

מפתוח מושגים- חקיקה, פסיקה ונקודות חשובות במשב"ל לפי נושאים:

חוקים, אמנות ומגילות
פסיקה
דוגמאות
דוקטרינה

שמות ומושגים

האם המשב"ל הוא משפט?

גרוטיוס- מכונה אבי המשב"ל.

פס"ד מראעבה- השופט חשין – המשפט הבינ"ל הפומבי כלל לא ראינוהו ראוי לתואר "משפט", וליחס דומה זכו המוסדות של הקהילה הבינלאומית, ובהם בית הדין הבינ"ל. חלפו שנים, והמשב"ל הפומבי צבר כוח והחל עומד על רגליו שלו כשיטת משפט הראויה לתואר משפט... אף שעוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיות שיטת משפט מן המניין, שיטת משפט שניתן לאוכף את הנורמות שבה על מי שמפר את אותן הנורמות.

התפתחות המשפט הבינלאומי המודרני (לא עשינו)

מקורות המשפט הבינלאומי

ס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק- ICJ- מונה את המקורות המשפטיים של השיטה: הסכמים בינלאומיים כללים או פרטניים (האמנה); מנהג בינלאומי כעדות לנוהג כללי המקובל כדין (נוהג שמדינות מציינות לו מתוך תחושת מחויבות); עקרונות משפט כלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות; החלטות בתי דין ומשנתם של המלומדים המומחים ביותר, בתור אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט.

ס' 38 (2)- קובע שבית הדין רשאי לפסוק לפי הצדק והיושר אם בעלי הדין מסכימים לכך (לא היה שימוש בס' זה בפועל).

ס' 59 לחוקת ה-ICJ- עיקרון ההסכמה כ"כ בסיסי במשב"ל וניתן לזה ביטוי בס' זה- רק המדינות המסוכסכות שנתנו לבית הדין את הסמכות לדון במקרה כפופות להחלטת בית הדין.

אמנות בינלאומיות

ס' 2 לאמנת וינה (אמנת האמנות)- אמנה היא **הסכם** בין"ל המסוכסם בין המדינות בכתב, ונשלט ע"י המשב"ל, בין אם נקבע במסמך אחד, או שניים, או יותר, וללא תלות בכינויו הספציפי.

דוגמא לאמנה חוזית- אמנות למניעת כפל מס, או אמנות הסגרה.

דוגמא לאמנה יוצרת חוק- אמנת הג'נוסייד (איסור רצח עם), אמנות ג'נבה (כללי התנהלות בזמן מלחמה), מגילת האו"ם.

דוגמא לאמנה דקלרטיבית- אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961), אמנת ג'נבה הרביעית (1949) העוסקת בהגנה על אזרחים בדבר מלחמה.

דוגמא לאמנה קונסטיטוטיובית- חלק מהסעיפים בשני הפרוטוקולים הנוספים לאמנת ג'נבה. אמנת ג'נבה הרביעית התחילה כקונסטיטוטיובית.

ס' 11 לאמנת וינה (אמנת האמנות)- קובע את ההליך הדו שלבי בו מדינה יכולה להביע את הסכמתה לאמנה.

ס' 18 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - קובע שברגע שמדינה חותמת על אמנה (כבר בשלב הראשון), קמה לה חובה לא לפעול לסיכול תכלית האמנה.

דוגמא - ס' 7 (ב') באמנה בדבר ביעור אפליה נגד נשים - הזכות להסתייג, ישראל הצטרפה לאמנה אך הסתייגה מס' מסוים אשר יכול להוות לה בעיה כיוון שישראל פועלת עפ"י הדין הדתי ולא תוכל לעמוד בחובת השוויון במשרות דתיות.

ס' 26 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - אמנה מחייבת את הצדדים ויש לקיים אותה בתום לב.

ס' 27 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - אי אפשר להצדיק הפרה של אמנה על בסיס הוראות הדין הפנימי.

מנהג

מישל דה וישיר - הגה את משל השביל.

פס"ד המדף היבשתי - 1969 - דוגמא לדרישה של פרקטיקה ממושכת. דנמרק והולנד החליטו לתבוע את גרמניה ב-ICJ ולבקש מבית הדין לקבוע כלל חישוב שעוגן באמנת ג'נבה לדיני ים מ-1958. דנמרק והולנד הצטרפו לאמנה אך גרמניה לא, והן רצו לכפות על גרמניה לציית לאמנה. הדרך היחידה לעשות זאת הוא לקבוע שהכלל הפך למנהג, מה שיחייב גם את גרמניה. בית הדין הבינ"ל לצדק קבע מספר דברים: קודם כל, נקבע ש-11 שנים הן לא הרבה זמן במונחים בינ"ל. למרות שלא מדובר בהרבה זמן, עדיין ניתן לקבוע שנוצר מנהג. עם זאת, ניכר שלא היו מספיק מדינות רלוונטיות שפעלו לפי הכלל ע"מ להוכיח כלליות ועקביות. בשל כך היה נטל גדול יותר על דנמרק והולנד להוכיח שמתקיימים יסודות המנהג. הן לא הצליחו להוכיח זאת ולכן נקבע שאין חובה על גרמניה לציית לכלל.

פס"ד פילרטיגה - דוגמא לדרישה של פרקטיקה עקבית ושמה שקובע זה ההצהרה ולא ההעשייה. התקבל בבית דין לאומי בארה"ב. הנתבע טען שהרבה מאוד מדינות מענות למרות שהן מצהירות על זה שהן לא מענות, ובשל כך אין מנהג. התשובה של בית הדין (שנתפסה בהמשך כהנמקה מקובלת), היא שאם מדינות מצהירות שהן לא מענות אבל הן מענות בפועל, צריך לראות את התגובה שלהן לעינויים בפועל. אם המדינות טוענות שמאותו הרגע הן מחליטות שמקובלים עליהן העינויים אז לא מדובר במנהג. עם זאת, אם המדינות טוענות שהן מגנות עינויים, מתכחשות לפעולות אלו ומרחיקות עצמן מכך הרי שניתן להכיר בכך כמנהג.

פס"ד הלוטוס - דוגמא לדרישה ליסוד נפשי. צרפת פנתה ל-PCIJ בטענה שטורקיה הפרה את המשפט המנהגי, מאחר שטורקיה הייתה צריכה להסגיר את הקצין (שבגלל רשלנותו נהרגו 8 מלחים טורקים) לצרפת אשר תעמיד אותו לדין. צרפת הראתה שיש מספר מדינות שפועלות בצורה זו. ה-PCIJ אמר שגם אם יש מספר מדינות שנוהגות כך אין יסוד פיסי משכנע מספיק, ויתרה מכך, גם אלו שאכן פועלות כך לא הוכח שהן פועלות בצורה זו מתוך מחויבות משפטית.

ס' 53 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - אם אמנה סותרת את הדין הקוגנטי היא בטלה.

ס' 64 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - דין קוגנטי מבטל אמנות סותרות בדיעבד.

דוגמא להעלאות מנהג על הכתב - אמנת ג'נבה בדבר הים הפתוח (1958) - העלתה על הכתב כללים שהיו מנהגיים במשך 200 שנים, אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961), אמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה (1949).

דוגמא לאמנה קונסטטוטטיבית שהפכה לדקלרטיבית - אמנת ג'נבה הרביעית, אמנת האג השנייה (1907).

עקרונות משפט כלליים

ס' 38(1)(ג) לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק- ICJ – "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות". דוגמאות: תו"ל, מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה, מעשה בית דין, אישיות משפטית נפרדת לתאגידים.

פס"ד לוטוס- מה שלא נאסר ע"י המשב"ל נתפס כמותר ומשכך, יש נטייה שלא להימנע ממצב של לקונות.

מקורות משפטיים משניים

ס' 38(1)(ד) לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק- ICJ – "החלטות בתי-דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי-עזר לקביעת כללי המשפט".

ס' 59 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק- ICJ – החלטת בית דין בינ"ל מחייבת רק את הצדדים לאותו כסבוכך ולגבי אותו הסכסוך, מכאן שבמשב"ל אין תקדים מחייב.

דוגמאות להחלטות בתי משפט אשר עיצבו את כללי המשפט הבינ"ל על אף שאין לא מחייבות- פס"ד אייכמן- פס"ד מכונן בנושא סמכות שיפוטית אוניברסלית, פס"ד פיננשה, פס"ד הסיכולים הממוקדים, פס"ד חמאדן.

דוגמאות להתחייבות חד צדדיות- ישראל לקחה על עצמה לקיים את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית, פרשנת הניסויים הגרעיניים- אוסטרליה וניו זילנד נ' צרפת.

ס' 25 למגילת האו"ם- קובע שלמועצת הבטחון סמכות לקבל החלטות, ושהמדינות מחויבות לציית להן

ס' 103 למגילת האו"ם- יוצר מעין שדרוג להחלטות של האו"ם בכך שהוא קובע שבמקרה של סתירה בין הוראות המגילה לבין אמנה אחרת, המגילה תגבר.

דוגמא לכך שההחלטה של האו"ם עוזרת לפרש כללים קיימים- החלטת העצרת הכללית בעניין עבירת התוקפנות (1974) אשר יצקה תוכן לפשע התוקפנות במשב"ל.

