

+ טופס סגור +

אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים

משפט בינלאומי פומבי

מרצה: דר' זיו בורר

מבחן מועד ב' תשפ"א

- משך הבחינה שעתיים.
- הבחינה בחומר סגור.
- יש לענות על כל השאלות [למעט בנוגע לרכיב הבחירה בחלק א'].
- קראו את השאלות בקפידה ותכננו את חלוקת הזמן העומד לרשותכם באופן מושכל.
- הקפידו על ניסוח בהיר ומדויק.
- הימנעו מלהוסיף מידע שאינו רלוונטי לנדון בשאלה – תוספת כזו עלולה להוריד ניקוד.
- אין להניח הנחות עובדתיות שאינן מופיעות בנתוני השאלה – תוספת כזו עלולה להוריד ניקוד.
- **אין לחרוג ממגבלת המילים שנקבעה עבור כל שאלה** – חריגה כזו לא תיבדק ותוביל להורדת ניקוד [ככל הנראה המערכת הממוחשבת כלל אינה מאפשרת לחרוג – אך ליתר ביטחון הדברים נאמרים]
- מלבד אלו שקיבלו אישור לכך ממדור בחינות והציגו לי את האישור מראש – אף סטודנט אינו רשאי לכתוב בכתב-יד (לא טיוטה ולא תשובה), ולבטח אינו רשאי לסרוק תשובה בכתב-יד לתוך המערכת, סטודנט שיעשה אחד מהדברים האמורים [מבלי שיש לו אישור והאישור הוצג לי מראש] – אוטומטית תיפסל הבחינה שלו.
- לסטודנטים [המעטים] שקיבלו אישור להגשת תשובה בכתב-יד מגבלות המקום הן: שאלה ראשונה – עד 10 שורות; שאלה שניה – עד 35 שורות; שאלה שלישית – עד 48 שורות.
- נא לא לנסות לשאול שאלות "חליבה" לאורך הבחינה – תישקל הורדת נקודות על שאלות כאלו.

בהצלחה!

**שאלה ראשונה (15 נקודות) - הסבירו ודונו במושג אחד
מתוך שני המושגים שלהלן (עד 150 מילים):**

1. **עקרונות משפטיים כלליים [כמקור למשפט
בין-לאומי]**
2. **הגנה דיפלומטית**

תשובה:

[הגנה דיפלומטית- (דין מנהגי) כאשר אזרח מדינה א' נפגע ע"י מדינה ב' ומדינת האזרח שנפגע בוחרת לאמץ את עילתו. פיקציה משפטית לפיה, לאחר שהמדינה אימצה את עילת האזרח, זה כאילו המדינה נפגעה. מדובר בזכות של המדינה ולא של האזרח! פס"ד מימון- ביהמ"ש הבהיר: לפי המשב"ל מדובר בזכות המדינה ויש לה שיקול דעת מוחלט אם לתת אותה. בהיבט מדינתי יש מדינות שקבעו כי בנסיבות מסוימות כמו פגיעה חמורה בזכויות/ חשש מעיוות דין, חובה על המדינה לספק הגנה דיפלומטית. בפס"ד מימון עולה גישה אקטיביסטית לפיה יתכנו מקרים שהמדינה תהא חייבת לספק הגנה דיפלומטית אפילו כאשר אין חשש מעיוות דין. ההגנה ניתנת רק לאזרחים של המדינה. אופן קביעת האזרחות נתון לבחירת כל מדינה (בתנאי שלא נוגד עקרונות בסיסיים של המשב"ל). בפס"ד נוטנבאום ה-ICJ הציג את מבחן הזיקה אך העמדה הרווחת כי אין מבחן כזה. ההגנה כפופה למיצוי הליכים מצד האזרח. חריגים: כאשר אין טעם למיצוי ההליכים/ כאשר גם המדינה נפגעה (בכפוף למבחן הפגיעה המשמעותית)].

