

תפקיד המשפט ביחסים הבינ"ל:

- **מרכזי:** יחסי סחר, שת"פ פלילי.
- **משני:** סכסוכים צבאיים ופוליטיים. למשל הסכסוך הישראלי פלסטינאי הוא פוליטי.

הדרך שבה עובד המשפט הבינלאומי - נורמות, אמנות, יציאה ספונטנית, משפט רך:
הכללים המקבילים למה שננהג בישראל. יש לנו אמנות והסכמים בין מדינות שנוצרים בצורה מאוד מכוונת. יש נורמות שנוצרות באופן ספונטני- מעצמן ולא במעשה מכוון, לעומת משפט רך- שאלו כללים שלא מחייבים, המלצות כמו הרפורמה בנתב"ג.

יישום הנורמות: מוסדות: ארגונים בינלאומיים, גופים שיפוטיים הם אלו שאחראים ליישום
הנורמות, כמו כן, אלו הם הארגונים הבינלאומיים שאצלם לעיתים, מתנסחות הנורמות. בגופים אלו גם אוכפים את הנורמות- הן אכיפה שיפוטית, והן אכיפה פוליטית.

הגדרת משפט בינלאומי: מערכת כללים ונורמות ארגוניות ומוסדות שבאמצעותם פועלת הקהילה הבינלאומית ע"מ לקדם את הערכים והאינטרסים המשותפים והנפרדים של חברי הקהילה. כל אחד מאיתנו חבר בקהילה הבינלאומית- ואנו בעלי זכויות וחובות בקהילה. זו הגדרה רחבה וכיום קשה להגיד מה חלק מהמשפט הבינלאומי.

האם המשפט הבינלאומי הוא "משפט"? אם נאמר שמדובר בהגדרה רחבה ולא ברור מה הגדרה של המשפט הבינ"ל מכסה, אז איך אפשר לדבר עליו במונחים של משפט?

מהי שיטת משפט:

1. הובס 1650- "מצב טבעי" של אנרכיה
2. אוסטין 1823- אין ריבון ואין סנקציות
3. הארט 1961- יש כללים, אין שיטה
4. חשין 2004- השיטה בחיתוליה- **פס"ד מרעאבה, שנת 2004**: המשפט הבינלאומי פומבי צבר כח והחל עומד על רגליו, אך יש עוד דרך רבה לפניו עד שיהפוך להיות שיטת משפט מהמניין- שיטת משפט שניתן לאכוף.

השוואה לשיטת משפט מדינתית- רשות מחוקקת, רשות שופטת ורשות מבצעת:

א. רשות מחוקקת: האם זה האו"ם? לאו"ם אין סמכות לחוקק נורמות מחייבות למעט חריגים.

אמנות: כשאומרים אמנה צריך להבין שמדובר בהסכם. ולכן, אמנות **מותנות בהסכמה**, ומחייבות רק מי שצד להן. מדינות יכולות לנסח, ולהצטרף לאמנה. לפעמים הן עושות את זה בחסות האו"ם אך לא בהכרח. הרעיון בחוק במדינה לא מותנה בהסכמה. על חלק מהמדינות חלות חובות אחרות וייחודיות שהן לקחו עליהן. תמיד אפשר ל"השתחרר" מאמנה.

יציאה איטית של אמנות- בניגוד לחקיקה שנעשית ב-3 קריאות, אמנות לא נוצרת כ"כ בקלות. אמנות צריכות לעבור מו"מ בין קרוב 200 מדינות וזה לוקח הרבה זמן.

ב. רשות שופטת- ביה"ד הבינלאומי בהאג: **סמכות השיפוט מותנית בהסכמה**- עניינו סכסוכים בין מדינות. ישראל לא מסכימה לסמכות השיפוט של ביה"ד זה, אבל ישראל בעבר הסכימה ואפילו הגישה תביעה בביה"ד הזה. אך בסוף משכה חזרה את התביעה. לא מוציאים הרבה פס"ד בביה"ד זה, **תדירות הדיונים בביה"ד נמוכה ואפקטיביות שלו מוגבלת.**

ג. רשות מבצעת: אין צבא או משטרה בינ"ל- האכיפה נעשית ע"י מועצת הביטחון, בעזרת כוחות שמירת שלום של האו"ם- הם לא אוכפים אלא הם בהסכמת המדינות הרלוונטיות.

צריך קואליציה אד הוק- החלטה להשתמש בכח נגד מדינה מחייבת הסכמה- בעיית אכיפה כי אין גוף מוציא לפועל.

המשמיצים אומרים: אין מחוקק מרכזי, אין מנגנון שיפוטי מחייב ואין אכיפה מרוכזת.

ולכן התוצאה תהיה: שבעל המאה הוא בעל הדעה. היחסים בינלאומיים נשענים על כח ולא על משפט. ואף על פי כן (כל הנאמר לעיל) הסוד הוא בפרנקציה ולא בפרוצדורה.

נורמות: יש אלפי אמנות כמו מגילת האו"ם - כל מדינה שרוצה להצטרף לאו"ם, צריכה להיות צד לאמנה זו. כל מדינות העולם חברות באו"ם.

הצטרפות אוניברסלית - מדינות מצטרפות לאמנות ופועלות בהתאם לנורמות כי זה כדאי להן. הן עושות זאת כדי להשיג משהו - מערכת יחסים של "תן וקח".

תפקיד המוסד: יש מוסדות בעלי סמכות חקיקה מחייבת כגון - מועצת הביטחון או האיחוד האירופי שיוצר נורמות מחייבות.

הסבר הרשות השופטת: יש לא מעט הסכמה להתדיין בביה"ד הבינ"ל בהאג. יש בתימ"ש מדינתיים - בעבר לא הייתה אפשרות כזו - אם יש לביה"ד סמכות זה מחייב. לדוג' ניסיון להעמיד קצינים ישראלים במדינות אחרות.

מנגנוני אכיפה:

1. מועצת הביטחון של האו"ם יכולה להורות על כך.
2. אמצעי אכיפה למשטרים המשפטיים השונים (WTO).
3. אכיפה חד צדדית.

לסיכום:

- יש הליכי קבלת החלטות מחייבות
- הפעלת הסמכויות מבוזרת, בניגוד למשפט מדינתי.
- אין הרבה אכיפה ממוסדת אבל יש הרבה ציות: אנחנו לא שמים לב שהכל עובד כשורה - רוב הזמן רוב המדינות מצייתות לרוב הכללים.

השאלה האמיתית כיום: האם השיטה אפקטיבית ולגיטימית, במובן שיש תחושה שראוי לציית לה - על זה אנחנו נענה בקורס.

בזה סיימנו את המבוא למשפט בינ"ל.

נושא א' - מקור הנורמות במשפט הבינלאומי:

אין ספר חוקים ותקנות, וגם הפסיקה היא לא עניין פשוט. אז איך נוצרות נורמות?

סעיף 38 (1) לחוקת ביה"ד הבינלאומי, 1945: ביה"ד (אחד הזרועות של האו"ם בהאג) שתפקידו לפסוק בהתאם למב"ל בסכסוכים המובאים בפניו, ינהג לפי:

- א. אמנות - הסכמה מפורשת**: הצדדים כתבו הסכם וקבעו בו כללים באקט פוזיטיבי. הסכמים בינלאומיים, כלליים או פרטיים, הקובעים כללים שהמדינות המתדיינות הכירו בהם במפורש.
- ב. מנהג בינ"ל - הסכמה משתמעת**: המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין;
- ג. עקרונות כלליים - הסכמה מכללא**: עקרונות המשפט הכללים המוכרים ע"י האומות בנות התרבות. 1920 - כשדיברו על האומות בנות התרבות היה מדובר על המדינות המערביות. רמת ההסכמה הנמוכה ביותר, אך לא אומרת שהנורמה היא חלשה.

אלו שלושת המקורות הקלאסיים - אך באותו סעיף 38 (1) מופיע עוד מקור, מקור משנה:
ד. פסיקה וספרות - אמצעי עזר: החלטות ב"ד ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר משמש לאומות השונות אמצעי- עזר לקביעת כללי המשפט - תוך שמירת הוראותיו של סעיף 59. מוצאים פה פרשנות לדברים שמהם לומדים את כללי המשפט.

יש עוד שני מקורות - שלא נמנו בחוקת ביה"ד הבינלאומי:

ה. **הצהרות חד צדדיות: וולנטריות** - כשמדינה לוקחת עליה התנדבות היא מחויבת בה.

ו. **החלטות ארגונים בינלאומיים: תלוי בארגון, תלוי בהחלטה**: עקרונית החלטות אלה לא מחייבות, למעט בארגונים מסוימים בהקשרים מסוימים. במקום למצוא תשובה לשאלה זו, יהיה באמנות שנכרתו.

להלן ההסבר על הנורמות במשפט הבינ"ל:

1. אמנות:

אמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969 סעיף 2 (1) (א) - מקביל לחוק החוזים:

הגדרת אמנה: הסכם בינלאומי שנכרת בכתב בין מדינות והכפוף למשפט הבינלאומי ויהיה כינוי המיוחד אשר יהיה".

הדין הוא המשפט הבינ"ל ולא המשפט המדינתי בכל מדינה. לכן, אם גובים ממישהו מס והוא טוען לאמנה מסוימת, במידה שמסתמכים עליה, יפרשו אותה בכלים של משפט בינ"ל.

היום יש כ-100 מדינות שהן צד לאמנה זו - יש קונצנזוס רחב על כך שההוראות האלה מחייבות גם מדינות שהן לא צד לאמנה.

ישראל וארה"ב לא צד לאמנה זאת. אך ישראל לא חולקת על כך שאמנה זו מחייבת. המחלוקת שבגללה לא כל מדינות העולם הצטרפו:

1. יש באמנה דין קוגנטי.
2. יש סעיף שקובע שאם יש מחלוקת בעניין האמנה, זה ידיין בביה"ד בהאג - ויש מדינות שלא מסכימות להידיין שם.

סוגי אמנות:

א. **אמנה דו צדדית:** שתי מדינות. **אמנה רב צדדית** - שלוש מדינות ומעלה. כאשר יש הפרה של אמנה, יהיה קל יותר להשתחרר ממנה כשזה אמנה דו צדדית ולא רב צדדית. אמנה דו צדדית לא תהיה אמנת חוק כי בד"כ שני צדדים לא מספיקים לכך. אמנה רב צדדית יכולה להיות אמנה חוזית.

ב. **אמנת "חווה":** חיובים הדדיים - יכולה להיות בין כמה צדדים, אך הרעיון הוא שהחובה לי כמדינה לפעול, כרוכה בחובה של מדינה אחרת.

ג. **אמנת "חוק":** נורמות המחייבות את המדינה ללא קשר למה שמדינה אחרת עושה. למשל סחר בבני אדם.

ד. **אמנה יוצרת - קונסטיטטיבית:** יוצרת משפט חדש - בלי האמנה הכלל לא קיים. לדוגמא אמנה יוצרת היא אמנת ארגון הסחר הבינ"ל שקבע למשל הקלות בסחר וכיוב'.

ה. **אמנה הצהרתית - דקלרטיבית: מכריזה** על משפט מנהגי קיים - קודיפיקציה. מצהירה על מנהג קיים. **אמנת וינה** למשל זו קודיפיקציה של המנהג.

לא צריך לדבר במונחים של אמנות, אלא במונחים של הוראות של אמנה. למשל **באמנת וינה**, יש הוראות דין קוגנטיות שלא התאימו למדינות מסוימות שטענו שזו הוראה חדשה ולא מנהג, אז הן לא מעוניינות להשתתף במשפט החדש. ז"א אמנה יכולה להיות יוצרת וחלקה הצהרתית.

כריתת אמנות - סעיף 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".

ההליך המקובל:

- **חתימה** - צריכה להיעשות ע"י נציג הרשות המבצעת - שר החוץ.

- **אשרור** - החלטה של גורם מטעם המדינה לשכלל את ההסכמה - הגורם יכול להיות מהמשלה, פרלמנט - כל מדינה תחליט לעצמה מי יאשרר (אישור מחדש).

הטעמים להליך דו שלבי - שני טעמים העיקריים:

1. **התאמות הנדרשות למשפט הפנימי מדינתי:** בין החתימה לאשרור צריך לעשות את ההתאמה הזו. אם מדינה לקחה על עצמה התחייבות, היא לא תשכלל התחייבות זו, עד שהיא תוודא שזה מתאים למשפט הפנימי של אותה מדינה.

2. **הבטחת בסיס פוליטי רחב:** נציג מוסמך חותם, או שר החוץ, אבל ממשלה מייצגת אינטרסים צרים - של הקואליציה, ולכן, אם נשיג אשרור שמשקף אינטרס רחב יותר, נשיג תוקף פוליטי חזק יותר להתחייבות.

הבהרה: יש הבדל גדול וחשוב בין אישור לאשרור - שהוא האקט הרלוונטי למשפט הבינ"ל.

חקיקה ספציפית בישראל:

חוק סדרי השלטון והמשפט - (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט - 1999 פרק א- סעיפים 1, 1א, (א), 1א (ב) אומרים: שהסכמים לא ניתנים לאשרור לפני שהם מקבלים אישור מהכנסת ובמשאל עם.

חוק רמת הגולן: יחול שם המשפט, השיפוט והמינהל. ולכן אם ישראל תרצה לרדת מרמת הגולן, החוק הזה יחול וימנע זאת, אלא לאחר התנאים הרשומים בחוק הר"מ. בגדה המערבית וברצועה לא חל חוק כזה ולכן אין חובה כזו שם.

ח"י: ירושלים בירת ישראל, (סעיף 1, 6, 7) - לא תועבר סמכות המתייחסת לתחום י-ם, א"א לשנות הרואה זו אלא בח"י שנתקבל שרוב של חברי כנסת.

מצב שבו מדינה חותמת אך לא מאשררת:

סעיף 18 לאמנת וינה - חובת תום הלב: "מדינה מחויבת להימנע ממעשים המנוגדים ליעדיה ולמטרתה של אמנה כאשר היא חתמה על האמנה ועד שהבהירה את כוונתה שלא להיהפך לצד האמנה". ז"א היא מנועה מלהכשיל את האמנה כאשר היא חתומה עליה - מרגע החתימה יש עליה חובת תום הלב שלא להפר את אותה אמנה. בסיפא כתוב שזה אלא אם היא לא מתכוונת לאשרר.

דוגמאות של אי אשרור:

דוג' 1 - 1950 סוכס טקסט אמנה של מעמדם של אזרחים חסרי אזרחות - נחתם, אך עד היום אמנה זו לא אושררה.

דוג' 2 - ICC - הסכימו על טקסט בביה"ד בהאג, אך ישראל לבסוף לא רצתה להיות שותפה לאמנה בגלל שנקבע בה שההתנחלויות זה פשע מדינה, אך היה לה חשוב לחתום על האמנה כי מי שחתום עליה יכל לנהל מו"מ על ההמשך והיא רצתה להיות שותפה לו. ישראל חתמה על האמנה, אך היא לא התכוונה באותו שלב להצטרף לאותה אמנה. אותו הדבר היה בארה"ב שלא רצו לחתום מהפחד של העמדה לדין של חיילים. לבסוף שתי המדינות החליטו שלא לאשרר את האמנה. ארה"ב כרתה הסכמים עם מדינות שונות שבו נחתם שלא יעמידו חיילים שלהם לדין, זו בעצם פעולה של הכשלת הדין בהאג. ולכן בעצם ארה"ב הסרה את החתימה כדי לא להפר את חובת תום הלב שלה בהתאם לסעיף 18 הר"מ.

סעיף 19 לאמנת וינה - הסתייגויות: "מדינה רשאית, בעת שהיא חותמת על האמנה, מאשררת אותה לנסח הסתייגות, **זולת אם:**

- א. ההסתייגות נאסרה באמנה.
- ב. האמנה מורה שאין לנסח אלא הסתייגויות מסוימות, שאינן כוללות את ההסתייגות הנדונה.
- ג. כשהסתייגות אינה מתיישבת עם נושא האמנה ומטרתה.

זו הדרך שבה מונעים מצב שבו מרוקנים את האמנה מתוכן - באמצעות המילים "זולת אם"

19/06/2012

הגדרה: הסתייגות זה בעצם לקבל אמנה, אך באיזשהו שינוי, באופן חד-צדדי.

דוגמאות להסתייגות:

ICCPR סעיף 23 (ד) - "מדינות שהן צד לאמנה זו ינקטו את הצעדים המתאימים כדי להבטיח שוויון בזכויותיהם ואחריותם של בני הזוג לעניין נישואין, במשך הנישואין ובפירוקם".

ישראל הסתייגה כשהיא חתמה על האמנה: ענייני המעמד אישי כפופים בישראל לדין הדתי של הצדדים הנוגעים לדבר. במידה וחוק כזה אינו עולה בקנה אחד עם התחייבויותיה לפי האמנה, ישראל שומרת לעצמה את הזכות להחיל את החוק ולכן הסתייגה.

תוצאות ההסתייגות מאמנה:

כיוון שמב"ל מבוסס על הדדיות, להסתייגות של מדינה יש תחולה הדדית. **לדוג'** ב-1999 יגוסלביה הצטרפה לחוקה של ביה"ד בהאג, תוך הסתייגות שא"א לתבוע אותה בגין סכסוכים שהתעוררו לפני שהצטרפה לאמנה - ז"א חשפה את עצמה לתביעות מכאן ואילך. במרץ 1999 מדינות נאט"ו תקפו את סרביה (יגוסלביה) באוויר במשך חודשיים כדי שהסרבים יפסיקו טיהור אתני. הסרבים הגישו תביעה בביה"ד נגד מדינות נאט"ו. התגובה הבלגית הייתה שהסרבים קבעו שלא ניתן לתבוע על סכסוכים שהיו לפני החוקה ולכן הם לא יכולים לתבוע, כמו שהם לא יכולים להיתבע. הכל עובד על הדדיות ולכן תביעת הסרבים (יגוסלבים) נדחתה.

הבהרה: כאשר מדינה מנסחת את ההסתייגויות שלה, בעצם נוצרים הסכמים חדשים בין המסתייגת למדינות האחרות. יהיה זה הסכם שונה מהקודם. מה שהסתייגות יוצרת זה:

- א. **ביטול חד-צדדי** - כאשר מדינה מסתייגת היא פותחת פתח שיפעילו את ההסתייגות מולה.
- ב. **הדדיות בתחולה:** ראה דוגמאת יוגוסלביה לעיל.

בעיות ההסתייגויות:

- א. חוסר אחידות בהתחייבויות.
- ב. בעייה בזיהוי המחויבות.

הצדקה להסתייגויות:

זה רלוונטי רק באמנות רב-צדדיות. באמנות דו צדדיות אין הסתייגות. אם מנהלים מו"מ בין הרבה מדינות, הסיכוי שתהיה ביניהם הסכמה מלאה הוא קלוש, לכן יש שתי אופציות. האופציות הן:

1. **אמנה רק בהסכמה מלאה** - יהיו מעט מדינות שיצטרפו.
2. **אמנה בהסכמה מוגבלת** - הרבה מדינות יצטרפו.

אכיפת סעיף 19:

תקיפה ישירה - משמע לדון בשאלה עצמה. גוף מפקח על יישום האמנה. על כל אמנה ממונה וועדה מפקחת - כך וועדה זו יכולה לקבוע מה בעיניה מהווה הסתייגות פסולה. לוועדות אלה אין תוקף מחייב, אך הן משכנעות מאוד - מדובר בגופים מוסמכים ומומחים.

תקיפה עקיפה - פסיקה בינ"ל:

ביה"ד האירופי, לואיזידו 1996 - טורקיה הצטרפה לחוקת ביה"ד האירופי, אך עם הסתייגות-שניתן להגיש תלונות כלפיה רק בנוגע לפעולות של טורקיה בשטחיה ולא מחוץ לה. טורקיה הוסיפה הסתייגות זו משום שצפון קפריסין נמצאת בכיבוש והם לא רצו תביעות משם. גבי לואיזידו התלוננה בנוגע לזכות הקניין שלה בצפון קפריסין. טורקיה טענה שזה קרה מחוץ לשטחה הריבוני ולכן לא ניתן לדון בתביעה זו. (צפון קפריסין לא בשטח ריבוני של טורקיה).

ביה"ד קבע: שהסתייגות זו מנוגדת לאמנה וזה פטירה מאחריות. ביה"ד התעלם מהסתייגות זו כי זה לא עולה בקנה אחד עם האמנה. לבסוף גבי לואיזידו זכתה בפיצוי.

בימ"ש לענייני משפחה בר"ג, 2003: זוג יהודים התגרש. הגבר רץ לביה"ד הרבני והאישה לאזרחי לאור מירוץ הסמכויות. הגבר תפס את הסמכות וביקש להפסיק את הדיון בביהמ"ש לענייני משפחה. השופט בביהמ"ש אמר שההליך בביה"ד הרבני מפלה נגד נשים ולכן לא יפסיק את ההליך. ז"א בשאלות של פרוצדורה הוא צריך לעשות זאת בשוויון ולכן לא יכול להפסיק את ההליך כי ביה"ד הרבני מפלה. הגבר טען שישראל הסתייגה מעניין זה ולכן ההתחייבויות הבינלאומיות של ישראל לא רלוונטיות.

בעיקרון רוב הדברים לא מגיעים לביהמ"ש. מי שמופקד על התביעה האם ההסתייגות היא כשרה הן המדינות.

סעיפים 20-21 לאמנת וינה - תוצאות ההסתייגות:

אם מצטרפת מדינה חדשה, בהסתייגות מסוימת, המדינות האחרות יכולות בתגובה להסתייגות או לקבל עליהן את ההסתייגות, ואז תהיה בין המדינות ההסתייגות והדדיות. או שהן לא יקבלו את ההסתייגות משמע, אותן הוראות מסויגות לא יחולו על המדינות שלא מסכימות או שלא תחול האמנה כלל. בין מדינות אחרות שאינן צד לאמנה ולהסתייגות אין השפעה כלל להסתייגות.

הערה: אם מדינה הגישה הסתייגות, ומדינה אחרת שתקה במשך כשנה, מדובר בשתיקה בהסכמה.

הבעיה במנגנון ההסתייגות הוא שהוא מבוסס על הדדיות- המדינות יודעות שזה יפעל כנגדם בחזרה והן יודעות שמנגנון ההדדיות נועד למנוע הסתייגות.

2. מנהג:

ניתן לזהות מנהג דרך מבט על המדינות- אם כל המדינות מתנהגות בצורה אחידה וקבועה בקשר לנושא מסוים, אזי מדובר במנהג. משכך, אם תהיה מדינה חדשה, היא כבר רואה מהו המנהג.

יש מצבים שבהם יש נוהג מסוים, מקובל אך לא מחייב. למשל בים כשיש אורח חשוב, פורשים לרגליו שטיח אדום. זה נוהג שלא מחייב- אם לא מקיימים אותו זה מעליב אך לא יותר מזה.

הקשיים במנהג כמקור: א. עמימות התוכן. **ב.** קושי בזיהוי מתי נוצר המנהג.

יסודות המנהג:

1. היסוד הפיזי:

א. היסוד הפיזי - פרקטיקה: בודקים איך מדינות מתנהגות. דורשים התנהגות מסוימת- כלליות, עקביות ואחידות לאורך זמן מתוך מחויבות. פעולה פיזית יכולה להיות מעצר ספינה, מתן חסינות וכיוב'

כיום יש גישה של הרחבה: לא רק התנהגות אלא גם דיבור מראה מחויבות- **דיבור:** הכרזה על כוונות לעצור, התחייבות להעניק חסינויות, הכרזה על זכויות ניצול משאבים.

הסיבות לגישת הרחבה:

1. בשנות ה-50 קמו מדינות חדשות, שהיו מאוד חלשות ולא יכלו לעשות (להתנהג) כמו שיכלו לדבר. אז כשהן אמרו שיתחילו לנצל משאבי טבע, לא הייתה להם יכולה פיזית לבצע זאת.
2. זכויות אדם- התפיסה היא שגם דיבור יכול להיחשב כהתנהגות.

ב. היסוד הפיזי- דיבור מול מעשה:

Filartiga v. pena-irala - בחור מפארגאוי התנגד למשטר ויום אחד הוא נעלם. הטענה של המשפחה הייתה שהוא עונה ע"י המשטרה הפארגאויית ונרצח. הם קיבלו מקלט מדיני בארה"ב ויום אחד ראו את קצין המשטרה שייחסו לו את אותו רצח והגישו נגדו תביעה בבימ"ש אמריקאי. עפ"י החוק האמריקאי אפשר לתבוע תביעה אזרחית בארה"ב גם אדם שאינו אזרח אם מדובר בתחום של משפט בינלאומי. הקצין טען שזה לא קשור למב"ל (אז לא הייתה אמנה על איסור עינויים, כיום יש).

השאלה הייתה האם יש מנהג שאוסר על עינויים. חו"ד שקיבלו אמרה שיש מנהג נגד עינויים. בהתחשב בזה שאנו יודעים שכל המדינות מענות, איך אומרים שיש מנהג?
ביהמ"ש אמר שגם מדינות שמענות מכחישות זאת, או שהן טוענות שאם היה עינוי זו הפרה של הדין. על סמך זה ביה"ד נותן עדיפות לרטוריקה- דיבור לעומת המעשה. הוא אומר שהדיבור בדבר ההסכמה מה אסור לעשות, זהו המנהג.

ניקרוואה נגד ארה"ב- יסוד העקביות: עלתה אותה שאלה וניתנה אותה התשובה. תביעה בעקבות ההתערבות האמריקאית בניקרוואה. הדיון היה האם יש איסור מנהגי נגד השימוש בכח. מדינות בפועל משתמשות בכח, אבל אף מדינה לא טוענת שזה מותר. במקרה של שימוש בכח הן

הרטוריקה חשובה מהפרקטיקה : יותר חשוב מה שאמורים ממה שעושים וזה הרכיב של ההתנהגות.

ג. היסוד הפיזי- עקביות ואחידות:

פרו נ' קולומביה, ICJ 1950 : איה דה לה טורה הנהיג מהפכה שנכשלה והוא מצא מקלט מדיני בשגרירות קולומביה. לאור החסינות שיש לקולומביה, המשטרה לא יכלה להיכנס לשם. השאלה הייתה האם יש מנהג בעניין זה. ביהמ"ש בדק את הפרקטיקה- מה מדינות עושות באמריקה הלטינית, האם הם מכירות באופן עקבי שלכל מדינה יש זכות חד-צדדית להחליט שזה פשע. נקבע שהמדינה שמספקת את המקלט לא יכולה לסווג בעצמה את העבירה ולפיכך קולומביה לא יכולה להסתמך על מנהג. **זה דוג' לכך שנדרשת פרקטיקה אחידה ועקבית.**

ד. היסוד הפיזי- משך הזמן:

- 1. אין תקופת מינימום להיווצרות מנהג** : **"המדף היבשתי"- גרמניה נ' הולנד ודנמרק, ICJ 1969** : מתחום הדין הימי, נקבע שאין תקופת מינימום והכל תלוי בהקשר.
- 2. טיב הנושא** : נושא החלל: החלל לא שייך לאף מדינה- כלל מנהגי שהתפתח כשאררה"ב ובריה"מ שלחו חלליות לחלל.
- 3. אמצעי טכנולוגיה** : הטענה היא שזה מאפשר לתהליך זה להתנהל יותר מהר
- 4. מיסוד ארגוני** : ארגונים שמסדירים תחומים מסוימים- בסיס להתפתחות יותר מהירה.

ה. היסוד הפיזי- כלליות:

רוצים לראות התנהגות של מדינות בכל העולם. זהו כלל שהתפתח במאה הקודמת, שהיו רק 40 מדינות בעולם, כיום יש כמעט 200, ולכן זה לא ריאלי שכל המדינות ינהגו באותו אופן. **לכן מסתכלים על מדינות פעילות יותר ועל מעמדם ובודקים** : את תדירות הפעילות ואת מעמדם בין לאומי.

במדינות שלא כ"כ פעילות ומעמדם נחות יותר- מספיקה השתיקה : זה מעיד על הסכמה, שלא חייבת להיות פעילה.

2. היסוד הנפשי- מחויבות משפטית:

פס"ד לוטוס - צרפה נ' תורכיה, PCIJ 1927 : תאונה בלב ים בין אוניה צרפתית לטורקית והטורקית נפגעה- האם טורקיה רשאית להעמיד לדין את הקצין הצרפתי שיוחס לו הטעות. **בעיקרון מדינה רשאית להעמיד לדין על מעשים שבוצעו בשטחה או על אזרחים שלה**. ולכן זה לא מובן מאליה להעמיד לדין את אותו קצין. לאור עיקרון החוקיות, מדינה יכולה לעשות רק מה שהוסמכה לעשות.

עקרון החוקיות- סמכות המדינה במב"ל:

תורכיה : זכותה של תורכיה להפעיל סמכות כל עוד לא הוכח שיש איסור.

צרפת : תורכיה צריכה להוכיח סמכות לפעול

תשובת ביה"ד- ברירת המחל : למדינה סמכות בלתי מוגבלת בנוגע לשטחה. הנטל על צרפת להוכיח מגבלה. במשפט בינ"ל למדינות מותר לעשות כל דבר העולה על רוחן, כל עוד זה לא מוגדר כאסור.

היסוד הנפשי במנהג:

העובדות : מדינות הדגל הן שמעמידות לדין על עבירות שבוצעו על סיפון אוניותיהן.

צרפת : מדינות אחרות מנמעות מלהעמיד לדין מתוך הכרה באיסור משפטי לעשות זאת. יש מנהג בינלאומי לפיו רק מדינת הדגל רשאית להעמיד לדין על מעשים באוניה.

ביה"ד - ערך בדיקה היסטורית: מגלה שההימנעות של מדינות שאינן מדינות הדגל מלהעמיד לדין נובעת מנחות פוליטיות. לכן, אין מחויבות משפטית- אין מנהג.

