[hdrod@yahoo.com](mailto:hdrod@yahoo.com)

משפט בינלאומי פומבי

שיעור 1

מבחן -% 100 ( לא לזכור תאריכים)

**מהו משפט?** מערכת אכיפתית, חקיקתית ,שיפוטית.

**האם קיימת המערכת הנ"ל במשפט בינ"ל?**

צ'ראלס לובנה- נאשם ראשון מקניה ב icc- - בימ"ש בינ"ל פלילי. נאשם שארגונו גייס ילד מתחת לגיל 15 לארגון המורדים שלו. נמצא אשם בגיוס ילדים.  
אל באשיר- נשיא סודן, צו מעצר של ה- icc כנגדו על עניין הטבח.

נשאלת **שאלת האכיפה**- אין לאו"ם/ למשב"ל כוח משטרה של עצמו. האינטרפול הוא לא כוח אכיפה, הוא רק רשת מקושרת של משטרות.

האם אפשר לשפוט אנשים של מדינה אחת במדינה אחרת? מה מעמדן של האמנות במשב"ל ? האם כשהאיחוד האירופאי מחוקק חוק, זה נחשב כחקיקה בינ"ל??

משב"ל לא עומד בכללי המשפט: אין מחוקק, אין אכיפה. מדוע מדינות מציתות למשב"ל? המרצה לא מסכימה כ'כ עם טענה זאת, צריך להסתכל על דברים אחרת, יש דברים בסיסיים שהם בגדר נורמה. כל משפט מונע מאינטרסים, גם משב"ל. מאז שהוקם ביה"ד הפלילי המשב"ל משחק תפקיד בחיינו. ישנן בעיות אינהרנטיות במשב"ל- האינטרסים והפוליטיות מקבלים משנה תוקף.

מדוע אם כך, מדינות מסכימות לקבל על עצמן אמנות כלשהן? ( אמנת ז'נבה, איכות סביבה, אוכל)

מדוע מד"י עדיין חברה באו"ם אם הוא כ'כ נגדה?

עקרון חשוב במשב"ל הוא ההדדיות- כמו שאנו רוצים שיתייחסו לחיילים של המדינה שלי כך יש רצון של המדינה השניה שיתייחסו לחייליה.

סנקציות הם שחקן משמעותי היחס של מדינות במישור הבינ"ל. שיטת המקל והגזר. מדינות מבינות שאם הם לא יורידו מכסים, הם יפסדו כלכלית ,שכן סחורה לא תכנס ותצא ממדינה מסויימת. בדרום אפריקה הטילו הרבה סנקציות בגלל משטר האפרטהייד. אסרו על דרא"פ להשתתף במשחקי כדורגל- הדבר מאוד הפריע לאוכלוסיה המקומית.

**השחקנים במשב"ל:**

1. מדינות, ארגונים בינ"ל

2. ארגונים בינ"ל:

INGO- ארגונים לא ממשלתיים: גרינפיס, בצלם, אמנסטי,

IGO- ארגונים בין-מדינתיים - הצלב האדום, האו"ם, האיחוד האירופאי,

3. יחידים- שחקנים משפיעים במשב"ל.

היכן נכנסות לעניין חברות בין-מדינות (קוקה קולה), חברות מיעוט, ארגוני טרור, יחידים ( וורן באפט, סטיב ג'ובס). האם אפשר לתבוע חברה אם היא מפרה ז' אדם מסוימות? יש יותר ויותר שחקנים המעורבים במשב"ל. כל מיני קבוצות מיעוטים שכוחם הולם וגדל וייכנסו למשב"ל.

אין הגדרה של טרור במשב"ל- טרוריסט בשביל עם אחד, הוא לוחם חופש בשביל העם השני. אין גם הסכמה בין המדינות מהו טרור.

התפתחות משב"ל: כיצד הפך ממשפט מרוכז מדינות למשפט הסובב סביב היחיד-

המשב"ל החל להתפתח החל מכינוס ווספיליה- פירוק הכנסייה, היא כבר לא שולטת על כל אירופה. המדינות צריכות להסדיר בינם את היחסים, הגבולות, הסדרת ענייני הדיפלומטיה. מי שנחשב כאבי המשב"ל הוא הוגו גורצוס- החל לכתוב את מערכת הכללים של המשב"ל. כללים אלו מתקבעים ומשתנים- זהו השלב הראשוני הבסיסי. הכלל שמלווה תקופה זו הוא שוויון של המדינות- עצמאות מדינתית, סוברניות. אין שופט מיוחד למשב"ל- אין אדם שאפשר לומר כי הוא מיוחד לדיני המשב"ל.

נושא של עבדות ופיראטיות היו הנושאים הראשונים להיכנס למשב"ל.

הפיראטים- לא שטים תחת דגל מדינה, הוא לא נחשב אזרח של מדינה מסוימת, לכן נושא זה חייב את המדינות להתערב בנושא.

כל מדינה משקיעה המון כספים בשיפור התדמית המדינית שלה.

לסיכום: היה שיעור מבוא, דנו בקשיים של משפט בינלאומי ובהתפתחותו.

שיעור 2 - 29/3/12

סיכום שיעור 1:

מדוע שאר המדינות מקיימות משב"ל כשאין אכיפה? רוב המדינות מקיימות משב"ל:

1. סדר בינ"ל- שתהיה מערכת כללים
2. עקרון הדדיות
3. סנקציות
4. ביקורת בינ"ל משפיעה על דעת קהל במדינה
5. המדינות הם חלק מהקהילה הבינ"ל
6. בכ"ז יש ערכאות שיפוטיות בינ"ל שאפשר לפנות אליהן.

תקופות במשב"ל:

1. תק' מודרנית:ועידת השלום של ווסטפיליה- מלחה"ע 1: עבדות, דיני לחימה, מאופיין במס. קטן של מדינות.
2. תק מודרנית מאוחרת: ייסוד חבר הלאומים סוף מלחה'ע1 – שנות ה-90 המלחמה הקרה : גידול במס. המדינות, שבירת הגושים, סיום הקיפאון של האו"ם. תת תקופה: השואה: התפתחות ז.א, קודיפיקציה של משב"ל.
3. פוסט מודרנית- סוף שנות ה-90 עד היום- מאופיינת בתהליכי גלובליזציה מואצים, כפר גלובלי.

**עקרונות הבסיס של משב"ל:**

1. שוויון בין מדינות
2. אי התערבות בעניינים פנימיים של מדינה
3. איסור שימוש בכוח
4. הגנה על ז.א
5. ז' להגדרה עצמית

מהו משב"ל, מהו מקורותיו, איך יודעים אם נורמה היא מחייבת?

למשב"ל יש חלוקה לשני סוגי נורמות:

* נורמות מהותיות-
* נורמות פרוצדוראליות-

כלל חסינות הריבון - א'א לתבוע ריבון של מדינה אחרת. ( אפשר לתבוע את הריבון של גרמניה רק שם, ולא בישראל לדוג'). יש חיבור של שני סוגי הנורמות.

כיצד בודקים את האבחנה בין הנורמות?

מסמכים או ע"י התנהגות המדינות / גופים בינ"ל.

היכן מוגדרים מקורות המשב"ל?

**ICJ - ביה"ד הבינ"ל לצדק,** אחד האורגנים של האו"ם. ס' 38 לחוקת הICJ קובע על מה בימ"ש יתסכל כשהוא פוסק. הצ'ארטר של ביה"ד הוא חלק בלתי נפרד ממגילת האו"ם- המסמך המכונן של ארגון האו"ם. קיבלו על עצמם כללים אלו, הם היו גם הכללים לפיהם ביה"ד הקודם ל icj שפט. ארגון האו"ם קם פעמיים ( כחבר הלאומים, ואחרי מלה"ע השנייה קם כארגון האו"ם). הסעיף נותן ארבעה תתי סעיפים המגדירים איך ביה"ד יפסוק. ס' 38. מקורות מחייבים- ס' א,ב,ג **( הסכמים, מנהג, עקרונות משפט כללים)** / מקורות מנחים ( **אמצעי עזר,** דעת מומחים**).**  ביה"ד יכול גם לפסוק לפי דיני הצדק והיושר. אין העדפה, יש תחושה של היררכיה ספציפית, מצד שני, מנהג המקובל על המדינות, יש הרחבה של הפירמידה. ( אין קביעה חד משמעית של היררכיה).

מה קורה במצב של סתירה לדוג' בין אמנה למנהג? הס' לא קובע בפירוש לפי מה נלך.

מדוע נבחרו דווקא כללים אלו? משב"ל החל מאותם העקרונות שהועלו, הוא החל מהסדרת מערכת התנהגות בין מדינות- שוויון בין מדינות. אי אפשר לכפות על מדינה לעשות משהו שהיא לא רוצה. כשהולכים חזרה אחורה, מדינה יכולה להיות מחויבת רק למה שהיא הסכימה.( אם היא לא הסכימה למנהג, היא לא יכולה להיות מחייבת אליו).

ס' 38 מקביל ל ס' לחוק השפיטה הישראלי.

**אמנות בינ"ל:**

ס' 1- בין אמנה כללית, בין ספציפית- קובעים כללים של מדינות שהודו בהם במפורש. מעין חוזה, התחייבות משפטית לכיבוד הסכמים. יתרון של אמנה, היא מאוד ספציפי, יש לה וודאות משפטית גבוהה ביותר.

אמנה בדבר יחסים ידידותיים בין מדינות- לא אומר הרבה, לא הכי ספציפי ומדויק. מצד שני, יש רמת וודאות גבוהה יחסית, יש סעיף להיאחז בו, אמנות הפכו למעיין חוקים של המשב"ל.

אמנת האמנות- מגדירה איך לכתוב אמנות. מחייבת את כל המדינות, גם אלו שלא חתמו עליה.106 מדינות חתומות עליה ( מתוך 192 מדינות באו"ם)

ס' 2, מהי אמנה- הסכם בינ"ל שנכרת בכתב בין מדינות וכפוף למשב"ל.

התנאים לאמנה:

**הסכם הנכרת בכתב-** היו מקרים שלא אכפו מקרה זה.( התחייבות חד צדדית). לא חייבת להקרא באמנה, חילופי המכתבים בין רבין לעראפת נכנסו להסכם אוסלו.

**בין מדינות-** מה לגבי הסכם שחתום עליו ארגון ( האיחוד האירופאי, אש"ף). מעמד האירגונים עלה מאז שנת 69- בה נחתם ההסכם.

**כפוף לדין הבינ"ל-** הדבר היחיד שאי אפשר שלא יהיה קיים באמנה, חובה שהדין הבינ"ל יחול. אין דרישה שהאמנה תפורסם, האו"ם מנסה להלחם באמנות סודיות. האו"ם קבע סעיף, אמנה שלא תופקד במשרדי האו"ם, גופי האו"ם לא יוכלו להכריע בה.

מקובל לחלק אמנות לשלוש סוגים:

1. כמות המדינות- אמנות דו צדדיות/ אמנות רב צדדיות.
2. אמנות חוזיות/ **אמנות יוצרות חוק**- הסיכוי שלהן להפוך למנהג הרבה יותר גבוה.
3. אמנה דקלרטיבית- הצהרה על מנהג. אמנה קונסטרוקטיבית- אמנה היוצרת חוק, יכולה להפוך לאמנה דקלרטיבית.

יש ארבע אמנות ז'נבה המסדירות מנהגי לחימה, ויש גם פרוטוקולים.

איך כותבים אמנה, איך מצטרפים אליה, מה ההצטרפות אומרות ומשליכה על המדינות?

בדר"כ אמנות בינ"ל לא מתחילות מאינטרסים של מדינות. חתימה- בדר"כ הרשות המבצעת חותמת, חתימה זו היא הצהרת כוונות של המדינה במישור הבינ"ל. צריכה להימנע מפעולה לשם סיכול האמנה, היא לא מחויבת לאמנה, צריך לאשרר את האמנה ע"מ שתכנס לתוקף- המדינה צריכה לשקול את האמנה ולחשוב עליה "באמת". רוצים לוודא שהאמנה מתאימה למדינות גם במישור החקיקתי הפנימי שלה.

יש את רעיון **ההסתייגות-** הצהרה של מדינה, האומרת כי חלק מהוראות האמנה לא יחולו.

* אמנות לא רלוונטיות- הדרישה להסכמת המדינות החתומות. צריכים שהמדינות הקודמות יסכימו להסתייגות של המדינה.
* העדר תגובה= הסכמה, צריך לעשות פעולה אקטיבית.
* אמנת וינה קובעת כי לא ניתן לצרף התנגדות הנוגעת לנושא האמנה ומטרתה.

כשבאים לראות האם האמנה מחייבת:

האם יש אמנה הרלוונטית לאותה המדינה.

אם אותה המדינה הסתייגה מהאמנה , האם יש התנגדות להסתייגות, מדוע המדינה הסתייגה, האם ההסתייגות רלוונטית?

שיעור 3 - ‏19/04/2012

משב"ל הוא תחום שהושפע רבות מהשואה. תביעות נירנברג, תביעות של ניצולים כנגד מדינות. בארה"ב יש מחלקה המתעסקת בלכידת פושעים נאצים. האם אפשר לשפוט פושעים נאצים על דברים שהתרחשו במדינתם הריבונית? (עניין של רטרואקטיביות) הדבר לא היה ברור מאליו (פשעי מלחמה לא היו ברורים, לא היה ברור מה עושים עם שטחים כבושים). אמנת ז'נבה נחתמה רק ב-49, יש עניין של רטרו- אקטיביות במשפט. האמנה הראשונה שנחתם היא כנגד רצח-עם. רק בשנת 33' יהודי מנסה לשכנע שהולך להתבצע רצח-עם. כיצד מגדירים רצח עם, הקודיפיקציה של ז.א.

כל עניין המוסדות הבינ'ל לא היה ברור. האו"ם הוקם רק אחרי השואה, לאחר הפירוק של חבר הלאומים. המשב'ל היה משבר מצד אחד ומצד שני זרז להתפתחות המשב'ל –בעיקר בתחום של דיני עבודה.

מקרה של חסינות של אזרחי מדינות זרות.

-מנהג:

מקור נוסף של משב'ל הוא המנהג.מחפשים את הפסד התקדימי. קונספט המנהג הוא מוזר לכאורה. בגלל שרוב אנשים עושה מעשה מסוים-הדבר יהפוך לחוק? מנהג הוא הדרך הקדומה ביותר להפיכת נורמות משפטיות מחייבות. (עוד לפני אמנות) מהווה הסכמה לכלל התנהגות מסוים.

**מדוע אנו מסתכלים על מנהג,מה הרעיון שמנהג מחייב?**

-"חוק העדר"- אם כולם עושים זאת,כנראה שזה בסדר.

גיבוש קוד התנהגות, הסתמכות, התנהגות רציפה, אינטרס ציפיות משותף, חוק העדר,יעילות.

מצד שני, המקור של מנהג הוא מקור בעייתי, מאוד עמום, לא מחייב, מושפע משינויים טכנולוגיים

תקופות בהם השתדלו לערוך קודי'. אולם בנושאים כגון חסינות מדינה, כללים דיפלומטיים, כללי מלחמה- הרבה מהדברים הם עדיין בגדר מנהג.

מד'י חתומה על אמנת ז'נבה, גם בנושא דיני מלחמה- גם בנושא עימות פנימי. ישראל, לא חתמה על פרוטוקלים אלו, ישנם שם סעיפים שהם מנהגיים-והם מחייבים את כל המדינות-גם מי שלא חתום.

לאחר שהרבה מדינות חתמו על אמנה (לדוג' רצח עם) זה הופך להיות מנהג, ואז מחייב גם את המדינות שלא חתמו עליהם.

**איך מחליטים מהו מנהג?**

* הגדרה:

**יס"נ**: קיימת פרקטיקה התומכת במנהג (ס' 38 של חוקת ביה"ד) . צריך להראות שיש פרקטיקה למנהג מחייב. חוקת ביה"ד קובעת כי המנהג התקבל בתור דין. שהמדינות פועלות מתוך תחושה של מחוייבות משפטית. (עניבות ביולי). מנהג מחייב. Opino juris. מה הסיבה שמדינות פועלות באותה הדרך.

**פסד לוטוס**: בימ'ש של חבר הלאומים. ספינה תורכית וצרפתית. צרפתים פגעו בתורכים, התורכים עצרו את הספינה הצרפתית והעמידו אותו לדין. האם יש כלל משפטי המאפשר להעמיד את אותו קצין צרפתי לדין?

