

משפט בינלאומי

קורס שנתי, עבודה להגשה- 15%, מבחן מסכם-85%. המבחן לא אמריקאי, בנוי ממושגים ומקייס פתוח, ציון מינימלי – 5 נק' על השתתפות בשיעורים. מבחן עם חומר פתוח.

נושאי הקורס :

1. הגדרת המשפט הבינלאומי ומטרותיו, הכללים והמקורות של המשפט הבינלאומי, היחס בין חוק בינלאומי לחוק בישראל.
2. השחקנים המרכזיים במשפט הבינלאומי, ארגונים בינלאומיים, מעמד המדינות והכרה בהן.
3. הענפים השונים של המשפט הבינלאומי.

מהו המשפט הבינלאומי?

מערכת של כללים שמסדירה יחסים בין מדינות – קובעת מהם הזכויות והחובות של מדינות ביחסיהן זו עם זו. הכללים הללו נקבעים בעיקר ע"י המדינות עצמן, בראש ובראשונה באמצעות כריתת הסכמים בינלאומיים (אמנות), המשפט הבינלאומי עוסק גם ביחסים בין המדינה לאזרחים שלה (זכויות אדם), עוסק גם ביחסים בין ארגונים בינלאומיים למדינות.

האם זו באמת מערכת משפטית ?

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

האמנם?

מכל מקום : רוב המדינות מקיימות, רוב הזמן, את רוב כללי המשפט הבינלאומי (לואי הנקין) .

מדוע מדינות מציינות ?

הסברים אינסטרומנטליים (אינטרס) לציות :

- חשש מפני סנקציות פורמליות / לחצים ותמריצים מצד מדינות חזקות
- למדינות יש אינטרס ארוך-טווח בעצם קיומה של מערכת נורמות בינלאומית מחייבת (וודאות, הסתמכות, יציבות, עקביות)
- למדינות יש אינטרס ארוך טווח בקיום נורמות משפטיות בינלאומיות לאור תוכן הספציפי- הנורמות של המשפט הבינלאומי משרתות את האינטרסים של המדינות שעליהן הן חלות (אחרת הן לא היו מאמצות אותן) [ABRAM AND ANTONIA CHAYES]
- מוניטין בינלאומי (כללי) – למדינות חשוב ליצור לעצמן תדמית של פרטנריות אמינות לשיתוף פעולה בינלאומי. [ANDREW GUZMAN]
- מוניטין בינלאומי ביחס לנורמות ספציפיות שזכות להכרה והערכה כמו זכויות אדם או הגנה על הסביבה.

הסברים לא אינסטרומנטליים לציות :

- מדינות מציינות לכללים שנתפסים בעיניהן כהוגנים (מהותית או פרוצדורלית)
- הפנמה של כללי המשפט הבינלאומי והערכים שהם מייצגים
- ציות לכללי המשפט הבינלאומי מהווה חלק מהזהות של המדינה כחברה בקהילה הבינלאומית.

ההתפתחות ההיסטורית של המשפט הבינלאומי

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

1648 – הסכמי וסטפליה – סיום מלחמות הדת באירופה, הכרה בריבונותן של מדינות אירופה. קביעת עקרונות השוויון הפורמלי בין מדינות ועקרון אי ההתערבות. המדינות בעצם אומרות שהם שוות אחת מול השנייה ואף מדינה לא קובעת למדינה אחרת מה הדת של האזרחים שלה. מאות 17, 18, 19 : הסדרה מינימלית של מערכת היחסים בין מדינות, המדינה הריבונית היא הגורם היחיד בעל אישיות משפטית בינלאומית. השחקניות בזירה הם בעצם מדינות.

2. סוף מלחמת העולם הראשונה על סוף המלחמה הקרה.

- שתי מלחמות עולם קטלניות ורבות נפגעים; גידול משמעותי במספר המדינות בעולם
- הסדרה בינלאומית אינטנסיבית יותר; תחומי הסדרה חדשים

- הקמה של ארגונים בינלאומיים חדשים (כגון: חבר הלאומים 1920) ובהמשך האו"ם (1945) PUIJ ובהמשך ICJ [בית הדין הבינלאומי לצדק], ארגון העבודה הבינלאומי (1919), הבנק העולמי (1945), ארגונים אזוריים ועוד.
 - המדינה הריבונית היא כבר לא הנושא היחיד של המשפט הבינלאומי – גם לארגונים בינלאומיים יש חובות וזכויות מכוח המשפט הבינלאומי.
3. סוף המלחמה הקרה עד היום
- קריסת הגוש הסובייטי; היעדר יציבות וסכסוכים פנימיים; דמוקרטיזציה; תהליכי גלובליזציה מואצים (זרימה גלובלית של אנשים, סחורות, מידע); איומים חדשים (טרור, התחממות גלובלית) ערעור של תפיסת הריבונות המסורתית ועקרון אי ההתערבות (דגש על מניעת מלחמות אזרחים והגנה על זכויות אדם)
 - הומניזציה של המשפט הבינלאומי – האדם במרכז.
 - ריבוי נורמות ומוסדות בינלאומיים ועלייה בכוחם (פרגמנטציה)

השחקנים במשפט הבינלאומי

המטרה המרכזית של המשפט הבינלאומי היא להסדיר יחסים בין מדינות. לא מדובר רק במדינות. ישנם כמה שחקנים בזירה: מדינות, ארגונים בינלאומיים (הכוונה היא לארגונים שחברות בהם מדינות), NGO- ארגונים לא ממשלתיים (ארגוני חברה אזרחית), אנשים פרטיים שמתאגדים למטרה משותפת ללא מטרת רווח (רופאים ללא גבולות) ובנוסף ישות פוליטית/צבאית לא מדינתית לדוגמה ארגון טרור (חמאס)

שחקן במשפט הבינלאומי או נושא של המשפט הבינלאומי הם בעלי אישיות משפטית בינלאומית – משמע, יש להם חובות וזכויות מכוח המשפט הבינלאומי (הם יכולים לתבוע ולהיבצע), באופן מסורתי אם היינו שואלים לפני 20 שנה היינו אומרים שרק למדינות ולארגונים בינלאומיים יש זכויות והם שחקנים במשפט הבינלאומי, אמנם, בשנים האחרונות חל שינוי בתפיסה וישנם גורמים נוספים שהצטרפו לזירה. (NGO, אנשים פרטיים וישות פוליטית/צבאית)

מקורות המשפט הבינלאומי

- סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) – איך יודעים מה אומר הדין הבינלאומי? איפה מוצאים את כללי המשפט הבינלאומי? כיצד הם נוצרים? סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק קובע:
1. בית הדין, שתפקידו לפסוק לפי המשפט הבינלאומי בסכסוכים המובאים לפניו, ינהג לפי:
 - א. אמנות בינלאומיות, כלליות או פרטניות, הקובעות כללים שהמדינות המתדיינות הכירו בהם במפורש;
 - ב. המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת הדין;
 - ג. עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על ידי האומות בנות התרבות;
 - ד. החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט, תוך שמירת הוראותיו של סעיף 59.
 2. (הוראה זו אינה פוגעת בסמכותו של בית הדין לפסוק לפי הצדק והיושר אם בעלי הדין מסכימים לכך)

- אמנה – 38(א): "אמנות בינלאומיות ככליות או פרטניות הקובעות כללים שהמדינות המתדיינות הכירו בהם במפורש".
- אמנה (treaty / agreement / convention / covenant / charter / statute) היא הסכם בינלאומי שמשקף מפגש רצונות של צדדים. באמצעות האמנה הצדדים נוטלים על עצמם התחייבויות משפטיות, קונים לעצמם זכויות ויוצרים מנגנונים לשיתוף פעולה ביניהם.
- באמנות אפשר לכלול הוראות מפורטות ומדויקות, הן יוצרות רמת וודאות גבוהה לגבי הנורמות שמחייבות את הצדדים ולכן הן מהוות את כלי החקיקה המרכזי של המשפט הבינלאומי המודרני.
- הבחנה בין אמנות דו צדדיות (לרוב בעלות אופי "חוזי ספציפי") לבין אמנות רב צדדיות (לרוב בעלות אופי "נורמטיבי כללי"). אמנה דו צדדית זו אמנה בינלאומית לכל דבר אבל חברות בו 2 מדינות, ואמנה רב צדדית היא אמנה שיש בה יותר מ-2 מדינות (יכול להיות בה 3 מדינות)

רישום אמנות- סעיף 102 למגילת האו"ם- יש לרשום אמנות במזכירות האו"ם, מוסדות האו"ם לא יזקקו לאמנה שלא נרשמה כאמור – הכוונה היא שלא יסתמכו עליה, הם לא יכירו בה ולא יאכפו אותה.

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

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

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

הוראות מרכזיות של אמנת וינה

סעיפים 1-3 - היקף התחולה של האמנה:

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

סעיפים 11-15 – דרכי הצטרפות לאמנה:

מדינה יכולה להצטרף לאמנה בדרך של חתימה (signature) בלבד, ברגע שהיא חותמת היא מצטרפת לאמנה, הדרך השנייה היא חתימה ואשרור, הליך דו שלבי (signature and ratification)- בדרך האמנה עצמה דורשת חתימה ואשרור או שלפעמים החוקים הפנימיים של חלק מהמדינות קובעים שמדינות יכולות להצטרף לאמנות בינלאומיות ע"י חתימה ואשרור- דרך ההצטרפות תלויה במה שנקבע באמנה עצמה או/על ידי המדינה המצטרפת. הדרך הדו-שלבית נפוצה יותר.

מה ההיגיון בהליך הדו-שלבי? הסיבה הראשונה היא כדי לראות שיש גמירות דעת, שלא יהיה הצטרפות לאמנות בקלות דעת, מדובר על משהו מחייב ויש לשקול אותו בכובד ראש. הסיבה השנייה היא שהשלב של החתימה נעשה ע"י נציג של הממשלה, יש מדינות שלפי החוקים הפנימיים שלהם הצטרפות לאמנה מחייבת אישור של הרשות המחוקקת (בישראל אין את הכלל הזה) הנפקות המשפטית של חתימה בהליך הדו-שלבי:

סעיף 18(1): אחרי שמדינה חתמה על אמנה, גם אם לא אשררה, אסור לה לעשות פעולות שחותרות תחת מטרת האמנה. זה נכון כל עוד המדינה לא הבהירה שאין בכוונתה לאשרר. לדוגמה האמנה לפיקוח בסחר בנשק – ARMS TRADE TREATY- ATT – אמנה זו אוסרת על מדינות למכור נשק למדינות שעלולות לפגוע בזכויות אדם.

