

משפט בינלאומי פומבי

המחוקק

ההרכיה של המשפט הפנימי היא בעלת המתכונת הבאה: חוקה -> חוקים -> תקנות -> הסכמים. מנגד, ההרכיה של המשפט הבינ"ל היא שונה, ובחלקו הראשון של השיעור נדון במבנה ההרכיה, מקורותיה המשפטיים, והקישור שלה להרכיה של המשפט הפרטי.

נתחיל בכמה מוסכמות יסוד:

- למשפט הבינ"ל אין מחוקק.
- האו"ם אינו המוסד המחוקק של המשפט הבינ"ל.
- המשפט הבינ"ל נוצר מכח הסכמה של מדינות – אמנות ומנהגים בינ"ל.

למעשה, אין במשפט הבינ"ל מחוקק על הקובע את הנורמות אלא שישנו שיח הסכמה בין מדינות היוצר את הדין, מה שמזכיר את תחתית המדרג של המשפט הפרטי. הנה כי כן, תחתית המדרג הופכת במשפט הבינ"ל ללב ליבו של מוסד זה.

הרשות השופטת

במשפט הבינ"ל, כעקרון, אין לבתי המשפט **סמכות שיפוט שבחובה**. להבנת עקרון זה, נפנה למשפט הפרטי בו אין לרצון או אי הרצון של נתבע לבוא ולהשפט. אם לא יתיצב, ביהמ"ש יתן נגדו פסק-דין בהעדרו. אך במשפט הבינ"ל אין סמכות שיפוט שבחובה, ומדינה הנתבעת בערכאה בינ"ל – סמכות הערכאה תגזר מהסכמת המדינה הנתבעת. תמאן להופיע, לא יוכל בית הדין לשפוט אותה.

מערכת השיפוט של המשפט הבינ"ל, היא מערכת "רכה" מכיוון שהיא תלויית הסכמה. המערכת עושה מהלך לכיוון הקשחתו בנושאים מסויים ובפרוצדורות מסויימות. למשל, אם נושא כמו רצח עם, מגיע לדיון **בביה"ד הבינ"ל בהאג**, בית הדין ידון בנושא גם אם הנושא אינו מסכים להתבע. הדין המהותי בעבירת רצח עם, מחייב סמכות שיפוט שבחובה. ישנם נושאים נוספים, מלבד רצח עם, בהם הדין אינו "רך".

המשפט המודרני הרחיב את תחולתו לא רק לנושא של מדינות, אלא גם לנושאים נוספים – ובין היתר, הרחיב עצמו ישירות ביחס לפרט. למשל: התחום של אמנות בזכויות אדם, משמעותן שמדינות מסכימות ביניהן ליצור מחוייבויות ביניהן כלפי אנשים בשטחן. משמע, המשפט הבינ"ל כבר אינו מדבר באופן ערטילאי רק על מערך התקשרות בין מדינות, אלא שהוא יותר מערך התקשרות בין מדינות בהן המדינות מתחייבות באופן ישיר לשמור על זכויות האדם בשטחן. ההשלכה היא גם שאדם יכול לינוק זכויות באופן ישיר מן המשפט הבינ"ל, כמו כן יכול המשפט להטיל אחריות אישית על פרט, מכח הסכמה שנוצרה בין מדינות.

לאחרונה הוקם **ביה"ד הפלילי הבינ"ל**, והוא קובע שכאשר הוא מפעיל את סמכותו כנגד אנשים שהפרו את האמנות בנדון, אין זה משנה האם אנשים אלו ירצו או לא ירצו לבוא ולהשפט. לו, יש סמכות שיפוט שבחובה. אם לביה"ד הבינ"ל בהאג אין סמכות שיפוט שבחובה למעט חריג, הרי שהעקרון השולט בביה"ד הפלילי הבינ"ל הוא הפוך.

נשוב לתחילת הנושא, ונתעלם מן החריגים לעקרון, חייבים להתמודד ולעמוד על המערכת הרכה של המשפט הביני"ל. מכאן נשאלת השאלה, האם המשפט הביני"ל הוא משפט?

■ **הסדרת מערכות יחסים:** יש האומרים שלא כצקתה, וזאת מכיוון שמדינות רבות מתדיינות בבתי הדין הביני"ל כעניין שבשגרה. מאידך, המדינות שאינן מתדיינות בבתי הדין הביני"ל או אינן מקבלות את מרותו, אינן מהוות בעיה אם נאמץ תפיסה תיאורטית שונה ביחס ל"מה צריך להיות משפט?". המשפט, ביסודו, נועד להיות כלי להסדרת ההתנהגות החברתית. המשפט הביני"ל נועד להסדיר את מערכת היחסים בין המדינות, רוב המדינות נוהגות עפ"י הנורמות ומגבילות את עצמן בעניינים כאלו ואחרים. די בכך כדי לומר שהמשפט הביני"ל הוא "משפט". העובדה שמערכת נורמות אלו אינה יכולה תמיד להאכף בביהמ"ש – אינה רלוונטית.

■ **השתלבות בדין המקומי:** היבט נוסף אותו יש לקחת בחשבון לצורך תשובה לסוגיה, היא שהמשפט הביני"ל אט אט "מתגלגל" פנימה את תוך מערכת המשפט הפרטי. כתוצאה מכך, עקרונות הדין הביני"ל מקבלות את הכח של מערכת אכיפה פנימית. כך, כאשר תושבי השטחים הכבושים עתרו לביהמ"ש העליון, בג"ץ בחן את חוקיות מעשי המושל הצבאי, שהובאו לשולחנו, לאור הדין הביני"ל.

הערת המרצה לגבי משפט ביני"ל פרטי: משפט ביני"ל פרטי שייך לרובריקה של המשפט הפנימי-פרטי. משמע, כל כולו עובד לפי כללים של מערכת משפט פנימית, אלא שנכנס לתוכו אלמנט זר כלשהו, כגון: היכן ידון המקרה, לפי איזה דין מקומי ידון המקרה, וכדומה. להבדיל, למשפט הביני"ל הפומבי קשת עיסוקים כמעט חסרת גבולות, ומטרתו אינו להסדיר את היחסים בין שני פרטים, אלא בין מדינות למדינות, ובין מדינות לפרטים.

מערכת האכיפה

עיקר הביקורת נגד המשפט הביני"ל הוא בכך שטוענים שאין לו מערכת אכיפה. מצד אחד יש אמת בטעונון זה, שהרי אין מערכת שיטור, אין מערכת הוצל"פ. אך ברמה הפרגמטית, מדינות נוטות לקיים פסקים של ערכאות ביני"ל. למשל: המחקרים מראים שרוב המדינות, מבחינה סטטיסטית, מקיימות את החלטות ביה"ד לזכויות אדם.

בנוסף, למשפט הביני"ל מערכת סנקציות משלו, השונה ממערכת הסנקציות של המשפט הפנימי. כגון: סנקציות כלכליות או פוליטיות המוטלות על מדינה בנסיבות מסויימות, וכן לעיתים ישנה סנקציה של שימוש בכח נגד מדינה.

התפתחות המשפט הביני"ל

ראשיתו של המשפט הביני"ל הוא עם תקומתן של מדינות. המלומד ההולנדי **הוגו גרוציוס** כתב שני חיבורים – *Marleibrum* ו-*דיני השלום והמלחמה* – אשר הקנו לו מעמד של "אבי המשפט הביני"ל ומתווה דרכו". בחיבורים אלו נתן את המסדים של העקרונות שהשפיעו בצורה משמעותית על התפתחות המשפט הביני"ל.

למדינות שונות במהלך ההסטוריה היתה אמביציה ויכולת לכיבוש היס, כדוגמת בריטניה, שהיתה מעצמה ימית. המשפט הביני"ל של המאה ה-17 היה משפט בו היה ויכוח על יכולת כיבוש היס. בחיבור *Marelibrum* (=הים החופשי) גרס גרוציוס שלא ניתן לעשות זאת. כיבוש יבשות הינו לגיטימי, אך היס אינו נחלתו של איש – הוא נחלת כלל האנושות, ואין קבוצה באנושות שיכולה להשתלט עליו.

אם כן, מה לגבי **מים טריטוריאליים**¹? התשובה לכך – העקרון שהונחל במשך מאות בשנים הוא עקרון היס הפתוח, אך עם השנים מדינות גזרו לעצמן רצועות מים הקרובים ליבשה שבשליטתן, וטענו בהם לזכויות. זאת, משני שיקולים: שיקולי בטחון ושיקולים כלכליים. ובכל זאת, זהו חריג לעקרון שקבע גרוציוס מכיוון שמעבר למים הטריטוריאליים (שהם רצועה יחסית מצומצמת) נותר הים חופשי. בים הפתוח, לא יכולה מדינה לקנות כל זכות.

כדי להבין את תכליתו של החיבור דיני השלום והמלחמה, נשוב לדון במאה ה-17. המשפט הבינ"ל של המאה ה-17 לא יכול היה ליצור הרבה מאד דינים לאינטרקציה בין המדינות, מכיוון שלא היתה כלל הרבה אינטרקציה בינהן. היה זה עולם של מדינות סוברניות, כל אחת לעצמה, שלא באו במגע זו עם זו אלא אם כן התגלע סכסוך. ראשיתו של משפט בינ"ל הוא בעיקר האינטרקציה שהיתה בין המדינות. עיקר האינטרקציה בינהן היתה – מלחמה. כך, ראשיתו של המשפט הבינ"ל התפתחה דרך דיני המלחמה.

מכאן, לעולם של ימנו – עולם המאה ה-20. להבדיל מן העת העתיקה, לאחר מלחמת העולם השניה היה זה ברור כי מלחמה הינה אקט שלילי-פלילי אסור (למעט חריגים של הגנה עצמית). עניין זה כשלעצמו מפחית משקלו של ענף המלחמה. בנוסף, העולם של המאה ה-20 הוא עולם בו האינטרקציה בין המדינות לא נעשה רק דרך מלחמה.

המשפט הבינ"ל מושפע מאד משינויים דמוגרפיים-פוליטיים. למשל: ניקח את עקרון היס הפתוח, שהתפרש מימיו של גרוציוס, כעקרון האומר שהים שייך לכולם. שנים רבות, דיני היס הפתוח נשאו תחת הקטגוריה של מנהגים בינ"ל, ולא התגבשו הם באמנות כתובות. ב-1958, חוברו ארבע אמנות בנוגע לים, ואחת מהן גיבשה בכתב את עקרון היס הפתוח. אך שנות ה-50 וה-60 של המאה ה-20 מאופיינים בשינויים דמוגרפיים רציניים, אלו הם תהליכים של פירוק הקולוניות ויצירת מדינות חדשות (קרוי גם: *דהקולוניאליזציה*). המדינות החדשות שהצטרפו לאו"ם קראו תיגר על עקרון היס הפתוח. לדידן, רק למעצמות יש הכח לנצל את עקרון היס הפתוח לטובתן. עקרון הוגו גרוציוס, הן אמרו, שייך לעשירים. מדינות אלו הובילו מהלך באו"ם עד כדי שינוי מהפכני של דיני היס ב-1982. דיני היס החדשים קבעו, בין היתר, כי מדינה אשר מנצלת את משאבי היס – עליה לחלוק את רווחיה יחד עם כל האנושות.

האו"ם וביה"ד הבינ"ל

כשארגון האומות המאוחדות הוקם בשנות ה-40, נערך במסגרת הקמתו הסכם בין המדינות הקרוי "**מגילת האו"ם**". המגילה הסדירה את היחסים בין ששת האורגנים שהיו את האו"ם. אחד האורגנים של האו"ם הוא ביה"ד הבינ"ל בהאג. המגילה כללה נספח בשם "**חוקת בית הדין הבינלאומי**". למרות שמה, המגילה והחוקה הן בבחינת הסכם מבחינה נורמטיבית.

סעיף 38 לחוקת ביה"ד מסדיר את המקורות הנורמטיביים המיוחדים של המשפט הבינ"ל שעל השופט היושב בבית הדין לפנות אליהם. עם השנים התקבלה הדעה שזהו הסעיף המרכזי שמלמד מהם מקורות המשפט הבינ"ל בכלל.

¹ קרוי גם "עקרון שלושה המילין", כטווח של תותח.

סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי בהאג

סעיף 38 לחוקת ביה"ד הבינ"ל בהאג מונה את מקורות המשפט הבינ"ל כדלקמן:

- א. הסכמים בינ"ל (אמנות).
- ב. מנהג בינ"ל כראיה לפרקטיקה כללית המקובלת בתורת דין.
- ג. עקרונות משפט כלליים המקובלים על אומות בנות תרבות.
- ד. משנתם של גדולי הסופרים והחלטות שיפוטיות של ביה"ד כאמצעי עזר לקביעת כללי המשפט.

המנהג

▪ מהי התנהגות של מדינה:

"מדינה" מוגדרת כשלטון אפקטיבי על קבוצת אוכלוסיה וטריטוריה נתונה. לפיכך, התנהגותה של מדינה היא יצירת הנורמות ע"י רשויותיה (מה אומרים החוקים של המדינה?), גם ברמת הפעילות הנורמטיבית (החקיקה עצמה) וגם ברמת יישום הנורמות (אכיפה). משמע: התנהגותה של מדינה נגזרת מהתנהגות הרשויות השלטון.

▪ כלליותה של ההתנהגות:

שאלה נוספת העולה בהקשר זה היא עד כמה הפרקטיקה צריכה להיות כללית? האם די ב-50 מדינות או 150 מדינות ע"מ לקבל תמונה כוללת?

▪ "מקובלת בתורת דין":

אם עד כה ראינו כי מתעוררות בעיות בדבר הגדרת התנהגותה של מדינה והכלליות הנדרשת לצורך כך, מה הכוונה שבמונח "מקובלת בתורת דין"?

לצורך מענה על כך, נבחן את נושא המים הטריטוריאליים. כאשר המדינה הראשונה בעולם גזרה לעצמה רצועת מים טריטוריאליים – היא בוודאות הפרה את המשפט הבינ"ל ועקרון הים הפתוח של הוגו גרוציוס. בעקבות זאת, בהדרגה, מדינות נוספות גוזרות לעצמן רצועת מים גם כן, וכהנה וכהנה. האם כעבור שנים, כאשר מדינות חדשות יגזרו לעצמן רצועת מים בחושבן כי זהו הדין הבינ"ל – נאמר לגביהן שהן הפרו את הדין הבינ"ל? התשובה לכך שלילית, יש לומר כי הנורמה של גזירת מים הפכה משכבר לנורמה מקובלת בתורת דין. הבעיה בקונספציה זו היא שלא ברור מהי נקודת הזמן בה התנהגות מסויימת, למרות שתירתה למשפט הבינ"ל, הפכה למקובלת בתורת דין.

קונספצית ה"מקובלת בתורת דין" קרויה *opinio juris*.

פרשת Paquette Habana: בסוף המאה ה-19 היו מלחמות רבות על שליטה במרכז אמריקה, בין ארה"ב וספרד. במסגרת אותה מלחמה לקחו האמריקאים, כשלא מלחמה, ספינות דייג אזוריות ספרדיות. הדייגים, שרצו להשתחרר, עתרו לביהמ"ש העליון של ארה"ב. טענתם היתה כי קיים מנהג בינ"ל שאומר שלא ניתן לקחת בשבי ספינות דייג אזוריות. שופטי ביהמ"ש נדרשו לשאלה האם אכן קיים מנהג כזה – שהרי מנהג, אינו כתוב בשום מקום. השופטים הלכו ובדקו חוקים של מדינות, אמנות שעשו מדינות, ספרי דע-כיצד צבאיים, ואספו ממקומות רבים ראיות לכך שך אכן נוהגות מדינות. לפיכך, קבע ביהמ"ש שזהו דין המחייב אותם, ולאור המנהג הבינ"ל, שחרר את הספינה על דייגיה.

