

מבנה ודרישות :

הקורס מתחלק לשלושה חלקים: חלק א' - איך עובד משפט בינלאומי. חלק ב' - השחקנים במשפט בין לאומי פומבי. חלק ג' - סוגיות מהותיות. יש באתר תכנית של הקורס מה נלמד בכל שיעור. ישנם שני מבחני ביניים, הטוב מבין שניהם ייחשב וייחשב כ 20%, מבחן מסכם 80%. יש באתר סילבוס עם קישורים, ניתן להכניס סילבוס למבחן. ישנה מקראה עם חומרים שיש להדפיס. יש מצגות למהלך השיעור. פורום באתר עד 5 נקודות מטיב.

מצגת 1: מבוא:

המשפט הבינלאומי עוסק במספר תחומים בהם נדון, נדון כיצד עובד והאם המשפט הבינלאומי הינו משפט?

תחומי העיסוק של המשפט הבין לאומי:

- משטרים ביחסים בין מדינות.
- זכויות אדם, הסכמים ביין לאומיים מנגנוני אכיפה בין לאומיים.
- ארגונים בין לאומיים, כמו איסור פיתו נשק גרעיני.
- אזרחות כמעמד בין לאומי, זכויות אדם וחופש התנועה.
- משפט בינלאומי פלילי.
- היווצרות מדינות, כיצד נוצרות מדינות וכיצד הן עשויות להתפרק.
- יישוב סכסוכים מזוינים, הזכות להגדרה עצמית.
- דיני כיבוש, מוסדר ע"י משפט בינלאומי.

כיצד עובד המשפט הבין לאומי?

העיסוק מורכב מנורמות - כללים, אמנות ועוד דרכים בהן משפט נוצר ובעיקר היווצרות ספונטניות של מה שמדינות עושות וגם משפט רך - לא נורמות מחייבות אך נורמות שכדאי לפעול על פיהם. ישנן רמות של נורמות.

בנוסף יש בשיטת משפט מוסדות, שיוצרים את הנורמות, שאוכפים אותן, מפתחים ומיישמים אותן, גופים שיפוטיים. בעיקר ארגונים בינלאומיים כמו האו"מ, האיחוד האירופי ועוד.

הגדרת המשפט הבין לאומי:

מערכת של כללים ומנגנונים אשר באמצעותם פועלת הקהילה הבין לאומית על מנת לקדם את הערכים והאינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה.

ההבחנה בין מה משפט בינלאומי לבין משפט פנימי או תחומים אחרים היא לא הבחנה ברורה.

מי השחקנים?

הקהילה הבין לאומית הם המדינות, הפרט - כל האנשים, תאגידים.

האם המשפט הבינלאומי הינו משפט?

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- **הובס** שכתב את ה"לויתן" ב 1650 אמר שזה לא משפט כי משפט זה מצב של סדר , והקהילה הבינלאומית היא במצב של אנרכיה- חוסר סדר. וזו לא מערכת שאפשר לקרוא לה משפטית אלא מוסרית. הרעיון המודרני של המדינה הוא 1648.
- **אוסטין** שכתב ב 1823 שאין ריבון ואין סנקציה במשפט הבינלאומי, יש בעיה עם האכיפה.
- **הארט** שכתב ב 1961 אמר שלשיטת משפט יש כללי זיהוי, שיודעים איך השיטה נוצרת ויודעים לזהות אם משהו כלל לפי האופן שבו הוא נוצר, אין שיטה. לגישתו בשיטה הבינלאומית יש כללים של מה מותר ומה אסור אך אין שיטה ודרך בה יודעים שהמשפט הבינלאומי נוצר.
- **חשין** ב 2004 לא אמר אם המשפט הבינלאומי הוא משפט או לא אלא. "זכורני שלפני הרבה שנים היה משפט הבינלאומי פומבי להבדיל מהפרטי מקצוע זניח ושולי, חלפו הרבה שנים והמשפט הבינלאומי פומבי צבר כוח ועומד על רגלו כשיטה חשובה ללימוד משפט, טוב שמתפתח אך עוד דרך רבה לפנינו...". אומר שהמשפט הבינלאומי הפומבי מתחיל אך יש עוד דרך ארוכה ויש קושי לאכוף את הנורמות.

המשפט הבינלאומי כשיטת משפט:

האם במנגנון הבינלאומי יש רשות מחוקקת, רשות שופטת ורשות מבצעת (לא דווקא הפרדת רשויות)?

רשות מחוקקת- מי מייצר את הנורמות במשפט הבינלאומי הפומבי? אין גורם מחוקק בינלאומי גורף. יש את האו"ם אך אין לו סמכות לחוקק נורמות מחייבות ושם מנהלים את הדיונים. כן יש אמנות- הסכם בין מדינות. האמנות שונות מחקיקה חוקתית כי הן מותנות בהסכמה. היצירה של האמנות היא איטית.

רשות שופטת- יש את בין הדין הבינלאומי בהאג : א) סמכות השיפוט שלהם מותנה בהסכמה. את מדינת ישראל למשל אי אפשר לתבוע בבית הדין הזה כי היא לא הסכימה לסמכות של השיפוט שלו. ב) פסקי הדין שניתנים בבית הדין הם לא רבים , בתדירות נמוכה. האפקטיביות שלהם מוגבלת כי אין תקדים מחייב אלא רק את הצדדים שהתדיינו בפניו. התוצאה- קשה לקבל פרשנות. בית המשפט מנחה על מנת למנוע את הסכסוכים הבאים.

רשות מבצעת- אין צבא או משטרה בינ"ל קבועים. כוחות שמירת שלום מותנים בהסכמת מדינה. ונדרשת קואליציה אד-הוק לכל משבר בנפרד.

דעה ראשונה- המשמיצים אומרים: אין מחוקק מרכזי, אין מנגנון שיפוט מחייב ואין אכיפה מרוכזת.

דעה שנייה- ולמרות זאת.. התוצאה: בעל המאה הוא בעל הדעה, יחסים בין לאומיים נשענים על כוח. הסוד הוא בפונקציה ולא בפרוצדורה. למשל:

א. **נורמות**- אין מחוקק מרכזי אבל יש **אלפי אמנות** ואם המדינות פועלות על פיהן **ומצטרפות אליהן באופן אוניברסאלי**- הפתוח לכל המדינות בעולם (כמו אמנות ג'נבה, מגילת האו"ם). **ההצטרפות היא רחבה:** כמו ארגון הסחר העולמי. **האיכות:** לפעמים יותר גבוהה משפט מדינתי. **תפקיד המוסד:** יש מוסדות בעלי סמכות חקיקה מחייבת כמו מועצת הביטחון או האיחוד האירופאי.

ב. **הרשות השופטת**- שליש ממדינות העולם הסכימו עקרונית לשיפוט של בין הדין הזה. יש לא מעט הסכמה להתדיין בביה"ד הבינ"ל בהאג. יש מדינות שמסכימות להתדיין בו רק בנושאים מסוימים. בשביל להצטרך לארגון הסחר העולמי צריך להסכים למנגנון אכיפה. משטרים משפטיים עם סמכות שיפוט חובה. גם בתי משפט מדינתיים אוכפים משפט בינלאומי- כמו שישראל העמידה לדין את אייכמן.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

ג. **מנגנוני אכיפה** – יש בעיה מתקשרים למועצת הביטחון של האו"ם (כמו שבישראל מתקשרים למשטרה). ישנם גם אמצעי אכיפה למשטרים המשפטיים השונים. ישנה גם אכיפה חד צדדית – כשהמדינה אוכפת המשפט הבינלאומי ולא בית דין לאומי.

לסיכום:

גם בזירה הבינלאומית יש הליכי קבלת החלטות מחייבות ולכן יש נורמות. הפעלת הסמכויות לא נעשית בצורה מרוכזת (אין צבא בין לאומי או משטרה), הפעלת הסמכויות מבוצרת, בניגוד למשפט מדינתי.

יש הרבה ציות למרות שאין בתי משפט. ממילא כדאי (כי אנחנו לא שמים לב שהכול עובד כשורה). תמריצים שאינם סנקציות משפטיות: מוניטין.

לא נשאל האם המשפט הבינלאומי הוא שיטת משפט אלא האם הוא שיטה אפקטיבית שמקדמת את הערכים במשפט והאם השיטה לגיטימית.

כמה דברים כגנות למערכת המדינתית:

- א. הרשות המחוקקת: המחוקק המרכזי הינו תמיד בעל מעמד בלעדי (חקיקה שיפוטית).
- ב. הרשות השופטת: כמה סכסוכים מגיעים לערכאות משפטיות? האם המערכת יעילה?
- ג. אכיפה: יש מקום לשיפור, לא כל החוקים נאכפים באותה אינטנסיביות כלפי כל האנשים.

מסקנה: גם במשפט הפנימי בעל המאה הוא בעל הדעה.

תפקיד המשפט ביחסים הבינ"ל:

- א. אי אפשר לפתור את הבעיות בעולם באמצעות כללי המשפט, המשפט הוא כלי. התוכן שלו זה האינטרסים והערכים שנרצה להכניס לו.
- ב. ככל שהאינטרסים חיוניים יותר חלקו של המשפט יהיה קטן יותר. המשפט שולי יותר ככל שהאינטרסים נחשבים חיוניים יותר (סכסוכים בצבאיים ופוליטיים לעומת יחסי סחר, איכות סביבה).
- ג. המשפט הוא כלי למה שמדינות רוצות.
- ד. לכללים ומוסדות תרומה לשלום ולרווחה ע"י העמקת שיתוף פעולה, קידום ערכים.
- ה. המבחן הוא בהשגת יעדים שהמדינה הגדירה – יעדים לא אוטופיים.

תפקיד המשפט בתהליך השלום:

- א. בעיקר כלי לגיוס לגיטימציה בינלאומית לעמדות פוליטיות מסוימות.
- ב. רלוונטי לבחינת סוגיות ספציפיות (גדר הפרדה, התנחלויות, סיכולים) ולהפעלת מנגנונים משפטיים בארץ ובחו"ל ביחס אליהם.
- ג. ההסכם ינוסח בשפה של המשפט הבינלאומי וייגזר במידה מסוימת מעקרונותיו ומוסדותיו (מדינות, פיקוח בינלאומי, פיצויים).

מצגת 2: מקורות הנורמות במשפט הבין לאומי

ס' 38 (1) לחוקת בית הדין הבין לאומי 1945 – החוקה מעתיקה משהו שנכתב 25 שנים קודם. סעיף זה אומר ש"בית הדין הבין לאומי שתפקידו לפסוק בהתאם למשפט בין לאומי (מב"ל) הסכסוכים המובאים לפניו ינהג לפי...":

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- א. **אמנות- הסכמה מפורשת**: מדינות מסכימות במפורש להיות מחויבות בנורמות מסויימות. [”הסכמים בין לאומיים, כלליים או פרטיים, הקובעים כללים שהמדינות המתדיינות הכירו בהם במפורש”].
- ב. **מנהג- הסכמה משתמעת בהתנהגות**: (התנהגות כללית שהמדינות מקבלות אותה בבחינת דין, מחייבת). [”המנהג הבין לאומי כראייה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין”].
- ג. **עקרונות כלליים- הסכמה מכללא**: [”עקרונות המשפט הכלליים המוכרים על ידי האומות בנות התרבות”].
- ד. **פסיקה וספרות- אמצעי עזר**: אם רוצה לדעת מה אומר המנהג עשוי למצוא אותו בפסיקה של בתי הדין, בספרות, בכתיבה של המומחים למשפט בינ”ל. [”החלטות בית דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט- תוך שמירת הוראותיו של סעיף 59”]. המקורות הנורמטיביים זה האמנות, נמצא אותם בקבצי אמנות או במאמרים ופסקי דין בהם נקרא עליהם, לא מקורות נורמטיביים בפני עצמם.

סעיף 59 לחוקת בית הדין הבין לאומי 1945 קובע שאין תקדים מחייב במשפט הבין לאומי. כשבית דין נותן פסק דין זה מחייב רק את הצדדים-המדינות שעומדות בפניו.

בעניין הרשימה שמונה סעיף 38 לחוקת בית הדין הבין לאומי 1945 הרשימה המוסמכת בכל ההקשרים. הרשימה מוסמכת אך כבר לא מלאה כי מסתכלים כיום על **עוד שתי מקורות**:

- הצהרות חד צדדיות של מדינות- שמדינות מתחייבות זה מחייב אותם. (הצהרות וולונטריות).
- החלטות ארגונים בין לאומיים: תלוי בארגון, תלוי בהחלטה.

הסעיף הוא אמנה, לכאורה נשאלת השאלה מי קיבל על עצמו את הסעיף והתשובה זה כל המדינות שחברות באו”ם או קיבלו עליהן את האמנה. כל מדינות העולם הצטרפו לחוקה וזה מחייב את כולם ומעבר לכך זה משפט מנהגי.

המקור הראשון- אמנות:

הגדרת אמנה: סעיף 2 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות 1969, ס 12(א)- ”אמנה משמעותה הסכם בין לאומי שנכרת בכתב בין מדינות והכפוף למשפט הבין לאומי .. ויהיה כינויו המיוחד אשר יהיה”.

הרבה מדינות חברות לאמנה הזו, ישראל לא חברה באמנה זו כי יש שני סעיפים בעייתיים מבחינתנו אך האמנה רלוונטית גם למדינות שלא הצטרפו אליה כי משקפת משפט מנהגי.

סיווג אמנות:

- הבחנה ראשונה- **אמנה דו צדדית לאמנה רב צדדית**(=אוסף של המון אמנות דו צדדיות)- בין שתי מדינות.
- הבחנה שנייה- **אמנה יוצרת/קונסטיטוטיבית** שיוצרת משפט חדש לבין **אמנה הצהרתית/דקלרטיבית** שמכריזה על משפט מנהגי קיים (קודיפיקציה)- מעגנת בכתובים משפט קיים.

שיעור 2:

כריתת אמנות: איך נכנסים ויוצאים מאמנה?

ס' 11 לאמנת וינה: " מדינה יכולה לבטא את הסכמתה להתחייב באמנה ע"י חתימה, ע"י חילופי מסמכים המהווים אמנה, אשרור, קבלה אישור או הצטרפות או בכל אמצעי אחר שהוסכם עליו.

נקודת המוצא היא שלמדינות יש כוח להחליט כיצד מתקשרים באמנות. אך, יש ברירת מחדל, אם לא נאמר אחרת אמנה נעשית **בשני שלבים** של חתימה ואשרור.

ההליך המקובל הוא: **בשלב הראשון- חתימה**- הנציג הרשות המבצעת (כאשר מדובר בענייני חוץ הנציג של הרשות המבצעת הינו שר החוץ). **בשלב השני- אשרור**- החלטה של גורם מטעם המדינה לשכלל את ההסכמה. אין התחייבות מלאה באמנה עד שיש אשרור.

מדוע צריך שני שלבים? ישנן מספר סיבות: **א) הזדמנות להתאמות נדרשות במשפט הפנימי**- כאשר מתחייבים באמנה זה משפיע על המשפט הפנימי שלנו, למחויבות באמנה יש השלכות פנים מדינתיות ולכן חייבים לתת למדינה זמן להתארגן בין הרגע שאומרת שרוצה להתחייב לבין הרגע שמחויבת ובזמן זה לעיתים יש צורך לשנות את המשפט הפנימי (לדוגמא המדינה נותנת לארגון פטור ממיסים, צריך להופיע באמנה וצריך לשם כך לעשות שינוי בהליך הפנימי). אם כך טעם זה אומר שצריך התחייבות ראשונית כלפי חוץ, התאמה של המשפט הפנימי ושכלול ההתחייבות.

ב) הבטחת בסיס פוליטי רחב- כאשר שר מתחייב בשם המדינה ישנו מנגנון של קביעת המשפט שחל עלינו שהוא שקיימת רשות מחוקקת שקובעת את המשפט שלנו, נוצר מצב ששר מתחייב באמנת חוץ (פועל בשם הממשלה) ונהיה מחויבים בנורמות חדשות. הבסיס הפוליטי שעומד מאחורי המחויבות מאד צר, אם מעבירים את המחויבות בתהליך פוליטי בתוך המדינה הבסיס נהיה יותר רחב. כאשר הגורם שנותן את האשרור במדינה זה הפרלמנט זה הגיוני. אם כך עפ"י טעם זה צריך לא רק את האדם שחותם ידנית אלא את הבסיס הרחב. את האשרור צריכה לעשות הכנסת.

בפועל האשרור בישראל (וגם החתימה) נעשה ע"י הממשלה. הדבר בעייתי מאחר וברגע שהמדינה מתחייבת בהסכם הכנסת **צריכה לשנות את החקיקה** וליצור הסדרים שיאפשרו למ"י לעמוד בהתחייבות שלה. הממשלה יצרה את הצורך לשנות את המשפט הישראלי ולכן זה לא רק כלפי חוץ. בנוסף, כבר משנות ה-50 ישנה פסיקה של ביהמ"ש שחוזרת ונשנית ואין מחלוקת עליה שאת המשפט הישראלי ככל שנתן **צריך לפרש בהתאם למחויבויות הבינלאומיות** ולכן במקום שביהמ"ש מתלבט צריך לבחור בפרשנות שמתיישבת עם הפרשנויות הבינלאומיות של המדינה.

התוצאה שהתחייבויות באמנות נעשות ע"י המשפט אבל יש להן השפעה על המשפט הבינלאומי. ישנם פסקי דין שבהם הזכירו אמנות בינלאומיות, מסתמכים על האמנות לצורך פרשנות וחקיקה. בישראל **אין מנגנון שמבטיח שיעבור דרך המחוקק**, יוצר בעיה של הפרדת רשויות ויוצר בעיה של הבסיס הפוליטי של ההסכם.

החלטת ממשלה לדוגמא- אשרור הסכם בדבר שירות האיתור הבינלאומי. נושא ההחלטה לאשרר את ההסכם.

דברי חקיקה ספציפית למשל:

- **חוק סדרי השלטון והמשפט** (ביטול החלת המשפט השיפוט והמנהל)- בגולן חל המשפט הישראלי כי הועבר חוק רמת הגולן 1981 הקובע שברמת הגולן יחול המשפט השיפוט והמנהל הישראלי. כאשר הם חלים זה בעצם החלת הריבונות והמשפט הישראלי על אותו מקום.
- בשנות ה-90 כאשר היה מו"מ עם הסורים שלא להחזיר את רמת הגולן, עבר חוק זה בכנסת הקובע שהממשלה לא תאשר הסכם שהמשפט השיפוט והמנהל של מדינת ישראל לא יחולו על שטח הטעון אשרור ולא תחתום על הסכם שלא טעון אשרור, אלא לאחר

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

שההסכם אושר בידי הכנת ובמשאל עם. כל ויתור על שטח של מ"י מחייב אישור של הכנסת ומשאל עם.

- **חוק יסוד ירושלים בירת ישראל** - סעיף 6 קובע שלא תועבר לגורם זר מדיני או שלטוני או לגורם זר כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה עפ"י דין למדינת ישראל. סעיף 7 אומר לא ניתן לשנות את החוק אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי כנסת. הסעיף נועד לוודא שלפלשתינים לא תהיה שום שמכות שקשורת לירושלים. מתקשר לענייני אמנות שאם ישראל תחתום על הסכם עם הפלשתינים לא יהיה ניתן להעביר שום סמכות וכדי להתגבר על סעיף 6 צריך להתגבר על סעיף 7 שאומר הסכמת רוב הכנסת.

בנושאים אלו הכנסת דאגה לכך שלממשלה אסור יהיה להתקשר בהתקשרות בין לאומית בלי לעבור קודם אישור של הכנסת.

לסיכום- האשרור- ברגע שמדינה מאשררת היא מחויבת משפטית במישור הבין לאומי.

החתימה:

כיוון שהגורם המאשרר הוא בד"כ גם החותם אז זה לא שהמשלה חותמת ואח"כ מישהו לא מוכן לאשרר. אך יתכן מצב שהמדינה חותמת ואח"כ לא תרצה לאשרר אותה. מדוע?

- חתימה זה **הצהרת כוונות**, אם זה משהו שרוצים לשנות נשנה את החקיקה. יש **אמנה** שעניינה צמצום חוסר אזרחות ומדינת ישראל לא אשררה אותה. התוצאה שאנחנו בעד הרעיון ועושים את רוב מה שכתוב באמנה אך לא עד הסוף. מדינה יכולה גם שלא להצטרך לאמנה. **אמנה** נוספת שמ"י חתמה עליה זו אמנה שמקימת את הבית הדין הפלילי קבוע, למדינה הייתה בעיה עם סעיף שנוסח באופן שהופך את המעורבות במפעל ההתנחלויות במישרין או בעקיפין לפשע מלחמה. מ"י לא הייתה מוכנה להצטרך לאמנה שמקנה סמכות שיפוט על אזרחים ישראלים בגין העברת אוכלוסיה אזרחית לשטח ישראלי כבוש. מ"י חתמה על האמנה כי אנחנו בעניין של העמדה לדין של פושעים אך לא הייתה מוכנה להצטרך לאמנה שמקנה סמכות שיפוט למפעל התנחלויות כפשע מלחמה.

מה קורה כאשר מדינה חותמת על אמנה אך לא מאשררת אותה? ס' 18 לאמנת וינה קובע שמדינה מחויבת להימנע ממעשים המנוגדים ליעדיה ולמטרתה של אמנה כאשר.. היא חתמה על האמנה.. ועד שהבהירה את כוונתה שלא להיחפץ לצד לאמנה. **לא מחויבים לאמנה אם לא אשרנו ורק חתמנו אבל לא יכולים לחתור תחת האמנה.** יכולים למשוך את החתימה חזרה, לבטל אותה- כך עשתה מדינת ישראל עם ארה"ב בעבר בעניין אמנת וינה, חתמנו כי החתימה אפשרה לישראל להצטרך לפורום שרצינו ואז ביטלנו אותה.

הסתייגות מאמנה: מצב שבו מדינה אינה מקבלת עליה מקצת ההתחייבויות הקבועות באמנה: ביטול חד צדדי של הוראות מסוימות. מדינה יכולה לקחת על עצמה התחייבות באמנה אך באופן מסוים.

ס' 19 לאמנת וינה אומרת שמדינה רשאית בעת שהיא חותמת על האמנה או מאשררת אותה לנסח הסתייגות.

דוגמא להסתייגות:

- **אמנת ICCPR ס' 23 (ד)** - קובע שמדינות שהן צד באמנה ינקטו את הצעדים המתאימים כדי להבטיח שוויון בזכויותיהם ואחריותם של בני הזוג לעניין נישואין, במשך הנישואים ופירוקם. האמנה קובעת איך להסדיר שוויון בזכויות בנישואים אך בישראל אין שוויון ומ"י ידעה שזה לא עניין של תיקון החוק. רצינו לאשר את האמנה ולכן הסתייגנו לסעיף 23, אמרנו שאנחנו צד לאמנה אך פוטרים את עצמינו ממחויבות.

הסתייגות ישראל - ענייני מעמד אישי כפופים בישראל לדון הדתי של הצדדים הנוגעים לדבר. במידה וחוק כזה אינו עולה בקנה אחד עם התחייבותיה לפי האמנה, ישראל שומרת לעצמה את הזכות להחיל את החוק.

תוצאות הסתייגות מאמנה:

אם יש אמנה זו צדדית וישראל מסתייגת - ברגע שאחד הצדדים מסתייג באמנה זו צדדית למעשה לא נשארת אמנה. **הסתייגות רלוונטית רק באמנות רב צדדיות**. כאשר מדינות מסתייגות מהוראה ההסתייגות עובדת באופן הדדי, אנחנו פטורים כלפי מדינות אחרות והן פטורות כלפינו.

הדדיות בתחולה, לדוגמא קטאר והשק דיפלומטי. האמנה אומרת שהמדינה שמעבירה את השק דיפלומטי והמדינה שמקבלת את השק לא יבדקו את השק שמגיע אליה. לקטאר מדינה במפרץ יש הסתייגות מאמנה שאומרת ששומרת לעצמה כן לבדוק את השק כאשר יש חשד לפשע. ולכן כל המדינות שקטאר שולחת אליהם שק דיפלומטי יכולות גם לבדוק. אומר שאם מדינה הסתייגה, אם המדינה שהסתייגה שולחת שק דיפלומטי כל מדינה יכולה להפעיל את ההסתייגות של קטאר-יש הדדיות בין התחולה של ההסתייגות. בין קטאר למדינות האחרות יש הסכם שהוא שונה מהמדינות האחרות, למעשה **הסכם חדש בין המסתייגת למדינות אחרות**.

התוצאה-הבעיות: (א) עקרונית- שאין אחידות מלאה בהתחייבויות של כולם. (ב) פרקטית- זיהוי המחויבות.

מה ההצדקה להסתייגות? אם היינו דורשים הסכמה מלאה היו מעט מדינות שהיו מצטרפות לאמנה. כאשר ההסכמה מוגבלת הרבה מדינות מצטרפות.

איך מונעים ריקון האמנה מתוכן? אם מדינה תגיד שהיא צד לאמנה אבל אם יש התנגשות בין האמנה למשפט שלנו אז מדוע הצטרפה המדינה בכלל? לכן יש מגבלות על מה אפשר לעשות בהסתייגות

המגבלות נמצאות **בסעיף 19 לאמנת וינה**: מדינה רשאית, בעת שהיא חותמת על האמנה, מאשררת אותה.. לנסח הסתייגות זולת אם **(אי אפשר להסתייג אם)**:

- (א) ההסתייגות נאסרה באמנה (כמו באמנת רומא שאסרו).
- (ב) האמנה מורה שאין לנסח אלא הסתייגויות מסוימות שאינן כוללות את ההסתייגות הנדונה.
- (ג) במקרים שאינם כלולים בפסקאות (א')+(ב') שאין הסתייגות מתיישבת עם נושא האמנה ומטרתה.

אם גבר אומר שיש הסתייגות לגבי הגירושין ולכן לא נחיל את האמנה אלא עפ"י המשפט, ביהמ"ש יגיד שההסתייגות אין לה תוקף כי היא מנוגדת לאמנה. נגמר בפשרה (בימ"ש לענייני משפחה ברמת גן 2003).

אכיפת סעיף 19:

- **תקיפה ישירה**: גוף מפקד על יישום האמנה. בד"כ יבוא לידי ביטוי בפסיקה של בימ"ש כמו הדוגמא שנתנו עם הגבר שאמרו שלהסתייגות אין תוקף.
- **תקיפה עקיפה**: פסיקה בינ"ל (ביה"ד האירופי, לואיזידו 1966, בימ"ש לענייני משפחה בר"ג).
- **מדינות (ס' 20-21 לאמנת וינה)**.

תוצאות ההסתייגות (ס' 20-21 לאמנת וינה)-

- בין המסתייגות למקבלת: האמנה חלה בהתאם להסתייגות, זכות להדדיות.
- בין המסתייגות למתנגדת: זכות המתנגדת שלא תחול ההוראה שלגביה יש הסתייגות, או שלא תחול האמנה כלל.
- בין מדינות אחרות: אין השפעה להסתייגות.

המקור השני: מנהג:

רעיון המנהג הוא שיש פרקטיקה ובשלב מסוים מצטרפת לכך התחושה שכך צריך לעשות. לאנשים שונים יש תרומה שונה ליצירת המנהג. כמו שביל שאנשים מסוימים עברו בו ואז כל אלו שבאו לאחר מכן גם עברו באותו שביל על הדשא שכולם דרכו עליו.

כאשר יש גם פרקטיקה וגם תחושת מחויבות משפטית = מנהג < נורמה משפטית מחייבת .

(אם אין את שני הקריטריונים מדובר בנוהג).

הקשיים במנהג במקור:

- א. עמימות התוכן (למשל השדה חשוך, היכן בדיוק עובר השביל. הפתרון לקושי זה שלעיתים כתובים אותו בספר.
- ב. קושי בזיהוי מתי נוצר (כמה אנשים צריכים לעבור? פסיעות של מי חשובות יותר).

הפתרון: קודיפיקציה (אמנה דקלרטיבית).

מדינות במשך מאות שנים כורתות הסכמים ע"י חתימה ואשרור אך רק בשנת 69 נכתב כיצד כורתים אמנה. בשנת 68 האופן שבו כרתו אמנות הוא מנהג כי עשו אותו מאות שנים.

יסודות המנהג- המרכיבים:

1. יסוד פיזי- פרקטיקה/התנהגות- "נוהג כללי" (שמתקבל מבחינת דין ומחויבים לו משפטית וחושבים שהוא הדין, היסוד הנפשי).
2. יסוד נפשי- מחויבות משפטית, "מתקבל בבחינת דין".

היסוד הפיזי:

יש למצוא ביסוד הפיזי: (א) עקביות ואחידות. (ב) לאורך זמן. (ג) כלליות.

התנהגות היסוד הפיזי:

(א) עקביות ואחידות:

- מעשה- פעולה פיזית: מעצר ספינה, מתן חסינות.
- דיבור- הכרזה על נכונות לעצור, התחייבות להעניק חסינות, הכרזה על זכויות ניצול משאבים. חשיבות הדיבור- מדינות חלשות שלא בהכרח יכולות לבצע. וזכויות אדם שיש פער בין הרטוריקה לבין הפרקטיקה.

דיבור מול המעשה:

פס"ד אמריקאי משנת 1980- פילארטיגא נגד פנא איראלה - היה בחור ממשפחת פילארטיגא מפרגוואי שנעצר ע"י המשטר בפרגוואי. משפחתו מצאה מקלט בארה"ב ויום

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

אחד הולכים ברחוב ורואים את הקצין שעינה את הבן שלהם (פנא-איראלה) ורוצים להגיש נגדו תביעת פיצויים על הנזק והאבדן שגרם להם. השאלה האם יש באמת הפרה של המשפט הבינלאומי. התובע אומר שהנורמה שהופרה היא האיסור על העינויים. נשאלת השאלה האם העינויים אסורים ע"פ המשפט המנהגי. הנתבע אומר שכיצד ניתן להגיד שיש איסור מנהגי על עינויים וביהמ"ש קיבל חו"ד של שר החוץ האמריקאי ושם נאמר שאכן יש מנהג כי כל המדינות אומרות שאסור לענות ואף מדינה לא אומרת מותר או מודה שמענה כי מכירות שיש איסור. מסתכלים על מה מדינות אומרות- על הרטוריקה יותר מהפרקטיקה. (הנתבע אומר שיש פרקטיקה של עינויים ולכן אין איסור מנהגי. ביהמ"ש אומר שמדינות לא חולקות על האיסור. מרכיב בפרקטיקה צריך להיות עקבית ואחידה.

ב) לאורך זמן

- אין תקופת מינימום להיווצרות מנהג (פרשת המדף היבשתי, גרמניה נ' הולנד ודנמרק)
- טיב הנושא- חלל לעומת דיני איכות הסביבה.

ג) כלליות:

כל המדינות צריכות לפעול בעקביות ואחידות לאורך זמן. מדינות משמעותיות מבחינת הנושא: * תדירות הפעילות, * מעמד בין לאומי. שתיקה של מדינות אחרות- מאסה קריטית של מדינות משמעותיות והיעדרו של משקל נגד.

היסוד הנפשי:

המחויבות המשפטית (המצב המשפטי שצריך לנהוג על פיו)

פס"ד לוטוס - תאונת אונייה, ניתן ב 1927 בביה"ד שהיה קיים אז. הייתה תאונה בלב ים כאשר אונייה צרפתית ששמה לוטוס פגעה באונייה תוכית. שתי האוניות נגררו לחוף בתורכיה. התורכים רצו להעמיד לדין את הקצין הצרפתי על גרימת מוות. צרפת הגישה תביעה בבית הדין הלאומי ואמרה שלתורכים אסור לעשות זאת. כאשר אונייה פוגעת באחרת המדינה שיש לה שיפוט זאת מדינת האזרחות של מי שפגע. מי שפגע פה זה הקצין הצרפתי ולכן למדינה שיש סמכות שיפוט היא צרפת ולא תורכיה.

