

חלק ראשון: תפקידו, מעמדו ומקורותיו של המשפט הבינלאומי

טקסט מצגת מס' 1: הגדרת המשפט הבינלאומי ומטרותיו

נושאים לדיון:

- I. מהו המשפט הבינלאומי?
- II. האם זו באמת מערכת משפטית?
- III. מדוע מדינות מציינות?
- IV. ההתפתחות ההיסטורית של המשפט הבינלאומי

I. מהו המשפט הבינלאומי?

* מערכת של כללים שמסדירים יחסים בין מדינות - מגדירים מהן הזכויות והחובות של מדינות ביחסיהן זו עם זו.

* הכללים הללו נקבעים בעיקר על ידי המדינות עצמן, בראש ובראשונה באמצעות כריתת הסכמים בינלאומיים (אמנות).

יש מצבים שמדינות חותמות מול ארגונים כמו יוניפ"ל, כיום יש חובות וזכויות של אנשים כמו הדין הפלילי, אנשים בודדים שיש להם חובו ואחריות מטעם המשפט הבינלאומי. כלומר המשפט מגדיר למדינה מה לעשות מול האזרחים. הוא עוסק בהסדרה בין מדינות או מדינות לאזרחים.

II האם זו באמת מערכת משפטית?

טענה: המשפט הבינלאומי הוא לא באמת "משפט" – אין גוף מחוקק בינלאומי, אין ריבון שאוכף את הכללים, אין מערכת היררכית של בתי משפט שיוצרת תקדימים שיפוטיים מחייבים. מה שקובע באמת איך יתנהלו היחסים בין מדינות זה יחסי הכוחות ביניהן.

האמנם?

מכל מקום: רוב המדינות מציינות, רוב הזמן, לרוב כללי המשפט הבינלאומי

Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time."

Louis Henkin, How Nations Behave 47 (2d ed. 1979)

לפני כ-20 שנה אנשים אמרו כי המשפט הבינלאומי אינו מערכת משפטית כי בניגוד למערכת משפט מדינת הכולל רשות מחוקקת, רשות מבצעת, ורשות שופטת כל אלו אין אותם במשפט הבינלאומי. לכן אין שיטה שחלה על המדינה ואין ממשלה בין לאומית אין מנגנון אכיפה מסודר, ואין לנו מנגנון של בתי משפט. אולם יש בתי משפט לאומיים שאין להם היררכיה כמו בית הדין הלאומי לצדק שיושב בהאג. כלומר מדינות יכולות לתבוע מדינות במקביל יש ערכאות אשר עוסקות בדיני הסחר והים. הפסיקה של בית הדין אינה מחייבת את הצדדים ולא יוצרת תקדים. על כן בתי המשפט לא מחייבים בניהם אך המדינות צריכות להסכים לכפיפות בתי הדין

III. מדוע מדינות מציינות?

הסברים אינסטרומנטליים:

- חשש מפני סנקציות פורמליות / לחצים ותמריצים מצד מדינות חזקות

כמו סנקציות של מועצת האו"ם, למשפט הבינלאומי יש גורמי אכיפה אך יש גופים כמו הסוכנות לאנרגיה אטומית אשר יכולה להפעיל וצריך שיהיה משהו קיצוני. הבנק הלאומי הוא ממומן ע"י ארה"ב ולכאורה הדבר בעייתי להטיל סנקציה על ארה"ב. לכן מדינות חלשות מצטרפות מחוסר ברירה. רוסיה ארה"ב, סין אנגליה, צרפת הם המדינות הכי החזקות במועצת האו"ם וקשה להפעיל נגדם סנקציה, לכן לכאורה הלטת סנקציה זה עניין פוליטי.

- למדינות יש אינטרס ארוך-טווח בעצם קיומה של מערכת נורמות בינלאומית מחייבת (וודאות, הסתמכות, יציבות, עקביות).
 - למדינות יש אינטרס ארוך-טווח בקיום נורמות משפטיות בינלאומיות לאור תוכן הספציפי - הנורמות של המשפט הבינלאומי משרתות את האינטרסים של המדינות שעליהן הן חלות (אחרת הן לא היו מאמצות אותן) [Abram and Antonia Chayes]
 - מוניטין בינלאומי (כללי) - למדינות חשוב ליצור לעצמן תדמית של פרטנריות אמינות לשיתוף פעולה בינלאומי [Andrew Guzman]
- רוב המדינות שוות מבחינת החוק, לכן כאשר החוק מחוקק ע"י הכנסת לפעמים החוק אינו מיושם בשוויון, יחד עם זאת מדינות מצייתות למשפט. יש משפטן לויין הקין אמר "רוב הזמן רוב המדינות מקיימות את המשפט".
- לפעמים מדינות מפרות זכויות אדם ובתגובה הם מנסות להסתיר את ההפרה דוג ההפגזות בסוריה
- מוניטין בינלאומי ביחס לנורמות ספציפיות שזכות להכרה והערכה כמו זכויות אדם או הגנה על הסביבה

איך בכל זאת מדינות מצייתות למשפט הבינלאומי ?

הסברים לא-אינסטרומנטליים :

- מדינות מצייתות לכללים שנתפסים בעיניהן כהוגנים (מהותית או פרוצדורלית) [Thomas J Franck]
- הפנמה של הכללים והערכים שהם מייצגים [Harold Koch]
- ציות לכללי המשפט הבינלאומי מהווה חלק מהזהות של המדינה כחברה בקהילה הבינלאומית.

יש כאן גם שיקולים מוסריים כמו גרמניה אשר קולטת פליטים.

IV. ההתפתחות ההיסטורית של המשפט הבינלאומי

1. אמצע המאה ה-17 עד סוף מלחמת העולם הראשונה

1648 – הסכמי וסטפליה (זה מקום בגרמניה) – סיום מלחמות הדת באירופה, הכרה בריבונותן של מדינות אירופה. קביעת עקרון השוויון הפורמלי בין מדינות ועקרון אי ההתערבות.

המדינות יחליטו מה המעמד שלהם מבחינה חברתית כאן זה בעצם ההתחלה של המשפט הבינלאומי כלומר "חיה ותן לחיות".

מאות 17, 18, 19: הסדרה מינימלית של מערכת היחסים בין מדינות, המדינה הריבונית היא הגורם היחיד בעל אישיות משפטית בינלאומית.

2. סוף מלחמת העולם הראשונה עד סוף המלחמה הקרה

שתי מלחמות עולם קטלניות ; גידול משמעותי במספר המדינות הריבוניות בעולם = <

- הסדרה בינלאומית אינטנסיבית יותר ; תחומי הסדרה חדשים
- הקמה של ארגונים בינלאומיים חדשים (כגון חבר הלאומים (1920) ובהמשך האו"ם (1945), PCIJ ובהמשך ICJ [בית הדין הבינלאומי לצדק], ארגון העבודה הבינלאומי [1919], הבנק העולמי [1945], ארגונים אזוריים, ועוד).

- המדינה הריבונית היא כבר לא הנושא היחיד של המשפט הבינלאומי – גם לארגונים בינלאומיים יש חובות וזכויות מכוח המשפט הבינלאומי.

3. סוף המלחמה הקרה עד היום

המלחמה הקרה בין רוסיה לארה"ב כי רוב הזמן לא היה שימוש בנשק, מה שכן היו משברים כלכליים

קריסת הגוש הסובייטי; היעדר יציבות וסכסוכים פנימיים; דמוקרטיזציה; תהליכי גלובליזציה מואצים (זרימה גלובלית של אנשים, סחורות, מידע); איומים חדשים (טרור, התחממות גלובלית) =<

- ערעור של תפיסת הריבונות המסורתית ועקרון אי ההתערבות (דגש על מניעת מלחמות אזרחים והגנה על זכויות אדם).
- הומניזציה של המשפט הבינלאומי – האדם במרכז
- ריבוי נורמות ומוסדות בינלאומיים ועלייה בכוחם (פרגמנטציה)

טקסט מצגת מס' 2: מקורות המשפט הבינלאומי

נעסוק בשאלה אין נוצרים מקורות המשפט הבינלאומי, למשל המשפט הישראלי המקור שלו בפסיקה, חקיקה, צווים וכו'...

לגבי המשפט הבינלאומי המקורות מופיעים בסעי' 38 זו ערכאות כללית אשר עוסקת בסכסוכים כללים בין מדינות ל ICJ יש חוקה ומגדירה איך לפעול ולפסוק לרבות סמכות וסעדים.

נושאים לדיון:

- I. סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ)
- II. אמנה
- III. מנהג
- IV. עקרונות כלליים
- V. החלטות בתי משפט ומשנתם של מלומדים
- VI. היחס בין המקורות המופיעים בסעיף 38
- VII. מקורות נוספים

סעי' 38 מגדיר את המקורות:

I. סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק

איך יודעים מה אומר הדין הבינלאומי? איפה מוצאים את כללי המשפט הבינלאומי? כיצד הם נוצרים?

סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק קובע:

1. בית הדין, שתפקידו לפסוק לפי המשפט הבינלאומי בסכסוכים המובאים לפניו, ינהג לפי:

- א. **אמנות בינלאומיות**, כלליות או פרטניות, הקובעות כללים שהמדינות המתדיינות הכירו בהם במפורש;
- ב. **המנהג הבינלאומי**, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין;
- ג. **עקרונות המשפט הכלליים** המקובלים על ידי האומות בנות התרבות;
- ד. **החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים** המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט, תוך שמירת הוראותיו של סעיף 59.

2. הוראה זו אינה פוגעת בסמכותו של בית הדין לפסוק לפי הצדק והיושר אם בעלי הדין מסכימים לכך).

סעי' 38 מכיל את רשימת מקורות המשפט הבינלאומי וזו רשימה מרכזית לכללי המשפט הבינלאומי לגבי סעי' ד' הוא אומר נניח אני סטודנט למשפט מה אומר דיני הים, לכן סעי' ד' קשור לבתי דין ספציפיים כלומר ספרות של משפט בינלאומי. גם המחקרים הם אמצעי עזר ואינם מחייבים כך המשפט הבינלאומי שאינו מחייב ואינו תקדים מחייב. סעי' ד' הוא אמצעי עזר ואליו אי' עד ג' הם מחייבים.

האם סעי' 38 הוא מחייב לכל הערכאות הבינלאומיות?

התשובה היא כן, הוא לא רק מחייב את ה ICJ הוא מעלה יסודות המשפט כמו סעי' 1 לחוק יסודות המשפט הישראלי: כאשר יש סכסוך בית המשפט יפעל לפי חוק, פסיקה, תקדים ואם אין תשובה יפעל לפי עקרונות היושר הצדק והחירות.

יש הוראה דומה בסעי' 38, חשוב לציין כי זה לא מקור של המשפט אלא זה רק ICJ.

הערה: כל המקורות האלו משקפים רעיון בסיס אחד של המקור כתוקף של המשפט הבינלאומי הרעיון כי המשפט מבוסס על " עקרון ההסכמה" בין המדינות. הכוונה כדי שמדינה תהיה מחוייבת בכלל המשפט הבינלאומי היא חייב להסכים לו בשלב מסויים. אחרות הוא לא מחייב אותה.

כאשר מדובר על אמנה – התהליך הור ברטר ואם מדינה לא מצטרפת אז המדינה לא מחוייבת. כאשר נדבר על מנהג, עקרונות, הוא כל כרוך בהסכמה, אלא הסכמה בשתיקה ויש כאלה שמבקרים את זה כי לכאורה זה פיקציה.

באופן מסורתי כדי שכלל מסויים יחייב מדינה היא צריכה להסכים לו כי אחרת לא ניתן להטיל עליה סנקציה או חוב.

בנוסף כדי שה ICJ תהיה לו סמכות לדו בבקשה שלי, אני חייה להסכים לחוקת בית הדין הבינלאומי.

תיאורית המשפט הבינלאומי אומרת- הגורמים שעליהם אני חל אני מכבד את הריבונות שלהן, "עקרון ההסכמה" שנובע מעקרון הריבונות. מדינה היא גוף ריבוני, היא מחליטה איך לפעול חלק מהרעיון של ריבונות אני מחליט על עצמי.

אם מדינה היא ריבונית אז לא ניתן לכפות עליה ללא הסכמה.

כעת נסקור את 4 המקורות:

II. אמנה

38(א): "אמנות בינלאומיות, כלליות או פרטניות, הקובעות כללים שהמדינות המתדיינות הכירו בהם במפורש".

• אמנה (treaty / agreement / convention / covenant / charter / statute) היא הסכם בינלאומי שמשקף מפגש רצונות של הצדדים. **מה זה אמנה ? חוזה בינלאומי אשר משקף את רצון הצדדים.**

• באמצעות האמנה הצדדים נוטלים על עצמם התחייבויות משפטיות, קונים לעצמם זכויות, ויוצרים מנגנונים לשיתוף פעולה ביניהם.

• באמנות אפשר לכלול הוראות מפורטות ומדויקות, והן יוצרות רמת וודאות גבוהה לגבי הנורמות מחייבות את הצדדים, ולכן הן מהוות את כלי החקיקה המרכזי של המשפט הבינלאומי המודרני.

• הבחנה בין אמנות דו-צדדיות (לרוב בעלות אופי "חוזי ספציפי") לבין אמנות רב-צדדיות (לרוב בעלות אופי "נורמטיבי כללי").

אמנה דו צדדי- חברות בה רק שתי מדינות

אמנה רב צדדית- יש בה יותר מ 3 מדינות דכ אמנות דו צדדיות יש להם אופי של חוזה כמו הסכם סחר בין שתי מדינות.

לעומת זאת אמנות רב צדדיות בד"כ יש להן או יותר נורמטיבי כמו "חוק" שהוא כללי למשל אמנה לזכויות אדם, שבויי מלחמה. התוקף המשפט של אמנה דו צדדית ואמנה רב צדדית יש לו אותו תוקף משפטי והם מחייבות את המדינות אשר לברות בהם.

• רישום אמנות – סעיף 102 למגילת האו"ם - יש לרשום אמנות במזכירות האו"ם, מוסדות האו"ם לא יזקקו לאמנה שלא נרשמה כאמור.

כל אמנה אשר מיוצרת בין מדינות סד"כ הצדדים מביאים אותה למזכירות האו"ם ורושמת את האמה ומתפרסת "בקובץ סדרת האמנות של האו"ם"

מדינות נוהגות לשום את האמנה במזכירות האו"ם אולם זה לא חובה בפועל רוב האמנות כן מתפרסמות מטעמי סדר.

דבר שני ס' 102 קובע מי שלא רשם את האמנה שלו לא ניתן לדון בבקשה של ICJ.

• מי מוסמך לחתום על אמנה בשם המדינה? ראש המדינה, שר החוץ, או אדם אחר שהוסמך לכך.

אמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969 ("אמנת האמנות")

קובעת איך נוצרות אמנות בינלאומיות, איך ניתן להצטרף אליהן או לפרוש מהן, איך ניתן לשנות או לבטל אותן, ועוד. רוב הוראותיה משקפות דין מנהגי, ולכן מחייבות גם את המדינות שלא הצטרפו לאמנה.

זה דומה לחוק החוזים חלק כללי. מאחר ובעבר אמנה הייתה כמו מנהג אז הפכה להיות מעוגנת. כלומר דיני האמנות אנו פונים לאמנת וינה והיא מחייבת את 114 מדינות.

נדבר על כמה הוראות של האמנה.

הוראות מרכזיות של אמנת וינה

סעיפים 1-3 - היקף התחולה של האמנה :

הם עוסקים בהיקף התחולה של האמנה ונקבע כי האמנה של וינה חלה על אמנות בין מדינות אשר נכתבו בכתב. בזה נעסוק.

יש גופים שיש להם אישיות משפטית והם לא מדינה כמו ארגון מסויים למשל ארגונים האמנים הבינלאומי. זה ארגון שחברות בו מדינות. למרות שאמנת וינה חלה על מדינות יכול גם כי מדינות יכרתו בניהם חוזים בינלאומיים אך הם לא כפופים לאמנת וינה.

אמרנו כי מדינות ארגונים יכולים להיות שייכים למשפט הבינלאומי.

יש עוד גוף אשר נחשב ל"נושא" כמו תנועת אש"ף, חמא"ס... אלו הם גופים שקצת מזכירים מדינה אולם הם לא מדינה בפועל. אין הכרעה בעניין זה רוב המשפטנים אומרים יכולים לזכות הסכם בניהם לבין מדינה.

הבעיה כי לארגונים אלה אין אישיות משפטית, יחד עם זאת המשפט הבינלאומי כן מכיר בהסכמים שלה משיקולים פרגמטיים, אז יכירו בהם כמו הסכם אוסלו.

אמנת וינה חלה רק על אמנות בין מדינות שנעשו בכתב. עם זאת, אמנת וינה אינה גורעת מתוקפן, לפי כל דין אחר, של אמנות שנכרתו בין נושאים אחרים של המשפט הבינלאומי או בינם לבין מדינות, או של אמנות שנעשו בעל פה.

סעיפים 11-15 - דרכי הצטרפות לאמנה : מסביר איך מדינות יכולות להצטרף לאמנה בינלאומית ?

מדינה יכולה להצטרף לאמנה בדרך של חתימה (signature) בלבד, או בדרך של חתימה ואשרור (signature and ratification). דרך הצטרפות תלויה במה שנקבע באמנה עצמה או/על ידי המדינה המצטרפת. הדרך הדו-שלבית נפוצה יותר.

איך ניתן לדעת אם כי האמנה חלים על מדינה? צריך לבדוק באמנה עצמה ובמקורות שלה אם חתימה היא מחייבת או חתימה ואשרור, יש מדינות שקובעות כי האמנה צריכה להיות גם חתימה ואשרור

מה ההבדל בין חתימה לאשרור ?

מה ההגיון בהליך הדו-שלבי?

זה הליך דו שלבי להצטרפות לאמנה

חתימה- זה אומר כי נציג מצד המדינה קורא את הטקסט וקובע כי הנוסח מקובל עליו ונותן אישור חתימה.

אשרור- זה תצהיר כי המדינה חתמה באופן רשמי.

מבחינה מהותית ההצטרפת היא דו שלבית. החתימה היא הצהרה כרונית שבה המדינה אומרת כי אשקול הצטרפות ואשקול ברצינות אשרור ולאחר מכן אני אהיה בעלת זכויות וחובות משפטיות.

אולם, יש חלק מהאמנות שניתן להצטרף אליהם רק ע"י חתימה.

ההגיון בתהליך הדו שלבי :

1. המדינה צריכה להיות סגורה ובטוחה בעצמה.
2. מדינות אשר החוק הפנימי שלהם מחייב את האשרור ע"י גורם במדינה ולא ע"י הגורם שחתם כמו צרפת בלגיה, איטליה. בישראל אין דרישה לאשרור.

הנפקות המשפטית של חתימה בהליך הדו-שלבי :

סעיף 18(1) : אחרי שמדינה חתמה על אמנה, גם אם לא אשררה, אסור לה לעשות פעולות שחותרות תחת מטרת האמנה. זה נכון כל עוד המדינה לא הבהירה שאין בכוונתה לאשרר.

למשל : איסור על צייד לוותינים ובמקביל המדינה מאפשרת צייד לוותינים. כלומר לא לעשות מעשה שהוא מנוגד לאמנה. או כמו האמנה לפיקוח בסחר בנשקה . זו אמנה אשר נכנסה בשנת 2014 וקובעת כי מדינה מסויימת לא יכולה למכור נשקים למדינות אשר עובדות עם ארגון טרור או מדינות שיש להם מלחמות פנימיות.

*** הדרישה לא לחתור תחת מטרות האמנה חלה על מדינה שאשררה אמנה, בתקופה שלפני כניסת האמנה לתוקף, ובלבד שהכניסה לתוקף לא הושתה יתר על המידה [סעיף 18(2)]

סעי' 18(2) הוא אינו קשור באופן ישיר להליך הדו שלבי. בד"כ ברוב האמנות הרב צדדיות מכינסים סעי' מיוחד שאומר כי האמה תיכנס לתוקף רק כאשר מס' מדינות יאשררו אותה.

מה היגיון אשר משהה את כניסת האמנה בפועל ?

יש הרבה אמנות שלא אפקטיביות ורוצים לדאוג שמדינות חשדות לא היה להם נשק. כי אפ יצטרפן רק 10 מדינות זה לא יעיל לאמנה.

סעי' 18 (2) גם כאן המדינה אינה יכולה חתור תחת האמנה.

{ מועד אשרור לעומת מועד כניסה לתוקף של אמנה – כניסה לתוקף של אמנות רב צדדיות הרבה פעמים מותנית באשרור על ידי מספר מסוים של מדינות. מדוע? }

סעיפים 19-23 – הסתייגויות :

בכפוף לתנאים מסוימים, מדינה יכולה להצטרף לאמנה (רב-צדדית) תוך הסתייגות מחלק מהוראות האמנה, כך שההוראות הללו לא יחולו עליה או יחולו באופן שונה מזה שקבוע באמנה.

מהו ההגיון העומד ביסוד מוסד ההסתייגות? אילו קשיים הוא מעורר? (דיון בכיתה)

כלומר מדינה יכולה להצטרף לאמנה חדש והיא תסתייג מס' מסויים או שייחב אותה בצורה שונה. למשל אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופולטיות כלומר אמנת זכויות האדם שרוב המדינות חברות בה כולל ישראל. אולם ישראל הסתייגה מס' 23 שקובע שכל המדינות חייבות להבטיח שיוון בנישואים וגירושין. בישראל הדין שחל על כל אדם הוא הדין האישי שלו. גם הדין האישי של היהודים והמוסלמים אין בו שוויון כמו הגירושין.

איזה עוד הגיון של הצסתייגות ?

דוגי- אמנות אשר עוסקות בדיני לחימה והאמנה קובעת שהיא מעניקה חסינות לצוותים רפואיים לרבות רופאים אנשי רפואה ורכבי רפואה. כדי שצוות רפואי ייהנה מהחסינות זה לשאת סמל של סהר אדום/ צלב אדם. ישראל הוסיפה הסתייגות י ל של היה מגן דוד אדום. לכן ההגיון הנוסף, הוא ישנם דברים שוליים ועדיף שמדינה תסתייג מאשר שלא תחום על האמנה דבר אשר אפשר הצטרפות של מדינות אלוה אמנה.

עקרון ההדדיות (סעיף 21) :

דוגי- יש אמנה בינלאומית שנקראת " מניעה וענישה של רצח עם משנת 1984. כמו בסרביה , ארמנים עם הטורקים שזה נחשב רצח עם . לאחר השואה נוצרה אמנה בינלאומית אשר קבעה כי רצח עם הוא פשע ואף נקבע כי ע כל המדינות יש לה חובה למנוע רצח עם. זאת ע"י שלחית חיילים, כסף והענשת מי שמבצע רצח עם. האמנה מוסיפה אם יש מחלוקת הנושא רצח עם א בית המשפט בהאג ה – ICJ ידון בזה. היו מס' מדינות אשר הצטרפו לאמנה כמו אוקרינה, צ'כיה והן ציינו שאינן מוכנות כי ה- UCJ ידון בשיפוט . כלומר אם מדינה מסתייגת מס' מסויים היא לא יכולה להסתמך עליו אל מול מדינה אחרת.

ההסתייגות משחררת את המדינה המסתייגת מהחובה הקבועה בהוראה שממנה הסתייגה, ובה בעת משחררת מדינות אחרות ממילוי אותה חובה כלפי המדינה המסתייגת.

התנגדות להסתייגות (סעיף 20):

מדינה אחת, מוסיף הסתייגות, מדינה אחרת יכולה להתנגד להסתייגות. המשמעות להתנגדות להסתייגות - תהיה תקפה בין שתי המדינות, ובד"כ המדינות יגידו שהאמנה לא תקפה.

למשל: ישראל מתנגדת לפיקוח על כימי ע"י צוות חיצוני. אז תבוא מדינה אחרת ותגיד כי הסתייגות זו אינה מקובלת עליה והאמנה לא תהיה תקפה בין שתי המדינות.

הרעיון לאפשר הסתייגות ?

זה מסיבות עקרוניות

מדינה יכולה להתנגד להסתייגות של מדינה אחרת ולהצהיר שאם ההסתייגות לא תוסר, שהאמנה בכללותה לא תחול ביחסים שבינה לבין המדינה המסתייגת.

הגבלות על הסתייגות (סעיף 19):

יש מגבלות למדינה שלא יכולה להסתייג יש 3 מצבים אם נקבע באותה אמנה שלא ניתן להסתייג מראש ככל אין אמנות כאלה, אבל אם זה אמנה שיש בה מסי סעיפים שעוסקת בצייד לוותינים לכן יגידו מראש לא ניתן להסתייג מסי זה. לפעמים עוד מצב שלא ניתן להסתייג מאמנה אשר כול במפורש שלא נית להסתייג מסעיפים חשובים שאמנה או כאשר הסתייגות מנוגדת נושא וטרות האמה שזה הלב דל שאמנה. כמו אמנה מניעת רצח עם לא ניתן להסתייג מסי זה.

בעקרון כאשר מדינה מסתייגת זה נרשם במזכירו האו"ם. כלומר בסוף האמנה יש דך של הסתייגות אשר מרכז את המדינות אשר מסתייגות מסעיפי האמנה.

החיסרון בגין ההסתייגות – היא וודאות ויציבות של אמנה יחד עם זאת השאיפה שכן המדינות יצטרפו לאמנות ונראה כי היתרונות עולות על החסרונות בהתאם לסעיפים 19-23.

לא ניתן להסתייג מאמנה אם: (1) נקבע בה שלא ניתן כלל להסתייג מהוראותיה; (2) נקבע בה שלא ניתן להסתייג מהוראות מסוימות שלה, וההסתייגות נוגעת לאחת מההוראות הללו; (3) ההסתייגות מנוגדת לנושא האמנה ולמטרתה.

<< ההסתייגויות וההתנגדויות להן נרשמות במזכירות האו"ם ומתפרסמות על ידה.

סעיפים 26-27 - החובה לכבד אמנות:

סעיף 26 - Pacta sunt servanda – הסכמים יש לקיים, ויש לקיים בתום לב (כלל של הדין המנהגי)

זה אומר בלטינית קובע שצריך את האמנה ולקיים אותה בתו"ל. כאשר נלמד דיני זכויות אדם נעסוק בתו"ל.

סעיף 27 - במישור הבינלאומי, מדינה אינה רשאית להסתמך על הדין הפנימי שלה כדי להצדיק אי קיום של אמנה, אלא אם מדובר בכלל בעל חשיבות יסודית בדין הפנימי, ובעת ההצטרפות לאמנה היה צריך להיות ברור לכל המדינות הנוגעות בדבר שההצטרפות מנוגדת לאותו כלל.

כלומר אותה מדינה לא יכולה בגלל חוק פנימי אני לא יכולה לקיים את האמנה, אלא אם מדובר במשהו פנימי וההצטרפות מנוגדת לאותו כלל. למשל אני ישראל מצטרפת לאמנה שקובעת שצריך להפריד בין דת לאומנה, ישראל תגיד אני לא יכולה כי יש הפרדה בין דת למדינה. אז בעקרון לא ניתן להצטרף לאמנה. יחד עם זאת ישראל תטען כי מדינות אחרות כי הדין הפנימי סותר את האמנה. לכן יש פתרון של הסתייגות אשר נקבע בסי 23. לכן הסתייגות עדיפה, בפועל אין כמעט הסתמכות על הסיפא של סי 26, הכלל אומר שלא ניתן לקיים אמנה כאשר ישנה סתירה פנימית. אולם במישור של היחסים אל מול המדינות יש ורך לקיים את האמנה ונדרש להסתייג מראש. לכן הסיפא כמעט לא משמשים בה.

נחזור לנק' זאת כאשר נדבר על נושא 3 בנושא יחס בין מדינה לאמנה.

יש לפרש אמנה בתום לב, לפי המשמעות הרגילה של המונחים שלה בהקשר שבו הם מופיעים ולאור נושא האמנה ומטרתה (פרשנות מילולית + תכליתית).

הם עוסקים בפרשנות ויש לפרש אמנות בתו"ל, בהקשר שהם מופיעים לאור מטרת האמנה אל מול לשון האמנה וגם אל מול נושא ומטרת האמנה. למשל מה זה אומר באמנת ז'נה כי מדינה צריכה לפעול באופן מידתי, או צורך צבאי חיוני. לכן יש חשיבות גם לשפה ולמעשה.

סעיף 63 – ניתוק יחסים דיפלומטיים :

ניתוק יחסים דיפלומטיים לא מבטל חובות על פי אמנה, אלא אם היחסים הדיפלומטיים הכרחיים לצורך קיום החובות האמורות.

כלומר ברגע שכרתי אמנה עם מדינה אחרת עדיין אני מחויב לקיים את האמנה, הכלל אשר קבוע באמנת ווינה אומר שאם יש ניתוק יחסים דיפלומטיים עדיין צריך לקיים את האמנה. דוג' משנה 1961 אמנת ווינה בדבר יחסים דיפלומטיים אשר מסדירה את מעמד החסינות של שגרירים ואנשים דיפלומטיים, או הסכם של שיתוף פעולה כמו מדינות אשר בונות מסחר משותף עולה השאלה אם קיום יחס דיפלומטי זה הכרחי האם עדיין צריך לקיים את האמנה. אז זה מפורש לפי הנסיבות של המקרה.

סעיפים 53 ו-64 – נורמות קוגנטיות (jus cogens)

סעיף 53 - אמנה בטילה מעיקרה אם בשעת כריתתה היא עומדת בסתירה לכלל בל יעבור של המשפט הבין לאומי הכללי. לעניין אמנה זו, כלל בל יעבור של המשפט הבין לאומי הכללי הוא **כלל המקובל ומוכר על הקהילה הבין לאומית של המדינות כולה ככלל שאין להתיר כל גריעה הימנו ואשר ניתן לשנותו רק בכלל מאוחר של המשפט הבין לאומי הכללי, בעל אופי דומה.**

ההגדרה של כלל קוגנטי הוא מקובל על כל המדינות והקהילות הבינלאומית, הכוונה שכלל מדינות העולם אשר יש כללים שיש הסכמה בין כל המדינות, אחרי שאמרנו כי בסעי' 38 יש מס' מקורות, ואמרנו כי בסעי' של 38 ד' ניתן להיעזר בפסיקות של בית המשפט כי לדעת מה הם חוקים ומנהגים, לכן מי שקבע מה הכללים הקוגנטיים זה בתי המשפט, מלומדים, ספרות משפטית.. למעשה יש נורמות שיש עליהם הסכמה הרשימה כולל איסור שימוש בכוח, רצח עם, פשעים נגד האנושות. פירוט למטה "בפגיעה בעקרון ההסכמה.

סעיף 64 - התהווה כלל בל יעבור חדש של המשפט הבין לאומי הכללי, כל אמנה קיימת הסותרת אותו כלל בטילה ובאה לכלל סיום. זה אומר כאשר יש קונצנזוס כי האיסור על פשעים פירטיים הוא קוגנטי ואם היה מותר משהו כזה הוא בטל. כאשר דברנו על המקורות המשפט הבינלאומי צריך הסכמה ולא ניתן לחייב את המדינות רק אם הסכימו לזה. האם זה עולה בקנה אחד מול הוראה קוגנטית ? נניח מדינה מקימה מחנה עבדות, האם זה יהיה תקף, המצב הוא בעצם לא בדקו את ה- 198 מדינות שהמדינות מסכימות אליו, אבל הוא מחייב. אז יש כאן בעקרון ההסכמה שאינו מוחלט כי במשפט הבינלאומי לא ניתן לחייב את המדינות. אם משהו קוגנטיבי מחייב. כלומר יש כאן פקציה. זה מוביל אונתו למנהג. והכללים הקוגנטיים הם כמו מנהג. אולם לא כל כלל מנהגי הוא קוגנטי ואילו כי כלל קוגנטי הוא מנהגי.

הסעיפים אומרים שיש כללים במשפט הבינלאומי שהם כללים קוגנטיים ולא ניתן להתנות עליהם והם חשובים ביותר ולא ניתן להתנות עליהם. כלומר מדינות לא יכולות לכרות אמנה ללא התייחסות לסעיפים.

פגיעה בעקרון ההסכמה?

נורמות שיש לגביהן הסכמה גורפת שהן קוגנטיות: האיסור על שימוש בכח, האיסור על עבדות, האיסור על רצח עם, האיסור על פשעי נגד האנושות.

נורמות נוספות שנחשבות על ידי רבים לקוגנטיות: הזכות להגדרה עצמית לאומית, האיסור על הפליה גזעית, חופש השיט במים בינלאומיים והאיסור על פשעים פיראטיים.

יש הרחבה כמו זכות לחיים, ולכבוד, לכן אין רשימה מסודרת של ההוראות הקוגנטיות אולם אלו העיקריות שיש. למשל לא יכול להיות שמדינות יכרתו הסכם כדי לתקוף מדינה אחרת. עוד דוג' איסור על עבדות למעשה עד ה-מאה 19 דבר זה היה מותר בארה"ב, כיום כל מדינות העולם אוסרות על

עדות, יש היום דו"חות אשר מצביעים על עבדות כמו באפריקה וסחר באנשים. יש גם היום זרם גדול של פליטים אשר מנסים להגיע מאפריקה ומנסים להגיע לאירופה ע"י סירות וחלקם טובעים, בצפון אפריקה יש אלג'יר, מרוקו. נציין כי באלג'יר הייתה מהפכה דבר אשר אפשר לחטוף עבדים מאפריקה ויש דיווחים מלוב על שימוש בעבדים, מעבר לעבדות כזאת יש מליוני אנשים בעלום אשר נמצאים במחנות, כפייה, בד"כ אלו מדינות שאינם דמוקרטיים ואותם אנשים נשלחים למאסר. כמו בצפון קוראיה, סין.

נניח כי צפון קוראיה וסין חותמים על אמנה כי סין מתחייב לבנות לצפון קוראיה מתחם של עבדות, אמנה כזאת לא תהיה תקפה כי זה מנוגדת לנורמה קוגנטית. ובית המשפט לא יאכוף את האמנה.

< קיומן של נורמות קוגנטיות במשפט הבינלאומי משקף סטייה מעקרון ההסכמה.

III. מנהג

זה מקור נוסף של המשפט הבינלאומי הוא מוזר בסעי' 38 ב

38(ב): "המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין" רוב הכללים היו כללים מנהגים בע"פ, כיום יש חשיבות אחרת ונדרש הסכם מתוקף אמנה.