▪ הנפקות המשפטית של היות נורמה מסויימת מנהג :

משנוצר מנהג בינ"ל הוא מחייב גם מדינות שלא השתתפו ביצירתו. בכך בולט השוני המשמעותי בין אמנות למנהגים. בזמן שהראשונות מחייבות רק את המדינות אשר חתמו עליהן, הרי שהאחרונות מחייבים את כלל המדינות. אין בכך כדי לסתור את העובדה שמבחינה נורמטיבית, המנהג והאמנה מצויים באותו מקום במדרג ההיררכי.

אם הרעיון הבסיסי של המשפט הבינ"ל הוא הסכמה, כיצד ניתן לקבוע שמנהג מחייב גם את אלה שלא היו שותפים ליצירתו? האם אין בכך סתירה?

זהו המקום לציין כי לעקרון המחייב של המנהג ישנו חריג הקרוי "כלל המתנגד המתעקש". החריג קובע כי כל עוד הנורמה היתה בהתהוות, ומדינה הביעה את התנגדותה לנורמה, הרי שהמנהג לא יחייב אותה.

מה הדין לגבי מדינות שלא היו קיימות בזמן התהוות המנהג?

נמחיש את הבעיה באמצעות דוגמא מקומית: מדינת ישראל שהוקמה ב-1948, נקלעה לבעיית השטחים המוחזקים בשנת 1967. דא עקא, ההסכמים הבינ"ל לגבי אי החזקה של שטחים נוצרו בתחילת המאה, לפני הקמתה של המדינה. בכל זאת, המשפט הבינ"ל קובע כי מנהג מחייב את כלל מדינות העולם, לרבות מדינות שלא היו קיימות בזמן שהוא נוצר, זאת למרות שיש בכך התנגשות עם "כלל המתנגד המתעקש". עובדה זו היא אחת מבעיות הבסיס של המשפט הבינ"ל.

ביקורת: יש האומרים כי כלל המתנגד המתעקש הוא פיקציה וכי יש לבטלו, בין היתר בגלל הבעיות שהוא מעורר בהיבט ההסכמי. מנגד, אומרים אחרים כי אסור לבטל את כלל המנגד המתעקש, בין היתר משום שהתנגדותה של מדינה למנהג כלשהו – מחדדת את העובדה שהמשפט הבינ"ל עבר שינוי (שהרי לנו מנהג ברור לפנינו). שנית, עיקשותה והתנגדותה של מדינה יכולה להוביל לשינוי המשפט הבינ"ל. שלישית, עיקשותה והתנגדותה של מדינה יכולה בסופו של דבר להצליח.

נחיצותו של המנהג בימנו: יצירת מנהגים מתוך אמנות

ובכל זאת, לא ניתן להשתחרר מן ההרגשה כי בימנו אנו, המאה ה-21, אין מקום למנהגים עלומים ועתיקים. ואכן, העולם המודרני, מסדיר את יחסי המדינות בהסכמים והסדרי חוץ. קשת האמנות, יכולה להיות על כל נושא כמעט שבעולם, החל ממיסים וכלה בזכויות אדם. למרות זאת, עדיין נותרנו במקום בו המשפט הבינ"ל הוא גם משפט של מנהגים. לא זו אף זו – יש למנהג נחיצות למשפט הבינ"ל המודרני.

נבחן זאת בכמה דוגמאות.

המדף היבשתי:

"מדף יבשתי" הוא רצועת קרקע מעבר לקרקע של המים הטריטוריאליים. עם השנים, החלו מדינות גוזרות לעצמן זכויות כלכליות (כגון: לצורך נפט) מעבר לקרקע המצויה מתחת למים הטריטוריאליים. רצועת המדף היבשתי מוגבלת ל-188 מילין.

בפ"ד בעניין המדף היבשתי של היס הצפוני, התעוררה הבעיה כיצד דנמרק, הולנד וגרמניה יקבעו את הגבול בין המדפים היבשתיים שלהן (אין בעיה אם אורכו של המדף, אלא רוחבו – בין המדינות). מסתבר כי ב-1958 נחתמה אמנת המדף היבשתי, שלפי החישובים הנתונים בה, לגרמניה ינתן מדף יבשתי קטן ביותר ביחס לשתי המדינות האחרות. יש לציין כי על האמנה מ-1958 חתמו רק דנמרק והולנד.

גרמניה הגישה ב-1969 תביעה לביה"ד הבינ"ל נגד בלגיה והולנד. בביה"ד עלתה השאלה מכח מה דנמרק והולנד יכלו לדרוש מגרמניה להצמד למאנה עליה היא לא חתומה? דנמרק והולנד טענו כי האמנה כבר הפכה למנהג המחייב את כלל המדינות, לרבות אלה שלא חתמו עליה.

ביהמ"ש קבע כי ברמת העקרון **בהחלט יתכן שנורמות הסכמיות תהפוכנה למנהגים**, אך לצורך כך יש להוכיח כי ה-*opinio juris* ברור וגלוי, וכל המדינות נוהגות לפי האמנה.

אך במקרה זה, קבע ביה"ד, חתמו על האמנה רק 15 מדינות, בזמן שלא כולן הסכימו בפה מלא לשיטות המדידה שבה. אין בכך כדי להוכיח שרוב מדינות העולם רוצות כי האמנה תהא הנורמה המחייבת.

מתוך כך ובהקשר זה, יש להסביר כמה מונחים:

- **אמנה קונסטיטטיבית** – זוהי אמנה המכוננת את הנורמה. בסיטואציות שונות, כגון בעניין המדף היבשתי, הן יכולות ליצור מנהג.
- **אמנה דקלרטיבית** – כאשר ישנו מנהג הקיים במשך שנים, ובסופו של דבר מעגנים אותו עלי ספר באמנה. קיומה של האמנה מייצרת את הצורך להוכיח את קיומו של המנהג.

כאשר שופט בביה"ד, עליו לבחון את הנורמות המחייבות של המשפט הבינ"ל. כאשר קיים מנהג, הוא יפסוק לפיו. אם אין מנהג ומצויה לפנינו אמנה, הרי שהוא יפסוק לפי האמנה. אך מה הדין כאשר מונחים לפנינו אמנה ומנהג גם יחד? לכך כמה אפשרויות:

- **מנהג**: האמנה לא גיבשה את המנהגים אלא רק איגדה אותם על-ספר והרחיבה אותם, הרי שגם המנהג וגם האמנה מחייבים את הצדדים.
- **אמנה**: האמנה מאוחרת למנהג, האמנה מחייבת (כאשר שני המתדיינים חתומים על האמנה החדשה – זהו תוקף להסכמה ביניהם).
- **מנהג <-- אמנה**: אחד מן הצדדים לא חתום על האמנה, המנהג יחייב.
- **אמנה <-- מנהג**: האמנה הפכה עם הזמן למנהג – ההסדר של האמנה, שהוא המנהג החדש, יחייב את כלל המדינות. אלא אם כן מי מן הצדדים אינו בגדר מתנגד מתעקש.

ובחזרה לדוגמא, למרות שהטענה היתה כי בעקבות אמנת המדף היבשתי נוצר מנהג, הרי שלא היתה לאמנה הסכמה כללית וגורפת מצד מדינות העולם, אי לכך אותו "מנהג" לא נתפס כמחייב.

קעת נבחן עוד כמה תובנות מעניינות הנוגעות למנהגים.

ניקראגוואה נ' ארה"ב: ניקארגוואה תבעה את ארה"ב בביה"ד הבינ"ל בטענה שארה"ב מפעילה כח בניקארגוואה לשם סיוע למורדי ה"קונטרס", ודבר זה אסור. שנים קודם לכן, ארה"ב הצהירה שהיא מוכנה לקבל את סמכות השיפוט שבחובה של ביה"ד, אך הוסיפה כי תסכים לתחולת האמנות הבינ"ל כלפיה רק אם ביה"ד יאפשר לכל המדינות הרלוונטיות לסכסוך להצטרף לדיון. מדוע עשתה זאת? ארה"ב טענה שמעורבותה בניקארגוואה היא תוצאה של המעורבות של ניקארגוואה באל-סלבדור (סייעה למורדים הקומוניסטים שם). הפעלת הכח בניקארגוואה היא בבחינת הגנה עצמית על האינטרסים של ארה"ב, כך טענה.

ביה"ד סרב לבקשת ארה"ב, ופירש את מעורבותה של ארה"ב בניקארגוואה כהפעלת כח עצמאית. אך ביה"ד כיבד את ההסתייגות לעיל של ארה"ב, וקבע: הסתייגותה של ארה"ב נעשתה ביחס לאמנות בלבד, ולא ביחס למנהגים.

הנה ההצדקה לכפילות של מנהגים ואמנות. ארה"ב הסתייגה אמנם מסמכות ביה"ד (המגובשת באמנה), אך העניין של איסור הפעלת כח גובש עם השנים גם במנהג, אי לכך ארה"ב כפופה לו וכפופה לסמכותו של ביה"ד הבינ"ל.

הקושי שבהוכחת הפרקטיקה:

על אף שמדינות חותמות על אמנות, למשל – בתחומי זכויות האדם, הן מפרות אותן חזור ונשנה. כדי להוקיע מדינות אלו יש צורך להראות שגם הפרו מנהג. לכאורה, מקובל על כולם שזכויות האדם הם מנהג שריר וקיים, אך האם ניתן להוכיח את הפרקטיקה לצורך כך? הרי מדינות מפרות אמנות הנוגעות לזכויות האדם כל יום, משמע: אין תמיד פרקטיקה ברורה שניתן להוכיח בעזרתה מנהג.

ביה"ד הבינ"ל קבע במסגרת פרשת ניקארגוואה כי כאשר ה-*opinio juris* בעניין מסויים מאסיבי, הרי שבכך יש לחפות על הפרקטיקה ולהוכיח את קיומו של מנהג. אם קודם לכן (ראו: *המדף היבשתי*) מצינו כי פרקטיקה מאסיבית מחפה על העדר *opinio juris*, הרי שכעת העניין הוא הפוך.

נורמות-על כמנהג:

תובנה נוספת שעולה מתוך פרשה זו, היא הטענה שארה"ב מפרה משפט הומניטרי בניקארגוואה, ע"י כך שהיא סיפקה למורדים נשק והם הם אלו שהפרו זכויות אדם, והרי היא שותפה. זכויות אדם אלו, מעוגנות באמנת ג'נבה. שוב התעוררה אותה הבעיה – האם נורמות אלו הן מנהגיות? אם לא, הרי שלא ניתן להחילם על ארה"ב במקרה ספציפי זה. ביה"ד קבע: כי כאשר מדובר בעניין הומניטריים בסיסיים, הרי שהאמנות אינן מקור החיוב אלא משהו "גבוה" יותר, נורמות עליונות שכאלה – *Jus Cogens*. נורמות-על אלו הן בוודאי מנהגיות ומחייבות את כלל המדינות, אף אם הן מעוגנות באמנה בלבד.

פרשת דרא"פ: רק בשנת 1966 התקבלו האמנות בנושא זכויות האדם, שוויון בפני החוק ואיסור הפליה. בדרא"פ באותה העת נהגה מדיניות אפרטהייד (חוסר שוויון מוצהר בפני החוק). נשאלה השאלה האם זה לגיטימי שמדינה תנהל במוצהר מדיניות מפלה בבסיס החוק? העניין הגיע לביה"ד הבינ"ל לצורך גיבוש חוות-דעת. ביה"ד מצא וקבע כי מאז הקמת האו"ם הובעו דעות שליליות ביותר מצד מדינות העולם נגד משטר האפרטהייד (משמע: *opinio juris* ברור). יש במכלול זה משום ראיה לגיבוש מנהג בינ"ל נגד משטרי אפרטהייד, ואי לכך מחוייבת דרא"פ לחדול מכך.

עקרונות משפט כלליים המקובלים על אומות בנות תרבות

כדי להבין מהם עקרונות משפט כלליים המקובלים על אומות בנות תרבות, יש לבחון את ה- *Restatement of Law* האמריקאי משנת 1986, שנכתב ע"י פרופ' **Hankin**. במאמר זה סעיף ה-38 במקורות המשפט הביני"ל, ובין היתר הוא מבקש לפרש את המונח "עקרונות משפט כלליים המקובלים על אומות בנות תרבות" מסעיף 38 לחוקת ביה"ד. פרשנותו היא שאלו הם מקורות אליהם נזדקק כאשר אין תשובה לבעיה מסויימת שנוצרה באמנות או מנהגים.

נבחן זאת בדוגמא: הסמכות האוניברסאלית של ביה"ד הביני"ל אינה מעוגנת במנהג או אמנה כלשהם. שאלת הסמכות היתה "רדומה" עד לאחרונה כאשר בלגיה החליטה לעורר אותו והחליטה כי ניתן להעמיד לדין אנשים על פשעים נגד האנושות, אף שלא בפניהם. האם ניתן לומר שהחלטתה של בלגיה נוגדת את עקרונות המשפט הביני"ל? התשובה לכך היא שקיים עקרון יסוד במשפט של מדינות בנות תרבות לפיו אין שופטים אדם שלא בפניו מבלי לבקש את עמדתו כנגד האישום.

בכך ניתן לומר לבלגיה כי החלטתה נוגדת את סעיף 38 לחוקת ביה"ד. זאת מכיוון שאין לפנינו אמנה או מנהג היכולים להצביע על הנורמות, ולכן – בהנתן לאקונה זו, יש לפנות לעקרונות היסוד של מדינות בנות תרבות, השוללות את החלטתה.

אמצעי העזר לקביעת כללי המשפט

לשון "אמצעי עזר" בחלק הרביעי של סעיף 38 קובעת כי הפסיקה של ביה"ד הביני"ל איננה נורמטיבית במשפט הביני"ל. הפסיקה היא בין הצדדים לבין עצמם, ולא מעבר לזה. משמע: אין תקדים מחייב במשפט הביני"ל.

ניכר כי למלומדים במשפט הביני"ל יש תפקיד חשוב ביותר, עד כדי שהם דומים בחשיבותם לפסקי-דין. משמע, גם ספרות מקצועית יכולה להוות מקור להראות מהו מנהג ביני"ל, מה פרשנותן של אמנות, ועוד. הם אמצעי העזר להבנת מהם העקרונות של המשפט הביני"ל.

רשימת המקורות בסעיף 38 : רשימה ממצה ?

השאלה העולה לגבי סעיף 38 לחוקת ביה"ד מ-1945 היא האם הרשימה המפורטת בו היא רשימה ממצה בימנו או? התשובה לכך היא שלילית, וכך גם קובע ה-*Restatement*, שמוסיף על הרשימה גם גופים ביני"ל אחרים (מלבד ביה"ד הביני"ל בהאג), ארגונים ביני"ל (כגון : אמנסטי) ועוד.

הסכמים בינ"ל

הסכמים, להבדיל ממנהגים, מחייבים רק את המדינות החתומות עליהם. ישנם סוגים שונים של אמנות, כפי שצויין קודם לכן – אמנות דקלרטיביות ואמנות קונסטרוקטיביות. חלוקה נוספת שיש לעמוד עליה היא: **אמנות בילטרליות**, שהן אמנויות עליהן חתומות שתי מדינות בלבד. **אמנות מולטילאטרליות** הן אמנות עליהן חתומות מספר רב של מדינות.

כיצד מתקבלות אמנות?

ראשית נבחן את נושא ניסוח האמנות. כאשר מדובר באמנה בילטרלית, העניין פשוט למדי – מדינה אחת מנסחת את ההסכם, השניה קוראת, מתקנת ומסכימה. ההסכמה באמנות שכאלה, היא פשוטה וטוטאלית, מכיוון שאם אין הסכמה טוטאלית – אין כלל אמנה. אך כשמדובר באמנה מולטילאטרלית, לעולם לא נקבל הסכמה ברמה כלל-מדינתית.

בד"כ מי שמנסח אמנות זו הועדה **למשפט בינ"ל**, שהיא אחד מן האורגנים של האו"ם. תפקידה, עפ"י מגילת האו"ם הוא ניסוח טיוטות של אמנות ע"י שני דברים: קודיפיקציה של אמנות, ופיתוח של אמנות (נושאים חדשים).

הועדה היא זו שגם בד"כ מציגה את נוסח הטיוטה הראשוני של אמנות מולטילאטרליות. לאחר הניסוח הראשוני, מביאים אותה לאו"ם ומקימים ועדה שתמשיך ותוסיף במלאכת הניסוח והדיון.