במאמר מוסגר- פס"ד זה חשוב כי קובע **עיקרון בסיס במשפט הבינלאומי- עיקרון החוקיות של המשפט הבינלאומי- עיקרון שאומר שלמדינה מותר לעשות כל מה שלא נאסר עליה.** (במשפט ציבורי למדינה מותר לעשות רק מה שהיא מוסמכת, במשפט בינלאומי למדינות מותר לעשות כל מה שרוצות אלא אם יש הגבלה וזאת לומדים מפס"ד לוטוס).

שבדקים מנהג צריך לבדוק מה מדינות עושות ומה מדינות חושבות שהן צריכות לעשות

התורכים יטענו שזכותה של תורכיה להפעיל סמכות שיפוט כל עוד לא הוכח איסור. **הצרפתים**: יגידו שתורכיה צריכה להוכיח סמכות שיפוט. **בית הדין** אמר שברירת המחדל היא שלמדינה סמכות שיפוט בלתי מוגבלת בנוגע לשטחה. הנטל על צרפת להוכיח שאין סמכות על אזרחים זרים.

העובדות: מדינות הדגל הן שעמידות לדין על עבירות שבוצעו על סיפון אוניותיהן. **צרפת** אומרת שמדינות אחרות נמנעות מלהעמיד לדין **מתוך הכרה באיסור משפטי** לעשות זאת. יש **מנהג** בין לאומי לפיו רק מדינת הדגל רשאית להעמיד לדין על מעשיהם באוניה. בית הדין- בדיקה היסטורית מגלה שהימנעות של מדינות שאינן מדינות הדגל מלהעמיד לדין נובעת **מנוחות פוליטית**. אין מחויבות משפטית- אין מנהג. הקצין הועמד לדין בתורכיה, היה בכלא 20 ימים.

שיעור 3:

הוכחת מחויבות משפטית:

האם בכלל אפשרי? מדובר בנאומים, הצטרפות לאמנות, פסיקה מדינתית. המחויבות הינה מתוך הפרקטיקה. ב 29 נובמבר 2014 הכירו בפלשתין כמדינה, האם אכן יש מדינה? נוהרים בהגדרה.

ביסוד העובדתי-מקבלים את הצהרת המדינה כתיאור של המדינות שלה.

המשפט הוא כלי למימוש יעדים פוליטיים וכשאין רצון פוליטי המשפט לא יכול לעשות זאת. במשפט בינלאומי היכולת לחנך דרך המשפט קטנה.

אם רוצים לבדוק מנהג במדינה מסוימת? מה מדינות עושות? מה מדינות חושבות שאסור לעשות?

- חוקים- חוקים משקפים עמדה משפטית.
- לבדוק מה המדינות מתחייבות (בפרקטיקה אין הרבה מצבים כאלה)
- דיונים באו"מ- נשמע מה מותר ומה אסור – לא לגבי עצמן אך יום אחד זה יוכל לחייב אותן.
- מדינות נמנעות מהצהרות – היות וזה יכול להכניס אותן למחויבות משפטית שלא התכוונו להכיר בה.
- הצטרפות לאמנות- מראה על התחייבות משפטית כלשהי.

לגבי גירוש פליטים:

- "אין כוונה לגרש"- הצהרה התנהגותית (היסוד הפיזי).
- "אין מניעה חוקית לחזרה מרצון של אדם הרוצה לשוב"- הצהרת עמדה משפטית(היסוד הנפשי).

מה קורה כאשר יש מדינה שמתנגדת (ולא שותקת)- זהו החריג: המתנהגת העקבית

יכול להיות מצב שמדינה לא תהיה מחויבת במנהג אם התנגדה באופן עקבי.

התנאים להתנגדות עקבית- נדרש שההתנגדות לכלל החדש תתחיל החל מהשלב שבו הוא נוצר תוך כדי שהוא מתפתח וההתנהגות צריכה להיות פומבית ועקבית. כלומר מדינה צריכה להכריז על ההתנגדות שלה החל מהרגע הראשון שרואים שעומד על הפרק מנהג וצריכה לעשות זאת באופן פומבי ועקבי.

יש לעמוד בתנאים אלו כי כל שאר המדינות מתנהגות בצורה מסוימת ובהדרגה הופכות למחויבות אלו כלפי אלו ואם יש מדינה שלא במשחק צריך לדעת כדי לאפשר להם לפעול בהתאם ולהסתמך או לא ולכן זה חייב להיות פומבי ועקבי שידעו שעמדה של מדינה לא השתנתה.

צריך שיהיה מההתחלה שמתנגדים. ולא שבדיעבד יגידו שמתנגדים. כל עוד מדינה לא התנגדה ושתקה- זה הסכמה.

כאשר קמה מדינה חדשה וכבר יש מנהגים קיימים היא לא יכולה להתנגד- מדינה חדשה מחויבת במנהגים קיימים.

פרשת הדייג, בריטניה נ' נורווגיה (1950)- אסור לעבור למים של נורווגיה. איך מחשבים איזה מים של מי? אמרו שהשיטה לחישוב זה לקחת את קו הגבול, ליישר אותו וממנו נחשב מיקום של 3

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

מייל וזה אומר שכל המפרצים של המדינה. מנהג זה התפתח וככה מחשבים כיום מים טריטוריאליים. היו דייגים בריטים שדגו בשטח שנורווגיה אמרה ששלהם לפי השטח החדש. בריטניה אמרה שאם בכלל יש כלל חדש שמישרים את הפינות הם התנגדו לו מההתחלה ולא קיבלו אותו. בדקו וראו שבכל הדיונים והמו"מ בריטניה תמיד התנגדה לכלל.

בשנות ה-70 היה מו"מ על אמנות שעניינן הגנה על אזרחים בזמן המדינה. פרוטוקלים שנספחים לאמנות גינבה. בשנת 77 אומצו 2 אמנות: פרוטוקול אחד ושני. אחת השאלות שעסקו זה מי זכאי למעמד של שבוי מלחמה. עד אז הזכות למעמד כזה הייתה לחיילים של צבא. בשנות ה-70 שהייתה פעילות רבה של ארגוני שחרור לאומי – שהתקוממו נגד ממשלה במדינה שלהם או כנגד מדינה זרה ששלטה בהם ולא היו שייכים למדינה, הרחיבו את ההגדרה של שבוי מלחמה גם לחברים/לוחמים בארגוני שחרור לאומי. ס' 43-44 לפרוטוקול קובעים את המעמד של אנשים כאלה. אשאף הוכר כארגון שחרור לאומי אבל לישראל לא הייתה כוונה לתת להם מעמד של שבוי מלחמה. זאת אחת הסיבות שישראל לא הצטרפה לפרוטוקול. הטריד את ישראל אם מה שמתחיל כאמנה ימשיך במהלך השנים כמנהג ולכן מהרגע הראשון שעלה הנושא ישראל הביעה את התנגדותה וכך תמיד. עד היום קשה לומר שנוצר מנהג בעניין.

מנהג אזורי:

כאשר מדברים ל מנהג הוא לא חייב להיות כלל עולמי. יכול להיות מנהג שמוגבל לאזור גיאוגרפי מסוים. רעיון במנהג להתפתח העולם היה קטן והכללים היו בסיסיים ומצומצמים.

בבסיס אזורי יתכן ויהיה יותר קל למנהג להתפתח כי יש תרבות משותפת. לכן יש להסתכל לא רק מה מחייב מדינה מסיימת אלא מה מחייב מדינות נוספות.

פס"ד שדובר שיכול להיות מנהג באזור מסוים - פרשת המקלט המדיני - פרו הגישה תביעה נגד קולומביה. הסיפור הוא שאדם שהוא ניהל מהפכה בפירו ולא הצליח אז ברח לשגרירות קולומביה בלימה ואמר שיצילו אותו כי השלטון רודף אחריו. הקולומביאנים נתנו לו להיכנס. שגרירות היא שטח מהמדינה בה היא נמצאת - מה שכן אי אפשר להיכנס אליה סתם ככה - חלק מהחסינות הדיפלומטית. הייתה מחלוקת מי המדינה שתחליט מה הסטאטוס של האדם - האם מגיע לו מקלט מדיני - הטענה הייתה שבמצבים כאלה המדינה שתחליט. הקולומביאנים אומרים שמדינת השגרירות תחליט. פרו - אומרים שהמדינה שהשגרירות בשטחה תחליט. הטענה של הקולומביאנים בבית הדין הוא שיש מנהג אזורי של דרום אמריקה והמנהג הוא שבדרום אמריקה מקובל שמדינת השגרירות מחליטה. בית הדין אמר שיכול להיות מנהג אזורי ובדק מה הפרקטיקה של דרום אמריקה. בודק האם יש בעניין זה מנהג אזורי - מגיע למסקנה שאין מנהג בכך וקבע שלגופו של עניין לא התפתח עניין אך פס"ד חשוב כי המסקנה ממנו הוא שיתכן מנהג אזורי (הקונספט של מנהג אזורי קיים).

איך יתכן מנהג אזורי בין פורטוגל והודו?

מנהג מיוחד - נורמות קוגנטיות:

ס' 53 לאמנת וינה: "כלל בל יעבור של המשפט הבין לאומי הכללי הוא כלל.. שאין להתיר כל גריעה ממנו". מדובר בנורמות שהן מנהגיות ושהמדינות מייחסות להן חשיבות עליונה ונותנות להן מעמד היררכי גבוה במיוחד.

המשפט הבינלאומי מתפתח או באמצעות אמנות וניתן לראות מי חתם ומי לא או באמצעות מנהג.

דוגמאות לנורמות שמקובל שהן קוגנטיות (אין מקום שאומר את הרשימה): איסור השימוש בכוח. איסור קצח עם. איסור על אפליה גזעית, איסור על עינויים, הגדרה עצמית..

מה זה אומר שנורמה היא קוגנטית חוץ משאי אפשר להתנות עליה?

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

אמנת וינה אומרת שאמנה תהיה בטלה מעיקרה אם בשעת כריתתה היא בסתירה לכלל כלל יעבור של המשפט הבינלאומי- **אין נורמות שמתיימרות להתנות על נורמה קוגנטית.**

באיסור על שימוש בכוח יש פסיקה של בית הדין הלאומי שזאת נורמה קוגנטית.

אמנה שמתיימרת להתנות על נורמה קוגנטית אין לה תוקף.

כאשר מתנגבת נורמה קוגנטית אמנה שעומדת בסתירה לא תהיה בטלה (גם אם האמנה הייתה קודם). אין הרבה דוגמאות לאמנות שעודות בניגוד לנורמות קוגנטיות

הסכם ריבנטרופ-מולוטוב - היו שרי החוץ של שני מקומות שונות ועשו הסכם איך יחלקו את אירופה. זאת אמנה שמתנה על איסור השימוש בכוח.

לקוגנטיות יש השלכות מעבר לאמנה-

- אם נורמה היא קוגנטית לא ניתן להסתייג ממנה כי לא ניתן להתנות על נורמה קוגנטית.
- במקום שיש סתירה בין נורמה קוגנטית לנורמה אחרת נורמה קוגנטית גוברת.
- אין התנגדות עקבית לנורמה קוגנטית.

דוגמא לסתירה בין נורמה קוגנטית לנורמה אחרת- יש כלל חסינות מדינה שאומר שלא ניתן להגיש תביעה נגד מדינה בבית משפט של מדינה אחרת. הרעיון מאחורי הכלל הוא שכל המדינות שוות ולכן לא ניתן שמדינה אחת תשפוט מדינה אחרת ויש חסינות מדינה. כלל נוסף הוא שאסור לבצע פשעים בינלאומיים (כמו פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות)- איסור זה הוא איסור קוגנטי.

נשאלת השאלה, האם ניתן להגיש תביעה נגד מדינה שהתביעה היא בגין ביצוע פשע בינלאומי? השאלה מה הנורמה הקוגנטית- האיסור הפלילי או הזכות לסעד? הטענה שהאיסור הפלילי הוא קוגנטי. (לא יכולות להגיד שביחסים שלהם ניתן להגיש סעד מלחמה).

אם הדילמה הייתה איסור קוגנטי מול נורמה רגילה הקוגנטי גובר וניתן להגיש תביעה אך מה זה בדיוק איסור קוגנטי- אסור לבצע אותם, אסור להסכים לביצועם, האם אומר שבכל מקרה שיש טענה שבוצעה פשע לאומי בהכרח חובה לתת סעד משפטי בבית משפט? לא ניתן.

כשיש שתי נורמות קוגנטיות סותרות-משתנה, תלוי אם אתה הצד שתוקף או הנתקף. אין תשובה מוחלטת.

סיכום המנהג:

חסרונות-יש קושי במנהג- **קשה ליצור אותו**, צריך שיזהו אותו, יש **עמימות** לגביו- לא ברור מה כי תמיד יש היבטים שונים למה מדינה עושה וקשה להחליט מה המרכיבים הרלוונטים. יש קושי **בפיקטיביות** של ההסכמה: או שמדינות שותקות, או שהן חדשות ואז הן חייבות בנורמות קיימות או שהנורמות קוגנטיות ואז מדינות שרוצות לא יכולות להתנגד ולא חשובה הסכמתם. לכן ניתן לומר שהמשפט הבינלאומי לא מבוסס רק על הסכמה והוא מתפתח.

יתרונות- כאשר כבר יש מנהג הוא מהווה מקור משפטי **יציב** כי משקף ציפיות ולא משתנה בקלות, הוא **אוניברסאלי** כי מחייב את כל המדינות. התכנים של מנהג הם בד"כ יעילים: מגיב לבעיה, לא לפוליטיקאים.

היחס בין משפט מנהגי למשפט הסכמי: (בין מנהג לאמנה)- מנהגי

נדבר על מצבים של חפיפה ומצבים של סתירה. יש לשים לב על סוגי האמנות: דקלרטיבית, קונסטטוטטיבית, מעורבת.

זה יהיה אותו הכלל, בכמה מקרים:

מנהג שהופך להיות כתוב:

אמנות קודיפיקציה (דקלרטיבית) יתכן שיגידו שמתעסקים בנושא הרבה אז נכתוב שיהיה יותר קל. הופך את המנהג ליותר ברור. לא משנה אותו אלא מאפשר בקלות לאתר אותו. המשמעות היא העלאת המנהג עלי ספר. המעלות הן וודאות סביב מעמד ותוכן הכללים. (כמו אמנת וינה).

משפט הסכמי שיהפוך למנהג:

חפיפה נורמטיבית- לדוגמא אמנת ג'נבה שאומצה ב49, כוללת דיני כיבוש. למה חשוב אם משהו הוא בסכמי או מנהגי?

- במשפט מנהגי מחויב צד ג', אפילו שלא חתם. בהסכמי מחייב רק את מי שהסכים.
- המעמד במשפט הפנימי – במשפט מנהגי אוטומטית חלק מההסכם שלנו, במשפט הסכמי לא אוטומטית חלק ממשפט ארץ.

כאשר יש סתירה נורמטיבית- שאלת היררכיה

כאשר יש נורמות סתורות מה גובר?

אין היררכיה פורמאלית, לא תמיד שאמנות גוברות על מנהגים ולהפך. נשתמש על כללי פרשנות רגילים- שדין מאוחר גובר או דין ספציפי גובר.

בד"כ אמנה תהיה ספציפית יותר ומאוחרת יותר ולכן תגבור על המנהג.

למשל דוגמא של חסינות דיפלומטית- אי אפשר להעמיד לדין או להגיש תביעה נגד דיפלומטיים. אם שתי מדינות כורתות ביניהם שביחסים שלהם מותר? יש נורמות סותרות- נורמה מנהגית שאומרת שיש חסינות ויש אמנה שאומרת שאין חסינות. האמנה תגבור- היא מאוחרת וספציפית בין שתי מדינות.

המקור השלישי: עקרונות כלליים

עקרונות משותפים לכל שיטות המשפט המדינתיות.

השיטה המקובלת זה לראות מה יש בהרבה שיטות משפט. משהו שכל מדינות המשפט מאמצות במשפט הפנימי נראה בו עקרון כללי.

פס"ד אנדמוביץ - אדם מועמד לדין על פשעי מלחמה, שהרג אזרחים בכוונה. טענתו הייתה שעשה זאת מתוך כורח- אדם החזיק לו אקדס לראש ואמר שאו שירה או שירו לו- טען להגנה במשפט הפלילי. בחוקה של ביתה דין לא נאמר דבר על כורח. נשאלה שאלה האם יש עיקרון כללי שמכיר בכורח כהגנה? בית הדין בדק במשפט הפלילי של הרבה מדינות האם מכירים בכורח כהגנה במשפט הפלילי, מצא שיש מדינות שזו הגנה ויש מדינות שזו רק הקלה לעונש. מסקנתו הייתה אם כן יש עיקרון של כורח לפחות כנסיבה מקלה. אכן אותו איש הורשע ברצח אך קיבל עונש יחסית קל.

התמעטות השימוש בעקרונות כללים:

- א. לא משתמשים בה כיום כי יש הרבה מנהגים ואמנות ופחות צריך לעשות את ההשלמות הללו.
- ב. יש כלל שאומר שכאשר מדובר במדינות מותר לעשות כל מה שאין עליו איסור- יש כלל ואין לקונות (ועקרונות כללים נועדו למנוע לקונות אך כיום אין הרבה כי יש הרבה משפט). ככל שמדובר במדינות יש תשובה ומותר לעשות אם לא יוכיחו אחרת- אין לקונות.
- ג. יש פחות עקרונות כללים כי ככל שהקהילה גדולה יותר קשה יותר למצוא מכנה משותף.

ד. בית הידן של יוגוסלביה שהסתכל על בתי הדין של מדינות אחרות הוא חריג כי בתי דין בין לאומיים לא אוהבים להזדקק למשפט משווה.

המקור הרביעי: מקורות משניים (מקורות עזר):

פסיקה בינ"ל

פסיקה היא משהו שמתחזק בקור מקור עזר. יש לקחת בחשבון שאם ביהמ"ש אומר שיש משהו ולכן אומרים שיש אז לא ניתן להתעלם מתפקידו של ביהמ"ש כמתווך. יש **ריבוי בתי דין** ולכן יש יותר פסיקה. הפסיקה היא יכולה להיות אינדיקציה למה שבאמת קיים. **אין דוקטרינה של תקדים מחייב אבל בפועל יש אחידות רבה.**

גם בתי משפט מדינתיים יכולים לתרום לנו למשפט הבינלאומי- נקודת המוצא היא שלא מייחסים הרבה חשיבות לבתי משפט מדינתיים. **הפסיקה המדינתית:**

- **לכאורה משקל פחות משל בתי דין בינלאומיים כי:**
- **גם בזירה הבינלאומית יש אינטרסים.** גם כשבית דין בינלאומי נותן פסק דין זה לא אובייקטיבי לגמרי הוא משרת אינטרסים (לעיתים יהיה קשה לזהות מה הם). מדינה חשודה כאינטרסנטית אבל יש אינטרסים בין לאומיים, לא תמיד יש אינטרס מדינתי. ביוגוסלביה בית הדין שהעמיד לדין פושעי מלחמה והנאשם הראשון אמר שאין להם סמכות לדון כי לא מדובר בפשעים בינלאומיים- בית הדין נתן פרשנות מוזרה לאמנות מסוימות כדי שלא ייוצר מצב שאין לו סמכות. הצד השני הוא שלא בכל פסק דין יש אינטרס אלא ניתן בכדי לעשות צדק.
- **אין מומחיות, אבל זו שאלה של ניסיון.** בתי משפט מדינתיים הם לא מומחים למשפט בינלאומי. גם פסיקה מדינתית יכולה להיות משמעותית.
- **פסיקה מדינתית היא חלק מהפרקטיקה המדינתית לצורך מנהג.**

הכרזה חד צדדית:

התחייבות פומבית שמדינה נטלה על עצמה מתוך **כוונה לחייב** עצמה משפטית.

לדוגמה ב 1974 הכרזת צרפת שלא תבצע ניסויים גרעיניים באטמוספירה.

בשנת 1971 אמנת גינבה לא חלה דה יורה ביו"ש ובעזה אבל ישראל תקיים את ההוראות ההומניטאריות שבאמנה.

החלטות של ארגונים בינלאומיים (ארב"ל):

לא שככלל הן מחייבות מדינות אלא צריך לבדוק בכל ארגון על כל החלטה. ניתן לומר שהחלטות של מועצת הביטחון מתקבלות עפ"י פרק 7 למגילת האו"מ הן החלטות שמחייבות את כל המדינות וגוברות על כל אמנה.

אם החלטה מכוח ישראל סברה שצריך להפעיל כוח צבאי כנגד מאלי מותר להפעיל כוח צבאי נגד מאלי, כל מדינה רשאית (לא חייבת).

גם החלטה שהיא לא מחייבת כשלעצמה יכולה להיות חשובה. למשל אם החלטה שמפרשת משהו. ההחלטה לא מחייבת אף מדינה אבל אם רוצים לברר רואים בהלטה כיצד מדינות מבינות את המונח- זהו אמצעי לפרשנות.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

החלטות יכולות אמצעי לפרשנות ויכולות להיות ביטוי לעמדה המשפטית של המדינות (ביסוד הנפשי והפיזי של המחויבות).

ההחלטות לא מחייבות כשלעצמן אך כאשר מדינה למשל מבציעה 40 שנה על משהו משפטי מסוים זה מעיד על עמדתה המשפטית. גם דברים שלא מחייבים בכל זאת מדינות נוהגות על פיהם.

לסיום-התיאוריה הוולונטריסטית:

האם המשפט הבינלאומי מבוסס על הסכמה? בד"כ כן אך לא תמיד. לעיתים עושים פיקציה שאומרים שכן ואחת מהם זה שהמנהגים היו קיימים לפני שמדינות קמו.

בד"כ התשובה היא כן אבל:

- קושי לחזור מהסכמה.
- עקרונית על, דין קוגנטי, מגבילים יכולת להסכים.
- פיקציה בזיהוי התהוות מנהג.
- מחויבות מדינות חדשות במנהג.

שיעור 4:

היחס בין המשפט הבין לאומי והמשפט הפנימי:

השאלות לדיון:

1. הקשר בין משפט בין לאומי לבין משפט מדינתי.
2. מה קורה כאשר המשפט הבין לאומי והמשפט הפנימי אינם מתיישבים זה עם זה?
3. מהו מעמד המשפט הבין לאומי במשפט הישראלי.

שמואל שייין-ביין : אדם שרצח וביתר את הגופה של חברו. בין ישראל לארה"ב יש אמנת הסגרה- כאשר אדם מבצע עבירה ובורח למדינה אחרת המדינה שאליה ברח רוצה להעמיד אותו למשפט והמדינה שבה הוא נמצא תמסור אותו למדינה שממנה ברח. יש בחוק הישראלי הוראה שאי אפשר להסגיר אזרחים ישראלים ולכן מ"י לא יכלה להסגיר אותו. במקרה כזה המשפט הפנימי גובר ולכן לא הוסגר ונוצר שינוי בחוק כך שאסור יהיה להסגיר אנשים שהיו אזרחים ישראלים בעת ביצוע העבירה. נועד למנוע מצב שאנשים לא יעשו עבירה ואז יבואו לישראל כדי להתאזרח.

לי זיתוני - הרוצחים ברחו לצרפת. הסיבה שלא מוסגרים היא כי צרפת לא מסגירה את אזרחיה כמו שאנחנו לא היינו מסגירים. השאלה זה האם נעמיד אותם שם לדין.

בועז יונה - מעל וברח לנמיביה. לנמיבים אין עניין לאכוף את דיני ההונאה הישראלים ולא התאמצו לכך ומדינת ישראל לא יכולה לעשות דבר.

שיש פער יכולות להיווצר בעיות ביחסים הבינלאומיים, אם זה עומד בניגוד להתחייבות כלפי מדינות אחרות זה לא מצב רצוי. **המצב הרצוי** הוא שתהיה התאמה-הרמוניה בין המשפט הבינלאומי הפנימי על מנת למנוע פגיעה ביחסים הבין לאומיים. כמו הדוגמא שנתנו על שייין-ביין.

המצב המצוי - אתגרים בהשגת הרמוניה -

- **אמנה - מידת הרמוניה תלויה במנגנון החוקתי :**
 - התחייבות במשפט הבין לאומי על ידי הפרלמנט , תיתכן הרמוניה. אם ההתחייבות נעשית ע"י הפרלמנט זה מביא שתהיה הרמוניה
 - התחייבו במשפט בין לאומי ע"י הממשלה, אין ערובה להרמוניה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. אם זה ע"י הממשלה לא תהיה הרמוניה ואף תהיה פגיעה בהפרדת הרשויות.
- **מנהג- קל להשיג הרמוניה :**
 - כאשר מסתכלים על ההתפתחות במהלך השנים ורואים שמדינות פועלות בצורה אחידה לאורך שנים נוצר כלל. הכנסת ובתי המשפט שלנו למעשה שותפים ליצירת המנהג ואז כשיש מנהג לא במקרה הוא תואם את החקיקה ואת הפסיקה שלנו. הנורמה הבין לאומית תואמת את הנורמה הפנימית.
 - מעורבות של מגוון גורמים שלטוניים ביצירת המנהג.
 - פחות מנהגים.
 - המנהג יעיל.

עמדת המשפט הבין לאומי לגבי הקשר המדינתי :

למשפט המדינתי יש משמעות מוגבלת. יודעים שיש משפט פנימי. המשפט הישראלי לא מחייב אף אחד חוץ מאשר בישראל למשל אך יודעים שהוא שם. כאשר מדינה לא מצייתת למשפט הבינלאומי העובדה שהיא פעלה עפ"י משפטה הפנימי זה לא פטור. **ס' 27 לאמנת וינה** קובע זאת במפורש וגם **ס' 3 לכללי אחריות מדינה**.

- המשפט הפנימי הוא עובדה אך לא מערכת כללים רלוונטית במישור הבין לאומי
- משפט פנימי אינו פוטר מאחריות במקרה של הפרת משפט בין לאומי (אמנת וינה סעיף 27, כללי אחריות מדינה סעיף 3).
- המשפט הבין לאומי אדיש לאופן שבו ניתן לו תוקף במשפט הפנימי.
- המשפט הפנימי רלוונטי ליצירת מנהג

במקרה של **שייך-ביין** למשל, האמריקאים יגידו שלא מעניין אותם המשפט הישראלי. המשפט הבינלאומי אדיש לשאלה כיצד יינתן תוקף במשפט הבינלאומי. המשפט הפנימי של המדינה הא עניין שלה ואף אחד לא יגיד לה איך לעשות אותו ומצד שני גם לא יכולה לחייב אף אחד.

אמנה קונסולרית מחייבת שכאשר יש אזרח זר שנעצר יש לו זכות להיפגש עם קונסול של המדינה שלו במטרה שיעזור לו לקבל עזרת משפטית ושלא יהיה בודד ומנותק. בארה"ב נעצרו אזרחים מקסיקנים והעמידו אותם לדין על רצח. רק בשלב מאוחר מקסיקו אמרה לארה"ב שהפרו את חובתם עפ"י האמנה הקונסולרית לתת סיוע קונסולרית. בינתיים היו אנשים שהוצאו להורג. תשובת האמריקאים אמרו שנכון שהממשל הפדראלי מחויב לאמנה אבל כל ההליך הפלילי מתנהל בטקסס לפי המשפט המדינתי לכן לא יכולים להגיד להם מה לעשות. כי המשפט הפנימי לא מאפשר להם. מקסיקו לקחה את ארה"ב למשפט בבית הדין בהאג שקבע שארה"ב הפרה.

מהזווית הבין לאומית המשפט הפנימי רלוונטי ליצירת מנהג- כאשר אומר שיש כלל מנהגי בדבר חסינות דיפלומטית למשל ממה נוצר המשפט המנהגי? מזה שהרבה מדינות במשפט הפנימי שלהם נתנו חסינות כזאת במשך המון שנים.

התשובה לשאלה מה קורה אם המשפט הפנימי מנוגד למשפט הבין לאומי – זה המשפט הפנימי גובר.

עמדת המשפט הפנימי ביחס לעמדת המשפט הבין לאומי:

התיאוריה הראשונה - הדוקטרינה הדואליסטית: אומרת שהמשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי הם גופים משפטיים נפרדים לגמרי, שתי סוגיות נפרדות ולכן כאשר מסתכלים מנקודת ראות של המשפט הפנימי המעמד של המשפט הבינלאומי יהיה המעמד שאנחנו מחליטים לתת לו. צריך לבחור זאת כנורמה שלנו. **התוצאה** למעשה היא שהמשפט הפנימי קובע א מעמד המשפט הבינלאומי (למשל דרישת קליטה - טרנספורמציה). יש בתיאוריה **בעיה** בגלל נקודת המוצא שלה כי משפט בין לאומי כבר נכנס לתוך המדינות ורלוונטי במערכות הפנימיות ומשפט פנימי נהיה רלוונטי בזירה הבין לאומית. לדוגמא עניין ההסגרה - אמנת ההסגרה זה משפט בין לאומי אך רלוונטי למשפט הפלילי שלנו. מצד שני דיני תאגידים למשל זה משפט פנימי אבל יש לזה השלכות גם בזירה הבין לאומי.

התיאוריה השנייה - הדוקטרינה המוניסטית: אומרת שהמשפט המדינתי והמשפט הבין לאומי הם חלק ממערכת אחת, גוף משפטי אחד. למשל זכויות אדם יש במישור הבינלאומי ויש במישור החוקתי וחייבים להסדיר את היחסים ביניהם ולא ניתן להניח שיש הפרדה טוטאלית וזה רק עניין של בחירה. יש שאלה למשל האם יש זכות לשוויון בשכר ללא הבחנה מגדרית זה מוגדר גם במשפט הישראלי הפנימי וגם הבינלאומי. אין הפרדה אך צריכים להחליט מה גובר - או תמיד המשפט הבינלאומי או הפנימי או שנמצא משהו באמצע. התוצאה: צורך להסדיר התנגשות נורמטיבית ויש שלוש גישות כאשר הראשונה אומרת שתמיד משפט בין לאומי, השנייה אומרת שתמיד המשפט הבינלאומי והגישה השלישית שאומרת כל מקרה לגופו.

המצב בישראל:

תמונת רקע:

כאשר מדברים על נורמה מהמשפט הבינלאומי צריך לדעת האם הנורמה מנהגית או הסכמית? כי אנחנו צד לאמנה או בלי קשר כי זה מנהג?

כאשר הנורמות הן מנהגיות הגישה היא גישה מוניסטית - חלק מהגישה הבין לאומית והישראלית הן אותן מערכת והנורמות הן חלק מהמשפט הישראלי. כאשר מדובר בנורמות הסכמיות שמחייבות אותנו כי אנחנו צד להסכמה יש גישה דואלית - צריך לעבור קליטה כדי להיות חלק מהמשפט שלנו.

נורמה שהממשלה התחייבה בה שתהיה חלק מהמשפט הפנימי צריכים שהיא תיקלט דרך חקיקה של הכנסת – זו הגישה הדואליסטית [נורמות הסכמיות: דואליזם שזה מדינות משט מקובל או מוניזם שזה מדינות משפט קונטיננטלי]. לעומת נורמות שנובעות מההתנהגות של המדינה, מהפרקטיקה של מדינת ישראל יוצרות משפט שהוא חלק מהמשפט הפנימי והוא מחייב בתוך המדינה. [נורמות מנהגיות: בד"כ מוניזם (לפעמים חלש/בסייגים)]

המצב בישראל - המנהג:

הכלל הבסיסי הוא שהמשפט המנהגי (גם אם לא כתובות באמנה הן מחייבות את המדינה) הוא אוטומטית חלק ממשפט הארץ. (ע"פ שטמפר 1954). אם יש חקיקה סותרת ישראלית החקיקה גוברת על המנהג במונח שהמחויבות לחוק הפנימי גוברת על המחויבות למשפט הבין לאומי

המנהג נסוג מפני חקיקה סותרת - ע"פ שיינברג 1951 - אדם חרדי מירושלים שסרב להתגייס מטעמי מצפון, כאשר מדברים על איזה נורמה מחייבת חלות כאן נורמות גיוס (בשאלה אם לגייס או לא), טען שירושלים היא שטח כבוש ושעפ"י המשפט הבינלאומי אסור לגייס תושבים של שטח כבוש. עלתה השאלה של מה מבין הנורמות גובר? הנורמה הפנימית של חוק בטחון המחייב תושבי

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

מ"י לשרת והנורמה הבינלאומי שאוסרת על גיוס של אנשים משטח כבוש. ביהמ"ש אמר שראשית מי אמר שירושלים כבושה? גם אם כן, ואז הנורמה שאוסרת על גיוס שטח כבוש חלה, המשפט הישראלי שאומר שניתן לגייס ושחובתך לשרת בצבא הנורמה הזו גוברת. עולה המונח חוק חרוט-שחוקק ע"י המחוקק ולא פסיקה או משפט המקובל.