*** הדרישה לא לחתור תחת מטרת האמנה חלה גם על מדינה שאשררה אמנה, בתקופה שלפני כניסת האמנה לתוקף, ובלבד שהכניסה לתוקף לא הושגה יתר על המידה [סעיף 18(2)] {מועד אשרור לעומת מועד כניסה לתוקף של אמנה – כניסה לתוקף של אמנות רב צדדיות הרבה פעמים מותנית באשרור על ידי מספר מסוים של מדינות.

סעיפים 19-23 – הסתייגויות:

בנסיבות מסוימות מדינה יכולה להצטרף לאמנה (רב-צדדית) תוך הסתייגות מחלק מהוראות האמנה, כך שההוראות הללו לא יחולו עליה או יחולו באופן שונה מזה שקבוע באמנה. למה זה חל באמנות רב צדדיות? כי באמנות דו צדדיות אם מדינה אחת לא מסכימה אין אמנה או שמוציאים את הסעיף מהאמנה. לדוגמה אמנת ג'נבה הם אמנות שעוסקות במלחמה, כשמדינות נלחמות יש כללים מה מותר ומה אסור לעשות, אחד הכללים זה שאסור לפגוע בצוותים רפואיים שבאים לתת סיוע רפואי לפצועים בשטח- יש להם חסינות מוחלטת וכדי שהצוותים ייהנו מהחסינות הזו הם צריכים לסמן את עצמם באמצעות סמל בינלאומי שקבוע באמנה (יש 3 סימנים – סימן של צלב אדום, או סהר אדום שזה סמל של מדינות מוסלמיות בדרך"כ או סמל של אריה וחרב) ישראל הוסיפה הסתייגות פשוטה, היא הסכימה לאמנה אבל היא רצתה לסמן את הצוותים שלה במגן דוד- הסתייגות זו אושרה. דוגמה נוספת היא כשישראל הצטרפה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות שמחייבת את כל המדינות החברות בה להגן על שורה של זכויות יסוד של אזרחים סעיף 23 אומר שכל המדינות שבאמנה מחויבות להבטיח שוויון זכויות בין נשים ונשים במסגרת נישואין וגירושין- ישראל הסתייגה

מסעיף 23 וקיבלה על עצמה את כל השאר כי היא לא יכלה להתחייב להבטיח שוויון זכויות בין נשים וגברים כי הדין שחל בנושא זה הוא הדין הדתי.

מהו ההיגיון העומד ביסוד מוסד ההסתייגות? אילו קשיים הוא מעורר? – כי יכול להיות שמדינה תצטרף לאמנה אבל תפר את הסעיף ובכך בעצם תפר את האמנה, או שלא תצטרף בכלל. יש לנו המון מדינות שלא יצטרפו או לחילופין ייקח לנו הרבה זמן לנסח אמנה שתתאים לכולם- לכן מאפשרים להם להוסיף הסתייגויות, זה נראה לנו עדיף ממצב של הכל או כלום. יחד עם זאת האפשרות להסתייג היא לא בלתי מוגבלת.

עקרון ההדדיות (סעיף 21): ההסתייגות משחררת את המדינה המסתייגת מהחובה הקבועה בהוראה שממנה הסתייגה, ובה בעת משחררת מדינות אחרות ממילוי אותה חובה כלפי המדינה המסתייגת.

התנגדות להסתייגות (סעיף 20): מדינה יכולה להתנגד להסתייגות של מדינה אחרת ולהצהיר שאם ההסתייגות לא תוסר, שהאמנה בכללותה לא תחול ביחסים שבינה לבין המדינה המסתייגת.

הגבלות על הסתייגות (סעיף 19):

לא ניתן להסתייג מאמנה אם: 1) נקבע בה שלא ניתן כלל להסתייג מהוראותיה; 2) נקבע בה שלא ניתן להסתייג מהוראות מסוימות שלה, וההסתייגות נוגעת לאחת מההוראות הללו; 3) ההסתייגות מנוגדת לנושא האמנה ולמטרתה. ההסתייגויות וההתנגדויות להן נרשמות במזכירות האו"ם ומתפרסמות על ידה.

סעיפים 26-27 - החובה לכבד אמנות:

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

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

סעיפים 31-32 – פרשנות אמנות:

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

סעיף 63 – ניתוק יחסים דיפלומטיים:

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

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

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

סעיף 64 - התהווה כלל בל יעבור חדש של המשפט הבין לאומי הכללי, כל אמנה קיימת הסותרת אותו כלל בטילה ובאה לכלל סיום.

פגיעה בעקרון ההסכמה?

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

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

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

• מנהג

38(ב): "המנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין"

מנהג בינלאומי (international custom) הינו "נוהג כללי שנתקבל בבחינת דין" (general practice "accepted as law"). **מנהג נוצר כאשר מדינות פועלות בדרך מסוימת לאורך זמן בצורה עקבית ומתוך מחויבות משפטית לנוהג כך.** כלומר, המנהג כולל שני יסודות, פיזי (עובדתי) ונפשי: יסוד פיזי/עובדתי ["נוהג כללי"] - פרקטיקה שמדינות רבות דבקו בה לאורך זמן. ז"א בפועל מדינות מתנהגות כך. הדרישה שיהיה מדובר במדינות רבות שדבקו בפרקטיקה לאורך זמן- אלה דרישות שהתפתחו בפסיקה ובספרות (זו הפרשנות)

- שלושת האלמנטים של היסוד העובדתי:

א. רוב מדינות- הרוב המכריע של המדינות נוהג בצורה הזאת. מתעוררת השאלה מה זה רוב מכריע- אין מספר קבוע מראש- מדובר ברוב מכריע שרלוונטיות לעניין,
 ב. ממושכת – לראות שמדינות נוהגות בזה לאורך זמן, לאורך תקופה ממושכת. אין הגדרה לתקופה ממושכת

ג. עקבית – לא להסתכל רק על פעולה אחת של מדינה אלא על עקביות של מדינה. יש גמישות מסוימת, אין הגדרות ספציפיות לתקופה ממושכת או למספר מדינות, אין לנו הגדרה מדויקת אבל כדאי לציין שיש יחסי גומלין מסוימים ביניהם, ז"א כשנרצה לראות אם התקיימו האלמנטים האלה אם נראה שיש פרקטיקה ש99% מהמדינות מתנהגות כמוה ובתקופה ממושכת נהייה יותר גמישים לגבי הדרישה של העקביות- ולהפך. מדובר בשלוש אלמנטים מצטברים – אבל שניתן להתגמש באחד מהם במידה ושניים מהם חזקים.

יסוד נפשי ["שנתקבל בבחינת דין"] - הכרה של המדינה שהיא מחויבת מבחינה משפטית לנוהג בדרך שבה היא נוהגת. להראות שהמדינות עשו את זה מתוך מחשבה/תודעה שלפניה הן חייבות לעשות את זה – ז"א המדינות רואות בזה את הדין המחייב, הן מרגישות מחויבות – לא מכוח חוק; יכול להיות מכוח נימוס (שטיח אדום) . דרך טובה לראות מנהג ואת היסוד הנפשי- אם מדינה מגנה מנהג מסוים. כשאנחנו רוצים לדעת מה היסוד הנפשי אנחנו מסתכלים על הצהרות, התבטאויות של המדינה ופעולות של המדינה שמעידות על איך הם מתייחסות לפעולה מסוימת – עושות זאת משיקולים מוסריים או מחייבים בחוק.

אם אנחנו יכולים לקבוע שהתקיים יסוד נפשי ועובדתי ונוצר נהג מסוים, המנהג הזה יחייב את כל המדינות, לרבות מדינות שהן נופלות ב5 אחוז שלא התקיים אצלם יסוד עובדתי ונפשי, ז"א מרגע שנוצר מנהג הוא מחייב את כל המדינות (לרבות מדינות שלא תרמו להיווצרותו). זה חשוב בעיקר למדינות שנוסדו אחרי שנוצרו המנהגים הבינלאומיים המחייבים .

חריג: "מתנגדות עקביות". – כדי שמדינה תחשב למתנגדת עקבית היא צריכה להביע באופן פומבי ועקבי את ההתנגדות שלה לאותו מנהג – דבר מאוד נדיר, כמעט אף אחד לא עושה את זה. מתעורר לעתים רחוקות.

חסרונותיו של המנהג כמקור משפטי מחייב:

1. הסכמה פסיבית/משתמעת (בשונה מאמנות).
 2. כשלים לוגיים בתהליך היווצרות המנהג ושינויו.
 3. עמימות (הן בנוגע לעצם קיום המנהג והן בנוגע לתוכנו).
- פתרון חלקי: הליכי קודיפיקציה – עיגון כללים מנהגיים באמנות הבחנה בין:
 הוראות אמנה **קונסטיטוטיות** - יוצרות כללים חדשים
 הוראות אמנה **דקלרטיביות** - מעגנות כללים מנהגיים, ולכן מחייבות גם מדינות שלא הצטרפו לאמנה, למעט מתנגדות עקביות.
 <- אמנות רבות כוללות הוראות משני הסוגים.

- עקרונות משפט כלליים

- **38(ג): "עקרונות המשפט הכלליים המקובלים על האומות בנות התרבות"**

הכוונה היא לעקרונות "משלימים" של מערכת המשפט המדינתית שקיימים ברוב המדינות (בנות התרבות?) ואשר רלוונטיים למשפט הבינלאומי.

דוגמאות: זכות טיעון לבעלי הדין, החובה לקבל החלטות שיפוטיות ומנהליות ללא משוא פנים, כללי הכרעה בין דינים סותרים (הוראה מאוחרת גוברת על הוראה מוקדמת והוראה ספציפית גוברת על הוראה כללית), מעשה בית דין, השתק דיוני, חובת המזיק לפצות את הניזוק.

