

ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים

בעקבות בש"א (י-ם) 4626/04 פעול נ' UNTSO

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין*

א. מבוא

ב. סוגי החסינות: המוחלטת, היחסית והפונקציונלית

ג. חסינות האו"ם

1. מעמדו של האו"ם במשפט הבינלאומי – רקע כללי
2. הבסיס המשפטי לחסינות האו"ם
3. קליטת חסינות האו"ם במשפט הישראלי
4. חסינות פונקציונלית – הזווית המוסדית

ד. חסינות הריבון הזר מול חסינות האו"ם

- ה. האלטרנטיבות להליך המשפטי "הרגיל"
1. הסרת חסינות עצמית
2. יישוב סכסוכים

ו. סיכום

א. מבוא

פעול, תושב ואזרח ארצות הברית, הנו הבעלים והמחזיק בקרקע במזרח ירושלים, ועליה מבנה בן חמש קומות. איתרע מזלו, והקרקע ממוקמת בסמוך לקו הפסקת האש בין ישראל לירדן, אשר נקבע בשנת 1949. זמן קצר לאחר קביעת קו זה, תפס ארגון United Nations Truce Supervision Organization (להלן: אונטס"ו)¹ את המבנה. במהלך היובל האחרון, מנסה פעול לשווא לפנות לארגון, וכן לערכאות שיפוטיות,² בדרישה לפינוי המקרקעין או לתשלום ראוי תמורת השימוש בהם.³ אונטס"ו, מצדו, סירב לדרישה זו, בטענה כי הוא נהנה מחסינות מפני הליכים משפטיים אזרחיים, כחלק מהחסינות הכללית של האו"ם. עמדת היועץ המשפטי לממשלה תאמה את עמדת הארגון. בית המשפט דחה את טענות היועץ המשפטי לממשלה ואת טענות אונטס"ו, וקבע כי אין לאו"ם, ולארגון, חסינות מוחלטת בנסיבות אלו.⁴

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת "הארץ דין".

1 למהות הארגון ופעילותיו ראו: www.un.org/Depts/dpko/missions/untso/

2 לתיאור ההליכים המשפטיים ראו סעיף 1 לפסק הדין בבש"א (י-ם) 4626/04 פעול נ' UNTSO (טרם פורסם, 30.1.2005) (להלן: פרשת פעול).

3 לפעול עלת תביעה לפי סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט –1969, ס"ח 575. יש לציין כי אין מחלוקת בשאלת בעלותו במקרקעין כדין.

4 סעיף 14 לפסק הדין בפרשת פעול, לעיל ה"ש 2.

במאמר זה נסקור מקצת מן השאלות שעלו בפסק הדין ונתמקד בשאלת **היקף החסינות שממנה נהנה האו"ם במישור האזרחי**. הארה זו לא תעסוק בחסינות האו"ם ועובדיו במישור הפלילי.⁵

בחלק הראשון נציג דיון תיאורטי בשלושת סוגי החסינות. נבחין בין החסינות היחסית ובין החסינות המוחלטת, שניתן לטעון להן בעיקר במקרים שבהם נבחנת האפשרות לתבוע נציגות של מדינה זרה במדינה המארחת. כן נבחין בין סוגי חסינות אלו ובין החסינות הפונקציונלית המתעוררת בסוגיות דומות הנוגעות לארגונים בינלאומיים בכלל, ולאוו"ם בפרט.

בחלק השני נעמיק בסוגיית חסינות האו"ם, נסקור את מעמד האו"ם במשפט הבינלאומי ואת הרקע המשפטי הייחודי של הארגון. בהמשך נציג את הבסיס הנורמטיבי, הבינלאומי והמקומי, שייתכנו לחסינות האו"ם. כן ננסה לבחון תוכן החסינות וביטוייה במצבים משפטיים שונים.

בחלק השלישי נתייחס לשאלה שעלתה בפרשת **פעול**, והיא האפשרות להשוות בין חסינות האו"ם ובין חסינותו של הריבון הזר, כפי שהיא מתבטאת בפסיקה ובספרות, בארץ ובעולם. נבחן אם וכיצד ההבדלים בין ההצדקות לסוגי החסינויות השונים וכן ההבדלים הנובעים מהמקורות הסטטוטוריים השונים משליכים על היקפה של חסינות האו"ם.

בחלק הרביעי, בהנחה שלאוו"ם נתונה חסינות פונקציונלית רחבה, נסקור את החלופות להליך המשפטי "הרגיל". שני המנגנונים העיקריים היכולים להעניק תרופה לניזוק הם הסרת חסינות עצמית של הארגון ומנגנון יישוב הסכסוכים. נבחן אם מנגנונים אלה אכן עונים על הבעיה ומעניקים תרופה מתאימה לניזוק.

לסיום הדיון, ננסה להשיב על השאלה, אם אכן צדק בית המשפט המחוזי, בקובעו כי אין לאוו"ם חסינות מפני הליך אזרחי, או שמא היה עליו לקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. בנוסף, ננסה לשרטט מודל מומלץ להכרעה בתיקים עתידיים שיבואו לפני בית המשפט, מודל שיוכל לאזן כראוי בין כל האינטרסים המתנגשים, הן במישור המשפטי, המקומי והבינלאומי, והן במישור יחסי החוץ של ישראל עם העולם בכלל ועם האו"ם בפרט.

ב. סוגי החסינות: המוחלטת, היחסית והפונקציונלית

כאמור, בית המשפט קבע כי לאוו"ם אין חסינות מוחלטת. כדי להבין את קביעתו זו יש לעמוד תחילה על טיבה של חסינות זו, שנדחתה כאמור. הרעיון הכללי שבבסיס **החסינות המוחלטת** "הקלאסית" הוא הרצון לאפשר לנציגים של מדינות לפעול במדינות זרות. בעיקר מדובר בכיבוד הריבון הזר המתארח, כחלק מכללי ה"נימוס" הבינלאומי. בעבר הוּו כללי נימוס אלו מרכיב חשוב שתּרם לקיומם

⁵ שאלה זו מתעוררת, למשל, בהקשר של האחריות הפלילית של חיילי כוחות השלום של האו"ם המוצבים ברחבי העולם, באזורי קונפליקט. להרחבה ראו: Frederick Rawski, *To Waive or Not To Waive: Immunity and Accountability in U.N Peacekeeping Operations*, 18 Conn. J. Int'l L. 103 (2002).

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

התקין של יחסים בין מלכים ובעת החדשה תורמים הם לקיומם התקין של יחסים בין מדינות.⁶ רציונל זה כונה "הנימוק הריבוני".⁷ רציונל נוסף, קרוב, הנו עקרון השוויון בין המדינות, הנובע מהצורך בהדדיות בין המדינות. כן נועדה החסינות להבטיח כי הריבון הזר לא יאלץ לבזז את זמנו בהתגוננות מפני הליכים משפטיים, וכן להגן עליו מפני מעשי התנכלות וניגוח באמצעות ההליך המשפטי.

במאה האחרונה נראה כי מוסכם שאין הצדקה משפטית להעניק חסינות מוחלטת לריבון הזר;⁸ הנימוקים שביסוד החסינות המוחלטת אינם משכנעים עוד משום שאינם תואמים את המציאות. הנימוק הריבוני, למשל, הנשאב מהכלל: "The King Can Do No Wrong", פס מן העולם, ונראה שכיום, כפי שניתן לתבוע ריבון בערכאה מקומית, כך ניתן לתבוע אותו בבית משפט זר. בנוסף, עקרון השוויון בין המדינות לא ייפגע, אם יוסכם כי ניתן לתבוע ריבון זר במדינה המארחת, ותישמר ההדדיות בין המדינות.⁹

יתרה מזו, שלא כבעבר, המדינות כיום פועלות במישור המסחרי הבינלאומי כמו שפועלים בו תאגידים מסחריים, ונראה שעקרון שלטון החוק – ובפרט, עקרון שוויון הכול בפני החוק – לא יתיר להעדיף את המדינה הזרה על פני התאגיד המקומי והבינלאומי, בלי שתסופק הצדקה של ממש להעדפה זו. דרישה זו להצדקה מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בהגנה על זכויות הפרט.¹⁰ בהדרגה ישראל מצטרפת למשפחת המדינות¹¹ המכירה בגישה המתקדמת למושג החסינות – **החסינות היחסית**.¹²

החסינות היחסית מבחינה בין פעולה פרטית של המדינה, עליה החסינות לא חלה, ובין פעולה ריבונית שנופלת לגדר החסינות. בפסק דין **אדלסון**,¹³ קבע הנשיא ברק כי המבחן לשאלת תחולתה של חסינות הוא אם גוף פרטי, שאינו המדינה, יכול היה להיכנס לנעלי המדינה בפעולה שביצעה. לפי גישה זו, לא תחול החסינות, אף אם מדובר בפעולה פרטית שיש ביסודה אינטרס ציבורי לריבון הזר, ובלבד

⁶ נימוקים אלו נאמרו בקשר לחסינות דיפלומטית, אך הם יפים גם בהקשר זה. יהושע גרוס "חסינות דיפלומטית" **ספר שמגר** (תשס"ג-2003) 529, 531.

⁷ להרחבה ראו: מיכאיל קרייני "ניתוח אונטולוגי למוסד החסינות הדיפלומטי: פרשת בסיוני" **משפטים** לג (תשס"ג-2003) 63, 75-78.

⁸ רע"א 7092/94 **Her Majesty The Queen In Right Of Canada נ' אדלסון** (א1) 625, 645 (1997) (להלן: פרשת אדלסון).

⁹ "דינשטיין **סמכויות המדינה כלפי פנים** (תשל"ב-1972) 106-105.

¹⁰ פרשת אדלסון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 651.

¹¹ רוב מוחלט של המדינות בעולם, אכן נוהגות כך, לפי חקיקה או פסיקה, למעט סין שנוהגת בשיטת החסינות המוחלטת; Hazel Fox, *The Law of State Immunity* 2 (2002).

¹² למעבר ההדרגתי מגישת החסינות המוחלטת לחסינות היחסית בפסיקה בישראל ראו: ע"א 347/71 **סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון ואח'**, פ"ד כו(2) 328 (1972), דב"ע מא/32-3 **וייס נ' שגרירות גרמניה בישראל** (טרם פורסם), המ' (מחוזי י-ס) 1013/78, ת"א (מחוזי י-ס) 300/76 **כרמי נ' דולברג ואח'**, פ"מ תשי"ס (2) 265 (1980), דב"ע מח/3-147 **לאה נ' הרפובליקה של דרום אפריקה ואח'**, פד"ע יט 557, דב"ע כא/3-213 **נבות נ' נתיבי אוויר דרום אפריקאיים** (טרם פורסם). לדיון מקיף בסוגיה מהעת האחרונה ראו: המ (מחוזי חי') 28032/97 **United States נ' עזבון שוחט ז"ל** (טרם פורסם, 4.05.2005).

¹³ פרשת אדלסון, לעיל ה"ש 8, בעמ' 655.