מנהג בינלאומי (international custom) הינו "נוהג כללי שנתקבל בבחינת דין" (general practice "accepted as law"). מנהג נוצר כאשר מדינות פועלות בדרך מסוימת לאורך זמן בצורה עקבית ומתוך מחויבות משפטית לנהוג כך. כלומר כדי שנוכל להגיד שיש מנהג צריך שיהיו שתי יסודות מצטברים עובדתי+נפשי :

כלומר, המנהג כולל שני יסודות, פיזי ונפשי :

יסוד פיזי/עובדתי ["נוהג כללי"] - פרקטיקה שמדינות רבות דבקות בה לאורך זמן (פרקטיקה כללית, ממושכת ועקבית). כלומר צריך התנהגות של מדינות אשר דבקות בה.

יש 3 דרישות : (1) כללית-רוב המדינות מקיימות אותה לצורך זמן כמו : חסינות לשגרירים מפני הליכים פליליים. (2) ממושכת- מדובר לאורך זמן, אין הגדרה של זמן אם זה 20 או 100 שנה וזה תלוי בנסיבות, למשל אם מדברים על נוהל ליחסים דיפלומטיים אשר מתקיים 100 שנה יתכן וזה הזמן. (3) עקבית- זה לא אומר אם מדינה תסטה פעם אחת נניח תקפה ספינה , זה לא יבטל את הכלל.

כדי שהיסוד העובדתי יתקיים צריך לוודא שיש פרקטיקה כללית, ממושכת, ועקבית.

יש גם מדינות אשר מכירות מנהג פנימי כמו דינם אשר חלים לאורך שנים.

יחד עם זאת כאשר אנו מדברים על פרקטיקה כללית צריך שרוב המדינות יקיימו אותה, נניח איסור על עינויים זה כלל שכל המדינות בעולם מקיימות אותו. אולם יש כלל שלא כל המדינות מקיימות אותו כמו מים טריטוריאליים וזה קשור לחלק מהמדינות שיש להם ים. כדי לדעת אם נורמה היא כללית צריך לבדוק את מסי המדינות שעוסקות בו. וכאשר אנו מדברים על יכולות טיסה לחלל או מים טריטוריאליים צריך להסתכל רק על מדינות אשר מקיימות אותו.

כאשר אנו מדברים על פרקטיקה זה יכול להיות במחלל- כמו להתיר כניסה למים טריטוריאליים ללא שום בעיה. או לא להעמיד לדין שגרירים בגין עבירה פלילית.

יסוד נפשי ["שנתקבל בבחינת דין"] - הכרה של המדינה שהיא מחויבת מבחינה משפטית לנהוג בדרך שבה היא נוהגת.

בנוסף יש גם יסוד נפשי- ז"א אם צריך הכרה משפטית, או משהו שנעה מתוך נימוס או המונטארי. איך נדע אם יש חובה לשלוח צוות חילוץ כאשר יש אסון נבדוק מה המנהגים ונציגי הממשלה יגידו אם לשלוח צוות או לא, כלומר דרך ההתבטאות זה יהיה מתוך הכרה משפטית או מתוך נימוס.

עוד דבר איך מדינות מתייחסות לדברים אחרים כמו סחר באנשים אשר מנוגד לדין הבינלאומי. זאת כדי לבדוק את המנהג.

דבר חשוב לגבי היסוד הנפשי 3 הדרישות הם מצטברות אך אין הגדרה מדויקת. זה אותו דבר גם לגבי היסוד העובדתי והנפש שהוא חזק. אז נהיה יותר גמישים לגבי היסוד העובדתי ובשניהם נהיה גמישים.

היסוד הנפשי הוא חשוב למשל שימוש בכוח ועינויים הם נורמות עולמיות וחלק מהמדינות משתמשות בזה, אנו מתגמשים בזה כי ביסוד הנפשי יגידו כי הם מתחייבות לכך ואילו ביסוד העובדתי זה חלש.

מהרגע שנוצר מנהג עולמי אשר מדינות דבקות בה לאורך זמן, אז אותו מנהג מחייב את כל המדינות כמו איסור על שימוש בכוח, אז נבדוק 150 מדינות אם הן מקיימות את המנהג, ודפקה המדינה שנמצאת מולי לא ניתן לדעת שהיא עקבית אולם מאחר ונמצא מנהג בינלאומי אז הוא מחייב את כל המדינות. ויש לכך חריג אחד : "מתנגדת עקבית".

• מרגע שנוצר מנהג הוא מחייב את כל המדינות (לרבות מדינות שלא תרמו להיווצרותו).

< חריג : "מתנגדות עקביות". כלומר המדינה מצהירה באופן עקבי שהיא מתנגדת, בפועל זה משהו נדיר שמדינות יגידו שהן מתנגדות באופן עקבי, וקשה מאוד כאשר יש סכסוך לטעון שהיא מתנגדת עקבית. לכן כמעט ואין מדינות אשר מתנגדות באופן עקבי. לכן הרבה פעמים נקבע כי כלל מנהגי הוא עולמי שכל המדינות מחויבות אליו, וזה חותר תחת עקרון ההסכמה. הבעיה כי ההנחה שכל המדינות מסכימות למנהג. עוד מצב אבסורדי כאשר יש מדינות חדשות אשר קמו כמו דרום סודן היא תהיה מחויבת לכל הכללים המנהגים בעולם.

הבעיות של המנהג, זה משהו לכאורה פיקטיבי ויש כאן פגיעה בעקרון ההסכמה, אבל אם המדינה לא תסכים היא תתנגד :

חסרונותיו של המנהג כמקור משפטי מחייב :

1. הסכמה פסיבית/משתמעת (בשונה מאמנות).

2. כשלים לוגיים בתהליך היווצרות המנהג ושינויו – יש כאן בעיה באופן שבו מנהג נוצר ובאופן שניתן לשנות אותו. הכוונה היא אמרנו כדי שמנהג יתגבש צריך לראות שמדינות פועלות לאורך זמן מתוך מחויבות משפטית, אולם כל עוד שלא התגבש המנהג למה שהמדינות יהיה להם יסוד נפשי למחויבות, ואם אין גיבוש של יסוד נפשי אז מנהג לא נוצר. כדי שנוכל להגיד שנוצר מנהג צריך להראות כי המדינות עושות את זה מתוך מחויבות משפטית/משפטית.

3. עמימות (הן בנוגע לעצם קיום המנהג והן בנוגע לתוכנו).

לכן מה שנשעה זה : פתרון חלקי : הליכי קודיפיקציה – עיגון כללים מנהגיים באמנות, אשר יחייב את המדינות וזה ינוסח בצורה ברורה, ולא יהיה כשל לוגי לרבות אופן שינוי אמנה, הקושי היחיד זה נושא ההסכמה, כי זה עכשיו מנהג מחייב את כל המדינות. עוד דוג: זה מנהג של חופש שייט זה מחייב מכוח המנהג וכוח העיגון בקודיפיקציה. ואם מדינה לא רוצה את המנהג היא צריכה להיות מתנגדת באופן עקבי. עוד דוג: נושא של חסינות דיפלומטית כמו שגריר של מדינה זה והכלל קובע כי ישנה חסינות משפטית. בשנת 1961 הוחלט כי נושא של חסינות דיפלומטית נדרש לעגן אותה בתוך אמנה בינלאומית "אמנת ווינה בדבר יחסים דיפלומטים" נניח כי מדינה נוסג בשנת 1961 ולא היה לה אירוע כזה ששגריר ביצע עבירה, וכעת אחרי 20 שנה השגריר של המדינה מבצע עבירה פלילית כמו רצח ומבקשים להעמיד אותו לדין, אז מדינת האם תגיד שיש כאן מנהג אשר מחייב את הכלה מדינות, ובמצב כזה אסור לבצע הליכים נגד אותו שגריר. לכן הקודיפיקציה לא תמיד פותרת את בעיית המנהג, כי זה מחייב את כל המדינות.

למה למרות שרוב הכללים הבינלאומיים מעוגנות באמנות, למה עדיין חשוב להכיר במנהג :

1. יש מנהגים שטרם נרשמו והם לא עוגנו.

2. אם יש כלל מנהגי מחייב אז מדינה שלא הצטרפה עדיין תהיה מחויבת למנהג.

הבחנה בין : אמרנו כי חלק מהמנהגים מעוגנות באמנות, למשל חלק מהאמנות ווינה בדבר יחסים דיפלומטים חלק מההוראות לקוחות מתוך מנהג, וחלק אחר יוצרים כללים חדשים, כמעת כל האמנות יוצרות מנהגים חדשים וגם מעגנים מנהגים ע"ג כתב, כאשר יש סעיפים חדשים אשר הועלו על הכתב לרבות סנקציות אז נגיד שאלו הוראות **קונסטיטוטיוניות** יוצרות כלל חדש. לעומת זאת אם נגיד שמדינה אסור שתגרום נזק למדינה אחרת זה משהו **דקלרטיביות** אשר יחייב את המדינות אשר לא הצטרפו לאמנה.

לכן, יש מדינות אשר יוצרות הוראות **קונסטיטוטיוניות**, ומאידך יתכן ויהיו אמנות **דקלרטיביות**. אולם רוב המדינות בעולם האמנות שלהם יהיו סעיפים **קונסטיטוטיוניות** שלא מחייבות את מי שהצטרך, ואילו סעיפים **דקלרטיביות** אשר יחייבו מדינות למרות שלא הצטרפו.

הוראות אמנה **קונסטיטוטיוניות** - יוצרות כללים חדשים

הוראות אמנה **דקלרטיביות** - מעגנות כללים מנהגיים, ולכן מחייבות גם מדינות שלא הצטרפו לאמנה, למעט מתנגדות עקביות.

< אמנות רבות כוללות הוראות משני הסוגים.

IV. עקרונות משפט כלליים

38(ג): "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על האומות בנות התרבות" זה עוד מקור למשפט הבינלאומי, אולם כיום לא כולם משתמשים בזה. כלומר זה עקרונות אשר מבתי המשפט מייבאים את הכללים ממדינות והשימוש בהם מתבצעים לעיתים רחוקות.

הכוונה היא לעקרונות "משלימים" של מערכת המשפט המדינתית שקיימים ברוב המדינות (בנות התרבות?) ואשר רלוונטיים למשפט הבינלאומי. זה כמו כללי עזר שקיימים בתוך שיטות המשפט הפנימיות והמשפט הבינלאומי שואב את הכלל האלו.

דוגמאות: זכות טיעון לבעלי הדין, החובה לקבל החלטות שיפוטיות ומנהליות ללא משוא פנים, כללי הכרעה בין דינים סותרים (הוראה מאוחרת גוברת על הוראה מוקדמת והוראה ספציפית גוברת על הוראה כללית- זה משמש כמו בדיני נזיקין, חוזים, עונשין), מעשה בית דין-ברגע שבית משפט החליט ועבר זמן הערעור אז לא ניתן להגיש את אותה תביעה, השתק דיוני-כלומר אם יש צד שלא העלה טענה מסוימת לאורך זמן כעת לא ניתן לתבוע כמו מישהו השתמש לי בקרקע שלי הרבה שנים וכעת אני מעלה את הטענה, חובת המזיק לפצות את הניזוק.

V. פסקת בתי משפט ומשנתם של מלומדים

38(ד): "החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט, תוך שמירת הוראותיו של סעיף 59." כפי שאמרנו בהתחלה סעי' 38 ד' לא קובע מקור מחייב אלא אמצעי עזר, ואיך ניתן לדעת אם יש כלל מנהגי מחייב? במקום לחפש במסמכים, אז הולכים לספריה ומחפשים בספרים של פרופ' אשר יסייעו לו בכך. או מה שבתי המשפט אמרו. חשוב לציין, כי במשפט הבינלאומי אין תקדים מחייב. יחד עם זאת מה שקובע ה- ICJ זה מקור עזר לערכאות אחרות.

החלטות שיפוטיות ומשנת מלומדים אינן מקורות מחייבים שעומדים בפני עצמם, אלא במקורות מנחים, שבעזרתם אנחנו מזהים ומפרשים אמנות, מנהגים, ועקרונות כלליים.

סעיף 59 לחוקת ה- ICJ - החלטות בית הדין מחייבות אך ורק את הצדדים להליך המשפטי הספציפי שבמסגרתו ניתנה ההחלטה. כאן רוצים להבהיר שאין כלל מחייב וזה רק לשם עזר.

VI. היחס בין המקורות הנזכרים בסעיף 38

שאלה דיברנו על ס' 38 הוא לא דיבר על שום היררכיה, כלומר האם כולם באותם רמה? התשובה הרשמית כל המקורות שווים, יחד עם זאת זה לא מקרי שהם מופיעים בסדר הזה: כי אמנות זה יותר נפוץ, וכמות הכללים בתוך אמנות יותר גדול מתוך הכללים של המנהגים, אולם זה לא אומר שאמנה גוברת. יחד כאשר יש סכסוך בתוך מדינה וצריך לפסוק עפ"י אמנה או חוק – ביהמ"ש יכריע בהתאם לנורמה המאוחרת כי בד"כ אמנות זה משהו מאוחר ואילו מנהג זה משהו ישן. לכן, בד"כ כלל של האמנה יגבר, אבל זה לא תמיד, כי יתכן והמנהג זה משהו ספציפי וגובש אחרי האמנה.

האם המקורות מופיעים בסדר היררכי?

באופן עקרוני אין היררכיה. עם זאת, בהתאם לעקרונות המשפט הכלליים המקובלים על האומות בנות התרבות:

- * נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת
- * נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית

VII. מקורות נוספים

אמרנו שיש את כל המקורות ב' 38, האם הם רשימה ממצאה או שיש עוד מקורות נוספים, התשובה לא ברורה ב 100%, יש עוד סוגים למקור של המשפט הבינלאומי ואולי כדי להוסיף אותם לסעי' 38 והם נחלקים לשתי קבוצות:

מקורות מחייבים – למשל החלטות מחייבות של ארגונים בינלאומיים (מועצת הביטחון של האו"ם, מועצת השרים של האיחוד האירופי) – כלומר גוף בתוך ארגון עולמי כלשהו אשר תחייב את הכלל המדינות אשר חברות בארגון אז נוצר כאן כלל משפטי. אנגליה, צרפת, רוסיה, סין, וארה"ב הם חברות קבועות במועצת הביטחון ויש עוד 15 מדינות אשר מתחלפות. כלומר ההחלטות של מועצת הביטחון מחייבות את כל המדינות אשר חברות באו"ם שזה כל המדינות. אז יש כאלה שיגידו שזה לא מקור נוסף של המשפט הבינלאומי כי מאיפה מגיע המסכמות של מועצת הביטחון זה נמצא במגילת של מועצת האו"ם, אז ניתן לומר שמוצעת הביטחון פועלת מכוח המגילה של מועצת האו"ם אשר כל המדינות חברות זה. דוג: פורטוגל אישררה את המגילה של מועצת האו"ם האם מופיע באמנה כי כעת היא צריכה לפעול נגד חשבונות בנק, לכן ניתן לראות בזה כמקור מחייב.

מקורות לא מחייבים – "נורמות רכות" – למשל החלטות לא מחייבות של ארגונים בינלאומיים (העצרת הכללית של האו"ם), או דו"חות והמלצות של ועדות מומחים בינלאומיות.

יש במשפט הבינלאומי סוגיה גדולה אשר משפטנים מתווכחים על כך, כמו הצהרה או כללים מסויימים. כמו הצהרת של העצרת הכללית של האו"ם " אני קוראת לישראל לשגת, או קורא לסוריה לא לרצוח אזרחים. עוד דוג': ארגון ההגירה הבינלאומי מחילט להקים וועדה את תנסה תנאי עבודה של קטינים, זה שוועדת מומחים ניסה את הכללים זה לא מחייב, אבל עדיין יש לכך משמעות וזה לא מחייב, כמו ההכרזה הפורמלית בדבר זכויות האדם זה לא מסמך מחייב ועדיין יש לזה חשיבות בכמה מובנים:

1. מה משהו שנועד לבטא כלל שהוא מנהגי אשר מעלים אותו על הכתב, ז"א מסמך עזר כמו דו"ח של וועדה בינלאומית.
 2. הרבה פעמים גם אם זה לא מחייב, עדיין מדינה אשר נכחה בעצרת האו"ם והיא הצביע בנושא מסוים וההצבעה התקבל בקונצנזוס כהחלטה לא מחייבת, עדיין אם מדינה תפר את ההחלטה וזה יפגע בשם שלה, וזה משפיע על שיקולי מוניטין.
 3. לפעמים יש מסמך שלא מחייב ולפעמים זה מסמך ראשוני כמו הכרזה, בדבר זכויות אדם כמו זכות לחיים, חופש, ולאחר מסי' שנים המדינות אימצו את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אדם כמחייבת.
- דוג ההסכם הבינלאומי בנוגע להגירה מאורגנת בטוחה וסדירה, זה הסכם ביוזמת האו"ם וארגון ההגירה שאינו מחייב, ההסכם קובע כללים לגבי מהגרים ומטרת ההסכם זה לעודד מדינות לקלוט מהגרים לשם פיתוח את הכלכלה. בהסכם הזה global compact on migration זה הסכם שלא מחייב אשר החלו אותו לפני כשנתיים, וכעת הגיע טרמפ' אשר התנגד להסכם, החתימה נקבע לדצמבר 2018 במרוקו אין כאו אשרור לא חתימה. בשבועות האחרונים בעקבות ארה"ב לא רצו להצטרף כמו ישראל. וגם החלו מדינות מסוימות להפעיל לחץ על מדינות אחרות שלא לחתום על ההסכם. כלומר למרות שהדברים לא מחייבים יש להם משמעות. וזה מעיד למרות שיש מקורות שלא מחייבים זה כן משפיע עליהם כי יתכן וזה בדרך לאמנה או יסוד נפשי לאמנה.

טקסט מצגת מס' 3: היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי

נעסוק בשאלה כאשר יש מדינה שיש לה מחויבות מול מדינה אחרת מכוח אמנה או מנהג, מה המשעות בתוך הדין הפנימי של המדינה.

מה המשעות של זה בתוך ישראל, זה עולה כאשר בימה"ש ישראלי עוסק בסוגיה של משפט בינלאומי, יש עוד סיטואציה בערכאות ישראליות כמו מבקש מקלט מסודן שנמצא בישראל, הפליט יטען כי ישראל לא יכולה לגרש אותו מכוח אמנת הגירוש. והנושא ידון בבית הדין למשמרות או לשלום, מחוזי. עוד דוג': נניח פלס' מגיש עתירה בגין הריסת בית וההחלטה התקבלה ע"י אלוף הפיקוד, הפלס' יטען כי המדינה הפרה אמנה בינלאומית כמו אמנה ז'ינה

השאלה מה יעשה ביהמ"ש העליון כאשר מגיעה סוגיה של משפט בינלאומי. כלומר האם ביהמ"ש יתייחס לחובות, של משפט הבינלאומי. הבעיה שיכולה להיות סטירה בין הדין הלאומי לפנימי סעי' 27 אומר שזה לא מעניין כלפי חוץ מדינות.

אולם כאשר גוף שעותר נ' המדינה בערכאה ישראלית, מצד אחד צריך לתת התייחסות למשפט הבינלאומי ולדין הפנימי.

כעת נדבר על התהליך בתוך מדינת ישראל: יש לא מעט מקרים של אזרחים או גופים אשר יטענו שיש הפרה של המשפט הבינלאומי:

קליטתו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי

יש הבדל בין מנהג לבין אמנה:

מנהג - ברגע שהתגבש מנהג בינלאומי, הוא הופך באופן אוטומטי לחלק מהדין הפנימי של מדינת ישראל, בתנאי שאינו עומד בסתירה לחוק של הכנסת.

כלומר המנהג הופך אוטומטית כחלק מהדין הפנימי, בתנאי שאינו עומד בסתירה מול חוק של הכנסת. למשל חוק עונש מוות במחבלים, הדרישה לחוק שצריך אישור של 3 שופטים. זה חוק שליברמן מציע שבו לא צריך את כל אישור 3 השופטים אלא דעת רוב, והוא רוצה עונש חובה.

נניח כי חוק זה מנוגד לאמנה בינלאומית בחלק מהסעיפים שלו, נניח ליברמן אומר שזה כולל קטינים מגיל 16, אולם האמנה שישראל חברה בה אינה מאפשר עונש מוות החל מגיל 16 על קטינים. וזה נחשב כמנהג מחייב.

אם הכנסת תחליט על החוק הזה, אז נוצר מצב של סתירה בין דין פנימי לאמנה בינלאומית. וכעת יש קטין אשר עתר לבג"ץ. כלומר אם יש חוק של הכנסת אשר סותר מנהג אז החוק גובר על המנהג.

הכלל הוא: מחייב, אלא אם יש חוק אחר בכנסת שמנוגד למנהג בין אם הוא מוקדם או מאוחר. המצב בדרך כלל כי מנהג הופך להיות חלק מהדין הפנימי בישראל, אלא אם כן יש חריג כאשר יש הוראה שסותרת את הכנסת זה נקבע בפסיקה:

ילפי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, המשפט הבינלאומי המנהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפיפות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת" (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל).

כאשר אנו מדברים על אמנה הוא לא הופכת להיות אוטומטית במעמד של הכנסת וכדי שהיא תהפוך להיות כחלק מהדין הישראלי צריך לקלוט אותה בכנסת ולחוקק חוק שרלוונטי זה ההפך ממנהג אשר נקלט אוטומטית.

אמנה - בשונה ממנהג, הוראות של אמנה בינלאומית שישראל הצטרפה אליה הופכות לחלק מהדין הישראלי הפנימי רק אם נקלטו באמצעות חקיקה של הכנסת.

איך ניתן לקלוט אמנה בתוך החוק הישראלי יש מס' דרכים:

דרכים אפשריות לקליטת אמנות בדין הפנימי:

1. חוק שקולט אמנה ספציפית (דוג': חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991; החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תשי"ו-1950).

החזרת ילדים בד"כ כאשר יש סכסוך בין ההורים, ואחד ההורים בורח לחו"ל עם הילד, ואז בן הזוג שנשאר בארץ הוא פונה לבית הדין למשפחה, המשמעות היא כל פעם שתהיה פנייה לביהמ"ש בישראל, ביהמ"ש יאכוף את האמנה כי זה נקלט בתוך חוק של הכנסת.

עוד דוג' ישראל הצטרפה לאמנה בדבר מניעת פשע עם, בישראל היא דחפה לאמנה בעקבות השואה, ואם נמצא בישראל אדם אשר עסק ברצח עם, ישראל תהיה מחויבת להעמיד אותו לדין כי זה חלק מהדין הישראלי הפנימי.

2. חוק שקולט אמנות שעוסקות בתחום מסוים (דוג': סעיף 36 לפקודת הדואר [נוסח חדש], שכבר אינה בתוקף, קבע שהמדינה תהיה אחראית לדברי דואר בינלאומיים בהתאם לכללים הקבועים "באמנת הדואר העולמית שהיא בתוקף אותה שעה").

3. חוק שמסמך את מחוקק המשנה לתת תוקף לאמנות (דוג': חוק חסינויות וזכויות יתר (ארגונים בינ"ל ומשלחות מיוחדות), תשמ"ג-1983, מסמך את שר החוץ לקבוע בצו אילו חסינויות יוענקו בישראל לנציגים בינלאומיים בהתאם לאמנות ישראל צד להן).

כדי שאמנה בינלאומי תהפוך למשהו מחייב היא צריך להיות בחוק או בתקנה של שר. למשל: אמנת זינה הרביעית סעי' 47 קובע שאסור להקים התנחלויות, בג"ץ אומר שאני לא יכול להכריע בסוגיה הזו כי האמנה לא נקלטה בישראל, לכן הוא אוכף את המנהגים הדקלרטיביים אשר משקפים דין מנהגי. זה מוביל למצב בעיתי כי כל העולם אומר שצריך לאכוף ואילו בישראל אומרים רק אם זה נקלט בדין הפנימי זה לא נוח לב"ץ לצפצף כל הדין הבינלאומי, לכן בג"ץ פיתח דוקטרינה אשר פותחה בבית המשפט העליון:

חזקת ההתאמה הפרשנית – עקרון שנקבע בפסיקה, שלפיו יש לפרש את הדין הפנימי, ככל שניתן, כך שיעלה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי. רלוונטי גם לאמנה וגם למנהג.

כלומר במידת האפשר צריך לפרש את החוק הפנימי כך שיהיה תואם לדין הבינלאומי. וחזקת הפרשנות היא רלוונטית למנהג, כי לפעמים יש חוק של הכנסת הוא מנוגד למנהג ובמצב כזה ביהמ"ש ינסה לפרש את החוק כאילו הוא עולה בקנה אחד מול המנהג. כלומר הוא מעניק שק"ל לפרשנות אשר עולה בקנה אחד מול האמנה הבינלאומית.

בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (הסדר כבילה של עובדים זרים):

הסדר כבילה- כאשר עובד זר מגיע מחו"ל האשרה שלו לעבוד אצל חברה מסוימת קובעת את תנאי העבודה, ואם מפטרים אותו צריך לחזור למדינתו, המשמעות היא פגיעה לתנאי עבודה בתלי סבירים והמעביד לא יתלונן. המצב היה נורא מכוח חוק כניסה לישראל אשר מסדיר היתרה שהייה ומעניק לשר הפנים שק"ל לאשרה שהייה. התנאי שהשר קבע הוא רק עבור עבודה בלבד ולאחר מכן ניתן לגרש את העובדה.

לכן ארגון קו לעבוד, פנה לבג"ץ ואמר שהמצב כי המעביד כבול למעסיק מסומים והעלה שתי טענות:

1. בניגוד לחוק יסוד כבוד האדם

2. ומנוגד לאמנות בינלאומיות.

"זכותו של הפרט לקבל על עצמו עבודה מרצון ומחופש מעוגנת אף במשפט הבינלאומי. כך מורה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות... שנחתמה ואושררה בידי ישראל ביום 3 באוקטובר, 1991, בסעיף 6: "א. מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו". לזכות לבחור עבודה "באופן חופשי" ראו גם: ההצהרה האוניברסאלית על זכויות האדם, סעיף 23(1); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 8; [ועוד] [...]

אמנות אלה לא נקלטו במשפטנו הפנימי באמצעות חקיקה. לכאורה, אפוא, הן אינן יוצרות חיוב במישור זה. [...] [ואולם] מקובל על הכל כי מכוחה של "חזקת ההתאמה" (**חזקת ההתאמה הפרשנית**) שבין הדין הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, מצוים אנו לפרש דבר-חקיקה – כמוהו כסמכות שקנתה רשות שלטונית – באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי [...]. מכאן, כי סמכות שקנה שר הפנים {מכוח חוק הכניסה לישראל, 1952} "לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון ישיבה" תחומה ומסויגת – כך בין היתר – בזכות הנתונה לכל אדם "להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי"; בזכות שקנה כל יחיד להנאה מ"תנאי עבודה צודקים ונאותים", וכן בעיקרון אי-ההפליה שבין עובדים-אזרחים לעובדים ממדינות זרות, המעוגן באמנה בדבר עובדים-מהגרים....."

כלומר אם שר הפנים יכול לקבוע תנאי שניתן לכבול את העובד, אז צריך לפרש את החוק בהתאם לאמנה הבינלאומית בנושא זכויות לעובדים.

בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך (שילוב ילדים עם צרכים מיוחדים)

יש בישראל חוק חינוך חובה אשר קובע שהילדים זכאים לחינוך מיוחד כולל ילדים בעל מוגבלויות, עלתה השאלה האם מערכת החינוך צריכה לתת חינוך לבעלי ילדים צרכים מיוחדים, ע"י שילובם בבתי הספר, ומי שישלם זה ההורים, או שמרד החינוך צריך לשלם את זה. העותרים אומרים שיש אמנה בינלאומית אשר ישראל הצטרפה אליהם וקובע שהמדינה צריכה לתת חינוך חנם לילדים בעלי מוגבלויות.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, שאותה אשררה מדינת ישראל בשנת 1991, מצהירה בסעיף 13 שהחינוך מיועד לפיתוחן המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו ולחזוקת כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד, וקובעת כי חינוך היסוד יהיה חובה וזמין לכול חנם. הזכות לחינוך מעוגנת גם בסעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, שאושררה אף היא על-ידי ישראל בשנת 1991. [...]. המדינות החתומות על האמנה בדבר זכויות הילד מכירות בזכותם

של ילדים שכושרם הנפשי או השכלי לקוי ליהנות מחיים מלאים והוגנים בתנאים המבטיחים כבוד, מקדמים עצמאות ומקלים על השתתפותם הפעילה בחיי הקהילה.

חזקה כי קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. לפי חזקה זאת, יתפרשו דינים, ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות אלה.

חזקה פרשנית זו ניתנת לסתירה רק כאשר לשון החוק או התכלית הפרטיקולרית המפורשת שלו אינה מתיישבת עם הנורמה הבינלאומית.

בענייננו תכליתו הפרטיקולרית של חוק חינוך מיוחד היא להעניק חינוך מיוחד חינם לכל ילד בעל צרכים מיוחדים כדי להביא למימוש הפוטנציאל הטמון בו ולאפשר את שילובו בחברה... תכלית פרטיקולרית זאת תואמת את האמנות הבינלאומיות שאושרו על-ידי מדינת ישראל ואף מגשימה אותן.

ביהמ"ש העליון אומר מכוח כל האמנות האלו הם ישראל אשר הצטרפה אליהם אולם לא נקלטו בדין הישראלי ומה שביהמ"ש עושה מפעיל את "חזקת ההתאמה הפרשנית", ומפרש את חוק חינוך חובה אל מול האמנות הבינלאומיות אשר מדגישות את זכות הילד לחינוך והכובד, הוא עולה בקנה אחד וצריך לחייב את משרד החינוך לממן את הצרכים של ילדים.

מהו המעמד של פסקי דין של ערכאות בינלאומיות בדין הישראלי הפנימי?

יש לציין כי יש שני סוגים של תביעות ב ICJ שתי מדינות תובעות אחת את השנייה והפס"ד שלהם מאושר ב ICJ וסוג שני זה חו"ד של ה- ICJ שאינו מחייב ומי שיבקש את החו"ד זה מועצת האו"ם שיש בה את מועצת הביטחון והעצרת הכללית אשר יש להם אפשרות להפנות ל ICJ שאלה משפטית כמו שימוש בנקש גרעיני. פס"ד לדוג זה הפס"ד של גדר **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** ההפרדה הגדר הוקמה בשנת 2001 והוח"ד התקבל בשנת 2004, בתי המשפט נותן משקל לחו"ד. הפס"ד זה מתייחס לערכאות בינלאומיות שלא מחייבות את ישראל. אמרנו כי מנהג מחייב, ואילו אמנה צריכה להיות בקליטה בחקיקה, מה קורה במדינות אחרות? כמו צרפת, גרמניה, ספרד שהם בשיטת משפט קונטיננטלית – אצלם גם המנהג + האמנים נקלטים באופן אוטומטית והם חלק מהדין הפנימי,

כלומר ברגע שצרפת אשררה אמנה בינלאומית נחשב כמו חוק פנימי וחוק מחייב. כאשר דיברו על התהליך הדו שלבי- אמרנו שיש מדינות בין שלב החתימה לאשרור השר חייב להשיג את אישור הכנסת.

מה ההבדל בצרפת ששם אמנה מחייבת וחלק מהחוק, ואילו בישראל כאשר חותמים על אמנה וכדי שהיא תהיה כדין מחייב במדינה צריכה אישור של הכנסת ובחקיקה ראשית. כדי לשמור על הפרדות הרשויות והממשלה לא תכניס חוקים ללא מעבר אצל הרשות המחוקקת יש שני מודלים:

1. המודל הצרפתי- ברגע שהמדינה מצטרפת לאמנה בינלאומית היא הופכה להיות חוק מחייב כאילו הפרלמנט חוקק אותו, וחשוב שלפני שר בצרפת יאשרר אמנה בינלאומית צריכה אישור הפרלמנט. לכן בצרפת עקרון הפרדת הרשויות זה מגיע בשלב הדו שלבי.
2. המודל הישראלי/אנגלי- שר בישראל יכול לחתום ולאשרר ללא אישור הכנסת, אולם כדי שאמנה תהפוך להיות מחייבת במעמד חוקי צריך שתהיה בחקיקה ראשית. כלומר, אם הינו מאפשרים כי אמנה שר חתם עליה תהפוך כחלק מהדין זה יפגע בעקרון הפרדת הרשויות.

בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל

בשנת 2002 בעקבות מבצע חומת מגן ישראל מחליטה להקים את גדר ההפרדה כדי למנוע מהפלס' להיכנס. עלתה השאלה אם מותר להקים גדר כזה? התשובה היא כן. השאלה המורכבת ביותר זה לגבי התוואי של הגדר? ואם זה מותר מבחינת המשפט הבינלאומי?

בעצם מה שקרה ישראל לא בנתה את הגבר בהתאם לקו הירוק, וחלק מהגדר עברו בשטח של הגדה המערבית למשעה בתוואי הראשונה 17% מתוך השטח עבור לשטח הישראלי. למעשה הגדר עברה בתוך שטחי הגדה המערבית והם עשו את זה כדי להשאיר את שטחי ההתנחלויות דבר זה יצר בעיות משפטיות- 1. בנייה בשטח כבוש.

2. היו צריכים להפקיע אדמות של האוכלוסייה.

3. מה שקרה כאשר לוקחים את גדר ההפרדה וכדי שההתנחלות של אלפי מנשה תישאר בחלק הישראלי בחלק המערבי אולם בין אלפי מנשה לגדר יש כפרים ערבים הם עשו סביבם גדות וזה שם אותם בשטח של מובלעת. דבר זה יצר בעיה של תחברו והתניידות וזה מגביל את חיי יום יום, הצבא אינו מכיש זאת. היו כי 30-40 אלף פלס' שאין להם גישה, משרד הביטחון אומר משיקולים ביטחוניים לא נשאר אותם בצד הפלס', הוגשה בשנת 2004 עשרות פניות של בג"ץ בטענה כי ישראל סיבכה את

המצב לטובת ההתנחלויות. אחת העתירות הייתה בנושא אלפי מנשה בגלל שהפס"ד ניתן שנה אחרי ולאחר מכן הייתה חו"ד של ICJ מטעם מועצת הביטחון. החו"ד של ICJ אמרה שצריך לפרק את הגדר, וציינו כי מצרכים ביטחוניים ניתן לפגוע בפלסי צורה מידית ע"י המדינה הכובשת וצריך לאון. אבל ICJ אומר כי ישראל לא איזנה וצריך לפרק את הגדר.