- פסקת בתי משפט ומשנתם של מלומדים

- **38(ד): "החלטות בתי דין ומשנתם של גדולי הסופרים המומחים אשר לאומות השונות בבחינת**

אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט, תוך שמירת הוראותיו של סעיף 59."

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

הפסיקה היא מקור מנחה, אבל לא מחייב (כמו אמרות אגב של שופטים), אם יש למשל הליך משפטי שבו דנמרק טובעת מדינה אחרת- ההכרעה של ICJ תחייב את הצדדים בלבד, זה לא יוצר תקדים מחייב אבל.

סעיף 59 לחוקת ה- ICJ - החלטות בית הדין מחייבות אך ורק את הצדדים להליך המשפטי הספציפי שבמסגרתו ניתנה ההחלטה.

- **היחס בין המקורות הנזכרים בסעיף 38**

האם המקורות מופיעים בסדר היררכי?

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

* נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת

* נורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית

יחד עם זאת הסדר שבו הם מופיעים הוא לא מקרי, הוא מראה עד כמה הם נפוצים – אמנות, מנהגים ולאחר מכן עקרונות משפט. בנוסף, אם בכל זאת יש התנגשות של אמנה שאומרת דבר אחד ודין מנהגי שמוביל למסקנה אחרת- יש להסתכל מה מאוחר יותר ומה ספציפי יותר. נורמה קוגנטית גוברת על אמנה.

- **מקורות נוספים- לדעת המרצה יש עוד מקורות שלא מופיעים בסעיף 38 :**

מקורות מחייבים – למשל החלטות מחייבות של ארגונים בינלאומיים (מועצת הביטחון של האו"ם, מועצת השרים של האיחוד האירופי)

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

היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי

האם מתי ובאיזו מידה בתי משפט פנימיים בתוך המדינה יישמו ויאכפו את אותם כללים של המשפט הבינלאומי?

אם מדובר בנורמה מנהגית (שמחייבת את כל המדינות בעולם) בית המשפט יאכוף את אותו כלל מנהגי כאילו שהיה חלק מהדין הפנימי של המדינה. התפיסה היא שהמנהג הבינלאומי הוא כמו חוק בישראל- אלא אם יש חוק סותר של הכנסת. אם יש חוק של הכנסת שהוא במפורש עומד בסתירה למנהג בינלאומי אז בית המשפט בישראל יעדיף את החוק של הכנסת – ולא יאכוף את המנהג.

קליטתו של המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי

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

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

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

דרכים אפשריות לקליטת אמנות בדין הפנימי:

1. חוק שקולט אמנה ספציפית (דוג': חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991; החוק בדבר מיניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950).
2. חוק שקולט אמנות שעוסקות בתחום מסוים (דוג': סעיף 36 לפקודת הדואר [נוסח חדש], שכבר אינה בתוקף, קבע שהמדינה תהיה אחראית לדברי דואר בינלאומיים בהתאם לכללים הקבועים "באמנת הדואר העולמית שהיא בתוקף אותה שעה").
3. חוק שמסמיך את מחוקק המשנה לתת תוקף לאמנות (דוג': חוק חסינויות וזכויות יתר (ארגונים בינ"ל ומשלחות מיוחדות), תשמ"ג-1983, מסמיך את שר החוץ לקבוע בצו אילו חסינויות יוענקו בישראל לנציגים בינלאומיים בהתאם לאמנות שישראל צד להן).

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

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

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

[...]

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

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

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, שאותה אשררה מדינת ישראל בשנת 1991, מצהירה בסעיף 13 שהחינוך מיועד לפיתוחן המלא של אישיות האדם ותחושת כבודו ולחיזוק כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד, וקובעת כי חינוך היסוד יהיה חובה וזמין לכול חנינם. הזכות לחינוך מעוגנת גם בסעיפים 28 ו-29 לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, שאושררה אף היא על-ידי ישראל בשנת 1991. [...] המדינות החתומות על האמנה בדבר זכויות הילד מכירות בזכותם של ילדים שכושרם הנפשי או השכלי לקוי ליהנות מחיים מלאים והוגנים בתנאים המבטיחים כבוד, מקדמים עצמאות ומקלים על השתתפותם הפעילה בחיי הקהילה.

חזקה כי קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן. לפי חזקה זאת, יתפרשו דינים, ככל שהדבר ניתן, כעולים בקנה אחד עם נורמות אלה. חזקה פרשנית זו ניתנת לסתירה רק כאשר לשון החוק או התכלית הפרטיקולרית המפורשת שלו אינה מתיישבת עם הנורמה הבינלאומית. בענייננו תכליתו הפרטיקולרית של חוק חינוך מיוחד היא להעניק חינוך מיוחד חנים לכל ילד בעל צרכים מיוחדים כדי להביא למימוש הפוטנציאל הטמון בו ולאפשר את שילובו בחברה... תכלית פרטיקולרית זאת תואמת את האמנות הבינלאומיות שאושרו על-ידי מדינת ישראל ואף מגשימה אותן.

מהו המעמד של פסקי דין של ערכאות בינלאומיות בדין הישראלי הפנימי?
בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל

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

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

"חוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי בהאג – כפי ששמה מעיד עליה (Advisory Opinion) ובשונה מפסק דין של בית הדין – היא חוות דעת מייעצת. אין היא מחייבת את מי שהזמין אותה. [...] עם זאת חוות דעת של בית הדין הבין-לאומי היא פרשנות של המשפט הבין-לאומי, הנעשית על ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבין-לאומי [...] יש ליתן לפירוש שנותן בית הדין למשפט הבין-לאומי את מלוא המשקל הראוי."

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

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

המודל הצרפתי- היחס בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי ודיברנו על מה קורה בישראל, המרצה אמרה שזה לא בהכרח בכל המדינות בעולם. בישראל- אמנה צריך שתיחקק ומנהג נקלט באופן אוטומטי. ברוב המדינות בעולם המצב שונה, בצרפת, גרמניה, איטליה וספרד גם מנהג נקלט באופן אוטומטי וגם אמנות נקלטות באופן אוטומטי לחלק מהדין הפנימי ונאכפת בבתי הדין.

מדינות – הקדמה לחלק השני- השחקנים במשפט הבינלאומי**שחקנים מרכזיים**

- מדינות
 - ארגונים בינלאומיים (International Organizations)
- אין חולק שלמדינות ולארגונים בינלאומיים יש אישיות משפטית בינלאומית. כלומר, הם כשירים לשאת בחובות וזכויות מכוח המשפט הבינלאומי.

שחקנים נוספים

- ארגונים פוליטיים/צבאיים לא מדינתיים
 - ארגוני חברה אזרחית - Non Governmental Organizations (NGOs)
 - תאגידים מסחריים
 - אנשים פרטיים
- בעבר, כל אלה לא הוכרו כבעלי אישיות משפטית בינלאומית, אך כיום יש שטוענים שיש להם אישיות משפטית בינלאומית (מלאה או חלקית).

מדינות

- היווצרות מדינות והכרה במדינו
- ריבונות וחסיונות
- אחריות מדינות

היווצרות מדינות והכרה בהן :

היווצרות מדינות ; התנאים לקיומה של מדינה (אמנת מונטווידאו)

1. אוכלוסייה קבועה
 2. שטח מוגדר
 3. ממשל אפקטיבי
 4. עצמאות בניהול יחסי חוץ
- מדובר בתנאים פיזיים/עובדתיים

מתי מדינות מפסיקות להתקיים? גם אם אחד התנאים מפסיק להתקיים זה לא אומר שהמדינה מפסיקה להתקיים. כשהמדינה מכריזה על עצמה שהיא מתפרקת או כששתי מדינות מתמזגות למדינה אחת.

הכרה במדינות - הכרה על ידי מדינות אחרות אינה מהווה תנאי לקיומה של מדינה (סעיף 3 לאמנת מונטווידאו), אבל יש לה חשיבות מעשית רבה. הכרה יכולה להיות מפורשת (למשל הצהרה ממשלתית) או משתמעת (למשל כינון יחסים דיפלומטיים). היא אינה ניתנת לביטול.

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

- שיקולים עובדתיים – האם מתקיימים התנאים הפיזיים המנויים באמנת מונטווידאו?
- שיקולים נורמטיביים - האם ראוי להכיר בה כמדינה בהנחה שהיא מקיימת את התנאים?

שיקולים נורמטיביים לדוגמא:

- הזכות להגדרה עצמית לאומית – האם הכרה במדינה מקדם את מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית?
- כיבוד נורמות בסיסיות אחרות של המשפט הבינלאומי (כגון האיסור על שימוש בכוח והגנה על זכויות אדם)

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

- ♦ מגילת האו"ם (1945) סעיף 1(2), הקובע כי אחת ממטרות האו"ם היא "לטפח יחסי ידידות בין האומות, יחסים שיסודם בכיבוד העיקרון של שוויון זכויות והגדרה עצמית לעמים..."
- ♦ סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) וסעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות (1966): "לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף

זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי, והתרבותי".

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

שאלות בנוגע לזכות להגדרה עצמית לאומית:

- מהו "עם"? אין תשובה מדויקת.
- איזו צורת התארגנות מדינית מממשת את הזכות להגדרה עצמית?
- סעיף 5(4) להצהרה בדבר יחסי ידידות - עם יכול לממש את זכותו להגדרה עצמית בדרך של הקמת מדינה עצמאית, התמזגות מרצון חופשי עם מדינה אחרת, או בחירה חופשית של כל מצב פוליטי אחר.
- כיצד יש לאזן בין השאיפה לממש את זכות ההגדרה העצמית בדרך של הקמת מדינה עצמאית לבין עקרון הריבונות והזכות לשלמות טריטוריאלית?
דוגמאות: קוסובו, פלסטין, דרום סודן, קוויבק, קטלוגניה
כיבוד נורמות בסיסיות אחרות של המשפט הבינלאומי

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

דוגמא: צפון קפריסין (TRNC)

* מחויבות לכבד זכויות אדם - דוגמאות: רודזיה, מדינות הגוש הקומוניסטי

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

ריבונות וחסינות

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

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

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

* עקרון השוויון הפורמלי בין מדינות

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

סעיף 6(1) להצהרה בדבר יחסי ידידות: כל המדינות זכאיות ליהנות משוויון ריבוני. הן בעלות זכויות וחובות שוות והינן חברות שוות בקהילה הבינלאומית חרף הבדלים כלכליים, חברתיים, פוליטיים, או אחרים ביניהן.