דוגמא ל soft law- כללי ה-OECD בעניין תאגידים רב-לאומיים. ארגון זה מוציא כמות עצומה של החלטות שכולן בגדר המלצות, אך ישנו משקל רב להחלטות אלו ורמת ציות גבוהה לאותן החלטות.

דוגמא ל soft law שהפך ל hard law- ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם (1948) אשר התקבלה בעצרת הכללית. ההכרזה התקבלה כנורמה מרוכבת, אך עם הזמן יותר מדינות פעלו לפיה וניסחו אמנות זכויות אדם לפיה. כיום התפיסה היא שהכרזה זו היא משפט מנהגי מחייב.

היחס בין המשב"ל והמשפט המדינתי

בג"ץ עג'ורי – 2002. דוגמא לכך שבית המשפט העליון הישראלי נותן מקום למשב"ל. מדובר באחד הבג"צים המפורסמים ביותר מהאנתפאדה השנייה. עסק בגירוש מחבלים מאיו"ש לעזה. בבג"ץ זה אומר בית המשפט את המשפט המכונן: "כל חייל ישראלי נושא... בתרמילו הן את כללי המשפט הבינלאומי והן את כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי...".

פס"ד שיינבין – דוגמא לסתירה בין המשפט המדינתי למשב"ל. מקרה זה עסק בחוק ההסגרה, שחוקק בשנות ה-50. כשהוא חוקק לא היו מגבלות על היכולת של ממשלת ישראל להסגיר אזרחים ישראליים למדינות אחרות בהתקיים תנאים מסוימים. בשנות ה-60 נחתמת אמנה בינ"ל בנושא הסגרה בין ישראל לארה"ב, שמפרטת את הנסיבות שבהתקיימן האחת תסגיר לשנייה מבוקשים. ב-1978, אחרי שכבר יש חוק הסגרה ואמנת הסגרה, ישראל מאמצת תיקון לחוק ההסגרה, בו נאמר שישראל לא תסגיר למדינה אחרת את מי שהיה אזרח שלה בזמן ביצוע העבירה. ב-1998 מתעוררת פרשת שיינבין, שעניינה באזרח אמריקאי שמבצע רצח בארה"ב. לפני שהמשרטה תופסת אותו הוא עולה על טיסה לישראל. בגלל שאביו היה ישראלי גם לו הייתה אזרחות ישראלית. הבעיה שנוצרה היא

סתירה בין תיקון החוק של 78' לבין האמנה משנות ה-60. ארה"ב הגישה בקשת הסגרה והנושא מגיע עד לביהמ"ש העליון. בעליון נקבע שלפי החוק שייבין לא בר הסגרה. מדובר במקרה מאוד פשוט של סתירה צורמת בין המחויבות הבינ"ל של ישראל לבין החוק המדינתי בישראל. לבסוף שייבין אכן לא הוסגר אך הועבר תיקון נוסף לחוק ההסגרה ע"מ למנוע סתירות כאלו בעתיד.

ס' 3 לכללי ה-ILC בדבר אחריות מדינה קובע "היות פעולה חוקית לפי הדין הפנימי אינה מעלה ואינה מורידה ביחס לחוקיותה/אי-חוקיותה בדין הבינ"ל".

ס' 32 לכללי ה-ILC קובע שמדינה לא יכולה להסתמך על הדין הפנימי כצידוק לאי-ציות להתחייבויותיה הבינ"ל" (Irrelevance of Internal Law). המשמעות היא שהמשפט המדינתי לא יגרום לכך שניתן יהיה להפר את המשב"ל.

קלזן- דוגל בגישה המוניסטית כיוון שהמשב"ל הוא הנורמה העליונה והבסיסית ביותר מאחר שהמדינות שואבות את הלגיטימציה שלהן מהמשב"ל.

דוגמאות של מדינות (להכניס)

היחס בין המשב"ל והמשפט הישראלי

מנהג

פס"ד שטמפר נ' היועמ"ש – פעם ראשונה שדנו בקליטת מנהג בינ"ל בדין הישראלי. במקרה זה היה איש צוות באונייה שטבעה שהואשם בהריגה. השאלה הראשונה ששואלים היא האם יש סמכות לביהמ"ש לדון באירוע (התרחש בספינה מחוץ לטריטוריה הישראלית). סוגיה זו לא מוסדרת בדין הישראלי אך לפי המשב"ל המנהגי יש סמכות שיפוט למדינת הדגל של הספינה. חשין האב מצדיק את השימוש במנהג זה מתוקף כך שהאנגלים אימצו מנהג זה (ס' 35 לדבר המלך במועצתו שכולל כלל בריטי לעבירות שנעברו בים). וכן מתוקף כך שישראל היא מדינה ריבונית ולכן היא יכולה לקבל על עצמה את המנהג של המשב"ל. בסופו של דבר מקבלים את המנהג גם אם הוא לא עבר טרנספורמציה. לצד זאת יש את עמדת גויטיין שטוען שהמשב"ל לא חל בארץ ושיש להשתמש בדיני המדינה בלבד (ביקורת זו לא התקבלה וכיום דעת חשין מקובלת). -גישה מוניסטית

פס"ד אייכמן נ' היועמ"ש – מאחר שהוחלט לקבל מנהג, עולה השאלה מה קורה במצב של סתירה. בעקרון מנהג נסוג בפני חקיקה של המדינה. טענת ב"כ של אייכמן במקרה זה היא שהעמדתו לדין של אייכמן מנוגדת למשב"ל המנהגי מאחר שחוק עשיית דין בנאצים מהווה חקיקה רטרואקטיבית וכן ישנה היעדר זיקה מוכרת (לישראל אין זיקה לעבירות מבחינת טריטוריה, אזרחות הנאשם). בית המשפט דוחה את הטענות וקובע שזו לא חקיקה רטרואקטיבית מאחר שמדובר בחקיקה של המשב"ל שישראל מחילה אותה. גם אם נקבע שיש חקיקה רטרואקטיבית ושיש איסור על חקיקה רטרואקטיבית בדין הבינ"ל, הדין של המדינה גובר. השורה התחתונה היא שחקיקה מפורשת פנימית גוברת על המשב"ל. לגבי היעדר זיקה ביהמ"ש קובע שיש סמכות שיפוט אוניברסלית (לכל מדינה סמכות לשפוט נאשם בפשעים נגד האנושות כגון רצח עם) ולכן לא נדרשת זיקה למדינה מסוימת. -גישה דואליסטית

פס"ד רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים- תושבי מזרח ירושלים הועמדו לדין על בנייה בלתי חוקית. טענתם היתה שהחלת החוק הישראלי על מזרח ירושלים מנוגדת למשפט הבינלאומי. שטרסברג כהן קובעת כי החלת החוק הישראלי במזרח ירושלים גוברת על הוראות המשב"ל.

פס"ד סג'דיה ואח' נ' שר הביטחון- עתירה של 5 פלסטינים המחוזקים במעצר מנהלי בשטח ישראל, העותרים טענו שיש סתירה למשב"ל בגלל אמנת ג'נבה הרביעית אולם היתה חקיקה ישראלית הסותרת את הוראות אלו ס' 6 לתקנות חירום שנדחו אז. שמגר טוען כי גם אם אמנה זו היתה מנהגית (והיא לא) חקיקה מפורשת גוברת. בכל אופן יש לפרש אם ניתן לפי המשב"ל.

אמנה

פס"ד האופוטורפוס לנכסי נפקדים נ' סמרה – מקרה בו אנשים ירדנים שהנכסים שלהם חולקו בין ירדן לישראל. בפועל יש רציפות טריטוריאלית אבל מדינית אין רציפות. על השטח שנמצא בישראל טענו שמדובר בנכס של נפקדים (ולכן ניתן להחרים את הרכוש). בשנות ה-50 המוקדמות יש את הסכם רודוס שמתקן מעט את הגבולות, ואז באו אותם אנשים שמתוקף האמנה הזו נכנסו לשטח ישראל וטענו שהם כבר לא נפקדים ולכן רוצים את נכסיהם בחזרה. ברזנון אומר שהאמנה היא בין המדינות ולכן היא לא מעניקה זכויות לפרט. הפרט יכול להסתמך על האמנה רק אם המחוקק יעשה חקיקה שמחילה את האמנה בדין הישראלי. משמע, בהקשר של אמנות נדרשת קליטה מפורשת לתוך הדין המדינתי.

בג"ץ עפו – סוגיה זו דנה בגירוש מחבלים מאיו"ש. עלתה השאלה לגבי אמנה דקלרטיבית, האם היא חלה אוטומטית בדין המדינתי כיוון שהיא יותר קרובה למנהג. בשל כך הטענה היא שאמנה דקלרטיבית אכן נקלטת אוטומטית לדין המדינתי. עם זאת, צריך לקבוע האם אמנה מסוימת היא דקלרטיבית או קונסטטיטויבית. דוגמה לאמנה שנויה במחלוקת היא אמנת ג'נבה הרביעית (1949), והיא זו שעומדת במרכז בג"ץ זה. הנשיא שמגר בדעת רוב קובע שגירוש מחבלים לא סותר את ס' 49 לאמנת ג'נבה מאחר שמטרתו להגן על מוגנים, ומחבלים אינם מוגנים. גם אם הסעיף חל ומחבלים אכן מוגנים, האמנה היא אמנה קונסטטיטויבית, ולכן היא לא חלה כל עוד אין פעולה חקיקתית ספציפית שמכניסה אותה לתווך הדין הפנימי של ישראל. לפי השופט בך, גירוש מחבלים כן סותר את הוראת ס' 49, אך מדובר בהתחייבות הסכמית שאינה יכולה להוות בסיס לעתירת אזרח פרטי אלא אם נקלטה בחקיקה. לדברי בך, ההצהרה של ישראל להחיל את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה לא אומרת שהאמנה גוברת על החוק הפנימי, היא פשוט אומרת שביחס לכל מקרה ביהמ"ש יצטרך לבחון האם להחיל את תנאי האמנה או לא. גישת בך פחות מקובלת כיום.

