**משפט בין-לאומי פלילי**

22.10.15

מבנה הבחינה – (ללא מרכיב נוכחות)- 100% מבחן בחומר סגור

המשפט הפלילי

קיימות מספר הגדרות שונות למושג משפט פלילי, למשל- אמנות בינ"ל המחייבת מדינות להעמיד לדין אנשים העוסקים בסחר בנשים, או בשוחד חוצה גבולות. מתקיים ויכוח האם אמנות אלה הינן חלק מהמשפט הפלילי הבינ"ל. אנחנו לא נעסוק בכך אלא בגרעין של המשפט הפלילי הבינ"ל. נעסוק ב-4 קבוצות של עבירות (אנחנו נלמד 3 מתוכן):

1. **פשעי מלחמה**
2. **פשעים נגד האנושות**
3. **רצח עם**
4. (פשע התוקפנות/פשעים נגד השלום- פתיחה במלחמה תוך הפרה של הכללים הבינ"ל לכך)

מה המשותף לקטגוריות אלה? (1) במקור כולם היו איסורים של דיני הלחימה, כאשר לגבי חלקם (כך נוצרו פשעים נגד האנושות ורצח עם), הרחיבו את האיסור כך שיכלול גם זמן של שלום וגם כאשר גורמי מדינה מבצעים מעשים אלה כנגד אנשיהם, וזאת כאשר הם מבוצעים באופן רחב היקף או ע"י גורמים מדינתיים (או ארגונים דומים, דוגמת אירגוני מורדים). (2) דבר נוסף המשותף לכולם הוא בכמה חריגים קטנים, מרביתם עוסקים בהגנה על זכויות אדם בסיסיות מפני פגיעות חמורות במיוחד. (3) הדבר השלישי המשותף הוא שכולם (אחת באופן משתמע רק) הופיעו במסמך "חוקת לונדון/נירנברג" שהוא היווה הקוד הפלילי שעל בסיסו העמידו לדין את פושעי המלחמה הנאציים. משתמע- רצח עם במקור לא נחשב לקטגוריה נפרדת, אלא המעשים הכלולים בו היו תחת פשעים כנגד האנושות. בעקבות השואה גובשה אמנת הג'נוסייד [genocide] שלקחה את המעשים הכי חמורים מתוך פשעים נגד האנושות והמציאה את קטגוריית רצח העם.

המשפט הפלילי הבינ"ל כחיה מוזרה

משפט פלילי יעסוק במעשים שיש בהם זיקה לגורם הריבוני המעניש (בד"כ מדינה), כך ש:

* **החלוקה הנפוצה ביותר היא טריטוריאלית- בוצעו בשטח אותה מדינה.**
* **או שהעבריין הוא תושב או אזרח המדינה.**
* **או שהקורבן הוא המדינה, או אזרחיה או תושביה.**

האם אפשרי שהמרצה יחליט על עבירה ללא התרעה מוקדמת, בעלת עונש חמור? צריך לוודא שהעונש הולם את חומרת המעשה, צריך לפרסם את האיסור כדי שנדע מה אסור לנו לעשות. חקיקה צריכה להיות מפורסמת באופן פורמלי לאחר שהתקבלה בהצבעה בפרלמנט. בד"כ הגורם המעניש הוא המדינה. במשפט הפלילי הבינ"ל, ההנחה היא כי קיימת סמכות אוניברסאלית- בן אדם יכול להיות מועמד לדין על מעשיו גם במדינות שאין להן זיקה למעשה (לא טריטוריאלית, לא אל הקורבן ולא אל הפושע). בנוסף, ההנחה היא כי האיסורים של המשפט הבינ"ל הפלילי הם מנהגיים- משפט בינ"ל פומבי יש בו שני סוגים של נורמות- הסכמי- אמנות, ומנהגי, כאשר מנהגי מחייב את כל מדינות העולם, מלבד מדינה שהתנגדה למנהג מיום היווצרו. מרבית האיסורים של המשפט הפלילי הבינ"ל הפכו להיות משפט מנהגי, במקסימום עד שנות החמישים, אך רוב המדינות בעולם קמו לאחר מכן. אז בפועל רוב המדינות לא יכלו להתנגד אפילו למנהגים מסוימים. מה מצדיק זאת? הטיעון החזק הוא כי מדובר באיסורים מוסריים נוראיים, שבן אדם צריך להבין שזה אסור גם אין זה לא מוסדר בחוק, וגם משום שזה אוניברסלי, כל מדינה יכולה לאכוף זאת, ולכן לא משנה אם אין זה מוסדר במדינתו של מבצע העבירה. בלי משפט פלילי בינ"ל, אין בסיס להעמדה לדין של הפוצעים הנאציים וכל מי שמבצע מעשים דומים.

כיצד הגענו למשפט הפלילי הבינ"ל הקיים כיום? המשפט הפלילי הבינ"ל שונה מתחומי המשפט הבינ"ל השונים. משפט בינ"ל, מרבית תחומיו פונים למדינות עצמן, על מנת להסדיר או לתאם את היחסים בין המדינות. המשפט הפלילי הבינ"ל הינו ייחודי בכך שהוא מנסה להגן על האזרחים השונים בעולם, אך הוא גם בא להעניש אותם. האלמנט השני חשוב יותר, משום שיותר תחומים במשפט הבינ"ל פונים לבני אדם, כגון דיני זכויות האדם הבינ"ל, או מיסוי בינ"ל. אך גם ביחס לתחומים אלה, המשפט הפלילי הבינ"ל הוא ייחודי משום שמטיל סנקציות חמורות על בני האדם.

מה שגרם לכך הוא: הנרטיב המקובל- במקור, המשפט הבינ"ל לא פנה לבני אדם, אלא רק למדינות. היה חריג אחד בלבד לעניין זה והוא שודדי הים (פיראטים), וכלל זה קבע כי שודד ים יכול להיות מועמד לדין ע"י כל מדינה שתתפוס אותו. הסיבה לכך היא בעיה בכשל האכיפתי- טריטוריאלית, המעשים בוצעו בים שהינו משותף לכל מדינות העולם. לכן, אם ניתן לכל המדינות את הסמכות להעניש, נגדיל את הסיכוי לאכוף את העבירה. סיבה נוספת היא הסחר הבינ"ל המבוצע בים, וחופש התנועה והסחר הימי הינו אינטרס המשותף לכל מדינות העולם. בשל שני טעמים אלה, נוצרה עבירה זו נגד שוד ים. במאה ה-19 הצטרפה באופן הדרגתי עבירה נוספת, והיא סחר בעבדים. נחפש את שני הטעמים ליצירת עבירה פלילית בינ"ל- כשל אכיפתי- בין אפריקה משם נלקחו העבדים, לבין צפון אמריקה לשם נלקחו מרביתם, נמצא "הים הגבוה", ים שאינו בשיפוט של אף מדינה. אינטרס משותף- מניעת עבדות היא אינטרס משותף לכל מבחינת המוסר. היו בתי דין בינ"ל פליליים, כך שאם צי משותף היה תופס שודדי ים, היו שופטים אותם בבית משפט בינ"ל, כך שחלק מהשופטים ממדינה אחת והשאר מהמדינה האחרת והיתה להם הזכות להחרים את הספינות, אך הסמכות להטיל סנקציות ניתנה לבתי הדין המדינתיים.

מה ההבדלים בין שתי עבירות אלה לבין הפשעים הבינ"ל הגרעיניים? 1. בד"כ מבוצעים ע"י אנשים פרטיים למטרות רווח, כאשר מרבית הפשעים הגרעיניים מבוצעים ע"י נציגי המדינות, ואף נשלחים על ידם. 2. הפשעים הגרעיניים לרוב מבוצעים בשטחה של מדינה מסויימת, כאשר הפשעים האחרונים נעשים בשטח שאינו בבעלות של מדינה אחת אלא משותף לכל.

איך הגענו למצב שבו החריג הקטן של הפשעים בינ"ל הפך להיות מיושם על קבוצה גדולה בהרבה של עבירות שבמקום שיהיו מבוצעות ע"י אנשים פרטיים למטרות רווח, למדינות או נציגיהן? עפ"י הנרטיב המקובל, צריך לחזור למאה ה-19 להבין מה קורה בתחום הלחימה באותה תקופה. שני המאפיינים החשובים של הנאום של גטיסברג- הוא היה קצר מאוד, אך מה שרלוונטי לנו הוא שהנאום בא בעקבות אחד הקרבות הכי עקובים בדם בהיסטוריה recent. היו שתי מלחמות שהתרחשו בערך באותה תקופה המתחרות על התואר "המלחמה המודרנית הראשונה"- מלחמת האזרחים האמריקאית, ומלחמת קרים. מלחמות אלא היו עקובות מדם בצורה יוצאת מן הכלל בעיקר בשל שיפורים טכנולוגיים של אמצעי הלחימה. מאמצע המאה ה-19 רואים מרוץ בשני קווים מקבילים- המלחמות נהיות יותר ויותר נוראיות, וקו שני זה ניסיון להבהיר יותר ויותר את דיני הלחימה, מתוך אמונה כי בכך יצמצמו את היקף הנזק שבא בעקבות מלחמות אלה. בעקבות כל מלחמה גדולה רואים אמנה שמנסה לקדם את ההסדרה של דיני הלחימה, עד שמגיעה המלחמה הנוראה הבאה.

בזמן מלחמת האזרחים האמריקאית, הצפון מגייס פרופסור למשפטים שיכתוב את דיני הלחימה עבורם- קוד ליבר- פקודה כללית מספר 100 של הצפון בארה"ב- נחשב לקודיפיקציה המודרנית הראשונה של דיני הלחימה. במקביל, בזמן מלחמת קרים, בקרב סוגפינו, אדם שוויצרי נדהם ממה שקורה במלחמה, מגייס אנשים שיסייעו ולאחר מכן כתב על כך ספר שלימים הוביל לאימוץ אמנת ז'נבה הראשונה אי פעם. זו עסקה בטיפול בפצועים בשדה הקרב. המלחמה הנוראה הבאה היתה המלחמה הפרנקו-גרמנית- הגרמנים מול הצרפתים. בעקבות מלחמה זו היו כמה ניסיונות לגבש קוד יותר מפורט (עוד אין קוד בינ"ל, אלא רק ליבר בארה"ב), אך ללא הצלחה. העולם מצליח בכך בשנת 1898 עם אימוץ אמנות האג העוסקות בדיני הלחימה ובצדדים למחלמה (כבר אינן בתוקף). לאחר עוד כמה מלחמות, בתחילת המאה ה-20, המדינות מתכנסות ומבטלות את אמנות האג הקודמו ומאמצות חדשות במקומן, כאשר החשובה ביותר מביניהן היא אמנת האג הרביעית, בדבר הסדרת דיני הלחימה ביבשה. זו החשובה ביותר משום שהיא תקפה עד היום ונחשבת מנהגית. לאחר מכן- מלחמת העולם הראשונה- מספר הקורבנות המוערך היה כ-30 מיליון איש- המלחמה העקובה ביותר מדם באירופה בתקופה זו. בעקבות הטראומה ממלחמה זאת, מבוטלות אמנות ז'נבה הקודמות ומאמצים 3 חדשות- הראשונה עוסקת בטיפול בפצועים בשדה הקרב, השנייה עוסקת בטיפול בפצועים בעת לחימה בים ובאנשים שספינתם נטרפה בעקבות המלחמה, והשלישית עוסקת בשבויי מלחמה. המלחמה הנוראה הבאה- מלחמת העולם השנייה, ההערכות הינן בין 50-80 מיליון איש שנרצחו. לפי הכל, זו המלחמה הנוראית בהיסטוריה של האנושות. נעשה שימוש בנשק כימי, ביולוגי, טנקים, ג'יפים, הפגזות. בראשונה היתה מדיניות מכוונת לפגיעה בחיילים, אך בשנייה זה היה מכוון כבר כלפי אזרחים מלכתחילה. האמריקאים בחרו לפגוע דווקא בהירושימה ובנגסאקי משום ששם יכלו להפגיז פצצות בערה מהאוויר, מבלי לסכן את חייליהם. פצצות אלה שרפו ערים שלמות, ולכן כשארה"ב החליטה להשתמש בנשק ביולוגי/כימי/גרעיני, אלה היו הערים היחידות בערך שעוד עמדו. בעקבות מלחמת העולם השנייה מבטלים שוב את 3 האמנות הקודמות וקובעים במקומה 4 חדשים- כל השלושה הראשונים דומים לאלה הקודמים, והרביעי עוסק בהגנה על אזרחים. ארבע אמנות אלה חתומות ע"י כל המדינות המוכרות בעולם- 196 מדינות, וכן ע"י מדינות שנויות במחלוקת. לפי העמדה המקובלת בעולם, האיסורים הללו הם מנהגיים, ואילו לפי ישראל השלושה הראשונים מנהגיים והאחרונה היא הסכמית.

כיצד אוכפים אמנות אלה, לפי קיום משפט הפלילי הבינ"ל? לפי הנרטיב המקובל, ע"י פעולות תגמול- רשות שקיימת להטיל סנקציות על צד שהפר את דיני הלחימה, הצד הנפגע יכול בתגובה להפר כל דין לחימה כלפי הצד הפוגע, או לחזיר להם באותו אופן בו נפגעו. כיום קיים איסור על ביצוע פעולות תגמול על פשעי מלחמה. כיום זה אסור משום שזה יוצר "מרוץ לתחתית"- בזמן מלחמה, כאשר קיימת מחלוקת בין מדינות בנוגע להפרה של דיני מלחמה, אם א' הפרה דין כלשהו, ואז ב' החליטה להשיב לה, א' עשויה להחזיר לב' על כך ואז זה לא נגמר. בעייה נוספת היא כי מדינות חלשות יותר אינן שוות כוח לתוקפות במספר מקרים. בנוסף, האוכלוסיות שנפגעות הכי הרבה מפעולות תגמול הינן אלה ללא הגנה, והאוכלוסייה האזרחית, משום שלא יוכלו להשיב על כך. (כיום אסור לבצע פעולות תגמול כנגד שבויי מלחמה, ואילו כנגד אזרחים- רוב מדינות העולם אינן מסכימות לכך, אך ישראל ועוד מספר מאפשרות במקרים מסויימים). סיבה נוספת היא כי לא כל המדינות הן דמוקרטיות, ובהרבה מדינות כאלו, למנהיגים לא כל כך אכפת מחייליהם ומהאוכלוסיה האזרחית שלהם, ואז זה לא תמיד יוצר הרתעה אם נטיל סנקציות עליהן. לדוג' צפון קוריאה כיום, עליה מוטלות סנקציות כבר במשך 20 שנה. הראייה לכך היא כי בכל פעם מתקיימת מלחמה נוראית יותר מקודמתה. לפי הנרטיב המקובל, מתחילים לחפש אמצעי הרעה נוסף- אימוץ ענישה פלילית. הענשת הפרטים שביצעו את המעשה. כבר לאחר המלחמה הפרנקו-גרמנית, נכתבת אמנה שכוללת סעיף להענשת פרטים על ביצוע פעולות מלחמה, אך זו לא אומצה. נשיא הצלב האדם "מויינר" הציע הצעה נוספת להענשה בפלילים באופן בינ"ל. בתום מלחמת העולם הראשונה, נקבעו הסכמי שלום עם המדינות המפסידות, קובעות העמדה לדין של פושעי מלחמה גרמניים וכן הלאה. אמנת וורסאיי- קובעת העמדה לדין של הקייזר על פשעיו בבית דין בינ"ל. אך, גרמניה איננה מוכנה להסגיר את הפושעים, והקייזר בינתיים ברח להולנד, וזו איננה מוכנה להסגירו. גרמניה לאחר מכן הציעה עסקה שונה- במקום שיועמדו לדין הפושעים בבית דין בינ"ל, גרמניה תשפוט אותם בשטחה, בביהמ"ש העליון בשטחה. בלית ברירה המדינות האחרות מסכימות לכך, ושולחת רשימה של כמה מאות פושעים, מתוכם גרמניה מעמידה לדין עשרות בודדות בלבד. בנוסף, באופן מפתיע, אלה שהורשעו לא נמצאו בכלא לאחר מכן. [מכאן הומצא "סינדרום הדלת המסתובבת] לכן, לאחר מלחמת העולם השנייה, העולם מבין שאסור לו לחזור על אותה טעות. בעקבות כך, הוחלט על העמדה לדין של פושעי המלחמה הנאציים בידי בעלות הברית. לאחר מלחמת העולם השנייה, הועמדו לדין על פשעי מלחמה גרעיניים, היו כ-25 אלף (באופן רשמי), אך אם נכלול פשעים מדינתיים, מגיעים למספר של בין 120-130 אלף איש בכל העולם. [מכאן רואים שהמשפט הפלילי הבינ"ל הוא כן אפקטיבי].

כיצד עושים אנלוגיה מהפיראטים- כשל אכיפתי- המדינה שרוצה להעמיד לדין את הפושעים, הם אינם נמצאים בשטחה, ואילו המדינה ממנה יצאו הפושעים איננה מעוניינת להסגיר אותם או להעמידם לדין בעצמה. לכן יש צורך בסמכות אוניברסאלית לכך. האינטרס האוניברסאלי הוא כי אם היו שואלים את רוב האנשים בעולם, לפני שמבצעים אותם פשעים, הם היו מסכימים כי הדבר אסור. לכן קיימת הסכמה כללית כי מעשים אלה הינם אסורים ואינם מוסריים.

לאחר מלחמת העולם השנייה, הגיעה המלחמה הקרה- נוצר קיפאון של המשפט הפלילי הבינ"ל, משום התייחסות לנושאים אחרים. לאחר מכן- עוד שתי מלחמות נוראיות שבעקבותיהן קמו בתי דין בינ"ל לעניינים מיוחדים- יוגוסלביה ורואנדה, בהן בוצעו רצח עם. מאמצע שנות ה-90 מנסים בארבע דרכים שונות לאכוף את המשפט הבינ"ל הפלילי-

1. ביה"ד הקבוע בהאג- ה- ICC
2. הגברת השימוש בסמכות האוניברסאלית
3. בתי דין היברידיים שיש בהם אלמנטים מדינתיים ובינ"ל
4. הגברת האכיפה במדינות המעורבות- להפעיל ללחץ על המדינות המעורבות, ובעיקר על המדינות המבצעות, כדי להגביר אכיפה פנים-מדינתית.

פשעי מלחמה

פשעי מלחמה קשורים לדיני הלחימה. יש דיני מלחמה שהבסיס לאיסור אינו לגמרי מוסרי, אלא רוצים להסדיר כללי משחק. הדבר יועיל לשני הצדדים בטווח הארוך, רוצים שיהיו כללים ברורים. יש דינים שונים שהקשר שלהם למוסר אינו חד או ערכי- במצב של מערכה שבה נלקח שבוי ממדינת אויב, האם מותר להם להחזיק בו ולהמשיך ללכת איתו? אסור להם להרוג את השבוי או האזרח הזר שנתקלים בו, או שלוקחים אותם איתנו או שמשחררים אותם. שתי האופציות מהוות סיכון לצד שלנו. היתה אפשרות של הפעלת שיקול דעת, כלומר האם השבויים יהוו איום או סכנה עליו. אבל, חיילים ניצלו לרעה את הכלל הזה, כי לא היה להם כוח לקחת אותם איתם. נפוליאון, כשהיה ביפו, לקח שבויים תורכים שנכנעו, והוא הוציא פקודה לחסל כמה אלפים. כשהמדינות התכנסו כדי לפתח קודקס של דיני לחימה, הסדירו את הכלל כך, משום שאי אפשר לדעת אם אתה תהיה השבוי או השובה. מקרה נוסף- חוק הוא יצירה אנושית, ואנשים אינם חכים תמיד, ולכן היה קיים דין לחימה מטופש- אסור להילחם בזמן שלובשים את מדי האויב. מותר להתחפש לכל דבר אחר אבל אסור ללבוש מדים של צבא זר. חריגים: דגל לבן- אסור לירות בחייל מהצד השני שמניף דגל לבן. האם מותר לי לירות בו בכל זאת?

היכן נמצאים/כתובים דיני הלחימה? ההנחה היא כי דיני הלחימה הם מנהגיים (כלומר, קיימת על זה מחלוקת). אולם, לאורך המאה האחרונה המדינות קיבצו את מרבית הדינים הללו באמנות שמצהירות על עצמן שהן דקלרטיביות. כלומר, הדין הכתוב באמנה אינו מחייב כשלעצמו, אלא בא לעשות סדר ולהכתיב הכל במקום אחד ובאופן מסודר. האמנות המרכזיות התקפות כיום הן:

* אמנת האג הרביעית (והתקנות) בעניין הדינים התקפים בעניין לחימה ביבשה (הוסכם שהוא מנהגי, ולכן מרבית המדינות אינן חתומות עליה, כי ברור להן כי זה מחייב אותן) [אמנת האג]
* ארבעת אמנות ז'נבה מ-1949- חתומות על ידי כל 196 המדינות המוכרות בעולם (חברות באמנה). מלבד ישראל, כל מדינות העולם מסכימות כל אמנות אלה הן מנהגיות. ישראל גורסת כי השלוש הראשונות הן מנהגיות ואילו הרביעית היא הסכמית.
* שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה (מסוף שנות ה-70) –[AP1 ו- AP2]. על הראשונה חתומות 174 מדינות, ועל השנייה 168. ישראל איננה חתומה על אף אחת מהן.
* אמנת רומא של ה-ICC, נכנסה לתוקף ב-2002. סעיף 8 של האמנה מונה רשימה של פשעי מלחמה. ישראל וארה"ב, רוסיה, סין, פקיסטן, הודו, אינן חברות באמנה. חברות באמנת רומא 124 מדינות בעולם, היא רצינית ובכל זאת המעצמות הללו אינן חברות.

