

2019

משפט בינלאומי פלולו

ד"ר זיו בורר
סיכום- אבישג טל

במה המשב"ל עוסק?

ישנן מספר הגדרות למשב"ל פלילי. ההגדרות והוויכוחים לא רלוונטיים, כיוון שנתעסק במה שכולם מסכימים שהמשב"ל מהווה - התחום המשפטי שנוגע ל-4 קטגוריות של פשעים בינ"ל המכונים יחדיו פשעים בינ"ל גרעיניים (core international crimes). 4 הקטגוריות:

1. פשעי מלחמה
2. פשעים נגד האנושות
3. רצח עם
4. תוקפנות

העיסוק הוא לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל שרבים לא מסכימים אליו. לפי הנרטיב המקובל, ישנם 3 דברים משותפים ל-4 הקטגוריות:

1. התפתחות היסטורית - מדובר במעשים שתחילה היו אסורים כפשעי מלחמה והקטגוריות האחרות נולדו מכך שעקב ניסיון היסטורי רע (שואה) הוחלט להרחיב את האיסור על חלק ממעשים אלה גם כאשר הם מבוצעים בזמן שלום וגם כאשר מדינה מבצעת אותם כנגד אזרחיה שלה. זאת כאשר הם מבוצעים באופן שיטתי או רחב היקף ע"י גורמי השלטון.
2. כל הקטגוריות היו כלולות בצ'ארטר של לונדון (חוקת ביה"ד הפלילי בנירנברג) - הצ'ארטר של לונדון = חוקת נירנברג. בתוך רשימת הקטגוריות היו שינויים לאורך השנים (פשעי מלחמה שנוספו, שהורדו, שינוי ההגדרה של תוקפנות למשל) אך מבחינת הקטגוריות הן היו בצ'ארטר מלכתחילה. בצ'ארטר רצח עם (ג'נוסייד לא מופיע) כי הם נפלו בהגדרת פשעים נגד האנושות, ורק ב-1948 הם הופרדו מהקטגוריה של פשעים נגד האנושות ויוחדו לקטגוריה שלהם - רצח עם.
3. כל הקטגוריות (חוץ מהחריג של פשעי מלחמה ספציפיים) נועדו להגן על זכויות אדם בסיסיות - בהשוואת המשב"ל הפלילי למערכות משפט פלילי מוכרות, נגלה שהוא יצור משפטי מוזר - למשל:
 - מדינה לא יכולה להעמיד לדין אזרח זר שרצח אזרח זר. כדי שלמדינה תהיה סמכות שיפוט על עבירה, צריכה להיות לה זיקה למדינה - בעיקר זיקה טריטוריאלית. ישנם חוקים המבוססים על זיקה פרסונלית אקטיבית (הפושע הוא אזרח המדינה), למשל פקודת הסמים המסוכנים היא פרסונלית ולכן אפשר להעמיד אדם בישראל על עישון סמים בהולנד. במשב"ל הפלילי הבינלאומי יש סמכות אוניברסלית (מדינה רשאית ואף חייבת להעמיד לדין אדם שביצע את הפשעים גם אם אין שום זיקה בינה לבין המקרה). בנוסף, לעתים העמדה לדין תיעשה ע"י גוף לא מדינתי (בי"ד פלילי בינ"ל). חזקה על מדינה לאכוף פשעים של מדינה אחרת במשב"ל.
 - במשב"ל החוקים מפורטים באמנות ומניחים שהן משקפות דין מנהגי (כלומר הדין המחייב לא כתוב בשום מקום). הציות לנורמות במשב"ל מצופה להיות גם ע"י מדינות שלא היו מעורבות בתהליך החקיקה שלהן. בנוסף, רוב הדינים הפכו להיות מנהגיים מפני שרוב המדינות היו קיימות, ואנחנו נוהגים לחשוב על מדינת ישראל כצעירה (למרות שכ-50% מהמדינות הוקמו אחרינו וישנן מדינות קטנות יותר מאיתנו). מפני זאת, רוב הנורמות נוצרו לפנינו.

הנרטיב: במהלך המאה ה-18 וה-19 הייתה השקפה דואליסטית חזקה שלפיה המשב"ל והמשפט המדינתי הם יצורים שונים לחלוטין: המשפט המדינתי מערכת נורמות שנועדה להסדיר התנהגות של בני אדם בעוד המשב"ל נועד להסדיר אינטראקציה בין מדינות. כבר אז יש סמכות אוניברסלית על 2 פשעים בינ"ל:

1. שוד ים - עבירה שמבוצעת בים ולא ניתן להחיל עליה הסדרים.
2. סחר עבדים - מהמאה ה-19, הצרכנית הגדולה - ארה"ב, עבדים מאפריקה, מיובאים דרך הים.

המשותף לשני פשעים אלה הם:

- קשר אכיפתי - העבירות מבוצעות במקומות שבהם לאף מדינה אין סמכות שיפוט (ים)
- הים משותף לצורך העברת עבדים ופיראטים
- עבירות שפוגעות בכלל המדינות - סחר עבדים לא מוסרי ופוגע באינטרס בינ"ל משותף.

ההבדלים:

- המבצעים - עבירות אלה מבוצעות ע"י אנשים פרטיים ולא ע"י מדינות.
- האינטרסים - פשעים אלה מבוצעים מאינטרס של כסף, בעוד פשעים בינ"ל מבוצעים מסיבות אידיאולוגיות או לטובת המדינה.

לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל, תמיד היו דיני לחימה כאשר רבים מהקיימים היום קיימים כבר מאות שנים (כמו דגל לבן שקיים 1000 שנה).

עם הזמן, המלחמות הפכו לעקובות מדם עקב המהפכה התעשייתית - קצב ההתפתחות הטכנולוגית הגבוה ביותר בהיסטוריה ופותחו נשקים רבים ששידרגו את המלחמות (בקרב גטיסבורג נהרגו ב-3 ימים 60,000 חיילים ואזרחים רבים נוספים). דבר זה גורם לתהליך שבו מנסים להגדיל את האכיפה והציות לדיני הלחימה, ומתבטא בניסיון לאמנות קודיפיקטיביות של דיני הלחימה. לאחר כישלון 3 ניסיונות לכך, ב-1899 אומצו תקנות האג (אמנת ז'נבה הקודמת הייתה בעלת 10 סעיפים בלבד ועוד לא היו קיימות ארבעתן). תקנות האג תקפות עד היום.

לאחר קביעת האמנות, הן לא הגבירו מספיק את הציות לדיני הלחימה והדבר הביא לאכיפה על בני אדם ולא רק באמצעות סנקציות כנגד מדינות. ההצעה עלתה במלחה"ע הראשונה והגרמנים דרשו לעשות זאת בעצמם בלייפציג. הדבר לא עבד והכינו מספר רשימות של פושעים שנדרשה למספר צמצומים ע"י הגרמנים, נשאו רק 30 אנשים שזכו ע"י ביה"ד הגרמני, כאשר המורשעים - היו הדלת המסתובבת: אדם שברח והסתווה ולא טרחו להחזיר אותו.

במלחה"ע השניה, לפי הנרטיב נולד המשב"ל הפלילי הבינ"ל שבו דרשו לאכוף את הנורמות על בני האדם. בביהמ"ש הבינ"ל בנירנברג ובטוקיו הועמדו 50 אנשים יחדיו, והדבר לא נגמר בכך - 130,000 איש הועמדו לדין באופן מפורש על פשעים בינ"ל גרעיניים.

במלחה"ע הראשונה נולד המשב"ל ולא נשאר במערכת הדואליסטית מכיוון שהמשב"ל שהנורמות שלו נחשבות כמחייבות מדינות בלבד הוא:

1. פיקציה (מכיוון שמאחורי מדינות קיימים בני אדם), דבר שלא יוצר הרתעה מספקת
2. הרציונל מפסיק להיות הגנה על אינטרסים של מדינות אלא הגנה על זכויות אדם,

ולכן - יש צורך לייצר נורמות שיאיימו על אנשים ספציפיים באחריות ולא על המדינות בלבד.

אותם רציונלים שהביאו לכך היו אותם רציונליים שהפכו את הפשעים הבינ"ל הגרעיניים לפשעים בינ"ל:

1. קשר אכיפתי - אלמנטים אלה קיימים גם בפשעים גרעיניים מכיוון שבדר"כ שניהם מבוצעים ע"י נציג של מדינה, ונוצר מצב שלמדינה אין אינטרס להעמידו לדין (כיוון שהוא עשה זאת למענה). במידה והקורבנות היו בטריטוריה אחרת, המדינה יכולה להעמיד לדין אך לא רוצה. הכנסת סמכות אוניברסלית מאפשרת להעמידו לדין בכל מדינה בעולם ומצמצמת את הקשר האכיפתי
2. אינטרס בינ"ל משותף - זכויות אדם. רוב הנורמות שמוגנות ע"י האיסורים של פשעים בינ"ל גרעיניים נועדו להגן על פגיעות חמורות בז"א ולכן יש דמיון לסחר עבדים, האינטרס הבינ"ל דומה.

לאחר מלחה"ע הראשונה, המשב"ל הפלילי המשיך להתפתח בעקבות המלחמה הקרה, אך בה כל המשב"ל לא התבטא כ"כ והתפתח בקצב צר.

ב-1989 המלחמה נגמרה והייתה אופטימיות שהפריחה את המשב"ל בכוח, ואיתו מתעורר המשב"ל הפלילי הבינ"ל ומתפתח גם כן.

המשב"ל הפלילי התפתח מאז המלחמה הקרה ב-4 דרכים:

1. התעוררות לחיים של הסמכות האוניברסלית - שומשה לאחר מלחה"ע השניה כנגד אנשים שביצעו פשעים במלחה"ע השניה כמו אייכמן או דמיניוק, וכעת נעשה בה שימוש בפשעים בינ"ל שבוצעו במקומות אחרים.
 2. הקמת בתי דין פליליים בינ"ל - ICTJ וה-ICTY, ביוגוסלביה הוקם מ-3 סיבות:
 - אפקט CNN שגרם להזדהות
 - לא רוצים לשלוח כוחות צבא
 - התחלת מלחה"ע הראשונה על אדמת יוגוסלביה גרמה לפחד ממלחמה נוספת על אדמת אירופה ובמיוחד בקווקז שהיה בעל היסטוריה
 במקביל רצח העם ברואנדה שהתרחש היה גדול יותר מרצח העם של הנאצים.
 3. הקמת ה-ICC - ביה"ד הקבוע בהאג, החל מהצעה של טרינידד וטובגו (מראה כמה העולם היה אופטימי מכיוון שמדינה חסרת כוחות הציעה זאת).
 4. ייצור בתי דין מעורבים - יצור כלאיים בין בית דין מדינתי לבית דין בינ"ל.
- דרכים אלה הביאו ללחץ על המדינות עצמן להעמיד לדין את אנשיהן (מעדיפים להעמיד לדין בבית מאשר בחוץ). כיום, בשנים האחרונות נראה שיש תגובת נגד לפריחה הגדולה של המשב"ל בכלליות (הברקסיט, טראמפ וכו'). יחד עם זאת, למרות שיש האטה המגמה היא של גדילה (לדוגמה - ה-ICC דיברו על פרישת מדינות כאשר רק מדינה אחת הצליחה לפרוש, כאשר שאר המדינות שניסו לפרוש נסוגו מכך בעקבות מנגנונים פנימיים בתוכן). למרות הכל, 123 מדינות מתוך 200 מדינות בעולם חברות ב-ICC (2/3). כלומר, אין הדרדרות או תרדמת של המשב"ל כמו בשנות ה-50.

היחס למשב"ל הפלילי הבינ"ל

שתי עמדות קצה:

1. המשב"ל הפלילי נורא - 2 נימוקים:
 - הכל מושחת ומוטה פוליטית (אף אחד לא יעמיד לדין את רוסיה או סין)
 - הוא לא אפקטיבי או מרתיע מכיוון שלמרות ההקמה של הכל עדיין יש מלחמות בעולם ואנשים מתחמקים מדין
 2. המשב"ל הפלילי נפלא - 2 טענות:
 - לא הכל רלטיביזם מוסרי, ישנם ערכים אבסולוטיים כמו השואה ורצח עם. ישנם שיקולים מוסריים.
 - שיקול גמולני - צריך לנסות לגמול עם האנשים שביצעו את המעשים.
 - הרתעה - לא כולם יפחדו אך הוא ירתיע חלק
 - שיקול רביעי
- האמת היא שהיחס נמצא באמצע, כאשר פשיעה היא תופעה אנושית - בכל מקום שיהיו אנשים תהיה פשיעה, ולכן יהיו פשעים גדולים לאורך זמן. יחד עם זאת, ישנם אלמנטים של ערכים אוניברסליים והרתעה וניתן לראות שה-ICC מתעסק בעיקר במדינות שאינן חברות בו (למשל ישראל ופעילות בשטחים, רוסיה ופעילותה בגיאורגיה) - מכיוון שהדבר יוצר רמה טובה של הרתעה.

פשעי מלחמה

הגדרה זמנית לא לבחינה: נורמות של דיני הלחימה שבגין הפרתן מוטלת אחריות לא רק על המדינה אלא גם על האדם (מוטלת עליו אחריות כללית).

מרבית פשעי המלחמה אכן מגנים על עקרונות מוסר בסיסיים וז"א בסיסיות, אך בשוליים ישנם פשעי מלחמה שהרציונל מאחוריהם הוא של תיאום בין הצבאות הלוחמים, למשל: איסור לירות כאשר רואים דגל לבן (לא למטרת כניעה אלא למטרת הפסקה זמנית). עושים זאת כדי לאפשר לצדדים הלוחמים יכולת לדבר ביניהם. פשע מלחמה נוסף שנמצא בשוליים- מלחמה בזמן לכישת מדי האויב (מותר לאדם להסתוות לשיח, אך לא לסורי).

נשאל שתי שאלות שלכאורה קשורות אחת לשניה:

1. מהם פשעי מלחמה?

2. היכן ניתן למצוא את רשימת פשעי המלחמה?

ברקע ישנה סוגיה עקרונית- אזהרה מוקדמת (אין עונשין אלא אם כן מזהירין). במשפט המדינתי ההגדרות היו פשוטות יותר (למשל עבירה מוגדרת כקטגורית העבירות החמורות או עבירה שעונשה מעל 3 שנים). במשב"ל, ההגדרה מסובכת יותר וגם קשה למצוא את רשימת העבירות (בעוד במשפט המדינתי ישנה רשימת חוקים).

דיון מבוא לפשעי מלחמה- בדיני לחימה:

פשעי מלחמה הם איסורים פליליים של דיני הלחימה שהפרתן גוררת איסור פלילי. דיני הלחימה של המשב"ל מסדירים את התנהגות הצדדים בזמן המלחמה, הן באינטראקציה ביניהם והן באינטראקציה ביניהם לבין האוכלוסיה האזרחית. מרבית דיני הלחימה הם מנהגיים. יחד עם זאת, כיוון שהדין הבינ"ל המנהגי עמום מטבעו- במהלך ה-150 שנה האחרונות ישנם נסיונות הולכים וגוברים לעגן את דיני הלחימה באמנות קודיפיקטיביות. כשהאמנה נוצרת, מרבית הנורמות שקבועות בה הן מנהגיות כבר במועד שבה היא נוצרה ושאר הנורמות שקבועות בה הופכות עם הזמן גם למנהגיות.

שתי האמנות המרכזיות:

1. תקנות האג- "האמנה בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה והתקנות המצורפות לה 1907".
1899 המדינות הצליחו לבצע קוד רציני וקבעו להיפגש פעם ב-7 שנים, כאשר קבעו להיפגש שוב ב-1914, אך פרוץ מלחה"ע הראשונה מנע זאת.
הנורמות שקבועות בתקנות אלה הן מנהגיות וקיימות עד היום.
מדינת ישראל לא חתמה על תקנות האג מעולם.
2. אמנות ז'נבה- אמנת ז'נבה הראשונה אי פעם נוסחה ב-1860 לגבי פצועים בשדה הקרב. מאז, בכל מלחמה גדולה מוותרים על אמנת ז'נבה הקודמת, מנסחים חדשה ורחבה יותר באותו תחום ומוסיפים אמנת ז'נבה נוספת בתחום חדש. לא מתעסקים באמנה הראשונה אי פעם.
העיסוק הוא ב-4 אמנות ז'נבה מ-1949:
 - (1) אמנת ז'נבה ה-1, 1949, עוסקת בטיפול בפצועים בשדה הקרב, אך מפורטת הרבה יותר מהראשונה אי פעם.
 - (2) אמנת ז'נבה ה-2, 1949, עוסקת בטיפול בפצועים בלב ים ובאנשים שננטשה ספינתם בזמן מלחמה.
 - (3) אמנת ז'נבה ה-3, 1949, עוסקת באזרחים בזמן לחימה.
 - (4) אמנת ז'נבה ה-4, 1949, עוסקת ביחס לאזרחים במהלך הלחימה.

כיום, כל המדינות המוכרות בעולם חתומות על 4 אמנות ז'נבה. קיים קונצנזוס מוחלט בעולם שאמנות 1-3 מייצגות דין מנהגי. הקונצנזוס לגבי אמנת ז'נבה ה-4 קיים בכל העולם למעט ישראל עקב השטחים. קיימים גם 2 הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה שנחתמו ב-1977:

בעקבות הטראומה מהמלחמות הקולוניאליסטיות וטראומת מלחמת ויאטנם התעורר הצורך לעדכן את אמנות ז'נבה, כאשר רשימת הכללים בהם ארוכה יותר:

- הפרוטוקול ה-1 - 174 מדינות חתומות עליו
- הפרוטוקול ה-2 - 168 מדינות חתומות עליו

הפרוטוקולים מהווים אמנה לכל דבר. יש קונצנזוס שמרבית הסעיפים בפרוטוקולים הם דין מנהגי.

קיימות אמנות נוספות אך הנ"ל הן העיקריות. אמנת רומא- של ביה"ד הפלילי בהאג.

קיימת וודאות לגבי מרבית הנורמות לגבי כך שהן מנהגיות, והן מעוגנות באמנה (דבר שמגביר את הבהירות לגבי הנוסח שלהן).

בשוליים, מספר דוגמאות לנורמות שמהוות פשעי מלחמה אך גם איסור על המדינה להפר: ישנן נורמות (דינים מדיני הלחימה) שגם היום מעוגנים במשב"ל המנהגי בלבד ולא כתובים באף אמנה.

למשל- האיסור על עבדות מינית או שיטתית בזמן מלחמה- אסור לחיילים להעביר אזרחים עפ"י דיני הלחימה, ויש קונצנזוס שהחייל ביצע פשע מלחמה למרות שאין אמנה שמעגנת זאת והולכים עפ"י המנהג בלבד.

בנוסף, ישנן נורמות מסוימות שיש חילוקי דעות לגבי האם הן חלק מהמשפט המנהגי או לא, למשל: מותר לחבר כידון לקנה של נשק. יש חילוקי דעות האם אסור לחבר כידון שהגב שלו משוון מכיוון שהדבר מרחיב את הפצע. ישנן שתי עמדות:

1. מותר- עמדת רמבו
2. אסור- פשע מלחמה

בנוסף, מטרת העיגון באמנה היא להבהיר את הדין אך מסיבות שונות הדין נשאר עמום גם לאחר שעוגן באמנה, למשל האיסור על גרימת נזק לא פרופורציונלי לאוכלוסיה האזרחית (איסור לפגוע באוכלוסיה אזרחית במכוון, אך מותר באופן אגבי אגב ניסיון להשיג מטרה צבאית מוצדקת).

ישנו איסור נוסף- אסור שהנזק האגבי לאוכלוסיה האזרחית יהיה גדול באופן ברור מהיתרון הצבאי שהייתה כוונה להשיג במתקפה. איסור זה הוא עמום.

בעיה נוספת- ישנן נורמות באמנות של מדינות מסוימות שטוענות שהן לא מייצגות את המשפט המנהגי, כמו אמנת ז'נבה 1949 שאוסרת העברה של האוכלוסיה של הכובש לתוך שטח כבוש. ישראל טוענת שסעיף זה אוסר רק העברה בכפיה, כאשר שאר המדינות בעולם טוענות שהסעיף אוסר גם העברה וולונטרית (אדם שמתנדב לעבור).

ישנם מקרים שבהם המדינה שחושבת אחרת לא חתומה על האמנה, למשל אמנת רומא של ביה"ד הפלילי הבינ"ל מקדימה את המאוחר לגבי הסעיף של העברת אוכלוסיה וקובעת במפורש:

- שזהו פשע מלחמה
- היא מנוסחת כך שגם מתנחל נחשב פושע מלחמה

עד אמנת רומא היה מקובל שרק מי ששולח את האוכלוסיה פושע מלחמה, אך היא שינתה את המקובל ובעקבות סעיף זה ישראל לא חתומה על אמנת רומא.

יש להבין שעל הרוב המוחלט של דיני הלחימה ופשעי המלחמה יש קונצנזוס, כאשר הוויכוח הוא רק בשוליים.