* עקרון אי ההתערבות

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

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

מעקרון הריבונות נובעים גם חלק מכללי החסינות הקיימים במשפט הבינלאומי יש להבחין בין:

- 1) חסינות מדינה
- 2) חסינות ראשי מדינות
- 3) חסינות דיפלומטית

1) חסינות מדינה - state immunity

הכלל (דין מנהגי) - לא ניתן להגיש תביעה אזרחית נגד מדינה בבית משפט של מדינה זרה. היקף החסינות לפי הדין המנהגי הצטמצם עם השנים – כיום חלה על פעולות שלטוניות אך לא על פעולות מסחריות או על פעולות אחרות מתחום המשפט הפרטי [נזיקין, עבודה, קניין]. חריגים אפשריים נוספים (לא נחשבים לדין מנהגי):

- חריג התמיכה בטרור – ארה"ב (חוק חסינות מדינות זרות, 1976, כפי שתוקן ב-1996).
- חריג הפרת נורמות קוגנטיות – Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), 2012 (ICJ-ה-Italy) קבע שגרמניה חסנה מפני תביעות פיצויים באיטליה, גם אם נושא התביעה הוא הפרה של נורמות קוגנטיות.

פעולות קודיפיקציה – חקיקה מדינתית (ארה"ב 1976, אנגליה 1978, קנדה 1982). בישראל: חוק חסינות מדינות זרות, 2008 (חריג מסחרי-פרטי).

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

(2 חסינות ראשי מדינות (immunity of heads of states) הכלל (דין מנהגי) – לא ניתן להעמיד לדין פלילי ראש מדינה מכהן בבית המשפט של מדינה זרה. דוגמאות: עבדוליה ירודיה (קונגו-בלגיה [ופסיקת ה-ICJ בנושא- חסינות גם כלפי שר חוץ מכהן, לא תקדים מחייב אבל ככה מפורש הדין המנהגי.]), אריאל שרון (ישראל-בלגיה, בלגיה רצתה להעמיד לדין את אריאל שרון בעקבות כהונתו כשר ביטחון ב-1982 בזמן הטבח בסברה ושתילה), אין חסינות בערכאות בינלאומיות (סעיף 27 לחוקת רומא).

(3 חסינות דיפלומטית (diplomatic immunity) הכלל – נציגים דיפלומטים של מדינה זרה וכן המבנים של המשלחת הדיפלומטית אינם כפופים לסמכות השיפוט של המדינה המארחת:

- לא ניתן לעצור או לנהל הליכים פליליים או אזרחיים (למעט חריגים) נגד נציגים דיפלומטים. דוג': פרשת המאבטח הישראלי בירדן, 2017.
- לא ניתן להכנס לשטח של שגרירות זרה או לבצע בה חיפוש ללא רשות. דוג': שגרירות סעודיה בתורכיה, 2018.

מקור הכלל: דין מנהגי + אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (1961) (ראו גם אמנת וינה בדבר יחסים קונסולריים, 1963).

אחריות מדינות

כללים ראשוניים של המשב"ל – קובעים מהן החובות והזכויות של מדינות לפי המשב"ל. כלליים משניים/שניוניים של המשב"ל – קובעים מה קורה כאשר מדינה מפרה חובה שחלה עליה מכח המשב"ל. הכללים הנוגעים לאחריות מדינה הם כללים משניים/שניוניים. כללי המשפט הבינלאומי בדבר אחריות מדינות אינם מעוגנים באמנה בינלאומית. ב-2001 הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם (ILC) אימצה מסמך חשוב בנושא אחריות מדינות להפרות של המשפט הבינלאומי

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

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

סעיף 1: כל מעשה עוולה בינלאומי של מדינה גורר אחריות בינלאומית של אותה מדינה.
סעיף 2: מדינה מבצעת מעשה עוולה בינלאומי כאשר ניתן לייחס לה פעולה (לרבות מחדל) המהווה הפרה של חובה שחלה על אותה מדינה מכח המשפט הבינלאומי. [דוג' למחדל: Corfu Channel Case (1949); Case concerning U.S. Diplomatic and Consular Staff in Teheran (1980)]

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

סעיפים 28–37: התוצאות הנובעות ממעשה עוולה בינלאומי

מדינה שבצעה מעשה עוולה בינלאומי מחויבת:

- לחדול מהמעשה, ובמידת הצורך גם לספק ערובות לכך שהמעשה לא ישנה (Cessation and Non-repetition)
- לתקן את הנזק שגרמה (Reparation) באחת או יותר מהדרכים הבאות (ולפי סדר העדיפות שלהן):
 - השבת המצב לקדמותו (restitution)
 - תשלום פיצויים (compensation)
 - סיפוק (satisfaction) בהכרה בעוול, התנצלות רשמית וכיו"ב

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

סעיפים 22, 49–53: צעדי גמול countermeasures

- צעדי גמול הם צעדים חד צדדיים שמדינה נוקטת בתגובה לפגיעה בזכויותיה על ידי מדינה אחרת (היינו, סעד עצמי), כגון הקפאת כספים של מדינה זרה, הטלת מכסים על מוצריה, וכו'.
- צעדי גמול לא יחשבו להפרה של המשפט הבינלאומי אם הם עומדים בדרישות הבאות:
- הם מופעלים רק כנגד מדינה שפעלה לפני כן באופן לא חוקי
 - מטרתם היא לגרום לאותה מדינה לחדול מההפרה ולציית לכללי המשפט הבינלאומי.
 - הם מידתיים (מקיימים יחס ראוי לחומרת ההפרה ולנזק שנגרם)
 - הם מופעלים לאחר שניתנה אזהרה מוקדמת (אלא אם מדובר בצעדים דחופים)
 - בזמן הפעלתם הסכסוך אינו מתברר בפני טריבונל בינלאומי מוסמך
 - הם אינם כוללים שימוש בכוח או הפרה של זכויות אדם בסיסיות ואינם מפרים נורמות קוגנטיות של המשפט הבינלאומי

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

ארגונים בינלאומיים**1. ארגונים בינלאומיים - כללי**

ארגון בינלאומי הוא ארגון שמוקם על ידי מספר מדינות לצורך קידום מטרות משותפות. לארגונים בינלאומיים יש כיום תפקיד מרכזי בניהול היחסים בין מדינות.

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

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

הדין החל על הארגון: 1. חוקת הארגון. 2. דין בינלאומי מנהגי והסכמי רלוונטי (לדוגמא דין הומניטרי על כוחות שמירת שלום של האו"ם או נאט"ו).

ארגונים גלובליים: האו"ם (UN), ארגון הסחר העולמי (WTO), ארגון הבריאות העולמי (WHO), ארגון העבודה הבינלאומי (ILO), הבנק העולמי (WB), הסוכנות הבינלאומית לאנרגיה אטומית

(IAEA), ארגון המזון והחקלאות (FAO), ארגון התעופה הבינלאומי (ICAO), ארגון ההגירה הבינלאומי (IOM), ועוד.

ארגונים אזורים: האיחוד האירופי (EU), מועצת אירופה (Council of Europe), הארגון האירופאי לבטחון ושיתוף פעולה (OSCE), ארגון מדינות אמריקה (OAS), האיחוד האפריקאי (AU), הברית הצפון אטלנטית (NATO), הקהילה הכלכלית של מדינות מערב אפריקה (ECOWAS), ארגון מדינות דרום-מזרח אסיה (ASEAN), ועוד.

II. האו"ם

מטרות האו"ם (סעיף 1 למגילת האו"ם)

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

חברות באו"ם (פרק 2 למגילה)

הצטרפות לאו"ם פתוחה בפני כל המדינות שוחרות השלום, בכפוף להחלטה של מועצת הביטחון ושל העצרת הכללית. כיום חברות באו"ם 193 מדינות. בהחלטת מועצת הביטחון והעצרת הכללית ניתן להשעות או לבטל חברות של מדינה בארגון.

מוסדות האו"ם

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

העצרת הכללית (פרק 4 למגילה)

- מורכבת מנציגי כל המדינות החברות.
- עוסקת בכל הנושאים הקשורים למטרות האו"ם ופעילותו.
- החלטותיה הן בגדר המלצות בלבד ואינן מחייבות את המדינות החברות, למעט החלטות בענייני נוהל ותקציב.
- החלטות העצרת הכללית מתקבלות ברוב רגיל של המדינות המשתתפות בהצבעה. ואולם, ישנן החלטות שמחייבות רוב מיוחד של שני שלישים מהמדינות המשתתפות בהצבעה (למשל [סעיף 18]: קבלת חברות חדשות לארגון, בחירת חברות מתחלפות למועצת הביטחון, השעיית או סילוק מדינה מהארגון, והחלטות בענייני תקציב). בהצבעות בעצרת הכללית לכל מדינה יש קול אחד.
- העצרת הכללית מוסמכת ליזום מחקרים ולגבש המלצות על מנת:
 - 1) לקדם שיתוף פעולה פוליטי בין מדינות ולעודד פיתוח פרוגרסיבי וקודיפיקציה של המשב"ל.

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

מועצת הביטחון (פרקים 5 – 7 למגילה)

- מוטלת עליה האחריות המרכזית לשמירת השלום והביטחון העולמי.
 - מורכבת מ-5 חברות קבועות (ארה"ב, רוסיה, סין, בריטניה וצרפת) ועוד 10 חברות מתחלפות (אחת לשנתיים).
 - החלטות המועצה מתקבלות ברוב של תשע חברות, כאשר לכל אחת מחמש החברות הקבועות יש זכות וטו
- <- ישנה ביקורת רבה על ההסדר הקיים אך קשה לשנותו.
- החלטות המועצה מחייבות את כל המדינות החברות (סעיף 25 למגילה). המועצה יכולה לאמץ גם המלצות לא מחייבות.

