

[דף סיכום בחינה](#)

מזהה בחינה: 001000257410 מזהה סטודנט: 255642

שם קורס: משפט בינלאומי פומבי

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון	שאלת בונוס
1	15.00	13.00	0
2	40.00	40.00	0
3	45.00	45.00	0
4	5.00	2.00	1

ציון בחינה סופי : 100.00

הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים

***** לתשומת לבך, במידה וההערות מופיעות ב "גיבריש" יש להוריד את הקובץ למחשב ולפתוח ב - reader acrobat *****

+ 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 כיבוש הם דינים שחלים **במקביל** לדיני הלחימה אך יכולים לגרום לשינויים קטנים. שטח כבוש לפי הגדרה פורמלית הוא **כשצבא זר** שולט בשטח **שלא בריבונות שלו**. קיימת עוד הגדרה לכיבוש וזה כאשר יש שליטה **בטריטוריה** של מדינה אחרת ותחת **Jurisdiction** שלה. לטענת ישראל מדובר בתנאים **מצטברים** ואילו לטענת הICJ מדובר בתנאים **חליפים**. יש טענה כי דיני כיבוש עד שנה, אך נראה שהעמדה הרווחת היא שגם יותר משנה, וככל שעובר הזמן אפילו צריך להתייחס לכך יותר. דיני הכיבוש הם בין **המדינה הכובשת** למדינה למדינה שזה **השטח שלה**, ובין **המדינה הכובשת לאוכלוסיה** שבטריטוריה הזו. יש דעות לגבי האם כיבוש הוא גם כאשר אין צבא על הקרקע. קיימת גישה שאומרת שחייב **נעלים על הקרקע** כדי שיחשב כיבוש, קיימת גישה שאומרת שגם **כיבוש קפיצה** נחשב, וקיימת גישה שאומרת שזה **תלוי נסיבות** ונבדוק האם יש תלות. כמו כן יש גישות האם כיבוש יכול להיות **הדרגתי**. גישה אחת אומרת שלא וזה **דיכוטומי**, וגישה שני אומרת שכן זה יכול להיות **הדרגתי** ונבדוק את **מבחן התלות**.

הצהרה/הכרזה פרשנית-

ישראל משתמשת בהצהרה פרשנית בנוגע לס'9(1) לאמנה. ס' זה מאפשר פגיעה בזכויות אדם מסוימות כאשר מדובר בפגיעה לא שרירותית, וישראל בוחרת לתת פירוש משלה לשאלת השרירותיות ולהגיד כי מעצר מנהלי נכנס תחת פגיעה לא שרירותית, וכך היא בעצם **תפרש זאת בדין שלה**. דרך ההצהרה הפרשנית מדינת ישראל **מעין מסתייגת** בדרך יותר נעימה מתחולת בסעיף, ואחד מיתרונות ההצהרה בפרשנית זה שגם היא **לא מוגבלת בזמן** (מותר תוך זמן סביר). הבעיה בהצהרה פרשנית זה שאם לאורך זמן מתקבל פירוש אחר לסעיף הזה הוא **יחייב** גם את המדינה שהצהירה עוד קודם לכן הצהרה פרשנית. לכן אם נראה כי הפרשנות המקובלת לסעיף לא תואמת את עמדת מדינת ישראל, מדינת ישראל עדין תהיה מחוייבת לה.

הסתייגות-

מדינה יכולה להסתייג מס' באמנה או מפרק באמנה. הייתרון בהסתייגות הוא שזה מאפשר למדינות להגיע להסכמה שכן קשה להגיע להסכמה על הכל. מצד שני כאשר הרבה מדינות מסתייגות, זה יכול להיראות רק כהסכמה אבל טכנית זה מוציא את העיקר מההסכמה. במקרה הזה נראה שמדינת ישראל הוציאה הסתייגות בנוגע לס'9(1) לאמנה. הסתייגות יכולה להיעשות **בעת אשרור** האמנה כפי שאכן קרה במקרה דנן כך שמצב זה מתאפשר. מנגד, הסתייגות לא יכולה (1) לסתור **עקרון מהותי** באמנה, (2) להיות כאשר האמנה לא **מאפשרת** להסתייג (3) להסתייג על נורמה מסוג **יוס קוגנס**. ההסתייגות כאן צפוי שתהיה **מהותית** שכן מדינת ישראל בחרה לציין שהיא יכולה לא לקיים את הסעיף לא רק בשעת חירום כללית (ס'4 לאמנה), אלא **גם בזמן רגיל** ובכך סותרת את **תכליתה** של האמנה. קיימות 2 גישות מה ניתן לעשות בהסתייגות **אסורה**. גישה אחת היא של ה-ICCPR יש לבחון האם מדובר בהסתייגות אסורה או לא, ובמידה והיא תבחר שמדובר בהסתייגות אסורה אז המדינה **תצטרף** לאמנה וההסתייגות **תבטל**. אפשרות שניה שזו הדעה של ה-ILC זה שאם המדינות החתומות באמנה יסתייגו להסתייגות אז המדינה תוכל לבחור אם לפרוש מהאמנה, או לבטל את ההסתייגות. ואם המדינות לא יגידו כלום, זה כאילו הם מקבלים את ההסתייגות, ומדינת ישראל תוכל להיות באמנה עם ההסתייגות הזו.