הש' ברק - אומר כי כן מותר לפגוע בצרכים של הפלסי מטעמים ביטחוניים דחופים, אבל הש' ברק לא מקבל את המסקנה העובדתית של ICJ כי במקרה הזה כי צורכי הביטחון של המדינה הכובשת לא השתכנע מביניית הגדר. אבל העליון אומר שיש צורך ביטחוני. אולם לגבי אלפי משנה לא היה צודק ואיזון להשאיר את 5 הכפרים בשטח הישראלי ובג"ץ נתן הנחיה לפרק 13 ק"מ וכיום יש 2 כפרים בתוך מובעלת.

למה זה מעניין אותו ?

למרות חו"ד ICJ אינה מחייבת, אבל ביהמ"ש נותן לה משקל הוא בוחן את המצב בעצמו :

הש' ברק אומר: "[בית הדין הבינלאומי לצדק ציין] את הכלל בדבר איסור תפיסת טריטוריה בכוח, את ההכרה הבין-לאומית בזכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית ואת עמדתו כי ההתיישבות הישראלית באזורים שנתפסו ב-1967 היא בלתי חוקית, שכן היא מפרה את הוראת סעיף 49(6) לאמנת גינבה הרביעית. על רקע זה מזכיר בית הדין את הממצאים העובדתיים שהוצגו לפניו, שלפיהם עם השלמת החומה צפויים רוב הישראלים ורוב ההתנחלויות הישראליות להימצא מצדה ה"ישראלי" של החומה. נתון זה, קבע בית הדין, מעורר חשש לסיפוח דה-פקטו של השטחים שמצדה ה"ישראלי" של החומה, וכן חשש לקידום הגירה כפויה של פלסטינים ממתחם התפר לעבר ה"פלסטיני" של החומה. כל אלה פוגעים קשות בזכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים, זכות שעל ישראל לכבד". **כלומר חלק מכפרים שלוקח לה שעה להגיד ליעד שלהם, בסוף מצב זה ייווצר הגירה כפויה.**

[...]

התייחסות העליון לחו"ד ה-ICJ: בית הדין בחן גם כמה הוראות ספציפיות של הדין ההומניטרי ושל דין זכויות האדם הקבועות באמנות הבין-לאומיות... וקבע כי לפי החומר העובדתי המונח לפניו, הוא לא השתכנע כי התוואי שנבחר על ידי מדינת ישראל היה הכרחי משיקולי בטחון. התוואי שנבחר פוגע קשות בכמה זכויות יסוד של התושבים הפלסטינים החיים בשטחים הכבושים. את הפגיעות הללו לא ניתן להצדיק בשיקולי בטחון או בשיקולים הנוגעים לשמירה על הסדר הציבורי. מכאן שבניית הגדר מהווה הפרה של חובות שונות של מדינת ישראל לפי הדין הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם.

"חוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי בהאג – כפי ששמה מעיד עליה (Advisory Opinion) ובשונה מפסק דין של בית הדין – היא חוות דעת מייעצת. אין היא מחייבת את מי שהזמין אותה. [...]. עם זאת חוות דעת של בית הדין הבין-לאומי היא פרשנות של המשפט הבין-לאומי, הנעשית על ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבין-לאומי [...]. יש ליתן לפירוש שנותן בית הדין למשפט הבין-לאומי את מלוא המשקל הראוי." **העליון מסביר את העמדה העקרונית שלו הוא אומר כי מתייחס לחו"ד של ICJ אבל איננו מחליט לפי החו"ד, ובוחר את המצב עצמו.**

"בית המשפט העליון של ישראל ייתן את מלוא המשקל הראוי לנורמות של המשפט הבין-לאומי, כפי שפותחו ופורשו על ידי בית הדין הבין-לאומי בהאג בחוות דעתו. לעומת זאת מסקנתו של בית הדין, המבוססת על תשתית עובדתית שונה מזו שהונחה בפנינו, אינה מהווה מעשה בית דין, ואינה מחייבת את בית המשפט העליון של ישראל לקבוע כי כל קטעי הגדר כולם נוגדים את המשפט הבין-לאומי.

כזכור, סעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות יוצר הבחנה בין המישור המשפטי הפנימי למישור הבינלאומי, וקובע כי במישור הבינלאומי, מדינה אינה רשאית להסתמך על הדין הפנימי שלה כדי להצדיק אי קיום של אמנה (אלא אם מדובר בכלל בעל חשיבות יסודית בדין הפנימי, ובעת ההצטרפות לאמנה היה צריך להיות ברור לכל המדינות הנוגעות בדבר שההצטרפות מנוגדת לאותו כלל).

סעי' 27 הוא אומר את הדבר ההפוך ממה שאמרנו מקודם כלומר בתי הדין הישראלים דנים בסוגיה בהתאם לדין הישראלי.

אבל כל הדין הישראלי אינו מעניין את ה-**ICJ** זאת כאשר יש עתירה נגד ישראל.

חלק שני: שחקנים מרכזיים

טקסט מצגת מס' 4 - מדינות

הקדמה לחלק השני – השחקנים במשפט הבינלאומי – כלומר על מי חל המשפט הבינלאומי ומי יכול לשאת באישיות משפטית כמו אנשים ותאגידים שיכולים לתבוע ולהיתבע, מה קורה במשפט הבינלאומי מי הם השחקנים המרכזיים :

שחקנים מרכזיים

- מדינות
 - ארגונים בינלאומיים (International Organizations) זה גוף אשר מוקם ע"י קבוצה של מדינות מכוח אמנה בין מדינות כמו הסכם סחר בין מקסימו לקנדה. כלומר ארגון בין מדינות, אמנה קובעת את ההתנהלות.
- << אין חולק שלמדינות ולארגונים בינלאומיים יש אישיות משפטית בינלאומית. כלומר, הם כשירים לשאת בחובות וזכויות מכוח המשפט הבינלאומי.

שחקנים נוספים

- ארגונים פוליטיים/צבאיים לא מדינתיים – כמו חמא"ס, חיזבאללה, דעא"ש שהם לא מדינות והמשפט הבינלאומי לא מתעלם מהם כי יש להם הפשעה, ואין לה מעמד של מדינה, אולם כן מנסים להחיל עליהם חובות של משפט בינלאומי. האם יש להם אישיות משפטית? אין תשובה לכך, והמעמד שלהם שנוי במחלוקת.
 - ארגוני חברה אזרחית - Non Governmental Organizations (NGOs) - כמו גרין-פיס, הצלב האדום אלו ארגונים שהמדינה לא הקימה אותם. ולחלקם יש מעמד במשפט הבינלאומי. באמנות יש סעיפים אשר נותנות לארגון זכויות כמו ביקור חולים ע"י הצלב האדום.
 - תאגידים מסחריים – כמו פייסבוק אשר יש להם השפעה על המשפט הבינלאומי
 - אנשים פרטיים – אם אנו לא מסוגלים לטפל במדינות לפעמים המשפט הבינלאומי מטיל אחריות על אנשים כמו שרי ביטחון, אנשי צבא שיכולים לעמוד לדין ולהיות מורשעים ולשבת בכלא. ניתן לומר שגם אנשים פרטיים יש לה זכויות מכוח המשפט הבינלאומי יש ערכאה אחת בעלום "בית הדין האירופי לזכויות אדם" בד"כ זה אנשים שגרים באירופה, אדם יכול להגיש תביעה נגד מדינה אשר הפרה אמנה מסוימת.
- << בעבר, כל אלה לא הוכרו כבעלי אישיות משפטית בינלאומית, אך כיום יש שטוענים שיש להם אישיות משפטית בינלאומית (מלאה או חלקית).

לאחר ההקדמה הזאת היום נדבר על מדינות :

4. מדינות

- I. היווצרות מדינות והכרה במדינות
- II. ריבונות וחסיונות – ראשי מדינות שיש להם חסינות דיפלומטית.
- III. אחריות מדינות

I. היווצרות מדינות והכרה בהן

היווצרות מדינות

התנאים לקיומה של מדינה (אמנת מונטווידאו) – הדרישות האלו מופיעות באמנת מונטווידאו משנת 1933 כלומר 4 תנאים מצטברים לקיום מדינה:

1. אוכלוסייה קבועה – אין כמות קבועה, יש מדינות עם 10,000 תושבים או יותר, אבל חשוב שתהיה אוכלוסייה קבועה ולא שטח נטוש. כמו הירח הוא לא נחשב מדינה.
 2. שטח מוגדר – אם יש מחלוקת בין שתי מדינות זה לא בעייתי, רק צריך שטח של המדינה, שטח מוגדר עם אוכלוסייה קבועה. השטח לא חייב להיות רצוף כמו אלסקה וארצות הברית שיש להם יחידות מעבר לים ועדיין שייכות לאותה מדינה.
 3. ממשל אפקטיבי – צריך שיהיה גוף / ממשלה אשר תנהל את השטח.
 4. עצמאות בנייהול יחסי חוץ – כלומר מדינה פדרלית כמו ארה"ב אשר מורכבת מ 50 מדינות, וכל מדינה יש לה שטח מוגדר בעל ממשל פנימי כמו ממשלת ניו-יורק, גאורגיה אולם למדינות האלו לא יכולת לנהל יחסי חוץ, ומי שמנהל את החוץ זה הממשל הפדרלי של טרמפי **והמדינות האלו לא מחשבות כמדינות מבחינת המשפט הבינלאומי.**
- => מדובר בתנאים פיזיים/עובדתיים – אם נראה כי 4 התנאים האלה מתקיימים אז נגיד שיש מדינה אם תנאי אחד לא מתקיים אז אין מדינה.

* מתי מדינות מפסיקות להתקיים?

נגיד כאשר יש תנאי אחד שלא מתקיים בשל מהפכה ויש מלחמת אזרחים, במצב כזה עדיין נגיד שיש מדינה.
אז מתי מדינה מפסיקה להתקיים כאשר יש כיבוש או התמזגות או התפצלות של המדינה עם מדינה אחרת כמו ברית המועצות.

הכרה במדינות

עד עכשיו דיברנו על 4 התנאים לקיום מדינה, כעת עולה השאלה על הכרות במדינה, יתכן כי תהיה לנו מדינה אשר עובדתי עומד ב 4 התנאים, אבל ברמה העובדתי יתר המדינות בעולם מכירות אותה או ההפך. **כמו פלסטין.** שאלת ההכרה היא נפרדת מהתנאים של קיום מדינה. לכן להכרה יש חשיבות רבה, חשוב לדעת כי מדינות לא חייבות להכיר במדינות אחרות, לצורך העניין אם טיואן מקיימת את 4 התנאים מדינה אחרת לא חייב להכיר בה. יש עם זאת יש שיקולים אם להכיר במדינה או לא להכיר במדינה.

הכרה על ידי מדינות אחרות אינה מהווה תנאי לקיומה של מדינה (סעיף 3 לאמנת מונטווידאו), אבל יש לה חשיבות מעשית רבה.

איך מדינות מכירות במדינות ?

נניח דרום סודן מכריזה על עצמה כמדינה, ואז יש מדינות שאומרות שסודן היא מדינה.

הכרה יכולה להיות מפורשת (למשל הצהרה ממשלתית) או משתמעת (למשל כינון יחסים דיפלומטיים). היא אינה ניתנת לביטול. או כאשר מצביעים באו"ם על הכרות של מדינה. באו"ם יש מס' גופים:

- 1) עצרת כללית אשר כוללת את כל המדינות אשר חברות באו"ם 193 מדינות. יש מדינות שלא חברות כמו פלסטין, קוסמוי.
- 2) מועצת הביטחון יש 15 מדינות חברות.
- 3) מזכ"ל האו"ם.

ז"א כדי שמדינה תוכר באו"ם צריך המלצה חיובית של מועצת הביטחון ואז -> בשלב השני אישור העצרת הכללית.

כלומר יכולה להיות הצהרה של מדינה כמדינה, או דרך האישור של האו"ם.

ההחלטה אם להכיר או לא מסורה לשיקול דעתה של כל מדינה. לרוב מתקבלת על בסיס :

• **שיקולים עובדתיים** – האם מתקיימים התנאים הפיזיים המנויים באמנת מונטבידאו? **כלומר אם יש מדינה שלא עומדת ב 4 התנאים אז לא יכירו בה, אבל יש מדינות ברוסיה שאין לה את 4 התנאים ועדיין יכירו בה כמדינה.**

• **שיקולים נורמטיביים** - האם ראוי להכיר?

שיקולים נורמטיביים מרכזיים: **עליהם נדבר בהרחבה**

- הזכות להגדרה עצמית לאומית – **האם הקיום של המדינה החדשה נחוץ לצורך הגדרה עצמית לאומית.**

- כיבוד נורמות בסיסיות אחרות של המשפט הבינלאומי (כגון האיסור על שימוש בכוח והגנה על זכויות אדם)

הזכות להגדרה עצמית לאומית

צריך קבוצת אנשים שהם עם/לאום והכוונה היא כי קבוצה מסוימת שהיא עם או לאום שהמשפט הבינלאומי כי אותו עם יכול להחליט על עצמו.

ניתן להגדירה זכות של כל עם למשול בעצמו ולבחור בעצמו את דרכו הפוליטית, הכלכלית, החברתית והתרבותית. זכות זו מעוגנת בשורה של אמנות ומסמכים בינלאומיים, ביניהם :

◆ מגילת האו"ם (1945) סעיף 21, הקובע כי אחת ממטרות האו"ם היא "לטפח יחסי ידידות בין האומות, יחסים שיסודם בכיבוד העקרון של שוויון זכויות והגדרה עצמית לעמים..."

◆ סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) וסעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות (1966): "לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי, והתרבותי".

◆ הצהרה בדבר יחסי ידידות (1970) [Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations], סעיף 15): "מכוח העקרון של שוויון זכויות והגדרה עצמית לעמים המעוגן במגילת האו"ם, לכל עם יש זכות לקבוע את מעמדו הפוליטי באופן חופשי וללא התערבות חיצונית, ולשקוד על פיתוחו הכלכלי, החברתי והתרבותי".

זאת החלטה אשר התקבלה ע"י העצרת הכללית של האו"ם והיא אינה מחייבת, אבל הכוונה של ההצהרה הזאת זה לתת פרשנות של מונחים מתוך מגילת האו"ם.

שאלות בנוגע לזכות להגדרה עצמית לאומית: **השאלה אשר יש עליה מחלוקת מי יחשב עם ? כמו היזידים אשר חיים בעירק. או הטיואנים אשר חיים בסין האם הם נחשבים כעם.**

* מהו "עם"?

* איזו צורת התארגנות מדינית מממשת את הזכות להגדרה עצמית? **כלומר כדי שנוכל להגיד כי עם מסוים יש לו את הזכות להגדרה עצמאית, כלומר אם אותו קבוצה זקוקה למדינה כדי לממש את הזכות שלה או ע"י ס אחרת כמו קטלוניה אשר נמצא בספרד, ז"א בתוך אותה מדינה יש חבל ארץ שיש לו אוטונומיה משלה, למשל קוסובו היא בתוך סרביה ויש לה אוטונומיה משלה. **אז לפי סעיף 45) אומר:****

< סעיף 45) להצהרה בדבר יחסי ידידות - עם יכול לממש את זכותו להגדרה עצמית בדרך של הקמת מדינה עצמאית, התמזגות מרצון חופשי עם מדינה אחרת, או בחירה חופשית של כל מצב פוליטי אחר.

למשל יש אוקראינה שהיא מדינה עצמאית, ורוסיה סיפחה אליה את קרים ודונייט, אשר סופחו לרוסיה כי הם ממוצא רוסי ולא ממוצא אוקראיני. כלומר יכול להיות התמזגות זה מהווה את הזכות להגדרה עצמאית לאומית. או ע"י רצון חופשי.

מתי נגיד שעל עם הוא צריך זכות להגדרה עצמאית לאומית או לא צריך ?

צריך לבדוק את העם עצמו יש לו כמות של אנשים עדי שהיו עם,

וצריך לבדוק אם המדינה אשר מקנה להם חבל אוטונומיה, אין מניעה מבחינת אותה מדינה השולטת לאוטונומיה.

* כיצד יש לאזן בין השאיפה לממש את זכות ההגדרה העצמית בדרך של הקמת מדינה עצמאית לבין עקרון הריבונות והזכות לשלמות טריטוריאלית?

דוגמאות: קוסובו, פלסטין, דרום סודן, קוויבק, קטלוניה, פלסטין

עד שנות ה-90 הייתה התפרקות של יוגוסלביה אשר היו שייכות לסרביה וקוסובו. עד שנת 1990 סרביה יחד עם מדינות 5 קרואטיה, מונטנגרו, מקדוניה, היו שייכות ליוגוסלביה.

קוסובו לא התפרקה ונשארה חבל ארץ בתוך סרביה, רוב האנשים בקוסובו היו ממוצא אלבני. אז כל התושבים של קוסובו היו אוטונומיים, אבל היחסים עם סרביה לא היו טובים והייתה מלחמה עמים בין קוסובו לממשלת סרביה, מאחר וקוסובו רצו להיפרד מסרביה ואילו הסרבים רצו להמשיך לשלוט בהם. סרביה ביצע פשע עם. נאטו התערבה וקוסוב נשאר חבל עמים בתוך סרביה, ואז בשנת 2008 קוסובו הכריזה על עצמה כמדינה.

ואז עלו שתי שאלות, האם יש 4 התנאים לקיום מדינה ?

האם הקוסוברים הם עם כדי שיממש את הזכות שלו לזכות לאומית עצמאית צריך מדינה עצמאית ?

60 מדינות הכירו כי קוסובוי כמדינה עצמאית כי סרביה פוגעת בהם, לכן קוסובו צריכה מדינה. יש גם שיקולים פוליטיים ישראל לא הכירה בקוסובו כמדינה כי שלא יהיה תקדים עם הלפס', וגם סרביה ורוסיה לא הכירה בקוסובו כמדינה, וגם מדינות נוספות הלכו בעקבות רוסיה ולא הכירה בקוסובו כמדינה, ואז נוצר מצב שחלק מהמדינות מכירות את קוסובו כמדינה וחלק לא. גם באו"ם קוסובו לא הוכרה כי רוסיה יש לה זכות וטו כחלק מ 15 המדינות במועצת הביטחון.

קעת נתן דוג' הפוכות: קנדה.

יש בתוך קנדה פרובינציה (אזור) בשם קוויבק אשר מה שמייחד אותה זה השפה, בשנת 1998 קוויבק רצו להיות מדינה עצמאית. ואז זה הגיע לבית המשפט העליון בקנדה, עלו שתי שאלות:

- 1) אם לפי החוקה של קנדה מתוך עקרון הטריטוריה מותר קוויבק להיות מדינה- החוקה שותקת ואין קוויבק זכות לפרוש.
- 2) האם מבחינת המשפט הבינלאומי קוויבק יש לה זכות למימוש מדינה עצמאית.

כאן במקרה הזה קוויבק לא סבלו מדיכוי, לכן אין ל קוויבק זכות פרישה.

עוד דוג': קטלוניה.

אמרנו כי קטלוניה היא חבל ארץ בתוך ספרד. קטלוניה מדברים ספרדית במניב שונה והמצב הכלכלי שלהם יותר טוב. בשנת 2017 קטלוניה רצו להיות מדינה עצמאית. הבקשה שלהם נידונה בממשל המרכז בספרד ולא אושרה ואף בוצעו מעצרים. לכן קטלוניה לא הוכרה כמדינה.

עוד דוג': דרום סודן.

דרום סודן הייתה חבל ארץ בתוך סודן, הייתה מלחמת אזרחים אשר הסתיימה בשנת 2005. רוב האוכלוסייה בסודן היו מוסלמים ואילו דרום סודן היו נוצרים, סוגן רצו להגביר את האיסלם. בסוף הגיעו לנוסחת פרשה ואמרה כי דרום סודן תבצע משאל עם ושאלו את הציבור אם לפרוש מסודן. במשאל עם התושבים של דרום סודן רצו מדינה עצמאית. בשנת 2011 דרום סודן הפכה למדינה עצמאית, זאת המדינה ה-193 אשר הוכרה כחברה בעצרת כללית. היא התקבל מתוף ההסכם שהיה עם סודן כי אם העם ירצה מדינה לא תהיה התנגדות, לכן הוכרה באו"ם. לכן דרום סודן הוכרה כגיובה.

עוד דוג': פלסטין.

יש הכרה מאוד רחבה בעולם כי הפלס' הם עם שיש להם שאיפות משלהם וזה מופיע בחו"ד הדעת של I.C.J כולל מדינת ישראל עפ"י הסכם אוסולו, כוללת ארה"ב. מבחינת ההיסטוריה של הפלס' הוועד הפועל של אש"ף אשר פעל במשך שנים כנציג של העם הפלס' הוא הכריז השנת 1988 על הקמת מדינה פלס', והיו מס' מדינות אשר הכירה בפלס' כמדינה בכוח יחסים דיפלומטים, אבל בפועל לא הייתה

לכך משמעות כי היא לא הוקמה בהתאם ל 4 בדגש על שליטה אפקטיבית, לכן לא הייתה משמעות של החלטה אש"ף. אבל אחרי זה הייתה החלטת אוסלו שחלק מהשטחים של הגדה המערבית עברו לרשות הפלס' שזה שטחי A ואז לכאורה זה עונה על 4 התנאים של הקמת מדינה. אבל לפלס' בשלב מסוים אמרו כי אנו ממתנינים להסכם על הסכם השלום, ובשנת 2011 הרשות הפלס' אשר הוקמה כבר בשנות ה-90 ובשנת 1995 חיכו להסכם שלום כדי שיכריזו על פלס' כמדינה. בשנת 2011 הרשות הגישה בקשה להיות חברה באו"ם שזה מאפשר להם להצביע, אבל חברות מאו"ם זה רק עבור מדינות. אבל מועצת הביטחון לא אישרה הצטרפות של פלס' כחברה במועצת האיום.

29 בנובמבר 2012 העצרת הכללית החליטה להעניק לפלס' מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם, כלומר הם נשארו במעמד של משקיפים, אבל הדרוג המשמעותי זה שדרוג של מדינה אשר משקיפה.

ואז עולה השאלה האם פלס' מדינה ?

זו החלטה שאין לה תקדים, יש בעולם עוד מדינה שהיא משקיפה שהיא "וותיקן" היא מדינה מאוד קטנה, לכן זה לוותיקן יש לה מעמד של משקיפה, לא ניתן ללמוד מזה כולם, כי היא רק מדינה משקיפה. לכן אין הכרעה משפטית של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם, אולם מבחינת הפלס' יש לזה משמעות כי אחרי שקיבלו מעמד של מדינה משקיפה שהיא אינה חברה, ואז הם ביקשו להצטרך למס' אמנות כמו חוקת רומא ה- ICC "בית הדין הבינלאומי הפלילי" יש לו סמכות להעמיד אנשים מכולם העולם אשר ביצוע עבירות כמו דיני זכויות אדם. ה ICC יכולים להעמיד לדין אנשים בשלושה מצבים:

- 1) מדינות אשר חברות ב ICC, ישראל אינה חברה ב ICC
- 2) אם יש המלצה של מועצת הביטחון להעמיד אנשים לדין אז ניתן להעמיד אותם לדין ב- ICC, אולם כאן ישראל לא מודאגת כי לארה"ב יש זכות וטו.
- 3) אם הפשעים בוצעו במדינה שהיא חברה ב- ICC. למשל מדינה מסוימת עשו פשע בצרפת, וצרפת היא חברה ב ICC, אז ניתן להעמיד את האנשים לדין.

לכן, פלס' ביקשה להצטרך ל ICC, כדי שתהיה להם אפשרות להעמיד לדין ישראלים בהתאם לתנאי השלישי, כלומר בכירים אשר ביצעו פשע בשטחים הפלס'.

אמרנו כי, הפלס' התקבלו כחברים ב ICC. המעמד של מדינה שהיא משקיפה אבל אינה חברה. אז מה שקרה בפועל כי כל אמנה אשר הצטרפו אליה דרך הפקדת המסמכים אצל מזכיר האו"ם. אז הפלס' רצו להצטרף למס' אמנות, ואז מזכיר האו"ם אמרו שאנו רוצים לעשות עבודה טכנית, כלומר אם העצרת הכללית הכירה בהם כמדינה משקיפה שאינה חברה. אז בשל כך מזכירות האו"ם אישר את הצטרפות פלס' לאמנה של ICC ללא שאלת היות פלס' אם היא מדינה או לא. אז מה שקרה פתחו בחקירה בעקבות פניה של פלס' בגין הפרות של ישראל של הדין הבינלאומי בשטח פלס', כיום מתנהלת חקירה אם ניתן להעמיד ישראלים לדין.

ICC - זה "בית הדין הבינלאומי הפלילי"

ICJ – זה "מדינה אשר תובעת מדינה", וניתן להגיש תביעה בשני מצבים:

- 1) הסכמה כללית – מדינה מסכימה לסמכות של ICJ ע"י הצהרה כללית בניהם.
- 2) הסכמה אד-הוק – שזה במקרה מיוחד הסכסוך ידון ב ICJ.

נציין כי, ארה"ב נתנו סמכות כללית כי כל הפניות שלה ידנו ב ICJ, מה שקרה בספטמבר 2018 הגישו הפלס' תביעה נגד ארה"ב בגין העברת השגרירות לירושלים. הפלס' טוענים לפי אמנת וינה "בדבר יחסים דיפלומטיים" בטענה כי מותר להקים שגרירות רק על שטח ריבוני, והפלס' טוענים כי החלק המזרחי של ירושלים שייך אליהם.

הפלס' טוענים שהם מגישים תלונה על פי אד-הוק. ICJ צריך להכריע אם פלס' היא מדינה כדי לדון בסוגיה. ארה"ב אומרים כי פלס' היא אינה מדינה. העובדה כי העצרת הכללית הכירה בפלס' כמשקיפה שאינה חברה באו"ם אין לכך הכרעה כי פלס' היא מדינה.

מה שמטריד את ישראל כי ל ICC יש להם יכולת לדון בפניות של הפלס', וגם לפי ICJ יש להם סמכות לדון בפניות של פלס'.

אמרנו כי במסגרת השיקולים כדי לדון במדינה כן או לא, אמרנו שאחד התנאים זה שיהיה עם, אז עוד שיקול אשר מבחינה מדינות אם להכיר במדינה כן או לא זה:

כיצד נראות בסיסיות אחרות של המשפט הבינלאומי כמו:

* האיסור על שימוש בכוח (סעיף 2(4) למגילת האו"ם)

דוגמא: צפון קפריסין (TRNC) (הדוג' מקורס סכסוך ישראלי) לכן שימוש בכוח נגד קפריסין הצפונית, אשר בוצע ע"י טורקיה נחשב כשימוש בכוח.

* מחויבות לכבד זכויות אדם – אם אותה מדינה מכירה בזכויות אדם, ויש מדינה אשר מפירה את זכויות האדם אז זה יהיה שיקול לא בהם כמדינה. בשנת 1965 לא הכירו ברודיזה כי הקימו משטר אפרטהייד(אשר מפריד בין גזעים) ביו אנשים 7% לבנים והיתר 93% שחורים. אז הלבנים ניהול את המדינה ושללו את זכויות השחורים כמו הצבעה, קניין, הפרדת חופים, מקומות בילוי. אז בגלל שהוקם המשטר הזה בשנה 1965 היה משטר של אפרטהייד אז המדינות בעולם לא הכירו ברודיזה. **ואז בשנת 1979 עלתה שלטון חדש ושינתה את השם שלה לזימבבואה.**

- דוגמאות: רודיזה, מדינות הגוש הקומוניסטי

* E.C. Declaration on the 'Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union' (Dec.16, 1991).

בשנת 1991 הייתה הצהרה של האיחוד האירופי ובו אמרו כדי לתת למדינות החדשות מדינה צריך להיות מחויבת לזכות אדם, ואיסור שימוש בכוח. ותמריץ שני היה הצטרפות לאיחוד האירופי. **חשוב לציין שלא ניתן לשלול ממדינה את הזכות שלה כמדינה כאשר הוכרה כמדינה.**

II. ריבונות וחסיונות

עקרון הריבונות - עקרון בסיסי במשפט הבינלאומי, הקובע שכל מדינה זכאית לקבוע את גורלה ולנהל את ענייניה בעצמה.

זה העיקרון הבסיסי במשפט הבינלאומי, עקרון הריבונות זה כמו עקרון של הגדרה עצמית כמו דת, כלכלה. אולם ברגע שקמה מדינה לפי המשפט הבינלאומי יש לה זכויות כמו שאף מדינה לא תתערב באותה.

עקרון הריבונות דומה במהותו לעקרון ההגדרה העצמית, אך בעוד שהזכות להגדרה עצמית מוקנית לעמים, הזכות לריבונות מוקנית למדינות.

מעקרון הריבונות נובעים עקרונות יסוד נוספים של המשפט הבינלאומי, ביניהם:

(1) * **עקרון השוויון הפורמלי בין מדינות זה מעוגן במספר מסמכים:**

סעיף 2(1) למגילת האו"ם: הארגון מושתת על עקרון השוויון הריבוני של כל חבריו.

סעיף 6(1) להצהרה בדבר יחסי ידידות: כל המדינות זכאיות ליהנות משוויון ריבוני. הן בעלות זכויות וחובות שוות והינן חברות שוות בקהילה הבינלאומית חרף הבדלים כלכליים, חברתיים, פוליטיים, או אחרים ביניהן. לצורך העניין יש אמנה בינלאומית אשר הצטרפה לאותה אמנה, היא מחויבת לקיים את אותה אמנה ולא משנה מה מצבה הכלכלי. אבל מה זה שוויון פורמלי? בימה"ש באופן עקרוני הוא עיוור לשוויון כי כולם שווים, אבל ביהמ"ש לפעמים לא מתייחס לזה כך והוא מתחשב בנסיבות. זה כמו במשפט הרגיל לא בפעול כולם נהנים בשוויון וזה נבחן אל מול הנסיבות.

(2) * **עקרון אי ההתערבות באנגלית NON-INTERVENTION**

סעיף 7(2) למגילת האו"ם: שום דבר באמנה זו אין בו כדי להסמיק את האו"ם להתערב בעניינים המצויים בתחום הסמכות הפנימית של מדינה [...]

כלומר האו"ם לא מתערב בעניינים פנימיים, אבל לעומת זאת:

סעיף 3(1) להצהרה בדבר יחסי ידידות: לאף מדינה או קבוצת מדינות אין זכות להתערב, בעקיפין או במישרין, מכל סיבה שהיא, בענייניה הפנימיים או החיצוניים של מדינה אחרת. אשר על כן, התערבות או איום בהתערבות צבאית או אחרת במאפייניה הפוליטיים, הכלכליים והתרבותיים של מדינה מהווה הפרה של המשפט הבינלאומי.

אז בסעיף 3(1) הוא מרחיב ומשקף דין מנהגי, ואף מדינה לא תתערב בעניינים של מדינות אחרות ז"א לא רק האו"ם לא מתערב גם מדינות אחרות לא מתערבות בעניינים של מדינות אחרות, למשל סועדיה בא לירדן ואומרת לה להפוך להיות מדינה מוסלמית אחרת נתקוף אותך. וזה אסור. או רוסיה כאשר התערבה בבחירות האחרונות בארה"ב באמצעות פעולות של סייבר לרבות פריצה למחשבים של המפלגה הדמוקרטית כדי להביא לחקירה פלילית נגד קלינטון או להשפיע על אזרחים. וזה התערבות עקיפה, לכן זה אסור.

דוג - אשר נידונה ב ICJ פס"ד ניקרגואה נ' ארה"ב:

עובדות המקרה - בשנות ה-80 במדינת ניקרגואה שהיא שכנה של ארה"ב, ניקרגואה היה מלחמת אזרחים וניסיון של מהפכה אשר ניסו להפיל את המשטר, אותו משטר היה מזוהה עם רוסיה שזה משטר קומוניסטי, ואז באותו תקופה הייתה מלחמה קרה מצב אחד רוסיה היא מדינה קומוניזית ונלחמה נגד לארה"ב שהיא מדינה הדוגלת בקפיטליזם. אז מה שהיה ארה"ב סייעה למחתרת כדי להשתמש בכוח נגד השלטון. ואז ניקרגואה תביעה את ארה"ב במשפט הבינלאומי בשל התערבות פנימית.

או למשל כאשר מדינה מסוימת תורמת כסף לארגון זכויות אדם, זה יחשב התערבות עקיפה.

**עוד מערכת אשר נובעת מעקרון הריבונות ישנם מס' חסינות.
מעקרון הריבונות נובעים גם חלק מכללי החסינות הקיימים במשפט הבינלאומי**

- יש להבחין בין :
(1) חסינות מדינה
(2) חסינות ראשי מדינות
(3) חסינות דיפלומטית

הרעיון של חסינות- יש לי הגנה מפני הליכים משפטיים, כמו חסינות של ח"כ, ז"א לא בודקים לגופו של עניין את העבירה, ובגלל החסינות לא מגישים תביעה. לכן אם מדינה היא ריבונית מכוח עקרון החסינות לא ניתן לנהל הלך משפטי בתוך אותה מדינה, כמו להעמיד לדין את שגריר צרפת לדין בצרפת עצמה. ז"א את ישראל תפעילי את סמכויות השיפוט שלך בתוך ישראל.

איזה סוגי חסינות יש לנו:

(1) חסינות מדינה (state immunity)

הכלל (דין מנהגי) - לא ניתן להגיש תביעה אזרחית נגד מדינה בבית משפט של מדינה זרה. לא יכול להיות שאני מ המרצה אגיש תביעה נגד מדינת אוסטרליה בתוך הערכאות המשפטיות, כלומר אף תאגיד בישראל לא ניתן להגיש תביעה נגד אותה מדינה בתוך ישראל, ורק ניתן להגיש בתוך בית הדין הבין לאומי ע"י מדינה. אדם פרטי לא יכול לתבוע מדינה אחרת. אבל לכלל הזה יש חריגים, ואומר שניתן להגיש תביעות בתחום הדין האזרחי.

למשל במשפט האזרחי קנדה נגד אדלסון (1997):

עבודות: בני זוג מהרצליה השכירו בית לגשריר קנדה, החוזה היה מול ממשלת קנדה ולא מול השגריר, ביהמ"ש השלום: דחה את העתירה של בני הזוג. בני הזוג פנו לעליון וקבע - כי מדובר בתחום המשפט האזרחי. כאן מדובר בחוזה להשכרת דירה, ומותר לזוג אדלסון להגיש תביעה נגד מדינת קנדה, וזה החריג אשר התפתח עם הזמן.