פס"ד ע"פ אייכמן 1962 אמר שיש נורמה בינלאומית שאוסרת להעמיד לדין באופן רטרואקטיבי ומ"י אמרה המשפט הישראלי מאפשר לעשות זאת ודי לנו בכך.

חקיקה אם היא סותרת היא גוברת על המנהג. מרווח התמרון זה להגיד אם זה סותר או לא.

שמגיעים לביהמ"ש ואומרים שיש נורמה מנהגית שאומרת לעשות כך וכך ולכן אומרת שצריכה לנהוג כך-טוענת בביהמ"ש למנהג אך צריך להוכיח. אם יש חקיקה שסותרת את המנהג החקיקה גוברת.

אמנה:

אמנה לא הופכת באופן אוטומטי לחלק מהמשפט הפנימי. צריך חקיקה שקולטת אותה והופכת אותה לחלק מהמשפט הפנימי. ברגע שיש חקיקה זה חלק ממשפטינו- הגישה הדואלית.

האפוטרופוס נ' סמרה 1955- אסמכתא לזה שנדרשת קליטה- הפסקת האש בין ירדן לישראל ב 49, חוק נכסי נפקדים קבע שרכוש שבעליו לא נמצא בישראל יהיה בניהול המדינה. משפחת סמרה גרה מחוץ לישראל ורכושה נפקדי. האפוטרופוס מקבל את הרכוש לניהולו. בהסכם שביתת הנשק ישראל וירדן השטח המשולש עבר לרשות ישראל, בני משפחת סמרה כמו גם הרכוש שלהם הם תחת שליטה ישראלית. סכם שביתת הנשק אומר שתיקוני גבול לא יפגעו בזכויות התושבים ולא ירעו את מצבם. רכושם לפי החוק עבר לאפוטרופוס. הולכים לביהמ"ש ואומרים שיתנו להם את הרכוש שלהם ושהם לא נפקדים והרכוש לא נטוש. ביהמ"ש אומר שהוא לא רואה את הסכם שביתת הנשק ואין לו משמעות במשפט הישראלי אם הוא לא עבר קליטה.

חוק אמנת האג החזרת ילדים חטופים - אם הורה חטף את הילד לחו"ל חייב להחזיר אותו. ישראל צד לאמנה ועל מנת לאפשר לרשויות לפעול לפי האמנה יש לפעול לפי החוק.

כרסום בהבחנה בין דואליזם למוניזם:

לכאורה יש מוניזם בעניין של מנהג, מסויג או חלש כי חוק גובר על המנהג. ויש דואליזם בהקשר של משפט הסכמי. אבל, יש דברים שמכרסמים בהבחנה וזה חזקת ההתאמה הפרשנית- הופכת את השיטה הדואלית לפחות דואלית. גם דברים שהם לא חלק ממשפטינו זולגים לתוכו.

חזקת ההתאמה הפרשנית- החזקה אומרת שיש לפרש דברי חקיקה ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם התחייבותיה הבינלאומיות של ישראל. צריך לבחור עם האופציה שמתיישבת עם המשפט הבינלאומי. זו חזקה שמקורה בשנות ה-50.

כשיש מנהג:

ע"א שלומית שלום נ' היועמ"ש (פרשת בסינוני) - שלומית שלום הייתה רקדנית בטן והיו לה דברים עם השגריר המצרי שהיה אז. השגריר המצרי טען שיש לו חסינות דיפלומטית ואי אפשר להגיש נגדו תביעות. בפקודת הנזיקין שכתוב למי יש חסינות לא כתוב שיש חסינות לדיפלומטים אך הוא טוען שהמשפט הבינלאומי מחייב את ישראל לתת לו חסינות דיפלומטית. השאלה הפרשנית שעמדה לבית המשפט היא שחזקת ההתאמה הפרשנית אומרת לפרשת את המשפט הישראלי בהתאם למחויבות הבינלאומית ולכן ביהמ"ש התחבט בשאלה האם לפרש את זה כהסדר שלישי. כלומר הרשימה שבפקודה ממצה ואם לא רשום בה שיש חסינות אז אין או שאפשר להבין את פקודת הנזיקין כרשימה פתוחה- שיש בה חסינויות אך יתכן ויש עוד- השאלה למעשה הייתה כיצד לפרש את פקודת הנזיקין. כשיש לביהמ"ש ברירה חזקת ההתאמה אומרת שצריך

לבור בפרשנות שמתיישבת עם המשפט הבינלאומי. מתוך פסק הדין: "מקום בו מתגלעת סתירה שאיננה ניתנת ליישוב בין הנורמה הבין לאומית לבין החוק הישראלי כי אז זו הראשונה חייבת לסגת בפני החוק הישראלי אלא ששומה על בית המשפט לעשות כל מאמץ ליישב בין אלה". למעשה אומר שהרשימה לא סגורה וכך ישראל יכולה לפרש את פקודת הנזיקין באופן שעולה בקנה אחד עם החסינות הדיפלומטית. הפסיקה היא שיש לפרש את רשימת החסינות בפקודת הנזיקין כרשימה פתוחה על מנת לאפשר הכללה של הכלל המנהגי בדבר חסינות מדינה.

חזקת ההתאמה הפרשנית (אמנה שלא נקלטה)

בג"צ ית"ד (ילדי תסמונת דאון) נ' משד החינוך - השאלה הייתה האם חובת המדינה לממן שילוב ילדי חינוך מיוחד בחינוך הרגיל. ההתלבטות הייתה שהמדינה משלמת חינוך חינם אך כשהורים רוצים לשלב חינוך מיוחד בחינוך הרגיל האם גם את זה המדינה צריכה לממן או שדי שמציעה את שתי האופציות? בחוקים לא נאמר דבר על עניין השילוב. הנורמות הבין לאומיות הן, יש זכות עד שלב מסוים חינם וזכות לשוויון בין ילדים עם מגבלות ללא. השופטת מציינת שבמשפט הבינלאומי יש זכות לחינוך ושעפ"י המשפט הבינלאומי חובת המדינה היא לממן את השילוב. בחקיקה שלנו: מתוך פסק הדין: "חזקה כי קיימת התאמה בין חוק המדינה לבין נורמות המשפט הבין לאומי שבמדינת ישראל מחויבת להן. לפי חזקת זאת יתפרשו דינים ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות כאלה". **פסיקה**: יש לפרש את חוק חינוך מיוחד ברוח האמנה בדבר זכויות הילד באופן שמחייב מימון שילוב ע"י המדינה.

החזקה משמשת גם בהקשר של מנהג (שלום) וגם בהקשר לאמנה שישראל צד בה (ית"ד).

כיצד החזקה משמשת כאשר מפעילים משפט מנהלי? מעמד החזקה מבחינת משפט מנהלי:
החזקה משמשת גם בקיום וגם בסמכות. נביא דוגמאות כיצד זה עובד?

- **פלוגי נ' שר הביטחון** - פרשת קלפי המיקוח: בשנות ה 90 מ"י עצרה 21 אזרחים לבנונים והחזיקה אותם במעצר מנהלי כאשר המטרה הייתה שיהיו בני ערובה למידע על גורלו של רון ארד. (מעצר מנהלי לא צופה פני כלום). **חוק מעצרים** מנהליים קובע ששר הביטחון רשאי לעצור במעצר מנהלי מטעמי ביטחון. **המשפט הבינלאומי** אוסר על אחזקת בני ערובה – של אנשים במעצר על מנת להשיג מטרה שאמורה להיות מבוצעת ע"י אדם אחר. יש כלל הסכמי שאוסר על החזקה הספציפית הזו אך יש גם צו של שר הביטחון מכוח חוק ישראלי והשאלה היא מה מבין הנורמות מחייבת או חולשת על מעשה השר? השלב הראשון היה **ערעור בשנת 97 בביהמ"ש עליון** שבדעת רוב ברשות הנשיא ברק קבעה שצריך לפרש ביטחון במובן הרחב ומידע לצורך שחרור חטופים הוא צורך בטחוני והמשפט הבינלאומי לא רלוונטי, גם אם אוסר החזקה במעצר יש חוק ספציפי שמתיר זאת. אומר שיש חוק שמתיר והוא גובר על המשפט הבינלאומי. האם יש לשר סמכות להוציא צו כזה? ביהמ"ש אומר שהחוק מתיר ולכן יש לו סמכות (לסיכום, בערעור- המשפט הבין לאומי נסוג מפני חוק סותר). שלוש שנים אחרי זה יש **דין נוסף** וביהמ"ש שוב בראשות ברק אומר שיש חזקת התאמה פרשנית וצריך לפרש את סמכות השר באופן שעולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי – יש לפרש את חוק מעצרים מנהליים ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. במשפט הישראלי אפשר לפרש כמאפשר בני לקחת ערובה או כלא מאפשר- כמחייב מסוכנות אישית או לא מחייב מסוכנות אישית. ביהמ"ש אומר שחזקת ההתאמה חולשת על איך שנפרש את החוק? צריך לפרש אותו בצמצום כך שיחייב מסוכנות אישית. סמכות השר לפי החוק היא לעצור במעצר מנהלי כאשר יש מסוכנות אישית (לסיכום, בדין הנוסף- על פי חזקת ההתאמה הפרשנית יש לפרש את סמכות השר כמוגבלת באופן שמעצר מנהלי אפשרי על סמך מסוכנות אישית בלבד).

- **פרשת קו לעובד (הסדר הכבילה)** - עד שנת 2006 כאשר אדם היה מגיע לארץ עם אשרת עבודה, בדרכון שלו היתר הכניסה לישראל כתוב גם שם המעסיק שאצו רשאי לעבוד ואם לא עבד אצלו אסור היה לו לעבוד בישראל- העובדים היו כבולים למעסיק שלהם. השאלה

הייתה האם ההסדר הזה כדין? כי פוגע בחירויות יסוד של פרט. הטענות בביהמ"ש הן שהסדר הכבילה אינו כדין כי פוגע בחופש ההתקשרות העבודה, בחירות האישית ובשוויון וזה עומד בניגוד לזכויות האדם שישראל צד להן (כמו האמנה בדבר זכויות כלכליות ועוד). החוק קובע שהשר יכול לקבוע תנאים למתן האשרה, מסמיך את השר הפנים להתנות כניסה בתנאים. ב 2006 ביהמ"ש אומר שצריך את החוק הישראלי ושיקול הדעת המנהלי לפרש בהתאם למחויבות הבינלאומית, הוא יכול להתנות אך יש לכך שיקול דעת ולא יכול להתנות תנאים שיפגעו בזכויות היסוד של הפרט. מתוך פסק הדין: הסמכות שקנה שר הפנים "לקבוע בתנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה" תחומה ומסויגת- כך בין היתר- בזכות הנתונה לכל אדם "להשתכר למחייתו בעבודה שיבר בה או יקבלנה באורח חופשי". בזכות שקנה כל יחיד להנאה "מתנאי עבודה צודקים ונאותים" וכן בעיקרון אי הפליה". בג"צ למעשה קבע שהסדר הכבילה הוא חריגה מסמכותו של שר הפנים.

כמה רחוק אפשר ללכת עם זה? אנה פני חזקת ההתאמה הפרשנית?

- חזקת ההתאמה אינה מאפשרת פסילת חקיקה בגין סתירה למשפט הבין לאומי. אי אפשר להגיד שהחוק פסול כי הוא לא מתיישב עם המשפט הבינלאומי.
- האם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה בפרשנות חוקי יסוד? כלומר האם יש לפרש חוקי יסוד בהתאם למשפט הבין לאומי? אין תשובה חד משמעית במשפט הישראלי.

דוגמאות לשני המקרים:

פס"ד עדאלה - עוסק בפיצויים בגין האינתיפאדה. חוק הנוזיקין האזרחים תוקן לפני 10 שנים וקבע שלמדינה יש חסינות תביעה על כל נזק שנגרם במהלך האינתיפאדה. אי אפשר לתבוע את המדינה על מה שהצבא עושה. הוגשה עתירה נגד התיקון על כך שהוא פוגע בזכות לסעד משפטי- שאם מישחו גרם לי עוולה יש לי זכות לסעד נגדו. העותרים טוענים שיש זכות לסעד משפטי כי:

- במשפט הבינלאומי יש זכות וסעד ואמנות קובעות מנגנונים לסעד משפטי- חלק מהליך הוגן.

- זכות הקניין כי אם פגעו ברכוש שלי אך לא מאפשרים לי לתבוע פיצויים בגין זה פוגעים בזכות הקניין שלי.

בג"צ טוען ש"טענות לפי התיקון 7 פוגע בזכויות אדם המוכרות... על פי המשפט הבינלאומי... אין בכוחך- על פי המבנה החוקתית של מדינת ישראל- להביא לאי חוקתיות של חוק". ז"א, כאשר בודקים את ההיררכיה של הנורמות משפט בין לאומי הוא לא נורמת-על על המשפט החוקתי (אך פוסל על פי משפט חוקתי). לא ניתן לפסול חוק כי הוא מנוגד למשפט הבינלאומי כי כך נפסק אך אפשר לפסול חוק השאלה מה הסטנדרט "לקיום אנושי בכבוד"? כי הוא מנוגד לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אך אם לחוק נכניס תכנים של משפט בינלאומי אז כשנחליט לפי חוק יסוד נחליט גם לפי משפט בינלאומי שדחפנו לבפנים קודם.

בג"צ מחויבות לשלום וצדק חברתי (2005) - הסוגיה הייתה האם קיצוץ ב30% מהכנסה היא חוקתית. הטענה הייתה שהקיצוץ פוגע בכבוד. נקבע שכן צריך לתת פטור מאגרת טלוויזיה וחודשי חופשי אבל לא מהקצבאות.

מהו קיום אנושי? מה נחפש? **חוק היסוד** שותק לגבי כיצד מודדים את כבוד האדם.

האמנה בדבר זכויות חברתיות וכלכליות (ICRSCR) מ 1966 אומרת שמדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה. אז **כיצד נפרש את חוק היסוד?** **הנשיא ברק** אומר שהתפיסה שהזכות לקיום בכבוד היא שיובטח לאדם מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לאדם להתקיים בחברה שבה הוא חי. לעומתו אומר **השופט לוי** כי אם בודקים את התכלית של הזכות לכבוד מגיעים למסקנה שהזכות היא לתנאי

מחיה נאותים וכי מטרתה אינה אך להבטיח את האדם ממחסור קיומי בלתי נסבל- ז"א יותר ממינימום. **השופט לוי למעשה מפרש את חוק היסוד בהתאם לאמנה הבינלאומית.** אם היינו הולכים לפי שיטתו של לוי חוק ההסדרים שקיצץ את הקצבאות הסעיף הספציפי מוכרז כלא חוקתי על סמך פרשנות של חוק היסוד שנקבעת לפי הפרשנות של המשפט הבינלאומי. השופט לוי היה במיעוט והרוב היה של ברק שמדובר בסטנדרט קיום מינימאלי, לא אימץ את הסטנדרט הבין לאומי.

נג"צ תיקון חוק ההסתננות - קובע שאפשר להחזיק אנשים שנכנסו לישראל ממצרים בגבול למעצר של 3 שנים. שאין נגדם שום טענה של מעשה פלילי ואי אפשר לגרש אותם. למעשה חוק שנוצר כדי למנוע כניסה של סודנים ואריתראים. העתירה הייתה על בסיס חוקתי בין היתר. שעומד בניגוד לנורמות הבינלאומיות שמחייבות בישראל. ביהמ"ש ניהל את הדיון לפי משפט חוקתי, פסל את התיקון בהיותו בלתי חוקתי. "הכנסת טוענת כי קבלת עמדת העותרים לפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות המשפט הבינלאומי למשפט המחייב מדינת ישראל, ולכך שחקיקת הכנסת תהיה חייבת אף היא לעמוד בנורמות אלו שיוזרמו דרך חוקי היסוד באמצעות חזקת ההתאמה. לטענת הכנסת מדוב בגישה בעייתית ביותר, החותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות המחוקקת ואף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של העליון". אם נפרש את חוקי היסוד בהתאם לאמנות בעצם יש בעיה. אי אפשר שצריך לפרש את חוקי היסוד לפי אמנות כי אז יוצא שסמכות הכנסת בחקיקה הרגילה שכפופה לחוק יסוד פתאום תהיה כפופה לנורמות בינלאומיות.

לסיכום:

1. המנהג הוא באופן אוטומטי חלק ממשפט הארץ
2. חוק חרוט (מחוקק שאינו משפט מקובל) גובר על מנהג במקרה של סתירה
3. משפט הסכמי טעון קליטה לתוך משפט הארץ- לעומת משפט מנהגי.
4. פרשנות חקיקה קולטת תיעשה בהתאם להתחייבויות בין לאומיות של ישראל- לא דיברנו על זה בשיעור.
5. חזקת ההתאמה הפרשנית מדריכה בפרשנות חוקים, ביקורת על פעולות מנהליות.

(לתקן את העובדות- שיון בין היה אזרחי ישראלי שביצע את העבירה)

שיעור 5:

נכיר את השחקנים במשפט הבינלאומי

כשמדברים על אישיות משפטית במשפט הבין לאומי מדברים על 4 דברים:

- (1) היכולת להיות בעל זכויות.
- (2) היכולת לשאת בחובות.
- (3) היכולת לתבוע ולהיתבע.
- (4) היכולת ליצור משפט בין לאומי.

שתי הסיבות שאי אפשר לחייב את כל המרכיבים למשל בני אדם יש להם חובות וזכויות אך אין להם יכולת ליצור משפט בין לאומי.

רשימה של שחקנים במשפט הבין לאומי:

- (1) מדינות.
- (2) ארגון בינ"ל, למשל האיחוד האירופי-ארגון שהחברים בו הם מדינות/ ממשלות.
- (3) גופים אנלוגיים למדינות: יחידות טריטוריאליות.
- (4) עמים.
- (5) יחידים.
- (6) שונות.

השחקן הראשון: ליחידות טריטוריאליות- מעין מדינות:

דוגמאות ליחידות טריטוריאליות- שהן מעיין מדינתית:
הם כמו מדינה אבל לא ממש, מתנהלים כיחידה עצמאית אך לא היה מוכר במדינה, כמו בתקופת המנדט – שטחי מדנט-בארץ עדיין לא היינו מדינה אבל היינו מוכרים כשטח טריטוריאלי, מוכרים כשטח טריטוריאלי אבל לא מדינה.
עוד דוג' שזה כמו מדינה אוטונומיה, חלק מתוך מדינה שמנהלת את עצמו אבל אל נחשב כמדינה, מצב של **ממשל עצמי** שנכנס תחת כוח מדיני כמו בארה"ב, בישראל המבנה החוקתי שנו למשל זה העיריות. סוג אחר של מדינות הן **מדינות חסות**, מדינה שנותנת למדינה אחרת להיות תחת חסותה. שונות למשל ותיקן לפעמים הוא נחשב כמדינה. מדינות שבדרך כמו פלסטין, קוסובו => זה נראה כמו מדינה מתנהל כמו מדינה אך חסר משהו שיגבש את זה למדינה, הבעיה מבחינה משפטית איך להתייחס אליהן. **מדינות חסות** הן מדינות הפועלות באופן עצמאי אך נתנו באופן ספציפי את יחסי החוץ שלהם למדינה אחרת שתנהל עבורם. פורטו-ריקו זה מדינה קטנה – מדינת חסות של ארה"ב. כיוון שבמשפט הבינלאומי מה שצריך זה יחסי חוץ אז זה כביכול לא בדיוק מדינה אם חסר לה המרכיב הזה. **שונות**- הוותיקן זהו מוסד ונחשב מדינה לצרכים מסוימים, לא חבר באו"ם אבל משקיף ונחשב מדינה. **מדינות שבדרך** -ישויות שהתפיסה שמתייחסים אליהם בצרכים מסוימים למדינות- למשל פלסטין וקוסובו.

דוגמאות אלו הן מקרים שיש גורם טריטוריאלי שיש לו שליטה בשטח, הם נראים כמו מדינה ומתנהגים כמו מדינה אבל מסיבות שונות זה לא מדינה וחסר מרכיב ואז השאלה כיצד צריך להתייחס אליהם מבחינה משפטית אך אין תשובה אחידה. לכן ברוב המקרים מתייחסים לגורמים אלו כמדינות במובנים מסוימים.

השחקן השני: עמים:

אין להם שליטה בשטח. לאיזה עמים יש מעמד במשפט הבינלאומי זו שאלה **פוליטית באיזה אנו רוצים להכיר כעם.** למשל- פלסטינים, כורדים? טיבטים? **אין שליטה טריטוריאלית אבל יש זכות מוכרת לשליטה.**

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

מתי הם כן זוכים לסטאטוס בינלאומי? כאשר התפיסה היא שהם לא מדינה אבל מגיעה להם מדינה. הזכות: הגדרה עצמית.

מדברים על זכויות של עמים באותם מקרים שיש תפיסה פוליטית שמגיע להם שלטון עצמי. מתוך תפיסות אלו נגזרת הכרה ויש עם שמגיעה לו הזכות להחליט בעצמו מה יהיה עתידו. כשמדברים על עמים מדברים על הזכות להגדרה עצמית (לא על הזכות לתבוע, להיתבע, לא יוצרים משפט בינלאומי, לא חברים בארגונים בינלאומיים)

לכל אחד מהשחקנים יש מקבץ של זכויות וחובות אך לעמים יש זכות אחת.

השחקן השלישי: הפרט:

התפתחות דרמטית של המשפט הבינלאומי מהמחצית השנייה המאה עשרים. פעם היינו אומרים שהמשפט הבינלאומי זה היחסים בין המדינות אך היום כאיון שנכנסו זכויות אדם זה קשרו גם ליחסים שבתוך המדינה, בין המדינה לפרט. הזכויות של הפרט זה מה שמדברים עליו כזכויות אדם (לא זכויות אזרח) - בלי קשר לאזרחות אלא מעצם היותו אדם. החובות שלנו זה המשפט הפלילי שאפשר להעמיד לדין בגזרה הבינלאומית.

מרכיבי האישיות המשפטית:

- זכויות: זכויות אדם
- חובות: משפט פלילי בין לאומי
- יכולת לתבוע ולהיתבע: בתי דין בין לאומיים, לזכויות אדם, בתי דין פליליים.

לשחקנים שונים יש אישיות משפטיות שונות אך יש מגמה שהאישיות המשפטית של כל מיני שחקנים גדלה.

החברה באישיות של שחקנים שאינם מדינה בעקבות התעצמות פוליטית (במצגת).

השחקן הרביעי: המדינה:

המדינה היא המרכיב החשוב במשפט בינלאומי במשפט הקיים. המשפט הבינלאומי התחיל ממדינות ובאופן היסטורי המדינה היא השחקן העיקרי. מבחינה פוליטית אפשר להתלבט אם זה השחקן הכי חשוב.

מבחינה משפטית למדינה יש את החובות והזכויות הרחבים ביותר. אין לה את כל הזכויות והחובות כי אין לה למשל חובות אדם, אי אפשר להעמיד מדינה לדין פלילי למשל - לא כול נורמה חלה על המדינה. היא זו שיוצרת משפט בינלאומי.

איך יחידה פוליטית נהיית מדינה?

א. התנאים העובדתיים - האובייקטיביים - מתי יש מדינה?

אמנת המונטיבידאו, 1933 ס' 1: אמנה המשקפת משפט מנהגי ולכן רלוונטית לכל המדינות ולא לכל מי שצד לה. נחתמה בין מדינות דרום אמריקה כאשר נוצרו מדינות חדשות ורצו להבהיר מתי אומרים שיש מדינה חדשה. בסעיף נקבע שנדרש כדי שתהיה מדינה:

- אוכלוסיה קבועה - אין מספר מינימאלי של אזרחים או תושבים אלא צריך אוכלוסיה שגרה דרך קבע במדינה.
- שטח מוגדר - טריטוריה - אין מינימום של טריטוריה.
- מה קורה כאשר אין שטח? עד הסכם עם מצרים וירדן ב 79 לא היה גבול מוגדר למדינת ישראל. האם יכול להיות מדינה שהגבולות שלא לא ברורים? התשובה שניתנה בעניין

- ישראל כשהיה דיון ב-1949 שישראל תצטרך לאו"ם אחת הטענות הייתה שאנחנו לא מדינה כי הגבולות לא ברורים. הנציג האמריקאי אמר שגם אם אין גבולות כל עוד יש גרעין טריטוריאלי שברור שהוא כן המדינה אז זה מספיק.
- התפיסה כיום שברור שיש ישראל, מעבר לכך זו שאלה טובה אך אין ספק שיש ישראל. בישראל כיום יש גבול עם מצרים המוסכם בהסדר שלום, עם ירדן, מול הגדה המערבית לא מוסכם, סוריה ולבנון מוסכמה על הגבול- אך יש גרעין שאין ספק שהוא ישראל.
- ממשל אפקטיבי**- דרוש מנגנון שלטוני מתפקד המסוגל לנהל את המדינה כלפי פנים. השאלה היא לא האם המדינה עשירה או יש לה את המשאבים אלא האם המנגנון עובד? צורך הממשל אינה רלוונטית- לא חייב דמוקרטי לא חייב נעים יכול להיות דיקטטורי קומוניסטי אבל עדיין אם מתפקד באופן אפקטיבי כלפי פנים זה יהיה מדינה. צריכים מקום שיש בו סדר ציבורי. הניסיון בהיסטוריה מלמד שלעיתים הקהילה מוכנה להכיר בישויות בינלאומיות גם שממשל לא אפקטיבי בגלל הלגיטימיות- שראוי שתהיה מדינה. יש ויתור על אפקטיביות עובדתית כאשר יש הרבה לגיטימיות פוליטית/משפטית. למשל **בקונגו** השלטון לא אפקטיבי ויש מלחמת אזרחים כבר למעלה מ-50 שנה אבל התפיסה לעצמאות הייתה חזקה ולכן "החליקו" את זה. **הכרזת העצמאות בטוניס ב-8** הכריזו למעשה על מדינת פלסטין ונדבר בהמשך על ההשלכות המדיניות של ההכרזה, השליטה הייתה ישראלית ולא הייתה שליטה פלסטינית ולכן היה ברור שההכרזה היא מבחינה משפטית אין לה תוקף ולא יצרה מדינה.
- יכולת לקיים יחסי חוץ עם מדינות אחרות**- במהלך השנים התנאי הפך לדרישה של עצמאות. אם יש ממשל אפקטיבי הוא יכול לנהל ממשל חוץ. התנאי של עצמאות שנוסף הוא יכולת לקבל החלטות ללא תכתיבים חיצוניים. האם מדברים על יכולת עובדתית או משפטית? המבחן: בעיקרו משפטי, לכן מדינות חסות אינן "מדינות". עניין יחסי וגמיש. המבחן הוא לא עובדתי שבדק את הכוחות הפוליטיים היחסיים אלא משפטי. לכן, אם נחזור לכך שמדינות חסות הן לא מדינות בגלל שהן בתחום מסוים הן לא יכולות לפעול באופן עצמאי ומקבלות תכתיבים ממדינות חוץ, ההחלטה איננה בידיהם אלא בידי מדינה אחרת. כיצד להעריך את הדברים? הדוגמה של ליכטנשטיין היא מעצמה כלכלית אך מדינה קטנה ויחסי החוץ שלה מנוהלים ע"י שווייץ. כשניסתה להתקבל לאו"ם בדיוק באותם תנאים אמרו שזו מדינה, ראו את החצי של הכוס שהייתה שיש בה עצמאות. התשובה אינה בינארית כן או לא. צריך ממשל אפקטיבי ועצמאי בשטח נתון.

ב. הכרה במדינות

כד שתהיה מדינה צריך שיכירו אותה כמדינה.

נפוליאון: "התפרסם בכך שאמר שצרפת זקוקה להכרה כמו שהשמש זקוקה להכרה". מדינות אחרות כדי להיכנס צריכות שיכניסו אותם- שיכירו בהן. יש מדינות אחרות שאין להם את הלוקוסוס.

מדינות ותיקות מכירות בחדשות ולא ההיפך. משהו שמדינה קיימת עושה ביחס למדינה חדשה והשאלה האם להכיר במדינה חדשה או לא זה רק בשיקולם של המדינות החדשות, אין קריטריונים, לגמרי החלטה פוליטית. זהו אקט חיצוני, חד צדדי. פוליטי: אין חובה משפטית להכיר.

לפעמים יש איסור להכיר במדינות. איסור משפטי- יצירת מדינה ע"י שימוש בלתי חוקי בכוח, קרים 2014.

הפלסטינים צריכים הכרה בשביל להיות מדינה וזה מה שעשו ב-88 והמשיכו עד 2012 שהתקבלה באו"ם החלטה שנותנת מעמד של מדינה לא חברה אבל העיקר מדינה.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

נשאלת השאלה האם יש צורך בהכרה? הרי למה שתהיה בעיה? למה לא להכיר במדינות? האם ההכרה היא תנאי יוצר או משהו על הדרך?

להלכה: "אמנת מונטבידאו ס' 3 אומר שהקיום הפוליטי לש מדינה אינו תלי בהכרה מצד מדינות אחרות. גם לפי הכרה יש למדינות זכות להגן על שלמותה ועצמאותה". מדינות שנקרע מהן חלק לא הכירו בעצמאות הזאת.

למעשה: אם לא מכירים בישות כמדינה היא לא יכולה לתפקד כמדינה אז מה יוצא לה מהכותרת הפורמאלית?

בחסינות למשל אם אין הכרה במדינה אז אין חסינות- החסינות במקרה זה היא כתנאי.

מקרים מעניינים של הכרות:

- ישראל- זוהי מדינה ללא ספק אפילו שיש מדינות שלא מכירות בנו- כמו מלזיה למשל שאין לנו יחסים דיפלומטיים איתה.
- סומלילנד- ללא ספק מדינה.
- קוסובו ופלסטין- לעיתים נתפסת כמדינה ולעיתים לא, זוהי שאלה טובה.

ג. תנאי משפטי למדינה- הגדרה עצמית מתי ראוי או לא שתהיה מדינה?

מדינה היא לא רק מה יש או אין אלא גם מה ראוי שיהיה או לא. זוהי שאלה משפטית ולא רק עובדתית מול רעיון חדש.

הקשר בין הגדרה עצמית לבין קיום מדינה:

תנאי מונטבידאו: קריטריונים עובדתיים, האם זוהי רשות שיש לה זכות לממש את עצמה כמדינה ולנו יש חובה לממש. או שאסור לה להיות מדינה כי זה יפגע בזכויות של מדינה קיימת.

עיקרון הגדרה העצמית-

השלב הראשון: בסוף מלחמת העולם השנייה המעצמות פירקו אותן למדינות קטנות שכולן הייתה להן היסטוריה. העיקרון היה שכאשר מחליטים על הגבולות החדשים של המדינות צריך להתחשב לא רק מה המדינות הגבוהות מחליטות אלא להתחשב גם ברצון האוכלוסייה. פירוק המעצמות המובסות תוך התחשבות באינטרסים של האוכלוסייה המקומית. הרציונאל: הבטחת היציבות הבין לאומית.

השלב השני-1945-1919: הוא בין המלחמות- משטר המנדטים = היה מימוש של הרעיון של הגדרה עצמית שלעמים יש זכות לשלוט בעצמם אבל היה מדובר בעמים שההתפתחות שלהם היא יותר קטנה ומוגבלת ולכן צריך להחזיק להם את היד ולהוביל אותם לידי עצמאות, עדיין לא בשלים לזה וצריך להכשיר אותם. מי שיכשיר זה המלחמות המנצחות

השלב השלישי- 1980-1945: מלחמת העולם השנייה האיצה את העצמאות של העמים לשלטון זר. מה שהביא לזה זה מאבקי עצמאות. ושהמדינות המנצחות היו מרוששות ולא יכלו להחזיק מעמד עם האימפריות שלהם. נקרא דה- קולוניזציה- פירוק המושבות והאימפריות האירופאיות באפריקה ואסיה.