ז"א לפי צרפת, מדינות אחרות שהן לא מדינות דגל, נמנעות מלהעמיד לדין, **בגלל המנהג**. ומדינות אחרות יודעות שאסור להם בגלל הפרקטיקה. **ביה"ד בדק** ומצא שההימנעות ממדינות להעמיד לדין, היא לא משום שהן חושבות שאסור להן, אלא מתוך מדיניות פוליטית, **אז אין מנהג**.

הוכחת מחויבות משפטית- האם בכלל אפשרי:

גישה ראשונה: לא ניתן

גישה שנייה: אפשר להוכיח מתוך הפרקטיקה- אם מדינה עושה משהו שוב ושוב, סימן שהיא מרגישה מחויבת, למרות שיכול להיות שהיא עושה זאת כי היא התרגלה.

גישה שלישית: צריך לראות איך מדינות מכריזות על המחויבות שלהן. לפעמים הן מדברות על זה בנאומים, הצטרפות לאמנות ופסיקה מדינית. בפסיקה המדינית, זה מה שהמדינה עושה כלפי עצמה.

הבהרה: התבטאות כפרקטיקה וכביטוי יס"נ: כיסוד פיזי- תיאור ההתנהגות הצפויה. כיסוד נפשי- הנמקת התנהגות.

שינוי מנהג:

אם הגענו למצב שבו מספיק מדינות משמעותיות פועלות בצורה עקבית ואחידה לאורך זמן מתוך תחושת מחויבות נוצר לנו מנהג. בפעם הראשונה שמדינה נוהגת בצורה אחרת, היא לא משנה את המנהג אלא סותרת אותו. אך אם ישנה:

- **הפרה עקבית ומוצהרת:** ע"י מדינות רבות, המנהג למעשה מבוטל.
- **וגיבוש קבוצת מדינות המתנערות מהכלל:** לדוג' עינוי זו הפרה, אבל אף מדינה לא אומרת שמותר לענות, אך אם במקרים אחרים מדינות יגידו שהן לא מחויבות יכול להיות שהמנהג ישתנה.

החריג- המתנגדת העקבית:

מה קורה כשמדינה לא רוצה לפעול לפי מנהג? יכול להיות שהיא לא תכשיל את המנהג אך לא תהיה מחויבת בו. התנאים להתנגדות עקבית אפקטיבית:

1. **החל משלב יצירת המנהג-** על המדינה להתנגד החל מההזדמנות הראשונה באופן עקבי.
2. **פומביות ועקביות-** כדי שידעו זאת ויתנהגו בהתאם. הרעיון הוא שמעכשיו מדינות אחרות תדענה לכלכל את מעשיהם.

פרשת הדייג, בריטניה נ' נורווגיה (1950): קביעת מים טריטוריאליים. התפתחה מגמה לפיה מחברים את הנקודות הקיצוניות ומודדים מהן קו. השאלה היא כמה מפורץ זה צריך להיות כדי להיכנס לזה. התפתחה מגמה שמצמצמת את המים הטריטוריאליים של נורווגיה. נורווגיה התנגדה לשיטה מלכתחילה. ביה"ד קבע שגם אם נוצר מנהג כפי שטענה בריטניה, נורווגיה הייתה מתנגדת עקבית כי היא עשתה זאת מלכתחילה.

דוג' נוספת אמנת ז'נבה- בפרוטוקול בשנת 77 הגדירו מחדש מי זכאי להיחשב שבוי מלחמה. המתח הוא בין לוחמי חופש לבין מחבלים שמבצעים פשע. ההגדרה בעיני ישראל הייתה נדיבה מדי כלפי מחבלים והיא התנגדה להגדרה ולא הצטרפה לאמנה. ולכן אם יום אחד יתעוררו נגד ישראל יהיה ניתן לומר שישראל התנגדה לכך מלכתחילה.

א"א להתנגד למנהג לאחר שהוא נוצר.

מנהג אזורי: **פרשת המקלט המדיני- פרו נ' קולומביה, ICJ 1950:** ייתכן מנהג באזור גיאוגרפי מסוים.

סוג מיוחד של מנהג- נורמות קוגנטיות:

סעיף 53 לאמנת וינה: "כלל-בל-יעבור של המשפט הבינלאומי הכללי הוא שאין להתיר כל גריעה ממנו..".

דינים קוגנטיים במשפט הבינלאומי: תלוי את מי שואלים, יש פסיקה בינלאומית- איסור השימוש בכח, איסור רצח עם, איסור על אפליה גזעית, איסור על עינויים, הגדרה עצמית ועוד. אך יש חריגים, למשל לשימוש בכח.

ישראל לא הצטרפה לאמנת וינה כי יש בה סעיפים מסוימים שישראל לא מסכימה עליהם.

נורמות קוגנטיות- השלכות באמנת וינה:

- **סעיף 53:** "אמנה בטלה מעיקרה אם בשעת כריתתה היא בסתירה לכלל כל-יעבור של המשפט הבינלאומי הכללי".
- **סעיף 64:** אם מתגבשת נורמה קוגנטית, אמנה שעומדת בסתירה לה בטלה.

אמנת ים טימור 1989: מול חופי טימור נמצא ים טימור, שם נתגלו מצבורי נפט, באזור בין אוסטרליה לאינדונזיה. אז אוסטרליה ואינדונזיה כתבו אמנה על איך הן הולכות לחלק את זה ביניהן. פורטוגל הגישה תביעה נ' אוסטרליה שטוענת שלטימור יש זכות הגדרה עצמית. זו דוג' לאמנה, שעומדת בניגוד לנורמה קוגנטית. ביה"ד קבע שאין לו סמכות לדון בעניין, כי זה יחייב אותו לדון באינדונזיה, שהיא כלל לא צד לעניין.

נורמות קוגנטיות: עוד השלכות- סתירה בין נורמה קוגנטית לבין נורמה אחרת (לא באמנה):

א. חסינות מדינה מול איסור ביצוע פשעים בינ"ל- האם זו נורמה רגילה מול קוגנטית?

- **באיטליה:** יגידו שהפשעים הבינ"ל גוברים. אנשים הגישו תביעה נגד גרמניה על פשעים כאלה וביהמ"ש אמר שזה גובר על החסינות.
- **במדינות אחרות:** ביהמ"ש קיבל את הטענה של חסינות מדינה כי מדובר על חסינות מול הזכות לתביעה ונאמר שהאיסור על פשעים כאלה הוא קוגנטי, אבל הזכות לתבוע על פשעים אלה, לא קוגנטית. הזכות של אדם ליומו בביהמ"ש היא לא קוגנטית והיא נסוגה מול חסינות המדינה, ולא משנה מה יש לו זכות לתבוע.

קוגנטי: תלוי באיזה מדינה זה נידון. העניין הוא שהפסיקה איננה מקור נורמטיבי במשפט הבינ"ל.

ב. איסור שימוש בכח מול זכות להגדרה עצמית- האם זו נורמה קוגנטית מול קוגנטית? זו שאלה שהתעוררה בשנות ה-70 בזמן מלחמות בין מדינות. איך מיישבים בין שתי נורמות קוגנטיות שעומדות אחת מול השניה?

נורמות קוגנטיות כמנהג- מדובר ביסוד נפשי כפול: הראשון מחויבות לכלל והשני מחויבות לעצם היותו קוגנטי.

- **התנגדות עקבית:** מקובל שאסורה, אם הנורמה קוגנטית, כמו שלא יהיה ניתן להתנות עליה באמנה, כך הדין לגבי חד-צדדי.
- **הסתייגות מהוראת אמנה שמעגנת כלל קוגנטי (קודיפיקציה לכלל קוגנטי):** מקובל שאסורה.

מחלוקת- עמדות לגבי קיומו של מושג הדין הקוגנטי, יש הטוענים שהמב"ל בנוי על הסכמה רחבה.

סיכום-חירויות המנהג:

1. **עמימות:** המנהג לא כתוב בשום מקום, צריך לאתר אותו מתוך בדיקת פרקטיקה, מסמכים, התבטאויות וכו'.
2. **פיקטיביות ההסכמה- שתיקה:** הרבה פעמים מדינות שותקות כי זה לא מעניין אותן ולא בהכרח כי הן מסכימות, או כי הן מדינות חדשות, או כי אלו נורמות קוגנטיות.

סיכום- יתרונות המנהג:

1. **אוניברסאליות:** המון מדינות חשובות שותפות לו
2. **משקף ציפיות:** ולכן יציב
3. **יעילות:** מגיב לבעיה, לא לפוליטיקאים שהם רוצים לחתום על הסכם או שרוצים "לטייל בעולם".

לדעת יעל: המנהג הינו המקור החשוב ביותר, זה שהוא מקור שני לא בהכרח מעיד על חשיבותו.

היחס בין אמנות למנהגים- המשך מקורות המשפט הבינ"ל:

1. **חפיפה נורמטיבית:** קודיפיקציה, אמנות, דקלרטיביות.
2. **סתירה נורמטיבית:** שאלת היררכיה.

הסבר- חפיפה נורמטיבית- קודיפיקציה:

מה נמצא הן במנהג והן באמנה: חפיפה נורמטיבית אומרת שיש התאמה בכללים, אותו כלל יהיה מעוגן הן במנהג והן באמנה. למרות האמור, יתכן שתהיה סתירה. איך זה מגיע לכך שיש דמיון? יש כמה אפשרויות:

אמנת קודיפיקציה דקלרטיבית: המשמעות היא העלאת המנהג על הכתב:

היתרונות של העלאת המנהג על הכתב- וודאות סביב מעמד ותוכן הכללים.

החסרונות של העלאת המנהג על הכתב - הזדמנות לקריאת תגר על המנהג.

כשאמנה מנהגת מנהג- זה בעצם קודיפיקציה של מנהג קיים. בעבר היו לנו כלל מנהגי והיום יש לנו אמנה. זה אמנם נח אך יש לזה חסרונות ויתרונות:

זה פותח פתח לכל מיני מחלוקות- הרבה פעמים מסכימים על משהו בע"פ אך כשמתחילים לכתוב מגלים כמה חוסרי הסכמות קטנים ויכול להיות מצב שזה פותח משהו חדש למחלוקות. **מאידך**, לפעמים זו הזדמנות טובה לפתור מחלוקות.

מושגים:

1. **אמנה דקלרטיבית/ הצהרתית-** משקפת משפט מנהגי.
2. **אמנה קונסטיטוטיובית/ הסכמית-** יוצרת משפט מנהגי חדש.
3. **אמנות מעורבות-** חלק מההוראות הצהרתיות, וחלק הסכמיות.

אמנות דקלרטיביות וקונסטיטוטיוביות:

אמנה קונסטיטוטיובית יכולה להיחפך לדקלרטיבית. **למשל** תקנות האג בעניין דיני הלחימה ביבשה- 1907:

דוגמא: ב-1946 במשפט נירנברג נאמר שתקנות האג הפכו במהלך השנים לדקלרטיביות- אזי אומר שגם מדינות שלא חתמו על האמנה, מחויבות בה.

דוג' נוספת זו **אמנת ג'נבה:** בשנת 1949 נאמר שחלק ממנה מנהגי וחלק חדש, ב-1996 נקבע ע"י ביה"ד ה-CIJ שהאמנה מנהגית.

חשיבות ההבדל בין אם הוראה היא הסכמית או הצהרתית:

- א. **מחויבות במנהג של צד ג'** - מנהג מחייב את כל המדינות.
- ב. **מעמד במשפט הפנימי - המנהג כחלק ממשפט הארץ:** במשפט הישראלי יש הבדל בין משפט מנהגי לבין אמנה הטעונה קליטה במשפט הפנימי.

סתירה נורמטיבית- שאלת ההיררכיה:

כלל: אין היררכיה פורמאלית, הכרעה עפ"י כללי הפרשנות: צריך ללכת לפי כללי ההכרעה שקיימים במשפט הפנימי. למשל דין מאוחר דוחה דין מוקדם, דין ספציפי דוחה דין פנימי.

אז מה גובר על מה - אמנה או מנהג: בד"כ אמנה תגבר על מנהג משום שאמנות הן בד"כ מאוחרות יותר וספציפיות יותר. באופן כללי יש מעבר ליותר אמנות כי הן ספציפיות יותר. **אך למרות האמור, יש מנהגים שגוברים על אמנה:**

- א. **למשל רוחב המדף היבשתי-** שטח שיש למדינה בו כח לניצול אוצרות טבע. ב-1958 נקבע שטח מסוים, והיום המנהג הוא שזה הרבה יותר רחב.
- ב. **דוג' נוספת היא כשמדובר על דין קוגנטי:** אם א"א להתנות עליו, אז גם א"א להתנות עליו באמנה.

מנהג מיוחד - נורמות קוגנטיות:

סעיף 53 לאמנת וינה: "כלל בל-יעבור של המשפט הבינלאומי הכללי הוא כלל שאין להתיר כל גריעה ממנו". לדוג' איסור השימוש בכח, איסור רצח עם, איסור על אפליה גזעית, עינויים, הגדרה עצמית וכו'. **אף אחד לא חולק על כך שדברים אלה הם אסורים בהחלט.**

עקרונות המשפט הכלליים:

התמעטות השימוש בעקרונות כלליים של משפט: ב-1920 כשניסחו את חוקת ביה"ד המקורית ונכתב שם "אומות בנות תרבות", הסיבה שהכניסו עקרונות כלליים אלו הייתה למנוע מצב של העדר תשובה, כי אם לבי"ד בינלאומי אין תשובה, חסרה נורמה, ולכן נזקקים לעקרונות כלליים.

סיבות להתמעטות:

- א. **ב-1920 המשפט התעבה:** ונוצרו הרבה יותר נורמות לכן, הצורך בעקרונות כלליים התמעט.
- ב. **מיוחד עקב פס"ד לוטוס-** עקרון החוקיות: אם אין איסור במב"ל, הרי שיש היתר- נקבע שלמדינות מותר לעשות כל מה שלא נאסר עליהן. ולמעשה אם זה הכלל אז הצורך בעקרונות הכלליים מתמעט.
- ג. **הקהילה הבינ"ל מגוונת, המכנה המשותף קטן-** ככל שהקהילה הבינלאומית נהיית מגוונת יותר, הסיכוי לדבר על עקרונות כלליים יורד כי המכנה המשותף הולך ויורד.
- ד. **בתי דין בינ"ל לא אוהבים משפט משווה-** זה מחייב לראות מה המדינות האחרות עשות. ובתי דין לא רוצים לראות ולעשות כמו ביי"ד אחרים.

מקורות עזר משניים - פסיקה בינ"ל:

- הפסיקה מאפשרת ללמוד מהו מנהג ומהי אמנה. כשביהמ"ש מצהיר שזהו מנהג, הוא לא יוצר משהו חדש אלא חושף מנהג קיים.
- פסיקה בינ"ל הולכת וגדלה-** יש הרבה בתי דין מנהליים והרבה אכיפה. יש עשרה בתי דין פליליים בעולם.
- לפס"ד אין מעמד של תקדים מחייב:** לא יוצרים הלכות אך בפועל יש אחידות בין בתי דין שונים כי הם לא אוהבים "לריב" זה עם זה. אך אם מדינות רבות נוהגות לפי תוכנו של פסה"ד, יכול להיווצר מנהג. כשאין אחידות זה יוצר חוסר וודאות. להלן פס"ד בנושא חוסר הודאות של פסיקה:

א. **פרשת ICJ 1986-** המורדים בניקרגואה פעלו נגד הממשלה וארה"ב תמכה ומימה את פעולתם, ועלתה שאלה האם ארה"ב אחראית לאותם פעולות. ביה"ד פסק באותו עניין שע"מ שארה"ב תיחשב אחראית צריך להוכיח שהיא הייתה אחראית על הפעולות ושלטה בהן.

ב. פרשת ICTY 1995- הגיע לביה"ד של יגוסלביה. עלתה השאלה באיזו מידה סרביה אחראית למעשים של מליציה בשטח בוסניה. נקבע שהמבחן שנקבע ב- ICJ הוא צר מדי ונקבע מבחן אחר באותו פס"ד לכאורה לאותה שאלה. באופן מודע פוסקים אחרת מפס"ד 1986.

ג. פרשת ICJ 2007- עסק בסכסוך בין מדינות. מגיע האחריות של סרביה כמדינה נגד ג'נוסייד.. נקבע שהמבחן בפס"ד ICTY הוא לא הנכון ולכן הם לא מרגישים מחויבים לו. בפס"ד זה חוזרים למבחן שהתקבל ב-1986 ובאופן מודע פוסקים אחרת שוב.

המבחן הנהוג כיום: התוצאה היא שאין וודאות- ככל שהפסיקה הבינ"ל רבה יותר ולא ניתן לקבוע, עשוי להיווצר פרגמנטציה.

מקורות משניים - פסיקה מדינתית:

גם אם משפט בינ"ל מיושם בבתי משפט מדינתיים הוא עדיין מב"ל. לכאורה יש לבימ"ש מדינת פחות משקל משל ביי"ד בינ"ל משום:

א. ההנחה היא שלמדינות יש אינטרסים ושבמ"ש מחויב יותר לאינטרסים פנימיים מאשר בינ"ל. אך זה לא תמיד נכון. אבל הוא גם יכול להיות פתוח לאינטרסים בינ"ל ולא תמיד יש אינטרס מדינתי למשל פיננסי 1999.

ב. פסיקה מדינתית היא חלק מהפרקטיקה של מדינות כאשר היא עקבית, לאורך זמן וכללית, היא באה לידי ביטוי גם בפסיקה.

מקורות נוספים במשפט הבינ"ל - הכרזה חד צדדית:

הגדרה: התחייבות פומבית שמדינה נטלה על עצמה מתוך כוונה לחייב עצמה משפטית. מדינות אחרות תדענה על ההתחייבויות וינהגו לפיהן.

הסיבה שהכרזה חד-צדדית נחשבת מקור מחייב: אם רואים שהמב"ל הוא וולנטרי, ומדינה מתחייבת באופן חד-צדדי ולא מבקשת דבר בתמורה, זו התחייבות מאוד חזקה. להלן דוגמאות:

- **ICJ 1974-** הכרזת צרפת שלא תבצע ניסויים גרעיניים באטמוספירה.
- **ישראל 1971-** תחולת ההוראות ההומינטריות של **אמנת ג'נבה IV** ביו"ש ובעזה. היא ניסתה לחזור בה ובג"צ אמר שלא ניתן.

מקורות נוספים - החלטות ארגונים בינ"ל:

א. החלטות מועבי"ט עפ"י פרק VII למגילת האו"ם: מחייבות, גוברות על אמנות- ז"א חובה לצייט על הסנקציות.

- ב.** החלטות אחרות כשלעצמן לא מחייבות, אך במסגרות אחרות:
- הן יכולות להיות אמצעי לפרשנות למשל: מהי תוקפנות או הגדרה מקובלת לאיסור המנהגי.
 - **Opinion juries** - הצבעה בעצרת המשפטית יכולה להיות גם בדרך שמדינה מביעה את עמדתה המשפטית. היא מצביעה לאינטרס מסוים וכך מביעה את עמדתה בעניין.
 - **משפט רך- איך בפרקטיקה זה נוצר:** מה גורם למדינות להתנהג אותו הדבר? כדי שתהיה אחידות מדינות מסכימות לפעול אותו הדבר בדברים מסוימים, זה יכול להיות מחייב כשה הופך למנהגי, אך עד אז זה נחשב למשפט רך- יצרו סטנדרט מסוים שראוי שיהיה אך הוא לא מחייב. למשל סטנדרטים של כליאה, כללי באזל לבנקים.

לסיכום- מקורות המשפט הבינ"ל:

1. אמנות
2. מנהג

3. עקרונות כלליים
4. הצהרות חד צדדיות
5. החלטות ארגונים בין לאומיים
6. ספרות ופסיקה.

התיאוריה הוולנטריסטית- האומנם המב"ל מבוסס על הסכמה:

בד"כ כן אבל:

- קושי לחזור מהסכמה
- עקרונות-על (דין קוגנטי) מגבילים יכולת להסכים
- פיקציה בזיהוי התהוות המנהג
- מדינות חדשות מחויבות

השאלות לדיון:

- שאלה תיאורטיות: היחס בין מב"ל לבין משפט מדינתי.
- מעמד המשפט הבינ"ל בבתי המשפט הישראליים
- מה קורה כשהמשפט הבינ"ל והמשפט הפנימי מתיישבים זה עם זה

היחס בין המשפט הבינ"ל לבין המשפט המדינתי פנימי:

המצב הרצוי- הרמוניה: בין אותם התכנים של המב"ל לבין התכנים של המשפט המדינתי. תינתן עדיפות למשפט הפנימי אך זה מצב לא רצוי. הרמוניה יכולה למנוע:

א. פגיעה ביחסים בינ"ל.

ב. מניעת בעיות במשפט הפנימי: 2008 MEDELLIN: התחייבות אמריקאית בינ"ל שנעשתה ע"י הקונגרס. ארה"ב התחייבה כלפי מדינות חוץ, אבל ה-states לא פעלו לפי התחייבות זו. כלומר נוצרו בעיות בין הממשל הפדראלי לבין המדינות הפנימיות-states

ג. "גיוס" המשפט הפנימי: לאכיפת נורמות בין לאומיות מקטין את בעיית העדר האכיפה הבינ"ל.

המצב המצוי- אתגרים בהשגת הרמוניה:

אמנה: ישראל מתחייבת באמנה ע"י כך שהממשלה מאשררת אותו.

- כשיש **זהות** בין יוצר ההתחייבות במשפט הבינ"ל לבין יוצר ההתחייבות במשפט הפנימי (הפרלמנט)- תיתכן הרמוניה.
- כשיש **פער** בין יוצר ההתחייבות במשפט הבינ"ל (הממשלה) לבין יוצר ההתחייבות במשפט הפנימי (הפרלמנט)- נוצר לנו קושי מעשי ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות.
- מנהג: כשמדובר במנהג יותר קל להשיג הרמוניה, כי מלכתחילה המנהג נוצר מהפרקטיקה של המדינה. הפרקטיקה היא כלפי חוץ וכלפי פנים ולכן אין בעיות. מנהג הוא לא הליך שרירותי.
- יש מעורבות של מגוון גורמים שלטוניים ביצירת המנהג.
- בפועל יש פחות מנהגים ולכן יש פחות אפשרות לסתירות בין משפט בינ"ל לבין משפט פנימי.
- המנהג יעיל.

עמדת מב"ל בגין מעמדו במשפט המדינתי:

ככלל- אדישות: המדינות מחויבות למב"ל ויש להם את האפשרות להחליט איך לארגן זאת.

חריג- חובת קליטה: יש מקרים מסוימים שיש נורמה בינ"ל שמחייבת את המדינות לחוקק במשפטן את הנורמות האלה.

למשל זכויות אדם : אמנה נגד רצח עם והאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות- מחייבת מדינות לחוקק במשפטם הפנימי את האיסור בהסתה לגזענות. המשמעות היא שלא משאירים את זה להחלטת המדינה.

- **אמנת וינה** : משפט פנימי לא פוטר מאחריות כאשר מפרים את המב"ל - אם מדינה מפרה את המב"ל היא לא יכולה לטעון כתירוץ שפעלה בהתאם למשפט הפנימי.
- **המשפט הפנימי הוא עובדה**- והמב"ל לא יכול לערער עליו.
- **המשפט הפנימי רלוונטי ליצירת מנהג**- מסתכלים על הפרקטיקה הננהגת במדינה וכך נוצר מנהג.

הדוקטרינות- לגבי היחס בין משפט מדינתי למב"ל:

הדוקטרינה הדואליסטית:

- המב"ל והמשפט הפנימי הם גופים משפטיים נפרדים- נוצרים בדרכים שונות וחלים במקומות שונים.
- צריך קליטה למשפט הפנימי (טרנפורמציה) כדי שהמב"ל יהפוך לחלק מהמשפט הפנימי.

הדוקטרינה המוניסטית/ מוניזם:

- המב"ל והמשפט הפנימי הם גוף משפטי אחד
- צורך להסדיר התנגשות נורמטיבית- יכולות להיות 3 אפשרויות:

1. במקרה של התנגשות המב"ל גובר.
2. במקרה של התנגשות המשפט הפנימי גובר.
3. בכל מקרה כדי להגיע להכרעה יש לנהוג עפ"י כללים מסוימים.

הפרקטיקה הלכה למעשה:

- **לגבי נורמות מנהגיות**- בד"כ הגישה היא מוניזם, כלומר המב"ל והמשפט הפנימי הם גוף אחד אך יש לזה סייגים : לפעמים זה מוניזם חלש כלומר המב"ל הוא חלק מהמשפט הפנימי, אלא אם יש נורמה גוברת- כך זה בישראל.

- **לגבי נורמות הסכמיות**- יש שתי שיטות :

1. **דואליזם - מדינות משפט מקובל**- יש הפרדה. נורמה הסכמית היא לא חלק מהמשפט הפנימי.
 2. **מוניזם - מדינות משפט קונטיננטאלי**- אם מדינה מתחייבת באמנה, זה מיד נהיה חלק מחוקי המדינה.
- **קורלציה בין בחירה בדואליזם לבין אשרור אמנות ע"י הרשות המבצעת:** בישראל כשהממשלה מתחייבת כלפי חוץ, והמחוקק כלפי פנים זה דואלי, לעומת מדינות אחרות בהן קורה אותו מצב והמאשרר הוא מוניסטי.

המצב בישראל- המנהג: המשפט המנהגי הוא באופן אוטומטי חלק ממשפט המדינה. **להלן האסמכתא לכך:**

ע"פ שומפפר 1954- שטמפפר הועמד לדין על פשע שביצע על אוניה ישראלית בלב ים. השאלה הייתה האם למדינה יש סמכות שיפוט על אוניות שלה בלב ים. ביהמ"ש קבע שיש לישראל סמכות כי כך נוהג המנהג הבינ"ל והוא באופן אוטומטי חלק ממשפט הארץ. **הדרך שבה ביהמ"ש מסביר שהמנהג הוא חלק ממנהג הארץ הוא:**

1. קלטנו את הכלל האנגלי בדבר סמכות שיפוט על אוניות.
2. עצם היותה של מ"י מדינה ריבונית, שהכריזה על כוונתה להיכנס למשפט העמים המנהג חל.
3. המנהג הופך לחלק אוטומטי במשפט הארץ עפ"י כלל אנגלי ששם שולטת השיטה המוניסטית. ב-1954 מ"י השלימה חוקים דרך המשפט האנגלי.

סייג חשוב: המנהג נסוג מפני חקיקה סותרת- כלומר אם יש חוק של הכנסת שקובע משהו שמנוגד למנהג, החוק גובר. **להלן אסמכתאות לכך:**

ע"פ שיינברג 1951: בחור ממאה שערים שקיבל צו גיוס והוא הסתמך על מב"ל וטען שמעצמה כובשת לא יכולה לבקש מתושבי השטח הכבוש להתגייס לצבא. ביהמ"ש קבעי שחוק גובר על המנהג ולכן עליו ללכת לצבא.

ע"פ אייכמן 1962- אייכמן טען שיש פה ענישה רטרואקטיבית וזה אסור עפ"י המב"ל. ביהמ"ש קבע שהחוק הפנימי של ישראל גובר על הנורמות הבינ"ל.

הערה: מבחינת מ"י אין חזקת ידיעה שיפוטית, יש להוכיח מנהג כעובדה- באופן כללי לא מוכיחים בבימ"ש את המשפט, אלא טוענים לגביו- משפט מנהגי זה לא משפט ישראלי ולכן צריך להוכיח זאת.

המצב בישראל- אמנה: בישראל באמנות נוהגים בגישה הדואלית- כלומר משפט הסכמי לא הופך למשפט המדינה, אלא אם הוא נקלט- נדרשת קליטה של האמנה, והקליטה היא בד"כ בחקיקה. **להלן אסמכתא בנושא:**

פס"ד האופטרופוס נ' סמרה 1955: נקבע שהאמנות הן לא חלק ממשפט הארץ. נפקדים הם אנשים שעזבו את הארץ ב- 1948 אך השאירו את נכסיהם בארץ. אותם נכסים שנשארו ב"י מנוהלים ע"י אפטרופוס לנכסי נפקדים. כשנגמרה מלחמת העצמאות, הייתה הפסקת אש בין ישראל וירדן. בהסכמי שביתת הנשק שינו קצת את הקווים והיו אזורים שהועברו מידיים ירדניות לישראל וההפך מבלי שזה יהווה הסכמה על גבול. משפחת סמרה התגוררה בצד הירדני של קו הפסקת האש ונכסיה היו בצד הישראלי. בהסכם רודוס הזיזו את הקווים שגם המגורים שלהם וגם הרכוש יהיו בישראל, אלא שבין הפסקת האש להפסקת הנשק היום הקובע היה שהם נחשבים נפקדים. האפטרופוס אמר שהם נפקדים ולא יכולים לנהל את רכושם. **ביהמ"ש קבע:** שהסכם רודוס זו אמנה והיא לא חלק מהמשפט הישראלי ולכן הוא לא מכיר בהסכם זה. ביהמ"ש קבע שמשפחת סמרה היא עדיין נפקדת. **זו ההלכה הקובעת: אמנות הן חלק מהמשפט הישראלי רק במידה והן נקלטו.**

דוגמא לקליטת אמנה: חוק אמנת האג- החזרת ילדים חטופים: שישראל צד לאמנה זו. החוק אומר שהאמנה כמות כחוק.

כרסום ההבחנה בין גישת הדואליזם לבין גישת המוניזם:
בא לידי ביטוי ב:

1. פרשנות חקיקה קולטת.
2. בחזקת ההתאמה הפרשנית.

