

[דף סיכום בחינה](#)

מזהה בחינה: 001000266896 מזהה סטודנט: 250990

שם קורס: משפט בינלאומי פומבי

מספר שאלה	הערה	ניקוד מירבי	ציון	שאלת בונוס
1	הסבר טוב	15.00	15.00	0
2		40.00	40.00	0
3		45.00	33.00	0
4		7.00	5.00	1

ציון בחינה סופי : 93.00

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"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.

פרגמנטציה- היא התנגשות באותה מערכת משפטית בין דינים או מוסדות שונים. ישנם 3 סוגים של פרגמנטציות:

פרגמנטציה בתוך המדינה- הפרגמנטציה במקרה זה מתרחשת כאשר המדינה התחייבה ל2 אמנות או דינים שונים. במקרה זה כל מה שהמדינה תבחר לעשות יהווה הפרה של המשב"ל. למשל, ישראל חתומה הן על אמנת האקלים בה היא מחויבת לשמירה על הסביבה והן על אמנת הנפט בה היא מחויבת לייצר נפט ולעשות איתו סחר. בהכרח כאשר היא תקיים משהו אחד היא תפר את השני.

פרגמנטציה נורמטיבית- כאשר נורמות מתנגשות בתוך המשב"ל למשל דין הסכמי מתנגש עם דין מנהגי או כמה אמנות שסותרות זו את זו. לדוגמה, ישנה אמנה שניתן להתגייס מגיל 15, אמנה אחרת שמגיע לשבויי מלחמה טבק, אמנה נוספת שאסור לתת טבק לילדים מתחת לגיל 18. האם ניתן טבק לשבוי מלחמה בן 16?

פרגמנטציה מוסדית- ההתנגשות במקרה זה מתרחשת בין 2 גופים בתוך המשפט הבין לאומי שניתנה להם סמכות חופפת. כל מוסד "דורך על רגלי" המוסד השני מכיוון שהוא רוצה לקבל את הסמכות ושהוא יהיה העליון והשולט. למשל בין האו"ם לבי"ד האירופי.

הסבר טוב

א- ניתן לטעון כי פוטין ביצע את פשע התוקפנות. ראשית, לפי ס' 2(4) פוטין היה צריך להימנע משימוש בכוח ולכן הפר את המשב"ל. הוא לא קיבל אישור ממועצת הביטחון ליציאה זו ואוקראינה תטען כי גם לא פעל מתוך הגנה עצמית. פוטין ישיב כי הוא פעל מתוך הגנה עצמית לפי ס' 51 בשל החוק המדיני הפוגעני של אוקראינה. באוקראינה חוקק חוק המורה לכל אדם הנתקל בפוטין, היה ורגלו אי-פעם תדרוך על אדמת אוקראינה, להרוג אותו מיד ובמקום. לכן, על פי הגישה המרחיבה של הגנה עצמית של מניעה אפשר להגן אם מתוך מתקפה שהיא צפויה או כשיש הכנה למתקפה. נראה כי לפי הגישה הרווחת היום טענה זו לא תתקבל משום שפוטין לא ניסה ליישב את הסכסוך בדרכי שלום 2(3) וכן מדובר במניעה שכלל לא בטוח שתקרה ובטח שלא בסבירות גבוהה. לכן אמשיך לדון בפשע התוקפנות:

הגדרתו הנוכחית של הפשע היא לפי אמנת רומא בס' 8. נאמר כי "**פשע תוקפנות**" הוא תכנון, יוזמה, הגייה של "מעשה תוקפנות" שמהווה הפרה בעליל, חמורה, נרחבת של אמנת האו"ם, ע"י אדם בכיר שיכול לכוון התנהגות ולשלט במדינה או בכוח הצבאי שלה. "**מעשה תוקפנות**" הוא שימוש בכוח מזוין על מנת לפגוע בעצמאות מדינה, ריבונות או בטריטוריה שלה תוך הפרה של אמנת האו"ם. במקרה זה נראה כי בגלל שפלש כוח צבאי רוסי יש שימוש בכוח מזוין שסותר את דיני JAB. מטרות הפלישה היו להדיח את השלטון באוקראינה ולהציב במקומו משטר בובות שישלט על-ידי רוסיה, וכן לספח חלקים משטח אוקראינה לרוסיה. לכן, המטרה של הכוח היא לפגוע בריבונות המדינה וגם בטריטוריה שלה. על מנת לקבוע כי ישנו פשע תוקפנות נראה כי מדובר באדם בכיר, ולדימיר פוטין הוא נשיא רוסיה העומד בראש המדינה וכן הוא זה שהנתן את התכנון והביצוע של הפלישה.

ב- ניתן לטעון כי ספרד מוסמכת לדון בפשעים הבינלאומיים שפוטין ביצע בשל **סמכות אוניברסלית**. בגלל שבעבר היו קשיי אכיפה לפשעים פליליים בינלאומיים נקבע כי כל מדינה מוסמכת להעמיד לדין אדם שעשה פשע בינלאומי גרעיני (כדוגמת מעשה תוקפנות), גם כאשר למדינה אין כל קשר למקרה. לא מדובר באזרחים של המדינה, ולא בטריטוריה שלה. למרות זאת המדינות הגיעו למסקנה כי ישנו אינטרס בינלאומי בהעמדה לדין של פשעים כה חמורים, הרציונל הוא שמבחינה מוסרית לא הגיוני שאדם שעשה פשע כה נתעב יתחמק ולא יקבל את עונשו. לכן, ספרד תטען כי יש ביכולתה להעמיד לדין את פוטין על מעשיו משום שמדובר בפשע בינלאומי חמור. אך, בגלל **עיקרון החליפיות** היה ניתן לטעון כי צריך שרוסיה או אוקראינה (המדינות הקשורות לסכסוך) הן אלה שיבצעו את ההליכים כנגדו ולא מדינה שהיא צד ג'. ספרד תשיב כי אזרחים רוסים התלוננו למשטרת רוסיה כנגד פוטין בגין מעורבותו בפלישת רוסיה לאוקראינה. אך המשטרה הרוסית סגרה את התלונה, ללא כל נימוק. לכן, נראה כי המדינות שעליהן מוטלת האחריות לא ממלאות את תפקידן על מנת שישלם על מעשיו **זורים**, ויש צורך בהתערבות של ספרד לצורך העמדתו לדין.

פוטין ישיב כי יש לו חסינות מהותית. הוא פעל מתוך תפקידו כבכיר במדינה. הפשע שהוא עשה קשור למהות תפקידו, כנשיא המדינה הוא צריך לדאוג גם לשטחה והוא יכול לעשות מהלכים כנגד מדינות אחרות. בגין חסינות מהותית לא ניתן להעמיד לדין את האדם במשך כל חייו (גם לאחר שפרש מתפקידו) ולכן לא ספרד לא יכולה להעמידו לדין על מעשים אלו. ספרד תשיב כי החסינות המהותית היא על הליכים אזרחיים. בנוגע להליכים פליליים בטח כשמדובר בפשעים בינלאומיים חמורים, נראה כי ישנה מגמה של ביטול החסינות המהותית ולכך שלא תוכל להגן על פשעים שביסודם מהווים הפרה חמורה של כל עיקרון מוסרי בסיסי. כמו כן, ניתן לטעון כי הפלישה לאוקראינה תוך מלחמה עקובה מדם אינה קשורה למהות תפקידו וזאת בחירה אישית שלו.

א- אמנה זהו מסמך מחייב המהווה דין הסכמי בין מספר מדינות. האם המסמך במקרה הוא אמנה בינלאומית? כל אמנה היא בעצם הסכם חוזי בין הצדדים. יש אלו הסוברים כי כאשר למסמך אין כותרת "אמנה" או כאשר מדובר במקבץ של מכתבים אזי לא מתקיימים התנאים הבסיסיים להיווצר **מנה** ולא ניתן להזיל את הדרישות ברמה הזאת. אך, כבר נקבע במקרים קודמים כי חוזה מהווה אמנה לא משנה מה **כותרת** למסמך אלא מה **התוכן** שלו. כמו כן, גם **מספר של קבצים** יכולים להוות אמנה אחת.