דוגמאות לחקיקה מפורשת שנקלטה בישראל – חוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם, חוקים ליישום הסכמי הביניים (למשל חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו), חוק יישום חוזה השלום בין ממשלת ישראל לממלכה ההאשמית הירדנית.

דוגמא לחוק שקובע שלאמנה הנספחת מעמד של חוק – חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים).

דוגמא לחוק המפנה ומכפיף הוראות בתוכו לקביעות הדין הבינ"ל – חוק ההסגרה.

פס"ד אמסטרדם – שר האוצר הוציא צווים שמחייבים את מכירתם של ניירות ערך לשר האוצר. השופט הולך לחוק הישראלי ומנסה לפרש אותו עפ"י החוק הישראלי האם החוק הזה חל על אזרחים ישראלים שמתגוררים בארץ ומחזיקים ניירות ערך בחו"ל. הוא עושה זאת באמצעות המשב"ל, זו הפעם הראשונה שמתבצע הליך פרשני לפי המשב"ל.

פס"ד קמיאר נ' מ"י – רצו להסגיר מערער ישראלי לשוויץ לפי אמנת ההסגרה. המערער טען שהאמנה נחתמה באופן לא כשר מאחר שהשגריר הוא זה שחתם על האמנה. עלתה השאלה האם השגריר היה מוסמך. במשב"ל הנוהג הוא ששגרירים יכולים לחתום על אמנה ולכן מחילים את האמנה הזו על המערער. עד שנות ה-90 היו עוד מספר שימושים בחזקת ההתאמה אבל לא באופן מהותי- השופט לנדוי.

פס"ד פרשת קלפי המיקוח – השאלה הייתה האם היותו של עצור מנהלי קלף מיקוח לשחרור שבויים ישראליים נכנס בגדר שיקולי ביטחון המצדיקים החזקה במעצר מנהלי. ביהמ"ש בהליך הראשון קבע שאין צורך להכריע בדבר קיומו ותחולתו של דין מנהגי/הסכמי בדבר איסור לקיחת בני ערובה. חוק ספציפי מקומי גובר על המשב"ל. בהליך השני ביהמ"ש קובע שהחזקה בעצור מנהלי בקלף מיקוח לא נופלת בגדר שיקולי ביטחון. אין איסור על החזקת קלפי מיקוח במשב"ל המנהגי. האיסור ההסכמי על החזקת בני ערובה אינו כובל את המדינה במשפט הפנימי בהיעדר חוק קולט. עם זאת, חזקה כי תכליתו של חוק, בין היתר, להגשים הוראות המשב"ל ולא לעמוד בסתירה להן (מחזק את חזקת ההתאמה הפרשנית).

ע"פ 6659/06 פלוני- פרשת קלפי מיקוח מביאה לחקיקת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (2002). השופטת בייניש בוחנת את חוקתיותו של חוק הלב"ח. בחינה זו מתבצעת על ידי בחינתו במשקפת של המשב"ל. ראשית בייניש קובעת האם החוק עומד בעקרונות המשב"ל ורק אז בוחנת אותו במבחני פסקת ההגבלה.

דוגמא לפרשנות חקיקה ראשית של הכנסת עפ"י החזקה- בבג"ץ יתד נ' משרד החינוך דנו בפירוש חוק חינוך מיוחד (הורים של ילדים עם צרכים מיוחדים שרצו שילדיהם ילמדו בחינוך רגיל). ביהמ"ש פירש את החוק לפי המשב"ל (אמנות זכויות אדם הנוגעות לזכות לחינוך ולזכות לשוויון) ומקבל את העתירה- השופטת דורנה.

דוגמאות לשימוש בחזקה במשפט מנהלי- פס"ד פלוני- למרות שברק 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 מהארץ ליוזם 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.

בג"ץ יאסין- תנאי הכליאה בכלא. 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 פיה.

דוגמאות לשאלה בדבר החלת החזקה הפרשנית על חוקי יסוד- בג"ץ אדם טבע ודין נ' הכנסת: הרכב מורכב שדן בשאלת החוקתיות של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות – החזקה במשמורת ל-3 שנים. העותרים, שהיו מסתננים, טענו שאי אפשר להחזיקם במתקני הכליאה במשך שלוש שנים בגלל שהדבר פוגע בזכות לכבוד שבחוק יסוד כבוא"א וחירותו. ביהמ"ש קבע שמדובר בהסדר לא חוקתי, ומפנה לחזקת ההתאמה, אך מסתפק בבחינה חוקתית לאור חוק היסוד. ביהמ"ש אמנם הפנה לאמנה וציון שהיא לא נקלטה בדין הפנימי, אבל פסל את התיקון על בסיס בחינה חוקתית בהסתמך על חוקי היסוד, ולא לאור המשב"ל.

בג"ץ מחויבות לשלום וצדק חברתי- דובר על קיצוץ קצבאות בחוק ונטען שהוא מנוגד לחוק יסוד כבוד האדם, עלתה השאלה האם קיצוץ בקצבאות פוגע בכבוד האדם כהגדרתו בחוק. העותרים טענו שמדובר בפרשנות שצריכה להיעשות לפי המשב"ל שהיא יותר רחבה. הטענה לא התקבלה בביהמ"ש.

תפקיד המדינה במשב"ל

ס' 1 לאמנת מונטיבדאו- מונה את 4 התנאים לקיומה של מדינה לפי המשב"ל (אוכלוסייה קבועה, טריטוריה מוגדרת, ממשלה אפקטיבית, כושר לקיים יחסי חוץ).

ס' 3 לאמנת מונטיבדאו- קבע שאין בהכרה של מדינה בכדי להשפיע על המעמד של ישות כזו או אחרת.

ס' 6 לאמנת מונטיבדאו- עוד ביטוי לגישה הדקלרטיבית, לפיו הכרה של מדינה במדינה אחרת רק מהווה ביטוי של היחס בין המכירה למדינה המוכרת.

דוגמאות למדינות שלא מכירים בהן על אף שמתקיימים תנאי אמנת מונטיבדאו- רודזיה- לא מכירים כי זו מדינת אפרטהייד. סומלילנד- לא מכירים כי היא פוגעת בשלמות הטריטוריאלית של סומליה. קוסובו- נמצאת במחלוקת בגלל השלמות הטריטוריאלית. האיחוד האירופי- התנה לאחר התפרקות ברית המועצות את מתן ההכרה במדינות, רק אם יהיו מחויבות למשטר דמוקרטי ולזכויות אדם.

האם הרשות הפלסטינית היא מדינה

החלטת 67/19 של העצרת הכללית של האו"ם - המעמד של הרשות הפלסטינית שודרג באו"ם ברוב של מעל 130 מדינות, רוב של שני שלישים מהמדינות החברות באו"ם. המעמד שודרג מישות משקיפה שאינה מדינה, למדינה משקיפה שאינה חברה. ההחלטה הזו מ-2012, היא בעצם מה שסלל את הדרך עבור הרשות הפלסטינית להצטרף ל-ICC ב-2015.

המדינה ואחריות בין לאומית

ס' 8 לאמנת מונטווידאו - לאף מדינה אין זכות להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת. -אי התערבות בעניינים פנימיים של מדינות.

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- עיקרון השוויון הריבוני

ס' 2(4) למגילת האו"ם - אוסר על שימוש בכוח או על איום על שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית של מדינה- עיקרון השלמות הטריטוריאלית

טיוטת אמנה שגיבשה ועדת ה-ILC מספקת מענה על השאלה מה קורה כשמדינה מפרה כלל של המשב"ל, מעולם לא הפכה לאמנה אך משקפת דין מנהגי.

ס' 1 ל-ILC - על הפרה יש אחריות.

ס' 2 ל-ILC - אחריות בינ"ל קמה כשמתקיימים שלושה תנאים: **מעשה או מחדל**; המהווה **הפרה של כלל ראשוני של המשב"ל**; **ומיחוס למדינה** על פי כללי המשב"ל.

ס' 3 ל-ILC - סיווג התנהגות המדינה כהפרה נקבע על ידי המשב"ל ולא על ידי הדין הפנימי.

ס' 27 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - אותו דבר כמו ס' 3 לעיל.

פרק 2 לחלק 1 של כללי ה-ILC - עוסק בשאלה איזה פעולות ניתן לייחס למדינה, הייחוס הוא מבחן משפטי - הוא מבחן שבאמצעותו אנו מאתרים את הזיקות שקושרות בין מעשה/ מחדל מסוים לבין המדינה.

ס' 4 לכללי ה-ILC - זיקה מוסדית. התנהגות של אורגן של המדינה מיוחסת למדינה.