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

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

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

מזכירות כללית (פרק 15 למגילה)

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

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

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

שני סוגי סמכויות:

- 1) מוסמך לתת החלטות ופסקי דין אשר מחייבים את הצדדים להליך. מועצת הביטחון יכולה לנקוט סנקציות נגד צד שלא מציית להוראות בית הדין (סעיף 94).
- 2) מוסמך לתת חוות דעת מיעצת (Advisory Opinion) בכל שאלה משפטית לבקשת מועצת הביטחון, העצרת הכללית, או מוסדות אחרים של האו"ם שהוסמכו על ידי העצרת הכללית לבקש חוות דעת כזו (סעיף 96).

המועצה הכלכלית-חברתית (ECOSOC)

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

סוכנויות שפועלות במסגרת האו"ם (רשימה חלקית)

UN Development Program – UNDP (סיוע למדינות מתפתחות)
 UN High Commissioner for Refugees – UNHCR (סיוע לפליטים)
 UN Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (סיוע לפליטים פלסטינים)
 UN International Children's Emergency Fund – UNICEF (קידום רווחה של ילדים)
 United Nations Environment Program – UNEP (הגנה על הסביבה)

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

לתיאום ושת"פ עם ECOSOC (רשימה חלקית)

UNESCO – UN Educational, Scientific, and Cultural Organization (est. 1945)
 WHO – World Health Organization (est. 1907)
 ILO – International Labor Organization (est. 1919)
 WTO – World Trade Organization

חסינות האו"ם, אנשיו, ומתקניו

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

חסינות סוכנויות מיוחדות של האו"ם, אנשיהן ומתקניהן

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

דיני שימוש בכוח

יש להבחין בין:

דיני שימוש בכוח (jus ad bellum) - כללי המשפט הבינלאומי המסדירים את עצם השימוש בכוח – קובעים מתי מותר להשתמש בכוח [נושא מס' 7]
דינים הומניטריים (jus in bello) - כללי המשפט הבינלאומי המסדירים את אופן השימוש בכוח – קובעים איך צריך להשתמש בכוח [נושא מס' 8] - מסדירים את האופן והדרך שמדינות עושות שימוש בכוח, קובע מה מותר ומה אסור לעשות במהלך לחימה.

- לשים לב בעבודה ובמבחן לעשות הבחנה בין השניים, הם לא תלויים אחד בשני!

נושאים לדיון:

I. האיסור על שימוש בכוח

II. החריגים לאיסור:

* מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם

* הגנה עצמית

* האם ישנו חריג נוסף של התערבות הומניטרית?

I. האיסור על שימוש בכוח

ככלל, המשפט הבינלאומי אוסר על מדינות להשתמש בכוח נגד מדינות אחרות (הכלל הבסיסי) האיסור על שימוש בכוח מעוגן בסעיף 2(4) למגילת האו"ם:

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

על המדינות החברות להימנע משימוש בכוח או איום בשימוש בכוח :

(1) נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או

(2) באופן אחר שאינו עולה בקנה אחד עם מטרות האו"ם

על מי חל האיסור? מה תוכנו?

• "על המדינות החברות": האיסור חל רק על מדינות. לא חל באופן ישיר על גורמים לא מדינתיים כמו כוחות אופוזיציה חמושים, ארגוני טרור בינלאומיים, ארגון מורדים, ארגון שחרור לאומי –מטרנו להקים מדינה עצמאית חדשה או להקים שלטון זר וכו'.
בעיה – יש הרבה סכסוכים שמעורבים בהם גורמים לא מדינתיים.

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

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

פסק הדין של ה-ICJ בפרשת ניקרגואה

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

בית הדין קבע:

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

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

II. חריגים לאיסור על שימוש בכוח

חריג ראשון: מנגנון הביטחון הקולקטיבי של האו"ם

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

סעיף 39

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

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

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

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

"הפרת השלום" – בדרך כלל סכסוך בין מדינות. נדיר יחסית. דוג': פלישת ארגנטינה לאיי פולקלנד הבריטיים בשנת 1982, מלחמת איראן-עראק בשנת 1987, פלישת עראק לכווית בשנת 1990.

"מעשה תוקפנות" – מוגדר בהחלטה מס' 3314 של העצרת הכללית של האו"ם משנת 1974 כשימוש בכוח צבאי על ידי מדינה אחת נגד מדינה אחרת. נדיר יחסית. דוג': פלישת דרא"פ לאנגולה ב-1976, התקפת מטרת אש"ף בתוניסיה על ידי ישראל ב-1985.

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

סעיף 40

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

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

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

סעיף 41

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

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

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

סעיף 42

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

אם מועצת הבטחון סבורה שהצעדים הנזכרים בסעיף 41 לא יספיקו או שנמצאו בלתי מספיקים, היא רשאית להורות על נקיטת צעדים צבאיים אוויריים, ימיים, או יבשתיים הנחוצים לדעתה לצורך שמירה על השלום והבטחון הבינלאומיים או לצורך השבתם. (כזכור, לפי סעיף 25 למגילת האו"ם המדינות החברות חייבות לציית להחלטות מועה"ב).

חולשות מרכזיות של מנגנון הביטחון הקולקטיבי:

- היעדר כוח צבאי קבוע של האו"ם (סעיף 43) - הפעלת סנקציות צבאיות תלויה במידה רבה בנכונות של המדינות החברות.
- הגדרות עמומות - האם יש בכך גם יתרון?
- יישום לא אחיד - מנגנון קולקטיבי או סלקטיבי? (בעיית זכות הטו של החברות הקבועות)

היחס בין סעיף 41 ל-42 – המדינה לא חייבת לעבור דרך סעיף 41 כדי להשתמש בכוח ולעבור לסעיף 42, אבל היא צריכה לשקול זאת ולקחת בחשבון (את סעיף 41).

חריג שני: הגנה עצמית

סעיף 51 למגילת האו"ם

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

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

הזכות להגנה עצמית לפי סעיף 51:

- מהי "מתקפה חמושה": נדרשת דרגה חמורה של שימוש בכוח (להבדיל מתקריות גבול נקודתיות למשל) [ICJ בפרשת ניקרגואה]
- מתי מותר להתגונן: האם רק אחרי המתקפה החמושה (פרשנות מילולית של סעיף 51), או שבמקרים מסוימים אפשר גם לפני (פרשנות תכליתית שמאפשרת הגנה עצמית מקדימה או מונעת ["דוקטרינת בוש"]).
- דרישת הנחיצות (היעדר אפשרויות אחרות להתגונן מהמתקפה) ודרישת המידתיות (רק אמצעים שנחוצים לצורך התגוננות). [ICJ בפרשת ניקרגואה]
- זהות התוקפן: מותר למדינה הפעיל זכות הגנה עצמית לא רק נוכח התקפה חמושה מצד מדינה אחרת אלא גם נוכח התקפה חמושה מצד גורמים לא מדינתיים כמו ארגוני אופוזיציה חמושים וארגוני טרור. נשאלת השאלה האם נדרשת תמיכה אקטיבית של המדינה שבשטחה פועל הארגון כדי שמותר יהיה להשתמש בכוח נגדה?
- זהות המותקף: מדינה יכולה להגן על עצמה או על מדינה אחרת שנפלה קורבן למתקפה חמושה (הגנה עצמית קולקטיבית), אבל במקרה האחרון נדרשת הסכמה של המדינה המותקפת.

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

- יש כאלה שאומרים שלא מדובר בחריג נוסף ואם רוצים לבצע התערבות הומניטרית צריך לקבל אישור של מועצת הביטחון.
- יש אחרים שאומרים שלפעמים מועצת הביטחון לא מסכימה – ולכן טוענים שחייבים לאשר את החריג הזה מבלי לבקש אישור ממועצת הביטחון

כן מתחילה להיות הכרה בחוקיות של התערבות הומניטרית אבל רק במקרים מאוד חריגים. מקרים קיצוניים זה כשיש לנו הפרות חמורות של זכויות אדם וכדומה.

משפט בינלאומי הומניטרי**נושאים לדין:**

- I. מטרות הדין ההומניטרי
- II. אמנות נשק
- III. תקנות האג, אמנות ז'נבה, והפרוטוקולים הנלווים להן:
 1. היקף התחולה
 2. כללים מרכזיים: הבחנה, מידתיות, וצורך צבאי
 3. דיני כיבוש

I. מטרות הדין ההומניטרי

- מטרת הדין הבינלאומי ההומניטרי היא להסדיר את אופן השימוש בכוח על ידי הצדדים לסכסוך מזוין ועל ידי כך להקטין ככל האפשר את הנזק והסבל שהסכסוך גורם:
- א. הגנה על אנשים שנמצאים מחוץ למעגל הלחימה (אזרחים, פצועים וחולים, ושבויים)
 - ב. מניעת סבל מיותר מלוחמים על ידי הגבלה של טקטיקות ואמצעי לחימה – למשל איסור על תכסיסנות- אסור לי בתור חייל להגיד שהם נכנעים ואז כשחיילי האויב מתקרבים הם יפעילו פצצה.

תחולת הדין ההומניטרי אינה תלויה בשאלת אם עצם השימוש בכוח הוא חוקי – כי ההנחה היא שגם אם יש מלחמה ומדינה אחת תקפה מדינה אחרת שפועלת מתוך הגנה עצמית עדיין שניהן כפופות לדין ההומניטרי באותה מידה.

II. אמנות נשק

אמנות האוסרות או מגבילות שימוש בסוגים מסוימים של נשק

- האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני, 1968 – האמנה לא אוסרת לגמרי שימוש בנשק גרעיני, היא גם לא אוסרת על מדינות לפתח נשק גרעיני אלא היא אוסרת על מדינות להפיץ את יכולות הטכנולוגיות הגרעיניות שלהם למדינות אחרות.
- אמנת הנשק הביולוגי, 1972 – לא אוסרת לחלוטין אבל היא אוסרת על המשך ייצור ואגירה.
- 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 – האמנה היחידה שאוסרת על המשך ייצור ופיתוח, היא אוסרת לחלוטין שימוש בנשק כימי. (גזים, חומרים כימיים)
- אמנת אוטווה, 1997 (אוסרת שימוש במוקשים אנטי פרסונליים = מוקשים שמופעלים ע"י משקל גוף)

[מדינת ישראל חברה רק באמנת הנשק הקונבנציונלי אבל היא לא חתמה על כל הפרוטוקולים, אלא רק על חלק מהם – ישראל משתמשת במדינות עמומה בנוגע לנשק כי יש על האמנות נשק פיקוח].