כמו כן, על מנת שמדינה תהיה מחויבת לאמנה היא עוברת כמה שלבים לפי מה שנקבע באמנה. במקרים רבים נציג של המדינה חותם על האמנה, לאחר מכן הוא חוזר לארצו, המדינה מאשררת את האמנה ולסיום הוא חוזר ואז האמנה היא סופית. השלב של האשרור מראה את רצינות המדינה ואת המחויבות שלה לאמנה. במקרה שלנו, נקבע בין הצדדים בהליך הסכמי כי לאחר שיתקבל מכתב הצהרה משני הצדדים, ההסכם יכנס לתוקף מיידית. בהתאם לאמור, לאחר שהתקבלו מכתבי ההצהרה, פרסמה ארה"ב הכרזה מאשררת כאמור. ניתן לטעון כי האשרור של ישראל, לאחר שהיא הבינה כי הסכם שלה יכניס את האמנה לתוקף, מהווה **הסכמה חזקה** מצידה לאחר שהיא שקלה זאת ולאחר שהיא משא ומתן ארוך. מנגד, ממשלת ישראל לא ערכה משאל עם או הצבעה בכנסת (פירוט להלן) ולכן אולי לא התקבלה החלטה מספיק חזקה ומושכלת. למרות הכל, לאחר שישראל אישררה את האמנה היא מחויבת ב"**אי סיכול**" כלומר היא לא יכולה להפר את ההסכמים היסודיים והבסיסיים של האמנה. לכן אפשר לטעון כי קביעת בג"ץ על עובדות אלה לא נכונה. ממשלת ישראל ע"פ **הסמכות הנחזית** יכלה לאשר אמנה זו גם אם בתור אורגן לא הייתה לה סמכות לכך. הייתה גם **זיקה ישירה** בין תפקיד לבין אישור האמנה.

אם מתקיימת אמנה האם חוק היסוד של ישראל אינה גובר עליה? בישראל דין הסכמי נכנס באופן ישיר. אך, אמנות צריך לקבל באופן אקטיבי ומפורש כך שמבחינת היררכיה הן נכנסות לפי הנורמה החוקית שנקבעה למשל, אם חוקקו אמנה כחוק רגיל היא תהווה חוק רגיל, אם מקבלים את האמנה כתקנה מעמדה יהיה כשל תקנה וכו'. אם לא עשו הליך מסודר של קבלת אמנה אין לה שום מעמד חוקי בישראל. ישראל לא קיבלה את האמנה כפי שהיא הייתה צריכה על פי חוק היסוד, כלומר לא התבצע משאל עם והאמנה לא נכנסה על פי רוב. לכן ניתן להגיד כי האמנה כלל אינה התקבלה ולא תקפה. מנגד ניתן להשיב כי חוק יסוד זה אינה מחייב אותה שכן ההסכם עם לבנון אינו עוסק בהעברת שטח שהיה בוודאות בריבונות ישראלית, אלא בהסדרת חלוקתו של שטח שהייתה אי-וודאות בנוגע לריבונות עליו (עקב חילוקי דעות בין המדינות בדבר מיקום הגבול). בנוסף, אין תנאים שיגרמו **לאמנה להיות בטלה** - לא היה לחץ על הנציג להסכים כמו כפייה, לא היה משהו לא צפוי, לא היה טעות שבעובדה. על כך תשיב ישראל כי חברות הגז הבהירו לישראל שהן לא תחפשה גז באזור לפני שתושג הסכמה וזה מהווה **כפייה ונשללה זכות הבחירה שלה**.