ס' 4(2) לכללי ה-ILC - קובע כי זיהוי האורגן של המדינה נקבע עפ"י הדין הפנימי של המדינה. כלומר, בדיקה בחקיקה אבל לא רק לפי הדין הפנימי, נסתכל גם על הפרקטיקה הרווחת במדינה.

פרשת הג'נוסייד (בוסניה נ' סרביה): עולה השאלה האם ניתן לייחס לסרביה פעולות של ישות מיליטנטית שנקראת VRS שביצעה רצח עם נגד בוסנים מוסלמים במסגרת המלחמה ביוגוסלביה ב-1995, כדי שבוסניה תצליח בתביעה היא חייבת שייחסו את פעולות ה-VRS לסרביה. ה-ICJ בוחן האם ה-VRS היה אורגן של סרביה למרות שלא היה לכך עדות בדין הפנימי עצמו. ה-ICJ קובע שלא רק הדין הפנימי קובע אלא גם הפרקטיקה. בנוסף, גורמים פרטיים כמו ה-VRS יכולים להיחשב אורגנים דה פקטו, אם הם פועלים תחת "תלות מלאה" במדינה, זהו רף מאוד גבוה. במקרה דנן ה-ICJ מגיע למסקנה שה-VRS לא פעלו תחת תלות מלאה, ולכן הוא לא עמד ברף הגבוה כדי להיחשב אורגן.

ס' 5 לכללי ה-ILC - מרחיב לגופים שאינם אורגנים של המדינה אך מוסמכים על ידה לבצע פונקציות ממשלתיות, גם את הפעולות שלהם נוכל לייחס למדינה. הסעיף מגיע על רקע מגמה גוברת בעשרות השנים האחרונות של הפרטה. למשל, חברות אבטחה פרטיות, בתי סוהר, ביקורת גבולות וכו'.

ס' 7 לכללי ה-ILC - קובע כי גם אם אורגן חרג מסמכותו, התנהגותו תיוחס למדינה כל עוד הוא פעל בכשרות. יש רציונליים שונים לכך(מניעת ניסיונות של המדינה להתחמק מאחריות בגין התנהגות אסורה; המדינה הינה בד"כ כיס עמוק ומוצדק שתפצה בגין נזקים שיכלה למנוע; למדינה אחריות להכשיר אורגנים לנהוג כיאות ולפקח על מעשיהם).

אחריות המדינה לפעולות של אנשים פרטיים

א. ס' 8 לכללי ה-ILC- נוכל לייחס למדינה פעולות של אנשים שבוצעו עפ"י הוראות או בשליטה של המדינה.

יישום ההלכה:

פס"ד ניקרגואה- היקף השליטה הנדרש נדון בפס"ד זה שעסק בייחוס פעולות ארגון המורדים ה-Contrast לארה"ב (קיבלו סיוע מארה"ב אשר כלל הכשרה, מתן ציוד, עזרת סוכנים אמריקאים ועוד). ביה"ד קבע שבשביל לייחס אחריות צריך להוכיח שליטה אפקטיבית על הפעולות הצבאיות של הארגון, ולא די בסיוע. במקרה דנן נקבע שרוב הפעולות לא ניתנות לייחוס לארה"ב. פס"ד זה מבוקר על כך שהוא העלה מאוד את הרף לייחוס אחריות.

פס"ד טאדיץ' ב-ICTY- במקרה זה אומץ מבחן אחר. נקבע שייחוס הפעולות של המליציות שפעלו בבוסניה למדינת סרביה יקבע לפי מבחן השליטה הכללית (מימון, סיוע בקביעת יעדס אסטרטגיים וכו'). מדובר במבחן מקל יותר מאשר מה שנקבע בפס"ד ניקרגואה.

פס"ד הג'נוסייד (בוסניה נ' סרביה)- דנו על ייחוס מעשי רצח העם שבוצעו ע"י המליציות לסרביה, האם הם בוצעו תחת שליטה והוראותיה. ה-ICJ חוזר למבחן השליטה האפקטיבית ודוחה את מבחן השליטה הכללית. הוא מנמק זאת בכך שה-ICTY עסק באחריות אנשים ולא מדינה והוא עסק בנושא בצורה אגבית. לכן יש לקבוע אחריות מדינה בגין מעשה של אנשים לפי מבחן השליטה האפקטיבית.

ב. ס' 11 לכללי ה-ILC- נוכל לייחס פעולות של אנשים פרטיים למדינה מקום שבו המדינה הכירה במעשים האלה ואימצה אותם בדיעבד.

יישום ההלכה:

פרשת הסגל הדיפלומטי והקונסולרי בטהרן- מקרה זה נדון ב-ICJ ב-1980. עלתה שאלה לגבי אחריות איראן (ממשלת חומייני) למצור על השגרירות האמריקאית שערכו סטודנטים איראניים בזמן המהפכה. ה-ICJ פסק שאמנם המצור בוצע ע"י סטודנטים עצמאיים שאינם אורגנים של המדינה אך בדיעבד מעשים אלו אושרו ושובחו ע"י מנהיגי איראן ולכן ניתן לייחס אחריות בגין אותן ההפרות למדינת איראן. מעבר לכך, אורגנים של ממשלת איראן המשיכו את המעצר הבלתי חוקי של הדיפלומטים. ביה"ד פסק כי שני אלו הפכו את פעולת תפיסת השגרירות ומעצר הדיפלומטים לפעולות של ממשלת איראן.

חריגים להטלת אחריות בינ"ל

פרק V לכללי ה-ILC 20-25- קובעים מצבים בהם יש הפרה והיא ניתנת לייחוס למדינה ובכל זאת המדינה לא תישא באחריות.

ס' 26 לכללי ה-ILC- אף חריג לא יכול להצדיק התנהגות המפרה נורמות קוגנטיות, דוגמת רצח עם.

הסכמה- דרושה הסכמה אמיתית ולא כפויה של המדינה האחרת.

הגנה עצמית- ידון בהרחבה תחת נושא שימוש בכוח.

כוח עליון- כוח שאי אפשר להתנגד לו או מאורע שלא ניתן לחזותו, שהוא מעבר לשליטת המדינה, ושהופך את ביצוע החובה לבלתי אפשרית מבחינה מעשית (לדוגמה מטוס שנכנס למרחב האווירי של מדינה אחרת בגין מזג אוויר או תקלה).

מצוקה- לאדם שביצע את הפעולה לא הייתה אפשרות אחרת כדי להציל את חייו וחיי אלו שהיו אתו.

צעדי גמול- צעדים חד-צדדיים שאינם כרוכים בשימוש בכוח, שנוקטת מדינה בתגובה לפגיעה מוקדמת בזכויותיה עפ"י דין (למשל, סנקציות כלכליות). צעדים אלו יהיו חוקיים בהתקיים מספר

תנאים) פרק 2 לחלק III לטייטה- בין היתר: רק נגד המדינה האחראית לפעולה הבלתי חוקית המוקדמת; מטרת הצעדים היא לגרום למדינה זו לציית לחובותיה (ולא בתור עונש); באופן זמני בלבד שיאפשר חידוש הציות לכללי המשב"ל ע"י המדינה המפרה; פרופורציונאליים לנזק שנגרם כתוצאה מהפרת מדינה א' את חובותיה; יש להפסיק אמצעי גמול מעת שהמדינה הפוגעת חוזרת לציית לחובותיה.

צורך- המדינה לא תישא באחריות בגין הפרה מקום בו מדובר בפעולה שנועדה להגן על "אינטרסים חיוניים" שלה (למשל, שמירת הסדר הציבורי במדינה, יציבות המשטר נוכח ניסיון הפיכה, משבר כלכלי ועוד). גם לכך מספר תנאים, ביניהם: זוהי הדרך היחידה למנוע סכנה חמורה ומיידית; הפעולה אינה פוגעת באינטרס חיוני של המדינות כלפיהן החובה מופרת או כלפי הקהילה הבינ"ל; המדינה המפרה לא תרמה להיווצרות הצורך בהתנהגותה.

דוגמא להגנת הצורך- בראשית שנות ה-2000 פוקד את ארגנטינה משבר כלכלי מאוד גדול. ארגנטינה מלאימה הרבה רכוש של משקיעים זרים שהגיעו אליה, ובנוסף היא גם משנה במהירות הבזק הרבה מאוד מהחיקה 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 החיקה, המשקיעים הזרים פונים לטריבונל הבינלאומי להשקעות ותובעים את ארגנטינה. ארגנטינה טוענת להגנת הצורך – נקלעתי למשבר כלכלי שמעולם לא נקלעתי אליו, הייתי צריכה להגן על אינטרסים חיוניים שלי. הטריבונלים 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 הפרות שלה.

ארגונים בין לאומיים

פונקציה- ארגונים אוניברסליים (או"ם), ממוקדי מטרה (WHO, נאט"ו, ארגון העבודה הבינ"ל, WIPO).
גיאוגרפי- אוניברסלי (או"ם, WHO, WTO) אזורי (EU, AU).

כניסה לארגון- פתוחה לכל המדינות (ILO, WHO, IMF). מותנית: חברות אקסקלוסיבית המותנית בעמידה בקריטריונים אובייקטיביים ו/או הסכמת מדינות אחרות (OECD, WTO, EU). אינטרסים או תכונות משותפים (OPEC).