הבחנה: בין עימות מזויין בינ"ל ובין עימות מזויין שאינו בינ"ל

עימות מזויין בינ"ל	עימות מזויין שאינו בינ"ל
- מקרה ברור: עימות בין מדינות. - כמעט כל האמנות הנ"ל עוסקות בעימות מזויין בינ"ל. - ישנם שני חריגים עיקריים: - ס'3 המשותף לאמנות ז'נבה- קובע כללים בסיסיים לגבי איסורים בעימות מזויין שאינו בינ"ל (עינויים, הוצאה להורג ללא משפט, רצח וכו'). - הפרוטוקול ה-2 לאמנות ז'נבה 1949- בעל רשימת איסורים קצרה יותר ולמרות שנועד לחול בעימותים מזויינים שאינם בינ"ל, בפועל חל בסוג צר של עימותים מזויינים לא בינ"ל, שבהם גם הצד הלא מדינתי מחזיק חבל ארץ. - ישנן מעט נורמות המסדירות סוג זה של עימות מכיוון שמדינות לא רצו שיתערבו להן בעניינים הפנימיים. כיום, הקונצנזוס הוא שיש נורמות נוספות ודיני לחימה שחלים בעימותים מזויינים שאינם בינ"ל, ונמצאות בדין המנהגי. - מה מבין דינים אלה מהווה פשע מלחמה ולא רק איסור על המדינה אלא גם על האדם שביצע? - קיימות 2 השקפות כאשר נרחיב בהשקפה השניה הרווחת יותר: - גישת משפטי נירנברג- כל הפרה של דיני הלחימה מהווה פשע מלחמה. תקנות האג מדברות רק על נורמות הפונות למדינות ואינן קובעות פשעי מלחמה. הנאשמים בנירנברג טענו שהם לא מדינה ואין על מה להעמיד אותם לדין. מדינה היא מצבור של אנשים, ולכן טוענים שהמדינה היא פיקציה כיוון שהאנשים עושים את הפעולות המשויות למדינה ולכן החובה על האנשים היא לקחת אחריות על הפעולות שעשו מאחורי הריבונות. לכן, במשפטי נירנברג נקבע כלל פשוט לפשע מלחמה: כל הפרה של כל דין מבין דיני הלחימה מהווה פשע מלחמה. בפס"ד הולנדי - הועמדו לדין שני קצינים גרמניים על הפרת הנורמה המחייבת לספק לאדם פתקית בזמן שמחרימים לו ציוד בשטח כבוש (מכיוון שמדובר בכיבוש זמני והפתק מאפשר להחזיר בתום הכיבוש). הציוד שלקחו היה אופניים. - שתי בעיות: - זילוט במשב"ל- ההגנה צריכה להיות על נורמות מוסר בסיסיות ולא על כל דבר קטן, כמו פתקית.	- מקרה ברור: עימות בין מדינות. - כמעט כל האמנות הנ"ל עוסקות בעימות מזויין בינ"ל. - ישנם שני חריגים עיקריים: - ס'3 המשותף לאמנות ז'נבה- קובע כללים בסיסיים לגבי איסורים בעימות מזויין שאינו בינ"ל (עינויים, הוצאה להורג ללא משפט, רצח וכו'). - הפרוטוקול ה-2 לאמנות ז'נבה 1949- בעל רשימת איסורים קצרה יותר ולמרות שנועד לחול בעימותים מזויינים שאינם בינ"ל, בפועל חל בסוג צר של עימותים מזויינים לא בינ"ל, שבהם גם הצד הלא מדינתי מחזיק חבל ארץ. - ישנן מעט נורמות המסדירות סוג זה של עימות מכיוון שמדינות לא רצו שיתערבו להן בעניינים הפנימיים. כיום, הקונצנזוס הוא שיש נורמות נוספות ודיני לחימה שחלים בעימותים מזויינים שאינם בינ"ל, ונמצאות בדין המנהגי. - מה מבין דינים אלה מהווה פשע מלחמה ולא רק איסור על המדינה אלא גם על האדם שביצע? - קיימות 2 השקפות כאשר נרחיב בהשקפה השניה הרווחת יותר: - גישת משפטי נירנברג- כל הפרה של דיני הלחימה מהווה פשע מלחמה. תקנות האג מדברות רק על נורמות הפונות למדינות ואינן קובעות פשעי מלחמה. הנאשמים בנירנברג טענו שהם לא מדינה ואין על מה להעמיד אותם לדין. מדינה היא מצבור של אנשים, ולכן טוענים שהמדינה היא פיקציה כיוון שהאנשים עושים את הפעולות המשויות למדינה ולכן החובה על האנשים היא לקחת אחריות על הפעולות שעשו מאחורי הריבונות. לכן, במשפטי נירנברג נקבע כלל פשוט לפשע מלחמה: כל הפרה של כל דין מבין דיני הלחימה מהווה פשע מלחמה. בפס"ד הולנדי - הועמדו לדין שני קצינים גרמניים על הפרת הנורמה המחייבת לספק לאדם פתקית בזמן שמחרימים לו ציוד בשטח כבוש (מכיוון שמדובר בכיבוש זמני והפתק מאפשר להחזיר בתום הכיבוש). הציוד שלקחו היה אופניים. - שתי בעיות: - זילוט במשב"ל- ההגנה צריכה להיות על נורמות מוסר בסיסיות ולא על כל דבר קטן, כמו פתקית.

- בעיה של אזהרה מוקדמת- לא באמת מצפים מחייל לדעת את דיני הכיבוש, אלא מצפים ממנו דברים בסיסיים ומוסכמים בלבד.
כל צד נוהג להאשים את האחר בפשעי מלחמה וככל שניתן רשימה ארוכה יותר של איסורים יהיה להם קל יותר לנצל לרעה ולהאשים, וצמצום הרשימה יקטין את החשש לפוליטיזציה של הפשעים.
לכן, מוצעת גישה אלטרנטיבית:
- 2. גישתו של הרש (צבי) לאוטרבכט, גישת ההפרות החמורות- לפיו, רק הפרה חמורה של דיני לחימה מסוימים חשובים במיוחד תיחשב כפשע מלחמה.
עמדה זו מקובלת כיום, אך יש בה שתי בעיות:
 - קיימות מדינות מסוימות בעולם המחזיקות בעמדה הישנה כמו פקיסטן- פורמלית היא מדינה קטנה, אך ברמת הביצוע- יש בעיה לבטל את הפקודה
 - גם בקרב המדינות שיש בהן קונצנזוס לגבי ההפרה, הן בבלאגן טוטאלי
 בעת ניסוח אמנות ז'נבה ב'49 המדינות אימצו את גישתו של הרש מכיוון שלפי סעיף ההפרות החמורות בכל אחת מהאמנות- הפרה של הסעיפים הללו תהיה הפרה חמורה של האמנה=תהיה פשע מלחמה.
מספר בעיות בכך:
 - לא חזרו אחורה לתקן את אמנות האג-
האם מתייחסים לפשט שפונה רק למדינות או שמחילים רק את הפסיקה של נירנברג ומגיעים לכך שכל האיסורים בתקנות האג מהווים הפרה של הפשעים כולל כל דבר קטן?
הדינים שנשארו במשפט המנהגי- האם מניחים שכולם מהווים איסור של דיני הלחימה בלבד ולא פשעי מלחמה או שכולם הם פשעי מלחמה ולא ההיפך?
האם יש אמצע?
 - לא כללו את כל הפשעים ברשימה של ההפרות החמורות- למשל בס3
המשותף לא נקבע שהפרה שלו מהווה הפרה חמורה של אמנות ז'נבה.
המדינות לא הסדירו את הפרוטוקולים- אמנם בפרוטוקול ה-1 רשימת האיסורים כללית וחזרתית כנ"ל לגבי סעיף ההפרות החמורות, ובנוסף- למשל הפרוטוקול ה-2 שעוסק בסכסוך מזויין

לא בינ"ל לא כולל הפרות חמורות בכלל.

בנוסף, עדיין ישנם דברים שמעוגנים רק במשפט המנהגי, כאשר יש גם את המצב ההפוך- דברים שמוגדרים הפרה חמורה בפרוטוקול לא מוגדרים ככאלה במשפט המנהגי של מדינות (למשל העברת אוכלוסיה לשטח כבוש נחשבת בפרוטוקול הראשון להפרה חמורה אך ישראל טוענת שהיא לא).

הבלאגן מגיע לICTY (יוגוסלביה), ובפס"ד טאדיץ'- אחת הטענות של הנאשמים הייתה שהייתה מלחמת אזרחים בהתפרקות יוגוסלביה, ואין סעיף 1 באמנה שאומר שמלחמת אזרחים היא פשע מלחמה, ואין על סמך מה להאשים אותם.

ניתן ללכת לפי נירנברג ולקבוע שהכל מהווה פשעי מלחמה, ומצד שני- ללכת לפי גישת ההפרות החמורות. השאלה בטאדיץ'- האם הנורמות הקבועות בס3 המשותף הן פשע מלחמה? לכאורה אין שום אמנה שקובעת שזהו פשע מלחמה כי הסכסוך המזוין אינו בינ"ל אך עדיין היו שם פשעים כמו רצח ואונס. ביהמ"ש קבע שהחיים לא נפסקו ב1977 והמדינות לא התכנסו שוב כדי לנסח אמנה מאז, דוחה את גישת נירנברג ואימצו את גישת ההפרות החמורות כך שהיישום הנכון שלה לאחר 20 שנה לגבי דיני לחימה הוא שלא מסתפקים רק בסעיפים המצויינים במפורש כהפרות חמורות, אלא קבעו שיש לבדוק לגבי כל נורמה האם היא פשע מלחמה לפי המבחן: האם הפרה שלה מהווה הפרה חמורה כפי שההשקפה על הפרה חמורה התפתחה לאורך השנים. כדי להכריע, ישנם 2 תתי מבחנים מצטברים:

1. בדיקה האם זוהי הפרה רצינית של נורמה חשובה- במידה וזו הפרה מינורית או נורמה לא חשובה זוהי לא הפרה רצינית (כמו אי נתינת פתק בשטח כבוש במיוחד לגבי אופניים).
2. יש לראות שנוצרה לגבי נורמה זו לאורך השנים פרקטיקה של הטלת אחריות אישית על המפרים- נסתכל בדין המדינתי ונגלה שהמדינות קבעו שזהו פשע מבחינת הדין שלהן, וגם אם לא קבעו מפורשות נסתכל על ההתנהגות שלהן במידה והעמידו לדין. במידה והדבר עומד בשני המבחנים, נבדוק שזוהי הפרה חמורה.

שתי הערות:

	1. הפסיקה הרחיבה את רשימת הנורמות שהפרתן מהווה פשעי מלחמה אך עדיין מצומצמת יותר מנירנברג. 2. יש לשים לב להיווצרות מצב שבו בעימות מזויין בינ"ל הדבר ייחשב פשע מלחמה, בעוד שבעימות מזויין לא בינ"ל הדבר לא ייחשב ככזה. דבר זה יכול לקרות משתי סיבות: • דינים מסוימים שרלוונטיים רק לעימות מזויין בינ"ל, כמו שבויי מלחמה שלא יכולים להיות בעימות מזויין רגיל • יכול להיות שהנורמה תהיה אסורה בשני סוגי הסכסוכים (בינ"ל ולא בינ"ל) אך לא תהיה פרקטיקה של הפרעה לגבי סכסוך מזויין שאינו בינ"ל (נראה שמדינות הענישו כשהדבר היה בינ"ל, ולא הענישו כשהיה לא בינ"ל). מבחן טאדיץ' רלוונטי לכל נורמה של דיני הלחימה שאין באותה אמנה קביעה מפורשת של הפרה חמורה ולא רק לסעיף 3 המשותף.
--	--

שיעור 3- ערוך באדיבות סיכום של נוי קונדה

בשיעור שעבר עצרנו בפס"ד טאדיץ' שהיה צריך להכריע האם יש פשעי מלחמה, האם קיימות נורמות של דיני הלחימה שהפרתן מקימה אחריות פלילית על האדם המבצע וסכסוך מזויין שאינו בינ"ל. כתוצאה מכך הוא היה צריך להכריע בסוגיה יותר גדולה והיא מה אנחנו עושים לגבי דיני מלחמה שאין לנו לגביהם קביעה מפורשת באמנה שאומרת שאין הפרה חמורה, משמע שאין פשע מלחמה.

אמרנו שלכאורה, לביהמ"ש היו 2 אופציות והוא בחר בשלישית:

1. לחזור לגישת נירנברג- לקבוע שהפרה של כל דין לחימה מהווה פשע מלחמה
 2. להגיד כי מה שהמדינות קבעו הוא מה שמחייב
 3. קביעת כלל לפיו כל מה שיודעים שהוא פשע מלחמה בסכסוך מזון בין מדינתי ייקבע כפשע מלחמה בסכסוך מזון שאינו בינ"ל/בין מדינתי. פותרת את הבעיה רק לגבי סכסוכים מזוינים בין-מדינתיים. מרבית הסכסוכים המזוינים הם איפשהו באמצע, קשה לדעת אם הסכסוך הוא בינ"ל, כי הם חוצים גבולות/ מעורבת מדינה זרה או מכל מיני סיבות יש הרבה סכסוכים שהם באמצע. בנוסף, יש תחומים מסוימים שיש כללים שונים לגבי הסכסוכים המדינתי והבין-מדינתי.
 4. האפשרות הנבחרת: גישת ההפרות החמורות- דברים השתנו מאז כתיבת האמנות וכלן גם דברים שלגביהם לא נקבע במפורש באמנה שהיא הפרה חמורה, אני אקבע שיתכן שהם יהיו פשעי מלחמה וזאת אם הם מקיימים 2 תנאים:
 - * מדובר בהפרה חמורה של נורמה חשובה
 - * יתפתח לגבי אותה נורמה פרקטיקה של אחריות אישית פלילית כלפי המפר
 נציין כי תנאים אלה מצטברים, אך התנאי השני יכול ליצור מצב שתהיה נורמה קיימת ב2 סוגי הסכסוכים אך רק אחד מהם יהווה פשע מלחמה, כי רק בסוג אחד התפתחה פרקטיקה להעניש.
- אין ספק שמבחן טאדיץ' עדיף על 2 החלופות הראשונות. סעיף 3 המשותף מגן על דברים די בסיסיים (למה יותר טוב מדרך 2).

הבעיה עם מבחן טאדיץ' היא שהוא מבחן עמום: מה זה פרקטיקה רווחת, מה זה חמור? מהי סוג הפרקטיקה? האם די שכתוב שצריך להעניש או שצריך להיות חוק פלילי במדינה? ובאמת היו מקרים של פסיקות סותרות אם משהו הוא פשע מלחמה או לא, למרות שזה בשוליים, עדיין יש פה מבחן שהוא מאוד עמום.

לכן, כשהמדינות מנסחות את אמנת רומא הן בעצם אומרות שיש לכתוב רשימה של פשעי מלחמה בניגוד לICTY ולICTR שבגינן יתנו סמכות לבית הדין (באמנת רומא). הרשימה הזאת נמצאת בסעיף 8 לאמנת רומא. יש כ-110 פשעי מלחמה בסעיף זה. הסעיף מחולק ל-2 חלקים וכל חלק מחולק לעוד 2 חלקים.

חלוקה בין פשעים שחלים בסכסוך מזוין בינ"ל ופשעים שחלים בסכסוך שאינו בינ"ל:

בתוך זה יש חלוקה פנימית מה נבע מאמנות ומה ממנהגים (פחות חשוב). ביום ניסוח האמנה היה פער של כמעט עשרה פשעי מלחמה שהיו קיימים רק בסכסוך מזוין בינ"ל ולא היו קיימים בסכסוך מזוין שאינו בינ"ל. זאת בשונה מדברים שקיימים נטו בסכסוך בינ"ל כמו שבוי מלחמה. הן דברים שפשוט לא היו קיימים כמו האיסור של פשע מלחמה על שימוש בכדורים שמתפרקים בגוף (כדורי דום-דום).

כמו האיסור על שימוש בנשק כימי. בפועל, לאורך השנים המדינות הוסיפו נספחים לאמנת רומא ונכון להיום יש פשע אחד או 2 שנשארו, אך יש לבדוק אם מדינה חברה חתמה על הנספח, כי אם לא- יכול להיות שהוא לא יחייב אותה.

בגדול, מבחינת אמנת רומא עם התיקונים כמעט ואין היום פער בין הפשעים שחלים בסכסוך מזוין בינ"ל ופשעים שחלים בסכסוך שאינו בינ"ל.

כדי לא לפגוע בהתפתחות של המשפט הפלילי הבינ"ל, אמנת רומא כוללת סעיף שמכיר באפשרות שיש פשעי מלחמה שלא נמצאים ברשימה. כלומר, יכול להיות שיש פשעים שמדינות צריכות להפעיל בגינם סמכות אוניברסלית/ בית דין פלילי אחר בינ"ל יכול לאכוף אותם, אך לבית הדין הפלילי הבינ"ל בהאג אין סמכות לגביהם. ואכן, יש כ-10 פשעי מלחמה מוסכמים ואין מחלוקת לגביהם, שלא נמצאים באמנת רומא. חלקם פשוט נפלו בין הסדקים.

למשל: עבדות שאינה מינית ואינה שיטתית. עבדות מינית- כלולה באמנת רומא. עבדות שיטתית- כלולה באמנת רומא בתור פשע נגד האנושות. אך סיטואציה שחייל תופס אזרח ואומר לו שמהיום הוא עבד שלו- זהו פשע מלחמה אך זה לא נמצא בחוקת רומא.

יש גם פשעים שלא נכנסו מסיבות שכולם מסכימים שהגרעין הוא פשע מלחמה אבל לא יודעים מה השוליים ולכן הם לא הוכנסו:

פשע טרור במובנו הצר או בשמו האחר 'הטלת מורא באוכלוסיה האזרחית'- אם אני עושה פעולה צבאית שכל מטרתה היא להפחיד את האזרחים, אין לה מטרה צבאית. יש הסכמה שאם אזרח נפגע בתהליך, זה פשע מלחמה. יש חילוקי דעות האם צריך שמישהו יפגע. זאת אומרת שאם יש בומים על-קוליים בדמשק, כדי לשלוח מסר לציבור הסורי ולא נגרם נזק, למעט פחד. האם זהו פשע מלחמה (ניתן לשפוט את הטייס) או רק הפרה של דיני הלחימה? יש גם דברים ששנויים במחלוקת- פשעים שלא מופיעים ברשימה שחלק מהמדינות בעולם אומרות שזה פשע מלחמה וחלק אומרות שזה לא פשע מלחמה.

למשל: הפרה של הפסקת אש. דוגמה: בין צפון קוריאה לדרום קוריאה יש הפסקת אש. הפרת ההפסקה לא נמצאת באמנת רומא. צפון קוריאה מפגיזים אי מיושב של הדרום-קוריאנים. דרום קוריאה פונה לתובעת של בית הדין בהאג ובין השאר מתלוננת על העניין של הפרת הפסקת האש. אחת המדינות חתומה על אמנת רומא והשנייה לא. לגבי הפרת הפסקת האש, אומרת התובעת:

א. יש חילוקי דעות אם זה פשע מלחמה

ב. גם אם זה פשע מלחמה, הוא לא מופיע באמנת רומא

מהכיוון השני, יש באמנת רומא מס' פשעי מלחמה שמדינות מסוימות שטוענות שהמעשה הוא לא פשע מלחמה. דוגמה: העברת אוכלוסיית הכובש לשטח הכבוש. עד אמנת רומא 1982, העמדה הרווחת הייתה שהמשלח מבצע את

פשע המלחמה- שר הביטחון/ אלוף הפיקוד/ ראש החטיבה להתיישבות. אך אמנת רומא קובעת שמי שמעביר אוכלוסייה לשטח כבוש, בים מישרין ובין בעקיפין, מבצע פשע מלחמה. בעצם זה מפליל גם את המתנחל הבודד- לפי ההגדרה של אמנת רומא, המתנחל הבודד מבצע העברה בעקיפין של אוכלוסייה לשטח כבוש. איך? מסייע לשלטון להעביר את עצמו.

ישראל טוענת שבכלל העברה של אוכלוסייה לשטח כבוש היא לא פשע מלחמה, אלא רק העברה כפויה. אך ביה"ד הלך 2 צעדים רחוק יותר לכיוון השני.

אמנת רומא היא לא כל הסיפור, יש העמדה לדין באמצעות סמכות אוניברסלית ויש גם תיאורטית בתי דין בינ"ל אד-הוקיים חדשים. בערך כל שנה שנתיים מקימים בית דין מעורב שמעמיד לדין על פשעי מלחמה- הם לא מחויבים לרשימה של אמנת רומא.

אז מה השלב הבא? 'הספר האדום של הצלב האדום'- הצלב האדום הלך ובדק מהם כללי המשפט המנהגי והאם יש פרקטיקה של הפללה, כלומר מנסה להכריע, לקבוע החלטות על סמך מבחן טאדיץ'. אז איך נתנהל ברמה הפרקטית?

ס' 8- לגבי רובם יש קונצנזוס.

אם התשובה לא עוזרת לנו, השלב הבא הוא הספר האדום- לברר אם הספר האדום אומר שזה ספר מלחמה. יש לזכור לבדוק לגבי הסכסוך הרלוונטי- בינ"ל או לא.

אם גם התשובה שם לא מוצאת חן בעינינו- להביא טיעונים נוספים על סמך מבחן טאדיץ'.

הערה: הכל מדבר על חומרה. גם אמנת רומא אומרת שהיא עוסקת רק בפשעי מהלחמה החמורים. יחד עם זאת, יש בשוליים פשעי מלחמה שכולם מסכימים שהם פשעי מלחמה ואפילו נמצאים באמנת רומא שהם ממש לא חמורים. דוגמה: הפשע של לחימה בזמן לבישת מדי האויב.

תוקפנות

JUS AD BELLUM = מתי מותר לצאת למלחמה

JUS IN BELLO = מה שדיברנו עליו עד עכשיו, קובעים כללי התנהגות של חיילים בזמן מלחמה.

עד מלחה"ע הראשונה, לפי האגדה, במשך לפחות 200 שנה לא היו דיני JAB. מדינות יכלו לצאת למלחמה מתי שהן רוצות. העמדה הזאת מתפוצצת במלחה"ע הראשונה, כי בגלל אירועון די קטן בבוסניה, פורצת מלחמה על פני 5 יבשות עם מיליונים של הרוגים. לפי הסיפור ההיסטורי, האירועון היה תירוץ: מחסלים את יורש העצר- אוסטריה מגישה אולטימטום משפיל לסרביה, סרביה מסכימה כמעט לכל התנאים ועדיין אוסטריה פותחת במלחמה. קיסר גרמניה רוצה לעזור לבן דודו האוסטרי, הרוסים חייבים לעזור לסרביה. הבריטים רוצים לעזור לבן דוד- הקיסר ניקולאי וכך כל העולם נכנס למלחמה. הסיבה האמיתית כנראה הייתה שגרמניה רצתה להיכנס למלחמה כי היא פחדה מהתפתחות הצי הבריטי.

אמנת הכניעה של גרמניה, אמנת ורסאי- קובעת שיעמידו לדין את הקייזר הגרמני על עבירות ענקיות נגד המוסר הבינ"ל ופגיעה בקדושת האמנות. עבירות נגד המוסר הבינ"ל הן- תוקפנות (מלחמה לא מוצדקת), פגיעה בקדושת האמנות היא שכדי לתקוף את צרפת הוא עקף וכבש את בלגיה, למרות אמנה שקבעה שבלגיה חייבת להישאר נייטרלית ולא מערבים אותה בשום מלחמה.

לא מצליחים להעמידו לדין כי מלכת הולנד, בת דודתו, עוזרת לו. אבל נחתמות סדרה של אמנות שבעצם המגמה היא לאסור מלחמה, שהמלחמה לא תהיה יותר אמצעי לגיטימי לקידום מדיניות. המלחמה היא לא המשך הדיפלומטיה באמצעים אחרים כפי שיש משפט שאומר- זה לא נכון לפי התפיסה לאחר מלחה"ע ה-2. התפיסה היא שמלחמה זה אסור.

