

+ טופס סגור +

אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים

משפט בינלאומי פומבי

מרצה: דר' זיו בורר

מבחן מועד א' תשפ"ב

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

מלבד אלו שקיבלו אישור לכך ממדור בחינות והציגו לי את האישור מראש – אף

סטודנט אינו רשאי לכתוב בכתב-יד (לא טיוטה ולא תשובה), ולבטח לא 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:

חלק א - עד 11 שורות; חלק ב - עד 37 שורות; חלק ג - עד 50 שורות.

נא לא לנסות לשאול שאלות "חליבה" לאורך הבחינה – תישקל הורדת נקודות על

שאלות כאלו.

ב-דיני כיבוש:

תת נושא בדיני לחימה. כיבוש על אף דעת רבים אינו דבר בלתי חוקי והוא מוגדר הן בתקנות האג באופן מפורש (שליטה אפקטיבית + כח צבאי זר) והן בסעיפים ספציפיים באמנת ג'נבה כמתאפשר במצבים מסויימים. מתקנה 55 לתקנות האג למדים כי כיבוש הינו מצב זמני, ומסיקים זאת מהעובדה שהרכוש הכבוש נמצא ב"נאמנות"

מטרת דיני הכיבוש הינה להסדיר 2 מערכות יחסים: 1) בין הכובש לשלטון הכבוש - שכן מדובר בהחזקה בנאמנות 2) בין הכובש לאזרחי השטח הכבוש (מוטלת חובה לדאוג לזכויותיהם וכו').

כאמור, במצב זה יש לכובש זכויות לחימה מצומצמות יותר: 1) לפעול לטובת השלטון 2) לפעול לטובת האזרחים 3) לשמור על הסדר הציבורי 4) צורך לחימה מצומצמם יותר.

כאמור עולות שאלות בנוגע למהי שליטה אפקטיבית? יש דעות שאומרות ששליטה אפקטיבית דורשת הקמת כח צבאי בהכרח, אולם דעת הרוב (וביניהם ישראל) היא כי נדרש רק פוטנציאל. כמו כן יש שטוענים שנדרש "מגפיים בשטח" בעוד ישנן גישות מרחיבות יותר הדורשות "כיבוש קפיצה" - אפשרות להקפיץ כוחות או "כיבוש לפי הנסיבות" כמו למשל הכיבוש בעזה-הקפה של 90%, שליטה ביח"צ.. (בפועל, נדרש צבא).

הצהרה פרשנית:

הצהרה פרשנית הינה הצהרה לפיה מדינה יכולה לפרשן סעיף באמנה בכל עת סביר ובכך לשכנע מדינות אחרות בפרשנות הסעיף ללכת בעקבותיה. הצהרה הינה חלשה יותר מהסתייגות מאחר ובמידה ולא הולכים לפיה המדינה המפרשנת מחייבת ללכת אחר פרשנות אחרת. במקרה האמור נראה כי מדינת ישראל התחילה בהצהרה פרשנית לפיה בשל מצב החירום של המדינה זה לא יהיה שרירותי (בהתאם לדרישת האמנה) להכניס אדם למעצר/מאסר אם הוא מהווה סכנה למדינה/חיי אדם/רכוש של המדינה. יש לציין כי הצהרה פרשנית לא נבחנת לפי הכותרת שלה אלא לפי התוכן שלה ובמקרה האמור נראה כי מדובר יותר בהסתייגות מאשר בהצהרה פרשנית מאחר וישראל מתנה את ההצרה בכך שרק אם תתקבל היא לא תסתייג. בדרך כלל כאשר ניתנת הצהרה כזאת יש לצאת מנקודת הנחה שהיא יכולה להשתנות בעתיד ולכן יהיה לא נכון לקבל את ההצהרה האמורה בידיעה שישראל לא מוכנה לקבל גישה אחרת. הסיבה שבכל זאת יתכן שמדינת ישראל הגישה הצהרה פרשנית היא שפעמים רבות לא נעים להסתייג מאמנה משום שזה יכול לגרום לעימות מסויים או לקונפליקט עם מדינות אחרות - וישראל ניסתה להמנע מכך.

הסתייגות:

הסתייגות מאמנה הינה בחירה של מדינה לא ללכת אחר ס' ספציפי באמנה (באופן ברור) או להסתייג מכלל מסויים באמנה (וזאת הסתייגות מעט יותר מסובכת). ישנם 2 הסתייגויות אסורות שלא נראה שהתקיימו במקרה האמור: 1) קיים מנגנון האוסר הסתייגות מהאמנה עצמה (2) ההסתייגות חותרת תחת מטרת האמנה. כאמור - יש שתי גישות בנוגע להתמודדות עם הסתייגות אסורה. **מועצת זכויות האדם** טוענת כי היא המחליטה בנוגע לאמנה שלה האם ההסתייגות אסורה. במידה ואסורה בכל זאת האמנה מחייבת את המדינה. **מנגד** לכך הגוף שאחראי על יישום המשבל טוען כי זה פוגע בזכות של המדינות לתת הסכמה מלאה - וזהו עקרון עיקרי במשבל. על כן, מרגע שמחליט גוף שמדובר בהסתייגות אסורה יש לתת לו את ההזדמנות לתקן אותה ולא ניתן להכניסו לאמנה בכח. האופן שבו מדינת ישראל הסתייגה מהאמנה היתה בכך שבמידה ולא מתקבל ההצהרה הפרשנית שלה - היא בכל זאת תאשרר את האמנה אך עם חריג לפיו ס' 9(1) אינו חל עליה. כאמור הסתייגות מאפשרת למדינה לפעול בצורה שמפרה את האמנה בעצם - בלי שהדבר יגרור אחריו ענישה. בדרך כלל התחולה של ההסתייגות הינה הדדית - גם מדינות לא מחויבות להסתייגות כאמור ביחס למדינה. כמו כן יש מדינות שיכולות לבטל את האמנה אל מול המדינה באופן כולל - אך כאמור לא נראה שהס' רלוונטי למדינות אחרות מאחר ומדובר על התנהלות פנימית של מדינת ישראל.

הגבלת זכויות אדם: כאמור לפי המשב"ל ישנה אפשרות להפקיע באופן זמני זכויות אדם מסויימות במצב שבו יש מצב חירום. הדרך שבה יש לבצע זאת היא על ידי - הצהרה על מצב חירום ופירוט הזכויות שמפקיעים בשל כך בפני המזכ"ל. על הזכויות המופקעות להיות מידתיות למצב החירום. כאמור מדינת ישראל הסבירה בתחילת האשרור על מצב החירום הביטחוני בו היא נמצאת בשל פעולות טרור רבות במשך שנים וללא הפסקה. בשל כך היא עדיין נמצאת במצב חירום והיא מודיעה כי בכונתה להגביל את הזכות לחירות באופן שבעיניה הוא אינו שרירותי ומידתי ביחס למצב החירום. (אף אם יחשיבו את ההסתייגות כלא חוקית). כמו כן יש זכויות שניתן להגביל גם כן ללא מצב חירום וזה מפנה לס' ב לדבריה של המדינה - ישנם זכויות שנאמר בהן מפורשות או באופן משתמע כי ניתן להגבילן במקרים מסויימים. למשל - אסור לעצור אדם באופן שרירותי - מכאן למדים שניתן להגביל אותו באופן שהוא לא שרירותי, וזאת כנראה הכוונה בס' ב'.

ס'1:

המשפט הבינלאומי אומר כי אין לכלוא או לעצור אדם באופן שרירותי ס'9(1) (ICCPR). כמו כן זכויות האדם אף מעוגנות בס' 1+2 לאמנת האו"ם וכאמור אמנה זו מחייבת את כל החתומים עליה ועליונה על כל האמנות האחרות. כמו כן החובה מעוגנת גם כן בס' 6(א) לחוק היסוד של מדינת ישראל (במידה ויפורש בצורה הנכונה). במקרה זה ניתן להגיד כי הזכות לחירות וביטחון - ואף הזכות לחיים (בעתיד) מופרים. כאמור, הזכות לחיים היא לא סתם זכות אלא מדובר בJUS אשר אף חוק לא יכול להפר - רק JUS אחר יכול להפר אותו.

בנוסף, בבחינת הגנה דיפלומטית אומנם כאמור לפי המשב"ל אין עדיין דין מנהגי לפיו ישנה חובה על המדינה לספק הגנה דיפלומטית לאזרחים. אולם, אמיר יטען כי נוצר מנהג מחייב במקרים ספציפיים המחייבים התערבות למען האזרחים. כאמור, נקבע בחוקים רבים של מדינות ברחבי העולם כי במקרה שבו ישנו עיוות דין משמעותי של הזכות להליך הוגן, ישנה חובה על המדינה להעניק לאזרח חסינות דיפלומטית. יש לציין שאף מבחינת ההתנהלות הישראלית נרמז בפסק דין (בנושא האדם שרצח את אשתו בתאילנד), כי במידה ויהיה חשש לעונש מוות - יהיה עליהם להתערב (הכוונה היא שישנה חובה להתערב במצב של פגיעה בזכויות אדם עקרוניות). במצב זה אמיר יכול לטעון כי ישנו מנהג בנושא מאחר ויש פרקטיקה רווחת והיא מעוגנת בחוק (OJ) - ועל כן, מדינת ישראל כזו שמקבלת מנהגים באופן אוטומי, תהיה מחוייבת אליו. מנגד, מאחר והחוק החדש מעוגן בחקיקה ראשית - המנהג האמור בטל מבחינת היררכיה. אולם, כפי שציניתי קודם לכן - הזכות לחיים הינה זכות קוגנטית - JUS אשר אינה ניתנת להפרה ולכן כדי לממשה עליהם לבחור בפרשנות האופרטיבית.

ניתן להגיד כי הפגיעה האמורה הינה כנגד המדינה עצמה. התורכים "חטפו" אזרח שלה בתואנות שווא בכדי שהדבר יהווה מעין מנוף ל"עניינים" שהם רוצים מישראל. כלומר, עצם האיום האמיתי והגדול הוא על ישראל ולא על עבירה ספציפית של האזרח במצב זה עליה להגן על אמיר בכדי להגן על עצמה ואין צורך בדרישת מיצוי הליכים.