הצרפתים טענו שהיו מקרים בהם התורכים לא העמידו לדין קצינים של מדינות אחרות. בימ"ש קיבל את טענת תורכיה, שטענה שלא היה מדובר במקרים מחייבים, היו הרבה חריגים ( אינטרסים וכו'), ודווקא את הצרפתי הם החליטו להעמיד לדין. בימ"ש קבע כי לא נמצאו ראיות שהסיבה שהתורכים לא העמידו לדין קצינם עד עכשיו היא מתוך מחויבות משפטית ( לא היה להם בפרקטיקה יס"נ ליצירת מנהג).

* **איך מוכחים פרקטיקה של מנהג מחייב:** פס"דים, הכרזות שרי ממשלה,דברי חקיקה, מסמכי עיתונות, הצבעת מדינות בפורומים בינ"ל, רטוריקה והכרזות.

לדוג' טענות נ' מדי על ענישה קולקטיבית, ההסתמכות הייתה על הכרזה של אלי ישי שר הפנים,שיצא לתקשורת ואמר שעל כל טיל שייפול בישראל, נמחק 100 בתים בעזה.

**רטוריקה:** פסד ניקרגואה נ' ארה"ב-ארה"ב שלחה חיילי קומנדו שאמנו את המורדים בניקרגואה. היא טבעה את ארה"ב על איסור שימוש בכוח , ארה"ב טענה שלא מדובר בשימוש בכוח.

פס"ד פלרטיגה- נתבע בארה"ב על כך שעינה אזרחים בדרום אמריקה. טענת ההגנה שלו הייתה שיש הרבה מדינות שמענות- אין מנהג מחייב שאוסר עינויים.

**בימ"ש קובע** שהעובדה שמדינות מענות אך לא מצהירות על כך בריש גלי אלא מנסות להכחיש את העינויים, מעידה על כך שיש מנהג שאוסר על עינוי-אחרת הם לא היו מכחישות את הדבר. **מתסכלים על מה המדינות מכריזות, שיש להכרזה משמעות.**

נושא המנהג עדיין עמום ונסיבתי. ייתכן ויהיו מנהגים אזוריים.

פרשת המקלט המדיני: מסתכלים על המנהג ביבשת דרא"מ. מסתכלים על המנהג האיזורי.

גרמניה מתנגדת למנהג שכבר קיים.

**כלל המתנגד העקבי**- אם יש מדינה שעוד לפני שנוצר המנהג, מתעקשת באופן רצוף ופומבי שאין מנהג, היא תהיה פטורה ממנו.

הוויכוח של נורווגיה כיצד מחשבים מים טריטוריאליים,התנגדה לכך באופן פומבי ורצוף, וניצחה בוויכוח עם אנגליה לגבי הסלמון.

טענה של מלומדים שכלל זה כבר אינו בתוקף והמנהג הוא מחייב.

תנאים למנהג:

**יסוד פיזי:**

1. ממושך- לא ברור מה זה ממושך, שנים, חודשים וכו'.

2. עקבי

3. כללי- מס יחסית גדול של מדינות.

3. מס מדינות הנוהגות לפי הפרקטיקה הנ'ל- לא ברור כמה מדינות זה מחייב. (חצי ממס. המדינות,רבע וכו', מה לגבי המדינות שלא מוכרות? ) האם יכול להיות מנהג אזורי (רק ליבשות מסוימות).

ישנה טענה של המרצה שמנהגים יכולים להיווצר מאוד מהר ( טווח של כמה שנים).

דוגמא למנהג וכיצד הוא מתפתח. פסד המדף היבשתי בשנת 69.סכסוך בין גרמניה להולנד ודנמרק-כיצד מחלקים את המדף היבשתי (קרקעית ים הסמוכה למדינות).

דנמרק והולנד טענו שהעיקרון שצריך לחול הוא המרחק השווה-מופיע באמנת המדף היבשתי מ-1925. טענת דנמרק והולנד הייתה כי גם אם הדבר לא מנהג, מדובר בכלל. ב-11 שנים שחלפו מכתיבת האמנה,האמנה התחלפה, במקום עקרון החלוקה הצודקת שגרמניה צידדה בו.

הולנד ובלגיה טוענים שהשתנה המנהג והוא כרגע מחייב את כל המדינות.

בימ"ש דוחה את עמדת הולנד ודנמרק ואומר שהמנהג לא השתנה, טוען כי העובדה שעבר זמן קצר לא אומר שלא יכול להתקיים מנהג חדש, ככל שהזמן שעבור יותר קצר- צריך הוכחה יותר ברורה כי המדינות שהאינטרסים שלהם מושפעים מכלל החדש, השפעתם אחידה וכמעט מלאה. ( לא חוכמה שמדינות המרווחות מהשינוי יתמכו בו, צ"ל את המדינות שמושפעות מהאינטרסים שלהם.בנסיבות המקרה לא הוכח כי המדינות שנפגעות מהכלל ( גרמניה) אכן נהגו על פי הכלל.

אפשר לוותר על כלל אחד מהשלושה לעיל, אם שניים מהכללים הם מלאים מספיק. צריך לזכור שמקרה זה דובר על שינוי של מנהג. ייתכן ועוד 10 שנים יתפתחו מנהגים חדשים. במקרה זה, ניסו לשנות את המנהג. טענת מלומדים: ככה שהמנהג הראשון היה עקבי ומבוסס יותר, יהיה יותר קשה להוכיח כי הוא השתנה.

בעיות הנוצרות ממנהג: קשה להבין מתי נוצר מנהג, קיימת עמימות. שאלת ההפרה:

פסד גרמניה-איטליה: הש' דיבר על כך שבימש לא יכול להגיד שפסד של מדינה שמפרה את הכלל, זה אוטומטית הפרה של המנהג. ישנו חריג לחסינות ריבון בנושא נזיקין. ( רכב של שגרירות ארהב דרס אדם, התביעה אושרה באוסטריה, כנגד לכלל חסינות הריבון). האם הפרה, היא הפרה של מנהג, או שינוי של מנהג? לכן הדבר הוא בעייתי.

כל שינוי של מנהג, הוא הפרה של המנהג הקודם. והמדינה תנסה להוכיח שהמנהג שונה.

מנהג מדבר על רוב מדינות העולם. אפשר לחייב מדינות שגם לא מתנהגות כך, אפשר לומר שהמדינות רק שתקו כי לא היה איכפת להם באותו הזמן, פתאום המנהג מחייב אותם.כגון חסינות לריבון זר. יש מספר מועט של מדינות שהביעו באופן מפורש ואקטיבי את עמדתן בנושא.

מה קורה לגבי מדינות חדשות שנוצרו אחרי המנהג, לא הייתה להם אפשרות להתנגד.

ס' 38 מדבר על עקרונות לפיהם בימ"ש פועל:

1. אמנות, 2.מנהגים,3. ועקרונות משפטיים כללים, 4.ספרות ופסיקות נוספות ומקורות משלימים נוספים.

מדובר על אמנות בנות תרבות- עקרונות מאוד בסיסיים וכללים, שרוב המדינות מסכימות. צדק הגינות תו"ל. אין שום פסד שנפסק על עקרונות כללים אלא מדובר רק על כלי פרשני.

ס' 38 מדבר בנוסף גם על ספרות ועל הכרזות חד צדדיות- מדינה תגיד דברים רק אם הם מחייבים אותה. שני הראשונים מחייבים, השאר מדברים בכלי פרשני ולא משתמשים בה בצורה נרחבת.

נורמות מרוככות-החלטות של העצרת הכללית לא מחייבות, אבל יכול לסייע לפרשנות- זה מסייע לבימ"ש.

ס' 38.2 מאפשר לבימ"ש לא להתייחס לכללים, ולפעול לפי כללי הצדק והיושר –רק אם שני המדינות מסכימות לכך.

ישנם מלומדים האם ללא הסכמה של מדינות, בימ"ש יכול להכניס שיקולי צדק שיושר לשיקוליו? בימ"ש עונה שאלו סעיפי שסתום הנכללים גם כך במשב"ל.

שיעור 4 – 3.5.2012

אין פירמידה במשפט בין לאומי ואין הבדל בהיררכיה בין אמנות למנהגים. יש חריג אחד – חריג שנקרא gus cogens – נורמות בסיס במשפט בינלאומי שאי אפשר לחרוג מהם. איזה שהם חוקי יסוד או חוקה של משב"ל שמהווים את אותם נורמות בסיס. הפעם הראשונה שאנו נתקלים במשהו כתוב על המשמעות של יוס קוגנס זה באמנת וינה לדיני אמנות. באמנה זו יש סעיף שקובע שאמנה תהיה בטלה אם היא מתנגשת עם נורמת בסיס של משב"ל כללי שממנו לא ניתן לסטות. אנו נתקלים שוב שסעיף זה בפס"ד ניקרגאווה נ' ארה"ב: בית הדין קובע שאיסור השימוש בכוח הוא איזה שהיא דוגמא בולטת ליוס קוגנס. פעם נוספת שאנו נתקלים בה היא בטיוטת אמנה שמתעסקת באחריות מדינה. אם זה מתחיל בסוף ה80 תחילת 90, היום יוס קוגנס הוא עקרון ששגור בשיח, המון ארגונים בינלאומיים ומדינות שונות מסתמכות על העיקרון הזה.

**מה זה בעצם אותם עקרונות בסיס שנקראים יוס קוגנס?**

כאן אנו חוזרים לעמימות שיש לבאר. עינויים – ברור לכולם שהוא איסור מוחלט, נורמת בסיס ביוס קוגנס. (ארה"ב למשל לא אומרים בריש גלאי "אנחנו מענים" הם טוענים שמעשיהם אינם בגדר עינויים). רצח עם הוא יוס קוגנס, פשעי מלחמה. עבדות פיראטיות. הבעיה העיקרית מעבר לעובדה שאין לנו רשימה קונקרטית של נורמות, אין לנו כללים להבחין כיצד נורמה הפכה לנורמה בסיסית שאין עליה עוררין ויש איסור מוחלט על ההפרה שלה.

יוס קוגנס צריך להיות קודם כל מנהג. על הנורמה להיות מספיק עמוקה ומספיק מקובלת בקרב אומות העולם כדי שתהיה יוס קוגנס.

כיוון שיוס קוגנס הוא כל כך עמום והוא בא מהמשפט מהטבעי שקובע שיש זכויות טבעיות שמחייבות את כולם, הוא עובר ממטולטלת של משפט טבעי (מאוד עמום) לפוזיטיביזם. המשחק הזה בניסיון לקבוע עם עקרונות שונים אם הם יוס קוגנס או לא יוצר רצון לכוון את היוס קוגנס לפוזיטיביזם. יוס קוגנס חל גם על מנהג – הו התחיל אולי מאמנה, לכאורה אמנת וינה חלה רק על אמנות, אבל הוא התפתח למצב שהוא חל על מנהגים ואז עולה שאלה – מה גובר?

בעיה נוספת של יוס קוגנס הוא על מה הוא חל? האם רק על נורמות מהותיות, לא משנה מה אסור לענות. ואם מדינה תענה היא עברה על יוס קוגנס. מה קורה עם כל אותן נורמות פרוצדוראליות שממלאות את הנורמה המהותית בתוכן. למשל איסור לענות והמדינה עינתה – מה עושים עם המדינה לאחר מכן? לכאורה: חובה להעניש. האם היוס קוגנס גובר גם על כללים פרוצדוראליים שממלאים אותם בתוכן? יוס קוגנס הוא עליון לנורמות מהותיות, אך הו אלא יכול למנוע מזכות פרוצדוראלית להתקיים.   
לדוגמא: שבויים של מדינות הברית אשר גרמניה שבתה במהלך מלחה"ע השנייה חויבו לעבוד עבור גרמניה בזמן השבי שלהם בבודות כפייה – דבר שנוגד כללים בינלאומיים. הם רצו לתבוע בבתי משפט איטלקיים את גרמניה לקבלת פיצויים. גרמניה טענה שיש להם חסינות ריבון ותביע של גרמניה בבתי משפט איטלקיים על ידי אזרחים איטלקיים בלתי אפשרית בשל הכלל הפרוצדוראלי הזה – הICJ הצדיק אותה, והוסיף שעל גרמניה למצוא פתרון למצב.

יש היררכיה נורמטיבית במשפט בינלאומי כאשר היוס קוגנס נמצא למעלה שמכתיב את התנהגות האומות בעולם. אבל עצם המושג הוא מאוד בעייתי כיוון שלא לגמרי ברור כיצד הוא מתפתח או נוצר, מה כלול או לא כלול בתוכו – אבל אלו דברים שאנו מתמודדים עמם.

**קליטת המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי**

במשב"ל קיימות שתי ספרות: הספרה בין המדינות, בעיקר אחרי WW2 צצו לנו מחויבויות במישור הבינלאומי שמשפיעים על האופן שבה מדינה מנהלת את עצמה בתוכה. עד אז הנושא של פגיעה באזרחים על ידי מדינה אחרת (אנגליה למשל באזרחי צרפת) ההתנהלות הייתה בין המדינות, הפגיעה באזרח צרפתי נחשבת לפגיעה בצרפת. אחרי המלחמה, אנו רואים את השינויים במדינה הפנימית. אז עלתה השאלה – מהי המחויבות שהמדינה מקבלת במישור הבינלאומי, במשפט הפנימי? אם מדינה מאשררת אמנה, היא צריכה להנחיל את הערכים והעקרונות שהיא חתומה עליהם לעובדי המדינה ואזרחי המדינה שלה.

החלוקה הקלאסית היא חלוקה בין שיטות מוניסטיות לשיטות דואליסטיות. שיטה מוניסטית זו שיטה שאומרת שמשב"ל הוא חלק בלתי נרד משיטת המשפט של המדינה. המשב"ל נקלט באופן אוטומאטי לתוך מערכת החוקים של אותה מדינה. אם יש מנהג במשב"ל – הוא מחייב את אותה מדינה. אז השאלה היא מחייבת באיזה רמה? חוק? תקנה? מעשה מנהלי? גישה פרשנית? בין האזרחים? בין הרשויות?  
האם צריך לחוקק חוק בשביל להכניס אמנה? איך היא מחוקקת? האם יש הבדל בין האמנות?

הגישה הדואליסטית היא גישה שקוראים לה גם כן האנגלוסקסית – גישה שאומרת שיש משב"ל שהוא מקביל למשפט הפנימי. זו שיטה שמפרידה בין אמנות למנהג. אמנות – צריך מעשה ספציפי להכניס אותה בצורה מסוימת למערכת המשפטית הפנימית, כל מדינה בשיטתה שלה. מנהגים, ככלל, הם בין משהו פרשני למשהו שנפעל לפיו כל עוד אין חוק נוגד את זה. נחזור לעינויים למשל: עינוי הוא אסור, אבל אם ישראל תחוקק חוק שעינוי הוא מותר, זה בסדר. אחת הטענות של אייכמן בערעור שלו הייתה שחוק עשיית הדין בנאצים נוגד את האיסור הבינלאומי לחקיקה פלילית רטרואקטיבית. ביהמ"ש אמר, שגם אם החוק סותר את הכלל הבינלאומי הנ"ל – החוק גובר.

לאמנות מאושררות בארה"ב יש מעמד של חוק פדראלי – מחייב את כל המדינות וכו'. כך נוצר מצב שהנשיא מחייב את ארה"ב בחוק בלי שזה עבר ברשות המחוקקת. מה שבתי המשפט קבעו – שאמנות שיוצרות מחויבויות צריכות לעבור את הסנאט: אמנה שלא עברה את הסנאט – לא מחייבת את האזרחים והאזרח לא יכול להשתמש בה, אמנה הצהרתית.  
בבריטניה כל נושא האמנות שייך לרשות המבצעת. כדי להפוך לחוק פנימי כמובן צריך לחוקק את זה. גם שם הבינו שיש אמנות שמשפיעות על המדינה גם אם הם לא חוקקו לחו ק- יש נוהג שמנות שטרם אושררו הם מונחות לפני הפרלמנט 21 יום כדי שחברי הפרלמנט יעיינו בזה ואולי הלחץ הציבורי יגרום להם לשנות את דעתם.  
גם בישראל – כל אמנה לפני שהיא מאושררת היא מונחת בפני הכנסת לעיונה. בישראל זה לא השתרש. אך אמנות עם חשיבות לאומית (הסכמי שלום למשל) עוד לפני השלב אם לחוקק או לא מביאים לאישור הכנסת טרם האשרור עקב המהותיות של אמנות כאלו. אח"כ אם רוצים שזה ייכנס למערכת הפנימית צריך לחוקק את זה כחוק.

במערכת המוניסטית, למשל איטליה וגרמניה, ברגע שאמנה מאושררת היא הופכת לחוק. עם זאת יש אמנות ספציפיות (בעיקר אלו שמתעסקות בתקציב או חוזה שלום) אמנות מהותיות, מביאים לפרלמנט – מיידעים אותו בדבר.

