**משפט בינלאומי פומבי / ד"ר סיון שלמה אגון**

הקורס יהיה **100% בחינה**.

**טיבו של המשפט הבינלאומי**

**היקף הזירה ותחום הפעולה של המשב"ל:**

ניתן לומר שעל בסיס יום יומי, אנו נתקלים בסוגיות של משפט בינלאומי. כדי שנבין לאיזה עולם אנו נכנסים, נתחיל בכמה דוגמאות, דרכן נראה עד כמה המשפט הבינלאומי נוכח בחיינו:

* **מלחמת רוסיה אוקראינה** – התחילה ב24.2.22. המלחמה הזו, מוסדרת מראשיתה עד סופה במגוון ענפים של המשפט הבינלאומי. למשפט המדינתי אין רבה מה להגיד על המלחמה הזו, אבל איך נכון לנהל אותה או האם בכלל נכון לנהלה, האם חוקית או לא חוקית, מרגע שהתחילה, לפי איזה כללים כל אחד מהצבאות צריך לקיים? האם למדינות שלישיות מותר להתערב? להגיש סיוע? אלה שאלות של המשפט הבינלאומי. אילו ארגונים יכולים להתערב ולהשפיע (האו"ם, העצרת הכללית, מועצת הביטחון – הגוף האכיפתי של האו"ם, מונה 15 מדינות שמתוכן 5 מדינות קבועות – ארה"ב, צרפת, רוסיה, אנגליה וסין. רוסיה, בשל שהיא אחת מהמדינות החברות ויש לה זכות ווטו, זכות זו די משתקת את מועצת הביטחון מלקבל החלטות בקשר למלחמה. העצרת הכללית שהיא המליאה שבה כל מדינות העולם יש להם נציג אחד, העצרת הכללית נכנסת היא לפעולה. ברוב המוחלט של המקרים, החלטותיה לא מחייבות, אולם אי אפשר להתעלם ממשמעותן, מכוחן השכנועי ומכוח הנעתן גופים ומדינות לפעולה.
* מקרה נוסף, פחות מוכר, נוגע **לאמנה שנחתמה ב2010, בין ארה"ב לבין רוסיה**. זו אמנה בינלאומית בנושא של גרעין. כשתי המעצמות שמחזיקות את ארסנל הנשק הגרעיני הגדול בעולם, הן מגיעות להסכם שנקרא new start, שמגביל את מספר ראשי הנפץ המקסימלי שכל מדינה יכולה להחזיק, מתוך רצון של כל אחת מהמדינות לא לוותר על הנשק הגרעיני שלה, אבל כן ליצור איזה שהוא אקלים יותר רגוע, הסכמה להפסיק ניסויים גרעיניים על פני כדוה"א.

זו אמנה בין שני צדדים בלבד, המכונה **אמנה בילטרלית** – **אמנה הדדית, שמחייבת את שני הצדדים באופן הדדי**. לעומת זאת, **אמנה מולטילטרלית**, היא **אמנה בין מספר גדול יותר של צדדים**. באמנה בילטרלית, יש אפשרות מעניינת של אחד הצדדים בנסיבות מסוימות להשהות את תוקף האמנה. זה מה שעשה פוטין במקרה הזה – הוא כועס על ארה"ב שמזינה את אוקראינה במלחמה וסיועה לה הולך וגובר. לכן, מחליט לעשות צעד נגד ארה"ב והוא שיהוי האמנה. הכוונה ביצירת אמנה היא ליצור מסמך משפטי מחייב. אולם, כן קיימת אפשרות להפרתו, זה לא שולל את עצם היותו מחייב.

* לפני כמה חודשים, אחרי 8 שנים של מו"מ, **ישראל חותמת על הסכם בינלאומי, אמנה, מול מדינת אויב, לבנון, ומסדירה את הגבול הימי**. למה ישראל ולבנון התכנסו ודנו על חתימת הסכם? לכל מדינה יש שני סוגים של מים – **1.** מים טריטוריאליים – משתרעים למרחק של 12 מיילים ימיים מאדמת המדינה. הם חלק מהטריטוריה של המדינה, הם חלק מהשטח שבו המדינה מפעילה ריבונות. **2.** מעבר ל12 המייל הימיים, יש מים יותר חשובים והם המים הכלכליים – שם, למדינות אין את אותה רמה של ריבונות, אבל יש הבנה במשפט הבינלאומי שעד אזור של 200 מייל ימי, למדינה יש זכות חוקית לנצל את המשאבים הכלכליים שבים. בעשור האחרון, ישראל, יחד עם מצרים, קפריסין ולבנון, מגלות גז טבעי בעולם של התחממות גלובלית, בעולם שבו נפט ופחם מזהמים ומתכלים. המדינות מגלות מקור הרבה פחות מזהם ששוויו אדיר. ישראל מפתחת אסדות גז, ורוצה לעשות זאת גם בגבול שקרוב ללבנון. לבנון התעוררה, כי אלה המים הכלכליים גם שלה. בסופו של דבר, הצליחו ליישב את הסכסוך בדרכי שלום בעזרת ארה"ב, וכעבור 8 שנים של מו"מ ארוך, מגיעים להסכמות על התוואי של הגבול הימי בין ישראל ללבנון וקובעים איך המים הכלכליים יחולקו בין שתי המדינות. זה לא הסכם בילטרלי, אלא ארה"ב היא צד נוסף להסכם. בלי ארה"ב, ההסכם לא היה נחתם. ארה"ב מהווה שחקן נוסף ששימש כמתווך.

יש מקומות בהם המשפט הבינלאומי הוא כר לשיתוף פעולה – הסגרה, סחר וכו'. אולם, **המשפט הבינלאומי משמש, בעיקר היום, לא פעם בהקשר של ישראל, תפקיד/ משקל מאוד מאוד משמעותי, ויש לו המון השקות למשפט המדינתי**. **המשפט הישראלי מקיים קשר מאוד הדוק, בפרט ב30-40 השנים האחרונות, עם המשפט הבינ"ל.** נציין שיש איזה שהוא מאזן אימה בין שתי מערכות המשפט הללו.

נצפה בדבריו של **ד"ר גלעד נועם**, המשנה ליועמש"ית הממשלה. בזמן שלכאורה מתמקדים בשינויים שהם פנים ישראליים, מוצאים לנכון בוועדת חוק חוקה ומשפט לתת במה למשפט הבינלאומי. דובר שם על ההשלכות המשפטיות של המהלכים המשפטיים המוצעים על המערכה המשפטית הבינלאומית. מהי המערכה המשפטית הבינלאומית? מאז 2004 בית הדין הבינלאומי נתן חוות דעת משמעותית בנושא גדר הביטחון, והאם היא חוקית לפי המשפט הבינלאומי (נדבר בהמשך). אבל, מאז וחוות הדעת צברה תאוצה אחרי מבצע עופרת יצוקה, ישראל מתמודדת עם האיומים נגדה **גם בזירה המשפטית** בשלל מוקדים – באו"ם, בבית הדין הבינלאומי הפומבי (הישות הפלסטיני חברה בו), בכל מיני מהלכים של סמכות שיפוט אוניברסלית וכו'. במשרד המשפטים יש היום חטיבות שלמות שמוקדשות למערכה המשפטית הזו – וועדת טירקל למשל. **היום, חלק גדול מהלגיטימציה של ישראל והתפיסות באשר לחוקיות או אי החוקיות באשר לצעדים של ישראל והצבא, הם לא רק דיונים פוליטיים פנימיים, אלא נידונים בפורומים שיפוטיים בינלאומיים**.

אחד העקרונות שגלעד נועם מזכיר הוא **עיקרון המשלימות**. הוא מקפל בתוכו סיפור מעניין בין היחסים של המשפט הבינלאומי ומוסדותיו לבין המשפט המדינתי ומוסדותיו. עיקרון זה אומר שלא פעם, ובהרבה מאוד מקרים, **המשפט הבינלאומי וגופיו** (רגולטוריים, אכיפתיים, בתי משפט) **יתכנסו, יתערבו ויחוו דעתם על מה שמדינה איקס עושה, רק אם מוסדותיה לא בודקים, לא מבררים ולא חוקרים באופן אמיתי.** על בסיס הרקע הזה, ד"ר גלעד נועם אומר **ששעה שאנו שוקלים שינויים בתוך מערכת המשפט שלנו, אי אפשר להתעלם מהמשפט הבינלאומי.** כי מה החשש? החשש הוא שאם תתייתר או תתאיין היכולת להעביר ביקורת שיפוטית על מה שהצבא עושה, בין אם בניהול שטחי איו"ש או בעזה, אז מי ייכנס לתוך הוואקום הזה? המשפט הבינלאומי. זה באמת אחד החששות הכבדים, בעיקר עם בית הדין הבינלאומי הפלילי. מדוע? נכון להיום, בית הדין הפלילי לא מבצע בדיקה מקדמית, אלא חקירה של ממש בסוגיה הפלסטינית. מה שעומד על השולחן בסוגייה זו אלה פשעי מלחמה ופשעים כנגד האנושות לכאורה שישראל מבצעת בשטחים הפלסטיניים. ב**ס' 17 לחוקת רומא מעוגן עיקרון המשלימות, ועיקרון זה אומר שכל זמן שיש רשויות חקירה ושיפוט שיוכיחו שהם בדקו את המקרים, ביהמ"ש הבינלאומי לא יתערב**. **אבל, כשיש מקרים** (כמו סודן, קונגו ולוב), **שמערכת המשפט המדינתית לא עושה כן כשיש חשדות לביצוע פשעי מלחמה/ נגד האנושות, בית הדין הפלילי ייכנס לתמונה.** זה החשש שדר' גלעד נועם מנסה להציף כחלק מהדיון הטעון המתקיים היום במדינה.

* **בית הדין הבינלאומי הפלילי, ICC, שופט אינדיבידואליים** – מרימים את המסך מעל המדינה ומנסים להבין מי היו הפרטים המעורבים בדברים הלא חוקיים שהמדינה ביצעה (שרים, רמטכ"לים וכו'). בית הדין מתחיל בבדיקה מקדמית. בסוף 2020, התובעת של בית הדין דאז, החליטה שהראיות שהצטברו הגיעו לרמה שמצדיקה פתיחה רשמית בחקירה. היום מתקיימת חקירה דה פקטו. היא עוד לא הבשילה לידי צווים ספציפיים. השלב הבא שיכול להיות הוא שיחקרו אירועים ספציפיים ויוציאו צווי מעצר נגד אנשים ספציפיים (למשל נגד הרמטכ"ל, שר הביטחון וכו', שהיו בתפקיד במצבע צוק איתן). אחת המחויבויות של המדינות החברות בבית הדין הבינלאומי הפומבי, היא שהן מהוות חלק מזרוע האכיפה של בית הדין. ברגע שהוצא צו מעצר, כל אחת מ123 המדינות החברות, מחויבת שאם אדם שהוצא נגדו צו מעצר דורך בשטחה, היא מחויבת לעצור אותו. משמעות הדבר היא שיש לא מעט קצינים וישויות פוליטיות שלא יוכלו לנסוע לרוב מדינות העולם. אם ייעצרו, יוחזקו במעצר בהאג, וחייהם ישתנו. **הכוח של הICC הוא מול האינדיבידואליים הספציפיים**. הניזוקים הישירים יהיו אלה שמוציאים נגדם את צווי המעצר וכתבי האישום.

נדון בדוגמה אחרונה:

* בשנת 2004, העצרת הכללית של האו"ם מבקשת **מבית הדין הבינלאומי לצדק,** **ICJ**, לתת חוות דעת משפטית נגד ישראל, ולהביע את דעתו **האם גדר הביטחון חוקית לפי המשפט הבינ"ל**. אמנם הICJ והעצרת הכללית הניחו לנו קצת בשקט בנושא הזה, אולם ממש לאחרונה פונים לבית הדין בחוות דעת שעשויה להיות הרבה יותר מטרידה לישראל, בסוגיה המכונה – חוקיות הכיבוש המתמשך של ישראל בשחים הפלסטיניים. הדגש הוא על המילה 'מתמשך'. כרגע, זה נמצא על שולחנו של הICJ. ב2004, ישראל בחרה שלא לקחת שום צד בהליכים, מה שבא לרעתה. זו אחת מהזירות של אותה מערכה משפטית שבחודשים הקרובים יצטרכו לנהל.

יש משהו מאוד בולט המשותף לכל הדוגמאות לעיל – טרמינולוגיה מאוד מוכרת. דיברנו על מלחמה, על יישוב סכסוכים, בתי משפט, כל הטרמינולוגיות הללו מאוד מוכרות לנו גם מהמשפט המדינתי.

מה שחשוב שנבין כעת הוא בהקשר להיקף הפריסה של המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי לא פועל רק בהקשר של מלחמות והסכמי שלום, אלא גם בנושאים שאנו לא מודעים אליהם בחיי היומיום שלנו – הסדרת שירותי דואר, חלוקת תדרי תקשורת בין מדינות, הגנה על זכויות יוצרים ופטנטים, הכרה ברישיונות נהיגה, מאבק בסחר בסמים, מאבק משותף בעישון (ישנה אמנה מ2005 שעוסקת בניסיון להקטין את העישון), צמצום זיהום האויר והמים, סיוע בלכידת עבריינים נמלטים וכן הלאה. כל הדברים הללו קורים בזירה הבינלאומית, כאמור, **היקף הפריסה של המשפט הבינלאומי הוא מאוד מאוד גדול, גם דברים שאנו לא חושבים ומודעים אליהם**.

הדברים הללו באים לידי ביטוי על ידי יצירת נורמות – עליהן נדבר בהמשך בהרחבה. בד"כ כל המהלכים הללו מגובים במסגרת מוסדית דרך ארגונים בינלאומיים. למשל, יש הרבה הסכמי סחר בינלאומיים ויחד איתם יש את ארגון הסחר הבינלאומי כדי לוודא שהסחר הבינלאומי באמת עובד.

**כיצד התחיל המשפט הבינלאומי?** באופן מסורתי המדינות היו השחקן המרכזי במשפט הבינלאומי, הן היו גם היוצרות המשמעותיות ביותר של הדין הבינלאומי. הרבה מהלכים התחילו דרך התנהגות של מדינות שיצרה מנהגים מחייבים, או דרך אמנות שמדינות הן אלו שנשאו ונתנו אותן. מדינות הן עדיין השחקן המרכזי במשפט הבינלאומי, אלא שהיום זו לא כל התמונה, גם ארגונים בינלאומיים שלהם יש אישות משפטית נפרדת מהמדינות שהקימו אותן, הן ממש שחקן שיוצר דין. לרוב הם פועלים דרך משפט מרוכך ולא מחייב, אולם יש גם ארגונים בינלאומיים שיש להם סמכות לתת **החלטות מחייבות במשפט הבינלאומי**.

**הגדרת המשפט הבינלאומי:** אם אנו רוצים להגדיר את המשפט הבינלאומי, אנו יכולים לחשוב עליו **כמערכת הכללים והמנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהיליה הבינלאומית אשר מורכבת ממדינות אבל לא רק – גם מארגונים בינלאומיים ועוד הרבה שחקנים, וכל זה על מנת להגשים את ערכיה ולקדם את האינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהיליה**.

בעידן הגלובליזציה (תהליך העמקת התלות ההדדית בין מדינות) המשב"ל נעשה רלוונטי יותר ויותר, הגלובליזציה נועדה להעביר ידע, סחורות שירותים וכו' בקלות ובמהירות בין מדינות. בעולם גלובלי כזה, מטבע הדברים, יש תלות הדדית הרבה יותר גדולה בין מדינות, המשפט הבינלאומי נהיה הרבה הרבה יותר חשוב, משמעותי ומשפיע.

אולם, המצב לא היה כך מאז ומתמיד. נחזור לבסיס של הבסיס ונשאל שאלה מאוד מפתיעה – **האם המשפט הבינלאומי הוא בכלל משפט? האם יש לו מאפיינים של שיטה משפטית?**

השאלה הזו הייתה קיימת בעבר. **הובס** (הוגה דעות ופילוסוף פוליטי אנגלי) ב1660 אומר שחוק העמים (בתקופתו קראו למשפט הבינלאומי חוק העמים) וחוק הטבע הם אותו דבר כי בשני המקרים מדובר על מערכות אנרכיות לחלוטין, חסרות סדר, וככאלה הן מבוססות על מוסר ולא על דין. **אוסטין** אומר דברים דומים 200 שנה אח"כ – המשפט הבינלאומי אינו משפט, הוא לא מבוסס על פקודה של ריבון, אין יחידה ברורה וריבון נבחר, ולכן גם אוסטין אומר שהמשפט הבינלאומי הוא ענף של אתיקה ולא של משפט. לטענת אותם הוגים ודומיהם, המשפט הבינלאומי אינו משפט כי הוא נעדר מהמאפיינים המובהקים שאנו כן רואים בשיטות משפט פנימיות.

בהמשך הגיע **הרט** ואומר לנו **שהמשפט הבינלאומי הוא כן משפט** – יש לו הרבה מאפיינים של משפט, אבל הוא **אינו מערכת משפט**, משום שהוא נעדר את כלל ההכרה, כלל הזיהוי. נסביר – הוא אומר שבמשפט הפנימי, למשל כשהכנסת מחוקקת חוק כלשהו, יש כלל זיהוי. אם יצא חוק תחת ידיה של הכנסת זה דין מחייב במדינת ישראל. אלא, הוא אומר שבמשפט הבינלאומי אין כלל כזה, אין כלל שאומר מהו הדין המחייב ומה אינו דין מחייב שמאשרר לנו את התוקף של כלל כזה לעומת כלל אחר, ולכן זה אכן משפט אבל אין פה מערכת של משפט.

כידוע, דבריהם של **אוסטין** ו**הובס** לא משקפים את מה שקורה היום, אבל חשוב שנבין את המהלך כדי להבין לאן הגענו מבחינת התפיסה של המשפט הבינלאומי כמשפט ונראה כמה תוכן ניצוק לה בהמשך הקורס.

**פס"ד מראעבה** – **חשין**: פס"ד מ2004, הנוגע לגדר הביטחון שנבנתה במהלך האינתיפאדה השנייה. כחלק מהרצון של ישראל להילחם בפיגועי הטרור שהתקיימו על בסיס שבועי מחליטה הממשלה לבנות את גדר הביטחון. בניית הגדר כרוכה בפגיעה בלא מעט רכוש של תושבים פלסטינים, מפני שנאלצים להפקיע אדמות כדי לבנות את הגדר. יש שורה של עתירות שבהן שרטטו מחדש את תוואי הגדר אבל יש שני פסקי דין מכוננים – אחד מהם ניתן לפני חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי – **פס"ד בית סוריק**, ופסק הדין השני הוא **מראעבה**. יושב שם השופט חשין ואומר כך: המשפט הבינלאומי לא ראינו אותו בתור סטודנטים כראוי לתואר משפט. אפילו לא ראינו את בית הדין הבינלאומי כמשהו חשוב. אבל, חלפו השנים והמשפט הבינלאומי החל לצבור כוח והחל עומד על רגליו שלו כשיטת משפט ראויה לתואר משפט... אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך לשיטת משפט מן המניין, שיטת משפט שניתן לאכוף את הנורמות שבה על מי שמפר אותן נורמות.

**על מה בעצם הייתה במשך שנים מבוססת הטענה שאומרת שהמשפט הבינלאומי אינו משפט?**

1. **היעדר מחוקק במשפט הבינלאומי** – יש קושי בזיהוי או ביצירת כללים, החקיקה הקיימת כללית ואינה נובעת מריבון חיצוני.
2. **היעדר רשות שופטת מרכזית בעלת סמכות שיפוט שבחובה** – למשל, לICJ אין סמכות שיפוט מחייבת וזה יוצר בעיה של אכיפת נורמות. כדי להקנות לו סמכות שיפוט דרושה הסכמה מ2 המדינות שהתגלעו לסכסוך. במצב הזה ישנו כאוס – סכסוכים מתמשכים ופרשנות של כל מדינה לעצמה את המשפט הבינלאומי, והחלטה של כל מדינה האם ליישם אותו או לא.
3. **היעדר רשויות מבצעות מרכזיות (ממשלה, משטרה, הוצאה לפועל)** – אין גוף מרכזי המוציא לפועל את המדיניות של הקהילה הבינלאומית, וגם אין סנקציות בגין הפרה של הכללים. במצב הזה – התפקידים הכי בסיסיים של המשפט כמו הכוונת התנהגות, ישוב סכסוכים וכו' לא מתקיימים כהלכה בזירה הבינלאומית. כשמדינות חזקות רוצות הן מתעלמות מהמשפט הבינלאומי והיחסים הבינלאומיים נשענים על כוח ולא על דין.

אבל, את כל הטיעונים האלה ננסה להפריך וננסה להבין למה כל הפגמים, או יותר נכון לומר הפערים/ ההבדלים שהצגנו לא באמת מבטלים את האופי של המשפט הבינלאומי כשיטת משפט:

1. **ציר המחוקק** –קודם כל, נאמר שזה שאין מחוקק מרכזי במשפט הבינלאומי ממש לא אומר שאין חקיקה בזירה הבינלאומית. מה זה חקיקה? תהליך כלשהו של גיבוש כללים מחייבים. כללים כאלה יש לנו המון ובסדרה עצומה של תחומים! יש לנו אלפים של הסכמים בינלאומיים, של אמנות, ועל חלק מהאמנות חתומות כמעט כל מדינות העולם או מרביתן.

בנוסף לאמנות יש לנו דין מחייב במשפט הבינלאומי שנקרא מנהג. דינים שהתפתחו מפרקטיקה של מדינות שהפכו להיות מחייבים את המדינות, כך למשל התפתחו דיני המלחמה של המשפט הבינלאומי ודיני הים. פרקטיקה שעם הזמן הכירו בה כפרקטיקה משפטית מחייבת.

בציר הזה המשפט הבינלאומי עשיר בנורמות, ובתחומים מסוימים אף יותר מהדין הפנימי – כמו בקשור לאיכות הסביבה.

1. **ציר הרשות השופטת ובוררות בינ"ל** – למרות שאין לנו רשות שופטת מרכזית בזירה הבינלאומית יש מערכות משפט בינלאומיים ומנגנוני בוררות בינלאומיים. אנחנו רואים כל מיני קונסטלציות מאוד מעניינות. רק כדי לסבר את האוזן, יש לנו אמנות שאנו רואים בהן הסכמה לסמכות שיפוט של מנגנון כזה או אחר אם יתגלע סכסוך בין מדינות. למשל:
2. בהסכם השלום בין ישראל ומצרים נקבע מראש מנגנון של בוררות למקרה שיתגלע סכסכוך. מday one צפו איזה מנגנון בינלאומי יקיימו כדי ליישב את הסכסוכים האלה.
3. אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים (**ICJ**) – באמנה הזו אמרו שיכול להיות שיתגלע סכסוך בין מדינות שהן צד לאמנה, בסכסוכים כאלה לICJ תהיה סמכות שיפוט **מחייבת** ביחס אליהם.

**נאמר שקיימת אפשרות לתת סמכות שיפוט מחייבת לICJ מראש**. נכון להיום שליש ממדינות העולם גם אכן עשו את זה. באשר לישראל – עד 1986 ישראל הייתה אחת המדינות שנתנה סמכות שיפוט מחייבת מראש ובאופן כללי לICJ. ב1986 היה פס"ד מאוד מכונן שנתן הICJ ב**פרשת ניקרגואה**: ניקרגואה תבעה את ארה"ב. ארה"ב כל כך זעמה על הICJ על הפסק שנתן וביטלה את סמכות השיפוט המחייבת שלו ביחס אליה ובעקבותיה ישראל עשתה את אותו המהלך. אם כן, **היום ישראל היא לא אחת מהמדינות שיש לה סמכות שיפוט מחייבת וכללית של הICJ ביחס אליה.**

אבל, **היום יש לנו במשפט הבינלאומי מספר גדול של בתי דין בינלאומיים שיש להם סמכות שיפוט שבחובה**. אנו מוצאים את בתי המשפט האלה בכל מיני משטרי שיתוף פעולה ספציפיים – למשל ארגון הסחר העולמי, האיחוד האירופי, ICC, ECHR. לכל אחד מאלה יש סמכות שיפוט שבחובה ביחס לכל אחת מהמדינות החברות באותם ארגונים.

**לבית הדין סמכות שיפוט רחבה יותר מהסמכות כלפי המדינות שחברות בה**. למשל, הרשות הפלסטינית הצטרפה לICC וכנגזרת מכך יש חקירה כנגד ישראל, וישראל למרות שאינה חברה בבית הדין היא נופלת תחת סמכות השיפוט המחייבת, כי הרשות הפלסטינית כן חברה בה. זה מראה שלבית הדין יש סמכות שיפוט מחייבת ביחס ל123 מדינות, אבל היקף היריעה הפוטנציאלי של הסמכות הזו הוא הרבה יותר משמעותי.

**בנוסף לכל הדברים הללו, המשפט הבינלאומי מחלחל עם הזמן יותר ויותר גם למערכות השיפוט המדינתיות**. למשל, בישראל אנחנו יכולים לראות את זה בעניין הסיכולים הממוקדים: כשישראל מתחילה לעשות את הפרקטיקה של סיכולים ממוקדים, מוגשת עתירה לבג"ץ שבפעם הראשונה נדחית בטענה של חוסר שפיטות. בפעם השנייה בג"ץ מקבל את הנושא ונדרש להחליט האם סיכולים ממוקדים הם חוקיים. בהתאם למה בוחנים האם הפרקטיקה חוקית? (הרי הסיכולים הממוקדים נעשים במקומות שמדינת ישראל לא שולטת בהם, אלא מחוץ לה, למשל בעזה) לפי איזה דין נשיב האם הפרקטיקה הזו חוקית או לא? בג"ץ עושה ניתוח משמעותי של דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי. זה מראה שהמשפט הבינלאומי מחלחל גם למה שקורה בתוך המדינות. האחיזה של המשפט הבינלאומי מאוד משמעותית גם בבתי המשפט הלאומיים.

1. **ציר היעדר רשויות מבצעות מרכזיות** – הגוף הראשון שאפשר לדבר עליו הוא מועצת הביטחון. האו"ם כולל שני גופים חשובים מאוד – **העצרת הכללית, ומועצת הביטחון**. מועצת הביטחון מורכבת מ15 מדינות. מתוכן 5 מדינות הן קבועות – ארה"ב, בריטניה, צרפת, רוסיה וסין. ועוד 10 מדינות שמתמנות על פי הצבעה של העצרת הכללית ומשתנות כל שנתיים. למועצת הביטחון יש סמכות הפעלת כוח מאוד משמעותית ובעיקר תחת **פרק 7 למגילת האו"ם** היא יכולה להורות על צעדי אכיפה כשהיא מוצאת לנכון את הצורך בצעדים כאלה למען השבת הביטחון והשלום על כנם. זה כולל גם סנקציות צבאיות, כלכליות וכו'.

דוגמה לסנקציה צבאית:ההפיכה בלוב בהפלת משטרו של קדאפי נעשתה על בסיס החלטה של מועצת הביטחון תחת פרק 7 למגילת האו"ם שאפשרה לעשות זאת.

דוגמה לסנקציה כלכלית: המו"מ של מדינות עם איראן בהקשר לנשק הגרעיני. איראן הייתה כפופה לסנקציות כלכליות מאוד משמעותיות שדי בודדו אותה והביאו אותה למצב כלכלי מאוד קשה, מה שאילץ אותה לשבת עם המדינות למו"מ בהקשר לנשק הגרעיני. אותן סנקציות הוטלו ע"י פרק 7 של מועצת הביטחון. הנה לנו כוח ביצועי מאוד משמעותי.

חשוב שנשים לב שגם בתוך משטרים ספציפיים במשפט הבינלאומי כמו משטר הסחר הבינלאומי, אפילו שם יש אפשרות לנקוט סנקציות. ה**WTO** הוא ארגון בינלאומי תחתיו יש הרבה הסכמי סחר בינלאומיים – שירותים, מוצרים, קניין רוחני בינלאומי וכו'. לארגון הסחר העולמי יש מערכת יישוב סכסוכים עם שתי ערכאות עם סמכות שיפוט מחייבת. לא רק זה, אם מדינה תובעת מדינה אחרת בWTO והמדינה הנתבעת הפסידה ויש כנגדה פס"ד חלוט, אם אותה מדינה לא מצייתת בד"כ תקופה של 15 חודשים, למדינה המנצחת יש יכולת לבוא ולקבל באופן אוטומטי את הזכות מהWTO לנקוט בסנקציות כלכליות נגד המדינה המפסידה. זה לא עניין תיאורטי, זה הובא ליישום לא מעט פעמים ודווקא נגד מעצמות הסחר – ארה"ב ואירופה.

למשל, בארה"ב היה הסדר בתחום המס שפגע מאוד בחברות זרות ובמשך הרבה שנים ארה"ב הפרה את כללי הWTO עד שלאיחוד האירופי נמאס, הגיש תביעה וניצח, וארה"ב המשיכה להפר משום ששינוי הסדר המס דרש את גיוס הקונגרס וזהו תהליך ארוך ומורכב שהיא לא רצתה להיכנס אליו. האיחוד האירופי ביקש מהWTO להטיל סנקציות וקיבל את הרשות לעשות זאת. הוא הטיל על ארה"ב קנס בגובה של 4 מיליארד דולר בשנה. זה לא צחוק גם עבור מעצמה אמריקאית. האיחוד האירופי התחיל להחיל את הסנקציות והקונגרס האמריקאי התגייס לפתע לעשות את שינויי החקיקה הנדרשים.

יש רבדים במשפט הבינלאומי שאפילו מעצמות משיקולים כאלה ואחרים כן מצייתות לכללים ואף מצייתות בצורה מאוד גבוהה. לארה"ב ולאיחוד האירופי יש מעל 90% ציות בWTO, לסין יש 100% ציות לפסקי הדין שניתנו נגדה! זה לא קורה בכל אתר ואתר בזירה הבינלאומית, אבל יש אכיפה שהיא בכל זאת מאוד מאוד אפקטיבית.

לסיכום: אנו רואים שכן יש חקיקה, יש שיפוט ואפילו אכיפה במנגנונים כאלה ואחרים של הוצאה לפועל. ההבדל בין שיטת משפט בינלאומית לבין שיטת משפט לאומית הוא לא עניין של מהות אלא דווקא בעניין של דרגה – הפעלת הסמכויות הרבה יותר ביזורית בזירה הבינלאומית, אין לנו משהו אחוד, לעומת הזירה המדינתית ששם הכל הרבה יותר ריכוזי. מה שמעניין בסופו של יום זה שלמרות שאין לנו אכיפה מסודרת וריכוזית במשפט הבינלאומי, מחקרים רבים מראים שרמת הציות הכללית לכללי המשפט הבינלאומי היא מאוד מאוד גבוהה.

יש אמרה מאוד מפורסמת של אחד ההוגים הבולטים בתחום המשב"ל **הנקין**, הוא עושה מחקר מאוד גדול ומפורסם ואומר שרוב מדינות העולם מצייתות רוב הזמן לרוב הכללים של המשפט הבינלאומי. כלומר באופן די מפתיע, למרות שאין רשות אכיפה ריכוזית, יש לנו אחוזי ציות מאוד גבוהים בזירה הבינלאומית. מדינות רוצות להיראות ככאלה שמצייתות ומנסות גם בפועל ליישם את השינויים. אנו רואים את זה גם בהקשר הישראלי – יש רצון של ישראל להוכיח שהיא כן מצייתת לדין הבינלאומי. ישראל עשתה שינויים רבים ב20 שנה האחרונות בכל הנוגע לייעוץ אופרטיבי, וניסתה להגדיל את המנגנונים שיבטיחו את הציות שלה למשפט הבינלאומי. ראינו את זה גם בעניין הגדר.

שורה תחתונה, מה שאנו רואים זה שהמשפט הבינלאומי נחשב כשיטת משפט עם הרבה יותר שיניים. זה מתחזק בין היתר גם בגלל הריבוי של בתי משפט בינלאומיים. נזכיר בהקשר הזה על צו המעצר שהוצא נגד פוטין על רצח עם – לא הרבה האמינו שהתובע יעשה זאת, יוציא צו נגד ראש מדינה של מעצמה. מה שקרה זה שאוקראינה נתנה לבית הדין את סמכות השיפוט ביחס למעשים שמתחוללים בשטח שלה, ובית הדין גם היה מהיר וישר כתב אישום וכנגזרת מכך גם צו מעצר. מה המשמעות של זה בפועל? ש123 מדינות שחברות בICC פוטין לא יכול לצאת אליהן, חלק מהמחויבויות של החברות בבית הדין הוא שברגע שיש צו מעצר נגד אדם מסוים, אם אותו אדם דורך על שטחן הן מחויבות לעצור אותו ולהסגיר אותו בבית הדין. אמנם רוסיה לא חברה בICC, אבל אוקראינה כן, ופה אנו רואים את סמכות השיפוט הרחבה עליה דיברנו קודם – גם על מדינות שלא בהכרח חברות.

ראינו את המהלך, אם פעם הועלו תהיות האם המשב"ל הוא שיטת משפט או משפט בכלל, ראינו את הטענות עליהן התבססה השיטה הזו וניסינו להפריך אותן.

הדברים הבאים של **מזוז** די משקפים את הדרך ואת התהליך שהמשפט הבינלאומי עשה: ועדת וינוגרד הקומה לאחר מלחמת לבנון השנייה. התגלו במלחמה הרבה פערים וזו הייתה הפעם הראשונה שעלו הרבה טענות נגד ישראל במישור הבינלאומי באופן בו ישראל תקפה מטרות בשטח לבנון. המדינה הייתה צריכה להתמודד איתם, וגם ועדת וינוגרד נדרשה להם. מזוז היה בזמנו היועמ"ש וגם הוא כמו חשין מתחיל עם זיכרונותיו כסטודנט ואומר שהוא זוכר בתור סטודנט שתמיד הוצבה בפניו השאלה האם המשפט הבינלאומי הוא משפט, ומניח שכל מי שלמד בדורו עברה בראשו השאלה הזו והמחשבה על כך שהוא אינו בר אכיפה. אבל היום, הוא אומר (בשנת 2007) שכבר לא שואלים את השאלה הזו, **המשפט הבינלאומי מנהל את חיינו לא פחות ובעתיד אפילו יותר מאשר המשפט הפנימי** – בכל התחומים, לא רק בתחום דיני הלחימה בו עסקה הועדה. הדברים האלה של מזוז מתמצתים לנו את התהליך המאוד משמעותי של המשפט הבינלאומי – הוא הופך ברבות השנים לשיטת משפט מאוד נוכחת ומשמעותית בחיים שלנו, שלה הרבה שיניים ומלווה בהרבה בתי דין ואכיפה.

נסיים עם כמה אמירות:

יש מי שאומרים שהמשפט הבינלאומי הוא משפט בדרגת התפתחות פרימיטיבית יותר, אבל גם הטענה הזו לא בטוח שהיא נכונה:

* המשפט הבינלאומי הוא לא פרימיטיבי יותר, הוא מבוזר יותר מהמשפט המדינתי וזה בגלל המבנה המבוזר של החברה הבינלאומית.
* דווקא בקונסטלציה הזו המשפט הבינלאומי מציע כלים מאוד מתוחכמים לזירה הבינלאומית, והוא ניצב ביכולת וברצון ובמאמץ שלו להסדיר את היחסים בחברה כל כך הטרוגנית.
* יש לנו לא רק כוחות של גלובליזציה, יש גם כוחות של glocalism (שילוב בין תהליכים גלובליים להתליכים לוקליים).
* המשפט הבינלאומי צריך הרבה פעמים ליצור כללים שיהיו מקובלים על מדינות מפותחות וגם על מדינות מתפתחות, דבר מורכב ולא פשוט.
* היום המשפט הבינלאומי כבר לא חל רק על מדינות, הוא צריך להחיל ולשקלל גם את הצרכים של מדינות וגם של הרבה שחקנים אחרים – ארגונים בינלאומיים, חברות, אנשים פרטיים וכו'. בסופו של יום צריך כל הזמן לשכלל את המנגנונים שלו, לעודד ציות בעוד אין לו את מנגנוני האכיפה הפורמליים שיש למדינות.

כל זה מוביל אותנו לכך שהמשפט הבינלאומי והתוכן שלו הוא מאוד לא פרימיטיבי ודווקא מאוד מתוחכם.

**התפתחות המשפט הבינלאומי המודרני**

היום נראה תמונת ראי למבוא שעשינו ונדבר מהזווית ההיסטורית – היכן המשפט הבינלאומי המודרני כפי שאנו מכירים אותו היום התחיל, מה היו השלבים המשמעותיים בפיתוח שלו, ונסיים בכך שנבין איפה אנחנו היום וכיצד הגענו לכאן.

המשפט הבינלאומי הוא לא ממש תופעה חדשה. גם בעולם העתיק אנו יודעים שהיו יחסים בין ערי המדינה השונות שהיו בתוך יוון – יחסי סחר, ישוב סכסוכים, שיתופי פעולה וכו'. גם שלמה המלך קיים יחסים עם ממלכות שכנות, וכמובן שבזמן האימפריה הרומית ידוע לנו על יחסים בינלאומיים. אבל, כשאנו מדברים על המשפט הבינלאומי המודרני אנו מדברים על משהו אחר – שנת הלידה של המשפט הבינלאומי המודרני היא **1648**.

מה שקורה ב1648 הוא שהסתימה מלחמת 30 השנים באירופה בהסכם מכונן במשפט הבינלאומי – **הסכם שלום וסטפליה**. הלידה של המשפט הבינלאומי המודרני קשורה בדבר המאוד חשוב הזה – הופעת המדינה המודרנית ובהתפתחות מערכת פוליטית המבוססת על **ריבוי מדינות**. המדינות הללו הן מדינות שמאופיינות בגבולות קבועים ובשלטון אפקטיבי מרכזי.

**מה היה לנו לפני זה**? נדגיש ראשית כי המשפט הבינלאומי התחיל בגרעין שלו מאירופה. במהלך ימי הביניים כן ידועה ישות שמכונה state, מדינה. אבל, למרות שמזוהה יחידה פוליטית כזו שנקראת מדינה, היא נעדרת זהות לאומית משמעותית, היא ניחנת בשינוי גבולות מאוד דחופים. היו אצילים שהיו להם שטחים אדירים ועבדים, ויכול היה אציל לפי רצונו להעביר את שטחו מממלכה אחת לממלכה אחרת באירופה, וכך היו משתנים הגבולות של אותן יחידות פוליטיות שנקראו מדינות. לכל אציל כזה יש יחידה צבאית משל עצמו, גם אם יש מלך שהאצילים נמנים תחתיו. למלך אין שלטון אפקטיבי בממלכה, אין לו צבא סדיר משלו, ובעולם הזה רעיון הריבונות היה מאוד מאוד חלש.

בנוסף, בעולם דאז אותן מדינות היו כפופות לשתי אישיויות –

1. **פוליטית** – הקיסרות הרומית הקדושה שייסד **קרל הגדול** במאה ה8 כאיחוד פוליטי של אירופה הנוצרית.
* ביזור רב של סמכויות שלטונות למלכים – כפיפות לקיסר.
1. **דתית** – הכנסייה הקתולית שבראשה עמד האפיפיור.
* אמנם זו הייתה סמכות דתית אבל בעולם ההוא לא הייתה בכלל הפרדה בין דת ומדינה ולאפיפיור היו סמכויות משפטיות מאוד משמעותיות, מעין חקיקה של יצירת נורמות שחלו בממלכות השונות, יישוב סכסוכים ועוד.
* במהלך תקופה ארוכה היו הרבה פעמים מתחים ומאבקי כוח בין הקיסר לאפיפיור, שלאורך הזמן דווקא כוחו של האפיפיור עולה למול כוחו של הקיסר.

כשאנו מגיעים למאה ה16, גם הכנסייה וגם הקיסרות מתחילים לאבד מכוחם. הקיסר הולך ומאבד שליטתו במלכים, וגם האפיפיור – אירופה הופכת פחות קתולית וקוראת תיגר על הכנסייה הקתולית. השיא הוא במלחמת 30 השנים באירופה שמסתיימת ב1648. במלחמה הזו כל מיני מדינות רצו עצמאות, להתנער הן מהקיסרות והן מהאפיפיור ובתום 30 השנים הכפיפות הזו לקיסרות ולכנסייה מגיעה לקיצה.

מה קורה כשנפטרים מהסדר הישן? המדינות באירופה נושאות ונותנות ביניהן את **הסכמי וסטפליה**, הידועים בשמם כ'שלום וסטפליה' וכלידה של המשפט הבינלאומי. במסגרת ההסכמים הללו יש הסכמה להכיר בעצמאות של מדינות חדשות וגם חופש דת – **לא כל מדינות אירופה מחויבות להימנות על הזרם הקתולי**. כל הנסיכויות שהיו מחויבות לקיסרות הרומית הקדושה מקבלות אוטונומיה משמעותית.

מה שבעצם קורה הוא אובדן השליטה של הקיסרות הרומית ושל הכנסייה הקתולית, והנה לנו מערכת שמבוססת על ריבוי של מדינות עצמאיות שלא כפופות עוד לאחרים בנוגע למה שיעשה בשטח שלהן. אם בעולם הישן הכנסייה הייתה לא רק כוח דתי אלא גם כוח נורמטיבי מאחד, הרי שהכניסה הקתולית התפרקה מהכוח שלה, וכשיש ואקום נורמטיבי צריך למלא אותו – כאן נכנס הצורך במערכת כללים חדשה שתסדיר את היחסים בין המדינות העצמאיות הללו – **המשפט הבינלאומי**.

לצד כל זה, קורים דברים נוספים במקביל – בעולם חווים תהליך של גילוי יבשות חדשות, יש יותר תנועה בים בשל שכלול התחבורה הימית, דבר שמוביל ליותר סכסוכים וויכוחים בין מדינות שגם אותם צריך להסדיר. זה רק מחזק באותה עת את הצורך במערכת כללים חדשה.

כך מתהווה המשפט הבינלאומי. זו מערכת כללים חילונית המנותקת מהדת הנוצרית והיא באה להסדיר במקורה את היחסים בין מדינות עצמאיות וריבוניות, חלקן קתוליות, חלקן אחרות, וכפי שנראה במרוצת השנים חלקן כבר בכלל לא נוצריות. מה שברור לכולם הוא שהמערכת הזו לא יכולה להתבסס על הדין הדתי, אלא להמציא את הגלגל מחדש.

במערכת הזו מגיעים לעקרונות מאוד חשובים שילוו אותנו כל הקורס ובראשם – **עיקרון הריבונות של המדינות**. זהו אחד מעקרונות היסוד במשפט הבינלאומי. **למדינה באופן עקרוני חופש פעולה מלא בשטחה**! (יש הרבה כרסום בעיקרון הזה במרוצת הזמן, נגע בו בהרחבה בהמשך). המדינות שמייסדות את המערכת הזו באות ואומרות שבראש ובראשונה צריך ריבונות ואי יכולות להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה. מדינות יכולות לרכוש ממד במערכת המשפטית הזו ללא כל קשר לדת הקתולית שחיברה בעבר בין הישויות הפוליטיות השונות.

**כיצד מתפתח המשב"ל מכאן והלאה**? שלושה שלבים מרכזיים:

**השלב הראשון (1648-1815)** – שנת 1815 הינה סוף התקופה של המהפכה הצרפתית ומלחמות נפוליאון, מסע הכיבושים של נפוליאון מערער את הסדר שהיה עד 1648. במהלך 170 השנים האלה בשלב הראשון של המשפט הבינלאומי, אנו רואים שמי שמזין ומניע את התפתחות המשב"ל הם מלומדים. הידוע ביותר שבהם הוא מלומד הולנדי בשם **גרוטיוס**. אבל היו עוד מלומדים הולנדים ואיטלקיים שהחלו להיות מעורבים ביצירה של דין פוזיטיבי. אולם, בתקופה הזו המשפט הבינלאומי עדיין ממלא תפקיד מצומצם וצנוע יחסית בחיים הבינלאומיים. בשלב הזה בפרט, המשב"ל הוא סיפור מאוד אירופי ונוצרי. תפקידו של המשב"ל הוא צנוע בשלב זה כי האינטראקציה בין מדינות עדיין מצומצמת, היא נוגעת בעיקר לתחומי השיט בים ודיני הלחימה, יש כללים מוסכמים אבל הם מועטים מאוד.

מה שהופך להיות מאוד ברור בשלב הזה מתעצב ומתבצר ממש בעיקר גם דרך פרקטיקת הכלל של עיקרון הריבונות של המדינות. בהתאם לכלל הזה, בתוך המדינות יש לשליטים מונופול מוחלט על הכוח הפוליטי. הם אדונים למה שנעשה בשטחם, כלפי חוץ גם אם יש אינטראקציות בין מדינות לכולם ברור שכחלק מעיקרון הריבונות אסור לשליטים או מדינות אחרות להתערב בעניינים הפנימיים של מדינה כזו או אחרת. בתקופה הצנועה הזו עיקר הכללים שמתפתחים בתחום דיני הלחימה הם הכללים באותם ענפים הכי הכרחיים:

1. **דיני הים** – מהם מים בינלאומיים, הכלל בדבר הים הפתוח לפיו לאף מדינה אין ריבונות ולכל המדינות יש חופש לשוט ולדוג במים הבינלאומיים, זהו אחד הכללים הבסיסיים שתובע גרוטיוס כבר בתקופה הראשונה הזו של המשב"ל.
2. **דיני לחימה** – מהר מאוד החלו חיכוכים בין מדינות, לכן נדרשו כללים שיאמרו מה מותר ואסור למדינות בזמן מלחמה.

**השלב השני (1815-1919)** – כאן אנו רואים במאה שנים לערך התפתחות וקפיצה נורמטיבית ומוסדית מאוד משמעותית בזירה הבינלאומית.

מדוע במאה שנים הללו יש התפתחות כזו משמעותית במשב"ל? מה מניע לנו את השינוי הזה?

* **המשב"ל בד"כ צומח מתוך קריסה של הסדר הקודם** – אם ב1648 נפל הסדר הקודם של הקיסריות והכנסייה, כאן שוב יש קריסה של סדר קודם באירופה, אחרי המהפכה הצרפתית ומלחמות נפוליאון שמערערות את יציבות כל היבשת ושוב יש צורך לבנות את הדברים מחדש בניסיון להחזיר יציבות.
* **הקהילה הבינלאומית בשלב הזה מתרחבת** – זה כבר לא רק סיפור אירופי, עוד שחקנים מדינתיים נכנסים לתמונה – ארה"ב, פרס, איראן, יפן, טורקיה ועוד. לא רק שזה עוד מדינות, **המדינות האלה כבר לא נוצריות בכלל**! הגיוון עולה שלב מאוד משמעותי, אין את הדמיון המאוד גדול שהיה בין מדינות אירופה, שגם כשהיה, אותן מדינות לא הסתדרו בינן לבין עצמן. לכן, יש צורך ביותר כללים להסדרת היחסים בין המדינות.
* **המהפכה התעשייתית חלה בשנים הללו** – יש יותר מעבר בין מדינות, העולם נעשה כפר גלובלי קטן, ישנן התפתחויות טכנולוגיות, דואר בינלאומי, רכבות בין מדינות, סחר מוגבר כתוצאה מתחבורה מתקדמת יותר, ובראש – ייצור נשק משמעותי שגורם למלחמות. האיום של מלחמות בעקבות המהפכה התעשייתית נהיה הרבה יותר גדול, מה שמניע מדינות לייצר כללים שיסדירו את האיום הזה. ההשלכות של המלחמות נעשו הרבה יותר משמעותיות וכנגד זה נהיה יותר צורך בכללים ובהסדרה.

ב1815 אנו רואים את כינונו של הארגון הבינלאומי הראשון – **הקונצרט של אירופה 1815**. הארגון הבינלאומי הזה נוסד כתוצאה מניסיון לעשות כנס אחד לשת"פ בין מדינות אירופה. הכנס הזה היה כל כך מוצלח שארגון זה הפך לארגון בינלאומי שתחתיו היו 30 כינוסים. זה היה הארגון הבינלאומי הראשון ועם הזמן הזמינו גם מדינות שלא היו המדינות האירופאיות הקלאסיות. אנו רואים את ההרחבה הזו מעבר לגרעין האירופי.

נדבר עתה על ועידות שעד היום נמנות על האירועים החשובים ביותר במשב"ל:

* **ועידת האג הראשונה מתכנסת בהולנד בשנת 1899** – מוזמנים אליה נציגים מכל המדינות בעולם דאז, ובשנה זו ועידת האג מקבלת שורה של אמנות, ביניהן אמנות מכוננות – כמו **אמנת האג בדבר ישוב סכסוכים ודרכי שלום**, יש לאמנה זו גם תרומה מוסדית אדירה, בפעם הראשונה מוקם מוסד בוררות בינלאומי – **PCA**. זה מוסד בוררות שפועל עד עצם היום הזה.
* **ועידה נוספת התקיימה בהאג ב1907**.

הוועידות האלה הן ממש אירוע אוניברסלי ויש לשים לב שמדינות משתתפות בהן לא רק כמדינות ריבוניות, **אלא על בסיס של שוויון ריבוני** – לכל מדינה יש קול שווה על גיבוש האמנות, זהו עיקרון יסוד שקשור לעיקרון הריבונות – השוויון הריבוני בזירה הבינלאומית, לפחות כעניין עקרוני המדינות שוות אחת לשנייה.

לוועידות האלה יש גם תרומה מוסדית, אבל גם תרומה נורמטיבית אדירה. למשל, ועידת האג השנייה משנת 1907 מגבשת את אחת האמנות החשובות ביותר עד היום בתחום דיני הלחימה – **אמנת האג בדבר הכללים ללוחמה ביבשה 1907**. האמנה הזו מניחה כללים יסודיים על המותר והאסור למדינות בזמן מלחמה, לרבות האופן שבו על מדינות לנהוג מקום שהן מחזיקות בשטח זר, שלא חלק מהמדינה שלהן. ישראל הכירה בתחולה של אמנת האג זו ואותם כללים שקובעת האמנה הזו על שטחים שמצויים בתפיסה לוחמנית או בכיבוש.

כאמור, לוועידות האלה יש גם תרומה נורמטיבית אדירה וגם תרומה מוסדית חשובה. על רקע זה, הכללים השונים שמניחים על יישוב סכסוכים לדרכי שלום, אנו רואים בפעם הראשונה עליה מאוד משמעותית בבוררות בינלאומית ככלי ליישוב סכסוכים ולא רק במלחמות.

עד הרגע אמרנו שעיקרון הריבונות הוא עיקרון יסוד במשב"ל. אבל הניצנים שאנו רואים כבר בשלב השני של התפתחות המשב"ל, הם שהמדינות כבר בשלב הזה מגלות נכונות לוותר על נתחים מהריבונות שלהן. אנו רואים זאת כאשר מדינות מסכימות לצד שלישי לקבוע בסוגיות מאוד חשובות להן בנוגע לריבונות שלהן.

למה מדינות מוכנות לוותר על הריבונות שלהן? **אינטרסים**! מדינות הן לא שה תמים, הן מוכנות לוותר על נתחים מהריבונות שלהן כי הן יודעות שזה משרת את האינטרסים שלהן. למשל, אם סחר בינלאומי משרת את האינטרסים של כמה מדינות, אז הן יעשו אמנות סחר ביניהן.

כל מה שדיברנו עכשיו נהוג לכנות אותו הרבה פעמים 'שיטת האג', בגלל אותן אמנות מכוננות. זו הייתה תקופה של אופטימיות ובאמת עשרות אמנות שמגובשות בטווח מאוד קצר של שנים היה נראה כמו הישג עצום לקהילה הבינלאומית. **אבל, השיטה הזו נכשלה** – הגיעה מלחמת העולם הראשונה, עלו אותם כוחות אידיאולוגים קיצוניים, ושיטת האג עם הפרוצדורות הנחמדות והרכות ליישוב סכסוכים לא צלחה – שיטת האג כללה בעיקר בוררות, ללא בתי משפט עם סמכות מחייבת, בעוד טרם יש איסור על יציאה למלחמה במשב"ל. השיטה הזו כאמור נכשלה ואנו מגיעים למלחמת העולם הראשונה.

**השלב השלישי (1919-היום)** – בשלב זה נעשה ניסיון לייצר סדר בינלאומי איתן ויציב יותר, אבל הפעם באמצעות גורמים חדשים הרבה יותר נוכחים ומשמעותיים – **ארגונים בינלאומיים**. ארגונים בינלאומיים הם לא משהו ארעי ללא מסגרת מוסדית מוסדרת, אלא ממש ארגונים עם אישיות משפטית נפרדת במשב"ל. כשאנו מקימים ארגונים בינלאומיים אנו לוקחים עוד נתחים מריבונות של מדינה. לכן, יש לשים לב למתח שילווה אותנו – המדינות הן אלה שבראש ובראשונה נותנות את הכוח למשב"ל ולמוסדות שלו, הן אלה שמרצונן מוותרות על נתחים מהריבונות שלהן ומעבירות אותן לגופים בינלאומיים. זהו המתח האינהרנטי שהמדינות כל הזמן מצויות בו – הרצון להיות חלק מהזירה הבינלאומית מחד והרצון לשמור כוח כמה שיותר אצלן מאידך.

הניסיון הראשון והכושל לארגון בינלאומי משמעותי היה **'חבר הלאומים'** שהוקם לאחר מלחמת העולם הראשונה. בצדו, מוקם בפעם הראשונה לא רק גוף פוליטי, אלא גם גוף שיפוטי **PCIJ**. מה היה גורלם? מלחמת העולם השנייה. דבר שהוביל שוב לקריסה של הסדר הקודם, קריסה מהירה במיוחד יש לומר, ועל חורבות מלחמת העולם השנייה הפעם עושים ניסיון הרבה יותר משמעותי, לבצר את היציבות והשלום בזירה הבינלאומית בראש ובראשונה דרך הקמת **האו"ם**.

האו"ם מוקם מכוח מגילת האו"ם בוועידת סן פרנסיסקו שמתכנסת בסוף מלחמת העולם השנייה ב**1945**. בפעם הראשונה דובר על **איסור מוחלט וחד משמעי** על שימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים ב**ס' 2(4) למגילת האו"ם**. זה מראה על ההחלטיות ההרבה יותר גדולה לייסד סדר בינלאומי חדש, חזק ויציב יותר על רקע מלחמת העולם השנייה. בנוסף, מכוננים את מנגנון הביטחון הקולקטיבי במסגרת מגילת האו"ם שמאפשר למועצת הביטחון להורות על הפעלה של כוח נגד מדינה כזו או אחרת (הדוגמה של לוב לעיל). לצד זה, מקימים בית משפט **ICJ** שיושב בהאג שבהולנד ויש לו סמכות ליישב סכסוכים בין מדינות, כמו גם לתת חוות דעת מייעצת ושלל שאלות שקשורות למשב"ל.

האו"ם וארגונים עולמיים אחרים, כל אלה מוקמים בתגובה למאורעות מלחמת העולם השנייה, הסדר הבינלאומי שקרס שוב והניסיון ליצור סדר בינלאומי חדש, חזק, ובראש ובראשונה – **מבוסס כללים**! מערכת של כללים שבאופן עקרוני כל המדינות כפופות לה.

נציין כי **האו"ם הוא בהחלט ארגון בינלאומי חשוב מאוד, אבל זה לא ארגון על**! למשל, הוא לא מעל הWTO. האו"ם הוא ארגון בינלאומי אחד מבין הרבה חשובים ובבסיס שלו הוא משמר את השיטה הווסטפליאנית שמבוססת על אוסף גדול של מדינות ריבוניות. הוא מבקש כמו הרבה ארגונים בינלאומיים אחרים ליצור מסגרת קונסטרוקטיבית לשיתוף פעולה בין מדינות. במסגרת הזו המדינות שומרות על הריבונות שלהן, גם אם יש בה כרסום מסוים.

בשלב הזה יש עליית מדרגה מטאורית ברמה המוסדית וגם תנופה חקיקתית אדירה. כבר ב**ס' 2(7) למגילת האו"ם** מהדהד אחד מעקרונות היסוד של המשב"ל – האיסור בהתערבות בענייניהן הפנימיים של המדינות.

**התפתחויות נוספות ומגמות עכשוויות**:

המגמה לאורך ציר הזמן היא וקטור מאוד ברור של התרחבות של תחומי העיסוק והפריסה של המשב"ל. בשלב הראשון היה למשב"ל תפקיד מאוד צנוע, אלא שהיום אנו בסרט אחר לחלוטין! בנוסף לאותם תחומים קלאסיים של דיני מלחמה ודיני ים, המשב"ל כיום מסדיר תחומים רבים נוספים – דיני סחר, דיני זכויות אדם, פליטים, דיני חלל, משפט בינלאומי פלילי, דיני סייבר ועוד. הווקטור הזה הוא לא רק התרחבות של תחומי העיסוק של המשב"ל, נדבך מאוד חשוב בו הוא חדירה לתוך מה שקורה במדינה.

הרבה פעמים כשאנו מספרים על המשב"ל המסורתי אנו משתמשים במטפורה שנקראת **'מודל כדורי הביליארד'**. נסביר – הדימוי במקור למשב"ל הוא שכל אחד מכדורי הביליארד היה נדמה למדינה והמשב"ל הינו סיפור בין מדינתי. במודל של כדורי הביליארד לכאורה המודל הבינלאומי בא להסדיר את החיכוכים והיחסים בין הכדורים עצמם (כלומר, בין המדינות). המשב"ל לפי מודל זה, לא נכנס לתוך הכדור, לתוך המדינה ומכתיב איך לנהוג בתחומים כאלה ואחרים. **היום אנו כבר ממש לא במודל כדורי הביליארד**.

דוגמאות:

* אנו רואים את זה בראש ובראשונה **בדיני זכויות אדם** – יש עשרות של אמנות זכויות אדם (אמנת איסור עינויים, זכויות אנשים עם מוגבלויות וכו'), מה שמשותף להן שכולן מסדירות את יחסי המדינה מול האזרחים שלה בשטח שלה. זו אולי הדוגמה המובהקת ביותר איך המשב"ל נכנס לתוך כדור הביליארד, לתוך המדינה, ואומר לך איך היא יכולה לפעול או לא לפעול בשטחה.
* **תחום דיני ההשקעות הבינלאומיות** – למשל נובל אנרג'י הינה חברה אמריקאית שמשקיעה בארץ כספים רבים כדי להוציא גז מקרקעית הים וכדי להצמיח לה רווחים. זו דוגמה שאותן אמנות השקעה בינלאומיות אומרות למדינת ישראל איך היא יכולה או לא יכולה להתנהל מול משקיע זר בשטח שלה. כלומר, על העסקה הזו, בין נובל אנרג'י לממשלת ישראל חלים לא רק דיני העבודה הישראלים, ודיני החוזים הישראלים, אלא גם סט של כללים במישור הבינלאומי שאומרים למדינה איך היא יכולה או לא יכולה להתנהל מול משקיעים זרים.

לצד ההתרחבות הנורמטיבית והיקף הפריסה על שלל תחומים, **יש התפתחות אדירה בפן הארגוני**. בצד חבר הלאומים אותו החליף האו"ם יש לנו שורה ארוכה מאוד של ארגונים בינלאומיים, שהם ארגונים בין ממשלתיים (הצדדים להם הן מדינות), כל ארגון כזה מהווה כרסום נוסף בריבונות המדינה – יש לנו את ארגון הבריאות העולמי, ארגון הקניין הרוחני העולמי, ארגון העבודה העולמי, ארגון הסחר העולמי, הבנק העולמי וכן הלאה.

על רקע הריבוי האדיר של ארגונים בינלאומיים אנו מדברים על ממשל גלובלי. **נדגיש** – **אנחנו לא מדברים על ממשלה גלובלית, היא לא קיימת כיום**! אין ארגון אישות אחד שיש לו כוח על ומאחד של כלל הקהילה הבינלאומית, הממשל הגלובלי הזה עליו אנו מדברים הוא מאוד סקטוריאלי, הוא מורכב מארגונים שונים שמסדירים תחומים שונים. **הממשל הגלובלי הוא לא באמצעות ממשלה מרכזית, אלא ממשל מאוד מאוד מבוזר וסקטוריאלי, המחולק לתחומים.**

**נקודה חשובה נוספת** – על ציר הזמן, בפרט מאז מלחמת העולם השנייה, אנו עדים להתרחבות הקהילה הבינלאומית במובן של מספר המדינות. בראשית דרכו היו באו"ם כמה עשרות בודדות של מדינות, וכיום מעל 190 מדינות שחברות בו בשל תהליכי עצמאות וכדומה. אבל, אנו לא מדברים רק על יותר שחקנים מדינתיים, **לצד המדינות כשחקנים מרכזיים במשב"ל, אנו רואים ארגונים לא ממשלתיים (NGO'S), תאגידים רב לאומיים (אפל, אינטל וכו) ואנשים פרטיים**. למשל, היום לאנשים פרטיים ביבשת אירופה יש את הזכות לגשת באופן ישיר לבית משפט בינלאומי לזכויות אדם. כלומר, אנשים פרטיים הם כיום שחקנים במשפט הבינלאומי. חברות פרטיות יכולות להיתבע על ידי מדינות בבוררות בינלאומית. המשפט הבינלאומי נפתח, הוא ממש לא רק משחק בין מדינות – התרחשה היציאה ממודל כדורי הביליארד, היום המשב"ל בא להסדיר יחסים בין שחקנים ולא רק מדינות.

מגמה נוספת שאנו רואים, היא עיבוי וריבוי של בתי משפט בינלאומיים, וכנגזרת מכך העברה של הרבה מאוד סכסוכים לערכאות שיפוטיות בינלאומיות.

**מקורות המשפט הבינלאומי**

עד עכשיו הבנו קצת על ההתפתחות של המשב"ל. עכשיו אנו מגיעים לסוגיה מאוד חשובה שקשורה במקורות המשב"ל. בואו נגיד שישראל שוקלת לתקוף באיראן, נניח שאנו היועצים המשפטיים במחלקת הדין הבינלאומי בצבא או במשרד ראש הממשלה ושואלים אותנו לגבי החוקיות של צעד כזה. לאיזה מקורות בדיוק נלך כדי להכריע?

כשאנו ניגשים לשאלות משפטיות העולות בזירת המשב"ל, עולה השאלה הבסיסית ביותר והיא הבנה תחילה של איפה מוצאים מקורות רלוונטיים של המשב"ל. נציין כאן סעיף מכונן – **ס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק** (ICJ) (**סעיף שחייב לזכור למבחן!!**). הפונקציה של סעיף זה מאוד דומה לפונקציה שממלא **סעיף 1 לחוק יסודות המשפט** במשפט המדינתי הישראלי שלנו. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט אומר כך: "ראה ביהמ"ש שאלה משפטית ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" הסעיף הזה מנחה את המדינה לפי מה לשפוט, כלומר, מהיכן לשאוב מקורות. סעיף 38 עושה בדיוק את התפקיד הזה, **רק ברמה הבינלאומית**. אומר הסעיף בתרגומו לעברית:" בית הדין הבינלאומי לצדק שתפקידו לפסוק לפי המשב"ל בסכסוכים המובאים בפניו, ינהג לפי:

1. **הסכמים בינלאומיים, כללים או פרטניים (אמנות).**
2. **מנהג בינלאומי, כעדות לנוהג כללי המקובל כדין מחייב.** מהו מנהג? מנהג הוא דין מחייב שבעצם התבסס והתקבע במשב"ל על פי פרקטיקה שבה נהגו מדינות, ובשלב מסוים הפרקטיקה הפכה לעקבית וכללית באופן שהעיד על כך שהיא הפכה לפרקטיקה מחייבת. ממש כמו נורמה מחייבת של אמנה.
3. **עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות**. איזה עקרונות יכולים להיכנס תחת המטריה הזו? למשל- לא תצמח עילה מעוולה; מעשה בית דין- מקרה שנדון בערכאה אחרת הרי שאי אפשר יהיה לדון בו שוב. מדובר בעקרונות שנראה אותם בכמעט כל שיטות המשפט, כלומר שנזהה אותם כעקרונות משפט כלליים, ולפיכך הם מחייבים גם ברמה הבינלאומית.
4. **החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר, בתור אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט**. כבר פה חשים את ההבדל בין המקורות 1,2,3 למקורות בסעיף 4 שהם לא בעלי תוקף משפטי מחייב. במקורות הללו, של סעיף זה, מדובר **גם על בתי דין בינלאומיים וגם על בתי דין לאומיים**, כמו גם ספרות של משפטנים שיכולים לעזור לנו לזהות מהם הכללים המחייבים וליצוק תוכן לפרשנות שלהם, אבל הם כשלעצמם אינם מחייבים. בהקשר הזה נאמר ש**ס' 38** נמצא בחוקת הICJ. חשוב שנבין שאת הסעיף הזה יש לקרוא יחד עם **ס' 59**, כשקוראים את שניהם יחד אנו למדים שהחלטות של הICJ מחייבות רק את הצדדים לסכסוך שבפניו, כלומר הם לא מחייבים את כלל המדינות (יש לפסקי הדין הללו מעמד משכנע חשוב ביותר, מצטטים את הפסקים הללו גם בפסקים אחרים של צדדים שונים ולא אלה שהיו צד לסכסוך).