שפעולה זו משתייכת לאותן פעולות שגוף פרטי יכול לבצען. גישה זו מצמצמת את חסינות הריבון הזר ומחילה אותה רק על מקרים חדים וברורים בלבד של מעשה מדינה.¹⁴

מוכרות גרסאות שונות לגישת החסינות היחסית, אך בסיסן המשותף שווה: הבחנה בין פעולות פרטיות לריבוניות.¹⁵ עם זאת עדיין אין בנמצא מסמך בינלאומי שיסדיר את הסוגיה בשלמותה, כפי שאין פרקטיקה מדינתית ארוכת שנים שתבסס את המשפט הבינלאומי המנהגי.¹⁶ היעדרו של הסדר כולל מותר מספר נקודות שנויות במחלוקת, ובראשן חסינות המדינה הזרה מפני תביעות נזיקיות, כאשר הנזק נגרם עקב פעולה שלטונית, ובמיוחד כאשר פעולה שלטונית זו חורגת מסמכות המדינה על פי הדין הבינלאומי. כך, פסק בית הדין הגבוה לצדק של האיחוד האירופי כי אין הסכמה בדבר חסינות המדינה הזרה מפני תביעות אזרחיות נזיקיות בגין עינויים.¹⁷ מחלוקת נוספת נסבה על השאלה אם מדובר בחסינות מהותית או דיונית. יש התומכים בגישה שאין לבית המשפט סמכות שיפוטית לדון במעשי המדינה, ואז מדובר בחסינות מהותית. מנגד, יש הטוענים כי מדובר בסך הכול ב"מחסום דיוני" ואז מדובר בחסינות מהסוג הדיוני. לעתים קרובות אין להבחנה זו משמעות של ממש, מכיוון שגם אם המדינה תוותר על חסינותה הדיונית, בית המשפט יכול להכריע כי אין מדובר בנושא שפיט מבחינה מוסדית.¹⁸ למרות המחלוקת נראה שקיימת הסכמה בינלאומית על העקרונות המרכזיים, הסכמה שצפויה לקבל בקרוב גם עיגון רשמי בינלאומי.¹⁹

החסינות המוחלטת והחסינות היחסית חולשות על הריבון הזר ועל נציגים דיפלומטיים. באשר לארגונים בינלאומיים, החליפה החסינות הפונקציונלית (או העניינית) את מקומן המושגי של החסינות הדיפלומטית המוחלטת והיחסית. חסינות זו נועדה להעניק הגנה לארגון בינלאומי בפעולות הנחוצות למילוי אחר מטרותיו. בהגדרה זו – הפונקציונלית – טמון גם גבול החסינות: היא מוענקת לארגון לשם הגשמת מטרותיו, ואינה חלה כאשר מדובר בפעולות שאינן קשורות למטרות אלה.²⁰

מטרות הארגון בדרך כלל ייקבעו על ידי המדינות החברות באמנה המקימה את הארגון ובמקרה של האו"ם, לפי חוות דעתו של המזכ"ל. לרוב יהיה מדובר במטרות שהמדינות הריבוניות

14 ש, ש, ש.

15 *The Foreign Sovereign European Convention on State Immunity (ECSI) (1972)* (האמנה האירופית); *Immunities Act of 1976, 28 U.S.C § 1602-1611 (1982) (FSIA)* (חוק פדרלי של ארצות הברית); 1978 *State Immunity (SIA)* (החוק הבריטי).

16 באחרונה נעשים מאמצים רבים להגיע להסכמה בסוגיה, במיוחד על ידי ועדת המשפט הבינלאומי של האו"ם. ראו: Fox, לעיל ה"ש 11. אמנם ישנן אמנות המענגות את החסינות הדיפלומטית והקונסולרית, אך לא ניתן לראות בהן מקור נורמטיבי לחסינות המדינות, הואיל והן מתמקדות בנציגי המדינות הזרות בלבד ולא במדינה הזרה עצמה. לדיון נרחב באמנות אלו ראו רובי סיבל, **משפט בינלאומי** (תשס"ג-2003) 311-333.

17 *Al-Adsani v. UK [ECHR] Application 35753/97, Judgment of 21 November 2001. Para. 66*

18 סיבל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 251.

19 ב-16.12.2004 אימצה האסיפה הכללית את הטיוטה שהכינה הוועדה לאמנת החסינויות וכעת האמנה פתוחה לחתימת המדינות החברות עד ינואר 2007. ראו: *United Nations Convention Jurisdictional Immunities of Their State and Property (16.12.2004)*. לצפייה בהחלטה ובנוסח האמנה ראו: daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/54/PDF/N0447854.pdf?OpenElement

לניתוח סעיפי האמנה ראו: D.P Stewart, *Current Development: The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 99 *A.J.I.L.* 194 (2005)

20 Bruno Simma, *The Charter of The UNITED NATIONS - A Commentary*, 1317 (2002)

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראלי נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ם) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארט דין ב(2) (התשס"ה) 143

החברות בו לא יוכלו לבצע בעצמן או במטרות שהארגון הבינלאומי יוכל לבצע באופן יעיל יותר.²¹ חשוב לציין, החסינות העניינית לא נועדה לשרת את מטרותיהם הפרטיות של חברי הארגון או אף של הארגון עצמו.²² בפרשת **פעול**, למשל, היה יכול פעול לטעון כי הקמת פאב בבניין איננה משרתת את מטרות אונטס"ו, ולכן נזק שנגרם בעקבותיה אינו מוגן באמצעות החסינות.²³

בבסיס החסינות הפונקציונלית מונח הרצון ליתן עצמאות לארגון בינלאומי והגנה מפני הממשלה המקומית, מתוך הכרה שבלעדי עצמאות זו לא תהיה לארגון הבינלאומי אפשרות למלא את חובותיו ואחריותו כלפי המדינות החברות בו.²⁴

פעילויות הארגונים מבוססות בדרך כלל על משאבים שמקורם במדינות החברות. פעולה משפטית של אחת המדינות נגד הארגון מהווה פגיעה בארגון ופגיעה במדינות האחרות החברות בו והממנות אותו. ניתן לטעון כי פעולה כזו מהווה ניסיון להשפיע, שלא כראוי, על התנהלות הארגון. יתרה מזו, אם תותר פעולה מדינתית נגד הארגון, הוא יתקשה להתמודד עם ההבדלים המהותיים בין מערכות החוקים השונות ברחבי העולם. להמחשה, בתחום יחסי ההעסקה, המבוססים על דיני עבודה, הדינים שונים ממדינה למדינה. ההבדלים אלה עלולים לאלץ את הארגון לפעול לפי נוהלי העסקה שונים בכל מדינה ספציפית, והדבר עשוי לפגוע בהתנהלותו היום-יומית.²⁵

הגדרתם של גבולות החסינות הפונקציונלית חשובה לכל ארגון בינלאומי הפועל, מטבע הדברים, בשטחה של מדינה ריבונית, אך דומה כי חשיבותה רבה במיוחד לאו"ם, הפועל בעולם כולו. נפנה כעת לשרטוט תמציתי של תפקידי האו"ם – שלשם מילויים הוענקה לו החסינות – ונרחיב על המקורות לחסינות האו"ם במשפט הבינלאומי והישראלי.

ג. חסינות האו"ם

1. מעמדו של האו"ם במשפט הבינלאומי – רקע כללי

ארגון האו"ם הוקם לאחר מלחמת העולם השנייה, בשנת 1945, על ידי המדינות הדמוקרטיות.²⁶ הארגון הוקם מתוך הכרה שבלא ארגון המאוחד בין כל המדינות בעולם, עלולים להישנות אירועי שתי מלחמות העולם. המטרה העיקרית של הארגון, המעוגנת בסעיפי מגילת האומות המאוחדות,²⁷ היא להבטיח את השלום והביטחון הבינלאומיים, תוך נקיטת אמצעים קולקטיביים יעילים להתמודדות

²¹ Peter Bekker, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, 158 (1994)

²² **מגילת האומות-המאוחדות, הערות ומסמכים, נוסח ועידת סן-פרנסיסקו 1945** (תשס"ג-2003), 210.

²³ טענה ברוח זו הועלתה על ידי פעול בהליך המוקדם, בשי"א (י-ם) 4262/04 **פעול נ' UNTSO**, תק-מח 2004 (2) 258,3259 (2005).

²⁴ A. A. Faruggia, *Boimah v. United Nations General Assembly: International Organizations Immunity Is Absolutely Not Restrictive*, 15 *Brook. J. Int'l L.* 497, 502 (1989)

²⁵ שם, שם. ראו גם: (S.D.N.Y 1994) 841 F. Supp. 531 : *De Luca v. United Nations*

²⁶ לתיאור היסטורי של הקמת הארגון ראו: www.un.org/aboutun/history.htm

²⁷ לעיון במגילת האו"ם ראו: www.un.org/aboutun/charter

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (נ-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

עם האיום על השלום.²⁸ מטרה משנית הנה להביא לידי שיתוף פעולה בינלאומי בתחומים כלכליים, סוציאליים והומניטריים. יש הטוענים כי האו"ם הצליח להשיג את מטרתו האחרונה טוב יותר מאשר לשמור על השלום. כדי למלא מטרות אלה, האו"ם חייב לפעול בתוך המדינות החברות בו. האו"ם פועל לפי המסגרת שמתווה מגילת האומות המיוחדות, באמצעות אורגנים כגון אונטס"ו ולעתים באמצעות סוכנויות מיוחדות.²⁹

הארגון ממומן על ידי המדינות החברות בו, על פי יכולתן הכלכלית.³⁰ לפי מגילת האו"ם, המדינות אף חייבות לממן את ההוצאות המיוחדות הכרוכות בפעילות סוכנויותיו במדינות השונות.³¹ לפיכך, כל פעולה משפטית מקומית נגד הארגון שיש בה משום חיוב הארגון בתשלום, מהווה למעשה חיוב כלל המדינות החברות – ובכלל זה מדינת הפורום – לשאת בנטל.

זמן קצר לאחר הקמת האו"ם עלתה השאלה, אם לאו"ם כארגון יש אישיות משפטית בינלאומית, כמו לנשאי זכויות וחובות אחרים במשפט הבינלאומי.³² מחברי המגילה ענו על שאלה זו בשלילה, וזאת כדי שלא להבנות את האו"ם כ"מדינת עלי".³³ לעומת מחברי המגילה, נתן בית הדין הבינלאומי לצדק, תשובה חד-משמעית הפוכה על שאלה זו; האו"ם הוא בעל אישיות בינלאומית משפטית, שאם לא כן, לא יוכל האו"ם למלא את תפקידיו.³⁴ לדעת בית הדין, ההסדר המעוגן באמנה בדבר זכויות יתר וחסינות לאומות המיוחדות³⁵ (להלן: אמנת החסינות), יתאפשר רק אם יהיה לאו"ם מעמד משפטי עצמאי.³⁶ משמעות ההחלטה הנה שהאו"ם יכול לפתוח בהליכים משפטיים, הן

²⁸ י' דינשטיין המשפט הבינלאומי האל מדינתי (תש"ט-1979), 39 (להלן: דינשטיין, המשפט הבינלאומי).

²⁹ לרשימה מלאה של האורגנים והסוכנויות של האו"ם ראו: www.un.org/aboutun/chart.html.

³⁰ סעיף 17 למגילת האומות המיוחדות, לעיל ה"ש 27, שזו לשונו:

1. The General Assembly shall consider and approve the budget of the Organization.
2. The expenses of the Organization shall be borne by the Members as apportioned by the General Assembly.
3. The General Assembly shall consider and approve any financial and budgetary arrangements with specialized agencies referred to in Article 57 and shall examine the administrative budgets of such specialized agencies with a view to making recommendations to the agencies concerned.

³¹ לפי סעיף 19 למגילת האו"ם, מדינה שלא תישא בעלות התשלום, תאבד את זכות ההצבעה בעצרת הכללית. בית הדין הבינלאומי לצדק קבע כי סעיף זה מחייב, אם כי, בסופו של דבר, בפועל סעיף זה אינו מוחל. ראו דינשטיין, המשפט הבינלאומי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 45, וראו פסיקת בית הדין: *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)* [1962] I.C.J Reports 151, 179-80; לתקציר ההחלטה ראו:

www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/iceunsummary620720.htm

³² עם זאת, סעיף 104 למגילה קובע כי לאו"ם יש כשרות משפטית פונקציונלית בבתי משפט מקומיים.