הסכם קלוג-בריאנט- זוהי האמנה החשובה. ניתן לפרש אותו כקובע שמלחמה היא פשע. גרמניה פותחת במלחמה, לאחר הפסדה בנירנברג מעמידים לדין את ההנהגה הגרמנית ובטוקיו מעמידים לדין את ההנהגה היפנית ואחד מסעיפי האיום זה 'פשעים נגד השלום' - המכיל 2 אישומים:

1. תוקפנות

2. לחימה תוך הפרת אמנות (שוב היה סיפור עם הבלגים)

כמובן מרשיעים את היפנים והגרמנים, אך יש ביקורת גדולה- מענישים EX POST FACTO- החוק לא היה קיים ועדיין הענישו אותם (לטענתם). נירנברג לא מקבל זאת- הוא טוען שהסכם קלוג-בריאנט הפך למונהגי שגם זה קשקוש, המציאות יותר מורכבת.

מענישים אותם ומבינים את הביקורת ולכן משנים את דיני JAB- זה חשוב כי ההגדרה של פשע התוקפנות בנירנברג ופשע התוקפנות היום הן שונות. ב-2 המקרים מדובר ביציאה למלחמה תוך הפרה חמורה של JAB.

מה שהשתנה הוא התוכן של דיני JAB. נירנברג מגדיר את פשע התוקפנות כ'פשע הבינלאומי הגדול ביותר'- פתיחת המלחמה היא האבן הראשונה שמגלגלת את מפולת השלגים של שאר הפשעים, היא זאת שמתירה את הרסנים. מצד שני, זה פשע שמאז נמנעו לגעת בו כי להעמיד עליו לדין הוא בעייתי.

שלבי ההתפתחות מאז נירנברג:

1. תיקון דיני JAB באמנת האו"ם- קובעים שלמדינה מותר לצאת למלחמה רק בתנאים של הגנה עצמית. מעבר לזה, גם אסור לה לעשות שימוש בכוח צבאי, באופן שפוגע בטריטוריה, בריבונות ובעצמאות של מדינה אחרת. מה מותר? רק הגנה עצמית. קובעים שלמועבי"ט יש סמכות לקבוע אם מעשה מסוים הוא איום על השלום העולמי, הפרה של השלום העולמי או תוקפנות. תוקפנות היא לא רק הפשע (כל מה שפשע בינ"ל הוא גם הפרה של הדין הבינ"ל ע"י המדינה של אותו אדם). למועבי"ט תהיה בעצם סמכות לקבוע מהי הפרה מאוד חמורה של JAB.
אך מאז נירנברג לא העמידו לדין. כן נקבע שמדינה פעלה בתוקפנות, אך לא העמידו לדין בני אדם על כך במשפט פלילי (בין 1945 החלטת האו"ם - עד 2010) למה?

- מדינות מחליטות אם לחתום על אמנות, ראש מדינה לא ירצה לחתום על אמנה המאפשרת להעמידו לדין.
- אם אדם קיבל סמכות הוא בחיים לא יוותר עליה- מי קיבל סמכות הכרזה אם משהו הוא תוקפנות? מועבי"ט ולא בית דין.
- חשש לפוליטיזציה של המשפט- JAB הם מאוד עמומים ולאור זה יודעים שהם מנוצלים לרעה. אם רוצים ללכלך על מדינה- מאשימים אותה בהפרה של JAB וביצוע תוקפנות. בשביל 3 חיילים שנחטפו, מוצדק לצאת למלחמה? לפי המרצה כן, אך קול לא מבוטל בעולם אומר שלא. לכן בעצם הפשע העליון החשוב ביותר, אבל בפועל מאז נירנברג וטוקיו הוא לא מיושם, וזה לא שלא היו מקרים שלגביהם אין חילוקי דעות שיש הפרה של JAB.

2. '98- ניסוח אמנת רומא- מכוחה אמור להיות מוקם ביה"ד הפלילי הבינ"ל עם סמכויות לעסוק בכל ארבעת הקטגוריות של פשעים בינ"ל גרעיניים. לא הגיוני שלא תהיה לו סמכות על הקטגוריה שהוגדרה ע"י נירנברג כפשע הגרעיני העליון. מצד שני לא רוצים לעצבן את מועבי"ט שחושבת שזאת הסמכות שלה. אז מה עושים? קובעים סעיף שאומר של ICC תהיה סמכות לעסוק בפשע התוקפנות ביום שהמדינות תגענה להסכמה לגבי הגדרה מוסכמת לפשע התוקפנות. כולם מניחים שזה לא יקרה.

3. 2010- אסיפת קמפלה- הגדרה מוסכמת לפשע התוקפנות ע"י המדינות. המדינות קובעות תנאים מאוד מסובכים כדי שההגדרה תיכנס לתוקף ותינתן סמכות ל ICC לדון בתוקפנות. צריך שתוך 7 שנים לפחות 30 מדינות תסכמנה להכיל על עצמן, להעניק לבית הדין בהקשרן סמכות על פשע התוקפנות ואז אחרי 7 שנים, בהנחה שתנמצאנה 30 מדינות, תהיה הצבעה של כל המדינות החברות ב ICC, כל המדינות לא החתומות שיצטרכו להחליט ברוב של 2/3 על הענקת סמכות ל ICC על פשע התוקפנות ואז תוענקנה סמכות רק ל 30 המדינות שחתמו.

תוך 7 שנים 34 מדינות מסכימות להעניק ל-ICC סמכות בהקשרן על פשע התוקפנות. היום יש 38 / 37 מדינות. (יש 124 מדינות שחתומות על אמנת רומא).

חשוב היה להראות את התהליך כדי להמחיש כמה זה תהליך שהולך להישאר וגם כמה הוא מתעצם ומתחזק גם על דברים שלא קשורים למדינת ישראל. חמישית ממדינות העולם מוכנות לקבל עליהן את הדבר הזה- המגמה הכללית היא של גוף שהולך ומתחזק בלי קשר למדינת ישראל.

מה באמת הוסכם? הוסכם שמילוי 2018 תהיה ל-ICC סמכות בנוגע לפשע התוקפנות במקרה יחסית צר. חשוב! הוא יותר צר מאשר הסיטואציה שיש לו על שאר הפשעים. זו צריכה להיות סיטואציה שבה גם הפשע בוצע בטריטוריה של מדינה שחתמה על הנספח (מדינה שהסכימה שפשע התוקפנות יחול על אזרחיה) וגם בטריטוריה של מדינה שהסכימה.

אופציה אחרת היא שמועבי"ט תעניק ל-ICC סמכות להעמיד לדין איזושהי מדינה בעולם בלי קשר לחרות בו, על פשע התוקפנות.

מהי תוקפנות?

נגדיר גם מעשה וגם פשע.

מעשה תוקפנות = הפרה של JAB, שימוש בכוח מזוין, ע"י מדינה אחת כנגד הטריטוריה, העצמאות הפוליטית או הריבונות של מדינה אחרת או בכל אופן אחר שאינו תואם את מטרות האו"ם. יש רשימת מעשה תוקפנות (יש לקרוא אותה למבחן).

פשע תוקפנות = מתי נטיל אחריות פלילית עם יסוד נפשי ועובדתי כדי שהפרט יהיה אחראי. הוא מוגדר כתכנון, הכנה, יוזמה או ביצוע של מעשה תוקפנות שלאור אופיו, חומרתו והיקפו מהווה הפרה בעליל של אמנת האו"ם, ע"י אדם הנמצא בפוזיציה, המאפשרת לו להפעיל שליטה על או להכווין את הפעילות הצבאית או הפוליטית של המדינה. כלומר, דבר יחשב כפשע תוקפנות רק אם הוא מעשה תוקפנות חמור והאחריות תוטל רק על ראשי המדינה- חבר קבינט, שר חוץ, רמטכ"ל, ראש ממשלה, שר ביטחון, חברים במטכ"ל למשל.

לסיכום, אין דבר שממחיש יותר את הצניחה של המשב"ל הפלילי מאשר ההתפתחות של פשע התוקפנות ב-20 שנה האחרונות, כי המדינות עשו כל מה שחשבו שהן יכולות כדי מצד אחד להיראות טוב ומצד שני שזה לא יקרה. והלחץ הפוליטי היה מספיק גדול כדי שיחשבו שהן צריכות להיראות טוב וגם כדי שזה יכנס לתוקף למרות כל המגבלות ששמו כדי שזה לא יקרה. נכון שזה רק ל-37 מדינות ויש מגבלות גדולות על סמכות השיפוט אבל גם לא האמינו שזה יקרה, רוב המאמרים בעולם מ-97' עד 2016 טענו זאת. כאשר מדינת ישראל צריכה להסתמך עם ICC צריך להבין שזה לא הולך לשום מקום ומתפתח עם הזמן.

פשעים נגד האנושות

קטגוריה של עבירות שמטרתן להגן מפני פגיעות חמורות בז"א בסיסיות, הגנה בסיסית על כבוד האדם. בהתאם להגדרת קטגוריה זו כיום, המעשים שנכללים בקטגוריה זו מקיימים 4 אלמנטים:

1. מעשים נפשעים במיוחד כנגד כבוד האדם
2. מעשים המכוונים כנגד אוכלוסייה אזרחית
3. המעשים צריכים להיות חלק מפעולה שהיא או שיטתית או רחבת היקף
4. אלמנט מתירני- המעשים יכולים להיות מבוצעים או בזמן מלחמה או בזמן שלום, בשונה מפשעי מלחמה.

לכל אחד מרכיבי המעשה ישנן מגוון אפשרויות וזהו לא מצב שבו יש ערכאת ערעור ברורה בעלת תשובה אחת ← לכן יהיו מגוון דעות, אך בקורס נכוץ את הדעות בשטח ונהפוך אותן לכלליות.

שוני בין פשעי מלחמה לפשעים נגד האנושות:

- ההנחה בנוגע לפשעים נגד האנושות- מדובר במעשים שכלל- מבוצעים ע"י אנשים הפועלים בתוך מסגרת ארגונית (פשעה מאורגנת). זהו אלמנט נרחב של פשעים אלה ונמצא בתוך הדרישה שהביצוע יהיה שיטתי או רחב היקף; זהו ההבדל ביחס לפשעי מלחמה, שגם הם מבוצעים בדר"כ ע"י אנשים השייכים לארגון- לוחמים. רבים מפשעי המלחמה מבוצעים כחלק מהתכנית הארגונית של הארגון, אך ישנם פשעי מלחמה רבים שיכול לבצע אותם הלוחם או האזרח הבודד (למשל ביזה או אונס שנעשים מיוזמה פרטית בזמן מלחמה). במידה רבה, הדרישה שהפשעה תהיה ארגונית היא רכיב חיוני.
- פשעים נגד האנושות יכולים להיות מבוצעים גם בזמן שלום ולא רק בזמן מלחמה, בשונה מפשעי מלחמה שיכולים להיות מבוצעים רק בזמן מלחמה.

← דברים אלה הובילו להתפתחות הקטגוריה של פשעים נגד האנושות, שהתפתחה מתוך תובנה לפיה יותר אנשים מתים ממעשי השלטון של המדינה שלהם מאשר ממעשים שמבוצעים ע"י האויב במלחמה (למשל במאה ה-20- מתו יותר אנשים מטעם מדינתם מאשר מטעם האויב).

הגדרה זו התפתחה בעקבות מלחה"ע השניה: ברגע שהנאצים מפסידים, מתחילים לגלות את היקף מעשי הזוועה שביצעו ← הביא לגילוי שחלק נכבד ממעשי הזוועה בוצעו נגד תושבי גרמניה; כאשר חלק גדול מהם בוצעו בין 33'-39' לא בזמן מלחמה, ולכן רצו להעמידם לדין. מנגד, הם מעלים שני טיעונים כנגד העמדה לדין בגין מעשים אלה:

1. אין תקדים- לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל העמידו לדין רק על פשעי מלחמה לפני כן
2. עלולה להיגרם התערבות חמורה מדי בענייניה הפנימיים של המדינה ובריבונותה

שיקול פרקטי- אחת מבעלות הברית באותה תקופה (סטאלין) לא רצתה לגרום להתערבות במדינתה גם כן. מנסחי הצ'ארטר רצו שהנאצים יועמדו לדין גם בגין מעשים אלה.

עמדת ביה"ד הבינ"ל בנירנברג הייתה שלא ניתן להעמיד בגין פשעים נ' האנושות שאינם קשורים למלחמה- האמריקאים בבתי"ד שלהם בנירנברג פסקו אחרת, ובעקבות כך- **באייכמן** נקבע שאין צורך בקשר למלחמה ← הביא לקונצנזוס מוחלט כיום שפשעים נ' האנושות יכולים להתבצע גם בזמן מלחמה וגם בזמן שלום.

סעיף 7 לחוקת ICC (חוקת רומא)- ההגדרה לפשעים נ' האנושות. כולל רשימה ארוכה של מעשים, שבמידה והם מבוצעים באופן שיטתי/רחב היקף- יהוו פשעים נגד האנושות. ברשימה זו ישנו סעיף סל שמכליל בתוכו "מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה"- גם משהו שלא מופיע ברשימה, במידה ויהיה דומה באופיו, שיטתי ונרחב יחשב פשע נגד האנושות. המעשים צריכים להיות מכוונים לגרום סבל רב/חבלה חמורה לגוף/לבריאות הנפשית/הפיזית. (ללמוד למבחן את הרשימה, כמו הרשימה של תוקפנות).

מתקפה שיטתית ורחבת היקף:

1. התקפה רחבת היקף- מכוונת כנגד אוכלוסיה אזרחית ובעלת קורבנות רבים.
 2. לא כל המעשים חייבים להתבצע ע"י אותו אדם- מספיק שמעשה אחד יהיה חלק מאותה מתקפה רחבת היקף ולכן נוכל להאשים את האדם שביצע מעשה ספציפי בפשע נ' האנושות.
- התקפה שיטתית= כחלק ממעשה שמבוצע תוך תכנון ותמיכה של מדינה או של ארגון שדומה באופיו למדינה (למשל גם ארגון מורדים מאורגן). במקרה זה- בוודאות נוכל להעמיד לדין רק אדם אחד- למשל במקרה שתוכננה תכנית והספיקו לבצע רק רצח אחד, אך עדיין הייתה תכנית במידה והיא כן הייתה מתבצעת וכך נעצר פשע נ' האנושות החל מהמקרה הראשון.

שתי חלופות למעשים רחבי היקף:

1. האם גם כאן קיימת דרישה לאלמנט של ארגון?
מצד אחד - פסיקות לפיהן גם במקרה זה לא נדרש תכנון וארגון מצד המדינה אך נדרשת הסכמה או עידוד של המדינה (או של ארגון מעין מדינתי).
 למשל, חבורה של חיילים משועממים שנשלחו למקום נידח במדבר במדינה אחרת והתעללו באזרחים. הדבר התבצע ללא תמיכת המדינה.
 האם נדרשת סדרה של מעשים או די במעשה אחד?
2. מצד שני - פסיקה סותרת. חייל שמוצב במפעל טקסטיל בדימונה ואמור לשמור על כפתור אדום, לחץ עליו מתוך כעס כלפי תל אביב - האם זהו פשע כנגד האנושות למרות שאין סדרה של פעולות? האם ההגדרה "לרחב היקף" היא היקף גדול של קורבנות או של כמות הפעולות?
 ככלל, פסיקת ICTY ו-ICTR תמכה בגישת היקף הפעולות, אך ישנו פס"ד אחד של ICTR שהובעה בו תמיכה ברוחב היקף הקורבנות.
 השלב שבו ניסו לסדר את הפסיקות הסותרות היה כאשר הוקם ICC; כחלק מהקמתו נוסחה אמנת רומא ונוסח מסמך Elements of crime - מסמך המפרש את העבירות השונות והשופטים מונחים לראות בו המקור הפרשני הראשי המנחה.
- תשובה לשאלה הראשונה - מסמך זה קובע כי לא נדרשת תכנית של המדינה אך יש צורך בתמיכה ועידוד, כאשר אם מדובר במעשים שמבוצעים לאורך זמן - די באי מניעה. החשש הוא שתהיה הרחבה יתר על המידה של הגדרת הפשעים נ' האנושות, דבר שעלול לגרום ל2 דברים:
 1. הוזלת הפשע - רוצים להשאיר סטיגמה של מעשים מחרידים על מעשים אלה
 2. התערבות יתר על המידה בענייניה הפנימיים של המדינה
- תשובה לשאלה השנייה - המסמך קובע בנוסף שיש צורך בסדרה של מעשים ואין די במעשה אחד.
 יחד עם זאת, כבר רואים שבפסיקת ICC יש בלגן: ישנה פסיקה המחלישה את הדרישות וחוזרת לעמדה בICTY ובICTR, בעוד ישנה פסיקה שלפיה יש צורך בתמיכה ועידוד של מדינה, ואף ישנה פסיקה אמצעית שלפיה יש צורך ברמת ארגון גבוהה.
 לגבי השאלה הראשונה - ישנן 3 עמדות:
1. אין צורך בחלופה בקישור למדינה
 2. צריך תמיכה ועידוד של המדינה או אי מניעה לאורך זמן
 3. עמדת אמצע - דרישה לרמת ארגון.
- שאלת "מיהו אזרח?"
 פשעים נ' האנושות מבוצעים נ' אזרחים. השאלה היא האם ניתן לבצע פשעים נ' האנושות כנגד חיילי הצבא שלי? לדוג: באריתראה ישנו גיוס לתמיד - מי שמגויס לא משוחרר. חלק מוצבים בתנאים טובים וחלק באמצע המדבר בבסיס סגור מבלי יכולת לצאת.
 שתי סיבות מרכזיות למה פשעים אלה אינם פשעים נגד האנושות:
1. סיבה רציונלית - פעילויות נורמליות רבות שקורות בצבא יכולות למעשה להיות מוגדרות כפשעים נ' האנושות במידה וחיילים היו מוגדרים כאזרחים. אם נגדיר חיילים כחלק מהאוכלוסיה האזרחית, עלול להיווצר מצב שבו המעשים הרגילים של צבא יפלו תחת הגדרת פשעים נ' האנושות (כמו חיילים שנשלחים למקומות מסויימים כדי להגן) - וזו לא מטרת האיסור.

2. סיבה היסטורית - פשעים נגד האנושות באו מתוך פשעי מלחמה, הם מחרידים ואסור לעשותם גם בימי שלום. לכן צריך לדבוק בהגדרה של אוכלוסיה אזרחית ולהבחנה בינה לבין לוחמים שיש בנוגע לפשעי מלחמה.

לפי העמדה הקלאסית המוקדמת - ההגדרה מצומצמת לאזרחים בלבד. ההגדרה לפשעים נגד האנושות מאוד מצומצמת. ב-20 שנה האחרונות החלה להיות ביקורת כנגד עמדה זו, והחלה לגבור תמיכה בעמדה שלפיה - לפחות בזמן שלום ניתן לבצע פשעים נ' האנושות גם כנגד חיילים של הצבא שלנו כל עוד מדובר באנשים שבפועל אין להם כוח.

לאחרונה, ביה"ד בקמבודיה נתן שיטה שקובעת שאפשר לבצע פשעים נ' האנושות כנגד חיילים שלי גם בזמן מלחמה. הטיעון היה שהאיסורים על פשעי מלחמה ועל פשעים נ' האנושות שונים - ובהקשר זה, אין סיבה לקבוע שחיילים הם לא בני אדם.

מספר חודשים לאחר מכן, ה-ICC קבע שגם פשעי מלחמה מסוימים ניתן לבצע כנגד החיילים שלך (למשל אונס של החיילים ע"י אדם ממדינתם בזמן מלחמה). דבר זה נובע מתוך רצון להגנה על ז"א שמגיעות גם לוחמים ומתוך האינטראקציה של לוחמים עם המדינה שלהם.

בעניינים אלה יש מספר עמדות מכיוון שכל פרשנות מובילה לתוצאה מורכבת.

שאלה נוספת - מה צריך להיות היסוד הנפשי בעבירת פשעים נ' האנושות?
שני וויכוחים:

1. מודעות - כאשר מבצעים מעשה שחלק מהיסוד העובדתי הוא מהווה פשע כזה, חייבת להיות מידה מסוימת של מודעות. עדיין, הוויכוח הוא לגבי רמת המודעות שצריכה להיות למבצע.

○ בנוגע לחלופת ה"שיטתיות" - האם צריך להיות מודע שהמעשה הוא חלק מתשתית (של המדינה או גוף דמוי מדינה?)

○ בחלופה של "רחב היקף" בהנחה שמאמצים את הפרשנויות הדורשות את תמיכת המדינה - הוויכוח הוא באיזו מידה צריך להיות מודע לכך שיש תמיכה של המדינה.

2. כוונה - האם נדרשת גם כוונה? ואם כן, באיזו מידה?
שתי עמדות:

○ מספיק שישנה מודעות לקיומה של תכנית

○ לא די להיות מודע, אלא יש צורך שבמעשים יש גם צורך לקיים את התכנית.

כנ"ל בנוגע לחלופה של פעולה רחבת היקף - שתי עמדות:

○ צריך להתכוון שהמעשה יהיה חלק מהפעולה רחבת היקף

○ די במודעות

במידה ומרחיבים את הרשת - מגיעים לאנשים שמידת ההשפעה שלהם בארגון קטנה, ולכן אין צורך לרדת לרזולוציות כאלה (דוגמה קלאסית - נתב הרכבות לאושוויץ; רואה שנוסעות רכבות מלאות באנשים כשהן חוזרות ריקות ושהרוח מריחה משיער שרוף. במידה ויפסיק לנתב, הרכבות יפסיקו. האם יש צורך להאשים אותו?) כנ"ל לגבי קאפויים ודוגמת דמיניוק.

חוק עשיית הדין בנאצים ועוזריהם - נועד כדי להעמיד לדין קפואים ויוזנראטים - אלזה טראנק לא הורשעה בעוד אנגיסטר הורשע, ולפי החוק נפסק עליו עונש מוות ← הוגש ערעור לעליון ← ההחלטה נהפכה כאשר אמרו שנימוקיהם יתפרסמו בעתיד - והם מעולם לא פורסמו.

מקובל לחשוב ששחררו את אנגיסטר מכיוון שהיה חולה והם חיכו עד שימות כדי שלא יהיה צורך לפרסם פס"ד, זהו נימוק לפיו גישה פורמליסטית מביאה לתוצאות כמו באנגיסטר.

כיום- 2 עמדות:

1. העמדה הרווחת- נדרשת מודעות בלבד ללא כוונה, ולא נדרשת מודעות לכל הפרטים. (בחלופת השיטתיות מספיק ידע כללי שזהו חלק מתכנית, ובחלופת הרחב היקף מספיקה מודעות כללית שהמעשה היחיד הוא חלק מפעולה רחבה יותר).
- Elements of crime מוסיף שאם מדובר במעשים הראשונים של אותו פשע בחלופת השיטתיות (כחלק מתכנית) כך שהצלחנו לעצור פשעים נ' האנושות- נדרוש כוונה, כיוון שלמעשים הראשונים אפשר להעמיד את הבכירים שעמדו מאחורי התכנית.
- למרות זאת, לאחרונה עדיין מובעת תמיכה בגישת המודעות.