הגדרת חזקת ההתאמה הפרשנית: יש לפרש את דברי החקיקה הישראלית ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינ"ל של ישראל. חזקה זו ניתנת לסתירה. **להלן אסמכתא בנושא:**

ע"א שלומית שלום נ' היועמ"ש 1999 - פרשת בסיוני: רקדנית בטן הגישה תביעה נזיקית נגד השגריר המצרי על הטרדה מינית, ניסיון סחיטה וכליאת שווא. השגריר טען שיש לו חסינות דיפלומטית מפני תביעות אזרחיות בהתאם למב"ל. פקודת הנזיקין היא זו שקובעת את החריגים לתביעות מסוג אלו, ובה לא היה מצוין פרט אודות חסינות דיפלומטית. השגריר טען שזה מכוח מב"ל ולכן ואין מחלוקת שזה מחייב את ישראל. אכן השגריר קיבל חסינות דיפלומטית ולא היה ניתן אפילו לאיים עליו בתביעה.

נאמר בפסה"ד: "אכן מקום בו מתגלה הסתירה שאיננה ניתנת ליישוב בין הנורמה הבינ"ל לבין החוק הישראלי, כי אז זו הראשונה חייבת לסגת בפני החוק הישראלי, אלא ששומה על בתי

מקום נוסף בו באה לידי ביטוי חזקת ההתאמה הפרשנית:

פרשת קלפי המיקוח: היה מדובר במשפט מנהלי ולא מנהגי. דובר על מעצר של 21 לבנונים בישראל כדי לנסות ולהשיג מידע על רון ארד. יש נורמה הסכמית האוסרת החזקת בני ערובה במעצר לשם תמורה לצד המחזיק. אך מאידך, ישנו חוק בישראל המסמך את שר הביטחון לעצור במעצר מנהלי בני אדם לצורכי ביטחון. השאלה שעלתה היא האם מה שישראל עושה מותר מבחינת המב"ל - **היה מדובר בשני סבבים:**

הראשון- עמ"מ 1997: המב"ל נסוג מפני חוק סותר- דעת רוב של ברק- צריך לפרש "את צורכי ביטחון" במובן הרחב- השגת חומר על חייל חטוף זה לצורכי ביטחון ולכן מבחינת החוק מותר להחזיק בהם. ומוסיף שהמב"ל לא רלוונטי פה כי יש חוק ספציפי פנימי שגובר.

השני- דנ"פ 2000: עפ"י חזקת ההתאמה הפרשנית, יש לפרש את סמכות השר כמוגבלת. דעת הרוב של ברק- צריך לפרש את סמכות שר הביטחון בדבר החזקה באופן שמתיישב עם ההתחייבות הבינ"ל של מ"י. ההתחייבות הבינ"ל של מ"י אוסרת את החזקה. צריך לפרש את סמכות שר הביטחון בהתאם להתחייבות הבינ"ל- צריך לפרש את החוק. מדבר על התכלית האובייקטיבית של מעצרים מנהליים- מחזיקים אנשים ללא הגבלת זמן וללא אמירת הסיבה להם- ז"א הפגיעה בזכויות אדם היא מאוד חריפה ולכן רק הוראה במפורש תוכל להביא את הפרשן למסקנה שניתן לעשות זאת.

בנוסף אומר ברק: שהחזקתם כבני ערובה אסורה עפ"י המב"ל והוא מסתמך על האמנה. ואז הוא אומר שהוא מוכן להניח שהאיסור שבאמנה לא כובל את מ"י במשפט הפנימי כי אין החלה שלו בחוק לאור חוסר קליטה, אבל חזקה עלינו שתכליתו של החוק הוא לעמוד במב"ל ולא בניגוד אליו והמשמעות הוא שיש לפרש את החוק כך שלא יתיר מה שהמב"ל אוסר.

הבהרה חשובה: יש לזכור שהמנהג הוא באופן אוטומטי חלק ממשפט הארץ והאמנה דורשת קליטה, אלא אם יש חוק שסותר מנהג ואז הוא גובר.

פרשת יתד נגד משרד החינוך: הדיון היה לגבי זכותם של ילדי חינוך מיוחד שמשולבים במערכת החינוך הרגילה. השאלה הייתה האם חובתה של המדינה לממן את השילוב. **השופט דורנר:** בדקה מה הנורמות החלות, וראתה שבחקיקה אין תשובה לשאלה זו- לא ניתן היה להסתמך על החוק כפשוטו. לאור האמור, אמרה דורנר שהנורמות הללו מעוגנות גם במשפט הבינ"ל ולכן חזקה כי קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינ"ל, שמ"י מחויבת להן.

לפי חזקה זאת יתפרשו דינים ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות כאלה". האמנה בדבר זכויות הילד שבעניינה עוסקת השופטת לא נקלטה בישראל ברמת חקיקה (על אף שהצטרפה אליה) ולמרות זאת היא אומרת שיש לאמץ את הנורמה והמדינה צריכה לשלם את השילוב של אותם ילדים.

בפס"ד עג'ורי- נקבע שהחזקה משמשת גם ביחס להתחייבות חד צדדית. ישראל התחייבה לפעול לפי ההוראות ההומניטאריות של **אמנת ז'נבה ה-4**.

לסיכום: חזקת ההתאמה הפרשנית: חזקה זו רלוונטית ביחס למנהג, כמו כן משתמשים בחזקה גם ביחס לאמנה (ראו פרשת ית"ד וקלפי המיקוח) וכן החזקה משמשת גם ביחס להתחייבות חד צדדית (בפס"ד עג'ורי).

החזקה כעילת לביקורת מנהלית: כשביהמ"ש פוסל חוק או נותן צו כבג"צ, השאלה היא איך זה מתיישב עם היגיון המשפט המנהלי. ניתן להסתכל על הדברים שנפסלים כחריגה מסמכות מחוקק המשנה.

פס"ד פלוניס - קלפי המיקוח: ביהמ"ש אומר שהמשפט הבינ"ל הוא זה שמכתיב לנו איך יש לפרש את החוק שאומר לנו: "אסור להחזיק בני ערובה במשפט מנהלי" ולכן, הפעולה של השר זו "חריגה מנהלית".

פרשת קו לעובד: עובדים זרים הגיעו ל- א"י עם רישיון לעבוד אצל מעביד אחד. אותם עובדים היו חייבים למסור למעבידים שלה את הדרכון שלהם. התנאים הספציפיים של העבודה היו כתובים בוית העבודה שלהם. הטענה הייתה שזה מנוגד לסטנדרטים בינ"ל בדבר זכויות עובדים. אלו אמנות שישראל צד להן- ישראל מחויבת להן במישור הבינ"ל אך הן לא נקלטו בחקיקה. **ביהמ"ש העליון:** שם בצד את המשפט המנהלי ופעל לפי חזקת ההתאמה הפרשנית. ביהמ"ש אמר שהסדר הכבילה פוגע בחופש הבחירה של העובד, בתנאי העבודה שלו ובשוויון בינו לבין אחרים ולכן, הצו של השר עומד בניגוד להתחייבויות של המדינה במישור הבינ"ל. ביהמ"ש מסתמך על אמנות שישראל צד להן, או אשררה אך לא קלטה אותן. מפרשים את החוק שמקנה את הסמכות המנהלית נוכח התחייבויות בינ"ל, בין היתר את האמנה בדבר זכויות עובדים מהגרים שבכלל אינה בתוקף כי הרבה מדינות לא הצטרפו אליה.

מדובר בפעולה מרחיקת לכת- לוקחים את הפירוש כ"כ רחוק שבוחנים את הוראת החוק שהסמיך אמנה שבכלל איננה בתוקף.

בפס"ד עגורי, השאלה סבבה אודות הסמכות של מפקד כוחות צהל ביהודה ושומרון לגבי מתן צו תוחם מגורים מחוץ ליו"ש ורצועת עזה. כלומר, הגבלה על סמכות מנהלית בהיבט של פעולה מנהלית מבחינת המשפט הישראלי, שהיא פעולה חקיקתית מבחינת המשפט הבינ"ל.

אחת הטענות בפס"ד הייתה של חריגה מסמכות, וטענה נוספת הייתה אודות ביצוע פעולה לא מדתית. על אותו רעיון שביהמ"ש מוסמך לפסול את הפעולה, ניתן להשתמש גם בתפישה לפיה הצטרפות לאמנה היא הנחיה מנהלית לקליטת המשפט הבינ"ל כעילת ביקורת.

פסילת חוק כיוון שהוא מנוגד למשפט הבינ"ל- אפשרי?

מדובר בשאלה מורכבת משום שיש חקיקה של הכנסת. **ראה לעניין זה פס"ד עדאללה** שעניינו תיקון לחוק הנזיקים האזרחיים- אחריות המדינה. בישראל יש למדינה אחריות על נזקים שהיא גורמת, וזה מוסדר בחוק הנזיקים האזרחיים.

בשנת 2005, נעשה תיקון לחוק שקבע שלמדינה יש פטור מאחריות על נזק שנגרם בכל אזור ששר הביטחון קבע כאזור עימות, ושלשר יש סמכות לקבוע אזור עימות רטרואקטיבית משנת 2000, קרי תחילת האינתיפאדה השנייה. המשמעות של הדברים הייתה שלשר הביטחון יש אפשרות להכריז על כל רצועת עזה ויו"ש כאזורי עימות ולא ניתן להגיש תביעה נגד המדינה באזורים הללו לא משנה בגין מה נגרם הנזק. לאור האמור, הוגשה עתירה נגד תיקון חוק זה. **הטענה הייתה שהתיקון מנוגד למשפט הבינ"ל באופן ספציפי בהקשר של חובת המדינה כלפי תושבי שטח כבוש להגן על רכושם.**

ביהמ"ש קבע: שלא עומד על הפרק לפסול חוק על סמך המשפט הבינ"ל, מה שכן- אפשר לפרש, או לבדוק האם אותה פעולה מכוח חוק היא חוקית אבל **יש לדחות** את הטענה שיש לפסול את החוק כי הוא מנוגד למשפט הבינ"ל. **ביהמ"ש אומר שאין ביקורת על חקיקה מכוח המשפט הבינ"ל. המשמעות היא שחוק של הכנסת גובר על אמנה בינ"ל ואם הוא סותר אמנה בינ"ל, אי אפשר לפסול ואותו מכוח זה.**

למרות האמור, בג"צ פסל את התיקון הזה נוכח ח"י **כבוד האדם וחירותו**. כלומר התיקון נפסל אבל לא מכוח המשפט הבינ"ל.

שימוש בחזקת ההתאמה בעת פירוש חוק יסוד- אפשרי?

אם מפרשים ח"י בהתאם לחזקת ההתאמה, ובודקים את החוק לאורו, בעצם אנו נבדוק את החוק בהתאם לסטנדרט הבינ"ל. הייתה עתירה נגד תוכנית ארצית שפגעה בזיהום אויר וטענו שהזכות לסביבה נקייה היא זכות יסוד. עוד דיברו על הזכות לסביבה נקייה בהיבט הבינ"ל. בג"צ אמר שזה לא חלק מהמשפט הישראלי ולמרות שזה חלק מהמשפט הבינ"ל זה לא עוזר לאף אחד.

פרשת עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי: הייתה עתירה כשהורידו את גובה הבטחת ההכנסה ב- 30%. הטענה הייתה שהירידה ב- 30% היא גדולה מאוד, ופוגעת בזכות לקיום בכבוד אנושי. באמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות נקבע שמדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות של כל אדם לרמת חיים נאותה.

הנשיא ברק אמר שהתפיסה שהזכות לקיום בכבוד אנושי היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי- **פחות מרמת חיים נאותה**- ולגופו של עניין אמר ברק, שלא הראו שזה ירד מתחת למינימום ולכן דחה את העתירה.

השופט אדמונד לוי אמר שתכליותיה של ההגנה עליה מובילות למסקנה כי זכות זו כוללת את הזכות לתנאי חיים נאותים וכי מטרתה אינה אך להבטיח את האדם ממחסור קיום בלתי נסבל. כלומר החוק לא עומד בסטנדרט הבינ"ל של רמה נאותה- **אדמונד פירש את החוק לפי האמנה הבינ"ל ואז רצה לפסול את החוק לפי חוק היסוד.**

פרשת "יש דין": עסקו בעניין של אסירים פלסטינים בשטח מ"י ובאמנת ז'נבה הרביעית הקובעת שאסירים צריכים להיות מוחזקים בשטח ואסור להעביר אותם לשטח המדינה הכובשת. בישראל האסירים מוחזקים בישראל וזה עמד בבסיס העתירה.

בחוק להארכת תקנות שעת חירום נקבע- שאפשר להעביר את האסירים לישראל. מול **סעיף 76 לאמנת ז'נבה** שקובע את ההפך ואומר: "מוגנים שנאשמו בעבירות יעצרו בארץ הכבושה ואם נתחייבו בדין, ירצו את עונשם שם".

החלטת בג"צ: סיפור דומה התעורר בבג"צ 20 שנה לפני, ובג"צ אומר שהתקנה גוברת על האמנה הבינ"ל ולכן אין מניעה להעביר אותם, הפעם, שנת 2010, בג"צ חוזר על הפסיקה של 20 שנה לפני כן. **בג"צ אומר שיש חוק ישראלי והוא גובר על האמנה.**

לדעת ד"ר רונן: יכלו להשתמש בחזקת ההתאמה הפרשנית במקרה דנן ולפרש את החוק להארכת תקשי"ח לפי אמנת ז'נבה, משום שכאשר כתוב "יאה עונשו ניתן לביצוע בישראל" אין הכרח להעביר לישראל, אלא זו רק אופציה. ולכן, **לטעמה יש להשתמש בחזקת ההתאמה הפרשנית ולהשאיר אותם בשטח.** לעניות דעתה ביהמ"ש בעניין זה ושלא בהכרח יש סתירה בין האמנה לחוק הישראלי.

הערה: הגורם לכך שהמב"ל נכנס למשפט הישראלי הינו ביהמ"ש "בהזמנה" של העותרים בהתאם לחזקת ההתאמה הפרשנית.

הסיבות למעבר של מדינה מוניסטית:

א. הזדמנות: תכני המב"ל רלוונטיים יותר לדין הפנימי.

ב. שיקול פנים מדינתי: המב"ל תומך באגינדה ליברלית של שופטים- בתחומים מסוימים למב"ל יש אגינדה ליברלית וזה מתאים לשופטים (כמו זכויות אדם). הם משמשים בנורמות אלה כדי להנחיל ערכים. **למשל כשהשופט דורנר** אמרה שמ"י חייבת לתת חינוך לילדי דאון, היא השתמשה במב"ל.

ג. "מבט החוצה": השפיטה הבין לאומית היום יותר חזקה. יש היום 70 בתי-דין למב"ל בעולם. חלקם פנימיים. מה שלא נסדיר מלכתחילה במשפט הפנימי שלנו, עשוי לגרום לנו למצוא עצמנו בתביעה של המב"ל. ההסדרים הבינ"ל יותר ויותר כוללים מרכיב של חובת התדיינות בינ"ל, עם אכיפה. למשל כשב"ד בינ"ל קובע שמדינה חייבת מיליוני דולרים למדינה אחרת, היא מציינת, כי היא רוצה שימשיכו לעשות איתה עסקאות. אז אין ממש אמצעי אכיפה, כי מציינים אז אין צורך בכך.

לסיכום:

- א.** המנהג הוא אוטומטית חלק ממשפט הארץ.
- ב.** חקיקה של הכנסת גוברת על מנהג במקרה של סתירה.
- ג.** משפט הסכמי טעון קליטה לתוך המשפט הפנימי במדינה.
- ד.** פרשנות חקיקה קולטת תיעשה בהתאם להתחייבויות בין לאומיות של ישראל.
- ה.** חזקת ההתאמה הפרשנית מדריכה בפרשנות חוקים- ביקורת על פעולות מנהליות.

נושא ב'- השחקנים במשפט הבין לאומי:

בנושא זה נדבר על:

- א. מדינות:** "בין לאומי"- המשמעות של זה במקור היא- "בין מדינות". מנהג, אמנה וכו', המדינות הן השחקניות הראשיות.
- ב. גופים אנלוגיים למדינות:** ארגונים בינ"ל כגון- האו"ם, אוטונומיות וכו'.
- ג. גופים אחרים:** כל אחד מאיתנו, הפרט, חברות בינ"ל וכו'.

הגדרה של שחקנים: הכוונה היא למי שיש לו אישיות משפטית, שחלים לגביה כללים, חובות וזכויות **למשל:** חוק ההגנה על בעלי חיים מעניק זכויות לבעלי חיים, אבל זה לא הופך אותם לאישיות משפטית, אז גם במב"ל- זה שנותנים למישהו זכויות, לא אומר שהוא שחקן. שחקן הוא מי שיש לו חובות וזכויות. כמובן, שהשחקנים שנתייחס אליהם הכי הרבה במהלך השיעורים הן המדינות.

האישיות המשפטית של ארגון בינ"ל:

הגדרה של ארגון בינ"ל: ארגון שמורכב ממדינות. החל מהמאה ה-20, נכנסו בצורה מאסיבית למערכת המשפטית ארגונים בינ"ל. עד אז זה לא היה אפשרי כל כך מבחינה טכנית. כתוצאה מהכניסה שלהם למערכת המשפטית, **יש להם זכויות וחובות משפטיות.**

מקור הרעיון של האישיות המשפטית הנפרדת לארגון בינ"ל:

הרעיון של האישיות המשפטית הנפרדת לארגון בינ"ל, מקורו בחוות דעת של ביי"ד בינ"ל בהאג-ICG: **בפס"ד משנת 1950 בעניין פיצויים:** הרוזן ברנדוט, שהגיע למדינה כשליח האו"ם כדי להשליט שלום נרצח. ה-ICG דן בשאלה- האם האו"ם רשאי לתבוע פיצויים מישראל על רצח השליח שלו- האו"ם הוא למעשה כארגון בינ"ל. ישראל עוד לא הייתה חברה באו"ם, כך שלא הייתה לא עוד מחויבות כלפיו. **ביה"ד (ה-ICG) קבע שלאו"ם אישיות משפטית נפרדת משל המדינות המרכיבות אותו,** ולכן הוא יכול לתבוע פיצויים. לא יכול להיות שאו"ם מוגבל למדינות המרכיבות אותו. לפני פס"ד זה, לא היה כתוב בשום מקום שלארגון האו"ם יש אישיות משפטית נפרדת. לעומת זאת באחת האמנות של האיחוד האירופי היה כתוב שיש לאיחוד אישיות משפטית נפרדת. ישראל לא התכחשה לקיומו של האו"ם, ושילמה פיצויים כפי שנדרשה והתנצלה על זה שהרצח קרה בשטח שלה.

כוח של הארגון הבינ"ל:

ארגון בינ"ל לפעמים יותר חזק מהמדינות המרכיבות אותו. למשל הגורם היחיד שמוסמך להורות על השימוש בכוח הוא **מועצת הביטחון**, שהיא חלק מהאו"ם. כשניסחו את מגילת האו"ם, מדינות העולם נתנו למועצה זו את הכח להחליט במסגרת הביטחון, ולא היו מוכנות לתת את הסמכות הנ"ל לאף מדינה אחרת. זה משקף רצון בינ"ל ויש פה גם מנגנון שמנטרל משיכות לכל מיני כיוונים.

מדינות רוצות לתת לארגונים את הכוח: לפעמים הן רוצות לתת לו כח שהן לא רוצות לתת למדינות אחרות. לפעמים זה עובד בכיוונים אחרים- כמו שאנשים יוצרים חברה, ובכך הם מרחיקים את האחריות שלהם דרך האישיות המשפטית הנפרדת של החברה, את אותו הדבר מדינות עושות גם במישור הבינ"ל. אם הן יודעות שמה שארגון עושה חוזר אליהן אח"כ, הן תהססנה לעשות את זה **לדוגמא:** כוחות השלום של האו"ם ברחבי העולם מורכבים ממדינות האו"ם. כשכוחות אלה פועלות בכובע האו"ם, הם פועלות בכובען כאישיות משפטית נפרדת. אם מדינות היו יודעות שהאחריות תהא עליהן הן לא היו שולחות כוחות שלום.

זה נהיה בעייתי כי לאו"ם יש חסינות, במקום שלמדינה לא תהיה חסינות, ואז אין למי לבוא בטענות. אך עדיין זה לא מתרוקן מתוכו, כי יש לנו כוחות שלום בזכות זה.

הסייגים:

יש מדינות שמוכנות לקחת אחריות על שליחים אלה לאו"ם. השאלה היא- אם לאו"ם צריכה להיות חסינות בפני פסקי דין שונים, ויכול להיות שמצב זה ישתנה בעקבות החסינות. זה המחיר שאנחנו צריכים לשלם, ואנחנו נשתף פעולה אם אנחנו יודעים שאנחנו מוגנים. **למשל:** כוח שיש בין ישראל לסוריה, שלא שומעים עליו כי הכל בסדר, אבל אם הוא לא היה שם, אולי כן היה ירי בין ישראל לסוריה, אז טוב שהוא שם. כלומר כוחות אלה נחוצים.

יחידות טריטוריאליות בעין-מדינות:

מצב שבו לקבוצת אנשים יש שליטה בשטח- ארגון שיש לו שטח תחת שליטתו- לא מדינה:

- שטחי מנדט - פלסטינה א"י
- אוטונומיה - רש"פ
- מדינות חסות - פורטו-ריקו
- שונות - טאיוואן, ותיקן.

למשל טאיוואן: בשנת 1949 הייתה מלחמת אזרחים בסין. הממשלה ברחה לטאיוואן ובסין עלה לשלטון המשטר הקומוניסטי. עד היום המחלוקת בין סין לטאיוואן היא מי הממשלה החוקית

הגדרת אוטונומיה: בד"כ הכוונה לשלטון עצמי של טריטוריה בתוך מדינה. **חריג-** הרשות הפלסטינית, היא בתוך מדינה, אבל יש שם שלטון עצמי (מוגבל) מכח הסכמה של ישראל. השלטון העצמי של הרשות עדיין מוגבל.

בכל מדינה אוטונומית יש הסדר של יחס הממשל המרכזי לבין האוטונומיות **למשל:** הבאסקים והקטלונים- אלה אזורים שיש להם אוטונומיה. האוטונומיה היא לא ביחסי חוץ, אלא שם השלטון המרכזי שולט.

גרינלנד- האי הכי גדול בעולם: שייך לדנמרק אבל הם בעלי שלטון אוטונומי, והם יכולים להתעסק גם ביחסי חוץ. ככל שמערכת היחסים בין הממשל המרכזי לאוטונומי טוב יותר, ככה הם יותר יכולים להתעסק בענייני חוץ.

דוג' כיצד גורמים שהם לא מדינות נכנסים למב"ל- טאיוואן חברה בכל מיני ארגונים בינ"ל, לא בתור מדינה, אלא כי יש לה כסף.

ארגונים לשחרור לאומי: ארגון שחרור לאומי הוא מונח מעורפל, אבל העצרת הכללית של האו"ם הכירה בכמה ארגונים ככאלה **למשל** אש"ף. הגדרת המונח ארגון לשחרור לאומי נוצר ע"י כך שהמדינה מכירה אותו ככזה.

לא כל גוף מורד הוא ארגון לשחרור לאומי. הרעיון הוא שמבחינת המצב המשפטי, יש שטח שנמצא תחת שליטה של מדינה אחרת בניגוד למב"ל והמדינה האחרת לא רשאית להחזיק בו כריבון. הקולוניאליזם הפך לבלתי-חוקי, הגזענות הפכה לבלתי חוקית, אבל הכיבוש אינו בלתי חוקי. בסופו של דבר, השאלה אם ארגון הוא לשחרור בינ"ל, היא שאלה פוליטית.

רק ארגונים עם כח פוליטי זוכים להגדרה זו. כח פוליטי בא לידי ביטוי למשל כזכות להשתתף בדיננים באו"ם. ארגון אש"ף התעלה על כולם, כי עקרונית באו"ם יכולות להיות רק מדינות וכשיש דיון למדינות יש זכות לדבר ראשונות, ורק אח"כ לארגונים. אש"ף הוא הארגון שיש לו זכות לדבר ראשון.

במועצת הביטחון, ארגונים לא יכולים להשתתף בדיננים- אש"ף כן. לאש"ף יש כח פוליטי מספיק חזק, כדי שהעצרת הכללית תיתן לו מעמד כזה.

דוג' לארגון כזה היא הקונגרס הלאומי האפריקאי- ארגון שחור שפעל נגד האפרטהייד.

חמש לא יכול להשתתף בעצרת האו"ם כי הוא לא מוכר כארגון לשחרור לאומי.

הסיבה שמכירים בארגונים כאלה, זה לא כי הם מתפקדים כמדינות, אלא כהכרה פוליטית במטרה שלהם.

אישיות משפטיות במשפט הפרטי: פרטים, תאגידים, NGOs

כפרטים, יש לנו זכויות מהמדינה שלנו בגלל זכויות היסוד. בנוסף, יש לנו חובות- ראה דוגמא מהמשפט הפיליפיני: טענה שקצין בצה"ל ביצע פשע מלחמה עפ"י המב"ל.

שאלות לדיון- מדינות:

מבחינה משפטית, המדינה היא האישיות המשפטית הרחבה ביותר ורוב הנורמות המשפטיות נוגעות גם למדינות. לנו יש חובות וזכויות, גם לתאגידים, אבל למדינות יש זכויות וחובות רבות יותר, ולכן הן השחקן הראשי במב"ל.

אמנת מוניטיבידאו מ-1933 פרגוואי- מה שהופך ישות פוליטית למדינה:

כששואלים אותי אם קנדה היא מדינה או לא, הדרך לענות על זה היא בהתאם להגדרה של מהי מדינה, והיא נמצאת באמנת מוניטיבידאו מ-1933 פרגוואי- והיא משקפת מב"ל.

אמנה זו נמצאת באמריקה הלטינית, כי בעבר היו שם בעיות של ישויות פוליטיות שקמו ואמרו שהן מדינות- כל פעם מדינה כזו או אחרת תבעה עצמאות, לכן הם מצאו לנכון לנסח את הכללים.

באמנת פרגוואי יש 4 פרמטרים לקביעה של מי היא מדינה:

1. אוכלוסיה קבועה: יש דרישה שתמיד תהיה אוכלוסיה קבועה בשטח. אין דרישה למינימום תושבים. ראה מדינת הוותיקן שיש שם אוכלוסיה קטנה אך קבועה.

אין דרישה למינימום והם לא חייבים להיות אזרחים- אפשר שיהיו רק תושבים, אבל במדינה חייבים שיהיו אנשים לשלוט עליהם. לא נדרש שלאנשים יהיה משהו במשותף כמו אחדות פוליטית או אתנית, אלא רק שיהיו אנשים. **למשל** באמריקה הלטינית יש המון קבוצות אנשים אז אם היו דורשים רקע משותף, לא היו מדינות באמריקה הלטינית.

2. שטח: טריטוריה - אין מינימום- מדינה יכולה להיות מאוד קטנה, די בגרעין ברור, ולא נדרשים גבולות מוסכמים. ראה מדינת הוותיקן- היא קילומטר על קילומטר והיא עדיין נחשבת מדינה, גם סן-מארינו היא מדינה קטנה באיטליה. בהתחלה שאלו גם עם ישראל היא מדינה כי לא היה ברור. צריך להיות שטח וצריכה להיות יבשה, מדינה לא יכולה להיות על רפסודה בים:

מקרה מדינת סילנד: במלה"ע השנייה, הבריטים בנו סוללות על פלטפורמות שננטשו אחרי המלחמה. השטח של הפלטפורמות הוא קטן כ- 55 מטר. בשנת 1967 התיישבו בשטח כמה אנשים כדי לעשן סמים, והם הקימו את נסיכות סילנד. הם הדפיסו דרכונים ותמורה לכסף כל אחד יכול היה להיות אזרח ואפילו דיפלומט שם. יום אחד מישהו הואשם בגרמניה על העלמת מס והוא טען שהוא דיפלומט של סילנד ועקב כך הוא בעל חסינות. ביהמ"ש קבע שזו לא מדינה, כי היא לא עומדת באמנת מוטיבידאו, וגם כי אין יבשה. יום אחד סילנד הייתה במלחמה עם בריטניה והמקום החל לעלות באש ונהרס. ואז חשבו להפוך אותו לקזינו.

מסקנה: צריכה להיות יבשה- אבל היא לא צריכה להיות רציפה. מדינה יכולה להיות מורכבת משטח ללא רצף טריטוריאלי. **למשל** איים כמו יוון, גם אלסקה, שבינה לבין ארה"ב יש את מדינת קנדה, אבל היא עדיין חלק מארה"ב. גם הרשות הפלסטינית, אם תקום מדינה- עזה והגדה. **מה שנדרש זה שיהיה שטח, שברור ומוסכם שהוא שייך למדינה, גם אם הגבולות לא בהכרח מוסכמים.**

זה נקבע בפס"ד בעניין פולין ב1927 אבל זה עלה בצורה מובהקת כשדנו **בקבלת ישראל לאו"ם ב1949**: לישראל לא היה אז גבול מוסכם אחד. חזרו שם על הפס"ד מ1927, וטענו שמספיק שיהיה איזשהו גרעין מוסכם שאומר שהיא מדינה. היום לישראל יש גבול מוסכם עם ירדן ומצרים.

3. ממשלה אפקטיבית: מנגנון שלטוני מתפקד המסוגל לנהל את המדינה כלפי פנים. לא צריך להיות הפרדת רשויות כמו אצלנו, אלא משהו שמתפקד כלפי פנים.

דוגמא אחת: הצהרת העצמאות הפלסטינית ב1988 בטוניס, מבחינה משפטית לא היה בהצהרה זו הקמת מדינה משום שלא הייתה להם ממשל אפקטיבי.

דוגמא שנייה- ממשלה גולה- למשל אפגניסטן: אין שליטה אפקטיבית ולכן איך מסתכלים על זה במונחים של מדינה? אך התנאים שחלים הם למעשה התנאים של לפני קום המדינה.

