתון למו"מ נותרה פתוחה. הדעה הזו נדחית בצורה משמעותית ע"י התובעת וע"י בי"ד עצמו. אפילו אם נלך להסכמי הביניים נראה שיש שטחים ספציפיים שישראל ייחדה לרש"פ כשטחי A ועזה ששם כבר בשנות ה90 מידת השליטה של הפלסטינים הייתה מאוד עמוקה אחרי הסכמי אוסלו. לכן הטענה של היועמ"ש היא טענה שלקהילה הבינ"ל יותר קל לנגח. בעיקר כשישראל היא מדינה מוכרת ולגיטימית כשגבולותיה שנויים במחלוקת.

**🡸 הרש"פ איננה מדינה לפי המשב"ל-**

**🡨 אמנת מונטיבידאו:** הרש"פ לא ממלאת את כל התנאים של ס' 1 לאמנת מונטיבידאו.

1. שטח מוגדר- גבולות 67 היו אפקטיביים רק לעניין הסכמי שביתת הנשק. לכן, הגבולות לא מוסדרים ואין כיום שטח מוגדר.
2. שליטה אפקטיבית – סוגיית השטח מתקשרת גם לעניין השליטה, השליטה היא חלקית בשטח. בתוך שטחי איו"ש יש מורכבות, כיוון שהשליטה שונה בהתאם לסיווג השטחים A-C.

הרשות שולטת בשטחי A, ובשטחי C שההתיישבות היהודית ממוקמת בה בד"כ, אין לה שום אחריות, לא אזרחית ולא ביטחונית. גם בשטחים האחרים, אין לרש"פ את הסמכות הביטחונית, אלא יותר סמכויות שיטור שמכוחם פועלת המשטרה הפלסטינית. לא רק שהשליטה מוגבלת, אלא גם האיכות של השליטה מוגבלת.

מבחינה מעשית, אין לה שופ שליטה בשטח כיוון שגם במקום שיש לה שליטה אפקטיבית, היא לא הייתה אפקטיבית ללא התמיכה והגיבוי של ישראל – במים, חשמל וכו'.

בנוסף, אלמנט שליטה מאוד משמעותי שאין לה- שליטה של כניסה ויציאה לשטח. אין להם שדה תעופה. הם יכולים לצאת את גבולות הארץ דרך מעבר אלנבי לירדן או דרך נתב"ג. אין להם שליטה על המעטפת של השטח לכאורה שמיוחס להם.

1. יכולת לנהל יחסי חוץ - עפ"י הסכמי הביניים בין ישראל לרש"פ, הרש"פ לא מוסמכת לכונן יחסים בינ"ל. בהקשר הזה, הדבר פוגע בתנאי הרביעי של אמנת מונטיבידאו – היכולת לנהל קשרי חוץ.

**🡨 הסכמי אוסלו -** בהסכמים בין ישראל לאש"פ, ישראל אומנם מכירה בכך שיש איזו ישות שמאותו רגע נקראת הרשות הפלשתינית. ההסכמים האלה מכוננים את הרש"פ והם מאוד חשובים מבחינת המציאות שהם יצרו ב30 השנים האחרונות. למרות זאת, הם הסכמים די מוזרים ליישום, מצד אחד שני הצדדים תמיד מפרים אותם ומצד שני, שני הצדדים מנסים ליישם אותם. חלק מהסיבה לכך היא כי ההסכמים מאוד רחבים והם מנסים להסדיר המון מתחומי החיים של ישראל לצד הפלשתינים.

**🡨 ס' 3 לאמנת מונטיבידאו** – עפ"י האמנה, גם אם יש הכרה מצד מדינות מסוימות והיא משתתפת באמנות, זה עדיין לא תנאי לקיום מדינה.

**🡨 החלטה 67/19 -** ההחלטה עוסקת ברעיון עתידי ולא במציאות קיימת. יש להתייחס להחלטה הזו בצורה מוגבלת, כיוון שחסרה המלצה של מועצת הביטחון, לכן, זה יותר שדרוג פרוצדורלי למעמד המדינה. עקרונית, מעמד החלטות העצרת הכללית הם ברמת סופט לאו, המלצות. נציין פה באופן כללי שההחלטה מראה את המשמעויות של הסופט לאו ואיך הוא יכול להתגלגל ככדור שלג משמעותי. על פניו ההחלטה של העצרת לא מחייבת במשב"ל, אך יש לה אפקט שכנועי. הICC נסמך עליה בצורה משמעותית ומעצים את הנפקויות שלה, למרות שעל פניו, ההחלטה לא מחייבת.

**🡨** בחלק מהרש"פ שולט ארגון הטרור חמאס ולכן אפשר לטעון לאי חוקיות השלטון לפיו **מדינה לא תצמח מפעולה בלתי חוקית.** זה מתקשר לאלמנטים היותר ערכיים שנכנסים לנו לאותה סוגיה של הכרה, כשמדינות בוחרות האם להכיר או לא להכיר הן צריכות להסתכל על החוקיות של חלק מהשלטון שמיוחס לרשות.

יעל רונן במאמרה טענה כי הפרה של נורמות במשב"ל היא מכשול משפטי בפני הכרה במדינה. בהקשר הזה, חמאס הוא ארגון טרור ולכן ניתן לטעון כי צריך להימנע מלהכיר בפלסטין בגלל חמאס.

**🡨** עפ"י המאמר של שואו, **התנהגות מדינה שלישית לא תוכל להקים מדינה**. גם אם ישראל תיחשב ככובשת בשטחי הרש"פ ומדכאה את האוכלוסייה זה לא ישלים את החוסר של התאנים של אמנת מונטיבידאו.

**🡨 הגדרה עצמית –**הזכות להגדרה עצמית אומנם חשובה מאוד במשב"ל אבל קיומה של הזכות לא יגרום לרש"פ לעלות כדי מדינה כל עוד שאר התנאים האחרים לא מתקיימים. הזכות כשלעצמה לא תכונן מדינה.

**🡨 עיקרון השלמות הטריטוריאלית** - ניתן לטעון שאין להכיר בפלסטין לאור עיקרון השלמות הטריטוריאלית, משום שפלסטין היא מדינה שיוצאת מתוך ישראל. נעסוק בזה הרחבה בנושא הכיבוש, אך נציין שזה מקרה יותר קשה ונבדל מהמקרה של קוסובו. ישראל למעט מזרח ירושלים שעליה היא החילה את הריבונות שלה בחוק של הכנסת ורואה בה חלק מהשטח הריבוני שלה. ישראל מעולם לא עשתה אקט כזה בנוגע לעזה ואיוש. ישראל נכון להיום לא טענה ולא טוענת לריבונות בעזה ובאיוש.

לכן, המקרה של הרש"פ הוא הרבה יותק קל מקטלוניה וקוסובו כיוון שאין פה פרישה של חבל ארץ ממדינה שטוענת לריבונות עליה. לצורכי עיקרון השלמות, צריך לטעון כי שטחי אותה ישות הם חלק משטחי מדינה אחרת וישראל לא טוענת לכך.

# שיעור 10, 11/05/2021 – אחריות מדינה במשב"ל

בשיעורים הקודמים התחלנו לדבר על השחקנים במשב"ל. כאמור, המדינה היא השחקן המסורתי המרכזי במשב"ל מבחינה משפטית ומבחינת היקף הזכויות והחובות. כנגזרת מהיות שחקן מרכזי, המדינה מחויבת בהמון חובות מכוח אמנות ומנהגים, ויש לה זכויות שונות, כמו:

* **הזכות לשלמות טריטוריאלית.** אחת הסיבות שמדינות לא מכירות במדינה חדה כמו קוסובו וסומלילנד זה בגלל הזכות של מדינות לשלמות טריטוריאלית.
* **עיקרון הריבונות וכנגזרת מכך עיקרון השוויון הריבוני**. כמו שראינו שבוע שעבר בעניין של חסינות מדינה, מדינה ריבונית אחת לא יכולה להיתבע באופן עקרוני בבית דין מדינתי של מדינה ריבונית אחרת כי מדינות נהנות משוויון ריבוני ולכן לא הגיוני שמדינה תתבע בבית דין של מדינה אחרת.
* **עיקרון אי ההתערבות בעניינים פנימיים**. מדינות אחרות לא יכולות להשפיע על הכלכלה, התרבות, עניינים פוליטיים ודברים נוספים שהם ענייני הפנים של מדינה. למדינה יש עצמאות להתנהל כרצונה.

מדינות כשחקן מרכזי נהנות מהמון זכויות ששחקנים אחרים לא נהנים מהן. בהתאמה, הן גם נושאות בחובות. החובות יכולות לצמוח מאמנות, כמו אמנות זכויות אדם שקובעות למדינות איך הן צריכות להתייחס לאזרחים וכו'. חובות כמו האיסור על שימוש בכוח שמעוגן בס' 2(4) למגילת האו"ם. כמו כן, חובות צומחות מכל מיני מנהגים.

המדינה נושאת בהמון חובות שצומחים ממקורות שונים. **כשמדינה מפרה את החובות, היא עשויה לשאת באחריות במשב"ל**. כמו שבמשפט הפנימי, אינדיבידואל שמפר חובה ומבצע עוולה או עבירה, נושא באחריות. כך גם מדינה במשב"ל. כאן נכנסים כללי האחריות הבינ"ל שעליהם נרחיב היום.

**כללי האחריות של מדינות הם כללים מסדר שני**, הם לא הדין המהותי, אלא הם נכנסים לסיטואציה ואומרים לנו מה קורה מבחינה משפטית שעה שהופר כלל ראשוני של המשב"ל.

לדוג' ב2014 רוסיה נכנסת עם כוחות צבאיים לאוקראינה, כבשה את חצי האי קרים ומחזיקה בו עד היום. מדינות האיחוד האירופי וארה"ב רואות בזה הפרה גסה של המשב"ל – הפרת השלמות הטריטוריאלית של אוקראינה והפרת האיסור על שימוש בכוח. עקב ההפרה, רוסיה חשופה לכל מיני סנקציות.

האיסור על שימוש בכוח הוא כלל מסדר ראשון שמעוגן במגילת האו"ם. מרגע שמתרחשת ההפרה, מתעוררות מספר שאלות – האם ניתן לייחס את המעשה של כניסת הצבא לרוסיה? האם לרוסיה היה בסיס מוצדק להפרה שמאיינת אותה? אם אכן הייתה הפרה, מהן ההשלכות המשפטיות של הפרת הכללים המהותיים מסדר ראשון. אלו שאלות מסדר שני וכאן רלוונטיים לנו כללי האחריות הבינלאומית שנכנסים לתמונה כדי לענות על שאלות אלו.

באופן כללי, יש חשיבות אדירה לכללי האחריות, בפרט בעשורים האחרונים. ראינו את מגמת המשפטיזציה בקהילה הבינ"ל הכוללת יצרית כללים משפטים רבים יותר ובקצה מהיר יותר בהשוואה לעבר. לצד הגידול בכמות הכללים, יש יותר פתחים להפרות. כמו כן, הגלובליזציה הביאה לגידול בכמות האינטראקציות בין המדינות, שהביאה לצידה יותר חיכוכים והפרות של המשב"ל.

לאור הגידול בכמות המקרים של ההפרות, החשיבות של כללי האחריות הבינ"ל היום חשובה ביותר שאת. השאלה החשובה ביותר היא מתי צומחת למדינה אחריות של הפרה של ככל במשב"ל?

**הכללים שנדבר עליהם היום הם כללי ברירת המחדל של אחריות בינ"ל**. באופן כללי, יש כמה משטרים ספציפיים במשב"ל כמו לדוג' המשטר של הWTO, ארגון הסחר העולמי שמגדיר את המותר והאסור למדינות בתחום. יש לארגון משטר ספציפי של דיני אחריות שקובעים סדרה ארוכה של כללים שמסדירים מה קורה שעה שמדינה מפירה את הכללים שלהם. זה תת משטר ולכן הפסיקה של הWTO לא מפנה לכללי האחריות הבינ"ל שנדבר עליהם. בהמון משטרים אחרים, אין משטר אחריות ספציפי. במצבים כאלה, יחולו כללי ברירת המחדל של אחריות מדינה שנלמד היום.

**✓ המסגרת המשפטית של הכללים**

הכללים האלה מוסדרים במסמך שנקרא:

 "The ILC Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts 2001"

ובעברית - טיוטת הכללים בנוגע לאחריות מדינות למעשי עוולה בינלאומיים מ2011. זוהי טיוטת אמנה שהעצרת הכללית של האו"ם ביקשה מהגוף המשפטי החשוב באו"ם, הILC, ועידת המשפט הבינ"ל של האו"ם. הILC הוא אחד המוסדות החשובים ביותר של המשב"ל, המומחים הגדולים ביותר יושבים בוועדה הזו. מעת לעת העצרת הכללית מבקשת מהם ליצור טיוטות של אמנות.

כך גם במקרה הזה, הועידה מגבשת רשימה של כללים שמסדירים את נושא האחריות של מדינות במשב"ל. הטיוטה מעולם לא הפכה לאמנה רשמית, אבל יש קונצנזוס לגבי הרוב המוחלט אם לא כל הכללים של טיוטת הILC שהם משקפים דין בינ"ל מנהגי. היא מעולם לא עברה אשרור, אבל היא עוסקת בכללים כה חשובים שמדינות מתייחסות לטיוטה כאילו שהיא רכשה מעמד של משב"ל מנהגי. כללי הILC, הם "התנ"ך של כללי אחריות מדינה במשב"ל". כל הסעיפים שנעסוק בהם היום משקפים משב"ל מנהגי וההשלכה של זה היא שזה מחייב את כל המדינות בעולם.

**✓ אחריות בינ"ל – התנאים** **שצריכים להתקיים כדי שמדינה תישא באחריות על עוולה או הפרה של המשב"ל.**

סעיף 1 - עיקרון היסוד לפיו **על הפרה של המשב"ל יש אחריות**. המשב"ל הוא מחייב ועל הפרתו יש אחריות כמו שבמשפט הפנימי הפרה של דין הפנימי גוררת נשיאה באחריות.

סעיף 2 - אחריות תקום כשמתקיימים 3 תנאים:

1. במעשה או במחדל
2. המהווים הפרה של כלל ראשוני של המשב"ל. לדוג' פלישת רוסיה לחצי האי קרים וכיבושו מאוקראינה מהווה הפרה של כלל ראשוני האוסר על שימוש בכוח והפרה של עיקרון השלמות הטריטוריאלית.
3. והמעשה או המחדל מיוחסים למדינה עפ"י המשב"ל.

להלן פירוט התנאים:

**① מעשה או מחדל**

התנהגות של מדינה שעשויה להצמיח לה אחריות בינ"ל יכולה לכלול גם מעשה וגם מחדל. זה נגזר מאופי ההתנהגות של המדינה במקרה הספציפי ונגזר ממה שמוטל על המדינה.

מעשה הוא לדוג' הפרה של איסור, לדוג' האיסור על שימוש בכוח ביחסים בינ"ל לפי ס' 2(4) למגילת האו"ם. כשרוסיה הפרה את האיסור, היא עשתה מעשה אקטיבי, נכנסה בכוח לשטחי אוקראינה.

מחדל- בפעמים מסוימות המשב"ל מטיל חובת עשה פוזיטיבית, לדוג' ס' 1 לאמנת הג'נוסייד למניעת רצח עם מטיל על מדינות העולם חובה פוזיטיבית למנוע רצח עם ולהעניש את מי שביצע רצח העם. מדינה תישא באחריות כשהיא פועלת בדרך של מחדל ולא מונעת רצח עם שיודעת בסבירות מסוימת שהולכת להתבצע ולא פועלת להענשת מי שביצע אותו.

סעיף 1 אומר שלא ניתן להתעלם מהמשב"ל, מדינה שמפרה חובות תישא באחריות. למשב"ל יש תוקף מחייב. החובות עשויות להקים אחריות.

**② הפרת חובה בינ"ל – ס' 3 לטיוטה**

הסיווג של השאלה האם ההתנהגות מהווה הפרה של כלל ראשוני במשב"ל נקבעת ע"י המשב"ל ולא ע"י הדין הפנימי של המדינה. מדינה לעולם לא יכולה להישען על הדין הפנימי שלה כהצדקה להפרה של המשב"ל. זה בא לידי ביטוי בס' 3 לכללי הILC וגם בסעיף 32 שמדבר על חוסר הרלוונטיות של הדין הפנימי של מדינות.

כלומר, גם אם יש הפרה של המשב"ל שמתרחשת כתוצאה ממשהו שהדין הפנימי מחייב, זה לא מעניין את המשב"ל. במישור המשב"ל למדינה עשויה לקום אחריות. לדוג' בפרשת שיינבין (הסגרת פושע לארה"ב שיצרה סתירה בין אמנה בילטרלית בתחום ההסגרה בין המדינות לבין חוק המדינה). ישראל לפי ס' 3 לכללי אחריות מדינה לא יכולה לבוא ולהגיד שהיא לא ביצעה הפרה של המשב"ל כי החוק אמר לה לא להסגיר. זה לא מעניין את המשב"ל. לו ארה"ב הייתה תובעת את ישראל, רוב הסיכויים שהיא הייתה זוכה כי החוק הישראלי לא עומד להגנת ישראל. המשב"ל קובע מתי תהיה הפרה לפי המשב"ל לפי דיני המשב"ל, המשפט המדינתי מחוץ למשוואה. אלו 2 מערכות נפרדות, את המשב"ל מעניין מה שהמשב"ל אומר.

עניין אי הרלוונטיות של המשפט המדינתי מצוין גם בס' 27 לאמנת האמנות שקובע כי מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי שלה כהצדקה להפרת אמנות.

**③ ייחוס ההתנהגות למדינה**

השאלה החשובה ביותר והקשה ביותר נוגעת לתנאי השלישי. למה עולה שאלת הייחוס של התנהגות מסוימת? כי מדינה היא ישות אבסטרקטית (תיאורטית). מדינה פועלת דרך אנשים בסופו של דבר, לכן כשאנחנו מדברים על פעולות של מדינה ואיזה פעולות אפשר לייחס למדינה, אנחנו צריכים לחשוב לפעולות של איזה ישויות אנחנו צריכים להתייחס.

לכן, בנושא של אחריות במשב"ל, שאלה הייחוס היא שאלה קריטית ויסודית. כשאנחנו מדברים על ייחוס אנחנו מדברים על **מבחן משפטי** **שדרכו אנחנו מנסים לאתר את הזיקות השונות** שקושרות בין מעשה ומחדל של אנשים ספציפיים ומייחסות אותן למדינה שבגינו היא צריכה לשאת באחריות.

**הכלל הבסיסי הוא שהמדינה אינה נושאת באופן קטגורי באחריות להתנהגות כל אזרחיה או הפרטים בשטחה**. הרי זה מצב לא הגיוני שמדינה תישא באחריות עבור כל מה שאנחנו כאינדיבידואלים עושים בעולם הזה, למרות שבסופו של דבר, היא פועלת דרך אנשים ממשיים.

עולה השאלה, מה הזיקה שנדרשת או איזה זיקות נדרשות או יכולות להיות מספקות כדי לקשור בין מי שביצע התנהגות מסוימות שמפרה את כללי המשב"ל לבין המדינה ורק אז המדינה תישא באחריות בינ"ל. איזה זיקות יכולות ליצור את אותו קשר של ייחוס בין התנהגות של פרט למדינה:

* 1. **ס' 4 לכללי הILC: אחריות המדינה לפעולות אורגנים**

**זיקה מוסדית** – אחריות מדינה תקום ביחס לפעולות של האורגנים שלה. **ס' 4 לכללי הILC** אומר שהתנהגות של אורגן של מדינה מיוחסת למדינה, שכן המדינה פועלת בראש ובראשונה דרך האורגנים שלה. בהתאמה, פעולות של מי שאינם אורגנים, הן פעולות פרטיות ובגינן המדינה לא תישא באחריות.

האורגנים הם שלושת הרשויות, שרים, אנשי צבא, אנשי המנהל הציבורי, חיילים, חכים, שופטים וכו'. בישראל אין רלוונטיות לשאלת הדרגה. עצם זה שהם אורגנים של המדינה, ואפילו זוטרים למדי, מובילה לאחריות המדינה.

עולה השאלה **איך אנחנו יודעים מיהו אורגן של המדינה?** ס' 4(2) לכללי הILC אומר שזה יקבע עפ"י הדין הפנימי של המדינה ולפי מי שהיא מגדירה כאורגנים. זה תנאי הכרחי אבל לא מספיק, דברי ההסבר של כללי הILC, הבהירו שכבודו של הדין הפנימי מונח במקומו אבל הוא לא מספיק . אם המדינה במקומות מסוימים לא הגדירה בדין הפנימי שאנשים מסוימים הם אורגנים שלה, אבל בפועל, דה-פקטו הם מכהנים כאורגנים שלה, נתייחס אליהם כאורגנים.

עפ"י דברי ההסבר, מדינה לא תוכל לחמוק מאחריות על גוף שמתפקד בפועל כאורגן שלה, רק בגלל שהוא לא נחשב כאורגן בדין הפנימי שלה.

העניין זכה להתייחסות בICJ **בפרשת הג'נוסייד (בוסניה נגד סרביה)** – ב2007 בוסניה הגישה תביעה נגד סרביה על רקע המלחמה בבלקן בשנות ה90. באותו מקרה עלתה השאלה האם ניתן לייחס לסרביה (שירשה את מקומה של מדינת יוגוסלביה שהייתה מעורבת במלחמה בבלקן), פעולות של ארגון לא מדינתי שנקרא VRS, ישות סרבית שפעלה בבוסניה וביצעה רצח עם נגד בוסנים מוסלמים בכפר שנקרא סרבניצ'ה. הVRS הוא לא אורגן של סרביה עפ"י החוק. הICJ מאשר את דברי ההסבר ורוח הדברים בוחן את העובדות ואומר שאורגן יכול להיות אורגן דה-פקטו, למרות שהוא לא מוגדר ככזה בחוק, רק אם אנחנו נוכל לראות שהם פועלים תחת תלות מלאה במדינה ומהווים מכשיר לביצוע הפעולה. באותו מקרה הVRS לא היו אורגן דה-פקטו של סרביה.

🡨 בראשו ובראשונה נסתכל על הדין הפנימי, אבל לא נסתפק בו. נסתכל בפרקטיקה ועל הפונקציות שאותן אושיות ואורגנים ממלאים דה-פקטו.

1. **סעיף 5 לכללי הILC: גופים שאינם אורגנים והוסמכו על ידי המדינה לבצע פונקציות ממשלתיות.**

ס' 4 דיבר איתנו בצורה פשוטה על אורגנים של המדינה, ס' 5 מרחיב מעבר לאורגנים, גם לגופים שהוסמכו על ידי המדינה לבצע פונקציות ממשלתיות. למה הכוונה? אנחנו מדברים על אדם או ישות שהם לא אורגן של המדינה אבל הם מוסמכים ע"י המדינה, להפעיל סמכות שלטונית. האנשים האלה שמוסמכים לבצע ע"י המדינה, מעמדים יהיה זהה למעמד של אורגנים.

לדוג' בישראל, מי שמפעיל את בתי הסוהר הוא שב"ס שהוא חדמ"ש אורגן של המדינה. אבל בארה"ב רוב בתי הסוהר הם פרטיים, חברות שמומחיות בתחום מפעילות בתי סוהר במקום המדינה. המדינה נתנה לחברות מסוימות בארה"ב את הסמכות השלטונית להפעיל בתי סוהר, כנ"ל לגבי ביקורת גבולות. חברות האלה הן כמו אורגן. הרציונל הוא שהמדינה פועלת דרך החברות האלה.

הרציונל לייחוס הוא שגם כשהן מפעילות שק"ד עצמאי, התפקיד שלהן הוא בעל אופי ציבורי והמדינה פועלת דרך החברות האלה. במקום שנציבות בתי סוהר אמריקאית תעשה את מה שהממשלה צריכה לעשות, נתנו את זה לחברות פרטיות. אבל הן יהיו כמו אורגנים לפי קביעתו המפורשת של ס' 5 לכללי הILC.

**✓** אבל, מבחינה הגיונית, **לא כל התנהגות של אורגן תיוחס למדינה**. לדוג' כשהרמטכ"ל בנופש, הוא עושה פעולות פרטיות שלאו דווקא נייחס למדינה. לכן, **על מנת שפעולת אורגן תיוחס למדינה והיא זו שתישא באחריות, הכללים אומרים שהפעולה צריכה להתבצע במסגרת כשרותו של אותו אורגן.**

**מהי פעולה במסגרת הכשרות של אותו אורגן?** קיימים 2 מבחנים:

1. מבחן הזיקה המהותית - האם קיימת זיקה בין התפקיד של האורגן לבין הפעולה שבוצעה? לדוג' האם סיכול ממוקד מסוים שביצע צה"ל מהווה הפרה של המשב"ל שבגינו ישראל צריכה לשאת באחריות. אם אנחנו יודעים שבאותו מקרה, הרמטכ"ל אישר את פעולת הסיכול הממוקד המדוברת. אז יש זיקה בין תפקיד הרמטכ"ל לבין הפעולה שבוצעה. מי שביצע את הסיכול הוא חיל מחילות צה"ל שהרמטכ"ל אמון עליו. זה יישום פשוט.
2. מבחן הסמכות הנחזית - האם הסממנים החיצונים של מבצע הפעולה מורים כי הוא פעל במסגרת תפקידו כאורגן של המדינה? למשל אם בסיטואציה האורגן לבש מדים והפעולה נראתה כקשורה לתפקידו, אז הסממנים מצביעים על כך שהאורגן פעל בכשרות.

אלו 2 המבחנים שנלמד מהם האם אורגן של המדינה אכן ביצע פעולה במסגרת כשרותו של אורגן שעה שפעל מטעמה של המדינה ואז יכולה להיות מוטלת אחריות. תמיד נבדוק את 2 המבחנים.

**✓ האם מדינה אחראית למעשי אורגן כאשר הוא חרג מסמכות?**

מהי חריגה מסמכות?

* ביצוע מעשה שלא הוקצה למבצע הפעולה - אם ניקח את המקרים של הסיכולים הממוקדים. נניח שהשר המורשה לאשר סיכול ממוקד הוא שר הביטחון והיה איזה סיכול מיידי ודחוף שמי שאישר את הפעולה הוא השר לענייני מודיעין. לכאורה, זוהי חריגה מסמכות כי השר לענייני מודיעים הוא לא האורגן המוסמך אלא שר הביטחון. השר לענייני מודיעין, ביצע פעולה שלא הוקצתה לו.
* פעולה המבוצעת תוך הפרת הוראות שניתנו מגורם מוסמך. לדוג' פקודות צה"ל קובעות במפורשת שאסור לבזוז בזמני מלחמה, אבל חיילים אחת ל בוזזים ומפרים את הוראות הגורמים המוסמכים.

**עפ"י ס' 7 לכללי הILC, המדינה תישא באחריות גם כשאורגן חרג מסמכותו, כל עוד הוא פועל בכשרות**. גם אם חייל צה"ל, ביצע ביזה למרות שפקודות מטכ"ל והמפקדים ערב היציאה לקרב אמרו שאסור לבזוז, הוא פעל בכשרות בזמן פעולתו כחייל לפי 2 המבחנים, ולכן המדינה תישא באחריות. חריגה מסמכות לא תפטור את המדינה מאחריות בינ"ל בגין פעולות האורגנים שלה.

**מה הרציונלים לכך?**

* הרתעה
* הרציונל הוא שרוצים למנוע ממדינות להתחמק מאחריות רק בגלל שהמדינה לא אחראית לזה, אלא האורגן.
* המדינה הינה בד"כ הישות בעלת הכיס העמוק, ומוצדק שתפצה בגין נזקים שיכלה למנוע. היא יכולה לפצות ובמקרים מסוימים היא גם מונע הנזק הזול שיכול היה למנוע מראש את הנזק.
* למדינה אחריות להכשיר את האורגנים שלה לנהוג כיאות ולפקח על מעשיהם. אין למדינה רק אחריות להוציא פקודות, אלא צריכה לוודא שהם גם יודעים אותה.
1. **אחריות המדינה לפעולות אנשים פרטיים**

נקודת המוצא היא שמדינה לא נושאת באחריות לפעולות של אנשים פרטיים, אלא תישא באחריות של אורגנים, אורגנים זה פקטו וכו'. ולמרות זאת, יהיו מצבים שגם בהיעדר זיקה מוסדית, אפשר לייחס למדינה אחריות לפעולות אנשים פרטיים בהתקיים זיקות מסוימות.

2 כללים / מצבים שעוסקים בייחוס אחריות למדינה בגין פעולות של אנשים פרטיים:

1. סעיף 8 - התנהגות אנשים שקיבלו הנחיות מהמדינה או נתונים לשליטתה. כאשר המדינה אמרה לאנשים מסוימים לעשות משהו מסוים ויש תיעוד לכך, המדינה תישא באחריות במצב כזה. בנוסף, הסעיף אומר שהמדינה תישא באחריות גם בגין פעולות של אנשים שהיו נתונים לשליטתה, זה החלק המסובך יותר.
2. סעיף 11 – כאשר המדינה מכירה במעשים ומאמצת אותם בדיעבד.

**1) סעיף 8 לכללי הILC –אחריות בגין פעולות של אנשים פרטיים שבוצעו עפ"י הוראות של המדינה או בשליטת המדינה.**

החלק הראשון יחסית קל, החלק היותר קריטי עוסק במצבים של שליטה אז עולה השאלה מה מידת השליטה הנדרשת כדי שפעולה מסוימת של אנשים פרטיים תיראה כאילו בוצעה בשליטת המדינה?

מספר בתי דין עסקו בשאלת השליטה. להלן השתלשלות הפסיקה בנושא:

**פס"ד ניקרגואה (ICJ 1986)-** זהו פסה"ד המכונן בעניין. באותה פרשה ממשלת ניקרגואה תובעת בICJ את ארה"ב בגין שורה של הפרות של המשב"ל שלטענתה ארה"ב ביצעה נגדה. בשנות ה80 פועל בניקרגואה ארגון מורדים שנקרא 'קונטרס' שרוצה להפיל את ממשלת ניקרגואה. זה היה ברור שיש קשר מאוד קרוב בין ארגון המורדים לממשלת ארה"ב, ארה"ב נתנה מימון מסוים, הכשירה לוחמים, העבירה באופן די תדיר ציוד צבאי לשורות הארגון ועוד. ניקרגואה טוענת שאת פעולות ארגון הקונטרס צריך לייחס לארה"ב.

עולה השאלה, האם ניתן לייחס את פעילות הארגון לארה"ב ולהטיל עליה אחריות לפעולותיהם? ניקרגואה טענה כי הארגון פעל תחת ארה"ב לפי כללי הILC. הICJ נדרש לשאול איזה רמת שליטה ארה"ב נדרשה להפעיל כדי שהיא תישא באחריות בינ"ל על פעולות הארגון שמופעל מאנשים פרטיים? הICJ אומר שלמדינה תקום אחריות בגין פעולות שגורמים פרטיים ביצעו מקום שבו המדינה הכווינה באופן ממשי את הפעילות של הארגון. לא די בסיוע והעברת ציוד צבאי שארה"ב נתנה, **אלא יש להוכיח שליטה אפקטיבית של המדינה על כל פעולה של הארגון הפרטי**, הקונטרס בענייננו. יש להראות שארה"ב שלטה והכווינה כל פעולה ופעולה. ביה"ד זוכה להמון ביקורות על הרף הגבוה, כי הוא לא דורש רק שליטה, אלא שליטה אפקטיבית. זה רף משפטי קשה להוכחה.

על בסיס הרף הזה, הICJ מגיע למסקנה שאת רוב הפעולות של ארגון הקונטרס לא ניתן לייחס לארה"ב. בשולי פסה"ד, ביה"ד מוצא תיעוד וראיות לשורה של פעולות שארה"ב הנחתה באופן ספציפי, למשל ארה"ב הנחתה את הארגון להניח ביום מסוים שורה של מוקשים בגבול ניקרגואה. על הפעולה הזו כן ייחסו אחריות, כי הייתה הנחיה ברורה של ארה"ב. אבל ביחס לרוב המאסיבי, הICJ אמר שארה"ב לא עומדת ב**מבחן השליטה האפקטיבית.**

**פס"ד טאדיץ' (ICTY 1999)**- ב1999, ביה"ד הבינ"ל הפלילי ליוגוסלביה לשעבר עסק בייחוס אחריות פלילית לפעולות של המליציות שפעלו בבוסניה לרצח של בוסנים מוסלמיים לבוריס טאדיץ', נשיא סרביה לשעבר וראשי המדינה בסרביה. במקרה הזה, לא היה ספק שסרביה מימנה את הVRS באופן שוטף, מינתה מפקדים וקבעה לא מעט יעדים אסטרטגיים. במקרה הזה, הICTY מאמץ לצורך הטלת האחריות מבחן אחר. הוא אומר שמספיק **מבחן השליטה הכללית**. האם סרביה באופן כללי שלטה על ארגון הVRS, על בסיס המבחן המשפטי הזה, הICTY הגיע למסקנה שסרביה שלטה בארגון הVRS.

יש פה איזו סתירה לעומת הכרעת הICJ. למרות שזה בהקשר פלילי ולא לגבי אחריות המדינה. התאונה הזו היית תאונת שרשרת כי ב2007 פרשת סרביה הגיעה לICJ. בוסניה לא תבעה במישור הפלילי, אלא במישור הבינ"ל.

**פס"ד הג'נוסייד (בוסניה נ' סרביה, ICJ)** – בפרשה נידונה השאלה האם ניתן לייחס את מעשי רצח העם שבוצעו ע"י המיליציות תחת שליטת סרביה לסרביה. הICJ מאמץ את המבחן שבפרשת ניקרגואה מ1986. לטענתו, המבחן של הICTY, לא רלוונטי. אולי זה מבחן מספיק לעניין פלילי, אבל **לגבי תביעה בינ"ל המבחן הרלוונטי הוא מבחן השליטה האפקטיבית.**

באותו מקרה, הICJ קובע שבוסניה לא הצליחה להוכיח שסרביה שלטה באופן אפקטיבי בכל פעולה ופעולה של הVRS ולא ניתן לייחס לסרביה את מעשי הרצח עם.

נציין כי אפשר להטיל אחריות על אינדיבידואלים במשב"ל דרך המישור הפלילי. זאת במקביל להליכים נגד המדינה. במקרים שראינו לעיל, טאדיץ' שהיה מראשי יוגוסלביה והורשע ברצח עם, הורשע בבית דין פלילי. בוסניה לא הסתפקה בזה ורצתה שיגידו שסרביה כמדינה לקחה חלק הרצח עם ופנתה לICJ.

**2) סעיף 11 לכללי הILC – פועלות של אנשים המדינה מכירה ומאמצת בדיעבד**.

הדגש הוא על התנהגות המדינה בפרק הזמן לאחר שבוצע המעשה שהוא הפרה של המשב"ל. לאחר שבוצע המעשה, באה המדינה ומאמצת לפעמים במפורש ולפעמים במשתמש, את המעשה.

**לדוג'- פרשת הסגל הדיפלומטי והקונסולרי בטהרן (ICJ 1980)**- הפרשה דנה בהשתלטות הסטודנטים באיראן על השגרירות האמריקאית בטהרן ב1980 במסגרת המהפכה האיסלמית ובריחת השאה לארה"ב. באותו עניין ארה"ב תבעה את איראן בICJ. לא היה ספק שמי שביצע את ההשתלטות היו סטודנטים, אנשים פרטיים פר אקסלנס.

עלתה השאלה, האם יש דרך לייחס את המצור על השגרירות האמריקאית שערכו הסטודנטים, המהווה הפרה של המשב"ל לאחריות איראן? ביה"ד אומר שאומנם תפיסת השגרירות לא בוצעה ע"י אורגנים של ממשלת איראן, הם היו אנשים פרטיים ללא ספק. אבל אחרי שהם ביצעו את זה, מנהיגי איראן יצאה בשלל הכרזות ושיבחו את פעילות הסטודנטים ומעודדים את המשך המצור על השגרירות. על בסיס ההצהרות הברורות האלה שאישרו, אימצו ועודדו את הפעילות שבוצעה, הICJ מוצא שניתן לייחס את ההשתלטות על השגרירות האמריקאית שהיוותה הפרה של האמנה בדבר יחסים דיפלומטיים, לאיראן עצמה.

**✓ חריגים לאחריות בינלאומית**

עד עכשיו דיברנו מתי מדינה תישא באחריות בינ"ל, לרוב זה יהיה עבור פעולות של אורגנים ולפעמים אפילו אנשים פרטיים. את השיעור נסיים עם החריגים לאחריות. מצבים שבהם אומנם מבוצעת הפרה של כללי המשב"ל, אבל המדינה לא תישא באחריות כי יש לה מעין הצדקה. החריגים נמצאים בס' 20-25 לכללי הILC. יש 6 חריגים, נדבר על החשובים ביותר:

1. **הסכמה** – כאשר מדינה א' נתנה הסכמה אמיתית ולא כפויה של למדינה ב' לפעולה המפרה את המשב"ל. לדוג' כשרוסיה פלשה לחצי האי קרים, היא עשתה זאת בניגוד לאיסור על שימוש בכוח וללא הסכמת אוקראינה. אין ספק שזו הייתה הפרה. אך לעומת זאת, הימצאות רוסיה בשטחי רוסיה אינה הפרה של המשב"ל וסוריה לא יכולה לתבוע את רוסיה על הפרת האיסור על שימוש בכוח והשלמות הטריטוריאלית, כי היא מסכימה לזה. במקרה כזה, רוסיה תטען כי סוריה הסכימה שכוחות הצבא הרוסי יכנסו. היא לא פלשה אליה, סוריה קראה לה וביקשה עזרה להילחם במורדים ובדאע"ש. במקרה כזה, שסוריה נתנה את הסכמתה, תעמוד לרוסיה במקרה היפותטי כאמור חריג של הסכמה.
2. **הגנה עצמית** – נעסוק בזה בהרחבה בפרק השימוש בכוח. מדינה עשויה להפר את המשב"ל ולא לשאת באחריות בגין כך שעומד לה סייג ההגנה העצמית.
3. **צעדי גמול** – צעדי גמול הם מקרים שבהם מדינה ב' נוקטת באופן חד צדדי בצעדים שונים שלא קשורים בשימוש כוח כלפי מדינה א' ובניגוד למשב"ל התגובה לפגיעה מוקדמת בזכויותיה עפ"י דין. לדוג' הטלת סנקציות כלכליות בניגוד לדיני הסחר. אבל מדינה ב' עושה את זה כי מדינה א' הפרה נגדה את המשב"ל באיזו דרך. לדוג' מדינה א' ביצעה הפרה ובתגובה מדינה ב' נוקטת סנקציות כלכליות כנגד מדינה א'. הדבר הזה עשוי להיות מותר במשב"ל למדינה ב'. והמדינה לא תישא באחריות בינ"ל. אבל זה רק כשצעדי הגמול עומדים במספר תנאים בכללי הILC (פרק 2 לחלק 3 לטיוטה):
4. מכוונים רק למדינה שביצעה מלכתחילה את הפעולה הבלתי חוקית המוקדמת.
5. המטרה של צעדי הגמול כדי שיחשבו לגיטימיים היא רק כדי לגרום למדינה להפסיק את ההפרה ולא כעונש.
6. צעדי הגמול הם צעדים זמניים שנועדו למדינה א' להפסיק את ההפרה שלה ולחדש את הציות לכללי המשב"ל (הינו, את המשך ביצוע החובה של מדינה א' אשר ביצועה בינתיים מושעה).
7. צעדי הגמול חייבים להיות מידתיים ביחס להפרה - אם ביצעו הפרה קטנה, צעד הגמול צריך להיות קטן.
8. ברגע שמדינה א', חזרה לדרך הישר, חובה על מדינה ב' להפסיק את צעדי הגמול.

יכולים להיות צעדי גמול שאינם כלכליים. לדוג' הוצאת השגריר ועוד סנקציות במישור הדיפלומטי אבל חשוב להבחין שסנקציות כאלה מצד מדינה ב' לא מהוות הפרה של המשב"ל. צעדי גמול לא יכולים להיות שימוש בכוח, שימוש בכוח במשב"ל זה משהו רוצים להתרחק ממנו והכל שם מאוד ספציפי ולכן זה לא תקף לגבי חריג זה (שימוש בכוח יהיה בעיקר בהגנה עצמית).