רצח עם

הגדרה: ביצוע מעשה כנגד חבר בקבוצה מתוך מטרה להשמדה ככזו באשר היא הקבוצה.

עד 1948 לא הייתה קטגוריה נפרדת של פשעים בינ"ל גרעיניים ← מ1948 נלקחו הפשעים החמורים ביותר מקטגוריית הפשעים נגד האנושות וייחדו להם קטגוריה חדשה ונפרדת באמנת הג'נוסייד 1948. ישראל חתומה, אשררה וקלטה את אמנה זו למשפט הישראלי בחוק למניעת פשע השמדת עם.

כיום, האיסור נגד פשע השמדת עם נמצא גם בס'6 לאמנת רומא- ובו ההגדרה מועתקת מאמנת הג'נוסייד בהבדלים מינוריים.

ג'נוסייד = ג'נו (עם, שבט) + סייד (רצח). מונח זה נהגה ע"י למקין- יהודי פולני.

במשפטי נירנברג שבהם קטגוריית הג'נוסייד לא הייתה עדיין, היו חילוקי דעות האם פשע הג'נוסייד יכול להיות גם בשלום; נקבע כי רצח עם מהווה פשע בינ"ל גרעיני גם אם בוצע בעת שלום.

הבעיה באמנת הג'נוסייד היא שהיא קבעה מנגנוני אכיפה חלשים- לגבי אכיפה כנגד מדינות- היא מתבצעת ע"י ICJ (בפועל, לא נפתחו שום הליכים עד שנות ה 90 בגלל המלחמה הקרה, ומאז- נפתחו מספר הליכים בלבד).

אמנת הג'נוסייד קובעת מנגנון דפוק לאכיפה הפלילית: לפיו כל עוד לא יוקם בי"ד בינ"ל בעל סמכות לעסוק בג'נוסייד, סמכות השיפוט בנושאים בנוגע לעבירות הג'נוסייד מצויה בידי המדינה שבה בוצע הג'נוסייד ← הדבר השתנה בשנות ה 90 במספר שלבים:

1. מוקמים שני בתי דין אד-הוק עם סמכות לעסוק בעניינים ספציפיים (ICTY, ICTR)
 2. מוקם בי"ד בינ"ל קבוע בעל סמכות לעסוק בג'נוסייד כלפי המדינות הרלוונטיות (ICJ)
 3. ישנן מדינות שקבעו שהפירוש הנכון לאמנת הג'נוסייד הוא: אם המדינה שבה בוצע רצח העם אינה מסוגלת או רוצה לאכוף את הפשע, ניתן להפעיל סמכות אוניברסלית.
- למועבי"ט סמכות בICC לתת למדינה שאינה חברה בה, לערוך דיון בנוגע לרצח עם.

רכיבי פשע השמדת העם

1. רכיב הקבוצה- המעשה צריך להיות מבוצע כנגד חברים בקבוצה מסוגים ספציפיים:
 - קבוצה לאומית- קבוצת אנשים שבמינימום חולקים אזרחות של אותה מדינה.
 - קבוצה אתנית- קבוצה שיש לה שפה ותרבות משותפים.
 - קבוצה גזעית- קבוצה בעלת תכונות תורשתיות משותפות.
 - קבוצה דתית- קבוצת אנשים המאמינים באותה אלוהות או באותה דרך אמונה משותפת.

2. הרכיב הפיזי- מה עושים כלפי הקבוצה. 5 רכיבים:

- הריגת חברי הקבוצה

- גרימת נזק נפשי/גופני לחברי הקבוצה;

החלופה של נזק נפשי

הרוב ברואנדה אונס שיטתית את בנות קבוצת המיעוט מתוך ידיעה שבפועל בחברה המסורתית הגברים לאחר מכן לא ירצו לשאת נשים שנאנסו – לא תהיה ילודה והקבוצה תושמד. ICTR לא ניתן לטעון להשמדת עם, אך טוענים טענה אחרת: שאונס שיטתי עלול לגרום לאותן נשים נאנסות לא לרצות להביא ילדים לאחר מכן – מקיים את החלופה של גרימת נזק פיזי/נפשי.

- הכפפת הקבוצה לתנאי חיים שיש בהם כדי להביא להרס פיזי של הקבוצה-

החלופה של הרס פיזי

הרעבה קיצונית בגטו של 300 קלוריות ליום לא מהווה הרעבה, אך לחלוטין לא ניתן לחיות כך- ועדיין נחשיב זאת כהרס פיזי מתמשך.

- שימוש באמצעים למניעת לידות בקבוצה

החלופה לשימוש באמצעים למניעת לידות

הסרבים בסרבניצה הורגים רק את הגברים. הועמדו לדין על רצח עם- איך אפשרי אם הנשים נשארו? בקבוצה מסורתית שהושמדו בה הגברים, המבנה החברתי שלה הושמד ולכן בקבוצות מסוימות גם אם נשמיד רק את ההנהגה הדתית- יהיה בכך כדי להביא להשמדת הקבוצה ולכן רצח עם יתקיים. דוג'- הדרוזים; לא יודעים את דתם הסודית מלבד המלומדים. כל כתבי הדת שלהם היו בספריה בהר הדרוזים שהכניסה הייתה אסורה אליה, הבריטים פשטו לשם ולקחו עותק שלהם לספריה הלאומית בלונדון.

שימוש באמצעי מניעה

סירוס הגברים כדי למנוע את התרבות העם.

- העברת ילדים מהקבוצה אל קבוצה אחרת

החלופה של העברה כפויה של ילדי הקבוצה לקבוצה אחרת

העברת ילדים אבוריג'נים מעורבים שגודלו ע"י הצד האבוריג'ני ושילובם בכוח בכתי ספר לבנים באוסטרליה.

3. אלמנט המטרה- על המעשה להיעשות מתוך כוונה להביא להרס מלא או חלקי של הקבוצה הלאומית

האתנית הגזעית או הדתית באשר היא אותה קבוצה.

העמדה הרווחת היא שרשימת מעשים זו סגורה.

ישנם מספר סיבוכים:

1. מה עושים במקרה של קבוצות שלא נופלות באופן ברור לאחת ההגדרות של קבוצה?

- מקרים של קבוצות שלא נופלות להגדרות באופן חד, למשל המונח עם לא בעל וודאות מוחלטת, ויש הטוענים שיהודים הם לא עם אלא דת, כנ"ל לגבי הפלסטינאים.

- ההוטו והטווצי – היסטורית היו שני סקטורים באותה חברה עד שהגיעו הבלגים ורצו להפוך את רואנדה לקולוניה – כדי לשלוט הם עשו הפרד ומשול – העמיקו את ההבחנה בין ההוטו לטווצי וקבעו שהם קבוצות אתניות שונות – נגרמה מלחמת אזרחים שבה שבט אחד רצח את השני (800,000 נרצחו בשבט אחד ביום בעוד בשני נרצחו 200,000).

כאשר הועמדו לדין על רצח עם, טענו שלא כיוון ששני השבטים הם אותה קבוצה אתנית;

הICTR דוחה טענה זו ופוסק שאכן הבוחן להכרעה האם קבוצה מהווה קבוצה תלויה בשאלה: איך מרבית חברי הקבוצה תופסים את עצמם? אם מדובר בקבוצה יציבה שאפשרות הכניסה והיציאה ממנה תלויה בהולדה.

2. האם רשימת הקבוצות היא רשימה סגורה?
העמדה הרווחת היא שכן.

- דעת מיעוט: יש להכיר בקבוצות מאובחנות נוספות, כמו קמבודיה- אחרי המהפכה ישנה תנועה אידיאולוגית (אחמרוז') שרוצה להחזיר את קמבודיה לתקופת הפאר של אימפרית אחמר, שהייתה חקלאית- כלומר להעביר את כולם מהעיר אל הכפר, כאשר מי שמתנגד יועבר בכוח או יומת. בתהליך זה, האחמרוז' מחסלים 1/3 מהעם הקמבודי, כאשר כיוונו את הרוב לאלוטות- הקבוצה העירונית והמשכילה יותר;

ש: האם האליטה העירונית מהווה קבוצה מובחנת?

ת: בפועל, הדבר לא הגיע לדיון בביה"ד המקומי לכך כיוון שהתובע לא הגיש כתבי אישום שהיו מאפשרים לביה"ד לדון בכך. העמדה הרווחת נשארה כסגורה.

3. לגבי היקף ההשמדה- האם די להשמיד את כל הקבוצה או רק חלק ממנה?
בסרביה הושמדו הסרבים המוסלמים; הועמדו לדין המעורבים על רצח עם וטענו שישנם מוסלמים רבים בעולם אך לא ניסו להשמיד את כולם לכן הדבר לא נחשב רצח עם.

- ה־ICTY קובע שילוב של מבחן איכותי וכמותי משולב:
אין צורך להשמיד את כל הקבוצה (באיזור גיאוגרפי/מבחינת כמות העם), אלא צריך שיהיה:
○ ניסיון- להשמיד חלק מהקבוצה שיושב בחבל גיאוגרפי מסוים
○ הצלחה- חלקית לפחות, בתנאי שכמות בני הקבוצה באותו חבל ארץ לא מזערית.

ישנה מחלוקת בנוגע לגירוש:

- העמדה הרווחת היא שהיא אינה מהווה רצח עם.
- עמדת מיעוט- גם גירוש מהווה רצח עם.

מחלוקת בנוגע לרצח עם כחלק מתכנית מאורגנת:
שני נימוקים ללמה לא:

1. אם נדרוש תכנית, היכולת הראייתית להוכחת רצח עם תהיה קטנה- אין מסמכים שאפשר להציג אותם כבעלי תכנית לרצח עם.
2. לעתים, רצח עם מתפתח מלמטה- מתוך התנהלות ההמון.

המחלוקת בין ה־ICTY ל־ICC:

- עמדת ה־ICTY- אין צורך בתכנית.
- עמדת ה־ICC- פורמלית אין צורך בתכנית, אלא אומרת שיש להוכיח אחת משתי אופציות:
○ שהמעשה בעליל חלק מדפוס של מעשים דומים המכוונים כנגד הקבוצה (אם כי לא צריך שכל המעשים יהיו אלימים)
○ צריך שהמעשה עצמו יהיה בו כדי להשמיד את הקבוצה.
לאחר שהוקם ה־ICC, פס"ד פוקוביץ של ה־ICTY טען נגדו שאין צורך בהוכחת תכנית. בישראל העליון בפס"ד צדקוביץ- הכיר בשתי הגישות ולא הכריע ביניהן.

מחלוקת לגבי היסוד הנפשי:

ויכוח בין שתי דעות:

1. דרישת מודעות בלבד- אם כן באיזו מידה?
דרישה לכך שהנאשם היה מודע לכך שההשמדה היא תוצאה טבעית של מעשיו
- תת גישה- די בעצימת עיניים ולא צריך מודעות.

2. דרישת מודעות+כוונה- אם כן באיזו מידה?

דרישה לכך שהנאשם עשה את המעשה מתוך כוונה להשמיד את הקבוצה.

ויכוח זה הוא גרסה קיצונית של הפרשנות בפשעים נגד האנושות; ישנה התלבטות בין הרצון להרתיע ולמנוע לבין ההבנה שלחלק מהאנשים אין ברירה או שמידת השפעתם קטנה = אין הכרעה ← כל אחת משתי האופציות תביא לתוצאות מורכבות.

באימוץ גישה 1 עדיין לא ניתן להרשיע את כולם; בפסק דין של ICTY נגד מפקד מעצר שהתעלל בעצירים אלבניים מוסלמים (שיחק על חשבונם רולטה רוסית) ← הוא לא הורשע מכיוון שלא היה ניסיון להשמיד את האלבנים. המוסלמים מכיוון שעובדתית, בעולם, לא הייתה כוונה להשמיד אותם, ולכן הוא לא היה חלק מדפוס או תכנית ולכן ← לא בוצע רצח עם והוא לא הורשע. באימוץ גישה 2 התגלה שהמפקד היה בעל בעיה נפשית ולכן לא בהכרח הייתה לו כוונה ← הגיעו למסקנה שלא ביצע רצח עם והוא לא הורשע.

סוגיה- לפשע רצח העם יש שני צדדים מיוחדים לעבירה:

1. הסתה- ההגדרה באמנת הג'נוסייד היא הסתה לביצוע רצח עם (למשל הרדיו ברואנדה או גבלס בשואה). באמנת רומא, קבעו באחד הסעיפים עבירה מיוחדת: הסתה לרצח עם (כלומר הסתה לפשעים נ' האנושות אינה מהווה פשע אך הסתה לרצח עם- כן).
3 דוגמאות:

- הסתה לרצח עם נגד הרוהינגה באינדונזיה- הסתה של 5 שנים בפייסבוק גרמה לכך שאפילו כלת פרס נובל לשלום עצמה עינייה.
 - ברואנדה- כמרים רצחו את קהילתם, גברים רצחו את נשותיהם ושכנים רצחו שכנים בעקבות תהליך הסתה שארך מספר שנים.
 - גרמניה הנאצית- הספר הפופולרי לפני המלחמה היה דווקא הקץ לנשק (ספר פציפיסטי).
2. קומפליסיטי- סיוע. עם זאת, ישנן מערכות משפט המפרשות קומפליסטי באופן רחב יותר מהפירוש הרגיל לסיוע: aiding and avetting, פירוש שהוא יותר מאי מניעה ופחות מקשירת קשר לביצוע פשע.
- פס"ד קמבנדה** של ICTR- ר"מ רואנדה חילק נשקים לקבוצות פוליטיות אלימות עצמאיות כדי שיסייעו לצבא במלחמת האזרחים תוך שהוא מודע לכך שיש סיכוי הסתברותי גבוה שהנשקים יישמשו לרצח עם ולמרות זאת לא מנע את החלוקה.
- כדי להוכיח קומפליסיטי לא חייבים להוכיח כוונה ← לכן באמנת רומא לא השתמשו במונח זה עקב הפרשנות הגבוהה שלו והשתמשו בקטגוריות הרגילות של צדדים לעבירה (כמו סיוע, שידול, ביצוע באמצעות אחר, מתן אחריות מפקדים וכו') ← משמע, עדיין יכולים להיות מקרים שבהם אדם יעשה מעשה שלפי פרשנויות מסוימות יהווה קומפליסטי אך לא נופל בתוך ההגדרה של אמנת רומא ← ולכן יהיה ניתן להעמידו לדין על סמך סמכות אוניברסלית או בבי"ד אד-הוק אך לא יהיה ניתן להעמידו לדין ב-ICC.

סיטואציה היפותטית: אנו רואים בחדשות שהיו הפגנות בבוטסואנה וחיילי המדינה הזו פתחו באש על המפגינים. על המסך מופיע רמטכ"ל צבא בוטסואנה ואומר שהם לוקחים את המשב"ל מאוד ברצינות, יחקרו מה קרה, יגיעו לאמת ואם יש צורך יענישו את מי שצריך להעניש.

סיטואציה שנייה: אנו רואים בחדשות שחיילי צה"ל ירו על מפגינים. כוכבי נעמד מול הכתבים ואומר שצה"ל מחויב למשב"ל ואם בוצעו מעשים לא רואים יחקו זאת ואם יהיה צורך- יענישו.

בוטסואנה- היא דמוקרטיה, מעולם לא הייתה בה הפיכה, 5% מקרטל היהלומים שייך לה והיא המדינה היציבה ביותר באפריקה.

סביר שבתור ישראלים היינו מאמינים יותר לסיטואציה השנייה.

אנחנו נעסוק בעובדה שבנוגע לחקירת פשעים בינלאומיים גרעיניים במדינת העברין, תמיד יש לפחות 2 נקודות מבט: 1- נקודת המבט הפנימית: תטה לראות בפעולות החקירה שמבוצעות ע"י המדינה כאמינות. 2- נקודת המבט של המתבונן מבחוץ: מי שמתבונן מבחוץ יהיה הרבה יותר סקפטי לגבי האמינות של ההליכים במדינה ויותר יטה לדרוש מעורבות של גורמים מבחוץ, גורמים מהזירה הבינ"ל, בחקירה ובאכיפה. ננסה לראות בשיעור הנוכחי ש2 הגישות סובלות מהטיות, 2 הגישות טועות או נוטות לטעות בהערכה של את המצב. חשוב להסביר שהמתח בין 2 הגישות האלה קשור למתח שכבר הזכרנו בשיעורים קודמים. זה מתח בין 2 גישות הקצה, ביחס למשב"ל הפלילי.

שתי הגישות:

1. גישה אחת: הדבר הנפלא בעולם ולכן צריך כמה שיותר להגדיר את המשב"ל, לאכוף ולהסתמך על גורמים בינ"ל בשביל האכיפה. המתבוננים מבחוץ יטו לגישה האוניברסליסטית.
2. גישה שנייה: העמדה הסקפטית- יש כמה גוונים: גוון שאומר שהכל מושחת, גוון שאומר שהכל פוליטי, גוון שאומר שזה לא אפקטיבי, גוון שאומר שהעולם נגדנו. הדוגמה התיאורטית: תנו לצה"ל לנצח (המשב"ל מפריע לכוחות הלוחמים). המתבוננים מבפנים יטו לגישה הביקורתית.

לעתים, הסיבה שאנשים נוטים לגישה הביקורתית היא בעקבות האסוציאציה שקושרת פושעי מלחמה לפשעי מלחמה. האדם המחזיק בדעה זו הוא בעל אסוציאציה לא מקובלת להגדרותיהם של פושעי מלחמה. לעתים, האסוציאציה חמורה יותר וזו שלבית:

1. פשיעה היא דבר אנושי
2. פס"ד נירים - 1949 בעת הפסקת האש, באחד מהשטחים הצמודים לגבול נקבע שב"ם - שטח בטחוני מיוחד שניתן לירות בקלות במי שחוזר אליו. קבוצת חיילים במשלט ליד נירים הייתה אחראית על איזור מסוים וניתנה להם ההוראה הנ"ל. מכך התפתחה דינמיקה לפיה הם הניחו שכל מי שהם נוטלים את חייו מהווה שלהם. כשנקרו למקום ילדה בדואית וגבר, הגבר נהרג במקום והילדה נלקחה, הופשטה וכו'. היא נאנסה ע"י החיילים והתלוננה למפקד המשלט < ובעקבות כך כינס את החיילים ועשה הצבעה: או להפוך את הבדואית לטבחית המשלט, או להפוך אותה לשפחת המין של המשלט. האופציה השניה נבחרה והיא חולקה לזמנים בין מחלקות. עצם הימצאה במקום נודע לשאר והקצין הבין שהסתבך < נתן פקודה לחיילים לנסוע רחוק מהבסיס ולהרוג את הבדואית+ווידוי הריגה. כדי לכסות את המקרה, הוא שלח מברק למפקד שה"ערביה נלקחה בשבי, התעללו בה חיילים ושבעקבות סבלה החליט להעבירה מן העולם". משפטית, ביה"ד הצבאי לא התעלם מהרקע וטען כי שחרור רסנים עלול לגרום למדרון חלקלק. לחימה היא מצב שעלול להביא לשחרור רסנים ולכן יש חובה להחיל את האכיפה גם במקרים חמורים פחות כדי למנוע מדרון חלקלק. בעיה הפוכה - אכיפת יתר עלולה ליצור אפקט צינון; במלחמת לבנון ה-2 הייתה בעיה עם קו האספקה, ובסיטואציה זו מותר לקחת אוכל מבתי נטושים. למרות זאת, חיילי צה"ל לא לקחו את האוכל כי חשבו שזו ביזה. הבעיה היא בכך שאין קו מדויק.

לא כל פושע מלחמה או מבצע של רצח עם הוא אותו נבל אדיר כמתואר; לדוגמה - היה צריך להעניש רבים מאנשי היוזנראט אך עדיין הם לא הורשעו. בנוסף, לא כל פושעי המלחמה הם חמורים במיוחד. 2 דוגמאות לכך:

1. ביזה- בסופו של דבר זוהי גניבה.
2. פשעי מלחמה שהבעייתיות המוסרית בהם גדולה לא פחות; לדוג'- ישנו כלל הקובע שאסור בתכלית להוציא להורג אדם שבוי ברגע שנשבה (גם אם אין אספקה להאכילו או שהוא מסכן את הכוח). בעבר היה כלל הפוך שקבע שבתנאי צורך צבאי- כוחות צבא רשאים להוציא להורג את השבויים ששבו. סחיבת שבוי מסרבלת את הכוח הצבאי ומקטינה את האספקה ולכן ← הוציא להורג במידת הצורך. דבר זה הביא לטבח של 5000 שבויים טורקיים תחת שלטון נפוליאון ביפו. ← דבר זה הביא לשינוי הכלל לכלל ההפוך.

לפי הניסיון ההיסטורי, כלל שמאפשר הוצאה להורג מביא לתוצאות גרועות יותר ולכן זהו פשע מלחמה הגיוני. מלבד המקרים המובהקים, ישנם מקרים נוספים שאינם דווקא בגדר חמורים. המצדדים בנק' המבט הפנימי יתחשבו בהכרה בצורכי החייל בעוד המצדדים בנק' המבט החיצוני יתמקדו בנזק שנגרם בעקבות ההפרה של דיני הלחימה (לדוג'- אלמור עזריה; במדינה אחרת- חייל שירה בלוחם של הצד השני לא היה מקבל שנה וחצי בלבד).

דיסוננס קוגניטיבי- סיטואציה מציאותית מייצרת מתח בין שני ערכים שמחזיקים ביניהם. הדרך לפתור זאת היא לנטוש את אחד מהערכים הנוגדים. מחקרים מראים שאדם שחווה דיסוננס ופותר אותו בדרך זו, מפתח סלידה לגבי הערך שננטש ומאמץ את הערך שהותיר באופן חזק יותר.

דבר זה גורם לאנשים להיות סלחניים יותר כלפי עצמם ולהניח שהסיבה בגינה מבקרים אותם היא לא לגיטימית. לדוג', המחתרת היהודית רוצה לפוצץ את הר הבית כדי לגרום למהומה שתבצע רצח עם מבחינת פשעים משפטיים. ישראל מבוקרת פוליטית רבות מכיוון שעובדתית, ישראל היא מדינה מפותחת רבה שקרובה מאוד לקרבות ולמקומות עם מתיחות פוליטית.

ניתן לראות מהנ"ל ששתי נקודות המבט- הפנימית והחיצונית- סובלות מהטיות המשפיעות על אופן תרגום הסיטואציה.

הטיות אלה פועלות גם בשלב החקירות- מנק' מבט חיצונית, ככל שיהיו יותר חקירות כך יהיה טוב יותר כדי שתהיה יותר אכיפה.

מנק' מבט פנימית, המעשים אינם מעשי זוועה והחקירות יגרמו לאפקט מצנן שישפיע על יכולת הלוחמה של הנחקר, מיותרת ומפריעה ללחימה. גם כאן, שתי העמדות טועות.