העיקרון הפך לזכות – במקום קו מנחה הפך לזכות. המקום הראשון הגדרת הזכות מופיעה היא הכרזת האו"ם מ 190 בדבר מתן עצמאות לארצות ועמים קולוניאליים. נאמר בה כי: זכותו של העם לקבוע את מעמדו הפוליטי וקידום ההתפתחות הכלכלית, חברתית ותרבותית שלו. בשטחים שעדיים אינם עצמאיים יש העביר את הסמכויות לעמים המקומיים בהתאם לרצונם על מנת

לאפשר להם עצמאות וחירות.
מימוש הזכות - לא דווקא עצמאות.
מעמד הזכות של ההגדרה העצמית:

- ראשית זוהי זכות כלפי כולי עלמא, כל המדינות צריכות לכבד את הזכות להגדרה עצמית של עם.
- מקובל לראות בזכות זו זכות קוגנטית שלא ניתן להתנות עליה, כיוון שאין רשימה מוסכמת תמיד אפשר להתווכח על זה.

השאלה אינה האם יש זכות אלא מה היקפה ומה מגבלותיה?

מהו "עם"?

לא שאלה משפטית אלא חברתית פוליטית חברתית. **אין קריטריונים ברורים**. מקובל שכדי שיהיה עם צריך גם לראות את עצמו כך וגם כלפי אחרים - **מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי**.
הבעיה: ערעור השלמות הטריטוריאלית של מדינות. הפתרון: התשובה היא במגבלות על ההגדרה העצמית. < **עיקרון השלמות הטריטוריאלית כמגבלה על הזכות להגדרה עצמית**:

באותה החלטה מ 1960 שלעמים יש זכות לקבוע את עתידם זה **"מבלי לפגוע בשלמות הטריטוריאלית של מדינה קיימת"**. גבולות לא צריכים להיות מוסכמים בהכרח, השטח לא צריך להיות רצוף ומדינה יכולה להיות מורכבת מכמה חלקים. כאשר קמה מדינה חדשה ואם עם נהיה עצמאי מכוח הזכות להגדרה עצמית זה לא יכול לבוא על חשבון השלמות הטריטוריאלית - לא מפרקים מדינות בשם הזכות להגדרה עצמית ולכן **מיעוט במדינה לא זכאי לעצמאות**.

הזכות להגדרה עצמית אינה יכולה לאפשר פירוק מדינות קיימות.

במצבים של שלטון זר, מדינות באפריקה למשל שהן מושבות של בריטניה צרפת או בלגיה שמימשו את הזכות להגדרה עצמית הן לא פירקו את בריטניה. היום כאשר כבר אין מושבות הממשל הכמעט יחיד שהוא לא ריבוני זה כמעט מצב שלטוני.

יש זכות להגדרה עצמית בשטחים שבהם המשטר אינו ריבוני: קולוניאליזם, מנדט, כיבוש. "עם" לצורך הגדרה עצמית - הגדרה טריטוריאלית.

המגבלה של הזכות להגדרה עצמית זה מבלי לפגוע במדינות קיימות אך **יש חריג לכך (חריג לסייג) - הצהרה של האו"ם מ 1970**: זכות השלמות הטריטוריאלית, למדינה הפועלת בהתאם לעיקרון השוויון והייצוגיות. כאשר קיבלו החלטה זו המדינה שחשבו עליה זה דרום אפריקה. הרעיון ששלמות טריטוריאלית מקיימת רק כאשר הממשל ייצוגי נקלט. זה כמו הסיפור של קוסובו ב 2008. כאשר מדברים על שלמות טריטוריאלית נגן עליה רק אם המדינה מבטיחה את המימוש הפנימי של ההגרה העצמית. התעוררה השאלה מה קורה שהמדינה לא מאפשרת? האם יש זכות פרישה? - השאלה נדונה בבית משפט בקנדה, שאלו האם יש זכות פרישה למיעוט מדוכא? ביהמ"ש אמר שיכול להיות כי אם העם יכול לממש את עצמו באופן פנים מדינתי הוא יכול לפרוש. הרעיון שיכול להיות זכות לפרוש כאשר המיעוט מדוכא ובכל זאת לקרוע מדינה הרעיון ישנו. תחת השלטון הסרבי היה דיכוי של הקוסובארים שלא יכלו לממש את עצמם תחת הממשל הסרבי.

פלסטין:

ב 1974 הייתה תקופת הפריכה של תנועות השחרור הלאומי לא רק הפלסטינית אבל היה לה חלק גדול. הכרה באש"ף כנציג העם הפלסטיני ובזכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית, מעמד משקיף. אש"ף הוכר כמי שמייצג את העם הפלסטיני עם הגדרה עצמית.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

ב 1988 כאמור הפלסטינים החליטו על עצמאות בטוניס. הצמרת הפלסטינית הייתה בטוניס כי פה ישראל לא נתנה לה להיות. הם הכריזו על עצמאות אבל לא הייתה להם שליטה. האו"ם: "מכיר בכך שהייתה הכרזת עצמאות", שדרוג שם המשלחת המשקיפה. כ 100 הכרזות הכרה במדינה/זכות למדינה (כ 100 מדינות הכירו במדינת פלסטין). שינו את השם של המשלחת מ PLO ל PALESTINE. מבטא הכרה פוליטית בזכות שלהם למדינה. מאז מדברים בעולם על PALESTINE לא רק בתור המדינה אלא בתור הפלסטינים.

ב 1933 הצהרת העקרונות" הכרה של ישראל בזכות להגדרה עצמית של הפלסטינים והקמת האוטונומיה בגדמ"ע ובעזה. האינתיפאדה הראשונה מתישה את ישראל ומתחיל תהליך השלום. ישראל ואש"ף חותמים ב 93 על הצהרת העקרונות- כשמה כן היא – הצהרה על עקרונות שנהל מו"מ על אוטונומיה בשטח. ישראל מכירה שם בזכות להגדרה עצמאית של מדינת פלסטין- צורך של ממשל עצמי – מסכימים על העקרונות.

ב 1995 הסכם הביניים : התחייבות של כל צד לא לנקוט בצעדים חד צדדיים. חותמים על ההסכם : ישראל ואש"ף שמייצג את הפלסטינים. הסכם הביניים מקים את הרשות הפלסטינית בתור גורם ממשלי.

יש אוטונומיה פלסטינית אך שונה בהיבט הפורמאלי מאוטונומיות אחרות כמו טקסס וקטלוניה, הגדה המערבת ורצועת עזה היא לא חלק ממדינת ישראל ואף אחד לא טוען שחלק ממנה. לכן זה לא אוטונומיה פנים מדינתית אלא מעצמה כובשת שנותנת לאוכלוסיה בשטח הכבוש לשלוט בעצמה אך הכל תחת סמכותה של ישראל כמדינה כובשת. בהסכם הביניים יש גם התחייבות של כל אחד מהצדדים לא לנקוט בצעדים חד צדדיים.

בשנת 2009 הפלסטינים פנו לבית הדין שמעמיד בגין פשעים בינלאומיים וביקשו להעמיד לדין. גרם לשאול את השאלה אם יש מדינת פלסטין והתובע בדין הפלילי היה צריך להחליט בנוגע למסמך אם יש מדינה או לא.

בשנת 2011 הפלסטינים ביקשו להצטרף לאו"ם ובו חברות רק מדינות ואז נשאלת השאלה האם נקבל אותם כמדינה ויש דיון על כך במועצת הביטחון האם עומדים בדרישות. הדיון נמשך עד היום.

באביב 2012 התובע של בית הדין הפלילי מחליט שלא מקבל את ההצהרה הפלסטינית כהצהרה של מדינה ואומר שיקבל הנחיות מהקהילה הבינלאומית כפי שמתקבלת במוסדות שלה- מתכוון לאו"ם.

ב 29 נובמבר 2012 – החלטת החלוקה. של עצרת האו"ם הממליצה על הקמת שתי מדינות יהודית וערבית. היהודית קמה בסופו של דבר והערבית לא.

שנים אחר כך התקבלה החלטה נוספת שנותנת לפלסטין מעמד של מדינה משקיפה שאיננה חברה.

*שיעור מקוון

האו"ם

האו"ם הוא דוגמא לארגון בינלאומי.

כאשר מדברים על ארגון בינלאומי למה הכוונה? מה הופך ארגון לבינלאומי?

מבחינה משפטית מה שהופך ארגון לבין לאומי זה שהוא מוקם ע"י מדינות באמצעות הסכם בינלאומי. ארגון שמי שחברות בו זה מדינות.

לארגון בינלאומי יש אישיות משפטית נפרדת – יש לו מוסדות קבועים, יעדים וסמכויות שונות מאלו שהקימו אותו.

ארגון בינלאומי פועל במישור הבינלאומי.

כיוון שארגון בינלאומי יש לו אישיות משפטית הוא לא כפוף לאף מדינה. אם חברה ישראלית פועלת מכוח המשפט הישראלי בארגון בינלאומי זה לא ככה, אין מדינה שיכולה להורות לו מה לעשות.

האם אפשר לתבוע ארגון בבית משפט מדינתי? עקרונית כן. אם זה חברה ישראלית אז אפשר לתבוע בבית משפט ישראלי. האם אפשר לתבוע בישראל ארגון שהוא לא ישראלי כמו ארגון האמנסטי (שהוא לא ארגון בינלאומי) – התשובה היא כן. אך האם אפשר לתבוע את ארגון הסחר הלאומי בישראל התשובה היא לא כי יש לו חסינות. יש לבדוק על כך שחקן איזה מנגנון חל עליו.

דוגמאות:

- האו"ם.
- האיחוד האירופי- הסכם בין מדינות באירופה. ארגון בין מדינתי.
- OECD- נכנסו לארגון זה לפני כמה זמן.
- בית הדין הבינלאומי בהאג- הוקם באמנה ומי שחברות בו הן מדינות. הארגון מעמיד לדין אנשים.

האישיות המשפטית של ארגון בין לאומי:

- זכויות וחובות- כאשר מדינות מקימות ארגון באמנה הן קובעות מה הזכויות והחובות של הארגון.
יש אמנה מ 1946 בדבר חסינות האו"ם עובדיו ומתקנם- הסכם הקובע זכויות של האו"ם בין מדינות.
באותה מידה הארגון עצמו יכול להתקשר באמנה.
- יכולת להתקשר באמנות- לדוגמא הסכם הסחר החופשי בין ישראל לבין האיחוד האירופי- הסכם בין אמנה לארגון. דוגמא נוספת היא הסכם בין ישראל לסארן שהוא ארגון למחקר גרעיני. ארגונית לא בהכרח יוצרים משפט מנהגי.
- יכולת לתבוע- חוות הדעת המייעצת של ביה"ד הבין לאומי ב 1950- רק מדינות מתדיינות בו ורק מדינה יכולה לתבוע רק מדינה אך יש לו סמכות גם לתת חו"ד מייעצות לאו"ם ולגופיו.
בשנת 1950 האו"ם ביקש חו"ד מביה"ד בעניין פיצויים. הרוזן ברנדוט שהיה דיפלומט ונציג של האו"ם ובא לאזורינו במטרה לנסות לעשות הסדר בין המדינות בעקבות מלחמת יום העצמאות. השליחות שלו הסתיימה כשהוא נרצח. השאלה מי רצח אותו היא שאלה

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

פנים ישראלית אך היה ברור שזה היה ישראלי. השאלה הייתה האם האו"ם יכול לתבוע מישראל פיצויים על העוול שנגרמה כי מי שנרצח הוא נציג האו"ם. האו"ם הוקם במגילת האו"ם ולא נכתב אם מותר לו לתבוע אך ביה"ד קבע שיש לאו"ם אישיות משפטית נפרדת מהמדינות שמקימות אותו ולכן הוא עצמו יכול לתבוע את העוולה.

ארגון בינ"ל לעומת ארגון שאינו בינ"ל:

תכונותיו של ארגון שאינו בינלאומי:

- החברות אינה של מדינות.
- מקום במשפט המדינתי.
- ללא מעמד בינ"ל.

איך הגענו לאו"ם? ארגונים בינלאומיים התחילו בעיקר במאה ה-19. ככל שגדל הצורך לשת"פ בינלאומי גדלה התופעה של ארגונים בינלאומיים. גדלה התופעה של מלחמות. אחרי מלחמת העולם השנייה הקימו את האו"ם. היו שתי בעיות שהיו צריך לתקן: א. המדינות החזקות לא היו חברות בכלל. ב. היעדר סמכות אכיפה.

הרכב האו"ם: שהרכבו אותו היו בו 51 חברות. כיום יש כמעט פי 4. הנוספות הן כמעט כולן מתוך המדינות המתפתחות. המשמעות היא שכאשר הקימו את האו"ם זה היה ארגון מערב אירופי אמריקאי. כיום זה בערך רבע. יש רוב אוטומטי של כל דבר שאפריקה ואסיה רוצות - יחסי כוחות באו"ם השתנו בצורה דרמטית כי במקום שהמשקל יהיה במדינות המערביות כרגע מי שמספרית נותנת את הטון הן המדינות המתפתחות מאחר והן רבות יותר.

המסמך שמקים את האוס הינו "מגילת האו"ם" - זו מעיין אמנה שחשובה כי היא לא רק מקימה ארגון ואומרת מי יעשה מה מי יחליט ועוד אלא קובעת גם עקרונות משפטיים - העקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט הבינלאומי שמנחים את האופן שבו מדינות האו"ם עובדות.

המגילה קובעת מה התכנים המהותיים של האו"ם. מגדירה את מטרות האו"ם - סעיף 1 למגילה.

- לשמור על שלום וביטחון בינלאומיים.
- לטפח יחסי ידידות בין אומות על בסיס עקרון שוויון זכויות והגדרה עצמית של עמים.
- להגיע לידי שיתוף פעולה בינלאומי בפיתוח בעיות בין לאומיות בעלות אופי חברתי, כלכלי, או הומניטרי ושיתוף פעולה בין לאומי בקידום זכויות אדם.

עקרונות הפעולה של האו"ם - סעיף 2 למגילה:

- איסור השימוש בכוח: סעיף 2(4) קובע שאסור להשתמש בכוח כאשר יש חריגים מתי כן ניתן שהם מנגנון הביטחון הקולקטיבי והגנה עצמית.
- האו"ם והעצרת הפנימית לא מתערבים בעניינים פנימיים של מדינה. יש גבול לרעיון זה כאשר זה מגיעים להפרות זכויות אדם ולפשעים בינלאומיים.
- סכסוכים צריך ליישב בדרכי שלום ולא בדרכי מלחמה.

חברות באו"ם: מדינות בלבד! - סעיף 4(1).

תנאי הקבלה להיות באו"ם:

- באום חברות רק **מדינות**, בשביל להתקבל לאום צריך להיות מדינה.
- מדינה **שוחרת שלום** המקבלת על עצמה את ההתחייבויות מגילה ומסוגלת למלאן.
- צריך **המלצה של מועבי"ט ורוב 2/3 בעצרת**.

משקפים באו"ם-

- מדינות וישויות שאינן חברות: הוותיקן ופלסטין.
- עשרות ארגונים בינ"ל.

המוסדות העיקריים של האו"ם - סעיף 7 למגילה :

- **העצרת הכללית** - בעצרת חברות המדינות שחברות באום - 193. העצרת הכללית היא בעיקר פורום לדיון ניגוד לפורום שמקבל החלטות. סעיף 10 למגילה אומר שהעצרת רשאית לדון בכל שאלה או עניין במסגרת המגילה או בנוגע לכוחות וסמכויות של אורגנים ולהמליץ לחברות האו"ם או למועב"יט. כאשר מועצת הביטחון דנה בנושא העצרת לא יכולה לדון. בעצרת דנים בעניינים כלכליים, זכויות אדם, שליטה וכל דבר בעולם יכול לדון בה.
- **קבלת החלטות** - סעיף 18 : קול אחד לכל מדינה אך העצרת לא מקבלת החלטות מחייבות. כל ההחלטות שלה הן המלצות ולא חייבים לפעול על פיהן. כאשר יש החלטה שכל מדינות העולם או רובן מקבלות קשה למדינה לפעול נגד ההחלטה רק כי זה לא מחייב. ההחלטות היחידות שמחייבות בה הן בנושאי תקציב בחירות וניהול. עקרונית ההחלטות מתקבלות בהצבעת רוב ויש תחומים בהם נדרש רוב מיוחד של 2/3 כמו קבלת חברות וגירושן. האו"פ הוא אחד המקומות שיש בו הכי הרבה החלטות, החלטות הן לא מחייבות בפני עצמן אך כשמדינות אומרות מה שנראה להן נכון ופועלות על פי זה זה יוצר להם מנהג.
- **מועצת הביטחון** - במועצת הביטחון חברות 15 מדינות, 5 קבועות ו-10 מתחלפות. הקבועות: ארה"ב, רוסיה, סין, בריטניה, צרפת. המדינות החזקות כשהקימו את האו"ם נכנסו לארגון בזכות זה שאמרו שמקומן שמור.
- **סמכויות מועצת הביטחון** - סמכות מועצת הביטחון היא אחריות ראשית לשמירת השלום והביטחון הלאומי. היא פועלת באמצעות פרק 6 ופרק 7. ראשית מנסים ליישב את הסכסוך בדרכי שלום (פרק 6) ואם זה לא מצליח אז בדרכי כוח - בצעדי חירום (פרק 7).
דוגמאות שמועצת הביטחון עושה במסגרת הכוח - במסגרת צעדי חירום :
 - טיפול בהפרות בקנה מידה רחב של זכויות אדם.
 - הקמת אזורי הגנה לאזרחים.
 - הקמת בתי דין פליליים מיוחדים.
 - "חקיקה".
 - הקמת כוחות שמירת שלום.
- **מעמד החלטות מועצת הביטחון** : חובה לציית להחלטות מועצת הביטחון עפ"י סעיף 25. בד"כ החלטות עפ"י פרק 6 כוללות המלצות בלבד - יישוב סכסוכים בדרכי שלום. בד"כ החלטות עפ"י פרק 7 כוללות דרישות מחייבות (סנקציות). עפ"י סעיף 103 החלטות מועצת הביטחון גוברות על התחייבויות אחרות.
- **הרכב המועצה והחלטותיה** - המנגנון בו מקבלים את ההחלטות בדברים החשובים באמת הוא מנגנון מאד קטן. כאשר יש דיון בענייניה של מדינה היא רשאית להשתתף - בלי להצביע. הטוב בלהיות חברה קבועה היא שיש להן זכות וטו - אם כל אחת מהן מתנגדת להחלטה ההחלטה תיפול לא משנה כמה מדינות תמכו. כאשר ניהלו את המו"מ על הקמת האו"ם שאלו האם כל המדינות שוות או שנכיר במישהו כבעל זכויות יותר גדולות. נוצרה בעיה כאשר כיום המדינות שבידן כוח להפיל דברים זה לא בהכרח המדינות שהקול שלהן חשוב ולכן מדברים על רעיון של רפורמה במועצה.
- עד 2008 רוסיה הטילה וטו 124 פעמים, ארה"ב 82 פעמים, בריטניה 32 פעמים, צרפת 18 פעמים, סין 6 פעמים.
- שימושים אחרונים - במרס 2014 רוסיה הטילה וטו על ההחלטה שמגנה את משאל העם בקרים כבלתי חוקי. ביולי 2012 סין ורוסיה הטילו וטו על איום בצעדים צבאיים נגד

סורים על פי פרק שבע. בפברואר 2011 ארה"ב הטילה וטו על גינוי התנחלויות ישראליות בגדמ"ע.

• **המועצה החברתית כלכלית.**

• **המזכירות והמזכ"ל** - אחד הדברים שפועלים תחתיו זה כוחות שמירת שלום. הם לא נכפים אל המדינה אלא מגיעים אליה בהסכמתה. בישראל יש כמה כוחות בינלאומיים. **הערכות**: השמירה לשלום וביטחון תלויה באינטרסים מדינתיים. לאום אין יותר כוח ממה שהמדינות יכולות לתת לו. יתרונות זכות הוטו לעומת חסרונותיה. **אי אפשר לצפות שלגוף הבינלאומי (האום) יהיה יותר כוח ממה שמדינות יכולות לתת לו באופן עצמאי**, כשהקימו את האום ההתלבטות הייתה לשים את המדינות החזקות עם זכויות יתר שיגרמו להם להצטרף או לא לתת להן והן יהיו בחוץ כאשר ההחלטה הייתה האפשרות הראשונה - ולא יהיה אפשר לכפות על ארה"ב או בריטניה שום פעילות. אי אפשר לצפות מהאום. החשיבות של האום זה לא רק לשלוח כוחות צבאיים ולעשות שלום בכוח- **תפקידו החשוב יותר הוא להיות פורום לדיונים כאשר כולם מרגישים תחושה של שייכות ושותפות בתקווה שיתכן ויגיעו על שת"פ היעדים מסוימים וגם אם לא מצליחים לפחות יש מנגנון בו מקפידים לנהל דיונים ולא לחימה. תחומי הפעולה של האום מתרחבים עם השנים ונוספו- איכות הסביבה, כלכלה, זכויות אדם, משפט בינ"ל פלילי.**

• **בית הדין הבין לאומי.**

• **מועצת הנאמנות.**

הסדרת השימוש בכוח:

המשפט הבינלאומי עוסק גם בהסדרת השימוש בכוח:

מבוא:

הכוונה בשימוש בכוח ביחסים בינלאומיים. כל עוד עניין פנים מדינתי לא בהכרח נתעסק אלא רק ביחסים בינלאומיים.

המשפט לא יאסור את הכוח ולכן מטרת המשפט היא לרסן את השימוש בכוח. זוהי פשרה בין מה שאידיאלי למה שריאלי. ריאלית לא ניתן להגיד שאסור להלחם אין פעם או לעולם לא להשתמש בכוח אבל ניתן להשתמש במנגנונים שיגידו איך להשתמש בכוח ומתי.

הצורך באיסור הוא נורמליזציה של החברה **והקושי** הינו פער בין נורמה למציאות: הנורמה הינה מאד עמומה.

יש לעשות הבחנה בין דיני הכניסה לסכסוך מזויין (IUS AD BELLUM) לבין איך משתמשים בכוח במהלך הסכסוך המזויין (IUS IN BELLUM).

החלק הראשון: האיסור להשתמש בכוח:

בימי הביניים דיברו במונחים של מלחמה צודקת- מלחמות שהיה מותר לצאת אליהם ומלחמות שלא.



במאה ה 19 המשפט הפוזיטיביסטי אומר שהכול בידי המדינות והן שיחליטו מה מותר לעשות ואם המדינות אומרות שמותר השתמש בכוח אז מותר להשתמש בכוח. לפי עיקרון זה יש חופש פעולה מוחלט ואין איסור על השימוש בכוח- אמרה שאומרת שמלחמה היא סוג של פוליטיקה.



נקודת המוצא היה שמותר מה כל עוד זה לא מה שהתחייבנו לא לעשות. התחילו בהדרגה הסכמים שמדינות התחייבו לא להשתמש בכוח בעיקר כלפי מדינות אחרות שכנות- ההסכמים היו חלקיים ולא אפקטיביים.

בעקבות מלחמת העולם נעשו ניסיונות לאסור על שימוש בכוח בצורה רחבה: א. הסכם אחד הוא ספר הבריט- כמו שיש את מגילת האום לחבר הלאומים היה את ספר הבריט, הוא לא אוסר את השימוש בכוח אבל קובע מנגנון להידברות שרק בסופו ניתן להשתמש בכוח, הרעיון הוא שמדינה רוצה לצאת למלחמה היא צריכה להודיע ואז מתנהל מו"מ ואם זה לא מצליח רק אז יוצאים למלחמה. נעשה אח"כ ניסיון כללי יותר של אמנה שבה מדינות מתחייבות לא להשתמש במלחמה לפתרון בעיות בינלאומיות- מגנות את המלחמה. ב. אמנת פריס- מגנה את השימוש במלחמה.



מגילת האו"ם קובעת איסור על השימוש בכוח, לראשונה יש איסור ברור ונחרץ המחייב את כולם. מקורו של האיסור הוא בגלל משפט מנהגי. ב 1945 התייחסו אליו כך במידה מסיימת.

סעיף 42 אומר ש"כל החברות תימנענה ביחסייהן הבין לאומיים מאיום או שימוש בכוח נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה או באופן אחר שמנוגד למטרות האו"ם.

השאלה הראשונה שעולה מהסעיף היא מה מהווה שימוש בכוח? האיסור פורש כמתייחס רק לכוח צבאי ולא לכוח כלכלי או פוליטי. אז הפסקת סחר למשל של מדינה היא לא שימוש בכוח. השפעה על המנגנון הכלכלי של המדינה. (הסעיף מדבר על כוח צבאי או איום בכוח צבאי).

השאלה השנייה היא האם זה אומר שהסעיף מתיר מטרות בכוח נגד מטרות אחרות? **הגישה המקובלת** היא שכח שימוש בכוח הוא אסור ומנוגד למטרות האו"ם. **גישה אחרת** אומרת שלא ושיש דברים ופעולות שלא פוגעות בשלמות טריטוריאלית ולא פוגעות בעצמאות פוליטית ולא מנוגדות לאו"ם ואז אפשר להתיר שימוש בכוח. בגישה השנייה יתכנו פעולות נוספות כמו הגנת אזרחים בחול והתערבות הומניטארית.

מעמד האיסור להשתמש בכוח- האיסור על שימוש בכוח הוא איסור קוגנטי-בהתנגשות עם נורמה אחרת האיסור הזה גובר. פס"ד קוגנטי- ביה"ד הסתמך על כך שהאיסור קוגנטי.

תוקפנות = כל שימוש בכוח הוא תוקפנות אך יש דברים שלא ברור אם נכנסים לסעיף אך הם עדיין תוקפני (במקרה יש החלטה שאומרת מה זה תוקפני).

החלק השני: החריגים לאיסור על שימוש בכוח:

שני החריגים הם:

1. מערכת הביטחון הקולקטיבי.
2. הגנה עצמית.

שני חריגים אלו רלוונטיים בעיקר לתגובה בכוח- זה שאסור לא אומר שלא קורה ולכן צריך להתגונן.

סעיף 24 קובע שמועצות הביטחון מופקדת על שמירה השלום והביטחון הבין לאומיים בשם המדינות החברות.

איך פועל המנגנון של מערכת הביטחון הקולקטיבי?

יש איסור כללי על שימוש בכוח, יש סמכות למעוצת הביטחון לטפל במקרה שיש סכסוך באמצעות צבא של האום וכמו שבתוך המדינה יש מנגנון ששומר ומגן מפני שימוש בכוח כמו המשטרה- כך יהיה במישור הבינלאומי באמצעות מועצת הביטחון. אך כיוון שלוקח זמן עד שמועצת הביטחון שולחת כוחות יש למדינה גם זכות לפעול להגנתה העצמאית. הצבא של האום לא ממד עבד ונראה איך זה השפיע על כיצד הדברים עובדים.

כיצד מועצת הביטחון מטפלת בסכסוכים מזוינים? פרק 6 למגילה: יישוב סכסוכים:

פנייה למועצת הביטחון לשם יישוב הסכסוך בדרכי שלום ומועצת הביטחון תמליץ המלצות- ביתיים פתרון שהינו המלצה. לקרוא את הסעיפים לפרק במקראה

החלטה 242 מיוני 1967 בעקבות מלחמת ששת הימים - מועצת הביטחון מביעה דאגה למה שקורה במזרח התיכון ושכל המדינות לקחו על עצמן לפעול לפי סעיף 2 למגילה. מועצת הביטחון מצהירה שההגשמה מחייבת השלטת שלום צודק ובר קיימא במזח התיכון אשר מן הראוי שיכלול את יישום של שני העקרונות הבאים:

- נסיגת כוחות מזוינים של ישראלים משטחים שנכבשו בעימות אחרות
- סיום כל התביעות למצב לוחמה וכן כיבוד והכרה בריבונותה בשלמותה ובעצמאות המדינות.

מתייחסים להחלטה זו כמחייבת בכל זאת כיוון שמצד אחד חובה לציית למה שאומרת מועצת הביטחון אך לא אמרה כלום ועדיין מחייב כי כל שאר המדינות קיבלו על עצמן את ההחלטה- ז"א המדינות אמרו שרואים בהחלטה כמחייבת.

פרק 7: תנאי הפעלת סמכויות חירום: פרק זה נותן למועצת הביטחון סמכויות חירום. לסמכויות חירום יש 3 סעיפים חשובים.

הסעיף הראשון – סעיף 39- הוא שהמועצה אומרת שיש מצב חירום- איום תוקפנות או הפרה של השלום. קודם מועצת הביטחון צריכה להחליט זאת. כאשר מחליטים החלטה כזו צריך להיות רוב רגיל אבל צריך שאף אחד מחברות המועצה הקבועות לא תתנגד כי יש וטו. יש למעשה החלטה פוליטית. החלטה על פי סעיף זה היא החלטה שיש בעיה.

הסעיף השני – סעיף 41- ואז מוצעת הביטחון תחליט על צעדים. הצעדים הראשונים הם לא צבאיים אך צעדי אכיפה- להחזיר את המדינה לתלם אך לא באופן צבאי- אלא לעשות סנקציות כלכליות או אחרות.

הסעיף השלישי- סעיף 42- לעיתים צעדים אלו לא מספיקים ומדינות לא נכנעות לכך אז אומרים שנקוט בצעדי אכיפה צבאיים. מועצת הביטחון אומרת שרוצה לנקוט בפעולה צבאית, מדינות שמוכנות להקצות יחידות לצורך העניין יכולות לפעול.

פרק 7- סעיף 37 יישום גמיש:

דוגמאות למקרים שמועצת הביטחון החליטה שיש איום על השלום או הפרת שלום או תוקפנות:

- סכסוכים אלימים בין מדינות.
- סירוב להסגיר חשודים בפיצוץ מעל לוקרבי (1992).
- פליטים מהאיטי (1994).

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- סכסוכים פנימיים.
- זכויות אדם (לוב).
- טרור (אלקעידה, 2001).

פרק 7- סעיף 41- סמכויות חירום:

מועצת הביטחון רשאית להחליט מה האמצעים שצריך לנקוט כדי להביא את החלטותיה לכלל מעשה, בלא להשתמש בכוח הנשק...

- הפסקת היחסים הכלכליים.
- הפסקת קשרי התחבורה.

דוגמא להחלטה שנוקטת באמצעי אכיפה שלא מגיעים בידי כוח צבאי: ההחלטה בעניין לוב בשנת 2001: מועצת הביטחון פועלת מכוח פרק 7 ונוקטת אמצעים מכוח סעיף 21. חובה לציית וזה לא צבאי. מפנים את העניין לבית הדין הבינלאומי הפלילי. יש הטלה של אמברקו- סחר בנשק, יש איסור נסיעות, יש הקמת וועדת סנקציות שתפקח על הדברים הללו. אך יש חריג שסיוע אומניטרי יהיה ניתן להעביר. בגלל שלוב לא מצייתת להחלטה יש הסמכה להשתמש בכוח על מנת לאכוף את ההחלטה ואז היה אפשר לתקוף את לוב.

הבחון הראשון:

הכרת מושגים ומונחים, תשובות קצרות, 10 שאלות.

החומר כל מה שהיה עד עכשיו לרבות הצעה מקוונת, אפשר להכניס סילבוס ומקראה.

שיעור 7:

בתוך פרק 7, סעיף 41 אמצעי כפייה לא צבאיים, סעיף 42 אמצעי כפייה צבאיים. למועצת הביטחון לא עומד צבא שיכולה לשלוח אלא יכולה להגיד למדינות להעמיד כוחות לטובת הפעולה.

פרק 6 וחצי הוא פתרון שבאמצע- אך לא מוסדר במגילה אלא הפרקטיקה עשתה. פרק זה אומר ששולחים כוחות שלום אך בהסכמתה.

בכל החלטה חוץ מהחלטות נוהליות שבמגילה יש זכות וטו. שמועצת הביטחון מקבל החלטה יש חובה לציית להחלטות שלה- סעיף 25. מועצת הביטחון בד"כ לא דורשת אלא רק ממליצה ואז היא בעצמה לא מחייבת.