15

(1)

תשובה יפה מאד

שאלה שניה (40 נקודות - עד 550 מילים)

ביום 26.12.1949, התקיימה ישיבתה הראשונה של הכנסת במשכנה בירושלים. באותה ישיבה חגיגית, הביא שר המשפטים (דאז) פנחס רוזן להצבעה בכנסת את "החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת-עם, התש"י—1949". כשהציג את החוק, ציין השר כי: **"החוק שאני מגיש לפניכם היום הוא החוק הראשון הבא להפעיל [משמע, להחיל בדין הישראלי] אמנה בינלאומית [עליה חתמה מדינת-ישראל]"** [האמנה הרלוונטית היא האמנה למניעתו וענישתו של פשע רצח העם (המכונה: **"אמנת הג'נוסייד"**) לה הצטרפה מדינת ישראל, זמן קצר לפני כן]. מאחר וזו הייתה הפעם הראשונה שבה הכנסת התבקשה לחוקק חוק שכזה, דרשו חברי-הכנסת להבין מדוע הם מתבקשים לחוקק חוק כאמור, ולא 'פשוט' לאשרר את האמנה עצמה. בתגובה, הסביר השר רוזן שהכנסת הייתה נדרשת לאשרר את האמנה עצמה, ולא לחוקק את החוק האמור: **"אילו [בישראל] היתה האמנה נהפכת לחוק על ידי האיש[ר]... אולם אצלנו... [אמנה] בינלאומי[ת] אינ[ה] הופ[כת] לחוק פנימי של המדינה"**.

השיבו:

א-מהו הכלל המשפטי אשר, כפי שהסביר השר רוזן, קיים **"אצלנו"** [במשפט הישראלי], ואיזו גישה תיאורטית (תורת-משפטית) משתקפת בכלל המשפטי האמור? [הסבר/י בקצרה גישה זו].

ב-האם, למרות הכלל המשפטי עליו דיבר השר רוזן, בפועל יש השפעה בדין המדינתי-ישראלי לאמנה בינלאומית שמדינת-ישראל צד לה, אף אם לא נחקק בהקשרה חוק ישראלי דומה לזה שחוקק בהקשרה של אמנת הג'נוסייד? [אם כן, הסבר/י האם וכיצד יכולה אמנה שכזו להשפיע בדין המדינתי-ישראלי, ובנוסף כתוב/כתבי במשפט קצר אחד (ומבלי להסביר בפירוט) מה הרציונל העומד בסיס ההסדרים המאפשרים לאמנה שכזו להשפיע כאמור]

[ישן שלוש אפשרויות מבחינת הדין המדינתי לקלוט נורמה של המשב"ל (בתשובה זו אני עוסקת בנורמה הסכמית לפי הדוגמאות שלמדנו וגם בישראל, קליטה של נורמה מנהגית היא אוטומטית): [1] קליטה אוטומטית- הנורמה באמנה נקלטת אוטומטית לדין המדינתי (גישה מוניסטית); [2] צורך באקט מפורש- על מנת שנורמה הסכמית תחייב ותהיה בעלת תוקף משפטי במדינה, יש צורך באקט מפורש. ללא קליטה, היא חסרת מעמד משפטי מחייב. [3] גישת הביניים- הנורמה ההסכמית אינה נקלטת אוטומטית ואכן יש צורך באקט מפורש (קליטה בדין מדינתי). אבל, גם נורמה שאינה נקלטת משפיעה על אופן הפרשנות של הדין המדינתי. [ישן] יש ויש לנסות לפרש את הדין המדינתי ככל שניתן לאורה. הגישה בישראל היא גישת הביניים. כלומר, נורמה של אמנה שישראל צד לה לא מחייבת כל עוד לא נקלטה בדין מדינתי קולט. ברם, יש לה השפעה לאור חזקת ההתאמה הפרשנית.

גישה דואליסטית- גישה דואליסטית רואה את המשב"ל ומערכת המשפט המדינתית כשתי מערכות נפרדות. כל אחת עוסקת בתחום אחר: המשב"ל- יחסים בין מדינות; מערכת מדינתית- היחסים בתוך המדינה. לפי גישה זו, המשב"ל בכלל שואב את כוחו מהמדינות. לפיכך, המשפט המדינתי הוא עליון לנורמות המשב"ל. המשב"ל לא יכול לחייב א [ישן] ים בתוך שטח של מדינה לנורמות מסוימות אלא אם כן המדינה קולטת את הנורמה הבינלאומית ע [ישן] נורמה מדינתית. גם במקרה זה, מה שמחייב זה הדין המדינתי הקולט ולא הנורמה של המשב"ל. בכל מקרה של סתירה, המשפט המדינתי גובר. זו הגישה הנגדית לגישה המוניסטית הרואה את המשב"ל ומערכת המשפט המדינתית כמערכת אחת בה המשב"ל הוא העליון. לפי גישה זו, נורמות של המשב"ל נקלטות אוטומטית.