* טיעון זה מעט חלש מאחר ולא נוצר באמת מנהג מחייב כאמור וזכותו לחיים לא נפגעה עדיין.

ס'2:

הפיקת פס"ד חסן: במקרה זה אמיר ינסה לטעון כי יש להפוך את הסעיף מאחר והפרשנות צריכה לממש ככל הניתן את המשפט הבינלאומי (שצוין מעלה) לפי עקרון ההתאמה הפרשנית. הפרשנות האופרטיבית היא הפרשנות שמספקת מענה מדויק יותר לפי תזה זו, מאחר והחוק החדש האמור מאפשר מצב של עיוות דין כנגד אזרחים שנמצאים במידה זרה בעוד המשב"ל אוסר זאת. כמו כן - הזכות לחיים היא JUS ולא ניתן להפר אותה.

בנוסף, הפרשנות הדקלרטיבית פוגעת במשבל ויכולה ליצור מצב של עימות עם הדין המשב"לי. כאמור מדינת ישראל כמדינה קטנה וחלשה לא יכולה להסתכן בעימות שכזה שיכול לפגוע ביחסים שלה עם מדינות אחרות ולכן עליה לעשות כן.

* לטעמי הטיעון חזק. על אף שישנו צינור בנושא בעקבת פורום קהלת שטוענת שמדובר בקבלת חוקה של מדינה אחרת, בפועל דעת הרוב פועלת בפרשנות המשבל, גם אם לא אומרת זאת מפורשות. כמו כן, מנגד לטיעון של קהלת מגילת העצמאות מפנה למשב"ל וגם כן החוקה בנויה עליו ולכן יתכן שהקבלה לטיעון של סקלייה(ארה"ב) שגויה.

ס'3 + ס'4:

מרגע שהופכים את הפרשנות של בג"ץ חסן יש להגיע למסקנה כי החוק לעידוד התנהגות אחראית בחוץ לארץ בטל מאחר וחוק היסוד מפורש באופן שסותר אותו - וכאמור חוק יסוד גובר על חוק רגיל. כמו כן, על ידי פרשנות החוק לפי המשב"ל על המדינה לפעול אקטיבית כנגד עיוות הדין שנוצר ולדאוג להגן על זכותו של אמיר שעה שלא יכול בעצמו, מאחר ואין לו כח בפורום הבינ"ל.

אמיר מנסה לטעון כי על מדינת ישראל לפעול לפי החריג של שימוש ב"הגנה עצמית".

כלל, לא ניתן להשתמש בחריג ה"הגנה העצמית" אלא אם מדובר ב"התקפה חמושה". כאמור, התקפה חמושה מוגדרת כיריה, כניסת כח צבאי לשטח של מדינה אחרת ועוד. יש לציין כי כל התקפה חמושה היא בהכרח שימוש בכח, אולם לא כל שימוש בכח הוא בהכרח התקפה חמושה

האם בענייננו היתה התקפה חמושה המצדיקה הגנה עצמית? יש שאומרים שיש לבחון זאת לפי סף עוצמה בעוד יש דעות הטוענות כי מדובר בשאלת יחס - כדור כנגד כדור. במקרה האמור לא התבצעה תקיפה חמושה כהגדרתה לכאן או לכאן ולכן לפי דעת הרוב אין אופציה לפעול בשימוש בכח של הכנסת כח מטכ"ל לשטח המדינה הזרה ולחלצו מהכלא. (אציין שכניסת מטכ"ל מהווה שימוש בכח - הכנסת צבא לשטח של מדינה אחרת.)

כאמור, עולה השאלה האם תקיפה של אזרח בארץ זרה מאפשר כניסה ותקיפה? עפ"י דעת הרוב לא. אולם, מדינת ישראל כאמור לא מחזיקה בדעה זו, או לא החזיקה בה בעבר - וראיה לכך ניתן לראות במבצע אנטבה.

ניתן גם להגיד כי במצב זה מתקיימת תקיפת מנע. דעת הרוב טוענת כי תקיפת מנע לא עומדת בסף המיידיות אולם במידה ונלך לפי דעת המיעוט - ניתן להגיד כי עצם האיום של טורקיה להרוג אזרח ישראלי (מידע וודאי שהושג) מהווה איום למתקפה חמושה ולכן זכותנו להגן על עצמנו כבר כעת. (ניתן אף להגיד שמדובר במתקפה צפויה - גם כן בדעת מיעוט זה מתאפשר).

לטעמי הטיעון חלש מאוד מאחר ומאוד קשה להגדיר את המצב כ"מתקפה חמושה" המצדיקה התערבות של הפעלת כח האסורה לפי המשב"ל. בפרט שעה שמצד אחד מבקש אמיר לאמץ את המשב"ל כדי לשחררו - ואז מצד שני מבקש ללכת בניגוד למשבל ולהשתמש בכח כדי לשחררו

