

+ 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.

דיני הכיבוש הם תת תחום בתוך דיני העימות המזויין הבינ"ל. הם חלים במקרה שבו למדינה יש שליטה אפקטיבית על שטח שהוא מחוץ לריבונות שלה (עוגן ראמנת האג). דינים אלו בנויים על שתי קומות:

קומה ראשונה - חלים בשטח הכבוש דיני הלחימה, גם כאשר הסתיימה המלחמה.

קומה שנייה - חלים בנוסף עוד דינים: איסורים או התחייבויות כלפי האוכלוסייה בשטח הכבוש. לדוג' בעוד דיני לחימה רגילים יש חובה לא למנוע הספקה של מים וחשמל בדני הכיבוש תהיה חובה לספק מים וחשמל לתושבים.

יש גישה הטענת שכיבוש קיים גם כאשר אין צבא בשטח ויש אפשרות תוך זמן קצר להשיג שליטה לעומת זאת יש גישה הרואה כיבוש ככזה רק כאשר הצבא בשטח בפועל.

בנוסף, ישנה גישה שאומר שניתן להחיל דיני כיבוש באופן מדורג לעומת גישה שאומרת שניתן להחיל רק באופן דיכוטומי. וגישה בעלייה שאומרת שיש לבדוק את מכלול הנסיבות.

כמו כן, כיבוש יכול להיות גם ע"י פרוקסי של המדינה - שתי גישות, או ע"י פרוקסי שנמצא תחת שליטה כוללת (ICTY) או ע"י פרוקסי שנמצא בשליטה אפקטיבית (ICJ).

הצהרה פרשנית - היא פירוש של ס' או חלקים באמנה ע"י מדינה, פירוש אינו מחייבת משפטית ואם לאחר מכן נקבע פירוש מחייב אחר המדינה שכתבה את ההצהרה הפרשנית צריכה לפעול על פי הפירוש המקובל (ולא על פי שלה). את ההצהרה הפרשנית אפשר להגיש בכל שלב גם לאחר חתימה על האמנה.

במקרה שלפנינו מדינת ישראל עושה שימוש בהצהרה פרשנית בכך שהיא מפרשת את ס' 9(1) לאמנה - לטענתה אמצעי המעצר המנהלי אינם מהווים מעצר שרירותי לאור המצב הביטחוני בישראל.

הרציונאל שעומד מאחורי השימוש בהצהרה פרשנית הוא: ניסיון שתקבל הפרשנות של המדינה והכנסה של הסתייגות בדלת האחורית. לדעתי במקרה הזה הבחירה של ישראל לעשות שימוש בהצהרה נובעת משני הרציונאלים.

הסתייגות - הסתייגות על ס' או חלקים מאמנה אשר מדינה מכריזה שהיא אינה מקבלת על עצמה ס' אלא או שמקבלת על עצמה את הס' שניו קל. את ההסתייגות ניתן להגיש רק בעת חתימה על אמנה. לא ניתן להגיש הסתייגות שחותרת תחת יסודות האמנה.

במקרה שלנו מדינת ישראל לאחר ההצהרה הפרשנית, מכניסה גם הסתייגות (אפשר לומר "בדלת האחורית" אפילו). היא אומרת שאם הפירוש של ס' 9(1) כפי שהיא פרשה אותו לא יתקבל, היא לא לוקחת על עצמה את המחוייבות. אולם, מכיוון שמדובר בזכויות אדם עולה השאלה האם בכלל אפשר להסתייג מאמנה שכזו שכן, עקרונית ישנה דעה הסוברת שאי אפשר להסתייג מס' שעוסקים בזכויות אדם. בנוסף, אפשר לומר שהסתייגות זו חותרת תחת יסודות האמנה ולכן היא אסורה. במידה וההסתייגות אסורה כפי שציינתי ישנן שתי דעות לגבי תוקף ההסתייגות:

הדעה הראשונה קובעת כי אין תוקף להסתייגות אסורה ולכן כאשר ההסתייגות אסורה, האמנה תקימה ללא הסתייגות או שהמדינה תפרוש מהאמנה (במקרה שלנו גם אם ישראל תפרוש היא עדיין תהיה מחוייבת לזכויות האדם שכן ביטול אמנה לא מבטל את זכויות האדם המהותיות בו).

הדעה השנייה (ICJ) - לא ניתן בשל אלמנט ההסכמה לחייב מדינה להיות חלק מאמנה ללא הסתייגות. לכן, או שהמדינה תשנה את ההסתייגות כל שהיא תתאים לאמנה או שתהיה הסכמה מצד המדינות להסתייגות. וככלל אם המדינות שותקות ההסתייגות יכולה להישאר.