מערכת האכיפה בארץ פועלת יתר על המידה ובסקר ויקטמולוגיה שנערך (שאלת אנשים אם חוו פשיעה כלפיהם). מספר הפשעים שנאכפו היה 1.3%. בבדיקת פשעים חמורים, אחוז האכיפה לא היה יותר מ-7% כאשר הנאכף ביותר היה אונס בשיעור של 6.8%.

מסיקים מכך שפשיעה היא תופעה יותר נפוצה ממה שחושבים; בסקר שהתבצע במהלך מלחמת ויאטנם ובחן כמה היו מעורבים או עדים למעשה טבח בסגנון מילאי (טבח של כפר שלם) התגלה כי רבע לקחו בכך חלק/נחשפו לכך. בסקר שנעשה ע"י צה"ל ובו נשאלו חיילים ששירתו במחסומים כמה מהם היו מעורבים בהתעללות בפלסטינאים במחסום, רבע מהם הודו.

דבר זה מראה על שתי סיטואציות:

1. חוסר האמון של העם במשטרה- הפשעים המדווחים הם רק החמורים. אפקט הבולטות- דווחים המדווחים לנו באופן בולט ומעוררים אסוציאציות רגישות חזקות, גורמות להנחה שהם יותר נפוצים ממה שהם באמת. תופעה דומה משפיעה על המתבונן מבחוץ- אפקט ה-CNN- במהלך מלחמה יש אבידות בנפש וברכוש והדבר מצטלם נורא ומהווה פשע. האדם שמסתכל על כך מהמסך, מניח א-פרוירית שמבוצעים יותר פשעי מלחמה בשטח מאשר ממה שבאמת כיוון שהוא רואה מעשים נוראים שמבוצעים ומציפים אצלו תגובה רגשית- הצופים מוטים.

מצד שני, נקודת המבט הפנימית מוטה גם כן; אנחנו הופכים אדישים עם הזמן לנזק שנגרם בצד השני.

2. פשיעה היא דבר חריג - מדוע מרגישים עדיין בטוחים ברחוב אם אחוז הפשיעה גבוה בהרבה ממה שחושבים?

פשיעה היא דבר אנושי אך עדיין חריג, ורובנו לא מבצעים פשעים, וכאשר אנחנו מתפתים אליהם - הפחד מלהיתפס מונע אותנו מכך. יש צורך בנראות ובפרסום של האכיפה כדי לשמור על רמת פשיעה לגיטימית. במשב"ל, כל מידת אכיפה תייצר איזון אחר בין כמות הפשיעה למידת המחיר על האכיפה (אפקט צינון, חקירה של חיילים חפים מפשע וכו'). לפני שמגיעים למניעה ממעשי זוועה עלולים לקרות מחירים כבדים בצורה של אפקטי צינון, דבר שמשיג את המטרה ההפוכה.

- במשפט המדינתי, אנחנו נמצאים באיזון לא נוח ורמת האכיפה מאששת אצלנו את העובדה שאנו שומרי חוק.

- במשב"ל הפלילי, קשה להגיע להסכמה בין האיזון של עלות- תועלת. משתי סיבות:

i. אובייקטיביות- הפרעה לחיילים ומניעת מעשי הרג

ii. הטיית- הצד הפנימי יחשוב שטופלים עליו בעוד החיצוני יחשוב שכל הזמן מתבצעים מעשי זוועה שצריך למנוע.

ההטיות יוצרות מתח בין רצון להגביר את האכיפה לבין רצון להקטין את האכיפה מצד אלה שמסתכלים מבחוץ. מתח זה מתבטא בתחום קשיי החקירה בפרקטיקה.

מרבית הדיונים במשב"ל לא מייחסים חשיבות לעניין בסיסי: קשה להשיג ראייות כדי להרשיע אדם בגין ביצוע פשעים בינ"ל גרעיניים.

לדוג':

פס"ד ראחל- האם הירי בפלסטינאים התבצע מכיוון שהם הפריעו בעין או שלא. לכאורה, בסה"כ ישנן 4 שאלות בסיסיות לבחון:

1. האם האדם נורה?

2. בהנחה שהוא אזרח, האם החיילים היו עשויים להתבלבל בבניין שבו המחבל שוכן ולחשוב שהוא נמצא שם?

3. האם אדם 3 אכן אמר "תוריד, תוריד את הבן זונה" = נאשם?

4. האם האדם שנורה החזיק בכלי ירי (מחבל) או אזרח שהחזיק אנטנה בלבד והחיילים תבלבלו?

שתי בעיות:

1. מכיוון שאין גופה ← לא ניתן להרשיע ברצח, הדיון הופך לדיון בעבירה שעונשה שנתיים.

2. היחידים שיכולים להעיד מה קרה בגג הם פלסטינאים, שאם מפחדים או לא מגיעים ולא משתפים פעולה

3. אין אפשרות לבדוק מה הנאשמים ראו מהעמדה שלהם משתי סיבות:

- הבית נהרס

- לא ניתן להגיע לאיזור מכיוון שהתרחשה באותו זמן התנתקות.

בעיות אלה נפוצות בפשעי מלחמה. כאשר טוענים שלא אוכפים מספיק, נוטים לשכוח את הקשיים האלה בלהגיע לראייות. במקום שאין ראייות, מסתמכים על עדויות. הבעיה בכך היא שEverybody lies. אפילו החיילים מודים שהם שיקרו כיוון שרצו להגן על עצמם. אפילו שוטרים משקרים - ובמקרים שפלסטינאים מעידים, גם הם משקרים.

במקרה רגיל של שקרים אלה, לרוב אנשים שזוהי ההתנהגות שלהם הם עבריינים מלכתחילה.

אך, כשמדובר בפשעי מלחמה - גם אנשים נורמטיביים לחלוטין עושים מעשים אלה (מתוך אחוות לוחמים).

אחוות לוחמים זו מופיעה גם אצל אנשים שלא ביצעו פשע, במקרים של הפללה, מתוך שנאה של אחוות הלוחמים לבוגד מתוכם.

מצד שני, הוא אמנם לא מלאך והצד השני נאמן לחלוטין לעצמו, דבר שאומר שהצד השני לחלוטין משקר לעצמו.

פס"ד טאדיץ - עד ששינה 3 פעמים את גרסתו כי בכל פעם צד אחר בסכסוך איים עליו, ואי אפשר להבחין מתי דיבר אמת אם בכלל.

גם במקרים קטנים ונקודתיים יש קושי לאסוף ריאיות ולזהות מתי הן אמינות.

כך עבירה שנחשבת רצח במשפט הישראלי הופכת לעבירה קלה עם דין מאסר של שנתיים. דבר זה מהווה ביזיון למשב"ל ולישראל, רק בגלל הקושי בריאיות.

לא כל הקשיים אובייקטיביים; החלטת מדיניות למשל גרמה להפרשה של חוקרים ולהחלפתם בחוקרים צעירים, דבר שמוריד את איכות החקירה.

חקירות בצבא מתחילות בתחקיר (חקירה בתוך היחידה, בתוך הצבא עצמו).

העמדה התומכת בתחקיר:

1. רוב המעשים מתבררים כחוקיים ולא פליליים (הרס במלחמה למשל)

2. חקירה פלילית תפגע במוטיבציה של החיילים

3. חיילים לא ישתפו פעולה עם גוף חיצוני

במידה ובתחקיר מגלים חשד, רק אז פותחים בחקירה.

העמדה המתנגדת לתחקיר:

תחקיר הוא אמצעי לתיאום עדויות (קלאסית, מכנסים את כל החיילים ביחד בתחקיר).

פרקטית, אי אפשר לבצע חקירה פלילית בצה"ל; קשה לכנס את כולם, אי אפשר להפסיק קרב באמצע. במידה ונרצה או לא, מעצם אופיו של התחקיר- יש בו אלמנט של תיאום עדויות. במשפט, לא.

מטרת החקירה- להפריד עדויות ולמצוא נקודות אי דמיון ביניהן כדי להגיע לחקר האמת.

מטרת התחקיר- להגיע לגרסה משותפת כדי להשתפר מכאן. דבר זה יראה כתיאום עדויות במשפט.

דו"ח טירקל - לפיו יש לשנות את אופן התחקירים. ← **ועדת צ'חנובר** - וועדה ליישום וועדת טירקל, לפיה הקלו על תנאי החקירה. ← **בפועל, הצבא הקל על עצמו עוד יותר ביישום הוועדה** ← **דו"ח מבקר המדינה** שלפיו מטרת התחקיר לא משיגה את מטרותיו ← **בג"צ ההפגנות בעזה** - לפיו, הוא סומך על התחקירים.

המשב"ל מתחזק באמצעות עקרון המשלימות: אם המדינה לא תחקור את עצמה טוב, יחקרו את המדינה עצמה מבחוץ. מי שמסתכל על הנושא מבחוץ, יחשוב שהמצב לא טוב- ולכן לפתע מגישים דו"ח שני שמטרתו לבדוק מנגנוני חקירה.

לפי דו"ח טירקל - אמנם יש חקירה ואין פתרון טוב, אך אפשר:

1. להעתיק ממעשי הצבאות המובילים בעולם

2. להקים צוות בדיקה עובדתי שיהיה נתב- החיילים ירגישו בנוח יותר לשתף איתו פעולה ובמקביל הוא יחליט אם להעביר את הנושא לחקירה פלילית. גוף זה יופרד מאופן הסקת המסקנות הרגיל.

פתרון זה אינו מעשי ולא עובד טוב עד היום.

בנוסף, הדו"ח אמנם עשה סקירה אך לא התמקד בנקודה בסיסית: המנגנונים הנ"ל בצבאות אחרים חדשים מאוד ואין מספיק ניסיון האם הם מועילים יותר ממזיקים.

הרפורמות הנ"ל בצבאות אחרים נובעת מהתחזקות המשב"ל. מדינות משנות את האיזון בין מידת החקירה למידת התחקיר. האיזון החדש שהגיעו אליו לא טוב בהכרח.

המשב"ל הפלילי החל במאה האחרונה במיוחד מכיוון שהיה ברור שהמדינה עצמה לא רוצה שיעמידו לדין את הפושעים מתוכה והיא מעדיפה לעשות זאת בעצמה (כמו גרמניה).

לאחר מלחה"ע השניה מעצמות הברית למדו מכך והעדיפו להעמיד לדין חיצונית; קשיי החקירה והאכיפה גדולים הרבה יותר, ממספר סיבות:

1. שיתוף הפעולה של החיילים לא גדול עם המשטרה, קל וחומר שהם לא ישתפו פעולה עם מדינה אחרת ואף המדינה שלהם עלולה לאיים עליהם
 2. במרבית המקרים, נאלץ לחכות עד תום הסכסוך ומלחמות נמשכות שנים וככל שחולף הזמן, הזכרון מתעמעם וקשה יותר להשיג עדויות וראיות אמינות
 3. רוב הפשעים שייאכפו ע"י גורם חיצוני יהיו פשעים ארגוניים גדולים שבוצעו על מרחב גדול. דבר זה גורם לצורך להרכיב פאזל מאלפי חתיכות וזוהי עבודה קשה. לדוגמה, מאז הקמת ה ICC הוא פסק רק 162 תיקים בלבד. הדבר הוא מספר מועט אך יש לזכור שמדובר במגה-תיקים. ה ICTR וה ICTY נתקלו בקושי שגרם להם לעסוק רק ב-200 תיקים בשנה, כולל הוצאות גדולות.
- הדבר לא התרחש במשפטים לאחר מלחה"ע השניה, ממספר סיבות:

- **סדר וארגון** - המדינות היו מסודרות, גרמניה הייתה מסודרת וממוסמכת - IBM גויסה כדי לחשב כמה ביטוח לאומי צריך להוריד לעובדי הכפיה.
 - **כיום, בוסניה ואפריקה ומדינות אחרות לא מסודרות כמו הגרמנים או היפאנים.**
 - **זכויות נאשמים במשפט** - ההשקפה שהייתה קיימת בשנות ה-40 אינה ההשקפה כיום; המערכת חוטפת ביקורת מבלי להבין את המצב שבו היא נמצאת.
- לדוגמה, הביקורת על נירנברג הייתה צדק מנצחים - צריך עוד יותר להקפיד על ההליכים, דבר שניסו לעשות בהקמת ה ICTY וה ICTR.
- שנות ה-90 היו שנים אופטימיות שקיוו שלאחר מסך הברזל יהיה סדר עולמי חדש. אז, הייתה מלחמת המפרץ ונגרמו מתים רבים. ← לכן כאשר פרצה מלחמת אזרחים ביוגוסלביה (מקום שהחלו בו מלחמות רבות קודם+מלחה"ע הראשונה), רצו לאיים מלכתחילה בוועדה שכינסה אותם והחתימה אותם על מסמך לפיו אם תפרוץ מלחמה - האנשים יעמדו לדין במידה ויבצעו פשעים.
- כך, תיקים אלה היוו 200 התיקים שעסקו בהם.
- חורים רבים במשב"ל הפלילי פותחו ב ICTY וב ICTR, הפס"ד המבחין בפשעי מלחמה הוא **טאדיץ'**.
- לסיכום, הייתה הגברת ההגנה על זכויות אדם, התעוררות המשב"ל הפלילי וכו'.

עם זאת, הייתה סלקטיביות: את מי בוחרים להעמיד לדין ומי לא, באילו סכסוכים דנים ולמה לא אחרים, העמדה לפי צדק מנצחים (ברואנדה למשל היה צריך לשתף פעולה עם השלטון ולכן הועמדו לדין רק אנשים מהצד המפסיד).

עקב החסרונות של ה ICTY וה ICTR הגישה השתנתה: אמנם המשב"ל התפתח, אך מנסים למצוא דרכים אחרות מבתי דין אד-הוק כדי לאכוף אותו באמצעות מנגנוני אכיפה אחרים מחוץ למדינה.

כמו שנאמר, לעתים אין ברירה מכיוון שמדינת העברין לא מעמידה לדין ולכן ב-70 שנה האחרונות היו ניסיונות למצוא פרוצדורות מחוץ למדינת העברין כאשר היא לא עושה זאת. פתרונות היו באמצעות בתי דין אד הוק של הצד המנצח - בתי דין אלה מעמידים לדין משני הצדדים: ה ICTY עשה זאת בפועל. בתי דין אלה לא עובדים כהלכה מכיוון שזכויות נאשמים הופכות להיות עניין בעל עליונות יקרות ואיטיות (200 תיקים, ומיליארד דולר בשלושים שנה). בעשרים שנה האחרונות, היו ניסיונות למצוא כלים חלופיים לבתי דין אד הוק אלה, באמצעות שימוש בשלושה מנגנונים:

1. סמכות אוניברסלית - נתמקד בוויכוחים משפטיים בין עמדות שונות הקיימות בפסיקה שהיו קיימות עד תחילת שנות ה-2000.

הגדרה: מקרה של הפעלת סמכות אוניברסלית הוא במקרה שבו מדינה מסוימת החליטה להעמיד אדם על פשע שביצע כאשר אין שום זיקה בינה לבין האדם (הוא לא תושב/אזרח שלה), הקורבן (לא תושב אזרח שלה) או הפשע (לא התבצע בשטחה) = אין זיקה טריטוריאלית או פרסונלית לעבירה.

רעיון זה ישן ויושם במשך שנים רבות על שודדי ים כיוון שהם ביצעו את פשעיהם בים ולא בטריטוריה מסוימת או כלפי אזרחים, והאינטרס היה מכיוון שפגעו בכללים הבינ"ל ולכן לכל נציג של המדינה יש זכות לאכוף את הכללים הנ"ל בתור שליח של הקהילה הבינ"ל. מקובל לומר שלאחר מלחה"ע ה-2 ומשפטי נירנברג, היה מקובל להעתיק דוקטרינה זו מפיראטים אל מבצעי פשעים בינ"ל גרעיניים וכך נולד המשב"ל. בפועל, בין משפטי נירנברג לתחילת שנות ה-90, הסמכות כמעט לא הופעלה – הדבר לא נבע רק מהקיפאון של המשב"ל, אלא בעקבות הוויכוח המשפטי העקרוני באשר לשאלת קיומה והיקפה של הסמכות האוניברסלית, שהתקיים בין שנות ה-50 ל-90. שתי נקודות לזיכור:

- האם הדין הבינ"ל המנהגי בכלל מקיים סמכות אוניברסלית? 3 עמדות עקרוניות:
 - מותר – קיימת חובה על המדינות להפעיל סמכות אוניברסלית בנוגע לפשעים בינ"ל גרעיניים.
 - אסור – נירנברג טעה, וישנו עקרון במשב"ל שאוסר על ביצוע סמכות אוניברסלית והוא עקרון ריבונות המדינה.
 - רשות – לאור עקרון ריבונות המדינה במשב"ל, לכל מדינה יש חירות להחליט בשאלת היקף סמכות השיפוט שלה – לכן מדינות יכולות לקבוע סמכות אוניברסלית אם הן רוצות.
- וויכוח בין המאמינים שקיימת סמכות אוניברסלית לאלה שלא:
 - עמדה מרחיבה – עמדה זו נתמכה מעט בין שנות ה-50 ל-90, זינוק בתמיכה בה בשנות ה-90 ומאז ירידה נוספת. לפיה, מדינה שמפעילה סמכות אוניברסלית יכולה להפעילה תמיד, גם אם העבריין לא נמצא בשטחה (ניהול הליכים משפטיים בהיעדרו) והליכים שמקורם בסמכות אוניברסלית גוברים על הליכים שמתקיימים במדינת העבריין או במדינה שבה בוצע הפשע והם בעדיפות גבוהה יותר.
 - הרציונל של גישה זו מציג שני טיעונים חזקים ללמה צריך סמכות אוניברסלית חזקה:
 - טיעון פרקטי – אי אפשר לסמוך על המדינות המעורבות כיוון שמדינת העבריין תרצה להגן עליו ומדינת הקורבן תרצה לשפוט אותו לחומרה מדי.
 - טיעון עקרוני – העיסוק הוא בנורמות מוסריות בסיסיות, ולכן המשב"ל עליון למשפט המדינתי ולכן צריכה להיות לו קדימות.
 - עמדה מצמצמת – עמדות אלה זכו לתמיכה לפני שנות ה-90, זכו לירידה בשנות ה-90 וכיום זכות ליותר. לפיה, יש סמכות אוניברסלית למדינה וישנן שתי סוגיות שבהן נוטים לעמדה המצמצמת:
 - שאלת נוכחות העבריין – ניתן לפתוח בהליכים אוניברסליים רק אם העבריין מצוי בטריטוריה של המדינה.
 - יחס למדינה המפעילה את סמכות השיפוט האוניברסלית לבין המדינות שיש להן זיקה (טריטוריאלית או פרסונלית) – שתי עמדות:
 - כללי פרינסטון – נוסחו בתחילת שנות ה-2000, לפיהם המדינה שרוצה להפעיל את הסמכות צריכה להסתכל על עצמה, על המדינות בעלות הזיקה ולשאול את עצמה האם יש פורום יותר אפקטיבי ממנה?
 - עמדה זו נסמכת על פסקאות מפס"ד אייכמן, כיוון ששאל למה הוא מועמד לדין בישראל ולא בגרמניה או ארגנטינה, וביהמ"ש קבע שרוב העדים נמצאים בישראל ולכן הוא יועמד כאן לדין.
 - מדינות הזיקה בעלות קדימות – מדינה שרוצה להפעיל סמכות אוניברסלית רשאית להפעילה רק אם למדינות שיש להן זיקה לא רוצות/מסוגלות להעמיד לדין את העבריין.

ברמה המדינתית, המדינות בוחרות באיזו עמדה לבחור ובנוסף – יש אמנות ספציפיות שבהקשרן המדינות חותמות על הסכם ספציפי (כמו האמנה בדבר מניעת פשע העינויים) – שאוסרת על גורמי שלטון לבצע עינויים

וקובעת שכל מדינה חייבת לעשות אחד משני דברים במידה והיא מגלה על אדם שביצע עינויים (הסדר שפוט או הסגר):

- להעמידו לדין
- להסגירו למדינה אחרת

השאלה היא לאיזו מדינה מסגירים? האם רק למדינה בעלת זיקה למקרה או למדינה שרוצה לשפוט? **בפס"ד של הני** בהקשר של אמנה זו נקבע שניתן להסגיר למדינה שמעוניינת לשפוט במסגרת הסמכות האוניברסלית (במקרה זה בלגיה רצתה לממש את סמכותה בנושא של סנגל וקמרון). גם באמנות ג'נבה ישנן סעיפי שיפוט הסגר- סעיף ההפרות החמורות מטיל חובת שפוט הסגר על המדינות האמונות.

הסיבה שמדינת ישראל תומכת בסמכות זו מתבטאת בפס"ד אייכמן, שטוען בין השאר שאם מעמידים לדין- יש צורך לעשות זאת בגרמניה או ארגנטינה. ביהמ"ש דוחה את טענתו משתי סיבות:

- לא מדובר בסמכות אוניברסלית אלא בסמכות פרוטקטיבית- הגנה על אינטרס מיוחד של ישראל והוא הגנה על העם היהודי מכיוון שמרבית הקורבנות היו בני העם היהודי.
- בכל מקרה ישנה סמכות אוניברסלית.

לכן, **פס"ד אייכמן** הוא התקדים החשוב ביותר בנושא הסמכות האוניברסלית. ישראל הייתה אחת מהמדינות הראשונות שחוקקו סעיף סמכות אוניברסלית בסעיף 16 לחוק העונשין שדורש שישראל תהיה חתומה על האמנה הרלוונטית ואת החלטת היועמ"ש, דבר שהיה בעייתי בשיפוט של פולי-פוט מקמבודיה בעת שפנו אלינו. נוסח הסעיף:

עבירות נגד משפט העמים (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994

16. (א) דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן; והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העבירה אשר יהא.

העמדה לדין היא על עבירה בדין הישראלי שמקיימת את רכיבי העבירה של הפשע הבינ"ל (למשל אם החייל הזר ביצע ביזה לא ניתן להעמיד לדין כי אפשר להעמיד לדין על ביזה רק חייל צה"ל, ולכן נעמיד אותו לדין על גניבה).

לאחר שנות ה-90, הייתה נפילת חומת ברלין- המשב"ל הפלילי פרח בעקבות הסמכות האוניברסלית- מדינות אירופאיות רבות (הולנד, צרפת, ספרד ואנגליה) תיקנו את חוקתן לגבי הסמכות האוניברסלית, כאשר התיקון העיקרי החליש את תפקידו של התובע הראשי כיוון שהמחליט אם להפעיל או לא את הסמכות האוניברסלית הוא התובע הראשי או היועמ"ש שלרוב בוחר לא להפעיל כדי לא להסתכסך עם מדינות- לכן הוא הוצא מהמשוואה ובמדינות אלה מאפשרים להגיש קובלנה פלילית בגין פשעים בינ"ל גרעיניים, כאשר בחלק מהמדינות אפשר אף לעשות זאת אם העברין לא נמצא במדינה (אימוץ מוחלט של הגישה המרחיבה). הרעיון בבסיס כך הוא שאם הסמכות אוניברסלית, יש לתת למדינות לעבוד- ולכן שרון הועמד לדין בבלגיה, לבני באנגליה, אלמוג בהולנד ומופז בספרד מצאו עצמם בהליכים שבבסיסם ישנה הפרה של סמכות אוניברסלית.