ברגע שהיה שימוש בכוח ברור שניתן להיכנס לסעיף 39 אך יכולה לקבוע שיש הפרה של השלום גם אם לא הייתה יראה אחת.

דוגמאות שמועצת הביטחון ראתה בהם כאיום על השלום או הפרת השלום ובעקבות כל הטילה סנקציות כלכליות ואף צבאיות:

- סכסוכים אלימים בין מדינות.
- סירוב להסגיר חשודים בפיצוץ מעל לוקרבי.
- פליטים מהאיטי.
- סכסוכים פנימיים.
- זכויות אדם (לוב).
- טרור.

הוכנסו סיטואציות שגם דברים שהם לא מלחמה בין מדינות הם לא מסכנם את השלום הבינלאומי והעולם לצערנו יכול להיות אדיש אך זה עניין שהקהילה הבינלאומית חייבת להתערב בו.

סעיף 39 – מה שמפעיל את מנגנון הקולקטיבי הוא לא דווקא שהיה שימוש בכוח במדינות אחרות.

החריג השני לאיסור על שימוש בכוח: הגנה עצמית:

סעיף 51- הסעיף היחיד שמדבר על הגנה עצמית.

אומר ששום דבר במגילה לא יפגע בזכות הטבעית של הגנה העצמית אינדיבידואלית או קולקטיבית... עד שמועצת הביטחון תנקוט באמצעים הדרושים לשמירת השלום והביטחון הבינלאומי.

למדינות יש זכות טבעית להגנה עצמית אם יש התקפה עד שמועצת הביטחון תנקוט באמצעים הדרושים.

הרציונאל- כמו שניסחו במגילת האו"ם זה היה אמור להיות חריג לכלל (שפונים למועהב"ט שמפעילה את המנגנון הקולקטיבי ותבדוק אם הייתה תוקפנות) הכוונה לא הייתה לתת היתר לשימוש בכוח. מצד שני ברור שההיתר להגנה עצמית היה צריך להיות היתר צר כי אז ישתמשו בו לרעה. (הרציונל- אמצעי זמני עד להתערבות מועצת הביטחון)

מדינות נוטות לפרש את החריג באופן רחב כנותן חופש פעולה בעוד שגופים בינלאומיים נוטים לפרש אותו באופן צר.

מנגנון הביטחון הקולקטיבי לא עבד, התחיל מזה שלא היה צבא של האום, נמשך מזה שאפשר עקרונית להגיע לשת"פ בין מדינות כי אין צבא אבל המנגנון היה משותק בגלל העוינות. המנגנון לא עבד ואז הזכות להגנה עצמית הפכה להיות מרכזית והפכה מצרה לרחבה.

כל הדיון מתקיים כמעט 70 שנה מאז מגילת האו"ם. התברר שהסעיף בעצם נורא דל ולא נותן תשובות.

מתעוררות שאלות מה קורה כשזה לא מדינות ונגיע לזה בהמשך.

החריג הפך לכלל כי מועצת הביטחון לא התערבה וזהו הבעיה. אז למה חשבה הפרשנות- האם יש זכות להגנה עצמית או לא? זה לא יעסיק את המדינה איך לפעול ברגע נתון כי אם לגישה השימוש בכוח זה מה שהיא צריכה לעשות בין אם אין לה אלטרנטיבה אחרת כי הותקפה או כי רוצה לכבוש שטח, זה לא חשוב למדינה עצמה כמו שזה חשוב למדינות אחרות.

הדיון האם הייתה הגנה עצמית או לא זה לא דיון שמתנהל בתוך המדינה אלא בקרב המדינות שתוהות איך להגיב, בין אם באופן צבאי או דיפלומטי.

ווארשה ונטו – מדינות שחברות בברית נטו רוצות לדעת אם אכן ניתן מדינה הותקפה ויש לה זכות להגנה עצמית ואז תבוא לעזרתה.

לא כל פעם שיש תוקפנות יש בהכרח זכות להגנה עצמית ועל כן יש להוכיח זכות להגנה עצמית.

מתי יש זכות להגנה עצמית:

התשובה קיימת עוד מלפני מגילת האו"ם. **במגילה היה כתוב** שלכל מדינה יש זכות טבעית להגנה עצמית, הזכות הטבעית קדמה למגילה.

ספינת קראוולין - קנדה הייתה מושבה בריטית והקנדים רצו עצמאות אז מרדו בשלטון. היו אזרחים אמריקאים והשיטו ספינה אמריקאית ובה אמצעי לחימה שיצאה באחד האגמים שבין ארה"ב לקנדה מהחוף האמריקאי בדרכה לחוף הקנאדי. הבריטים היה להם מודיעין על כך ושלחו יחידת קומנדו אל הספינה כשעוד הייתה בארה"ב, השתלטו עליה, העלו אותה באש וזרקו אותה למפלי הניאגרה. נהרג אזרח אמריקאי והאמריקאים זעמו על איך בריטניה משתמשת בכוח בשטחה שלה של ארה"ב. הבריטים טענו להגנה עצמית, התחילה התכתבות בין האמריקאים לארה"ב ובאגרות שרי החוץ ליבנו את הסוגיה וגיבשו מהן הנסיבות בן ניתן להשתמש בהגנה עצמית. נוצרת הלכת קארוליין- ההתכתבות הפכה למנהג בכך שמדינות פעלו בהתאם אליה מתוך תחושת מחויבות. **ההסכמה ביניהם הייתה שמעשה יוכל להיחשב למעשה של הגנה עצמית אם הוא עומד בשלושה תנאים:**

- **צורך** - שאין אלטרנטיבה בדרכי שלום. (בסיטואציה זו לא הייתה באמת אלטרנטיבה בדרכי שלום).
- **מיידיות** - שאין זמן למצוא תחליף אחר מלבד השימוש בכוח.
- **מידתיות בין הפעולה לבין הסכנה** - התגובה צריכה להיות פופורציונאלית (במקרה שלנו לפוצץ ספינה שעליה יש נשק זה כן פופורציונאלי).

מעמד הכללים: כאמור זה משפט מנהגי שקדם לסעיף 51, אחת השאלות הייתה מה היחס בין המשפט המנהגי לסעיף 51. מה שנקבע-בפרשת ניקרגואה נ' ארה"ב, זה שההכלה קיימת במקביל לסעיף 51. סעיף 51 מכיל אותה ועל כן מצהיר על משפט מנהגי. בסעיף 51 נאמר שאם הייתה התקפה חמושה אז מדינה יכולה לעשות כך או אחרת ובהלכת קארוליין לא נאמר שהייתה התקפה חלשה. (בקרולאין יש התקפה מקדימה ובסעיף אין).

אם כן לזכות להגנה עצמית כפי שהיא יש את סעיף 51 שמעגן את המשפט הבינלאומי.

הסיפא של סעיף 51 אומר "אמצעים הננקטים.. ידווח עליהם למועצת הביטחון..". כלומר שמדינה נוקטת בהגנה עצמית היא צריכה לפנות למועצת הביטחון (בו זמנית). כי הרעיון היה שמועצת הביטחון והמדינה פועלת באופן זמני.

פס"ד ניקראוגיה נ' ארה"ב - האמריקאים שלחו כוחות שהפעילו את הכוחות הנגד ומימנו אום וממשלת ניקראוגיה הגישה תביעה נגד ארה"ב, הטענה כנגד הייתה שפעלנו מתוך הגנה עצמית והיא נדחתה לגופה. מה שדחה אותה זה שבית הדין אמר שכשפועלים מכוח הגנה עצמית פועלים למועצת הביטחון והם לא פנו אז שלא יגידו שזה הגנה עצמית.

הגנה עצמית קולקטיבית - עפ"י סעיף 51 "אין במגילה כדי לפגוע בזכות האינהרנטית להגנה עצמית או אינדיבידואלית או קולקטיבית" .. מהי הגנה עצמית קולקטיבית? כאשר מדינה אחת תוקפת מדינה אחרת ועקרונית כל מדינה שלישית יכולה לבוא לעזרת המותקפת.

מתי מדינה שלישית יכולה לבוא לעזרתה של מדינה מותקפת (צריך להיזהר גם שמדינות שבאו לעזור לא יותקפו):

- כאשר הייתה התקפה חמושה
- כאשר המדינה המותקפת אומרת ומכריזה על כך שהותקפה.
- כאשר המדינה המותקפת מבקשת עצרה מצד ג'.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

עיראק וקואט- דוגמא לכך שהעיראקים תקפו את קואט ואמרו שמותר להפעיל כוח. המדינות שתקפו את עיראק באו לעזרתה של קואט מכוח הגנה עצמית קולקטיבית.

אחרי ההתקפה על מגדלי התאומים ארה"ב פעלה באפגניסטן ופעלה שפועלת מתוך הגנה עצמית. קואליציה שהוקמה היו בה כוחות אחרים שפעלו מכוח הזכות להגנה עצמית קולקטיבית- נחלצו לטובת ארה"ב.

למה בכלל יש הגנה עצמית קולקטיבית? א. אמור לגרום לכך שמדינה שתוקפת גם אם הקורבן שלה זה מדינה חדשה היא יכולה. ב. אמור להרתיע מדינות חדשות. מה שיוצא מכך הוא שהאיסור על שיו"ש בכוח הוא כלפי כולי עלמא. ההפרה של המשפט הבינלאומי הוא הפרה כלפי כל אחת מהמדינות האחרות ולכן כל אחת מהן רשאית לנקוט באמצעים.

הגנה עצמית מתחילה בהתקפה חמושה.

שאלות בלתי פתורות בנושא הגנה עצמית:

1. סעיף 51 אומר התקפה חמושה והמשפט המנהגי אומר מעשה תוקפנות. ואמרנו שסעיף 51 מעגן את המשפט המנהגי. אז איך הם לא אותו הדבר? לדוגמא כאשר מטילים סגר ימי ומונעים מעבר דרך מיצרים זה לא התקפה חמושה אבל זה כן תוקפנות- אז יש זכות להגנה עצמית? כאשר כוחות שנמצאים בטח מדינה ברשותה אין עם זה בעיה זה בהסכמתנו. ברגע שהכוחות פועלים שלא בהסכמת המדינה ופועלים באופן צבאי וחמוש וודאי יש תוקפנות ובהתאם לסיטואציה אולי ניתן לומר שיש התקפה חמושה.

שיעור 8:

איזה שימוש בכוח מקים את הזכות להגנה עצמית?

סעיף 51 אומר התקפה חמושה.

המשפט המנהגי אשר קדם לכך אומר שכל מעשה תוקפנות(סגר ימי, איום בכוח, אפשר פעולה צבאית משטח המדינה).

העיקרון הוא שאסור להשתמש בכוח בשום צורה או דרגה ואפילו לא ירייה אחת ואפילו לא איום בשימוש בכוח.

האיסור מובהק אבל לא בכל פעם שהיה שימוש אסור בכוח בהכרח מותר להתגונן. הגנה עצמית מעבר לכך שצריך לקרוא למועצת הביטחון – לא על כל דבר חייבים להגיד.

אם למשל יש ירייה אחת מעבר לגדר השאלה האם מותר להגיב בכוח. אם תהיה תגובה היא תהיה הגנה עצמית אך האם בנסיבות האלה מותר? האם על כל פגיעה ראוי להגיב? לא על כל פגיעה מותר להגיב בכדי שלא נסלים (נחמיר) את המצב.

דרך ראשונה להתמודד היא להגיד שלא כל דבר ניתן להשתמש בהגנה עצמית.

אם כך ישנם תנאים על מנת שהגנה עצמית תחשב חוקית: מידתיות וצורך.

יש גישה שאומרת שצריך לעבור סף חומרה שעד אליו אין מקום להגנה עצמית ומסתפקים בפנייה למועצת הביטחון

גישה שנייה אומרת שתמיד תהיה זכות להגנה עצמית אך צריכה להיות פרופורציונאלית לסכנה.

מה קורה כאשר השימוש בכוח מגיע מגורם שהוא לא מדינה?

סעיף 51 שותק לגבי זה.

הזכות להגנה עצמית קיימת רק כאשר מדובר ביחסים בין מדינות.

המשפט הבינלאומי כיום - בשנת 2004 בית הדין הבינלאומי בהאג נתן חו"ד לעניין בניית גדר הפרדה. אחת הטענות של ישראל (שלא השתתפה בדיונים-הייתה שבית הדין לא צריך לנהל את הדיונים) טענה שבניית הגדר היא אקט של הגנה עצמית והדבר נועד למנוע פגיעה בביטחון מדינת ישראל. בית הדין אמר שהזכות להגנה עצמית קיימת כשהתקפה היא מצד מדינה הוא כשהיא מצד גורם שאיננו מדינה.

בשנת 2005 ניתן פס"ד קונגו נ' אוגנדה (פס"ד של בית הדין הבינלאומי) - בפסק הדין אוגנדה טענה שהפעולות שעשתה בתוך קונגו היו פעולות של הגנה עצמית. אמרו שהתגוננו בפני כוחות אוגנדיים שפעלו בשטח קונגו. תשובת בית הדין הייתה שהגנה עצמית יש רק מפני פעולה של מדינה.

אם מסתכלים על הפסיקה הבינלאומית (אמצעי לזיהוי המשפט המנהגי ופרשנות) - היא זכתה להרבה ביקורת, הביקורת הראשונה הינה לגופה של הפסיקה: כשמדינה צריכה להתגונן והיא צריכה להגיב מה זה משנה אם התגובה הייתה של מדינה או לא של מדינה? הביקורת שהיא לגופה של הכרעה ניתן למצוא אותה בראשונה בדעות המיעוט בחוות הדעת בפרשת קונגו - אחד השופטים אומר למה זה חשוב אבל הוא דעת מיעוט. המקום השני שנאמר היה בג' אלפני מנשה - הראשון שיש בו דיון בחוקיות הגדר אחרי שניתנה חוות הדעת ובג' מתדיין עם בית הדין הבינלאומי.

הביקורת השנייה אפילו הפרקטיקה הבינלאומית בשנת 2004 אומרת שמועצת הביטחון מכירה בכך שיש זכות להגנה עצמית. כשבית הדין צריך לבחון מה המצב המשפטי יש סעיף ששותק והוא יכול לפרש אותו בצורות שונות ויש פרקטיקה שאומרת שגם שחקן שהוא לא מדינה התקפה שלו היא בסיס להגנה עצמית - אז המסקנה הדווקנית היא לא מוצדקת. מניפולטיבית קצת כי לא ברור שההגנה העצמית הייתה מול אלקעידה ולא מול אפגניסטן. אין תשובה חד משמעית איך בדיוק צריך לפרש את ההחלטות תוכל אחד מפרש בדרך שמשרתת את המטרה שלו.

דרך אחרת להסתכל על כ זה לומר שסעיף 51 חל רק במקרה של (4)2 - אם הייתה התקפה חמושה הסיפור מתחיל בסעיף (4)2 ואסור להשתמש בכוח ואם אוסר להשתמש בכוח אז 51.

בסעיף (4)2 מדברים על יחסים בין מדינות - שלא ישתמשו בכוח על מנת להסדיר את היחסים הבינלאומיים - מדבר מה אסור בין מדינות ובכלל לא מדבר על שחקנים אחרים ולכן ברגע שהשימוש כוח הוא לא בין שתי מדינות לא הגענו לסעיף (4)2 ולא נגיע לסעיף 51. בעצם השאלה היא אחרת לגמרי - בשחקן שהוא לא מדינה מותר להשתמש בכוח? אין תשובה לכך במגילה.

אם אנחנו לא במגילה צריך לענות על השאלה מה מותר לשחקן בקשר לשימוש בכוח, התשובה למה מותר לאוגנדה לעשות היא לא קשורה לסעיף 51 (כאשר שחקן תקף אותה).

יתכן שישראל הייתה צריכה לטעון לכך שהיה לה צורך ולא לסעיף 51.

כאשר יש ארגון שפועל משטחה של מדינה אחרת:

לא מדברים על פעולות מהגדה או מעזה כי הן לא מדינה זרה. אפשר למשל לדבר על פעולה משטח לבנון או משטח סוריה.

השאלה מה ישראל יכולה לעשות כנגד הארגון - כאשר הבעיה זה שיש ארגון שפועל מתוך שטח של מדינה זרה. יש פה התלבטות ורואים זאת בספור על לבנון - שלא היה לנו ריב עם לבנון אלא עם חזבאללה - מלחמת לבנון הראשונה הייתה לנו בעיה עם אשאף ולא עם לבנון. האיום המידי היה מאשיף ולכן הסכסוך היה עם חזבאללה, אף אחד לא טוען שהמדינה היא זו שמבצעת את ההתקפה,

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

ההתגוננות תהיה בכך שמשותמשים בכוח נגד הארגון רק שיש בעיה כי נמצא בשטח של מדינה אחרת (שאנחנו לא באים אליה בטענות) ואז יצא שתקפנו את אותה מדינה. (כמו למשל שאין דרך להתמודד עם חזבאללה מבלי לתקוף את השטח של לבנון).

השאלה הטרידה בדיון תיאורטי – שפועלים משטח של מדינה אחת לשטח של אחרת. ככל שהתופעה צמחה והתפשטה כך גם הדיון המשפטי בה.

המצב כיום (בא לידי ביטוי גם בדיונים פוליטיים וגם בכתיבה אקדמאית- אין אמנה שמעגנת זאת):

אם המדינה עומדת מאחורי פעולות הארגון: ברור שאפשר לפעול נגדה. היא לקוחת על עצמה אחריות במעשים. ברגע שמדינה מודדת שימוש בשטחה על מנת לתקוף מדינה אחרת היא בעצמה תוקפנית גם אם היא לא בעצמה ביצעה את המעשים וזה נהיה מסובך כאשר שמדינה לא עומדת מאחורי הארגון. **אם המדינה לא עומדת מאחורי הארגון**: יש לדרוש מהמדינה המארחת לפעול נגד הגורם התוקפן או לקבל הסכמתה לפעולה צבאית.

לקוננו למשל לא היה עניין עם ריב עם אוגנדה. בשלב הזה צריך לפעול מהמדינה המארחת לפעול.

השלב המורכב הוא **כאשר המדינה אינה רוצה/יכולה להתמודד עם האיום, אפשר לפעול במקומה**. לבנון למשל בשנות ה-70 לבנון הייתה במלחמת אזרחים ולא הייתה ממשלה שהייתה מסוגלת להטיל את מרותה.

הפעולה הצבאית צריכה להתמקד בארגון ולא במדינה המארחת- אין למשל מקום לפעולה באזורים שחזבאללה לא נמצא.

דוגמא למקום שנאמר שהפעולה לא פרופורציונאלי- קוננו נ אוגנדה בית הדין אמר שקודם כל פעולה של ארגון לא מקנה זכות להגנה עצמית אבל אפילו אם כן הפעולה צריכה להתמקד בארגון. אוגנדה כבשה שלישי מקוננו- לא פרופורציונאלי בכלל.

אין קווים וגבולות ברורים, זה יהיה פונקציה של איך פועלת המדינה, מה היחס בין הקשרים למדינה. צריך לבדוק כל מקרה לגופו והבדיקה צריכה להיות צמודה לעובדות.

הגנה עצמית מקדימה:

ישנם טיעונים לכאן ולכאן:

אין זכות להגנה עצמית:

סעיף 51 מניח מה קורה אם הייתה התקפה חמושה. הדרישה שהגנה עצמית קיימת רק כאשר התקפה הייתה יש בכך היגיון כי מונעת שיעשה שימוש לרעה. חשש לשימוש לרעה.

במסגרת מנגנון הביטחון הקולקטיבי: אם הסכנה ידועה מבעוד מועד צריך לפנות למועצת הביטחון.

יש זכות להגנה עצמית מקדימה:

ההיגיון של הבא להורגך השכם להורגו- לא לחכות עד שיתקפו אותנו בכדי להתגונן. ההיגיון מעוגן במשפט המנהגי- הזכות המנהגית להגנה עצמית כללה הגנה עצמית מקדימה.

לעניין הפרקטיקה נוסף למשפט המנהגי כפי שנוצר מאירועים גם את הצהרת האום המגדירה מהי תוקפנות- אומרת שכל מיני דברים לרבות שימוש בכוח חמוש כאשר השימוש הראשון של כוח חמוש ע"י מדינה ייחשב כראייה לכאורה של מעשה תוקפנות.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

המשפט עצמו מביא בחשבון את האפשרות שיתכן שימוש ראשון לא יהיה תוקפני כי הוא מהווה הגנה עצמית.

אין פסיקה חד משמעית בעניין.

במלחמת ששת הימים כאשר התחיל שסגרו את המיצרים (למרות שזו פעולה של תוקפנות זה לא שימוש בכוח). הטענה של ישראל לא הייתה שהיא משתמשת בכוח בגלל סגירת המיצרים. התקיפה הישראלית התחילה בכך שחייל האוויר הישראלי תקף את מטוסי חל האוויר המצרי שהיו על הקרקע. ירינו ראשוני, טענו שעשינו את זה כי שעה אחרי הם תכננו לתקוף אותנו אז הקדמנו תרופה למכה. ככה החלה מלחמת ששת הימים וישראל טענה שטוענת מכוח הזכות להגנה עצמית מקדימה.

הפרשנות המקובלת שיש זכות להגנה עצמית מקדימה אך יש לפרשת אותה בצמצום. המקרה של ששת הימים נחשב מקרה קל כי לא הייתה מחלוקת על העובדות.

הגנה עצמית מונעת:

ההבדל בין הגנה עצמית מקדימה להגנה עצמית מונעת היא במיידיות של הסכנה.

הגנה עצמית מונעת זה כאשר פועלים על מנת למנוע את הסכמה, לא מקדימים תרופה למכה אלא מונעים את הסכנה מלכתחילה.

הגנה עצמית מונעת- כאשר אין איום מיידית ואנחנו דואגים שלא יהיה איום. מונעים את היווצרות הסכנה מלכתחילה. **הגנה עצמית מקדימה**- אם יש סכנה אז נותן אפשרות לפעול.

הדעה המקובלת שהגנה עצמית מקדימה היא חוקית אבל על מנת שמעשה יהיה לגיטימי כהגנה עצמית מקדימה צריכה שתהיה סכנה מיידית וברורה. אם נפרש את ההיתר בצורה רחבה יותר הוא עלול לשמש לרעה.

הרחבה של המושג הגנה עצמית מקדימה זה הגנה עצמית מונעת.

הגנה עצמית מונעת זה לא רק שמקדימים את הסכנה שלא תהיה אלא שפועלים שלא תהיה סכנה בכלל.

ב81 התקיפה ישראל את הכור הגרעיני בעיראק. לעיראק היה כור גרעיני וישראל טענה בשנת 81 שלא הייתה כונה ואפשרות לתקוף את ישראל אבל הכור עמד להפוך למבצעי- אופרטיבי וישראל רצתה למנוע את האפשרות שזה יקרה. לא עמדנו בפני סכנה מיידית אלא רצינו למנוע את אפשרות התמשותה של הסכנה מהתחלה.

ההבדל בין 67 ל 81 היה בכמה הסכנה מיידית. ההבדל הזה הוא שבא לידי ביטוי לגבי התגובה העולמית. ב67 לא הייתה טענה שישראל פעלה שלא כדין. לעומת זאת ב 81 הטענה הייתה שהפעולה לא כדין וזה היה רחוק מידי ולא הייתה הצדקה לפעולה צבאית.

במהלך השנים התפיסות בעניין השתנו. האיום הגרעיני הפך לממשי יותר. התפיסה היום היא שאולי יש מקום להגנה עצמית מונעת כי אם לא הסכנה תהיה גדולה.

עוד חריגים לאיסור:

ישנם עוד חריגים לאיסור על שימוש בכוח מלבד הגנה עצמית וביטחון קולקטיבי.

ראשית איסור להשתמש בכוח אבל יש חריג אחד שהוא ביטחון קולקטיבי (במקום מועצת הביטחון) ויש חריג של הגנה עצמית עם כל מיני ניואנסים שדיברנו עליהם

עוד חריגים?

- **התערבות הומניטארית** - מצב שבו יש התערבות בין לאומי, שימוש בכוח בין לאומי (לא מתוך המדינה) שמטרתו היא להגן על אזרחי המדינה המותקפת מפני סכנה הומניטארית. בד"כ הכוונה לסכנה מפני המדינה שלהם. השאלה היא האם מדינה שלא קיבלה אישור ממועצת הביטחון והיא מספיק חזקה וחשוב לה יכולה לתקוף למשל את סוריה על מנת להגן על האזרחים הסורים בגלל הפרת זכויות הסורים ע"י הממשל הסורי- בלי אישור של מועצת הביטחון. התערבות הומניטאריות- מתערבים למדינה אחרת על מנת לעזור לאזרחיה או תושביה מפני הממשלה/המשטר. דרך אחת היא לחזור לסעיף 2(4) האוסר על שימוש בכוח או איום בשימוש בכוח נ' מדינה על מנת לפגוע בשלמותה הטריטוריאלית ובשלמותה או בכל דרך אחרת שלא מתיישב עם מטרות האום. אם עוזרים לאזרחים כנגד הממשל לא מפרים את מטרות האום אלא עוזרים בכי רוצים להגן על זכויות האדם שזה גם אחת ממטרות האום. זו דרך אחת להצדיק זאת.
- העמדה המקובלת היא שהסיפא לא נועד לצמצם את האיסור אלא להסביר למה האיסור על שימוש בכוח חשוב. לא ברור שאפשר להתחמק מהסעיף 2(4) בקלות. הסיפא לא מסייג את האיסור של השימוש בכוח. לא ברור האם הסעיף אוסר על התערבות הומניטארית או לא: הרעיון של הגנה על אזרחים מפני ממשלה זה נראה רעיון טוב אך יכול לשמש לרעה. המקום שבו הדוקטרינה שיש מקום להתערבות היה בשנת 99. סרביה נקטה במדיניות של הדרת האזרחים מהשלטון. היה ניסיון לארגן סיוע שנכשל כי היה ברור שיש התנגדות של רוסיה שלא רצתה שתהיה התערבות צבאית בסרביה, אז מדינות נטו בלי היתר של מועצת הביטחון תקפו את סרביה בקוסובו על מנת לגרום להם להפסיק את הפרות זכויות האדם ולמעשה הוציאו את הסרבים מקוסובו. היו שלושה חודשים של התקפות, הסרבים נכנעו ויצאו מקוסובו, האום נכנס ומ99 עד 2008 היה שלטון של האום, ב 2008 קוסובו הכריזה על עצמאות. השאלה היא האם הפעולה של נטו הייתה חוקית? סרביה לא הסכימה שיתקיפו אותה ולא הייתה מחלוקת שקוסובו היא חלק מסרביה אבל נטו אמרו שבאו להציל את הקוסובארים. נשמע לגיטימי רק הבעיה שהגרסא של סרביה זה שמה שהמערב ניסה לעשות זה לכפות הסדר שסרביה לא רצתה אותו. כלומר בעצם הייתה מדיניות של תותחים- אם לא תחתמו על ההסכמים שאנחנו רוצים שתחתמו אנחנו נתקוף אתכם (את סרביה), ואז לא נשמע שהפעולה הייתה מאהבה ודאגה אלא מתוך כוח. הטענה הסרבית היא שזו לא הייתה התערבות הומניטארית וזה עוד מקרה שהשתמשו בטענה הזו כדי להשיג צרכים פוליטיים.
- הגנה על אזרחים ורכוש- אך לכאורה אפשר לראות זאת אחרת. לדוגמה מבצע אנטבה- פעולתה של ישראל הייתה מוגבלת לאזרחים ורכוש- ההגנה עליהם. לעומת זאת פעולת האמריקאים באוגנדה שלא ברור איפה בדיוק נופל.

הקשר בין שימוש בכוח לבין רכישת שטח:

אין תשובה חד משמעית האם שימוש בכוח הוא ערכי הוא לא. כשלעצמו זה נראה לגיטימי ובד"כ אין ביקורת בינלאומית שמדינות עושות את זה אבל יודעים שיש ניצול לרעה.

שמדינה כתוצאה מהשימוש שלה בכוח משתלטת על שטח אז מה הזכויות שלה על אותו שטח?

סעיף 52 לאמנת וינה אומר שכאשר הסכם נכפה אין לו תוקף כי הסכם צריך להיות מרצון של שני הצדדים ולכן אם מדינה תוקפת במלחמה וכובשת שטח ומגיעה להסכם עם המדינה ששטחה נכבש שהשטח הועבר לידיה – זה הסכם כפוי.

האם אפשר לדרוש ריבונות בשטח הזה? מדובר במקרים שהמדינה המותקפת מסכימה למתן השטח. מה רע בזה שהריבונות תעבור מתוך הסכם? אומרים שהעובדה שיש אולי מסמך כתוב לא מספיק כהסכמה כי זו לא הסכמה אמיתית. הסכם כפוי בטח ואם ההסכם הוא בין התוקף למותקף על שטח כבוש ברור שזה הסכם כפוי.

מדינה תוקפנית לא יכולה לרכוש שטח באופן חד צדדי אם השימוש שלה הוא בלתי חוקי. גם אם תגיע להסכם זה לא חוקי.

כלומר, מדינת תוקפת לא יכולה לרכוש זכויות בשטח שהיא תפסה אפילו אם לכאורה תגיע להסכם לגביו כי בד"כ יהיה הסכם כפוי.

הרציונאל הוא ברור כי אם רוצים לאסור על שימוש בכוח אז מי שמפר ותוקף לא יכול להנות מפרי המעשה האסור.

פחות ברור **מהקורה כאשר המדינה שתפסה את השטח היא המדינה המתגוננת** ולא המדינה התוקפת. האם בנסיבות האלה זה משנה את התוצאה של מה אפשר או אי אפשר לעשות בשטח?

המשפט המצוי הוא ששום שימוש בכוח (חוקי או לא) לא מאפשר רכישת ריבונות (רכישת שטח). מוצאים את המשפט המצוי למשל בעצרת הכללית- שהיא לעצמה לא מחייבת אבל התוכן שלה פה הוא משפט מנהלי. שאומרת שאף רכישה של שטח כתוצאה מאיום או שימוש בכוח לא תוכר כחוקית. לא נאמר שהשימוש בכוח לא חוקי אלא שום שימוש בכוח לא יכול להקנות שטח.

בהקשר שלנו בא לידי ביטוי (וזו לא נורמה שיוצרת משפט אלא החלטה במקרה ספציפית) היא החלטה 242 שהתקבלה אחרי מלחמת ששת הימים- שמועצת הביטחון אומרת שאין לרכוש שטח במלחמה וממליצה מה לעשות. מדינה שלא רכשה שטח במלחמה היא ישראל. הדיון היה במידה רבה מבוסס על התפיסה שישאל היא המדינה המתגוננת ובכל זאת זה מופיע. מוצעת הביטחון הדגישה שאי אפשר לרכוש שטח במלחמה.

לא שאין מחלוקות כנגד המשפט המצוי.

טיעונים כנגד :

טיעון אחד הוא שאם המדינה המתגוננת גם היא לא יכולה לרכוש שטח אז בעצם זה אומר למדינה התוקפת שאין לה מה להפסיד. לא תוכל להרוויח מהמלחמה אבל גם אין לה מה להספיד כי לא יוכלו לכבוש שטח שלה. היא לא נמצאת בפני סכנה לכן גורם ההרתעה יותר חלש. אם המדינה התוקפת יודעת שתקבל את כל השטחים שלה חזרה כי אם היא תפסיד תקבל חזרה אז הסיכון לא גדול.

טיעון אחר אומר: עיקרון האפקטיביות- שבסופו של דבר המשפט הבינלאומי תפקידו להבטיח יציבות וצריך להיות אפקטיבי לשם כך. לפעמים צריך להשלים עם דברים שקרו כי אם לא היו צרכים לקרות מתחילה יגרמו נזק יותר מתועלת. לכן יכול להיות שגם אם רכישה של שטח מההתחלה לא חוקית אם חולף מספיק זמן צריך אולי להשלים עם העובדות- סוג של טענת התיישנות מהותית. אם יציבות היא הגורם המרכזי מה זה משנה אם השטח נרכש כדין או לא כדין- מה זה משנה אם מתגוננת או תוקפת?