³³ Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 61.

³⁴ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* [1949] I.C.J Reports 174

לתקציר ההחלטה ראו:

www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/iisunsummary490411.htm

³⁵ אמנה בדבר זכויות יתר וחסינות לאומות המיוחדות, כ"א 6, כרך 1, עמ' 75. האמנה נחתמה בשנת 1946 ונכנסה לתוקפה ב-1949 (להלן: אמנת החסינות).

³⁶ לעיל ה"ש 34. הואיל והאמנה היא שתאפשר לתת הגנה לפקידי האו"ם, החיונית למילוי תפקידו של הארגון, הרי כדי לממש על הארגון להיות בעל מעמד עצמאי של אישיות משפטית כדי שיוכל לתפקד בזירה הבינלאומית. מעמד זה, הדומה למעמדה של מדינה בזירה הבינלאומית, יאפשר לארגון להגן על פקידיו, באותו אופן שבו מדינה יכולה להגן על פקידיה הרשמיים הפועלים במדינות אחרות.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (נ-4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

במישור הבינלאומי והן במישור הפרטי, לשם הגנה על זכויותיו. האם באותה מידה ניתן לפתוח בהליכים נגד האו"ם? לשאלה זו נפנה כעת.

2. הבסיס המשפטי לחסינות האו"ם

הוראות החסינות בנוגע לאו"ם מעוגנות באמנת היסוד שהקימה אותו, היא מגילת האו"ם.³⁷ הוראות דומות קיימות גם באמנות היסוד של הסוכנויות המיוחדות של האו"ם.³⁸

הצורך בעיגון סוגיית החסינות במגילה עלה בעקבות הבלבול שחל בהחלת החסינות הדיפלומטית על נציגי ארגונים בינלאומיים, בתקופה שלפני הקמת האו"ם. הצורך בחסינות היה חריף במיוחד במקרים שבהם נציגי ארגון בינלאומי כיהנו בארץ אחרותם, שכן היו נתונים ללחצים מוגברים מחשש לרדיפה משפטית מקומית. עם זאת, החסינות הדיפלומטית הרחבה פתחה פתח לניצול לרעה (בעיקר בנוגע לפעילות פרטית)³⁹ ומבחינה עיונית ההצדקה לקיומה לא חלה, שכן לארגון בינלאומי אין ריבונות (שעליה כאמור מגנה חסינות דיפלומטית). לפיכך בחרו המנסחים של המגילה לאמץ את החסינות הפונקציונלית המצומצמת יותר ולא את החסינות הדיפלומטית הרחבה.⁴⁰ בחירה זו איזנה בין הצורך להגן על נציגי האו"ם (או ארגון בינלאומי אחר) ששירתו בארצות מוצאם ובין הצורך למנוע ניצול לרעה של החסינות כשמדובר בפעולות פרטיות לא חוקיות.

מגילת האומות המאוחדות קובעת בסעיף 105⁴¹ כי הארגון ונציגיו ייהנו מזכויות יתר ומחסינויות הדרושות למילוי מטרותיו. סעיף זה מאזן בין האינטרסים של המדינה המארחת המקומית לבין האינטרסים של האו"ם, וכפועל יוצא, בין האינטרסים של המדינה המארחת ובין האינטרסים של שאר המדינות החברות בארגון. חסינות זו חלה אך ורק על פעולות הקשורות למטרות

³⁷ לעיל, ה"ש 22. בשלב הראשוני היו 50 מדינות חתומות על האמנה שהוכנה במשותף על ידי נציגי ארצות הברית, בריטניה, ברית המועצות וסין מתוך מטרה להניח יסודות לארגון בינלאומי חזק שיפעל למען שלום עולמי וימנע הישנות מעשי הזוועה שאירעו בשתי מלחמות העולם. ראו: J.L. Czernsky, COMMENT: The United Nations' Paradox: The Battle between Humanitarian Intervention and State Sovereignty, 41 *Duq. L. Rev.* 391, 392 (2003).

³⁸ August Reinisch, *International Organizations Before National Courts*, 140 (2000).

³⁹ Charles N. Brower, *International Immunities: Some Dissident Views on the Role of Municipal Courts*, 18 *Va. J. Int'l. L.* 41 (2000).

⁴⁰ Veronica L. Maginnis, Note: *Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned From the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, 28 *Brooklyn J. Int'l L.* 989, 1011 (2003).

⁴¹ לנוסח העברי ראו לעיל ה"ש 22, בעמ' 208-210. להלן הנוסח המקורי:

1. The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.
2. Representatives of the Members of the United Nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connexion with the Organization.
3. The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "האר"ת דין ב(2) (התשס"ה) 143

הארגון,⁴² בכפוף לכך שלא מדובר בפעילות החורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני או הנוגדת בבירור את עקרונות הצדק המקובלים במשפט הבינלאומי.⁴³

לדעת האו"ם, הסעיף נותן ביטוי לעיקרון הבסיסי שמדינה חברה אינה רשאית לפעול באופן שיהיה בו כדי להכשיל את פעולות האו"ם, ואל לה לנקוט אמצעים העלולים להכביד על הארגון מבחינה כלכלית או מכל בחינה אחרת.⁴⁴ יש הטוענים כי עיקרון זה היווה כר נרחב לטענות לא מוצדקות של הארגון לחסינות במשפט המקומי.⁴⁵ יש הטוענים עוד שאין בהוראות המגילה כדי להעניק הגנה לעובד של האו"ם המתפקד בארצו מפני כל תביעה בערכאה מקומית.⁴⁶ יש לציין כי סעיף 105 מהווה בסיס אפשרי לדיון המשפטי בשאלת חסינות האו"ם הן בערכאות משפטיות מקומיות והן בערכאות משפטיות בינלאומיות.⁴⁷

בנוסף למגילה, חסינות האו"ם מעוגנת באמנת החסינויות משנת 1946.⁴⁸ ניתן לראותה כחסדרה מפורטת יותר של העקרונות הקבועים במגילה.⁴⁹ מחד גיסא, יש הגורסים כי האמנה אינה מוסיפה דבר על המגילה,⁵⁰ ומאידך גיסא ישנה תפיסה, שהאמנה מעניקה לאו"ם חסינות רחבה וגורפת מזו המוענקת במגילה,⁵¹ במיוחד במישור האזרחי.⁵² לדעתנו, יש באמנה דווקא אלמנט המצמצם את

42 Simma, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1317.

43 זאת ניתן להקיש מעמדתו של האו"ם בנוגע לפעולתו של מפקד כוחות שלום, בעיקר בנוגע לתפיסה של בתים ללא הסכמת הבעלים. ראו: Daphna Shruga, Current Development : UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility, 94 *A.J.I.L.* 406, 411 (2000).

44 הארגון טוען, למשל, כי הטלת מס על נכסיו, בכל אופן שהוא (לרבות תשלום מס על קבלת שירותי אחזקה) נוגדת עיקרון בסיסי זה ואת ההסדרים הנובעים ממנו. ראו: *United Nations Juridical Yearbook* 470 (1992).

45 בין שהיה מדובר בהתנהלות פנימית של הארגון במדינה המארחת (כגון דיני עבודה) או בהתנהלותו כלפי גורמים חיצוניים.

Michael Singer, Article: Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns, 36 *Va. J.Int'l L.* 53, 84-88 (1995)

46 לפי טיעון זה, המגילה מחייבת, לכל היותר, פנייה מצד המדינה החברה לאו"ם לשם בירור אם עומדים להינקט הליכים משפטיים נגד אותו עובד מקומי, וכן אם יהיה בפעולה משפטית של המדינה המקומית כדי לפגוע בעצמאות אותו עובד מקומי. יש לציין כי המחבר מדגיש שזו אפשרות תיאורטית בלבד. Benedetto Conforti, *The Law and Practice of the United Nations*, 117 (1996).

47 פרשת פעול, לעיל ה"ש 2, סעיף 8. בארצות הברית ראו: *Westchester County v. Ranollo* 187 Misc.777;67 (1946) N.Y.S.2D 31. לשימוש בבית הדין הבינלאומי בסעיף זה ראו: *Difference Relating To Immunity From Legal Process of A Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* [1999] I.C.J Reports para. 62. (המכונה: עניין Cumaraswamy).

48 לעיל ה"ש 35. כמו כן ישנם מעמד וחסינות לסוכנויות מיוחדות של האו"ם ולסוכנות לאנרגיה האטומית. ראו:

Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, approved by the General Assembly Nov. 21, 1947, 33 UNTS 261. Agreement on the Privileges and Immunities of the International Atomic Energy Agency, July 1, 1959, 374 UNTS 147.

49 סיבל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 115.

50 Singer, לעיל ה"ש 45, בעמ' 84.

51 ע"א (י-ם) היועמ"ש נ' פעול, תק-מח 2004(4), 108, סעיף 5.

52 לפי סעיפים 2, 3, 5 ו-7 לאמנת החסינויות, לעיל ה"ש 35. לאו"ם נתונה הגנה משפטית הן מפני הוצאה לפועל של רכושו ונכסיו, הן מפני מגבלות של פיקוח מטבע מקומי והן מפני מיסוי מקומי. יש הטוענים כי חסינות זו באשר למשאבים ולרכוש היא חסינות מוחלטת. ראו: W.G. Sharp Sr, Symposium: The United Nations, Regional

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ"י האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ"י UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

הוראות המגילה ומתבטא בחובת מזכ"ל האו"ם לוותר על חסינות הארגון או נציגיו במקרים שבהם יהיה בה כדי להכשיל עשיית צדק, בכפוף לאינטרסים הלגיטימיים של הארגון.⁵³ יתרה מזו, כדי להדגיש את גבולות ההטבות הניתנות לארגון ולנציגיו, האמנה מחייבת את האו"ם לשתף פעולה כדי למנוע ממנו לנצל לרעה את החסינות, הן במישור האזרחי והן במישור הפלילי.⁵⁴

עמדת האו"ם בעניין היחס בין אמנת החסינויות למגילת האו"ם, הנה כי יש לפרש את הוראות האמנה ברוח עקרונות המגילה, וכי במקרה של ספק יש להטות את הכף לכיוון הענקת החסינות הפונקציונלית.⁵⁵

לצד המשפט ההסכמי, המשפט הבינלאומי עשוי להכיר בחסינות מנהגית, ועל כן יש לבחון גם את מעמדה.⁵⁶ לפי גישה אחת, החסינות אינה כלל שאין להתנות עליו, ולפיכך לאו"ם חסינות פונקציונלית לפי ההסדרים הבינלאומיים ההסכמיים שעיצבו את חסינותו. לפי גישה אחרת, מדובר בכלל המוגדר כ-"*jus cognens*" (עיקרון קוגנטי) שממנו אסור למדינות לסטות גם על פי אמנות והסכמים.⁵⁷ לפי גישה זו, מפאת חשיבותה הרבה של חסינות האו"ם זוכה היא להגנה קוגנטית, ולכן לא ניתן לצמצמה באמצעות משפט הסכמי, ובראיית המשפט הבינלאומי אף לא באמצעות חקיקה מדינתית. לפי גישה שלישית, למגילת האו"ם מעמד עליון (כאמנה הסכמית שמקובל לראותה כבסיס למשפט הבינלאומי), ולפיכך לא ניתן לטעון כי ישנם עקרונות משפט מנהגי שייחשבו עליונים ממנה.⁵⁸ לפי פרשנות מסוימת לגישה זו, בכוחן של אמנות ליצור את המשפט המנהגי, ומשכך מעמדן שווה לשלו.⁵⁹ אמנה תהווה ברבות הזמן משפט מנהגי, לפי גישה זו, אם: מספר רב של מדינות חתומות על האמנה ופועלות לפיה; מרבית המדינות בעלות העניין (בסוגיה המוסדרת באמנה) הן צד לה; והיא אינה מאפשרת הסתייגויות.⁶⁰ כיוון שרוב מוחלט של מדינות העולם חתומות על אמנת החסינות, ניתן לטעון כי אף היא מהווה משפט מנהגי בינלאומי. זאת על אף הסתייגויותיהן של מדינות מעטות מכמה