**איך בתי המשפט, בעיקר בישראל, מטפלים במשפט הבינלאומי?**

מדינת ישראל מזמן הקמתה מתמודדות באדיקות עם משב"ל. מדינת ישראל נולדה באיזה שהוא מקום על ידי החלטה בינלאומים היא שאבה ממקורות בינלאומיים רבים את החומרים למשפט שלה. נכון להגיד שמדינת ישראל מתעסקת במשב"ל בכמויות הכי גדולות שיש בעולם אפשר להגיד. מדינה נורמאלית, כמות הדיונים שמתייחסים למשב"ל הוא מאוד קטן, ספוראדי וכמעט לא קיים. גם היום מדינות לא אוהבת להתעסק במשב"ל. המומחיות, גם בישראל, היא לא מומחיות של משב"ל. אין שופט שהגיע מתוך המומחיות הזו. זה יוצר מקום ייחודי לבית המשפט הישראלי, שלמרות שהוא לכאורה לא מתעסק בנושאים הללו הוא כל הזמן מתעסק בהם. כמות העתירות שמגיעות לבג"ץ בנושאים של משב"ל היא הכי גדולה באחוזים.

המשפט הקלאסי הראשון שמתעסק במשב"ל בישראל הוא אייכמן. טענות ההגנה של אייכמןהם שאלות הסמכות. אלו שאלות שנוגעות למשב"ל. היום אנו מדברים על סמכות אוניברסאלית – סמכות של מדינה לשפוט אזרח זר, על מעשים שלא קרו באותה מדינה. ביהמ"ש בפס"ד מתייחס למשב"ל, בעיקר כי אין לו ברירה, אייכמן כופר בסמכות בית המשפט בישראל לדון במקרה שלו. פס"ד נותן תשובות לאייכמן במישור הבינלאומי אך עושה זאת בעל כורחו הוא בעיקר פורמאליסטי בהתייחסות שלו למשב"ל, יותר נצמד לחוק.תפיסתו הייתה כזו שאומרת שבהתנגשות חוק פנימי לעקרון בינלאומי, החוק הישראלי גובר. מבחינה משפטית טהורה, לא במאת היה אכפת להם מה המשפט הבינלאומי אומר. הוא חוזר כל הזמן לחוק עשיית דין בנאצים.

בשנות ה60 שמגר, הפצ"ר באותו זמן, מחליטים לא להתמודד עם השאלה האם פלסטינים יכולים לעתור לבג"ץ. בכך נפתחת הדלת עבורם להגיש עתירות שכל כולם נתלות באמנות ז'נבה, בעיקר ה4, והמחויבות של ישראל כלפי אמנות אלה. תחילה ישראל אומרת – אמנת ז'נבה לא מחייבת אותי – היא לא נחקקה כחוק במדינת ישראל. מתחילית לדוג מאותה אמנה. העותרים דגים את אותם סעיפים מהאמנה שטוענים שהם מנהגיים. הרבה פעמים המדינה תבוא ותגיד – יש חוק נוגד. פרשנות שמתייחסת למשב"ל מתוך הכרח. בשנת 1999 ניתן פס"ד הועד הציבורי נגד עינויים שמדבר על האיסור הבינלאומי לעינויים שהשב"כ עובר עליו. ברק מתעסק בועדות חקירה, בסמכות לחקור, הוא כמעט ולא מתייחס לשאלה של משפט בינלאומי. הוא מתייחס למשב"ל בפסקה אחת . הוא מוסיף שאולי תהיה לחוקר הגנת צורך – דבר שמנוגד ליוס קוגנס.

היום בג"ץ לא רק מתכתב עם משב"ל בנושאים של בטחון למדינה, הוא בודק מה אומר המשפט הבינלאומי. הוא קובע את הפרשנות של החוק לפי משב"ל. הוא לא מפרש את החוק ואז אם משב"ל נוגד הוא מתעלם ממנו. ברק אומר שכל עוד המחוקק לא אומר שלמרות שחוק מסוים סותר משב"ל יש לקיימו, הוא יפרש חוק בהתאם למשב"ל. מדינת ישראל לא חתמה במודע על הפרוטוקולים הראשון והשני של אמנות ז'נבה, ביהמ"ש מוצא בתוך הפרוטוקולים סעיפים מנהגיים ומתייחס אליהם בפסיקות שלו.

**בג"ץ אלבסיוני** – מדבר על צמצום מעבר הדלק והחשמל לעזה. אחד מפסקי הדין העיקריים שמדברים על החובות של מדינת ישראל אחרי ההתנתקות, אחרי שמדינת ישראל מכריזה עימות מזוין עם גופי הטרור בעזה. הייתה החלטה לצמצם באספקת הבנזין והחשמל לעזה. ישראל אומרת – אנחנו לא מכחישים את חובותינו ההומאניטאריות כלפי עזה שבאות מכוח דיני מלחמה. החובות באות מתוקף העובדה שיש לנו עימות מזוין איתם. ביהמ"ש קבע שאי אפשר להתנתק לגמרי מהחובות ההומאניטאריות ככובש. ביהמ"ש קבע שיש אחריות מתמשכת – אנחנו לא מאפשרים לעזה לקבל את האספקה הזו ממקום אחר וכו'. ככובש מתמשך האחריות מן הסתם פוחתת בהדרגה. היום למשל יש משלוחים בינלאומיים שישראל מכניסה דרך הרצועה. פסק הדין כולו רב שיח בנושא משב"ל ויורד לרמה של פירוט עד כדי כמות הדלק שנכנסת לעזה ומטרתה. בפס"ד אין כמעט התייחסות לחקיקה ישראלית. הויכוח הוא על היקף החובות של ישראל כלפי עזה. אין ויכוח על החלות אמנות ז'נבה אלא רק על ההיקף של החלות.

**בפס"ד סיכול ממוקד** ברק מנהל דיון שלם על הנקודה הבאה: מדינת ישראל טוענת שנוצר מנהג של סוג שלישי של בני אדם (לא אזרחים או חיילים) אלא לוחמים בלתי חוקיים. ברק מנהל דיון שלם על היווצרות מנהג במשב"ל והאם נוצר מנהג שמאפשר יצירה של קבוצה שלישית של בני אדם במשב"ל. הוא מגיע למסקנה שלא בסופו של דבר, אבל יכול מאוד להיות שלחלק מהדברים הוא לא צריך להיכנס. ביהמ"ש מבין שהוא חייב להתייחס, משב"ל הפך להיות כל כך מקובל ומעורב בשיח המשפטי שאין ברירה אלא להתייחס.  
**פס"ד בית סוריק** ניתן זמן מאוד קצר על ידי הרחבת הדעת של הICJ בנושא גדר ההפרדה. ב2004 רוב שופטי הICJ נותן פס"ד שקובע שהקמת חומת ההפרדה היא בלתי חוקית לפי משב"ל. הוא קובע שבמקרים מסוימים זה כמעט פשע מלחמה. עם פס"ד זה ביהמ"ש העליון שלנו צריך להתמודד כשהוא בא לדון בבג"ץ הנ"ל שמוגש על ידי תושבי כפר שהגדר חותכת את הכפר שלהם ונאחזים בפסיקת הICJ. העליון קובע שכיוון שישראל התנגדה להליך בICJ (היא טענה שלICJ אין סמכות לדון בתיק) ולא השתתפה בו, לICJ לא היו ראיות מספקות כדי לקבוע החלטה על פי המצב האמיתי. העליון מאבחן את הדברים שיש מולו ומגיע למסקנה שבניית הגדר היא חוקית ובדרך מקבל כל מיני טענות של פס"ד הICJ. הוא מתנגד להחלטה של בית הדין בהאג.

השאלה היא מה קרה? מדוע פתאום משב"ל הפך להיות חלק בלתי נפרד מההתעסקות המשפטית בארץ?

מאז עופרת יצוקה יצא דו"ח גולדסטון הוא סודק את מה שקרה בעזה על סמך משפט בינלאומי. הסיבה שלבכירים אסור לנסוע לחו"ל- מדינות מפעילות סמכות בינלאומית של סמכות אוניברסאלית. כאשר התובע בICC מכריז שכיוון שהאו"ם לא הגדיר את הרשות הפלסטינית כמדינה, הסמכות שלו לפתוח בחקירה והאמנה והעבירות שהוא צריך לבדוק הם משפט בינלאומי. המשב"ל הוא דבר שישראל לא יכולה להתעלם ממנו. הוא משפיע עליה, הוא כמעט מקיף אותה. כשביהמ"ש מתעסק בתנאי מחייה מינימאליים הוא מדבר על משב"ל. המשב"ל מלווה את ישראל כמעט בכל התחומים. ישראל נדרשת להתערות במשב"ל לאור הדה לגיטימציה המשפטית כנגד ישראל עקב הפרה של המשפט הבינלאומי והקמת ועדות חקירה נגדה. ישראל נמצאת בתהליך שהיא מפנימה את המשב"ל לתוכה.

לסיכום, הסיבות לעובדה שמשב"ל הינו כיום חלק בלתי נפרד מהשיח המשפטי בארץ הינם:

1. העלייה הכללית של השימוש במשב"ל ועלית הכוח של השיפוט העל-לאומי, השימוש בסמכות אוניברסאלית.
2. אחת הסיבות העיקריות מבחינה תרבותית היסטורית היא סיום המלחמה הקרה והתפרקות בית המועצות. לעולם יש זמן להתעסק בדברים אחרים – למשל זכויות אדם, משפט בינלאומי.
3. הבנה נוספת בכל מיני מקומות הוא השימוש בכלי המשפטי – לא עוד שימוש באלימות וטרור. אם לוקחים את ההצלחה בדרום אפריקה שהאלימות שלטה בה, ששימוש במשב"ל שיקם אותה לדמוקרטיה שהיא היום.
4. בישראל ספציפית – יש הבנה בקהילה המשפטית בישראל שאי אפשר ללכת בגישה הדווקנית, צריך לקבל את משב"ל ובמקום מסוים להרחיב אותו כי קיימת אוכלוסייה שצריך לטפל בה. משם משב"ל התחיל לחלחל ואט אט להתפתח.   
   יש פה סיטואציה שהשופטים הישראליים מדברים על כך שאם הם לא יעשו את זה – זה יעבור למישור הבינלאומי. אם העליון לא יתמודד עם טענות של משב"ל, זה יגיע למקומות אחרים שיתמודדו איתן (תביעות פליליות במדינו אחרות, ICC, ICJ, תביעות אזרחיות בארה"ב).

יש שלושה דגמים של שימוש במשב"ל:

שיח ישיר – שיח ישיר אמיתי יש לביהמ"ש העליון רק בפס"ד הגדר. יש צורך להתמודד ולהתכתב עם פס"ד שמתעסק בדיוק באותו נושא.

שיח עקיף – בית המשפט מודע לעובדה שאם הוא לא יטפל בזה, גם במישור הבינלאומי, יתסכל ויתייחס אליו- הסיפור יגיע לערכאה הבינלאומית, אם זה ערכאה אחרת או טריבונל בינלאומי. העליון מבין שהוא המגן של מדינת ישראל ואם צריך להגיד לה שמשהו לא בסדר עדיף שזה יבוא ממנו. ואם הוא חושב שזה בסדר – הוא יסביר זאת גם מהמישור הבינלאומי (פס"ד נוהל שכן, פס"ד סיכול ממוקד). העליון חושב על זה שהוא צריך להוכיח למדינות אחרות שישראל בודקת את עצמה. במקרה של שחאדה, בימה"ש הורה להקים ועדת חקירה שקבעה שבוצעו פשעים אבל לא בוצע פשע מלחמה.

פיתוח המשב"ל – גם בתיקים שלכאורה אין בהם שום קשר למשב"ל שופטים מחפשים קשר במשפט משווה. הפתיחות הזו קיימת בכל מדינה אך ברמות שונות. בישראל זו אחת הרמות הגבוהות בעולם. ההסתכלות החוצה מאוד משפיעה על הדרך שביהמ"ש מפרש את מה שעליו לפרש באותם תיקים. ביהמ"ש לוקח כללים קונקרטיים מתוך המשב"ל בשביל הפרשנויות הללו.

שיעור 5 – 10.5.2012

**תפקיד המדינה במישור הבינלאומי**

אמנת מונטווידאו משנת 1933 שנחתמה באורוגוואי קבעה לראשונה את המושג של מדינה. האמנה נקראת: אמנת מונטווידאו לזכויות וחובות של מדינות. המדינות שחתומו ת על האמנה אלו לא כל מדינות העולם אלא מדינות שנמצאות בארגון האינטר אמריקאי, מלכתחילה הוא מאוד מצמצם את מו"מ על האמנה. מי שחתומות הן: ארה"ב, אנדורס, סלבדור, ארגנטינה. קנדה למשל לא חתומה. עם השנים התגבש קונצנזוס והאמנה הפכה למנהג. הסעיף שהפך למנהג הוא מאוד פורמאלי סטי. האמנה מגדירה ארבע הגדרות למדינה: אוכלוסיה, טריטוריה וגבולות, שלטון, היכולת לקיים יחסי חוץ.

אוכלוסייה – מה המשמעות? כשבן גוריון הכריז על מדינת ישראל, לא כל האוכלוסייה שהייתה בשטח ארץ ישראל רצה במדינת ישראל. כנ"ל לגבי מדינת קוסובו. המשב"ל קובע שלכל קבוצה יש את הסמכות להגדרה עצמית. כקהילה בינלאומית, אי אפשר להכריח קבוצה להגדיר את עצמה באופן עצמאי ולבקש עצמאות, זה צריך לבוא ממנה, מתוכה. מהי הקבוצה שיכולה להכריז על הגדרה עצמית? למשל הבסקים בספרד? השחורים בארה"ב? הקומוניסטים בכל העולם? מהי האוכלוסייה שרשאית בסוף לקחת את אותה יכולת ולהגיד שהיא רוצה מדינה?  
טריטוריה –האם הטריטוריה חייבת להיות מוגדרת עד הסוף? עד היום למדינת ישראל יש גבולות לא מוגדרים. עם קום המדינה, כל הגבולות של ישראל לא היו ברורים.   
שלטון - שלטון אפקטיבי מוגדר בתור ממשלה שיכולה להטיל את מרותה בשטח.  
המקרה הפלסטיני – הטריטוריה בסכסוך, הפלסטינים לא מרוכזים באותה שטח, ובשטחים שונים שהם מתגוררים שייכים למדינה אחרת. טייוואן שטוענת לעצמאות – יש לה שלטון, יש לה אוכ' אך סין טוענת שהטריטוריה שייכת לה.   
היכולת לקיים יחסי חוץ – בהסכם אוסלו בין מדינת ישראל לרשות נקבע שאסור לרשות הפלטינית לקיים יחסי חוץ . ארגון אש"ף חתום על ההסכם. ישראל שתקה נוכח פתיחתן של מעל ל100 שגרירויות של הרשות בארצות שונות בעולם ואז עולה שאלה – מה גובר? ההסכם הבינלאומי או המציאות? ישראל בגלל זה "השתוללה" כשהרשות התקבלה לאונסק"ו.

כשהמנהג אומר – אלו התנאים למדינה, עם השני ם נוספו עוד תנאים. כשהמשקל העצום ניתן לנושא הפוליטי שנכנס בתוך הנושא של הכרה ויחסי חוץ. אמנת מונטווידאו קובעת שאם יש מדינה, אין צורך במדינה אחרת על מנת להכיר בה. הסכמי אוסלו נחתמים ב1995 וקובעים שתוך 5 שנים תהיה מדינה ב2000 ערפאת מגיע ורוצה ליישם. באים גורמים שונים שאומרים לו אין לך שלטון אפקטיבי, השלטון בעזה ואיו"ש נמצא בידי הישראלים. גם יחסי החוץ לא אידיאלים. אבו מאזן בספטמבר האחרון רצה להקים מדינה ונימק זאת בהתמלאות ארבעת הקריטריונים הללו.

מדינה לא חייבת להכיר במדינה אחרת – כמה מדינות בעולם מכירת בקוסובו? 75. רובן המכריע של מדינות ערב לא מכירות בקיומה של אמנת ישראל – כשהן חותמות על אמנות בינלאומיות הן מוסיפות ס' הסתייגות שאומר שהחתימה איננה מעידה על הכרה בישראל. על פי הספירה של הרשות, קיימות מעל 130 מדינות שמכירות במדינת פלסטין.