פוליטי/טכני- פוליטי (או"ם), אבל יש בו גם גופים שמנסים לקדם סטנדרטים מסוימים). גופים שהמהות שלהם היא לייצר סטנדרטים (ICAO) – מייצרים סטנדרטים בשאלות הנוגעות לתעופה אזרחית בינ"ל).

אופי הסמכויות- יש ארגונים להם סמכות כופה (מועצת הבטחון, האיחוד האירופי). ארגונים מסורתיים (WHO, WTO) – החלטות בהסכמת המדינות החברות.

סמכות לארגונים הפוכה מפס"ד לוטוס- כל מה שלא מותר, אסור. צריך סמכות מפורשת.

דוגמא לסמכות מפורשת- ס' 41,42 למגילת האו"ם סמכות להטיל סנקציות.

Effect utile- קובע כי לארגונים בינלאומיים יש גם סמכות משתמעת ולא רק מפורשת.

ס' 25 למגילת האו"ם- קובע שלמועצת הביטחון יש סמכות לקבל החלטות שמחייבות את כל מדינות העולם.

האו"ם

ס' 1 למגילת האו"ם - סעיף המטרה, סעיף רחב. 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.

העצרת הכללית

ס' 18 למגילת האו"ם - קובע שהחלטות חשובות מתקבלות ברוב של 2/3 מהמדינות המשתתפות בהצבעה.

ס' 12 למגילת האו"ם - כשמועצת הביטחון עוסקת בנושא מסוים העצרת הכללית, מנועה מלעסוק באותו נושא.

החלטה 377 - "מאוחדים למען השלום" - התגברות על ס' 12 בכך שנקבע שכאשר יש שיתוק של מועצת הביטחון (היא לא יכולה לתפקד, כנראה בעקבות פוליטיזציה) ואיום על השלום, אזי העצרת הכללית תיכנס בנעליה של מועצת הביטחון.

מועצת הביטחון

ס' 24 למגילת האו"ם - קובע שהמדינות מסמיכות את המועצה להיות אחראית להבטחת השלום והביטחון הבינלאומיים ולפעול מטעמן בנושאים אלה.

פרק 6 למגילת האו"ם - סמכותה של מועצת הביטחון, יישוב סכסוכים בדרכי שלום.

החלטה 242 - החלטה שמתקבלת סמוך למלחמת ששת הימים בנוגע לנסיגת ישראל משטחים. החלטה 2334 - החלטה בדבר אי חוקיות של התנחלויות בשטחי איו"ש, (ארה"ב - אובמה לא הפעיל ווטו).

ס' 25 למגילת האו"ם - למועצת הביטחון יש סמכות לקבל החלטות מחייבות והמדינות החברות חייבות לציית להחלטות. ההחלטות מועצת הביטחון יכולות להיות מחייבות גם אם הן לא במסגרת פרק 7. צריך להסתכל על הנוסח של ההחלטה, אם מועצת הביטחון עושה שימוש במונחים רכים, מדובר בהמלצות לא מחייבות, אולם כאשר נעשה שימוש במונחים מחייבים, ההחלטות מחייבות.

פרק 7 למגילת האו"ם - סמכותה השנייה של המועצה, פעולה כנגד איומים נגד השלום, הפרות של השלום ומעשי תוקפנות. החלטות שמתקבלות תחת פרק זה נוקטות שפה קשה ומחייבות את כל מדינות העולם. בנוסף, הוראות פרק 7 גוברות גם על האיסור להתערב בענייניהן הפנימיים של מדינות.

ס' 39 למגילת האו"ם - למועצת הביטחון יש סמכות לקבוע שקיים מצב במקום כזה או אחר בעולם שמהווה איום על השלום או הפרה של השלום או מעשה תוקפנות.

דוגמאות לשימוש בס' 39 - בפלישת צבאות ערב לישראל ב-1948. 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.

ס' 41 למגילת האו"ם - מאפשר למועצת הביטחון לנקוט בצעדים לא כוחניים - ניתוק יחסי מסחר, תקשורת, תעבורה ימית ויבשתית וכדומה.

דוגמאות לשימוש בס' 41 - ב-1990 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.

ס' 42 למועצת האו"ם - מועצת הביטחון מוסמכת לעשות דרדור אמצעים, ואם אלה לא הועילו, היא מוסמכת לנקוט בצעדים כוחניים, למשל מבצעים אוויריים, ימיים ויבשתיים.

דוגמאות לשימוש בס' 42- מאז ראשית שנות ה-90 מועצת הביטחון אישרה שימוש בכוח במספר מקרים: סומליה, האיטי, אלבניה, לוב, אפגניסטן.

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

ס' 103 למגילת האו"ם- קובע שישנו מעמד משודרג להוראות המגילה והחלטות מחייבות שניתנו תחת המגילה, הן גוברות על הוראות אחרות במשפט הבינלאומי. למשל, החלטה על הטלת חרם כלכלי גוברת על הסכם בחר בינ"ל.

דוגמאות לפירוש הרחב של מועצת הביטחון בנושאים בהם היא יכולה לעסוק-

הלוחמה בטרור- לאחר הפיגועים של אל קעידה בארה"ב, מועצת הביטחון נלחמת בטרור ויוצאת כנגדו מתוך סמכותה לפעול לעשות פעולות כאשר יש איום על הסדר והשלום הבינ"ל. החלטה זו היא משמעותית כיוון שאינה אמנת טרור כוללת, שיש לה אג'נדה סדורה ונותנת כלים משמעותיים מול איומי טרור, מועצת הביטחון ממלאת את החלל הזה. היא מקבלת שורה של החלטות שכל מדינות העולם חייבות לציית להן – חובה למנוע מימון מעשי טרור, להקפיא כספים ולהביא לדין. מועצת הביטחון ממלאת את הפער החקיקתי תחת פרק 7 למגילת האו"ם והקהילה הבינלאומית כולה מקבלת כלים כדי להילחם בטרור.

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. ולאחר מכן, מועצת הביטחון מקימה 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 בינלאומיים פליליים. מאז היא חזרה על זה בכל מיני מתארים שונים ומגוונים.

יישוב סכסוכים ובתי דין בין לאומיים

Jus ad Bellum- הגבלות על שימוש בכוח, לפי כלל זה אסור לצאת למלחמה סתם. יהיו מצבים בהם זה מותר אבל יש מערכת דינים שלמה שמטרתה להגביל את היכולת להתחיל במלחמה.

Jus in Bello- הגבלות על אופן ניהול המלחמה, הגנה על אזרחים, מגבלות על שימוש בנשק וכו'.

ס' 12 לאמנת חבר הלאומים- קובע כי אם יש מצב בו נוצר קרע בין מדינות, על המדינות לפנות למנגנון לפתרון סכסוכים ולהמתין 3 חודשים ממתן ההחלטה של המנגנון עד שעושים משהו. ס' זה הוא הבסיס לרעיון יישוב הסכסוכים הבינ"ל.

סעיף 2(3) למגילת האו"ם- קובע שכל המדינות החברות לאו"ם מחויבות לפתור את הסכסוכים שלהן בדרכי שלום.

ס' 2(4) למגילת האו"ם- קובע איסור מוחלט מפורש וברור על שימוש בכוח ביחסים הבינ"ל.

ס' 33 למגילת האו"ם- 1. מונה רשימת אמצעים ליישוב סכסוכים בדרכי שלום (הרשימה מתחלקת למנגנונים דיפלומטיים ומנגנונים שיפוטניים) 2. המדינות יכולות לבחור מאחד המנגנונים מבין האפשרויות או בכל מנגנון אחר שהצדדים לסכסוך מסכימים עליו. מדגיש את הריבונות של המדינות ואת האופי הוולונטרי.

דוגמאות לבתי דין בינלאומיים-

ICC- ביה"ד הבינלאומי הפלילי. בית דין שמעמיד לדין אנשים שביצעו מעשים פליליים. אחד מהתפקידים שלו לפי חוקת רומא הוא להביא לסיום ההתחמקות מעונש. משמע, אחד מהתפקידים שלו הוא אכיפת הדין ווידוא שאנשים מציתים לדין.

ECHR - ביה"ד האירופי לזכויות אדם. תפקידו לפרש ולאכוף את ההוראות של האמנה האירופית לזכויות אדם. ביה"ד מיישב סכסוכים אבל אמון על יישום ופיקוח שאכן יישמו את האמנה.

WTO DSS – מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי. תפקידו להוציא פסיקה מחייבת ואף לאכוף באמצעות סנקציות כלכליות את פסק הדין הזה.

מיפוי זירת בתי דין בינ"ל

דוגמאות לבתי דין גלובליים - PCIJ - כונן מכוח מדינת חבר הלאומים ב1919, ועבד עד סוף מלחמת העולם השנייה. ICJ - מסמל את התפקיד המסורתי של יישוב סכסוכים בין מדינות בדרכי שלום. ITLOS - בית הדין לענייני הים, סמכות השיפוט שלו מצומצמת לענייני הים, WTO - מערכת יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי.

דוגמאות לבתי דין לזכויות אדם - ECHR - ביה"ד האירופי לזכויות אדם. ECTHER - נמצא בשטרסבורג שבצרפת, הוקם לאותה מטרה. ביה"ד האמריקני לזכויות אדם שיושב בקוסטה ריקה. ביה"ד לזכויות אדם של האיחוד האפריקאי.

