

[דף סיכום בחינה](#)

מזהה בחינה: 001000257410 מזהה סטודנט: 231642

שם קורס: משפט בינלאומי פומבי

מספר שאלה	ניקוד מירבי	ציון	שאלת בונוס
1	15.00	12.00	0
2	40.00	37.00	0
3	45.00	45.00	0
4	5.00	5.00	1

ציון בחינה סופי : 99.00

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.

ה-ICJ הוא בית הדין הבינלאומי לצדק שנמצא בהאג. הוא יכול לדון רק בסכסוך בין מדינות ולר בסכסוך בין מדינות לארגונים בין לאומיים. על מנת שבית הדין יקבל סמכות שיפוט צריך או הסכמה דה הוק של המדינות להליך השיפוט. אפשרות נוספת היא לתת מסמך לבית הדין אשר נותן לו סמכות לשפוט את המדינה אשר מגיעה לבית הדין תביעה של מדינה אחרת כלפי אותה מדינה במקרה של הפרה (ס' 36(2) לחוקת ה-ICJ) כל עוד המדינה השניה מסרה מסמך דומה. אצ"ן, שניתן למשוך את המסמך כפי שעשתה ארה"ב ב-1986 ואחריה ישראל כתוצאה מההפסד של ארה"ב בפס"ד ניקראגואה. החלטות בית הדין לא מחייבות למעט את אותן שתי מדינות שמגיעות אליו לסכסוך משפטי וה-ICJ מכריע בעניינם. ה-ICJ יכול ללת חו"ד משפטית. חוות הדעת הינן בגדר המלצה בלבד כפי שהיה במקרה של גדר ההפרדה. יחד ע זאת, זה SOFT LAW, יש כוח, אומנם לא מחייב אך נותנים מעמד רב לחוות דעת הללו.

הכלי הראשון בו משתמשת ישראל הינו **הסתייגות** לאמנה. בעת הליך של אשרור או הצטרפות או חתימה, מדינה יכולה לומר כי היא מקבלת את הוראות האמנה יחד עם הסתייגות מסויימת. כפי שקרה כאן לגבי ס' 9(1) או הסתייגות מחלק מהאמנה. איך במקרה דנן ישראל מסתייגת? בכך, ישראל אומרת כי היא נוקטת באמצעים של מעצר מנהלי שפוגעים בזכויות לחירות אישית המוגנת באמנה בגלל מצב חירום שיש בישראל, הרי שזו הסתייגות, ישראל מאפשרת לשים אדם במעצר למרות הפגיעה בחירות האישית, כמו כן, היא מסתייגת באומרה שהיא תפעיל את מעצר מנהלי גם כשאין מצב חירום במדינה. אציין, שיש בעיה בהסתייגות באמנות של זכויות אדם. לפי הוועדה לזכויות האדם שהיא הפרשנית המוסמכת של אמנת ICCPR אין אפשרות להסתייג מהאמנות שעוסקות בזכויות אדם ובפרט ב-ICCPR. מנגד, לפי ה-ILC אם ההסתייגות אסורה, הרי שהאמנה לא תחול או שנותנים לישראל אפשרות לתקן את ההסתייגות. יתרה מכך, יש פה פגיעה במטרה ובתכלית של האמנה שכן ישראל אומרת שישראל יכולה להשתמש במעצר מנהלי בכל עת על בסיס ההנחה הכללית אשר ישראל מאויימת. יש פה שימוש במנגנון פוגעני שנעשה באופן כללי בלי לבדוק בצורה פרטנית, זה בעצם מאסר שירותי.

הכלי השני בו משתמשת ישראל הינו **הצהרה הפרשנית**. זה אומר שישראל מחילה את האמנה עליה עם פרשנות שהיא תיתן לסעיפים השונים. אציין, שקביעת ההצהרה הפרשנית או ההסתייגות לאמנה כפי שהוסר לעיל יש לבדוק לפי תוכן ולא לפי כותרת המסמך (במקרה דנן, ניתן לראות הן בהסתייגות והן בהצהרה) הצהרה פרשנית, יכולה להוות כלי רע לביצוע הסתייגות בפועל, שכן ניתן לתת הצהרה פרשנית כל העת גם אחרי הצטרפות או חתימה או אשרור לאמנה. מאידך, יש כוונות טובות בהצהרה, שכן המדינה רוצה שההסתייגות שלה תהפוך לפרשנות המוקבלת. כמו כן, במידה ונאמר שהמסמך מהווה הצהרה פרשנית, הרי שאם תתקבל פרשנות אחרת ישראל לא תוכל להשתמש בפרשנות שלה. איך זה הצהרה פרשנית? ישראל מפרשת את מצב החירום שבו היא שרויה מ-1948 כשעת חירום לפי האמנה ס' 4 ל-ICCPR. כמו כן, ישראל מפרשת את האמצעים באמנה כמאפשרים את המעצר המנהלי ולא מפרים את ס' 9(1) שכן לדעתה, מעצר מנהלי כתוצאה מהאיומים והתקפות הטרור מצדיקים את ישראל לשים אדם במעצר מנהלי. כלומר, יש פרשנות למהו מאסר שירותי, וכן מה הם הטעמים שבגינם ישראל יכולה לשים אדם במעצר או בכלא.