באמנות אלה מצויים מרבית דיני הלחימה, אך עדיין קיימים מספר דיני לחימה שאינם רשומים באף מקום, אלא הם מנהגים. לדוג'- האיסור על עבדות שאינה מינית ואינה שיטתית. כלומר, חייל שתופש מישהו ומורה עליו להיות העבד האישי שלו. איסור זה אינו רשום במפורש באף אמנה. בנוסף, הרוב המוחלט של דיני הלחימה בים הוא מנהגי, ואינו כתוב בשום מקום. זאת משום שבשנים שרצו להסדיר זאת באמנה כתובה, המעצמה הימית הגדולה ביותר שהיתה אז בריטניה, לא שיתפה פעולה.

בעיה נוספת היא שיש דינים שמופיעים באמנות הללו אך חלק מהמדינות טוענות שהן אינן מנהגיות. ישראל לדוג' בעניין של העברת אוכלוסייה לשטח כבוש.

בעיה שלישית היא שאמנות הינן תוצאה של פשרה. כיצד משיגים פשרה- יוצרים נורמה עמומה, ובתוכה מתנהלות כל המדינות. לדוג', פגיעה בלתי-פרופורציונאלית- הנזק לאוכלוסייה האזרחית גדול במידה רבה מן התועלת לצבא- מאוד עמום ולא ברור, אך כולם מבינים את השורה התחתונה.

עפ"י הנרטיב המקובל, עד אחרי מלחמת העולם השנייה, דיני הלחימה דיברו על מדינות. לכן, כאשר מועמדים לדין פושעי המלחמה הנאציים בנירנברג, הם טוענים שהדינים הללו כלל לא פנו אליהם כפרטים, אלא אל המדינות. הם אמרו שאין עונשין לפני שמזהירין. ענו להם שמדינה היא פיקציה משפטית והיא מורכבת מכל הפרטים בחברה. לכן, כאשר נורמה מסוימת מדברת אל המדינה, היא בעצם מדבר על האנשים שמאחורי מסך הריבונות. ההשלכה של כך היא שכל הפרה של דין מדיני הלחימה מהווה פשע מלחמה. למשל, אחרי מלחמת העולם השנייה, מספר חיילים נאציים מועמדים לדין על אי-אספקת קבלה לאזרח בשטח כבוש בשל החרמת נכס שלו. כמובן שהם גם רצחו את אותו אדם, אך לא נתנו לו קבלה רשמית על כך. [המשפט הבינ"ל מניח שכיבוש הוא מצב זמני ולכן מותר, הקטע של הקבלה הוא כדי שיוכלו אח"כ האזרחים לקבל חזרה את הדברים שלהם שנלקחו לצרכי המדינה].

קיימת בעיה בהרחבת הגדרת פשעי המלחמה יותר מדי? העונש המקסימאלי עשוי שלא להלום את חומרת המעשה, ואילו אנו רוצים לבסס את הסמכות הבינ"ל לשיפוט פלילי הוא מוסרי. בנוסף, ככל שיהיו יותר מדי כללים, הסיכוי שכל חייל בשטח יכיר את הנהלים קטן. נעלמת הכוונת ההתנהגות וההרתעה. כמו כן, יש מצבים בהם המשפט הפלילי הבינ"ל מנוצל לרעה למטרות פוליטיות- האשמת יריב פוליטי בביצוע פשעי מלחמה, וככל שהגדרה זו תהיה רחבה יותר, אנו נאפשר מצבים כאלה באופן פשוט יותר.

גישת ההפרות החמורות

הרשל'ה לאוטרפך- (כתב את הטיוטה של מגילת העצמאות)- מציע את גישת ההפרות החמורות- עפ"י גישה זו, לא כל דין מלחמה אם הוא מופר, ההפרה תהווה פשע מלחמה, אלא רק הפרה של הנורמות היסודיות. המדינות מתייחסות להצעה זו וחותמות על ארבע אמנות ז'נבה החדשות. באמנות האלה, יש בכל אחת רשימה ארוכה של דיני לחימה, ובסופן סעיף לפיו ההפרה של מספר סעיפים מהווה הפרה חמורה. זאת אומרת שרק הפרה של הסעיפים הללו תטיל אחריות אישית על המבצע- ומהווה פשע מלחמה.

הבעיות בכך: המדינות ביטלו את אמנות ז'נבה הקודמות, אך לא ביטלו את תקנות האג ולא קבעו נורמות חדשות במקומן. לכן, לא הוחלט מה לעשות בעניין תקנות האג כיום- האם תמשיך לחול גישת נירנברג (הפרה של כל סעיף היא פשע מלחמה) או לפי הפשט של האג שמדברת אל מדינות, מפרשים כאילו שאף סעיף בהפרתו לא יהווה פשע מלחמה. בעייה נוספת- יש נורמות שקיימות רק במשפט המנהגי, ואינן מופיעות באף אמנה מבין השתיים. האם הפרה של נורמות מנהגיות אלה תהווה אף היא פשע מלחמה? בעיה שלישית- יש דברים שמופיעים באמנת ז'נבה האוסרים על ביצוע של מעשים חמורים, אך אינן מוגדרות בתוך האמנה כהפרה חמורה (ואז לא מענישים במידה הולמת).

Additional Protocol 1- כאשר המדינות מתכנסות שוב בשנות ה-70, הן מצמצמות חלק מהבעיות האלה. AP1 חוזר על חלק מהאיסורים בהאג, מוסיפה דברים שהופיעו עד אז רק בדין המנהגי, כולל משטר של הפרות חמורות והיא ארוכה יותר מאלה בז'נבה. אך עדיין יש איסורים מסויימים שמופיעים בהאג אבל לא ב-AP1, ועדיין יש איסורים מנהגיים שאינם כתובים, ועדיין יש מעשים חמורים ב-AP שאינם מוגדרים כהפרה חמורה. בנוסף, יש דברים המוגדרים ב-AP1 כהפרות חמורות, אך חלק מהמדינות אינן מאמינות כי הוא מנהגי או קשור לדיני הלחימה.

המקרה הבולט של מעשים חמורים שאינם מוסדרים ככאלה- איסורים שחלים בסכסוך מזוין שאינו בין מדינתי- non international armed conflict. עפ"י הנרטיב המקובל, דיני הלחימה עד 1949 עסקו רק בלחימה בין צבאות של מדינות. לכן לא היה דין שהסדיר סכסוכים כאלה, כגון מלחמות אזרחיות וכל לחימה מול ארגון שאינו מלחמה. במהלך מלחמת העולם השניה, ארגונים כאלה פועלים לצד בעלות הברית, לדוג' הפרטיזנים, הרזיסטנס. אך מה עשו הנאצים כשנתקלו בלוחמים מעין זה- הרגו אותם. המדינות החליטו שאי אפשר להמשיך במצב בו זה אינו מוסדר, אך היו מדינות נוספות שטענו שאין סמכות להתערבות בתוך מה שקורה בריבונות של כל מדינה? זו תהווה פגיעה אם העולם יסדיר לחימה של אזרחים לדוג'. מצאו פשרה- סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה (מופיע בכולן- כדי שאם מדינה לא תחתום על כולן, זה עדיין יחייב אותה)- קובע את האיסורים היסודיים ביותר- מעשים שאסורים בהחלט ובכל מצב- הוצאות להורג ללא משפט, עינויים. אך, הם לא קבעו את סעיף 3 כהפרה חמורה. Fast forward- סוף שנות ה-70, הצלב האדום מציע לכל המדינות טיוטה של אמנה שתחול על כל הסכסוכים. חלק מהמדינות אינן מסכימות לכך שיתערבו להן בריבונות. הפשרה שהתקבלה- במקום אמנה אחת, ניסחו שתיים- אחת חלה בסכסוך מזוין בין-מדינתי (AP1), והשנייה חלה בסוג ספציפי של סכסוכים שאינם בין-מדינתיים- כשמתנהל בטריטוריה של מדינה אחת, ואף הצד המורד הוא השליט על חלק מהטריטוריה של המדינה (AP2). אם נסתכל רק על האמנות- סעיף 3 חל על כל סוגי הסכסוכים שאינם בין-מדינתיים, ו- AP2 חל על חלקם. בנוסף, AP2 הוא מצומצם מאוד- יש לו 30 סעיפים לעומת 130 סעיפים ב-AP1. ו- AP2 אינו כולל משטר של הפרות חמורות- לכן, לכאורה, אף אחד מהמעשים האלה לא ייחשב כפשע מלחמה.

הבחנה בין גישת ההפרות החמורות- תיאוריה, לעומת משטרי הפרות חמורות בכל אמנה- ניסיון ליישם את הגישה הזאת בהקשר של כל אמנה, אך לא באופן מוצלח בכל המקרים.

אמצע שנות ה-90- בהאג מתנהל הליך משפטי בעניינו של טאדיץ' בעניין מעשים שביצע במלחמה ביוגוסלביה. לצורך השיעור, נניח כי הסכסוך ביוגוסלביה היה שלא בין-מדינות. הפעילו לחץ על הצדדים ביוגוסלביה לחתום על אמנות ה-AP וז'נבה. אדון טאדיץ' מואשם בביצוע מעשים המהווים הפרה של סעיף 3 וחלק של AP2. טאדיץ' טען כי מרגע שהמדינות החליטו לאמץ את רעיון ההפרות החמורות, והמעשים בהם מואשם אינם מוגדרים כפשעי מלחמה, אי אפשר לבוא אליו בטענות, אלא למדינה שלו. לביה"ד היו 3 אופציות-

1. לקבל את הטיעון של טאדיץ' ולשחרר אותו.
2. לא להסכים עם המדינות בעניין הפשעים החמורים, אלא להתייחס ככל פרט כאל האחראי למעשיו- להפעיל את נירנברג (להאשים אותו ולהעניש אותו).
3. לעדכן את גישת ההפרות החמורות (כך שתתאים למקרה הקונקרטי)- ובכך בחר.

ביה"ד אמר שדברים השתנו במשך השנים ולכן צריך ליישם לפי גישת ההפרה החמורה, כפי שהתפחתה במשך השנים. יצרו את מבחן טאדיץ'- כולל שני תתי-מבחנים לזיהוי פשעי מלחמה. נשתמש במבחן זה כאשר ניתקל בנורמה שאינה מוגדרת כהפרה חמורה או שהיא מנהגית ואינה מופיעה באמנות, כלומר לא חל מקום שכתוב במפורש שזו הפרה חמורה). לפי מבחן זה, כדי שנורמה תיחשב פשע מלחמה- א. היא צריכה להיות הפרה חמורה של נורמה יסודית, ב. צריכה להיות פרקטיקה מספיק רחבה בקרב המדינות של הפללת המעשה- בפועל נראה שמדינות מענישות על מעשים אלה. (בגלל תת-המבחן השני, עשויים להיות הבדלים בין הנורמות/פשעי המלחמה בסכסוכים מזויינים בין-מדינתיים, לבין אלה בסכסוכים מזויינים שאינם בין-מדינתיים. למשל, הכל מסכימים כי שימוש בקליע חלול מהווה פשע מלחמה בסכסוך מזויין בין-מדינתי- קליע שמתפוצץ בתוך הגוף. יש הטוענים כי שימוש בכדור מעין זה בסכסוך שאינו בין-מדינתי אינו מהווה פשע מלחמה, ואף מותר).

הבעייתיות במבחן טאדיץ'- הוא עמום. אין הגדרה מפורשת לנורמה יסודית, ומה זה פרקטיקה רחבה מספיק? האם בודקים את כל 196 המדינות? ואפילו היה ניסיון לבדוק את הנעשה בכל המדינות, אנחנו כאנשים אינם עקביים, ונוטים גם לא להיות ברורים כל כך. לכן זה ניתן לפירוש באופנים שונים (ההתנהגות של כל מדינה). לכאורה, כדי להסדיר זאת, סעיף 8 לאמנת רומא מונה רשימה מפורטת של פשעי מלחמה שעליהם תהיה סמכות שיפוט לביה"ד ICC (כ-100 איסורים). בנוסף, הסעיף מחולק לשני חלקים המחוקים אף הם לשני תתי-חלקים כל אחד. החלק הראשון עוסק בסכסוכים מזויינים בין-מדינתיים. תת החלק הראשון הוא רשימה של נורמות שהוגדרו בעבר באמנות אחרות כהפרות חמורות. תת החלק השני מוסיף דברים שלא הוגדרו כנורמות חמורות אך קיימת עליהם קונצנזוס שהן כאלה. החלק השני עוסק בסכסוכים מזויינים שאינם בין-מדינתיים. תת חלק הראשון הוא רשימת האיסורים של סעיף 3 (עם קצת תוספות)- איסורים המהווים פשעי מלחמה בכל סכסוך שאינו בין-מדינתי. תת החלק השני- עושה מבחן מקל יותר מזה של AP2, אינם חלים בכל הסכסוכים (**ללמוד את זה למבחן!!!**) ומספק רשימה נוספת שתחול באותם סכסוכים, בתוספת לתת החלק הראשון. (הראשון חל בכל הסכסוכים שאינם בין מדינתיים, השני הוא תוספת בסוגים מסויימים).

הבעייתיות- 1. אמנת רומא אינה טוענת שהיא רשימה ממצה- טוענת שעשויים להיות עוד פשעי מלחמה בעולם, אך לביה"ד לא תהיה סמכות עליהם. יש כ-10 כאלה שכולם מסכימים עליהם שהם פשעי מלחמה אך הם לא נכנסו לאמנת רומא- כגון ירי בלתי מובחן. 2. יש איסורים המופיעים באמנת רומא, שחלק מהמדינות טוענות כי הם אינם מהווים פשע מלחמה.

לסיכום- לא להתבלבל בין גישת ההפרות החמורות לבין משטרי הפרות חמורות. אפילו שהמרצה הביא את המקרים החריגים, על הרוב קיימת הסכמה כללית. (יש עדיין מדינות שבהן מאמצים בחלק מהמקרים את גישת נירנברג).

5.11.15

[להתחיל לבחון לפי אמנת רומא. אם המעשה אינו מוגדר באמנה זו, נפנה לספר האדום. ואם גם שם זה אינו מוגדר כפשע מלחמה, ניתן לחפש מלומדים שונים- לחפש האם קיימות מספר מדינות שבהן הפרקטיקה מגדירה מעשה זה כפשע מלחמה. רק לאחר מכן ניתן לדחות את גישת ההפרה החמורה. אם זה כן מוגדר כפשע מלחמה באמנת רומא, אך אנו רוצים לטעון כי זה אינו פשע מלחמה, נחפש מלומדים התומכים בגישתנו, לאחר מכן נפנה לאמנות ז'נבה ולפרוטוקולים, ואם גם שם וגם בספר האדום נטען כי מעשה זה מהווה פשע מלחמה, נפנה למבחן טאדיץ' וננסה לסתור לפי התנאים שלו.]

פשעים נגד האנושות:

1. מעשה-המעשה חייב להיות אחד מרשימת מעשים שהמשותף לכולם הוא שהם פגיעות חמורות בזכויות האדם היסודיות (נפרט בהמשך מה הם).
2. פשיעה אירגונית/קולקטיבית- על המעשה (/מעשים) להיות מבוצע או באופן שיטתי או באופן רחב היקף.
3. קורבן- על המעשה להיות מבוצע כלפי אוכלוסייה אזרחית.
4. זמן- המעשה יכול להיות מבוצע או בזמן שלום או בזמן מלחמה.

פשעים נגד האנושות שונים מפשעי מלחמה בכך: 1. פשעי מלחמה אינם חייבים להיות מבוצעים באופן שיטתי או מאורגן. 2. שפשעי מלחמה יכולים להיות מבוצעים רק במצב של עימות מזוין או של כיבוש. [בד"כ פשעי מלחמה מבוצעים על ידי חיילים שהינם חלק מאגון "צבא", ורובם נעשים באופן רחב היקף ושיטתי, אך נדון גם ביוצאים מן הכלל. דוגמה לחריג היא חייל יחיד שפורץ לבית של אזרח וגונב את רכושם. מנגד, פשעים נגד האנושות כמעט תמיד צריכים להיות מבוצעים כפשיעה אירגונית, ולכן הם כמעט תמיד מאסיביים. הגדרת שיטתי- מבוצע כחלק מתוכנית לש מדינה או של ארגון דומה לה, חייב להיות תכנון והוראות מלמעלה. החלופה של רחב היקף (נתון במחלוקת) מדבר על מסה גדולה של קורבנות, אך הפשע מתבצע ברגע שמבוצע המעשה הראשון נגד אדם יחיד, כל עוד קיימת תוכנית גדולה יותר.

הגדרות אלה משפיעות באופן ישיר על ההתלבטות של עד להיכן ניתן "למתוח" את היריעה של הרשת הפלילית. את מי נגדיר כעבריין כשמודבר בפשעים מסוג זה. משום כך, עלינו להבחין בין שני שלבים: 1. האם התקיימה בעולם העבירה- האם הייתה תכונית והאם היה קורבן, כך שנוכל להגדיר כמעשה מסוג פשעים נגד האנושות. 2. לראות האם קיים בן אדם ספציפי בעל קשר למעשה שיגדיר אותו כמבצע המעשה. (תנאים מצטברים).

כיצד הגענו למצב כיום לפיו מעשים אלה נחשבים לעבירות פליליות המצדיקות התערבות של הקהילה הבינ"ל?

לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל, המחשבה כי ניתן להתערב כאשר מדינה מבצעת מעישם מסוג זה בהיקפים גדולים, אפילו כלפי אזרחיה ואפילו בתקופת שלום, עולה לראשונה לאחר הטבח העותמאני בעם הארמני (בסביבות מיליון קורבנות). ניסיון זה כושל, אך זה מצליח בתקופת השואה, בהתייחס ליהודים הגרמנים שנטבחו לפני תחילתה הרשמית של מלחמת העולם השנייה- (1933-1939). קיים אינטרס אוניברסאלי למנוע מעשים אלה, קיים בסיס להתערבות של המדינות משום שמבוצע כלפי אוכלוסייה אזרחית בזמן שלום. מנגד, יש הטוענים שזו התערבות חמורה מידי בריבונות כל מדינה. כשמנוסח הצ'רטר של לונדון, כותבים אותו ככך שנבין שהוא מאפשר העמדה לדין בגין מעשים שבוצעו גם בזמן שלום וגם של מעשים שבוצעו על ידי המדינה כלפי אזרחיה. אך, רעיון זה היה זר לשופטים שדנו בכך, ולכן הם החליטו שאין להם הסמכות לדון בפשעים שנעשו על ידי המדינה בזמן שלום. אם לא מצליחים להוכיח קשר בין המעשה שנעשה בזמן שלום לבין מעשים שבוצעו בזמן מלחמה- גישה זו כבר אינה תקיפה היום. אך גישה זו מראה עד כמה לא טבעי היה למשפטנים להתערב במשים שנעשים על ידי מדינה ריבונית בתוך שטחה, בעת שלום. אך, בפס"דים שנגעו בשואה לאחר מכן נקבע שניתן להעמיד לדין על מעשים שבוצעו בזמן שלום על ידי אותה מדינה, וזה הכלל הנהוג כיום. האיסור על פשעים נגד האנושות הינו מנהגי, אך כולם מסכימים כי ההגדרה הנמצאת באמנת רומא היא ההגדרה הנכונה לפשעים נגד האנושות. (כלומר, גם אם מדינה לא חתומה על אמנה זו, מוסכם על הכל כי ניתן להעמיד לדין לפי הגדרת אמנת רומא).

בסוף רשימת המעשים הנוראיים הכלולים (בסעיף 7 לאמנת רומא) תחת הגדרת פשעים נגד האנושות, מעשים נוספים "המכוונים לגרום לסבל רב או לחבלה חמורה...", ולכן זו אינה רשימה סגורה או ממצה. [כדאי להכיר את הרשימה בשביל המבחן, וכן חייבים להתקיים שאר הרכיבים- שיטתי, וכו'].

לסיכום-- חלופות של שיטתי/רחב היקף-

* שיטתי- מדובר בתוכנית של מדינה או של ארגון דומה לה (כמו מורדים), מבחן איכותני ולא כמותני, ולכן הפשע ייחשב כמבוצע ברגע שקיימת תוכנית ומעשה ראשון, ויהיה ניתן להעמידם לדין.
* רחב היקף- קיימים שני ויכוחים פרשניים בעניין זה-

א. האם צריך ריבוי קורבנות או ריבוי מעשים- האם צריך ריבוי מעשים או שדי בריבוי קורבנות.

ב. האם גם חלופה של רוחב היקף צריך תמיכה של מדינה או ארגון דומה.