שיעור 9:

משפט הומניטארי (דיני מלחמה = / דיני סכסוך מזויין)

משפט הומניטארי הוא אחד מתחומי המשפט הוותיקים ביותר. שורשיו הם עתיקים

הרציונאליים של משפט בינלאומי השתנו, בעבר זה היה להגן על חיילים. כיום המשפט ההומניטארי מבוסס על תפיסה אידיאולוגית שאומרת שצריך לצמצם את הנזקים ואת הפגיעה באנשים ולכן גם במלחמה יש גבולות למה שצריך לעשות. יש נורמות מינימאליות שצריך לנהוג על פיהן.

המשפט ההומניטארי התפתח ברובו מסכסוכים בין מדינות אך כיום רוב הסכסוכים בעולם הם סכסוכים בין מדינותיים.

נבדר על הכללים הבסיסיים שדנים על כל סוגי הסכסוכים. כיצד מתאימים ככלים שמתאימים לסיטואציה של מדינה מול מדינה. נדון כיצד עושים את ההתאמות.

חלק מדיני המלחמה זה דיני הכיבוש זה מאד משמעותי בשיח בפוליטי. כל מה שסובב את ישראל נעשה בעובדה שישאל נמצאת בסכסוך מזויין מיום הקמתה.

יש קשר בין משפט הומניטארי לבין תחומים אחרים במשפט: משפט בינלאומי פלילי, דיני זכויות אדם- מתי חל משפט הומניטארי ומתי זכויות אדם, כיום ההבחנה פחות ברור.

נדון:

- האם למשפט תפקיד בזמן מלחמה- מה הרקע למשפט ההומניטארי והאם אפשר להסדיר מלחמה באמצעות המשפט.
- מה הרציונאליים של משפט הומניטארי ומה מניע אותו.
- המקורות ההיסטוריים והמשפטיים של המשפט ההומניטארי- אבני דרך.
- הבחנות יסוד.
- עקרונות יסוד.
- אוכלוסיות מוגנות.
- אכיפה.

האם למשפט יש תפקיד בזמן מלחמה?

המשפט ברגע של מלחמה אין מה לדבר. יש כמה טענות שנטענו וניתנו להן תשובות ואפשר להחזיק בדעות שונות אך נציג את השיח.

בשיח הבינלאומי המשפטי מה שניצח זה העובדה שאומר שכן אפשר להסדיר.

הטענות- האם יש מקום למשפט בעת מלחמה:

- הסדרה של מלחמה במשפט היא לא אפשרית כי שבירת סדר זה מצב שאינו שפיט. הטענה שניתנה זה נכון שנהרס הסדר אבל זה לא נכון שאי אפשר להסדיר אבל פשוט זה יהיה סדר אחר.
- מלחמה מתנהלת במצב של אנרכיה- פורקן יצרים וחוסר שליטה אז מה הטעם ליצור נורמות אם אף אחד לא ינהג על פיהן- בפועל זה לא ככה ואנשים כן מוכנים להגביל את עצמם (אולי מתוך טעמים אינסטרומנטליים).

- **הסדרה היא לא רצויה כי מגדילה אינטרסים חיוניים.** אם מדינה רוצה להתגונן כי מאיימים על קיומה אי אפשר להגביל את כוחה. יש תשובה שאומרת שהמטרה קיומים ונאבקים על קיום וגם כאשר המטרה לא מקדשת כל אמצעי ויש דרכים להשיג: ציטוט **מפס"ד עג'ורי**: "אכן, גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד נגד אויביה מבוסס על הכרתה כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה, שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה".
- **טענה שהסדרה של משפט לא מרתיעה,** שאם מי שיוצא למלחמה יודע שמרגע שנפתחה המלחמה אין מגבלות והכול יכול לקרות זה אומר שהסיכון שלוקח על עצמו גדול ואז יחשוב פעמיים אם לצאת למלחמה. טענה זו לא הושמעה במסגרת הטיעונים של ועדת וינוגראט שעלתה בעקבות מלחמת לבנון השנייה שעסקה באופן מוחלט בניהול המנהלי צבאי ממשלתי. אחד הדברים ששאלה זה האם צריכות להיות מגבלות- אומרת שמלחמה זה ניסיון לפתוח סכסוך בכוח ולפעמים זה טוב. מני מזוז ענה לו שעד המאה ה-19 המלחמות לא היו נקיות, העובדה שלא היו מגבלות זה לא אומר.
- **הסדרה נותנת לגיטימציה- ההסדרה יכולת לתת לגיטימציה.**
הדרג שדוחה את כל הטענות של למה לא כדאי להסדיר סכסוכים מזוינים באופן משפטי ידו הייתה על העליונה- עובדה יש לנו משפט הומניטארי. ז"א שאפשר עם רוצים.

כמה סיבות (רציונאליים) למה יש משפט הומניטארי:

- שיקולים מבצעיים: בימים שצבא היה קטן, מקצועי. המטרה הייתה להבטיח את קיומו של הצבא ואת ההשרדות שלו. למה להגביל את הפגיעה באזרחים- אם נגביל את הצד שכנגד זה יעלה לנו באותו הדבר. אולי נותנים פורקן לכל מיני יצרים כמו נקמה אבל אין טעם לגרום נזקים שלא מקדמים את האינטרס הצבאי שלנו באופן מיידי.
- צריך לחשוב על היום שאחרי- שיוצאים למלחמה צריך לחשוב על היום של אחרי שנצטרך לעשות שלום.
- חלים על מגבלות החיילים: עניין של משמעת.
- תורת מוסר: יש תפיסות הומניסטיות שאומרות שלאדם יש ערך בפני עצמו וצריך להגן עליו גם כשהוא אויב והיום הבעיה זה שהוא לא לוחם (מי שלא מעורב בלחימה אין סיבה לפגוע בו). בנוסף התפתחות של טכנולוגיות חדישות מעבר מצבא מקצועי לצבא עממי שגרמו שמספר הנפגעים יהיה יותר גדול. קנה המידה של מלחמות גדל ומספר הנפגעים הוא קנה מידה אחר והתפתחה תפיסה לכמה נפגעים יכולים להיות במלחמה.

כל הסיבות ביחד משחקים בצורות שונות ומתפתח המשפט ההומניטארי.

אם כן, המקורות המשפט ההומניטארי:

- א. **אירוע הלידה של המשפט ההומניטארי זה 1859- קרב סולפרינו- בין איטליה לצרפת:** במהלך יום של לחימה אחד נפצעו יותר מ 23,000 ונהרגו יותר מ 5,000, 12,000 נעדרו. היה איש עסקים שוויצרי שעבר שם אחרי הקרב והשדה היה מלא בפצועים שעוד היו בחיים וגססו וזה היה מחזה נורא אז גייס מהכפרים הסובבים נשים ונערות שיטפלו בהם. התפיסה שלו הייתה שלא משאירים אנשים למות ככה לא משנה מה היה לא מגיע להם למות מסבל. כתב ספר מסע זכרונות בעקבות זה כשהמטרה שלו הייתה להעלות את רמת המודעות לעניין
- ב. **ב 1863 בעקבות זה הוקמה וועדת ג'נבה לתמיכה בחיילים פצועים.** היום זה נקרא הצלב האדום. הרציונאל נשאר אותו הדבר.

ג. **באותה שנה ב 1863 - LIEBER CODE**: התקיימה מלחמת האזרחים בארה"ב והייתה שאלה איך לנהוג בחיילי הצד האחר- הצפון והדרום. לנשיא ארה"ב היה יועץ שכתב קוד צבאי של איך צריך לנהוג במלחמה וכיום כבר לא משתמשים בו אקטיבית אל נמצא בבסיס המשפט ההומניטארי. התחיל להתפתח הרעיון שצריך להסדיר את המשפט הבינלאומי.

ד. **1864- אמנת ג'נבה הראשונה** בתחום זה שעוסקת בשיקום מצבם של אנשים צבא פצועים בקרב חילות היבשה. נאמר: החובה לטפל בפצועים ללא קשר לשייכות לאומית ושיש חסינות צוותים רפואיים אסור לפגוע בהם כאשר הם באים לטפל.

ה. **1868- הצהרת סנט פטרסבורג**: הצהרה ידועה שאסרו בה כדורי דומדום. בהצהרה נאמר: הגדרה של מה בעצם המטרה באופן שבו מנהלים מלחמה-להחליש את הכוח הצבאי של הצד שכנגד ולכן לאנוס נשים למשל זה לא מחליש את הכוח של הצד שכנגד ולכן אין הצדקה לפגוע באזרחים כי הם לא משפיעים על הצד הצבאי. בנוסף נאמר שאסור לגרום סבל מיותר- לא להרוג בצורה אכזרית.

ו. **1899, 1907 ועידות השלום**: התקיימו שתי ועידות שמטרתן הייתה לגבש כללים לחימה. ייצרו כמה אמנות וכללי מלחמה. יש אמנות שעוסקות בלחימה בים וביבשה. יש את **אמנת האג הרביעית** שיש בה תקנות וכללים ועוסקת בלחימה ביבשה (בה מוסדרים גם דיני כיבוש, ענייני לחימה) יש בה סעיף ספציפי: **סעיף מרטנס** (נקרא על שם זה שכתב) שאומר שבכל מקרה גם במקרים שלא מוסדרים במלחמה צריך לפעול לפי כללי האנושיות וצו המצפון הציבורי.

ז. **1949 יש 4 אמנות ג'נבה**: מגיעים לסוף מלחמת העולם השנייה. לא שינו את התכנים אלא הרחיבו ויש יותר דגש על הגנה על האוכל ויוסות השונות מאשר התחשבות בצרכים הצבאיים. תקנות האג כל המנגנון שלהן עניינו הצרכים הצבאיים אך יש מגבלות על הצרכים רק המניע זה הצרכים. באמנת ג'נבה צריך להגן על האזרחים וזאת נקודת המוצא. נקודת האיזון קצת השתנתה באמנת ג'נבה.

נכרתו ארבע אמנות ג'נבה:

האמנה הראשונה- פצועים בשדה הקרב.

האמנה השנייה- פצועים וניצולים מכלי שיט.

האמנה השלישית- שבויי מלחמה.

האמנה הרביעית- אזרחים.

החידושים באמנות הם:

- ראשית האיזון בין הצורך הצבאי לאינטרס ההומניטארי משתנה כאשר לאינטרס ההומניטארי יותר משקל.
- בנוסף לראשונה יש אחריות פלילית לאנשים פרטיים.
- לראשונה יש סעיף שאומר שהחובה של מדינות לחקור ואם יש מקום גם להעמיד לדין על פשעי מלחמה.
- חידוש באמנות ג'נבה- האחריות של מדינות לא מותנית בהדדיות ביישום. הדדיות באמנות אומרת שאם צד האחר לא מקיים את חלקו באמנה אולי גם אנחנו פטורים ובאמת ג'נבה נקבע שזה לא כך וכל מדינה מחויבת בלי קשר למה עושות המדינות האחרות. אם מענים את השבויים שלנו עדיין לא רשאים לענות את השבויים של הצד האחר.
- ההוראות בעניין ההגנה של הפרט הן קוגנטיות- הפרט לא יכול לוותר על ההגנה שהאמנה מקנה לו.
- באמנות ג'נבה יש סעיף שמופיע בכל האמנות- סעיף 3 הוא אחד מהם ואומר שבכל סכסוך (גם כזה שלא מכוסה ע"י האמנה) יש סטנדרט מינימאלי של אנושיות שצריך לנהוג בו. לכן האמנות עוסקות במלחמות בין מדינות ואפשר לדון מה עושים שזה מלחמה בתוך מדינה ומה עושים כשזה מלחמה עם מי שלא בשטח שלה ועוד.

- ח. ב 1977 ישנו פרוטוקול נוסף 1: קמו הרבה מדינות חדשות עד תקופה זו. מתחילים להתעסק עם מלחמה פנימית.
- מנסחים שני פרוטוקולים (=תוספת לאמנות):**
- פרוטוקול נוסף 1:** הגנת אזרחים בעת סכסוך בין לאומי. לגבי פרוטוקול זה בהגדרה של מהו סכסוך בינלאומי הוסיפו עוד משהו ואמרו שכאשר יש עם שנלחם לשחרור לאומי שרוצה להיות עצמאי ולא נותנים לו גם אז נראה כסכסוך בינלאומי שהרציונאל הוא שמדינה לא יכולה לשלול מהעם את זכותו לעצמאות ואז להגיד שזה לא סכסוך בינלאומי. כשזה נוסח העמים שהו נאבקים היו אשאף כנציג העם הפלשתיני שיש לו זכות להגדרה עצמית. נאמר שהכללת מלחמות לשחרור לאומי כסכסוך בינלאומי.
- פרוטוקול נוסף 2:** הגנת אזרחים בעת סכסוך שאינו בין לאומי (הכוונה לפנינים מדינתית- בין מדינה לבין אזרחים בתוכה). החידוש הוא שיש הסדרה באמנה של סכסוך שהוא לא בינלאומי.
- יש קודיפיקציה- והרחבה של כמה דברים.
- (בשנת 2005 יצא פרוטוקול נוסף).

מעמד האמנות:

- א. **אמנות האג** מוכרות כמשפט מנהגי לכל הדעות (יש אפילו פסיקה לכך).
- ב. **אמנות גנבה הראשונה עד השלשית** הן מנהגיות וישראל צד להן. [כל מדינות העולם חברות בהם]
- ג. **אמנת ג'נבה הרביעית** משפט מנהגי וישראל צד. המחלוקת רק האם האמנה רלוונטית לגבי הגדה. מקובלת כמשפט מנהגי ובמשפט הישראלי המשפט הישראלי מכיר בזה למעשה ובתחומים רבים המדינה שמייצגת את הפרקטיקה זה ישראל. [כל מדינות העולם חברות בה].
- ד. **פרוטוקול 1-** חלק ממנו מנהגי חלק ממנו הסכמי. ישראל לא צד לפרוטוקול כי הוא אמר שמלחמה עם אשאף זה יהיה מלחמה בינלאומית ומחיל דינים שונים במלחמה. ככל שמדובר בהוראות מנהגיות זה רלוונטי גם אלינו. יש פסי"ד סיכול מוקד- מרכזי שעוסק בסעיף חשוב מהפרוטוקול שמדבר על אזרחים שמעורבים בפעולות לחימה. בין היתר נאמר שהסעיף מנהגי. המשפט הישראלי הוא שאמר שחלק מההוראות הן מנהגיות ולכן מדינת ישראל מחויבת בהן (נאמר על סעיף 51(3)). [חברות בו בערך 160 מדינות וישראל לא חלק מהן].

הבחנות רלוונטיות במשפט הומניטארי:

- א. **הבחנה בין הכללים בדבר כניסה לסכסוך מזוין ואיך מנהלים אותו-** דיברנו על "הדין למלחמה". עכשיו מדברים על "הדין למלחמה". כאשר מתנהל סכסוך מזוין מה מותר ואסור לעשות. אם משהו פתחת במלחמה באופן לא חוקי האם זה משפיע על הזכויות והחובות שלו במהלכם.
- מדינה פותחת במלחמה, ואם הצד התוקפן יודע שהוא תוקפן ויודע שבסוף המלחמה לא משנה איך היא מתנהגת היא תשלם על הכל (כי ברגע שפתחה במלחמה פסלה את כל האפשרויות שלה ואת כל זכויותיה, בצד של האשמים כי המלחמה התחילה בגללה) תחשב אחראית להכל ואז איזה סיבה יש לה להביל את הכל? לכן יעשו הכל אם לא תמרצנו אותם. אם אומרים שאפילו שפתחה במלחמה באופן בלתי חוקי ואז השאלה של איך מתנהלת המלחמה היא נפרדת אז המדינה יודעת שהיא פותחת דף חדש שמתדיינים איך היא פגעה ואז אם לא תפגע ככה לא תישא באחריות- כי ניהלה את המלחמה כמו שצריך אז מתמרצים אותה לזה.
- שני טיעונים נוספים:**

הקושי המעשי שלא תמיד יודעים מי התוקפן ומי הקורבן. ואז יצא מצב שבו אם אומרים שהאופן של המלחמה משליך על היתר אז גם פעולות שה לגיטימיות תיתפסנה על ידי הצד השני כלא לגיטימיות. השאלה של איזה דינים חלים נהיית שאלה שאפשר להתווכח עליה כל הזמן

הקושי השני הוא שהמשפט ההומניטארי נועד להגם על הפרט ואם נגיד שהאופן שהמלחמה התחילה משפיע על הפרט יוצא שהפרט יוצא לבן ערובה של הוויכוחים הפוליטיים.

המצב היום שלא קושרים את החוקים של המלחמה לאופן שבו מנהלים את הסכסוך. המלחמה קיימת, אותם כללים חלים על כולם בלי קשר לשאלה מי התוקפן ומי הקורבן. אין קשר בין חוקיות השימוש בכוח לבין הדינים החלים בעת השימוש בכוח.

ב. הבחנה בין לוחמים/אזרחים - קיימת רק בסכסוכים בינלאומיים:

ההבחנה היא לוחמים היא מטרה יותר לגיטימית. במהלך סכסוך מזוין מותר לפגוע בלוחמים על מנת להרוג אותם. לעומת אזרחים שאסור לפגוע בהם בכוונה ולא יכולים להיות מטרה מכובדת.

הצד השני של זה הוא שלחומים מותר להם ללחום. עצם הלחימה היא לא פסולה ולכן ששובים אותם למשל אי אפשר להעמיד אותם לדין על זה שהשתתפו במלחמה. לעומת זאת לאזרחים אסור ללחום ואם עושים זאת אפשר להעמיד אותם לדין למעשה מי שמתתף בלחימה חושף את עצמו לפגיעה. לוחמים שנשבים על ידי האויב זכאי למעמד של שבויי מלחמה בעוד שאזרחים לא זכאים למעמד כזה. בעבר זה היה משמעותי.

נשאלת השאלה למי נקרא לוחם?

אמנת ג'נבה השלישית שעוסקת על הגנה שבויי מלחמה לא מגדירה מיהו לוחם אלא מגדירה מי זכאי למעמד שבוי מלחמה.

סעיף שיש בו שישה חלקים כאשר החשובים הם שניים הראשונים:

- חיילים בצבא סדיר - כל חייל בצבא סדיר נחשב לוחם. זכאי למעמד של שבוי מלחמה.
- הגדרה שהייתה חשובה במהלך מלחמת העולם השנייה שהיו כוחות צבאיים שמדינה נכבשה ומדינתה לא מתפקדת ואין צבא סדיר אבל יש קבוצות שמחליפות את הצבא הסדיר. התפתחה קטגוריה נוספת בכוחות שאינם סדירים ששיכים לצד לוחם- הכוונה שייך למדינה. **מיליציות וכוחות בלתי סדירים אם שייכים לצד לוחם:**

יש לעמוד בכמה דרישות:

- שיש מפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו,
- יש סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק ולהיות מזוהה כלוחם כדי לחשוף את עצמך ולהגן על אחרים
- לשאת נשק בגלוי
- מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה. כדי להנות מהסטטוס של לוחם צריך לפעול לפי הדינים. (הדרישות האלה לא נאמרות לגבי חיילים בצבא סדיר.)

אנשים שאינם חלק מצד לוחם (אזרחים) ומעורבים במעשי האיבה:

ישנה בעיה שהיא מה עושים עם אנשים שלא שייכים לצד לוחם אבל בפועל כן מעורבים בלחימה (כמו חזבאללה וחמאס?).

א. השאלה הראשונה: האם יש להם מעמד של שבויי מלחמה?

כאשר מדינת ישראל עצרה והעמידה לדין אנשים חזבאללה מלבנון (על נשיאת נשק ושימוש בנשק באופן בלתי חוקי) טענו שהם זכאים למעמד של שבויי מלחמה- פס"ד סרור למשל היה מקרה כזה. בפסקי הדין יש ידון שלם האם חזבאללה זרוע של הצבא הלבנוני וביהמ"ש אומר שלא ושאינן להם מעמד של שבויי מלחמה. המשמעות שאפשר להעמיד אותם לדין על שנלחמו.

אם כך, אין מעמד של שבוי מלחמה למישהו שאין לו חלק מצד לוחם ומעורב במעשי האיבה.

ב. השאלה השנייה היא האם המטרה לגיטימית?

ההיגיון אומר שאם הם משתמשים בלחימה הם חושפים את עצמם. סעיף 51 (3) לפרוטוקול: אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על פי סימן זה אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי איבה. על כך יש את הדיון **בבג"צ 769/02 סיכול ממוקד**:

• **טענות המדינה:**

1. **לעניין הזמן: "למשך אותו הזמן"** - עמדת המדינה הייתה שכאשר מדובר על כך שלא נהנים מההגנה למשך אותו זמן שמשתתפים בפעולות האיבה כל ועוד הם חברים פעילים. כל עוד יש חברות פעילה.
2. **"השתתפות במעשה האיבה"** - המדינה הציעה הגדרה רחבה שכללה את כולם. כלומר הגדרה שהמדינה לסעיף הייתה פרשנות שאומרת שגם דברים מרוחקים מהפיצוץ עצמו נחשבים כחלק מהפיגוע וכל עוד מישהו פעיל (לא משנה אם מסייע אותו ועוד) הוא הופל למטרה לגיטימית - אזרח המעורב באופן ישיר במעשה האיבה. (העמדה האחרת אומרת שצריך לפרש בצורה יותר צרה כל האנשים שהם לא מטרה לגיטימית אבל כן יורים בהם - זה היה נחשב רצח אזרחים. **כל הדיון זה האם יש פעולת מלחמה של סיכול ממוקד או הוצאה להורג (עמדה אחרת באופן צר ואחת באופן צר).**

• **טענות בג"צ:**

1. **בדיקת מסוכנות אישית (לא די בחברות בארגון)** - לא כל מי שמעורב הוא מעורב במישרין במעשה האיבה וצריך לבדוק מסוכנות אישית של האנשים. אי אפשר להגביל זכויות של אדם בגלל מה שאחרים עושים אלא בגלל מה שהוא עושה או הסכנה שהוא מהווה ולכן צריך לבדוק את חלקו. בג"צ בחר באפשרות רחבה שכוללת תכנון, מי שאוסף מודיעין, נהגים, מגנים אנושיים - ייחשבו למעורבות ישירה במעשי האיבה. בג"צ מבחין בין דברים שהם חלק אופייני למעשי איבה אבל צריכה להיות מעורבות ישירה.
2. **השתתפות במעשי האיבה:** (לרבות תכנון ועוד) גם אז נחשיב אותו כמעורב.
3. **מותר לפגוע רק אם אין אלטרנטיבה.** שונה מחיילים. בסיטואציה רגילה מותר להרוג חיילים. לעומת זאת כאן ביהמ"ש אומר שזה לא שמותר להרוג ואם יש אלטרנטיבה ואם אפשר לעצור צריך לעצור.

• **אז מותר או אסור לסכל באופן ממוקד?**

- שמדברים על אזרח מעורב בפעולות האיבה יש לוחם/אזרח/אזרח המעורב בפעולות האיבה. ביהמ"ש אומר שנדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרחי כלוחם בלתי חוקי.
- ואסור לתקוף על מנת להרוג אם אפשר לנקוט במצעי שהפגיעה שלו פחותה.
- בדיעבד צריך לבדוק את דיוק הזכות של הנפגע ונסיבות הפגיעה. לכאורה מיותר כי אם הגענו למסקנה שמותר לפגוע באדם אז למה לבדוק בדיעבד?
- פגיעה נלוות באזרחים תמימים צריכה לעמוד במבחן המידתיות. אסור לפגוע באופן מכוון אבל קורה שנפגעים באופן נלווה.

הערה לעניין הסיכול הממוקד: ככל שיש יותר אפשרות לפיקוח ההגדרות יכולת להיות יותר רחבות. גם אם ההיתר לפגיעה באופן יחסי רחב זה נעשה כאשר יש עין משפטית בוחנת (בג"צ או היועמ"ש) יש מנגנון לבחינת ההחלטה האם פגיעה היא לגיטימית או לא וכאשר אין מנגנון כזה והמפקדים הם שצריכים לקבל את ההחלטות שיקול הדעת שלהם צריך להיות מוגבל יותר.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

ג. הבחנה בין סכסוך שבין מדינות לבין סכסוך שלא בין מדינות:

- סכסוך מזוין בין לאומי (בין מדינות) מוסדר באמנות האג, גנבה והפרוטוקול ה-1.
- סכסוך מזוין שאינו בין לאומי (בתוך מדינה) מוסדר בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה ופרוטוקול 2.

השאלה מתי אומרים שיש סכסוך מזוין?

סעיף 2(1) המשותף לכל אמנות ג'נבה אומר שהאמנה תחול על כל המקרים של מלחמה מוכרזת או סכסוך מזוין אחר העלול להתגלע בין שניים מבעלי המאנה או יותר משניים
הפרשנות היא שכל מעשה אלימות של צבא כלפי מדינה אחרת מתחיל סכסוך מזוין.

הדינים החלים בסכסוך שאינו בינ"ל (להשלים קצת תוכן מדנה)

בעד ההרחבה:

- רוב המלחמות הן פנימיות.
- הפגיעה באזרחים קשה במיוחד.
- עליית תנועות זכויות האדם.

נגד ההרחבה:

- מדינות מתנגדות להגבלת כוחן בטיפול באויבים מבית.
- חוסר הדדיות בין הצדדים לסכסוך - דיני המלחמה מבוססים על הדדיות (החובות שלי לא מותנים אומנם בחובות של השני אבל האינטרס שלי לפעול על פיהן זה שהצד השני יעשה זאת גם. מדינות אומרות למה שנגביל את עצמינו שהצד השני לא יכול להגביל את עצמו באותה צורה.
- מלחמות אזרחים נתפסות עניין פנימי פלילי - ולא כעניין פוליטי. הגבול מעורפל.

יש רתיעה להסדיר סכסוכים בינלאומיים באמצעות משפט בינלאומי.

מתי נגיד שסכסוך פנימי הגיע לדרגת סכסוך פנים מדינתי

- הסעיף הראשון בפרוטוקול 2 מגדיר את שדה התחולה המהותית. אומר שהפרוטוקול יחול על סכסוכים מזוינים שלא מכוסים - שלא בינלאומיים שמתחרשים בצידו של צד מתקשר בין כוחותיו המזוינים לבין כוחות מזוינים מתנגדי משטר - בין הממשלה לכוחות אחרים אשר תחת פיקוד אחראי מקיימים שליטה על חלק משטחו המאפשרות להוציא לפועל פעולות צבאיות מתמשכות. (צריכה להיות קבוצה שיש לה שליטה על שטח ויש לה פיקוד אחראי ומסוגלת להלחם באופן מתמשך - מינימום של יכולת לחימה ושליטה בשטח).
- הפרוטוקול לא יחול על מצבים של הפרות סדר פנימיות ומתיחויות כגון מהומות, מעשי אלימות בודדים ומעשים אחרים בעלי אופי דומה אשר אינם סכסוכים מזוינים.

יש הבדל בין סכסוך בינלאומי ללא בינלאומי:

סכסוך בינלאומי - כלכ שימוש בנשק משתמשים בו, כל שימוש בכוח

סכסוך לא בינלאומי - מוכרחים לעבור מינימום, סך מינימום של אלימות (רמת הארגון, משך הסכסוך, עוצמת אלימות)

הדינים המהותיים:

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- כיבוש ושבוויי מלחמה- רק בסכסוך בינלאומי
- סמכויות מעצר- היקף איסורים פליליים.
- תחולת דינים ספציפיים.

ההבדלים הולכים וקטנים וההיגיון אומר שאם עוצמת הפגיעה באזרחים לא תלויה בסוג הסכסוך אז למה זה חשוב איך לסווג מה שמשאיר אותנו עם :

סכסוך חוצה גבולות שאנו בין מדינות

סכסוך בין גורם של מדינה עם גורם שהוא לא מדינה אבל פועל מחוץ לשטח שלה?

דוגמאות :

- ארה"ב- אלקעידה, מורדים בעירק.

- ישראל- חמס, חיזבאללה.

סעיף 3 מדבר על המינימום. איזה סעיף חל?

בג"צ הסיכול הממוקד עלתה אותה שאלה איזה סעיפים חלים? בג"צ אמר :

- זה סכסוך שחצה גבול וברגע שהסכסוך חוצה את הגבול זה מושך לפרוטוקול הראשון- בין מדינותיים
- יש סכסוך עם גורם שהעוצמה שלו לא פחות מלחימה

לכן אמר בג"צ נתייחס לזה כסכסוך בינלאומי.

גישה אחרת באקדמיה אומרת להסתכל על הסכסוכים כלא בינלאומיים בדגש שהצד האחר הוא לא מדינה.

צה"ל נמנע עד היום מלנקוט עמדה. אם לא חל המשפט ההומניטארי הדינים שיחולו הם דיני זכויות אדם. (למדינה יותר נוח שיחול משפט הומניטארי).

שיעור 10:

הבחנות בתחום המשפט ההומניטארי

הבחנה הראשונה- בין משפט ההומניטארי לדיני מלחמה- מתי מותר להשתמש בכוח לבין כאשר יש שימוש בכוח מה הכללים. ההבחנה היא במובן של מתי להשתמש בכוח, אסור לתקוף מותר להתגונן. כאשר מדברים על השימוש בכוח יש את התוקפן ויש את המתגונן. אין קשר בין זה לבין השאלה איזה דינים חלים בזמן שיש סכסוך- על התוקפן והמתגונן חלים אותם כללים. דיני המשפט ההומניטארי מטרתם להגן על הפרט והוא לא צריך להיות בן ארובה של הכוחות הפוליטיים עד שיחליטו מי התוקפן ומי המתגונן.

הבחנה שנייה- בתוך המשפט ההומניטארי יש הבחנה בין לוחמים לאזרחים- לוחמים הם מטרה צבאית לגיטימית ומנגד יש להם הגנות במובן שעצם הלחימה שלהם לא בלתי חוקית. לעומת זאת אזרחים אינם המטרה הצבאית ואסור לפגוע בהם בכוונה אבל גם אסור להם להשתתף בלחימה ואם עושים זאת זה מהווה עבירה. לגן צריך להגדיר מיהו לוחם= ההגדרה מי זכאי לשבוי מלחמה, זה הלוחמים. יש בעיה כאשר יש אנשים שהם לא לוחמים (לא נופלים בקטגוריה של צבא) אבל כן משתתפים בלחימה. ההיגיון אומר שלא יכול להיות שיהיו להם את כל ההגנות שיש לאזרחים, הם הוציאו את עצמם מהקבוצה המוגנת של אזרחים. מצד שני האם נתייחס אליהם כלוחמים לכל

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

דבר ועניין. צריך לענות על שתי שאלות של איפה ממקמים אותם: א. מה המעמד כשבויי מלחמה- אזרח אפשר להעמיד. ב. האם המטרה לגיטימית. כשיש מלחמה בין שתי מדינות שצד אחד רואה חייל של מדינה אחרת מותר לו להרוג אותו גם אם יכל רק לפצוע וגם אם ההריגה לא מקדמת כלום אלא מבטאת יתרון צבאי- אין עניין של מדיניות וזו מטרה לגיטימית. השאלה האם על אזרח יש אותם כללים- התשובה בסעיף 51(3) לפרוטוקול 3- אזרחים ייהנו מהגנה ואי אפשר לפגוע בהם, כל עוד ישתפו בלחימה אבל הם כן יהיו מטרה ומותר. מה משך הזמן בו נוטלים חלק ישיר? מה נחשב חלק ישיר? מהו משך אותו הזמן? האם אפשר לפגוע בו באופן ישיר רק בזמן שהוא בדרכו לאתר הפעולה או גם שבוע קודם למשל כי יודעים שזה מה צרי לעשות? האם הסתרה נחשבת חלק ישיר? אפשרות אחד היא לא ולא יכנס בסעיף, גושה אחרת אומרת שכן אבל אז השאלה מתי מותר לפגוע? רק כשמסיט או גם שבדרכו למסגד למשל.

אם כך השאלות הן מהו חלק ישיר ומה טווח הזמן. הדעות בעניין מגוונות. – פה נכנס הביטוי לוחם בלתי חוקי- אין לזה משמעות במשפט הבינלאומי! יש לוחמים ויש אזרחים. למי שלא מותר ללחום זה אזרחים.

