

צ'ק ליסט - משב"ל פומבי

חלק א' - יסודות המשפט הבינלאומי

התפתחות היסטורית ומאפיינים כלליים

מהו משב"ל?

- הגדרת משב"ל - כללים מחייבים שחלים בין אישיות משפטיות מוכרות במישור הבינלאומי.
- חל על אישיות משפטיות בינלאומיות (מדינות, ארגונים בינלאומיים/ בין מדינתיים), אישיות משפטית מוגבלת (אש"ף).
- לא חל בצורה ישירה על הפרט (שכפוף למשטר המדינתי), לעיתים חלים כללי המשב"ל בין מדינה לפרט (דיני זכויות אדם).
- משפט של תיאום ושיתוף בניגוד למשפט הפנימי שהוא ברובו של כפייה (רוזן).

מאפיינים מוסדיים

- **רשות מחוקקת** – אין יש רק את העצרת הכללית של האו"ם אבל החלטות לא מחייבות, מועבי"ט כללים מחייבים שמזכירים חקיקה.
- **רשות שופטת** – רק בהסכמת שתי המדינות שהנשוא ידון בבית המשפט, בעלי סמכות מוגבלת.
- **מבצעת** – אין, נעשית ע"י המדינות עצמן.

התפתחות היסטורית

שלב ראשון – מהמאה ה-15 ועד 1648 (כריתת הסכם וסטפליה)

- היחלשות האימפריה והכנסייה, מתוך כך צומחת המדינה הריבונית
- גידול משמעותי במסחר ימי בינ"ל וגילוי ארצות חדשות
- תורת המשפט השולטת היא של המשפט הטבע, חוקים אוניברסליים
- תפיסת המלחמה הצודקת – עמידה בכללים או אמות מידה מוסריים כדי לצאת למלחמה

שלב שני – 1648-1918 – התקופה המודרנית (בן נפתלי ושני)

- עליית המדינה הריבונית בעקבות מלחמת 30 השנה, כונן סדר חדש של קבילה בינלאומית
- המדינות נחשבות בעלות מעמד שווה
- תקופה קולוניאלית, מאזן אימה
- תורת משפט פוזיטיביסטית, דין נובע רק מהסכמת המדינה
- רעיון המלחמה הצודקת נשלל והמלחמה נתפסת כזכות ריבונית של המדינה

שלב שלישי – התקופה בין ייסוד חבר הלאומים בסוף מלחה"ע ה-1 ועד סוף המלחמה הקרה

בתחילת שנות ה-90 - התקופה המודרנית המאוחרת (בן נפתלי ושני)

- בעקבות המלחמות העולם הקומות מוסדות בינ"ל, ביניהם חבר הלאומים והאו"ם. דגש על הגבלת מדינות
- בעקבות מלחה"ע השנייה יש התנגדות לפוזיטיביזם טהור וחזרה לתפיסה משוכללת שמכירה בזכויות אוניברסליות
- אי הסכמה בין גושים שמביא לשיתוק מוסדות בינ"ל
- התמוטטות של האימפריות הגדולות, דה קולוניזציה.

שלב רביעי – אחרי המלחמה הקרה ועד היום – התקופה הפוסט מודרנית (בן נפתלי ושני)

- גלובליזציה מואצת, השיתוק משתחרר ונכרתות אמנות יחד עם ריבוי גורמים שהם לא מדינות במערכת הבינ"ל
- התפתחות זכויות אדם, ריבונות מדינית היא לא מוחלטת
- הקמת טריבונלים והתפתחות המשב"ל הפלילי

תהליכי הגלובליזציה של המשפט הבינלאומי (בן נפתלי ושני)

- תחום דיני השימוש בכוח – ניסיון להרחיב להצדקה להפרת זכויות אדם.
- תחום הדין ההומניטרי – חל היום גם על סכסוכים פנים מדינתיים.
- תחום דיני זכויות אדם – טשטוש האבחנה בין מלחמה לשלום, בזמן קונפליקט חלים דיני זכויות אדם והדין ההומניטרי.
- תחום הדין הבינלאומי הפלילי – האדם בנושא במרכזי של השיח המשפטי, טשטוש הגבולות בין קונפליקט פנימי ובינלאומי דרך מיסוד תהליכים שיפוטיים והפעלת סמכויות שיפוט.
- תחום דיני יישוב הסכסוכים – ריבוי מוסדות שיפוטיים.

תהליכים במאה ה-20 שהשפיעו על המשב"ל (רוזן)

- המהפכה התעשייתית – האיצה את תהליכי הדמוקרטיזציה, חיפוש משאבים ע"י כיבוש שטחים והתעצמות הצבא. מעבר מוגבר בין מדינות ודיני סחר ביניהן.
- פריחתה של העבודה המאורגנת – העלתה את הסוציאליזם, חוקי עבודה ברמה הלאומית והבינלאומית.
- ועידת הצלב האדום הראשונה ב-1864 – השתתפו 26 מדינות ואימצו בה את אמנת ז'נבה הראשונה.
- חלופה למלחמה – בורות, יישוב סכסוכים.
- ראשיתם של ארגונים ממשלתיים בינלאומיים, הרחיבו התקשרות בינלאומית בין מדינות ובני אדם.

האם המשב"ל הוא משפטי?

- ביקורת פוזיטיביסטית – אוסטין, המשפט הוא פקודה שנקבעת ע"י הריבון במלווה בסנקציה על הפרתה, נראה שלא עולה לכדי משפט.
- גישת "המגננה הכפולה" של הנקין – המשב"ל צבר כללים שהפכו אותו למערכת משפטית יחד עם חשיבה על מהות ואיך הוא בא לידי ביטוי.

למה מדינות מצייתות למשב"ל?

- חשש מתוצאות מיידיות – סנקציות ממדינות אחרות, הדידות, יציבות
- לגיטימציה ומוניטין – שמירה על מוניטין של מנהיגים ומדינות ומוניטין מוסרי (לחץ חברתי)
- מנפוי לחץ פנימיים – דעת קהל, הנורמה הבינ"ל יכולה להפוך לחלק מהדין הפנימי

מקורות המשפט הבינלאומי

ס'38 לחוקת ביה"ד ICJ קובע מה הוא מקור משפטי במשב"ל

מקורות מחייבים

- אמנות
- משפט מנהגי
- עקרונות משפט כלליים – עקרונות משפט משותפים לשיטות המשפט השונות, מאפשרים מילוי לקונות (תום לב, דיני ראיות, כללי הדיון ההוגן, היעדר משוא פנים, כללי אחריות בנזיקין, אחריות שילוחית, כללי פרשנות לוגיים של מסמכים, כללי יושר) **(סיביל)**.

מקורות מנחים

- החלטות שיפוטיות - כוללות החלטות של בית הדין הבינלאומי בהאג, בהחלטות של בתי דין בינ"ל אחרים כגון הטריבונל הבינ"ל של דיני הים ובתי הדין הבינ"ל לפשעי מלחמה. הביטוי כולל גם החלטות של וועדות בוררות בינלאומיות והחלטות של בתי משפט מדינתיים המתייחסות למשפט הבינלאומי. החלטות שיפוטיות להבדיל משלושת המקורות הראשיים, אינן יוצרות משב"ל אלא מסייעות באיתור ובזיהוי. עם זאת, הקו המפריד בין המקורות הראשיים והמקורות המשניים אינו ברור תמיד.
- כתבי מלומדים
- משפט רך (סיביל) – הצהרות לא מחייבות של וועדות בינ"ל, לפעמים נוהגים לפיהן למרות שאין חובה לכך.

***אין היררכיה חד משמעית, נבחנים לפי מידת ספציפיות ועוצמת הסכמה.** בד"כ נחפש קודם הסכם בין המדינות ובהיעדר הסכם נחפש במשפט המנהגי ובמשפט הכללי.

בסתירה בין כללים משפטיים מאותו סוג, נבחן ע"י החלת כללי הכרעה: (בן נפתלי ושני)

- נורמה מאוחרת מבטלת מוקדמת לה
- דין ספציפי גובר על דין כללי
- נורמה מאוחרת וכללית לא מבטלת נורמה מוקדמת וספציפית אלא אם ברור שזאת הייתה הכוונה

עקרון הלוטוס וההשקפה המסורתית

- גישה פוזיטיביסטית – מקור מתקיים אם מדינות מסכימות לו
 - גישה וולנטריסטית – מדינות ריבוניות מחויבות לכללים שלהם הם מסכימות בפועל
 - עקרון הלוטוס הוא ביטוי וולונטריזם, אם אין נורמה במשב"ל האוסרת משהו, אפשר לעשות אותו. יש למדינות חופש לפעול.
- אותגר ע"י שתי טענות:
1. טענות שנובעות מתפיסה של זכויות אדם – הפרט קודם לריבונות המדינה
 2. קשה לומר שיש דברים שהמדינה לא הסכימה אליהם במשב"ל, היא חלק מהאו"ם וחתמה על הסכם כללי.

היכן מאתגרים את המשב"ל (סיביל)

- איתור נוסח הסכמים
- איתור משפט מנהגי – ספרי משפט, ספרות כללית, אמנות.
- הוועדה למשפט בינלאומי ICL – פועלת בחסות האו"ם ומנסחת טיוטות להסכמים

דיני אמנות

אמנות - כללי

- אמנות הן חוזים בינלאומיים והבסיס לחובת הקיום שלהן הוא המנהג לפיו "הסכמים יש לקיים"
- מחייבות רק מדינות שהן צדק להן
- מייצגת בד"כ הסדר ספציפי ומפורש, ההסכמה כוללת אקט פוזיטיבי מטעם המדינה (בן נפתלי ושני).
- יש להבחין בין אמנות דו צדדיות לבין רב צדדיות
- **יש להבחין בין:**
- **אמנה דקלרטיבית** - משקפת דין מנהגי, מחייבת את המדינות החתומות עליה ולעיתים את כל המדינות.
- אמנה קונסטיטטיבית - יוצרת כלל משפטי נורמות וחוקים חדשים, לא מחייבת את מי שלא חתום.

אמנת וינה - אמנת האמנות

2' מגדיר מה היא אמנה

- הסכם בכתב - מפגש רצונות
- כינוי המסמך - לא מחייב שיקרא אמנה אבל מסייע (סיבל)
- הצדדים הם מדינות (לפי ס'3 יכול להיות גם בין מדינה לארגון)
- כפופה למשב"ל

11'ס - הצטרפות לאמנה

- חתימה - אקט של שר החוץ או שגריר
- חתימה ואשרור - תהליך דו שלבי, רק לאחר האשרור מחייבת (הפרדת רשויות)
- הצטרפות - בד"כ נקבע תאריך אחרון ומי שמצטרף אחרי זה באופן חד צדדי (סיבל)

18'ס - עולה חובה לאחר חתימה ובטרם האשרור לא לפעול נגד תכלית האמנה

19, 20, 21'ס - הסתייגות מאמנה

- אי אפשר לתחום ולהסתייג מכל אמנה
- ניתן להסתייג רק מחלק מהאמנה בעת החתימה אבל לא מהתכלית
- אסור להסתייג מהוראות דקלרטיביות
- הסתייגות היא הדדית
- האמנה יכולה לאסור על הסתייגות

יחס בין אמנה למנהג

- אמנות רבות הן מקור למשפט מנהגי ולהיפך.
- אמנה מחייב רק את הצדדים לה ומנהג מחייב את כולם (לשים לב להבדל בין אמנה הצהרתית ומכוננת).