ויכוח- האם די ברוחב היקף או שצריך גם ריבוי מעשים? נרצה להתערב כאשר המדינה אינה מתנהגת כפי שאמורה, ולכן במקרה יחידני הגבול אינו חד משמעי, וקשה לנו לקבוע את הגבול. לכן קיימת הדרישה לריבוי מעשים, כמקלה על האבחון בין פשעים נגד האנושות לבין מעשים חמורים אחרים. כלומר, מנסים לראות מתי יש סמכות בינ"ל להתערב- לפי גישה אחת, לא נדרוש רק ריבוי קורבנות, אלא גם ריבוי מעשים. גישה שנייה, גם בסיטואציה יש מעשה יחידני אך יש ריבוי קורבנות, זה ייחשב גם לפשע נגד האנושות. גישה שלישית- גישת אמצע, לפי מסמך ה-Elements of Crimes של ה-ICC- נדרוש ריבוי מעשים, יחד עם זאת, לא כל המעשים צריכים להיות אלימים באופיים.

כולם מסכימים כי בחלופה של רוחב היקף לא נדרשת תוכנית של המדינה, אך המחלוקת היא על איזו מידה של מעורבות מצד המדינה נדרשת? גישה אחת- די במספר רב של קורבנות כדי שתהיה התערבות של הקהילה הבינ"ל, גם ללא מעורבות של השלטון המקומי. גישה שניה- כדי להצדיק התערבות בריבונות המדינה, יש להוכיח כי המדינה (או ארגון דומה לה) אינה מתפקדת כפי שאמורה (כלומר, אינה פועלת כפי שמדינה אמורה לפעול, ולכן יש להראות על איזושהי מעורבות של המדינה- תמיכה, עידוד, וכו'. [הגישות השונות מיושמות בפס"דים השונים]. גישה שלישית, גישת אמצע- ה-Elements of Crimes אומר שגם בחלופה של רוחב היקף, צריך מעורבות מסוימת של המדינה או של ארגון דומה לה, כאשר אם מדובר במעשים שנמשכים לאורך זמן רב, די יהיה באי-התערבות, חוסר עשייה או מחדל מצידה.

מסמך ה-Elements of Crimes: מסמך שחובר ע"י משפטנים שמונו ע"י המדינות החברות באמנת רומא, והאמנה עצמה קובעת שהוא המסמך הפרשני הראשון אליו שופטים מחוייבים לפנות. כלומר, כאשר עולה שאלה פרשנית לגבי האמנה, עליהם קודם כל לפנות למסמך זה על מנת לפרש, ואם בוחרים שלא לאמץ את פירושו, עליהם לנמק זאת. ולכן, משום שאינם מחוייבים לאמץ את גישת ה-Elements of Crimes, אנו נלמד את כל הגישות הפרשניות, כאילו שלא ניתנה הכרעה ביניהם- כך נעשה גם במבחן.

הגדרת פשעים נגד האנושות- אריתריאה כדוגמה- באריתריאה מתגייסים לצבא בגיל 18 באופן פורמאלי ל-3 שנים, אך במציאות, אף פעם לא משתחררים מחובת השירות. כך שבמשך כל חייו של אדם, הוא חייל, אין אף אזרח אמיתי. קיימת גישה לפיה האבחנה בין חיילים לבין אזרחים אינה רלוונטית, ואף שמעשים אלה מבוצעים בזמן שלום.

המעשים שייחשבו כפשע נגד האנושות:

* רצח.
* השמדה- יצירת תנאי מחייה שאינם מאפשרים קיום.
* עבדות.
* גירוש או טרנספר של אוכלוסייה (אזרחית).
* כליאה או שלילה חמורה של חירות פיזית באופן שאינו הולם את כללי המשפט הבינ"ל.
* עינויים.
* אונס, עבדות מינית, זנות כפויה, היריון כפוי, סטריליזציה כפויה, ומעשים דומים.
* רדיפה של קבוצות מובחנות, בדרך שקשורה למעשים אסורים אחרים לפי המשפט הבינ"ל.
* העלמה כפויה של בני אדם (לא ידוע מה עלה בגורל הקורבנות, ולכן אין מספיק ראיות על מנת להעמיד לדין).
* אפרטהייד.
* חילול מאסיבי של גופות (סעיף 11).
* נישואין כפויים בהיקף מאסיבי.
* (הרס מאסיבי של רכוש).

יסוד נפשי-

נניח שהוכחנו שהתקיים פשע נגד האנושות. צריך לבחון האם הבן אדם שניצב מולנו היה מעורב בדרך כלשהי במעשה החמור, התקיים בו היסוד הנפשי הדרוש. מהו היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעה? [הפשטה-] נניח שיש ויכוח בין שתי עמדות- א. כל מה שצריך זה שאותו הבן אדם שלקח חלק במעשה פשע נגד האנושות, יחשוד שמעשהו הינו חלק מתוכנית גדולה יותר, או שיחשוד שמעשהו הוא חלק ממשהו גדול הרבה יותר (שתי החלופות של שיטתי ורוחב היקף). [קשה יותר למצוא ראיות לקיומה של תוכנית כוללנית של המדינה, ולכן קיימת גם כן החלופה של רוחב היקף]. ב. נדרשת כוונה ולא רק מודעות- (מודעות+כוונה) מבצע המעשים צריך להיות מודע לקיומה של התוכנית ולהיות מעוניין בקידומה, או שעליו להיות מודע שמעשהו שלו הוא חלק מסדרת פעולות גדולה יותר, וצריך להתכוון לקחת חלק בכך.

מדוע קיים ויכוח זה? מעשים אלה חמורים עד כדי שנוכל פשוט להרשיע כל אדם שמעורב בהם? הבעייתיות היא שאם נרשיע על בסיס יסוד נפשי של חשד, אנחנו נרחיב את היריעה להרשעה של כל אדם שהיה מעורב, ואילו אם נרשיע על בסיס כוונה, נוכל להרשיע רק אחוז קטן, ונפספס מספר עצום של אנשים שהיו מעורבים וייתכן שצריך להרשיעם גם כן. בנוסף, אינטואיטיבית, ייתכן ונרצה להרשיע סוגי אנשים מסויימים, ולא אחרים, כאשר נתחשב פחות במעשה שביצעו ויותר במאפיינים שלהם- גויים למול יהודים, גברים למול נשים, וכו'. האם צריך לקחת בחשבון אדישות? חיים בתוך נורמה עבריינית כאשר מסביבך מבוצעים פשעים חמורים? מה תהיה ההתייחסות שלנו כלפי אנשים שהיוו רק חלק ממערך ההשמדה או מתוכנית רחבה יותר? בנוסף, ללא האנשים הקטנים בתהליך, בד"כ לא נוכל לצבור כמות מספקת של ראיות שתאפשר הרשעת האנשים הבכירים יותר? (לרוב זו הפחדה לכדי וידו של האנשים הקטנים שתביא להפללה של הבכירים. הבכירים בד"כ לא לקחו חלק פעיל, ולכן קשה יותר להרשיעם). [העמדה הציבורית לגבי סף ההרשעה תשתנה בכל כמה עשורים לדוג' בשנות ה-50 בישראל היה עונש מוות חובה לפושעי המלחמה הנאצית, ואילו כיום אין במדינת ישראל עונש מוות כלל. בדומה לכך, בסיסי ההפללה במדינות אירופה שהיו מעורבות במלחמה יהיו שונים ויובילו להרשעות שונות לגמרי.]

אנחנו לא צריכים להכריע בסוגיות הללו- אין פתרון יחיד לסוגיה, כי כל פתרון שנעלה יהיה מורכב (מחורבן). העמדה הרווחת כיום היא שנדרש רק חשד (בסיס הפללה רחב יותר, יתמוך בהרשעה של חלק נכבד מניצולי השואה שהיו מעורבים במערך של הנאצים). מקרים לדוג'- אלזה טרנק- מנהלת צריף מגורים, השופטים פירשו שמכיוון שלא התכוונה לקדם את התוכנית, אלא רק לשמור על הסדר, לא ביצעה פשעי מלחמה. אנגיסטר- השופטים קבעו שידע שהו חלק מתוכנית גדולה יותר, ולכן ביצע פשע נגד האנושות. בנוסף דעת הרוב דנו אותו לעונש מוות, אך אם זה היה תלוי בהם, היו שופטים אותו רק ל-10 שנות מעשר, והוא נידון למוות. העליון הפך פס"ד זה ונתן לו 3 שנים מאסר בפס"ד שמעולם לא נכתב- אנגיסטר היה חולה מאוד, ותחושת הצדק של העליון לא רצו לקבל את הגישה הפורמליסטית גרידא שהיתה רווחת באותה התקופה. הם חיכו שימות, כי ידעו שהוא כבר לא בריא, אז הם לקחו את הזמן שלהם בדיונים, ואז לא היו חייבים לכתוב פס"ד אמיתי. מה היה קורה אילו היה מדובר בנאשם בריא?

[**לא להתבלבל בין השלב של התוכנית לבין הכוונה/מודעות**]

**רצח עם**

\*רצח עם, בדומה לפשעים נגד האנושות, מהווה פשע גרעיני בינ"ל, בין אם מבוצע בזמן מלחמה ובין אם בזמן שלום\*

רצח עם נחשב במידה רבה לפשע החמור ביותר במשב"ל הפלילי. הוא אינו מופיע בצ'ארטר של לודון משום שבאותה תקופה, מעשים אלה נכללו בקטגוריה של פשעים נגד האנושות. אך, סמוך לאחר המלחמה מוביל יהודי בשם לנקין תהליך להפרדת שני סוגי פשעים אלה. זה נעשה ע"י ניסוח האמנה למניעת רצח עם- אמנת הג'נוסייד. אמנה זאת מנוסחת בדיוק בין שתי תקופות במשב"ל הפלילי- מיד אחרי מלחמת העולם השנייה, בהלם מהמעשים של הנאצים, לבין המלחמה הקרה, בה קיים קיפאון במשב"ל הפלילי. אמנת הג'נוסייד כוללת הגדרה של רצח עם ורשימה של כלים שבמהלך תקופה ארוכה לא היה יעילים לאכיפה. האמנה קובעת כלי אכיפה כנגד מדינות וכלי אכיפה כנגד מבצעים. כלי האכיפה כלפי המדינות- כל המדינות החתומות (כולם) מתחייבות שיהיה ניתן להגיש תביעה נגדה ב-ICJ בגין הפרה של האמנה. ה-ICJ הוא בי"ד בינ"ל שיושב בהאג שעוסק רק בסכסוכים בין מדינות. כדי שהליך יגיע אליו, שתי המדינות הצדדים לעימות חייבות להסכים לנהל דיון ב-ICJ. אז כל המדינות מסכימות מראש לכך ששאר מדינות העולם יוכלו לתבוע אותן בגין פשעים של רצח עם. בישראל- "חוק למניעת השמדת עם...[בערך]". למה האמנה לא אפקטיבית- בתקופת המלחמה הקרה, אף מדינה לא רצתה לתבוע מדינה אחרת כי היחסים היו מאוד רגישים. אז עד אמצע שנות ה-90, לא הוגשו תביעות ל-ICJ בגין רצח עם, אף שהאמנה נכתבה ב-1948. מאז התנהלו שני הליכים- אחד של בוסניה נ' סרביה, והשנייה של קרואטיה נ' סרביה, בשל המלחמה ביוגוסלביה. שתי התביעות הללו לא היו מוצלחות לבסוף, משום שביה"ד נזהר מאוד מלקבוע כי מדינה ביצעה רצח עם, בשל הסטיגמה של המשפט הפלילי בכלל. [**למבחן- נושא זה לא נכלל במשפט פלילי בינ"ל- לא ניתן להעמיד לדין מדינה, אלא רק לתבוע אותה**]

מנגנון האכיפה הפלילי שנקבע באמנה מנוסח כך- ""כל עוד לא הוקם בי"ד בינ"ל פלילי עם סמכות לדון ברצח עם, והמדינה הרלוונטית הסמיכה אותו לדון במעשים אלה בהקשרה, הרי שמבצעים של רצח עם יועמדו לדין במדינה בה בוצע המעשה". בעייתיות- לרוב פשעים אלה מבוצעים בידי מדינה כלפי האזרחים שלה, ולכן אם לא ייפול המשטר המקומי, לא תתבצע חקירה או משפט בעניין רצח עם. אך בפועל לא קם בי"ד כזה כשנוסחה האמנה. בשנות ה-90 נוצרים שלושה שינויים שהופכים את האכיפה לאפקטיבית יותר:

1. מועצת הביטחון מקימה שני בתי דין בינ"ל, שהינם בעלי סמכות לדון בפשעים של רצח עם: ICTY, ICTR. בעקבותיהם קמים גם בתי דין מעורבים ומופעל לחץ על המדינות לאכיפה פנימית.
2. 123 מדינות (לערך) אכן הסמיכו בית דין בינ"ל – ה-ICC.
3. ניתנת פסיקה במדינות שונות שאומרת שאם המדינה בה בוצע המעשה איננה מעוניינת/מסוגלת להעמיד לדין את המבצע, מדינות אחרות רשאיות לעשות זאת על בסיס סמכות אוניברסאלית.

לכל עבירה שכלולה תחת הגדרת רצח עם מתקיימים שלוש דרישות/רכיבים מצטברים:

1. קבוצה/קורבן- על המעשה להיות מבוצע כנגד אחת מסוגי הקבוצות הבאות- 1. לאומית, 2. אתנית, 3. גזעית או 4. דתית.
2. מעשה- רשימה סגורה (לפי הפרשנות המקובלת) של מעשים: 1. הריגה, 2. גרימת נזק נפשי או גופני לחברי הקבוצה, 3. הכפפת הקבוצה לתנאי חיים שיש בהם להביא להרס פיזי של הקבוצה, 4. שימוש באמצעים למניעת לידות בקבוצה, 5. העברת הילדים מקבוצה אחת לשנייה.
3. מטרה- על המעשים להיעשות מתוך כוונה להביא להרס מלא או חלקי של הקבוצה, באשר היא קבוצה.

[**יש להבחין בין שני השלבים- בירור האם נתקיימה עבירה ואז האם יש את מי להעמיד לדין]**

הגדרות:

* קבוצה לאומית- בני קבוצה שהם בעלי אותה אזרחות.
* קבוצה אתנית- קבוצה בעלת מינימום תרבות ושפה משותפות (שפה לא קריטית- כמו העם היהודי בתפוצות).
* קבוצה גזעית- בעלי תכונות תורשתיות משותפות.
* קבוצה דתית- קבוצת אנשים שמאמינים באותו האל או באותה הדרך.

דוגמאות-

השמדת הומואים על ידי הנאצים בשל נטייתם המינית

קמבודיה- פול בוט- השליט שחיסל כ-33% מהאוכלוסיה במדינתו, בסוף שנות ה-70. תאילנד היתה צריכה לכבוש את המדינה. תנועת הח'מר ר'וז' האמינה שצריך להשיב את קמבודיה לימי הפאר של אימפריית הח'מר העתיקה. אימפריה זו היתה אגררית, חקלאית, ולכן צריך לבטל את הערים ולהחזיר את כל העירוניים אל הכפר. מי שסירב, נרצח. מי שהסכים לעבור לכפר כדי לעבוד בשדות, לרוב לא ידע כיצד לעשות זאת, ולכן מת או ממחלה או מרעב. תנועת הח'מר מנסה לחסל את מעמד הבורגנות, שלא תמכו באידיאולוגיה שלה.

ברואנדה, בוצע רצח עם ע"י ההוטו נ' הטוטסי, היעיל ביותר בהיסטוריה, במובן שהם חיסלו כ-800,000 איש ברצח עם +200,000 פשעים נגד האנושות, בכ-11 חודשים. נעשה בעיקר ע"י מצ'טות- חרבות (נינג'ה). החלוקה בין שתי הקבוצות הללו איננה ישנה, הם היו שתי שכבות באוכלוסייה השבטית של רואנדה. בלגיה הגיעה ככוח קולוניאליסטי. כדי משול בהם, בלגיה הפרידה ביניהם והמציאה תורת גזע שלא היתה קיימת, כדי לשכנע את התושבים שהם נפרדים, והם השתכנעו ונלחמו אחד בשני. לאחר ביצוע רצח העם, עוה"ד של טוען כי זה לא יכול להיות רצח עם כי הם שניהם בני אותו העם באופן עובדתי.

ה-ICTR- מתבסס על שני שלבים פרשניים להרשעת הקבוצות הללו ברצח עם- א. כדי לבדוק אם מדובר בקבוצה לפי ההגדרה, ראוי לבדוק אם מדובר גנרית- קבוצה שככלל נולדים אליה, וקשה מאוד להצטרף או לצאת ממנה. ב. אבן הבוחן היא נק' המבט של המבצעים- כומר, האם המבצעים תפסו את עצמם ואת הקורבנות כקבוצות נפרדות. (לא כולם מסכימים עם השלב השני).

אם נחיל שלבים אלה על הדוגמאות הראשונות- שתי הדוגמאות האלה שונות בכך שההחלטה האם ההשמדה היא רצח עם, איננה הכרעה פרשנית. ה-ICTR נדרש לפרשנות של מהי קבוצה אתנית, אך במקרים הראשונים עולה השאלה האם סוגי הקבוצות היא רשימה סגורה. ה-ICTR מציע רציונאל כללי של כיצד לזהות האם הפגיעה מהווה רצח עם- הקבוצה הגנרית. אם זו ההגדרה, כנראה שפגיעה בהומו-סקסואלים תהווה רצח עם, משום שהעמדה כיום היא שרכיב מסויים בנטייה המינית הינו טבעי ומולד. המקרה של הבורגנות עדיין מהווה מקרה קשה יותר, מהסיבה שלא בטוח אם בורגנות היא קבוצה חברתית. למרות שזה מקרה גבולי, היתה תקווה שהמעשים האלה יגיעו לדיון משפטי בביה"ד המיוחד שיושב בקמבודיה (מעורב) ודן (כיום) במעשים שביצעו הח'מר ר'וז', והתקווה היתה שביה"ד יקבע שהרשימה של הקבוצות איננה סגורה, ותיתן פירוש שהשמדה של שכבה סוציו-אקונימית אכן מהווה רצח עם. במציאות, הזדמנות זו התפספסה, משום שביה"ד המעורב בקמבודיה (לפי המרצה הכי גרוע) יש יותר מדי השפעה של השלטונות המקומיים, התובע לא הגיש טיעונים של רצח עם אלא רק של פשעים כנגד האנושות.

העמדה המקובלת כיום היא שרשימת הקבוצות היא סגורה. יחד עם זאת, קיימות עמדות המנסות להרחיב את סוגי הקבוצות שפגיעה בהם תיחשב רצח עם (בהתבסס על רואנדה), והמקרה של ההומואים יכול להוות דוגמה (אך לא דנו בכך בהקשר של רצח עם.

יסוד המעשה-

* השמדה- השאלה שעלתה היא כמות- 1. עלה בהקשר היוגוסלבי- בבוסניה, הסרביים-הבוסניים מבינים שהולכים לחלק את בוסניה לשניים- אחת מוסלמים וקרואטיים, והשנייה רק בוסנקיים. לפי שנערך הסכם זה, הבוסנקים מתחילים בטיהור אתני- מנסים להעיף את אלה שאינם בוסנקיים (מוסלמים וקרואטיים). [היתה מלחמת אזרחים בין הבוסנקים, המוסלמים, והקרואטיים- ואז השניים האחרונים כורתים ברית ביניהם ונלחמים יחד בבוסנקיים]. מתחילים להבין שיערך הסכם לפיצול המדינה לשתי יישויות נפרדות, ולכן הבוסנקיים רוצים לנקות טריטוריות מסויימות מאלה שאינם בוסנקיים. הם עושים זאת ע"י גירוש, הריגה, ונניח שמה שהם עושים מתרחש רק בשטחים שיהיו בבעלותם. מתוך הנחה זו, הנאשמים טוענים במשפט שלא בוצע רצח עם משום שיש מלא מוסלמים בעולם והם לא ניסו להשמיד את כולם. בנוסף, אם מדובר רק במוסלמים של בוסניה, הם לא חיסלו את כולם, אלא רק מי שהיה בחבל ארץ מסוים. השאלה היא האם זה רצח עם?

2. עד לפני שנתיים היו בסה"כ 2 יהודים באפגניסטאן. נניח שהשלטון המקומי מחליט להשמיד את כל היהודים, והם הולכים ורוצחים את שני האנשים הללו, מתוך כוונה להשמיד את כל היהודים, ותוך מספר דקות הרגו את כולם. לכן, ההכרעה שעושה ה-ICTY- המבחן הוא גם כמותי וגם איכותי- צריכה להתקיים כוונה להשמדה של לפחות חלק משמעותי מקבוצה מסויימת בחלקת ארץ מסויימת, ושיתחילו לבצע באופן חלקי את המעשה, אך צריך שהכמות לא תהיה מצומצמת מדי. לכן המקרה של הבוסנקיים נגד המוסלמים נחשבה לרצח עם.

* גרימת נזק גופני או נפשי- האם אונס שיטתי של בנות הקבוצה מהווה רצח עם- הפסיקה קבעה שכן, מהסיבה שהנזק הפסיכולוגי שנגרם בעקבות האונס גורם לנשים שלא לרצות להתרבות.
* הכפפת הקבוצה לתנאי חיים מסוימים- בדוגמה הקלאסית היא הגטו- לא נתנו להם כמות מספקת של מזון.