החשש- עלול להיות ניצול פוליטי והמדינות שחוקקו חוקים אלה עירבו עצמן בסכסוכים שלא להן.

תיקונים אלה משתנים בין מדינות אך כולל לפחות שני אלמנטים:

- אי מעורבות של התובע או היועמ"ש בתהליך
- דרישה של זיקה מסוימת בין האירוע לבין המדינה (למשל שמשפחות הקורבן היו אזרחיות של אותה מדינה בעת הביצוע וכו')

פס"ד פינושה - של בית הלורדים האנגלי. אוגוסטו פינושה היה רודן צ'יליאני שהעלים אנשים, אנס, השליך אנשים ממטוסים וכו'. בשלב מסוים הוא הציע עצמו לבחירות דמוקרטיות והפסיד, אך דאג להבטיח את עצמו ע"י כך שבהסכם הפרישה שלו יובטח לו להיות חבר פרלמנט בצ'ילה עד יום מותו (היתרון בכך הוא חסינות). כאשר הזדקן היה צריך לעשות טיפול רפואי ← נסע לאנגליה ← באותה זמן ספרד ביקשה מאנגליה להעמידו לדין על סמך סמכות אוניברסלית ← בריטניה רצתה לכבד את הריבונות ← בבית הלורדים ניתנו 2 שלבים לפסיקה:

- צידוד בסמכות האוניברסלית הרחבה וקובעים שיש להסגיר את פינושה לספרד
 - מסיבות שקשורות לקליטת המשב"ל בדין האנגלי בית הלורדים מורה לרשויות אנגליה להתיר את ההסגרה רק בתנאי שיועמד לדין על פשעים שנוגעים לאמנת העינויים שנעשו לאחר המועד שאנגליה חתמה על אמנת העינויים.
- בפועל בריטניה ניצלה פרצה בחוק ושלחה אותו בחזרה לצ'ילה שם נפטר לפני סיום ההליכים.

2. **בתי דין מעורבים** - בתי דין שיש בהם שילוב של המנגנון המדינתי עם אלמנטים בינ"ל, למשל שופטים שחלקם מהעולם וחלקם מהמדינה עצמה, כנ"ל לגבי התובעים. בד"כ, מעמיד לדין גם על פשעים מקומיים ולכן ההרשעה יותר קלה כי היא מתבצעת עפ"י סעיף מדינתי.

פתרון זה עדיף על בתי דין אד הוק מכיוון ש:

- גם במדינות דיקטטוריות, הרשות שזוכה ליותר לגיטימיות היא הרשות השופטת (למשל במצריים), ולכן יש סיכוי שבמדינות כאלה במידה ורוכבים על מע' המשפט המקומית - תהיה יותר לגיטימיות לפסיקה המוסדית.
- הוא רוכב על מערכת קבועה - אין צורך להקים מוסדות מאפס והדבר חוסך עלויות.

הבעייתיות היא בכך שקיים חשש שלא נצליח לשמור על המערכת אובייקטיבית והיא תתנהל כמו מערכת המשפט המקומית שמלכתחילה לא רצינו להסתמך עליה, ועדיין תהיה לה גושפנקה מהאלמנט הבינ"ל. דבר זה קרה בחלק מבתי דין אד הוק - לדוג' לגבי בית הדין בקמבודיה. לדוג': ביה"ד בסיירה לאון לא העמיד לדין על סמך פשעים מקומיים ורק על סמך פשעים בינ"ל ולמרות שיש באפריקה - באופן מפתיע ציטט יותר פסיקה מערבית מאפריקאית, בדגש על הפסיקה הקנדית (ונשיא ביהמ"ש היה קנדי...)

3. **ה-ICC** - ביה"ד הבינ"ל בהאג שהוקם ב-2002 וחברות בו 122 מדינות.

הבעיות הקיימות בבתי דין קודמים שהביאו להקמת ה-ICC:

- פר מקרה, לא נרשמת רציפות המשב"ל
 - בתי דין אד הוק מאוד יקרים ולא יעילים
 - בתי דין אד הוק לא מתאימים לכל סכסוך, ורק למעורים. הם צריכים להתבסס על מערכת משפטית קיימת, עובדת ואמינה. בנוסף, הם טובים בעיקר למקומות עם מלחמת אזרחים במקומות שיש יותר מדינות, ואז ישנה דילמה על איזו מערכת יוקם ביה"ד המעורב.
- הרעיון להקים ביה"ד פלילי בינ"ל קבוע אינו חדש: הראשון להגות זאת היה הנשיא השני של הצלב האדום ב-1872 כאשר היו הצעות קודמות לכך. לאחר מלחמה"ע השניה החלה המלחמה הקרה והרעיון נדחה שוב. הוא נדחה ממספר סיבות:

- ריבונות - לפי מקס וובר מכיוון שהמדינה היא הגורם היחיד בעידן המודרני שיש לו סמכות לגיטימית להפעיל כפייה גופנית, ומדינות לא רצו לוותר על הגרעין הריבוני שלהן. כאשר הרעיון עלה בשנות ה-80, כאשר טרינידד וטובגו העלתה הצעה להקים בימ"ש פלילי בינ"ל, כאשר ב-96' - הרעיון תופס תאוצה ותוך שנתיים מנוסחת אמנת רומא ב-98'.
- בעיה בניסוח - לא היו בטוחים שכל המדינות יסכימו לניסוח האמנה.

- בעיה בהצטרפות לאמנה - נקבע שכדי שהאמנה תיכנס לתוקף וביה"ד יוקם - 60 מדינות צריכות להצטרף, מהלך שנועד להפיל את האמנה, אך מדינות חתמו וביה"ד הוקם ב-2002.

הקמת ביה"ד:

- מה התאריך שרואים כתאריך תרבותי בעולם? - שנות ה-90 היו שנים אופטימיות וחשבו שהמלחמות ייגמרו. בתייהמ"ש שהוקמו היו אד-הוק ולכן רצו שהנושאים לא ייגמרו בהם, כי הייתה אכזבה מנירנברג וטוקיו, שלא הייתה להם המשכיות. בנוסף, החלו לראות את הכשלים הקיימים בהם - ולכן אלה שתמכו במשב"ל הפלילי דחפו להקמת ה-ICC כיוון שהאמינו וקיוו שיהיה טוב יותר מהאד-הוקיים. במבחן דר"כ לוקחים אד-הוק ו-ICC, ומשווים ביניהם - יש לדעת זאת טוב. מכיוון שרצו לשמור על המומנטום של המשב"ל הפלילי, פנו ל-3 החלופות הנ"ל - כאשר לשתי הראשונות יש אופי קבוע. לכן, החלופה של ביה"ד בינ"ל מסובכת.
- מדוע המדינות עשו זאת? ממספר סיבות:

- סיבה תרבותית - ישנן מדינות שבהן השתרשה תרבות שרואה במשב"ל (ובמיוחד בהגנה על ז"א שלו) חשיבות גדולה, ולכן ראו חשיבות בהצטרפות לפרויקט כזה. גרמניה למשל רואה חשיבות בכך, וגם צרפת ואנגליה מהוות חברות קבועות במועצת הבטחון ולכן אין סיכוי שיקימו ביה"ד אד-הוק.
 - סיבה מלחמתית - מדינות שיוזעות שאין סיכוי שייכנסו בשנים הבאות למלחמה - שווייץ למשל או איי קוק, שלא היו מעורבות במלחמה שנים רבות ואין להן שום אינטרס.
 - מלחמת אזרחים - מדינות שהיו בהן מלחמות אזרחים-המלחמה הקרה התקיימה בעיקר בארה"ב וברוסיה, כאשר בשאר העולם המלחמה הייתה ע"י פרוקסי (מורדים מתוך המדינה) באמצעות שליחת כסף - לכן כאשר המלחמה הקרה הפסיקה, הפסיקו גם מלחמות האזרחים בשאר העולם מכיוון שהמימון לשאר המדינות נקטע.
 - סיבות פרוזאיות - הצטרפות מדינה ל-ICC מהווה סימן אזהרה למדינות אחרות שמצויות במלחמה כזו. הצטרפות הפלסטינים כדי שיכירו בהם כמדינה, אבו מאזן נכנס ל-ICC ביום שידע שהרשות הפלסטינית לא מעורבת יותר בטרור ועשה זאת ע"מ לפגוע בצדדים האחרים (ישראל או החמאס).
- ישנן תחזיות שחורות לגבי התמוטטות ביה"ד עקב מחלוקות, או גל פרישה ענק (בעיקר ממדינות אפריקה) - אך בפועל אף אחת מתחזיות אלה לא התממשו.
- בנוסף למדינות החברות ישנן עוד 28 מדינות שחתמו על האמנה אך לא אישרו אותה = הן לא מחויבות לכללי האמנה אך אסור להן לסכל אותה + 3 מדינות שלא אישרו ומשכו את חתימתן (סודן, ארה"ב וישראל מתוך הזדהות עם ארה"ב).

סמכות השיפוט של ה-ICC הוגבהה ע"מ:

- לתת מענה לפגמים שהיו קיימים בחלופות אחרות לאכיפת המשב"ל
- לדרבן את המדינות הצטרף ולהוריד את חששותיהן.

היקף סמכות השיפוט של ה-ICC:

- הגבלת עבירות - ה-ICC מוגבל לעבירות המצויות באמנה. המדינות ניסחו את האמנה בשאיפה להפוך אותה לברורה בנוגע לאיסורים (בשונה מהמצב שהיה אז, בו האיסורים לא היו כתובים והדין היה רטרואקטיבי). ישנם פשעים גרעיניים שלא כלולים באמנה - כמו עבדות שאינה מינית ואינה שיטתית, הטלת מורא באוכלוסיה אזרחית וירי בלתי מאבחן. עדיין, מרבית הפשעים הבינ"ל הגרעיניים מצויים באמנה.

- הגבלת זמן - לא ניתן להעמיד בו על פשעים שבוצעו לפני 2002, כך שאי אפשר לבצע צדק רטרואקטיבי.
- מיקום עבירות - בכפוף ל-3 חריגים, לביה"ד יש סמכות רק על עבירות שבוצעו בשטח של מדינה חברה/ע"י אזרח של מדינה חברה, כלומר לא מספיק שהקורבן הוא אזרח של מדינה חברה.

מספר חריגים לסמכות השיפוט של ICC:

- מדינה לא חברה - יכולה לבקש מתובעת ה-ICC לחקור ולהעמיד לדין אירוע שהתנהל בשטחה.
- סמכות מועבי"ט לדין - כאשר מועבי"ט מעניקה סמכות ל-ICC לדון במקרה שקרה במדינה של אנשים שלא חברה ב-ICC או על ידם. קרה פעמיים: ברצח העם בדארפור (סודן) ובלוב (תחת המשטר של מועמר קדאפי).
- פשעים מסוימים - כאשר מדובר בפשעי תוקפנות, פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה - בתנאים מוגבלים.
- סמכות מועבי"ט להשהיה - מועבי"ט בעלת סמכות להשהות הליך חקירה או משפט ב-ICC לשנה (אפשרי גם לחדש משנה לשנה).
- סדרת דרישות מצטברות ומצמצמות לחומרה - כדי שיוגש כתב אישום, על התובע להחליט שהמקרה (הסכסוך הרלוונטי) הוא מקרה חמור ← צריכה לחקור ולהעמיד לדין רק על הפשעים החמורים ביותר באותו מקרה ← ורק את הפושעים החמורים ביותר. דבר זה נעשה כדי לצמצם את מידת ההתערבות של ה-ICC בריבונות המדינות. לדוג': כאשר המרמרה מנסה לחדור לישראל היא הייתה רשומה ע"ש איי קומורס (שהיא חברה ב-ICC) ← שפנו לתובעת וביקשו שתחקור את האירוע. הדבר לא הוחרף כיוון שהיו מעשי ביזה, חיילים ישראלים כפכו חלק מהעצורים כשכבר לא היו עצורים והיה שימוש מוגזם בכוח (אפילו לדעת ועדת טירקל). דברים אלה יכולים להיתרגם לפשעי מלחמה/נגד האנושות, אך התובעת החליטה שלא להעמיד לדין כיוון שטענה שמקרה זה אינו עומד ברף החומרה. דוג' נוספת - פעילות הבריטים בעיראק; טענו שבגלל שבריטניה אוכפת את הדין כראוי כלפי חייליה ושיש מעט מקרים - המקרה לא מספיק כדי לפתוח הליכים. כאשר התיק נבחן מחדש לאחרונה הוחלט לפתוח חקירה מקדמית בנושא עיראק.
- השלמתיות - התובע לא יגיש כתב אישום ולא יתנהל הליך כאשר מדובר במדינה שאינה מסוגלת או שאינה רוצה לקיים הליך. למשל - בלוב היו מחלוקות לגבי העובדה האם היא מסוגלת לקיים הליך כנגד האנשים שביצעו פשעים בינ"ל לשטחה. במקרה זה, מדינה חברה יכולה לבקש מהתובע לפתוח בחקירה מקדמית, או שכל מדינה אחרת או אזרח אחר יכול לעשות זאת נגד מדינה חברה (בעיקר s'NGO), או שהתובע יכול להחליט עפ"י דעתו לפתוח חקירה מקדמית, כאשר בחקירה המקדמית הוא בודק:

- האם בוצעו עבירות המפורטות באמנה
- האם יש לו סמכות שיפוט או מכוח החלטת מועבי"ט
- האם המקרה חמור מספיק.

← במידה והוא מגיע למסקנה שהמקרה שפיט, כתב האישום יוגש לגבי הפשעים החמורים ביותר על האנשים שפעולותיהם החמורות ביותר. במידה ומועבי"ט מפנה לתובעת מקרה, הדבר יכול להיות גם לגבי מדינה לא חברה ואז התובעת תבצע את אותה בדיקה הנ"ל.

האם ה-ICC פותר את הבעיות המרכזיות שהיו קיימות בבתי דין פליליים בינ"ל אחרים?

- צדק של מנצחים, סלקטיביות והטיה פוליטית - פותר, מכיוון היו איסורים שנקבעו מראש כאשר ההעמדה לדין תהיה לגבי מדינות שהסכימו עליהם באמנה.
- כפועל, הדבר לא קורה ממספר סיבות וישנן ביקורות:

- החלטת מועבי"ט משנה את המשחק כאשר מדינות בודדות ללא עמיתות בעולם מופנות למקרה זה ולא מדינות "מקובלות". לדוגמה, ארה"ב עינתה בגוואנטמו ואז חננה את המענים ולא העמידו אותה לדין.
- התמקדות רק במדינות אפריקאיות- ביקורת על הICC, בעיקר בגלל פסיקה שניתנה ע"י הערכאה הנמוכה של הICC לגבי החקירה באפגניסטן (שהיא מדינה חברה), בה התובעת קבעה כי בבדיקה המקדמית שלה מתקיימים התנאים לפתיחת חקירה, אך מכיוון שארה"ב לחמה באפגניסטן, תירצו זאת בכך ש"קיים חשש אמיתי שהמדינות הרלוונטיות לא ישתפו פעולה כך שישנם שיקולי צדק שלא לפתוח הליך" (פחד מהאמריקאים).
- הטענה להיעדר יעילות ועלות גבוהה- התקציב השנתי של ICC הוא 100 מיליארד דולר, והוא מתעסק ב20 מקרים מאז הקמתו, כאשר לקח לו 10 שנים לתת את שני פסקי הדין הראשונים שלו ← לא נפתר ממספר סיבות:
 - העולם פחות "מדמם" כיום- אין הרבה סכסוכים כמו בעבר ודרגת החומרה ירדה אך עדיין מחפשים מקרים חמורים כדי שיהיה במה להתעסק
 - מקרי פשיעה מאורגנת דורשים זמן וכסף רב כאשר יש קושי של ש"פ בין חלק מהמדינות. משפט הבנקאים בארץ- הביא למשבר הכלכלי של שנות ה80 (הייתה הרצת מניות והעמידו אותם לדין משיקולי אומון הציבור ולכן הכלכלה הושבתה מכיוון שהתעסקו בהעמדה לדין והשוק הושבת).
 - הרתעה- יותר מדינות אוכפות בעצמן דברים מכיוון שהן חוששות מהICC, ועקרון ההשלמתיות מדרבן מדינות לאכוף אצלן כדי שהICC לא יתערב.

בעיות שהיו במגנונים אחרים לאכיפת המשב"ל הפלילי:

1. דין עמום
2. לעיתים רטרואקטיבי
3. לא כל האיסורים בו מגנים על עקרונות מוסר אוניברסאליים: [בעצם כבר דיברנו על מקבץ בעיות אלו ועל האם הקמת ה-ICC פתרה אותן בשיעורים שעסקו בעבירות עצמן לכן הדיון כאן יהיה קצר (מיותר לציין שלבחינה תצטרכו לדעת גם את מה שנלמד בשיעורים האחרים שקשור לעניין זה)].

כיצד הניחו שהקמת ה-ICC תפתור בעיות אלו:

האמנה היא בעצם ניסיון יחסית רציני ליצור קוד פלילי ברור, שקובע יסוד נפשי ועובדתי לעבירות, בו העבירות מנוסחות על ידי המדינות, וכן קובע כי העמדה לדין ב-ICC תהיה רק במקרה חמור.

מה המצב בפועל:

- נקודות חוזק: כפי שהוסבר בשיעורים אחרים, בפועל, יש בניסוח האמנה שיפור משמעותי ביחס הקודם.
- נקודות חולשה: עדיין יש חלקים באמנה שהם עמומים, הן כשמדובר בעבירות כאלו ואחרות והן בשאלות שנוגעות לסמכות השיפוט (למשל, קיימת אי-בהירות חמורה בנוגע לשאלה: מהו מעשה חמור?). בנוסף, כפי שכבר צוין ישנם בשוליים מספר איסורים (בודדים) שהקשר בינם לבין הפרה של נורמות מוסר בסיסיות הוא קטן ביותר (כגון פשע המלחמה של לבישת מדי אויב).

בעיות שהיו במגנונים אחרים לאכיפת המשב"ל הפלילי:

1. מגנוני האכיפה של המשפט הפלילי הבינלאומי אינם יוצרים הרתעה מספקת
2. קיימת תלות חזקה מדי ברצון הטוב של המדינות לשתף פעולה ליצור האכיפה.

כיצד הניחו שהקמת ה-ICC תפתור בעיות אלו:

1. ההנחה הייתה שברגע שמדובר במוסד קבוע ההרתעה ממנו יותר גדולה.
2. ההנחה הייתה שמנגנון ההשלמתיות (שידון בשיעור הבא) ייצור תמריץ למדינות להעמיד לדין בעצמם.

המצב בפועל:

- נקודות חולשה- בפועל, בית הדין, ובמיוחד מוסד התובע (האמון על החקירה ועל ההעמדה לדין) מאוד תלוי בשיתוף הפעולה של המדינות הרלוונטיות, וכאשר שיתוף פעולה שכזה לא מתקיים, ההליכים במידה רבה או נתקעים (לוב, סודן), או מסתיימים בזיכוי הנובע מחוסר בראיות (המקרה בו הועמד לדין ב-ICC נשיא קניה בגין פשעים נגד האנושות.
לאחרונה, אפילו פסקה הערכאה הראשונה של ה-ICC כי על התובעת להקפיא את החקירה בעניין הפשעים שבוצעו, לכאורה, באפגניסטן, בעילה שלא יהיה בהליכים אלו כידי לקדם את הצדק, כי אין סיכוי שמדינות מרכזיות הרלוונטיות לחקירה תשתפנה פעולה עם ההליך (הכוונה היא בעיקר לארה"ב שאינה חברה ב-ICC שטוענת של-ICC אין סמכות על מעשים שבוצעו על ידי אנשיה, למרות שבוצעו בשטח של מדינה שחברה ב-ICC אפגניסטן; ארצות הברית אימה להטיל סנקציות על ה-ICC ואנשיה ואף קיים חוק אמריקאי המעניק לנשיא ארצות הברית לשלוח כוח צבאי להולנד כדי לחלץ אזרח אמריקאי שנעצר על ידי ה-ICC]. על הפסיקה הזו קיימת ביקורת רבה, כי בית הדין בעצם הכריז מפורשות שהוא לא מתעסק עם המדינות החזקות ביותר ולכן הוכיח שהוא לא לחלוטין חסר פניות. במאמר מוסגר, יצוין, שיש ויכוח כיצד הפסיקה הזו תשפיע על ישראל. יש המקווים כי בית הדין יישם את הקביעה הזו גם בהקשר הישראלי; לעומתם יש הסבורים שבית הדין דווקא ינסה לעשות שימוש במקרה הישראלי לצורך שיקום התדמית שלו ויפסוק שקיימת סמכות על המעשים שמבצעת ישראל בשטחים למרות שישראל לא חברה ב-ICC (כי הפלסטינים חברים ב-ICC).
- נקודות חוזק- אין לזלזל בהשפעה של ה-ICC ובהרתעה שלו גם במדינות אפריקה ודרום אמריקה המצב הרבה יותר טוב ממה שהיה לולי היה את האיום של חקירה של ה-ICC (כפי שהוסבר בשיעור אפילו במקרה הקנייתי, בו ההליך המשפטי קרס, העובדה שהתנהל הליך יצרה הרתעה מסוימת והנמיכה את מידת האלימות במידה מאז). יתר על כן, במדינות רבות (כגון באוסטרליה, הולנד, קנדה, ואנגליה) בוצעו רפורמות מקיפות במערכת אכיפת החוק הצבאית במטרה להקטין את הסיכוי שבית הדין יתערב בעניינן. כתוצאה מכך, בשנים האחרונות ניתן לראות במדינות אלו העמדות לדין בגין פשעי מלחמה גם במקרים שכנראה בעבר היו "מחליקים" אותם. לקיומו של ה-ICC ישנה אפילו השפעה על התנהגותן של מדינות שאינן חברות בו, בהמשך השיעור נראה זאת בהקשר של ארה"ב (כמו כן, בשיעור הבא נדון בהשפעה שיש לקיומו של ה-ICC על האכיפה בישראל).

לסיכום, לא מדובר בגוף מושלם-אבל יש בו הרבה מאוד שיפורים ביחס למצב לפני כן. בנוסף, ובשונה מהרושם שנוצר בישראל-מדובר בסיפור שהוא הרבה יותר גדול מישראל והשאלה האם העולם נגדנו או בעדנו.

