

[דף סיכום בחינה](#)

מזהה בחינה: 001000270319 מזהה סטודנט: 280148

שם קורס: משפט בינלאומי פומבי

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציון	שאלת בונוס
1	תשובה מעולה!	15.00	15.00	0
2	יפה!	40.00	40.00	0
3	תשובה יפה!	45.00	42.00	0
4		7.00	3.00	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 ב' תשפ"ג

• 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 אינו 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: שאלה ראשונה - עד 11

שורות; שאלה שניה - עד 38 שורות; שאלה שלישית – עד 50 שורות.

• נא לא לנסות לשאול שאלות "חליבה" לאורך הבחינה – תישקל הורדת נקודות על שאלות כאלו.

ב. אמנת מונטיווידאו מפרטת תנאים הכרחיים על מנת שנכיר בישות מסוימת כמדינה-

- טריטוריה- נראה כי יש צורך שהטריטוריה תהיה יבשה (פס"ד סילנד), אין הגבלת גודל, וניתן שלא תהיינה הסכמה על הגבולות, הגבול אינו צריך להיות רציף ולא צריכה להיות שליטה על כל הגבול.

- שלטון- צריכה להיות מרות על השטח מטעם המוסדות המרכזיים, תנאי זה אינו מלא, ניתן לראות כי כאשר לטביה קמה הייתה לה שליטה רק על 50 אחוז מהשטח. בנוסף, נראה שכאשר שלטון התפרק אין זה אומר שהמדינה התפרקה (לוב ותימן).

- אוכלוסייה קבועה- יש צורך באוכלוסייה קבועה, לפי מדינת הוטיקן ניתן לראות שכמות האוכלוסייה יכולה להיות קטנה.

- עצמאות- יכולת לנהל יחסים דיפלומטיים/בינלאומיים/קשרי חוץ עם מדינות אחרות. גם תנאי זה אינו מלא, ניתן לראות כי ניו זילנד מנהלת את קשרי החוץ באו"ם של איי קוק, אך נראה שלאיי קוק יש קשרים דיפלומטיים עם מדינות אחרות.

על מנת שישות תיחשב מדינה עליה למלא את כל התנאים, אך ישנם תנאים נוספים המקלים/מחמירים עם תנאים אלו- הכרה, הגדרה עצמית. מדינות אפרטהייד/שקמו בעקבות רצח עם/ כיבוש לא חוקי-לא נחשבים כמדינה.

קשה לאמר חד משמעית שהצהרת ארה"ב אינה נכונה מבחינה משפטית. ישנו יכוח בנוגע לחוקיות ההתקפה ובנוגע לאופן ההתקפה.

יפה!

נבחן תחילה האם לארה"ב הייתה זכות חוקית לתקוף את אפגניסטן ואל קעידה בתגובה למעשי אל קעידה-

ישנו איסור שימוש בכוח (ס' 2(4) לאמנת האו"ם), דינים אלו נקראים JAB אשר מתייחסים לכך שאסור לפתוח במלחמה/בתקיפה. ניתן להשתמש בכוח בשני חריגים- אישור של המועב"ט או הגנה עצמית.

הסמכת מועבט מכוח פרק 7- במקרה דנן לא הייתה התערבות של המועב"ט בתקיפות הנ"ל- הן של ארה"ב והן של אל-קעידה. לכן ארה"ב לא קיבלה הסמכה מפורשת מהמועב"ט להשתמש בכוח כנגד אל-קעידה.

ארה"ב טוענת להגנה עצמית לפי ס' 51 לאמנת האו"ם מכיוון שהייתה התקפה חמושה כנגדה ועליה להגן על עצמה.

נבחן את הרכיבים השונים-

"התקפה", שימוש בכוח- אל קעידה הוציאו פיגוע ועשו שימוש בפצצות כנגד ניו יורק על מנת להתקיף את ארה"ב. ישנן שתי גישות מתי התקפה החלה-

גישה א- יש הטוענים כי "מהכדור הראשון" ניתן להכריז כי הייתה מתקפה

גישה ב- יש הטוענים כי לאחר מספר תקריות נכריז על מתקפה, לא ניתן לכל מקרה של חייל בודד להתחיל מלחמה. נראה כי הפיגוע כנגד ארה"ב היה גדול ומשמעותי על מנת שייחשב התקפה לפי שתי הגישות (מספר פצצות שמתפוצצות יכולות להיחשב במקרה זה ל"כמה תקריות").