**איך יודעים שמדינה היא מדינה?**

הכרה במדינה, במובהק זו שאלה פוליטית לחלוטין. גם אם היא עומדת בכל הקריטריונים של אמנת מונטווידאו הבחירה האם להכיר בה, היא בחירה של אותה מדינה מהאינטרסים שלה היא. הסיבה שרק 75 מדינות מכירות בקוסובו היא סיבה פוליטית. אף אחד לא רוצה להרגיז את אמא רוסיה. כנ"ל לגבי טייוואן – אף אחד לא רוצה להרגיז את סין.

ברור לכולם, שמדינה שחברה באו"ם היא מדינה. אי אפשר להגדיר מדינה לפי האם היא חברה באו"ם או לא. יש מדינות שבוחרות לא להצטרף לאו"ם – למשל הוותיקן. עד שנת 2002 שוויץ לא הייתה חברה באו"ם. כשהאו"ם הוקם, מאז 1946, היפנים הגישו בקשה כל יום להצטרף לאו"ם ונדחו כל פעם מחד – ולאף אחד לא היה ספק שהיא מדינה. כנ"ל לגבי גרמניה ואוסטריה. כשמדינה מגיש בקשה להצטרפות: יש צורך ברוב (מתוך 15 המדינות, 5 קבועות, 10 לא קבועות) במועצת הביטחון אשר דנה בבקשה, ומתוך כל אלו אסור שאף אחת מחמש המדינות הקבועות באו"ם תטיל וטו. המדינות הן: ארה"ב, סין, רוסיה, צרפת ואנגליה. לאחר שיש אישור של מועצת הביטחון, היא מגישה את המלצתה לעצרת הכללית ושם אותה בקשה צריכה לזכות ברוב של שני שליש מהעצרת הכללית. היום הפלסטינים מוגדרים בעצרת הכללית כישות משקיפה – לעומת וותיקן שמוכרת כמדינה לא חברה משקיפה. מבחינת מעמד וזכויות לפלטין ולוותיקן יש את אותן זכויות. הפלסטינים רוצים את ההכרה כמדינה – גם ללא חברות באו"ם. זה שדרוג שיכול להתקבל ברוב רגיל של העצרת. דבר דומה קרה עם אש"ף ב1988 – אז הוא התקבל כארגון בינלאומי המייצג את הפלסטינים. אט אט הם שידרגו את הזכויות שלהם, הם קיבלו כיסא במושב העצרת הכללית, קיבלו זכות דיבור בעצרת הכללית. כל הקידומים הקטנים הללו הם החלטות של עצרת. לפלסטינים יש רוב אוטומאטי אך יש להם פחד עדיין להגיש בקשה להכרה בהם במדינה.

מצד אחד אמנת מונטווידאו מגדירה מהי מדינה, מונה ארבעה תנאים, אך היא לא מפרשת אותם. בסופו של דבר היא לא מביאה להכרה אוטומטית – סוף בסוף, הכל פוליטי. הדוגמא המובהקת היא קוסובו. ב1988 ערפאת בחלק מוועדת אלג'יר מכריז על מדינת פלסטין. ב1988 אף אחד לא התייחס להצהרה הזו – כי אז לא הייתה שום טריטוריה, לא הייתה רשות, אש"ף עדיין היה מוגדר כארגון טרור, לא הייתה להם שום יכולת לקיים יחסי חוץ ולא היה להם שלטון אפקטיבי.

**למה טוב להיות מדינה במשפט הבינלאומי?**

המשב"ל מבוסס על היותן של מדינות. רק מדינות יכולות לחתום על הסכמים, על אמנות. אנחנו כן רואים גלישה של זה – יש אמנות באיחוד האירופי חתום עליהן, האו"ם חתום עליהן כארגון. בסופו של דבר, העניין הוא המדינות.

**עד כמה משפט בינלאומי יכול להיכנס ולהתעסק בעניינים פנים מדינתיים?**

למשל בנושא ריבונות – השליטה בריבונות של מדינה אחת על ידי מדינה אחרת הוא נושא מאוד מרכזי במשב"ל. הדרך הכי מובהקת להסתכל עליו הוא נושא של חסינות מדינות, הקשר המשפטי בין מדינות. מדינה שלא מתערבת במדינה אחרת לא תשפוט מדינה אחרת בבתי המשפט שלה.הגישה האבסולוטית הזאת הייתה נכונה עד תחילת שנות ה50-60 שאז התחילה להתגלגל התיאוריה שאומרת שהמקרים מסוימים נאפשר למדינה לשפוט מדינה אחרת. הסיבות שזה קרה הוא כל הנושא של קומוניזם והלאמה כללית למדינה. לכן אדם ספציפי שתובע בנק, תגיע המדינה שבה יושב הבנק ותגיד – הבנק שלי.   
סין היום – כל הבנקים בסין שייכים למדינה. ישראלי שרוצה לתבוע בנק סיני יצטרך לתבוע את סין והיא תגיד – חסינות ריבון. לאט לאט התפתחו כל מיני חריגים:  
1. **חריג עסקי** - התפתח שוק בינלאומי, הסכמים מסחריים בין מדינות לחברות חוץ מדינתיות שונות.   
2. **חוזה עבודה**3. **אירוע נזיקי**4. **זכויות ונכסים** (נכס מקרקעין בלבד)  
5. **קניין רוחני**6. **אוניות ומטען**7. **חריג מכוח הסכמה** – המדינה מסכימה על ויתור הזכות שלה.   
8. **ויתור על חסינות מכוח התנהגות** – עצם ההגעה של המדינה לביהמ"ש כדי לוותר על חסינות אינו נחשב ויתור על חסינות.  
החריגים מפרידים בין מעשה מדינה למעשה פרטי. אם מדינה עושה מעשה שיכול לעשות גם פרט, אין לה חסינות עליו. על פי **פס"ד אדלסון** (שגריר קנדה שלא שילם שכירות) פועלים לפי הכללים של משב"ל. הכללים הבינלאומיים אומרים – לא נסתכל על מטרת המעשה אלא על אופי הפעולה. בעבודה, המדינה היא מעסיק. אירוע דריסה - המדינה כמזיק והנדרס כניזוק. מדינת ישראל מחוקקת את חוק חסינויות למדינות זרות, שם יש סעיף שקובע שלמדינה זרה תהיה חסינות מפני סמכות השיפוט בבתי המשפט בישראל.  
המשב"ל יוצר הבדל מעניין בין חסינות דיונית – חסינות שהמדינה מקבלת במהלך הדיון, לבין חסינות באכיפה. זוהי חסינות כמעט מוחלטת. נכסים שהם נכסים דיפלומטיים או קונסולאריים אי אפשר לגעת בהם בעקבות הדין הדיפלומטי. שלב האכיפה – פס"ד שניתן בארה"ב קבע סכום מאוד גדול לזכות משפחה שתבעה פיצויים על מות הילדה בפיגוע איראני. אין אפשרות אכיפה לפס"ד כזה. נושא האכיפה הוא מאוד בעייתי – אי אפשר לעקל נכסים של מדינה אחרת, תיאורטית אפשר אבל זה יתחיל בזה וייגמר בדרדור מאוד חמור ביחסים הדיפלומטיים ואף מדינה לא חפצה בזה. אינטרס השוויון בין המדינות גובר על הכל. ברוב הפעמים, מדינות יפנו לפשרה ולא יגיעו לשלב של תביעה.

**מה קורה אם מישהו תובע אזרחית נציג של המדינה?**

זה קורה הון בארה"ב כיוון שיש חוק שמאפשר זאת. ארגונים יודעים שאי אפשר לתבוע מדינה, ואז מחכים שאדם מסוים יגיע לטריטוריה של המדינה ואז תובעים אותו (למשל דיכטר ויעלון שנתבעו על ידי השארים של סלאח שחאדה) . האם לאותו אדם מגיעה חסינות? בזמן עשיית המעשה, הוא חסה בחסינות המדינה, הוא היה בתפקיד של עובד מדינה. **פס"ד סמנטאר נ' יוסוף** שנידון בביהמ"ש העליון האמריקאי, התעסק בבכיר סומלי שהואשם בעינויים וטען שיש לתבוע את המדינה. ביהמ"ש קבע ששיש חסינות ריבון ויש חסינות פרטית שיוצא מתוכה. אותה חסינות פרטית - לא כל אחד זכאי לה, היא לא מוענקת באופן אוטומטי לכל אדם שמשרת בתפקיד של מדינה, יש לבחון את המקרה הספציפי.   
מה קורה עם מעמד כוחות צבא זרים – הסעיף בחוק הישראלי קובע, שיש לבדוק את ההסכם הקיים בין ישראל לבין מדינת הזר שפרע את החוק הישראלי ולפעול על פיו.

התפתחויות החריגים, באו לאורך זמן עם השתנות התקופות עם הזמן. הנושא בחם בנושא של חסינות ריבון הוא האם ליצור חריג חדש בנושא של עבירה על יוס קוגנס. הרבה מהתביעות נוגעות בעניינים שהתרחשו בWW2. תיק מפורסם בשם אלטמן התייחס לאישה מבוגרת שהגרמנים בתקופת המלחמה החרימו את אוסף האומנות של דודה. הוא נספה בשואה והיצירות שלו נמכרו למוזיאון אוסטרי בבעלות אוסטריה . בתערוכה מסוימת אוסטריה השאילה את התמונות לארה"ב, האחיינית הייתה בתערוכה והחליטה לתבוע את היצירות. האישה לא נענתה לא בבקשה ולא בתביעה של אוסטריה באוסטריה. הצעד הבא שלה הוא לתבוע את אוסטריה בארה"ב. תביעות שמתעסקות בנושאים של פשעי מלחמה. רוב הטענות שעולות בבתי המשפט בהקשרים הללו הן טענות שלא מתקבלות. עד שהנושא מגיע לICJ , הוא קובע שלא הוכח קיום של מנהג שמאפשר הכנסת חריג חדש לחסינות ריבון. מדינות מאוד לא אוהבות להישפט במקומות אחרים. החריגים נוצרו במעןי חוסר ברירה – אלו מקרים מובהקים שאי אפשר להשאיר את אותו אדם בלי פתרון. יש אינטרס משותף של כל המדינות, שכל אחת מהן יכולה למצוא את עצמה נשפטת במדינה אחרת.

בית הדין כמעט ולא מתעסק בשאלה האם קיים חסינות אבסולוטית או חסינות חלקית? הוא מצטט מפסיקה וחקיקה מועטים, ומסיים את הדיון. יש עשר מדינות בעולם שיש להן חקיקה בנושא. האמנה האירופאית על חסינות ריבון לא יצאה לפועל. האמנה של האו"ם בנושא מ2004 לא נכנסה לתוקף, נשארה הצהרתית. אם נביט בפסיקות בנושא, למשל בסין שעדיין מחזיקה בטענות של חסינות אבסולוטית (כי היא בד"כ הנתבעת, וכי היא מדינה קומוניסטית) מדינות שונות באפריקה לא ברורה עמדת המדינות. ביהמ"ש אומר: אי אפשר לכנות זאת מנהג, אין פרקטיקה כאשר מתרחקים מאותן 10 מדינות רלוונטיות.

מבחינת חשיבות המדינה במישור הבינלאומי יש לכך השפעה מכרעת – משב"ל נועד להסדיר יחסים בין מדינו. אך ניכר כי השוויון בין מדינות אינו מלא. יש ארגונים שאינם מדינות שיכולים לחתום על הסכמים ולהשפיע – לארגונים אין חריגים אז אולי שווה יותר להיות ארגון ממדינה? האם ריבונות מדינה הוא באמת רלוונטי? האם המשקל של המדינות נשאר אותו דבר או שמא נוצרים כל מיני קונסטלציות שבגללן אי אפשר להגדיר את המשב"ל כמשפט של מדינות? האם כבר אין משמעות למונח מדינה? ואם כך מדוע אנו מתעסקים כמעט רק בהגדרה של מדינות?

**שיעור 17.5.2012**

**זכויות אדם**

**מהם זכויות אדם? האם זכויות האדם במדינה אחת הן אותן זכויות אדם במדינה אחרת?**

אין הגדרה אחידה למה זה זכויות אדם. למרות היותן של אמנות אין הגדרה. יש ליבה מרכזית – כולם מסכימים שזכות לחיים היא זכות אדם. זכויות אדם מוגדרות כזכויות שמוענקות לכל אדם ולא יכולות להוות כלי למו"מ משפטי. הזכויות הן מחייבות באשר הן – כל אדם הוא אדם. אין הסכמה על ההיקף.

מבחינה היסטורית, מעניין למצוא שזה היה עניין פנימי. בנושא של זכויות אדם כל מדינה הייתה לעצמה. לא הייתה התערבות חיצונית. היום לא רק שהמשב"ל הגדיר את ז"א כמשהו שהוא חריג לריבונות האישית של המדינה, הקהילה המדיני רואה עצמה אחראית וחייבת להתערב ולבדוק שהתחום נאכף ונשמר במדינות העולם – יותר הזה, האמנות בנושא יוצר מצב שהן מאפשרות לפרטים ליצור זכויות לעצמם. למשל האמנה נגד עינויים מאשרת במנגנוניה לאדם לתבוע את המדינה בבתי המשפט שלה, על זכויותיו העולות מתוך האמנה. המון ממה שאנו מכירים ביוס קוגנס הן נושאים של זכויות אדם.   
יש מונח שנקרא: ERGA OMNES. יוס קוגנס מחייב את כל המדינות – מייצג כללים שאסור לסטות מהם משהו שהוא ERGA OMNES הוא מאפשר למדינות לפעול על פיו ומחייב גם מדינות שלא הסכימו לו. כל משהו שהוא יוס קוגנס הוא בהכרה ארגה אומנס – אך לא להפך. העובדה שמדינה חייבת לפעול בדרך מסויימת לא אומר שזה הופך את הדרך ליוס קוגנס:

**כיצד התפתח התחום?**

ההתפתחות העיקרית של זכויות אדם במשב"ל היה בעיקר בנושא של הגנה דיפלומטית. האזרחים שלי הם ריבונות שלי. הדאגה של המדינות התחילה בנושא של הגנה על זרים. אם פתאום בגרמניה יש אזרחים בריטים, אז המדינות לקחו על עצמן את האחריות על האזרחים שלהן שנמצאים במדינה אחרת. אם גרמניה פגעה באזרח בריטי, היא פגעה באינטרסים של בריטניה. נוצר משטר שנקרא משטר הגנה דיפלומטית.   
\*כשהיה פה השלטון התורכי, היו פה המון אזרחים של מדינות שונות. היה משטר קפיטולציות- אזרחים זרים הסתובבו על תעודות המעידות על כך, שהעניקו להן זכויות יתר. למשל אזרחים זרים לא גויסו לצבא התורכי, לא נדרשו מהם מיסים מסוימים. ככל שהמדינה יותר חזקה, ההגנה שלה על אזרחיה שבמדינות אחרות היא יותר גדולה.

תחום נוסף פה התפתחו זכויות האדם הוא המשפט ההומאניטארי, דיני הלחימה. מה האינטרס של מדינות לתת לאויבים שלהם זכויות?   
מיעוטים – לאחר WW1 מדינות מתפרקות ונוצרו לאומים שונים. הקהילה הבינלאומית רוצה להימנע מסכסוכים פנימיים ורוצה לתת להגנה למיעוטים. אלבניה המדינה החדשה קבעה שכל ילדי המדינה עליהם ללמוד בבתי הספר הציבוריים של המדינה. המיעוט הנוצרי התנגד – והקהילה הבינלאומית החליטה זכות השוויון משמעה גם לשמר את השוני.   
ז' עובדים – אלו דברים שעלו בטרם WW1 עם התפתחות התעשייה והדפוס וגם אחר כך. ככל שנונים כויות סוציאליות בעבודה קל יותר להתפתח להרחבת הזכויות מאוחר יותר.

האו"ם מוקם אחרי WW2 ואנו רואים תהליך לש מסוימות בתחום של זכויות אדם. ב1948 נכתבת מגילת האו"ם שמדרת על יעד בנושא של זכויות אדם: שוויון, הגדרה עצמית לעמים. היא מדברת בכלליות אך זכויות אדם כן מוגדרות כיעד שעל הקהילה הבינלאומית להתמודד עמו. ב1948 נוצרה הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם (על ידי רנה קאסין ואלינור רוזוולט) שמגדירה בכלליות את הזכויות אך עדיין לא נכנסת למחויבות של כל מדינה. היא באה בעקבות החלטה של העצרת הכללית של האו"ם שם נאמה רוזוולט. היו המון חילוקי דעות על תוקף ההכרזה הזו. היום אנו מתייחסים אליה כאל מגילת זכויות אדם – המקום הראשון שנפנה אליו בנושא. היא אפילו מגדירה זכות להיות בעל קניין – דבר שאינו טריוויאלי או מובן מאליו בהתחשב לתקופה דאז. אך חשוב לציין שההכרזה הזו כבר מתבססת על מגילת האו"ם. מתחיל תהליך של יצירת אמנות שמתעסקות בזכויות אדם באופן ספציפי. ב1948 – אמנה לאיסור רצח עם. ב1965 הכרזה על נושא של איסור אפליה. ב1966 האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. ב1966 על אמנה בזכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות. ב1979 האמנה נגד אפליית נשים. צריך תמיד לזכור מאיפה הם באו: ב1948 האמנה נגד רצח עם באה על רקע השואה. 1979 בנושא אפליית נשים, במדינות אירופה מתעורר בחוזקה הפמיניזם. ב1988 נכתבת האמנה נגד עינויים. ב1989 נכתבת האמנה בנושא זכויות הילד. ב1990 נחתמת אמנה בנושא מהגרי עבודה והגנה על משפחותיהם. אמנה בנושא איסור אפרטהייד. האמנות הן תמיד ריאקציה למה שקורה.