**דגש** – כל המדינות שחברות באו"ם, אם הן רוצות להצטרף לאו"ם, תנאי לכך הוא שהם יחתמו גם על חוקת ICJ, לכן זו אחת האמנות עם התחולה הכי רחבה שיש.

**חשוב לציין שבמשב"ל אין דוקטרינה של תקדים מחייב**. הICJ מחליט החלטות שונות בכל סכסוך. אולם בפועל, הפסיקות כולן עוקבות אחרי תקדימים שלהם עצמם. כלומר הICJ נוטה לצטט את עצמו ולא לסטות מתקדימים קודמים (כל ערכאה בפני עצמה מצטטת את עצמה בפועל, למשל הWTO לא יצטט את הICJ, אבל כן יצטט את עצמו).

ל**ס' 38 יש חשיבות אדירה במשב"ל**. אם **הרט** תקף את המשב"ל כי לטענתו אין בו את כלל הזיהוי, אז באים משפטנים שעונים ואומרים שס' 38 מהווה את כלל הזיהוי, שכן הוא אומר מהם מקורות המשב"ל ומספק קריטריון לתיקוף הכללים. יש לו חשיבות תיאורטית מאוד גדולה ויש לו גם תכלית וחשיבות פרקטית. הוא אומר לבית הדין הבינלאומי על פי איזה מקורות עליו להכריע בסכסוך ספציפי, או אם בית הדין ישב על המדוכה בחודשים הקרובים בשאלה מסוימת, אלה המקורות שצריך לשפוט לפיהם.

אבל, למרות שהסעיף הזה מצוי באמנה מאוד מאוד ספציפית, חוקת הICJ, **מקובל לראות את הסעיף הזה כסעיף שבאופן כללי מגדיר לנו מהם מקורות המשב"ל**. כלומר, מהם גם המקורות שבתי דין אחרים אמורים להסתכל עליהם שעה שהם שופטים בסכסוך, מלומדים, יועצים משפטיים שמנסחים חוות דעת ביחס לשאלות של חוקית במשב"ל. למה דווקא הסעיף הזה? יש כל מיני סיבות להתקבעותו כסעיף מכונן:

1. ראשית, הICJ זו לא סתם חוקה, זו חוקה של בית הדין הבינלאומי שנחשב כזרוע השיפוטית של האו"ם. האו"ם הוא אחד הארגונים הבינלאומיים החשובים ביותר. **ס' 92 לחוקת האו"ם** כותב מפורשות שהICJ הוא הזרוע השיפוטית של האום.
2. הוא הולך הרבה שנים אחורה. מקורו בחוקת הPCIJ, הפך לחלק מהמסורת המשפטית הנוהגת.

**ס' 38** יוצר הבחנה בין שני סוגי מקורות:

1. **מקורות מחייבים** – אמנה, מנהג ועקרונות כלליים.
2. **מקורות משניים** – פסקי דין, גם של בתי משפט לאומיים וגם של בינלאומיים, והספרות של מלומדים. הספרות לא תגדיר לנו איזשהן נורמות מחייבות בפני עצמן.

**בבסיס כל המקורות הללו מצוי עיקרון יסוד במשב"ל שהוא יסוד ההסכמה**. דיברנו רבות על עיקרון הריבונות בשיעור הקודם, וחוקת הPCIJ שמנוסחת במאה 20, היא בעולם שעיקרון הריבונות עדין מאוד חזק בו. חוקה זו שסעיף 38 נשאב ממנה, מנוסחת בזמן שבשיטה הבינלאומית רווחת הגישה הוולונטריסטית (ההתנדבותית) שבהתאם לה, מדינות כפופות רק לכללים שהן הסכימו להם. גם פה אנו נראה כרסומים.

בשלושת המקורות שלנו יש ביטוי להסכמה, אבל הסדר שלהם מרמז לנו שיסוד ההסכמה אינו זהה, הוא הולך ונחלש:

* **אמנה** – עקרונית יש לנו הסכמה מפורשת, מדינה מצטרפת או לא מצטרפת לאמנה.
* **מנהג** – הסכמה משתמעת. מהפרקטיקה ההולכת ומתגבשת של מדינות אנו מסיקים בנקודה מסוימת בזמן שהתגבש לנו דין מחייב.
* **עקרונות כלליים** – הסכמה מכללא. מדובר בעקרונות כל כך בסיסיים שלמעשה חוזרים בשיטות המשפט השונות, שחזקה על מדינות שהסכימו להן גם בזירה הבינלאומית. יסוד ההסכמה כאן הוא הרבה יותר חלש. זה מסביר לנו למה בעיקרון, דה יורה, פסקי דין מחייבים רק את הצדדים לסכסוך ספציפי, משום שאלו רק הצדדים הספציפיים שנתנו את סמכות השיפוט לבית המשפט בקייס הספציפי, כל שאר המדינות לא נתנו את ההסכמה ולכן אין סיבה שיהיו כפופות. הכל נשאב מעיקרון היסוד של ההסכמה שקשור קשר ישיר לעקרון היסוד שהוא עקרון הריבונות.

הגישה המסורתית של המשב"ל משקפת את העניין שהסכמה היא הבסיס הנורמטיבי והמקור של הלגיטימציה של מקורות המשפט הבינלאומי השונים. בגלל שמדינות נתנו הסכמה והצטרפו לאמנה, האמנות הללו קונות תוקף משפטי מחייב ולגיטימציה. בגלל שמדינות הסכימו באופן משתמע למנהגים, יש להם תוקף משפטי מחייב. זה נגזר מהגישה הוולונטרית למשפט הבינלאומי.

הקושי בגישה המסורתית בין היתר: **פיקציה** – למשל, מנהג. מנהג מבוסס על פרקטיקה של מדינות שברבות הימים הפכה לפרקטיקה נרחבת כל כך עד שהפכה לדין מחייב. אם היה מנהג שהתגבש בתחילת מאה 20, אבל במחצית השנייה הוקמו הרבה מדינות חדשות, למה כל המדינות החדשות היו חייבות במנהגים החדשים שנוצרו לפני שהן בכלל קמו? הרי הן לא לקחו חלק פעיל ביצירת המנהגים הללו. יש מי שאומרים שהמדינות שעה שרצו לקבל הכרה כמדינות עצמאיות הבינו שעליהן לקבל זאת על עצמן כדי להיכנס לקהילה המדינות. אבל יש כאן פיקציה, הן לא נתנו הסכמה ועדיין מחויבות.

כפי שנראה בקרוב, יסוד ההסכמה הזה הוא הרבה יותר חמקמק וחלש ככל שאנו חושבים על המשב"ל ועל התפתחותו היום. היום, חלק משמעותי מהמשב"ל נוצר על ידי ארגונים בינלאומיים. שם, המדינות לא נותנות את ההסכמה שלהן לכל רגולציה שהארגונים האלה עושים, יש כאן עוד פיקציה שאומרת שהמדינות הקימו את הארגון מתוך ידיעה שהוא גם ייצור דין. הם נתנו באיזשהו מקום בזמן את ההסכמה שלהן, ההסכמה הזו יותר מתרחקת ככל שעובר הזמן מאז שנוצר הארגון. לפיכך, יסוד ההסכמה לא בהכרח חזק.

האם יש היררכיה בין אמנה למנהג לעקרונות כלליים? התשובה הפשוטה היא לא. מנהג הוא כמו אמנה ותוקפו המשפטי מחייב כמותה. כאשר עולה שאלה של משב"ל – יש לבדוק את כל המקורות המשפטיים הרלוונטיים. לא רק אמנות, גם מנהגים וכללים. אם יש התנגשות – נפעל כפי שפועלים בדין המדינתי: דין ספציפי גובר על דין כללי, ודין מאוחר בד"כ גובר על דין מוקדם.

כאן זה מסתבך – **סעיף 38** שדיברנו על חשיבותו, לצד כל הדברים הטובים, **גם נתפס ככזה שאינו מספק רשימה ממצה של מקורות המשפט הבינלאומי היום**. למשל, שני סוגים של מקורות מאוד חשובים במשב"ל שלא נקובים בסעיף זה ואין עוררין על כך שהם חלק ממקורות המשב"ל:

1. **הצהרות חד צדדיות** – התחייבות חד צדדית של מדינה שהמדינה לוקחת על עצמה איזשהי מחויבות בזירה המשפטית הבינלאומית. דוגמה: לישראל יש יחסים מאוד מורכבים עם אמנת ג'נבה הרביעית. במשך זמן רב ישראל טענה מסיבות כאלה ואחרות שאמנת ג'נבה הרביעית לא מחייבת אותה ביחס לרצועת עזה (עד 2005) וביחס לאיו"ש. אבל, כבר בתחילת שנות ה70 היועמ"ש דאז שמגר, יוצא בהכרזה מטעם מדינת ישראל שלמרות שישראל סבורה שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה ברצועת עזה ובאיו"ש היא לוקחת על עצמה את המחויבות לכבד את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית. זו דוגמה פר אקסלנס להצהרה חד צדדית שישראל התכוונה להתחייב בה באופן נורמטיבי והעולם גם ראה אותה כמי שלקחה על עצמה התחייבות חד צדדית במישור הבינלאומי.
2. **החלטות של ארגונים בינ"ל** – במובן מסוים, גם מבטאות הסכמת המדינות שהן צד לארגון. יש ארגונים בינלאומיים שיש להם סמכות ממש לתת החלטות בעלות תוקף משפטי מחייב. דוגמאות: מועצת הביטחון של האו"ם כשהיא פועלת תחת פרק 7; ארגון התעופה העולמי יכול לתת החלטות מחייבות לכל המדינות החברות בו. לצד זה, יש הרבה החלטות שאינן בעלות תוקף משפטי מחייב, הן נורמות רכות, אך גם להן יש תוקף משכנע אדיר. לפעמים הציות לנורמות הרכות יותר משמעותי מהחלטות שהן מחייבות.

**נעמיק באמנות בינלאומיות:**

נשים לב שיש המון מילים נרדפות לאמנה – treaty, charter, covenant, agreement, statute, protocol. לשמות האלה יש משמעות טקסית בלבד, אין להם שום נופח משפטי. אותה הגברת בשינוי הדרת.

עלינו להכיר אמנה מאוד חשובה – **אמנת וינה בדבר דיני אמנות**. המקבילה שלה היא חוק החוזים במשפט הישראלי. האמנה הזו מספרת לנו איך מצטרפים לאמנות, מגבשים אמנות, מפרשים אמנות ואיך יוצאים מאמנות. לכן היא זכתה לכינוי "אמנת האמנות", ולכן היא סוג של חוק החוזים של האמנות.

**ס' 2 לאמנת וינה** אומר לנו מהי בעצם אמנה – אמנה היא **הסכם** בינלאומי המסוכם **בין מדינות** **בכתב**, ו**נשלט בידי המשפט הבינלאומי**, בין אם נקבע במסמך אחד, שניים או יותר וללא תלות בכינויו הספציפי.

הרכיבים היסודיים לאמנה הם:

1. **הסכם**
2. **בין מדינות** – לכל מדינה סמכות לכרות אמנות (**ס' 6 לאמנה**).
3. **בכתב** – תנאי יסודי כדי שנכיר במשהו כאמנה!
4. **כפוף למשפט הבינלאומי בלבד** – לא כפוף למשפט המדינתי של מדינה כזו או אחרת.

נלמד על כמה סוגים של אמנות:

1. ההבחנה הבסיסית והקלה ביותר היא בין **אמנה דו צדדית לאמנה רב צדדית**. מה הנפקות?
* **נפקות בתרופות** – כשמדינה מפרה אמנה דו צדדית הרבה יותר קל לנקוט בתרופות מסוימות ויותר קשה באמנות רב צדדיות.
* **הסתייגות** – הסתייגות זה מוסד שלא קיים באמנות דו צדדיות אלא רק באמנות רב צדדיות. נגיע לזה בהמשך.
1. הבחנה **בין אמנה חוזית לבין אמנה יוצרת חוק** – מדובר בשני סוגים של אמנות.
* **אמנה חוזית** – יוצרת חיובים שלובים בין שני הצדדים שהם צד לה. למשל, אמנת הסגרה – סט של חיובים זהים לשני הצדדים, דומה לחוזה.
* **אמנה יוצרת חוק** – אמנות שיותר דומות לחוק במשפט המדינתי, הן יוצרות עקרונות בעלי תכולה כללית. למשל, אמנות זכויות אדם הן לא סט של חיובי מראה הדדים בין שתי מדינות, אלא ערכים יסודיים שכל המדינות חושבות שראוי להגן עליהם. מדובר פה בנורמות שהן ממש שוות ערך לחוק. יש המון אמנות בינלאומיות מהסוג הזה. למשל, אמנת הג'נוסייד, אמנות ג'נבה, מגילת האו"ם, אמנות ז"א. אמנות יוצרות חוק במילים אחרות יוצרות התחייבות אובייקטיבית שלא קשורה ולא תלויה בשום צורה שהיא בהתנהגות של מדינות אחרות. זה לא נותן את היכולת למדינות אחרות לומר למדינה – את מפרה אז גם אני מפרה, כי מדובר בנורמות כלליות.

האם מספר הצדדים לאמנה קובע האם היא חוזית או יוצרת חוק? בד"כ יש מתאם בין דו צדדית לחוזית. ואולם אמנות מולטילטרליות (רב צדדיות) בד"כ יוצרות דין.

1. **אמנה דקלרטיבית/ קונסטיטוטיבית** –
* **אמנה דקלרטיבית** – כוללת נורמות שהן מנהגיות. לא בהכרח כל האמנה צריכה להיות דקלרטיבית, יכול להיות שרק חלק מהסעיפים ממנה ייחשבו ככאלה, המשמעות היא שהסעיפים המנהגיים האלה, הדקלרטיביים האלה, מחייבים את כל מדינות העולם, גם את המדינות שמעולם לא הצטרפו לאמנה. דוגמאות: אמנת ג'נבה הרביעית; אמנת וינה בדבר דיני אמנות; אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים וכן הלאה.
* **אמנה קונסטיטוטיבית** – ברובה או בכולה יוצרת נורמות משפטיות חדשות. נורמות שבעת שהן נכתבות הן לא משקפות דין מנהגי, הן נורמות חדשות לחלוטין במשפט הבינלאומי. אמנות כאלה יחייבו רק את המדינות שהצטרפו אליהן.

מה הבעיה? הרבה אמנות הן פשוט אמנות שעטנז, כלומר הן כוללות גם הוראות דקלרטיביות, וגם הוראות קונסטיטוטיביות. למשל, **אמנת ג'נבה הרביעית**. בשנת 1967, בחסות הצלב האדום, מתנהל מו"מ על יצירה של שני פרוטוקולים חדשים בדיני הלחימה. הפרוטוקול הראשון עוסק במלחמות בינלאומיות והפרוטוקול השני עוסק בסכסוכים שאינם בינלאומיים. ישראל מעולם לא הצטרפה לשני הפרוטוקולים האלה. ב1977 כשהפרוטוקולים האלה נכתבים, די ברור שמדובר באמנות שהן כמעט באופן מוחלט קונסטיטוטיביות. אבל, כבר אז, והיום זה די ברור, שהפרוטוקול הראשון כולל גם הוראות מנהגיות. עקרון ההבחנה שהינו חלק מהפרוטוקול הראשון הוא מנהגי, כלומר מהווה הוראה דקלרטיבית, ולכן גם ישראל לא מתכחשת לכך שעיקרון זה מחייב אותה. לכן הפרוטוקול הראשון הוא דוגמה מובהקת לאמנת שעטנז.

**מושגי יסוד בדיני אמנות – חתימה ואשרור:**

נסתכל על **ס' 11 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות** – **ס' זה אומר איך מדינה מצטרפת לאמנה**. מדינה יכולה לחייב את עצמה באמנה בכל מיני אופנים – בדרך של חתימה, בדרך של אשרור, בדרך של חילופי מכתבים או בדרך אחרת שתיקבע באמנה מסוימת.

מה בדרך כלל קורה? בדרך כלל, בהצטרפות של מדינה לאמנה נראה **תהליך דו שלבי** – **1.** **שלב החתימה 2. שלב האשרור**.

נסביר – כשמתגבשת האמנה יהיה בדרך כלל טקס מאוד מרשים ומרגש שבמסגרתו נציג של מדינה (שר החוץ/ שר הכלכלה בתחום הסחר/ רוה"מ) יחתום על האמנה. אולם, האקט הזה של חתימת האמנה ממש לא מספיק. במרבית המקרים צריך הליך דו שלבי כדי שמדינה תהיה מחויבת באמנה.

אז כאמור, **השלב ראשון הוא שלב החתימה** – **מעמד רשמי שבו נציג רשמי חותם על האמנה**, **כך שמודיע על כוונת המדינה לבחון באופן חיובי ההצטרפות לאמנה**. **מרגע שמדינה חתמה על אמנה, היא לכל הפחות מחויבת שלא לפעול בשום צורה שמסכלת את תכלית האמנה (ס' 18 לאמנת וינה).** המדינה לא מחויבת בכל אחת מהוראות האמנה, אבל כן יש כאן תולדה משפטית, מעין 'מס רצינות' – שלא לפעול באופן שיסכן את מטרת האמנה.

ישנם מצבים שמדינה חתמה על האמנה, אבל עדיין יש **חריג** – **סייג שמאפשר לה לחזור בה מאקט החתימה וזה אם המדינה מבהירה מפורשות שהיא לא מתכוונת בסופו של יום להצטרף לאמנה ולאשרר אותה**. דוגמה בהקשר הזה היא חוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי (**ICC**). החוקה הזו שהיא בעצם אמנה, מגובשת באופן סופי בשנת 98'. אמנם היום לישראל יש יחסים טעונים עם בית הדין הבינלאומי הפלילי, אבל אז, ישראל הייתה מעורבת במו"מ לגיבוש האמנה. אפילו בטקס המרשים, נציג של ישראל חותם על אמנת רומא, כך גם נציג של ארה"ב. בסופו של דבר, בגלל סעיפים בעייתיים שנכנסו בישורת האחרונה של המו"מ לחוקת רומא, ישראל מחליטה שלא להצטרף ולא לאשר את האמנה, והיא מודיעה על כך רשמית לגורמים שמנהלים את חוקת רומא – "אין בכוונתנו להצטרף לאמנה". למה ישראל עושה את זה? ישראל לא רוצה שיהיה בלבול באשר להצטרפותה אלא שתהיה בהירות מוחלטת. כמו כן, להצהיר על כך שהיא לא מחויבת לס' 18, קרי לכבד את תכלית האמנה.

**השלב השני והחשוב הוא שלב האשרור** – בשלב הזה חוזר כל נציג של ממשלה למדינתו ושם מתקיים **דיון בפורום המתאים במדינה האם להצטרף לאמנה או לא**. אם המדינה מחליטה בסופו של יום כן להצטרף, היא שולחת לגוף מסוים **כתב אשרור** (Depository). מאותו רגע, היא צד רשמי לאמנה המדוברת.

איך זה קורה? **לכל מדינה יש את תהליך האשרור שלה**. בדרך כלל, אנחנו יכולים לדבר על שני אופנים אפשריים של אשרור –

1. ברוב מדינות העולם (ארה"ב, צרפת ואחרות) – אחרי החתימה מטעם נציג הממשלה של אותה מדינה, **האמנה תחזור ותוגש לפרלמנט, לגוף המחוקק של המדינה לצורך האשרור** – תהליך מאוד מאוד מורכב, כי האמנה לצורך האשרור שלה עוברת תהליך של חקיקה פנים מדינתית. כל אמנה שממשלת ארה"ב חתמה עליה, מצריכה אישור של שני בתי הקונגרס, זה תהליך מאוד קשה. לכן, היו כמה וכמה אמנות שארה"ב הייתה הכוח המניע מאחוריהן, אך בסופו של דבר לא הצטרפה אליהן כי הקונגרס לא אישר אותן. למה התהליך הזה כה חשוב? **כי בסופו של יום באותן מדינות, מרגע שיש את התהליך של האשרור, האמנה נקלטת בתוך הדין הפנימי והופכת להיות חלק מהמשפט המדינתי המחייב**. בגלל שרק הקונגרס/ הפרלמנט הוא זה שרשאי להוציא תחת ידיו חקיקה, אמנה שהופכת לדין מדינתי חייבת לעבור תחתיהם.
2. במדינות אחרות (ישראל, בריטניה ואחרות) – הממשלה לא רק מוסמכת לחתום על אמנות; בישראל **הממשלה היא גם הפורום, הגוף שבידיו מופקדת היכולת לאשרר אמנות, כחלק מסמכותו לנהל את יחסי החוץ של ישראל**. בגלל שזו הממשלה ולא הכנסת כגוף המחוקק, בישראל בניגוד לארה"ב, צרפת והולנד, **אמנות עם אשרורן לא הופכות לחלק מהדין הפנימי באופן אוטומטי**. אם כן, בישראל, מי שמאשרר את האמנות זאת גם הממשלה. בישראל בעיקרון, כדי שישראל תהיה מחויבת באמנה בינלאומית, עקרונית לא צריך לשאול את הכנסת שום דבר. הממשלה היא זאת שמכריעה אם להצטרף לאמנה.

שורה תחתונה: ההבדלים נוגעים לאיזה גוף אמון על האשרור (הפרלמנט או הממשלה), ומכך נגזר האם האמנה, עם אשרורה, תהפוך לדין פנימי מחייב.

**מושג יסוד נוסף – הסתייגות:**

מונח נוסף חשוב שיש להכיר בהקשר של דיני אמנות הוא הסתייגות. מוסד משפטי זה מפורט ב**סעיפים 19-23 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות**. מהי הסתייגות? **מדינה רשאית, בעת ההצטרפות, להודיע שאינה מקבלת עליה במקצת מההתחייבויות הקבועות באמנה**.

מטבע הדברים, **מוסד ההסתייגות רלוונטי רק לאמנות מולטילטרליות** – שלושה ומעלה משתתפים. למה הוא לא רלוונטי לאמנה דו צדדית? באמנה דו צדדית, אם אחד הצדדים מסתייג מסעיף מסוים אז הסעיף בכלל לא ייכנס לאמנה. באמנות מולטילטרליות יש את המוסד הזה שמאפשר למדינה להסתייג מסעיפים הבעייתיים עבורה. למשל, ישראל הצטרפה לאמנה בדבר ביעור אפליה נגד נשים (1979). **ס' 7ב לאמנה בדבר ביעור אפליה נגד נשים** דורש ממדינה להקפיד על שוויון במשרות בשירות הציבורי. אבל בישראל, יש למשל את בתי הדין הרבניים שבדרך כלל מי האנשים שיושבים בהם? אנשי דת גברים. לכן, ישראל מday one כשהצטרפה לאמנה, ידעה שהיא לא יכולה לעמוד בס' 7ב לפחות בסקטורים מסוימים בשירות הציבורי. ישראל אומרת שהיא בהחלט רוצה להצטרף לאמנה, אבל היא עושה כן תוך הסתייגות – "בס' 7ב אני לא יכולה לעמוד ואני מסתייגת ממנו בצורה מאוד ספציפית, ככל שזה נוגע לבתי דין דתיים בישראל". **ההסתייגות צריכה להיות בכתב, שקופה ופומבית, תוך מתן הסבר מניח את הדעת** (הרי המטרה היא שהתחולה של האמנה תהיה שוויונית ואוניברסלית ביחס למשתתפים בה). במוסד ההסתייגות נעשה שימוש רב.

למה קיימת הזכות להסתייג? הרי אם מדינות השקיעו שנים במו"מ לאמנה, דקדקו על כל אות וחובה שצומחת מאמנה, למה לאפשר את מוסד ההסתייגות? קודם כל מוסד ההסתייגות מתחיל מההבנה הריאלית כי באמנות רב צדדיות קשה מאוד להגיע לטקסט שיהיה מוסכם באופן הרמטי על עשרות מדינות. ישנן שתי סיבות מרכזיות למוסד ההסתייגות –

1. מחד, **יש רצון להשיג הסכמה מלאה בין המדינות**, זה חזון אידיאלי אבל לא באמת פרקטי. מאידך, **יש שאיפה להצטרפות מספר מדינות רב ככל האפשר**; רוצים שכמה שיותר מדינות יכבלו עצמן בחובות שצומחות מכל אמנה כזו או אחרת, שיהיו אמנות כמה שיותר רחבות, כך שתחולתן האוניברסלית תהיה גם כן רחבה (כמו אמנת זכויות אדם – שאנשים ייהנו מזכויות שהמדינות יהיו חייבות בהן, כמו גם אמנות סחר, נשק וכו').
2. **עיקרון הריבונות** – מוסד ההסתייגות גם משקף את ההכרה החשובה של המשפט הבינ"ל בריבונות של מדינה, ויכולתה לקשור עצמה באמנות ובחובות בינלאומיות, אך גם לשמר רכיב של ריבונות בנושאים קריטיים לה. כלומר, היא יכולה להצטרף לאמנה אבל עדיין לשמר אלמנט של ריבונות, בכך שתאמר "לזה אני לא מכפיפה את עצמי".

**הכלל הבסיסי:**

כמו בדיני החוזים, **אמנה מחייבת את הצדדים מרגע שהצטרפו אליה, והם מחויבים לקיימה בתום לב** (**ס' 26 לאמנת וינה**). מרגע שהמדינה הפכה צד לאמנה, המדינה מחויבת לקיים את הוראות האמנה מול כל שאר הצדדים לה. כזכור, ישנן אמנות שהן אמנות שעטנז – **מדינה שלא הצטרפה לאמנה מסוימת, תהיה חייבת רק באותן הוראות שמשקפות דין מנהגי קיים**. למשל, למרות שישראל מעולם לא הצטרפה לפרוטוקול הנוסף לאמנת ג'נבה, היא וודאי מחויבת באותם סעיפים שמעגנים את עיקרון האבחנה (עליו דיברנו). עיקרון זה משקף משפט בינלאומי מנהגי, ומכוח זאת מחייב את כל מדינות העולם, גם את אלה שמעולם לא הצטרפו לפרוטוקול.

**היחס בין אמנה למשפט המדינתי:**

עיקרון יסוד חשוב במשפט הבינלאומי שמעוגן ב**ס' 27 לאמנת וינה** הוא **שאי אפשר להצדיק הפרה של אמנה על בסיס הוראות הדין הפנימי של המדינה**. מדינה לא יכולה לבוא ולומר שהדין המדינתי שלה אומר איקס, ולכן היא רשאית להפר את האמנה הזו. את המשפט הבינלאומי לא מעניין מה אומר המשפט המדינתי ואיזה חוקים יש בו. מרגע שמדינה הצטרפה לאמנה היא מחויבת בהוראותיה ככתבן וכלשונן, והיא לא יכולה להרים את הדגל המדינתי שלה ולומר שהדין המדינתי סותר את הוראות האמנה. **הדין המדינתי לעולם לא יהווה הפרה לגיטימית של אמנה בינלאומית**. אם כן, מבחינת המשפט הבינ"ל, מדינה לא יכולה להישען על הדין הפנימי שלה כתירוץ להפרה של אמנה בינ"ל.

דוגמה בהקשר הזה היא אמנת ההסגרה בין ארה"ב לישראל – זו אמנה משנות ה50', שקבעה שבהינתן תנאים מסוימים ישראל תסגיר נאשמים לארה"ב ולהפך. בשנות ה70' ישראל שינתה את החוק המדינתי שלה ואמרה שמרגע זה היא לא תסגיר יותר אזרחים. כך, נוצר מצב של סתירה בין הדין הישראלי המדינתי שאומר שישראל לא תסגיר אזרחים לארה"ב, לבין אמנה שישראל התחייבה לה 20 שנים קודם לכן, כן להסגיר לארה"ב. נגיד וארה"ב הייתה מאוד מתעצבנת על ישראל (לא קרה בפועל), ונגיד שהייתה לה אפשרות לגרור את ישראל לבית המשפט הבינ"ל, לא היה מעניין את ביהמ"ש הבינ"ל שיש לישראל דין פנימי סותר. היו מעניינות אותו רק ההתחייבויות שישראל לקחה על עצמה במשפט הבינ"ל. במקרה היפותטי שכזה, ישראל הייתה נתפסת כמפרה אמנה בינלאומית.

**תרופות במקרה של הפרה:**

במקרה של הפרה, המדינה אחראית ועשויה לשאת בתוצאות. הרבה פעמים מדינה תפר אמנה בינ"ל ולא יקרה לה שום דבר, אבל כן יכולים להיות מצבים שהמדינה תישא בהשלכות. ההשלכות האפשריות –

* **הפרת נגד/ צעדי גמול** – מצב שבו המדינה מפרה חובות הצומחות מהאמנה אליה מחויבת. למשל אם רוסיה מפרה את האיסור על שימוש בכוח המעוגן במגילת האו"ם, אז מדינות כמו האיחוד האירופי או ארה"ב ינקטו בסנקציות, בצעדי גמול, עד שרוסיה תפסיק את ההפרה שלה. מאחר שרוסיה לא הפסיקה להפר עד היום, היא נתונה ללא מעט סנקציות שפגעו בכלכלה שלה.
* **ביטול/ השעיה של האמנה** – בעניין הזה יש להבחין בין אמנה בילטרלית לאמנה מולטילטרלית.
* באמנה בילטרלית – אם יש מצב שיש הפרה מהותית – הפרה של סעיף חיוני ומרכזי באמנה, או הפרה שנוגדת את עצם התכלית של האמנה – אז הצד הנפגע יכול להסתמך על ההפרה הזו כבסיס, כדי להביא לביטול האמנה או להשעיה של האמנה, כולה או חלקה, באופן זמני. מהלך זה יותר שכיח וקל לביצוע כי מדובר רק בשני צדדים.
* באמנה מולטילטרלית – הדבר מורכב יותר כשמדובר באמנה מולטילטרלית, על אחת כמה וכמה באמנת זכויות אדם למשל, עם מעל 160 מדינות. במקרה של הפרה מהותית מצד אחד הצדדים – יכול להיות מצב שהצדדים האחרים יסכימו, **בפה אחד**, לבטל או להשעות את האמנה מול הצד שהפר או באופן גורף (בין כל הצדדים).

זה נשמע פחות ישים, ולכן מבהיר כמה קשה להביא לביטול או השעיה של אמנה מולטילטרלית. נדגיש – כמדינה, אני לא יכולה לומר שאם מדינה אחרת מפרה, גם אני אתנער מחובותיי. גם אם מדינה אחת מפרה, כל שאר המדינות מצופות להמשיך ולקיים את הוראות האמנה.

בנוסף, ניתן לתבוע את המדינה על ההפרה או לנקוט בסנקציות מסוימות. למשל, האמנה האירופית לזכויות אדם מגובה בבית הדין האירופי לזכויות אדם. אם רוסיה או טורקיה מפרות זכויות אדם, יתר המדינות לא יכולות להגיד שהן לא מחויבות בהוראות האמנה, אך כן קיימת הזכות לפרטים או מדינות לתבוע את רוסיה או טורקיה בבית הדין לזכויות אדם. הצד המפר עשוי להיות כפוף לכל מיני תוצאות במישור הבינלאומי.

**המנהג הבינלאומי:**

אחרי האמנה, מופיע המקור השני של המשפט הבינ"ל שהוא הרבה יותר מורכב ועמום – המנהג. מהו המנהג הבינלאומי? **ס' 38(1)(b) לחוקת הICJ** – **"המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין"**.

ננסה להבין מהו המשפט הבינלאומי המנהגי, ונתחיל את הדיון במשל שהציג מלומד בלגי, **משל השביל** – כשאנחנו חושבים על משפט בינלאומי, יש לחשוב על כפר קטן שעכשיו הוקם, והוא כולו על איזה שהוא שדה טרשים. בצד אחד של הכפר יש את מועצת הכפר, ובצד השני יש את הכנסייה, ואנשי הכפר צריכים לעבור בין שתי הנקודות הללו. עובר האדם הראשון ותווה לו שביל, עובר אדם אחר והולך במסלול קצת אחר, אבל עם הזמן הולך ומתגבש לו שביל אחד, שעם הזמן רוב האנשים נוטים ונוהגים ללכת בשביל הזה כל זמן שהם רוצים להגיע ממועצת הכפר לכנסייה.

מהו הנמשל?

* **השביל = נוהג**. ככה נהוג ללכת בין שתי הנקודות הללו בכפר. עדיין לא מדובר על חובה, אלא על כך שעם הזמן נוהגים אנשים ללכת בין שתי הנקודות.
* **פסיעות הרגליים החשובות שמתוות את השביל וסוללות אותו, מועכות את העשבים שהופכים לכדי שביל = המדינות הפועלות בתחום מסוים של המשפט הבינ"ל, או שהן בעלות משקל כבד יותר בתחומים מסוימים של המשפט הבינ"ל**.

כדי לעבור ממצב של נוהג, ללא חובה, מצב של "כך נהוג ללכת בשביל הזה" אבל אדם יכול ללכת בדרך אחרת, למצב של מנהג, מתווסף אלמנט נוסף מעבר לפרקטיקה הזו של ככה כולם הולכים בכפר – **מתווסף יסוד של חובה משפטית**. כלומר, כל עוד מותר ללכת בשבילים ובנתיבים אחרים, ההליכה בשביל שסומן כבר היא רק בבחינת נוהג. דוגמה ברמה הבינלאומית – כשמגיע מנהיג ממדינה אחת לאחרת, נהוג לקבלו על שטיח אדום כשהוא יורד מהמטוס. אין חובה משפטית כזו, זה רק נוהג. אם מדינה לא תניח שטיח אדום מתחת למטוס, היא לא תחשב כמפרה הוראה בינלאומית. בחזרה למשל – רק כאשר האנשים, או מדינות במשפט הבינ"ל, ירגישו שהם חייבים ללכת בשביל הזה שנתווה, רק בו ולא באף נתיב אחר, כלומר **כשמתלווה לפרקטיקה תחושה של מחויבות**, **אז אנחנו עוברים לעולם המנהג**, **שיש בו לא רק יסוד של פרקטיקה, אלא גם יסוד נורמטיבי של חובה משפטית**.

משל השביל מלמד אותנו מהו מנהג – פרקטיקה שבמקור שלה נוצרת באופן מאוד ספונטני, אבל **הפרקטיקה הזו היא חזקה במובן הזה שהיא מתמשכת, היא כללית, היא לא מיוחדת למדינה ספציפית אלא משותפת להרבה מדינות והיא עקבית**. אם היא עומדת בתנאים הללו – היא עשויה להפוך למחייבת. כבר ממשל השביל ניתן ללמוד על **העמימות האינהרנטית לתהליך היווצרות המנהג** – כמה אנשים/ מדינות? משך הזמן? ישנו גם קושי באיתור מנהגים – גם כשיש שביל, כל עוד אינו מואר ומגודר, אנשים עשויים שלא לעבור בו – לא ברור הגבול בין נוהג למנהג. אבל, **הגם שיש עמימות מאוד גדולה שסובבת את המנהג, נדגיש שיש תחומים שלמים במשפט הבינ"ל שנוצרו בדרך העמומה והמוזרה הזו של מנהג** – למשל, דיני הלחימה התפתחו בדרך של מנהג (היום הם מוסדרים באמנות, אבל הם התחילו כהצטברות של פרקטיקות ספונטניות שהפכו לדין מחייב), כך גם דיני הים – עניין המים הטריטוריאליים התפתח ממנהג, ודיני אחריות מדינה – התחום כולו מוסדר היום דרך מנהג ולא דרך אמנה. אז למרות העמימות והחיסרון של מקור המנהג, יש לו מקום חשוב מאוד בהתפתחות ובמציאות היום של המשפט הבינ"ל.

**התנאים המצטברים להיווצרות מנהג:**

נצלול כעת לתנאים המצטברים להיווצרות מנהג. המנהג מורכב למעשה משני אלמנטים –

1. **יסוד פיזי** – **הפרקטיקה המדינתית**. ניתן להצביע על נוהג כללי שלפיו מדינות מתנהגות.
2. **יסוד נפשי** – **תחושת מחויבות**. מדינות לא סתם פועלות לפי פרקטיקה מסוימת, אלא מתוך תחושת מחויבות – כך הן מצופות לנהוג, הן חשות מחויבות לנהוג באופן הזה. יסוד זה אומר שהפרקטיקה התקבלה בבחינת דין.

**היסוד הפיזי:**

כדי שיתקיים היסוד הפיזי של מנהג, נדרשת **פרקטיקה של מדינות שנוהגות לפי נוהג מסוים, התנהגות מקובלת בקרב מדינות**. נדרשים שלושה תתי-יסודות: **1.** שהפרקטיקה הזו תהיה **ממושכת** – דרישת זמן. **2.** שהפרקטיקה הזו תהיה **עקבית** – דרישה לפרקטיקה אחידה ורווחת מצד כל מדינה ומדינה רלוונטית. **3.** שהפרקטיקה צריכה להיות **כללית** – מסה משמעותית של מדינות. רק כשתהיה פרקטיקה מדינתית ממושכת, עקבית וכללית, אז ניתן יהיה לומר שהתגבש היסוד הפיזי של מנהג.

נתעמק כעת בכל תת יסוד.

1. פרקטיקה ממושכת – דרישת הזמן:

בראש ובראשונה, **פעולה חד פעמית לא יכולה להצמיח מנהג**. **צריך אלמנט של זמן, התמשכות**. אם כן, לפי התנאי הראשון, אנחנו למדים שצריך תהליך של התהוות של המנהג על פני הזמן, זה תהליך שלוקח זמן. אבל, **אין זמן מינימלי!** אין דרישה מינימלית של זמן, והדבר עשוי להיות תלוי קונטקסט. יש מנהגים שלקח להם דורות שלמים להתגבש – למשל, היחס לדיפלומטים ומתן החסינות להם. יש מנהגים שהתגבשו תוך פרק זמן מאוד קצר – למשל, בתחום של חקר החלל, מהרגע ששוגרו כלי החלל הראשונים התגבש המנהג שבעצם למדינות אין ריבונות בשטח של החלל, וכל מדינה יכולה להטיס חללית או לווין בשטח החיצוני של החלל. זה מנהג שהתגבש מהחלליות הראשונות שהוצאו לחלל. דוגמה למנהג שהתגבש מאוד מהר – שימוש בכוח מול ארגוני טרור. סמוך לפיגוע במגדלי התאומים, תוך פרק זמן מאוד קצר של שנים ספורות, מתגבשת הסכמה שמדינות יכולות להפעיל כוח באופן חוקי נגד ארגוני טרור. לסיכום, נדרשת ממושכות של הפרקטיקה על פני זמן, אך אין דרישת זמן מינימלי, וזה יכול להשתנות ממקרה למקרה.

ניתן דוגמה – אחד מפסקי הדין המכוננים של בית המשפט הבינלאומי לצדק – **North Sea Continental Shelf Cases:** סכסוך שנדון בין גרמניה, דנמרק והולנד בנוגע למדף היבשתי בים הצפוני. גרמניה היא מדינה שכלואה בין מדינות חופיות אחרות, דנמרק והולנד. הן מתקוטטות ביניהן על המדף היבשתי בים הצפוני – רצועה של 200 מייל ימי, בה יש משאבים מאוד חשובים ויקרים כמו מחצבים, גז וכו', ולכן זו רצועה בעלת חשיבות כלכלית גדולה. אחד המנהגים שמתגבש מאוד מהר הוא שלמדינות יש ריבונות במדף היבשתי שלהן. מיד לאחר שארה"ב הכריזה על כך, התגבש המנהג הזה. ב1958 מגובשת אמנה שלמה שנקראת אמנת המדף היבשתי – עסקה בחלוקת המדף היבשתי בין מדינות שחולקות חופים. בסכסוך הספציפי הזה, דנמרק והולנד טוענות שכלל מסוים באמנה הזו מ1958, הפך עד הסכסוך, כלומר עד 1969, לכלל מנהגי. זו הטענה של דנמרק והולנד נגד גרמניה. בית הדין הבינלאומי לצדק אומר כמה דברים חשובים לגבי דרישת הזמן של מנהג –

**אין דרישה לפרק זמן מינימלי**. גם אם עבר זמן קצר, לא זה מה שימנע מאיתנו להגיד שהתגבש מנהג. אבל, במצב כזה, **כשמדובר בפרק זמן מאוד קצר שבו נטען שגובש מנהג, אזי הנטל על מי שטוען שגובש מנהג להוכיח שמתקיימים היסודות האחרים** – **הכלליות והעקביות** – **הרבה הרבה יותר גדול**. במקרה הספציפי, הולנד ודנמרק לא עמדו בנטל ההוכחה; הן לא הצליחו להראות שב11 שנים הפרקטיקה הזו הייתה כה נרחבת ועקבית מצד המדינות הרלוונטיות, כך שבית הדין יכול ללמוד, שב11 שנים, התגבש לו מנהג בינ"ל שמחייב גם את גרמניה שבכלל לא צד לאמנה. זה היה כל הסיפור – דנמרק והולנד טענו שההוראה צריכה לקשור ולכבול את גרמניה, שמעולם לא הצטרפה לאמנה. אם מדובר בפרק זמן קצר, הנטל יהיה להוכיח שדרישת הכלליות והעקביות מתמלאות במלוא עוזן.

1. פרקטיקה עקבית:

יש להראות שהמדינות הן עקביות באופן שבו הן מתנהגות, ושהן לא פועלות לפעמים לפי הכלל הספציפי ולפעמים שלא לפיו. יש צורך להראות **עקביות משמעותית!** בבחינת השאלה האם התגבש מנהג, **יש להסתכל לא רק על המעשים והמחדלים של מדינות, אלא גם על ההצהרות ועל התגובות שלהן**. בהקשר הזה, היה בעבר פס"ד לגבי איסור על עינויים. עלתה בו השאלה אם יש מנהג בינ"ל שאוסר על עינויים, בעוד שבאותה עת לא היה איסור כזה. אומר בית המשפט האמריקאי, שכשאנחנו שואלים את עצמנו אם יש איסור על עינויים, לא צריך להסתכל רק על הפרקטיקה בפועל – אם יש שימוש בעינויים בפועל מצד מדינות או לא, אלא יש להסתכל גם על מה מדינות אומרות – הן בדרך כלל אומרות שהן לא עושות שימוש בפרקטיקה של עינויים. ואם בכל זאת הן עושות, זה רק במקרים חריגים (כמו פצצה מתקתקת). כלומר, מדינות לא מענות, וגם כשכן, זה החריג שבחריג – מה שמצביע על כך שההבנה היא שבעיקרון אסור לענות. לכן, דרך ההצהרות האלה של הרבה מדינות, כולל כאלה שיוחסו להן עינויים, לומד ביהמ"ש האמריקאי שיש איסור מנהגי על עינויים, וזאת על אף שימוש לעיתים בפרקטיקה שכזו. כי כאמור, גם כשיש שימוש, אותן מדינות דואגות להצדיק ולהגיד עד כמה זו פרקטיקה חריגה, כי הן מבינות שיש כלל שאוסר על עינויים. אין להסתכל רק על מה המדינות עושות, אלא על הצהרותיהן ותגובותיהן למה שמדינות עושות.

1. פרקטיקה כללית:

**מסה מאוד מאוד גדולה של מדינות שמתנהגות בצורה שעולה בקנה אחד עם הכלל המדובר**. לא נדרש שכל אחת ממדינות העולם תנהג בפרקטיקה המדוברת, אלא קבוצה משמעותית מאוד של מדינות שנוהגת לפיה. בהקשר הזה, נוהגים לדבר על **מדינות חשובות/ רלוונטיות לתחום**. למשל, בתחום של מדף יבשתי, מי המדינות הרלוונטיות שמהתנהגותן נלמד אם יש כלל של ריבונות במדף היבשתי או לא? מדינות חוף. לא נחפש תחולה אוניברסלית כי זה לא רלוונטי, אלא נבדוק האם בקרב מדינות החוף יש מסה קריטית של מדינות שנוהגות לפי הפרקטיקה לפיה יש ריבונות במדף היבשתי. בדיני לחימה, נסתכל על מדינות שכן מעורבות בלחימה, כדי ללמוד מה נהוג ומחייב בתחום.

אבל, כדי שנגיד שישנה פרקטיקה כללית, צריך מצד אחד שתהיה מסה משמעותית של מדינות שנוהגות לפי הפרקטיקה המדוברת, ויחד איתה **אי התנגדות מצד קבוצה משמעותית של מדינות אחרות** – מדינות אחרות שטוענות שהפרקטיקה הזו לא רלוונטית/ לא לגיטימית/ לא יכולה להיות מחייבת. **אם יש התנגדות מצד מספר קטן של מדינות, עדיין יכול להיווצר מנהג, אבל זה עשוי להוציא את מי שמתנגדות מתחולת הכלל הזה.**

אם כן, **כלליות = הסכמה פוזיטיבית של קבוצה משמעותית של מדינות + אי התנגדות מצד קבוצה משמעותית של מדינות.**

כפי שאמרנו, כדי שיגובש לנו מנהג במשפט הבינ"ל, נדרש יסוד פיזי. כאמור, הוא מתקיים אם ישנה פרקטיקה ממושכת, עקבית וכללית. אך בכל זה אין די, הרי ליסוד הפיזי צריך להתווסף היסוד הנפשי. **מה שמבדיל נוהג (התנהגות מקובלת) ממנהג, זה שמנהג כן מחייב משפטית**. נדרש שהפרקטיקה הנוהגת תהיה **מקובלת בתורת דין** – שמדינות נוהגות כך כי הן מרגישות מחויבות לנהוג בצורה מסוימת ולא אחרת. כלומר, **שהמדינות שפעלו בהתאם לכלל עשו זאת מתוך הכרה או תחושה שהן מחויבות לנהוג כך**. זה רכיב מאוד חמקמק.

**פס"ד חשוב מאוד למבחן!** – **פס"ד (1927) Lotus, PCIJ:** מדובר בסכסוך בין טורקיה לצרפת שמובא בפני הPCIJ (בית הדין לפני מלחמת העולם השנייה, לפני הICJ). היו שתי ספינות, ספינה טורקית וספינה צרפתית, ששטו בלב ים – במים בינלאומיים, לא בריבונות של אף מדינה. הספינות מתנגשות וכתוצאה מההתנגשות נהרגים מלחים טורקיים. טורקיה מושה את שתי הספינות לחוף של איסטנבול ומעמידה לדין את המלחים הצרפתיים באשמה של גרם מוות ברשלנות. צרפת לא אוהבת את זה, מגישה את הסכסוך לPCIJ וטוענת לדין מנהגי – קיים מנהג מחייב והוא שאסור למדינה להעמיד לדין פלילי אזרחים זרים שביצעו עבירה לכאורה על הסיפון של אונייה זרה בלב ים – כלומר, צרפת טענה שלטורקיה לא הייתה סמכות להעמיד לדין פלילי את המלחים הצרפתיים שהיו על הסיפון, שלא הייתה לה סמכות שיפוט.

בית הדין אומר שלא הוכחה פרקטיקה ממושכת, עקבית וכללית, ולכן לא התקיים היסוד הפיזי. אבל בית הדין הולך צעד נוסף ואומר – **גם אם צרפת הייתה מוכיחה שהיה יסוד פיזי, הרי שבמקרה הזה אין יסוד נפשי מתאים**. הPCIJ טוען בפני צרפת – 'גם במקרים שהבאת בפניי צרפת, והראית שבמקרים דומים מדינות אחרות לא העמידו לדין כפי שעשתה טורקיה, **לא הראית שהמדינות הללו עשו כן מתוך תחושת מחויבות'**. כלומר, במקרים בהם לא הייתה העמדה לדין, לא הוכח שזה נבע מתוך תחושת חובה לא לעשות כן. לא התקיים היסוד הנפשי שהוא חיוני למנהג.

בית הדין ממשיך ואומר שאין למעשה כלל במשפט הבינלאומי שאוסר על מדינות להפעיל סמכות שיפוט פלילית כפי שעשתה טורקיה. כאן אנו מגיעים להלכה שמזוהה עם **הלכת לוטוס** – **הPCIJ אומר שמה שלא אסור על מדינות במשפט הבינלאומי**, **מותר להן**. זה דומה לעיקרון החוקיות שמוכר לנו מהדין המדינתי – מה שלא נאסר על אנשים על ידי המדינה, מותר להם. בפסק דין לוטוס, ולכן הוא כה חשוב, בית הדין הבינלאומי לצדק אומר את אותה משוואה ביחס למדינות במשפט הבינ"ל – מה שלא נאסר מפורשות על מדינות במשפט הבינלאומי, מותר להן. בגלל הקביעה הזו, זה פס"ד כה חשוב ומכונן במשפט הבינלאומי.

**כיצד מוכיחים קיומו של מנהג?**

היסוד הפיזי: כדי ללמוד על היסוד הפיזי של מנהג, נסתכל על **מגוון רחב של מקורות** – דיווחים עיתונאים, דוחות של וועדות חקירה (כמו וועדת וינוגרד עליה דיברנו), דברי חקיקה, החלטות ממשלה, אגרות דיפלומטיות, מסמכים של משרדי חוץ, פסקי דין, הכרזות של בכירי ממשל וכמובן גם הפעולות הפיזיות של מדינות. **נסתכל כמובן באופן השוואתי על המקורות הללו במגוון מדינות, כדי ללמוד על שלושת היסודות – עקביות, ממושכות וכלליות.**

היסוד הנפשי: איך לומדים על יסוד נפשי? זו שאלה קשה. במקרים רבים מסיקים על תחושת המחויבות של מדינות מזה שלמשל הפרקטיקה מאוד נרחבת ותומכת בכלל. כמו כן, עושים שימוש במקורות לעיל, תוך **ייחוס חשיבות רבה להכרזות ועמדות פומביות של נציגי מדינה רשמיים** – נאומים, גינוי לפעולות מדינות אחרות, כתבי טענות לביהמ"ש, פסקי דין, תמיכה בהחלטות ארגונים בינ"ל. דרך כל אלה נלמד על **הלך הרוח של המדינה**.

אם כן, ישנה חפיפה ניכרת בין הלימוד של הפרקטיקה ובין הוכחות קיומו של היסוד הנפשי.

**האם מדינה יכולה להוציא עצמה מגדר התחולה של מנהג?**

אם מתגבשת פרקטיקה שהיא ממושכת, עקבית וכללית ומלווה ביסוד נפשי, נאמר שמתגבש מנהג. מה המשמעות? המנהג הזה יחייב את כל מדינות העולם. אולם, **מדינה הנחשבת 'מתנגדת עקבית' למנהג, אינה מחויבת אליו**.

מדינה יכולה להוציא עצמה מהתחולה הכובלת של מנהג, אבל איך? מדובר בתנאים מאוד קשים! התנאים –

1. **התנגדות החל מזמן היווצרות המנהג** – כדי לא לאפשר התחמקות מכללים ואת ערעור יציבות הכללים. בנוסף, כך, מדינות חדשות לא יכולות להתנגד למנהג שכבר היה קיים בעת הקמתן.
2. **ההתנגדות של המדינה חייבת להיות עקבית ופומבית** – בכל הזדמנות שיש, המדינה צריכה להתנגד למנהג כדי שלא יחול עליה. כך, אותה מדינה משקפת למדינות אחרות מה הן יכולות לצפות ממנה, כך שלא יצפו ממנה להתנהג לפי הפרקטיקה הזו.

**דין קוגנטי:**

מושג חשוב שנכיר במשפט הבינלאומי כשאנו מדברים על נורמות מנהגיות הוא דין קוגנטי. כשמדובר בדין קוגנטי, מדובר בנורמות מנהגיות, שהפכו לדין בינלאומי מחייב, אבל הן **מעין נורמות משוריינות** – **הן במעמד נורמטיבי כזה שהמדינות מבינות שהן נורמות בדרגה גבוהה יותר, המדינות מייחסות להן חשיבות עליונה**. הן כוללות בין היתר את האיסור על שימוש בכוח, האיסור על עבדות, אפליה גזעית, האיסור על רצח עם, האיסור על פשעים נגד האנושות, האיסור על הפרת זכויות אדם בסיסיות (עינויים), עקרונות בסיסיים של דיני הלחימה ועוד. זו **רשימה לא סגורה**. ישנה דינמיות המתבטאת בכך שהקהילה הבינלאומית מכירה בעוד ועוד נורמות כנורמות קוגנטיות, כלומר בעלות מעמד גבוה יותר. היום רווחת הדעה שהזכות של עמים להגדרה עצמית, רכשה גם כן מעמד על – זו לא סתם נורמה מנהגית, אלא נורמה מנהגית, שמכוח השריון שלה, יכולה לגבור על נורמות בינלאומיות מנהגיות אחרות.

**שתי נפקויות חשובות לנורמות קוגנטיות:**

* **ס' 53 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות** – **אמנה תהיה בטלה אם בזמן עריכתה עומדת בסתירה ל – peremptory norm של המשב"ל – נורמה שגבוהה יותר במעמדה**. נורמה כזו מוגדרות בס' 53 כנורמה המקובלת על ידי חבר המדינות בכללותו, כך שאין לסטות ממנה או לשנותה אלא על ידי נורמה מאוחרת בעלת אותו אופי. המשמעות – **נורמה קוגנטית לא ניתנת להתניה על ידי המדינות ביחסיהן זו עם זו**. למשל, מדינות לא יכולות להיכנס לאמנה דו צדדית שאומרת שנכון שבמשפט הבינלאומי יש איסור מוחלט על עינויים, אבל בואי אנחנו נעשה אמנה בינינו, שביחסים בינינו, עינויים הם מותרים – לא תהיה שום נפקות משפטית לאמנה שכזו! דוגמה נוספת היא לגבי הסדרים שקשורים לשבויי מלחמה (עקרון קוגנטי הוא היחס לשבויי מלחמה) – מדינות לא יכולות להגיד שנניח את העיקרון הזה בצד, כך שיאפשרו ביחסים ביניהן לסטות ממנו. מדינות לא יכולות לגבש הסכמה ביניהן שמתנה על נורמות קוגנטיות שכאלה.
* **ס' 64 לאמנת וינה** – **אם מתגבשת במהלך הזמן נורמה קוגנטית, כל אמנה סותרת, גם אם היא קודמת בזמן, תהיה בטלה**. למשל, אם בעבר, נניח בשנת 1912, הייתה אמנה שהסדירה והתירה סחר בעבדים. במהלך המאה ה20, בעולם הבינלאומי מתחוורת ההבנה שעבדות וסחר בעבדים מהווה דין קוגנטי, כזה שלא ניתן להתניה. המשמעות המיידית היא שלאמנה מ1912 אין שום נפקות ואסור לציית לה! גם אם היה דין קוגנטי שהתפתח במהלך הזמן, ויש אמנות או הסדרים שסותרים אותו, ההסדרים הללו יהיו בטלים.

**דגשים נוספים:**

* **לא ניתן להסתייג מסעיף של אמנה הכולל דין קוגנטי**. למשל, במגילת האו"ם יש את הסעיף שאוסר על שימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים – לא ניתן יהיה להסתייג מסעיף כזה.
* **אי אפשר להיות מתנגד עקבי לדין קוגנטי** – דיברנו בשיעור הקודם על מתנגד עקבי; מדינה יכולה להביע התנגדות עקבית, נחרצת ופומבית מרגע שמתפתח מנהג ובכך היא מוציאה עצמה מתחולתו. אולם, לא ניתן להיות מתנגד עקבי לדין קוגנטי.

איך נזהה שמדובר בדין קוגנטי? בדרך כלל נראה פסיקה של הICJ, שישנה הכרה נרחבת והבנה שלא מדובר בנורמה בינלאומית רגילה, אלא נורמה במעמד על. זו תהיה מעין הכרזה של הICJ שתצביע על כך שמדובר בנורמה קוגנטית.

**ביקורת על המנהג כמקור משפטי:**

נסיים עם אמירה כללית על המנהג – **המנהג אפוף בעמימות אינהרנטית**. העמימות מלווה אותנו במגוון שאלות, למשל – כמה זמן צריך עד שמנהג יתגבש, על מה אנחנו מסתכלים וכו', וכן פעמים רבות קשה לזהותו. בנוסף לזה, יש **פיקטיביות אודות יסוד ההסכמה** – בסיס הלגיטימציה פחות איתן מזה של אמנה, יסוד ההסכמה פחות מבוצר וחזק במנהג. **כזכור, בהתאם לגישה הוולונטריסטית שממנה התפתח המשב"ל המסורתי הקלאסי, יש יסוד ברור של הסכמה. באמנה יסוד ההסכמה הוא מובן, יש אקט של חתימה, הסכמה ואשרור, אין כפיה על המדינה. לעומת זאת, במנהג זה מתערער ולכן יש עניין שהמנהג סובל** מבעיות של לגיטימציה **כי יסוד ההסכמה בו פחות חזק.**

כמו כן, יש לנו עוד **פיקציה כשמדובר במדינות חדשות** – בשנות ה50-60 היו מדינות חדשות שהוקמו, וההבנה הייתה שכחלק מההצטרפות שלהן לקהילת המדינות, הן מקבלות על עצמן את סט המנהגים הבינלאומיים המחייבים. אבל אפשר לשאול – איפה יסוד ההסכמה? הרי הן מעולם לא אמרו כן בעצמן. מדוע הן חייבות בדין המנהגי? למשל, האיסור על עבדות. למה הן צריכות להיות מחויבות באיסור זה? כתשובה לכך אומרים שיש **הסכמה מכללא** – אם מדינה רוצה להצטרף לקהילת המדינות, היא כנראה מסכימה לסט המנהגים הזה. כדי להצטרף למועדון המדינות, היא מקבלת על עצמה את ההתחייבות לציית לאותן נורמות מנהגיות.

המשפט הבינלאומי, כמו כל שיטת משפט, רוצה לתת לשחקניו וודאות, צפיות ויציבות. ברור שיש את הפיקציה שתיארנו לעיל (שאין באמת הסכמה של מדינות חדשות למנהג), אולם בשם היציבות המקודשת ששיטת המשפט הבינלאומי רוצה להשיג, אנו אומרים שיש כאילו הסכמה מכללא, כדי שלא נערער את היסודות הכלליים בהצטרפות של כל מדינה.

לצד הביקורת על המנהג כמקור משפטי, חשוב להדגיש את היבטיו החיוביים: מעבר לבעיות עליהן דיברנו, חשוב שנבין שבמנהג יש המון דברים טובים שאפשרו התפתחויות חשובות במשפט הבינ"ל –

* מרגע שעברנו את המשוכות הקשות, **תחולת האמצעי של המנהג היא אוניברסלית**, **גם על מדינות המסרבות להצטרף לאמנות**. המנהג הוא אמצעי חשוב לכבול במובן מסוים מדינות שלא עושות את האקט של להצטרף לאמנות מסוימות, בפרט באמנות בתחומים חשובים דוגמת אמנות זכויות אדם/ דיני הלחימה. **אם נחשוב על אמנות זכויות אדם ועל מדינה כמו סין שלא מצטרפת לאמנות זכויות אדם, אותן זכויות אדם, שיש הבנה שמשקפות נורמות מחייבות, יחייבו גם מדינה כמו סין שלא תוכל להתכחש אליהן**.
* **המנהג מסייע לנו לייצב את המערכת הבינ"ל** – עצם האמירה שמרגע שיש מסה קריטית של מדינות, גם אם לא כולן, אך מדינות בולטות ומשפיעות בתחום, שראו עצמן מחויבות לפרקטיקה מסוימת, זה מייצב את המערכת הבינ"ל ומאפשר לקהילה הבינ"ל לפעול בצורה יציבה.
* **כללים הנוצרים באופן ספונטני הינם יעילים בדרך כלל**. יש הבנה שכללים שנוצרים בצורה ספונטנית מיטיבים עימנו, מספקים וודאות והם יעילים. אלה לא פרקטיקות שתכננו אותן מראש – לא היה צריך לשבת, לערוך ולתקף אמנה, לערוך משאים ומתנים, ומכאן יעילותן.

**יחס בין דין הסכמי (אמנה) למנהג:**

אמנה/ דין אמנתי מכונה גם 'דין הסכמי'. יש מגוון אינטראקציות בין הדין המצוי בהסכם לבין המעוגן במנהג:

ישנן אמנות שמשקפות מנהג קיים, או כל האמנה, או חלקה. כפי שלמדנו, האמנות הללו נקראות אמנות דקלרטיביות – מצהירות על דין קיים. מה שמעניין הוא שלא פעם אנו רואים **אמנות שכל תכליתן היא להעלות את הדין המנהגי על הכתב, הן עושות קודיפיקציה**. מטרת האמנה היא בעצם העברת כללי משפט מנהגי לצורה של משפט הסכמי כתוב. למה יש צורך בזה? הרי יש דין מנהגי שמחייב את כל המדינות, אז למה פתאום מחליטות מדינות להשקיע משאבים, להתכנס יחד ולהעלות את המנהגים הללו על הכתב? זה מפיג הרבה מהעמימות שדיברנו עליה בהקשר של המנהג.

* **כשאנחנו מעבירים את המנהג לדין כתוב, אנחנו מגבירים את הוודאות סביב מעמדם המחייב של הכללים**. כאמור, המשפט הבינלאומי, כמו כל שיטת משפט, אוהב יציבות. ההעלאה על הכתב מהווה דרך לאשרר את התוקף ואת המעמד המחייב של הכללים, ולהקנות יציבות ו-וודאות סביב הכללים שאמורים לאפשר למדינות ולשחקנים בינ"ל אחרים להשתתף באופן נכון, ראוי ומסודר במערכת הבינ"ל.
* **הגברת הוודאות סביב תוכן הכללים (היקפם המדויק, פירוט)**.
* הרבה פעמים, כשאנחנו עוברים ממצב של דין מנהגי לא כתוב לדין מנהגי כתוב, במסגרת האמנה והמו"מ **ניתן ליצור מנגנונים של אכיפה, בקרה ויישום של הכללים**. אפשר לראות אמנות בדיני הים שהעלו את הכללים המנהגיים על הכתב, ולצידם הוקם טריבונל בינלאומי. העלאה על הכתב של דין מנהגי לוקחת אותו צעד קדימה, ומשקפת הבנה שיש כללים, אך יכולים להיווצר סכסוכים או דילמות פרשניות. לכן, במסגרת האמנה, מעגנים איך אוכפים ומיישמים את הכללים הללו בעת אותן דילמות פרשניות או סכסוכים סביב הנושא של האמנה. כלומר, **האמנה מספקת כללים ליישוב הסכסוך ולאכיפת הכללים בצורה אפקטיבית – זה יתרון משמעותי!** דוגמאות: **אמנת ז'נבה בדבר הים הפתוח** (1958) – העלתה על הכתב את סוגיית המים הבינלאומיים. רצו לייצר עוד יותר וודאות ופחות מחלוקת סביב הכללים, ולכן רצו להעלות את כל הכללים שהתגבשו במרוצת הדורות על הכתב. כך גם **אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים** (1961). מדינות יעדיפו להשקיע את העלויות ולעשות קודיפיקציה ברורה של דין מנהגי, תוך התייחסות לסיטואציות יותר ספציפיות ופרטניות.