מה קורה בסיטואציה כמו במקרים מסוימים ביוגוסלביה, הורגים רק את הגברים?? הנשים עדיין יכולות להמשיך את האנושות. ה-ICTY שולל טענה זאת, ואומר שבקבוצות אתניות פטרנליסטיות, חיסול הגברים מחסל את כל הקבוצה. ייתכן שבהשמדת הנהגת הקבוצה, שיכולה לדוגמה להיות דתית או רק גברים, עשויה להוות רצח עם.

* העברת ילדים מקבוצה אחת לאחרת- דוגמה- אוסטרליה- (לא נדרש נזק פיזי)- נעשה בתקופה בה עוד לא הוגדר מעשה זה כרצח עם, וזאת טענת ההגנה שלהם. האוסטרליים העבירו את פקודת האבורג'יניים, שקבעה שילדים מעורבים (לבן ואבורג'יני), שהינם בחזקת ההורה האבורג'יני, יילקחו מההורה האבורג'יני, ויועברו לפנימיות לחינוך להיות לבן.

שאלה נוספת היא האם פעולה של גירוש מהווה רצח עם? קיימות שלוש גישות לעניין זה-

העמדה הרווחת- גירוש לכשעצמו, כשאינו נלווה למעשים אלימים אחרים, אינו מהווה רצח עם. הבסיס לעמדה זו היא שכשנוסחה אמנת הג'נוסייד ב-48, משום שמדינות הערביות ניסו לדחוף את העמדה שגירוש מהווה רצח עם, ואילו מדינות אירופה התנגדו בשל כך שהן גירשו מיעוטים גרמניים משטחם.

גישה שנייה- יש פס"ד למסוף שנות ה-90 שעסק בשאלה זו (גירוש בלתי-אלים) בבוסניה, אדם שקראו לו יוריק הועמד לדין בגרמניה לפי סמכות אוניברסאלית לרצח עם, אך הוא טוען כי זה היה רק פשעים נגד האנושות, ביהמ"ש הגרמני דחה את טענתו וקבע כי הפרשנות הנכונה לרצח עם כוללת גם גירוש בלתי-אלים. הוא מערער לביה"ד האירופי לזכויות אדם, שקבע כי על אף שהעמדה המקובלת אומרת כן נדרשים מעשי אלימות יחד עם גירוש, אך יש עמדה לגיטימית לפיה לא נדרשת אלימות כדי שגירוש ייחשב רצח עם, ויוריק עצמו לא נפגע מההבחנה הזאת, משום שבכל מקרה היה מואשם לפחות בפשע נגד האנושות.

הפסיקה ביוגוסלביה ממחישה את דעת הרוב (צריך אלימות)- ביה"ד קובע כי זה רצח עם כי זה מלווה באלימות (רצח).

גישה שלישית- מתבטאת בפס"ד העליון באייכמן-עסקה בתקופה הראשונה של מעשי הזוועה הנאציים. בתקופה זו הנאציים מנסים רק לגרש את היהודיים מגרמניה, אך מעשיהם מלווים במעשי אלימות- כמו ליל הבדולח. בימ"ש העליון בישראל בודק האם מעשים אלה מהווים רצח עם ומגיע למסקנה שלא, מהסיבה שבשלב זה עוד לא התגבשה המטרה להשמיד את העם היהודי (יסוד המטרה) (בהינתן רכיב המטרה, גירוש מלווה באלימות יכול שלא להיחשב לרצח עם, זה תלוי במטרה).

**רכיב המטרה-**

2 סוגיות- א. האם נדרשת תמיכה מדינתית או ארגונית (ארגון דומה למדינה)- האם קיימת "תוכנית"- פעולה מדינתית. ב. מה זה במטרה להשמיד? האם צריכה להיות תוכנית או די בזה שיהיו מודעים לכך שזאת תהיה התוצאה של מעשיהם. בהיעדר תמיכה ארגונית, לרוב לא נחשוד שהמעשים הללו מטרתם להשמיד את הקבוצה. בהקשר זה של תמיכה אירגונית ומטרה משותפת, קיימות שלוש עמדות:

* ICTY+ICTR- לא צריכה להיות תוכנית או תמיכה, ולכן די בזה שזו תוצאה של המעשים.
* Elements of Crimes של ה-ICC- יש להוכיח אחד משני דברי- או שהמעשה נעשה מתוך [הקשר של] דפוס של מעשים דומים המכוונים כנגד אותה הקבוצה [תזכורת שקשה מאוד להוכיח קיומה של תוכנית]. או כאשר המעשה עצמו יכול להביא להשמדה. בשונה מפשע נגד האנושות שבו מעשה אחד גדול לרוב לא ייחשב, כאן מעשה אחד גדול כן ייחשב- כמו טיל אחד ששוגר, שמכאן נגזרת הכוונה/מטרה.
* קיים פס"ד אחד של ה-ICC (סביר שלא ידבקו בעמדה זו בעתיד) שהפכה את האו מהסעיף הקודם, לגם. במובן שגם במקרה יחיד רחב היקף, יש להוכיח שהוא מעיד על דפוס שנובעת מתוך מטרה/תוכנית.

(במקרה אחד די במעשה אחד ובמקרה השני זה לא מספיק)

**\*\*לשים לב להבדל בין המקרה הזה לבין פשעים נגד האנושות בהקשר העמדה המקובלת\*\***

**יסוד נפשי-**

דומה לויכוח בפשעים נגד האנושות- עמדה אחת- דרוש רק חשד או מודעות לכך שהמעשה של אותו אדם הוא חלק מתהליך גדול יותר שיוביל להשמדת הקבוצה. עמדה שנייה- דורשת כוונה מיוחדת- מודעות לכך שהמעשה הקונקרטי הוא חלק מסדרת מעשים שתוביל להשמדה, ואותו אדם פועל על מנת להשיג את התוצאה הזו. ההבדל הוא, עד כמה נרצה הרחיב את יריעת האחריות הפלילית בעניין זה. (שוב, דומה לפשעים נגד האנושות- קיימים שיקולים לכאן או לכאן). העמדה המקובלת כיום היא זו של ה-ICTY+ICTR המסתפקת במודעות/חשד, אך קיימות פסיקות לש ה-ICC הטוענות כי נדרשת כוונה מיוחדת.

**צדדים מיוחדים לעבירה**

בכל הפשעים הבינ"ל הגרעיניים יש צדדים נלווים לעבירה, מלבד המורשעים בביצוע העבירה- כגון מסייעים. אמנת הג'נוסייד יוצרת שני צדדים מיוחדים לעבירה שאינם קיימים בפשעים בינ"ל גרעיניים אחרים.

1. הסתה לרצח עם-
2. קומפליסיטי Accomplice- בהקשר הדוקטרינה הזאת, זה איפהשהו באמצע בין קשירת קשר לבין אי-מניעה.

כשנוסחה אמנת רומא, היה סעיף נפרד שנגע לצדדים נלווים לעבירה. כיצד התמודדו עם זה שברצח עם יש צדדים מיוחדים- הסתה לרצח עם- הכניסו אותה לתוך סעיף 6 באמנה שעוסק ברצח עם, כך שמבחינת אמנת רומא, הסתה לרצח עם היא לא צד חדש לעבירה, אלא סוג של ביצוע רצח עם. לעומת זאת, קומפליסיטי לא הוכנסה לאמנת רומא, שהמשמעות של זה היא א. זו אינדיקציה לכך שהמשפט המנהגי נטש את החלופה הזאת (קיימת לגביה ביקורת) ומכאן שלא מהווה מעשה פלילי. ב. קקומפליסיטי עדיין מהווה מעשה פלילי לפי הדין הבינ"ל, שוט ל-ICC אין סמכות שיפוט על כך, אך מדינות יכולות להעמיד לדין על כך בבתי הדין שלהם.

19.11.15

קיימות שתי גישות נוגדות (לפי המרצה אין לאמץ אף אחת מהן) לעניין חשיבותו של המשב"ל הפלילי- או שהוא נפלא, או שהוא נורא. נדון במתח ביניהן- נקודת מבט פנימית (מעורבות בסכסוך) למול נקודת מבט חיצונית.

קיימת הלימה בין כך שמי שנמצא בנקודת מבט פנימית ייטה להתנגד למשב"ל הפלילי, ואילו מי שרואה מבחוץ נוטה לתמוך בו. אך בכל צד קיימת הטייה ולכן כולם טועים.

שני הדברים משפיעים על האופן בו אנו מעריכים את- 1. כמות הפשעים שמבוצעים, 2. כמות החקירות והאכיפה שמבוצעת בהקשרם של אותם פשעים.

דוגמאות לשתי סיטואציות:

א. יש דיווח על אירוע עם נפגעים- שהב"ט של מדינה באפריקה- בוטסוואנה

1. מביעים צער על כל אובדן של חיי אדם, אך לא היתה הפרה של דיני הלחימה

2. אנחנו נחקור לעומק את המקרה, ואם היתה הפרה של דיני הלחימה, נדאג להעמיד לדין את האשמים.

ב. יש דיווח על אירוע בעזה עם נפגעים- שהב"ט שלנו

1. מביעים צער על כל אובדן של חיי אדם, אך לא היתה הפרה של דיני הלחימה

2. חוקרים לעומק את המקרה, ואם נעשתה הפרה... האנשים הרלוונטיים יועמדו לדין

בוטסוואנה היא מדינה יציבה ועשירה, ולכן תהיה דוגמה למשטר אמין וטוב. אך, יש לנו נטייה לראות את הדברים באופן שונה כאשר אנחנו מעורבים בסכסוך, לעומת כאשר אנו צופים בו מהצד. לאלה שמחזיקים בנק' מבט פנימית, יש נטייה חזקה יותר כאשר מואשמים בפשעים חמורים, לפתח עמדה המתנגדת למשב"ל הפלילי. אך, אלה שמחזיקים בנק' המבט הפנימית סובלים מהטיות שגורמים להם פעמים לא להעריך את המצב נכונה, גם לגבי היקף ביצוע הפשעים והן לגבי השאלה האם רמת האכיפה הקיימת היא ראויה.

* הטייה ראשונה- אסוציאציות למילה פושע מלחמה- נאצים, מחבלים. אך ראינו שלא כל מבצע של פשעים אלה הוא "ארכי-נבלה". אנשים רגילים יכולים לבצע מעשה שאינו ראוי, בלחץ המלחמה או ברגע של חולשה. "פשע מלחמה"- טבח, השמדה, רצח עם. לכן, כשאומרים למישהו שהצד שלו ביצע פשעי מלחמה, עולים לו לראש האנשים והמעשים הזוועתיים ביותר. ולכן הוא רוצה באופן טבעי להתגונן ולצאת כנגד משטר המשב"ל הפלילי. אך, קיימים פשעי מלחמה ברמות שונות, וחלק נכבד מהפשעים אינם נוראיים כמו רצח, אלא יש גם ביזה, דברים כאלה. אך בכל מקרה צריך להעמיד לדין על הדברים האלה, גם אם זה יחסית "קטן". הסיטואציה תמיד מורכבת, ויש מיליון טענות לכל צד- החיילים היו תחת לחץ, במלחמה, עם אדרנלין, עייפים, צעירים. יכול להיות ששק"ד שהפעילו היה מוטעה. אך- אם בסיטואציה רגילה היו שואלים את החיילים מה יש לעשות באותו המקרה, סביר שהיה אומר שלא צריך לפעול כך. צריך להבין את הסיטואציה בה נמצא החייל, אך זה מהווה שיקול לחומרת העונש, אך לא לעצם ביצוע העבירה.
* הטייה שנייה- כמובן שאנחנו לא נמצאים באותה הסיטואציה, אך קיים גם דיסוננס קוגניטיבי- תופעה פסיכולוגית שקוראת במצב בו אדם נמצא במצב של סתירה בין שתי עמדות מוסריות שהאדם מחזיק בהם. בני האדם הינם מורכבים בכך שאנחנו לא קוהרנטיים, עד שאנחנו נמצאים בסיטואציה המכריחה אותנו לבחור בין שני ערכים נוגדים. מורכב משני אלמנטים- יש לבחור באחד מהערכים ולנטוש את השני. בנוסף, אנחנו מקצינים במידת התמיכה שלנו בערך השני. כך אנחנו מפספסים את המורכבות. כי כל אחד שיישאל מראש ידע מה לעשות, אך בזמן הלחימה אנחנו מפחים הבנה לצד שלנו, אף אם לא פעל נכון. אז אנחנו נוטשים את הנורמות שכולנו מאמינים בהם, לטובת תמיכה באדם שהינו בצד שלנו.
* הטייה שלישית- קיומם של מעשי זוועה בחברות שככלל מצייתות לכללי המשב"ל הפלילי. "אצלנו לא נעשים דברים כאלה"- אך גם אצלנו יכולים לקרות מעשים חמורים, אפילו אם צה"ל הוא הצבא המוסרי בעולם. מקרה כפר קאסם- מבצע קדש, יש חשש שירדן תצטרף למלחמה, ושאם כן, הערבים במשולש יחברו אליהם. לכן צה"ל מחליט להטיל עוצר על הכפרים במשולש. בשלבים מסויימים יש תכנון אף לפנות את הכפרים האלה (בוטל בסוף). בהקשר הזה, מפקד נותן פקודה לחייליו, שאף אחד מהערבים לא יהיה מחוץ לבית לאחר שעת העוצר. שואלים אותו לגבי נשים וילדים, ולכך הוא עונה דינם כדין כולם. ומה עם הפועלים שאינם ומדעים להטלת העוצר, לכך הוא עונה שאלוהים ירחם עליהם. (הגרסה המקובלת) ובכפר קאסם החיילים מבצעים את הפקודה, אוגדים את האנשים יחד ומרססים קבוצות שלמות במשך כל אותו לילה שלפני תחילת מבצע קדש. התגובה הראשונה של המדינה היתה להטיל צנזורה על המקרה ולכפות על המוכתר של הכפר לחתום על הסכם שלום עם מפקד הגבול. היה ח"כ אחד שהלך לאסוף עדויות מאנשי הכפר וחזר לכנסת והקריא אותם (חסינות ח"כים), אחרת זה לא היה יוצא אף פעם. המפקד הבכיר לא הורשע בשל כשלים ראייתיים, רק באי-קיום הוראות מחייבות ומקבל קנס על סכום זעיר. שאר החיילים מקבלים עונשים קלים מאוד, אך לאחר כמה שנים כבר זוכים לחנינה, משום שהעמדה הציבורית היתה שזה נעשה בעת מלחמה ולכן צריך לסלוח להם. מקרה נוסף- פרשת נירים- חודשיים לאחר סוף מלחמת השחרור, בגבול עם מצרים, קובעים הוראות פתיחה באש מקלות. בשטח מתפתחת פרקטיקה עוד יותר מקילה- אם מישהו בשטח- יורים בו. בהקשר זה, מסתובבת קבוצת חיילים ונתקלים בבדואי ובבדואית. יש הרבה מסתננים אך רובם ערבים שברחו מהבית ורוצים לחזור לישראל (אזרחים). לבדואי יש רובה אז מיד הורגים אותו ולוקחים את הרובה. את האישה לוקחים לבסיס ומגלים שיש לה כינים- הם מפשיטים אותה, שורפים את הבגדים, גוזזים את השיער, חופפים את הראש בנפט ונתנו לה מדים של אחד החיילים. אך החיילים התעללו בה מינית או אפילו אנסו אותה "באופן בלתי מאורגן". היא התלוננה למפקד והוא אמר את צודקת, אני אדאג שיהיה סדר. הוא מעלה את הבעייה בפני חייליו בארוחה- או שהבדואית תהפוך לטבחית, או שהיא תהיה שפחת המין. החיילים בחרו באופציה השנייה, והוא מכין טבלה לפיה בכל יום תעבור בין החיילים והמפקדים באופן מאורגן. מפקד אחר באזור יוצר עם המפקד הזה קשר ושואל לגבי הבדואית משום שקיבלו דיווח שהיא נתפסה אך לא הועברה הלאה. הוא מבין שיש בעייה, אז לוקחים אותה הרחק מהבסיס, חופרים בור, מפשיטים אותה, מרססים אותה ומוודאים הריגה ומכסים אותה בחול. המפקד שולח למפקד השני- דיווח על העניין ואמר שמשום שהחיילים התעללו בה, הוא "ראה לנכון להעבירה מהעולם". המרצה- אף אחד לא מתחיל ביום אחד לבצע מעשים כאלה, אלה הם נעשים על רקע מסויים של מעשים הרבה יותר קטנים. במהלך מלחמה יש שחרור של רסנים, קיימים ערכים שאסור בזמן שלום אך הכרחיים זמן מלחמה- הריגה, הרס רכוש. בנוסף מדובר באנשים צעירים, עייפות, מפתחים רגשות שליליים כלפי הצד השני. מכל הסיבות האלה משתחררים רסנים נוספים אצל חלק מהחיילים ולכן מבוצעים מעשים לא חוקיים. [א. צריך לזכור שפשע הוא תופעה אנושית/חברתית. סטטיסטית פשיעה היא חוויה אנושית- פריצות, גניבות. אז סטטיסטית מבוצעים פשעים בכל מלחמה, גם אלה שישראל היא צד אליהם. ב. אחד הגורמים להסרת חסמים, קורה במלחמות בהם האויב מערבב את עצמו באוכלוסייה האזרחית. החייל בצד השני מפתח גישה של "יש ספק, אין ספק"- אין אזרחים, כולם אויבים/מחבלים. סיפור- הטבח במילאיי- חיילים אמריקאים בויאטנם. במלחמה זו, הויאטקונג מערבים את עצמם באוכלוסיה האזרחית. צבא ארה"ב מקבל ידיעה שבכפר מילאיי יש את הבסיס האזורי של ארגון הלוחמים של הצד השני. החיילים מגיעים ופוגשים בעיקר נשים, ילדים וזקנים. הם מיד מניחים שהם אויבים או שהם מחביאים את הלוחמים. החיילים במשך 4 שעות בו קבוצת החיילים האמריקאים טובחים כ-300 אזרחים. האירוע נגמר בכך שטייס מטוס אמריקאי רואה את הטבח מהאוויר, יורד מאוד נמוך עם המסוק ומודיע להם שאם הם יורים באזרחים, הוא נותן פקודה לירות בהם (בחיילים). מעט מאוד מהחיילים מועמדים, רק אחד מורשע והוא מקבל חנינה. זה משקף לנו מה קורה כשמשתחררים הרסנים ואנו לא מבדילים בין האויב לאוכלוסיה האזרחית. ההקפדה על דיני הלחימה נועדה גם כדי שהחיילים אח"כ יוכלו להסתכל בעצמם בראי, לחיות עם עצמם. בגלל ששחרור הרסנים הוא הדרגתי, אי אפשר לומר שנתחיל באכיפה רק במקרים החמורים ביותר. החייל בסיטואציה אינו מסוגל לחשוב שהמקרה שלו הוא הנוראי. מה שמתסכל הוא שיש מחיר לאכיפה חזקה הוא שנוצר אפקט מצנן, שימנע מחיילים לפעול כשצריך. בנוסף, הרבה לפני שנגיע לרמת הרתעה ראויה, כבר יתחיל להיווצר אפקט מצנן משמעותי, אז כל פתרון אינו טוב. Lose lose situation. זו סיטואציה מחורבנת, אף אפשרות איננה טובה. פרשת נירים- התפתחה מדיניות בשטח של כל מי שנמצא בשטח, יורים בו, וזו איננה מדיניות חוקית. ובקושי העמידו לדין חיילים על כך. אם היו מתחילים באכיפה של אלו שהפרו את כללי הפתיחה באש, לא היתה מתפתחת סיטואציה מידרדרת שהובילה לפרשת נירים (הבדואים).

תגובה שנייה לטענה שהמקרים הללו נדירים- (1. אצלנו לא קורים מקרים כאלה)- "הערכת חסר של היקף המקרים- כמות הפשעים". במשפט המדינתי, בארה"ב המדינה שמחזיקה בכמות האסירים הגדולה ביותר בכלא מהאזרחים שלה, ואחריה סין. מכאן שהאכיפה בארה"ב היא משמעותית. בשנת 2000 עשו סקר ששאל אנשים האם בוצע כנגדו פשע. אחוז הפשעים שהסתיימו בהרשעה בארה"ב- 1.3% בסה"כ, והמצב הזה נוצר בשל חוסר בהגשת תלונות. אם מדברים על פשעים חמורים מלבד רצח (לא ניתן לברר אצל הקורבן), לא מגיעים ליותר מ-7%. הפשע הנאכף ביותר הוא אונס- 6.8% מגיעים לידי הרשעת המבצע. אנחנו מעריכים בחסר את כמות הפשעים המבוצעים. ואנחנו מנגד מעריכים ביתר את רמת האכיפה. נעבור לפשעי מלחמה- בשלהי מלחמת ויאטנם, עשו סקר אצל חיילי ארה"ב ששוחררו אחרי המלחמה, ושאלו האם היית מעורב או עד לפשע או למעשים מהסוג שבוצעו במילאיי. 25% ענו שכן. להבדיל, (הטיית חסר) צה"ל עשה סקר אנונימי בקרב החיילים שמשרתים במחסומים, בבקו"ם לפני השחרור, שואל האם היו מעורבים או עדים להתעללות בפלסטינאי במחסום ע"י חייל צה"ל. 25% ענו שכן. יש לנו הערכת חסר בכמות המקרים כשאנחנו מעורבים במקרים, ולכן אי אפשר לאכוף רק לגבי המקרים החמורים.