שלבי כריתת האמנה: משא ומתן, חתימה ואשרור (סיבל)

- מי מוסמך לייצג מדינה קבלת אמנה? ראש מדינה, רה"מ, שר חוץ
- שפות – אם זו צדדית של שני הצדדים, רב צדדית בד"כ ב6 השפות הרשמיות של האו"ם. בכל מקרה כל הנוסחים שווים תוקף ובעת יישוב סתירות יד מעמד מיוחד לשפה בו נוסחה הטיוטה הראשונה ומתן עדיפות למשמעות המיטיבה (סיבל).
- פרישה מאמנה – ניתן לקבוע באמנה שלא ניתן לפרוש ממנה. אולם, רוב האמנות המודרניות כוללות הוראות מפורשות המאפשרות למדינה לפרוש מהן תוך מתן הודעה מראש של תקופה הנקבעת באמנה. בהיעדר הוראה שכזו, יש לבדוק את אופי האמנה ולברר אם ניתן להסיק מכללא שניתן לפרוש ממנה.
- שינויים ותיקונים – בדו צדדית רק אם שני הצדדים מסכימים, ברב צדדית בהיעדר קביעה מפורשת רוב המדינות יכולות להחליט על שינוי אבל מתייחסים אילו כאמנה חדשה.
- נקבעים מנגנונים פיקוח
- סיום תוקפה של אמנה – אמנה מגיעה לסיומה בהתאם להוראותיה או בהסכמת כל המדינות שהן צד לאמנה. בהיעדר אחד מאלו, האמנה ממשיכה להיות בתוקף.
- תחולה טריטוריאלית - בהיעדר הוראה או כוונה אחרת באמנה, אמנה חלה בשטח הריבוני של מדינות שהן צד לה.
- צד שלישי לאמנה - הכלל הוא שאמנה אינה יכולה להטיל חובה כלשהי על מדינה שאינה צד לאמנה, אלא אם אותה מדינה שלישית מסכימה לכך. החריג לכלל זה הוא אמנה המשקפת כללים של מנהג בינלאומי, בין אם המנהג קיים כבר בעת הכריתה ובין אם הוא מתגבש במהלך הזמן שלאחר הכריתה.
- רישום והפקדה - ס'102 למגילת האו"ם מחייב רישום של כל אמנה במזכירות כדי למנוע הסכמים סודיים.
- תרופות בנין הפרה: השבה, פיצוי כספי, השעייה/ביטול אמנה, צעדי תגמול.

אמנה בטלה ואמנה הניתנת לביטול (סיבל)

אמנה בטלה מעיקרה אם הפגם שדבק בה בעת עשייתה כה חמור שיש לשלול את תקופה. בהתקיים אחת מהנסיבות הבאות:

- הרואות אמנה סותרות את הוראותיה של מגילת האו"ם
- איום או שימוש בכוח בלתי חוקי כדי להשיג את האמנה
- שימוש באמצעי כפייה כלפי נציג המדינה כדי להשיג הסכמה
- אמנה הנוגדת כלל בל יעבור של המשב"ל

המשב"ל מכיר בזכות של צד לאמנה להביא לביטול בנסיבות מסוימות:

- אם ההסכמה נבעה מטעות עובדתית מהותית
- אם המדינה הונעה לכרות את האמנה ע"י מרמה
- אם חל שינוי יסודי מהותי ולא צפוי בנסיבות
- אם לא ניתן לבצע את הוראות האמנה לאוד היעלמות/השמדה של חפץ הכרחי לביצועה
- אם הסכמת המדינה ניתנה תוך הפרה גלויה של הוראה בעלת חשיבות יסודית בדין המדינתי
- אם הסכמה המדינה הושגה ע"י מתן שוחד לנציגה
- אם נעשה הפרה מהותית אל אמנה דו צדדית צד מדינה אחת

פרשנות אמנות

ס'31 משמש כסעיף הוראה כללית לפרשנות

- (1) אמנה תפורש בתום לב, לפי המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה בהקשרם ולאור נושאה ומטרתה
- (2) ההקשר יכלול בנוסף על הנוסח – כל הסכם הקשור באמנה, כל מסמך שנעשה ע"י המדיות החברות באמנה בעת כריתתה
- (3) יחד עם ההקשר יובא בחשבון כל הסכם שלאחר מכן הנוגע לפרשנות או החלת הוראותיה
- כל נוהג שלאחר מכן בנוגע לפרשנותה
- כל כלל של המשב"ל השייך לעניין שהוא בר החלה

ס'32 מכיל דרכי פרשנות נוספות

- במקום שבו הפרשנות לפי ס'31 מובילה לפירוש מעורפל או תוצאה שהיא בלתי סבירה אפשר להסתמך על עבודות ההכנה לאמנה.

דין קוגנטי

- ישנם כללים של המשב"ל ישיש להם מעמד של דין קוגנטי שלא ניתן לסטות מהם
- ס'53 קובע שאמנה בטלה אם היא עומדת בסתירה לנורמה עליונה של המשב"ל
- מה נחשב היום דין קוגנטי?

- איסור על תוקפנות
- איסור על רצח עם
- איסור על עינויים
- איסור על עבדות

- כדי להיחשב כלל קוגנטי הכלל צריך להתקבל באופן אוניברסלי ולהוות מחויבות משפטית בסטנדרט גבוה ביותר.

המנהג

המנהג - כללי

- המקור הקדום ביותר של המשב"ל, התנהגות מעידה על הסכמה ויוצאת ציפייה לגיטימית
- הגישה העיקרית להצגת המנהג כמקור משפטי היא שהתנהגות מסוימת לאורך זמן יוצאת הבטחה להתנהגות עתידית שניתן להסתמך עליה.
- יש להבחין בין מנהג לכללי טקס ונימוסין (סיבל).
- המנהג יכול לחייב מדינות שלא בהכרח הסכימו ואפילו כאלה שלא היו קיימות כשנוצר או שלא היו מודעות אליו.

צידוקים לתחולת מנהג על מדינות שלא היו קיימות:

- כשמדינה רוצה להצטרף ל"מועדון" היא מסכימה לקבל את הכללים
- טיעון ההגנות – מדינה שרוצה להנות מזכויות חייבת לעמוד בחובות

איך נוצר מנהג?

- דוגמת השביל בשדה

- **אלמנטים של מנהג מחייב:**

1. נוהג כללי בפרקטיקה מדינית – יסוד פיזי - ממושכת עקבית וכללית (פרשת המדף היבשתי)

- ההתנהגות יכולה להיות פיזית או לבוא לידי ביטוי בהעלאת דרישה ממדינה אחרת או כתגובה לדרישה.
- כוללת הצהרות רשמיות, החלטות ביהמ"ש וחקיקה.
- יכולה להיות פסיבית הבאה לידי ביטוי בהשלמה עם המצב הקיים.
- **ממושכת** – יש צורך בהוכחה ברורה שהפרקטיקה של מדינות היא נרחבת בצורה אחידה.
- **מס' מדינות** – צריך לבחון את המדינות הנוגות לעניין ולא כל המדינות, יכול להיות אזורי (סיביל).
- **עקביות** – רק אי עקביות ממושכת יכולה לשנות מנהג, אין צורך בעקביות מושלמת (ניקרגואה).
- **משך הזמן** – אין קביעה לגבי משך הזמן, זמן קצר לא שולל (פרשת המדף).
- **כלליות** – ככל שכלל אחד מתקיים בצורה מובהקת הדרישה לשאר הכללים גמישה יותר - מבחן שמיושם בדיעבד (סיביל).

2. ראיה שפרקטיקה התקבלה בבחינת דין – יסוד נפשי

- התקבלה בתור דין, תחושת מחויבות משפטית *juris opinion*, התנהגות אחרת תהווה הפרה של נורמה מחייבת.
- ייתכן והצבעה בעצרת הכללית תהווה ביטוי לתחושת מחויבות (פרשת ניקרגואה).
- לא חייבת להיות אוניברסלית, רוב מכריע ואין הרבה מתנגדות.

- פעם הייתה דרישה לאלמנט פיזי, היום גם התבטאויות יכולות להיחשב כפרקטיקה (הצבעות באו"ם).
- **פרשת ניקרגואה** – כשמדינה מפרה כלל מסוים ומכחישה שהיא הפרה את הכלל זה מחזק את קיומו של הכלל.

חריג המתנגד העקבי

מדינה יכולה להוציא את עצמה מהמנהג אם היא מבטאת התנגדות עקבית במהלך שלבי היווצרותו לפני שהוא הופך למחייב.

בעיות שעולות ממנהג

- לא ברור מתי נוצר, יש קושי לאתר (סיביל)
- מה קורה כשמפרים מנהג בצורה חד פעמית עקבית
- איך משנים מנהג (עינויים – האם שימוש תדיר מצביע על שינוי במנהג?)

איתור מנהג (סיביל)

- מסמכים רשמיים, הצהרות רשמיות, מסמכי עמדה, פסדי דין, חוקים ופקודות.
- לעיתים נדרשים ביה"ד לקבוע אם קיים, לא מייצרים אותו אלא רק מצהירים עליו.
- כיום יש מגמת קודיפיקציה של מנהגים.

הצהרה חד צדדית (סיביל)

- הצהרה מדינית בד"כ לא יוצאת מחויבות משפטית ומדינה יכולה לשנות את דעתה באשר למדיניות חוץ.
- כדי שהצהרה חד צדדית תיחשב למחייבת המדינה צריכה לפעול מתוך כוונה ליטול על עצמה התחייבות משפטית.
- ביה"ד קבע שיש לבחון מי הסתמך על ההצהרה ובאיזו מידה בפרשנות מצמצמת.

היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט המדינתי

קליטת המשב"ל בדין הפנים מדינתי

- המשב"ל לא קובע את אופן הקליטה שלו בין הפנימי, יכול להתקבל בדרגים שונות.
- **ס'27** לאמנת וינה קובע שמדינה לא יכולה להסתמך על כלל פנימי כדי להצדיק את אי ביצוע האמנה.
- חריג לסעיף נמצא בס'46 – אלא אם ההפרה הייתה מובהקת והדין הפנימי שהופר הוא בעל חשיבות עליונה. מבחן אובייקטיבי.

נישות למעמד המשב"ל בדין הפנימי

- גישה מוניסטית/ המוניזם – נורמה מהמשב"ל הופכת אוטומטית לחלק מהדין הפנימי. הדין הפנימי הוא יציר של הדין הבינלאומי ולכן המשב"ל גובר, נחשב נורמה גבוהה יותר. מאפיין מדינות עם מסורת קונטיננטלית. בעיות: מתעלם מהשוני בין מדינות ואיך הן מחוקקות.
- גישה דואליסטית/ דואליזם – הפרדה טוטלית בין המשב"ל שמחייב את המדינה כלפי חוץ לבין המשפט הפנימי שלה. כדי שהמשב"ל יהווה דין פנימי הוא צריך לעבור בחקיקה (הפרדת רשויות). בעיות: מתעלם מדברים שאמורים להיות אוניברסליים כמו זכויות אדם.
- ברוב המדינות כיום יש תפיסה מעורבת.
- ברוב המדינות הרשות המבצעת חותמת על האמנות, לעיתים נדרש גם אישור פרלמנט.

המשב"ל והמשפט הפנים מדינתי בישראל

בישראל אופן הקליטה מוסדר בפסיקה ולא בחקיקה:

- שטיינברג נ' היועמ"ש – נקבע עקרון עליונות הדין הפנימי, לא משתמשים בחוק בינ"ל שמנוגד לדין הפנימי. אם נדרשת פרשנות ישתדלו לבצע אותה בהתאם להוראות המשב"ל. גישה המכונה חזקת ההתאמה הפרשנית = כאשר יש שני פירושים אפשריים לחוק ביהמ"ש יבחר את זה שעולה בקנה אחד עם המשב"ל.
- בסיוני – החזקה חלה לא רק כלפי אמנות שישראל צד להן אלא גם כלפי הדין המנהגי
- עפו נ' מפקד כוחות צה"ל – יש להתייחס לתכלית של ס'49 שהיא למנוע מעשים כמו של הנאצים של טיהור אתני, היא לא קשורה ליחידים שפוגעים בביטחון המדינה.
- קו לעובד – ביהמ"ש פירש את סמכות שר הפנים וקבע כי יש פגיעה בזכויות יסוד. התייחס גם ל 2 אמנות שישראל חתמה עליהן: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות והאמנה בדבר עובדים מהגרים.
- אדם נ' הכנסת – מבחינת המדרג הדין הבינלאומי ייגבר על חוק פנימי שסותר אותו מפורשות בגלל פרשנות חוק היסוד – ביהמ"ש לא הכריע בסוגיה בדבר פרשנות של חוק יסוד למשב"ל.
- מראעבה נ' רוה"מ - ביהמ"ש קובע כי הבדלי הגישות בינו לבין ה - ICJ לא נובעות מהבנות שונות של הדין, יש הבנה שונה של העובדות: בין היתר ישראל החרימה את הדיונים בנושא בהאג ולכן ביהמ"ש טען כי אין ל - ICJ את כל האינפורמציה הנדרשת. ביהמ"ש ייתן לחוות הדעת משקל פרשני ולא דבר מחייב ולכן ע שוי הוא להגיע למסקנות שונות.