(ב) אף שלכאורה אמנות שלא נקלטו, חסרות מעמד פורמלי במשפט הישראלי, יש להן השפעה בדין המדינתי הישראלי וזאת באמצעות שתי דוקטרינות:

[1] דוקטרינת ההתאמה הפרשנית- מחילים אותה גם על דין בינלאומי הסכמי שישראל צד לו (כפי שנאמר בפס"ד להיס). הדוקטרינה אומרת שיש לנסות ולפרש ככל שניתן את הדין הישראלי באופן שיתאם את התחייבויותיה של מד"י במישור הבינלאומי. דוגמה לכך זה פס"ד פלונים- שם ברק ציין כי חזקה שהדין הישראלי אינו להגשים את התחייבויותיה של מד"י במישור הבינלאומי ולא לסתור אותן. במרה זה, ברק למעשה ביטל פעולה של החזקת אנשי חיזבאללה (פעולה של הרשות המבצעת) באמצעות שימוש בחזקת ההתאמה הפרשנית.

[2] החלת חזקת ההתאמה הפרשנית על סבירות הפעולה- רשות מנהלית בישראל אמורה לפעול באופן סביר. החלת הדוקטרינה בבחינת סבירות הפעולה של הרשות יכולה להשפיע רבות. מחד, זה כאשר פעולה של הרשות סותרת דין הסכמי בינלאומי שישראל צד לו, זה יכול להוביל להכרעה שהפעולה אינה סבירה משום שסותרת את התחייבויות הללו (למשל- פס"ד בית לחם). מאידך, זה יכול להביא לתוצאה הפוכה של הכשרת פעולה לאור העובדה שהיא נועדה להגשים את התחייבויות מד"י במשב"ל (למשל- פס"ד גיל: פגיעה בקניין מוצדקת לאור אמנה שישראל צד לה).

הרציונל- המטרה היא להקטין כמה שניתן את החיכוך בין הדין הישראלי להתחייבויות מדינת ישראל במישור הבינלאומי. לא רוצים להביא למצב [ישן] הדין המדינתי קורא ומוביל להפרת התחייבויות של ישראל בעולם. לסיים אצין כי חזקת ההתאמה הפרשנית אינה מאפשרת לעשות כל דבר ולפעול תמיד באופן שבהכרח יגשים את התחייבויות ישראל באמנות. אם הדין הישראלי סותר באופן מובהק וחד משמעי, הרי שהדין המדינתי גובר.].

שאלה שלישית (45 נקודות - עד 750 מילים)

בקצה המערבי של הים התיכון ממוקם מצר (מעבר מים צר) המחבר בין האוקיאנוס האטלנטי לבין הים התיכון, והמפריד בין יבשת אפריקה ליבשת אירופה (מיקום אסטרטגי במיוחד). מרוקו ממוקמת בצד האפריקאי של המצר, ואילו בצד האירופי שלו ממוקמת "גיברלטר" (להלן: "גיברלטר"), טריטוריה אוטונומית בריבונות בריטניה. צפונית לגיברלטר ממוקמת ספרד, אשר טוענת כבר כמה מאות שנים שהיא (ולא בריטניה) מהווה הריבון החוקי של גיברלטר. הניחו שהאמור להלן מהווה את כלל עובדות המקרה ואת הבסיס לטענת ספרד לריבונות על גיברלטר [המציאות כמובן תמיד יותר מורכבת]. בעקבות מותו ללא יורשים בשנת 1700 של מלך ספרד, פרצה בספרד מלחמת ירושה בין שני נסיכים (קרלוס לבית הפסבורג, ופיליפה לבין בורבון). עד לשנת 1704 ספרד שלטה בגיברלטר, אך באותה השנה השתלט כוח צבאי, שהיה בריטי במרביתו על השטח. ההשתלטות בוצעה בשמו של קרלוס (אשר אף עמד בראש הכוח). יצוין שבאותה העת, בריטניה תמכה בקרלוס. תמיכה זו באה לידי ביטוי בכך שבריטניה הצהירה שהיא רואה בקרלוס את המלך החוקי של ספרד; צבאה לחם לטובתו; וכמו כן, בריטניה הייתה הגורם המממן המרכזי של כלל הכוח הצבאי שלחם בעבורו.

