

חלק ראשון: תפקידו, מעמדו ומקורותיו של המשפט הבינלאומי

יחידה 1: הגדרת המשפט הבינלאומי ותפקידו בקהילה הבינלאומית

מהו המשפט הבינלאומי? מערכת של כללים שאפשר למצוא אותה בעיקר באמנות, מנהג (מתפתח לאורך שנים) שמנסה ליצור כללים אחידים בין המדינות כאשר המטרה המרכזית היא להסדיר את המערכת בין המדינות (זכויות וחובות ביניהן). בהתחלה המשפט הבינלאומי התייחס למשפט מבחינה החיצונית בין מדינות, במהלך השנים הדברים השתנו והיום המשפט הזה מסדיר את הכללים בתוך המדינה, איך המדינה מתייחסת לאזרחים שלה. במשפט הבינלאומי לעומת משפט מדינתי (היעדרו של מודל שלוש הרשויות) הממשלות הן גם אלה שיוצרות את רוב החוקים (מחוקקות) באו"ם ובנוסף הן גם אחראיות על הביצוע באמצעות סנקציות ואכיפה ואין ממש רשות שופטת, יש בתי משפט בינלאומיים אבל זו לא מערכת שיפוטית היררכית הבנויה בצורה שמכירים. אין תקדים משפטי מחייב.

הממשלות הן גם הגורם המחוקק במשפט הבינ"ל וגם הגוף המבצע. יש בתימ"ש בינלאומיים אבל זו לא מערכת שיפוטית היררכית, אין להם את הרעיון של תקדים משפטי מחייב. זה שונה מהמשפט המדינתי. מדובר יותר על יחסים משפטיים בין המדינות ולא מערכת משפטית ביניהן.

התפתחות המשפט הבינ"ל: נוצר במאה ה-17. כיום עיקרון הריבונות שונה. כל מדינה טוענת לריבונות. מבחינה משפטית לא אמור להיות למדינה יתרון משפטי על מדינה אחרת. כל המדינות שוות מבחינה פורמלית ולאף מדינה אין אפשרות להתערב בעניינים של מדינה אחרת. ההחלטה שכל מדינה היא ריבונית היא כדי למנוע מלחמות בין המדינות. לפחות עד תחילת המאה ה-20 העיקרון היה שכל מדינה לעצמה וזה מה שמיגר את תופעת המלחמות. עפ"י המשפט הבינ"ל הפומבי למדינות יש זכויות (שהשתנו עם השנים). קיימת מערכת כללים מוסדרת שיוצרת סדר בין המדינות. למשל: דיני סחר, דיני שיט, כללים שמסדירים יחסים דיפלומטיים בין מדינות. בתקופה זו המשפט הבינ"ל הוא בעל מעמד שלילי.

מהמאה ה-20 חל שינוי במשפט הבינ"ל הפומבי: מלחמות, גידול במספר המדינות, התפרקות אימפריות למדינות קטנות. לכן, התפתחה הבנה שכדאי ליצור מנגנוני אכיפה ושיתוף פעולה בין המדינות כדי למנוע מלחמות. חלו אמנות בין מדינות שהגנו על קבוצות מיעוט. הרציונל היה שמדינה שלא מכבדת את הזכויות של אזרחיה היא מדינה מסוכנת ליחסים בין המדינות האחרות. הוקם בית דין בינ"ל לצדק.

משפט או פוליטיקה - ישנה טענה שזו לא מערכת משפטית אמיתית. למערכת המשפטית הזו יש כללים, ערכאות שיפוטיות, מנגנוני אכיפה (לא תמיד אפקטיביים).

מדוע מדינות מצייתות? - המשפט הבינלאומי כן משפיע עלינו. למדינות יש אינטרס כי הן חוששות מסנקציות בינלאומיות, תמריצים שמדינות נותנות למדינות אחרות כמו ארה"ב במאבק בסחר בבני אדם.

יחידה 2: מקורות המשפט הבינ"ל

במשפט הבינ"ל יש את סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק. בית הדין הבינ"ל לצדק זוהי הערכאה הכי גבוהה. בית הדין הוקם עם האו"ם ובו מדינה אחת יכולה להגיש תביעה כלפי מדינה אחרת עקב הפרה של החוקים. מקובל להתייחס לסעיף 38 כמקור מחייב. סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק - נוהג לפי:

- **אמנות בינ"ל**
- **המנהג הבינ"ל** - פרקטיקה שמתבצעת ברוב המקומות ובד"כ לא רשומה במפורש, לא בחוק. זהו סוג שונה של מקור. המנהג הוא מתוך הסכמה של כלל המדינות.
- **עקרונות המשפט הכלליים** - קשה לזיהוי, זהו מקור משלים זה כמו פנייה לעקרונות הצדק והיושר של מד". משתמשים בו כשיש לקונה או חוסר, כשלא מוצאים תשובה באמנה או מנהג. זהו מקור בעייתי כי קשה לדעת. מעשה בית דין - החלטה סופית שלא ניתן לערער עליה. כללים בהכרעה בין נורמות משפטיות. אם יש שני חוקים שמתנגשים ביניהם - זהו כלל משלים שהחוק קודם גובר. גם במשפט הבינ"ל רואים איזה עקרונות משפטיים כלליים קיימים בכל מיני מדינות. (בד"כ בתימ"ש לא משתמשים בזה אלא באמנות או במנהג). כשיש כלל זה מחייב.

• **החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים** - סעיף זה אומר לנו איך אנחנו מוצאים את הכללים המחייבים. שני המקורות המנחים הם: הראשון- החלטות של בתי דין/ בתי משפט. החלטה של בית דין בינ"ל לא מחייבת. אין דבר כזה תקדים מחייב. אם יש סכסוך בין מדינות ונקבע משהו זה לא מחייב מדינות אחרות אלא רק את אותם צדדים (רק אותן מדינות). למרות זאת שזה לא מחייב, נעשה הרבה שימוש כאמצעי עזר בהחלטות של בתימ"ש שנקבעו כדי ליצור חוקים חדשים.
(מפורט במצגת)

מתעוררת שאלה האם יש היררכיה בין המקורות הנ"ל? התשובה היא שכעיקרון אין ביניהם היררכיה, שלושתם מחייבים חוץ מהרביעי. השלב הבא שאחרי שנעזרים בכללים הללו, מה שבד"כ יגבור זו האמנה שהיא יותר ספציפית ומנוסחת בדיוק יותר לעומת מנהג. המנהג הוא למשך עשרות שנים אך אם יש התנגשות בין האמנה למנהג האמנה תגבור כי יש לה תוקף חזק יותר וכך גם המנהג יגבור על עקרונות המשפט הכלליים. פונים אל המקורות לפי הסדר: קודם אמנות, אח"כ מנהג ואז לעקרונות משפט כלליים.
העיקרון עליו מבוססות המדינות הוא עיקרון ההסכמה- כדי שמדינה תהיה מחויבת לאיזשהו כלל של המשפט הבינ"ל היא צריכה להסכים לו. למשל **בעניין האמנה**- יש למדינה זכות לבחור אם להצטרף לאמנה מסוימת, אם הצטרפה היא חייבת לעמוד בדרישות: בחובות ובזכויות. יש פרוצדורות לפרישה מאמנה.
אם מדינה מצהירה שהמנהג לא מקובל עליה היא לא מחויבת אליו, כל עוד לא התנגדה זה נחשב שהיא הסכימה לו. לפעמים ההסכמה היא ע"י שתיקה. אם מדינה מפרה את המנהג יש לזה השלכות.

אמנה:

בית דין בינ"ל פלילי- עוסק בהפרות פליליות.
ICJ- עוסק בהפרות כלליות- המדינות מסכימות ביניהן בהסכם בינ"ל על חובות וזכויות ביחס בין המדינות ולכן זו נקראת אמנה. הצדדים קובעים באמנה כללים ביניהם למשל באלו נשקים מותר לפגוע, באלו אזורים ניתן לפגוע. בנוסף, הם יוצרים ביניהם מנגנונים לפיקוח, מנגנונים לאכיפת החוק.
אמנות זכויות האדם- התחייבו לכבד זכויות אדם ולפקח על הציות של המדינות לאמנה ולהגיש דוחות תקופתיים לאותן ועדות שידעו מה קורה במדינה, אם אותה מדינה מפרה את האמנה. למדינות קשה לדעת מה קורה אחת אצל השנייה אז מקימים כל מיני מנגנונים כאלו. רוב האמנות בעולם הצדדים להן- הן מדינות אבל חלק מהאמנות הצדדים להן- זה ארגון בינ"ל. יכולים להיות הסכמים בין אמנות דו צדדיות אך יכולים להיות הסכמים בין אמנות רב צדדיות שהם בעלי השפעה רחבה יותר, נורמה כללית יותר שדומה לחוק מאשר הסכמים ספציפיים.
רישום אמנות- סעיף 102 charter קובע שמי שרוצה לראות את החוק צריך לפנות לרשומות ששם מפורט החוק. מזכירות האו"ם מנהלת רישום של כל אמנות האו"ם. אם מדינה לא רשמה את האמנה במזכירות האו"ם היא לא תוכל להסתמך על זה ולתבוע את הזכויות שלה בICJ.
רה"מ הוא זה שמוסמך לחתום על האמנה.
אמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969 ("אמנת האמנות")
האשרור מחייב הצבעה של הרשות המחוקקת.

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

קודם המדינה חותמת על אמנה ואז היא מאשררת, לאחר האשרור היא הופכת להיות חברה באמנה. המדינה עושה איזשהו "זיכרון דברים" ואומרת שהיא רוצה להצטרף לאמנה אך לפני שהיא לוקחת התחייבות במישור הבינ"ל רוצים לראות שהיא מספיק רצינית. "זיכרון הדברים" זה ליצור איזושהי רצינות וגם בגלל שלפעמים בשלב הראשוני קשה לשכנע מדינות להצטרף לאמנה, נגיד בנושא שכל מדינה מקבלת מכסה מסוימת של פליטים זה בשביל ליצור איזושהי חלוקת נטל ביחס מסוים למצב הכלכלי שלה ורוצים ליצור מן אמנה כזאת. לכן, קודם כל מחתימים על איזושהי נכונות, הצהרת כוונות של המדינות ללא התחייבות. גם אם המדינה התחייבה לאמנה זה לא מחייב אותה במישור הבינ"ל. לפעמים יש מדינות שהליך האשרור חשוב להן בגלל שהאשרור נעשה ע"י הרשות המחוקקת שכפופה להסכמת הרשות. המדינה יכולה לקחת חלק בנוסח התיקונים שצריך לגבש לאמנה אבל זה לא אומר שהיא מחויבת לכל הוראות האמנה. אמנת וינה קובעת שברגע שמדינה חתמה על אמנה וגם אם לא אשררה אסור למדינה לעשות פעולות שחותרות תחת האמנה. בעיקרון המדינה לא מחויבת גם אם היא חתמה ולא אשררה.

ברוב האמנות הרב צדדיות נקבע שהאמנה הזו נכנסת לתוקף רק כשמש' מינימלי של מדינות יאשררו אותה. כל עוד לא היה מס' מסוים של מדינות שביצעו אשרור, האמנה לא בתוקף. המדינות שאשררו יהיו מחויבות באמנות. המדינות רוצות להפעיל לחץ על מדינות אחרות. כניסת אמנה לתוקף מותנת באשרור של מס' מסוים של מדינות. סעיף 18 לאמנת וינה – אם מדינה חתמה ולא אשררה יש זמן סביר שעובר וזה ברור שהיא לא מתכוונת לאשרר ואז היא לא מחויבת.

סעיפים 19-23 לאמנת וינה מסדירים את הנושא של הסתייגות מאמנה – המדינות מוכנות להתחייב לאמנה אבל הן מסתייגות מסעיפים מסוימים, מחלק מההוראות שלה. יכול להיות שיש מס' מדינות שכל מדינה מסתייגת מהוראה אחרת. למה מאפשרים את זה באמנות רב צדדיות?

כשמדינה מסתייגת זה כפוף לעיקרון ההדדיות, ההסתייגות משחררת את המדינה המסתייגת מהחובה שקבועה בהוראה שממנה הסתייגה אבל בו זמנית היא משחררת מדינות אחרות ממילוי החובה מההוראה ממנה היא מסתייגת. ברגע שמדינה מסתייגת מאותו סעיף או מאותה הוראה גם המדינות האחרות לא חייבות בה, הן צריכות לכבד את זה, יש את עיקרון ההדדיות. כל מדינה יכולה להתנגד להסתייגות ולהגיד למה היא מתנגדת. למדינות אין חופש מוחלט להסתייג מההוראות שבאמנה.

סעיף 19 באמנת וינה מטיל מגבלות על הזכות של מדינה להסתייג מההוראות האמנה – (במצגת)

סעיפים 31-32 באמנת וינה – פרשנות אמנה – מפרשים את ההוראות.

סעיף 63 לאמנה – ניתוק יחסים דיפלומטיים

סעיפים 53 ו-64 – נורמות קוגנטיות – אי אפשר להתנות עליהן, לא ניתן להורות הוראה באמנה שנוגדת נורמה קוגנטית. אם יש אמנה שעומדת בסתירה או אחת מההוראות שבה עומדת בסתירה לנורמות הקוגנטיות האמנה בטלה.

מנהג:

מנהג בינ"ל הינו נוהג כללי שנתקבל בבחינת דין שמחייב מדינות.

צריך לחפש יסוד עובדתי/ יסוד פיזי ויסוד נפשי.

1. **היסוד העובדתי** – הרישא של ההגדרה של המנהג הכללי. "נוהג כללי" מתאר יסוד עובדתי. נוהג כללי =

פרקטיקה, נוהג מחייב שהמדינות דבקות בו. היסוד העובדתי, הפיזי כולל שלושה היבטים:

- הוא צריך להיות **כללי** – שכל המדינות עושות זו. למשל: החובה להימנע מפגיעה באוכלוסייה אזרחית בזמן מלחמה. אם יש פרקטיקה של שימוש במי ים, מים טריטוריאליים ומים בינלאומיים ואז יש חוקים במשפט הבינ"ל למדידת המים ולחלוקת המים בין המדינות. בוחנים את המדינות הרלוונטיות למצב. "כללי" הכוונה שיהיה רוב של מדינות שיהיו רלוונטיות לפרקטיקה.

- הוא צריך להיות **ממושך** – צריך לבחון את זה בצורה ממושכת. צריך לראות שהמדינות מאמצות את הפרקטיקה לאורך זמן אך דרישת הזמן אינה מוגדרת. לפעמים בודקים 50 שנה אחורה אך יש מקרים שיש התפתחות נורא מהירה. צריך לבדוק כמה אינטנסיבית הפרקטיקה. כדי שיתגבש איזשהו מנהג בינ"ל מחייב צריך לראות שהרבה מדינות דבקות במדיניות הזו לאורך זמן באופן דבקני.

- **עקביות** – דין מנהגי שקיים במשך מאות שנים בשטח הבינ"ל, למשל לא מנעו מאוניות של מדינות מסוימות לשוט. עקביות זה לא שהמדינות עושות את הכלל הזה כל הזמן, זה עדיין לא אומר שלא מתקיימת דרישת העקביות.

היסוד העובדתי הוא לא מספיק.

2. **היסוד נפשי** – "שנתקבל בבחינת דין" = צריך להתלוות לזה יסוד נפשי. זה שהמדינות עושות את זה

מתוך הכרה שבאמת מדובר בכלל משפטי מחייב, לא רק כי הן רוצות או לא רוצות לפעול לפי הכלל. צריך להראות שמדינות פועלות לפי פרקטיקה מסוימת לאורך זמן. למשל: האיסור על שימוש בכוח נגד מדינה זרה. המדינות לפעמים מפרות את זה אך ביסוד הנפשי לפעמים כשהן מפרות את זה, הן מכחישות את ההפרה כי מבחינת יסוד נפשי הן מכירות בכלל שצריך לפעול לפיו.

יש כלל של הדין המנהגי שאוסר על עינויים – אסור לענות אסירים וכו'. בפועל, אנחנו יודעים שהרבה מדינות בעולם משתמשות בפרקטיקה של עינויים ואז הן או מכחישות (כי הן מכירות בכלל) או מנסות להצדיק בהתאם למה שהוכר כחריגים לכלל.

יש איזון בין היסוד הפיזי ליסוד הנפשי. ביהמ"ש בוחן הרבה התנהגויות של מדינות, את היסוד הנפשי לפי התכתבויות בין מדינות, מסמכים ואם הוא רואה שיש מדינות שפועלות עפ"י המנהג.

ברגע שנוצר מנהג הוא מחייב את כלל המדינות. אם רואים שלמשל 50 מדינות פעלו לאורך זמן עפ"י הכלל המנהגי המחייב. נציגים דיפלומטיים חסינים מההפרות אם העמידו שגריר של מדינה מסוימת לדין. לעומת מנהג שמחייב את כלל המדינות, אמנה מחייבת רק את המדינות שהצטרפו אליה.

מדינה חדשה שהצטרפה טוענת שהיא לא מחויבת למנהג הכללי הבינ"ל אבל היא עדיין תהיה מחויבת למרות שלא הייתה שותפה בעשיית המנהג. אבל יש חריגים: אם מדינה תטען שהיא כן ביצעה עינויים אבל היא לא יודעת שקיים איסור אז יבדקו את רוב מדינות העולם, איך הן פועלות ואם הן לא מענות אנשים כי הן מודעות לזה שזה אסור ורואים את זה לפי ההתכתבויות שלהן ואם הן מענות הן מתרצות וזה עדיין לא מספיק לאותה מדינה בשביל להגיד שהיא לא מפרה את המנהג. צריך שזה יהיה בצורה ממושכת ועקבית ושזה יבטא את היסוד הנפשי בשביל שיהיה מנהג כללי. בפסיקות של בתי"ש זה כלי עזר לבדוק את הדין ולבדוק את הפרקטיקה של המדינות ואז מסתמכים על המנהג ולא על הפסיקה כי רואים שקיים מנהג.

סעיף 38 (ד)- עוזר לזהות האם באמת נוצר מנהג או לא. מדינה יכולה להגדיר את עצמה כמתנגדת עקבית למנהג וזה אומר שברגע שהיא מזהה מנהג עקבי היא מצהירה במפורש שהיא מתנגדת אליו והיא צריכה להתנגד בסמוך להתגבשות המנהג, כשהוא חדש עדיין. רק אם היא מצהירה באופן עקבי וברור היא יכולה לצאת מזה. כל עוד מדינה לא אמרה באופן אקטיבי שהיא מתנגדת למנהג היא תיחשב למדינה שהסכימה בשתיקה ותיחשב כמדינה שהמנהג מחייב אותה. זה מאוד נדיר לראות שמדינות מתנגדות למנהג, הן לא תמיד מודעות. זה הורס את המוניטין ויש עלויות מבחינה פוליטית אם מדינה מתנגדת למנהג. מדינות לא תמיד עוקבות אחר הפרקטיקות ולכן זה מוזר לראות מדינה שמתנגדת בצורה עקבית. לכן כשלאחר 50 שנה מדינה מפרה את המנהג באים אליה בטענות כי זה מחייב את כולן.

במשפט הבינ"ל כל מה שמחייב את המדינות זה נורמות כלליות: באמנה, המדינה צריכה להחליט שהיא מצטרפת לאמנה- הסכמה אקטיבית אך לעומת זאת, במנהג זו הסכמה פסיבית, היא לא חייבת להגיד שהיא מסכימה, מספיק שהיא לא תתנגד לכך. המנהג נוגד את עקרון הריבונות לעומת האמנה.

החסרונות העיקריים של המנהג כמקור משפטי מחייב:

- **הסכמה פסיבית/ משתמעת**- בעייתי לחייב מדינות במנהג שלא הסכימו לו, מצד שני לא צריך הסכמה אקטיבית בשביל שהמדינה תהיה חייבת במנהג. אין צורך בהסכמה אקטיבית.
- **עמימות**- לא תמיד ברור האם היה מנהג מחייב או לא, האמנה למשל הרבה יותר ברורה ממנהג, צריך לבחון האם באמת היה מנהג לעומת האמנה. בודקים מה המנהג אומר, האם יש מנהג דומה ומה התוכן שלו.
- **כשל לוגי**- ביצירת מנהג ובתהליך שינויו. צריך שמס' מדינות יבחרו במנהג בהכרה נפשית. כדי לכבד מנהג צריך לראות שלאורך זמן מדינות רבות לא הפרו את המנהג ועשו זאת מתוך הכרה נפשית שזה כלל מחייב. חסינות דיפלומטית= נחשבת ככלל מנהגי. חסינות מדינות= אזרח לא יכול לתבוע מדינה זרה, זה כלל מנהגי.

הליכי קודיפיקציה: מדינות מתחילות לעגן את המנהג באמנות עפ"י חוק, זה פותר את בעיית העמימות אך לא פותר את בעיית אי ההסכמה כי זה שנוצרה אמנה זה לא פותר את הקושי בכל הנוגע להסכמה. זה שנוצרה אמנה זה לא משנה את החיוב למנהג. אם מדינה הצטרפה לאמנה והמנהג הוא לא חלק מהאמנה שהצטרפה אליה, למשל: מד"י הצטרפה לאמנת ז'נבה אך לא הצטרפה להוראות הפרוטוקול, לתוספות, אם ההוראה מחייבת דין מנהגי אז זה מחייב כי זה היה קיים כמנהג לפני.

הבחנה בין שני סוגים של אמנות או בין שני סוגים של הוראות שקיימות באמנות:

- **סעיפים דקלרטיביים**- כל מדינה מעגנת כללים חדשים שמחייבים מדינות שלא הצטרפו לאמנה.
- **אמנות קונסטיטוטיות**- מסדירות תחום כלשהו שלא הוסדר או שמחליטים על משהו שאסור שלפני זה לא היה אסור. יכול להיות שאם יש אמנה הכלל בה יהפוך למנהגי עם הזמן. ואז ניתן לחייב מדינה שלא חברה באמנה, גם מדינה שלא הצטרפה לאמנה תהיה מחויבת לאותו כלל מכוח המנהג. מד"י לא מכחישה את חובתה לדין המנהגי. החשיבות של דין מנהגי שמדינה שלא הצטרפה לאמנה יכול להיות שמחויבת מכוח המנהג ולפעמים מדינה הצטרפה לאמנה אך טוענת שהאמנה לא חלה בנסיבות מסוימות. יש נורמות שנוגעות לדיני כיבוש שהן נורמות מנהגיות ויש נורמות שקבועות באמנת ז'נבה ויש כאלה שמעוגנות בפרוטוקול של האמנה.

סעיף 38- אמנה, מנהג, עקרונות המשפט הכלליים.

עקרונות המשפט הכלליים:

הכוונה הייתה שאם אנו מזהים שיש כללים משפטיים מסוימים שנוגעים למשל לפרוצדורות למשל שלבעלי דין צריכה להיות זכות טיעון או שצריך לקבל החלטות שיפוטיות ללא ניגוד עניינים. גם לגבי הכרעה לגבי דינים סותרים, למשל שתי אמנות שכל אחת אומרת משהו אחר. אז דין מאוחר גובר על דין מוקדם. מעשה בית דין = שאין לערער על ההכרעה של בית דין בינ"ל. אם לא כתוב במקום על הקדימות בין הדינים, אז פונים לעקרונות משפט כלליים ובודקים מה רוב מדינות העולם עושות במצב שכזה. לא מדובר פה על מנהג, על נורמות מהותיות, מדובר בעיקר על כלליים פרוצדורליים, על לקונה ובודקים על כללים שעוזרים לתפעל את מערכת המשפט.

מקורות נוספים:

מעבר לשלושת המקורות המחייבים של המשפט הבינ"ל: אמנה, מנהג, עקרונות משפט כלליים יש מקורות נוספים.

מקורות מחייבים - החלטות מחייבות של ארגונים בינ"ל. מועצת השרים של האיחוד האירופי- מכנסים את כל המדינות החברות, הארגונים האלה יוצרים כל הזמן אמנות חדשות. זו עוד דוגמה למקור בינ"ל. יש ארגונים מסוימים שיש להם כוח לקבל החלטות שמחייבות את המדינות האחרות למשל מועצת הביטחון של האו"ם שמורכבת רק מ- 15 מדינות והן יכולות לקבל החלטות שמחייבות את כלל מדינות העולם החברות באמנה. **מקורות לא מחייבים** - "נורמות רכות" - החלטות לא מחייבות. יש להחלטות אלו משקל מסוים גם אם הן לא מחייבות. זה מזכיר את מגילת העצמאות של מד"י שיש לה תוקף אבל היא לא מחייבת.

יחידה 3: התנגשות המשפט הבינ"ל במשפט המדינתי

לפי החוק במד"י יש הבדל בין איך נקלט מנהג בדין הפנימי לבין איך נקלטת אמנה בדין הפנימי. כשיש מנהג בינ"ל שהתגבש ע"י היסוד הנפשי והעובדתי שנדרש הוא נקלט במשפט הישראלי באופן אוטומטי, גם אם לא ניתנה הסכמה באופן מפורש, בתי הדין הישראליים אמורים לפסוק עפ"י המנהג שהתגבש אלא אם כן יש סתירה מוחשית בין המנהג שהתקבל לבין חוק שקיים. אם יש סתירה בין מנהג בינ"ל שהתגבש לבין החוק אמורים לפסוק לפי החוק. זה נכון מבחינת איך מסתכלים על זה בתיהמ"ש הבינ"ל. יש ערכאות של בתי דין בינ"ל בהם ישראל יכולה להידרש לעשות החלטה מה עולה על מה. אם זה נדון בבימ"ש בישראל זה לפי החוק הישראלי. אם זה בבימ"ש ישראלי לרוב העתירות נופלות לסמכות בג"ץ אבל לא תמיד. אמנה נקלטת באופן שונה ממנהג: הנציג של המדינה חותם בשם הממשלה על האמנה, מתחייב ומראה נכונות לקיים את התוכן של אותה אמנה ואז נלקח כתב האמנה בחזרה לכל מדינה ומדינה והאמנה עוברת תהליך של אשרור. במד"י הממשלה מאשררת ובגלל זה אמנה גם אם נחתמה ואושררה היא לא נקלטת אוטומטית בחוק הישראלי כי כדי להיקלט היא צריכה לעבור הליך של חקיקה בכנסת. רק כאשר האמנה הספציפית שאושררה ונקלטה בחוק הישראלי ע"י חקיקה מפורשת בכנסת בתיהמ"ש מחויבים לפסוק עפ"י אמנה זו.