**בנוגע לאמנות דקלרטיביות, קונסטיטוטיביות ומנהג:**

כפי שלמדנו, אמנה שיוצרת כללים חדשים, שלא היו קיימים קודם לכן מכוח המנהג, היא אמנה קונסטיטוטיבית. למשל, **אמנת ג'נבה הרביעית** – במקור, כשהאמנה הזו גובשה, היא נחשבת רובה ככולה, כאמנה קונסטיטוטיבית. עם זאת, **אמנה שהתחילה את הדרך שלה כיוצרת דין חדש (אמנה קונסטיטוטיבית), יכולה ברבות הזמן, לשקף כולה או חלקה, אמנה דקלרטיבית**. **אמנת ג'נבה הרביעית** היא דוגמה מובהקת לכך – בשנת 1949 כשגובשה, נחשבה רובה ככולה לקונסטיטוטיבית, ואילו ב2023, התפיסה הרווחת בעולם היא שאמנה זו משקפת כיום דין מנהגי.

דוגמה נוספת היא **אמנת האג** משנת 1907. זו אמנה שעוסקת בלחימה ביבשה. באמנה המעניינת הזו דנו בבית הדין בנירנברג בסוף מלחמת העולם השנייה. מה טענו עורכי הדין של הנאצים שמועמדים לדין? שגרמניה לא הייתה צד לאמנת האג הרביעית, והאמנה הזו נכון ל45', היא עדיין דין הסכמי ואיננה אמנה דקלרטיבית – לא עבר מספיק זמן משנת 1907 ועד מלחמת העולם השנייה, שעה שבוצעו הפשעים, שהיא תהפוך למנהגית. בית הדין דוחה הזאת – משנת 1907, דרך מלחמת העולם הראשונה והשנייה, היו פרקטיקות של מדינות שמהדהדות את הכללים שבאמנת האג, ולכן **עד מלחמת העולם השנייה, אמנת האג הפכה למשקפת דין מנהגי, קרי לאמנה דקלרטיבית**. על בסיס האמנה הזו בין היתר, והפרות המשפט הבינ"ל שיוחסו לנאצים, רובם ככולם נמצאו אשמים בעבירות שיוחסו להם. לכן, אמנה יכולה להפוך ברבות הזמן למשקפת דין מנהגי. ברגע זה, היא הופכת מחייבת את כל העולם, גם את מי שלא חתם עליה מעולם ואשרר אותה.

מה קורה עם אמנות הבעלות תחולה אוניברסלית? האם אמנה שחברות בה מדינות רבות, הוראותיה הפכו בהכרח למשפט מנהגי? אמנת ג'נבה הרביעית, 194 מדינות הן צד לה. האם אמנה כזו, שרוב מוחלט של מדינות העולם צד לה, היא אמנה שהוראותיה הפכו לדין מנהגי? לא בהכרח, מאחר **ואם מדינות משמעותיות בתחום לא צד לאמנה, יהיה קשה לומר שמדובר בדין מנהגי**.

למשל, **הפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה** כולל המון מדינות, אבל מדינות מאוד בולטות בתחום שמעורבות בסכסוכים מזוינים כמו הודו, ישראל, פקיסטן, טורקיה וארה"ב, הן לא צד לפרוטוקול הזה. אם כן, על אף התחולה הכמעט אוניברסלית, מדינות משפיעות בתחום לא צד לו, ולכן לא ניתן לבסס את הטענה שכל הפרוטוקול מהווה דין מנהגי. **הכל מאוד תלוי הקשר** – צריך לבחון מיהן המדינות שהן לא צד לאמנות. אין תשובה ברורה וחד משמעית.

כזכור, הרבה מהאמנות הן אמנות מעורבות (אמנות שעטנז) – חלקן משקפות דין הסכמי וחלקן משקפות דין מנהגי, ורק המדינות שחתמו עליהן יהיו מחויבות בכל האמנה. בגלל העמימות של המנהג, והפיקציה של ההסכמה, **המגמה הרווחת בעידן המודרני**, **ובפרט במאה השנים האחרונות**, **היא ללכת לכיוון של אמנות**. **מקובל לראות באמנות כמי שנותנות למשפט הבינ"ל יותר וודאות, בהירות ומנגנוני אכיפה עם שיניים.**

**עקרונות משפט כלליים:**

**ס' 38 לחוקת הICJ**, סעיף המקורות, דן לאחר האמנה ולאחר המנהג בעקרונות משפט כלליים – "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות". למה הכוונה? **עקרונות המשותפים לשיטות המשפט הפנימיות של המדינות השונות** (נגזרים בדרך אינדוקציה משיטות המשפט המדינתיות). אלה עקרונות שמשותפים כמעט לכל שיטת משפט שהיא.

למשל, עיקרון תום הלב מצוי בצורה חוצת גבולות בין המדינות השונות, ולכן זה עיקרון משפט כללי שמתקיים גם במשפט הבינ"ל. ההצדקה לכך היא שאם הוא כה רווח, והוא חלק מכל שיטת משפט לאומית, הרי שמדינות לא יתנגדו לו גם בזירה הבינ"ל, **ישנה הכרה מצידן בתוקף האוניברסלי של הכלל**. נראה לרוב עקרונות הקשורים לאופן ניהול המשפט ולהליכים, כמו עקרון מעשה בית דין, מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה ועוד. רבים מהעקרונות הם מאוד פרוצדורליים, כמו השתק ומצג שווא. את העקרונות הללו אנו מכירים מכל שיטת משפט, ולכן העלנו אותם לרמה בינ"ל. ההנחה היא שמאחר והמדינות מסכימות לאותם עקרונות בשיטת המשפט שלהן, וישנה הצדקה של יעילות וודאות משפטית, אנו מניחים שהן יסכימו לתחולתם גם במשב"ל.

כשניסחו את חוקת הPCIJ (**ס' 38** במקור היה בחוקת הPCIJ, קודמו של הICJ), למה מנסחיה ראו בכלל צורך להכניס את **ס' 38(1)(ג)**? למה להכניס עוד מקור משפטי מחייב בדמות עקרונות משפט כלליים? למה צריך עקרונות נוספים? רצו להימנע ממצב שבו למשל מגיע סכסוך בפני הPCIJ, ובית הדין יגיד שאין לו כללים באמנה רלוונטית/ שאין דין מנהגי. מה הוא אמור לומר? שהוא לא יכול לפסוק? איזו מן וודאות יש בכך? כדי להימנע מפסיקת לקונה ומאי יכולת לפתור סכסוכים, רצו לשאוב מקור משפטי מחייב בדמות עקרונות משפט מקובלים ששזורים לאורך כל המדינות, והם יאפשרו לפתור מצבים של לקונה, מצבים בהם הדין עוד לא התפתח.

**מהו השימוש בפועל?**

היום, זהו מקור עצמאי אך בעל **תחולה מוגבלת**. השימוש במקור הזה כמקור עצמאי בזירה הבינ"ל הוא מאוד מוגבל, בשל מספר סיבות:

1. **העולם הוא עולם מאוד הטרוגני** – היכולת שלנו לראות עקרונות ששזורים בכל המדינות היום היא מאוד מאוד קטנה. כשהסעיף נוסח היה מספר בודד של מדינות, ואילו היום יש סביב ה200 מדינות.
2. בנוסף, כדי שתהיה לגיטימציה שמדובר בעיקרון משפט מקובל, **דרושה** **עבודה סיזיפית של מעבר על הרבה מדינות והרבה שיטות משפט, שאין בהכרח לשופטים את היכולת והכוח לעשות**. מלאכת האינדוקציה מורכבת ובתי הדין נרתעים מכך.
3. כמו כן, בזמנו, רצינו את העקרונות הללו למילוי לקונות. אבל מאז, במאה השנים האחרונות, יש אלפי אמנות בנושאים מאוד מאוד מגוונים, יש גוף מאסיבי ואדיר של משפט הסכמי. **אין הרבה מקומות של לקונות מאוד משמעותיות, ולכן יש פחות צורך לפנות לעקרונות הללו**.
4. ניזכר ב**פס"ד לוטוס** – כל מה שלא נאסר על המדינות המשפט הבינ"ל, מותר להן. הלכה זו פיתחה **נטייה של המשפט הבינ"ל בכלל לא למצוא מקום של לקונה** – אם יש כלל שלא אוסר על כך, הרי שלמדינה היה מותר לנהוג כך. אם אין כלל שאוסר משהו, הרי שלמדינה היה מותר לפעול בצורה מסוימת, וזה סותר את העולם של לקונה. זה היווה תמריץ נוסף לא להכיר במצבים של לקונה.

שורה תחתונה: פרשנות מאוד מצומצמת למונח 'עקרונות כללים' – אלה עקרונות ברמת הפשטה גבוהה, לרוב פרוצדורליים ולא מהותיים.

**מקורות משפטיים משניים:**

**ס' 38(1)(ד)** קובע – "החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים והמומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט" – **זה לא מקור משפטי מחייב, אלא מקור משני שהוא בבחינת אמצעי עזר** כדי להאיר את ענינו על המקורות המחייבים של המשפט הבינ"ל.

מהו היחס בין המקורות המחייבים למשניים?

פסיקה וספרות הן אמצעי עזר, מהן ניתן ללמוד על קיומו של מנהג. אמצעים אלה מהווים **אסמכתא לקיום המקורות העיקריים ופרשנותם, יוצקים תוכן על פרשנות נכונה וראויה של כללים מסוימים, אך אינם יוצרים דין חדש**. למשל, אם יש איסור כללי כמו איסור על שימוש בכוח, בפסיקתו, הICJ יכול לצקת תוכן ולפרש פרשנות ראויה על האיסור. הגם שמדובר באמנה בינלאומית, כתוב "החלטות בית דין" אך לא כתוב איזה בתי דין, ולכן **ההבנה המקובלת שמדובר על בתי דין בינלאומיים וגם בתי דין מדינתיים**.

**החלטות שיפוטיות בינ"ל:**

**נק' המוצא של חוקת הICJ היא שהחלטות של הICJ לא יוצרות דין מחייב**. לפי **ס' 59 לחוקת הICJ**, ההחלטות מחייבות את הצדדים לסכסוך הספציפי בלבד! מדוע? כי כל שאר המדינות לא הסכימו להליך הספציפי, רק שתי מדינות ספציפיות נתנו את הסכמתן, ולכן רק הן מחויבות בפסק הדין. אם כן, מס' זה אנו למדים כי **אין עיקרון של תקדים מחייב במשפט הבינ"ל**. **אבל, ברוב המוחלט של המקרים, הICJ כן פועל דה פקטו לפי עיקרון התקדים המחייב, המקרים שבהם הICJ סותר עצמו הם אפסיים.** יותר מכך, בתי הדין הבינלאומיים (כמו בית הדין האירופי לצדק), דה פקטו, נצמדים לאיזה שהוא עיקרון של תקדים מחייב.

למה בתי הדין נוטים לעקוב אחר ההחלטות של עצמם בתיקים דומים קודמים? **לגיטימציה**, בית דין רוצה להיתפס כלגיטימי. מיהו בראש ובראשונה בית דין לגיטימי? מי שמכריע באופן דומה בין התיקים. **זה הכוח המניע הכי חזק שבגינו אנו רואים דה פקטו כן יישום של תקדים בבתי הדין הבינלאומיים השונים**.

מה שכן ניתן לראות, הוא שבתי דין בינלאומיים נוטים לעקוב אחר ההחלטות של עצמם, ולכן **ייתכנו מצבים של סתירה בין פסיקות בתי הדין השונים במקרים יחסית דומים**. זו כן בעיה של זירה בינלאומית עם הרבה מאוד בתי דין, שכל אחד הוא מיקרו קוסמוס של עצמו, ואין בית משפט עליון בינ"ל (כמו במשפט המדינתי, שגורם להאחדה של הדין).

תפקיד ערכאות שיפוטיות בינ"ל הוא **כלי עזר בלבד** בקביעת כללי המשב"ל:

1. **מתן גושפנקא לקיום מנהג או עיקרון כללי.**
2. **קביעת הפרשנות הנאותה לתוכן המקורות הראשוניים החלים בסכסוך וליחס בין הוראותיהם.**

התפקיד של פסקי הדין של ערכאות בינלאומית הם בבחינת כלי עזר, הם מספרים על עיקרון כללי מחייב/ אם יש מנהג שהתגבש/ מהי הפרשנות המקובלת והראויה של הנורמות הבינלאומיות השונות, בין אם מכוח אמנה או מנהג.

**ריבוי בתי הדין הבינ"ל והרחבות סמכויותיהם** 🡨 **עליה במשקל הפסיקה הבינ"ל כמקור משפטי (כוח לטקסט, ערך שכנועי). על רקע הריבוי האדיר של בתי משפט בינ"ל, ובפרט מתחילת שנות ה90 (לאחר המלחמה הקרה), ב30 השנים האחרונות המשקל של החלטות שיפוטיות בינלאומיות עלה עשרות מונים ממה שהיה בעבר**. יש עלייה במשקל הפסיקה הבינ"ל כמקור משפטי; **בתי דין הם שותפים משמעותיים בשיח מהו הדין הבינ"ל, מה תוכנו, גם אם הם עצמם לא יוצרים את הנורמות הראשיות.**

**החלטות בתי דין מדינתיים:**

1. פונקציה דומה לבתי דין בינ"ל – סיוע בזיהוי המקורות הראשוניים ובפרשנותם.
2. פונקציה יוצרת משפט – חלק מהפרקטיקה המדינתית היוצרת מנהג, מקור לחילוץ עקרונות משפט כלליים.

כאמור, ב**ס' 38** מדובר על כל בתי הדין, ולכן ההבנה המקובלת היא שמדובר גם על סעיף שמתייחס לבתי דין מדינתיים ופסיקותיהם. מצד אחד, הפונקציה שהם מקיימים דומה לבתי דין בינלאומיים – סיוע בזיהוי המקורות הראשוניים ובפרשנותם. אבל, **לבתי דין מדינתיים לעומת בתי דין בינלאומיים, יש גם באופן עקיף פונקציה שיוצרת משפט** – הפסיקות של בתי דין מדינתיים, כמו הפסיקה של בג"ץ בפרשת הסיכולים הממוקדים, יכולה לסייע בהיווצרות מנהג. אלה פסיקות שמספרות מה הפרקטיקה של המדינה הרלוונטית, וכך מסייעות בהבנת הלך הרוח, ולכן הן יכולות לשחק תפקיד משמעותי ביצירת מנהג וביצירת המשפט הבינ"ל.

בפרקטיקה, מבחינת הערך השכנועי, להחלטות בתי דין בינלאומיים יהיה משקל וערך שכנועי גדול יותר. לצד זאת, ישנן דוגמאות בהן החלטה של בית דין מדינתי תרמה לעיצוב כללי המשפט הבינ"ל. למשל, פס"ד של העליון בישראל בעניין הסיכולים הממוקדים צוטט לא מעט, ותרם להבנה מתי פרקטיקה זו יכולה להיות חוקית.

**מקורות נוספים:**

**ס' 38(1)** לא כולל רשימה ממצה של מקורות המשפט הבינ"ל. נרחיב על שני מקורות שלא נזכרים שם –

1. **הצהרות חד צדדיות** – **התחייבויות חד צדדיות שמדינות נוטלות על עצמן בזירה הבינ"ל**.

המקרה הראשון שבו הכירו במקור הזה, הלא מאוד אינטואיטיבי, היה מקרה שהובא בפני הPCIJ – **פרשת מזרח גרינלנד:** שר החוץ הנורבגי יצא בהצהרה שנורבגיה לא תתנגד לשום טענה מצד גרינלנד, ושלגרינלנד יש ריבונות מוחלטת בשטח מסוים במזרחה (מקרה משעמם עובדתית). אבל, במקרה הזה, מגיע הPCIJ להבנה שיש מקור נוסף במשפט הבינ"ל והוא הצהרות חד צדדיות – **מדינה יכולה ליטול על עצמה התחייבות שמחייבת אותה מכאן והלאה ביחס לכל שאר הקהילה הבינ"ל.**

בישראל, הדוגמה המפורסמת היא הצהרה מפי **מאיר שמגר**, היועמ"ש דאז, שאמר שאמנת ז'נבה הרביעית לא חלה באיו"ש ו(בעבר) ברצועת עזה. שמגר אומר שלמרות שאנחנו טוענים שאמנת ז'נבה הרביעית לא חלה כעניין משפטי טהור באיו"ש ובעזה, ישראל נוטלת על עצמה את החובה לציית ולהחיל בשטחים הללו את מה שישראל מכנה **ההוראות ההומניטריות של אמנת ז'נבה הרביעית** – איזה אמצעי ביטחון מותר לנקוט ואיזה לא, באיזה תנאים להפקיע רכוש וכו'. מדינת ישראל לוקחת על עצמה באופן חד צדדי להחיל את ההוראות האלה. מכוח זה, בפסיקות בג"ץ נאמר שישראל רואה חובה להחיל הוראות אלה. זה היה הדרך של ישראל לומר שהיא לא רואה תחולה ישירה וכוללת של האמנה, אלא רק של ההוראות שהיא רואה לנכון.

מתי מדינה תהיה מחויבת מכוח הצהרה חד צדדית שהיא ביצעה?

**הכלל:** **חובה שההצהרה תהיה מפי אורגן מוסמך של המדינה** (למשל- שר החוץ הנורבגי, היועמ"ש שמגר) **+ הצהרה פומבית** (לא בחדרי חדרים שאף אחד לא יודע) **+ ניתן להוכיח כי המדינה התכוונה להיות מחויבת על פי ההכרזה ומשמעותיה.** אלה תנאים מצטברים, והם נלמדים מהעובדות ומההקשר הרחב – אם **שמגר** עומד ונואם בכנס באוניברסיטת ת"א, ובאופן פומבי אומר שישראל רואה עצמה מחויבת בהוראות ההומניטריות, למדו מכוח ההקשר שהוא מחייב את מדינת ישראל בכך. צריך שכל התנאים הללו יתקיימו כדי שנגיד שיש הצהרה שמחייבת את המדינה באופן חד צדדי בזירה הבינלאומית.

1. **החלטות של ארגונים בינ"ל** – מקור חשוב ביותר בעידן שלנו כיום, הוא החלטות של ארגונים בינ"ל.

יש עלייה מאוד משמעותית במקום של ארגונים בינ"ל שהתרבו, ונפרסו על פני מגוון תחומים במשפט הבינ"ל. באופן מואץ על ידי הגלובליזציה, ובפרט משנות ה90 אנו רואים **מהלך מתמשך של העברת סמכויות ותחומי אחריות לארגונים בינ"ל, מה שמביא לעלייה גבוהה בחשיבותם**. ארגונים אלו עובדים באופן שוטף, וכחלק מכך, הם גם מקבלים החלטות. החלטות אלו לא מוזכרות ב**ס' 38 לחוקת הICJ**. מה מעמדן?

זו תשובה מורכבת ותלוית ארגון – תלוי מה הסמכויות שניתנו לו באמנה שמכוננת אותו. למשל, לארגון התעופה הבינ"ל יש את הסמכות לחייב את המדינות וכך גם את חברות התעופה. דוגמה נוספת היא האו"ם – האו"ם הוא ארגון שחלק מהאורגנים שלו מוסמכים לקבל החלטות מחייבות, ואורגנים אחרים מקבלים החלטות שהן בגדר המלצות. אורגן חשוב מאוד באו"ם הוא **מועצת הביטחון**, שם נמצאות 15 מדינות בכל רגע נתון – 5 מדינות הן המדינות הקבועות, ולצידן מתחלפות כל שנתיים 10 אחרות שנבחרות על ידי העצרת הכללית. **ס' 25 למגילת האו"ם** מסמיך את האו"ם לקבל החלטות.

ההבנה הרווחת היום היא שככל שמועצת הביטחון מקבלת החלטות מכוח **פרק 7** (הפרק שעוסק בסמכויות מועצת הביטחון לפעול בתחומים הנוגעים להשבת הסדר, הביטחון והשלום העולמיים על כנם), אין עוררין על כך שהיא מקבלת **החלטות שמחייבות את כל מדינות העולם**. למשל, אחרי פיגועי התאומים, מועצת הביטחון מתכנסת ומקבלת החלטות אך לנהוג באנשים שמעורבים במימון טרור, וכל המדינות מחויבות בהחלטות אלה.

האם כשמועצת הביטחון פועלת מכוח **פרק 6** **למגילת האו"ם**, החלטותיה מחייבות גם כן? ההבנה היא שכדי שנדע אם החלטה שהתקבלה תחת פרק 6 היא מחייבת, נסתכל על נוסח ההחלטה – אם מועצת הביטחון תשתמש בלשון רפה, רכה ("קוראת למדינות") – זו החלטה לא מחייבת. אם יש שימוש במונחים נחרצים כמו "מועצת הביטחון מחליטה", נפרש את ההחלטה הזו כהחלטה מחייבת. אם כן, **החלטות מכוח פרק 7 תמיד יהיו מחייבות, ואילו בנוגע להחלטות מכוח פרק 6, נפעיל יותר פרשנות, בהתאם למילים.**

**המעמד של החלטה של ארגון או גוף בינ"ל היא כמעמד האמנה שמכוחה ניתנה ההחלטה הזו** – זה חשוב בעיקר כשמדובר על האו"ם. במגילת האו"ם מסתתר **ס' 103**, שנותן מעמד משודרג לאמנה הזו, וכנגזרת מכך להחלטות שנטענות מכוחה. **מגילת האו"ם, במקרה של סתירה, גוברת על אמנות אחרות**. כשמתקבלת למשל החלטה מכוח **פרק 7** כמו הטלת עיצומים וסנקציות על איראן (לכל המדינות בעולם אסור לסחור עם איראן) המשמעות היא שהחלטה זו, המעמד שלה אוטומטית הוא כמו המעמד של מגילת האו"ם. ויותר מכך, בגלל ס' 103, אם למדינה מסוימת הייתה אמנת סחר עם איראן, מגילת האו"ם גוברת על אמנת הסחר הזו, ולמדינה הזו אסור מרגע זה לסחור עם איראן על אף האמנה. אם כן, להחלטות מועצת הביטחון מכוח פרק 7 יש מעמד משודרג במשפט הבינ"ל.

אורגן נוסף חשוב באו"ם הוא **העצרת הכללית** – המליאה של האו"ם, בה לכל המדינות יש נציג אחד. ההבנה המקובלת היא ש**החלטות העצרת הכללית הן בגדר המלצות**. כלומר, הן לא בעלות תוקף משפטי מחייב. אבל, האם זה אומר שאין משמעות נורמטיבית להחלטות העצרת הכללית? ממש לא בהכרח. מדוע?

* הרבה פעמים כשאנחנו למשל נרצה ללמוד על מנהג, גם על הפרקטיקה ועל תחושת המחויבות, נסתכל על החלטות שהתקבלו בעצרת הכללית, ונלמד מהן על הפרקטיקה ועל היסוד הנפשי של נציגי המדינות השונות. זה מקור מאוד חשוב בתור מליאה שמקבלת עשרות החלטות בשנה, יש להחלטות הללו תפקיד מאוד חשוב במשפט הבינ"ל.
* פונקציה דומה לפסקי דין וספרות – **הכרזה ופירוש המקורות הראשוניים**. נלמד למשל, דרך החלטות העצרת הכללית, על פרשנות. יש החלטה מפורסמת של העצרת הכללית בשנת 1974 בדבר עבירת התוקפנות – החלטה של כמה וכמה עמודים שבהם העצרת הכללית מספרת על מצב שבו מדינה נוקטת בתוקפנות במשפט הבינ"ל, ובעצם מפרה ברגל גסה את האיסור על שימוש בכוח. על פניו, כשההחלטה מתקבלת ב74', מעמדה הוא המלצה. ואולם, החלטה זו מצוטטת מאז בפסקי דין בינ"ל רבים, לרבות בבתי משפט מדינתיים ובICJ, ותופסת תפקיד משמעותי בשאלה איך שימוש בכוח צריך להיות מפורש במשב"ל. יש לה אימפקט גדול למרות שהיא רק המלצה.
* **Soft law**, "**משפט רך"** – מעמדו הולך וגדל. מה הכוונה? **נורמות רכות הן שלל מסמכים רשמיים של ארגונים בינ"ל, וכן גם וועדות מומחים, שאינם מחייבים רשמית אך משפיעים על פעילות חברי הקהילה בינ"ל**. בפועל, מדינות נשענות על מסמכי הוועדה, יש להם אפקט שכנועי רב, והעובדה שנוצרו על ידי המומחים מהשורה הראשונה בתחום, מאירים עליהם לגיטימציה. כשמדברים על משפט רך יש משהו מתעתע – מצד אחד אין ספק שמדובר בהמלצות, דין לא מחייב. אבל, הרבה פעמים הארגונים הללו כוללים מומחים ואנשי מקצוע מהשורה הראשונה ועל כך אין עוררין, והמומחים מניחים על הכתב **כללים הנתפסים כסטנדרט הפעולה היעיל והדין הרצוי.**

למשל, כללי OECD בעניין תאגידים רב לאומיים – אנחנו פועלים בעולם עם תאגידי ענק, שיש להם שלוחות בהרבה מאוד מקומות בעולם, אבל אין שום רגולציה בינלאומית שחלה עליהם, וזה מצב בעייתי. ה OECD מניח על הכתב לפני כמה שנים, בשיתוף עם המון מומחים, מה שנקרא 'הנחיות' – הנחיות בדבר תאגידים רב לאומיים ואיך הם צריכים לנקוט בתחומי מדינות אחרות. הכללים הללו לא מחייבים כעניין משפטי טהור, ולמרות זאת, הרבה מאוד מדינות מצייתות להם וגם מצהירות שהן מצייתות להם. זה ארגון שרותם הרבה מדינות, שבכלל לא מחויבות בכך, להישמע לכללים שלו. **זו נורמה מרוככת, לא מחייבת משפטית, אבל בגלל שמניחה סטנדרטים של איך יעיל וצודק לפעול, הרבה פעמים מדינות מצייתות לנורמות המרוככות הללו, לא פחות ואולי אף יותר, מאשר למשפט בינלאומי פוזיטיבי קשה כמו מנהג או אמנה.**

גם כאן, **נורמה שהתחילה כ-soft law עשויה במרוצת הזמן להפוך ל-hard law,** למשפט בינ"ל מחייב. הדוגמה הבולטת לכך היא **ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם** שמקבלת העצרת הכללית בשנת 1948 – בזמנו, לא היה ספק על כך שהיא מניחה על הכתב איך נכון, ראוי וצודק שמדינות יפעלו בכל הנוגע לזכויות אדם בסיסיות. עם הזמן, הרבה מדינות מאמצות את ההחלטה, מדברות עליה בחיוב וממחישות איך התנהלותן עולה בקנה אחד עם ההחלטה. כשניסחו את **האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות**,נעזרים המון בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם, מה שמביא להבנה שהכרזה זו משקפת דין מנהגי מחייב. אם כן, נורמה שהתחילה כנורמה מרוככת הפכה לדין מנהגי מחייב.

**היחס בין המשפט הבינלאומי והמשפט הלאומי**

מה המקום של המשפט הבינלאומי בחיי היומיום בזירה המשפטית בתוך המדינה?

המשפט הבינלאומי והמשפט המדינתי הם שני יצורים נפרדים, יש להם תהליכי היווצרות נפרדים. המשפט המדינתי נוצר ע"י המחוקק, הריבון, שלו ניתנה הלגיטימציה על ידי הבוחרים. לעומת זאת, המשפט הבינלאומי נוצר בראש ובראשונה על ידי המדינות, הן אלה שחותמות על אמנות, יוצרות את המנהג. אולם, ראינו שמדינות הן לא השחקן הבלעדי, הגם שהן השחקן המרכזי. לצידן יש שחקנים שהולכים ותופסים יותר השפעה – ארגונים בינלאומיים. גם הם יצרנים של נורמות, חלקן בעלות תוקף מחייב, וחלקן בגדר נורמות רכות. הגם שהן רכות, יש להן חשיבות מאוד גדולה בחיי המעשה, לא פעם הנורמות האלה משפיעות על מדינות יותר מנורמות 'חזקות'.

בעולם גלובלי, מה היחס בין שתי המערכות הנורמטיביות האלה?

עד כה התמקדנו בעיקר בזירה הבינלאומית. כשדיברנו על **ס' 38(1) לICJ** שאלנו את עצמנו – כשיש משפט בינלאומי הנדרש להכריע בסכסוך מסוים, מה הנורמות שהוא צריך להחיל. עכשיו, אנו שואלים את עצמינו מה קורה כשבית משפט מדינתי נדרש לדיון בשאלה שמוסדרת על ידי המשפט הבינלאומי? מה קורה כשבית המשפט העליון שלנו נדרש לדון בסוגיה האם סיכולים ממוקדים זוהי פרקטיקה חוקית לפי המשפט הבינלאומי? האם בכלל ביהמ"ש העליון שלנו צריך להסתכל על המשפט הבינלאומי? האם ביהמ"ש יכול פשוט להחיל אמנות מסוימות? האם אני כעותרת יכולה להישען על אותן אמנות כדי לבסס את טיעוניי? אלה השאלות שנתחיל לפצח.

השאלות הללו על היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי, והאופן שבו המשפט המדינתי קולט ומיישם בתוכו את המשפט הבינלאומי הן שאלות בעלות חשיבות אדירה – הן מאוד רלוונטיות לחיי היומיום של משפטנים ישראלים, בנוגע לאיזה מקורות הם יכולים להשתמש בכל הנוגע למשפט הבינלאומי. יש לה גם השלכות על האפקטיביות של המשפט הבינלאומי, כי אם לא רק בתי משפט בינלאומיים הם סוכני אכיפה של המשפט הבינלאומי, אלא גם בתי משפט מדינתיים אוכפים אותו בתוך המדינה, הרי שהאפקטיביות של המשפט הבינלאומי מתעצמת. זאת בפרט שכמות התיקים בבתי משפט מדינתיים היא הרבה יותר גדולה מאלה הנדונים בבתי משפט בינלאומיים. כמובן לשאלת היחס הזו בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט המדינתי יש השלכות תיאורטיות חשובות – איך המשפט המדינתי תופס את המשפט הבינלאומי וכדומה.

מה שאנו רואים בפועל, בעיקר ב20,30 שנים האחרונות, הוא שיש גידול רב במספר התיקים שמעלים סוגיות ומפנים למשפט הבינלאומי, בתוך המשפט המדינתי.

**בג"ץ עג'ורי**: מקרה שהיה מאוד שנוי במחלוקת. באותו מקרה מפקד אלוף פיקוד מרכז (שנושא גם כובע של מפקד כוחות צהל ואיוש, והוא בר הסמכות מבחינת הממשל הצבאי שישראל מנהלת בשטחים מ'67), רוצה לעשות אקט שנקרא 'תיחום מגורים' לפי **ס' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית**. הוא רוצה להורות על העברה של כמה תושבים פלסטינים מאיוש לרצועת עזה בגלל סיבות ביטחוניות. כמו בהרבה מקרים אחרים, מוגשת עתירה על ידי אותם אנשים שמועמדים לתיחום המגורים מאיוש לעזה. ביהמ"ש אומר כאן אמירה שנראית פתאום מאוד ברורה מאליה – "כל חייל ישראלי נושא בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי". זו אמירה מאוד חזקה, עד כדי כך שהחייל הישראלי שפועל באיוש בעצם נושא בתרמיל המשפטי שלו לא רק את כללי המשפט המנהלי הישראלי, אלא גם את המשפט הבינלאומי. זה משקף לנו איזושהי תפיסה של הרמוניה בין המשפט הישראלי לבין המשפט הבינלאומי. אבל, לא תמיד המצב הוא של אידיליה, לפעמים יש לנו התנגשות בין המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי.

אחד הקייסים שממש ממחישים מקרה של התנגשות חזיתית בין הדין הבינלאומי לדין המדינתי – **פרשת שיינביין**: לצורך המקרה נקדים ונאמר שיש שב54' ישראל מחוקקת את חוק ההסגרה. ב1964, ישראל חותמת על אמנת הסגרה עם ארה"ב, זהו דבר מאוד מקובל. ב1978 על רקע נאום מאוד מפורסם שנקרא "היהודי הנרדף" שנשא בגין, ישראל מחוקקת תיקון לחוק ההסגרה. התיקון הזה אומר כי מעתה והילך ישראל לא תסגיר לאף מדינה אחרת מי שבעת ביצוע עבירה היה אזרח שלה. הבעיה בתיקון הזה היא שבס' 4 לאמנת ההסגרה עליה חתמה ישראל עם ארה"ב יש אמירה מפורשת שלא יחול חריג כלשהו לפיו ישראל לא תסגיר אזרחים שלה לארה"ב. כלומר, נוצרת סתירה. במשך 20 שנה בדרך נס זו הייתה סתירה תיאורטית בלבד, פוטנציאלית. אבל, ב1998 מגיע מקרה שיינביין, הוא כנראה ביצע רצח, יש לו אזרחות ישראלית, הוא מעולם לא היה אזרח ישראלי דה פקטו, אבל לפני שמצליחים לתפוס אותו הוא עולה על טיסה למדינת ישראל. ברגע שארה"ב מבינה את זה היא מיידית מבקשת בקשת הסגרה מישראל. ישראל מסרבת לבקשת ההסגרה, כי מבחינתה יש חוק של הריבון שסותר את האמנה. הכנסת משנה מחדש את החוק מיד לאחר מכן, והיום אין חריג על הסגרת אזרחים ישראלים. למרות שבמקרה הספציפי שיינביין לא הוסגר, ישראל שינתה את החוק. אותו מקרה עמד בפני ביהמ"ש העליון, והוא היה צריך לקבוע האם משרד המשפטים חייב להסגיר או לא. הוא אמר שהוא נמצא מול חוק ישראלי שסותר אמנה, זה מרמז איך בית המשפט העליון שלנו פועל כשהוא נקלע למצב של התנגשות חזיתית בין החוק הישראלי למשפט הבינלאומי.

**חשוב להדגיש** – כל מה שאמרנו אין לו שום השלכה מבחינת האחריות של ישראל בזירה הבינלאומית. כלומר, אם ארה"ב תיאורטית הייתה רוצה לגרור את ישראל לבית משפט בינלאומי, ישראל ללא ספק הייתה נתפסת כמי שהפרה את הדין הבינלאומי ונושאת באחריות בינלאומית. לכן, יש להפריד בין שתי המערכות, זה שביהמ"ש העליון יישם את הדין המדינתי, מבחינת הדין הבינלאומי מדובר בהפרה.

על רקע מקרים כאלה של סתירה, מה צריך להיות המצב הראוי ביחסים בין הדין הבינלאומי לבין הדין המדינתי? מה צריכה להיות השאיפה שלנו בעולם גלובלי? ברוב המקרים יהיה לנו סנכרון, הרמוניה, מתוך הבנה שגם הדין הבינלאומי וגם הדין המדינתי משחקים הרבה מאוד בתוך החיים שלנו.

למה יש לנו כל כך הרבה אינטראקציות היום בין הדין הבינלאומי לדין המדינתי? **בראש ובראשונה – גלובליזציה**. גלובליזציה מתאפיינת במעבר הרבה יותר מהיר של סחורות, מידע, שיתוף בין מדינות וכדומה. כנגזרת מכך יש לנו הרבה יותר נורמות במשפט הבינלאומי, והסיכוי שתהיה התנגשות בשל כך עם הדין המדינתי גובר. יתרה מכך, על רקע ההתרחבות של המשפט הבינלאומי – הן ההתרחבות הנורמטיבית והן ההתרחבות המוסדית בעשורים האחרונים, המשפט הבינלאומי נכנס יותר ויותר למה שכונה בעבר נושאים פנים מדינתיים, נושאים כמו זכויות אדם. המשפט הבינלאומי אומר למדינה איך היא צריכה להתייחס לאזרחים הנמצאים בשטח שלה. כשיש לנו יותר הסדרים בינלאומיים שנכנסים פנימה, לתוך כדור הביליארד ואומרים למדינה כיצד לפעול בתוך השטח שלה, גם כאן יש יותר אינטראקציה בין הדין הבינלאומי לבין הדין המדינתי.

**אנו נדבר על שני מישורים:**

1. **משב"ל**

נקודה עקרונית חשובה ביותר היא – **המשפט הבינלאומי לא מגדיר למדינות איך עליהן לקלוט את המשפט הבינלאומי בתוכן**, הוא משאיר למדינות את החופש להחליט איך תיקלט אמנה וכו'. רק במקרים חריגים המשפט הבינלאומי אומר דברים ספציפיים – למשל, אמנת העינויים משנות ה80, שם המשפט הבינלאומי מגדיר באופן ספציפי על כל המדינות שהן צד לאמנה זו לחוקק בחוק הפנימי שלהן איסור על עינויים.

אבל, ברוב המוחלט של המקרים המשפט הבינלאומי לא מגדיר למדינה כיצד לקלוט הוראה כזו או אחרת לתוך השיטה שלה. אולם, יש לשים לב שהעיקרון הבסיסי הוא – **לפי המשפט הבינלאומי הדין הפנימי, הדין המדינתי לעולם לא יכול להוות הצדקה להפרה של המשפט הבינלאומי**. אם נחזור ל**שיינביין**, אם אותו מקרה היה מגיע לICJ, את בית הדין הבינלאומי לצדק בכלל לא היה מעניין שהיה חוק מדינתי מ1978 שסותר את האמנה הבינלאומית עם ארה"ב, זו הייתה רק עובדה מבחינתו. זה לא היה מעלה או מוריד לעניין אי החוקית של מה שעשתה ישראל לעניין המשפט הבינלאומי.

העיקרון הזה כל כך בסיסי שהוא חוזר על עצמו בכל מיני אופנים, ובכמה מסמכים בינלאומיים, נראה את החשובים שבהם:

* **ס' 27 לאמנת האמנות** – צד לאמנה אינו יכול להסתמך על המשפט הפנימי כצידוק לאי מילוי התחייבות באמנה.
* **ס' 3 לכללי הILC בדבר אחריות מדינה** – היות פעולה חוקית לפי הדין הפנימי אינה מעלה ואינה מורידה ביחס לחוקיות/ אי חוקיותה בדין הבינ"ל. כלומר, שאלת החוקיות של פעולות בדין הבינלאומי תיגזר רק מהדין הבינלאומי.
* **ס' 32 לכללי הILC** – "irrelevance of internal law", מדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כצידוק לאי ציות להתחייבויותיה הבינ"ל.
* **הצעת חוק לחסינות לחיילי צה"ל** – לאחרונה עלתה לכותרות הצעת חוק לחסינות לחיילי צה"ל (טרם ברור מה יעלה בגורלה) שרצתה להעניק לחיילי צהל חסינות גורפת מהעמדה לדין. הכוונה היא כמובן על פשעים כמו פשעי מלחמה, פשעים שהם בינלאומיים, הפרות של הדין הבינלאומי. אם ההצעה הזו תעבור בישראל, בתי המשפט בישראל לא יוכלו להעמיד את החיילים על פשעים בינלאומיים לדין. הנפקות של זה בהקשר לדין הבינלאומי היא כלום, החקיקה הזו לא רלוונטית מזווית הדין הבינלאומי.

מה קורה במקרה של סתירה? המדינה שמפרה התחייבות במישור הבינלאומי עשויה בהחלט לשאת האחריות על כך. גם אם הסתירה הזו לא תביא לביטול של הכלל המדינתי הסותר.

האם המשפט המדינתי בכלל לא רלוונטי למשפט הבינלאומי? המשפט המדינתי בכל זאת רלוונטי במישור הבינלאומי (מנהג, עקרונות כלליים, פרשנות אמנות). העקרונות הכלליים שמיושמים במשפט המדינתי יכולים להוות בסיס למציאתם של עקרונות כללים במשפט הבינלאומי. המשפט המדינתי כן משחק תפקיד, אבל בדרך עקיפה, הוא תורם ליצירת הנורמות ובפרט למנהג.

1. **דין פנימי**

מבחינת הדין המדינתי, המדינה עצמה היא זו שקובעת איך המשפט הבינלאומי נקלט לתוכה. העובדה הזו, היא עוד יישום מאוד ברור לעקרון הריבונות של המדינות במשפט הבינלאומי. כשאנו מדברים על קליטת המשפט הבינלאומי לתוך הדין הפנימי אנו מדברים על שתי דוקטרינות מרכזיות:

1. **דואליזם** – נקודת המוצא היא, ש**המשפט הבינלאומי והמשפט המדינתי הם שני יצורים נפרדים שלא קשורים אחד בשני**. מה שעומד בבסיס הטענה הזו היא הכרה בהבדלים היסודיים האינהרנטיים בין המשפט המדינתי לבין המשפט הבינלאומי. מקור הנורמות הוא שונה, הריבון לעומת שחקנים בינלאומיים, האינטראקציות המוסדרות. לכן, מדובר בשתי מערכות נפרדות. כנגזרת מהטענה התיאורטית הזו, תחת הגישה הדואליסטית אנו רואים את התפיסה שכללי המשפט הבינלאומי חלים רק במישור הבינלאומי, אלא אם כן המדינה אימצה את הכללים האלה לתוך המשפט המדינתי שלה. מילת הקסם שמתקשרת בגישה הדואליסטית היא קליטה מפורשת של הדין הבינלאומי לתוך הדין המדינתי. תחת גישה זו אנו רואים שהמעמד של המשפט הבינלאומי בתוך הדין המדינתי נגזר מהמידה שבה הדין המדינתי נותן מקום לדין הבינלאומי.
2. **מוניזם** – גישה זו יוצאת מנקודת מוצא שונה בתכלית. לפיה, **המשפט המדינתי והבינלאומי הם חלק מנדבך נורמטיבי אחד**. הגישה הזו מסתמכת על הטענה התיאורטית שאומרת שקיימת חפיפה הולכת וגוברת בין ההסדרים הבינלאומיים לבין ההסדרים הבין מדינתיים. כמו כן, התפיסה הנורמטיבית של הגישה המוניסטית אומרת שאין להרשות פער בין התחייבויותיה הבינ"ל של המדינה לבין הדין הפנימי שלה. זוהי גישה ששואפת להרמוניה. המלומד שהכי מזוהה עם הגישה הזו הוא **קלזן**. הוא ראה את המשפט הבינלאומי כנורמה העליונה. לא רק שהוא אמר שהמשפט המדינתי מהווה חלק ממערכת נורמטיבית בינ"ל רחבה יותר, הוא אמר שבגלל שהמדינה שואבת את הלגיטימציה שלה מהמשפט הבינלאומי, המשפט הבינלאומי הוא זה שמכיר או לא מכיר במדינות. לטענתו, אם המדינה שואבת את מקור הסמכות שלה מהמשב"ל, איך בכלל אפשר לדבר על מערכות נורמטיביות נפרדות? כשאנחנו יוצאים מנקודת מוצא שכזו אנו בכלל לא מדברים על קליטה מפורשת כדי שהדין הבינלאומי יקנה מקום בדין המדינתי. על פי הגישה המוניסטית אנו מדברים על קליטה ישירה של הדין הבינלאומי לתוך הדין המדינתי. מה קורה במצבים של סתירה? כמה גישות:
* **בכורה לדין הבינ"ל** – במדינות מוניסטיות חזקות.
* **בכורה לדין הלאומי** – במדינות מוניסטיות חלשות.
* **כללי הכרעה** (דין ספציפי, מאוחר וכו').

מה קורה בפרקטיקה?

קודם כל, אם אנו היינו סורקים את כל מדינות העולם, היינו מוצאים שאין מודלים טהורים של מוניזם או דואליזם, אנו רואים שעטנז בהרבה מדינות. אבל, מה שכן אפשר לומר הוא שכשאנו מדברים על האופן שבו נקלט המשפט הבינלאומי אנו כן יכולים להבחין בצורה מדויקת למדי בין אופן הקליטה של מנהגים לבין אופן הקליטה של הסכמים. כשאנו מסתכלים באופן רוחבי על מדינות העולם אנו מוצאים שככל שנוגע הדבר לכללים מנהגיים, ברוב המדינות אנו מדברים על קליטה אוטומטית של מנהג לדין הפנימי. ההנחה היא שהוא חלק אינטגרלי מהדין המדינתי, בלי שום צורך בקליטה מפורשת. זה דין מנהגי. מדוע כך? מפני שדין מנהגי דורש מסה כל כך משמעותית כדי להתגבש, ולכן מדינות פחות חוששות לגביו שאינטרס פוליטי של מדינה אחרת הוא זה שגרם להתגבשות של הדין הזה.

ככל שנוגע הדבר לאמנות, לדין הסכמי, כאן אנו רואים פיצול בין מדינות העולם לשתי גישות:

1. **מדינות "מוניסטיות"** – הדין ההסכמי הופך לחלק מהדין המדינתי ומקבל מעמד של חקיקה פנימית.
2. **מדינות "דואליסטיות"** – אם אין חקיקה מפורשת שקולטת את הדין ההסכמי הזה, אין מעמד לדין הזה ברובד המדינתי.

יש קורלציה בין תהליך כריתת האמנות לבין המעמד של האמנות בדין המדינתי. במדינות כמו ישראל, כמו בריטניה ואוסטרליה, שבהן הממשלה, הרשות המבצעת היא זו שמוסמכת לא רק לחתום, אלא לאשרר את האמנה הבינלאומית, הגישה היא דואליסטית, כי המחוקק בכלל לא אומר את דברו לגבי ההצטרפות של המדינה לאמנה. לכן, אם הוא רוצה לומר את דברו הוא צריך לעשות חקיקה מפורשת שתקלוט את האמנה. לעומת זאת, במדינות שבהן המחוקק הוא זה שאחראי על תהליך האשרור, כמו בארה"ב, זה לא מפתיע שעם סיום התהליך האמנה קונה מעמד של חוק, כי היא עוברת ממש תהליך של מעין חקיקה. זה ההבדל המבחין בין מדינות מוניסטיות לדואליסטיות.

דוגמאות:

**בריטניה**

* **מנהג** – נקלט באופן אוטומטי לדין המדינתי.
* **אמנה** – הפרלמנט הבריטי לא מעורב בכלל בהצטרפות של בריטניה לאמנות, אלא הממשלה היא זו שגם חותמת וגם מאשררת אמנות. כדי שיהיה ניתן להתבסס על האמנה בבתי משפט עליה לעבור תהליך של קליטה מפורשת של חוק בריטי שיקלוט אותה.
* **חוק מפורש גובר + חזקה פרשנית של התאמת החקיקה למשב"ל** – בית המשפט הבריטי יישמע לדין הבריטי ולא לדין הבינלאומי במקרה של סתירה. בבריטניה כמו בישראל וכמו בעוד הרבה מאוד מדינות בעולם, נהוגה חזקה שנקראת 'חזקת ההתאמה הפרשנית'. פירושה הוא שככלל המחוקק הבריטי כנראה לא התכוון שתהיה סתירה בין הדין הבריטי לדין הבינלאומי, ולכן על השופטים, בפרשנותם את המקורות המשפטיים הרלוונטיים שלפניהם, לפרש את החוק הבריטי באופן שיעלה בקנה אחד עם ההתחייבויות הבינלאומיות של בריטניה ככל האפשר. אבל, אם עדיין למרות המאמץ הזה יש סתירה מפורשת, החוק הבריטי הוא זה שיגבר וינחה את ההכרעה בקייס של בית המשפט.

**גרמניה**

* **מנהג** – המנהג נקלט ישירות, גובר אף על דין מקומי סותר. גרמניה היא מדינה מאוד מוניסטית.
* **אמנה** – מי שמעורב בתהליך הוא המחוקק, האמנה גוברת על חוק מדינתי סותר, אבל אינה גוברת על החוקה הגרמנית. גרמניה מאוד סוחבת למדינה מוניסטית חזקה, אבל עד לחוקה.

**צרפת**

* **מנהג** – חלק מהדין הפנימי באופן אוטומטי.
* **אמנה** – לאמנה יש מעמד כמו של חוק צרפתי מרגע אשרורה. גם פה אמנה גוברת על חוק מקומי צרפתי סותר, אבל היא תיסוג בפני החוקה הצרפתית.

**הולנד**

* **מנהג** – נקלט ישירות ויגבר על חוק מדינתי סותר.
* **אמנה** – אשרור נעשה על ידי המחוקק ההולנדי, מרגע שאמנה אושררה היא נקלטת אוטומטית לדין ההולנדי. אמנה לא רק גוברת על חוק מדינתי סותר, במקרים מסוימים היא עשויה לגבור אפילו על החוקה, אבל רק אם האמנה נקלטה על ידי רוב מיוחס, ויותר מכך רוב מיוחס זהו הרוב שנדרש בהולנד לתיקון של החוקה עצמה, ולכן אם אמנה מסוימת במודעות התקבלה ברוב מיוחס היא תגבר על החוקה. גם הולנד מוגדרת כמדינה מוניסטית חזקה.

**ארה"ב**

* **מנהג** – נקלט ישירות, באופן אוטומטי. אבל, חוק פדרלי או מדינתי בארה"ב גובר על המנהג, ויש כאן חזקה שחוקים עקרונית לא מתכוונים לסתור את המשפט הבינלאומי ועל בתי המשפט לפרש חוקים באופן שיעלו עד כמה שניתן עם המחויבות של ארה"ב לפי המשפט הבינלאומי.
* **אמנה** – כדי שארה"ב תצטרף לאמנה בינלאומית לאחר שהנשיא חותם עליה, עליו להביא אותה לקונגרס ושם יש צורך באשרור של שני שליש מהסנאט. מדובר ברוב מאוד משמעותי בסנאט כדי שארה"ב תהפוך צד לאמנה בינלאומית. היו מקרים שבהם נשיאים אמריקאיים שהיו היוזמים של הסכמים בינלאומיים לא הצליחו להעביר אותם בסנאט. למשל, את מגילת חבר הלאומים, נשיא ארה"ב עצמו לא הצליח להעביר בקונגרס. דוגמה נוספת היא, אחרי מלחמת העולם השנייה רצו ליצור סדר כלכלי עולמי חדש ואמרו שאם יהיו מוסדות והסכמים בינלאומיים חזקים לא נגרר למלחמת עולם נוראית כמו במלחמת העולם השנייה. בוועידה שנערכה, חזו את הקמתם של שלושה מוסדות בינלאומיים – הבנק הבינלאומי, קרן המטבע הבינלאומי, ויחד עמם רצו להקים את ארגון הסחר הבינלאומי (ITO). נשאו ונתנו אמנה והITO היה אמור להפוך לארגון מאוד משמעותי המשפיע על הסחר הבינלאומי, אבל כשהנשיא מביא את ההסכם הזה לסנאט, אין 2/3 חברים הנדרשים בסנאט כדי לאשרר את האמנה של הITO, ולכן הוא לא מוקם בשנת 1945 יחד עם הבנק העולמי וקרן המטבע.
* **מה קורה עם אמנה שכן מאושררת ברוב ש 2/3 מהסנאט?** לפי **ס' 6 לחוקה האמריקאית** כתוב שאמנה בינלאומית שאושררה על ידי הסנאט 'shall be supreme law of the land' – כלומר, המעמד של אמנה שאושרה על ידי הקונגרס מעמדה כחוק פדרלי.
* **מה קורה אם יש התנגשות בין אמנה לחוקה האמריקאית?** החוקה האמריקאית תגבר, אבל בדומה לחוק פדרלי, אמנה בינלאומית שארה"ב הצטרפה אליה תגבר על החקיקה המדינתית ועל חוקה מדינתית במדינות השונות של ארה"ב.
* **מה קורה במצב של התנגשות בין אמנה למול חוק פדרלי?** המאוחר בזמן יגבר.

בשיטה האמריקאית מה שאנו רואים בעשרות השנים האחרונות הוא כניסה של רכיב דואליסטי שהופך עם השנים למשמעותי יותר ויותר. מה שקורה בפועל, הוא שחלק גדול מהאמנות שמאושררות כנדרש על ידי הסנאט, בכל זאת לא חלות באופן אוטומטי באופן ישיר בדין המדינתי. בתי המשפט מתחילים לגבש פרשנות לפיה אמנות בינלאומיות מסוימות מחייבות חקיקה קולטת כדי לתווך באופן מיטבי בין הדין הבינ"ל לדין המדינתי. בתי משפט פשוט יוצרים הבחנה בין non self-executing treaties לבין self-executing treaties.

**self-executing treaties** – הכוונה היא לאמנות שהן מאוד פשוטות, וברגע שהסנאט אכן מאשרר את האמנה, ברגע שהן נקלטות הן מחייבות as is בשיטת המשפט האמריקאית.

**non self-executing treaties** – אמנות שהן הרבה יותר תובעניות, הן מעוררות שאלות פוליטיות הרבה יותר סבוכות, הן מחייבות לחשוב בצורה מאוד רחבה על הרבה ענפים במשפט האמריקאי. אלה, דורשות חקיקה מתווכת, ובלעדי אותה חקיקה מתווכת, לא ניתן יהיה להתבסס עליהן בפני בתי משפט אמריקאיים.

**דוגמה** – תיק אחד המכוננים בתחום של ביהמ"ש בקליפורניה. במקרה הזה דובר על אזרח יפני שמאוד רצה לקנות נכסי נדלן בקליפורניה. בקליפורניה עבר חוק שהגביל את היכולת של אנשים זרים לקנות נדלן בקליפורניה באותן שנים (שנות ה50). אותו אזרח יפני מתגלגל בערכאות בתוך קליפורניה ואומר שבמגילת האום יש התחייבות מפורשת של מדינות לשוויון והימנעות מאפליה. כשארה"ב לא מאפשרת לי לקנות נכסים בקליפורניה, היא לא מכבדת את הזכות שלי לשוויון. מה אומרות הערכאות? מגילת האום, כמובן ארה"ב כן הצטרפה אליה ואשררה אותה, אבל היא non self-executing treaties – הוראות רחבות כמו הוראות שוויון והימנעות מאפליה, דורשות חקיקה שתתווך את ההוראות סל הללו לתוך החקיקה האמריקאית. בהינתן שאין חקיקה מתווכת כזו, אזי אתה לא יכול להישען על מגילת האום כבסיס לתביעה שלך בפני בית משפט אמריקאים. מה שמעניין שבשניים שלושה העשורים האחרונים רואים ביטוי לגישה הזו בקונגרס – כשהקונגרס האמריקאי מאשרר את אמנות זכויות האדם בשנות ה90, הוא אומר מפורשות שאלה הן non self-executing treaties, והן דורשות תיווך, חקיקה מתווכת כדי שאינדיבידואלים יוכלו להישען עליהן בפני בתי משפט מדינתיים.

איך בפועל מבחינים בין סוגי האמנות לעיל? שאלה מאוד מסובכת, עליה יש הרבה וויכוחים. ביהמ"ש הוא שנדרש להכריע בנושא דרך פרשנות. מה מנחה אותו? האם ניתן להעניק לכלל שבנדון כוח של חוק ללא חקיקה של הקונגרס? והאם כוונת מנסחי האמנה הייתה שארה"ב תעשה תהליך של תיווך או לא?

**היחס בין המשפט הבינלאומי והמשפט הישראלי: (שיעור עם המתרגלת)**

בישראל אין חוק יסוד קליטת המשב"ל או חקיקה אחרת שקובעת את היחס בין הדין הבינלאומי לדין הפנימי. **הנושא כולו מסודר בפסיקה.**

**מנהג**:

**במשפט הישראלי**, **המנהג מהווה חלק מהדין הפנימי**, **ללא צורך בחקיקה קולטת**. זהו ביטוי לגישה מוניסטית – אין צורך בחקיקה שתקלוט את המשב"ל על מנת שהוא יחול בדין הישראלי. **פס"ד שטמפפר:** מדובר על אוניה ישראלית (נשאה את דגל ישראל) שטבעה בלב ים, מעבר לשטחים הטריטוריאליים של מדינת ישראל. שטמפפר היה אחד מאנשי הצוות באונייה, והוא הורשע על ידי ביהמ"ש המחוזי בחיפה בגרימת מוות של האנשים ששהו על הספינה. האם לישראל יש סמכות שיפוט על העבירות שנעברו על גבי האונייה שנשאה את דגל ישראל בלב ים, מחוץ למים הטריטוריאליים שלה? לפי המשב"ל המנהגי, יש סמכות שיפוט למדינת דגל על העבירות שנעברו. אם כן, למרות שאין חקיקה ישראלית מפורשת, **הש' חשין** קובע שלישראל יש סמכות שיפוט. **מתוקף ריבונותה**, יכולה ישראל לשאוב במישרין את העקרון המנהגי. מעבר לטענה שהועלתה, ביסוס נוסף הינו באמצעות **ס' 35 לדבר המלך במועצתו**, שכולל כלל בריטי בנוגע לסמכות שיפוט לעבירות שנעברו בים.

נדמה לפחות שההצדקות ש**חשין** מציג, גם לעניין קליטת הכלל הבריטי ובעיקר הקביעה שהיותה של מדינת ישראל ריבונית מאפשרת הסתמכות על המנהג, פחות משכנעות – לא בהכרח שמדינה ריבונית חייבת לקלוט את המשב"ל באופן ישיר. ריבונות לא גוזרת מוניסטיות/ דואליסטיות.

חשוב– **פס"ד זה מיישם את התפיסה לפיה** **המשפט המנהגי הוא חלק מהדין הפנימי ללא צורך בטרנספורמציה או הליך קליטה.** **המשב"ל המנהגי נקלט באופן ישיר**.

בעניין הזה, השאלה המתבקשת היא מה קורה במצב של סתירה בין משפט מנהגי שנקלט אוטומטית לבין חקיקה פנימית ישראלית?

**הכלל הוא שהמנהג נסוג בפני חקיקה פנימית סותרת**. כאשר יש חקיקה מפורשת שמתנגשת עם כלל של המשפט הבינ"ל המנהגי, היא תגבר. רואים זאת ב**פס"ד אייכמן נ' היועמ"ש:** הסנגור של אייכמן טוען להגנתו שאין לישראל סמכות להעמידו לדין, וזאת משני טעמים עיקריים – **(1) חקיקה רטרואקטיבית** – ההעמדה לדין היא מכוח **החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם**, ויש איסור להפעיל חקיקה פלילית באופן רטרואקטיבי. יש איסור לחוקק חוק רטרואקטיבי במשב"ל. **(2) היעדר זיקה מוכרת** – לישראל אין זיקה לעבירות, הרי היא לא הייתה קיימת בימי מלחמת העולם השנייה. לכן, אין זיקת שיפוט.

ביהמ"ש דחה את שתי הטענות. **(1) כנגד טענת הרטרואקטיביות** – ביהמ"ש טען שהמעשים המתוארים, כמו פשעים נגד האנושות, היו אסורים מאז ומעולם. **(2) כנגד טענת חוסר הזיקה** – ביהמ"ש קובע שלכל מדינה יש סמכות שיפוט נגד אייכמן, זו סמכות שיפוט אוניברסלית כי מדובר בפשעים נגד האנושות. לאור חומרת העבירות והפגיעה באנושות כולה, ישנה אותה סמכות שיפוט אוניברסלית, המקנה את האפשרות להעמיד לדין אזרחים של מדינה מסוימת, גם ללא שום זיקה מצד המדינה המעמידה לדין. נציין שגם אם אייכמן היה צודק בטענותיו, כלומר גם אם היה כלל מנהגי האוסר העמדה לדין, עדיין חוק פנימי מפורש (חוק לעשיית הדין בנאצים ובעוזריהם) גובר על הדין הבינלאומי המנהגי הסותר. בכך, אנו רואים חזרה לכיוון הדואליסטי.

רואים ביטוי לגישה דומה ב**פס"ד רבאח נ' ביהמ"ש לעניינים מקומיים בירושלים:** תושבי מזרח ירושלים הועמדו לדין על בנייה בלתי חוקית. טענתם הייתה שהחלת החוק הישראלי על מזרח ירושלים מנוגדת למשפט הבינלאומי. **הש' שטרסברג כהן** קובעת שהחלת החוק הישראלי במזרח ירושלים גוברת על הוראות המשב"ל. גם אם נצא מנק' הנחה שהחקיקה הפנימית הישראלית לא עולה בקנה אחד עם המשב"ל, הרי שהחלת החוק במזרח ירושלים שנעשתה באופן ברור וחד משמעי, גוברת. **פס"ד סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון**, עסק בעתירה של חמישה פלסטיניים המוחזקים במעצר מנהלי בשטחי ישראל. העותרים טענו שבסוגייה זו יש סתירה למשב"ל, בשל אמנת ז'נבה הרביעית, אולם הייתה חקיקה ישראלית הסותרת את הוראות המשב"ל (ס' 6 לתקנות שעת חירום שנחקקו אז). העתירה נדחתה. ביהמ"ש קובע כי במקרה זה **הוראתו הברורה של החוק הישראלי היא הקובעת, מכוח עדיפותה על פני כל הוראה של המשפט הבינלאומי המנהגי**, וניתן לכלוא עצורים מנהלית בתחומי ישראל. **הנשיא שמגר** מציין שגם אם מדובר במשפט בינלאומי מנהגי, ולטענתו אין פה, יש כאן חקיקה מפורשת נוגדת, שגוברת גם על הוראה של משב"ל מנהגי. נציין שביהמ"ש חוזר על דברים שאמר ב**פס"ד אייכמן** ומדגיש שכאשר חוק ניתן לפירוש לכאן ולכאן, ותוכנו אינו מחייב פירוש אחד, יש לפרשו באופן שעולה בקנה אחד עם הוראות המשב"ל.

**שורה תחתונה – משפט מנהגי נקלט אוטומטית ללא צורך בחקיקה מתווכת, אך ברגע שיש סתירה בינו לבין חקיקה ישראלית, החוק הישראלי יגבר.**

**אמנה:**

**אמנה בינלאומית אינה חלק מהדין הפנימי בהיעדר חקיקה קולטת**. פסק הדין המנחה הוא **פס"ד האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה:** **חוק נכסי נפקדים** הוא חוק שמקנה לישראל את נכסיהם של מי שעזבו אותה לשטחיהן של מדינות אויבות במהלך מלחמת העצמאות. החוק החליף תקנות שעת חירום. לאחר מלחמת העצמאות, גבולות המדינה נקבעו בצורה לא מסודרת. צה"ל השתלט על אזורים חקלאיים באזור המשולש, והפריד חקלאים ירדניים מאדמותיהם (הבעלים לא באמת נטשו את השטחים, אלא המלחמה גרמה לכך). על שטחים אלו חל חוק נכסי נפקדים, שכאמור העביר את הבעלות על השטחים לישראל. בסוף שנת 48', נחתם הסכם שביתת הנשק מול ירדן, 'הסכם רודוס', שהורה בין היתר על חילופי שטחים. הסכם רודוס מחזיר את החקלאים מהצד הירדני לתוך שטח ישראל, ולכן הם תובעים את שטחיהם בחזרה וטוענים לזכויות מסוימות בהתבסס על ההסכם. אחד הסעיפים בהסכם קבע שתיקוני הגבול לא יפגעו בזכויות התושבים או ירעו את מצבם. המדינה טענה שלמרות שהתושבים לא נטשו בפועל, עדיין החוק חל על השדות.