כפי שנאמר לעיל, זה בלתי אפשרי שכל המדינות חברות בוועדה שהוקמה יסכימו באופן טוטאלי על כל סעיף בטיוטה.

כללי הקבלה באמנת וינה

אמנת וינה שהתקבלה בוועידת וינה² מ-1969, מסדירה את דיני האמנות ואופן חיקוקן. שמה הוא "**אמנת האמנות**", והיא קובעת את השלבים השונים לקבלת אמנה:

1. השלב הראשון קרוי "**שלב אימוץ הנוסח**". אימוץ נוסח מחייב באמנה מולטילאטרלית נעשה ע"י הצבעת 2/3 מהמדינות המשתתפות והנוכחות.

2. בשלב השני המדינות נותנות לנוסח **תוקף מחייב**. אימוץ הנוסח והפיכתו למחייב נעשה ע"י בדרך כלל חתימה. להדגיש: אמנת וינה מותירה למדינות לא רק את הפריבילגיה להחליט באופן אוטונומי מה יכנס לאמנות (משמע – מה יהיה נוסחה), אלא שהיא מתירה למדינות להחליט גם מה הפרוצדורה המחייבת לשם קבלת האמנה.

כך, שאם המדינות באמנה קובעות שהאמנה תחייב בגין החתימה – יהא זה כך. אך אם קבעו המדינות פרוצדורה אחרת, אזי רק בהתקיימות החלטתן, יהא לאמנה תוקף מחייב.

לדוגמא: ברובן של האמנות המולטילאטרליות שמקורן באו"ם, יש צורך באשרור כתנאי להתקשרות של המדינה לאמנה. כך, ישראל חתמה על אמנות בדבר זכויות האדם בשנות ה-60, אך אשררה אותן רק בשנות ה-90. כמו כן, ישראל חתמה על אמנת רומא לעניין הקמתו של ביי"ד בינ"ל פלילי, אך מסרבת לאשרר אותה נכון להיום.

² Vienna Convention of the Law of Treaties

תנאים נוספים בטרם כניסה לתוקף

העובדה שמדינה עברה את כל תהליך החתימה, האשרור וכדומה – אין בכך כדי להעיד שהאמנה אכן מחייבת בפועל. מתברר, במעבר לתהליך הנזכר לעיל, מתקיימים שני דברים במציאות:

- ברוב המקרים מדינות קובעות **זמן לכניסת האמנה לתוקף**.
- בנוסף, ישנם מקרים בהם מדינות דורשות **סף מינימום של אשרור ע"י מדינות**, לשם כניסתה של אמנה לתוקף כללי.

*מה קורה כאשר מדינה חותמת על אמנה, מאשררת אותה, אך האמנה טרם קיבלה תוקף מחייב?
מה היחס בין המדינה לבין האמנה והנורמות הקבועות בה?*

אמנת וינה מתייחסת לעניין זה במפורש באמצעות המונח **"נושא האמנה ומטרתו"** בסעיף 18. המונח קובע שבמקרה זה **המדינה אינה מחויבת לאמנה, אך היא לא יכולה לעשות פעולות המבטלות את נושא האמנה ומטרתה**³. צריך להביא בחשבון שברגע מדינה חתמה ועדיין לא אישררה, יכולה היא למשוך את ידה מן האמנה ללא הסמכת המדינות האחרות. לכן, אם גם חתמה וגם אישררה – לא נתיר לה להתנהג בצורה הסתורת את הוראות האמנה אף אם לא נכנסה לתוקף.

הסתיוגיות

מדינה יכולה לעשות אמנה עם הסתייוגות, אחרת לא היו נחתמות כלל אמנות מולטילאטרליות. הסתייוגות, יכולה להיות אחת משתיים:

- מדינה מכריזה שסעיף כלשהו לא חל.
- מדינה יכולה להכריז שהיא מעוניינת ליצור הסדר אחר מאשר הקבוע בסעיף מסויים.

האם מדינה יכולה לעשות באמנה כל הסתייוגות שהיא מחליטה עליה?

התשובה לכך חיובית, אלא אם כן ההסתייוגות נוגדת את נושא האמנה ומטרתה. או לחילופין, כאשר מדינות החליטו שלא ניתן יהיה להסתייג מסעיפים מסויים או מהאמנה כולה. כמו כן, ישנן אמנות שנקבע בהן שלא ניתן להסתייג מהן כלל.

ב-1949 קבע ביה"ד הבינ"ל כי לצורך קבלת הסתייוגות של מדינה באמנה, אין צורך שכל המדינות יסכימו לקבל את הסתייוגותה.

דוגמא: בשנת 1958 נכנסו לתוקף ארבע אמנות בדיני הים. בשנת 1982 הוחלפו האמנות האלו באמנות אחרות. בסט החדש מ-1982 יצרו משטר 'מעבר במיצרים' שלא תאם את האינטרסים של מדינת ישראל (ישראל רצתה שתהיה לה סמכות לעצור ספינות החשודות מבחינה בטחונית). ישראל הסכימה עקרונית לאמנת דיני הים מ-1982, למעט נושא המעבר במיצרים. אך אמנת הים מ-1982 קבעה שלא ניתן לחתום עליה הסתייוגות. לכן התוצאה היא שעד היום, ישראל, איננה צד לאמנה של דיני הים. לגבי משטר המעבר במיצרים, ישראל היא בבחינת מתנגדת מתעקשת.

³ לדוגמא: כאשר מדינה חותמת על האמנה למניעת הפשע השמדת עם, אך האמנה טרם נכנסה לתוקף. ברור כי מדינה לא יכולה לעשות genocide לאחר שהיא חותמת על אמנה זו, אף אם האמנה לא קיבלה תוקף מחייב.

אמנת וינה מתווה את אופן ביצוע ההסתייגות כך :

- כאשר מדינה X מסתייגת מסעיף כשלהו באמנה, ומדינה Y מקבלת את הסתייגותה – הרי שהן נחשבות למדינות קשורות בינהן באמנה.
- כאשר מדינה Z אינה מסכימה להסתייגות, היא ומדינה X לא תהיינה קשורות באמנה. זאת על אף ששתיהן חתומות על האמנה.
- ישנה אופציה נוספת לפיה מדינה Z לא תקבל את ההסתייגות, אך תסכים בכל זאת להיות קשורה באמנה למדינה X.

דוגמא: אם ההסתייגות קובעת "סעיף 45 לא יחול", אזי גם באפשרות הראשונה וגם באפשרות השלישית, הסעיף לא יחול. ההבדל בין האפשרות הראשונה לשלישית הוא בשאלה האם מדינה הציעה הסדר אחר לסעיף (ראו לעיל).

מי מוסמך לחייב את המדינה באמנות?

המשפט הבינ"ל חסר נוקשים כללים בנקודה זו, הוא אינו קובע כללים לגבי "רק ראש ממשלה יחייב מדינה באמנות" או משהו בסגנון. אלא שהמשפט הבינ"ל קובע שכל מדינה מוסמכת להחליט מי מחייב אותה באמנות. כך, החוקה האמריקאית קובעת שרק הנשיא יכול לחייב את ארה"ב באמנות.

- סעיף 7 לאמנת וינה קובע שאם ישנה הרשאה מפורשת ממדינה, הרי שהיא קובעת. כאשר אין הרשאה מפורשת, נקבע כי ראש מדינה או שר חוץ יהיו מסוגלים לחייב מדינה בכל הפעולות הקבלה המנויות לעיל.
- בנוסף לכך, קובע המשפט הבינ"ל כי באמנת בילטרליות, שגריר המדינה או נציג המדינה בועידה הבינ"ל מורשה רק לחתום לשם קבלת נוסח, אך לא לחייב את המדינה.

חיובה של מדינת ישראל באמנות

במשפט האמריקאי והצרפתי נושא קבלת האמנות מוסדר **בחוקותיהן**, בזמן שבישראל הנושא אינו מוסדר באופן מספק וראוי.

אחת השאלות המרכזיות בדרך קבלת האמנה ע"י מדינות, בשאלה מי מוסמך לחייב מדינה באמנה, יורדת לשאלה האם צריך לערב בנושא את הרשות המחוקקת? אין עוררין על כך שהרשות המבצעת מעורבת בקבלת האמנה באופן פעיל. במדינת ישראל, מי שמחייב את המדינה באמנות – זוהי הממשלה. קביעה כזו היא קביעה משונה בגלל שיש לנו הוראה **בסעיף 11(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה** (בעבר: סעיף 6 לחוק המעבר), ולשונו: "הנשיא יחתום על אמנות שאושרו בידי הכנסת". לכאורה, אין כל בעיה. אך מתברר שסעיף 6 לחוק המעבר, כמו גם **סעיף 11 לחוק היסוד, פורשו ע"י בית המשפט העליון [פרשת קמיאר] כסעיפים האומרים שבד"כ מי שמחייב את המדינה באמנות היא הממשלה**, אך אם תהיה אמנה מיוחדת שיחליטו להעביר לכנסת – יחתום עליה נשיא המדינה. משמע: סעיף לעניינים מיוחדים. הרציונאל, אומר ביהמ"ש, הוא שלממשלה סמכות שיורית לעשות כל דבר שלא ניתן לגורם אחר.

ד"ר זילברשץ סבורה שמציאות זו אינה נכונה. אם במדינות אחרות הנושא מוסדר מבחינה חוקתית, כיצד יתכן שבמדינת ישראל לא יהיה מוסדר העניין בצורה סטטוטורית ראויה? כעת נבחן מודלים המצויים במדינות אחרות, ונראה האם הם ראויים להקלט בארץ.

▪ הבעיה: חוסר המעורבות של המחוקק בקבלת אמנות.

הסדרת הנושא בארה"ב:

האבות המייסדים של ארה"ב קבעו בחוקה שלא הסנאט, או הנשיא, יכולים לקבל אמנה בגפו, אלא שעל הגופים לרסן זה את זה. סעיף 2 לחוקה קובע כי לנשיא יהיה כח לחייב ולאשרר אמנות עבור ארה"ב, בעצת הסנאט, ובלבד ש-2/3 מחברי הסנאט שנכחו, אישרו זאת.

ד"ר זילברשץ סבורה כי זו שיטה גרועה. מדוע? מערכת יחסי החוץ של מדינה, היא מערכת דינאמית ביותר. לאחר עשרות הדיונים בנוסחם של סעיפי האמנה, נשיא ארה"ב חוזר אל הסנאט עם הנוסח הסופי של קבלתו. אין זה סוד שהסנאט מלא בתככים ובפוליטיקות, והמציאות מצביעה על כך שנסיונותיהם של נשיאים שונים לאשרר אמנות – טורפדו, בגלל פוליטיקה פנימית.

לכן, "ברחו" נשיאי ארה"ב מסעיף 2 לחוקה, ובמסגרת סמכויותיו האחרות של נשיא ארה"ב המוסדרות בחוקה (כגון סמכות המפקד העליון של כוחות הצבא), חתמו על אמנות ללא אישרור הסנאט. ביהמ"ש העליון האמריקאי הכשיר את הפרקטיקה הנ"ל.

הנה כי כן, אנו רואים שאין במציאות האמריקאית כל שוני למודל הישראלי. הכח, עדיין נמצא ביד הרשות המבצעת.

הסדרת הנושא בצרפת וגרמניה:

הגישה בקונטיננט היא שההתחייבויות הבינ"ל צריכות להתבצע ע"י הרשות המבצעת, אך החוקה הצרפתית קובעת שאמנות שלום, אמנות המתייחסות לארגונים בינ"ל ואמנות הנוגעות לעניינים טרטוריאליים דורשות את אישור המחוקק לפני האישור ע"י הנשיא (להבדיל מהגישה בארה"ב הדורשת העברת כל האמנות לאישור הרשות המחוקקת).

הגרמנים העניקו לקנצלר ושר-החוץ הגרמני לחייב את גרמניה באמנות. אך גם כאן, ישנו סעיף בחוקה הקובע שורה של נושאים אשר ביחס אליהם ישנה חובה לערב את הרשות המחוקקת.

ד"ר זילברשץ סבורה שמודל זה פרקטי, ראוי והגיוני יותר מאשר ארה"ב. יש להדגיש שכאשר אמנה מובאת לרשות המחוקקת בקונטיננט, היא מאשרת אותו או לא מאשרת אותו, והיא אינה נכנסת לעובי הקורה ומשנה את תוכנו. להבדיל, בארה"ב, הרשות המחוקקת 'פותחת' את האמנה ודנה מה לאשר בה, אם בכלל.

הערת ביניים: ראינו לעיל, כי הפרקטיקה הנהוגה בישראל היא התחייבות באמנות ע"י הרשות המבצעת. בכל זאת, הסכם השלום עם מצרים (והסכמי שלום נוספים), הובאו לאישור הכנסת. מסתבר כי היועמ"ש דאז, אהרן ברק, ייעץ לרה"מ בגין לעשות זאת – ולא לקחת את הסיכון שבהתחייבות ע"י הרשות המבצעת בלבד.

משפט בינ"ל ומשפט פנימי

היחס בין משפט בינ"ל למשפט פנימי, הוא נושא קרדינאלי כאשר דנים במשפט בינ"ל. בפרק הקודם דנו במערכת הכלים המשפטיים החלה ביחסים שבין מדינות. השאלה הגדולה היא, האם באמת כל אותן נורמות מתפקדות ב"ספירה עליונה" מחוץ למדינות, או שכל הנורמות האלו מתגלגלות אל תוך שיטת המשפט – פנימה?

באופן כללי, ההתייחסות המודרנית למשפט הבינל היא בהחלט התייחסות המסתכלת על נורמות אלו גם ככאלה המשפיעות בצורה חזקה על המשפט הפנימי של מדינות. יש לכך משמעות רצינית, שכן, אם נורמות בינ"ל אלו מחלחות פנימה, בתי המשפט יכולים ליישם אותן. המשפט הבינ"ל לא קובע מה צריכות מדינות לעשות איתו, אלא שהוא משאיר לכל מדינה את האוטונומיה להחליט כיצד ליישם אותו וכיצד לתפקד לאורו.

אם נביט במדינות דמוקרטיות מודרניות, נגלה שכל מדינה יש לה כללים וחוקים משלה. כללים אלו, אינם זהים בין מדינה למדינה. אך "בגדול" ניתן לומר שיש שתי גישות להתייחסות למשפט הבינ"ל.

- **הגישה המוניסטית:** המשפט בינ"ל והמשפט הפנימי, מקורם אחד – והוא משותף. ולכן, מרגע שנוצרה הנורמה הבינ"ל, היא גם מחלחת פנימה אל תוך משפט המדינה. משמע: אם מדינה עשתה אמנה, היא אוטומטית מחייבת אותה מבחינה בינ"ל, אך גם מבחינה פנימית.
- **הגישה הדואליסטית:** הרובד הבינ"ל והמערכת הנורמטיבית הפנימית, הן שני גורמים שונים ונפרדים. כך, שאם מדינה עשתה אמנה ב"ספירה" הבינ"ל, אין לכך שום משמעות בספירה הפנימית. כדי שתהיה לכך משמעות, על המדינה לעשות פעולה נוספת, עצמאית, שתביא את הנורמה הבינ"ל אל תוך המשפט הפנימי (כגון: חיקוק חוק שיאמץ את האמנה).

בניתוח שיטות המשפט השונות, אין שיטת משפט שהיא מוניסטית לחלוטין, או דואליסטית לחלוטין. לכל שיטת משפט, נואנס משלה.

משפט משווה – מודלים ברחבי העולם

אנגליה

ישראל אימצה למעשה את המודל האנגלי.

האנגלים קבעו שמנהגים בינ"ל הופכים להיות חלק מן המשפט האנגלי, אם אין חוק שעומד בניגוד אליהם. לגבי אמנות, קבעו האנגלים, שברגע שאמנה נעשתה – היא רלוונטית ברובד הבינ"ל בלבד. אך אם רוצים שהיא תחול פנימה, יש לחוקק חוק שיאמץ אותה.

