

## + 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** – 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.

דיני כיבוש- הגדרה של שטח כבוש ע"פ אמנת האג: שטח הנמצא תחת סמכות צבא זר. ככלל- על הכיבוש להיות זמני. דיני הכיבוש מעוגנים הן בתקנות האג והן באמנות ז'נבה (1-4). ישנה מחלוקת מהי השליטה הנדרשת על מנת להכריז על שטח כבוש- יש הטוענים שנדרשת הקמת שלטון צבאי בשטח, ויש הטוענים (ובניהם ישראל והICJ) שנדרשת רק יכולת/פוטנציאל להקים שלטון כזה. שאלה נוספת היא האם חייב לנכוח צבא בשטח הכבוש וגם לכך כמה גישות- 1. "מגפיים על הקרקע"- חובה לנכוח פיזית בשטח. 2. "כיבוש בקפיצה"- מספיק שניתן "להקפיץ" כוחות צבאיים לשטח הכבוש בצורה מיידית. 3. נבחן את מכלול הנסיבות על מנת להכריע אם נדרשת נוכחות צבאית בשטח. לגבי איו"ש- מדינת ישראל מכירה בדיני הכיבוש החלים בה מכוח תקנות האג (דין מנהגי, הנקלט ישירות בישראל) אך אינה מכירה בהחלת דיני הכיבוש מכוח אמנת ז'נבה הרביעית בגלל קושי בס' 47+49 הקובעים כי אין לספח שטחים ואין להעביר אוכלוסייה בצורה המונית לשטח (ובישראל- קיים סיפוח חלק מירושלים, וההתנחלויות).

**חסרות התייחסויות לכך שדיני הכיבוש הם חלק מדיני סכסוך מזוין, לכך שדיני הכיבוש מסדירים שתי מערכות יחסים, ולארבעת השיקולים המנחים כוח כובש.**

הצהרה פרשנית- מדובר בהצהרה של המדינה, כיצד היא מפרשת ס' מסוים באמנה בה היא חברה. היתרון בהצהרה הפרשנית היא שהיא יכולה להינתן בכל עת, והחיסרון- הוא שלו תתקבל באופן נרחב פרשנות אחרת מההצהרה, אזי גם המדינה שהצהירה על פרשנותה תהיה מחוייבת בפרשנות שהתקבלה.

באמנה זו, ישראל הצהירה כי כפי שהיא מבינה זאת, אמצעי המעצר המנהלי אינם מהווים מעצר בנסיבות "שרירותיות" שהרי מדובר במדינה שנמצאת במצב חירום (אמנם מתמשך..). ונתונה להתקפות, מלחמות ואיומים בלתי פוסקים. במסמך, המדינה מעגנת את ה"היתר" להשתמש במעצר מנהלי, כחלק מקיום האמנה בכפוף לתנאים הקבועים באמנה עצמה (ס'4, הכרה במצב חירום), ולכן, החלק הראשון של המסמך- משמש הצהרה פרשנית בלבד, כיוון שהוא רק מתאר כיצד מדינת ישראל "מבינה" את האמנה, בתוך "כללי המשחק שלה" ומבלי להפר אותם (בניגוד להסתייגות כפי שאציג תכף). ניתן לטעון כי מדובר במשחק פוליטי של ישראל, ושמדובר בהסתייגות שמנסה להתחזות להצהרה פרשנית (בשביל לא לעורר אנטיגוניזם פוליטי). כמו כן, ספק אם הפרשנות של ישראל היא זו שתתקבל ע"י שאר המדינות ומשכך לא תוכל "להציל" את ישראל מלהיות מחוייבת לפרשנות הגורפת. **יפה! מהות המסמך נקבעת לפי תוכנו ולא לפי כותרתו.**

הסתייגות- מצב בו המדינה מצהירה כי סעיפים מסוימים באמנה אינם חלים עליה. המסמך של ישראל מהווה הסתייגות כיוון שלאחר מתן ההצהרה הפרשנית, הוא קובע כי ס' 9 לא יתקיים\* בין שמדובר במצב חירום ובין אם לאו\*. כך רואים שבעצם המדינה קובעת היעדר תחולה של הסעיף כלפיה באופן מלא, בלי תלות בהגדרתה במצב חירום (ולכן זוהי הסתייגות בשלב זה של המסמך, ולא הצהרה פרשנית).