הכלי השלישי הוא **גריעה מתחולה**. קיימת אופציה שישראל תפגע בזכויות אדם כל עוד זה לא נעשה באופן שירותי וזה לא פוגע בזכויות שלא ניתן לפגוע בהן כמו עינויים והזכות לחיים. יש מספר תנאים לבדיקת גריעה מתחולה - א) קיים מצב חירום-ישראל טוענת שמאז קום המדינה, ישראל מותקפת ומאויימת, מתבצעות כנגדה התקפות טרור ואיומי מלחמה. בידה וישראל תפעיל את האמצעים הללו במצב כאשר אין מצב חירום כפי שאומרת תהיה בעיה. ב) הכרזה על מצב חירום לפי צעדים חוקתיים-ישראל הכריזה על מצב חירום משנת 1948 שכן ההתקפות הטרור לא תמו עליה והוא עומד בתוקף עד היום. ג) הודעה על למזכ"ל האו"ם- לא ידוע אם זה נעשה ואין זה קשור לכתוה במסמך. ד) האמצעים נחוצים ומידתיים- לפי ישראל יש צורך לשים אדם במעצר מנהלי על מנת למנוע פגיעה בגוף וברכוש ולהגן על המדינה, לדעת ישראל זה אמצעי מידתי ולא שירותי, יש שיחלקו על כך כפי שנאמר לגבי הכלי הראשון. ה) צריך לעמוד בהתחייבויות בין לאומיות- לא מצוין מה ישראל עושה בנידון, אך זה שהם גורעים מתחולה זכויות מסוימות, לאסור לה להפר התחייבויות בין לאומיות. אציין, שאסור לישראל לפגוע בזכויות אדם מסוימות בכל מקרה כמו עינויים.

טענה ראשונה של אמיר יכולה להיות כי קיים דין מנהגי המצריך את המדינה לפעול לטובת אזרחיה עקב חסינות דיפלומטית. אומנם, העמדה המסורתית אומרת שנתנת הגנה דיפלומטית נתונה לשיקול דעת של המדינה. יחד עם זאת, לפי ILC כאשר יש פגיעה זכויות אדם בסיסיות כפי שקרה כאן שיש פגם חמור בהליך מרחף עונש מוות המדינה צריכה לתת הגנה דיפלומטית. כמו כן, אין פה צורך למצות את ההליכים שכן אין טעם בהליך עצמו, ההליך עצמו יביא לידי הרשעה של אמיר בכל מקרה, זה כלי לסחיטה של התורכים כלפי ישראל. טענתו של אמיר טובה אילולא הייתה חקיקה ראשית של הכנסת האוסרת על המדינה לפעול במצבים שכאלו, שכן אמיר עשה מעשה אסור לפי הדין התורכי, הרי שישראל לא תבוא לעזרתו אפילו אם הוא המעצר הושפעה מהיותו ישראלי. וכיוון שהגנה דיפלומטית לפי העמדה בעליה של ILC היא דין מנהגי והיא אומנם נקלטת באופן ישיר בישראל, אבל בפרמידת הנורמות הישראלית הדין המנהגי נמצא מעל לתקנות (חקיקה ראשית) אבל פחות מחוקים, אז ישראל לא יכולה לפעול לטובתו.

בהקשר לטענה הקודמת, אמיר יכול לטעון שקיימת פגיעה גם במדינת ישראל, שכן כל המטרה של מעצרו של אמיר זה לפגוע במדינת ישראל ושיכנעו לדרושות אסטרטגיות, הרי יש פה פגיעה ישירה בישראל. יש לבחון מה עיקר ומה טפל, נראה שכל המטרה המעצר היא לפגוע בישראל וזו הפגיעה העיקרית ולכן טענתו נראת חזקה. לפי זה, ישראל יכולה להגיב למעשי תורכיה, בשני דרכים- הראשונה זה פעולות שלא מפרות את המשבל כהחזרת שגריר הושבה על כיסא נמוך והאופציה השנייה הינה צעדי נגד הפרה זמנית של המשבל רק נגד תורכיה, הצעדים זמניים וניתנים להפיכה ולא פוגעים ביוס קוגנס והים הפרה של דיני השימוש בכוח. האם זה יעזור מול תורכיה באמת? אי אפשר לדעת.

