

[דף סיכום בחינה](#)

מזהה בחינה: 001000257477 מזהה סטודנט: 243783

שם קורס: משפט בינלאומי פומבי

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציון	שאלת בונוס
1		15.00	14.00	0
2	תשובה יפה!	40.00	37.00	0
3		45.00	42.00	0
4		5.00	5.00	1

ציון בחינה סופי : 98.00

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 ב' 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** – 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 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.

פרגמנטציה היא תופעה של התנגשות בין נורמות\מוסדות במשבל שלא ברורה ההיררכיה ביניהם. 3 סוגים

נורמטיבית-שתי נורמות סותרות (אמנות סותרות, אמנה ומנהג וכו') לא ברור איזו מהן גוברת על מי (למשל איסור על מכירת טבק לקטינים ומנגד חובה לספק טבק לשבויי מלחמה-האם צריך לספק טבק לקטינים שבויי מלחמה?)

מוסדית-שני מוסדות במשבל המוקמים מכוח אמנות שונות (או מכוח נורמות אחרות) שעוסקים בנושאים דומים ולפעמים חופפים, ההיררכיה לא ברורה ביניהם ולא ידוע לאיזה מוסד יש סמכות להכריע במקרים מסויימים (למשל גוף שעוסק בדגי טונה וגוף אחר שעוסק בסחר-למי סמכות הייצוא? כשיש שאלה משפטית לגביי סחר בדגי טונה?)

פרגמנטציה של המדינה-כשהמדינה "מדברת בכמה קולות", בכירים שונים במדינה (שרים שונים שכל אחד מטפל בענייניו) לא מתואמים ביניהם וכל אחד מתחייב באמנות סותרות שנוגדות אחת את השנייה, קיומה של אמנה אחת לא תאפשר את קיומה של האמנה האחרת.

ככל שהמשבל מתרחב בהתאם למגמת הגלובליזציה התופעה צפויה להתרחב אף היא.

א. בישראל, לגבי קליטה של אמנות, הכלל הוא קליטה מפורשת-כלומר, כל עוד אין נורמה במשפט המדינתי(חיקוק, תקנה, חוק יסוד) שמאמצת את התוכן של האמנה, לאמנה אין מעמד נורמטיבי במשפט מדינתי ומעמדה הוא כשל הנורמה הקולטת אותה ובהעדר נורמה קולטת אין מעמד. הרעיון מאחורי הכלל הזה הוא ריסון של הממשלה לעומת הרשות המחוקקת, היות ובמרבית הפעמים הממשלה היא זו שמחליטה להתקשר באמנה ולא הרשות המחוקקת, אנחנו לא רוצים שהיא תוכל לכפות את הכלל הזה עליה(הרשות המחוקקת נבחרת ישירות ע"י העם בדרך דמוקרטית ולכן נשאף שכללים ונורמות יקבעו על ידי ולא על ידי הממשלה). הגישה התורת משפטית שמשתקפת בכלל זה היא הגישה הדואליסטית-לפי גישה זו המשבל ומערכת המשפט המדינית הן שתי מערכות נפרדות. המשבל פונה למדינות ואילו המדינה פונה לבני אדם. לפיכך המשבל לא מחייב את מערכת המשפט המדינית. מבחינת המדינה- משפט המדינה היא עליון למשבל, ולנורמה במשבל תהיה משמעות מבחינת הדין המדיני רק אם הדין המדיני קלט אותה, ורק באופן שבה הנורמה נקלטה(כפי שקורה בקליטה מפורשת). בד"כ מדינות אוחדות יותר בגישה זו(בניגוד למוסדות של המשבל שדוגלים יותר בגישה מוניסטית שכן כל מערכת רוצה להצהיר על עליונות כדי לא להיבלע במערכת השנייה), עם זאת יש מגמה של התמרכזות וגם מדינות שדוגלות בגישה דואליסטית מאמצות לצידה גם הסדרים שנותנים מקום למשבל(כמו חזקת ההתאמה הפרשנית)