דוגמאות לבתי דין לאינטגרציה כלכלית ו/ או פוליטית - ECJ - ביה"ד האירופי לצדק, מגיעות אליו תביעות כנגד מוסדות של האיחוד האירופי, נוסד ב1952 על ידי אמנת פריז. יש ניסיונות לחקות אותו גם באזורים אחרים - אפריקה, אמריקה הלטינית ובאסיה.

דוגמאות לבתי דין בינ"ל פליליים - ICTR, ICTY - בתי דין שמוקמים אד-הוק לחקירת פשעים בינ"ל ביוגוסלביה וברואנדה. מתוך צורך לביה"ד פלילי קבוע מוקם ה-ICC על בסיס חוקת רומא.

בית הדין הבינלאומי לצדק ICJ

ס' 36 לחוקת ביה"ד - 1. הסכמה מיוחדת- אם התגלע סכסוך, המדינות חותמות על הסכם שאומר שהן נותנות הסכמה לבית הדין לפתור את הסכסוך הספציפי. 2. הסמכה באמנות- המדינות מסכימות שמי שמפר אמנות מסוימות יכול להיתבע ב-ICJ בלבד למשל, אמנת הג'נוסייד ואז לא צריך את הסכמת המדינות.

ס' 36 (2) לחוקת ביה"ד - סעיף אופציונלי- סעיף המאפשר לכל המדינות לתת לביה"ד סמכות מכאן והילך ביחס לכל סכסוך שיובא נגדן.

ס' 94 למגילת האו"ם - את פסקי הדין ניתן לאכוף באמצעות מועצת הביטחון. בפועל לא נעשה שימוש בסעיף זה מעולם למרות שהיו מקרים רבים של אי ציות לדין.

ס' 65 לחוקת ביה"ד וס' 96 למגילת האו"ם - שתי דרכים המעניקות סמכות לבית הדין להעניק חוות דעת מיעצת. דרך אחת היא עבור העצרת הכללית ומועצת הבטחון בנוגע לכל שאלה משפטית. דרך שנייה היא עבור ארגונים אחרים של האו"ם וארגונים בינ"ל. חוות דעת לארגונים השונים יינתנו בנוגע לנושאים הנופלים במסגרת תחום הפעולה שלהם.

דיני שימוש בכוח

ס' 42 (4) למגילת האו"ם - קובע את איסור השימוש בכוח, כל המדינות החברות באו"ם (ובגלל ס' 2) (6) למגילה גם מדינות לא חברות) מנועות מלעשות שימוש בכוח או לאיים בשימוש בכוח, אם אותו שימוש בכוח יפגע ב: 1. שלמות טריטוריאליות; 2. עצמאות פוליטית; 3. יסתור בכל דרך אחרת את מגילת האו"ם (שמירה על השלום והבטחון העולמי, זכויות אדם, קידום השלום בין העמים וכו').

ס' 51 למגילת האו"ם - קובע את הזכות להגנה עצמית אישית או קולקטיבית, שהיא חריג לשימוש בכוח. חריג נוסף מנגנון הביטחון הקולקטיבי - סמכות מועצת הביטחון להורות על פעולות כוחניות, ליזום ולהסמיך מדינות.

מדריך טאלין (הפעילות במרחב הסייבר בראי המשפט בינ"ל) - האם התקפת סייבר נחשבת לשימוש בכוח? במדריך נאמר שדיני השימוש בכוח חלים אך השאלה היא איך מחילים את הדינים. נקבע כי אם יש מתקפת סייבר שיש לה תוצאה קינטית זה נחשב שימוש בכוח.

ס' 2 (3) למגילת האו"ם - 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.

מנגנון הביטחון הקולקטיבי

ס' 39 למגילת האו"ם - 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' 41 למגילת האו"ם - מאפשר למועצת הביטחון לנקוט בצעדים לא כוחניים - ניתוק יחסי מסחר, תקשורת, תעבורה ימית ויבשתית וכדומה.

ס' 42 למועצת האו"ם - מועצת הביטחון מוסמכת לעשות דרדור אמצעים, ואם אלה לא הועילו, היא מוסמכת לנקוט בצעדים כוחניים, למשל מבצעים אוויריים, ימיים ויבשתיים.

ס' 43 למגילת האו"ם - ניסיון להקים 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).

דוגמאות לשימוש במנגנון הביטחון הקולקטיבי - 1950 צפון קוריהא. 1998 נאט"ו תוקפת את סרביה על מנת למנוע ממנה לבצע רצח עם בקוסובו בלי לקבל אישור קודם ממועצת הביטחון. 2003 מלחמת המפרץ השניה, האמריקאים תוקפים בעיראק כיוון שטוענים שהחלטות מועצת הביטחון שניתנו בסוף מלחמת המפרץ הראשונה, מתירות להם לעשות שימוש בכוח, במשתמע.

הגנה עצמית

ס' 51 למגילת האו"ם - לעיל. מדינה יכולה לנקוט בהגנה עצמית, עד השלב שבו מועצת הביטחון נוקטת את האמצעים הנדרשים לשמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים.

התקפה חמושה

פס"ד ניקרגואה של בית הדין לצדק בהאג - העובדה שארה"ב חימשה וציידה קבוצת מורדים אינה עולה לכדי התקפה חמושה כנגד ניקרגואה.

דוגמא לגישה המצמצמת בדבר התקפה חמושה של כוחות מזוינים בלתי מדינתיים - ICJ שקבע בחוות דעת הגדה, 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 מבוררת.

בפס"ד 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.

דוגמאות לחריגים לגישה המצמצמת בדבר התקפה חמושה של כוחות מזוינים בלתי מדינתיים - 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?

דוגמאות לכלל הנחיצות- סרביה נ' אוסטרו הונגריה, תחילת מלחמת העולם ה-1- תקיפת סרביה לא עמדה בכללי הנחיצות כיוון שהתאפשר לכאורה לפתור את עניין בדרכי שלום. דוגמא נוספת- גאורגיה נ' רוסיה- נקבע שפעולותיה של גאורגיה היו כשרות כיוון שזה נבע מהגנה עצמית.

דוגמא לכלל המיידיות- התקפה מונעת- רלוונטי בעיקר לנשק להשמדה המונית, נשק גרעיני. הגרעין העיראקי – ישראל תקפה את הכור שפותח בעיראק.

ס' 51 למגילת האו"ם- העמדה המצמצמת נשענת על סעיף זה לעניין איסור התקפה מונעת והתקפה צפויה כיוון שהסעיף מדבר על התקפה שקרתה ולא על התקפה שעתידה לקרות.

ס' 51 למגילת האו"ם- העמדה המרחיבה. צריך לתת פרשנות תכליתית לס' 51. גם אם הפרשנות לא נצמדת למלל, כל פרשנות אחרת תוביל למצב אבסורדי. הפרשנות הראויה היא שיש לכלול התקפה צפויה והתקפה מונעת.

התערבות במלחמת אזרחים

דוגמא להתערבות הומניטרית- מדינות נאט"ו בשנות ה-90 הציבו אולטימטום ליוגוסלביה במטרה להפסיק את הטיהור האתני בקוסובו.

ס' 2 (4) למגילת האו"ם- התומכים בעמדה המתירנית לעניין התערבות הומניטרית מפרשים סעיף זה כלא אוסר את השימוש בכוח במקרים מאין אלו כיוון שלא מדובר ב לא מדובר בפגיעה בטריטוריה, בריבונות של המדינה, או במטרות האו"ם.

דיני העימות המזויין

הצלב האדום ה-ICRC-הצלב האדום היה שותף שנתן חסות ליצירת חלק מהאמנות החשובות ביותר של דיני הלחימה.

קוד ליבר- שאומר שגם במלחמת האזרחים לא הכל מותר. יש מספר כללים שחייבים לעמוד בהם כדי להילחם.

הכרזת סנט פטרסבורג- נשק שגורם לסבל לא אנושי ומיותר אסור לעשות בו שימוש.

אמנות האג- 1899- האמנה בדבר יישוב סכסוכים. 1907- האמנה בדבר דיני לוחמה ביבשה.

אמנות ג'נבה- אמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול השבוי מלחמה (1949). אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה (1949).

פרוטוקולים לאמנת ג'נבה- פרוטוקול 1- הגנת סכסוכים בדבר קורבנות בינ"ל. פרוטוקול 1- הגנת סכסוכים בדבר קורבנות שאינם בינ"ל.

ס' 2 המשותף לאמנת ג'נבה- עוסק בסכסוכים בינ"ל.

ס' 3 המשותף לאמנת ג'נבה- עוסק בסכסוכים שאינם בינ"ל. סעיף שיורי (מתייחס למצבים של מלחמת אזרחים).

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):

א. רמת הארגון של הצדדים. ב. משך הסכסוך. ג. עוצמת האלימות. ד. מעורבות צדדים שלישיים. ה. השלכות על צדדים שלישיים. ו. ההיקף הגיאוגרפי של הסכסוך. (השלושה הראשונים החשובים ביותר נקבעו בטאדיצ').

דוגמא לשימוש מוצדק בדיני לחימה כנגד מאבק בטרור- מבצע מגן וחץ.

דוגמא לשימוש לא מוצדק בדיני לחימה כנגד מאבק בטורר- אינתיפאדת הסכינים 2015, הופעלה אכיפת החוק ולא דיני הלחימה.