דרכים אפשריות לקליטת אמנות בדין הפנימי:

איך קולטים אמנות בחוק הישראלי?

- אפשרות אחת- **אפשר לנסח חוק שקולט את האמנה בחוק ספציפי** ואז יש לאמנה מעמד של חוק וחוזרים על הוראות האמנה בגוף החוק עצמו וניתן לצרף את האמנה כלשונה. למשל: **חוק אמנת האג- חוק להחזרת ילדים חטופים**. זה חוק שלקחו את האמנה כמו שהיא וחוקקו אותה כחוק.
- אפשרות שנייה- **יש אפשרות לקבוע חוק ולומר שבתחום מסוים כל אמנה שישראל מצטרפת אליה בתחום זה הוא יהיה במעמד של חוק**. למשל כל אמנה שקשורה למשפט בינ"ל פלילי, דין הומניטרי או אמנה שקשורה לזכויות אדם. למשל: **סעיף 36 לפקודת הדואר**- המדינה תהיה אחראית להעברת דואר בינ"ל, לא משנה מה תהיה האמנה המחייבת הולכים לפי אמנה שהיא בתוקף באותה שעה.
- אופציה שלישית- **ניתן להסמיך שר בחוק שיסמיך חקיקת משנה שתיתן תוקף לאמנה שישראל הצטרפה אליה למשל: חסינות של ישראל במשפטים בינ"ל**. גם בלי קליטת האמנות בחוק ספציפי יש סמכות לקלוט אמנות.

דוג': ביהמ"ש העליון נדרש להכריע בסוגיות של החלת אמנות ומנהג, איך פוסקים לפי הדין הישראלי? לפי שנים הוגש בג"ץ ע"י אגודה לזכויות האזרח ושלושה פלסטינאים שחלקם תושבי הגדה וחלקם תושבי עזה- **בג"ץ אפ**- אותם שלושה עותרים שעתרו עם האגודה גורשו ע"י הצבא מהטריטוריה שגרו בה. טענתם הייתה

שישראל חתמה על אמנת ז'נבה ואשררה אותה, אמנה שעוסקת בהגנה על אזרחים ישראלים ויש שם סעיף שאומר שאסור להעביר אוכלוסייה אזרחית משטח כבוש לכל טריטוריה אחרת. העברה אוכלוסייה של מוגנים יחידים או הוגנים וכן גירושם של מוגנים משטח נכבש לשטחה של המדינה הכובשת או לשטחה של כל מדינה אחרת ויהי המניע אשר יהיה. הסייג בסעיף אומר שמותר לפנות אוכלוסייה אזרחית מוגנת במקרה שזה נדרש להגנתם של אזרחים אחרים או שיש צורך בטחוני מאוד גדול. ביהמ"ש דחה את העתירה בגלל שאמר שהפרשנות של הסעיף, החוק למעשה מנסה למנוע גירושם כמו שהיו במלחמה"ע השנייה ובא להגן על אוכלוסיות אזרחיות והוא לא נועד להגן דווקא על אינדיבידואלים מסיבות ביטחוניות פרטניות שכאלה. מטרת החקיקה של סעיף 49 היא למנוע גירוש של אוכלוסיות מוגנות וזאת הסיבה שלא קיבלו את הפרשנות של העותרים ודחו את העתירה. דעת המיעוט לפי השופט באך: לא קיבל את הפרשנות לפי כל ההרכב, אמר שסעיף 49 כן חל גם על אינדיבידואליים לפי אופן הרישום של הסעיף שמדבר על העברה או גירוש של יחידים שאסור לעשות זאת לא משנה מה הנסיבות והאיסור כולל גם גירוש יחידים. למרות שבג"ץ קיבל את הפרשנות הוא עדיין דחה את העתירה כי אמר שלאמנת ז'נבה הרביעית אין תוקף מנהגי, היא לא מנהגית אלא רק הסכמית, ישראל כאמור חתמה ואשררה אותה אך האמנה לא נקלטה בחוק ע"י הכנסת ולכן, היא לא מחייבת את בית הדין. ישראל לא מחויבת כביכול לסעיף 49 כי מעולם לא נקלטה האמנה הזו בחוק ומכיוון שהיא לא מנהגית היא לא מייצגת מנהג בינ"ל ואז הוא דחה את העתירה.

חזקת ההתאמה הפרשנית- הדין הישראלי אמור לעלות בקנה אחד עם הדין הבינ"ל. בתיהמ"ש אמורים למצוא חפיפה בין שני הדינים. זה רלוונטי למנהג. כשיש סתירה החוקים עומדים מעל המנהג אך אפשר לפרש את החוק הישראלי בהתאם למנהג הבינ"ל. הרבה פעמים גם אם האמנה לא נקלטה במפורש בתיהמ"ש אמורים לפרש את החוק הפנימי בקנה אחד עם האמנות שהתקבלו. ישראל כפופה לאמנה, למנהג וגם לדין. מערכת בתי המשפט אמורה לפרש אותם בחקיקה גם אם בישראל לא חייבים להתייחס להוראות האמנה כי היא לא נקלטה בחוק אבל הם חייבים לעשות התאמה ביניהם ככל שאפשר.

אם יודעים שמדינה תקפיד על הדין הבינ"ל למשל על הפרות של הדין ההומניטרי, פשעי מלחמה בהליכים הפנימיים שלה, הערכאות הבינ"ל פחות יתעניינו כי יודעים שהיא פועלת לפי הדין הבינ"ל. ברגע שמדינות אחרות רואות שאנחנו כמדינה מכבדת את הדין הבינ"ל ומחילה אותו ושופטת לפיו יהיה יותר קל לשכנע מדינות אחרות לכרות איתנו אמנות. סיבה נוספת: סיבה פנימית, גם לממשלות וגם לבתי משפט קל להגיד שהאופן בו הם פוסקים זה לפי הדין הבינ"ל.

בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (הסדר כבילה של עובדים זרים)- מספר ארגונים ובראשם ארגון קו לעובד הגישו עתירה לבג"ץ בנוגע להעסקת עובדים זרים. פעם היה הסדר כבילה- עובד זר היה מקבל היתר לעבוד בישראל וכשהיה מקבל אשרת עבודה בדרוכן היה נרשם שם המעסיק, העובד עבד אצל אדם אחד ואז ניצלו ופגעו בזכויות העובדים שלו כי אותו עובד לא יכול היה ללכת למעסיק אחר ונוצר מצב שלמעשה עובדים זרים שקיבלו היתר ועבדו בעבודה סיעודית שנפטר האדם שטיפלו בו היו ישר מגורשים מישראל. הייתה פגיעה בזכויות אדם וזה סתר גם את הדין הבינ"ל. ביהמ"ש קבע בהקשר של הדין הבינ"ל שזכותו של הפרט לקבל על עצמו עבודה מרצון או מחופש מכוח הדין הבינ"ל. סעיף 6- מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותו של האדם לעבוד בכל שיחפוץ. ביהמ"ש אמר שהסדר הכבילה מונע מאדם להשתכר ולעבוד באופן חופשי. עבודה באופן חופשי מעוגנת באמנה בדבר זכויות כלכליות וחברתיות. ביהמ"ש אמר שאמנות אלו לא נקלטו במשפט הפנימי באמצעות חקיקה. לכאורה, הן אינן יוצרות חיוב במישור זה, הן לא מחייבות כי הן לא נקלטו בחקיקה אך הן הפכו לאופן מנהגי. לא משנה אם מדובר באמנה או במנהג, מקובל על הכל כי מצויים אנחנו לפרש את כל החוקים הקיימים, האישרים שמד"י נתנה במקרה הזה באופן העולה בקנה אחד עם הסכמים בינ"ל. שר הפנים כשאמר שנתן היתרי עבודה לעובדים זרים חייב עדיין לעמוד בהתאמה למחויבות הדין הבינ"ל. צריך לנסות לפרש אותם כאילו הם חופפים אחד את השני. מצד שני לחוק הבינ"ל מד"י קבעה הסדרי כבילה שלא מאפשרים לכל אחד לעבוד כרצונו, אז בעצם צריך לבצע חפיפה ביניהם ולמנוע מצבים של אפליה וכך קבע ביהמ"ש. לאור משפט ההתאמה ביהמ"ש מאמץ וקובע שסמכות שר הפנים לא כוללת להטיל מגבלות על העובדים הללו שסותרות את הסעיף בדבר האמנה הבינ"ל שנקבעה (שצוטטה בפסה"ד). אי אפשר להגביל את עבודתם של אנשים בתנאים מחמירים.

בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (גדר ההפרדה באזור אלפי מנשה)-

לביית הדין הבינ"ל לצדק- ICJ – יש שתי סמכויות:

1. **לפתור סכסוך**- החלטות בית הדין בסכסוך פרטני בין מדינות מחייבות את הצדדים כי הן הסכימו לבוא לביית הדין.

2. מתן חו"ד מייעצת לגופים שונים של האו"ם במיוחד למועצת הביטחון הכללית- אבל מתן הייעוץ, חוה"ד לא מחייבת את המדינות שביקשו את הייעוץ, לא בזירה הבינ"ל ולא במשפט הפנימי. למרות זאת, ביהמ"ש בישראל נתן לחו"ד שכזו איזושהו משקל וכן מנה אותה בתור שיקול משמעותי בפסה"ד. ב-2002 ישראל התחילה לבנות את גדר ההפרדה שמפרידה בין ישראל לשטחים של הרשות הפלסטינית (מה שנמצא מעבר לקו הירוק) אבל חלק מהגדר נכנס לתוך שטחי הרשות הפלסטינית. זו הייתה אמורה להיות סטייה של 17% אך לאחר תיקונים מדובר ב- 10% שלמעשה הסיבה לסטייה היא שרצו לכלול גושים מסוימים של התנחלויות מהצד הישראלי של אותה הגדר. הוגשו הרבה עתירות לבג"ץ לגבי התואי של הגדר. התואי בפסה"ד מדבר על אזור אלפי מנשה. נוצר מצב שכדי להכניס את אלפי מנשה פנימה יצרו מובלעת (קיבוץ של כפרים שנמצא יותר מערבית לאלפי מנשה) שמנתקת אותו מישראל אך אין להם גישה ישירה לאזורים הפלסטינים. הוגשה עתירה- פסה"ד ניתן ב- 2005 ולפני זה ניתנה חו"ד מייעצת של ה- ICJ ולמרות שחו"ד זו לא מחייבת את ישראל ובטח ובטח שהיא לא חלק מהדין הפנימי ביהמ"ש העליון נתן לה משקל משמעותי לגבי היותה מובלעת. הנ' ברק אמר שגם למדינה הכובשת אי אפשר להעביר אוכלוסייה שלמה לתוך השטח הכבוש. ברגע שבונים גדר ומהצד השני יש שטחים שהם מעבר לקו הירוק למעשה אתם בפועל מספחים אליכם שטח ע"י העברת הגדר לשטח פלסטיני. זה גורם לתושבים להגר שלא מרצונם לאזורים אחרים. זה היה לפי חו"ד של ה- ICJ. חומה היא לא הכרזת מבחינה בטחונית לישראל. לא ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות הפלסטיניות למען שמירה על הסדר בישראל. הבנייה של חומה כזו מהווה הפרה של ישראל (ע"י ישראל) מהתחייבויות של החוק ההומניטרי לגבי זכויות אדם שקיימות במקרה הזה. מתייחסים באופן ד"י נרחב למה שקבע בית הדין הבינ"ל בחו"ד המייעצת שלו. בית הדין הבינ"ל לא מקבל את בניית הגדר והדין הישראלי לא מחויב לקבל את חו"ד אך בית הדין הבינ"ל לא יכול להתעלם מזה. **מסקנתו של בית הדין אינה מהווה מעשה בית דין ואינה מחייבת את המשפט הישראלי.**

צד באמנה לא יכול להשתמש בקיום, בתנאי המשפט שלו כהצדקה לאי קיום הסכם. בנוגע לאמנות לא ניתן לא לקיים אמנה בינ"ל בין שני צדדים או יותר בגלל שהיא סותרת את החוק הפנימי. אם אני חותמת על אמנה ומאשררת אותה ולא מקיימת אותה וזה מגיע להתרעה בינ"ל או לביהמ"ש אחר שיש לו סמכות ואני באה ואומרת שאני לא יכולה לקיים אותה כי היא סותרת חוק פנימי במד"י אז אני מבחינת המדינות האחרות, מבחינת הערכאות הבינ"ל אני בהפרה של האמנה. הממשלה כביכול מתנערת מאחריות כי היא מאשררת אמנה וסותרת חוק. אז לא ניתן להשתמש בחוק הפנימי בתור סיבה להפרה. יש שוני בין איך שמתייחסים לאמנה לבין איך שמתייחסים למנהג. בכל אופן, קיימת חזקת ההתאמה הפרשנית שלפיה בתיהמ"ש חייבים, צריכים להשתדל ככל שאפשר לפרש את החוק המדיני והחוק הבינ"ל בקנה אחד. מבחינת המקום של המשפט הפנימי ומבחינת המשפט הבינ"ל- מנהג נקלט אוטומטי ויש חפיפה ממילא ולכן אין סתירה כי המדינה מחויבת למנהג פנימית וחיצונית. מבחינת אמנה יש סעיף ספציפי, סעיף 27 שאומר שלא ניתן להשתמש בחוק פנימי כהצדקה לאי קיום אמנה ולכן במישור הבינ"ל מדינה לא יכולה להפר את החוק הבינ"ל כשהיא מנסה להסתמך על החוק הפנימי שלה, זה לא יעמוד לה.

חלק שני: שחקנים מרכזיים

יחידה 4: מדינות

למעשה מדינות הן השחקן העיקרי במשפט הבינ"ל. כללי המשפט הבינ"ל חלים על מדינות. מדינות חייבות בקיום הכללים הללו. עיקר החובות וההגבלות שמטיל המשפט הבינ"ל הן ניסיון להגביל את היחסים בין המדינות השונות. למשל: הסכמי סחר עושים רגולציה ביחס בין המדינות. גם דיני זכויות אדם חלים בראשו ובראשונה על מדינות. מעבר לכך שהמשפט הבינ"ל חל על מדינות, החוקים, הכללים, הרגולציה והנורמות- גם מדינות הן יוצרות החוקים העיקריות. כל פעם כשמדינות חותמות על אמנה הן יוצרות חוק בינ"ל. כשהן מתנהגות מתוך תחושת התחייבות משפטית זה יחייב מדינות אחרות. גם מבחינת יצירת החוק וגם מבחינת תחולתו זה חל על המדינות אלא אם מדובר באמנה מאוד גדולה שרוב מדינות העולם חתומות עליה ואז זה יוצר נטייה ליצירת מנהג. דרך אמנה, משפט בינ"ל הסכמי, המדינות מביעות תחושת התחייבות משפטית, למשל: לא להשתמש בעינויים- זה יוצר התאמה של מנהג. כשמדינות קיימו אמנות בזמן סכסוך למשל, זה הפך למנהג. רוב כללי המשפט הבינ"ל חלים על מדינות ומדינות הן השחקן הראשי ביצירת חוק.

היוצרות מדינות והכרה במדינות:

ב- 1993 נחתמה אמנה שנקראת "אמנת מונטווידאו" באורגווי וחתמו עליה 19 מדינות בלבד ולמרות זאת שהגדרה הראשונה בסעיף הראשון למהי מדינה תקפה עד היום ומשקפת דין מנהגי, כדי שישות תיקרא מדינה היא צריכה לעמוד בארבעת התנאים הכתובים שם. זו הגדרה רחבה והיא מחייבת גם אם יש בה בעייתיות מסוימת.

1. התנאי הראשון- **אוכלוסייה קבועה**- חייבים להיות במדינה תושבים כדי שאותה ישות תיחשב כמדינה. לא נקבעה דרישה למס' מסוים של תושבים, גם נושאים של הגירה. התנאי הזה לא משתנה. כל עוד יש גרעין של אוכלוסייה קבועה, לא משנה מה גודלה, התנאי מתקיים. זו לא יכולה להיות קבוצות של נוודים אלא אוכלוסייה שיש לה מגורי קבע באותה מדינה. למשל מדינת הוותיקן נחשבת כישות מדינית אך לא עומדת בדרישה של תושבים קבועים, יש שם תושבים ארעיים והם עוזבים מדי פעם, האוכלוסייה מתחלפת.

2. התנאי השני- **הצורך בשטח מוגדר**- על פניו זה נראה מובן מאליו אך זו דרישה שהיא קצת מורכבת, אין מידה מינימלית או מקסימלית לשטח ובעיקר סעיף זה לא שולל את זה שתהיה מחלוקת לגבי חלק מהשטחים: חבלי ארץ וכדו. זה לא סותר את זה שיש איזשהו בסיס טריטוריאלי מוגדר שניתן לדבר עליו בהקשר של מדינה. מדינות שבנוסף לשטח שלהן מחילות את הריבונות שלהן על איים קרובים. זו לא חייבת להיות טריטוריה רציפה, היא יכולה להיות במחלוקת. למשל דרום סודן שהרבה מהגבולות שלה במחלוקת בינה לבין השכנות שלה.

3. התנאי השלישי- **ממשל אפקטיבי**- בשביל שישות מדינית תוכל להיקרא מדינה צריך להיות איזשהו כוח מרוכז שיוכל להטיל את מרותו על השטח שלו ויכולה לנהל את ענייניה ואת האנשים שבה בלי שתהיה צורה של שלטון אפקטיבי שלא יוכל לנהל אותה.

4. התנאי הרביעי- **עצמאות בניהול יחסי חוץ**- למדינה תהיה את היכולת להיכנס לאמנות, לחתום על הסכמים, לכוון יחסים דיפלומטיים עם מדינות אחרות ולנהל את ענייני החוץ עם מדינות אחרות. היא לא יכולה להיות כפופה לגורם אחר. אם מדינה ביחסי החוץ תלויה בגורם אחר, כפופה לו ולא יכולה להחליט לבד על ענייני החוץ, היא לא עומדת בדרישה הזו ולא מתקיים התנאי הזה. יש כל מיני מדינות בתוך פדרציות והן לא נחשבות למדינה בהגדרה המשפטית שלה. אין להן את הסמכות לנהל את יחסי החוץ, הן כפופות למדינות פדרציות ולכן, הם נחשבים ליחידה בתוך ממשל פדרלי (state), גם אם יש להם יכולות אכיפה, טריטוריה ואוכלוסייה.

כל מדינה חייבת לעמוד בתנאים אלו, למשל אחד מהתנאים לא מתקיים כי כבשו את השטח שלי או שיש מלחמת אזרחים ושלטון האזרחים התפרק ואין לי אוכלוסייה קבועה. למעשה, תנאים אלו נועדו לקבוע האם מדינה חדשה קמה או נוצרה אבל עם קיום התנאים לא יכולים לקבוע האם מדינה חדלה מלהתקיים. מדינות שאיבדו את השלטון האפקטיבי או מדינות שנכבשו ולא יכולות להיות עצמאיות לא חדלות מלהתקיים. למשל לאחר מלחמת הע"ע השנייה כשברית המועצות סיפחה לעצמה מדינות, ברגע שהמדינות הללו דרשו בחזרה את עצמאותן הן לא חדלו מלהתקיים, הן שבו לעצמאותן.

- מדינה חדלה מלהתקיים כשהיא מתמזגת עם או לתוך מדינה אחרת למשל: מזרח גרמניה אוחדה עם גרמניה המערבית והיא חדלה מלהתקיים כי היא התמזגה עם מדינה אחרת.
- מדינה יכולה להתפרק. למשל: יוגוסלביה התפרקה במהלך שנות ה-90 למדינות הפדרליות שהרכיבו אותה והיא חדלה מלהתקיים בתור מדינה עצמאית. זה היה בהסכמה ולא ע"י כפייה או משבר פנימי.

הכרה בינלאומית

נניח אני מדינה ואני מקיימת את כלל התנאים הדרושים. האם אוטומטית מדינה יכולה להיות מוכרת כמדינה? יש לקחת בחשבון גם את שאלת ההכרה הבינ"ל בקיומה של מדינה, היא לא תנאי הכרחי ולא תנאי מספיק בשביל שמדינה חדשה תיווצר, אם לא עמדתי בארבעת התנאים של מונטווידאו אבל בכל זאת יש איזושהי הכרה בינ"ל ב', **ההכרה היא לא תנאי מספיק כדי שיכירו בי כמדינה**. זה לא קריטריון מספיק ולא הכרחי. למרות זאת, יש בשאלת ההכרה חשיבות מאוד גדולה. הכרה יכולה הכרה מפורשת ז"א שמדינה אחרת מצהירה שהיא מכירה במדינה החדשה או שיכולה להיות משמעות משמעת, לא הצהירו באופן מובהק שמכירים בה אבל חותמים איתה על הסכמים, מבצעים איתה הסכמים דיפלומטיים שגם בלי ההצהרה החד משמעית מכירים באותה ישות של מדינה.

האם מספיקה היכולת לכוון יחסי חוץ או שצריך יחסי חוץ בפועל? זו שאלה פרשנית שאומרת שגם עצם היכולת לכוון יחסי חוץ וגם אם אין הכרה מהא"ם זה מראה על איזשהו קריטריון של יכולת לנהל יחסי חוץ. אלו סוגיות מורכבות לא רק מבחינה משפטית אלא גם מבחינה פוליטית. ברגע שמדינה הוכרה לא ניתן לבטל את ההכרה.

גם אם מנתקים את היחסים הדיפלומטיים עם אותה המדינה, ההכרה לא יכולה להתבטל. ההכרה יכולה להתבטל רק במקרה והיא חדלה להתקיים: אם התמזגה עם מדינה אחרת או אם התפרקה. שאלת ההכרה נתונה לשק"ד של כל מדינה ומדינה, היא בוחרת האם להכיר בכל מדינה ומדינה. לפעמים יש המלצה של גוף בינ"ל האם להכיר או לא. יכולה גם לא להיות המלצה. לפעמים מקדמים החלטה שקוראת להכרה, ברגע שיש החלטה לקידום הכרה זה נותן משקל גדול. אם מדינה מוכרת באו"ם היא בהחלט מוכרת במדינה. ההמלצות של העצרת הכללית ומועצת הביטחון אינן מחייבות. גם כאשר ישנה המלצה של גוף בינ"ל להכרה במדינה מסוימת זה לא מחייב את כלל המדינות להכיר בה.

מה השיקולים שמדינות שוקלות האם להכיר או לא להכיר במדינה חדשה?

- ארבעת התנאים של מונטוידאו
- סט של שיקולים נורמטיביים- מה ראוי ומה רצוי שנכליל בתור מדינה? האם אותה ישות עומדת במה שאנחנו מצפים כחברה בחבר העמים?
- 1. שיקול ראשון- **הזכות של עמים להגדרה עצמית** – האם קיום של המדינה החדשה הזו מקדם או אפילו הכרחי למימוש של הזכות להגדרה עצמית לאומית? אם כן, אז תהיה נטייה להכיר בה ואם לא, ההיגיון אומר שאמורה להיות נטייה לא להכיר בה.
- עיקרון הגדרה עצמית לאומית- עיקרון יסוד של ההכרה הבינ"ל והיא מדברת על הזכות של כל עם למשול בעצמו. קבוצות של אנשים (עם) שיש להם רצון לממשל עצמי הכרתי ויש בהם הכרה שיש להם זכות לכל עם למשול על עצמו. רואים את זה בסעיף הראשון של מגילת האו"ם- לקדם יחסי ידידות בין המדינות שמבוססים על שוויון זכויות ועל ההגדרה העצמית. יש גם את סעיף 1 לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות וסעיף 1 לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות- זכות שקיימת לכל עם ואם היא לא ניתנת לו והוא רוצה להכיר בה בדרך של מדינה ריבונית אמורה להיות החלטה כן להכיר בזה.
- הצהרה בדבר יחסי ידידות- אין לה מעמד משפטי מחייב אבל בגלל שהיא נתפסת בתור פרשנות של מגילת האו"ם יש לה מעמד נורמטיבי מאוד גבוה. מכוח סעיף 15(1)- לכל עם יש זכות לקבוע את מעמדו הפוליטי באופן חופשי וללא התערבות חיצונית- מדובר בזכות להגדיר לבד את המעמד הפוליטי ולפתח את הפיתוח הכלכלי, החברתי והתרבותי בעצמו.
- איזו קבוצה בדיוק נחשבת לעם?
- אין לכך תשובה ברורה, זה תלוי בהרבה תפיסות נורמטיביות באותו זמן, זה תלוי בשיקולים פוליטיים. אם קבוצה מגדירה את עצמה כעם אז לצורך העניין ניתן להסתכל עליה כעם. אין לזה הגדרה בחוק.

מה נחשב כהגשמת הזכות להגדרה עצמית?

בהצהרה בדבר יחסי הידידות עם יכול להגדיר לעצמו מהי ההגדרה העצמית למשל: מעמד מיוחד באותה המדינה, הרצון של העם להתמזג עם מדינה אחרת, כל שאיפה פוליטית שאותה קבוצה דורשת. כל עם אמור להיות מסוגל לקבוע עבור עצמו. זה לא חייב להיות במסגרת של מדינה ריבונית. להקים מדינה עצמאית זה לא הכרחי בשביל להקים מדינה לעם. אבל בד"כ עמים יתקשו להקים מדינה עצמאית כדי לממש את ההגדרה העצמית.

איך מאזנים בין לזה לבין הזכות של ריבון למדינה טריטוריאלית?

אם רוצים להקים מדינה בחלק משטחה של מדינה קיימת. למשל: יגוסלביה התפרקה והתקיימה עד 1992, התקיימה מ- 6 מדינות ובתחילת שנות ה- 90 נפלה בריה"מ והמדינות החלו לפרוש ולהכריז על עצמאות. המדינות שפרשו דרשו עצמאות. קוסובו תמיד הייתה יחידה, חבל ארץ בתוך סרביה ויש שם רוב אלבני ומיעוט סרבי. קוסובו ביקשה להיפרד מסרביה מתוקף הזכות שלהם להגדרה עצמית, בגלל הזכות להגדרה עצמית אך לא יכלו להגשים את זכותם. לאחר המלחמה שהייתה, קוסובו הכריזה על עצמאות. האו"ם פנה ל- ICJ, בית הדין הבינ"ל לצדק וביקש חו"ד מייעצת האם היה מותר לקוסובו להכריז באופן חד צדדי על העצמאות שלהם. ההחלטה שלהם לא עסקה בשאלה האם קוסובו היא מדינה או לא, אלא עסקו בשאלה האם ההחלטה להכריז על עצמאות זה בסדר. הוחלט שזה לא נוגד את הדין הבינ"ל, אין איסור לקבוצה להחליט אם הם עצמאים או לא. הם לא קבעו לפי המבחן העובדתי

האם מדובר מעכשיו במדינה עצמאית או לא. בפועל, כמה עשרות מדינות הכירו בקוסובו כמדינה והטענה הייתה שלמרות שהייתה לה אוטונומיה כחלק מסרביה, לא הייתה להם זכות למימוש לאוטונומיה עצמית. אחרי שסרביה הפסידה במלחמה הטענה הייתה שאי אפשר יהיה לצפות מסרביה במיוחד אחרי המלחמה להמשיך ולהבטיח את הגדרת העצמאות של קוסובו. אם ישראל הייתה מכירה בקוסובו הייתה דעה שהיא מכירה במדינה והייתה ביקורתיות על כך מבחינת מדינות ערב.