הנה כי כן, ביחס למנהגים, הגישה האנגלית היא מוניסטית. אך ביחס לאמנות, הגישה היא דואליסטית לגמרי.

גישה של אנגליה לגבי מעמדו של המשפט הבינ"ל ההסכמי, הכבידה מאד על אנגליה מול המערך האירופי – כיצד? כאשר האיחוד האירופי הוקם, אנגליה שקלה ברצינות להצטרף אליו. האיחוד האירופי לכשעצמו בנוי מהסכמים בין מדינות. אם אנגליה מצטרפת להסכם זה, הוא לא הופך להיות מחייב במשפט הפנימי, אלא אם כן היא מחוקקת אותו כחוק. אך אם תעשה זאת, מה שיחייב אותה יהיה החוק, ולא ההסכם, וחוק – יכול

להשתנות ולהתבטל. האיחוד האירופי קבע שמדינות השייכות אליו, אינן יכולות לחוקק חוקים הנוגדים את האמנות עליהן הוא מבוסס.

הבעיה הפכה למציאותית יותר בסוף שנות ה-80, במסגרת הפרשה הבאה: ספינתם של דיגים ספרדים היתה רשומה באנגליה (מה שהקנה להם את האפשרות לדוג במימיה הטריטוריאליים). יום אחד, נחקק חוק באנגליה הקובע שאנגליה תחדש רישום של ספינות דיג רק אם הן בבעלות של אזרחים בריטיים. התוצאה היתה, שרישום ספינת הדיג הספרדית לא חודש, ולכן לא יכולו הם לדוג במים האנגליים.

אחד ההסדרים הכלכליים של הקהילה האירופאית היה איסור הגבלת היכולת של נתיניו לעבוד במדינות אשר באיחוד. הדיגים עתרו לבית הלורדים על כך שאנגליה פועלת בניגוד להסכמי הקהילייה. בית הלורדים שלח שאילתא לביה"ד של הקהילייה האירופאית בשאלה האם חוק הדיג החדש אכן נוגד את הסכמי האיחוד. התשובה היתה חיובית. אי לכך, הפרלמנט עצמו נאות לבטל את החוק ולחוקק חוק אחר תחתיו, שאינו נוגד את אמנות האיחוד האירופי.

למרות שאין הדברים נראים כך, נראה כי אנגליה היום מחוייבת היום הרבה יותר למשפט הבינ"ל בתוכה, מכפי שהדברים משתקפים ממערכת חוקי הקליטה שלה.

באירופה ישנם שני גופים – האיחוד האירופי (הפן הכלכלי), ומועצת אירופה (גוף גדול יותר בעל סמכויות נרחבות). כבר בשנות ה-50, מועצת אירופה הובילה ניסוח של אמנה בדבר זכויות האדם. כל מדינות אירופה הצטרפו לאמנה זו, כולל אנגליה. אמנה זו קובעת מה הן זכויות האדם ושכל מדינות אירופה צריכות להתאים את חוקיהן אליה. למרות שבשנות ה-60 אישרה אנגליה את האמנה, רק בשנת 2000 היא חוקקה חוק המאמץ את תוכן האמנה פנימה, אל תוך המשפט הפנימי. ניכר שאנגליה מתקשה בכל פעם "לאמץ" אמנות ולקבל אותן, מתוך חשש שהן יגבילו את כוחו של הפרלמנט (הם הרי לא רוצים שחוקים מבית היוצר של הפרלמנט יכפפו ראשם מפני אמנות בינ"ל). לפיכך, יחד עם קבלת האמנה בדבר זכויות האדם, קבעו האנגלים שבית הלורדים מוסמך להכריז על חוק פנימי כסותר את האמנה, ובכך "לאותת" לפרלמנט שיש צורך לבטלו או לשנותו.

ארה"ב

ארה"ב מייצגת מודל שונה מאוד מאנגליה בכל הכרוך בקליטת אמנות. לעניין קליטת מנהגים, האמריקאים אימצו את המשפט המקובל האנגלי, מכיוון שהחוקה האמריקאית אינה דנה בקליטת מנהגים.

להבדיל ממנהגים – החוקה האמריקאית, לא רק שהיא מסדירה מי מוסמך לחייב את ארה"ב באמנה, אלא שגם ישנו סעיף הדין במפורש בקליטה ובמעמדה הנורמטיבי של אמנה. המדובר בסעיף 6, וזה לשונו:

This constitution and the laws of the US, in all treaties made, shall be the supreme law of the land.

משמע, ברגע שנתקבלה אמנה ע"י ארה"ב – הרי שהיא הופכת אוטומטית להיות חלק ממשפטה הפנימי של המדינה, ברמה של חקיקה פדראלית (ולכן לא ניתן לחוקק במדינות השונות חוקים הנוגדים אמנה).

אירופה: גרמניה וצרפת

מבחינת החיוב ע"י אמנה בגרמניה וצרפת, יש לנו שני סוגי אמנות:

▪ אמנות בהן מעורב המחוקק.

▪ אמנות בהן מעורבת רק הרשות המבצעת.

גם בגמניה וגם בצרפת, ברגע שאמנות נעשות, הן הופכות באופן אוטומטי לחלק מן המשפט הפנימי, בשני הסוגים. אך נשאלת השאלה – לאן האמנות נופלות במסגרת פרמידת הנורמות?

הגרמנים קובעים שאמנות שנעשו ע"י המחוקק, האמנה נחשבת לחוק פדראלי. אמנה שנעשתה ע"י הרשות המבצעת, הרי שהיא נחשבת לנורמה מנהלית. לגבי מנהגים, קבעו הגרמנים שהם חלק מן המשפט הפנימי, במעמד שבין חוקה לחוק פדראלי (כלומר, שחוק אינו יכול לסתור את המנהג). נתאר זאת כך:

▪ חוקה.

▪ מנהגים בינ"ל.

▪ חוקים פדראליים + אמנות שנעשו ע"י הרשות המחוקקת.

▪ נורמות מנהליות + אמנות שנעשו ע"י הרשות המבצעת.

הצרפתים נוקטים בגישה שונה. אין בחוקה הצרפתית כל התייחסות למנהג הבינ"ל. האמנות הבינ"ל ממוקמות במדרג הנורמטיבי, מבחינתם, בין חוקה לבין חוקים. צרפת נוקטת בגישה מוניסטית מוחלטת. נתאר זאת כך:

▪ חוקה.

▪ אמנות בינ"ל.

▪ חוקים.

ישראל

פרשות **אייכמן**, **סמרה** ו**קופ"ח מכבי** נופלות למסגרת השאלה אותה אנו מנתחים כעת, בעניין היחס שבין משפט בינ"ל ומשפט מקומי. במקרים אלו, שורש הטיעון היה לזכות וסעד לאור נורמות בינ"ל.

פרשת אייכמן: אדולף אייכמן נשפט מכח החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם. טענתו היתה כי החוק מפר חוק בינ"ל שאינו מתיר לשפוט אותו. ביהמ"ש קובע שאף אם המנהגים הבינ"ל היו "לטובתו", ואף אם הם חילחלו לתוך המשפט המקומי, הרי שבין כה ובין כה קיים חור ישראלי ספציפי וברור הקובע הסדר מסויים. מנהגים יכולים לשמש אותנו, במקרה של לאקונה, במקרים בהם ניתן לתת לחוק מקומי פרשנות לכאן או לכאן. אין כל לאקונה במקרה זה. **הנקודה התחתונה – מנהג נסוג מפני חוק מקומי, במקרה זה סתירה ביניהם.**

פרשת סמרה: מדובר בתושבי כפרים ערביים שאדמותיהם הואלמו מכח חוק נכסי נפקדים. העותרים טענו לזכות מכח אמנת רודוס שנחתמה בין ישראל וירדן בשנת 1949, שכביכול ביקשה להסדיר בסעיף 6 שלה את הזכויות הקנייניות של תושבי כפרים אלו. ביהמ"ש קובע שאמנה יושבת בספירה הבינ"ל, אך אין לה כל השפעה על המשפט הפנימי. **לא ניתן לטעון לזכויות מכוחה.**

פרשת מכבי: במקרה זה דובר על חוק שיישם אמנה, ומכוחו שולמו פיצויים מגרמניה לניצולי שואה. הסתבר כי ניצולים תושבי המדינה קיבלו פיצוי מופחת מאשר ניצולים תושבי חוץ (שקיבלו פיצוי מכח האמנה). ביהמ"ש קבע

שלמרות שחוק אינו תואם את האמנה, אין בכך ולא כלום מכיוון שחוק גובר, גם במקרה של סתירה, וגם במקרה של חוסר תאימות⁴.

השטחים המוחזקים

רקע

נושא זה נחלק לשניים. מצד אחד, נמשיך לדון ביישום המשפט הבינ"ל במשפט הישראלי עד 1967 (הפסיקה לעיל). מאידך, נבחן את ההלכות שיצאו מפתחו של ביהמ"ש לאחר מלחמת ששת-הימים, לאחר כיבוש השטחים. מנקודה זו, החל המשפט הבינ"ל החל להיות רלוונטי מאד, ובג"צ יישם את המשפט הבינ"ל בצורה מעניינת ביותר.

בתחילה, למדנו על כך שהוגו גרוציוס "בנה" את המשפט הבינ"ל בשני רבדים – דיני המלחמה הבינלאומיים, ודיני השלום הבינלאומיים. ואכן, המשפט הבינ"ל התפתח בשני ערוצים אלו. להדגיש: ערוץ דיני המלחמה היה הרבה יותר אינטנסיבי. זאת מן הסיבה שבאותה העת, האינטרקציה הכמעט יחידה שהיתה בין מדינות, ברמה הבינלאומית, היתה בדמות מלחמה כזו או אחרת. המשפט הבינ"ל, כמסדיר יחסים בין מדינות, החל להתפתח כאשר מדינות התנגשו זו בזו.

היות ודיני המלחמה הם קדומים, רובם התהוו והתפתחו ע"י מנהגים. נוצר מצב בו דיני המלחמה היו בבחינת תורה מבולבלת ומסורבלת. בסוף המאה ה-19 נוסחו אמנות מספר, לצורך קודיפיקציה של מנהגים אלו, והסדרת מנהגי המלחמה. ב-1907 נעשתה קודיפיקציה נוספת לדיני המלחמה, ולכך קוראים **אמנת האג**. ב-1949 נעשתה קודיפיקציה נוספת, ולכך קראו **אמנת ג'נבה**.

לצורך השלמת התמונה, נפרט את שני המקורות המרכזיים של דיני המלחמה, דהיום:

▪ ארבעת אמנות האג [1907].

▪ ארבעת אמנות ג'נבה [1949] (+שני הפרוטוקולים המשלימים לאמנות [1977]).

מדינת ישראל חתמה ואישררה את ארבעת אמנות ג'נבה 1949, אך לא חתמה ולא אישררה את הפרוטוקולים (ולכן לא מחוייבת בהם). מכיוון שלא היתה קיימת בשנת 1907, לא אישררה את אמנות האג.

המקורות לעיל מכילים אלפי סעיפים, ותחולתם רחבה. בל נשכח שאלו המקורות העיקריים הנוגעים לדיני המלחמה, וישנן אמנות רבות נוספות הנוגעות להם.

⁴ ביהמ"ש פסק כפי שפסק למרות חוסר ההגינות המזעזעת של גזל, הלכה למעשה, של כספי הניצולים ע"י השלטון, והעברתם לקופת המדינה.

תוכן האמנות: חתכים מרכזיים

בדיני המלחמה אנו מבחינים בחיתוך של שני מושגים עיקריים. ההבחנה היא בין *jus ad bellum* לבין *jus in bellum*.

▪ **jus ad bellum** – אלו הם דיני היציאה למלחמה. עד התקופה של שתי מלחמות העולם, המלחמה לא היתה דבר אסור. נשאלה השאלה "מתי יודעים שפורצת מלחמה?". דיני ה-JAB טיפלו בבעיה זו, והגדירו את עצם הגדרת המעבר מימי שלום לימי מלחמה, והמעבר מימי מלחמה לימי שלום. משמע: מה נחשב לכניסה למלחמה, ומה נחשב ליציאה ממנה.

▪ **jus in bellum** – אלו הם הדינים החלים במלחמה עצמה. משנאסרה המלחמה, והיציאה אליה גונתה במשפט הבינ"ל. לכאורה, גורלו של ה-JAB היה צריך להעלם לגמרי מן העולם. אך מתברר שאיסור היציאה למלחמה, איננו איסור אבסלוטי. אלא שיש לו שני חריגים לגיטימיים: **הגנה עצמית ו-סכנה לשלום העולם** מכח החלטת מועצת הבטחון. ה-JIB עוסק בחריגים אלו.

JIB יוצא מנקודת הנחה, שתהא אשר תהא הגליטימיות של השימוש בכח, אין זה פותר את התוקף או המותקף מהתנהגות עפ"י דיני המלחמה. משהפעיל התוקף כח כלפי אחר, דיני המלחמה מורים לו את המותר והאסור.

ל-JIB שני סוגים עיקריים של הוראות:

▪ **הוראות העוסקות בעצם הלחימה.**

▪ **הוראות הומניטריות העוסקות בהגנה על הפרט** – הגנה זו יכולה להיות על כל סוגי הפרטים, לוחמים או אזרחים (במובן של *civilians*, מי שאיננו לוחם).

ההבחנה בין דיני הלחימה לבין המשפט ההומניטרי, איננה הבחנה שניתן לאתר אותה מן הכתוב באמנת האג (הנחשבת לאמנת דיני הלחימה) או באמנת ג'נבה (הנחשבת לאמנת הדינים ההומניטריים).

שתי האמנות מכילות סעיפים הנוגעים לשני סוגי ההוראות. לצורך העניין, נבחן מספר דוגמאות: ראשית, כלל ה"דגל לבן". דגל לבן כסימן של כניעה, הוא כלל לחימה שיש מאחוריו משמעות. דוגמא נוספת נוגעת לחובה להעניק לשבויי מלחמה טיפול רפואי. זהו כלל מחוץ לחימה. דוגמא נוספת קשורה לאיסור להפגז אוכלוסיה אזרחית. האיסור הוא כלל לחימה והומניטרי כאחד.

כך שנוצר מצב בו לעיתים ברור שהוראה היא הומניטרית, ולעיתים ברור שההוראה היא כלל לחימה. אך פעמים רבות קשה להבחין בין השניים, ואף לעיתים הוראות הלחימה עצמן נגזרות מתוך אינטרסים הומניטריים. מסתבר שענייני הלחימה הטהורים, קדמו לעניינים ההומניטריים הטהורים. המשפט הבינ"ל המנהגי היה משפט של דיני לחימה. התוספות ההומניטריות המובהקות, כגון הגנה על שבויי מלחמה, נכנסו מאוחר יותר כקטגוריות הסכמיות, שמעמדן המנהגי לא היה ברור.

השטחים המוחזקים

כל נושא השטחים המוחזקים נכנס למסגרת המשפט ההומניטרי, ובפרט במסגרת ההגנה על האזרחים. בפועל, נושא זה מוסדר בשני מקומות:

- תקנות 42-56 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית [1907]
- אמנת גינבה הרביעית [1949] העוסקת בהגנה על אזרחים בזמן מלחמה + הפרוטוקול המשלים הראשון [1977].

מקורות אלו קובעים: אם בעקבות מלחמה, נשאר שטח נשאר בידי אחת המדינות, המשטר המשפטי שנוצר בשטח זה הוא משטר שנקרא *Belligerent Occupation* (=שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית).

לאחר מלחמת ששת הימים, מדינת ישראל תופסת חזקה בשטחי רמת הגולן, ירושלים רבתי (מזרח ירושלים והכפרים), יהודה ושומרון, עזה. המדינה עשתה שני מהלכים נפרדים ביחס לשטחים הללו:

ב-1967, אחרי המלחמה, היא מחילה על ירושלים רבתי את המשפט, השיפוט והמנהל שלה. כל יתר השטחים, כולל רמת הגולן, מוגדרים מבחינת מדינת ישראל, כשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, עפ"י הקבוע במשפט הבינ"ל (המקורות לעיל). בתחילת שנות ה-80, ישראל מחליטה להחיל את המשפט, השיפוט והמנהל שלה, גם על רמת הגולן (על-ידי חיקוק חוק רמת הגולן).