עניין הצבא המוסרי ביותר בעולם- מעצבן את המרצה משום שהמשפט הזה היום משמעו אנחנו עושים מה שאפשר בהתמודדות במצב הביטחוני בו אנו נתונים. אך, הוא נולד בשנות ה-30 בויכוח האם מותר לשלוח כיתת חיילים למארב בקרבת היישוב, ואם הם רואים חוליים שחושדים שיתקפו- לתקוף אותם, או האם בשל החשש שתהיה טעות ויהרגו אנשים חפים מפשע, יציבו רק שומרים לפיקוח. דעת הרוב היתה שרוצים לשמור על טוהר הנשק ולכן לא להיות במצב בו יכולים להיהרג חפים מפשע. משפט זה התחיל כהוראה מוסרית, והיום הוא הפך לאמירה מתגוננת.

נקודת מבט חיצונית- סובלת גם היא מהטיות.

* הטייה ראשונה- הטייה שנובעת מעניין האסויסיאציה- כאשר אדם מבחוץ שומע ממקורות אמינים (לדידו) שבוצעו פשעי מלחמה, הוא גורס כי בוצעו המעשים הנרואיים ביותר. בנוסף, אם זה סוג המעשים שמובצעים, אז רמת האכיפה חייבת להיות הגבוהה ביותר שניתן. לכן הם לא לוקחים בחשבון את המחיר של זה- האפקט המצנן, לא חושב על המקרים הקטנים, לא מרגיש על בשרו את ההשלכות של כל אלה משום שאינו צד.
* הטייה שנייה- קשורה לאפקט פסיכולוגי בשם "יוריסטיקת הזמינות"- הטייה של המוח שגורמת למוח לחשוב שדברים שקל לו להעלות לזיכרון הם נפוצים. (ישראלים זכו בפרס נובל על גילוי זה). בד"כ זה נכון, אך קיימות השפעות נוספות על כך- תחושה רגשית חזקה, צפים לזיכרון ביתר קלות. דוגמה- לא קשור לרגשות- סקר מה לדעת אנשים בארה"ב- מילים שמתחילות באות T או מילים בהן האות השלישית במילה היא T, והם ענו הראשונה משום שקל לנו יותר להציף לזיכרון מילים שמתחילות באות T, אך התשובה היא השלישית. כן קשור לרגשות- לגבי פשיעה להעריך את כמות הפשעים האלימים שקורים בארה"ב בכל שנה- אנשים העריכו פי 4 את כמות הפשעים האלימים ממה שקורים בפועל. זאת משום שלא מדווחים על כל מקרה שקורה, אלא רק עעל הפשעים הנוראיים, וזה גורם להשפעת היוריסטיקה של הזמינות, כי זה מה שעולה לאנשים יותר, ולכן אנו מניחים שזה נפוץ יותר.

יישום לשדה הקרב- "אפקט ה-CNN"- קורה בשני רמות- הדיווחים במלחמה סובבים על הפשעים, ולכן כאזרח בבית אניח שמתקיימים הבה יותר פשעים ממה שבאמת. רמה שנייה- מלחמה זה מצב נורא בו קורים דברים נוראיים שאינם לגיטימיים באף סיטואציה אחרת, ולכן מי ששומע על כך מניח שכל דבר הוא פשע, ולכן לגבי הערכת כמות המקרים, מי שמסתכל מנקודת מבט חיצוני, בגלל ההטייות הוא מניח שכמות הפשעים היא הרבה יותר גבוהה. ברמת ההעמדה לדין, רואים שיש אכיפה נמוכה ממה שצריך כי האזרח הקטן אינו לוקח בחשבון כשלים ראייתיים ואפקט ההרתעה שנכנס כשיקול. בנוסף, האזרח לוקח בחשבון רק את הפשעים הנוראיים ביותר.

מכאן ששני הצדדים, פנימי וחיצוני, מוטים בהערכתם את המצב הקיים. מתוך הקשר זה מתחיל היווצר הפער בנקודות המבט. הפנימית מתגוננים ומתנגדים לנקודת המבט החיצונית. מנגד, החיצוני חושב שהפשעים הם נוראיים אך לא הצדדים המעורבים במקרה, והדבר מוביל להקצנה אצל שני הצדדים. כל צד בטוח שהשני שונא אותו /נוראי. בנוסף, שני הצדדים פוגשים יותר אנשים שדומים לו בעמדותיהם. צריך להראות גם קצת מהעמדה האחרת כדי להעלות טיעונים אמיתיים נגדם, ולא רק 100% תעמולה של הצד שלנו. "פתלוגייה של ייאוש".

נקודת הסיום- האנלוגיות למשפט המדינתי- קשה לנו להעריך נכונה את המציאות בשל ההטייה הרגשית שלנו. יש פחות פשעים ממה שחושבים שיש, ומנגד יותר איכפה ממה שנראה לנו. יוצא מצב שאנו לא סומכים על המשטרה. אז למה אנחנו לא יוצאים כנגד זה? –רוב האנשים אינם מבצעים פשעים ברוב המוחלט של הזמן. כך שלמרות שיש אכיפה נמוכה, אנשים עדיין מפחדים- הרתעה. ההרתעה קיימת משום שכדי לייצר הרתעה, לא צריך לתפוס את כולם, ואי אפשר לתפוס את כולם. מבחינה תקציבית, ואם ננסה, אז אף אחד לא ירצה לחיות במדינה כזו. צריך רמת הרתעה סבירה- צריך רמת אכיפה רציפה וגלויה. כך נוצרת יוריסטיקת הזמינות, זה נמצא אצל האזרחים בתודעה. בפועל זה הכרחי. אנחנו כחברה עשינו איזון שאינו נוח לנו בין שני שיקולים נוגדים- איזון בין שני שיקולים נוגדים- אכיפה למול תקציב+חיים במדינה שכזו. זה נעשה באופן לא מודע. הוא הכרחי גם אם לא נוח. בהקשר עימות מזוין- אי אפשר להגיע לאיזון מוסכם שכזה. אם נשאל פלסטינאים בעזה, מה מידת האכיפה שצריכה להיות כנגד חיילי צה"ל, הוא יגיד 100%, אבל הצד שלנו יירתע משיקולי האפקט המצנן ויגיד הרבה יותר נמוך. משום שלא מדובר בחברה אחת בכל סכסוך, לא נוצר תהליך חברי שמוביל לאיזון שניתן לחיות בו. הצדדים השונים בכל עימות רוצים משהו אחר, רמת האכיפה לא תהיה מוסכמת על שני הצדדים. לכן אי אפשר להגיע לאיזון כזה במלחמה. הפנימית יתנגדו מוקדם מדי, ואילו חיצונית לא יתנגדו בזמן, אלא רק בשלב מאוחר בהרבה.

לסיכום-

1. שתי נקודות המבט סובלות מהטיות.
2. כל ניסיון לאזן ברמת האכיפה לאפקט המצנן נועד להביא לתוצאה מורכבת.
3. בהקשר של לחימה, קונצנזוס לגבי מהו האיזון הראוי, לא ניתן להגיע אליו.

26.11.15

פס"ד ראחל- שני חיילים במוצב ברפיח ורואים במרחק של כ-200 מ' פלסטיני שלכאורה עולה על סולם כדי לתקן את האנטנה בגג, אך הגרסה השנייה היתה שהם ראו אותו מחזיק בקלצ'ניקוב ועולה לגג כדי לירות בהם. עמדת התביעה היא כי החיילים דיברו ביניהם על זה שצריך להוריד את הערבי ולכן ירו בו ברגל. החייל שירה טען כי זה נעשה בתגובה לאיום על חייו.

[קושי ראייתי במשב"ל פלילי- לרוב דנים בעובדה שמעורבים מספר רב של משתתפים ולכן קשה להוכיח את חלקו של כל אדם. אך קיים קושי ראייתי נוסף-

על מנת להוכיח את טענות התביעה, יש לענות על ארבעה דברים:

1. האם הקורבן נהרג?
2. האם הקורבן החזיק סולם או רובה?
3. בהנחה שהחזיק סולם, האם ברחק בין העמדה לבין מקום הימצאו של הקורבן, היו יכולים החיילים לטעות ולחשוב שהחזיק רובה?
4. כדי להרשיע את נאשם מס' 2, יש להוכיח כי אמר "תוריד, תוריד את ה...."- כי אם הוכחנו את שאר האלמנטים והוא אמר משפט זה, הרי זה שידול לרצח.

בעיות:

1. אין גופה במקרה זה משוום שהפלסטינים האחרים לקחו אותו, ולא ידוע לנו מה עלה בגורלו. זהו מהווה קושי ראייתי בעת מלחמה משום שקשה מאוד לאתר את הנפגעים והחללים בלחימה, אין תמיד גופה.
2. אין תמיד אפשרות לזיהוי הקורבן כדי לדעת אם הוא אזרח או חייל, משום שלוש סיבות-
   * לעדים מהצד השני יש נטייה לסרב לשתף איתך פעולה (אתה האויב).
   * שקרים- חוסר אמת.
   * ראיות פיזיות נוטות להיהרס במלחמות, דוגמת בתים שנהרסו.
3. אי אפשר לבחון שאלה זו שוב משום שהראיות הפיזיות נהרסו כבר, שטח הלחימה כבר אינו נתון לנו בשביל לבצע חקירה, ולכן אין אפשרות לבחון זאת (לא ייחודי למקרה זה- צבא שהינו צד לעימות כלשהו ימצא את עצמו כבר מחוץ לשטח זה, ולכן אינם שולטים בו יותר לאחר תקופה מסוימת. כמו כן, התביעות והתלונות מתעכבות עד לסיום המלחמה, ולכן משום שעבר זמן, ראיות נהרסו והזיכרון של המעורבים כבר אינם חדים ולכן אינם מסייעים לחקירה).
4. עניין השקרים- לא ניתן לסמוך על עדותם של אף צד, במקרה זה ביהמ"ש אף הוכיח כי הצדדים שיקרו בעדותם. יש תופעה של איום על עדים, או עדים שמסרבים לשתף פעולה עם המשטרה. המעורבים יכולים להיות אנשים נורמטיבים אך הם מתנהגים כמו שעבריינים יתנהגו- משקרים או שאינם מסכימים לשתף פעולה עם המשטרה. אבל הסיבה המרכזית לכך אינה משום שהם מעוניינים לשבש הליכי חקירה, אלא רוצים להגן על חבריהם ליחידה וללחימה. אחוות הלוחמים לנשק גורם לחיילים במקרה של העמדה לדין של אחד מהם, גורם להם לעבור על עבירות פליליות בהקשר חקירות פליליות. לפעמים אחוות הלוחמים עובדת הפוך- כולם יחדיו נגד חייל אחד- או שהוא התלונן נגד מישהו אחר או שכפו עליו לבצע מעשה אסור (חמור, נוראי). אחוות הלוחמים אם כן גורמת לכך שיש שקרים שבאים על מנת להגן על מישהו, יש שקרים על מנת להפליל אחר. [דוגמה- קבוצת חיילים שהחליטו להפליל את המפקד שלהם ברצח]. בצבאות אחרים, חייל שמתלונן על חבריו לפלוגה, עשוי למצוא עצמו מותקף על ידי שאר חברי היחידה. [דוגמה לכך: סרט casualties- קבוצת לוחמי בויאטנם שחוטפת בחורה מקומית כדי שתשמש שפחת מין. חייל אחד התלונן על כך וחבריו לפלוגה ענו לו- 1. מה שקורה שם נשאר שם, 2. תיזהר כי ייתכן שנירה בך "בטעות" בלחימה עם האויב.

לפעמים משקרים כדי להפליל את הצד השני, או שמופעל על אדם לחץ, או שהזיכרון פשוט לא כמו שהיה בזמן האירוע או מושפע מהטראומה שעבר, וכל הדברים האלה מפילים תיקים שלמים.

כל אלה יוצרים מצב שבו קשה להשיג ראיות שמאפשרות הרשעה.

אנשים בנק' מבט חיצונית לא לוקחים בחשבון נק' זו של קושי ראייתי- למשל, בעת דיווח בתקשורת כי שני חיילים שהואשמו בפשע מלחמה, אחד זכאי אחד אשם, זה לא נראה הוגן, אך זה פשוט מורכב וקשה מאוד להרשיע במצבים כאלה. אך לא כל הקשיים הראייתיים הם אובייקטיביים. החקירה הראשונית נעשית במסעדה על ידי חיילים צעירים. [היכולות החקריתיות של מצ"ח קטנות משום שבשנות ה-90 צמצמו את סמכויותיהם של נג"דים במצ"ח, ולכן החקירות הינן פחות מקצועיות ונעשות על ידי חיילים צעירים יותר. ברמה המופשטת- מבחינה תקציבית ניתן לראות שיקצצו במ"צ ומכאן נפגעת איכות החקירות. המרצה: התזמון (לאחר האינתיפאדה השנייה- מעיד כי היו סכסוכים בין הגורמים השונים בצבא, שגרמו ליחס שונה ושלילי כלפי המ"צ. בשנים האחרונות קיימת מגמת שיפור בעניין זה- הוספת תקציבים לפרקליטות הצבאית].

המחזיקים בנק' מבט חיצונית- מאשימים את מדינת ישראל במעשים חמורים יותר- שישראל פיתחה מנגנון שמטרתו למסמס את החקירות הפליליות באמצעות מתן לגיטימציה לתיאום עדויות. כיצד נקרא מנגנון זה- תחקיר מבצעי. תגובת ישראל- א. האם המדינה רואה בתחקיר המבצעי מנגנון לתיאום עדויות? לא, כלי לבירור האמת (בדומה לחקירה), שמטרתו הפקת לקחים. המרצה: ההנחה שעומדת מאחורי אמירה זה היא שהתקלה שקרתה היא לא פלילית. הוא מסתמך על ההבדל בדרך בירור האמת בין חקירה לתחקיר- בחקירה משטרתית מנסים לברר את האמת בכך שהיא עוצרת אנשים, "מעכבים או מעצר בית", אוספים ראיו ובכך מונעים מאנשים שימוש בהם, מונעים מהמעורבים לדבר אחד עם השני, אוספים עדויות, מחפשים סתירות בין העדויות השונות (מעמתים אותם). נק' ההנחה בחקירה היא שהתקיים מעשה פסול המצדיק הפסקת מהלך חייהם הסדיר של המעורבים בפרשה. מנגד, בתחקיר- מכנסים את כולם ביחד (המעורבים) וכל אחד מספר את גירסתו למקרה, עד שמגיעים לנוסח מוסכם לסיפור שקרה, ועל בסיס נרטיב זה, מסיקים מסקנות לשיפור בעתיד. ההבדלים- המארג החברתי בו קרה האירוע הוא חיובי, לא רוצים להפסיק אותו אלא רק לשפר אותו, בגלל שאנחנו רוצים שהמעורבים ימשיכו לעבוד יחד בעתיד, חשוב שימצאו גרסה משותפת לסיפור. לסיכום: ההבדלים הם: 1. ההנחה הבסיסית לגבי הסתברות קרות מעשה פלילי. חקירה מניחה הסתברות גבוהה, תחקיר מניח הסתברות נמוכה. 2. מכאן שבחקירה מוכנים לשלם מחיר של פירוק קבוצה והפסקת חייהם, ואילו תחקיר לא מוכנים לכך. ישראל טוענת שאינה מוכנה לעבור לשימוש נרחב בחקירות משום שההסתברות שקרה מעשה פלילי קטנה, וכן זה יפגע במוטיבציה השל החיילים (הכלים שבהם עושים שימוש בחקירות עשויים לפרק יחידות לוחמות), ובנוסף, החייליים לא ישתפו פעולה עם חקירה פלילית אך קיים סיכוי גבוה יותר שכן ישתפו פעולה עם מנגנוני תחקיר. כמובן שבאירועי םחמורים ביותר המדינה תבצע חקירה פלילית.

בעייתיות בטיעונים אלה של המדינה- א. יש לאכוף אכיפה פלילית גם לגבי עניינים קטנים. ב. אדם שנמצא בנק' מבט פנימית הטיות להערכת חסר של ממדי האירועים שקורים. מנגד, נק' מבט חיצונית סובלת מהערכת יתר של כמות וחומרת המעשים שבוצעו. (משפיע על מידת הביקורת והדרישה של כל צד לביצוע חקירות פליליות. ג. ישראל תטען כי זה לא תיאום עדויות אלא בירור עדויות- אין לה כוונה לכך אך זו עשויה להיות התוצאה בפועל, תיאום גרסאות/עדויות. (המעורבים עשויים באמת להאמין לגרסתו של אחר משום שם קרובים ונפגשו כולם יחד כדי לדון במקרה). המשמעות של כך היא שכשהמדינה מתחילה בתחקיר בהנחה שתוכל להתקדם לחקירה אח"כ באם יש בכך צורך, זה יקשה על בירור האמת משום שבתחקיר מנסים להגיע לדעה מוסכמת, זה פוגע בהנחת היסוד של חקירה שמחפשות סתירות, אלא כבר לא יהיו קיימות. הבעייה השנייה היא שאם מתחילים בתחקיר ואז עוברים לחקירה, זה לוקח עוד זמן שיפגע אח"כ באיכות הראיות. כמו כן, ישראל טוענת שחיילים לא משקרים בתחקיר אך היו מקרים וזה נטייה טבעית של אדם שמואשם בעבירה שעשוי לא לומר את האמת.

מסקנתו של המרצה: העניין מורכב, כל צד רואה רק חלק מהתמונה, בין היתר משום שצד אחד מעריך בחסר את מחיר התחקירים ומודע למחיר של שימוש נפוץ יותר בחקירות פליליות, ואילו הצד השני מעריך בכמות יתר את מידת החומרה של המעשים המבוצעים ולא לוקח בחשבון את מחיר הגברת השימוש בחקירות פליליות. המרצה: גם אם נצליח להגיע להסכמה בעניין מידת האכיפה הראויה, אם נעלה את כמות החקירות הפליליות, כבר יקרה אפקט מצנן רציני, הרבה לפני שנגיע לרמה המסוכמת. מכאן שאין פתרון טוב.

עם השאלה איך פותרים את הבעייה הזאת של האיזון הנכון בין שימוש בתחקירים לבין שימוש בחקירות פליליות, התמודדה ועדת טירקל. (2013)- ועדה זו למדינת ישראל להגביר את השימוש בחקירות פליליות ולשנות את האופן בו מבוצעים תחקירים, תוך שישראל תאמץ פרקטיקות של צבאות שאנחנו רוצים להידמות אליהם. הועדה ממליצה על ביצוע רפורמה בתחום זה, אף שפתחו את הדו"ח במשפט כי מדינת ישראל עומדת בדרישות הבינ"ל בתחום החקירות הפליליות לפי המשב"ל הפלילי. אז, כיצד הועדה אומרת לישראל לשנות את מצב הדברים? הועדה אומרת בעצם ש"האדמה זזה לנו מתחת לרגליים"- מעמדו של המשב"ל הפלילי משתנה כל הזמן ועוצמתו תשתנה גם כן. אם אנחנו רוצים להיות מסוגלים להמשיך לקיים הלימה בין המנגנונים שלנו למשב"ל הפלילי, אנחנו חייבים להתאים את עצמנו למצב הדין והפרקטיקות של כוחות שאנו רוצים להידמות אליהם. אך ועדת טירקל לא מספרת שבכל הצבאות האלה (לא כולל ארה"ב), הרפורמה נעשתה בעקבות אירוע חמור וענק, ושבכל המדינות הרפורמה חדשה יחסית. אז אין לנו אפילו פרספקטיבה כדי להבין האם נמצא איזון טוב בין עלות לתועלת בעקבות רפורמות אלה. המרצה: מנגד, אין דרך לבדוק האם נמצא מאזן מתאים בין עלות לתועלת בהקשר הגברת השימוש בכלים פליליים לעומת הרתעה. שנית, זה לא משנה משם שאנחנו כן נרצה להתחיל מבחינת מצבנו לעומת המדינות האחרות בעולם. מכאן שמצב הדברים הוא, שוב, מורכב ולא קיים פתרון טוב יחיד.

אנחנו מתחילים עכשיו בנושא- **דרכי האכיפה של המשב"ל הפלילי**

דרך אחת: השלמתיות ושיוריות- אכיפה במדינת העבריין- אכיפה על ידי מדינות מעורבות.

דרכי האכיפה שלא במדינת העבריין- לא על ידי המדינות המעורבות.