אך בשנת 1713, פנתה בריטניה אל פיליפה, והציעה כי היא תסיר את תמיכתה בקרלוס, ותכיר בפיליפה כמלך ספרד, בתמורה לכך שספרד של פיליפה תכיר בריבונות בריטניה על גיברלטר. פיליפה, בלית-ברירה, הסכים מהסיבות הבאות: הוא ידע שממילא אין לו את הכוח הצבאי הנדרש כדי לפנות את צבא בריטניה מגיברלטר, וכמו כן הוא הבין שברגע שבריטניה תפסיק לממן את קרלוס, המלחמה תיגמר. לפיכך, באותה שנה, נכרתה אמנה בין בריטניה לספרד בעיר אוטרכט (להלן: "אמנת אוטרכט"), כאשר ברור היה כי ללא התמיכה הכלכלית והצבאית הבריטית לא יוכל להמשיך קרלוס להילחם. באמנה נקבע שהסעיפים הבאים, מהווים סעיפי יסוד (שהפרתם מהווה הפרה יסודית):

- (1) "בריטניה מכירה בפיליפה כמלך ספרד"; (2) "ספרד מקנה לבריטניה ריבונות בגיברלטר לנצח"; (3) "בריטניה מתחייבת

להמשיך להחיל בגיברלטר הסדר משפטי דומה לזה הקיים בספרד, לרבות למנוע התיישבותם של יהודים ומוסלמים בגיברלטר כל עוד התיישבותם של אלו אסורה בספרד, ואלו שכבר חיים שם לא יזכו לשוויון זכויות ביחס לתושבים נוצרים כל עוד זה המצב בספרד".

זמן קצר לאחר החתימה על האמנה ספרד החלה ספרד לתכחש אליה, כיוון שלדידה, פיליפה הסכים לה עקב לחצים לא לגיטימיים (ראו לעיל את הסיבות שהובילו את פיליפה להסכים), וכן מכיוון שתנאי 3 לעיל הופר על-ידי בריטניה די מהר, שכן מוסלמים ויהודים הורשו להתיישב בגיברלטר, והוענקו להם זכויות שוות, כבר בסמוך לאחר החתימה על האמנה. מאז חתימת אמנת אוטרכט, ועד היום, מהווה גיברלטר קולוניה אוטונומית בריבונות בריטניה: בשטח קיימת ממשלה מקומית המנהלת את ענייני הפנים של גיברלטר, ואילו הממשלה הבריטית מנהלת עבור האי את מדיניות החוץ והביטחון. ממשלת גיברלטר מעולם לא תבעה עצמאות מבריטניה ואינה שואפת לכך.

בשנת 1966 העצרת הכללית של האו"ם דנה בנושא, וקראה לצדדים לפתור את הסכסוך במו"מ, תוך התחשבות ברצונותיהם של התושבים הגרים באי. בהמשך להחלטה זו, התקיים דיון במועצת הביטחון. תחילה, המדינות רצו לקבל החלטה מכוח פרק 7, אך נוכח איום של בריטניה להטיל וטו, נוסח ההחלטה עליו הוחלט קבע כי "מכוח פרק שש למגילת האו"ם, המועצה דורשת מהצדדים לקיים מו"מ לסיום הסכסוך, בשים לב לרצון התושבים באי".