ב. אמנה שלא נקלטה עדיין יכולה להשפיע במשפט הישראלי ע"י חזקת ההתאמה הפרשנית-זהו כלל לפיו נפרש את הדין המדיני כך שיהלום עד כמה שניתן את ההתחייבויות של המדינה במשבל(הן מנהגיות והן הסכמיות), וזאת כדי לא ליצור סתירה(וזה כמוכן רק אם ניתן לפרש את החוק בצורה זו). זו גישה ביניים בין המוניזם(נות המשבל) לדואליזם(עליונות המשפט המדינית). חזקת ההתאמה הפרשנית מסייעת במקרים של פירוש הדין עצמו. גם יכולה להשפיע על קביעת בית המשפט בנוגע לסבירות של החלטה מסוימת-קיומה של אמנה שלא נקלטה בדין המדיני יכולה לגרום לביהמם להחליט שהחלטה מסוימת שהתקבלה סבירה\לא סבירה-בניגוד למה שהיה נקבע לולא האמנה, חזקת ההתאמה הפרשנית גם משפיעה על פרשנות לגבי היקף שיקול הדעת שניתן לגורם מסוים לפי החוק. הרציונל הוא **להקטין את החיכוך** בין המשפט המדיני למשבל, זהו מנגנון של "פשרה", ככל שניתן לפרש את הדין המדיני בהתאם למשבל נרצה לעשות זאת כדי לעמוד בהתחייבויות שלנו, מה שיתרום למעמד המדינה בקהילה הבינלאומית(המדינה לא חיה בואקום והיא זקוקה להמשך הקשרים ושיתוף הפעולה עם שאר המדינות-עוזר מבחינה כלכלית,ביטחונית וכו')

37

(2)

תשובה יפה!

א. פשעי מלחמה-הגרמנים ירו באזרחים שאינם לוחמים ובכך הפרו את עקרון-ההבחנה, כיום יש את 80 לחוקת רומא שמפרט מהם פשעי המלחמה וגם ניתן להעזיר בפסד טאדיץ לפיו הפרה של נורמה חשובה בדיני הלחימה+פרקטיקה במדינות לפיה נוהגים יל אחריות פלילית על פשעים מסוגים אלו, נחשבים לפשעי מלחמה, יש פגיעה בזכויות אדם ובכללים שנקבעו באמנות זנבה(שנחשבות כיום מנהגיות)-לפיכך גם על סמך הפרה של עקרון ההבחנה(הרג יורי של אזרחים שאינם לוחמים וביניהם נשים וילדים) ניתן להגיד שמדובר בפשעי מלחמה חמורים

רצח-עם:יש הריגה של חברי הקבוצה האתנית בני ההררו והנאמה(ירי בהם) והכפפתם לתנאי חיים שהורסים את הקבוצה(הולכתם במדבר ללא מזון ושתייה) וזאת תוך יסוד-נפשי של כוונה-לחסל את הקבוצה האתנית באופן חלקילמלא- "להקטין את חלקם באוכלוסיית נימביה".

פשעים נגד האנושות-פשעים חמורים במיוחד(כמו רצח-עם-ודומיו) הן בזמן-שלוםוהן בזמן מלחמה:תוך פרקטיקה רחבה שיטתית-לא מדובר בהריגה של אזרח אחד או שניים אלא נסיון להריגה שיטתית של בני ההררו והנאמה.

ב. אבחן את הטענות של גרמניה כסדרן:

1.גרמניה לא הפרה את כללי המשבל-גרמניה יכולה לטעון שהיה עליה לעשות את מה שעשתה לצורך הגנה עצמית או לחלופין לצורך שמירה על הסדר הציבורי בשטח הכבוש. לפי כללי הJAB ניתן להשתמש בכוח במקרים של אישור המועבט(שלא הייתה קיימת בזמנו) או במקרים של הגנה-עצמית, בנוסף לפי דיני הכיבוש זהו תפקידו של הכוח הכובש לדאוג לסדר הציבורי והוא רשאי לשקול שיקולים של צורך צבאי צר. לא בטוח שיש בטענות אלו ממש, גם בהנחה שהיה מותר לגרמניה להשתמש בכוח(כיוון שהייתה התקפה חמושה כנגד הגרמנים ומדובר במקרה שפעילות שיטור רגילות לא היו יכולות לעזור בו(לפי דעה מסוימת זה מותר)), עדיין הגרמנים היו צריכים לחדול מפעולות השיטור והשימוש בכוח כאשר נגמר המרד ולא היה צורך בכך, הגרמנים הפרו את עקרונות הלחימה: צורך צבאי-המרד דוכא, ולא היה צורך להצמיד את בני הנאמה וההררו במדבר, לא היה שיקול של סדר ציבורי אלא רצון להעניש. הבחנה-יש להבחין בין כוח לוחם שלגיטימי לפגוע בו לבין אזרחים תמימים וכאלה שיצאו ממעגל הלחימה-הגרמנים הרגו גברים נשים זקנים וטף.הומניות-אין לגרום לסבל מיותר אם אין בו צורך-הגרמנים בהחלט גרמו לסבל ללא צורך. מידתיות-אין לבצע פעולה אם הנזק האגבי שיגרם ממנה יהיה גדול באופן לא פופורציונלי ליתרון הצבאי האסטרטגי שיושג ממנה. גרמניה המשיכה להלחם ולהרוג אזרחים למרות שהמרד דוכא והסדר-הציבורי הושב.