רקע: המשב"ל הפלילי במאה שנים האחרונות מנסה להתמודד עם מצבים בהם המדינות המעורבות (בעיקר מדינת העבריין) לא אוכפות את הדין. דוג'- מלחמת העולם הראשונה- החליטו להעמיד לדין את הנאשמים, אך גרמניה מבטיחה להעמיד לדין בעצמה וכמובן שבעקבות כך לא הועמדו לדין מרביתם המוחלט של הנאשמים (הדלת המסתובבת). מכאן הגיעו למסקנה שכאשר מדינה מעורבת אינה מוכנה לאכוף את הדין ,יש לייצר מנגנונים אחרים על מנת לאכוף את הדין. מכאן שקשיי האכיפה רק גדלים- 1. בד"כ המנגנונים יכולים להיכנס לפעולה רק לאחר זמן רב (מנגנונים חיצוניים)- נעלמים ראיות ועדים, בעיות זיכרון 2. אם במקרה המדינתי יש בעיות של שת"פ, רצון האנשים לשת"פ עם גורם זר קטן אף יותר אם מעורב גורם זר, וכן אם היה צורך בשיתוף מנגנון חיצוני, זה אומר שהמדינה איננה מעוניינת שזה ייחקר כלל והמדינה עשויה להפעיל מנגנונים פנימיים למניעת שת"פ פנימי של התושבים. 3. ככלל, אם משתמשים במנגנונים החיצוניים, מתמקדים במקרים החמורים ביותר, מדובר באירועים ענקיים בהם כל נאשם מהווה רכיב קטן מאוד, ולכן קשה להוכיח את מידת מעורבותו. הרבה פעמים נתמקד בפושעים הבכירים אך אלה לרוב אינם "מלכלכים את הידיים", דבר המקשה על הוכחת ראיות נגדם.

מכאן שמנגנונים חיצוניים הם בעלי קשיים עוד יותר גדולים מאלה של מדינה מעורבת בסכסוך. אך, למרות זאת הסיקו במאה שנים האחרונות שלפעמים אין ברירה. יישום ראשון של תובנה זאת- אחרי מלחמת העולם השנייה. לא נותנים לגרמניה להעמיד לדין בעצמה את כל הנאשמים. בהליכים הגדולים והבינ"ל האלה לא צצו הבעיות הראייתיות הרגילות שקורות בהתערבות גורם זר- 1. ההאשמות היו פחות חמורות משום שהיו מאוד סלחניים לגבי הדרישות של כללי הפרוצדורה והראיות. 2. הגרמנים היו מאוד מסודרים והכל היו רשום ומתועד.

בעיה אחרת מבחינת לגיטימיות ההליך- "צדק של מנצחים"- מענישים רק אנשים מצד אחד והדבר פוגע בלגיטימיות ההליך, לא מעמידים לדין אנשים משני הצדדים. לכן, כשהמשב"ל הפלילי מעורר מחדש בשנות ה-90 (ICTY, ICTR), רוצים לפתור בעייה זו- מוקמים בתי הדין אד הוק 2 (ICTY, ICTR) [אד הוק דור 1- נירנברג וטוקיו]. ברואנדה היה צד אחד שניצח שהוא הצד שכנגדו בוצע רצח עם, ולכן כשמוקם ה-ICTR מועמדים לדין רק את הצד המפסיד, שהוא הצד שניסה לבצע רצח עם. הם עושים זאת כדי לקבל שת"פ מצד השלטונות המקומיים, אך יש פער בחומרת המעשים שביצע כל צד, ובכל זאת מועמדים לדין רק אנשים מצד אחד. [בטריבונאל אחד לא הצליחו לפתור את הבעיה של צדק מנצחים, ואילו בטריבונאל השני הקהילה הבינ"ל החילה מנגנון שלא מכיל את המורכבות של כל סכסוך. אלה משפיעים על לגיטימיות ההליכים של בתי הדין הבינ"ל (ICTY- חוסר לגיטימיות האוכלוסייה המקומית). בנוסף, אין אפשרות להתייחס לנאשמים באותו אופן כמו שעשו לאחר מלחמת העולם השנייה, רמת ההגנה לנאשמים גבוהה יותר ומחמירים במידת הראיות שמתקבלות. ולכן מוביל לזיכויים רבים ולאיטיות בהליכים הללו, שלוקחים שנים רבות להיסגר ועולם הרבה מאוד כסף. זה נובע משום הבעיות הללו- קשיים ראייתיים, שת"פ.

נקודות שיש לזכור:

1. צריך להבין שמה שהחייה את המשב"ל הפלילי והתאים אותו לעידן הנוכחי הם הפסיקות של הטריבונאלים הללו (ICTY, ICTR).
2. קיומם של הטריבונאלים הפעיל לחץ על המדינות המעורבות להעמיד לדין נאשמים נוספים.

יחד עם זאת, מוסכם על הכל שטריבונאלים אלה אינם מהווים פתרון טוב, ולכן ב-15/20 שנים האחרונות, נסים למצוא מנגנון חלופי לבתי הדין הללו שיעבוד טוב יותר. מטריבונאלים אד הוק. מנגנונים אלה הם:

* בתי דין היברידיים (בתי דין מעורבים)
* סמכות אוניברסאלית (מנגנון ישן שהיה קיים בעבר)
* בית הדין הקבוע בהאג ((ICC

[צריך לדעת מה היתרונות והחסרונות של כל מנגנון]

**טריבונאלים מעורבים/היברידיים**

אנשים שונים מגדירים בתי דין אלה בדרכם שונות, ובהתאם בתי הדין שיכללו ברשימה זו עבורם יהיו שונים. הגדרת המרצה: מדובר בטריבונאל שנועד לאכוף כנגד פשעים בינ"ל גרעיניים, אשר יש בו עירוב בין המערכת המשפטית המדינתית ומערכת המשפט הבינ"ל, לפחות באחד משני מאפיינים- 1. במנגנוני ביה"ד- חלק מהשופטים הם מקומיים וחלק ממונים על ידי הקהילה הבינ"ל. 2. לפעמים יש בו עירוב בין סוגי הדינים המאוכפים. לפעמים פשוט יותר להעמיד לדין בגין רצח ולא פשע מלחמה (שיקולים ראייתיים), מחליטים האם לעשות שימוש בדין המקומי או הבינ"ל.

מטרת בתי הדין המעורבים: ניסו לפתור את בעיית לגיטימיות ביה"ד בקרב האוכלוסייה המקומית. זאת משום שאפילו במדינות דיקטטוריות, בהרבה מהמקרים, הרשות השלטונית שעדיין תיחשב ללגיטימית ביחס לשאר הוא מערכת המשפט. מכאן שמעורב מנגנון (המשפט) שיחסית זוכה ללגיטימיות בנוסף, בתי הדין האלה רוכבים על מערכת קיימת, והדבר מגדיל את היעילות של בתי הדין, כי לא מקימים מאפס בית דין, אלא יש כבר תובעים ושופטים וחוקרים מקומיים, אך מוסיפים לכך נדבך של הדין הפלילי.

למרות הבעייתיות בבתי דין אלה, הם מוקמים בתגובה לאירועים ספציפיים. בתי הדין המעורבים קמו בקמבודיה, בסיירה לאון, בקוסובו, כל אלה כדי להתמודד עם אירועים חמורים, אך בכל העולם. אז חלק לא יחשיבו כל בית דין שכזה כהיברידי, זה תלוי במידת המעורבות ובקריטריונים שמעמידים.

בעיות: טריבונאלים פליליים מעורבים, נמצאים על ספקטרום בסוג הבעיות שסוובלים מהם- חלקם דומים מדי למערכת המקומית, ואילו חלקם דומים מדי לטריבונאלים אד-הוקים בינ"ל.

הדוגמה המובהקת למקרה השני הוא הטריבונאל בסיירה לאון- בי"ד זה ב-15 שנים שהיה קיים דן בכ-10 תיקים. הוא לא העמיד לדין כלל על סמך הדין המקומי, ואף בדקו ציטוטים ומקורות משפטיים עליהם הסתמך ביה"ד, ופסקי דין של ביהמ"ש העליון בקנדה צוטטו יותר מכל בי"ד אחר בכל יבשת אפריקה וכמובן של זה בסיירה לאון, משום שנשיא הרכב זה היה קנדי. טריבונאל כזה לא מנצל את הרכיב המקומי ל בי"ד מעורב. כתוצאה מכך, חוזרת הבעיות של טריבונאל אד-הוקי בינ"ל. (הדבר מוביל לחוסר לגיטימיות מצד האוכלוסייה המקומית משום שיש מעין ניכור מצד הרכב השופטים הבינ"ל לדין המקומי).

הבעייה ההפוכה היא בתי דין מעורבים בהם ההשפעה של השלטון המקומי החזקה מדי, מה שפוגע באמינות ההליך. למשל, הטריבונאל בקמבודיה- התובע הראשי היה מקומי, רכיב נכבד מהתקציב היה צריך להגיע מהממשלה המקומית, והיו אנשים בשלטון שהיו קשורים לארגון החמר' ר'וז, והתוצאה היתה עיכוב הליכים כדי שהנאשמים ימותו מוות טבעי, מוגשים מעט כתבי אישום ואלה היו מאוד שמרניים (פשעים קלים יותר), והממשלה המקומית אינה מעוניינת בהליכים אלה ולכן לא העבירו את התקציבים.

אלה הן דוגמאות הקצה, ולכן באמצע קיימים בתי דין מעורבים שפועלים יחסית באיזון בין שני הדברים, אך טרם נמצא האיזון המושלם. יש לזכור שגם טריבונאלים פליליים מעורבים אינם מתאימים לכל סוג של אירוע, אך בעיקר מתאימים למלחמות אזרחים, כי אחרת לא קיימת מערכת משפטית אחת שמוסכמת על שני הצדיים כי שניהם מקומיים.

3/12/15

**סמכות אוניברסאלית**

סמכותה של מדינה שאינה נוגעת למקרה להעמיד לדין את מבצעי העבירה. מדינה שאינה מעורבת היא- מדינה שאינה מדינת העבריין, הקורבן או הטריטוריה בה בוצעה המדינה. גם לפי הנרטיב המקובל סמכות אוניברסאלית איננה דבר חדש, אלא היתה קיימת בנוגע לפיראטים (באופן רציף מאז ימי הביניים), ומהמאה ה-19 גם בנוגע לסוחרי עבדים. הנרטיב המקובל אומר שזה אומץ מיד לאחר מלחמת העולם השנייה בעיקר בהקשר פשעים גרעיניים בינ"ל, מהסיבה שהנאצים ביצעו פשעים במספר רב של מדינות, רצו לאפשר למדינות שונות להעמיד לדין פושעים, אף אם לא בוצע בשטחם, ולאפשר לטריבונאל בנירנברג להעמיד לדין על פשעים שלא בוצעו בשטח גרמנייה.

בין התקופה של מיד לאחר מלחמת העולם השנייה (שנות ה-50) עד לשנות ה-90, הסמכות האוניברסאלית נמצאת כמעט בהקפאה מוחלטת, מלבד במקרים בודדים שקשורים לשואה, כמו אייכמן ודמניוק, לא היו מקרים נוספים שנעשו בהם שימוש בסמכות אוניברסאלית. השימוש בסמכות האוניברסאלית מתחיל שוב בסוף שנות ה-90. אך,בשנות המלחמה הקרה, עדיין קורים דברים בהקשר זה של הסמכות האוניברסאלית- קיימת כתיבה אקדמית אודות זה, והיה ויכוח על שני נושאים-

1. האם קיימת סמכות אוניברסאלית במשב"ל המנהגי לגבי פשעים בינ"ל גרעיניים.
2. בקרב אלה שהחזיקו בעמדה שאומרת שיש סמכות במשב"ל המנהגי, היה ויכוח בנוגע להיקפה.

ויכוח ראשון- העמדה האחת אומרת שיש סמכות שיפוט אוניברסאלית במבשב"ל המנהגי בנוגע לפשעים בינ"ל גרעיניים, ויתרה מכך, למדינה יש חובה להפעיל סמכות זאת כשהיא יכולה, משום שמדובר בנורמות מוסריות בסיסיות שהינן עליונות לכל דין מדינתי. עמדה שניה- עמדת הביניים- קיים עקרון בסיסי במשב"ל – עקרון הריבונות, שאחד מנגזרותיו הוא (עקרון פס"ד לוקוס?) לפיו מדינות יכולות לפעול כרצונן, כל עוד אין נורמה מפורש של המשב"ל שאוסר זאת עליהם. ומכיוון שאין נורמה מפורשת שאוסרת על קיום סמכות אוניברסאלית, באם מדינה תרצה לאכוף זאת, היא יכולה לעשות שימוש בסמכות אוניברסאלית.- למדינה יש שיקול דעת. עמדה שלישית- אין סמכות אוניברסאלית, מכיוון שיש עקרון במשב"ל המונע מהמדינות להפעיל סמכות אוניבארסלית- עקרון הריבונות- כל פעם שמדינה תפעיל סמכות זו, היא מתערבת בריבונות של המדינות המעורבות, שהחליטו שלא להעמיד לדין משיקוליהן שלהן. בשטח, כשמסתכלים בחקיקה המדינתית המבטא את פרשנותה בנוגע למשפט המנהגי בתחום (הבינ"ל).

הויכוח השני- בקרב האנשים שסבורים שיש סמכות האוניברסאלית, או שיש חובה על המדינה או שיש שיקול דעת, קיים ויכוח בנוגע להיקפה. שתי נקודות עליהם מתווכחים- א. האם הנאשם צריך להיות בשטח המדינה על מנת שהמדינה תוכל לפתוח בהליכים נגדו על בסיס סמכות אוניברסאלית- עמדה אחת- לא צריך שהנאשם יהיה נוכח בהנחה שיש ראיות מספיק טובות אפשר לפתוח בהליך משום ש- 1. כשמדינה מפעילה סמכות אוניברסאלית היא פועלת כשליחה של כל העולם כולו, ולכן השטח הרלוונטי הוא כל כדור הארץ. בפועל מתקיימים הליכים פליליים נגד נאשמים שברחו או שאינם נוכחים. 2. צריך במשב"ל הפלילי לפתור כשל אכיפתי, ולכן צריך להסיר את הבעייה של נוכחות הנאשם. אם יש לו בעייה אם זה שמנהלים נגדו הליך בלעדיו, שיגיע לדיון. עמדת הנגד- לא ניתן לנהל הליך הוגן אם הנאשם לא נמצא פיזית בשטח המדינה, ויתרה מכך, קיום הליכים בהעדר יוצר חשש גדול לניצול פוליטי של המשפט הפלילי הבינ"ל. ויכוח נוסף שמתנהל- נוגע בשאלה מה הם היחסים בין מדינה שרוצה לנהל הליך על בסיס סמכות אוניברסאלית, לבין המדינות המעורבות. עמדה אחת שזכתה לתמיכה חזקה- למדינה שמעוניינת להפעיל סמכות, צריכה להיות קדימות על פני המדינות המעורבות. מדוע, כי המדינות המעורבות מוטות, שזה אומר שאם יעמידו לדין אדם משלהם הן יהיו סלחניות מדי, ואם הן מעמידות לדין פושע מהצד השני הן יהיו מחמירות מדי. אבל, קיימת עמדה נגדית לפיה בהנחה שיש מדינה מעורבת שמעוניינת ומסוגלת להעמיד לדין, ראוי לתת לה קדימות, מדוע, 1. היא יותר נגישה לראיות ולעדים ומשום כך ייתכן שיש סיכוי רב יותר להגיע לאמת. 2. הצגה של מדינות שאינן מעורבות כלא מוטות, איננה מדויקת בחלק מהמקרים- יכולות להיות בעלות קשרים עם חלק מהמדינות המעורבות. לפיכך, עדיף לאפשר למדינות המעורבות לנסות לנהל הליכים בעצמן.

**החקיקה המדינתית**

בדין המדינתי בשנים אלה מוצאים את שלוש האופציות, כל מדינה מחליטה לעצמה כיצד לפעול. בהקשר זה, בישראל לאורך כל השנים תומכים בסמכות האוניברסאלית, ואחת המדינות הראשון לחוקק סעיף בעניין זה, על מנת להעמיד לדין פושעים נאצים, וזו גם ההצדקה המרכזית לתמיכתה של ישראל בסמכות. גם היום, ישראל תומכת בסמכות האוניברסאלית, אך ספציפית כלפי ישראל, יש נטייה שלילית כלפי ישראל בשימוש בסמכות האוניברסאלית.

סעיף 16א לחוק העונשין העוסק בעניין זה הינו בעייתי (לפי המרצה), הסעיף קובע כי דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות חוץ אשר ישראל התחייבה באמנות בינ"ל רב-צדדיותו ופתוחות להצטרפות.... לפי המרצה הסעיף הינו בעייתי משום ש- 1. "עבירות חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה אליהן..." – כל פשע בינ"ל גרעיני שלא כלול באמנה או לחלופין אם מדברים על אמנת ז'נבה נמצא ברשימה אך לא נחשב כפשע, ישראל איננה יכולה להעמיד לדין על כך. זה יכול לגרום לכך שישראל לא תוכל להעמיד לדין על פשעים נגד האנושות ופשעים חמורים נוספים אך לישראל לא תהיה סמכות אוניברסאלית. 2. "דיני העונשין של ישראל יחולו"- ביטוי של עקרון הפליליות הכפולה- לא מעמידים לדין ישירות על ביצוע הפשע הגרעיני הבינ"ל, אלא על עבירה בדין הישראלי שמקיימת את הרכיבים של הפשע הבינ"ל. למשל, לא יעמידו לדין על פגיעה מכוונת באזרח, אלא על רצח. א. יש פשעים גרעיניים בינ"ל שאין להם מקבילה בדין הישראלי, כמו ענישה קולקטיבית, והתעללות בגופה היא עבירה רק אם נעשתה במטרה לפגוע ברגשות דת, ואילו בבינ"ל זה מהווה פשע מלחמה. ב. לפעמים קיימת עבירה מקבילה, אך העונש עליה לא הולם את העובדה כי מדובר בפשע בינ"ל גרעיני. למשל, נניח שחייל של הצד השני מניף דגל לבן כדי לתאם מו"מ לפינוי גופות, וחייל של הצד הראשון יורה בחייל האחר, לא פוגע ואי אפשר גם להוכיח שרצה לפגוע, במשב"ל זהו ניסיון פגיעה ב"פרלמנטר", ובארץ יועמד לדין על שימוש בלתי חוקי בנשק, שאיננה מהווה עבירה חמורה ביותר בדין הישראלי. וביזה שמתרגמת לגניבה. לפי המרצה, היה נכון לתקן את הסעיף כך שייתן לישראל להעמיד לדין עם סמכות אוניברסאלית סעיפים בדין הבינ"ל, או לשנות את חוק העונשין כך שיכלול פשעים אוניברסאליים.

בשנים האלה של המלחמה הקורה קורה דבר נוסף, שבמספר אמנות מאומצים סעיפים של "הסגר או העמד לדין". האמנות החשובות שכוללת סעיף כזה הן- האמנה למניעת לרצח עם (ג'נוסייד), האמנה למניעת עינווים (העינויים), וארבעת אמנות ז'נבה בנוגע להפרות חמורות שלהן, והפרוטוקול הראשון (עליו ישראל איננה חתומה בנוגע להפרות חמורות. נכון לפני מספר שנים, ה-ICJ מפרש את הסעיף הזה (באמנת העינויים- אך תקפה גם לשאר) כסעיף שאומר שמדינה שחתומה על האמנה ונמצא בשטחה אדם שביצע פשע בינ"ל שמוגדר באמנה, ללא קשר להיכן בוצע הפשע, חייבת להעמידו (סמכות אוניברסאלית) לדין או להסגירו למדינה אחרת שמעוניינת להעמידו לדין. דוגמה- בלגיה ביקשה מסנגל להסגיר את הרודן לשעבר של מאלי כדי להעמיד אותו לדין, ה-ICJ התערב ולבסוף הוקם טריבונאל מעורב- בלגיה לא קיבלה את הרודן ולא יכלה להעמידו לדין בשטחה. בשנות ה-90, מתגבשת בהרבה מדינות התובנה כי הסיבה שהסמכות האוניברסאלית לא ייושמה עד אז, אל אף שבוצעו מלא פשעים בינ"ל גרעיניים, היא כי מדינות חששו אחת מהשנייה, ולא רצו לפגוע ביחסים. הגורם שהכי מושפע מלחץ בינ"ל זה הרשות המבצעת, ולכן במדינות שונות, מחליטים שצריך להחליש את הכוח של הרשות המבצעת בתהליך. כיצד עושים זאת- בכל מדינה בגדול מאפשרים הליך קובלנה פלילית. כל אדם בעולם יכול לפתוח בהליך פלילי כנגד מבצע של פשע בינ"ל גרעיני, (בהנחה שנוכח במדינה) וזה עובר לשוטר חוקר שבודק האם יש בסיס לכך. זה עובר סביב התובע במדינה. הרעיון מאחורי זה הוא שהניסיון בין שנות ה-50-90 הראה כי אם הרשויות של הדין הפלילי מעורבות, ההליך הפלילי נפגע- לא מועמדים לדין ולא מקבלים עונש הולם. הפס"ד שמבשר את הפריחה הזאת בדין הפלילי הבינ"ל הוא פס"ד פינושה של בית הלורדים, הוא היה הרודן של צ'ילה, שביצע מעשי זוועה נוראיים....... וכאשר בראשית שנות ה-90 הוא ירד מכסאו, רצה להבטיח שלא יעמידו אותו לדין, הוא ניסה להשיג חסינות על ידי זה שרצה להיות חבר פרלמנט במשטר הדמוקרטי החדש במדינה. בשנת 98 טס לאנגליה לטיפול רפואי. בין אנגליה לספרד יש הסכמי הסגרה, ואילו בספרד החוק בעניין הסמכות האוניברסאלית מתירני מאוד, אז אנשים מצ'ילה פותחים בספרד בהליך פלילי כנגד הרודן. ספרד ביקשה מאנגליה שתסגיר את הרודן ואז מתקיים פס"ד בעניין ההסגרה באנגליה. השופטים שדנו בשאלה האם במשב"ל המנהגי קיימת סמכות אוניברסאלית, הם מגיעים למסקנה שאו שכבר קיימת, או שהמגמה הכללית היא שזו הכיוון ולכן בעיקרון יש סמכות אוניברסאלית. החשיבות בפס"ד זה שבימ"ש עליון מהמכובדים בעולם קובע כי יש סמכות אוניברסאלית, ואם לא אז בקרוב יהיה, ומדינות בעולם מבינות שזו המגמה הכללית. ברמה הפרקטית, ממשלת אנגליה ניצלה פרצה קטנה בחוק שאיפשרה לא שלא להסגיר את הרודן לספרד, ובמקום החזירו אותו לצ'ילה, שם נפטר לפני שהצליחו להעמידו לדין.