- **יתד נ' משרד החינוך** - ביהמ" ש קבע כי לא נקבע מפורשות שהחינוך ימומן על ידי המדינה אבל לנוכח הזכויות לחינוך ולשוויון והמשפט הבינ"ל והתכלית הפרטיקולרי של החוק, המסקנה המתבקשת שחובת המימון של המדינה חלה גם על מוסד רגיל .

- בישראל נקבע שהמנהג הבינ"ל הוא אוטומטית חלק מן המשפט הישראלי. אין צורך באקט של קליטה, כלומר אין צריך שהמחוקק הישראלי יפעל אקטיבית – אלא זה חל ותקף ישירות במשפט הישראלי, סוגיה זו הוכרעה בימיו הראשונים של בית המשפט העליון בפס"ד שמשון נגד היומעי"ש משנת 1949 (לפידות).

- העליון קבע מספר פעמים שאמנה קונסטיטוטיובית אינה נקלטת אוטומטית לתוך המשפט הישראלי (לפידות).

הדרכים לקליטת אמנה (לפידות)

- חקיקה ראשית ספציפית, למשל חוק תחבולה אווירית שהחיל כללים בדבר תובלה בינלאומית באוויר. כלל הממשלה נמנעת מלחתום על אמנות ללא אישור הכנסת כדי למנוע סתירות.
- חקיקה ראשית כללית הקולטת אמנות בתחום מסוים – למשל אמנת הדואר.
- חקיקה ראשית שתחולה תלויה בקיום אמנה – למשל בתחום ההסגרה.
- קליטה ע"י תקנות למשל חסיונות ששר החוץ יכול לתת.

חלק ב' - השחקנים במשפט הבינלאומי

המדינה במשפט הבינלאומי והזכות להגדרה עצמית

ארבעת התנאים לקיום מדינה (אמנת מונטווידאו)

- אוכלוסייה קבועה - לא משנה הגודל
- שטח מוגדר – ייתכנו סכסוכים גבולות
- ממשלה – ממשלה אפקטיבית ועצמאית, נדרשת מידה מסקת של יציבות פנימית שנהנית ממידה של ציות של רוב האוכלוסייה
- הנגזרת של ממשלה אפקטיבית היא דרישת העצמאות – עליה להיות עצמאית משליטה חציונית.
- יכול להיות כל סוג משטר.
- צריך להבין בין ממשלה למדינה, הממשלה היא הגוף המוסמך להיות אישיות משפטית בשם המדינה אך היא לא המדינה. אם הופלת ממשלה ועולה אחרת זה לא משפיע על ההתחייבות הקודמת של מדינה. מדובר בתנאי ראשוני.
- יכולת לקשור יחסים עם מדינות אחרות (עצמאות)
- * התנאים הם פורמליים ומנותקים משיקולי צדק וזכויות אדם.
- אין שיקולי צדק אוניברסליים.
- אין מי שיקבל החלטה קולקטיבית, לכן מסתמכים על אפקטיביות, יותר מדיד ואובייקטיבי.

משמעות הכרה במדינה

שתי גישות

- קונסטיטוטטיבית – תנאי יסוד להתקיימות של מדינה היא הכרה של מדינות אחרות, אחרת אין זכויות במשב"ל.
- ההיגיון:
- קבילה בינ"ל מוכרת ממדינות, אם הן לא מכירות בה אין לה משמעות.
- לא ייתכן קיום בספרה הבינ"ל ללא הסכמה של המדינות.
- דקלרטיבית – האקט של ההכרה הוא הצהרתי, ברגע שיש עמידה בתנאים יש מדינה.
- ההיגיון:
- שיקולי הגינות, לא הוגן שמדינות אחרות יחליטו יש אינטרסים. כמו שאדם לא תלוי בהגדרה כך גם מדינה.
- בעייתיות של מצב ביניים, ייתכנו מצבים בהם תהיה מדינה שמוכרת ע"י חלק וחלק לא.
- אמנת מונטווידאו מבטאת את הגישה הזו (ס'3)
- בעיות בגישה הזו:
- מי קבוע איזה גוף עומד בקריטריונים? קורסת לתוך הגישה הקונסטיטוטטיבית.
- * ההכרה יכולה להיות מפורשת או משתמעת (סיבל) – חתימה על אמנה, הסכם הפסקת אש, כינון יחסים דיפלומטיים ועוד.
- מתן אשרת כניסה בדרכון לא נחשבת הכרה במדינה שהנפיקה אותו. הצטרפות לאמנה רב צדדית לא מהווה הכרה במדינה

מעבר לקריטריון יותר מהותי

- רודזיה (החלטת מועבי"ט 217) - אי הכרה של הפרה קשה של זכויות אדם למרות שהתמלאו כל התנאים.

- התפרקות הגוש המזרחי – התייחסות לקריטריונים כמו כיבוד מגילת האו"ם, שלטון החוק, דמוקרטיה, זכויות מיעוטים, הכרה בגבולות קיימים, אי הפצת נשק גרעיני ועוד – התרחקות מאפקטיביות.
- לוב – הכרה בממשלת מורדים (מועצת מעבר) בשל פגיעת שלטון קדאפי באזרחים.
- חוף השנהב (החלטת מועבי"ט 1975) – אי הכרה בממשלה שאינה מכבדת בחירות דמוקרטיות.

מנהל בינלאומי על שטח (סיבל)

- מושג רחב המתאר מצבים בהם הממשל בטח מסוים מנהל לא ע"י מדינה אלא ע"י ישות שקיבלה את הסמכות לעשות כן מכוח המשב"ל.
- לשאלת הריבונות על שטח המצוי תחת מנהל בינלאומי אין תשובה חד-משמעית, נוכח מגוון הנסיבות שבהן מוקמים מנהלים כאלו. ספק אם לארגון בינלאומי, שהוא עצמו יציר כפיהן של מדינות, יכולה להיות ריבונות בשטח.
- במקרים שבהם השטח מנוהל לחלוטין באופן בינלאומי, לריבונות של המדינה שבתוכה השטח, אם יש כזו, אין משמעות מעשית.
- המנהל הבינלאומי אמור לשרת את האינטרסים לא של מדינה מסוימת אלא של הקהילה הבינלאומית ככלל.
- תפקודו של המנהל מונחה על ידי שני יעדים עיקריים: הבטחת ומימוש הזכות להגדרה עצמית של האוכלוסייה המקומית.

המקרה הפלסטיני

פועלים בשני המישורים

- קבלה לאו"ם בתור מדינה
- להסתפק בהכרת מדינה שלא במסגרת האו"ם

- ועדת קבלה של האו"ם קבעה שאמנם יש אוכלוסייה קבועה וגבולות מוגדרים אך היה ספק לגבי קיום ממשלה אפקטיבית ואם יש יכולת לקיים קשרים עם מדינות אחרות. כמו כן הייתה מחלוקת האם היא מדינה רודפת שלום.

מאפייני המדינה

זכויות היסוד של המדינה

- שלמות טריטוריאלית, כולל קרקע מים טריטוריאליים ואת האוויר שמעל המדינה
- הגבולות נתפסים כקבועים
- מעוגן בס' 2(4) למגילת האו"ם
- אי תקפות סיפוח כתוצאה משימוש בכוח או כיבוש

כיצד רוכשים ריבונות טריטוריאלית

- גידול – תוספת טבעית או מלאכותית
- תפיסת שטח ללא ריבונות (פס"ד פלמאס)
- העברה – ממדינה אחרת למדינה אחרת (פס"ד פלמאס – מדינה לא יכולה להעביר יותר ממה שיש לה). העברה צריכה להתבצע מרצון (ס' 52 לאמנת וינה).
- התגבשות – תקומה מדינה חדשה כתוצאה מהתפוררות של מדינה אחרת

עקרון השוויון הריבוני

- ס'4 לאמנת מונטווידאו וס'1(2) למגילת האו"ם משקפים את השוויון בין מדינות
- העיקרון לוקח בחשבון שמדינות אינן שוות בכוחן הפוליטי והכלכלי, במובן המשפטי הן שוות.

ריבונות

- **ריבונות כלפי חוץ:** החופש לפעול אל מול מדינות אחרות כל עוד הדבר לא אסור בדין (עיקרון לוטוס).
- **ריבונות כלפי פנים:** החופש לפעול בתוך הגבולות באופן בלתי מוגבל ובלעדי. יכולת לקבוע נורמות ולאכוף אותן. שני היבטים:
 - **ריבונות טריטוריאלית** – הכוח להעפיל סמכות עליונה על בני אדם בתוך הטריטוריה גם אם הם לא אזרחים.
 - **ריבונות פרסונלית** – הכוח של המדינה להפעיל סמכות על אזרחיה בין אם הם בשטח המדינה או לאו.
- **עיקרון אי ההתערבות** - לכל מדינה סמכות בלעדית לפעול בתחומה לכן כל מדינה רשאית לפעול רק בתחומה. עקרון מנהגי.
- **התערבות אסורה** - **פרשת ניקרגואה**, אין זכות להתערב בתמיכת האופוזיציה במדינה אחרת - **החלטה 2131 של הצרת הכללית קובלת את עיקרון אי ההתערבות** – לאף מדינה אין זכות להתערב באופן ישיר או עדיף מכל סיבה שהיא בעניינה של מדינה אחרת.
- **RTP – הזכות להגן**, שינוי תפיסה לריבונות ככלי לקידום רווח הפרט. הדגש עבר לפרט מהקולקטיבי.

הזכות להגדרה עצמית

- הזכות עומדת לעמים ומוגדרת באמנות רבות וס'1(2) למגילת האו"ם ולכן מקובלת כעיקרון יסוד במשב"ל.
- "העם" - הגדרה היסטורית, דתית ופוליטית, בעוד שהמשפט והמשב"ל בפרט מתקשה בתשובה חד-משמעית לגבי המאפיינים/ תנאים ההופכים יחידה חברתית לעם (סיבל).
- **שלבים במשמעות של הזכות:**
 - אחרי מלחה"ע הראשונה – בניית סדר חדש באירופה, התפרקות האימפריות
 - תקופת הדה קולוניזציה – העיקרון המנחה היה שעמים שחיים תחת שלטון זר זכאים לזכות להגדרה עצמית.
 - התקופה הפוסט קולוניאלית – פרשת קוויבק, נקבע שהזכות להקמת מדינה נפרדת מתאפשרת רק ל:
 - עם שחי תחת שלטון קולוניאלי
 - עם שחי תחת שלטון זר אחר (כיבוש)
 - עם זכויות פרטיות מופרות באופן חמור עד שמונע ממנו לממש את נפרדותו - סוגיה רגישה ושנויה במחלוקת (סיבל).
- **הגדרה עצמית חיצונית** – תחת שלטון זר
- **הגדרה עצמית פנימית** – תמומש במסגרת מדינות קיימות, מדינה שקיים בה שלטון ייצוגי שוויוני מקיימת אותו.

ארגונים בינלאומיים

מה הוא ארגון בינלאומי?

- גוף המוקם ע"י מדינות באמצעות הסכם. כפוף למשב"ל ויש למדינות חובת הכרה בו אם הן לא חברות.
- נושא באחריות משפטית מובחנת מהמדינה.