בנוסף, בג"ץ טוען כי במקרה ישנו ערך ציוני אחד הרלוונטי כאן והוא המחויבות לקשר בין עם ישראל לארצו. לכן לדעתם אין לחלק שטחים של ישראל. אך ערך נוסף מאוד חשוב **הציונות** נכתב במגילת העצמאות לפיו המדינה מחויבת להקשיב לאמנת האו"ם ומתוך כך לקיים את ההסכמים שהיא חתמה עליהם ולקיים את דיני המשב"ל. לכן בג"ץ היה צריך לעשות איזון בין הערכים. אני חושבת שבגלל הכלל הבסיסי **שהסכמים יש לקיים** ושאר הטענות לעיל קביעת בג"ץ אינה נכונה.

ב- המדינות מחויבות ליישב את הסכסוכים שלהן בדרכי שלום ע"פ ס' 2(3). ישנם 2 מנגנונים על מנת ליישב סכסוכים בין מדינות. הסוג הראשון הוא מנגנונים דיפלומטיים שבהם ההכרעה מהווה רק המלצה והיא אינה מחייבת את המדינות המשתתפות למשל, פישור, משא ומתן, החלטות **ל** המועבט וכו'. לעומת זאת, ישנם מנגנונים שיפוטניים בהם ההכרעה שמתקבלת היא מחייבת, כמו פסיקות של הICJ, מדרות וכו'. בגלל **שההחלטה של מנגנון שיפוט היא מחייבת** נציג חיל הים אמר שמנגנון כמו בוררות **כובל** את המדינות. בנוסף, הנציג טעה באומרו כי אין שום סיבה הגיונית שמדינות ילכו ליישוב סכסוכים:

1. signaling (איתות) - המדינות מאותות לשאר המדינות כי הן מחויבות לדיני המשב"ל וכי הן מכבדות את הנורמות והחוקים בו.
2. שיקול כלכלי- לעיתים המדינות יודעות שעצם הימשכות הסכסוך תהיה להן יותר יקרה מאשר אפילו להפסיד ביישוב סכסוך ולכן עדיף להן לסיים עם הסכסוך גם במחיר של הפסד.
3. אמונה בצדקת דרכן- המדינות מאמינות כי הן הצודקות בסכסוך ולכן הן חושבות שכאשר הן יגיעו ליישוב סכסוך יכירו בכך.
4. לפעמים זה נעשה פשוט מתוך חוסר מחשבה של המדינה על ההשלכות.
5. המדינות ממשיכות להתקיים זו לצד זו גם לאחר הסכסוך ולכן כדאי להן לנסות לפתור את הסכסוך בדרכי שלום על מנת לשמור על יחסים דיפלומטיים תקינים ולא להגיע לאבידות מיותרות בנפש.
6. שמירה על חוקי המשב"ל לפיהם המדינה מחויבת לפי ס' 2(3) ללכת למנגנון יישוב סכסוכים בטרם היא עושה שימוש בכוח.

בין ישראל ולבנון התקיים סכסוך בנוגע למיקום הגבול הימי ביניהן. בשנים האחרונות התנהל בעניין זה מ"מ עקיף בין הצדדים, בתיווך ארה"ב. לאחרונה מאמצי ארה"ב נשאו פרי (לאחר שחברות הגז הבהירו לישראל וללבנון שהן לא תחפשה גז באזור לפני שתושג הסכמה); משסברה ממשלת ארה"ב שהצדדים הגיעו להסכמה, היא כתבה שני מכתבים, בנוסח זהה, ושלחה אחד לממשלת ישראל ואחד לממשלת לבנון. הניחו שבמכתבים נאמר כך:

"זהו כבוד לכתוב אליך בקשר למ"מ לתיחום הגבול הימי בין לבנון וישראל, ולהודיע לך שלהערכת ארה"ב הצדדים הגיעו להסכמה. מצורף למכתב זה נספח **שכותרתו 'הסכם הגבול הימי'** המפרט את הבנתה של ארה"ב בדבר פרטי ההסכמה. היה ואת מאשרת שאלו אכן פרטי ההסכמה, **אנא שלחי בחזרה מכתב המצהיר על אישור הסכמתך כאמור**. לאחר שיתקבל מכתב הצהרה משני הצדדים, תפרסם ממשלת ארה"ב הכרזה המאשרת שכל צד הסכים לתנאים המפורטים בנספח, **וההסכם יכנס לתוקף במועד פרסום ההכרזה**."