ההסתייגות נתונה למספר מגבלות (אביא רק את הרלוונטיות): 1. היא חייבת להינתן לפני סיום תהליך ההצטרפות לאמנה (מה שמתקיים כאן כשישראל הסתייגה לפני האשרור),

2. לא ניתן להסתייג מסעיפים מהותיים באמנה- מה שעלול להוות בעיה בהסתייגות כאן, כיוון שניתן להגיד שאמנה שעוסקת בזכויות אזרחיות, הזכות להליך הוגן והזכות לחירות וביטחון אישי הם סעיפים משמעותיים ויסודיים בה, ולכן ניתן לטעון שמדינת ישראל לא יכולה להסתייג מס' 9 לאמנה (ומשכך מדובר בהסתייגות פסולה, על הנפקא מינות המשתמעות).

ובאופן כללי- לא ניתן להסתייג מיוס קוגנס (אך לא נתון לנו..), או כשהאמנה אוסרת זאת (אך גם לא נתון).



במקרה של הסתייגות פסולה- ע"פ מועצת זכויות האדם- המדינה מחוייבת גם לסעיף ממנו הסתייגה, כך שמדינת ישראל לא יכולה להפעיל את כללי המעצר המנהלי. על פי ה ICTY- לא ניתן לחייב כיוון שאמנה מבוססת על הסכמה, ולכן המדינה צריכה לשנות את ההסתייגות, או למשוך אותה.



גריעה מתחולה של דיני זכויות האדם בשל מצב חירום: ניתן לגרוע מתחולה של דיני זכויות האדם (המעוגנים בין היתר באמנה הנתונה) וזהו מה שמבקשת ישראל לעשות- לאפשר מעצר מנהלי הגורע מהזכות להליך הוגן והזכות לחירות וביטחון אישי, בשל מצב החירום בו היא נתונה. אך נדרשים מספר תנאים על מנת לאפשר גריעה מתחולה: א. מצב חירום שמאיים על חיי האומה- ספק אם מתקיים. מדינת ישראל מאריכה אוטומטית את ההגדרה של מצב חירום בו היא נתונה, גם כשהמצב הבטחוני שקט ורגוע, וספק אם ניתן להכיר בכך מצב חירום שמאפשר גריעה מתחולת זכויות אדם. ב. הכרזה על מצב חירום ע"י המדינה- ניתן לטעון שמתקיים כיוון שהכנסת מחדשת בכל שנה את ההגדרה של מצב החירום (האם מדובר בהכרזה מספיקה? אולי ניתן לטעון שהאוטומטיות שלה, ושהיא מתנהלת בתוך כותלי הכנסת איננה מספיקה על מנת להיחשב הכרזה). ג. הודעה למזכל האו"ם על השעיית הזכויות- לא נתון שמתקיים.. ד. המדינה לא יכולה להפר התחייבויות אחרות שלה. ד. דרישה לנחיצות ומידתיות- גם כאן תהיה שאלה גדולה האם המעצר המנהלי אכן נחוץ למצב חירום קונקרטי ("פצצה מתקתקת"? וכן תהיה שאלה לגבי המידתיות של המעצר המנהלי שפוגע בצורה אנושה בזכויות אדם בסיסיות, בהתאם לאיום האסטרטגי המונח על הפרק (אם קיים איום קונקרטי כזה בכלל).