ביהמ"ש קבע שהסעיף לא מתייחס לזכויות של תושבים לפני ההסכם בצד הישראלי של הקו. **השופט ברנזון** מתייחס גם לטענות היועמ"ש לפיה העותרים לא יכלו להסתמך בכלל על הסכם רודוס בפני ביהמ"ש, והוא קובע ש**אמנה בין ישראל למדינה אחרת, מעניקה זכויות וחובות למדינות שהן צד להסכם, ולא לפרטים עצמם**. **הפרטים עצמם לא יכולים להסתמך על הוראות ההסכם בביהמ"ש המקומי, אלא אם הכנסת מחוקקת חוק מפורש.** הסכם רודוס הוא הסכם בינלאומי בין ישראל לירדן, והאופן היחיד שבו הפרט יכול להסתמך על הסכם כזה הוא רק אם הכנסת מחוקקת חוק קולט. זהו ביטוי לתפיסה דואליסטית קלאסית – אין מקום להסכם בינ"ל במשפט המדינתי בהיעדר חקיקה קולטת.

מעמדה של אמנה דקלרטיבית:

**אמנה דקלרטיבית נקלטת אוטומטית למרות היותה אמנה, הואיל והיא משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי הקיים.**

האם **אמנת ז'נבה הרביעית**, היא דקלרטיבית ולכן צריכה להיקלט אוטומטית, או שהיא קונסטיטוטיבית ומצריכה חקיקה? **בג"ץ עפו:** הרקע לפרשה היה חוקיות גירוש מחבלים מאיו"ש. אמנת ז'נבה הרביעית עוסקת בשאלת היחס של מדינה כובשת אל האזרחים שנכבשו, וכן בשאלה האם אפשר להעביר אותם משטחם למקומות אחרים. אותם מחבלים טענו כי הם אזרחים מוגנים משום שהם גרים בשטח כבוש ואי אפשר לגרש אותם. ביהמ"ש, כשנדרש לסוגייה, היה צריך להחליט באשר לאמנת ז'נבה הרביעית – אם היא דקלרטיבית, היא נקלטת אוטומטית בדין, ואז המחבלים הם אכן אזרחים מוגנים שלא ניתן לגרש.

דעת הרוב מפי **הנשיא שמגר** קבעה שגירוש מחבלים לא עומד בניגוד ל**ס' 49 לאמנת ז'נבה הרביעית**, המחבלים אינם מוגנים ולכן לא נכללים בהוראת הס'. יתרה מזאת – גם אם היינו קובעים שאותו גירוש אסור על פי אמנת ז'נבה הרביעית, מדובר באמנה קונסטיטוטיבית ולכן אין לה תוקף ישיר במשפט המדינתי, אלא אם אומצה על ידי חקיקה. משאין חקיקה כזו, הדין הישראלי גובר על האמנה, גם אם הס' של אותה אמנה קובע שהמחבלים מוגנים.

**השופט בך** בדעת מיעוט סבר אחרת.בשונה משמגר, הוא קבע כי שהגירוש נוגד את ס' 49, ולכן מדובר במחבלים מוגנים בהם יש לטפל בדרכים אחרות. עם זאת, בך מצטרף לעמדת הרוב כי מדובר באמנה הסכמית ולא דקלרטיבית. גם הוא סבור שבגלל שמדובר בסעיף של משב"ל הסכמי, זו הוראה שאינה חלק מהחוק ולכן אינה יכולה לשמש עוגן לעתירות של פרטים אלא אם נקלטה בחקיקה. הוא מתייחס להצהרת מדינת ישראל בדבר קיום ההוראות ההומניטריות של האמנה – ההצהרה לא מחילה אוטומטית את סעיפי אמנת ז'נבה, אבל מותירה לביהמ"ש לבחון את הסעיפים. נזכיר כי ישראל רואה באמנת ז'נבה הרביעית אמנה הסכמית, ולכן היא לא מחילה אותה בשטחי איו"ש ועזה. עם זאת, היא התחייבה להחיל את הסעיפים ההומניטריים שבה.

היום, נקבע שאמנת ז'נבה הרביעית משקפת משפט מנהגי. הקביעה של בג"ץ שזו אמנה הסכמית נזנחה לאורך השנים. כמו כן, אין חוק ישראלי שכולל את אמנות ז'נבה, יש פקודה צה"לית שמטילה חובה על חיילי צהל לנהוג בהתאם לאמנות.

איך אפשר להבחין בין אמנה קונסטיטוטיבית לדקלרטיבית? קבוצות מומחים, ארגונים בינ"ל וכו'.

**סיכום עד כה** – מנהג ואמנה דקלרטיבית: נקלטים באופן אוטומטי, אך נסוגים בפני חקיקה ישראלית סותרת. אמנה קונסטיטוטיבית: אינה חלק מהדין הפנימי אלא אם אומצה בחקיקה.

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

**סיכום הכלל על פי שמגר – חמישה טעמים להבדל בין אמנה לבין מנהג:**

1. **עיקרון הפרדת הרשויות** – קליטת אמנה באופן ישיר תוביל לעקיפת הרשות המחוקקת. הממשלה היא שמאשררת אמנות, ואם נהפוך אמנות לחוק נעקוף סמכות. מדובר בחשש יותר משמעותי ביחס לאמנה כי היכולת של הרשות המבצעת להתקשר באמנה יחסית קלה, ואילו ליצור מנהג הרבה יותר קשה.

ביקורת: לכנסת כן יש תפקיד מסוים בכריתת אמנות, ויש לה סמכות להגיב על אמנות חשובות. בנוסף, לפי תקנון הכנסת, יש חובה להניח אמנות על שולחן הכנסת לפני האשרור שלהן, ולכנסת תמיד שמורה האופציה לחוקק חוק עוקף משב"ל, שגובר על האמנה. כמו כן, אפשר לעבוד למודל שבו גם הכנסת חותמת ומאשררת אמנות, ואז העניין הזה ייפתר.

1. **הבדלים משמעותיים בין המשפט הבינ"ל למשפט הלאומי** – טעם ההתנגדות לאימוץ אוטומטי של אמנה טמון בשוני בין המערכות.

ביקורת: אותם הבדלים נכונים גם לגבי כללים מנהגיים, שהם כן נקלטים ישירות. יתרה מזאת, זה ניתן לפתרון אם מאמצים כלל דומה לכלל האמריקאי – מיישמים חלק מהאמנות מיידית, ואילו חלק מצריכות התאמה.

1. **אי התאמה בין האמנה לתנאי הארץ, לתושביה ולאינטרסים**

ביקורת: נכון גם לגבי המנהג. גם אם אמנה לא מתאימה לתנאי הארץ ולתושביה, המדינה לא חייבת להצטרף אליה מלכתחילה/ ניתן לפתור זאת באמצעות הסתייגות בנוגע לתנאים או על ידי חקיקה עוקפת משב"ל. "קודם כל תבדקו אם זה מתאים לארץ ואז קחו על עצמכם את ההתחייבות".

1. **תכתיבים מצד מדינות אחרות** – חשש שבאופן הזה רוב של מדינות וארגונים בינ"ל יכתיב מחויבות לישראל.

ביקורת: אז למה מנהג נקלט אוטומטית ואמנה לא? אם כבר להפך – באמנה, המדינה שותפה לכתיבתה, וקל לה יותר להסתייג.

1. **אי בהירות** (אילו אמנות יהיו self-executing treaties ואילו יחייבו חקיקה משלימה?)

ביקורת: נכון שיש חשש שהוא מוצדק ומובן, אבל הפתרון הוא גורף ושרירותי, והמחיר של פגיעה פוטנציאלית ביחסים הבינלאומיים עולה על היתרון של חקיקה שיפוטית. כמו כן, התפקיד של ביהמ"ש הוא לבצע הבחנות קשות.

**מהו האופן שבו מדינת ישראל קולטת אמנה בדין הפנימי שלה**? יש לכך מס' מודלים:

* **מודל של חקיקה מפורשת** – עיגון הוראות האמנה בחקיקה ישראלית, העתקה של הוראות האמנה אל תוך החוק (לדוגמה – **החוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם**).
* **מודל של חוק שקובע שלאמנה הנספחת לחוק מעמד של** **חוק** (לדוגמה – **חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים)**).
* **חוק המפנה ומכפיף הוראות בתוכו לקביעות הדין הבינלאומי** (לדוגמה – **חוק ההסגרה**).
* **אימוץ על דרך השלילה** – הגבלת פעולות שנוגדות התחייבויות בינלאומיות.

כשיש הוראת חוק מפורשת שסותרת מחויבות הסכמית, היא תגבר. רואים זאת ב**פס"ד שיינביין** – ביהמ"ש העדיף את החוק הפנימי על פני האמנה. בגלל החוק הפנימי, המדינה מפרה את התחייבויותיה הבינלאומיות.

**חזקת ההתאמה הפרשנית:**

**לפי חזקת ההתאמה הפרשנית,** **יש לנסות ולפרש דברי חקיקה פנימיים באופן שעולה בקנה אחד עם התחייבויותיה של ישראל בזירה הבינ"ל**. חזקת ההתאמה הפרשנית היא משהו שקיים יחסית הרבה זמן, משנות ה50 – **פס"ד אמסטרדם:** שר האוצר הוציא צווים שמחייבים את מכירתם של ניירות ערך במחיר מסוים לשר האוצר. השופט הולך לחוק הישראלי, מנסה לפרש אותו ולבדוק האם הוא חל על אזרחים ישראליים המתגוררים בארץ ומחזיקים את ניירות הערך בחו"ל. כיצד הוא עושה זאת? באמצעות המשפט הבינלאומי; זו הפעם הראשונה שמתבצע תהליך פרשני לפי המשפט הבינלאומי. לפי חזקה זו, יש לנסות לפרש דברי חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל. זהו המודל בו אנו מצויים היום.

נזכיר בהקשר הזה את **פס"ד אייכמן**, בו נאמר שההנחה צריכה להיות שהמחוקק שואף לתאם את חוקו למשב"ל. אנו עדים לחזקה זו גם ב**פס"ד קמיאר נ' מ"י:** פרשה משנות ה60 שעסקה בהסגרת עבריין לשוויץ לאור הסכם ההסגרה בין המדינות.המערער טען שלא ניתן להסגירו לשוויץ מכוח אמנת ההסגרה בין ישראל לשוויץ, שכן אותה אמנה נחתמה באופן לא חוקי. מעבר לזה שהראו שהיו פעולות אשרור שריפאו את אותו פגם לכאורה, **הש' לנדוי** אומר שאמנם ישנה לקונה בחוק בנוגע לשאלה מי מוסמך לאשרר אמנות, אולם בית המשפט הישראלי יפרש את החוק באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשב"ל, על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבות המדינה לפי המשב"ל. אלה דוגמאות לשימוש בחזקת ההתאמה הפרשנית.

עד שנות ה90 היה שימוש מינורי יחסית בחזקה זו. משנות ה90, היה שימוש רב יותר.

**פס"ד פלונים נ' שר הביטחון (פרשת קלפי המיקוח):** שחרור שבויים – האם היותו של עצור מנהלי קלף מיקוח לשחרור שבויים ישראליים נכנס בגדר שיקולי ביטחון המצדיקים החזקה במעצר מנהלי? טענת העצורים הייתה שמדינת ישראל מפרה הן את החוק שלה מבחינת מהם טעמי הביטחון שהם העילות להחזקה, והן נורמות בינלאומיות האוסרות על לקיחת בני ערובה. ביהמ"ש קובע שאין צורך להכריע בדבר קיומו ותחולתו של דין מנהגי/ הסכמי בדבר איסור לקיחת בני ערובה – חוק ספציפי פנימי גובר. **הש' ברק** אומר שהשתכנע ששחרור השבויים נכנס כשיקול לגיטימי בגדר שיקולי ביטחון המדינה, הוא מפרש באופן רחב את החוק. "משעה שקבעתי כי מעצרם של המערערים חוסה בצל חוק ספציפי, ומשעה שחוק זה ופרשנותו נמצאו ראויים בנסיבות המקרה, הרי שממילא גובר החוק המקומי על המשב"ל בהיותו הוראה ספציפית".

חולפות שלוש שנים וברק נדרש לאותה סוגייה פעם נוספת (גלגול שני לאותה פרשה). בפעם הזו, **הש' ברק** הופך את דעתו, וקובע שלא ניתן להרחיב את עילת המעצר לאדם שלא נשקפת ממנו אישית סכנה, אלא שמוחזק רק כקלף מיקוח. החזקתם כקלפי מיקוח לא נופלת בגדר שיקולי ביטחון לגיטימיים, ומשאינם מהווים יותר סיכון ביטחוני, אין הצדקה להחזיקם. ברק בוחן את חוקתיות החוק קודם כל.

לאחר מכן, ברק מתייחס לסוגייה מהזווית הבינלאומית, הוא מנסה לקרב בין המשב"ל לדין הישראלי – אין איסור על החזקת קלפי מיקוח במשב"ל המנהגי. ישנה אמנה הסכמית שאוסרת על כך, אולם ישראל לא קלטה את האמנה הזו לחוק שלה. האיסור ההסכמי על החזקת בני ערובה אינו כובל את המדינה במשפט הפנימי שלה בהיעדר חוק קולט. עם זאת, **חזקה כי תכליתו של חוק, בין היתר, היא להגשים את הוראות המשב"ל ולא לעמוד בסתירה להן.**

פרשת קלפי המיקוח הובילה לחקיקת **חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים** – החוק נועד להגשים את תכליתו בדרך העולה בקנה אחד עם מחויבותה של מדינת ישראל לפי הוראות המשב"ל ההומניטרי. **פלוני נ' שר הביטחון:** פס"ד שעסק בחוק זה. תקיפת החוק מגיעה לעליון, שם **הנשיאה בייניש** מתייחסת לס' וטוענת שההצהרה נותנת ביטוי מפורש לתפיסה הבסיסית הנוהגת בשיטתנו. ישנן שתי סוגיות לצורך הכרעה – **1.** חוקתיות החוק במשקפי פסקת ההגבלה **2.** התאמת החוק למשב"ל. בייניש מפעילה את חזקת ההתאמה לפני בחינה של חוקתיות החוק. היא בוחנת קודם כל מהזווית הבינלאומית, ורק אז עוברת למבחני פס' ההגבלה. זהו שינוי משמעותי מהגלגול הראשון של פרשת קלפי המיקוח, שם **ברק** קודם כל בוחן את החוק במשקפת של פסקת ההגבלה ורק אז מהזווית הבינלאומית.

חזקת ההתאמה הפרשנית יכולה לבוא לידי ביטוי בכל מיני מקומות:

* **פרשנות חקיקה ראשית של הכנסת** – **פס"ד יתד נ' משרד החינוך:** **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 המשלבים לימוד של ילדים עם מוגבלויות. העתירה מוגשת מצד הורים לילדים עם מוגבלויות וארגונים חברתיים, שתובעים 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. **השופטת דורנר** בעצם מתייחסת באופן ישיר למשב"ל, ומציינת שהזכות לחינוך הוכרה כזכות בסיסית, היא כלולה באמנה שאושררה על ידי ישראל. היא מחילה את חזקת ההתאמה הפרשנית – יש חזקה פרשנית לפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לנורמות המשב"ל שהמדינה מחויבת אליהן, ולכן יש לפרש את הדברים בקנה אחד; יש לפרש את חוק חינוך מיוחד לאור האמנות שישראל צד להן. לאור הזכות לחינוך והזכות לשוויון באמנות זכויות אדם שישראל צד להן, על ישראל ליישם את חוק חינוך מיוחד באופן שוויוני. העתירה התקבלה. **נדגיש** – **החזקה חלה הן ביחס לנורמות מנהגיות והן ביחס לנורמות הסכמיות** **(בין אם נקלטו ובין אם לאו).** יש בכך פוטנציאל להפוך את ישראל למדינה מוניסטית, כך שבכל תיק תהיה נפקות לכלל הבינ"ל הרלוונטי.
* **משפט מנהלי** – מקור לשיקולים שרשות מנהלית צריכה לשקול בפעולותיה. רשויות צריכות לשקול, כשיקול רלוונטי בקבלת ההחלטות שלהן, את השיקול של ההתאמה למשב"ל. **פס"ד פלונים:** למרות ש**ברק** מדבר על פרשנות חקיקה, כאשר בוחנים האם אפשר לשקול שיקול של קלפי מיקוח, יש משקל לכך שזה מנוגד למשב"ל, ושר הביטחון לא מוסמך לפעול בניגוד למשב"ל בלא הסמכה מפורשת. **פס"ד דרזנר נ' גיל:** הימנעות מלהורות על עיכוב יציאה מן הארץ ליורם גיל שהוסגר משוויץ לישראל. **השופטת נאור** קבעה שלמרות שיש סיבות טובות לעכב את אותו אדם במישור האזרחי, אי אפשר לעשות את זה נוכח הסכם ההסגרה.

כמו כן, החזקה יכולה להיות גם מרכיב בבחינת סבירות פעולתה של רשות מנהלית – החלטה המנוגדת להתחייבות בינ"ל של ישראל בלתי סבירה. **בג"ץ יאסין:** תנאי הכליאה בכלא. שם, **הנשיא ברק** הפנה להוראות המשב"ל, וקבע שגם אם אין תחולה ישירה שלהן במשפט הפנימי של ישראל, הן קובעות לכאורה אמות מידה שרשות שלטונית סבירה ומידתית נוהגת על פיהן.

אם כן, מעמדו של המשב"ל בדין הישראלי התחזק מאוד בשנים האחרונות ואנחנו הופכים יותר ויותר למדינה מוניסטית.

**שאלה פתוחה – תחולת החזקה על חוקי יסוד:**

ביהמ"ש נמנע עד כה מללכת בכיוון של החלת חזקת ההתאמה הפרשנית ביחס לחוקי יסוד. **בג"ץ אדם טבע ודין נ' הכנסת:** הרכב מורכב שדן בשאלת החוקתיות של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות – החזקה במשמורת ל3 שנים. העותרים, שהיו מסתננים, טענו שאי אפשר להחזיקם במתקני הכליאה במשך שלוש שנים בגלל שהדבר פוגע בזכות לכבוד שבחוק יסוד כבוה"א וחירותו.

ביהמ"ש קבע שמדובר בהסדר לא חוקתי, ומפנה לחזקת ההתאמה, אך מסתפק בבחינה חוקתית לאור חוק היסוד. ביהמ"ש אמנם הפנה לאמנה וציין שהיא לא נקלטה בדין הפנימי, אבל פסל את התיקון על בסיס בחינה חוקתית בהסתמך על חוקי היסוד, ולא לאור המשב"ל. "קבלת עמדת העותרים לפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות המשפט הבינ"ל למשפט המחייב במדינת ישראל, ולכך שחקיקת הכנסת תהיה חייבת אף היא לעמוד בנורמות אלו שיוזרמו דרך חוקי היסוד באמצעות חזקת ההתאמה. מדובר בגישה בעייתית ביותר, החותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות מחוקקת".

**בג"ץ מחויבות לשלום וצדק חברתי:** העותרים טענו כי קיצוץ קצבאות מנוגד לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (מינימום לחיות בכבוד). הייתה טענה מצידם לפירוש המונח 'כבוד האדם' בחוק היסוד לאור התחייבויותיה הבינ"ל של ישראל. **הניסיון להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית ביחס לחוקי היסוד זה מהלך דרמטי** – אם יתקבל, אפשר לעשות שימוש במשב"ל כדי לעצב את חוקי היסוד שלנו ובהמשך לבטל את חוקי הכנסת – זו מדינה מוניסטית מאוד חזקה. במדינה כמו ישראל, שהממשלה היא זו כורתת אמנות, זה עלול להקנות לה את היכולת לעצב את חוקי היסוד ולגבור על הכנסת.

בשורה התחתונה, אנו מזהים **מגמה של התחזקות המשב"ל** במשפט הישראלי, וזוהי מגמה שקורית גם במדינות אחרות. מדוע?

* **עצם ההתחזקות תומכת באג'נדה ליברלית של חלק מהשופטים** – כלי עבור השופטים להסתייע במקורות חוץ בשביל להוביל לשינוי שמזהים כנחוץ.
* **התחזקות השפיטה הבינ"ל שהעלתה את מחיר ההפרות** – משב"ל פלילי, ICC. יש הרבה יותר סיכון להפרת התחייבויות בינ"ל.
* **עיקרון המשלימות בדין הפלילי הבינ"ל מבחין בין מדינות בהן יש אכיפה פנים מדינתית אפקטיבית וחזקה, לבין מדינות שבהן אין אכיפה כזו**.
* **המשב"ל עצמו עבר שינוי** – תכניו רלוונטיים יותר לדין הפנימי. היום יש הרבה יותר סוגיות שרלוונטיות לדין הפנימי, מה שהופך את הדוק' הדואליסטית לפחות רלוונטית.

**השחקנים במשפט הבינלאומי**

נמקם את הנושא שלנו בנוף הכללי יותר של הקורס ונתחיל להכיר בצורה יותר ממוקדת את השחקנים במשב"ל. השיעור שלנו היום יוקדש למי שהיה ועודנו השחקן המרכזי, אך לא היחיד במשב"ל – **המדינה**.

מי הם השחקנים בזירת המשב"ל?

* **המדינה** – במידה רבה של ביטחון אפשר לומר כי עד מלחמת העולם הראשונה השחקן הבלעדי במשב"ל היה המדינה. היא הייתה השחקן בעל האישיות המשפטית המאוד ברורה הנושאת של זכויות וחובות. לא סתם המשב"ל קרוי inter national (בין מדינתי), כלומר המשפט הבינלאומי מורכב ממערכת משפטית המסדירה יחסים בין מדינות. בתחילה, המשפט הבינלאומי בקושי נכנס לתוך כדורי הביליארד, קרי לתוך המדינות, אולם במאה ה20 אנו רואים תהליך שהולך, מתמשך ומתגבר שבו אנו פורצים את האופי הבין מדינתי של המשב"ל. זה בא לידי ביטוי בכך ששחקנים נוספים נכנסים למשוואה:
* **ארגונים בינלאומיים** – שחקנים מאוד משמעותיים היום בזירה הבינלאומית, הם בעלי ישות משפטית נפרדת מהמדינות שהקימו אותם.
* **Quasi-states** – מעין מדינות. למשל, פורטוריקו, טאיוואן. פורטוריקו היא יצור מוזר שאנו מכנים מדינת חסות, מדינת החסות שלה זו ארה"ב.
* פורטוריקו – אינה מדינה עצמאית, התושבים בה נושאים באזרחות אמריקאית אבל בכלל לא בוחרים את הקונגרס ואת הנשיא, אלא רק את המנהיג שלהם. זאת בשל כך שפורטוריקו העניקה לארה"ב את הזכות לנהל את יחסי החוץ שלה.
* טאיוואן – דוגמה נוספת לישות מעין מדינתית. טאיוואן היא אחת החברות בארגון הסחר הבינלאומי, במסגרת חברות זו היא ישות מדינתית בפני עצמה. אולם, היא מעולם לא הכריזה על עצמאות, בשל כך שסין מאיימת עליה שאם תכריז על עצמאות היא תפלוש אליה ותכבוש אותה, כי סין רואה עצמה כבעלת ריבונות טריטוריאלית בה.
* **גופים פרטיים (בני אדם, תאגידים, NGOS)** – מסה מאוד חשובה. פעם זה היה נראה מאוד דמיוני שגופים פרטיים יהיו שחקן בזירה הבינלאומית, היום אנו רואים אותם כשחקן מאוד מרכזי במשב"ל.

בכל התמונה הזו אנו מדברים היום על שינוי מאוד מהותי ויסודי של אותו מודל התחלתי – מודל כדורי הביליארד. **המשפט הבינלאומי הוא כבר ממש לא רק בין מדינתי**. יהיה הוגן גם לומר שלא לכל השחקנים יש אותו מעמד ולא כולם בעלי אותה אישיות משפטית. מעבר לכך שמדינות הן עדיין הנושאות בחובות ובזכויות הכי משמעותיות בזירה הבינ"ל, אנו ערים למגמת הרחבה מאוד משמעותית ומתמשכת של השחקנים הלא מדינתיים. למשל, ערכאות בינ"ל שפרטים יכולים לתבוע בהן בגין זכויות אדם שנפגעו להם; משקיעים זרים שנושאים יותר זכויות וחובות במשב"ל.

**המדינה**

כעת נתמקד בשחקן המסורתי שהינו עדיין השחקן המרכזי במשב"ל – המדינה. היסטורית המדינה היא השחקן המרכזי, אבל פוליטית היא השחקן המשמעותי ביותר עד היום. גם במישור המשפטי עד היום, יהיה נכון להגיד שמרבית הנורמות במשב"ל קשורות קודם כל במדינות. למדינה יש את האישיות המשפטית הרחבה ביותר במשב"ל, היא עדיין הנושאת לזכויות ולחובות בצורה המשמעותית ביותר בזירה הבינ"ל ולא פחות חשוב, עדיין מדינות משחקות את התפקיד החשוב ביותר ביצירה של כללים במשב"ל, בין בדרך של אמנות ובין בדרך של מנהגים.

איך קובעים אם יחידה פוליטית מסוימת ברגע מסוים מהווה מדינה?

יש להכיר את אחד המסמכים החשובים – **אמנת מונטווידאו (1933)**. האמנה הזו היום מוכרת באופן ברור לחלוטין כאמנה דקלרטיבית (דקלרטיבית= משקפת דין קיים שחל על כל המדינות – גם אלה שהצטרפו אליה וגם אלה שלא). למה האמנה הזו כל כך חשובה? ב**ס' 1** שלה היא מונה את 4 התנאים לקיומה של מדינה לפי המשב"ל:

1. **אוכלוסייה קבועה**

כדי שישות תוגדר כמדינה היא חייבת אוכלוסייה קבועה, אין דרישת מינימום לכמות. למשל, יש מדינות שיש בהן 12,000 תושבים סה"כ, כמו מונקו.

1. **טריטוריה מוגדרת**

מקובל לראות את הטריטוריה של מדינה ככוללת את שטח היבשה, המים הפנימיים, המים הטריטוריאליים של המדינה והמרחב האווירי שמעל שטח המדינה. אבל כדי שישות תוגדר כמדינה הגישה המקובלת היא ש**חייבת להיות יבשה**. גם בנוגע לטריטוריה אין דרישת מינימום של קמ"ר – זו יכולה להיות מדינה קטנה מאוד או גדולה מאוד.

**יותר מכך, השטח של המדינה הזו לא חייב להיות רציף**. למשל, ארה"ב, במסה הקריטית שלה יש 48 מדינות הדבוקות אחת לשנייה אבל מופרדות לחלוטין מאלסקה שבינה לבין שאר המדינה מפרידה קנדה. כמו כן, 48 המדינות הללו נפרדות לחלוטין גם מהוואי שבינה לבין 48 המדינות מפריד האוקיינוס השקט. אי הרציפות הזה לא מפריע להכרה של כל המדינות הללו כמדינה אחת – מדינת ארה"ב.

**יותר מזה, לא חייבים שיהיו גבולות מוסכמים כדי שנכיר בישות מסוימת כמדינה**. למשל, ישראל, כשהיא מוקמת ב1948, ומצטרפת לאו"ם, הגבולות שלה רגע לאחר מלחמת העצמאות מאוד שנויים במחלוקת, ואפילו עד עצם היום הזה. כל הדבר הזה לא מנע לרגע מישראל להכריז על עצמה כמדינה וגם להיות מוכרת כמדינה ע"י הרוב המוחלט של מדינות העולם.

1. **ממשלה אפקטיבית**

התנאי פורש במשב"ל כממשלה **בעלת כושר אפקטיבי לנהל ענייני המדינה** – **יכולת להשליט חוק וסדר בטריטוריה שהיא חולשת עליה**. על פניו, זהו תנאי מכונן לקיומה של מדינה, אבל מה שאנו רואים לאורך השנים ובצורה מאוד קונסיסטנטית הוא **התרופפות של התנאי הזה**. התרופפות התנאי הזה של ממשלה אפקטיבית, נראית למול עליית המעמד של הזכות להגדרה עצמית. כלומר, מה שאנו רואים הוא הסתכלות במקרים מסוימים של המשב"ל על עצם הקיום או אי הקיום של זכות לשלטון עצמאי. למשל, קונגו מצהירה על עצמאות למרות שעדיין משתוללת בתוכה מלחמת אזרחים נוראית ושטחים גדולים לא נתונים לשליטתה של ממשלת קונגו, ויש סממנים שמראים שהיא אכן מתקבלת כמדינה בזירה הבינ"ל, בין היתר הצטרפותה לאו"ם.

כאן עולה השאלה מה קורה במצב האחר – לא מדינה חדשה שנוצרת ואז כיפוף התנאי של ממשלה אפקטיבית למול עקרון ההגדרה העצמית, אלא **מה קורה לגבי מדינות שכבר הוקמו והצטרפו לקהילה הבינ"ל, אבל הן failed states (מדינות נכשלות)**? למשל, סומליה, אין בה יציבות מהרגע שבו היא הוכרה כמדינה עצמאית, מעולם לא הייתה בה ממשלה אפקטיבית. האם מדינות כאלה ברגע שלא מתקיים התנאי של ממשלה אפקטיבית הן כבר לא מדינות לפי המשב"ל?

**התהליך הוא די חד כיווני**. הרבה פעמים ישות מסוימת צריכה לעבוד קשה כדי לקבל את המעמד כמדינה, אבל ברגע שהוא ניתן לה, הוא לא נלקח חזרה. גם מדינות שבאופן מתמשך או ברגעים מסוימים נחשבות ככאלה שאין בהן ממשלה אפקטיבית, לא נלקח מהן מעמדן כמדינה בזירה הבינ"ל.

**נקודה נוספת שחשוב לציין היא שצורת הממשל אינה רלוונטית**, והICJ אומר זאת מפורשות באחד מפסקי הדין שלו – מה שצריך זה ממשל אפקטיבי וזה לא חייב להיות ממשל דמוקרטי.אולם, כשנדבר על הנושא של הכרה במדינה, שם צצה לה גם שאלת צורת הממשל ואנחנו נראה שלשאלה האם מדובר בממשל לגיטימי, בין היתר האם מדובר בממשל שמחויב בזכויות אדם, וכו', יש המון נפקות להאם מדינות אחרות יכירו בישות מסוימת כמדינה או לא.

1. **כושר לקיים יחסי חוץ**

הדגש כאן הוא על היכולת של הישות המדינית הזולקיים יחסי חוץ (כריתת אמנות, ניהול יחסים דיפלומטיים). שורש הדבר הוא בעיקר עצמאות ביחס למדינות אחרות – **עד כמה המדינה עצמאית בפעולותיה במישור הבינ"ל**?כאן נחזור לפורטוריקו – למה היא לא נחשבת כמדינה? מפני שהיא מסרה את יכולת ניהול יחסי החוץ שלה לארה"ב. ארה"ב היא זו שכורתת בשם פורטוריקו אמנות, מנהלת יחסים דיפלומטיים בשבילה וכדומה. בעבר היו עוד מדינות כאלה, למשל ליכטנשטיין שמסרה את היכולת לנהל יחסי חוץ לשוויץ, היום היא כן מדינה עצמאית.

**לסיכום: התנאים בס' 1 לאמנת מונטווידאו הם אלה שמשמשים בידינו כדי לקבוע האם קמה מדינה חדשה במשב"ל.** לכאורה, ישות שעומדת בארבעת התנאים האלה יכולה להכריז על עצמה כמדינה. בהקשר הזה נחדד נקודה לגבי הצטרפות מדינה לאו"ם – עצם ההצטרפות של מדינה לאו"ם היא אכן אינדיקציה משמעותית מאוד ל-האם קיימת מדינה. ישות מדינית מצטרפת לאו"ם בתהליך דו שלבי:

1. המלצה של מועצת הביטחון.
2. החלטה של העצרת ברוב של שני שליש.

אם מתקיימים שני התנאים לעיל, אזי מדינה חדשה יכולה לזכות ולהצטרף לאו"ם. כאמור, הדבר יהווה אינדיקציה משמעותית לכך שזו מדינה חדשה במשב"ל.

**הכרה (במדינה חדשה)**:

מהי בעצם הכרה? הכרה היא סמכות שניתנת למדינות הקיימות להכיר או לא להכיר בישות מסוימת כמדינה. עולה השאלה – מה מעמד האקט הזה של הכרה מצד מדינות אחרות? האם האקט הזה שבו מדינות מכירות או לא מכירות במדינה חדשה הוא אקט קונסטיטוטיבי או דקלרטיבי?

נציג את שתי הגישות:

1. **גישה דקלרטיבית** – לפי גישה זו, אין להכרה השלכה על קיומה הנורמטיבי של המדינה וכל מה שחשוב הוא התקיימות ארבעת התנאים של אמנת מונטווידאו.
2. **גישה קונסטיטוטיבית** – ההכרה מהווה מרכיב הכרחי לקיום מדינה.

**ס' 3 לאמנת מונטווידאו** מאמץ את הגישה הדקלרטיבית – קיומה של ההכרה אינו תנאי הכרחי לקיומה של מדינה.

אם ארבעת התנאים ב**ס' 1 לאמנה** הם אובייקטיבים, מה מוסיפה ההכרה?

**ההכרה נותנת לנו לגיטימציה פוליטית לישות המדינתית הזו**. ברגע שמדינות אחרות מכירות במדינה חדשה הן מצהירות על הנכונות שלהן לקיים יחסים בינלאומיים עם המדינה הזו. בפועל, מאפשר למדינה להוציא מן הכוח אל הפועל עובדת קיומה כחברה בקהיליית המדינות.

**האקט של הכרה הוא הליך חד צדדי, רצוני, פוליטי** – כל מדינה יכולה להחליט האם היא רוצה להכיר בישות מסוימת כמדינה או לא. על מדינות שקיימות אין שום חובה להכיר או לא להכיר בישות מסוימת כמדינה. במישור המשב"ל אין נפקות משפטית להכרה או להיעדרה. למשל, ישראל – מדינות ערב רובן לא מכירות במדינת ישראל כמדינה עצמאית בזירה הבינ"ל. בהינתן זה שיש מסה קריטית שכן הכירו בישראל כמדינה אין שום משמעות נורמטיבית לזה שאותן מדינות ערב לא מכירות במדינת ישראל כמדינה (אולם, כן יש לכך משמעות פוליטית, כגון אי הקמת שגרירויות של מדינות ערב בישראל ולהפך, אי קיום סחר וכדומה).

יותר מזה, **בין המדינות ממשיכים לחול כללי המשפט הבינלאומי**. למשל, סוריה לא מכירה במדינת ישראל כמדינה, אבל במלחמת ששת הימים היה ברור לכל, שהדינים שממשיכים לחול אלו דיני הלחימה של המשב"ל. בסוף המלחמה כשעשו חילופי שבויים, החילופים נעשו לפי אמנת ג'נבה השלישית. מכאן אנו רואים שלצד אי ההכרה הזו מבחינה נורמטיבית של סוריה במדינת ישראל כמדינה, הצדדים הבינו שהכללים שחלים עליהם הם כללי המשב"ל.

עם זאת, להכרה או אי הכרה יש כמובן משמעויות פוליטיות ודיפלומטיות כפי שכבר ציינו – סוריה לא סוחרת איתנו, לא מקיימת יחסים דיפלומטיים עם ישראל.

מדינה חדשה שאינה מוכרת בזירה הבינלאומית, או שאין מסה קריטית של מדינות המכירות בה כמדינה, תתקשה להצטרף לארגונים בינ"ל. **אם אף מדינה לא מכירה בה כמדינה – היכולת של אותה ישות לממש את היותה מדינה, אפילו אם עומדת בכל ארבעת תנאי האמנה, תהיה מאוד מוגבלת ושואפת לאפס**. למשל, סומלילנד. סומליה היא אחת המדינות הכי לא יציבות בעולם – יש בה הרבה מלחמות אזרחים וכו'. סומלילנד הוא צבר של אזורים יותר יציבים בתוך סומליה שב1991 פרש מסומליה והכריז על עצמו כמדינה. סומלילנד עומדת בכל ארבעת תנאי אמנת מונטווידאו, אבל אף מדינה לא מכירה בה כמדינה. הסיבה המרכזית לכך שהרוב המוחלט של מדינות העולם במשך למעלה מ30 שנה לא מכירות בסומלילנד כמדינה, היא **בגלל החשיבות האדירה שהמשפט הבינלאומי מקנה ליציבות גבולות בזירה הבינ"ל, ובגלל עיקרון יסוד שקשור בטבורו לעיקרון הריבונות והוא עיקרון השלמות הטריטוריאלית של מדינות.** בגלל שהעיקרון הזה כל כך חשוב, ולצידו החשיבות האדירה שהמשב"ל מייחס ליציבות ובפרט ליציבות גבולות, לא רוצים להכיר בתקדימים בהם חבל מסוים פורש על דעת עצמו ובכך מפר את השלמות הטריטוריאלית של מדינה ריבונית שהוקמה ככזו, ובמסגרת זאת גם מפר את היציבות של הגבולות הבינלאומיים.

הרבה פעמים במצבים כאלה רואים דווקא מתח מאוד גדול – מצד אחד עיקרון יציבות הגבולות ועיקרון השלמות הטריטוריאלית, ולמולם ניצב עיקרון ההגדרה העצמית. במקרים מסוימים אנחנו רואים איך למשל בשם עיקרון הגדרה עצמית נחליש את עיקרון הממשלה האפקטיבית. אבל, במקרים מסוימים כמו סומלילנד, רואים שלמרות עיקרון ההגדרה העצמית שאנשים בסומלילנד טוענים שהם זכאים לו, שני העקרונות האחרים – עיקרון השלמות הטריטוריאלית ועיקרון יציבות הגבולות – הם דבק מאוד חזק שלא מאפשר להכיר בסומלילנד שאמנם עומדת בתנאים האובייקטיביים למדינה, כמדינה. אם כן, כל מקרה הוא לגופו! פעם אחת כוח מושך יותר לכיוון אחד, ופעם אחרת מושך לכיוון אחר.

**במישור הנורמטיבי המשפטי, באופן עקרוני, במשפט הבינלאומי שאלת ההכרה היא שאלת הצהרתית**. איפה אנו כן רואים נפקות משפטית מסוימת לשאלת ההכרה? **במישור המשפט המדינתי**. זאת כי במישור המשפט המדינתי, אם מדינה מכירה בישות מסוימת כמדינה היא מעניקה לה כל מיני זכויות יתר וחסינויות. למשל, מדינה שמכירה במדינה אחרת כמדינה מעניקה לה בבתי המשפט שלה חסינות ריבון (חסינות מדינה). חסינות ריבון פירושה הוא שבגלל עיקרון השוויון הריבוני בין מדינות, לא ייתכן שמדינה אחת תתבע מדינה אחרת בפני בתי המשפט שלה. למשל, בישראל, על רקע הפיגועים שהיו בראשית שנות ה2000, היו מספר תביעות של נפגעים בפיגועים ומקורביהם שהוגשו נגד הרשות הפלסטינית בפני בתי משפט ישראלים ודרשו פיצויים על הנזק. באחד המקרים הגיע עורך דין של הרשות הפלסטינית, וטען שאי אפשר לשמוע את התביעות הללו בגלל שהרשות הפלסטינית היא מדינה וככזו היא זכאית כמו שאר מדינות העולם לחסינות ריבון. העמדה של מדינת ישראל הייתה שהרשות הפלסטינית אינה מדינה, ומה שקורה בישראל, הוא שהממשלה היא זו שמחליטה אם ישות מסוימת היא מדינה או לא. באותו מקרה שר החוץ (גורם רשמי של הממשלה) הגיש לבית המשפט המחוזי בירושלים תעודת שר חוץ ואמר שהעמדה הרשמית של המדינה היא שהרשות הפלסטינית היא לא מדינה, ושעל בסיס תעודה זו על ביהמ"ש להכריע כך. דבר זה אפשר להמשיך לקיים את התביעה, מפני שהרשות הפלסטינית לא זכאית לחסינות ריבון.

נחדד – ההחלטה של מדינה האם להכיר במדינה חדשה או לא נגזרת משלושה גורמים:

* **קיום ארבעת התנאים של אמנת מונטווידאו.**
* **שיקולים פוליטיים כאלה ואחרים.**
* **האם עצם הקמת המדינה והתנהלותה (צורת משטרה) חוקית?**

באשר לגורם השלישי, והלא פחות חשוב, עולות השאלות הבאות: האם המדינה הזו שקמה מכבדת זכויות אדם? האם צורת המשטר שלה היא דמוקרטית? האם היא מחויבת לשלטון החוק? אלה סוג השאלות שמדינות שואלות את עצמן בבואן להחליט האם להכיר או לא להכיר בישויות כמדינות.

ברמה העקרונית, בשאלה ההכרה אנו רואים שמדינות לפעמים מייחסות טיפה פחות משמעות לארבעת התנאים, ומייחסות יותר משקל לשאלת הלגיטימיות בהקמת המדינה הזו ובמשטר שעומד בראשה.

דוגמאות:

* **רודזיה** – ידועה כיום בשם זימבבואה. בשנות ה60 רודזיה הינה מדינה באפריקה, שמקיימת את ארבעת תנאי אמנת מונטווידאו, אבל המדינה הזו מקיימת סוג של אפרטהייד – לבנים ששולטים בשחורים, אין זכויות שוות לשחורים. רודזיה רוצה להצטרף לאו"ם בטענה שהיא עומדת בארבעת תנאי האמנה, ומדינות בוחרות שלא להכיר באותה עת ברודזיה ולא מאפשרות לה להצטרף לאו"ם בשל כך שהיא מדינה אי שוויונית. רק לאחר חילופי שלטון ורפורמות שנעשו למען צורת משטר לגיטימית יותר, יש סחף של מדינות שמכירות בה ומאפשרות לה להצטרף לאו"ם.
* **סומלילנד** – על פניו מקיימת את ארבעת התנאים, אבל בגלל הפגיעה האקוטית בזכות לשלמות טריטוריאלית של סומליה, עד היום לא מכירים בה כמדינה. בגלל שעצם הקמת המדינה, שזורה בחוסר לגיטימיות של פגיעה בשלמות הטריטוריאלית של סומליה, מדינות לא מכירות בה כמדינה ובמידה רבה מונעות את היכולת שלה להשתתף במשחק הבינלאומי.
* **קוסובו** – חבל ארץ שפרש מסרביה. בגלל שמדובר בחבל ארץ פורש, ובגלל קידוש יציבות הגבולות והשלמות הטריטוריאלית של הגבולות, יש מחלוקת והעולם חצוי בשאלה האם קוסובו היא מדינה או לא מדינה.
* **האיחוד האירופי** – תחילת שנות ה90 קורית נפילת הגוש הקומוניסטי (ברית המועצות), יוגוסלביה מתפרקת לגורמים, ושטף של מדינות חדשות נוצרות במזרח אירופה. האיחוד האירופי אומר בריש גלי שהוא יכיר במדינות שקמות על חורבות ברית המועצות כמדינות, רק אם הוא ימצא שמדובר במדינות שמחויבות למשטר דמוקרטי, לבחירות כלליות ושוות, ומחויבויות בסיסיות לזכויות אדם. במילים אחרות הוא אמר – אני אסתכל על ארבעת התנאים האובייקטיבים, אשקול שיקולים פוליטיים, אבל לא פחות חשוב לי יהיה האם המדינות הללו הוקמו בצורה לגיטימית והאם המשטרים שלהן מחויבים לזכויות אדם בסיסיות ולערכים בסיסיים של משטר דמוקרטי.

נמשיך את הנושא הזה באמצעות ניתוח של מקרה מבחן – **האם הרשות הפלסטינית היא מדינה?**

הקדמה: הרשות הפלסטינית הצטרפה בעצם לחוקת הICC, לאמנה שהקימה את בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג. הרשות הצטרפה בשנת 2015, ומאמצע 2015 לערך, היא ממש אחת מהמדינות החברות. מאותו רגע, התחילה בדיקה מקדמית שהייתה מופקדת עליה התובעת לשעבר של בית הדין. לאחר שהבדיקה המקדמית שנערכה כמה שנים הבשילה והתקדמה, התובעת, לא הרבה זמן לפני שעזבה את תפקידה כתובעת, החליטה לפתוח בחקירה בנוגע לסיטואציה הפלסטינית (The situation of Palestine). בית הדין הבינ"ל הפלילי לא דן ביישוב סכסוך קונקרטי כזה או אחר, אלא הוא דן באיזה שהוא מצב, **בסיטואציה רחבה של קונפליקט**. אחת הסיטואציות הללו היא הסיטואציה של פלסטין.

כדי לעבור ממצב של בדיקה מקדמית למצב של חקירה, אחת השאלות שהתובעת הייתה צריכה להשיב עליהן היא האם בכלל לICC יש סמכות שיפוט על הטריטוריה הזו של המדינה לכאורה שנקראת פלסטין. אגב השאלה הזו וכנגזרת ממנה, בית הדין היה צריך לענות על השאלה – **האם הרשות הפלסטינית היא בעצם state, מדינה לפי המשב"ל?** כך יצא שלפני שנתיים לערך נדרשנו באופן חזיתי לשאלה הזו, שבפעם הראשונה בזירה הבינ"ל עלתה לקדמת הבמה (כמובן שהיה עיסוק בה גם קודם לכן, אולם פחות בולט). אם כן, זהו הקונטקסט הרחב. כזכור, אנו דנו בשאלה איך מגדירים מדינה במשב"ל, דיברנו על קוסובו, אבל מקרה לא פחות טעון נוגע בשאלה האם הרשות הפלסטינית היא מדינה.

נציין את 'החלטת כ"ט בנובמבר' של הפלסטינים ב2012, **החלטת 67/19 של העצרת הכללית של האו"ם** – החלטה מאוד חשובה! בהחלטה הקרדינלית הזו, **המעמד של הרשות הפלסטינית שודרג באו"ם** ברוב של מעל 130 מדינות, רוב של שני שליש מהמדינות החברות באו"ם. המעמד שודרג מישות משקיפה שאינה מדינה, למדינה משקיפה שאינה חברה. ההחלטה הזו מ2012, היא בעצם מה שסלל את הדרך עבור הרשות הפלסטינית להצטרף לICC ב2015. זו החלטה מאוד חשובה שיש להכיר, היא השפיעה ועוד צפויה להשפיע הרבה על מדינת ישראל.

יש לזכור את הנקודה שהדגשנו אתמול – המשב"ל, בעיקרון, לא מכתיב מה צריך להיות סוג הממשל, אבל שוב, זה עניין משפטי דה יורה. דה פקטו, מה שאנחנו רואים, זה כשמדינות באות להכיר או לא להכיר בישות חדשה כמדינה, הן ועוד איך מסתכלות על שאלות של לגיטימציה וחוקיות, לגיטימציית השלטון שמייחס לעצמו את הטריטוריה המסוימת, והאם הוא מחויב או לא מחויב לרעיונות דמוקרטיים.

מבחינה משפטית הקייס הזה מאוד קשה, יש טיעונים לכאן ולכאן, בין היתר שבמישור של שליטה אפקטיבית, הרשות הפלסטינית לוקה בחסר ברמות מאוד משמעותיות. זה מחזיר לשאלה האם יש מצב עובדתי של כיבוש. לפני 4 חודשים הפנתה העצרת הכללית שאלה לICJ בנוגע לחוקיות הכיבוש. נדון בכך בהמשך הקורס.

**המדינה ואחריות בינ"ל**

**נחדד מספר עקרונות הרלוונטיים למדינה:**

**ריבונות** – המאפיין הייחודי ביותר של המדינה הוא בכך שהמדינה היא ישות ריבונית במשב"ל. היא נהנית מעצמאות, כך שנק' המוצא של המשב"ל כפי שראינו ב**פס"ד לוטוס** היא שבזירה הבינ"ל, למדינה יש חופש פעולה אלא אם כן יש כלל שמגביל אותה. המדינה נהנית מריבונות גם כלפי חוץ – יש לה חופש פעולה מול מדינות אחרות אלא אם יש כלל שמגביל אותה, וכמובן הריבונות של המדינה מתבטאת כלפי פנים, כשלמדינות יש באופן עקרוני חופש פעולה בתוך השטח שלהן.

**אי התערבות בעניינים פנימיים של מדינות** – למדינה, בצורה הכי פשוטה, יש זכות שלא יתערבו בענייניה הפנימיים. אנחנו רואים זאת באופן ברור ביותר ב**ס' 8 לאמנת מונטווידאו** – לאף מדינה אין זכות להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת. על רקע הניסיונות לרפורמה המשפטית, שרים דרשו שלא יתערבו בעניינים הפנימיים של ישראל. אין חולק שעיקרון זה הוא בגדר דין מנהגי כיום. מהי בעצם התערבות אסורה בעניינים של מדינה אחרת? למשל, התערבויות במערכת הפוליטית כמו התערבות בבחירות, וכן התערבויות במערכת הכלכלית, החברתית והתרבותית. כל הדברים הללו עלולים לעלות לכדי התערבות לא לגיטימית, אסורה. זה לא באמת מצליח להישמר בפועל, בפרט בעולם גלובלי, עם רשתות חברתיות ועם תלות של מדינות באחרות (כמו של ישראל בארה"ב).

**עקרון השוויון הריבוני –** קשור בקשר אדוק לעיקרון הריבונות. מדינות, מתוקף היותן מדינות ריבוניות, הן שוויוניות בזכויות ובחובות שלהן בזירה הבינ"ל. עקרון זה בא לידי ביטוי ב**ס' 4 לאמנת מונטווידאו** – "כל המדינות שוות בזירה הבינ"ל". מכוח עיקרון זה בין היתר ישנה חסינות ריבון בבתי משפט מדינתיים, כלומר, מדינה אחת לא יכולה לשפוט בבתי הדין המדינתיים שלה מדינה אחרת. עם זאת, הרבה פעמים השוויון הוא שוויון פורמלי, וכבר היום נראה מקום בו אי השוויון זועק. יש חמש מדינות שהן בסטטוס אחר במועצת הביטחון – רק הן יכולות להטיל וטו וכו'.

**עיקרון השלמות הטריטוריאלית** – מדינה ריבונית נהנית מעקרון השלמות הטריטוריאלית. זה בא לידי ביטוי ב**ס' 2(4) למגילת האו"ם**, שאוסר על שימוש בכוח או על איום על שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית של מדינה. בגלל העיקרון המקודש הזה, כפי שכבר ראינו, אף מדינה לא מכירה בסומלילנד כמדינה, בגלל אי הרצון לפגוע בשלמותה הטריטוריאלית של סומליה ממנה סומלילנד רוצה לפרוש.

זכויות נוספות שרק מדינות זכאיות להן: **זכות שיפוט לכל מה שנעשה בשטח של המדינה,** **הזכות להגנה עצמית** – עליה נדבר בהרחבה בהמשך.

**כללי אחריות בינלאומית:**

מדינה עשויה לשאת באחריות בגין הפרה של חובה תחת המשב"ל. כאן נכנסים לנו כללים מאוד חשובים שנקראים כללי אחריות בינלאומית. הכללים האלה הם מה שאנו מכנים כללים מסדר שני – נכנסים לפעולה מקום שבו מופרים כללים מסדר ראשון. למשל, ב24/2/2022 רוסיה פולשת לאוקראינה, רוסיה מפרה בין היתר את עקרון השלמות הטריטוריאלית שאוקראינה כמדינה ריבונית זכאית לו. האיסור לפגוע בשלמות הטריטוריאלית של המדינה הוא כלל מסדר ראשון. ברגע שזה קרה, אז נכנסים לפעולה הכללים מסדר שני – כללי אחריות מדינה, שעונים לנו בין היתר על השאלות הללו: האם ניתן לייחס את הפעילות הזו לרוסיה? האם לרוסיה יש בסיס מוצדק להפרה? מהן ההשלכות המשפטיות של ההפרה.

הכללים האלה, מעוגנים במשהו מאוד מוזר – **טיוטת כללים בדבר האחריות של מדינות לעוולות בינלאומיות**. מדובר בטיוטה של אמנה, שהעצרת הכללית אי שם בשנות ה50 ביקשה מגוף מאוד חשוב במשב"ל **ILC** (=אחד הגופים של האו"ם שמופקד על הפיתוח המתמשך של המשב"ל) לנסח לה טיוטה של אמנה שתוכנה יספק מענה על השאלה – מה קורה כשמדינה מפרה כלל של המשב"ל? אכן, אחרי הרבה טיוטות, הILC משחררת את הטיוטה האחרונה בשנת 2001. כיום, אין עוררין על כך שהגם שהטיוטה הזו מעולם לא הפכה לאמנה רשמית (אף מדינה לא הצטרפה אליה), היא משקפת דין מנהגי, החל על כולם (על כל מדינות העולם).

**כללי הILC**

**ס' 1** – **העיקרון המנחה: על הפרה יש אחריות**.

**ס' 2** – **מתי תקום למדינה אחריות בינלאומית?** כשמתקיימים 3 תנאים מצטברים:

1. **מעשה או מחדל** –

הפרה של המשב"ל יכולה להיעשות הן במעשה והן במחדל. למשל, אם מדובר על איסור שימוש בכוח ורוסיה משתמשת בכוח ופולשת לאוקראינה הרי שהיא הפרה את המשב"ל במעשה אקטיבי. אולם, מדינה יכולה להפר את המשב"ל גם בדרך של מחדל. למשל, על מדינה מוטלת החובה למנוע רצח עם, ומוטלת עליה גם החובה להעניש את מי שמעורב ברצח עם – לפי **אמנת הג'נוסייד**, אם מדינה נמצאת בפוזיציה שהיא יכולה למנוע רצח עם והיא לא עושה זאת היא עשויה להפר את המשב"ל בדרך של מחדל.

1. **המעשה מהווה הפרה של כלל ראשוני של המשב"ל** –

**ס' 3**: סיווג התנהגות המדינה כהפרה נקבע על ידי המשפט הבינלאומי ולא על ידי הדין הפנימי. מדינה לא יכולה להישען על ידי הדין הפנימי שלה, זה לא מעניין את המשב"ל, המשב"ל יקבע האם מעשה מסוים של מדינה מהווה או לא מהווה הפרה **רק לפי הדינים הבינלאומיים עצמם**. זה קבוע גם ב**ס' 3 לכללי הILC**,גם ב**ס' 32 לכללי הILC** וב**ס' 27 לאמנת וינה בדבר דיני האמנות**.

1. **המעשה מיוחס למדינה על פי המשב"ל** –

שאלת מליון הדולר באחריות הבינלאומית היא שאלת הייחס – אנו מדברים על הטלת אחריות בינלאומית על המדינה. אולם, המדינה היא לא אדם, היא דבר מלאכותי, מופשט, שלא באמת ניתן להטיל עליו אחריות. אחריות מוטלת על אנשים הפועלים בשם המדינה. עולה השאלה אם המדינה ישות מופשטת, איזה פעולות ניתן לייחס לה? **פרק 2 לחלק אחד של כללי הILC** עוסק בכך. הייחוס הוא מבחן משפטי – הוא מבחן שבאמצעותו אנו מאתרים את הזיקות שקושרות בין מעשה/ מחדל מסוים לבין המדינה. נקודה חשובה והיא נקודת המוצא שלנו – המדינה אינה נושאת באחריות גנרית כללית מקיפה על כל מה שאזרח או תושב בשטח המדינה שלה עושה, מאחר שזו נקודת המוצא, עולה השאלה מהי הזיקה שנדרשת בין מי שמבצע את ההתנהגות לבין המדינה?

**זיקה מוסדית** – הזיקה הכי פשוטה, כאשר מדובר באורגנים של המדינה. **ס' 4 לכללי הILC** אומר: התנהגות של אורגן של המדינה מיוחסת לה. כאשר פעולות של מי שאינם אורגנים של המדינה הן פעולות פרטיות. אורגנים הם – שרים, אנשי צבא, אנשי המנהל הציבורי, רוה"מ, נשיא המדינה, וכדומה. אין חשיבות לדרגה בהיררכיה השלטונית, כלומר לא משנה כמה אותו אדם בכיר בהיררכיה המדינתית. זה יכול להיות חייל פשוט שיביא לכך שהמדינה תישא באחריות בינלאומית ובאותה מידה גם הרמטכ"ל.

**איך יודעים מיהו אורגן**? **ס' 4(2)** – **עפ"י הדין הפנימי של המדינה אנו נדע מיהו אורגן של המדינה**. כלומר בדיקה בחקיקה. אבל, לא רק לפי הדין הפנימי, נסתכל גם על הפרקטיקה שלפעמים מספרת לנו הרבה יותר – נסתכל על **תפקידים שאנשים ממלאים בפועל**. יכול להיות שמדינה לא מעדכנת מעת לעת מיהם האורגנים שלה ולכן לא הגיוני שנסתכל רק על הדין הפנימי.

הנושא הזה עלה בצורה מאוד ברורה בפרשה מפורסמת – **פרשת הג'נוסייד** (**בוסניה נ' סרביה**): שם עולה השאלה האם ניתן לייחס לסרביה פעולות של ישות מיליטנטית שנקראת VRS שביצעה רצח עם נגד בוסנים מוסלמים במסגרת המלחמה ביוגוסלביה ב1995, ולכן כדי שבוסניה תצליח בתביעה היא חייבת שייחסו את פעולות הVRS לסרביה. הICJ אומר שילך לבדוק האם הVRS היה אורגן של סרביה למרות שלא היה לכך עדות בדין הפנימי עצמו. הICJ אומר לנו – הדין הפנימי לא רק על פיו יקום וייפול דבר, אנו נסתכל גם על הפרקטיקה. הוא ממשיך ואומר ש**גורמים פרטיים כמו הVRS יכולים להיחשב אורגנים דה פקטו, אבל, רק אם הם פועלים תחת "תלות מלאה" במדינה**. **זהו רף מאוד גבוה**. אם תראו לנו שהVRS פעלו תחת תלות מלאה בממשלת יוגוסלביה, אז נכיר בזה שהוא אורגן, אבל במקרה הזה הICJ מגיע למסקנה שהVRS לא פעלו תחת תלות מלאה, ולכן הוא לא עמד ברף הגבוה של תלות מלאה כדי להיחשב אורגן.

**ס' 5 לכללי הILC** מרחיב ואומר שגם גופים שאינם אורגנים, אבל מוסמכים על ידי המדינה לבצע פונקציות ממשלתיות, גם את הפעולות שלהם נוכל לייחס למדינה. **הסעיף הזה מגיע על רקע מגמה גוברת בעשרות השנים האחרונות של הפרטה.** למשל, בארה"ב בתי הסוהר הם פרטיים לחלוטין (בשונה מישראל). אולם, לא הגיוני שאם חל טבח משמעותי בבית סוהר, לא הגיוני שהמדינה תתנער מאחריות. יש כאן פונקציות ממשלתיות, ולכן אנו עדיין נוכל לייחס את המעשים של האנשים שנושאים בפונקציות הללו למדינה. זה קורה גם בחברות אבטחה פרטיות, ביקורת גבולות וכדומה. **בעצם, אומרים למדינה – גם הדברים שהפרטת, אם נזהה בהם פונקציות מדינתיות, המעשים עשויים להיות מיוחסים לך**. הרציונל הוא שהמדינה פועלת דרך בעלי התפקידים הללו שממלאים תפקיד ציבורי ולכן ניתן ליחס את הפעילות שלהם למדינה.

**אחריות המדינה לפעילות של אורגנים:**

אמרנו שפעולות של אורגנים אפשר לייחס למדינה, אבל ההיגיון אומר שלא כל התנהגות של אורגן באשר היא נייחס למדינה. **כדי שנייחס פעולה של אורגן למדינה נדרש שהאורגן ביצע את הפעילות המדוברת "במסגרת כשרותו" כאורגן**. למשל, כדי שיהיה אפשר לייחס את פעולה הרמטכ"ל למדינה, יהיה ניתן לעשות זאת רק כאשר הוא ביצע את הפעילות בכשרותו כאורגן של המדינה ולא כאדם פרטי.

לכך שני מבחנים, משלימים ולאו דווקא מצטברים:

1. **מבחן הזיקה המהותית** – **האם קיימת זיקה בין תפקיד האורגן לפעולה שבוצעה**? למשל, אם הרמטכ"ל הורה על ביצוע סיכול ממוקד, מתקיים מבחן הזיקה המהותית, שכן ההוראה היא מתוקף תפקידו.
2. **מבחן הסמכות הנחזית** – **האם הסממנים החיצוניים של מבצע הפעולה מורים כי הוא פעל במסגרת תפקידו כאורגן של המדינה**? למשל, האם אדם לבש מדי משטרה בזמן שעשה פעולה מסוימת, זה יעזור להבין האם באותה סיטואציה הוא פעל במסגרת כשרותו כאורגן.

עולה השאלה המעניינת האם גם כשאורגן פעל תוך חריגה מסמכות עדיין יהיה אפשר לייחס את הפעולה שלו למדינה?

**חריגה מסמכות** –

* **כאשר מבצע פעולה ביצע אותה שלא בתחום סמכותו.** למשל, אישור סיכול ממוקד ע"י השר לעניינים אסטרטגיים ולא ע"י שר הביטחון.
* מקרים אחרים הם **כשפעולה מבוצעת תוך הפרת הוראות שניתנו מגורם מוסמך.** למשל, הרמטכ"ל נתן הוראה שאסור לבצע ביזה, וחייל בכל זאת עשה כן, מדובר בחריגה מסמכות של החייל.

האם המדינה גם במצבים האלה תישא באחריות בינלאומית על המעשים של אותו אורגן? **ס' 7** לא נותן למדינה לצאת מהמקרים האלה של חריגה מסמכות ואומר באופן ברור – גם אם האורגן חרג מסמכותו, כל עוד הוא פעל בכשרות, ההתנהגות שלו תיוחס לך. במילים אחרות, **חריגה מסמכות לא פוטרת את המדינה מנשיאה באחריות.**

מה הרציונליים לכך?

1. מניעת ניסיונות של מדינה להתחמק מאחריות בגין התנהגות אסורה.
2. המדינה הינה בד"כ "כיס עמוק" ומוצדק שתפצה בגין נזקים שיכלה למנוע.
3. למדינה יש אחריות להכשיר את האורגנים שלה כמו שצריך ולפקח על מעשיהם.

**אחריות המדינה לפעילות אנשים פרטיים**:

נקודת המוצא כפי שאמרנו היא שהמדינה לא נושאת באחריות כללית על כל הפעולות שאזרחים ואנשים מבצעים בשטחה. לכן, כשאין לנו זיקה מוסדית כמו בין מדינה לאורגן ובכל זאת רוצים לייחס פעולות של אנשים במקרים מסוימים למדינה, צריך להוכיח זיקה מוסדית הרלוונטית רק בעולם של אורגנים. דבר זה לא נעלם מעיניהם של מנסחי כללי הILC, הם הבינו שיכולות להיות סיטואציות מאתגרות והם ייחדו לכך כללים ספציפיים:

1. **ס' 8 לכללי הILC** – לפיו, **נוכל לייחס למדינה את ההתנהגות של אנשים שקיבלו הנחיות מהמדינה או היו נתונים לשליטתה**.
2. **ס' 11** – אנו **נוכל לייחס פעולות של אנשים פרטיים למדינה מקום שבו המדינה הכירה במעשים האלה ואימצה אותם בדיעבד**.