צורת הממשל איננה רלוונטית- יכול להיות דמוקרטי, קומוניסטי וכו'. מבחינת המשפט הבינלאומי **בודקים צורה ולא תכנים.**

אפקטיביות:

הגדרה: מדובר על שלטון שמסוגל לנהל מדינה (יכולת פוליטית, צבאית), ולא דווקא הוא באמת עושה זאת.

אובדן אפקטיביות: למעשה נוצרת אנרכיה, לכאורה המדינה "מתפרקת". למשל סומליה- מדינה שכבר 30 שנה אין בה שלטון אפקטיבי. הקהילה הבינלאומית עדיין מכירה בה כמדינה.

ויתור על אפקטיביות לטובת לגיטימיות העצמאות: ויותר חלקי באותם מקרים שיש תפיסה שהעצמאות היא דבר לגיטימי, אם נחכה שהממשל יהיה לגיטימי לפני שתקום מדינה לפעמים יכול להיות שזה כבר לא יהיה אפקטיבי. בדרישה זו יש דווקא ויתור מסיבות ערכיות, **שרואים זאת הרבה במשפט בינלאומי- מתח בין האפקטיביות לבין שיקולים של צדק**, כמו הזכות להיות עצמאי וכו'

קונגו ב1960: קיבלה עצמאות מכוח הזכות להגדרה עצמית של המדינות לשלוט בעצמן. לפני שהיה ממשל עצמי כבר הייתה להם עצמאות.

4. כושר לנהל יחסי חוץ- עצמאות:

זהו לא תנאי נפרד ממשל אפקטיבי. אך במהלך השנים החליפו תנאי זה בעצמאות:

- יכולת קבלת החלטות ללא תכתיבים חיצוניים.
- **המבחן:** בעיקרו הוא משפטי.
- **מדינות חסות:** יחסי החוץ מסורים למדינות אחרות.
- **עניין יחסי וגמיש-** יש ישויות כמו ליכטנשטיין שיחסי החוץ שלה מופקדים בידי מדינות אחרות. למשל מרוקו התקבלה כמדינה עצמאית למרות שיחסי החוץ שלה היו מופקדות בידי הצרפתים.

הכרה כמדינה: אמורה להיות תשובה של "יש" או "אין" הכרה כמדינה בהתאם לתנאים לעיל.

במידה ומתקיימים כל ארבעת התנאים ויש מדינה, האם בהכרח יש בה הכרה?

אמנת מונטבידאו, סעיף 3: "הקיום הפוליטי של מדינה אינו תלוי בהכרה מצד מדינות אחרות. גם לפני הכרה יש למדינה זכות להגן על שלמותה ועצמאותה."

כלל זה בעייתי מבחינה מעשית משום שכשמדינה לא מוכרת, אף אחד לא מוכן לחתום איתה על אמנות, או לשתף אותה בפורומים בינ"ל, אזי אומר שיכולת התפקוד שלה נמוכה. **דוגמאות:**

- **סומלילנד-** אזור בסומליה שהגדיר עצמו כמדינה עצמאית. אך המדינות לא הכירו בה, למרות שיש לה ממשל אפקטיבי, אוכלוסיה וטריטוריה.
- **ישראל-** מדינה מוכרת ללא ספק, אך יש מדינות שלא מכירות בה כמו סוריה. אם סוריה תפגע בישראל זה יהיה שימוש אסור בכוח כלפי מדינה אחרת וסוריה לא תוכל לטעון שישראל לא נחשבת מדינה.
- **קוסובו-** הכריזה על עצמאות וישראל לא רוצה לתמוך בהכרזת עצמאות חד-צדדית כי זה אח"כ יכול לחזור אלינו לעניין פלסטיין.

הסיבה להגבלת ההכרה במדינות:

כדי למנוע מצב של מדינות שקמות בהכרה חד-צדדית ותיווצר אנרכיה בקהילה הבינלאומית. התקווה להשיג אחידות לא נותנת הכרה חד-צדדית.

הכרה זהו אקט פוליטי: מדינות קיימות לא חייבות להכיר במדינות אחרות והן לא חייבות בנימוקים. לפעמים יש איסור משפטי להכיר במדינה- למשל כשמדינה מוכרת באופן לא חוקי או שבוצע הפרה של המב"ל. **דוגמאות:**

1. מדינת צפון קפריסין: הוכרה באמצעות שימוש בלתי חוקי של כח של טורקיה ולכן יש איסור להכיר בה כמדינה.

2. רודזיה: ב-1965 הכריזה על עצמאות אבל אף אחד לא הכיר בה. למרות זאת היא הצליחה כ-15 שנה להתקיים כי היה לה כח כלכלי. ב-1980 לא הצליחו להחזיק יותר מעמד והם הגיעו לאיזושהו הסכם וכיום היא נקראת זימבבואה.

הכרה היא מהמדינה הוותיקה לחדשה.

השלכה עיקרית: במישור הפנימי (חסינות)- במשפט הישראלי למשל, יש זכויות למדינות זרות והעיקרית היא הזכות לחסינות. אם לא מכירים בישות כמדינה, ניתן לתבוע אותה והמקום שזה בא לידי ביטוי זו הרשות הפלסטינית.

"פלסטיין":

בשנת 1988- מעין הצהרת עצמאות, בהיעדר אפקטיביות. הם טענו שמדינות רבות הכירו בהם ושיש להם יותר יחסי חוץ משל ישראל.

בשנת 2011- בקשת חברות באו"ם: הרשות הפלסטינית הגישה בקשה להתקבל כמדינה חברה באו"ם. על מנת להתקבל צריך החלטה של העצרת הכללית על סמך המלצה של מועצת הביטחון. בעצרת הכללית (שבה חברות 194 מדינות) מובטח לפלסטינים רוב, אבל צריך לעבור את מועצת הביטחון. כדי שזו תמליץ עליה היא צריכה לראות שיש פה מדינה שוחרת שלום שמסוגלת לשמור על התחייבויותיה הבינ"ל.

התנהל דיון במועצת הביטחון וכל הדיון רלוונטי רק לגבי מדינה, ולכן זה איים על ישראל. הדיון הזה עדיין מונח על שולחנה של מועצת הביטחון, הסטאטוס שכן יש לפלסטינים באו"ם הוא של 'משקיפים', אך גם של 'ישות שאיננה מדינה' - כי משקיפים יש הרבה.

הרכב מועצת הביטחון: מועצת הביטחון מורכבת מ-5 מדינות קבועות: ארה"ב, רוסיה, יפן, צרפת ובריטניה ו-10 מדינות שמתחלפות כל שנתיים.

התנאים לבקשת חברת באו"ם:

1. המלצה של מועצת הביטחון
2. רק מדינות יכולות להתקבל כחברות
3. רלוונטיות: ICC.

ביה"ד הפלילי הקבוע בהאג (שמטפל בפשעי המלחמה הכי חמורים) - אחד המקומות שמנסים להעמיד לדין ישראלים. ביה"ד לא יכול להעמיד לדין אנשים סתם ככה - אין לו סמכות שיפוט אוניברסאלית, אלא צריך לעבור דרך המנגנון המדינתי. לביה"ד יש סמכות לדון אם המבצע הוא אזרח של מדינה שהסכימה לסמכות ביה"ד, או אם הפשע לכאורה בוצע בשטח מדינה שהסכימה לסמכות. מסכימים לסמכות, כשהמדינה מצטרפת לאמנה, אך אפשר לתת גם הסכמה הד-הוק, או דרך מועצת הביטחון.

שנת 2009: (יומיים לאחר גמר מבצע עופרת יצוקה) הרשות הפלסטינית הגישה הצהרה לביה"ד בהאג, שבו היא מקנה לו סמכות לדון בפשעים שבוצעו בשטח פלסטין מאז שנת 2002. הפלסטינים ניסו להיות מדינה שמסכימה לסמכות של ביה"ד בהאג. התובע היה צריך להחליט האם מדובר בהצהרה של מדינה עם סמכות. אם מקבלים את ההצהרה שלהם בעצם מכירים בהם כמדינה כי רק מדינה יכולה לתת הצהרה כזו.

מאז 2009 ועד אפריל 2012: התובע ישב על המדוכה. מצד אחד זה לא המקרה היחיד שמשאירים פתוח, מצד שני ניהלו את העניין בצורה מאוד מוזרה כי נראה היה שנותנים לזה יחס מיוחד והציפייה הייתה שהתובע מתחלף והוא פשוט מחכה שאו עם הזמן ישתנה הסטאטוס של הפלסטינים, או שזה יעבור לתובע אחר. התשובה המשפטית יכלה להיות שאין מדינה, אך פוליטית היה קשה לתובע לעשות זאת. אך לבסוף הוא קבע שאין כרגע מדינת פלסטין לקבל את הצהרתה, אבל הוא השאיר זאת פתוח כי אם הגורמים המוסמכים יחליטו אחרת (האו"ם, אסיפת המדינות שחברות בביה"ד) תשתנה החלטתו.

הסיבה לכך שהפלסטינים לא הכריזו על עצמם עצמאות: השיח המקובל הוא שכל עוד לא מובטח להם את התביעות שלהם, יותר קל לנהל מו"מ מעמדה של עם כבוש ומקופח, מאשר של מדינה עצמאית.

ישראל, הכרה ברש"פ וחסינות מדינה:

השאלה: האם הרש"פ נהנית מחסינות מדינה?
התשובה: 2 גישות, 3 תשובות:

גישה 1: גישה הבודקת האם יש מדינה לפי התנאים של אמנת מונטבידאו. בדקו זאת **השופטים דרורי ואוקון בפרשת נוריץ'.** התשובות שהתקבלו על סמך הבדיקה:

1. השופט דרורי אמר שאין חסינות מדינה.
2. השופט אוקון אמר שהם מספיק דומים למדינה בשביל שתהיה להם חסינות.

מדובר בגישה אחת של שניהם.

3. שופטי הרוב בפרשת נוריץ' החליטו שזו שאלה פוליטית האם מ"י מכירה בהם כמדינה.

גישה 2: של דעת הרוב בפס"ד נוריץ' - **הכרעה בערעור:** מדובר בהחלטה פוליטית, יש לקבל את עמדת שר החוץ.

עקרון ההגדרה העצמית:

עד עכשיו דובר אודות ממשל אפקטיבי ולכאורה אלה שאלות עובדתיות. השאלה האם כדאי שתהיה מדינה, האם ראוי שתהיה מדינה לא נכנסה לתמונה, אך במהלך השנים התפתחה הגישה שאמרה שמדינה זו לא רק שאלות עובדתיות.

בשנת 1918-14 הנקודות של הנשיא וילסון: פירוק המעצמות הגדולות תוך התחשבות באינטרסים של האוכ' המקומית.

זה לא רק עניין של סחר-מכר במדינות הכובשות, אלא גם במדינות הנכבשות. כשקבעו את הגבולות החדשים ניסו כמה שאפשר לקבוע את הגבולות באופן שתואם חלוקה אתנית, ע"מ שיוצרו מדינות לאום. יש לזה גם היבטים ערכיים- מה שעולה מזה שלאוכלוסיה בשטח יש זכות בשלטון וזה לא נעשה רק בכוחות הפוליטיים- אלא לעם יש גם מה להגיד.

בשנים 1919-1945 המנדטים: בחלק מהשטחים הקהילה הבינ"ל חשבה שאלו אזורים שעדיין לא בשלים להיות מדינות עצמאיות, אך היה ברור שלא ניתן לכבוש אותם ולהפוך אותם למושבות. ולכן במקום זאת עשו זאת בדרך של מנדטים- כמו בישראל- זה לא היה שייך לבריטניה, אלא בריטניה עשתה זאת בשם הקהילה הבינ"ל. לצרפתים היה מנדט על סוריה ולבנון, בצפייה שזה יהיה משהו זמני (לא מחייב). בשיטה זו לא ניתן להתעלם מהעם עצמו, חייבים לתת לו ביטוי.

בשנים 1945-1980 דה-קולוניזציה: היה ברור שזה שאלה של זמן עד שמקומות המנדט יקבלו עצמאות. ולאחר פרוץ מלחמת העולם השנייה היה תהליך של פירוק המושבות ונסיגת המעצמות מהמושבות (דה-קולוניזציה) וכ-140 מדינות חדשות נוצרו.

הזכות להגדרה עצמית:

בשנת 1960: הייתה הכרזה של האו"ם בדבר מתן עצמאות לארצות ועמים קולוניאליים. העצרת הכללית היא לא גוף שיש לו סמכויות מחייבות אך זהו פורום של כל מדינות העולם, ופורום זה הגדירו את הזכות להגדרה עצמית: **זכותו של עם לקבוע את מעמדו הפוליטי וקידום ההתפתחות הכלכלית, חברתית ותרבותית.**

זו גם חובה- בשטחים שעדיין אינם עצמאיים יש להעביר את הסמכויות לעמים המקומיים בהתאם לרצונם ע"מ לאפשר להם עצמאות וחירות. מימוש הזכות זה לאו דווקא עצמאות, למשל יש כמה מקרים ששטחים הביעו את זכותם להגדרה עצמית ברצון לסיפוח למדינה אחרת.

מאפייני הזכות להגדרה עצמית:

1. **זכות כלפי כולי עלמא - פרשת מזרח טימור, ICJ:** פורטוגל יצאה מהקולוניה ואינדונזיה נכנסה במקומה והיא פגעה בשטח כי היא לא נתנה להם לקבוע/לבחור באופן עצמאי. יש חובה לאפשר הגדרה עצמית.
2. **דין קוגנטי?** למשל שתי מדינות לא יכולות להחליט בינן שהן שוללות זכות להגדרה עצמית של מדינה אחרת.
3. **מיהו עם? שאלה חוץ משפטית-** אין הגדרה משפטית לשאלה מהו עם.

מגבלות על הזכות להגדרה עצמית:

"מבלי לפגוע בשלמות טריטוריאלית של מדינה קיימת" (1960):

1. למיעוטים אין זכות לעצמאות.
2. יש זכות בשטחים שבהם המשטר אינו ריבוני ולגיטימי: קולוניאליזם, מנדט, כיבוש: הגדה המערבית ורצועת עזה.
3. "עם"- הגדרה טריטוריאלית.

סייגים לעקרון השלמות הטריטוריאלית:

ב-1970 העצרת אימצה הצהרה שנקראת הצהרה בדבר עקרונות בדבר שיתוף פעולה בין מדינות- נקבעה זכות השלמות הטריטוריאלית למדינה הפועלת בהתאם לעקרון השוויון והיציגות. עלתה השאלה **האם יש זכות לפרוש** כאשר המשטר הוא לא ייצוגי:

1. בנגלדש- מערב פקיסטן ומזרח פקיסטן לא היו מחוברות. המשטר הפקיסטני הדיר את האוכ' הבנגלית (שהייתה במזרח פקיסטן) ולכן הם הקימו לעצמם מדינה. אז איך זה מוסבר במונחים של הגדרה עצמית כי לא מפרקים מדינות. אם מדינה מדכאת אוכ' בשטח יש אפשרות לפרישה.

2. פס"ד קבק 1998- קבק עשתה קולות של פרישה מקנדה, ועלתה שאלה אם זה אפשרי. נאמר שיכול להיות שבמצב שיש פגיעה במיעוט והוא מדוכא לחלוטין מהמנגנון השלטוני אך זה לא המקרה בקבק ולכן ביהמ"ש לא היה חייב להכריע בעניין.

3. קוסובו- חלק מסרביה, שונה מבחינה אתנית ומזוהה מבחינה גאוגרפית. הסרבים דיכאו את האוכל' הקוסוברית. ואז היה משטר בינ"ל עד שיגיעו להסכמה וב2008 הקוסוברים החליטו שהם מגדירים עצמם כמדינה. יש גישות סותרות האם באמת ניתן להם להגדיר עצמם כעצמאים.

ישראל והגדרה עצמית:

הקמת מ"י- מ"י זכתה להכרה בינ"ל, במידה רבה בגלל הזכות להגדרה עצמית (אבל בעיקר בגלל ניצחוננו במלחמה ב"ה). הצהרת בלפור, שאח"כ הייתה בכתב המנדט דיברה על כך שממשלת הוד מלכותו רואה בעין יפה הקמת בית יהודי. הלגיטימציה של מ"י באו"ם הייתה מבוססת על כך שיודעים מהי ההיסטוריה של העם היהודי ומגיע לה מדינת מקלט. לכן היה צריך להיזהר "מלירוק לבאר ממנו שותים".

זכות הפלסטינים (גדמ"ע ועזה): בהסכם קמפ דייוויד עם המצרים, ישראל הכירה בזכויות הלגיטימיות של העם הפלסטיני. ישראל הכירה בזכויות הלגיטימיות של העם הפלסטיני. לא היה כתוב "העם הפלסטיני", אלא הערבי. אבל כולם ידעו במה מדובר. דובר על כך שיהיה מו"מ עם הפלסטינים וזה מופיע בהסכם השלום עם ירדן ובהסכם אוסלו. **ישראל לא מתווכחת עם הזכויות שמגיעות לפלסטינים, אך היא לא חייבת להסכים לזכותם למדינה.**

ערביי ישראל- לערביי ישראל כמיעוט אין זכות לעצמאות אך זה לא אומר שאין להם זכות להגדרה עצמית. זה יכול להיות בהקשר של הגדרה טריטוריאלית. זו יכולה להיות אוטונומיה פונקציונאלית (למשל בחינוך), אבל זכות פרישה אין להם.

דרכי רכישת טריטוריה- שטח המדינה הוא:

1. **הקרקע** - עד למרכז כדור הארץ.
2. **מים פנימיים של המדינה** - נהרות שאינם נהרות גבול, אגמים.
3. **מים טריטוריאליים** - 1- מייל ימי מהחוף והאדמה שמתחתם
4. **האוויר שמעל האדמה** והמים הטריטוריאליים עד לגובה תחילתו של החלל החיצון
5. סמכויות וזכויות מוגבלות ריבוניות באזור הכלכלי הבלעדי (200 מייל ימי מהחוף) ובמדף היבשתי המצוי מתחתיו (200-350 מייל ימי מהחוף).

גבולות מדינה חדשה- הדרך שבה קובעים גבולות חדשים: **עקרון קדושת הגבולות:** הגבול שהיה הוא שיהיה- האימפריה שמחליפה את זו שנפלה מקבלת את הגבולות שהיו של האימפריה הקודמת. המטרה הייתה להימנע ממלחמות ובנוסף פחדו מהשתלטות של מדינה אחרת.

המטרות בעקרון קדושת הגבולות:

- **מניעת התערבות אירופית** ב"שטח הפקר"
- **יציבות בינ"ל-** מניעת מלחמות. למשל באפריקה לא שמרו על הגבולות הקיימים וזה התפרק להרבה ארצות- **פס"ד בורקינה פאסו נ' מאלי, ICJ.**
- **יציבות פנימית-** מניעת מאבק שחרור אתניים. כשיוגוסלביה התפרקה, היא חזרה למדינות שהרכיבו אותה.

הדרך שבה מדינה קיימת יכולה לרכוש שטח- 4 דרכים לרכוש שטח:

- 1) **הסכם-** מדינה יכולה לקבל שטח ממדינה אחרת בכל צורה שהיא. למשל בשנת 1867 רוסיה מכרה שטח לארה"ב.
- 2) **תפיסת שטח הפקר-** שטח שלא שייך לאף אחד. התנאים לתפיסת שטח הפקר:

א. קרקע ריקה מריבונות.

ב. תפיסה ע"י גורמים רשמיים תפיסה אפקטיבית ונמשכת: הנפת דגל, הפעלת כוחות צבא, גביית מיסים.

ג. כוונה לרכוש ריבונות: יש שטחים בהם מוסכם לא לגעת.

3) התיישנות-

- א. הפעלת סמכויות מדינה באופן מתמשך.
- ב. מתוך כוונה לפעול כריבון.
- ג. בדרכי שלום.
- ד. ללא התנגדות מדינות בעלות עניין.
- ה. בפומבי.

זכות לשטח היא שאלה יחסית- ראה מקרה ארה"ב/בהולנד 1928- ארה"ב קיבלה שטח מצרפת והתברר שההולנדים ישבו שם ושלטו שם

4) צמיחה ותזוזה

- נסיגת הים
- היווצרות איים בים
- תזוזת נהרות

נושא ג'-רכישת שטח ושימוש בכוח:

מה ברור:

מדינה תוקפנית אינה יכולה לרכוש/לספח באופן חד-צדדי שטח שנתפס בעקבות שימוש בלתי חוקי בכח. ברור שלא ניתן לרכוש שטח בשימוש בלתי חוקי בכח, משום שלא ייתכן שמדינה תפעל באופן לא חוקי ותרוויח מזה.

פחות ברור:

האם המדינה המותקפת יכולה לרכוש/לספח באופן חד-צדדי שטח שנתפס בעקבות שימוש חוקי בכח? שימוש חוקי בכח כמו הגנה עצמית אפשרי לרכישת שטח.

הדרכים המסורתיות לרכישת שטח היו:

1. רכישת שטח הפקר- היום כבר אין
2. כל הסדר שהוא בהסכמה - מכירה, מסירה וכו'.
3. התיישנות - תפיסת שטח הפקר- היום לא ממש קורה.
4. שימוש בכוח- מדינות תופסות שטח במהלך שימוש בכח - נפוץ יותר.

הכלל הוא: שמדינה תפסה שטח בתוקפנות ושולטת בו בכח באופן בלתי חוקי, היא לא תוכל להנות מכך ולכן זה לא אפשרי.

שימוש בכוח באופן "חוקי":

כשמדינה משתמשת בכח, באופן חוקי תוך כדי הגנה עצמית, ואז היא תופסת שטח, עולה השאלה האם המב"ל מכיר בריבונות הזו: יש טיעונים בעד ויש טיעונים נגד:

טיעונים בעד: זה ירתיע מדינות מלתקוף ולצאת לקרב.

טיעונים נגד: ניתן להטיל סנקציות אחרות ולכן הרתעה זה לא בדיוק פתרון נכון. לא בטוח שמדינות תוקפניות באמת יורתעו מהסכנה שאולי הן יאבדו שטח.

כשמדינה פוגעת בהגדרה עצמית של העם שחי במדינה אחרת זה חמור, ולכן הגנה עצמית זה לא בהכרח נכון כתירוץ לתפיסת שטח.

זה מחייב אותנו לדעת מיהו התוקף ומיהו המותקף: ברגע שמישהו תוקף כהגנה עצמית כבר קשה להבחין בין שניהם. נקודת המוצא של התיישנות הוא מעשה בלתי חוקי- ואם מכירים בריבונות ע"י מעשה בלתי חוקי, אז למה שלא נכיר במעשה שהוא כביכול חוקי.

רכישת שטח ע"י מדינה שהותקפה - שימוש חוקי בכח:

החלטת העצרת הכללית של האו"ם 2625 בדבר עקרונות המב"ל בדבר יחסים ידידותיים בין מדינות, 1970: "מועצת הביטחון בהדגישה שאין לרכוש שטח במלחמה" (החלטה 242, נובמבר 1967):

ההחלטה מכריזה על עקרונות מנהגיים. נכון שזו החלטה של עצרת והיא לא מחייבת אך התוכן שלה הוא מנהגי. אבל גם מ"י וגם מדינות ערב, קיבלו על עצמן לפעול עפ"י ההחלטה הזו- התוכן שלה מחייב כי יש פה התחייבויות חד-צדדיות של מדינות.

לגבי החלטה 242: גישה אחת אומרת כי אין לרכוש שטח בהגנה עצמית. ז"א אין רכישת שטח בשימוש בכח בשום מצב. זו החלטה שהתקבלה לאחר מלחמת ששת הימים- של מועצת הביטחון- שקובעת שאין לרכוש שטח במלחמה, וקובעת זכות למדינות לגור בגבולות שטח מוכרים ובטוחים ומורה למדינות לצאת משטחים כבושים.

עמדתה של ישראל על החלטה 242: ישראל לא מקבלת אותה ואומרת שכשמדברים על מלחמה, וכיבוש שטח, הכוונה היא שאסור למי שתקף ולא למי שהשתמש בהגנה עצמית ולכן, אין בעצם איסור. אין הכרעה בנושא, כי אין גורם מכריע.

טענות לכך שכן אפשרי לרכוש שטח: איסור רכישת שטח ע"י המדינה המותקפת מהווה תמריץ למדינה התוקפת: אין סכנה לאבד שטח.

עקרון האפקטיביות: חלוף הזמן והצורך ביציבות מצדיקים הכרה ברכישת שטח, גם אם במקור רכישתו אינה חוקית (כמו התיישנות).

דרכי רכישת שטח- סיכום הרציונאליים:

"עקרונות טכניים"- ומדיניות בין לאומית בבסיסם- יש לכאורה רשימה של עקרונות, אך מאחוריהם יש רציונאליים.

היחס בין סדר ויציבות לבין שיקולי צדק:

- משקל גדול ליציבות- שליטה אפקטיבית מקנה זכות.
- שיקולי צדק - הגדרה עצמית, איסור שימוש בכח.

יש מתיחות בין שני השיקולים. הכללים הם נקודות פשרה בין הרציונאליים האלה.

ישראל- הגבול עם מצרים וירדן: בגבול עם מצרים וירדן יושם הכלל של "החלוקה שהייתה היא שתהיה".

ישראל- נהר הירדן כגבול: במקרה של שינויים טבעיים ישנו את הגבול. לעומת שינויים אחרים שבהם הגבול לא יושפע מהם, אלא אם יוסכם אחרת.

ישראל- רמת הגולן:

סעיף 1 לחוק רמת הגולן, תשמ"ב- 1981 קובע: שהמשפט, השיפוט והמנהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן.

ישראל מעולם לא טענה שיש לה זכויות על רמת הגולן. אך לימים כבשה ישראל את רמה"ג והחילה עליה ריבונות- זה אומר שהיא מחילה עליה את המשפט, השיפוט והמנהל במדינה וזה מה שגרם לעולם להתנגד. ישראל טענה שהיא רק מחילה ריבונות שם, עוד טענה ישראל שמבחינת המשפט הישראלי רמת הגולן זהה לת"א.

ישראל טענה להגנה עצמית, והעניין הרלוונטי הוא הכלל שדנו עליו שאומר שא"א לרכוש שטח בהגנה עצמית- כי מדובר באקט לא חוקי. זו הסיבה שיש התנגדות בינלאומית לכך שישראל מחילה שם ריבונות. ז"א מותר להחזיק שטח כבוש, אך לא ניתן להחיל שם ריבונות כי אז מדובר בסיפוח.

האם אפשר לטעון לטענת התיישנות?

לא, מעולם סוריה לא הסכימה לכך, ז"א יש התנגדות ואין שתיקה. אם ישראל וסוריה יגיעו להסכם שבמסגרתו סוריה תהיה מוכנה לוותר על רמת הגולן, זה יהיה בסדר. אך בניגוד ליהודה ושומרון או י-ם, מ"י מודה שזהו שטח כבוש.

כיום יש חקיקה שמגבילה את יכולת הממשלה להחזיר את רמת הגולן- החקיקה קבעה שצריך משאל עם, חקיקה בכנסת וכיוב', במידה ורוצים להחזיר את רמה"ג.

ישראל- ירושלים:

1967: לאחר מלחמת ששת הימים מ"י הרחיבה את השטח המוניציפאלי של ירושלים **בחוק פקודת העיריות** והגדירה את י-ם כחלק ממ"י. הסיפוח של מזרח י-ם קרה זמן קצר לאחר המלחמה.

1980: עבר חוק יסוד י-ם שקובע ש-ים היא בירה נצחית של ישראל ולעולם לא תחולק.

ההכרזה והחוק מספחים את י-ם, רק שפה, בניגוד לרמה"ג, ישראל טוענת שהיא הריבון ולא משחקת משחקים. ברמת הגולן זה נכבש מסוריה, ולטענת ישראל בשונה מרמת הגולן את י-ם הם לא לקחו מאף אחד, וזה כבישה מכובשים (ירדן) ולכן אין עם זה בעיה. כיום המחלוקת עם י-ם היא לא עם ירדן, אלא החזית היא מול התושבים בשטח- הפלסטינים. השאלה למי יש זכות בשטח.

הסכסוך הישראלי פלסטיני הוא סכסוך פוליטי ברובו, והחלק המשפטי בו הוא מאוד קטן- לכן השאלה למי יש זכות גדולה יותר כנראה לא תיפתר. יש איזושהי השלמה כביכול ש-ים סופחה לישראל, לגבי מזרח י-ם ישראל טוענת שיש לה זכות טובה יותר מכל מדינה אחרת ב-ים כי היא לא כבשה את השטח אלא פשוט סיפחה אותו. יתר העולם מתייחס ל-ים המזרחית כשטח כבוש, וכשטח שלא שייך לישראל, ולכן גם טוענים בנוסף שהטענה של ישראל שהיא לא כבשה את השטח לא רלוונטית.

ישראל- יהודה ושומרון:

ישראל לא טוענת שהיא ריבון בגדה המערבית. המשפט הישראלי לא חל בשטח- ישראל טוענת שהיא מחזיקה בשטח. כיום ישראל מדברת על כיבוש.

מ"י לא רוצה לספח את השטח, אם הייתה רוצה לעשות זאת הייתה עושה זאת כבר לאחר מלחמת ששת הימים. יש שם אוכלוסיה גדולה מאוד פלסטינית ולא רצו שהיא תהיה חלק ממ"י.

דרכי רכישת ריבונות אפשריות: בעתיד, בהסכמה, ניתן לספח שטח זה לישראל. לא נראה כי ניתן לטעון להתיישנות כי יש אי הסכמה גדולה לגבי הכיבוש.

הסדרת השימוש בכוח:

הסדרת שימוש בכוח: שימוש ביחסים בינלאומיים ולא בתוך המדינה. למרות שהמב"ל גם לפעמים מתערב בשימוש בתוך המדינה. וזה לא בהכרח בין מדינות.