1. **כוח עליון** – כוח שאי אפשר להתנגד לו או מאורע שלא ניתן לחזותו, שהוא מעבר לשליטת המדינה, ושהופך את ביצוע החובה לבלתי אפשרי.
2. **מצוקה** – לאדם שביצע את הפעולה לא הייתה אפשרות אחרת כדי להציל את חייו וחיי אלו שהיו איתו. לדוגמא- אדם שמקבל התקף לב על מטוס והמטוס נאלץ לנחות בשטח מדינה אחרת ולהפר את הריבונות האווירית שלה.
3. **צורך** – חריג הצורך דומה למה שאנחנו מכירים מהמשפט הפלילי. חריג הצורך אומר שמדינה לא תישא באחריות בגין הפרה מקום שהפעולה שהיא ביצעה נועדה להגן על אינטרסים חיוניים שלה - כמו לשמור על הסדר הציבורי, לשמור על יציבות המשטר מפני ניסיון הפיכה, להתמודד עם משבר כלכלי וכיו"ב. כדי שיעמוד חריג הצורך נדרשים מספר תנאים:
4. שהאופן שבו המדינה פועלת היא הדרך היחידה למנוע סכנה חמורה ומיידית שניצבת למדינה ולציבור שלה. זה המוצא האחרון של המדינה כדי להגן על צורך מיידי שלה.
5. המדינה אינה פוגעת באינטרסים חיוניים של מדינות אחרות כלפיהן החובה מופרת או כלפי הקהילה הבינ"ל שעה שהיא באה להגן על אינטרסים חיוניים שלה.
6. המדינה המפרה לא תרמה בעצמה להיווצרות מצב הצורך.

לדוג' בתחילת שנות ה2000 ארגנטינה נקלעת למשבר כלכלי חמור. בגין המשבר הזה היא מפרה המון התחייבויות כלפי משקיעים בינ"ל. בתגובה, היא נחשפת להמון תביעות מצד המשקיעים הבינ"ל שטוענים שהם ביצעו השקעות אדירות ועכשיו ארגנטינה לא עומדת באף התחייבות בינ"ל. ארגנטינה ניסתה להשתמש בחריג הצורך כדי לחמוק מאחריות, היא טענה שהיא הפרה את ההתחייבויות בתחום דיני ההשקעות כי היא נדרשה להגן על אינטרס חיוני של המדינה נוכח המשבר הכלכלי שפקד אותה. היו לא מעט דיונים, ובחלקם ארגנטינה נמצאה כמי שקיימה את כל התנאים שציינו לעיל ולא נשאה באחריות בינ"ל כי עמד לה חריג הצורך.

עפ"י ס' 26 לכללי הILC אף חריג לא יכול להצדיק התנהגות המפירה נורמות קוגנטיות.

הערה: מדינה שמפרה חובה במחדל – בד"כ במקרה של מחדל, הדיון מאוד דומה למשפט הפנימי. בודקים את חובת המדינה לנהוג בחריצות ראויה (=באופן סביר), האם המדינה עשתה את כל הצעדים הסבירים כדי למנוע את המעשה שמפר את המשב"ל. זה רף יחסית סלחני למדינה. המדינה צריכה להראות שהיא עשתה כל מה שהיא יכולה כדי למנוע את ההפרה. החובה לפעול בחריצות ראויה. דומה לחובה לפעול באופן סביר.

# שיעור 11, 24/05/2021 – ארגונים בינלאומיים

בשיעורים הקודמים התחלנו לדבר על השחקנים במשב"ל, על המדינה, איך מגדירים אותה ומתי קמה לה אחריות. היום נעבור לדבר על השחקן הבא – **ארגונים בינ"ל.** מחר נדון גם בשחקנים נוספים וגם בענף ראשון של המשב"ל – יישוב סכסוכים בדרכי שלום. אחרי זה נעבור לענף השימוש בכוח – דיני לחימה.

**ארגונים בינ"ל הפכו להיות שחקן מאוד משמעותי בזירה הבינ"ל במשב"ל**. היום נבין לעומק למה ונראה את מגוון הדרכים שבהם השחקנים האלה משפיעים על החיים שלנו ובאילו תחומים הם משפיעים על החיים שלנו. את החלק האחרון של השיעור נקדיש לאו"ם ולשני אורגנים חשובים שלו – העצרת הכללית ומועצת הביטחון.

תחילה, נקודות כלליות על ארגונים בינ"ל –

חשיבות הארגונים הבינ"ל כשחקן עולה עם השנים על רקע תופעת הגלובליזציה ועל רקע הריבוי של הנורמות במשב"ל. כפי שלמדנו בתחילת הקורס, היום המשב"ל לא מסדיר רק דיני לחימה ודיני ים, אלא גם סחר בינ"ל, זכויות אדם, איכות סביבה, קניין רוחני, בריאות וכו'. בכל אחד מהענפים האלו, יש שפע של נורמות מנהגיות והסכמיות מכוח אמנות.

על כל השפע הנורמטיבי הזה נוסף **פן מוסדי**. פן של ארגונים בינ"ל שבאו לנהל, ולהסדיר את התפעול של הנורמות האלה ביומיום. בהקשר הזה נזכיר את מושג **"חוק הצפיפות"** של המלומד ג'ורג' אבי-סאאב, לפיו כל רמה של צפיפות נורמטיבית, לדוג' ריבוי הנורמות במשב"ל, מחייבת באופן בלתי נמנע רמה מתאימה של צפיפות מוסדית – ריבוי של ארגונים שיאפשרו תפעול והוצל"פ של הנורמות הרבות.

אבי-סאאב דרך חוק הצפיפות הסביר לנו את ההתרבות של ארגונים בינ"ל. מה שאנחנו רואים זה צמיחה אדירה במספר הארגונים הבינ"ל לאורך המאה ה20. אם בתחילת המאה ה20, ניתן היה למנות את הארגונים הבינ"ל ביד אחת, היום יש מאות רבות של ארגונים בינ"ל (כ400). בהתאמה, גם היקף הסמכויות שלהם התרחב עם השנים.

הנושא של לגיטימציה של ארגונים בינ"ל העסיק המון חוקרים בשנים האחרונות. מחד, היו שביקרו את הארגונים וטענו שאין להם לגיטימציה והם פוגעים בריבונות המדינה. מאידך, ארגונים בינ"ל שואבים את הלגיטימציה שלהם ממדינות. המדינות הבינו שיש בעיות מסוימות שהן יוכלו לטפל בהן רק אם מדינות נוספות ייתרמו למאמץ וישתפו פעולה. והמדינות דרך דלגציה (האצלה) של סמכויות העניקו לארגונים בינ"ל את הלגיטימציה לפעול כסמכות משפטית.

International Governance – אומנם אין לנו ממשלה בינ"ל אחת, אבל בעולם של ריבוי ארגונים בינ"ל נוטים לתאר אותם כמה שהפך להיות מקובל בז'רגון הבינ"ל כממשל גלובלי בינ"ל עם הרבה ארגונים נפרדים שמסדירים תחומים שונים בזירה הבינ"ל.

**✓ סיווג הארגונים הבינ"ל –**

**🡨 פונקציה -** באמצעות כמה טיפולוגיות אנחנו יכולים לעמוד על טיב הארגונים הבינ"ל ולהאיר אלמנטים שונים של הארגונים הבינ"ל. יש ארגונים שהם בעלי יכולת מאוד רחבה ובעלי סמכויות בתחומים נרחבים, לאו"ם לדוג' יש אפשרות לעסוק בתחומי שלום ובטחון, כלכלה, זכויות סוציאליות ועוד. האו"ם כארגון בעל יכולת מאוד רחבה. אך, זהו מצב חריג ויש מעט מאוד ארגונים כאלה. **לרוב, הארגונים הבינ"ל מוקמים ע"י מדינות לצורך שת"פ בתחומים מאוד ספציפיים**, לדוג' ארגון הסחר הבינ"ל, WTO, עוסק רק בסחר בינ"ל, כך גם נאט"ו בתחומי הביטחון, ארגון הבריאות העולמי, ארגון העבודה העולמי, הWIPO- ארון הקניין הרוחני העולמי ועוד.

זה בד"כ מה שנראה – שורה ארוכה של ארגונים שחולשים על מגוון של תחומים, אבל כל ארגון מסדיר תחום ספציפי. לכן הרבה פעמים אנחנו מדברים על **פרגמנטציה של המשב"ל** - התפרקות לחלקים נפרדים בתחומים שונים.

**🡨 הרכב המדינות החברות –** ניתן לסווג ארגונים בינ"ל לפי ההרכב הגיאוגרפי של המדינות החברות בו.

* **יש ארגונים אוניברסליים** כמו האו"ם ש193 מדינות חברות בו, ארגון העבודה העולמי ועוד. מדינה מכל בעולם יכולה להצטרף לארגון והחברות בו לא מוגבלת לאזור גאוגרפי מסוים.
* **יש ארגונים שחולשים על אזור גיאוגרפי מסוים** – כמו האיחוד האירופי, האיחוד האפריקאי וכו'. זה מאוד מקובל שארגונים בינ"ל יהיו סגורים בפני מדינות באזור גיאוגרפי מסוים.

**האם הכניסה פתוחה לכל המדינות?** הכניסה לדוג' לאו"ם והרבה "ארגונים בנים" של האו"ם כמו קרן המטבע העולמי, ארגון העבודה הלאומי וארגון הבריאות הלאומי פתוחה לכל ישות שהיא מדינה. אך יש ארגונים שהם יותר אקסקלוסיביים בהם הכניסה מותנית ולא כל מדינה יכולה להיכנס אליהם, אלא אם היא עומדת בקריטריונים מסוימים או קיבלה את הסכמת כל המדינות שחברות בה. דוגמאות:

* ארגון הOECD, ארגון המדינות המפותחות, דורש עמידה בכל מיני תנאים אובייקטיבים כדי שמדינה תצטרף אליו. בOECD חברות קצת מעל 30 מדינות. כשישראל למשל ביקשה להצטרף, הקשו עליה בתחום הקניין הרוחני. הOECD לא אהב את הסטנדרטים של ישראל בתחום ודרש ממנה להשתפר עד שבסופו של יום היא עמדה בתנאי הנדרשים מבחינת הארגון והצליחה להיכנס.
* הWTO הוא דוג' לארגון אקסקלוסיבי שדרוש את הסכמת המדינות החברות בו. בראשית שנות ה200 סין הצליחה להיכנס לארגון לאחר שארה"ב בעיקר העבירה אותו דרך חתחתים ודרשה ממנה לעמוד בהמון תנאים כדי לקבל את הסכמתה.
* האיחוד האירופי הוא ארגון בינ"ל אזורי ושם צריך הסכמה של כל המדינות החברות כדי לצרף מדינה חדשה והמדינה צריכה לעמוד בכל מיני תנאים. לדוג' משטר דמוקרטי.
* יש גם ארגונים אקסקלוסיביים שלא כל מדינה יכולה להצטרף על בסיס הרצון, אלו ארגונים שמאחדים תחתיהם מדינות למען אינטרס מסוים. לדוג' ארגון הOPEC – ארגון של המדינות הסוחרות בנפט מאגד את המדינות בעלות הרצון לשתף פעולה ולהסדיר דברים בעניין הנפט. זהו ארגון כפלטפורמה לשיתוף פעולה.

**🡨 מהות הארגון (פוליטי/טכני) -** אנחנו יכולים לסווג ארגונים בינ"ל בהתאם לסוג המהות של תחומי ההסדרה שלהם. יש גופים שהם **ארגונים פוליטיים** והם לא מתיימרים להיות משהו אחר כמו האו"ם למשל. אבל יש הרבה מאוד **ארגונים טכניים** שמסדירים המון מתחומי החיים ויוצרים סטנדרטים ותקנים כדי שתהיה אחידות וכל מדינה לא תעשה מה שבא לה, במיוחד לאור הגלובליזציה בעולם. דוגמה רווחת היא ארגון התעופה העולמי, הICAO, שקובע תקנים וסטנדרטים לאיך צריכים לטוס מטוסים אזרחיים, מה הם תקני הבטיחות שהמטוסים צריכים לעמוד בהם וכיו"ב. על פניו כל מדינה הייתה צריכה להתקין תקנים כאלה, אבל כשיש ארגון אחד שעושה את זה עבור המון מדינות זה יעיל יותר. למדינות יש גם אינטרס להצטרף לארגונים כאלו ולהכפיף את עצמן לאותם סטנדרטים.

**🡨 אופי הסמכויות -** היבט נוסף שאפשר לסווג ארגונים בינ"ל הוא האופי של הסמכויות. יש ארגונים בינ"ל שיש להם **סמכות כופה**. דהיינו, החלטות הארגון מחייבות את כל המדינות החברות בו. למשל למועצת הביטחון של האו"ם, האורגן הכי חשוב של האו"ם, יש סמכות לקבל החלטות שמחייבות מיידית את כל מדינות העולם. גם לאיחוד האירופי, דרך שלל המוסדות שלו (המועצה הנציבות וכו'), יש סמכות לקבל החלטות שמחייבות את כל מדינות האיחוד.

לצידם יש **ארגונים בינ"ל מסורתיים** יותר כמו הWTO שמקבלים החלטות שמחייבות את המדינות החברות בארגון רק לאחר הסכמת כל המדינות החברות ולא בהסכמת גוף מסוים. זה גורם לכך שיהיה מאוד קשה להעביר החלטות.

**✓ אישיות משפטית של ארגונים בינ"ל** –

**ארגונים בינ"ל מוקמים ע"י מדינות באמצעות אמנה.** בד"כ מדינות ריבונית בוחרות להקים ארגון בינ"ל כיוון שבשיקולי עלות תועלת שלהן הו מצאו כי יהיה להן יותר נוח לקדם את האינטרסים הלאומיים שלהן עצמן (למשל בריאות) אם הן ישתפו פעולה עם מדינות אחרות דרך ארגון בינ"ל.

כאמור, הן מקימות את הארגון דרך אמנה שמכוננת אותו. באמנה, הן מצהירות על הארגון שמוקם ומפרטות בו את הסמכויות, הזכויות והמסגרת המשפטית שלפיה הארגון הזה צריך לפעול בו מרגע שמוקם (ניתן גם לשנות את האמנה במידה וקבעו בה מה המנגנון לשינוי שלה).

כשאנחנו מדברים על ארגונים בינ"ל אנחנו מדברים על ארגונים שקמים באמנה כארגונים קבועים עם שלל מוסדות עצמאיים משל עצמם שמצבעים פונקציות חשובות בחיי הארגון. מגילת האו"ם למשל מכוננת גם את העצרת הכללית ומועצת הביטחון.

בנוסף, הארגונים האלה פועלים במישור הבינ"ל בצורה עצמאית ואינם כפופים לעולם למדינה כזו או אחרת מבחינה משפטית, יש להם אישיות משפטית בינ"ל נפרדת. במילים אחרות, הם נפרדים מהמדינות שהקימו אותם. בהתאם גם הזכויות והחובות. המדינות קבעו איזה זכויות וסמכויות יהיו לארגון, אך זה נפרד לחלוטין מהמדינות שמרכיבות את הארגון.

המטרה של האמנה הבינ"ל המכוננת את הארגון היא להקים גוף משפטי נפרד וחדש בזירה הבינ"ל שמופקד על היישום של המטרות שהמדינות שהקימו אותו רצו להשיג. למשל אם זה בסחר הבינ"ל, המדינות שהקימו את הWTO רצו להעלות את הרווחה הכלכלית בעולם באמצעות זה שהסחר בעולם ינוע בצורה חופשית. לכן, המדינות שהקימו את הWTO והסכימו להכפיף את עצמן לסט נרחב כל כללים (2 השיעורים האחרונים בקורס יעסקו בסחר בינ"ל).

**✓ מימון הארגונים -** הארגונים מתוקצבים ע"י המדינות שהקימו אותן. לארגונים בינ"ל אין חיות בלי המדינות. המדינות הם לא רק המייסדות, אלא גם המממנות. זה עובד לפי העושר של המדינות.

באופן כללי, ארה"ב היא המממנת הראשונה של המון ארגונים, החלק היחסי שלה לעומת שאר המדינות מאוד גדול. לדוג' בחודשים הראשונים של המגיפה ארה"ב פרשה מארגון הבריאות העולמי והפסיקה את המימון מתוך רצון לייבש את הארגון הזה שארה"ב הייתה התורמה הכי גדולה שלו. הטענה שלו הייתה כי הארגון נשדד ע"י סין שלא עמדה בחובות הדיווח שלה (סין דיווחה אבל כנראה מאוחר מדי). טראמפ התעצבן ואמר שאם הארגון היה יותר קשוח עם סין יכול להיות שכל אסון הקורונה היה נמנע מאיתנו.

רוסיה גם משלמת הרבה ביחס למדינות אחרות, אבל פחות מארה"ב כי התל"ג שלה נמוך משל ארה"ב. הודו גם מממנת יותר מבעבר.

האם ניתן לסגור ארגון בינ"ל? ארגונים בד"כ לא נסגרים, אך הוא יכול להפסיק לעבוד ע"י הפסקת מימון וכו'.

איך מצפים שארגון בינ"ל יעביר ביקורת על המדינות שמממנות אותו? יש מתח מאוד גדול בין הארגון למדינות החברות בו. היחסים מאוד מורכבים. אך חשוב לזכור כי למרות הכל, למדינה אחת, גדולה ככל שתהיה, קשה להשפיע על מהלך החיים של הארגון. סין לדוג' בארגון הסחר העולמי היא שחקן שעשו לו חיים קשים בלהיכנס לארגון ולהתקיים בו.

**✓ חברות בארגון בינ"ל** – ברגע שמדנות מקימות ארגון בינ"ל. המדינות שנשאו ונתנו על אמנת הארגון, הופכות להיות חברות בו אוטומטית. לדוג' ב1.1.95 שמוקם ארגון הסחר העולמי, המדינות שנשאו ונתנו על הסכם הWTO, הפכו אוטומטית להיות חברות. לדוג' ישראל וארה"ב.

מדינות שלא היו חלק במו"מ המכונן צריכות לעבור תהליך מיוחד, כאשר הפרוצדורה להתקבל והליך קבלת ההחלטות שונים מארגון לארגון. לדוג' סין ורוסיה לא היו צד למשא ומתן להקמת הWTO, לכן הן היו צריכות לעבור תהליך נפרד אחרי 1995. רוסיה ב2014 וסין ב2001.

כשמדינות אחרות רוצות להצטרף לארגון בינ"ל מסוים, הארגון והמדינות החברות הקיימות ישאלו שתי שאלות:

1. האם הישות שרוצה להצטרף היא מדינה? יש ארגונים שנותנים גם לישויות מעין מדינתיות את האופציה להשתתף.
2. האם המדינה עומדת בתנאי ההצטרפות? כל ארגון קובעת באמנה את תנאי ההצטרפות. לדוג' בארגון העבודה העולמי אין הרבה תנאים להצטרפות. לעומת זאת, הWTO הכתיב המון כללים לרוסיה עד שתצטרף.

חשוב שנבין שארגון מרגע שמוקם, הוא דינמי. מדינות חדשות יכולות להצטרף גם אם הן לא היו חלק מהמדינות המקימות.

**✓ סמכויותיהם של ארגונים בינ"ל -** כשדיברנו על פס"ד לוטוס אמרנו שאחת הנקודות החשובות הוא שלמדינות מותר לעשות כל מה שלא נאסר (בדומה למצב של אזרחים בתוך מדינה). **ביחס לארגונים בינ"ל, נק' המוצא הפוכה לזו שבפרשת לוטוס – כל מה שלא מותר לארגונים מפורשות, אסור עליהם.**

הסמכויות שארגון בינ"ל מחזיק בידיו הן **הסמכויות המפורשות** שמדינות העצימו לו באמנה. לכן, כשמדברים על ארגונים בינלאומיים, יש חשיבות להבנה של איזה סמכויות ניתנו להם. לדוג' למועצת הביטחון של האו"ם יש סמכות מפורשת להטיל סנקציות בהינתן תנאים מסוימים (ס' 41-41 למגילת האו"ם). לנאט"ו יש סמכות להפעיל כוח צבאי.

**כמובן שבשטח המציאות יותר מורכבת. היום יש הסכמה נרחבת שלארגונים בינ"ל יש סמכויות משתמעות מסוימות מכוח עיקרון הEffet utile.** הסמכויות המשתמעות נגזרות מהסמכויות המפורשות של הארגונים. בד"כ לארגונים נותנים סמכויות רחבות באמנה. בפועל, כשהארגון נדרש לפעול, יש סמכויות שכדי להוציא אותן לפועל, הארגון נדרש לבצע פעולות נוספות. ולכן, כדי לבצע את X לארגון יש סמכות משתמעת לבצע גם את Y כל עוד יש קשר ישיר בין הסמכות המפורשת לסמכות המשתמעת.

אחת הדוגמאות לדוקטרינה זו היא בפעולת הICJ. מהסמכות של האו"ם לשלוח נציגים לזירות סכסוך ברחבי העולם, הסיקו שיש לו סמכות נלווית לגבות פיצויים ממדינות שהזיקו לשליחים האלה. בעצם, כדי שהאו"ם יוכל לשלוח נציגים לאזורי סכסוך בבטחה, הוא יכול בהתקיים תנאים מסוימים לתבוע את המדינות שלא דאגו לנציגים כמו שצריך.

**✓ מעמד החלטותיהם של הארגונים הבינ"ל**- כיום אנחנו יודעים שההחלטות של ארגונים בינ"ל הם מקור חשוב במשב"ל. בעניין הזה נזכיר את ס' 38 לחוקת הICJ שמפרט את מקורות המשב"ל. כאמור, הרשימה בסעיף לא סגורה.

כחלק מהעבודה השוטפת של הארגונים הבינ"ל הם מקבלים החלטות, כשברוב המקרים להחלטות אין תוקף משפטי מחייב, אלא הן ברמה של המלצה. הן בעלות תקפות של סופט לאו, נורמות מרוככות. למרות העובדה שמקור מסוים הוא סופט לאו, הרבה פעמים מדינות יצייתו מתוך שיקולים אחרים.

עם זאת, יש לא מעט סעיפים באמנות שמסמיכות את הארגונים לקבל החלטות מחייבות:

* ס' 25 למגילת האו"ם - למועצת הביטחון יש סמכות לקבל החלטות שמחייבות את כל מדינות העולם מרגע שיתקבלו.
* חוקת ארגון התעופה האזרחי (ICAO) - למועצת הארגון יש סמכות להתקין תקנים בתחום התעופה האזרחי הבינ"ל שמרגע שהותקנו מחייבים את כל מדינות העולם.

למה יש לארגונים את הסמכות הזו (הרי הם לא נבחרו בצורה דמוקרטית)? התיאוריה המקובלת שמסבירה מדוע מדינות ריבוניות צריכות להישמע לארגון בינלאומי נקראת **"דלגציה"**, Delegation – הענקת סמכות. הכוונה היא שמדינות ריבוניות, מתוקף ריבונותן, האצילו סמכויות מסוימות לארגונים הבינ"ל לקבל החלטות שיחייבו אותן, לרבות הסמכות לחוקק ולעשות רגולציה בתחומי החיים שלנו.

הפיקוח על הארגונים הבינ"ל – אין גוף על שמפקח על האופן שבו ארגונים בינ"ל עובדים. יש כל מיני מנגנונים פנימיים וסטנדרטים של שקיפות שהמדינות הכתיבו. בד"כ לארגונים יש איזו אסיפה או מועצה ששם המדינות יכולות להתבטא ולבקש תשובות מהארגון (למשל המדינות החברות באו"ם יכולות לבקש ממזכ"ל האום).

בחירת בעלי התפקידים בארגונים כפופה לבחירות, כשלכל מדינה יש קול 1. הרבה פעמים מדינות פעולות בגושים. הסיכוי לדוג' שמדינה כמו ישראל תהיה חברה לא קבועה במועצת הביטחון של האו"ם אפסי. יש מקומות שמשרד החוץ כן מצליח לעשות עבודה מאחורי הקלעים ושאנשים מסוימים יגיעו לעמדות שישראל הייתה רוצה. לדוג' בנושא של זכויות אדם, לצד האמנה, עובדת וועדה של כ-18 מומחים, זה הגוף הכי יוקרתי בתחום זכויות האדם. הוועדה הזו נחשבת לגוף חשוב והרבה מדינות רוצות להכניס לשם אנשים. משרד החוץ הצליח להכניס לשם את פרופ' יובל שני מהאוני' העברית לאחר מאמצים כבירים. היום הוא יו"ר הוועדה. לא רק שהצליחו להאריך את הקדנציה שלו, אלא מדינות אחרות הבינו שלמרות שהוא ישראלי הוא מאוד מקצועי וכו'. יש מקומות שישראל מצליחה להבקיע את החומה אבל זה מאוד קשה הגם שהליכי הבחירה הם דמוקרטיים.

הרוב שנדרש כדי שהחלטה תחייב את כל המדינות החברות באמנה הוא בד"כ רוב רגיל. יש ארגונים שדרושים הסכמה מלאה (לדוג' הWTO), אך זה משתנה מארגון לארגון. באיחוד האירופי צריך רוב של 55% מהמדינות החברות שמשקפות לפחות 65% מאוכלוסיית האיחוד. אבל זו החלטת רוב בסופו של דבר.

בעיקרון, גם לארגונים בינ"ל יש אחריות בינ"ל אבל זו שאלה מסובכת ושנויה במחלוקת. בעיקר בהקשר של האו"ם.

**✓ ארגון האומות המאוחדות – האו"ם**

בסופה של ועידת סן פרנסיסקו שהתקיימה בין אפריל ליוני 1945 אחרי מלה"ע ה2 הוקם ארגון האומות המאוחדות. האו"ם החליף את חבר הלאומים שהוקם אחרי מלה"ע ה1 ונכשל בתפקידו למנוע את מלה"ע ה2. יחד עם האו"ם, הועידה מגבשת גם את מגילת האו"ם, ואת החוקה של הICJ, ביה"ד הבינ"ל לצדק שמוגדר מפורשות כזרוע השיפוטית של האום. כל החבילה הזו של האו"ם והמוסדות השונים שלו קמים בוועידת סן פרנסיסקו.

כאמור, האו"ם מוקם על רקע מלה"ע ה2, כארגון בין ממשלתי שהיעדים המרכזיים שלו לפי ס' למגילה הם:

* שמירה על השלום והבטחון הבינ"ל - זוהי המטרה מספר אחת של הארגון. ביום הקמתו נאמר שהרצון של הארגון הוא למנוע את הזוועות שהיו במלחמות העולם.
* קידום יחסי הידידות בין מדינות מתוך הבנה שאם מדינות יהיו ביחסים ידידותיים הם פחות יילחמו ויהיה להן הרבה יותר מה להפסיד ביציאה למלחמה.
* השגת שיתוף בינ"ל משמעותי לפתרון כל מיני בעיות – חברתיות, כלכליות, הומניטריות ובמיוחד קידום כיבוד זכויות האדם.

בראשית הדרך, 51 המדינות שב1945 השתתפו בוועידה והקימו את האו"ם, נקלטו אליו אוטומטית כחברות. מתוך 51 המדינות, רובן המובהק היו מדינות מערביות. כיום, חברות באו"ם 193 מדינות, וכך גם מארג המדינות השתנה לחלוטין והרוב המוחלט הוא של מדינות מתפתחות. זה כמובן משפיע המון על הדינמיקות ומה שרוצים לקדם.

איך מדינה חברה באו"ם? ס' 4 למגילת האו"ם אומר לנו שעל מנת שישות מסוימת תרכוש חברות באו"ם היא צריכה המלצה ממועצת הביטחון והחלטה של העצרת הכללית ברוב משמעותי של שני שליש מהמדינות המשתתפות בהצבעה.

למשל כשהרש"פ רצתה לשדרג את מעמדה באו"ם, היא קיבלה 130+ קולות בעצרת אבל לא קיבלה (וגם לא מקבלת עד היום) המלצה ממועצת הביטחון ולכן היא נשארה במעמדה המוזר של מדינה משקיפה שאינה חברה.

**✓ העצרת הכללית של האו"ם**

* העצרת הכללית היא פורום המתכנס בבניין האו"ם בניו-יורק. לכל אחת מ193 המדינות החברות יש נציג אחד. במסגרת הפורמים האלה והכנסים של העצרת הכללית לכל נציג של מדינה יש קול אחד.
* בעיקרון, לעצרת הכללית יש סמכות לדון בכל נושא שמוגדר במגילת האו"ם. ראינו למעלה את הפריסה הרחבה של התחומים. אך יש לכך חריג בס' 12 למגילת האו"ם עליו נדון בהמשך.
* מעמד ההחלטות של העצרת הכללית אינן מחייבות, אלא הן בגדר המלצה, סופט לואו פר אקסלנס. אבל בפועל, יש לא מעט החלטות של העצרת הכללית שמשפיעות על העולם ומשנות סדרי עולם גם אם הן לא מחייבות. ראינו את זה בעניין השדרוג של פלסטין – העצרת סללה את הדרך של פלסטין לICC.
* עפ"י מגילת האו"ם, ההחלטות מתקבלות ברוב קולות, אך החלטות חשובות יתקבלו ברוב של 2/3 מהמשתתפים בהצבעה. מהן החלטות חשובות? לדוג' ענייני תקציב שקשורים לאו"ם; מינוי של מדינות או נציגי מדינות לכל מיני גופים של האו"ם; החלטה אם לצרף מדינה לאו"ם (דוגמת הרש"פ); מינוי נציגים ממדינות חברות לא קבועות במועצת הבטחון. במועצה יש 15 מדינות חברות, מתוכן 5 קבועות ו10 שמשתנות כל שנתיים. העצרת הכללית היא זו שבוחרת אותן ולכן הסיכוי של ישראל להיות חברה במועצת הבטחון הוא די אפסי כי מה הסיכוי שהיא תקבל רוב של 2/3.
* אין דרישת קוורום. אבל בד"כ בהחלטות חשובות, רוב המדינות יגיעו להצביע וידאגו שיהיה להן נציג באולם. אך לא בהכרח תהיה הצבעה על כל דבר. זה פורום קשוח, ובסופו של דבר הכל פוליטיקה, מדינות כורתות בריתות וכו'.
* העצרת הוקמה כמעין מועדון וויכוחים להידברות בין מדינות העולם. מליאה שבה כל המדינות יכולות להידבר ולהשמיע את קולן, כשכל אחת בעלת זכות שווה (נופך דמוקרטי). עם זאת, בפועל, מי שמקבל את ההחלטות היא מועצת הביטחון.

כפי שאמרנו לעיל, בעיקרון העצרת יכולה לדון בכל נושא שהאו"ם מוסמך לעסוק בו. **ס' 12 למגילת האו"ם** אומר לנו את הסייג הבא – אם מועצת הביטחון מפעילה את הסמכויות שלה והתחילה לדון בנוגע לסכסוך (dispute) או בנוגע למצב (situatuion) מסוים, אז העצרת הכללית לא תוכל לדון ולתת המלצות לגבי אותו נושא אלא אם מועצת הביטחון ביקשה את זה ממנה מפורשות. ניסו ליצור פה הפרדת אורגנים.

בעניין הזה הייתה התפתחות מעניינת – כבר מראשית שנות ה50 יש ניסיון של העצרת הכללית לאתגר את מועצת הביטחון ולהניע אותה לפעול בעיקר במצבים שאחת החברות הקבועות במועצה משתמשת בסמכות הוטו המפורסמת שלה.

בשנות המלחמה הקרה, פעילות הוועדה הייתה משותקת בגלל ארה"ב ורוסיה ולא ניתן היה לקבל החלטות במגוון תחומים. במלחמת קוריאה בשנת 1950, כל פעם שארה"ב מנסה להעביר החלטות להתערבות במצב בקוריאה, רוסיה מטילה וטו. ארה"ב מחליטה לפעול בעצרת הכללית ורותמת את רוב המדינות בעצרת (אז הן היו כ51) להנעת מהלך שבסופו מתקבלת אחת ההחלטות הכי חשובות של העצרת עד היום -

**החלטה 377 "מאוחדים למען השלום" (uniting for peace)**: "כאשר מועצת הבטחון לא יכולה למלא את תפקידיה העיקריים (שמירת השלום והסדר הבינ"ל) בשל היעדר הסכמה בין החברות הקבועות, הרי בכל מקרה של הפרה או איום על השלום או מעשה תוקפנות, העצרת הכללית תדון בנושא מתוך מגמה להציע הצעות לבחרות לפעולות משותפות, לרבות שימו בכוח צבאי אם נדרש".

ההחלטה הזו משמיעה אקטיביזם ועשתה המון רעש – אם המועצה מנסה להעביר החלטה במשהו, אבל בגלל חוסר ההסכמה בין המדינות, ההחלטה "נתקעת", אז העצרת תוכל לקבל החלטות וממש להציע הצעות בנוגע לסיטואציה או הסכסוך המדובר.

שני התנאים בהחלטה 377 לפיהם העצרת תוכל לפעול כשהמועצה משותקת -

1. סיטואציות של איום מובהק על השלום או הסדר העולמי
2. מועצת הביטחון לא יכולה למלא את התפקיד שלה בגלל אותו חוסר הסכמה בין המדינות הקבועות.

חשיבות ההחלטה –העצרת ניכסה לעצמה את האפשרות להמליץ על הפעלת כוח (דבר שלא היה מקובל לחלוטין על מדינות מסוימות), לקבוע מושב חירום ולכנס את המליאה באופן מחייב כדי לקבל המלצות בנוגע למצב.

ההחלטה הזו, שהתקבלה ב1950, 5 שנים אחרי שנוסד הארגון, עוררה משבר מאוד גדול. רוסיה רתחה על ההחלטה הזו וטענה כי יש בה הפרה של האיזונים וחלוקת הסמכויות כפי שהוגדרה לאורגנים השונים במגילה. למרות זאת, המשיכו לפעול לפי ההחלטה הזו. היו מס' דוגמאות שמכוח החלטה 377 המועצה המליצה להקים כוחות בטחון לשמירה על השלום לאזורים מסוימים (כוחות שלא נשלחו להילחם אלא לשמור על הפסקת האש). מכוח החלטה זו מתנהלת באופן מסורתי מדי שנה מליאה מיוחדת של העצרת הכללית בנושא המשבר במזה"ת והסכסוך הישראלי-פלסטיני.

**✓ מועצת הביטחון של האו"ם**

בהקמת האו"ם ב1945, מנסים לעשות מקצה שיפורים לעומת חבר האלומים. הבינו שחייבים ליצור גוף יותר רציני עם "שיניים". השיניים האלו היו אמורים לבוא לידי ביטוי דרך אותו אורגן שנקרא מועצת הביטחון.

במועצת הביטחון יש בכל רגע נתון 15 מדינות חברות. 5 מתוכן הן חברות קבועות – סין, רוסיה, ארה"ב בריטניה וצרפת. הן החברות הקבועות כי הן המנצחות במלה"ע ה2.

הרצון ליצור גוף עם שיניים היה כ"כ חזק ולכן המדינות המנצחות הצליחו למנף את הרצון שלהן לקבל סמכויות משמעותיות. ההסדר הזה של 5 מדינות קבועות נוצר בעיקר לדעתה של רוסיה והמדינות האחרות כמובן לא התנגדו.

10 נציגי המדינות האחרות, מתמנים ע"י העצרת הכללית ברוב של 2/3 לתקופה של שנתיים. יש תחלופה מאוד גבוהה ונמצאים שם נציגים מכל מיני מדינות. בד"כ המפתח של החלוקה הוא גיאוגרפי –נציגים למזרח ומערב אירופה, מזה"ת, אפריקה וכו'. 10 המושבים מתחלקים בצורה די ייצוגית על מפת העולם.

איך מתקבלות החלטות? בעיקרון לכל מדינה מתוך ה15 הקבועות יש קול אחד בהצבעות של המועצה. בהחלטות שנקראות החלטות דיוניות או פרוצדורליות (מגילת האו"ם לא מבהירה על מה מדובר), מתקבלת ברוב של 9/15. אבל בעניינים אחרים, הכוונה להחלטות מהותיות (לא דיוניות) לא די ברוב של 9, אלא צריך שלא תהיה התנגדות מצד כל 5 מהמדינות הקבועות. זה יותר מסובך וזה בעצם מה שהביא להשתרשות הפרקטיקה של זכות הוטו. רוב ההחלטות שמגיעות למועצת הביטחון הן החלטות מהותיות ולכן צריך בהן רוב של 9 מדינות ושאף אחת מ5 המדינות הקבועות לא יתנגדו (=יתמכו ולכל הפחות ימנעו מלהצביע).

לדוג' החלטה 2334 של מועצת הבטחון, ההחלטה האחרונה של מועצת הבטחון תחת ממשל אובאמה, זכתה להמון הדים כי בשורה התחתונה הצהירו בהחלטה ברוב של 14 מדינות עם הימנעות ארה"ב (לא הטילה וטו ולכן ההחלטה עברה) על אי החוקיות של ההתנחלויות לפי המשב"ל. זו החלטה שיצרה הרבה דם רע בין ישראל לממשל אובאמה.

יש היום ביקורות מאוד גדולה על הקונסטלציה הזו שמקבעת את הסדר העולמי מלפני 70 שנה ולא מייצגת נאמנה את הסדר העולמי כיום. כל הזמן עולות יוזמות מצד מדינות עולות כמו הודו, יפן ואחרות אין להן מושב. בשביל לשנות את זה צריך ש5 המדינות הקבועות באו"ם יסכימו להרכב אחר ושהמוסד הזה יבוטל וכמובן שהן לא מסכימות.

**✓ הסמכויות של מועצת הבטחון** – ס' 24 מסמיך את המועצה באופן כללי להיות אחריות להבטחת השלום והבטחון הבינ"ל ולפעול מטעם המדינות בנושאים האלה. מכוח זה יש למועצת הבטחון 2 סמכויות עיקריות:

1. פרק 6 למגילת האו"ם – יישוב סכסוכים בדרכי שלום.
2. פרק 7 למגילת האו"ם - פעולה כנגד איומים כלפי השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות.

**🡨 פרק 6 – יישוב סכסוכים בדרכי שלום**

כשיש כל מיני מחלוקת וסכסוכים בין מדינות שעלולים לערער את השלום והבטחון העולמיים, המועצה מוסמכת להתערב כבר בשלב מוקדם ולהמליץ לצדדים על כל מיני פעולות שהן יכולות לנקוט בדרכי שלום לפתירת הסכסוך. למשל למנות מתווך או מפשר לצדדים, להורות על חקירה שנועדה להוביל לגילוי האמת ולמנוע מכל צד לטעון לאמת שלו ולהמשיך בסכסוך, לקרוא לצדדים לנקוט או להימנע מלנקוט בכל מיני צעדים שעלולים ללבות את הסכסכוך וכיו"ב.

בין החלטותיה המפורסמות שהתקבלו מכוח פרק 6 נמצא את החלטה 2334 שהכריזה על אי חוקיות ההתנחלויות ב2016 והחלטה 242 שהתקבלה ב1967 לאחר מלחמת ששת הימים והניחה מעין קווי מתאר לסיום הסכסוך הערבי-ישראלי לפיה יהיו חלקים שישראל צריכה להחזיר.

מה המעמד של ההחלטות תחת פרק 6? מגילת האו"ם נוקטת בלשון כללית ואומרת שהחברות באו"ם חייבות לציית להחלטות של מועצת הביטחון (decisions). בהקשר זה, יש איזו קונספציה שגויה שמשום מה שרק החלטות של המועצה מכוח פרק 7 מחייבות את החברות. אך זה שגוי, החלטות יכולות להיות מחייבות גם אם ניתנו תחת פרק 6.

הICJ אומר בפרשת נמיביה שמועצת הבטחון יכולה לקבל החלטות מחייבות תחת פרקים 6 ו-7. מה שחשוב זה המינוח שמועצת הביטוח עושה בו שימוש בהחלטה. אם מוצעת הבטחון משתמשת בטרמינולוגיה של דרישה (DECIDE / DEMOND) ברור שהחלטה מחייבת. אבל במקומות שמועצת הבטחון עושה שימוש בלשון חלשה יותר ופחות תובענית, אלו יפורשו אליבא דICJ כחלקים לא מחייבם בהחלטה. חלקים שהם בגדר שאיפה או המלצה.