בשנת 2002, לאחר שנה של מו"מ חשאי, אמר שר החוץ הבריטי בדיון בפרלמנט כי: "אנו מצהירים בפני כל העולם, כי על יסוד מחויבותנו לשלום, בכוונתנו להגיע להסדר של חלוקת הריבונות ("ריבונות משותפת") בגיברלטר עם ספרד, אך ההחלטה הסופית בעניין צריכה להתקבל במסגרת משאל עם שייערך בקרב תושבי גיברלטר לאחר שנגיע לנוסח סופי של ההסכם". בגיברלטר, חששו מאד מריבונות משותפת. לכן ממשלת גיברלטר החליטה לקיים את משאל העם באופן מידי, מבלי להמתין לסיום המו"מ. ביום 7.11.2002 התקיים המשאל, ו-98.97% מהתושבים הצביעו נגד היוזמה לריבונות משותפת ובעד המשך השלטון הבריטי באי. כשראה את התוצאות, ראש ממשלת גיברלטר אמר: "אנחנו אומרים לממשלת בריטניה: תתחשבו בתוצאה הזו כי זה רצונם של אנשי גיברלטר". בתגובה למחטף, ספרד ובריטניה הודיעו שהן אינן

מוכנות להכיר בתוצאות משאל העם. אך, בפועל, משאל העם גרם ללחץ ציבורי בבריטניה אשר מנע ממשלת בריטניה להמשיך את המו"מ עם ספרד.

הניחו שבינואר 2022 חוזרות בריטניה וספרד לנהל מו"מ בנושא, תוך שמוסכם ביניהם ששתי האופציות היחידות שתישקלנה הן: (א) העברת הריבונות בגיברלטר לספרד; (ב) ריבונות משותפת ספרדית-בריטית בגיברלטר. בעקבות כך, פונה אליך נציגה מטעם ממשלת גיברלטר, ומספרת לך שממשלת גיברלטר בוחנת את האפשרות לפנות ל-ICJ, ולבקש משופטיו להכריע בסכסוך.

השיבו:

א-האם ל-ICJ תהיה סמכות לדון בסכסוך אם תפנה אליו ממשלת גיברלטר? האם יש דרכים אחרות שיאפשרו ל-ICJ לדון בסכסוך?

ב-הסבירו את הבסיסים במשב"ל לטענות ספרד כנגד תוקפה המשפטי של אמנת אוטרכט, כפי שאלו עולות מהשאלה, ונסו להעריך את מידת החוזק המשפטי של כל אחת מהטענות הללו? [הניחו לצורך התשובה, ולצורך התשובה בלבד, כי הדין הבינלאומי הרלוונטי ב-1714 היה זהה להיום (משמע, נתחו את הסוגייה על סמך המשב"ל הבינלאומי כפי שהוא קיים כיום)]

ג-האם, מנתוני השאלה, עולה נורמה במשב"ל המטילה חובה משפטית על בריטניה ו/או על ספרד להתחשב במשאל העם שנעשה בגיברלטר?

תשובה:

 (א) ה-ICJ עוסק במחלוקות בין מדינות. על כן, אם פונים בשם ממשלת גיברלטר צריך להוכיח שגיברלטר היא מדינה. 4 תנאי מונטבידאו: [1] טריטוריה- יש טריטוריה יבשתית (פס"ד סילנד). יש שליטה חלקית/ מלאה בטריטוריה? יש ממשלה מקומית המנהלת את ענייני הפנים. לפיכך, נראה שיש שליטה בשטח. [2] אוכלוסייה קבועה- מתקיים. [3] שלטון- (הטוען להיות הישות מדינה הוא בעל יכולת להפעיל את מרותו על האוכלוסייה הקבועה בטריטוריה?) נראה שכן. יש ממשלה מקומית. ברם, בריטניה היא זו שאחראית על הביטחון באזור. [4] עצמאות- (יחסי חוץ) מחד, גיברלטר אינה מקיימת יחסי חוץ ובריטניה עושה זאת עבורה. מאידך, לאור פרשת איי קוק, אנו מבינים כי די בכך שיש יכולת לקיים יחסי חוץ. לכן אולי תנאי זה כן מתקיים.