עפ"י כללי המשפט הבינ"ל אין כל חיוב על המדינה המחזיקה לאפשר לתושבי השטח המוחזק, לדרוש זכויות בבתי המשפט שלה. מדינת ישראל לא היתה מחוייבת לאפשר לתושבי השטחים המוחזקים להגיע לבג"ץ, אבל הפרקליט הצבאי הראשי ב-1967, מאיר שמגר, קיבל החלטה לעודד את תושבי השטחים להגיע לבג"ץ, ובכך אפשר להם להשמיע את טענותיהם. ובימים הראשונים לאחר מלחמת ששת הימים, בג"ץ התחבט בשאלה האם יש לאותם תושבים זכות עמידה כלל? המדינה, הצהירה כי היא לא מתנגדת לעתירות, להיפך. השופט ויתקון הביע על כך ביקורת ושאל האם בג"ץ הופך למוסד בוררות. עם השנים, השתרש הנוהג המקנה זכות עמידה לתושבי השטחים בבג"ץ.

בפרשת אסכאן "התעורר" ביהמ"ש העליון וביקש להסדיר את סמכות השיפוט שלו בעניין זה, וקבע כי המושל הצבאי השולט על השטחים הוא אורגן של צה"ל, וצה"ל כפוף לשר הבטחון ולממשלת ישראל. אי לכך, זהו גוף הממלא תפקיד ציבורי עפ"י דין. משכך, הרי שלבג"ץ יש סמכות פיקוח על המושל הצבאי מכח סעיף 15(ד) לחוק יסוד השיפוט.

ביקורת בג"ץ – כיצד?

עפ"י דיני המשפט הבינ"ל, המושל צבאי בשטחים המוחזקים הוא ישות מחליטת-כל. יש לו סמכויות חקיקה, שיפוט וביצוע. הפעלתן של שלושת הסמכויות הללו, כפופה לבג"ץ.

למרות זאת, מתעוררת הבעיה הבאה: בשנת 1967, לא היה קיים מוסד של ביקורת שיפוטית על חקיקה. כשאנו אומרים שהמושל הצבאי, על כל עשייתו, כפוף לביקורת בג"ץ, לרבות את עשייתו בתחום החקיקתי (שווה ערך

לחקיקה ראשית בשטחים), האם אנו יכולים להסיק מכך שבג"ץ יכול לבקר את סמכויות החקיקה הראשיות שיש למושל הצבאי?

בפרשת עפן דן בג"ץ בגירוש מן השטחים עפ"י תקנה 112 **לתקנות ההגנה (שעות חרום)**. תקנות אלו נחקקו ע"י המנדט הבריטי בשנת 1945, ובאותה העת תחולתן היתה על כל פלשתינה-א"י. ב-1948, לאחר מלחמת השחרור, התקנות המשיכו ועמדו מכח פקודת סדרי השלטון והמשפט. הקליטה של תקנות אלו נקלטו במדינה בדרגה של חקיקה ראשית.

נשאלה השאלה מה דינן של תקנות אלו בתחום השטחים המוחזקים? האם כאשר המושל הצבאי נכנס לשטחים ב-1967, התקנות היו בתוקף? **אין לכך תשובה ברורה**. לכן, המושל הצבאי, מכח סמכויות החקיקה שלו, עשה צו חקיקתי, וקבע את "החייאת" תקנות ההגנה (שעות חרום) המנדטוריות.

נוצר מצב בו בשנת 1967, התקנות המנדטוריות היו תקפות בישראל מכח פקודת סדרי השלטון והמשפט, ובשטחים מכח צו של המושל הצבאי. בשנת 1979 ביטל המחוקק הישראלי את תקנה 111, הדנה במעצרים מנהליים, והחליף אותה בחוק ישראל. באותו חוק ביטל המחוקק הישראלי את תקנה 112, העוסקת בגירוש. בשטחים, הסעיפים האלו המשיכו להיות בתוקף.

בפרשת עפן, צה"ל ביקש לגרש את העותר מכח תקנה 112. באי כוחו ראשית תקפו את עצם הגירוש מבחינה מנהלית. בנוסף לכך, הם תקפו את התקנה עצמה, וצינו שהיא נוגדת את אמנת ג'נבה, ולפיכך בטלה. בג"ץ אמנם דחה את טענתם, אך השאלה העולה מפסק-הדין היא כיצד ניתן בשנות ה-80 לטעון בפני בג"ץ לביטולו של חוק? להדגיש: מוסד הביקורת השיפוטית על דברחקיקה וביטולו ע"י בג"ץ לא היה קיים. כיצד כלל ניתן להעמיד לביקורת את סמכויות החקיקה של המושל הצבאי?

דעה אחת גרסה שלא ניתן לבקר את העשייה החקיקתית של המושל. הדעה מנגד סברה שאכן בשטחים המוחזקים, המושל הצבאי הוא מחוקק ראשי, אך כאשר המושל הצבאי עומד בבג"ץ, אין מבחינת ביהמ"ש שום מחוקק מלבד הכנסת, **והמושל הצבאי הוא לכל היותר מחוקק משנה** כאשר הוא בא להתדיין בפניו. זוהי הדעה שהתקבלה בסופו של דבר. בכך בג"ץ אפשר לעצמו לבקר את העשייה החקיקתית של המושל הצבאי, ואת הלגיטימיות של תקנות שעות החרום.

השופט ברק קובע **בפרשת עפן** כי חייל ישראלי בשטחים נושא בתרמילו את דיני המשפט הבינ"ל פומבי ואת כללי המשפט מנהלי.

איזה דין יש ליישם?

לכאורה, יש לומר שבג"ץ צריך להחיל במסגרת דיונים מול המושל הצבאי את אמנת ג'נבה, אמנת האג, ואולי אף את הפרוטוקולים הנלווים. אך העניין אינו פשוט כלל ועיקר. ראשית, **בעית קליטה** – איזה חלק מן המשפט הבינ"ל יש להחיל? שנית, **בעית התחולה** – האם האמנות נוגעות לתפיסה לוחמתית כפי שקרתה בשטחי יש"ע?

משמע: לצורך ביקורת בג"ץ על צווי המושל הצבאי והחלטותיו, יש לבדוק את שאלת התחולה של המשפט הבינ"ל על השטחים, מה מתוכו רלוונטי למקרה זה, ולאחר מכן להתמודד עם השאלה האם משפט הבינ"ל נקלט בארץ, ואם כן – איזה חלק ממנו? או בקיצור – מהו המשפט הבינ"ל נמצא מבחינת המדרג "מעל" לצווי המושל ואשר ינחה את בג"ץ בהחלטותיו?

כפי שאמרנו קודם לכן, מבחינת הדין הבינ"ל אנו מצויים במצב של "תפיסה לוחמתית" המוסדרת בתקנות 42-56 לתקנות האג הנספחות לאמנת ג'נבה מ-1907, וכן באמנת ג'נבה הרביעית. כאן, אנו נתקלים בבעיה מעניינת – ביהמ"ש קובע שאין לו כל בעיה עם תקנות האג, אך את אמנת ג'נבה הרביעית הוא מתקשה לאמץ.

על-פניו, היינו סבורים שהדבר צריך להיות הפוך, מכיוון שתקנות האג מ-1907 לא אמורות לתפוס כלפי ישראל (שהרי המדינה לא היתה קיימת). אך ביהמ"ש מתקן את הסברה הזו וקובע שתקנות האג הן נורמות מנהגיות החלות על מדינת ישראל, מכח הלכת **סמרה**. להבדיל, אמנת ג'נבה היא בעלת אופי קונסטיטוטיובי אשר אינה מגבשת מנהגים, ולפי הלכת **אייכמן** – אין היא נקלטת במסגרת הנורמות של מדינת ישראל.

הערת המרצה: גישתו של ביהמ"ש מוטעה, שהרי כיצד ניתן לקבל נורמות כה ישנות כתקנות האג, אך לא לאמץ נורמות מודרניות שבוססו לאחר מלחמת העולם השנייה? ישנן בפירוש הוראות באמנת ג'נבה הרביעית העולות כדי נורמות מנהגיות, והן נשענות על דינים בינ"ל שהיו עוד קודם כתיבתה. ואף אם תמצה לומר שהיא קונסטיטוטיובית, הרי למדנו קודם לכן שגם נורמות מנהגיות יכולות להתגבש באמנה קונסטיטוטיובית. היה מקום, במשך עשרות השנים בהם ייושמו הכללים הבינ"ל האלו, לא לשוב ולחזור על הלכות **סמרה** ו**אייכמן**, ולאמץ את הדין הבינ"ל בפסיקת בג"ץ. לא שאלת הקליטה היא זו שהיתה צריכה לעכב את בג"ץ ביישום הוראות האמנה.

השופט ברק, באחת מהערותיו עלי פסק-דין **איסכנ**, אומר הוא לגבי אמנת ג'נבה כי ביהמ"ש קולט את תקנות האג, אך לא כך לגבי אמנת ג'נבה שהרי לגבי תחולתה בשטחי יש"ע – "קיימת מחלוקת חריפה".

המחלוקת: תחולתה של האמנה

על מנת שאמנת ג'נבה תהיה רלוונטית, יש לבדוק מה היא קובעת לגבי תחולתה. האמנה קובעת שהיא חלה כאשר ישנו **סכסוך מזויין בין מדינות**, וסעיף 2 מוסיף: **"כמו כן, תחול אמנה זו על כיבוש חלקי או מלא של ארצו של אחד מבעלי האמנה"**.

במציאות של 1967, כאשר ישראל כבשה את השטחים היו כמה קטגוריות בכיבוש זה. רצועת עזה – שמצרים מעולם לא טענה לריבונות עליה. הגדה המערבית – שירדן כן טענה לגביה לריבונות. השלטונות בישראל חששו שאם היא תאמר שאמנת ג'נבה חלה על הגדה המערבית, תהיה בכך הכרה של ישראל בריבונות הלגיטימית של ירדן על הגדה המערבית. לפיכך, השאיר בית המשפט בצריך-עיון את עניין התחולה העניינית של האמנה.

מאז ועד היום, ביהמ"ש העליון לא התייחס לסוגיה, משום שהיה לו את ה"כלי" האחר, של קיטלוג אמנת ג'נבה כהסכמית, כפתרון לעניין.

ד"ר זילברשץ סבורה כי זהו משגה חמור, פוליטית, משתי סיבות:

- בשנות ה-70, ירדן "התנערה" מריבונותה על הגדה המערבית, מכיוון שהמלך חוסיין הבין שהאוכלוסיה הפלשתינית השוכנת שם, מהווה איום על שלטונו. למרות זאת, לא פתח ביהמ"ש את שאלת קליטתה של האמנה לדיון מחודש.

▪ אמנת גינבה מקוטלגת כאמנה הומניטרית. האמנה קובעת כי חלה על קבוצת אנשים הקרויה "מוגנים". המוגנים הם "מי שמוצא את עצמו בעקבות סכסוך או כיבוש בידי של אחד מבעלי האמנה והוא אינו אזרח של המדינה המחזיקה". אם נוצרה סיטואציה של מוגנים, כמו בכיבוש הישראלי, אז חייבים ליישם את האמנה! רק בכך יש לאמנת גינבה תחולה.

תמוה אם כן, שבבג"ץ טאהה ו-עפו, למרות שביהמ"ש יכול היה לדחות את עתירתם של העותרים בנקל ולומר שאמנת גינבה לא נקלטה במדינת ישראל, הפליג ביהמ"ש במילים וקבע שאף-על-פי-כן, הוראותיה של האמנה לא הופרו ע"י המושל הצבאי.

המושל הצבאי והשטחים

נשוב לאחור ל-11 ביוני 1967, שהקרבות שכחו. בבוקר למחרת, המציאות השתנתה – קמה לה תפיסה לוחמתית. מתעוררת השאלה מה יש למושל הצבאי ביד מבחינה נורמטיבית? כמו בקום המדינה, גם לאחר כיבוש השטחים, קבע המחוקק הישראלי שהמשפט שהיה קיים בהם יעמוד בתוקפו (אם היה דין מצרי בעזה, ואם היה דין ירדני בגדה המערבית – הם יוסיפו לחול). אך המושל הצבאי אינו מקבילה טוטאלית של מחוקק הישראלי, מכיוון שהוא נמצא בשטחים באופן זמני בלבד, עד שהבעיה העומדת על הפרק תפתר.

תקנה 43 קובעת כי המושל הצבאי מוגבל בסמכות לשנות מהדין הקיים כל עוד הדבר נדרש "to restore and ensure public order and safety". משמע: סמכות התחיקה של המושל הצבאי מוגבלת ביכולת שלו להחזיר לקדמותו ולהבטיח את השמירה על סדר הציבור ובטחונו. התפיסה היא שהמושל הצבאי אינו הריבון בשטח. לפיכך, כל צו של מושל יכנס לשאלה הראשונית – האם הוא עומד בקריטריונים של תקנה 43? האם הוא פעל במסגרת המותרת לו?

בבג"ץ טהאא המושל הצבאי התקין צוים המחייבים הורים להפקיד ערובות עבור ילדם, למען לא ישתתפו בהפגנות אלימות. ברור שעניין זה משרת את האינטרס של שמירה על הבטחון. בבג"ץ האגודה הנוצרית למקומות הקדושים קבע ביהמ"ש העליון כי במסגרת השבת המצב לקדמותו מותר למושל הצבאי לשנות את חוקי העבודה המקומיים כדי לפתור את הכאוס שנוצר. אך במקרה כמו בג"ץ איסכן, בו הפקיע המושל הצבאי קרקע לשם סלילת כבישים, האם ניתן לתת לכך גושפנקא?

השופט ברק מתחבט בשאלה זו קשות, במקרה זה. מדינת ישראל לא העלתה כלל את הצורך הצבאי שבסלילת הכביש במסגרת טיעוניה, וברק מבקר אותה על כך. ולכן הוא כותב, בפסק דינו: אילו היתה עומדת מולו תפיסה לוחמתית קצרת מועד, היתה לו בעיה להצדיק את סלילת הכביש כצורך צבאי או פעולה הנעשית לשם הסדר הציבורי. אך במציאות בה התפיסה היא ארוכת מועד – קשת הפעילות של המושל הצבאי היא רחבה יותר, ויכולה לכלול גם סלילת כבישים.

בבג"ץ שאער נדונה שאלת הדין שחל בשטחים על אזרחי-ישראל תושבי השטחים (מתנחלים). אנו יודעים מראש כי הדין הביני"ל מגן על "מוגנים", מי שאינו אזרח ישראל. אך מה גורלם של הישראלים? מעצר מנהלי, נשאר בשטחים מכח תקנה 111 לתקנות החירום, ובישראל התקנה בוטלה אך הוחלפה בחוק המאפשר לעצור אזרח ישראל, אם כי החוק מידתי ונתון לביקורת שיפוטית ענפה. שאער, אזרח ישראל תושב השטחים נעצר במעצר מנהלי. נשאלה השאלה האם חל לגביו הדין הישראלי או דין המושל הצבאי? ביהמ"ש העליון פסק שהדין המקומי

חל על שאער, זאת מכיוון שהדינים הללו טריטוריאליים, ובדיוק כמו שהדין הנ"ל היה חל על ערבי תושב השטחים. ביהמ"ש יצר, לכאורה, שוויון בין הדין שחל על האוכלוסיה המקומית בשטחים והדין שחל על אזרחי המדינה המצויים באותה הטריטוריה.

הסברת השוני: האם כלל ניתן?

אם כן – כיצד יתכן מצב שלגבי אזרחי ישראל תושבי השטחים קיימת מערכת דינים שונה מן האוכלוסיה המקומית, למשל, בענייני מיסים, אישות, עיריות וכדומה?