אז מתי מותר או אסור לסכל באופן ממוקד?

השורה התחתונה היא שכל מקרה צריך להיבדק לגופו. אם ילד נושא נשק למשל ובשביל לנטרל אין דבר אחרת לעשות זאת מלבד לפגוע בו יתכן והוא מטרה לגיטימית. אם יודעים שאפשר לעצור אותו אז צריך לעצור אותו- לעשות את הדבר שפוגע פחות. פה ההבדל בין אזרח לחיילים, בחיילים מותר להרוג, אזרחים המעורבים בפעולות לחימה עדיף לא לתקוף אם ניתן לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה.

ברוב המקרים זה לא שיודעים בדיוק מה אותו אזרח עושה, מנסים למנוע את הקרב. הסכנה לטעות יותר גדולה. לגן ביהמ"ש אומר על הצורך בהערכה מדויקת ככל שניתן שצריך לעשות, לא להתבלבל בהערכת האדם, חשיבותו, המודיעין צריך להיות מדויק וצריך להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה.

יכולת המודיעין של עזה מוגבלת. הכוחות לא נכנסים בקלות כמו למקומות שונים בגדה המערבית. היכולת לאסוף מודיעין משתנה מסיטואציה לסיטואציה. הציפייה להפעיל מודיעין ודרישת המודיעין יותר גבוהה ויכולת האיסוף מוגבלת.

המרכיב האחר הוא שהיכולת לנקוט אמצעים בעזה למשל מוגבלת. בגדה המערבית אפשר. בגדה אין יותר סיכול ממוקד כי תמיד אפשר להיכנס ולעצור.

במישור המודיעין ככל שיש פחות מודיעין צריך לדעת שסכנת הטעות גדולה יותר וצריך להיות זהירים יותר. אבל אם עברתי את שלב המודיעין ובטוחים בעובדות אז הפולה הצבאי צריכה להיות זהירה יותר כאשר יש מידע.

אדם שמעורב בפעולות איבה אפשר לשפוט אותו על מעשיו ולשלוח אותו למאסר על כך. חוץ מזה אפשר להחזיק אדם במעצר מטעמים בטחונים.

ההבחנה השלישית היא הבחנה בין סכסוכים – השני בתוך ההומניטארי: המשפט הבינלאומי בהסרטותיה עסק רק בסכסוכים בין מדינות. עם השנים התרחבה ההסדרה של סכסוכים פנים מדינתיים- התפתחות עובדתית והתפיסה ההומניטארית שצריך להגן על הפרט- שמים את האדם במרכז, לא משנה אם הסכסוך הוא פנימי או חיצוני.

ההבדל בין סכסוך בינ"ל לסכסוך שאינו בינ"ל:

חשוב לאפיין את הסכסוך. ההבדלים הולכים וקטנים, פעם היה הבדל גדול- היה את אמנות האג וג'נבה שעסקו בסכסוכים בינלאומיים ולא היו סכסוכים אחרים. סכסוכים פנימיים היו לא רשמיים עד שהורחבו. במשפט בינלאומי מותר להחזיק במעצר כאשר מהווים סכנה. בסכסוך

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

פנימי אין הוראות- מה זה אומר שאי אפשר? העסק הוא מאד מעורפל ויש התעסקות על זה. בהגנה על אזרחים יש כן הבדל בין סכסוך בינלאומי לסכסוך שלא בינלאומי (למשל פשעי מלחמה- בעבר היה רלוונטי רק למשפט בינלאומי, היום משפט פלילי חל גם בסכסוכים פנימיים).

סכסוך בינלאומי- כל שימוש בכוח.

סכסוך שאינו בינלאומי : סף מינימום של אלימות.

מתחיל לחול המשפט ההומניטארי- האם טוב לאזרחים? מה היו הזכויות שלהם קודם? אם נכנסים למשפט ההומניטארי- סעיף 1 (שגה התחולה המהותית)- האם זה ייטיב או יחמיר ביחס למה שהיה קודם? כרגע חלים עלינו זכויות אדם. מה עדיף, זכויות אדם או משפט ההומניטארי- זכויות אדם. זכויות אדם אומרות שאי אפשר לעצור אותי אם ללא עשיתי משהו רע.

הדינים המהותיים:

- כיבוש ושבווי מלחמה- רק בסכסוך בינלאומי.
- סמכויות מעצר, היקף, איסורים פליליים.
- תחולת דינים ספציפיים (סגר ימי, דיני ניטרליות).

פס"ד טאדיץ- נתעסק בו בהמשך הרבה.

מה שאינו בין לאומי אבל הכוונה הייתה פנימי, לא הביאו בחשבון מה קורה כאשר יש סכסוך שהוא לא בין מדינות ולא בתוך מדינה- שהוא בין מדינה לגורם שאינו מדינה אבל שאינו נמצא בשטחה. לדוגמא- ישראל וארגונים פלשתינים בגדה ובעזה הם לא בשטח ישראל. דוגמא נוספת- ארה"ב ותימן ועיראק. ההבדל בין ישראל לארה"ב לתימן למשל זה שלישאל יש שליטה בשטח בעוד שלארה"ב אין שליטה בתימן.

השאלה איך נסווג סכסוך כזה אין תשובה חד משמעית. בישראל בג"צ הסיכול הממוקד אמר למשל לגבי הגדה המערבית שמאז שנת 2000 – האינתיפאדה השנייה, זה חוצה גבולות ויש ארגון שעוצמתו גדולה כמעט כמו של מדינה. אומר שלכן צריך להסתכל כמו על סכסוך בין שתי מדינות. גישה זו לא זכתה להרבה תמיכה אבל בג"צ נוטה להסתכל על סכסוך כבינלאומי.

השאלה זה כיצד לסווג את זה? מה זה יותר- סכסוך בין מדינות או פנימי? מה יותר משמעותי? העמדה האמריקאית הייתה שלא בינלאומי כי לא בין מדינות ולא פנימים מדינות כי זה לא בארה"ב ולכן לא חל שום דין- גישה זו לא צלחה.

משפט ההומניטארי עוסקים איך להגן על אזרחים בזמן שיש לחימה, לא בודקים מי צודק ומי לא.

עקרונות המשפט ההומניטארי:

א. צורך צבאי:

הרעיון שאסור לפגוע באינטרסים מוגנים כמו חיי אדם, רכוש, איכות הסביבה, אלא אם יש בזה צורך צבאי. הצורך הצבאי זה החלשת כוחו של האויב- הכרזת פטרסבורג מ 1868. אם צריך רק להחליש את כוחות של האויב צריך למזער את הפגיעה למינימום- זה לא אומר שאסור להרוג חיילים אבל יש מגבלות על סוגי הנשק שבהם מותר להשתמש- שלא להרוג בייסורים.

פגיעה באזרחים אסורה כי אזרחים לא מחלישים את הכוח הצבאי. הבעיה התעוררה כאשר הבחנה בין צבא לאזרחים התעמעמה בעיקר במלחמת העולם השנייה שהרבה ממשאבי הצבא נבעו מתשתיות אזרחיות. הצבא שואב את כוחו מתעשיות אזרחיות- כאשר משתמש בתשתיות אזרחיות הכלכלה היא מניעה את הצבא בסופו של דבר. (תעשיות אזרחיות- תעשייה, כלכלה, מוראל). טרקטור- ערכו הצבאי הוא שקל להפוך אותו לטנק, לכן יש לו ערך צבאי.

בעניין **המוראל**- כאשר הגרמנים משדרים תעמולה לאוכלוסייה בבריטניה שנאלצה לאבק במורל כי הברטים באו. המורל של אזרחים שמוכנים לשאת בנטל ולאפשר לממשלה שלהם להמשיך להלחם זה גם חלק מכוחו של הצבא או שעניין אזרחי לגמרי? שאלה מורכבת.

עיקרון ההבחנה אומר שצריך להבחין בין מטרות צבאיות למטרות שאינן צבאיות. אסור לפגוע באובייקטים שאינם צבאיים במכוון. לכן סעיף (2)51 לפרוטוקול (זה משפט מנהגי אבל כתוב גם באמנה) קובע שהאוכלוסייה האזרחית לא תהיה יעד להתקפה. **יישום העיקרון: יעדים צבאיים:** סעיף (2)52 לפרוטוקול הראשון – אומר שיעד צבאי זה משהו שיש לו תרומה צבאית וכאשר מדברים על העיקרון הצבאי אפשר לעשות בכל מידי צורות- בטווח המייד, בכל מיני צורות. נוסח הסעיף: במקראה: "אובייקטים אשר מטבעם, מיקומם, מטרותם או השימוש בהם...

האם מותר לתקוף שההתקפה לא נותנת כלום- נותן יתרון צבא ורק נותנת הסחה? תובע בית הדים ביוגוסלביה אמרה שצריך שיהיה יתרון צבאי קונקרטי וישי- צריכה להיות תועלת צבאית.

יש אובייקטים אזרחיים מובהקים- סעיף 52 לפרוטוקול, סעיף 27 לתקנות האג- אסור לפגוע אם אין תרומה צבאית ואסור לפגוע במכוון- בתי עסק בתי ספר ועוד. **הכלל הבסיסי שאסור לפגוע באזרחים. איסור תקיפה מכוונת של אזרחים ואובייקטים (סעיף 51 לפרוטוקול).** יש מצבים לא ברורים:

- **כאשר יש אובייקט מעורב**- גם שימוש צבאי וגם אזרחי. ואז צריך לפעול עפ"י עיקרון המידתיות. כאשר יש גם תועלת צבאית וגם אזרחית. סעיף (5)51 ב לפרוטוקול- נורמה מנהגית: "ההתקפות מהסוגים שלשן תחשבה כחסרות הבחנה... תגרום לאבדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים... מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר והצפוי. אם יש למשל בסיס צבאי שבו המטכ"ל של המדינה והוא ליד גן משחקים של ילדים- צריך לגרום לכמה שפחות נזק אולי לתקוף בלילה ואם אין ברירה כן נפציץ. מידתיות זה דבר סובייקטיבי. מסתכלים על העיקרון הצבאי הקונקרטי הצפוי- מה צפוי לקרות, טעויות קורות בדיעבד.
- **כשיש יעדים אזרחיים המנוצלים לרעה**- למשל בתי תפילה. השאלה האם מותר לפגוע בכנסייה למשל כאשר יש בה את הלוחמים? ברגע שהצד הלוחם משתמש באובייקט כשלעצמו אזרחי אין שום דבר קדוש מבחינת משפט הומניטארי אם מנוצל לרעה. אסור לפגוע באמבולנסים אבל אם משתמשים בבתי חולים כמפקדה בית החולים כבר אינו יעד מוגן וצריך לבדוק כמה לוחמים יש מול כמה אזרחים בו.

ב. הבחנה.

אין הצדקה לפגוע באזרחים באופן ישיר ולכן המדינה שעורכת את ההתקפה צריכה להבחין בין מטרות צבאיות לבין אובייקטים אזרחיים שלא יכולים להתקיים. הצד השני זה שהצד התוקף- יש חובה להבחין בין לוחמים לאזרחים ולא להעמיד אזרחים בקרבת מתקנים צבאיים או לא לשים מתקנים בתוך אוכלוסייה צבאית על מנת לאפשר לצבא לתקוף מבלי לפגוע באזרחים בעל כורחו (יש גם חובה לאפשר הגנה כמו מקלטים). ככל שחושבים על רובה על נשק שיוורה אפשר לכוון אותו כלפי אזרחים ויש סוגי נשק שמטבעם לא יכולים להבחין בין אוכלוסיות. תמיד תהיה השאלה של איך סופרים את האזרחים של האויב מול האזרחים שלי. אין נוסחאות בדבר וגם אם יהיו מספרים אין לאן להכניסם. החשוב בתהליך זה לא ההחלטה הסופית כן או לא אלא העובדה שעושים את התהליך המחשבת-י שלא הולכים ויורים ובודקים אם מוצדק ואלטרנטיבות. איסור אמצעי לחימה שאינם יכולים להבחין: כימי, גרעיני, מצרר.

יש חובה לסמן מתקנים ולהפריד אותם ממתקנים צבאיים. חובת הגנה של המדינה המותקפת על אזרחים. יש חובה למדינה המותקפת (כל צד בסכסוך) להגן על אזרחים. למשל להקים מקלטים. (אחת הבעיות שהייתה בלבנון זה שאין מקלטים, וגם אז אפשר להתווכח מה היקף החובה.

ג. מידתיות הנזק הנלווה.

המידתיות נבחנת ביחס לצפי התועלת ולא לתוצאה בפועל. למשל שארה"ב תקפה בונקר כי חשבה שסדאם שם ולא היה אלא היו 400 אזרחים. בודקים לפי הצפי לא לפי התוצאה- לפי הצפי זה בסדר שהאמריקאים תכננו את ההתקפה אמרו שצריכים להרוג את סדאם ולסכן 400 איש- האם שאלו וענו על כך שכן וקיבלו החלטה שמוצדק- אכן קרה. העובדה שהוא לא היה שם בסוף לא רלוונטית- בהנחה שהמודיעין שלהם היה אכן אמין ולא טעות. דוגמא נוספת הפצצה שהטילו על סלאח שחזה- נהרג ועוד איתו. הצבא לא תכנן. הצפייה הסבירה של הצבא הייתה אחרת ואותה צריך לבדוק. הוועדה שבדקה אמרה שהייתה פורפוציונאלית. כדי למזער פגיעה שיש אלטרנטיבות צריך לבדוק את החלופה הפחות פוגענית (למשל להזהיר/לתקוף בלילה ועוד).

שיעור 11:

ד. מניעת סבל מיותר.

יש איסור בשימוש של סוגי נשק שהם גורמים לסבל מיותר. חובה לטפל בפצועים בקרב. גם בשבויים צריך להימנע מגרימת סבל- מותר להחזיק שבויי מלחמה במעצר אבל אסור לענות אותם ואסור להרוג אותם, ברגע שהם לא לוחמים אסור, צריך רק להבטיח שלא יחזרו להיות לוחמים ולכן אפשר לעשות מעצר.

ה. חובות אינן תלויות בהדדיות.

מופיע בסעיף 20 לפרוטוקול ונחשב משפט מנהגי. מעוגן בסעיף קטן 5 באמנת וינה שדנה בין היתר מתי מדינה רשאית לפטור את עצמה מחובת קיום אמנה, וזה כאשר מדינה אחת מפרה אז גם מדינה אחרת יכולה להפר. יש סייג, גם באמנת וינה, אי אפשר להביא לידי סיום את ההוראות ההומניטאריות של האמנה- כי הן מגנות על הפרט, לכן הפרה בין מדינות לא יכולה לפגוע בפרט. מה שנכון הוא שבפועל כל המנגנון של המשפט הבינ"ל עובד על הדדיות- מדינות פועלות בצורה כי יש להן ציפייה שמדינות אחרות יפעלו באותה צורה. זה לא סימטרי- זה לא חייב מדינה נגד מדינה אלא יכול להיות מדינה נגד גורם אחר. החובות אינן תלויות בהדדיות: הכלל הוא שהפרת המשפט ההומניטארי על ידי צד אחד אינה מקנה לצד האחר זכות להפר את המשפט ההומניטארי (סעיף 20 לפרוטוקול). הרציונאל הוא שהפרט אינו צריך להיות בן ערובה של מדינות ממשלתיות. מה שמנסים לעשות זה לעודד קבוצות שאינן ממשלתיות לקבל על עצמן את כללי המשפט ההומניטארי מתוך ניסיון למזער את הפגיעה באזרחים.

1. קוגנטיות.

המשפט ההומניטארי מקנה הגנות לפרט שהפרט לא יכול לוותר עליהם. גם מדינות לא יכולות לוותר על ההגנות- מדינות שמחליטות שביחסים ביניהם מותר לענות שבויים במלחמה מפרות את המשפט ההומניטארי.

עיקרון זה אומר שהפרט לא יכול לוותר על ההגנות שלהם.

סעיף 8 לאמנת ג'נבה הרביעית אומרת שבשום פנים ואופן לא יהיו מוגנים רשאים לוותר על זכות מן הזכויות המובטחות להם ע"י האמנה הזאת ועל ידי ההסכמים המיוחדים המוזכרים בסעיף הקודם אם יש הסכמים כאלה.

יש את האופציה להשתמש ב"שכך" לשירתו של הצבא להזהיר את האזרחים, יש עירוב של האזרח בלחימה. זה אמור לצמצם את הנזק לאזרחים המדינה- נוהל "אזהרה מוקדמת"- המטרה בהסתייעות בתושב המקומי מיועד לתת לחפים מפשע אפשרות לעזוב את המבנה. אם התושב המקומי מסרב אסור לכפות עליו לסייע. צה"ל אומר שאף אחד לא מכריח אותם.

בג"צ פסק ואמר שאסור להשתמש באזרחים במסגרת המאמץ המלחמתי- סעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית. כמו כן אסור להשתמש באזרחים כמגן אנושי- סעיף 51(7) לפרוטוקול הראשון (מנהגי), לא תועיל הסכמת האזרח כי ממילא אין להניח שהיא אמיתית כי אין לו ברירה(סעיף 8 לאמנה). ולמפקד אן את הכוח והכלים להעריך את הסכנה לאזרח בתווד הארוך בשורה התחתונה ביהמ"ש קבע שנוהל שכך (אזהרה מוקדמת) אינו חוקי במשפט הבינ"ל.

זו הפעם הראשונה בהיסטוריה שפסלו פעולה של המדינה במשפט הבינלאומי.

בקשר לכל העקרונות שדיברנו קיים: עיקרון המידתיות- אמנם אסור לפגוע באזרחים

בכוונה אבל מכירים שאפשר לפגוע במטרות והיא תהיה מותרת. סעיף 51(5)(ב) לפרוטוקול 1- ההתקפות מהסוגים שלהלן תחשבנה כחסרות הבחנה.. התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאבדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווה של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, אין שילוב של כל אלא שיהיו מופרזים ביחס ליתרון".

אכיפת המשפט ההומניטארי:

ישנם קשיים, הדדיות לא עובד והבעיה הנוספת שסכסוכים בהרבה מקרים בלי קשר לצדדים מתנהלת במצב של אנרכיה. השאלה היא מה עושים איזה סנקציות אפשר לנקוט נגד מדינות או נגד שחקנים שלא הולכים לפי הכללים? אם נגיד שנשתמש בכלים קיימים- הולכים לביהמ"ש אבל במשפט הבינלאומי אין בימ"ש ללכת אליו אז זו לא דרך. דרך אחרת שהתפתחה בעשרים שנה האחרונות זה במקום לאכוף אל מדינות לאכוף את הפרט- האסונות שהמדינות/המנהיגים מוכנות לגרום את האוכלוסיות שלהם אליהם למלחמות איומות זה בסדר מבחינתם אבל אם זה יהיה באופן אישי אליהם שילכו לכלא זה יהיה בעייתי להם. לוחם שפוגע באופן מכוון באזרחים אפשר להעמיד אותו לדין על פשע מלחמה. **מעלות האכיפה האישית על הפרט** הם בעקיפת בעיות הסמכות הבינלאומית, אפקטיביות וצמצום פערים בין מדינות לכוחות אחרים.

כאשר מדובר בפשעי מלחמה, אמנות ג'נבה שכל מדינות העולם הם צד בהם קובעות שכל מדינה שיש בה אדם שחשוב בביצוע פשעים חובתה וזכותה לחקור ואם צריך גם להעמיד לדין- נקרא סמכות שיפוט בינלאומית.

בית הדין הקבוע בהאג- ICC, הוא המקום בו אפשר לדון עקרונית בפשעי מלחמה ע"י הקהילה הבינלאומית.

זכויות אדם:

דיני זכויות אדם התחילו להתפתח אחרי מלחמת העולם השנייה אבל זה לא שקודם לא היה בזכויות אדם במשפט הבינלאומי.

ישנם כמה סוגים של דינים ותחומי משפט שהיו קיימים כבר קודם.

משפט הומניטארי למשל גם מגן על הפרט. תחום אחר שבו הייתה הגנה על הפרט הוא מימוש ההגנה על המיעוטים שבמדינות. ועוד תחום זה דיני העבודה בזירה הבינלאומית. יש נורמות בינלאומיות שעוסקות בתחומים אלו- בכולם יש הגנה על פרט- שוברים א המנגנון בו יש דאגה רק ליחסים בין המדינות. תחום נוסף זה הביטוח של הסחר בעבדות- התחילו ב1807. תחום נוסף שהזכרנו בנושא של השימוש בכוח זה תרבות הומניטארית- להגן על אזרחים מפני הממשלה שלהם.

דיני זכויות אדם התחילו להתפתח בעקבות מלחמת העולם הראשונה כי לגבי כל אחד מהתחומה לשאלה למה זה התפתח זה לא דווקא מהכרה בערך האדם. הרעיון של זכויות אדם זה שלאדם יש ערך בפני עצמו- שהוא המרכז- המדינה נועדה להגן על צרכי הפרט ושטובת הפרט היא ערך בפני עצמו.

האמנות בעניין ביטול הסחר הן מהמאה 19 אבל אסרו רק על הסחר ולא אסרו על העבדות. בריטניה ניסתה למנוע העברה של עבדים לאפריקה אבל לא היה איסור על תנאי העסקה עצמם.

בבריטניה העבדות נפסקה רק במאה העשרים. באנגליה לא תהיה עבדות אבל בדרום אמריקה זה בסדר.

הגנה על הפרט הייתה אינסטרומנט ולא בחשיבותו של הכרתו ברט כאדם אלא אמצעי להכרה פוליטית.

דיני הפרט שמדברים עליהם היום זה שלפרט יש ערך בפני עצמו, שנפרד מהכוחות הפוליטיים שאנשים משרתים או לא.

אבני הדרך בהגנה על זכויות האדם במשפט הבינלאומי:

א. 1945 מגילת האום:

סעיף 1(3) למגילת האום מדבר על המטרות של האו"ם ואומר שקידומו ועידודו של הכבוד לזכויות האדם וחירות היסוד.

סעיף 55 למגילה מדבר על שת"פ בינ"ל ואומר שכיבודן הכללי ושמירתן של זכויות האדם ושל חירות היסוד לכל באי עולם בלא אפליה על בסיס גזע, מין לשון או דת.

הבעיות הם שלא ברור ויש עמימות במגילה. למה בכל זאת חשובה המגילה? ברגע שכתוב במגילה זה לא עניין פנימי שלנו אלא מוסדר במשהו בינלאומי. גיאוגרפית זה בשטח המדינה אבל בנושא זה לא כלי מדינתי בלבד והקהילה הבינלאומית כולה להתערב. סעיף 2(7) שאומר שהאו"ם לא יתערב בעניין פנימי של מדינה אז זה כבר לא עניין פנימי.

החשיבות היא הוצאת זכויות אדם מהתחום המדינתי ומתן ארגון לאו"ם לקדם זכויות אדם.

ב. 1948 הכרזה אוניברסאלית:

בעקבות עבודה מאומצת שברור שמה שיש במגילה לא מספיק הייתה הכרזה זו. בהכרזה יש אוסף של זכויות: זכויות פוליטיות: חיים, חירות, כבוד האדם, קניין, הדת והמצפון, הביטוח, הזכות לחבור, משפחה, עיסוק, התאגדות. זכויות חברתיות-כלכליות: חינוך, עבודה, בריאות, מגורים, תרבות. - לכל אדם יש את הזכויות האלה ואף אחד לא יכול לפגוע בהן.

גם ההכרזה כוחה להגן עלינו הוא מוגבל.

לא לגמרי ברור מה מעמדה המשפטי של ההכרזה. שאימצו אותה בשנת 48 היא הייתה הכרזה ולא יותר מזה. כיום מספרים את ההיסטוריה הפוך אבל כשאימצו אותה היה ברור שזה מצב פוליטי ולא התחייבות משפטית כי הייתה התנגדות של מדינות לחייב את עצמן.

כיום, מקובל שרוב הזכויות שמופיעות בהכרזה הן כן משפט מנהגי אבל לא סתם כי ההכרזה קיימת כבר 70 שנה אלא כי בינתיים קרו דברים אחרים- יצאו אמנות שמעגנות את זה כמחויבות משפטית.

אמנם יש רשימה מפורטת בניגוד למה שנאמר במגילת האום על זכויות האדם לכולם אבל עדיין לא ברור מה תוכנה.

אין מנגנון לאכוף, אז מה קורה כשמדינה מפרה? מכוח ההכרזה לא הרבה אבל כדי לפתור מיד אחרי אימוץ ההכרזה התחילה עבודה של ניסוח אמנות- שמי שמצטרף אליהם מחויב להם.

ג. 1966 האמנות האוניברסאליות:

לקח 18 שנים עד שהגיעו לטקס מוסכם. יש שתי אמנות שאומצו באותו יום.

- האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות- יש בה הגבלות ספציפיות מטעמים מסוימים (בהכרזה אין הגבלות ובאמנה יש).
- האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות-לא מדובר על מתי אפשר להגביל את הזכויות אלא בהתחלה אמרו שמדינות צריכות להתקדם באופן הדרגתי בהתאם למשאבים שלהם.

השאלה למה לא כללו הכל באותה מגילה? כי בין 46-48 מה שבעיקר פרח בזירה בינלאומית זה המאבק הבין גושי- בין הגוש הקומוניסטי לקפיטליסטי והייתה מחלוקת על מה היחס בין הזכויות האלה שהייתה קורלציה ביניהם- מדינות המערב אמרו וזו גם ההיסטוריה של דיני זכויות אדם שזכויות אדם זה מנגנון שמגן על הפרט מפני התערבות המדינה (מה אסור למדינה לעשות). הקומוניסטים אמרו שהמטרה זה להגן על הפרט. היה מאבק על מה יותר חשוב. לא הגיעו לפשרה. עשו שתי אמנות כאשר רוב המדינות הצטרפו לשתייהן. (יש מדינות שהצטרפו רק לצד אחד וזה סין למשל שלא הצטרפה לאמנה הראשונה של הזכויות הפוליטיות).

כיוון שהשיח של זכויות האדם הוא שיח מערבי כי במדינות הקומוניסטיות התרומה של מזרח אירופה בשנים הראשונות היה מוגבל. התוצאה היא שהזכויות שהמערב רואה בהן כחשובות הן של הדור הראשון וזכו לדחיפה קדימה והזכויות של הדור השני זה הזכויות הפוליטיות.

אמנות גלובליות בנושאים ספציפיים:

- ICCPR (חברות בה 167 מדינות). שנת 1966
- ICESCR (חברות בה 160 מדינות). שנת 1966.
- האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (חברות בה 175 מדינות). שנת 1965.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- האמנה נגד עינויים (חברות בה 146 מדינות). שנת 1984.
- האמנה לביעור אפליה נגד נשים (חברות בה 183 מדינות). שנת 1979.
- האמנה בדבר זכויות הילד (חברות בה 193 מדינות, ארה"ב לא חברה בה). שנת 1989.
- האמנה בדבר מהגרי עבודה (אין חברות). שנת 1991.
- אמנה בדבר זכויות אנשים מוגבלים (חברות בה 126 מדינות). שנת 2006.

הרעיון להתמקד **בנושאים ספציפיים** ולהוציא אמנות מיוחדות זה בכדי להתמקד בנושאים חשובים.:

- תחום אחד זה אמנה משנת 65 של ביעור אפליה גזעית- איסור הסתה על בסיס גזעי, מוצא. ישראל צד לאמנה ולכן יש חובה שתהיה אצלנו חובה פלילית על הסתה לגזענות.
- אמנה משנת 1948- איסור עינויים- איסור על עינויים- גרימה מכוונת של כאב או סבל חמור, פיזי או מנטאלי על מנת להשיג מאדם מידע או הודעה. האיסור בעניין העינויים הוא מוחלט. אין העמדה לדין ואין שום סייג לאיסור. זה לא משנה את העובדה שכל המדינות מענות.

אמנות לאוכלוסיות מיוחדות הרעיון הוא שיש אוכלוסיות שצריך להתמקד בהם בגלל הצרכים שלהם.

- אמנה בביעור אפליה נגד נשים- חוזרת במידה רבה על דברים שנאמרו (שוויון בחיים ציבוריים, ייצוג, אזרחיות, תעסוקה, בריאות, זכויות כלכליות), האם זה כולל העדפה מתקנת? האם שוויון פורמאלי או מהותי? יש עיסוק באמצעים למניעת סחר בנשים וניצול זנות. העדפה מתקנת לא נחשבת אליה. אמצעים זמניים לקידום לא ייחשבו אפליה. המדינות מתחייבות לשנות דפוסים חברתיים. האמנה אומרת לא להגיד אצלנו במדינה זה אחרת אלא לשנות את החברה כדי שיהיה שוויון.
- זכויות הילד- הרשימה היא רשימה שמכירים אבל יש לה היבטים מיוחדים. למשל האם לילד יש זכות לפרטיות בפני הוריו. יש באמנה את עיקרון טובת הילד, זכות לחיים, לזהות, לאיחוד משפחות, ביטוי, חירות מחשבה, פרטיות ועוד.
- אמנה בדבר זכויות של אנשים עם מוגבלויות- עקרונות מנחים, כבוד לאוטונומיה אישית נגישות פיזית, כבוד לשוני, שוויון הזדמנויות. שוויון מגדרי, השתתפות ומעורבות מלאות ואפקטיביות בחברה.

ישראל – אשרורים והסתייגויות:

ישראל צד לכל האמנות אבל יש לנו בעיה עם חלק מהן ולכן שהצטרפנו לחלקן הוספנו הסתייגויות. דוגמא היעדר שוויון בנישואין, היעדר נשים בשיפוט.

סעיף 4 לאמנת זכויות חברתיות- כשהמדינה נמצאת במצב חירום יש לה הצדקה יותר רחבה.

איך מפקחים על האמנות?

מי מפקח?

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

כל אמנה קובעת שתהיה וועדת מומחים ואכן תהיה וועדת מומחים בה אנשים שמבינים בנושא והם מכל העולם כדי שיהיה ייצוג בינלאומי. האנשים נבחרו על סמך המומחיות שלהם בתחום וגם בסחר מכר פוליטי.

איך עובדות?

כל מדינה מחויבת להעביר **דוח תקופתי** למדינה שמפקחת על האמנה. בדוח המדינה מדווחת מה עשתה בתקופה האחרונה וכיצד עומדת בדרישות. דנים בכל הדו"חות המתקבלים. המדינה מדווחת לפי מבנה ספציפי בכל מיני נושאים מה מצבינו. מתקיים דיון באופן קלאסי בו הוועדה קוראת את הדוח שואלת שאלות המדינה משיבה ונותנת הסברים ואז הוועדה מפרסמת את חוות דעתה המצביעה על חוזקות חולשות ונקודות לשיפור.

הפגם במנגנון הוא שהדיווח הוא עצמי וברור שכל ממשלה שתגיד שהכול טוב. מדינות יודעות את זה ולכן מקפידות לא לדווח שהכול מושלם ומדווחות דיי באמינות. המנגנון של דיווח עצמי עובד על אמינות ומוניטין. במהלך השנים התברר שקודם לא תמיד הדיווח האמיתי ולפעמים דברים נרים אחרת ממקום אחר ואז זה לא משקף איך הדברים נראים מבחוץ ולכן לגורמים לא ממשלתיים יכולה להיות תרומה לדיון לכן הוועדות התחילו לקבל דוחות מארגונים לא ממשלתיים גם כך שהיום הדיונים הם יותר נרחבים מבחינת היקף הזהויות שנכנסות לדיון. המדינות לא רואות בכך התקפה עליהן- מנגנון המאפשר למדינה לבדוק את עצמה. בישראל מתקיים דיון עוד לפני שכותבים את הדוח עם גורמים אחרים כדי לקבל תמונה מלאה- קוראים לדוחות הלא ממשלתיים דוחות צלליים.

מנגנון אחר שקיים בחלק מהאמנות זה **שאנשים יכולים להגיש לוועדה תלונות** נגד מדינות בעניין ספציפי שקרה להן או בעניין חוק, משהו שרלוונטי לאמנה. מנגנון שלא כל המדינות מצטרפות אלא רק מדינות שמוכנות לחשוף את עצמן- ישראל לא הצטרפה למנגנון.