נסיבות מקלות? לא ברור אם ישנה הכרה. זכות להגדרה עצמית- מגיע לקבוצה גדולה בעלת תרבות משותפת שכלל, נולדים אליה. לא בהכרח מתקיים. האם יש ריבון בשטח? לא ברור. מחד, בריטניה הייתה הריבון אך היא העבירה את הריבונות לספרד. כאשר יש ריבון אנו כפופים לעקרון השלמות הטריטוריאלית. כאשר יש ריבון והוא אינו מסכים להתנתקות הקבוצה: לפי עמדת קנדה: צריך את הסכמה הן של הקבוצה והן של שאר האזרחים/ הממשלה (יש רק של הקבוצה במקרה זה). אפשרות

נוספת היא כאשר מדובר במיעוט נדרף שאינו זוכה לזכויות (ספק אם מתקיים - רק יהודים ומוסלמים).

עמדת ה-ICJ כאשר יש ריבון שהוא לא חוקי (במקרה זה אולי מדובר בשלטון אפרטהייד לא חוקי) ניטה להקל יותר. ברם, ישנו מו"מ וכל עוד מתקיים מו"מ אנו ניטה למנוע מהישות להכריז על עצמאות באופן חד צדדי. אבל, זה לא מאפשר לקיים מו"מ לנצח. צריך תוך זמן סביר (ספק אם התקיים - מעל 40 שנה) ובתו"ל (מכל מקום - גיברלטר לא רוצה אז לא הרחבתי יתר על המידה).

ה-ICJ יכול גם לתת חוות דעת משפטיות. כפי שהפלשטינאים ביקשו בקשר לגדר ההפרדה. אמנם זה לא מחייב וזו המלצה בלבד אך יש לכך משקל. במקרה של הפלשטינאים הם יכולו לעשות זאת כי הם הכרו כמדינה משקיפה שאינה חברה. גיברלטר צריכה לפנות לעצרת הכללית של האו"ם בבקשה להיות מדינה משקיפה שאינה חברה. תחילה מועצת הביטחון צריכה לאשר זאת ולאחר מכן גם העצרת.

ב) העילות של ספרד:

[1] בריטניה הפרה דין מנהגי לפיו "הסכמים צריך לקיים". לטענת ספרד בריטניה לא קיימה את ההסכם כיוון שאפשרה התיישבות של יהודים ומוסלמים.

[2] ספרד יכולה לטעון לנסיבות שבגינן האמנה בטלה מעצמה:

האמנה סותרת עקרונות יסוד של מגילת האו"ם - יש פגיעה בעקרון הריבונות (בריטניה התערבה בענייני הפנים של ספרד, יש פגיעה בזכויות אדם של יהודים ומוסלמים). סתירה של דין יוס קוגנס הפרה של זכויות אדם. כפייה/ שוחד - להלן.

איום שימוש בכוח? צריך להיות בלתי חוקי. אין אישור המועצה. מאידך, בריטניה יכולה לטעון להגנה עצמית על השטח שהיה בריבונותה.

אמנות הניתנות לביטול:

לא נראה כי יש הפרה של דין יסודי של אחת המדינות. כמו כן, לא נראה כי הייתה טעות שבעובדה שעליה הסתמכו. ספרד תטען **להפרה יסודית של סעיף באמנה** - באמנה נקבעו סעיפים שהפרתם מהווה הפרה יסודית. ספרד טוענת כי כאשר בריטניה איפשרה ליהודים ומוסלמים להתיישב היא הפרה סעיף יסודי באמנה. במקרה של הפרה יסודית (ודאי באמנה בילטרלית) הצד הנפגע יכול לבטל את האמנה לאור ההפרה. מנגד, ניתן לטעון כי מדובר בתנאי **שהוא לא חוקי וסותר את עקרונות המשב"ל** ודינים שהם יוס קוגנס (מונע זכויות בסיסיות מקבוצות מסוימות - שלטון אפרטהייד) ולפיכך מלכתחילה לא חייב את המדינות. לא נראה כי ישנה חוסר יכולת בלתי צפויה לקיים את האמנה או שינוי נסיבות מהותי. כמו כן, עילה נוספת שספרד יכולה לטעון היא שהאמנה נכרתה תוך **שוחד וכפייה** - ספרד תטען כי בריטניה שיחדה את פליפה שהיא תתמוך בו כדי שיסכים לחתום על האמנה. מאידך, ניתן לטעון כי מדובר בלחצים פוליטיים וכלכליים לגיטימיים