**תשובה יפה! כל הכבוד**








ההצדקה לס' 1 לעתירה- תבסס על הגנה דיפלומטית. מדובר במעין פיקציה משפטית, המאפשרת למדינה להכיר בפגיעה באזרח שלה, כהפרה של המשב"ל כלפיה (כמדינה). הכרה זו, יכולה לאפשר למדינה לנקוט צעדי גמול כנגד ההפרה. ככלל, ההגנה הדיפלומטית היא זכות- של המדינה, ואין עליה חובה להעניק אותה לאזרחיה. במקרה של פגיעה בזכויות אדם יסודיות, הדעות חלוקות- ה-ILC טוען כי ניתן לראות תחושת מחויבות משפטית של מדינות רבות להעניק הגנה בפגיעה שכזו, אך עדיין לא התפתח מנהג בנושא. מנגד, מדינות רבות חוקקו בדין  ינתי חובה להעניק הגנה דיפלומטית במקרה של פגיעה חמורה בזכויות אדם, ויש מקרים בהם נראה את המשפט הציבורי  כמכרח להעניק את ההגנה. בישראל- (פס"ד מימון) אין חובה רשמית להעניק את ההגנה גם בפגיעה בזכויות אדם, אם כי יהיו מקרים בהם יכירו בחובה כזו בהתאם למשפט המנהלי (כמו פגיעה בזכות להליך הוגן שדיברנו עליה בכיתה- כמו במקרה דנן!). אמיר יטען כי מדובר בפגיעה חמורה בזכויות אדם- שיבוש הליכי משפט והזכות להליך הוגן, איום בהריגת חף מפשע- ומשכך יציג את הדעות התומכות בהכרח להעניק הגנה דיפלומטית במקרה כזה (ספק כמה הטיעון חזק לאור ה"כמעט" דין מנהגי שהתפתח- כיוון שא. רק "כמעט" לפי ה-ILC ולכן לא נקלט ישירות בישראל ומחייב אותה. ב. ההסתייגויות בישראל כפי שהצגתי).


כמו כן, ישנה דרישה למיצוי הליכים במדינה בטרם הענקת ההגנה הדיפלומטית- מה שיעמוד לרעת אמיר, כיוון שהוא נמצא בעיצומו של ההליך המשפטי, אך במקרים בהם הפגיעה המרכזית היא במדינה והפגיעה המשנית היא באזרח, נוכל לוותר על הדרישה. אמיר יוכל לטעון שהפגיעה המשמעותית  פה היא בבטחון ישראל, ובניסיון לדחוף אותה לקיר- והיא גדולה ומשמעותית יותר מהפגיעה בו ולכן מייתר את הצור  יציאו הליכים.

הצדקה לס' 2- בכפוף להכרעה שאכן קיימת חובה להעניק הגנה דיפלומטית לאמיר, הרי שאנו נמצאים בעימות בין החוק בישראל לבין המשב"ל. בגלל שטרם התקבע דין מנהגי בנושא (כפי שהארכתי בס' א), הרי שאין קליטה ישירה של החובה (במידה וקיימת) להעניק חסינות דיפלומטית בפגיעה חמורה בזכויות אדם. אך כן ניתן לקלוט את הנורמות של המשב"ל במקרה כזה ע"י פרשנות- קיימת חזקת ההתאמה  ית לפיה חזקה שהדין המדינתי לא סותר את המשב"ל ונפרש אותו ככל הניתן בצורה שלא יסתור. כך, יוכל אמיר לטעון  ע"י המדינה לאמץ את הפרשנות האופרטיבית של חוק היסוד, כך שתעלה בקנה אחד עם החובה ה"משב"לית" (בכפוף לכך שהצלחנו לשכנע שאכן קיימת כזו).

כמו כן, בהתנגשות בין 2 מערכות המשפט ניתן לבחור במסלול של עימות או פשרה. אמיר יטען כי במסלול העימות 2 המערכות מופסדות ונחלשות, ועל ישראל לאמץ מנגנון פשרה- ע"י אימוץ הפרשנות האופרטיבית והקטנת החיכוך עם הנורמה המשב"לית.