דין צד: היחסים בין ארה"ב לבין ה-ICC:

בזמן קלינטון ארה"ב תומכת בהקמת ה-ICC; תחת ההשפעה של האופטימיות של שנות ה-90. לאחר עליית בוש ובמיוחד לאחר הכניסה לעירק ואפגניסטן. ארה"ב החליטה להיכנס בכל הכוח ב-ICC. בשיא תקופת ההתנגדות מועבר בארה"ב חוק (שעדין תקף היום) שמכונה חוק הפלישה להאג שמעניק לנשיא סמכות להטיל סנקציות על כל אדם ו/או מדינה שמשפתת פעולה על העמדה לדין של אזרח אמריקאי ב-ICC; ואף מסמיכה את הנשיא לשלוח כוח צבאי כדי לחלץ אזרח אמריקאי שמועמד לדין שם.

שתי סיבות פורמליסטיות להתנגדות ארה"ב:

1. מדינות דמוקרטיות לא צריכות מנגנון בינלאומי משלים;
2. ההליך ב-ICC לא מתאים לדרישות ההליך ההוגן של חוקת ארה"ב כי אין שם מושבעים.

סיבה פרקטית: המדינה הכי פעילה בזירה הבינלאומית-עשויה להיות קולט ברקים-יש הרבה מדינות בעולם שתשמחנה להחליש או לפגוע בארה"ב במיוחד עם מישהו אחר יעשה בשבילה את העבודה.

עם זאת, בשנים האחרונות של ממשל בוש ולאורך כהונתו של הנשיא אובמה, התמתן העימות ובפועל, עם הזמן גם ארה"ב מגבירה את האכיפה כנגד ביצוע פשעים בינלאומיים גרעיניים בעקבות קיומו של בית הדין. מדוע? מאז מלחמת וויטנאם תורת הלחימה האמריקאית קובעת שארצות הברית צריכה לשאוף אף פעם לא לצאת למלחמה לבד (תמיד לצרף כוחות של מדינות בנות ברית)[הכלל הזה נקרא דוקטרינת פוואל]. מרבית בנות בריתה של ארה"ב חברות באמנת רומא-כיוון שהמבצעים משולבים הדבר חייב את ארה"ב להתאים את הסטנדרטים שלה, לפחות באופן חלקי, לסטנדרטים של בנות הברית שלה שחברות באמנה כפועל יוצא מכך להגביר את האכיפה. בשנים האחרונות [ובמיוחד מאז עליית הנשיא טרמפ] שוב השתנה הטון של ארצות הברית כנגד ה-ICC. גורמים בכירים בממשל איימו שיטילו סנקציות על ה-ICC ואנשיו [וארה"ב אף חסמה את האפשרות של התובעת ב-ICC לקבל ויזה].

שתי סיבות לשינוי הגישה:

1. ביטוי לעמדה הלעומתית הכללית של הממשל האמריקאי למוסדות המשפט הבינלאומי
2. לפני מספר שנים החלה התובעת לבדוק את האירועים שקרו במלחמת אפגניסטן. כזכור, לפי האמנה יש סמכות שיפוט ל-ICC בנוגע למעשים שבוצעו בשטח של מדינה חברה (לדוג' אפגניסטן), גם אם המעשים בוצעו על ידי אנשים שהם אזרחי מדינה שאינה חברה (לדוג' חיילי צבא ארה"ב). במילים אחרות, החשש של ארה"ב שאנשיה יועמדו לדין ב-ICC הפסיק להיות תאורטי. כפי שהוסבר מקודם נראה שאימוניה של ארה"ב על ה-ICC עבדו.

במילים אחרות, ובקצרה, היחסים בין ארה"ב ל-ICC הם מורכבים.

השפעת מנגנוני האכיפה על ישראל

מאז הקמתה מדינת ישראל הייתה מהתומכות העיקריות של המשפט הפלילי הבינלאומי מנסיבות מובנות מאליהן. היא הייתה אחת מהמדינות הראשונות לחוקק בחוק העונשין שלה סעיף שמאפשר סמכות אוניברסלית.

בשנות ה-90, בעת הפריחה בשימוש במנגנון הסמכות האוניברסלית, ישראל לא יכולה להגיד שהמנגנון הוא שטות. אך ישראל מתחילה להרגיש שיריבותיה ותומכיהם עושים שימוש בחוקי סמכות אוניברסלית שיש במקומות שונים בעולם כנגד גורמים במדינת ישראל. כנגד שרון מוגשת תביעה על בסיס סמכות אוניברסלית בבלגיה, בגין אחריותו לכאורה במה שקרה בסברא ושתילה. כנגד ברק מוגשת תביעה על בסיס סמכות אוניברסלית בספרד בנוגע לחיסול של שחאדה. כנגד האלוף אלמוג מוגשת תביעה בהולנד. כנגד לבני מוגשת תביעה באנגליה.

ישראל בתגובה לא יוצאת נגד רעיון הסמכות האוניברסלית באופן כללי, אך היא באה ואומרת שהדרך שזה משמש במדינות האלה היא דרך המאפשרת ניצול לרעה פוליטי. המדינות בעצם אפשרו להגיש קובלנה פלילית, כך כל אדם שירצה יוכל להגיש תביעה. מאז כבר היו צמצומים בסמכות אוניברסלית, הכניסו מעורבות של גורם ממשלתי (יש הבדלים בין מדינה למדינה).

פוליטיקאים ישראלים התגאו בכך שזה בגלל הדיפלומטיה הישראלית. הבעיה היא שבמקומות האלה הוגשו גם תביעות נגד סינים ואמריקאים וכנראה זה מה שהשפיע על השינוי ולא ישראל.

בנוסף, ישראל מקימה בנוסף את המחלקה לתפקידים מיוחדים במשרד המשפטים שבין שאר תפקידה הוא לטפל בשקט במקרים האלה ולפתור אותם לפני שהם מתפוצצים.

דבר שלישי שישראל עושה הוא הגברת הביקורת על עצמה. הראשון לכך היה אהרון ברק וכך גדלה הביקורת של בג"צ. בהמשך, בין אם כדי לא להסתבך אם בג"צ ובין אם בגלל השינוי בזירה הבינ"ל זה נהיה כך גם אצל גורמי האכיפה כגון היועמ"ש והפרקליטות הצבאית.

בהקשר ה-ICC יש עקרון שנקרא השלמתיות, ועקרון מקביל- עקרון השיוויון- ניתן להתערב רק אם המדינה מעורבת אינה מעוניינת או אינה יכולה לטפל בעניין. בעקבות טיפול טוב של הדברים ירדה למשל התביעה בספרד. לאור זה שהתהליכים ארוכים והאיום לא מתרחש, בשנים האחרונות רמת הביקורת והאכיפה של הגורמים הישראליים שוב יורדת: מינוי שופטים שמרניים לבג"צ+לחץ על מוסדות האכיפה לא להתערב במקומות שקודם התערבו, למרות האיום של THE WINTER IS COMING. החקיקה השתנתה ופחות מאפשרת שימוש בסמכות אוניברסלית וגם בגלל הסיבות האחרות שפורטו עד עכשיו. גם כאן, מסיבות היסטוריות ברורות מאלהן, מקום המדינה ולאורך השנים, ישראל הייתה מהתומכות הגדולות ביותר להקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע. ואז כשעולים הדיונים בשנות ה-90, ישראל סופר תומכת מ-2 סיבות:

1. סיבה היסטורית
2. הניחו שעד שהאמנה תיחתם ישראל כבר תחתום הסכם שלום עם כל אויביה

הדבר לא הולך כמתוכנן גם בשלום וישראל מבינה שהיא עומדת להיות 'מדינה קולטת ברכ' יש מדינות שמושכות יותר תשומת לב ויש כאלה שפחות. זה מכל מיני סיבות ולא כולם שונאי ישראל. למשל- מעטים אזורי הקרב שנמצאים במרחק שעה נסיעה מקפה טוב; עיתונאי בעזה יוכל לנסוע ובאותו ערב לשתות כבר קפה בת"א. ישראל מבינה שהיא עומדת להסתבך כאשר במהלך המשא ומתן בנוגע לנוסח של אמנת רומא, מצליחות מדינות ערב שרובן אחר כך לא מצטרפות לאמנה (ירדן כן), להכניס את הניסוח הכי רחב שאפשר להגדרה של מה שמכונה "פשע המלחמה של ההתנחלות".

אמנת ג'נבה קובעת שאסור להעביר אוכלוסייה שלה לשטח הכבוש. ישראל חתומה על האמנה אך טוענת שהיא לא חלה בשטחים. כל העולם ככל הנראה מלבד ישראל, מחזיק בעמדה לפיה:

- אמנת ג'נבה הרביעית כן חלה בשטחים
- הסעיף הזה הופך את ההתנחלויות לא חוקיות

מדינת ישראל טוענת בתגובה מס' טענות:

1. טיעונים משפטיים שונים המביאים למסקנה שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה על שטחים (לטענתה)
2. היא טוענת שהסעיף נועד רק למנוע לאסור העברה בכפייה (ההתנחלויות הן בהתנדבות)

בפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה מסוף שנות ה-70 קיימים 2 דברים המסבכים את מדינת ישראל עוד יותר:

- 1) משנים את הניסוח כל שיהיה ברור שלא מדובר רק בהעברה בכפייה
- 2) בשונה מאמנת ג'נבה קובעים בפרוטוקול הנוסף שהפרה של הסעיף הזה היא הפרה חמורה (מדובר בפשע מלחמה, בעוד שלפני זה היו חילוקי דעות בשאלה אם זה פשע מלחמה כי זה לא היה מוגדר כחמור)

בגלל זה מדינת ישראל לא חתומה על הפרוטוקול למרות שיש כ-173/174 מדינות שחתומות. גם מרבית המדינות האחרות לא מקבלות את הפרשנות של ישראל. האם מדובר בהתנגדות עקבית או לא? תלוי איך מפרשים את הפרוטוקול הנוסף.

השלב הבא הוא באמנת רומא:

על כך שמחליטים להכניס את זה לאמנת רומא מחליטים לנסח בניסוח מסובך יותר מהפרוטוקול הנוסף: העברה בין במישרין ובין בעקיפין מהווה פשע מלחמה.

הניסוח הפתלתל הופך בעצם את המתנחל הבודד לפשע מלחמה. עד אותו שלב, פושע המלחמה היה איש השלטון שהעביר את האוכלוסייה. הניסוח הזה מגדיר גם את המתנחל הבודד. זה הדבר שגורם לישראל לא לחתום על אמנת רומא.

הערה: הסיכוי כיום, 20 שנה לאחר ניסוח אמנת רומא, 20 שנה הדין מתגלגל בעולם ו-123 מדינות חברות (2/3 מהמדינות בעולם) וחלק נכבד מהמדינות הנוספות מקבלות את הניסוח, שהטיעונים שלנו שזה היה טריק פוליטי נגדנו יתקבלו, הוא סיכוי הרבה יותר קטן ממה שהיה ב-2002.

אמרנו של ICC יש סמכות רק על מעשים שבוצעו בשטח של מדינה חברה או ע"י אזרחים של מדינה חברה או ע"י החלטה של מועבי"ט נראה שכל האופציות לא רלוונטיות לישראל. להחלטה של מועבי"ט סיכוי קטן, כי האמריקאים יטילו וטו.

התנאים של ישראל יש סכנה חמורה של טענות נגדנו הם:

- התנחלויות
- מדיניות ממשלתית- יישומים שונים על פשעי מלחמה
- הריסת בתים- היה קיים עד 2005 וחזר ב-2014 (קשה למצוא משפטי משב"ל שאומרים שזהו לא פשע מלחמה).

ב-2004, אבו מאזן עולה לשלטון ומנסה לנקות את הפת"ח ממעורבות בטרור. כאשר ניקה את המחנה שלו ממעורבות בטרור, היחידים שעלולים להיפגע הם חמאס, ג'יהאד ומתנגדים או ישראל ולכן ← הפלסטינאים עבדו שיטתית כדי להשחיר את מדינת ישראל ולהביאה ל-ICC. מספר דרכים:

1. חיפוש ישראלים עם אזרחות כפולה שניתן להגיש נגדם תלונה ב-ICC- לדוג' דייוויד בנג'מין, אזרח דרום אפריקאי- מדינה חברה ב-ICC.
2. חיפוש אירוע שניתן לטעון שהוא מתרחש בשטח של מדינה חברה- לדוג' משט המרמרה, שטח המדינה כולל גם את שטח כלי הטיס וכלי השיט שנושאים את דגלה. המרמרה נשאה את דגלה של איי קומורוס. איי קומורוס הגישה תביעה לחקור את אירוע המרמרה, והתובעת החליטה שלא לפתוח בהליכים ← אך הערכאה הראשונה של ביה"ד ביטלה את החלטת התובעת כיוון שטענו שזהו עניין חמור על סדר היום העולמי → התובעת בתגובה מנצחת ← הכרעת ביה"ד חשובה כדי להעריך את הצפוי בעתיד.
3. הפלסטינאים מנסים להיות מוכרים כמדינה חברה ב-ICC- הם פונים לאו"ם כדי להיות חברים בה, ולצורך זאת יש צורך באישור מועבי"ט- האמריקאים מתנגדים. כאשר הם פונים שוב, התובעת הפעילה לחצים להיותה מדינה משקיפה, דבר שהעצרת הכללית מחליטה עליו. ← ברוב של 143 מדינות התקבלו כמדינה משקיפה באו"ם. מרגע שהתקבלו כמדינה באו"ם, הם הוכרו ויכלו להגיש תביעות ב-ICC:
 - ← הרשות הפלסטינאית מגישה תביעה ב-ICC נגד ישראל לגבי ההתנחלויות וכיום מתנהלת בדיקה מקדמית של התובעת לגבי צוק איתן והמצב בשטחים. התובעת טוענת שהיא עומדת לסיים את החקירה בשנתיים הקרובות.
 - החשש הוא מעצירת שר בממשלה או קצין בצה"ל ושליחתו להאג- אך דבר זה עלול לקחת זמן רב וזהו לא הסכנה האמיתית.
 - הסכנה האמיתית היא פגיעה משמעותית ביחסי החוץ של מדינת ישראל כיוון שמרבית המדינות החברות של ישראל חתומות על אמנת רומא, ולפי האמנה הן מחויבות לעצור ולהסגיר אדם שהוגש נגדו כתב אישום ב-ICC. הפגיעה האמיתית תתרחש כאשר יהיה מעבר מחקירה מקדמית לממשית ← כיוון שהתובעת תדרוש הסגרת הנאשם משטח המדינה החברה.

הטיעונים שמדינת ישראל מעלה:

1. השלמתיות- ישראל יכולה לחקור באופן טוב בתוך המדינה ולכן אין צורך לחקור בחוץ, אך העליון שהיה אקטיביסטי בעבר, לא כזה היום- ובעבר הפסיקו להרוס בתים עקב דו"ח אוזי אדם. ברק ביקש מנציגי המדינה להפסיק להרוס בתים ואיים עליהם ש"רוח הזמנים השתנתה" ← ולכן המדינה לא הרסה בתים עד 2014. החזרה למדיניות זו הייתה עקב פניה לעליון שקבע הפעם שזה מעשה חוקי. כך ישראל ירתה לעצמה פעמיים ברגל משתי סיבות:
 - ישראל לא תוכל לטעון השלמתיות לגבי הריסת הבתים מכיוון שקבעה שזו מדיניות ממשלתית שפועלים לפיה וטענו שזהו מהלך נכון לפי המשב"ל
 - הראתה לעולם שהעליון של 2014 ושל 2005 שונים ולא ניתן לסמוך על המדינה.

- לגבי ההתנחלויות ישנו טיעון של מדיניות ממשלתית שחוקית מבחינת המדינה ולכן עקרות ההשלמתיות לא יוכל לחול גם כאן. נוכל לטעון שמרבית ההתנחלויות נבנו לפני 2002 אך הזמן שעבר לא מוציא אותנו חפים מפשע והטיעון נחלש. יש שאף טוענים לסמכות נמשכת לגבי הבניה בעבר.
- 2. הרשות הפלסטינאית היא לא מדינה - כאשר מרבית המדינות מכירות ברשות כמדינה, גם אם פורמלית הכרה היא אינה תנאי לקיומה של מדינה - טיעון זה לא יכול להתקבל.
- 3. הפלסטינאים התחייבו בהסכם הביניים (אוסלו) לפתור את שאלת הגבולות וההתנחלויות - באמצעות מו"מ והתחייבו לא לקיים יחסים בינ"ל עצמאיים. הסכם הקבע היה מתוכנן ל-1999 והיה אמור לפעול ב-2000, אך לא קרה בעקבות רצח רבין. ערכם של הסכמים אלה יורד ככל שהזמן עובר. המו"מ האחרון התרחש באמצעות קרי שהאשים את ישראל. לכן, גם טיעון זה ירד מהפרק.
- 4. טיעון חדש - נובע מפסיקה שנתן ICC לגבי אפגניסטן, שחתמה על הצטרפות ל-ICC, והדבר עורר את כעסה של ארה"ב שפועלת שם מלחמתית. האמריקאים טענו משפטית טענות לא משכנעות, אך גם איימו על בית הדין וגרמו ל-ICC לקבוע לא לעבור משלב הבדיקה המקדמית לחקירה בגלל שפתיחה בחקירה לא תשרת את שיקולי הצדק. נתנו 2 נימוקים מרכזיים לכך:
 - אי שיתוף פעולה - קיים יסוד סביר להניח שגורמים מרכזיים רלוונטיים לא ישתפו פעולה עם החקירה. ישראל טענה בהתאם שקיימים אצלנו דווקא גורמים שלא משתפים פעולה ולכן אין למה לפתוח בחקירה. מבחינה משפטית, הפסיקה נתנה 2 טיעונים משולבים שרק זה לכאורה רלוונטי מביניהם בהקשר ישראלי פלסטינאי: לא ישראל ולא החמאס ישתפו פעולה עם החקירה.
 - שינוי העתים - חקירת אירועים מ-2006 שעבר מהם זמן כאשר המדינה משתקמת, עלולה לגרום יותר נזק מתועלת.
- טיעון זה לא עובד אצלנו כיוון שאצלנו הסכסוך רק מדורדר, ורק אם היה נחתם הסכם שלום טיעון זה יכול היה להתקבל.

פס"ד זה עלול לגרום ל-ICC דווקא להתעסק בישראל משתי סיבות:

- אין לנו את כוח האיום שיש לאמריקאים
- ביה"ד קיבל ביקורת על הליגיטימציה שלו, כאשר בחר שלא להתעסק עם האמריקאים והדרך שלו ליישם זאת תהיה בלבד את ישראל.

ניתן לטעון בהקשר לכך 3 טיעונים:

- שחיתות - "כולם מושחתים והכל פוליטי"; כנראה לא תתקבל, לדוגמה גם למעצמות יש וטו.
- הכל פוליטי כלפינו - טוענים שישנן פסיקות מסוימות של ה-ICC שיהיה ניתן לטפול עליהן האשמה כזו, אך לא באופן מדויק, למשל **פסיקת המרמרה** - הייתה צריכה ליישם את תנאי החומרה כדי לדרוש מהתובעת להתערב.
- (ל-ICC יש סמכות לפתוח תכניות אאוטריץ' - חיזוק הקשר עם הציבור, שמטרתן לעודד את הציבור לתת מידע לחוקרים. ה-ICC פתח בשנה שעברה תכנית כזו בעזה כדי לעודד קורבנות פלסטינאים לתת מידע). דבר זה עלול להוריד את סיכוינו לניצחון. התובעת היא אובייקטיבית לחלוטין ויש קונצנזוס על כך, דבר שיגרום לישראל קושי לערער על הלגיטימציה שלה.
- ישראל נתפסת כחזקה - אנחנו תופסים עצמנו כמדינה חלשה, אך כיוון שבעולם אנחנו נתפסים כסמי-מעצמה בעלת כוח גדול שנשענת על מעצמה גדולה - טוענים שדווקא אם לא יתערבו במקרה הדבר יהווה אפליה (כמו למשל התערבות רק במדינות אפריקאיות. ייתכן שישנם כמה שופטים ששונאים אותנו אך דווקא אם לא רוב העולם יתערב בענייננו, דווקא זה יהווה בעיה פוליטית).

עדיין, הטיעונים שלנו חלשים והשופטים נתפסים כמתנגדים לנו.

חסינות

המשפט הבינלאומי מעניק חסינות לראשי מדינה. הכוונה בראשי מדינה לראש הממשלה, הנשיא, שר הביטחון, שר החוץ ושרים מרכזיים נוספים: כנראה שר האוצר, בערב הסעודית שר הנפט (מי שמתעסק ביחסי החוץ של המדינה). המטרה היא להגן על אותם אנשים מפני העמדה לדין במדינה אחרת בגין הפרה של הדין של המדינה האחרת (הדין המדינתי). כלומר: לא ניתן להעמיד לדין ראשי מדינה אחת במדינה אחרת בגין הפרה של הדין של המדינה האחרת אלא אם המדינה של אותו ראש מדינה ויתרה על החסינות שלו. השאלה האם ובאיזו מידה החסינות הזו רלוונטית למשפט הפלילי הבינלאומי.

קיימת עמדה, שבראשית שנות ה-2000 הייתה עמדת הרוב, שאמרה שהחסינות הזאת לחלוטין לא רלוונטית בהקשר של פשעים בינלאומיים גרעיניים. לפי הגישה הזאת, אם ראש מדינה מבצע פשע בינ"ל גרעיני, אין בעיה להעמידו לדין במדינה אחרת על בסיס סמכות אוניברסלית ואין שום בעיה להעמידו בבית דין פלילי בינלאומי כלשהו. הגישה הזאת מקבלת מכה רצינית בפסיקה שניתנת ע"י ICJ בתחילת שנות ה-2000. בלגיה הייתה מכורה לסמכות אוניברסלית ולכן נפתחים שם הליכים כנגד שר החוץ של קונגו, בן אדם שמעורב בפשעים נגד האנושות. קונגו רצה לנצל מגישה תביעה כנגד בלגיה, שם נפסק בדעת רוב לטובתה: חסינות ראשי מדינה רלוונטית גם לפשעים בינלאומיים גרעיניים, ככל שהדבר נוגע לאכיפה שלהם על בסיס סמכות אוניברסלית. בפסק הדין יש אמירה ממנה עולה, שהשופטים חושבים שהחסינות לא חלה כאשר העמדה לדין מתרחשת בבית דין פלילי בינ"ל.