ג) ישנה ההחלטה של מועצת הביטחון. ההחלטה ניתנה מכוח פרק 6 למגילת האו"ם וקוראת להגיע לפתרון תוך התחשבות ברצון התושבים באי. ישנה מחלוקת האם החלטות המועצת מכוח פרק 6 הן מחייבות או משא רק החלטות מכוח פרק 7 הן מחייבות. לפי גישה אחת (רובי סייבל וישראל) רק החלטות מכוח פרק 7 הן מחייבות. לכן, מכיוון שנאמר במפורש שמדובר בהחלטה מכוח פרק 6 (אין מקום לפרשנות) הרי שההחלטה אינה מחייבת ואין חובה להתחשב במשאל העם. לפי גישה שנייה (הגישה הרווחת) גם החלטות המועצה המתקבלות מכוח פרק 6 הן מחייבות. הכל תלוי בנוסח ההחלטה ובנוסחה. לפי עמדה זו ניתן לטעון כי לאור כך שהמועצה "דורשת" מדובר בהחלטה מחייבת. ברם, ניתן לטעון כי היא דורשת לקיים מו"מ ומבקשת להתחשב בכל שניתן ברצון תושבי האי אך לא מחייבת להתחשב ברצונם שכן אחרת לא היה טעם לקיים המו"מ והיו עושים מה שתושבי האי מבקשים. [זו הטענה המרכזית].

נורמה נוספת שניתן להעלות (בנוסף לטענה המרכזית לעיל) היא הנורמה שמחייבת לנהוג בתו"ל (ICJ - חובה לקיים מו"מ בתו"ל) - בריטניה וספרד לא נהגו בתו"ל כאשר הסתירו מאנשי גיברלטר את קיומו של המו"מ (כיוון שהוא נוגע אליהם). הדיווח היה רק לאחר שהגיעו להבנה שאינה עולה בקנה

שאלה מס' 4 (1 נק' - שאלת בונוס)
מקום לטיטות [מה שייכתב כאן לא יבדק - עד אלף מילים]
תשובה:

לאור ניסיון העבר, שמתי גרשיים בסוף ותחילת כל תשובה- על מנת שניתן יהיה לדעת אם התשובות נמחקו או לא ([]).

האם יש נסיבות להקל בהתקיימות התנאים? הכרה מצד מדינות? לא ברור האם ישנה הכרה. אציין כי זה לא תנאי הכרחי להכרה בישות כמדינה. זכות להגדרה עצמית? כאשר מדובר בקבוצה גדולה בעלת תרבות משותפת שכלל נולדים אליה. צריך לראות כיצד בני הקבוצה תופסים עצמם. האם יש ריבון חוקי בשטח? לא ברור. מחד, בריטניה היא הריבון ביחידה האוטונומית הזאת וגיברלטר מעולם לא ביקשה להכריז על עצמאות. מאידך, בריטניה העבירה את השלטון לספרד וספרד מקיימת שלטון אפרטהייד (מונעת שוויון זכויות). לפיכך, ניתן לטעון שאולי מדובר בריבון שאינו חוקי. בהיעדר ריבון חוקי בשטח אנו נהיה מוכנים להכיר בישות כמדינה אם זה מסייע לממש את הזכות להגדרה עצמית. כאשר יש ריבון חוקי בשטח עקרון הזכות להגדרה עצמית נסוגה מול עקרון השלמות הטריטוריאלית. במקרה זה אין הסכמה של הריבון להכיר בישות כמדינה. בהיעדר הסכמה: גישת קנדה: רק בהתאם לרצון הקבוצה (קיים רצון ונערך משאל עם) ובהתאם לרצון כלל תושבי המדינה או הממשלה (זה לא מתקיים). נכיר בישות כמדינה אם מדובר בקבוצת מיעוט שמודרת ונמנעת ממנה זכויות בסיסיות. זה לא המקרה. הפגיעה היא ביהודים ומוסלמים והם כנראה לא הקבוצה. גישת ה-ICJ: יותר מקלה. לפי ה-ICJ יש חובה לקיים את המו"מ בתום לב. כמו כן, כאשר יש ריבון לא חוקי בשטח יתכן שניטה להקל בדרישות אמנת מונטבידאו. ואולם, כאשר ישנו מו"מ יתכן וזה ימנע מאיתנו להכיר בישות כמדינה עצמאית (אך זה לא אישור לקיים את המו"מ לנצח- תוך זמן סביר ובתו"ל).