רגה-

מדינה יכולה לפגוע בזכויות אדם מסוימות לפי האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות כאשר יש מצב חירום. אבל עליה לעמוד במספר קריטריונים:

1. ההחרגה צריכה להיות כאשר מוכרז **מצב חירום** (מדינת ישראל הכריזה על מצב חירום)
2. כאשר ההכרזה היא **בהתאם לחוק המדינה** (החוק של מדינת ישראל מאפשר לה- מצב החירום שהוכרז בהתאם לחוקיה)
3. צריך **להודיע** על מצב החירום לגורמים הרלוונטים (היא אומרת שהמצב חירום נשאר בתוקפו עד היום לרשם) **למזכ"ל האו"ם**
4. על הפגיעה להיות **מידתית** ככל האפשר, אין לפגוע בזכויות כאשר אין צורך. (מצוין כי המדינה תפגע בהתאם למידה הנדרשת)
5. לא ניתן לפגוע **בזכויות אסורות לפגיעה** ובטח ובטח ביוס קוגנס- כמו למשל עינוים אשר אסור לפגיעה לא משנה מה.
6. הפגיעה בזכויות צריכה להיות **קשורה** למצב החירום (כפי שצויין בהקשר למצב החירום)
7. יש לשמור עדין על דברים הומניטריים- לא לגרום סבל מיותר.

תשובה שמעידה על הבנת החומר, הגם שהחסירה רכיבים מסוימים מחלק מהכלים שתוארו.

הזכות להליך הוגן והזכות לחיים אלו זכויות אדם הנחשבות **ארגה אומנס**. אי לכך כאשר פגיעה זכויות שכאלו מהווה פגיעה בישראל בפרט ובשאר המדינות בכלל.


אמיר הוא אזרח מדינת ישראל, וכאשר הוא נפגע בחול כביכול אין לו איך לתבוע את המדינה. הדרך שלו להגן על זכויותיו היא על ידי הגנה דיפלומטית- שהמדינה תקח על עצמה את הפגיעה באזרח כאילו היא הייתה פגיעה בה. ומתוקף עילה זו תשתמש באמצעים שונים כדי להפסיק את הפגיעה. יש לשים לב שההגנה קמה רק כאשר היה **מיצוי הליכים** דבר אשר קשה שיתאפשר במקרה הזה מכיוון שנראה שתורכיה רוצה למשוך את הזמן. ויש דעה שאומרת שכדי שתהיה הגנה צריך **זיקה** בין המדינה לאזרח אשר מתקיימת במקרה דנן.

בעקרון לפי דעת הרוב למדינה יש **שיקול דעת מוחלט** האם להעניק הגנה דיפלומטית או לא, אך בשנים האחרונות נראה שהולכת וגוברת עמדת המיעוט כי מדינה חייבת להעניק הגנה דיפלומטית כאשר מדובר **בפגיעה בזכויות אדם בסיסיות**.

לפי ICCPR יש **להימנע מפגיעה שרירותית** בזכות לחיים ובזכות להליך הוגן. מדינת ישראל חברה באמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות ואי לכך לפי **הדין ההסכמי** היא מחוייבת להגן על אמיר מפני פגיעה שרירותית שכזו. כמו כן סביר להניח שגם תורכיה חברה באמנה הזו לכן הפרה של תורכיה ופגיעה בזכויותיו של אמיר, יכול להוות הפרה מבחינת מדינת ישראל ולאפשר לה לפעול **בצעדי גומל** (אדון בקצרה בהמשך).

לטענת אמיר, המשבל והחוק הישראלי מחייבים את המדינה להגן עליו, שכן כפי שצינתי לעיל מדובר על פגיעה בנורמה מסוג ארגה אומנס אשר מהווה פגיעה בכל המדינות. כמו כן, לפי חוק יסוד המדינה צריכה לשקוד על שמירת שלומם של אזרחי המדינה אם הם נמצאים בצרה כמו במקרה דנן.