מה קורה בהקשר של בית דין פלילי בינ"ל? נביא דוגמה של ICC. אמנת רומא אומרת במפורש שאין חסינות ראשי מדינה בהליכים שמתנהלים ב-ICC שזה טוב ויפה לגבי מדינות שחברות בבית משפט זה, כשהן חותמות על האמנה יודעות לאן נכנסות. במידה מסוימת זה גם טוב ויפה לגבי מקרים שבהם ההליך מתחיל בעקבות הפניה של מועבי"ט. כי מדינות הסכימו להיכנס לסיפור של האו"ם שכולל גם את האפשרות שמועבי"ט תכניס להן כל מיני מכות. יש פה הסכמה עקיפה יותר, אבל קיימת.

מה קורה עם מדינה שנכנסת ל-ICC וההליך לא מתחיל בגלל פניה של מועבי"ט. דוגמה: ישראל, רוסיה לגבי גיאורגיה, ארה"ב לגבי אפגניסטן. החסינות חלה רק על אדם הנמצא בתפקיד, לכן בעקבות הפסיקה ב-ICC הוקפאו הליכים שהתנהלו אז בבלגיה כנגד שרון בגלל מעורבתו לכאורה בסברה ושתילה. ההליך לא נמשך אחרי סיום הקדנציה שלו כי הוא נכנס לקומה.

לכאורה, גם כאן אין שום בעיה. כי למדינות האלה ולמנהיגיהם הייתה אהרה מוקדמת (חשבו כך בזכות האמנה) כל מה שהן צריכות לעשות זה לא להיכנס למלחמה עם מדינת חברה כי סמכות השיפוט כשזה אזרחים של מדינה חברה מבצעים/ שטח של מדינה חברה. אם המדינות האלה לא ינהלו מלחמות בשטח של מדינה חברה, אז לא תהיה להן בעיה. המחשבה הייתה שברגע שהן בוחרות לנהל מלחמה בשטח של מדינה חברה, הן לוקחות את הסיכון. אך המציאות הוכיחה שיש מצבים יותר מורכבים. בישראל, המלחמה התחילה לפני האמנה ועוד לא מסכימה שיש מדינה פלסטינאית. קרה מקרה דומה באפגניסטן. ולכן הועלו טענות שונות ב-ICC לפיהן בהקשר הזה לכל הפחות, צריכה להתקיים החסינות. למען האמת הטענות היו עוד יותר רחבות כי כולן נטענו בהקשר של באשיר, שביצע רצח עם בסודן. ההקשר שלו הפונה ע"י מועבי"ט ל-ICC ויחד עם זאת מדינות שונות שחברות בבית הדין, כאשר הוא נוחת בשטחן, לא עוצרות אותו ומעבירות אותו להאג. המדינות מעלות טענות שונות בפני ה-ICC שבגדול אומרות שבגלל שזאת לא מדינה חברה, לא היה חייב לעצור אותו כי הוא נהנה מחסינות. ה-ICC באופן עקבי פוסק כנגד המדינות האלו. מה שלא עקבי הוא הנימוק: **לעיתים אומרים שאין חסינות**, לפעמים אומרים שיתכן וכן תינתן חסינות כשמדובר בראשי מדינה של מדינות לא חברות שהמקרה שלהן הגיע ל-ICC לא דרך הפניה של מועבי"ט. המקרה שמעינין אותו הוא ישראל. לפני חודש, במקרה של ירדן, הפסיקה הסתמכה על נימוק גורף שאין חסינות ראשי מדינה ב-ICC אף פעם. יתכן שמחר תינתן פסיקה מהגישה ההפוכה. אנו צריכים לזכור את 2 הגישות. נכון לרגע זה מדברים על הגישה המרחיבה יותר.

שיוריות ומשלימות

בהקשר ה-ICC קיים עקרון המשלימות. הליך ב-ICC יתנהל רק אם המדינות הרלוונטיות אינן מעוניינות או יכולות לנהל הליך הוגן.

בהקשר לסמכות אוניברסלית, מתפתחת בהדרגה תמיכה בעקרון דומה בשם עקרון השיוריות. לדעת בורר, זוהי הגישה הרווחת כיום. נראה שבהדרגה מתפתחת תמיכה בעקרון המשלימות, שלפיו- מדינה תפעיל סמכות אוניברסלית רק אם המדינה המעורבת אינה מסוגלת או יכולה לנהל הליך הוגן או ראוי.

עקרונות אלה הם בעייתיים כיוון שהם עומדים בניגוד למחשבה הקודמת- שנתנה קדימות למנגנוני האכיפה הבינ"ל כיוון שהניחו שהם יותר אובייקטיביים.

מנגד, ניתן לטעון שהם משרתים את המשב"ל הפלילי משתי סיבות מרכזיות:

1. **איזונים ובלמים**- שיוריות ומשלימות משמשים ככאלה, והם התמריץ לניהול הליכים ראויים.
2. **מונעים ניצול לרעה פוליטי**- ע"י מדינות אחרות. כשנותנים עדיפות ראשונה למדינה המעורבת (בד"כ מדינת העברין) לנהל את ההליך תוך השגחה- כיוון מתן קדימות למדינה המעורבת מקטין את הסיכויים שהמדינות אחרות חיצוניות תשתמש בהליך הפוליטי לרעה.

בעת קבלת אמנת רומא, גורמים בישראל הבינו שצריך להגביר את האכיפה המנהלית והפלילית בתחומים הרלוונטיים, כיוון שאם אנחנו לא נעשה זאת- יעשו זאת בשבילנו בדרך לא נעימה.

אהרון ברק היה בין הראשונים שעשו זאת:

לאחר שבג"ץ מגדיל את הביקורת **בבג"ץ העיניים**, הביקורת מוגברת בארץ ומתחילים להיפתח הליכים פליליים של סמכות אוניברסלית כנגד גורמים של המדינה. המטרה בכך הייתה לעשות דה-לגיטימציה למע' המשפט הישראלי- בדו"ח גולדסטון נקבע כי מע' המשפט הישראלי לא אמינה.

ישראל מקבלת הישג אדיר בפסיקה של ביהמ"ש העליון הספרדי בהליך סמכות אוניברסלית באירוע חיסול שחאדה, שבו נקבע שבגלל שישראל טיפלה בנושא באופן אמין- לא ראוי שביהמ"ש הספרדי העליון יתערב. מנקודה זו הייתה תמיכה בשיוריות, שזו העמדה המשפטית המקובלת בסוגיית הסמכות האוניברסלית.

גורמים שמבקרים את מדינת ישראל טוענים שמע' המשפט הצבאית הישראלית היא בדיחה. כדי להתמודד עם טענה זו שהיוותה סכנה לישראל, ממשלת הימין ביצעה טריק: הקימו וועדת חקירה (**וועדת טירקל**) שאמורה לחקור את אירוע המרמרה, ובפועל היו לה 2 משימות- שהשניה הייתה לבדוק את אמינות מע' המשפט הצבאית ואכיפת דיני הלחימה. באופן מפתיע, זו הייתה וועדת חקירה ממלכתית שהיו בה משקיפים זרים והתחלף בה המשקיף הקנדי ליועץ הראשי של ה-ICC לענייני דיני לחימה בתואנה כלשהי- דבר שהיווה הישג דיפלומטי למדינה.

בדו"ח טירקל השני, ישנו דיסוננס: מצד אחד כתוב "שככלל, מע' המשפט הישראלית הצבאית בעיקר אוכפת את דיני הלחימה באופן שעומד בסטנדרטים הבינ"ל", אך מצד שני- האמרה מלווה במאות עמודים של הצעות לתיקון. ההסבר הרשמי לכך הוא שהדין משתנה ולכן המדינה צריכה להכין עצמה לעתיד. נראה כי זוהי מעין עסקה בין ישראל לבין ה-ICC (שכחת העבר אם תתקנו את העתיד).

בפועל, ישראל לא עמדה בדו"ח זה כיוון שמונתה לאחר מכן **וועדת צ'חנובר** ליישום החלטות וועדת טירקל שהייתה מלווה בוועדות פנימיות צבאיות כמו **וועדת שיינדוף** ליישום צ'חנובר, נכתב תזכיר- וכך רוב הנקודות התמססו. ← לכן, דו"ח מבקר המדינה קבע כי מנגנון התחקיר הצבאי לא עובד כראוי. במקביל, אופיו של בג"ץ לא היה ביקורתי כבעבר- נראה שחגורת הבטחון של ישראל התמוססה דווקא לפני שהכי זקוקים לה.

מאפיינים ייחודיים של הפשיעה הבינ"ל וצדדים לעבירה:

אחד המאפיינים הייחודיים של הפשיעה הבינ"ל היא שככלל- מדובר בפשיעה קולקטיבית (פשיעה מאורגנת ורחבת היקף). חלק מהפשעים מבוצעים ע"י המדינה או ארגון דומה לה; גם חייל שמבצע פשע מלחמה בודד של ביזה או אונס- אמנם לא ביצע את הפשע בשליחות המדינה, אך ההקשר שבו הוא נמצא שם הוא בגלל המדינה. פשעים גדולים ולא יחידניים, יוצרים מאפיינים ייחודיים במשב"ל הפלילי:

כמות הקורבנות עלולה להיות גדולה הרבה יותר- דבר זה מעורר מוטיבציה חזקה יותר למניעת הפשיעה. מצד שני, למרות הדחף- בגלל שמדובר בפשיעה רחבת היקף, יש לנו קושי אמיתי להגדיר את העבירות ואת העבריון (מי ייחשב מתי כצד לעבירה?) כיוון שלכל אחד יש רכיב קטן בעבירה, למרות שהמבצעים רחוקים משמעותית אחד מהשני ולא מכירים. דבר זה מקשה על תיחום של קו ההפללה. ראינו זאת במתח בין הגישה המרחיבה למצרה בפשעים נגד האנושות ורצח עם. יש שתי נטיות לתיחום קו ההפללה:

- עמדה מרחיבה- כדי להרתיע.
- עמדה מצמצמת- יש לצמצם משתי סיבות:

- הרחבת המעגל היא נגד אנשים שאחריותם הייתה קטנה, כמו מורה שלימדה את מיין קאמפף.
- הרחבת מעגל הפללה בעייתית בהקשר הבכירים- עד כמה יש לדרוש ממפקד או שר בכיר למנוע עבירות? בפועל, הדבר בעייתי כיוון שהבכירים בזמן מלחמה לרוב יעסקו בה ולא במניעתה.

המתח בין שתי גישות אלה בהגדרת העבירות קיים גם בהקשר של הגדרת הצדדים לעבירה: הצדדים הרגילים לעבירה פלילית רגילה הם מבצע (לרבות מבצע בצוותא=שותף/מבצע באמצעות אחר), משדל ומסייע. במשב"ל הפלילי הבינ"ל, דוקטרינות אלה של צדדים לעבירה אינן מספיקות, ויש מספר דוקטרינות:

1. דוקטרינת הפוקד- מפקד שנותן פקודה לבצע פשע נראה כמבצע ראשי למרות שלא ביצע פיזית את המעשה. דבר זה לא פותר את הבעיה מכיוון שמפקדים הם חכמים במובן שהפסיכולוגיה האנושית מראה שבמלחמה יבוצעו פשעים; הפסיכולוגיה מראה שדי בכך שהמפקד יעצום עין כדי שכמות הפשעים תגבר. לכן- מפקדים חכמים לא נותנים פקודות אלא מתעלמים (או משמידים ראיות לפקודה). לדוגמה, חיילים החלו לקבור פלסטינאים עם שופל, וכאשר רב סרן של המשמר האזרחי ראה זאת- הוא המשיך הלאה והועמד לדין. לכן, מתפתחת דוקטרינה נוספת:
2. אחריות מפקדים- לפי הדעה המקובלת, דוקטרינה זו התפתחה **בפס"ד ימאשיטה** שניתן ע"י בימ"ש צבאי אמריקאי לאחר מלחמה"ע השניה: ימאשיטה היה מפקד הכוחות היפניים בים הפסיפי (שבו הלחימה התנהלה באלפיי איים, שבהם החיילים היפאניים ביצעו פשעי מלחמה נוראיים- והוא הועמד לדין בגין אי מניעתם). לטענתו, הוא לא יכל למנוע זאת בשטח שמתפרש על פני איים רבים וללא תקשורת כיוון שהיא שובשה ע"י האמריקאים. השופטים קבעו כלל משפטי המטיל אחריות קפידה- אם בוצעו פשעים ע"י חיילים ומפקד לא נקט בכל האמצעים כדי למנוע, מוטלת עליו אחריות בגין הפשעים. הלכה זו עברה ביקורת רצינית כיוון שאחריות קפידה בארץ עונשה קנס, בעוד ימאשיטה קיבל עונש מוות. ← בעקבות הביקורת, בעת ניסוח אמנת רומא, הכלל ממותן: ס' 28 לאמנה מעגן אותו וקובע שמפקד צבאי יהיה אחראי על פשעים שביצעו חייליו בהתקיים התנאים הבאים:

- היה לו פיקוד ושליטה על אותם חיילים (לא די שיהיה המפקד שלהם פורמלית, אלא הדרישה היא שהוא יפקד וישלוט עליהם בפועל).
- הוא ידע או היה צריך לדעת שחייליו מבצעים את הפשעים (כלל מקביל לגבי ממונה אזרחי- שהדרישה היא שידע או עצם עיניים; כלומר דורשים ממפקד צבאי יותר)
- כשל מלקחת את כל האמצעים הנדרשים והסבירים כדי למנוע את העבירה, להעניש או להפנות ליחידות החוקרות

ישנם מספר קשיים בעקבות כך:

- מטילים אחריות רטרואקטיבית על הפשעים – אם הוא ידע ולא מנע, או היה צריך לדעת – מטילים אחריות עליו מהרגע הראשון
- היסוד הנפשי הוא רשלנות – העונש המרבי באמנת רומא ב-ICC הוא 30 שנה או בנסיבות מחמירות מאסר עולם, בעוד רשלנות נעה בין 3 ל-5 שנים בארצות.

הדרישה היא לשליטה בפועל ולא דה-יורה, כי ישנם ארגונים שאין דין מדינתי מאחוריהם כי לעתים הוא קובע קביעות רחבות, בישראל למשל – ההגדרה היא "כל הגבוה בדרגה". ההחלטה לגבי מידת השליטה האפקטיבית היא בעייתית.

בנוסף, לא תמיד השליטה היא ישירה – לדוג', מפקד בצבא של מדינה מסוימת הוא בעל השפעה משמעותית על ההתנהגות של ארגון מדינתי שכפוף לו (לדוגמה כמו בסרביה/הפשמרגה/סברא ושתילה). השאלה היא האם גם במקרה זה נטיל אחריות על המפקד הבכיר בארגון בעקבות מעשים שמבוצעים בצבא אחר?

וועדת קאהן שעסקה בסברא ושתילה קבעה שחוקית לא, אך מוסרית כן – ולכן נקבע שלשרון יש אחריות ציבורית. ישנה כתיבה הטוענת ששאלות מוסר בעבר הפכו להיות שאלות חוק כיום, כלומר: ישנן שתי עמדות שטוענות שגם במקרים אלה יש אחריות מפקדים:

- שליטה כוללת – של המפקד מצבא אחד על ההתנהלות של החיילים בצד השני (לדוג' – שליטה כוללת, אספקה של נשק ותמיכה, ומעורבות מסוימת ולא זניחה בהליך קבלת ההחלטות).
- שליטה אפקטיבית – הדרישה היא לא רק לדברים הנדרשים לשליטה כוללת, אלא גם דורשת יכולת חזקה לשלוט בצעדיהם ואמונותיהם.

אחת הסיבות שהסטנדרט של מידת האחריות הנדרשת בהקשר של דוקטרינת אחריות המפקדים לא הוגמכה, היא מכיוון שפותחה דוקטרינה נוספת שדרכה מנחיתים את האחריות:

3. דוקטרינת JCE - Joint criminal enterprise: ICTY בפס"ד טאדיץ' לוקח סדרת פס"דים שניתנו לאחר מלחמת הע"ה-2 ואומר שעל פיהם ניתן לקבוע דוקטרינה נוספת. היא מאפשרת לפרוש את ההפללה באופן רחב.

שני סוגים לכך:

- JCE 1 – אם לקבוצה יש תכנית משותפת לבצע פשע בינ"ל, כל חבר בקבוצה יהיה השם באותו פשע בינ"ל ללא קשר לשאלה האם ביצע או לא ביצע כל רכיב במעשה, אם הייתה לו כוונה לקדם את התכנית והוא ביצע רכיב כלשהו מרכיביה.
- JCE 3 – הדוקטרינה המבוקרת. לפיה, אם ע"י מי מבין חברי הקבוצה בוצעו פשעים בניגוד לתכנית המקורית, תוטל אחריות גם על מי שלא נטל חלק בביצוע אותם פשעים אך היה חבר בקבוצה (ישנם חילוקי דעות לגבי היסוד הנפשי הנדרש ולגבי אופי התכנית המקורית). כלל דומה במשפט הישראלי הוא בס' 34א. לחוק העונשין קובע כי:

עבירה שונה או נוספת (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994

34א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה –

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו

ביקורות:

- ישנו הבדל בין המקור המדינתי לכי"ל- כיוון שבמקור המדינתי הסיבה להתארגנות היא פלילית, בעוד במשב"ל- ההתארגנות היא לא בהכרח פלילית לכשעצמה כיוון שאנשים נלחמים ביחד.
- אין אחידות בפסיקה-
 - המתח בין הגישה המרחיבה והמצרה- פסיקה אחת קבעה שההתארגנות צריכה להיות פלילית מראש בעוד אחרת קבעה שהיא לא חייבת להיות כזו ושהאלמנטים הפליליים יכולים להתווסף במהלך הדרך ויכולים לצמוח מלמטה.
 - לגבי היסוד הנפשי- פסיקה אחת קבעה שדי בכך שהאדם מודע לכך שהתגבש אלמנט פלילי לתכנית, בעוד אחרת קבעה שיש צורך ראשוני בכוונה לבצע את הפשע.
 - לגבי מידת התרומה הנדרשת מהאדם- פסיקה אחת טענה שדי בתרומה כלשהי בעוד אחרת טענה שנדרשת תרומה משמעותית.

הפס"ד הממחיש את הגישה המצמצמת הוא **פס"ד סטאניס** מ-2013. דובר על מפקדים בכירים בשירות הבטחון הסרבי המאמנים כוחות של הבוסנים הסרביים שהם מיעוט בסרביה, המבצעים פשע נגד האנושות של גירוש אוכלוסיה אזרחית בדרכים אלימות בבוסניה. הם מועמדים לדין ומזוכים, ומורשעים רק באישום נמוך יותר מהסיבה שלא הייתה להם כוונה לקדם את האלמנט הפלילי (לקדם את הגירוש), ונקבע שלא ניתן להרשיע אותם JCE כיוון שהם רק הזדהו עם אלה שהם תומכים בהם ולא התכוונו לגרש.

4. דוקטרינה של ביצוע בצוותא- נכון לרגע זה ה-ICC לא פוסק לפי דוקטרינה זו. **פס"ד דיילו**- נקבע שכדי שאדם ייחשב לחבר בתכנית המשותפת, צריך שחלקו בביצוע התכנית יהיה הכרחי. הדרישה לפליליות התכנית המקורית היא שדי בכך שקיימת רמה הסתברותית גבוהה שהתוצאה פלילית תקרה עקב התכנית. היה מדובר באדם שנתן כסף כדי שיגייסו לוחמים; המגויסים היו ילדים- זהו פשע מלחמה. כשהועמד לדין על סמך JCE טען שלא ידע שהמגויסים הם ילדים, אך טענו שהייתה הסתברות גבוהה לכך שידע שילדים עלולים להיות מגויסים ולכן הורשע.

5. דוקטרינת AAA- הוויכוח לגבי הדוקטרינות המיוחדות מתקיים בICTY עד הפס"ד האחרון גם בנוגע לפרשנות של דוקטרינת הסיוע- aiding and abetting. בICTY יש וויכוח בין שתי עמדות:

- עמדה מרחיבה- אין צורך בכוונה לסייע לאלמנט הפלילי, די בכך שיש כוונה לסייע לאדם שמבצע את המעשה הפלילי ומודעות לביצועו.
- עמדה מצמצמת- יש צורך בהוכחת כוונה לסייע למעשה הפלילי.

נקודות לבחינה

אין צורך לדעת מספרי סעיפים/פסקי דין/- מומלץ כדי לחסוך מקום.
חומר לימוד צריך לדעת ברמה שנלמדה בכיתה; חריגים- חומרים שהודיעו שצריך לדעת מעבר לחומר הכיתה בלבד+ללמוד את ההגדרה של פשע התוקפנות/מעשה תוקפנות (תיקון 6 לאמנת רומא) ואת תוכנם של סעיפים 7-16 של אמנת רומא (פשעים נגד האנושות ורצח עם), לא נצטרך לדעת את סעיף 8.
למדנו דוגמאות לפשעי מלחמה לאורך הקורס, ואותן צריך לדעת.
לזכור הגדרות- פשעים נגד האנושות, רצח עם, תוקפנות.

מטרת הבחינה- לא לשפוך כמה שיותר חומר לפי הצ'קליסט; המטרה היא לנתח חומר משפטי ועובדתי ולנסח טיעונים- לשם כך בודקים הבנה ושפיכה של חומר מיותר תגרור הורדת נקודות. עצם אזכור של דבר בניתוח או בניסוח הלא נכון יכול לגרום להורדת נקודות/אי מתן נקודות/העלאה חלקית.
 יש להשקיע זמן בניסוח ובהסבר.
 +זו הסיבה שיש מגבלת מקום כדי להגביל אותנו להתנסח נכון ולהבחין בין עיקר לטפל (אם למשל הרחבנו בסעיף א על דבר מסויים נצטרך להרחיב ב' על אחר ופחות על הראשון).
 מבנה:

1. פרק ראשון- שאלה ממוקדת עם אלמנט ניתוחי מסוים. בחלק זה ישנה בחירה.
 2. פרק שני- 2/3 נושאים מצומצמים, קיים קטן שעוסק במשהו ושאלה על אותו ציטוט או פרסום
 3. פרק שלישי- קיים גדול
- ההבדל בין חלק ב לג הוא שבחלק ג יש קיים ארוך יותר עם מספר פרטים וצורך להצלבה ביניהם.

- יש להתייחס לציטוט בשאלה ולא למסביב, אלא למקרה העובדתי הספציפי. בבחינה לדוגמא סומנו בצהוב האלמנטים החשובים.
- הבחינה עצמה היא 3 שעות- על רוב הזמן להיות מוקדש לכתיבת התשובה מספר פעמים בטיטה וניסוח וייתכן שלא נצטרך את כל הזמן.
- אי אפשר להפנות בסעיף לסעיף אחר; הבדיקה היא של ניתוח והבנה. רק בתתי סעיפים אפשר אולי לענות באלגנטיות על שניהם, במידה והדבר אפשרי.

- לבחינה מצורף סילבוס מתומצת (הסילבוס בלי קריאת הרשות).

zivbohrer@hotmail.com