4 מאפיינים:

- גוף קבוע – לא מוקם כדי לפתור בעיה ספציפית
- בעל מוסדות משלו
- מובחן בפועל מהמדינות שהקימו אותו גם מבחינת יעדים
- אינו כפוף לדין הפנימי של מדינה מסוימת

חברות בארגונים בינלאומיים (סיבל)

- יש ארגונים שהחברות שהם על בסיס אזורי בלבד או אינטרסים משותפים.
- בד"כ מדינות המקוריות מעניקות לעצמן חברות אוטומטית ואז מדינות שרוצות להצטרף צריכות לקבל אישור, חל גם על מדינה מייסדת שפרשה.
- אין פרקטיקה אחידה לגבי ירושת מדינות, מדינות שהיו מושבות לא יורשות אחרי פירוק הקולוניה ומדינות שהתאחדו נחשבות כמי שיורשת אחת מהן.

הבחנה בין ארגון בינ"ל לארגון בינלאומי לא ממשלתי INGO

- ארגונים בינלאומיים מוקמים ע"י מדינות ולכן כפופים למשב"ל ונהנים מחסינויות.
- ארגוני חברה אזרחית – יכולים להיות עמותות. לא כפופים למשב"ל אבל יכולים להשפיע עליו, כפופים לדין הפנימי של מדינה בה הם רשומים. **יוצא מן הכלל** - הוועד הבינ"ל של הצלב האדום.

התפתחות היסטורית

- המאה ה-19 ארגונים "טכניים" (טלגרף, דואר).
- המאה ה-20 ארגונים "מהותיים" (ארגון הבריאות, העבודה, האו"ם).

סמכויות של ארגון בינ"ל

- לרוב קבוע האמות שמקימות אותם
- יש ארגונים שמוסמכים לקבל החלטות מנהליות מחייבות (מועבי"ט) מול המלצות בלבד (OECD).
- יש ארגונים שמקימים בתי דין ומערכות ליישוב סכסוכים (WTO).
- סמכויות פורשו ע"י הICJ כוללות סמכויות עזר הנחוצות לשם מימוש סמכויות.
- יש ארגונים שהחוקות שלהם מסמיכות אותם להתקשר באמנות, גם ללא הוראה כזאת לכל ארגון יש כשרות להתקשר באמנות בתחום פעילותו (סיבל).

- האם ברית היא ארגון בינ"ל? תלוי במאפייני הברית. לנאט"ו יש מוסדות קבועים, השאלה כמה היא מובחנת מהמדינות.

- כללי הפרשנות של חוקת ארגון מבוססים על כללי הפרשנות הרגילים של אמנות, לרבות הנהג הפנימי בארגון (סיבל). בהיעדר הוראה מפורשת כל ארגון מפרש לעצמו.

- קבלת החלטות בארגון – כל עוד מס' החברות הו בעשרות בודדות ההחלטה צריכה להתקבל פה אחד (סיבל). כיום יש מגמה לקבל החלטות בשיטת הקונצנזוס, הסכמה כללית ללא הצבעה.

ארגון האומות המאוחדות

רקע היסטורי

- 1919 – הקמת חבר הלאומים לשמרו על השלום העולמי, החלטות ללא מעמד מחייב.
- 1941 – הכרזה על הצ'רטר האטלנטי: עקרונות משותפים לגבי הסדר העולמי, עקרון השלמות הטריטוריאלית וצמצום החימוש.
- 1942-26 מדינות חתמו על הצהרת האומות המאוחדות (ארה"ב, בריטניה, סין, רוסיה וצרפת – מדינות קבועות).
- 1995 – הקמה באופן פורמלי בוועדת סן פרנסיסקו, 51 מדינות. כיום 193.

מטרות הארגון ועקרונותיו מוגדרות בפרק 1 של מגילת האו"ם

- שמירת השלום והביטחון הבינלאומיים
- טיפוח יחסי ידידות המבוססים על שוויון זכויות והגדרה עצמית
- שת"פ בינלאומי בבעיות כלכליות חברתיות והומניטריות וקידום זכויות אדם
- שוויון ריבונים
- פתרון סכסוכים בדרכי שלום
- איסור בשימוש בכוח
- עקרון אי ההתערבות
- האם מגילת האו"ם היא חוקה? היא מבטאת נורמות, יש בסעיפים מסוימים מאפיינים של חוקה (103 – המגילה גוברת על חובה המוטלת מכוח המשב"ל, 108 – לתיקון נדרש רוב של 2/3, 6) האו"ם יוודא שמדינות שאינן חברות יפעלו ע"פ העקרונות).

קבלת וסילוק מדינות (סיבל)

- רשאית להצטרף כל מדינה שוחרת שלום המקבלת עליה את ההתחייבויות הכלולות במגילה ושביכולתה וברצונה לקיים אותן.
- ההחלטה אם לקבל היא בידי העצרת הכללית בהמלצת מועבי"ט.
- המגילה מאפשרת לעצרת בהמלצת מועבי"ט לסלק מדינות אם היא מפרה בהתמדה את המגילה, כמו כן ניתן להשעות.

העצרת הכללית

- מורכבת מנציגי כל המדינות, פורום למו"מ
- להחלטות אין מעמד מחייב, חשיבות הצהרתית
- לכל מדינה חברה יש קול אחד
- בנושאים מסוימים (בחירות למועבי"ט, קבלה וסילוק של מדינות, נושאי שלום וביטחון) נדרש רוב של 2/3

מועצת הביטחון

- 15 מדינות חברות (10 כהונה של שנתיים ע"ב חלוקה גאוגרפית, 5 קבועות)
- לחברות הקבועות (ארה"ב, בריטניה, סין, צרפת ורוסיה) יש זכות וטו
- בעניינים פרוצדורליים נדרש רוב של 9 ובנושאים מהותיים רוב של 9 כולל אי התנגדות של P5.
- ע"פ פרשנות הימנעות מהצבעה לא החשבת להטלת וטו

- **סמכויות מועצת הביטחון מוגדרות בפרק 6: יישוב סכסוכים בשלום**
 - ס' 34 – סמכות להתייחס לכל מקרה שעלול לסכן את השלום והביטחון הבינלאומיים
 - ס' 36 – מועבי"ט רשאית בכל שלב של סכסוך להמליץ על דרכי פעולה לצדדים השונים
 - כוחות שמירת שלום מוקמים לפי פרק 6 ונדרשת הסכמה של הצדדים.
- **סמכויות לפי פרק 7: איומים לשלום הפרת השלום ומעדי תוקפנות**
 - ס' 39 – לקבוע שקיים מצב המהווה איום על השלום או מעשה תוקפנות ולהחליט על פעולות שינקטו כאמצעי אכיפה למצב.
 - ס' 41 – לחייב צדדים לסכסוך לעשות מעשה או להימנע מלעשותו, הטלת סנקציות
 - ס' 42 – לאפשר שימוש בכוח צבאי, גם סמכות מניעתית
 - ס' 37-43 – הקמת כוח צבאי שמעולם לא הוקם
 - ס' 48 – פעולות שיבוצעו ע"י מדינות חברות

המועצה הכלכלית החברתית (סיבל)

- 54 מדינות הנבחרות ע"י המועצה הכללית
- מרכזת את הטיפול בענייני זכויות אדם נושאים כלכליים חברתיים
- החלטות המועצה הן בגדר המלצות

מזכירות האו"ם (סיבל)

- בראשה המזכ"ל שנבחר אחת ל 5 ע"י העצרת הכללית על סמך המלצת מועבי"ט, ניתן להאריך את הכהונה
- המזכיר עומד בראש המנגנון המנהלי ואחראי על תקציב
- המזכיר ראשי להפנות את תשומת לב מועבי"ט לנושא מסוים
- מפעיל את כוחות שמירת השלום תחת פיקוח מועבי"ט
- מבקשים ממנו בוררות

בית הדין הלאומי לצדק ICJ

- גוף השיפוט העיקרי של האו"ם (ס' 92 למגילת האו"ם)
- לפי ס' 94 כל מדינה חייבת לציית להחלטות שלו כשהיא צד להן
- 15 שופטים שנבחרים ע"י העצרת הכללית ומועבי"ט ל כהונה של 9 שנים
- רק מדינות ולא פרטים יכולים להתדיין
- אין תקדים מחייב
- יכול לתת חו"ד מיעץ (ס' 96 למגילת האו"ם וס' 65 לחוקת בית הדין).

סמכות שיפוט:

- כשהצדדים מסכימים ביניהם שיש סמכות שיפוט באמנה
- מדינה מקבלת את סמכות השיפוט מראש בהכרזה

ישראל והאו"ם

המועצה לזכויות אדם – הוקמה למניעת הפרה אבל אין יחס שוויוני בין מדינות, מחצית מהודעות הגינוי הן כלפי ישראל.

חלק ג' - היבטים מהותיים

דיני זכויות אדם

המקורות הפילוסופיים שתרמו לתפיסה של זכויות אדם

- תפיסת משפט הטבע - הרעיון שאדם נולד חופשי
- טיעונים רציונליים – תועלת, צדק, הגינות. אנשים הם שווים
- תפיסות קוסמופוליטיות – זכויות אדם מקדמות שלום עולמי

הבדל בין זכויות אדם לזכויות אזרח

- זכויות האזרח הן במדינה מסוימת ויכולות להיות שוות או רחבות מזכויות אדם
- זכויות אדם לא קשורות למעמד פוליטי, לא ניתן לשלול

אזרחות (סיבל)

- הביטוי המשפטי המובהק של הבקר של המשפט עם המדינה שלו במשב"ל
- האפשרות להעניק אזרחות היא תכונה מיוחדת ומאפיינת של מדינה
- חלק מהריבונות של מדינה המשב"ל לא מתערב בזה.

דרכים לרכוש אזרחות:

1. תושבות ארוכת טווח
2. נישואים לאזרח
3. דרכים מיוחדות (שבות בישראל)

● משמעות האזרחות מבחינת זכויות אדם היא כפולה:

- הזכות לאזרחות מוכרת במספר אמנות בינ"ל כזכות בסיסית
- כל מדינה חייבת לאפשר את כניסת האזרחים לשטה

התפתחות זכויות האדם

מישור פנים מדינתי – באו לידי ביטוי בהכרה הצרפתית מ1789 ובחוקה האמריקאית.

- התפיסות עלו קודם במישור הפנים מדינתי ואז בבינלאומי
- נועד להגן על הפרט מהמדינה: חופש הביטוי, הזכות להליך הוגן. מכונה גם זכויות מדור ראשון. זכויות פוליטיות נגטיביות
- זכויות מדור שני: חינוך, בריאות – נגוע לרווחה ותפיסה סוציאלית. פוזיטיביות

מישור בינלאומי – אחרי מלחמת העולם השנייה

- בעבר נחשב משהו שבאחריות המדינה
- **ס' 13(1)** למגילת האו"ם מתייחס לכך
- **ס' 55 ו56** בהם מדובר על שת"פ בין מדינות כדי לקדם את המטרות האלו.

ההכרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם

- התקבלה ללא התנגדות, 48 בעד 8 נמנו
- יש שטוענים שמדובר בהצהרה טקסית ולא מחייבת (העצרת הכללית), מנגד יש שטוענים כי בגלל שלא היו התנגדויות היא משקפת דין מחייב
- משלבת זכויות מדור ראשון ודור שני

האמנות העיקריות

לאור פערים באינטרסים ואידיאולוגיות התקבלו שתי אמנות שונות:

- האמנה הבינ"ל לזכויות אזרחיות ופוליטיות ICCPR 168 מדינות
- האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות ICESCR 164 מדינות
- 3 תנאים לקיום הזכויות: יחסיות (משאבי המדינה), פרוגרסיביות (הגשמה הדרגתית), בחירות אמצעים ע"י המדינה (בן נפתלי ושני).

- חלק מהמדינות חתמו על שתיהן, חלק רק על אחת.
- שתי האמנות יחד עם ההכרזה מהווים את מגילת זכויות האדם הבינלאומית (בן נפתלי ושני).