יש אפשרות למנגנון גם של **תלונות בין מדינות** אך יש בו שימוש מצומצם מאד. למשל גיאורגיה הגישה תלונה נגד רוסיה על אפליה גזעית באזורים שפרשו מגיאורגיה- תלונה מאד כללית.

למנגנונים אין כוח מחייב..

האם זה עובד?

המנגנונים עובדים. כי **מנגנון לא נעים עובד** חזק במשפט הבינלאומי- מדינות לא רוצות להיראות רע. זה עניין של מוניטין ומדינות ניזונות מהמוניטין שלהן. רוב המדינות מציינות לרוב ההחלטות של הוועדות.

בנוסף יש גם **משמעות כלכלית** – מדינות שיש להן זכויות אדם חלשות לא נהנות מתמיכה בינלאומית. ארה"ב לא תמיד מאחורינו למשל בעיקרון של סחר בני אדם ובנוער כללי- ארה"ב מדרגת מדינות לפי C/B/A. ומי שלא יהיה בראשונה לא יזכה למימון. כך ארה"ב אמרה לנו שאם לא נעשה שיפור לא תעזור לנו וזה גרם לפרץ של חקיקה ואכיפה ורואים שכסף מניע מנגנוני זכויות אדם.

בנוסף חשוב שלפעמים יש דברים שבאמת עובדים כמו שצריך מהסיבות הנכונות. **הליכים פנימיים**- שמדינות מכינות את הדוחות הן חייבות לבדוק את עצמן ואז מגלות דברים שלא ידעו ואז יכולות לטפל בהן. מגלים דברים שלא ידענו ובודקים ואפילו אולי מסדירים בחקיקה.

עד פה זה מנגנון האו"ם שהוא לא מחייב באופן פורמאלי (האמנה כן מחייבת אבל מנגנוני האכיפה שלה לא יוצרים פסקי דין מחייבים).

16/6/14

בשיעור שעבר דיברנו בנושא זכויות אדם, זכויות אדם זהו התחום של משפט בינלאומי בו המבנה הבסיסי שהזכרנו בתחילת הסמסטר נשבר- הרעיון הוא היחסים בין מדינות וזכויות אדם זה כאשר זה בין המדינה לפרט. משפיע באופן ישיר גם על המשפט הפנימי- יש נורמת על מעל המבנה החוקתי שלנו. האם בפועל אפשר לתבוע את זכויותינו כשהמדינה מפרה זה עניין אחר תלוי אם יש בית דין. ניתן לראות עתירות שמסתמכות גם על המשפט הבינלאומי של זכויות אדם- גם אם המשפט הישראלי מתיר משהו זה עדיין צריך לעמוד בסטנדרטים של המשפט הבינלאומי. דיברנו מהן הנורמות האלה ומה מופיע בזכויות אדם (אמנות בזכויות ספציפיות, אמנות רחבות, מנגנוני אכיפה.

מאפייני זכויות האדם:

זכויות אדם ולא זכויות אזרח כי הן מגיעות לכל אדם.

א. אוניברסאליות:

בולט בזירה הבינלאומית ופחות בזירה הפנימית. העיקרון הוא **שכל הזכויות בסיסי** יהיה אשר יהיה מגיע לכל אדם בכל מקום בכל על בכל נסיבות.

סעיף 1 להכרזה האוניברסאלית אומר "כל בני האדם נולדו בני חורין ושווים בערכם ובזכויותיהם. כולם חוננו בתבונה ובמצפון לפיכך חובה עליהם לנהוג איש ברעהו ברוח של אחווה". כולנו אותו הדבר ולכן לכולנו מגיע אותו הדבר והקהילה הבינלאומית היא האהובה לכך.

סעיף 2 הכרזה האוניברסאלית: "כל אדם זכאי לזכויות וחירויות ללא אפליה כלשהי". לכולם בכל מקום יש את הזכויות הללו.

הרעיון של אוניברסאליות הוא חזק ומאפשר שליטה ומעורבות של המשפט הבינלאומי בצורה אינטנסיביות בכל מקום- לא נתון למשא ומתן.

ישנה תפיסה אחרת של **יחסיות תרבותית**: זכויות הן פונקציה של חברה ושל הקשר ותרבות. דוגמאות מהזירה הישראלית יהיה קשה להגיד למה דברים צריכים להיות תלויי תרבות. [הזכויות והכללים המוסריים הם תלויי תרבות והקשר].

התפיסה של שוויון מגדרי למשל בחברה החרדית לא מקובלת. התפיסה שלהם זה שאצלם כבוד של בת מלך פנימה. זכויות זה בכלל לא השיח הרלוונטי.

המשפט המנהגי מחייב מדינות לכבד את זכויותינו. מדינת ישראל התחייבה לכבד את הזכויות של האדם – כמו כבודו, חירותו ועוד.

ישנן שתי בעיות עם הגישה האוניברסאלית:

- **בעיה עקרונית: אוניברסאליות = אימפריאליזם תרבותי** ("הם לא יודעים שהם נפגעים"). בזה שכופים את הערכים המערביים (שיח זכויות האדם) לא כובשים אותם בנשק אבל זה אימפריאליזם- שהשיטה שלנו תשלוט בכל העולם ומי אמר שהיא טובה. טענה זו מועלית בשיח מוסרי פילוסופי ופוליטי ואם מסתכלים על המדינות שהצטרפו לאמנות זה כמעט כולן. השיח האוניברסאלי ניצח. השיח דורס שיחים אחרים.
- **הבעיה הפרקטית- איך מבטיחים זכויות**: האם להתמקד בתרבות או במופעיה? הבעיה היא כיצד להבטיח זכויות- בין רטוריקה לבין מעשה יש פער. (אם העיקרון למשל שיש שוויון מגדרי לא יעלה על הדעת שתהיה הפרדה באוטובוסים בין גברים לנשים, לא בטוח שזה ייטב את המצב ויעזור להם אלא רק יגרום למשל שנשים לא ייסעו באוטובוס).

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

בזירה בינלאומית למשל ב"מילת נשים"-פגיעה באברי המין של הנשים נעשה מסיבות חברתיות וגורם נזקים בריאותיים- מבחינת המשפט הבינלאומי זה אסור.

ב. זכות טבועה:

זכויות אדם הן טבועות- אי אפשר לקחת מאיתנו. הרעיון הוא שזכויות אדם לא נובעות מאמנה חברתית (כמו זכויות אזרח)- לא פונקציה בגלל שאזרח אלא נולדים איתם.

מאותה סיבה הן גם לא מותנות בחובות- זה לא אומר שאין לנו חובות אבל זה לא שמגיע לי משהו רק אם שילמתי את חובתי. (כמו תשלום מיסים-חייבים לשלם למשל מיסים כדי שהמדינה תוכל להבטיח לנו את כל מה שאנחנו צריכים. זה לא שנקבל הכל אבל זה לא שקודם צריך לדרוש משהו ממישהו בכדי לבקש זכויות).

עוסקות במינימום ההכרחי שלא ניתן לפגוע בו.

ג. יחסיות (למעט עינויים):

יש לאזן בין זכויות לאינטרסים אחרים.

לעיתים יש טעמי הגבלה ספציפיים וצריך הצדקה בכדי להגביל את הזכויות. השאלה מה זה "טעם ראוי"- יקבע בחקיקה או פסיקה של מדינה.

היחסיות מתבטאת בפסקאות ההגבלה.

אסור לפגוע בחיים באופן שרירותי ואפשר לפרש מה זה נחשב שרירותי- אסור להרוג בכוונה אדם אלא כאשר זה עונש מוות בעקבות הרשאה. שרירותיות זה כאשר אין הצדקה ואין הליך. הזכויות הן יחסיות ויש עליהן מגבלות.

החריג ליחסיות זה האיסור על עינויים (סעיף 2 לאמנה בדבר עינויים –CAT)- האיסור משפט קוגנטי שלא ניתן להתנות עליו.

השאלה מה קורה כאשר כל המדינות בפועל מענות (משפט מנהגי)- אף מדינה לא אומרת שמותר ואף מדינה לא אומרת שהיא מענה- ולכן כביכול כולן מסכימות שלא ניתן לענות- העובדה שבפועל יש עינויים לא שונה מזכות אחרת שלא מקיים אותה בפועל וזה חלק מהקוגנטיות- ההכרזה על זה נמצאת בפסיקה בינלאומית וגם בשיח הציבורי והממשלתי ולא ניתן להתנות זאת.

יש עוד איסור מוחלט והוא עבדות- זה שיש הפרות זה לא אומר שמותר- אדם לא יכול להיות קניינו של אדם אחר בשום נסיבות.

ד. ERGA OMNES (חובות) כלפי כולא עלמא:

חובה של המדינה שלקחה על עצמה כלפי כל מדינות העולם. כאשר המדינה מענה אותי היא מפרה את התחייבותיה כלפי כל מדינות העולם. הרעיון שהתחייבויות של מדינות הן כלפי כולם מופיע גם בפסי"ד של בית הדין הבינלאומי בעניין פרשת ברצלונה – ביהמ"ש אומר שזכויות אדם הן התחייבויות כלפי כל מדינות העולם ומזכיר באופן ספציפי איסור אפליה גזעית ורצח עם.

המשמעות של זה שכל מדינה יכולה לדרוש ממדינה אחרת ציות לחובות האלה. אם ממשלת ניגריה למשל פוגעת בזכות לחיים של תושביה היא פוגעת בזכותם לחיים ומי שיכול לפעול בעניין זה לא מי שנפגע באופן ישיר אלא כל מדינות העולם.

הרעיון שעומד מאחורי זה הוא להעניק כוח- כי הפרט יותר חלש מאשר כל המדינות ולכן כל המדינות יכולות לסייע לו.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

לכל מדינה זכות לתבוע ציות ממדינו אחרות כאשר הרציונאל הוא חולשת הפרט מחייבת יכולת הקהילה הבינלאומית להתגייס לעזרתו.

ה. קוגנטיות:

אי אפשר להתנות על זכות ואדם לא יכול לוותר על זכותו .

לא יכולה להסכים שיהרגו אותי, לא יכולה לוותר על זכותי להיות עבד.

הפרט לא יכול לוותר על זכויות ומדינות לא יכולות להתנות על הזכויות באמנות (לא בהכרח כל הזכויות אלא כל עוד שהן קוגנטיות). לא באמנה ולא בחקיקה.

השאלה איזה זכויות הן קוגנטיות- למשל על הזכות לפרטיות אפשר לוותר (אנשים שהולכים לאח הגדול למשל וויתרו על זכות הפרטיות שלהם אך הבעיה היא לא משפטית).

לוותר על זכות זה שאני לא יכולה להתחרט אם ויתרתי. לא כל זכות היא קוגנטית!

יש זכויות שהמדינה אמרה "אבל הוא הסכים". **סעיף 4 בדבר אמנת הזכויות הפוליטיות ICCPR-** אומר שבשעת חירום מדינות יכולות להטיל הגבלות מיוחדות. יש זכויות שלגביהן בסעיף נאמר שגם בשעת חירום לא ניתן להגביל אותן מעבר להגבלות הקיימות- למשל עינויים, גרם מוות באופן שרירותי, עבדות, אפליה גזעית.

אם גם בנסיבות חריגות אי אפשר להפר את הזכויות הן קוגנטיות! (אדם לא יוכל להגיד שהוא מוכן שיענו אותו..).

בעניין האכיפה-

הקשיים :

- המנגנונים הבינלאומיים המשפטיים הם חלשים (אין בתי דין וועדות האום לא מחייבות).
- אין הדדיות שאנחנו לא נעשה לכם אם אתם לא תעשו לנו.
- הקרבה ז"א לטובת אינטרסים אחרים.
- הפנמה חלקית בלבד של המסרים.

סיבות לאופטימיות :

- התחזקות מנגנונים אזוריים- באפריקה למשל הוקם בית דין.
- המשפט הבינלאומי הפנימי מתחזק ויש מי שמסתובב אפילו מחרדה מבית משפט.
- אפקט ה-CNN- רואים הכל בכל מקום- המוניטין של המדינות חשוף יותר כי אי אפשר להסתיר.
- דמוקרטיזציה משפט הפנימי- הגוף הסובייטי התחזק. דמוקרטיה זה השיח המדיני החזק.

חסינויות:

מהי חסינות?

חסינות זה חריג לסמכות השיפוט של המדינה בגין מעשים שבוצעו בשטחה. חלה בבתי משפט מדינתיים. למדינה יש סמכות שיפוט על דברים שנמצאים בתוך סמכות שיפוט.

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

עיקרון הריבונות מכתוב שלמדינה יש ריבונות במה שקורה בשטח שלה כאשר החסינות זה חריג שהמדינה לא מאפשרת ניהול של הליכים משפטיים בגין אירוע על אף שבנסיבות אחרות היתה לה סמכות כי זה נמצא בשטח.

בעצם חסינות זה חריג לסמכות השיפוט של המדינה.

חסינות של בתי משפט מדינתיים (רגילים- מחוז/שום/עליון/עבודה)

הרעיון מאחורי החסינות הוא:

- שאם יש שוויון בין מדינות לא יתכן שבית משפט של מדינה אחת יבקר פעולות של מדינה אחרת. עיקרון שוויון רבעוני מחייב שמדינות לא יצטרכו לתת דין וחשבון על מעשיהן במסגרת המשפט הפנימי של מדינות אחרות.
- פוגע ביחסי חוץ- כאשר פעולות של מדינה או דיפלומטים של מדינה אחת באים בפני בית משפט של מדינה אחרת זה לא נוח ביחסים.

פס"ד שלומית שלום נ' היועמ"ש - הוגשה תביעה נגד השגריר המצרי. לשגריר הייתה חסינות ולכן התביעה לא נידונה. וזה לא היה נוח לישראל שמתנהלים הליכים נ' מצרים. והתפתח עיקרון החסינות

מצד שני התוצאה של זה בזכויות אדם זה שכאשר נפגעת זכות שלנו (לא דווקא זכות אדם) יש סעד בבית משפט. צריכה להיות אפשרות להתלונן במשטרה או להגיש תלונות נזיקיות למשל.

ברגע שלמדינות זרות או נציגיהן יש חסינות את הזכויות של הפרט נפגעות אז צריך למצוא איזון בין הדברים.

ישנם שלושה סוגים של חסינות:

- חסינות מדינה (ריבון)
- חסינות ראשי מדינה.
- חסינות דיפלומטית.

אם אדם מנסה להגיש תביעה נגד ממשלת צרפת בביהמ"ש ישראלי לא ניתן למשל. ביהמ"ש ישראלי לא ידון באחריות נזיקית למשל של ממשלת צרפת כי יש לה חסינות.

החסינות הראשונה - חסינות מדינה:

חסינות מפני תביעה של בית משפט מדינתי של מדינה זרה. לא מסתכלים על תביעות נ' ממשלת ישראל- ישראל לא נהנית מחוק חסינות מדינה. בישראל יש חקיקה שאומרת דווקא במפורש שהמדינה היא כמו כל אחד אחר ואפשר לתבוע אותה. **אי אפשר רק לתבוע מדינות זרות או לתבוע את ישראל במדינה זרה!**

מקורות המשפט זה המשפט המנהגי שבשנת 2004 עיגנו אותו באמנה- שעדיין לא בתוקף אבל התוכן שלה מוסכם כי כאמור משקף את המשפט המנהגי.

אבל יש חוק חסינות מדינות זרות מ2008 שבו יופיעו החסינויות.

ההוראות בחוק שמשקף אף הוא משפט מנהגי :

- **סעיף 2 בחוק :** למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל בכפוף להוראות חוק זה- יש חסינות למדינות. אבל (לעיקרון החסינות) :

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- ראשית, מדינה יכולה לוותר על החסינות שלה- החסינות היא דייונית ולא מהותית, אי אפשר לתבוע אותה אבל אם היא מוכנה שנתבע אותה אין סיבה שביהמ"ש לא יעשה זאת. יכולה לוותר בין אם בהסכמה ובין אם בהתנהגות.
- החסינות היא לא מוחלטת ויש לה חריגים המופיעים בחוק (סעיפים 3-8).

✓ **חריג הפעולה המסחרית (רק לגבי מדינות)- חריג הריבון** – המדינה חלה רק על פעולות שנעשו כפעולות שלטוניות ולא על פעולות שנעשו במשפט הפרטי. **סעיף 3 לחוק**. פסק הדין שמעגן עיקרון זה ניתן לפני שחוקק החוק אבל רלוונטי גם היום כי מסביר מה זה עסקה מסחרית – **פס"ד קנדה נ' אידלסון** - אידלסון הזכיר את ביתו בהרצלייה לשגרירות הקנדית והייתה מחלוקת על שכר הדירה ופינוי הבית ואידלסון הגיש תביעה והשגרירות טענה שיש לה חסינות מדינה- של ממשלת קנדה כי זה מעונו של השגריר. הגיע לעליון שהיה צריך להגיד האם העסקה של השכרת המבנה זו עסקה מסחרית או לא כאשר גדר המחלוקת היה מצד אחד שיש השכרת נכס ומצד שני זה מגורי השגריר ולכן יש פעולה במשפט הפרטי או פעולה שלטונית? ביהמ"ש אמר **שהמבחן** הוא טיב הפעולה ולא המטרה שלה. ביהמ"ש אומר שזה השכרה לכל דבר ואין חסינות כי זה תלוי בטיב הפעולה. הנשיא ברק שהציע את המבחן מציג גם **מבחן עזר** האם הפעולה יכלה להיות מבוצעת בידי אדם פרטי.

✓ **החריג הנזיקי- סעיף 5 לחוק**: "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל"- מדובר על נזק לגוף או רכוש מוחשי וזה צריך שזה קרה **בישראל**. רוצים לראות שמשוהו ממש נגרם לו נזק. **לא בודקים אם הפעולה היא שלטונית או פרטית- לא קיימת הבחנה. פס"ד שוחט** - ספינה של הצי ה-6 שהעבירה חיילים מהחוף לספינה ובמסגרת המים הטריטוריאליים נפגעו ונשאל האם אפשר לתבוע את ארה"ב כשהיא משיטה חיילים בספינה- הייתה פעולה שלטונית לגמרי שהעבירה את הכוחות הצבאים שלה מנקודה א' לב' ובגלל שזה נפל בחריג הנזיקי אז לא הייתה בעיה. **חלק מהמשפט המנהגי כי זה לא נועד לעסוק בפעולות מלחמתיות אלא מצבים של תאונות ודברים כאלה.**

החסינות השנייה- חסינות ראשי מדינה:

מדברים על תביעות נגד אנשים.

השאלה היא באיזה מידה אפשר להגיש תביעה נ' האנשים האמורים בבית משפט של מדינה זרה (ולא בבית משפט בישראל). **מדובר רק של זרים בישראל- למשל אובאמה בישראל. ולא אולמרט בישראל.**

לראשי מדינה גם יש חסינות והרציונאל דומה לרציונאל של חסינות המדינה- רוצים לאפשר תפקוד תקין של ראש המדינה שפועל בשם מדינתו.

רוצים למשל שלקהילה הבינלאומית יהיה עניין שאובמה יוכל לנסוע בעולם מבלי להיות בסכנה שיתפסו אותו בכל מיני מדינות וירצו להגיש נגדו תביעות כי הוא מייצג את מדינתו.

המשפט הוא משפט מנהגי, לא מוסדר באמנה ולא בחוק שהזכרנו קודם.

צריך להבחין בין שני סוגי חסינות:

- **חסינות פונקציונאלית- נובעת מהתפקיד- מהפונקציה:**

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

כל אורגן של המדינה (זרוע של הרשויות) **נהנה בכל עת מחסינות** בגין מעשים במסגרת התפקיד. **האחריות בעניין היא של המדינה**. אם יש תלונה על ביצוע של זרוע של המדינה שמפרה את החוק התביעה צריכה להיות נגד המדינה ולא נגד האדם.

- **חסינות אישית** - ראשי מדינות **מכהנים** נהנים מחסינות מוחלטת מפני הליכים אזרחיים או פליליים **בעת כהונתם** – בגין **כל מעשה כלשהו**. חסינות זו היא של ראשי מדינה מכהנים בזמן הכהונה שנהנים מחסינות **מוחלטת**. מפני הליכים או אזרחים או פליליים אבל רק בעת הכהונה. (כל עוד אובמה מכהן אנחנו לא יכולים להגיש נגדו תביעות או הליכים פליליים).

ולכן הכלל לגבי ראש מדינה הוא ש...:

ראש מדינה נהנה מחסינות מלאה משיפוט בפני בת משפט לאומיים של מדינה זרה במהלך כהונתו (**חסינות אישית**).

לאחר תום הכהונה החסינות מוסיפה לחול רק ביחס לפעולות שבוצעו במהלך התפקיד ובמסגרת התפקיד (**חסינות פונקציונאלית**).

ראש המדינה הכוונה מבחינה חוקתית או בפועל- נשיא/שר החוץ/ ראש ממשלה ויתכן שגם בעלי תפקידים אחרים

פס"ד קונגו – הבלגים רצו להעמיד לדין את שר החוץ של קונגו ובית הדין אמר שיש לו חסינות אבל אולי גם לעוד אחרים – ולא פירש למי עוד.

החסינות השלישית - חסינות דיפלומטית:

מי נהנה ממנה? מציגים דיפלומטים וקונסולריים המכהנים במדינה מארחת.

הרציונאל זה לאפשר להם לעשות את העבודה מבלי להציג ולהתנקל להם או למדינתם.

מקורות המשפט העיקריים בעניין הם שתי אמנות המשקפות משפט מנהגי:

- אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים - שנת 61.

- אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים - שנת 63.

סעיף 29 לאמנה הדיפלומטית – חסינות מפני אכיפת החוק במדינה המארחת: לא ניתן לעצור או לעכב דיפלומט, חובת המדינה המארחת לנהוג בכבוד ולמנוע פגיעה בו. **החריג המנהגי הוא** שכן אפשר לעכב אותו ולחסום אותו כאשר יש סכנה ברורה ומיידית שיש סכנה לחיי אדם (למשל דיפלומט נוהג שיכור אפשר להוריד אותו מהכביש אבל לא ניתן לתת לו קנס למשל).

סעיף 31 לאמנה הדיפלומטית מדברת על חסינות מוחלטת של הנציג הדיפלומטי מהדין הפלילי של המדינה המקבלת. מדבר על הליכים - יש חסינות מוחלטת מפני הליכים פליליים - אי אפשר להעמיד לדין דיפלומט וגם בפני דין אזרחי של המדינה המקבלת בכפוף לשלושה חריגים שלא ניכנס אליהם. **פס"ד שלומית שלום** - הייתה שאלה איך לפרש את פקודת הנזיקין וביהמ"ש אמר בהתאם למשפט המנהגי - כרשימה פתוחה.

הדברים נועדו לאפשר לדיפלומטים לאפשר את תפקידם ולא לעשות מעשים לא טובים.

סעיף 22 לאמנה הדיפלומטית - יש חסינות לחצרי השגרירות - אסור למדינה המארחת להיכנס ללא רשות לחצרים גם לא במקרי חירום. (חשוב לזכור - שגרירות היא לא אקסטרטוריאלי). המשפט הישראלי חל שם. חסינות חצרי השגרירות (כל שטחי השגרירות כולל משרדים מגורים ועוד): נציגי המדינה המארחת אינם רשאים להיכנס לשטח ללא אישור של ראש השגרירות. הצד השני של החסינות זה שלדיפלומטים יש חובה לציית למשפט.

סעיף 41 לאמנה הדיפלומטית - לאמנה אומר שחובת מי שנהנה מחסינות לכבד את משפטה של המדינה המקבלת ולא להתערב בענייניה הפנימיים.

המבחן:

- א. חומר הלימוד זה כל מה שלמדנו ורק מה שלמדנו (כולל המתקשב).
- ב. שני ספרים בסילבוס של רובי סייבל- מבוא למשפט בינלאומי (הכל כתוב שם) + בין מלחמה לשלום.
- ג. חומר העזר למבחן זה סילבוס ומקראה ללא כיתובים. [אם אין משהו אפשר להוציא מרשומות].
- ד. מבנה המבחן: שאלה אחת שמבוססת על קטע מעיתונות- שאלות קונקרטיות + שאלות קטנות של קייסים קטנים.
- ה. המלצה- בשאלות אין אף פעם תשובה חד משמעית! (סכסוך בין לאומי או פנימי למשל להניח כך וכך, התקפה חדשה שמאפשרת הגנה עצמית- תמיד להניח את שתי האופציות).
- ו. המבחן הוא על יישום הכללים לגבי העובדות הנתונות- לא יהיו מסיחים ועודף עובדות או להשתמש בכל הנתונים שיש.
- ז. משך המבחן נראה יהיה שעתיים וחצי.
- ח. ייתכן והידיעה העיתונאית תעלה קודם אבל לא בטוח.

חזרה ודגשים:

- א. מקורות המשפט הבינלאומי:
 - דיברנו על מקורות מנהג, אמנה עקרונית כללים ואיך מזהים אותם. החלטות של ארגונים בינלאומיים ואקטים חד צדדים של המדינה- כולם מקור משפטי.
 - כאשר מדברים על כללים קוגנטיים הם לא דווקא קשורים בפרקטיקה של מדינות- למשל קוגנטיות ושימוש בכוח. (דינים קוגנטיים- שימוש בכוח, עינויים, רצח עם, עבדות, הדרה עצמית/אפליה גזעית)- הכל הוזכר בפסיקה ובספרות כנורמה קוגנטית.
 - אמנות- דיברנו על האופן שנוצרות מבחינת משפט בינלאומי- לא לשכוח שצריך חתימה ואשרור ובלי אשרור לא מחייבות אפילו לא במישור הבינלאומי- אבל ברגע שחותמים אסור לחתור תחתיה. בחקיקה הישראלית יש כמה הוראות שאוסרות על הממשלה לאשרר לפני שקיבלה אישור פנים מדינתי- לא חלק מהמשפט הבינלאומי אבל. לא להתבלבל בין אשרור שיוצר מחויבות בינלאומית לבין כריתה שזה במחויבות הפנימית.
 - היחס בין אמנות- אמנה יכולה להתנות על מנהג אבל לא אם הוא קוגנטי. מנהג יכול להיות לפני או אחרי אמנה הכל תלוי נסיבות.
 - כשנשאלת השאלה אם יש מנהג צריך לבדוק פרקטיקה עקבית ואחידה לאורך זמן ומחויבות משפטית.
- ב. היחס בין המשפט הישראלי לבינלאומי:
 - קודם לשאול בעניין מה מעמדה של נורמה אם היא מנהגית או הסכמים. אם מנהגית היא חלק מהמשפט אוטומטית.. לעומת זאת אמנה תלוי אם נקלטה.
 - איך חותמים? נציג של המדינה בד"כ שר החוץ. איך מאשררים אמנה בישראל? החלטת ממשלה- בסיס פוליטי רחב.
 - נפרש את החוק בהתאם למשפט המנהגי אבל כשיש סתירה החוק גובר.
 - הכלי הפרשני לגבי מנהג מול חקיקה זה שהחקיקה של הכנסת גוברת
 - חזקת ההתאמה הפרשנית. תקנות וחקיקה בהתאם למנהג ולמשפט הבינלאומי. חוקי יסוד זה כבר יותר מורכב. במקרה של התנגשות כמה נפסול אם לא עולה בקנה אחד.

- ג. מהי מדינה-
- איך מדינה מוגדרת ומה צריך כשתהיה מדינה- סעיף 1 מונטיבידאו (אוכלוסיה, שטח יכולת לנהל ממשל אפקטיבי ששולט במדינה בשטח נתון). + נדרש בפועל (לא פורמאלית) הכרה. תנאים עובדתיים אלו.
 - יש עיקרון שמשחק לקיומה של מדינה- כאשר לא ברור אם אכן מדינה: ניטה לראות בישות מדינה יותר ככל שנכיר בזכותה להיות מדינה- הזכות להגדרה עצמית- זכותו של עם לקבוע את עתידו הפוליטי. יש או אין מדינה- על סמך שיקולי מדיניות בהקשר של הגדרה עצמית.
- ד. ארגונים בינלאומיים:
- לא להתבלבל בין העצרת הכללית למועצת הביטחון. מעוצת יכולה לקבל החלטות שמחייבות את המדינות וחובה לציית לה למרות שבד"כ לא דורשת ציות. לא קובעת חברה אלא זכות.
 - בית הדין הבינלאומי – רק מדינות יכולות להתדיין בפניו גורם שלא מדינה לא יכול להתדיין בו וזה רק בהסכמה.
- ה. נורמות מהותיות:
- איסור השימוש בכוח- הכלל שאסור אך יש חריגים (הראשון – מנגנון הביטחון **הקולקטיבי** כאשר הקילה הבינלאומית באמצעות מועצת הביטחון מפעילה כוח לפי פרק שבע תוקפנות או הפרה של השלום ושמייצנו את ההליכים הפחותים משימוש בכוח. השני- זה **הגנה עצמית** שיכולה להיות אינדיבידואלית או קולקטיבית- סעיף 51 אפשר הגנה עצמית רק אחרי התקפה חמושה ואפשר הגנה עצמית מקדימה ולגבי התקפה מונעת התשובה פחות ברורה. בכל מקרה פעולת הגנה עצמית תהיה לגיטימית אם היא הכרחית ומיידית ופורפוציונאלית לסכנה.
 - שימוש בכוח שלגביו יש דיון זה התערבות הומניטארית- כאשר הקהילה נחלצת לאוכלוסיה שזקוקה להגנה מפני המדינה של עצמה. הפעולה צריכה להיות של הקהילה הבינלאומית ולא של מדינה שהחליטה שרוצה להציל אחרים. הפעולה צריך שיהיה לה גיבוי בינלאומי.
 - המילה התערבות משמשת להרבה דברים ולהיזהר כשאומרים אותה. התערבות צבאית או משפטית. לדייק.
 - משפט הומניטארי- תחולתו בסכסוכים מזוינים- סכסוך בינלאומי מול סכסוך פנימי איך מתחילים. עקרונות המשפט ההומניטארי כוללים את הצורך הצבאי שממנו נובע ההבחנה ובבסיסו האיסור על פגיעה מכוונת באזרחים- לא אומר שלא יכולה להיות פגיעה נלוות שלא מכוונת לאזרחים ובלבד שהיא פורפוציונאלית ותועלת הצפויה.
 - עיקרון של מניעת סבל מיותר, קוגנטיות. כולם קשורים לאותו עיקרון שמי שאיננו מעורב בלחימה צריך להיות מוגן מנזקי המלחמה ככל שניתן.
 - עיקרון שאין הדדיות במשפט הומניטארי- העובדה שצד אחד מפר לא פותר את הצד האחר כי מי שמוגן זה הפרט ולא ביחסים בין מדינות.
 - כך גם לגבי זכויות אדם.
 - ככל שהסכסוכים הפכו להיות אסימטריים יש בעיה במנגנון- שצד מפר בכוונה את הכללים כדי להעמיד במצב לא נוח את הצד השני.
 - בהבחנה בין אזרחים ללוחמים- יש להתמודד גם עם אזרחים שמעורבים במלחמה ומה מעמדם- הם לא שבויי מלחמה אבל זה לא אומר שהם מטרות לגיטימיות כמו לוחמים.
- ו. זכויות אדם:

שם הקורס: משפט בינלאומי פומבי שם המרצה: פרופ' יעל רונן מסכמת: נופר לביא

- מנגנון על חוקתי, יצירת מערכת נורמות שהיא מעל המשפט המדינתי.
 - יש את התכנים בתוך המשפט הפנימי.
 - שאלה מה קורה שלא עולים בקנה אחד הפנימי והבינלאומי.
 - להכיר את האמנות.
 - כל הנושאים שדיברנו בנושא בשיעור היום וכתובים מעלה.
- ז. חסינות
- שלושה סוגים שמשרתים את המטרה וכולם נועדו לאפשר למדינה באמצעות אנשים לנהל את העניינים באופן תקין ולכן חסינות מהתנקלות והפרעה.
 - וחסינות המדינה מוגבלת- להכיר את החוק עם החריגים בסעיפים 3+5.
 - חסינות דיפלומטית וחסינות ראשי מדינה.