"חמושה" - ניתן לראות שאל-קעידה השתמשו בפצצות (כוח קינטי) כנגד ארה"ב.

נגד מדינה - נראה כי התקיפה נעשה כנגד ארה"ב.

נבחן האם ארה"ב יכולה להגן על עצמה מפני התקיפה. הרי מדובר בארגון לא מדינתי שיושב באפגניסטן וכללי האיסור שימוש בכוח פונים למדינות-

ישנן שתי גישות האם ניתן להשתמש בהגנה עצמית אל מול השטח של המדינות שממנה יצא הפיגוע של אל-קעידה.

גישה רווחת- ניתן להשתמש בכוח כנגד שטח של מדינה אשר הארגון הלא מדינתי הינו שולט בשטח או שניתן לייחס את הפעולות לשלטון המדינה. בענייננו, ניתן לראות כי "אל-קעידה" הינו בעל ברית של השלטון הנוכחי באפגניסטן. נראה כי לשלטון המדינה יש שליטה אפקטיבית על הארגון- בסיס הארגון ממוקם באפגניסטן, אפגניסטן מסייעת באימון לוחמי הארגון, ומספקת לו באופן תדיר כסף ותחמושת. לפעמים, אפגניסטן אפילו מורה לארגון "אל-קעידה" כיצד לפעול. מנגד ניתן לטעון כי השליטה היא לא אפקטיבית מכיוון שהשלטון אינו משפיע על כל פעולה של הארגון- אף ניתן לראות כי הוא הורה לארגון "אל-קעידה" לא לתכנן תקיפות כנגד ארה"ב משטח אפגניסטן. (ניתן לטעון כי השליטה  להיות גם כוללת ולא צריכה להיות השפעה של השלטון על כל מעשה של הארגון).

גישת המיעוט- ניתן להשתמש בכוח גם במקרים בהם המדינה לא יכולה/רוצה למנוע את ההתקפות של הארגון הלא מדינתי. במקרה דנן, ניתן לראות כי הורו על אל-קעידה לא לתקוף והם עשו זאת בכל מקרה. לכן נראה כי במקרה כזה לפי גישת המיעוט לארה"ב הייתה את הזכות החוקית לתקוף.

קשה להבחין האם לארה"ב הייתה זכות חוקית לתקוף במקרה דנן מפאת הגישות השונות.

נניח כי לארה"ב היה מותר לתקוף את שטח אפגניסטן- נבחן האם התקפתם עומדת בכללי וובסטר-קרולינה- אשר מסדירים ומגבילים את תקיפת המותקף. הכללים הינם-

מידתיות ומידיות (אין צורך לדון), נחיצות- יש צורך בלנסות לפתור את הסכסוך תחילה בדרכי שלום ולאחר מכן לפנות לאמצעים כוחניים. נראה כי ארה"ב פנתה ישירות לאמצעים כוחניים ללא ניסיון לדרכי שלום ולכן ניתן לראות כי הם לא עומדים בכללים אלו.

נבחן לפי עקרונות דיני הלחימה (המוסדרים ב-JIB - דיני הלחימה- כיצד יש לפעול בזמן לחימה, אשר פונים לשני הצדדים) את הפצצת השכונה באפגניסטן ע"י ארה"ב-

עקרון ההבחנה- על הצדדים הלוחמים להבחין בין מטרות אזרחיות לצבאיות ובין אנשים שנמצאים במעדל הלחימה לבין אלה שלא. יש להימנע מלפגוע במטרות/אנשים אזרחיים שאינם חלק מהלחימה. במקרה דנן, אכן המפעל פצצות הינו מטרות צבאיות, אך היה ידוע כי הוא מתחת למבנה יחיד בשכונה. לא היה מידע מדויק בנוגע למיקום המפעל. כאשר מפגיזה ארה"ב את כל שכונת "שהררה" אי אינה מבחינה בין מטרות צבאיות לאזרחיות וגורמת להרס רב של כל השכונה. לכן הם אינם עומדים בעקרון ההבחנה.