ישראל הצטרפה לשתייהן אך הסתייגה מה ICCPR בשני עניינים:

- מעצרים מנהליים בשעת חירום
 - הכפפת זכויות נישואים וגירושין לדין הדתי
- בנוסף לשתי האמנות המרכזיות לאורך השנים קודמו אמנות שעוסקות בזכויות ספציפיות כמו אפליה, נשים, עיניים, זכויות הילד ועוד. 9 אמנות סה"כ.

מנגנוני אכיפה

- יחסית חדשים, מתבססים על שיימינג
- יחסית חלשים, רוב המשב"ל מתבסס על עקרון ההדדיות שהוא פחות אפקטיבי פה
- 3 סוגים של מנגנוני אכיפה:
- נציבות זכויות האדם/ המועצה לזכויות האדם – אמונה על חקירת הפרות, בעקבות טכנות על פוליטיזציה הוחלפה במועצה לזכויות אדם
- ועדות האמנה – ועדות מומחים הממונות על יישום האמנות. פיקוח באמצעות דיווחים תקופתיים של המדינות. תפקידן:
 - כתיבת דוחות תקופתיים (תפקיד עיקרי)
 - הערות פרשניות כלליות – בעלות משקל רב בדיני זכויות אדם אבל לא מחייבות
- מנגנונים אזורים – פרוטוקולים המאפרים לפרט לתבוע מדינה באופן אישי. יש בתי דין אזוריים או פנימיים. (בית הדין האירופי, בית הדין האינטר אמריקאי לזכויות אדם, בית הדין האפריקאי לזכויות אדם ועמים – סיבל).

אופני הבלתי מוחלט של זכויות האדם - שעת חירום

- ס' 29 להכרזה האוניברסלית קובע כי זכויות האדם הן יחסיות ויש לאזן ביניהן לבין זכויות של פרטים אחרים ואינטרסים ציבוריים.
- מנגנון שעת חירום של ה ICCPR

- איום על חיי האומה – מצב חירום קיצוני
 - הכרזה פורמלית – על שעת חירום והודעה על כך
 - דרישת מידתיות
 - בכל מקרה יש זכויות שאסור לפגוע בהן ס' 4(2):
- חיים, עיניים, עבדות, ענישה פלילית רטרואקטיבית, חופש המחשבה והמצפון

- לאמנת ה ICESCR אין מנגנון שעות חירום אבל יש בו פסקת הגבלה כללית המאפשרת למדינה לסייג את הזכויות לפי חוק לתכלית ראויה ובאופן המתיישב עם טבען של הזכויות. (בן נפתלי ושני)
- גם לא בשעת חירום מאזנים את הזכויות ומתאימים לסיטואציות. החרג הוא האיסור על עינויים שנחשב איסור מוחלט.

- ניתן להגביל גם בהגבלות פנימיות של המדינה כמו הגבלה של חופש הביטוי כדי להגן על מוניטין ושם טוב, שמירה על ביטחון לאומי והסדר הציבורי.

איסור על השימוש בכוח

ההבחנה בין jus in bello - jus ad bellum

- Jus ad Bellum : מתי מותר להפעיל כח? דיני השימוש בכח
- Jus in Bello : כיצד נלחמים? דיני הלחימה/המשפט ההומניטרי. איך ראוי להילחם בצורה מוצדקת, במי מותר לפגוע, באילו כלי נשק מותר להשתמש וכו'. זו שאלה מנותקת מהשאלה – האם מותר לצאת מלכתחילה למלחמה.

הגדרות כלליות

- הסכם קלוג בראינד, הסכם פריז, מ1928 הוא ההסכם הבינלאומי הראשון שאסר מלחמה. (בן נפתלי ושני)

- המטרה העיקרית במשב"ל היא לאפשר לבני אדם לחיות בשלום וביטחון.

- המטרה המרכזית של האום ס'1(1) היא שמירה על השלום הבינ"ל. מטילים חובה פוזיטיבית על מדינות לפתור סכסוכים בדרכי שלום (ס'2(3), 33(1)).

- האיסור על השימוש בכוח מעוגן ס'2(4) למגילת האו"ם:

- איסור קטגורי – לא המלצה, להימנע בכל מחיר
- מערכת ביטחון קולקטיבית – עניין קהילתי, אמור להיאכף ע"י גוף חזק (מועבי"ט) יש חריגים, הרחבה בהמשך
- יש צורך בביטוי של הכרזת מלחמה פורמלית – הוביל לניצול לרעה, ההגדרה עדיין לא ברורה
- איסור על איום בשימוש בכוח – אם שימוש בכוח אסור אז איום על שימוש באותו כוח גם אסור
- מושאי האיסור – מנוסח כלפי מדינות, לא מתייחס לארגוני טרור סכסוך פנים מדינתי וכו'
- מעמד האיסור – פרשת ניקרגואה, איסור השימוש בכוח הוא משפט מנהגי.

מה מוגדר "שימוש בכוח"?

- המקרה הקל - הפעלת כוח צבאי מסורתי. דוגמאות לתוקפנות:

- פלישה או מתקפה צבאית על טריטוריה של מדינה אחרת
- הפצצה או הפגזה בטריטוריה של מדינה אחרת
- הטלת מצור ימי
- התקפה על כוחות צבאיים של מדינה אחרת בכל מקום
- שימוש בכוחות צבאיים בתחום של מדינה אחרת בהסכמתה בניגוד לתנאי ההסכם
- שימוש לא ישיר בכוח – שליחת כוחות לא סדירים כדי לבצע אחת מהפעולות הנ"ל
- חימוש ואימון של כוחות מורדים או מבצעי פעולת טרור – לא מימון – פרשת ניקרגואה

- לוחמת סייבר

- פעולת סייבר תיחשב כשימוש בכוח כאשר היקפה ותוצאותיה משתווים לפעולות שאינן סייבר העולות לכדי שימוש בכוח (ועדת מומחים של נאט"ו).
- בוחנים לפי היקף התוצאה.
- מבחני משנה:
- מבחן חומרת התוצאות – האם הפעולה מביאה לנזק פיזי או נפשי (להוציא זוטי דברים)

- מבחן המידיות/ ישירות – מידיות הנזק על פני ציר הזמן, מבחן קש"ס.
- מבחן החוזרנות – ככל שהפעולה עוקפת את מנגנוני הביטחון של המדינה
- מבחן האופי הצבאי - פעולה הקשור ותומכת בפעילות צבאית מקבילה, אם יש סכסוך צבאי זה מחזק.

חריג הזכות להגנה עצמית

- **51' למגילת האו"ם** – החריג מניח מצב של איסור שימוש בכוח שכשל ומצב בו מדינה מוצאת את עצמה במצב של התקפה חמושה.
- הוראות המגילה לא פוגעות בזכות הטבועה להגנה עצמית, אינדיבידואלית או קולקטיבית

שתי פרשנויות:

- **מצמצמת** – ס' 51 הסדר ממצה, שוללת זכות להגנה עצמית במקרים שלא נופלים לפרשנות המצמצמת. גישת בתי הדין.
- **מרחיבה** – הזכות הטבועה קיימת עוד לפני הסעיף ולכן היא רחבה ומאפשרת הפעלת הגנה עצמית ביותר מקרים.

התקפה חמושה – הבחנה בין "שימוש בכוח" בס' 2(4) לבין "התקפה חמושה" בס' 51

- בפרשת ניקרגואה ביהמ"ש הבין בין פעולות חמורות המצדיקות הגנה עצמית ושימוש בכוח ופעולות חמורות פחות שלא מצדיקות.

שימוש בכוח – ביהמ"ש קבע שיש הסכמה כללית על פעולות של התקפה חמושה:

- פעולה של כוחות סדירים מעבר לגבול בינ"ל. לא תקריות.
- שימוש חמור בכוח שווה להתקפה חמושה
- סיוע לוגיסטי ובחימוש לא נחשב

הגנה עצמית מקדימה – פעולה שנעשית בהתייחסות לפעולה מאוחרת ידועה וספציפית

- **נסחת קרוליין** – צורך מידי חיוני ומכריע שלא מותר ברירה לבחירה באמצעים אחרים. השימוש בכוח צריך להיות סביר ומידתי (רוזנאי).
- נחיצות:

- o וודאות, ראיות מספיקות להוכחת קיומו של איום כולל . מבחן מחמיר של וודאות קרובה.
- o מיצוי חלופות לא אלימות

- **מיידיות:** סכנה מיידית, החזקה של נשק גרעיני לא עונה על ההגדרה

- **מידתיות:** סך כל הכוח המופעל מול המטרה שרוצים להשיג

- **יורם דינשטיין** – התקפה חמושה יכולה להיות מצב שבו התוקף פעל באופן בלתי הפיך, הגנה עצמית מיירתת.

- **נסחת וובסטר** - נחיצות ומידתיות

- נחיצות – כוללת העדר חלופה לשימוש בכוח, אין דרך אחרת לפתור ויש צורך בפעולה מיידית.

- מידתיות – התגובה יכולה להיות רק תגובה שנדרשת להדיפת ההתקפה, המידתיות נמדדת ביחס למטרת והיקף עוצמתה של התגובה הראשונית. ללא שיקולי גמול.

הגנה עצמית מכוח "התקפה שהתרחשה" (רוזנאי)

- **אחריות המדינה** – אחריות של מדינה על התקפות טרור על מדינה אחרת (איראן חזבאללה וישראל)

- **צבירת אירועים** – כל אירוע בנפרד לא עונה על ההגדרה אבל ההצטברות יחד כן

- **הימצאות בסכסוך מזוין** – הטרור עשוי לייצר מצב של סכסוך מזוין שככל שהוא נמשך השימוש בנשק צריך להיבחן לפי ניהול לוחמה ולא שימוש בכוח.

הגנה עצמית מונעת – מתייחסת לאפשרות כללית של פעולה עתידית כלשהי ועצם קיומה או מידיותיה מוטלות בספק.

- **דוקטרינת בוש** – רחבה, ביטוי חריף להגנה עצמית מונעת. התאמת הזכות ליריבים המודרניים. ככל שהאיום גדול כך תינקט פעולה גם אם יש חוסר בהירות.
- **גישה עם הרבה ביקורת** – תמיד יש איום כלשהו

זהות התוקף – התפיסה שהשחקנים הם מדינות משתנה ויש שחקנים חדשים

- בפרשת ניקרגואה נקבע התקפה חמושה כוללת גם תקיפה מצד כוחות בלתי סדירים שמידת השליטה של המדינה בהם היא שליטה אפקטיבית, זיקה גבוהה.
- החלטות מועבי"ט 1373 1386 קבעו שהזכות להגנה עצמית יכולה לקום גם כנגד ארגוני טרור.

חריג שימוש קולקטיבי בכוח

- 42' ו-39 במגילת האו"ם מסמיכים את מועבי"ט לפעול
- רעיון הביטחון הקולקטיבי מבוסס על תפיסת היסוד שסכסוכים בין מדינות הם עניין של כל הקהילה הבינ"ל ולכן המנגנון יופעל כנגד כל מדינה שתתקוף מדינה אחרת.

תנאים סובייקטיביים:

- המדינות צריכות להיות נכונות להכפיף את האינטרס הלאומי למען הביטחון הקולקטיבי
- המדינה צריכה להיות נכונה להכפיף את הסמכות הריבונית שלה לגוף בינלאומי
- המדינה צריכה להיות נכונה להכפיף את היחסים המסורתיים להחלטה של הגוף הקולקטיבי לגבי זהות התוקף.

תנאים אובייקטיביים:

- צריכה להיות יכולת לזהות את התוקף
- צריכה להיות יכולת לגייס עוצמה מרתיעה
- צריך להיות מערך אופרטיבי ומשפטי שיוכל לפעול בצורה יעילה
- חשיבות רבה בצמצום אמצעי השמה המונית

מנגנון הביטחון הקולקטיבי

- כפוף לסמכות של מועבי"ט (ס' 24 למגילת האו"ם)
- מועבי"ט מוסמכת לזהות את התוקף ומחייבת את המדינות להפעיל אמצעי אכיפה וכוחות צבאיים.