מגילת האו"ם לא מדברת באופן אופרטיבי על זכויות אדם, כמעט גם לא זכויות אדם ספציפיות, רק שוויון והגדרה עצמית. הכל כמובן יש לקח בקונטקסט ההיסטורי שהדברים נכתבים. המגילה מקנה את הזכות לדון בנושאים הללו ולפתח אותם. כל האמנות בסעיפים ההצהרתיים שלהן מתייחסות למגילה האו"ם. דבר נוסף שהמגילה עושה היא מגדירה את הנושא כתחום בינלאומי. מדינות שונות בדרום אמריקה בשנות ה50-60 היו טוענות שהן מעולם לא הסכימו להתערבות חיצונית בינלאומית בנושא של זכויות אדם והאו"ם היה עונה – הייתם אקטיביים ביצירת האמנות, בכך הבעתם הסכמה.

במשב"ל יש מה שנקרא זכויות דור 1 וזכויות דור 2. יש נטייה במשב"ל לחלק את זכויות האדם לשלושה דורות. זכויות מסוימות התפתחו על סמך זכויות אחרות.   
בדור הראשון הוא מגדיר זכויות אזרחיות ופוליטיות: חיים, חופש מעינויים, חופש ההתאחדות, הביטוי, כניסה ויציאה ממדינה, לנישואין, למשפחה . זכויות שמה שהמדינה צריכה לתת בהם זה לא להפריע. לתת לאדם לחיות את חייו – זכויות שליליות.  
הדור שני של הזכויות עניינו בזכויות חיוביות. המדינה צריכה לעשות פעולות אקטיביות כדי לקיים אותן – זכויות תרבויות, סוציאליות כלכליות.  
הדור השלישי הן זכויות קבוצתיות – אני כאדם גם חלק מקהילה, מקבוצה. יש לתת לי לממש את זכויותיי כקבוצה- זכויות ילידים, זכויות מיעוט, הויכוח בין רב תרבויות לזכויות אדם: האם יש לאפשר לקבוצה לעשות דבר שנוגד זכות אדם אחרת? הדור השלישי, הוא בעיקר זה שעדיין מדברים עליו ואין הסכמה בו הוא נחשב חדש ומתפתח – במושגים של משב"ל.   
המגילה מדברת על זכויות הן מהדור הראשון והן מהדור השני. שזה למעשה קצת מוציא את העוקץ מהדורות הללו. דור 1 ו-2 הם דורות מנושאים מאוד מערביים. באים על רקע גישות של "תנו לי את זכויותיי או תנו לי את מותי". מדינות מתפתחות היום, מדינות קומוניסטיות בעבר, אלו מדינות שהן הסכסוך בנושא מגיע ללב ליבם של זכויות מדור ראשון ושני.   
בארץ היו פס"ד בנושא מחירי אוטובוס, דיור, אגרת טלוויזיה, ביהמ"ש האמריקאי מדבר על הזכות לרפואה. לאזרחי המדינות ההתפתחות אין עניין בזכויות שכאלו. הם מתמקדים בזכיות דור ראשון כמו זכות לחיים.  
לאמנות יש ניסיון לקבוע שהזכויות הן אוניברסאליות ולא ניתן לשלול אותן.

ב1966 נכתבו שתי אמנות – אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (דור 1) ואמנה שנייה בדבר זכויות כלכליות תרבותיות סוציאליות (דור 2). הן נכתבו באותו זמן ונכנסו לתוקף באותו זמן. שתיהן יכלו להיות אמנה אחת. אם נקרא חלקים הצהרתיים שלהם – הן מאוד דומים. הסעיף הראשון ששתיהן מדברות הוא הגדרה עצמית. מדוע לא נכתבה אמנה אחת?  
האמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות היא הרבה יותר מחייבת לעמת האמנה השנייה, שהיא יותר כללית ופחות ספציפית, פחות מפרטת את מהות הזכויות עצמן. אבל זו לא הסיבה המרכזית. ב1966 המלחמה המקרה בשיאה. הגוש המערבי מאמין בערכים שאנו מאמינים היום, חירויות שליליות: עזבו את האדם לנפשו, אנו מחויבים לתת לאזרח את הזכויות לשנות את המדינה וסדריה. מצד שני עומד הגוש הקומוניסטי-סוציאליסטי (ברלין מחולקת, השתלטו על קובה, מלחמות ווייטנאם סין הופכת לקומוניסטית, מסך הברזל) שמאמין שחייבים לתת לאדם את הזכויות הבסיסיות לחיות. השלטון הקומוניסטי העניק באיזה שהיא קונסטלציה אוכל ועבודה וחינוך. הוא העניק רעיון מסוים של פוליטיקה. בשנות ה60 בנושא במבוי סתום מחלט. האמריקאים – זכויות פוליטיות. הקומוניסטים – זכויות סוציאליות. לא מתקיים דו שיח, ואין שום הסכמה. כך הוחלט לחבר את שתי האמנות במקביל.

האמנות הללו מייצרות מנגנון שמחייב מדינות ואומר מה מותר ומה אסור להם מקימות חובת דיווח. מוקמת וועדה של האו"ם שמחייבת דיווח של כל המדינות אליה. היא אוספת באופן אקטיבי מידע מארגונים שונים ופרטים שונים ומפעילה לחץ על המדינות עצמן. ישראל לא חוקקה את שתי האמנות הללו בחוק. פעם בארבע שנים יש חובת דיווח של כל מדינה לאותה וועדה. נכנסים לקרביים של כל מדינה בוועדות הללו.

האמנה לזכויות אזרחות ופוליטיות נקראת בקיצור הICCPR (international convention for civil political rights) האמנה מתחילה בהצהרה שהיא מבוססת על מגילה האו"ם וההכרזה. מתחילה בס' של הגדרה עצמית – זה הגיע על רקע תנועות שחרור לאומי ממנדטים מקולוניאליזם. הסעיף הראשון הוא לא פרטי אלא קבוצתי – אדם לא יכול להגדיר את עצמו. ס' 2 מדבר על מי שהאמנה חלה עליו – האמנה אומרת שהיא מחילה על כל האנשים בטריטוריה ושנמצאים בסמכות השיפוט של אותה טריטוריה. עולה שאלה- האם הם גם צריכים להיות בטריטוריה וגם כפופים?   
העמדה המוצהרת של מדינת ישראל היא שזכויות האדם לא חלות בשטחים – שם חלים דיני הכיבוש, כאשר דיני זכויות אדם הם הכללים. חל הדין המיוחד. זו אחת הביקורות הקשות ביותר שיש לאו"ם כלפי ישראל. ס' 3 מדבר על נושא של שוויון. ס' 4 הוא סעיף מעניין – ברגע שיש מצב חירום למדינה, יש זכויות שאפשר לסטות מהם. מה החשש? שינצלו את זה. האמנה קובעת שלא מספיק להכריז על מצב חרום במדינה – יש להצהיר על כך בפומבי ויש ליידע את המדינות החתומות על האמנה – יש לתת מכתב למזכ"ל האו"ם על המצב במדינה, מאילו זכויות סוטים ומה בדיוק משנים. האמנה קובעת שיש זכויות שלא משנה אם מדובר במצב חרום או לא אי אפשר לסטות מהם. ס' 6 מדבר על הזכות לחיים. ס' 7 – עינויים. ס' 8 – עבדות ושעבוד. ס' 11 – האיסור לאסור בן אדם בשל אי מילוי התחייבות חוזית. ס' 15 – האיסור לחוקק חקיקה פלילית רטרואקטיבית. ס' 18 – הזכות לחופש מחשבה, מצפון ודת. אין שום מצב חירום שיכול לאפשר למדינה לקחת את אחת מהזכויות הללו. בנוסף, אלו זכויות שהכי "מועדות לפורענות" במצב חרום של המדינה, הן לא קשורות למלחמה, הן בסיסיות, הן היו הכי חשובות באותן תקופה. מצב חרום הוא לאו דווקא מלחמה – מצב כלכלי ירוד למשל, מציאות של אסון טבע, מציאות של מגפה. אין הגדרה למצב חירום – לכן האו"ם מבקש מהמדינה להסביר מדוע היא הגיעה למסקנה שעליה להכריז על מצב חירום, מאיזה זכויות היא סוטה ואיך הסטייה מהזכויות הללו קשורה למצב החירום. גם בישראל – כמות הזכויות שאנו סוטים מהם במצב החירום של היום היא שונה ממצב שבו היינו במלחמה. הסטייה צריכה להתאים למציאות המצוקה הקיימת.

באמנה בדבר זכויות תרבותיות סוציאליות כלכליות: מתייחסים ליכולת הכלכלית של המדינה. מתעסקים בשיתוף פעולה בינלאומי. ההכרה הייתה ששיתוף פעולה ירים את המדינות המתפתחות מעלה. אך יש זכויות שהן כן חובה – למשל הזכות של אנשים להתאגד באיגודים מקצועיים, יכול להיות שזה לא דורש יותר מדיי כסף מהמדינה. יש פה הגנה יותר גדולה על נושא של משפחה. האמנה מדברת על ההכרה בזכות לחיים מינימאליים, הזכות לקבל תנאים מינימאליים בדיור אוכל וביגוד. השאלה מהם התנאים הללו היא שאלה פתוחה. האמנה מדברת למשל בנושא של חינוך, היא שעל המדינות לשאוף להגיע למצב שיש חינוך יסודי חינם וחובה – שאפתני יחסית ל1966 כשעד היום רוב המדינות לא מסוגלות לספק לכך. האמנות מציבות יעד. מדברות המון על נושא של שוויון. היא מחייבת מדינות לכבד את הזכות של הורים בכל הקשור לחינוך ילדיהם. מדובר המון על שיתוף פעולה ( בכל מיני נושאים, רפואה, חקלאות, מדע) בין מדינות ותרומה מאוד גדולה של המדינות המפותחות למדינות המתפתחות שטענו – זה נורא יפה שאתם מחייבים אותנו לשאוף לכך במצב של חוסר אמצעים. מדינה מחויבת לנסות לספק עבודה לאזרחיה. שיתוף הפעולה נועד לעזור למדינות להעניק את אותן זכויות.

דור שלישי הוא נושא של מיעוטים ורב תרבותיות, הוא דור מעניין ועדיין קיים. מהו מיעוט? האם יש הבדלים בין מיעוט ילידי לבין מיעוט מהגר? אילו זכויות מחויבים לתת להם? פרמטרים של שוויון – זכות למיעוט לשמור על זהותו בכל מיני אספקטים. אלו דברים מאוד עכשוויים. אמנה למהגרי עבודה – נמצאת במרכז השיח הבינלאומי בתחום של זכויות אדם. נושא מתפתח ומשתנה.

שיעור 24.5.2012

מנגנוני הגנה על זכויות

אמנות הם דבר מאוד יפה אבל אותו אדם שזכויות האדם שלו נפגעות – מה האמנה נותנת לו?

ניקח לדוגמא את האמנה על זכויות אזרחיות ופוליטיות – מאוד קשה לאכוף אותה. אם יש חוק שבמובהק פוגע באותה זכות או מפר אותה, למדינת ישראל אין מה לעשות. בג"ץ הרבה פעמים אומר – החוק נוגד את זכויות האדם. ישראל לא הייתה המדינה היחידה שחוקקה איסור קיום יחסים חד-מיניים, זהו דבר שנוגד גם את הפרטיות וגם את השוויון. יש לחפש מנגנונים בינלאומיים שייצרו מצב שהמדינות לא מחויבות רק בינן לבין עצמן ולא רק במישור ההצהרתי אלא שיהיה מנגנוני פיקוח שמודאים שהמדינה לא מפר את האמנה.

יש לושה סוגי פיקוח על אמנה:

1. הקבוצות הראשונות יש אותן בתוך האו"ם: מנגנוני אכיפה שנוצרו מאמנות. אלו מנגנונים יותר מקצועיים. יש כל מיני מנגנוני אכיפה שנוצרו באו"ם שהם לא בהכרח מנגנונים של אמנות. אלו ניסיונות של האו"ם בעקבות מגילת האו"ם בעקבות ההכרזה ליצור מנגנונים להגנה על זכויות אדם. בישראל קיימת המועצה לזכויות אדם.

3. מנגנוני שמירה על זכויות אדם אזוריים – למשל מועצת אירופה, ארגון המדינות הבין-אמריקאי, האיחוד האפריקאי. נוצרו ארגונים בינלאומיים אזוריים. האיחוד האירופי מצליח להזרים נושא של ז"א למדינות החברות בו אך הוא לא נוסד במנגנון לאכיפת ז"א, הוא נוסד כארגון כלכלי.

קיימות ארבע אמנות שבקונסטלציה כזו או אחרת יצרה ועדת מומחים שתפקידה לפקח על התנהגות המדינות מול האמנה. כל הוועדות הללו בעלות פיקוח מדינתי – מדינה מגישה דו"ח ומדברת בפניה והוועדה מתחקרת אותה. מה שמייחד את האמנות לאכיפה זה שהם יצרו מנגנון שמאפשר תלונות של יחידים לאותן וועדות כלפי המדינות.

* הRCCPR – האמנה לזכויות אזרחיות הוועדה היא ועדת זכויות אדם: HRC
* הCAT - האמנה נגד עינויים
* הCERD - האמנה לאפליה גזעית
* הCESAW - האמנה נגד אפליה נגד נשים

נתמקד בוועדה לזכויות אדם שעובדת מאחר והיא עובדת הכי הרבה. לאמנה לזכויות כלכליות תרבותיות אין מנגנון אכיפה – בניגוד לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות. ועדת ז"א מוקמת מתוך האמנה עצמה. האמנה מקימה את הועדה – מתוך האמנה יש יכולת פיקוח על האמנה עצמה רק בנושא של דו"ח וביקורת. אין לה יכולת בשלב הזה לקבל תמונות מאזרחים. הפרוטוקול השני לאמנה מייצג למעשה את המסגרת שדרכה יחידים יכולים להגיש תלונות לוועדה. אין מעמד ליחידים – האו"ם הוא ארגון למדינות מה פתאום שמדינה נותנת לארגון בינלאומי יכולת ממש להיכנס לקרביה? אם מישהו מתלונן לוועדה, הוא צריך להתלונן על דבר ספציפי שקרה לו, שנפגעה זכותו הפרטית, היא לא מטפלת בעניינים כלליים. אומנם הוועדה לז"א קבעה שלא מחויב המציאות הפגיעה התרחשה, אלא פגיעה שעלולה להתממש. היה מקרה של אדם שהגיש תלונה למדינה בעקבות חוק לאיסור יחסים הומוסקסואליים – את זה המדינה תקבל. היא לא תקבל אם אדם יגיד שאם הוא יעבור לגור במדינה מסוימת זכותו לפרטיות תיפגע. המקרים היחידים שבהם הוועדה אישרה שזה לא הנפגע הישיר הם מקרים שבהם הוכיחו שהנפגע הישיר לא יכול להגיש את הבקשה. גם אז המתלונן צריך להוכיח שיש לו קשר ספציפי עם האדם. היכולת להתלונן היא על כל הזכויות האמנה מלבד זכות אחת – זכות להגדרה עצמית. זכות להגדרה עצמית היא זכות קבוצתית – יחיד לא יכול לטעון שהיא נפגעת לו.