לכן, מה שחשוב שניקח מכאן זה שהחלטות מחייבות של מועצת הבטחון יכולות להתקבל לא רק תחת פרק 7, אלא גם תחת פרק 6.

# שיעור 12, 25/05/2021 – פרק 7 למגילת האו"ם, עיקרון יישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינ"ל

אתמול התחלנו לדבר על הסמכויות של מועצת הבטחון מכוח פרק 6 למגילת האו"ם. היום נדבר על פרק 7 למגילת האו"ם. על הפרק הזה נלמד בשבוע הבא גם בשיעורים על דיני שימוש בכוח. בפרק הזה אנחנו רואים את הביטוי של מנסחי מגילת האום ב1945 שרצו ליצור אחרי מלה"ע ה2 גוף עם שיניים לעומת חבר הלאומים שהיה חסר שיניים שכאלה.

פרק 7 למגילת האו"ם מתחיל בס' 39 לפיו מועצת הבטחון מוסמכת לקבוע שקיים בעולם איזשהו מצב שמהווה איום על השלום והבטחון העולמיים או קיום מעשה תוקפנות. בהינתן קביעה משפטית זו, המועצה רשאית להורות על צעדים לקיום השלום או השבתו, צעדי אכיפה. אלו צעדים אופרטיביים משמעותיים כדי לכונן את השלום והבטחון העולמיים.

כשההחלטה מתקבלת תחת פרק 7, בד"כ מועצת הבטחון טורחת לציין באופן מפורש בנוסח ההחלטה שהיא פועלת תחת פרק 7 (Acting Under Chapter 7) עם התייחסות לסעיפים מהפרק. כמו כן, כשהיא פועלת תחת פרק 7, היא עושה שימוש מאוד ברור במילה DECIDE שמייתר הרבה פעמים את הצורך לשאול האם זו החלטה מחייבת או לא כי היא עושה שימוש במילה ברורה לפיה ההחלטה מחייבת ופחות שימוש במונחים יותר רכים בהם היא קוראת לצדדים או מעודדת אותם וכו' (calls upon/urges).

**✓ סמכויות לפי פרק 7**  -

כשמועצת הבטחון פועלת תחת פרק 7 היא נדרשת לקבוע קודם כל שיש מצב של איום על השלום או הבטחון הלאומיים (לפי ס' 39). היא צריכה לתאר את המצב העובדתי הזה. הפעם הראשונה שמועצת הבטחון קבעה שבסיטואציה מסוימת אכן קיימת פגימה בשלום הייתה אחרי פלישת צבאות ערב למדינת ישראל אחרי הכרזת העצמאות. מועצת הבטחון נכנסה לתמונה והורתה על כל מיני צעדים אופרטיביים, ובראשם היא דרשה הפסקת אש מהצדדים.

בתקופה המלחמה הקרה מועצת הבטחון הייתה משותקת בגלל הווטו שיש לארה"ב ורוסיה ולא הייתה מסוגלת לקבל החלטות שלשמן היא בעצם נוסדה. הדבר הזה העיב על הפעילות של מועצת הבטחון וזיכה את הגוף הזה בלא מעט ביקורות.

המועצה חווה התעוררות אחרי המלחמה הקרה ונפילת הגוש הקומוניסטי. יש מהלכים של הידברות והבנה בין רוסיה וארה"ב. מאז, כמובן שאנחנו לא במצב אידיאלי אבל בהרבה מקרים מצליחים לגייס את כל המדינות הקבועות ולהניע פעולה בדיוק לשם המטרות שלשמן היא הוקמה דרך פרק 7. למשל בפלישת עיראק לכווית ב1990. לאחר המלחמה ביוגוסלביה ב1991, מועצת הבטחון מורה על הקמת ביה"ד לחקר בינ"ל שיחקור את הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה, חקירת רצח העם ברואנדה (1994), המלחמה בסיירה לאון. כמו כן, מועצת הבטחון לוקחת על עצמה תפקיד משמעותי במלחמה מול איום הטרור העולמי, עולם שאין בו דין ברור אלא אוסף של אמנות. אחרי האירועים של 11.9, מועצת הבטחון לוקחת תפקיד אקטיבי ביחס לטרור ואיך מדינות צריכות להתייחס לטרוריסטים בשטחה. המועצה התערבה באופן משמעותי בלוב, מאפשרת לנאט"ו לפעול שם ולמוטט את המשטר של קדאפי.

**תחת פרק 7 מועצת הבטחון מוסמכת לאשר שימוש באמצעי אכיפה (כוחניים ושלא כוחניים) לצורך השמירה או השבת השלום והבטחון העולמי.**

**ס' 41 למגילת האו"ם: צעדים לא כוחניים** – הכוונה לצעדים שלא כרוכים בשימוש בכוח צבאי. למשל מועצת הבטחון יכולה להורות על ניתוק יחסי מסחר עם מדינות מסוימות שהיא רוצה להפעיל עליהן לחץ. מועצת הבטחון יכולה להורות על מגבלות בתחום התקשרות עם מדינות מסוימות, מגבלות בתעבורה ימית ויבשתית למדינות מסוימות, ניתוק יחסים דיפלומטיים עם מדינות מסוימות ועוד. בעצם כל מה שאפשר בצעדים לא צבאיים כדי להביא להשבת בשלום והבטחון. דוגמאות:

* ב1990 אחרי שעיראק פולשת לכוויות מועצת הבטחון מקבלת החלטה ומורה על סנקציות כלכליות משמעותיות על עיראק כדי שזו תיסוג מכוויות - איסור ייבוא של מוצרים, איסור על מדינות ובנקים לעשות העברות כספים לעיראק. כל דבר שיניא אותה מהפלישה לכוויות ופגיעה בריבונותה.
* ב2006-2008 מועצת הבטחון מקבלת החלטות ומטילה סנקציות שמטרתן להניא את איראן מתוכנית הגרעין שלה - הגבלות על סחר בנשק, הגבלות ספציפיות לגבי תוכנית הגרעין, מועצת הבטחון פועלת נגד אינדיבידואלים שקשורים באירן והקפאת רכוש ונכסים שמזוהים עם תוכנית הגרעין.

כשאירן יושבת עם האיחוד האירופי, רוסיה ארה"ב וסין בעניין הסכם המעצמות על ההגבלות על תוכנית הגרעין היא לא עושה את זה מטוב ליבה, אלא כי הייתה כפופה לסנקציות מאוד קשות שמועצת הבטחון יצרה וכל מדינות העולם היו חייבות לציית להם.

* ב2017 נעשה מהלך דומה עם צפון קוריאה, היא מקבלת החלטות שמטילות סנקציות סחר מאוד משמעותיות שנועדו לפגוע באיכות החיים שם כדי שהמשטר יסטה מהדרך שלו בתחום הגרעין והבליסטיקה.

🡨 פה אנחנו רואים את השיניים שמועצת הבטחון קיבלה במגילה כדי להפוך את האו"ם לגוף יותר משמעותי בתחום שמירת השלום והבטחון העולמיים (נדבר על זה בזוויות אחרות כשנדבר על ענף דיני השימוש בכוח. היום אנחנו נלמד על הדברים בפרספקטיבה של מועצת הביטחון).

**ס' 42 למגילה: צעדים כוחניים –** הכוונה לצעדים שכרוכים בשימוש בכוח. מדבר על כל מבצע צבאי – אווירי, ימי ויבשתי. במהלך עשורים רבים מועצת הבטחון די משותקת, אבל מאז ראשית שנות ה90 עם נפילת הגוש הקומוניסטי ותום המלחמה הקרה, מועצת הבטחון הפכה להיות יותר פעילה לא רק בהוראה על אמצעי אכיפה לא כוחניים, אלא גם בהכשרת צעדים כוחניים בזירה הבינ"ל. מועצת הבטחון אפשרה הפעלה של כוח בסומליה, האיטי, בוסניה, זאיר, אלבניה, נאט"ו בלוב ועוד.

**נקודות נוספות –**

* אין עוררין על כך כאשר מועבי"ט פועלת תחת פרק 7, מדובר בהחלטות שמחייבות את כל מדינות העולם.
* ס' 48 למגילה בתרגום פשוט אומר למעשה שכל פעולה שדרושה בכדי לקיים החלטות של מועצת הבטחון תחת הפרק הזה תינקט ותבוצע ע"י המדינות החברות באו"ם לפי קביעת המועצה. לדוג' החלטה 1373 של מועצת הבטחון (שהתקבלה אחרי אירועי 9.11), קובעת דרכים שונות שבאמצעותן ניתן לפעול מול טרוריסטים (להקפיא נכסים של טרוריסטים ועוד). החלטה זו מכפיפה אליה את כל מדינות העולם. זה מעשה חקיקה שמדינות חייבות לציית לו.
* בתחילת הקורס, אמרנו שבס' 2(7) למגילת האו"ם בא לידי ביטוי העיקרון בדבר אי ההתערבות בענייניהם הפנימיים של מדינות. החריג לאי ההתערבות הוא כשמועצת הבטחון פועלת תחת פרק 7. כלומר, כשהמועצה פועלת תחת פרק 7 היא מתערבת בסכסוך וכו', ולכן **היא גוברת על עיקרון היסוד של אי ההתערבות במשב"ל.**
* ס' 103 למגילת האו"ם קובע, בין היתר, כי החלטותיה המחייבות של מועצת הבטחון לפי פרק 7, גוברות על מחויבויות אחרות של מדינות במשב"ל. זה מתכתב עם מה שלמדנו בתחילת הקורס. ס' 103 קובע למעשה **שלהוראות מגילת האו"ם יש מעין מעמד על.** אם יש סתירה בין הוראות מגילת האו"ם להוראות באמנות אחרות, או כללי אחרים של המשב"ל. ההוראות של אמנת האו"ם יגברו כיוון שמעמד של החלטה של ארגון בינ"ל זהה למעמד האמנה מכוחה ניתנה ההחלטה. המשוואה הזו מובילה אותו לכך שכאשר מועצת הבטחון נותנת החלטה מחייבת – מעמד ההחלטה כמעמד מגילת האו"ם. אם מועצת הבטחון נותנת החלטה שסותרת אמנה בינ"ל אחרת, ידה של החלטת מועצת הבטחון על העליונה.

למשל מועצת הבטחון תחת ס' 39 קיבלה החלטה שיש לנקוט בסנקציות כלכליות נגד אירן. ההחלטה הזו מפרה שורה של הסכמים בינ"ל, בין היתר, הסכמי סחר של WTO כי בעיקרון לא ניתן להטיל סתם איסור ייבוא או חרם כלכלי על מדינות אחרות. אבל בגלל שהחלטות של מועצת הבטחון נהנות ממין מעמד על, אם תהיה התנגשות בין ההחלטה להטיל איסור ייבוא לבין אמנת הסחר, מכוח ס' 103 ההחלטה הזו תגבר על אמנות הסחר הבינ"ל.

בגלל ההוראה של ס' 103 שמשדרג את ההחלטות של מועצת הבטיחון מבחינה משפטית. ככל שתהיה סתירה, החלטות המועצה יגברו על אמנות הסחר.

לאורך השנים, מועצת הבטחון נטתה להעניק **פרשנות רחבה** לנושאים שבה היא יכולה לעסוק **והרחיבה את סמכויותיה** אל מעבר למה שצפתה המגילה במילים "איום על השלום והבטחון העולמיים". מועצת הבטחון החלה לעסוק בחקיקה ושיפוט ע"י הקמת בתי משפט בינ"ל, כמו ביה"ד הבינ"ל לרואנדה (ICTR) ויוגוסלביה (ICTY) שקמו מכוח החלטה לפי פרק 7.

דוג' נוספות – כיוון שאין אמנת טרור כללית, המועצה קיבלה שורה של החלטות מכוח פרק 7 לאחר אירועי 9.11. כמו החלטה 1373 (2001) שהטילה את החובה למנוע מימון מעשי טרור, להקפיא כספים ולהעמיד מחבלים לדין. חשוב להבין שאין אמנה בינ"ל נגד טרור כיוון שמדינות רואות ותופסות באופן שונה את הטרור (מחבל בעיניי אחד, הוא לוחם חופש בעיניי האחר).

בשנה האחרונה, עם התפרצות הקורונה וכו' מועצת הבטחון, מכוח סמכותה לפעול להשבת השלום, נכנסה לדון גם בסיכון משמעותי לבריאות אנשי העולם שיכול להוביל למשברים כלכליים וחברתיים. מועצת הבטחון פירשה לאורך השנים באופן רחב למדי את הסמכות שלה בתחום השמירה על השלום והבטחון הבינ"ל.

**✓ ענף/עיקרון יישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינ"ל**

**היסטוריה** – עולם ביהמ"ש הבינ"ל התפתח כחלק מאחד הענפים החשובים במשב"ל – יישוב סכסוכים בדרכי שלום. זה ענף שכולל בתוכו נורמות חשובות מאוד. הוא ייחודי כיוון שרק אחרי שלא מצליחים ליישב סכסוכים בדרכי שלום, אנחנו עוברים לענף דיני הכוח והלחימה.

במאות ה19-20 האיום המרכזי שהקהילה הבינ"ל נאלצת להתמודד איתו הוא סכנת המלחמה. סכנת המלחמה מתעצמת מאד במאות האלו בגלל המהפכה התעשייתית שהאיצה את הפיתוחים הטכנולוגיים בתחום הנשק. ההתפתחות הפכה את איום היציאה למלחמה ליותר גדול, כי הנשק שפותח היה יכול להטיל אסון הומניטרי יותר גדול על המדינות השונות והחיילים. לכן, על רקע הסכנה הגוברת, מתרחשות מספר התפתחויות.

עד המאה ה20, מלחמות היו חוקיות במשב"ל. המשב"ל הקלאסי לאורך מאות שנים דרש סיבה מוצדקת (Just Cause) כדי שמדינה תוכל לצאת למלחמה ותו לא. במאה ה19 נעשה ניסיון לצמצם את זה ודרשו צורך מיידי כדי לצאת למלחמה, אך על פניו מלחמה עדיין הייתה חוקיות. לצד זה, במרוצת המאות ה19-20 הפוטנציאל של ההרס שטמון במלחמות גדל הרבה יותר. על רקע זה אנחנו רואים מהלך תלת ראשי שבאמצעותו משפטנים, דיפלומטיים ומדינות, החל מסוף המאה ה19, מנסים להביא לצמצום האפשרות ליציאה למלחמה ולצמצום הנזקים של המלחמה היה ויצאו אליה.

**3 הממדים/מהלכים להתפתחות הפרוצדורות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום וצמצום הרס המלחמות:**

1. הגבלה משמעותית על הזכות המשפטית של מדינה להשתמש בכח ולצאת למלחמה (jus ad bellum). נוצרים דיני השימוש בכוח דרכם ניסו לצמצם את השפעות המלחמה.
2. הגבלות על אופן ניהול הלחימה – דיני הלחימה (jus in bello). החל מהמאה ה19 יש הגבלות משמעותיות יותר ויותר על האופן שבו מדינות יכולות לנהל את הלחימה שלהן. לדוג' באיזה נשק ניתן להשתמש, באיזה יעדים ניתן לפגוע, איזה יחס יש לתת לשבויי מלחמה וכו'. סטים הולכים ומתרבים של מגבלות מתוך רצון לצמצם את נזקי המלחמה היה והגענו אליה.
3. פיתוח פרוצדורות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום – ניסיון לא להגיע בכלל למצב של לחימה. את הממד הזה אנחנו רואים בדמות פיתוח פרוצדורות והליכים ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. בין 1899-1945 הקהילה הבינ"ל מגבשת שורה ארוכה של מסמכים. ביניהם:
4. אמנת האג מ1899 בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום שמניחה פרוצדורות ליישוב סכסוכים ומקימה את הPCA, מוסד קבוע לבוררות לסייע למדינות ליישב סכסוכים בדרכי שלום.
5. אמנת האג מ1907 בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום שהוסיפה על האמנה מ1899.
6. מגילת חבר הלאומים מ1919.
7. מגילת האו"ם מ1945.

מה שמשותף לכל האמנות והמסמכים האלה זו איזו אמונה מאוד נאיבית בקרב הקהילה הבינ"ל בסוף המאה ה19 שמלחמות פורצות כיוון שמדינות לא יכולת לשוחח ביניהם ולהציף את העוולות שאחת ביצעה כלפי השנייה. מהאמונה הזו נובעת המחשבה שאם תהיה למדינה יותר אפשרויות לבחור בין פרוצדורות שונות ליישוב לא אלים של סכסוכים, הרי שהם יפנו לפרוצדורות האלו ולא יפנו לדרך הלחימה והשימוש בכוח.

אפשר לראות את זה בס' 12 לאמנת חבר הלאומים ב1919 – מדינות שביניהן קיים סכסוך יפנו לדרכים כמו בוררות. הן מתחייבות לא להשתמש בכוח, ואם רק אחרי 3 חודשים מהניסיון לפתור את הסכסוך בדרך אחרת הדבר לא נפתר, הן יוכלו לפנות לדרך אחרת.

**ס' 12 לא אוסר על יציאה למלחמה הוא פשוט מנסה לעכב את ההגעה למלחמה.** בפועל,מדינות לא באמת חיכו 3 חודשים ופשוט יוצאות למלחמה.זמן קצר לאחר מכן נפתחת מלה"ע הראשונה.לאחר מלחמות העולם, מגילת האו"ם קובעת לנו 2 סעיפים בעניין:

* ס' 2(3) קובע את העיקרון החשוב בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום. מנסחי המגילה כתבו שחור על גבי לבן שכל המדינות החברות יישבו את הסכסוכים ביניהן בדרכי שלום.
* ס' 2(4) מכונן את האיסור על שימוש בכוח במשב"ל. אם עד המאה ה20, השימוש בכוח היה לכאורה חוקי ולגיטימי, ס' 2(4) שינה את נק' המוצא. הסעיף קובע את העיקרון בדבר איסור השימוש בכוח ביחסים בינ"ל. "כל המדינות חייבות להימנע ביחסים הבינ"ל מאיום בשימוש מכוח או משימוש בכוח נגד השלמות הטריטוריאלית והעצמאות הפוליטית של מדינות אחרות".

שילוב של 3 הסעיפים מראה שמגילת האו"ם שונה מהמתווה בס' 12 למגילת חבר הלאומים בגישתה הדטרמיניסטית וההחלטית לעבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום ואיסור על שימוש בכוח המנוסח בצורה החלטית ומחייבת. אין חולק כי איסור השימוש בכוח הפך לכלל מנהגי ברמה הגבוהה ביותר (jus cogens).

ס' 33 למגילת האו"ם כולל רשימה לא סגורה של אמצעים שמדינות יכולות לבחור בהם על מנת ליישב סכסוך בינ"ל ביניהם. למשל- מו"מ, בוררות, חקירה, שיפוט ע"י צד ג' ועוד. מקובל לסווג את האמצעים האלה לשתי קבוצות -דיפלומטיים (כמו משא ומתן וגישור) ושיפוטיים.

ס' 33 לא קבע עבור המדינות ולא הכתיב איך לבחור בין הפרוצדורות השונות. זה נתון להחלטתן כיצד ליישב סכסוך שמתגלע ביניהן. אומנם זה יותר בעיה כי הרבה פעמים עצם הסכסוך מונע מהמדינות להסכים על הפרוצדורה שדרכה הן ייפתרו את הסכסוך. לכן יש הרבה פעמים שסכסוכים לא יישובו.

**✓ התפתחות בתי דין בינ"ל מתוך עולם יישוב הסכסוכים**

כאמור, בהינתן האופי הוולונטריסטי של המשב"ל, המדינות הן שמחליטות האם בכלל לפנות לפרוצדורה ליישוב סכסוך, מתי ולאיזו פרוצדורה לפנות (פררוגטיבה בידי המדינות). כמו כן, באופן מסורתי, כל הפרוצדורות תלויות הסכמה, אך עם זאת, יש היום התפתחות.

בראשית דרכם, ביה"ד הבינ"ל התפתחו כמנגנון וולונטרי שייכנס לפעולה שעה ששתי המדינות היריבות הסכימו לו. לדוג' אם אין הסכמה של שתי המדינות להופיע בפני הICJ, הICJ לא יכול לקנות סמכות שיפוט. כמו כן, תפקיד ביה"ד היה ליישב סכסוכים בין מדינתיים בדרכי שלום.

אבל התפיסה הזו לא משקפת את המציאות של ביה"ד בינ"ל היום שעברו התפתחות. עם הצמיחה של יותר ארגונים ומשטרים בינ"ל בתחום הסחר, המשב"ל הפלילי, זכויות אדם, קניין רוחני, השקעות בינ"ל ועוד, אנחנו רואים צמיחה אדירה של בתי דין בינ"ל בתוך כל אחד מהמשטרים האלה. **המציאות היום היא של בתי דין בינ"ל שפועלים עם הזמן באופן שיותר מזכיר לנו בתי דין מדינתיים מבחינת הסמכויות** כאשר רוב בתי הדין הבינ"ל פועלים כחלק ממשטרים ספציפיים.

התפקידים שביה"ד ממלאים במשטרים האלה, הוא לא רק יישוב סכסוכים, אלא הוא מתפרס גם לעבר תחומים נוספים כאכיפה וציות לנורמות משפטיות, תמיכה במשטרים בינ"ל שמאפשרים את המשך השת"פ בין המדינות, פרשנות ופיתוח דינמי של הדין. אנחנו רחוקים מהעולם המצומצם של יישוב בסכסוכים בלבד. דוגמאות:

* הICC, ביה"ד הפלילי – התפקיד שלו לא מוגבל ליישוב סכסוכים. הוא מעמיד לדין מדינות שביצעו פשעים כדי להשיג את מטרות הענישה הפלילית. אחת המטרות המובהקות שלו הוא להפסיק את המצב שבו אנשים מבצעים פשעים בינ"ל חמורים ויוצאים חופשיים מהסיטואציה ללא נשיאה באחריות. בשוליים יש אלמנט של יישוב סכסוכים. אכיפת הנורמות של המשב"ל הפלילי.
* הECHR, ביה"ד האירופי לזכויות אדם – תפקיד ביה"ד הוא לאכוף את המחויבויות של מדינות תחת האמנה האירופית לזכויות אדם. בביה"ד הזה גם אנשים פרטיים שזכויותיהם נפגעו תובעים מדינות. לכל אחד מאזרחי מדינות אירופה יש גישה ישירה לביה"ד לזכויות אדם.
* WTO DSS- מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. בית דין ממלא פונקציה של יישוב סכסוכים אך לא רק, הוא אוכף דיני סחר בינלאומיים.

אם ננסה למפות את הזירה, אנחנו רואים שבמהלך קצת יותר מ100 שנים ובעיקר מאז שנות ה90, יש מעבר מבתי דין בודדים לעשרות רבות. המהלך הזה שכאמור מואץ מאז תום המלחמה הקרה זכה לכינוי **השיפוטיזציה של המשב"ל** על רקע הופעתם של יותר ויותר בתי דין בינ"ל.

אנחנו רואים שכחלק מהמלך הזה יש גידול במספר בתי הדין וגידול במהות וסמכויות השיפוט (כמות ואיכות). **אם בעבר הייתה נדרשת הסכמה לכל סכסוך ספציפי, היום לרוב ביה"ד הבינ"ל יש סמכות שיפוט שבחובה.** המדינות נתנו את ההסכמה באקט כלשהו, למשל בהצטרפות לארגון. על רקע הגידול בסמכות ובמספר בתי הדין אנחנו רואים עולם תוסס של שיפוט בינ"ל – אינספור תיקים שמתנהלים בפלטפורמות השונות. את המארג הסבוך של בתי דין ניתן לחלק ל4 קטגוריות:

1. **בתי דין גלובליים (בין מדינתיים)** - הקבוצה הוותיקה ביותר של בתי דין בינ"ל. כמובן הPCIJ היה ביה"ד הבינ"ל הראשון שיכול היה לעסוק רק בסכסוכים בין מדינות והיורש שלו הICJ שעוסק ביישוב סכסוכים בין מדינות בדרכי שלום בכל תחום שהוא.

לICJ יש את הפריסה הכי רחבה מכל ביה"ד הבינ"ל באשר להיקף הסכסוכים שהוא יכול לעסוק בהם. הפריסה הרחבה בולטת בעיקר ביחס ל2 בתי דין בין מדינתיים נוספים – ביה"ד הבינ"ל ליישוב סכסוכים בדיני הים (ITLOS) המצומצם רק לדיני הים וכל מדינות העולם יכולות להצטרף אליו. ומערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי, שדנה רק בסכסוכים בין מדינות בתחום הסחר בלבד (ולמרות זאת, היא יותר עמוסה מהICJ).

1. **בתי דין לזכויות אדם** – השחקן המרכזי והחשוב ביותר הוא ביה"ד האירופי לזכויות אדם (ECTHR) שמוכר מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם מ1950 ונועד לאכוף את הנורמות שקובעת האמנה הזו. הוא עוסק בהפרות של נורמות וזכויות אדם ע"י מדינות אירופה השונות. אנשים שמרגישים שהמדינה שלהם הפרה זכות כזו או אחרת יכולים לפנות לא רק לערכאות מדינתיות, אלא גם ישירות לבית דין בינ"ל. פה המדינות הן לא השחקניות הבלעדיות.

ביה"ד הזה נחשב להצלחה מסחררת במשב"ל, ברמה שיש לו עשרות אלפי תיקים בשנה שהוא לא מצליח לדון בהם. ביה"ד שקם ב1959 ויושב בשטרסבורג שבצרפת, מנסה לפתח כל מיני שיטות לייעל את העבודה ולהצליח להתמודד עם כמות התביעות שמגישים הפרטים באירופה.

בעקבות ביה"ד, אנחנו רואים ניסיון לחקות אותו באזורים אחרים בעולם – ביה"ד הבין אמריקני לזכויות אדם שחברות בו ארה"ב, קנדה וכמעט כל מדינות אמריקה הלטינית. וביה"ד לזכויות אדם של האיחוד האפריקאי.

1. **בתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/או פוליטית באזורים מסוימים** – בתי הדין מהווים חלק מהסדרים אזוריים לאינטגרציה ושת"פ כלכלי. הדוגמא המובהקת ביותר הוא ביה"ד לצדק של האיחוד האירופי ECJ, שנוסד בשנת 1952 ע"י אמנת פריז מ1951. ביה"ד נחשב גם הוא להצלחה פנומנלית. הרבה מלומדים ומדינאים מייחסים את המקום שהאיחוד האירופי הגיע אליו ברבות השונים לביה"ד הזה ולתפקיד המשמעותי שהוא שיחק באינטגרציה הכלכלית והפוליטית שלה.

נכון להיות חברות באיחוד 27 מדינות (לאחר שבריטניה פרשה ממנו). 27 המדינות כפופות לסמכות שיפוט מחייבת של הECJ. ביהמ"ש הזה הוא יצור מאוד מעניין ויותר דומה במובנים מסוימים לבימ"ש פדרלי בגלל האינטגרציה הכ"כ גבוהה של האיחוד.

ביהמ"ש אוכף את המדינה והמוסדות של האיחוד את דיני האיחוד. רוב הסכסוכים בECJ זה לא מדינה נ' מדינה, למרות שיש לו סמכות לדון בסכסוכים כאלה. רוב הסכסוכים זה תביעות שמוסדות האיחוד האירופי מגישות נגד מדינות האיחוד בטענה שהפרו את דיני האיחוד או לחלופין תביעות שמגישות מדינות/פרטים/מוסדות האיחוד נגד מוסדות אחרים שחרגו מסמכותם. למשל פרט יכול להגיש תביעה בטענה שנציבות האיחוד האירופי הפרה את דיני האיחוד.

גם כאן, בעקבות סיפור ההצלחה אנחנו רואים ניסיון להקים בתי דין אזוריים דומים במקומות אחרים בעולם – באסיה/ באפריקה/ דרום אמריקה ועוד. **אנחנו רואים תופעה לפיה ביה"ד מתרבים בדרך של שכפול והעתקת סיפורי הצלחה.**

1. **בתי דין פליליים** – פה הייתה לנו פריחה אדירה מאז שנות ה90. את הICTY, ביה"ד הבינ"ל ליוגוסלביה שהקימה אותו מועצת הביטחון של האו"ם מכוח פרק 7 על רקע המלחמה ביוגוסלביה בראשית שנות ה90. זה הפעם הראשונה שמועצת הבטחון משתמשת בסמכויות שלה מכוח פרק 7 בדרך של הקמת ביה"ד פלילי שנועד לקדם את הצדק ולהביא לדין את פושעי המלחמה במסגרת המלחמה האיומה בבלקן. לאחר מכן, ב1994 מועצת הבטחון מקימה את ביה"ד הבינ"ל לרואנדה ICTR, על רקע רצח העם ברואנדה. אלו היו **בתי דין אד הוקיים** – הוקמו לסיטואציה מסוימת, עסקו רק בה וכשסיימו את כתבי האישום ומיצוי הדין נסגרו (2 בתי הדין נסגרו בחמש השנים האחרונות).

הניסיון האיץ את הקמתו של **ביה"ד הבינ"ל הקבוע** – הICC - מכוח חוקת רומא שנחתמה ב1998. החוקה נכנסה לתוקף ב2002 ואז התחיל הICC לפעול. הוא מגלם בפעם הראשונה ביד פלילי בינ"ל קבוע ולא אד-הוקי. כמובן שגם היום לצד בתי הדין האלו יש בתי דין פלילים אד הוקיים נוספים. אבל גולת הכותרת של התחום הזה היא בדמותו של הICC.

כשנלמד בהרחבה על הICC, נראה כי הוא מוסמך לדון ברשימה סגורה של פשעים – פשעי מלחמה, פשעי תוקפנות, פשעים נגד האנושות ורצח עם. היו המון דיונים סביב החוקה על הכנסה של פשע הטרור הבינ"ל. בסופו של יום לא הייתה הסכמה על ההגדרה של טרור ולא נכנסה לחוקת רומא (גם עד היום, כיוון שההגדרה של טרור היא מאוד פוליטית). יש פשעים מסוימים שנכנסו לפשעים נגד האנושות.

**✓ ביה"ד הבינ"ל לצדק – הICJ.**

ביה"ד הוגדר במגילת האו"ם כזרוע השיפוטית של האו"ם. זהו אורגן חשוב, לצד העצרת הכללית ומועצת הבטחון. הICJ מחליף את הPCIJ.

בביה"ד יש בכל רגע נתון 15 שופטים שאמורים לשרת את הקהילה הבינ"ל ולשפוט לפי ערכים של צדק. השופטים נבחרים ע"י העצרת הכללית של האו"ם (ברוב של 2/3) ומועצת הביטחון. לחמש המדינות הקבועות במועצת הבטחון יש תמיד נציג קבוע בכס השיפוט. עשרת המקומות הנותרים מתחלקים בחלוקה גיאוגרפית- מזרח אירופה ומערבה, אמריקה הלטינית, אפריקה ואסיה.

לביה"ד 2 סמכויות:

1. **העיקרית שבהן - לדון בסכסוכים בין מדינות ובהסכמת שני הצדדים בכל תחום שהוא**. איך מדינות נותנות את הסכמת לבית הדין? ס' 36 לחוקת ביה"ד מפרט את דרכי ההסכמה. בין היתר:
* **הסכמה אד-הוק לצורך סכסוך ספציפי-** המדינות יכולותלהיכנס להסכם ספציפי שבו הן מקנות את סמכות השיפוט לביה"ד. המדינות המסוכסכות נכנסות להסכם לפיו הסכסוך יידון בפני הICJ.
* **מכוח אמנות**. לדוג' אמנת הג'נוסייד אומרת שסכסוכים הקשורים לאמנה הזאת יופנו לICJ. מדינות שחברות באותה אמנה יכולות להיות תובעות או נתבעות בסכסוכים שקשורים לאמנה הזו.
* **הסעיף האופציונלי** - לתת בנקודת זמן מסוימת מכאן ולעתיד סמכות לביה"ד לדון בכל תביעה שתוגש כנגד המדינה. זהו הסעיף האופציונלי שמאפשר למדינות לתת מכאן והלאה סמכות לביה"ד כאשר מדינות אחרות יתבעו אותן.

ישראל וארה"ב כמובן לא נתנו הסכמה לסמכות האופציונלית. אך למרבה ההפתעה, עד שנת 86' ישראל וארה"ב נתנו לביה"ד סמכות שיפוט דרך הסעיף האופציונלי. בעקבות פרשת ניקרגואה שלמדנו בשיעורים הקודמים, בה ביה"ד מצא את ארה"ב כמי שהפרה חובות בינ"ל מסוימים בניקרגואה. ארה"ב כ"כ זעמה על ביה"ד שהיא משכה את ההסכמה לסעיף האופציונלי. ישראל לא איחרה ומעט מאוד זמן אחריה ביטלה את הסכמתה. היום אם מישהו ירצה לתבוע את ישראל בפני ביה"ד הוא יצטרך להראות שישראל חתומה על איזו אמנה שמקנה סמכות שיפוט לביה"ד או שישראל נתנה את הסכמתה לאותו סכסוך ספציפי.

נכון להיום, כשליש ממדינות העולם (כ70) נתנו את הסכמתן לסעיף האופציונלי.

1. **סמכות לתת חוות דעת מייעצות בשלל נושאים במשב"ל** (לפי ס' 65 לחוקת בית הדין וס' 96 למגילת האו"ם). בהקשר הזה נדבר על שני מסלולים אפשריים לקבלת חוות דעת:
2. **העצרת הכללית ומועצת הבטחון רשאיות להפנות לICJ שאלה בכל נושא של המשב"ל**. מכוח זה העצרת הכללית הפנתה ב2004 לICJ את השאלה האם גדר הבטחון שבנתה ישראל חוקית או לא לפי המשב"ל. בהקשר זה הICJ נתן את דעתו כי גדר הבטחון לא חוקית ומפרה את המשב"ל.
3. **הארגונים האחרים הקשורים באו"ם כמו ארגון הבריאות / העבודה הלאומי וכו', רשאים גם הם לבקש חוות דעת מייעצת אבל רק בתחומים שקשורים ישירות לתחומי העיסוק שלהם**. לדוג' באמצע שנות ה90 ארגון הבריאות העולמי מבקש מביה"ד חוות דעת מייעצת על חוקיות השימוש בנשק גרעיני. באותו עניין הICJ מסרב לתת את חוות הדעה הזו בטענה כי זה לא מענייניו של ארגון הבריאות העולמי. מעט זמן אח"כ העצרת הכללית מבקשת לקבל חוות דעת מייעצת באותו נושא והICJ יושב על המדוכה.

# שיעור 13, 31/05/2021 – דיני שימוש בכח חלק א'

**✓ התפתחות דיני השימוש בכוח**

דיני המשב"ל שעוסקים בלחימה מתחלקים לשני חלקים עיקריים (ולעוד אחד):

* 1. דיני השימוש בכוח –Jus ad bellum – דינים אלו עוסקים בשאלה ראשונית יותר, האם מותר להפעיל כח כלפי צד שני.
	2. כללי העימות המזוין – Jus in bello – כללים אלו מדברים יותר על דיני הלחימה. מהם "כללי המשחק" כאשר אנחנו כבר בתוך המלחמה.
	3. הכללים שחלים אחרי שהעימות נגמר – Jus post bello.

בעצם, דיני השימוש בכוח מתייחסים לשאלת המתי – מתי מותר להיכנס לסיטואציה שבה צד אחד מפעיל כח על השני. לעומת כללי העימות המזוין שעוסקים במה מותר ומה אסור **בתקופת מלחמה**. כללי העימות המזוין עוסקים לדוג' בדיני מטרות - מה מותר לתוקף. אלו לא שאלות של מותר או אסור לתקוף. אלא יש כבר עימות מזוין, ואז שואלים מה מותר לעשות, אילו מטרות מותר לתקוף (צבאיות, אזרחיות וכו), איך מצבעים את התקיפה, מידתיות התקיפה וכו'.

**איסור השימוש בכוח והחריגים לו הוא איסור מנהגי,** שנובע מהעקרונות הכי בסיסיים במשב"ל– ריבונות טריטוריאלית, שוויון וכו'.

**✓ סקירה היסטורית** – לדיני השימוש בכוח ופתיחה בעימות יש 2 עמדות בעלות אמונות שונות:

1. **כוח הוא אמצעי לגיטימי לפתירת סכסוכים בינ"ל**, עפ"י אמירתו המפורסמת של קלאוביץ' "המלחמה היא דרך לפתור סכסוכים בינ"ל". לפי גישה זו מדינות יכולות לצאת למלחמה מתי שהן רוצות.
2. **יש איסור מוחלט על שימוש בכוח בעולם המשב"ל וסכסוכים פותרים בדרכי שלום**.

כל גישה כזאת היא צד אחר של הסקאלה. מבחינה היסטורית, עד סוף המאה ה19 הגישה היא שכוח הוא אמצעי לגיטימי לפתור סכסוכים בינ"ל. לעומת זאת, עם כריתת **אמנות האג** התפיסה מתחילה להשתנות. השינוי הראשוני הוא **בהסכמי קלוג-בריאן** (1928) לאחר מלחמת העולם הראשונה שמנסים למנוע מהתרחשות נוספת של מלה"ע וקובעים כללים לפתיחת שימוש בכוח. הכללים היו אדוקים למדי והאיסורים שבהם היו רחבים ולכן הם לא יושמו. ראיה לכך היא פרוץ מלה"ע ה2. אחרי מלה"ע ה2, ביה"ד בנירנברג במשפטי גרמניה וטוקיו קובעים שיש איסור מנהגי ליציאה למלחמה שמחייב גם מדינות שלא חתמו על האמנה שלא לצאת למלחמה. מי שתקף יכול לשאת באחריות בינ"ל. זה מוביל אותנו לדיון בשאלה מיהו התוקף ומי הנתקף שמגן על עצמו.

במציאות, יש ערבוב של שתי הגישות. הגישה כיום היא קצת יותר מאוזנת ואומרת שיש חריגים למתי מותר להשתמש בכוח.

**✓ דיני שימוש בכוח כיום**

כאמור, מסוף המאה ה19 תחילת המאה ה20, התפיסה בעולם לגבי שימוש בכוח משתנה, כפי שעולה מהסכמי קלוג-בריאן האדוקים (שנפרצו לבסוף). במשפטי נירנברג, ביה"ד מחזק את האיסור על שימוש בכוח ובמקביל יוצר חריגים.

כיום, האיסור על השימוש בכוח מעוגן באמנת האו"ם. הסעיף שמדבר על איסור השימוש בכוח הוא **ס' 2(4) לאמנת האו"ם.** סעיף 2(4) נחשב כנורמה מנהגית שמחייבת גם מדינות שלא חברות באו"ם, והן כנורמה קוגנטית (jus cogens) שאי אפשר להתנות עליה. ס' 2(4) נחשב ככלל מנהגי מהרמה הגבוהה ביותר שאי אפשר להסתייג מממנו.

**האיסור**- "על המדינות להימנע מאיום או משימוש בכוח כנגד העצמאות הטריטוריאלית, ריבונות של מדינה או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו"ם". זהו איסור מוחלט לעשיית שימוש בכוח ביחסים בין מדינות. עם זאת לאמנה יש **2 חריגים** – "ניתן להשתמש בכוח אם נינתה לכך הוראה או אישור ממועצת הביטחון של האו"ם. וניתן להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית".

**רכיבי הסעיף:**

מהו שימוש בכוח? הפרשנות המקובלת היא שימוש בכוח פיזי. למשל- הופעת כוח פיזי-צבאי; הפרת גבול של מדינה ע"י כוח צבאי קרקעי (הם לא חייבים להיות חמושים); אספקת אמל"ח (בעיקר לארגוני טרור); אימונים וסיוע למרי אזרחי (ארגוני מורדים) ועוד. יש הרבה מאוד כתיבה על מהו הפעלת כוח.