*אין זה משנה מהי כותרת המסמך ולכן אם כתוב שזו הצרה אך בפועל זו הסתייגות יראו זאת כהסתייגות - לדעתי סביר להניח לאור ההנחה החלופית של ישראל שמורידה את המחוייבות שלה במידה ולא יקבלו את הפירוש, היא שמדובר בהסתייגות. וזאת כמובן לאור העובדה שגם כאשר היא לא במצב חירום היא טוענת שהיא אינה מחוייבת לאמנה.

שימוש בס' המאפשר הגבלה על זכויות אדם - באמנת זכויות האדם ישנם ס' המגדירים מתי מותר לחרוג מזכויות האדם (כמו פסקת הגבלה אך מעט שונה). לדוג' אסור לפגוע באופן שרירותי בחיי אדם - כלומר מותר לפגוע באופן מידתי. וכמו ס' המגדירים בתוכם באלו מקרים ממש מותר לפגוע בזכות. מדינת ישראל עושה שימוש בשניים מהס' המאפשרים להגביל את זכויות האדם.

ראשית, הם עושים שימוש בס' השרירותיות וטוענים כי אין זה שרירותי להעמיד אדם למעצר מנהלי לאור המציאות הקיימת במדינת ישראל. טענה חלשה לאור העבודה כי טענו שגם כאשר אין מצב חירום (כלומר לא מתקיימות נסיבות מסוכנות בישראל) הם יעשו שימוש במעצר מנהלי.

שנית, הם עושים שימוש באפשרות להכריז על מצב חירום במדינה (שעת חירום כללית) המאפשר פגיעה מסויימת בזכויות אדם. טענה גם מאוד חלשה לאור העובדה שמצב החירום בישראל הוא מאז הקמתה ולכן היכולות לומר כי מצב החירום שקיים בישראל הוא מצב החירום שאליו התכוונו באמנה נחלש. שכן המטרה היא מצב זמני ולא מצב מתמשך שקיים כבר 70 שנה.

1. במשפט הבינ"ל קיימת **הגנה דיפלומטית**, חסינות זו היא האפשרות של המדינה לראות פגיעה באזרחים שלה כפגיעה בה. משכך היא יכולה לפעול להגן האזרח שלה. ישנה גישה הסוברת כי המדינה מחויבת לעשות שימוש בהגנה דיפלומטית כאשר האזרח שלה נקלע במדינה זרה, אך זו אינה הגישה המקובלת. בדומה אליה ישנה גישה בעלייה הסוברת כי מחובתה של המדינה כאשר מדובר בפגיעה יסודית בזכויות אדם (כמו במקרה שלנו עונש, מוות) להפעיל הגנה זו, והדבר אינו נתון לשיקול דעת. גישה זו יוצאת מתוך נקודת הנחה שזכויות האדם במשפט הבינ"ל הן בעלייה ויש חשיבות לשמור עליהם. מנגד לדעות אלו קיימת הגישה שאומרת כי אין מחובתה של מדינה כלל, לתת הגנה דיפלומטית ומדובר בהחלטה פוליטית שבית המשפט לא צריך להתערב בה.



בפס"ד מימון עלתה שאלה זו אך לא הייתה הכרעה איזו מהדעות היא הדין המהותי בישראל. לכן קשה לומר אם טענתו של אמיר תקבל, אך ישנו פתח מסוים לאור בקשת החנינה שבסופו של דבר ישראל ביקשה עבור מימון- במקרה של מימון המדינה אמרה שבמידה ויוענק לו עונש מוות היא תבקש חנינה ולכן השופט קבע שאין צורך להכריע האם ישראל חייבת לתת הגנה שכן היא נותנת הגנה מספקת (מבקשת עבורו חנינה במקרה של עונש מוות).

נוסף על כך, דין בינ"ל מנהגי כמו הגנה דיפלומטית נקלט באופן ישיר בדין הישראלי תחת כללי המשפט הציבורי המקובל.

בשל כל הדברים הנ"ל אמיר יטען כי הדין הישראלי והבינ"ל מחייבים לתת לו הגנה.

2. אמיר טוען כי בשל ס' 1 יש לשנות את הפירוש של חוק היסוד כאופרטיבי ולא דקלרטיבי. הוא יכול לבסס את הכרעתו על **חזקת ההתאמה הפרשנית**. חזקה זו קובעת שיש לפרש דין מדינתי בישראל לאור נורמות מנהגיות והסכמיות בינ"ל (לדוג' הקביעה שזה לא נחשב צורך ביטחוני להשאיר אנשי חיזבללה לאחר ריצונו עונשם ככלי מיקוח על רון ארד שכן אין בהם סכנה אישית). לאור העובדה כי הדין הבינ"ל כפי שטוען אמיר מחייב את ישראל להעניק לו הגנה דיפלומטית, הפרשנות שמסדרת באופן ההגיוני ביותר עם הדין הבינ"ל היא הפרשנות האופרטיבית לחו".