נשאלת השאלה לאיזה אמנה להגיש ומתי?  
מהבחינה הזו, ועדת ז"א קובעת שהיא לא תקבל תלונה שיש הליך מקביל (מבחינת זמנים, יש לחכות שהליך יסתיים בוועדה אחת על מנת לפתוח הליך דומה בוועדה אחרת). האמנה לאפליה גזעית כן מאפשרת לקבל הליך במקביל. האמנה נגד אפליה גזעית היא היחידה שמאפשרת פנייה של קבוצות. אבל גם הוועדה הזאת לא מאפשרת לארגונים לתבוע בשם – אלא צריכה להיות קבוצת אנשים שנפגעו ספציפית. אדם שפונה צריך לחשוב לאן לפנות. הועדה נ' עינויים יכולה לפתוח בחקירה גם בלי תלונה. במקרה שקבילה מספיק עובדות על כך שבמדינה מסוימת יש עינויים – היא יכולה להתחיל חקירה בסיפור גם ללא תלונה ספציפית. בתיאוריה – הועדות לא מחויבות לתקדימים למעשה בית דין, בפועל הן כן פועלות לפי זה. יש לזכור שהזכויות מוגדרות אחרת בכל אמנה. המנגנונים המשפטיים לזכויות אדם הם לא סוף פסוק והם לא השחקן היחידי במגרש. כל הנושא של ארגונים בינלאומיים, תקשורת, עיתונות. מערכות אזוריות יש להן הבה יותר שיניים והמדינות הרבה יותר מחויבות להם. לכאורה ההחלטות לא מחייבות. יש מעט מאוד מקרים שמדינה שמלכתחילה התנדבה שיחידים יוכלו לגשת ולהתלונן עליה בוועדות הללו – לא מיישמות את הפסקים. מועצת השרים – מועצת שרי החוץ של המדינות החברות שהן אמורות ליישם את ההחלטות של אותו בית משפט, ובית המשפט מסתכל על החלטות של ארגונים אחרים. הועדות הן לא הדבר הכי אפקטיבי בעולם – התהליך הוא מאוד ארוך, יש הרבה מאוד מקומות שהמדינה מוזמנת להגיב, זה היה הליך ארוך גם במימדים של בתי משפט, ובטח בתי משפט בינלאומיים. בסוף בסוף אין להם יכולת אכיפה מחייבת. הוועדות הן חשובות והן ייצרו משהו מאוד ראשוני וחשוב שהוביל להרבה תהליכים אחרים. עד היום הוועדה לזכויות אדם טיפלה במספר בודד (אלפים) של תלונות. כשאנו מדברים על בית הדין האזורי לזכויות אדם באירופה מדובר בעשרות אלפים של תיקים בשנה. ישראל חתומה על כל האמנות מלבד בפרוטוקול השני של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות שמאפשר פנייה יחידנית לועדת לז"א.

המנגנונים השניים הם מנגנונים פוליטיים שהאו"ם מייצר". המנגנונים הלו הם מעניינים, הם ייחודיים. יש לנסות לראות אותם מחוץ לנקודת המבט הישראלית שיש לה בעיות עם הארגונים הללו והם גם כן שמים את ישראל על הכוונת. כיוון שהם פולטים ומנוהלים כך, שהם מנוהלים בצורה רוב – ויש רוב אוטומאטי ערבי מוסלמי, מאוד קל לפעול נגד ישראל. מול מדינות אחרת זה יותר קשה כי האינטרסים הם לא אותם אינטרסים.  
היום קיימת נציבת זכויות האדם שלה יש דווחים – אלו אנשים שממונים לתקופה מסוימת או לנושא מסוים. ההמלצות שלהם מגיעות בסופו ל דבר לעצרת הכללית, יכולות להיות כל מיני המלצות, גינויים. זה יכול להיות דווח למדינה מסוימת – אם יודעים שבמדינה מסוימת קורה משהו. יש דווח לפליטים הלבנונים והסוריים בישראל, יש דווח לרמת הגולן, יש דווח לשטחים הפלסטינים. ג'ון דוגארט הוא הדווח לשטחים הפלסטינים והוא היה מוכר כאדם מאוד אנטישמי. מדינה יכולה למנוע כניסה של דווח לשטח שלה. צריך להבדיל בין הארגונים הפוליטיים של האו"ם שהוגדרו פוליטיים מלכתחילה והאינטרסים שיילקחו בחשבון יהיו אינטרסים פוליטיים מדינתיים.

מבחינת ארגנים פוליטים יש נציבות זכויות אדם, לאו"ם י סוכיונות סמך – ארגונים שכל אחד מתעסק בתחום שלו ויש לו איזה שהיא נגיעה לזכויות אדם (אונס"קו למשל, הבנק העולמי).

עבודת מזכ"ל האו"ם מושפעת מאוד מהאדם שעומד בראשו מהאג'נדות. מכול הגופים העולמיים הוא הכי פחות פוליטים. בסיפור המשט מועצת ז"א הקימה ועדת בדיקה (ישראל לא הסכימה לשתף פעולה). אחרי המשט המזכ"ל הציעה להים וועדה שתהיה תחתיו (נציג ישראלי, נציג תורכי ושני נציגים שהצדדים יסכימו עליהם) – ועדת פלמר. ועדת פלמר כן הייה מושפעת פוליטית אך התנהל דיון משפטי מאוד מעמיק בעניין. ישראל מאוחר יותר דיי נופפה בוועדה, היא אימצה את החלטות הוועדה. התוצאות של וועדת פלמר היו שונות מהמסקנות של ועדת ז"א. המזכ"ל עצמו כאישיות הוא מאוד משפיע גם על איך הארגון כולו עובד וגם על הפוקוס שהארגון נותן לכל מיני דברים. מצד שני זה לא חף מפוליטיקה. גם למזכ"ל האו"ם יש שליחים באזורים שונים או כל מיני אזורי סכסוך. בסופו של דבר הסוגיות שמגיעות לשולחן האו"ם הן אכן סוגיות שצריכות להטריד את העולם כולו. הארגונים מחפשים לא סתם לקבל החלטות אלא עושים דיונים משפטיים מעמיקים. הנושאים של זכויות אדם כן הופכים להיות יותר בפוקוס.

המקום המעניין ביותר של הגנה על ז"א הם המנגנונים האזוריים – מהסיבה הפשוטה שהאו"ם הוא בסופו של דבר לא גורם משפטי, לא מנגנון משפטי.

בית המשפט האירופי לזכויות אדם זהו לא בית המשפט של האיחוד. יש איחוד אירופאי שכולל היום מעל 20 מדונות ויש את מועצת אירופה. מועצת אירופה הוא ארגון שהוקם בשנות ה50 – והיום חברות בו כל מדינות אירופה מלבד בלארוס (כולל מדינות שלא חברות באו"ם). מועצת אירופה הוא מנגנון לשיתוף פעולה אירופאי בכל מיני תחומים (מרוץ לחלל למשל, מלחמה בסייבר). מבחינת משב"ל לגוף הזה יש את בית המשפט האירופאי לזכויות אדם – היו הוא נחשב לגוף הכי אקטיביסטי בנושא של זכויות אדם. המנדט שלו היא אמנה אירופה לזכויות אדם. ביהמ"ש התחיל כבית משפט בין מדינות. ביחד איתו הוקמה הוועדה האירופאית לזכויות אדם שהייתה יכולה לקבל תלונות ולהגיש אותם (כשלא יכלה לפתור בעצמה) לבית הדין. היא היית מחויבת לשורה של אופציות קודם –בוררות עם המדינה, לקחת את התיקים העיקריים, אבל לאדם כפרט לא הייתה גישה ישירה לביהמ"ש – רק דרך וועדה, או אם מדינה מרימה את הזכות שלו לוועדה אחרת. בשלב מסוים המדינות חותמות על פרוטוקול שמאפשר ליחידים לתבוע את זכויותיהם בביהמ"ש האירופאי. ביהמ"ש עובד בשתי ערכאות- ערכאה ראשונה של שלושה שופטים וערכאה שנייה של שבעה שופטים. בכל אחת מן הערכאות יש שופטים מכל מדינה. הם פועלים ככל בית משפט – מזכיר מאוד את בג"ץ אצלנו. מה שמעניין הוא שכמו היום גם אז המדינות תהיו מחויבות לפסקי הדין, מחויבות לקיים אותו. אין לו למעשה מנגנון אכיפה- המנגנון הוא מועצת השרים שאחראית על אכיפה של פסקי הדין. מועצת השרים אמונה על אכיפה של פסקי הדין- היא יכולה להגיע לסנקציות ואמורה לחייב את המדינות לקיים את הפס"דים. היום רוב המדינות אם לא כולן, מקיימות את פסקי הדין. מה שמיוחד גם בבית הדין הזה, וגם בבית הדין האמריקאי זה שבית המשפט התחיל מסעדים הצהרתיים. היום קשת הסעדים שהוא נותן היא קשת סעדים מאוד רחבה – החל מחיוב לשנות חוק, מחיוב לחקור, סעד כספי, סעדים של הקמת מלגה ע"ש נרצח מסוים למשל. כיוון שהוא לא אוהב לתת סעדים כספיים – הוא עושה את זה למרות זאת – היכולת שלו לתת סעדים יצירתיים היא מאוד גדולה. ביה"ד מוצא עצמו הרבה פעמים מתאים את הסעד לפגיעה. יש לו מנגנון אכיפה ל עצמו שהוא סוג של מנגנון פיקוח –אם מדינה לא יישמה את הפס"ד תוך תקופה מסוימת, אפשר לחזור לביהמ"ש. כלומר הוא ממשיך לפקח. מדינה מדווחת לביהמ"ש ולמועצת השרים איך היא יישמה את ההחלטה בפועל. ביהמ"ש דורש מיצוי הליכים – הוא דורש שתעבור את כל הערכאות במדינה ושתוכיח שהתשובות שניתנו לך הן לא מספקות, הן לא חוקיות. בהקשר הזה כן יש מעשה בית דין – אם הגעת לסוף המערכת אז הגעת לסוף המערכת.

אף אחד לא הכריח את המדינות להסכים שיהיה בית משפט עליון עליהם. לכן זה לא טריוויאלי. המנגנון האזורי הוא יותר מותאם לאזור ויותר קל לפתח אותו. כיוון שכל הארגונים האלו התחילו מנושא של וועדה – הייתה פה חוכמה שיפוטית – הם לא היו לוקחים תיק שביהמ"ש היה פוסל כנגד המדינה. ביהמ"ש לאט לאט קנה את סמכותו עד שלבסוף ניתנה לו הסמכות לדון ביחידים. הגופים של האו"ם הם לא גופים משפטיים בניגוד לגופים האזוריים. כיוון שהיום בית הדין כל כך מקובל ויודע את מעמדו הוא מרשה לעצמו גם להיות יותר אקטיביסטים. הוא מרשה לעצמו לפסוק נגד מדינות גם במקרים שיכול להיות שבית הדין אחר היה מתנדנד.

אחד הפס"דים הראשוניים בז"א נידון בנושא של עינויים. לבריטים היו שיטות חקירה – היו מעמידים שעות על הקיר – מוזיקה רועשת – שק על הראש, כמות אוכל אפשר לתת. בית הדין האירופי קבע שהשיטות הללו לא נחשבות עינויים. זה היה אחד הביסוסים שישראל הביאה בדיון על העינויים בבג"ץ.

שיעור 31.5.2012

משפט בינלאומי פלילי

כל הרעיון של משב"ל פלילי מהווה חריגה מהתפיסה המקובלת של משפט בינלאומי. משב"ל הו משהו בין מדינות וכל החובות הן בין מדינות והן יוצרות את הסדר העולמי יחידים רק הרוויחו מההסדר. פתאום יש לנו סיטואציה שמילים אחריות פלילית מלאה על יחידים, גם כשאותם יחידים הם פועלים בשם המדינה, אורגן של המדינה. כשאנו מדברים על פשעי מלחמה זה פשעים שאנו מכירים אותם מהדין הפנימי. יש מי שיאמר שאתה מפקיע את האחריות מהמדינה. יש מי שיגיד שמשב"ל הוא לא חריג אלא משלים. זו תפיסה שתחילה בנירנברג – הפעם כמעט בראשונה שנוצר קונפליקט בין מדינה לבין משפט פלילי של יחיד – פשעים בינלאומיים נעשים על ידי יחידים ולא על ידי ישויות ערטילאיות. משב"ל פלילי משלים את החורים שמדינה לא מצליחה להשלים. המדינה לא תיקח על עצמה אחריות. גרמניה היא הדוגמא הכי טובה. אי אפשר להכני מדינה לכלא, אפשר להכניס את האורגנים שגרמו לעוולות. יש בעיה בניין של טענות, חסינות. משב"ל מוציא מהספקטרום כוחות של צבא.

בד"כ מדינות לא מסכימות לקבל על עצמן אחריות. אנחנו מצמצמים את המקרים לאותם מקרים שהם הקהיל הבינלאומית נפגעת בעצמה. אנחנו מנתקים את הסיטואציה מאחריות שהיא קיימת ורלוונטית אבל אותו אדם שביצע את הפשעים נחשב לאויב העולם כולו. כאשר מדובר בפשעים כל כך חמורים וכל כך קשים שהקהילה הבינלאומית רואה עצמה קורבן ואז פורצים את השריון המדינתי ומנסים למצוא אשמים.

המשב"ל התפתח במאה ה17 עקב בעיות פיראטים וכו'. הרציונאל היה תועלתני כאשר ניסו למנוע סחר בינלאומי בעבדים.  
מבחינת סחר בעבדים ההבנה הייתה שמדינות שמקבלים את העבדים לא ישפטו על סחר בעבדים. אחרי מחלה"ע ה ראשונה רצו להעמיד לדין את הקיסר הגרמני ורעיון זה לא צלח. מלחמה"ע מהווה קו פרשת מים בנושא של משפט בינלאומי. זה פעם ראשונה שהעולם מקים בית דין בינלאומי כדי לשפוט אנשי ממשל בכירים. ממשפט נירנברג ועד משפט טוקיו הגנרלים, אנשי צבא בכירים, שרים בכירים וזה לא היה קיים קודם. (משפט נירנברג זה משפט 19 המפורסם שם החליטו לשפוט את 19 הבכירים, מדינות הברית החליטו שכל אחת תשפוט את הפושעים שנמצאים בשטחו.

משפטי נירנברג הכוונה לסדרים של משפטים כנגד בכירים מהשלטון הנאצי. שם בפעם הראשונות יצקו תוכן לעבירות פליליות בינלאומיות כמו פשעי םנגד האנושות ופשעי מלחמה. פשעים נגד השלום כלל תוקפנות. פשעים נגד האנושות נותקו מהקונטקסט של מלחמה. הייתה טענה שלשואה לא היה קשר לסכסוך המזוין. נירנברג יצרה באיזה שהוא מקום מחדש אך השתמשה במונחים שיסודותיהם נקבעו קודם לכן. אחרת הייתה בעיה של רטרואקטיביות עם האשמה של הנאשמים.  
אמנה של רצח עם ואמנות ז'נבה ב1949 מייצרות חובות לשפוט אנשים.  
אנחנו נכנסים למצב של מלחמה קרה וגם ההתפתחות במשב"ל מוקפאת. אחרי המלחמה הקרה מתרחשים סדרה של רצי עם – יגוסלביה, רואנדה, סיירה לאון. שם מתחיל לפעול הנושא של משב"ל פלילי. עולות כל הזמן טענות האם ההחלה של משב"ל פלילי היא לא תלויה הקשר ותלוית פוליטיקה. אבל בניתוח העבירות מכניסים תוכן להגדרות שהיו קיימות תמיד אך כעת בהקשרים בינלאומיים.  
1998 – מו"מ על הקמת הICC.   
2002 – בית הין מתחיל לפעול חוקת רומא היא המסמך הכי עדכני שמגדיר מהוא משב"ל פלילי.

כל בית דין, כל מדינה שמפילה סמכות אוניברסאלית – יש חילוקי דעות על דברים עקרוניים מה נכנס לפשעים נגד מלחמה, נגד אנושות, מה עם טרור. יש ויכוחים קבועים על משמעות המשב"ל פלילי.

מה זה בעצם פשעי מלחמה? פשעים נגד האנושות?

פשעי מלחמה – עיקר הנושא של פשעי מלחמה נקלח מאמנות ז'נבה שקובעות שהפרות משמעותיות שלהן מהוות פשע מלחמה. מה הבעיה עם ההגדרה הזאת? מה זה משמעותיות. בתי דין שדיברו על זה הגדירו שמדובר כנראה בסעיפים מז'נבה או מהפרוטוקולים שהפכו להיות מנהגיים. וחוץ מזה אמנות ז'נבה עצמן מציינות בתוכן מהי הפרה משמעותיות + דברים נוספים שיוגרו על ידי הקהילה הבינלאומית כהפרה.  
פשעי מלחמה חייבים להיות קשורים לסכסוך חמוש. אפשר להחיל אותו גם על סכסוך שהוא לא בינלאומי. סכסוך יכול להית בינלאומי אם הוא חוצה גבולות גם אם הוא בין מדינה לכוחות מזוינים אחרים (הסכסוך הישראלי פלסטיני – ישראל מגדירה כבר שנים את הסכסוך כבינלאומי מכל מיני סיבות). לא מספיק שזה דיכוי של מהומות או דיכוי של בעיה פלילית אלא יש צורך בסכסוך חמוש.