יש הכרה רחבה בכך שלפלסטינים יש זכות בהגדרה למדינה עצמית, גם ישראל הכירה באופן דיי משתמע בהצהרה הזו. הסכמי אוסלו. ב- 1988 הוכרזה על מדינה פלסטינית ובעקבות כך הרבה מדינות בעולם הכירו במשתמע או לא במשתמע ע"י הסכמים דיפלומטיים. עד הסכמי אוסלו לא הייתה הכרה עצמית ולא הייתה שליטה אפקטיבית באותו שטח (לא התקיימו כל התנאים של מונטווידאו). למרות זאת עפ"י הסכם אוסלו השטח היה בפיקוחה של ישראל וללא יכולת שלהם לנהל לבד את השטח. מועצת הביטחון לא נתנה המלצה כזו לעצרת הכללית להכיר את פלסטין כמדינה באו"ם. בקשה זו הייתה בהמתנה למועצת הביטחון. אחד הנימוקים שהעצרת הכללית נתנה בהחלטתה היא הזכות של העם הפלסטיני בהכרה עצמית בינ"ל. העצרת הכללית יכולה להשתתף בכל ההצבעות ולנאום אבל לא להצביע. אפשר לטעון שההכרה הזו משקפת הכרה משתמעת במדינות פלסטין כמדינה אבל זה לא ממש חד משמעי וקשה לקבוע מה המעמד המשפטי לגבי ההחלטה הזו כי אין באמת איזשהו תקדים, זה מעמד מיוחד שניתן לרשות הפלסטינית שלא מעוגן בפרוטוקולים של האו"ם. זה דומה למקרה של דרום סודן שבו הייתה מלחמה של חלק מסודן שרצו לפרוש ולהקים מדינה משל עצמם שתיקרא דרום סודן, היא הוקמה דרך הסכם שלום שעבר דרך משאל עם ובגלל שזה עבר בהסכמה של סודן היא התקבלה מיד בתור חברה באו"ם ב- 2011 למרות שיש מחלוקת לגבי הגבולות שלה.

2. שיקול שני- **קיום של נורמות בסיסיות אחרות**- בעיקרן האיסור על שימוש בכוח (סעיף 2(4) למגילת האו"ם) וזכויות אדם- מדינות באופן מידי רוצות לוודא שכאשר מקבלות מדינות חדשות הן מכירות בהן ואותה מדינה תתנהג כמו שמצופה ממדינה להתנהג, תפקיד התחייבות לנורמות הבסיסיות הבינ"ל. אחת הנורמות העיקריות ששמים עליהן דגש בזמן ההכרה זה הנושא של שימוש בכוח. יש איסור במשפט הבינ"ל על שימוש בכוח של מדינות כנגד מדינות אחרות, לתקוף מדינה אחרת. יש לכך חריגים. מלחמה היא לא אסורה, השאלה היא איך נפתחה המלחמה. סיפוח שטחים ופלישה למדינות זה אסור ובתור סנקציה נקבע ע"י המשפט הבינ"ל אם השתלטתי על מדינה או על שטח לא אוכל לבסס את המדיניות שלי שם, לא ניתן לבסס שם מדינה. למשל שטח דרום קפריסין שנכבש ע"י טורקיה לא היה ניתן להחיל שם את הרפובליקה הטורקית כי הם השתמשו בכוח ותקפו בקפריסין. העולם לא הכיר בה כמדינה עצמאית ששייכת לטורקיה בגלל האופן בו השתלטה טורקיה.

שיקול נוסף, הנושא של זכויות אדם, למשל טריטוריית רודזיה, מושבה בריטית, ב- 1965 הכריזה על עצמאות, ניסתה לטעון לעצמאות ורוב מדינות העולם לא הכירו בה כי התקיים שם משטר גזעני בין הבריטים לבין השחורים. יש פה מצב של חוסר הכרה כי המשטר עצמו באופן מובנה קיים הפרות של זכויות אדם ולכן לא רצו להקים מדינה כזו שתהיה מבוססת על הפרת זכויות אדם. ב- 1979 חדלה רודזיה להתקיים ובמקומה הוקמה זימבבואה. באופן דומה כאשר הוקמו מדינות במזרח אירופה לאחר התפרקות ברית"מ בשנות ה- 90 מדינות מערב אירופה הציבו תנאים להכרה, אם יעמדו במס' תנאים מסוימים, בראשם היה קריטריון של זכויות אדם ובמיוחד זכויות מיעוטים. דרישות אלו נמצאות בפרסום של האיחוד האירופי בשנת 1993.

ריבונות וחסינות:

עיקרון הריבונות/ עיקרון הריבונות המדיני- דרך אחת להגדיר מדינה זה להגיד שכל מדינה יכולה לנהל את ענייניה בעצמה, איך יראו החיים במדינה, איזו שיטת משטר היא תאמץ: פרלמנטרי/ נשיאותי. יש הבדל בין כל קבוצה שהיא עם שזכאי לשלוט בעצמו לבין עיקרון הריבונות שהמדינה זכאית לשלוט בעצמה. הדרך האידיאלית לממש את עיקרון ההגדרה העצמית של עם זה ע"י הקמת מדינה עצמאית אבל יש גם דרכים אחרות כמו הגדרת אוטונומיה. הגדרה עצמית היא זכות של עמים, לפעמים היא ממומשת ע"י הקמת מדינה עצמאית ריבונית ולפעמים לא. עיקרון הריבונות הוא עיקרון כללי, הוא מעוגן במקורות חוקיים ונחשב כדין מנהגי מאז שקיימות מדינות לאום. במאה ה- 17 כל מדינה הייתה עצמאית וריבונית והיום לעומת זאת, יש התערבות במדינות.

יש כמה כללים שנגזרים מעיקרון הריבונות:

עיקרון השוויון הפורמלי בין מדינות- בסעיף 2(1) במגילת האו"ם- מהריבונות נובע שכל המדינות שוות. ברור שיש פערים בין מדינות מבחינה כלכלית, כוח צבאי וכ"ו אבל למרות כל ההבדלים ביניהן הוא שיש שוויון פורמלי/ריבוני. יש ביניהן פערי כוחות אבל מבחינת המשפט הבינ"ל הן שוות. העיקרון קיים למרות שהוא לא מיושם ב-100%. **סעיף 6(1) להצהרה בדבר יחסי ידידות-** ההצהרה היא החלטה של העצרת הכללית של האו"ם שהוצאה בשנת 1970, ההצהרות הן לא מחייבות אבל המטרה של החלטה הזו הייתה להעניק פרשנות למטרות ולעקרונות היסוד של מגילת האו"ם. מגילת האו"ם היא מסמך מחייב וכל המדינות שאשררו אותה חייבות בה.

ההצהרה היא לא מסמך שמחייב אבל היא נחשבת למסמך שמבאר את ההוראות של סעיפים 1 ו-2 של מגילת האו"ם. אם יש כלל כל המדינות כפופות לו במידה שווה למרות שזה לא תמיד קורה בפועל.

עיקרון אי התערבות- non intervention- סעיף 2(7) למגילת האו"ם- שום דבר במגילה לא יכול להסמך את האו"ם להתערב בסמכות הפנימית של המדינה למרות היותו בעל סמכויות רבות. כלל זה נובע מעיקרון הריבונות. העניינים הפנימיים של המדינה הם לא מפורשים ולא ברור על אלו עניינים מדובר. ההצהרה בדבר יחסי ידידות מרחיבה את כלל אי התערבות וזה מעוגן בסעיף 3(1) להצהרה בדבר יחסי ידידות. לא רק שלא"ם כארגון אסור להתערב אלא גם למדינות אחרות עפ"י הצהרת דבר יחסי ידידות גם בעניינים החיצוניים וגם בפנימיים, אסור להשתמש בכוח נגד מדינה כדי לחייב אותה לשנות נהלים או אופן פעולה בתחומים מסוימים ואסור גם לאיים עליה. גם התערבות אחרת היא אסורה אבל מהי התערבות אחרת? זה לא ברור.

פס"ד ניקראגוה- בשנות ה-70 או ה-80 הייתה מלחמה פנימית בין ארה"ב לבין בריה"מ לגבי המשטרים. האקרים רוסים פרצו למחשבים של ארה"ב בשביל לקבל מידע נגדם. אם ארה"ב אומרת שרוסיה ניסתה להדליף חומר חסוי גם כאן מדובר בהתערבות אחרת, אסורה.

האם פגישה עם ארגונים שמבקרים את הממשלה מהווה התערבות או לא? ניתן לאפשר לבקר את השלטון מכל הכיוונים.

חסינות של מדינות (בתוך עיקרון הריבונות):

יש קשר בין חסינות לבין עיקרון הריבונות. חסינות של מדינות ככלל זה אומר שלאנשים האלה יש איזושהי הגנה, מחסום שמגן עליהם מפני ניהול הליכים נגדם. הכללים בנוגע לחסינות מדינות עוסקים בהליכים נגד כללים משפטיים נגדם כלומר, נגד כל מיני גורמים במדינה ריבונית יש הליכים משפטיים וזה נובע מהמעמד הריבוני של המדינה.

במשפט הבינ"ל יש שלושה סוגים של חסינויות:

- חסינות מדינה
- חסינות ראשי מדינות
- חסינות דיפלומטית

כל אחד מהם הוא קצת שונה וחל על גורמים שונים במדינה.

1. חסינות מדינה- אי אפשר להגיש תביעה אזרחית נגד ממשלה זרה בבימ"ש של מדינה אחרת כלומר בבימ"ש של המדינה התובעת. אדם פרטי/ תאגיד לא יכול בבימ"ש שנמצא במדינה שלו להגיש תביעה אזרחית נגד ממשלה אחרת. המדינות האלה נהנות מחסינות. ב ICJ ניתן לתבוע מדינות אחרות. בעיקרון במשפט הבינ"ל אין אפשרות לאדם פרטי להגיש תביעה נגד מדינה זרה. אין אפשרות להגיש כעיקרון תביעה לכאורה נגד גורם ממשלתי זר בתוך ישראל. אם אני מגישה תביעה בגרמניה זה פוגע בריבונות שלה ומכאן נובע עיקרון חסינות מדינה. לא ניתן לתבוע בערכאות בינ"ל כי אין לי זכות עמידה. הכלל הבסיסי אומר שאי אפשר להגיש תביעה אזרחית נגד מדינה א' במדינה ב'. **במשך השנים התפתחו חריגים לכלל זה,** העיקרון הצטמצם והחריג אומר שהעיקרון חל על פעולות שלטוניות אבל לא על פעולות שהן מתחום המשפט הפרטי. הכוונה היא שאם אני היום רוצה לתבוע ממשלה אחרת על משהו שקשור להסכם שלום שהיא חתמה. נניח שאני אזרחית גרמניה ואני טוענת שהסכם השלום בין רוסיה לגרמניה לארה"ב, בין בעלות הברית שניצחו את גרמניה. עם השנים התפתח חריג לכלל שכאשר מדובר בפעולת לחימה שגרמה נזק לאותה מדינה והחריג הוא כשמדובר על פעולה מתחום המשפט הפרטי זה אפשרי.

דוג' לחריג המרכזי של החסינות:

פס"ד קנדה נ' אדלסון - אדלסון היו זוג ישראלים שהשכירו דירה לשגריר קנדה במדינת ישראל וזה היה מול ממשלת קנדה והיה שם סכסוך לגבי הפינוי, אדלסון הגישו תביעה נגד ממשלת קנדה. הש' ברק שאל האם זה עיקרון מוחלט שאסור לאדלסון להגיש תביעה נגד קנדה ואז ראה שלא, התפתח חריג והובן שזו תביעה במישור הפרטי, אין כאן פעולה מדינית, זו פעולה שנעשית ע"י ממשלה אבל זה מתחום המשפט הפרטי ולכן אין חסינות ויש סמכות לבימ"ש להכריע במקרה שכזה. זה יכול להיות גם בתחום דיני העבודה אם למשל בממשלת גרמניה מועסקים עובדי ניקיון ממדינה אחרת הם יוכלו להגיש תביעה ולא תחול חסינות.

פס"ד מ- 1965 - וייר איירוויז נ' ממשלת עיראק וחברת התעופה של עיראק - ממשלת עיראק החרימה את כל המטוסים של חברת התעופה הקרואטית בזמן מלחמת המפרץ והעבירה את המטוסים לחברת התעופה העירקית. חברת התעופה הקרואטית דורשת פיצויים מחברת התעופה העירקית שהשתמשה במטוסים המוחרמים ונגד הממשלה העירקית שהחרימה את המטוסים. ניתן להגיש תביעה נגד חברת התעופה העיראקית שהיא לא גוף שלטוני. אבל כל פעולה שנעשית במסגרת שלטונית יש לה חסינות.

חריג אחד שארה"ב ניסתה להכניס זה **חריג התמיכה בטרור** - היה ניסיון להפוך את החסינות לאמנה אבל היא לא בתוקף כי לא כל המדינות אשררו אותה ולכן היום העניין של חסינות מדינות לגבי תביעות אזרחיות (לא מדובר בתביעות פליליות). **חוק חסינות מדינות** - נחקק ב- 2008 על מנת שיהיה ברור למדינות מתי מותר להן להגיש תביעות אזרחיות.

בארה"ב אומץ **חוק חסינות מדינות זרות** - לא ניתן לנהל איתן, עם המדינות הזרות הליכים אבל ב- 1996 ארה"ב תיקנה את החוק ואמרה שאם מדובר בפעולה של מדינה שהיא תומכת בטרור, נפגעי טרור יוכלו להגיש תביעה אזרחית נגד ממשלה זרה על תמיכה בטרור. בתיהמ"ש לא הסכימו לדון בתביעות נגד פעולות טרור של מדינות זרות אבל ארה"ב מוכנה לקבל תביעות נגד מדינות זרות. התיקון לחוק נקבע בעקבות החטיפה של המטוס ע"י לוב. הייתה תביעה נגד הרשות הפלסטינית אבל הרשות הזו היא לא מדינה, היא לא נהנית מהגנת עיקרון החסינות. גם אם היא הייתה מדינה והייתה נהנית מהחסינות יש כאן חריג וניתן להגיש תביעה, התביעה התקבלה בערכאה הראשונה אך היא נדחתה בערעור עקב שיקולים כלכליים וכדו. בכל מדינות העולם אזרח שיטען שפגעו בו על רקע לאומי לא יוכל לטעון וזה החריג שהתקבל רק בארה"ב ואיפשר לתבוע בגין פגיעות טרור.

החריג הנוסף: **חריג הפרת נורמות קוגנטיות** - כמה אזרחים שנפגעו מהנאצים, שהיו במחנות עבודה בגרמניה, גרמניה פיצתה קורבנות אבל אותה קבוצת אזרחים לא קיבלו פיצוי מגרמניה ורצו לתבוע פיצוי והגישו תביעה בבימ"ש באיטליה, גרמניה טענה שיש לה עיקרון חסינות מדינית ולא ניתן לתבוע אותה באיטליה, ביהמ"ש באיטליה אמר שזה פשעים נגד האנושות וזה חריג, זה חלק מהנורמות הקוגנטיות וכשיש הפרה חמורה ושיטתית לא ייתכן שתהיה סמכות שיפוט. כשמדובר בנורמה קוגנטית ניתן להגיש תביעה במדינה זרה. גרמניה טענה ב-ICJ לפגיעה בריבונות שלה והגישת תביעה נגד איטליה ואמרה שזה שאיטליה מאפשרת לבתימ"ש שלה לדון בתביעות אזרחים איטלקיים בנושא זה וה- ICJ דחה את הטענה של איטליה ולא קיבל את החריג ודרש לא לאכוף את הפיצויים. הניהול של ההליכים היה תוך כדי הפרה של עיקרון החסינות של גרמניה. ניתן להגיש בגרמניה אבל רוב הסיכויים שהתביעה לא תתקבל, בגלל האינטרס של כל מדינה ובגלל הסכמי השילומים שגרמניה כבר עשתה עם כל מיני מדינות.

לאנשים פרטיים אין זכות עמידה בהליכים בינ"ל לכן המדינה צריכה להגיש תביעה בשמו של האזרח וזה נקרא עיקרון ההגנה הדיפלומטית. הבעיה היא שזה נדיר שמדינה תנהל תביעה בשם אזרח, זו החלטה כבדת משקל ויש לזה השלכות לגבי היחסים בין המדינות, ההליך הזה יקר ולא משתלם למדינות וזה מעין "בור ללא תחתית".

המשמעות היום של עיקרון חסינות המדינה היא שלאדם פרטי שנפגע מממשלה זרה ע"י פעולה שלטונית או ע"י פעולת לחימה אין כמעט שום דרך להגיש תביעה נגד אותה מדינה אלא אם כן יש הסכם בין המדינות. מצד אחד, זה לא מקיים את האינטרס של האזרח שנפגע, זה משאיר את הנפגע חסר אונים ומצד שני זה מקיים את האינטרס הדיפלומטי של היחסים בין המדינות והחסינות של כל מדינה.

2. חסינות ראשי מדינות- הכלל הבסיסי הוא שאי אפשר לנהל הליכים פליליים נגד ראש מדינה מכהן כמו: רה"מ, נשיא, שר חוץ במדינה אחרת. סיטואציה אחרת בה מדינה רוצה להעמיד לדין בכיר ממדינה אחרת זה אם אותו אדם ביצע הפרות בשטח שלה או נגד האזרחים שלה ואז זה יהיה לפי החוק השיפוטי של המדינה הנפגעת, סמכות שיפוט טריטוריאלית. המועד שקובע זה המועד בו מעמידים לדין. מה שחשוב זה האם הוא בתפקיד כראש מדינה מכהן. אם הוא כבר לא מכהן כנראה שלא ניתן לבצע נגדו הליכים פליליים. למה שתהיה סמכות? מכוח הדין הרגיל, סמכות השיפוט שיש למדינה ועוד אפשרות היא שגם אם הפשעים לא בוצעו כרגע ולא נגד תושבי ישראל ולא בשטחה של מדינת ישראל, עדיין קיימת הסמכות וזה מתוקף עיקרון סמכות השיפוט האוניברסלית שבעצם עיקרון זה זהו כלל של הדין הבינ"ל המנהגי שאומר שלכל מדינה יש סמכות להעמיד לדין פלילי כל אדם שביצע הפרות חמורות במיוחד של המשפט הבינ"ל גם אם לאותו אדם או למעשים שביצע אין שום קשר למדינה שמעמידה אותו לדין. יש למשפט הבינ"ל עיקרון שאומר שמותר למדינות להעמיד לדין אנשים שאין שום זיקה בין הפשעים שלהם למדינה רק אם מדובר בהפרות חמורות במיוחד- זהו עיקרון סמכות השיפוט האוניברסלית. מדובר על פשעים נרחבים, שמתבצעים בהיקף נרחב, לא מדובר על הפרה חד פעמית. בד"כ מדובר במפקדים בכירים. בד"כ העיקרון לא יופעל כנגד חיילים זוטרים אלא נגד מפקדים בכירים אבל לא יופעל נגד ראשי מדינה מכהנים. אם מדינה תרצה לתבוע ראש מדינה מכהן היא תצטרך לחכות שהוא יפסיק את כהונתו. חסינות זו היא רק פלילית.

מקרים בהם כן הופעל עיקרון חסינות ראשי מדינות:

למשל: בלגיה בשנת 2000, התביעה הכללית הוציאה מעצר נגד שר החוץ המכהן בקונגו בגין כל מיני פשעי מלחמה שלטענת בלגיה שר החוץ אחראי מרכזי לזה ואז לא היה עדיין כלל ולא היה ברור אם שר חוץ נהנה מהגנה, מחסינות. בלגיה פנתה ל- ICJ וטענה שהוא לא צריך להנות מחסינות של ראשי מדינות אך ה- ICJ פסק לטובת קונגו והחיל את עיקרון החסינות וטען שעיקרון זה חל גם על שר החוץ.

עוד דוג': בלגיה שקלה להוציא צו מעצר נגד אריאל שרון בגין אירועים שהיה מעורב בהם ב- 1982, הוא לא היה רה"מ באותה תקופה והאירועים שבגינם נשקלו להעמיד אותו לדין הם שב- 1982 כשר הביטחון הייתה לו אחריות למחנות הפליטים- סברא ושתילה בלבנון. הייתה מלחמה, שהגיעו עד ביירות והיו שם שני מחנות של פליטים פלסטיניים ובעצם מה שקרה זה שהנוצרים הלבנונים שיתפו פעולה עם הצבא הישראלי נגד הפלסטינים המוסלמים בלבנון. הטענה הייתה שבגלל שצה"ל שלט באזור אז הייתה חובה לצה"ל למנוע את הטבח. היו חשדות שהצבא צפה או היה עליו לצפות. לכן כביכול הייתה טענה נגד אריאל שרון שהוא אחראי לפשעי מלחמה במחדל. אותם קורבנות פנו לממשלת בלגיה וביקשו ממנה לתבוע את אריאל שרון. ביהמ"ש הבלגי לערעורים קבע שלא ניתן להעמיד לדין את אריאל שרון כל עוד הוא רה"מ.

דוג' בה לא חלה חסינות- אוגוסטו פינושה- היה נשיא צ'ילה מ- 1973 עד 1990. היה שם שלטון דיקטטורי וצ'ילה עברה תהליך של דמוקרטיזציה. ב- 1998 אוגוסטו הגיע לאנגליה שיש לה הסכמי הסגרה עם ספרד. הוא טען שיש לו חסינות כי באותו זמן היה נשיא צ'ילה, אנגליה טענה שאין לו חסינות כי הוא לא מכהן ולכן ניתן להסגיר אותו לספרד אך אנגליה מטעמים הומניטריים החליטה שלא להעמיד אותו לדין כי היה חולה ומבוגר. בערכאות בינ"ל עיקרון החסינות לא חל אלא בתוך המדינות, לא ניתן להעמיד לדין ראשי מדינות זרים במדינה התובעת.

3. חסינות דיפלומטית- עיקרון זה קובע שנציגים דיפלומטיים של מדינה זרה וגם המבנים שלה לא כפופים לסמכות השיפוט של המדינה המארחת. החסינות הדיפלומטית היא לא של ראשי ממשלה אלא של אנשים ששייכים למשלחת הדיפלומטית של המדינה: שגרירים, סגני שגרירות, אנשים ששייכים למשלחת הדיפלומטית שהם למעשה נהנים מחסינות דיפלומטית כשהם נמצאים במדינה המארחת. כלומר, המדינה שאני נמצאת בה לא יכולה לקיים נגדי לא הליכים פליליים ולא הליכים אזרחיים. בנוסף לזה שלא ניתן לנהל הליכים נגדם, אסור לחפש על גופם וכד"ו ובנוסף לחסינות הזו יש גם חסינות דיפלומטית על המבנים של השגרירות. השטח, המבנה נהנה מחסינות. אין לחסינות זו חריגים כמעט חוץ מחריג אחד קטן שזה כלל בינ"ל מנהגי אבל הוא מעוגן באמנת וינה. בחריג זה כמעט לא השתמשו מעולם והוא כשיש חשד גבוה שהולך להתבצע פשע בקרוב, זה לצורך מניעת פשע ולא בדיעבד.

אחריות מדינות:

כללים ראשוניים של המשב"ל- עיקרון החוקיות
כללים משניים- קובעים מהן תוצאות הפרת חובה החלה על מדינה, ענישה למעשה.
טיוטת הסעיפים לאחריות מדינות בנוגע לנושאי עוולה בינ"ל- מסמך זה אינו מחייב כשלעצמו אך רוב הוראותיו נחשבות כמשקפות דין מנהגי.

סעיף 1- כל מעשה עוולה בינ"ל של מדינה גורר אחריות בינ"ל של אותה מדינה.
סעיף 2- מדינה מבצעת מעשה עוולה בינ"ל כאשר ניתן לייחס לה פעולה (לרבות מחדל) המהווה הפרה של חובה שחלה על אותה מדינה מכוח המשפט הבינ"ל. במחדל- הדוגמא של סברא ושתייה.
דוג' למחדל: פסה"ד הראשון ב- ICJ- תעלה שעוברת בין אי לבין גבול ימי של יוון ושל אלבניה. בפסה"ד היו שתי ספינות צבא בריטיות שאחת עלתה על מוקד והשנייה התקרבה אליה ושתייה התפוצצו. מוקשים ימיים שהיו בתוך תעלת קונג פו וכמה עשרות חיילים בריטים נהרגו. אנגליה ניסתה לטעון שאלבניה היא זו שהניחה את המוקשים אך טענה זו לא הוכחה ע"י אנגליה. אך אנגליה אמרה שגם אם אלבניה לא הטמינה את המוקשים חזקה עליה שידעה שיש שם מוקשים והיא לא עשתה כלום כדי להזהיר. ויש כלל שאומר שיש חובת אזהרה בין המדינות. במקרה והיא לא אמרה אז זה מחדל.
עוד דוג' למחדל: פס"ד- צוות דיפלומטי קונסולרי באיראן- הייתה מהפכה באיראן וכמה סטודנטים איראנים שתמכו במהפכה הצליחו להשתלט על המבנה של השגרירות ומה שקרה בעקבות ההשתלטות זה שהם לקחו בני ערובה. אמנת וינה עוסקת ביחסים דיפלומטיים וגם בסעיף 22 לאמנת וינה נאמר שהמדינה המארחת צריכה להגן על מתקני השגרירות ואיראן יכלה בעצם לנסות למנוע את התקיפה ובעצם הצבא של איראן לא עשה כלום ולכן מדובר במחדל.

