

## + 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** - דיני הכיבוש הינם תת חלק מדיני ה-IAC אשר חלים בעת הכיבוש ומוסיפים שכבה נוספת של נורמות ואף מבטלים חלק מן הנורמות של דיני הלחימה החלים על השטח הכבוש בעת שחל הכיבוש, לדוג': אם בדיני הלחימה אין לספק דברים לאוכלוסייה בשטח הלוחמה בדיני הכיבוש ישנה חובה שכזאת. דינים אלה חלים גם לאחר שנגמרה הלחימה בין הצדדים כל עוד השטח נחשב כשטח כבוש. דינים אלה מסדירים את מערכות היחסים של השלטון הכובש עם 2 צדדים שונים: (1) עם השלטון הקודם כאשר הצד הכובש מהווה נאמן שלו ולכן בעל מחויבות לשמור על השטח והאזרחים עבורו ולפעול לטובת האינטרסים שלו. (2) עם האזרחים בשטח הנכבש כאשר השלטון הכובש מהווה כעת הריבון שלהם ועליו לשמור על אוכלוסייה זו (חובותיו כלפי אוכלוסייה זו שונות מן החובות של השלטון כלפי אוכלוסייה במהלך לחימה).

**\*\* יש לראות כי דינים אלה כלל יוצאים מנקודת הנחה לפיה כיבוש הינו מצב חוקי במשב"ל, אך על מצב זה להיות זמני.**



**\*\* בניגוד לתפיסה הרווחת כיום, כיבוש בהגדרתו אינו מצב פוליטי.**

1) אישור לפגיעה בזכויות אדם בעת מצב חירום - ככלל, מדינה אינה יכולה לפגוע בזכויות אדם. עם זאת, בעת מצב חירום קיצוני וקשה בלית ברירה יכולה המדינה לפגוע באופן מוגבל בזכויות האדם של תושביה ואזרחיה. לצורך אישור זה נדרשת עמידה ב-5 תנאים: (1) בעת מצב חירום קשה - ניתן לראות כי ישראל מצויה במצב חירום קבוע משנת 48' (עמידה בעייתית בתנאי שכן הדרישה היא למצב חירום קשה כאשר ניתן לראות ע"פ ההצהרה כי אנו במצב חירום תמידי (בענייני מערער את התקיימות התנאי)). (2) ההפרה צריכה להיות בחוק - נאמרכי המצב חירום הוכרז בישראל בהתאם לחוקיה. (3) אישור של מזכ"ל האו"ם - לא נתון כי הבקשה להתיר את הפגיעה בזכויות נעשתה בהיתר הרלוונטי. (4) ההפרה צריכה לקשורה למצב החירום ומידתית ככל שניתן - ניתן לראות כי ההפרה מתקשרת למצב החירום שכן מטרת המעצר המנהלי הינו למנוע את הפגיעה באזרחי ישראל ע"י הנעצרים שפועלים באופן המסכן את אזרחיה. (5) לא לסתור התחייבויות משב"ל אחרות של המדינה - לא ברור אם זה לא סותר את התחייבויות ישראל מכוח האמנה. יש לבחון את כלל התחייבויות השונות של מדינת ישראל מכוח המשב"ל ולראות כי מתן אישור זה אינו מתנגש בהם.

\*\* יש לשים לב כי השאלה בדבר הפרת זכויות אדם בעת לחימה (שכן מן העולה במסמך מצב החירום הוכרז ונובע מלחימה ממושכת) הינה שאלה נפרדת. כאשר הגישה כיום הינה כי יש לאפשר זכויות אדם בעת לחימה ככל שניתן באופן שלא פוגע בלחימה ואין חובה לאפשרם בשדה הקרב עצמו.

2) הצהרה פרשנית - זוהי הצהרה של מדינה הנוגעת לאמנה לה היא נותנת את פרשנותה להסדר/סעיף המצויים באמנה. הצהרה זו אינה מחייבת (אין הכרח כי אכן כך תפורש האמנה) ואין משך זמן מוגבל בו ניתן להגיש הצהרות אלה. מדינות מוסרות הצהרות אלה במטרה שהאמנה תפורש בהתאם לתפיסתן וכי מדינות לעיתים לא יכולות להסתייג/ לא נעים להן להסתייג ולכן מבצעות הצהרה פרשנית המהווה מעין הסתייגות ובכך מכניסות הסתייגות "בדלת האחורית". ניתן לראות כי דברי ישראל מהווים הצהרה פרשנית הכוללת פרשנות עיקרית לפיה ישראל מפרשת את ס'9(1) את הדרישות לעריכת מצערים מנהליים ואת הדרישה להעדר שרירותיות באופן בו המעצרים המנהליים אותם היא מבצעת אינם סותר את הדרישה הנ"ל. אף ניתן לראות כי הצהרתה מפשרת את האופן בו בעיניה יש לעשות דברים "בהתאם לחוק המדינתי". עוד ניתן לראות כי היא מפרשת את הגדרת המונח מצב חירום המצוי באמנה ככזאת הכוללת את המצב הקיים בישראל מאז שנת 48 ועד היום (המצב חירום הכללי המוכרז).