● זכות הוטו מגבילה את המנגנון

- ס' 39 מסמך את מועבי"ט לקבוע את קיומם של **3 מצבים:**

- **איום על השלום** – הכי הרבה שימוש. עוד לא התרחשה מתקפה, סמכות מניעתית. עם השנים הכלילו גם סכסוכים פנימיים, משברים הומניטריים ואירועי טרור. יש גישה מצמצמת (רוסיה וסין) ומרחיבה (מדינות המערב).

- **הפרת השלום ואקט של תוקפנות** – אין הבדל בסמכויות בין שני המצבים, יש למועבי"ט שק"ד רחב.

o הפרת השלום – מעשה איבה בין מדינות, קטגוריה נדירה.

o מעשה תוקפנות – אינו מוגדר במגילה, העצרת הכללית הגדירה כשימוש בכוח חמוש מצד מדינה נגד הריבונות השלמות הטריטוריאלי או עצמאות פוליטית של מדינה אחרת

● **אמצעי אכיפה:**

- אמצעים זמניים - (ס'40) התראה לפני נקיטת פעולות אכיפה
- אמצעי אכיפה שאינם מערבים שימוש בכוח צבאי - (ס'41) סנקציות כלכליות ודיפלומטיות, הקמת טריבונלים. יש מעבר מסנקציות גורפות לסנקציות חכמות – פגיעה במנהיגות וסיכול ייבוא נשק כדי לפגוע במנהיגים ולא באזרחים.
- אמצעי אכיפה המערבים שימוש בכוח צבאי- (ס'42) אמצעי שיורי, נכנס לפעולה אם ס'41 לא עבד.
- מי מבצע את האכיפה? ס'43 – המדינות החברות אמורות להקצות כוחות
- אין אורגן מוגדר שמפרש את החלטות מועבי"ט לכן לעיתים מתעוררות מחלוקות (בהקשרי עיראק ולוב).

התערבות הומניטרית

- שימוש בכוח בין אם ע"י מדינה אחת או קבוצת מדינות, על מנת להפסיק הפרות קשות של זכויות אדם ע"י אותה מדינה, כמובן ללא הסכמת המדינה אך גם ללא אישור מועצת הביטחון. עולה השאלה מתי התערבות שכזו תהיה לגיטימית ומהם הקווים המנחים לגבי התערבות כזו.
- מקרה קוסובו – התערבות של נאט"ו ללא הסכמת מועבי"ט. פער בין חוקיות ללגיטימיות
- R2P – אחריות להגן, דו"ח מ2001, ריבונות כאחריות להגן. 5 אמות מידה להתערבות הומניטרית ראויה:
 - חומרת האיום
 - תכלית ראויה
 - מוצא אחרון
 - מידתיות
 - מעשיות ואיזון אינטרסים

המשפט בינלאומי הומניטרי IHL

- מהות – רגולציה ללחימה תוך מזעור הנזקים לאוכלוסייה האזרחית
- תחולה – בזמן לחימה Specialis Lex
- חוסר תלות – לשאלת חוקיות השימוש בכוח

מקורות עיקריים של המשב"ל ההומניטרי

תקנות האג 1907 - איזון אנכי

- האמנה והתקנות מסדירות את סוגיית שבויי מלחמה, אמצעי לחימה והגנה על אזרחים בשטח כבוש.
- סעיף מארטן – במקרים שלא מוסדרים ע"י התקנות ממשיך פיקוח של עקרונות המשב"ל, היפוך של עקרון הלוטוס.
- בזמן מלחמה יש לפעול לאור האמנות החלות בין הצדדים לסכסוך, אך בהעדר נורמה ספציפית המטילה מגבלה על פעולת הכוחות הצבאיים לא נוצר בהכרח הסדר שלילי המתיר את הפעולה המבוקשת. במקרה כזה יש להתייחס לשאלה כאל לקונה שיש למלא

דרך המקורות המשפטיים המוזכרים בסעיף 8 – סעיף מרטנס – מנהג, כללי אנושיות וצו מצפון ציבורי. (בן נפתלי ושני).

ארבע אמנות ז'נבה - איזון אפקי

- מרכז הכובד של אמנות הוא הדאגה לפרטים שעשויים להיפגע בעקבות הסכסוך, עיקר מטרתן היא הומניטרית (בן נפתלי ושני).
- האמנות מטילות חובות מפורשים והן קוגנטיות (בן נפתלי ושני).
- כל המדינות בעולם הן צד להן ולכן מקובל לראות בהן משט מנהגי.
- חלק מההוראות מהוות פשעי מלחמה אם מפרים אותן.
- האמנה הראשונה – להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשים הכוחות המזוינים בשדה הקרב
- האמנה השנייה – להטבת מצבם של פצועים חולים ונטרפי אוניות מין אני הכוחות המזוינים בים
- האמנה השלישית – בדבר הטיפול בשבויי מלחמה
- האמנה הרביעית – בדבר הגנה על אזרחים, הכי חשובה, קבעה הסדרים חדשים

הפרוטוקולים הנוספים לאמנת ז'נבה - משלימים אותה

- הפרוטוקול הראשון – הגנה על קורבנות סכסוכים מזוינים בינ"ל. מעל 170 מדינות חברות
- הפרוטוקול השני – הגנה על קורבנות סכסוכים שאינם בינ"ל. 167 מדינות חברות
- הפרוטוקול השלישי – אימוץ סמל מבחין לכוחות ההצלה
- ישראל הצטרפה לאמנות ז'נבה אבל לא קיבלה על עצמה את הפרוטוקולים

סוגי הסכסוכים השונים והדינים החלים עליהם

תנאי ראשון לדיני הלחימה הוא עימות מזוין. ס'2 המשותף לכלל האמנות קובע:

- סכסוך בינלאומי – כל סכסוך כזה כפוף לאמנות גם אם אין עליו הכרזה. כל מלחמה מוכרזת, סכסוך חמוש או כיבוש חלקי או שלם.
- סכסוך שאינו בינלאומי – כל סכסוך שאינו בין מדינות. במקרים כאלה יש לבחון: מוסדר בס'3:
 - עוצמת האלימות
 - משך האלימות
 - רמת הארגון של הצדדים הלא מדינתיים
- בפס'4 הנדמן נקבע שיש לפרש את ס'3 באופן רחב – מספיק שהתגלע סכסוך
- בוועדת טירקל נקבע כי הסכסוך בין ישראל ובין חמאס עולה לכדי עימות בינלאומי באופיו

עקרונות בסיסיים במשפט בינלאומי הומניטרי

העקרונות של דיני המלחמה

צורך צבאי – אפשר להשתמש בכוח לחימתי כדי להגשים יעדים צבאיים לגיטימיים ולא יותר מזה.

- יעדי לחימה לגיטימיים הם: כניעה מלאה או חלקית של האויב באופן המהיר ביותר תוך מזעור הסיכון לחיים ורכוש.
- יעדים לחימה פסולים הם: יתרון כלכלי, כיבוש שטח ודמוגרפיה.

עקרון ההבחנה – נחשב דין מנהגי. אומר שבלחימה צריך להבחין בין כוחות לוחמים ומטרות

צבאיות לבין אוכלוסיות אזרחיות.

לוחם הוא חייל בצבא סדיר, אם אין, הארגון צריך לעמוד בתנאים הבאים:

- מבנה פיקודי היררכי
 - נושאים סמל מבחין
 - נושאים נשק בגלוי
 - פועלים לפי דיני מלחמה – פה הבעיה
- * אסור ללוחם להתחזקות לאזרח (סיבל).

היחס בין דיני מלחמה דיני זכויות אדם (סיבל)

- זכויות אדם חלון על כל בני האדם בכל עת, דיני המלחמה חלים רק על קטגוריות מסוימות של אנשים בזמן סכסוך מזוין.
- לכל מערכת יש מסורת שונה, כללי תחולה שונים ודיני אכיפה שונים.

סטטוס בלחימה

הגישה הקלאסית – בינארי, לוחם או אזרח. לוחם עונה על ההגדרה ואזרח כל מי שלא. היה רלוונטי פעם.

"לוחמים לא חוקיים" – גישה שארה"ב ניסתה לייצר. לא עונים על ההגדרה ולכן לא זכאים להגנות וגם לא אזרחים.

- המשב"ל לא מכיר בקטגוריה כזאת.
- בפס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים מתירים סיכולים ממוקדים אבל שוללים את הקטגוריה

מגנים אנושיים – משחק מלוכלך. ניצול של פעולה לפי דינה לחימה של צד אחד

- רזנאי מציע לקיים הפרדה בין סוגים שונים של מגנים אנושיים – בין וולנטרי לבין כפייה
- DPH – נטילת חלק ישיר בלחימה לפי ס'51(3) לפרוטוקול הראשון אם הם נוטלים חלק:
 - במעשה איבה – אפשר גם בלי נזק
 - חלק ישיר – איסוף מידע, הובלה, הפעלת נשק. רשימה לא סגורה
 - למשך אותו זמן – לא לפגוע באזרח שסייע באופן ספורדי וניתק את עצמו. מצד שני להימנע מדלת מסתובבת.

שבוי מלחמה (סיבל)

- שבוי מלחמה אינו מחויב למסור מידע מעבר לשמו, דרגתו, תאריך לידה ומספר אישי
- אסור להשתמש בעינויים נגד שבוי מלחמה
- יש לספק תנאי שבי סבירים (מגורים, תזונה, ביגוד, טיפול רפואי, צרכים דתיים)
- יש לאפשר פגישות עם הצלב האדום
- מותר לו לנסות לברוח, אסור להעניש על ניסיון לברוח
- ניתן להעמיד לדין בגין עבירות פליליות אבל לא להחריג בעונש, אסור להעניש על עצם ההשתתפות בלחימה.

לוחמה "תנועת שחרור לאומי" (סיבל)

- כוחות בלתי סדירים המאורגנים בארגון ייהנו מעמד שבוי מלחמה בהינתן התנאים הבאים:
 - הארגון משויך למדינה שהיא צד לסכסוך או לתנועת שחרור הנלחמת נגד כיבוש זר
 - הארגון מחויב לאמנות ז'נבה ולפרוטוקול הנלווה
 - הארגון אוכף את דיני הצבא באמצעות מערכת משמעת
 - הלוחמים נושאים נשק בגלוי

- לא זכאים למעמד של שבויים (סיבל): שכירי חרב, לוחם שנשבה בעת לוחמה ללא מדים (גם מרגלים, רק על מדים)

מטרות צבאיות

- **הגדרה** - מטרה שמטבעה, מיקומה, מטרתה או שימושה תורמת באופן יעיל לפעילות הצבאית ואשר בנוסף השמדתה. החלקית או המלאה תפיסתה או נטרולה מקנה יתרון צבאי ס'52(2) (לפרוטוקול הנוסף וחלק מהמשפט המנהגי).
- **מטרות דואליות** – אם אפשר להוכיח שהיא קשורה קשר הדוק לצבא, אפשר.
- **בד"כ כוללות:** בסיסים צבאיים, רכבים צבאיים, בתי חרושת ליצור נשק וכו'. מקובל שגם לוחמים נחשבים מטרה צבאית.

מה אסור לתקוף?

- אזרחים שאינם לוקחים חלק ישיר בלחימה
- לוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (פצועים, שבויים)
- אנשי רפואה המשרתים בצבא
- אני דת המשרתים בצבא
- מתקן שאינו צבאי. **חריג:** כאשר נעשה במתקן שימוש צבאי
- -**חריג לחריג:** מתקנים מיוחדים כמו סכרים, תחנות כוח גרעיניות וכו' אסור בכל מקרה.

מידתיות - מותר לבצע תקיפה נגד מטרה לגיטימית גם אם היא תגרום לנזק אנגי, אסור רק אם הנזק האנגבי לא מידתי (ס'51 לפרוטוקול הראשון).