הרעיון של הסדרת השימוש בכוח הוא:

להפוך את החברה הבינלאומית לנורמלית. אך יש בעיה- כי יש פער בין הנורמה לבין המציאות מסיבות שונות, ולכן, קשה ליישם נורמה שלא ברור מהי.

הקשיים:

1. פער בין נורמה למציאות.
2. עמימות הנורמה.
3. חולשת המוסדות.

יש כללים מסוימים שמסבירים מתי למשטרה יש היתר לשימוש בכוח- אך המנגנונים לא ברורים, וגם בעת הפרה אין מנגנון אכיפה חזק במיוחד.

איסור השימוש בכוח:

התפתחות האיסור של שימוש בכוח: עוד מימי הביניים כשנאמר המונח "מלחמה צודקת"- הכלל היה שאסור לצאת למלחמה, אלא אם היא צודקת.

בהדרגה התפתח המשפט הבינלאומי המודרני- פוזיטיביים: שדיבר על חופש פעולה מוחלט. אזי אומר, שמדינה יכולה לעשות כל מה שהיא רוצה, חוץ ממה שאסור לה - וצריך להוכיח שאסור לה.

למרות חופש הפעולה המוחלט, עדיין נדרש אקט של הכרזה על מלחמה. בכל זאת, באותה תקופה התפתחו דינים של איך לפתוח במלחמה וזה עדיין היה צריך להיות הומניטרי.

שוב, התפתחות האיסור של שימוש בכוח: מסיבות ערכיות, בהדרגה התפתחו איסורים על שימוש בכוח- דובר על איסורים חלקיים כגון- בריתות בין מדינות מסוימות, שביחסים ביניהם לא היה שימוש בכח.

הסכמים חלקיים:

1920 ספר הברית- קבע איך חבר הלאומים יפעל וקבע נורמות התנהגותיות. ספר הברית הניח שמלחמה היא האמצעי האחרון, וכשיש סכסוך בין מדינות הן חייבות להודיע לחבר העמים על כך, ולנסות לסדרו באמצעי שלום או באמצעי ביה"ד הלאומי, או ע"י פניה למועצת החבר העמים – שורה תחתונה או באמצעות אמצעים שיפוטיים, או באמצעות אמצעים דיפלומטיים.

במידה ולא הצליחו לפתור סכסוך זה לאחר הפניה לגורמים המוזכרים לעיל, מותר לפתוח במלחמה 3 חודשים בתום ההליך בחבר העמים, או לאחר תום ההליכים השיפוטיים. ההנחה הייתה שמלחמות נפתחות פעמים רבות בלהט הרגע, ולכן ע"י כך יורידו את להט הרגע.

אמנת פריס, 1928- אמנה שמוותרת על מלחמה כאמצעי לניהול מדיניות לאומית. חתומות עליה 60 מדינות, כולל המעצמות החשובות.

1939 פרצת מלחמת העולם השנייה: למה אמנת פריס לא מנעה מלחמה זו?

- האמנה אוסרת על מלחמה ולא על שום דבר שפחות ממלחמה- למשל מבצע צבאי.
- אין הסדרה של הגנה עצמית
- כשמתעלמים מהאמנה, כוחה הוא מאוד מוגבל

לבסוף לפי מגילת האו"ם נקבע שזה איסור במשפט המנהגי. אך יש חריגים ספציפיים לגבי השימוש בכח.

מגילת האו"ם - סעיף 42):

ניסו לבנות מנגנון חדש דרך סעיף 2 (4) למגילת האו"ם- האומר ש"כל החברות תמנענה ביחסייהן הבינלאומיים מאיום או שימוש בכח נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או בכל אופן אחר שמנוגד למטרות האו"ם".

אך מה נחשב כשימוש בכח? למשל ברור שכח צבאי הוא אסור, אך מה עם שימוש בכח כלכלי או פוליטי. האם אוסרים שימוש בכח רק נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית כמו שכתוב בסעיף הני"ל? הפרשנות המקובלת לסעיף היא שהסיפא לא כ"כ חשובה, כי הסיפא גורמת לחשוב שבמשמע ניתן להשתמש בכח בדרכים אחרות

מעמד האיסור של השימוש בכח:

בעל מעמד קוגנטי: על סמך הדברים שנאמרו בICJ בניקרגואה, 1986 ובפרשת קונגו, 2005. אך יש חריגים לאיסור זה. מדינות לא יכולות לעשות הסכם על השימוש בכוח. אך זה לא אומר שהוא מוחלט ואין לו חריגים.

ניקרגואה: נשאלה השאלה האם הדין הקוגנטי הוא רק במגילת האו"ם, או גם מחוץ לה. נפסק שהמשפט המנהגי ממשיך לחול במקביל למגילת האו"ם. זה אומר שזה מחייב גם את מי שלא צד למדינה (כיום כולם צד למגילה).

להלן החריגים לאיסור על שימוש בכוח- במדינות האו"ם:

1. מערכת הביטחון הקולקטיבית: אנו נדון בפרק 6 ו-פרק 7 למגילת האו"ם: במסגרת פרק 7, מועצת הביטחון יכולה לקבל החלטות מחייבות, להבדיל מפרק 6 שאלו המלצות לא מחייבות.

2. הגנה עצמית- סעיף 51 למגילת האו"ם.

מערכת הביטחון הקולקטיבית - הסבר:

א. פרק 6 - מערכת הביטחון הקולקטיבית: נקודת המוצא היא שמועצת הביטחון מופקדת על שמירת השלום והביטחון הבינלאומיים בשם המדינות החברות. ניסו לבנות מנגנון חדש והתוכנית של מערכת הביטחון הקולקטיבית הייתה בעצם איסור כללי על שימוש בכוח, מתן סמכות אכיפה למועצת הביטחון, אכיפה ע"י צבא האו"ם, ובנוסף יש סמכות מוגבלת למדינות להפעיל כח לשם הגנה עצמית עד לפעולת מועצת הביטחון.

יישום התוכנית בהתאם לפרק 6:

- 1) **סעיף 33 למגילת האו"ם:** ניסיון יישוב סכסוכים בדרכי שלום - רשימה של דרכים.
- 2) **סעיפים 34-35 למגילת האו"ם:** מועצת הביטחון יכולה להתערב במקרה של חשש לביטחון.
- 3) **סעיפים 36-37 למגילת האו"ם:** בנוסף, מועצת הביטחון רשאית להמליץ על צעדים.

דוגמא: מועצת הביטחון ביקשה למנות נציג שייצא למזרח התיכון ולקיים מגעים עם מדינות כדי לקדם הסכמה ולסייע. בהדגישה שכל המדינות החברות קיבלו על עצמן התחייבות לפעול לפי המגילה, ובדאגה שמא יש חשש לביטחון במזרח התיכון. יש פה ניסיון ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. **כשמדינות לא מקיימות את ההמלצה לעיל, מגיעים לפרק 7.**

ב. פרק 7 - תנאי הפעלת סמכויות החירום: להלן האלטרנטיבות שיש למועצת הביטחון:

- 1) **סעיף 39 למגילת האו"ם:** קביעה של מועצת הביטחון בדבר איום, הפרת שלום או תוקפנות. מועצת הביטחון צריכה להמליץ מה לעשות במקרה זה.
- 2) **סעיף 41 למגילת האו"ם:** צעדי אכיפה לא צבאיים - מועצת הביטחון רשאית להחליט מה האמצעים שצריך לנקוט כדי להביא את החלטותיה לכלל מעשה, בלא להשתמש בכוח הנשק-למשל סנקציות כלכליות.
- 3) **סעיף 42 למגילת האו"ם:** צעדי אכיפה צבאיים - אם מועצת הביטחון לא מצליחה לפעול באמצעות סעיף 41 היא מורשת להשתמש בכוח. בתיאוריה - ע"י מועצת הביטחון. בפועל - ע"י מדינות, בפיקוח מועצת הביטחון

דוגמאות להפעלת סעיף 39 - שימוש בכוח בין מדינות:

השימוש בסעיף 39 הורחב לסיטואציות שנחשבו בעבר כאיום והפרה של שלום. דרך האיום יכולה להיות בכל מיני דרכים כגון- הפרות מסיביות של זכויות אדם. אחרי שמועצת הביטחון קבעה שהייתה הפרה של איום יש לה כוח לחייב מדינות בהוראתה. יש לה כל מיני צווים וסנקציות כמו מגבלות כלכליות, תנועה וניתוק קשרים מכל מיני סוגים.

1992- סירוב להסגיר חשודים בפיצוץ מעל לוקרבי: הוטלו לבסוף על לוב סנקציות כלכליות.
1994- פליטים מהאיטי - מועצת הביטחון קבעה שיש איום על השלום וזה נתן פתח לפעולות נגד התנועה- ארה"ב התערבה.
2001- טרור אלקדעיה- התערבות

דוגמאות להפעלת סעיף 41:

מועצת הביטחון הפסיקו יחסים כלכליים, הפסיקו קשרי תחבורה, ניתקו יחסים דיפלומטיים, והקימו בתי דין בינלאומיים. בנוסף עברו לסנקציות ממוקדות- כלומר לא מדובר עוד על פעולות נגד מדינה, אלא כלפי אנשים לדוגמא: ראה מעשה באיראן- נגד הבכירים.

דוגמאות להפעלת סעיף 42 - מועצת הביטחון מסמיכה שימוש בכוח:

מועצת הביטחון מסמיכה את מדינות העולם להפעיל את כוחותיהם, בשם הקהילה הבינלאומית מתחת לפיקוד האו"ם לאור העובדה שאין למ"ה צבא לאכוף. יש הנחיה לפעול בכל האמצעים הדרושים. **ראה מקרה עירק 1990:** המטרה הייתה לגרום לעירק לסגת מכיוואת.

עד 1950 השתמשו בפרק 7- לאחר מכן הייתה המלחמה הקרה שבה מועצת הביטחון לא תפקדה במשך 45 שנים. המקרה היחידי שבו תפקדה מ"ה היא בשנת 1950. זה היה דיון שבו התקבלה החלטה על שליחת כוחות בפיקוד האו"ם לקוריאה. 1989: הכל השתנה כשהגוש הקומוניסטי התפורר. 1990 התקבלה החלטה שהייתה הפרה של השלום והביטחון והייתה אזהרה לתקיפה ולאחר מכן גם תקיפה.

בשנת 2011 היה שוב שימוש בפרק 7- הפרה של זכויות האדם בלוב: נקיטת אמצעי אכיפה לפי סעיף 41- ללא שימוש בכוח- להלן הפעולות במקרה לוב בהתאם לסעיף 41:

- א. העמדת המנהיגים לדין: כדי להפסיק את המצב הקיים הציעו רעיון להביאם למשפט.
- ב. אמברגו צבאי: איסור על סחר בנשק עם לוב.
- ג. איסור נסיעה: אין תזוזות בקווי לוב.
- ד. הקפאת נכסים של לוב: פגיעה כלכלית.
- ה. הקמת וועדה: המפקחת על הסנקציות
- ו. השארת פתח למצבים חריגים: כי רצו לפגוע בשליטים ולא באוכלוסיה

זה לא הצליח, ולכן החליטו לקרוא לכל המדינות לנקוט בכל האמצעים הנדרשים נגד לוב ואפילו תוך כדי שימוש בכוח- אבל זה לא חובה, אלא רשות.

הגנה עצמית- הסבר:

א. הגנה עצמית- לפי סעיף 51 למגילת האו"ם: "שום דבר במגילה הנוכחית לא יפגע בזכות הטבעית של הגנה עצמית". סעיף 51 נורא מצומצם ואומר, שלמדינות יש זכות טבעית להגנה עצמית, וזה בעצם אמצעי זמני עד להתערבות של מועצת הביטחון. **"אימוץ החריג לכלל":**

כשניסחו את סעיף 51 לא חשבו שהוא יהיה חשוב, כי חשבו שיהיה צבא אכיפה למועצת הביטחון והוא יאכוף את זה. אך כפי שידוע אין צבא כזה, ויצא שמה שאמור להיות חריג זמני, הפך לכלל. כשמסתכלים על הפרקטיקה- הגופים השיפוטיים והאו"ם בד"כ מושכים לכיוון של זכות צרה להתערבות כי למדינות חשוב העצמאות שלהם, לעומת המדינה שמושכים לכיוון של זכות רחבה.

זהו סעיף שנתון לפרשנות- הפרשנות חשובה משום שמדינה תגן על עצמה, אם היא חשה מאוימת או שהיא נתקפה ותתעלם לגמרי מסעיפים קיימים. בעיה זו מתעוררת בהקשר של מדינות שלישיות, שהן לא תוקפות ולא מותקפות. יש להם זכות לסייע למדינה הנתקפת, אך זה רק כשהם באמת צריכות.

דוגמא: כשעירק תקפה את כווית, כווית רצתה להגן על עצמה. במידה וכווית תקרא למדינות אחרות לעזור לה, המדינות האחרות צריכות לשקול האם מותר להן להתערב- וזו בבדיקה אמיתית אם יש לכווית זכות להגנה עצמית.

בריתות הגנה: מדינות מתחייבות שאם אחת תהיה מותקפת אז עמיתתה תבוא לעזרתה. מדינות צריכות לדעת האם זה המקום להתערב, או שאסור להן.

הבסיס להגנה עצמית:

פרשת קרולין- באותה תקופה קנדה הייתה תחת שליטה בריטית. חלק מהקנדים מרדו מתוך רצון לעצמאות. הם קיבלו סיוע מארה"ב, והייתה אוניה בשם 'קרולין' שהייתה מלאה נשק. "קרולין" עמדה לשוט מהצד האמריקאי לצד הקנדי במטרה לסייע. הבריטים גילו את "קרולין" ופוצצו את הספינה. האמריקאים כעסו, והבריטים טענו להגנה עצמית. אז החלו בחילופי מכתבים שבהם נכתב מה מותר לעשות כהגנה עצמית ומה אסור לעשות וכיוב'. בסופו של דבר הבריטים התנצלו אך נקבעו התנאים להגנה עצמית:

- א. **צורך אמיתי:** מותר לפעול רק כשיש צורך אמיתי וא"א לפתור את הבעיה בדרכי שלום.
- ב. **אין זמן לתחליפים:** אין אלטרנטיבה אחרת וחייבים להתגונן.
- ג. **מידתיות:** התגובה צריכה להיות פרופורציונית להתקפה, או לדבר שרוצים למנוע.

המשפט המנהגי שקדם לסעיף 51 ממשיך להתקיים: ראו את הפסיקה של ביה"ד הבינלאומי בהאג בפרשת ניקרגואה נ' ארה"ב.

בפס"ד חוקיות נשק גרעיני: נקבע שהלכת קרוליין נקלטה לתוך סעיף 51.

תוספת לסעיף 51:

מדינה שפועלת מכוח ההגנה העצמית צריכה להודיע למועצת הביטחון על כך. הרעיון היה שהגנה עצמית זה עד שמועצת הביטחון "מגיעה" – ההתגוננות היא עד תגובת מועצת הביטחון. מדינה שמפעילה כח ולא מודיעה למ"ה על כך ואח"כ תטען להגנה עצמית, זה יצור ניתוק. ראו מקרה ארה"ב, כשניקרואה תבעה אותה על שימוש בכח וארה"ב טענה להגנה עצמית בכך שהיא בכלל עזרה למדינה אחרת, מנגד נטען נגדה "למה היא לא הודיעה למועצת הביטחון".

הגנה עצמית קולקטיבית:

לפי סעיף 51 מדינה שמותקפת, רשאיות מדינות אחרות לבוא לעזרתה. מנגנון זה בא כדי:

- (1) **להרתיע מדינות תוקפניות:** שתדענה שהן עשויות למצוא עצמן מתמודדות עם קואליציה שלמה.
- (2) **למנוע מצב של מלחמה:** ייתכן וזה יהיה "כדור שלג מתגלגל", ראו מקרה גרמניה שהתחילה מלחמה עם מדינה אחת וזה נהפך לעולמי.
- (3) **איסור קוגנטי וכלפי כולי עלמא:** האיסור על שימוש בכח הוא קוגנטי ומנהגי, כמו כן הוא גם איסור כלפי כולי עלמא. כשמדינה משתמשת בכח ההפרה, היא צריכה לדעת שההשלכה תהיה כלפי כל מדינה העולם, למרות שאולי רק אחת תיפגע.

התנאים להצטרפות למדינה מותקפת:

- א. התקפה חמושה:** צריך שתהיה התקפה חמושה.
- ב. המדינה המותקפת צריכה להכריז על התקפה:** שמתקיפים אותה.
- ג. בקשת עזרה:** צריכה להיות בקשת עזרה מהמדינה המותקפת לצד ג'.

האם נדרש מינימום של שימוש בכח, כדי שיהיה ניתן לדבר על הגנה עצמית:

גישה ראשונה אומרת: למשל ירייה אחת מהגבול, מצדיקה התגוננות? ביה"ד הבינלאומי מדבר על הגנה עצמית רק כשיש התקפות חמורות ביותר. בוחנים האם המקרה חמור לפי שיקול הדעת- בזמן, במרחב ובהיקף.

גישה שנייה אומרת: מדוע צריך להיות סף כזה של הגנה עצמית רק כאשר מדובר בהתקפות חמורות ולא "קלות"? הרי אם התקיפה היא מצומצמת אז גם ההגנה תהיה מצומצמת, אז למה אסור להתגונן...

שימושים במחלוקת:

כאשר מדובר במקרים של "לא בדיוק שימוש בכוח" למשל: תקריות גבול, סגירת מיצרים. מה קורה כשמדינה נותנת שישתמשו בשטח שלה לגורמים זרים? האם ניתן להשתמש בהגנה עצמית?

שימוש בכוח מצד גורם שאינו מדינה:

מדובר במקרה כאשר ארגון טרור, או לא בהכרח ארגון טרור, כל ארגון שאינו מדינה- תוקף מדינה, האם גם אז יש מקום להגנה עצמית? שאלה זו התעוררה מאז התקיפה על מגדלי התאומים.

סעיף 51: לא מדבר על זהות התוקף, אך ביה"ד הבינלאומי בהאג: **גם בפרשת חו"ד הגדר וגם בפס"ד קונגו נ' אוגנדה**, נקבע שהזכות להגנה עצמית היא רק כלפיי מתקפה של מדינה.

ביקורת על סעיף 51:

הביקורת שהובאה על סעיף זה היא שאם מדינה מותקפת, מה זה משנה מי תקף אותה?

בג"צ אלפי מנשה: פס"ד בסיסי לעניין חו"ד הגדר. אך גם שם יש מחלוקת בדעות.

החלטות מועצת הביטחון:

מ"ה הכירה בזכות להגנה עצמית של ארה"ב מול ארגונים ולא רק מול מדינות. אחת הפרשנויות שמועצת הביטחון דיברה עליה היא אחריות אפגניסטן שלא מנעה את פעילותה של אל קעידה- ולכן יש לנו פה בעצם ייחוס למדינה. אך מקובל לומר שמועצת הביטחון שהינה גורם פוליטי ולא שיפוטי, כן נתנה מקום גם נגד ארגונים.

יש האומרים שסעיף 51 הוא חריג לסעיף 2 (4), שמדבר רק על מדינות- האיסור בסעיף 2 (4) הוא רק על יחסים בין מדינות. וכשיש שימוש בכח לא ע"י מדינה, זה לא רלוונטי בכלל למגילה.

פעולה נגד ארגון הפועל משטחה של מדינה זרה:

נניח שיש לאותה מדינה מותקפת זכות הגנה עצמית נגד אותו ארגון. הבעיה שעולה פה היא שהארגון נמצא בשטח של מדינה ולא המדינה היא התוקפת- מכוח מה ניתן לתקוף את המדינה הרי זו לא היא שתקפה אותו.

בהקשר חיזבאללה ולבנון: באיזה מידה אפשר לייחס את מעשיה של חיזבאללה ללבנון- הרי זה שיש מפלגה פוליטית, זה לא אומר בהכרח שהממשלה אחראית למעשיה. בלבנון המדינה הפקידה סמכויות שלטוניות בידי חיזבאללה. **יש שני סנריים אפשריים לתגובת המדינה:**

סנריו ראשון: המדינה ה"מארכת" את הארגון עומדת מאחורי פעילותיו של הארגון- ואז אין בעיה לתקוף את אותה מדינה.

סנריו שני: המדינה ה"מארכת" את הארגון לא עומדת מאחורי פעילותיו של הארגון ולא מצליחה ל"השתלט" עליו- יש לדרוש מהמדינה לפעול נגד הגורם התוקפן או לקבל את הסכמתה לפעולה צבאית. ז"א אם המדינה לא רוצה או יכולה לפעול נגד אותו הארגון, ניתן לפעול במקומה. אומנם זה פוגע בריבונות המדינה, אך זה לא דבר קדוש שאף פעם לא ניתן לפגוע בו.

החלטות מועבי"ט בעקבות פעולות ארה"ב נגד אפגניסטן:

לאחר פיצוץ התאומים, ארה"ב דרשה מהטאליבן באפגניסטן לפעול נגד אל קעידה שבשטחו. לאחר שלא נעשה דבר, ארה"ב נכנסה לפעול בעצמה. קביעת מועבי"ט בעקבות פעולות ארה"ב נגד אפגניסטן הייתה שמדובר בהגנה עצמית נגד אפגניסטן ולא נגד אל קעידה, משום שהם אפגניסטן לעשות משהו נגד הארגון.

מיקוד הפעולה נגד אותו ארגון בלבד:

הפעולה הצבאית צריכה להתמקד בארגון ולא במדינה המארכת. בהקשר הזה היו טענות נגד ישראל, שכשתקפה את חיזבאללה. הטענות היו על כך שהמתקפה הייתה בהיקף גדול מדי- כשזה לא פוגע רק בארגון כביכול יש בעיה.

1. הגנה עצמית מקדימה:

סעיף 51 – אין זכות להגנה עצמית: סעיף זה לא משאיר מקום להקדמת תרופה למכה- אחת הבעיות זה שזה מזמין שימוש לרעה בכוח במובן כזה שמדינות יכולות לטעון שמדינות אחרות עמדו לתקוף אותן ולכן תקפו ראשונות.

סעיף זה כפי שפורט שימש כאמצעי זמין לשעת חירום- עד הגעת מועצת הביטחון. וכשיש את מועצת הביטחון אין סיבה לתקוף. אך צבא הביטחון בעצם לא קיים ולכן זה אבסורד.

יש זכות להגנה עצמית- "הבא להרגך השקם להורגו": פרשת קרולין 1837- אם אומרים שלזכות להגנה עצמית יש זכות קיומית מעבר למגילת האו"ם.

החלטה 3314, בשנת 1974- הצהרת האו"ם בדבר תוקפנות: לא מחייבת אך תוכנה משקף משפט מנהגי.

סעיף 2 בהצהרת האו"ם: אומר שהשימוש הראשון בכח חמוש, חזקה עליו שהוא התוקפן- משמע זו ראייה לכאורה למעשה תוקפנות. חזקה ניתנת לסתירה, ולכן יכול להיות שהשימוש הראשון איננו מעשה תוקפנות. השאלה היא כמה אחורה ניתן ללכת בשביל לבדוק:

1. לחכות לרגע האחרון- יכול להיות שיהיה כבר יהיה מאוחר מדי
2. תקיפה מהקדימה- תקפו מחשש לנשק לתקיפה המונית, כשלבסוף הסתבר שלא היה כזה.

2. הגנה עצמית מונעת:

איך מוצאים את הדרך המתאימה בין הגנה עצמית מקדימה לבין הגנה עצמית מונעת- מהי נקודת האל-חזור במקרה זה:

ההבדל בין הגנה עצמית מקדימה לבין הגנה עצמית מונעת:
מיידיות הסכנה. ככל שהסיכון גדול יותר והנזק הצפוי גדול יותר ככה יתקפו מוקדם יותר, מאשר כשמדובר בסיכון קטן יותר, שם אולי עוד יש זמן להמתנה.

האם נשק גרעיני משנה את כללי המשחק:
בתחילת שנות האלפיים התברר שאיראן מפתחת תוכנית גרעין סודית ולא בהכרח נשק- בעיקרון ניתן לעשות זאת. למרות האמור, איראן חברה באמנה שאוסרת שימוש בנשק גרעיני, אך למעשה הם לא מפרים את האמנה, אך הם מפרים את החובה לדווח- ועולה השאלה מדוע הם מסתירים עובדה קיימת זו.

"על ראש הגנב בוער הכובע": איראן טוענים שאם היו מספרים, האמריקאים היו חותכים להם את התוכנית.

מ1981 עד 2007 הגישה השתנתה לעניין הגנה עצמית מונעת- היום העולם יותר שותק בהקשר לזה.

דוקטרינת בוש 2002: יש זכות לפגוע לפני שיווצר האיום. מותר לפגוע בכל מי שבציר הרשע.
היחס בין הגנה עצמית לבין מערכת הביטחון הקולקטיבי:

ברגע שמועבי"ט דנה ומקבלת החלטות, מה לזה ולעניין הגנה עצמית:

אפשרות אחת: ברגע שמועצת הביטחון נדרשת לסכסוך, אין יותר זכות לפעולת הגנה עצמית. יש בעיה כי לוקח זמן עד שהיא מגיעה או מתערבת.

אפשרות שנייה: יש זכות להגנה עצמית, אלא אם מועבי"ט אסרה עליה, - וכנראה שמועבי"ט לא תאסור דבר כזה.

אפשרות ביניים- סעיף 51 למגילת האו"ם- יש זכות להגנה עצמית עד שמועבי"ט נוקטת באמצעים הנחוצים - ובלבד שהם מתאימים.

הקמת ביה"ד פלילי ע"י מועבי"ט:

ב- 1963 ע"מ להביא שלום ביוגוסלביה, מועבי"ט הקימה ב"ד פלילי. האם זה אומר שנגמרה הזכות להגנה עצמית? לא סביר שמדינה תרצה להגן על עצמה במקרה שכבר הקימו ביה"ד. ז"א הטענה היא שהמדינה תמשיך להגן על עצמה, עד התערבות המועבי"ט.

במלחמת לבנון השניה הייתה החלטה שצריכה להיכנס לתוקף בנוגע להפסקת אש- ישראל ניצלה פער זה ותקפה, כי כביכול עוד לא הייתה הפסקת אש.

חריגים נוספים לאיסור השימוש בכוח- האם קיימים:

מגילת האו"ם מדברת על שני חריגים לאיסור השימוש בכוח:

1. מערכת הביטחון הקולקטיבית
2. הגנה עצמית

האם יש מצבים אחרים שבהם ניתן להשתמש בכוח שלא מדובר עליהם במגילה?

1. **הגנה על אזרחים ורכוש:** למשל כשישראל עשתה את פעולת ההצלה באנטבה. מכח מה תקפה ישראל- יש גישה שאומרת שזה לגיטימי ומוצדק, ומאידך יש גישה אחרת שאומרת שיש חריגים

שלא כתובים במגילה, כי היא לא צפתה את כל המצבים.

2. **התערבות הומניטארית**: באיזו מידה מותר להתערב במצב של מדינה אחרת, בכדי להגן על אזרחיה מפני הממשלה- בד"כ זה יהיה בסכסוכים אתניים. הטיעון להציל, זה לפעמים התירוץ להתערב בעניינים של אותה מדינה.

הקושי הוא חשש לניצול לרעה של המדינה: אך יכול להיות שהעזרה נחוצה, אז איך מבטיחים שזה לא יהיה תירוץ? מדובר על מצב שאין ביקורת של מועבי"ט.

היום לא מדברים כ"כ על התערבות הומניטארית, אלא אחריות להגן, להגן בראש ובראשונה על המדינות עצמן, לאחר מכן מכריחים את המדינה להגן, ורק אז ניתן להגן. אך גם לכך יש תנאים- פרופורציות בתקיפה וכו'.

נושא ד'- דיני כיבוש:

מבוא:

אחד מהתחומים שמוסדרים בענייני מלחמה (משפט הומניטרי) זה דיני כיבוש. כי לפעמים מדינה כובשת שטח. כיבוש זו לא מילה גסה, זה תיאור של מצב עובדתי וזה מונח משפטי. לעומת זאת "שטח מוחזק", "שטח מנוהל", "שטח משוחרר"- אינם מונחים משפטיים.

עקרונות היסוד של כיבוש:

במהלך סכסוך ומלחמה, מדינה עשויה לתפוס שטח, לאו דווקא של מדינה אחרת. תפיסת שטח לא מקנה בו ריבונות, אך מותר להחזיק בו עד הסכם שלום. מכך נובע **שמשטר כיבוש הוא זמני**- אך משטר הכיבוש יכול להיות גם ארוך מאוד.

בזמן שהמעצמה הכובשת מחזיקה בשטח כבוש, לאור העובדה שמותר לה להחזיק בשטח, זכותה להגן על הזכות להחזיק בו גם בעזרת צבא. מנגד היא צריכה לשמור על האינטרסים של הריבון המודח, כי נוכחותה זמנית בלבד. כיום כבר לא מדברים על הריבון המודח, אלא על האוכלוסיה בשטח הכבוש. עברו ממונחים של מדינות, אל האנשים שחיים בתוך המדינה.

דיני הכיבוש: מטרתם לאזן בין צורך צבאי לבין צרכי הריבון והאוכלוסייה.

עקרונות היסוד:

1. כיבוש זה עניין זמני.
2. מותר להגן על אינטרסים צבאיים.
3. שמירה על אינטרסים של האוכלוסייה.

מקורות דיני כיבוש- מוסדרים בשלושה מקומות:

- (1) **התקנות לאמנת האג הרביעית 1907**: משפט מנהגי, ישראל לא חתומה על כך, אך אין מחלוקת על כך שזה מנהגי ולכן היא מחויבת למנהג.
פס"ד נירנברג- נאמר שישראל לא הצטרפה לאמנה, אך זה משפט מנהגי מחייב.
- (2) **אמנת ג'נבה הרביעית 1949**: כל אחת מאמנות ג'נבה, עניינן הגנה על אוכלוסיה בסכסוך מסוים. חלק מהאמנות עוסק בשטח כבוש. ישראל צד לאמנה זו משנת 1925, כך שאין מחלוקת לגבי כך שהיא מחויבת לה. ישראל חתמה ואשררה.
- (3) **הפרוטוקול הראשון, 1977**- הפרוטוקול הנלווה לאמנות ג'נבה, שישראל לא צד לו. אך חלק מהוראות הפרוטוקול נחשבות למשפט מנהגי, לכן זה לא משנה אם ישראל צד לזה או לא, היא מחויבת מעצם המנהג.