3) הסתייגות - הסתייגות הינו מצב בו מדינה אשר חתומה על האמנה אומרת שהסדר ספציפי החל באמנה או לחילופין שסעיף מן האמנה אינו חל עליה. את ההסתייגות יש להגיש עם אשרור האמנה. יש לשים לב כי מן אמנות ניתן להסתייג רק במידה ולא נאסר על כן, במידה והאמנה הינה אמנה מולטילטרלית ובמידה וההסתייגות אינה חותרת תחת מטרת האמנה, כאשר במידה וההסתייגות אינה "חוקית" ישנה דעה לפיה ההסתייגות מבוטלת אך המדינה נשארת חברה באמנה (מועצת זכויות אדם) ועמדה לפיה ההסתייגות בטלה ולא ניתן לחייב את המדינה לקחת חלק באמנה (ILC). ניתן לראות כי מדינת ישראל מסתייגת באומרה שבמידה והאמצעים שנוקטת אינם מתיישבים עם ס'9(1) אז יש גריעה מתחולה של הסעיף בעת שמכרז מצב חירום ובעת שהיא לא נמצאת במצב חירום. מה ICCPR לא ניתן להסתייג כך שיש לבחון את תחולת האמנה על ישראל בהתאם לשני הדעות הנ"ל (האם חלה ללא הסתייגות או שמא לא חלה). במידה ותחול האמנה עם ההסתייגות נבדיל בין 3 מערכות יחסים: (1) בין ישראל ומדינה שלא התנגדה להסתייגות - האמנה תחול וההסתייגות יכולה להיות דו צדדית. (2) בין ישראל ומדינה שהתנגדה - המדינה יכולה לבחור כי כל הסעיף נשוא ההסתייגות או האמנה בכללותה לא תחול. (3) מדינות אחרות - לא רלוונטי, האמנה תחול.

כפי שהסברתי באמנות בהן לא ניתן להסתייג ישנה נטייה של מדינות להגיש הצהרות פרשניות המכניסות הסתייגויות "בדלת האחורית". לכן, במידה והיה ניתן להסתייג, צריך לבדוק את המסמך ע"פ תוכנו ולא כותרתו. שכן המסמך יכול להראות כהצהרה פרשנית אך להוות הסתייגות אסורה.

**טענה 1:** טענתו של אמיר עוסקת בהגנה דיפלומטית- במקרה בו מדינה זרה פוגעת באזרח, לאנשים פרטיים אין יכולת לתבוע במישור הבינ"ל ולכן למדינה קיימת הזכות לאמץ את הפגיעה באזרח שלה כך שהפגיעה תראה כפגיעה כלפיה ומכוח כך לתבוע במש"ל. אמיר יטען כי המדינה מחויבת לאמץ את הפגיעה במקרים אלו ולפעול לטובת האזרח. בפועל, קיימות מספר גישות: גישת רווחת- אין חובה של מדינה להעניק הגנה דיפלומטית לאזרחיה וזה נתון לשיקול דעתה הבלעדי. דעת מיעוט- למדינה החובה להעניק הגנה דיפלומטית לאזרחיה ככל שישנה הפרזה של זכויות אדם יסודיות. (3) גישת ביניים - נטייה הולכת וגוברת להכיר בעמדה לפיה למדינות שיקול דעת מוחלט. בפועל- מדינות רבות אומרת שישנה חובה אך מקורה אינה במש"ל אלא בדין הפנימי של המדינות. ניתן לראות שטענתו של אמיר חלשה שכן נוגדת את העמדה הרווחת. עם זאת, בבג"ץ מימון נקבע כי ישראל מאמצת את הגישה הרווחת ומתוקף שיקול דעתה מקנה הגנה זו רק שיש עיוות דין והפרה של זכויות אדם יסודיות, מה שמחזק את טענתו של אמיר לפיה במקרה הנ"ל בו ניתן יש פגיעה בזכות לחיים ולהליך הוגן ישנה חובה על פי הגישה הישראלית לסייע. יש לשים לב שהתערבות המדינה מותנית בכך שמוצו כל ההליכים בטורקיה.