לכן בתחום המשפט האזרחי אין חסינות, ואילו בתחום המשפט המדיני יש חסינות למשל בפס"ד

Kuwait v Airways

סדאם חוסן השתלט על כוויית והשתלט על מאגרי הנפט והחרים את המטוסים של חברת התעופה, חברת התעופה הגישה תביעה בבית המשפט באנגליה נגד ממשלת עיראן והתביעה נדחתה כי מדובר בפעולה שלטונית. לכן הכלל כאשר מדובר בפעולה שלטונית אז יש חסינות. לכן עם הזמן היו חריגים אשר לא הוכרו ע"י המדינות:

היקף החסינות לפי הדין המנהגי הצטמצם עם השנים - כיום חלה על פעולות שלטוניות אך לא על פעולות מסחריות או על פעולות אחרות מתחום המשפט הפרטי [נזיקין, עבודה, קניין].

חריגים אפשריים נוספים (לא נחשבים לדין מנהגי):

- חריג התמיכה בטרור - ארה"ב (חוק חסינות מדינות זרות, 1976, כפי שתוקן ב-1996).
למשל דוג מישראל אזרחים ישראלים אשר גרים בארה"ב והם נפגעי טרור תבעו את פלס' בגין סיוע לטרור כמו אלקעדיה, לכן חייבו את הרשות הפלס' לשלם כסף, אבל בערעור זה נדחה בטענה כי יגרם נזק כלכלי לרשות הפלס'.
או למשל אזרח אמריקאי אשר נפגע טרור והוא תובע את איראן שהיא תמכה בטרור, בית המשפט בניו-יורק יחייב את איראן לשלם כסף, אז מה שאיראן תעשה הוא תגיד שיש לנו חסינות מדינה וזה דין מנהגי אשר קיים רק בארה"ב ואז איראן תפנה לבית הדין הבינלאומי בגין הפרה של חסינות.
למשל - בישראל היו הרבה מקרים אשר הגישו תביעות נזיקיות בבית משפט השלום בטענה שהיא תומכת בטרור, וזה הגיע לבית המשפט המחוזי בירושלים - הרשות טענה שהיא מדינה ויש לה חסינות, הנושא הגיע לעליון- לגבי שאלת המדינות אם הרשות היא מדינה איננו מתערבת בסוגיה, והוא יפנה למושג מדיני הראיות יש "תעודת שר החוץ" שהוא יקבע אם הרשות היא מדינה ומכיר שיש לרשות חסינות, עד עכשיו לא הייתה תעודת חסינות. לאחרונה בבית המשפט המחוזי החליט שיש לשם למשפחות פיצויים.

- חריג הפרת נורמות קוגנטיות - Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), - 2012 ה-ICJ קבע שגרמניה חסינה מפני תביעות פיצויים באיטליה, גם אם נושא התביעה הוא הפרה של נורמות קוגנטיות.

הפעם באיטליה מס' אזרחים אשר הגישו תביעה נגד גרמניה בטענה שנפגעו מהשואה, האזרחים אמרנו נכון שיש הסכם פיצוי אבל זה לא מספיק, לכן האזרחים באיטליה הגישו תביעה נגד גרמניה בבית דין באיטליה והעורך דין שלה טען שיש הפרה של נורמה קוגנטית כמו רצח עם ואין כאן חסינות, בימה"ש באיטליה קיבל את הטענה וניתן פס"ד נגדת ממשלת גרמניה, ואז ניתנה הוראה של לחלט נכסים של גרמנים אשר נמצאים באיטליה. ואז גרמניה

הגישה תביעה נגד איטליה ב ICJ אשר קבע כי החריג הזה לא הוכר, וחייב את איטליה להפסיק את תהליכי הוצאה לפעול. החריג היחיד שהוכר זה חריג של הדין האזרחי והקנייני.

הערה אחרונה: אמרנו כי נושא של חסינות מדינה זה עיקרון במנהג הבינלאומי, לכן ה- ILC עשו "אמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות ורכושן"

פעולות קודפיקציה – חקיקה מדינתית (ארה"ב 1976, אנגליה 1978, קנדה 1982). בישראל: חוק חסינות מדינות זרות, 2008 (חריג מסחרי-פרטי). לכן המדינות החלו לעגן בתוך חוק פנימי שלהם. כמו בישראל שהוא מאמץ חריגים כמו **פס"ד אדלסון**.

אמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות ורכושן, 2004 – טרם נכנסה לתוקף - UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004
הגנה דיפלומטית – במקרים שבהם חלה חסינות, מדינה יכולה להגיש תביעה בשם אזרחיה בערכאה בינלאומית.

אבל, אם אני טוען כי אדם מסוים נפגע מטרור ע"י איראן אז המדינה שלו תגיש תביעה בשמו, זאת הדרך היחידה שבה אזרח יכול להגיש תביעה נגד מדינה אחרת. ברוב המקרים זה לא קורה, כי בד"כ זה קורה בפעולות מלחמה נניח מלחמה בין סועידיה לתימן, האזרחים לא יכולים לתבוע את סועידיה בבית הדין הבינלאומי, ולכן עדיף שזה יפטר בין שתי המדינות. דוג השואה- בשנת 1948 הרבה ניצולי שואה היו יכולים לתבוע את מדינת גרמניה באחת מהערכאות בישראל, אז מה שהיה אמנת "הסכם השילומים" אז מה שקרה גרמניה העבירה כסף לישראל.

2) חסינות ראשי מדינות (immunity of heads of states)

הכלל (דין מנהגי) – לא ניתן להעמיד לדין פלילי ראש מדינה מכהן בבית המשפט של מדינה זרה.

דוגמאות: עבדוליה ירודיה (קונגו-בלגיה [נפסיקת ה-ICJ בנושא]), אריאל שרון (ישראל-בלגיה), אוגוסטו פינולה (צ'ילה – ספרד/אנגליה).

אין חסינות בערכאות בינלאומיות (סעיף 27 לחוקת רומא).

להבדיל מחסינות מדינה אשר עוסקת בתביעות אזרחיות, כאן אנו מדברים על ראשי מדינות, כלומר נניח התביעה בישראל לא יכולה להעמיד לדין את אסד או את פוטין בביהמ"ש המחוזי בירושלים.

למה בכלל ערכאה מדינתית נניח בימה"ש מחוזי בישראל מעמידה אזרחי שאינו מהמדינה:

- 1) כמו עבירת חוץ ע"י אזרחי שאינו ישראל כלי ישראלי. כלומר יש זיקה.
- 2) גם כאשר אין זיקה – "**הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית**" – זה כלל של המשפט הבינלאומי אשר אומר כי לכל מדינה יש סמכות להעמיד לדין פלילי אשר ביצע הפרות של הדין הבינלאומי גם לאותה בן אדם אין קשר או זיקה למדינה אשר מעמידה אותו לדין. כמו פשע מלחמה הפרות של זכויות אדם.

הכלל של חסינות ראשי מדינות אומר שאסור להעמיד לדין ראש מדינה מכהן. כלומר הסמכות להשתמש נגד אותה מדינה זה פגיעה בריבונות של מדינה אחרת, אבל ראש ממשלה מכהן לא ניתן להעמיד אותו לדין.

ה-ICC הוקם בשנת 2002 שהוא מטפל במעט תיקים, **ואילו סמכות השיפוט אוניברסלית** היא הייתה עוד לפני.

דוגמאות: **הפעלת סמכות השיפוט אוניברסלית:**

1) **ישראל** – היא עגנה בחקיקה את **סמכות שיפוט אוניברסלית**, גם ישראל זה חוקק כאשר דנו במשפט של **אדלוף אייכן** אשר היה אחראי של השמדת העם היהודי, אדלוף הועמד לדין בשנת ה-60, הפשעים שבוצעו היו עוד לפני הקמת המדינה, לא מדובר באזרחים של מדינת ישראל, זו דוג להפעלת הסמכות השיפוט אוניברסלית.

אותו דבר בבלגיה – בשנת 2000 התביעה הכללית בבלגיה הוציאה צו מעצר נגד עבדוליה ירודיה בטענה שביצע פשע עם במלחמה שהייתה בקונגו, אותו עבדוליה כאשר התביעה הגישה צו מעצר הוא היה שר חוץ. ואז קונגו פנתה ל ICJ וטענה כי צריך לפרש את החסינות המדינית שיחול על שרי החוץ, וה- ICJ קיבל את עמדת קונגו וקבע כי העיקרון חל שרי חוץ והורה על ביטול צו המעצר.

עוד דוג אשר קשורה לישראל – בשנת 2009 קבוצה של משפחות בעזה הגישו בקשה בבימה"ש באנגליה נגד שר הביטחון אהוד ברק בטענה של הפרת הדין הבינלאומי. אז עלתה השאלה אם ניתן להוציא צו מעצר נגד שר הביטחון, בימה"ש באנגליה אמר כי חסינות של ראשי ממשלות חל גם על שרי הביטחון ולא ניתן להעמיד אותו לדין.

מכאן חסינות של ראש ממשלה חלה על שר חוץ מכוח ה-ICJ, וגם חל על שרי ביטחון כפי שקבע בימה"ש באנגליה.

(2) עוד דוג

אריאל שרון, בשנת 2001 קבוצה של משפחות אשר ניצלו מהטבח בסברה ושתילה פנו לבימה"ש בבליגיה וביקשו להוציא צו מעצר נגד אריאל שרון כי בזמן הטבח בסברה ושתילה שהיה בשנת 1982 ואז אריאל שרון היה שר הביטחון. לכן ביקשו מבליגיה להעמיד אותו לדין, נקבע שלא ניתן להעמיד אותו לדין כי בשנת 2002 היה כבר ראש הממשלה ולא ניתן להמעיד אותו לדין.

(3) עוד דוג לראש ממשלה שלא נהנה מהחסינות

אוגוסטו פינושה היה אז נשיא של צ'ילה, הוא ביצע פשע עם באזרחים של צ'ילה, כשסיים להיות נשיא בשנת 1990 הוא נשאר בצ'ילה ולא הועמד לדין. ואז בשנת 1998 ספרד החליטה שהיא רוצה להעמיד לדין את אוגוסטו פינושה והוציאה נגדו צו מעצר, בטענה שאין לו חסינות והוא כבר לא נשיא, הבעיה איך גומרים לו להגיד לספרד? בשנת 1999 הוא הגיע לאנגליה לביצוע טיפול רפואי, ואז ספרד ביקשה מאנגליה להביא אותו, ואז התנהל משפט באנגליה אם ניתן להסגיר אותו לאנגליה, נקבע שכן ניתן להסגיר אותו, אבל בגלל מצבו הרפואי הוחלט שלא להסגיר אותו, הוא חזר לצ'ילה ומת.

עוד הערה לגבי חסינות ראש מדינות

הוא חל בהעמדה לדין בין מדינות, אבל כאשר מדובר ב ICC אין חסינות לראשי ממשלות, וגם ראש ממשלה מכהן ניתן להעמיד אותו לדין.

(3) חסינות דיפלומטית (diplomatic immunity)

הכלל מתייחס לנציגים דיפלומטים וגם למבנים עצמם.

הכלל – נציגים דיפלומטים של מדינה זרה וכן המבנים של המשלחת הדיפלומטית אינם כפופים לסמכות השיפוט של המדינה המארחת:

- לא ניתן לעצור או לנהל הליכים פליליים או אזרחיים (למעט חריגים) נגד נציגים דיפלומטים. דוג: פרשת המאבטח הישראלי בירדן, 2017.
היה בחור ישראל אשר היה מאבטח בשגרירות ירדן, הגיע אזרח ירדני שעסק בשיפוץ והחזיק מברג, והיה חשש שיפגע במאבטח, אותו מאבטח ירה באזרח הירדני. אבל הירדנים היו בבעיה כי מדובר במאבטח וירדן טענה שאין לו חסינות, אבל לאותו מאבטח הייתה תעודת שליח דיפלומטי ולא הועמד לדין. הדבר יצר משבר דיפלומטי וגירשה את השגרירה לישראל. לאחרונה היחסים חזרו להיות תקינים.
 - לא ניתן להכנס לשטח של שגרירות זרה או לבצע בה חיפוש ללא רשות. דוג: שגרירות סעודיה בתורכיה, 2018.
 - דוג לחסינות על מבנים- גימאל ח'אשוקגי הוא עיתונאי סעודי אשר נהג לבקר את המשטר, בשלב מסוים גימאל עזב את סעודיה ועבר לגור בטורקיה והמשיך לפרסם כתבות נגד המשטר הסעודי, בן סלמן השליט הסעודי ארגן מסי' אנשים אשר רצחו את גימאל בקונסוליה של טורקיה. הם קראו לא לקונסוליה בטענה כדי לקבל מסמכים של ארוסתו. הטורקים רצו להיכנס לקונסוליה של סעודיה ולא הסכימו ורק אחרי שבועיים נכנסו בליווי סעודי, ככל הנראה עד אז הם העלימו את הראיות. המסר הוא סעודיה לא איפשרה לטורקים להיכנס למבנה של הקונסוליה ורק באישור.
אבל חריג, הוא כאשר יש חשש לביצוע פשע. אז המדינה המארחת יכולה לשלוח כוחות לתוך המקום.
- מקור הכלל: חסינות ראשי ממשלות מעוגן דין מנהגי + אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים היא מעוגנת ב- (1961) (ראו גם אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים, 1963).

III. אחריות מדינות

אנו רוצים לומר כי במשפט הבינלאומי וגם במשפט הפנימי יש כללים: כללים ראשוניים של המשב"ל – קובעים מהן החובות והזכויות של מדינות לפי המשב"ל. כללים משניים/שניוניים של המשב"ל – קובעים מה קורה כאשר מדינה מפרה חובה שחלה עליה מכח המשב"ל. הכללים הנוגעים לאחריות מדינה הם כללים משניים/שניוניים.

מה קורה כאשר מפרים את הכללים האלו:

כללי המשפט הבינלאומי בדבר אחריות מדינות אינם מעוגנים באמנה בינלאומית.

אבל, במעלה השנים נקבעו מס' החלטות:

ב-2001 הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם (ILC) אימצה מסמך חשוב בנושא אחריות מדינות להפרות של המשפט הבינלאומי –>

(ILC) – זה גוף בתוך האו"ם אשר ניסו לעשות קודיפיקציה בנושא אחריות מדינות הם התחילו לנסח מסמך אשר נקרא "הכללים בנושא אחריות" מדינה המסמך הזה משנת 2001:

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

מסמך זה אינו מחייב כשלעצמו, אך רוב הוראותיו נחשבות כמשקפות דין מנהגי.

סעיף 1: כל מעשה עוולה בינלאומי של מדינה גורר אחריות בינלאומית של אותה מדינה. **מדינה אשר הפרה את הדין הבינלאומי היא צריכה לשאת בתוצאות.**

סעיף 2: מדינה מבצעת מעשה עוולה בינלאומי כאשר ניתן לייחס לה פעולה (לרבות מחדל) המהווה הפרה של חובה שחלה על אותה מדינה מכח המשפט הבינלאומי. [דוג' למחדל: Corfu Channel Case (1949); Case concerning U.S. Diplomatic and Consular Staff in Teheran (1980)]

עוולה בינלאומי – זה הפרה של הדין הבינלאומי. הפרה של הדין הבינלאומי יכולה להיות גם במחדל. שתי דוג מקרים שבהם הוטלה אחריות על מדינה בגין מחדל:

1) פרשת תעלת קורפו Corfu Channel Case – זה משנת 1949 וזה המקרה הראשון אשר ה-ICJ הכריע בו, תעלת קורפו נמצא מדרום אירופה. מה שקרה בשנת 1946 שתימי ספינות מהצבא הבריטי אשר עברו בתעלת קורפו שהוא השטח הריבוני של אלבניה, והספינות נתקלו במוקשים וחיילים נהגרו, לא היה ברור מה הטמין את המוקשים, אבל אנגליה טענה כי אלבניה יגדעה כי בתעלה של קורפו יש מוקשים ובכך אנגליה טענה כי אלבניה עשתה **עבירה במחדל** ויש חובת זהירות. בפעול אלבניה אל עשתה כלום, היא רק ידעה שיש מוקשים. בימה"ש של ה-ICJ קיבל את הטענה של אנגליה וחייב את אלבניה לשלם פיצויים לאלבניה.

2) Case concerning U.S. Diplomatic and Consular Staff in Teheran – ארצות הברית נגד טהרן – מה שהיה, באירן הייתה מהפכה בשנת 1979 עד אז איראן הייתה מדינה עם קשרים טובים לרבות שת"פ עם ישראל. בשנת 1979 עלו לשלטון מהפכות האיסלם, מה שקרה הרבה סטודנטים איראנים אשר השתלטו על השגרירות האמריקאית בטהרן. והפכו את האזרחים האמריקאים לבני ערובה במשך חצי שנה אותם אמריקאים הוחזקו כבני ערובה. בשנת 1979 אותם מהפכנים החזיקו את בני הערובה, בשנת 1980 ארה"ב הגישה תלונה נגד איראן ב-ICJ, הטענה היא כי ממשלת איראן הייתה צריכה למנוע את ההשתלטות ולכן היא אחראית להפרה של הדין הבינלאומי **עפ"י מחדל**, היא התבסס על סעי' 22 לאמנת ווינה בדבר יחסים דיפלומטים אשר קובע כי כל מדינה מארחת אחראית לשלום השגרירות. ה-ICJ הוצא הנחיה אשר חייב את ממשלת איראן לשחרר את בני הערובה, ובפעול הם שוחררו.

סעיף 3 : החוקיות הבינלאומית של פעולת מדינה נקבעת על פי כללי המשפט הבינלאומי, ואינה מושפעת מהדין הפנימי של אותה מדינה.

אמרנו כי בעבר חלק מהמדינות לא אוכפות את הדין הבינלאומי כי זה לא נקלט אצלם בחקיקה, אבל סעי' 27 אומר שאם יש הפרה אותה מדינה לא יכולה לומר כי יש כלל פנימי שגובר. אותה דבר כאן סעי' 3.

סעיפים 28–37 : התוצאות הנובעות ממעשה עוולה בינלאומי

מה התוצאות שנובעות מכך שמדינות מפרות כללים של המשפט הבינלאומי. מהם הסעדים המרכזיים שערכות בינלאומיות יתנו שיש תביעה של מדינה אחת כנגד האחרת. זה מעבר להוראות ספציפיות שיש באמנה אחרת כמו עדיפות לפיצויים וכו'.

מדינה שבצעה מעשה עוולה בינלאומי מחויבת: כאשר מדינה מפרה חובה שלה – היא מחויבת לעשות כמה דברים:

- לחדול מהמעשה, ובמידת הצורך גם לספק ערובות לכך שהמעשה לא ישנה (Cessation and Non-repetition) עליה להפסיק את ההפרה, ולהבטיח בכל מיני דרכים שההפרה לא תחזור על עצמה. לפעמים מוגשת תביעה נגד מדינה אחרת, כשהתביעה מוגשת בערכאה בינלאומית. בזמן שהתביעה מוגשת, ההפרה עדיין מתקיימת. ביהמ"ש ידרוש לעצור את ההפרה. מדינה חייבת להפסיק את ההפרה- זה הדבר החשוב ביותר- זה מוגדר כחובה. כאשר נאמר שזה הסעד הראשוני- זה לא אומר שתמיד הוא יינתן. זה לפעמים תלוי בכל מיני נסיבות. חשוב להבין אבל שזו החובה העקרונית, הדרישה הראשונית ממדינה. **איך מדינה יכולה לספק ערובות- הבטחות לכך שהמעשה שעשתה לא יחזור?** שינוי בחוקים הפנימיים של מדינה זו דוגמה לכך שהמדינה נותנת ערובות לכך שיפסיקו להתנהג בצורה מפרה. חינוך של אזרחים, קמפיינים ציבוריים והצבת פיקוח גם מהווים צעדים לכך שמדינה מעוניינת לבצע שינוי.
- לתקן את הנזק שגרמה (Reparation) באחת או יותר מהדרכים הבאות (ולפי סדר העדיפות שלהן):

- השבת המצב לקדמותו (restitution) **איזה סוג של השבה יכול להתקיים במשפט הבינלאומי?** למשל כאשר מדינה השתלטה על שטח בצורה לא חוקית, למשל הציבה שם את כוחות הצבא שלה למרות שאסור לה, הדבר הראשון שהיא תעשה זה לסגת מהשטח הזה ולהשיב אותו למדינה שהוא הריבון החוקי של השטח. **יש פס"ד של ה-ICJ שנקרא "קמבודיה נ' תאילנד"** שעוסק בגבול של קמבודיה ותאילנד. יש שם מקדש על הגבול שמוכר כאתר מורשת עולמי וחשוב מאוד להרבה מאוד מאמינים בודהיסטים. הוא נחשב לאתר תיירות חשוב ויש מחלוקת בין קמבודיה לתאילנד לאיפה עובר הגבול. תאילנד טוענת שהגבול עובר בכך שהמקדש בצד שלה, וקמבודיה טוענת שהמקדש בצד שלה. לא תמיד ניתן לדעת איפה עובר הגבול ולכן עד היום יש מחלוקות ביניהם. בגלל החשיבות של המקדש התקיימו כמה הליכים בביהמ"ש. **בשנות ה-60 קבע ה-ICJ שהמקדש נמצא בצד של קמבודיה ותאילנד לא יכולה לעשות כלום ללא רשותה של קמבודיה.** תאילנד, שיותר חזקה צבאית מקמבודיה, לא הקשיבה לפסה"ד ובכל זאת המשיכה להציב את כוחותיה באיזור המקדש. לפלוש לשטח של קמבודיה. ב-2011 קמבודיה הגישה שוב תביעה ל ICJ וטענה שתאילנד ממשיכה להפר את פסה"ד. **הסעד שנתנו בפעם השנייה זה עוד פעם להורות לתאילנד להשיב את המצב לקדמותו. כלומר לסגת מהשטח ולפנות את כוחותיה משם. לאפשר לקמבודיה שליטה מלאה בשטח.** דוגמה נוספת להשבה זה יכול להיות השבת רכוש בזמן מלחמה. מדינות בזמן מלחמה לוקחות רכוש ומחרימות אותו. לכן, ישנה אופציה להשיב את הרכוש שהוחרם במהלך המלחמה.

- תשלום פיצויים (compensation) הסעדים יכולים לבוא גם ביחד. **ז"א גם סעד של השבה + סעד של פיצויים.** זה הסעד המרכזי במשפט הבינלאומי ושניתן הכי הרבה פעמים. זה סוג של תיקון הנזק- התפיסה

היא שבאמצעות תשלום כסף אנו כאילו מנסים לתקן את הנזק שגרמנו. זה לא השבת המצב לקדמותו בעין, אלא תשלום פיצויים לנסות להביא את האדם כמה שיותר למצב שבו היה אילולא הפגיעה. הרבה פעמים לאחר מלחמות, כאשר מדינה משתמשת בכוח בניגוד לחוק, היא תחויב לשלם פיצויים למדינות שנפגעו. למשל גרמניה במלחמת העולם השנייה שילמה פיצויים בכמויות אדירות למדינות שונות.

- סיפוק (satisfaction) - הכרה בעוול, התנצלות רשמית וכיו"ב: זהו סעד סימבולי. סיפוק מדבר

על כך שמדינה תכיר בכך שהיא הפרה את הדין הבינלאומי וגרמה נזק. התנצלות רשמית מהווה סעד של סיפוק. ביחסים בינלאומיים, הדימוי של המדינות בעולם והמעמד שלהן הוא דבר מאוד חשוב. חשוב למדינות המוניטין שלהן ולכן התנצלות פומבית חשובה להן ומהווה סעד חשוב ביותר בשבילן. **דוגמה לכך: ישנו סכסוך שנערך בין דרום קוריאה ליפן בנושא של "נשות הניחומים"**. ניצול של נשים קוריאניות. במלחמת העולם השנייה, כמו שהנאצים כבשו מדינות באירופה, אז היפנים עשו את אותו הדבר במזרח אסיה. היפנים הצליחו בתחילת המלחמה, הצליחו לכבוש הרבה מאוד אזורים באסיה. תוך כדי הכיבושים שלהם הם הכריחו נשים מקומיות, נשים במדינות הכבושות, לשמש כזונות ולקיים יחסי מין ללא תשלום וללא הגבלה עם חיילים יפנים, בתחנות זנות שהיפנים הקימו באזורים שהם כבשו. היפנים דאגו לזה שאלפי נשים יעבדו בתחנות הזנות ששימשו את חיילי הצבא היפני. הכמות הגדולה ביותר של הנשים שהוכרחו לעבוד בזנות היו מקוריאה. הנושא הזה במשך הרבה שנים היה מושתק וכמעט לא דיברו עליו. הנשים עצמן התביישו לדבר על הנושא. גם החברות בקוריאה, סין, פיליפינים וכו' לא הציפו את הנושא. בשלב מסוים, בשנות ה-80 התחילו ארגוני נשים לאסוף עדויות על הדבר הזה ודרשו מהממשלות שלהם לעמוד מול יפן ולהגיד לה שהם רוצים הכרה בעוול ופיצויים. **הדרישה המרכזית של דרום קוריאה ויפן הייתה קודם כל להכיר באחריות שלה למעשה, ולהתנצל. הנושא של הכסף פחות הטריד את דרום קוריאה. דרום קוריאה התחילה להבין שיפן חייבת התנצלות. יפן אמרה שהיא מוכנה לשלם כמה שצריך לנשים האלו שסבלו, אבל היא לא מוכנה לקחת אחריות לנושא של הנשים האלה. הן פעלו מרצון חופשי, ולכן היא סירבה בתוקף להתנצל ולקחת אחריות על המעשים שנעשו בזמן מלחמת העולם השנייה. הנושא של ההתנצלות הוא סלע המחלוקת בין המדינות האלה וזה עד היום מעיב מאוד על היחסים ביניהן.**

=> החובות הנובעות ממעשה עוולה בינלאומי יכולות לחול כלפי מדינה אחרת, קבוצת מדינות, או הקהילה הבינלאומית בכללותה, הכל בהתאם לטיב המעשה ולנסיבות העניין.

סעיפים 22, 49-53: צעדי גמול (countermeasures) זוהי דרך למימוש סעד במשפט הבינלאומי. במשפט הבינלאומי יש דבר שנקרא "סעד עצמי". זה אומר שלפעמים מדינה נפגעת ממדינה אחרת והיא פונה לערכאה בינלאומית, למדינה עצמה, או שהיא יכולה לוותר על הדברים האלה ופשוט לעשות סעד לעצמה. כלומר היא תטפל ותארגן לעצמה תרופה. קוראים לזה במשפט הבינלאומי "צעדי גמול".

צעדי גמול הם צעדים חד צדדיים שמדינה נוקטת בתגובה לפגיעה בזכויותיה על ידי מדינה אחרת (היינו, סעד עצמי), כגון הקפאת כספים של מדינה זרה, הטלת מכסים על מוצריה, וכו'. סעד כזה יכול להיות למשל נכסים של מדינה זרה שנמצאים אצלי כמדינה, ולכן אותה מדינה מחרימה את השטחים הללו על חשבון הכספים שחייבים לה. סוג של קיזוז שנעשה ללא פנייה לערכאות משפטיות. אם הפעולות שנעשו היו בהתאם לתנאים ולדרישות, אותה מדינה שהפעילה סעד עצמי לא תיחשב למפרה.

צעדי גמול לא יחשבו להפרה של המשפט הבינלאומי אם הם עומדים בדרישות הבאות:

- הם מופעלים רק כנגד מדינה שפעלה לפני כן באופן לא חוקי אי אפשר לבצע צעדים קולקטיביים. אלא רק כלפי מי שהפר כלפיי את הדין הבינלאומי.
- מטרתם היא לגרום לאותה מדינה לחדול מההפרה ולציית לכללי המשפט הבינלאומי. כלומר מדינה אחת תחרים כספים שנמצאים אצלה מהמדינה אחרת, ותבצע "קיצוץ". הכסף לא יועבר כל עוד לא תופסק הפעולה המפרה. אם הפעולה המפרה לא תופסק, החרם לא יופסק. סעד עצמי אמור להיות כל עוד ההפרה נמשכת. ברגע שההפרה מגיעה לסיומה, יש להפסיק עם הסעד העצמי.
- הם מידתיים (מקיימים יחס ראוי לחומרת ההפרה ולנזק שנגרם) אם מדינה ביצעה הפרה קטנה, אסור למדינה לעצור או לעכל לה כספים על מעשה ספציפי קטן שעשתה.
- הם מופעלים לאחר שניתנה אזהרה מוקדמת (אלא אם מדובר בצעדים דחופים) אזהרה מוקדמת זה לא אומר שצריך להגיע עמה למו"מ ולהסכם. יש להודיע שהולך להיות מופעל סעד עצמי, ואם אותה מדינה מחליטה לפעול כנגד הסעד העצמי, עליה לעשות זאת בכוחות עצמה ומרצונה. אין צורך לרדוף אחריה.
- בזמן הפעלתם הסכסוך אינו מתברר בפני טריבונל בינלאומי מוסמך
- הם אינם כוללים שימוש בכוח או הפרה של זכויות אדם בסיסיות ואינם מפרים נורמות קוגנטיות של המשפט הבינלאומי **זוהי הדרישה החשובה ביותר.** יש גבול למה מדינה יכולה לעשות ע"מ לפעול בדרך של סעד עצמי. הנושא של צעדי גמול זה משהו שהוא חלק מהדין הבינלאומי המנהגי כבר מאות שנים. פעם כמעט ולא היו ערכאות בינלאומיות, וכאשר מדינות הסתכסכו ביניהן הן פעלו בדרך של סעד עצמי. לכן היום פעולה של סעד עצמי זה משהו פחות נפוץ. כיום, מדינות פונות לערכאות שיפוטיות. אחת הדוגמות הנפוצות בקשר לסעד עצמי זה סכסוך שנעשה בין הונגריה לסלובקיה:

* Gabcikovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia), 1997 (פרשת הסכר על נהר הדנובה).

בשנת 1997 נכרת הסכם בין הונגריה לצ'כוסלובקיה לגבי פרויקט גדול ויקר לבנות סכר על נהר הדנובה. זהו נהר שעובר גם בשטח של הונגריה וגם בשטח של סלובקיה. בשלב מסוים, הונגריה התנערה מהמחויבות שלה. היא ביניהן הסכם והונגריה לא קיימה את החלק שלה בבנייה של הסכר. סלובקיה, שהייתה היורשת של צ'כוסלובקיה, נקטה באופן של סעד עצמי, מאחר והיא לא יכולה לבנות את הסכר ללא הונגריה, ולכן היא החליטה לעשות פרויקט תשתיות אחר בנהר שישרת את הצרכים שלה. מה שקרה זה שברגע שסלובקיה בונה זרם חלופי משלה, היא גנבה מים מהונגריה כי היא הייתה במעלה הנהר ושלטה על זרימת המים לניצול צרכיה. בעקבות הסעד העצמי הזה, הונגריה פנתה ל ICJ וטענה שסלובקיה מסיתה את המים לעצמה. ה ICJ אמר שבגלל שהיא החילה את הסעד העצמי לפני שהגישו נגדה תביעה, עליה להפסיק את הפרויקט שלה, עד שיתברר הסכסוך. היא התחילה את הפרויקט לפני הגשת התביעה, אך מהרגע שהוגשה תביעה, אסור להמשיך בפעולה האסורה.

טקסט מצגת מס' 5: ארגונים בינלאומיים

I. ארגונים בינלאומיים – כללי:

ארגון בינלאומי הוא ארגון שמוקם על ידי מספר מדינות לצורך קידום מטרות משותפות. לארגונים בינלאומיים יש כיום תפקיד מרכזי בניהול היחסים בין מדינות. צריך ארגונים בינלאומיים כדי לפתור סכסוכים בין מדינות, בנוסף צריך שיתוף פעולה בינלאומי בהמון דברים. ככל שהעולם מתקדם, יש יותר מדינות, ולכן צריכים ביורוקרטיה יציבה וגדולה שתעזור להם לעשות זאת.

ארגון בינלאומי מוקם מכוח אמנה שהמדינות החברות בארגון הן צד לה (חוקת הארגון). האמנה מגדירה את מטרות הארגון, המבנה שלו, הסמכויות, החובות והזכויות של המדינות החברות, ועוד.

לארגון בינלאומי יש אישיות משפטית עצמאית במשפט הבינלאומי (נפרדת מזו של המדינות החברות בו).

הדין החל על הארגון:

1. חוקת הארגון. המסמך המרכזי שמסדיר את החובות והזכויות של הארגון.

2. דין בינלאומי מנהגי והסכמי רלוונטי (לדוגמא דין הומניטרי על כוחות שמירת שלום של האו"ם או נאט"ו). הדין הזה מחייב למשל כוחות שמירת שלום של האו"ם או כוחות צבאיים של נאט"ו שיצייתו לדין הבינלאומי ההומניטרי. אם הם לא יצייתו- ניתן לתבוע אותם על כך.

אפשר לחלק את הארגונים הבינלאומיים לשני סוגים:

ארגונים גלובליים: אלה ארגונים שהחברות בהם לא מוגבלת למדינות באזור מסוים. אלא בעיקרון כל מדינה בעולם יכולה להצטרף לארגון. זה להבדיל מארגונים אזוריים. הארגון הבינלאומי והמשפיע ביתר הוא: האו"ם (UN), ארגון הסחר העולמי- מטרותו היא לקדם כמה שיותר סחר חופשי בין מדינות ולהוריד מכסים. לאפשר ייבוא וייצוא. יש לו בימ"ש בינלאומי שעוסק רק בסחר (WTO), ארגון הבריאות העולמי אחראי על קידום הבריאות בעולם, מניעת מגיפות, קידום אמנות בנוי בריאות וכו' (WHO), ארגון העבודה הבינלאומי אחד הארגונים הוותיקים ביותר ופועל מאז 1919. מטרותו העיקרית היא לנסות לקדם הגנה על זכויות עובדים בכל המדינות (ILO), הבנק העולמי (WB) מטרותו היא לעודד ולתמוך בצמיחה כלכלית גלובלית. הדבר המרכזי שהבנק העולמי עושה לשם כך הוא לתת הלוואות בתנאים טובים למדינות מתפתחות- מדינות עולם שלישי, כדי לעזור להן להתפתח ולפתח את התשתיות שלהן, הסוכנות הבינלאומית לאנרגיה אטומית (IAEA), ארגון המזון והחקלאות (FAO), ארגון התעופה הבינלאומי (ICAO), ארגון ההגירה הבינלאומי עוסק בהגנה וקידום של כל מיני סוגים של מהגרים. הוא הוקם אחרי מלחמת העולם השנייה בעקבות משבר ההגירה שהיה לאחר המלחמה (IOM), ועוד.