אחריות מדינות:

סעיף 3- החוקיות הבינ"ל של פעולת מדינה נקבעת עפ"י כללים של המשפט הבינ"ל ואינה מושפעת מחוקים של אותה מדינה. במידה ומדינה מפרה את זה המדינה שנפגעת יכולה להגיש תביעה לסעד או פיצוי. בישראל בשביל שסעיף מאמנה שהיא חתמה עליה ואשררה אותה יהיה בתוקף הוא צריך להיכנס כחוק. גם אם הדין הפנימי של המדינה אומר שלמדינה אין חובה זה לא מעניין את ה- ICJ, טיעונים אם זה נקלט בדין הפנימי זה לא מעניין. במישור הבינ"ל זה לא יכול להיות תירוץ שמדינה תטען שיש לה דין פנימי אחר.

מהם הסעדים שמדינה יכולה לדרוש ממדינה שהפרה הוראות של המשפט הבינ"ל?

שני סוגים מרכזיים של תרופות/ סעדים המעוגנים בסעיפים 28-37 בדבר אחריות מדינות:

- לחדול מהמעשה- ובמידת הצורך להפסיק את ההפרה ולא לחזור על המעשה הפוגע.
- לתקן את הנזק שגרמה באחת או יותר מהדרכים הבאות:
 - השבת המצב לקדמותו- למשל: אם מדינה פלשה באופן לא חוקי למדינה אחרת ובעצם הסיגה גבול, השבת המצב לקדמותו תהיה לפנות את החיילים מאותו שטח. דוג' נוספת: מדינה שהחרימה רכוש של מדינה אחרת בזמן מלחמה, ניתן להשיב את הרכוש.
 - תשלום פיצויים- הרבה פעמים זה בא ביחד עם השבת המצב לקדמותו.
 - סיפוק- הכרה בעוול, התנצלות רשמית וכיו"ב, זהו סעד סמלי. עצם ההכרה בעוול נחשבת לסעד במשפט הבינ"ל.

סעיפים 22, 49-53: צעדי גמול

צעדי גמול הם צעדים חד צדדיים שמדינה נוקטת בתגובה לפגיעה בזכויותיה ע"י מדינה אחרת (היינו, סעד עצמי) כגון הקפאת כספים של מדינה זרה, הטלת מכסים על מוצריה.
סעד עצמי- כשמדינה א' מפרה חובה כלפי מדינה ב', מדינה ב' לא חייבת לחכות שמדינה א' תתקן את העוולה ולא חייבת לבקש פיצויים אלא היא יכולה לנקוט בסעד עצמי ככוח סביר ללא בימ"ש. בעבר סעד עצמי היה הסעד המרכזי כי לא היו ערכאות בינ"ל. יש סכנה שמדינות שישתמשו בסעד עצמי אחת מול השנייה זה יתדרדר לסכסוך לכן, היות כשיש ערכאות מוסמכות שיכולות לפסוק סעדים יש הגבלות לגבי הסעד העצמי אבל הוא עדיין לא נעלם, עדיין מותר למדינות בתנאים מסוימים לנקוט באמצעי גמול, בסעד עצמי.

התנאים המצטברים לשימוש בצעדי גמול כנגד מדינות:

- תנאי ראשון-הם מופעלים כנגד מדינה שפעלה לפני כן באופן לא חוקי.
- התנאי השני- לגרום למדינה לחדול מההפרה ולציית לכללי המשפט הבינ"ל.
- תנאי שלישי/ דרישה שלישית- שצעדי הגמול יופעלו לאחר שניתנה אזהרה מוקדמת.

- תנאי רביעי- בזמן הפעלתם, הסכסוך אינו מתברר בפני טריבונל בינ"ל מוסמך.
- תנאי חמישי- הם אינם כוללים שימוש בכוח או הפרה אחרת של זכויות אדם בסיסיות ואינם מפירים נורמות קוגנטיות של המשפט הבינ"ל.

יחידה 5: ארגונים בינ"ל- כללי

ארגון בינ"ל הוא ארגון שמוקם ע"י כמה מדינות לצורך קידום מטרות משותפות למשל: נושאים משותפים כמו נושאים כלכליים, צבאיים, ביטחוניים. הארגון הבינ"ל בד"כ מוקם מכוח אמנה בינ"ל של כל החברות שחברות בארגון ומצטרפות ע"י אשרור אמנה שלפעמים זה כפוף לכל מיני דרישות למשל המדינות שחברות קודם לאותה מדינה, צריכות להסכים את זה שהיא תצטרף לאמנה. יש ארגונים שהמדינות לא מסכימות שכל מדינה תצטרף ותאשרר. כשמקימים ארגון בינ"ל מותר למדינות לדרוש כינוס מיוחד וקיימות זכויות וחובות במסמך, באמנה הבינ"ל האמנה מפרטת מה מותר ומה אסור למדינות החברות באמנה לעשות וניתן להבין איך הארגון עובד, מה סמכויותיו, כמה פעמים האו"ם מתכנס למשל. המדינה שמצטרפת מאוחר יותר מציבים לה תנאים בד"כ.

לכל ארגון בינ"ל יש אישיות משפטית עצמאית במשפט הבינ"ל, אישיות משפטית נפרדת לכל ארגון בעצמו. אותו גוף כשיר לשאת בחובות ובזכויות עפ"י המשפט הבינ"ל. ז"א שהוא יכול לתבוע ולהיתבע בבתימ"ש גם רגיל וגם בינ"ל. עוד דבר שארגון בינ"ל יכול לעשות זה לכרות אמנות בינ"ל. אמנת וינה בדבר דיני אמנות מסדירה את כל מה שקורה בין מדינות. זה לא גורע מהכוח של גופים אחרים לכרות אמנות אחרות. למשל ארגונים בינ"ל יכולים לכרות אמנות בינ"ל. זה לא מוסדר באמנת וינה, זה מוסדר ע"י הדין המנהגי גם אם זה לא מוסדר באמנה. ארגון אחד ירצה לכרות אמנה עם ארגון אחר ברגע שיש להם אותם מטרות משותפות. ארגון בינ"ל יכרות אמנה עם מדינה. ברגע שהארגון מוקם הוא יכול לפעול כישות נפרדת בעלת זכויות וחובות וזה הרעיון של עיקרון האישיות הנפרדת. האו"ם צריך לכרות אמנה עם מדינות.

לאילו חוקים וכללים ארגון בינ"ל כפוף?

קיימים שני סוגים שמחייבים את הארגון:

1. חוקת הארגון- אמנה מתוכה הארגון הוקם למשל במקרה של האו"ם זו מגילת האו"ם- הצ'רטר שמגדירה את הזכויות והחובות של האו"ם. כל ארגון חייב לפעול בהתאם לחוקת האמנה שלו.
2. מכוח המשפט הארגוני ומכוח המשפט ההסכמי (דיני אמנות), ברגע שארגון כורת אמנה עם ארגון אחר זה מחייב אותו, הוא כפוף לאותה אמנה.
3. דין מנהגי שיכול לחייב ארגון בינ"ל. באופן עקרוני גם הוראות של הדין המנהגי יכולות לחייב ארגון בינ"ל.

למה בעצם צריך ארגון בינ"ל אם יש אמנות שמאחוריהן המדינות עומדות?

הרבה פעמים מדינות רוצות לכרות אמנה ולשתף פעולה בנושא מסוים ולהסכים על אופן הפעולה בנושאים מסוימים למשל: בתחום התעופה, אבל אז יכול להיות שיהיה להם קשה שהאמנה תיאכף כי למשל אם יש 100 מדינות שחתומות על האמנה ואמורות להודיע אחת לשנייה זה מאוד קשה לתאם בין כל המדינות. לכן, לא רק שהמדינות כורתות אמנה אלא מקימות ארגון בינ"ל שיפקח על האמנה ויהיה אחראי לעדכן את הנורמות והסטנדרטים כשיש חידושים באותו תחום או למשל פיקוח על ביצוע האמנה. זה יהיה יותר אפקטיבי כשיש ארגון שמפקח על כך. הארגון נותן הסמכה לקבוע שיתוף פעולה כלכלי שיהיו לו סמכויות לפקח, לאכוף ולהשגיח, להמשיך להתקין תקנות בנושא כלל חדש בכל מיני נושאים. למשל אם יש 100 מדינות חברות ואין ארגון מרכזי יהיה מאוד קשה לאכוף נושאים משותפים למשל: נושא הבריאות שלכולן יש את אותו אינטרס לשמור על בריאות הציבור לכן לא ניתן לקבוע משהו אחד כי כל הזמן יש פיתוחים בנושא זה. גוף זה הוא לא רק אוכף אלא יוצר סטנדרטים חדשים. ארגון בינ"ל זה סוג של ממשלה עולמית אך זה לא בהכרח ככה אלא זה עוזר למדינות לחיות יחד בעולם ע"י תיאום ושיתוף פעולה.

האם יש בזה השפעה כלפי מדינות שלא חברות בארגון?

למשל ישראל לא חברה באיחוד האירופי אך ההחלטות באיחוד האירופי משפיעות עליה למשל האיחוד קובע הגירה לאירופה וזה משפיע גם על מדינות שלא חברות באיחוד האירופי. גם בנושא המטבע למשל משפיע על כל מדינות העולם. לאיחוד האירופי יש אג'נדה בנושא של זכויות אדם. למשל הוא החליט שמוצרים שנוצרים ע"י

ישראל לא יוכלו להיכנס באופן אוטומטי לשטחי אירופה. האיחוד האירופי יכול להחליט אילו מוצרים יכנסו לאירופה וזה משפיע גם על ישראל ומגביל אותה בצורה מסוימת. ארגונים בינ"ל: הרבה פעמים מבחינים בין ארגונים גלובליים לארגונים אזוריים.

ארגון גלובלי- בד"כ החברות בו לא מוגבלת למדינות רק באזור גאוגרפי מסוים אלא שבאופן עקרוני מדינות מכל העולם יכולות להצטרף לארגון. למשל: ארגון העבודה הבינ"ל, ארגון המזון והחקלאות, ארגון התעופה הבינ"ל, ארגון ההגירה הבינ"ל.

ארגון אזורי- ההצטרפות אליהם פתוחה רק למדינות מאזור מסוים למשל: ארגון של מדינות מצפון אסיה, ארגון הסחר הבינ"ל שמתעסק ביחסי מסחר בין המדינות. האיחוד האירופי שונה ממועצת אירופה כי האיחוד האירופי עוסק בשיתוף פעולה כלכלי בין מדינות אירופה: ביטול מכסים, תנועה חופשית, מטבע יורו שבאחריות האיחוד האירופי, מתעסק גם בכלכלה, בביטחון, בזכויות אדם. האיחוד האירופי מרחיב את התעסקותו שקשורה לשגשוג כלכלי ובו הוא כולל את זכויות אדם והעניין החברתי לעומת מועצת אירופה שעוסקת בעיקר בשיתוף פעולה של נושאים של זכויות אדם, דמוקרטיה, שלטון החוק באירופה. גם לגבי מס' החברות בארגונים יש שוני: באיחוד האירופי- 28 מדינות ובמועצת אירופה- חברות 47 מדינות והמטה המרכזי של מועצת אירופה נמצא בשטרסבורג בצרפת/ גרמניה. אחד הדברים המרכזיים שפועל באירופה זה בית הדין האירופי לזכויות אדם שפועל למען זכויות אדם.

לגבי שני הארגונים:

יש כאלו שהסמכות שלהם מאוד רחבה והם עוסקים בשיתוף פעולה בהרבה תחומים: שיתוף פעולה כלכלי, חינוכי וזה בשני סוגי הארגונים. לפעמים יש חפיפה בין הארגונים כך שאותה מדינה משתפת פעולה גם בתחום הגלובלי וגם בתחום האזורי.

יש הבחנה גם לפי סמכות הארגון שיש ארגונים שתחום הסמכות שלם מאוד צר לעומת כאלו שהסמכות שלהם דיי רחבה יחסית.

לפעמים מתבלבלים כי אחד הגופים המרכזיים בתוך האיחוד האירופי זה המועצה האירופית- זה מאוד דומה אבל המועצה האירופית היא חלק מהאיחוד האירופי וזה גוף שמורכב מנציגים של כל המדינות שחברות באיחוד האירופי וזה נקרא Europe of council.

האו"ם

האו"ם הוקם בסוף מלחמת העולם השנייה- 1945. מדינות שיש לגביהן מחלוקת האם הן מדינות הן לא חברות באו"ם אך כל שאר המדינות חברות באו"ם. לאו"ם יש מגילה שכוללת את המטרות המרכזיות שלה.

מטרות האו"ם

1. לקדם ביטחון ושלוש עולמי- האו"ם הוקם בסוף מלחמה"ע השנייה כדי למנוע מלחמות או שאם יהיו מלחמות- למזער את הנזקים. רוסיה, ארה"ב, אנגליה, צרפת, סין ורוסיה שניצחו את גרמניה ויפן והביסו את מדינות הציר והחליטו להקים ארגון בינ"ל כדי שלא יהיו מלחמות נוספות.
2. לפתח יחסי ידידות בין המדינות תוך הכרה בזכותם השווה של כל העמים להגדרה העצמית.
3. להשיג שיתוף פעולה בינ"ל בפתרון בעיות כלכליות, חברתיות, תרבותיות והומניטריות ולקדם הגנה על זכויות אדם.

חברות באו"ם

מוסדרת בפרק 2 למגילת האו"ם, כל פרק עוסק בנושא אחר. ניתן לבטל או להשהות חברות באו"ם.

סעיפים 1 ו- 2 למגילת האו"ם- סעיפים חשובים.

חברות באו"ם (פרק 2 למגילה)

הרבה מדינות שוחרות שלום התקבלו לאו"ם, כדי להתקבל צריך החלטה של העצרת הכללית שמונתית בהמלצה של מועצת הביטחון. אם זו מדינה שמפרה את הביטחון של המדינה ניתן להשעות או לסלק את אותה מדינה אבל זה מאוד נדיר.

מוסדות האו"ם

המוסדות המרכזיים של האו"ם הם העצרת הכללית, מועצת הביטחון, המזכירות, המועצה הכלכלית-חברתית ובית הדין הבינ"ל לצדק (סעיף 7 למגילה) מה שיש בנוסף במגילה זו מועצת הנאמנות שהייתה דומה למנדט הבריטי וכיום לגוף זה כבר אין תפקיד.

העצרת הכללית (פרק 4 למגילה)

- מורכבת מסוג של אסיפה כללית, כל מדינה שולחת נציגים לאסיפה הכללית.
- הסמכות של העצרת הכללית היא מאוד רחבה והיא עוסקת בכל מה שקשור לאו"ם ולפעילות שלו. היא יכולה לדון בנושאי סביבה ופיתוח, כלכלה, זכויות אדם.
- בעצרת הכללית המדינות מצביעות על החלטות בכל מיני נושאים. לכל מדינה יש קול אחד בבחירות ובהצבעות בעצרת הכללית וזה לא משנה כמה נציגים הגיעו מאותה מדינה. רוב ההחלטות מתקבלות ברוב קולות של המדינות שמשתתפות, שנוכחות בהצבעה. יש כל מיני נושאים שהעצרת הכללית בוחרת לקדם, יש החלטות כלליות ויש החלטות ספציפיות שהן במדינות מסוימות. קיים לכך סייג שקבוע בסעיף 12 למגילת האו"ם- אם מועצת הביטחון עוסקת ומטפלת בנושא מסוים שקשור לשלום וביטחון, לא לכלכלה, חינוך או בריאות, כלומר, בזמן שמועצת הביטחון דנה בו, העצרת הכללית לא יכולה לדון בו. מועצת הביטחון מגבילה את הסמכות של העצרת הכללית, אך זה לא כך הפוך. הנטייה של העצרת הכללית היא לא להתעסק בסעיף זה, בסעיף 12, לכן בפועל אין לו משקל הוא מעין אות מתה. לכן העצרת הכללית תימנע מלדון בנושא שמועצת הביטחון עוסקת בו.
- ככלל, ההחלטות של העצרת הכללית הן לא מחייבות, הן בגדר המלצה בלבד, לחילופין ההחלטות של העצרת הכללית יכולות להיות מופנות למדינות בנושא מסוים, בסיטואציה מסוימת, איך לפעול או שהיא יכולה להמליץ המלצות למועצת הביטחון והחלטה של מועצת הביטחון היא בד"כ מחייבת.
- יש נושאים שבהם לעצרת הכללית כן יש אפשרות לקבל החלטות מחייבות, למשל בנושאים פנימיים שקשורים להתנהלות האו"ם בנהלים פנימיים של האו"ם כמו החלטה בחלוקת תקציב באו"ם, כספים בהן המדינות מעבירות באו"ם. כל מה שקשור לתקציב, ההחלטות של העצרת הכללית מחייבות. זה גם נעשה בהצבעת רוב.

אם ההחלטות של העצרת הכללית לא מחייבות את המדינות אז למה צריך לקבל אותן?

1. הרבה פעמים גם אם ההחלטות לא מחייבות, גוף חשוב כמו העצרת הכללית של האו"ם שממליץ למדינות לפעול בדרך מסוימת יש לזה משקל, גם אם הן לא חייבות בהחלטות אלו. זה פורום שחברות בו כל מדינות העולם וכשפורום כזה מחליט לגבי נושא מסוים למשל המחאה באיראן נגד השלטון, אז נגיד העצרת קוראת לממשלה האיראנית לא לפגוע במפגינים. אז למרות שזה לא מחייב, מדינות לא רוצות להתעלם מהחלטות של העצרת הכללית, זה קשור למעמד הדיפלומטי שלהן בעולם, למוניטין שלהן.
 2. לפעמים החלטות של העצרת הכללית למרות שאין להן תוקף מחייב מעצמן אלא הן נובעות מהסכמה של כלל המדינות שהתוקף, החיוב נובע מדין מנהגי.
 3. יש החלטות שהן אמנם לא מחייבות בזמן שמאמצים אותן אבל אחרי עשר או עשרים שנה הן הופכות כביכול לדין מנהגי. לדוג': ההצהרה האוניברסלית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם- 1948. ב- 1948 כשהעצרת החליטה זה לא היה נחשב כדין מנהגי אז, אבל לאחר עשרים או שלושים שנה אח"כ כשמדינות התחילו לכרות אמנות בנושא זכויות אדם אז היום ההצהרה נחשבת לדין מנהגי.
- לפעמים ההחלטות הללו יכולות או לשקף דין מנהגי קיים או ליצור מנהגי- אלו המקרים החריגים. ברוב המקרים, ההחלטות של העצרת הכללית לא מחייבות אבל אף על פי כן, מדינות כן מייחסות להן משקל. יש החלטות מסוימות שמחייבות רוב מיוחד של 2/3 ולא של רוב רגיל, סעיף 18 אומר שבשאלות חשובות החלטה תקבל רוב מיוחד של 2/3, הוא לא אומר מה בדיוק נחשב להחלטות חשובות אלא נותן דוגמאות שכוללות הצבעת של 2/3:

- הצבעה של העצרת הכללית לקבלת מדינה חדשה לאו"ם.
- הבחירה של העצרת הכללית בחברות המתחלפות במועצת הביטחון.
- החלטה של סילוק מדינה מהאו"ם.
- החלטות בענייני תקציב.

אבל זו לא רשימה סגורה.

סעיף 13- העצרת הכללית יכולה מעבר לפעילות הזו של לקיים הצבעות ולנאום נאומים של הנציגים, העצרת יכולה ליזום מחקרים. יש גופי משנה וועדות שמבצעים מחקרים ומבצעים ועדות. ועדות המשנה של העצרת הכללית (שלאו דווקא מורכבות מהמדינות בעצרת הכללית) מתעסקות בשני נושאים מרכזיים:

1. קידום שיתוף פעולה בין מדינות בכל מיני תחומים.
2. עידוד פיתוח פרוגרסיבי וקודיפיקציה (יצירת אמנות) בדין המנהגי, למשל אם הדין המדיני לא ברור, רוצים לעגן אותו באמנה. האו"ם הוא הגוף המרכזי שיוזם אמנות. לעצרת הכללית יש סמכות ליזום, לחקור, לנסח אמנה. העצרת הכללית יכולה ליזום אמנות אבל תהליך אימוץ האמנות לא קשור להצבעה בעצרת הכללית, **זה לא חלק מפעילות העצרת הכללית לאשר אמנות, אלא לאשר החלטות.**

קודיפיקציה= עיגון הנושא באמנה.

פיתוח פרוגרסיבי= ליצור אמנות לגבי נושאים שעוד לא מוסדרים באמנה.

מועצת הביטחון (פרקים 5-7 למגילה)

הסמכות של מועצת הביטחון מצומצמת יותר ועוסקת בכללים של שמירה על נושאי ביטחון בעולם. אם היא רוצה לעסוק בנושא מסוים של ביטחון, העצרת הכללית אמורה לא לעסוק בו. למרות זאת, ניתן לציין שבעשר או עשרים שנים האחרונות מועצת הביטחון התחילה לפרש את הסמכות שלה, להחליט החלטות בנושאי שלום וביטחון בצורה רחבה. למשל: אז מדינות שהיו בהן איידס שגורם למוות, המועצה טענה שזה בסוף יפגע בביטחון המדינה או מדינה שמדכאת זכויות אדם, שלא מאפשרת חופש ביטוי, חופש דת, זה עלול להוביל למלחמה במדינה. לכן, היום חלוקת הסמכויות כבר לא כ"כ ברורה בין מועצת הביטחון לעצרת הכללית כי לפעמים נראה ששתיהן עוסקות באותם נושאים. יש חמש חברות קבועות במועצת הביטחון: ארה"ב, רוסיה, סין, בריטניה וצרפת. זה קבוע במגילת האו"ם בפרק 5.

בנוסף להן יש עשר חברות מתחלפות במועצת הביטחון וזה בהצבעה של 2/3. עם השנים הגדילו את מס' החברות כי מס' החברות באו"ם גדל. היו שש חברות מתחלפות והיום המס' גדל לעשר. ישראל לא חברה מתחלפת במועצת הביטחון. משתדלים שהחברות המתחלפות יהיו מכל העולם והעצרת הכללית בוחרת אותן לתקופה של שנתיים. כל ההחלטות של מועצת הביטחון צריכות להיות ברוב של 9 מתוך 15. אבל לכל אחת מתוך חמש החברות הקבועות במועצת הביטחון יש זכות וטו, מספיק שאחת מהן מתנגדת להחלטה, ההחלטה לא תעבור גם אם יתמכו בה רוב של 15 חברות. זה הכוח הכי חזק שיש באו"ם. הנוסח המקורי של מגילת האו"ם בסעיף 27 למגילת האו"ם- מסדיר את נושא זכות הוטו- שכל חמש החברות הקיימות, הקבועות יצביעו בעד ההחלטה אבל בפועל מפרשים את זה שמספיק שלא תהיה התנגדות. אם אחת מהן נמנעת, ההחלטה לא עוברת וצריך החלטה בעד. כלומר, מה שצריך זה שהיא לא תתנגד. פירשו את זה כך כי יש סוגיות שלא יכלו להסכים בכלל אם הייתה נדרשת החלטה של כולן ולכן הייתה לה את האפשרות להגיד שהיא נמנעת. יש החלטות שמדינות לא רוצות לתמוך בהן בגלוי ולכן הן נמנעות. אותה חברה לא מסכלת את ההצבעה וגם לא מצביעה בעד. החלטות צריכות להתקבל ברוב של 9 בתנאי שאף מדינה לא תטיל וטו. הסידור הזה שעדיין קיים, זכות הוטו, יש עליו ביקורת שבכלל קיים דבר כזה ויש גם ביקורת על ההרכב של אותן חמש מדינות. גם אם מוכנים לקבל את זה, זה לא תמיד פייר שזה אותן מדינות אלו, כי הזמנים השתנו. יש גם ביקורת שזה לא ייצוגי. הסיכוי לשנות את זה הוא מאוד קטן כיוון שזה קבוע במגילת האו"ם וכדי לשנות את מגילת האו"ם צריך החלטה של מועצת הביטחון והחלטה של העצרת הכללית שכפופה לזכות הוטו של המדינות החברות. זה הסדר ד"י בעייתי בעיני כמה מדינות.

המשך- מועצת הביטחון

פרק 6 למגילה- השלב שבו מועצת הביטחון מתערבת זה בשלבים שגישור או בוררות כבר לא עוזרים. מועצת הביטחון יכולה להטיל סנקציות מכוח פרק 7 למגילה. קודם היא חייבת להפעיל את סעיף 41 ואם זה לא עובד היא יכולה לעבור לסמכויות שלה מכוח פרק 7 והיא יכולה גם לא להפעיל את פרק 6. מועצת הביטחון יכולה להמליץ על צעדים/ על סנקציות כדי להחזיר את השלום. יש את סעיף 41 למגילת האו"ם (לקרוא אותו)- מועצת הביטחון יכולה להטיל סנקציות שלא מערבות שימוש בכוח צבאי, כלומר יכולה לחייב מדינות באו"ם לנתק קשרים כלכליים וקשרים דיפלומטיים על מדינה שמפרה את השלום והביטחון. סעיף 42 למגילת האו"ם- הסעיף החמור יותר- רק אם המועצה ראתה שהסנקציות שהיא הטילה לא עזרו או ראתה שיש אופציה שהן לא יעזרו היא צריכה לשקול האם להשתמש בסעיף 41 ואם זה לא עוזר או אין זמן ולאחר ששקלה זאת בכובד ראש רק אז מותר לה לנקוט בסמכות הכי חמורה שיש לה שזה סעיף 42- להורות למדינות, לחייב את המדינות שחברות באו"ם

לנקוט בסנקציות צבאיות כנגד אותה מדינה שמפרה את השלום העולמי. זו סמכות שהיא דיי מרחיקה לכת.
מועצת הביטחון באו"ם זה אחד הגופים הכי חזקים בזירה העולמית.

המזכירות הכללית (פרק 15 למגילה)

הזרוע המבצעת של האו"ם שבראשה עומד המזכיר הכללי של האו"ם: אנטוניו בוטרס כיום. הקדנציה היא לחמש שנים אבל יש אפשרות להאריך, הכי ארוך היה לעשר שנים. הסמכויות שלה כוללות: הפעלת כוחות שמירת שלום, המדינות החברות באו"ם תורמות חיילים שהולכים לכל מיני אזורי סכסוך ופועלים שם ובפועל מי שמנהל את כוחות שמירת השלום זה המזכ"ל. גם המזכירות הכללית מכינה מחקרים ודו"חות, רישום הסכמים בינלאומיים. אם לא רושמים את זה אצל מזכ"ל האו"ם אח"כ אי אפשר להסתמך על זה. היא מנהלת גם ענייני תקציב, עניינים שוטפים.