הגל השני הוא גל של צמצום החקיקה הזאת, מאמצע שנות ה-2000. (עליו נרחיב בשיעור הבא)

17.12.15

**ה-ICC-**

על פי הנרטיב ההיסטורי המקובל, הפעם הראשונה שמועלת הצעה להקמת בית דין פלילי בינ"ל היא ב-1872 ע"י הנשיא השני של הצלב האדום, והפעם הראשונה בה מועלת הצעה להקמת בי"ד פלילי קבוע, הוא ב-1898 ביוזמה שנכשלת, אבל מולידה את תקנות האג ואת ה"סבא" של ה-ICJ (גלגול ראשון כאשר ה-ICJ הוא הגלגול השלישי). מכאן שזהו רעיון ישן, גם לפי הנרטיב המקובל. היו עוד הצעות ב-1907, ואחרי מלחמת העולם הראשונה, השנייה, קמות ועדות לדון בזה, אח"כ היתה מלחמת קוריאה ששוב מנעה קיום דיונים בעניין והקמת בתי דין בפועל, עד לשנות ה-80. לכן, כאשר מדינה בעלת כוח מדיני מצומצם כמו טרינידד מבקשת להקים בי"ד כזה, היא נכשלת. אבל מנגד ובמקביל מוקמות בשנות ה-90 בתי דין אד הוק (דור II) ובתי דין מעורבים. בשל כך קמים שוב שני רעיונות ישנים- 1. סמכות אוניברסאלית, 2. הקמה של בית דין בינ"ל קבוע. ההנחה בשנות ה-90 היתה כי הסמכות האוניברסאלית תתקיים בפועל במידה מוצלחת יותר, זו היתה הדעה הרווחת בקרב המלומדים באותה התקופה. הם סברו כי המדינות בעולם לא תסכמנה להקמת בית דין קבוע שכזה. מדוע?-

א. פגיעה בריבונות המדינה- אחד הרכיבים היסודיים ביותר של ריבונות הוא המשפט הפלילי, ולכן ההנחה היתה כי המדינות לא תסכמנה לוותר על רכיב כל כך מרכזי בריבונותן. בנוסף, הפוליטיקאים זקוקים לתמיכת הציבור, באם תוגש בקשה לפתיחה בהליכים כנגד חייל של מדינה מסויימת, מבחינה פוליטית זה צעד שלילי וחזק כנגד הציבור באותה מדינה.

ב. לכל מדינה יש עניינים משפטיים שהן אינן מסכימות עליהן ולכן יווצר קושי בהסכמה על קוד בינ"ל משותף לכל המדינות. (לדוג' בישראל- אנו מבקשים הכרה בהתנחלויות כאשר מרבית המדינות בעולם אינן מוכנות להכיר בכך).

ג. המעצמות התנגדו להקמת בית דין בינ"ל קבוע. המעצמות חתמו על הסכמים בינ"ל בעניין אבל לא היו מעוניינות בכך באמת ולא חשבו שזה יקרה. כאשר רוסיה וארה"ב התנגדו, היה לכך הרבה כוח בתקופה שלפני סוף המלחמה הקרה, ואפילו המדינות במידה השנייה של כוח צבאי- הודו, פקיסטאן וכו'- התנגדו אף הן. מי שהצטרף לאמנות באותו עניין לא רצה שתילקח מהן האפשרות להשפיע על ההחלטות הבינ"ל. לכן, אם המדינות בעלות הכוח הגדול ביותר בעולם מתנגדות, הסברה היתה כי לא תיתכן הקמת בית דין בינ"ל שכזה.

איך זה קורה בכל זאת? בשנת 96 התכנסו המדינות ושוב היתה דעה כללית שלא תגענה להסכמה. אך הן הגיעו להסכמה על כך תוך שנתיים. לגבי פשעי המלחמה היתה הסכמה על רשימה של כ-100 סעיפים, ולא היתה חוסר הסכמה בעניין הפשעים החמורים ביותר כגון רצח עם.

פשע התוקפנות- מצד אחד בעייתי לא לכלול אותה באמנה משום שכלול בצ'רטר של לונדון והוגדר כפשע החמור ביותר (פתיחה במלחמה מבלי...), אך מנגד לא חשבו שהמדינות יגיעו לכדי ההגדרה אחת המוסכמות על כולן. אמנת רומא אומרת שלביה"ד תהיה סמכות על פשע זה לאחר שהמדינות תסכמנה על כך. זה לא מובן מאליו שלא השתמשו בחוסר ההסכמה כעילה להפסקת הדיונים בעניין, שהיתה גורם מפריע בשנות ה-50. מכאן שוב אמרו שהמדינות לא באמת יסכימו, אך בשנת 2010 המדינות אכן הגיעו להסכמה על הגדרת פשע התוקפנות.

נקבע כי פשע התוקפנות ייכנס לתוקף רק:

1. באם 30 מדינות לפחות יסכמו על החלת הגדרה זו עליהן
2. יחול רק על המדינות שהסכימו לכך
3. וחייב לקרות על 2017, ואז יצטרכו להצביע על כניסה לתוקף כלפי המדינות שהסכימו והינן חברות.

רק מנהיגים יכולים להיות מועמדים לדין בגין פשע זה, ולכן כולם חשבו שזה לא יעמוד, כי אף מדינה לא תרצה להסכים לכך. אך, הגענו כבר לרשימה של 30 מדינות שמסכימות לכך, לפני כחצי שנה. לכן לדעת המרצה עבירה זו תיכנס לתוף בשנת 2017. ב-98 כשחותמים על אמנת רומא, המדינות קובעות סף של מספר מדינות שיצטרפו לאמנה כדי שזו תיכנס לתוקף וביה"ד יקום. תנאי זה קיים בהרבה ואמנות ולרוב יהיה נמוך כדי שבאמת ייכנס לתוקף. אמנת רומא קובע סף של 60 אמנות, ותוך פחות מ-4 שנים מגיעים למספר זה וביה"ד אכן מוקם ב-2002. כיצד כל זה קרה כאשר כולם חשבו שלא יקרה ורוב הנתונים היו נגד הקמתו (כפי שציינו למעלה- פגיעה בריבונות, חוסר הסכמיות, והתנגדות המעצמות לכך)? התשובה היא שאין סיבה אחת לכך, אלא צריך לראות שבתוך הקבוצה של המדינות שהצטרפו, יש סיבות שונות להצטרפות. אפשר לחלק ל-3 קבוצות- (יש מדינות שאפשר לשים ביותר מקטגוריה אחת או אף בין שתיים, וכאלה שלא נכנסות לאף קטגוריה) 1. מרבית מדינות אפריקה ודרום אמריקה, אשר ברובן היה מלחמות אזרחים ושליט שנלחם כנגד קבוצות המורדים, כאשר כל צד נתמך על ידי צד אחד במלחמה הקרה- ארה"ב ורוסיה. המלחמות האלה דועכות עם סיום המלחמה הקרה משום שפוסק המימון מצד המעצמות הגדולות. המדינות האפריקאיות גם "ציפצפו" על התנגדות המעצמות להקמת בי"ד בינ"ל משום שראו את התנהלותן בסכסוכים הפנימיים שלהן. הם סומכות על ביה"ד הבינ"ל שירתיעו את הצדדים בלחימה ושיוכלו לאכוף את זה יותר טוב מהמנגנונים הבינ"ל, וכן משום לביה"ד יש סמכות רק החל משנת 2002, ולכן לא חששו שיועמדו לדין על פשעיהם במלחמה ולכן הצטרפו. דוגמה נוספת- מלחמת האזרחים בקניה- מחליטים להגיש תביעה נגד הנשיא על פשעים כנגד האנושות- קניה לא רק שלא פורשת, אלא מסמיכה את הנשיא להחליט מתי כן תפרוש. היא לא פורשת כי היא רוצה המשך מימון. נשיא קניה מצליח להעלים ראיות ועדים, עד שהתיק נגדו נסגר. זה נחשב לכישלון של ה-ICC, אבל הנשיא של היום רץ כנגד מי שהיום הוא סגנו, מה שהוא עשה זה התחבר למי שנלחם כנגדו ורץ איתו יחדיו לנשיאות המדינה, וזאת בשל חשש מביה"ד, הם החליטו לאחד כוחות. 2. מדינות קטנות שאין להן שום דבר להפסיד אם יחתמו, ולכן הן חותמות כדי לקבל הכרה בינ"ל (תדמית טובה), אך אין סיכוי שיהיו מעורבות בסכסוך. 3. מדינות שמחויבות למשפט בינ"ל היא חלק מהאתוס עליו בנויה המדינה, והציבור דורש זאת מהממשל שלו- דוגמת גרמניה, בלגיה, קנדה, דרום אפריקה, אוסטרליה, מרבית מדינות אירופה. בתוך הקבוצה הזאת יש לשים לב שתי מדינות במיוחד- צרפת ובריטניה. למדינות האלה יש 3 מאפיינים ייחודיים- 1. הן עדיין מעצמות (בדרגה השנייה) ושאר המעצמות ברמה זו לא חותמות, 2. הן מדינות לוחמות שמטיל עליהן איום אמיתי בקיומו של ה-ICC, שיבקר את מהלכיהן, 3. שתיהן חברות קבועות במועצת הביטחון של האו"ם, ולכן אם לא היו מצטרפות ל-ICC, לא היה סיכוי שגוף בינ"ל יעמיד לדין או יחקור את כוחותיהם. לכן, למרות שמדינות אלה עשויות לשלם מחיר אמיתי על הצטרפות, ועוד דרש שינוי של החוקה בצרפת כדי להצטרף, משום שדעת הקהל במדינות אלה מצפה מהמדינה להיות מחויבת לדין הבינ"ל, זה לא פוליטי, זה כוח של הציבור עצמו. הנקודה היא שה-ICC הוא תופעה עולמית (מדינת ישראל אפילו לא הועלתה כנקודה שתשפיע על הקמת ביה"ד). זה קרה בשל תהליכים גדולים בהרבה מישראל. בנוסף, בשאלה מה יקרה זה הלאה, לישראל תהיה השפעה מאוד קטנה על ביה"ד. בתקופה כל כך קצרה הצליח גוף זה של ה-ICC לקבל תמיכה רחבה כל כך ברחבי העולם.

**הסמכויות המרכזיות של ה-ICC**

1. מוגבל רק לעבירות שנמצאות באמנת רומא
2. מוגבל רק לפשעים בוצעו אחרי הקמתו (ב-2002) (כדי לא להיכנס לעניין הרטרואקטיביות,
3. כפוף לחריג אחד, מוגבל רק לעבירות שבוצעו או על ידי אזרחים של מדינות חברות או בטריטוריה של מדינות חברות. זהות הקורבן איננה מספיקה ואין סמכות אוניברסאלית. העיקרון הוא הסכמיות- המדינות שמצטרפות מודעות לאפשרות של פתיחה בהליכים נגדה, מסתכנות.
4. החריג- מועהבי"ט יכולה להפנות ל-ICC אירועים שקרו במדינות שאינן חברות- עשו זאת פעמים, בנוגע לסודן וללוב. כל מדינה כאשר יהא חותמת על הצ'רטר של האו"ם מעניקה הסמכות לאו"ם להטיל עליה סנקציות, ולכן גם פה קיימת ההסכמיות.
5. בנוגע לפשעי מלחמה (בלבד) מדינה שמצטרפת יכולה לבקש הקפאה של התחולה של סעיף פשעי המלחמה ל-7 שנים, כדי לאפשר למדינה לבצע התאמות אך ליצור תמריץ להצטרף.
6. למועהבי"ט יש הסמכות להשעות הליכי חקירה ומשפט לשנה אחת.
7. עיקרון החומרה- יש סדרה של מבחני חומרה באמנה, יש הנחייה שהתובע חייב להתמקד באירועים החמורים ביותר, בתוך מצבים אלה, התובע צריך לבחור את המעשים החמורים ביותר ולהעמיד לדין את האחראים מי שאחראי לכך במידה הכי רבה. זאת כדי לצמצם את ההתערבות בריבונותה של כל מדינה, ושיקולי עלות- ההליכים הם ארוכים ויקרים, אז רוצים שביה"ד יתמקד במצבים החמורים ביותר. אך הגדרה זו עמומה, ולכן קיימת מגמה של פתיחה בהליכים פחות חמורים גם כן.
8. השלמתיות- נדבר בשיעור אחר.
9. הרשימה סגורה, ולכן מחולקת ל-4: פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם, תוקפנות.

כיום שני שליש ממדינות העולם, יותר מחצי מטריטוריית היבשה בעולם חברים בביה"ד הבינ"ל.

**בעיות ב-ICC**

דיברנו על המנגנונים השונים שניסו לאכוף באמצעותם את הדין הבינ"ל היו בו בעיות, ובכל מנגנון מאוחר ניסו לפתור את הבעיות של אלה שקדמו לו.

בעיה ראשונה- א. דין עמום ב. חקיקה בדיעבד (אכיפת הדין באופן רטרואקטיבי ג. חלק מהדינים אינם משפים ערכים אוניברסאליים מקובלים. (בעיקר בבתי הדין האד הוק). דרך ראשונה לפתור בעיות אלה- יצירת קוד מפורט של איסורים שהיא אמנת רומא, סע' 6-8. מה שקרה זה שמרבית המדינות מסכימות יחד על כ-100 פשעים שונים. כך הדין נהיה יותר בהיר כי הוא כתוב ומוסכם על הרוב. האם זה הצליח? הצליח במידה רבה אבל לא במאה אחוז, משום שיש עבירות מסוימות שקיים לגביהן ויכוח האם האיסור כפי שמנוסח באמנת רומא אכן משקף את הדין הבינ"ל. חקיקה בדיעבד- פתרונות- משום שיש קוד מפורט אז זה יותר מובן לכל מי שממועמד לדין, וכן נקבע באמנה שהיא יכולה לדון רק בעבירות שבוצעו מיום הקמתו בעיה נוספת- יש איסורים שכלולים באמנה אך אינם משקפים נורמה מוסרית עליונה (דוגמת המרצה- לחימה בזמן לבישת מדי האויב). בעיה אחרת היא שחלק מהאיסורים והנורמות הן עמומות- מה זה התקפה בלתי-מידתית? תמיד קיימת עמימות מסוימת בכל קוד פלילי, אבל בדוקטרינות בעלות השפעה רחבה יותר, יש בעייה בעמימות הזאת. דוגמה- מבחן החומרה- כדי לקבל תיק לחקירה הולכים לפי אלה שיותר חמורים, אך איך מודדים חומרה? רואים עם הזמן שככל שביה"ד מתחזק ורוב המדינות אינם במצב של מלחמה, רף החומרה יורד.

בעייה שניה- אכיפת המשפט הפלילי הבינ"ל תלויה ברצון הטוב של המדינות. אחד התיאורים המקובלים של הדין הבינ"ל הוא "ענק בלי גפיים" משום שאין אפשרות אמיתית כדי לאכוף אותו, גם אם טריבונאל בינ"ל ירצה להמעיד לדין, מדינה יכולה להתנגד, ולכן ה-ICC תלוי במדינות. ההנחה היתה שברגע שיש כל כך הרבה מדינות חברות, יתקיים שיתוף פעולה רציני. התשובה היא שבמציאות הסיפור מורכב, יש מקרים בהם האכיפה נכשלת, דוגמת סודן וקניה. סודן- הופנתה ל-ICC על ידי מועצת הביטחון של האו"ם, אך מאז נשיא המדינה מסתובב חופשי אף שביקר בינתיים במדינות חברות ב-ICC ולא נפתחו נגדו בקשות לחקירות. נפתחה נגדו חקירה, הוא לא הורשע והיה נגדו צו מעצר. והתובעת החליטה להקפיא ההליכים נגד סודן בשל חוסר שיתוף פעולה מצד המדינות המעורבות והחברות בביה"ד. אך זה מורכב משום שנשיא סודן דאג לנחות רק במדינות בהן יודע שלא יאכפו צו מעצר לגביו. קניה- היו בחירות בהם התקיימו עימותים שהויבלו לחשד לביצוע פשעים נגד האנושות והוגש נגד סגן הנשיא דאז כתב אישום. בתגובה הפרלמנט העביר חוק שהעניק לנשיא הסמכות להחליט מתי קניה תפרוש מה-ICC. נסגרו ההליכים נגד קניה בשל חוסר ראיות שנעלמו באופן מחשיד, אבל הם עדיין בביה"ד משום שהם תלויים כלכלית בתמיכת מדינות אירופה שבאם תפרוש מביה"ד, עשויה לאבד את הלגיטימיות שלה ולהיות נתונה לסנקציות.

בעייה שלישית- היעדר הרתעה, היעדר יעילות- ניהול תיקים וגם עלות גבוה (של האד הוקים). איך ההקמה של ה-ICC נועדה לפתור זאת? רצו קיום של מנגנון קבוע שיהווה סמכות שתרתיע מקיום עבירות כי כבר יש מישהו שיכול להעמיד לדין על כך. בנוסף, במקום להקים בכל פעם מחדש, טריבונאל זה יהיה קיים וישתפר אף עם הזמן. אם מסתכלים על פעילות ביה"ד מאז הוקם, לכאורה הוא מהווה כישלון מוחלט- נפתחו רק 20 תיקים וניתנו רק כ-5 החלטות סופיות וחלקם אף זיכויים מחוסר ראיות, העלויות גבוהות במיוחד והתיק הראשון נסגר לאחר עשור. שוב, זה מורכב- א. ביה"ד נהיה יעיל יותר עם הזמן, צובר יותר מיומנות. ב. ה-ICC בנוי על מנגנון של השלמתיות- לא יפעל באם המדינות הרלוונטיות אוכפות את הדין כמו שריך. המדינות החברות ביצעו רפורמה במנגנוני החקירה לאכיפת הפשעים הגרעיניים הבינ"ל (בעיקר מדינות מערביות). במדינות שהן פחותת מערביות ודמוקרטיות, דוגמת הסכם השלום בקולומוביה- מו"מ בין הממשלה לבין ארגון המורדים הגדול, כדי לסיים מלחמת אזרחים שנמשכת כבר כ-50 שנים. מנהיגי ארגון המורדים מסכימים לכך שייכנסו לכלא לכ-8 שנים, אפילו אם התנאים טובים הם מודעים לכך שאחרת הם סותרים את ה-ICC. דוגמה נוספת היא קניה שוב- היא לא פרשה מביה"ד, בבחירות שהתקיימו במדינה, שתי הקבוצות שלחמו אחד בשני התאחדו ורצו יחד לנשיאות המדינה כדי להימנע מסנקציות של ה-ICC.

מדינות שלא חברות ב-ICC אך הן מושפעות מקיומו של ביה"ד- ארה"ב וישראל. האמריקאים השתתפו למו"מ על האמנה והסכימו להצטרף רק אם למועצת הביטחון תהיה הסמכות לבטל האשמות לדין. בסוף לא הצטרפו משום שמדינות דמוקרטיות-מערביות אינן מבצעות פשעים גרעיניים בינ"ל, ושהחוקה האמריקאית מחייבת משפט על יד מושבעים, ובנוסף ם יודעים שהם מדינה שמושכת יותר תשומת לב ולכן יהיו נתונים לביקורת קפדנית יותר. בשנות ה-2000 מתחלף קלינטון הדמוקרטי בבוש הרפובלקני ובעקבות פיגוע ה-11 בספטמבר, ארה"ב מתנגדת ל-ICC, מבטלת את חתימתה על אמנת רומא והועבר חוק לפיו ארה"ב יכולה לחלץ כל אזרח אמריקאי המועמד לדין בהאג (יש שק"ד לנשיא ולכן זה לא קורה בפועל). אבל בשקט בשקט ארה"ב מתחילה לשתף פעולה עם ה-ICC (בעשור האחרון) ובפועל ארה"ב מגבירה גם היא את אכיפתה נגד פשעים בינ"ל גרעיניים, ומגבירה את ההעמדה לדין של חיייליה במלחמות אפגניסטאן. הסיבה לכך היא שארה"ב אינה יוצאת למלחמות לבדה, אלא רק יחד עם עוד מדינות, ומשום שמרבית מדינות בעלות בריתה הן חברות ב-ICC, הן לא מוכנות ללחום יחד לצידם אם ארה"ב לא תגביר תמיכתה בביה"ד.