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

• אמנת ותקנות האג בדבר כיבוד דיני ומנהגי הלחימה משנת 1907 [משקפות דין מנהגי] – לאמנה היה נספח שהוא אמנה בפני עצמה – אבל במקום פרוטוקול קראו לו תקנות (מדובר בתקנה לכל דבר). יש עדיין כמה הוראות חשובות שלא בוטלו ורלוונטיות עד היום. כל המדינות מסכימות שמדובר על דין מנהגי – לכן זה מחייב את כולם.

• ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949 [חלק מהוראותיהן משקפות דין מנהגי]

- * אמנת ז'נבה הראשונה בדבר טיפול בפצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, 1949
- * אמנת ז'נבה השניה בדבר טיפול בפצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, 1949
- * אמנת ז'נבה השלישית בדבר טיפול בשבויי מלחמה, 1949
- * אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה, 1949

• שני הפרוטוקולים הנלווים לאמנות ז'נבה משנת 1977 [חלק מהוראותיהם משקפות דין מנהגי]

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

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

1. היקף התחולה של אמנות ז'נבה והפרוטוקולים

Article 2 (Common to all Geneva Conventions)

The present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties,

even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.

אמנות ז'נבה חלות במצב של: 1. מלחמה מוכרזת או סכסוך מזוין אחר בין שתיים או יותר מהמדינות החברות באמנה. 2. כיבוש חלקי או מלא של השטח של אחת מהמדינות החברות באמנה, גם אם הכיבוש האמור לא נתקל בהתנגדות מזוינת.

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

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

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

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

Article 3 (Common to all Geneva Conventions)

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

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

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

1. עצימות גבוהה (לא הפרות סדר ומתיחויות פנימיות)
2. מרידה פנימית ושליטה בטריטוריה על ידי המורדים (סכסוך בין כוחות הנאמנים לממשלה לבין כוחות חמושים אחרים השולטים בחלק מטריטורית המדינה ומסוגלים לנהל מאבק צבאי מתמשך ומשולב).
3. ארגון היררכי של מורדים המסוגל לציית לדיני הלחימה.

2. כללים מרכזיים

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

- יש לכבד ולהגן על פצועים וחולים.
- על הצדדים לסכסוך להתייחס באופן הומני לפצועים וחולים הנמצאים תחת שליטתם ולהעניק להם במידת האפשר ומוקדם ככל שניתן טיפול רפואי הולם.
- אין להפלות בין פצועים על בסיס שום קריטריון מלבד צורך רפואי.
- חל איסור מוחלט על פגיעה או הזנחה מכוונת של חולים ופצועים.

- צד לסכסוך שנאלץ לנטוש חולים או פצועים ולהשאירם בידי האויב ידאג להשאיר עימם ציוד וצוות רפואי, ככל שהשיקולים הצבאיים מאפשרים זאת.
- פצועים וחולים הנופלים לידי כוחות האויב יחשבו לשבויי מלחמה.
- הצדדים מחוייבים לספק זה לזה במידת האפשר מידע שיכול לסייע בזיהוי פצועים, חולים ומתים מקרב כוחות האויב שנמצאים תחת החזקתם. יש להשאיר את דיסקית הזיהוי (או מחציתה) צמודה לגופתו של המת.
- יש לכבד את חסינותם של צוותים רפואיים, כלי תחבורה רפואיים ומתקנים רפואיים, ולהימנע מתקיפתם, אלא אם הם משמשים לפגיעה מכוונת באויב.

אמנת ז'נבה השלישית + פרוטוקולים: טיפול בשבויי מלחמה

- שבויי מלחמה זכאים ליחס הומני.
- אין לפגוע בגופם או בחייהם של שבויים
- יש לספק לשבויים מזון, בגדים, ושירותי דת ורפואה ולהבטיח להם תנאי כליאה נאותים
- אסור להעמיד לדין שבויים בגין עצם השתתפותם בלחימה
- עם הפסקת פעולות האיבה יש לשחרר את השבויים ולהשיבם למולדתם (חריג לגבי שבויים שנשקפת להם סכנה במולדתם).

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

לוחמים בצבא סדיר, או

לוחם בארגון צבאי אחר (מיליציה, גרילה), בתנאי שהארגון: (1) משתייך למדינה שהיא צד לסכסוך, (2) בעל שרשרת פיקודית ברורה (3) מציינת לדין הלחימה (4) מבחין עצמו באמצעות סמל ברור שניתן לזיהוי מרחוק (5) חבריו נושאים נשק באופן גלוי.

[בפרוטוקול הראשון: ויתור על הדרישה הראשונה והרביעית].

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

אמנת ז'נבה הרביעית

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

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

סעיף 33 – יש להימנע מענישה קולקטיבית של אנשים מוגנים.

סעיף 34 – חל איסור על לקיחת בני ערובה

פרוטוקול I

סעיף 48 [הכלל הבסיסי]

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

סעיף 51 [הגנה על אוכלוסיה אזרחית]

אוכלוסיה אזרחית אינה יעד לגיטימי לתקיפה (כלומר, אין לפגוע בה במתכוון).

חל איסור על תקיפה בלתי-מובחנת. תקיפה בלתי מובחנת כוללת:
 (א) הפצצה של אזור שמפוזרות בו מטרות צבאיות בקרב אוכלוסיה אזרחית או מתקנים אזרחיים
 (ב) תקיפה שצפויה לגרום נזק "אגבי" לאוכלוסייה אזרחית או למטרות אזרחיות, כאשר הנזק האמור גדול באופן משמעותי מהיתרון הצבאי הקונקרטי והמידי שצפוי מהפעולה. (עקרון המידתיות)

אין להשתמש באוכלוסייה אזרחית לצורך הגנה על מטרות צבאיות.

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

סעיפים 52-56 [הגנה על מטרות אזרחיות]

סעיף 52: מותר לתקוף רק מטרות צבאיות. אסור לתקוף מטרות אזרחיות.
 סעיף 53: אסור לפגוע באתרים היסטוריים, יצירות אומנות, או מקומות פולחן המהווים חלק ממורשתם התרבותית או הרוחנית של עמים.
 סעיף 54: אסור לפגוע במטרות חיוניות להשרדות של האוכלוסיה האזרחית, כמו יבול חקלאי או תשתיות מים (ניתן לחרוג מאיסור זה אם יש צורך צבאי חיוני שמצדיק זאת).
 סעיף 55: יש להימנע מפגיעה חמורה וארוכת טווח בסביבה.
 סעיף 56: אין לפגוע בסכרים, סוללות, ומתקני חשמל גרעיניים אם יש בכך כדי לסכן אוכלוסיה אזרחית

סעיפים 57-58 [אמצעי זהירות]

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

במידת האפשר יש לתת אזהרה אפקטיבית מפני תקיפות שעלולות לפגוע באוכלוסייה אזרחית.

סעיף 58: על הצדדים לעשות כל מאמץ על מנת: (א) להרחיק אוכלוסיה אזרחית הנמצאת תחת שליטתם ממטרות צבאיות (ב) להימנע מלמקם מטרות צבאיות בסמוך לאזורים המאוכלסים בצפיפות. (ג) לנקוט בשאר אמצעי הזהירות הנדרשים על מנת להגן על אוכלוסיה אזרחית ומטרות אזרחיות.

פרוטוקול II

סעיפים 13-18 [אוכלוסיה אזרחית]

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

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

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

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

סעיף 17 [איסור על העברה כפויה של אוכלוסיה]:

(1) אין לעקור אוכלוסיה אזרחית ממקומה אלא אם הדבר נחוץ לצורך הגנה על בטחון האוכלוסיה האמורה או מטעמים צבאיים חיוניים. במקרה של עקירה יש להבטיח מקלט ראוי ותנאי היגיינה, בריאות, בטיחות ותזונה הולמים לעקורים.

(2) אין לגרש אזרחים מארצם מסיבות הקשורות לסכסוך.

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

סיכום - עקרונות מרכזיים של הגנה על אוכלוסיה אזרחית (נחשבים לדין מנהגי וחלים בכל סוגי הסכסוכים):

יש להימנע ככל שניתן מפגיעה באוכלוסייה אזרחית ובמטרות אזרחיות [עקרון ההבחנה]. גם פגיעה אגבית היא אסורה אם הנזק שהיא צפויה לגרום עולה על התועלת הצבאית הצפויה ממנה [עקרון המידתיות].

* * *

בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז – פסילת "נוהל שכן" בשל הפגיעה בעקרון ההבחנה + הפרה של דיני התפיסה הלוחמתית (דיני הכיבוש).

בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל - מעמדם המשפטי של "לוחמים בלתי חוקיים" וחוקיותם של סיכולים ממוקדים.

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

המקורות המרכזיים הם תקנות האג- נחשבות למייצגות לדין מנהגי ולכן מחייבות את כל המדינות גם אם לא הצטרפו אליהם + אמנת ז'נבה ה-4
• מתי חלים דיני הכיבוש?

Hague Regulations, Article 42:

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

סעיף 42 לתקנות האג: שטח נחשב לכבוש כאשר הוא נתון בפועל תחת שליטה של צבא עוין, אם יש לנו טריטוריה כלשהיא שנשלטת בפועל לא על ידי הממשלה אלא ע"י גורם זר שהוא לא הריבון בשטח אז השטח הזה יוגדר ככבוש ויחולו עליו דיני הכיבוש. איך אנחנו יודעים האם הריבון ששולט בשטח הוא חוקי או לא? יש 2 מבחנים עיקריים ולא בלעדיים כדי לדעת אם טריטוריה מסוימת היא חלק מהשטח הריבוני של המדינה:

חוקי המדינה חלים בשטח באופן ישיר, מבחן שני הוא שאלת האזרחות בשטח, המעמד של התושבים.

• הכלל הבסיסי:

Hague Regulations, Article 43:

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

על הכוח הכובש להבטיח ככל שניתן את הסדר הציבורי והבטיחות (בטחון/חיים ציבוריים) בשטח הכבוש, ובהיעדר מניעה מוחלטת עליו לכבד את החוקים הקיימים בשטח זה. תקנה 43 שחלה בכל שטח כבוש למעשה אומרת שצריך לאפשר חיים תקינים ונורמאליים וביטחון. איזון בין האינטרסים של האוכלוסייה המקומית (סדר ציבורי), הריבון החוקי (שמירת הסטטוס קוו החוקי), והכוח הכובש (סייגים לחובות).