מה לא נחשב כשימוש בכוח? הקונצנזוס הוא על לחת כלכלי בסנקציות או אמברגו.

יש לנו עוד כמה דברים שבהם השאלות יותר מורכבות-

* נזק עקיף ופעולות שמשחררות כוח קינטי (לדוג' פגיעה בסכר מים), יכולות לעלות כדי שימוש בכוח אבל זה כמובן תלוי בכוונה ובידיעה של התוקף.
* תקיפות בעולם הקיברנטי ובעולם הסייבר. הדעות חלוקות לגבי השאלה האם פעולות סייבר נחשבות הפעלת כוח כלפי מדינה כהפרה של ס' 2(4) ויש על זה המון כתיבה. באופן כללי, יש כמה סוגים של תקיפה בסייבר. סוג אחד הוא מחיקת מידע. סוג אחר הוא פגיעה פיזית ממשית דרך סייבר לדוג' מבצע סטאקסנט (החדרת וירוס במחשבי הכור האירני ע"י ישראל וארה"ב שהביא לחימום הצנטריפוגות ולשיבוש פעילותן). יש דעות לכאן ולכאן במיוחד סוג הראשון. זה חשוב בשביל לדעת שהאם מדינה שפעלה בתחום הסייבר הפרה את דיני השימוש בכוח. הדיון בסייבר בסופו של דבר נשאר מאוד תיאורטי כיוון שקשה לתפוס את הפוגעים. איך אוכפים את זה? איך יודעים מי התוקף? העולם האכיפתי הוא עדיין דל ובגלל זה הוא לא מתפתח מעבר לתיאוריה.
* לדוג' גם הפצת ה"פייק ניוז" כדי להשפיע על בחירות (רוסיה לארה"ב ב2016) יכולה לעלות כדי שימוש בכוח. זה אומנם יותר רך, אבל זה יכול להיכנס לזה (לא יחשב התקפה חמושה).

**✓ התקפה חמושה -** המושג שנקרא התקפה חמושה (armed attack), שונה משימוש בכוח.

**כלל: כל התקפה חמושה (בהקשר הזכות של הגנה עצמית) מהווה שימוש בכח. אבל לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה.**

התקפה חמושה היא סטנדרט הרבה יותר נוקשה ומצומצם ושימוש בכוח הוא סטנדרט יותר רחב. לכן כל התקפה חמושה תהיה בהכרח שימוש בכוח אבל לא כל שימוש בכח יהיה הקפה חמושה. נסביר בהמשך למה. האיסור בס' 2(4) הוא שמדינות צריכות להימנע משימוש בכוח.

**✓ איום שימוש בכוח** – כאמור, הכלל בס' 2(4) אוסר גם על איום לשימוש בכוח. איום בשימוש בכוח הוא לא חוקי רק אם אתה מאיים לעשות שימוש בכוח לא חוקי. אבל אם למשל שמדינה אומרת שהיא תתקוף מדינה אחרת במידה והאחרת תתקוף אותה תחילה, זה נחשב "איום לשימוש בחריג ההגנה עצמית", שהיא כלי חוקי, ולכן זה לא עולה כדי איום בס' 2(4). אבל אם לדוג' מדינה מאיימת לתקוף בגלל חרם כלכלי, שהיא כאמור לא נחשבת שימוש בכח, אז זה איום לא חוקי.

הICJ מדבר על הסוגייה הזו בפס"ד מ1996 על חוקיות הנשק הגרעיני. מספר מדינות טענו שעצם ההחזקה הבסיסית של מתקן גרעיני מהווה איום לשימוש בכוח באופן שהוא לא חוקי לפי ס' 2(4). **בפסה"ד ביה"ד קובע כלל שאיום לא חוקי שנוגד את ס' 2(4) הוא איום לפעול בדרך שהיא בפני עצמה לא חוקית.** לכן, איום להגן על עצמי בכוח שהוא חוקי לפי ס' 51 למגילה, הוא חוקי לפי ס' 2(4). ביה"ד מיישם את הכלל ואומר שהחזקה של נשק גרעיני כשלעצמה לא תהיה לא חוקית בהכרח, כיוון שזה יכול להיות להגנה עצמית. לכן עצם ההחזקה היא לאו דווקא תהיה איום לשימוש בכוח לפי ס' 2(4). זו לא משוואה כזו ברורה כי מדובר בנשק הרסני מאוד וביה"ד בעצם פותח פתח לכל המדינות להחזיק נשק גרעיני לשם הגנה עצמית.

חשוב לדעת שהאיום בשימוש בכוח יכול להיות לא רק במילים אלא גם במעשים. למשל, קיום אימונים צבאיים בקונסטלציה מסוימת יכולים להיות איום (לדוג' בסמוך לגבול של מדינה אחרת). זה תלוי בהקשר, באמינות וכו'. **המבחן הוא מידת האמינות של האיום**, כלומר- האם מדינה באמת יכולה לבצע את האיום והאם הוא נתפס כאמין?

זה שאיום לא עולה לכדי שימוש בכוח לפי ס' 2(4), זה לא אומר שאין מנגנון אחר שיכול לפסול את אותו איום ולומר שהוא לא חוקי. לדוג' זה יכול להיות הפרה של החובות לפתור סכסוכים בדרכי שלום.

**✓ החריגים לשימוש בכוח -** כזכור, אמנת האו"ם מתירה שימוש בכוח בשני מצבים:

**① מנגנון הביטחון הקולקטיבי** שהוקם מתוקף פרק 7 למגילת האו"ם. מועצת הבטחון יכולה להתיר שימוש בכוח כחריג לס' 2(4). היא עושה את זה בשני שלבים:

1. זיהוי האיום לפי ס' 39: קביעה כי קיים איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות ולהחליט על אמצעים למיגור האיום. כפי שלמדנו בשיעורים הקודמים, פרק 6 מדבר על פתרון סכסוכים בדרכי שלום, כדוגמת אמצעים דיפלומטיים, התערבות האו"ם, הקמת כוחות שמירת שלום (למשל אונדוף בגבולות הצפון). פרק 7 שמדבר על הפעלת כוח יבוא אחרי שניסו למצות את האמצעים בפרק 6.
2. ס' 41+42 שמסמיכים את מועצות הבטחון להורות על שימוש באמצעים שאינם כוחניים או כאמצעי אחרון באמצעים כוחניים. לפי היחס בין ס' 41 ו42 הציפייה ממועבי"ט הייתה שהוראות על שימוש בכוח יהיו כמוצא אחרון.

בהקשר זה נציין את סעיף 43 לאמנת האו"ם שמניח שהאו"ם יוכל להקים כוח צבאי משותף ובפיקוחו, כאשר המטכ"ל שלו יהיה מורכב מהרמטכ"לים של 5 החברות הקבועות באו"ם וישמש להתערבות במשימות בינלאומיות. בפועל, **כוח כזה לא הוקם מעולם.** מועצת הביטחון מסמיכה מדינה או קבוצת מדינות להפעיל כוח צבאי בהקשרים מסוימים, או מקימים כוח אד-הוקי לאותה משימה.

הרציונל של המנגנון הזה כפול – **לייצר סדר והרתעה**. אם מפרים את ס' 2(4) אפשר להפעיל כוח להשבת הסדר. אפשר לקרוא לזה כוח אכיפתי בינ"ל שיחזיר את הסדר במקרה שיש הפרה שלו. הניסיון הוא לייצר מנגנונים אכיפתיים לעולם המלחמה, לאסדר אותו ולתת למדינות חלשות וקטנות כוח. בפועל, הדברים לא קורים כ"כ הרבה וזה קשה להגשמה. הסיבה היא שכדי להפעיל את המנגנון הזה צריך הסכמה של 9/15 מהמדינות במועבי"ט ובלי וטו של המדינות הקבועות.

האם המנגנון הזה בא בדיעבד או מראש? נבחן את החלטות המועבי"ט לאורך השנים –

עד 1990 אין כמעט הפעלה של המנגנון הזה למעט מקרה אחד בו מועצת הבטחון מסכימה הפעלת כוח בשנת 1950. מועבי"ט הסמיכה קואליציה של מדינות בראשות ארה"ב להפעיל כוח במלחמת קוריאה (לטובת מלחמת דרום קוריאה שנלחמה בצפון קוריאה). מניחים שזה עבר כי סין הלאומית ישבה במקום של סין הקומוניסטית במועבי"ט, כך שברה"מ וסין הקומוניסטית לא היו בסיטואציה הזו.

אחרי 1990 רואים שינוי ויש יותר אישורים. מדינות החלו לאמץ גישה פרשנית מרחיבה ומתירנית להוראות המועבי"ט. בנוסף, אנחנו רואים גם ביטוי לאישור שניתן למדינות בדיעבד. דוגמאות:

* ב1998 נאט"ו תוקפת את סרביה כדי למנוע רצח עם בקוסובו, בלי הסכמה של מועצת הבטחון. אומנם היא לא קיבלה אישור מלכתחילה, אבל בפועל, עברה החלטה במועבי"ט שאישרה את זה בדיעבד.
* ב2003 במלחמת המפרץ ה2, מועבי"ט לא משתכנעת מבקשת ארה"ב להתיר לה לצאת למלחמה בעיראק. בתגובה, ארה"ב לוקחת החלטה של המועבי"ט במלחמת העולם ה-1 ומרחיבה את הסיטואציה באמצעות פרשנות יצירתית וטוענת שהיא יכולה לצאת למלחמה בגלל שעיראק מחזיקה בנשק גרעיני. הם יוצרים קואליציה במועבי"ט בטענה שקרית שיש לעיראק נשק גרעיני. לבסוף, הרבה מהמדינות שהיו שותפות לקואליציה חקרו בדיעבד ומבינות שלא ניתן אישור כזה ושההחלטה מסוף מלה"ע ה1 לא מאפשרת פתיחת מלחמה באופן אוטומטי.

כאמור, עד 1990 כמעט ולא משתמשים בזה. אחרי 1990 אנחנו רואים יותר שימוש ואפילו גם ניצול לרעה של המנגנון הזה כשמנסים להשתמש בו בדיעבד. אחרי זה אנחנו רואים גישה שאומרת כי במלחמת המפרץ ה2 היה מפנה חזרה לגישה יותר מצומצמת שרק החלטת מפורשת מראש לשימוש בכוח היא אישור חוקי לשימוש בכוח. מבחינת השטח, אפשר לראות שכשאובאמה ניסה לייצר קואליציה לתקוף בסוריה היה לו הרבה יותר קשה בגלל אותן קביעות. הוא לא מצליח לגייס תמיכה בגלל הביקורת של מה שעשו במלחמת המפרץ השנייה.

**② חריג ההגנה העצמית** – החריג מבוסס על ס' 51 למגיל האו"ם, שקובע את הכלל שלמדינה יש זכות להגיב על שימוש בכוח **להתקפה חמושה** נגד מדינה או נגד בת בריתה עד להתערבות מועבי"ט. בפועל, המדינות אינן סומכות על המועצה.

הנפקות של הכלל לפיו לא כל שימוש בכוח הוא התקפה חמושה מתבטא בחריג הזה. אם מדינה הפעילה שימוש בכוח שלא עלה כדי התקפה חמושה, המדינה המותקפת יכולה לפעול בצעדים דיפלומטיים ומדינתיים אבל לא להפעיל כוח. כדי להפעיל שימוש בכוח כהגנה עצמית צריך שהתקיפה תעלה כדי התקפה חמושה שזה כאמור סטנדרט גבוה יותר (בפועל, מדינות מגיבות גם לתקריות מצומצמות יותר).

לדוג' **בפס"ד ניקרגואה** ביה"ד מדבר על זה שארה"ב חימשה כוחות מורדים בניקרגואה, ושהחימוש והאימונים של אותם כוחות עלה כדי שימוש בכוח (כמו שאמרנו בתחילת השיעור). באותה נשימה אותו חימוש עלה כדי שימוש בכוח אבל הוא לא נחשב התקפה חמושה ולכן אין להם זכות להגנה עצמית. במקרה זה, עלה המושג שנקרא **צעדי גמול** – זו לא הגנה עצמית אבל זה האפשרות להגיב בצורה מסוימות לפעולות שנעשות כנגדך. ניקרגואה הייתה יכולה לפעול במישור הזה, אבל ס' 51 למגילת האו"ם הוא לא אופציה כי מעשי ארה"ב לא עלו כדי התקפה חמושה.

**✓ מהי התקפה חמושה?** כאמור, אם תקיפת מדינה לא עולה אפילו כדי שימוש בכוח אין לה זכות להגנה עצמית. אם זה שימוש בכוח שאינו התקפה חמושה, המדינה המותקפת יכולה להפעיל אמצעים דיפלומטיים או צעדי גמול (שנרחיב עליהם בהמשך). אבל אם בוצעה התפרה חמושה למדינה יש זכות להגנה עצמית.

יש ניסיון להגדיר מהי התקפה חמושה בממדים השונים. בעולם הסייבר למשל, מדריך טלי מנסה ליישם את הכללים האלו ולקבוע איזו תקיפה סייבר מצדיקה פעולות הגנה עצמית והאם פעולות ההגנה יכולה להיות פעולת סייבר או פעולה קינטית.

בעולם הפיזי, כניסה של כוח צבאי לשטחי מדינה היא התקפה חמושה וזה יותר ברור. אבל יש כל מיני מקרים גבוליים שצריך להסדיר. לכן, כדי ששימוש בכוח פיזי ייחשב התקפה חמושה, צריך מידה כלשהי של **עוצמה**. לדוג' לא כל תקרית גבול תיחשב התקפה חמושה. אם למשל כל הצבא הסורי עומד על הגדרות כנראה שיש התקפה חמושה, אבל אם יש חציית גבול של פעיל עצמאי קשה להגיד שזו התקפה חמושה בגלל העוצמה שלה. למבחן העוצמה יש עמדה מתירנית יותר, שאומרת שכל התקפה חמושה מקימה זכות להגנה עצמית, ועמדה יותר שמרנית שאומרת שלא צריך לקחת כל התקפה (לדוג' חציית גבול של בודד) ולהפוך אותה לתירוץ לצאת למלחמה.

התקפה חמושה היא בד"כ שימוש בכוח פיזי נגד מדינה אחרת. אבל האם לדוג' חיסול רוה"מ הוא גם התקפה חמושה נגד המדינה? מקובל להגיד שכן, לא משנה היכן החיסול בוצע. כך גם לגבי תקיפת שגרירות בחו"ל.

מה לגבי תקיפה שגריר? ב3.6.1983 שגריר ישראל בלונדון נורה ע"י מחבלים (אינם מטעם בריטניה) מטווח 0. נשאל האם זוהי התקפה חמושה שמקימה זכות להגנה עצמית? לדעת ישראל חיסול דיפלומט מעצם היותו נציג ישראלי זו מתקפה חמושה שמעלה את הזכות להגנה עצמית. אך במקרים כאלו עולה שאלה אחרת - איך מקשרים את הארגון שמטעמו פעלו המחבלים למדינה מסוימת (נרחיב על זה שיעור הבא).

מה קורה נגד התקפה שנעשית נגד אזרחים של מדינה אחרת? לדוג' האמריקאים ראו את ה9.11 כמתקפה חמושה והישראלים ראו את מבצע יונתן ככזה. יש כמה עמדות:

1. למדינות יש זכות להגנה עצמית במקרה כזה – תקיפה אזרחים מחוץ למדינה – מתוקף ס' 51 למגילת האו"ם. מטרת המדינה היא להגן על אזרחיה, אם האזרחים מותקפים רק משום שהם אזרחים של אותה המדינה, הדבר נחשב להתקפה על המדינה.
2. למדינה יש זכות להשתמש בכוח מכח המשפט המנהגי ולא מתוקף ס' 51 למגילת האו"ם.
3. העמדה הרווחת – אין זכות להגנה עצמית בסיטואציות כאלה. זו עמדה קצת קשה אבל יש קולות שתומכים בה. להפוך כל פעולת טרור שהיא לפעמים מכווננת אוכלוסייה ולאו דווקא מדינה יכולה לעבור אסקלציה גבוהה וליצור עוד מלחמות ולכן זו עמדה יותר פופולארית.

מבחינה היסטורית, מועבי"ט לא גינתה ולא אישרה את מבצע יונתן. נשאר באיזה שקט ואנחנו לקחנו את זה כמעין שתיקה כהסכמה.

**✓ סיכום ביניים:** התחלנו לדבר על 2 פרדיגמות שונות בתוך המשב"ל – דיני השימוש בכוח ודיני העימות המזוין (יש גם פרדיגמה שלישית של דיני כיבוש, חלה לדוג' באזור איו"ש). חשוב להפריד ביניהם. לדוג' העימות לש ישראל והרצועה הוא עימות מזוין מתמשך, ולכן השאלות לגבי חוקיות ומידתיות פעולות צה"ל במצבע שומר החומות ייבחנו לפי עקרונות דיני העימות המזוין. אם לדוג' תפתח מלחמה בחזית הצפונית, דיני השימוש בכוח יהיו רלוונטיים (למרות שגם שם המדינה טוענת שאנחנו נמצאים בעימות מזוין מתמשך).

הגנה עצמית הוא מעין מעבר ביניים משימוש בכוח ללחימה. הגנה עצמית היא סט של פעולות שנועדו להסיר את האיום. כמובן שעלולה להיות הידרדרות למצב של עימות מזוין, אבל ההפעלה הראשונית של הכוח נעשתה בעולם של דיני השימוש בכוח. אם יש אסקלציה לעימות מזוין, אז אנחנו הולכים לדיני הלחימה. בוובסטר קרוליין מתחילים להיות רמיזות לדברים מאוד דומים לדיני הלחימה. למשל כלל המידתיות.

# שיעור 14, 01/06/2021 – דיני שימוש בכח חלק ב'

בשיעור שעבר עצרנו בחריג ההגנה העצמית, שהוא החריג השני לכלל הקבוע בס' 2(4) למגילת האו"ם שאוסר על שימוש בכוח. החריג, הקבוע בס' 51 למגילת האו"ם, קובע שלמדינה יש זכות להגיב, באמצעות שימוש בכוח, להתקפה חמושה נגד המדינה או נגד בת בריתה. כאמור, **לא כל שימוש בכוח מקים זכות להגנה עצמית, אלא רק שימוש בכוח שעולה כדי התקפה חמושה.** ראינו כי בוחנים את ה"התחמשות" לפי עוצמת התקיפה. לדוג' ההבדל בין הסורים על הגדרות לבין חדירה נקודתית שמבחינת העוצמה שלה לא נחשבת להתקפה חמושה ולכן לא תקים זכות להגנה עצמית.

דיברנו על השאלה מהי התקפה נגד מדינה. נתנו את הדוג' של מבצע אנטבה ששם יש מתקפה על אזרחי מדינה אבל מחוץ למ"י. שם, הזכות להגנה עצמית תלויה בשאלה האם תקיפת המטוס היא תקיפת כנגד מדינת ישראל או תקיפה מקרית ולא מכוונת. באותו מצבע, חוטפי המטוס שחררו את הנוסעים הלא ישראליים, ולכן קל היה להצביע על כך שמדובר במתקפה על המדינה למרות שהיא התבצעה מחוץ לגבולות המדינה.

היום נדבר על נושאים נוספים- **מה קורה כשתקיפה מבוצעת ע"י ארגונים לא מדינתיים, כדוגמת ארגוני טרור?** האם תקיפה חמושה של ארגון מזוין לא מדינתי יכולה להקים זכות להגנה עצמית כנגד אותו ארגון או כנגד המדינה משם הוא יוצא?

העמדה הרווחת היא שאין זכות להגנה עצמית כנגד תקיפה שמבצע ארגון לא מדינתי, אלא רק בהתקיים שני חריגים (חלופיים) –

1. לארגון יש שליטה אפקטיבית בטריטוריה מסוימת והוא פועל בתוכו - החלופה הראשונה אומרת שבטריטוריה מסוימת מי ששולט בה דה-פקטו הוא ארגון טרור ולא מדינה. לדוג' חמאס, ארגון טרור, הוא ששולט בעזה ולכן גם לפי הגישה הקלאסית ניתן לטעון שיש לארגון שליטה אפקטיבית בטריטוריה ולכן לישראל יש זכות להגנה עצמית גם כשהחמאס, כארגון לא מדינתי, מבצע התקפה חמושה.
2. כאשר היחסים בין הארגון למדינה מספיק חזקים שניתן לייחס את פעילות הארגון למדינה עפ"י דיני האחריות במשב"ל - החלופה השנייה קצת שונה, זה לא ארגון ששולט בטריטוריה, אלא מדינה ששולטת בארגון. הגם שהוא לא מדינתי באופן פורמלי הוא זרוע של המדינה, או שראשי הארגון מעורבים בניהול המדינה בחלק משמעותי. לדוג' יש 2 עמדות לגבי חיזבאללה בלבנון בשאלה האם הקשר בין הארגון למדינה מספיק חזק שניתן יהיה לקשר בין תקיפות הארגון למדינה. העמדה המצמצמת היא לא כ"כ טובה לישראל והיא עשתה הרבה בעיות לאורך הדרך.

מה קורה במצב בו שתי החלופות לא מתממשות ועדיין הארגון מבצע תקיפות אלימות? עפ"י הגישה הקלאסית, נוצר פה לכאורה סוג של ואקום (וזו יכולה להיות ביקורת טובה עליהם). הגישה הקלאסית יכולה לטעון להגנתה שאין ואקום ובמקרים כאלה, על המדינה המותקפת לפנות למדינה שממנה יצאו ארגוני הטרור. ז"א יש צעדים אחרים שהם לא הגנה עצמית שאפשר להפעיל, לא משאירים את המדינה המותקפת ריקה מכלים. אבל לפעמים הכלים האלה לא מספקים, לדוג' באזורים מסוימים באיו"ש המדינה לא יכולה להפעיל כוחות משטרתיים אז פניה למדינה לא פותרת את הבעיה. כך גם לגבי שליטת ישראל בשטחים מהם יצאו תאי הטרור שהפעילו פיגועים באינתיפאדה.

בנוסף, יש גישה המתירנית (שישראל מצדדת בה) שאומרת שהזכות להגנה עצמית קמה באחד משני מצבים:

1. תקיפה חמושה על מדינה מתוך שטח כבוש – כאשר מדובר (א) בארגון מזוין לא מדינתי (ב) שפועל מתוך שטח כבוש נגד המדינה שמחזיקה בשטח (ג) ולא ניתן להגיב לתקיפה בפעולות שיטור. הגישה הקלאסית, כאמור, כלל לא מתייחסת לזה.
2. המצב השני ביחס לתקיפה חמושה על מדינות משטח מדינה זרה – אחד משני מצבים:
3. כשהקשר בין הארגון למדינה חזק מספיק כך שניתן לייחס את פעילות הארגון למדינה (חריג שמקובל גם בגישה הקלאסית).
4. כשהמדינה הזרה אינה רוצה (unwilling) או אינה יכולה (unable) למנוע את התקיפה שמבצע הארגון משטחיה. אם המדינה לא מעוניינת או לא יכולה למנוע מאותו ארגון טרור לבצע את התקיפה, יש למדינה זכות להגנה עצמית (אין קשר לשאלת ייחוס הפעולות למדינה). זו לדוג' הדוקטרינה שהאמריקאים נשענו עליה כשהם נכנסו לפקיסטן. לא היה ניתן לייחס את אל-קעידה לשלטון האפגני, אך אפגניסטן כמדינה לא יכלו או לא רצו למנוע את הפעילות של אל-קעידה בשטחם ולכן זו הייתה ההצדקה של האמריקאים.

אחת הדוגמאות הכי ראשונות למצב ב' (תקיפה בשטח מדינה זרה) היא תקיפת אוסטרו-הונגריה על סרביה במלה"ע ה1 על רקע הרצח של יורש העצר האוסטרו הונגרי, פרנס פרדיננד. גורמים סרביים מארגון חמוש לא מדינתי התנקשו בו. נמצא לכאורה כי אנשי צבא סרביים היו מעורבים בו ואז יש איזשהו קשר בין הארגון למדינה. האוסטרו הונגריים פועלים כנגד אותו ארגון בסרביה בטענה שסרביה לא יכולה או לא רוצה למנוע את הפעילות של אותו ארגון. זו הייתה הפעם הראשונה שאנחנו רואים את הדוקטרינה המתירנית יותר קמה לחיים. זה אח"כ התפשט בכל העולם וצובר תאוצה.

אבל גם פה יש תנועת מטוטלת מסוימת. תחילה מגמה של מתירנות מוחלטת > אחרי מלה"ע ה1-2 ניסיון להגביל כל מיני שימושים בכוח > עם השנים ההתמודדות עם ארגוני טרור ו9.11 הייתה נק' מפנה חזרה למתירנות > ובעשור האחרון חוזרים לאמצע. תנועת המטוטלת מתרחשת בכל האספקטים של המשב"ל זה יכול להתקשר גם לעלייה של דיני זכויות אדם.

גם בעולם הזה אנחנו רואים תנועת מטוטלת. במשך עשרות שנים העמדה המתירנית של ישראל לא מתקבלת בעיקר כי מדינות אחרות לא מתמודדות עם טרור, והניסיון ההיסטורי עם הגישה המתירנית הראה שהרבה פעמים ניצלו את העמדה המתירנית לרעה כמו בדוגמה של אוסטרו הונגריה וסרביה- למרות שהסרבים נכנעו לשורת תנאים של האוסטרו-הונגרים, הם בכל זאת תקפו שם ובדיעבד האוסטרו הונגרים היו צריכים לשלם פיצויים. זה בעצם הרבה פעמים תירוץ לפתיחה במלחמה.

עד שנות ה2000 רוב העולם למעט ישראל ומדינות בוודות לא תומך בגישה הזו. אחרי 9/11 ב2001 יש איזו תנועתיות והעמדה המתירנית זוכה לתמיכה יותר רחבה. לדוג' כשארה"ב מגייסת קואליציה רחבה לתקיפה באפגניסטן. במשך מס' שנים העמדה המתירנית הייתה קונצנזוס. היום זה כבר לא כ"כ נכון במיוחד אחרי הביקורת של המלחמה באפגניסטן, המטוטלת נוטה שוב לכיוון העמדה המצרה. היום אין ממש העדפה, יש מדינות שתומכות בגישה הקלאסית ויש מדינות שתומכות בגישה המתירנית.

הICJ תמיד היה מעריץ של הגישה הקלאסית. וטוען נגד הגישה המתירנית במיוחד בעולמות השטח הכבוש. למרות שהוא מקבל על זה המון ביקורת, הוא תופס צד בגישה הקלאסית. הפעם האחרונה שהוא מתייחס לסוגיה הזו הייתה בפסה"ד בעניין קונגו והוא משאיר את השאלה האם דיני השימוש בכוח רלוונטיים בהתקפות של ארגון מזוין נגד מדינה ב"צריך עיון".

**הגנה עצמית מונעת** – זהו דוקטרינה שונה שמערבת בתוכה לא מעט פוליטיקה עולמית. לדוג' לפי תמיכת העולם במבצע האחרון אנחנו יכולים לראות כמה חופש הפעולה של מדינות לפעול בתוך הדבר הזה, בין אם בעימות מזוין ובין אם כהגנה עצמית, תלוי בתמיכה משפטית שהמדינות מקבלות.

הרבה מהעיסוק הוא לשכנע שגישה אחת נכונה על פני הגישה השנייה. יש מדינות שתמיד יתמכו בצד אחד, אבל תמיד יש את האמצע של מדינות שנעות והן המטוטלת שאנחנו מדברים עליהן. בסוף יכול להיות דוח של הCOI שיגיד שההגנה העצמית לא חוקית ופס"ד של הICJ שיגיד שזה חוקי וכו'. זו גם השונות של המשב"ל מהמשפט המדינתי שיש פה כל מיני בתי דין וכו' בהשוואה למשפט מדינתי שהמערכת היא אחת.

נקודה נוספת – גם המדינות שבתקופת 'תור הזהב' של הגישה המתירנית תמכו בו, העמידו את התקיפה החמושה הראשונית של אותם ארגונים מזוינים לא מדינתיים ברף עוצמה וסיכון יותר גבוה ומצומצם מהרף שהיה מתקבל לו היה מדובר בהתקפה חמושה שיוצאת ממדינה. לצורך העניין, כדי להפעיל את ס' 51 ביחס למדינה מספיק שהמדינה תירה 2 טילים על מדינה אחרת, אבך אם מדובר בארגון צריך מתקפה חזקה יותר ולא ירי ספורדי. בעצם מנסים לקבוע גבולות כדי למנוע ניצול לרעה של הגישה.

הגישה מצטמצמת בעיקר בגלל שמשתמשים בה לרעה ולכן העמדה כיום היא חצי קלאסית חצי מתירנית.

**✓ כללי וובסטר/קרולינה**

המדינה לא יכולה לעשות הכל, מרגע שנקבע שהתבצעה כנגדה התקפה חמושה. המשפט המנהגי מטיל 3 מגבלות עיקריות להפעלת אותה הגנה עצמית כדי שהיא תהיה מותרת בעזרת **כללי וובסטר קרולינה**.

הרקע לתיקון הכללים: העמדת בכיר בצבא הבריטי לדין ע"י ארה"ב בעבירות של רצח והצתה בטענה שהיה מעורב בהפלת ספינת קרוליין במאה ה19. ספינת קרוליין האמריקאית, חימשה כוחות מורדים קנדיים שמרדו בשלטון הבריטי שהונהג בקנדה. באותו אירוע הצבא הבריטי תוקף את הספינה, מצית אותה ושולח אותה אל עבר מפלי הניאגרה. כתוצאה מהתקיפה מתים 2 אזרחים אמריקאיים.

בתגובה, ארה"ב עוצרת בכיר בצבא הבריטי, בטענה שיש לו קשר כלשהו לסוגייה, כאקט סמלי ומאשימה אותו ברצח והצתה. זה מוביל לחלופת מכתבים בין המזכיר האמריקאי, דניאל וובסטר ונציג בית המלוכה הבריטי, הלורד אשברטון. באותה חלופת מכתבים הם מנסים למנוע הדרדרות והגעה למלחמה בין המדינות. הם מנתחים את האירוע כהגנה עצמית ומתקנים כללי מותר ואסור בעולם ההגנה העצמית.

הם נותנים את המעטפת הראשונית ואת 3 הכללים שעוגנו כמאה שנים לאחר מכן בס' 51 למגילת האו"ם:

**① נחיצות** – אם ניתן לפתור את הבעיה בלי להשתמש בכוח, יש לפנות אל אותם אמצעים ואסור להפעיל את הכוח. אי אפשר ישר לקפוץ לתקיפה, אלא יש לבדוק האם מיצינו את הכלים הדיפלומטיים והבינ"ל בעולמות השלום, פרק 6 למועבי"ט וכיו"ב.

מטרת הכלל היא לוודא שהפעלת הכוח נעשית כמוצא אחרון להסיר את האיום ולצורכי הגנה עצמית בלבד, ושהמדינות לא נכנסות למקומות של נקמה, הרתעה וגמול וכו'. 2 דוגמאות:

1. הרקע למלחמת העולם הראשונה – התנקשות ביורש העצר האוסטרו-הונגרי פרנס פרדיננד. המתנקשים מתארגנים בבלגרד, בירת סרביה. בקרב האוסטרו-הונגרים מתעוררים חשדות שהמעורבות הסרבית יותר עמוקה ושלא מדובר בארגון לא מדינתי. מופעל הרבה לחץ מהבכירים האוסטרו-הונגרים לקחת את הטריגר הזה ולפתוח במלחמה. באותם זמנים, המתחים בין המדינות היו מאוד גבוהים והתבססו על סוגיות דת, גזע, שטחים וכיו"ב. האוסטרו הונגרים מגלים שיש אישיות בכירה שהייתה מעורבת בהתנקשות, ולכן הם מטילים אולטימטום על סרביה, שכלל תנאים מאוד משפילים ביחס למדינה דמוקרטית- חקירה של האוסטרו-הונגרים בשטחי סרביה כדי לעצור את החשודים המעורבים בדבר; הפסקת תעמולה כנגד האוסטרו-הונגרים; הגבלות בעניין העברת כספים לארגונים מסוימים; פעולות מודיעין והכל בתוך 48 שעות.

מטרת האולטימטום הייתה שסרביה תסרב ואז הם יצאו למלחמה. אבל הסרבים למרבה ההפתעה מקבלים את התנאים למעט תנאי החקירה בשטחי סרביה. ועדיין בסוך האוסטרו-ההונגרים פותחים בלחימה נגד סרביה. בדיעבד, בתי הדין השונים מטילים הרבה אחריות על אוסטריה והונגריה ומחייבים אותם בפיצויים לסרביה. למעשה האחריות שמוטלת היא בדיוק סביב זה, אומרים שלא הייתה נחיצות להפעיל הגנה עצמית. גם אם הייתה פעולה שמקימה הגנה עצמית, היה ניתן לתפור את העניין בלי שימוש בכוח. סרביה הסכימה לרוב התנאים ולכן האוס' אשמים.

1. מלחמת גיאורגיה-רוסיה. בשנות ה90 יש הרבה מלחמות בין הגיאורגים לתושבי חבל אמחזיה, קבוצת אנשים ממוצא רוסי שחיים למעשה בשטחים גיאורגיים. הגיאורגיים נלחמים מולם ומול כוחות רוסים וארמנים. המלחמה הסתיימה ומוקם באזור כוח שמירת שלום של האו"ם, אונומיג. הסכסכוך הזה די מצטנן, אבל עדיין יש אירועים ספורדיים פה ושם (כמו בישראל ובחזית הצפונית).

ב2008 יש סכסוך משמעותית בין גיאורגיה ורוסיה. הרוסים מתקדמים לגבול של אותו חבל, והמודיעין של הגיאורגים אומר שהרוסים מעוניינים לתקוף. הגיאורגיים מתחילים בארטילריה לעבר אותו חבל ועל הכוחות הרוסים. הרוסים תוקפים חזרה ואז שני הצדדים טוענים להגנה עצמית.

כשבחנו את הסוגייה ביחס לתקיפה הגיאורגית, אמרו שההגנה עצמית הייתה מוצדקת. הטענות מנגד היו שיש שם כוחות שמירת שלום והתקיפה של הגיאורגים לא הייתה נחוצה. ביה"ד אומרים שהגיאורגיים לא היו יכולים להסתמך על כוחות האום שהיו שמה, בין היתר בגלל שהם לא היו מספיק חזקים ויותר מדי מזוהים עם הרוסים.

לעומת זאת, לרוסים הן אמרו שהיה להם אמצעי לחץ אחרים שהם היו יכולים להפעיל ולאו דווקא להפעיל בכוח מנגד. למשל, במיוחד בגלל שהיא מדינה חברה קבועה באו"ם, הם יכלו להפעיל או לפחות לנסות להפעיל אמצעים דיפלומטיים, גם אם זה היה נכשל. הביקורת הייתה יותר על הרוסים.

הדוגמאות ממחישות את הדרישה לפעול באמצעים אחרים ולא בכוח לפני שמפעילים את חריג ההגנה העצמית. כמובן שאם הדברים האלה קורים, טענת הנחיצות הרבה יותר חזקה.

**② מידתיות** – הזכות להשתמש בכוח צריכה להיות מידתית כנגד הכוח הראשוני, אותה התקפה חמושה שבוצעה כלפי המדינה או כנגד האיום שמוטל על המדינה. את המידתיות ניתן לפרש ב2 דרכים-

1. פרשנות כמותית – עוצמת התגובה מתוקף ס' 51, כנגד התקפה חמושה צריכה להיות בעוצמה שווה לעוצמת התקיפה. הפרשנות היא כמותית כי זה עין תחת עין. הקושי הוא שבד"כ אי אפשר להסיר את האיום אם מפעילים אותה כמות של כוח. לדוג' אם מדינה כבשה מדינה אחרת ללא הפעלת כוח קינטי כלל, קשה לראות כיצד פעולה דומה תסייע למדינה לשחרר את שטחיה בחזרה.
2. פרשנות איכותנית - עוצמת התגובה צריכה להיות פרופורציונלית לעוצמת האיום האסטרטגי שנובע מהמתקפה שכנגדה מתגוננת המדינה. אפשר להגיב בעוצמה הנדרשת עד שניתן יהיה להסיר את אותו איום. זה בעייתי כי לפעמים זה לא יוצר הרתעה ארוכת טווח לפי פרשנויות מסוימות.

הקושי הוא בשאלה כיצד מעריכים את הסרת האיום, שהרי זה עניין סובייקטיבי. זה יכול להיגרר לתגובת נגד מאוד חריגה ועוצמתית ממה שההתקפה הראשונה הייתה. לכן, דברים כאלה מובילים לקושי מבני. אומנם הדין מנסה למנוע תגובות שבאות מתוך מניע נקמני ומנסה לאסדר את זה בצורה שתגביל את התגובה המונעת מתוך אינסטינקט ראשוני של נקמה ועונש.

**③ מיידיות** – יש להשתמש בכוח רק במועד שבו אין כל ברירה אחרת, ורק על מנת להסיר איום מיידי. ז"א צריך להשתמש על איום קונקרטי ולא ערטילאי. לגרור את ההגנה העצמית עד למועד האחרון, בנק' האל-חזור.

כפי שראינו, הזכות להשתמש בכוח בעילת הגנה עצמית כפופה לשלוש מגבלות שנועדו למנוע הדרדרות למלחמה כללית. מה לגבי מתקפת מנע (הגנה עצמית מונעת)? יש שני סוגים של מתקפת מנע:

1. התקפה צפויה – במלחמת ששת הימים לדוג', ישראל תקפה בגלל שהמצרים התקרבו לגבול, אך עדיין לא תקפו. קטגוריה זו נקראת "הגנה עצמית מפני התקפה צפויה". יש אינפורמציה ברורה שהולכת להיות מתקפה.
2. התקפה מונעת – מידע על איום עתידי ספקולטיבי. לדוג' איום ערטילאי של מדינה שהיא תשתמש בנשק גרעיני כנגד מדינה אחרת.

ההבדל הוא שהמתקפה הצפויה היא כנגד פעולה קונקרטית, בעוד המתקפה המונעת שהיא כנגד פעולה ספקולטיבית. האם לפני שתקפו אותי אני יכול להשתמש בהגנה עצמית? זה לא כזה ברור, זה ספקולטיבי לחלוטין. בייחוד לאור ההנחה שאנשים נוטים להניח דברים רעים על האויבים שלהם.

בשאלה זו יש לנו 3 עמדות:

1. עמדה מצמצמת - כל התקפת מנע אסורה ואינה עומדת בתנאי המיידיות. הטיעון הפורמלי הוא שאם מסתכלים על הנוסח של סעיף 51, הוא מדבר על התקפה שכבר קרתה. לכן, סעיף 51 לא מתיר הגנה עצמית מפני התקפה שטרם קרתה. הטיעון המהותי מחולק ל-2 וראינו אותו כבר – חשש מניצול לרעה והעובדה שמנהיגים הם בני אדם ומפריזים ביכולות האויבים שלהם (לדוג' הידיעה של ארה"ב כנגד הגרעין העיראקי, שהייתה שקרית בסופו של דבר). מנהיגי המדינות לא תמיד רציונלים ומניחים את הרע ביותר, מה שעלול ליצור חשש שכל אזעקת שווא עלולה לעורר מלחמה וליצור אסקלציות.
2. עמדה מרחיבה - שני הדברים מותרים. למעשה, כל דבר אחר הוא מתכון להתאבדות. יש נקודת אל חזור ולכן כשהצבא השני מתכונן לתקוף, בין אם האינפורמציה וודאית ובין אם ספקולטיבית, הדברים מותרים.
3. עמדת ביניים – עמדה זו נותנת את אותם טיעונים כמו העמדה המרחיבה אך מתירה אותם ואומרת שהם נכונים רק לגבי הגנה עצמית מפני התקפה צפויה. העמדה הזו אוסרת מפני מתקפת מנע כי היא יותר ספקולטיבית. הסיכוי לתקיפה במקרה של התקפה צפויה גבוה, אך במקרה של התקפה מונעת הוא יותר נמוך.

מבחינה משפטית טהורה, העמדה המצמצמת נשענת על פרשנות דווקנית והעמדות האחרות על פרשנות תכליתית. אותן עמדות טוענות בנוסף כי יש היתר מנהגי למתקפת מנע.