הכלל הוא אכן הכלל כפי שנקבע בבג"ץ שאער, אך בנסיבות מסויימות, המושל בעצמו מכח סמכותו קבע צווים מיוחדים לאוכלוסיה היהודית בשטחים, וזה הוביל לכך שביחס לאוכלוסיה זו – יש את ההסדרים המיוחדים שלה. למשל, בענייני המועצות והרשויות המקומיות. המושל הצבאי הוציא צו שבישובי יהודים תחול פקודת העיריות. מלבד הצווים המיוחדים, גם המחוקק הישראלי שלח זורע ארוכה אקסטרטוריאלית להחיל חוקים ישראלים על האוכלוסיה היהודית בשטחים, מטעמים שונים – ובין היתר, טעמים כלכליים (כגון חוקי מס).

כיצד דברים אלו מסתדרים עם המשפט הבינ"ל בכלל ותקנה 43 בפרט?

ניתן לומר, בדוחק, שהדין הבינ"ל מגן רק על האוכלוסיה הנכבשת, ולא חל הוא על האוכלוסיה היהודית המתגוררת בשטח כבוש. מאידך יש לומר שכל סמכותו של המושל הצבאי מצויה בתקנה 43, וכל פעולה שהוא עושה מחוץ לתקנה היא בגדר חוסר סמכות. בנוסף, ניתן לומר, שתקנה 43 כלל לא יכולה לחול על האוכלוסיה היהודית. אין לכך תשובה ברורה.

זכויות אדם

לפני מלחמת העולם השנייה, המשפט הבינ"ל טיפל בנושא זכויות האדם אך באמצעות שני הסדרים מוגבלים, ואלו הם:

הגנה על זכויות זרים: כאשר נתיני מדינה א' חיים במדינה ב', הרי שמדינה ב' מחויבת כלפי מדינה א' שאזרחי מדינה א' לא יפגעו פגיעות בנפש וברכוש. מערכת התחייבויות זו נוצרה מכח חוקי המשפט הבינ"ל המנהגי. מערכת זו היתה מערכת מוגבלת, ממספר סיבות. ראשית, ההגנה היתה בנושאים מסויימים של פגיעה ברכוש ונפש, אך מאומה לא יותר. שנית, המערכת נגעה רק לזרים ולא נגעה כלל למחויבות של מדינה ב' כלפי אזרחיה היא. שלישית, ההגנה היא ל"אזרחים זרים", ולא ל"זרים", משמע – אדם מחוסר אזרחות לא נהנה מכל הגנה. רביעית, מכיוון שההגנה היתה על האזרחים מתוקף אזרחותם, מי שתבע בגין הפרת הזכות היתה מדינה א' (כלומר, הפגיעה בזרחים התפרשה כפגיעה במדינה). הבעיה היא שלא האזרחים הפגועים יכלו לתבוע, וגם לא יכלו הם לאלץ את מדינתם לתבוע בשמם. שיקול הדעת לא היה בידם.

בכל זאת, היו נושאים מסויימים שטופלו באופן רחב יותר בהסכמים בין מדינות – כגון, בענייני עבדות, הפקעת רכוש, והגנה במסגרת דיני העבודה.

נושאים הומניטריים: קטגוריה זו כללה שתי מסגרות של הגנה על זכויות אדם. הראשונה היא "משפט הומניטרי", לפיו אם ישנן שתי מדינות שקיימת ביניהם מלחמה, אזי המדינות מחויבות כלפי אזרחים (שאינם אזרחי מי מהן) לתנאים אנושיים מינימאליים. שוב, החסרון במסגרת זו שהיא אינה נוגעת לאזרחי המדינות עצמן. השנייה היא "התערבות הומניטרית", לפיה כאשר נתונה מדינה א', ומדינה ב' עושה פעולות המכבידות באופן משמעותי על חייהם של אנשים בגבולותיה (*consistent pattern of gross violation of human rights*), אזי למדינה א' מותר להפעיל כוח ע"מ להשיב על כנו את הסדר וההגנה על חייהם של האנשים במדינה ב'.

ערב מלחמת העולם השנייה

מלבד שני נושאים אלו היתה הגנה על זכויות אדם במסגרת חוקותיהן של מדינות רבות בעולם, ערב מלחמת העולם. הכנסת הזכויות למסגרת הדין הפנימי של המדינה, נעשתה במגבלות שני עקרונות מרכזיים:

- העקרון הראשון הוא **עקרון הדין הפוזיטיבי המוחלט**, לפיו דמוקרטיה משמעותה היא שלטון רוב. על כן, אין נורמה מחייבת אלא אם היא קבועה בחוק המדינה. בנוסף, כל נורמה שנקבעה בחוק המדינה תהא לגיטימית, באשר היא נקבעה בדרך דמוקרטית ע"י המחוקק.
- העקרון השני הוא **עקרון הריבונות המוחלטת** של המדינות, לפיו כל מה שמדינה מחוקקת הוא עניינה הפנימי, והמשפט הבינ"ל יוכל להתערב רק כאשר המדינה תסכים מרצונה באמצעות אמנות, "לוותר" על סמכותה בנושאים ספציפיים, ולהכניס את הקהילה הבינ"ל פנימה.

כך, העולם אפשר לגרמניה הנאצית לעלות לשלטון, ולחוקק חוקי גזע באופן דמוקרטי, מבלי שתהיה לקהילייה הבינ"ל כל לגיטימציה להתערב בנעשה שם.

זכויות האדם לאחר מלחמת העולם השנייה

סוף מלחמת העולם והקמת האו"ם

מלחמת העולם פורצת, וכשהיא מסתיימת מקימים את האו"ם תוך שמגיעים לשתי מסקנות:

- שלטון החוק איננו אבסלוטי, אלא שהוא תמיד כפוף לזכויות אדם בסיסיות.
- השמירה על העקרון שלא יעשו מעשים בניגוד לזכויות אדם בסיסיות, הן עניין לקהילייה הבינ"ל.

מדינות מתחילות לכרות בינהן אמנות, ומתחייבות לשמור על כל האנשים בטריטוריה שלהן, וכן מתחייבות הן משפטית (ולא רק פוליטית) כלפי כל המדינות החתומות על אמנות אלו. כל הפרה של אמנות אלו מקימות סעד וסנקציה כנגד המדינה המפרה. אך **החידוש הגדול ביותר הוא שהנפגעים, בין אם אזרחי המדינה ובין אם לאו, יכולים ישירות לתבוע את זכויותיהם מכח המשפט הבינ"ל.**

פרופ' הנקין, כתב מאמרים רבים לגבי זכויות האדם לאחר מלחמת העולם השנייה. האמירה המשמעותית ביותר במאמרו על זכויות האדם, היא שלמעשה ישנו איזהו "מעגל" בנושא זכויות האדם הבינ"ל. המעגל מצביע לכך שהמשפט הבינ"ל כשל בכל נוגע לזכויות אדם, בכך שהקים מנגנונים שונים ומשונים ובסופו של דבר התעורר קשוי רב ליישם את עקרונותיו. המטרה, אומר הנקין, צריכה להיות שמדינות תיקחנה את המודל של המשפט הבינ"ל ולהפנים אותו אל תוך מערכת המשפט הפנימית שלהן.

זכויות, חובות ומשפט הומניטרי: הערוץ האוניברסאלי

המדינות במגילת האו"ם קיבלו על עצמן בצורה מאד מפורשת לשמור על זכויות אדם [ובייחוד בסעיפים 1(3), 55 ו-56]. אך במקביל בשנת 1945, מתפתח גם דין בהסכמים בנושא "**חובות האדם**" [הסכם לונדון]. **כיצד נושא החובות מתקשר לזכויות? כל הנושא של חובות האדם, או בשמו האחר – משפט בינ"ל פלילי, מאפשר להטיל אחריות אישית על הפרט, בגין הפרת זכויות אדם בסיסיות, באופן מפורש מכח אמנות בינ"ל.**

בין הזכויות לחובות, משתלב נושא נוסף של **המשפט ההומניטרי**. משפט ההומניטרי הוא הגנה על אנשים מסויימים בזמן מלחמה. כמו זכויות האדם וחובות האדם, גם עקרונות המשפט ההומניטרי מוגדרות באמצעות זכויות וחובות ביחס לבני-אדם אשר מצאו עצמם באיזורי מלחמה או נפגעים כתוצאה ממנה. מי שמפר את זכויותיהם של אותם אנשים, ננקטים כלפיו סנקציות מכח המשפט ההומניטרי גופו!

רשימת זכויות האדם הגיעה שלוש שנים לאחר שגילת האו"ם נחתמה. בשנת 1948, קיבל האו"ם באסיפה הכללית מסמך מפורט הקרוי "**ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם**".

את ההכרזה ניסחו שני אנשים, **אלינור רוזוולט** ו-**דנה קאסן**. המסמך נראה כמו חוק-יסוד בזכויות אדם, המונה את הזכויות, ובהן: הזכות לחיים, הזכות נגד עבדות וסחר בעבדים, הזכות נגד עינויים, הזכות לשוויון בפני החוק, הזכות לאיסור מאסר שרירותי, הזכות למשפט הוגן, פרטיות, חופש תנועה, מקלט מדיני, אזרחות, ייסוד משפחה, קניין, מחשבה, מצפון, ביטוי, התאגדות, לבחור ולהבחר, ביטוח לאומי, עבודה, מנוחה, חינוך, תנאי מחיה הולמים.

אם נביט על רשימה זו, נמצא שני אבות נושאים מרכזיים: הראשון, זכויות פוליטיות. השני, זכויות חברתיות. אם כן, ההכרזה האוניברסלית מדברת על "הדור הראשון" ו"הדור השני" של זכויות האדם. "הדור השלישי", הנוגע ל"זכויות קולקטיביות" (חיי תרבות וקהילה), גם כן יצא לחיים לאחרונה, אך נרמז עליו עוד בהכרזה זו בסעיף 127(1).

מה שמאפיין את זכויות האדם במהותן, הוא שהן אינן אבסולוטיות. זכויות האדם יכולות ליסוג או להצטמצם משיקולי בטחון הציבור ושלומו. ההכרזה האוניברסלית נתנה את הבסיס לניסוח (את האיזון הדרוש לצורך פגיעה בזכויות אדם) בצורה הזו, והיא השליכה בסופו של דבר על חוקות של מדינות רבות, כדוגמת הצירטר הקנדי, ואף חוקי היסוד שלנו.

אמנות 1966

ההכרזה האוניברסלית התקבלה באסיפה הכללית של האו"ם, ולפיכך אינה מהווה דין מחייב. לפיכך, ב-1966 מתקבלות שתי אמנות:

- **האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.**
- **האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.**

הסיבה לעובדה שההכרזה היתה מסמך אחד, אך האמנות חולקו למספר מסמכים שונים, היא פוליטית, ובין היתר נוצרה על רקע המתח שהיה בין הגוש המערבי למזרחי.

הזכויות הפוליטיות שונות מן הזכויות הסוציאליות בעניינים שונים, אך בחיתוך "גס" ניתן לומר שההבדל הוא שהזכויות הסוציאליות מצריכות מן המדינה להקצות משאבים ולעשות מעשים לצורך ביסוסן. אמנת הזכויות הסוציאליות מנוסחת בצורה "רכה" יותר מאשר אמנת הזכויות הפוליטיות, ומביאה בחשבון שיישום הזכויות הסוציאליות תלויה פעמים רבות במצבה הכלכלי של המדינה.

מדינת ישראל חתמה על אמנות אלו ב-1991, אך לא ישמה אותם בדין מקומי.

כמה הערות לגבי האמנות:

- האמנות, מבחינת רשימת הזכויות, מכילות את רוב הזכויות המצויות בהכרזה האוניברסלית.
- הזכויות מנוסחות באמנות על בסיס של הגבלות (תכלית ראויה וכדומה).
- האמנות גם דנות ב"סטייה" חריפה יותר מזכויות האדם (derogation), במצבי חירום המסכן את חיי המדינה.

אם כן, אמנות 1966 גיבשו את הדור הראשון והדור השני של זכויות האדם. השאלה היא האם יש באמנות אלו התפתחות של הדור השלישי של זכויות האדם, הזכויות הקבוצתיות? התשובה לכך חיובית. **בפתח האמנה הסוציאלית נקבע כי לכל האנשים ישנה זכות להגדרה עצמית.**

ביאור הזכויות: הערוץ הספציפי

באמנות מפורטות זכויות בצורה מצומצמת ביותר, מילה או משפט לכל היותר, ללא הסברים. יש להדגיש, שכדי להגביל את הזכויות, יש לפרט את תוכן והיקפן. לכן, המשפט הביני"ל בתקופה האחרונה עובר תהליך של ביאור

הזכויות והגדרתן בצורה טובה יותר. בין יתר הדברים שנעשים במסגרת תהליך זה, נוכל למצוא מספר אמנות ספציפיות הנוגעות ל:

- **זכות השוויון:** 1966 – אמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית; 1973 – האמנה בדבר איסור אפרטהייד; 1979 – האמנה בדבר מניעת אפליית נשים.
- **זכויות הילד:** 1989 – האמנה בדבר זכויות הילד.
- **עינויים:** 1984 – האמנה נגד עינויים. סעיף 7 לאמנה הפך את הזכות נגד עינויים וניסויים בבני אדם לזכות אבסולוטית שלא ניתן לחרוג ממנה, להגבילה או לצמצמה [נושא העינויים הוא בעייתי עבור מדינת ישראל שחתמה על האמנה נגד עינויים, לאור נושא "הפצצה המתקתית"].

נסכם בצורה סכמתית את השתלשלות העניינים:

זכויות אדם: 1945 מגילת האו"ם = אמנות גלובליות = אמנות אזוריות.

אכיפת הזכויות

שאלה המתעוררת בכל נושא הזכויות היא האם ניתן לאכוף זכויות וחובות אלו?

פרופ' הנקין סבור שהאכיפה צריכה להיות בראש ובראשונה ע"י המדינות עצמן, פנימה. לכן, המדינות מאמצות את המודל של ההכרזה האוניברסאלית או האמנות האחרות, אל תוך חוקותיהן. כך למשל, בריטניה חוקקה את האמנה האירופית בדבר זכויות האדם, כחוק יסוד פנימי. כפי שאמרנו קודם לכן, הצ'רטר הקנדי כמעט העתיק במלואו את ההכרזה האוניברסאלית. מדינת ישראל חוקקה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהשראת הצ'רטר הקנדי.

מה יהא כאשר אדם ניסה דרכים שונות לעמוד על זכויותיו הבסיסיות במדינתו, אך לא הצליח?

לאחר מיצוי הנסיונות, ורק אז, מתגייס המשפט הבינ"ל לעזרתו של הנפגע. כפי שלמדנו, התפתחו אמנות שונות בנושא זכויות האדם. כל אחת מן האמנות הקימה מנגנון אכיפה לתוכנה, והמחייב את מי שחתם עליה. בד"כ, רוב האמנות קובעות בתוכן הקמת ועדה לצורך השמירה על אכיפת האמנה. ועדות אלו, כל ועדה לאמנה הספציפית שלה, פועלות בכמה רמות:

- הרמה הראשונה, היא רמת הדיווח – מדינות חברות חייבות לדווח על הנעשה במדינתן, מה החוקים ביחס לזכויות הרלוונטיות שבאמנה, מה יחס הפסיקה לזכויות וכדומה.
- הרמה שניה, היא תלונות לועדות – הועדות מוסמכות, בנסיבות שהאמנה מפרטת, לקבל פניות ותלונות על הפרת האמנה ע"י מדינה כלשהי מצד מדינות אחרות החתומות על האמנה. החידוש הגדול של המשפט הבינ"ל המודרני שלאחר מה"ע השניה, הוא שגם **פרטים שנפגעו ע"י המדינה יכולים לפנות ישירות לערכאה הבינ"ל**.

המנגנון המאפשר ליחידים להתלונן כנגד מדינתם בפני ערכאות בינ"ל הוא מנגנון יחסית "רך". מדוע? מכיוון שמדינה יכולה להצטרף לאמנה, להיות כפופה לחובת דיווח וחשופה לתלונות, אך להכריז שהיא אינה רואה עצמה מחוייבת לקביעות הועדה. כך מדינות ישראל, הצטרפה לאמנה הפוליטית, אך סרבה לקבל על עצמה את החלק של קבלת תלונות מפרטים יחידים (לכן תמיד חשוב תמיד לבדוק את מנגנון האכיפה של האמנה, והאם הדבר התקבל ע"י המדינה הנתבעת).