**דוגמה לס' 8** – **פס"ד ניקרגואה** (1986): בשנות ה80 יש מלחמת אזרחים בניקרגואה. מול הממשלה הזו פועל ארגון מורדים שנקרא הקונטרס וכנראה יש קשר די קרוב בינו לבין ממשלת ארה"ב – צבא ארה"ב מאמן חלק מהלוחמים של הקונטרס, ממשלת ארה"ב מעניקה ציוד צבאי כדי לתמוך במלחמה שלהם מול ניקרגואה וכן הלאה. ניקרגואה כמובן לא אוהבת את ההתערבות בעניינים הפנימים שלה ומגישה תביעה לICJ. נכון לזמן הגשת התביעה, ארה"ב, המעצמה הגדולה, הייתה אחת המדינות שנתנה לבית הדין הסכמה לכל תיק שמדינה אחרת רוצה להביא נגדה לICJ. היא נתנה לICJ סמכות שיפוט מחייבת בעניינה, ולכן ניקרגואה תובעת בצורה מאוד קלה את ארה"ב בICJ. לאחר מכן ארה"ב ביטלה את הסמכות השיפוט המחייבת לICJ. מה שניקרגואה ניסתה לטעון כאן: הקונטרס אמנם היו אנשים פרטיים, אין ספק שהם לא היו אורגנים של ארה"ב, אלא שבמהלך המלחמה הם פעלו תחת ההנחיות ותחת השליטה של ממשלת ארה"ב. בית הדין קובע שכדי שמדינה תהיה אחראית לפעולות של גורמים פרטיים, לא די בסיוע, המדינה צריכה באופן ממשי להכווין את הפעולות של אותם אנשים פרטיים. בית הדין מציג לנו את **מבחן השליטה האפקטיבית** – **כדי שמדינה תישא באחריות על פעולות של אנשים פרטיים צריך להראות שליטה אפקטיבית של המדינה על הפעולות הצבאיות של הארגון**. במקרה זה רוב פעולות הארגון אינן ניתנות לייחוס לארה"ב. בית הדין זכה להרבה ביקורות על הפסק הזה, משום שבגלל הרף הגבוה לא הצליחו לייחס את הפעולות לארה"ב.

לאחר מכן, ישנו פס"ד מאוד מעניין של ה**ICTY** (ביה"ד בינ"ל פלילי) – **פס"ד טאדיץ'** (1999): טאדיץ' ביצע פשעי מלחמה. הICTY הוא בית דין בינלאומי שהקימה מועצת הביטחון באופן ספציפי למלחמה ביוגוסלביה. באותו מקרה, רצו לייחס פעולות של כל מיני מיליציות שפעלו בבוסניה לסרביה. כן הצליחו להראות שסרביה, מימנה, קבעה יעדים אסטרטגיים וכו' בבוסניה. הICTY אומר שהICJ דיבר על מבחן של שליטה אפקטיבית אבל המבחן הזה לא נראה לי. לכן, הוא החליט שצריך לאמץ מבחן בדרגת חומרה הרבה יותר קלה, **מבחן השליטה הכללית** – הICTY אומר **כדי שאנו נייחס פעולות של אנשים פרטיים למדינה, נדרש להראות שבאופן כללי סרביה מימנה, סרביה הנחתה, וכדומה**. אבל ממש לא צריך להראות הנחיה ושליטה בכל פעולה ופעולה של המיליציות האלה. היו מי שבירכו על הפסק הזה, כמובן שהICJ רק חיכה להזדמנות לתקן את הדבר.

ב2007, כאשר **תיק הג'נוסייד** מגיע לפתחו של הICJ, הוא נותן מניפסט שלם על כך שהICTY לא מבין במשפט בינלאומי כללי, **וכל מה שהוא אמר רלוונטי רק לאותו תיק, וכשאנו רוצים לייחס פעולות של אנשים פרטיים למדינה, המבחן הקובע הוא מבחן השליטה האפקטיבית משנת 86**. ישנה השבה על כנו של מבחן השליטה האפקטיבית תוך דחיית מבחן השליטה הכוללת.

**דוגמה לס' 11** – הדוגמה היא בפרשה מאוד מפורסמת, **פרשת הסגל הדיפלומטי והקונסולרי בטהרן**: ארה"ב תובעת את איראן. באותו מקרה לא היה עוררין על כך שמי שהשתלט וחטף את הסגל הקונסולרי היו המוני סטודנטים איראנים בטהרן. על פניו לא היה לממשלת איראן שום דבר עם האירוע הזה כשהוא התחיל, אבל מה שקרה בסמוך ולאחר המקרה הזה, הוא שהממשלה והמנהיגים בטהרן ממש משבחים, ומאשרים את הפעולה הזו. הדבר לא נעלם מהICJ, הוא רואה איך ממשלת איראן מסתכלת על האירועים בטהרן לאחר המקרה ורואה שהם ממש שיבחו ועודדו את הפעולה הזו, ולכן הוא אומר שאת פעולת הסטודנטים האלה אפשר לייחס לממשלת איראן.

**חריגים לאחריות בינלאומית:**

עד עכשיו אמרנו באיזה מצבים אנו עשויים להשית על מדינה אחריות בינלאומית בגין הפרה של המשב"ל. אולם, כמו בכל מקום במשפט, גם לאחריות עשויים להיות מצבים של חריגים שיתקיימו ויסירו את האחריות מהמדינה.

ישנם שישה חריגים מופיעים ב**ס' 20-25 לכללי הILC**:

* **הסכמה** – אמיתית ולא כפויה של המדינה.
* **הגנה עצמית** – מדינה עשויה להפר כלל של המשפט הבינלאומי אבל לטעון שפעלה מתוך הגנה עצמית, נדבר בהרחבה בהמשך.
* **צעדי גמול** – מדובר על צעדים חד צדדים שלא קשורים בשימוש בכוח במלחמה, שנוקטת מדינה בתגובה לפגיעה מוקדמת בזכויותיה על פי דין, כמו סנקציות כלכליות. למשל, שתי מדינות שיש להן גבול ימי משותף, מדינה אחת מתחילה לזהם ולהזרים שפכים לים וגורמת נזק משמעותי למדינה האחרת. המדינה המזדהמת מתריעה והמדינה המזהמת לא מפסיקה את ההפרה. המדינה שכלפיה מפרים אומרת שיש כאן הפרה ושהיא נוקטת בצעדי גמול – סנקציות כלכליות עד שהמדינה המזהמת תפסיק את ההפרה שלה. כדי שצעדי גמול יהיו חוקיים לפי כללי הILC עליהם לעמוד בכמה תנאים (**פרק 2 לחלק 3 לטיוטה**):
1. עליהם להיות מופנים רק נגד המדינה שאחראית להפרה (בדוגמה שלנו רק נגד המדינה המזהמת).
2. מטרת הצעדים היא לגרום למדינה לחזור לציית לחובותיה (להפסיק את זיהום הים).
3. באופן זמני בלבד + שיאפשר חידוש הציוות לכללי המשב"ל.
4. צעדי הגמול צריכים להיות מידתיים, פרופורציונליים ביחס לנזק שנגרם כתוצאה מההפרה של המדינה את חובותיה.
5. יש להפסיק אמצעי הגמול באחת מעת שהמדינה הפוגעת חזרה לציית לחובותיה.
* **כוח עליון** – כוח שאי אפשר להתנגד לו או מאורע שלא ניתן לחזותו, שהוא מעבד לשליטת המדינה ושהופך ביצוע החובה לבלתי אפשרי. למשל מטוס שחודר למדינה שאין לו עמה הסכם, אבל עשה זאת בגלל מזג אויר קיצוני, כך המדינה לא תישא באחריות להפרת המרחב האווירי.
* **מצוקה**.
* **צורך** – המדינה לא תישא באחריות להפרה של המשב"ל מקום בו מדובר בפעולה שנועדה להגן על אינטרסים חיוניים שלה. למשל, שמירה על הסדר הציבורי, שמירה על הביטחון, במצבי משבר כלכלי. יש מספר תנאים להתקיימות הגנת הצורך:
1. זוהי הדרך היחידה למנוע סכנה חמורה ומיידית.
2. הפעולה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או כלפי הקהילה הבינלאומית.
3. המדינה לא תרמה להיווצרות הצורך בהתנהגותה.

דוגמה למשבר כלכלי – בראשית שנות ה2000 פוקד את ארגנטינה משבר כלכלי מאוד גדול. ארגנטינה מלאימה הרבה רכוש של משקיעים זרים שהגיעו אליה, ובנוסף היא גם משנה במהירות הבזק הרבה מאוד מהחקיקה שלה באופן שפוגע מאוד במשקיעים זרים. משקיעים זרים רבים היו מוגנים ע"י אמנות השקעה בינלאומיות שמדינות המוצא שלהן חתמו עליהן עם ארגנטינה. ברגע שעוברת החקיקה שפוגעת בהם, המשקיעים הזרים פונים לטריבונל הבינלאומי להשקעות ותובעם את ארגנטינה. ארגנטינה טוענת נכון פגעתי בכם, אבל עשיתי את זה תוך כדי שעומדת לי הגנת הצורך – נקלעתי למשבר כלכלי שמעולם לא נקלעתי אליו, הייתי צריכה להגן על אינטרסים חיוניים שלי. מה שמעניין הוא שהטריבונלים פסקו באופן שונה בתיקים מאוד דומים – חלק אימצו את הטענה של ארגנטינה וטענו שאכן עומדת לה הגנת הצורך ושהיא לא תרמה להיווצרות המשבר הכלכלי. לעומת זאת, טריבונלים אחרים טענו שלא עומדת לה הגנת הצורך כי ההתנהגות הכלכלית שלה תרמה להיווצרות המשבר הכלכלי ולכן עליה לשאת באחריות הבינלאומית על ההפרות שלה.

**ארגונים בינלאומיים**

עם השנים התווספו עוד שחקנים לזירה הבינ"ל, מעבר למדינה. ארגונים בינלאומיים הם שחקן שהחשיבות שלו בזירה הבינלאומית הולכת וגדלה. בעשרות השנים האחרונות, מאז מלחמת העולם השנייה היה גידול אדיר במספר הארגונים הבינלאומיים.

**חוק הצפיפות של** **אבי-סאאב**, אחד המלומדים הבינ"ל הבולטים(1999): "כל רמה של צפיפות נורמטיבית בזירה הבינלאומית מחייבת רמה מתאימה של צפיפות מוסדית". במילים אחרות, הוא אומר שעל רקע הריבוי האדיר של הנורמות במשב"ל, בפרט מאז שנות ה90, וההתפשטות של המשב"ל בתחומים שבעבר המשפט המדינתי היה מסדיר אותם (דיני השקעות, סביבה, וכדומה), באופן בלתי נמנע היינו עדים לצפיפות הולכת וגוברת גם ברמה המוסדית. למה צריך היה גם רמה מוסדית תואמת? כדי לנהל את האדמיניסטרציה של ההסדרים הבינלאומיים וגם לאכוף את העושר הרב של הדינים הבינלאומיים. חוק הצפיפות הזה מתייחס לצפיפות המוסדית ההולכת וגוברת בזירה הבינלאומית שבה אנו רואים יותר ארגונים בינלאומיים וגם יותר מוסדות שיפוט בינלאומיים.

הריבוי הזה של ארגונים בינלאומיים הוא לא רק מספרי, הוא גם ברמת האיכות. לאורך ציר הזמן אנו רואים שהסמכויות של ארגונים בינלאומיים הולכות ומתרחבות. לכן, מה שקורה, בפרט ב25 שנים האחרונות, הוא שמתחיל להתקבע מונח של ממשל גלובלי. יש לנו ערב רב של מוסדות בינלאומיים, שמסדירים היבטים מאוד מאוד משמעותיים בחיים שלנו, הרבה פעמים בלי שבכלל נדע שמוסד בינלאומי עושה זאת. לכן, היום אנו מדברים לא רק על ממשל בתוך מדינה שכל אחד כפוף לו, אלא על ממשל הרבה יותר מפוזר (לא על ממשלה מרכזית פורמלית), שמורכב מהרבה ארגונים בינלאומיים.

נאיר כמה היבטים חשובים במיוחד בארגונים בינלאומיים:

1. **פונקציה** –

יש ארגונים, הבולט שבהם הוא האו"ם, להם סמכויות בתחומים מאוד נרחבים – שלום, ביטחון, כלכלה, סביבה וכו'. אולם, הרוב המוחלט של ארגונים בינלאומיים הם סקטוריאליים. דוגמאות:

* **WTO** – ארגון הסחר העולמי. הוא הרגולטור של הסחר הבינלאומי.
* **ארגון נטו** – ברית של כמה מדינות שהתאגדו יחד ואמרו שאם אחת תהיה תחת איום בטחוני, כולנו נבוא לעזר, בעצם מדובר בארגון בתחום הביטחון.
* **איגוד הבריאות העולמי** – ממוקד בתחום הבריאות. שיתוף פעולה הוא קריטי בעולם הבריאות, כי וירוס לא מבחין בין גבולות (כמו מגיפת הקורונה). לכן חייבים ארגון בינלאומי שאליו יהיו חובות דיווח. הארגון הזה גם חותם על אמנות – אמנה שמנסה להביא לצמצום העישון בעולם.
* **ארגון העבודה העולמי** – יוצר סטנדרטים בתחום העבודה.
* **WIPO** – ארגון בינ"ל לקניין רוחני.
1. **הרכב החברות** –

מורכב מארגונים אוניברסליים ומותנים.

* **ארגונים אוניברסליים** – חלק מהארגונים הם אוניברסליים, הם פתוחים עקרונית לכלל מדינות העולם. האו"ם הוא כזה, ארגון העבודה העולמי וכו'.
* **ארגונים מותנים** – יש ארגונים שהם מצומצמים לאזורים גיאוגרפים מסוימים, למשל האיחוד האירופי. ארגונים שהכניסה אליהם היא מותנית, על מדינות הרוצות להכניס אליהם לעמוד בתנאים מסוימים. למשל, לWTO מדינה יכולה להתקבל רק לאחר שיש הסכמה של כל המדינות החברות האחרות בWTO. ארגון נוסף הוא OPEC ארגון של המדינות היצואניות של הנפט, מדינות החברות בה חייבות שיהיה להן מאגרי נפט כדי שבכלל יוכלו להכנס אליו.
1. **טיב התפקיד של ארגונים בינ"ל** –
* **פוליטי/ טכני** – האו"ם הוא ארגון פוליטי, לעומתו, ICAO ארגון התעופה האזרחית העולמי הוא יותר טכני, הוא קובע באופן תדיר את הסטנדרטים שחברות תעופה צריכות לעמוד בהם.
* **אופי הסמכויות** – יש ארגונים שיש להם סמכות לכפות החלטות על מדינות, למשל האיחוד האירופי. אבל הרבה ארגונים בינלאומיים ממשיכים לעבוד באופן יותר מסורתי, במסגרתו החלטות מתקבלות יותר בקונצנזוס בהסכמת המדינות החברות.

**מהו ארגון בינלאומי?**

זהו ארגון שמוקם באמצעות אמנה (מגילת האו"ם, הסכם הWTO). לארגונים בינלאומיים יש אישיות משפטית נפרדת משל המדינות המקימות אותם. מדובר בארגון קבוע שיש לו מוסדות עצמאיים מהמדינות שהקימו אותו. ברגע שהוא הוקם הוא הופך לשחקן בינלאומי בזכות עצמו ולא כפוף לאף מדינה כזו או אחרת במישור המשפטי. יש לו מוסדות עצמאיים, זכויות וחובות נפרדים מאלו של המדינות שהקימו אותו.

למה מדינות מקימות שחקן חדש בזירה הבינלאומית שהן אמורות להישמע לו? הרי על ידי כך הן מאפשרות כרסום בריבונות שלהן. התשובה היא שכשהן באות לכונן ארגון בינלאומי הן באות לכונן גוף חדש שאמור **לסייע למדינות להשיג יעדים משותפים.** בעולם שבו מדינות רוצות למנוע התפשטות של פנדמיה, זה האינטרס המשותף שלהן שיהיה ארגון כמו ארגון הבריאות העולמי. מדינות מקימות ארגונים בינלאומיים כדי לקדם את האינטרסים המשותפים שלהן. בגלל הסיבה הזו הן מוכנות לכרסום בריבונות שתמיד מתלווה לזה שמקימים ארגון בינלאומי.

מיהן המדינות שחברות בארגון בינלאומי? התמונה היא בד"כ כזו: מ1986-1994 מדינות נושאות ונותנות על הקמתו של הWTO. כל המדינות שהיו שותפות למו"מ הזה ולגיבוש הסכם הWTO, הצטרפו להסכם ברגע שהוא נפתח לחתימה והפכו באופן אוטומטי לחברות בארגון הסחר העולמי. היום, חברות בו 164 מדינות, מאז 1995 הצטרפו 36 מדינות אליו. כדי שהן יצטרפו עליהן לעמוד בשני תנאים:

* **קודם כל צריך שהן יהיו מדינות.**
* **יש לבדוק האם המדינה עומדת בתנאים השונים להצטרפות לארגון הספציפי**. תנאי ההצטרפות משתנים מארגון לארגון.

**סמכויותיהם של ארגונים בינלאומיים**:

קודם אמרנו שאחת הפריבילגיות של המדינה היא שבזירה הבינלאומית כל מה שלא נאסר על המדינה, מותר לה. בארגונים בינלאומיים המשוואה הפוכה – **לארגון בינלאומי יש את הסמכות במה שבדיוק הוגדר לו, מה שלא הוגדר לו אין לו את הסמכות לעסוק בו**. לכן אנו מדברים על סמכות מפורשת שניתנה להם – למשל, למועצת הביטחון הוענקה הסמכות להטיל סנקציות במקרים של הפרת הביטחון. לנטו יש את הסמכות המפורשת להפעיל כוח צבאי במקרים מסוימים. אבל, דרך הפסיקה בעיקר של הICJ, התפתחה דוקטרינה שלארגונים בינלאומיים יש גם סמכות משתמעת ולא רק מפורשת, מכוח עיקרון שנקרא EFFECT UTILE.

**מעמד החלטות של ארגונים בינלאומיים**:

לרוב, מעמד ההחלטות של ארגונים בינלאומיים הוא בגדר המלצות, העצרת הכללית נותנת המלצות, לפיכך, לא מדובר בדין מחייב. זה לא אומר שאין לכך חשיבות, אבל כעניין משפטי דוקטרינרי לא מדובר בדין מחייב בכל המקרים. אולם, יש חוקות של ארגונים בינלאומיים שמסמיכות אותם לקבל החלטות מחייבות. למשל **ס' 25 למגילת האו"ם** קובע שלמועצת היבטחון יש סמכות לקבל החלטות שמחייבות את כל מדינות העולם. דוגמה נוספת, אותו ארגון איזוטרי לכאורה הICAO, הוא ארגון שהמדינות האצילו אליו סמכות לקבל החלטות שמחייבות את כל המדינות.

מה התיאוריה שעומדת מאחורי זה? מדינה ריבונית עשתה מהלך של האצלה של היכולת של ארגון בינלאומי לקבל החלטות שיחייבו את המדינות שחברות. כלומר המדינה מתוקף הריבונות שלה נתנה לארגון בינ"ל סמכות לקבל החלטות שעשויות לצמצם את הריבונות שלה.

**ארגון האומות המאוחדות – האו"ם**:

ב26/6/1945 ממש לאחר סיום מלחמת העולם השנייה, יש רגע מכונן בזירה הבינלאומית. חמישים מדינות מגיעות לועידת סן פרנסיסקו שבסופו מגובשת מגילת האו"ם במטרה להביא לקץ המלחמות הנוראיות שהיינו עדים להם בתחילת המאה ה20. מגילת האו"ם מקימה את הארגון המפורסם ביותר – ארגון האומות המאוחדות. לפניו, היה את חבר הלאומים, הוא היה ארגון חסר שיניים, יותר מכך, ארה"ב מעולם לא הצטרפה אליו. לגבי האו"ם, מדובר בסיפור אחר לגמרי שבמסגרת הקמתו מנסים לתקן חלק מהחולאים שהיו מיוחסים לחבר הלאומים.

**ס' 1 למגילת האום** פורט לנו את יעדיו –

* קודם כל ומעל הכל **שמירה על השלום והביטחון העולמיים.**
* **קידום יחסי ידידות בין המדינות והשגת שת"פ בינ"ל בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, הומניטריות, וקידום כיבוד זכויות אדם**.

אנו רואים שהס' מאוד רחב, הוא חולש על הרבה תחומים.

כשהאו"ם מוקם 51 מדינות חותמות על מגילת האו"ם, היום מדובר על 193 מדינות. זה הארגון היחידי שהוא אוניברסאלי לחלוטין. כל מדינות העולם הן צד לו (כולל שוויץ שבמשך שנים שמרה על ניטרליות ולא הצטרפה לשורותיו).

איך מדינה רוכשת מעמד של חברות באו"ם? שני שלבים:

1. **המלצה** – החלטה של מועצת הביטחון.
2. **החלטה של העצרת הכללית ברוב של 2/3 של המשתתפים בהצבעה** (לגבי הרשות הפלסטינית רק התנאי הזה חל).

לאו"ם שלושה אורגנים חשובים במיוחד: **העצרת הכללית, מועצת הביטחון והICJ**.

**העצרת הכללית**

העצרת הכללית היא בעצם המליאה של המדינות החברות. לכל מדינה יש נציג שיושב בדיון של העצרת הכללית, ולכל מדינה יש קול אחד – פה מתקיים עקרון השוויון הריבוני. מבחינת סמכויות, העצרת מוסמכת לדון בכל נושא המוסדר במגילת האו"ם, זה מאוד רחב.

ההחלטות שלה הן במעמד של המלצות, הן לא החלטות מחייבות. אבל יש להן השלכות מאוד חשובות בפרקטיקה וביומיום של המשב"ל. לפעמים ההחלטות הללו יכולות להפוך מהחלטות רכות לדין מחייב. למשל, ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם, בתחילה הייתה soft law, והיום אין עוררין על כך שהיא דין מנהגי מחייב.

איך מתקבלות החלטות בעצרת הכללית? בד"כ ברוב קולות (**ס' 18** קובע שהחלטות חשובות מתקבלות ברוב של 2/3 מהמדינות המשתתפות בהצבעה).

**ס' 12 למגילה** – מסייג את מה שנאמר קודם, שהעצרת מוסמכת לדון בכל נושא. כשמועצת הביטחון מפעילה את הסמכויות שלה ביחס לסכסוך או מצב מסוים בעולם, העצרת הכללית לא תמליץ המלצות בנושא זה, אלא אם מועצת הביטחון תבקש ממנה. **בעצם המגילה אומרת שיש כאן סוג של היררכיה, מועצת הביטחון היא זו שמנהלת את העניינים ואם היא פועלת בעניין מסוים, על העצרת לא לפעול שם**.

מהר מאוד הסיפור הזה התפוצץ, העצרת הכללית מנסה לדחוק ולאתגר את מועצת הביטחון לפעול במצבים מסוימים. ב1950 חלה מלחמת קוריאה ומועצת היבטחון משותקת, כי רוסיה יכולה להטיל וטו. במועצת הביטחון ממש רוצים לקבל החלטות, אבל לא מצליחים, ומצד שני מתקיימת מלחמה נוראית. מה עושה העצרת הכללית בהובלת ארה"ב? מקבלת את **החלטה 377** – "מאוחדים למען השלום". העצרת הכללית מקבלת החלטה שאומרת – "כאשר מועצת הביטחון לא יכולה למלא את תפקידיה העיקריים, בשל היעדר הסכמה בין החברות הקבועות, הרי בכל מקרה של הפרה או איום על השלום או מעשה תוקפנות, העצרת הכללית תדון בנושא מתוך מגמה להציע הצעות לחברות לפעולות משותפות לרבות שימוש בכוח צבאי אם נדרש". זו הייתה החלטה מעבר לכל דמיון ורק בשנה החמישית לקיומו של האו"ם. בעצם, כשיש מצב של איום על השלום העולמי ומועצת הביטחון מנוטרלת מלפעול בגלל זכות הוטו של החברות הקבועות, העצרת הכללית יכולה להיכנס לפעולה ובין היתר יכולה לכנס מושבי חירום במסגרתם תקבל החלטות ואפילו תמליץ על הפעלת כוח. זה היה מאוד יצירתי. רוסיה רתחה על ההצעה הזו שניסתה לעקוף את מועצת הביטחון. מכוח ההחלטה הזו הוקמו כמה וכמה כוחות של שמירת שלום לאורך השנים.

**מועצת הביטחון**

לחבר הלאומים היו כוונות טובות, אבל כאמור הוא היה גוף נטול שיניים לחלוטין. כשהוקם האו"ם, המטרה הייתה הקמת גוף עם שיניים לניהול הזירה הבינ"ל. המועצה מורכבת מ15 מדינות – חמש הקבועות ועשר הזמניות שנבחרות ברוב של 2/3 אחת לשנתיים עפ"י מפתח חלוקה גיאוגרפית.

הליך קבלת ההחלטות בתוך מועצת הביטחון: לכל חברה על פניו קול אחד. החלטות מתקבלות כך: יש הבנה בין החלטות דיוניות, להן דרוש רוב של 9 מדינות. אבל, על באשר להחלטות מהותיות, לא רק שצריך רוב של 9 מדינות, צריך אי התנגדות של כל חמש המדינות החברות הקבועות – זה מה שנותן את זכות הוטו לחמש המדינות הקבועות. ההתנגדות צריכה להיות אקטיבית. על ההסדר הזה יש המון ביקורת – הקפאת המצב מלפני יותר מ70 שנה. לצד הביקורת, קשה מאוד לשנות את המנגנון הזה.

מה הסמכויות של מועצת הביטחון?

**ס' 24** אומר שהמדינות מסמיכות את המועצה להיות אחראית להבטחת השלום והביטחון הבינלאומיים ולפעול מטעמן בנושאים אלה. שתי סמכויות עיקריות:

1. **ישוב סכסוכים בדרכי שלום** – **פרק 6 למגילה**.
2. **פעולה כנגד איומים נגד השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות** – **פרק 7 למגילה**.
3. **ישוב סכסוכים בדרכי שלום**:

סכסוכם ומחלוקות בינלאומיים שעלולים לערער את השלום והביטחון הבינלאומיים. כשמועצת הביטחון מזהה מצב כזה היא מוסמכת להמליץ לצדדים על נקיטת צעדים לסיום הסכסוך בדרכי שלום. למשל, **החלטה 242** – החלטה מפורסמת מאוד שמתקבלת סמוך למלחמת ששת הימים בנוגע לנסיגת ישראל משטחים. דוגמה נוספת, **החלטה 2334** – החלטה בדבר אי חוקיות של התנחלויות בשטחי איו"ש. ההחלטה הזו מתקבלת תחת פרק 6, וברוב של 14 מדינות. באופן יוצא דופן הממשל האמריקאי נמנע מלהפעיל את זכות הוטו, ולכן ההחלטה עברה ברוב של 14. להחלטה עצמה באותה עת אין ממש השלכות, אבל היא עשויה להדהד ולהשפיע בהמשך.

מעמד ההחלטות: **ס' 25 למגילת האו"ם** – למועצת הביטחון יש סמכות לקבל החלטות מחייבות והמדינות החברות חייבות לציית להחלטות. יש פסיקה מאוד מפורסמת של הICJ שלפיה הדוקטרינה הזו החלטה של מועצת הביטחון יכולה להיות מחייבת גם אם היא לא במסגרת פרק 7. צריך להסתכל על הנוסח של ההחלטה. **כל אימת שמועצת היבטחון עושה שימוש במונחים רכים, החלטות כאלה שמתקבלות תחת פרק 6 הן באמת בגדר המלצות ולא מחייבות**, **אולם כאשר נעשה שימוש במונחים מחייבים, ההחלטות מחייבות.** למשל, **החלטה 2334** היא שעטנז – יש בה מקומות שמועצת הביטחון עושה שימוש בשפה רכה, אותם מקובל לראות אותם כלא מחייבים משפטית, אלא כהמלצות, אולם, באותה החלטה ממש יש גם שימוש במילות קשות – דרישה, החלטה. החלקים האלה הם כן מחייבים, למרות שמדובר בהחלטה תחת פרק 6.

1. **פעולה כנגד איומים נגד השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות**:

**פרק 7** הוא השיניים שמנסחי מגילת האום רצו לתת לאום דרך מועצת הביטחון. קודם כל מבחינה הצהרתית תחת **ס' 39 למגילת האום** – למועצת הביטחון יש סמכות לקבוע שקיים מצב במקום כזה או אחר בעולם שמהוה איום על השלום או הפרה של השלום או מעשה תוקפנות. זה חשוב, כי מרגע שמועצת היבטחון מכריזה הכרזה כזו, צומחות לה סמכויות מאוד משמעותיות. צומחת לה הסמכות להורות על צעדים אופרטיביים לשמירת השלום והשבת הביטחון לקדמותו. בד"כ כשמועצת הביטחון מקבלת החלטה תחת הפרק האופרטיבי הזה היא נוטה לעשות אחד מכמה דברים או את כולם יחד:

* בד"כ היא מציינת במפורש שהיא פועלת תחת פרק 7.
* אם היא לא אמרה במפורש שהיא פועלת תחת פרק 7, אנו נראה התייחסות לסעיפים ספציפיים.
* לא פחות חשוב, כשהיא פועלת תחת פרק 7 מועצת הביטחון מפקידה לעשות שימוש בשפה נוקשה – דורשת, מחליטה, קובעת. זה משדר לנו את הנופח המחייב משפטית של החלטות תחת פרק 7.

דוגמאות למקרים בהם הצהירה מועצת הביטחון תחת ס' 39 על קיום איום על הביטחון והשלום העולמיים:

* ברגע פלישת צבאות ערב לישראל ב1948.
* תקופת המלחמה הקרה – תקופה זו הייתה משותקת כי תמיד מדינות הטילו וטו.
* התעוררות לאחר סיום המלחמה הקרה: פלישת עיראק לכווית, יוגוסלביה, הרבה סכסוכים בתוך אפריקה, כל העניינים האלה מועצת הביטחון קמה ופועלת תחת פרק 7. שינוי דרסטי מכל התקופה של המלחמה הקרה.

ברגע שמועצת הביטחון הכריזה על מצב מסוים כאיום, מה קורה?

היא מוסמכת לאשר שימוש באמצעי אכיפה לצורך השמירה או השבת השלום והביטחון. **ס' 41** מאפשר לה לנקוט בצעדים **לא כוחניים** – ניתוק יחסי מסחר, תקשורת, תעבורה ימית ויבשתית וכדומה. ב1990 פלישת עיראק לכווית, עירק מקבלת סנקציות כלכליות. בין השנים 2006-2008, איראן מקבלת הגבלות על סחר בנשק על ידי מועצת הביטחון, בגלל שאיראן מפתחת נשק גרעיני. 2017 – צפון קוריאה, כפופה לסנקציות סחר שמנטרלות אותה מקשר מכל העולם ומדרדרות את המצב הכלכלי בה.

תחת **ס' 42** מועצת הביטחון מוסמכת לעשות דרדור אמצעים, ואם אלה לא הועילו, היא מוסמכת לנקוט בצעדים כוחניים. למשל, מבצעים אוויריים, ימיים ויבשתיים. מאז ראשית שנות ה90 אישרה שימוש בכוח במספר מקרים: סומליה, האיטי, אלבניה, לוב, אפגניסטן.

יש להדגיש כי ההחלטות הללו שמתקבלות תחת פרק 7 מחייבות את כל מדינות העולם.

**ס' 48** למגילת האום אומר שכל פעולה שדרושה בכדי לקיים החלטות מועצת הביטחון תינקט ע"י חברות האו"ם לפי קביעת המועצה.

**החלטות תחת פרק 7 גוברות גם על האיסור להתערב בענייניהן הפנימיים של מדינות**!

כמו כן, **ס' 103** למגילת האום אומר שהוראות המגילה והחלטות מחייבות שניתנו תחת המגילה, המעמד שלהן הוא מעמד משודרג, הן גוברות על הוראות אחרות במשפט הבינלאומי. החלטות מחייבות של מועצת הביטחון כמו החלטות תחת פרק 7, המעמד שלהן גם הוא משודרג כמעמד מכוח האמנה שהן ניתנו, זה מביא למצב שהן יכולות לגבור על מחויבויות שיש למדינות תחת אמנות אחרות במשב"ל. אם למדינה יש אמנת סחר בילטרלית עם צפון קוריאה, ומועצת הביטחון קיבלה החלטה שאוסרת על סחר עם צפון קוריאה תחת פרק 7, המשמעות היא שהחלטת מועצת הביטחון תחת פרק 7 גוברת על אמנת הסחר הבילטרלית של צפון קוריאה עם המדינה האחרת.

עולה השאלה – מהם הדברים שמועצת הביטחון מוסמכת לעשות ולקבל בגינם החלטות? **למועצת הביטחון יש סמכות מוגדרת, זו לא סמכות פרוצה ובלתי מוגבלת**. הסמכות מוגבלת לפעול בעניינים הספציפיים שמגילת האו"ם הנחתה אותה לעסוק בהם. אולם, מועצת הביטחון פירשה באופן יחסית נרחב את הנושאים שהיא יכולה לעסוק בהם, ואת הסמכויות שצומחות לה מכוח מגילת האו"ם. כמה דברים בולטים במיוחד במסגרת ההרחבה הזו:

* **הלוחמה בטרור** – משנת 2001 לאחר הפיגועים של אל קעידה בארה"ב אנו רואים שמועצת הביטחון נכנסת בכל הכוח כנגד הטרור כאיום על הסדר והשלום הבינ"ל. זה חשוב, כי אמנם בתחום של מאבק בטרור יש כמה אמנות בינלאומיות, אבל הן מאוד נקודתיות – למשל, אמנה בעניין חטיפת מטוסים על ידי ארגוני טרור. מה שאין לנו זו אמנת טרור כוללת, שיש לה אג'נדה סדורה ונותנת כלים משמעותיים מול איומי טרור. ב2001, עומדת מועצת הביטחון ואומרת שאין אמנה סדורה ולכן היא נכנסת וממלאה את החלל הזה. היא מקבלת שורה של החלטות שכל מדינות העולם חייבות לציית להן – חובה למנוע מימון מעשי טרור, להקפיא כספים ולהביא לדין. **בהיעדר החלטות הללו של מועצת הביטחון מכוח פרק 7 למגילת האום, הרבה מהכלים שהקהילה הבינלאומית קיבלה כדי להילחם בטרור לא היו קיימים**! מועצת הביטחון ממלאה את הפער החקיקתי תחת פרק 7 למגילת האום, ומדינות העולם מקבלות את זה בהבנה.
* **הסמכות להקים בתי דין בינלאומיים פליליים** – מכוח פרק 7 מקימה מועצת הביטחון שני בתי דין פליליים בינ"ל מאוד חשובים: **ICTY** – בית הדין ליוגוסלביה, שידון בפשעים הבינלאומיים החמורים שבוצעו לכאורה בשטחי יוגוסלביה. שנה אח"כ חוזרת מועצת הביטחון על הדבר הזה ומקימה את בית הדין הבינלאומי הפלילי **ICTR** – הוקם על רקע מלחמת האזרחים שהייתה ברואנדה. מועצת הביטחון אומרת שבמסגרת הסמכות שלה להשיב את השלום והביטחון הלאומיים על כנם, היא הורתה על הקמת בית דין בינלאומי פלילי. מאז היא חזרה על זה בכל מיני מתארים שונים ומגוונים.

**לסיכום**: כאמור, למועצת הביטחון אין סמכות בלתי מוגבלת לעסוק בכל דבר שהוא, ברור שיש גבולות גזרה, אבל מועצת הביטחון כן מרחיבה מעט את גבולות הגזרה שלה וגם מנכסת לעצמה פונקציות חקיקתיות כפי שראינו בהקשר הטרור. גם בהיבט המוסדי והשיפוטי, מועצת הביטחון ממש משמשת כגוף שבמקרים מאוד מסוימים אפילו מקימה בתי דין בינלאומיים.

**ישוב סכסוכים בדרכי שלום ובתי דין בינלאומיים**

דיברנו על השחקנים במשב"ל – על השחקן המרכזי, הלוא היא המדינה, ועל ארגונים בינ"ל. היום נכיר מוסדות בינ"ל חשובים לא פחות וכאלה שהתחזקו מאוד בשנים האחרונות – בתי דין בינ"ל שפועלים לצד אותם ארגונים בינ"ל (ארגוני הסחר, הסביבה, הבריאות וכו'). ננסה להבין מאיפה הם התפתחו ומה התפקידים שהם ממלאים היום.

היסטורית, בתי דין בינ"ל התפתחו כחלק מענף מאוד חשוב במשב"ל – **הענף של יישוב סכסוכים בדרכי שלום**. הענף הזה מתפתח בסוף המאה ה19 ותחילת המאה ה20, על רקע הסכנה ההולכת וגוברת שגלומה במלחמה ככל שמתפתח העולם בעת המודרנית. מלחמה היא האיום המרכזי שמולו הקהילה הבינ"ל ניצבת בסוף המאה ה19.

מה המצב המשפטי? **עד המאה ה20 מלחמות הן חוקיות במשב"ל**. בנוסף, בגלל התפתחויות טכנולוגיות והמהפכה התעשייתית, פוטנציאל ההרס והנזק שגלום במלחמות רק מחריף עם הזמן. הקהילה הבינ"ל, ומנהיגי המדינות מבינים את זה והם מניעים מהלך לעבר צמצום ההשפעות המזיקות של המלחמה. הם עושים את זה בשלושה ערוצים משלימים:

1. **הגבלת הזכות המשפטית לשימוש בכוח ביחסים הבינ"ל** – מה שמסדיר את הנושא הזה הוא ענף דיני השימוש בכוח. נדבר עליו בהרחבה בהמשך.
2. **הגבלות על אופן ניהול הלחימה** – הטלת מגבלות על סוג הנשק שנעשה בו שימוש, צמצום הנזקים שעשויים להיגרם ללוחמים מכל מיני שיטות לוחמה כאלה ואחרות. האם אפשר לפגוע באזרחים אגב הלחימה? כל זה חוסה תחת הענף של דיני העימות המזויין (או בשמו המקביל – דיני הלחימה).
3. **פיתוח פרוצדורות לישוב סכסוכים בדרכי שלום** – מדינות בוחרות בסוף המאה ה19 לפתח בצורה נמרצת את הענף הזה של דיני ישוב סכסוכים בדרכי שלום. מ1899 ועד 1945 ישנן שורה ארוכה של אמנות בינ"ל שעוסקות בפרוצדורות לישוב סכסוכים בדרכי שלום ויצירת מנגנונים שיפוטיים ואחרים ליישובם. ביניהם: אמנת האג בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום משנת 1899; נוסח מעודכן יותר של האמנה הזו משנת 1907; מגילת האו"ם משנת 1945.

מה גורם לכל הבוסט האדיר הזה בעולם ישוב הסכסוכים בדרכי שלום מסוף המאה ה19? החוט המקשר של כל המהלך הזה והאמנות הרבות שעסקו בכך הוא אמונה מאוד נאיבית מצד מדינות, הוגי דעות ומשפטנים שחושבים שהרבה פעמים מלחמות פורצות בגלל חוסר תקשורת בין מדינות והיעדר הליכים ראויים במסגרתם מדינות יכולות ללבן את העוולות שהן עושות אחת כלפי השנייה. המחשבה הייתה לתת בידי מדינות שלל של פרוצדורת לא אלימות, פרוצדורת ליישוב סכסוכים שהן יוכלו לפנות אליהן, ואם הם יהיו ממוסדים וברורים אז מדינות יפנו פחות ללחימה, זה היה הרעיון שעמד בבסיס החובה ליישב סכסוכים בדרכי שלום במשב"ל.

אנו רואים צעד מאוד חשוב במהלך הזה ב**ס' 12 לאמנת חבר הלאומים** משנת 1919 – ס' זה הוא נדבך מאוד חשוב במיסוד של החובה ליישב סכסוכים בדרכי שלום אבל הוא עצמו **נוקט בלשון מאוד רפה** ולא יצר חובה פוזיטיבית ליישב סכסוכים בדרכי שלום. לפיו, אם יתגלע סכסוך בין מדינות עליהן לנסות לפתור אותו בדרכי שלום, בין במסגרת בוררות או כל מנגנון אחר, ובכל מקרה לא לפנות לדרך המלחמה לפחות שלושה חודשים, כלומר לתת תקופת צינון, אבל אם זה לא יסתייע אז לכאורה אפשר לפנות גם לדרך המלחמה.

מה קיבלנו בעקבות הלשון הרפה של ס' זה (היה אחרי מלחמת העולם הראשונה)? את מלחמת העולם השנייה. הנוסחה הזו כשלה. לאחר מלחמת העולם השנייה, מדינות העולם מנסחות את מגילת האו"ם, אותם נציגים שחתמו על המגילה, היו נחושים למנוע מלחמה עולמית נוספת, בין היתר באמצעות שני סעיפים מאוד חשובים שהכניסו למגילת האו"ם:

**ס' 2(3)** – מדינות **צריכות** ליישב את הסכסוכים ביניהן בדרכי שלום. נוסחה הרבה יותר החלטית וברורה, מעבירה לשון של חובה.

**ס' 2(4)** – לצד החובה ליישב סכסוכים בדרכי שלום, מוסיפים מנסחי מגילת האו"ם **איסור מוחלט מפורש וברור על שימוש בכוח ביחסים הבינ"ל** (יש חריגים לאיסור הזה, אבל מצב ברירת המחדל השתנה).

בכך, מגילת האו"ם מחליפה החלפה נחרצת את הנוסחה הרכה שהייתה במגילת חבר הלאומים.

את **ס' 2(3)** חשוב לקרוא לצד **ס' 33 למגילת האו"ם** – ס' זה מאוד חשוב, הוא עושה כמה דברים חשובים בנוגע ליישוב סכסוכים בדרכי שלום במשב"ל:

1. **מונה רשימה של אמצעים לישוב סכסוכים בדרכי שלום** – את הרשימה הזו נהוג להפריד לשני סוגים של מנגנונים לישוב סכסוכים:
* מנגנונים דיפלומטיים – למשל מו"מ, חקירה, גישור, פישור וכן הלאה. מה מאפיין מנגנונים דיפלומטיים? מי שמכריע בסכסוך הם הצדדים עצמם, אין צד שלישי נפרד, עצמאי שמכריע בסכסוך.
* מנגנונים שיפוטיים – הכרעה בדרך שיפוטית על ידי בית משפט, ובוררות. מה מבדיל את המנגנונים השיפוטיים האלה מהמנגנונים הדיפלומטיים? שצד שלישי מכריע בסכסוך על בסיס נורמות, כללים משפטיים.
1. **המדינות יכולות לבחור** –למדינות יש את האפשרות לבחור באחד המנגנונים שהוצגו לעיל, או בכל מנגנון אחר שהצדדים לסכסוך מסוים עשויים להסכים עליו. כלומר – ס' זה לא קובע לנו פרוצדורה שמכתיבה את הבחירה בין הדרכים השונות לישוב סכסוכים, הוא משאיר את יכולת הבחירה ליישוב הסכסוך למדינות. אם המדינות לא מסכימות על מנגנון מה קורה לסכסוך? הוא יכול להישאר תלוי ועומד. אנו אכן רואים במשך עשרות שנים סכסוכים מתמשכים – למשל, הסכסוך הישראלי פלסטיני.

**נחדד כמה דברים חשובים** – כבר בשיעורים על מקורות המשב"ל ראינו את האופי הוולונטריסטי של המשב"ל. גם באמנה גם במנהג וגם בעקרונות משב"ל, אנו רואים את האופי הוולונטריסטי של המשב"ל. פירוש הדבר הוא, שצריך להיות הסכמה מצידן של מדינות להיות כפופות למקורות המשב"ל. ראינו שבאמנה יש אקט של הסכמה מפורשת, במנהג יש הסכמה קצת יותר חלשה, אבל הסכמה משתמעת, וכל הדבר הזה של הסכמה למקורות המשב"ל ינק מכך שבראשית הדרך המשב"ל נתפס כדבר **וולונטריסטי**. גם בתחום הזה של יישוב סכסוכים אנו רואים את השורשים של המשב"ל בהיבט הוולונטריסטי. באופן מסורתי ההחלטה לפנות ליישוב סכסוכים ולאיזה הליך הייתה פררוגטיבה בידי המדינות. בעיקרון, כל דרכי יישוב הסכסוכים במשב"ל, גם הדיפלומטיים וגם השיפוטיים היו תלויים בהסכמה של המדינות להליך הספציפי, למנגנון הספציפי, כי ההבנה שהמדינות מכפיפות את עצמן למשב"ל, מקום שהן מסכימות לכך. בעולם הוולונטריסטי הזה, בתי דין בינ"ל מתפתחים כיתר המנגנונים כמנגנון וולונטרי, התלוי בהסכמת הצדדים.

**תפקידם של בתי דין בינ"ל**

באופן מסורתי תפקיד בתי דין בינ"ל שנולדו כחלק מהענף של ישוב סכסוכים, היה ליישב סכסוכים בין מדינות. זהו עדיין תפקיד חשוב של בתי דין בינ"ל, אולם היום, בשנת 2023 זה כבר ממש לא התפקיד היחיד שהם ממלאים בזירה הבינ"ל. כבר ראינו בשיעורים קודמים צמיחה אדירה של ארגונים ומשטרים בינלאומיים בתחומים שונים בעשרות השנים האחרונות, שהואצה כבר מסוף המלחמה הקרה. מה שאנו רואים היום הוא שכל משטר של שיתוף פעולה כזה שצומח, יחד איתו נולד גם בית דין בינ"ל שפועל גם כחלק מהמוסדות של המשב"ל. בעולם כזה, תפקידי בתי הדין הבינלאומי הפכו דומים יותר לאלה שאנו מכירים מבתי משפט מדינתיים. רוב בתי הדין הבינ"ל היום פועלים כחלק ממשטרי שיתוף פעולה ספציפיים, למשל הWTO, משטר שת"פ בתחום הסחר, וכדומה. בעולם הזה, בתי דין בינ"ל עדיין מקיימים פונקציית ישוב הסכסוכים, אבל יש להם גם פונקציות לא פחות חשובות – **פרשנות הדין, אכיפה וקידום ציות לנורמות, ותמיכה במשטר הבינ"ל**. כנגזרת מכך הם משמרים את משטרי שיתוף הפעולה השונים.

דוגמאות:

* **ICC** – ביה"ד הבינלאומי הפלילי. תפקידו להרתיע פושעים בינ"ל בעתיד, למצות את הדין עם פושעים בעבר, שלא יהיה מצב שבו מבצעים רצח עם ויוצאים נקיים ללא עונש. זה תפקיד שחורג לחלוטין מתפקיד של יישוב סכסוכים בדרכי שלום.
* **ECHR** – ביה"ד האירופי לזכויות אדם. תפקידו לפרש ולאכוף את ההוראות של האמנה האירופית לזכויות אדם. אמנה זו חלה בכל יבשת אירופה, לכמעט 50 מדינות שחברות בארגון שנקרא מועצת אירופה שהקימה את בית הדין האירופי לזכויות אדם.
* **WTO DSS** – מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. תפקידו להוציא פסיקה מחייבת ואף לאכוף באמצעות סנקציות כלכליות את פסק הדין הזה.

**בתי משפט בינלאומיים – מיפוי הזירה**

מאז שנות ה90 (סוף המלחמה הקרה), נפתחות אפשרויות חדשות לשיתוף פעולה בזירה הבינ"ל. מועצת הביטחון חוזרת לתפקד, ומרגישים באוויר עידן של פריחה בזירה הבינ"ל. במסגרת העידן הזה אנו עדין למגמת השיפוטיזציה של המשב"ל. היא באה לידי ביטוי בראש ובראשונה בגידול מסיבי במספר בתי הדין והטריבונליים הבינ"ל, אבל גם בהרחבה של הסמכויות ושל התפקידים שבתי הדין הבינ"ל נועדו לשמש. **אם בעבר, לICJ אין סמכות שיפוט מחייבת, לרוב בתי הדין הבינ"ל שקיימים היום, יש סמכות שיפוט מחייבת!** זה שינוי פרדיגמטי של עולם יישוב הסכסוכים שאליו נולדו בתי דין בינ"ל. כנגזרת מזה שיש הרבה יותר בתי דין בינ"ל ומהרחבה הסמכות, יש עליה ניכרת במספר הסכסוכים שמובאים בפני בתי דין בינ"ל.

התוצאה היא שיש מארג סבוך של בתי דין וטריבונליים בינ"ל, אותם אנו יכולים לחלק לארבעה סוגים:

1. **בתי דין גלובליים (בין מדינתיים)** – הקבוצה הוותיקה ביותר של בתי הדין הבינ"ל. אנו מדבירם על בתי דין גלובליים שלא מוגבלים לזירה איזורית כזו או אחרת. הראשון שבהם היה PCIJ – הוא כונן מכוח מדינת חבר הלאומים ב1919, ועבד עד סוף מלחמת העולם השנייה. אבל אז עם גיבוש מגילת האו"ם, מקימים כחלק מהאום אורגן שיפוטי חדש – ICJ, המחליף שלו. הICJ הוא בית הדין הפרדיגמטי שמסמל את התפקיד המסורתי של יישוב סכסוכים בין מדינות בדרכי שלום. יש לו סמכות מאוד רחבה מבחינת פוטנציאל לדון בכל שאלה תחת המשב"ל. לעומת שני בתי הדין שמיד נזכיר, סמכות השיפוט של הICJ לא מוגבלת לתחום ספציפי. לצידו יש שני בתי דין בינלאומיים נוספים – **ITLOS**, בית הדין לענייני הים, סמכות השיפוט שלו מצומצמת לענייני הים, ולצידו מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי, גם הסמכות הזו מוגבלת רק לעניינים הנוגעים לסחר הבינלאומי. לICJ יש את סמכות השיפוט הרחבה ביותר.

ישנם בתי דין נוספים המוגבלים לתחומים ספציפיים וגם לאיזורים גיאוגרפיים ספציפיים:

1. **בתי דין לזכויות אדם** – בית הדין הבולט ביותר בהקשר הזה הוא ביה"ד האירופי לזכויות אדם – **ECHR**. הוקם כדי לאכוף את אמנת זכויות האדם האירופית. יחד עם זאת מקימים בית דין בינ"ל לזכויות אדם **ECTHER** הנמצא בשטרסבורג שבצרפת. בעצם אומרים שלא די רק בהסכם בינ"ל, כדי לתת תוקף אמיתי צריך בנוסף גם הקמת בית דין בינ"ל עם סמכות שיפוט לאכוף את הנורמות של זכויות האדם שמניחה האמנה. מה שחשוב להבין הוא **שלכל אינדיבידואל החוסה תחת 48 מדינות האיחוד האירופי יש גישה לבית הדין הזה, יכולת לתבוע מדינה על הפרת זכויות האדם שלו, ותהיה לבית הדין סמכות שיפוט מחייבת ביחס לתלונה**. מה המצב הזה יצר? עומס בלתי נתפס על בית המשפט. תיקים על גבי תיקים בכל רגע נתון שמגיעים אליו. הECHR נחשב לכזו הצלחה מסחררת, שהוא מניע רצון באיזורים אחרים בעולם לחקות אותו – אנו רואים בשנות ה70 את ביה"ד האמריקני לזכויות אדם, הוא יושב בקוסטה ריקה ותפקידו לאכוף את האמנה האמריקנית לזכויות אדם. ב2006 אנו עדים לניסיון לא כל כך מוצלח לחקות את המודל האירופי גם באפריקה עם ההקמה של ביה"ד לזכויות אדם של האיחוד האפריקאי.
2. **בתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/ או פוליטית** – תחומים לאיזור מסוים ומהווים חלק לאינטגרציה כלכלית. הותיק והחשוב ביותר בתחום הוא בית הדין של האיחוד האירופי – **ECJ**. הוא נוסד ב1952 על ידי אמנת פריז. הוא יושב בלוקסמבורג והוא אמון על אכיפת דיני האיחוד האירופי. מדובר במודל מאוד מתוחכם ומורכב של בית משפט בינלאומי. יש מי שזוקפים לזכותו של בית הדין הזה את המקום שהאיחוד האירופי הגיע אליו, מבחינת היותו אינטגרציה כלכלית מאוד חזקה. גם כאן על רקע ההצלחה המסחררת שלו יש ניסיונות לחקות אותו גם באיזורים אחרים – אפריקה, אמריקה הלטינית ובאסיה.
3. **בתי דין בינ"ל פליליים** – בפרט מאז שנות ה90 משפחה זו צברה בוסט מטורף. מלפני שנות ה90 אנו מכירים את בית הדין הבינ"ל הפלילי נירנברג, וגם בית דין נוסף בטוקיו. לאחריהם, יש קיפאון בתחום הזה של כמעט 50 שנה. בסוף המלחמה הקרה, אויר של שיתוף פעולה מגיח, מועצת הביטחון חוזרת לפעול, ובין היתר במסגרת הסמכויות שלה מכוח פרק 7 היא מורה בראשית שנות ה90 על הקמה של שני בתי דין בינ"ל – **ICTY**, **ICTR**. בתי הדין האלה הם בתי דין אד-הוק, כלומר הם לא קבועים, הם הוקמו באופן זמני עם מנדט מאוד ספציפי – הראשון בפשעים הבינ"ל שבוצעו ביוגוסלביה, והשני במלחמת האזרחים ברואנדה. שניהם נסגרו לאחר שסיימו לדון במכסת התיקים שייעדו לכך. על רקע הניסיון איתם, מתפתחת בקהילה הבינ"ל ההבנה שאולי הגיעה השעה להקים בית דין בינ"ל קבוע. לפיכך, ה**ICC** מוקם בשנת 1998 מכוח האמנה הבינ"ל שמכוננת אותו – חוקת רומא. נציין כי זה שהוקם הICC לא אומר שלא הוקמו עוד בתי דין בינ"ל אד-הוקים. למשל, ביה"ד הפלילי הבינ"ל ללבנון שהוקם בשנת 2005 על רקע רצח רוה"מ חרירי.

**ביה"ד הבינלאומי לצדק ICJ**

הוקם לאחר מלחמת העולם השנייה כזרוע השיפוטית של האו"ם לצד העצרת הכללית ומועצת הביטחון. בבית הדין הזה יש 15 שופטים ברגע נתון. הם מתמנים על פי מפתח גיאוגרפי מסוים כשהנוהג המקובל הוא שלכל אחד מחמש המדינות המייסדות במועצת הביטחון יש תמיד שופט בבית הדין. פירוש הדבר הוא שתמיד יש להן ייצוג בבית הדין. כל שאר עשרת הכיסאות ממונים על פי מפתח גיאוגרפי. הם נבחרים בהצבעה על ידי העצרת הכללית של האום. נציין כי יש אפשרות למנות שופט אד-הוק – אם יש תיק מסוים לבית הדין, שנוגע למדינה מסוימת שאין לה שופט בהרכב של בית הדין, המדינה הזו מוזמנת למנות שופט אד-הוק מטעמה.

לביה"ד הבינלאומי שתי פונקציות מרכזיות:

1. **סמכות** – ביה"ד הבינ"ל לצדק הוא קלאסי ומסורתי במשב"ל, תפקידו היה יישוב סכסוכים בדרכי שלום. על רקע זה הסמכות שלו היא לעסוק אך ורק בסכסוכים בין מדינתיים. יש מספר דרכים שמדינות יכולות לתת את ההסכמה שלהן לסמכות בית הדין המוגדים ב**ס' 36 לחוקת ביה"ד**: **(1)** אם התגלע סכסוך המדינות חותמות על הסכם שאומר שהן נותנות הסכמה לבית הדין לפתור את הסכסוך הספציפי. **(2)** אבל יש מודלים אחרים, יש אמנות שכוללות במסגרתן סעיף ליישוב סכסוכים, למשל, אמנת הג'נוסייד. ואז לא צריך לסכסוך הספציפי ההסכמה של שתי המדינות. בנוסף, יש בחוקת ביה"ד סעיף שמאפשר לכל המדינות לתת לביה"ד סמכות מכאן והילך ביחס לכל סכסוך שיובא נגדן. זה נקרא **הסעיף האופציונלי**. עד 1986 ישראל נתנה לביה"ד סמכות תחת הסעיף האופציונלי. אבל בשנת זו, היה פס"ד המכונן בפרשת ניקרגואה שהכעיס מאוד את ארה"ב וגרם לה לבטל את מתן הסמכות תחת הסעיף האופציונלי. שניה אחת אח"כ גם ישראל פורשת מהסעיף הזה. נכון להיום, ישראל לא כפופה באופן אוטומטי לסמכות השיפוט של ביה"ד.
2. **חוות דעת מייעצת** – סמכות לתת חוו"ד מייעצת – מצוי תחת **ס' 65 לחוקת ביה"ד** ו**ס' 96 למגילת האו"ם**. ישנם שני מסלולים: **(1)** פניה של העצרת הכללית ומועצת הביטחון לביה"ד – חוו"ד בנוגע לכל שאלה משפטית. למשל, העצרת הכללית של האום פונה לבית הדין בבקשה שייתן חוו"ד מייעצת בנוגע לחוקיות הכיבוש הישראלי המתמשך בשטחים הפלסטינים, חוו"ד זו צפויה להיות בעלת השלכות אדירות על ישראל. **(2)** אורגנים אחרים של האו"ם וארגונים בינ"ל יכולים לפנות לביה"ד – חוו"ד ממייעצת אבל רק בנוגע לנושאים הנופלים במסגרת תחום הפעולה שלהם.

**בתי דין אחרים – מייצגים מודל מתקדם יותר ביחס לביה"ד הבינ"ל**:

כאמור, בתי הדין הבינ"ל היום מגלמים מודלים הרבה יותר מתקדמים מהICJ. יש להם סמכות שיפוט שבחובה אמיתית, וכנגזרת מכך יש להם גם הרבה יותר תיקים שמגיעים אליהם. בפני בתי הדין האחרים יש גם מגוון רחב של שחקנים שיכולים להגיע. יש תפקידים משתנים לצדדים שלישיים בפני בתי דין בינ"ל. כמו כן, בעיקר לבתי דין בינ"ל היום יש סמכויות אכיפה הרבה יותר חזקות.

**האיסור על שימוש בכוח (חלק א' – שיעור עם המתרגלת)**

מה זה דיני שימוש בכוח? דיני הלחימה/ המלחמה/ בשמם הפורמלי – דיני העימות המזויין, מתחלקים לשני ענפים מרכזיים:

1. **דיני השימוש בכוח (JUB)** – עוסקים בשאלה הראשונית – מתי מותר למדינה לפנות לשימוש בכוח, הם מסדירים את חוקיות היציאה למלחמה.
2. **דיני העימות המזוין (JIB)** – ברגע שכבר חל עימות מזוין, מהם הכללים שמסדירים את התנהגות הצדדים לעימות בזמן הלחימה.

**דיני השימוש בכוח מבחינים בין הצד התוקף לצד המותקף**. לעומת זאת חובת דיני העימות המזוין חלה במידה שווה על שני הצדדים, לא משנה מי תקף ומי הותקף. עצם שאלת חוקיות השימוש בכוח לא משליכה על תחולת הדינים.

היום נתמקד בדיני השימוש בכוח. הוא נחשב לאחד עקרונות היסוד המנהגיים של המשב"ל שנובע מעקרון הריבונות הטריטוריאלית, שוויון וכו'. עדיין קיימות מחלוקות מהותיות, הנובעות מהצורך להתמודד עם סוגי איומים שלא היו בעבר – למשל, סייבר. כמו כן, העובדה שיש ריבוי והתעצמות של גורמים שאינם מדינתיים הפועלים בזירה הבינלאומית ומעורבים בפעילות חמושה עוינת, בין אם בתמיכה של מדינות ובין אם באופן עצמאי.

**המסגרת ההיסטורית – התפתחות דיני השימוש בכוח:**

מבחינה היסטורית, התפיסה ששלטה בהתחלה, עד סוף המאה ה19, היא שכל מדינה יכולה להחליט אם לצאת למלחמה או לא, למדינות יש שיקול דעת רחב בהחלטה אם לצאת למלחמה או לא. כלומר, הפעלת כוח נתפסה כאמצעי לגיטימי לפתרון סכסוכים בינלאומיים. **התפנית הראשונה מגיעה בוועידות האג** (1899, 1907), שם מתחילות להיווצר מגבלות על שימוש בכוח וההבנה שעדיף ליישב סכסוכים בדרכי שלום מתחילה לחלחל. מתחילים לראות בסיס להסכמה.

**השלב הבא הוא** **בחוקת חבר הלאומים** (1919) – תפנית נוספת. אפשר לראות סעיפים מסוימים שמונעים ממדינה לצאת למלחמה במצבים מסוימים, למשל אחד מהסעיפים מדבר על מקרה שאם יש בין מדינות מחלוקת שעשויה להביא לקרע, המדינות צריכות להביא את העניין בפני בוררות או בירור במועצה, ועליהן להימנע מלפנות למלחמה לפני שיחלפו 3 חודשים מיום מתן פסק הבוררות. כלומר, מעגנים פה איזו שהיא תקופת צינון טרם היציאה למלחמה.

ההתפתחות המשמעותית הבאה הייתה **בהסכמי קלוג-בראיין** (1928) – אמנה שקרויה על שם מזכיר המדינה האמריקאי ושר החוץ הצרפתי, שהיו חברות לארה"ב ומדינות רבות נוספות, ביניהן גם גרמניה ויפן. האמנה הזו הייתה צעד משמעותי בניסיון לשמור על השלום לאחר מלחמת העולם הראשונה. היא כללה איסור מפורש ליציאה למלחמה כיישום למדיניות חוץ רשמית של מדינה, וקבעה כללים לפתיחת שימוש בכוח (מקרה של הגנה עצמית). הכללים היו אדוקים למדי והאיסורים שבהם היו רחבים ולכן הם לא יושמו. ראיה לכך היא פרוץ מלחמת העולם השנייה. הוראות האמנה הזו בהמשך שימשו גם כבסיס משפטי לקביעת הטריבונלים בנירנברג בדבר אי החוקיות היציאה למלחמה כאמצעי לניהול מדיניות ע"י ממשלת גרמניה הנאצית, תוך הגדרת תכנון, ניהול ויזום המלחמה הזו כפשע במישור הבינ"ל שגורר אחריות פלילית אישית.

**דיני השימוש בכוח כפי שאנחנו מכירים כיום, התפתחו אחרי מלחמת העולם השנייה**. בעשורים שקדמו למלחמה היו שתי עמדות קיצון:

1. **שימוש בכוח מהווה דרך לגיטימית עבור מדינה לפתור עניינים בזירה הבינ"ל**. יש אמירה מפורסמת – "המלחמה אינה אלא המשך המדיניות באמצעים אחרים". גישה זו באה לידי ביטוי באופן בו מדינות התנהגו בפועל באותה תקופה.
2. **המשב"ל מחייב מדינות לפתור סכסוכים בדרכי שלום. מלחמה היא בהגדרה הפרה של המשב"ל**. גישה זו באה לידי ביטוי באמנות שונות שנחתמו לאחר מלחמת העולם הראשונה (הסכם קלוג-בריאן, וגם במשפטי נירנברג בטוקיו, שפסקו שהאיסור על יציאה למלחמה הפך להיות חלק מהמשפט המנהגי, שמחייב את כלל המדינות. הפרה חמורה שלו, היא לא רק הפרה בסוף של המשב"ל מצד אותה מדינה, אלא גם מהווה פשע בינ"ל. משמע, היא עשויה להטיל אחריות פלילית אישית על האנשים בהנהגת המדינה שאחראים על ההפרה).

דיני שימוש בכוח כיום:

היום אנו מדברים על מעשה **תוקפנות**, במצב שבו מדינה מבצעת הפרת חמורה של דיני השימוש בכוח. את האנשים בהנהגת המדינה שאחראיים על אותה הפרה אפשר להעמיד לדין על ביצוע פשע התוקפנות. אם ניקח את עמדת הקיצון הזו ונשאל מה בינה לבין מה שחל היום, נראה שיש **שינוי** במה שנחשב להפרה של השימוש בכוח, שנובע מהעבודה שאחרי מלחמת העולם השנייה, כחלק מהקמת האו"ם, כוללים במגילת האו"ם דינים שמהווים רפורמה בדיני השימוש בכוח, והגישה שמאומצת שם היא גישה מאוזנת יותר, ואוסרת באופן מוחלט לעשות שימוש בכוח צבאי.