- מדד קשה להשוואה, איך מודדים יתרון צבאי לכל מטרה?
- צופה פני עתיד
- הנזק יהיה לא מידתי כאשר הנזק הצפוי מוגזם ביחס לתועלת הצבאית הישירה

הומאניות – צמצום הפגיעה באזרחים

- שימוש בנשק הכי מדויק שאפשר
- ביטול פעולה אם היא לא מידתית
- אזהרה מוקדמת
- מניעת סבל מיותר מלוחמים

ס'57 לפרוטוקול הראשון קובע שאם תוקפים זה צריך להיעשות באופן מובחן ומידתי:

- לוודא ככל הניתן שהיעד המותקף הוא צבאי
- לבחור שיטות שימנו פגיעה באזרחים או יסבו את הפגיעה הכי מצומצמת שאפשר
- ביטול המתקפה אם הנזק הצפוי מפורז
- ביטול או השעיית המתקפה אם יתברר שהמטרה אינה צבאית
- קביעת חובת אזהרה מוקדמת ככל ניתן (הקש בגג, נוהל שכן), האזהרה חייבת להיות אפקטיבית
- המידה ויש מס' יעדי תקיפה זהים מבחינת תועלת צבאית ייבחר היעד עם הסיכון הנמוך ביותר לאזרחים

ס'58 לפרוטוקול הראשון מונה את אמצעי הזהירות שעל הצדדים לסכסוך לנקוט בהם:

- הוצאת אוכלוסייה אזרחית מקרבן של מטרות צבאיות
- הימנעות ממוקום מטרות צבאיות בתוך אזורים מאוכלסים
- נקיטת אמצעי זהירות נוספים כדי להגן על אזרחים

לוחמה א-סימטרית

- אסימטריה טכנולוגית ואסימטריה מוסרית
- דיני המלחמה לא כפופים לעיקרון ההדדיות
- **מאבק נגד ארגון טרור בתוך המדינה (סיבל)** - דיני זכויות האדם מגבילים את המדינה בפעולותיה כנגד ארגון טרור במדינה. אם הלחימה תגיע כדי לראות בכך מאבק מזוין, יש להחיל את סעיף 3 המשותף לאמנת ג'נבה או הפרוטוקול השני.
- **מאבק נגד ארגון טרור בשטח כבוש (סיבל)** - אם המאבק מגיע לעצמה כזו שאין עוד שליטה בשטח, יש לראות זאת כסכסוך מזוין (בו חלים דיני המלחמה). אם המדינה הכובשת עדיין שולטת בשטח, ניתן לטעון לכאורה כי המדינה הכובשת רשאית להפעיל רק את אותן פעולות עונשין המותרות לפי דיני הכיבוש, גם אם מדובר במאבק נגד פעולת טרור מאורגנת.
- **מאבק נגד ארגון טרור בשטחה של מדינה אחרת (סיבל)** - פעילות של ארגון שכזה מתירה למדינה להשתמש בכח מזוין בשטחה של המדינה משם פועל הארגון. מדובר בזכות להגנה עצמית של המדינה המותקפת. אם למדינה ממנה פועל הארגון יש שליטה אפקטיבית על השטח או שליטה על ארגון הטרור, אז רואים את המדינה אחראית לפעולות של אותו ארגון טרור והמדינה הנפגעת רשאית לפעול ישירות כנגד הארגון והמדינה.

הגדרת סכסוך

- **הגדרה כוללת:** "סכסוך צבאי ממושך בין מדינות או בין מדינות לארגונים חמושים"
- סוגי סכסוכים:
- סכסוך בינ"ל IAC
- סכסוך שאינו בינ"ל NIAC
- כדי שהדין ההומניטארי יחול צריך כוח צבאי בעצימות גבוהה אחרת חלים דיני זכויות האדם והדין המקומי.

דיני הניטרליות (סיבל)

- מדינה ניטרלית, כזו שאינה צד לסכסוך מזוין
- הכללים המנהגיים גובשו באמנות האג
- אין להתקף מדינות ניטרליות והמדינה הניטרלית חייבת לנקוט בהיעדר משוא פנים בין צדדים לוחמים ולהימנע מכל פעולת סיוע ישירה/ עקיפה לצדדים הלוחמים.
- אם כוחות מזוינים של אחד הצדדים מגיעים למדינה הניטרלית, יש חובה לפרקם מנשקם ולהשימם בהסגר
- הנטייה כיום במשפט בינלאומי היא לצמצם את מושג הניטרליות רק לחובה של המדינה הניטרלית להימנע מלהשתתף בלוחמה עצמה וחובת הצדדים הלוחמים להימנע מלבצע פעולות בשטחה או כנגד כליה

הסכמים תוך כדי לחימה (סיבל)

- הסכם שביתת נזק – בד"כ הסכם שמסיים את כל מעשי הלחימה בכל החזיתות ומהווה שלב לקראת שלום אך אינו מסיים את המלחמה.
- "תום מעשי האיבה" – תחליף לביטוי שביתת נשק כללית
- הפסקת אש/ הפוגה – יש להפסיק את הלחימה לזמן מוגדר של שעות.

דרכי סיום מלחמה (סיבל)

- הסכם שלום
- הסכמי שביתת נשק המוארכים לצמיתות
- סכסוך מזוין שלא מגיע לכדי מלחמה יכול להסתיים ללא אקט פורמלי.

דיני כיבוש ושטחים כבושים

עקרונות היסוד של הכיבוש

- תפיסת שטח אינה מקנה ריבונות
- משטר זמני
- לגיטימיות אינטרס צבאי
- שמירה על אינטרס הריבון המודח או האוכלוסייה

מקורות דיני הכיבוש

- תקנות האג ס' 43-56 – משפט מנהגי, ישראל מכירה בהן ככאלו
- אמנת ז'נבה הרביעית פרק 3 – עוסקת בשני מצבים: אזרחי אויב בשטח של מדינה אחרת או אזרחים בשטח כבוש. ישראל חברה באמנה
- פרוטוקול ראשון של אמנת ז'נבה – ישראל לא חברה בפרוטוקול אך מחויבת בהוראות מסוימות.

הקשר הישראלי

- דרום לבנון בזמן רצועת הביטחון
- רמת הגולן
- עזה והגדה המערבית
- ירושלים המזרחית

הגדרת הכיבוש: ס' 42 לתקנות האג

- "שטח נחשב כיבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא אויב. הכיבוש משתרע רק על בטוח שהוא הוקם שלטון כזה ושב הוא ניתן להפעלה".
- **1983 בג"ץ צמל** – מבחן השליטה הפוטנציאלית: ברגע שמדינה יכולה ליצור את המנגנון היא אחראית בין אם תקים את המנגנון או לא.
- **בקוננו נ' אונגדה 2006** – מבחן הפעלת השליטה בפועל .

מעמד רצועת עזרה

טיעונים למעמד שטח כבוש:

- ישראל היא העיקרית שקובעת מי ייכנס ומי ייצא
- ישראל נוכחת בחלק מהשטח הכבוש
- ישראל שולטת במרחב ימי ואווירי
- ישראל יכולה להפעיל סמכות

טיעונים למעמד שטח לא כבוש:

- לישראל אין יכולת להפעיל סמכות באופן מידי
- ישראל אינה מנהלת את חיי היום יום יום
- כדי להשליט חוק וסדר תידרש כניסה מחודשת
- ישראל לא היחידה ששולטת בגבול (גם מצרים)

- פרופ' גרוס סובר כי הכיבוש הוא לא עניין דיכוטומי. חמאס שולט בישראל, אך גם ישראל שולטת, לפיו יש צורך במנגנון של שליטת האחריות. אז נוצרות דרגות של כיבוש.

אמנת ז'נבה הרביעית

ס'49 – איסור על העברת אוכלוסייה אזרחית של מדינה הכובשת לשטח הכבוש
ס'2 - שהאמנה תחול בכל מקרה של הכרזת מלחמה או סכסוך מזוין אחר... האמנה תחול בכל מקרה בכל מקרה של כיבוש חלקי או שלם של ארצו של אחד מבעלי האמנה, ואפילו לא נתקבל הכיבוש האמור בשום התנגדות מזוינת.

עמדת ישראל

ע"פ סעיף 2 (2) האמנה חלה רק על כיבוש שטח שהוא תחת שלטון ריבוני כי נאמר "ארצו של אחד מבעלי האמנה".

העמדה הבינ"ל

- העמדה הבינ"ל היא שאם היה סכסוך מזוין, האמנה חלה. ס'2 (2) עוסק בכיבוש חלקי או שלם אפילו אם לא נתקל בהתנגדות מסוימת.
- אם השטח לא כבוש, מה חל שם? אם לא חל שטח מיוחד, חלים דיני זכויות אדם. הם הרבה פחות נוחים למדינות מאשר דיני כיבוש.
- חו"ד בעניין בגדר ICJ 2004: לראשונה נקבעה עמדה משפטית בעניין, עד אז הדיון התנהל במישור הפוליטי. בית הדין אומר שסעיף 2(2) לא רלוונטי, אלא סעיף 2 שעוסק בסכסוך מזוין.
- פס"ד Naletilic 2003 ICTY: אמנת ז'נבה לא קובעת מבחן לעצמאי כיבוש, היא קובעת רק מתי היא חלה. הכיבוש הוא עדיין לפי תקנה 42 לתקנות האג.

על מי מוגנים דיני הכיבוש?

- אזרחי האויב, ההנחה הייתה האוכלוסייה המקומית
- יש דיון האם ישראלים שגרים בשטחים האלה מוגנים גם הם

אילו דינים חלים בשטח?

- ס'43 לתקנות האג – יש להשאיר את המשפט הקיים אלא אם אין ברירה
- אמנות ז'נבה, תקנות האג
- דיני זכויות אדם
- תפיסת הביטחון (צווי המפקד הצבאי)

פרמטרים בהפעלת סמכות המפקד הצבאי

- צרכים ביטחוניים – רק ביטחוניים, לא צרכי מדינה
- טובת האוכלוסייה

- גימעיית איסכאן - ביהמ" ש אומר שבמסגרת החובה לדאוג לאוכלוסייה המקומית, יש לבנות כבישים, ברור כי הם יישארו. בהקשר לטענת טובת ישראל, ביהמ" ש אמר שהכביש ישמש את הפלסטינים, הם אלו שישתמשו בו כי הם זקוקים להרחבת התחבורה.
- בג"ץ זיאדה - למפקד הצבאי יש חובה להבטיח סדר ושלוש על כולם, לכן ניתן לבנות את הגדר כי זה מבטיח את בטחון הישראלים. מבחינת הדין הבינ"ל מדובר באזרחים מוגנים, ביהמ" ש מניח כי אמנת ז'נבה רלוונטית.

- **בניין חוק ההסדרה** - המפקד הצבאי רשאי מכוח סמכותו לפי תקנת האג 43 לתקנות האג לשקול גם שיקולים הנוגעים לטובת האוכלוסייה המקומית בכללותה, לרבו האוכלוסייה הישראלית באזור. ביהמ"ש אומר כי לא ניתן להתייחס לכיבוש כאילו זה מצב זמני, ברור כי לפי המצב בישראל זה לא ייגמר בקרוב.

משפט פלילי בינלאומי

לא להתבלבל בהבחנה:

- ICJ - סכסוכים בין מדינות
- ICC - מעמידה לדין פרטים על פשעים פליליים.

משפט בינלאומי פלילי

- גוף משפט העוסק בחובות המוטלות על פרטים תוך קביעה כי הפרתן מקימה אחריות פלילית אישית ומחייבת העמדה לדין
- אחת הטענות של הנאצים הייתה שהם רק צייתו לפקודות, וכי אין עליהם אחריות באופן אישי. במשפטי נירנברג נקבע כי יש אחריות אישית לבני אדם המצעים פשעים ויש חבות אישית המשלימה את אחריות המדינה.