זהו המשפט הבינ"ל, שהולך ומפנים את העובדה שלעיתים מדינות זקוקות לתהליך וזמן עד אשר הן תיפתחנה לחלוטין לשמירה על זכויות, וקבלת מרות בינ"ל.

חשיבות מיצוי ההליכים המקומיים

זהו כלל מנהגי בינ"ל המחייב אדם למצות את ההליכים מבחינה מקומית. רק לאחר מיצוי כל ההליכים המקומיים, יכול הפרט להגיש תלונה לועדה נגד המדינה אשר הפרה את זכויותיו, וזאת כמובן בתנאי שאותה מדינה הסכימה להיות חשופה לקבלת תלונות מצד יחידים.

מי שמחליט האם מוצו ההליכים המקומיים היא הועדה עצמה. משמע: **הגוף הבינ"ל עצמו מחליט בעניין סמכותו**.

מנגנוני האכיפה השונים

לשם אכיפת זכויות אדם, פועלים שני מנגנונים במקביל:

- **מנגנון האכיפה ע"י אמנות:** במנגנון זה דנו לעיל. יש להדגיש כי להבדיל מדינים מקומיים, מנגנון האכיפה המצוי באמנות הוא מעט מוזר. מלבד העובדה שהאמנה מכוננת את הנורמה, הרי שהאמנה גם מפרטת את אופן התחולה שלה וכניסתה לתוקף. לא זו, אף זו – האמנה עצמה יכול ותיצור את מנגנוני האכיפה של הנורמה. בתחום זכויות האדם עניין זה מקבל משנה תוקף.
- **מנגנון האכיפה ע"י האו"ם:** דרך אכיפה נוספת של זכויות אדם היא דרך האכיפה הכללית של המשפט הבינ"ל, כלומר – דרך מוסדות האו"ם, המנותקים ממנגנוני אכיפה ספציפיים של אמנות. במקרה זה ישנם שלושה גורמים שיכולים "לשחק" במשחק האכיפה. ואלו הם –

1. ביה"ד הבינ"ל (ICJ – הוקם מכח מגילת האו"ם).

2. המועצה הכלכלית-חברתית (ECOSOC).

3. מועצת הביטחון.

בית הדין הבינ"ל (ICJ)

ביה"ד הבינ"ל מוסמך לדון בכל הסכסוכים שבין המדינות המבוססים על המשפט הבינ"ל, בין אם המדובר בדיני מלחמה, זכויות אדם או כל דבר אחר. אלא מה, שביה"ד הבינ"ל הוא בית משפט של מדינות בלבד. לפיכך, הפרט שנפגע לא יכול להשיג בו סעד באופן ישיר.

מכשול נוסף בפני ביה"ד הבינ"ל זו העובדה שהוא אינו דן בנושאים מבלי שאין הסכמה של המדינות להתדיין. לעיתים הסכמה זו נכפת על מדינות ע"י אמנה מסויימת. למשל: מדינות שחתמו על אמנת ה-Genocide, האמנה עצמה קובעת שמי שחתום עליה ומפר אותה – לא יכול לסרב להשפט על כך בביה"ד הבינ"ל. אך מעטות האמנות שכופות על החתומות עליהן לבוא ולהשפט.

המועצה הכלכלית-חברתית

"**פרוצדורה 1503**": בשנת 1970 קיבלה ECOSOC החלטה פה-אחד בה היא מאפשרת למדינות לתבוע מדינות אחרות בפני הועדה אם מתקיימים "*A consistent pattern of gross violations of human-rights*", וזאת ללא

תלות באמנה כלשהי (להבדיל מועדות תלויות-אמנות). בנוסף לכך, מקנה הפרוצדורה **אפשרות לאינדיבידואלים להגיש תלונות**, אם מתקיים התנאי לעיל.

הפרטים, יש לציין, **אינם חייבים להיות הפרטים הנפגעים**. כגון: כנגד אי יציאתם של יהודי בריה"מ משטחה, עתרו פרטים רבים ממדינת ישראל, ארה"ב ואחרים. אך הזכות קמה רק בהנתן הפרה בוטה ושיטתית של זכויות-אדם.

חובות האדם

חובות האדם, הן כמו זכויות האדם. *מדוע?* ננסה להבין זאת באמצעות המשפט הפלילי: המשפט הפלילי מצהיר כי מי שיפגע בכבודו, חירותו או רכושו של אדם פלוני, הרי שיועמד לדין ויענש. כלומר, מטרת המשפט הפלילי היא שפלוני לא יפגע בזכויות הבסיסיות של אלמוני.

ברגע שהמשפט הביני"ל לקח על עצמו את התפקיד להכנס לתחום הפלילי, מעבר לפריצת הדרך המשמעותית, הוא בעצם יצר מקום נוסף בו ניתן להעמיד פרטים לדין בגין עבירות שביצעו כנגד פרטים אחרים. התוצאה של החלת האחריות על הפרט, מובילה להגנה מירבית על זכויות אדם.

בעבר, הטיפול של המשפט הביני"ל בסוגיות פליליות נגעו רק לשני נושאים: פיראטיות וסחר בעבדים.

כאמור, ב-1945 חל *מפנה* במשפט הביני"ל לאחר מלחמת העולם השנייה. המשפט הביני"ל קיבל אחריות על הפרט והעניק לו זכויות אדם. מעבר לכך, הצהיר המשפט הביני"ל שמי שיפך את הגרעין הקשה של זכויות האדם – המשפט הביני"ל יצא כנגדו אישית ויכריז עליו כאויב האנושות (*hostis humais generis*).

ב-1945 חתמו ארבעת המעצמות – ארה"ב, בריטניה, ברה"מ וצרפת על **הסכם לונדון**. בהסכם נקבע הקמתו של בי"ד צבאי-פלילי-ביני"ל לשיפוט פושעי המלחמה הנאציים. בנוסף, מלבד הקמת הטריבוטל השיפוטי, קובע ההסכם את "חוקת בית הדין", ובו מפרט מה הם המעשים המדוברים בגינם מוסמך הוא לשיפוט פרטים, ובין היתר: פשעים נגד השלום, פשעי מלחמה ופשעים כנגד האנושות.

פשעים נגד השלום (JAB): כפי שלמדנו קודם לכן, אחד מן הצירים המרכזיים של מגילת האו"ם הוא איסור המלחמה והפיכתה לעבירה פלילית. הפיכת הפשעים נגד השלום למעשים שעליהם הפרט נותן אחריות ישירה – משלימה מהלך אחד עם סעיף 4)2 למגילת האו"ם. ובעצם זוהי הקבלה של מי שתכנן מלחמה ויצא לממשה – לפיראט, בעולם הישן.

מי שמועמד לדין בגין פשעים נגד השלום הוא דרג ההנהגה ומקבלי ההחלטות של המדינה מחרחרת-הריב, לא החיילים הפשוטים.

פשעי מלחמה (JIB): פעולות הנעשות בזמן מלחמה. וכך מגדיר הסכם לונדון את המושג הזה – הפרת דיני המלחמה, ובין היתר רצח, גירוש לעבודות כפיה או לכל מטרה אחרת של אוכלוסיה אזרחית בשטחים מוחזקים, רצח של שבויי מלחמה, הריגת בני ערובה, הרס המוני של רכוש פרטי וערים ללא שהוכח צורך צבאי ברור. האצבע המאשימה במסגרת זו מופנית מן הדרג הרם ביותר רועד לחייל הפשוט.

פשעים נגד האנושות: עפ"י פסיקת נירנברג, המדובר במעשים הדומים לפשעי מלחמה, אך הנעשים ע"י המדינה הפוגעת בזמן מלחמה כנגד אזרחיה, ולא אזרחי המדינה הנפגעת (לאור מעשי גרמניה הנאצית). ביה"ד בנירנברג, כאשר הוא התייחס לפשעים כנגד האנושות, הוסיף עקרון שלא קיים נזכר בהסכם לונדון עצמו, לפיו ניתן להרשיע אדם על פשעי מלחמה אם מעשיו עולים כדי עשייה שיטתית של המעשה האסור.

האמנה נגד רצח-עם

ב-1948 נחתמה אמנת ה-genocide. עבירת רצח-עם לא הוזכרה באופן ספציפי בהסכם לונדון. רצח-עם נתפס כחמור יותר, מכיוון שלעבירה נלווית לא כוונה לסיים חיי אדם, אחד או רבים, אלא להכחיד קבוצה אנושית שלמה. מבחינתו של מבצע רצח-העם, גם אלו שהוא לא רצח בפועל – היתה לו כוונה לעשות כן.

חלק ממושעי המלחמה הנאצים, הורשעו בנירנברג ברצח-עם, על אף אי הכללת העבירה בהסכם לונדון, כחלק מפשעי המלחמה.

בעקבות האמנה, השתחררה עבירת רצח-עם מן הצורך ממסגרת המלחמה כתנאי להתקימותה. באמנה סעיף, כפי שלמדנו קודם, הקובע שמי שמאשרר אותה אינו יכול להתחמק מידו הארוכה של ה-ICJ. כך שלמעשה ניתן להרשיע אינדיבידואל במסגרתה גם ללא הוכחת מצב מלחמה [להדגיש: שאר המעשים במסגרת הסכם לונדון עדיין צמודים למציאות של מלחמה].

האמנה נגד עינויים

ב-1984 נחתמה האמנה נגד עינויים. האמנה הופכת עינויים לאקט שיש עליו אחריות פלילית בינ"ל:

- לא רק במציאות של מלחמה.
- ללא צורך בשיטתיות או היקף רחב.

בשנים 1993-1994 הוקמו בתי הדין לשיפוט בעניין יגוסלביה ורואנדה, ובסופו של דבר הושלם המהלך ע"י הקמת ביה"ד הבינ"ל לפשעים פליליים.

משפט הומניטרי

משפט הומניטרי זכויות האדם

משפט הומניטרי מתחבר לנושא זכויות האדם במובן זה שבאופיו הוא בעצם משפט של זכויות. אנו נבחן במה שיח זכויות זה שונה משיח זכויות האדם הרגיל. השוני מתבטא בשלושה אופנים: תחולה, קהל היעד ורשימת הזכויות.

▪ תחולה:

- ההבדל המרכזי בהיבט תחולה בין זכויות אדם ומשפט הומניטרי הוא שמשפט הומניטרי חל בזמן מלחמה בלבד, וליתר דיוק – תחילת החלתו היא בתחילתו של סכסוך מזוין. סיום החלתו הוא, ברוב המקרים, סיומו של סכסוך מזוין. אך לעיתים אנו ניתקל בספחי מלחמה לאחר סיום הסכסוך המזוין – כגון: שטחים מוחזקים, שבויי מלחמה לאחר שכוח הקרבות.
- להבדיל, זכויות האדם שמקורם בדיני השלום, חלים במצב הדברים הנורמאלי – כאשר אין מלחמה. אך גם כאשר פורצת מלחמה, הן לא "נעלמות". כשפורצת מלחמה, אומרת תאורית זכויות האדם, ניתן "לסטות" מקיום הזכויות. משמע: חובה לקיימן, אך אם הנסיבות באופן ברור לא מאפשרות זאת, ניתן "לכווץ" אותן (בהתקיים תכלית ראויה ומידתיות).

▪ קהל היעד: זכויות המשפט הומניטרי מתייחסות רק לאזרחי האויב (או ליתר דיוק – ה"זר"). הוא אינו דן במחויבות של המדינה בתוך תוכה, אלא כאשר היא נפגשת ב"אחר". לעומת זאת, זכויות האדם – בוודאי מחייבות את המדינה בתחומיה, אך גם בתחומים שיש לה עליהם זכות שיפוט (Jurisdiction), על כך בהמשך.

▪ רשימת הזכויות: מטבע הדברים, רשימת הזכויות במשפט הומניטרי שונה מרשימת זכויות האדם. המשפט ההומניטרי מפרט בצורה רחבה יותר לגבי זכויות הנלוות למציאות של מלחמה, כגון: מעבר אמבולנסים וטיפול בפצועי האויב. לגבי חייליה ואזרחיה של המדינה עצמה – היא מחוייבת כלפיהם מכח זכויות האדם, ולא משפט הומניטרי.

ארה"ב-עראק: ארה"ב יצאה למלחמה בעראק, וכעת היא שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית ע"י ארה"ב. ארה"ב מחוייבת למשפט ההומניטרי בשטחים אלו. אך מה בזמן הלחימה עצמה, חייב את ארה"ב בשטחה היא? נאמר שה-CIA חושד בקהיליית האמריקאים-עראקים, ומעוניין להקפיא את חשבונות הבנק שלהם ולנטרל את פעילותם היומיומית – האם יש לארה"ב מחויבות כלפי אזרחים אלו? התשובה לכך היא שזכויות האדם הרגילות חלות בארה"ב, והיא מחויבת להם ללא משוא פנים. להבדיל, אם היה ל-CIA מידע ברור לגבי אדם ספציפי הקשור לפעולות אויב או טרור, היא היתה יכולה לטפל בו באופן אישי.

ישראל והשטחים: כאמור, מדינת ישראל מחוייבת למשפט ההומניטרי בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית. אך אחרי 40 שנות תפיסה לוחמתית, יש הרואים את מדינת ישראל בעלת סמכות שיפוט בשטחים אלו, ואי לכך מחויבת ליישם בהם את זכויות האדם הכלליות. השאלה נעוצה בפרשנות למוסד ה-Jurisdiction, האם היא מילולית או תכליתית? בזמן כתיבת האמנות, לא עלה על דעתם של המנסחים שמדינה כלשהי תחזיק השטחים מעל ל-40 שנה, כמו במדיאות הישראלית.

המשפט ההומניטרי וחובות האדם: סמכות אוניברסאלית

רקע

קודם לכן למדנו כי האחריות האישית עפ"י המשפט הבינ"ל הוכרה לראשונה כנגד הפיראט, שהוכרז כ"אויב האנושות בכללותה". מעבר לכך, מי שהפר את חובתו האישית נתון לשיפוטו של העולם כולו, כל מדינה ומדינה. זהו למעשה הבסיס לרעיון **הסמכות האוניברסלית**.

עפ"י המשפט הבינ"ל, סמכות המדינה להעמיד לדין פלילי מצריכה זיקה של טריטוריה ו/או של אזרחות. כלומר, מדינה תוכל להעמיד אנשים לדין פלילי, בראש ובראשונה, אם אותם אנשים ביצעו את העבירה במדינה (ללא קשר לעובדה אם הם זרים או מקומיים). וכן, עם השנים, הוכרה זכותה של המדינה להעמיד לדין אזרחים שלה שביצעו עבירות מחוץ למדינה, או אנשים שפגעו באזרחי המדינה מחוץ למדינה.

עם השנים ניכר כי המשפט הבינ"ל רואה עבירות מסוימות כחמורות ביותר **עד אשר מדינה אינה זקוקה לזיקה כלשהי בכדי להעמיד את מבצע העבירה לדין** – הא לנו סמכות אוניברסאלית. הקהילה הבינ"ל נזהרה ביותר משימוש בסמכות האוניברסאלית, והשתדלה לטפל אך בפירטאים וסוחרי עבדים באמצעותה.

ההליך שהחל בנירנברג

קודם לכן למדנו כי הדין של נירנברג יצר בי"ד פלילי שהוסמך לדון פושעי מלחמה נאצים על עבירות שביצעו. אך מעבר לכך, **הסכם לונדון קבע כי גם המדינות השונות מוסמכות לדון את הפושעים על המעשים הללו**. ביה"ד בנירנברג שפט 26 פושעים נאצים, וחדל לפעול בשנת 1946. במקביל, ולאחר מכן, שפטו פושעי מלחמה נאצים **בהתבסס על ההרחבה של הסמכות האוניברסאלית בהסכם לונדון**. כך למשל, מדינת ישראל שפטה את אייכמן. אייכן ביצע עבירות שלא בתחומי מדינת ישראל, או נגד אזרחי מדינת ישראל, והוא עצמי לא היה אזרח ישראלי. ובכל זאת, מדינת ישראל שפטה אותו, תוך הסכמה בינ"ל ענפה.