הצדקה לס' 3- לו תאומץ הפרשות האופרטיבית, נראה כי אכן ניתן לטעון שהחוק בטל כיוון שהוא סותר חוק יסוד. אבל כוחה של חזקת ההתאמה הפרשנית מוגבל, וצריך לזכור  המשפט הבינלאומי קיים גם עיקרון של אי התערבות בדין המדינתי הפנימי, וכמו כן עיקרון לוטוס הקובע כי למדינות  כל מה שלא נאסר עליהן מפורשות (לא נתון לנו איסור מפורש לאמץ את הפרשנות הדקלרטיבית הנ"ל) ולכן ספק אם יש  הכרח" לפרש את חוק היסוד כאמור, ולבטל את החקיקה הראשית מפניו.

הצדקה לס' 4- כאן נראה שדרישתו של אמיר מורכבת מכמה בחינות. בשביל לשלוח את סירת מטכל(צבא) לפעולה בשטחי מדינה אחרת, נדרש להצדקה לשימוש בכוח(JAB)  יון שלא נתון סכסוך בין המדינות ולכן אנו מדברים על דיני שימוש בכוח ולא דיני לחימה). ככלל, השימוש בכוח אסור (ס' 2  ין מנהגי יוסי קוגנס), אך למדינה קיימת אפשרות לשימוש בכוח כהגנה עצמית מהתקפה חמושה על המדינה (זהו אחד החריגים. החריג השני- אישור של מועצת הביטחון לשימוש בכוח, לא נתון כאן). אמיר יוכל לטעון שהפגיעה בו מהווה התקפה חמושה על המדינה, ולכן מאפשר לה לשלוח כוחות צבאיים כאקט של הגנה עצמית אך הטיעון חלש בגלל שא. גם ההכרה באיום כשלעצמו כהתקפה חמושה(ס4), היא רק באיום לשימוש בכוח בלתי חוקי, וקשה לקבוע שהאיום להרוג את אמיר עולה ככזה (כאזרח), קל וחומר כשהוא "מעוגן" בדין הפלילי המדינתי של טורקיה. ב. הפרשנות המקובלת להתקפה  חמשה שנתשבת כנגד המדינה היא פרשנות מצומצמת ביותר (יותר מדיני אחריות מדינה), ולכן קשה לקבוע שהפגיעה באמיר היא התקפה כנגד המדינה עצמה (אפילו חטיפת מטוס נוסעים שלם באנטבה לא הוכרה כמצדיקה שימוש בכוח, אז אזרח אחד?). מנגד, למדינת ישראל יש פרשנות רחבה יותר של ההכרה במעשים שמהווים התקפה חמושה שמאפשרים הגנה עצמית, כמו חיסול שגריר, כך שניתן אולי לטעון כי מדובר במקרה דומה (חיסולו של אמיר על הפרק) אך זה טעון קלוש מאוד.

ניתן לטעון שטורקיה הפרה את דיני זכויות האדם, המעוגנים באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות- בה מעוגנת הזכות להליך הוגן. כך- ניתן יהיה לטעון שמדובר בהפרה של דין הסכמי, כיוון שמדובר באמנה בינלאומית ובהנחה ששתי המדינות חתומות עליה, וישראל יכולה לפעול בצעדי גמול (היא תוכל גם ככה לפעול בצעדי גמול כחלק מההגנה הדיפלומטית לו תחיל אותה על אמיר). הבעיה- צעדי גמול גם כן כפופים לדיני השימוש בכוח, וגם הפרה של זכויות אדם לא מקנה אפשרות להפר התחייבויות אחרות של מדינת ישראל- שוב, כמו דיני השימו  וח.

הגנה דיפלומטית- האם חובה? פס"ד מימון כהן- פגיעה בזכויות אדם- איום להרוג!

מעין הצהרה פרשנית?

הליך הוגן- כחלק מאמנת זכויות האדם בדבר הזכויות האזרחיות והפוליטיות (דור 1)

איום לעשות שימוש בכוח לא חוקי? מהווה התקפה חמושה? / חיסול שגריר- הגנה עצמית?