קו פרשת המים – מגילת האומות המאוחדות:

מנסחים את המגילה לאחר מלחמת העולם השנייה. **הדרמה הכי גדולה במגילת האום היא ס' 2(4) שקובע איסור על שימוש בכוח באופן ברור**. **הוראה זו נחשבת היום למנהגית, ולכן מחייבת גם מדינות שלא חברות באו"ם**. בנוסף, לפי פסיקת בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג, קיים גם בסיס מוצק לטענה שהאיסור בדבר השימוש בכוח מהווה כלל שלא ניתן לסטות ממנו, דין קוגנטי. אם כן, הנורמות המרכזיות של דיני השימוש בכוח, רובן נחשבות לדין מנהגי ומחייבות את מי שלא חברות באו"ם. במילים אחרות, הנורמות המרכזיות של דיני השימוש בכוח מצויות כיום במגילת האו"ם. עם זאת, הרוב הכמעט מוחלט של הנורמות הללו נחשב היום לדין מנהגי, ולכן מחייבות גם מדינות שלא חברות באו"ם.

דיני השימוש בכוח כפי שקיימים מאז ניסוח מגילת האו"ם:

**ס' 2(4) קובע איסור על איום/ שימוש בכוח ביחסים בין מדינות**. מדובר באיסור יחסית גורף. האמנה קובעת **שני חריגים** לאיסור: 1**. מנגנון הביטחון הקולקטיבי** – סמכות מועצת הביטחון להורות על פעולות כוחניות, ליזום ולהסמיך מדינות. **2. מנגנון הגנה עצמית**.

רכיבי הסעיף:

* האיסור – **ס' 2(4)** אומר שכל המדינות החברות צריכות להימנע מהאיום או השימוש בכוח כנגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הריבונית של כל מדינה, או בכל אופן אחר שאינו מתיישב עם מטרות האו"ם. לפי הפרשנות המקובלת, מדובר על איסור על כל שימוש בכוח שאינו מותר לפי החריגים הספציפיים הקבועים במשב"ל. כמו שאמרנו קודם, האיסור, לא רק שהוא מעוגן בחוקת האו"ם, הוא גם דין מנהגי, ויש אף טענה שהוא מהווה דין קוגנטי.
* מהו שימוש בכוח? הפרשנות המקובלת היא שסוג הכוח שאסור לעשות בו שימוש הוא כוח פיזי-צבאי. משמע, האיסור לא חל על השימוש באמצעי לחץ כלכליים (סנקציות כלכליות, חרם כלכלי וכו'). בנוסף, גם הפרת גבול של מדינה על ידי כוח צבאי קרקעי, גם אם לא נעשה כל ירי, עשויה להיחשב כשימוש בכוח. כמו כן, גם חימוש או אימון של ארגוני מורדים או ארגונים מזויינים במדינה אחרת, שמעורבים בעימות מזוין מול אותה המדינה, ייחשבו לשימוש בכוח מצד המדינה המסייעת (כשמי שמפעיל את הכוח הפיזי זו לא המדינה המסייעת), אם כי לא כל סיוע כזה ייחשב התקפה חמושה.
* מה לא נחשב כשימוש בכוח? כאמור, האיסור לא חל על שימוש באמצעי לחץ כלכליים.
* תחומים בהם השאלות מורכבות יותר:

**כיום, ישנה עמדה נוספת שאומרת שטיב הנשק שנעשה בו שימוש לא רלוונטי לעניין תחולת האיסור**. כלומר, לא משנה באיזה נשק השתמשת – קינטי, ביולוגי, גרעיני, מזויין וכו', האיסור חל עליו. יש שיגידו שגם התקפת סייבר תיחשב לשימוש בכוח.

**האם התקפת סייבר נחשבת לשימוש בכוח**? מדריך טאלין (הפעילות במרחב הסייבר בראי המשפט בינ"ל), אומר שהשאלה היא לא האם דיני השימוש בכוח חלים, כי הוא מגיע למסקנה שהם אכן חלים, אלא איך מחילים את דיני השימוש בכוח במימד הסייבר. לעניין השאלה האם התקפת סייבר יכולה להוות שימוש בכוח, התשובה היא שהתקפת סייבר, שיש לה תוצאות פיזיות של פציעה או הרג של אנשים, או נזק פיזי במידה מסוימת לאובייקטים, באופן דומה למה שהיה נגרם באמצעים קינטיים, ההתקפה ככל הנראה תהווה שימוש בכוח.

אחת הדוגמאות הנפוצות היא פתיחה של סכר באמצעי סייבר – מים שמשתחררים וגורמים לנזק. דוגמה בקשר לישראל – לפני כשנתיים, בדצ' 20', המשנה ליועמ"ש דאז התבטא באמירה שמדינת ישראל מחזיקה גם היא בעמדה שפעולת סייבר תעלה כדי שימוש בכוח אם היא צפויה לגרום לנזק פיזי, לפציעה או למוות של אנשים, אם היו נגרמים באמצעים קינטיים. הדוגמה שמדינת ישראל נתנה היא פריצה למחשבים של רשת רכבות של מדינה אחרת ותכנון שלהן באופן שצפוי להביא להתנגשות רכבות.

מה לגבי מעשי סייבר שלא מתבטאים בנזק פיזי? יש יותר ויותר מקרים כאלה לאורך השנים. למשל, מתקפת הסייבר הענקית על אתרי הממשלה באוקראינה ב2017. במקרים כאלה יש דעות לכאן ולכאן, הרבה פעמים כשמדובר במימד הסייבר, בפרקטיקה השאלה תהיה פחות מעניינת כי קשה למצוא ראיות מספיק חזקות כדי שניתן יהיה לייחס את ההתקפה למדינה.

כאמור, **נזק עקיף ופעולות שמשחררות כוח קינטי (למשל, פגיעה בסכר מים) יכולות לעלות כדי שימוש בכוח**. זה תלוי בכוונה ובידיעה של התוקף.

התקפה חמושה:

**כלל חשוב:** **כל התקפה חמושה מהווה שימוש בכוח, אבל לא כל שימוש בכוח מהווה התקפה חמושה!**

התקפה חמושה היא סטנדרט הרבה יותר נוקשה ומצומצם, לעומת שימוש בכוח שהוא סטנדרט רחב יותר. לכן, כל התקפה חמושה תהיה בהכרח שימוש בכוח, אבל לא כל שימוש בכוח יהיה התקפה חמושה. נסביר בהמשך למה. האיסור ב**ס' 2(4)** הוא שמדינות צריכות להימנע משימוש בכוח.

איום בשימוש בכוח:

**ס' 2(4) לחוקת האום** מדבר כאמור גם על **איסור על** **איום בשימוש בכוח**. לדוגמה – בשנת 2017, הרמטכ"ל כוכבי דאז דיבר על התוכנית האיראנית, ואמר כי הוא הנחה את צה"ל להכין כמה תוכניות מבצעיות. האם זה נחשב על איום על שימוש בכוח? לא, מפני שאם מדינה אומרת "אני אתקוף מדינה אחרת אם היא תתקוף אותי תחילה", זה לא איום אסור בכוח, כי שימוש בכוח בנסיבות של הגנה עצמית הוא כלי חוקי. איום על שימוש בכוח הוא לא חוקי, רק אם מאיימים לעשות שימוש בכוח במקרים שהשימוש בכוח עצמו לא חוקי. למשל, איום לפלוש למדינה אחרת כדי להשתלט על שטחים בה אינו חוקי.

עניין נוסף הוא החזקה של נשק גרעיני. בשנת 96', חוות הדעת המייעצת של הICJ קבעה ששימוש בנשק גרעיני יהיה חוקי בנסיבות מסוימות. מכאן, שהחזקה בלבד של נשק גרעיני על ידי מדינה, לא מהווה כשלעצמה איום אסור על שימוש בכוח לפי הס', כי השימוש בכוח עצמו לא יהיה בהכרח בלתי חוקי. כלומר, יכול להיות שהוא יהיה מופעל בתרחיש נניח של הגנה עצמית, באופן חוקי.

חשוב לדעת שאיום יכול להיות **גם במעשים ולא רק באמירות** – למשל, טיסות בכוונה בסמוך לגבול, אימונים צבאיים בעלי מאפיינים מאיימים. הדבר תלוי הקשר וסיטואציה (לא כל טיסה או אימון ייחשבו למאיימים). **המבחן לשאלה האם פעולה או הצהרה מהווה איום טמונה במידת האמינות של האיום והאם נתפס כאיום אמיתי**, **כלומר – האם מדינה באמת יכולה לבצע את האיום והאם הוא נתפס כאמין.** יכולות להיות התגרויות או אמירות של מדינות שונות שלא ייחשבו איום על שימוש בכוח, ועדיין יהיו לא לגיטימיות, כי ייחשבו הפרה של החובה של מדינות לפתור סכסוכים בדרכי שלום (**ס' 2(3) לחוקת האו"ם**).

חריגים לשימוש בכוח:

**מתי מותר להשתמש בכוח?**

**חריג ראשון: מנגנון הביטחון הקולקטיבי** (**פרק 7 למגילת האו"ם**)

למועצת הביטחון יש סמכות להתערב בסכסוכים לטובת מדינות מותקפות. נבחין בין **פרק 6**, שקובע שמועצת הביטחון אמונה על פתרון סכסוכים בדרכי שלום, לבין **פרק 7** שקובע שאם המנגנון כשל מלהשיג שלום במסגרת פרק 6, אז יכולה מועצת הביטחון להפעיל את סמכויותיה כולל הפעלת כוח. עקרונית, הרעיון היה שמדינות יסמכו על מועצת הביטחון, אבל משעה שיש עימות צבאי מזוין, מדינה תפנה למועצת הביטחון, וזה האות לבוא לקראתה במסגרת מנגנון הביטחון הקולקטיבי. שני רציונליים למנגנון הביטחון הקולקטיבי:

1. מערכת שמייצרת תמריץ לפנות למועצת הביטחון אם מדינה מותקפת.
2. מערכת שמרתיעה מלכתחילה מפני התקפה.

**התכלית היא לייצר מנגנון שהוא עצמו מייצר סדר, שלום וביטחון**. מה היתרונות של הגנה עצמית קולקטיבית? **(1)** דיברנו על זה במסגרת הרציונל – לגרום למדינות לחשוב פעמיים לפני שהן תוקפות, הרתעה מתקיפה מלכתחילה. מדינה תדע שאם היא תבוא ותעשה שימוש בכוח, אז היא תענה בתגובה קולקטיבית, לא רק של המדינה המותקפת, אלא של כלל חברי הקהילה הבינלאומית. **(2)** זה איזה שהוא מפלט עבור המדינות שלא יכולות להגן על עצמן, וזקוקות לעזרה של העולם.

מה קורה בפועל? לכאורה זהו מנגנון מנותק מאינטרסים, אבל ברור שיש פוליטיקה בפנים – צריך רוב של 9 מדינות מתוך 15 המדינות החברות, כשיש 5 מדינות קבועות – ארה"ב, רוסיה, בריטניה, צרפת וסין, וצריך לשים לב לזה כשחושבים על המנגנון, ולהבין שיש שחקנים מאוד ספציפיים המחזיקים באפשרות לווטו, ולכן זהו מנגנון קשה להגשמה. יש לזכור שאם אחת המדינות החברות נמנעת, זה כשלעצמו לא מהווה ווטו.

**ס' 39**, הס' הראשון לפרק 7, קובע שמועצת הביטחון יכולה לקבוע אם יש איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות, ולהחליט, בהחלטות שיחייבו את כל מדינות העולם, באילו אמצעים לנקוט כדי להחזיר את הביטחון והשלום הבינלאומיים על כנם, לרבות, כפי שקבוע ב**ס' 42**, באמצעים של שימוש בכוח (אמצעים אוויריים, יבשתיים, ימיים וכו'). מ**ס' 42** עולה, כי ראוי שמועצת הביטחון תחליט על שימוש באמצעים כוחניים רק אם אמצעים לא כוחניים, קרי אמצעים לפי **ס' 41**, לא מספיקים.

**ס' 43** מבקש גם להקים איזה שהוא מערך שמדינות יספקו באופן מיידי כוחות שיפעלו בפיקוד העורף במקרים שבהם נדרשת התערבות כוחנית. בפועל, לא הוקם מערך כזה. במקום זה, מצאו תחליף בדמות של החלטות שמסמיכות מדינות או קואליציות של מדינות להפעיל כוח במצבים בהם יש הצדקה לכך (מועצת הביטחון מסמיכה מדינות להפעיל כוח).

אם כן, בהחלטת מועצת הביטחון יש שני שלבים:

1. **מועצת הביטחון יכולה לקבוע כי קיים איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות, ולהחליט על אמצעים שיש לנקוט בהם כדי להשיב את השלום והביטחון** (**ס' 39**).
2. **מועצת הביטחון מוסמכת להורות על שימוש באמצעים שאינם כוחניים, או כאמצעי אחרון – על הפעלת כוח** (**ס' 41, 42** ו**43**).

החלטות מועצת הביטחון לאורך השנים:

הסמכות להורות על שימוש באמצעים כוחניים הופעלה לראשונה נגד צפון קוריאה שפלשה לדרום קוריאה בשנת 1950. מועצת הביטחון הסמיכה הפעלת כוח על ידי קואליציה בראשות ארה"ב, שעל ההחלטה לא הוטל וטו על ידי ברית המועצות, מהסיבה שהיא נעדה מהמועצה באותה תקופה, מה שגרם להחלטות לעבור. ברית המועצות חזרה למועצה באוגוסט 1950, ומאז לא היו עוד החלטות שהסמיכו שימוש בכוח, עד לפירוק ברית המועצות בתחילת שנות ה90. אם נסכם, אז עד שנת 1990, ניתן אישור להשתמש בכוח רק במלחמת קוריאה. ואז, בשנות ה90, כבר ראו החלטות רבות של מועצת הביטחון שהסמיכו שימוש בכוח, ובאופן כללי, הייתה איזו שהיא תמיכה יחסית מתירנית באשר לאפשרות השימוש בכוח בהקשר של מנגנון ההגנה הקולקטיבי. היו הרבה יותר אישורים, ומדינות החלו לאמץ גישה פרשנית מרחיבה להוראות מועצת הביטחון.

למשל, בשנת 1998, נאט"ו תוקפת את סרביה, על מנת למנוע ממנה לבצע רצח עם בקוסובו, בלי לקבל אישור קודם ממועצת הביטחון (רוסיה הטילה וטו). אחת הטענות שארה"ב ויתר מדינות נאט"ו טוענות בדבר חוקיות הפעולה, הייתה אישור שניתן בדיעבד – אחרי שהם תוקפים, רוסיה כבר נמצאת במצב אחר, ובדיעבד מועברת החלטה של מועצת הביטחון שמאשרת את התקיפה. דוגמה עוד יותר קיצונית היא המלחמה בעיראק, מלחמת המפרץ השנייה ב2003, שם האמריקאים נותנים פרשנות מאוד יצירתית ומרחיבה להחלטות מועצת הביטחון שניתנו בהקשר סוף מלחמת המפרץ הראשונה, וטוענים שההחלטות הללו, במשתמע, מתירות להם לעשות שימוש בכוח.

לאור מה שאנו יודעים כיום, בהמשך להחלטה האמריקאית לצאת למלחמה בעיראק תחת טענות לקיומן של ראיות לפיתוח נשק והשמדה המונית על ידי עיראק, המטוטלת נעה, והיום רואים גישה פחות מתירנית. צריך להבין שבכמה מהמדינות באירופה, שהיו שותפות לקואליציה הזו, כמו הולנד ובריטניה, אפילו הוקמו וועדות חקירה ממלכתיות שקבעו שהמדינות הללו הפרו את דיני השימוש בכוח. המשמעות של תמיכה בגישה מצמצמת יותר, היא שכדי ששימוש בכוח ייחשב כחוקי על יסוד מנגנון ההגנה הקולקטיבי, צריך שתתקבל מראש החלטת מועצת הביטחון שמעניקה מפורשות אישור לאותו שימוש בכוח, אם כי עדיין יש כאלה שתומכים בגישה מתירנית יותר.

לסיכום: **ייתכן שמלחמת המפרץ השנייה הובילה לשינוי בגישה**. ארה"ב הקימה קואליציה ויצאה למלחמה בטענה שיש לעיראק נשק גרעיני. 🡨 בחלק ממדינות אירופה שהיו שותפות בקואליציה הוקמו וועדות חקירה שקבעו שהופרו דיני השימוש בכוח. 🡨 לפי הגישה המצמצמת, רק החלטה של מועצת הביטחון שניתנת **מראש**,ובה **הסמכה מפורשת** להשתמש בכוח, מהווה אישור חוקי לשימוש בכוח.

אם נסתכל על הסיטואציה עם דעאש וארגוני הטרור, ניתן לראות שניתנה איזו שהיא החלטה של מועצת הביטחון שקראה למדינות שיכולות לעשות את זה, לנקוט בכל הצעדים ההכרחיים למניעה ודיכוי של פעולות טרור, נוסח שכולל בסוף שימוש בכוח. בהערת אגב, נאמר שיש מדינות שעשו שימוש בכוח נגד ארגון הטרור בסוריה, אבל עשו זאת תחת הטענה לזכות הגנה עצמית אינדיבידואלית וקולקטיבית, כמו ארה"ב.

**חריג שני: הגנה עצמית (ס' 51 למגילת האו"ם)**

לכאורה החריג של מנגנון ההגנה הקולקטיבי היה אמור להיות דרך המלך והמענה העיקרי. אבל בכל זאת נוצר חריג של הגנה עצמית, יכול להיות כי מדינות רצו לשמור לעצמן את השימוש בכוח. בכל מקרה, התפיסה היא שמדובר בזכות זמנית, לפיה מדינה יכולה להתגונן עד שמועצת הביטחון באה ומצילה אותה. **ס' 51** למגילה קובע כי מדינה יכולה לנקוט בהגנה עצמית, עד השלב שבו מועצת הביטחון נוקטת את האמצעים הנדרשים לשמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים.

**הכלל: למדינה זכות להגיב, באמצעות שימוש בכוח, להתקפה חמושה נגד המדינה או נגד בת בריתה, עד להתערבות מועצת הביטחון.**

למרות שזו זכות זמנית, עדיין מדובר בזכות אינהרנטית, טבועה, ובהגנה אינדיבידואלית או קולקטיבית – משמע סיוע למדינה אחרת שמותקפת, **שמותרת רק בתגובה להתקפה חמושה**.

מהי התקפה חמושה? התקפה חמושה היא קריטריון מצומצם. הוא לא חופף למונח 'שימוש בכוח' או למונח ה'תוקפנות', וכמו שאמרנו קודם לכן, לא כל שימוש בכוח יהווה התקפה חמושה, יש רף שונה. התקפה חמושה עשויה לקרות שעה **שכוחות האויב נעים לעבר החזית**, גם כשהם טרם פתחו באש, וכן שעה שמטוסי האויב ממריאים, אך טרם פתחו בהתקפה של ממש, תוך **חציית גבול בינלאומי**. התקפה מזוינת יכולה להתבצע גם נגד יעדים בתוך המדינה המותקפת, אך **גם נגד נכסי המדינה המצויים מחוץ לגבולותיה**, כגון אוניות בים הפתוח, מטוסים ששוהים באוויר, נכסים שנמצאים בשטח מדינה אחרת וכו'. **כניסת כוחות צבאיים לשטח מדינה אחרת**, גם אם היא לא מלווה בפעילות כוחנית נוספת, ככל הנראה תיחשב להתקפה חמושה.

מה בעצם מעביר את הפעולה משימוש בכוח להתקפה חמושה? יש שסבורים שתקרית גבול בודדת לא מקימה זכות להגנה עצמית, צריך משהו מעבר. אבל, מהי אותה עוצמה שתידרש להתקפה חמושה? יש שדורשים משהו קטן, יש שאומרים תקיפה מסיבית, אבל הפרקטיקה כבר מאפשרת להגיב גם להתקפה יחסית מצומצמת.

**פס"ד ניקרגואה** של בית הדין לצדק בהאג – בית הדין אומר שהעובדה שארה"ב סייעה וחימשה קבוצות מורדים, גם אם זה עולה כדי שימוש בכוח אסור כנגד ניקרגואה, לא מדובר בהתקפה חמושה של ארה"ב.

מהי התקפה **נגד מדינה**? זה פקטור כאן. אם יורים כנגד מדינה, מן הסתם שזו התקפה נגד מדינה. לגבי **חיסול ראש מדינה או ראש ממשלה**, העמדה המקובלת אומרת שזו גם התקפה נגד המדינה. מה קורה אם תוקפים **שגרירויות של המדינה**? כנראה שזו גם התקפה נגד המדינה. מה בנוגע **לתקיפת שגריר**, האם זו התקפה נגד המדינה? בהקשר הזה, נזכיר שהיה ניסיון התנקשות בשגריר ישראל בבריטניה, **שלמה ארגוב**, מה שהיווה את העילה הרשמית לפתיחת מלחמת לבנון הראשונה. יש כאן כמה עמדות – יש שתומכים בעמדה הזאת, שזוהי אכן התקפה חמושה. מנגד, יש פרקטיקה רווחת של מדינות שמעורבות באירועים כאלה, לתייג אירועים כאלה כמעשי פשע. יש הטוענים שלאור אותה פרקטיקה, המעשה לא ייחשב כפעולה של התקפה חמושה מצד מדינה א' כלפי מדינה ב', אלא אם ניתן להוכיח קשר חזק ביותר, בין המחסלים לבין המדינה (קשר שיותר חזק מזה שנדרש לצורך ייחוס מעשה של אותם אינדיבידואלים למדינה לפי חלק מהכללים של אחריות מדינה).

למשל, אם יש חיסול שגריר של מדינה א', שנעשה על ידי סוכנים של מדינה ב', בהוראת ההנהגה של מדינה ב', לפי העמדה הזו זה מקרה ברור, זו אכן התקפה חמושה. אבל, אם יש חייל או שוטר של מדינה ב' במדים, שיורה על דעת עצמו בשגריר של מדינה א', גם אם כללי השיוך הרגילים יובילו למסקנה שיש כאן אחריות של אותה מדינה לפעולה הזו, העמדה הרווחת תסבור שספציפית לסוגיה אם מדובר בהתקפה חמושה מצד מדינה ב' כלפי מדינה א', התשובה תהיה שלילית. משמע, לא מדובר בהתקפה חמושה מצד מדינה ב' כנגד מדינה א', למרות שהמעשה, מכל בחינה אחרת, משויך למדינה ב' על פי דיני אחריות מדינה.

מבחינת הרציונל, מה עומד מאחורי המגבלה הזו? מי שמבקש להגביל יותר רוצה למנוע מצב שבכל אירוע פשיעה בודד על ידי נציג של מדינה אחת, ישר מדינות מסוימות ישתמשו באירוע הזה כאיזה שהוא תירוץ בשביל לפתוח במלחמה, תחת הטיעון של הגנה עצמית. זה לא כזה מופרך כשחושבים על מלחמת העולם הראשונה והסיבות לפרוץ המלחמה.

שימוש בכוח נגד מדינה – תקיפת אזרחי המדינה מחוץ לשטחה: דוגמה לכך היא מבצע אנטבה– האם מדינת ישראל יכולה לתקוף באוגנדה כהגנה עצמית? כמה עמדות:

העמדה הראשונה אומרת שכן, הרי התכלית הבסיסית של המדינה היא לספק הגנה לאזרחיה. התומכים בעמדה הזו יצדיקו אותה או בפרשנות מרחיבה למונח התקפה חמושה, או לחילופין בטיעון כי התפתח חריג לשימוש בכוח במשב"ל המנהגי. עמדה שנייה תגיד שלא, אותה פעולה מהווה שימוש אסור בכוח כנגד ריבונות המדינה או שלמותה הטריטוריאלית. יש עמדת ביניים שאומרת שזה אמנם שימוש בכוח, אבל לא התקפה חמושה ולכן אין מקום להגנה עצמית. **עמדת הביניים, מבחינה תוצאתית, דומה מאוד לעמדה השנייה** – כי בסופו של דבר, התוצאה של שתיהן, היא שלא ניתן לעשות פעולות של הגנה עצמית. **נדגיש** – הזכות להגנה עצמית קמה בקיומה של התקפה חמושה. אם יש רק שימוש בכוח, לכאורה לא קמה הזכות.

מה קורה כשיש התקפה חמושה, אבל מי שמבצע אותה הם לא כוחות מזוינים של מדינה אחרת, אלא **כוחות מזוינים לא מדינתיים**? האם התקפה חמושה מצד **ארגון מזוין לא מדינתי**, מקימה למדינה המותקפת זכות להגנה עצמית כנגד הארגון שנמצא במדינה שמתקיפים ממנה? גם כאן יש כמה עמדות:

**הגישה המצמצמת:** רק בשני מקרים הדבר ייחשב כהתקפה חמושה שמקימה זכות להגנה עצמית: **(1) כאשר הארגון הלא מדינתי שולט בטריטוריה מסוימת**. למשל – חמאס ברצועה, יש לו שליטה אפקטיבית בטריטוריה. **(2) כשהקשר בין הארגון למדינה חזק מספיק כך שניתן לייחס את פעולות הארגון למדינה**. דוגמה לכך היא חיזבאללה – האם ניתן לשייך את מעשי הארגון למדינת לבנון? העמדה המצמצמת עשויה לייצר בעיות כמו ישראל. למשל, מלחמת לבנון השנייה. יש מי שיטען שהקשרים של ארגון חיזבאללה באותה תקופה עם ממשלת לבנון לא היו מספיק חזקים כדי שיהיה ניתן לשייך את מעשי הארגון למדינת לבנון, ולכן לכאורה, לפי העמדה המצמצמת, ישראל לא הייתה רשאית לצאת למלחמה כתגובה להתקפות שמבצע חיזבאללה בלבנון. איפה עוד עשויה להיווצר בעיה? באינתיפאדה השנייה, יהודה ושומרון הן בסוף טריטוריות שלא חלה בהן הריבונות הישראלית, אבל מי שמחזיקה בהן בתפיסה לוחמתית היא מדינת ישראל. ואז, לכאורה, בגלל שלא ניתן לשייך את מעשי הארגונים למדינה מסוימת, וכיוון שהאיום מקורו בשטח שבתחום שליטתה של מדינת ישראל, יש מי שיטען שדיני השימוש בכוח לא חלים במקרה הזה, וכל מה שישראל יכולה לעשות זה רק פעולות שיטור מבלי להפעיל את זכותה להגנה עצמית. ואכן, בחוות דעת הגדר של הICJ, קובע בית הדין שמדינת ישראל לא יכולה להיתלות בעיקרון ההגנה העצמית של דיני השימוש בכוח כדי להצדיק את פעילויותיה בשטחים.

**הגישה המרחיבה:** נציין ישראל, תמיד תמכה בעמדה המרחיבה, כשעמדה זו אומרת שני דברים: **(1)** לגבי שטח שתפוס בתפיסה לוחמתית – מדינה יכולה להגדיר את הזכות להגנה העצמית שלה כנגד ארגון מזוין לא מדינתי הפועל בשטח הכבוש, אם עוצמת ההתקפה שלו והפעילות החמושה שלו, היא כזו שלא ניתן עוד לסווג את המעשים כמעשים שניתן להגיב עליהם בפעולת שיטור (מעשים אנלוגיים לפשיעה). **(2)** לגבי התקפה של מדינה אחרת שבה נמצא אותו ארגון לא מדינתי, העמדה המרחיבה אומרת כי המדינה המותקפת שהארגון הלא מדינתי תקף, רשאית לתקוף את הטריטוריה של המדינה הזרה שממנה פועל הארגון, לא רק כאשר ניתן לשייך את פעילות הארגון כפעילות של המדינה ולייחס אחריות למדינה, אלא גם כאשר מדובר במצב בו אותה מדינה אינה רוצה/ יכולה/ מסוגלת למנוע בעצמה את התקפותיו של הארגון. מדינה בולטת שתומכת בגישה זו ביחס לעניין השני היא ארה"ב.

ישראל במשך עשרות שנים טוענת שהעמדה הצרה יותר פשוט לא הגיונית, ראינו את התוצאות שלה בשטח. זה הגיוני שנטען את זה, הרי מדינות אחרות לא חוו טרור באותה מידה. בנוסף, יש הרבה מקרים בעבר שבהם העמדה המתירנית יותר נוצלה לרעה. למשל, בנוגע למתקפות של ארגון בשטח מדינה זרה, המתקפות האלה שימשו בעבר על ידי מדינות שונות כתירוץ לפתוח במלחמה – מלחמת העולם הראשונה, מי ביצע את ההתנקשות ביורש העוצר של המדינה האוסטרו הונגרית היה ארגון מזוין לא מדינתי. אוסטרו הונגריה הטילה את האחריות על סרביה שממנה יצא המתנקש, ועשתה את זה על מנת לנצל את האירוע כדי לצאת למלחמה. בנוגע למעשים בשטח כבוש, יש מקרים בעבר שמדינות טענו שמהומות שאירעו בשטח שבשליטתן, הן בסוף סכסוך מזוין ולא מצב שיטור, ולמה? כדי להשתחרר מהמגבלות היותר רחבות שקיימות אם זה לא סכסוך מזוין. לכן, שוב פעם, יש חשש שמתן ההיתר ינוצל לרעה.

מאז, הייתה תנועת מטוטלת נוספת, בתוך הפרשנות המרחיבה עצמה, והתגבשה העמדה שכדי לאזן בין החשש לניצול לרעה על ידי מדינות, לבעיה של הטרור – כדי שמתקפה של ארגון טרור תיחשב כהתקפה חמושה, נדרש שהמתקפה תהיה בעוצמה חזקה יותר מאשר העוצמה שדורשים כאשר מדובר במתקפה של מדינה, כדי להכיר בכך כמתקפה חמושה, וכי יש להחמיר עם שאלת העוצמה כאשר מדובר בהתקפה מטריטוריה שבשליטת המדינה המותקפת (זו עמדה אחת). מעבר לכך, גם בשנים שאחרי פיגועי התאומים, היו עדיין עמדות שהתנגדו לגישה, כמו הICJ שקבע בחוות דעת הגדר, כי ישראל לא יכולה לטעון שהיא פועלת מכוח נורמות הגנה עצמית, גם כי היא מותקפת על ידי ארגון לא מדינתי, ובמיוחד כי היא זו ששולטת בשטח – זו פסיקה מאוד מבוקרת. בפס"ד בעניין קונגו, אנחנו רואים עמדה יותר מסויגת. בית הדין אמר שהוא משאיר בצריך עיון אם התקפה מצד ארגון לא מדינתי יכולה להיחשב התקפה חמושה – הוא למעשה משאיר פתח בעתיד לשנות את דעתו בנושא הגישה המצמצמת או המרחיבה בהגנת עצמית.

בעקבות מספר מקרים של ניצול לרעה בשנים האחרונות – רוסיה של הגישה המרחיבה, ובעקבות כל מיני תקריות בעיראק ובאפגניסטן, המטוטלת מתחילה לחזור לכיוון תמיכה בגישה המצמצמת. אבל שוב, יש ספקטרום של עמדות לכל הכיוונים, והמטוטלת כל הזמן זזה. כל פתרון שהחוק מציע מותאם למציאות המורכבת.

**כללי וובסטר/ כללי קרולינה:**

מרגע שקבענו שיש התקפה חמושה, זה לא אומר שהמדינה המותקפת יכולה לעשות הכל. **המשפט המנהגי מטיל על המדינה שלוש מגבלות כדי שההגנה העצמית תותר: נחיצות, מידתיות ומיידיות (בהיבט של זמן).** הכללים הללו נקראים כללי וובסטר/ כללי קרולינה, והם נוסחו בעקבות אירוע שהתרחש על גבול ארה"ב קנדה, של התקפה של צבא בריטניה על אונייה שנקראת קרוליין.

נתעמק בכל מגבלה:

1. **כלל הנחיצות:**

אם ברור שהמדינה יכולה לפתור את הסיטואציה על ידי שימוש באמצעים לא אלימים, הרי שאסור לה לעשות התקפת נגד, אסור לה להגיב באופן צבאי. **הכלל הזה זה איזה שהוא ניסיון להבחין בין פעולות שמטרתן היא הגנה עצמית, לבין פעולות שמטרתן היא עונשית**.

דוגמה ראשונה היא מלחמת העולם הראשונה, דיברנו על ההתנקשות ביורש העצר האוסטרו הונגרי. המתנקשים התארגנו בסרביה, והתעורר חשד שהייתה מעורבות סרבית. בכירים בצבא האוסטרו הונגרי ביקשו להשתמש בתירוץ הזה כדי לצאת להתקפה נגד סרביה, והאימפריה האוסטרו הונגרית הטילה אולטימטום על סרביה – תנאים מאוד משפילים, ובין היתר לאפשר חקירה עצמאית של אוסטרו הונגריה בשטח סרביה, לפעול נגד תאי טרור ומימון כסף, והכל בתיחום זמן של 48 שעות. למעט עניין החקירה, סרביה מסכימה לתנאים, ובכל זאת אוסטרו הונגריה פתחו במלחמה.

דוגמה נוספת הייתה במלחמה של הכוחות הגאורגיים בשנים 1992-1993. התרחש סכסוך בין גאורגיה לרוסיה ב2008, בדקו מה גאורגיה הייתה יכולה לעשות בתגובה להתקדמות רוסיה לגבול – אם הייתה יכולה להסתמך על כוחות השלום שהיו בסביבה כמו אחרי המלחמה בשנות ה90, החליטו שלא, ולכן השימוש בהגנה עצמית היה כראוי. לגבי רוסיה שגם טענה להגנה עצמית, נקבע שהיא הייתה יכולה לבקש את התערבות הכוח הבינלאומי, אבל עדיין אומרים שהיא לא הייתה חייבת, וגם אי הבקשה לא מבטלת את הנחיצות.

1. **כלל המידתיות:**

ישנן שתי פרשנויות ביחס למה אומרת דרישת המידתיות:

1. **פרשנות כמותית** – אם תקפו מדינה בעוצמת אש מסוימת, אותה מדינה רשאית להגיב **בערך באותה עוצמה**. יש פה איזו שהיא פרופורציונליות בין עוצמת המתקפה לבין עוצמת התגובה.
2. **פרשנות איכותנית** – הפרופורציונליות היא לא ביחס לעוצמת המתקפה החמושה (אני מגיבה עד העוצמה בה תקפו אותי), אלא היא **ביחס לעוצמת האיום**. המציאות לא נבחנת ביחס לעוצמת מתקפה קינטית, אלא ביחס לעוצמת האיום שנבע מהמתקפה.

לדוגמה, מדינה א' שולחת כוח צבאי לכבוש שטח של מדינה ב' בהתקפת פתע. היא מצליחה לכבוש את השטח מבלי לירות כדור אחד. לכאורה, לפי העמדה הכמותנית, הדרך היחידה להשיג את השטח בחזרה היא פחות או יותר לדחוף את החיילים החוצה, כי היא לא יכולה להגיב מעבר לכוח שהופעל כלפיה. אבל, למרות שזה נשמע די מגוחך, יש להבין את הרציונל מאחורי העמדה הכמותנית, שהוא בעצם שהערכה של עוצמת איום, יכולה להיות מאוד סובייקטיבית. ולכן, אם אנחנו מסתמכים על הגישה האיכותנית, יכול להיות ששוב פעם יש פה פתח לניצול לרעה בעתיד, שכל מתקפה חמושה קטנה תהפוך לאיזו שהיא מלחמה כוללת. במילים אחרות, גם כאן שתי העמדות הן עמדות שמובילות לתוצאה מורכבת. בסוף, מלחמה זה דבר מורכב, והדין נועד בין היתר למנוע תגובה מתוך תחושת נקמה.

1. **כלל המיידיות:**

כלל המיידיות אומר שני דברים:

1. **יש להשתמש בכוח רק כאשר אין ברירה**, במועד שאחריו לא יהיה יותר מה לעשות. לא להזדרז לבחור באופציה הכוחנית.
2. **האיום צריך להיות מיידי**. זה קשור לנחיצות, כי ככל שעובר הזמן, קשה יותר להאמין שאכן השימוש בכוח כתגובה הוא נחוץ.

האם ניתן להגיב כהגנה עצמית למתקפה שעדיין לא קרתה? שני מקרים:

1. **התקפה מונעת** – רלוונטית בעיקר לנשק להשמדה המונית, נשק גרעיני. אם אני יודע שהאויב שלי הולך לפתח נשק גרעיני, ואם אני אתקוף אותו בעתיד, אז הוא ישתמש בנשק הזה נגדי, אז האם אני יכול היום לתקוף אותו, כי זה בעצם המועד האחרון שבו אני יכול לסכל את זה? דוגמה לכך היא הגרעין העיראקי – ישראל תקפה את הכור שפותח בעיראק.
2. **הגנה עצמית מפני התקפה צפויה** – מקרה שבו יש לי את כל האינפורמציה שבזמן הקרוב הולכת להיות מתקפה (סטייל הסורים על הגדרות).

יש לכך שתי עמדות, מצמצמת ומרחיבה. **העמדה המצמצמת** אומרת ששני סוגי מתקפות המנע האלה הם אסורים – גם הגנה עצמית מפני התקפה צפויה, וגם הגנה עצמית מונעת. זאת, על בסיס **ס' 51** שמדבר על הגנה מפני התקפה שקרתה, וכאן כאמור, מדובר על התקפה שטרם קרתה. יש טיעונים מהותיים למצדדים בגישה המצמצמת – **(1)** אנחנו שוב חוזרים לעניין הניצול לרעה. יש מספיק מקרים שבהם הייתה רשות להגיב למתקפה שעדיין לא קרתה, והניסיון ההיסטורי מלמד שהיה ניצול לרעה מצד מדינות. **(2)** בסוף, מנהיגי מדינות הם בסך הכל בני אדם, ובני אדם הם לא תמיד רציונליים, ויש להם נטייה להניח לגבי האויבים שלנו את הרע ביותר – אם אנחנו מניחים שהאויב שלנו רשע יותר, וזומם נגדנו יותר ממה שהוא באמת, אנחנו עלולים לנצל את ההגנה העצמית מכוח מתקפת המנע, וזה בעצם חותר תחת התכלית של איסור השימוש בכוח – אי ריבוי המלחמות בעולם, למרות שלא היה צורך בכך.

**העמדה המרחיבה** אומרת שגם הגנה עצמית מפני התקפה צפויה היא מותרת, וגם הגנה עצמית מונעת מותרת בהקשר של נשק גרעיני, כאשר מתקרבים לנקודת האל חזור/ לנקודה שאחריה לאותה מדינה יהיה נשק גרעיני. הטיעון המהותי של המצדדים בגישה זו הוא שכל פרשנות אחרת היא מתכון להתאבדות – אם הסורים על הגדרות ואני לא תוקף, הזמן שייקח להם להגיע מהצפון דרומה יותר, נניח זה כמה שעות ספורות. אבל ברגע שהאויב שלי מצהיר שהוא רוצה לתקוף אותי עם נשק גרעיני, אני לא אוכל יותר להתעסק איתו כשאני מגיע לנקודת הזמן הזו.

נגיד שיש גם אנשים שמצדדים רק בחצי מהעמדה המרחיבה (**מעין עמדת ביניים**), האומרים שהגנה עצמית כנגד התקפה צפויה מותרת, אבל הגנה עצמית מול התקפה מונעת היא אסורה. הטיעון המהותי של אותם מצדדים הוא שיש הבדל ברמת הספקולטיביות של הערכה – הסורים לדוגמה יכולים להתחרט ולא לתקוף (אבל הסיכוי בסוף הוא מאוד מאוד קטן), לעומת זאת, הסיכוי שאויב עם נשק גרעיני בפועל ישתמש בנשק הגרעיני נגדי הוא לא מאה אחוז, אלא נמוך הרבה יותר. הסיכוי לתקיפה במקרה של התקפה צפויה גבוה, אך במקרה של התקפה מונעת הוא יותר נמוך. לדוגמה, המלחמה הקרה – עם כל החששות שהיו מפני הפעלה של נשק גרעיני, בסוף אף אחד לא השתמש בנשק הגרעיני שלו.

הטיעונים הפורמליים של התומכים בעמדות המרחיבות: **(1)** צריך לתת פרשנות תכליתית ל**ס' 51**. כל פרשנות אחרת של הסעיף לא תהיה הגיונית ותוביל למצב אבסורדי, ולכן זו הפרשנות הנכונה לסעיף, גם אם היא לא פרשנות שנצמדת למלל. **(2)** הטענה היא שבדין המנהגי התפתח היתר, שנוסף על ההיתרים באמנה, להגיב בהגנה עצמית במקרים הללו. העמדה החצי מרחיבה טוענת שהתפתח היתר כזה רק בנוגע למתקפה צפויה, ולא ביחס למתקפה מונעת.

מיד אחרי פיגועי התאומים **גוברת התמיכה בגישות המרחיבות.** בשנים האחרונות יש שוב תזוזת מטוטלת קצת לעבר הגישה המצמצמת, אבל בכל מקרה נראה שהיום יש איזו שהיא **מחלוקת בנוגע לשאלת ההגנה העצמית מפני התקפה צפויה – חוקית או לא חוקית? לגבי התקפה עצמית מונעת, עמדת הרוב בעולם היא שהיא לא חוקית.**

**התערבות במלחמת אזרחים:**

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

ישנן כמה גישות:

1. **הגישה הא-סימטרית** – למדינה תמיד מותר להזמין מדינה לסייע לה, אבל לגורם לא מדינתי אסור. הגישה הזו תואמת את דוק' אי ההתערבות בעניינים פנימיים של מדינה, כלומר חלק מהריבונות של המדינה.
2. **דוקטרינת השוויון הנגטיבי** – אם יש מלחמה בתוך המדינה, אסור להתערב לטובת אף אחד מהצדדים כי לא ברור מי צודק.
3. **דוקטרינת השוויון הפוזיטיבי** – מותר להתערב לטובת כל אחד מהצדדים.

**בפועל, אין הכרעה בין שלוש העמדות.** מה שאנו רואים הוא שמדינות דואגות להכריז שהצד שהן תומכות בו הוא השלטון האמיתי של המדינה. דוגמה לכך היא המלחמה בסוריה – ארה"ב הכריזה שהשלטון האמיתי הוא צבא סוריה החופש, בעוד שהרוסים טענו שזה שלטון אסד.

**התערבות הומניטרית:**

סוגייה נוספת היא הסוגייה של התערבות הומניטרית. יש שלטון שפוגע באזרחים שלו, מבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות. האם מדינה זרה יכולה לבוא ולהתערב כדי להציל את האזרחים, **כשלא מדובר באזרחים שלה**? אם דיברנו על מבצע אנטבה וחילוץ של אזרחים והטיעון של הגנה עצמית, הטיעון של הגנה עצמית לכאורה לא תופס פה, כי המדינה הזרה לכאורה לא מגיבה כנגד מתקפה שבוצעה כלפיה או כלפי האזרחים שלה. למשל, זה מה שעשו מדינות נאט"ו בשנות ה90 – הן הציבו אולטימטום ליוגוסלביה במטרה להפסיק את הטיהור האתני בקוסובו.

ישנן שתי עמדות:

1. **העמדה המתירנית:** התערבות הומניטרית היא חוקית. לדעת התומכים בעמדה זו, התפתח חריג בדין המנהגי שמתיר שימוש בכוח במקרים הללו. לחלופין, הם מפרשים את **ס' 2(4)** (הס' המקורי במגילת האו"ם), כלא אוסר את השימוש בכוח הזה. אם הולכים על ניסוח הס', לא מדובר פה על הפגיעה בטריטוריה, בריבונות של המדינה, או במטרות האו"ם. הם מפרשים את זה כ-לא נכנסים תחת האיסור.
2. **העמדה המקבילה:** מדינה לא יכולה לבצע על דעת עצמה התערבות המוניטרית – רק מועצת הביטחון יכולה להסמיך מדינות לעשות שימוש בכוח לשם התערבות המוניטרית.

מהי העמדה השולטת? בשנות ה90 ובתחילת שנות ה2000, הייתה תמיכה גדולה בעמדה המתירנית. אבל, בשנים האחרונות, בעקבות מקרים של ניצול העמדה הזו לרעה (רוסיה בעימותים שונים – הפלישה הרוסית לחצי האי קרים, מלחמת רוסיה אוקראינה, המלחמה בגאורגיה), **כיום העמדה הרווחת היא העמדה המקבילה**.

**מלחמת רוסיה אוקראינה:**

רוסיה פלשה לאוקראינה בחודש פברואר 2022 תוך הכרזה על מבצע צבאי מיוחד במזרח אוקראינה. הצעד הזה, לצד פעולות נוספות של רוסיה, הוביל לפתיחה של מספר הליכים בינלאומיים בטריבונליים שונים. נסקור כעת במבט מלמעלה חלק מההליכים שנפתחו בעקבות הפלישה הרוסית, תוך דגש על הליכים שנוגעים לעצם הפתיחה במלחמה (שימוש אסור בכוח).

נתחיל בהליך שנפתח בICC – נלמד בהמשך שלבית הדין הפלילי הבינ"ל יש סמכות עניינית בנוגע לארבעה סוגים של פשעים שמעוגנים בחוקת בית הדין – **1.** ג'נוסייד (רצח עם) **2.** פשעי מלחמה **3.** פשעים נגד האנושות **4.** פשע התוקפנות. ככלל, ביחס לשלושת הפשעים הראשונים, הסמכות משתרעת על פשעים שבוצעו בשטחה של כל מדינה שהיא צד לאמנת רומא, או על פשעים שבוצעו על ידי אזרחי מדינה חברה. **ואולם, גם אם מדינה אינה חברה באמנת בית הדין, בית הדין עדיין יכול לקנות סמכות שיפוט, אם המדינה מקבלת על עצמה את סמכות השיפוט שלו, והפשע נעשה בשטחה או על ידי מי מאזרחיה** – זה למעשה מה שקרה בהליך בעניין אוקראינה (ישנן מדינות שאינן חברות בחוקת בית הדין, אך הכריזו על כך שהן מכירות בסמכותו של בית הדין לחקור פשעים שבוצעו בשטחן. בין המדינות הללו, אוקראינה, אשר בפברואר 2014 הודיעה כי היא מקבלת עליה את כללי בית הדין הפלילי הבינ"ל).

רקע:

בשנת 2014 משרד התובעת דאז פתח בבדיקה מקדמית בנוגע למצב באוקראינה, על רקע אירועים שהיו קשורים אז לפעילות המחאה נגד שלטון הנשיא ינוקוביץ' והאירועים בקרים. מאחר שגם רוסיה וגם אוקראינה הן לא צד לאמנת רומא, הבדיקה המקדמית נפתחה על בסיס שתי הצהרות של אוקראינה, לפיהן היא קיבלה את סמכות בית הדין על פשעים שבוצעו לכאורה, החל מנובמבר 2013 ועד לפברואר 2014, וכן על פשעים שבוצעו החל מפברואר 2014 והלאה (על מה שקרה מ2014 יש סמכות שיפוט). מכאן, שלבית הדין יש סמכות שיפוט גם ביחס לאירועים הנוכחיים שמתרחשים על אדמת אוקראינה.

ב25.2.22 התובע פרסם הצהרה על המצב באוקראינה, בה הבהיר כי הוא עוקב בדאגה אחר ההתפתחויות האחרונות, והזכיר כי משרדו יכול להחיל את סמכות השיפוט שלו, לחקור כל פשע בסמכות בית הדין שבוצע בשטחה של אוקראינה. ואכן, בהמשך אותו חודש הודיע התובע כי הוא מתכוון להתקדם עם הפתיחה בחקירה בנוגע למצב באוקראינה, וכי בכוונתו לבקש אישור ממוטב קדם המשפט לפתוח בחקירה על המצב. זאת לאחר שהוא בחן את מסקנות המשרד בסיום הבדיקה המקדמית (משנת 2014), והגיע למסקנה שיש בסיס סביר להתקדם בחקירה ביחס לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות שבוצעו לכאורה באוקראינה, גם ביחס לסכסוך שמתקיים בימים אלה.

כאמירת אגב, שנבין למה היה צריך לפנות למוטב קדם המשפט – כיוון שההחלטה לפתוח בחקירה נעשתה ביוזמת התובע, מבלי שהעניין הופנה על ידי מדינות חברות או מועצת הביטחון, זה היה נדרש. ואולם, בהמשך להצהרת התובע, הייתה הפנייה למצב באוקראינה מצד עשרות מדינות חברות, כך שהתאפשר לתובע לפתוח בחקירה באופן מיידי. התובע פתח באופן מיידי בחקירה, והצהיר כי הצוותים שלו נשלחו לשטח והחלו באיסוף ראיות.

עד כה, הזכרנו פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, לא הזכרנו את פשע התוקפנות. מדוע? **הסמכות ביחס לפשע התוקפנות קמה רק אם מועצת הביטחון הפנתה את המצב למשרד התובע, או רק אם שתי המדינות חברות בבית הדין**. מי חברה במועצת הביטחון ויש לה וטו? רוסיה. הסיכוי שעניין כזה יופנה למשרד התובע הופך להיות די קלוש. כאמור, לא רוסיה ולא אוקראינה הן חברות בבית הדין, כך שהאפשרות שהפשע הזה ייחקר תחת בית הדין פחותה ביחס לפשעים אחרים. הנושא עורר הרבה שיח משפטי ונשמעו קולות רבים שקוראים לתיקון החוקה או להקמת טריבונליים בינלאומיים ספציפיים, בהם יהיה ניתן להעמיד לדין בעלי תפקידים רוסיים וביניהם פוטין כמובן, על פשע התוקפנות.

דוגמה יחסית עדכנית מחודש מרץ האחרון היא התבטאות שגרירת ארה"ב לענייני צדק בינ"ל פלילי – ארה"ב תומכת בהקמה של טריבונל בינלאומי שיוקדש לתביעת פשע התוקפנות נגד אוקראינה. ארה"ב סבורה שאותו טריבונל צריך להיות מבוסס במערכת המשפט האוקראינית, אבל גם יכלול מאפיינים בינלאומיים משמעותיים במובן של הדין המהותי, בעלי התפקידים, מקורות המידע והמבנה שלו. דבר מעניין נוסף הוא שההצהרה האמריקאית מפנה גם למוסד נוסף שנמצא בהליכי הקמה בחודשים האחרונים – ICPA. מוסד זה צפוי להיות מוקם בהאג, ולהיות אמון על תיאום איסוף הראיות ולתמוך את צוות החקירה המשותף שכולל את אוקראינה, מדינות אירופה נוספות וגם את משרד התובע, אבל עם התמקדות בחקירות ביחס לפשע התוקפנות – דגש נוסף על פשע התוקפנות והאפשרות להעמיד לדין גם על הפשע הזה, על אף הקשיים שנוגעים ספציפית לICC.

בכל הנוגע לICC עצמו, החקירה ממשיכה להתקדם בכל הנוגע לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות. בחודש מרץ הוצאו צווי מעצר מטעם בית הדין נגד פוטין ומריה לבובה-בלובה, נציבת זכויות הילד בלשכת הנשיא, בגין פשעי מלחמה מסוג של גירוש והעברה לא חוקיים של אוכלוסייה (דובר על ילדים), מהשטחים שנמצאים בכיבוש רוסיה באוקראינה לשטחי רוסיה. ערכאת טרום המשפט סברה יש בסיס סביר להאמין שהחשודים נושאים באחריות לפשעי מלחמה מהסוג שדיברנו.

סקירה על הICJ לעניין הפלישה הרוסית וההצדקות לה:

בהליך שנפתח בICJ בפברואר 2022, אוקראינה הגישה בקשה לסעדים זמניים נגד רוסיה בפני בית הדין הבינלאומי לצדק, במסגרתה ביקשה כי הוא יורה לרוסיה, וכל מי שפועל תחתיה, להפסיק לאלתר עם כל פעילות צבאית באוקראינה. בקצרה על הICJ – בית הדין לצדק עוסק במחלוקות משפטיות בין מדינות, וסמכות השיפוט שלו משתרעת על מדינות שחברות באו"ם, אם הן התקשרו ביניהן בהסכם שמאפשר לבית הדין להכריע במחלוקת, או אם הן הצהירו שהן מקבלות את סמכות בית הדין, או אם המדינות מהוות צד לאמנה שכוללת הוראה שקובעת שבמקרה של מחלוקת רשאי אחד מהצדדים להפנות את המחלוקת לבית הדין.

הבקשה של אוקראינה היא מעניינת, כי היא מסתמכת על טענה משפטית די יצירתית, לפיה קיימת בין רוסיה לאוקראינה מחלוקת לעניין אמנת הג'נוסייד בה שתיהן חברות. מה שמעניין הוא ביחס לטענה האוקראינית, זה שאוקראינה טוענת שלבית הדין יש סמכות שיפוט כי האמנה מעניקה לבית הדין סמכות שיפוט ביחס לסכסוך בנושא פרשנות או תחולת האמנה, ומאחר שיש חוסר הסכמה ברור בינה לבין רוסיה בעניין הזה, לבית הדין קמה סמכות.

ממה נובע אותו חוסר הסכמה? קונקרטית, אוקראינה טוענת שיש טענות כוזבות של רוסיה על כך שאוקראינה מבצעת רצח עם באזרחים דוברים רוסית באזורים מסוימים באוקראינה, בעוד אוקראינה מן הסתם מכחישה בתוקף את הטענות הללו. בנוסף, אוקראינה טוענת שהסכסוך בינה לבין רוסיה נוגע גם לפעולות שבהן המדינה יכולה לנקוט כדי לאכוף את אמנת הג'נוסייד במקרה שבאמת מתרחש רצח עם. אבל, אוקראינה טוענת כי לפי האמנה, המדינות צריכות למנוע רצח עם בכל האמצעים הקיימים, אבל האמנה לא מאפשרת למדינה לפלוש לטריטוריה אחרת כדי למנוע הפרות (כלומר, גם אם אמנת הג'נוסייד חלה, מה היא מאפשרת מתוקף תכולתה). בתוך כך, אוקראינה טענה כי רוסיה מנצלת לרעה ובחוסר תו"ל את סעיפי האמנה כדי להצדיק את המבצע הצבי. מה לעניין התגובה הרוסית? רוסיה מסרה בתגובה שהיא לא מתכוונת לקחת חלק בשימוע, אבל בהתבטאות שלה בכתב, היא אמרה כי לעמדתה אין לבית הדין סמכות לעניין, ובתמצית, היא אומרת שאוקראינה מנסה, באמצעות מניפולציה משפטית, לכפות בכוח פרשנות שמאפשרת לדון בדיני השימוש בכוח במסגרת אמנת הג'נוסייד, כאשר ברור שמדובר בעניין שהוא מחוץ לתחום היישום של האמנה. רוסיה מסבירה כי הפעילות שלה באוקראינה מבוססת לא על הטענות לרצח עם, אלא על זכותה להגנה עצמית כיוון שאותם אזורים ביקשו את עזרתה.

לאן התגלגל האירוע הזה? בהמשך, בית הדין הורה לרוסיה לעצור את כל הפעילות הצבאית שלה באוקראינה, ולוודא שיחידות צבאיות או חמושות שנמצאות תחת שליטתה, נתמכות על ידה או מקבלות ממנה הוראות, יפסיקו את פעילותן הצבאית – יש פה איזו שהיא קבלה של רוב הטענות של אוקראינה בנושא. בית הדין קבע כי בשלב זה, טענת אוקראינה מבססת בסיס סביר לקיומה של סמכות שיפוט, ושבכל מקרה, בית הדין מתייחס גם לטענה הרוסית (שפעילותה הצבאית מתבססת על חריג ההגנה העצמית, **ס' 51 למגילת האו"ם**), וקובע כי העמדה הזו לא מונעת ממנו להסיק כי אכן יש לו סמכות שיפוט על פניו לדון בתיק, זאת משום שמעשים מסוימים יכולים לייצר סכסוך שנופל תחת יותר מאמנה אחת – יש פה החלטה דרמטית.

נסיים ונאמר שהעניינים עדיין מתפתחים. ממש לאחרונה בית הדין אפשר להגיש התייחסויות של 33 מדינות ביחס לטענות מקדמיות על הוראות אמנת הג'נוסייד שרלוונטיות לסמכות בית הדין. במקביל, נפתח הליך גם בבית הדין האירופי לזכויות אדם בחשד שרוסיה הפרה את אמנת אירופה לזכויות אדם. גם ברמת ההליכים המדינתיים (נדבר עליהם ועל סמכות השיפוט האוניברסלית), מדינות רבות החלו בפתיחת הליכים מכוח הדוקטרינה הזו.

הערה: דיברנו על משפחה של בתי דין בינלאומיים לזכויות אדם, הECHR הוא המפורסם שבהם. הקייס עם רוסיה ואוקראינה שם הוא מרתק, כי מצד אחד קרה עם רוסיה משהו מאוד נדיר – הגוף הפוליטי שבעצם אחראי על בית הדין האירופי לזכויות אדם, מיד אחרי שהתחילה המלחמה, כיוון שזו הייתה כזו רמה של תוקפנות בוטה, גירש את רוסיה משורות הארגון. זה משהו שבקושי קורה, שמגרשים מדינה מארגון בינ"ל. מועצת אירופה לא היססה וגירשה את רוסיה ממשטר שיתוף פעולה הזה שאחראי על בית הדין האירופי לזכויות אדם. מצד שני, לפני שהספיקו לעשות את זה, הגישו כבר תלונה נגד רוסיה. עכשיו, הברוך הגדול שהECHR ניצב מולו הוא שהוא לא יודע אם יש לו בכלל סמכות שיפוט – מצד אחד התלונה הוגשה כשרוסיה עוד הייתה חברה, אבל עכשיו הוא אמור לדון במדינה שהיא כבר לא חברה – תסבוכת סמכותית מאוד יוצאת דופן. מעניין לראות איך הECHR הולך לצאת מהתסבוכת הזו, כי אין ספק שהוא רוצה לפסוק בתיק הזה.

**דיני העימות המזוין**

במעבר טבעי מענף דיני השימוש בכוח אנו עוברים ל**ענף דיני העימות המזוין**. יש להם כמה כינויים נוספים במשב"ל – דיני הלחימה; משפט בינלאומי הומניטרי. כולם מתכוונים לאותו דבר.

מצד אחד, הנושא הזה לא ממש חדש לנו, כי דיברנו עליו במהלך הקורס. בין היתר, זה אחד התחומים הראשוניים שהמשב"ל התפתח מהם. זה אחד התחומים שהתפתחו באופן הכי קדום, משום שתמיד היו מלחמות.

למה ענף זה נקרא גם משב"ל הומניטרי? הענף הזה מבוסס על איזון בני שני פקטורים מאוד חשובים – מחד, צרכים ושיקולים צבאיים שמדינות מתמודדות עמן בזמן המלחמה ומאידך, שיקולים הומניטריים שבאים להגן על מי שנלחם ועל מי שלא נלחם. דיני הלחימה מבטאים את הרצון למתן את הפגיעה והסבל שגורמים סכסוכים מזויינים.

**בבסיס דיני הלחימה יש השקפה אידיאולוגית ברורה שלא הכל מותר במלחמה** – גם במלחמה חייבים להגן על שיקולים הומניטריים מסוימים. בראש ובראשונה יש לעשות ככל הניתן כדי להימנע מפגיעה ממי שנמצא מחוץ למעגל הלחימה – אזרחים, פצועים, שבויים. כאמור, ההשקפה הזו נסמכת על ההבנה שגם במלחמה יש נורמות התנהגות אנושיות מסוימות שצדדים לוחמים חייבים לעמוד בהן.

כמה דברים כלליים וחשובים:

מלחמות תמיד ליוו את האנושות. כך גם היום (ראיה לכך היא מלחמת רוסיה אוקראינה), אולם משהו כן השתנה לאורך ההיסטוריה. בעשרות השנים האחרונות, רוב המלחמות הן לא בין מדינות (נשים בצד את המלחמה בין רוסיה לאוקראינה שמתחוללת כרגע). **רוב המלחמות הן בין מדינות לבין גורמים לא מדינתיים** – למשל ישראל מול גורמי הטרור הפלסטיניים, סכסוכים פנימיים באפריקה וכו'. המלחמות הללו זוכות לכינוי "סכסוכים שאינם בעלי אופי בינלאומי", לעומת סכסוכים בינלאומיים. לכך יש משמעויות אופרטיביות ונורמטיביות.

הענף הזה של דיני הלחימה, מכורח כך שמלחמות תמיד היו וגם היום מתחוללות, מעלה שאלות שמאוד רלוונטיות לישראל וגם לחו"ל. למשל, האם סיכולים ממוקדים היא פרקטיקה מותרת או אסורה בזירה הבינ"ל? (**בג"ץ הסיכול הממוקד**). גם שאלות בנושא גדר הביטחון – האם מותר או אסור לבנות אותה? איך צריך להתייחס לשבויי מלחמה? כל השאלות הללו חונות תחת דיני העימות המזוין של המשב"ל. אלה רק כמה דוגמאות כדי לסבר את האוזן ולמקם אותנו בנוגע לנושא הזה.

כמו כן, לדיני הלחימה יש גם אינטראקציה עם ענפים אחרים של המשב"ל:

1. **בראש ובראשונה** **הענף של משפט בינלאומי פלילי** – אגב מלחמה, הרבה פעמים נעשים פשעים בינלאומיים חמורים שכוללים פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות, והם מה ששופטים עליהם בבתי משפט בינלאומיים פליליים כמו הICC.
2. **דיני זכויות אדם** – הגישה המקובלת היא שגם במצב של מלחמה, למרות שדיני לחימה יהיו בבחינת הדין המיוחד לסיטואציה, דיני זכויות האדם של המשב"ל לא נעלמים ועשויות להיות לפיכך נפקויות משפטיות שונות.

התפתחויות ומקורות מרכזיים:

* **1863** – באותה שנה קורים שני דברים:
1. אחד הקרבות המפורסמים באירופה קרב סולפרינו. איש עסקים שוויצרי שהיה עד לפצועים שותתי דם באיזור הקרבות ואף אחד לא מסייע להם, נזעק איך יכול להיות שגם אם יש מלחמה נותנים להם למות. הוא הקטליזטור להקמתו של ארגון מאוד חשוב בדיני הלחימה והוא – **הצלב האדום (ה(ICRC**. הצלב האדום היה ממש שותף שנתן חסות ליצירת חלק מהאמנות החשובות ביותר של דיני הלחימה.
2. באותה שנה בארה"ב, מדינות בצפון מגבשות את **קוד ליבר** **שאומר שגם במלחמת האזרחים לא הכל מותר**. יש מספר כללים שחיילים חייבים לעמוד בהם כדי להילחם באופן קצת יותר אנושי. אלה ממש הבסיסים הראשונים של דיני הלחימה.
* **1868** – כמה שנים אחרי זה מתגבשת הכרזה מאוד מפורסמת, הכרזת סנט פטרסבורג, היא עוסקת בכלי נשק מאוד מסוים – כדורים שברגע שהם חודרים לגוף הם מתפשטים, הם לא תמיד הורגים אבל גורמים לסבל אדיר. לכן נקבע שגם בזמן מלחמה אי אפשר לעשות שימוש בכל נשק. **נשק שגורם לסבל לא אנושי ומיותר אסור לעשות בו שימוש**.
* **1899/1907** – **בשנים אלה מתקיימות ועידות האג**. סיפרנו שלמשל את האמנה בדבר ישוב סכסוכים בדרכי שלום מגבשים ב1899 ונוסח מתוקן שלה ב1907. ב1907, נוצרת אמנה נוספת והיא – **האמנה בדבר דיני הלוחמה ביבשה**. זו אמנה חשובה ביותר שכבר בית הדין בנירנברג בשנות ה40 הכיר בה כאמנה מנהגית. ישראל מעולם לא יצאה נגד התחולה של האמנה הספציפית הזו. אמנה זו חלה גם בזמן לחימה וגם בזמן של שטח כבוש, ישראל קיבלה את תחולת האמנה במאה אחוז. זו אמנה מרכזית ויש לה גם מספר תקנות/ נספחות שהן ממש חלק אינטגרלי מהאמנה.
* **1925** – **מגבילים את השימוש בגזים רעילים ובלוחמה ביולוגית**.
* **1949** – **ארבע אמנות ג'נבה**. אחרי מלחמת העולם השנייה, בהרבה מאוד תחומים, יש רגע מכונן לחקיקה מאוד משמעותית בדיני העימות המזוין. החשובות לענייננו זה השתיים האלה:
1. **אמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול השבוי מלחמה** (1949).
2. **אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה** (1949).