הגדרת כיבוש: סעיף 42 לתקנות האג:

- שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב.
- הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבו הוא ניתן להפעלה.

הבעייתיות היא מי ישב בשטח הכבוש ראשון. אמנת ג'נבה אומרת ששטח כבוש זה שטח שנכבש מידי אחד הצדדים לאמנה. זה בסה"כ מצב עובדתי.

מעמד גזמ"ע ורצועת עזה:

ב-1967 חלקים רבים עברו להיות תחת סמכות "צבא עויין" - לצבא ישראל היה שליטה בשטח באופן אפקטיבי, אך הצבא לא היה שם בהסכמה. לכן אין בכלל מחלוקת על כך שכל השטחים האלה הם כבושים, מבחינת תקנות האג. ישראל הסתמכה על תקנות האג כבסיס לפעולות המפקד הצבאי. למעשה, כל פעולה שמתבצעת שם סמוכה על תקנות האג. המחלוקת היא לא האם השטח כבוש או לא, אלא האם חלה בו אמנת ג'נבה.

שאלות פרשניות בדבר מעמד השטח הכבוש:

1. תחולת אמנת ג'נבה ה-4:

א. "הכובש מכובש-פטור"?

ב. מעמד אמנת ג'נבה ה-4 במשפט הפנימי? - זה חשוב כי אז אפשר להסתמך על זה בביהמ"ש.

2. תום כיבוש:

ג. מתי נגמר הכיבוש?

תשובות לשאלות לעיל:

א. תחולת אמנת ג'נבה ה-4 - האם ה"כובש מכובש-פטור":

רצ"ע הייתה בכיבוש מצרי עד שנת 1967. הגדמ"ע הייתה תחת שליטה ירדנית עד 1967 והירדנים התיימרו להחזיק בגדה. לא חשוב ממי נכבש הקרקע, החשוב הוא שיש ניגוד אינטרסים בין ישראל לפלסטינים שטוענים שזה שייך להם.

המחלוקת על השאלה - האם הכובש מכובש פטור:

סעיף (1)2 לאמנת ג'נבה ה-4: קובע את תחולת האמנה - האמנה חלה בכל מקרה של הכרזת מלחמה או סכסוך מזוין אחר.

סעיף (2)2 לאמנת ג'נבה ה-4: אומר שהאמנה תחול גם בכל כיבוש, גם אם לא הייתה התנגדות מזוינת.

האם אחד מהסעיפים לעיל מחיל את האמנה בגדה או בעזה:

הפרשנות המקובלת: היא שזה מחיל את האמנה על הגדה, כי זה היה סכסוך מזוין גם בלי הכרזת מלחמה. לכן העמדה המקובלת היא שהפסקה הראשונה של סעיף 2 מחיל את האמנה על הגדה ועל עזה.

עמדתה של ישראל: היא שאת התשובה צריך למצוא בסעיף (2)2, משום שסעיף זה מדבר על כיבוש, וסעיף (1)2 לא מדבר דווקא על שטח כבוש. סעיף 2 (2) לאמנה קובע שהתחולה שלו היא כשיש "כיבוש חלקי או שלם על ארצו של אחד מבעלי האמנה" - מ"י אומרת שהגדה ועזה לא היו תחת ארץ של אחד מבעלי האמנה, ולכן האמנה לא חלה.

שתי הבעיות בעמדת ישראל:

1. סעיף (2)2 לא מדבר על ריבונות, אלא על ארצו של אחד מבעלי האמנה, ולא על שטחה הריבוני.

2. עיקר המחלוקת היא אודות השאלה האם בכלל צריך להסתכל על סעיף (2)2: ישראל טוענת שזהו סעיף של כיבוש. יתר העולם אומר שהחלק הראשון מדבר על סכסוך מזוין, ולאחר מכן אומרים שזה לרבות כיבוש שנוצר שלא בעקבות סכסוך מזוין. כלומר הדגש הוא שלא היה סכסוך, כי היו מדינות שנכבשו שלא ע"י סכסוך.

הצהרת היועמ"ש 1970: התחייבות לפעול בהתאם להוראות ההומניטאריות באמנת ג'נבה - התחייבות פומבית בעלת משמעות משפטית. ישראל מתחייבת למלא את ההוראות ההומניטאריות שבאמנה.

טעמים לגישתה של ישראל:

1. חשש שאם תכיר שהשטח כבוש- ז"א הכרה בריבונות הירדנית .
2. תקנות האג (1907) מקנות סמכויות לכובש, אשר הן מוגבלות להגנה על האוכלוסייה: ב-1949, עמדה במרכז האוכלוסייה ולא המדינה. אמנת ג'נבה אוסרת על פעולות אלא אם יש צורך צבאי בכך.

לכן, השאלה המדויקת היא האם אמנת ג'נבה ה-4 חלה בשטח הגדה או לא.

אמנת ג'נבה לא אוסרת על התנחלויות:

השופט שמגר, שהיה היועמ"ש ב-1970, קבע שהאמנה לא חלה משום שמ"י לא עשתה משהו רע. הכוונה הייתה להיות מדינה נאורה ומתוקנת, לכן לא הכירו באמנה דה יורה כי לא רצו להכיר בריבונות הירדנית, אבל כן מכירים בזכויות האוכלוסייה המקומית.

ישראל מעולם לא חלקה על כך שהשטח כבוש עפ"י תקנות האג. אז מדוע חשוב אם השטח כבוש עפ"י אמנת ג'נבה?

- כדי להימנע מהכרה משתמעת בריבונות ירדנית.
- תקנות האג מקנות סמכות, אמנת ג'נבה מטילה חובות ומגבלות.

העמדה המקובלת:

חוו"ד בעניין הגדר - בשנת 2002 מ"י התחילה להקים גדר בינה לבין הגדמ"ע כדי למנוע טרור. הבעיה היא שזה לא על הגבול הירוק שזה מותר, אלא הגדר עברה בשטח הגדמ"ע- האם זה מהווה הפרה של המב"ל? עצרת האו"ם ביקשה מביה"ד בהאג לתת חוו"ד מייעצת.

השאלה הייתה מה ההשלכות המשפטיות של הקמת החומה ע"י ישראל בשטח הגדה: בדיונים של חוו"ד מייעצת, מדינות שרוצות להשתתף יכולות להביע את דעתן, לכן, הוזמנו גם הפלסטינים. לביה"ד יש שק"ד בהאם בכלל לדון בשאלה - ישראל טענה שביה"ד לא צריך להיזקק לשאלה מכל מיני סיבות, למשל שלא ניתן לתבוע את ישראל.

ביה"ד החליט - שיש מקום לדון בבקשה. מ"י לא הגישה טיעונים לגופו של עניין כדי לא לשתף פעולה, כי אם יהיה שיתוף פעולה וההחלטה תהיה נגד ישראל, לא יוכלו לומר שהיו נגד מלכתחילה. ביה"ד החליט שזו הפרה משני טעמים:

1. **הגדר פוגעת ברשימה מנויה של זכויות אדם, שישארל מחויבת בהם** - ההתייחסות היא לכך שלאנשים אין גישה למקורות פרנסה, תעסוקה, חינוך ובריאות בגדמ"ע, כי הגדר עוברת בתוך הגדה עצמה. אף אחד לא דיבר על גישה לישראל.
2. **הגדר פוגעת בזכות של ההגדרה העצמית של הפלסטינאים** - כי היא גורמת לשינוי דמוגרפי בשטח (גורמת לאנשים לעזוב כי התנאים לא טובים). בנוסף יש חשש לסיפוח דה פקטו של הגדה לישראל.

השאלה למה ישראל לא נכנסה לתמונה ולא הציגה את עמדתה. כמובן שהטענה היא בנוגע לביטחון, אך עולה שאלה- על איזה ביטחון ישראל מגנה? של תושבי ישראל וההתנחלויות. אם זה היה של תושבי ישראל בלבד, יש להניח כי הגדה הייתה יכולה לעבור על הקו הירוק. אבל בגלל שיש התנחלויות היא עוברת את הקו. הטענה היא שזכותה של המדינה הכובשת לשמור על אינטרסים צבאיים שלה בשטח.

עד כמה שהטיעון הביטחוני עלה בביה"ד, אחת הטענות הייתה שההגנה על ההתנחלויות לא לגיטימית כי ההתנחלויות כביכול לא צריכות להיות שם. בחוו"ד זו ביהמ"ש נתן את תשובתו למעמד האמנה בשטח. הוא אומר שמה שחל זה סעיף 2 (1), וסעיף 2 (2) הוא סעיף חלופי ולא רלוונטי. **הפרשנות הישראלית אינה מתיישבת עם תכלית האמנה - הגנה מפני צבא אויב.**

ב. מעמד אמנת ג'נבה השנייה במשפט הפנימי:

הנפקות: האם ניתן להסתמך על האמנה בפני בג"צ? שאלה זו רלוונטית כדי לדעת באיזו מידה אפשר להסתמך על האמנה כשמגישים עתירה בבג"צ. עצם העובדה שניתן להגיש על כך עתירה

בשנות ה-80: עמדת המדינה שבג"צ קיבל, היא שהאמנה לא מנהגית, אך המדינה אמרה שהיא לא תטען זאת בגלל התחייבות החד-צדדית.

בשנת 1996: ביה"ד הבינ"ל קבע **בחוו"ד**, על שימוש בנשק גרעיני, וב-2004 בעניין הגדר, שאמנת ג'ינבה היא משפט מנהגי.

המצב כיום: כשבג"צ דן בשאלה בקשר לאמנה, הוא מתחיל בכך שהמסגרת הנורמטיבית כוללת את אמנת ג'ינבה. **כיום ישראל כבר לא מתכחשת לאמנה והביטוי "כיבוש" שגור בשפתנו.** **פס"ד רופאים למען זכויות אדם (רפיה), 2004** - בג"צ אמר זאת לראשונה.

ג. תום כיבוש - תחת סמכות צבא עוין:

ההנחה הייתה שכיבוש מתחיל כשצבא עוין מתחיל לשלוט אפקטיבית בשטח, והכיבוש נגמר, כשהוא מפסיק לשלוט שם אפקטיבית.

הסכם הביניים 1995:

בשנת 1993 ישראל ואש"ף חותמו על **הצהרת העקרונות**. הוסכם על מו"מ למימוש הזכויות הלגיטימיות של הפלסטינים - כלומר הזכות להגדרה עצמית.

בעקבות הצהרת העקרונות החל מו"מ שהוביל לכמה הסכמים, למשל עזהיריחו ועוד.

הסכם הביניים - לאחר מכן נחתם הסכם נוסף בין ישראל לאש"ף, אשר בלע את הקודמים לו.

הסכם הביניים לממשל עצמי בגדמ"ע ובעזה קבע אוטונומיה לפלסטינים, ונאמר בו שאחרי תחילת ההסכם יחל מו"מ להסדר קבע שאמור היה להיגמר עד 5 שנים מאז. לכן, עד היום, אנו תקועים עם הסכם הביניים, ולא ברור מה התוקף שלו. גם ישראל וגם הפלסטינים, כשנוח, מסתמכים עליו.

הסכם זה הקים את הרשות הפלסטינית: כלומר זהו גוף שהוקם ע"י ישראל ואש"ף, אבל הוא פועל אוטונומית תחת סמכות כוללת של ישראל. נאמר במפורש שהסמכות הכוללת של ישראל, ולכן ישראל מעולם לא טענה שזה כבר לא שטח שלה.

השטח של הפלסטינים מחולק ל-3 איזורים:

1. אזור שטח A - 7 מרכזים עירוניים - באזור זה יש לפלסטינים שליטה אזרחית וביטחונית מלאה.

2. אזור שטח B - אוסף של מקומות קטנים וכפרים - יש להם שליטה אזרחית אך לא ביטחונית, למעט שיטור.

3. אזור שטח C - יש להם שליטה אזרחית בלבד, והיא מוגבלת.

אזור C לא מסומן, כי חוץ מאזורים אלה יש עוד "משהו" בגדה - האזורים הצבאיים וההתנחלויות. ישראל לא סימנה את האזורים הצבאיים וההתנחלויות באזור C, כי כל מה שמסומן לא זו. היום מקובל לומר שאזורים אלה נחשבים לאזורי C, אך זה לא נכון.

התעוררה שאלה - האם נגמר הכיבוש בשטח A:

אם יש לפלסטינים שליטה מלאה באזור A, אז אולי נגמר שם הכיבוש, כי הרי אין שם שליטה אפקטיבית של צה"ל. מ"י מעולם לא טענה שהשטח לא כבוש. אם השטח לא כבוש, זה אומר שהיא לא יכולה להיכנס לשם, והיא כן נכנסת. מדינה כובשת זהו מקור חובה, משום שאם היא כובשת, היא יכולה לצאת ולהיכנס מהשטח, ולתת אותו גם אם היא רוצה. הממשל שפועל באזורים אלה, הוא ממשל ישראלי.

ישראל והרשות לא יכולים להתנות על קיומם של תושבי השטח. בחוו"ד בעניין הגדר נאמר מפורשות שהשטח הוא שטח כבוש.

כידוע: תקנות האג קובעות שכשכובשים שטח, הדין שחל, הוא הדין שימשיך לחול. בהתאם לכך, המרשם הראשון שמפקד צה"ל הוציא כאשר נכבשה הגדמי"ע ועזה, הדין שנשאר הוא הדין שחל עד כה, לכן עד היום, הדין שחל הוא הדין הירדני.

מערכת החוק והמשפט:

מערכת המשפט המקומית בשטחים ממשיכה לעסוק בדברים קטנים כמו גניבות, אך מערכת השיפוט הצבאית היא שאחראית על הסדר והדין.

מנשרים וצווים:

תקנות האג ואמנת ג'נבה קובעים חוקים לגבי כבישת שטחים של מדינות אחרות והחלת חוקים בהם. הדין הבינ"ל קובע שהצבא הוא זה האחראי על הדין והסדר בשטח כבוש. תושבי האזור לומדים את החוקים מרשויות החוק לא מהמנשרים והצווים. צו של מפקד האזור הוא כמו חוק לכל דבר ועניין ויש חובת ציות, אחרת יובא לפני ביהמ"ש צבאי או מקומי, תלוי בנושא המדובר.

החלת החוק בישראל על שטחים כבושים מראה:

1. שיש כוונת סיפור
2. התחייבות להעניק לכל תושבי השטח הכבוש אזרחות- לא ניתן להחיל חוק רק על האדמה ולא על האנשים.

פס"ד עומר קאסם- מתמודד עם שאלת המאבק "הלגיטימי" נגד מ"י. קבוצה שנאסרה בגלל שהשתייכו לארגון טרור שלא מכבד את דיני המלחמה וחוקיה, ובכך הפרו את החוקים. האמנה קובעת שיש לפעול לפי דיני המלחמה, כביכול לוחמים חוקיים.

פס"ד עריפה איברהים- סיוע למסתנן חמוש- עזרה בהסתננות. השופט יעקב אור טוען שהמחבלים דומים לנחשים מסתננים ואין להסתפק בהענשת המסתננים עצמם, אלא גם ללמד את האוכלוסיה לא לעזור להם- לצורך הרתעה. רבים מהחיים בשטח כבוש, טוענים שהם שבויי מלחמה.

שטח מוחזק- זהו פירוש מעודן יותר למילה "כיבוש". אך עדיין מדובר על דיני שטח כבוש.

פיקוח על התנהגות הצבא- על שטח של שלטון צבאי הקיים בשטחים: פיקוח שיפוטי מחוץ לצבא, אך הוא לא חובה עפ"י הדין הבינ"ל. ביהמ"ש הישראלי הוא הראשון שהתעסק עם תושבים מהשטח הכבוש, חוץ מתושבי א"י עצמה.

סעיף 49 מאמנת ג'נבה: אוסר על העברת אוכלוסיה של המדינה הכובשת, לתוך השטח הכבוש. מה שכביכול סותר את ההתנחלויות בחברון וכו'. ניתן להפקיע אדמות בשטחים כבושים לצרכי הכובש - בד"כ לצורכי ביטחון, עפ"י הדין הבינ"ל.

מקרה דויקאט: ערבי טען לתפיסת שטח לצורך אזרחי ולא לצורך ביטחון כמו שנאמר לו כשהופקע השטח שלו. בג"ץ טען שאכן מדובר בתפיסת שטח לא חוקית ושצריך לפנות אותו ולהחזירו לבעליו החוקיים.

הערה: גם הישראלים שחיים בשטח הכבוש, יכולים להישפט ע"י המפקד הצבאי, ששולט באותם שטחים כבושים. למרות שיכול להישפט גם ע"י ערכאה אזרחית רגילה. למרות שיש הטוענים שיש להבדיל בין האוכלוסיה הנכבשת, לאוכלוסיה הכובשת.

המשך הסכם הביניים 1995:

יישום באזורנו- רצועת עזה מאז ההתנתקות- ישראל: **בג"ץ בסיוני אחמד 2009-** אין שליטה אפקטיבית- אין נוכחות, שליטה בכניסה ויציאה דרך מצרים. לישראל אין יותר שליטה אפקטיבית בשטח, אין שם כוחות צבא. והרי בשביל לשלוט אפקטיבית, צריכה להיות נוכחות קבועה בשטח, מידה מסוימת של הימצאות באותו שטח. ב-2005 נטען שיש כניסה ויציאה לשטח ולכן זה כביכול שליטה.

רוב המדינות בעולם מתייחסות לשטח כבוש- המשפטנים הישראלים נוטים להגיד שהשטח איננו כבוש, ובקרב המשפטנים מחוץ לישראל, ישנה מחלוקת. לרוב יש כניסה ויציאה והעברת דברים לרצועה דרך מצרים.

היחסים בינינו לבין הרצועה:
ישראל טוענת שאין כיבוש, אך מתייחסת לשטח כמעין שטח אויב. אך יש עדיין יחס הומניטרי לאנשים שם.

"חוקת" דיני הכיבוש - סעיף 43 לתקנות האג:

מעבר סמכויות השלטון החוקי לידי הכובש, הכובש ינקוט בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין.

- הנורמה הבסיסית שחלה בשטח כבוש זהו המב"ל שקובע מה מותר ומה אסור - **תקנות האג ואמנות ג'נבה**.
- לפיה המשפט שהיה קיים בשטח ערב כניסת הצבא, יהיה הדין גם לאחר מכן ("מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה").
- **תחיקת ביטחון - צווי המפקד הצבאי** - כשא"א לכבד את המשפט הנוהג, המפקד הצבאי יכול להוציא צווים המורים על התנהגות מסוימת - "חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין".
- **בישראל יש גם את המשפט המנהלי** - הצבא אמנם הוא הסמכות העליונה, אך מבחינת משפט ישראלי, הפסיקה אומרת שהמפקד הוא עדיין חלק מהרשות המבצעת, והוא כפוף לרשות המנהלית ולכן יש ביקורת שיפוטית גם על המפקד הצבאי, משמע ניתן להגיש בג"ץ על החלטותיו.
- **בנוסף יש נורמות מהותיות נוספות** - דיני זכויות אדם בינ"ל, שהם גם חלים בשטח כבוש.

סמכות המפקד הצבאי:

"אלא אם נבצר ממנו לחלוטין" - במקור - **צורך צבאי בשטח**: יש מקרים שהמפקד הצבאי יכול להגביל אפילו את חופש התנועה, על אף שזה סותר את הדין הקיים, כשהצרכים הצבאיים דורשים זאת. לפי דיני הכיבוש, הכיבוש נמשך כשנה, אך המציאות מלמדת שזה לתקופה ארוכה יותר. עוד מלמדת אותנו המציאות שעם הזמן, נוצרים צרכים אחרים, והמפקד צריך לשמור על **סדר ציבורי** - המהלך התקין של החיים.

כיום מדברים על טובת האוכלוסיה: התאמה לעולם המשתנה ככל שהכיבוש מתארך. המפקד הצבאי רשאי לעשות דברים לטובת האוכלוסיה, ולא רק לצרכים צבאיים - למשל תפיסת קרקעות.

בג"ץ הכיר בדברים נוספים במסגרת סעיף 43:

- א. צרכים של הגנה על המדינה, אינטרסים ביטחוניים מחוץ לשטח. למשל - פסיקת הגדר, התפיסה מוצדקת כי יש צורך להגן על תושבי מ"י.
- ב. אינטרסים של ישראלים בשטח "הכבוש", למשל מתנחלים (**פס"ד הס, גדר**)
- ג. אינטרסים ישראלים שאינם בטחוניים מחוץ לשטח.

מחצבות - בשנות ה-80 עתרו נגד הפקעת קרקעות. המדינה טענה שהיא תופסת קרקעות פרטיות לשם בניית כבישים לעם הפלסטיני. בשנת 2000 נאסרה תנועת פלסטינים באותו כביש. כביכול אין סמכות להשתמש בקרקעות אלה למשהו אחר חוץ מטובת הפלסטינים והייתה טענה שלא ניתן למנוע מהם שימוש באותו כביש. פס"ד מחצבות עסק בטענה שישראל לא יכולה להשתמש במחצבות, כשהרווחים יוצאים מהשטח והנהנה מזה זה ישראלים ולא פלסטינים.

הדין החל בהתנחלויות:

תחולה טריטוריאלית: מב"ל - תקנות האג, אמנות ג'נבה, דיני זכויות אדם בינלאומיים - ז"א הדין הוא כמו בכל השטחים האחרים.

תחולה פרסונאלית: משפט ישראלי שחל על אזרחי ישראל בכל מקום - חוק העונשין.

משפט ישראלי שהוחל על תושבי ישראל ביו"ש, חוק להארכת תוקפן של תקש"ח - יו"ש וחבל עזה- שיפוט בעבירות ועזרה משפטית.

ז"א החיים בהתנחלויות הם כמו החיים בתוך ישראל.

נושא ה'-משפט הומניטארי/דיני מלחמה:

עקרונות של הגנה על הפרט בעת מלחמה: כל העיקרון של משפט הומניטארי הוא ש"המטרה לא מקדשת את כל האמצעים". ז"א צריך להימנע ככל האפשר מפגיעה באנשים שהם לא מעורבים בלחימה. המלחמה שונה מהמציאות, בכך שבמלחמה מותר להרוג. אך מעבר לכך, יש נורמות התנהגותיות מינימליות שחלות גם בזמן מלחמה.

האם יש מקום למשפט בעת מלחמה:

יקירו: "בעת מלחמה, החוקים מחרישים". לפני כ-150 שנה, העמדה הייתה שניתן להסדיר את המלחמה בצורה משפטית- זו הגישה ההומניטארית. למרות האמור, **יש טענות שונות בהקשר זה:**

1. **הסדרה לא אפשרית-** ברגע לחימה, זה מצב בלתי שפוי.
 2. **הסדרה לא מעשית-** במצב אנרכיה לא ניתן להסדיר משפט.
 3. **הסדרה לא רצויה-** מגבילה אינטרסים חיוניים.
 4. **הסדרה אינה מרתיעה-** אם המנהיגים יודעים שאין גבול למלחמה, הם יחשבו פעמיים לפני שיוצאים אליה.
 5. **הסדרה נותנת לגיטימציה למלחמה**
- התשובות לטענות לעיל היו:**

1. אין סיבה שפעילות הרסנית במיוחד לא תוסדר.
2. בפועל צדדים מוכנים להגביל את עצמם.
3. המטרה לא מקדשת כל אמצעי.
4. זוועת המלחמה לא מרתיעה.

בוועדת וינוגרד, רות גביון העלתה טענה שזה היה מסיים את המלחמה מהר, לו היה מגבילים את המדינות. מני מזוז טוען שהמציאות לא מראה שהמלחמות היו קצרות בגלל הגבלות.

5. לא ניתן למנוע מלחמות ע"י אי-לגיטימציה

הרציונאליים למשפט הומניטארי:

1. **טיעונים מוסריים-** המלחמה לא מקדשת כל אמצעי. יש גבול לפגיעות בפרט לטובת השגת יעדים מדיניים.
2. **ריאל פוליטיק-** אין עניין לצאת בהוצאות שאפשר להימנע מהם, מנוק שגורמים, חשיבה על היום שאחרי המלחמה. לא רוצים לשרוף גשרים עם מדינות, למרות שכעת זה זמן מלחמה איתם.
3. **שיקולים מבצעיים-** למשל הדדיות, לא יפגעו בשבויי מלחמה אם רוצים שיכבדו את האזרחים שלהם כשבויי מלחמה.
4. **תדמית-** איך נתפסים ונראים.

מקורות המשפט ההומניטארי:

1859- קרב סולפרינו- מלחמה בין האיטלקים לצרפתים. איש עסקים שוויצרי, הנרי דונו, ראה אלפי אנשים הרוגים ששוכבים בשטח, והוא גייס אנשים לקחת את הפצועים ולטפל בהם ולקבור את ההרוגים. כך התחיל המשפט ההומנטרי- להציל את הפצועים, מי שיצא ממעגל הלחימה וכבר לא מהווה איום, ולקבור את ההרוגים.

1864- אמנת ג'נבה בדבר שיפור מצבם של אנשי צבא פצועים בקרב חילות היבשה.

1868- הצהרת סנט פטרסבורג- המטרה היחידה הלגיטימית היא החלשת כח הצבא הנגדי, אסור לגרום סבל ונזק מיותר. מותר להרוג, אך לא צריך להרוג בייסורים. חובת טיפול בפצועים ללא קשר לשייכות לאומית.

1899, 1907- ועידת השלום, אמנות האג.

כיום: הנורמות הבסיסיות הרלבנטיות למשפט ההומניטארי הם תקנות האג מ-1899 ומ-1907 שהתקבלו בוועידות שלום. תקנות אלה מהוות נספח לאמנת האג הרביעית.

1949- 4 עקרונות מאמנת זנבה- שיפור מצב ה:

- 1) פצועים בשדה הקרב.
- 2) פצועים וניצולים מכלי שיט.
- 3) שבויי מלחמה.
- 4) אזרחים.

העומד בבסיס האמנות הוא הגנה על פרטים- איזון בין צורך צבאי לאינטרס הומניטרי, חובות של פרטים.

חוסר הדדיות: העובדה שצד אחד מפר את האמנה לא פותר אותנו מהמחויבות.

קוגנטיות: הפרט לא יכול לוותר על זכויותיו מכוח אמנה, **סעיף 3 לכלל האמנות-** קובע מינימום, כך שבכל סכסוך יש מינימום אנושי שצריך לסמוך עליו.

בין 1949 ל-1979: המשקל עבר מסכסוכים בין מדינות לסכסוכים בתוך מדינות. החלו מאבקים לשחרור לאומי, חלקם בדרכי שלום ואחרים לא. וזה גרם לרוויזיה במשפט ההומניטארי. **ב-1977 נוסחו שני פרוטוקולים:**

1. הגנת אזרחים בעת סכסוך בינ"ל.
2. הגנת אזרחים בעת סכסוך שאינו בינ"ל (סכסוכים פנימיים).

במסגרת זו הגדירו מחדש מהו סכסוך בינ"ל: אשר משמעותו גם מלחמות לשחרור לאומי ומימוש הזכות להגדרה עצמית כנגד שלטון בלתי חוקי, גזעני וכיבוש. הרעיון היה, שהמשותף ביניהם, הוא עם שיש לו זכות להגדרה עצמית ומישהו מונע ממנו זכות זו- לא ניתן שמדינה לא תיתן לעם עצמאות. ישראל לא צד לפרוטוקול הראשון.

בשנת 2005 נוסף פרוטוקול 3 לאמנות זנבה- מעמד האמנות:

1. **אמנת האג 1907-** משפט מנהגי.
2. **אמנות זנבה 1-3, 1949-** משפט מנהגי (ישראל צד) חתמה ואשררה.
3. **אמנת זנבה ה-4, 1949-** משפט מנהגי (ישראל צד) חלקה על ההנחה שמדובר במשפט מנהגי, אבל היום אין חולק.
4. **פרוטוקול 1, 1977-** חלק מנהגי וחלק הסכמי- ישראל לא צד אבל זה לא אומר שישראל לא מחויבת לחלק המנהגי.

הבחנות במב"ל ההומניטארי:

1. הבחנה ראשונה:

ius ad bellum- דיני הכניסה לסכסוך מזוין.

ius in bello- איך משתמשים בכח במהלך סכסוך מזוין.

להלן ההסבר:

ius ad bellum - הדינים המסדירים את השימוש בכוח במהלך סכסוך מזוין מול **ius in bello** – האומר איך משתמשים בכוח במהלך סכסוך מזוין- הדינים שחלים על הצד התוקפן לצד המותקף, מרגע השימוש בכוח, הם אותם דינים.

אין קשר בין חוקיות השימוש בכוח לבין האופן שבו משמשים בכוח. זה לא עניין של מה בכך, אם מדינה יודעת שהיא התוקפנית וכל דבר שהיא עושה בלתי חוקי, אז אולי זה ירתיע אותה לא להפעיל כוח, אבל באופן מעשי, לפעמים קשה לזהות מי התוקף ומי המותקף. אבל מצד שני דיני המשפט ההומניטארי באים להגן על חיי אדם ולכן הכלל שנקבע שאין קשר מי תקף לבין הכללים. המטרה של המשפט ההומניטארי היא הגנה על הפרט. מבחינים בין הישות הפוליטית לבין כל הפרטים בה.