מדוע המשפט ההומניטרי "מחובר" גם לחובות האדם?

המשפט ההומניטרי גזר מתוך ארבע אמנות ג'נבה "גרעין" קשה של איסורים, וקבע שמי שיפר אותם יחשב ל"פושע מלחמה" או "פיראט", ולפיכך יחוב באחריות אישית בינ"ל. אמנת ג'נבה קובעת במפורש **שכל מדינה תוכל לשפוט את המפר**.

דהיינו, מתרחש כאן תהליך רחב ומשמעותי עד אשר בשנת 1977 נחתמו שני פרוטוקולים משלימים לאמנת ג'נבה. הפרוטוקול הראשון משלים את אמנות ג'נבה בכל הנוגע למלחמות בינ"ל. הפרוטוקול השני משלים את אמנת ג'נבה בכל הקשור למלחמות פנימיות.

באופן ספציפי, הפרוטוקול הראשון מרחיב את רשימת ה-"great breaches", ובעצם מרחיב את רשימת הפשעים המקנים סמכות אוניברסאלית לרדוף אחר המפר. בין יתר הדברים נקבע שם שהעברת אוכלוסיה לתוך שטחים מוחזקים היא בבחינת פשע מלחמה (מה שמעורר בעיות רציניות עם מתנחלים).

סמכות אוניברסאלית – טרור, סמים ואמנות ספציפיות

בנוסף, גם ערוץ הפשעים נגד האנושות הוזן ממקור חיצונית לעניין הסמכות האוניברסאלית. הסכם לונדון קבע כי פשעים כנגד האנושות מתקיימים רק בסיטואציה של מלחמה. אך למדנו כי ישנן שתי עבירות שנותקו מן הצורך של מצב של מלחמה, והן: רצח-עם ועינויים. לגבי עבירות אלו יש **סמכות אוניברסאלית במנותק ממלחמה**. כעת, התפתח ערוץ נוסף שאינו קשור להסכם לונדון – "עבירות הטרור והסמים".

המשפט הבינ"ל, החל משנות ה-60, מנסה לטפל מבחינה משפטית בסוגיית הטרור ללא הצלחה רבה. הנימוק היה כי לא ניתן למצוא הסכמה בינ"ל להגדרת הטרור. לפיכך נחתמו אמנות ספציפיות המקנות סמכות אוניברסאלית לגבי עבירות מוגדרות, כגון: חטיפת מטוסים. אמנות אלו קובעות שאם מדינה תפסה בתחומה את מבצע הפעולה (ללא קשר לשאלה האם ביצע את העבירה נגד אזרחיה או בתחומה), היא מחוייבת **לפעול עפ"י אחת משתי אפשרויות**:

- העמדה לדין [ע"ע סעיף 16 לחוק העונשין].
- הסגרה.

רואנדה, יגוסלביה וה-ICC

הדין המהותי עליו שופטות ערכאות אלו, ואשר עליו יש להן סמכות אוניברסאלית, מתרחב עם השנים. כדי לדעת מה היקף הסמכות האוניברסאלית, עלינו **לאתר את הדין המהותי**.

- **בתי הדין הבינ"ל של רואנדה ויגוסלביה**: רואנדה ויגוסלביה יוצרות את הדין המהותי לגבי תהיה סמכות אוניברסאלית לגבי **פשעי מלחמה**, ומגדירות פשעי מלחמה כ- "*great breaches of the Geneva convention and the protocols*". בנוסף, הן דנות בפשעים נגד האנושות, אך **בצמוד למציאות של המלחמה**.
- **בית הדין הפלילי הבינ"ל**: ה-ICC אוסר רצח-עם, פשעי מלחמה (כמוגדר לעיל), אך ה-ICC **מנתק פשעים נגד האנושות מדרישת המלחמה**. ובעצם מרחיב את הסמכות האוניברסאלית עוד יותר. משמע: על הפרת הרבה מאד זכויות אדם בימי שלום יהיה בסיס לשפוט בבית הדין, אך גם בסמכות אוניברסאלית.

יש להרחיב ולומר שהחוקות שהקימו את רואנדה ויגוסלביה, לא הן עצמן שיצרו את ההרחבה של הסמכות האוניברסאלית, אלא שהיא קרתה עוד קודם באמנות ג'נבה, בפרוטוקולים ואמנות הטרור שנחתמו ("הענק המתעורר").

ביקורת

1. הסמכות האוניברסאלית, "הענק המתעורר", גדל וצמח במשך השנים מבלי שקהילייה הבינ"ל נתנה דעתה לכללי פרוצדורה ממשיים ומסודרים
2. האם סמכות אוניברסאלית היא סמכות ראשונית או שיוונית? אין כיום כלל בינ"ל הקובע מי מן המדינות גוברת ברצותה להעמיד לדין פושע.
3. מה עדיף, העמדה לדין ע"י מדינה שתפסה את הפושע או הסגרה למדינה המעוניינת להעמידו לדין?
4. האם לא הגיעה העת להסדיר את הנושא הסמכות האוניברסאלית באמנה אחת?

דיני המלחמה

רקע

קודם לכן למדנו שני כללים הנוגעים לכללי המלחמה, והם:

- **JIB**: הכולל את המשפט ההומניטרי, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות. בהנתן מצב של מלחמה, בין אם מדובר בתוקף או בנתקף – שניהם מחוייבים לדינים אלו.
- **JAB**: דיני היציאה למלחמה, עליהם נרחיב את המילים כעת.

אקהורסט, במאמרו, נוגע בשאלות שונות, ובהן: האם זה לגיטימי לכבוש שטח ממדינה כובשת? מה הדין כאשר מדינה אינה מצליחה להשתלט על הגנת אזרחיה? מה לגבי מלחמות אלוהיות? ובקיצור, מה הן הלגיטימציות לצאת בימנו למלחמה?

אקהורסט מנסה להסביר את התופעה שבמאה ה-17, שמדינות החלו מתעצבות, היה זה דבר שבשגרה לצאת למלחמה. הנימוק לכך, הוא אומר, היא בכך שהתפיסה הנוצרית באותה העת עברה להסתכלות סובייקטיבית. הצדק, הפך סובייקטיבי – והלגיטימציה לצאת לקרב כתוצאה מעוול אישי שנגרם, היה פשוט יותר.

אחרי מלחמת העולם הראשונה, שהיתה עקובה מדם ואיומה, החלה תפיסה זו להשתנות. ובאמנת פריז מ-1948, מדינות חבר הלאומים התאספו וגיננו את המלחמה כאמצעי להשגת מטרות. עד כמה היה לזה משקל נורמטיבי, לא ברור, אך עד כמה היה לזה משקל פרקטי – ברור, והא ראייה, מלחמת העולם השנייה.

ב-1948, שמוקם האו"ם, עיקר הנפקות שבהקמתו היתה איסור היציאה למלחמה והפכיתה לפשע נגד השלום (עד כדי אחריות אישית). וכן איסור השימוש בכח קיבל מעמד של *Jus cogens*.

ה-*jus ad bellum* המודרני

מנקודה זו והילך, נושא השימוש בכח הופך להיות לא מובן. נוסח הסעיפים ביחס ללגיטימציה של שימוש בכח עמום. הטקסים המדברים על הנושא בנויים עפ הפנים לעבר, ללא חזון עם פנים לעתיד. אין בטקסטים כל פירוט לגבי אמצעי שימוש בכח מודרניים, אלא רק אמצעים מן העולם הקדום.

ה-JAB, עד מלחמת העולם השנייה היווה פרק חשוב במשפט בינ"ל בגלל שמלחמה היתה דבר אפשרי – שלא אסור. לכאורה, ה-JAB הופך להיות לא רלוונטי אחרי מלחמת העולם השנייה, מכיוון שחל איסור לצאת למלחמה. יוצא מכך, ה-JAB **התרגם למשהו אחר, והוא הלגיטימיות שבשימוש בכח**.

- נסכם: נקודת המוצא היא סעיף 2(4) למגילת האו"ם – איסור מוחלט לצאת למלחמה. אך לכלל זה ישנם חריגים:
- הגנה עצמית (סעיף 51).
 - החלטת מועצת הבטחון (סעיף 42-43).
 - התערבות הומניטרית (פרק 7).

אקהורסט נוגע בתמורות שחלו בסעיף 2(4). המילה "WAR" יצאה מגדרו, ובמקומה הוכנס איסור על "A threat or use of force". כלומר – הוא הורחב. אך הסעיף במפורש דן באיסור השימוש בכח בין מדינות או נסיון לערער את עצמאותה של מדינה. אקהורסט, באמצעות פרשנות תכליתית, קורא לתוך הסעיף **איסור שימוש בכוח לכשעצמו**. אך אין בכך, אומר אקהורסט, כדי להרחיב את התחולה של הסעיף מעבר ליחסים שבין מדינות.

הזכות להגנה עצמית

סעיף 51 דן בזכות להגנה עצמית, כחריג לאיסור שימוש בכח. פרשנים רבים מעלים את השאלה האם מותר למדינה לנקוט באמצעי הגנה עצמית מניעתית? גישתו של אקהורסט היא לכלול במסגרת הסעיף גם **הגנה עצמית מניעתית**. אך כמובן, כאשר נכנסים לשאלות התגובה המניעתית – עולות שאלות רבות במסגרת מה מותר ומה אסור בדיוק לעשות.

המשפט הבינ"ל, במשפטי נירנברג, כאשר נשפטו אנשים בגין פשעים נגד השלום, ביהמ"ש **אימץ מבחנים נוקשים** ביותר לגבי הלגיטימיות בהפעלת כח במסגרת הזכות להגנה עצמית. הוא אימץ מבחנים שקבע שר החוץ האמריקאי דניאל וובסטר בשנת 1835: **סכנה ממשית ומיידית המאפשרת תגובה פרופורציונאלית**.

יש להדגיש שסעיף 51 קובע גם מבחנים **הגנה עצמית קולקטיבית**, המאפשרים למדינה פלונית לסייע למדינה נתקפת אחרת (כל זה עומד בדרישת הפרופורציונאליות), כנגד המתקיף שלה.

השוני שבכללי המשחק

כאשר אנו מתירים למדינה להפעיל כוח כנגד מדינה אחרת במסגרת הגנה אחרת, אנו בעצם מתירים לה להרוג בני אדם (במסגרת דיני המלחמה כמובן), ואין אנו מהרהרים אחר מאמציו של החייל המתגונן-הורג לתפוס את התוקף אותו ולהעמיד אותו לדין. לכן, כאשר סכסוך בינלאומי הופך אליים, כללי המשחק משתנים. המשמעות של סעיף 51 היא שמותר להרוג אנשים מבלי לעשות את הנסיון המקסימאלי להעמידם לדין.

סכסוכים פנימיים

בזמן כתיבת מגילת האו"ם, לא צפו המחברים שבעת המודרנית יהיו רוב הסכסוכים פנימיים (כגון: ישראל והחזבאללה), ולא סכסוכים בין מדינות. הבעיה עם זה, היא בעיה משפטית אמיתית. מכיוון שאם לא מגדירים את הסכסוך הפנימי הנתון כמלחמה, עולה השאלה המיידית והיא – מה לגיטימי במסגרת ההגנה העצמית? לכן השאלה של הגדרת המלחמה הפנימית כ-*armed conflict* (בלשון סעיף 2(4)) היא משמעותית ביותר, והמשפט הבינ"ל לא מטפל בה ישירות.

הנגיעה של המשפט הבינ"ל בסוגיה זו היא **דוקא במסגרת ה-JIB**, כאשר הוא דן במשפט הומניטרי וסכסוכים פנימיים. כן, הפרוטוקול השני לאמנת ג'נבה מרחיב את ה-JIB וקובע מתי, ובאילו סכסוכים פנימיים הוא יחול. אך ה-JAB אינו נוגע בסוגיה הזו כלל. **הערת המרצה**: אם ה-JIB חל במצב של סכסוך פנימי, ניתן לומר שיש לפנינו מצב של מלחמה. אם מערכת דיני מחלמה אחת חלה במקרה זה, מדוע שלא תחול גם מערכת דיני המלחמה האחרת – ובכך תאפשר הגנה עצמית?

עמים בעלי זכות להגדרה עצמית

קודם לכן למדנו שהפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה ראה לפניו מאבק של עמים בעלי זכות להגדרה עצמית, כמאבק בינ"ל. אך היקפה של הזכות להגדרה עצמית אינו ברור. הפרשנות שקיבלה הזכות להגדרה עצמית היא "הזכות להפרדות מן הקולוניות"⁵.

לאחר שתם עידן הדקולוניזציה, הקהילייה הבינ"ל אינה יודעת כיצד להמשיך ולפרש את הזכות, או כיצד להתמודד עם קבוצות הזועקות לעצמאות, כגון: פלשתינאים, הצרפתים בקוויבק, הכורדים בגבול הטורקי. למשפט הבינ"ל אין תשובה ברורה לשאלה, והבעיה היא בעיה גדולה.

פרופ' פראנק המליץ לאמץ את המודל הצרפתי שנעשה בו שימוש בקוויבק – משאל עם ישיר וכולל. ביהמ"ש העליון הקנדי ציין שאם הרוב יכריע להפרד מקנדה, יש לכבד זאת. אך אם התשובה תהיה שונה, והקבוצה תבקש להשאר בקנדה – יש להקנות להם זכויות מלאות וחופש גיוון תרבותי.

נניח כעת שעל רקע הרצון להגדרה עצמית (המודרני), פורץ סכסוך מזויין. אם נאמר שזהו סכסוך מזויין בינ"ל, קמה מחוייבות של שני הצדדים למשפט הומניטרי, אך מצד שני קשת האפשרויות שקמה במסגרת ההגנה העצמית – רחבה וברורה יותר (לגיטימציה להרוג, לעיל).

▪ **דוגמא:** אירועי ה-11 בספטמבר ממחישים כמה עניין זה בעייתי. מדינות הנפגעות מן הטרור דרך טבע, אינן יכולות לנקוט באמצעי הגנה עצמית, מכיוון שפעולות טרור אלה, חמורות ככל שיהיו – אינן מוגדרות כמלחמה. כך, שירותי הביון והצבא הבינ"ל תרים אחר אוסמא בן-לאדן כדי להעמידו לדין, ולא להורגו. למדינת ישראל לקח כשנה להגדיר ולהכריז על אינתיפדת אל-עקצא כמלחמה ועל אירועי הטרור כמתקפה, ובכך קשת העשייה שלה השתנתה והורחבה, שהרי היא נוקטת כעת באמצעים של הגנה עצמית.

החלטות מועצת הבטחון

תפקידה של מועצת הבטחון היא "לשמור על שלום העולם". אם קיים איום על שלום העולם, הוא יכול לקבל על כך החלטות ולעשות מעשים, כגון: להורות למדינות לקחת את הסכסוך לבוררות. או, להשאיר את הסכסוך אצלה ואז:

▪ להטיל סנקציות פוליטיות וכלכליות.

▪ **להורות על שימוש בכח** כנגד המדינה המאיימת על שלום העולם.

אך מי מפעיל את הכח הזה? ניקח את הדוגמא של מלחמת המפרץ הראשונה. עראק פלשה לכווית, שלא יכולה היתה להגן על עצמה. בריטניה וארה"ב יכלו לסייע לכווית ללא כל אישור נוסף, אך הם ניגשו למועצת הבטחון וביקשו את הגושפנקא שלו לשם הפעלת כח. מנקודה זו והילך, מועצת הבטחון הפכה דרך המלך לקבלת לגיטימציה להפעלת כח, באמצעות סעיף 51.

עשר שנים לאחר מכן – ארה"ב חיפשה לגיטימציה לצאת למלחמה פעם נוספת בעראק, כאשר ראיות ברורות לקיומו של נשק להשמדה המונית (הגנה עצמית מניעתית), לא היו בנמצא. לכן ניסתה גם ללכת במסלול הפרת זכויות האדם החמורה ע"י המשטר העראקי.

⁵ קולוניה היא שליטה מרוחקת.