**טענה 2:** טענתו של אמיר נוגעת לחזקת ההתאמה הפרשנית. זוהי חזקה לפיה על המחוקק הישראלי לפרש את הדין הישראלי (חקיקה, חקיקת משנה ופסיקה) בהתאם לנומרות המשב"ל החלות על המדינה (אמנות שהיא צד לה בין אם לא נקלטו ודין מנהגי) (פס"ד להיס). אף ניתן לראות כי יש דיון בשאלה אם החזקה צריכה לחול על חוקי יסוד (פס"ד סילוואד) כאשר ע"פ ד"ר בורר הרציונל החלת חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד זהה לרציונל החלטה על חקיקה רגילה. חוקים אלה לא נוצרו בוואקום ושאו השראה מן המשב"ל ולכן ראוי לקבוע הלכה המאפשרת את פרשנותם בהתאם למש"ל. אמיר טוען כי יש להפוך את הכרעת בג"ץ באופן בו יפורש חוק היסוד בצורה שונה. כפי ניתן לראות בהסבר הנ"ל את חוק היסוד יש לפרש בהתאם לדיני המשב"ל הרלוונטיים. במקרה הנ"ל אם נסתכל על דיני ההגנה הדיפלומטית נראה כי שיקול הדעת הוא למדינות ואין דין המורה על המדינה לאמץ את הפגיעה באזרחיה. מכיוון שלא נתון שינוי דין משב"ל רלוונטי אשר פרשנות על פיה מביאה למסקנה לפיה יש לנקוט בגישה האופרטיבית, פרשנות חוק היסוד הנוכחית נעשתה ע"פ המשב"ל ולכן טענתו של אמיר שיש לבחור בפרשנות האופרטיבית חלשה וכלל הנראה תישלל. אף ניתן לראות כי דיני המשב"ל משפיעים על תפיסת הסבירות של הדינים אותם מפרשים (פס"ד דרזנר נ' גיל). כך שניתן להגיד שחקיקת חוק איסור על מתן הגנה (טענה 3) תהייה סבירה שכן ע"פ הגישה הרווחת המשב"ל מאפשר למדינה שיקול דעת מה שהופך את החלטתה שלא לאפשר הגנה לסבירה בהתאם לשיקול הדעת שניתן לה.

**טענה 3:** בטענתו הקודמת טען אמיר שעל בג"ץ לאמץ את העמדה האופרטיבית המטילה על המדינה חובה להגן על אזרחיה. לכן, לטענתו סותר החוק לעידוד התנהגות את בג"ץ חסן (על פיו צריכה להיות מאומצת הגישה האופרטיבית) ומשכך את חוק היסוד מה שמביא למצב של פרגמנטציה, התנגשות בתוך מערכות דינים כאשר לא ניתן להכריע בפשטות מה הדין הגובר. זהו מקרה של פרגמנטציה פנים מדינתית, בתוך המדינה 2 עמדות כאשר לא ידוע מה הנכונה ונעשה ניסיון לעגן את העמדות השונות במש"ל כדי לחזקן. בהתנגשות זו מנסה אמיר לחזק את עמדתו באמירה בס'1 לעתירה כי המשב"ל מחייב להגן ולכן החוק אינו חוקתי ובהתנגשות עמדתו גוברת. טענה זו חלשה שכן כפי שכבר הראתי את עמדתו לא ניתן לעגן במש"ל אל מול העמדה השנייה לפיה אין חובה להעניק חסינות ולכן אין לבטל את החוק.

**\*\*ניתן לראות שהמשב"ל לא מתעניין בדין המדינתי מלבד במקרים בודדים (אזרחות, גבולות, דין מדינתי שקיים אצל הרבה מדינות) ולמדינה הסמכות לעשות כל מה שלא נאסר עליה במפורש במש"ל (כלל לוטוס) כך שכל עוד אין איסור מפורש (לא עולה שקיים כזה) החלטתה של המדינה חלוקק את החוק מותרת מכוח המשב"ל ואינה בלתי חוקתית.**

**טענה 4:** ע"פ דיני JAB העוסקים בחוקי הפתיחה בלחימה, ישנם 2 מקרים בהם תוכל מדינה להפעיל כוח: (1) הגנה עצמית- בו אדון. (2) הסכמת מועב"ט (ס'39- הכרזה על איום או תוקפנות וס'42-41 - הסמכה לפעול לא בכוח או ע"י הפעלת כוח)- לא רלוונטי למקרה הנ"ל. מדינה יכולה לפעול בהגנה עצמית כלפי מתקפה חמושה שנעשתה כנגדה או כנגד בת בריתה עד להתערבות מועב"ט. עולה השאלה מה זה "כנגד המדינה"? האם הפעלת כוח של מדינה ב' כנגד אזרח מדינה א' בשטח מדינה ב' מהווה תקיפה חמושה כנגד המדינה המקימה זכות לבגנה עצמית? 2 גישות: (1) גישה רווחת - הפעלת כוח כנגד אזרח של המדינה אינה מהווה תקיפה חמושה כנגד המדינה המקנה זכות להגנה עצמית. (2) גישה מיעוט (ישראל באנטבה)- הפעלת כוח כנגד אזרח המדינה מקימה זכות להגנה עצמית. אמיר טוען שעל בג"ץ להורות למדינה לפעול בכל אמצעי רלוונטי כולל שליחת יחידה שתחלצו. על מנת שטענה זו תתקבל עליו לטעון שעצירתו מהווה הפעלת כוח כלפי המדינה המקימה זכות להגנה עצמית מטעמה. הצעד לו מכון אמיר מהווה שימוש בכוח אשר יהיה חוקי רק במידה והוא יחשב להגנה עצמית (שכן אין הוראת מועב"ט). על כן, כפי שניתן לראות מן העמדה הרווחת ככל הנראה לא תתקבל טענתו של אמיר שכן כפי שמקובל כיום תקיפת אזרח מחוץ לקוטלי המדינה אינה מהווה מתקפה כנגד המדינה המקימה זכות להגנה עצמית ולכן בג"ץ ככל הנראה ישלול את הטעון.