ארה"ב טען לעקרון הצורך- לכל פעילות צבאית צריכה להיות תכלית מסוימת. לארה"ב הייתה תכלית צבאית לבצע את ההפצצה ע"מ למנוע פיגועים נוספים כנגדם.

יש לבחון את עקרון המידתיות על מנת להכריע האם ארה"ב פעלה כראוי או לא (אך לא נדון).

האם הפעולה של האסטרונאוט ושל הנשיא מהווה הפרה של דין בינלאומי?

דין מנהגי קיים-

קולומביה תטען שישנו דין מנהגי הקובע שמדינה יכולה להכריז ריבונות על טריטוריה שאין לה ריבון ואוכלוסייה, אם היא שולחת לשטח אדם שהוסמך על-ידה לכך, ותוקע דגל מדינה בשטח האמור ומכריז שמעתה השטח יהיה תחת ריבונותה של המדינה. דין מנהגי הינו מחייב את כל מדינות העולם חוץ ממתנגדות עקביות (ס' 38 לחוקת ה-ICJ).

במקרה דנן, נראה שלירח אין ריבון ואין בו אוכלוסייה. קולומביה יטענו ששלחו גורם מוסמך מטעמם להכריז על הירח כשטח מדינתם. מנגד, בהוטן יטענו כי גורם מוסמך הינו:

-הגורם המוסמך במדינתם להכריז על ריבונות הינו הנשיא ולא האסטרונאוט

-הגורם צריך להיות מהפרקטיקה הנוהגת (אסטרונאוט לא אמור להיות אחראי על הכרזת ריבונות)

גורם אשר קיבל הסמכה מטעם מדינתו- נראה שהנשיא לא חשב על אפשרות הכרזת הריבונות כאשר שלח את האסטרונאוט עד שהאסטרונאוט הציע זאת.

קולומביה ישיבו שהגורם המוסמך מטעם החוקה שלהם אכן הינו הנשיא והוא אישר לאסטרונאוט להכריז ריבונות, לכן האסטרונאוט הינו הגורם המוסמך שלהם מכוח הנסיי

האמנה-

ב-1967 נכנסה לתקפה "אמנת החלל החיצון". נקבע שהחלל יהיה לכלל האנושות ולא ניתן לתבוע עליו ריבונות. קולומביה חתמה על אמנת החלל החיצון אך היא מעולם לא אשררה אותה. בהוטן יטענו שבין החתימה על האשרור האמנה עדיין לא חלה, אבל על המדינה להתנהג בצורה שאינה חותרת תחת האמנה ועליה להתנהג באופן בסיסי לפיה. נראה שקולומביה חתרה תחתיה בהצהרת ריבונותה על הירח

מנגד, קולומביה תטען שאכן לא אשררה את האמנה (גם לאחר 60 ומשהו שנה) ולכן ניתן לראות שלא הייתה כוונה אמיתית להיות חלק מהאמנה. מטרת האשרור הינו לראות התחייבות אמיתית וודאית של המדינה לאמנה ועל המדינה להתאים את הדין המדינתי שלה לאמנה. אם עברו 60 שנה ללא אשרור ניתן להניח שהמדינה אינה מעוניינת בהצטרפות לאמנה.

עמדת בריה"מ וארה"ב הינה שסעיפים באמנה הינם דקלרטיביים (המצהירים על מנהג קיים). האם התקיים מנהג לפני חתימת האמנה?

ST- נראה שאין כלליות נרחבות ועקביות מכיוון שרק שתי מדינות (ארה"ב ובריה"מ) שלחו חלליות לחלל עד חתימת האמנה (וגם לאחריה רק שתי מדינות עשו זאת- סין וקולומביה). אין ממושכות- שבע שנים לאחר הטיסות לחלל נחתמה האמנה, ויש צורך של עשרות/מאות שנים להיווצרות מנהג. החריג של קבלת זמן קצר אינו מתקיים מכיוון שהתנאים האחרים (כלליות עקביות) לא מתקיימים בצורה חזקה (פס"ד המדף היבשתי).