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

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

חוקיות ההתנחלויות הישראליות בגדה המערבית

תקנה 52 לתקנות האג [הגנה על קניין פרטי]

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

סעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית [איסור על העברות אוכלוסיה]

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

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

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

עמדת ישראל ביחס לסעיף 49:

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

העמדה הישראלית לא מקובלת על הקהילה הבינלאומית, אשר גורסת כי אמנת ז'נבה כן חלה בגדה המערבית (פרשנות תכליתית של סעיף 2 לאמנה), וכי סעיף 49 אוסר גם על התנחלות וולונטרית (פרשנות תכליתית של סעיף 49 לאמנה).

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

לפיכך, בית המשפט העליון מתייחס להתנחלויות כבלתי חוקיות לפי המשפט הבינלאומי רק כאשר הן מפרות את הוראות הדין המנהגי (תקנות האג).

בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הבטחון (פרשת בית אל) – בהתאם לתקנה 52 לתקנות האג, מותר להקים התנחלות על קרקע פלסטינית פרטית אם היא משרתת צורך צבאי.
בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל (פרשת אלון מורה) – הקמת התנחלות על קרקע פרטית ממניעים אידיאולוגיים/מדיניים ולא צבאיים היא אסורה.

אכיפת הדין ההומניטרי

- פעילויות הדרכה ופיקוח של הצלב האדום
- דרישה להנחות חיילים
- משפט בינלאומי פלילי בנוגע להפרות חמורות
- דעת קהל (דיווחים עיתונאיים, דוחות של ארגונים לא ממשלתיים, ועוד).
- הפעלת סנקציות מכוח פרק 7 למגילת האו"ם
- תביעות פיצויים

זכויות אדם**I. רקע היסטורי**

באופן מסורתי – הגנה על זכויות אדם נחשבה לעניין פנימי של כל מדינה שהמשפט הבינלאומי לא אמור לעסוק בו (בהתאם לעקרון הריבונות ואי ההתערבות)

אחרי מלחמת העולם השנייה –

* סעיף 1(3) למגילת האו"ם (1945) קובע כי אחת ממטרות האו"ם היא להשיג שיתוף פעולה בין מדינות בקידום זכויות אדם וחירויות יסוד לכל, ללא הפליה על בסיס גזע, מין, שפה או דת.

* ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) (החלטה של העצרת הכללית)
* אמנות זכויות האדם (שנות ה-60 ואילך).

II. אמנות מרכזיות**אמנות אוניברסליות כלליות:**

האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 (ICCPR)
האמנה בדבר זכויות חברתיות, כלכליות, ותרבותיות, 1966 (ICESCR)

אמנות אוניברסליות ספציפיות:

האמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, 1965
אמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתיה, 1979
האמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס אכזרי, בלתי אנושי, או משפיל, 1984
האמנה לזכויות הילד, 1989
האמנה הבינלאומית להגנה על זכויות מהגרי עבודה ובני משפחותיהם, 1990
האמנה נגד העלמה כפויה של אנשים, 2006
האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, 2007

אמנות אזרחיות כלליות:

האמנה האירופאית לזכויות אדם, 1950
האמנה האמריקאית לזכויות אדם, 1969
האמנה האפריקאית לזכויות אדם, 1981

הזכויות המוגנות:**האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966**

* זכות לחיים- זכות בסיסית, מוגנת בסעיף 6 לאמנה, זכות שנחשבת לחלק מהדין המנהגי, לכל אדם יש זכות לחיים למדינה אסור להרוג אנשים, סעיף לא שולל לחלוטין עונש מוות הוא כן מכיר בזה שמדינות יכולות אחרי הליך משפטי הוגן להטיל חופש מוות – שלילה מוצדקת אחרי משפט הוגן, אבל גם על זה יש מגבלות.

* זכות לא לעבור עינויים – סעיף 7 לאמנה, זכות שנחשבת לחלק מהדין המנהגי, נושא מרכזי בתחום זכויות אדם, עינויים זה בדר"כ מתרחש כשמדינה רוצה לחקור אנשים ורוצה להוציא מהם מידע, זה מפתה את המדינה להשתמש בעינויים כדי לקבל מידע. יש שאלה של איך מוגדרים עינויים, ההגדרה המקובלת היא הגדרה רחבה, עינויים זה לא רק הדברים האוימים ביותר אלא גם בפס"ד בג"ץ העינויים נקבע שגם טלטול זה סוג של עינוי, גם להחזיק אדם כפות לכיסא בישיבה לא נוחה במשך שעות רבות זה סוג של עינוי, מניעת שינה מאנשים בצורה קיצונית. מדינות מכירות בכך אבל לא באמת פועלות לפי האמנה.

* חופש מעבודות ומעבודות כפייה – סעיף 8 לאמנה, מה ההגדרה של עבודות? הסוג של עבודות שלוקחים אנשים ומוכרים אותם לאנשים פרטיים עדיין קיים בימינו, קיים בעיקר באפריקה, בדר"כ רואים את זה כמאפיין צבע עור, מעמד חברתי. לוב היא מדינה שאחרי שקדאפי נפל ב-2011 היא מדינה שהסדר הפנימי בה התמוטט וכיום אין שלטון יציב, יש כנופיות שגורם לסחר בעבדים והסיבה השניה לסחר בעבדים היא עוני, אנשים שבמצב מאוד פגיע, בורחים ממדינות שהם לא יכולים לחזור אליהם במטרה להגיע לאירופה, סוחרים אדם מנצלים זאת כי אין אכיפה אפקטיבית של החוק וסוחרים באנשים – זה נקרא "עבודות קלאסיות", לוקחים אדם ומוכרים אותו לאדם אחר שמשמש בו כעבד. בנוסף לעבודות הקלאסיות שקיימת עדיין בעולם יש עוד תופעות שקיימות היום ומוכרות כעבודות ועבודות כפייה – מדינות ששמים אנשים בכלא ובתחנות מעצר – בתי כלא שמעבידים את האסירים בעבודות פרך מבוקר על לילה- תופעה שקיימת בברית המועצות, בסין, צפון קוריאנה- מדינות שלוקחות מתנגדי משטר ושמים אותם במחנות מעצר לעבודות כפייה, דוגמא נוספת היא סוג של עבודות מודרנית – תופעה של נישואין בכפייה – יש הרבה מדינות שאפשר לקחת נערות צעירות ולחתן אותן בניגוד לרצונן לגבר שברור שלוקחים נערה כזו ואומרים לה שהיא חייבת להתחתן עם גבר מבוגר היא משרתת אותו למעשה והיא לא יכולה להגיד לא, יש טענה שהנושא של נישואין בכפייה היא גם סוג של עבודות, המדינות שלא אוסרות את זה בחוק הפלילי (נישואין בכפייה) ומאפשרות נישואי קטינים הם בעצם מאפשרות סוג של עבודות מודרנית. דוגמא נוספת לעבודות מודרנית היא סחר למטרות זנות- לוקחים נשים ממדינות עניות ומבטיחים להם את העולם ומחייבים אותם למעשה לעבוד מבוקר עד לילה, לוקחים להם את הדרכון והן לא יכולות לעזוב, תופעה נפוצה באסיה.

* זכות לחירות ואיסור על מעצר/מאסר שרירותי – סעיף 9 באמנה, כדי להושיב אדם במעצר אדם צריך לעבור הליך משפטי הוגן, הליך שיפוטי.

* זכות לתנאי מאסר ומעצר ראויים – סעיף 10 לאמנה.

* חופש תנועה וחופש להיכנס ולצאת ממדינה – סעיף 12 לאמנה.

* זכות לפרטיות – סעיף 17, הזכות של כל אדם לחיים פרטיים ולהגנה על הפרטיות שלו.

* זכות לחופש מחשבה ומצפון – סעיף 18 לאמנה, כולל גם את חופש דת – כל אדם יכול להאמין באיזה דת שהוא רוצה.

* חופש דת

* חופש ביטוי – סעיף 19 לאמנה, אבל גם לחופש הביטוי יש מגבלות מסוימות- אסור להסית וכדומה

* חופש התאגדות – סעיף 22

* זכות לחיי משפחה – סעיף 23, כל אדם יכול לבחור אם להקים משפחה ולבחור עם מי להתחתן.

* זכות לבחור ולהיבחר וזכות לקחת חלק בחיים הציבוריים – זכות יסוד בדמוקרטיה, סעיף 25.

* זכותן של קבוצות מיעוט לשמור על דתן, שפתן, ותרבותן – סעיף 27, מעניין כי הוא הסעיף היחיד באמנה שמדבר על זכויות קולקטיביות, כל שאר הסעיפים מדברים על זכויות של כל אדם, אבל סעיף 27 מדבר על זה שלקבוצות מיעוט יש זכות לשמור על התרבות והשפה.. (לדוגמא ערביי ישראל).

האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966

* זכות לעבוד – סעיף 6 לאמנה, מדבר על זה שעל מנת להשיג את הזכות של המימוש של הזכות לעבוד המדינה צריכה לדאוג להכשרה טכנית ומקצועית של עובדים ולנקוט אמצעים שיבטיחו התפתחות כלכלית מתמדת ותעסוקה מלאה ויצרנית – זו החובה של המדינה לדאוג שאנשים יוכלו לעבוד ולהתפרנס.

* זכות לתנאי עבודה נאותים – סעיף 7 לאמנה, מדבר בין היתר על הזכות של כל עובד לתנאים בסיסיים כמו תשלום של שכר מינימום, ימי מנוחה וחופשה, הגבלה של שעות העבודה, בטיחות בעבודה.

* זכות להתאגד באיגוד מקצועי ולשבות – סעיף 8 לאמנה, זכויות סוציאליות.

* זכות לביטחון סוציאלי ולביטוח סוציאלי – סעיף 9 לאמנה, לכל אדם צריך להיות מינימום של ביטוח סוציאלי, כמו ביטוח לאומי, לכל אדם צריך להבטיח שאם הוא נכה יהיה לו מינימום של הכנסה/קצבה שהמדינה תספק לו.