פס"ד עג'ורי- קביעה תקדימית של ביהמ"ש העליון משנת 2000. הלחימה באיו"ש היא סכסוך מזויין ולא פעילות משטרתית. מאכיפת חוק עוברים לדיני לחימה ומתחילים סיכולים ממוקדים.

פס"ד חמאדן- פס"ד מביהמ"ש העליון של הארה"ב שקובע כי הלחימה מול ארגון טרור אל קעיאדה היא לחימה לפי ס' 3- ארגון בינ"ל.

פרשת הסיכולים הממוקדים- העימות מול ארגוני הטרור הפלסטיניים הוא עימות מזויין בינ"ל.

ס' 23 לתקנות האג מ-1907 משקפים דין בינ"ל מנהגי, משקפים את הגנת הצורך. אין לפגוע ברכוש אזרחי במהלך מלחמה, אלא אם הפגיעה ברכוש הזה נובעת מצורך צבאי הכרחי.

ס' 48 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה- מופיע כלל שנקרא basic rule ס' זה הוא מנהגי ומציג את העיקרון ההבחנה. יש להבחין בין לוחמים לאזרחים ובין מטרת צבאית למטרות אזרחיות במסגרת סכסוך מזויין. מופיע גם בס' 48, 52 (1) ו(2) לפרוטוקול 1.

ס' 52 (2) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה- יעד צבאי: "אובייקטיבים אשר מטבעם, מיקומם, מטרותם, או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם תפיסתם או נטרולם באופן מוחלט או חלקי בנסיבות המתקיימות באותו הזמן, מקנים יתרון צבאי מובהק".

ס' 52 (1) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה- יעד אזרחי הוא יעד שאינו יעד צבאי. עם זאת, יעד אזרחי עלול לאבד את חסינותו אם הוא משמש למאמץ המלחמתי של האויב.

ס' 51 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה- אסור לצד לסכסוך לבצע התקפה בלתי מבחינה מטבעה. בנוסף, בס' יש איסור על שימוש במנגנונים אנושיים.

ס' 50 (1) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה- הגדרה שיורית, אזרח הוא מי שאינו לוחם.

ס' 4 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה- קובע מי זכאי למעמד של 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:

(א) השתייכות לארגון הכולל שרשרת פיקוד. כיום אם מסתכלים בארגוני טרור זה מתקיים.

(ב) נשיאת סימן הבחנה קבוע, שניתן להכיר אותו מרחוק. למשל מדים.

(ג) נשיאת נשקם בגלוי.

(ד) ניהול פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה.

פרשת הסיכולים הממוקדים- לאור ס' 4 לאמנת ג'נבה השלישית נקבע שהנמנים על שורותיהם של ארגוני טרור הם לא בגדר לוחמים, כי הם לא עומדים בתנאים הנדרשים למעמד של שבויי מלחמה במשב"ל. פעילי ארגוני הטרור לא מוגנים מתקיפה מקום שהם נוטלים חלק ישיר במעשה האיבה ובזמן זה הם מטרת לגיטימיות לתקיפה עפ"י ס' 51(3) לפרוטוקול 1.

ס' 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה- הצלב האדום פירש בצמצום את המילים "נוטלים חלק ישיר" וקבע כי אזרח מאבד את חסינותו לפרקי זמן קצרים, מקום בו הוא נערך לתקיפה או ממש תוקף, כל שאר הזמן הוא אזרח מוגן. ישראל לעומת זאת, פירשה בהרחבה ממש וקבעה כי 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.

ס' ___ לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה - מסמל את עיקרון המידתיות. קובע כי במסגרת התקפה במהלך לחימה אין לגרום נזק אגבי לאזרחים וליעדים אזרחים שהוא לא פרופורציונלי ליתרון שיושג מההתקפה.

דוגמא לעיקרון המידתיות - הסיכול של סאלח שחאדה העולם טען שהוא לא מידתי. בהמשך ביהמ"ש העליון קבע כי בחינת המידתיות תהיה אקס אנטה בהתאם למידע שהיה למפקד הסביר לפני שיצא להתקפה.

דוגמא לאי שימוש בעיקרון ההומניות - כדורים מתרחבים, רעל.

דיני כיבוש/ דיני תפיסה לוחמתית

ס' 56-42 לתקנות האג - עוסקת בכיבוש שטח, מגדיר איך להתייחס לרכוש אזרחי, איך אפשר להפעיל אמצעי ביטחון כמו מעצרים.

אמנת ג'נבה הרביעית (1949) – מסמך המונה מאות סעיפים ועוסק בכל התחומים הנוגעים לשטח כבוש (חינוך, משאבים טבעיים, תשתיות וכו'). אמנה זו מגנה על מי שנכנס תחת ההגדרה של אנשים מוגנים.

ס' 4 לאמנת ג'נבה הרביעית - מגדיר את האנשים עליהם חלה אמנה, אזרחים בזמן מלחמה. המונח הזה כולל גם תושבים של שטח כבוש, תושבים שהם לא אזרחים של המדינה הכובשת.

תקנה 42 להאג - שטח נחשב לשטח כבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא ניתן להפעלה.

בג"ץ צמל - דוגמא למבחן פוטנציאל השליטה. ישראל השתלטה על שטחים שונים בלבנון, אבל לא הקימה ממשל צבאי. ישראל עשתה פעולות שונות כמו הקמת מתקן בו הוחזקו אנשים. חלק מאותם אנשים שהוחזקו באותו מתקן מעצר לא קיבלו זכויות בסיסיות כמו לפגוש עו"ד. הוגשה עתירה לבג"ץ במטרה לברר את היקף הסמכויות של ישראל בלבנון. שמגר, שפט במקרה זה ונקבע שגם אם ישראל לא מקימה ממשל צבאי אבל יש לה יכולת לעשות זאת צריך להסתכל עליה ככוח כובש כדי לעודד אותה לעמוד במחויבויות שלה. מדינה שנכנסת לשטח מסוים מקבלת סמכות להשליט סדר ובטחון, ולצד אותה הסמכות יש חובות שונות.

ס' 32-31 לאמנת וינה (אמנת האמנות) - פרשנות מילולית היא החשובה ביותר כדי לכבד את העיקרון ההסכמה.

בג"ץ אלבסיוני - נקבע שלישראל אין שליטה אפקטיבית ושאין לה יכולת אפקטיבית לנהל את החיים האזרחיים (משמע, אין פוטנציאל שליטה אמיתי ברצועת עזה).

דוגמא לשליטה פונקציונלית - שוטר הולנדי ששמר על מחסום ארעי בתוך עיראק שלט על כביש מסוים, בכביש זה הגיע רכב והשוטר מתוך חשש לחייו ירה בנהג. בית הדין לזכויות אדם הכיר באותה הפעולה של שליטה פונקציונלית ככיבוש ולכן השוטר היה צריך לירות בגלגלים ולא באדם (בהתאם לדיני הכיבוש).

בג"ץ רופאים לזכויות אדם - ביהמ"ש חוזר על כך שרצועת עזה אינה שטח כבוש אבל המצב דינמי ויכול להיות שנגיע למסקנות אחרות.

ס' 43 לתקנות האג - מיני חוקה של דיני הכיבוש. סעיף זה בעצם מגלם בתוכו את שלושה אינטרסים: א. כיבוד זכויות האוכלוסייה המקומית, ב. כיבוד ושמירה של האינטרסים של הריבון הקודם, ג. האינטרסים הביטחוניים של הממשל הצבאי בשטח.

דוגמא לאינטרס השני- מחצבות שהיו באיו"ש, ישראל הקימה אותן. הוגשה עתירה כנגד השימוש של ישראל וביהמ"ש קבע שמאחר שישראל ייצרה את הקרן ונהתה מהפירות, לא מדובר בפגיעה באינטרס השני.

בג"ץ ג'מעייית אסכאן- עולה השאלה האם ניתן לסלול כביש בין ירושלים למרכז, הכביש עבור בשטח כבוש וסלילת הכביש אינה חלק מסמכות הממשל הצבאי. ברק קובע בדעת רוב שס' 43 לתקנות האג קובע שהצורך לדאוג לאוכלוסייה האזרחית מייצר סמכות, במקרה של כיבוש ארוך טווח, לבצע פעולות תשתיות, כלומר, לסלול כביש לטובת האוכלוסייה האזרחית. כיוון שגם האזרחים הלא ישראליים יהנו מהכביש ניתן לסלול אותו.

בג"ץ אבו צפיה- הכביש נסגר ללא ישראליים בעקבות מצב ביטחוני מסוכן, הוגשה על זה עתירה. בג"ץ קובע שמותר למדינה להחליט ששוללים כניסה של מי שמסכן את חיי המדינה אך זה צריך להיות זמני כל עוד ההצדקה קיימת, במקרה דנן היא הפסיקה להיות קיימת ולכן יש לפתוח את הכביש.

תקנה 119 מכוח השלטון המנדטורי- תקנה זו מאפשרת הריסת בתים ועליה בג"ץ מסתמך.

בג"ץ בית סוריק/מראעבה- גדר הפרדה בג"ץ בחן את המידתיות של הפגיעה באוכלוסייה מהקמת הגדר לעומת הרווח הביטחוני מהקמתה. במסגרת מספר עתירות לגבי אזורים מסוימים בג"ץ בדק ביחס לכל אזור את המידתיות. ההחלטה של בית הדין הבינ"ל הייתה שטחית ולא מקיפה, מה שהאיר את החלטת בג"ץ באור מאוד חיובי.