Organizations, And Military Operations: Article: Protecting the Avatars of International Peace and Security, 7 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 93,128 (1996)

יש הרואים בכך ביטוי לגישה הפונקציונלית. Maginnis, לעיל ה"ש 40, בעמ' 1018. 53

סעיף 21 לאמנת החסינויות, לעיל ה"ש 35, וראו גם: Jan Klabbbers, Introduction To International Institutional Law, 158 (2002). 54

ראו מסמך רשמי שהועבר לנציגי האו"ם בפברואר 2000 מהמחלקה המשפטית של הארגון: *United Nations Juridical Yearbook* (2000) 32. מדובר בעניין שנגע להחרמת רכוש של ארגון UNICEF לאחר שבית משפט במדינה מסוימת פסק שהארגון חב כספים לרופא מקומי (שם המדינה לא פורסם בנייר העמדה). ראו אתר האו"ם: www.un.org/law/UNJuridicalYearbook/texts/2000_extract_legalopinions.pdf. 55

י' דינשטיין, **המשפט הבינלאומי והמדינה** (תשל"א-1971), 38-43. 56

M.N. Shaw, *International Law*, 117-119 (5th ed. 2003). 57

דינשטיין, לעיל ה"ש 56, בעמ' 42. 58

G.L. Scott, C.L. Carr, *Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law*, 25 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 71, 72.(1996). 59

שם, בעמ' 93. 60

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

סעיפים באמנה, שכן הסתייגויות אלו אינן נוגעות במישרין לעניין החסינות המשפטית.⁶¹ לפי תפישה זו, ככל שקיים משפט מנהגי, הרי היקפו שווה להיקף המשפט ההסכמי.

3. קליטת חסינות האו"ם במשפט הישראלי

חסינות האו"ם הוכרה בישראל בכמה הסדרים סטטוטוריים. ההסדר הבסיסי הנו פקודת החסינויות וזכויות היתר של האומות המאוחדות, 1947.⁶² הפקודה באה להסדיר חסינויות וזכויות יתר מסוימות לאו"ם ולעובדיו. יש הלומדים מכותרתה של הפקודה בכלל, ומהביטוי "מסוימות" בפרט, כי לא מדובר בחסינות מוחלטת, אף לא בנוגע למעשים שבוצעו מתוקף התפקיד הרשמי.⁶³ פרשנות אפשרית אחרת היא שחסינות עובדי האו"ם היא חסינות פונקציונלית בלבד, ואינה חלה על מעשים שנעשו מחוץ לתפקיד, או בטרם נהפך העושה לעובד האו"ם.⁶⁴ אמנם ניתן לטעון שיש בצמצום זה של החסינות כדי לשבש את עבודתו של עובד האו"ם, שכן יהיה עליו להתמודד עם הליכים משפטיים, אולם קשה להצדיק הענקת חסינות גורפת יותר, בגלל אופייה הבעייתי בלאו הכי של חסינות הארגון.⁶⁵ גישות אלו תואמות את העמדה לפיה נדרש עיגון נורמטיבי של חסינות האו"ם כדי להתמודד עם ההתעלמות, המשפטית המקומית, מחשיבותה לשם מימוש מטרות הארגון. אי ההכרה בהצדקה לחסינות זו נתפסת כאחד המכשולים המרכזיים של האו"ם במילוי המשימות המוטלות עליו.⁶⁶ הפקודה מעניקה לשר החוץ סמכות להתקין צו שבו יפורט היקף החסינויות המוענקות לארגון ולעובדיו. השר השתמש בסמכותו וקבע בצו⁶⁷ כי לאו"ם תהיה "חסינות מפני תביעה לדין ותביעה משפטית". עם זאת הצו מדגיש כי החסינות תינתן לשם השגת תכליות האו"ם.⁶⁸

⁶¹ כאמור על מגילת האו"ם חתומות כל המדינות החברות בו (191 מדינות, לעיל ה"ש 27) ואילו על אמנת החסינויות, לעיל ה"ש 35, חתומות 141 מדינות. לפירוט המדינות החברות וההסתייגויות מהאמנה, ראו:

<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIII/treaty1>. בקהילה המשפטית הבינלאומית קיימות שתי גישות, האחת טוענת כי גם אם ישנה אפשרות להסתייג מהאמנה, היא בכל זאת מהווה, בתנאים מסוימים, משפט מנהגי (כשאין מדובר בהסתייגויות מרובות או כאלו המבטלות למעשה את תוקף האמנה) ואילו השנייה גורסת כי כל אמנה שמאפשרת הסתייגות כלשהי (בלא קשר למהות ההסתייגות או למספר ההסתייגויות) אינה יכולה לקבל מעמד של משפט מנהגי.

ראו: Scott & Carr, לעיל ה"ש 59, בעמ' 92.

⁶² פקודת החסינויות וזכויות היתר של האומות המאוחדות, 1947, ע"ר 1947, תוס' 1 (ע) 135, (א) 164.

⁶³ פרשת פעול, לעיל ה"ש 2. ניתן לומר, שבית המשפט רומז כבר בבחינת המתווה הנורמטיבי על ההבחנה שעליה תבוסס הכרעתו, כלומר ההבחנה בין חסינות מוחלטת לחסינות יחסית.

⁶⁴ סיבל, לעיל ה"ש 16, עמ' 116. גישה זו תואמת את העמדה הרשמית של ארגון האו"ם, שניתנת חסינות רק אם מדובר בפעולה שבוצעה במסגרת התפקיד. חשוב לזכור כי לא תמיד תהיה ברורה מהותן של פעולות אלו. ניתן, למשל, להעניק חסינות פונקציונלית מפני תלונה פלילית על תקיפה. ראו: *United Nations Juridical Yearbook* (1999) 51-53 כמופיע באתר האו"ם:

www.un.org/law/UNJuridicalYearbook/texts/1999_extracts_legalopinions.pdf

⁶⁵ זאת במיוחד מאחר שהדגש הוא שהחסינות היא פונקציונלית בלבד. לפיכך כל סטייה ממתחם הפונקציונליות נחשבת כלא מוצדקת, אף שלעתים יהיה במגבלות אלו כדי להקשות מאוד את תפקודו של עובד הארגון.

⁶⁶ ראו החלטת העצרת הכללית: *A/RES/47/28. Respect for the Privileges and Immunities of Officials of the United Nations of 25.11.1992, Art.9*, להחלטה המלאה ראו: www.un.org/documents/ga/res/47/a47r028.htm

⁶⁷ צו החסינויות וזכויות-היתר של האומות המאוחדות, 1947, ע"ר, 1947, תוס' 2, (ע) 816, (א) 1004.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

בנוסף לחסינות המוקנית מכוח הפקודה, חוקק המחוקק הישראלי את חוק חסינויות וזכויות (ארגונים בין-לאומיים ומשלחות מיוחדות), התשמ"ג-1983,⁶⁹ המתווה מסגרת נורמטיבית כללית לחסינויות של ארגונים בינלאומיים, וקובע הסדרים דומים לאלו שנקבעו בפקודה ובצו האמורים. באחרונה הוצע לתקן את החוק ולאפשר לשר החוץ להרחיב את היקף החסינות הניתנת לארגון בינלאומי, ובכלל זה את החסינות הניתנת לנכסיו מפני הליכים משפטיים אזרחיים.⁷⁰ מגמה זו מתיישבת עם גישתו של בית המשפט בפרשת **פעול**, שבבסיס הארה זו.

כאמור, מקור אפשרי נוסף לחסינות האו"ם יונק כוחו מעקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי. יש הטוענים שגם אם לארגונים בינלאומיים אחרים אין חסינות במישור האזרחי,⁷¹ הרי לאור ההתפתחות היסטורית של האו"ם ותפקידו הייחודי כלפי המדינות החברות בו, נהנה האו"ם מחסינות פונקציונלית.⁷² כידוע, המשפט המנהגי נקלט בישראל מאליו, בהיעדר חקיקה מפורשת סותרת, ועל כל פנים יש לפרש חקיקה פנימית כמתיישבת עם עקרונותיו.⁷³ בית המשפט הישראלי העדיף שלא להסתמך על המשפט המנהגי, שאותו חשב "מעורפלי", באומרו כי אם קיים הסדר חקיקתי הנובע מהמשפט הבינלאומי הסכמי, שישראל מחויבת על פיו, והסדר זה הוא חד-משמעי וספציפי, יש להעדיפו על פני המשפט המנהגי שתוכנו אינו ברור דיו.⁷⁴

4. חסינות פונקציונלית – הזווית המוסדית

לגופו של עניין מצא בית המשפט כי ההסדר הישראלי, בעקבות המשפט הבינלאומי ההסכמי, מעניק הגנה פונקציונלית בלבד. בקובעו זאת, מתעוררת השאלה המוסדית: איזהו המוסד המוסמך לקבוע, במסגרת ההליכים המשפטיים האזרחיים, כי פעולת האו"ם נכללת בהגדרת "מעשה במסגרת התפקיד", ואז נהנית מחסינות פונקציונלית? לעניין זה קיימות שלוש אפשרויות:

1. מזכ"ל האו"ם או מי מטעמו הם שיכריעו אם הפעולה נעשתה במסגרת תפקידו הרשמי של הארגון.⁷⁵ בית הדין הבינלאומי הגבוה לצדק פסק, כי ערכאה מקומית תוכל שלא לפעול לפי

68 שם, סעיף 3.

69 ס"ח תשמ"ג, 124.

70 תזכיר חוק חסינויות וזכויות יתר (ארגונים בין-לאומיים ומשלחות מיוחדות) (תיקון מס' 1), התשס"ד-2004 (העתק מהתזכיר נמצא במערכת). בסעיף 12 לתזכיר הצעת החוק נקבע שיש להדגיש במיוחד את מתן ההגנה לנכסי הארגון (אף שאין תיאור פרטני של הנכסים הללו, סביר שמדובר במבנים, חשבונות בנק, כלי רכב וכו...) מפני הליכי הוצאה לפועל.

71 Fenner W. Henderson, *How Much Immunity for International Organizations ?*: *Mendaro v. World Bank*, 10 N.C.J Int'l L. & Com.Reg. 487, 495 (1985).

72 Singer, לעיל ה"ש 45, בעמ' 84.

73 כלל זה מכונה "חזקת ההתאמה הפרשנית". ראו בפסיקה: בג"ץ 2599/00 ית"ד נ' **משרד החינוך** פ"ד נו(5) 843, 846 (2002). ראו גם: Ruth Lapidoth, *The Expulsion of Civilians from Areas Which Came Under Israeli Control in 1967: Some Legal Issues*, 2 EJIL 97, 103 (1990).

74 היועמ"ש נ' פעול, לעיל ה"ש 51, בסעיפים 5-6.

75 Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 174. האו"ם מבקש, למשל, מבתי המשפט בארצות הברית לקבל את אישורו של המזכ"ל בעת כוונה לפתוח בהליכים פליליים או אזרחיים נגד בעלי תפקידים במשרדי ההנהלה של הארגון. ראו: *United Nations Juridical Yearbook* (1993) 408.