* הגנה על מוסד המשפחה – סעיף 10 לאמנה, הסעיף מדבר בין היתר על זה שצריך להבטיח שאימהות תהיינה חופשת לידה בתשלום.

* זכות לרמת חיים נאותה (דיוור, מזון, מלבושים ושיפור מתמיד בתנאי הקיום) – סעיף 11 לאמנה, מדינות צריכות לנקוט בכל הצעדים האפשריים כדי להבטיח את מימוש הזכות לרמת חיים נאותה, מדובר בחובה של המדינה.

* זכות לבריאות – סעיף 12 לאמנה, מדבר על בריאות גופנית ונפשית. לצורך מימוש מלא של הזכות לבריאות המדינה צריכה לנקוט בכל הצעדים הנחוצים כדי להבטיח הפחתה בשיעור של תמותת תינוקות (הסעיף מפרט את התנאים), לנקוט צעדים כדי לשפר בטיחות ומהות בעבודה (סביבת עבודה בטוחה), מדבר גם על נושא של חיסונים ומניעת הפצה של מחלות מדבקות.

* זכות לחינוך – סעיף 13 לאמנה, מדינה חייבת להבטיח לכל הילדים חינוך חובה חנם בגיל של בית ספר יסודי, האמנה אומרת שלגבי חינוך תיכוני המדינות צריכות להבטיח שהוא יהיה נגיש לכולם, אבל האמנה אומרת שכשמדובר בחינוך תיכוני זה צריך להיות חינוך חנם בשלבים.

* זכות להשתתף בחיי התרבות וליהנות מיתרונות הקדמה המדעית – סעיף 15 לאמנה, כל המדינות חייבות לפעול כדי ליצור חיי תרבות ולפתח את המדע.

זכויות שליליות מול זכויות חיוביות

* האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות – כוללת בעיקר זכויות שליליות (המדינה צריכה להימנע מלפגוע בהן). ארה"ב היא דוגמה קלאסית- היא נותנת לאנשים חופש ביטוי וחופש דת ולא מגבילה. לכאורה מדינה יכולה לא להוציא שקל מהכיס שלה ועדיין לעמוד באמנה. עם זאת, לפי סעיף 2(1) לאמנה, על כל מדינה חברה לכבד **ולהבטיח** (respect and ensure) את הזכויות המנויות באמנה.

* האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות – עוסקת בזכויות חיוביות (המדינה צריכה להגן עליהן באופן אקטיבי). – דורשים מהמדינה להוציא מהכיס שלה ולממן את הזכויות.

ההבחנה היא לא מדויקת ב-100%,

סעיף 2(1) לאמנה קובע כי על כל מדינה חברה לפעול "**עד כדי מירב המקורות העומדים** לרשותה כדי להבטיח, **בשלבים**, את השימוש המלא בזכויות שהוכרו באמנה זו **בכל האמצעים המתאימים**". ברור שהמדינות לא יכולות להבטיח את אותן הזכויות לכולם, זה תלוי ביכולת הכלכלית של המדינה.

* האמנה האירופאית לזכויות אדם, 1950 – כוללת בעיקר זכויות שליליות – אמנה אזורית. האמנה האמריקאית לזכויות אדם (1969) והאמנה האפריקאית לזכויות אדם (1981) – גם שליליות וגם חיוביות. (לכבד ולהבטיח) הפרשנות היא שלהבטיח את הזכויות זה לא רק שמדינה לא פוגעת בזכויות אלא גם צריכה לדאוג שלא יפגעו לך בזכויות, לדאוג בצורה אפקטיבית לאכיפה של הדין הפלילי ולצמצם את הפשיעה.

היקף התחולה: כלפי מי היא חלה?

סעיף 2(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

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

"כל האנשים הנמצאים בתחומה" =לא רק אזרחים אלא כל מי שנמצא בשטח הריבוני של המדינה (אלא אם הזכות נובעת מאזרחות), נמצאים פיזית בשטח של המדינה, כולל גם אנשים שהם לא אזרחים. יש זכות שקשורה ספציפית לאזרחים כמו הזכות לבחור ולהיבחר – מופיע בפירוט בסעיפים הרלוונטיים.

"ואשר כפופים לסמכות השיפוט שלה" – האם זו דרישה נוספת או חלופית? זה נראה כמו 2 תנאים מצטברים- גם אנשים בתחום המדינה וגם כפופים לסמכות, אבל, העמדה המקובלת היא שמדובר בדרישה חלופית שיש ליישמה לפי "מבחן השליטה האפקטיבית". כל מי שנמצא בשטח שלה הוא כפוף לסמכות שלה (חוץ מדיפלומטים). – הכוונה היא או – לא מבחן חלופי.

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

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

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

סייגים לתחולה:

סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות:

1) בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד לאמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן לפי אמנה זו, **במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב**, ובלבד שאותם אמצעים **לא יעמדו בסתירה להתחייבויותיהן האחרות לפי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה על בסיס גזע, צבע, מין, שפה, דת או מוצא חברתי.**

2) שום גריעה מן הסעיפים 6, 7, 8(1), 8(2), 11, 15, 16, ו-18 לא תהא מותרת לפי הוראה זו.

3) מדינה המשתמשת בזכות הגריעה **תודיע מיד לשאר המדינות בעלות האמנה, באמצעות מזכ"ל האו"ם**, על ההוראות שמהן גרעה ועל הטעמים אשר הניעו לגריעה זו.

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

סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות:

מדינה רשאית לסייג את הזכויות הקבועות באמנה רק לפי חוק ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית.

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

III. מנגנוני אכיפה

א. מנגנונים ייעודיים

1. מנגנונים פוליטיים

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

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

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

2. ועדות אמנה [אמנות אוניברסליות כלליות וספציפיות]

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

תפקידי הועדות:

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

3. בתי דין לזכויות אדם [אמנות אזוריות]

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

ב. מנגנונים נוספים

ICJ

מועצת הבטחון של האו"ם

בית הדין הבינלאומי הפלילי

היחס בין דיני זכויות האדם לבין הדין ההומניטרי

דין הומניטרי חל במצבים הבאים:

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

דיני זכויות אדם חלים במצבים הבאים:

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

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

שאלות פתוחות לדוגמא למבחן:

1. אחד מעקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי הוא עיקרון ההסכמה, עיקרון ההסכמה אומר שאי אפשר לחייב מדינה בשום כלל של המשפט הבינלאומי אלא אם כן המדינה הסכימה לכך. המדינה חייבת להסכים, להבדיל מהדין המדינתי אם מדינה לא הסכימה שום דבר לא מחייב אותה.
 - א. תסבירו לי האם וכיצד עיקרון ההסכמה בא לידי ביטוי בדרך שבה נוצרות אמנות במשפט הבינלאומי ונוצרים כללים של הדין המנהגי? כשנוצרת אמנה צריך שמי שמצטרף יסכים לכל הסעיפים שלה, אמנה לא יכולה לחייב מדינה אלא אם המדינה הסכימה
 - ב. תנו דוגמא לסעיף אחד באמנת וינה לבחירתכם שבו עיקרון ההסכמה בא לידי ביטוי גם הסעיף שעוסק בהסתייגויות מראה לנו את זה עוד יותר, המדינה חייבת להסכים לכל סעיף באמנה, גם ההליך הדו שלבי אחד הסיבות לכך הוא שנהייה בטוחים בגמירות דעת של המדינה וגם עצם זה שאנחנו יודעים שהצטרפות של אמנה חייבת לעשות בהסכמה של כל אחד מהמדינות החברות. בדין המנהגי זה קצת שונה, הדרך שבה נוצר מנהג בינלאומי לכאורה גם מנהג יחייב מדינה רק אם היא הסכימה לו, כדי שיווצר מנהג צריך להאות שמדינות מתנהגות בדרך מסוימת ועושות את זה ברצון חופשי ובדרך מסוימת, המדינה בוחרת להתנהג ככה מתוך מחויבות משפטית, עיקרון המתנגדת העקבית אומר לנו שמדינה שלא רוצה יכולה להגיד שהיא מתנגדת עקבית ואז זה לא מחייב אותה. ההיגיון אומר לנו שיש כאן קצת פיקציה כי להגיד למדינה כל עוד לא אמרת שאת מתנגדת אנחנו מניחים שאת מסכימה למנהג גם אם לא תרמת לו ולא לקחת חלק ממנו – הוא יחייב אותך כל עוד לא תגידי שאת מתנגדת- אפשר להגיד שזה לא בידיוק הסכמה. אפשר להגיד שזה לא ברור ב-100% שאכן זה עולה בקנה אחד עם עיקרון ההסכמה כי בעצם אנחנו אומרים שמדינה שלא אמרה לא אנחנו מניחים שהיא הסכימה למנהג – זה שונה ממה שיש לנו באמנה.
 - ג. האם לדעתכם הסמכויות של מועצת הביטחון לפי פרק 7 למגילת האו"ם עולות בקנה אחד עם עיקרון ההסכמה? מועצת הביטחון יכולה לקבל החלטות מחייבות ולהטיל סנקציה על מדינה, היא מקבלת החלטה מחייבת שאומרת לכל המדינות שחברות באו"ם שהם חייבות לקחת חלק בסנקציה. (סנקציות צבאיות זה בעייתי).
 - האם הסמכות של מועצת הביטחון להטיל סנקציות דיפלומטיות וכלכליות לפי ס' 41 עולה בקנה אחד עם עיקרון ההסכמה? מועצת הביטחון יכולה לחייב מדינות חברות באו"ם לנתק קשרים דיפלומטיים עם מדינה אחרת, היא מחייבת אותם. האם הם הסכימו לכך? לא באופן ישיר, מצד שני, אפשר להגיד שעצם זה שהם הצטרפו לאו"ם ומרצונה אישרו את מגילת האו"ם כולל את פרק 7 שמעניקות סמכות למועצת הביטחון לקבל החלטות שמחייבות את כל החברות- אפשר להגיד שהם הסכימו לכך בעקיפין.
2. האם לדעתכם דיני זכויות אדם עולים בקנה אחד עם עיקרון הריבונות? לכאורה יש התערבות בעניינים הפנימיים של המדינה, אפשר להגיד שעיקרון הריבונות השתנה עם השנים ונחלש והוא לא מוחלט היום כפי שהיה פעם.