ארגונים אזוריים: יכולות להצטרף לארגונים האלה רק מדינות מאזור מסוים. למשל רק מאירופה וכו'. האיחוד האירופי (EU), מועצת אירופה- היא לא חלק מהאיחוד האירופי (Council of Europe), הארגון האירופאי לביטחון ושיתוף פעולה (OSCE), ארגון מדינות אמריקה (OAS), האיחוד האפריקאי (AU), הברית הצפון אטלנטית (NATO), הקהילה הכלכלית של מדינות מערב אפריקה (ECOWAS), ארגון מדינות דרום-מזרח אסיה (ASEAN), ועוד.

II. האו"ם

הוא קם בשנת 1945 אחרי מלחמת עולם השנייה, המסמך המכונן של האו"ם זה מגילת האו"ם.

מטרות האו"ם (סעיף 1 למגילת האו"ם)

- 1) לשמור על השלום והביטחון העולמי
- 2) לפתח יחסי ידידות בין המדינות תוך הכרה בזכותם השווה של כל העמים להגדרה עצמית
- 3) להשיג שיתוף פעולה בינלאומי בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, תרבותיות והומניטריות ולקדם הגנה על זכויות אדם.

הוא מעניק סיוע הומניטרי, ועוד מסי תחומים.

חברות באו"ם (פרק 2 למגילה)

הוא מציג את העקרונות המרכזיים של האו"ם.

ההצטרפות לאו"ם פתוחה בפני כל המדינות שוחרות השלום, בכפוף להחלטה של מועצת הביטחון ושל העצרת הכללית. כיום חברות באו"ם 193 מדינות.

בהחלטת מועצת הביטחון והעצרת הכללית ניתן להשעות או לבטל חברות של מדינה בארגון.

למשל מדינות האפרט-הייט בדרום אפריקה, והיו לחצים מצד מדינות לבטל את המשטר, ואחד הלחצים זה הטלת סנקציות כלכליות. ישראל הפעילה לחץ, אבל ישראל המשיכה לשתף פעולה עם דרום אפריקה מסיבות של מכירת נשקים.

העצרת הכללית הטילה סנקציה כלכלית לרבות הסתלקות על דרום אפריקה אבל מועצת הביטחון לא אישרה את ההסתלקות. אולם העצרת הכללית מנעה מדרום אפריקה להשתתף בדינורם.

מוסדות האו"ם 5 הגופים:

המוסדות המרכזיים של הארגון הם (סעיף 7 למגילה): העצרת הכללית, מועצת הביטחון, המזכירות, המועצה הכלכלית-חברתית, ובית הדין הבינלאומי לצדק.

1. העצרת הכללית (פרק 4 למגילה)

העצרת מתכנסת פעם בשנה, ואף לפעמים יותר.

- מורכבת מנציגי כל המדינות החברות.
- עוסקת בכל הנושאים הקשורים למטרות האו"ם ופעילותו.
- האו"ם עוסק בשלום וביטחון, שת"פ בתחומים כלכליים, ידידות בין מדינות, נושאים הקשורים לרווחת האנושות והאינטרסים של המדינות וכו'. **סייג: ס' 12 למגילת האו"ם** - אם מועצת הביטחון מטפלת בנושא מסוים שקשור לשלום וביטחון, אז בזמן שמועצת הביטחון דנה בנושא אסור לעצרת הכללית לדון בכך ולקבל החלטות באותו נושא. העצרת הכללית יכולה ליזום מחקרים(פעילות שוטפת) ולגבש החלטות.

לעיל אבל יש לזה מגבלה אחת כל מה שקשור לשלום וביטחון אז 12 למגילת האו"ם קובע כי לעצרת הכללית אסור לעסוק בשלום וביטחון אלא אם אותה סוגיה נמצא בטיפול באותה זמן אצל מועצת הביטחון של האו"ם.

בעקרון לעצרת הכללית אסור לדון במקביל, אבל זה נתון לפרשנות וכתלות בנושא עצמו. למשל הגרעין של דרום קוריאה אשר מועצת האו"ם מטפלת בו, האם לעצרת הכללית מותר לדון בנושא הביטחון של דרום קוריאה.

אין תשובה איך לפרש את סעי' 12 בין אם זה באופן מצומצם או רחב.

ולמה זה חשוב ?

כי קבלת החלטות של מועצת הביטחון כפוף לוטו של 5 מדינות, למשל המלחמה הקרה בין רוסיה לבין ארה"ב וזה הגביל את מועצת הביטחון יוצא מכך כי אינה יכולה לטפל בביטחון ושלום, ואז העצרת הכללית רצה לטפל בנושא וקבעה לעצמה מדינות united for peace כלומר זה נתון סמכות לעצרת

הכללית לדון בנושא שלום וביטחון וזה מרחיב את הסמכות שלה מכוח סעי' 12 למגילת האו"ם לרבות דיון בנושא איכות הסביבה.

יחד עם זאת, החלטות של העצרת הכללית לא מחייבות, והם בגדר המלצות, וזאת כי נקבע במגילת האו"ם בפרק 4 כי העצרת יכולה לדון בכל נושא ולהמליץ המלצות למדינות או למועצת הביטחון או למזכירות האו"ם. כלומר מדובר בהמלצות בלבד. למעט נהלי עבודה פנימיים כמו מועד התכנסות העצרת הכללית או ניהול תקציב האו"ם כולל נקיטת סנקציות נגד מדינות אשר לא משלמות את הכסף אשר צריכות להעביר לאו"ם. יחד עם זאת למרות שהחלטות לא מחייבות עדיין המדינות מציתות לעצרת הכללית כי זה ישפיע על אותה מדינה ברמה הלאומית. כמו ישראל אשר עושה כל מיני פעולות כדי למנוע החלטות של העצרת הכללית.

• החלטותיה הן בגדר המלצות בלבד ואינן מחייבות את המדינות החברות, למעט החלטות בענייני נוהל ותקציב.

• החלטות העצרת הכללית מתקבלות ברוב רגיל של המדינות המשתתפות בהצבעה. **ואולם**, ישנן החלטות שמחייבות רוב מיוחד של שני שלישים מהמדינות המשתתפות בהצבעה (למשל [סעיף 18]: קבלת חברות חדשות לארגון, בחירת חברות מתחלפות למועצת הביטחון, השעיית או סילוק מדינה מהארגון, והחלטות בענייני תקציב). בהצבעות בעצרת הכללית לכל מדינה יש קול אחד.

• סעיף 13: העצרת הכללית מוסמכת ליזום מחקרים ולגבש המלצות חדשות **של הדין הבינלאומי לרבות ניסוח אמנות, ומי שעושה את זה I.L.C זה גוף של משפטים שנמצאים תחת העצרת הכללית אשר מומחים למשפט בינלאומי**, על מנת:

(1) לקדם שיתוף פעולה פוליטי בין מדינות ולעודד פיתוח פרוגרסיבי (אמנות קונסיסיטיביות שזה כמו פיתוח סייבר) וקודיפיקציה של המשב"ל.

(2) לקדם שיתוף פעולה בינלאומי בתחומי הכלכלה, חברה, תרבות, חינוך, בריאות וזכויות אדם.

2. מועצת הביטחון (פרקים 5 – 7 למגילה)

• מוטלת עליה האחריות המרכזית לשמירת השלום והביטחון העולמי.

• מורכבת מ-5 חברות קבועות (ארה"ב, רוסיה, סין, בריטניה וצרפת) ועוד 10 חברות מתחלפות (אחת לשנתיים אשר נבחרו ע"י העצרת הכללית ברוב מיוחד של 2/3).

החלטות צריכות להיות ברוב של 9, אבל זה מותנה בזכות וטו של 5 החברות הקבועות

• החלטות המועצה מתקבלות ברוב של תשע חברות, כאשר לכל אחת מחמש החברות הקבועות יש זכות וטו

<- ישנה ביקורת רבה על ההסדר הקיים אך קשה לשנותו.

החלטות המועצה מחייבות את כל המדינות החברות (סעיף 25 למגילה). המועצה יכולה לאמץ גם המלצות לא מחייבות.

כלומר מועצת האו"ם אומרת אם חברה אחת מתוך 5 החברות הקבועות נמנעת אז אפשר לקדם את ההחלטה.

כלומר צריכת שתי דרישות, כדי שהחלטה תהיה בתוקף ע"י מועצת הביטחון:

(א) רוב של 9 מדינות.

(ב) אף מדינה לא תטיל וטו מתוך 5 החברות הקבועות (אבל אם מדינה אחת נמנעת אז ניתן לקדם את ההחלטה).

החלטות של מועצת הביטחון יש להם תוקף מחייב וזה נקבע במפורש במגילת האו"ם. ואם מדינה לא תציית להחלטה אז מועצת הביטחון יכולה להיטל סנקציה ומחייבת את המדינות החברות להצטרף להחלטה.

דוג – החלטה של 1325 של מועצת הביטחון לשלום נשים, ברירת המחדל כי החלטות מחייבות אלא אם היא תסייג את זה בהמלצה.

עם השנים מועצת הביטחון הרחיבה את הסמכות שלה בנושא שלום וביטחון בשתי דרכים כמו כלכלה, מלחמה באיידס זה קשור לביטחון ושלום, עוד דבר פעם הייתה מקבלת החלטות בנושא ספציפי כמו שלום וביטחון למשל בסוריה, אבל היא פירשה את הסמכות שלה באופן רחב וחייבת את המדינות לפעול באופן אקטיבי כמו להקפיא חשבון בנק אשר עוסק במימון של פעילות טרור.

אבל זה הכיס את המדינות בעולם בטענה כי זהות של 5 מדינות מנהלות את העולם, בפרק 5 למגילת האו"ם נקבעו כי 5 המדינות הן חברות קבועות זאת אחרי מלחמת העולם השנייה. וזה היה לפני 70 שנה, והיו יש מדינות חזקות כמו גרמניה וטענה כי יש לה כוח יותר מבריטניה וצרפת, אולם סעי' 108 קובע לשם שינוי מגילת האו"ם דורש 2/3 של מדינות חברות באו"ם והסכמה של 5 המדינות הקבועות בעצרת הביטחון אשר יש להם זכות וטו.

כאשר מועצת הביטחון דנה בנושא של מדינה שאינה חברה בעצרת הביטחון אז יש אפשרות לאותה מדינה לשלוח נציג לזכות טיעון.

כאשר מועצת הביטחון מזהה איום על השלום והביטחון, היא יכולה:

מכוח פרק 6 למגילה – להורות או להמליץ למדינות על דרכים לפתרון סכסוך בדרכי שלום (למשל למנות מתווך או מגשר, להפנות אותן לבוררות ועוד).

מכוח פרק 7 – לקבוע שקיים מצב המהווה "איום על השלום או הפרת השלום או מעשה תוקפנות", ולהורות או להמליץ על צעדים שיש לנקוט לקיום השלום או להשבתו (סעיף 41 – צעדים שאינם מערבים שימוש בכוח צבאי, סעיף 42 – צעדים שמערבים שימוש בכוח צבאי).

3. מזכירות כללית (פרק 15 למגילה)

הזרוע המבצעת של האו"ם, בראשה עומד המזכ"ל שנבחר לחמש שנים על ידי העצרת הכללית ומועצת הביטחון. סמכויותיה כוללות הפעלת כוחות שמירת שלום, תיווך בהסכמי שלום, הכנת מחקרים ודו"חות, רישום הסכמים בינלאומיים, ועוד.

היא יכולה לשלוח כוחות שמירת שלום, כדי לפקח על השלום, הכוח מוקצה ממדינה מסוימת אשר אותה מדינה חברה בעצרת הכללית תמורת תגמול כפסי. עוד דבר רישום האמנות מבוצע אצל מזכירות האו"ם.

4. בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) (פרק 14 למגילה + חוקת בית הדין)

הוא ערכאה שיפוטית אשר מכריע בסכסוך, ה ICJ הוקם ע"י האו"ם. החוקה של ה- ICJ צורפה כנספח לאמנת האו"ם.

ל ICJ יש שופטים אשר פועלים לפי המשפט הבינלאומי.

מוסד השיפוט המרכזי של האו"ם. סמכויותיו מוגדרות בחוקת בית הדין המצורפת כנספח למגילת האו"ם. שני סוגי סמכויות:

1) מוסמך לתת החלטות ופסקי דין אשר מחייבים את הצדדים להליך. מועצת הביטחון יכולה לנקוט סנקציות נגד צד שלא מציית להוראות בית הדין (סעיף 94).

להכריע בסכסוכים בין מדינות, וכאשר ה- ICJ מכריע בין המדינות הפסיד מחייב את המדינה אבל אינו תקדים, ואם המדינה לא מציית את מועצת הביטחון יכולה להטיל סנקציה על אותה מדינה, אבל מדינות כמו ארה"ב לפעמים לא מצייתות ל ICJ כי היא חברה קבועה.

2) מוסמך לתת חוות דעת מייעצת (Advisory Opinion) בכל שאלה משפטית לבקשת מועצת הביטחון, העצרת הכללית, או מוסדות אחרים של האו"ם שהוסמכו על ידי העצרת הכללית לבקש חוות דעת כזו (סעיף 96). מדובר על החלטה שאינה מחייבת אלא מייעצת.

כדי של ל- ICJ תהיה סמכות לדון בהליך, צריך אישור של המדינה להליך השיפוט, יכולה להיות הסכמה בשתי דרכים:

- 1) אפריורית כלומר הסכמה מראש. לתבוע ולהיתבע.
- 2) אד-הוק במקרה של הליך ספציפי אותה מדינה תסכים, ולמה? כי יתכן ויהיו השלכות בשטח.
- 3) אפשרות ביניים- מכוח אמנות אשר בהם יוגדר כי כל מחלוקת תידון ב ICJ. למשל אמנה הרצח עם- אשר קובעת כי כאשר יהיה סכסוך ההליך יתנהל ב ICJ, אבל מדינות יכולות להסתייג ולהגיד מראש שאינה מעוניינת שהנושא ידון ב ICJ.

5. המועצה הכלכלית-חברתית (ECOSOC)

כפוף לעצרת הכללית של האו"ם. מורכבת מ-54 מדינות מתחלפות שנבחרות על ידי העצרת הכללית. מרכזת את הטיפול בעניינים כלכליים וחברתיים ובנושא זכויות אדם. יוזמת מחקרים, כנסים, וניסוח אמנות. אינה מוסמכת לקבל החלטות מחייבות, אך יכולה לתת המלצות לעצרת הכללית, למדינות החברות ולסוכנויות המיוחדות.

יש בתוך האו"ם סוכנויות פנימיות (כמו אצלנו רשות הדואר) וזאת כי שיעסוק בנושא מיוחד כמו יחידות סמך:

סוכנויות שפועלות במסגרת האו"ם (רשימה חלקית)

UN Development Program – UNDP (סיוע למדינות מתפתחות)
UN High Commissioner for Refugees – UNHCR (סיוע לפליטים)
UN Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East – UNRWA (לפליטים פלסטינים)

UN International Children's Emergency Fund – UNICEF (קידום רווחה של ילדים)

United Nations Environment Program – UNEP (הגנה על הסביבה)

אלו סוכנויות פנימיות אשר פעולות באופן עצמאי, והמדינות יכולות להצטרף אליהם.

סוכנויות מיוחדות (Specialized Agencies) – ארגונים בינלאומיים עצמאיים שכרתו הסכמים

לתיאום ושת"פ עם ECOSOC (רשימה חלקית):

UNESCO – United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (est. 1945) - **השם שלו מתחיל ב UN קשור לחינוך, תרבות ומדע ישראל לא אוהבת אותו כי הוא מגנה את ישראל באופן קבוע.**

WHO – World Health Organization (est. 1907)

ILO – International Labor Organization (est. 1919)

WTO – World Trade Organization

חסינות האו"ם, אנשיו, ומתקניו

- סעיף 105 למגילת האו"ם – בשטחי המדינות החברות האו"ם ואנשיו יהנו מחסינות מפני אחריות משפטית ביחס לפעולות שבוצעו במסגרת התפקיד.
- Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946 - מפרטת את תנאי החסינות. אושררה על ידי רוב המדינות החברות באו"ם.
< ביצוע עבירות על ידי חיילי כוחות שמירת שלום; פרשת הכולרה בהאיטי (2010)

חסינות סוכנויות מיוחדות של האו"ם, אנשיהן ומתקניהן

Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 1947

טקסט מצגת מס' 6- המרצה דילגה על החלק הזה, לא יהיה במבחן.

חלק שלישי: ענפי המשפט הבינלאומי

טקסט מצגת מס' 7: דיני שימוש בכוח

המטרה להגן על אזרחים וחיילים בכל מיני מצבים. מפני דיכוי, אלימות וכו'...
יש להבחין בין:

- **דיני שימוש בכוח** (jus ad bellum) - כללי המשפט הבינלאומי המסדירים את עצם השימוש בכוח – קובעים מתי מותר להשתמש בכוח [נושא מס' 7]
אלו הכללים של המשפט הבינלאומי אשר מסדירים את נושא השימוש בכוח, לצורך העניין מתי מותר למדינה אחרת לתקוף מדינה אחרת. או אני מדינת ישראל לוקחת את הצבא ותוקפת מדינה אחרת. כלומר השאלה מתי מותר להשתמש בכוח. מה החריגים.
 - **דינים הומניטריים** (jus in bello) - כללי המשפט הבינלאומי המסדירים את אופן השימוש בכוח – קובעים איך צריך להשתמש בכוח [נושא מס' 8]
להבדל מהתחום השני של שימוש בכוח, הדין ההומניטרי הוא שאל איך צריך להשתמש בכוח, אחרי שיש סכסוך, ומה מותר לעשות בתוך סכסוך. ההבדל הוא חשוב, למשל אם יש צד אחד אשר מפר את דיני שימוש בכוח, למשל מצרים פולשת לישראל, יחד עם זאת זה לא אומר שמצרים יכול להפיר את הדין ההומניטרי. למשל אשר לתקוף ולענות שבויים. חושב מאוד וזה תמיד מבלבל, אסור לפגוע בילדים וכו'...
- אנו כעת נעסוק בשאלה הראשונה, ולאחר מכן איך משתמשים בכוח של הדין ההומניטרי.

נושאים לדיון:

- I. האיסור על שימוש בכוח
- II. החריגים לאיסור:
 - * מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם
 - * הגנה עצמית
 - * האם ישנו חריג נוסף של התערבות הומניטרית?

I. האיסור על שימוש בכוח

ככלל, המשפט הבינלאומי אוסר על מדינות להשתמש בכוח נגד מדינות אחרות.
הכלל הזה מעוגן בס' 2(4) למגילת האו"ם

האיסור על שימוש בכוח מעוגן בסעיף 2(4) למגילת האו"ם:

All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

- על המדינות החברות להימנע משימוש בכוח או איום בשימוש בכוח:
- (1) נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או
 - (2) באופן אחר שאינו עולה בקנה אחד עם מטרות האו"ם
- נתחיל מהעובדה כי הס' 2(4) חל על המדינות אשר חברות באו"ם, אבל הוא לא חל על ארגונים שהם לא מדינות כמו ארגונים שהם טרור כמו: דעא"ש, מורדים, ארגוני פשע, ארגוני טרור בינלאומיים, או למשל חיזבאללה שפועל נגד ישראל, או חמא"ס.
- על מי חל האיסור? מה תוכנו?

• "על המדינות החברות": האיסור חל רק על מדינות. לא חל באופן ישיר על גורמים לא מדינתיים כמו כוחות אופוזיציה חמושים, ארגוני טרור בינלאומיים וכו'.

- ס' 2(4) אין כלל שאוסר על ארגונים חריגים איסור שימוש בכוח, ואם הם ישתמשו בכוח לא ניתן לומר שהם הפרו את ס' 2(4). יחד עם זאת זה לא אומר שאי אפשר לייחס להם הפרה של זכויות בינלאומיים. הסיבה היא שהכללים האלה חלים רק על מדינות כי היא הס' 2(4) הוא נוסח אחרי מלחמת העולם השנייה ואז לא היו הארגונים הקטנים, וכיום המדינות לא ממהרות להכיל את השינוי של ס' 2(4) משתי סיבות ולצדן בו ארגונים משתי סיבות:
- (1) כדי להטיל חובות הגבלות צריך להצטרף אותם לאו"ם כארגון ויש לכך התנגדות.

2) גם אם היה אפשר מכוח מגילה אחרת, המדינות לא רוצות להכיר בארגונים האלה ולתת להם לגיטימציה של משא ומתן.

הדרך היא לייחס אחריות לאותה מדינה אחריות כמו איראן אשר מממנת את חיזבאללה. בעיה – יש הרבה סכסוכים שמעורבים בהם גורמים לא מדינתיים.

• "שימוש בכוח": לפי הפרשנות המקובלת, הכוונה היא לכוח צבאי (להבדיל מחרם דיפלומטי או כלכלי למשל), אך לא בהכרח למצב של מלחמה (דוג': יירוט של מטוס, פגיעה במתקן תשתית, תקרית ירי בגבול). מה לגבי מתקפת סייבר?

הכוונה היא לכוח צבאי, צריך להיות כוח צבאי ממשי משמעותי לא זניח לגמרי, אבל זה לא חייב להיות מצב של מלחמה כוללת, גם דברים פחות מזה גם אם ישראל אשר מיירתט מטוס רוסי. מה לגבי סייבר?

היום יש יכולות מסוימות למדינות שימוש בסייבר, למשל רוסיה פולשת למפלגה הדמוקרטית בארה"ב בזמן בחירות אכן מדובר באיסור על התערבות פנימית. אבל כאשר אנו מדברים על שימוש בסייבר הוא דומה לפגיעה באמצעות של שימוש בכוח

הפרשנות המקובלת היא כי סייבר יכול להיות כוח, להבדיל אם מדינה משתיל פייק-ניוז בפייסבוק זה לא יחשב שימוש בכוח.

אבל סייבר אשר משפיע על המדינה יחשב הפרה של (4)2, כלומר שייסבר של פגיעה באמצעי תשתית וזה הפרה, אילו שימוש בסייבר נגד מדינה שלא יחשב שימוש בכוח.

• "נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או באופן אחר שאינו עולה בקנה אחד עם מטרות האו"ם": מדגיש את עקרון הריבונות ואי ההתערבות ואת מטרות האו"ם, אך לא נועד לאפשר שימוש בכוח בנסיבות אחרות.

זה החלק השני של הסי' הסייפא של סי' (4)2, הפרשנות המרחיבה של שימוש בכוח זה יחשב הפרה, לכן הסייפא של הסי' זה מין ניסיון לצמצם, אבל מקובל להגיד שכל שימוש בכוח זה יחשב הפרה.

פסק הדין של ה-ICJ בפרשת ניקרגואה

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.), 1986

בית הדין קבע:

* הסיוע של ארה"ב לכוחות המורדים בניקרגואה מהווה הפרה של האיסור על שימוש בכוח.

* האיסור על שימוש בכוח הוא כלל מנהגי בעל מעמד קוגנטי (התוכן של הכלל המנהגי אינו בהכרח זהה לתוכן של סעיף (4)2)

במהלך שנות ה-70/80 הייתה מלחמה קרה בין רוסיה לארה"ב. באותה תקופה היו גם סכסוכים פנימיים, הממשלה בתוך ניקרגואה תמכו ברוסיה, המורדים נלחמו נגד ניקרגואה וארה"ב תמכו בהם. ארה"ב אומרת כי לא שלחתי חיילים לשם, המורדים נלחמו נגד הממשלה, ניקרגואה פנתה לאו"ם ואמרה כי ארה"ב תמכה במורדים ע"י כסף, סיוע מודיעני.

ICJ אומר וקובע כי הטענות של ארה"ב לא נכונות, ז"א גם אם מדינה מסייעת למדינה אחרת ולא ע"י מעוברים ישירה זה נחשב של הפרה של שימוש בכוח.

הפס"ד הזה חשוב, כי סי' (4)2 חל על מדינות ולא על ארגונים, לכן אחד הדרכים של המדינה אשר נפגעת היא להצביע על מדינה אשר תומכת באותו ארגון.

דוג המצב היום בסוריה, מה שעשתה ארה"ב זה לסייע למורדים כדי להפיל את המשטר הסורי, גם ארה"ב הכניסה את החיילים שלה.

מה קורה כאשר מדינה מסייעת למדינה אשר מדכא את הכוחות המורדים, למשל בסוריה, מה שקרה רוסיה מסייעת לממשלה נגד המורדים ואילו ארה"ב מסייעת למורדים, גם למשל סעודיה מסייעת לממשלת תימן לדכא את המורדים החותים. האם זה ישמש לשימוש בכוח?

לא, כי אותה מדינה אשר מבקשת סיוע זה היה מיוזמתם, ולא יכולים לתבוע את רוסיה.

* האיסור על שימוש בכוח הוא כלל מנהגי בעל מעמד קוגנטי (התוכן של הכלל המנהגי אינו בהכרח זהה לתוכן של סעיף 2(4))

זאת הסוגיה נוספת בפס"ד בניקרגואה האם האיסור של שימוש בכוח זה נורמה של המשפט הבינלאומי, האם לאיסור יש מעמד של דין מנהגי והאם היא נורמה קוגנטית. למשל אסור שמדינה תחתום עם מדינה אחרת על הסכם אשר יש בו כוונה לתקוף מדינה אחרת. לכן הפס"ד הזה אומר יש הפרה של נורמה קוגנטית ולא רק דין מנהגי, כאשר דיברנו על דין מנהגי צריך שיהיה יסוד עובדתי ונפשי, עולה השאלה בהקשר של יסוד עובדתי האם המדינות לא עושות שימוש בכוח?

המדינות לפעמים מפרות של השימוש בכוח, אז הדין הבינלאומי אומר כי מדינות תוקפות ומסתירות את התקיפה, או אומרות שהשימוש היה החרגי של הגנה עצמית. לכן הדין הבינלאומי אומר כי למדינות יש יסוד נפשי והם מכירות באיסור של שימוש בכוח.

****ארגונים לא-מדינתיים שעושים שימוש בכוח=**

1. ארגון טרור בינלאומי- הכוונה לארגון שלא פועל רק במדינה אחת כמו דאע"ש אלקדייה. איור על שימוש בכוח לא חל עליה בגלל שהם לא מדינה.

2. ארגון מורדים חמוש, קבוצת אופוזיציה חמושה- מדובר על ארגון מורדים פנימי, תנועת מחתרת, ארגון שפועל בתוך מדינה מסוימת, למשל בתוך אוגנדה שיש ארגון מורדים שרוצה להפיל את הממשלה של המדינה.

3. ברית צבאית בינלאומית- יש לנו רק את נאטו כברית כזאת, זה ארגון בינלאומי בדיוק כמו האו"ם מבחינה משפטית.

4. ארגון שחרור לאומי- זה קצת דומה לארגון מורדים אבל יש הבדל אחד, ארגון מורדים פועל בתוך מדינה קיימת והמטרה שלו להפיל את הממשלה באותה מדינה ולשלוט במקומה. בארגון שחרור הם שואפים להקים מדינה חדשה לשחרר שטח מכיבוש זר. לארגון כזה יש יותר זכויות בין ההומניטרי, מאשר לארגונים אחרים.

** כל המצב הזה שאנחנו רואים היום שהשימוש נעשה על ידי ארגונים לא מדינתיים כי למשפט הבינלאומי אין דרך טובה להתמודד עם זה כי הם לא מדינה. הפתרון לבעיה: הרבה פעמים אנחנו רואים שאיפשהו מאחורי הארגונים האלו מסתתרת מדינה. נניח איראן מסתתרת מאחורי החזבלה תומכת בה. פס"ד בפרשת ניקרגואה הביע את דעתו שמדינה מסייעת לארגון לא מדינתיים לעשות שימוש בכוח נגד מדינה מסוימת יש אפשרות להאשים את המדינה שתומכת בארגון הלא מדינתי.

מצב 1- מדינה א' מסייעת לארגון שמתקיים במדינה ב' לפעול נגד ממשלת מדינה ב'. (המקרה של פס"ד ניקרגואה. ארה"ב היא מדינה א' עוזרת לארגון במדינה ניקרגואה).

מצב 2- איראן היא מדינה א' מסייעת לארגון שפועל במדינה ב' לפעול נגד ממשלת מדינה ג' (ישראל). נניח איראן- חזבלה- ישראל.

מצב 3- מדינה א' מסייעת לארגון שפועל במדינה א' לפעול נגד ממשלת מדינה ב': אפגניסטן- אלקיידה- ארה"ב. סיטואציה שיש מדינה שבתוכה פועל ארגון לא מדינתי חמוש שתוקף מדינה אחרת.

באופן עקרוני בכל אחד משלושת המצבים האלו המדינה שמסייעת (הרחבה של פסיקה של ICJ בעניין ניקרגואה), ההבנה המקובלת היום שבו מדינה עוזרת לארגון מדינתי לתקוף מדינה אחרת מדינה כזאת שעוזרת לארגון יכולה לשאת באחריות.

אמרנו שהמצב שונה לחלוטין שממשלה א' עוזרת לממשלה ב' לדכא אותה מרידה= לפי דיני השימוש בכוח זה בסדר. אם מדינה מבקשת או מקבלת עזרה ממדינה אחרת כדי לדכא התקוממות פנימית אז המדינה שמסייעת בהסכמת הממשלה האחרת לא תחשב למי שעושה שימוש בכוח נגד אותה מדינה.

האיסור של שימוש בכוח נחשב לדין מנהגי - בניגוד למה שאנחנו רואים בדרך כלל שיש לנו נורמה של דין מנהגי שקיימת מלא שנים ובשלב מסוים הופכים אותה לגם לנורמה הסכמית. עד 1945, בכלל לא היה במשפט בינלאומי איסור ברור על שימוש בכוח. הפעם הראשונה שיש לנו כלל ברור של המשפט הבינלאומי שאוסר שימוש בכוח למעט חריגים זה סעיף 2(4) למגילת האו"ם הוא אומץ על ידי המדינות באו"ם קונסטיטיוטיבי זה יצר דין חדש. ICJ קובע שזה הופך להיות מנגד שיש לו יסוד עובדתי אך יותר מזה יש יסוד נפשי חזק שרוב המדינות מכירות בו, והמדינות שמפרות אותו מנסות למצוא צידוק של הגנה עצמית למשל. הכלל הזה הפך להיות דין מנהגי בעל נורמה קוגנטית מעמד עליון שלא ניתן להתנות עליו.

חשוב לנו להגיד שהוא ברמה של מנהג מפני שיש אישיות שהם ספק מדינות באו"ם יכול להיות שהם יגידו שהם כפופות לאיסור המנהגי לשימוש בכוח. יותר קל לפתח את הכלל המנהגי שהוא יכול על ארגונים לא מדינתיים, אישיות באו"ם שלא קיימות באו"ם כמו תימן, קוסטבו וכו'. יכול להיות שבעתיד הוא יכול לעזור לנו להתלות על הכלל שהסעיף 2(4) חל רק על מדינות.

באותו מקרה של ניקרגואה- אחת מהטענות של ארה"ב הייתה שלבית הדין אין סמכות מכל מיני טענות ממקדמות של סמכות ה-ICJ לדון בנושא אחת מהטענות שלה הייתה:

1) שהיא נתנה הצהרה שאמרה שהיא מוכנה לקבל על עצמה את סמכות ICJ מראש בכל מצב. אך הסכמה מראש תקפה רק אם המדינה שמולי גם נתנה הסכמה מראש, אם לא היא לא תהיה תקפה באותו סכסוך. במקרה של ניקרגואה נגד ארה"ב, ארה"ב אמרה שאין ל-ICJ סמכות לדון בגלל שלניקרגואה אין הסכמה מראש (בגלל שהיא לא תקפה) ולכן במקרה הזה ההסכמה לא תחול על ארה"ב אוטומטית.

בגלל שארה"ב המשיכה לטעון בתוקף של ICJ אין סמכות לדון, היא לא התייצבה יותר להליך, ביהמ"ש מסתמך על הטענות של ההליך המקדמי. ICJ פסק פיצויים של ארה"ב לניקרגואה וארה"ב לא נתנה את הפיצויים עד היום.

2) גם אם נניח ויש הסכמה עדיין היא אומרת ל-ICJ אני נתתי הסתייגות עקרונית שבה אמרתי שלבית הדין לא תהיה סמכות לדון בעניין של הפרה בינלאומית רב צדדית אם פסק הדין שהתקבל עשוי להשפיע על איזה שהוא צד לאותה אמנה שהוא לא צד להליך המשפטי. (טענה עצמית קולקטיבית).

II. חריגים לאיסור על שימוש בכוח

חריג ראשון: מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם

מועצת הבטחון של האו"ם יכולה להתיר למדינות להשתמש בכוח בהתאם להוראות פרק 7 (סעיפים 39-51) למגילת האו"ם.

מועצת בטחון התפקיד המרכזי שלה לשמור על שלום ובטחון בעולם והסמכות העיקרית בתוך האו"ם לעשות זאת מוענקת למועצת הביטחון. מכוח הסמכות הזאת היא יכולה להורות על פעולה צבאית שמערבת שימוש בכוח נגד מדינה, וברגע שמועצת הביטחון נתנה אישור שמדינה מסכנת את השלום והביטחון העולמי ונותנת למדינות אחרות כמו צרפת, אנגליה וכו' לפעול ולהפיל את הארגון. כל שימוש בכוח שנעשה תחת אישור של מועצת הביטחון של האו"ם הוא שימוש בכוח חוקי.

כל ההסדר שנוגע לשימוש בכוח בהתאם להנחיה, היתר, החלטה של מועצת הביטחון מוסר בפרק 7 למגילת האו"ם.

הסעיף הראשון בפרק הוא סעיף 39 ←

סעיף 39

The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security

מועצת הבטחון רשאית לקבוע כי ישנו איום על השלום, הפרה של השלום, או מעשה תוקפנות, והיא רשאית להמליץ המלצות או להחליט על נקיטת צעדים לפי סעיפים 41 ו-42 על מנת לשמור על השלום והבטחון הבינלאומיים או להשיבם.