האמנות האלה נישאות וניתנות בשוויץ, שם נמצא המרכז של הצלב האדום, וגם שני המסמכים החשובים האלה:

1. **פרוטוקול נוסף לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949, בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינ"ל** (**פרוטוקול 1**) (1977). (נציין כי פרוטוקול הוא אמנה).
2. **פרוטוקול נוסף לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949, בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזויינים שאינם בינ"ל** (**פרוטוקול 2**) (1977).

פרוטוקול 1 הוא מאוד עבה ומפורט, ובין היתר אחת הסיבות שישראל לא הצטרפה אליו היא שהוא הרחיב את הקטגוריה של מי שהוא לוחם חוקי ויכול להיות זכאי למעמד של שבוי מלחמה – לוחמי חופש. ישראל שמעורבת עמוק בסכסוך הישראלי פלסטיני ב1977, הבינה שלסרט הזה היא לא נכנסת. אבל, כמו שנראה בהמשך, חלקים מהפרוטוקול הראשון יצרו דין חדש וחלקים נרחבים מהפרוטוקול הזה משקפים משפט מנהגי וככזה הם מחייבים את כולם וגם את מדינת ישראל.

נציין כי יש המון אמנות נוספות בענף דיני הלחימה – על נשקים ועל מוקשים ועל סיטואציות יותר ספציפיות של לחימה, יש סל מאוד גדול. דיני לחימה זה אחד התחומים המאוד מפותחים במשב"ל ועדיין, אנו ניצבים מול שאלות מאתגרות מאוד בתור משפטנים. שאלות חדשות שהמלחמות מציגות בפנינו.

**Jus ad bellum v. jus in bello**

**דיני השימוש בכוח (Jus ad bellum)**: עוסקים במעבר ממצב של שלום, למצב של מלחמה. הם מסדירים את השאלה המאוד חשובה אבל המאוד מסוימת – מתי מותר לעשות שימוש בכוח ביחסים הבינ"ל. בעקרון אסור שימוש בכוח ביחסים הבינ"ל לפי **ס' 2(4)** **למגילת האו"ם**. יש רק מקרים חריגים בהם מותר לעשות שימוש בכוח.

**דיני הלחימה (jus in bello)**: מסדירים סינריו אחר לחלוטין – מה קורה ברגע שאנחנו במצב הלחימה. למשל, אם ישראל תתקוף באיראן השאלה הראשונית שתעלה היא האם בכלל היה מותר לה לפנות לשימוש בכוח. אבל ברגע שנהיה בסיטואציה של מלחמה, השאלות שיעלו כמו איזה נשקים מותר להשתמש, מה מותר להפציץ ומה אסור, כל אלה הן שאלות תחת דיני הלחימה.

למה יש הפרדה מאוד חשובה בין שני הענפים האלה?

**את דיני הלחימה, במילים הכי בוטות שיש לא מעניין מי הצד התוקפן** (מי עשה את השימוש אולי הלא חוקי בכוח, מי עשה את הצעד הראשון) **ומיהו הקורבן**. ברגע שאנו נמצאים במציאות של מלחמה, חלים על הצדדים דיני הלחימה. **יותר מכך – הדינים האלה חלים באופן שווה גם כשאחד הצדדים לא מקיים אותם**. למשל, ישראל מחויבת בדיני הלחימה גם אם הצד שמולה מפר אותם. גם ארגוני טרור רוצחים אזרחים, דבר שמהווה הפרה של דיני הלחימה, עדיין לישראל אסור להרוג אזרחים כתגובה. ישראל לא רק משתדלת לעשות את זה היא משתדלת להראות שהיא עושה את זה – כיוון ההתקפות נגד יעדים צבאיים ולא נגד אזרחים.

דיני העימות המזוין – שני סוגי סכסוכים:

גם אמנות ג'נבה וגם הפרוטוקולים עושים הבחנה בין שני סוגי סכסוכים בלבד.

1. **עימות בינלאומי** – אותו אנו רואים ב**ס' 2 המשותף לאמנות ג'נבה**. יש כאמור 4 אמנות, בארבעתן יש שני סעיפים משותפים, **ס' 2** – סעיף ההגדרה של הסכסוך המזוין הבינ"ל; **ס' 3** – עוסק בסכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל. ס' 2 המשותף לאמנות ג'נבה עוסק בסכסוכים בינ"ל מפני שהוא מדבר על סכסוכים בין צדדים לאמנה – שהם יכולים להיות רק מדינות. מתייחס לכל מקרה של מלחמה שהוכרזה, או כל סכסוך מזויין.
2. **עימות מזוין שאינו בינלאומי** – אותו אנו רואים ב**ס' 3 המשותף לאמנות ג'נבה**. הס' הזה הוא בעצם ס' שיורי. למה? כי הוא נוקט בלשון שבה הוא אומר "מקרה של סכסוך בינלאומי שהוא לא מה שמוגדר בס' 2". סכסוך בינלאומי הוא הסכסוך הקלאסי. אמנות ג'נבה נחתמו על רקע מלחמת העולם השנייה שהייתה עדיין מלחמה קלאסית, בין מדינות. המחשבה כשניסחו את ס' 3 המשותף הייתה למלחמות אזרחים פנימיות, המציאות דאז הייתה שונה – לא רצו להתערב בענייניהן הפנימיים של מדינות (ס' 2(7) למגילת האו"ם), עיקרון הריבונות וכדומה). כנגזרת מכך, ס' 3 הוא מאוד רזה, בעולם ההוא התפיסה הייתה שצריך כללים כדי להסדיר גם מלחמות אחרות שהן לא בין מדינות, אבל נעשה את זה בצורה רזה במיוחד. פרוטוקול 2, מרחיב את הדינים שחלים על סכסוכים שאינם בינ"ל מתוקף ס' 3, וגם הוא יותר רזה מפרוטוקול 1 שעוסק בסכסוכים בינ"ל.

דיני הלחימה הקלאסיים ראו לנגד עיניהם מלחמות בין מדינות. הדין הפוזיטיבי שיש בנושא של סכסוכים בינ"ל הוא מאוד מפותח. למעשה, כל אמנת ג'נבה הרביעית חלה על סכסוכים בינ"ל למעט ס' 3 הרזה, כנ"ל הפרוטוקול הראשון ועוד אמנות.

לא רק שזה דין הרבה יותר מפורט, גם מבחינה מהותית ההסדרים שונים. למשל, שבויי מלחמה קיימים מבחינה משפטית נורמטיבית רק בסכסוך מזוין בינ"ל.

מצד אחד, יש דינים מאוד נרחבים על סכסוכים בינ"ל, אבל בעשרות השנים האחרונות רוב הסכסוכים הם בין מדינות לבין ישויות לא מדינתיות ודווקא בסכסוכים האלה, הפגיעה באזרחים, במי שלא מעורבים בלחימה היא הרבה יותר גדולה. כי בד"כ יש צד מסוים שברגל גסה מפר את דיני הלחימה ומכוון את המתקפות שלו לעבר אזרחים, כמו ארגוני טרור.

המסמכים המרכזיים שיש ביחס לסכסוכים שאינם בינ"ל הוא ס' 3 לאמנות ג'נבה, שכאמור רזה מאוד והפרוטוקול השני שישראל לא צד לו וגם לא ארה"ב.

על הסיבות להיקף המאוד שונה בהוראות דיברנו – אי התערבות בעניינים פנימיים של המדינה. אלא שהמציאות הוכיחה אחרת, שלא מדובר רק בעניינים פנימיים.

תנאי סף לכניסה לסכסוך מזוין ותחולת דיני הלחימה:

**ההבנה שלא מערערים עליה היא שבסכסוכים בינ"ל, כל שימוש בכוח, גם חילופי אש ברמה נמוכה יביא להפעלת דיני הלחימה**.

השאלה היותר קשה היא מתי מתחילים לחול דיני הלחימה כשאנחנו במתאר של לחימה בין מדינה לגורם לא מדינתי? זו שאלה קשה מפני שהרבה פעמים לא יודעים לשים את האצבע האם אנחנו במתאר של אכיפת חוק או במתאר של לחימה. ישראל, עד אחרי האינתיפאדה הראשונה, התמודדה עם הטרור הפלסטיני אך ורק במסגרת דיני אכיפת חוק ולא הפעילה את דיני הלחימה. לכן, כשהגענו בראשית שנות ה2000 לאינתיפאדה השניה, העולם לא הבין למה ישראל מתחילה לעשות סיכולים ממוקדים, כשבעבר לא הגיבה כך. ישראל הייתה צריכה לייצר נרטיב אחר לגמרי – להראות שיש פיגועים על בסיס יומי, עשרות הרוגים בשבוע, להסביר כי השימוש בנשק שארגוני הטרור הצליחו לאגור הוא כבר הרבה יותר חזק. יותר מכך, כשהגענו ל2000 חלק מהסכמי הביניים כבר מומשו ורצועת עזה הייתה שטח A לפי הסכמי אוסלו. משכך, הייתה הרבה פחות נוכחות של צה"ל ברצועת עזה עוד לפני ההתנתקות. לכן אומרת המדינה, שאין את היכולת באזורים מסוימים ללכת ולעצור מחבלים, אבל כן אפשר לעשות סיכול ממוקד. זה היה נרטיב שלישראל לקח הרבה זמן לשכנע לגביו (כשארה"ב טענה את זה באירועי 11/9 היה לעולם הרבה יותר קל להשתכנע).

כשמדינה נלחמת מול ארגון לא מדינתי, השאלה האם חלים דיני הלחימה היא הרבה יותר מורכבת. איך נדע? ה**ICTY , ביה"ד הבינלאומי** האיר את עינינו:

**פס"ד טאדיצ'**: לפיו, סכסוך בין מדינה לגורמים לא מדינתיים יכול להביא לתחולה של דיני הלחימה אבל **יש לעמוד ברף מאוד גבוהה של לחימה**, והוא מביא תנאים לכך (לא מצטברים):

1. מה רמת הארגון של הצדדים.
2. מה משך הסכסוך.
3. מהי עוצמת האלימות.
4. מעורבות צדדים שלישיים.
5. השלכות על צדדים שלישיים.
6. ההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך.

אם אנו נדרשים לענות בסיטואציה של מאבק של מדינה מול גורם לא מדינתי האם חלים דיני הלחימה, בין היתר ניעזר באינדיקטורים האלה. צריך להגיע לאיזושהי רמה של אלימות מבחינת עצימות הלחימה כדי שיחולו דיני העימות המזוין, ולא דיני אכיפת החוק.

**עימות מזוין מול ארגון טרור**:

היו מי שלא קיבלו את הטענה של מדינת ישראל שהיא נמצאת במלחמה מול ארגון טרור בראשית שנות ה2000. במסגרת כך, היה ספק האם מאבק מול ארגון טרור חוסה תחת דיני אכיפת חוק או שהוא יכול לעבור להיות מוסדר תחת דיני הלחימה.

למה זה חשוב? **כי אם מדובר בארגון טרור, מותר להילחם בו, כלומר להשתמש בנשק נגדו, מה שלא עושים מול פושעים תחת דיני אכיפת חוק.** כשאנו עוברים לפרדיגמה של דיני לחימה, של עימות מזוין, אנו אומרים שנגד ארגוני טרור בסיטואציות מסוימות אנו יכולים להפעיל נשק חם.

ישראל הייתה בהתחלה הראשונה בחזית הזו, ואחרי פיגועי 11/9 (מגדלי התאומים) התווספה לחזית הזו גם ארה"ב. התובנה היום היא שאכן ייתכן עימות מזוין מול ארגון טרור ואת העימות הזה יסדירו דיני הלחימה של המשב"ל. אולם, לא בהכרח כל אלימות במצב הזה תביא לתחולה של דיני הלחימה – צריך להסתכל על האינדיקציות, על סוג הנשק שהצדדים משתמשים וכו'. לפעמים אנו נראה הבחנות, למשל, במבצע מגן וחץ לא היה ספק שאנו נכנסו לסבב לחימה שאותו הסדירו דיני הלחימה של המשב"ל. לעומת זאת, ב2015 היה את טרור הסכינים של כל מיני מחבלים אינדיבידואלים, במצב כזה ברור שהפרדיגמה שחלה היא פרדיגמה של אכיפת החוק, שכן, אין רלוונטיות למטוס מהאוויר נגד אותו מחבל אינדיבידואלי שמנסה לדקור אזרח ישראלי. כל הזמן צריך להיות ערים להבדלים ולנתח את הסיטואציות בהתאם לעובדות שבשטח. לכן, המאבק בטרור הוא מאוד מתעתע במובנים מסוימים. צריך להיות ערים לנסיבות.

מבחינה נורמטיבית, מה שחשוב הוא הקביעה של ביהמ"ש העליון ב**פס"ד עג'ורי**: המדינה זכתה באמירה שבה היא ניסתה לשכנע את ביהמ"ש לאורך כמה זמן: המדינה טענה כי **מאז סוף חודש ספט' לשנת 2000, מתנהלת באזורי יהודה ושומרון לחימה קשה, אין זו פעילות משטרתית, זהו סכסוך מזוין**. **זו הייתה קביעה תקדימית**. בפעם הראשונה ביהמ"ש העליון אומר שהוא מבין שאנו ניצבים מול ארגוני טרור מתוחכמים, ולכן אנו נאלצים לעבור מפרדיגמה של אכיפת חוק לפרדיגמה של דיני הלחימה. מהשלב הזה ישראל התחילה לעשות את השימוש בסיכולים ממוקדים.

נעבור לשלב הבא – 'עימות מזויין מול ארגון טרור'. על העימות הזה חלים דיני הלחימה, אבל דינים של איזה סכסוך? של עימות מזוין בינלאומי, או הבסיס היותר מצומצם שמעוגן בס' 3 לפרוטוקול 2 שמדבר על עימות מזוין שאינו בינ"ל?

השאלה הזו באזור שנת 2006 עולה בפני שני בתי המשפט המדינתיים שנדרשו לסוגיה – ביהמ"ש העליון האמריקאי וביהמ"ש העליון הישראלי.

ביהמ"ש העליון האמריקאי: **פס"ד חמדאן**: ישנו עימות בין ארה"ב מול ארגון אל-קאעידה. חמדאן נדרש לשאלה באיזה סוג של עימות מזוין מדובר במקרה זה? ביהמ"ש העליון מגיע למסקנה כזו: הסכסוך המזוין בין ארה"ב לאל-קאעידה הוא אינו בינ"ל. למה? **לפי מבחן זהות הצדדים**. לפי **ס' 2 לאמנות ג'נבה** ביהמ"ש למד שסכסוך מזוין בינ"ל הוא סכסוך בין שתי מדינות לפחות, אלא שאל-קאעידה היא לא מדינה, היא ארגון טרור. ביהמ"ש העליון האמריקני אומר שלא מתקיימים התנאים לסכסוך מזוין בינ"ל ולכן לפי ההגדרה השיורית של **ס' 3 לאמנות ג'נבה** – מדובר בסכסוך מזוין שאינו בינ"ל.

ביהמ"ש העליון הישראלי: **פרשת הסיכולים הממוקדים**: ביהמ"ש מסתכל על המתאר שבו צה"ל עושה סיכולים ממוקדים בעזה. ישראל מעולם לא סיפחה את רצועת עזה, והיה ברור שזה שטח זר לישראל בצורה כזו או אחרת. ביהמ"ש אומר – הנה לנו סכסוך בין מדינה לארגון טרור שהוא חוצה גבולות בינ"ל, הוא קורה גם בשטח מעבר לישראל. ביהמ"ש העליון אומר שזה סכסוך בינ"ל. **עבור ביהמ"ש העליון שלנו סכסוך שאינו בינ"ל הוא סכסוך שמוגבל יותר טריטוריאלית למדינה ספציפית**. הסכסוך שלנו לא כזה, הוא חוצה גבולות בינ"ל. **ביהמ"ש העליון הישראלי מגיע למסקנה הפוכה לחלוטין לזו שהגיע אליה ביהמ"ש העליון האמריקאי – העימות מול ארגוני הטרור הפלסטיניים הוא עימות מזויין בינ"ל**!

לקביעה הזו הייתה השלכה חשובה על הניתוח שביצע ביהמ"ש בפס"ד חשוב זה. מה שחשוב שנבין הוא שלאורך השנים בעיקר בגלל שב30 השנים האחרונות הרבה מהסכסוכים שאנו רואים ברחבי העולם הם בין מדינות לארגונים לא מדינתיים, חלה התפתחות מאוד משמעותית בפועל בדינים שחלים בסכסוכים שאינם בינ"ל. ב**פס"ד טאדיץ'** ראינו זאת בצורה מאוד משמעותית – ההבחנה בין סכסוכים מזוינים בינ"ל, לבין סכסוכים מזוינים שאינם בינ"ל, במובנים מסוימים קצת התעמעמה בגלל שהעקרונות של דיני הלחימה שנדון בהם באריכות חלחלו יותר ויותר גם לסכסוכים שאינם בינ"ל.

**נדגיש** – **זה לא שעכשיו הכללים שחלים זהים**. למשל, המעמד של שבויי מלחמה קיים רק בסכסוכים מזוינים בינ"ל. אבל, בגלל שהמציאות חייבה אותנו להתמודד יותר עם סכסוכים שאינם בינ"ל אנו רואים בכל הנוגע למותר ולאסור מבחינת דיני הלחימה, התקרבות מאוד משמעותית. כלומר, בהקשר הזה של ניהול הלחיצה עצמה, הדינים שחלים על סכסוכים בינ"ל ושאינם בינ"ל הם יותר קרובים.

**ארבעת עקרונות היסוד בבסיס דיני הלחימה**:

בבסיס דיני הלחימה יש 4 עקרונות יסוד, נרחיב בעיקר על השניים המשמעותיים ביותר ביניהם, שיש גם הכי הרבה תוכן שיצקו לתוכם. **כל התקפה במהלך לחימה צריכה לעמוד בכל ארבעת עקרונות היסוד של דיני הלחימה אותם נמנה כדי שתחשב לחוקית**.

1. **עיקרון הצורך הצבאי**:

**עיקרון זה במהותו אומר שגם במלחמה, פגיעה באינטרסים מוגנים כמו חיים, רכוש, סביבה, תהיה אפשרית רק מקום שהדבר משרת צורך צבאי**. זה מסתדר גם עם הנוסחה הכללית שהצגנו שאומרת שגם בזמן שהתותחים רועמים יש אינטרסים אנושיים מסוימים שאנו לא פוגעים בהם, רק למצבים שקיים צורך צבאי שמצדיק את זה.

אנו כן רואים כמה כללים ספציפיים בדיני הלחימה שעושים שימוש בעיקרון הזה. למשל, **ס' 23 לתקנות האג** מ1907: אמנת האג בדבר דיני הלחימה, יש בה סעיפים שאין עוררין על כך שהם משקפים דין בינ"ל מנהגי – אין לפגוע ברכוש אזרחי במהלך מלחמה, אלא אם הפגיעה ברכוש הזה נובעת מצורך צבאי הכרחי. למשל, כיסופים זהו מצב בו יש שורת בתים, ונדרש לתת לצבא אפשרות תצפית והבנה יותר טובה של השטח אם הבתים לא יהיו. כיסופים פירושו, שאנו הולכים ומוחקים את שורת הבתים הזו. בעיקרון זה רכוש אזרחי, אסור סתם לפגוע בו, אבל, יש צורך צבאי להשתלט על האזור/ לפגוע ולהרוס אותו כדי שלא יהיה את האיום שממנו באו הכוחות וכו'.

1. **עיקרון ההבחנה**:

ב**ס' 48 לפרוטוקול 1** מופיע כלל שנקרא basic rule. ס' זה אומר לנו, ש**יש להבחין בין לוחמים לאזרחים ובין מטרות צבאיות למטרות אזרחיות במסגרת סכסוך מזוין**. זה בצורה הפשוטה ביותר עקרון ההבחנה. ס' 48 הוא סעיף מנהגי, לכן אין עוררין על כך שהוא מחייבים את כל המדינות, גם אלה שלא חתמו על הפרוטקול. נצלול לנדבכי כלל זה:

1. **הבחנה בין מטרות אזרחיות למטרות צבאיות**:

מה נגזר מעיקרון ההבחנה הזה, למה חשוב הפרוטוקול ה1? פרוטוקול 1 עשה סדר ויש שורה של סעיפים שמפרטים את עיקרון ההבחנה: **יש להבחין בין יעדים צבאיים ואזרחיים ולכוון את המתקפות רק כנגד יעדים צבאיים. במסגרת סכסוך מזוין אסור לכוון התקפה לעבר יעדים אזרחיים**. אם מכוונים באופן מודע התקפה לעבר יעד אזרחי זה ייחשב להפרה חמורה של דיני המלחמה ויחשב כפשע מלחמה (**ס' 48**, **52(1)**,**(2) לפרוטוקול 1**).

* יעד צבאי: כדי שלא נפר את הכלל הזה צריך לדעת מה הוא יעד צבאי. **ס' 52(2) לפרוטוקול** מגדיר יעד צבאי: "אובייקטיבים אשר מטבעם, מיקומם, מטרתם, או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם תפיסתם או נטרולם באופן מוחלט או חלקי בנסיבות המתקיימות באותו הזמן, מקנים יתרון צבאי מובהק". זוהי הגדרה רחבה מאוד.
* יעד אזרחי: לפי **ס' 52(1)** **יעד אזרחי הוא יעד שאינו יעד צבאי**. ממה שהוא כן, אנחנו נלמד על מה שהוא לא. **עם זאת, יעד אזרחי עלול לאבד את חסינותו אם הוא משמש למאמץ המלחמתי של האויב**. למשל, מסגד/ בית פרטי הם יעדים אזרחיים וככאלה כעיקרון מוגנים לחלוטין מתקיפה. אבל, גם היעדים האלה עשויים לאבד את החסינות שלהם ולהפוך למטרות לגיטימיות לתקיפה אם השימוש שנעשה בהם הוא צבאי. אם בית ספר במהלך מבצע ברצועת עזה הופל להיות מקום אחסון לציוד צבאי, על פניו, המקום הזה מאבד את החסינות שלו מתקיפה על ידי המדינה. השאלה אם יבחרו לתקוף אותו מסיבה כזו או אחרת היא שאלה אחרת, אבל מבחינה נורמטיבית הוא איבד את החסינות שלו.
* יעדים מעורבים: יעדים מעורבים הם למשל גשרים/ מסלולי המראה בשדות תעופה. במצב הרגיל אין חולק שהם יעדים אזרחיים לחלוטין. אבל, כשאנחנו נכנסים לסיטואציה של לחימה היעדים הלה הופכים בד"כ ליעדים דואליים, כי צבא האויב עשוי להשתמש גם במסלולי המראה אזרחיים כדי להגביר את הטיסות שלו. באשר לגשרים, ישנן אספקות שנכנסות דרכם תוך כדי הלחימה. האם ניתן להפציץ גשרים כדי להפסיק אספקה? אלה דוגמות ליעדים דואליים, שיועץ יידרש להשיב לגביהם ככאלו. אלה שאלות יותר מאתגרות.

כנגזרת מהצורך להבחין בין יעדים אזרחיים ליעדים צבאיים בזמן המלחמה, **ס' 51** אומר לנו: "אסור לצד לסכסוך לבצע התקפה בלתי מבחינה מטבעה". מה זה אומר? למשל, התקפה שלא מכוונת לעבר מטרה ספציפית/ התקפה שעושה שימוש בנשק או שיטת לחימה שאי אפשר לכוון אותם באופן מספיק מדויק או שאי אפשר להגביל את תוצאותיהם. דוגמאות:

* **ארטילריה** – אין ספק שזהו נשק חוקי, אבל, ארטילריה זה נשק סטטיסטי. הכוונה היא שכשיורים ממנו פגז יודעים פחות או יותר באיזה רדיוס מהמקום שאני מכוון אליו בסוף ייפול הפגז. לכן, ארטילריה היא נשק חוקי, אבל בגלל שאי אפשר לכוון אותו באופן מספיק מדויק, השימוש בו לא בהכרח יהיה חוקי בכל מתאר ומתאר. לכן, למשל ההנחיות הצבאיות שלנו אומרות שיש לשמור על מה שנקרא 'טווחי ביטחון', כלומר, מרחקים מסוימים מאזורי מגורים למשל, כשנעשה בו שימוש.
* **מצרר** – מצרר הוא נשק שלא באמת מכוונים אותו באופן מדויק. מצרר נורה בשני מתארים אפשריים- יש פגזים של ארטילריה, שיורים פגז אחד גדול וברגע מסוים מעל הקרקע הוא נפתח ויורדות ממנו הרבה פצצות קטנות. אופציה אחרת היא מטוסים שמורידים פגז שנפתח בשלב מסוים מעל הקרקע ומכסה שטחים מאוד רחבים. זה כלי נשק שבמתארים מסוימים הוא מאוד יעיל – בשטחים פתוחים. אבל הבעיה היא שאי אפשר להגביל את התוצאות של החימוש הזה הרבה פעמים דווקא אחרי המלחמה. למשל, במלחמת לבנון השנייה הנפלים הפכו להיות כמו מוקשים בשטח. ישראל השתמשה במצרר מאוד ישן ולא מתוחכם (היום לישראל יש יכולות של מצרר שיודע לאחר כמה זמן להשמיד את עצמו), מה שקרה הוא שבזמן המלחמה ישראל עשתה בו שימוש במקומות שהיו שיגורים, אבל כששכחה המלחמה והתחילו אנשים בדרום לבנון לחזור היו מקרים מצערים של אנשים בלתי מעורבים לחלוטין שעלו על פצצות של מצרר, וזה היה כמו מוקש בתוך השטח.
* **נשק גרעיני** – האם הוא עומד בעיקרון ההבחנה או לא? **לא**. אי אפשר לכוון אותו באופן מספיק מדויק וגם האפקט שלו מתפשט גם במרחב וגם בציר הזמן. זה נשק מאוד בעייתי מבחינת עיקרון ההבחנה. ביה"ד הבינ"ל לצדק נדרש לשאלה של החוקיות של נשק גרעיני בחוות דעת מייעצת בשנת 1996 והוא הגיע לתוצאה מאוד הזויה: מצד אחד, נשק גרעיני הוא נשק שכנראה לא עולה בקנה אחד עם עיקרון ההבחנה. אבל באותה נשימה הוא אמר אמירה מאוד מעניינת: **אי אפשר לומר שבכל נסיבות שהן השימוש בו יהיה לא חוקי כשהוא מציין מקרים שבהם קיומה של מדינה עומד על הכף**. אמר ולא ביאר את כוונתו.

ראינו עד עכשיו חובות המוטלות על הצד התוקף. נשים לב שכל צד חובש שני כובעים – גם תוקף וגם מותקף. **גם על הצד המתגונן במלחמה יש חובות**. למשל, אסור לי כצד לסכסוך למקם את המחנות הצבאיים שלי בסמוך ליעדים אזרחיים/ הימנעות מהצבת מטרות צבאיות בקרבת אוכלוסייה אזרחית. דוגמה ישראלית שלא מתיישבת עם זה היא הקריה – היא ממוקמת בלב איזור אזרחי. היא בהחלט מטרה לגיטימית לתקיפה. המיקום של הקריה, מאוד מאתגר את עיקרון ההבחנה.

כנגזרת מעיקרון ההבחנה יש איסור ברור ומפורש בדיני הלחימה המעוגן ב**ס' 51 לפרוטוקול 1** – **איסור על שימוש במגנים אנושיים** – אסור לצד לקחת אזרח ולהשתמש בו כמגן אנושי כדי למנוע תקיפה שלו. למשל, במהלך מבצעיים אזרחיים בעזה לעיתים שמים ילדים על גג של יעד חיסול כדי שצה"ל לא יתקוף שם. בין היתר, נוהל שכן שהיה בעבר בצה"ל שנפסל. לפי נוהל זה, כשהצבא היה הולך לעצור מעורבים בפעילות טרור היא עושה שימוש באזרח, ומבקש ממנו שילך לדפוק בדלת השכנים ולבקש מהמחבל לצאת החוצה. נוהל זה נפסל, כי הוא לא עולה בקנה אחד עם דיני הלחימה ובראשם עם עיקרון ההבחנה.

1. **הבחנה בין לוחמים ואזרחים**:

**לפי נדבך זה, מותר לפגוע בלוחמים ואסור לפגוע באופן מכוון באזרחים**. דיני הלחימה מכירים אך ורק בשתי קטגוריות של אנשים:

* **לוחמים** – **בראש ובראשונה ללוחמים יש את הרישיון להרוג, הם רשאים, התפקיד שלהם זה להשתתף בלחימה**. אם הם נופלים בשבי, הם זכאים למעמד של שבויי מלחמה, מעמד מאוד יוקרתי. כי אם נפלו בשבי אסור להעמידם לדין על עצם השתתפותם בלחימה/ אם הרגו חיילי אויב. מותר להעמיד אותם לדין על פשעי מלחמה בלבד. אם נפל בידי שבוי מלחמה סורי ויש לי ראיות לכך שהוא השתתף בתקיפה מכוונת של אזרחים, שזה פשע מלחמה, על זה אוכל להעמידו לדין. אבל "אם כל מה שהוא עשה זה להרוג חיילים שלנו" זה במסגרת הפעולות שמתאר של לחימה מותר היה לו לעשות, ועל זה אי אפשר להעמידו לדין. החיסרון עבור לוחמים הוא שלוחם מהווה מטרה לגיטימית של תקיפה של הצד שכנגד. מותר ליריב להרוג אותך.
* **אזרחים** – **אזרחים בעיקרון ובניגוד ללוחמים הם חסינים מתקיפה, אסור באופן מכוון לכוון אליהם התקפה**. אולי הם יפגעו בצורה אגבית, אבל אסור באופן מודע ומכוון לכוון התקפות צבאיות נגד אזרחים. מצד שני, אין להם רישיון להשתתף בלחימה. אם תופסים אזרחים שהשתתפו בלחימה מותר להעמידם על כך לדין. אזרחים בעיקרון חסינים מתקיפה, **אבל, אם אזרחים נוטלים חלק ישיר בלחימה, הם מאבדים את החסינות שלהם מהתקפה, למשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק בלחימה**. מיד נבין.

איך יודעים מיהו לוחם ומיהו אזרח?

**פרשת הסיכולים הממוקדים**: עלתה השאלה – **איך נדע מי לוחם ומי אזרח**? בפרט כשאנו נמצאים במצב של לחימה מול ארגון לא מדינתי, שהמשתתפים מצד הארגון הזה בלחימה לא לובשים מדים, לא נושאים נשקם בגלוי. על רקע השאלות האלה ישראל, כשהיא נדרשה לתת את כתבי הטענות בפרשה זו, **אחת הטענות שניסו לקדם בצבא הייתה שלמשפט הבינ"ל של דיני הלחימה צריך להוסיף קטגוריה שלישית** – **לוחמים בלתי חוקיים** – לא ממש אזרחים ולא ממש לוחמים. זו טענה שנדחתה ע"י ביהמ"ש העליון וגם ע"י מלומדים. גם ישראל מקבלת את זה שיש רק שתי קטגוריות – לוחמים ואזרחים.

כיצד נבחין ביניהם?

אנחנו כעת נמצאים במלחמה מול ארגון טרור, ביהמ"ש בפסק הדין אמר שהמלחמה מול ארגוני הטרור הפלסטיניים/ למשל מול חיזבאללה, היא מלחמה מול ארגוני טרור בינ"ל. **לכן, כל הניתוח שנציג עכשיו לא חוסה תחת הפרוטוקול ה1**. ביהמ"ש התחיל את המהלך מ**ס' 50(1) לפרוטוקול 1**: בס' זה ישנה הגדרה שיורית – אזרחים מוגדרים כמי שאינם לוחמים. הווה אומר שכדי ללמוד מיהו אזרח, אנו צריכים להבין מיהו לוחם.

מי נחשב לוחם לפי דיני הלחימה? **הפרוטוקול ה1** אומר **שלוחם הוא** **מי שזכאי למעמד שבוי מלחמה**.

מי זכאי למעמד שבוי מלחמה? הפרוטוקול הראשון מפנה ל**ס' 4 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה**:

1. **שבויי מלחמה הם קודם כל חיילים בצבא סדיר**. כלומר, חיילים בצבאות של מדינות.
2. **שבויי מלחמה הם גם אנשי מיליציות, לרבות תנועות התנגדות מאורגנות השייכים לאחד הצדדים לסכסוך, אך ורק בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים**:
3. **השתייכות לארגון הכולל שרשרת פיקוד**. כיום אם מסתכלים בארגוני טרור זה מתקיים.
4. **נשיאת סימן הבחנה קבוע, שניתן להכיר אותו מרחוק**. למשל מדים.
5. **נשיאת נשקם בגלוי**.
6. **ניהול פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה** – **התנאי הקריטי ביותר**! זה לא מתקיים ביחס לארגוני טרור. הכלל הכי חשוב שארגוני טרור לא מקיימים הוא עקרון ההבחנה. ארגונים אלה מכוונים במודע את המתקפות שלהם לאוכלוסייה אזרחית, הם מפרים את העיקרון הכי בסיסי של דיני הלחימה.

ביהמ"ש העליון בפרשת הסיכולים הממוקדים, עשה בדיוק את המהלך הזה. ולאור **ס' 4 לאמנת ג'נבה השלישית** שקובע מי זכאי למעמד של שבוי מלחמה, ומיהו לוחם, מגיע ביהמ"ש העליון למסקנה מאוד ברורה וחדה – **הנמנים על שורותיהם של ארגוני טרור הם לא בגדר לוחמים, כי הם לא עומדים בתנאים הנדרשים למעמד של שבוי מלחמה במשב"ל**.

על פניו, הנמנים על שורותיהם של ארגוני טרור, שאותם גם המדינה וגם ביהמ"ש העליון כינו במונח "לוחמים בלתי חוקיים", הם נופלים לקטגוריה של אזרחים. זו תוצאה מעט מעוותת – כיצד יכול להיות שמישהו שביהמ"ש מכיר בו כלוחם (בלתי חוקי) נופל תחת קטגוריה של אזרח? אולם, זה הניתוח הרווח היום ביחס ללחימה מול ארגוני טרור והנמנים על שורותיהם.

אבל שאלת מיליון הדולר בבג"ץ הסיכולים הממוקדים הייתה – האם מותר באיזשהו רגע נתון מהאוויר לתקוף את האנשים האלה שנמנים על שורותיהם של ארגוני טרור?

ביהמ"ש אמר: **האנשים האלה שנמנים על שורותיהם של ארגוני טרור, לא מוגנים מתקיפה מקום שהם נוטלים חלק ישיר במעשה האיבה**. **כלומר, אותם חברים בארגוני טרור שהם לכאורה אזרחים, הם אזרחים שנוטלים חלק ישיר בלחימה, ובזמן זה הם מטרות לגיטימיות לתקיפה** – זה מעוגן ב**ס' 51(3) לפרוטוקול 1**. זאת הייתה קביעה תקדימית מאוד משמעותית מבחינת ביהמ"ש העליון שלנו. זה אחד מפסקי הדין הכי מצוטטים של ישראל בעולם והוא האורים והתומים של הסיכולים הממוקדים.

מבחינת העולם, ישראל הייתה החלוצה בתחום של סיכולים ממוקדים. נטען בזמנו שפרקטיקה זו היא בעצם הוצאה להורג ללא משפט. הטענה הזו התבססה על כך שהאדם לא מבצע פיגוע באותו רגע ממש בזמן התקיפה שלו. אם כך, הכיצד אפשר באישון לילה לחדור עם פצצה לביתו של אדם שביצע פעולות תוקפניות בעת מוקדמת יותר? לכן, הייתה ביקורת אדירה על ישראל שהיא עושה הוצאה להורג ללא משפט.

כל הדבר הזה עורר שאלה כיצד יש לפרש את אותה תיבה ב**ס' 51 לפרוטוקול הראשון**? הצלב האדום, שהוא ארגון מאוד חשוב ומרכזי בדיני הלחימה אימץ פרשנות מאוד מצומצמת ל**ס' 51(3)**: אזרח מאבד את החסינות שלו מפני תקיפה לפרקי זמן מאוד קצרים ומדודים, רק במקומות שבהם הוא תוקף/ ממש נערך ועומד להוציא לפועל את התקיפה, רק אז מותר לתקוף אותו. בכל שאר המצבים, אזרחים מוגנים מתקיפה.

ביהמ"ש העליון **בבג"ץ הסיכולים הממוקדים**, **אימץ פרשנות הרבה יותר רחבה ממה שהצלב האדום אי פעם דמיין שאפשר יהיה להציע לס' 51(3)**: ביהמ"ש אומר שכל אדם שאנו שוקלים לעשות לגביו סיכול ממוקד צריך לבדוק את מידת מעורבותו בכל פעולות הלחימה. אם אדם נטל חלק בלחימה רק באופן חד פעמי, אי אפשר לפגוע בו. אבל, מצד שני **אי אפשר לתת מקום לתופעת הדלת המסתובבת, אין דבר כזה לוחם ביום ואזרח בלילה**. כמו שחייל גם בזמן שהוא ער וגם בזמן שהוא ישן הוא מהווה מטרה לגיטימית לתקיפה, כך גם אלה שמבצעים פונקציה לחימתית בארגוני טרור. כאן ביהמ"ש יוצא לפרשנות מאוד רחבה של ס' 51(3) שיש מי שחיבקו אותה ויש מי שביקרו אותה. ביהמ"ש ממש מפרק את הסעיף הזה ואומר:

* מה זה נוטלים חלק ישיר? **ביהמ"ש אומר שנדרש סף מעורבות נמוך יחסית כדי שאזרח ייחשב כנוטל חלק ישיר בלחימה**.נוטל חלק ישיר כולל למשל נהג שמוביל פעילי טרור, מי ששולח את המפגעים. ובמילים אחרות – מי שמבצע פונקציה של לוחם, נחשב כמי שנוטל חלק ישיר בלחימה וזה לא רק המחבל האחרון בשרשרת. **עד כדי כך ביהמ"ש הלך רחוק שהוא אמר שבמתארים מסוימים אפילו מגנים אנושים וולונטריים יכולים להיחשב כנוטלים חלק ישיר**. אולם, לא כל אחד ייחשב כנוטל חלק ישיר, למשל מי שמוכר מזון או תרופות לנמנים על שורות ארגוני הטרור, מי שמעניק תמיכה כספית, לא ייחשבו כמי שנוטלים חלק ישיר. לא מדובר כאן ברשימה סגורה, הכל ייבחן לפי הנסיבות.
* מה זה למשך אותו זמן? אזרח שנוטל חלק ישיר באופן חד פעמי, מהרגע שהוא הפסיק את הפעילות העוינת הזו אסור לתקוף אותו יותר. אבל, **אזרח שבמסגרת התפקיד שלו בארגון טרור, מבצע שרשרת מתמשכת של מעשי איבה, תוך הפסקות מנוחה ביניהם, מאבד את חסינותו במשך אותו הזמן בו מבצע את כל שרשרת הפעילות שלו**. בגלל זה, אומר ביהמ"ש שאפשר לבצע סיכול ממוקד על אדם שלא ביצע באותה עת פיגוע, אלא רצף של שרשרת מתמשכת של פעולות שכולן מוכוונות לפעילות עוינת נגד ישראל. כל זמן שהוא ממשיך לבצע את התפקידים שלו בשורות ארגון הטרור, הוא מהווה מטרה לגיטימית לתקיפה. יש להימנע מתופעה של דלת מסתובבת.

מה שכן, ביהמ"ש אומר שסיכולים ממוקדים הם חוקיים, בהינתן שהם עומדים בכל מיני תנאים, בין היתר במה שאמרנו. אבל, **אם יש חלופת מעצר עדיין עדיף לעצור מאשר לעשות סיכול ממוקד**. לכן, למשל ברצועת עזה היד קלה יותר על ההדק בסיכולים ממוקדים, כי אין חלופת מעצר שם. לעומת זאת, המצב שונה באיו"ש ולכן ישראל לא מבצעת שם סיכולים ממוקדים, כי היא משקיעה הרבה מאוד משאבים במעצרים.

1. **עיקרון המידתיות**:

**עיקרון המידתיות הוא חשוב ביותר שתמיד נבדוק יחד עם עיקרון ההבחנה**. גם הוא מעוגן בפרוטוקול ה-1. הוא אומר שבסגרת התקפה במהלך לחימה אין לגרום נזק אגבי לאזרחים וליעדים אזרחיים שהוא מופרז ביחס ליתרון הצבאי שצפוי מההתקפה.

כלומר, גם אם יש התקפה מסוימת שהיא מכוונת ליעד שמוגדר כיעד צבאי לגיטימי בהתאם לעיקרון ההבחנה, לאו דווקא התקיפה שלו תהיה חוקית בכל מצב ומצב. צריך לבדוק לפני התקיפה מה עשוי להיות הנזק האגבי שיגרם מהתקיפה הזו. אם מגיעים למסקנה שהנזק לאזרחים ולרכוש אזרחי יהיה בלתי מידתי, כלומר עולה על היתרון הצבאי שיצמח לנו מהתקיפה, אנחנו לא יכולים לבצע את התקיפה. בהתאם לכך היו סיכולים ממוקדים שבוטלו ברגע האחרון, כי הנסיבות שנוצרו היו הופכות את הנזק ללא פרופורציונלי.

אחד המקרים המפורסמים ביותר בהקשר לעיקרון זה הוא **הסיכול של סלאח שחאדה** – הוא היה מראשי הזרוע הצבאית בחמאס בעזה וישראל ניסתה להשים עליו את ידה הרבה מאוד זמן. הגיעה השעה שהיה חומר מודיעיני, ונקרתה ההזדמנות לתקוף אותו. הוא נסע ברכב מסוים, אבל הסתבר אחרי ההתקפה, שמלבדו ומלבד עוזרו שהיו מטרות לגיטימיות לתקיפה, ש**מתו 14 אנשים בלתי מעורבים**. העולם הסתכל על כך ואמר שזו הייתה תקיפה לא מידתית. לא יכול להיות שהנזק האגבי הזה של מותם של 14 אזרחים בלתי מעורבים הוא פרופורציונלי. היו על כך המון ביקורות, ועדות, ובדיקות ואפילו עתירה ספציפית על כך.

ביהמ"ש העליון קיבל את הטענה שאת החוקיות של התקפות במהלך מלחמה, לרבות החוקיות של סיכולים ממוקדים, **אנחנו נבחן האם ההתקפות האלה עומדות בעיקרון המידתיות או לא בהתאם למידע שהיה בידינו לפני שיצאה ההתקפה לפועל**. ישראל טענה שנכון למידע המודיעיני שהיה לצבא ולשב"כ, לא היו אמורים להיות 14 בלתי מעורבים במקום בו בוצע הסיכול הממוקד. היה שינוי נסיבתי שחמק מזרועות המודיעין והסיכול בוצע על בסיס ההבנה שלא ייגרם נזק בלתי מידתי. לכן, כאמור ביהמ"ש העליון מאמץ את עמדת המדינה ואומר – **השאלה האם אנחנו עומדים בעיקרון המידתיות נבחנת בהתאם למידע שהיה למפקד הצבאי הסביר עובר לביצוע ההתקפה. הבחינה היא אקס אנטה ולא אקס פוסט בהתאם לתוצאות בפועל**. לכן, נקבע שלא הייתה פה התקפה שהיא לא מידתית.

1. **עקרון ההומניות**:

**גם בזמן מלחמה אין לגרום לנזק ולסבל מיותרים כדי להביא להכנעת האויב**. העיקרון הזה חל ביחס ללוחמים ולכן הוא בעיקר מכוון לשאלה של אמצעי הלחימה השונים שבהם עושים שימוש במהלך המלחמה. למשל, הכרזת סנט פטרסבורג שאסרה על שימוש בקליעים שמתפשטים ומתרחבים בגוף האדם וגורמים דווקא להרג אלא לסבל מיותר בקרב היריב. זה ממש עומד בניגוד לעיקרון ההומניות. כך למשל גם רעל.

**דיני תפיסה לוחמתית/ דיני כיבוש**

דינים אלה אומרים לנו מה קורה כשאנו נכנסים למצב של מלחמה, בשונה מההתנהלות במלחמה עצמה. דיני הכיבוש הם **תת ענף ספציפי** בתך הענף הגדול של דיני הלחימה/ דיני העימות המזוין.

**דיני הכיבוש/ התפיסה הלוחמתית**:

דיני הכיבוש, חלים במצב עובדתי שבו מדינה אחת/ הצבא שלה, משתלטת על שטח של מדינה אחרת/ על שטח זר, שהוא לא היה שלה טרם ההשתלטות עליו.

**נקודת היסוד החשובה ביותר** – **לפי המשפט הבינ"ל כמו שהוא קיים היום, לא ניתן לרכוש ריבונות בשטח כלשהו כתוצאה מהשתלטות כוחנית עליו**. בעבר הרחוק, בגלל כמות האנשים שמצאו את מותם בגלל השתלטויות כוחניות על שטחים חדשים, ב1945 במגילת האו"ם אומרים שאסור לעשות שימוש בכוח בין מדינות, **זהו כלל קוגנטי במשב"ל**. כנגזרת ברורה של הכלל הזה, לא ניתן לרכוש ריבונות בשטח זר, בשטח חדש, בדרך של שימוש בכוח.

**לעניין הזה בכלל לא משנה עצם חוקיות השימוש בכוח**. למשל, במקרה של רוסיה שנכנסת לאוקראינה וכובשת שטחים, זה מקרה קל, כי לאף אחד אין ספק שהשימוש בכוח שרוסיה עשתה לא חוקי, אין עוררין על כך שזה היה תוקפנות, אין עוררין על כך שרוסיה לא יכולה לקנות ריבונות לגיטימית בשטח הזה למרות שהיא חושבת שהיא כן. גם בהקשר הישראלי, את העולם לא מעניין שישראל נכנסה למלחמת ששת הימים תחת חריג ההגנה העצמית, העולם לא מכיר ביכולת של ישראל לקנות ריבונות בשטחים האלה, גם אם עצם השימוש בכוח שלה היה חוקי. זאת בגלל שמבחינת המשב"ל כפי שהוא חל היום, לא ניתן לרכוש ריבונות בשטח זר בדרך של שימוש בכוח, גם אם עצם השימוש בכוח היה חוקי וחוסה תחת הגנה עצמית.

מה קורה עם השטחים הנכבשים? מקום שמדינה מוצאת את עצמה באמצעות הצבא שלה שולטת בשטח זר, השטח הזה מבחינת המשב"ל נחשב שטח שהוא **תפוס, מוחזק, כבוש**. אבל הוא מוחזק. יש למשב"ל מערכת דינים ספציפית שמסדירה את המצב העובדתי הזה. אותו תת ענף של דיני הלחימה מסדיר את זה – דיני התפיסה הלוחמתית.

**מבחינת המשב"ל מצב של כיבוש, מצב שבו מדינה מוצאת את עצמה מחזיקה בשטח זר, אמור להיות מצב זמני**. המשטר שדיני הכיבוש הניחו בפנינו הוא מערכת של דינים שאמורה לחול באופן זמני עד שהמעמד של אותו שטח מדובר יוסדר, בד"כ באמצעות החזרתו לריבון הקודם.

על איזה רקע נכתבה אמנת ג'נבה הרביעית? אמנת ג'נבה הרביעית מגובשת ב1949. מנסחי האמנה רואים לנגד עיניהם את מלחמת העולם השנייה, זו המציאות שלאורה נכתבה אמנה זו. **זו הייתה מציאות של כיבוש שהוא קצר מועד, לאף אחד לא היה ספק שרוסיה הולכת לעזוב את גרמניה, וכך גם מדינות אחרות, ושרק מנהלים את השטח הזה עד שגרמניה תתאפס על עצמה**. בעצם, יצרנו מערכת דינים שאמורה לחול על משטר כיבוש שאמור היה להיות זמני. לכאורה פשוט.

כשאנו מדברים על דיני התפיסה הלוחמתית, הדינים האלה על פניו סובבים סביב שני צירים מרכזיים:

* מצד אחד מבינים שצבא זר שולט על שטח זר, על אזרחים לא שלו. אותם אזרחים עשויים להיות עוינים כלפיו. דיני הכיבוש מבינים היטב שהצבא הזר הזה צריך להבטיח את האינטרסים הביטחוניים הלגיטימיים שלו.
* מנגד, מבינים שבאותה סיטואציה מורכבת של כיבוש, אנשים מסוימים, אלו הנכבשים, זכאים להגנות בסיטואציה המאוד מוזרה שהם מצאו את עצמם. האנשים האלה נקראים 'אנשים מוגנים' זה אנשים שחוסים תחת הגנתה של אמנת ג'נבה הרביעית. תושבים של שטח כבוש הם 'אנשים מוגנים' תחת אמנת ג'נבה הרביעית.

**אחת המטרות המרכזיות של דיני הכיבוש הייתה לעשות הקפאת מצב**. רוצים לשמר את הסטטוס קוו הקיים כשההבנה היא שהצבא שמחזיק בשטח, מחזיק בעצם את השטח הזה בנאמנות עבור הנכבש. זה על בסיס הנחת העבודה המאוד פשוטה, שבזמן שמנסחים את אמנת האג מ1907 שחלה בשטח כבוש, הכיבוש שראו לנגד עיניהם מנסחי האמנות הוא כיבוש קצר מועד. יש הרבה דוגמאות למקרים של כיבוש: רוסיה-אזורים באוקראינה; טורקיה-קפריסין; ארה"ב-עיראק.

אנשים נוטים לייחס איזושהי משמעות שלילית לעצם המונח כיבוש, במדינת ישראל בפרט כי זה נושא מאוד טעון ושנוי במחלוקת. **אבל, המשב"ל מכיר בזה שיכולות להיות סיטואציות כאלה כתוצאה ממלחמה ואפילו הסדיר את הדינים שמאפשרים להחזיק בשטח הזה באופן חוקי.**

**דיני התפיסה הלוחמתית – ההקשר הישראלי**:

* **רמת הגולן** – במלחמת ששת הימים, אותה ישראל רואה כהגנה עצמית, היא תופסת כמה שטחים. הראשון שבהם הוא רמת הגולן שישראל מספחת אותו בחוק. מבחינת ישראל, רמת הגולן היא שטח ישראלי בדיוק כמו תל אביב או ירושלים. לא כך מבחינת העולם, שלא מכיר בסיפוח של רמת הגולן. כאמור, מבחינת העולם לא ניתן לרכוש ריבונות בכוח והעולם לא מכיר בסיפוח הישראלי, בדיוק כמו שהעולם לא מכיר בסיפוח של רוסיה את האי קרים.
* **מזרח ירושלים** – גם מזרח ירושלים סופח בחוק של הכנסת. בדיוק כמו רמת הגולן, גם הסיפוח הזה לא מוכר ע"י המשב"ל וע"י הרוב המוחלט של מדינות העולם מאותן סיבות שראינו קודם – לא ניתן לרכוש ריבונות בכוח.
* **איו"ש** – איזור זה נתפס גם הוא במלחמת ששת הימים, עד אז החזיקו בו הירדנים. ב67' כשישראל נכנסת לשטח, היא מיד מקימה שם ממשל צבאי. לכן, ישראל הרשמית מעולם לא סיפחה את השטח, ולא החילה את החוקים בממשל שלה כמו שהיא עשתה במזרח ירושלים וברמת הגולן, והשטח הזה מנוהל יום ביומו ע"י ממשל צבאי שבראשו עומד אלוף פיקוד מרכז. הוא מחזיק בשני כובעים – אלוף פיקוד מרכז ומפקד כוחות צה"ל באיו"ש. המצב כן מעט מסובך יותר, לא רק בגלל שהתפיסה של השטח הזה היא ארוכת טווח מאוד, אלא שתחת הממשלה הנוכחית, **בפעם הראשונה העניקו סמכויות לשר במשרד הביטחון שהוא יהיה אחראי על המנהל האזרחי של השטח הזה**. כלומר, הצמיחו איזושהי סמכות נוספת לצידו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש. אבל אמרנו שדיני הכיבוש בעצם מדברים על סיטואציה לחימתית, של עימות מזוין, ובפעם הראשונה נותנים לגוף אזרחי סמכויות, זה מצב שעלול מאוד לסבך את ישראל בחוות הדעת שהICJ צפוי לתת שנה הבאה בנוגע לחוקיות הכיבוש הישראלי המתמשך (מתבשל תהליך בעצרת הכללית, שיש לה סמכות לבקש מהICJ חוות דעת מייעצת, והיא ביקשה ב2004 חוות דעת, שאז היא הייתה מצומצמת – על חוקיות גדר הביטחון שהקימה ישראל. כמובן שחוות הדעת הייתה מאוד ביקורתית נגד ישראל. אלא שהפעם, מתבקשת חוות דעת הרבה יותר רחבה והרבה הרבה יותר בעייתית – בשורה התחתונה רוצים להבין מה החוקיות של המשב"ל על כיבוש מתמשך ארוך טווח, ומה ההשלכות של המצב המאוד ייחודי הזה). הבעיה שיצר המהלך שעשתה הממשלה זה שעד עכשיו ישראל התנהלה בצורה של אני הקמתי ממשל צבאי, לא הכפפתי אותו לחוקים שלי ואני מנהלת את זה לפי דיני הכיבוש של המשב"ל. אלא שההצגה של שחקן אזרחי ולא צבאי היא משהו שעלול למשוך את ישראל לסיפוח, ומבחינת המשב"ל כל סיפוח כזה הוא לא חוקי.
* **רצועת עזה** – שטח נוסף שנתפס ב67', אז הוא היה מוחזק בידי המצרים. עד 2005 הוא היה כמו תמונת מראה של איו"ש – היה מפקד כוחות צה"ל לרצועת עזה, הוא היה אלוף פיקוד דרום שגם נשא שני כובעים – אלוף פיקוד דרום ומפקד כוחות צה"ל בעזה. מה המצב של רצועת עזה היום? ישראל טוענת שהמעמד שלו הוא לא מעמד של שטח כבוש, אלא שונה מהמעד של איו"ש. נרחיב בהמשך.

**המקורות המשפטיים**:

שני האינסטרומנטים המשפטיים הקריטיים ביותר לדיני כיבוש:

1. **אמנת האג משנת 1907** (והתקנות הנספחות לה, בעיקר **תקנות 42-56**).
2. **אמנת ג'נבה הרביעית** (**1949**).

ישראל מעולם לא ערערה על התוקף של אמנת האג. היה ברור לה שמדובר במסמך מנהגי המחייב אותה. סרט אחר היה עם אמנת ג'נבה הרביעית, שישראל צד לה. **ס' 4 לאמנה** זו מגדיר את האנשים שעליהם היא חלה – על אזרחים בזמן מלחמה. **לכן, המונח הזה כולל מפורשות גם תושבים של שטח כבוש, תושבים שאינם אזרחי המדינה הכובשת.** שני הסטים האלה של הכללים מכוח אמנת האג ומכוח אמנת ג'נבה הרביעית מעניקים שורה של הגנות לאותם 'אנשים מוגנים' לצד אפשרויות שונות לצבא הכובש, לנקוט בשלל אמצעי ביטחון. למשל הפקעה של שטחים בנסיבות מסוימות, מעצרים מנהליים.

**תקנה 42 לתקנות האג** (תקנה מנהגית), קובעת את **ההגדרה של שטח כבוש** – "**שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא ניתן להפעלה**". בעצם יש שתי דרישות מצטברות:

1. **על השטח להיות נתון לסמכות האויב**.
2. **סמכות זו צריכה להיות מבוססת וניתנת להפעלה** – הצבא שנמצא בשטח נדרש להיות במצב שהוא יכול להיכנס לנעלי הריבון הקודם וממש לשלוט בשטח.

בעצם, **המבחן לקיומו של שטח במעמד של שטח כבוש הוא** **מבחן השליטה האפקטיבית**. זהו מבחן עובדתי, מסתכלים על המצב העובדתי בשטח ואומרים – האם לצבא הזר יש יכולת שליטה אפקטיבית או אין לו? נדגיש שיכולים להיות מצבים של כיבוש של **חלק מהמדינה**. למשל, חלקים באוקראינה נתונים לסמכותו של הצבא הרוסי, הסמכות הזו ניתנת להפעלה, והצבא הרוסי אכן הוא זה ששולט בשטחים מסוימים באוקראינה. אין עוררין על כך שהיא לא שולטת בכל אוקראינה, אלא רק בחלק.

**הגישה הרווחת היום, לרבות ע"י הICJ, מלומדים, וגם פסיקות של בתי משפט אחרים, היא כדי שנדבר על מצב של כיבוש אין צורך בהפעלה של הסמכות בפועל על ידי הצבא**. למשל, שיוקם ממשל צבאי דה פקטו. אלא **בפוטנציאל** **להפעלת הסמכות**.

נראה המחשת דברים אלו ב**בג"ץ צמל**: אחד הבגצ"ים המפורסמים שנתן ביהמ"ש העליון בהקשר של לבנון. ניתן באמצע שנות ה80', כמה שנים לאחר שהתחילה מלחמת לבנון הראשונה. באותה עת, צה"ל שולט בחלקים מסוימים בדרום לבנון, עוצר אנשים ושם אותם במתקן כליאה. צמל, היא עורכת דין הפעילה בתחום בשנות ה80. פונים אליה והיא רוצה להידבר עם עצורים מסוימים שמוחזקים שם מבלי לראות עורכי דין, ומבלי שמתקיימים תנאי הסגרה סבירים. ה**ש' שמגר** שואל את עצמו לאיזה זכויות זכאים העצורים האלה וכדי לענות על כך צריך להבין האם מדובר בשטח כבוש. הוא אומר ש**השאלה הרלוונטית כדי שנדע האם אנו מדברים על שטח כבוש היא האם הכוח הצבאי הוא בעל יכולת להיכנס בנעלי השלטון הקודם ולא אם הוא עשה את זה בפועל**. הצבא היה הרבה מאוד זמן בדרום לבנון, ובפועל ניהל חלקים מסוימים מהשטח בדרום לבנון, אבל מעולם לא הקים שם ממשל צבאי, בשונה מרצועת עזה ומאיו"ש. לכן, אומר שמגר, שדיני הכיבוש של המשב"ל חלו בשטח הזה. תחולת דיני הכיבוש לא תלויה בהקמת מערכת ארגונית מיוחדת הלובשת צורת ממשל צבאי. המבחן העובדתי הוא של עצם הנוכחות של הצבא בשטח, ושלצבא יש את היכולת להיכנס לנעלי הריבון הקודם.

**כאמור, הגישה הרווחת כיום במשב"ל בנוגע לכיבוש** – **כדי שנגיע למצב ששטח כבוש, צריך להתקיים תנאי השליטה האפקטיבית, והגישה היא גישה מרחיבה – פוטנציאל שליטה, היכולת להיכנס לנעליו של הריבון הקודם ובפועל לשלוט בשטח**.

מה הרציונל בבסיס הגישה הרווחת הזו במשב"ל? רצו להימנע ממצב שבו תגיד מדינה שדה פקטו שולטת דרך הצבא שלה, שהיא לא כובשת כי היא לא הקימה ממשל צבאי. כלומר רצו להימנע ממצב שמדינה תפטור את עצמה מאחריות כדי לא להיחשב כובשת.

**אזור יהודה והשומרון**:

בשונה ממזרח ירושלים, השטח של איו"ש לא סופח לישראל. ישראל נכנסה, הקימה ממשל צבאי ובעשרות עתירות תמיד מופיעה השורה – שהמעמד של השטח הזה הוא שטח הנתון בתפיסה לוחמתית. ישראל מעולם לא חלקה על כך שתקנות האג חלות בשטח. השטח הזה מנוהל על ידי ממשל צבאי בראשו עומד מפקד כוחות צהל באיו"ש, הוא למעשה כמו הריבון בשטח מטעם המשב"ל, מה שנותן לו את הסמכות הם דיני הכיבוש של המשב"ל. אבל, בעוד בנוגע לתקנות האג לישראל לא הייתה בעיה, במשך זמן מסוים ישראל כן העלתה טענה בדבר אי תחולת אמנת ג'נבה הרביעית באיו"ש.

מה הייתה הטענה שהעולם לא קיבל ושישראל קידמה כשהיא ניסתה לטעון שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה שם? (ישראל כיום כבר לא טוענת את זה, זה רק לידע כללי)

**ס' 2 המשותף לאמנות ג'נבה** הוא ס' התחולה של האמנות והוא אומר שהאמנה תחול בכל מקרה של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין אחר בין שניים מבעלי האמנה. אבל, יש לס' 2 סעיף קטן נוסף והוא אומר – **כן תחול האמנה על כל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה, ואפילו לא נתקל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת**. הטיעון המסורתי שהעלתה ישראל, לפיו אמנת ג'נבה הרביעית לא הייתה אמורה לחול באיוש וברצועת עזה נסמך על הפסקה השנייה (הסעיף הקטן לס' 2) של אמנת ג'נבה: ישראל אמרה שככל שנוגע הדבר לאיו"ש, כשהיא נכנסה לאיוש ותפסה את השטח ב67', מי שהיה שם זה ירדן, והשטח הזה לא היה חלק מארץ ירדן, כי ירדן בעצמה תפסה את השטח הזה אחרי המנדט הבריטי. אמנם ירדן טענה לריבונות בשטח הזה אבל רק שתי מדינות הכירו בכך – פקיסטן ובריטניה. **לכן אמרה ישראל, כשאני נכנסתי ב67' לאיו"ש, אני תפסתי שטח שלא היה חלק מהריבונות של אף ארץ אחרת ולכן אמנת ג'נבה הרביעית לא חלה על השטח הזה**. בנוגע לרצועת עזה, טענה ישראל שהיא נכנסה ב67', רצועת עזה הוחזקה בתפיסה לוחמתית על ידי המצרים שלא טענו לריבונות שם, והנה שוב תפסה שטח שלא היה חלק מהריבונות של אף ארץ אחרת. זה היה הטיעון עד אמצע שנות ה80'.

מה העולם טוען?

העולם לא מסתכל על השטחים האלה ועל ישראל תחת הפסקה השנייה, אלא תחת הפסקה הראשונה. לפיו, האמנה הזו חלה בכל סיטואציה של סכסוך. ב67' היה סכסוך בין ישראל לבין ירדן, בין ישראל לבין מצרים, בין ישראל לבין סוריה. **היה סכסוך שנפל תחת האמנה וכתוצאה ממנו חל כיבוש, לכן ברור שהאמנה חלה תחת הפסקה הראשונה. לכן העולם לא ממש הבין למה ישראל טענה בכלל שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה באיו"ש וברצועת עזה**. העולם גם אומר שהס' הקטן, המטרה שלו הייתה להרחיב או לוודא שאמנת ג'נבה הרביעית תחול גם במצבים של כיבוש שלא נתקל בשום התנגדות מזוינת. התמונה שראו לנגד עיינים מנסחי אמנת ג'נבה הרביעית הוא מלחמת העולם השנייה, ואת הכיבוש של גרמניה את דנמרק שלא נורתה בו אפילו יריה אחת.

היום, ביהמ"ש העליון לא ממש מתעסק עם השאלה הזו. ניזכר בהצהרה החד צדדית של **שמגר** – אנחנו מבינים שיש צבא ששולט באנשים זרים, ולכן אנו נוטלים על עצמנו באופן חד צדדי את החובה לציית להוראותיה ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית. הסיבה היחידה שבעצם ישראל עשתה את הקרב הזה שמתישהו היא בעצמה ויתרה עליו, הייתה בגלל **ס' 49** **לאמנה** שאוסר על המדינה הכובשת להעביר אוכלוסייה לשטח הכבוש.