5

בהתאם לאמור, לאחר שהתקבלו ממשלות לבנון וישראל מכתבי הצהרה, פרסמה ארה"ב **(4) הכרזה** מאשרת כאמור.

בישראל קיים **חוק-יסוד: משאל עם** הקובע שאמנות בינלאומיים בין ישראל למדינה אחרת, בהן **מסכימה ישראל להעביר שטח ריבוני שלה לגורם זר, יהיו תקפות רק אם נערך משאל עם ורוב בקרב המצביעים במשאל תמך בקבלת האמנה** [או, לחלופין רוב של 80 חברי כנסת הצביעה בעד קבלתה]. ממשלת ישראל לא ערכה משאל עם או הצבעה בכנסת כאמור, בטרם שלחה את מכתב ההצהרה לממשלת ארה"ב, אלא **הסתפקה באשרור פרטי הנספח למכתב האמריקאי בהחלטת ממשלה**. ממשלת ישראל פעלה כך מכיוון שסברה שהאמור בחוק-היסוד לא רלוונטי במקרה דנן, בין היתר, מכיוון שלעמדתה ההסכם עם לבנון אינו עוסק בהעברת שטח שהיה בוודאות בריבונות ישראלית, אלא בהסדרת חלוקתו של שטח שהייתה אי-וודאות בנוגע לריבונות עליו (עקב חילוקי דעות בין המדינות בדבר מיקום הגבול). האופוזיציה הגישה עתירה לבג"ץ בטענה שההסכם חסר תוקף, כיוון שהוא לא התקבל בישראל בדרך שנקבעה בחוק-יסוד: משאל עם. בג"ץ דחה את העתירה, בקבעו, שהפרשנות הראויה של חוק-היסוד היא שהוא חל רק בנוגע לשטח שעליו החילה מדינת ישראל **בכירור** את ריבונותה. הניחו, שבבג"ץ מתקיים דיון נוסף בעתירה, ופסה"ד בדיון הנוסף, מתהפכת ההכרעה, תוך שנקבע:

ראשית, מבחינת המשפט הבינלאומי, לא קיימת בכלל אמנה בינלאומית במקרה נשוא העתירה, שכן **אין כאן שום מסמך אחד ואחיד שכותרתו "אמנה", כל מה שיש זה מקבץ של מכתבים בין מספר מדינות**. לקבוע שמה שיש לנו כאן מהווה אמנה מבחינת המשפט הבינלאומי, יהיה זלזול במשפט הבינלאומי ובקונספט של "אמנה".

שנית, גם אם נהיה מוכנים להתייחס למקבץ המכתבים כאמנה, הרי שעקב כך ש-"אמנה" זו לא התקבלה בהליך שנדרש לפי חוק-יסוד: משאל עם, ועקב חוסר סמכותה של הממשלה לאשרר את "האמנה" לאור הקבוע בחוק-היסוד, "האמנה" האמורה פשוט חסרת תוקף, וזאת הן מבחינת המשפט הישראלי והן מבחינת המשפט הבינלאומי. חובה עלינו לקבוע שדרישות חוק-היסוד חלות במקרה דנן, שכן **ערכי הציונות מחייבים לפרש את חוק-היסוד באופן מרחיב**, כך שדרישותיו יחולו גם בנוגע להסכם העוסק בשטח שריבונותו שנויה במחלוקת. אחרי הכול, ישנו רק ערך ציוני אחד הרלוונטי כאן והוא המחויבות לקשר בין עם ישראל לארצו.