כשאנו מסתכלים על אמנות ז'נבה גם הן מגדירות לנו חמישה נושאים של מה זה פשעי מלחמה:

1. פשעים נגד מוגנים - המשחק הוא חיילים מול חיילים ויש אוכלוסיות שהן מחוץ למשחק: אזרחים, שבויים. בניינים גם חן.
2. שיטות לוחמה אסורות – כל הנושא של שימוש באזרחים, שימוש בהגנות שהמשב"ל נותן כדי לשטות באויב.
3. אמצעי לחימה אסורים – גזים מסוימים, כדורים שמתרחבים בגוף הם אסורים.
4. הגנה מיוחדת – מתקני דת, רפואה, תרבות.
5. שימוש בלתי חוקי בסמלים – למשל ירי לאחר שימוש בדגל לבן, או"ם.

היסוד הנשי בפשעי מלחמה וכל הנושא של פשעים בינלאומיים זה לרוב כוונה. כאשר מדובר בתוצאה – כוונה להתגשמות התוצאה או לפחות מודעות שזה ההשתלשלות טבעית של מה שיקרה. נעשה שימוש ביסוד הנפשי הרבה פעמים כטענות הגנה. ברוב הפעמים למשל מדינת ישראל לא הכחישה את הפגיעה והוויכוח היה על היסוד הנפשי.

פשעים נגד האנושות

ההגדרה היא יותר מעלה שאלות. מדובר במשהו שיכול לקרות גם במלחמה וגם בשלום. מדובר בהתקפה רחבת היקף וסיסטמטית נגד אוכלוסייה אזרחית. לכאורה פטרנו את הבעיה – יש רשימה של עבירות בICC. אחת העבירות היא עבירה של מעשים בלתי אנושיים. כאן נוצרת רשימה פתוחה.

רצח עם

הבסיס הוא שפועלים מול קבוצה – זה או הריגת הקבוצה או יצירת נזק גופני או נפשי לקבוצה. קביעת תנאי חיים שמטרתם להשמיד את הקבוצה. מניעת המשכיות של הקבוצה למשל הICC קובע שרצח עם הוא גם העברה של ילדי העם מקבוצה אחת לקבוצה אחרת.   
עולות כמה שאלות: מה זו קבוצה? כמה השמדה צריכה להיות עד שזה יהיה רצח עם?  
היסוד הנפשי דורש כוונה להשמיד, שזה רף מאוד גבוה. כיוון שהיסוד הנפשי הוא כל כך משמעותי כנראה שצריך הוכחה מאוד גדולה של יסוד נפשי – תוכנית מגובשת. ככל שהקבוצה האתנית היא יותר גדולה כך היסוד הנפשי שיידרש יהיה בהיקף יותר קטן.  
איך נגדיר קבוצה?  
הפשע הזה מבוסס על קבוצה. פסקי הדין מדברים על קבוצה יציבה . קבוצה יציבה היא לא רעיון אובייקטיבי – הקבוצה צריכה לתפוס את עצמה כקבוצה. הרעיון של היציבות דורשת שהגדרת הקבוצה לא תהיה פלואידית, משתנה. מצד אחד זה לא יכול להיות משתנה ומצד שני זה לא יכול להיות קבוצה שאתה נולד אליה ואין לך ברירה. נושא של מין הוא שנוי במחלוקת. האם טיהור אתני הוא רצח עם?   
הפסיקה מכוונת לכך שלא תמיד נוכל אנו להגדיר את הקבוצה אלא שהקבוצה תגדיר את עצמה כקבוצה.

השמדת עם אפשר לראות. היא לא משהו שמגיע מרגע לרגע. כל רוצח יאפיין קודם את הקבוצה שהוא רוצה להשמיד וזה חלק מקדמי שקיים. ברואנדה היה מקרה שבו ראש רשות השידור של הממשלה במדינה הורשע בסיוע לרצח עם. בשידור התעמולה נגד הטוצי היווה תשתית להתהוות התוכנית לרצח עם.

תוקפנות

ב1974 האו"ם מגדיר תוקפנות – פגיעה בריבונות, בטריטוריה, בעצמאות הפוליטית של מדינה אחרת . בנירנברג הורשעו בגין העבירה הזו אך מאז זה נעלם. הICC מכניס את זה לתוך חוקת רומא אך לא מגדיר מה זו תוקפנות. היום כבר יש דיבורים על הגדרה של תוקפנות ומתי זה ייכנס לתורף, היום בית הדין לא יכול לשפוט על תוקפנות. זאת העבירה הכי פוליטית מכל העבירות. תמיד עולות שאלות מי התוקפן מי הקורבן מי מגדיר שהייתה פה תוקפנות. זו העבירה היחידה שתמיד כתוב שהיא כנגד מי שהיה יכול לקבל את ההחלטה הפוליטית מדינית בנושא. תוקפנות כי כנגד הדרג המדיני, מקבל ההחלטות.

טרור

נושא מעניין, כל הכתיבה מגדירה אותה כפשע בינלאומי. כשמסתכלים על אמנות שמדברות על טרור- אומרים שזהו מעשה אלימות שנועד לגרום נזק או הרג שיש לו כוונה לזרוע פחד או בהלה בציבור עם בסיס לאידיאולוגיה לכו'.. לאמנות אין בסיס משותף להגדרה של טרור. האמנות אומרות – המעשים והפעולות הבאות ייחשבו כמעשי טרור. הוא הרבה פחות קוהרנטי ופחות מוגדר. גם הנושא של דרך לשפוט – אחרת מאמנות לטרור. האמנות לטרור מגדירות את החובה לשפוט או להסגיר טרוריסטים. המדינה שהאדם נמצא אצלה חייבת או לשפוט אותו או להסגיר אותו. בעשותה זאת היא יכולה לבחור לאן היא מסגירה אותו. היא יכולה לבחור האם מלכה תחילה להסגיר או לשפוט אותו אצלה.

הגנות במשפט הפלילי

הרבה מההגנות שאנו מוצאים במשפט הפלילי הפנימי לא מתקיימות המשב"ל פלילי. כל הנושא של כורח – "קיבלתי פקודות" – אין הגנה כזאת. השאלה היא מה עם הגנות אחרות – האם הגנה עצמית יכולה להיות הגנה, כפייה. הגנות מהמשב"ל שלא בטוח שבאות לידי ביטוי. למשל חסינויות. המשב"ל מגדיר מספר תפקידים – כל עוד אדם בתפקיד מסוים א"א לשפוט אותו.

מעשה מדינה

מאוד מקובל במשפט הנזיקי האזרחי ולא קיים במשפט הפלילי . יש כל מיני כותבים שרוצים להכניס אותו גם פה. העניין הוא שמדינה נכנסת בנעליו של נאשם אזרחי ומצהירה שהיה אורגן שלה . הבעיה במשפט פלילי היא שמתבטל ההליך הפלילי וחוזרים לשאלה של הליך מדינה.  
חסינות נוספת שלכאורה קיימת היא חסינות פונקציונאלית – האדם אומר לא פעלת כX אלא פעלתי כרמטכ"ל הצבא. הייתי חסין כי התפקיד מגן עליי. עינויים למשל.

שיעור 7.6.12

סמכות שיפוט אוניברסאלית –

אזרחית, טריטוריאלית, טריטוריאלי מורחב – בין פרסונאלי לטריטוריאלי. מתחלק לאקטיבי (אזרח המדינה תוקף ) פאסיבי (אזרח המדינה מותקף). מה שמשפיע על המדינה שלי – לבנוני מזייף קלים בלבנון. סמכות שילוחית – מדינה מעמידה לדין אזרח זר על עבירה במדינה זרה.

סש"ה – לא קשור לאזרחי, פאסיבי אקטיבי, או טריטוריאלי.

סמכות אכיפתית, חוקתית שיפוטית.

יש מיתוס שהסמכות הזאת קרמה עור וגידים מאות שנים אחורה במקרה של פיראטים.

ב1927 הלוטוס קייס – מדינה יכולה להעמיד לדין מי שהיא רוצה כל עוד אין כלל שאוסר.

אמצעי אחרון – אם אי אפשר לההשתמש בשום סמכות אחרת, נשתמש בה.

מדינה עוה את זה בנציגות של הקהילה הבינלאומית – מקרה אייכמן.

היכן בישאל יש סמכות שיפוט אוניברסאלית  
חוק עשיית דין הנאצים ועוזריהם  
פקודת סמים מסוכנים  
פיראטים - ס' 179 לחוק העונשין  
פשע השמדת עם  
חוק הטייס – השתלטות על מטוס מאפשר סש"ה  
ס' 16 לחוק העונשין

נוכחות העבריין הופכת לאט לאט להיות תנאי לסש"ה.

שימוש בכוח- שיעור 14.6.2012

האם כל זכויות האדם שחלות במצב של שלום חלות גם במצב של מלחמה?

מבחינת המשפט הבינלאומי ברגע שמדינה עושה שימוש בכוח היא עוברת ממצב של שלום למצב של מלחמה. במלחה"ע השנייה היטלר פלש לפולין, במלחמת העצמאות כל ארצות ערב פלשו לישראל. במלחמת ששת הימים ישראל הפציצה את שדות התעופה של ירדן. במלחמת עירק הראשונה התחילה בפלישה של עירק לכווית בגלל עתודות נפט.

נשאלת שאלה – מהו שימוש בכוח?

עד לתקופה מאוחרת מלחמה הייתה כלי לגיטימי בין מדינות לפתור סכסוכים. מצב של שלום נקראה בשפה הבינלאומיתJus ad ballum . מצב של מלחמה נקרא Jus in bellum. הקו המפריד נקרא שימוש בכוח. היום לא משנה איך נכנסו למלחמה, החובה לקיים את דיני הלחימה מנותק ממצב שהביא לכניסה למלחמה.

בתקופה שבין שתי מלחמות עולם המצב השתנה. WW1 יוצרת שבר גדול בעולם, הרס טוטאלי, המון הרוגים, השנה 1928 שבא מגיעים שני שרי חוץ – קלוג ובריאן ואומרים שמלחמה כזאת לא תקרה שוב. אנחנו נחתום על אמנה שאוסרת על השימוש בכוח, מעכשיו ואילך השימוש בכוח הוא כלי בלתי לגיטימי ביחסים הבינלאומיים. אלימות זה לא פתרון. האמנה לימים התפתחה לאיסור במשב"ל שיכול להטיל אחריות פלילית אישית. שימוש בלתי לגיטימי בכוח מהווה תוקפנות.   
היכן מתבטאת האחריות האישית? אחרי ww2 במשפטי נירנברג, אחד סעיפי האישום היה תוקפנות. משפט נירנברג התבסס על אמנת קלוג-בריאן וקבע שניהול המדיניות של המדינה הנאצית לצאת למלחמה היה בלתי חוקי.

מגילת האו"ם שנוצרה מהטראומה של ww2 והיא מתייחסת לאיסור לשימוש בכוח. סעיף 2.4 – לא אומר שמלחמה זה לא חוקי, אך מציב איסורים: אסור שימוש בכוח, אסור באיום בשימוש בכוח (נשארת השאלה בעניין הפסק על נשק גרעיני של הICJ אומר ששימוש בנשק גרעיני כהרתעה זה לא אומר שימוש בכוח). הסעיף הזה לא רק מנהגי הוא גם נחשב Jus cogens.

האם באמת תמיד אסור להשתמש בכוח?   
סעיף 51 למגילת האו"ם אומר – שמדינה זכאית להגנה עצמאית. הסעיף מונה כך: זכות טבעית להגנה עצמית עצמאית או קולקטיבית שעה שהתקפה מזוינת מתרחשת....מועצת הביטחון.  
המשך התנאים בסעיף 2.4 למגילת האו"ם – שלמות טריטוריה, עצמאות פוליטית, או דרך שלא מתאימה ליעדי האומות המאוחדים.  
זכות טבעית- יש למדינה שגוברת על כל איסור אחר של האו"ם. זכות אינהרנטית. כיוון שהאיסורים במגילת האו"ם הם משהו שמדינה לקחה על עצמה אז הזכות הטבעית גוברת. האופן שבא ניתן לממש את הזכות תלויה בדיני הלחימה. גם לזכות להגנה עצמית יש סייגים. יש פרופורציונאליות – אם מישהו רוצה לחתוך לי ציפורן אני לא יכול לירות בו.  
התקפה מזוינת – מה המשמעות? מה הנקודה שבה כבר אפשר לכנות את הפעולות התקפה מזוינת? התקפה מזוינת תכלול גם התקפה באמצעים אלקטרונים. חרם או סנקציות זה לא שימוש בכוח. לגבי נקודת התחלת ההתקפה היא בשיגור הטיל. מה קורה כשאנחנו מדברים על טרור? המלחמות הם לא תמיד מסודרות. ארה"ב הכריזה מלחמה על הטרור. פס"ד ניקר גאווה קובע שכל עוד הכוחות הבלתי מסודרים נתמכים על ידי מדינה (איראן-חיזבאללה למשל) זה נחשב שימוש בכוח. הבעיה היא שהנטל לאבחן אם מדובר בהתקפה מזוינת מוטל על אותה מדינה שתטען אחר כך הגנה עצמית.   
ב1993 האמריקאים תקפו את מטה המודיעין העיראקי בטענה שהעיראקים תומכים בפעולות טרור,ובעצם יש לה הגנה עצמית נגד מדינות שמסייעות לטרור. דוגמה נוספת היא ה11 בספטמבר. מועצת הביטחון הוציאה הודעה שפעולות הטרור הם סכנות לשלום ולביטחון העולם. יש החלטה דומה של מועצת הביטחון בנוגע להתקפות של החיזבאללה נגד ישראל. ישראל הגנה על עצמה מאחר והיא הייתה שרויה תחת מטח טילים של החיזבאללה . ישראל לא צריכה את האישור של מועצת הביטחון אבל האישור שלה תורם להסכמה הבינלאומית למלחמה. חופי סומליה הודיעה למדינות שהיא מאשרת בתוך השטח שלה להגן עליהם תוך שימוש כוח מפני הפיראטים.

הגנה עצמית- הנושא של הגנה עצמית היה שם לפני האו"ם. מדוע זה חשוב? התקדים של הגנה עצמית, של עד כמה אפשר למתוח הגנה עצמית, כמה צריך מיידיות, נקבע בהלכת קרולין (בתחילת המאה ה19 הקנדים מרדו בבריטים. הבריטים הפעילו אוניה אמריקאית ששטה לקנדה, וסיפקה לקנדים אוכל ונשק וכו'. הבריטים הציתו שרפה באוניה ודרדרו אותה במפלי הניאגרה. האמריקאים הגישו תלונה לבריטים והם ענו שזה הגנה עצמית). בהלכה נקבע שהגנה עצמית תיעשה שעה שמולאו תנאי הצורך – חיוני מכריע ומידתי, השימוש בכוח יהיה חוקי גם אם הוא סביר ומידתי.  
מידתית – במקרה של עופרת יצוקה, ישראל טענה שזה הגנה עצמית, האם הזכות להגנה עצמית היא על הירי רקטות במכלול? או על ירי רקטה? בסופו של דבר נסגור את זה לפי המקרה.  
מיידית – מה קורה אם אני יודעת שמחר בבוקר הולכים לירות עליי טיל? במגילת האו"ם אין התייחסות לנקודה הזו. יש החלטת עצרת שמגדירה מה זה תוקפנות- החלטה שקובעת שבן אדם לא יהיה תוקפן אם עשה הגנה עצמית מקדימה. כמה מיידית היא יכולה להיות?  
🡨 במלחמת ששת ימים ישראל טענה שהיא פעלה מתוך הגנה עצמית מקדימה. גם אחרי שישראל תקפה בכוח העיראקי היא תענה לזכות הגנה עצמית מקדימה. הקהילה הבינלאומית קיבלה את העמדה הישראלית לזכות להגנה עצמית מניעתית במלחמת ששת הימים. המידע המודיעיני המוקדם הכשיר את הפתיחה הישראלית במלחמה. במקרה של תקיפת הכור העיראקי – כלל המיידיות פה לא מתקיים.  
מדינת ישראל במבצע אנטבה השתמשה בכוח כדי לשחרר אזרחים שלה במדינה אחרת. האם זה מותר ומדוע? כן, כיוון שזה אזרחים.