במה מתמקד המשפט הבינלאומי הפלילי

- פעולות הפוגעות באינטרסים משותפים למדינות (חטיפות מטוסים, מימון טרור, פיראטיות)
- עם התפתחות המשב"ל הפלילי הפעולות שהמשב"ל הפלילי התמקד בהן הן פעולות אשר "מזעזעות את המצפון האנושי" ע"פ (אייכמן 336/61)
- מעשי אלימות הפוגעים בערכי היסוד של הקהילה הבינלאומית (השמדת עם, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות).

קטגוריות של פשעים בינלאומיים

- **פשעי מלחמה** – הפרות משמעותיות של נורמות הדין ההומניטרי. אותן הפרות של דיני המלחמה שלגביהן קיימת אחריות פלילית על פי המשפט הבינלאומי, הינן רק אותו חלק מדיני המלחמה אשר לגביו קיימת הוראה מפורשת באמנה או קיים מנהג בינלאומי כי הוא מקים אחריות פלילית אישית של מבצעייהן, ולא רק אחריות של המדינה המבצעת (סיבל).
 - ס' 8 לאמנת דין הדין מונה 4 קטגוריות של הפרות כאלו:
 - הפרות חמורות של 4 אמנות ז'נבה
 - הפרות חמורות אחרות של המשפט הבינלאומי החל על סכסוך בינלאומי
 - עבירות בסכסוך שאינו בעל אופי בינלאומי האסורות בס' 3 המשותף לאמנות ז'נבה
 - הפרות אחרות של דיני המלחמה בסכסוך שאינו בינלאומי
- **פשעים נגד האנושות** – מעשים בלתי חוקיים חמורים במיוחד שמקיימים זיקה הדוקה לדיני זכויות אדם. צריך להתבצע כחלק מהתקפה רחבת היקף/ שיטתית נגד אוכלוסייה אזרחית ושהעברין יהיה מודע לקיום התקפה שכזו, תנאים מצטברים (בן נפתלי ושני)
 - התקפה שיטתית מציינת ממד איכותי בעוד התקפה רחבת היקף מציינת ממד כמותי.
 - התקפה שיטתית עשויה להסתיים במעשה בודד, כל עוד להתקפה מטרה פוליטית או אידיאולוגית. אינדיקציה לשיטתיות ניתן למצוא בעובדה כי היא תוכננה מראש ע"י מנהיגים/ נעשה שימוש בכספי ציבור על מנת לקדמה.
 - מתקפה רחבת היקף כוללת מספר רב של מעשים היכולים להתבצע ע"י אנשים שונים.

- **פשע השמדת עם** – מעשה המכוון נגד קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית במטרה להביא להרס מלא או חלקי של הקבוצה
- יש להוכיח גם יסוד נפשי- כוונה להביא להרס מלא או חלקי של קבוצה לאומית, אתנית גזעית או דתית באשר היא קבוצה כזו + כוונה פלילית. כלומר- יש להוכיח כי הלך הרוח המנטלי הוא היעדר תפיסת הקורבן כפרט אלא רק כחבר בקבוצה (**בן נפתלי ושני**).
- **פשע תוקפנות** – במסגרת הדיון על שימוש בכוח. הנוסח המתוקן של אמנת רומא כולל את ההגדרה הבאה לפשע התוקפנות: "[פשע התוקפנות] כולל את התכנון, ההכנה, הפתיחה והביצוע, על ידי אדם המצוי במעמד בו הוא יכול בפועל לשלוט או לכוון את פעולתה הצבאית או המדינית של מדינה, של מעשה תוקפנות אשר על פי אופיו, חומרתו והיקפו, מהווה הפרה ברורה של מגילת האומות המאוחדות". (סיבל)
- **פשע עינויים** – גרימה מכוונת של סבל פיזי או נפשי חמור מתוך כוונה לחלת מידע, להעניש או לאיים
- **שיעבוד וסחר בבני אדם**
- **טרור – קשיים בהגדרה (סיבל):**
- יסוד אובייקטיבי – המעשה האסור, שנועד לגרום להרג, נזק גוף חמור או חטיפה ושיהיה עבר-לאומי
- יסוד סובייקטיבי – הכוונה לזרוע פחד או בהלה במדינה או בציבור או להניע מדינה מלפעול או לפעול

יסוד נפשי – 30' לאמנת רומא קובע יסוד נפשי של "כוונה וידיעה" כברירת מחדל (יש עבירות עם יסוד נפשי מוגדר בתוכן)

- **כוונה** - משמעה כוונה להתנהג בצורה מסוימת, תוצאה – כוונה או מודעות לכך שהתוצאה תקרה
- **ידיעה** - משמעה מודעות לנסיבות או לכך שתוצאה תתרחש במהלך הרגיל של הדברים.

סמכות שיפוט אוניברסלית

- הפשעים לעיל הם פשעים בהם לכל מדינה יש סמכות, אין זיקה בין מדינה לפושע – לכן על כל מדינה לשמוע את מי שיבצע אותם.
- הסמכות מתקיימת היות שמדובר בפשעים המזעזעים והנוגעים לקהילה הבין-לאומית כולה כאשר המדינה המעמידה לדין פועלת כנציגת הקהילה הבין-לאומית.
- התרחבה התפיסה לפשעים שמזעזעים את הקהילה הבינ"ל, המדינה שמעמידה לדין פושע נחשבת לנציגת הקהילה הבינ"ל כולה.
- **חלק מסמכות האכיפה האוניברסלית הוא שיש לעשות בו שימוש כמנגנון אחרון** – רק לאחר שהמדינה לא לקחה אחריות להעמיד עבריין לדין.
- אמנות ז'נבה המגנות על אזרחים וחיילים מפני פשעי מלחמה, הן חלק מהדין הפנימי במדינה (ישראל ועוד מדינות רבות), ולכן מדינות רוצות לאכוף את הדין הזה. השאלה עולה מה קורה כאשר המדינה לא עושה זאת.
- יוגוסלביה
- פרשת פינושה
- אריאל שרון ובלגיה

התפתחות המשב"ל הפלילי

- אחרי מלחמת העולם השנייה, משפטי נירנברג וביה"ד הצבאי בטוקיו

- חשיבות המשפטים:

- העמדה לדין של אישים בכירים על בסיס נורמות המשב"ל הייתה חסרת תקדים.
- עיגון העדיפות הנורמטיבית של המשב"ל על פני המשפט הפנימי בכל הנוגע לחובות בינלאומיות של פרטים (דחיית הטענה ש"פעלנו בהתאם לחוקי המדינה").
- קטגוריות חדשות של עבירות: פשעים נגד שלום ופשעים נגד האנושות.
- הקניית סמכות שיפוטית לבית דין בינלאומי (שייצג את בנות הברית ולא כלל חברי הקהילה הבינלאומית). כבר לא רק מדינה אחת מעמידה את הפושעים לדין אלא כל מדינה יכולה.
- בעיה: צדק של מנצחים, מי שופט את מי?

בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג

- מוסד קבוע

- הוקם על בסיס חוקת רומא

- חוקת בית הדין – המסמך החשוב ביותר בהתפתחות המשב"ל הפלילי הן מבחינה מהותית והן מבחינה דיונית (בן נפתלי ושני).

- 213 מדינות חברות באמנה (לא חברות: ארה"ב, רוסיה, ישראל)

- העברות בסמכות בית הדין:

- השמדת עם
- פשעים נגד האנושות
- פשעי מלחמה
- תוקפנות

עקרון השוויון (או השלמות) - אין סמכות במקרים שבהם מדינה בעלת סמכות שיפוט קיימה או מקיימת חקירה או הליך משפטי באותו עניין ובלבד שההליך הוא אמיתי.

עקרונות החסינות המקובלים של המשפט הבינלאומי – חסינות ראש מדינה ושרי חוץ, וכנראה גם חסינות דיפלומטית – אינם נסוגים בפני הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית. (סיבל).

ההליך הפלילי

- כללים דומים למה שמכירים בארץ (חזקת חפות, חקירה נגדית)
- מדינות מחויבות להסגיר חשודים ועדים אחרי הגשת כתב אישום
- סנקציות: כנס או מאסר

סמכויות שיפוט:

- אזרח של מדינה שהיא צד לאמנת רומא / אם מועבי"ט החליטה שהאדם צריך לעמוד לדין
- פשע שבסמכות ביה"ד שבוצע בשטח מדינה שחתונה על האמנה, רק הפשעים החמורים ביותר (סיבל).
- דרושה הסמכה של מועבי"ט אם המדינה לא חתומה והמדינה צריכה לא להתנגד
- סייגים: מדינה יכולה להצטרף ולהסתייג מסמכות שיפוט בגין פשעי מלחמה שיבוצעו תוך 7 שנים ממועד ההצטרפות; מועה"ב יכולה לעכב כל הליך בפני בית הדין למשך שנה (ניתן לחידוש); אין תחולה רטרואקטיבית לפני מועד כניסת החוקה לתוקף.

אחריות מפקדים ס'82 לאמנת רומא (סיבל)

במקרה של כפיפות, או ידיעה בכוח או בפועל של המפקד על ביצוע הפשע, על המפקד לעשות ככל יכולתו למניעת ביצוע הפשע. אם לא עשה כן, יכולה הפעולה להיות מיוחסת למפקד עצמו.

ישראל וביה"ד

- ס'82(ב)8(ה) הוכנס במגוון נגד ישראל - " העברה, במישרין או בעקיפין, ע"י הכוח השולט, של חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלו לתוך השטח שהוא שולט בו, או הגליה או העברה של אוכלוסיית השטח הכבוש, כולה או חלקים ממנה, בתוך שטח זה או מחוץ לו" תיחשב כפשע מלחמה.
- פלסטין חברה בחוקת רומא – מדינה משקיפה באו"ם, כיום היא עדיין חברה בחוקת רומא ובשלב השני פלסטין הגישה על פשעי מלחמה שישראל ביצעה בשטח פלסטין (בעזה, נגד חיילי צה"ל) ונגד פשעים בגדה המערבית בהמשך לכך שישראל העבירה מתיישבים לגדה שהוא שטח כבוד לדבריהם.

בתי דין פליליים בינלאומיים אד הוק (סיבל)

- **בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה (International Criminal Tribunal For Former ICTY Yugoslavia -)** הוקם בעקבות החשדות לפשעי מלחמה שהתבצעו במהלך המלחמות שהתנהלו בין המדינות החברות לשעבר בפדרציה של יוגוסלביה.
- **בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה (ICTR –Rwanda of Tribunal Criminal International)** הוקם על פי החלטת מועצת הביטחון 559, בשנת 1994 מטרתו העיקרית היא שיפוט האחראים לרצח ההמוני שביצעו בני שבט ההוטו בבני שבט הטוטסי ברואנדה.

מאפיינים משותפים לבתי הדין שהוקמו ע"י מועבי"ט:

- השופטים הם לא אזרחי המדינות המעורבות אלא מומחים בינלאומיים
- לא מפעילים משפט לאומי של מדינה מסוימת אלא משב"ל
- תובעים עצמאיים

סמכות מהותית

- הוגדרו בהחלטות מועבי"ט שהקימו אותם
- הפשעים המרכזיים בהם עסקו הם השמדת עם, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות גם כאשר לא בוצעו במסגרת סכסוך מזוין

ביקורת

- מייצגים צדק של מנצחים
- פועלים באיטיות רבה, ובעלויות עצומות
- אינם נתפסים כלגיטימיים, לא על ידי הנאשמים – כיוון שהם מפעילים משפט בינלאומי חיצוני ומנותק, ולא על ידי הקורבנות – בגלל האיטיות הרבה בהם הם פועלים, בגלל העונשים הקלים יחסית לעתים, ובגלל הקפדתם על כללים משפטיים מדוקדקים
- התמודדות עם הביקורת הקמת בית הדין הקבוע בהאג

הסגרה

ישראל הצטרפה להסכם רב לאומי

תנאים להסגרה

- הסכם הדדי בין מדינות
- הדדיות
- עבירה חמורה דיה להצדקת הסגרה – אמנות לרוב מגדירות
- אין הסגרה על עבירה פוליטית