בית הדין הבינ"ל לצדק (ICJ) (פרק 14 למגילה+ חוקת בית הדין)

מוסד השיפוט המרכזי של האו"ם שסמכויותיו מוגדרות בפרק 14 למגילה, מדובר בטריבונל שיפוטי שפועל בחסות האו"ם.

שני סוגי סמכויות:

1. מוסמך לתת החלטות ופסקי דין אשר מחייבים את הצדדים להליך- מועצת הביטחון יכולה לנקוט

סנקציות נגד צד שלא מקיים או מציית להוראות בית הדין- ל- ICJ יש סמכות עצמאית מוחלטת למרות שהוא כפוף לאו"ם, מבחינת ש"ד שיפוטי יש לו עצמאות. מבחינה מוסדית הוא חלק מהאו"ם אבל מבחינה שיפוטית הוא עצמאי. החוקה של ה- ICJ יותר מפורטת והיא מהווה נספח למגילת האו"ם כי ברגע שהקימו את האו"ם הקימו את ה- ICJ והמדינות שאשררו את האו"ם אשררו גם את בית הדין הבינ"ל. הוא זה שממנה את השופטים שלו. הסמכות המוכרת יותר היא לתת החלטות בפסקי דין שמחייבים את הצדדים להליך. הצדדים הם מדינות. מדינה פונה ל- ICJ וטוענת שמדינה מסוימת הפרה את החובות שלה או את השלום העולמי וה- ICJ מכריע ומחייב את המדינה בהליך מסוים. אם המדינה לא מצייתת להחלטה של ה- ICJ מועצת הביטחון יכולה להתערב ולהטיל סנקציות. ההנחה היא שיהיה סכסוך בין מדינות ולא סתם מדינה פונה ל- ICJ, ולכן אם מדינות לא יצייתו אז אולי יפרוץ ביניהן סכסוך אליים. המשמעות של אי הציות זה שזה יכול לגרום לתקיפה או לסכסוך ומועצת הביטחון יכולה להתערב קודם ולדרוש מהמדינה לפעול בצורה מסוימת ואם לא תפעל ינקוט נגדה בסנקציות.

2. הסמכות המיוחדת- לתת חו"ד מייעצת (גם מעוגן בפרק 14) בכל שאלה משפטית לבקשת מועצת

הביטחון, העצרת הכללית או כל מוסד שמוסמך ע"י העצרת הכללית לבקש חו"ד כזו. לרוב זה או העצרת הכללית או מועצת הביטחון שפונה ל- ICJ לקבל חו"ד מייעצת אם יש איזושהי סוגיה משפטית מורכבת. דוג': חו"ד מייעצת בסוגיית גדר ההפרדה בישראל. מועצת הביטחון לא נתקלה עדיין בסוגיה כזו. האו"ם והעצרת הכללית לא ידעו כיצד לבחון את הנושא וביקשו חו"ד מייעצת מה- ICJ. החלטה שכזו היא לא החלטה מחייבת, יש לה השפעה גדולה, משקל גדול, זו הרתעה שיפוטית, היא מבססת למה זו הפרשנות הנכונה של הדין הבינ"ל וזה משפיע על מדינות, למרות שהן לא חייבות בחו"ד המייעצת הן מתייחסות בהרחבה למרות שיש פעמים שהן לא יחילו את ההחלטה כי זה לא משרת צורכי ביטחון וכד"ו.

סוכנויות שפועלות במסגרת האו"ם

האו"ם רוצה גוף שיפעל בשמו בנושאים מסוימים. לכן, גוף זה הוקם כדי לפעול במרוכז בכל הנושאים, הם כפופים לאו"ם ומנהלים תחום מסוים שהם רשאים להתעסק בו. הפעילות שלהם מפוקחת ע"י האו"ם אבל נפרדת ממנו. קיימים ארגונים שונים למשל: גוף לסיוע למדינות מתפתחות, גוף שעוסק לסיוע לפליטים, גוף לפליטים פלסטינים, גוף לקידום רווחה של ילדים, גוף להגנה על הסביבה. לגופים אלו יש תקציב משלהם.

סוכנויות מיוחדות (ארגונים בינ"ל עצמאיים שכתרו הסכמים לתיאום ושת"פ עם ECOSOC)

לעומת זאת, יש גופים בינ"ל שלא הוקמו מתוך האו"ם ויחד עם זאת, הם כרתו אמנה בינ"ל בינם לבין האו"ם, ישירות בינם לבין העצרת הכללית לשיתוף פעולה הדוק ביניהם והן נקראות סוכנויות מיוחדות, הם גופים נפרדים שפועלים בנפרד אבל הם עוסקים באותם נושאים שהאו"ם עוסק. אחת הדוג' זו אונסקו (UNESCO). זה גוף עצמאי שיש לו הסכם לשת"פ עם האו"ם.

חלק שלישי: ענפי המשפט הבינלאומי

יחידה 7: דיני שימוש בכוח

יש הבחנה בין דיני שימוש בכוח לבין הדינים ההומניטריים, שניהם עוסקים בלחימה, לפעמים קוראים לשניהם ביחד "דיני לחימה". שני החוקים הללו חלים על מדינות בסיטואציות של לחימה. דיני השימוש בכוח אלו הכללים של המשפט הבינ"ל שמסדירים את עצם השימוש בכוח בלחימות, מתי אסור להן ומתי מותר להן לתקוף ולהפעיל כוח צבאי כלפי מדינה אחרת. השאלה המרכזית שעומדת במרכז הענף הזה של דיני שימוש בכוח הוא מתי מותר למדינה להשתמש בכוח צבאי? לעומת זאת, התחום של דינים הומניטריים לא עוסק בשאלה מתי מותר לעסוק בכוח אלא איך צריך להשתמש בכוח. בהנחה שכבר קיים איזשהו סכסוך מזוין בין מדינות או ארגונים שאינם מדינות בוחנים מה מותר לעשות ומה אסור, באילו כלי נשק מותר להשתמש ובאילו לא, מהם היעדים המותרים לפגיעה. תחום זה נפרד מדיני שימוש בכוח. אין כ"כ קשר בין התחומים. גם אם צד הפר את ההוראות של השימוש עדיין שני הצדדים יהיו חייבים בשימוש בדינים ההומניטריים ועדיין יצטרכו לכבד אותם. עצם השימוש בכוח, מתי מותר למדינה להשתמש בכוח?

דיני שימוש בכוח-

עצם האיסור, הנחת המוצא היא שאסור למדינה להשתמש בכוח צבאי נגד מדינות אחרות. לאחר מכן, נראה שלכלל זה יש חריגים לאיסור לשימוש בכוח:

- חריג מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם
- חריג הגנה עצמית

איסור השימוש בכוח- זהו כלל חדש של המשפט הבינ"ל, לא היה איסור כזה, ההנחה הייתה שמדינה יכולה לתקוף מדינה אחרת בד"כ אם יש לה טענות נגד מדינה אחרת או דרישות, לא היה ברור מתי מותר ומתי אסור לתקוף ולהשתמש בכוח כלפי מדינה. מה שקרה בפועל עד מלחה"ע הראשונה זה שהיו מדינות שעשו ביניהן הסכם שלום, שהתחייבו לא לעשות שימוש בכוח אחת נגד השנייה ושאלם יהיו סכסוכים יפתרו אותם ע"י בוררות. עקב זה שלא היו מנגנונים לפיקוח, ההסכמים האלה לא באמת נאכפו. לא היה איסור כללי. לאחר מלחה"ע הראשונה ניתן לראות פעם ראשונה התייחסות לנושא זה באמנה רב צדדית, החוקה של חבר הלאומים פעם ראשונה התייחסה באמנה רב צדדית לנושא של השימוש בכוח אבל גם שם לא הייתה קביעה ב-1919 שאוסרת על שימוש בכוח אלא נקבעו תנאים והגבלות חלקיות על השימוש בכוח ולפני שמדינה משתמשת בכוח נגד מדינה אחרת היא צריכה לנסות ליישב את הסכסוך ביניהן ע"י שלום או ע"י בית הדין הבינ"ל לצדק שהיה אז, או לפנות למועצת חבר הלאומים שזה היה בעצם הגוף שפעל לפני שהייתה קיימת מועצת הביטחון. רק אם זה לא הולך מותר לה להשתמש בכוח. בעצם, מה שעולה מזה זה **שעד מלחה"ע השנייה אין כלל שאוסר על שימוש בכוח**. זה נקבע רק ב-1945 בחוקת האו"ם שקם אחרי מלחה"ע השנייה. במגילת האו"ם זה נקבע לראשונה שאסור לאף מדינה להשתמש בכוח נגד מדינה אחרת בכפוף לחריגים מסוימים וזה נקבע בסעיף 2(4) למגילת האו"ם.

אחריות מדינה בסיוע לשימוש בכוח ע"י ארגון לא מדיני יכולה להיות אחראית על הפרה של השימוש בכוח. פס"ד ניקרגואה נ' ארה"ב-1986 זהו פסה"ד החשוב ביותר של ה-ICJ לשימוש בכוח, הוא קבע הרבה הלכות חשובות בנושא של שימוש בכוח. הרקע לסכסוך זה שבכל אמריקה הלטינית היו הרבה מלחמות אזרחים פנימיות בין הממשלות ששלטו שם, אלו היו מלחמות פרוקסי, המלחמה הקרה, המאבק הבין גושי. אחד המקומות שבהם החל סכסוך זה היה בניקרגואה. בתחילת שנות ה-80 קמו ארגוני אופוזיציה, קבוצות חמושות, לא הצבא אלא ארגונים, קבוצות שרצו להפיל את הממשלה, הם נקראו הקונטרז (contrast) בגלל שהם היו מזוהים יותר עם הקפיטליזם האמריקאי, המדיניות של ארה"ב לא רק תמכה בהם אלא סייעה ע"י כסף, מתן מידע מודיעיני וסיוע לוגיסטי של הדרכה. חיילים אמריקאים לא נכנסו לניקרגואה אבל סייעו בדרכים הנ"ל. בעקבות זה ניקרגואה פנתה ל-ICJ וטענה שארה"ב הפרה נגדה את השימוש בכוח. עצם זה שהיא נותנת כסף למורדים היא מפרה את איסור השימוש בכוח. ממשלת ניקרגואה פנתה ל-ICJ ונקבע שברגע שמדינה מסייעת למדינה שלא בכוח אבל עדיין בצורה אחרת, מסייעת למדינה אחרת ולא עוזרת ישירות היא מפרה את דיני הכוח והיא צריכה להפסיק להתערב וגם לשלם פיצויים לניקרגואה על הנזקים. הרבה מדינות פועלות ככה, למשל מה שקורה בסוריה היום זה שאיראן, רוסיה וטורקיה מסייעות. יש את הצבא אבל יש ארגונים לא מוסדרים שפועלים נגד הצבא. כשרוסיה

תומכת בממשל אסד ועוזרת לו לדכא את כוחות המורדים היא לא מפרה כי כשעוזרים לממשלה לדכא מורדים לא מפרים את הכללים.

דוג': האם אפילו כשמדינה מיירתת טיל זה נחשב לשימוש בכוח? בד"כ כן אבל זה לפי החריג של הגנה עצמית. כעיקרון השימוש בכוח אסור אלא אם כן יש חריגים שמצדיקים אותו. גם אם זו מלחמה שלא נמשכת לאורך זמן בין מדינות בוחנים את האיסור בשימוש בכוח.

שתי מערכות הדינים הן נפרדות: דיני שימוש בכוח ודינים הומניטריים. דיני השימוש בכוח קובעים מתי ניתן להשתמש בכוח הצבאי של המדינות נגד מדינות אחרות והדינים ההומניטריים קובעים איך משתמשים בכוח נגד אותה מדינה.

יכול להיות שמותר למדינה להשתמש בכוח באותה סיטואציה אך היא פועלת שלא כדין, בפרוצדורה לא חוקית עפ"י הדין הבינ"ל ההומניטרי.

שתי המערכות נפרדות והן לא תלויות אחת בשנייה.

מערכת דיני השימוש בכוח:

ל- ICJ יש שתי סמכויות:

1. לתת חו"ד מיעצת, ארגונים של האו"ם כמו העצרת הכללית יכולים לבקש חו"ד משפטית מה- ICJ.
2. סמכות לדון בפתרון סכסוכים בין שתי מדינות- שתי מדינות מסוכסכות פונות לבית הדין שיפוסק לפיתרון הסכסוך ביניהן.

דוג': בפס"ד ניקרגואה-ניקרגואה פנתה לבית הדין שיפוסק בגין הסכסוך שיש לה עם ארה"ב שהייתה מעורבת בגורמים שמרדו וניקרגואה טענה שהשימוש בכוח הוא לא חוקי ע"י השימוש של המורדים וזו הפרה של האיסור על שימוש בכוח.

האם מותר ל- ICJ לדון בבקשה הזו?

- מותר לו לדון בבקשות של מדינות בפתרון סכסוכים כשהצדדים להליך יודעים על ההליך, מצהירים מראש שכאשר אם יהיה סכסוך בינם לבין מדינה אחרת הם יוכלו לדון בזה. כל המדינות שחותמות על סעיף כזה ברגע שיש סכסוך בין לבין מדינה אחרת שחתומה על הצהרה כזו, ל- ICJ יש סמכות לדון בזה. בגלל שהצהרה הזו היא ידידותית הן יכולות לסייג אותה ולהחליט באילו סכסוכים ה- ICJ ידון. אותה מדינה מתנה את הסכסוכים שהיא מסכימה שבית הדין ידון בהם.
- דרך שנייה לגשת ל- ICJ זה אם למדינה יש אמנה ויש אופציה לפתרון סכסוכים אז גם ברגע שיש לאותן מדינות סכסוך בנוגע לאמנה בית הדין יוכל לדון בה. זה רק בין מדינות שחברות באותה אמנה. ל- ICJ יש סמכות לדון רק בנושאים שקשורים באותה אמנה, בין מדינות שחברות באותה אמנה.
- יש אפשרות שמדינות יתנו אפשרות ל- ICJ לדון בסכסוכים מסוימים. הן יכולות לתת סמכות ספציפית אם כל הצדדים מסכימים לכך.

במקרה של ניקרגואה- גם ארה"ב וגם ניקרגואה למעשה נתנו הצהרה גורפת שהן מקבלות את הסמכות של ה- ICJ לדון בכל תביעה נגדן, הן מילאו את ההצהרה ונתנו את הסמכות שבמקרה שיהיו מעורבות בסכסוך בית הדין יוכל לקבוע בו. לכאורה, זה נראה פשוט כי אם שתיהן נתנו את ההצהרה אמורה להיות לבית הדין סמכות אבל לארה"ב היה אינטרס שלא תהיה סמכות ל- ICJ. ארה"ב טענה שהצהרה לא תקפה. ארה"ב טענה שיש לה הסתייגות בהצהרה שסמכות בית הדין לא תחול במקרים של הפרת אמנה רב צדדית. בית הדין לא קיבל את הטענה שהצהרה לא תקפה. ארה"ב טענה שהאיסור על שימוש בכוח מתבסס על סעיף 2(4) למגילת האו"ם שם רשום שאסור למדינות לתקוף אחת את השנייה ולהשתמש בכוח נגד השלמות הטריטוריאלית של מדינה אחרת. ארה"ב טענה שאי אפשר לדון במקרה הזה לפי מגילת האו"ם בגלל שישנה הסתייגות שארה"ב לא תיתן סמכות ל- ICJ שלפיה הוא ידון בהפרה רב צדדית אלא אם כל המדינות שנוגעות לדבר הן צד להליך. אמנם מגילת האו"ם היא מגילה רב צדדית ולא כל הצדדים הם צד להליך כי מדינות שכנות לניקרגואה מושפעות מההליך ולא צד להליך בפועל. ארה"ב טענה שהמדינות חייבות להיות מעורבות כי הן רלוונטיות בגלל שהפעולות של ארה"ב הן חלק מהגנה עצמית קולקטיבית, ארה"ב פעלה מול ניקרגואה כדי להגן על המדינות השכנות. בית הדין קיבל את הטענה שהוא לא יכול להשתמש בטענה זו ויש לארה"ב הסתייגות להצהרה אבל הוא לא דחה את כל התיק אלא טען שהוא יכול לשפוט לפי דין מנהגי שם לארה"ב לא הייתה הסתייגות. יש איסור מנהגי על שימוש בכוח, הדבר הכי חשוב בפסיקה ובגלל שארה"ב טענה שלא ניתן לדון באיסור בשימוש בכוח מתוקף מגילת האו"ם בית הדין בדק וקבע שיש איסור מנהגי לא מתוקף אמנה אלא מתוקף מנהג על איסור שימוש בכוח שהתפתח לידי נורמה קוגנטית. לא ניתן לחוקק שום חוק שסותר את התוקף של האמנה. עד מגילת האו"ם לא היה איסור על שימוש בכוח, היו מגבלות על הפעלה של כוח, היו נסיבות שזה נראה פחות או יותר חוקי אבל לא

היה איסור גורף. במגילת האו"ם ניסחו איסור גורף שהפעיל מגבלות על שימוש בכוח בזמן קצר מאותו רגע שנכתב באמנה, במגילת האו"ם האיסור הזה התפתח לדין מנהגי כפי קבע בית הדין שהכניס לתוך הדין המנהגי שימוש בכוח וזה במעמד של נורמה קגנטית. כשבית הדין ביסס את הסמכות הוגבלו הדינים ואז בית הדין יכל לדבר רק על הדין המנהגי.

החריגים לאיסור השימוש בכוח:

קיימים שני חריגים עיקריים שהם מתוקף אמנה, שניהם נמצאים במגילת האו"ם עצמה שבה מופיעים שני החריגים לאיסור:

1. החריג הראשון- מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם

2. החריג השני- מנגנון ההגנה העצמית

החריג הראשון- מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם (פרק 7)

בגלל שיש איסור על שימוש בכוח זה לא אומר שלא יהיו סכסוכים ומישהו צריך בכל זאת להחזיק בסמכות ולהתערב במצבים כאלה, האו"ם נתן לעצמו דרך מועצת הביטחון שהיא הגוף המבצע לאשר שימוש בכוח מתוקף זה שמועצת הביטחון היא הגוף שאחראי למעשה על שמירת השלום והביטחון, שאחראי על זיהוי איומים לשלום ולביטחון הבינ"ל וברגע שהיא מזהה איום כזה ניתנים לה כלים לפעול נגד הפרת השלום והביטחון הבינ"ל.

1. איום על השלום-

במגילת האו"ם בפרק 7 שמפרט את הסמכויות של מועצת הביטחון בסעיף 39 (הסעיף הראשון בפרק) שם נקבע שמועצת הביטחון רשאית לקבוע שאם ישנו איום על השלום, מעשה איום היא רשאית להמליץ המלצות או להחליט על נקיטת צעדים על מנת לשמור על השלום והביטחון הבינ"ל או להשיבם. אם רואים שיש מדינה שהיא מאוד תוקפנית שהולכת לפלוש למדינה אחרת, לספח שטחים, שולחת ספינות מלחמה, תוקפת יעדים, דברים אלו יכולים להיחשב איום על השלום אבל ההגדרה היא יותר רחבה והמונח כולל גם מלחמות פנימיות, כל מיני מלחמות אזרחים שהיו ביוגוסלביה, בסומליה למשל. חוסר יציבות פנימית שיכול לאיים על המדינות ליד, משברים הומניטריים והפרות חמורות של זכויות אדם: משברים עצומים של פליטים, משטרים מדכאים אוכלוסייה. זה יכול גם שימוש בכוח צבאי. **נכנסות תחת ההגדרה הזו גם מדינות שלא לוקחות חלק במניעת טרור, מדינות שנותנות חסות לארגוני טרור ונותנות להם לפעול מהשטח שלהן.** ברוב המקרים האלה של איום על השלום, מועצת הביטחון לא הורתה על שימוש בכוח בתגובה על האיום. יכול להיות שהיא תזהה את האיום, תתריע אבל היא לא בהכרח תורה על שימוש בכוח כדי להתמודד עם האיום על השלום, היא לא תורה על שימוש באמצעים צבאיים נגד אותן מדינות. יכול להיות שבגלל שכן קבעו שמקרים אלו הם איום על השלום וכרגע לא ננקטו צעדים יכול שמועצת הביטחון כן תחליט לפעול באמצעים צבאיים כי יש לה את הסמכות לזה.

2. הפרה של השלום-

מדובר על סכסוך בין מדינות, סכסוך חמוש בין מדינות.

3. מעשה תוקפנות-

הוגדר ע"י העצרת הכללית בהחלטה משנת 1974 (ההחלטה לא מחייבת)- ההגדרה מאוד דומה בניסוחה להגדרה לשימוש בכוח בסעיף 2(4) שמדבר על איסור בשימוש בכוח כלומר, מתקפה חמושה ולא על איום על שימוש בכוח. משתמשים בזה לעיתים נדירות ולא ברור מהם הקריטריונים שקובעים מהו שימוש בכוח, מהי תוקפנות. פה לא ברור אם מדובר בשימוש בכוח צבאי, לא ברורים הקריטריונים. הרבה פעמים בהחלטות של מועצת הביטחון גם כאשר מזהים איום או הפרה של השלום הם לא אומרים מה ההחלטה של הסיבה לקביעה על האיום של הביטחון אבל בשנים האחרונות מועצת הביטחון לא מציינת את ההחלטות שלה אלא אומרת שהיא פועלת לפי סעיף 7 למגילת האו"ם.

סעיף 40 למגילת האו"ם- לפני שמועצת הביטחון נוקטת באיומים נגד הפרות שהיא זיהתה יש לה מנגנון שנועד לאפשר לה לעשות הערכת מצב מול הצדדים. מועצת הביטחון אחראית לפני שהיא מחליטה החלטות או נוקטת בצעדים, היא יכולה לקרוא לצדדים הנוגעים בדבר ולמנוע החמרה של המצב. סירוב לנקוט בצעדים האמורים יילקח בחשבון ע"י מועצת הביטחון. צעדים זמניים זה למשל: הפסקת אש, להפסיק להילחם, לסגת או לאשר תנאים שיאפשרו משלוח של ציוד הומניטרי כדי למנוע את האיום או הקונפליקט שמתחיל להתרחש. במקרה שמתמשך האיום על השלום או במקרה שהצעדים אינם רלוונטיים.

שימוש בצעדים שיותר מועצת הביטחון לנקוט:

סעיף 41 למגילת האו"ם- מדבר על **צעדים שלא כוללים שימוש בכוח צבאי.** מועצת הביטחון רשאית להורות למדינות החברות באו"ם בהחלטה מחייבת מתוקף פרק 7 לנקוט בצעדים כנגד אותם צדדים שמפרים את השלום או אותם איומים על השלום.

סט אחד מדבר על כל הצעדים שאינם כוללים שימוש בכוח צבאי- מועצת הביטחון למשל החליטה שהיא מזהה איום וצריך לנקוט בצעדים שיכולים לכלול ניתוק מלא או חלקי של יחסים כלכליים (סנקציות כלכליות), של קשרי תחבורה, של אמצעי תקשורת אחרים או ניתוק יחסים דיפלומטיים. היא יכולה לנקוט בעוד צעדים (הרשימה נשארת פתוחה). היא יכולה להחליט גם כמו במקרה של יוגוסלביה ורואינה על הקמת בתי דין פליליים לאותו הסכסוך או למשל להורות על ניהול זמני בי"ל של טריטוריות כמו שעשו בקוסובו.

סעיף 42 למגילת האו"ם מדבר על **צעדים שכוללים שימוש בכוח צבאי** כנגד מדינות באו"ם, נגד מדינות שמפרות את השלום. אם הצעדים שלא כוללים שימוש בכוח כמו בסעיף 41 לא אפקטיביים או שאין אפשרות להשתמש בהם היא יכולה להורות להשתמש בסנקציות צבאיות.

מועצת הביטחון יכולה לפעול באמצעים שאינם צבאיים ורק אם זה לא עובד היא יכולה להשתמש בכוח צבאי או שהיא יכולה להחליט שמדובר במצב אקוטי, חמור והיא יכולה להורות על שימוש בכוח צבאי מחוסר רלוונטיות של הצעדים שאינם צבאיים.

דוג' להפעלת החריג ע"י מועצת הביטחון:

היו התערבויות צבאיות מתוקף סעיף 42 למשל: במלחמת המפרץ, בוסניה. מועצת הביטחון הפעילה את החריג של מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם- היא אישרה למדינות לפעול בכוח צבאי כנגד הפרות של מדינות אחרות. היא העבירה החלטה מתוקף פרק 7 לפיה ניתן להשתמש בכוח צבאי.

חולשות מרכזיות של מנגנון הביטחון הקולקטיבי:

חריג זה יכול להיות בעייתי כי בגלל הוטו הזה שלא מצליחים להעביר החלטה בגלל הוטו, היישום לא אחיד. יכול להיות שיהיו מצבים שמאוד נרצה להפעיל את המנגנון הזה כי ברגע שתהיה הפרה נרצה להפעיל אוטומטית כוח אבל יהיו מקרים בהם מועצת הביטחון לא תוכל להפעיל החלטות על אותה מדינה כי אותה מדינה תטיל וטו על אותה החלטה, למשל מדינה שהיא חברה קבועה באו"ם. יש בעיה של יישום קולקטיבי. אין בעיה במקרים שלחמש החברות הקבועות באו"ם אין התנגדות. החברות הקבועות מגנות לא רק על עצמן אלא גם על בנות הברית שלהן.

דבר שני- זה מהווה בעיה כי למעשה אין לאו"ם איזשהו מנגנון כוח צבאי קבוע. כשנכתבה מגילת האו"ם הייתה מחשבה שמועצת הביטחון תגיע להסדרים עם המדינות החברות לגבי השימוש בכוח הצבאי, שתעמיד כוח צבאי שמופעל לטובת מועצת הביטחון, זה לא קרה בפועל ולכן אם מועצת הביטחון רוצה להפעיל כוח צבאי היא צריכה את ההסכמה ואת הנכונות של המדינות החברות להפעיל את הכוח הזה, היא פחות מורה להן להפעיל כוח צבאי אלא מאשרת להן. מועצת הביטחון לפני שהיא מעבירה החלטה לפי סעיף 42 היא קודם מוודאת עם המדינות החברות אם יהיו מדינות שיוכלו ליישם את ההחלטה. למשל: שארה"ב תוביל כזה מהלך עם בנות הברית שלה. מועצת הביטחון הרבה פעמים נותנת אישור בדיעבד להפעלת כוח שכבר התרחשה, למשל יש איום שהופעל והמדינות פועלות בכוח כנגד המדינות המאיימות, כעיקרון זה אסור אבל מועצת הביטחון במקרים כאלה שלא אישרה לפעול היא יכולה לתת אישור לפעולה בדיעבד. לדוג': לוב, שארה"ב הסכימה לשלוח כוחות ללוב בדיעה שיהיו מדינות שיבצעו את זה וזה היה ללא אישור של מועצת הביטחון היא אישרה זאת לאחר מכן.