היא יכולה להפעיל המלצה אך גם סמכות מחייבת, נקיטת צעדים לפי הסעיפים 41-42 על מנת לשמור על שלום ובטחון הבינלאומיים או להשיבם.

אין הגדרה ברורה למה זה איום על השלום, הפרת השלום או מעשה תוקפנות ומה ההבדל ביניהם. אנחנו יודעים להסתכל על החלטות שהיא קיבלה עד היום ומתי היא הגדירה אותו ואיך.

"איום על השלום" – מועצת הבטחון פרשה את המונח בצורה רחבה ככולל:

- מלחמות פנימיות (דוג': יוגוסלביה, סומליה, ליבריה, רואנדה, סירה לאון ועוד)
- משברים הומניטריים והפרות חמורות של זכויות אדם (אם כי בדרך כלל נלווה להם שימוש בכוח צבאי) (דוג': רודזיה, רואנדה, משברי פליטים)
- אי מניעת טרור (דוג': לוב, סודן).

"הפרת השלום" – בדרך כלל סכסוך בין מדינות. נדיר יחסית. דוג': פלישת ארגנטינה לאיי פולקלנד הבריטיים בשנת 1982, מלחמת איראן-עראק בשנת 1987, פלישת עראק לכווית בשנת 1990. "מעשה תוקפנות" – מוגדר בהחלטה מס' 3314 של העצרת הכללית של האו"ם משנת 1974 כשימוש בכוח צבאי על ידי מדינה אחת נגד מדינה אחרת. נדיר יחסית. דוג': פלישת דרא"פ לאנגולה ב-1976, התקפת מטרות אש"ף בתוניסיה על ידי ישראל ב-1985.

-> אין הגדרה ברורה לקטגוריות השונות ולא ברור בדיוק מה ההבחנה ביניהן. הרבה פעמים מועצת הבטחון בכלל לא מציינת בהחלטותיה מה הקטגוריה הרלוונטית או מציינת יותר מקטגוריה אחת.

סעיף 40

In order to prevent an aggravation of the situation, the Security Council may, before making the recommendations or deciding upon the measures provided for in Article 39, call upon the parties concerned to comply with such provisional measures as it deems necessary or desirable. Such provisional measures shall be without prejudice to the rights, claims, or position of the parties concerned. The Security Council shall duly take account of failure to comply with such provisional measures.

מועצת הבטחון רשאית, לפני שהיא ממליצה המלצות או מחליטה על נקיטת צעדים לפי סעיף 39, לקרוא לצדדים הנוגעים בדבר לנקוט בצעדים זמניים על מנת למנוע החמרה של המצב. צעדים אלה לא יפגעו בזכויותיהם, תביעותיהם או מעמדם של הצדדים. סירוב לנקוט בצעדים האמורים ילקח בחשבון על ידי מועצת הבטחון.

דוג' לצעדים זמניים: נסיגה נקודתית של כוחות, הפסקת אש, יצירת תנאים שיאפשרו העברה של משלוח הומניטרי, ועוד.

למשל אני מציעה שכל הצדדים הכנס להפסקת אש של שבוע ימים, או שאני ממליצה שב48 שעות הקרובות כל הצדדים יאפשרו משלוחים של סיוע הומניטרי. הם לא מחייבים המדינות לא חייבות לפעול על פיהם.

אולם, הסירוב להמלצות ייקח בחשבון על ידי מועצת הבטחון יכול להיות שסירוב של מדינה אי שיתוף פעולה שלה להמלצות יהווה שיקול לסעיפים 41-42.

סעיף 41

The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

מועצת הבטחון רשאית להורות למדינות החברות לנקוט בצעדים שאינם מערבים שימוש בכוח על מנת לתת תוקף להחלטותיה. צעדים אלה יכולים לכלול ניתוק מלא או חלקי של יחסים כלכליים, של קשרי תחבורה, או של אמצעי תקשורת אחרים, או ניתוק של יחסים דפלומטיים.

הצעדים הנזכרים בסעיף 41 (ניתוק יחסים כלכליים, דפלומטיים, ועוד) אינם מהווים רשימה ממצה, ומועצת הבטחון רשאית להחליט על נקיטת צעדים אחרים שאינם מערבים שימוש בכוח על מנת לתת תוקף להחלטותיה (דוג': הקמה של בתי דין פליליים מיוחדים).

ניתוק של יחסים כלכליים ודיפלומטיים, מועצת הבטחון אומרת למדינות החברות עכשיו כולכן תנתקו יחסים כלכליים או דיפלומטיים עם אותה מדינה.

הרשימה של האמצעים שמופיעים היא לא רשימה סגורה אילו הם רק דוגמאות של סוג סנקציות לא צבאיות שמועצת הבטחון יכולה להטיל.

בנוסף הם יכולים לשלוח מנהלה שתנהל את השטח הזה.

Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nation.

אם מועצת הבטחון סבורה שהצעדים הנזכרים בסעיף 41 לא יספיקו או שנמצאו בלתי מספיקים, היא רשאית להורות על נקיטת צעדים צבאיים אוויריים, ימיים, או יבשתיים הנחוצים לדעתה לצורך שמירה על השלום והבטחון הבינלאומיים או לצורך השבתם.

מספיק שהיא תשקול בכבד ראש להטיל סנקציות לא צבאיות והיא מגיעה למסקנה שזה לא מספיק טוב, חבל לבזבז זמן ברור לי שהמצב נניח בתימן מאוד חמור וזה לא יעזור. זה רק צריך להיות מובא לדיון והיא יכול לדלג על סעיף 41 ולעבור לסעיף 42.

יש עדיפות לשימוש בסנקציות לא צבאיות ואם את מחליטה שזה לא מספיק טוב אז את יכולה לפעול בסנקציות צבאיות.

למשל בסומליה-

כוחות המורדים בסומליה ירו על מסוק של אמריקאי, וחלק מהחיילים נפלו בשבי, היה לחץ ציבורי בארה"ב לתקיפות כדי לחלץ את החיילים מהשבי.

(כזכור, לפי סעיף 25 למגילת האו"ם המדינות החברות חייבות לציית להחלטות מועצה"ב).

מה הבעיות עם הפעלת המנגנון הקולקטיבי ?

חולשות מרכזיות של מנגנון הביטחון הקולקטיבי :

- היעדר כוח צבאי קבוע של האו"ם (סעיף 43) - הפעלת סנקציות צבאיות תלויה במידה רבה בנכונות של המדינות החברות.

למשל בלוב כאשר השליט קאדפי שחט את העם, לאו"ם אין צבאי משלמו, לכן הוא צריך צבאות של חברות. האם מועצמת האו"ם יכולה להכריח את המדינות להיכנס למבצע ?

נקבע בשנות ה-90 לפי ס' 43 כדי שמועצת האו"ם תצליח להוציא את הפעולות שלה לפעול, כל המדינות מסדירות בינן לבין האו"ם כמה כוחות צריך לשלוח אולם זה לא פורט באופן מסודר, אכן כן הוחלט שזה יקבע בהמשך, הרעיון הוא שהמדינות החזקות ישלחו כוחות, היה אמור להיות מנגנון איך כל מדינה תשלח. בפועל ס' 43 נשאר "אות מתה" ולא הגיעו להסדרים עם המדינות שחברות באו"ם, כלומר לא היה הסכם.

לכן מועצת הביטחון לכאורה יש לה אפשרות לחייב את המדינות, אבל זה תלוי ברצונן הטוב של המדינות החברות, מה שקורה בפועל זה עובד הפוך אחת המדינות פונה למועצת הביטחון ביוזמה כדי לעשות פעולה צבאית, ואז מועצת הביטחון מקבלת החלטה לגייס מדינות, בד"כ אותה מדינה שפונה למועצת הביטחון כבר פונה עם מדינה חברה. ולרוב זה יהיה מתוך רצון של אינטרס.

בד"כ לפני שמועצת הביטחון תקבל החלטה היא תפנה למדינות הגדולות כדי שהחלטה שלה תהיה בתוקף.

נראה כי מוצעת הביטחון לא יכולה לחייב את המדינות.

זה שונה מסנקציות דיפלומטיים כמו בס' 41 כמו ניתוק קשרים כלכליים ואז מועצת הביטחון כאן מחייבת.

אבל כאשר מועצת הביטחון רוצה לפעול מכוח ס' 43 זה בעייתי כי זה לא מעוגן בתוך אמנה. לכן בפועל מועצת הביטחון בודקת קודם כל שהמדינות הגדולות מוכנות. או הפוך כמו ארה"ב פונה למועצת הביטחון כדי להוציא את הפעולה לפעול.

חשוב להבדיל, יש כוחות שמירת שלום, שהם פועלים באופן קבוע זה בד"כ מדינות עולם שלישי כמו קולומביה, שולחות חיילים בהתאם לבקשת מועצת הביטחון. וזה לא התערבות צבאית. כוחות שמירת שלום זה נעשה מתוך שיתוף פעולה בין שתי מדינות לצורך שמירה על השלום.

- הגדרות עמומות - האם יש בכך גם יתרון?
ההגדרות קצת עמומות – מה זה איום על שלום או הפרה על השלום ? לכן מועצת הביטחון אימצה פרשנות רחבה, ויש לה שיקול דעת רחב, כמו חוסר יציבות במדינה מסוימת או משטר מדכא.
לכן זה לא ברור במגילת האו"ם מה זה איום על השלום, לכן יש שק"ד רחב אל מול המציאות המשתנה כמו טרור, עבירות סייבר.

- יישום לא אחיד - מנגנון קולקטיבי או סלקטיבי? (בעיית זכות הטו של החברות הקבועות)
כלומר יש מצבים בעולם למה במדינות היו התערבויות או לא, למה בהאיטי כן הייתה התערבות, ובסוריה לא הייתה התערבות.
זה תלוי ב 5 המדינות החזקות במועצת הביטחון שיש להם זכות וטו. לכן יש מין תחושה שזה קשור לשק"ד של 5 המדינות אשר יש להם זכות וטו.
מועצת הביטחון יכולה להטיל סנקציות מכוח פרק 7, כאשר דיברנו על האו"ם אמרנו כי העצרת הכללית של האו"ם אמורה לפעול בכל התחומים של האו"ם כמו זכויות אדם וכו'. אבל אמרנו כי כל תחום הביטחון והשלום מסור למועצת הביטחון ס' 12 אומר שכל עוד מועצת הביטחון מטפלת בסוגיה לעצרת הכללית אסור לטפל באותה סוגיה. לא ברור מה אומר ס' 12 נניח כי מועצת הביטחון מטפלת באירוע כבר 5 שנים האם העצרת הכללית יכולה להתערב זה לא ברור.
אמרנו כי כאשר מועצת הביטחון מטפלת בנושא ביטחוני אז העצרת הכללית לא תתערב, אבל העצרת הכללית אומרת כאשר מועצת הביטחון יושבת בחיבוק ידיים, אז מותר לי כעצרת כללית לקבל החלטות הבעיה שהעצרת הכללית לא מחייבת וזה מתוקף סמכותה מכוח ס' 12 זה נקרא unitdet for peace

לסיכום החריג הראשון, אם מועצת הביטחון מאשר הפעלת כוח מראש זה לא חריג של 2 (4).

חריג שני: הגנה עצמית

סעיף 51 למגילת האו"ם

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

לכל מדינה יש זכות להגן על עצמה, בין בכוחות עצמה ובין בכוחות משותפים, אם מתרחשת נגדה מתקפה חמושה, כל עוד מועצת הביטחון לא נקטה בצעדים לשמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים. מדינה שמפעילה את זכותה להגנה עצמית צריכה להודיע על כך באופן מיידי למועצת הביטחון. בכל מקרה פעולת הגנה עצמית לא גורעת מסמכותה ואחריותה של מועצת הביטחון להבטיח את השלום והביטחון הבינלאומיים.

הסי' הזה אומר, מדינות יכולות לבצע שימוש בכוח כנגד מתקפה עצמית, אבל הסי' גם אומר שהמדינות יכולות לנקוט פעולות של הגנה עצמית כאשר האו"ם לא מקבל החלטה, אבל אם האו"ם נניח מקבלת החלטה של הפעלת הגנה עצמית, כמו טורקיה אומרת שיש איום על הביטחון מסוריה וכעת מועצת הביטחון אומרת שיש לנתק קשר מול סוריה אז טורקיה לא יכולה לפעול.

יש עדיפות כי מועצת הביטחון תפעיל את הכוח ורק אם לא עשת את זה, רק אז המדינות יכולות לפעול. נניח כי מדינה התחיל להפעיל הגנה עצמית וכעת מועצת הביטחון פעולת אותה מדינה צריכה לפעול בהתאם להנחיות של מועצת הביטחון.

חשוב לציין כאשר מדינה מפעילה סמכות הגנה עצמית היא צריכה לדווח למועצת הביטחון.

- מהי "מתקפה חמושה": נדרשת דרגה חמורה של שימוש בכוח (להבדיל מתקריות גבול נקודתיות למשל) [ICJ בפרשת ניקרגואה]
זכות להגנה עצמית לא תמיד יש למדינה, זה קורה בד"כ כאשר יש מתקפה חמושה, ה- ICJ בפרשת ניקרגואה אמר כדי שנוכל שנגדיר שימוש בכוח צריך דרגת חומרה של שימוש בכוח מסוימת, הבעיה זה לא ברור. לפעמים יש מצבים של ירי כלפי מדינה כמו מס' יריות לכאורה זה לא שימוש בכוח.
אבל כדי שתקום למדינה זכות הגנה עצמית – ה- ICJ אמר בעצם נדרשת דרגה חמורה של שימוש בכוח, זה לא ברור האם ירי של טיל אחד, או ירי קטיושה זה מוביל להגנה עצמית. זה בעייתי כי המדינות יגידו כי זה כן שימוש בכוח, אבל ICJ אומר תבליגו וצריך יותר מירייה אחת, פרשנות אחרת אומרת "צעדי גמול" הם לא כוללים שימושים בכוח. אבל יש "פעולת תגמול" – זה אומר אם ירו עליך טיל אחד אז אתה יכול להחזיר טיל אחד, הרעיון הוא קצת להבליג.
האם צריך לחכות שתהיה מתקפה ואז להגיב ?
זה לא ברור מלשון הס', אבל יש מקרים חריגים אשר מאפשרים למדינות שהם יש סבירות גבוהה שאכן תתבצע מתקפה חמושה רצינית נגד מדינה אז מותר לה להפעיל את זכות ההגנה העצמית באופן מידית, הפרשנות המקובלת היא כי במקרים חריגים מדינות יכולות להפעיל את ההגנה העצמית מראש. כמו במלחמת שש הימים הייתה ידיעה וודאית קונקרטית על מתקפה חמושה כי המצרים הולכים לתקוף את ישראל ואז ישראל תקפה מראש.
להבדיל ממצב שבו הייתה טענה כי ארה"ב כי הרחיבה את הפרשנות בגלל אירוע אסון התאומים לכן בוש החל לעשות צעדי מניעה מראש, בגלל תאי טרור שצמחו ולכאורה לא היה ידוע מראש מתי הם יתקפו, הייתה טענה כי זה פרשנות רחבה, כי מידע מודיעני זה אמורפי. אבל רוב הקהילה הבינלאומית לא מקבלות את הפרשנות הזאת של דוקטרינת בוש זה נחשב לפחות פעולה חוקית.
- מתי מותר להתגונן: האם רק אחרי המתקפה החמושה (פרשנות מילולית של סעיף 51), או שבמקרים מסוימים אפשר גם לפני (פרשנות תכליתית שמאפשרת הגנה עצמית מקדימה או מונעת ["דוקטרינת בוש"]).
- דרישת הנחיצות (היעדר אפשרויות אחרות להתגונן מהמתקפה) ודרישת המידתיות (רק אמצעים שנחוצים לצורך התגוננות). [ICJ בפרשת ניקרגואה]
הפרשנות המקובלת חייבים להבין שזה פעולה של נחיצות, צריך קודם לנסות ע"י פניה באמצעים אחרים כי לעצור את המתקפה, ודרישה שנייה שזה מיידידות. כלומר נחיצות זה לנסות למצות את כל ההליכים לפני.
מה מידתיות ? יחס סביר בין היקף המתקפה לבין היקף התגובה.
- זהות התוקפן: מותר למדינה הפעיל זכות הגנה עצמית לא רק נוכח התקפה חמושה מצד מדינה אחרת אלא גם נוכח התקפה חמושה מצד גורמים לא מדינתיים כמו ארגוני אופוזיציה חמושים וארגוני טרור. נשאלת השאלה האם נדרשת תמיכה אקטיבית של המדינה שבשטחה פועל הארגון כדי שמותר יהיה להשתמש בכוח נגדה?
גם כאשר ארגונים לא מדינתיים תוקף אותי אני יכולה לתקוף אותו, הבעיה שאותו ארגון נמצא בתוך מדינה אחרת כמו ארה"ב אשר תוקפת את אל-קעאדה שנמצא באפגניסטן או חיזבאללה בתוך לבנון, צריך לנסות לגרום לאותה מדינה למנוע את המתקפה, אז מותר לאותה מדינה לתקופה את הארגון. מה קורה כאשר יש מדינה אשר עשתה הכל כדי למנוע את התקיפה של הארגון ? עדיין מותר לפגוע בארגון, גם אם זה פוגע בריבונות של אותה מדינה. כאשר אנו מפעילים פרשנות סבירה של הגנה עצמית, אותה מדינה יכולה להתגונן גם אם זה פוגע בריבונות של המדינה.
- זהות המותקף: מדינה יכולה להגן על עצמה או על מדינה אחרת שנפלה קורבן למתקפה חמושה (הגנה עצמית קולקטיבית), אבל במקרה האחרון נדרשת הסכמה של המדינה המותקפת.
מי רשאי להפעיל הגנה עצמית? לפי ס' 51 כל מדינה יש לה זכות של הגנה עצמית, נניח כי גרמניה תוקפת מס' מדינות, אז אותם מדינות יכולות להתאחד ולתקוף את גרמניה, חשוב

לציין הפרשנות המקובלת של הס' היא מדינה יכולה להצטרף למדינה אחרת כדי לסייע לה בהגנה עצמית גם כאשר היא לא נפגעה. ז"א הפעלת הזכות של הגנה עצמית לא חייבת להיות פגיעה באותה מדינה, כלומר ישראל רוצה לפגוע בפקיסטן כי היא פגעה בהודו, לכן הפרשנות המקובלת התנאי הזה שמדינה יכולה להפעיל זכות מדינה עצמית של מדינה אחרת, התנאי הוא שאותה מדינה שלישית הסכימה לעזרה, ויש יכול להיות **ב 2 דרכים: 1) ברית צבאית** - כמו "הסכם נאט"ו", העיקרון הבסיסי בהסכם נאט"ו זה אם מדינה אחת מותקפת אז כל המדינות יעזרו לה, זה נוצר אחרי מלחמת העולם השנייה. הדוג של נאט"ו עדיין קיימת עד היום, במשך הרבה שנים עד שנות ה-90 הייתה "ברית וורשה" שדומה להסכם נאט"ו, כלומר כל עוד שיש הסכמה קולקטיבית מכוח אמנה בין לאומית אשר בה יקבע אם תתבצע מתקפה נגד מדינה אז כל המדינות יתאחדו ביחד כדי לסייע למדינה המותקפת. **2) הסכמה בין שתי מדינות** - למשל סוריה מבקשת עזרה מרוסיה, וזה יכול להיות ביוזמה של רוסיה אחרי שסוריה תאשר את העזרה. חשוב לציין אם המדינה אמרה אני לא מסכינה לזכות הגנה קולקטיבית אז זה יחשב לשימוש אסור בכוח כמו **בפרשת ניקרגואה** אשר תקפה את הונדורס, וארה"ב סייעה לכוחות המורדים בניקרגואה.

לסיכום, אם מדינה רוצה לסייע למדינה אחרת זה אפשרי רק צריך להיות בהסכמה של המדינה המותקפת מכוח אמנה, או אד-הון(נקודתית) אחרת זה יהיה שימוש בכוח אסור.

*** **התערבות הומניטרית** – האם מדובר בחריג נוסף לאיסור על שימוש בכוח?

כאשר אנו מדברים על **התערבות הומניטרית** כאשר יש מדינה או מס' מדינות אשר עושות שימוש בכוח כדי למנוע מהמדינה לפגוע באזרחים שלה, כלומר אם יש לנו מדינה אשר מפירה זכויות האדם של המדינה כמו: רצח עם, רעב עינוי אזרחים כמו בסוריה או בתימן. ז"א כאשר אנו במצב של מלחמה פנימית והממשלה תוקפת את האזרחים שלה, לכן מדינות אחרות יגידו משיקולים **הומניטריים אנו נבצע שימוש בכוח כדי לסייע לאזרחים זאת משיקול אלטרואיסטי. ההבדל בין התערבות הומניטרית לבין הגנה עצמית קולקטיבית לבין הפעלת החריג של האו"ם בהגנה עצמית?**

נניח כי החליטו במדינה אחרת שיש עינוי של צבא באזרחים של אותה מדינה, אז מס' מדינות יתאחדו ויתקפו את אותה מדינה, נניח אנגליה, צרפת, ארה"ב יתאחדו כדי לתקוף את ממשלת מיאמר. כאן המדינה המותקפת אין לה הסמכה כי היא עושה שימוש בכוח, למועצת הביטחון יכולה להורות על התערבות כאשר ישנה פגיעה בשלום, הטענה של **התערבות הומניטרית עולה כאשר מועצת האו"ם לא פועלת, ואם מועצת האו"ם פועלת אין צורך להפעיל את מנגנון ההתערבות הומניטרית.** ז"א כאשר אנו מדברים על **התערבות הומניטרית מס' מדינות מתאחדות כדי לתקוף מדינה אשר פוגעת באזרחים שלה.** עולה השאלה האם **התערבות הומניטרית הוא חריג שאינו רשום?**

חלק מהמדינות אומרת כן, כאשר יש רצח עם חלק מהמדינות מתערבות ללא רשות מועצת האו"ם, לכן נוצר מנהג כאשר יש פגיעה באזרחים אז ניתן להתערב. מצד שני, זה פותח אינטרס לשיקולים פוליטיים לא כדי להגן על האזרחים, ואנחנו לא רוצים את זה כי השאיפה שמועצת האו"ם תתערב ותאשר זאת מראש.

בפועל, מסתמנת הכרה מאוד מוגבלת/מצומצמת בחריג של **התערבות הומניטרית אשר חלה רק במקרים קיצוניים, עד היום מדינות לא מכירות בכך ונדרש אישור של מועצת האו"ם.**

חוץ ממקרה אחד התקיפה בקוסובו, הממשלה הסרבית שלטה בקוסובו והיא תקפה את האזרחים בקוסובו זה היה בשנת 1999, לכן ארה"ב ועוד מס' מדינות החלו להפציץ את הצבא הסרבי, הפעולה הייתה בניהול **כוחות נאט"ו**. התגובה בקהילה העולמית הייתה מקובלת מאחר והמיעוט האלבני מוקף ע"י הצבא הסרבי. כיום אין עוד דוג' מדינות מתערבות הומניטרית. **כיום**, החריג של הסיוע ההומניטרי נשאר פתוח ובמחלוקת. **כנראה לאור הפעולה של קוסובו של פגיעה חמורה באזרחים אם תתבצע התערבות הומניטרית הקהילה הבין לאומית תקבל את זה מאחר ומדובר במצב קיצוני.**

טקסט מצגת מס' 8: משפט בינלאומי הומניטרי

הדין ההומניטרי- זה בעצם ענף של המשפט הבינלאומי אשר מסדיר את אופן השימוש בכוח ע"י המדינות. זה לא השאלה מתי מותר לי להשתמש בכוח אלא איך להשתמש בכוח.

נושאים לדיון:

I. מטרות הדין ההומניטרי

II. אמנות נשק

III. תקנות האג, אמנות ז'נבה, והפרוטוקולים הנלווים להן:

1. היקף התחולה

2. כללים מרכזיים: הבחנה, מידתיות, וצורך צבאי

3. דיני כיבוש

I. מטרות הדין ההומניטרי

מטרת הדין הבינלאומי ההומניטרי היא להסדיר את אופן השימוש בכוח על ידי הצדדים לסכסוך מזוין ועל ידי כך להקטין ככל האפשר את הנזק והסבל שהסכסוך גורם: כלומר הכוונה לקבוע כללים איך להקטין את הנזק:

- הגנה על אנשים שנמצאים מחוץ למעגל הלחימה (אזרחים, פצועים וחולים, ושבויים) הקבוצות המרכזיות אשר האמנות מהגנות עליהם, זה אזרחים, פצועים שבויי מלחמה וצריך להגן עליהם.
 - מניעת סבל מיותר מלוחמים על ידי הגבלה של טקטיקות ואמצעי לחימה. כלומר למנוע סבל של הלוחמים.
- בעקרון הדין ההומניטרי נועד להגן על המעגל הראשון, ובו"ז על המעגל השני כמו אסור לפעול בתחבולה כמו להרים דגל לבן כדי לפתות את האויב להגיע אליך ולפגוע בו. כל מה שנוגע למניעת סבל של לוחמים זה נחשב לחלק מהדין ההומניטרי הרחב, וזה מכוח אמנות בין לאומיות אשר מעגנות סוגי נשק המותרים לשימוש.

תחולת הדין ההומניטרי אינה תלויה בשאלת אם עצם השימוש בכוח הוא חוקי.

ז"א אם מדינה אחרת תוקפת אותו ואותה מדינה מתגוננת עדיין שתי המדינות כפופות לדין ההומניטרי. אין קשר בין השאלה אם השימוש בכוח חוקי לבין הציות לדין ההומניטרי.

II. אמנות נשק

אמנות הנשק עם חלק מהדין ההומניטרי. זה אחד האמצעים של הדין הבינלאומי אשר מצמצם פגיעה.

אמנות האוסרות או מגבילות שימוש בסוגים מסוימים של נשק

- האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני, 1968 – האמנת נחתם בשנת 1968 כל המדינות הצטרפו אליהם מלבד מסי' מדינות בודדות כמו: ישראל, איראן, רוסיה, מצרים, סוריה.
- אמנת הנשק הביולוגי, 1972
- אמנת הנשק הקונבנציונלי, 1980 + 5 פרוטוקולים העוסקים בבנשק שרסיסיו אינם ניתנים לזיהוי במכשירי רנטגן; מוקשים ומטעני חבלה; נשק מתלקח; לייזר מעוור; טיפול בשרידי תחמושת נפיצה – האמנה עוסקת בנשק קונבנציונלי והיא כוללת נספחים אשר נקראים פרוטוקול, היא כוללת 5 פרוטוקולים, שכל אחד הוא אמנה. וכל פרוטוקול עוסק בסוג נשק קונבנציונלי כפי שמפורט בסוגים לעיל.

3 האמנות הראשונות לא אוסרות על שימוש נשק גרעיני וזה כפוף לדין ההומניטרי, אלא אוסרות על הפצת /מכירה/העברת ידע הטכנולוגיה של הנשק הגרעיני, כדי שזה לא יגיע לכל המדינות בעולם.

- אמנת הנשק הכימי, 1993 – בניגוד לאמנות אשר נוגעות לשימוש לנשק ביולוגי וגרעיני, אמנת הנשק הכימי כן אוסרת על שימוש בנשק כימי. ולמה? כי בשנת 1972 היה צמצום, וכבר בשנת 1993 היה איסור מלא משיקולים הומניטריים. רוב המדינות הצטרפו חוץ מישראל ועוד מס' מדינות.
- אמנת אוטווה, 1997 (אוסרת שימוש במוקשים אנטי פרסונליים) האמנה השנייה והאמנה החמישית נועדו להגביל שימוש בנשק על אף שהוא הקונבנציונלי. מה זה מוקשים אנטי פרסונליים? יש מוקשים אשר מתפוצצים מכוח משקל כבד כמו טנק, ואילו מוקש פרסונלי מספיק שאדם ידרוך על המוקש וזה יתפוצץ, הסיבה העיקרית לאיסור על שימוש במוקשים אנטי פרסונלי זה פגיעה באזרחים אחרי סיום המלחמה במשך שנים. ישראל לא הצטרפה לאמנה.

[מדינת ישראל אינה חברה באף אחת מהאמנות הללו, למעט הפרוטוקול הראשון, השני והרביעי לאמנת הנשק הקונבנציונלי].

ישראל אומרת תמיד כי חלק מכוח ההרתעה שלה טמון בזה במדיניות העמימות בנוגע לטכנולוגיות הצבאית שיש להם. חלק מהאמנות האלו מכפיפות את זה לפיקוח. ישראל אומרת אני לא מצטרפת לאמנות אשר עלולות לחשוף אותה לנשק שלה.

III. תקנות האג, אמנות ז'נבה, והפרוטוקולים הנלווים להן

אלו הם המקורות של המשפט הבינלאומי – תקנות האג, אמנות ז'נבה, והפרוטוקולים.

• אמנת ותקנות האג בדבר כיבוד דיני ומנהגי הלחימה משנת 1907 [משקפות דין מנהגי] – מאחר והיא קיימת משנת 1907 חלקם בוטלו, וחלקם עדיין בתוקף כמו פעולות בעת גיבוש, בנוסף תקנות האד משקפות דין מנהגי בין המדינות לכן גם מדינות אשר לא הצטרפו לתקנות האג רואות את עצמן כמחייבות.

• ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949 [חלק מהוראותיהן משקפות דין מנהגי]- ארבעת האמנות אומצו בשנת 1949 אחרי מלחמת עולם השנייה.

אמנות ג'נבה מחולקות ל 4 חלקים:

- * אמנת ז'נבה הראשונה בדבר טיפול בפצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, 1949
 - * אמנת ז'נבה השנייה בדבר טיפול בפצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, 1949
 - * אמנת ז'נבה השלישית בדבר טיפול בשבויי מלחמה, 1949
 - * אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה, 1949
- שלושת האמנות הראשונות משקפות דין מנהגי, לעומת זאת אמנת ג'נבה הרביעית מכילה הוראות חדשות וחלקן כבר לא דין מנהגי בעניין זה קיימת מחלוקת.

• שני הפרוטוקולים הנלווים לאמנות ז'נבה משנת 1977 [חלק מהוראותיהם משקפות דין מנהגי] שני הפרוטוקולים אלו אמנות נוספות והמדינות אשר חתמו על אמנות ג'נבה החלו לחשוב על הרחבת האמנות.

חלק מהמדינות הצטרפו לארבעת האמנות, ולא הצטרפו לשני הפרוטוקולים כמו ישראל.

- * הפרוטוקול הראשון הנלווה לאמנות ז'נבה בנוגע להגנה על קרבנות של סכסוכים בינלאומיים, 1977.
- * הפרוטוקול השני הנלווה לאמנות ז'נבה בנוגע להגנה על קרבנות של סכסוכים שאינם בינלאומיים, 1977.

<< ישראל אינה חברה באמנת ותקנות האג אך מחויבת לכבד את הוראותיהן משום שהן משקפות דין מנהגי. ישראל חברה בארבע אמנות ז'נבה אך אינה חברה בפרוטוקולים.

ארגון הצלב האדום MGO הוקם בשנת 1973 למרות שהוא אינו בעל מעמד רשמי במשפט הבינלאומי, אבל נחשב כבעל השפעה רבה. וגם עמד מאחורי ניסוח האמנות לרבות אימוצם, עוד דבר יש לי תפקיד רשמי בתוך האמנות למשל כאשר מדובר על שבויים מכוח אמנה מס' 3, דבר זה הינו חריג ומכוח הצלב האדום יש לאפשר ביקור השבויים.

באיזה מצבים אמנות ג'נבה ושני הפרוטוקולים חלים ?

1. היקף התחולה של אמנות ז'נבה והפרוטוקולים

כעת נדבר על ס' 2 המשותף ל 4 האמנות שהוא חל בין שתי מדינות.

Article 2 (Common to all Geneva Conventions)

The present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

לפי סעיף 2 המשותף לארבע אמנות ז'נבה, אמנות אלה חלות במצב של:

1. מלחמה מוכרזת או סכסוך מזוין אחר בין שתיים או יותר מהמדינות החברות באמנה – כלומר כאשר יש סכסוך בין שתי מדינות אשר חתומות על האמנה אז הסי' הזה יחול.
 2. כיבוש חלקי או מלא של השטח של אחת מהמדינות החברות באמנה, גם אם הכיבוש האמור לא נתקל בהתנגדות מזוינת – כלומר אם מדינה כובשת שטח של מדינה אחרת גם אם זה לא ע"י שימוש בכוח אז הסי' חל.
- מה שחשוב שאמנות ג'נבה חלות כאשר יש סכסוך מזוין בין שתי מדינות או יותר שהן חברות באמנה, כאשר דיברנו על שימוש בכוח זה בהכרח תמיד מדובר בשתי מדינות, איך הדין ההומניטרי מתמודד בנוגע למלחמות בין גומרים שהם לא מדינות.
- כי בעצם להכיל את הדין ההומניטרי במצב שלא מדובר בשתי מדינות החלו לנהל משא ומתן כדי שירחיב את התחולה של הדין ההומניטרי. - אז הקימו שני הפרוטוקולים. וכדי שאמנה או שני פרוטוקולים יחלו צריך שהמדינות יהיו חתומות על האמנות ושני הפרוטוקולים.**

=> ככלל, אמנות ז'נבה חלות במצב של סכסוך מזוין **בין-מדינתי** (או כיבוש שטח זר).

הפרוטוקול הראשון מ-1977 חל רק על סכסוך מזוין בין-מדינתי כאמור בסעיף 2 לאמנות ז'נבה, אך הוא **מרחיב** את ההגדרה של סכסוך בין-מדינתי ו**קובע** שסכסוך כזה כולל גם מאבק לשחרור לאומי (סעיף 1(4) לפרוטוקול):

"armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination".

* בתנאי שארגון השחרור הלאומי הכריז על נכונותו למלא אחר הוראות אמנות ז'נבה והפרוטוקול הראשון (סעיף 96(3))

הוא נספח לאמנות ג'נבה. הוא חל במצב של סכסוך מזוין שבו עם נלחם נגד קולוניזציה, גיבוש זר, משטר גזעני תוך מימוש זכותו להגדרה עצמית. כלומר **הפרוטוקול הראשון חל כאשר יש ארגון אשר מנהל מאבק לשחרור לאומי וגם על סכסוכים לאומיים. בד"כ הגוף הנאבק מבקש להקים ישות מדינתית חדשה, איך ארגונים נחשבים לארגוני שחרור לאומיים ?**

בד"כ ארגונים צבאיים, וטענתם כי המלחמה היא שחרור לאומי בכדי לממש את זכותם למימוש לאומי, כמו המאבק הפלסטיני, ארגון הקורדים בטורקים אשר טוענים כי טורקים מדכאת אותם. כיום ישנה מחלוקת בין הקבוצה שטוענת כי זכותה למימוש עצמי ואילו המדינה השולטת היא מתנגדת לכך.