דיני זכויות אדם במשפט הבינלאומי

מגילת האו"ם- החוקה של ארגון האו"ם, המנדט הראשון שניתן לאו"ם לקדם זכויות אדם.

ס' 2(7) למגילת האו"ם- עקרון הריבונות, אי התערבות בענייניהם הפנימיים של המדינות.

ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם- אחד ממסמכי היסוד בתחום זכויות אדם, פעם ראשונה שנוצק תוכן למושג "זכויות אדם". מונה 30 זכויות יסוד (הזכות לשוויון, פרטיות וכו'), תורגם 500 שפות, בעלת מעמד מנהגי.

ICCPR- האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות. מדינות קפיטליסטיות. זכויות מדור א', נגטיביות, זכויות מיידיות.

לאמנות אלו מצטרפים פרוטוקולים:

1. פרוטוקול מנגנון תלונות פרטני (ישראל לא חתומה על זה). דוג' לשימוש שמנגנון זה- תלונה כנגד איסור הפלות באירלנד, גורם סבל לנשים.

2. פרוטוקול איסור עונש מוות

ICESCR- האמנה לזכויות חברתיות כלכליות ותרבותיות. מדינות קומוניסטיות. זכויות מדור ב', פוזיטיביות, זכויות שנותנות לדרגה.

דוגמא לכך שזכויות הן יחסיות-ס' 19 (3) ICCPR קובע שחופש הביטוי יכול להיות מוגבל כדי לשמור על ביטחון לאומי, שלום הציבור וכו'. ס' 12 (3) מכיר בהגבלת חופש התנועה.

דוגמאות לאמנות זכויות אדם-

1. האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית CERD 1965 (174 מדינות חברות).

2. האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים CEDAW 1979 (186 מדינות חברות).

3. האמנה נגד עינויים CAT 1984 (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).

דוגמאות ליישום ההמלצות במישור הלאומי- חקיקה – העלאת גיל הנישואים מגיל 17 ל-18 בישראל. בג"ץ קו לעובד: ביטול נוהל עובדת זרה בהריון – מאזכרים את המסקנות של ועדת CEDAW (ועדת לזכויות נשים) הקוראת לישראל לבטל נוהל מסוג זה, וכן נסמכים על הערות פרשניות של הוועדה.

ס' 4(1) ICCPR- 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 דגה, צבע, מין, לשון, דעת או מוצא חברי.

ס' 4(2) ICCPR- האמצעים שהמדינה נוקטת צריכים לביות נחוצים ומיידים. בנוסף, יש הוראות שלא ניתן לסטות מהן בגלל החשיבות שבהן (לדוג: הזכות לחיים). כמו כן, כחלק מהתנאים לס' 4 (1), המדינה צריכה להודיע על מצב החירום למזכ"ל האו"ם לפי ס' זה.

ס' 9 ICCPR- נוגע לאיסור מעצר שרירותי. מדינת ישראל צירפה הצהרה שקובעת שכיוון שמדינת ישראל במצב חירום מיום הקמתה, תהיה חריגה מחובותיה עפ"י אמנה לעניין ס' זה, כיוון שמדינת ישראל משתמשת במעצר מנהלי.

ס' 2(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות- קובע כי כל מדינה שהיא צד באמנה זו, מתחייבת לכבד ולהבטיח לכל היחידים בתחומיה והכפופים לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא הפליה מכל סוג שהוא.

ישראל טוענת שהתנאים בסעיף הם חלופיים, ושהדין ההומניטרי, דיני הכיבוש גוברים על דיני זכויות אדם, כי זה הדין הספציפי לאותה סיטואציה.

עמדת ICJ היא שזכויות אדם לדין ההומניטרי חלים במקביל, הם חלים כל הזמן, אבל היקף התחולה, ייקבע ביחס לדין המיוחד שחל באותה סיטואציה.

ועדת טירקל קובעת שהמשפט ההומניטרי ומשפט זכויות האדם הם שתי מערכות דינים משלימות. יש זכויות כל כך בסיסיות שאי אפשר לגרוע מהם גם במצבים של לחימה.

משפט בינלאומי פילי

משפטי נירנברג- מעמידים את אנשים לדין בגין פשעים בינ"ל שביצעו. הנאצים טוענים שלא ניתן לשפוט פרטים בפני טריבונל בינ"ל. כמו כן, חוקת לונדון שמכוחה פעל בית הדין בנירנברג הכתה לאחר ביצעו הפשעים וזה ענישה רטרואקטיבית. בית הדין קובע כי ניתן להעמידם לדין כיוון שקיים מנהג בינ"ל שמאפשר להעמיד לדין פרטים שביצעו הפרות חמורות של דיני הלחימה. בנוסף, העבירות שביצעו אסורות גם בדין הפנימי הגרמני. כמו כן, זו הדרך היחידה לאכוף את נורמות המשב"ל, כאשר מדובר בפשעים שנעשו ע"י בני"א ולא ע"י ישויות אבסטרקטיות. פס"ד זה מעגן את הפילוסופיה שתחת המשב"ל יש אפשרות להטיל אחריות על אנשים פרטיים בגין ביצוע פשעים בינ"ל.

דוגמא לכך שהמשב"ל מהווה הגנה נוספת לזכויות אדם מעבר להגנה ברמה המדינתית- פינשה- ראש הממשלה בצ'ילה שספרד ניסתה להעמידו לדין במדינתה.

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.

פשעי מלחמה

מקורות פשעי המלחמה - 1. תקנות האג משנת 1907. 2. אמנת ג'נבה בדבר שבויי מלחמה 1929. GRAVE BREACHES - על פשעים בינ"ל חמורים, יש סמכות שיפוט אוניברסלית. אמנות ג'נבה הגדירו מה הם הפשעים החמורים.

פרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה - מרחיב 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.

ס' 8 לחוקת רומא - מפרט מהם פשעי המלחמה שביחס אליהם יש ל ICC סמכות: א. העברת אוכלוסייה לשטח כבוש במישרין או בעקיפין. ב. פגיעה מכוונת בעובדי סיוע הומניטרי או כוחות שמירת שלום. ג. ביזה. ד. שימוש כוזב בסמלי או"ם או בדגל לבן. ה. אונס ועבירות מין. ו. הרעבת אזרחים. ז. שימוש במגנים אנושיים. ח. גיוס קטינים מתחת לגיל 15. ט. שימוש בכלי נשק אסורים.

פשעי תוקפנות, פשעים נגד השלום

חוקת רומא - 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. ל ICC סמכות לדון בפשע זה רק אם המדינה הנאשמת נתנה את הסכמתה להגדרה זו.

פשעים נגד האנושות

ס' 7 לחוקת רומא - 1. פשעים חמורים (רצח, אונס, גירוש) 2. המתבצעים ביוזעין כחלק ממתקפה שיטתית או נרחבת. 3. המכוונת כלפי אוכלוסייה אזרחית.

רצח עם

ס' 6 לחוקת רומא - 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.

דוגמאות לאמנות נוספות שמגדירות פשעים בינ"ל נוספים שאפשר להעמיד עליהם לדין - אמנת העינויים; האמנה למניעת חטיפת מטוסים; האמנה נגד לקיחת בני ערובה; האמנה נגד סחר בלתי חוקי בסמים; פרוטוקול הסחר בבני אדם.

מנגנוני האכיפה של המשפט הפלילי בין לאומי

פס"ד אייכמן - דוגמא לשימוש בסמכות השיפוט האוניברסלית, לא היתה זיקה טריטוריאלית ופרסונלית.

בתי דין פליליים בין לאומיים

דוגמאות לבתי דין אד - הוקים - נירנברג, טוקיו, ICTR, ICTY

דוגמאות לבתי דין מעורבים - מזרח טימור, קוסובו, בוסניה, קמבודיה.

דוגמא לכך שה ICC יקנה סמכות שיפוט כלפי מדינות שאינן צד לאמנה -

1. כאשר צד לסכסוך חתום על האמנה- הרשות הפלסטינית וישראל.
2. כשאר צד לסכסוך מעניק סמכות שיפוט אד הוק- אוקראינה ורוסיה, אוקראינה נתנה הסכמה לסמכות השיפוט של בית הדין מכוח ב' 12 (3) לחוקת בית הדין.

דוגמא לכך שה-ICC יקנה סמכות שיפוט כלפי מדינות שאינן צד לאמנה מכוח הפניה של מועצת הביטחון- הסיטואציה של סודן שאינה מדינה חברה לביה"ד ומכוח ההפניה הזו ביה"ד הוציא צו מאסר נגד הנשיא של סודן. פתיחת הליך יכולה לנבוע משלושה גורמים: (1) התובע של ביה"ד. (2) המדינות החברות בחוקת רומא יכולות לפנות לתובעת ולבקש שתפתח בהליך. (3) מועצת הביטחון.

עיקרון המשלימות

ס' 17 לחוקת רומא- ביה"ד מעדיף שמדינה שיש לה זיקה לאירוע, טריטוריאלית או פרסונלית, תעמיד לדין ותפתור את הדברים מול אזרחיה או בשטחה. בית הדין יתערב רק כאשר מדינת הזיקה לא רוצה או יכולה לנהל באופן אמיתי את החקירה או ההעמדה לדין.