חשוב לציין שטענה זו לא כול כך חזקה, שכן ישנה מחלוקת האם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על כל פרמידת הנורמות או רק על הכול מלבד חוקי יסוד. המתנגדים (ביניהם קהלת) סוברים שלא ניתן להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית על חו" שכן אין הסמכה מפורשת לכך. בנוסף, מצב דברים זה עלול להוביל להכנסת דין זר למדינה. המתנגדים לגישתם טוענים כי לא ניתן להסתכל על חוקי היסוד בחלל ריק, שכן הם נוצרו בעקבות המון נורמות בינ"ל ולכן ראוי לפרש אותם בהתאם לכך (הגישה שיש להחיל את חו" היא גישה בעלייה).

3. במידה וחו" יפורש בצורה אופרטיבית הרי שיש סתירה בין חו" לחוק רגיל ובמצב כזה ניתן לומר כי החוק בלתי חוקתי שכן הוא סותר חוק יסוד. נוסף לכך, יטען כי ההחלטה המנהלית של המדינה לא לשחררו היא אינה סבירה (החלה של חזקת ההתאמה על נורמת הסבירות) שכן, הוא סותר את הדין הבינ"ל של הגנה דיפלומטית. שיקול הדעת של המדינה היה בלתי סביר לאור העובדה שלא מדובר רק בחשד אלא בראיות מבוססות שנמצאו בהקלטות של ראש ממשלת טורקיה.



כמו כן, מדובר בטענה חלשה, שכן הגנה דיפלומטית היא דין מנהגי ודין מנהגי נמוך מחוק רגיל אך גבוה מתקנה ולכן אם לא יקבלו את הטענה כי חו" הוא אופרטיבי לא ניתן לומר כי חוק האחריות אינו חוקתי.

4. לאור הטיעונים הנ"ל יטען אמיר כי טורקיה הפרה כנגדו דין בינ"ל ועשתה נגדו שימוש בכוח (מעצרו) וכן הפרה את זכותו הבינ"ל להליך הוגן. לכן מדינת ישראל צריכה לראות זאת כשימוש בכוח נגדה ולהוציא משלחת להצילו. לדעתי טענה זו יחסית טובה שכן עמדת ישראל היא שמותר לה לתקוף מדינה אחרת בשל פגיעה באזרחים שלה, לדוג' מבצע אנטבה. שכן זו הגנה עצמית כנגד פגיעה במדינה (פגיעה באזרח=פגיעה במדינה). אולם, חשוב לזכור שבמבצע אנטבה היה מדובר בהמון אזרחים ואולי במקרה של אזרחי אחד ישראל לא תהיה מוכנה לפעול.



מנגד יש את הדעה הסוברת שאין אפשרות לעשות שימוש בתקיפה כאשר יש פגיעה באזרחים שכן זה עלול להוביל לסכסוכים מיותרים (שכן אפילו החייל הכי קטן יוכל לגרום לפתיחה בהתקפה) וכן חשש לניצול לרעה (זו גם העמדה הרווחת, לדוג' המועב"ט לא גינתה את אנטבה אך גם לא אישרה אותו).

כמו כן, אמיר יטען כי קיים דין מנהגי שאינו מתוך הגנה עצמית המאפשר למדינה לתקוף עקב פגיעה באזרחים שלה.

לסיכום לדעתי טיעוניו של אמיר לא כול כך חזקים לאור העובדה שהחוק הקיים בישראל ככל הנראה משקף את עמדת הממשלה בנוגע להגנה דיפלומטית (החלטה של המדינה ולא זכות של האזרח) והמערכת המדינית רואה עצמה עליונה למשב"ל. לכן כאשר ישנו מצב בו חוק סותר את המשב"ל ישנה נטייה מסוימת להראות כי החוק המדיני גובר, או בדרך של פשרה או בדרך של עימות.

אם בעימות יאמר כי זה לא משנה מה המשב"ל אומר חוקי המדינה גוברים. אם בדרך של פשרה, טענה אפשרית שתהיה היא שבפרשנות תכליתית אפשר לראות את חוק ההתנהגות אחראית ככזה המשקף את העמדה כי המדינה היא בעלת שיקול הדעת הבלעדי למתן הגנה שכזו.