הכלל הוא:

שאינו קשר בין עצם השימוש בכוח, לבין דרכי הלחימה. לכן במלחמות, אין עניין לשאלה "מי התחיל" בקשר לדרך בה המלחמה צריכה להתנהל.

2. הבחנה שנייה - לוחמים \ אזרחים:

לוחמים: הם מטרה צבאית לגיטימית, ז"א מותר להרוג אותם בעת מלחמה. הם רשאים ללחום, אסור להעמידם לדין על עצם השתתפות במלחמה- להיות חייל זה לא פשע. לוחמים זכאים למעמד של שבויי מלחמה במידת הצורך.

אזרחים: אסור לפגוע בהם בכוונה. אזרחים אינם רשאים ללחום, ואף ניתן להעמידם לדין על עצם הלחימה. אזרחים לא זכאים למעמד של שבויי מלחמה.

הגדרה של מיהו לוחם - סעיף 4 לאמנת ג'נבה ה-3:

אין הגדרה מדויקת, אך בסעיף 4 לאמנת ג'נבה ה-3 יש הגדרה לזכאי למעמד של שבוי מלחמה ולפי הגדרה זו, ניתן להסיק מיהו לוחם:

א. חיילים בצבא סדיר: ב-1949 כשניסחו את האמנה, היו מודעים לכך שלהרבה מדינות אין צבא סדיר, אלא מליציות. והיה ברור שהם במעמד של צבא, ורצו לתת להם מעמד של שבויי מלחמה ולכן הם גם נכנסו להגדרה.

ב. מליציות וכוחות בלתי סדירים אם שייכים לצד לוחם וכן:

1. מפקד עליהם אדם האחראי לפיקודיו.
2. יש להם סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק- כדי להבדיל בינם לבין אזרחי האוכלוסייה.
3. הם נושאים נשק בגלוי.
4. הם מנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה.

פרוטוקול 1: הרחבת הגדרת לוחמים: פרוטוקול זה הכניס גם את המליציות לתוך הגדרת צבא (כח סדיר).

המטרה: תמרוץ לקיום דיני המלחמה. הפרוטוקול מכיר בכך שיש לוחמי גרילה שרוצים לתת להם תמרוץ לקיים מלחמה לפי דיני המלחמה.

מרכיבים: הרחבת תחולת המשפט ההומניטארי, הקלה בדרישות. **להלן ההקלות:**

0. הפרוטוקול חל גם על מליציות הלוחמות לשם הכרה עצמית.
1. לא דורשים הבחנה.
2. לא דורשים נשיאת נשק בגלוי עד הפעולה עצמה
3. דרישת קיום דיני הלחימה

אלה הקלות משמעותיות. אך הקלות אלה לא קידמו את המשפט ההומניטארי, ולכן ישראל לא קיבלה פרוטוקול זה, כי לא הייתה מוכנה להרחבה הזו. כל עוד היעד הנפגע הוא אזרח, הוא לא זכאי למעמד של שבוי מלחמה.

אנשים שאינם חלק מהצד לוחם ומעורבים במעשי האיבה:

א. האם מעמדם הוא של שבויי מלחמה במידה ונתפסו:
ישנה פסיקה לעניין לוחמי חיזבאללה, חמאס, ג'יהאד איסלאמי שאומרת: שאין להם מעמד של שבויי לחימה, כי אין להם מעמד של צד לוחם והם לא פועלים לפי דיני מלחמה, על כן מעמידים אותם לדין ושולחים אותם למאסר.

ב. האם הם מטרה לגיטימית: אם הם לא לוחמים, ואין להם זכויות של לוחמים, זה אומר שמותר להרוג אותם כמו שמותר להרוג חיילים? **להלן התשובות:**

1. **סעיף 51(3) לפרוטוקול 1, 1977:** נותן לנו התחלה של תשובה: חלק מהפרוטוקול לעיל הינו מנהגי, לכן מחייב מדינות שהן לא צד לפרוטוקול, אלא אם יש נורמה סותרת.

2. **בג"ץ סיכול ממוקד:** ביהמ"ש אמר שבמשך הזמן שאזרחים לוקחים חלק ישיר במעשי האיבה, ניתן יהיה להרוג אותם. אזרח שמחזיק נשק ויורה בו, ניתן לחסל אותו.

סיכול: משמע הקדמת תרופה למכה, אז האם זה נחשב ל"למשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה"? **היו לכן כמה עמדות:**

עמדת המדינה:

1. "למשך אותו זמן"- כל עוד יש חברות פעילה באותו ארגון, הוא מזוהה עם הקבוצה שעוסקת בלחימה.
2. "השתתפות במעשה האיבה"- הגדרת ההשתתפות- הגדרה רחבה

עמדת בג"ץ:

1. בדיקת מסוכנות אישית - לא די בחברות בארגון.
2. השתתפות במעשי האיבה: לרבות תכנון וכו'.
3. מותר לפגוע רק אם אין אלטרנטיבה אחרת.

אז מותר או אסור "לסכל באופן ממוקד": אין תשובה כן או לא, ולכן כשיצאו מבג"ץ כולם היו מרוצים. **להלן ההחלטות לשאלה הר"מ:**

1. נדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרח כ"לוחם בלתי חוקי".
2. אין לתקוף אם ניתן לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה.
3. בדיעבד צריך לבדוק את דיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה- הרקע הוא שברוב המקרים שהיו טענות נגד סיכול ממוקד של ישראל, היה ברור אלו אנשים בחירים בארגון פשע. הבעיה הייתה בפגיעה של חפים מפשע באותו זמן, או טעות בזיהוי וכו'.
4. פגיעה נלווית באזרחים תמימים צריכה לעמוד במבחן המידתיות- אסור לפגוע במכוון באזרחים, אך כאשר פוגעים במטרה צבאית לגיטימית ותוך כדי נפגעים אזרחים, זה מידתי. כאשר מדובר בסיכול ממוקד, כשעושים זאת במקום שאין בו שליטה, מבחן המידתיות הוא לא כ"כ רלוונטי. זה רלוונטי יותר בשטח כבוש.

בימ"ש ישראלי איננו ערכאה מחייבת, מחוץ לישראל. אך כשרוצים לבדוק מהו מב"ל, יש פסיקה כאמצעי עזר לזיהוי עניינים אלה. לבתי משפט שונים יש משקלים שונים. בימ"ש ישראלי נחשב מומחה במשפט הומניטרי, ולכן פסה"ד שלו נחשב כמצביע על מהו המנהג, הרבה מעבר להקשר הישראלי.

תחולת המשפט ההומניטארי:

משפט ההומניטארי חל בשני סוגי סכסוכים:

1. **סכסוך מזוין בינלאומי- בין מדינות:** אמנות האג, ג'נבה, פרוטוקול 1.
2. **סכסוך מזוין שאינו בינלאומי- בתוך מדינות:** סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, פרוטוקול 2.

הסבר סעיף 1- סכסוך מזוין בינלאומי:

סעיף 2 המשותף לאמנות האג וג'נבה 1949- האמנה חלה על כל המקרים של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין בין שתי מדינות או יותר.

בסעיף 1 (4) לפרוטוקול הראשון, בשנת 1977, הרחיבו את ההגדרה:
עמים נאבקים נגד שליטה קולוניאלית, כיבוש זר ומשטרים זרים, במימוש זכותם להגדרה עצמית.
ז"א מאבק על מעמד של מדינה, שנחשב לגיטימי-דהיינו, התביעה של העמים לעצמאות נחשבת לגיטימית, כי מדובר רק על אותם עמים שזכאים להגדרה עצמית.

הבעייתיות בהרחבה זו: חלק גדול מהפרוטוקול ה-1 נחשב מנהגי, אך התנגדו להוראה זו ומה שקשור אליה, ולכן היא נחשבת הסכמית.

סעיף 96 (3) לאמנה: ע"מ שסכסוך כזה ייחשב בינלאומי, גם כשמדינה צד לאמנה וזה מחייב אותה, העם שנאבק, מצידו צריך לקחת על עצמו התחייבות להתנהג בהתאם לאמנה-מדובר בהדדיות.

עמדת ישראל בנושא: לישראל יש בעיה עם סעיף זה, משום שיישומה היה מהווה השלמה או הכרה בכך שהכיבוש הוא בלתי חוקי.

הצדקה להסתכל על מדינות הנאבקות כעל בעלות הגדרה עצמית:
מחד- אם המשפט ההומניטארי בא כדי להגן על האזרחים, זה לא צריך להיות משנה אם המאבק הוא בין מדינות, או בין עם שנאבק להגדרה עצמית.
מאידך- כדי לתת הגנות אלה, הגופים המוסמכים צריכים להיות בעלי שליטה על הנעשה, על כוחותיהם. אז יש בעיה להטיל את ההתחייבויות האלה על קבוצות שהתפקוד שלהם הוא לא ברמה של מדינה.
ההבחנה השנייה היא: שבדקים למה מתנהל הסכסוך המזוין, ואז יוצא שיש קשר בין הסיבה לסכסוך, לבין הדינים שחלים עליו.
אבל ההבחנה הראשונה הייתה: שלא משנה מי התחיל ולמה, ופה זה נעלם. כיוון שאף מדינה לא מוכנה להכיר בכך שהיא במאבק עם עם שמעוניין בהגדרה עצמית, סעיף זה לא יושם.

הסבר סעיף 2- סכסוך מזוין שאינו מב"ל:

מגמת הרחבה: מלכתחילה המב"ל הוא היחסים בין מדינות, ופה המב"ל נכנס למה שקורה בתוך המדינה, ומתערב בין הממשלה לנתינים. רוב המלחמות בעולם הם פנימיות, והלה יכולות להיות לא פחות קשות ממלחמות בינ"ל. לא משנה בין מי למי המלחמה, כל עוד יש פגיעה. התפיסה היא שהמב"ל צריך לפעמים להגן על הפרט מהמדינה שלו.

ובכל זאת הבדל בנכונות להתערב: למרות התפיסה הנ"ל, מדינות לא אוהבות שמתערבים להם בעניינים הפנימיים שלהם. ניתן לראות זאת בקולומביה, שטוענת שיש לה עסק עם סוחרי סמים (סכסוך פנימי), אבל זה לא משנה את העובדה שיש שם מלחמת אזרחים, אך קולומביה לא רוצה שיתערבו לה בעניינים הפנימיים.

סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה:

אם נתגלע בשטחו של אחד מבעלי האמנה סכסוך מזוין, **שלא בעל אופי בינלאומי**, כל צד יהא מחויב להנהיג, בתורת המינימום, את ההוראות הבאות:

- "יש מינימום נורא בסיסי אבל זה לא גורע מהקושי של חוסר ההסכמה" - איסור אלימות, בני ערובה, התעללות, הוצאה להורג ללא משפט.

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

תנאי כניסה:

בסכסוך בינ"ל: כל שימוש בכח, מכניס אותנו אליו.

בסכסוך פנימי: רק אם הוא עובר מינימום של עוצמה נגיד שזה סכסוך פנימי, שהמב"ל אינו צריך להתערב בו - רמת ארגון, משך הסכסוך, עוצמת האלימות. למשל מקרה עוזי משולם, לא עבר סף מינימום של אלימות.

הדינים המהותיים: יש הבדלים בין הדינים שיחולו בסכסוך בינ"ל לבין סכסוך פנימי:

1. **המושג של כיבוש** : רלוונטי רק בסכסוכים בינ"ל, ארגון גרילה לא יכול להיות כובש בשטח של המדינה שלו.
2. **שבויי מלחמה** : קיים רק בסכסוך בינ"ל
3. סמכויות מעצר מוגדרות בסכסוך בינ"ל, לעומת צמצום בסכסוך פנימי.
4. **מה מוגדר כפשע מלחמה** : בסכסוך בינ"ל יש הרבה יותר מעשים שיוגדרו כפשעים מסכסוך פנימי.
5. תחולת דיני סגר ימי, תחולת דיני ניטרליות.

ההבדלים הללו מצטמצמים. מאותו רעיון שאם הפרט צריך הגנה, זה לא משנה באיזה סכסוך מדובר.

פס"ד הראשון של ביה"ד הבינ"ל של יגוסלביה ICTY 1995 טאדיץ': דובר אודות חייל "פשוט", שהיה מעורב בסכסוך פנימי. אחת מטענותיו הייתה שמשפט פלילי קיים רק בסכסוכים בינ"ל ביהמ"ש אמר שאין שום הצדקה שיהיה הבדל בין הסכסוכים.

מה עושים עם סכסוך חוצה גבולות שאינו בין המדינות: דהיינו מה עושים עם סכסוך בין מדינה לבין ארגון שאיננו מתוכה. **למשל הסכסוך בין ישראל לחיזבאללה** :

מבחינת ישראל הסכסוך הוא איננו בינ"ל. לעומת זאת במהלך השנים עמדת ישראל השתנתה. **פס"ד הסיכול הממוקד** : לראשונה בג"צ אומר מהי המסגרת הנורמטיבית. מאז שנת 2000 הסכסוך בין ישראל לקבוצות הפלסטיניות הגיע לעוצמה של סכסוך מזוין, לכאורה לאור דברים אלה של בג"צ נראה כי מדובר ברמה של סכסוך בינ"ל, אך אז אומר בג"צ שהמערכת הנורמטיבית החלה על העימות המזוין שבין ישראל לטרור היא מורכבת. ובענינו זה אופי בינ"ל, משום שנחצה פה גבול. ואז מוסיף שעפ"י תפיסה זו, שבמצואות של היום ארגון צבאי יכול להגיע לרמות מלחמה של מדינה, לא ניתן להסתפק במשפט פנימי.

ביקורת על בג"צ:

אין מחלוקת שאכן נחצו גבולות, אך מי אמר שעוצמת הצד שכנגד היא רלבנטית? בג"צ אומר שאו זה סכסוך פנימי, או שזה סכסוך בינ"ל, אך יש אמצע. **עמדת בג"צ היא שמדובר בסכסוך מזוין בינ"ל** - למדינה זה מאוד נח, משום שבסכסוך בינ"ל יש לה יותר כח מאשר בסכסוך פנימי, למשל סמכויות מעצר נרחבות יותר, יכולת לסיקול ממוקד.

עקרונות המשפט ההומניטארי:

1. **הצורך הצבאי** : בהכרזת סנט פטרסבורג משנת 1868 נאמר "החלשת כוחו הצבאי של האויב", כלומר חל איסור בפגיעה ברכוש או באדם שלא לצורך זה. הבעיה התעוררה במלחמת העולם השנייה, כשהתברר שהצבא שואב את כוחו גם ממערכות אזרחיות, ואז צריך היה להגדיר בצורה דווקנית יותר, בין מה שמהווה כוח צבאי למה שמהווה דבר אחר. בבתי החרושת מייצרים תוצרת צבאית, אמצעים שיש להם שימוש אזרחי שיכולים להפוך לאמצעים צבאיים (טרקטורים יכולים להפוך לטנקים), גם פגיעה במורל יכולה לפגוע בכוח הצבאי. ואז התפתחה הבחנה מדויקת יותר בין מטרות צבאיות לכאלה שאינן מטרות צבאיות.

נקבע בסעיף 52 (2) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 (מנהגי) : כך שאובייקטים אשר מטבעם, מיקומם, מטרתם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, תפיסתם או נטרולם, באופן מוחלט או חלקי בנסיבות המתקיימות באותו זמן מקנים יתרון צבאי מובהק. כלומר יתרון צבאי הוא יתרון קונקרטי וישיר. פגיעה במורל היא לא פגיעה צבאית.

2. **עיקרון ההבחנה** : אסור לתקוף במכוון מטרות שאינן צבאיות. **סעיף 51 (2) לפרוטוקול הראשון (מנהגי) אומר** : שהאזכלוסייה לא תהא יעד לתקיפה. יעדים צבאיים הם מקומות שמותר לתקוף בהם, כמו מחנות צבאיים, נשק וכדומה, גבעה שחולשת על שטח שאף אחד לא נמצא בו הוא יעד צבאי.

סעיף 52 לפרוטוקול, סעיף 27 לתקנות האג 1907 אומר : שאובייקטים אזרחיים הם לא מטרות לגיטימיות. למשל בתי מגורים, בתי ספר, בתי תפילה, בתי חולים וכדומה.

הבעיה מתחילה ביעדים מעורבים למשל- תחנת כוח שמשרתת גם יעדים צבאיים וגם אזרחיים. זה שמשרתת אזרחים לא אומר שהיא חסינה, כדי לקבוע מה מותר ומה אסור הוא אנו משתמשים במבחן המידתיות.

יעד מעורב נוסף הוא יעד אזרחי שמנוצל לרעה למשל העברת לוחמים באמבולנסים, התבצרות בכנסייה וכדומה, במצב כזה מאבדים חסינות והתקיפה לפי מבחן המידתיות. בשביל לקיים את ההבחנה הזו, וכדי שניתן יהיה לתקוף רק מטרות צבאיות ולא יעדים אזרחיים. גם לסוגיית שימוש באמצעי לחימה שונים, למשל אסור להשתמש במוקשים כלפי בני אדם כי אין שליטה עליהם. כנ"ל לגבי פצצות מצרר. הצד התוקף צריך לפגוע רק בלוחמים ורק באזרחים. יש על הצד המתגונן חובות:

א. חובת סימון - לסמן את המתקנים האזרחיים, א"א לצפות מהתוקף לא לתקוף בית חולים אם הוא לא יודע שזה בית חולים, ולכן על גגות בית חולים יש סימן של בי"ח.

ב. חובת הגנה - הלוחמים צריכים להיות מזוהים כלוחמים וצריך להפריד פיזית בין לוחמים ואזרחים. חלה על המדינה חובת הגנה.

3. עיקרון מדתי הנזק הנלווה: פגיעה נלווית באזרחים היא לא בלתי חוקית, אבל היא צריכה להיות פרופורציונאלית. כלומר אם רוצים לתקוף בסיס צבאי ויש שם אזרחים אז הפגיעה צריכה להיות פרופורציונאלית - למשל התקפת חמל של הצבא ופגיעה בכמה אזרחים.

חשוב לשים לב שהשוואה היא מול הצפי, ולא מול התוצאה. כלומר האם ההערכה לפי המידע שהיה הייתה סבירה.

לדוגמה ראו מקרה תקיפת סאלח שחאדה: התכוונו לתקוף אותו, וידעו שתהיה פגיעה באזרחים, אבל לא העריכו נכון את הקף הפגיעה. מה שחשוב הוא שמה שחשבו שיקרה היה לגיטימי. בעניין שחאדה, קבעו שזה היה פרופורציונאלי. בלוחמים מותר לפגוע עד הסוף. יש לבדוק דרכי פעולה חלופיות, כלומר פגיעה מהאוויר לעומת כניסת כוחות רגליים.

דוגמה נוספת של צפי לעומת התוצאה היא מקרה סאדם חוסיין: דובר אודות במלחמה בין האמריקאים לעיראק- הופצץ בונקר שחשבו שסאדם חוסיין נמצא בו, ובסוף הוא לא היה שם, ונהרגו 400 איש. קבעו שהפגיעה הייתה פרופורציונאלית משום ש 400 איש שנהרגו כדי להכניע את סאדם חוסיין, זה לגיטימי. שמירה על חיי חיילים מהווה חלק מהיתרון הצבאי, ולכן המדינה רשאית להביא בחשבון מה יעלה בחיי החיילים, והשאלה היא כמה כל צד צריך להגן על עצמו כדי לשמור על הצד שלו.

סעיף 51 (5) (ב) לפרוטוקול הראשון קובע: "התקפות מהסוגים שלהלן תיחשבנה כחסרות הבחנה, התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחי, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי".

4. עיקרון מניעת הסבל מיותר: משמעותו שיש סוגי נשק שאסור להשתמש בהם. אסור להשתמש בקליעים שמתפוצצים (דום דום), בנשק כימי, ביולוגי וכדומה. אסור להשתמש באמצעים שיגרמו סבל פיזי להרתעה. זה גם הבסיס למה מותר ואסור לעשות לשבויי מלחמה. התפיסה היא שהם כבר לא במעגל הלוחמים. מה שיעשה להם מרגע שנשבו לא מעלה ולא מוריד מיכולת האויב. זה שיגרם להם סבל בשבי זה גרימת סבל מיותר. מותר לחקור אבל יש מגבלות על החקירה אסור להפעיל לחץ שיכלול עינויים.

5. אין הדדיות במשפט הומניטארי: חובות אינן תלויות בהדדיות- נקודת המוצא של המשפט ההומניטארי הוא ההדדיות, כלומר שאם אנחנו נתנהג יפה לאויב האויב יתנהג יפה אלינו. היבט אחר של רציונאל זה הוא שהחובה היא כלפי הפרט ולא כלפי מדינה אחרת (המפרה) ולכן הכלל הוא שהפרת המשפט ההומניטארי על ידי צד אחד אינה מקנה לצד האחר זכות להפר את המשפט ההומניטארי בהתאם לסעיף 20 לפרוטוקול הראשון.

קיימת מחלוקת האם זהו איסור מנהגי והאם יש לו חריגים (פעולות תגמול נגד לוחמים). בהקשר זה של אזרחים וודאי שאין הדדיות, כלומר, זה שפגעו באזרחים של המדינה שלי לא מקנה לי

6. קוגנטיות- סעיף 8 לאמנת ג'נבה הרביעית אומר: שבשום פנים לא יהיו מוגנים רשאים לוותר על זכות מן הזכויות המובטחות להם ע"י האמנה הזאת וע"י הסכמים מיוחדים המוזכרים בסעיף הקודם.

בג"צ קבע:

- א. אסור להשתמש באזרחים במסגרת המאמץ המלחמתי- סעיף 51 לאמנת ג'נבה הרביעית.
- ב. אסור להשתמש באזרחים כמגן אנושי - סעיף 51 (7) לפרוטוקול ה-1, מנהגי.
- ג. לא תועיל הסכמת האזרח - ממילא אין להניח שהיא אמיתית- סעיף 8 לאמנת ג'נבה,.
- ד. למפקד הכוח אין כלים להעריך את הסכנה לאזרח בטווח הארוך

אכיפת המשפט ההומניטארי:

קיימת בעיית אכיפת המשפט ההומניטארי, בכך שלא שחסרות נורמות, אלא לא מיישמים אותן. היה את כלי ההדדיות אבל ברגע שהשתרשה התפיסה שהדדיות לא כרוכה בכך נוצרה בעיה. כדי לאכוף את המשפט ההומניטארי ניתן לפנות לביטחון הביטחון, ניתן לפנות למועצת הביטחון אבל זה נתון לכוחות פוליטיים, גם אם הולכים על סנקציות (אמצעי אכיפה שהם לא צבאיים) ההשפעה שלהם היא לטווח ארוך, לעיתים העימות הוא בין מדינה לגוף שהוא אינו מדינה ולכן קיים קושי באכיפה.

יש לעבור לאכיפה של משפט ההומניטארי ע"י משפט פלילי כי אז החרב אכן מונחת על צווארו.

נושא ה' - זכויות אדם:

חשיבות:

1. השפעה מעשית: משפיעות ביום יום כמו במשפט חוקתי.
2. השפעה תיאורטית- היחלשות רעיון הריבונות ו"חוקתיות" של המשפט הבינ"ל.

פס"ד יתד: ביהמ"ש העליון קבע שיש לשלב ולממן את ילדי החינוך המיוחד מכח הזכות הבינ"ל לחינוך. זכויות אדם הינה דוקטרינה ששינתה את תפיסת המשפט הבינ"ל. דוקטרינה זו אומרת שמאוד מעניין מה שקורה בתוך המדינות. משמעות דיני זכויות אדם בינ"ל היא שלפעמים אמות המידה המדינתיות לא מספיק חזקים ולכן, ישנו מנגנון זכויות האדם הבינ"ל שהוא משמש מנגנון כמעין מנגנון ביקורת.

תולדת דיני זכויות האדם:

דיני זכויות אדם התחילו להיות מורגשים לאחר מלחמת העולם השנייה, אבל יש תחומים שניתן לראות אותם עוד קודם למשל- במשפט ההומניטארי שחל ביחסים בין המדינה לפרט ולא בין מדינה למדינה כגון: הגנה על מיעוטים שהתפתח לאחר מלחמת העולם הראשונה, דיני עבודה שהתפתחו לאחר מלחמת העולם הראשונה, ביטול הסחר בעבדים (לא ביטול העבדות) משנת 1807 ועוד. המשמעות של התערבות ההומניטארית היא במידה וממשלה פוגעת באזרחיה, הקהילה הבינ"ל יכולה להתערב.

מגילת האו"ם:

סעיף 1 (3) למגילה- **נקבעו מטרות האו"ם:** "קידומו ועידודו של הכבוד לזכויות האדם וחירויות היסוד".

סעיף 55 למגילה- **מדבר על שיתוף פעולה בינ"ל:** "האו"ם ישקוד לכיבוד הכללי ושמירתן של זכויות האדם ושל חירויות היסוד לכל באי העולם בלא אפליה על בסיס גזע, מין לשון או דת".

בעיות במגילת האו"ם:

מגילת האו"ם מנוסחת בצורה כזאת כי היא הייתה פשרה, ניתן לראות **תוכן עמום** "זכויות אדם וחירויות יסוד" **וחובה עמומה** "לקדם". צריך לזכור שהמגילה נוסחה לאחר מלחמת העולם השנייה, היה רצון להזכיר את זכויות האדם אבל לא היה ניתן להגיע להסכמה יותר רחבה מזה.

חשיבות מגילת האו"ם:

מגילת האו"ם הבהירה שזכויות אדם זה לא מהתחום המדינתי בלבד וניתן מנדט לארגוני לאום לקדם את זכויות אדם. כאשר המב"ל מגדיר משהו הוא כבר לא מדינתי. מגילת האו"ם מעבירה את התחום של זכויות אדם למישור הבינ"ל. כמו כן, המגילה נותנת לאום מנדט לטפל בעניין זכויות אדם, ולאוו"ם יש מנגנון רחב בעניין זה.

הסיבה להתפתחות זכויות האדם לאחר מלחמת העולם השנייה:

ב-1945 יש פריצה של רעיון זכויות אדם במב"ל משום שיש לקחים של מאורעות השואה, כי היו אנשים מאוד נחושים לקדם את נושא זה (הלנה רוזולט אשתו של רוזולט). אפשר לומר כי לאו דווקא מדובר בדאגה לפרט אלא גם למאבק הבין גושי של צפון אמריקה ומערב אירופה מול הקומוניזם. הדבר בא לתת אלטרנטיבה לקומוניזם ולפשיזם, ועושים דה לגיטימציה לכל דבר שהאדם הוא לא המרכז בו. בסוף שנות ה-40 החשש מהשתלטות קומוניסטית באירופה הוא חשש אמיתי.

ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם-1948:

בשנת 1948 התקבלה ההכרזה האוניברסאלית בדבר בזכויות אדם, מדובר בהחלטה של עצרת האו"ם בהסכמה רחבה וללא מתנגדים (להכרזה של העצרת אין מעמד משפטי מחייב). בהכרזה דובר אודות זכויות פוליטיות כמו חיים חירות, כבוד האדם וזכויות כלכליות וחברתיות, כמו חינוך, עבודה, בריאות ועוד.

בעיות ההגדרה האוניברסאלית:

מעמד ההכרזה לא ברור, וכשהיא התקבלה היא הייתה בבחינת דין רצוי, והיו מי שחשבו שזו הצהרה פוליטית ולא שום דבר משפטי. היום, מתייחסים להכרזה כאל משפט מנהגי. מאז ועד היום, כדי להפוך אותה למשפט מנהגי, היא עוגנה באמנות, זאת משום שהתכנים היו עמומים- לכל אחד יש זכויות אבל לא ברור איך מיישמים אותו ואין מנגנון אכיפה.

ה"מכשול- המאבק הבין גושי:

המכשול העיקרי בניסוח האמנות הייה המאבק הבין גושי- מדינות המערב מול הגוש הקומוניסטי כאשר שורש המחלוקת היתה מהן הזכויות החשובות:

בעיני הגוש המערבי- הזכויות החשובות הן אזרחיות ופוליטיות- **הוראות אל תעשה**: אסור לענות, אסור להרשיע ללא משפט, אסור להגביל תנועה- הגבלות על המדינה שיפגעו בפרט מפני התערבות יתר של הממשלה.

בעיני מדינות הגוש המזרחי- התפיסה שלהן הייתה החובה של המדינה להבטיח לפרט כל מיני דברים כגון- חינוך, בריאות, עבודה וכיוב'. הטענה הייתה שאם לאדם אין מה לאכול לא יעניין אותו שמותר לו להפגין. לכן, צריך לדאוג קודם לזכויות הקיומיות והיתר יטופלו בהמשך.

זכות אחת ספציפית שהיתה עליה מחלוקת: היא זכות הקניין שהמערב רצה להגן עליה והגוש המזרחי לא הכיר בה כזכות בכלל. הפתרון שמצאו היה בסופו של דבר לפצל את האמנה לשניים, חלק אחד זכויות אזרחיות ופוליטיות וחלק אחר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות.

אמנות 1966:

בשנת 1966 נפתחו לחתימה שתי האמנות, שדומות אחת לשניה בהרבה תחומים אבל יש להן הבדלים גדולים- אחד ההבדלים הגדולים בניהם היה: **שהאמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות (ICCPR)** אומרת שלמדינה אסור לפגוע בדברים מסוימים ואם היא פוגעת יש הפרה, לעומת זאת, **האמנה בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות (ICESCR)** קובעת שעל המדינות לבצע דברים בהתאם ליכולותיה. אמנה אחת יותר אכיפה מאשר אחרת חוץ מהקביעה אם יש הפרה או לא.