מה הדין בפועל? עד 9.11 הגישה הייתה מצמצת בעיקרה, ראיה לכך היא הגינויים שקיבלה ישראל על מלחמת ששת הימים ותקיפת הכור בעיראק.. אחרי 9.11 תומכים יותר בגישות המרחיבות. אחרי שארה"ב מנצלת את העמדה המרחיבה לרעה, אנחנו רואים שוב איזושהי תנועת מטוטלת חזרה לגישת אמצע. בשנים האחרונות נראה שהעמדה המקובלת שוב חוזרת לגישה המצמצת.

✓ **התערבות במלחמת אזרחים –**

האם מדינה ב' יכולה להתערב במלחמת אזרחים שמתרחשת במדינה א'. ואם כן, לטובת מי היא יכולה להתערב? 3 גישות

1. גישה א-סימטרית- מדינה יכולה לבקש סיוע צבאי אבל הגורמים הלא מדינתיים לא יכולים לבקש סיוע צבאי. נובעת מאי התערבות בעניינים פנימיים, אפשר לעזור למדינה אבל.
2. דוקטרינת השוויון הנגטיבי – אסור להתערב במלחמת אזרחים רק לטובת צד אחד. או שמתערבת לטובת שני הצדדים או לטובת אף אחד.
3. דוקטרינת השוויון הפוזיטיבי - ניתן להתערב לטובת כל צד שרוצים.

הדוקטרינות נובעות מכך שלא ניתן לדעת איזה צד הוא הצודק. ארגוני מורדים זה שם יפה, אך לפעמים דווקא המורדים בעיניי מדינה מסוימת הם הצד הצודק שנלחם למען עקרונות יותר נאורים. לדוג' מלחמת האזרחים בסוריה ותמיכת הרוסים בצבא אסד, לעומת תמיכת ארה"ב וצרפת במורדים.

בפועל, קשה לגעת בדברים האלה ולקבל הכרעות, זה לא כ"כ קורה, כל צד מסביר למה הצד שלו הוא הצודק. אין כ"כ הכרעה, ואין הרבה פסקי דין שמתייחסים לזה. קשה להכריע כי בסוף כל מדינה תטען שהצד שהתערבו בשבילו הוא הצד הנאור יותר.

**✓ התערבות הומניטרית**

האם מדינה זרה יכולה להתערב כאשר מדינה אחרת פוגעת באזרחית שלה ולהציל את האזרחים? למעשה כשמדינות נאט"ו הציבו אולטימטום ליוגוסלביה בפגיעתה בסרבים זה היה מתוקף ההתערבות ההומניטרית. ברור שזה לא הגנה עצמית כי אני לא מגיב למשהו שבוצע נגדי. אלא זו היכולת להתערב בסיטואציה שאני לא קשור אליה כי עושים דברים לא חוקיים כלפי האזרחים. יש דוק' שמדברת אפילו על חובה להתערב ולא כל יכולת. גם פה יש 2 עמדות-

1. עמדה מתירנית – התערבות כזו מותרת. שימוש בכוח במקרה כזה מותר לפי ס' 2(4) כי הוא אינו פוגע בטריטוריה, בריבונות ובמטרות האו"ם. ההתערבות מותרת מכוח הדין המנהגי, זה לא הגנה עצמית.
2. עמדה מגבילה – התערבות כזו מותרת רק בהתאם להסמכה במועבי"ט.

בפועל, בשנות ה90 יש תמיכה גבוהה בעמדה המתירנית. בעקבות שימושים לרעה בעיקר של רוסיה אנחנו רואים 50-50 של שתי העמדות בפועל. בתחילת שנות ה2000 יש כל מיני מקומות שניצלו את זה לרעה (גיאורגיה, חצי האי קרים) כיום העמדה המגבילה היא העמדה הרווחת.

# שיעור 15, 07/06/2021 – דיני העימות המזוין חלק א'

אחרי שלמדנו על יישוב סכסוכים בדרכי שלום ולמדנו על דיני השימוש בכוח. היום נלמד על דיני העימות המזוין שנקראים גם דיני הלחימה או דיני המלחמה. בשיעור שעבר למדנו על דיני השימוש בכוח שמסדירים את המצב שבו אנחנו עוברים ממצב של שלום ללחימה. ראינו שיש איסור קטגורי על שימוש בכוח ושיש 2 חריגים. הדינים אומרים מתי מותר לעבור ממצב של שלום למצב של מלחמה, שזהו מצב לא רצוי במשב"ל.

היום אנחנו עוברים לדון בענף שמסביר מה קורה מרגע שאנחנו כבר נמצאים במצב של מלחמה, עימות מזוין מול מדינה או ישות אחרת. ענף דיני הלחימה, המשב"ל ההומינטרי, קובע מה הכללים שחלים מרגע שנכנסנו למצב של מלחמה. אלו הדינים לניהול הלחימה- במי מותר לפגוע, באיזה כלי נשק מותר להשתמש, ואיך הצבאות אמורים לנהל את הלחימה.

הענף הזה הוא אחד הענפים הוותיקים ביותר במשב"ל כי מלחמות היו מאז ומעולם. ממלכות או מדינות נלחמו זו בזזו תמיד. זו האינטראקציה הראשונה שהמשב"ל בא להסדיר. עולם דיני הלחימה מבוסס על איזון בין שיקולים צבאיים לאינטרסים הומניטריים. יש הבנה בבסיס דיני הלחימה, שמלחמות לפעמים הם רע בלתי נמנע. אבל גם כשאנחנו במצב של מלחמה אנחנו רוצים למתן את התוצאות השליליות של המלחמה ולהפחית את הסבל שהן גורמות, הן לאוכלוסייה לא מעורב והן ללוחמים.

ההשקפה האידאולוגית הזו שיש ערכים ראויים גם במהלך המלחמה נובעת מכך שגם מלחמה היא לא מצב שניתן לפרוץ בה את כל הגבולות. גן כשהשימוש בנשק על מנת להרוג הוא חוקי, זה לא אומר שאנחנו רוצים לפרוץ את כל הגבולות.

אחד הכללים הוא ש**יש להימנע ככל האפשר מפגיעה באנשים שנמצאים מחוץ למעגל הלחימה- אזרחים, פצועים ושבויים**. גם במלחמה אנחנו מבינים שיש נורמות התנהגות מסוימות שהצדדים הלוחמים חייבים לכבד ולהיות מחויבים בהן. אלו סטנדרטים אנושיים מינימליים שמדינות ראו כחשובים מספיק ולא ניתן לפרוץ אותם. מלחמה היא לא פריקת כל עול.

**✓ נקודות כלליות על ענף דיני הלחימה-**

מטבע הדברים, הענף הזה רלוונטי גם היום כי מלחמות הן חלק מהקיום האנושי- קיימות מאז ומתמיד וגם היום. אבל המצב היום הוא מעט שונה, כי בעוד המשב"ל התפתח על רקע מלחמה קלאסית, היום מבחינה מספרית עיקר המלחמות הם לא בין מדינה למדינה אחרת (עדיין יש כאלה) , אלא הן מלחמות בין מדינה לאישות כלשהו שהיא לא מדינה או בין ישויות שונות שהן לא מדינות כמו במלחמת אזרחים לדוג'. יש לזה נפקויות מאוד חשובות. רוב הסכסוכים היום הם "סכסוכים שאינם בינ"ל". לעובדה הזו, יש משמעמות נורמטיבית מבחינת איזה דינים חלים בסכסוכים כאלה ואיזה לא.

נושא דיני הלחימה מעורר שאלות מרכזיות וחשובות ולפעמים אפילו יומיומיות בשיח הישראלי והבינ"ל הרחב יותר. לדוג' בתיקים כמו בג"צ הסיכולים הממוקדים וסדרת הבג"צים על גדר הבטחון. אלו שאלות מאוד חשובות, שהתשובות אליהן לא תמיד ברורות והן מצויות בענף דיני הלחימה. דוג' נוספת- לפני כמה שנים משטר אסד הואשם בתקיפה כימית על ארגוני המורדים נגדו. התשובה לשאלה בעניין זה האם שימוש בנשק כימי הוא חוקי מצויה בדיני העימות המזוין של המשב"ל. הקונספט של המלחמה בטרור הייתה מאוד שנויה במחלוקת לפי עשרים שנה, היום הנושא יותר מלובן וגם פה התשובות לו נמצאות בדיני המשב"ל.

**✓ האינטראקציה בין דיני העימות המזוין לענפים אחרים**

יש אינטראקציה מאוד חשובה בין ענף דיני הלחימה לענף המשב"ל הפלילי. תחת התחום של משב"ל פלילי, חלק נכבד מהפשעים שנאכפים הם פשעים שבוצעו אגב לחימה (פשעי מלחמה), ולכן יש קשר הדוק בין העלום הזה וההתפתחות המואצת של המשב"ל הפלילי, בפרט בדמות בתי דין פליליים בינ"ל. היום למשב"ל יש הרבה יותר שיניים ממה שהיה לו בעבר בהיבט האכיפה של נורמות דיני הלחימה, בדמות בתי דין בינ"ל שמסוגלים לאכוף פשעי מלחמה שמהווים הפרה חמורה של דיני הלחימה.

אינטראקציה הדוקה נוספת היא בין המשב"ל ההומניטרי לדיני זכויות אדם במשב"ל. במובן מסוים, ענף דיני הלחימה (שנקרא גם משב"ל הומניטרי) מבקש להגן על זכויות אדם בסיטואציה הספציפית של לחימה ועל זכויות של אזרחים לא מעורבים, שבויים ופצועים. כך שיש אינטראקציה והרבה מן המשותף בין העולמות האלה.

**✓ התפתחות ומקורות מרכזיים**

כאמור, דיני הלחימה הם אחד מהדינים הוותיקים במשב"ל. מאמצע המאה ה19, הם מתחילים לדהור קדימה ולהתפתח. כמה נקודות ציון חשובות:

* **1863: הקמת ארגון הצלב האדם הבינ"ל**. אומנם זה ארגון בינ"ל אבל הוא משחק תפקיד עתיק ומאוד חשוב בהתפתחות דיני הלחימה, גיבוש אמנות, ביישום ובפרקטיקה היומיומית של דיני הלחימה. ארגון הצלב האדום שולח נציגים לזירות מלחמה ומוודא שהצדדים למלחמה מקפידים על הדינים.

הארגון מוקם ב1863 ע"י אזרח שוויצרי שנקלע למראות מאוד קשים אגב קרב סולפרינו שהתרחש בצפון איטליה ב1859. הוא מזדעק למראה הפצועים שותתי הדם שלא מוגשת להם שום עזרה במהלך הלחימה. הוא אומר שגם במצב מלחמה צריך למנוע מהם סבל מיותר ולכן הוא יוזם את הצלב האדם.

* **1863: פרסום קוד ליבר-** במקביל פורסם בארה"ב קוד ליבר שנקרא ע"ש מנסחו והגיע לאותה תובנה שגם במסגרת מלחמה ומלחמת אזרחים חיילי הצבאות צריכים לעמוד בסטנדרטים הומניטריים מינימליים. זה בין המסמכים הראשונים שהניחו את האיסור המוחלט על עינויים גם ביחס לחיילי אויב ומסמך שהרבה מהעקרונות שלו הוטמעו במהלך הדרך במסמכים אחרים של דיני המלחמה.
* **1868: הכרזת סנט פטרסבורג**- במסמך הזה מגבילים בפעם הראשונה את השימוש בכלי נשק מסוג קליעים נפוצים. אלו קליעים שמשקלם פחות מ400 גרם והסתבר שהם ממיתים באופן פחות מיידי. כתוצאה מכך, החיילים שנפגעים מהם סובלים במשך זמן מאוד ארוך. מדינות מבינות שגם במצב של לחימה, אומנם החיילים יודעים שהם עלולים למות אבל הם לא צריכים לסבול יתר על המידה. הכרזה שאומרת שצבאות של מדינות לא יכולות להשתמש בקליעים מסוימים בגלל הסבל המיותר שהם גורמים לחיילי האויב. הם שומרים על זכויות של אזרחים לא מעורבים וגם על חיילים שמשתתפים במלחמה.
* **1899/1907: ועידות האג והאמנות שמתקבלות לאחריהן** - האמנה החשובה ביותר לענייננו היא אמנת האג הרביעית בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה והתקנות הנספחות לה, שהניחה כללים מאוד חשובים בנוגע ליחס לשבויים, שיטות לחימה אסורות, זכויות אזרחים בשטח שנכבש אגב מלחמה ועוד. אין עוררין על כך שכיום מדובר באמנה מנהגית וגם ישראל באינספור עתירות לבג"ץ קיבלה את העמדה הזו.
* **1925: הגבלת השימוש בגזים רעילים ולוחמה ביולוגיות**- הגבלה על נשק כימי ונשק ביולוגי.
* **1949: ארבע אמנות ג'נבה** - לאחר מלה"ע ה2 ועל רקע זוועות המלחמה מגובשות 4 אמנות ג'נבה המפורסמות. אנחנו נדבר על 2 מבין האמנות האלה- האמנה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה ואמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה. גם עליהן אין עוררין שהן משקפות משב"ל מנהגי. היו זמנים שישראל בשנות ה80 בעיקר טענה כי אמנת ג'נבה הרביעית היא אמנה הסכמית. היום ישראל לא מעלה בעצמה את הטענה הזו. בכל מקרה, ישראל הצהירה על עצמה שהיא מקבלת את ההוראות ההומניטריות שבאמנה ולכן בפועל נראה את האמנה הזו באינספור פס"דים של ביהמ"ש העליון. הרבה פעמים ביהמ"ש קיבל את היכולת להחיל את האמנה על בסיס אותה הצהרה חד צדדית של ישראל.
* **1977: פרוטוקול נוסף לאמנת ג'נבה מיום 12.8.1949 בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינ"ל** - נקרא גם הפרוטוקול הראשון ועוסק בסכסוכים בינ"ל
* **1977: פרוטוקול נוסף לאמנת ג'נבה מיום 12.8.1949 בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל**- נקרא גם הפרוטוקול השני.

🡨 המשותף הוא ששניהם גובשו ב1977 בהובלת הצבא האדום על בסיס ההבנה שהאמנות דורשות עוד השלמה ופיתוח. הפרוטוקולים ביקשו להשלים ולעגן את דיני הלחימה.

* יש עוד התפתחות ולמרות העובדה שזה אחד הענפים הכי עשירים ומפותחים במשב"ל אנחנו נראה שיש עדיין לא מעט שאלות פתוחות ומאוד מאתגרות בתחום הזה, נוכח העובדה שהסכסוכים היום הם לא סכסוכים קלאסיים בים מדינות.

**✓ דיני השימוש בכוח מול דיני העימות המזוין**

כמו שפתחנו את השיעור, ענף דיני השימוש בכוח מסדירים את המצב של מעבר משלום למלחמה. במילים אחרות הם אומרים לנו מתי מדינה יכולה לפנות ולעשות שימוש בכוח. כאמור, ברירת המחדל היא ששימוש בכוח הוא אסור בגלל ס' 2(4) למגילת האו"ם. בנוסף אליהם, יש לנו ענף נפרד לחלוטין במשב"ל שאומר מה קורה מרגע שנכנסו למצב של לחימה. זה ענף דיני העימות המזוין.

המשמעות לכך שמדובר בשני ענפים נפרדים- כשאנחנו במצב של מלחמה וחלים דיני העימות המזוין, לא מעניין את המשב"ל מי הוא הצד התוקף שפתח את המלחמה ומיהו הצד שהגיב בהגנה עצמית. בנוסף, מרגע שיש מלחמה, יחולו דיני העימות המזוין בלי קשר לשאלת חוקיות או צדקת השימוש הראשוני בכוח.

מרגע שיש מצב של מלחמה חלים דיני הלחימה של המשב"ל באופן שווה גם על הצד שפתח בלחימה, בין אם היה חוקי ובין אם לא. ההבנה הברורה, הרווחת והבלתי ניתנת לערעור היא שהם חלים גם כשהצד השני לא מקיים אותה ומפר את דיני הלחימה. זה מאוד לא אינטואיטיבי אבל זה המצב מבחינה משפטית.

המדינות לרוב כן מכבדות את דיני הלחימה. הבעיה מתעוררת בעיקר מול ארגונים לא מדינתיים. המפרים לא יהיו זכאים למעמד של שבויי מלחמה (נרחיב על זה מחר).

**✓ שני סוגי סכסוכים** - דיני העימות המזוין במשב"ל מבחנים באופן מסורתי ויסודי בין 2 סוגים סכסוכים-

1. **עימות בינ"ל** – ההבנה המסורתית היא שמדובר **בסכסוכים בין 2 מדינות או יותר** לפי ס' 2 המשותף לכל 4 אמנות ג'נבה (ס' 2 ו3 זהים בכל ארבע האמנות). במילים פשוטות, הסעיף אומר שעימות בינ"ל הוא מצב של לחימה בין 2 או יותר מהמדינות שהן צד לאמנה. מכך אנחנו למדים שבאופן מסורתי המשב"ל מתייחס לסכסוכים בינ"ל כסכסוכים בין שתי מדינות או יותר.
2. **עימות מזוין שאינו בינ"ל** – בסכסוכים כאלה עוסק ס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה. הסעיף הזה יחול במקרה של **סכסוכים מזוינים שאינם בעלי אופי בינ"ל**. בעוד שביחס לסכסוכים בינ"ל יש לנו הגדרה פוזיטיבית, מהו סכסוך בינ"ל. ההגדרה לסכסוך שאינו בינ"ל הוא הגדרה שיורית. באופן מסורתי, סכסוך כזה נתפס כמתייחס למלחמות פנימיות, מלחמות אזרחים וכו'.

דיני הלחימה הקלאסיים התפתחו ובאו להסדיר סכסוכים בין מדינות. אמנות ג'נבה משנת 1949 פותחו על רקע מלה"ע ה2 שהייתה בין מדינות והניחו תשתית לסכסוכים בינ"ל. הפרוט' הראשון עוסק בסכסוכים בינ"ל ולכן התוצאה נכון להיום היא שהוא חל דה-יורה על סכסוכים בינ"ל ושהוא יותר עשיר ומפורט. הוא כולל בחובו כללים מסוימים והסדרים מסוימים שהם ייחודים רק למצב של סכסוך בינ"ל. כמו לדוג' המעמד המפורסם של שבוי מלחמה קיים רק בסכסוך בינ"ל (מחר נדבר על הנפקות של זה בהקשר הישראלי).

היום, רוב הסכסוכים הם לא בינ"ל, אלא בין מדינות לגופים לא מדינתיים (ישראל מול חיזבאללה במלחמת לבנון ה2, ישראל מול החמאס בכל המצבעים בעזה, ארה"ב מול אל קעידה ועוד). דווקא בסכסוכים האלה שהדין שחל בהם הוא הרבה פחות מפורט אנחנו נתקלים באתגרים מאוד קשים ובפגיעה וסיכון יותר גבוהים לאוכלוסייה האזרחית שאמורה להיות מוגנת בזמן מלחמה.

קיימים 2 מסמכים בינ"ל שמסדירים סכסוכים שאינם בינ"ל – ס' 3 לאמנות ג'נבה שמניח שורה של הגנות בסיסיות. זה ס' קצת רזה ולכן הפרוטוקול השני מ1977 עיבה את ההסדרים שחלים על סכסוכים כאלה.

למה השוני כ"כ מובהק בהיקף הנורמות שחלות על סכסוכים מזוינים בינ"ל לאלה שאינם בינ"ל? למה מדינות השקיעו הרבה אנרגיות בליצור הסדרים עבי כרס בסכסוכים בינ"ל והרבה פחות אנרגיות בסכסוכים שאינם בינ"ל? מדינות לא רצו להכפיף את עצמם לסטים של נורמות כאשר הגופים מולם הם נלחמים לא כפופים ולא מכבדים את אותם נורמות. המדינות לא רוצות להעמיק את חוסר הסימטריה בין הלוחמים. סיבה נוספת היא שסכסוכים בינ"ל נתפסו במקור כסכסוכים כמו מלחמות אזרחים וכחלק מתפיסה מאוד רווחת במשב"ל של עיקרון הריבונות ואי התערבות בעניינים פנימיים התפיסה היא שאלו סוג הסכסוכים שלקהילה הבינ"ל יש פחות מקום להתערב בהם. אלו סכסוכים מול מורדים מבית, בין קבוצות אזרחים שונות. בעולם כזה של עיקרון הריבונות ואי התערבות התפיסה היא שיש פחות מקום להסדרים של המשב"ל בסכסוכים כאלה.

למה היה חשוב כ"כ שנגדיר 2 סוגים של סכסוכים? כאשר מדובר בסכסוך בין מדינות התפיסה היא שכל שימוש בכוח מקפיץ את דיני הלחימה (במי מותר לפגוע וכו'). המצב יותר מסובך כשאנחנו עוסקים בסכסוכים שהם בתוך מדינות או סכסוכים בין מדינה לגורם לא מדינתי, כי אז אנחנו באיזה תחום אפור. אנחנו לא יודעים האם הדינים שצריכים לחול הם דיני אכיפת החוק, המשפט הפלילי המדינתי או שאנחנו בסיטואציה של לחימה עם כל התותחים הכבדים שדיני הלחימה מאפשר להפעיל.

לדוג' ניתן לראות בהשוואה בין טרור הסכינים ב2015 לבין האינתיפאדה השנייה. המצב של לחימה מול ארגוני טרור פלסטינים במהלך האינתיפאדה הוכר כלחימה ונתן לצבא אפשרות להשתמש באמצעים הרבה יותר קטלניים. לעומת זאת כשהתחיל טרור הסכינים ב2015 שהיה בעיקר לא מאורגן ושל יחידים לא היה ספק שאנחנו לא בעולם דיני הלחימה ושזו סיטואציה שאנחנו מתמודדים איתה תחת המשפט הפלילי המדינתי, ולכל היותר מעצר מנהלי. כשאנחנו בסכסוכים שאינן בינ"ל יש נפקות לעוצמת הלחימה ומאפייניה.

בפס"ד טאדיץ', אחד מהמכוננים במשב"ל, ביה"ד הבינ"ל ליוגוסלביה (ICTY) עסק בשאלה הזו- מתי יחולו דיני העימות המזוין, כשמדינה נלחמת מול גורם לא מדינתי, ולא נסתפק באכיפת החוק. פסה"ד הניח כמה אינדיקציות לא מצטברות שאומרות האם חלים דיני העימות המזוין במצב של מלחמה לא מדינתית. לדוג' רמת הארגון של הצדדים; משך הסכסוך; עוצמת האלימות – סוגי הנשק שמשתמשים בו הארגון הלא מדינתי; מעורבות צדדים שלישיים; השלכות על צדדים שלישיים וההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך. זו רשימה לא סגורה.

אלו אינדיקציות שונות שאנחנו צריכים להסתכל עליהן כדי להבין האם אנחנו בסיטואציה של אכיפת חוק ואז אנחנו נשתמש בכלים של משפט פלילי ומנהלי או שאנחנו בעולם דיני הלחימה ואז מותר למדינה להפעיל כוח = להרוג (לוחמים כמובן). במצב שחלים דיני הלחימה המדינה מקבלת רישיון להרוג.

על רקע כל זה, אפשר להבין למה בטרור היחידים ההבנה הייתה ברורה שאנחנו בעולם אכיפת החוק וישראל לכל היותר יכולה לעצור ובמקרה של הגנה עצמית להרוג. ורק במקרה של האינתיפאדה השנייה והדומות לה אנחנו במצב שניתן להפעיל כוח מול מי שמאיים עלינו.

**✓ עימות מזוין מול ארגון טרור**

השאלה הזו תופסת חלק מאוד נכבד כי כל עולם הלחימה מול ארגוני טרור הפך ליותר רווח ב20 השנים האחרונות. בעבר היה ספק אם יכול להיות עימות מזוין מול ארגון טרור, אלא ההבנה הרווחת הייתה שמדובר במצב של אכיפת חוק. בראשית שנות ה2000, בתחילת ימי האינתיפאדה השנייה, כשאוטובוסים מתפוצצים וכו', ישראל טענה שהיא במצב של עימות מזוין מול ארגוני הטרור הפלשתיניים. באותו שלב ראשוני "בעטו את ישראל מכל המדרגות" בזירה הבינ"ל, אמרו שארגון טרור הוא כמו ארגון פשע וישראל צריכה להתמודד איתו כמו שהתמודדה איתו באינתיפאדה הראשונה- תחת דיני אכיפת החוק והמשפט הפלילי (הטרוריסטיים הם עבריינים). זו הייתה נק' המוצא שאיתה ישראל נאלצה להתמודד בראשית שנות ה2000.

כיום אין עוררין, בזירה הבינ"ל, על כך שייתכן מצב של עימות מזוין ולחימה ממש מול ארגון טרור, ויחולו על הסכסוך דיני הלחימה במשב"ל. אבל וגם ישראל לא טוענת אחרת, לא כל אלימות של ארגון לא מדינתי תביא לתחולת דיני הלחימה, אלא רק לפי האינדיקציות שהונחו בפנינו בפס"ד טאדיץ.

לכן, במצבים כמו האינתיפאדה השנייה, מצבי לחימה כמו צוק איתן ושומר החומות. עוצמת האלימות, היקף הפגיעה ומשכם גרמו לנו להבין שחלים דיני הלחימה של המשב"ל. זה כאמור לעומת גל טרור הסכינים של 2015 שגם ישראל לא טענה שחלים עליו דיני הלחימה, אלא דיני אכיפת הוק והמשפט הפלילי.

**בג"צ עג'ורי** – עתירה כנגד החלטת ישראל לגרש מחבלים תושבים איו"ש לעזה, ברקע ימי האינתיפאדה השנייה וכך בעצם תיחמה להם את המגורים ברצועת עזה. ביהמ"ש אומר שצריך לשנות את הדיסקט- אם עד עכשיו התייחסנו אליהם במישור הפלילי והמנהלי, החל מסוף 09/2000 הסיטואציה היא כבר לא אכיפת חוק אלא לחימה. אי אפשר להכיל עוד את המאבק בארגוני הטרור תחת פעילות משטרתית וחייבים להכניס לתמונה את דיני הלחימה, כי האלימות והיקף הפגיעה היא כזו שאנחנו בסכסוך מזוין.

על בסיס הקביעה החשובה הזו ישראל יכלה לעשות במהלך ימי האינתיפאדה שימוש הרבה יותר מאסיבי בכוח כמו סיכולים ממוקדים, הרג מכוון של מטרות מסוימות וכלים שהיא לא עשתה בהם שימוש במהלך השנים שקדמו לכך.

זו החלטה מכוננת וחלוצית. העולם לא הבין איפה זה נחת, שהרי ישראל היית בודדה במלחמה. לאחר אסון התאומים ופיגועי אל קעידה בארה"ב, כל העולם התחיל להבין שהיו דברים בגו ויכול להיות מצב של עימות מזוין מול ארגון טרור ושניתן לעשות שימוש בכוח כלפי מי שנמנה על שורות ארגון הטרור. אין ספק שהפיגועים בתאומים ובפנטגנון לא השאירה אף אחד אדיש.

**איזה סוג סכסוך בדיני הלחימה - סכסוך שאינו בינ"ל וסכסוך בינ"ל – חל במצב של עימות מזוין מול ארגון טרור שחוצה גבולות?** ביהמ"ש הגיע באותה שאלה לשתי מסקנות סותרות:

* פס"ד חמדאן מ2006 של ביהמ"ש העליון האמריקאי – ארה"ב כלאה את חמדאן בקובה עקב מעורבותו בארון אל קעידה. ביהמ"ש העליון נדרש אגב לסיפור לשאלה איך הוא מגדיר את הסכסוך בין ארה"ב לאל קעידה כדי לדעת מה ההסדרים שחלים על אותו חמדאן. ביהמ"ש העליון האמריקני דוגל **במבחן זהות הצדדים** – ביהמ"ש העליון אומר שמאמנות ג'נבה והספרות ניתן ללמוד שסכסוך מזוין הוא סכסוך בין 2 מדינות ויותר. לעומת זאת, הסכסוך של ארה"ב ואל-קעידה הוא בין מדינה לארגון לא מדינתי, ולכן אין לי אלא לקבוע **שזה עימות מזוין שאינו בינ"ל**. על בסיס ההבנה הזו הוא הסיק שחמדאן לא זכאי למעמד של שבוי מלחמה.

לענייננו, זהו פסה"ד מאוד חשוב כי הוא קובע שעימות של מדינה מול ארגון טרור הוא עימות שאינו בינ"ל ויש לזה נפקויות משפטיות מבחינת היקף וכמות ההסדרים שחלים בסכסוך הזה.

* ביהמ"ש העליון שלנו בבג"צ הסיכולים הממוקדים בא עם מבחן חדש שזכה להמון ביקורת – **מבחן חציית הגבול הבינ"ל**. העימות בין ישראל לפלשתיניים הוא בעיקר מול ארגוני הטרור בעזה. במהלך האינתיפאדה השנייה לאור הסיכון הגדול להיכנס לעזה, צה"ל פיתחו את שיטת הסיכול הממוקד שהוריד את האנשים מלמעלה מבלי לסכן את הכוחות הישראליים. ביהמ"ש העליון אומר שבהתאם למבחן חציית הגבול, הרי שמדובר בשטח שמחוץ לגבול הישראלי ומכך אנחנו למדים שמדובר **בעימות בינ"ל**. ביהמ"ש מתעלם לחלוטין מההגדרה הפוזיטיבית שדורשת 2 מדינות וממציא מבחן אומנם אינטואיטיבי אבל חדש- מבחן חציית הגבול.

אלו 2 הדעות ששולטות בכיפה ואין הסכמה. בשורה התחתונה במידה מסוימת חשיבות ההבחנה הזו מתעמעמת היום במידת מה בגלל המציאות שאנחנו מתמודדים איתה בעשורים האחרונים של סכסוכים לא מדינתיים גוברים. המגמה היא של חלחול הולך ומתמשך של יותר נורמות לתוך העולם של סכסוכים שאינם בינ"ל או סכסוכים מול ארגונים לא מדינתיים. העולם מבין שאלה הסכסוכים העיקריים שאנחנו מתמודדים איתם היום ולא יכול להיות ריק נורמטיבי. לכן אנחנו רואים יותר שאיבה של דיני הסכסוכים בינ"ל לסכסוכים אלו.

**✓ עקרונות יסוד –**

בבסיס דיני הלחימה עומדים 4 עקרונות יסוד. **נכון להיום, עקרונות אלה חלים בשני סוגי הסכסוכים.**

1. **צורך צבאי** – עיקרון עמום.
2. **עיקרון ההבחנה** - עיקרון מכונן מרכזי וחשוב.
3. **עיקרון המידתיות של דיני הלחימה.**
4. **עיקרון ההומניות או האנושיות.**

כל העקרונות קשורים זה בזה ומתכתבים זה עם זה. כך שההפרדות מלאכותיות אבל עוזרות לנו לשים את הדגש על העקרונות השונים שנגזרים מהן.

**① צורך צבאי**

צד לסכסוך מזוין יכול לפגוע באינטרסים מוגנים- רכוש, סביבה, חיים – כל אימת שהדבר משרת צורך צבאי. כלומר, במלחמה לא ניתן לעשות דברים שאינם משרתים או מקדמים את הצורך הצבאי של צד לסכסוך. זה עיקרון מאוד עמום אנחנו נראה כל מיני מופעים שלו בהקשר של עיקרון ההבחנה ואיך מיישמים את זה. העיקרון הזה הוא מבטא לנו את הנוסחה הכללית וההבנה המובהקת של דיני הלחימה שמבקשת מלכתחילה ליצור איזון בין צרכים ואינטרסים צבאיים לבין אינטרסים הומניטריים.

מעבר לזה שעיקרון הצורך הצבאי מונח בנוסחה הכללית והעקרונית של דיני הלחימה. אנחנו מוצאים אותו בכל מיני כליים ספציפיים של דיני הלחימה. לדוגמא:

ס' 23(g) לתקנות האג (שנחשבות לדין מנהגי) - במהלך מלחמה אין לפגוע ברכוש אזרחי, אלא אם הפגיעה או התפיסה של הרכוש או הפגיעה משרתת או נובעת מצורך צבאי הכרחי.

לדוג' במהלך צוק איתן, ישראל משתמש בחישופים כחלק מההכנה לכניסה הקרקעית ועל מנת להפחית את הסיכונים לכוחות הקרקעיים שלנו. היו מקומות שנכנסו לשם דחפורי D9 והרסו מבנים (לאחר שפונו משם אזרחים) כדי לפתוח צירים ולמנוע ירי צלפים. המטרה הייתה הכוחות שלנו יוכלו להיכנס עם כמה שפחות איומים עליהם. כשישראל עושה את הצעד הזה היא מפנה לסעיף הנ"ל ואומרת שאומנם במהלך מלחמה אסור לפגוע ברכוש אזרחי, אבל ישראל נכנסת ומחשפת את המטעים והמבנים בשטח הרלוונטי מאחר והפעולה הפוגענית דרושה מכוח צורך צבאי הכרחי. הצורך הצבאי ההכרחי מבחינת ישראל הוא לאפשר כניסת כוחות במצב שהם יהיו כמה שפחות חשופים לפגיעה אפשרית ע"י אנשים שיכולים להסתתר בשטח. זה מצב מובהק שעיקרון הצורך הצבאי מוטמע לתוך כלל חשוב במשב"ל שמתי אסור או מותר לפגוע ברכוש אזרחי אגב לחימה.

# שיעור 16, 08/06/2021 – דיני העימות המזוין חלק ב': עקרונות ההבחנה, המידתיות וההומניות

סיימנו שיעור שעבר עם 4 העקרונות שעומדים בבסיס דיני הלחימה. במידה רבה, מקובל שהעקרונות האלה חלים הן בסכסוכים בינ"ל והן בסכסוכים לא בינ"ל, למעט חריגים.

**② עקרון ההבחנה** – העיקרון בא לידי ביטוי בס' 48 לפרוט' הראשון ואין ספק שמדובר בכלל מנהגי. ככלל, הכללים שנלמד היום, רובם ככולם משקפים משב"ל מנהגי ומחייבים גם את המדינות שלא הצטרפו לפרוט' הראשון. ס' 48 לפרוט' נקרא הכלל הבסיסי,basic rule , וקובע **יש להבחין בין לוחמים לאזרחים ובין מטרות צבאיות למטרות אזרחיות.**

**🡨 ההבחנה היסודית הראשונה: בין מטרות אזרחיות למטרות צבאיות** - ס' 48 יחד עם ס' 52(1)(2) לפרוט' הראשון קובעים שעל צד לסכסוך מזוין להבחין בין יעדים צבאיים ואזרחיים ולכוון התקפות רק כנגד יעדים צבאיים. **אסור לכוון התקפה לעבר יעדים אזרחיים.**

**מהו יעד צבאי (Military Objective)?** ס' 52(2) לפרוט' הראשון מגדיר לנו יעד צבאי כאובייקטים אשר מטבעם, מיקומם, מטרתם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, תפיסתם או ניטרולם, באופן מוחלט או חלקי, בנסיבות המתקיימות באותו הזמן, מקנים יתרון צבאי מובהק.

לפי התפיסה הזו יעד צבאי הוא בסיס צבאי, מטוסים צבאיים, טנקים, כור אטומי וכיו"ב.

**מהו יעד אזרחי (Civilian objective)?** דיני הלחימה הולכים להגדרה שיורית. ס' 52(1) לפרוט' הראשון קובע שיעד אזרחי הוא כל מה שאינו יעד צבאי והוא מוגן מפני תקיפה. פירושו של דבר, אנחנו צריכים להגדיר בצורה ברורה מהו יעד צבאי. ובמקום של ספק, אין ספק- מדובר ביעד אזרחי ואסור בתקיפה. עם זאת, גם יעד שהוא לכאורה אזרחי יכול לפי דיני העימות המזוין לאבד את חסינותו מתקיפה אם בתקופה מסוימת הוא משמש בפועל כיעד צבאי (זה לא מספיק ויש עוד מבחנים משפטיים). דוגמאות:

* כנגד תקיפת מגדל התקשורת ברצועה ע"י ישראל במבצע שומר החומות, ישראל טענה, בין היתר, שבאותו בניין ישבו יחידות טכנולוגיות של חמאס וחלק מיחידות הסייבר. זה יחידות שקשורות לכוח הצבאי הטכנולוגי של חמאס ולכן זה צבע את הבניין המדובר בצבע צבאי וגרם לו להשיל את החסינות שלו כיעד אזרחי של ערוצי תקשורת. השימוש בבניין איין את החסינות של הבניין והפך אותו ליעד צבאי מותר בתקיפה.
* בצוק איתן נתקלנו בבתי ספר שהפכו למחסני נשק, כך גם דירות מגורים וכו'. כל האובייקטים האלה, שבמהות שלהם הם ללא ספק יעד אזרחי, איבדו את החסינות שלהם כיוון שבמסגרת הלחימה הם שימשו לצרכים צבאיים.

כמובן שכל התקיפות כפופות לעיקרון המידתיות שנדון בו בהמשך. לצורף הדיון, יעד אזרחי, הגם שהוא מוגן מתקיפה יכול לאבד את החסינות שלו מפני תקיפה. זה יכול ליצור סיטואציות לא פשוטות כמו במצב של שיגור אחד מבית או במצבים שיעדים צבאיים קרובים ליעדים אזרחיים.

**יעדים מעורבים (Dual Use)** - כמו גשרים, מסלולי תעופה וכו'. ביום יום הרגיל מדובר ביעדים אזרחיים לחלוטין. אבל ברגע שנכנסו לסיטואציית לחימה, היעדים האלה בסבירות גבוהה הולכים להירתם לעזרתו של הצד שכנגד, כמובן שזה על בסיס מודיעין וכו'. עולה השאלה האם ניתן לתקוף אותם? הגם שהם יעד מוגן, יכול להיות שבגלל השימושיות הכפולה שלהם ניתן יהיה לפגוע בהם בזמן מלחמה למען היתרון שניתן להשיג. כמובן שלא ניתן להשמיד כל ערוץ תעופה או גשר וכו', אלא רק יעדים שאין ספק שמשתמשים בהם, בין היתר למלחמה.

**סעיפים 51(4-5) לפרוט' הראשון-** יישום נוסף של עיקרון ההבחנה: איסור על תקיפה בלתי מבחינה מטבעה.דוגמאות:

* התקפה שלא מכוונת למטרה ספציפית, אלא התקפה לאזור נרחב שיש בו יעדים צבאיים אסורים.
* שימוש בנשק או בשיטת לחימה שאי אפשר לכוון אותם באופן מספיק מדויק או שאי אפשר להגביל את התוצאות שלהם באופן מספק. לדוגמה-
* ארטילריה – ארטילריה היא נשק סטטיסטי ולא מדויק. אי אפשר לכוון אותה באופן מדויק לעבר יעד, היכולת שלה מוגבלת וניתן לדעת מה הרדיוס שבו הארטילריה תפגע מסביב לנ.צ. לכן השימוש בו מגביר את הסיכון לתקיפה שלא מבחינה מטבעה.

ההנחיות לשימוש בנשק ארטילרי זה לא להשתמש בו באזורים מיושבים ומעורבים. מעבר לכך, הצבא מחויב לשמור על טווחי בטיחות. בגלל הידיעה שהפגז לא ייפול בצורה מדויקת, יש כמה מאות מטרים שהצבא חייב להגדיר, כתלות בתוואי השטח והנשק עצמו כדי שההתקפה לא תיחשב כבלתי מבחינה מטבעה.

* מצרר – ב2006 במלחת לבנון ה2 ישראל עשתה שימוש מסיבי בנשק הזה בחימושים מאוד ישנים. מצרר זה נשק שאפשר לירות אותו מתוך פגזים או שאפשר להטיל אותו ממטוסים. זה לא נשק שהוא לא חוקי, אבל הרבה פעמים עושים בו שימוש כי הוא מכסה תאי שטח וכך הוא אפקטיבי לחיסול תא שטח. ישראל עשתה שימוש בנשקים מאוד ישנים וכשנגמרה המלחמה נשארו בשטח הרבה מאוד נפלים. למעשה ישראל בלי שהתכוונה מיקשה שטחים בלבנון כי המצרר נשאר על הקרקע בלי מנגנוני השמדה עצמית והפך את אותם אזורים לשדה מוקשים והביא למוות של אזרחים.