טענה שלישית של אמיר תהיה שיש לאמץ פרשנות אפורטיבית לס' 6 וזאת מהסיבה של הפעלת חזקת ההתאמה הפרשנית. לפי חזקה זו, יש לפרש את דיני המדינה כמה שניתן לפי הדינים הבינלאומיים על מנת למנוע לצמצם את חיכוך בין הדין המדינתי לדין הבינלאומי. לפי דיני זכויות אדם יש על מדינה זכות חיובית ושליטת לדאוג לאזרחיה ולזכויות הבסיסיות שלהם. לפי עמדתו של המלומד ד"ר בורר חזרת ההתאמה הפרשנית חלה גם על חוקי יסוד כמו גם על חוק יסוד הלאום ולא רק על חקיקה ראשית ותקנות, בגלל שמגילת העצמאות אומרת שמדינת ישראל נותנת מקום למשב"ל במגילה, ובניגוד לעמדת קהלת אשר טענו שאין להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית על חוקי יסוד. כמו כן, זה ככל עתיק בישראל כפי שניתן לראות בפס"ד להיס שאמרו שיש לבדוק אם ניתן לתת ללהיס את הגנת צורך, אזי יש לבדוק מה אומר המשב"ל. זוהי טענה חזקה מאוד במידה ודברי המלומד ד"ר זיו בורר יתקבלו בפסיקה. כתוצאה מכך, יהיה על בית המשפט להפוך את ההחלטה ולאמץ פרשנות אופרטיבית ועקב כך החוק שנחקק הוא לא חוקתי ודינו של החוק לא חוקתי הוא להתבטל (בחלק מן המקרים ביהמ"ש לא מבטל ישר את החוק, אך אין זה המקום לדון בזה). והתוצאה של בטלות שיש חובה על מדינה לפעול להצילו. אולם, השופט סולברג בבג"ץ ההסדרה מקבל את עמדתם של קהלת והמדינה ואשר אין להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית עקב כך שזה מאמץ דוקטרינות שהמחוקק הישראלי לא התכוון אליהם ולכן לאור פסיקת ביהמ"ש בבג"ץ חסון החוק לא בטל ואין חובה על מדינה להציל. כמו כן, ניתן לסטות מחזקת ההתאמה הפרשנית כאשר מובן מהחוק כי המחוקק כתב דבר שהוא בניגוד למשב"ל. לפיכך, לפי התפיסה שחזקת ההתאמה הפרשנית לא חלה על חוקי יסוד הרי שמותר היה לפרש את החוק לעידוד התנהגות באופן שסתור את חזקת ההתאמה הפרשנית. לסיכום, על הביהמ"ש להכריע קודם אם מאמצים את חזקת ההתאמה הפרשנית וכתוצאה מכך נדע אם האם יש אמץ פרשנות אפורטיבית וכן האם החוק לעידוד התנהגות בטל או לא. אציין,

טענה אחרונה של אמיר יכולה להיות שבין אם מוטלת המדינה חובה לפעול לטובת אמיר עקב חזקת ההתאמה הפרשנית והן אם לא מוטלת חובה לפעול, הרי שלפי הפרשנות הישראלית לתקיפת אזרחים ישראלים מחוץ למדינה (פה לא חטפו את אמיר כמו במצב אנטבה, אבל הוא הושם בכלא אשר התוצאה של דבר זה, שאם ישראל לא תפעל אמיר ימות תוצאה שהייתה אפשרית במצב אנטבה אילולא ישראל התערבה), מאפשר לישראל לבצע הגנת עצמית לפי ס' 51 למגילת האו"ם שבמקרה דנן זה שליחת כוחות צבאיים לתורכיה על מנת לשחררו. לחילופין, יטען אמיר כי קיימת עמדה שיש דין מנהגי אחר שאינו הגנה עצמית המצריך את המדינה לפעול במקרה שכזה. לדעתי הטיעון לא חזק מספיק. אומנם מועצת הביטחון בזמן מבצע אנטבה לא הביעה סלידה מהמעשה או אשררה אותו, אך העמדה הרווחת כיום, כי אם אזרחים הותקפו מחוץ לטריטוריה המדינה אין אפשרות לבצע הגנת עצמית, שכן זה פותח פתח להגדלת הסכסוכים בעולם. כל פעולה לא נכונה של שוטר תביא למלחמה בין מדינות ואנו מעוניינים למנוע זאת.