התנאי שהפרוטוקול הראשון יחול, שאותו ארגון יטען שהוא פועל לשם שחרור לאומי, והכריז על נכונותו למלא אחר הוראות אמנות ז'נבה והפרוטוקול הראשון. עלול להיות מצב שמדינה הצטרפה לפרוטוקול ואילו הארגון אינו מחיל על עצמו את הפרוטוקול, לכן כדי ליצור סימטריה צריך שאותו ארגון יצהיר על נכונותו למלא אחרי הוראות הפרוטוקול וגם לאמנה.

Article 3 (Common to all Geneva Conventions)

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: 1) Persons taking no active part in the hostilities... shall in all circumstances be treated humanely.... To this end, the following acts are and shall remain prohibited...: a) violence to life and person b) taking of hostages; c) outrages upon personal dignity... 2) The wounded and sick shall be collected and cared for.

סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה קובע סטנדרטים מינימליים של התנהגות שחלים גם במקרה של סכסוך מזוין שאינו בין-מדינתי

סעיף 3 שהוא משותף לארבעת האמנות למרות שהאמנת ג'נבה חלה רק על סכסוכים בין מדינות, הסי קובע כמה כללים שיחולו גם בסכסוך שהוא לא בין מדינות. יש כללים בסיסיים שמדינות חייבות לכבד גם כשהן נלחמות בארגון לא מדינתי.

משמע, גם כשיש סכסוך מזוין שהוא לא בין מדינתי שמתרחש בשטח של אחת המדינות החברות באמנה, כל אחד מהצדדים לאותו סכסוך (שזה יכול לחייב רק את המדינות עצמן) צריך להחיל לפחות את הדרישות הבאות: (1) אנשים שלא לוקחים חלק בלחימה- שזה כולל אוכלוסייה אזרחית, פצועים, חולים, שבויים וכו'. צריך להתייחס בצורה הומנית לכל מי של לוקח חלק פעיל בלחימה. על מנת להבטיח יחס הומני למי שלא לוקח חלק בלחימה המעשים הבאים בכל שלב יהיו אסורים: א. אלימות כלפי חיי אדם ב. אסור לקחת בני ערובה ג. אסור לפגוע בצורה קשה בכבוד האדם וצריך לתת טיפול מינימלי לפצועים וחולים. (2) הפצועים והחולים ייאספו וייטפלו.

הפרוטוקול השני מ-1977 חל רק על סכסוך מזוין שאינו בין-מדינתי כאמור בסעיף 3 לאמנות ז'נבה, אך הוא מצמצם את ההגדרה של סכסוך מזוין שאינו בין-מדינתי ומוסיף כמה תנאים (סעיף 1 לפרוטוקול):

1. עצימות גבוהה (לא הפרות סדר ומתיחויות פנימיות) – לא הפרות סדר, או קבוצה אשר מבצעת הפגנה מחאות של אוכלוסיות הכוללות אירועים אלימים כלומר לא מלחמה קבועה, מצב של הפרות הפרוטוקול לא יחול.
2. מרידה פנימית ושליטה בטריטוריה על ידי המורדים (סכסוך בין כוחות הנאמנים לממשלה לבין כוחות חמושים אחרים השולטים בחלק מטריטוריה המדינה ומסוגלים לנהל מאבק צבאי מתמשך ומשולב) – ארגון צבאי לא מדינתי שמנסה למרוד במדינה שלו. ארגון צבאי גדול שפועל נגד מדינה מסוימת.
3. ארגון היררכי של מורדים המסוגל לציית לדיני הלחימה – הפרות סדר כמו הפגנות של ערבים או הפגנות של נכים מצב כזה הפרוטוקול לא יחול. הכוונה בסייג הזה היא לארגון חמוש הכולל מפקד.

הפרוטוקול השני, מחיל עוד הוראות של התנהגות בין ארגונים לא מדינתיים והוא מרחיב את סי' 3, הוא מסביר מה זה סכסוך לא מדינתית, וכדי שההוראות יחלו צריך לקיים 3 דרישות בסיסיות כפי שמופיע לעיל. הפרוטוקול השני חל במרידות פנימיות ממש גבוהות.

כדי לסכם, סכסוך מזוין יכול לחול ב 3 מצבים:

- (1) בין מדינות – כאן יחול הפרוטוקול הראשון + אמנות ג'נבה.
- (2) בין מדינה לבין ארגון שחרור לאומי – הפרוטוקול הראשון וזאת בהנחה והמדינה הצטרפה הפרוטוקול הראשון.
- (3) בין מדינה לבין ארגון מורדים פנימיים – סעיף 3 לאמנת ג'נבה הפרוטוקול השני.
- (4) יכול מצב של סכסוך שאינו תחת 3 המצבים הראשונים – כמו ארגון שפועל לא באותה מדינה למשל ישראל מול חיזבאללה – במצבים כזה יחול הדין ההומניטרי המנהגי, ואף אחד מהפרוטוקולים והאמנות לא יחולו.

2. כללים מרכזיים

אמנות ז'נבה הראשונה והשניה + פרוטוקולים: טיפול בפצועים ובחולים ביבשה ובים

**** אמנות ז'נבה וגם הפרוטוקולים נחשבות לדין מנהגי, אמנות ז'נבה 1,2,3 (שעוסקות בפצועים, חולים ושבויים) הם בעצם גרסה מחודשת של אמנות זנבה (אמנות קודמות משנת 1964) הנורמות האלו למעשה קיימות במשפט הלאומי יותר מ-150 שנה ולכן ההוראות האלו מייצגות דין מנהגי.**
אמנת זנבה ה-4 היא לא חידוש של האמנות קודמות, אבל מאז 1949 חלף לא מעט זמן ולכן ניתן לומר שמאז ועד היום חלק מההוראות נחשבות לדין מנהגי וחלק לא.
ההוראות להלן מייצגות דין מנהגי:

- יש לכבד ולהגן על פצועים וחולים.
- על הצדדים לסכסוך להתייחס באופן הומני לפצועים וחולים הנמצאים תחת שליטתם ולהעניק להם במידת האפשר ומוקדם ככל שניתן טיפול רפואי הולם.
כאשר מדברים על חולים ופצועים אשר נמצאים אצל צד מסוים, הכוונה גם לכוח האויב, ז"א כוח אשר שולט בשטח מסוים ויש מתחתיו כוח של אויב נדרש להעניק סיוע רפואי. למשל כוח ישראל תוקף מוצב סורי, החיילים משתלטים על המוצב וכעת יש פצועים סורים, ז"א אם יש אפשרות לפנות לבית חולים אז נדרש לפנות אותם, אולם אם הפינוי כרוך בסיכון הכוח אז חייבים להעניק טיפול רפואי. בכל מקרה נדרש להתייחס אליהם בצורה הומנית.
- אין להפלות בין פצועים על בסיס שום קריטריון מלבד צורך רפואי.
ז"א אם יש לנו חייל מהכוחות שלנו ושבר רגל ובו"ז יש חייל של כוחות אויב וקיבל כדור בחזה, אז כוחות ההצלה צריכים לטפל בחייל האויב. מה שנחשב לחוקי ולגיטימי בלחימה זה לפגוע בחיילי האויב לשם השגת המטרה, אולם כאשר השגתי את המטרה שלי ואויב נכנע אז אסור לי לפגוע בו. ז"א כאשר אין לי סכנה אסור לו לתקוף את האויב ולהושיט לו עזרה.
- חל איסור מוחלט על פגיעה או הזנחה מכוונת של חולים ופצועים.
- צד לסכסוך שנאלץ לנטוש חולים או פצועים ולהשאירם בידי האויב ידאג להשאיר עימם ציוד וציוות רפואי, ככל שהשיקולים הצבאיים מאפשרים זאת.
נניח הצבא הישראלי כבש מוצב של האויב, אז צריך כאשר נוטשים את המוצב להשאיר ציוד וציוות רפואי ככל שניתן.
- פצועים וחולים הנופלים לידי כוחות האויב יחשבו לשבויי מלחמה.
- הצדדים מחוייבים לספק זה לזה במידת האפשר מידע שיכול לסייע בזיהוי פצועים, חולים ומתים מקרב כוחות האויב שנמצאים תחת החזקתם. יש להשאיר את דיסקית הזיהוי (או מחציתה) צמודה לגופתו של המת.
למשל כמו במלחת העולם הראשונה היו הרבה חיילים שלא אותרו, לכן אם צבא מסוים מחזיק בחיילים של האויב אז נדרש לעדכן את הצבא השני אודות השבויים. ההוראות האלו של האמנה הראשונה והשנייה גם רלוונטיות עבור החיילים שמתו ונדרש לדאוג להם לקבורה הולמת. גם להשאיר פרטי זיהוי כמו דסקית.
- יש לכבד את חסינותם של צוותים רפואיים, כלי תחבורה רפואיים ומתקנים רפואיים, ולהימנע מתקיפתם, אלא אם הם משמשים לפגיעה מכוונת באויב.
כלומר צוות רפואי לרבות כלי תחבורה רפואיים, מתקנים רפואיים הם נהנים מחסינות מוחלטת תוך כדי לחימה, הרציונל הוא טיפול בפצועים. ויש חריג אחד זאת כאשר משתמשים בחסינות לשם ביצוע תקיפה. **למשל:** הייתה סיטואציה בשטחים הפלסי, וישראל טענה כי בוצע שימוש באמבולנס כדי לחסום את הדרך לחיילים ישראלים.

אמנת ז'נבה השלישית + פרוטוקולים: טיפול בשבויי מלחמה

האמנה עוסקת בנושא של שבויי מלחמה, נדבר על ההגנות של השבויים, ונדבר מי מוגדר כשבויי. מה הם הזכויות של השבוי? ואיזה חובות חלות על הצד השני?

- שבויי מלחמה זכאים ליחס הומני.
- אין לפגוע בגופם או בחייהם של שבויים
אסור להרוג אותם, אסור לענות אותם, אסור לבצע בהם ניסויים.
פרשת אבו גרייב משנת 2004:
ארה"ב כאשר נכנסה לעירק אז קבוצה של חיילים מארה"ב עינוי חיילים מעירק, התעללו בהם, והשפילו אותם וצילמו אותם.
ברגע שאני מחזיק חייל של האויב נדרש לשמור עליו ולא להתעלל בו.
- יש לספק לשבויים מזון, בגדים, ושירותי דת ורפואה ולהבטיח להם תנאי כליאה נאותים
אסור לדרוש משבויים למסור מידע הקשור למדינת האויב, ולחקור אותם ולהפעיל עליהם לחצים תחת חקירות.
- אסור להעמיד לדין שבויים בגין עצם השתתפותם בלחימה
אסור להעמיד שבו לדין בגלל הלחימה עצמה, אבל אם אותו שבוי ביצע פשע מלחמה ניתן להעמיד אותו לדין.
- עם הפסקת פעולות האיבה יש לשחרר את השבויים ולהשיבם למולדתם (חריג לגבי שבויים שנשקפת להם סכנה במולדתם).
המטרה של החזקת שבויים היא חייבת להיות מטרה ביטחונית לפי המשט הבינלאומי בשביל למנוע את הסכנה הביטחונית שנשקפת לי מהם. כלומר, הרעיון הוא שאם אני נלחמת באויב אז כל חייל של האויב כל עוד הוא בריא ומתפקד הוא סכנה עבורי כי הוא אמור להילחם בי ולהחליש אותי אז אני יכולה לתקוף את חיילי האויב ואם אין ברירה אני יכולה גם להרוג אותם, אבל אם במקום להרוג אותם אני יכולה לקחת אותם בשבי אז זה עדיף כי הדין ההומניטרי מחייב להימנע מלקת חיי אדם אם אין צורך בזה, והרציונל שברגע שהמלחמה הסתיימה אין לי יותר צורך להחזיק בהם ולכן אשחרר אותם, השבויים לא אמורים להיות קלף מיקוח.
כיום יש בישראל "חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, 2002" ולפי ניתן להחזיק חיילים כמיקוח.
- מה קורה במצב שאני אשחרר את השבוי אז עולה חשש כי מדינתם תפגע בהם יתכן בשל העובדה כי שיתופו פעולה או בגלל שהם לא נלחמו כראוי או מסרו מידע ונדרש לענות אותם?
- יש מדינות אשר מתייחסות לשבויים בצורה לא לגיטימית, למשל אחרי מלחמת העולם השנייה יותר ממיליון חיילים רוסים אשר נפלו בשבי של בעלות הברית, אחרי המלחמה אז היו האמנות משנת 1945 והיו מס' פרוטוקולים ואז עלתה שאלה מה עושים עם החיילים הרוסים? מחשש שסטלין המנהיג הרוסי יהרוג אותם, לכן בעלות הברית דנו בהם אמרו כי אמנת ג'נבה מחייבת להחזיר אותם, לכן לאחר דיונים החליטו להחזיר אותם והחיילים אשר הוחזרו נרצחו, לכן השאלה נשארה תלויה הועמדת, כיום, ישנה פרשנות מרחיבה שאינה מכוח אמנת ג'נבה, ז"א אין חובה להחזיר את החיילים השבויים כאשר יש סכנה שמדינת האם שלהם תפגע בהם.

מי זכאי למעמד של שבוי? (סעיף 4 לאמנת ז'נבה השלישית)

מי שנפל לידי האויב והוא :

לוחמים בצבא סדיר, או

לוחם בארגון צבאי אחר (מיליציה, גרילה) כלומר צבא שאינו צבאי סדיר וכדי שהלוחם יקבל הכרה של שבוי הוא צריך לעמוד: בתנאי שהארגון:

1) משתייך למדינה שהיא צד לסכסוך- אם מדובר בארגון שאינו פועל בשום מדינה אז הוא לא יחשב כארגון.

2) בעל שרשרת פיקודית ברורה – ארגון לוחם אמיתית ולא קבוצה אנרכיסטית.

3) מציית לדיני הלחימה

4) מבחין עצמו באמצעות סמל ברור שניתן לזיהוי מרחוק – הבחנה ברורה ואינם אזרחים.

5) חבריו נושאים נשק באופן גלוי.

רק ארגון אשר מקיים את התנאים האלה, אז אם החיילים שלו יפלו בשבי אז יוגדר כשבויים.

[בפרוטוקול הראשון: ויתור על הדרישה הראשונה והרביעית]. << בעייתי מבחינת ישראל.

הסיבה שהפרוטוקול ויתר על הדרישה הראשונה והרביעית, נניח כי יש ארגון וכעת אותו ארגון אינו משתייך למדינה שהיא צד לסכסוך אז הוא ממלא יגיד שהחיילים שלו לא יזכו למעמד של שבוי יוצא מכך שהוא לא יציית להוראות של דיני הלחימה. לכן כדי לתמרץ את הארגונים ויתרו על הדרישה הראשונה והרביעית, ובכך זה יגרום להם לציית לדיני הלחימה.

אחת המחלוקות בין הישראלים לפלס' זו הסוגיה של האיסורים לרבות העמדתם לדין ומצער מנהלי, למעשה ישראל במשך השנים העמידה פלס' בגין דין פלילי כמו התנגדות אלימה השתייכות לארגון פלילי, מבחינת ישראל אנשי ג'יהאד פת"ח ביצוע עבירות, אבל אותם חיילים של הארגונים טוענים שהם חיילים בארגון צבאי. לפי אמנת ג'נבה לא יכולים ליהנות ממעמד של שבוי, אבל לפי הפרוטוקול יתכן ולישראל אסור לה להעמיד אותם לדין, ישראל אינה חתומה על פרוטוקול, כי אם הייתה מצטרפת לפרוטוקול אז לא הייתה יכולה להעמיד אותם לדין.

לסיכום יש שני סוגים של לוחמים:

- 1) צבא סדיר
- 2) ארגון צבאי לא סדיר שעונה על התנאים המצטברים של שבוי
- 3) הסוג השלישי "אחרים" כמו האזרחים הפלס' אשר נמצאים בכלא הישראלי, ישראל מגדירה אותם "לוחמים בלתי חוקיים"- המונח הזה משתמשים בו כדי להגדיר פעיל טרור.

"לוחמים בלתי חוקיים"

אנשים שלוקחים חלק בלחימה, אך הם אינם לוחמים בצבא סדיר, ואינם חברים בארגון שממלא אחר התנאים שקבועים בסעיף 4 לאמנת ז'נבה השלישית או בפרוטוקול ה-1 (למשל פעילים בארגון טרור שאינו מציית לדיני הלחימה) - אינם יכולים ליהנות ממעמד של שבויים - ניתן להעמיד אותם לדין על עצם ההשתתפות בלחימה.

ישנה מחלוקת בשאלה אם קיימת במשפט הבינלאומי קטגוריה מובחנת כזו. בכל מקרה ישנה הסכמה די רחבה לגבי מעמדם וזכויותיהם של אנשים מסוג זה.

המשפט הבין לאומי חייב לתת הגדרה של לוחמים בלתי חוקיים, ישראל וארה"ב אומרת שזה שזה סוג של מנהג.

בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (פרשת הסיכולים הממוקדים): לוחמים בלתי חוקיים הם למעשה אזרחים שנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה, ולכן אינם זכאים להגנות שניתנות לאזרחים (כגון איסור על תקיפה מכוונת שלהם), אך גם אינם זכאים להגנות שניתנות ללוחמים (כגון מעמד של שבויים והזכויות הנגזרות ממנו).

"זה דינו של הלוחם הלא חוקי. כל עוד הוא שומר על הסטטוס שלו כאזרח – כלומר, אינו הופך להיות חלק מכוחות הצבא – אך הוא מבצע פעולות לחימה, הוא חדל ליהנות מההגנה הניתנת לאזרח, והוא נתון לסיכוני תקיפה בדומה ללוחם בלא שהוא נהנה מזכויותיו של הלוחם כשבוי מלחמה".

הפסי"ד עוסק בשאלה האם ישראל פיתחה פרקטיקה של סיכולים ממוקדים ממי שנחשד בביצוע פעילות טרור, כלומר יש אדם פלסי אשר נחשד בפעילות טרור או עלול לסייע לפעילות טרור, לכן ישראל באזור שנות ה-2000 החלה לבצע סיכולים ממוקדים. סיכולים ממוקדים בד"כ מבוצעים ע"י הטמנת מטען בטלפון או ירי.

הטענה אשר עלתה כי פעילות של ישראל היא לא חוקית בגלל:

- (1) הפרת הזכויות של אותו אדם זאת למרות שהוא מעורב בטרור ויש להעמיד אותו לדין פליל.
- (2) גם אם מבחינת היעד של ההתנקשות גם אם מותר לכוחות הביטחון של ישראל להרוג אותו ללא עמידה לדין אז יש סכנה של פגיעה באזרחים שהם חפים מפשע.

לטענה הראשונה של זכויות החשוד מה המעמד שלהם, האם מותר להתנקש ביניהם ? –
בג"ץ אומר אם הם אזרחים צריך להעמיד אותם לדין רגל, למשל אדם אשר מעורב בפשע ורוצה להתנקש באדם המשטרה עוצרת את אותו אדם. התשובה של מדינת ישראל לעתירה שהם לוחמים בלתי חוקיים. כלומר ישראל אומרת הם לא אנשי חמא"ס, או לוחמים סדירים וישראל אומרת שמותר לי להעמיד אותם לדין, וגם מצד שני מותר לי להתנקש בהם כי הם "לוחמים בלתי חוקיים". השי' ברק אומר אני בודק את המשהב"ל ואין קטגוריה של לוחמים בלתי חוקיים, ברק אומר שאלו אזרחים אשר נוטלים חלק ישיר בלחימה ואז הם להם מקבלים הגנות למשל הם עוזרים לחמא"ס לחפור מנהרות. ז"א ישראל יכול להעמיד אותם לדין. בג"ץ מקבל את עמדת המדינה אומנם לא יודע אם ניתן להגדיר אותם כלוחמים בלתי חוקיים. בג"ץ אומר ניתן לראות בהם אזרחים אשר לוקחים חלק בפעילות הלחימה והם לא שבויים, לכן ניתן להעמיד אותם לדין. עד היום ישראל משתמש בקטגוריה ביניים של "לוחמים בלתי חוקיים".

אמנת ז'נבה הרביעית + פרוטוקולים – הגנה על אוכלוסייה אזרחית

הכוונה לאזרחים שלא שייך לאף ארגון, ההוראות נמצאות באמנת ז'נבה הרביעית. והם נחשבות לחלק מהדין המנהגי, יש הוראות מתוך האמנה אשר ישראל אומרת שהם לא חלק מהדין המנהגי.

אמנת ז'נבה הרביעית

סעיף 27 – אזרחים זכאים להגנה על אישיותם, כבודם, דתם, זכותם לחיי משפחה, ומנהגייהם. יש להתייחס אליהם בצורה הומנית, ולהגן עליהם במיוחד מפני כל סוג של אלימות או איום באלימות. נשים זכאיות להגנה מיוחדת מפני פגיעה בכבודן, ובמיוחד מפני אונס וזנות כפויה.

עד לפני 10-20 שנים לא הייתה מודעות של אונס, ואז הנושאים האלו החלו לעלות למודעות.

סעיף 28 – אין להשתמש באזרחים לצורך חיסון מטרות צבאיות מפני תקיפה.

סעיף 33 – יש להימנע מענישה קולקטיבית של אנשים מוגנים. הכוונה לאוכלוסייה אזרחית, נניח כי הצבא שולט באזור מסוים, לא ניתן להעניש את כל האזרחים

סעיף 34 – חל איסור על לקיחת בני ערובה

יש להבחין בין אוכלוסיה אזרחית ומטרות אזרחיות, מצד אחד, לבין לוחמים ומטרות צבאיות, מצד שני, ולהימנע ככל שניתן מפגיעה בראשונות (**עקרון ההבחנה**).

הסי' אומרת שיש להבחין בין אוכלוסיה אזרחית לעומת לוחמים ומטרות צבאיות. מטרות אזרחיות זה כמו בתי ספר, בתי חולים. מטרה צבאית/חייל זה יעד לתקיפה אבל אם לקחת חייל לשבי צריך להתייחס אליו כשבו.

סעיף 51 [הגנה על אוכלוסיה אזרחית]

אוכלוסיה אזרחית אינה יעד לגיטימי לתקיפה (כלומר, אין לפגוע בה במתכוון). **אסור לפגוע באוכלוסיה אזרחית באופן מכוון, כלומר אם אני רואה אזרחים אסור לפגוע בהם. מכוח עקרון ההבחנה ס' 48.**

חל איסור על תקיפה בלתי-מובחנת. תקיפה בלתי מובחנת כוללת:
(א) הפצצה של אזור שמפוזרות בו מטרות צבאיות בקרב אוכלוסיה אזרחית או מתקנים אזרחיים למשל יש עיר דמשק והיא כוללת הרבה מתקנים צבאיים ובאותו אזור יש שכונת אזרחים ואז אני מבצע תקיפה בלתי מובחנת.

(ב) תקיפה שצפויה לגרום נזק "אגבי" לאוכלוסיה אזרחית או למטרות אזרחיות, כאשר הנזק האמור גדול באופן משמעותי מהיתרון הצבאי הקונקרטי והמיידי שצפוי מהפעולה. (עקרון המידתיות)
למשל אני ישראל רוצה לפגוע במתקנים הצבאיים בדמשק, ואני יודע איפה המחסן נמצא אולם החמסן נמצא ליד אוכלוסיה אזרחית במצב כזה יש סיכוי לפגוע באזרחים במצב כזה חייב להפעיל את עקרון המידתיות ולבדוק מה הסיכוי וגודל הנזק אשר יגרם לאזרחים ולהשוות את התועלת הצבאית, אם התועלת הצבאית תהיה גדול אז הפגיעה מותרת בהתאם "**לעקרון המידתיות**".

- אין להשתמש באוכלוסיה אזרחית לצורך הגנה על מטרות צבאיות.

כלומר אסור לצבא להשתמש באוכלוסייה האזרחית שלו כדי להגן על מטרות צבאיות, כי אותו ארגון יודע שאם ייקח באופן מכוון אזרחים אז הצד השני אסור לו לפגוע באזרחים. האם זה שהפירתי והצבתי אוכלוסייה האם מותר לצד השני לתקוף? התשובה היא לא. וגם אם זה כרוך בסיכון חיילים כדי למנוע פגיעה באוכלוסייה האזרחית והכל תחת "**מבחן המידתיות**".

- אזרחים הנוטלים חלק בלחימה אינם יכול ליהנות מההגנות הקבועות בסעיף זה.

עולה השאלה אם אזרח עצמו התנדב לסייע לכוחות הלוחמים, אז הוא לא נהנה מהגנה של אזרחים ואז הוא הופך כפי שישראל מגדירה אותם אזרחים בלתי חוקיים.

למשל ההפגנות של חמא"ס בימי שישי על הגדר ויש ערבוב של אזרחים. או ספינת המרמה, מדובר כאן בשאלה קשה ויתכן לא תעמוד לו ההגנה, וצריך לברר מה הכוונה שלהם. לכן זו שאלה פתוחה.

סעיפים 52-56 [הגנה על מטרות אזרחיות]

סעיף 52: מותר לתקוף רק מטרות צבאיות. אסור לתקוף מטרות אזרחיות. **כמו עקרון ההבחנה ס' 48.**
סעיף 53: אסור לפגוע באתרים היסטוריים, יצירות אומנות, או מקומות פולחן המהווים חלק ממורשתם התרבותית או הרוחנית של עמים.

למשל, אסור לפגוע באתרים של מורשת, אתרים ארכיאולוגיים אשר מייצגים תרבות מסוימת. הדין הבינלאומי רואה בזה נזק ואסור לפגוע באתרים.

סעיף 54: אסור לפגוע במטרות חיוניות להישרדות של האוכלוסיה האזרחית, כמו יבול חקלאי או תשתיות מים (ניתן לחרוג מאיסור זה אם יש צורך צבאי חיוני שמצדיק זאת).

למשל רוסיה בתחילת המאה 20 היא נלחמה נגד אוקראינה ופגעה באוכלוסיות וגרמה להם רעב.

סעיף 55: יש להימנע מפגיעה חמורה וארוכת טווח בסביבה.

זה יכולת להיות נהרות, זיהום אויר, למשל בשנות ה-90 עיראק פלשה לקווית ושפרה את בארות הנפט של קווית וגם סדם נתן הנחיה להזרים את הדלק לים.

סעיף 56: אין לפגוע בסכרים, סוללות, ומתקני חשמל גרעיניים אם יש בכך כדי לסכן אוכלוסיה אזרחית.

למשל פגיעה בסכר זה יכול לגרום להצפה, מתקני חשמל הם מטרות חיוניות

סעיפים 57-58 [אמצעי זהירות]

סעיף 57: על הגורמים המתכננים תקיפה צבאית לנקוט בכל אמצעי הזהירות הדרושים כדי למנוע פגיעה לא מידתית באוכלוסיה אזרחית או במטרות אזרחיות.

במידת האפשר יש לתת אזהרה אפקטיבית מפני תקיפות שעלולות לפגוע באוכלוסיה אזרחית. כלומר צריך לנקוט באמצעי זהירות וכאן מדגישים את נושא האזהרה. מה זה אזהרה אפקטיבית? צריך לנקוט בכל אמצעי הזהירות כמו לפנות אותם מהשטח, או להשתמש בנשק פחות קטלני. או לתת אזהרה כמו לזרוק פליירים טרם ההפצה, או לשלוח סמסים בסמוך לתקיפה. או נוהל הקש בגג- טרם שיגור הטיל הגדול אז משגרים טיל קטן אשר מזהיר, או נוהל שכן **זה דובר בעאדלה נ' אלון פיקוד המרכז למטה** - כאשר צה"ל רוצה לפגוע באנשי חמא"ס ויש שם אוכלוסייה אזרחית כמו ילדים ונשים אז הצבא שולח אדם שקשור למשפחה ויבקש מהם להתפנות.

סעיף 58: על הצדדים לעשות כל מאמץ על מנת:

- (א) להרחיק אוכלוסיה אזרחית הנמצאת תחת שליטתם ממטרות צבאיות
- (ב) להימנע מלמקם מטרות צבאיות בסמוך לאזורים המאוכלסים בצפיפות.
- (ג) לנקוט בשאר אמצעי הזהירות הנדרשים על מנת להגן על אוכלוסיה אזרחית ומטרות אזרחיות.

בעצם הדין הבין לאומי ההומניטרי מחייב את כל אחד מהצדדים ביחס לצדדים שלו ולצד השני.

פרוטוקול II

הוא חוזר על פרוטוקול הראשון, ומוסיף את ס' 17. אם אני יודע שיש סכסוך פנימי והמדינות חברות בפרוטוקול עדיף להסתמך על הפרוטוקול או על האמנות, אבל נניח שנושא לא ברור איזה אמנה חלה אם בכלל, אז במצב כזה ההוראות של מניעת פגיעה באזרחים יהיו מכוח דין מנהגי.

סעיפים 18-13 [אוכלוסיה אזרחית]

סעיף 13 - אוכלוסיה אזרחית אינה יעד לגיטימי לתקיפה (אלא אם מדובר באזרחים שנוטלים חלק ישיר בפעולות הלחימה).

סעיף 14 - אין לפגוע במטרות חיוניות להשרדות של האוכלוסיה האזרחית.

סעיף 15 - אין לפגוע בסכרים, סוללות, ומתקני חשמל גרעיניים אם יש בכך כדי לסכן אוכלוסיה אזרחית.

סעיף 16 - אסור לפגוע באתרים היסטוריים, יצירות אומנות, או מקומות פולחן המהווים חלק ממורשתם התרבותית או הרוחנית של עמים.

סעיף 17 [איסור על העברה כפוייה של אוכלוסיה]:

(1) אין לעקור אוכלוסיה אזרחית ממקומה אלא אם הדבר נחוץ לצורך הגנה על בטחון האוכלוסיה

האמורה או מטעמים צבאיים חיוניים. במקרה של עקירה יש להבטיח מקלט ראוי ותנאי הגיינה, בריאות, בטיחות ותזונה הולמים לעקורים.

(2) אין לגרש אזרחים מארצם מסיבות הקשורות לסכסוך.

סעיף 18 - עמותות סיוע כמו הצלב האדום רשאיות להציע את שירותיהם לקרבנות הסכסוך.

סיכום - עקרונות מרכזיים של הגנה על אוכלוסייה אזרחית (נחשבים לדין מנהגי וחלים בכל סוגי הסכסוכים):
יש להמנע ככל שניתן מפגיעה באוכלוסייה אזרחית ובמטרות אזרחיות [עקרון ההבחנה].
גם פגיעה אגבית היא אסורה אם הנזק שהיא צפויה לגרום עולה על התועלת הצבאית הצפויה ממנה [עקרון המידתיות].

* * *

בג"ץ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז** – פסילת "נוהל שכן" בשל הפגיעה בעקרון ההבחנה + הפרה של דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש).
כאשר צה"ל רוצה לפגוע באנשי חמא"ס ויש שם אוכלוסייה אזרחית כמו ילדים ונשים אז הצבא שולח אדם שקשור למשפחה ויבקש מהם להתפנות. בג"ץ אומר שזה אמצעי לא לגיטימי ואינו חוקי, כי הצבא מכניס את האזרח למצב של לחימה בניגוד **"לעקרון ההבחנה"**. ויש הפרה של דיני הכיבוש וגם הצבא אסור לו להשתמש באוכלוסייה האזרחית לשם החלימה. **הצבא טוען כי הם מבקשים מהאזרח וזה נעשה מתוך הסכמה חופשית, אבל בג"ץ אומר אסור לצבא לגרום את האזרח לעימות.**
בג"ץ פסל את נוהל שכן.

בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל - מעמדם המשפטי של "לוחמים בלתי חוקיים" וחוקיותם של סיכולים ממוקדים.
שתי נקי' עלו מהפס"ד אם המבוקש הוא יעיד לתקיפה- בג"ץ אומר שכן ואין מניעה לפגוע בהם.
אבל העותרים אומרים שזה יכול לפגוע באזרחים שנמצאים מסביב, אבל בג"ץ אומר שכל מקרה יבחן לגופו לפי עקרון המידתיות.

3. דיני כיבוש / דיני תפיסה לוחמתית [law of belligerent occupation]

• מתי חלים דיני הכיבוש?

כיבוש זה מצב שבו צבא של מדינה אחת שולט בשטח שאינו שייך למדינה השולטת ואינה חלק מהריבונות שלה. ברגע שצבא שולט בשטח שאינו שייך אליה זה נחשב כיבוש.
מה הדין הבינלאומי שחל בנושא כיבוש? תקנות האג', ואמת גינבה הרביעית.
תקנות האג' אומרות: תקנת 42:

Hague Regulations, Article 42:

Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army.

שטח נחשב לכבוש כאשר הוא נתון בפועל תחת שליטה של צבא עוין.

ס' 43 לתקנות האג':

• הכלל הבסיסי:

Hague Regulations, Article 43:

The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.

על הכוח הכובש להבטיח ככל שניתן את הסדר הציבורי והבטיחות (בטחון/חיים ציבוריים) בשטח הכבוש, ובהיעדר מניעה מוחלטת עליו לכבד את החוקים הקיימים בשטח זה.

הכוונה היא שהכוח הכובש תפקידו לדאוג לסדר הציבורי והביטחון, וכאשר אותו צבא מגיע לשטח כבוש יש אנשים אשר אותם אנשים חיי תחת סדר חוקים של אותו מקום, לכן תקנה 43 דורשת להשאיר את התקנים הקיימים, אלא אם יש צורך לשינוי כמו צורך ביטחוני כמו אלימות או פשע או טרור כלפי הכוח הכובש.

למשל: במלחמת המפרץ השנייה כאשר בריטניה וארה"ב כבשו את עיראק החליטו לבטל את עונש המוות.

או למשל: ישראל שינתה חלק מהחוקים בשטחים הפלסי, כאשר ישראל משנה את החוק כמו זריקת אבנים לעונש 20 שנות מאסר אז ישראל שינתה את הכוח משיקולים ביטחוניים ומי שמקבל את ההחלטה זה אלוף הפיקוד, ז"א השינוי היה ע"י הצבא והוא מחליף את הריבון.