זה נשק שלא יכולנו להגביל את התוצאות שלו, נגמרה המלחמה הוא המשיך לפגוע באנשים, על אחת כמה וכמה אזרחים. נעשה ניסיון לאסור על השימוש בו. ישראל עברה למקום שלא לאסור על מצרר אבל לאפשר שימוש במצרר שיש לו מנגנון השמדה עצמי כך שהוא יתוחם לזמן המלחמה ובסיומה לא יישארו נפלים שממשיכים לפגוע באנשים שעה שהמלחמה נגמרה ואין בזה צורך צבאי.

* הפצצות מגובה רב (נאטו).
* נשק גרעיני – בהקשר של נשק גרעיני יש חוות דעת מיוחדת של ביה"ד הבינ"ל שאומרת שנשק גרעיני מקשה על עיקרון ההבחנה ולכן הוא עשוי לעלות כדי תקיפה שאינה מבחינה מטבעה. למרות שזו חוו"ד מאוד מעניינת, ביה"ד השאיר במין צ"ע שהנשק הזה עשוי להיות חוקי מקום שהקיום של מדינה עומד על הכף. ביה"ד הבינ"ל לצדק אמר שנשק גרעיני יכול לעלות כדי התקפה בלתי מבחינה.

החובות ככל שהן נובעות מעיקרון ההבחנה, חלות לא רק על הצד התוקף, אלא גם על הצד המתגונן. צריך ליישם את עיקרון ההבחנה בכך שהוא כפוף לחובה להבחין בין יעדים צבאיים ליעדים אזרחיים.

כחלק מעיקרון ההבחנה, ס' 58 לפרוט' הראשון אומר שצד לסכסוך צריך להימנע מהצבת מטרות צבאיות ומחנות צבאיים בקרבת אוכלוסייה אזרחית. לדוג' הקריה בת"א והפנטגון בוושינגטון הם על פניו אלו יעדים צבאיים שנטועים בלב אוכלוסייה אזרחית. זה עוד יותר הולך ומסתבך בעיקר בדיון בעיקרון המידתיות.

**ס' 51(7): איסור על שימוש במגנים אנושיים**- מכוח עיקרון ההבחנה יש איסור ברור ומוחלט על שימוש במגנים אנושיים ע"י צדדים לסכסוך. שימוש כזה עולה כדי הפרה בוטה של דיני הלחימה. זו שאלה קשה מצב שצד לסכסוך טוען זאת כנגד צד שני.

מגנים אנושיים זה לא עצם המיקום התמידי של הבסיסים הצבאיים (לגבי מיקומים יש סעיף אחר), אלא זה משהו יותר ציני כמו השימוש של חמאס בילדים. זה עלה גם נגד ישראל בנוהל שכן. עפ"י הנוהל, כשצה"ל עושה מעצרים באיו"ש הוא קורא למבוקש לצאת החוצה והמבוקש לא נענה כמובן. בשלב הזה, צה"ל לא רוצה להפעיל אמצעים אז הוא היה נעזר בשכן שיכול לתקשר עם המשפחה של המבוקש המתבצר. חייל תופס את השכן, מלווה אותו לדלת ומכריח אותו ליצור קשר עם המבוקש. נטען שהנוהל לא חוקי, כיוון שהשימוש שצהל עושה הוא שימוש במגן אנושי בניסיון להגן על כוחות צה"ל. ואכן נוהל שכן נפסל ע"י בג"צ כבלתי חוקי בין היתר ע"י השימוש במגנים אנושיים.

**🡨 ההבחנה היסודית השנייה: בין לוחמים ואזרחים.** נרחיב על שתי הקטגוריות**:**

* **לוחמים**- לפי דיני הלחימה אלו האנשים שרשאים להשתתף במלחמה. במובן מסוים הם נתפסים כמי שיש להם את הרישיון להרוג. היה ונופל לוחם בידי הצד היריב, הלוחמים זכאים לפריבילגיה מאוד נחשבת שנקראת מעמד של שבויי מלחמה. אחת הזכויות החשובות ביותר שצומחות ממעמד של שבוי מלחמה היא חסינות מפני העמדה לדין מקום שהם נפלו בשבי על עצם ההשתתפות שלהם בלחימה והריגת חייל אויב. הדבר היחיד שמותר להעמיד לדין בגינו הוא אם הם בצעו פשעי מלחמה, כדוגמת התקפה מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית זה פשע מלחמה. אם כל מה שעשה החייל הוא להילחם ולפגוע במטרות צבאיות וחיילי אויב. אסור להעמידו לדין ובתום הלחימה כל צד צריך להשיב לאחר את השבויים שלו.

חסרונות ללהיות לוחם הוא שהלוחמים עצמם הם מטרה לגיטימית לתקיפה. זה לא רק הלוחם הרגלי, אלא גם הטבח, הפרקליט הצבאי וכל מי שמהווה חלק מהמנגנון הצבאי ותורם בצורה כזו או אחרת למאמץ הצבאי של הצבא הסדיר הוא מטרה לגיטימית לתקיפה.

* **אזרחים**: אזרחים חסינים מפני תקיפה. בעיקרון לצד לסכסוך אסור לכוון את המתקפות שלו לעבר אזרחים. לכן, ישראל טוענת שכשחמאס יורה מאות טילים לעבר אוכלוסייה אזרחית הוא מבצע פשע מלחמה כי הוא יורה לעב אוכלוסייה מוגנת. מאידך, לאזרחים אסור להשתתף בלחימה. לכן, מקום שבו אזרח נוטל נשק מותר להעמידו לדין על עצם זה שהוא נטל נשק והשתתף בלחימה, זאת בניגוד לוחמים. בנוסף, אזרחים, הגם שכנקודת המוצא הם חסינים בפני תקיפה הם עשויים לאבד את ההגנה שלהם מפני תקיפה אם הם נוטלים חלק ישיר בלחימה ולמשך אותו הזמן שבו האזרחים הללו נוטלים חלק ישיר בלחימה.

לאור האלמנטים החשובים האלה, אנחנו יכולים להבין שזו שאלה טריקית. **השאלה מיהו לוחם ומיהו אזרח בלחימה ואיך ניתן לזהות היא שאלה קריטית**. פעם זו הייתה שאלה פשוטה, במלחמות קלאסיות. למדינה יש את כוחות הצבא הסדיר שהיו לובשי מדים ולחמו בחזות, בעוד ואזרחים היו בעורף. הקלפים נטרפו בעשרות השנים האחרונות בגלל סוג הסכסוכים. לרוב זה לא מדינה מול מדינה אלא סכסוכים של מדינה מול ארגון לא מדינתי. במקרים האלה השאלה מיהו אזרח ומיהו לוחם חשובה יותר והקושי שלה עולה.

**הפרוט' הראשון לאמנת ג'נבה מגדיר בס' 50(1) מיהו אזרח באופן שיורי - כל מי שהוא אינו לוחם**. לכן גדלה ביתר שאת השאלה, מי נחשב לוחם. בהקשר הזה, הפרוט' הראשון מפנה אותנו **לס' 4 לאמנת ג'נבה השלישית**. מקובל להשיב שלוחמים הם אותם אנשים שזוכים למעמד של שבויי מלחמה. אז איך נדע מיהו שבוי מלחמה? עפ"י אמנת ג'נבה השלישית מ49' עוסקת כל כולה בשבויי מלחמה. ס' 4 לאמנת ג'נבה ה3 מספר לנו מיהם שבויי מלחמה. שבויי מלחמה הם אנשים המשתייכים לאחת מן הקטגורית שבסעיף-

1. חיילים בצבא סדיר של צד לסכסוך. לכן, ישנה חזקה שאם חייל נופל בשבי של צבא אחר, הוא זכאי אוטומטית למעמד של שבוי מלחמה. בעולם של מלחמות קלאסיות, גם אויבים מרים כיבדו את המעמד הזה. אחת הפריבילגיות של לוחם סדיר, הוא שעם נפילתו בשבי הוא זכאי למעמד של שבוי מלחמה על ההגנות שהוא נותן לו- העמדה לדין, עינויים וכו'.
2. מה שהרבה יותר חשוב לנו בהקשר של סכסוכים לא קלאסיים בין מדינות, זה ס' 4(2) לאמנת גנבה ה3. שבויי מלחמה הם גם אנשי מליציות, לרבות תנועות התנגדות מאורגנת השייכים לאחד הצדדים לסכסוך אם הם מקיימים 4 תנאים מצטברים:
	1. השתייכות לארגון הכולל שרשרת פיקוד.
	2. נשיאת סימן הבחנה קבוע שניתן להכיר אותו מרחוק (לדוג' מדים).
	3. נשיאת נשקם בגלוי.
	4. ניהול פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה- זהו התנאי המרכזי. אותם אנשי מיליציה צריכים לעמוד בדיני הלחימה והדבר לא מתקיים בנוגע לארגוני טרור.

קיימת חזקה שצבאי מדינות מקיימים את 4 התנאים האלה. האם חמאס או חיזבאללה עומדים התנאים האלו? לא! בייחוד לא את התנאי הרביעי. לגבי התנאי הראשון - גם בחמאס, חיזבאללה ואל קעידה אנחנו יכולים לראות השתייכות לארגון שיש בו שרשרת פיקוד. יש מה שנראה כמו רמטכ"ל, מפקדים וכו'. לגבי התנאי השני- בעבר אנשי חיזבאללה וחמאס לא היו מסתובבים עם מדים, היום זה השתנה. אז אומנם ארגוני הטרור עומדים בחלק מהתנאים, אבל הם לא עומדים בתנאי הרביעי והיסודי. בראש ובראשונה הארגונים האלו באופן שיטתי מכוונים את ההתקפות שלהם גם לעבר אזרחים, אוכלוסייה אזרחית.

לפי ס' 4(2) ארגוני טרור לא זכאים למעמד של שבויי מלחמה עם נפילתם בשבי. זו גם המסקנה שבג"צ הגיע אליה **בבג"צ הסיכולים הממוקדים**. באותה עתירה, בג"צ נדרש לדון בשאלה האם המדיניות שמישראל החלה להשתמש בה- תקיפת אנשים בנק' זמן מסוימת על עצם חברותם המשמעותית בארגוני הטרור, חוקית. ישראל הייתה החלוצה שעשתה שימוש במדיניות הזו. אגב זה עלו כל השאלות, ובין היתר האם הארגונים עומדים בתנאים הנ"ל.

לצורך זה ביהמ"ש נדרש להבין אם מדובר באזרחים או בלוחמים. ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה שהם לא זכאים למעמד של שבויי מלחמה כי בראש ובראשונה הם לא מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ולכן הם לא נמנים על הקטגוריה של לוחמים במשב"ל. החלק היותר בעייתי היה לאור ההגדרה השיורית של אזרח בפרוטוקול הראשון- אזרח הוא מי שאינו לוחם. בג"צ מגיע למסקנה שאותם חבים בארגוני טרור הם אומנם משמשים בפונקציה של לוחמים, אבל הם לוחמים בלתי חוקיים ולכן אותם חברים נופלים לקטגוריה של אזרחים.

ביהמ"ש העליון אומר במילים אחרות, שמאחר וראינו שהם לא עומדים בתנאים להגדרת או מעמד הלוחם במשב"ל. אין לו אלא לקבוע שהחברים בארגוני טרור, שהם אומנם לוחמים בפועל, נופלים לקטגוריה של אזרחים.

ואז עלתה השאלה לגבי חוקיות מדיניות הסיכולים הממוקדים - האם משמעות הגדרתם כאזרחים היא שלא ניתן לתקוף אותם? לא. כיוון שאומנם מדובר באזרחים, אבל אזרחים מוגנים מפני תקיפה כל עוד הם לא נוטלים חלק במעשה הלחימה, מעשי האיבה כשפתו של הפרוטוקול. מרגע שהאזרחים האלה נוטלים חלק ישיר במעשה האיבה, הם מאבדים את החסינות שלהם מתקיפה.

במילות ס' 51(3) לפרוט' הראשון אזרח מוגן מפני תקיפה אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה. בפס"ד הסיכולים ביהמ"ש אומר במפורש שזהו סעיף מנהגי ולכן מחייב את ישראל למרות שהיא מעולם לה הצטרפה לפרוט' הראשון.

בעיה נוספת שהתעוררה היא שהסיכולים הממוקדים בד"כ לא מבוצעים בזמן מלחמה, אלא בסיטואציה אזרחית "תמימה" של בן אדם שנוסע ברחוב או הולך לקניות וכו. וס' 51(3) מדבר על נטילת חלק ישיר במעשי האיבה. לכן, עולה השאלה **כיצד יש לפרש את ס' 51(3)?**

פרשנות הצלב האדום (אדון חשוב בדיני העימות) - בדברי הפרשנות שלו לפרוטוקול הראשון, הצלב האדום מפרש את הסעיף בצורה צרה. אפשר לפגוע באזרח שנוטל חלק ישיר רק בפרקי הזמן שאותו אזרח תוקף או נערך לתקיפה. אלו סיטואציות מאוד צרות ומסגרת הזמנים מצומצמת. כל עיתוי אחר ניתן יהיה לנקוט בסנקציות המותרות כנגד אזרחים – לעצור אותו או מעצר מנהלי לכל היותר.

ישראל כמובן לא יכולה להתמודד עם הפרשנות הזאת לאור עוצמות הפיגועים ויכולות ארגוני הטרור. על הרקע הזה ביהמ"ש העליון אימץ פרשנות רחבה. כשעסקינן בסיכולים ממוקדים, יש לבחון בכל מקרה לגופו את מידת המעורבות של המועמד לסיכול בארגון הטרור. אין לפגוע במי שבאופן חד פעמי לקח חלק בארגון הטרור. ביהמ"ש אמר שאנחנו לא יכולים לאפשר את המדיניות של הדלת המסתובבת והחיים הכפולים- כשרוצה, הוא חייל טרור וכשהוא חוזר לביתה הוא לכאורה חסין למרות שיום אחר כך ימשיך לתכנן פיגועים. לכן, הפרשנות הרחבה והיצירתית של ביהמ"ש.

ביהמ"ש מתמקד קודם כל בתיבה. **מיהו אזרח שנוטל חלק ישיר?** ביהמ"ש קבע סף מעורבות מאוד נמוך שזכה להמון ביקורת. כולל למשל- נהג שמוביל פעילי טרור/תחמושת; מי שאוסף מודיעין; מתכנן פיגועים וכו'. בג"צ אומר שמי שנוטל חלק ישיר הוא כל מי שממלא פונקציה של לוחם בארגון הטרור, הוא לא רק הלוחם ששיגר רקטה או המחבל, זה גם מי שצייד איתו, אסף מודיעין וכו'. כל אלה מבצעים את הפונקציה של הלוחמים ולכן הם נוטלים חלק ישיר.

ביהמ"ש אומר שגם **מגנים אנשים וולונטריים** (דוגמת אזרחים שהתנדבו למגן גגים וכו'), אפילו הם עשויים להיחשב כנוטלים חלק ישיר. ביהמ"ש השאיר את הקביעה הזו מאוד עמומה כי השאלה מיהו מגן וולונטרי בייחוד בזמן מלחמה היא קשה למענה. כקביעה משפטית היא מסעירה במיוחד.

האנשים הבאים לא ייחשבו נוטלים חלק ישיר- מוכר מזון או תרופות; מעניק תמיכה כספית או מפיץ תעמולה. כאמור, כל מקרה ייבחן לגופו על בסיס המידע הספציפי.

**למשך אותו זמן-** ביהמ"ש אומר שאזרח שנטל חלק ישיר באופן חד פעמי או ספורדי זכאי להגנה מתקיפה מרגע ניתוק הפעילות. אבל אזרח שמבצע שרשרת של מעשי איבה, תוך הפסקות למנוחה ביניהם, מאבד חסינותו "במשך אותו זמן" בו מבצע שרשרת הפעולות.

לכן, יש להימנע מהתופעה של הדלת המסתובבת. אחרת אנחנו קושרים לחלוטין את ידה של מדינה דמוקרטית שמנסה להילחם בארגוני טרור.

בג"צ מוסיף הערה בסוף פסק הדין- האפשרות לבצע מעצרים מנהליים בעזה קשה מאוד מבחינה לוגיסטית ולכן החלו להשתמש בסיכולים ממוקדים לעומת איו"ש. על רקע כל זה בג"צ נתן הכשר לביצוע סיכולים ממוקדים. לצד זאת, אם יש למדינה אפשרות של **חלופת מעצר**, הרי שעליה לנקוט בגישה הפוגענית פחות, לעצור את אותו טרוריסט ולא לבצע סיכול ממוקד.

**③ עיקרון המידתיות**

הרבה פעמים למרות שנגיע למסקנה שמטרה מסוימת היא לגיטימית לתקיפה, מה שיעצור אותנו מתקיפה הוא עיקרון המידתיות בגלל הנזק שייגרם לאזרחים לא מעורבים אגב התקיפה.

**ס' 51 ו57 לפרוטוקול ה1 אומרים שעל צד לסכסוך אסור לגרום נזק אגבי לאזרחים ויעדים אזרחיים שהם מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מן התקיפה.** אם היתרון זניח לנזק שייגרם במוות לאזרחים או בהרס אזרחי אסור להוציא את התקיפה לפועל גם אם המטרה עומדת בעיקרון ההבחנה. רק אם התועלת הצבאית עולה על הנזק האפשרי הצפוי רק אז מותר לי לתקוף. היישום של העיקרון מאוד קשה.

במלחמת לבנון השנייה היו דוחות שהגיעו למסקנה שישראל הרגה 1,200 לבנונים אגב הלחימה. ארגוני זכויות האזרח היו מוכנים להגיע לפשרה לפיה מחצית היו אזרחים ומחצית היו מחבלים. האם יחס של 1:1 עומד בעיקרון המידתיות או לא. ישראל טענה שכן, כי היחס הזה הוא אפילו הישג.

אחד הסיכולים המפורסמים הוא של השייח סלאח שחאדה ב2002, מראשי הזרוע הצבאית של חמאס בעזה. בדיעבד הסתבר שברכב היו מלבד שחאדה ועוזרו, עוד 14 אזרחים (הין היתר אשתו וילדים). נשמעו הרבה טענות שלא יכול להיות שעל 2 יעדים לגיטימיים מתו עוד 14 לא מעורבים. ישראל טענה שלפי המודיעין שהיה לה לא היו אמורים להיות שם עוד 14 אנשים. צה"ל ושב"כ עשו כמיטב יכולתם ולא ידעו שייגרם נזק אגבי כזה.

**הנזק האגבי ועיקרון המידתיות נבחנים אקס אנטה, עובר לביצוע התקיפה בהתאם למיטב המודיעין שהיה לצבא והפעולות שקדמו לתקיפה ולא אקס פוסט.** ישראל הצרה על התוצאה ואמרה שאי אפשר להגיד שהתוצאה קובעת את חוקיותה, אלא מה שהוביל לפעולה. לפי המידע לא היו אמורים להיות שם כמות כזו של לא מעורבים ולכן זה לא יכול לצבוע את הפעולה בצבעים של פעולה בלתי חוקית.

**④ עיקרון ההומניות**

בעוד שהעקרונות הקודמים התמקדו בהגנה על אזרחים, עיקרון זה אומר **שאין לגרום לנזק וסבל מיותר ללוחמי האויב כדי להכניעו.**

היחס ההומני בא לידי ביטוי בשני מקרים:

1. יחס ללוחמים של האויב ברגע שהם יצאו ממעגל הלחימה- כשאדם שבוי מתייחסים אליו בצורה הומנית.
2. עיקר המגבלות שנשענים על עקרון ההומניות הם מגבלות על שימוש בסוגים שונים של נשק. לדוג' איסור השימוש בכלי נשק הגורמים לסבל מיותר (סעיף 35(2) לפרוטוקול הראשון, סעיף 23(ה) לתקנות האג). לצד המגבלות הכלליות, יש הסדרים ואיסורים ספציפיים כמו איסור שימוש בכדורים מסוימים, רעל, נשק ביולוגי ונשק כימי.

העקרונות הנ"ל חלים בסכסוכים בינלאומיים ושאינם בינלאומיים.

# שיעור 17, 14/06/2021 – דיני התפיסה הלוחמתית / דיני הכיבוש

דיני התפיסה הלוחמתית או דיני הכיבוש הם תת ענף בתחום דיני הלחימה. הדינים האלה חלים כאשר מדינה אחת משתלטת על שטחים זרים, בד"כ שטחי מדינה אחרת, כתוצאה ממצב של שימוש בכוח, עימות מזוין. לדוג' כיבוש דנמרק בידי גרמניה במהלך מלה"ע ה2 וכיבוש גרמניה בידי בנות הברית בתום מלה"ע ה2.

**כלל יסוד בהקשר הזה הוא שלפי המשב"ל לא ניתן לרכוש ריבונות בשטח זר מכוח השתלטות כוחנית עליו.** בעבר, מדינות אגב מלחמות היו מגדילות את הטריטוריה שלהן וכך היו הופכות למעצמות. לפי המשב"ל כיום, שימוש בכוח לא יכול להצמיח למדינה ריבונות בשטח זר. בהקשר הזה, לא משנה התשובה לשאלה האם השימוש בכוח היה חוקי או לא.

כך לדוג', גם אם המלחמה שישראל יצאה אליה ערב מלחמת ששת הימים מוגדרת כהגנה עצמית ועצם השימוש הראשוני של ישראל בכוח נגד מדינות ערב היה חוקי. לפי המשב"ל, ישראל לא הייתה יכולה לרכוש טריטוריה אגב אותה לחימה.

לכן, מבחינת המשב"ל כיום, אם מדינה נכנסה ללחימה ואגה הלחימה היא תופסת שטח בסוף הלחימה- השטח הזה מוגדר **כשטח מוחזק או כשטח כבוש** והוא לא הופך להיות חלק מהשטח הריבוני של המדינה. המשב"ל עיגן מערכת שלמה של דינים שאומרת איך צריך לנהל את השטח הכבוש הזה - דיני הכיבוש.

מבחינת המשב"ל (בלי קשר למצב הישראלי פלסטיני המיוחד במינו), **משטר של כיבוש אמור להיות משטר זמני וקצר מועד,** עד שיוסדר מעמד השטח הרלוונטי והמושלת באותם שטחים תוכל להתנהל באפקטיביות.

באמנת ג'נבה הרביעית יש חלקים גדולים מאוד שעוסקים בדיני כיבוש. האמנה מנוסחת ב1949 על רקע מלה"ע השנייה שמסתיימת במצב שבו בעלות הברית השונות כובשות לפרק זמן מוגבל חלקים מגרמניה, עד שיקום שם משטר נורמלי ויהיה אפשר להחזיר את השטח לריבון הקודם- ממשלת גרמניה בצביון חדש.

דיני הכיבוש סובבים סביב שני צירים מרכזיים –

1. **הבטחת האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים של הכוח התופס**. במצב מלחמה אם צבא של מדינה מסוימת מחזיק בשטח זר, יש לו שם אינטרסים ביטחוניים שהוא יכול לקדם ולהגן כל זמן שהוא שם.
2. **הבטחת צרכי האוכלוסייה המוגנת תושבת השטח הכבוש (Protected Persons)** - בשטח כבוש יש אוכלוסייה אזרחית, המכונה אוכלוסייה מוגנת (לפי ס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית). הכוח התופס לא רק מבטיח את האינטרסים הביטחוניים שלו, אלא גם צריך להבטיח את צרכי האנשים המוגנים, תושבי השטח הכבוש שביום בהיר אחד מצאו עצמם תחת שלטון צבאי של מדינה אחרת.

**אחת המטרות החשובות של דיני הכיבוש היא לשמר את הסטטוס קוו הקיים**, **מתוך תפיסה** **שהכובש מחזיק את השטח בנאמנות עבור הנכבש**. דבר זה נגזר מההנחה שהייתה בעת ניסוח אמנת האג/ג'נבה לפיה הכיבוש הוא סיטואציה קצרת מועד, עד להסדרת השטח הכבוש. מנסחי אמנת ג'נבה הרביעית ואמנת האג ראו לנגד עיניהם כיבוש דומה לכיבוש גרמניה בידי בעלות הברית פוסט מלה"ע ה2.

הנושא הזה כמובן רלוונטי לישראל, אבל גם במקומות אחרים בעולם. לדוג' - כיבוש חצי האי קרים בידי רוסיה מאז 2014 ועד ימינו (רוסיה לא יצאה מהשטח למרות שהוטלו עליה סנקציות קשות). כיבוש חלק מקפריסין בידי טורקיה, כיבוש עירק בידי ארה"ב במשך ראשית שנות ה2000 למשך לא מעט שנים וניהול שטחים נרחבים בעירק. כיבוש עיקר היא דוגמה לכיבוש "by the book", צבא ארה"ב ניהל את עירק באמצעות הצבא שלו אבל זה היה כיבוש קצר מועד. ברגע שארה"ב מצליחה לסייע לממשלת עירק ולייצב אותה, היא נסוגה מהשטח.

אנחנו רואים שגם בעת המודרנית יש לנו לא מעט עניינים של כיבוש. כמובן שהנושא הזה מאוד בוער, רגיש וטעון בהקשר הישראלי. **בהקשר הישראלי**, עולם דיני הכיבוש רלוונטי ומתעורר בכמה חזיתות-

* **רמת הגולן** - נכבשה בידי צה"ל במלחמת ששת הימים וסופחה לישראל בחוק של הכנסת. מבחינת ישראל זה חלק מהשטח הריבוני שלה. מבחינת העולם, השטחים האלו כבושים ושייכים לסוריה בגלל שנכבשו ובאמצעות שימוש בכוח אי אפשר לרכוש ריבונות. לחוק הכנסת אין שום נפקות וישראל מבחינת העולם לא יכולה לרכוש ריבונות בשטח הזה שנתפס על ידה תוך שימוש בכוח במהלך מלחמת ששת הימים.
* **מזרח ירושלים**- נתפסה מידי הירדנים במהלך מלחמת ששת הימים וסופחה בחוק של הכנסת למדינת ישראל. אבל מבחינת העולם, לא מוכרת החוקיות של הסיפוח. מזרח ירושלים נתפסת בעיני העולם כשטח כבוש שישראל לא יכולה לקנות בו ריבונות.
* **איו"ש/הגדה המערבית**- המצב שונה. איו"ש הוא שטח נוסף שישראל תופסת מידי הירדנים במהלך מלחמת ששת הימים אבל בניגוד לרמת הגולן ומזרח ירושלים, ישראל לא עושה אקט של החלת ריבונות וסיפוח השטח. הסיבה יכולה להיות שזה שטח מאוד מיושב, זאת בניגוד לשטחי רמת הגולן.

ברגע שצהל נכנס לשטחי איוש (ובעבר גם לעזה), ישראל מקימה ממשל צבאי לניהול השטח שבראשו עומד אלוף פיקוד מרכז, שנושא בשני כובעים- כובע אלוף פיקוד מרכז וכובע מפקד כוחות צהל באיו"ש. הוא "הריבון" בשטח כל זמן שיש שם את הממשל הצבאי.

* **רצועת עזה**- עד 2005 המעמד שלה היה דומה לשל איו"ש. היה שם ממשל צבאי מרגע תפיסת רצועת עזה שבראשה עמד אלוף פיקוד דרום שהיו לו 2 כובעים – אלוף פיקוד דרום ומפקד כוחות צהל ברצועת עזה. לאחר ההתנתקות המעמד של ישראל בעזה התשנה ויש לא מעט בעיות בעניין.

**✓ שני מקורות משפטיים בינ"ל החשובים לדיני הכיבוש-**

1. תקנות 42-56 לתקנות הנספחות לאמנת האג משנת 1907- אמנת האג היא אמנה חשובה בתחום דיני הלחימה. האמנה קובעת תקנות מיוחדות לנושא הכיבוש. התקנות נתפסות כדין מנהגי וגם ישראל לא מתכחשת לחבותה בעניין ביחס לאיו"ש ועזה.
2. אמנת ג'נבה הרביעית מ1949- ס' 4 לאמנה מגדיר מהי אוכלוסייה מוגנת עליה תחול האמנה. אחת האוכלוסיות המגנות הם תושבי השטח הכבוש שאינם אזרחי המדינה הכובשת. לדוג' פלסטינים שגרים באיוש נחשבים לאוכלוסייה מוגנת לפי ס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית. האמנה קובעת שורה של הגנות (בעניין רכוש, ענישה וכו'). לצד אפשרות לכוח הכובש לנקוט באמצעים ביטחוניים שונים מול אותה אוכלוסייה ככל שמתקיימים צרכים ביטחוניים (לדוג' מעצרים מנהליים, הליכים פליליים, תיחום מגורים). האמנה מנסה לאזן בין האינטרסים של האוכלוסייה המוגנת לבין האינטרסים הביטחוניים של הכובש.

**עפ"י תקנה 42 לתקנות האג מ1907, שטח כבוש** הוא"שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא **למעשה** תחת **שלטון צבא האויב**. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא **ניתן להפעלה**".

ס' 42 כשער לתחולת דיני הכיבוש דורש 2 דרישות מצטברות כדי ששטח ייחשב לשטח כבוש-

1. על השטח להיות נתון לסמכות האויב- כלומר, נדרשת נוכחות של צבא האויב בשטח המדובר.
2. הסמכות הזו צריכה להיות משמעותית, מבוססת וניתנת להפעלה- כלומר, לא רק שהאויב נמצא בשטח, אלא שהוא יכול להפעיל סמכות ביחס לשטח האלה.

שתי הדרישות האלו מכוננות את **מבחן השליטה האפקטיבית** של גורם זר בשטח שהוא לא של המדינה שלו. זהו מבחן עובדתי אובייקטיבי ולא סובייקטיבי (מה המדינה חושבת שהיא עושה בשטח הזה). כשבימ"ש בינ"ל או מדינתי נדרש לשאלת היותו של שטח כבוש, היא מסתכלת על התנאים בשטח ולא על טענות המדינות. על בסיס העובדות והנוכחות של צבא זר בשטח מסוים ניתן לקבוע אם שטח הוא כבוש או לא.

לפי ס' 42 ייתכן מצב של כיבוש חלקי של מדינה. לדוג' רוסיה כבשה רק את חבל הארץ של חצי האי קרים מאוקראינה ולא את כל המדינה.

הגישה הפרשנית הרווחת ביחס למבחן השליטה האפקטיבית היא שכשעסקינן בכיבוש אין צורך להקים **בפועל** מבנה ארגוני של ממשל צבאי שנוכל להצביע עליו ולהגיד שמדובר במדינה כובשת, אלא די **בפוטנציאל** שהמדינה והצבא שלה יכולים להפעיל סמכות.

אחד פסקי הדין הבולטים הוא **בג"צ צמל**- הפרשה נדונה בימי מלחמת לבנון הראשונה, צה"ל נמצא בשטחי דרום לבנון ושלט בשטחים מסוימים. הוא מנהל את השטח וקובע מי יכנס ומי יצא, האם עו"ד ייפגשו עצורים וכו'. אבל בניגוד לאיו"ש ורצועת עזה דאז, ישראל לא עושה את האקט הפורמלי של הקמת משטר צבאי ומינוי מפקד צבאי לאזור דרום לבנון. עו"ד לאה צמל עותרת לבג"צ בטענה כי היא רוצה לתת שירות משפטי לעצורים בשטח ההוא.

עולה השאלה האם זהו שטח כבוש ואז המדינה חבה בחובות מסוימות לאוכלוסייה המוגנת. שמגר מנתח את תקנה 42 ואת מבחן הלשיטה האפקטיבית. לשיטתו, השאלה הרלוונטית לצורך תחולת דיני הכיבוש היא האם הכוח הצבאי הוא בעל יכולת להיכנס לנעלי השלטון הקודם ולא אם הוא עשה את זה בפועל. בנוסף, תחולת דיני הכיבוש של המשב"ל אינה תלויה במערכת ארגונית כזו או אחרת בדמות ממשל צבאי. מספיק שיש נוכחות של הצבא בשטח והאוכלוסייה שם נתונה לסמכות שלו כדי שיחולו דיני הכיבוש. לא נחכה שהמדינה שלה שייך הצבא תתחיל לכונן בהכרח משטר צבאי (כמו ישראל באיו"ש).

מה הרציונל בגישה המרחיבה של שמגר (שמבטאת את הגישה הרווחת במשב"ל ככלל)? למה די בפוטנציאל לשלוט בשטח ולא דורשים רף של כינון ממשל צבאי ממש? הסיבה היא שחיוב בממשל צבאי ושליטה בפועל כדי שמדינה תיחשב לכובשת, הייתה יכולה להיות תמריץ שלילי בעבור המדינות שלא להקים ממשל צבאי ולהפעיל אוטוריזציה. לכן, שמגר מנסה לעקוף את זה ולומר שדי **במבחן פוטנציאל השליטה**- אם בפועל יש לכם יכולת להיכנס לנעלי הריבון הקודם, ושלא כל שכן אתם עושים את זה, אז אתם תהיו חייבים בנורמות של דיני הכיבוש.

**✓ המצב בשטחי איו"ש**

בשונה ממזרח ירושלים שסופחה לישראל, איו"ש ורצועת עזה בעבר מעולם לא סופחו וישראל לא טענה בהם לריבונות. במאות פסקי דין, וגם בבג"צ ההתנתקות לדוגמה, ההבנה של ביהמ"ש העליון הייתה ש**מאז 1967 המעמד המשפטי של איו"ש הוא כשטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית".** במילים אחרות, שטח שדיני הכיבוש של המשב"ל חלים עליו.

מרגע שישראל נכנסה לאיו"ש ועזה, היא הכירה בתחולה של דיני הכיבוש ככל שהם נובעים מתקנות האג שמ1907 ולא חלקה על כך (שהרי הן גם דין מנהגי). שטחים אלו נוהלו כאמור במשטר צבאי שבכוחו עומד מפקד כוחות צהל של אותו אזור, שמשמש הוא גם כ"רשות מבצעת" וגם כ"רשות מחוקקת".

לא כך לגבי תחולת אמנה ג'נבה הרביעית לפחות מבחינה פורמלית. לפי ס' 2 המשותף לאמנות ג'נבה, האמנה חלה על סכסוך בינ"ל שהוא בין 2 מדינות לפחות (בניגוד לסכסוך שאינו בינ"ל). בהקשר של דיני כיבוש ס' 2 ממשיך וקובע ש"כן תחול האמנה על כל מקרה של **כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה** (=מדינה), ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת".

בהקשר הזה ישראל טענה שהפסקה הרלוונטית לכיבוש היא ההמשך של ס' 2, ולכן כיבוש הוא כיבוש של מדינות החתומות על האמנה. ישראל טענה כי היא תפסה את רצועת עזה מידיה של מצרים שמעולם לא הוכרה כריבון בשטח, אלא השטחים עברו אליה לאחר המנדט, ולכן אמנת ג'נבה הרביעית לא חלה מלכתחילה על שטחי רצועת עזה כי היא לא שטח של מדינה שחברה באמנה.

כנ"ל לגבי שטחי איו"ש ומזרח ירושלים שנכבשו מידי ירדן שגם בעצם לא החזיקו בשטח כריבונים. במילים אחרות השטחים מעולם לא הוכרו כשטח ריבוני של ירדן ולכן כשכבשנו אותם לא כבשנו שטח של מדינה אחרת והאמנה לא תחול עליהם.

זו טענה פורמלית שנשענת על האמור בס' 2, מתוך רצון של ישראל שאמנת ג'נבה לא תחול דה-יורה על השטחים האלה. לדיון הזה יש משמעות היסטורית ופוליטית אבל הוא לא משפיע על ההתדיינויות המשפטיות בבג"צ.

מבחינת העולם, הטענה הישראלית בכלל לא מקובלת והICJ דחה אותה בפרשת הגדר. מבחינת העולם, אמנת ג'נבה הרביעית חלה על כל מקרה של כיבוש דרך הפסקה הראשונה של ס' 2. הפסקה שעליה נתלתה ישראל מתייחסת לכיבוש של שטח מסוים ע"י מדינה זרה שלא נתקל בשום התנגדות של האוכלוסייה או המדינה הנכבשת. הדוגמה הפרגמטית שמביאים פה היא דוגמת כיבוש דנמרק בידי גרמניה ערב מלחמת עולם השנייה שלא נעשה בכוח ולא נורתה בו אפילו ירייה אחת.

מבחינת העולם והICJ אפילו במצב שתושבי המדינה הנכבשת והצבא שלה לא התנגדו לכיבוש, תחול אמנת ג'נבה הרביעית והאוכלוסייה שמוצאת עצמה תחת צבא זר תהיה זכאית להגנות האמנה. האמנה רוצה להחיל ככל שאפשר את ההגנות ההומניטריות על אנשים שביום בהיר אחד מצאו עצמם תחת שלטון צבאי זר.

ישראל עד שנות ה70-80 דבקה בטענה הפורמליסטית הזו ובפרשנות הלשונית שס' 2 שלא חל דה-יורה על ישראל. אך, הדיון הזה חסר נפקות משפטית בימינו כי מכל מקום ישראל עוד משנות ה70 התחייבה, מפי היועמ"ש דאז שמגר, לשמור על ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית. ההוראות ההומניטריות הן רוב ההוראות באמנה ולכן בפועל ישראל קיבלה את תחולת המהות של אמנת ג'נבה הרביעית ובג"צ די נמנע לאורך השנים מלהיכנס לעובי הקורה של סוגיית תחולת אמנת ג'נבה הרביעית בשטחי איו"ש.

היום בכל פסד של בג"צ שעוסק בעתירות מאיו"ש, ביהמ"ש מחיל את הוראות האמנה הרביעית, ולא זו בלבד ישראל אף נתלית על סעיפים באמנה כדי להצדיק צעדים ביטחוניים שהיא עושה. למשל בעניין תיחום המגורים של תושבי איו"ש במהלך האינתיפאדה השנייה לעזה, ישראל נתלית על ס' 78 שמאפשר למדינה כובשת לבצע תיחום מגורים. לכן לישראל יש אינטרס לתחולת של אמנה ג'נבה כי הם מקנים לה עוד כוחות בזירה.

ישראל לא הצטרפה לאמנת ג'נבה הרביעית בגלל ס' 49, סעיף התנחלויות, לפיו מדינה לא יכולה להעביר אוכלוסייה שלה לשטח הכבוש. ישראל לא רצתה להכיר בתחולת האמנה כדי שלא יגידו לה שס' 49 חל עליה וכשהיא קמים התנחלויות ישראל מעבירה אזרחים שלה לשטח הכבוש. זו הסיבה שהיא לא חברה באמנה אבל קיבלה את ההוראות ההומניטריות של האמנה.

בג"צ מעולם לא נדרש לשאלת חוקיות ההתיישבות, זה בעייתי כי ס' 49 מעוגן בצורה יותר קשה בחוקת רומא כפשע מלחמה העברה בכפייה ושלא בכפייה לשטחים כבושים. אם תפתח חקירה נגד ישראל בICC, התובע יצטרך לחקור את זה.

**✓ המצב ברצועת עזה**

עד ספטמבר 2005 ישראל מתנהלת בעזה כמו באיו"ש. ביום סיום ההתנתקות ב09/2005 המפקד הצבאי של עזה מוציא מנשר שמודיע על ביטול הממשל הצבאי משנת 67'. מאז ישנה מחלוקת לגבי מעמד רצועת עזה- עמדת ישראל היא שבעצם היציאה שלה מהשטח אזרחית וצבאית והביטול הפורמלי של הממשל הצבאי הביאו למצב שישראל היא כבר לא בבחינת כובשת. מנגד, לא מעט מדינות ומלומדים סבורים שבגלל המצב הסבוך והתלות שיש לעזה בישראל אחרי הכיבוש ארוך הטווח (לדוג' חברת החשמל מספקת חשמל לעזה, ישראל מונעת הקמת נמל ימי וישראל שולטת במרחב האווירי של רצועת עזה) ישראל היא עדיין כובשת.