חוות דעתו של המזכ"ל רק במקרים קיצוניים במיוחד.⁷⁶ יש התומכים בגישה מתמירה יותר, שאין להעניק לבית משפט מקומי כל אפשרות לסטות מחוות דעתו של המזכ"ל, כיוון שסטייה מקומית נוגדת את האמנה ואת הוראות המגילה. אולם חשוב לציין, שגם לפי גישה זו, קביעת המזכ"ל אינה סוף פסוק והמדינה יכולה לערער עליה לפני בית הדין הבינלאומי לצדק.⁷⁷ עם זאת, בפועל, בתי משפט מקומיים אינם מעניקים משקל מכריע לחוות דעתו של המזכ"ל ופועלים על פי האפשרות השלישית להלן.⁷⁸

2. הרשות המבצעת (כלומר שר החוץ), היא שתכריע בשאלה, ועל פי חוות דעתה יפסוק בית המשפט. השר יכול, למשל, להמליץ לבית המשפט להסיר את החסינות רק אם הנפגע הוכיח כי לא ניתנה לו אפשרות נאותה לקבל פיצוי עבור הנזק שנגרם לו.⁷⁹ אפשרות זו מתחשבת בהשלכות המדיניות של ההחלטה לפתוח בהליך משפטי נגד האו"ם.⁸⁰ במקרים רבים בתי המשפט המקומיים יירתעו מעימות ישיר עם הרשות המבצעת אם היא תבקש להעניק חסינות לארגון בינלאומי בו חברה המדינה.⁸¹ עמדת האו"ם הרשמית היא, כי הרשות המבצעת בכל מדינה חברה אחראית לוודא כי לא יינקטו כל פעולות משפטיות נגד הארגון כל עוד לא הסיר המזכ"ל את החסינות.⁸²

3. בית המשפט המקומי הוא שיכריע בשאלה על פי הנהוג במדינות העולם ועל פי התקדימים המקומיים. במסגרת זו, יפנה בית המשפט גם לפסיקה בנושא חסינות הריבון הזר.⁸³ נדגיש כי המשמעות אינה תמיד כי תוענק לנציגי האו"ם (או לארגון עצמו) חסינות יחסית (כמו זו של ריבון זר); ישנה אפשרות כי בית המשפט יבחר במודל החסינות הפונקציונלית וכיכריע האם מדובר בפעילות במסגרת התפקיד או חריגה ממנו.

⁷⁶ Cumaraswamy, לעיל ה"ש 47, בפסקה 61. כלשונו של בית הדין: "When national courts are seized of a case in which the immunity of a United Nations agent is in issue, they should immediately be notified of any finding by the Secretary-General concerning that immunity. That finding, and its documentary expression, creates a presumption which can only be set aside for the most compelling reasons and is thus to be given the greatest weight by national courts"

⁷⁷ ראו: P.H.F Bekker, *Advisory Jurisdiction-Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations -- Immunity from Legal Process of Expert on Mission Appointed by UN Commission on Human Rights*, 93 A.J.I.L 913, 920, (1999) (להלן: מאמרו של בקר).

⁷⁸ Rawski, לעיל הערה 5, בעמ' 113.

⁷⁹ זו הייתה, למשל, עמדתו של משרד החוץ במקסיקו כלפי עובדת מקומית של נציבות הפליטים של האו"ם (UNHCR) ראו: United Nations Juridical Yearbook (1989) 395.

⁸⁰ האפשרות נובעת מפרשנות רחבה של הסמכויות המעוגנות בפקודת החסינויות, לעיל ה"ש 62. ראו גם פסיקתו של בית משפט האמריקני בדבר סמכותו של שר החוץ להכריע בשאלת החסינות בקשר לאו"ם: Curran v. City of N.Y., 191 Misc. 229, 77 N.Y.S.2d 206 (N.Y. Sup. Ct. 1947)

⁸¹ Singer, לעיל הערה 45, בעמ' 55.

⁸² United Nations Yearbook (1991) 320.

⁸³ פרשת פעול, לעיל הערה 2. האו"ם מתנגד נחרצות לעמדה זו וקובע כי רק המזכ"ל יכול להכריע בשאלת הגדרת גבולות תפקיד נציגי הארגון והחריגה מהם. ראו: United Nations Juridical Yearbook (1995) 404.

בפרשת **פעול**, בית המשפט בחר באפשרות השלישית, כלומר לא פנה למזכ"ל האו"ם או לשר החוץ לשם הכרעה האם החסינות חלה. בית המשפט בחן את השאלה בעיקר על פי התקדימים המקומיים, תוך השוואה למדיניות ביחס לריבון הזר, הנשענת על חסינות יחסית. נראה שאפשר להסביר בחירה זו, שלא לנהוג לפי שתי הגישות הראשונות, בכך שבית המשפט רצה להימנע מפנייה לגורמים חיצוניים שיתערבו בסמכותו השיפוטית ומתוך חשש לתוצאה לא ראויה לאזרח הנפגע. עם זאת, היה על בית המשפט בכל זאת לשקול שילוב של גישות אלו בהכרעתו, תוך שהוא מוודא שבסופו של הליך, האזרח יקבל פיצוי ראוי בגין הנזק שנגרם לו. שילוב זה היה מאפשר פתרון ראוי לנזק שנגרם ובמקביל מאפשר הכרה בתקפות, ולו חלקית בלבד, של חסינות הארגון השונה מחסינות היחסית של הריבון הזר, עליה הסתמך בית המשפט. השוואה, זו בין חסינות האו"ם לחסינות הריבון הזר, לכל הפחות מעוררת קושי, וכעת נבחן את הרציונלים השונים העומדים בבסיס השוואה זו.

ד. חסינות הריבון הזר מול חסינות האו"ם

כאמור, בית המשפט בפסק דין **פעול** סבר כי אין להפלות בין הריבון הזר לבין האו"ם, ובכלל השתלב, אפשר ומבלי משים, במגמה המוכרת במדינות אחרות.⁸⁴ בית המשפט הגיעה למסקנתו על בסיס פרשנות הפקודה והדמיון בין ההסדרים בתוכה להסדרים שנקבעו בפסיקה לגבי החסינות של הריבון הזר וכן על בסיס עקרונות צדק ושוויון עליהם למד מהפסיקה בארה"ב.⁸⁵

הגישה הרואה דמיון בין ארגון בינלאומי לבין מדינה זרה מבוססת על הטענה כי הארגון מייצג קבוצת מדינות ולכן יש להתייחס אליו כמו אל מדינה.⁸⁶ כן יש הטוענים כי כמו המדינות הזרות, כך גם הארגונים הבינלאומיים הרחיבו, בעשורים האחרונים, את תחומי העיסוק והפעילות שלהם במישור המשפט הפרטי-אזרחי. על כן, כפי שהרחבת הפעילות של המדינה הזרה הצדיקה את צמצום חסינותה, והפיכתה ממוחלטת ליחסית, כך מוצדק גם לצמצם את חסינות הארגון הבינלאומי באמצעות הוצאתן של פעולות עסקיות, שאינן קשורות במישרין למטרות הארגון, אל מחוץ לגדרי החסינות הפונקציונלית.⁸⁷

מעניין לראות שגם אלו התומכים בתקפותה של השוואה זו, מדגישים כי אין זהות בין האו"ם לבין הריבון הזר, בגלל שלאוו"ם מהות המייחדת אותו מן המדינות החברות בו. ייחוד זה בולט בעת

⁸⁴ לנטייה של בתי המשפט בעולם, בבואם לקבוע אם במקרה מסוים נהנה האו"ם מחסינות, להשוות בין חסינות זו לחסינות הריבון הזר, ראו: Faruggia, לעיל הערה 24, בעמ' 519.

⁸⁵ סעיף 8 ו-11 לפרשת פעול, לעיל הי"ש 2. בית המשפט מביא לדוגמה את עניין *Ranollo*, לעיל הי"ש 47, ואת ההחלטה בעניין: *Rendall-Speranza v. Nassim*, 107 f. 3d 913 (D.C. Cir. 1997). יצוין כי בעשורים האחרונים נעשו ניסיונות רבים בארצות הברית להחיל השוואה דומה לזו שהחיל בית המשפט. עם זאת לא ברור עד כמה ניסיונות אלו צלחו, כיוון שהממשל מתנגד נחרצות להשוואה שכזו, ותומך בחסינות פונקציונלית בלא קשר למהות הפעולה הנידונה: UN Juridical YearBook_1999, לעיל הי"ש 64, בעמ' 94-95.

⁸⁶ Reinisch, לעיל הי"ש 38, בעמ' 259.

⁸⁷ Singer, לעיל הי"ש 45, בעמ' 57.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

שהאו"ם וארגונו מנסים ליישב סכסוכים אלימים בין מדינות. תפקיד זה דורש מן הארגון לשמור על ניטרליות, עצמאות וחוסר תלות במדינות החברות בו.⁸⁸

מנגד, ישנה גישה הטוענת כי אין להשוות בין הארגון בינלאומי לבין ריבון הזר, וזאת בעיקר משום שלמדינות, אך לא לארגון בינלאומי, יש ריבונות, טריטוריה ואפשרות להדדיות.⁸⁹ כשמדובר בחסינות הריבון הזר, הכוונה היא לאפשר לריבון לפעול מחוץ לשטח הטריטוריאלי שלו מתוך הדדיות בין מדינות.⁹⁰ לעומת זאת, מטרת החסינות הפונקציונלית היא לאפשר לארגון בינלאומי לפעול ביעילות ובניטרליות.⁹¹ נראה שעקרונות אלו חלים במיוחד על האו"ם. יתרה מזו, מבחינה מבנית שונה הארגון הבינלאומי באופן מהותי ממדינה, ושוני זה רלוונטי לעניין אחריות הארגון והפועלים בו, שכן המבנה אמור לשקף היררכיה ארגונית רב-לאומית, ולא אינטרס מדינתי.⁹² קשה להעלות על הדעת מדינה שהמבנה שלה או מטרותיה דומים לאלו של האו"ם. כפי שצוין, עובד של ארגון בינלאומי, המבצע תפקיד בארץ מוצאו, יזכה לחסינות משום שהוא מייצג את הקהילייה הבינלאומית, אך לא ייתכן מצב דומה אצל דיפלומט, שלעולם לא יזכה לחסינות בארץ מוצאו.⁹³ דוגמה זו מתאימה במיוחד לאו"ם, משום ריבוי המצבים שבהם הארגון ממנה מומחים מקומיים לשם דיווח על המצב בארץ מוצאם.⁹⁴

בהתאם לגישה הראשונה שהוצגה, יש להחיל על האו"ם את החסינות המוענקת לריבון הזר, כלומר חסינות יחסית, כפי שעשה בית המשפט בפרשת **פעול**. המבחן הוא של טיב פעילות הריבון הזר, כלומר אם יכול היה אדם פרטי "להיכנס לנעלי המדינה" ולבצע את הפעילות, או שמא מדובר בפעולה ריבונית. מהחלת מבחן זה עשויה להיגזר המסקנה כי פעולות רבות שמבצע האו"ם יכולות להיעשות גם על ידי גוף פרטי. אם אמנם כך הדבר, יזכה האו"ם לחסינות צרה. מצב זה יביא לידי התערבות שיפוטית בפעולות "פרטיות" של האו"ם, שבמהותן דרושות לשם מילוי מטרות ופעולת הארגון. אימוץ מבחן החסינות היחסית כלפי האו"ם עלול אפוא להביא לידי מצב שבו האו"ם (או ארגון מטעמו) הנתון בקונפליקט מסוים עם השלטון המקומי – כמו, למשל, ארגון אונטס"ו האמון על שמירת השקט

88 שם, בעמ' 87.

89 Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 154.