במהלך השנים פרטו את האמנות האלה לפרוטות, כלומר "הלכו" מעבר לאמנות אלה עוד יותר ויצרו **אמנות גלובליות בנושאים ספציפיים:**

1. ICCPR (1966)

2. ICESCR (1966)

3. האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית, (1965)

4. האמנה נגד עינויים, CAT (1984)

5. האמנה לביעור אפליה נגד נשים, CEDAW, (1969)

6. האמנה בדבר זכויות הילד, CRC, (1989)

7. אמנה בדבר מהגרי עבודה, MWC, (1991)
8. האמנה בדבר זכויות אנשים מוגבלים, CRPD, 2006

רוב מדינות העולם מצטרפות לאמנות אלה וזה מאוד משמעותי.

ישראל- אשורים והסתייגויות:

ישראל חברה באמנת CERD משנת 1966, והצטרפה לכל שאר האמנות האלה מאוחר יותר. אך אף אחת מהאמנות לא נתלתה בחקיקה כשלעצמה. אך היא הוסיפה הסתייגויות בשתי אמנות:

- א. **היעדר שוויון בנישואין (ICCPR)**
ב. **היעדר נשים בשיפוט בבתי דין דתיים (CEDAW)**
ג. **מעצרים מנהליים**

בנוסף ישראל הוסיפה באמנה הצהרה:

מצב חירום- הכרה בכך שיש מצבי חירום שמדינה לא יכולה בזמן זה לממש את זכויות האדם, והיא יכולה להגביל את זכויות האדם כששעת החירום מתקיימת הלכה למעשה. אך יש זכויות מסוימות שלא ניתן לחרוג מהם, גם בזמן שעת חירום כגון- איסור עינויים.

פיקוח בינלאומי- המפקחים על המדינות לצורך וידוי יישום האמנות:

לכל אחת מהאמנות יש וועדת מומחים, ושם יושבים משפטנים שאמורים להיות מומחים לאותם אמנות, ולזכויות אדם באופן כללי.

המנדט של וועדות המומחים – הדרך שבה הוועדות מפקחים:

1. דוחות תקופתיים: חובה על המדינה לתת דו"ח כל כמה שנים שבו היא מדווחת על יישום האמנה בשטחה, התקדמויות וכו'. הרקע למנגנון זה, הוא שהיו מדינות שרצו פיקוח כדי שהפרט יוכל להיות בטוח שזה מתנהל כראוי. במהלך השנים בכל הוועדות התפתחה פרקטיקה של קבלת מידע לא רק מהוועדות, אלא גם מגופים לא ממשלתיים ("דוחות צללים").

2. תלונות של פרטים נגד מדינות: אפשרות של אנשים להגיש תלונות נגד המדינות שפגעו בהם. מנגנון זה קיים רק בחלק מהמדינות, וחל רק על מדינות שהן חלק לאמנות אלה.

3. תלונות בין-מדיניות: הרעיון הוא שכשמדינה פוגעת בזכויות אדם, זו פגיעה בקהילה הבינלאומית כולה, ולכן מדינה יכולה להגיש תלונה נגד מדינה אחרת. בפועל מדינות לא ממהרות לעשות זאת. למשל יוון הגישה תלונות נגד טורקיה, בגלל הפרה של זכויות של יוונים בצפון קפריסין.

חוות הדעת של הוועדה לא מחייבים- אך למרות האמור, רמת הציות לחוות הדעת של הוועדה מאוד גבוהה, ז"א העוול כלפי הפרטים מתוקן. אך הרבה פעמים לא מגיע לוועדות עניין של פרט אחד, אלא בחוק שעומד נגד אמנה של זכויות אדם. ואז המדינה לרוב, משנה את החוק.

הלכה למעשה- האם הפיקוח מסייע:

סיבה אחת הינה מוניטין: מדינות פועלות לפי חוות הדעת משום שהם לא רוצות להיראות ככאלה שמפרות זכויות אדם.

סיבה שנייה הינה כוחו של הכסף: הכסף רלוונטי בשני מקרים עיקריים:

- (1) יש גופים בינלאומיים שהסיוע שהם נותנים מותנה בהתייחסות לזכויות אדם - הבנק הלאומי.
(2) סיוע חוץ ממעצמות גדולות.

למשל כשבדיה"מ ויגוסלביה התפרקו ונהיו 21 מדינות המעוניינות בהגדרה עצמית. האיחוד האירופי דרש מהם לעמוד בסטנדרטים מסוימים לשם כך, ואחד מהם הוא הצטרפות לאמנות מסוימות.

הליכים פנימיים: למשל כשישראל הצטרפה לאמנה לטובת זכות הילדה, והכינה את הדוח וזה הניע בדיקה פנימית בחוק, גילו שיש הרבה חורים בחוק וזה הניע חקיקה רבה בשנות ה-90.

אמנות אזורים:

- אמנה אירופית להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד, 1950
- האמנה האינטר-אמריקאית לזכויות אדם, 1969
- מגילה אפריקאית בדבר זכויות האדם והעמים, 1981

מאפייני זכויות האדם:

1. אוניברסאליות
2. זכות טבועה
3. יחסיות
4. כלפי כולי עלמא
5. קוגנטיות

להלן ההסבר על כל אחד מהמאפיינים:

1. אוניברסאליות: "סל" בסיסי של זכויות לכל אדם, בכל זמן, מקום ותרבות. לא משנה מה השלטון, לכולם יש את אותן זכויות שבאמנה.

ביקורת על רעיון האוניברסאליות- "יחסיות תרבותית": הזכויות והכללים המוסריים הם תלויי תרבות- ז"א זכויות אדם זה עניין תרבותי, בכל מדינה יש רמה אחרת לזכויות האדם, ולא בכל מקום זהו ערך עליון.

אתגרי היחסיות התרבותית:

בעיה עקרונית: אוניברסאליות משמע אימפריאליזם תרבותי – הפרט לא יודעים שהם נפגעים. **בעיה פרקטית:** איך מבטיחים זכויות- האם להתמקד בתרבות או במופעה.

יש מקרים שאם נגביל משהו בגלל שהוא פוגע בזכויות אדם, זה יפגע במעמדו של הפרט מול החברה שבה הוא שוכן, למשל מילת נשים.

תחולה אקסטרטוריאלית: האמנה מחייבת בשטח בו היא חלה. **השאלה:** כשלמדינה יש שליטה אפקטיבית מחוץ לשטח שלה, השאלה היא מהי התחולה האקסטרטוריאלית בזכויות אדם?

תשובת המב"ל:

חוו"ד נשק גרעיני (1996): זכויות אדם חלות תמיד ובכל מקום, אך משפט הומניטרי זהו דין מיוחד והוא חל על דברים ספציפיים נשגבים כמו הזכות לחיים. **ביה"ד האירופי (1996):** חל בכל מקום שיש בו שליטה אפקטיבית. **חוו"ד הגדר (2004):** מ"י מחויבת עפ"י אמנות זכויות האדם בגדמ"ע (שטח כבוש).

בג"צ- מרעב 0213239: פסה"ד הראשון שבו בג"צ דן בשאלה האם ישראל אחראית על זכויות האדם בשטחים. היה מדובר אודות צווי מעצר במבצע חומת מגן. בג"צ בדק האם הצווים של המפקד הצבאי חוקיים והסתמך בין היתר על האמנה.

2. זכויות טבועות: הרעיון שהזכויות האלה קיימות אצלנו כי אנו בני אדם, והן אינן נוסעות מ"אמנה חברתית" (כמו זכויות אזרח), ואינן מותנות בחובות (תשלום מיסים). הן עוסקות במינימום ההכרחי שלא ניתן לפגוע בו (למשל גם לטרוריסטים יש זכות לחיים), אך הן לא בהכרח מוחלטות.

3. יחסיות: צריך הצדקה מיוחדת כדי להגביל זכויות. גם לקולקטיב יש זכויות. **הכלל- פסקת ההגבלה:** גם באמנות יש פסקת הגבלה, או שבסעיפים מסוימים יש הגבלות. יש טעמים שבגללם ניתן להגביל זכויות. **חריג:** איסור מוחלט על עינויים, אמנות אוסרות על כך באופן מוחלט.

4. כלפי כולי עלמא: חובת המדינה מופנית כלפי כל מדינה לדוגמא- איסור אפליה גזעית, איסור רצח עם. אלו נושאים שעל כל מדינה להיות עם עין פתוחה ולא להיות עיוורת.

לכל מדינה זכות לתבוע ציות ממדינות אחרות, אך זה לא קורה הרבה שמדינות דורשות ממדינות אחרות. יש מיעוט בפרקטיקה לגבי זה.

5. קוגנטיות: אדם לא יכול לוותר על זכותו. מדינה אינה יכולה לפגוע במשפטה הפנימי בזכות מעבר למה שהמב"ל מתיר.

בהתנגשות בין הזכות לבין כללים אחרים, הזכות גוברת לדוגמה - עינויים מול חסינות. **פס"ד פינולה 1999:** רצו להעמיד לדין את ראש עיריית צ'ילה בגלל עינויים והוא טען לחסינות ועלתה השאלה בין עינויים לבין החסינות. ביהמ"ש האנגלי אמר שיש התנגשות בין נורמה קוגנטית לאחרת, והקוגנטית גוברת ולכן אין לו חסינות. במישור הבינלאומי הטענה הייתה שלא מדובר על איסור על עינויים, אלא בזכות של התובע להליך הוגן מול החסינות של הנתבע, וכנראה שהחסינות תגבר.

הרשימה של הנורמות הקוגנטיות: סעיף 4 ל-ICCPR: עינויים, גרם מוות באופן שרירותי, עבדות, אפליה גזעית. בזכויות אלה לא ניתן לפגוע אפילו במצב של שעת חירום.

קוגנטיות אין כוונה לזכויות מוחלטות!!! אפילו זכות לחיים היא יחסית - דהיינו, זכות קוגנטית היא לא מוחלטת, וניתן להגביל אותה עדיין גם במב"ל.

אכיפת מנגנון זכויות האדם:

יש ארבעה קשיים עיקריים:

1. מנגנונים חלשים ולא מחייבים.
2. היעדר הדדיות - אם אחת לא מכבדת זכויות אדם לא מאפשר לעשות זאת באף מדינה אחרת,
3. הקרבת זכויות אדם לטובת אינטרסים אחרים,
4. הפנמה חלקית בלבד של המסרים - מדינות לא תמיד משוכנעות שהן רוצות את המנגנון הזה.

יש ארבע סיבות מחזקות:

1. התחזקות מנגנונים אזוריים - לא מצליח ברמה הגלובלית, אלא באזורים בתוך מדינות,
2. התחזקות משפט פלילי בינלאומי - לא מצליח ברמה הגלובלית, אך תקף לגבי פשיעה בתוך מדינות,
3. אפקט ה-CNN - מוניטין,
4. דמוקרטיזציה במשפט הפנימי - צורך של מעורבות בינ"ל יותר קטן, כי המדינות בעצמן מטפלות בכל העניינים.

נושא ו' - חסינות:

עקרון החסינות: סמכות שיפוט של מדינה בשטחה, על אנשים ונכסים שנמצאים בתחומן. החסינות היא חריג - יש מצבים שמדינה לא תפעיל את החסינות שלה.

סוגי חסינות: חסינות ריבון, חסינות ראשי מדינה, חסינות דיפלומטית.

טעמים בעד החסינות - שלוש סיבות עיקריות:

1. **שוויון בין מדינות** - באופן פורמאלי כל המדינות הן בעלות מעמד שווה, ולכן לא ייתכן שמדינה אחת תשפוט בעניינה של מדינה אחרת, כי זה כאילו היא מעליה מבחינה היררכית.
2. **עצמאות הריבון** - למדינות יש חירות לפעול כראות עיניהן.
3. **פונקציונאליות** - ע"מ לאפשר יחסים תקינים בין מדינות, צריך שתהיה להן חסינות. אף מדינה לא תהיה מסוגלת לתפקד אם תדע שעל כל צעד שתעשה יגישו נגדה תביעה.

טעמים נגד חסינות: פגיעה בזכות הפרט. השאלה היא האם צריך למצוא איזון בין שיקולים אלה.

חסינות מדינה:

המשמעות היא שיש חסינות של מדינות מפני תביעה אזרחית (התביעה היחידה שניתן להגיש נגד מדינה היא אזרחית מבחינת מב"ל) כנגדן בבימ"ש של מדינה זרה (מדובר על חסינות בבתי משפט מדינתיים ולא בינ"ל).

המסמכים שיש בעניין החסינות:

1. אמנת האו"ם בדבר חסינות הריבון- 2004: היא לא בתוקף אך היא משקפת משפט מנהגי.
2. חוק חסינות מדינות זרות, 2008- החוק בישראל.

חוק חסינות מדינות זרות, 2008:

החסינות היא דיונית ולא מהותית- זה חשוב כי על זכויות דיונית מדינה יכולה לוותר, ולפעמים מדינות עושות זאת כשחושבות שהן תנצחנה או רוצות להיראות טוב.

הסדר לגבי הרש"פ: "שר החוץ רשאי לקבוע בצו כי לישות מדינית תהא חסינות אף שמעמדה הבינלאומי אינו עולה כדי מעמד של מדינה"- **המשמעות היא:** שעקרונית לרשות הפלסטינית אין חסינות בבימ"ש כי זו לא מדינה, אך שר החוץ יכול לקבוע שאף שלא מדובר במדינה היא כן יכולה לקבל חסינות.

חריגים לחסינות הריבון- בעבר מדינות נהנו מחסינות רחבה והתפתחה מגמה של צמצום עם הזמן: להלן החריגים במשפט המנהגי ובחוק:

1. פעולה מסחרית - סעיף 10
2. יחסי עבודה - סעיף 11
3. נזיקין - סעיף 12
4. זכויות מקרקעין
5. קניין רוחני
6. משפט ימי

להלן ההסבר על החריגים:

1. **חריג פעולה מסחרית: סעיף 3 לחוק- הכלל:** אין חסינות בפעולות מסחריות במשפט הפרטי.

המבחן המקובל: אופיה של הפעולה:

פס"ד קנדה נ' אידלסון: ממשלת קנדה שכרה דירה מאידלסון, ומר אידלסון הגיש תביעה נגד ממשלת קנדה בגלל עניין שכר דירה. ממשלת קנדה טענה לחסינות, ועלתה שאלה האם על שכירות דירה יש לממשלת קנדה חסינות. **ביהמ"ש אמר:** שהמבחן הקובע הוא אופי הפעולה, ולא מטרתה. מאפיינים את העסקה בתור עסקת שכירות בית, לא משנה הסיבה של אותה שכירת דירה. לפי מבחן זה, שכירות הבית היא פעולה במשפט הפרטי, ולכן אין חסינות וניתן לתבוע את ממשלת קנדה.

מבחן עזר שניתן ע"י ביהמ"ש: בודקים האם הפעולה היא פרטית, כך ששואלים האם אדם פרטי יכל לעשות את אותה פעולה. ז"א האם הייתה יכולה להיות מבוצעת בידי אדם פרטי או שמצריכה שימוש בכוחות ובסמכויות השמורים למדינה? ואם יש מקרה קשה, ניתן להסתכל על מטרת הפעולה בנוסף לאופיה.

2. **חריג הנזיקין: 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 נזקים מוחשיים, וגם אז לא תהא חסינות - לא מתייחסים לשאלה האם זה שלטוני או פרטי. **ראו פס"ד שוחט.**

חסינות בתביעות על הפרת נורמות קוגנטיות:

השאלה: מה היחס בין נורמה קוגנטית לדוגמא- איסור עינויים לבין החסינות. או האם חסינות מהווה הפרה הנורמה הקוגנטית. עניין זה לא לגמרי סגור.

חסיונות ראשי מדינה: לראשי מדינה אין חסיונות במדינה שלהם, אלא החסיונות היא נגזרת של חסיונות המדינה עצמה. החסיונות נועדה לכראשי מדינה ממלאים תפקידם, הם לא יחששו לעשות זאת כי עלולים להיאסר בידי מדינה אחרת.

סוגי חסיונות:

א. פונקציונאלית: כל אורגן של המדינה נהנה מחסיונות בגין מעשים במסגרת התפקיד הרשמי שלו. האחריות הבינ"ל היא של המדינה בלבד.

חסיונות אישית: ראשי מדינה נהנים מחסיונות מוחלטת מפני הליכים אזרחיים או פליליים בעת כהונתם- בגין כל מעשה שהוא.

ולכן הכלל לגבי ראשי מדינה הוא ש: ראש מדינה נהנה מחסיונות מלאה משיפוט בפני בתי משפט לאומיים של מדינה זרה במהלך כהונתו- להלן חסיונות אישית.

לאחר תום הכהונה, החסיונות מוסיפה לחול רק ביחס לפעולות שבוצעו במהלך התפקיד ובמסגרת התפקיד דהיינו, חסיונות פונקציונאלית. החסיונות האישית מוסרת.

מיהו ראש מדינה:

השאלה: ראש מדינה מבחינה חוקתית או בפועל: האם זה ראש מדינה בפועל, או שר חוץ, ראש ממשלה או בעל תפקיד משמעותי אחר? **בפרקטיקה** צריך לאפשר למי שמנהל את המדינה לנהל אותה, ולא משנה איזה בעל תפקיד הוא. **בישראל** מדובר בר"ה, הרמטכ"ל ושר החוץ.

חסיונות באישומים בגין פשעים בינ"ל:

חסיונות אישית של ר"ה המכהן: שרירה וקיימת, גם בדברים האיומים ביותר. **פס"ד קונגו נ' בלגיה 2002.**

הקושי מתעורר כשמדובר על דברים שהמב"ל מגדיר כפשע, ולא רק המשפט המדינתי. יש 3 קטגוריות:

1. פשעי מלחמה - פשעים המבוצעים במהלך מלחמה.
2. פשעים נגד האנושות.
3. רצח עם.

חסיונות פונקציונאלית- הצטמצמות:

פס"ד פינשוה: ספרד ביקשה מהבריטים שיסגירו את פינשוה לידיה, ובשביל כך, העבירה שהועמד עליה לדין בספרד, הייתה צריכה להיות גם עבירה שמעמידים עליה בבריטניה. נאמר בפסה"ד שלפינשוה יש חסיונות פונקציונאלית כי הוא כבר לא ראש מדינה, ולכן לא ניתן להעמידו לדין על דברים שעשה במסגרת תפקידו. אחת הדעות הייתה שכשמדובר בפשעים בינ"ל לא ניתן לומר שזה היה במסגרת התפקיד ולכן ניתן להעמידו לדין.

נושא ז' – האו"ם:

מיהו ארגון בינ"ל:

ארגון בינלאומי/בין ממשלתי- מוקם ע"י מדינות באמצעות אמנה. לארגון הבינ"ל יש מנגנון נפרד ואישיות משפטית נפרדת מהמדינות שמרכיבות אותו. ארגון זה פועל במישור הבינלאומי ואינו כפוף מבחינה משפטית למדינה כלשהי.

ארגון בינ"ל לעומת ארגון שאינו בינ"ל:

ארגון שאינו בינ"ל מוקם במשפט המדינתי. ארגון זה בד"כ ללא מעמד בינלאומי אך יש חריגים: משקיפים במועצה החברתית-כלכלית של האו"ם, הצלב האדום עפ"י אמנות ג'ינבה.

האו"ם:

הרכב: ב-1945 היו 51 חברות באו"ם, ב-1961 היו 102 חברות, ב-2011 היו 192 חברות.

מגילת האו"ם- המסמך שמכונן את האו"ם:

סעיף 1 למגילה קובע את המטרות של האומות המאוחדות:

1. לשמור על שלום וביטחון בינלאומיים (המטרה החשובה ביותר!)
2. לטפח יחסי ידידות בין אומות על בסיס עקרון שוויון זכויות והגדרה עצמית של עמים
3. להגיע לידי שיתוף פעולה בינלאומי בפתרון בעיות בינלאומיות בעלות אופי חברתי, כלכלי או הומניטרי, ושיתוף פעולה בינלאומי בקידום זכויות אדם
4. להיות מרכז לתיאום הפעולות להשגת יעדים

סעיף 2 למגילה - עקרונות הפעולה הקבועים במגילת האו"ם:

1. איסור השימוש בכח- סעיף 2 (4). מנגנון הביטחון הקולקטיבי וחריג ההגנה העצמית.
2. אי התערבות בעניינים פנימיים- המערכת הבינ"ל מנועה מלהתערב בעניינים פנימיים של מדינות. אך יש לכך חריג- סעיף 2 (7)- איסור התערבות.
- הערה: מגמה של פרשנות מצמצמת לאיסור ההתערבות: כלומר המערכת הבינ"ל חודרת יותר ויותר לעניינים פרטיים של מדינות.

סעיף 4 (1) למגילה - חברות באו"ם:

סעיף זה קובע שרק מדינות יכולות להיות חברות באו"ם.

- תנאי קבלה:** מדינות שוחרות שלום המקבלות על עצמן את התחייבויות המגילה ומסוגלות ומתכוונות למלאן. צריך:
1. המלצת ממועצת הביטחון.
 2. הצבעה בעצרת ברוב 3/2, כדי להתקבל לאו"ם.

גופים שאינם מדינה ייחשבו במעמד של משקיף (למשל אש"ף).

סעיף 6 למגילה - ניתן לגרש מדינה מהאו"ם:

לעולם לא גירשו מדינה, אך סירבו לקבל כתב האמנה, למשל דרום אפריקה.

המוסדות העיקריים של האו"ם:

1. העצרת הכללית
2. מועצת הביטחון
3. ביה"ד הבינלאומי
4. המועצה החברתית כלכלית
5. המזכירות והמזכ"ל

חוקת רומא:

סעיף 5(1) לחוקת רומא - העבירות שבגינן ניתן להעמיד לדין בביה"ד הפליל:

1. סעיף 2 לחוקת רומא: עונשים עד 30 שנות מאסר.
2. סעיף 5 לחוקת רומא: תוקפנות- לא כל חייל שיצא למלחמת תוקפנות הוא פושע פוטנציאליים. הגדרה של תוקפנות לא נכנסה עדיין לתוקף, ואם היא תיכנס זה יהיה אולי ב2017.
3. סעיף 6 לחוקת רומא: רצח עם/גינוסייד - 5 פעולות ספציפיות
4. סעיף 7 לחוקת רומא: פשעים נ' האנושות
5. סעיף 8 לחוקת רומא: פשעי מלחמה.

עקרונות הפעולה של ה-ICC (ביה"ד):

ביה"ד מטפל בפשעים החמורים ביותר של הקהילה הבינ"ל. ראוי שהוא לא יתעסק בזוטות. זה לא המקום להעמיד בו מאסות של פושעי מלחמה. הרעיון הוא שזה יהיה אנשים מהדרג הגבוה ביותר

במדינה רגילה יש ביה"מ, תביעה, סגוריה ציבורית וכולם נפרדים. לעומת ה-icc שזהו ביה"ד המכיל את כל הזרועות ייחג. לכן, יש עצמאות של התובעים והשופטים. מדובר באנשים מאוד מקצועיים ויש חלוקה למינוי שופטים בהתאם לסוגי העבירות, כדי שיהיה ייצוג ראוי לכל העולם- יש העדר כפיפות.

ס' 19-17 לחוקת רומא: ביה"ד פועל כשמערכת המשפט המקומית אינה רוצה או יכולה להעמיד לדין.

גם כאשר ביה"ד קנה סמכות שיפוט, אין זה מחייב שכל מקרה יכנס בשעריו של ביה"ד. יש פונקציה שנקראת "משלמות"- ביה"ד אמור להיות שיווי ביחס למדינות השונות כי למדינות יש זכות סירוב ראשונה. ביה"ד לא יעמיד לדין כשיש מדינה שיש לה סמכות והיא מטפלת בעניין, לאור העובדה שלמדינות יש מנגנונים טובים יותר, משאבים רבים יותר, והיכרות טובה יותר. **אבל**, ביה"ד הוקם בידיעה שמדינות לא תמיד רוצות או יכולות.

הדרכים להגיע לשיפוט בביה"ד הוא:

1. כשהמדינה לא רוצה או לא יכולה.
2. כשהמדינה לא עושה משפט צדק.

פרשת קנייה - 2008: הרגו המון אנשים בקנייה והתובע של ביה"ד (icc) החליט לחקור את הנושא. לאור המצב, רצו לחקור בכירים בקניה. קניה ניסתה לטעון שזה לא קביל כי המדינה כבר חוקרת. ביה"ד אמר שזה כן קביל כי התובע חוקר אנשים אחרים בכלל.

הדרך שבה מפקחים על התובע בביה"ד:

1. ערכאה שיפוטית: שבודקת את התובע, כדי שהוא לא יהיה פוליטי. אם התובע מחליט להעמיד לדין זה בסדר, אבל אם הוא מחליט שלא, יש מערכת שיפוטית שצריכה לאשר זאת, כדי למנוע פוליטיזציה. אם החקירה נובעת מהתובע אז הוא חייב אישור של הערכאה.

ראו פרשת המרמרה: אם ישראל לא תחקור את מה שקרה, יכול להיות שיהיה גורם פוליטי שיעשה זאת. אם יראו שישראל חקרה את העניין כמו שצריך, ביה"ד לא יתערב.

מאפיינים נוספים ל-ICC:

- **סעיף 29 לחוקת רומא - ב-ICC אין התיישנות והולכים רטרואקטיבי:** גם בעוד 100 שנה יוכלו להעמיד לדין על מה שקרה היום.
- **סעיף 27 (1) לחוקת רומא - אין חסינות לראשי מדינה ושאר נושאי תפקידים:** אין חסינות לאף אחד.
- **סעיף 33 לחוקת רומא:** ג'נוסייד זו בכלל פקודה בלתי חוקית בעליל, משמע - אסור לשום חייל לבצע אותה כי אין הגנה במקרה דנן גם אם צייתת לפקודה מגבוה.
- **סעיף 28 לחוקת רומא - אחריות של מפקדים בכל ההיררכיות:** יש אחריות לכל החיילים, גם הזוטרים ביותר, וחיילים לא יוכלו לומר שהם רק מילאו פקודה בלתי חוקית. יש אחריות ישירה וגם שילוחית - ידע והיה עליו לדעת.

האפקטיביות של ה-ICC ופתרון הבעיות הלכה למעשה:

- **שיפוט רטרואקטיבי:** ה-icc קצת שיפר את המצב ויש יותר שיפוט רטרואקטיבי. התחולה היא פרוספקטיבית. העבירות של שנשפוטות ב-ICC משקפות משפט מנהגי.
- **צדק של מנצחים:** לא אמור להיות מצב שמעמידים לדין רק את המפסידים מהסיבות הבאות:
 - יש מוסד קבוע.

- ההרכב הבינ"ל ייצוגי בביה"ד.
- עקרון המשלימות.

מצב ה-ICC כיום:

- היום יש כ- 2000 פניות פרטיות מכ- 100 מדינות לגבי כ-140 מדינות.
- המצבים בטיפול הם בעיקר לגבי אפריקה.

ישראל וה-ICC - ניסוח חוקת ביה"ד:

חתימה ומשיכת החתימה ע"י ישראל: ההיגיון לכך היה, שכשניסחו את חוקת ביה"ד היו נושאים אשר לא היו מוסכמים על ישראל אך כדי להשתתף במו"מ חייבים להביע מוכנות לאמנה. לכן, ישראל קודם חתמה ואח"כ משכה את חתימתה- דוגמא לחוסר הסכמה בין ישראל לביה"ד היא הדרך שבה הגדירו תוקפנות- אמרו שתוקפנות זו עבירה אבל יגדירו אותה בהמשך. ישראל לא הייתה מוכנה לכך אך חתמה בשביל להשתתף.

הבעיות:

1. העבירות בחוקת ביה"ד הן עבירות של המשפט המנהגי. יש כמה חריגים, ואחד מהם הוא ההתנחלויות. אמנת ג'נבה הרביעית אומרת שהעברת אוכי' לשטח כבוש זהו דבר אסור, וכנראה זה מתייחס להתנחלויות בהתאם לסעיף **8 (2) לאמנה** אבל- אין זה פשע פלילי.

2. בפרוטוקול של האמנה, הפכו את זה לשטח פלילי, אבל ישראל אינה צד לפרוטוקול. אז נכון שבמב"ל יש היום פשע פלילי של העברת אוכלוסיה- אך לא ברור אם זה פשע גם במשפט המנהגי.

תגובת ישראל לסעיף 8(2) לאמנת ג'נבה ה-4:

אחת הטענות של מ"י היא- שלא מדובר בהעברת אוכלוסיה לשטח כבוש של המדינה, כי ההעברה נעשית ע"י האזרחים עצמם ולא ע"י המדינה. לאור טענה זו תוקן הסעיף הבא:

תיקון סעיף 49 לאמנת ג'נבה: עקב טענת ישראל תוקן הסעיף לעיל והוכנסה לו המילה "בעקיפין". כלומר, העברה של האוכלוסיה לשטח הכבוש הינה במישרין או בעקיפין- אזי אומר שגם במידה ואוכלוסיה עוברת בעצמה לשטח הכבוש- מדובר עבירה.

פס"ד אלון מורה: העניין לעיל הגיע לדלתות ביהמ"ש שקבע: שנושא זה אינו שפיט- כי מדובר בהחלטה פוליטית. חששות ביהמ"ש:

- חשש מדיון בסיכול ממוקד, הריסת בתים וכו'.
- חשש ממניפולציה.

למרות האמור, ביהמ"ש פסק שאין אפשרות להפקיע אדמות של הפלסטינים לטובת צרכים פרטיים.

לסיכום - המגמות:

1. אכיפה גוברת של אחריות אישית פלילית: המב"ל שמח כשהמנגנונים המדינתיים לא עובדים. לאסור על מדינה לעשות דברים זה לא אפקטיבי, אז התפיסה היתה ללכת לאנשים הספציפיים וזה אולי ירתיע אותם.

2. יש יותר קולקטיביזציה: הקהילה הבינ"ל עובדת יותר ביחד, להבדיל ממצב שכל מדינה עובדת לבד. הרעיון שלמנגנון הקולקטיבי תהיה לגיטימציה, כדי שיפעל.

3. יש ניסיון למנוע פוליטיזציה. יש לזה מגבלות.