OJ- קשה להבחין האם למדינות הייתה תחושה של מחויבות משפטית לעניין כאשר לא היה להם בכלל יכולת/רצון להגיע לחלל.

ניתן לראות שבמקרים שקשה לבצע כלליות ונרחבות (לא כל המדינות מסוגלות/יכולות להגיע לחלל) יש להתייחס למדינות מושפעות במיוחד שהינן ארה"מ. אך קשה לראות אותן ככאלה מכיוון שהן עשו זאת רק פעם אחת ואין השפעה מיוחדת של המנהג עליהן מכיוון שלא ניתן להניח שיעשו זאת פעמים רבות.

לכן, נקבע שלא התגבש מנהג לפני חתימת האמנה.

האם אמנה יכולה להפוך למנהג?

גישה א- לא ניתן מכיוון שאין OJ למדינות מכיוון שהן פועלות מכוח האמנה לא מתוך מחויבות משפטית אלא מכוח המנהג ש"הסכמים יש לכבד".

גישה ב- אמנה יכולה להפוך למנהג. מדובר על אמנה מוליטרלית, ולכן נראה שישנה כלליות ונרחבות מכיוון שרוב גדול של המדינות חתמו (כלליות ב-ST) ואשררו את האמנה (110 מתוך 196).

נבחן את המדינות החתומות- באמצעות החתימה ניתן לראות שיש למדינות אלה OJ. עלינו לבחון האם ישנו ST (עקביות)- נראה שרק סין שלחה את החללית שלה לחלל מאז האמנה ולכן לא ניתן לקבוע שהמדינות אכן פועלות לפי האמנה.

נבחן את המדינות הלא חתומות- האם להם מתקיים ST ו-OJ? האם הן מתנגדות עקביות/ שפשוט לא חשבו לחתום (אין לנו מידע עליהם).

לכן, נקבע שהאמנה לא הפכה למנהג במקרה דנן.

בנוסף, בהוטן טענה שהאסטרונאוט ונשיא קולומביה הפרו דין המשב"ל כלפי כלל האנושות. באמנה נכתב שהפרתה מהווה פגיעה בכלל האנושות. בניח והיה מתפתח מהאמנה היינו יכולים לטעון שישנו ארה אומנס ושקולומביה עברה על המנהג ובכך פגעה בכלל מדינות העולם (וגם בבהוטן).

אם יטענו שאכן הייתה הפרה של קולומביה נבחן את דיני אחריות המדינה-

קולומביה פעלה באמצעות אורגן דה-פקטו שלה, נראה שיש לאסטרונאוט תלות מוחלטת בקולומביה מכיוון שהם שלחו אותו לחלל והוא הכריז על העצמאות מכוח הסמכת הנשיא. מנגד, ניתן לראות שאין תלות מוחלטת מכיוון שהאסטרונאוט החליט על דעת עצמו להכריז על עצמאות.

קולומביה תנסה לטעון לחריגה מסמכות מכיוון שאסטרונאוט לא אמור להכריז על ריבונות זה לא עומד במבחן של הזיקה המהותית בין תפקידו לפעולה שלו. (המבחן השני הינו סמכות נחזית ולא אדון בו).

הנשיא הינו האורגן דה יורה של קולומביה מכוח חוקת המדינה, ולכן ניתן לראות שאימץ את מעשיו בדיעבד ואמר לו שאכן יש להכריז ריבונות, אז יש לקולומביה אחריות על מעשי האסטרונאוט שהינו אזרח. {לחלופין ניתן לטעון שנתן הנחייה לאסטרונאוט להכריז על המדינה (טענה חלשה-הנשיא אמר שמאמץ את הכרזתו)}.

כאשר ישנה הפרה של המדינה האחריות שתוטל עליה תהיה מטעם דיני אחריות מדינה ומטעם הדין המהותי של המנהג/האמנה. **על המדינה להפסיק את ההפרה ולהתחייב לא לעשותה שוב (ס' 29).**



תשובה יפה!

3
(4)