בעיה נוספת, חלק מההגדרות עדיין עמומות, כל ההגדרות סביב שימוש בכוח נתונות לפרשנות ולא מפורשות. הפרשנות לשימוש בכוח היא שימוש בכוח צבאי. לא ניתנה הוראה לגבי שימוש בסייבר האם הוא שימוש בכוח. אין קריטריונים סדורים, מאוד ברורים לפיהם לפעול. מצד שני היתרון בעמימות הוא שזה נותן מרחב פעולה לפעול, כשרוצים להחיל משהו בתוך ההגדרה ניתן לנסות לכלול את זה בפנים וזה מאפשר גמישות.

החריג השני- מנגנון ההגנה העצמית

גם חריג זה נמצא בתוך מגילת האו"ם עצמה בסעיף 51 "לכל מדינה יש זכות להגן על עצמה בין בכוחות עצמה או בין בכוחות חמושים כל עוד מתרחשת נגדה מתקפה חמושה". אם אני מדינה נתקפת אני יכולה לפעול נגד המדינה התוקפת כל עוד מועצת הביטחון לא הפעילה את החריג הראשון, את מנגנון הביטחון הקולקטיבי. מדינה זו צריכה להודיע למועצת הביטחון על כוונתה לפעול כך.

התנאים להפעלת הזכות להגנה עצמית עפ"י סעיף 51 למגילת האו"ם:

כשמתרחשת מתקפה חמושה.

1. מהי מתקפה חמושה?

למשל: יש ירי של כוחות בסוריה ואחד מהם נוחת ברמת הגולן (זליגה זו לא מתקפה חמושה) או למשל: תקרית ירי בגבול ניתן להחשיב את זה כמתקפה חמושה. במקרה של ניקרגואה ה- ICJ קבע **שצריכה להיות מידה של חומרה כדי שפעילות עוינת של שימוש בנשק תיחשב כמתקפה חמושה**. כל המקרים הנ"ל לא בהכרח נחשבים

כי דרגת החומרה לא הגיעה לסף שכולל מתקפה חמורה. אבל היה ותקריות הגבול הללו מתמשכות או שיש קסאמים וזה משהו שחוזר על עצמו באופן שיטתי יכול להיות שבמצטבר כן ייחצה הסף ויגיע לסף של שימוש בכוח שנחשב מתקפה ויצריך שימוש בהגנה עצמית. מבחינת ביהמ"ש הבינ"ל אם מדינה שנפל עליה קסאם והיא ירטה היא מפרה את השימוש בכוח. כדי שלמדינה שהשתמשו בכוח נגדה תהיה הזכות להגנה עצמית צריך להיות סף מסוים שחוזר על עצמו. זה לא הופך את הפעולה ההתקפית לחוקית אלא שאין לי זכות לפעול בהגנה עצמית כלפי אותה מדינה. זה יוצר מצב משונה כי מצד אחד הפרו את החוק כלפי ומצד שני אין לי אפשרות להתגונן. זה לא היה עובד בדין רגיל. למעשה מה שמדינה כן יכולה לעשות במקרים הנ"ל זה לנקוט בפעולת תגמול נקודתית, להגיב בנקודתיות. אם יורים על הגבול ניתן לירות באותה נק' אש אבל עדיין לא עומדת זכות להגנה עצמית אלא אם כן הצטברו התקריות והן כבר מחצו את הסף וכן מדובר במתקפה חמושה.

2. מתי מותר להתגונן?

במלחמת ששת הימים ישראל ידעה ע"י מידע מודיעיני על התקדמות של כוחות לעבר הגבולות והבינה שהולכת להתרחש מתקפה מידית עליה ושאלה היא לא תפעל היא תהיה בבעיה. ישראל טענה לאחר שהיא תקפה שהיא לא יכלה לשבת ולהמתין שיתקפו אותה ורק אז להגיב כי אין לה עומק אסטרטגי וכוחות שיספגו את זה. זו נקראת **הגנה עצמית מקדימה** (תרופה מקדימה למכה). במקרים בהם אין שהות להשתמש באמצעים אחרים כדי למנוע את המתקפה ואין זמן, למדינה יש זכות כחריג להשתמש בהגנה עצמית מקדימה וזה לפי פרשנות של סעיף 51. זה קיים גם במקרים של חשש למתקפה גרעינית. אם מחכים המכה יכולה להיות גדולה. בשנים האחרונות מנסים לפתח את **דוקטרינת בוש**: לקחת את ההגנה העצמית המקדימה ולהרחיב אותה למקרים של איום לטרור ולא רק למקרים של איום ממש אלא שצריך לפעול נגד התפתחות של תשתיות טרור לא רק לפעול נגד התקפות טרור. זה מה שקרה בעקבות מקרה התאומים כי לא ניתן היה לסכל את כל הפיגועים. זה נחשב כעוד יותר שנוי במחלוקת ואין לזה ביסוס בביהמ"ש הבינ"ל.

המשך- החריג השני- מנגנון ההגנה העצמית

המשך- התנאים להפעלת הזכות להגנה עצמית עפ"י סעיף 51 למגילת האו"ם:

עדיפות ראשונה היא פעולה מוסדרת של האו"ם ורק אם מועצת הביטחון לא פועלת ומתרחשת נגד מדינה מתקפה חמושה ניתן יהיה להשתמש בהגנה עצמית. כל עוד מועצת הביטחון לא נקטה בצעדים ומדינה הפעילה צעדים של פעולת הגנה עצמית היא צריכה להודיע על כך וזה לא גורע מפעולתה של מועצת הביטחון לפעול בשביל לשמור על השלום ועל הביטחון. יש עדיפות שמועצת הביטחון היא שתפעל כדי לשמור על השלום והביטחון. למרות שהמטרה הייתה הפעילות המרכזית של מועצת הביטחון ורק אם לא פעלה- מדינה תפעיל הגנה עצמית, זה דבר שהוא נדיר יחסית. למועצת הביטחון אין כוח צבאי קבוע כי לא כל המדינות הקצו כוחות ביטחון למלחמות, זה לא קרה בפועל. ולכן, סעיף 42 לא מופעל לעיתים קרובות בפועל. תיאורטית המטרה הייתה ליצור השימוש שנוצר בכוח הוא לפי פרק 7 ובמקרה הטוב זה על התבססות החריג של הגנה עצמית ובמקרה הרע, זה ללא סיבה אמיתית.

סעיף 51 למגילת האו"ם מגדיר שמדינה יכולה להגן על עצמה בין בכוחות עצמה ובין בכוחות משותפים אם היא צריכה להגן על עצמה:

תנאים אלו של סעיף 51 הם מצטברים:

1. **תנאי ראשון- נדרשת דרגת חומרה מסוימת-** לא כל פעולה נקודתית תיחשב למתקפה חמושה שתקים

זכות להגנה עצמית. לא כל פעולה מצדיקה שימוש בהגנה עצמית. מה עושים עם הפער בין הפעולה הנקודתית לבין הזכות לשימוש בהגנה עצמית? **יש צעדי גמול**, אם למשל ירו על ישראל מעבר לגבול באירוע קטן והכוחות של צה"ל יורים בחזרה זה לא ייחשב כשימוש בהגנה עצמית. החשש הוא שמדינות ישתמשו בהגנה עצמית ויצאו למתקפה חמושה גם אם זו רק מתקפה נקודתית. יש תשובת ביניים שלמדינה כנראה מותר להגיב בצורה נקודתית שזה נקרא **צעדי גמול**. כשמדינה אחת פוגעת בצורה נקודתית ניתן לפעול בסעד עצמי למשל: אם מדינה חייבת כספים ניתן להטיל עליה סנקציות כלכליות. זה סעד עצמי ללא פנייה לבימ"ש והוא לא כולל שימוש בכוח. מדינה יכולה בהתאם לירי קטן שהופעל כלפיה להפעיל ירי קטן בחזרה.

דרגת חומרה מסוימת- מה שמצופה ממדינות כשיש אירוע נקודתי ומוגבל כמו חדירה של מטוס זה פשוט להבליג ורק אם יהיו כמה אירועים נקודתיים שחוזרים על עצמם, שזה יעלה לדרגה של מתקפה חמושה ניתן יהיה להפעיל את מנגנון ההגנה העצמית. המטרה היא למנוע הסלמה. לא ברור לגמרי מהי דרגת החומרה הנדרשת.

2. מתי מותר למדינה להפעיל את זכות ההגנה עצמית? למדינה יש זכות להגן על עצמה אם מתרחשת נגדה מתקפה חמושה. בעיקרון לפי נוסח הסעיף התגובה אמורה להיות רק אחרי, השימוש בהגנה עצמית אמור לבוא לאחר מכן. לכאורה, מדינה צריכה לחכות עד שתתרחש נגדה מתקפה חמושה ורק אז יהיה מותר לה להגיב. מצד אחד זה הגיוני אך מצד שני לתת למדינה לספוג אבדות בנפש זה לא הגיוני. זה מצב מוזר. קשה לצפות ממדינה שתחכה ותסתכן במתקפה שכזו ורק אחרי זה תגיב. הפרשנות המקובלת לסעיף זה מרחיבה את זה קצת מעבר ואומרת שבמקרים מסוימים למרות שלשון הסעיף אומרת שהמדינה חייבת לחכות ולהגיב רק אחרי שתהיה מתקפה חמושה בעצם, בפועל יש הכרה בזה שלמדינות מותר במקרים מסוימים להשתמש בהגנה עצמית מקדימה. **אם יש סימנים ברורים למתקפה צפויה מדינה תוכל לפעול כך ולנקוט בצעדים ראשונים, מקדימים כדי להקדים תרופה מקדימה אבל זה רק במקרים חריגים.** צריך למצוא את האיזון כי יש חשש שמדינות סתם יבחרו לפעול בצעד כזה בשימוש מוגזם בהגנה עצמית מונעת ומצד שני אנחנו לא רוצים להגיד למדינות שיחכו עד שיתקפו אותן. האיזון אומר שהפרשנות המקובלת של סעיף 51 היא שכן מותר למדינות להשתמש בהגנה עצמית מקדימה **רק במקרים שהייתה ודאות גבוהה, ודאות קרובה לוודאי שהולכת להיות מלחמה ולא במקרים של ספק.** המקרה שבו מדינה מפעילה את החריג של הגנה עצמית מונעת הוא מקרה חריג. למשל: במלחמת ששת הימים- 1967 לישראל היה מידע מודיעיני שכל צבאות ערב מתכוונות לתקוף אותה ואם ישראל לא הייתה תוקפת קודם כנראה שלא הייתה שורדת את המלחמה הזו. בפועל, ישראל לא אמרה שזו הגנה עצמית מונעת, מה שישראל אמרה היא שברגע שהמצרים עשו צעד אחד זה הייתה תגובה לצעד. אך גם אם לא הייתה תגובה במקביל לאותו צעד בכמה מדינות היו כבר צעדים של מלחמה. יכול להיות שישראל לא עמדה במידתיות. ישראל טענה שמבחינת פרופורציה אם מפעילים נגדה כוח מותר לה להפעיל כי יש לה הרבה מדינות אויב. מדינה לא תמיד יודעת אם השימוש בהגנה עצמית מקדימה יתקבל לה. ככל שיש סיכוי גבוה שהמתקפה צפויה שתקרה והיא חמורה יותר, תהיה הצדקה גדולה יותר להגנה עצמית מקדימה. אם זו ספקולציה, פחות תהיה הצדקה להשתמש בהגנה עצמית מונעת.

דוג' נוספת: הכור הגרעיני בעיראק- שפיתחה כור גרעיני ושאלם לא נתקוף היא תפעיל מתקפה נגד ישראל. מועצת האו"ם גינתה את הפעולה של ישראל כי לא הייתה ודאות קרובה, הכור זה משהו שהתפתח בהדרגה ולא הייתה סיבה מוצדקת להשתמש בהגנה מקדימה.

דוקטרינת בוש= הנשיא האמריקאי ב- 2001 בזמן הפיגועים במגדלי התאומים. אם יודעים שיש איומי טרור צפויים ניתן לפעול בהגנה עצמית מונעת. לא חייב מידע מודיעיני, יש יד חופשית לתקוף אם מדינה יודעת שיש טרור שמכוון נגדה. זו הייתה הגישה של הממשל האמריקאי. דוקטרינה זו שפורשה בצורה רחבה יחסית לא כ"כ התקבלה ע"י האו"ם. רצו לשמור את זה ושלא כל פעילות טרור תיחשב לכך שמותר להשתמש בהגנה עצמית מונעת.

3. מהי מתקפה חמושה?

איזה היקף צריכה להיות ההגנה? האם באותה פרופורציה? באילו סוג של צעדים מותר למדינה לנקוט נגד מתקפה חמושה? קיימות שתי דרישות:

1. דרישת הנחיצות
2. דרישת המידתיות

דרישת הנחיצות- מותר להשתמש בכוח נגד מתקפה חמושה רק אם אין דרך אחרת להתגונן ולהפסיק את המתקפה החמושה. אם יש דרך אחרת להתגונן שלא כוללת שימוש בכוח ניתן להשתמש בה. **דרישת המידתיות**- אמצעים שמדינה משתמשת בהם צריכים להיות מוגבלים למה שדרוש לה כדי להדוף את המתקפה החמושה ולעצור אותה. מדובר בכוח מינימלי. במקרה בו הפנו חו"ד לאו"ם, האו"ם החליט שיש מקרים שאפילו שימוש בנשק גרעיני הוא שימוש מידתי וקיימת נחיצות. צריכה להיות פרופורציה ומידתיות.

4. זהות התוקפן: מי צריך לתקוף כדי שיהיה מותר למדינה להשתמש בהגנה עצמית? מתי מותר לה בעצם להשתמש בהגנה עצמית? למדינה מותר להפעיל את הזכות שלה להגנה עצמית גם כשמתרחשת נגדה **מתקפה חמושה ע"י מדינה אחרת** וגם כשמתרחשת נגדה **מתקפה חמושה ע"י ארגון שהוא לא מדינה** למשל: ארגון טרור של אלקעאידה שתוקף את ארה"ב ב- 2001 באירוע של מגדלי התאומים,

לארה"ב מותר להפעיל את מנגנון ההגנה העצמית ואז היא תתקוף את איראן באפגניסטן והיא מפעילה שם כוח, אז כן מותר לה, אם אפגניסטן לא פועלת למגר תשתיות כדי למנוע את זה היא תיחשב כמי שבעצמה עזרה להפעיל את הכוח. אם מדינה הותקפה ע"י ארגון שהוא לא מדינה מותר לה להגיב בהגנה עצמית נוכח אותה מתקפה. מצד אחד האזור על שימוש בכוח לא חל על ארגון אלא על מדינות והם לכאורה יכולים לעשות מה שהם רוצים אבל זה לא מדויק כי אולי אותם ארגונים יפרו הוראות אחרות. אבל, אם מדינה מסייעת לארגון כזה להשתמש בכוח אז היא עצמה תיחשב כמי שהפרה את האיסור על שימוש בכוח. אם מדינה הותקפה ע"י ארגון שהוא לא מדינתי, למדינה שהותקפה ע"י ארגון כזה מותר להפעיל את החריג של הזכות להגנה עצמית גם אם היא תעשה שימוש בכוח נגד אותה מדינה שבתוכה פועל הארגון. זו פעולה מותרת של הגנה עצמית כל עוד זה עומד בדרישות אך יש פגיעה באותה מדינה שנמצא בה הארגון המתקיף אך התירוץ הוא שאותה מדינה שהארגון פועל דרכה לא מנעה ולא עשתה כלום כדי למגר את המתקפה. כל עוד אותה מדינה ניסתה למגר ולעצור את המתקפה לא תהיה נחיצות לשימוש בהגנה עצמית נגד אותה מדינה והטיעון להגנה עצמית לא יהיה מוצדק וברגע שאותה מדינה שהותקפה החזירה במתקפה לארגון שפעל בשטח של אותה מדינה זה יהיה כוח שהופעל שלא בצדק. מצד אחד מותר למדינה לפעול בכוח מול ארגון טרור, מצד שני היא צריכה לעמוד בתנאים (נחיצות, מידתיות וכ"ו). לא חייבים תמיכה אקטיבית של אותה מדינה בה פועל ארגון הטרור, מספיק שהיא לא עושה כלום, פסיבית, אז מותר לאותה מדינה מותקפת לפעול. לישראל למשל היה מותר לפעול ולתקוף חזרה את לבנון כי היא לא עשתה כלום בשביל למנוע את פעולותיה של חיזבאללה נגד ישראל.

5. זהות המותקף: על פניו כדי שמדינה תוכל להשתמש בהגנה עצמית צריך שאותה מדינה תהיה מותקפת, למשל: ישראל, אבל זה לא מדויק. לפי הנוסח בסעיף 51- יש הגנה עצמית קולקטיבית שבה בעצם כמה מדינות יחד יכולות להתגונן גם אם לא הייתה התקפה נגד כל אחת מהן בנפרד. למשל במלחה"ע השנייה שגרמניה לא תקפה את כולן בנפרד. למשל: רוסיה תוקפת את אנגליה, לאנגליה מותר לתקוף חזרה אך מותר לעוד מדינות לעזור לה ולהפעיל הגנה עצמית קולקטיבית כדי לעזור לה. זה קורה כשכמה מדינות פועלות יחד נגד מתקפה חמושה. יש לזה תנאי מאוד ברור להגנה עצמית קולקטיבית וזה שהמדינה שהייתה הקורבן הישיר של המתקפה החמושה הסכימה במפורש לאותה עזרה או אפילו ביקשה את העזרה ממדינות אחרות או אפילו אם אותן מדינות הציעו את העזרה לאותה מדינה והיא הסכימה. יכול להיות שמדינה תסרב שיעזרו לה ויכול להיות שמדינה תקבל את העזרה אבל החשש הוא שמדינות יגידו שלא הייתה עזרה כי לא הייתה מתקפה ומדינות ישתמשו בזה כתירוץ ולכן צריך את ההסכמה כי ההסכמה מטילה אחריות על המדינה שהיא קורבן ישיר. ההסכמה נועדה למנוע שימוש לרעה בזכות להגנה עצמית ולכן יש דרישה להסכמה בעזרה הקולקטיבית.

הסוגיה התעוררה בפס"ד ניקרגואה- שם ארה"ב טענה בתירוץ שהיה כאן אקט של הגנה עצמית קולקטיבית, ממשלת ניקרגואה עזרה לכוחות המורדים באל סלבדור והונדורס (מדינות שכנות של המורדים) כי ממשלת ניקרגואה לפני זה עזרה לכוחות המורדים שם להפיל את הכוחות המורדים שלהם. ארה"ב טענה שזה אקט של הגנה עצמית קולקטיבית אך אף אחד לא רצה ולא ביקש את העזרה של ארה"ב ולכן ה- ICJ החליט שחייבת להיות הסכמה מפורשת של המדינות המותקפות לעזרה קולקטיבית ממדינות אחרות כדי שלא תהיה פריצות למימוש אינטרסים אחרים. הנימוק האחר של ארה"ב היה שהיא בכלל לא השתמשה בכוח אלא סייעה בכסף. הרבה פעמים ההסכמה להגנה עצמית קולקטיבית לא תהיה נקודתית אלא שיש בריתות צבאיות קבועות- קבוצה של מדינות מתחייבות, מן אמנה/ הסדר קבוע שהמדינות ערבות זו לזו כך שאם מדינה אחת תותקף שאר המדינות יעזרו לה.

כיום, כוחות נטו, אמנת נטו אומרת שאם מדינה מותקפת ע"י מדינה אחרת שהיא מחוץ לברית כל המדינות שחברות חייבות לבוא לעזרתה. ברגע שיש אמנה קבועה לא צריך ההסכמה קולקטיבית.

למה מאפשרים הגנה עצמית קולקטיבית?

ההנחה היא שאין שוויון בין מדינות בעולם, אם מועצת הביטחון לא פועלת אנחנו עדיין רוצים לאפשר למדינה לעשות משהו בתור הגנה עצמית אז אנחנו רוצים לאפשר למדינה חלשה לזכות בריתות עם מדינות חזקות שיוכלו לעזור ולפעמים למדינות חזקות יש אינטרס לעזור למדינות חלשות. לא רוצים להשאיר מדינות חלשות שיעלו בגורלן. העזרה יכולה להיות בהסכמה בשתי דרכים: או באופן נקודתי או ע"י הסכם מראש שיש ביניהן

(כמו ברית נטו= הסכמה בין מדינות שאם אחת מהן מותקפת כל השאר צריכות לבוא לעזרתה וזה אקט של הגנה עצמית).

חריג שלישי – התערבות הומניטרית

לפעמים התערבות הומניטרית או סיוע הומניטרי זה במקרים שיש מגפות. הכוונה למצב שבו מדינה אחת עושה שימוש בכוח נגד מדינה אחרת כדי למנוע ממדינה אחרת להפר את זכויות האדם של האזרחים שלה. לכאורה אסור לנו להשתמש בכוח חוץ מאשר במנגנון הביטחון הקולקטיבי או במסגרת הגנה עצמית. כיום, הרבה מדינות טוענות שצריך להכיר גם בחריג הזה, גם לאפשר למדינות להתערב, לא רק כשהן עצמן מרגישות מאוימות מתוך הגנה עצמית ולא רק כי מועצת הביטחון אישרה להם אלא כדי להציל את האזרחים, להגן עליהם כדי לשמור על הזכויות. מלחמת העולם השנייה יצרה איזושהי מוטיבציה לפיה צריך לחשוב על זה שצריכים להגן על אזרחים שנפגעים. במלחה"ע השנייה ארה"ב פלשה לגרמניה וזה לא בשביל לשמור על זכויות אדם אלא להגן על עצמה, לנסות להפסיק את השתלטותה של גרמניה על מדינות העולם. זה נושא שעדיין שנוי במחלוקת, העמדה הרשמית של האו"ם היא שהתערבות הומניטרית היא מותרת רק אם ניתנה הרשאה של מועצת הביטחון. אם יש הפרה שיטתית וחמורה של זכויות אדם זה צריך להיות במערכת המנגנון הביטחון הקולקטיבי, צריך שיהיה באישור מועצת הביטחון. החשש הוא שהמדינות ינצלו את זה לרעה כי יראו שיש פתח לשימוש בכוח, אם יש להן אינטרס הן יתערבו ואם אין להן אינטרס הן לא יתערבו. המקרה של קוסובו - בשנת 1999 היה מקרה יחיד עד היום בו בוצעה התערבות הומניטרית ומועצת הביטחון לא גינתה את זה. במהלך שנות ה-90 הייתה מלחמה ביוגוסלביה (התפרקות של יוגוסלביה). לאחר שרוב המלחמות נגמרו, בקוסובו (חלק מסרביה) התחילה מלחמה. רוב האוכלוסייה שם הייתה אלבנית והמיעוט היה סרבי. המיעוט הסרבי דיכא את הרוב האלבני. נטו (ברית צפון אטלנטית) החליטה להתערב ולהפציץ את קוסובו על מנת להגן על האזרחים האלבניים בקוסובו. נטו הפציצה ללא הרשאה של מועצת הביטחון ולאחר מכן מועצת הביטחון קיבלה החלטה שבעקבות ההפצצות האו"ם יקים ממשל זמני בקוסובו בשיתוף פעולה עם נטו על מנת להגן על האזרחים. למעשה, בדיעבד מועצת הביטחון הכירה בכך שהיא משתפת פעולה איתם על מנת לעזור לקוסובו להשתקם. ניתן לראות בכך הכרה משתמעת בלגיטימיות של נטו. מועצת הביטחון לא מגנה את נטו, אלא נכנסת לתמונה גם. דוגמה זו נחשבת כמעט יחידה בה הייתה הכרה משתמעת של מועצת הביטחון בלגיטימיות של התערבות הומניטרית. מקרה זה הינו ד"י חד פעמי.

הדוגמה של קוסובו נחשבת כדוגמה יחידה- שהמשתמע ממנה הוא שמועצת הביטחון מפגינה לגיטימיות בעניין ההתערבות ההומניטרית. זו דוגמה חריגה יחסית ואין לנו עוד דוגמאות שבהן המדינות על דעת עצמן השתתפו בסיוע הומניטרי וזה הוכר כלגיטימי. בגלל זכות הוטו ובגלל שהמנגנון הקולקטיבי של פרק 7 הוא לא תמיד אפקטיבי, אז יש הרבה משפטים, מדינות וכל מיני גורמים שמעוניינים להכיר בחריג נוסף, חריג שלישי, כשאם יש הפרה חמורה של זכויות אדם, אפשר שמדינות יתערבו ללא הרשאה של מועצת הביטחון. זה עדיין לא הוכר, המקרה היחיד שזה היה לגיטימי בו זה המקרה של קוסובו. דוגמה גבולית להתערבות הומניטרית שהייתה עם הרשאה של מועצת הביטחון- לוב ב-2011, הייתה הרשאה מראש של מועצת הביטחון של האו"ם להשתמש בכוח נגד לוב החלטה מס' 1973- נתנה הרשאה לפלוש ללוב. בהחלטה מס' 1973 לא נאמר במפורש שזו התערבות הומניטרית אלא שהיא נתנה להשתמש בכוח צבאי לפי סעיף 42. בהחלטה שבה מועצת הביטחון נתנה הרשאה לשימוש בכוח נגד לוב לא נאמר במפורש שזו התערבות הומניטרית אבל אפשר להבין מההחלטה שזה הרציונל, זה ההיגיון. יש פגיעה באזרחי לוב, אובמה הצהיר שאנחנו לא נפקיר את אזרחנו בגורלם. כאמור אין לנו כמעט דוגמאות חוץ מקוסובו כי בלוב ניתנה הרשאה מראש. **הדעה המקובלת היום היא שכדי לבצע התערבות הומניטרית צריך לקבל הרשאה ממועצת הביטחון אבל יש על זה הרבה ביקורות**, אפשר להכיר חריג רחב יותר שהמדינות יכולות לפעול על דעת עצמן.

יש את האמנה הבינלאומית למניעת רצח עם ואמנה זו מטילה חובה על מדינות להתערב במקרים שבהם יש למנוע רצח עם.