הגנה עצמית קולקטיבית - מה התפקיד של מועצת הביטחון בנושא של איסור השימוש בכוח ובמקרה של הגנה עצמית מניעתית? סעיף 24 – מועצת הביטחון. המגילה אומרת – אני מקימה חבר עמים שהחובות לא מחייבות רק באופן לטראלי אלא גם באופן קולקטיבי. הרעיון של הגנה עצמית קולקטיבית אומר כך: אני כמדינה רשאית להשתמש בכוח כדי להגן על מדינה אחרת מהתקפה/שימו שבכוח מבלי שבעצם אני הותקפו.  
איך הייתה נראית העולם אם מדינות האו"ם היו נענות למצוקה של פולין כי יש להם זכות הגנה קולקטיבית?   
פולין באיזה שהוא מובן האצילה את הזכות שלה להגנה עצמית למדינות שיכולות ליישם את זה בפועל.

הזכות להגנה עצמית קולקטיבית קמה רק כקמה הגנה עצמית עצמאית. אם אין הגנה עצמית לאותה מדינה אז גם למדינה שלישית אין זכות הגנה עצמית קולקטיבית. מקובל שהזכות להגנה עצמית קולקטיבית תקום רק כאשר אותה מדינה מבקשת עזרה.   
הסעיף קובע כשעושים שימוש בזכות להגנה עצמית צריך לדווח למועצת הביטחון. מצד אחד אי הדיווח לא שולל את הזכות להגנה עצמית, מצד שני זה יכול להיחשב הפרה של דין בינלאומי. בדרך כלל זה משמש חיזוק לזכות להגנה עצמית, משמש תימוכין לאותה מדינה לזה שהיא הייתה בסדר כשהיא השתמשה בכוח. הסיפור של הקואליציה במלחמת עיראק הראשונה – איגדו קואליציה, םנו לאו"ם האו"ם אישר והיה פה איזשהיא תמיכה פוליטית.

התערבות הומאניטרית – האם היא מקנה זכות למדינות להשתמש בכוח? הדבר הזה לא הוכרע עד היום. זה הסיפור שמתקיים היום בסוריה, או בלוב, אנו לא מדברים על שימוש כוח מסורתי בין מדינה למדינה אלא התערבות בריבונות של מדינה עצמה. ברור לכולם שהתערבות הומאניטרית מתוקף החלטת מועצת הביטחון זה בסדר גמור. מה אם אין את האישור הזה? מי שנגד התערבות הומאניטרית יגיד שיש לנו שני חריגים לשימוש בכוח ובזה זה נגמר. התומכים יגידו שאם נעשים פשעים בינלאומיים אי אפשר להגביל את ההתערבות, זה כמעט חובה אפילו לא זכות, חובה להתערב ולעשות שימוש בכוח. דוגמא קלאסית - ההתערבות המזוינת של נאט"ו ביוגוסלביה שנועדה ללחוץ על הסרבים להפסיק את רצח העם שהם ניהלו שם. אפשר לנסח את זה כחובה מוסרית. עובדה שהאו"ם חשב על המצבים האלה והקים את הכלי הרלוונטי של אישור מועצת האו"ם.

האם למדינה יש זכות להשתמש בכוח בשביל הגדרה עצמית?  
תלוי אם הם עומדים בתנאים, בד"כ זה לא יהיה חוקי.  
האם פעולת תגמול צבאית היא הגנה עצמית? המשב"ל מכיר בפעולת תגמול כחלק מהזכות להגנה עצמית, כלומר עליה לעמוד בתנאים של הזכות להגנה עצמית.   
במשב"ל מכירים בסיטואציות שבהם קיימות נסיבות שהדרך היחידה של מדינה היא להפעיל כוח. מדינה צריכה להפעיל כוח כדי להגן על אינטרס חיוני של המדינה – מים, זיהום. לפי כל הכללים של שימוש בכוח היא השתמשה בכוח באופן לא חוקי, היא ביצעה עבירה, אבל נותנים למדינה הגנה – הגנת הצורך. מאזנים – כמו שעושה בית משפט בפלילי. היה מקרה של ספינת נפט בריטית שעלתה על שרטון ואם היא תזוז, הנפט שיישפך יגרום נזק אקולוגי בלתי הפיך לחופים של בריטניה וצרפת, ובריטניה הורידה את הצוות מהספינה והפציצה אותה. אותה טענה ישראלית לגבי הטיית מקורות הירדן – הסורים פגעו באינטרס חיוני של מדינת ישראל, וישראל חייבת להגן עליו.

ברוב הפעמים שימוש בכוח מוביל למלחמה.

**שיעור 21.6.2012 – דיני לחימה**

דיני הלחימה למעשה לא השתנו מאז מלחה"ע השנייה. לפני מלחה"ע הראשונה, במלחמת בריטניה-צרפת המלחמות האירופאיות של כיבושי שטחים אנו מדברים של צבא כחול מול צבא אדום/ירוק. המלחמה לא מתנהלת באזור אורבני, אלא בטבע. מה הרעיון הבסיסי של דיני לחימה של אז?  
ב1907 מתגבשות אמנות האג שמדברות על התנהגות במצב מלחמה. הרעיון הכללי הוא שמלחמה גורמת הרס ואין לעשות דבר מעבר לנדרש, תמיד נשמור על עמים בני תרבות. כל הכללים שמתפתחים במשב"ל ומשמשים אותנו עד היום בנויים על ארבעת העקרונות. בעזרת פרשנות של ארבעת העקרונות הללו אנו מצליחים להתנהל במצבים שונים ומלחמות שונות עד היום. עקרונות שכאלו:

1. **הצורך הצבאי** – מותר לי לעשות פעולה שיש לה קשר סיבתי ספציפי לצורך צבאי. מבחינת משב"ל המטרה של המלחמה היא החלשת האויב כדי שאפשר להביא לניצחון. מטרה פוליטית יכולה להיות לכבוש את המדינה השנייה ונשיג את זה דרך החלשה של האויב ומניעת התנגדות. זהו הרציונל הצבאי שמנותק מרציונל פוליטי. זה הרעיון של דיני לחימה – לנתק את המלחמה מהמטרות הפוליטיות ולהכניס אותה למסגרת משפטית שתגדיר מה מותר ומה אסור.   
   \*נאט"ו הפציצו את תחנת השידור של מילושוביץ ביוגוסלביה, והם טענו שזה מטרה צבאית כשהטענה הזה שבפיצוץ הזה הם מונעים שידור תעמולה וסיסמאות לאוכלוסייה. היה להם מודיעין שאמר שהצבא אכן משתמש בתחנה השידור הזאת שידור צבאי.
2. **אבחנה** – אנחנו מבחינים בין שני סוגים של אוכלוסיות: חיילים שזה לגיטימי להרוג ולפגוע בהם. דוגמא נדושה היא הטבח הצבאי – למרות שאינו לוחם הוא חלק מהצבא ולגיטימי להרוג אותו. אוכלוסייה שנייה היא האזרחים – ככלל אסור לפגוע באזרחים. האבחנה אינה בין לוחמים לאזרחים, אלא בין לוחמים למי שאינם במעגל הלחימה. אם אנו מדברים על שבויים, בתי חולים, אלו לוחמים שכל עוד הם לוחמים רלוונטי לפגוע בהם. ברגע שאותו לוחם הפך להיות שבוי, פצוע, נכנע, חולה ובים ספינתו נטרפה, הוא יצא ממעגל הלחימה והוא אדם שאסור לפגוע בו, כמו אזרח. יש כמה סוגים של אוכלוסיות שגם אם הם בצבא הם חסיני ירי:  
   צוות רפואי נחשב אזרחי, כוהני דת, אתרי תרבות ואתרי דת.אנשי ארגונים בינלאומיים נחשבים אזרחים (אנשי או"ם, אנשי צלב אדום, שנחשבים אזרחים אבל יש להם הגנה מיוחדת). האו"ם טוען שהגנה על המבנים שלו היא הגנה מוחלטת. בעופרת יצוקה ישראל פגעה באתרים של או"ם והיא שילמה בחזרה כסף. הוויכוח התחיל במטרות דו שימושיות – גשר הוא מטרה אזרחית אבל אם אני יודע שהוא ישמש את הצבא אני יכול לפגוע בו כי הוא מטרה צבאית. ככל שנוכיח שהאובייקט אינו אזרחי אלא צבאי, הוא מאבד את חסינותו ואפשר לפגוע בו.   
   במקרה של כפר כנא – העריכו מודיעינית שזו אינה מטרה אזרחית אלא צבאית. קובעים לפי ההערכה שהייתה בשטח והאם מנקודת מוצאם של אותה לוחמים היה אפשר לעלות על האזרחיות של המטרה.
3. **מידתיות** – אסור לבצע פעולה שהנזק האגבי ממנה הוא בלתי מידתי (בצורה מוגזמת) מהיתרון הצבאי שיהיה לי מאותה פעולה. אני לא חייבת לפגוע את האמצעי שפגיעתו פחותה אלא חייבת לוודא שזה לא מידתי, וחייבים לבדוק שזה נבחן על ידי המפקד בערפל הקרב שיכול להסתמך על מה שיש לו בידיים. סלאח שחאדה – נהרגו יחד איתו המאבטח שלו, בתו ועוד 12 אזרחים. מודבר באירוע שקרה בטרם פס"ד הסיכול הממוקד. פס"ד זה מאפשר לפגוע באזרחים שנוטלים חלק ישיר בלחימה, מדובר באזרחים שמשילים את חסינות האזרח שלהם מאחר והם פועלים כלוחמים. הפס"ד דן באילו פעולות נחשבות פעולות לחימה. שואלים מה זה אומר נטילת חלק ישיר ומגדירים גבולות. הפס"ד מקים את ועדת הבדיקה בדיעבד. לאחר פס"ד מוגש בג"ץ על החיסול של שחאדה ובג"ץ אומר שהמדינה לא מחויבת להקים ועדת על המקרה הזה כי הוא קרה בטרם הפס"ד, אך המדינה יכולה. מוקמת ועדה שעומדת בראשה אחרי השופט ענבר, השופטת שטרסברג כהן שבודקת את שאלת המידתיות – האם היה מידתי להרוג יחד עם שחאדה 13 אזרחים. האם צה"ל ידע שזה יהיה המחיר, האם היה עליו ידע עליו ואם ידע – האם זהו מחיר מידתי. אנו בודקים את המידע שהיה בידי המפקדים באותו רגע נתון. הועדה קובעת שהמידע לא היה בידי גורמי המודיעין והם לא היו יכולים לדעת. היא מציעה שם שורה של הצעות לשפר את הליכי קבלת המודיעין. הועדה קבעה שזו הייתה הזדמנות נדירה לפגוע באדם שהוא מאוד מאוד מסוכן לישראל, היתרון שנובע ממותו של שחאדה הוא לא בלתי מידתי בהשוואה לנזק האגבי שנגרם (גם אם הם ידעו שייהרגו אגב הפעולה אזרחים).
4. **הומאניות** – אסור לגרום סבל מיותר. כדורי דום-דום הם למשל כדורים שנכנסים לגוף וקורע את כל המערכות הפנימיות מבפנים. המשב"ל אומר שמכוח האנושיות וההומאניות נפגע בבני האדם בדרך שגורמת הכי פחות סבל. יש כלי נשק אסורים ולא לגיטמיים. חלק יהיו לגיטימיים אם נחזור לסיטואציה של מדבר סהרה למשל – רומל ומונטגומרי – ואין אוכלוסייה אזרחית סובבת.   
   עולה שאלה האם מותר למדינה לעשות חישוב כלכלי של העלות של הנשק שבו היא משתמשת? האם שיקולי תקציב נכנסים לשאלה של מידתיות? המשב"ל עובד על כך ששמים את שיקול הדעת בידי המפקד, המפקד נכון צריך לקבל הדרכה וצריך שתהיה לו הבנה במשב"ל ולדעת את הכללים שעליהם לשמור – זה לפני המלחמה . מרגע הכניסה למלחמה – זה הוא לבד עם ההחלטות שלו. העקרונות הללו הם לא מסובכים כעקרון – אנחנו מסתבכים כשמתחילים לפרש אותם. טעויות קורות ולכן אנו מסתכלים על ההחלטות שהתקבלו בשטח.

מהו סכסוך מזוין?

דיני לחימה חלים בשתי סיטואציות – בסכסוך בינלאומי וסכסוך שאינו בינלאומי.   
אמנות ז'נבה נכתבות ב1949 כתוצאה ממלחמת העולם השנייה. יש ארבע אמנות:  
האמנה הרביעית מתעסקת במה שנקרא אנשים מוגנים – כל אותם מקרים שעוסקים בעיקר באזרחים, אין הגדרה של מיהו אזרח, יש הגדרה ש מיהו לוחם ומי שלא לוחם הוא לא בהכרח אזרח. אמנת ז'נבה כוללת דיני כיבוש. הביטוי אמנת ז'נבה הרביעית שגור מאוד בז'רגון הישראלי בכל הנוגע למותר ולאסור לישראל לעשות בשטחים. טענת ישראל היא שאמנת ז'נבה היא מנהגית אך מדינת ישראל פועלת כאילו הם כן חלים.   
אמנה שלישית מדברת על שבויי מלחמה. ס'4 מגדיר מיהו לוחם. שבוי מלחמה = רק לוחם צבא של מדינה אחרת. \*מדוע כל האנשים שצה"ל תופס בעזה לא מוגדרים שבויי מלחמה? חמא"ס אינה מדינה.  
האמנה השנייה מדברת על פצועים וחולים.

האמנה הראשונה מדבר על חיילים שספינתם נטרפה.

לאמנות נוספו שני פרוטוקולים שמדברים על סכסוך לא בינלאומי. שניהם נכתבו ב1977. הם פרוטוקולים לארבע אמנות ז'נבה ומחילים את ארבע אמנות ז'נבה על סכסוך שהוא לא בינלאומי – הם דנים בארבעתן. יש הרבה ביקורת על שני הפרוטוקולים. הראשון אומר שיהיה סכסוך בין מדינה לבין ארגון שחרור לאומי רק אם אותו ארגון קיבל על עצמו את החובות של אמנות ז'נבה. ישראל לא חתומה עליו בשל כך.

אמנות ז'נבה חלות בסכסוך בינלאומי- מהו סכסוך נקבע באמנות עצמם. הגדרות לסכסוך בינלאומי – שהוא מוכרז או שהוא חוצה גבולות. סגר למשל מותר לעשות רק בסיטואציה של סכסוך בינלאומי. אחת הסיבות שישראל הכריזה סכסוך מזוין עם הארגונים בעזה היא שהכרזת מלחמה הופכת את הסכסוך לבינלאומי. סכסוך בינלאומי הופך להיות מאיזה שהיא הפרת סדר לעימות רציני.

ס'3 קובע שההגדרות של האמנות יחולו גם בסכסוכים שאינם בינלאומיים. הפרוטוקולים דנים כיצד להחיל את האמנות על הסכסוכים הללו.

מוקם הICTY ביוגוסלביה שם נשפטים בוסנים וסרבים. מגיע אחד המנהיגים הצבאיים ומעלה טענה שדיני הלחימה אינם לים בסכסוך שהוא אינו בינלאומי ביהמ"ש קובע שמה שחל על סכסוך שאינו בינלאומי הוא העקרונות המרכזיים ולא הסעיפים הספציפיים. כל ארבעת העקרונות שלעיל חלים על מצב של סכסוך שאינו בינלאומי. הפס"ד נקרא פס"ד תאדיץ'.

יש כל הזמן זליגה וניסיונות של כל מיני גופים להכניס את זכויות האדם לתוך דיני הלחימה. למשל בדיני כיבוש – עולה המון מול מדינת ישראל. סכסוך חוצה גבולות הוא בינלאומי גם בלא הכרזת מלחמה.

דיני הלחימה הם גוף גדול של כללים חלקם מנהגיים חלק אמנתיים (האג וז'נבה). אמנות ז'נבה מהוות הבסיס הגדול, דיני הלחימה אינם גם אמנות ז'נבה. עקרונות דיני הלחימה הם עקרונות שלא קבועים באמנות ז'נבה. דיני הלחימה ככלל חלים בלי קשר להדדיות. ברגע שיש סכסוך מזוין מכל סוג שהוא, חלים דיני הלחימה. מדינת ישראל מחויבת לשמור על דיני הלחימה גם אם חמאס לא שומר עליהם. הנושא של אמנות ז'נבה הפך להיות מנהגי – על אמנות ז'נבה חתומות כל מדינות העולם. ב1977 הפרוטוקולים מגדירים סכסוך בינלאומי (משך זמן ומאורגנות). החלקים של הפרוטוקול הראשון אינם מנהגיים ולכן כאשר היום אנו מנהלים סכסוך עם ארגון שחרור לאומי, נחיל את דיני הלחימה ולא נחכה שיחתום הארגון על אמנות ז'נבה.