90 Faruggia, לעיל ה"ש 24, בעמ' 502.

91 International Refugee Org. v. Republic S.S Corp. 189 F.2d 858 (4th Cir. 1951).

92 Klabbers, לעיל ה"ש 54, בעמ' 154.

93 שם, בעמ' 153. יש לציין שמדובר באפשרות תיאורטית. כך לדוגמה תזכיר חוק החסינויות, לעיל ה"ש 70, פוסל הענקת חסינות לאזרח או תושב ישראל בישראל.

94 כך, למשל, בעניין Cumaraswamy, לעיל ה"ש 47. וכן ראו: Applicability of Article VI, Section 22, Of The Convention On the Privileges and Immunities of the United Nations [1989] I.C.J Reports 177. para. 40-52. בית הדין הבינלאומי לצדק מדגיש כי אין שום הבדל מבחינת החסינות בין מומחה מקומי למומחה חיצוני.

לתקציר ההחלטה ראו:

URL: www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/iecosocsummary891215.htm לניתוח ביקורתי של ההחלטה ראו: T.D. Gill, *Decision: International Court of Justice -- Advisory Jurisdiction -- Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations – Reservations*, 84 A.J.I.L, 742 (1990).

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

בין ישראל לפלסטינים⁹⁵ – יתקשה למלא את מטרותיו ובוודאי יתקשה לשמור על הניטרליות הנדרשת.⁹⁶ קיים חשש, שהתברר כמציאותי בשנים הראשונות לקיומם של הארגונים הבינלאומיים, כי בית משפט מקומי ימצא לוקה בהטיה שלילית כנגד הארגון בינלאומי, או שיגלה חוסר הבנה לפעילויותיו.⁹⁷ דעה קדומה כזו עלולה להצר את צעדיו של הארגון הבינלאומי. עם זאת, חשוב לזכור שייטכנו מקרים שבהם היישום של החסינות היחסית יביא לידי תוצאה דומה לזו של יישום החסינות הפונקציונלית, כפי שתוצג להלן, אם בית המשפט יראה בפעולה "הפרטית" פעולה הקשורה לפעולה הריבונית.⁹⁸

אם נבחר בגישה השנייה, ונפריד בין הריבון הזר לאו"ם, ייחנה האו"ם כאמור מחסינות פונקציונלית ורק פעולות החורגות ממטרות הארגון לא יזכו לחסינות. אלו יהיו פעולות שבהן יעלה החשש לניצול לרעה של החסינות, כמו במקרים של הטרדה מינית⁹⁹ או במקרים בהם מעורבים בני משפחותיהם של נציגי הארגון.¹⁰⁰ לדעתנו, גישה כזאת שואפת לבטא את האיזון הראוי בין ההתחשבות בשיקולים המדיניים לבין ההתחשבות בשיקולי ההגנה המשפטית על הניזוק האזרחי מפעולת הארגון בינלאומי. לשיטתנו, עדיף היה לו בית המשפט המחוזי היה משתית פסיקתו על החסינות הפונקציונלית, ולא על ההשוואה לחסינות הריבון הזר, היא החסינות היחסית.

אולם האיזון המגולם בחסינות הפונקציונלית אינו איזון מושלם, שכן הקניית החסינות לארגון הבינלאומי תבוא, כך מסתבר, על חשבון הנפגע המקומי, וזו תוצאה הפוגעת בשלטון החוק ומקוממת את חוש הצדק הטבעי. אין להרחיק לכת ולומר שיש להקריב את הניזוק הפרטי המקומי על מזבח מטרות הארגון ומדיניות החוץ. לכן, כדי לשמור על האיזון הראוי בין האינטרסים של האו"ם והניזוק, יש לבחון כיצד ניתן לתת תרופה ראויה לניזוק ובד בבד לשמור על חסינות הארגון.

ה. האלטרנטיבות להליך המשפטי "הרגיל"

ההתנגדות העיקרית להענקת חסינות לארגונים בינלאומיים בכלל, ולאו"ם בפרט, במישור האזרחי, נובעת משלילת התרופה הלגיטימית מהאזרח עקב חסימת דרכו המשפטית "הרגילה". מענה

⁹⁵ דוגמה נוספת היא לגבי ארגון UNRWA, שמעורב ישירות בסכסוך הישראלי פלסטיני מתוקף תפקידו כאחראי לפליטים הפלסטינים ביהודה ושומרון ובעזה. לעיון באתר הארגון ראו: URL: www.un.org/unrwa/.

⁹⁶ קיים, למשל, חשש שערכאות מקומיות ייענו לתביעות של אזרחים נגד האו"ם, אם כי סביר שבמקרים רבים ידחה בית המשפט על הסף תביעות טורדניות, שיש בהן רק כדי להפעיל לחץ פוליטי על הארגון. כך, למשל, דחה בית משפט מקומי בניו-יורק תביעה נגד האו"ם בגין "גרימה למלחמה בעיראק עקב ניהול לא נכון של תכנית הסיוע למדינה". ראו: *Ackers v. United Nations* 2005 U.S. Dist. Lexis 5940.

⁹⁷ A. Ehrenfeld, *United Nations Immunity Distinguished From Sovereign Immunity*, 52 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 88, 90, (1958).

⁹⁸ *Askir v. Boutros-Ghali* 993F. Supp. 368; 1996 U.S. Dist. LEXIS 10943.

⁹⁹ *Rendall-Speranza*, לעיל ה"ש 85, וגם: *Mendro v. World Bank* 717 F.2d 610 (D.C.Cir. 1983), שם בית המשפט נתן חסינות לארגון הבנק העולמי, אף שהיה מדובר בהטרדה מינית.

¹⁰⁰ עם זאת גם במקרים כאלה בתי המשפט צריכים לבחון את סוגיית החסינות לפני שהם דנים בעניין המשפטי עצמו. כך ביטל בית המשפט העליון השוויצרי את הרשעתו של בנו של עובד האו"ם בגרימת שרפה ברשלנות מאחר ובמסגרת הדיון המשפטי לא הוסרה חסינותו. ראו: *United Nations Yearbook* (1980) 222.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ"י האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ"י UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

להתנגדות זו ניתן למצוא באמנות המייסדות של רוב הארגונים הבינלאומיים. אמנות אלה קובעות כי הארגונים חייבים ליצור מנגנונים שמטרתם לאפשר לאזרח לקבל את תרופה שהוא זכאי לה, ובכך לאפשר הגנה הן על האינטרסים של המדינה המארחת והן על האינטרסים של האדם הפרטי.

שני המנגנונים הנפוצים והחשובים ביותר הם הסרת חסינות עצמית של הארגון ומנגנון יישוב הסכסוכים.¹⁰¹ אמנת החסינויות מסדירה מנגנונים אלו אצל האו"ם.

1. הסרת חסינות עצמית

למזכ"ל האו"ם נתונה הזכות ואף החובה להסיר את החסינות בנסיבות מסוימות. הוא אצל סמכות זו ליועץ המשפטי של האו"ם.¹⁰² לשיטתנו, בבואו לדון בבקשה להסרת חסינות, היועץ צריך לשקול מספר תנאים. עליו לבחון תחילה אם החסינות הפונקציונלית חלה על המעשה. עליו לשאול אם המעשה היה חיוני להשגת מטרת הארגון, ולא מדובר בפעולה שנעשתה לטובתו האישית של המבצע. בשלב השני עליו לבדוק אם הייתה דרך אחרת להשגת המטרה שפגיעתה בתושב המקומי הייתה יכולה להיות פחותה ומידתית, או שמא העדיף הארגון את נוחותו.¹⁰³

סעיף 20 לאמנה¹⁰⁴ קובע כי מזכ"ל האו"ם יסיר את החסינות, גם כשמדובר בחסינות פונקציונלית, אם מתן החסינות יכשיל עשיית הצדק. עמדת האו"ם בסוגיה הנה כי מדיניות הארגון אכן תואמת את העיקרון הנ"ל.¹⁰⁵ במקרה הראשון שנדון לפי סעיף זה בארצות הברית, בפסק הדין *Ranollo*,¹⁰⁶ פסק בית משפט מקומי בערכאה נמוכה כי אין לעובד האו"ם, שנהג במהירות מופרזת, חסינות, שכן חסינות ניתנת לעובד רק במסגרת תפקידו. בעקבות פסיקה זו הסיר המזכ"ל את חסינותו של העובד, אף שהנסיעה עצמה הייתה במסגרת התפקיד, ובנקל ניתן היה לערער על הפסיקה.¹⁰⁷ בפסק דין בפרשת **פעול**, מסיק בית המשפט ממקרה זה כי חסינות האו"ם אינה מוחלטת. מסקנה זו אמנם אפשרית, אך לדעתנו המסקנה מפסק דין *Ranollo* היא כי לאו"ם חסינות פונקציונלית, ולשם הסרתה יש לפנות למזכ"ל האו"ם, ולא לקבוע כי לאו"ם חסינות יחסית שלא חלה על מקרים מסוג זה. בדרך זו תישמר עצמאות הארגון ותינתן הגנה ראויה לניזוקים.

חשוב לציין, כי האו"ם אינו נעתר מראש להסרת החסינות בהתקיים נסיבות מוסכמות, אלא בוחן כל מקרה לגופו. ניתן לטעון כי מדיניות זו פוגעת בעיקרון שנקבע בסעיף 20 לאמנה, שיש לוותר על החסינות כשהיא תכשיל עשיית הצדק. הסירוב העקרוני של האו"ם, למשל, שלא כמו ארגונים

¹⁰¹ Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 191-192.

¹⁰² Maginnis, לעיל ה"ש 40, בעמ' 1018.

¹⁰³ Shraga, לעיל ה"ש 43, בעמ' 411.

¹⁰⁴ אמנת החסינויות, לעיל הערה 35.

¹⁰⁵ Maginnis, לעיל ה"ש 40, בעמ' 1018.

¹⁰⁶ Ranollo, לעיל ה"ש 47.

¹⁰⁷ L. Preuss, *Immunity of Officers and Employees of the United Nations for Official Acts: The Ranollo Case*, 41 Am.J. Int'l L. 555, 557, (1947). המחבר טוען כי הארגון יכול באותה מידה לפנות למשרד החוץ האמריקני ולבקשו כי יפנה לבית המשפט בדרישה שלא להסיר את החסינות. זאת מאחר שבית המשפט השאיר פתח לקבלת חוות דעתו של משרד החוץ בעניין.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

בינלאומיים אחרים, להתחייב מראש בחוזה להסרת החסינות במקרה של הפרת החוזה¹⁰⁸ או סירוב ליותר מראש על החסינות בנוגע לעבירות תנועה¹⁰⁹ עלולים להיחשב כמכשילים את הצדק, או לפחות כמעכבים אותו.¹¹⁰

זאת ועוד, הסרת החסינות העצמית, מעצם טיבה, היא בעייתית. אין כאן הפרדה וביקורת חיצונית. הארגון שמעוניין להרחיב את החסינות, הוא שאמור לוותר עליה. כפיפות חוות דעת המזכ"ל לביקורת בית הדין הבינלאומי לצדק מאזנת במידת מה את הבעייתיות הזו. ביקורת זו מתאפשרת אם המדינה המקומית בוחרת לפנות לבית הדין בבקשה לבחון את ההחלטה שלא להסיר את החסינות.¹¹¹ ברואר טוען כי זוהי הגבלה מהותית של חסינות הארגון, הנובעת הן ממודעות המזכ"ל לכך שבית הדין הבינלאומי יכול לפסול את החלטותיו שלא להסיר את החסינות והן מחובתו להסירה כשאינן בה צורך ממשי לפעילות הארגון.¹¹² יתרה מזו, סביר שהמזכ"ל מודע להשלכות הפוליטיות של אי-הסרת החסינות במקרים שבהם ברור כי אין זה צודק. לארגון אינטרס להימנע ככל האפשר מעימות עם התושבים המקומיים, כדי לשדר מסר כי גם הם, כאינדיבידואלים, מהווים חלק בלתי נפרד מהפרטים שבשםם ולשם הגנתם הארגון פועל. כן סביר להניח כי הארגון יעשה ככל יכולתו כדי להימנע מעימות עם המדינה המארחת.¹¹³

עם זאת, בשל זכות העמידה המצומצמת בפני בית הדין הבינלאומי לא ברור אם הושג האיזון הראוי. אין ביטחון שמדינות אכן יבחרו לפנות לבית הדין במקרים שבהם נפגע האזרח הפשוט מפעילותו של הארגון ואם יבחרו שלא לעשות כן, ייוותר האזרח בלא פתרון למצוקתו. מאידך גיסא, ייתכן שמבנה התמריצים של המדינות הוא כזה שיעדיפו לפנות לבית הדין רק אם אמנם מדובר בפגיעה או באי-צדק של ממש, ויימנע דיון משפטי שאינו הכרחי (וזאת לטובת תפקוד יעיל יותר של הארגון ולטובת שימור היחסים טובים בין מוסדותיו לבין המדינות החברות).¹¹⁴ ייתכן אפוא שריבו של האזרח משתקלל עם הצורך לשמור על מערכת בינלאומית מתפקדת, ולעתים יסבול מכך האזרח הפשוט.