האמנה הזו פורשה לראשונה ב- ICJ ויש רק פס"ד אחד בנושא, שאמרו שלא צריך אישור של מועצת הביטחון ושיש חובה להתערב ולהגן על האנשים מפני רצח עם. הם קבעו שכל מי שיכול להתערב ולעשות את זה בצורה טובה אז שיתערב. יש סיטואציה של רצח עם שבה לא רק שיש זכות להתערב אלא שלפי האמנה הבינלאומית יש חובה להתערב. ה- ICJ ניסה לקבוע קריטריונים כי האמנה פועלת כלפי כל מדינות העולם. אין כל כך קריטריונים ברורים להפעלת האמנה, לא ברור מה החובה שניתן לגזור מזה. ברור שמדובר רק על רצח עם, פעולות שנועדו להשמיד קבוצה אתנית מסוימת. (שואה, אוגנדה, קמבודיה, טווח הטורקים בארמנים לפני מלחמת העולם הראשונה).

יחידה 8: משפט בינ"ל הומניטרי

אין קשר בין התערבות הומניטרית לבין משפט בינלאומי הומניטרי.
משפט בינלאומי הומניטרי- ענף נפרד של הדין הבינלאומי.
דיני שימוש בכוח נועדו להסדיר את עצם השימוש בכוח ואיך עושים שימוש בכוח באופן חוקי, איך והמשפט הבינ"ל הומניטרי (נושא 8) מגדיר כיצד יש להשתמש בכוח ואיך עושים שימוש בכוח באופן חוקי, איך צריך לנהל לחימה, מה מותר ומה אסור לכוחות הלוחמים לעשות ועל זה עונים הכללים של המשפט הבינלאומי הומניטרי.

א. 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 המזק והסבל שהסכסוך גורם.
שתי מטרות עיקריות:

- הגנה על אנשים שנמצאים מחוץ למעגל הלחימה (אזרחים, פצועים וחולים, שבויים)
- מניעת סבל מיותר מלוחמים על ידי הגבלה של טקטיקות ואמצעי לחימה

תחולת הדין ההומניטרי אינה תלויה בשאלת חוקיות השימוש בכוח. יש כאן מצב של מלחמה, כשהמטרה היא להביא לידי כך שהמלחמה הזו תגרום לכמה שפחות סבל. המטרה של הדין ההומניטרי זה לצמצם ככל שניתן את הנזקים והפגיעות שהלחימה גורמת.

שתי מטרות לדין ההומניטרי כדי להקטין את הסבל שהלחימה גורמת:

1. להגן על אנשים שנמצאים מחוץ למעגל הלחימה. גם כאלה שהם חיילים, וגם אלו שנפצעו בגלל שהם לא יכולים להילחם מגיע להם שיגנו עליהם והדין ההומניטרי מגן גם עליהם.
2. למנוע סבל מיותר מלוחמים.

תחולת הדין ההומניטרי לא תלויה בשאלת החוקיות השימוש בכוח. כלומר, אם מדינה א' תקפה מדינה ב' בתקיפה שהיא אסורה לפי דיני השימוש בכוח. האם זה אומר משהו לגבי תחולת הדין ההומניטרי? לא, כל הצדדים צריכים לשמור על הדין ההומניטרי ללא קשר לגבי שאלת החוקיות של השימוש בכוח.

II. אמנות נשק

אמנות האוסרות או מגבילות שימוש בסוגים מסוימים של נשק:

- האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני, 1968
- אמנת הנשק הביולוגי, 1972
- אמנת הנשק הקונבנציונלי, 1980 + 5 פרוטוקולים העוסקים בנשק שרסיסיו אינם ניתנים לזיהוי במכשירי רנטגן; מוקשים ומטעני חבלה; נשק מתלקח; לייזר מעוור; טיפול בשרידי תחמושת נפיצה.
- אמנת הנשק הכימי, 1993
- אמנת אוטווה, 1997 (אוסרת שימוש במוקשים אנטי פרסונליים) - למנוע פגיעה לא מובחנת באוכלוסייה אזרחית.

לרובן הצטרפו רוב מדינות העולם, יש מדינות בודדות שלא הצטרפו אליהן.

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

נשק לא קונבנציונאלי – נשק כימי, נשק ביולוגי ונשק גרעיני וכל שאר סוגי הנשק נקראים כנשק קונבנציונאלי.

- האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני- רוב מדינות העולם חברות בה למעט 5 מדינות – צפון קוריאה, ישראל, פקיסטן, הודו ודרום סודן. היא לא אוסרת לחלוטין על פיתוח של נשק גרעיני, היא גם לא אוסרת לחלוטין על שימוש בנשק גרעיני. הדבר היחידי שהיא אוסרת עליו זה על הפצה של טכנולוגיות ופיתוח של נשק גרעיני. היא שומרת על סטטוס קוו- מדינות שהיה להם נשק גרעיני יכולות לשמור אותו בכפוף בעיקר לכללים אחרים של הדין ההומניטרי אבל היא לא אוסרת על שימוש או החזקה של נשק גרעיני, מי שיש לה יש לה. מה שהיא אוסרת זה להפיץ טכנולוגיות של נשק גרעיני, היא רוצה למנוע ממדינות נוספות לפתח נשק גרעיני.

הבעיה מבחינת ישראל באמנות האלה שלכולם יש מנגנוני פיקוח, יותר חשוב לה שלא יפקחו ולא ידעו מה יש לה. ישראל היא לא מדינה שרוצה להשתמש בנשק כזה, היא לא רוצה שידעו מה יש לה ולכן היא לא הצטרפה לאמנות האלה.

יש הגבלה בסוגי הנשק שניתן להשתמש בהן, גם כדי למנוע פגיעה באזרחים, בחיילים. יש כמה מדינות שלא חתומות על חלק מהאמנות האלה. כל המעצמות הגרעיניות לא חתומות עליה. מד"י לא חתומה כמעט על אף אמנה מאמנות הנשק חוץ משלושה מתוך חמשת הפרוטוקולים של הנשק הקונבנציונאלי. גם סוריה לא חתומה על כמה אמנות כולל אמנת הנשק הכימי. אמנת הנשק הביולוגי אוסרת על פיתוח אבל לא אוסרת על שימוש. אמנת הנשק הכימי אוסרת לחלוטין גם על פיתוח וגם על שימוש. וגם אמנות הנשק הקונבנציונאלי מתמקדות באיסור השימוש בנשק. המטרה הייתה שמדינות שיש להן כבר לא יוותרו על זה. כל האמנות קובעות מנגנונים של פיקוח.

הסיבה המרכזית שישראל לא הצטרפה לרוב האמנות הללו:

היא לא רצתה שיפקחו עליה כי המצב הביטחוני בישראל מאוד מורכב ובגלל שישראל נמצאת בסכנה של מלחמה כל הזמן מול קבוצה של מדינות אז אחד הדברים המרכזיים שישראל עושה, יש לה שתי יתרונות: למשל אם תותקף מחר ע"י מדינות אויבות, כמות החיילים שלה היא מינורית. היתרון המרכזי הוא היתרון הטכנולוגי, האסטרטגי: סוגי מטוסים, סוגי נשק. לישראל חשוב לשמור על עמימות והרתעה שהיא לא מאפשרת פיקוח. היא כנראה לא תשתמש בנשק כימי אבל עדיין לישראל חשוב לשמור על עמימות ולכן הסיבה המרכזית שישראל לא הצטרפה זה כדי שלא יפקחו עליה, כדי שלא ידעו מה יש לה. חשוב להדגיש שלמרות שסוריה לא חתומה על אמנת הנשק הכימי ולא אמורה לפעול לפיה עדיין התקיפה שלה הייתה לא חוקית, היא תקפה אוכלוסייה אזרחית שלא כדין ודבר שני ניתן לומר ששימוש בנשק כימי הוא אסור. למרות שאין הכרעה שהוא מנוגד לדין ההומניטרי המנהגי שמדבר על הפחתה של הסבל עדיין זה לא עולה בקנה אחד עם הדין המנהגי. ברגע שמשתמשים בנשק כימי שהוא נשק אכזרי אפשר לטעון שגם אם המדינה לא הצטרפה לאמנת הנשק הכימי עדיין היא פעלה בניגוד לעקרונות של הדין ההומניטרי המנהגי. בעצם זה שלמרות שסוריה היא לא צד לאמנת הנשק הכימי עדיין מדובר בפעולה לא חוקית לפי הדין ההומניטרי. הסיבה השנייה זה שזה מערב פגיעה באזרחים, מה שאסד עשה זה תקיפת אזור שברור שיש בו אוכלוסייה אזרחית וזה מנוגד לעקרונות אחרים של הדין ההומניטרי שאוסרים על פגיעה בלתי מובחנת, אסור לפגוע כשיועדים שיש פגיעה ודאית באזרחים זהו **עיקרון ההבחנה**.

נושא 3- תקנות האג, אמנת ז'נבה והפרוטוקולים הנלווים להן:

א'. היקף התחולה של אמנות ז'נבה והפרוטוקולים

ב'. כללים מרכזיים: עיקרון ההבחנה, עיקרון המידתיות וצורך צבאי

ג'. דיני כיבוש

הדין ההומניטרי הבינ"ל מוסדר בכמה אמנות בינ"ל מרכזיות. האמנות הראשונות הן אמנת תקנות האג ודבר כיבוד דיני ומנהגי הלחימה. יש אמנת האג ויש תקנות האג. תקנות זה משהו שונה מחוק אבל בדין הבינ"ל כשמדברים על חוק מדברים על אמנה שהיא נספחת לאמנת האג שקובעת הסדרים מפורטים יותר של דין הומניטרי. אמנת האג ותקנות האג, התקנות עצמן הן אמנה. היום יש קונצנזוס שכל ההוראות שלהן משקפות דין מנהגי ולכן הן מחייבות את כל המדינות בעולם, לא משנה אם מדינה הצטרפה או לא הצטרפה לתקנות האג אלא כיום זה נחשב כמחייב את כל מדינות העולם.

אמנת תקנות האג אומצו ב- 1907 שזה היה המקור המרכזי שהסדיר את הדין ההומניטרי, שקבע הגנה על לוחמים, על אוכלוסייה אזרחית ושבוים וב- 1949 לאחר מלחמה"ע השנייה נוסחו אמנות ז'נבה שאלו 4 אמנות נפרדות שהן חזרו על הוראות אמנת האג ותקנות האג אבל גם יש הוראות חדשות בעיקר על הגנה על אוכלוסייה אזרחית ולכן היום בעצם בד"כ מסתמכים על אמנות ז'נבה אבל לפעמים בכל זאת כן ניזקק לאמנה ותקנות האג

כי זה משקף דין מנהגי ולכן על ארבע אמנות ז'נבה כל מדינות העולם אישרו אותן אבל לפעמים מתעוררות טענות שאמנת ז'נבה לא חלה בנסיבות מסוימות. למשל: ישראל טוענת שאמנת ז'נבה לא חלה בשטחים הכבושים, שהיא תופסת בלחימה. כשישראל נלחמת מול חמאס אמנת ז'נבה לא חלה אבל ישראל עדיין גם אם טענה כי אמנת ז'נבה לא מתקבלת היא מתחייבת באמנת האג כדין מנהגי כי אין הגבלה על התחולה שלהן. כלומר, **אם אמנת ז'נבה לא מתרחשת אז תהיה את אמנת האג.** ישראל לא מכחישה שלמשל אם היא פועלת ברמלה היא תפעל לפי אמנת האג כי זה הדין שמחייב אותה. יש כאלו שאומרים לה שאמנת ז'נבה חלה בשטחים גם אבל במידה והיא לא חלה אז יש את אמנת האג. חלק מהוראות אמנת ז'נבה נחשבות לדין המנהגי ולכן אם מדובר בהוראות של הדין המנהגי הם יחייבו את שטח מדינת ישראל גם אם מדובר באמנת ז'נבה. עוד גוף שעוסק בפרשנות אמנת ז'נבה זה הצלב האדום הבינ"ל- ב- 1949 נוסחו ארבע אמנות שונות שנקראות כולן אמנות ז'נבה:

1. הראשונה עוסקת בטיפול בפצועים וחולים
2. השנייה עוסקת בטיפול בפצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בים.
3. השלישית עוסקת בדבר טיפול בשבויי מלחמה
4. הרביעית עוסקת בהגנה על אזרחים בזמן מלחמה

יש לנו ארבע אמנות שכולן נוסחו ב- 1949, כיום כל מדינות העולם חברות באמנות הללו וכיום זה לב לבו של המשפט הבינ"ל.

בשנת 1977 נכנסו לתוקף שני פרוטוקולים שנלווים לאמנות ז'נבה. פרוטוקולים אלו סוג של אמנות נוספות שהן מפרטות יותר ומרחיבות על ההוראות של אמנות ז'נבה. אין הבדל בין התקנות לפרוטוקולים. כיום מקובל לקרוא לכך פרוטוקולים. מוסיפים פרוטוקולים כדי להוסיף עוד הוראות לאמנה. עוד סיבה שמוסיפים פרוטוקולים היא שיש סיבות שמדינות, לא כולן יסכימו על כך אז עושים אמנה ואז לא כל המדינות חייבות להצטרף לפרוטוקולים. לפרוטוקולים לא כל המדינות מצטרפות. זה מאפשר הסכמה רחבה יותר בזה שמאשררים את האמנות עצמן ואח"כ לפרוטוקולים יוצרים אמנות נפרדות. **לפרוטוקול מבחינה משפטית יש מעמד של אמנה ולכן הוא מחייב כל אמנה ואם הפרוטוקול מאוחר יותר הוא יגבר על אמנה מוקדמת יותר וכללית יותר. מדינה שלא התחייבה לפרוטוקול לא תהיה מחויבת בו.** הפרוטוקול בד"כ מרחיב ומוסיף עוד חובות. מבחינת התוכן זה מתייחס להוראות האמנה. **ההצטרפות לפרוטוקול פתוחה למדינות שהיו חברות כבר באמנה.** אמנת נשק קונבנציונלי:

יש חמישה פרוטוקולים שנלווים אליה שכל אחד קובע מגבלות לגבי שימוש בנשק קונבנציונאלי. היו מדינות שלא הסכימו להגביל את עצמן לגבי פרוטוקול אחד אבל הסכימו על פרוטוקול אחר וההפרדה בין הפרוטוקולים יכולה ליצור קונצנזוס כי אם הכל היה מאוגד לפרוטוקול אחד הרבה מדינות היו מסתייגות מכולן. **ההפרדה לפרוטוקולים היא יעילה יותר.** ישראל הצטרפה לחלק מהפרוטוקולים ולא לכולם והיא חברה בארבע אמנות ז'נבה.

יש שני סוגי פרוטוקולים:

1. עוסקים בסכסוכים בינ"ל
2. עוסקים בסכסוכים שאינם בינ"ל

ישראל לא הצטרפה לאף אחד מהפרוטוקולים הללו.

א'. היקף התחולה של אמנות ז'נבה והפרוטוקולים:

מתי בעצם חלות אמנות ז'נבה? יש ארבע אמנות ז'נבה שכל אחת עוסקת בהוראות שונות. בארבע האמנות יש שני סעיפים שהם זהים לחלוטין: סעיף 2 וסעיף 3.

סעיף 2 לאמנות ז'נבה-

1. המצב הראשון- שמשותף לכל אמנות ז'נבה עוסק בכך **שאמנת ז'נבה תחול בכל מקרה של מלחמה מוכרזת או סכסוך מזוין אחר**, זה מה שקרה בד"כ בזמן הכרזה על מלחמה. אז היום גם אם אין הכרזה אבל בפועל יש סכסוך מזוין גם אז תהיה תחולה לאמנות ז'נבה אבל כשמדובר בסכסוך בין שתי מדינות שחברות באמנת ז'נבה שזה כל מדינות העולם. **התנאי הוא שזה בין שתי מדינות שזה בעייתי כי ארגון לא כלול. לכן אמנות ז'נבה חלות רק כאשר יש סכסוך בין שתי מדינות או יותר. לא מדובר על סכסוך בין מדינה לארגון.**

2. המצב השני- עוד סיטואציה בה אמנות ז'נבה חלות היא כאשר יש מצב של כיבוש חלקי או מלא של השטח של אחת מהמדינות שחברות באמנה, גם אם הכיבוש הזה לא נתקל בהתנגדות מזוינת. כשמדינה חברה כובשת שטח או חלק מהשטח של מדינה שחברה באמנה יחולו הוראות האמנה, גם אם הכיבוש לא נתקל בהתנגדות מזוינת, זה לא משנה אם הייתה פעולה מלחמתית או לא. לא משנה אם הכיבוש היה תוך כדי לחימה או לא תוך כדי. המשנה הוא שיש לנו כיבוש של שטח זר. חלק מהפרקים באמנה חלים בשני המצבים וחלק חלים או במצב הראשון או במצב השני. ישראל טוענת שההוראות טוענות שאמנות ז'נבה לא חלות בכיבוש הישראלי, למה זה כך? במלחמת ששת הימים ב-1967 ישראל כבשה את עזה. הגדה המערבית נשלטה ע"י ירדן, ומצרים שלטה ברצועת עזה, זה לא היה חלק מהשטח הריבוני של מצרים וירדן, הן עצמן החזיקו את השטח בכיבוש זר, לא היה שם שום ריבון. עד 1948 שלטו שם המנדט הבריטי. לא היה ריבון שם במאה שנים האחרונות. אף פעם ירדן ומצרים לא טענו שהן הריבון בשטח. אם ישראל כבשה לא ממדינה ריבונית אין טעם להחיל את אמנת ז'נבה. מאחר שב-1967 לא היה שום ריבון ולא היה שטח של שום מדינה בעולם ושום מדינה שהיא חברה באמנה ולכן לא תהיה תחולה לאמנת ז'נבה גם לא מכוח החלופה השנייה.

מי נופל בהגדרת שבוי? מי זכאי להגנות הללו?

סעיף 4 לאמנת ז'נבה השלישית-

כדי להיות מוגדר כשבוי זה לא חייב להיות כמשהו רשמי שמישהו שבה אותך, גם אם לא אומרים בצורה רשמית, ברגע שלוחם נופל/ נתפס/ מוחזק ע"י האויב הוא ייחשב לשבוי אבל צריך להתקיים אחד מכמה תנאים: מדובר בלוחם בצבא סדיר: צבא סוריה/ צבא גרמניה וכ"ו. ואז הוא יהיה זכאי לקבל הגנת שבויים לפי אמנת ז'נבה והפרוטוקולים.

לעומת זאת אם מדובר במישהו שהוא לוחם לא בצבא סדיר אלא בארגון כלשהו למשל ארגון טרור (כל ארגון אחר שלא ארגון חמוש). התנאים הללו הוגדרו באמנת ז'נבה השלישית אבל אלו תנאים שקשה לעמוד בהם ויש כאלה שלא יוגדרו לפי התנאים הללו כשבויים. אבל בפרוטוקול הראשון הדרישות יותר מרוככות וזה גם יתרון עבור לוחמים שאם הפרוטוקול הראשון כן חל עליהם והם לוחמים בצבא סדיר והצד השני מחזיק בך עדיף לך שהפרוטוקול הראשון יחול עליך כי אז יותר קל לזכות במעמד של שבוי.

התנאים שקבועים באמנת ז'נבה השלישית/ ארבע דרישות כדי שלוחם בצבא לא סדיר ייחשב כשבוי:

1. צריך שהארגון שאליו אותו לוחם משתייך יהיה ארגון היררכי.
2. שהארגון פועל לשם מדינה שהכוונה היא שלא מדובר בארגון מורדים שנלחם נגד המדינה שלו אלא או שזה ארגון מיליציה שפועל לצד הצבא, למשל יש מדינות שיש בהן צבא סדיר ובזמן מלחמה בגלל שהצבא לא מספיק חזק הם מגייסים עוד כוח, בישראל למשל זה לא ככה. או למשל ארגון שפועל לשם מדינה כמו למשל אסד שיכול לטעון שיש להם מעמד של מדינה ולכן הם ארגון צבאי שפועל בשם מדינה. קשה לעמוד בדרישה זו כי בד"כ מדובר בארגון מורדים שלוחם נגד המדינה ואז הם לא יעמדו בתנאי ולא ייחשבו מכוח אמנת ז'נבה כארגון שפועל בשם מדינה ולכן השבויים הללו לא יקבלו את ההגנה ולא ייחשבו כשבויים.

"בג"ץ קלפי מיקוח"- אם אין עימות בין מדינות צריך לשחרר את השבויים ולא להחזיק בהם סתם, למשל: ישראל שמחזיקה שבויים של החיזבאללה היא צריכה לשחרר את השבויים מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומאז 2002/2003 יש חוק לוחמים בלתי חוקיים שמאפשר לישראל להחזיק חייל כקלף מיקוח מבלי שמשקפת ממנו סכנה.

3. ברגע שאתה שייך לארגון לא סדיר הארגון צריך להיות אחד שמציית לדיני הלחימה, עפ"י רוב הוא מחויב לציית לדין ההומניטרי.
4. חברי הארגון נושאים נשק בגלוי ומבחינים את עצמם מהאוכלוסייה האזרחית. הם לא פועלים בתוך אוכלוסייה אזרחית אלא פועלים כצבא רגיל.

כל הדרישות האלו אמורות להגיע למצב שאתה לוחם שלוחם בארגון שפועל שלא בצבא סדיר וכך תוכל לקבל הגנה כשבוי אבל אם זה ארגון שרחוק מלהיות כמו צבא סדיר אז הלוחמים שלו שמוחזקים ע"י האויב לא ייחשבו כשבויים וזה לפי אמנת ז'נבה השלישית. קשה לזכות במעמד של שבוי אם אתה לא לוחם לפי דרישות תנאי אמנת ז'נבה השלישית.

בפרוטוקול הראשון הדרישות נהיו פחות נוקשות:

- עדיין נדרש להיות ארגון בשרשרת פיקודית
 - נדרש שהארגון יציית לדיני הלחימה אבל אין דרישה שהארגון יפעל בשם מדינה כדי להיחשב שבוי וגם לגבי זה שהארגון מבחין את עצמו מהאוכלוסייה האזרחית אז
 - הדרישה היא שהם יסתובבו עם הנשק באופן גלוי אבל הם לא מחויבים ללכת עם מדים.
- יש לזה רלוונטיות בהקשר הישראלי כי ישראל לא מעניקה מעמד של שבויים לחברי ארגון פלסטינים שמוחזקים על ידה, הזכות העיקרית שישראל לא מעניקה להם את הזכות של לא להעמיד לדין פלילי אלפי לוחמים פלסטינים. הפלסטינים טוענים שהם לא ארגון טרור אלא ארגון צבאי של הרשות הפלסטינית ולכן לטענתם מגיע להם מעמד של שבויים, ישראל כל עוד לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון לא ניתנה לחייה אותה לא להעמיד לדין פלילי את אלו שהיא שבתה. היא לא הצטרפה לפרוטוקול כדי שאף אחד לא יגיד לה שאת אלו שהיא שמה בכלא ייחשבו שבויים ואז היא לא תוכל להעמיד אותם לדין, היא מעמידה אותם לדין פלילי וזה אחד הצעדים שהיא נוקטת בהם. האם הארגון שלך ככה יכול להיחשב שאם נפל לוחם הוא ייחשב לשבוי?

האמנה הרביעית- עוסקת בהגנה על אוכלוסייה אזרחית שמעולם לא הייתה חלק מהלחימה:

האוכלוסייה האזרחית מקבלת את ההגנות הכי חזקות באמנת ז'נבה הרביעית. הפרוטוקול הראשון- ההוראות מפותחות יותר. אם ישראל לא הצטרפה לפרוטוקול הראשון והשני היא עדיין תהיה מחויבת לקיים את ההוראות האמנה כי היא חלק מהדין המנהגי. הפרוטוקול הראשון עוסק ביחסים בינ"ל והפרוטוקול השני עוסק ביחסים לא בינ"ל. ישראל חתמה על ארבע אמנות ז'נבה ואשררה אותן אבל לא הצטרפה לפרוטוקולים. אמנת ז'נבה מגדירה אוכלוסייה אזרחית כאנשים מוגנים והיא מגנה עליהם מפני הכוח של האויב, אם באיזושהי צורה האוכלוסייה האזרחית חשופה לפגיעה פוטנציאלית מהאויב היא תוגן **בכמה הגנות בסיסיות:**

1. הגנה על הכבוד שלהם, על האישיות שלהם, על הדת שלהם, אסור למשל לפלוש למדינה ולחייב את כל האזרחים להתאסלם או להתנצר.
2. צריך להתייחס לאותם אזרחים בצורה הומנית ולהגן עליהם במיוחד.
3. יש התייחסות מיוחדת להגנה על נשים, נשים זכאיות להגנה מיוחדת מפני פגיעה בכבודן במיוחד מפני אונס וזנות כפויה. למשל: היפנים תוך כדי מלחמת כבישה הם הקימו תחנות זנות בכל השטחים שהם כבשו.
4. איסור על הפליה בין אנשים המוגנים על בסיס גזע/ דת/ השקפה פוליטית.
5. אסור להשתמש באוכלוסייה האזרחית כדי לחסן מטרות בתקיפה ברורה.
6. אסור להרוג אוכלוסייה אזרחית/ לפגוע בגופם.
7. אסור להטיל עונשים קולקטיביים למשל אם נפגעו לוחמים בגלל פעולה של אזרחים לא ניתן לעצור את כל האזרחים כי לא יודעים מי עשה זאת.
8. אסור לקחת אזרחים כערובה.

ההוראות הן דיי ישנות ובפרוטוקולים למעשה יש הוראות יותר מפורטות ויותר ברורות, יותר ספציפיות לגבי הגנה על אוכלוסייה אזרחית.

סעיף 48 לפרוטוקול הראשון- יש פרק שעוסק בהגנה על אוכלוסייה אזרחית בסעיף 48 והוא כולל כלל שלאחריו יש פירוט של ההגנות שניתנות בהתאם לכלל הבסיסי הזה. זה הכלל החשוב ביותר בדין ההומניטרי: **עיקרון ההבחנה-** צריך להבחין בין מצד אחד אוכלוסייה אזרחית ומטרות אזרחיות לבין מצד שני לוחמים ומטרות צבאיות וצריך להימנע ככל שניתן מפגיעה באוכלוסייה אזרחית ובמטרות אזרחיות.

מהי אוכלוסייה אזרחית?

כל בני האדם שאינם לוחמים.

מהן מטרות אזרחיות?