**בג"צ קיבל את עמדת המדינה ב2007 בבג"צ אלבסיוני-** העתירה הוגשה על רקע הרצון של ישראל לספק פחות חשמל לרצועה, בעקבות ירי רקטות מסיבי על ישראל משטחי הרצועה. בפרשה זו, בג"צ נדרש לשאלה המכוננת- האם רצועת עזה היא שטח שחלים עליו דיני כיבוש, שהרי אם כן, החובות של ישראל ביחס לשטח הזה הן הרבה יותר גדולות. אם ישראל היא לא כובשת, החובות שיש לה הם כמו חובות לכל שטח זר אחר.

בג"צ אומר ש"מאז ספטמבר 2005, אין עוד לישראל **שליטה אפקטיבית** בנעשה בשטחי הרצועה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראליים אינם שוהים באיזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו (שוהי אינדיקציה טובה להיות שטח כבוש). בנסיבות אלה לא מוטלות על המדינה חובות כלליות לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי הרצועה לפי מכלול דיני הכיבוש במשב"ל. לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי בשטח".

בעצם, כיוון שישראל היא לא השלטת האפקטיבית, החובות שלה הן לא אותו חובות שהוטלו עליה מכוח דיני הכיבוש עד 09/2005. יתרה מזו, לישראל אין את היכולת להשליט סדר ציבורי, כי ב2007 מי שניהל את הרצועה היה חמאס והצבא לא מנהל דה-פקטו את השטח. לכן, מבחן השליטה האפקטיבית לא מתקיים. בג"צ בפרשת אלבסיוני מקבל את עמדת מדינת ישראל שהיא כבר לא בבחינת כובש ברצועת עזה.

בשולים הדברים, בג"צ לא מתעלם מהשליטה הארוכה של ישראל בעזה כמעט 40 שנה לכן, בנסיבות שנוצרו החובות העיקריות המוטלות על ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה לא נובעות מדיני הכיבוש, אלא נובעות ממצב הלחימה בין ישראל לרצועת עזה השולט ברצועה, ממידת שליטתה במעברי הגבול וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לשטחי הרצועה לאחר שנות השלטון הצבאי אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת בישראל.

בג"צ עושה משהו כפול. מצד אחד, המדינה היא לא בבחינת כובשת ברצועה כי לא מתקיים מבחן השליטה האפקטיבי. מצד שני, בג"צ לא מתעלם מהכיבוש ארווך הטווח במהלכו רצועת עזה פתחה תלות כמעט מוחלטת, ביוזמת ישראל, באספקת החשמל ולכן היא לא יכולה ביום אחד להפסיק לספק חשמל לרצועה.

**בבג"צ רופאים לזכויות אדם מ2009** שנידון על רקע מלחמת עופרת יצוקה, בג"צ תיאר לנו שהמצב דינמי ומשתנה, כלומר אם ישראל כן תיכנס לשטח ותשב בו באופן קבוע דרך הצבא, הגלגל עשוי להתהפך וישראל תהיה בבחינת כובשת. בכל סבבי הלחימה, ישראל ניסתה להימנע מלהגיע למקום הזה.

מבחינת העולם, יש מלומדים שמקבלים את העמדה של ישראל. אבל עמדת הרוב בקרב ארגונים בינ"ל, ומלומדים היא שבגלל העובדה שישראל שולטת במרחב הימי והאווירי של הרצועה; רצועת עזה תלויה בצורה מוחלטת במספר תחומי חיים בישראל (חשמל לדוג'); ישראל מטילה מצור ימי ולא מעניקה חופש שיט וכיו"ב. מכל הסיבות האלה, יש עמדה לא זניחה בזירה הבינ"ל שישראל גם בקונסטלציה הזו נחשבת כובשת.

כדי שישראל תיחשב בבחינת כובשת זה לא מספיק שהיא נמצאת על הגבול, היא צריכה להפיל את שלטון חמאס, ולהיות זו שמסוגלת לשלוט בשטחי עזה. עצם היותה על הגבול ויכולתה הפוטנציאלית לכבוש את עזה, לא עומד במבחן פוטנציאל השליטה.

טענת כיבוש העם הפלסטיני שזכאי להגדרה עצמית יותר חזקה ביחס לאיו"ש ששם הנוכחות הצבאית הישראלית יותר מסיבית למרות הסמכויות שיש לפלסטינים. יש הבנה שיש שונות בין השטחים.

**✓ מערכת הדינים החלה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית-**

**ס' 42 לתקנות האג** הוא השער לדיני הכיבוש. אם עומדים בתנאי השליטה האפקטיבית יחולו התקנות של דיני הכיבוש.

**ס' 43 לתקנות - עיקרון היסוד של דיני הכיבוש** - "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ מאם הדבר נבצר ממנו לחלוטין".

בג"צ החיל אותו לא מעט פעמים והפך אותו לסעיף אופרטיבי קובע כי שאמור לכאורה להנחות את המדינה שכובשת שטח זר.

אחד מפסקי הדין המכוננים שפירשו את העיקרון הזה בישראל הוא **פס"ד ג'מיעת אסכאן מ1983**. פסה"ד דן ברצון הממשל הצבאי באיו"ש והמדינה להפקיע שטחים פרטיים מידי פלסטיניים לצורך סלילת כביש 443. באותו זמן הכוונה הייתה שזה כביש שגם פלסטיניים יוכלו לנסוע בו. אגב השאלה האם ניתן להפקיע שטחים לצורך סלילת כבישים עבור הכובש, בג"צ הניח לנו מפה כללית לגבי איך מתנהל שטח כבוש ומה הצירים שהמפקד הצבאי בשטח צריך לאזן ביניהם.

בג"צ למעשה מפרש את תקנה 43 וקובע איך מיישמים אותה בפועל. עפ"י ביהמ"ש, המפקד הצבאי בניהולו את השטח הכבוש צריך להקפיד ולאזן בין 3 דברים-

1. **כיבוד זכויות האוכלוסייה המקומית** **בשטח**- בג"צ מבהיר שמדובר בחובה אקטיבית. על הכוח המחזיק לדאוג לשימור הסדר הציבורי, להבטיח שירותים ציבוריים ועוד. זה לא רק חובה פסיבית שלא לפגוע בהם. לצד הכיבוד, ישנן הגבלות על הכוח שמנהל את השטח. למשל הגבלות על נטילת רכוש מהאוכלוסייה האזרחית, ענישה קולקטיבית וכו'. יש פה בליל של חובות פוזיטיביות אקטיביות, מה לספק להם וכו', יחד עם חובות נגטיביות פסיביות - לא ליטול מהם ולא לגרש אותם וכו'.
2. **כיבוש ושמירת האינטרסים של הריבון הקודם**- כאמור, משטר הכיבוש נועד להיות זמני, עד שיוסדר המעמד של השטח ובד"כ עד שיוחזר לריבון המקורי. לכן, התפיסה שבג"צ מכיר בה היא שצריך להכיר את האינטרסים של הריבון הקודם ולשנות את הסטטוס קוו כמה שפחות.
3. **הגנה על האינטרסים הביטחוניים של הממשל הצבאי בשטח**- לצד אלה, בג"צ מכיר בכך שלפי דיני הכיבוש, הכוח הכובש, במסגרת הניהול של אותם שטחים, יכול לנקוט באמצעים שמגבילים את מי שמסכן אותו ע"י מעצרים מנהליים, מעצרים פליליים, תיחום מגורים וכו'.

יתרה מכך, הממשל הצבא נכנס בנעלי הריבון, לכן הוא צריך גם יכולות חקיקה. דיני הכיבוש נותנים בידי המפקד הצבאי את הסמכות לחוקק חקיקת בטחון. באיו"ש לדוג' יש אלפי צווים, המקבילה לחוקים, שהוציא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש תחת תחיקת הביטחון. הצווים נועדו לאפשר לממשל הצבאי לנהל את השטח ולהפעיל בו סמכויות ביטחוניות שונות.

לאורך השנים, בעיקר בהקשר הישראלי הסבוך, הפסיקה הייתה די יצירתית ועם הזמן בג"צ הכיר בכך שהריבון בשטח, המפקד הצבאי, יכול לקחת בחשבון גם את האינטרסים של המתיישבים היהודיים בלי קשר לשאלת חוקיות התיישבותם. במסגרת השיקולים הלגיטימיים כשהוא עושה פעולות שונות.

מבחינת מערכת הדינים, אנחנו מדברים על מעין מדרג נורמטיבי-

1. בראש המדרג הזה עומדים **כללי המשב"ל**, שמניחים את האורים והתומים בעניין משטר של כיבוש. בראשם חלים דיני התפיסה הלוחמתית של המשב"ל, יש מחלוקת האם גם דיני זכויות האדם חלים בשטח כבוש. היום, המגמה המסתמנת היא שדיני זכויות האדם חלים גם הם בשטח כבוש.
2. **דין הריבון הקודם**- המשב"ל רואה את הכיבוש כמשטר זמני. לכן צריך לפעול ולשמר את הדין הקודם כמה שיותר. באיו"ש חלים עד היום הזה חוקים ירדנים ותקנות מנדטוריות. לדוג' הריסת בתי מחבלים או אטימתם נעשית מכוח תקנה מנדטורית- תקנה 119 לתקנות הגנה שעת חירום שהתקינו הבריטים. המפקד הצבאי נשען על דין מנדוטרי שנשאר בשטח.
3. **צווים של המפקד הצבאי** – באיו"ש יש מערך שלם של תחיקת בטחון- החל מצווים מעצר מנהלי ועד צווים בעניינים אזרחיים כבנייה לא חוקית ועוד.
4. בהקשר הישראלי לפי בג"צ חל גם **המשפט המנהלי הישראלי** - כל פעם שיש עתירה נגד מעשה של המפקד הצבאי באזור, ביהמ"ש בודק את החוקיות לא רק לפי המשב"ל, הדין של הריבון הקודם וצווי המפקד, אלא גם לפי המשפט המנהלי. צה"ל הוא חלק מהרשות המבצעת ולכן חל עליו המשפט המנהלי הישראלי. כל פעם שיש עתירה נגד המפקד הצבאי באיו"ש, ביהמ"ש בודקים את סמכות וסבירות הפעולה. למשל בבג"צ אסקנד והפקעת הקרקעות, ביהמ"ש בדק תחילה האם דיני הכיבוש נותנים את הסמכות למפקד הצבאי להפקיע שטחים כדי לסלול כביש. ביהמ"ש מגיע למסקנה שמכוח ס' 43 לאמנת האג שאומר שהמפקד הצבאי צריך לדאוג לביטחון והרווחה, המפקד רשאי לסלול כבישים ולפתח בגבולות מסוימים את השטח הכבוש לרווחת התושבים. בנוסף, ביהמ"ש בודק בין היתר האם האופן שבו המפקד הצבאי הפקיע את השטחים עומד בסטנדרים של סבירות, מידתיות וכו'.

# שיעור 18, 21/06/2021 – הרצאת אורחת: זכויות אדם במשפט הבינלאומי

כיום, מוסד זכויות האדם התרחב והפך לנושא מרכזי וחשוב במשב"ל. זכויות האדם מופיעים גם בתחומים שלא הי מפותחים בעבר, כמסחר, עסקים, דיגיטל ועוד. מדובר בתפיסת עולם חדשה שרצו לקדם אחרי מלחמת העולם השנייה ותום עידן הקולוניאליזם. בהרבה מאוד מדינות הגיעו להכרה שמתן זכויות אדם והגנה עליהם הוא כלל זהב שחוצה יבשות וגבולות, אוניברסלי ומגיע לכל אדם מעצם היותו אדם. יש כאן בעצם איזו הכרה שהאינדיבידואל בתוך המשב"ל מגיע לקדמת הבמה ומקבל הכרה וזכויות.

למה נותנים כ"כ הרבה תשומת לב לזכויות אדם?

* הפרט הופך לשחקן מרכזי - זכויות אדם לעומת כללים אחרים נוגעים לבני האדם, הפרטים שחיים בתוך המדינות. זה לא קשור .. הפרט הופך לשחקן מרכזי.
* שינוי מהתפיסה הקלאסית - דיברנו על התפיסה הקלאסית מודל שולחן הביליארד ועל היותו מסדיר את היחסים בין המדינות כשל מדינה ריבונית לפעול בתחומיה כרצונה. עם השנים, בעניין זכויות האדם, המשב"ל נכנס גם לתחומים ריבוניים- חינוך, שטחי מחייה של אסירים, אלימות נגד נשים ועוד תחומים שנחשבים ריבוניים של המדינה.
* עברנו ממודל של תיאום למודל של הכפפה / חוקתיזציה- אם עד עכשיו המשפט הבינלאומי עזר לתאם בין מדינות כדי למנוע סכסוכים, כיום נוצר מודל אוניברסלי שמכפיף את המדינות לסט כללים, חלקו הסכמי וחלקו מנהגי שלאו דווקא המדינה התחייבה אליו.

**✓ מהם זכויות האדם? נהוג לחלק את זכויות האדם לשלושה דורות:**

1. **דור א: זכויות אזרחיות ומדיניות** – מדובר בזכויות שהן בעיקרן חירויות הניתנות לפרט כדוגמת הזכות לחופש הביטוי, שוויון, חיים וכו'. הזכויות שקובעות שלמדינה אסור לפגוע באלמנטים מרכזיים לחירות של הפרט.
2. **דור ב: זכויות כלכליות חברתיות** - זכויות שמטילה על מדינה חובות עשה כזכות לדיור, זכות לחינוך, זכות לבריאות וכיו"ב. המדינה צריכה אקטיבית לפעול למען הזכות.
3. **דור ג: זכויות קיבוציות** – מדובר בזכויות חדשות יחסית. אלו זכויות שניתנות לקבוצות, לדוג' הזכות להגדרה עצמית.

**✓ מקורות משפט זכויות האדם הבינ"ל**

בעניין זכויות האדם, ישנם שלושה מסמכי ליבה.

המקורות יכולים להיות הסכמיים וגם מנהגיים שאינם כתובים. לדוג' ידוע שהכלל בדבר איסור עינויים הוא מנהגי. גם אם מדינה לא חתנה על האמנה נגד עינויים, היא עדיין אסורה בביצוע עינויים ואם היא מענה, היא עוברת על איסור בינ"ל.:

**① The charter of the United Nations- מגילת האו"ם**- מגילה זו מהווה את ה"חוקה" של ארגון האו"ם. בזמן חקיקת המגילה, התפיסה של זכויות האדם שמצביה את הפרט במרכז מגיעה כניגוד לעמדה הפאשיסטית והניאונאצית. באותה תקופה, מדינות רבות החלו לקבל עצמאות לאחר שהשתחררו משליטות המעצמות (לדוג' ישראל, אלג'יר ועוד). **בס' 1 ו55 נותנים מנדט לאו"ם כגוף לקדם זכויות אדם (אך היא לא מגדירה מהם זכויות האדם). זו פעם ראשונה שמעגנים את עניין זכויות האדם במסמך חשוב.**

יחד עם זאת, ס' 2(7) לצ'רטר אוסרים על התערבות בעניינים פנימיים של מדינה. איך אפשר להסדיר זכויות אדם אם אי אפשר להתערב בעניינים פנימיים של מדינה? יש כאן איזשהו מתווה מאוד כללי לאיך מדינות צריכות להתנהג. אבל לצד הרוח הזאת חשוב להדגיש את העיקרון. חלק מהדרך ליישב את הסתירה הזו היא ע"י הסופט לאו (כללים במשב"ל שהם לא משפט הסכמי מחייב). מסמכים/הצהרות שאינם מחייבים באופן פורמלי אבל הם מציעים למדינה כיצד לנהוג בצורה פרקטית. לדוג' הSMR כללי מנדלה מגדירים מהם זכויות לאסירים, החל ממזון וכלה בגודל תא של אסיר. זה דרך להתוות על זכויות אדם ולשמור על עניין של אי התערבות.

**② ההכרזה האוניברסלית באו"ם בדבר זכויות אדם**- זה מסמך משמעותי שהוכן ע"י העצרת הכללית ונחשב היום למסמך מנהגי. זו הפעם הראשונה לאחר ההצהרה הכללית במגילת האו"ם שיש להגן על זכויות האדם, שאמרו מהם זכויות האדם. מה שמודגש בהכרזה הוא שזכויות אדם הן זכויות טבעיות שניתנות לבני אדם מעצם היותם בני אדם והם בלתי ניתנות להפרה. זה הבסיס לחירות. במגילה מפורטות זכויות מהדור הראשון ומהדור השני (לדוג' הזכות להליך הוגן, הזכות לחינוך, הזכות לשוויון בס' 2 - שוויון במתן הזכויות לא הבדל דתן גזע ומין ועוד).

ס' 28 להכרזה אומר שמי שצריך לשמור על הזכויות האלה ולממש אותן בסופו של דבר הן המדינות שהפרטים נמצאים בשטחן. אין למעשה איזושהי כוח או אוטוריטה שבאה ונכנסת למדינה כאשר היא מפרה זכויות אדם. המדינה מחייבות לקיים את ההתחייבויות שלהן, אין סנקציות מלמעלה כנגד המפרים. לצד זאת, ס' 29(ג) מכיר בכך שהזכויות יחסיות וקובע שהן ניתנות להגבלה במצבים מסוימים (הסעיף מתפקד כפסקת הגבלה). לדוגמא- שלילת חירותו של אדם כאשר הוא ביצע עבירה ונכנס לכלא.

**③ אמנות 1966**- עם הזמן, עולות הטענות שהמגילה וההכרזה אומנם מדברות על זכויות האדם, אבל הן לא פיתחו אותן מספיק ולא מגנות עליהן כנדרש, בצורה שקשה לבנות מערך זכויות אדם. לכן, הייתה דרישה מהמדינות לפתח את אותן זכויות. חוסר הפיתוח מצד שני היה מכורח הנסיבות- ברור ש194 המדינות החברות באו"ם ששונות אחת מהשנייה, מגיעות עם אג'נדות שונות ומרקמי אוכלוסייה שונים לא יצליחו להגיע להסכמות אוניברסליות.

בעקבות זאת, בשנת 1966, כ18 שנים לאחר שמגילת האו"ם נחתמה, נחתמו 2 אמנות זכויות אדם מרכזיות-

1. **האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR)**- עוסקת בזכויות מהדור הראשון. מדובר בזכויות המצריכות מימוש מיידי (בעלת מאפיינים נגטיביים של "אל תעשה"). האמנה כוללת 22 זכויות ביניהן – הזכות לחיים, איסור עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל, איסור עבדות, הזכות לחירות וביטחון אישי, הזכות להליך הוגן, חופש מחשבה מצפון ודת, חופש ההתאגדות, הזכות לחיי משפחה, חופש הביטוי, תנאי מעצר ומאסר, הזכות לפרטיות ועוד. המדינה יכולה להשעות חלק מן הזכויות בשעת חירום.

לאמנה נוספו פרוטוקולים שעוסקים בעניינים נוספים כמו איסור על עונש מוות. לא כל המדינות שחתמו על האמנה הצטרפו אל הפרוטוקולים. פרוטוקול נוסף הוא מנגנון תלונות פרטני. כלומר- פרט(אזרח של מדינה) יכול לבוא ישירות לוועדה לזכויות אדם של האו"ם ולהגיש תלונה.

1. **האמנה לזכויות חברתיות כלכליות תרבותיות (ICESCR)**- עוסקת בזכויות מהדור השני. מדובר בזכויות יחסיות, בשונה מאמנת הICCPR. ניתן ליישם את הזכויות בהדרגה ע"פ המשאבים שעומדים לרשותה של המדינה ובהתאם לאמצעים שנראים בעיניה כראויים. למשל, מדינה צריכה לתת זכות לחינוך בצורה מסוימת והדרגתית בהתאם ליכולתה. הדבר מבוסס על ההבנה שמדינות שונות אחת מהשנייה והמשאבים שלהן שונים. לדוג' יש הערה של הוועדה על בניית כיתות נוספות במזרח י-ם. אין ציפייה שהמדינה תעשה את זה מעכשיו לעכשיו אבל שהיא תפעל לכיוון, תראה שיש תוכניות, וועדה הוקצו תקציבים וכו'. יישום הדרגתי.

שתי האמנות נחתמו בגלל המלחמה הקרה וקפיצות העולם בעניינים שונים. עד היום למעשה ארה"ב לא הצטרפה לאמנה השנייה וסין לא חתומה על האמנה הראשונה (לא מפתיע שבמדינה שסוגרת את גוגל, חופש הביטוי הוא לא בראש סדר העדיפויות). רוב המדינות חתומות על שתי האמנות. ישראל אישררה את שתי האמנות בשנת 1991.

**הICCPR מקים מנגנון מיוחד** (בניגוד לICESCR) – מנגנון תלויות פרטני. לפיו, פרט במדינה יכול לפנות באופן ישיר לוועדה שאחראית על האמנה ולהגיש תלונה שתידון ע"י הוועדה. הוועדה תוציא החלטה, מעין פסק דין שמחייב כלפי המדינה. המנגנון קבוע בפרוט' הנוסף לאמנה שאליו ישראל לא הצטרפה.

יחסיות הזכויות- האמנות מאפשרות למדינה להגביל את הזכויות במצבים מסוימים, כמו דאגה לביטחון המדינה. דבר זה מאפשר למדינה לממש את החופש הריבוני שלה.

**אמנות זכויות אדם מרכזיות נוספות-** עם השנים, עקב המגמה כיום במשב"ל להפוך את הזכויות ליותר פרטיקולריות ורחבות, התפתחו זכויות אדם נוספות והרבה יותר ספציפיות-

* האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית 1965- CERD.
* האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים 1979- CEDAW.
* האמנה נגד עינויים 1984- CAT.
* האמנה להגנה על זכויות הילד 1989- CRC.
* האמנה להגנה על זכויות אנשים עם מוגבלויות 2006- CRPD.

🡨 סה"כ כיום יש 7 אמנות זכויות אדם.

**✓ מוסדות או"ם לזכויות אדם**

דיברנו עד עכשיו על הזכויות עצמן ומה היה הרקע אליהן. נעבור לדבר על מי שמוציא אותן לפועל. כמובן שהמדינה היא שמממשת את הזכויות, אבל יש גוף שאחראי להוציא אותן באופן ספציפי. האו"ם הוא גוף מסועף, בתוכו קיימים שלושה גופים שמשחקים תפקיד מרכזי בהגנה על זכויות אדם-

* **הנציבות העליונה לזכויות אדם** (UNHCHR) – הגוף שמרכז את כל הפעילות בעניין זכויות האדם באו"ם והוא זה שמדווח למזכ"ל האו"ם.
* **המועצה לזכויות אדם** (HRC) - גוף פוליטי מאוד. מי שיושבים שם הם דיפלומטים נציגי מדינות.
* **וועדות המומחים שהוקמו מכח אמנות זכויות האדם שלעיל**.

**המועצה לזכויות אדם-**

כאמור, המועצה היא גוף פוליטי המורכב מדיפלומטים, נציגי 47 מדינות. המועצה מפעילה 3 מנגנוני מפתח-

1. **דווחים והליכים מיוחדים**- מומחים שממונים לבדוק תחום מסוים. לדוג' לפני כמה שנים כשהבינו שיש יותר ויותר עניין בהגנת הפרטיות בעידן הדיגיטלי, מינו דווח מיוחד לענייני הפרטיות, שחקר ובחן את הדבר הזה בכל המדינות. דוגמא נוספת הוא הדווח לחופש הביטוי- בשנים האחרונות הוא מתמקד במה שקורה בחברות פרטיות בספרה הדיגיטלית. הוא מבין הדוחות שלו ממצאים לגבי פילטרים וסננים במדינות מסוימות, מעצרים של אנשים באמצעות מעקב מקוון וכו'. הדווחים מתמקדים בנושא מסוים וחולשים על שלל מדינות או שהם בוחנים סיטואציה מסוימת.
2. **מנגנון הביקורת התקופתי- UPR**- אחת לכמה שנים (5) המדינות מתכנסות וכל מדינה פורסת את המשנה שלה בתחום זכויות האדם מול שאר המדינות בוועדה בנושא הפרה של זכויות אדם.
3. **ועדות חקירה**- למעשה, המועצה יכולה להחליט בהצבעה שהיא מקימה וועדת חקירה בנושאים פרטניים של הפרת זכויות אדם ובעקבות וועדת החקירה היא תפרסם דוח. אומנם לדוח הזה יש חשיבות לא מעטה, אך אין לה סמכות מעשית. גם אם וועדת החקירה תוציא דוח שיקבע שישראל ביצעה פשעי מלחמה, אין לו סנקציות בצידו אבל האימפקט. ולמרות זאת, האפקט של הדוחות האלה משמעותי במשב"ל לעניין מוניטין המדינה, יחסים בינ"ל של המדינה ושימוש בכל מיני הליכים. באופן כללי אף מדינה לא רוצה להיות ממותגת כמדינה שמפרה זכויות אדם.

ישראל למשל החליטה שהיא לא משתפת פעולה לצורך דוחות מסוימים, בגלל שלתפיסתה המועצה מלכתחילה מוטה. בדוח של צוק איתן, אחת הבעיות המרכזיות של ישראל הייתה שהגדרת הזמנים שהייתה לוועדת החקירה הייתה רק אחריי חטיפת שלושת הנערים. האירוע עצמו לא נכלל שם ולכן יש בעיה מלכתחילה. עם זאת, יש בהחלט הרבה מאוד החלטות ומנגנונים של המועצה שישראל משתפת איתם פעולה. ישראל נוסעת כל 4 שנים ומתמודדת עם הביקורת.

אומנם, הפוליטיזציה של המועצה לא טובה כי היא משפיעה על הלגיטימציה שלהם. אבל בכל מקרה מדובר בגופים ותיקים וחשובים ולכן ישראל משתפת איתם פעולה עד שהיא חושבת שזה לא נכון אסטרטגית לשתף איתם פעולה.

לדוג' בוועדת שבאס דיוויס שקמה לאחר צוק איתן. הוועדה הזמינה אנשים משני הצדדים לדווח ולהעיד על קרות המלחמה. ישראל לא הייתה מרוצה והוציאה לאחר מכן דוח משלה. היא לא שיתפה פעולה באופן פורמלי אבל אנשים מישראל עדיין הציגו בפני הוועדה.

**✓ הוועדה לזכויות אדם שהוקמה מכוח אמנות**- כאמור, הגוף השלישי והחשוב ביותר הן הוועדות לזכויות האדם. כל אחת מ7 האמנות שהזכרנו הקימה וועדה שיושבים בה אנשי מקצוע. מדינה מגישה אחת לכמה שנים דוח על מצב קיום זכויות האדם שבאמנה ומגיעה להופיע בפני הוועדה בז'נבה. לאחר מכן הוועדה מגישה מסקנות שאומרות למדינה מהן נק' השיפור ונק' השימור.

לדוג' לפני כמה שנים למשל הייתה הערה שהענישה למי שצורך זנות קטינים מקלה מדי. המסקנות הגיעו לפרקליט המדינה ושינו את החקיקה הפלילית. בנוסף, נוהל עובדות זרות בהריון קבע שעובדות זרות צריכות להיות מגורשות מישראל. קו לעובד הגיש בג"צ ובג"צ השתמש במסקנות שהמדינה קיבלה בוועדה והנוהל שונה. אז אנחנו רואים שאומנם המסקנות לא מביאות לשינוי מיידי, אבל מדינות מכבדות את זה.

**לוועדות הנ"ל 4 סמכויות עיקריות:**

**א. חיבור הערות כלליות ופרשניות**- אחת לכמה זמן הוועדות מפרסמות הערות פרשניות על סעיפים מסוימים באמנה. למה? כי מדובר בסעיפים מאוד כלליים. למשל – הזכות לחיים, מה זה אומר? הערה פרשנית יכולה להיות עשרות עמודים והיא תולדה של עבודה של הוועדה שמפרט לרזולוציות את הזכות הנידונה. \*הערה פרשנית אינה מחייבת.

**ב. מנגנון התלונות הפרטני (ישראל אינה חברה בפרוטוקול)-** מאפשר לפרט לפנות בתלונה אל הוועדה.

**ג. מנגנון תלונות בין מדינתי.**

**ד. מנגנון הדיווח**- ארגוני זכויות האדם במדינות השונות מגישים דוחות כלליים בכל מיני נושאים. לדוג' ארגון קו לעובד, ארגון הסיוע לפליטים וכו'. המדינה מעודדת הגשת דוחות כלליים כי אנחנו יכולים לראות את הדוחות האלה קודם ובמקביל שהם מוגשים לעבודה. אנחנו לוקחים את הביקורת ומנסים לטפל בה.

המדינה מגיעה בפני הוועדה עם משלחת, מופיעה בפניה ומגישה לה את הדו"ח בו היא מפרטת איך יושמה האמנה. אחרי ההופעה הוועדה דנה בדוחות גם על בסיס מידע שהיא מקבלת מגורמים חיצוניים כמו הNGOs, חוקרת את נציגי המדינה ולאחר מכן מפרסמת את מסקנותיה ביחס לאותה מדינה. כאמור, להמלצותיה יש הפעה על המוניטין של המדינה ולכן הן אפקטיביות.

**אתגרים וקשיים במנגנוני זכויות אדם** –

* **אין סמכות מחייבת**- אם וועדה לזכויות אדם מעירה למדינה מסוימת, היא לא יכולה לחייב אותה לפעול בצורה מסוימת כדי לתקן זאת.
* **חוסר במנגנוני אכיפה**
* **לגבי חלק מהגופים לעיתים קיימת בעיה של תדמית פוליטית ובלתי אמינה**
* **מציאת ממצאים אובייקטיבים בדוקים**- קשה לדעת אם המסקנות מבוססות על אמצעים אובייקטיבים בדוקים. לדוג' לפני כמה שנים ארגון האבות הגרושים הגיש דוח לוועדה לזכויות הילד, בו נטען ש200 גברים שעוברים גירושין מתאבדים מדי שנה. זה היה פייק ועדיין קיבלנו על זה ביקורת בוועדה, שהרי אין להם איך לאמת את מה שכתוב בדוחות.

**השפעת מנגנון הדיווח**:

* **אפקטיביות**- הוועדה המורכבת דנה בדו"חות גם על בסיס מידע שמקבלת מגורמים חיצוניים, חוקרת את נציגי המדינה ולהמלצותיה השפעה על המוניטין של המדינה.
* **תמריצים**- הדיאלוג בין המדינה לוועדה כמו גם ההד התקשורתי, יוצר לחץ פוליטי על המדינה להראות שיפור מגמתי בנקודות עליהן קיבלה ביקורת בכדי לשמור על תדמיתה והמוניטין שלה בקרב הקהילה הבינ"ל.
* **גוף מקצועי קבוע**- מנגנון הדיווח מורכב מגופים מקצועיים שניתן לבחון באמצעותם את ההתקדמות ההדרגתית התקופתית של המדינות השונות בתחומים מסוימים.

דוג' למנגנון דיווח ניתן לראות בחוק הסיוע האמריקאי לסחר בבני אדם, לפיו מדינות שמקבלות סיוע מארה"ב צריכות לדווח לארה"ב בעניין סחר בבני אדם שנעשה בשטחה ולמגר אותו. ישראל מגישה דוח שנתי בעניין לממשל האמריקאי כדי להראות שהיא פועלת למגר את העניין וכו'.

**✓ זכויות אדם בשעת חירום:**

קיימת הבנה שלא ניתן תמיד לקיים את זכויות האדם במלואן. בשונה מדינים אחרים (כמו דיני לחימה), דיני זכויות האדם נועדו לחול בכל זמן, לא רק במצב ספציפי כמו במלחמה. עם זאת, במצב של מלחמה לא ניתן לקיים את זכויות האדם במלואן מסיבות שונות כמו הקצאת משאבים וסיכון ביטחוני.

**ס' 4 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR)-** מאפשר במצבים מסוימים לגרוע מהזכויות המפורטות באמנה ב-3 תנאים:

1. **המדינה ניצבת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה-** מדובר במצבים כמו אסון טבע, סכסוך מזוין (מלחמה), מהומות בהיקף רחב. ההפרעה לחיי האומה צריכה להיות הפרעה ממשית.
2. **המדינה הכריזה על שעת חירום-** גם במישור הפנימי וגם במישור הבינלאומי (=3).
3. **המדינה הודיעה על מצב זה למזכ"ל האו"ם.**

גם במצב כזה, היא לא יכולה לגרוע מכל הזכויות. היקף הסטייה המותרת, הפגיעה בזכויות, כפוף למס' מגבלות:

1. האמצעים צריכים להיות נחוצים ומידתיים.
2. המדינה אינה מפרה התחייבויות בינלאומיות אחרות.
3. שהאמצעים בהם היא נוקטת לא יהוו הפליה על בסיס גזע, צבע, מין, דת, לשון או מוצא חברתי.

ס' 4 לאמה קובע שיש 7 זכויות שאסור לגרוע מהן בכלל כי אין קשר ממשי ביניהן לשעת החירום- הזכות לחיים, חופש דת, איסור על עינויים, איסור על עבדות, איסור מאסר בשל הפרת התחייבות חוזית, הזכות להיחשב כבעל אישיות משפטית, איסור ענישה פלילית רטרואקטיבית. לדוג' זה שיש מלחמה לא אומרת שניתן להעניש בצורה אכזרית.

כישראל הצטרפה לאמנה היא הגישה הודעה שהיא בשעת חירום מיום היווסדה. הסיבה לכך הייתה כי היא רוצה לברוח מס' 9 שאוסר על מעצר שרירותי (שזה מאסר מנהלי שמוטל לפני שנעשה מעשה פלילי). לכן היא הודיעה שככל שזה גורע מההתחייבויות שלה זה בגלל שהיא במצב חירום מיום הקמתה. בתקופת הקורונה הייתה ביקורת שישראל השתמשה בהכרזה הכללית כדי להעביר עוד תקנות שעת חירות שנוגעות לקורונה.

# שיעור 19, 22/06/2021 – משפט בינלאומי פלילי

המשב"ל הפלילי הוא אחד מענפי המשב"ל הוותיקים ביותר, והוא נמצא במוקד העניין הציבורי בישראל ובמדינות אחרות. **המשב"ל פלילי הוא הכלי האכיפתי של ענפים אחרים במשב"ל** **- דיני לחימה ודיני זכויות האדם**. לדוג' דיני הלחימה קובעים שורה של פשעי לחימה המהווים הפרה חמורה של דיני הלחימה, אבל הם לא קובעים כיצד נאכוף זאת. כאן נכנסים דיני המשב"ל הפלילי שקובעים את דרך האכיפה. למשל הוא קבע שניתן להעמיד לדין גם אינדיבידואלים שביצעו פשעי מלחמה.

ענף המשב"ל הפלילי נמצא בצמיחה רחבה מאז המאה ה20 בכלל וב30 השנים אחרונות בפרט. הוא אבן דרך חשובה לבניית שלטון החוק הבינ"ל. הענף הזה, אולי יותר מכל ענף אחר, בא ומסמל למדינות ולפרטים שפועלים בשמן של המדינות ותחת מרותן, שאי אפשר לבצע פשעים בינ"ל ולצאת מזה נקיים. יש אחריותיות במשב"ל וגם פרטים שפועלים בשם מדינה כפופים לסמכות השיפוט של המשב"ל ואפשר להעמידם לדין. הדבר הזה בא לידי ביטוי בעובדה **שבפני בתי דין בינ"ל פליליים אין חסינות.** למשל, ראש מדינה או רמטכ"ל שעשוי למצוא עצמו על כס נאשמים בICC לא יכולים לטעון לחסינות כלשהי על הפשעים הבינ"ל שביצעו מכוח התפקידים שלהם (בשונה מחסינות שקיימת בבתי דין מדינתיים).

המטרה של הענף הזה היא להבהיר שיש נורמות התנהגות מסוימות במשב"ל שחלות לא רק ביחס למדינות, אלא גם ביחס לפרטים ושהפרה של הנורמות הללו עשויה לעלות לפרטים האלו בסנקציה פלילית, ממש כמו במשפט הפלילי המדינתי.

החידוש של המשב"ל הפלילי הוא שאנו לא מסתפקים רק בזה שהמדינה תיתבע ותישא באחריות, אלא גם הפרטים שביצעו את העבירות יעמדו לדין וייענשו במידת הצורך.

על איזה עבירות אנחנו מדברים? יש מגוון מאוד מעניין של עבירות- שוד ים (משם התחיל המשב"ל הפלילי), סחר בעבדים (אחת העבירות הבינ"ל הישנות יותר), פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם (ג'נוסייד), עינויים, טרור, עבירות סמים, סחר בבני אדם ועוד. אלו פשעים בינ"ל שאפשר להעמיד עליהם לדין מכוח המשב"ל הפלילי.

**✓ התפיסה בבסיס המשב"ל הפלילי**- הקונספציה שעומדת בבסיס המשב"ל, 2 אלמנטים חשובים:

1. **המשב"ל מבוסס על תפיסה שיש נורמות בעלות חשיבות בינ"ל** – כדי לאכוף אותן צריך ליצור מנגנוני אכיפה מיוחדים בגלל שהרבה פעמים במקרים הללו אכיפת הנורמות ברמה המדינתית לא קיימת או לא יעילה. למשל במקרה של שוד ים. עבירת שוד הים, שקיימת מקדמת דנא, מתקיימת בלב הים – במים בינ"ל שהם לא מים טריטוריאליים של שום מדינה. פיראטים פוגעים בספינה ומשתלטים עליה וכו'. זה נעשה במים בינ"ל שבהם לכאורה לאף מדינה אין ריבונות וסמכות שיפוט. זהו מעין "כשל שוק"- לקהילה הבינ"ל אומנם יש רצון להילחם בדבר הזה, אבל אם שום מדינה לא יכולה להעמיד פיראטים לדין. בא המשב"ל הפלילי ויוצר מנגנונים שיכולים להתמודד עם הפיראטים ולהעמידם לדין.

דוג' נוספת- פשע עינויים. איסור העינויים הוא קוגנטי במשב"ל. ולמרות זאת, לא פעם גורמים רשמיים מטעם מדינות מבצעים את עבירת העינויים (מצוין גם באמנה נגד עינויים). למדינה אין תמריץ לאכוף את העבירה ולהעמיד עליה לדין כי לכאורה היא בעצמה ע"י אורגניה השונים מבצעת את העינויים. בא המשב"ל באמצעות המשב"ל הפלילי ומזהה את כשל השוק לפי מדינות לא יאכפו בעצמן את אותן נורמות בעלות החשיבות הבינ"ל באופן יעיל.

1. יתרה מכך, בבסיס המשב"ל עומדת התפיסה כי הפרה של נורמות מסוימות מנוגדת לערכי הקהילה הבינ"ל. הקהילה הבינ"ל היא איזושהי ישות שיש לה ערכים **ולכל חברי הקהילה יש זכות תביעה נגד עבריינים מסוימים**. גם פה הרעיון גלום בפשע הבינ"ל הקדום ביותר, פשע הפיראטיות. לאורך השנים, הפיראטים כונו אויבי המין האנושי בכללותו. לכל הקהילה הבינ"ל יש אינטרס בתביעה ואכיפה נגד העבריינים הללו כי מה שהם עושים נוגד את הערכים של כלל הקהילה הבינ"ל- היכולת להסתובב במים הבינ"ל באופן בטוח לדוג'. נורמות שאם הן מופרות זה פוגע בכלל הקהילה ולכלל הקהילה יש את הזכות לתבוע ולמנוע את המצבים הללו.

**✓ שאלת האחריות האישית של פרטים – ביה"ד בנירנברג**

המשב"ל באופן קלאסי ומסורתי נתפס כמסדיר יחסים בין מדינות (לפי דוגמת מודל כדורי הביליארד). זה לא היה אינטואיטיבי שהמשב"ל יכול, בשם הקהילה הבינ"ל, להעמיד פרטים לדין. היום יש פחות ספקות שהמשב"ל יכול להטיל אחריות פלילית על פרטים ולא רק על המדינה עצמה.