¹⁰⁸ Bekker, לעיל הערה 21, בעמ' 193.

¹⁰⁹ H.G Schermers, N.M Blokker, International Institutional Law, 377-378 (2003).

¹¹⁰ לעניין הסרת חסינות בחוזה, אין זה הוגן ששני הצדדים יתחייבו למלא את חלקם, אך האו"ם ייחנה מחסינות פוטנציאלית. עם זאת ייתכן שבהיות הצדדים מודעים לחסינות זו, סיכון זה יגולם בחוזה. בנוסף, האינטרס של האו"ם יהיה לכבד את החוזים, שאם לא כן יימנעו מלערוך חוזים עם האו"ם. לעניין עבירות התנועה ייתכנו מצבים שבהם צדדים שלישיים ניזוקים ייפגעו במקרה של היעדר הרשעה, שכן חברת הביטוח תערים קשיים על התשלום.

¹¹¹ סעיף 30 לאמנת החסינויות, לעיל הערה 35. יש הרואים בכך חלק ממערכת האיזונים והבלמים המעוגנים באמנה. ראו מאמרו של Bekker, לעיל הערה 77, בעמ' 921.

¹¹² Brower, לעיל הערה 43, בעמ' 16.

¹¹³ Preuss, לעיל הערה 107, בעמ' 578.

¹¹⁴ לעיל הערה 111.

2. יישוב סכסוכים

אם מזכ"ל האו"ם מחליט שלא להסיר את החסינות, ישנו מנגנון חלופי שיאפשר בכל זאת מתן תרופה לניזוק. מנגנון זה נגיש לניזוק עצמו, כלומר הניזוק יכול לבחור שלא לבקש הסרת חסינות, אלא לפנות ישירות למנגנון זה, הוא מנגנון יישוב הסכסוכים.

קיימים שני סוגי סכסוכים עיקריים: סכסוך פנימי בין הארגון לעובדיו¹¹⁵ – בו לא נעסוק – וסכסוך בין הארגון לצד שלישי. סעיף 29 לאמנת החסינויות קובע כי הארגון צריך לדאוג למנגנון יישוב סכסוכים, הנובעים מחוזים או מחלוקות אחרות בעלות אופי של משפט פרטי, שבהם הוא מעורב.¹¹⁶ סעיף 21 לאמנה מדגיש כי מחובתו של האו"ם לשתף פעולה בכל זמן עם הרשויות המקומיות של המדינה המארחת, כדי שלא להכשיל את הצדק וכדי למנוע ניצול של הזכויות והחסינויות המעוגנות באמנה.¹¹⁷

מייסדי האו"ם קבעו כי הארגון וסוכנותיו חייבים לכלול בחוזים עם צדדים פרטיים סעיף שיעגן מנגנון מתאים ליישוב סכסוכים במקרה של סכסוך.¹¹⁸ בפועל, כלל זה אכן מיושם ומונע בסכסוכים רבים את הצורך לפנות לבית משפט לשם הסרת חסינות האו"ם.¹¹⁹ יצוין כי אין אזכור מפורש של המנגנון הנדרש, אף שבדרך כלל מדובר בגישור על ידי גורם שמוסכם מראש הן על דעת האו"ם והן ועל דעת הצד האחר לחוזה הפרטי-מסחרי.¹²⁰

במקרים בהם היחסים אינם מוסדרים באמצעות חוזה, פרשנים טוענים כי טענת האו"ם לחסינות לפי האמנה תעמוד רק אם סיפק פיצוי הולם (אובייקטיבית) או הסכים ליישב את הסכסוך בדרך אחרת, כגון גישור או בוררות.¹²¹ לפי טענה זו, כאשר האו"ם לא מילא חובתו זו, מנוע האו"ם מלהעלות טענת חסינות והנפגע רשאי לתבוע אותו בבית משפט מקומי. מדרישת הפיצוי ההולם נובע שבית משפט מקומי רשאי לבחון את תוצאות הליכי הפשרה. אם יוכח שלא ניתנה תרופה הולמת, יוכל

¹¹⁵ בית הדין הבינלאומי לצדק קבע כי לא ניתן ליישב בין אי-מתן תרופה לנוק לעובדים לבין הוראות המגילה המתמקדות בקידום השוויון והצדק: *Effect of Awards of Compensation Made By the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion [1954] I.C.J. Rep.47, 57. URL: www.icj.org/icjwww/idecisions/ismmaries/iunacsummary540713.htm. על כן הוקמו בתי משפט מנהליים פנימיים שדנים בעיקר בסכסוכי עבודה ובענייני משמעת של עובדי האו"ם: Bekker, לעיל הערה 21, בעמ' 196-194.

¹¹⁶ אמנת החסינויות, לעיל ה"ש 35.

¹¹⁷ שם.

¹¹⁸ Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 196-199.

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ A. Reinisch, *Note and Comment: Developing Human Rights and Human Rights Law Applicability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions*, 95 A.J.I.L 851, 867, (2001) בדרך כלל מדובר במנגנון גישור מטעם האו"ם עצמו אך יהיו מקרים שבהם יוסכם בחוזה על מנגנוני בוררות מקצועיים חיצוניים, במיוחד במקרים של חוזי נדל"ן. במקרים נדירים ביותר בית הדין המנהלי הפנימי של האו"ם ידון בסכסוכי עבודה בין הארגון לעובדים המועסקים בחוזה עבודה חיצוניים. ראו: United Nations Yearbook (1987) וראו גם פנייתו של הארגון לבית משפט בארצות הברית בעניין מנגנוני הבוררות ואופייה המחייב של החלטתם: United Nations Yearbook (1990) 288.

¹²¹ P.C. Szasz, *Current Development: The United Nations Legislates to Limit its Liability*, 81 A.J.I.L 739 (1987). מאמר זה אמנם מתמקד ברובו בעניין יחסי האו"ם-ארצות הברית ובהסכם ביניהם בעניין מעמד בנייני האו"ם בניו יורק, אך העיקרון הנ"ל נזכר בו כעיקרון בסיסי הרלוונטי לחסינות האו"ם באופן כללי.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארץ דין ב(2) (התשס"ה) 143

בית המשפט שלא להתחשב בחסינות הארגון. גם אם יטען האו"ם כי אין לו כל אחריות והתביעה קנטרנית או נעדרת עילה, הרי בית המשפט יוכל לבחון טענתו זו לגופה. תפישה זו מושתתת על ההכרה שהבטחת גישה לבתי משפט היא עקרון על (*jus cogens*) במשפט הבינלאומי, הגובר, בהיעדר תרופה משפטית אחרת, על החסינות.¹²² ישנם אף הטוענים כי רק במקרים חריגים במיוחד תהיה כפופה זכות הגישה לערכאות לחסינות האו"ם, מאחר שלא ניתן להצדיק שלילת זכות זו בטיעונים פונקציונליים.¹²³ במקרים אלו סמכות בית המשפט תרתיע את הארגון הבינלאומי מפעולה שרירותית וניצול חסינותו לרעה. מטרה אפשרית נוספת שתושג, הנה מניעת הפרה אפשרית של זכויות האדם במקרה של היעדר תרופה מתאימה לנוק.¹²⁴

גישה אחרת תומכת בטענה שהעצמאות והחופש של הארגון הבינלאומי, במיוחד האו"ם, מצדיקים קיומה של חסינות, גם במקרה שאין תרופה לניזוק. לפי גישה זו, במקרה כזה הניזוק יכול לפנות לרשות המבצעת (לאחד מגורמי הממשל, בהתאם למנגנון שייקבע) ולדרוש ממנה את הסרת החסינות של הארגון. לשם כך נדרשת כמובן חקיקה מדינתית המסמיכה את הרשות להסיר חסינות במקרים שבהם הארגון מנצל את חסינותו זו לרעה.¹²⁵ בהנחה שחקיקה כזו קיימת, אם תסרב הרשות המבצעת להסיר את החסינות, יוכל הניזוק לתבוע את הרשות בבית המשפט כאחראית לנוק שנגרם לו, וזאת מתוך הבנה כי האזרח לא צריך לשאת בעול שימור היחסים הבינלאומיים. לפי גישה זאת, נראה במדינה המקומית ובאו"ם "מעוולים בצוותא" החבים ביחד ולחוד. האו"ם נתפש על פי גישה זו כשותפות בין כל המדינות החברות, וכל גורם בשותפות אחראי (במידה יחסית) לכל חובותיה והנוזקים שהיא גורמת.¹²⁶ כשהאו"ם גרם לנוק הישיר בשטח המדינה וכלפי נתין של המדינה, והמדינה לא הסירה את חסינות האו"ם – אף שההסרה מוצדקת – הרי בכך קיבלה עליה המדינה חבות מלאה.¹²⁷ מהלך זה עשוי לגרום לרשות המבצעת לדרוש מהאו"ם להתפשר עם הניזוק או להסיר את החסינות.

להשלמת התמונה יצוינו מנגנונים נוספים, מרכזיים פחות, שמטרתם להוות אלטרנטיבה להליך המשפט "הרגיל". ראשית, ישנו מנגנון הסכמי שבו האו"ם מתקשר בהסכמים בילטרליים עם המדינות המארחות, בעיקר במקרים בהם מדובר בוועידות וכנסים שהאו"ם עורך במדינות החברות השונות. בהסכמים אלו בדרך כלל נקבע כי הממשלה המקומית תהיה אחראית לטיפול בכל תביעה או דרישה נגד הארגון ונציגיו, במישור הניזוקי, הן באשר לנוק לרכוש והן באשר לנוק לגוף. הרציונל

122 Wellens, *Diversity or Cacophony: New Sources of Norms in International Law Symposium: Fragmentation of International Law and Establishing an Accountability Regime for International Organizations: The Role of the Judiciary in Closing the Gap*, 25 Mich. J. Int'l L. 1159, 1176-1177 (2004).

123 ש.ס.

124 ש.ס.

125 ישנה פרשנות המוצאת עיגון למהלך שכזה בחקיקה האמריקנית. ראו: Faruggia, לעיל ה"ש 24, בעמ' 523. יש לציין כי דברים אלו נאמרו בנוגע ליחסים הפנימיים בין הארגון לעובדיו, אולם ניתן להקיש מדברים אלו לענייננו.