מבנים שלא שייכים לצבא: בתי ספר, בתי חולים, בתי כנסת, מסגדים, בתי מגורים, מתנ"ס וכ"ו. בעיקרון, כשצבא נלחם הוא צריך לעשות הבחנה בין אוכלוסייה אזרחית ללוחמים, הוא צריך להבחין בין מטרות אזרחיות לבין מטרות צבאיות והוא צריך ככל שניתן להימנע מלפגוע במטרות אזרחיות ובאוכלוסייה אזרחית.

מה זה אומר בעצם להימנע ככל שניתן מפגיעה באוכלוסייה אזרחית ומטרות אזרחיות?

קיימים שני עקרונות מנחים:

1. **עיקרון ההבחנה-** שום מקרה אסור לפגוע בכוונה ביעדים, באוכלוסייה או במטרות אזרחיות. אם למשל יש ילדים שעומדים באיזשהו מקום אסור לכוון אליהם הפצצה למשל. פגיעה מכוונת היא אסורה לחלוטין.

2. **עיקרון המידתיות** - כשזו פגיעה לא מכוונת, למשל: אני בתור צבא התכונתי, רציתי לפגוע בלוחמים או ביעד צבאי ולא תמיד ניתן למנוע פגיעה אזרחית כי אולי משהו משתבש ובטעות פגעתי באוכלוסייה אזרחית, השאלה היא האם פגיעה כזאת מותרת או לא נקבעת עפ"י עיקרון המידתיות בהקשר של הגנה אזרחית. עיקרון המידתיות אשר מפורש בסעיף 51 אומר שכשמטרת פגיעה נגד יעדים או מטרות צבאיות או נגד לוחמים צבאיים אם מראש אני צופה שעלול להיגרם נזק לאוכלוסייה אזרחית והנזק הזה הוא גדול באופן משמעותי מהעיקרון הצבאי הקונקרטי והמידי שצפוי מהפעולה אז בעצם אני בתור צבא צריכה להימנע מהפעולה הזאת. זה אומר בעצם שגם אם הפגיעה לא מכוונת היא לא תמיד מותרת, אני צריכה להפעיל את עיקרון המידתיות במצב כזה. אם למשל המטרה של ישראל היא לפגוע באיזשהו פעיל טרור, יש תוכנית להפציץ אותו למשל יש טלפון סלולרי ממולכד, המידע שיש לישראל לפיו היא חייבת לפגוע בו כל עוד הוא לא נמצא ליד אזרחים חפים מפשע. אם ישראל נוקטת בכל צעדי הזהירות שהיא יכולה ובודקת את זה ככל יכולתה ובכל זאת זה לא צלח יכול להיות שזה עדיין עומד בעיקרון המידתיות כי העיקרון שהיה צפוי עולה על הנזק שנגרם בכל זאת. הצבא צריך לעשות מן מאזן עלות תועלת כזה מראש וצריך להעריך מה הסיכוי שתהיה פגיעה לא מכוונת באוכלוסייה אזרחית ואם המאזן הזה שהצבא עושה מראש מראה לו שהתועלת הצבאית של הצבא עולה על הנזק שעלול להיגרם לאוכלוסייה אזרחית אז הפעולה הזו מותרת. לעומת זאת אם אנו יודעים שיש סיכוי גבוה לפגיעה באוכלוסייה אזרחית והפגיעה הזו באוכלוסייה אזרחית, הנזק שהיא גורמת הוא גדול בהרבה מהתועלת הצבאית של הפעולה, כלומר פגיעה ביעד צבאי אז אסור לנקוט בפעולה הזאת ואז זה לא עומד בדרישת המידתיות.

סעיפים 51 ואילך מפרטים מה זה אומר להימנע מפגיעה באוכלוסייה אזרחית. סעיף 51 עוסק באוכלוסייה אזרחית וקובע שני דברים קונקרטיים, שני עקרונות:

1. אסור לפגוע בכוונה באוכלוסייה אזרחית. פגיעה מכוונת היא בכל מקרה אסורה.
2. גם כשאנחנו מכוונים את המתקפה נגד יעדים צבאיים (לוחמים), אם אנחנו יכולים מראש לצפות שייגרם תוך כדי כך ולא בכוונה נזק משמעותי לאוכלוסייה אזרחית והוא עולה בהרבה מהיתרון הצבאי שנושג מהפעולה אז הפעולה היא אסורה.

המצב הזה שניתן לצפות בנזק רב שיכול להיגרם לאוכלוסייה אזרחית נקרא **תקיפה מובחנת**.

מתי יהיה קשה מאוד להבחין?

במצבים בהם הצד השני לוחם באוכלוסייה אזרחית בין אם הוא עושה זאת בכוונה ובין אם עושה זאת בסיטואציה של צבא לא סדיר אז לא ניתן להבחין בין אוכלוסייה אזרחית לצבאית. יש כאלו שיגידו שגם אם רצו לא ללחום באוכלוסייה אזרחית אין להם ברירה.

איך זה אמור להתמודד עם זה?

מותר לפגוע בחמאס אבל לא באוכלוסייה אזרחית, **עיקרון ההבחנה** - קודם כל צריך להבחין אלא אם זו פגיעה מידתית ולאחר מכן זה עיקרון המידתיות.

סעיף 51 כולל גם הוראה שאסור להשתמש באוכלוסייה אזרחית בכוונה כדי לכוון למטרות צבאיות. למשל: אני בתור צד ללחימה לא יכולה לקחת את האזרחים שלי ולשים אותם בכוונה ליד הכור הגרעיני שלי, למשל: אני לא אמקם את הכור הגרעיני ליד יישוב מגורים כדי למנוע תקיפה נגד המטרות האלה, זו גם תהיה הפרה בדין ההומניטרי: שימוש מכוון באוכלוסייה צבאית כדי להגן על מטרות.

עוד הוראה של סעיף 51 אומרת שאזרחים שנוטלים חלק בלחימה לא יכולים להנות מההגנות שקבועות בסעיף הזה למשל הם לא יהיו חסינים מפני פגיעה מהצד השני. למשל אזרח שלא נחשב ללוחם סדיר ומחליט לקחת חלק פעיל בלחימה הוא לא יהיה זכאי להגנות שמגיעות לאוכלוסייה אזרחית.

כשאזרח רק מביע תמיכה בלחימה, למשל: אישה בת 80 שמביעה תמיכה בהפגנות אין צורך לפגוע בה וזה יהיה לא מידתי לפגוע בה אבל אם האישה נמצאת ליד מישהו ששורף צמיגים יכול להיות שהפגיעה תהיה בלתי נמנעת, מידתית ואף מותרת. אם האישה לא נושאת נשק זה לא מאפשר לפגוע בה.

העיקרון שאומר שאסור לפגוע בכוונה ומותר לפגוע לא בכוונה, ועומד בעיקרון המידתיות - זה נחשב כדין מנהגי ולכן זה מחייב גם את ישראל גם שהיא לא חברה בפרוטוקול.

הגנה על מטרות אזרחיות:

חלק מהרציונל הוא לא רק להגן על הרכוש אלא להגן על אנשים שיכולים להיפגע.

סעיף 52 חוזר על סעיף 48 ואומר שאסור לפגוע ביעדים אזרחיים, זה לא יעד לגיטימי לתקיפה. אסורה פגיעה מכוונת במטרות אזרחיות אבל כשמכוונים תקיפה יכול להיות שתיעשה פגיעה בלתי מכוונת. סעיף 52(3) אומר

שאם יש לנו ספק אם מטרה מסוימת היא מטרה צבאית או מטרה אזרחית אז צריך להניח שמדובר במטרה אזרחית. מחמירים, "אם יש ספק אין ספק". המטרה היא לתת כמה שיותר הגנה לאוכלוסייה אזרחית. אם זו אוכלוסייה אזרחית באופן ברור אסור לתקוף אותה ואם זו מטרה שלא ברור מהי צריך להניח שזו מטרה אזרחית ויש מטרת מעורבות נניח אנחנו יודעים שזה בי"ס שיש בו עכשיו תלמידים אבל כמה מלוחמי חמאס מסתתרים שם אז נפעיל את עקרון המידתיות במצב הזה ואז למשל אם יש עשרה לוחמי חמאס וכמה אנשי צוות של בי"ס יכול להיות שזו כן מטרה לגיטימית. גם אם חמאס עושה זאת בכוונה עדיין מחויבים כצבא שכנגד לשמור ולהגן על אוכלוסייה אזרחית. המידתיות זה מן איזון שהצבא צריך לעשות לפני שהוא תוקף.

סעיפים 52-56 מסבירים על הגנה על מטרת אזרחיות ספציפיות:

סעיף 53- מפרט שאסור לפגוע באתרים היסטוריים, ביצירות אומנות או במקומות פולחן שמהווים חלק ממורשתם התרבותית או הרוחנית של עמים.

סעיף 54- אסור לפגוע במטרות שהן חיוניות להישרדות של אוכלוסייה אזרחית כמו למשל: שדות חקלאיים או מקורות מים. יש לזה חריג במקרה של צורך צבאי חיוני למשל הצבא חייב לעבור דרך שדה חקלאי כדי לבצע תקיפה חשובה אז מותר לפגוע בדה החקלאי.

סעיף 55- צריך להימנע מפגיעה חמורה וארוכת טווח בסביבה. כל נזק סביבתי הוא אסור.

סעיף 56- אסור לפגוע בסכרים, בסוללות ובמתקני חשמל גרעיניים שמשמשים לייצור חשמל אם יש בכך סכנה לפגיעה באזרחים. יש הוראות ספציפיות בפרוטוקול הראשון שפגיעה במתקני פגיעה ספציפיים למשל: פגיעה בתשתיות אנרגיה.

הוראות נוספות שקבועות בפרוטוקול הראשון נוגעות לאמצעי זהירות ואזהרה- מוסדרות בסעיפים 56 ו- 57 לפרוטוקול:

סעיף 57- אומר באופן כללי שכשגורם שמתכנן פגיעה צבאית הוא צריך לנקוט בכל אמצעי הזהירות הדרושים כדי למנוע פגיעה לא מידתית באוכלוסייה אזרחית או במטרות אזרחיות. צריך להתאמץ ולנקוט בכל אמצעי זהירות שניתן, למשל להשיג מידע על מה שיש שם, להשיג אמצעים צבאיים ממוקדים יותר. רמת הזהירות הנדרשת היא מאוד גבוהה. צריך להזהיר ככל שניתן את האוכלוסייה מפני תקיפה, פעם היה נפוץ לזרוק עליהם פליירים מתוך מטוסים, באמצעות כרוזים. כיום משתמשים ב- SMS לבעלי הבתים. המטרה היא שיתפנו, שייזהרו, שירדו למקלטים. עוד אמצעי זהירות שיש לצה"ל ואחד מהם זה "הקש בגג" = יורים פצצה מאוד קטנה, טיל קטן שפוגע רק בגג ואז זה נותן אזהרה לאזרחים. שאלת החוקיות של הנוהל לא עלתה בבג"ץ. עוד דבר שהצבא השתמש בו שנקבע שאינו חוקי: "נוהל שכן". בפרוטוקול השני יש הוראות מאוד דומות.

המשך- הפרוטוקול הראשון (חל על סכסוך בינ"ל):

בפרוטוקול השני יש פחות פירוט לגבי אמצעי אזהרה. הפרוטוקול הראשון חל במקרה של סכסוך בינ"ל. הפרוטוקול השני מאוד מצומצם וקובע הוראות דומות לפרוטוקול הראשון והוא חל על סכסוך שאינו בינ"ל.

הסעיפים הם 13-18 לפרוטוקול השני:

סעיף 13 לפרוטוקול השני- אוכלוסייה אזרחית אינה יעד לגיטימי לתקיפה. בכל מקרה לא ניתן לפגוע באוכלוסייה אזרחית. יש חריג ראשון שאם יש אזרחים שהצטרפו למעגל הלחימה הם לא נחשבים לאזרחים יותר ולכן הם יוצאים ממעגל ההגנה על האזרחים.

**** לעבודה: הוראות הפרוטוקול הראשון בנוגע לעיקרון ההבחנה ועיקרון המידתיות הפכו כבר לדין מנהגי ומכוח זה הפעולה אסורה או מותרת...

(שאר הסעיפים מופיעים בשיעור קודם)

סעיף 17 לפרוטוקול השני קובע הוראה שאין אותה בפרוטוקול הראשון:

1. איסור על העברה כפויה של אוכלוסייה, אם יש סכסוך למשל אי אפשר לפנות כפר שלם אלא אם כן זה

נועד להגן על האוכלוסייה או שזה מטעמים צבאיים קיצוניים. אם עוקרים אוכלוסייה בכל זאת צריך שזה יהיה בצורה זהירה.

2. אסור לגרש אזרחים מהמדינה שלהם מסיבות הקשורות לסכסוך

בפרוטוקול הראשון אין הוראה כזו אך יש הוראה כזו של העברת אוכלוסייה במצב של כיבוש. אין דין ברור שאומר שאסור לגרש אוכלוסייה מסוימת כשמדובר בין מדינות לעומת מצב שזה סכסוך בתוך המדינה.

צריך לאפשר לעמותות לתת סיוע, להיכנס למדינה שנפגעה ולסייע לקורבנות. צריך להימנע ככל שניתן מפגיעה באוכלוסייה אזרחית (עיקרון ההבחנה) וגם פגיעה אגבית היא אסורה אם הנזק שהיא צפויה לגרום עולה על התועלת הצבאית הצפויה ממנה (עיקרון המידתיות).

עקרונות מרכזיים של הדין ההומניטרי חלים בכל סוגי הסכסוכים.

"נוהל שכן" = משהו שצה"ל השתמש בו בכל מיני מבצעים כלומר זה שלפני שהצבא נכנס לבית לעצור מבוקשים אם הצבא יודע שבאותו בית יש הורים, ילדים שהם לא יעד למבצע והחשש הוא כמובן שתוך כדי המעצר תיווצר תגרה ויפגעו האזרחים אז כאמצעי אזהרה לא כי הוא כפוף לפרוטוקול הראשון אבל בכל זאת המדינה מצהירה שהיא מכבדת את ההוראות ההומניטריות, היא רואה מחויבות בסיסית להגן על פצועים לא כי היא מחויבת לאמנת ז'נבה ולפרוטוקולים. בנוהל השכן כדי להזהיר את אותם אזרחים, נניח באים לאותו שכן שלהם ואומרים לו שילך לדפוק בדלת ויגיד שהצבא אומר לאנשים לצאת החוצה או שהמבוקש ייצא בעצמו. השאלה הייתה האם זה חוקי או לא חוקי?

בג"ץ עדאלה - טען שהנוהל לא חוקי ובג"ץ קיבל את העתירה. הוא אמר שלמרות שהאזהרה היא לכוונה טובה כי אותו שכן שהצבא נעזר בו לא נפגע וברוב המקרים זה עובד. עדיין בג"ץ קבע שזה נהל פסול כי זה מנוגד לעיקרון ההבחנה כי לוקחים אזרח ומכניסים אותו לסיטואציה של לחימה, גוררים אותו לסיטואציה הזו. בג"ץ טען שזה מנוגד לדין המנהגי הבינ"ל, לעיקרון ההבחנה. הצבא חשב שזה חוקי ושזה אמצעי מצוין. בג"ץ הוסיף ואמר שגם אם השכן מסכים זה לא הופך את זה ללגיטימי, זה אסור ולא ניתן לדעת אם ההסכמה היא כנה. זה גם מנוגד לדיני הכיבוש, דיני התפיסה הלוחמתית כי לפי דיני הכיבוש אסור לכוח הכובש להשתמש באוכלוסייה של השטח הכבוש לשטחים הצבאיים שלו. בג"ץ דחה את נוהל השכן ואמר שהוא אסור לחלוטין.

רואים שהצבא מאוד מקפיד על עיקרון ההבחנה, הצבא קבע הוראות מיוחדות לגבי נוהל שכן: הפנייה צריכה להיות בשפה של האזרח, השכן, צריך לשמור על כבוד האדם שלו כיוון שהוא הולך לסייע לחיילים. המטרה היא להגן על שכניו. אסור להשתמש בכוח ובאימים כלפי השכן. אסור להפעיל את התושב המקומי לאיתור מטענים ולאיסוף מודיעין. יש סכנה שהשכן יפגע ולכן יש להגן עליו. כשצועדים עם השכן אסור לשים אותו בראש הכוח כדי שיהווה הגנה לחיילים בשביל שלא יותקפו. אסור להשתמש בנוהל השכן אם יש אמצעי אחר אפקטיבי להשתמש בו. ביהמ"ש אמר שלמרות שאסור להכריח את השכן להסכים עדיין אין להשתמש בו- גם אם השכן הסכים.

בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל - עסק בחוקיות הסיכולים הממוקדים - זה כשהצבא רוצה לפגוע באיזשהו פלסטיני שלידיעת הצבא היה מעורב בארגון טרור או בביצוע פיגועים אז או שלשב"כ היו טכניקות להפעיל פצצות מרחוק או הפצצות מהאוויר כלפי מכונית של פעיל ארגוני טרור ואז הוגשה עתירה לבג"ץ ונטען שהפרקטיקה הזו היא לא חוקית שבין היתר שהפגיעה בלוחמים עצמם (בפעילי הטרור) לא ניתן לפגוע אלא אם הם פצצה מתקתקת, מהווים סכנה ממשית, שאם לא יש פשוט להעמיד אותם לדין פלילי. יש כאן סכנה לפגיעה באוכלוסייה אזרחית כי סיכול ממוקד יכול לפגוע בפעיל הארגון עצמו אבל יש פעמים שזה לא מצליח. לפעמים לא ניתן להזהיר את האזרחים ולכן יש סכנה לאזרחים ובמקרה הזה בג"ץ אומר שסיכולים ממוקדים בהגדרה הם לא חוקיים, הוא דוחה את העתירה שסיכולים ממוקדים הם תמיד אסורים בתור פרקטיקה. בג"ץ אומר שבמקרים מסוימים ניתן להשתמש בזה, עד כמה יש הצדקה, מה מידת הסכנה ומה הסיכון שנשקף - פה בעצם מבצעים את עיקרון המידתיות = הסיכון מול הצורך הצבאי. כל מקרה לגופו. נדונה השאלה: אילו הגנות מגיעות לאותו אחד שמעורב בפיגועי טרור למשל? כשהצבא תוקף אותו אילו הגנות מגיעות לו? האם הוא לוחם? אזרח? לוחם בלתי חוקי? הצבא והשב"כ טענו שהוא לוחם בלתי חוקי. לוחמים בלתי חוקיים = לא ניתן להתייחס אליהם כאוכלוסייה אזרחית כי הם פעילי טרור. מצד שני, הצבא אומר שהם אפילו לא במעמד של לוחמים כמו לוחמי ארגוני מיליציה וכל דבר אחר שאולי מכל מיני סיבות יכולים להנות מכל מיני הגנות. למשל הגנת מעמד שבוי. גם אם ישראל הייתה מצטרפת לפרוטוקולים היא לא הייתה צריכה להתייחס אליהם כלוחמים. גם אם הייתה צריכה להגן על אותו אחד שהוא פעיל טרור הוא אפילו לא זכאי להגנות של אזרחים. בג"ץ אומר שלא ניתן לקרוא להם טרוריסטים ושהם יהיו מחוץ לחוק מבחינה משפטית. אז האם יש להגדיר אותם כלוחמים באיזשהו ארגון אם הוא ארגון לא מדינתי או שהם בכלל אזרחים? בג"ץ אומר שההגדרה הנכונה זה שהם אזרחים שנטולים חלק פעיל בלחימה. מדובר באזרחים פלסטינים שנניח כל אחד מהם מחליט לסייע בתכנון לפעילות עוינת של ארגון טרור נגד ישראל, ההגדרה של אותו אדם זה אזרח שנטול חלק פעיל בלחימה ולפי הדין ההומניטרי הוא בעצם כן יעד לגיטימי לתקיפה. בג"ץ מבהיר מבחינה משפטית מה הסטטוס שלהם. הם בעצם אזרחים שלוקחים חלק פעיל בלחימה מצד שני לא צריך לראות אותם כלוחמים. גם אם ישראל הייתה מכבדת את הוראות הפרוטוקול

לא צריך לתת לו הגנות של שבוי. הוא לא יקבל הגנות לא של אזרחים ולא של לוחמים. הם לא נהנים מהגנות של הדין ההומניטרי.

ג. דיני כיבוש/ דיני תפיסה לוחמתית

איזשהו צבא כובש שטח זר. גם באמנת ז'נבה הרביעית וגם בפרוטוקול הראשון יש הוראות ספציפיות שמתייחסות למצב הזה. כשכוח צבאי כובש שטח שהוא לא חלק ריבוני מאותה מדינה. למשל: ישראל ביחס לגדה המערבית, ישראל לא טוענת שהיא ריבונית בשטח. שני הקריטריונים לזהות אם מדינה ריבונית בשטח או לא:

1. **החלת החוק** - אם החוק של המדינה חל בשטח. למשל ישראל לא החילה בגדת עזה את החוק הישראלי.
2. **אזרחות** - המעמד של האוכלוסייה - כשכולם אזרחים של מדינה מסוימת ניתן להגיד שהשטח של אותה מדינה נמצא בריבונות של אותה מדינה.

הבדלים בין כיבוש לריבונות:

אם החוק חל על אותו שטח והאוכלוסייה היא של אותה מדינה נגיד שהמדינה היא ריבונית בשטח. יש מקרים שהשטח שייך למדינה בתור ריבונות ולעומת זאת יש מצב בו מדינה כובשת שטח זר, שהחוקים שלה לא חלים בו באופן ישיר ושהאוכלוסייה היא לא אזרחים של המדינה. כמו למשל הגדה המערבית ורצועת עזה: עד ההתנתקות הצבא נכנס לגדה המערבית ולרצועת עזה ושולט בשטחים אבל לא כריבוני אלא ככובש. האוכלוסייה לא ישראלית, החוק הישראלי לא חל שם ולכן מבחינה משפטית זה שטח שנחשב ככבוש.

למשל: רמת הגולן, ישראל החילה שם את החוק הישראלי וטוענת לריבונות, היא העניקה אזרחות לתושבים שם, למי שרצה. אבל למשל בסוריה - ישראל סיפחה את השטח שלא כדין, היא החילה את הדין הישראלי, היא לא הריבון ומצד שני היא גם לא הכובש אבל מה שבטוח זה שכשמדינה מחזיקה שטח שהוא לא חלק ריבוני מהמדינה **אז יש תחולה לדיני הכיבוש.**

כשמדברים על דיני הכיבוש מדברים על מצב שבו אין ריבונות.

הצבא הישראלי הוא היחיד שיש לו סמכות ליצור תקנות ופקודות בשטח הכבוש. החוקים הישראליים לא חלים בגדה המערבית אלא רק ההוראות והתקנות הספציפיות שמותקנות ע"י אלוף הפיקוד הצבאי. המטרה של הדין הבינ"ל ההומניטרי:

הבעיה המרכזית של האוכלוסייה הזו זה שמי ששולט בה הוא לא הריבון והמשמעות של זה זה שהגוף, הצבא ששולט בשטח הוא לא אחראי כלפיהם, הוא לא נותן להם דין וחשבון. הם לא מצביעים, הם לא חלק מהדמוקרטיה הישראלית, הם לא יכולים לייצג את עצמם בשלטון, הם לא מיוצגים ע"י מי ששולט בהם, הם נשלטים בידי גוף זר, וזאת לעומת הישראליים שיכולים להצביע ולהשפיע במדינה. לכן, המטרה של דיני הכיבוש זה להגן על אוכלוסייה כבושה בגלל שהיא נמצאת במצב פגיע מאוד. מאחר שהם לא אזרחים של המדינה הכובשת אז כמובן שלמדינה הזו תהיה נטייה חזקה יותר לפגוע בהם, לקפח את זכויותיהם והמטרה של דיני הכיבוש היא בראש ובראשונה להגן על האוכלוסייה של השטח הכבוש מפני הכוח, העוצמה של מי ששולט בה. מבחינה משפטית מה שחל זה כאמור דיני הכיבוש.

סעיף 42 לתקנות האג - כל התקנות נחשבות לדין מנהגי. כששטח נתון בכוח תחת שליטה ע"י צבא של מדינה אחרת, צבא עוין.

סעיף 43 - נחשב לכלל מנהגי- הכוח הכובש צריך להבטיח ככל שניתן את הסדר הציבורי והבטיחות בשטח הכבוש ובהיעדר מניעה מוחלטת עליו לכבד את החוקים שקיימים בשטח הזה. הניסוח באנגלית של תקנות האג הוא בטיחות. אבל הנוסח המקורי שהוא בצרפתית הוא "חיי הציבור" והכוונה היא לשמור על הסדר, על הביטחון, על החיים הציבוריים בשטח הכבוש. עוד דרישה מהכוח הכובש זה לכבד את החוקים הקיימים בשטח. אם מדינה כובשת שטח זר או מדינה אחרת אז החוקים שחלו בטח עד לרגע הכיבוש צריכים להמשיך לחול אבל כן מותר לכוח הכובש להוסיף חוקים/ לבטל חוקים/ לשנות חוקים אם הוא חייב לעשות את זה, רק בהיעדר מניעה מוחלטת. כדי להגן על הסדר הציבורי והביטחון או בשביל הצרכים הצבאיים שלו- יכול להיות שיצטרך השולט לשנות את החוקים. למשל מוסיפים חוק שנגיד פעיל ארגון ניתן יהיה לעצור אותו. בהתאם להוראה הזו מה שישראל עושה בגדה המערבית זה שברירת המחדל שכל החוקים שהיו שם עד 67 נשארים בתוקף: חקיקה עות'מאנית, חקיקה בריטית שחלקה בתוקף עד היום, חקיקה ירדנית. ביחס לכל החוקים האלו- צה"ל יכול להוסיף תקנות, צווים, לשנות חוקים. אלוף פיקוד מרכז שינה תקנות והתווספה שורה של עבירות פליליות שלא היו קודם, למשל: יידוי אבנים, החזקת סכין (שעונשה מאסר עולם לעומת העונש על כך בישראל).

כל ההוראות הללו נועדו לאזן בין האינטרסים מצד אחד של האוכלוסייה המקומית, הכבושה שהמטרה היא להגן עליהם מפני הכובש לבין מצד שני זה שצריך לשמור על האינטרסים של הכובש הזר בשטח. כששומרים על החוקים הקיימים שומרים על האינטרס של הריבון שנכבש אבל צריך לשמור גם על האינטרס של הצד הכובש.