2. יחוס המעשים לגרמניה לפי כללי אחריות-מדינה: מי שביצע את הפשעים אלו פון-טרוטה ולא גרמניה, אמנם הוא נשלח בהוראות גרמניה והוא אורגן דה-יורה לפי הדין המדינתי של גרמניה(כוח-צבאי סדיר של גרמניה) אך הוא חרג מסמכותו, כדי לייחס למדינה אחריות על סמך פעולות של גוף שחרג מסמכותו:יש שני מבחנים-1.מבחן הסמכות הנחזית(המקובל יותר)-האם היה נראה שיש לכוח סמכות לעשות זאת? במקרה זה כן, מדובר בכוח-גרמני צבאי שביצע את המעשים הללו ולמתבונן מהצד זה היה יכול להראות כאילו הדבר נעשה בהסכמת גרמניה. 2 זיקה בין הפעולות לבין הסמכות של הגוף-מדובר בכוח-צבאי שבסמכותו להלחם (ולהרוג אנשים), יש זיקה בין הפעולה שבוצעה בפועל(הרג של אנשים) לבין התפקיד של הכוח. בנוסף, גרמניה הייתה מודעת למעשיו של פון-טרוטה ולמרות שהייתה עליה חובה בדין המדינתי להעמידו לדין היא לא עשתה זאת-לכן ניתן להגיד שבאופן משתמע גרמניה הסכימה למעשים הללו. אם כן נראה שניתן לייחס אחריות לגרמניה בגין מעשיו של פון-טרוטה.

3.חסינות לגרמניה ולפון-טרוטה:חסינות מגנה על המדינה מפני מקרים של העמדה-לדין במדינה זרה(כמו ארהב). נבדוק:

חסינות ריבון לגרמניה-חסינות ריבון ניתנת במקרים שנוגעים לפעולות שלטוניות(מפרידים מפעולות אזרחיות לפי מבחן טיב ומטרת הפעולה-לא רלוונטי לכאן) וגם במקרה של עוולה נזיקת, בני ההררו והנאמה יכולים לתבוע בעוולה נזיקת על גרימת נזק להם ועל אדמתם(בגין רצח של עמם), גרמניה יכולים לטעון שיש חריג לחריג הנזיק-אם המעשים נעשו במהלך לחימה יש חסינות. אך עם זאת יש דעה שאומרת שיש חריג למקרים אלו-אם מדובר בפשעים בינלאומיים גרעיניים וחמורים(כמו רצח עם לדוג) אין חסינות-היות ומדובר ברצח עם שהוא פשע בינלאומי גרעיני, נראה שאין חסינות לגרמניה



חסינות מהותית לפון-טרוטה(לא פרסונלית כי לא מדובר בראש מדינה או שר בכיר)-חסינות מהותית תלויה ברצון המדינה(שיכולה לשלול אותה-בניח שגרמניה לא שוללת). לפיה,יש חסינות מפני תביעות אזרחיות(לפי הדעה הרווחת) לגבי מעשים שבוצעו מתוקף תפקידו של בעל התפקיד והיא תקפה לכל אורך חייו. יש ויכוח לגבי תביעה פלילית האם יש חסינות או אין חסינות, יש דעה שאומרת שיש חסינות לרבות פשעים בינלאומיים גרעיניים, ועמדה אחרת שאומרת שהחסינות מהותית היא רק מפני תביעה אזרחית. במקרה שלנו מוגשת תביעה אזרחית שעוסקת בפשע בינלאומי גרעיני וגם לגבי זה יש 3 דעות:1.כמו שיש חסינות פלילית לרבות פשעים בינלאומיים חמורים בדרך ההיקש יש גם חסינות מפני תביעה אזרחית כזו. 2.היות ואין חסינות במקרים פלילים גם אין חסינות בתביעה-אזרחית שנוגעת לפשעים בינלאומיים כרעיניים. 3.אין להקיש משני הסוגים הללו-יש חסינות במקרים של תביעה אזרחית אבל אין במקרים של תביעה פלילית. בכל מקרה, כל הדעות מסכימות על כך שאין חסינות כשמדובר בהליך בפני בית-משפט בארהב ולא ביהמ"ש בינלאומי העוסק במקרים של הפרה של פשעים בינלאומיים-גרעיניים. במקרה שלנו מדובר על בית-משפט בארהב ולא ביהמ"ש בינלאומי ולכן אם נאמץ את הדעה לפיה אין חסינות מפני הליכים אזרחיים שעוסקים בפשעים בינלאומיים חמורים-נוכל להצמיד את פון-טרוטה לדין.

יש לציין, שארהב מעמידה את פון-טרוטה לדין בגין סמכות-אוניברסלית. סמכות זו כפופה לעקרון-ההשלמתיות מותר לדון במדינה זרה רק אם מדינות המעורבות לא רוצות/יכולות לטפל בעצמן. נראה שבמקרה הזה גרמניה באמת לא מעוניינת להעמיד לדין ולכן ייך בארהב חוקי לפי המשבל.

42

(3)