ה-ICJ יכול גם לתת חוות דעת משפטיות. כפי שהפלשתינאים ביקשו בקשר לגדר ההפרדה. אמנם זה לא מחייב וזו המלצה בלבד אך יש לכך משקל. במקרה של הפלשתינאים הם יכולו לעשות זאת כי הם הכירו כמדינה משקיפה שאינה חברה. גיברלטר צריכה לפנות לעצרת הכללית של האו"ם בבקשה להיות מדינה משקיפה שאינה חברה. תחילה מועצת הביטחון צריכה לאשר זאת ולאחר מכן גם העצרת.

מדינה משקיפה

(ב) העילות של ספרד להיעדר תוקפה של האמנה:

ישנן אמנות הבטלות מעצמן וישנן אמנות הניתנות לביטול.

האם האמנה בטלה מעצמה? אבחן את העילות השונות:

פוגעת בזכויות אדם בסיסיות- ניתן לטעון שהאמנה פוגעת בזכויות אדם בסיסיות כיוון שהיא שוללת את זכותם של מוסלמים ויהודיים. למעשה היא מעודדת שלטון אפרטהייד שהוא אסור לפי המשב"ל. לפיכך, ניתן לטעון כי האמנה בטלה מעצמה.

נגדת עקרונות יסוד של מגילת האו"ם- ניתן לטעון כי האמנה סותרת את עקרון השלמות הטריטוריאלית כיוון שבריטניה למעשה עושה מחטף של שטחים. מצד שני לא ברור באמת מי הריבון בשטח. אמנם הייתה שליטה ספרדית עד לכל המלחמות אך לאחריהן בריטניה השתלטה בשם "צד אחד" וכעת מבקשת חלק מסוים מתוך ספרד לאחר שהתערבה בחלוקת השטחים.

נחתמה מתוך שימוש בכוח (שימוש בכוח שאינו חוקי)- לא נראה שהיה שימוש בכוח לא חוקי.

נחתם מתוך כפייה ולחץ לא חוקיים (לחץ כלכלי לא נחשב)- ספרד מנסה לטעון כי האמנה נכרתה מתוך לחץ אך נקבע במשב"ל כי לחץ כלכלי או פוליטי לא נחשבים לחצים לגיטימיים. ספרד יכולה לנסות לטעון כי האמנה נחתמה בעקבות שוחד (בריטניה תקבל את השטח בתמורה לתמיכה בשליט

אחר). אם זה יקבע כשיוחד הרי שהאמנה בטלה מעצמה. מאידך ניתן לטעון כי מדובר בלחץ פוליטי וכלכלי (מימון הצבא ע"י בריטניה) לגיטימיים.

סותרת דין יוס קוגנס- האמנה סותרת זכויות יסוד שהן

אמנות הניתנות לביטול:

אם האמנה סותרת עקרון יסוד מדינתי בסיסי-

אם יש טעות שבעובדה

חוסר יכולת לקיים את האמנה

שינוי נסיבות מהותי

הפרה מהותית- כאשר מדינה מפרה סעיף יסודי באמנה באופן שמהווה הפרה יסודית, המדינה הנפגעת יכולה לבטל את האמנה. באנה בילטרלית, הפרה יסודית של האמנה יכולה להיות הבסיס לביטול אמנה. במקרה דנן, אכן מדובר באמנה בילטרלית. באמנה נקבעו מהם הסעיפים שהפרתם תיחשב כהפרה מהותית. לפי ספרד, בריטניה הפרה סעיף כזה כאשר איפשרה ליהודים ומוסלמים להתישב באזור. מאידך, ניתן לטעון כי מדובר בסעיף שהוא לא חוקי משום שהוא סותר יוס קוגנס או זכויות אדם בסיסיות במשב"ל. לפיכך, הסעיף לא היה תקף מלכתחילה.

כאמור- אם מדובר במקרה של שוחד, מותר לפרוש ולבטל את האמנה.