126 בתי המשפט בצרפת נקטו, למשל, צעד דומה לשם מתן תרופה נזיקית ראויה במקרה שבו תבעו אזרחים צרפתים ארגונים בינלאומיים שצרפת חברה בהם. להרחבה ראו: Note, *Jurisdictional Immunities of International Organization*, 91 Yale L.J. 1193-94, (1982).

127 י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית (מהדורה ראשונה, ג. טדסקי – עורך, תשל"ז) 480.

איתי אפטר ורונית רוזנשטיין "ישראל ישראל נ' האו"ם – חסינות האו"ם בהליכים משפטיים אזרחיים בעקבות בשי"א (י-ס) 4626/04 פעול נ' UNTSO "הארט דין ב(2) (התשס"ה) 143

המונח בבסיס הסדר זה הוא כי המדינה המקומית, ולא הארגון, תהיה אחראית לנוקים אפשריים אלו, שאם לא כן הארגון לא יוכל לשאת את הסיכון הכלכלי-נזיקי, היכול להתעורר במקרים אלה.¹²⁸

לא אחת האו"ם גם מבטח עצמו מפני תביעות נזיקיות אפשריות, אלא שהגישה הישירה של הניזוק אל חברת הביטוח אפשרית רק אם ויתר האו"ם על חסינותו. מנגנון זה שונה מהוויתור על החסינות, שנדון לעיל, שכן האו"ם איננו צד להליך המתנהל נגד חברת הביטוח.¹²⁹

מנגנון אפשרי שלישי, שעדיין לא יושם, הנו פיתוח הליך פנימי ליישוב תביעות חיצוניות בתוך הארגון הבינלאומי, או מינוי נציב תלונות חיצוני ואובייקטיבי, בעל סמכויות אכיפה. מנגנונים אלה טרם הוקמו, משום שטרם נמצא מוסד ראוי לתפקיד. היעדרה של ערכאת ערעור מתאימה מקשה אף הוא. ניתן להשתמש בבית הדין הבינלאומי לצדק, או בבתי המשפט המנהליים של האו"ם. נראה שלפחות האפשרות הראשונה אינה ריאלית, בגלל מגבלות זכות העמידה לפי ההוראות במגילת האו"ם, בחוקת בית המשפט ובכללי הדיון.¹³⁰ בעיה נוספת נעוצה בשאלת הסמכות. אם נתפוס מנגנון זה כמנגנון הכרעה אלטרנטיבי, בית המשפט צריך לקבל את הסכמת כל הצדדים המעורבים;¹³¹ ספק אם הצד הניזוק יסכים להכרעה של מנגנון פנימי בתוך הארגון ויוותר על הכרעה שיפוטית אובייקטיבית.

גם בהנחה שהניזוק יסכים מראש למנגנון שכזה, עדיין עלול בית משפט מקומי כלשהו לפסול את מנגנון ההכרעה המוסכם בטענת היעדר ניטרליות.¹³² עם זאת נראה כי אם תתגבש פרקטיקה ניטרלית, בתי המשפט המקומיים לא יראו פסול בתניית בוררות שכזו.¹³³ גישה זו נכונה במיוחד בארגון רחב ממדים כמו האו"ם. אף שישנו חשש לחוסר אובייקטיביות אינהרנטי, הרי אם יוקם מוסד הכרעה מרכזי לתביעות נגד הארגון שבו יכהנו בוררים נציגי המדינות החברות, חשש זה מצטמצם למדי.

למותר לציין כי בית המשפט המחוזי, בפרשת **פעול**, לא התייחס למנגנונים החלופיים להסרת החסינות, כפי שפורטו לעיל, אלא בחר להסיר את החסינות בעצמו, מתוך השוואת מצב האו"ם למצב הריבון הזר. לדעתנו, גם אם בסופו של דבר היה מקום להסיר את החסינות, הרי אי-בחינת האלטרנטיבות מהווה פגם בהליך. אמנם ניתן לטעון כי בית המשפט לא נדרש פורמלית לדון בטענה זו¹³⁴ וכי האחריות להתעלמות מאפשרויות אלו נופלת במקרה זה על היועץ המשפטי לממשלה או על אונטס"ו. נוסף כי אי-העלאת הטענות מהווה במשתמע ויתור על פנייה למנגנוני בוררות אפשריים

128 Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 203-204.

129 Szasz, לעיל ה"ש 121, בעמ' 74.

130 Bekker, לעיל ה"ש 21, בעמ' 205. להוראות אלו ראו אתר בית הדין הבינלאומי: URL:www.icj-cij.org/ijwww/basicdocuments.htm

131 ס' אוטולונגי **בוררות-דין ונוהל** (מהדורה שלישית, תשנ"א) 8.

132 שם, בעמ' 180. בתי המשפט יכולים, בנסיבות מסוימות, להגדיר מנגנון מוסכם שכזה כ"תנאי מקפח" ולכן בטל.

133 שם, בעמ' 179.

134 חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, ס"ח 184.

אלה.¹³⁵ אולם יש לזכור כי בתי המשפט נוהגים להיענות לבקשות לפנות למנגנוני בוררות, כדי למנוע עימותים מיותרים בין הצדדים.¹³⁶ לפיכך, ייתכן שלאור חשיבות הסוגיה והשלכות הפסיקה על חסינות האו"ם, וקביעה של הלכה חדשה, בית המשפט היה צריך להפנות את הצדדים לאלטרנטיבות הקיימות, וזאת כדי להימנע מפגיעה בחסינות האו"ם. נראה שהסיבה להיעדר הפניה זו נעוצה בהשוואה השגויה שנעשתה, לדעתנו, בין האו"ם לריבון זר, ושם לא קיימים מנגנונים אלו.

לשיטתנו, האלטרנטיבות להליך המשפטי הרגיל לקבלת תרופה לניזוק, אף שאינן מושלמות, בכל זאת מכסות את מרבית המקרים, שכן אם אחד המנגנונים אינו מתאים, ניתן לפנות למנגנון האחר. התשובה הראויה לפגיעה בניזוק איננה חסינות יחסית, שתאפשר הליכים משפטיים נגד האו"ם, אלא הפעלה נכונה, סבירה ומאוזנת של האלטרנטיבות שנידונו לעיל.

ו. סיכום

מאמר זה דן בשאלה שהתעוררה בפרשת **פעול** – האם נתונה לאו"ם חסינות פונקציונלית בהליכים משפטיים אזרחיים, וזאת לעומת החסינות היחסית המוענקת לריבון הזר.

פתחנו בסקירה תיאורטית של סוגי החסינויות, תוך הבחנה בין החסינות המוחלטת, היחסית והפונקציונלית. מסקירה זו עלה, כי כיום מקובל להעניק לריבון הזר חסינות יחסית בלבד, הנשענת על "מבחן האדם הפרטי בנעלי הריבון הזר". אם מבחינה משפטית רשאי האדם הפרטי לבצע את פעולת הריבון הזר, אזי לא מדובר בפעולה "ריבונית" והחסינות לא תחול. אין עוררין, כי הלכה זו שרירה וקיימת, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט המקומי בישראל. עם זאת, נראה שהן מבחינה תיאורטית והן מבחינה פרקטית, אין דמיון מהותי בין ההצדקות המונחות בבסיס החסינות היחסית לבין ההצדקות שבבסיס החסינות הפונקציונלית, שאותה מקובל לייחס לארגונים בינלאומיים בכלל ולאוו"ם בפרט. משמעות החסינות הפונקציונלית הנה כי פעולות שנעשו לצורך מילוי מטרותיו של הארגון ייהנו מחסינות זו.

כדי להבין את מהות חסינות האו"ם נדרשנו לבחינת מטרותיו, וזאת באמצעות סקירת הרקע להקמתו. מסתמן כי המטרות "העתיקות" של הארגון, שהתמקדו בשמירה על הביטחון והשלום, עדיין תקפות ושרירות. לפיכך ההסדרים הנורמטיביים המסדירים את פעילותו, שנחקקו בסמוך להקמתו, לפני כשישים שנה, עדיין רלוונטיים. במיוחד עדיין חשובה עצמאותו של האו"ם ויכולתו לפעול בצורה חופשית מהתערבות מקומית של המדינה המארחת. ישנם אף הטוענים, שגם אם מדובר בחשיבות פסיכולוגית בלבד, די בה להצדיק את רעיון החסינות הפונקציונלית.¹³⁷

בהשוואה שערכנו בין החסינות המוענקת לריבון הזר ובין זו הראויה לאו"ם, מצאנו כי אף שאינטואיטיבית יש נטייה לבחור בדרך "הקלה" ולבחון את חסינות האו"ם לפי המבחן המוכר של

¹³⁵ שם, סעיף 5(ב) לחוק.

¹³⁶ ע"א 241/81 שמון תעשיות נ' חברת תבלין פ"ד לט(1) 561, 575 (1985).

¹³⁷ Singer, לעיל ה"ש 45, בעמ' 86.

הפעולה הפרטית של הריבון הזר, דרך זו שגויה. הליכה בדרך זו מתעלמת מההבדלים המהותיים בין שני הסובייקטים, הן מבחינת השוני המבני בין הגופים (למשל היעדר ריבונות), הן מבחינת מטרות החסינות והן מבחינת המקורות המשפטיים לעיגון החסינות.

משהגענו לכלל מסקנה כי אין ממש בהשוואה בין חסינות הריבון הזר לחסינות האו"ם, ולפיכך כי חסינות האו"ם (הפונקציונלית) צריכה לעמוד בעינה, עלה הצורך לדון בשאלת התרופה לניזוק.

מצאנו כי קיימות שתי אלטרנטיבות מרכזיות. הראשונה, מנגנון להסרת החסינות העצמית, ולפיו מזכ"ל האו"ם חייב להסיר את החסינות אם יש בה כדי להכשיל את הצדק. בשל בעייתיותו האינהרנטית של מנגנון זה, הצענו קווים מנחים להפעלתו, וכן הצגנו את מנגנון הביקורת החיצוני הקיים, כלומר זכות הפנייה לבית הדין הבינלאומי לצדק. האפשרות השנייה, מנגנון ליישוב סכסוכים, שבמסגרתו חייב הארגון ליצור כמיטב יכולתו מנגנוני פשרה, בורות וגישור. לעניין זה הוצגו הגישות השונות. מחד גיסא, גישה הגורסת שהאו"ם אינו יכול לטעון לחסינות בלי להעניק פיצוי ראוי, ואם בכל זאת עשה כן, ניתן לפנות לרשות השופטת. מאידך גיסא ישנה גישה הטוענת כי הרשות השופטת אינה יכולה להכריע בעניין החסינות, וכי הניזוק רשאי לפנות בדרישה לתרופה מהרשות המבצעת.

ניתן להבין את בית המשפט בפרשת **פעול**, שראה לנגד עיניו את הצורך להעניק תרופה לניזוק שבמשך שנים נאבק באונטס"ו, לשם הכרה בזכויותיו. אולם הדרך שבה הגיע בית המשפט למסקנתו היא דרך בעייתית. מלבד הטענות המשפטיות שהועלו לעיל, לדעתנו בית המשפט לא העניק את המשקל הראוי בפסיקתו להשלכות המדיניות העלולות לבוא בעקבותיה, כפי שלא ניתן משקל נאות לאפשרות שבתי משפט אחרים ברחבי העולם ינהגו כמותו. אמנם ניתן להסכים כי אין דעה אחידה במשפט הבינלאומי בקשר לחסינות הארגונים הבינלאומיים, אך לדעתנו אין מחלוקת בשאלת הענקת חסינות פונקציונלית לאו"ם, במובחן מחסינותו של הריבון הזר, ולא בכדי.