מנגד, נראה כי קיים **חוק** במדינת ישראל האוסר על מתן הגנה לאזרח אשר הפר את הדין. אמיר יכול כי קיים דין מנהגי המחייב מדינה להגן על אזרחיה כאשר נפגעות זכויות בסיסיות שלהם. ומנגד **טיעון זה חלש** שכן גם אם זה דין מנהגי הוא **יקלט אוטומטית** במדינה **במעמד של בין חוק משנה לחוק ראשי**, כך שהחוק האוסר מתן הגנה נמצא במעמד גבוהה יותר ממנו. אמיר יכול לטעון כי ישראל **חתומה** על אמנת זכויות אזרחיות ופוליטיות, ובשל כך היא מחוייבת לדאוג לכך שזכויותיו לא יפגעו. מנגד כדי שלאמנה שישראל צד לה יהיה תוקף, על ישראל **לקלוט אותה בצורה מפורשת**, ומעמד האמנה יהיה כמעמד החוק שיקלוט אותה.

אמיר יטען כי בגצ עשו טעות בקביעתם כי יש לאמץ את הפרשנות הדקלרטיבית. לפי **חזקת ההתאמה הפרשנית**, כאשר יש דין בינלאומי על המדינה **לפרש את החוק שלה בהתאם אליו**, בהשראתו (המטרה היא **להימנע מעימות**). ורק כאשר החוק במובהק סותר דין בינלאומי אז נלך לפי החוק. במקרה דנן, נראה שבגץ לא נתן מספיק התייחסות לאמנה המכילה את זכויות האזרח ואף מהוה דין מנהגי, והיה עליו בפרשנותו להתייחס לחוק זה מכיון שלא נראה שסותר את חוקי היסוד, ולקבוע לפי  **הפרשנות האופרטיבית**. (טיעון חזק- חזקת ההתאמה הפרשנית)

מנגד, יש הטוענים כי חזקת ההתאמה הפרשנית לא חלה על חוקי היסוד של המדינה. טענה זו **חלשה**, והפסיקה כבר נתנה מקום לחזקה זו גם בחוקי יסוד. גם לדעת המרצה זו בורר, בהכרזת העצמאות יש התייחסות לכך שמדינת ישראל תהיה נאמנה לחוקים הבינלאומיים ואי לכך חזקת ההתאמה הפרשנית צריכה לחול גם בחוקי יסוד. על אחת כמה וכמה כאשר אין סתירה בין חוקי היסוד לבין האמנה. (טענה חזקה)

לכן, במידה ויקבע כי הייתה צריכה להיות פרשנות אופרטיבית לחוק, הרי החוק אינו חוקי ועל כן הוא בטל. בעקרון יש תפיסה כי לא מתערבים בעניינה הפנימיים של מדינה (מדינות אחרות לא יכולות להתערב). אבל בגץ אכן יכולים להתערב ולקבוע כי החוק לעידוד התנהגות בטל מכיוון **שסותר חוק יסוד**.

בנוסף, קיימות פסיקות רבות המראות כי בגץ מצא לנכון לאמץ את חזקת ההתאמה הפרשנית בהקשר של **סבירות**. אמיר יכול לטעון כי החוק לאיסור מתן הגנה נראה לא סביר. מדובר על חוק **כוללני** אשר לא מבדיל בין סיטואציות של פגיעה בזכויות אדם בסיסיות לבין פגיעה קלה. בית המשפט צריך לפרש את החוק בסבירות ולהוציא מהכלל מקרים בהם ברור לנו כי מדובר **בהליך לא הוגן** ובחשש **מפגיעה בזכות לחיים**, הנובעת באופן מובהק לאור התבטויותיו של נשיא תורכיה מהיותו של אמיר אזרח ישראלי ולא מהמעשה הפלילי אותו ביצע.

כמו כן טענתו של אמיר להתערבות המדינה, תואמת לאחת הגישות שאומרת שגם תקיפה של אזרח בשטח מדינה אחרת מקימה למדינה זכות להגנה עצמית. יש לציין כי מדובר **בדעת מיעוט** (לכן טיעון חלש) ולא בדעה רווחת שכן זה פותח פתח **לניצול לרעה** כך שבכל פעם שאזרח מדינה יהיה מותקף במדינה אחרת תוכל לפרוץ מלחמה. אבל במידה ובגץ יאמץ את דעה זו הוא יכול לקבוע כי קמה למדינה הזכות להגנה עצמית. כאשר הזכות להגנה עצמית קמה מדינה יכולה להשתמש בכוח. יש לשים לב שהכוח צריך להיות מידתי, מידי ונחוץ לצורך הסרת היום (ככלי וובסטר).

לדעתי על מדינת ישראל להתנהל כאילו תורכיה עשתה הפרה, ולהטיל סנקציות על תורכיה עד שתפסיק להפר (לחץ כלכלי למשל). פעולת גומל שכזו לא חייבת להיות קשורה להפרה של תורכיה אבל היא חייבת להיות זמנית, להפסיק שההפרה תופסק, הפיכה, פרופורציונלית להפרה ורק נגד תורכיה ולא נגד שאר המדינות.

כמו כן, אם תורכיה הסכימה לכך בחוקי המדינה שלה, אמיר יכול אף להגיש עתירה ל-ICCPR בנוגע לפגיעה בזכויותיו.