**מעמד רצועת עזה מאז ספט' 2005**:

בספט' 2005 מבוצעת תוכנית ההתנתקות. במסגרתה, מפונים הישובים הישראלים שהיו שם, וכוחות צה"ל יוצאים באופן מוחלט מהרצועה. כשהתהליך הזה מסתיים, מוציא המפקד הצבאי את המנשר (=צו) האחרון שלו מכוח היותו הריבון בשטח ואומר – תם הממשל הצבאי ברצועת עזה. מבחינת עמדת המדינה, לא הרבה זמן אחרי שהצבא יוצא, עולה החמאס ומתחיל בשיגורים לעבר ישראל ובמסגרת הזו ישראל מבינה שהיא צריכה להגיב והיא מנסה כל מיני דרכים. היא מתחילה בניתוקים של חשמל, כי אנחנו אלה שמספקים את רוב החשמל של רצועת עזה.

יש עתירה על הדבר הזה – **בג"ץ אלבסיוני** (2007): פס"ד לצמצום הדלק והחשמל. עולה השאלה – מה הסטטוס של רצועת עזה מאז 2005? "מאז חודש ספט' 2005 **אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה**. הממשל שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת ממשלה וחיילים ישראלים אינם שוהים עוד באיזור... בנסיבות אלה אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה...לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה." אבל, ממשיך ביהמ"ש ואומר: בנסיבות שנוצרו, ביהמ"ש לא עוצם עיניים מהמציאות שישראל עצמה יצרה שבה רצועת עזה נשענת במידה רבה על אספקת דלק וחשמל, ישראל רוצה להמשיך לשמר את השליטה הזו.

**בג"ץ רופאים לזכויות אדם**: ביהמ"ש חוזר על זה שרצועת עזה היא לא שטח כבוש. אבל הוא אומר שהמצב דינאמי ומשתנה. אם ישראל תחזור לנוכחות קבועה בשטח, אולי נגיע למסקנות אחרות, זה לא קרה עד היום.

מבחינת העולם, יש מדינות שמקבלות את הטענה שישראל כבר לא בבחינת כובש ברצועת עזה, יש מדינות שלא מקבלות את העמדה הזו, כי ישראל שולטת באופן הרמטי בכל המעברים לרצועת עזה, ובכל השטח הימי, ישראל מפעילה תחת דיני הלחימה מצור ימי. לכן, דה פקטו יש טענה שישראל עדיין שולטת בגלל השליטה במעטפת ואי אפשור להקים שדה תעופה. אנו שולטים במרחב הימי, היבשתי והאווירי שעוטף את רצועת עזה. לפיכך, מבחינת העולם לא מקבלים את הטענה שישראל לא שולטת ברצועת עזה.

**ס' 43 לתקנות האג – עקרון היסוד**:

מה קורה לאחר שנכנסתם בשערי הכיבוש?

**בג"ץ ג'מיעת אסכאן** (1983): בג"ץ אומר מהם שלושת הצירים שבעצם המפקד הצבאי כריבון הזמני בשטח צריך לאזן ביניהם:

1. **כיבוד זכויות האוכלוסייה המקומית** – חובות אקטיביות ופסיביות. למשל, בריאות, כלכלה, הגבלות על נטילת רכוש, בעיקרון אסור לצבא סתם להחרים רכוש, אלא אם יש טעמים ביטחוניים שמצדיקים את זה; איסור הטלת מיסים חדשים; איסור ענישה קולקטיבית; איסור גירוש.
2. **כיבוד ושמירת האינטרסים של הריבון הקידום** – יותר דומה למתאר של גרמניה הכבושה אחרי מלחמת העולם השנייה.
3. **האינטרסים הביטחוניים של הממשל הצבאי בשטח** – דיני הכיבוש מבינים שגם הצבא הזר נקלע אגב מלחמה לשטח שמבחינתו הוא גם עוין ולכן הוא עשוי להידרש לאמצעי ביטחון מסוימים, כמו מעצרים, תיחום מגורים. כחלק מהיותו המפקד הצבא בשטח צומחות לו סמכויות ממשל משמעותיות – סמכות לחוקק חקיקת ביטחון ולנקוט בצעדים ביטחוניים (הגבלות תנועה, מעצר מנהלי). הריבון הוא ממש כמו מחוקק והוא מוציא תחיקת ביטחון. הוא יכול לנקוט בכל מיני אמצעים ביטחוניים גם תחת אמנות האג ותחת אמנת ג'נבה. מה הייתה ההתפתחות בפסיקה בהקשר של ישראל? במקור, מבחינת דיני התפיסה הלוחמתית האינטרסים שהמפקד הצבא יכול היה לקחת בחשבון הוא מה שאמרנו. אבל בג"ץ פירש את זה בצורה הרבה יותר מרחיבה – בפס"ד הגדר הוא פירש את זה כמאפשר למפקד הצבאי להקים את הגדר, בנסיבות שנוצרו בשטח הזה המפקד הצבאי יכול לקחת גם את האינטרסים הביטחוניים הרחבים יותר של מדינת ישראל. בפסיקות אחרות ביהמ"ש אמר שהוא יכול לקחת גם את האינטרסים של התושבים הישראליים שיושבים באיו"ש.

**מערכת הדינים החלה בשטח הנתון בתפיסה לוחמתית**:

יש מדרג נורמטיבי שחל בשטח הזה, נראה את זה באיו"ש:

דיני התפיסה הלוחמתית (**תקנות האג+אמנת ג'נבה הרביעית**); משפט זכויות האדם הבינ"ל.

בין היתר תקנות מנדטוריות.

הצבא הוא חלק מהרשות המנהלית (סמיכות, סבירות, מידתיות וכו').

מהרגע שישראל נכנסה גם לאיו"ש וגם לרצועת עזה היה רגע שהייתה תהיה האם לאפשר לעותרים פלסטיניים לעתור לבג"ץ, אבל בגלל שהממשל הצבאי הוא חלק מהרשות המנהלית הכירו בזכות עמידה של פלסטינים בבג"ץ, ולכן חלק הם עותרים פלסטינים. שני סוגי הטענות שאנו ראים בעתירות שונות:

1. **טענה של חוסר סמכות** – המפקד הצבאי עשה פעולה מבלי סמכות לעשות אותה.
* **בבג"ץ ג'מעית אסכאן**: רצו לבנות את כביש 443 ולצורך כך היה צריך להפקיע קרקעות פרטיות של פלסטינים. עלתה השאלה האם לצורך בניית כביש המפקד הצבאי יכול להורות על הפקעת שטח? הטענה הייתה שאין סמכות תחת **ס' 43** שמדבר על שימור המצב. ביהמ"ש העליון דחה את הטענה הזו ואמר: אני קורא את ס' 43 כך: אני צריך לשמור על הסדר, כמו למשל תעבורה, ולכן כן יש סמכות תחת ס' זה מכוח המשב"ל.
* **בג"ץ אבו צפייה**: עסק גם בכביש 443, כאן על רקע המצב הבטחוני, המפקד הצבאי הורה שפלסטינים לא יכולים בכלל לעלות על כביש 443, כלומר הכביש הפך להיות כביש שירות לישראלים בלבד. כאן, ביהמ"ש העליון קיבל את הטענה שאין סמכות כזו למעצמה הכובשת, אין סמכות להפקיע שטחים ולקבוע שמי שייהנה מההפקעה הזו זה רק התושבים שלה עצמם.
1. **פגמים בהפעלת סמכות קיימת** (משפט מנהלי – סבירות, מידתיות) – בפסקי הדין של גדר הביטחון זו הייתה טענה שכיחה. העותרים טענו שתי שכבות – אין סמכות לבנות את גדר הביטחון, ואם יש סמכות, היא מופעלת בצורה לא סבירה ולא מידתית. ביהמ"ש קובע שיש סמכות לבנות את גדר הביטחון לפי המשב"ל, אבל בהרבה מקומות ביהמ"ש תיקן את התוואי, הוא אמר שהמפקד הפקיע שטחים בצורה לא מידתית, היה אפשר להפקיע שטחים בצורה שתפגע פחות בזכות הקניין. ביהמ"ש העליון אמר שהוא לא פוסל את עצם הבנייה העקרונית של גדר הביטחון, אבל מחמת סבירות ומידתיות, נשנה את התוואי כך שהפגיעה בתושבי השטח הכבוש תהיה יותר מידתית.

**דיני זכויות אדם במשפט הבינלאומי / עו"ד דפנה דרור שפוליאנסקי**

**חלק ראשון**:

המטרה המרכזית בשיעור זה היא להסביר מדוע זכויות אדם רלוונטיות יותר מתמיד.

"**התייחס לאחרים כפי שהיית מצפה שיתייחסו אליך**" – זו אמירה שגם ידועה ביהדות. זה איזשהו כלל זהב. היום תחום זכויות אדם חולש על הרבה מאוד תחומים, גם על המשב"ל וגם מחוצה לו, כלומר לא רק מדינות נמדדות כיום במדדים של זכויות אדם, אלא גם חברות פרטיות – כמו אמזון, נייק, פייסבוק, כולם מסתכלים עליהן בפרמטרים של זכויות אדם. יש בשנים האחרונות הרבה שיח בתחום הטכנולוגיה על חופש הביטוי – מי רשאי להגיד מה וכו'.

מי הם הגופים ששולטים בתחום הזה? ציוץ של דונאלד טרמפ הוסר על ידי חברת טוויטר ופייסבוק, זה מראה משהו מאוד משונה שקורה כאן – חברה פרטית שמסירה ביטוי של נשיא מדינה. והכל בשם אותו ערך של הזכות לחופש ביטוי ושל ההגנה על הציבור, שזה בעצם לב העניין של זכויות אדם. מה שאנו רואים כאן שהוא שיש גם חברות פרטיות אחרות שמתחילות לייצר מנגנונים של אחריות תאגידית, אם זה בתנאי עבודה, שוויון, מי המעסיקים, איפה הם נמצאים, זכויות סביבתיות (לפני שנה האום מקבל זכות אדם חדשה – 'הזכות לסביבה בריאה' עקב ההתחממות הגלובלית, כאיזה מן צעד לדחוף מדינות לפעול בכיוון הזה. לקח 41 שנה כדי לייצר את הזכות החדשה הזו) ועוד.

**הייחוד של תחום זכויות אדם במשב"ל**:

* **הפרט הופך לשחקן מרכזי** – מובא שחקן חדש לזירה. עד סוף מלחמת העולם השניה, שם היה הפיק של תנועת זכויות האדם, עד אז המשפט היה בינלאומי – עסק בסוגיות בין מדינתיות (סחר בינ"ל, דיני לחימה וכדומה). השחקנים היו המדינות, אבל לא דובר על אנשים, על ענייני פנים – על הזכות לבריאות, לחינוך. אבל אז קורים כמה דברים – הדבר המרכזי ביותר הוא שהתנועה של זכויות אדם נוצרה כאנטיתזה לאידאולוגיה הנאצית והפשיסטית, שקידשה יותר את הקולקטיב על חשבון זכויות הפרט. לאחר מלחמת העולם השנייה, המון מאוכלוסיית העולם נהרגה, ויש הבנה שהמערכת המדינתית הזו היא יכולה להיות כושלת, יכול להיות רגע של משבר שבמה המדינה לא מגנה על האנשים שחיים בשטח שלה וש**צריך לייצר התערבות בינלאומית, סט ערכים בינלאומי שיגן על הפרטים באותן מדינות**.
* **שינוי מהתפיסה הקלאסית** – דבר שני שקורה ברקע הוא שנגמר עידן הקולוניאליזם, הרבה מדינות באירופה שהיו להן מושבות בעולם, משתחרות את המנדט, ומדינות באפריקה ובאסיה זוכות לעצמאות, ביניהן ישראל. לכך מתלווה הבנה מוסרית, שאי אפשר להחזיק עמים, כלומר, שמגיעה להם עצמאות לאומית. את ההתפתחות הזו מלווים גם תהליכים של דמוקרטיזציה והגדרה מחדש של היחס בין הפרט לבין המדינה – הפרט הוא לא רק אינסטרומנט אלא שחקן בפני עצמו. **יש שינוי מהתפיסה הקלאסית – אם עד עכשיו המשב"ל עסק ביחסים בין מדינות, עכשיו הוא נכנס פנימה – מעבר ממודל כדורי הביליארד**.
* **מעבר ממודל של תיאום למודל של הכפפה** – מערכת הגנות שהיא על מדינתית, שהיא בינלאומית. מודל בינלאומי שמזכיר קצת חוקה.

**חלוקת הזכויות לדורות:**

דור א: זכויות אזרחיות ומדיניות – **זכויות שיוצרות איזשהו חיץ בין הפרט לבין השלטון**. למשל – הזכות לחופש דת, הזכות לחופש ביטוי, זכות הקניין, הזכות להצביע. **הזכויות הללו קובעות אלמנטים נגטיביים**. למדינה אסור לפגוע ב-X.

דור ב: זכויות כלכליות חברתיות – למשל, הזכות לבריאות, הזכות לחינוך, הזכות לרמת חיים נאותה. **הזכויות הללו מייצרות חובה פוזיטיבית של המדינה כלפי האזרחים שלה**.

דור ג: זכויות קיבוציות – ז**כויות שמגיעות בשלב היסטורי מאוחר יותר, מדבר יותר על זכויות של קבוצה, כמו הזכות של עם להגדרה עצמית**. יש כאן הרבה שאלות לא פתורות – מה היחס בין זכות הקבוצה לבין זכויות של המדינה ושל הפרטים במדינה החדשה? למשל בקנדה, הזכויות של הילדים האינדיאנים שהיו על אדמת קנדה לפני שקנדה הוקמה, אילו זכויות מגיעות להם אם בכלל? זה שיח שהוא מאוד שונה בין מדינות שונות והוא עדיין מתפתח. אנחנו נתמקד בעיקר בשני הדורות הראשונים.

**מקורות משפט זכויות האדם הבינלאומי**:

יש שלושה מסמכי ליבה עיקריים, במשב"ל ששם אפשר למצוא את הזכויות:

1. **מגילת האו"ם**.
2. **ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם**.
3. **אמנות 1966 – ICESCR**, **ICCPR**.

המקורות נשענים על שני אלמנטים עיקריים: **(1)** המשפט ההסכמי (אמנות, מסמכים בינ"ל). **(2)** המשפט המנהגי (עקרונות משפטיים כלליים, מוכרים, שמחייבים מדינות הגם שלא חתמו על שום הסכם).

יש זכויות שנחשבות מנהגיות – למשל, גם מדינות שלא חתמו על אמנת הICCPR, עדיין הזכות להגנה מעינויים נחשבת לזכות מנהגית, שמחייבת את כל מדינות העולם, גם את אלה שלא הצטרפו אליה.

1. **מגילת האו"ם**

מגילת האו"ם היא בעצם החוקה של ארגון האום, על סמך זה הוקם הארגון. זה בעצם המנדט הראשון שניתן לאו"ם לקדם זכויות אדם. ס' חשוב שמופיע שם מלבד זה שאחת ממטרות הארגון היא לקדם הגנה על זכויות אדם, הוא **ס' 2(7)** – שקובע את **עיקרון אי ההתערבות** – אי התערבות בענייניהן הפנימיים של המדינות.

למעשה, יש סתירה בין הס' הזה לבין מה שאמרנו עד עכשיו: מה שאמרנו עד עכשיו הוא שכל הרעיון של זכויות אדם הוא שיש חצייה, כניסה לריבונות, המדינה היא זו שמעיקה את הזכויות ולפיכך יש כאן מלכתחילה התערבות בינלאומית בעניינים של המדינה. איך זה מסתדר? נציג 2 תשובות:

1. זה לא מסתדר. יש כאן סתירה שמתפתחת לאורך השנים, ומנסים להבין מה גבולות הגזרה.
2. איך הדברים האלה נעשו? הרעיון הוא שמשב"ל בכלל, הוא לא מנגנון קשיח, זה לא שאם ועדת האו"ם מבקרת זכויות אסירים במדינה X ואומרת שאין להם מספיק מרחב בתא האסיר, אז הביקורת מוכנסת לכל מקום. זה לא עובד ככה. בעצם מדברים על מערכת של נורמות שמתפתחת בעזרת כל מיני מנגנונים – ועדות, מנגנונים, ביקורת, תקשורת. לאט לאט, התהליכים האלה משפיעים ומחלחלים פנימה. יש שני עקרונות חשובים אך סותרים – **1.** יש לאו"ם מנדט לעסוק בתחומים של זכויות אדם ולקדם את זה בדרכים שניתנות לו. **2.** עדיין למדינות יש את עיקרון הריבונות שהוא אי התערבות בעניינים פנימיים שלהן.
3. **ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם**

מסמך מאוד מעניין, נחתם ב10/12/48, אחד ממסמכי היסוד בתחום הזה. **זו למעשה הפעם הראשונה שנוצק תוכן ממשי למושג זכויות אדם**. לאחר מלחמת העולם השנייה, העולם נמצא בזעזוע ומחפשים איזה משהו שמגיע כאנטיתזה לכל מה שהיה עד עכשיו ומבינים את חשיבות הדבר הזה. זה נחשב למסמך נורא בסיסי היום, שכל המדינות מקבלות באופן רחב.

* **המסמך הזה מונה 30 זכויות יסוד** – למשל: הזכות לחירות, הזכות לשוויון, הזכות לפרטיות, חופש התנועה, חינוך, עבודה, שכר הוגן.זה כולל גם זכויות מהדור הראשון וגם מהדור השני.
* **ההכרזה תורגמה ל500 שפות**.
* **מעמד ההכרזה** – ההכרזה היא החלטה של העצרת הכללית של האו"ם. פורמלית היא לא מסמך מחייב כמו אמנה, אבל הדעה הרווחת כיום זה שההכרזה זו היא מנהג: **1.** כי היא התקבלה ברוב משמעותי. **2.** כיוון שבהצהרות מאוחרות יותר של האו"ם חזרו על מחויבות לזכויות האלה. **3.** רוב ההוראות של אמנה זו נכללו אח"כ באמנות זכויות אדם מחייבות. **4.** מדינות הרבה פעמים מפנות להכרזה בפסיקה ובחקיקה שלהן. כל האלמנטים האלה יחד משקפים פרקטיקה ותחושת מחויבות.
1. **אמנות 1966**

שתי אמנות לזכויות אדם עיקריות וחשובות שנחתמו בשנת 1966:

* **ICCPR** – **האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות**.
* **ICESCR** – **האמנה לזכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות**.

מדינת ישראל אישררה את שתי האמנות האלה בשנת 91', כלומר מתייחסת אליהן כאל מחייבות.

מדוע נחתמו שתי אמנות ולא אחת? למה לא הכניסו הכל לאמנה אחת?

הסיבה הייתה פוליטית, היה קשה למדינות להגיע להסכמה על מהן הזכויות המחייבות. מה שקורה הוא שלמעשה באו"ם יש שני גושי מדינות מרכזיים בעלי אג'נדות שונות – הגוש הקומוניסטי – רוסיה, סין וכו', והגוש המערבי קפיטליסטי – ארה"ב, מדינות אירופה. הגוש הקפיטליסטי סבר שהזכויות צריכות להיות רק זכויות נגטיביות – שוויון, ביטוי, חירות. ואילו הגוש הקומוניסטי טען שצריכות להיות גם זכויות כלכליות – חינוך, בריאות. למשל, עד היום בארה"ב אין זכות לבריאות, זה לא משהו שמתחבר עם האג'נדה של ארה"ב. עד היום אין חופש ביטוי מלא בסין. אנחנו מדברים על מדינות עם אג'נדות שונות, היה קשה להגיע לקונצנזוס על מהן הזכויות האוניברסליות שכל מדינות העולם מסכימות עליהן. יחד עם זאת, רצו ליצור מסמכי ליבה שיקדמו את הנושא הזה, ולכן הפיתרון היה לפצל את זה לשתי אמנות נפרדות ומחייבות. עד היום ארה"ב היא לא צד לאמנה השנייה (**ICESCR**) , וסין לא צד לאמנה הראשונה (**ICCPR**).

יש כאן כמובן הרבה שיטות מחקריות ברקע – אם אנו חושבים על זה יש כאן שאלה שלוקחת אותנו כמה צעדים אחורה, שאלת תורת משפטית – **מה זה זכות אדם**? זה דבר שיש עליו אינספור דעות ומחקרים. זו גם איזושהי שאלה שנמצאת ברקע – האם זכויות טבעיות הם משהו שאנו זכאים לו מרגע היולדנו או שזה משהו מתפתח, שיכול להיות תלוי באלמנטים נוספים?

האמנה לזכויות אזרח ומדיניות – :ICCPR

* **מדובר על זכויות מהדור הראשון**. זכויות המצריכות מימוש מיידי – מאפיינים נגטיביים (אל תעשה).
* **האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות כוללת 22 זכויות וביניהן**: הזכות לחיים, איסור עינויים ויחס בלתי אנושי ומשפיל, איסור עבדות, הזכות לחירות וביטחון אישי, תנאי מעצר ומאסר ראויים, הזכות להליך הוגן, חופש התנועה, הזכות לפרטיות, חופש מחשבה מצפון ודת, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, הזכות לחיי משפחה, ועוד.
* **לאמנה זו מצטרפים פרוטוקולים נוספים**: **(1)** **פרוטוקול מנגנון תלונות פרטני** – ישראל לא חתומה עליו. מנגנון זה מציע מערכת תלונות, שבה אזרחים ממדינות שונות יכולים להגיש תלונה על יחס של מדינה כלפיהן, על הפרת זכויות אדם (חופש התנועה, חופש דת, וכו'). הועדה לזכויות אדם, דנה בתלונה, מבקשת את תגובת המדינה, ומפרסמת את ההחלטה שלה. ההחלטה מחייבת במובן הרך של המילה, זה לא צו שיפוטי, ועדיין מדינות מכבדות את ההחלטה ומקיימות אותה. דוגמה: בהחלטה ב2016 קובע מנגנון התלונות הפרטני בהקשר של אירלנד שמדיניות איסור ההפלות באירלנד גורמת לסבל ומהווה אפליה בטיפול רפואי לנשים. **(2)** **פרוטוקול** **איסור עונש מוות** – רוב המדינות שחתומות על הICCPR חתומות גם על פרוטוקול זה. הוא לא נכנס כאיסור פרטני לתוך האמנה, אבל הוא הושלם אח"כ כחלק מהזכות לחיים.
* המדינה יכולה להשעות חלק מן הזכויות בשעת חירום.

האמנה לזכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות – ICESCR:

* **מדובר בזכויות מהדור השני**. זכויות מסוג חובות עשה (מאפיינים פוזיטיביים) – חינוך, בריאות וכו'.
* **הרעיון הוא שמדובר בזכויות שאפשר ליישם בהדרגה**, עפ"י המשאבים העומדים לרשות המדינות ובהתאם לאמצעים הנראים בעיניה כראויים. צריך להראות איזושהי התקדמות. זה מדגיש את השוני בין הזכויות בין הדור הראשון לבין זכויות הדור השני – זכויות מהדור הראשון הן מיידיות, ואילו זכויות מהדור השני הן דורשות תהליך.
* **אופי הזכויות** – **דיני זכויות האדם מכירים בכך שלפעמים יכולה להיות התנגשות בין הזכויות וצריך יהיה להכריע ביניהן, לכן הזכויות הן יחסיות**. כלומר, יש הכרה בכך שזכות יכולה להיות מוגבלת על ידי המדינה לטובת מטרות ראויות אחרות. דוגמאות: **ס' 19(3) לICCPR** מכיר בכך שחופש הביטוי יכול להיות מוגבל – כדי לשמור על הביטחון הלאומי, על בריאות הציבור וכו'; **ס' 12(3)** מכיר בהגבלת חופש התנועה. כלומר הזכויות הן לא מוחלטות, יש נסיבות בהן מדינה רשאית להגביל את הזכויות הללו – או כדי לאזן בין זכויות שונות, או כדי להגן על אינטרסים אחרים של הפרטים.

2 האמנות הללו מדברות על חובה של המדינה – מה מצופה מהמדינה?

* **ICCPR** – **החובה של המדינה היא לכבד ולהבטיח לכל היחידים שגרים בתחומיה ושכפופים לשיפוטיה את הזכויות שהוכרו באמנה, וללא אפליה מכל טעם שהוא**. 'לכבד': מפורש כחובה נגטיבית – להימנע מפגיעה בזכות. 'להבטיח': מפורש כחובה פוזיטיבית – למשל לחוקק חוקים שיאפשרו הגנה על הזכות. יש כאן בעצם גם חובה נגטיבית וגם חובה פוזיטיבית.
* **ICESCR** – **מימוש הדרגתי**. יש הבנה שמדינה לא יכולה ביום אחד להקים בתי ספר למשל. הועדה מצפה להראות שהמדינה מחויבת, שהיא יצאה למכרז, שהיא הקימה מבנה, שהיא שכרה מורים וכדומה. ציפיית ההתקדמות צריכה להיות גם ביחס למשאבי המדינה.

**אמנות זכויות אדם מרכזיות נוספות**:

1. **האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית** **1965** **CERD** (174 מדינות חברות).
2. **האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים** **1979** **CEDAW** (186 מדינות חברות).
3. **האמנה נגד עינויים** **1984** **CAT** (147 מדינות חברות).
4. **האמנה להגנה על זכויות הילד** **1989** **CRC** (193 מדינות חברות) (2 פרוטוקולים נוספים – זנות ילדים ומעורבות ילדים בסכסוכים מזוינים). ארה"ב היא המדינה היחידה של חתמה עליה, מפני שיש כל מיני אלמנטים בארה"ב שלא מתיישבים עם האמנה.
5. **האמנה להגנה על זכויות אנשים עם מוגבלויות** **2006** **CRPD** (100 מדינות חברות; ישראל חתמה ואשררה).

אם כן, היום יש 7 אמנות לזכויות אדם. ישראל חתמה על כל 7 אמנות זכויות האדם ואשררה אותן.

**שלושה גופי או"ם מרכזיים לזכויות אדם**:

1. **הנציבות העליונה לזכויות אדם** – **UNHCHR** – הנציבות העליונה לזכויות אדם היא הגוף המרכזי שמרכז את זכויות האדם באו"ם, היא יושבת בג'נבה והתפקיד שלה הוא לקדם, לפקח ולתמוך בזכויות אדם, והם מדווחים למזכ"ל האו"ם.
2. **המועצה לזכויות אדם** – הוקמה ב2006 ע"י העצרת הכללית של האו"ם. באיזשהו שלב הגוף הזה הוחלף בשל טענות של פוליטיזציה ושל חוסר אמינות. המועצה היא גוף פוליטי, כלומר מי שנציג בה הם דיפלומטים של מדינות שונות, יש בה 47 חברות, וכל נציג נבחר ל3 שנים ע"י העצרת הכללית. יש לה שתי פונקציות מרכזיות: **1.** UPR – כל כמה שנים מדינה מגישה דוח מקיף על זכויות האדם שלה, ומדינות אחרות מבקרות את אותה מדינה שהציגה את הדו"ח. **2.** וועדות חקירה. למשל ועדת חקירה שהוקמה לאחר מבצע צוק איתן.
3. **ועדות המומחים שהוקמו מכוח אמנות ז"א** – לכל אמנה מה7 שציינו יש ועדת מומחים. זו לא ועדה פוליטית, זו ועדה של מומחים משפטיים, שממונים על ידי המדינות החברות לפי תחום המומחיות שלהם. הועדה עושה כמה דברים: **1. היא מפרסמת מסקנות** – מדינה מגישה דו"ח אחת ל4 שנים על מצב זכויות האדם בתחום האמנה הספציפית הזו, והועדה מפרסמת דו"ח תגובה. **2. הערות פרשניות** – אחת לכמה זמן הועדה מפרסמת הערה שבעצם מפרשת ומרחיבה על סעיפי האמנה, יוצקת תוכן משפטי מאוד חשוב ליישום האמנה. המעמד של ההערות הוא של משפט רך, אבל הוא מעמד מכובד. **3.** **מנגנון תלונות פרטני** – בן אדם יכול לפנות באופן אישי אל הועדה ולהתלונן על הפרת זכויות אדם שנעשתה בעניינו. ישראל לא חברה במנגנון זה, אבל כל משתפת פעולה עם המנגנונים האחרים. **4. מנגנון תלונות בין מדינתי** – מדינה אחת מגישה תלונה על מדינה אחרת, מנגנון שכמעט ולא היה בשימוש, הפעם הראשונה שנעשה בו שימוש הייתה שהרשות הפלסטינית הגישה תלונה על מדינת ישראל במסגרת האמנה נגד אפליה גזעית, תלונה המצויה בבירורים בשנים האחרונות.

אתגרים במנגנוני ז"א:

1. **אין סמכות מחייבת פר סה**.
2. **יש קושי בעצם לגלות את האמת** – בעידן כזה של פייק ניוז, קשה לוועדה למצוא ממצאים אובייקטיבים בדוקים, הרי הם לא נמצאים במדינה, הם ניזונים מדו"חות של ארגונים שמוגשים אליהם, וקשה להם לאמת אותם.
3. **חוסר במנגנוני אכיפה** – הועדה מוציאה המלצות, דו"חות, אבל אין לה מנגנוני אכיפה פר סה.
4. **לגבי חלק מהגופים לעיתים קיימת בעיה של תדמית פוליטית ובלתי אמינה**.

השפעת מנגנוני הדיווח:

* **אפקטיביות** – הוועדה המורכבת דנה בדוחות גם על בסיס מידע שמקבלת מגורמים חיצוניים, כמו NGOs, חוקרת את נציגי המדינה ולהמלצותיה השפעה על המוניטין של המדינה.
* **תמריצים** – הדיאלוג בין המדינה לוועדה, כמו גם ההד התקשורתי, יוצר לחץ פוליטי על הדינה, להראות שיפור מגמתי בנקודות עליהן קיבלה ביקורת כדי לשמור על תדמיתה בקרב הקהילה הבינלאומית.
* **גוף מקצועי קבוע** – מאפשר לבחון התקדמות תקופתית, העלאת הנושא לתודעה.

דוגמאות ליישום ההמלצות במישור הלאומי: הקמת צוות יישום מסקנות; חקיקה – העלאת גיל הנישואים מגיל 17 ל18; יישום ב**בג"ץ קו לעובד**:ביטול נוהל עובדת זרה בהריון – מאזכרים את המסקנות של ועדת CEDAW (ועדה לזכויות נשים) הקוראת לישראל לבטל נוהל מסוג זה, וכן נסמכים על הערות פרשניות של הוועדה.

**חלק שני**:

דיברנו על כך שהזכויות הן מצד אחד אוניברסליות, זכויות שניתנות באופן טבעי מרגע היוולדו של האדם, דיברנו על כך שחלק מהזכויות הן זכויות כלפי כולי עלמא – מחייבות גם אם הן לא מופיעות באמנה, וגם אם מדינות לא חתמו על אמנה. מהצד השני דיברנו על האופי היחסי של הזכויות שהן לא מוחלטות, שצריך לאזן אותן מול אינטרסים אחרים.

**ס' 4 לאמנת לזכויות אזרחיות ומדיניות** (**ICCPR**):

**ס' 4(1)** – בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על פי המשפט הבינ"ל ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דעת או מוצא חברי.

מדינה רשאית לגרוע מהזכויות שלה כשהיא נמצאת בשעת חירום בשלושה תנאים:

1. המדינה נמצאת בפני שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה.
2. המדינה הכריזה על שעת חירום.
3. המדינה הודיעה על זה למזכ"ל האו"ם – **ס' 4(2).**

היכולת לשהות במצב חירום היא מוגבלת, בגלל שאפשר לגרוע מהזכות מתאפשרת רק לפי התנאים המודגשים בס' 4(1).

**ס' 4(2)** – יש הוראות שלא ניתן לסטות מהן בגלל החשיבות שבהן – זכות לחיים, זכות לאיסור על עינויים, איסור על ענישה פלילית רטרואקטיבית. האמצעים שהמדינה נוקטת צריכים להיות נחוצים ומידתיים.

**מהי שעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה**?

* **סיטואציה קיצונית** – מלחמה, מהומות בהיקף נרחב, אסון טבע רב ממדים.
* **איום על חיי האומה** – צריכה להיות הפרעה ממשית.
* **סכסוך מזוין** (מלחמה).
* **מצב זמני ויוצא דופן**.

ישראל ומצב חירום: במדינת ישראל, הוכרז מצב חירום מיום היווסדה. על רקע זה, כשאשררה ישראל את הICCPR צירפה הצהרה ביחס לס' 9 לאמנה הנוגע לאיסור מעצר שרירותי, שככל שאמצעי המעצר המנהלי בו היא נוקטת חורג מחובותיה לפי האמנה, הרי שהדבר נעשה במסגרת מצב החירום לפי הוראות סעיף 4 לאמנה. קיימת ביקורת של הוועדה לזכויות אדם בנושא.

**תחולת דיני זכויות אדם**:

אחת השאלות שמתעוררת לגבי האמנה היא איפה היא חלה. **ס' 2(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות** אומר – כל מדינה שהיא צד באמנה זו, מתחייבת לכבד ולהבטיח **לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה** את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא.

נשאלת השאלה – האם מדובר בתנאים מצטברים/ חלופיים?

האם מספיק שאותם יחידים יהיו כפופים לשיפוטה של המדינה? האם זכויות אדם יכולות לחול גם מחוץ לטריטוריה של מדינת ישראל? זה מתעורר בהקשר לפעולות של ישראל בשטחים – מצד אחד זה מחוץ לטריטוריה של מדינת ישראל, מצד שני לישראל כן יש כוח שליטה אפקטיבית. לכן גורמים בינלאומיים אומרים שישראל מצופה להבטיח שם זכויות אדם. יש הרבה מחלוקות בנושא, אבל התפיסה הבינ"ל היום היא שיש ציפייה ממדינה להבטיח זכויות אדם גם מחוץ לטריטוריה שלה בנסיבות מסוימות, בתנאים של שליטה אפקטיבית.

העמדה של ישראל היא שהתנאים בסעיף הם חלופיים, ושהדין ההומניטרי, דיני הכיבוש גוברים על דיני זכויות אדם, כי זה הדין הספציפי לאותה סיטואציה. מצד שני, הICJ אמר שזכויות אדם לדין הומניטרי חלים במקביל, הם חלים כל הזמן, אבל היקף התחולה, ייקבע ביחס לדין המיוחד שחל באותה סיטואציה.

ועדת טירקל זו ועדה ישראלית שהוקמה לפני כמה שנים. היא אומרת שהמשפט ההומניטרי ומשפט זכויות האדם הם שתי מערכות דינים משלימות. יש זכויות כל כך בסיסיות שאי אפשר לגרוע מהם גם במצבים של לחימה.

זה שיח מאוד מורכב, כי היכולת של מדינות לאפשר זכויות אדם מחוץ לטריטוריה שלהן, רק הולכת ומתקדמת באמצעים טכנולוגיים.

**משפט בינלאומי פלילי**

מה זה משב"ל פלילי? מצד אחד זה אחד הענפים הוותיקים במשב"ל, כמו כן הוא גם מצוי במוקד העניין הציבורי, זה נושא שהוא במוקד תשומת הלב, בפרט ב20, 30 שנים האחרונות. הוא מהווה כלי לאכיפה של שני הענפים שלמדנו עליהם – **ענף דיני הלחימה וענף דיני זכויות האדם**.

הענף הזה חשוב במיוחד כשאנו חושבים מאיפה המשב"ל התחיל. דיברנו על מודל כדורי הביליארד. המשב"ל המסורתי בא להסדיר את היחסים בין הכדורים. הענף של המשב"ל הפלילי מראה את ההתקדמות המשמעותית שחלה בהקשר הזה, זה אחד התחומים בהם המשב"ל בא וחודר לתוך המדינה – **אנשים פרטיים שעשו דברים בשם המדינה, בין אם עינויים, פשעי מלחמה וכו', אנשים אלה יישאו באופן אישי באחריות פלילית על המעשים החמורים הבינ"ל שהם ביצעו**. בעוד, בפני בתי דין מדינתיים בכלל ראשי מדינה מכהנים יהיו חסינים מפני העמדה לדין. למשל, ספרד לא יכולה להעמיד לדין ראש מדינה מכהן, כמו רוה"מ של ישראל כל זמן שהוא מכהן בבתי הדין המדינתיים שלה. אבל, כאמור, החסינויות האלה לא חלות על בתי דין פליליים בינ"ל, כשהקהילה הבינ"ל שופטת. בגלל זה אנו רואים את ביה"ד הפלילי הבינ"ל מוציא צו מעצר נגד ראש ממשלת רוסיה, פוטין, שכן ברור שרוסיה לא תעמיד אותו בעצמה לדין.

מה מטרת הענף הזה? הטלת סנקציה פלילית על הפרה של נורמות בינ"ל מסוימות, נראה שמדובר על נורמות חמורות. למשל, פשעים של שוד ים, סחר בעבדים, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם, עינויים, טרור, עבירות סמים. כל העבירות האלה, ועוד, כולן חוסות תחת הענף שנקרא משב"ל פלילי.

מה התפיסה הפילוסופית שעומדת בבסיס הענף החשוב הזה? יש לנו נורמות כמו למשל בתחום זכויות האדם, בתחום דיני הלחימה שהן בעלות חשיבות בינ"ל גבוהה במיוחד ואנו רוצים ליצור מנגנוני אכיפה אפקטיביים מקום שהמדינות לא אוכפות, כלומר מקום שיש כשל שוק. למשל, שוד ים, זה פשע שהיה מבוצע בד"כ במים בינ"ל, שלא חוסים תחת הטריטוריה של אף מדינה, לכן הקהילה הבינ"ל הייתה צריכה להכיר בדוקטרינה שאומרת – שוד ים הוא מעשה שמאיים על הקהילה הבינ"ל בכללותה ומפר את יכולת המדינות להתנהל באופן בטוח בים הבינ"ל. לכן, לכל המדינות ולקהילה הבינ"ל יש את הסמכות להעמיד לדין בגין הפשע הזה. כך גם לגבי עינויים – איפה כשל השוק? המדינה וכוחותיה הם אלה שמבצעים את פשע העינויים ואז אומר ההיגיון – האם לאותם אנשים שביצעו את העינויים יהיה תמריץ להעמיד בגינם? לא, לכן נפתח את זה למדינות אחרות שיוכלו לאכוף בגין הפשעים החמורים האלה.

**אנו מדברים על מצבים שיש הפרה של נורמות שמנוגדת לערכים של כל הקהילה הבינ"ל**, במצבים כאלה, לכל המדינות ולקהילה הבינ"ל בכללותה, יש זכות תביעה נגד העבריינים האלה.

"**אויבי המין האנושי בכללותו**" – זהו כינוי שדבק בעבר בשודדי ים. היום זה **מטבע הלשון** שאנו משתמשים למשל נגד פשעי מלחמה, רצח עם, אלה אנשים שמבצעים פשעים נכד האנושות בכללותה, בגלל רמת החומרה של הפשעים.

אולם, לא תמיד זה היה ברור מאליו שאכן הקהילה הבינ"ל יכולה להעמיד לדין ולהטיל אחריות אישית על פרטים בגין מעשים שלא פעם אותם פרטים מבצעים אותם בשם מדינות. כשצבא מבצע פשעי מלחמה הוא עושה את זה כצבא של מדינה, ולגבי אותם פרטים הדבר לא היה ברור. השאלה היסודית הזו התעוררה בצורה מאוד בולטת ב**משפטי נירנברג**:לאחר מלחמת העולם השנייה, מעמידים 22 אנשים משורות הנאצים על פשעים בינ"ל שביצעו. הם טוענים שני דברים: **(1)** המשב"ל בא להסדיר יחסים בין מדינות, ואיך יכול להיות ששופטים אנשים פרטיים על מעשים שעשינו כחלק מגרמניה הנאצית בפני טריבונל בינ"ל? **בעצם הם אומרים המשב"ל לא מחיל אחריות ישירות על פרטים**. **(2)** חוקת לונדון שמכוחה פעל בית הדין מנירנברג היא מעשה רטרואקטיבי, היא נכנסה לתוקף לאחר ביצוע הפשעים.

ביה"ד הבינ"ל בנירנברג מרשיע אותם בעבירות שביצעו ומספק מספר הסברים ללמה המשב"ל באותה עת (45') מאפשר להטיל אחריות אישית על פרטים בגין הפרות של המשב"ל: **(1)** קודם כל, מקדמה דנא, קיים מנהג בינ"ל שלפיו ניתן להעמיד לדין פרטים שביצעו הפרות חמורות של דיני הלחימה. **(2)** יותר מכך, כל העבירות שאתם עומדים עליהם לדין, זה רצח מסיבי של אזרחים, תקיפה מכוונת של אזרחים במהלך מלחמה אלה דברים שאסורים בדין הפנימי, בדין הגרמני, אז מי אתם שתאמרו שאנחנו עושים אקט אסור? **(3)** ברמה העקרונית הפילוסופית החשובה ביותר אומר ביה"ד בנירנברג – **זו הדרך היחידה לאכוף את הנורמות שעסקינן בהן של המשב"ל, פשעים שמבוצעים על ידי בני אדם, ולא על ידי ישויות אבסטרקטיות כמו המדינה, לכן ברור שצריך להעמיד פרטים לדין, אחרת אף אחד לא יישא באחריות בדין על הפשעים שמבוצעים**.

דרך פסה"ד הזה מעוגנת הפילוסופיה שתחת המשב"ל יש אפשרות להטיל אחריות על אנשים פרטיים בגין ביצוע פשעים בינ"ל. **זה המצב המשפטי המקובל היום.**

**הקשר בין ענף המשב"ל הפלילי לדיני זכויות אדם ולמשב"ל הומניטרי**:

**הערכים שמוגנים תחת שלושת הענפים האלה, הם בדיוק אותם ערכים** – הגנה על זכויות יסוד בסיסיות, בין אם במצב שלום בין אם במצב מלחמה. המשב"ל מספק מערכת נורמטיבית נוספת שהיא מערכת האכיפה. במסגרת הזו אנו אוכפים לא רק נגד מדינות. פה אנו מתמקדים בהעמדה לדין של פרטים, בנשיאה ואחריות אישית של פרטים. הענף הזה מספק הגנה נוספת לזכויות אדם, גם מעבר לזו שקיימת ברמה המדינתית. למשל, **פינושה** שהיה ראש מדינה בצ'ילה וביצע פשעים חמורים באזרחים שלו, ספרד מכוח סמכות השיפוט האוניברסלית מנסה להעמידו לדין אצלה.

כמובן שיש בתי דין בינ"ל פליליים, אחד המפורסמים הוא ה**ICTY**, שהתקיים קרוב ל30 שנה, ועסק במלחמה ביוגוסלביה. בין היתר מעמידים שם את **מילוסוביץ'** שהיה נשיא סרביה. בעצם, ראש מדינה שעומד לדין בפני בי"ד בינ"ל, כשהמדינה עצמה כמובן לא מעמידה אותו לדין.

מה עומד בבסיס הרעיון הזה? **ERGA OMNES** – **חובות שמדינות חבות בהן כלפי כולי עלמא, בין היתר לא לבצע פשעים בינ"ל חמורים, ואם ביצעו, הרי שהפרו חובות כלפי כולי עלמא, ולכן כלל הקהילה הבינ"ל יכולה לבוא ולתת דין וחשבון עם המבצעים של ההפרות החמורות האלה.**

**התפתחות המשב"ל הפלילי**:

* כבר במאה ה17 וה18, אנו רואים עדות לתפיסה הרעיונות שניתן להעמיד לדין **שודדי ים** בבתי דין מדינתיים. כלומר, גם אם לא ביצעו עבירות בתוך המים הטריטוריאליים שלי, בגלל שהם אויבי המין האנושי בכללותו, לכל מדינה קמה הזכות להעמידם לדין.
* במאה ה19 אנו רואים הרחבה של התפיסה הזו ביחס ל**סחר בעבדים**. אחרי שמשנעים הרבה עבדים מאפריקה לאמריקה ולאירופה, מתגבש גם כלל בינ"ל מנהגי שרואה איסור מוחלט בעבדות, ובגלל שעבדות הייתה משהו חוצה גבולות ורצו להוקיע זאת לחלוטין, מתגבשת התפיסה שיש לכל מדינה אפשרות להעמיד לדין בגין סחר בעבדים.
* ההתפתחות הדרמטית היא מאמצע המאה ה20, שאז המשב"ל מתפתח בצורה אדירה, גם מבחינה סובסטנטיבית, וגם מבחינת המסגרת המוסדית שמלווה אותה**. ריבוי של העבירות שחוסות תחת הענף, ולא רק זה, אלא גם הרחבת היצע המוסדות הבינ"ל שבמסגרתם אפשר להעמיד לדין על העבירות האלה**.

**העבירות הכלולות המשב"ל הפלילי**:

עד 1945, דובר בעיקר על עבירות של שוד ים וסחר בעבדים (יש עדויות, שבאותה העת גם על דיני לחימה יש טריבונלים כאלה ואחרים שקונים לעצמם סמכות להעמיד לדין). בהמשך, מגיעה חוקת לונדון שעושה שינוי דרמטי ומעלה על הכתב את שלושת הפשעים החמורים שבגינם מעמידים לדין בנירנברג, והם: **פשעי המלחמה**, **פשעים נגד השלום** ו**פשעים נגד האנושות**.

**פשעי מלחמה**:

בנירנברג חלק גדול מהנאשמים מועמדים לדין על פשעי מלחמה. פשעי מלחמה כוללים הפרות של שני אינסטרומנטים בינ"ל – **(1)** **תקנות האג משנת 1907**. **(2) אמנת ג'נבה בדבר שבויי מלחמה 1929**.

כאמור, בהמשך מגיעות אמנות ג'נבה מ1949 הממשיכות את המהפך המשמעותי הזה בתחום, ולא רק שהן מכניסות פשעי מלחמה חמורים נוספים תחת הסל הזה של פשעי מלחמה, כמו למשל פשעים שמבוצעים נגד 'אנשים מוגנים', מונח מאוד מפורסם שאמנת ג'נבה אומרת – **על פשעים בינ"ל חמורים** (**GRAVE BREACHES**) **יש סמכות שיפוט אוניברסלית**! כלומר, אם מדינה מפרה הוראה מסוימת באמנת ג'נבה הרביעית שנחשבת **כהפרה חמורה**, לכל מדינה אחרת בעולם יש סמכות להעמיד לדין בגין ההפרה הזו. לכן, זה היה ממש משנה משחק.

אם אמרנו שבנירנברג היה דין פוזיטיבי יחסית רזה, נראה איך הרחיבו זאת **אמנות ג'נבה** – מעשי רצח, גירוש, מעצר לא חוקי, לקיחת בני ערובה, פגיעה נרחבת ברכוש ללא הצדקה צבאית, וכו'. כל אלה הם בבחינת **הפרות חמורות** שהן בבחינת פשעי מלחמה ושלכל מדינות העולם יש סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס אליה. מדינות העולם השונות הן בבחינת הזרוע הארוכה של המשב"ל.

בהמשך, מגיע ה**פרוטוקול ה1** משנת 77', הוא הרבה יותר עב כרס, ישראל לא חלק ממנו, אולם היא מכירה בעקרונות המנהגיים שלו. בפרוטוקול ה1 אנו רואם שהוא מרחיב עוד את הרשימה של מהם פשעי מלחמה בדין הבינ"ל – תקיפה יעדים באופן שעשוי לגרום פגיעה חמורה ובלתי מוצדקת באזרחים, העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, אפרטהייד, ופגיעה מכוונת במבני תרבות או דת.

**הקודיפיקציה העדכנית** – **ס' 8 לחוקת רומא**. לחוקת רומא יש תפקיד דואלי – היא גם מוסדית, כלומר, מכוננת את ביה"ד הבינ"ל הפלילי, אבל יש לה גם אלמנט **סובסטנטיבי מהותי** – היא מניחה ומפרטת עד מאוד את הפשעים הבינ"ל שעליהם אפשר להעמיד לדין. בכובע המהותי הסובסטנטיבי היא מבארת לנו את הפשעים שאפשר להעמיד לדין בגינם בביה"ד, וכמובן אחד המרכזיים בו הוא פשעי מלחמה, שכל ס' 8 עוסק בו ומפרט מהם פשעי המלחמה שביחס אליהם יש לביה"ד סמכות:

* העברת אוכלוסייה לשטח כבוש במישרין או בעקיפין – למשל, אם מדינה מציעה דיור שהוא יותר בר השגה ולכן אנשים הולכים לשם גם לא בכפיה, גם אם יש תמרוץ בעקיפין זה נופל תחת חוקת רומא. זו הסיבה שישראל ב2002 מודיעה שאין בכוונתה להצטרף לחוקת רומא והיא מושכת את חתימתה.
* פגיעה מכוונת בעובדי סיוע הומניטרי או כוחות שמירת שלום.
* ביזה.
* שימוש כוזב בסמלי או"ם או בדגל לבן.
* אונס ועבירות מין.
* הרעבת אזרחים.
* שימוש במגנים אנושיים.
* גיוס קטינים מתחת לגיל 15.
* שימוש בכלי נשק אסורים.

**פשעים נגד השלום /תוקפנות**:

**בנירנברג זה היה חידוש משפטי של ממש של חוקת לונדון** – הרשעת אנשי צבא נאצים על השתתפות, תכנון, והוצאה לפועל של מלחמה תוקפנית נגד מדינות אחרות. מאז, ישר אחרי נירנברג מבינים כמה העבירה הזו פוליטית, כי מפרים כאן את האיסור על שימוש בכוח. לכן, מאז נירנברג, אנו לא רואים העמדה לדין בגין הפשעים האלה. יותר מכך, מה שקורה הוא ש**כשמגבשים את חוקת רומא ב98' , פשע התוקפנות הוא אחד מארבעת הפשעים שיש בגינם סמכות שיפוט לICC**. אבל ב98' לא מצליחים להגיע בדיונים להגדרה מוסכמת בפשע הזה, בגלל האלמנט הפוליטי הכל כך שנוי במחלוקת שבו. לכן, המדינות החברות בחוקת רומא אומרות שידחו את זה ויקיימו דיון מאוחר יותר רק בהגדרת פשע זה.

אכן, ב2010, הן נפגשות ומצליחות להגיע להגדרה מוסכמת לפשע התוקפנות, מסכימים שייקח כמה שנים לתפעל אותה ורק מ2017 מדינות יכולות להתחיל לאשר את ההגדרה הזו. רק אחרי ש30 מדינות יאשררו את ההגדרה הזו, היא תיכנס לתוקף, זה קורה ב17/7/2018. **בניגוד לפשעים האחרים שלICC יש סמכות שיפוט ביחס לכל המדינות האחרות, ביחס לפשע התוקפנות ההבנה היא שרק מדינות שאשררו והסכימו ספציפית להגדרה, סמכות השיפוט של הICC חלה ביחס אליהן**. נכון להיום זה לא כל המדינות בICC, לכן אם הICC ירצה להעמיד אזרחים של מדינה לדין מכוח פשע התוקפנות הוא יצטרך לבדוק האם המדינה שלהם נתנה לביה"ד את סמכות השיפוט הספציפית ביחס להגדרת התוקפנות.

הגדרת פשע התוקפנות היא מאוד מסובכת, בתמצית – מה ייחשב כפשע התוקפנות? **מעשה של תכנון, הכנה והוצאה לפועל של מעשה תוקפנות, שהוא – שימוש בכוח על ידי מדינה כנגד הריבונות, השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה אחרת, או בכל צורה אחרת שאינה עולה בקנה אחד עם מגילת האו"ם** (מזכיר את **ס' 2(4)**).

**פשעים נגד האנושות**:

חידוש נוסף של חוקת לונדון עליהם מעמידים בנירנברג. **מה שרצו פה הוא להעמיד לדין את הפושעים הנאצים לא נגד הצבאות והאזרחים של מדינות אחרות, אלא על פשעים שביצעו נגד האזרחים שלהם**. גם הפשע הזה זוכה לס' מיוחד – **ס' 7 לחוקת רומא**: רכיבי העבירה כוללים: **(1)** **פשעים חמורים** (רצח, אונס, גירוש) **(2) המתבצעים ביודעין כחלק ממתקפה שיטתית או נרחבת**. **(3**) **המכוונת כלפי אוכלוסייה אזרחית**.

**נדגיש**: **פשעי מלחמה מתקיימים בסיטואציה של מלחמה, אולם, פשעים נגד האנושות יכולים להתקיים גם בזמן עימות מזויין וגם בזמן שלום**!

**רצח עם**:

לICC יש סמכות שיפוט על עבירה זו. בנירנברג לא העמידו לדין על רצח עם, למרות שהשואה הייתה בהחלט רצח עם. אלא, שאז, ג'נוסייד לא היה פשע בינ"ל שידעו להגיד אותו. **אמנת הג'נוסייד** מגובשת אחרי מלחמת העולם השנייה ב48' ומגדירה את פשע הג'נוסייד. אחת האושיות הכי מפורסמות שעבדו ביצירתה הוא מלומד יהודי בשם **רפאל לנקין**.

**האמנה הזו מאוד מעניינת, כי היא קובעת שסכסוך כלשהו שהתגלע תחת האמנה הזו, לICJ יש סמכות שיפוט ביחס אליו**. למשל, קרואטיה מגישה תביעות נגד סרביה תחת אמנת הג'נוסייד הזו. הICC הוא משלים לICJ, לא רק נגרור מדינה לICJ, עכשיו גם פרטים שביצעו מטעמה את הפשע הזה יכולים לעמוד לדין בין היתר בICC.

**ס' 6 לחוקת רומא** מגדיר לנו מה זה פשע רצח עם: **(1)** **פשעים חמורים** (רצח, פגיעה גופנית או נפשית, יצירת תנאי מחיה בלתי אנושיים, מניעת לידות). **(2)** **מתוך כוונה להשמיד באופן כולל או חלקי**. **(3) קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית**.

**עבירות נוספות**:

לצד ארבעת הפשעים לעיל. יש עוד רשימה ארוכה של פשעים בינ"ל שאפשר להעמיד עליהם לדין, דרך אמנות שגובשו לגביהם. למשל: אמנת העינויים; האמנה למניעת חטיפת מטוסים; האמנה נגד לקיחת בני ערובה; האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים; פרוטוקול הסחר בבני אדם משנת 2001 **שמחייב את המדינות שהצטרפו אליו להעמיד לדין על סחר בבני אדם ומחייב אותם לחוקק את זה בחקיקה הפנימית כעבירה פלילית**!

**מנגנוני האכיפה של המשפט הבינלאומי הפלילי**:

**איפה אוכפים את כל העבירות?** שני מנגנוני אכיפה מרכזיים: **(1)** המדינות עצמן. **(2)** בתי דין בינ"ל.

1. המדינות עצמן:

מדינות יכולות באמצעות הדין הפלילי שלהן להעמיד לדין בגין פשעים חמורים כי הן מקיימות זיקה ביחס למבצע. יש להן סמכות טריטוריאלית ביחס לפשעים שבוצעו בשטח שלהן, וסמכות פרסונלית ביחס לאזרחים שלהן. המדינה מצופה להעמיד לדין. לפעמים המשב"ל אפילו קובע באופן מפורש שמדינות צריכות לחוקק בדין המדינתי שלהן שהתנהגות מסוימת היא עבירה ואפשר להעמיד עליה לדין, כמו ה**פרוטוקול לאיסור בסחר בבני אדם**.

החלק היותר מעניין הוא מה שנוגע לכך שהמשב"ל משתמש במדינות כגורם אכיפה תחת אותו מונח שנקרא **סמכות שיפוט אוניברסלית** – כאמור בגין פשעים בינ"ל חמורים, זה בבחינת כלל מנהגי שלכל מדינות העולם יש סמכות לתבוע בגין הפשעים החמורים האלה, כי הם פשעים נגד הקהילה הבינ"ל בכללותה. **סמכות זו תיכנס לפעולה גם במצבים שאין בכלל זיקה, לא טריטוריאלית, לא פרסונלית, אין בהכרח זיקה בין המדינה שרוצה לשפוט לבין הפשע או האדן שביצע אותו**. למשל במקרה של אייכמן – הוא לא ביצע את השטחים בפשע של ישראל, כמו כן, ישראל לא הייתה קיימת בכלל, ולכן לא ביצע אותם נגד אזרחים שלה. כלומר, אין לישראל סמכות מכוח זיקה מוכרת בדין הפלילי. לכן **ביהמ"ש המחוזי והעליון שלנו נשענים על סמכות השיפוט האוניברסלית – יש פשעים כל כך חמורים של הקהילה הבינ"ל בכללותה ולכל מדינה באשר היא צומחת סמכות שיפוט ביחס אליהם**. **זה פס"ד מכונן בעולם כולו במיצוב ובעיצוב של סמכות שיפוט אוניברסלית כחלק מהדין הבינ"ל** – לכל המדינות יש סמכות שיפוט להעמיד לדין ביחס לעבירות בינ"ל מנהגיות. אם אלה עבירות הסכמיות, כמו הפרוטוקול בדבר איסור על סחר בסמים, הסמכות תחול על כל המדינות שהן צד לאמנה. בחלק מהאמנות, כמו למשל כל אמנות ג'נבה, לא רק מדברים על הפרות בינ"ל חמורות, אלא מגדילים ואומרים שחובה על מדינות, גם אם אין להו זיקה להעמיד לדין בגין פשעים בינ"ל, להעמיד את הפושעים לדין, ואם לא מעמידות לדין ומבקשים את הסגרתם של האנשים האלה במדינות אחרות כדי להעמידם לדין, יש להן חובה להסגיר אותם.

סמכות שיפוט אוניברסלית:

**יתרונות:** מניעת התחמקות עבריינים מדין; חיזוק האופי האוניברסלי של הזכויות הבסיסיות האלה.

**חסרונות:** חוסר אחידות בישום המשב"ל; חשש לפוליטיזציה; ריבוי הליכים נגד חשודים; יכולת מוגבלת לבחון ההשלכות הפוליטיות של ההליך (למשל, פגיעה בתהליכי פיוס פנימיים); בפועל מדינות לא ששות להעמיד לדין ע"ב סמכות אוניברסלית (הוצאות, הרעת יחסים).

1. בתי דין בינ"ל פליליים:
2. **בתי דין אד-הוקים**:
* לסיטואציה מסוימת ובמגבלת זמן. למשל, נירנברג וטוקיו;
* בתי דין מהדור החדש, שנות ה90 – ICTY, ICTR בתי דין שמוקמים על ידי מועצת הביטחון בפועלה תחת פרק 7 להשבת השלום והיבטחון העולמיים.
1. **בתי דין מעורבים משנת** 2000 – היברידיים. מזרח טימור, קוסבו, בוסניה, קמבודיה, ביה"ד ללבנון.

**יתרונות של בתי דין בינ"ל פליליים**: פרוצדורה, אפקטיבית, מסר של מאבק בינ"ל ב\פשעים בינ"ל, תרומה לפיתוח המשב"ל הפלילי.

**חסרונות** **של בתי דין בינ"ל פליליים**: התמקדות במדינות מסוימות – צדק סלקטיבי, טיפול רטרואקטיבי בהפרות – אין הרתעה בזמן אמת, עלות אדירה.

**בית הדין הפלילי הבינ"ל ICC**:

על רקע הניסיון החיובי של בתי דין בינ"ל פליליים, ולצד זה החסרונות שהצגנו, מבשילה השעה להקמה של בית דין בינ"ל פלילי קבוע הICC. זה קורה כשמגבשים את **חוקת רומא** ב98', שנכנסת לתוקף ביולי 2002. מקום מושבו הוא בהאג בהולנד, נכון לעכשיו 123 מדינות הן צד לו. ישראל לא צד לו, ארה"ב לא צד לו, סין לא צד לו.

כדי שהICC יקנה סמכות שיפוט, נדרש שיתקיים אחד מאלה:

1. **מדינת הטריטוריה (המדינה שבה בוצע הפשע), היא צד לביה"ד, חתמה ואשררה את חוקת רומא ואז נתנה סמכות שיפוט לביה"ד מכאן לנצח/ שהיא נתנה סמכות שיפוט אד הוק לביה"ד/ או שמתקיים שמדינת האזרחות של הנאשם היא צד לחוקת רומא/ שנתנה הסכמה אד הוק לסמכות השיפוט של ביה"ד**.

דוגמאות:

* איך ישראל חשופה לביה"ד? פלסטין היא אחת מ123 המדינות החברות בבית הדין, ישראל חשופה לביה"ד, כי הם אולי ביצעו לכאורה פשעים בשטח שמיוחס לפלסטין. נאמר שכשהרשות הפלסטינית הצטרפה לבית הדין היא גם חשפה אזרחים שלה, לכן חברים בארגוני טרור גם הם חשופים לסמכות השיפוט של בית הדין שנוטה להתייחס לסיטואציות בכללותן ולבדוק לשני הצדדים. אז לא רק ישראל חשופה.
* מלחמת אוקראינה-רוסיה: אוקראינה לא מדינה חברה בבית הדין, אבל ב2014 כשרוסיה פולשת לחצי האי קרים, אוקראינה נותנת הסכמה אד הוק לסמכות השיפוט של ביה"ד. לכן, כשביה"ד מוציא צו מעצר נגד פוטין הוא עושה את זה בגלל ההסכמה אד הוק שנתנה אוקראינה ובעצם נתנה לביה"ד את סמכות השיפוט על פשעים שבוצעו בשטחה, בין היתר פשעים של חטיפת ילדים. אוקראינה לא צד לביה"ד ובכל זאת יכולה להעניק לו סמכות שיפוט באופן אד הוק, זה נמצא תחת **ס' 12(3) לחוקת ביה"ד**.
1. **מועצת הביטחון של האו"ם רשאית להפנות כל סיטואציה לסמכות השיפוט של ביה"ד**.

תיאורטית אם למשל פלסטין לא הייתה מצטרפת לחוקת ביה"ד, מועצת הביטחון הייתה יכולה בעצמה להפנות את הסיטואציה של העימות המזוין בין ישראל לפלסטין. אנו מדברים באופן תיאורטי, כי זו החלטה של מועצת הביטחון וסביר להניח שארה"ב הייתה מטילה וטו. אבל יש תקדים להפניה שכזו – מועצת הביטחון, הפנתה את הסיטואציה של סודן שאינה מדינה חברה לביה"ד ומכוח ההפניה הזו ביה"ד הוציא צו מאסר נגד הנשיא של סודן.

יוזמה לפתיחת הליך יכולה לנבוע משלושה גורמים: **(1)** התובע של ביה"ד. **(2)** המדינות החברות בחוקת רומא יכולות לפנות לתובעת ולבקש שתפתח בהליך. **(3)** מועצת הביטחון.

עקרון המשלימות:

לביה"ד ברור לחלוטין שהוא לא יצליח למגר את כל פשעי המלחמה בעולם, את כל הפשעים נגד האנושות. לכן, **ביה"ד מתרכז בפשעים שרף החומרה שלהם הוא מאוד גבוה**. זה קבוע מפורשות בחוקת ביה"ד ויותר חשוב מכך – ביה"ד עובד לאורו של עיקרון שמעוגן ב**ס' 17 לחוקת רומא** – **עיקרון המשלימות**. לפיו, **ביה"ד מעדיף שמדינה שיש לה זיקה לאירוע, בין אם טריטוריאלית בין אן פרסונלית, תעמיד לדין ותפתור את הדברים מול אזרחיה או בשטחה. מתי ביה"ד יתערב? כשמדינת הזיקה אינה רוצה או אינה יכולה לנהל באופן אמיתית את החקירה או ההעמדה לדין**. זה עשוי להיות חשוב בהקשר של ישראל.