<- איזון בין האינטרסים של האוכלוסייה המקומית (סדר ציבורי), הריבון החוקי (שמירת הסטטוס קו החוקי), והכוח הכובש (סייגים לחובות). זה האיזון של ס' 43. בעצם הכלל הבסיסי מנסה לשמור על האינטרס הציבורי ובמקביל לשמור על האינטרס של הכוח אשר כבש בשטח. למשל גרמניה בתקופת הנאצים אשר כבשה את צרפת היא שמרה על האינטרס הקיים.

• **הגנה על החירויות האישיות של תושבי השטח הכבוש**: על הכוח הכובש להגן על החיים, הכבוד, הקניין וחופש הדת של האוכלוסייה המקומית (תקנות 46, 47 ו-52 לתקנות האג, סעיפים 27 ו-53 לאמנת ז'נבה הרביעית, סעיף 75 לפרוטוקול הראשון). לזה ניתן לקרוא שלא לפגוע בחופש.

• **חובות פוזיטיביות כלפי האוכלוסייה האזרחית**: בשיתוף עם המוסדות המקומיים, על הכוח הכובש לדאוג שתהיינה מערכות חינוך ובריאות מתפקדות ולהבטיח אספקה סדירה של מזון ותרופות לאוכלוסייה המקומית אם המשאבים של השטח הכבוש אינם מספיקים (סעיפים 50 ו-55 לאמנת ז'נבה ה-IV).

למשל זכויות שליליות כמו חופש דת, זכות חיובית זה כמו לדאוג לטיפול רפואי. קודם כל יש את הניהול המקומי והוא צריך לדאוג להכל, ואם היא לא תצליח אז זה יהיה באחריות הצבא.

חשוב להבדיל בין שני שטחים שזה: עזה, והגדה המערבית. בשנת 1948 בסכמי שביתת הנשק נקבעו גבולות של ישראל אשר נקרא הקו הירוק "קווי שביתת הנשק" ומאז זה נשאר אותו סטטוס. ירדן טענה שהיא הריבון בגדה המערבית וחלק גדול מהעלום לא הכיר בזה. וברצועת עזה המצרים החזיקו בעזה. המצב היה עד שנת 1967 ישראל כבשה את השטחים האלה. לרבות שטח האיי סיני, ההבחנה המעניינת איך ישראל התייחסה לרמת הגולן, מזרח ירושלים, ולחלק מהאזור של הגדה המערבית ומאזור עזה.

ככל שמדובר ברמת הגולן ומזרח ירושלים אז ישראל אמרה שהם מסופחים לשטח שלי, ישראל חוקקה שני חוקים (1) **חוק אשר מחיל את הריבונות הישראלית** - ז"א כל חוק הפרלמנט הישראלי חלים ברמת הגולן ומזרח ירושלים. (2) **החוק השני מתן אזרחות לתושבים** - לתושבים יש את כל הזכויות לרבות תושבות קבע, מלבד הצבעה בכנסת.

לפחות מאז המאה ה-20 יש הכרה חלקית בזה, אולם מכוח דיני שימוש בכוח אשר קובע כדי שמדינה תספחה אליה שטח זה יהיה בהסכמה, אולם ישראל קופרת בזה, ומכאן כל הנושא של העברת השגרירות של ארה"ב והכרה ברמת הגולן כמסופחת לישראל.

מה לגבי הגדה המערבית ועזה ?

ישראל לא החילה את שני החוקים, עד היום רוב החוקים לא חלים על שני השטחים האלו, ומבחינת ישראל מדובר בשטחים כבושים. כלומר לא חלק מהשטח הריבוני של ישראל וזה בהתאם לדין המנהגי אשר אומר כאשר יש חלק כבוש אז חלים עליו דיני הכיבוש.

חשוב להבחין בין הגדה לבין רצועת עזה ?

בשנת 2005 הצבא ניסוג זאת במסגרת ההתנתקות, יש חילוקי דעות ויש האומרים כי הצבא אומנם לא שולט באופן ישיר, אלא שולט מבחוץ כמו מעברים יבשתיים, ציר אוויר, המחרב הימי. והנשוא הזה נשאר פתוח.

לגבי הגדה המערבית, הצבא הישראלי לא נסוג והוא עדיין בתוך השטח, בהסכמי אוסלו נקבעו מס' שטחים B,A,

בשטח A השליטה מוגבלת, בשטח B שליטה בינונית, בשטח C שליטה מלאה שזה באזור ההתנחלויות. תקנות האג בנוגע לדיני כיבוש כן חלים וישראל אומרת אני מחויבת לקיים אותם.

ישראל אומרת כי אמנת ג'נה הרביעית לא חלה, ס' 2' **קובע** את תחולת האמנה, והס' אומר שהוא חל בשני מצבים כמו סכסוך מזוין בין שתי מדינות או בין מדינה לארגון, מצב שני כיבוש חלקי או מלא של השטח של אחת מהמדינות החברות באמנה.

מכאן ישראל אומרת אני חברה באמנת ג'נבה, איך עד 1967 השטח נשלט ע"י ירדן ככוח שולט ולא הייתה ריבונות מלאה, לכן ישראל אומרת אני כובשת כי אין תחולה לאמנה כי זה חלה רק אם כבשת את השטח ממדינה שהיא חברה באמנה.

אולם פרשנות שנייה של גומרים אחרים שהיא פרשנות בין לאומית והיא מנוגדת לעמדת ישראל, הטענה היא מבחינת התכלית של אמנת ג'נה רוצים להסדיר מצב בעייתי מצב אחד יש את הפלס' אשר נשלטים ע"י ישראל ואין לה זכויות כמו הצבעה, וזה בעייתי כי יתכן והדבר יגרום להתנקשויות וחיכוכים בין הפלס' לצבא. לכן יש לערב את אמנת ג'נבה ולפרש אותה כפרשנות תכליתית.

חוקיות ההתנחלויות הישראליות בגדה המערבית
ישראל החלה להקים התנחלויות ובמקביל יש מאחזים שאינם חוקיים. וזה החל להגיע לבג"ץ.

תקנה 52 לתקנות האג [הגנה על קניין פרטי]

"אין להפקיע (requisite) נכסים ואין לדרוש מהרשויות המקומיות או מהתושבים מתן שירותים אלא לצרכי צבא הכיבוש [...]. בעד נכסים שהופקעו יש לשלם, במידת האפשר, במזומן; אם לא נעשה הדבר, תינתן קבלה והתשלום המגיע יבוצע בהקדם האפשרי."

הסי' אומר שלצבא הכובש אסור להפקיע את הקניין של התושבים, אלא אם כן זה נדרש לצורכי ביטחון. אז הדין המנהגי אומר שאסור אלא אם יש צורך צבאי. כאשר מקיימים ישובים ישראלים, וכאשר ישראל החלה להקים התנחלויות בשנות ה-70 אז המפקד הצבאי נתן הנחיה להפקיע שטחים כדי לשרת צורך צבאי, מבחינת תקנות האג אין בעיה עם זה. או לחלופין אם מקימים את ההתנחלות על קרקע שאין לה בעלות אז אין מניעה.

אולם, אמנת ג'נה היא לא נוחה לישראל וזה מכוח ס' 49 : סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית [איסור על העברות אוכלוסייה]

פסקה 1: אסור לגרש או להעביר בכפייה אנשים מוגנים מתוך השטח הכבוש אל השטח של המדינה הכובשת או אל שטחה של מדינה אחרת. [...]
פסקה 6: המדינה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלה לשטח הכבוש.

Individual or mass **forcible transfers**, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited [...]

The Occupying Power shall not **deport or transfer** parts of its own civilian population into the territory it occupies.

מה רלוונטי מבחינת ישראל זה פסקה 6: היא אומרת שאסור לחייב אזרח ישראל לעבור לגור בשטחים הכבושים, זה נועד להגן על האינטרס שלנו, ואם זה מרצונם החופש אז אין מניעה שיעבור ובו"ז היא תיתן תמריצים, אולם הפירוש הבין לאומי מתנגד לכך והסי' נועד להגן על האינטרסים של התושבים אשר נמצאים תחת כיבוש, והקמת ההתנחלויות זה פוגע בצרכים של התושבים הכבושים. אולם מנגד ישראל אומרת לפי פסקה 1 שאסור להעביר את התושבים של השטח הכבוש בכוח. אולם העמדה הנגדית אומרת גם אם לא מדובר בכוח עדיין אסור.

עמדת ישראל ביחס לסעיף 49:

1. אמנת ז'נבה לא חלה על הכיבוש הישראלי בגדה המערבית משום שישראל לא כבשה אותה ממדינה ריבונית (פרשנות מצמצמת של סעיף 2 לאמנה). רק הסעיפים שמייצגים דין מנהגי חלים, וסעיף 49 אינו נמנה עליהם.
2. גם אם סעיף 49 חל בגדה המערבית, יש לפרש את הסיפא שלו בצמצום כאוסר רק על העברה כפויה של אוכלוסייה (בדומה לרישא). מכאן שהסעיף אינו אוסר על הקמת יישובים ישראלים בשטחים.

מכאן, ישראל אומרת לפי תקנות האג' הדבר היחיד שאוסר לי זה לבנות על קרקע פרטית. העמדה הישראלית לא מקובלת על הקהילה הבינלאומית, אשר גורסת כי אמנת ז'נבה כן חלה בגדה המערבית (פרשנות תכליתית של סעיף 2 לאמנה), וכי סעיף 49 אוסר גם על התנחלות וולונטרית (פרשנות תכליתית של סעיף 49 לאמנה).

בית המשפט העליון לא דן בשאלה אם ההתנחלויות מהוות הפרה של סעיף 49 משום שאמנת ז'נבה לא נקלטה בדין הפנימי הישראלי.

בג"ץ אומר שאני מחיל את הדין המנהגי שהוא חלק מהדין הפנימי, כי אמנת ג'נה לא נקלטה בישראל. לפיכך, בית המשפט העליון מתייחס להתנחלויות כבלתי חוקיות לפי המשפט הבינלאומי רק כאשר הן מפרות את הוראות הדין המנהגי (תקנות האג).

לגבי חוקיות ההתנחלויות בג"ץ דן בשתי עתירות חשובות:

בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הבטחון (פרשת בית אל) – בהתאם לתקנה 52 לתקנות האג, מותר להקים התנחלות על קרקע פלסטינית פרטית אם היא משרתת צורך צבאי.
בשנות ה-70 הפקיעו קרקע פרטית והקימו התנחלות העותרים טענו כי אין שום צורך בטחוני, אולם המדינה טענה שיש צורך בטחוני, העתירה נדחתה, עמדת המדינה התקבלה.

בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל (פרשת אלון מורה) – הקמת התנחלות על קרקע פרטית ממניעים אידיאולוגיים/מדיניים ולא צבאיים היא אסורה.

גם כאן ישראל הפקיעה קרקע פרטית, אולם המתנחלים הצטרפו לעתירה וטענו כי ההתנחלות היא מצרכים לאומיים בנוסף לעמדת המדינה שהיא צורך בטחוני, אך כאן בג"ץ אומר שהמניע להקמת ההתנחלות הוא מניע לאומי, ומבחינת תקנה 52 אסור להפקיע קרקע לפי צורך לאומי, וקבע כי ההתנחלות אינה חוקית.

לכן ישראל החלה למפות אדמות מדינה שאין לה בעלות פרטית, ועליה מקימה התנחלויות.

בנוסף, יש את סוגית המאחזים שהמדינה לא נתנה אישור לכך וחלקם מוקמים על שטחים פרטיים והעמדה הישראלית היא מצד אחד לאסור ומצד שני לאפשר בטענה כי המתנחלים לא ידעו, לכן בעקבות זאת המדינה החלה לחוקק את חוק ההסדרה אשר קובע אם המתנחלים הקימו מאחז בתחום לב ולא ידעו כי מדובר באדמה פרטית זה יהיה חוקי.

אכיפת הדין ההומניטרי

כאשר אתה נלחם לכאורה אתה צריך לנצח, נכון שבמידה מסוימת אין אכיפה של הדין ההומניטרי אולם יש לזה השפעה במספרים דרכים:

- פעילויות הדרכה ופיקוח של הצלב האדום – הארגון שם למטרה לקדם דין בין לאומי הומניטרי והוא עמד מאחורי הניסוח של אמנות ג'נבה. נכון שלצלב האדום אין מעמד רשמי במשפט הבין לאומי, אולם עדיין מציינים אותו באמנות ג'נבה וכן מאפשרים לו לבצע את תפקידו והמדינות בד"כ משתפות פעילות איתו.
- דרישה להנחות חיילים – באמנות ג'נבה יש הוראות אשר אומרות כי הצבא מחויב להעביר לחיילים את ההנחיות של אמנת ג'נבה.
- משפט בינלאומי פלילי בנוגע להפרות חמורות – ניתן להעמיד לדין פלילי את השרים ואתם המפקדים אשר הפרו את הדין הבינלאומי.
- דעת קהל (דיווחים עיתונאיים, דוחות של ארגונים לא ממשלתיים, ועוד).
- הפעלת סנקציות מכוח פרק 7 למגילת האו"ם – למועצת הביטחון יש לה יכולת להפעיל סנקציות זאת כאשר יש הפרה של הדין ההומניטרי.
- תביעות פיצויים – כאשר מדינה מפירה את הדין ההומניטרי המדינה הנפגעת יכולה להגיש תביעה פיצויים ב I.C.J.

טקסט מצגת מס' 9: זכויות אדם

הרקע להתפתחות אחרי מלמת עולם השנייה, אנו יודעים כי המשפט הבינלאומי החל להתפתח בתחילת המאה-17, עקרונית התפקיד של המשפט הבינלאומי זה לעסוק בחסים של מדינות, לכאורה זכויות אדם זה משהו פנימי ולא עניינם של המדינות האחרות, אולם עם השנים החל להתפתח שזה לא לגמרי עניין של מדינות ואחרי מלחמת עולם השנייה כאשר הנאצים עלו לשלטון והחלו בדיכוי זכויות אדם ופגעו באזרחים ומתנגדים של המשטר לרבות פגיעה בנכסים, חופש הביטוי, אז העולם שתק, כאמור עם הזמן התפתחה ההבנה שאסור לרודן לפגוע באזרחים של המדינה, לכן אחרי מלחמת עולם השנייה המסקנה הייתה כי המשפט הבינלאומי נדרש להתערב בזכויות אדם. לכן התפתחה ההבנה שיש להתערב משתי סיבות:

- 1) יש לכבד זכויות בני אדם ומחובת הקהילה הבינלאומית להגן על זכויות אדם
- 2) אינטרס שלנו כאזרחים, יתכן ומדינה מסוימת תוקפנית כלפי האזרחים שלה אז יתכן ותהיה תוקפנית כלפי מדינות אחרות.

I. רקע היסטורי

באופן מסורתי – הגנה על זכויות אדם נחשבה לעניין פנימי של כל מדינה שהמשפט הבינלאומי לא אמור לעסוק בו.

אחרי מלחמת העולם השנייה –

- * סעיף 1(3) למגילת האו"ם (1945) קובע כי אחת ממטרות האו"ם היא להשיג שיתוף פעולה בין מדינות בקידום זכויות אדם וחירויות יסוד לכל, ללא הפליה על בסיס גזע, מין, שפה או דת.
- * ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) (החלטה של העצרת הכללית)
- * אמנות זכויות האדם (שנות ה-60 ואילך).

בס' 1(3) קובע שיש לשמור על זכויות אדם. ואיך ?

הצעד הראשון אשר העצרת הכללית עשתה זה לנסח "ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם", אומנם זה לא מחייב משפטית, אך הייתה לזה משמעות 48 מדינות, וזה הצעד הראשון. הצעד הבא לאחר שינוי תודעתי זה לנסח אמנות מחייבות ולהזמין את המדינות להצטרף אליהם, כלומר לקחת את הזכויות אשר נמצאות בהכרזה ולהפוך את ההכרזה לאמנה, זה לא צלח בשל חוסר הסמכות על איזה זכויות יש להכניס, ובעיקר בשנות ה-50,60 החלה המלחמה הקרה אז העולם התחלק לשני גושים מערב (ארה"ב) אשר מאמן בחופש הביטוי, חופש הקניין אל מול הגוש הקומוניסטי אשר הגביל את חופש הביטוי וחופש התנועה והעיסוק.

לאחר זמן רב ניסוחו מספר אמנות:

II. אמנות מרכזיות

אמנות אוניברסליות כלליות:

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 (ICCPR) – 170 מדינות הצטרפו לאמנה.
האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות, ותרבותיות, 1966 (ICESCR) – 160 מדינות הצטרפו לאמנה.
חלק מהמדינות הצטרפו לאמנות האלו וחלק לא הצטרפו. עם השנים עוד מדינות הצטרפו ויש להם השפעה בגין אופן התנהלות המדינות. חשוב להגיד מעבר לכך ששתי האמנות האלו הם מרכזיות, יש עוד אמנות אשר מתמקדות באוכלוסייה ספציפית או זכות ספציפית כמו שיווין נשים, באמנות האלו לא נעסוק:

אמנות אוניברסליות ספציפיות:

האמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, 1965

אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, 1979

האמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס אכזרי, בלתי אנושי, או משפיל, 1984

האמנה לזכויות הילד, 1989

האמנה הבינלאומית להגנה על זכויות מהגרי עבודה ובני משפחותיהם, 1990

האמנה נגד העלמה כפויה של אנשים, 2006

האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, 2007

האמנות מסודרות לפי סדר כרונולוגי

אמנות אזרחיות כלליות:

האמנה האירופאית לזכויות אדם, 1950

האמנה האמריקאית לזכויות אדם, 1969

האמנה האפריקאית לזכויות אדם, 1981

האמנות האלו ייחודיות והם דומות לשתי האמנות הקודמות, מה שחשוב שלכל אמנה אזרחית כזאת יש בית דין אזרחי אשר מה שמייחד אותו כל אדם פרטי יכול לפנות לבית הדין ולטעון שהמדינה שלו פוגעת בו, הרי אמרנו רק מדינות יכולות לפנות לבית הדין ולתבוע מדינה אחרת. אך המנגנון עובד והאזרחים יכולים לפנות לבית הדין. אזרחי שאינו נמצא תחת אזור שיפוט בתי הדין לא יכול להגיש תביעה.

הזכות לקניין לא מופיעה באף אמנה כי המדינות הקומוניסטיות כמו רומניה התנגדו לכך. **נתמקד בשתי אמנות זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. הזכויות המוגנות:**

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966

* זכות לחיים – ס' 6 עלתה שאלה אם עונש מוות זה משהו שאסור לבצע, אך יש מדינות שיש בהם עונש מוות כמו ארה"ב, איראן, סין, בסופו של דבר נקבע במפורש כי עונש מוות אין איסור, אולם נקבעו הגבלות שצריך להיות מוטל בגין הפשעים החמורים ביותר, והעונש צריך להיות מוטל בצורה הומנית וללא עינוי, אסור להטיל על קטינים, נשים בהיריון, הוצאה למוות ללא תהליך משפטי, **עולה השאלה האם עונש מוות חל בזמן לחימה. למבחן חשוב לציין את סעיפי האמנה ראה אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות – חלק 1,2,3.**

* זכות לא לעבור עינויים – ס' 7 – לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או אכזריים. הפרשנות אשר מקובלת בעולם היא רחבה ביותר לא רק ניסויים רפואיים, אלא מניעת שינה במסגרת הליך חקירה או כאשר מחזיקה אדם בתנוחה שאינה נוחה, מכאן הנטייה בעולם שהפרשנות לעינויים היא רחבה ביותר.

* חופש מעבודות ומעבודות כפייה ס' 8 – למשל בארה"ב אנשים לוקחים עבדים ומשתמשים בהם לצרכים שלהם כמו בחוות, בד"כ יש סחר בשחורים ומוכרים אותם לבעלי עבדים. כיום לוב שהיא מדינה יחסית מתקדמת היא הפכה להיות מוקד נוסף לסחר בעבדים זאת בעקבות הנפילה של המשטר בלוב דבר אשר גרם לכנופיות לשלוט על החוק. סיבה שניה הואיל ולוב הפכה להיות נקודת מעבר מאפריקה לאירופה לשם קבלת מקלט: למשל עולים 200 אנשים ע"ג סירת גומי כאשר הכוונה שלהם להגיע לאירופה. מצב כזה של 10 עשרות אנשים וממתנים בלוב הפך אותם לאוכלוסייה פגועה ואותם כנופיות וסוחרי עבדים מנצלים אותם. **חוץ מזה כיום, יש סחר בנשים לשם זנות זו תופעה אשר התפשטה בכל העולם ב 30 שנים האחרונות. בישראל הייתה תופעה כזאת אך משטרת ישראל ב 10 האחרונות עצרה את התופעה כיוון שארה"ב דגלה בגישה של איסור סחר בנשים, ארה"ב קבעה מדינה שתעסוק בסחר זנות לא תקבל סיוע כספי, לכן ארה"ב אמרה לישראל אם לא תעצרי את הסחר בנשים אז לא תקלו סיוע. גם חיתון בכפיה, גם עבודות בכפיה בבתי הכלא שהם האסירים עובדים בעבודות כפיה קשות ובלתי נסבלות.**

* זכות לחירות ואיסור על מעצר/מאסר שרירותי ס' 9 – המשמעות היא בעיקר שלא ניתן לעצור אדם או לשים אותו במאסר ללא הליך שיפוטי הוגן.

* זכות לתנאי מאסר ומעצר ראויים ס' 9+ס' 10 – **מדוע הזכות הזאת מעוגנת באמנה כי הכי קל לפגוע באסירים בגלל המעשים שלהם, דבר שאינו אסור.**

* חופש תנועה וחופש להיכנס ולצאת ממדינה ס' 12.

* זכות לפרטיות ס' 17

* זכות לחופש מחשבה ומצפון ס' 18 – החופש שלי להחליט באיזה דת אני נמצאת.

* חופש דת ס' 18

* חופש ביטוי ס' 19

* חופש התאגדות ס' 22 – בד"כ למטרות פוליטיות או מקצועיות. למשל אריתריאה אסור להתאגד יחיד מעבר ל 10 אלא באישור של השלטון.

* זכות לחיי משפחה ס' 23 – למשל להתחתן עם מי שרוצים.

* זכות לבחור ולהיבחר וזכות לקחת חלק בחיים הציבוריים ס' 25

* זכותן של קבוצות מיעוט לשמור על דתן, שפתן, ותרבותן ס' 26+ס' 27. למשל בישראל קבוצות של מיעוט יכולים לשמור על המנהגים שלהם, בנוסף ס' 27 מהגן על הזכויות האלו. למשל חוק הלאום אשר ביטל את המעד של השפה הערבית משפה רשמית לשפה בעלת "מעמד מיוחד" בשל כך הוגשו מס' עתירות.

האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966

* זכות לעבוד ס' 6 – כלומר חלק מהחובות של המדינה לדאוג כי לאזרחים שלה תהיה עבודה וללא אבטלה.

* זכות לתנאי עבודה נאותים. ס' 7- כל המדינות צריכות לדאוג לעובדים כמו שכר מינימום, ימי מנוחה חופשה, הגבלה על ימי עבודה, לרבות בטיחות בעבודה.

* זכות להתאגד באיגוד מקצועי ולשבות ס' 8 – הכוונה לזכויות של עובדים כמו התאגדות לשם שביתה.

* זכות לביטחון סוציאלי ולביטוח סוציאלי ס' 9 – כמו ביטוח לאומי, לרבות שירותי סיעוד.

* הגנה על מוסד המשפחה ס' 10 – חופש להקים משפחה ולבחור עם מי להתחתן, חופשת לידה.

* זכות לרמת חיים נאותה (דיור, מזון, מלבושים ושיפור מתמיד בתנאי הקיום) ס' 11 – תנאי דיור, מזון הכוונה שהמדינה צריכה להבטיח לתנאים אלו.

* זכות לבריאות ס' 12- לרבות בריאות גופנית, נפשית. כמו להבטיח תנאי בטיחות וגיהות, לספק אמצעי הגנה נגד זיהומים.

* זכות לחינוך ס' 13 – מחייבת כל מדינה להבטיח חינוך יסודי, חינם
* זכות להשתתף בחיי התרבות וליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ס' 15

לסיכום, ניתן לראות כי יש הבדל בין זכויות אשר נמצאות באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות לבין האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות – הן זכויות שליליות, מדובר בשורה של זכויות שהמדינה לא צריכה להתערב בהן, או לפעמים קוראות להם זכויות מדור ראשון והכי חשובות וביססיות.

ואילו האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות – בעיקרן זכויות חיוביות, קרי המדינה צריכה לפעול באופן אקטיבי לרבות משלוח יד לכיס כמו להקצאות משאבים בכדי להבטיח את הזכויות האלו.

רוב האנשים חושבים כי הזכויות אזרחיות ופוליטיות הם חשובות ביותר מאשר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אולם הגישה כיום אומרים זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות יותר חשובות. מבחינת המעמד הבינלאומי הן באותו מעמד. רוב המדינות חברות בשתי האמנות. אבל ארה"ב לא הצטרפה לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בטענה שכל אדם חופשי לבחור אם הוא רוצה להיות עשיר או עני. ואילו ישראל כן הצטרפה לאמנה.

אולם ההבחנה הזאת לא מוחלטת וניתן לסייג אותה :

זכויות שליליות מול זכויות חיוביות

* האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות - זכויות שליליות (המדינה צריכה להימנע מלפגוע בהן). עם זאת, לפי סעיף 12(1) לאמנה, על כל מדינה חברה לכבד ולהבטיח (respect and ensure) את הזכויות המנויות באמנה.

הוועדה לזכויות אדם ובתי דין בינלאומיים שאלו אם עצמם מה זה אומר "לכבד ולהבטיח" ואז אמרנו מאחר וס' 12(1) קובע שכל המדינות צריכות לכבד ולהבטיח. לכבד=המדינה לא צריכה להפריע. להבטיח= זה משהו אקטיבי שהמדינה צריכה לעשות.

לכן אמרנו כי המדינה צריכה לפעול כדי להגשים את הזכויות כמו זכות לחיים למדינה יש חובה לדאוג לאכיפת החוק הפנימי ולהגן על האנשים מפני אסונות טבע, פושעים.

* האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות – זכויות חיוביות (המדינה צריכה להגן עליהן באופן אקטיבי).

עם זאת, סעיף 12(1) לאמנה קובע כי על כל מדינה חברה לפעול "עד כדי מירב המקורות העומדים לרשותה כדי להבטיח, בשלבים, את השימוש המלא בזכויות שהוכרו באמנה זו בכל האמצעים המתאימים".

בעצם הכוונה היא לפעול במידה רבה בהתאם ליכולות שלך, בשלבים ולא באופן מידי הרי נדרש להקצות משאבים לכך. האמנה בעצם קובעת מינימום ס' 12(1) קובע כי הזכויות צריכות להיות בהדרגה. המטרה היא לגרום למדינות להצטרך לאמנה.

נזכיר בכמה מילים אמנות אזוריות:

* האמנה האירופאית לזכויות אדם, 1950 – זכויות שליליות
האמנה האמריקאית לזכויות אדם (1969) והאמנה האפריקאית לזכויות אדם (1981) – גם שליליות וגם חיוביות.

בשתי האמנות האלו יש זכויות חיוביות ושליליות, האכיפה ברמה האזורית יותר אפקטיבית.

היקף התחולה:

עולה השאלה מי הם האנשים אשר כלפיהם המדינה מחויבת לפעול ?

סעיף 2(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

"על כל מדינה חברה לכבד ולהבטיח לכל האנשים הנמצאים בתחומה ואשר כפופים לסמכות השיפוט שלה (all individuals within its territory and subject to its jurisdiction) את הזכויות המנויות באמנה."

ניתן לראות כי האמנה חלה כלפי שתי קבוצות אנשים: תחום הריבוני של המדינה כמו מהגרי עבודה, תיירים, למשל אדם אשר נמצא באירוויזיון, וקבוצה השנייה האזרחים של המדינה.

תמיד יש בלבול במבחן אם יש אנשים שנמצאים במדינה והם לא אזרחים שלה תמיד האמנה תחול עליהם.

כפופים לסמכות השיפוט שלה – דיפלומטים אינם כפופים לסמכות השיפוט, הפרשנות המקובלת כי לא מדובר בתנאים מצטברים כלומר ההגנה נמצאים לכל האנשים שנמצאים בתחום הריבוני שלה ובתחום הסמכות השיפוט. למה הכניסו אנשים אשר כפופים לסמכות השיפוט ?

הכוונה לכל מי שנמצא תחת תחום השיפוט באופן אפקטיבי למשל אם המדינה שולט בשטח שנמצא מחוץ לשטח שלה, כמו מדינה אשר כובשת שטח זר, בעצם המדינה מחויבת לכבד את זכויות האדם מכוח האמנה. למשל הפלס' בגדה המערבית.

עוד דבר, בהקשר של סמכות השיפוט מה קורה כאשר מדינה מקימה מתקן מעצר מחוץ לשטח הריבוני שלה למשל מתקן המעצר אשר ארה"ב הקימה מחוץ למדינה כמו בעירק. לכן מדינות אשר שולטות בשטח מחוצה לשטח הריבוני שלה עדיין מחויבת לכבד את האמנה.

<- "כל האנשים הנמצאים בתחומה" – לא רק אזרחים אלא כל מי שנמצא בשטח הריבוני של המדינה (אלא אם הזכות נובעת מאזרחות).

<- "ואשר כפופים לסמכות השיפוט שלה" – האם זו דרישה נוספת או חלופית? העמדה המקובלת היא שמדובר בדרישה חלופית שיש ליישמה לפי "מבחן השליטה האפקטיבית".

סעיף 2(3) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות:

"מדינות מתפתחות רשאיות להחליט, תוך תשומת לב נאותה לזכויות האדם ולמצבן הכלכלי, באיזו מידה הן יערבו לזכויות הכלכליות שהוכרו באמנה זו לגבי בני אדם שאינם אזרחיהן."

אין באמנה הוראה מפורשת לגבי היקף התחולה. הפרשנות המקובלת מאמצת את תנאי התחולה של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (סייג לגבי מדינות מתפתחות: סעיף 2(3)).

אין ס' ברור אשר עוסקת בתחולה של האמנה, אולם יש את ס' 2(3) אשר קובע כי מדינות מתפתחות קרי מדינות ענייניות יש אפשרות להחליט את ליישם את האמנה ויש לה שק"ד אין להבטיח את הזכויות הכלכליות, חברתיות ותרבותיות.

הפרשנות המקובלת לשתי האמנות כי היקף התחולה חל כלפי כל מי שנמצא בשטח שלה, וגם בתחום השיפוט מבחן השליטה האפקטיבית.

מה המשמעות לגבי ישראל בנוגע לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות – ישראל מקבלת את הפרשנות, המדינה צריכה לדאוג להם. כמו פליטים, ומהגרי עבודה, לרבות זכות לבריאות. אולם ישראל, אינה מקבלת את הפרשנות שהיא צריכה לדאוג לאזרחים הפלס' אודות האמנה זכויות אזרחיות ופוליטיות, ואמנה זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

סייגים לתחולה:

סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

1) בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד לאמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן לפי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יעמדו בסתירה להתחייבויותיהן האחרות לפי המשפט הבינלאומי ולא יגרוו הפליה על בסיס גזע, צבע, מין, שפה, דת או מוצא חברתי.
2) שום גריעה מן הסעיפים 6, 7, 8(1), 8(2), 11, 15, 16, ו-18 לא תהא מותרת לפי הוראה זו.
3) מדינה המשתמשת בזכות הגריעה תודיע מיד לשאר המדינות בעלות האמנה, באמצעות מזכ"ל האו"ם, על ההוראות שמהן גרעה ועל הטעמים אשר הניעוה לגריעה זו.

* באמנה האירופאית לזכויות אדם ובאמנה האמריקאית לזכויות אדם מופיע סייג דומה לגבי שעת חירום

סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות:
מדינה רשאית לסייג את הזכויות הקבועות באמנה רק לפי חוק ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית.

* ברוב האמנות הספציפיות אין כל התייחסות למצב חירום. באמנה נגד עינויים יש הסדר שלילי.

III. מנגנוני אכיפה

א. מנגנונים יעודיים

1. מנגנונים פוליטיים

• מועצת זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Council) [החליפה ב-2006] את נציבות זכויות האדם של האו"ם (Human Rights Commission). כפופה לעצרת הכללית.

• אורגנים וסוכנויות מיוחדות של האו"ם שמקדמים זכויות אדם בתחומים מסוימים, כמו UNICEF, UNHCR, ILO.

• משרד הנציב העליון של האו"ם לזכויות אדם – OHCHR – מתאם בין הגופים השונים. כפוף למזכירות האו"ם.

2. ועדות אמנה [אמנות אוניברסליות כלליות וספציפיות]

ועדה לזכויות אדם (מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות); ועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות; ועדה למיגור הפליה גזעית; ועדה למיגור הפליה נגד נשים; ועדה נגד עינויים; ועדה לזכויות הילד; ועדה לזכויות עובדים זרים; ועדה לזכויות אנשים עם מוגבלויות; ועדה להיעלמויות כפויות.

תפקידי הועדות:

1. בחינת דו"חות תקופתיים
2. חיבור הערות פרשניות
3. בחינת תלונות בין-מדינתיות ואישיות (לחלק מהוועדות, ביחס לחלק מהמדינות החברות)

3. בתי דין לזכויות אדם [אמנות אזרחיות]

בית הדין האירופי לזכויות אדם – European Court of Human Rights
בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם – Inter-American Court of Human Rights
בית הדין האפריקאי לזכויות אדם – African Court of Human and People's Rights

ב. מנגנונים נוספים

ICJ

מועצת הבטחון של האו"ם

בית הדין הבינלאומי הפלילי

היחס בין דיני זכויות האדם לבין הדין ההומניטרי

דין הומניטרי חל במצבים הבאים:

1. סכסוכים בין-מדינתיים (תחולה מלאה)
2. סכסוכים פנים-מדינתיים (תחולה חלקית)

דיני זכויות אדם חלים במצבים הבאים:

1. סכסוכים פנים-מדינתיים (תחולה מלאה)
2. סכסוכים בין-מדינתיים (תחולה חלקית – מבחן השליטה האפקטיבית)
3. תקופות שלום

=> שתי מערכות הדינים יכולות לחול במקביל על אותה סיטואציה.