השאלה הזו התעוררה במשפטי נירנברג – בעלות הברית הקימו בנירנברג בתי דין בינ"ל פליליים והעמידו לדין את הפושעים הנאצים. אגב הדיונים, עלתה השאלה האם בכלל המשב"ל יכול לבוא ולפעול נגד פרטים. הנאשמים הנאצים טענו שהמשב"ל הבינ"ל מסדיר יחסים בין מדינות ולא מצמיח חובות לפרטים. לכן, הוא לא יכול קונספטואלית להחיל אחריות במישרין על אנשים פרטיים, חמורים מעשיהם ככל שיהיו. ואם זה המצב, הרי שחוקת לונדון, שמכוחה פעל ביה"ד בנירנברג, מגלמת חקיקה פסולה, חקיקה אקס-פוסט-פקטו שאומרת שניתן להעמיד פרטים לדין לפי המשב"ל הפלילי בצורה רטרואקטיבית.

ביה"ד לא שועה לטענת הנאשמים אבל הגיב להם:

* בין מספר נימוקיו לדחיית טענת המערערים, ביה"ד אומר כי קיים מנהג שלפיו ניתן להעמיד פרטים לדין על הפרת דיני הלחימה. הוא מראה כל מיני אינדיקציות בתקנות האג ואמנת ג'נבה בדבר שבויי מלחמה מ1929.
* ביה"ד מוסיף ואומר כי העבירות שבגינן הן מואשמים אסורות גם בדין הגרמני המדינתי ובחוקי העונשין של לא מעט מדינות. אסור לבצע מעשים של רצח, עינויים וכו'. לא כל שכן רצח שיטתי. לכן, אי אפשר לבוא ולהגיד שהם לא ידעו שאסור לרצוח אזרחים או להרוג אותם בגז. כל שעושה ביה"ד הוא להצהיר שהנורמות האלה אסורות גם כן. אומנם הקוד הפלילי הגרמני לא אסר על רצח של יהודים באופן ספציפי לדוג', אבל הוא קבע שאסור לרצוח, להתעלל בחסרי ישע וכד'. לכן, פשעי המלחמה של הנאצים מתכתבים עם האיסורים בדין הפנימי המדינתי.
* יותר מזה, ביה"ד אומר שגם אם נקבל את טענת הנאשמים שהמשב"ל הוא בין מדינתי שמכתיב למדינות את המותר והאסור, הדרך היחידה לאכוף בסופו של דבר את הנורמות במשב"ל שהשיתו על המדינות זה באמצעות הטלת אחריות על פרטים. המדינות, כישויות ערטילאיות, פועלות דרך אנשים פרטיים הפועלים בשמן של מדינות. לכן אין דרך אחרת לאכוף את הנורמות של המשב"ל , אלא בהטלת אחריות על אותם פרטים שפשעו.

מכל הסיבות האלה, ביה"ד מכונן שחור על גבי לבן את התפיסה שהמשב"ל יכול להטיל אחריות פלילית על פרטים. את אותם טיעונים ניתן למצוא בפרשת אייכמן. הסניגורים של אייכמן העלו טענות דומה לטענות הסניגוריה בביה"ד בנירנברג וביהמ"ש העליון שלנו דחה את הטענות בצורה דומה.

**✓ הקשר בין ענף המשב"ל הפלילי לדיני זכויות האדם ודיני הלחימה**- למה יש קשר בין הענפים?

* הערכים שמוגנים בשלושת הענפים הם אותם ערכים- הגנה על חיי אדם וזכויות אדם בסיסיות גם במצב של שלום וגם במצב של מלחמה.
* המשב"ל הפלילי הוא מערכת נורמטיבית נוספת ומשלימה שמספק המשב"ל, והיא נותנת את מנגנוני האכיפה כנגד אלו שמבצעים את ההפרות של דיני זכויות האדם ודיני הלחימה. המשב"ל הפלילי מאפשר לנו להיפרע והטיל אחריות על פרטים ולא רק על המדינות.

בהקשר הזה נזכיר את ענף האחריות הבינ"ל. אחריות בינ"ל ניתן להטיל על מדינות (אמרנו מתי ומהם כללי אחריות מדינה ומתי אפשר להטיל על מדינה אחריות בגין הפרה של המשב"ל). המשב"ל הפלילי מתקדם ואומר שניתן להטיל אחריות לא רק על מדינה, אלא גם על הפרטים שביצעו את ההפרות עצמן.

* ענף המשב"ל הפלילי מספק הגנה נוספת לזכויות אדם מעבר לזו הקיימת במישור הפנים מדינתי.

למשל צ'ילה בחרה שלא להעמיד לדין את המנהיג פינושה, שדי בוודאות ביצע מעשים אכזריים של חטיפה ועינויים, ומעולם לא פתחת נגדו בהליכים הפליליים. בעזרת המשב"ל הפלילי, גם מדינות אחרות היו יכולות להעמידו לדין. מדינה יכולה להעמיד לדין אדם שביצע פשעים פליליים חמורים בלי זיקה למדינה באמצעות **סמכות שיפוט אוניברסלית. סמכות שמוקנית למדינות להעמיד לדין על פשעים בינ"ל חמורים גם אם אין למדינה הספציפית שום זיקה לפשע שבוצע**. אייכמן לדוג' הועמד לדין מכוח סמכות השיפוט האוניברסלית. לאייכמן לא הייתה שום זיקה אמיתית לטריטוריה הישראלית, ישראל לא קמה בזמן ביצוע הפשעים והוא כמובן לא היה אזרח ישראלי. גרמניה לא העמידה אותו לדין, וישראל קנתה את היכולת להעמיד אותו לדין מכוח סמכות השיפוט האוניברסלית.

**✓ התפתחות המשב"ל הפלילי**- נדבר תחילה על הדין המהותי והעבירות המרכזיות שהמשב"ל הפלילי כולל. אחרי זה נעבור לפן המוסדי- איך אנחנו אוכפים אותם ובאיזה מוסדות.

* כבר במאות ה17-18 כשהמשב"ל המודרני קרם עור וגידים, מתבססת התפיסה שניתן להעמיד לדין את שודדי היםף שהוגדרו שאויבי האנושות בכללותה, בכל בי"ד מדינתי. הבססה התפיסה שלכל מדינה יש הסמכות להעמיד אותם לדין בשם הקהילה הבינ"ל עקב פגיעתם בביטחון הבינ"ל באופן שבו הם מתנהלים בים הפתוח.
* במאה ה19, אנחנו רואים הרחבה של התפיסה גם לסוחרי עבדים. במשך המון שנים, עבדים היו דבר מקובל וחוקי. בשלב מסוים מתגבשת ההבנה שהקונספט של סחר בעבדים והעסקתם בתנאי עבדות היא דבר בזוי ולא ראוי. סחר בעבדים מתחיל להתבסס כפשע בינ"ל, שמדינות יכולות להעמיד לדין בגינו.
* לצד הפשעים העתיקים האלה, ההתפתחות הכי דרמטית בכל ענף המשב"ל הפלילי בפן נורמטיבי ומוסדי מתרחשת בעיקר מאמצע המאה ה20, מאחרי מלה"ע ה2 ובעיקר בשנות ה90. במסגרת ההתפתחות הדרמטית הזו, יש **הרחבה מתמדת של סוג והיקף העבירות** שנופלות תחת המשב"ל הפלילי ונחשבות כפשעים בינ"ל חמורים שניתן להעמיד עליהם לדין במוסדות בינ"ל ובמדינות. לצד ההרחבה של העבירות שמהוות פשע, **קמים מגוון מוסדות להעמדה לדין במישור הבינ"ל**. אנחנו מתחילים מבית הדין בנירנברג ומגיעים בראשית שנות ה2000 לביה"ד הפלילי הבינ"ל הקבוע, הICC.

**✓ הרחבת העבירות הכלולות במשב"ל הפלילי**

העבירות העיקריות שהיו כלולות בענף הזה עד 1945 היו בעיקר שוד ים וסחר בעבדים. חוקת לונדון שתוקנה ב1945 ושמכוחה פעל ביה"ד בנירנברג, הביאה להתפתחות מאוד חשובה בעניין. החוקה אפשרה לביה"ד להעמיד לדין על 3 פשעים בינ"ל- פשעי מלחמה, פשעים נגד השלום (נקרא כיום פשע התוקפנות) ופשעים נגד האנושות.

**① פשעי מלחמה**- אלו הפשעים המפורסמים ביותר שעליהם התבססו בנירנברג והעמידו בגינם פושעים נאצים לדין. מאיפה שאבו את הפשעים האלה? הבסיס היה דל ושאב את כוחו מ2 מקורות מרכזיים- מתקנות האג (1907), מסמך מכונן שקובע חלק מהמותר והאסור למדינות בשעת מלחמה ומאמנת ג'נבה בדבר שבויי מלחמה מ1929.

העולם של פשעי מלחמה מאז נירנברג רק הלך והתרחב. במהלך העשורים האחרונים, עוד ועוד עבירות נכנסו לסל הזה שנקרא פשעי מלחמה. להלן ציוני דרך מכוננים:

* **אמנת ג'נבה הרביעית מ1949** – **האמנה קובעת מפורשות שלכל המדינות יש סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס למה שנקרא הפרות חמורות במיוחד.** לא כל הפרה של הוראה באמנת ג'נבה תיחשב פשע מלחמה, אלא רק הפרות חמורות. למשל, עבירות כלפי אוכלוסייה מוגנת (אזרחים, פצועים ושבויים) כשהעבירות הן רצח, עינויים, גירוש לא חוקי, גיוס בכפייה של אזרחי אויב לשורות הצבא שכנגד, לקיחת בני ערובה, פגיעה נרחבת ברכוש אזרחי ללא הצדקה צבאית. אלה חלק מהעבירות שלפי אמנות ג'נבה יחשבו כהפרות חמורות שעולות בגדר פשעי מלחמה וכל מדינה תוכל להעמיד לדין בגינן. רשימה מצומצמת יחסית.
* הרחבת הרשימה **בפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה מ1977**. הוא הגדיר באופן רחב יותר מה נכנס בגדר פשעי מלחמה. בין היתר, תקיפת יעדים ומטרות באופן העשוי לגרום לפגיעה חמורה ובלתי מוצדקת לאוכלוסייה אזרחית, העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, אפרטהייד ופגיעה מכוונת במבני תרבות או דת. בגלל פשע העברת אוכלוסייה ישראל מעולם לא הצטרפה לפרוט' הראשון. אם היה ספק לגבי כל מיני פשעים, הפרוט' הראשון הגדיר בצורה רחבה מה נחשב בדר פשע מלחמה.
* **חוקת רומא** מכוחה פועל ביה"ד הבינ"ל הפלילי בהאג משקפת את הקודיפיקציה הכי עדכנית למה נחשב היום פשע מלחמה. ס' 8 לחוקת רומא מונה עשרות של פשעי מלחמה. בין היתר- העברת אוכלוסייה לשטח כבוש (במישרין או בעקיפין). מוסיף הפרוט' הראשון שהעברה שכזו בין במישרין ובין בעקיפין תיחשב פשע מלחמה, אין פה דילמה למדינה הכובשת. גם פה בגלל הסעיף הזה ישראל מעולם לא הצטרפה לחוקת רומא); פגיעה מכוונת בעובדי סיוע הומניטרי או כוחות שמירת שלום; שימוש כוזב בסמלי או"ם או בדגל לבן; ביזה; שימוש בכלי נשק אסורים (גזים רעילים, קליעים מתרחבים או נשק בלתי הומני אחר); אונס ועבירת מין; שימוש במגנים אנושיים; הרעבת אזרחיים; גיוס קטינים מתחת לגיל 15 ועוד. כאמור, הסעיף מונה שורה ארוכה של פשעי מלחמה.

כפי שלמדנו בשיעורים הקודמים, הרציונל של דיני הכיבוש, זה שימור הסטטוס קוו. כיבוש אמור להיות משטר זמני עד שהשטח הכבוש חוזר לריבון הקודם. לכן רוצים למנוע כל מצב שבו ההחזרה לריבון המקורי לא תוכל להתממש. מסיבה זו, המשב"ל קבע שמדינה שתופסת שטח זר לא יכולה להעביר את האוכלוסייה שלה לשטח הזה. ישראל במצב לא פשוט מהבחינה הזו, כי היא הקימה מפעל שלם של התיישבות יהודית באיו"ש ובמשך שנים היא אמרה שהיא לא כפתה על אנשים להיכנס לשם. לכן היא לא סותרת את האיסור כפי שהוא מופיע במקור באמנת ג'נבה. אבל בגלל שמפעל ההתיישבות העצים והכיבוש הישראלי הוא כיבוש ממושך, גם ההגדרות של הפשע הזה השתכללו במהלך השנים והגיעו לשיאן בחוקת רומא. הייתה שם ברית של מדינות ערב שהיו מעורבות במו"מ וקבעו סעיף שישראל לא תוכל להשתמט מהטיעון שהיא לא מעבירה בכפייה. אלא אמרו שעצם זה שישראל הקימה את המיזם של אריאל, שיווקה אדמות ודירות במחיר משתלם מספיק כדי שהיא תעבור על העבירה הזו בעקיפין.

ישראל הייתה מעורבת מאוד בחוקת רומא וחתמה עליה במקור, היא האמינה שצריך להיות בי"ד בינ"ל פלילי. אבל היא משכה את חתימתה כי היא הבינה שהסעיף של ההתנחלויות ושינויים שהוכנסו ע"י לובי ערבי בישורת האחרונה עלול לסכן אותה ולכן היא משכה את חתימתה.

**② פשעים נגד השלום-** פשע התוקפנות

במשפטי נירנברג אומרים שכיוון שלגרמניה לא הייתה סיבה לצאת למלחמה, היא ביצעה פשע תוקפנות, פשע נגד השלום, ועל בסיס זה מעמידים את הגנרלים הנאצים לדין. מאז 1945, הפשע הזה הפך להיות מזוהה פוליטית וכעניין סובייקטיבי. במלחמות המדינות רואות עצמן כקורבן, גם אם היא תקפה ראשונה. לדוג' בששת הימים אנחנו טוענים למתקפת מנע. לכן פשע התוקפנות יורד מקדמת הבמה למשך עשורים טובים.

בעשור האחרון יש התפתחות דרמטית בהקשר פשע התוקפנות בעניין חוקת רומא מ1998. למרות שזהו פשע רגיש פוליטית, הוא עוגן בס' 5 לחוקה כאחד מ4 הפשעים שלביה"ד הפלילי יש סמכות שיפוט לגביו. אבל המדינות שמתכנסות ברומא לא מצליחות להגיע להגדרה מהו פשע התוקפנות. לכן, הן משאירות את העניין פתוח והן עשו מאמץ בשנים לאחר מכן להגדיר אותו.

ואכן בשנת 2010 המדינות החברות מצליחות להגיע להגדרה מוסכמת. להגדרה הזו אפשר להתחיל לעשות אקטיביזציה, להפוך אותו לפעיל החל מדצמבר 2017. בפועל לביה"ד הפלילי הבינ"ל יש סמכות שיפוט גם לפשע התוקפנות מה17.7.18. זו התפתחות מהזמן האחרון. עם זאת, הסמכות היא רק ביחס למדינות שאישררו את ההגדרה והצטרפו אליה.

ההגדרה אומצה וביחס אליה יש לICC סמכות שיפוט מאוד מסובכת ומפולפלת - פשע התוקפנות הוא מעשה של תכנון, הכנה והוצל"פ של מעשה תוקפנות. שהוגדר כשימוש בכוח ע"י מדינה כנגד הריבונות, השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה אחרת, או כל צורה אחרת של שימוש בכוח שאינה עולה בקנה אחד עם מגילת האו"ם.

הגדרה מאוד רחבה, שנכנסה לתוקף ב2018. עד היום אין כתב אישום שכולל את פשע התוקפנות. נציין כי הICC הוא בי"ד צעיר ואופרטיבי מראשית שנות ה2000. לכן, נראה שפשע התוקפנות עוד יתפתח בעתיד.

**③ פשעים נגד האנושות** – זהו פשע מאוד מפורסם שלביה"ד בנירנברג הייתה סמכות שיפוט לגביו. גם הפשע הזה היווה חידוש משמעותי בחוקת לונדון. המטרה של החידוש הייתה להעניש את הנאצים על הפשעים שהם ביצעו נגד האזרחים הגרמנים עצמם (היהודים).

כיום, הוא מעוגן כפשע בינ"ל בס' 7 לחוקת רומא. מדובר בפשע מורכב למדי שכולל את הרכיבים הבאים:

1. צריך שיהיה מדובר בפשעים חמורים (רצח, אונס, גירוש, עינויים, העלמת בנים אדם, אפרטהייד ועוד)
2. הפשעים החמורים האלו מתבצעים ביודעין כחלק ממתקפה שיטתית או נרחבת. לא משהו ספורדי חד"פ.
3. המשפטים הללו / המתקפה מכוונת כלפי אוכלוסייה אזרחית (לא נגד לוחמי האויב).

כשניסחו את הפשע הזה ראו ממשלה שפושעת באופן גס ושיטתי נגד האזרחים שלה עצמה. לא נגד אזרחי האויב או חיילי האיוב. לכן הפשעים הללו נחשבים כפשעים שגם בזמן שלום אפשר לבצע אותם. למשל כשפינושה מבצע באזרחים שלו מעשים שיטתיים של עינויים והעלמה כפויה בלי שיש מלחמה בצ'ילה זה יכול לעלות כפשע נגד האנושות שביצע העריץ נגד האזרחים שלו.

**④ רצח עם** – מקורם של שלושת הפשעים לעיל היה בחוקת לונדון. מאז מתווספים עוד פשעים, שהחשוב שבהם הוא **רצח העם** שנוצר באמנה שייסד רפאל למקין, ניצול שואה שכל משפחתו נספתה בשואה. **אמנת הג'נוסייד מ1948** מגדירה את פשע רצח העם. הפשע הזה נקלט לתוך חוקת רומא והוא מעוגן בס' 6 לחוקה. רכיבי העבירה:

1. פשעים חמורים – רצח עם, מניעת לידות, הוצאת ילדים מחזקת משפחותיהם, ועוד. אלו לא רק פגיעה גופנית ונפשית
2. נעשו מתוך כוונה להשמיד באופן כולל או חלקי
3. קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית.

🡨 על ארבעת הפשעים האלה יש היום סמכות שיפוט לICC, ביה"ד הבינ"ל הפלילי – פשעי מלחמה, פשעים נגד אנושות, תוקפנות ורצח עם.

בנוסף להן, יש עבירות נוספות שמוגדרות באמנות בינ"ל ספציפיות-

* אמנת העינויים מ1984 שהרוב המוחלט של מדינות העולם צד לה
* האמנת למניעת חטיפת מטוסים מ1970
* האמנה נגד לקיחת בני ערובה 1979
* האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים 1988
* האמנת למניעת פיצוצי טרור 1997
* האמנת למניעת מימון הטרור 1999
* פרוטוקול הסחר בבני אדם מ2001- עם הגלובליזציה סחר בבני אדם היה קל יותר ולכן זה הביא לתיקון פרוט' חדש.

4 העבירות הראשונות הם מחוקת רומא. יש עוד אוסף פשעים נקודתיים שהקהילה הבינ"ל בחרה לעשות אמנות ספציפיות בעניינן. לדוג' פשע העינויים לא מופיע בחוקת רומא לבדו, אלא ניתן לראות אותו כנגזר מהשפעים האחרים- עינויים במסגרת לחימה וכד. האמנת המיוחדת מוקדשת כל כולה לפשע העינויים. האמנות הספציפיות יוצרות שלל עבירות שניתן להעמיד עליהן לדין. הן קובעות את מנגנוני ההעמדה לדין.

**✓ הפן המוסדי - מנגנוני האכיפה של המשב"ל הפלילי**

המשב"ל הפלילי פועל דרך שני א מנגנוני אכיפה מרכזיים- מדינות ובתי דין בינ"ל.

**① אכיפה ע"י מדינות באמצעות הדין הפלילי המדינתי**- מדינות יכולות לשמש כמכשיר אכיפה דרך הדין הפלילי המדינת, אם יש לה זיקה לעבירה מסוימת (סמכות טריטוריאלית/פרסונלית). לדוג' למשל יתרחש בשטחי ישראל פשע בינ"ל מסוג עינויים והמדינה מוצאת את חוקר השב"כ שביצע את הפשע בינ"ל הנ"ל, כמובן שיש לה סמכות להעמיד אותו לדין כי הוא בוצע ע"י אזרח שלה ובשטח שלה - יש סמכות טריטוריאלית ופרסונלית.

יותר מכך, בפעמים מסוימות המשב"ל לא משאיר את זה לשק"ד המדינה, אלא הוא מחייב את המדינות לאמץ בחקיקה שלהן **חקיקה שאוסרת על ההתנהגות האסורה**. למשל, הפרוטוקול שעוסק בסחר בבני אדם קובע מפורשות חובה על כל מדינה שהן צד לפרוט' לעגן בחוק העונשין שלהן עבירה של איסור על סחר בבני אדם. כך גם לגבי האמנה לסחר חוקי בסמים. האמנות רואות מלכתחילה את המדינה ככלי האכיפה המרכזי ולכן הן דורשות מהמדינות לעגן את העבירות האלה בחקיקה הפנימית שלהן.

מה שיותר מעניין הוא הדרך הנוספת שיש למדינות לאכוף את הדין הבינ"ל הפלילי בבתי המשפט המדינתיים שלהן דרך המוסד שנקרא **סמכות שיפוט אוניברסלית**. במצב הזה אין למדינה שמעמידה לדין שום זיקה למקרה, אבל מכוח סמכות השיפוט האוניברסלית יש לכל מדינה סמכות להעמיד לדין מי שביצע פשעים בינ"ל מנהגיים. דוג' פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה, פשע תוקפנות וכו'. כך היה בעניין אייכמן לדוג'- הוא הועמד לדין על פשעים נגד האנושות ורצח עם.

בנוסף, אנחנו רואים אמנות מסוימות שקובעות סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס לפשע הספציפי שהן מכוננות. האמנה קובעת שלמדינות תהיה אפשרות להעמיד לדין גם אם אין להם זיקה ישירה לעבירה. יתרה מזאת, בחלק מהאמנות אנחנו רואים הוראה שלמדינות יש חובה להעמיד לדין ביחס לעבירות המדוברות ואם הן בוחרות שלא להעמיד לדין, יש להן חובה להסגיר את האדם הרלוונטי למדינה אחרת שמעוניינת להעמידו לדין. לדוג' באמנות ג'נבה ביחס למה שמכונה פשעי מלחמה חמורים, לכל המדינות שהן צד לאמנת ג'נבה- 194 מדינות- יש סמכות שיפוט אוניברסלית גם אם אין להן זיקה. אם הן בוחרות שלא להעמיד לדין יש להן חובה להסגיר את פושעי המלחמה למדינות שמעוניינות להעמידו לדין. בעצם, המשב"ל הפלילי מנסה לבטח את עצמו ולהבטיח שפושעי המלחמה אכן יעמדו לדין איפשהו.

**יתרונות לסמכות שיפוט אוניברסלית**- מניעת אפשרות של עבריינים בינ"ל לחמוק מהדין ומהעונש, וחיזוק האופי האוניברסלי של זכויות האדם שהאמנות מנסות להגן עליהם.

**חסרונות-**

* חוסר אחידות ביישום המשב"ל
* חשש לפוליטיזציה
* ריבוי הליכים נגד חשודים
* יכולת מוגבלת לבחון את ההשלכות הפוליטיות של ההליך. לדוג' פגיעה בתהליכי פיוס פנימיים.

בפועל מדינות אינן ששות להעמיד לדין ע"ב סמכות אוניברסלית בגלל ההוצאות שכרוכות בה וההרעה ביחסים בין המדינה המעמידה לדין לבין המדינה בה בוצעו הפשעים או ממנה יצאו הפושעים.

היו מדינות שרצו להעמיד לדין מכוח סמכות אוניברסלית אנשים ישראליים. במדינות האלה היכולת להפעיל ולהניע הליכים מכוח סמכות שיפוט אוניברסלית הייתה נתונה גם לפרטים. פעם לדוג' הוציאו צו מעצר נגד לבני דרך סמכות השיפוט האוניברסלית. פה אנחנו רואים את החשש לפוליטיזציה. בשנים האחרונות זה קצת ירד אבל יש עוד ניסיונות כנגד ישראל מאחורי הקלעים.

**② בתי דין פליליים בינ"ל**-

לצד העמדה לדין במדינה, המשב"ל הפלילי פועל היום, אולי יותר מתמיד, דרך בתי דין פליליים בינ"ל. בהקשר הזה יש לנו כל מיני צורות של בתי דין פליליים בינ"ל-

* **בתי דין אד-הוקיים**- לדוג' ביה"ד בנירנברג ובטוקיו אחרי מלה"ע ה2, ביה"ד שהקימה מועצת הביטחון בשנות ה90 תחת פרק 7 למגילת האו"ם ביוגוסלביה (ICTY) וברואנדה (ICTR). שני בתי הדין האלו דנו בכ200 כתבי אישום, היו פעילים מאז 93/94 ונסגרו באזור 2015/17 לאחר שסיימו לדון בכתבי האישום שהגדירו לעצמם. הם נטו בינ"ל.
* **בתי דין מעורבים**- בתי דין שיש בהם אלמנטים של שופטים בינ"ל ודין בינ"ל לצד שופטים מקומיים ודין המדינתי. לדוג' ביה"ד במזרח טימור, קוסובו, בוסניה, קמובדיה וסיירה ליאון. אלו גם היו בתי דין אד-הוקיים לצורך מדינה ספציפית ואירוע ספציפית ונסגרים כשנגמרת מלאכתם.

**יתרונות בתי דין אד הוקיים**

* פרוצדורה אפקטיבית שרתומה לסיטואציה ותפורה למצב שבו ביה"ד נועד לעסוק.
* הקהילה הבינ"ל משדרת באמצעות מסר ברור של מאבק בינ"ל בפשעים בינ"ל.
* תרומה לפיתוח המשב"ל הפלילי, במיוחד בתי הדין של שנות ה90.

בעיקר, הניסיון הציף את **החסרונות של המודל האד הוקי**-

* צדק סלקטיבי- התמקדות במדינות מסוימות. למה ברואנדה ולא בסוריה?
* טיפול רטרואקטיבי בהפרות- אין הרתעה בזמן אמת אלא הקהילה בינ"ל מקימה בי"ד ששופט אנשים רטרואקטיבית. זה לא בהכרח יוצר הרתעה כי שעם שהם פעלו הם לא חשבו שהם יעמדו לדין וזה לא היה שיקול בהתנהגותם.
* עלות אדירה= עלות אדירה של ביה"ד אד הוקיים. לדוג ביה"ד של שנות ה90 דנו בממוצע ב200 כתבי אישום. כל אחד מבתי הדין עלה לקהילה הבינ"ל כ2 מיליארד דולר. זה הביא את הקהילה לחשוב האם זה הגיוני להקים מנגנונים כ"כ יקרים שעולים כסף למדינות שמקימות אותם.

על הרקע הזה קם הICC עליו נרחיב בשיעור הבא.

# שיעור 20, 28/06/2021 – בית הדין הפלילי הבינ"ל

ביה"ד הפלילי הבינ"ל, הICC, מוקם מכוח חוקת רומא שגובשת בשנת 1998. הרעיון להקמת ביה"ד נהגה עוד בימי שאחרי מלה"ע ה-2, בעיקר בעזרת מלומדים יהודים. אבל אז כנראה שאז זה לא היה הזמן הנכון להקמת בי"ד כזה. כנראה שאחרי הניסיון עם ביה"ד האד-הוקיים על יתרונותיהם וחסרונותיהם והתפתחות מוסד ההעמדה לדין במשב"ל, בשלה השעה להקמת בי"ד פלילי בינ"ל.

כאמור, החוקה גובשה ב1998, אך היא נכנסה לתוקף רק ביולי 2002, אחרי שהצטברו מספיק מדינות שחתמו ואשררו את האמנה והפכו לצד לחוקה.

ישראל וארה"ב, היו מעורבות מאוד במו"מ על גיבוש חוקת רומא והן גם חתמו על האמנה, אבל שתיהן משכו בשנת 2002 את החתימה שלהן. ארה"ב משכה ואמרה שאין בכוונתה להצטרף לחוקת רומא בגלל החשש שלה שהיא חשופה להעמדה לדין לאור מעורבותה בהרבה אזורי עימות. דבר שעלול להיות סיכון רציני לחיילים האמריקאיים. ישראל לא הצטרפה בעיקר בגלל סעיף ההתנחלויות שאומר שאסור להעביר אוכלוסייה של הכוח הכובש, בין במישרין ובין בעקיפין, לשטח הכבוש.

ביה"ד יושב בהאג שבהולנד וחברות בו 123 מדינות- 2/3 ממדינות העולם. עם זאת, מדינות מאוד משמעותיות שדווקא מעורבות במצבי מלחמה לא צד לביה"ד. ולמרות זאת, הן יכולות למצוא את עצמן במצב מסוכן.

מפת המדינות החברות בחוקת רומא 🡨

ירוק = צד לחוקה.

צהוב = מדינות שחתמו ולא אשררו. הן לא כפופות לגמרי לחוקה מכיוון שהן לא עשו את האקט של אשרור החוקה, אך הן מחויבות שלא לפעול "בניגוד לרוח האמנה"

אדום = המדינות שלא חתומות ולא בכיוון של להיות צד לביה"ד. כדוגמת סין, הודו, מדינות ערב לדוג'.

**✓ סמכות שיפוט** – כדי שבית הדין יוכל להפעיל סמכות שיפוט נדרש אחד מהדברים הבאים:

* שהמדינה שבשטחה בוצעה העבירה (מדינת הטריטוריה) היא מדינה שהיא צד לחוקת רומא או נתנה את ההסכמה אד הוק לסמכות השיפוט של ביה"ד. הסעיף הזה מאפשר למדינות, גם אם הן לא צד קבוע לחוקה, לתת באופן אד הוקי סמכות שיפוט לעבירות בוצעו בשטחן. למשל ב2009 אחרי מבצע עופרת יצוקה, הרש"פ עדיין לא עשתה מהלכי הצטרפות לחוקה, אבל היא העניקה לביה"ד, דרך שר המשפטים הפלסטיני, סמכות אד הוק לדון בפשעי מלחמה שבוצעו לכאורה במסגרת מבצע עופרת יצוקה בשטחים הפלשתיניים. באותה מקרה, התובע הגיע למסקנה שכדי שהוא יוכל לדון בבקשה גופה, העצרת הכללית צריכה תחילה לקבוע האם הישות היא מדינה או לא. כל עוד אין הצהרה כזו הוא לא יכול לדון בבקשה לקבל סמכות שיפוט אד הוקית מהרש"פ (כי זו הסמכה שרק מדינות יכולות לתת). זוהי אחד הסיבות שהובילה לפניית הפלסטינים ב2012 לעצרת הכללית של האום, וזו קיבלה את החלטה 67/19 החשובה ששדרגה אותם למעמדה של מדינה משקיפה שאינה חברה.
* כאשר מדינת האזרחות של הנאשם שביצע פשעי מלחמה, הינה צד רשמי לחוקה או שנתנה הסכמה אק-הוק לסמכות השיפוט של ביה"ד.
* ביה"ד יקנה סמכות שיפוט בכל מקרה שהמועבי"ט מוצאת לנכון להפנות פשעים וסיטואציות מסוימות לסמכות השיפוט של ביה"ד, וזה כשהיא פועלת תחת פרק 7 למגילת האו"ם. כאמור, פרק 7 הוא הפרק שדרכו המועבי"ט מוסמכת לנקוט בשורה של צעדים אופרטיביים אכיפתיים לשימור והשבת השלום והבטחון הבינ"ל. כשהכניסו את המנגנון הזה ניסו לתת לביה"ד אלמנט אוניברסלי, שכעניין תיאורטי עקרוני לביה"ד יכולה להיות תחולה מעבר למדינות שהן צד לו.

המשמעות היא שהמועבי"ט יכולה לעקוף מצב שבו יש מדינה שהיא לא חברה בICC והיא גם לא הסמיכה את ביה"ד באופן אד הוקי לדון בפשעים שביצעו אזרחים שלה, כשהיא פועלת תחת פרק 7. לכן, עקרונית גם אם סוריה לדוג' אינה חברה בביה"ד וכנראה לעולם לא תיתן סמכות אד-הוקית לדון בפשעים שמבוצעים בשטחה בשנים האחרונות, המועבי"ט יכולה לקבל החלטה תחת פרק 7 שמפנה את הסיטואציה של סוריה לביה"ד. למרות האפשרות העקרונית, זה לא קורה בגלל שאין סיכוי שרוסיה שמעורבת במה שקורה בשטחי סוריה, לא תטיל וטו.

ס' 16 לחוקת רומא מבין את הקונסטלציה הפוליטית שהICC יכול למצוא את עצמו. ביה"ד שנועד לעסוק בפשעים שקורים אגב קרבות מזוינים ובגלל ההבנה שלפעמים יכולים לפתוח בהליכים פליליים שעשויים לפגוע במאמצים לשלום וכו', המנסחים ניסחו סעיף שמאפשר להורות על השעיה של הליכים בפני ביה"ד לשנה או יותר כשיש אפשרות להליכים של שלום לרקום עור וגידים ולהצליח.

**✓ היוזם לפתיחת הליך -** צריך להפריד את השאלה האם לביה"ד יש סמכות שיפוט ומה היקפה לבין השאלה מי יכול ליזום הליך. כדי שלביה"ד תהיה סמכות שיפוט אחד מ3 המצבים מעלה צריך להתקיים, ובנוסף אחד מ3 הגורמים מטה יכול ליזום פתיחת הליך-

* התובע של ביה"ד - זה חלק מהסמכות שלו. בית הדין מורכב מערכאה ראשונה וערכאת ערעור. לצידו פועל התובע של בית הדין, שיכול ליזום הליך חקירה שיוביל למשפט.
* המדינות החברות יכולות לפנות אל התובע .
* מועצת הביטחון.

באופן מאוד מעניין, ביה"ד התפתח בעיקר בעשור הראשון בצורה שאף אחד לא צפה. בשנים הראשונות לאחר הקמת ביה"ד, התיקים הראשונים של ביה"ד הגיעו ממספר מדינות חברות שיזמו פתיחת הליכים בנוגע למלחמות שקרו בשטחן שלהן. לדוג' אוגנדה וקונגו ביקשו מביה"ד לפתוח בחקירה ביחס למלחמות שהתנהלו בשטחיהן, כיוון שלאור היקף הפשעים לא היה להן את כל היכולות למצות את הדין עם הפושעים בשטחן. לתובעת יש את האוטוריטה ביחס ל123 המדינות החברות להחליט שהיא יוזמת הליך ביחס לדברים שקורים בהן.

**✓ עיקרון המשלימות** – הICC עובד לפי עיקרון המשלימות שמעוגן בס' 17 לחוקת רומא. עפ"י עיקרון זה, לICC יש העדפה עקרונית ומפורשת כי ההעמדה לדין על אותם פשעים בינ"ל שבסמכותה לדון בהם לפי החוקה, תתרחש במדינות עצמן שיש להן זיקה לפשעים המדוברים, טריטוריאלית או אזרחות. לדוג' בסכסוך הישראלי-פלסטיני הICC מעדיף שישראל/הרש"פ יעמידו לדין את מי שעלולים להיחשב כפושעי מלחמה מתוקף זה שהם חיילים שלהם או שהפשעים בוצעו מהשטחים שלהם. **הICC מעדיף להשלים את מאמץ ההעמדה לדין ע"י מדינות ובתוכן. לכן, בהתאם לעיקרון המשלימות הICC ייטול סמכות וייכנס בעצמו לזירה רק כאשר מדינת הזיקה לא רוצה או שהיא לא יכולה לנהל באופן אמיתי את החקירה או ההעמדה לדין הנדרשת בסיטואציה מסוימת.**

בסכסוך הערבי-פלשתיני, אם נגיע למצב שהחקירה תמשיך וישקלו למשל להוציא צווי מעצר ויתחילו דיונים (אם ישראל כמובן תבחר לשתף פעולה עם ההליכים בביה"ד), אחת ההגנות הראשונות שישראל תוכל להעלות היא הטענה לעיקרון המשלימות. משמע ביה"ד צריך להדיר רגליו מהסיטואציה ולא להעמיד לדין אזרחים ישראליים כי המדינה בעצמה חקרה בעזרת מנגנוני החקירה הצבאיים ומנגנוני הבקרה האזרחיים מעליהם. ולכן לאור עיקרון המשלימות, לא ניתן להתערב בסיטואציה ולהעמיד בעצמך לדין.

**✓ שאלות חזרה**

1) האם צריך לזכור איך כל מדינה קולטת את האמנה שלה? באופן כללי איך לזכור את הדוגמאות? צריך לקחת את המהות שסיוון לימדה אותנו דרך הדוגמאות. זה יכול לסייע בהבנה של כל המהלך וביישום המטריה. נושאים גדולים שדיברנו עליהם, כמו הרש"פ והICC, צריך להכיר. דברים שהיא הדגישה לזכור. לזכור את ההקשר ולא את הדוג' הספציפית.

2) אמנת מונטיוידאו – העבודה על הרש"פ מחייבת למבחן. אין ציפייה שנזכור לדוג' מה היועמ"ש כתב בהחלטתו, אם הייתה אמירה משמעותית ואנחנו יודעים את התוכן זה טוב.

3) במבחן יהיו שאלות קייסים קטנות ושאלות ידע כמו מה המשפט המדויק ביותר מבין המשפטים שלהלן. מבחן יישומי.

4) סעיפי אמנות וכו' – הסעיפים החשובים ברורים. 2(4) שאוסר על שימוש בכוח, הגנה עצמית, מנגנון הבטחון הקולקטיבי, ס' 38 מקורות המשב"ל. בכל המקומות היא הזכירה את החשיבות שלהם. וכמובן ככל שהיא הקדישה לו יותר זמן במהלך השיעור. מנגד, בשיעור על דיני אמנות למדנו על המון סעיפים, יש חשובים יותר וחשובים פחות.

5) התפתחות כדורי הביליארד – תהליך שהתחיל אחרי מלה"ע ה2, הואץ ב30-40 השנים האחרונות עם עליית הגלובליזציה. אבל התהליך הוא מ100 השנים האחרונות מתום מלה"ע ה1 ועם הקמת חבר הלאומים והPCIJ-. התהליך המשמעותי של ארגונים בינ"ל נעשו בעיקר בעשורים האחרונים.

6) ייחסו אחריות לדמינה על פעולות של אנשים פרטיים – צריך להכיר את ההתפתחות – ICJ בפרשת ניקרוגאה > ICTY שאמר משהו אחר ופעל בקונסטלציה פלילית ואולי צריך לקחת בערבון מוגבל > הICJ בשנות האלפיים. ההלכה כיום הוא מבחן השליטה האפקטיבית.

7) ICJ – דרכים לרכישת סמכות. הסכמה באמנות = אמנות שקובעות מפורשות שאם יתגלע סכסוך בין מדינות שהן צד לאמנה, הסכסוך באותו תחום יופנה לICJ. לדוג' אמנת הידידות בין אירן וארה"ב מעולם לא בוטלה למרות היחסים בין הצדדים. בשנים האחרונות, תחת ממשל טראמפ הטילו סנקציות מאוד קשות על אירן במיוחד אחרי היציאה מהסכם הגרעין. לאחרונה, אירן הגישה תלונה נגד ארה"ב לICJ, על בסיס אמנת הידידות שארה"ב לא טרחה לבטל ואמרה שהסנקציות שארה"ב מטילה על האירנים סותרות את אמנת הידידות. דוג' לאמנה בילטרלית שנתנו בה סמכות שיפוט לICJ. הסכמה מיוחדת = שתי מדינות אפילו אם הן לא צד לבי"ד, יכול להסכים שלגבי סכסוך מסוים, הן יפנו לICJ כדי שידון בו.

8) אמנות חוזיות הן בד"כ בילטרליות ומסדירות סוגיות מאוד ספציפיות, הן לא באות ליצור חוק חדש בעולם. הן באות להגיד איך המדינות בסיטואציה ספציפית לדוג' במס, המדינות ימסו את האזרחים האחת של השנייה. אין פה איזשהו חתירה ליצירת חוק בינ"ל חדש. כך דם באמנות הסגרה לדוג'] בודקים איך מוסד ההסגרה פועל ביחסים הבילטרליים הספציפיים בין 2 מדינות.