בעייה רביעית- טענות של סלקטיביות וצדק של מנצחים (כמו בנירנברג)- הטיעון הרשמי המוצהר של ה-ICC לפתירת בעיית חוסר השיוויון, א. ביה"ד מיועד להתעסק במקרים שקורים במדינות שהסכימו לסמכות השיפוט שלו- לגבי אזרחים נאשמים, המדינה החליטה עבורם שהסמכות תוחל עליה, ולגבי פשעים המבוצעים בשטח של המדינה, ההנחה היא שאם את מדינה שנלחמת במדינה חברה ב-ICC, את יודעת שיש ל-ICC סמכות לכך. במקרים של מדינות שאינן חברות ומועברת בקשה על יד מועצת הביטחון של האו"ם, אז מרבית מדינות העולם חברות באו"ם וחתמו על אמנה המעניקה סמכות לאו"ם ולכן מועצת הביטחון יכולה להחליט לגביהם. אך זה לא פותר לחלוטין כי- 1. במקרים של פנייה של מועצת הביטחון של האו"ם, כי יש מדינות שכן הופנו כמו לוב, אך סוריה לא מעמידים אותה לדין כי היא חברה של רוסיה, 2. מדינות אפריקה חשות שרוב הביקורת מופנת כלפיהן- לא מוצדק כי יש הרה מאוד מדינות באפריקה, וכן הרבה מהמשטרים הללו אינם מתנהלים כמו שצריך, אך ה-ICC מודע לכך ולכן מינה תובעת ראשית ממדינה אפריקאית. כמו כן, ה-ICC פועל בעניין מדינות שאינן אפריקאיות- עכשיו לגבי המלחמה בין גאורגיה לרוסיה (מרבית התיקים שנפתחו היו נגד מדינות אפריקה).

יחסה של ישראל למשב"ל הפלילי- לאורך השנים, ישראל היתה מהתומכות הגדולות ביותר של המשב"ל הפלילי, תמכה בהקמת טריבונאלי בינ"ל, תמכה באימוץ סמכות אוניברסאלית, וזה בשל העובדה שללא הדין הבינ"ל לא ניתן היה להעמיד לדין את פושעי המלחמה הנאציים. כך למשל כשמתגבר השימוש בסמכות האוניברסאלית, עמדת ישראל היא שזה דבר טוב אך מנוצל באופן פוליטי בהקשרה (באמת נפתחים חקירות והליכים כנגד בכירים ישראליים- בבלגיה, הולנד, ספרד וכו'). כך גם לגבי הקמת טריבונאלים בינ"ל, וישראל השתתפה בדיונים בעניין והיתה מוכנה להצטרף אפילו. מהר מאוד הבינה ישראל שהיא הולכת להיות "מדינה קולטת ברק"- שיתמקדו בה יותר- מכל מיני סיבות, והעיקרי שביניהן (הסיבה העיקרית שישראל לא הצטרפה לאמנת רומא)- הוא הסעיף שקובע שהעברת אוכלוסייה לשטח כבוש היא פשע מלחמה. לישראל יש מספר טענות בהקשר ההתנחלויות- 1. טענה הראשונה הרשמית של מדינת ישראל היא שהשטחים היא שטח כבוש לעניין תקנות האג אך לא לעניין אמנות ז'נבה. (קשה לישראל לטעון שתקנות האג לא יחולו אז הבחינו ביניהן). זאת משום שיש סעיף האוסר סיפוח של שטחים כבושים, וסעיף נוסף האוסר על העברה של אוכלוסיה מקומית לשטח הכבוש (שני אלה הפריעו למדינת ישראל באמנת ז'נבה). 2. אך סעיפים אלה באמנת ז'נבה אינם מוגדרים כהפרה חמורה- ולכן לפי אמנת ז'נבה לא ייחשבו לפשע מלחמה וזה טיעון נוסף של ישראל, שלא יהווה פשע מלחמה (התנחלויות). 3. טענה שלישית- גם אם מהווה פשע מלחמה מנהגי, זה רק בהעברה כפויה של האוכלוסיה, ולא העברה מרצון כפי שמתבצעת בהתנחלויות.

ב-1979 מנוסחים הפרוטוקולים הראשונים של אמנת ז'נבה. אלה מגיבים לטיעונים המשפטיים של מדינת ישראל בכך שניסחו את הסעיפים כך שטענות ישראל לא יהיו רלוונטיות, וקובעים שהאיסור של העברה מהווה הפרה חמורה כך שהעברה תהווה פשע מלחמה, וזה הוביל לכך שישראל לא חתמה על הפרוטוקול הראשון. ישראל טוענת בתגובה ש-1. איננה חתומה, 2. זה לא מנהגי, 3. בז'נבה לא הוגדר כהפרה חמורה, 4. וגם אם כן זה עדיין מדבר על כפייה. באמנת רומא, מגיבים לטענת מדינת ישראל שאיננה מעבירה בכפייה, וקובעים את האיסור כך שמגדיר את פשע המלחמה כחל על העברה של אוכלוסיה לשטח כבוש אם בעקיפין או במישרין- כלומר מדינת ישראל טענה שהמתנחלים רצו בעצמם לעבור. הבעייתיות בניסוח זה היא שזה מעביר אחריות אישית על כל מתנחל שבוחר לגור בשטחים, וזה רוב האנשים מאמינים שלא היה מנהגי ומוסכם על הכל בשנים האלה. סביר שמי שחי שם היום לא יהיו נתונים לסנקציות משום עקרון החומרה, אך מנהיגי ההתיישבות עשויים להיות בסיכון. נראה שמבחינת הטיעון המשפטי, העולם איננו מקבל את עמדת ישראל בעניין ההתנחלויות.

יש מספר התחייבויות של הפלסטינאים- מעמדם הרשמי יקבע בהסכם הקבע- אוסלו היו הסכמי ביניים זמניים, שבסופם יקבעו הסדרים סופיים בעניין מעמדה של הרשות הפלסטינית. ישראל תוכל לטעון כי הפלסטינים התחייבו שלא לשאוף להיות מדינה והפרו את זה, ועוד שמעמד הגבולות וההתנחלויות צריך להיקבע בהסכם קבע ולכן במשתמע הכירו הפלסטינים שמצב ההתנחלות הוא מורכב וצריך להיות מוסדר במו"מ. בנוסף, הרש"פ התחייבה שלא תהיה לה סמכות שיפוט על אזרחים ישראליים. הפרשנות המקובלת היא שהסמכות של ה-ICC הוא האצלה של הסמכות המדינתית, ולכן אם הרש"פ איננה מדינה, אי אפשר להאציל את הסמכות המדינתית שלה כי היא לא קיימת.

7.1.16

**עקרון המשלימות**

עקרון זה הוא כלל הקבוע באמנת רומא המסדיר את הבחירה בין קיום הליכים בביה"ד לבין קיומם ב[שטח]מדינה מעורבת (צד לסכסוך- אזרחות המבצע, או שטח בו התבצע המעשה). לפי כלל זה, ההליך יתנהל בביה"ד כאשר המדינה המעורבת איננה מסוגלת ו/או איננה מעוניינת לנהל הליך ראוי. (בהקשר זה, לאחרונה ניתנה פסיקה ב-ICC לבנו של קדאפי, שקבעה כי עקרון המשלימות יחול גם בתיקים שמקורם בהפנייה של מועהבי"ט. כלומר, המדינה יכלה להגיד שאין סמכות לקיים דיון חיצוני על כך, משום שהמדינה מסוגלת לנהל הליך כזה, אמרו שכן קיימת הסמכות כי בשטח לא הצליחה המדינה לנהל הליך. היה עוד פס"ד שבו נקבע כי ממשלת לוב כן מסוגלת לנהל הליך פלילי).



**עקרון השיוריות**

עקרון זה הוא גישה משפטית בנוגע להיקף הסמכות האוניברסאלית (משקף את אחת העמדות בעניין). לפי עמדה זו, מדינה לא מעורבת רשאית להפעיל סמכות אוניברסאלית רק כאשר המדינות המעורבות אינן מסוגלות או אינן רוצות לנהל הליך הוגן. יש לשים לב כי המגמה במשב"ל היא תמיכה הולכת וגוברת בעקרון השיוריות, ולכן סביר כי יהפוך בעתיד למשפט המנהגי בתחום זה [יש לציין את זה במבחן! לאחר שמתייחסים לשאר הגישות]. הגדרת מדינה מעורבת- מדינת העבריין, הקורבן או הטריטוריה.

שתי נקודות חשובות המבחינות בין עקרון המשלימות לעקרון השיוריות:

1. דין ברור הקבוע באמנה (אין ויכוח לגביו)
2. מסדיר היחסים בין מדינות לבין ה-ICC

ההבדלים בין עקרון המשלימות לעקרון השיוריות:

1. הבדל בדין לפיו מבררים- בעקרון המשלימות זהו דין מוסכם באמנה, ובעקרון השיוריות זה דין שיכול להיות שיסכימו עליו בעתיד- ייתכן כי יהפוך למנהגי.
2. הבדל ביחסים בין הצדדים- בעקרון המשלימות מסדיר היחסים בין המדינות לבין ה-ICC, ואילו בעקרון השיוריות זה בין מדינה מעורבת לבין מדינה שאיננה מעורבת
3. הבדל בהגדרת מדינה מעורבת- בעקרון המשלימות אזרחות המבצע, או שטח בו התבצע המעשה, ובעקרון השיוריות- מדינת העבריין, הקורבן או הטריטוריה.

חזרה לסמכות האוניברסאלית- דיברנו על כך שהיתה מגמה של עלייה בתמיכה בשימוש בסמכות אוניברסאלית. מאותו שלב, הסמכות האוניברסאלית דעכה קצת בכמה שלבים-

1. תביעות המוגשות באירופה כנגד בכירים אמריקאים וסינים. בספרד על בסיס סמכות אוניברסאלית בעניין מעשים שבוצעו ע"י סין בטיבט, לדוג'. האמריקאים והסינים מתנגדים למהלכים על המדינות האירופאיות לשנות את החקיקה בעניין- המאפשרת סמכות אוניברסאלית- מוציאים את הרשות המבצעת- מאפשרים לאדם פרטי להגיש תביעה. בעקבות לחץ זה, בהרבה מדינות באירופה אכן משנים את החוקים הללו. שני אלמנטים מרכזיים- בחלק מהמדינות מוסיפים איזושהי נגיעה של המדינה- לא סמכות אוניברסאלית עד הסוף, וכן בחלק מהמדינות מכניסים שוב את הרשות המבצעת- התובע הכללי, היועמ"ש, וכו' צריכים לאשר את ההליך. יש לשים לב שבאף אחת מהמדינות הללו לא מבטלים לגמרי את הסמכות האוניברסלית- אינדיקציה לכך שמבוסס מעמדו של המשב"ל הפלילי, המדינות הללו לא רצו להיפטר ממנו לגמרי. בנוסף, בפן צופה פני עתיד, האיום בהעמדה לדין באמצעות סמכות אוניברסאלית עדיין קיים ולכן מנהיגי מדינות צריכים לחשוש מאפשרות העמדה לדין בפלטפורמה בינ"ל. [לא היחלשות מוחלטת]

2. פס"ד של ה-ICJ- (עוסק בסכסוכים בין מדינות, ביה"ד הבינ"ל הבכיר בעולם)- נדרש לסמכות האוניברסאלית בסכסוך בין בלגיה לקונגו. בלגיה רואה עצמה כאבירת הסמכות האוניברסאלית, החליטה להעמיד לדין את שר החוץ של קונגו בגין פשעים נגד האנושות, רצח עם... בלגיה מסרה לביה"ד הצהרה (כמו גם עוד 80 מדינות בעולם) המאפשרת לכל מדינה בעולם לתבוע אותה על פשע בינ"ל במסגרת ה-ICJ. קונגו תובעת את בלגיה ב-ICJ וטוענת שתי טענות חלופיות- א. אין במשב"ל סמכות אוניברסאלית, זה לא חלק מהמשט המנהגי, ב. גם אם יש סמכות אוניברסאלית, קיימת חסינות לראשי המדינה במשב"ל. ביה"ד בדעת הרוב אומר כי אין לו להכריע בשאלת הסמכות האוניברסאלית במשב"ל, משום שגם אם יש, קיימת חסינות לראשי מדינה, יחד עם זאת, ביה"ד מסייג קביעה זאת בשני סייגים- א. חסינות זו חלה רק כל עוד האדם נמצא בתפקיד (חלה על נשיא, רה"מ, שהב"ט, מלך, רק תפקידים בכירים). ב. החסינות הזאת כנראה לא חלה מקום בו מעמידים לדין את ראש המדינה בבי"ד בינ"ל, וזאת על סמך שמי שהחליף את היטלר לאחר שהוא התאבד הועמד לדין בנירנברג, וכך גם ביפן- ואמנת רומא קובעת שאין חסינות של ראשי מדינה בבתי דין בינ"ל. האלמנט השני החשוב בפסה"ד, הוא שמרבית שופטי הרוב בהערות אגב, מצננים את הסמכות האוניברסאלית, ואומרים שהיא מסוכנת ועשויה לפגוע באפשרות לקיום יחסים בינ"ל בזירה הבינ"ל- מדינות יתקפו אחת את השנייה (חשש לניצול פוליטי של הסמכות האוניברסאלית). [ישראל- במקביל להליכים בין בלגיה לקונגו, מתנהל הליך של בלגיה כנגד אריאל שרון, אך בעקבות פסיקת ה-ICJ, בלגיה הקפיאה הליך זה, ומודיעה כי תשקול לפתוח אותם מחדש כאשר יסיים את תפקידו כרה"מ- הוא כמובן לא סיים, אלא נפטר תוך כדי ולכן נסגרו ההליכים נגדו].

זה לא שנעלמה התמיכה לחלוטין בסמכות האוניברסאלית, אלא שמתגברת התמיכה בשימוש בעקרון השיוריות. פסה"ד המסמן את תחילת מגמה זו, הוא מספרד ועניינו סאלח שחאדה, בכיר חמאס שבעת שחוסל נהרגו מספר אזרחים. מוגשת בעקבות כך כתבי אישום כנגד בכירים במערכת הביטחון בישראל. ההליכים שמתקיימים במקביל בישראל בעניין קובעת כי צה"ל נהג כראוי. בספרד ביה"ד קבע כי משום שישראל טיפלה כראוי במקרה זה, ראוי שספרד לא תתערב היא- וזה אימוץ עקרון השיוריות. לאחר מכן, ביהמ"ש העליון הספרדי אישר פס"ד זה, והוא אחד מבתי הדין המובילים באירופה, וכל שאר בתי הדין המובילים באירופה, שואבים השראה אחד מהשני, ולכן שאר המדינות הולכות לפי זה גם כן (מקבע את מעמד עקרון השיוריות). אך, כיום עקרון השיוריות עדיין לא מהווה המשפט המנהגי בתחום.

[המצב בישראל- הראשון שקולט שהמציאות בתחום הסמכות האוניברסאלית השתנתה ולכן ישראל צריכה לחשוש ממנה, הוא השופט ברק. כל שנה הוא נוסע לאוניברסיטת ייל בה מתקיימת סדנה מיוחדת, אלה מוזמנים השופטים הנחשבים ביותר בעולם. במסגרת זו, כל שופט מציג את פסקי הדין החשובים ביותר שיצאו מביה"ד שלו באותה שנה. אחת השופטות הציגה את עניין פינושה שדנו בו בבית הלורדים. השופט ברק מבין שדברים מתחילים להשתנות, אחד האינדקציות שלו היה פס"ד העינויים- בתחילה נקבע שניתן להפעיל קצת כוח פיזי, אך לאחר מכן בערכאה הבאה, ברק משנה את דעתו ומתנגד לכך. בשלב הבא, ברמה ההצהרתית ברק מתחיל לדבר במונחים של הפעלת ביקורת מספיק חזקה בבג"ץ כדי להגן על מדינת ישראל כדי שלא יעבירו ביקורת על ישראל מבחוץ. כל זה קורה בערך בשנת 1998. המשמעות של דבריו מקבלים משמעות נוספת עם התחלת אינתיפאדת 2000, מלחמה בה נהרגו אלף ישראלים. בתקופה זו, בג"ץ הפעיל ביקורת שיפוטית רצינית בענייני הביטחון. לאחר מכן הפרקליטות מבינה שהסטטיסטיקה של זכייה בתיקים נחלשת, ולכן משנים את הביקורת שלהם כלפי גופים שונים במדינה ודורשים עוד פרקליטים. לאחר מכן מגיע מבצע עופרת יצוקה- בעקבות זאת- ניתנת ההלחטה בערכאה הראשונה של ביהמ"ש הספרדי- יש סיכון אמיתי בשימוש בסמכות אוניברסאלית כלפי ישראל, ובנוסף יוצא דו"ח גולדסטון. דו"ח זה תקף בחריפות את מערכת המשפט הישראלית, שאיננה אמינה ולא מסוגלת לטפל במקרים, ושהמערכת הצבאית היא הכי גרועה. בנוסף, בדו"ח היתה המלצה לכל מדינות העולם לפתוח בהליכים כנגד ישראל. כבר אז מתחילים להבין שלא מספיק להגביר רק את כמות היוצים המשפטיים בפרקליטות ובפרקליטות הצבאית, אלא יש להגביר גם את האכיפה. לכן, כפי שראינו בסרט, בעופרת יצוקה יש הגברה של האכיפה הפלילית כלפי מעשים המבוצעים בידי חיילים. ישראל מפרסמת סדרה של דו"חות בעניין נתוני התיקים וההליכים המבוצעים על ידה. למרות זאת, דו"ח גולדסטון עדיין היווה ביקורת נוקבת וחזקה על ישראל. בנוסף, בואתו הזמן ניתן פסה"ד של ביהמ"ש העליון הספרדי. אז מצד אחד יש ביקורת כנגד ישראל, אך מנגד עדיין קיימים משפטנים מובילים ברחבי העולם שראו ותמכו במאמציה של ישראל להגברת האכיפה וההעמדות לדין. השופט ברק הוא גם משפטן בכיר מאוד בזירה המשפטית הבינ"ל, והוא זה שהתחיל בהגברת פעולותיה של ישראל בתחום זה. לכן, דו"ח ההמשך הראשון של גולדסטון- מועהבי"ט ממנה ועדת מומחים לעקוב אר המלצות דו"ח גולדסטון- קובע כי הם מודעים לשינויים שעשתה מדינת ישראל, ועל אף הפסיקה של ביהמ"ש העליון הספרדי, אך אלה מתייחסים למערכת המשפט המדינתית הכללית, אך המערכת המשפטית הצבאית היא זו שאיננה פועלת כראוי. בנוסף, גולדסטון עצמו מפרסם טור בו הוא אומר שלאור המידע שהתגבש מאז הדו"ח, ברור לי שלא היתה כוונה לבצע רצח עם, אלא רק אולי פשעים. בנוסף, ישראל כן ניסתה לאכוף בעוד שהחמאס כמובן שלא. וכן, ברור שדו"ח גולדסטון קובע עמדות שאינן מבוססות על ראיות ועובדות קבילות, ולכן לא יכולות לשמש לתביעה פלילית. כשמתפרסם טור זה, ישראל היתה צריכה להשתמש בזה בתביעות עתידיות כנגד ישראל. במקום זאת, ישראל יצאה כנגד גולדסטון וביקשה שיתנצל, ולכן 3 חברי הועדה האחרים מפרסמים טור אחר בו הם תוקפים את גולדסטון ואמרו שאינם מסכימים למה שהוא רשם וכי הדו"ח הוא שמחייב. בשלב זה מגיעה פרשת המשט- ישראל מתחילה להבין את האיום שקיים על ישראל, אך מנגד שימוש באכיפה בתוך המדינה יכול לסייע בעקרונות המשלימות והשיוריות. מה שפוליטי כאן הוא הפרסום של זה- ועדת טירקל מונתה כדי לבדוק את אירועי המשט מבחינה פורמאלית, אך נתנו לה גם לבדוק את ההלימה של מערכת האכיפה בישראל עם דרישות המשב" הפלילי, וממנים שני משקיפים בינ"ל. בו זמנית, יוצא דו"ח המעקב השני לדו"ח גולדסטון, ובראשו יושבת השופטת מקגאוון-דייויס. דו"ח זה השני הוא הרבה יותר מתון ואומר כי הם נודעים למאמציה של ישראל כדי לשפר את מערכת האכיפה המדינתית, אך קובע לישראל צעדים שיש לקחת- 1. יש לשים לב למערכת הצבאית, 2. אכיפה כפי מעשים של השב"כ, 3. לגבי בכירים- שרים- אין מנגנון אכיפה מספק. ישראל מתגאה בכך שגם כנגד בכירים קיים מנגנון אכיפה טוב, כי מקימים ועדות חקירה. אך, באותן השנים יוצאים סדרת פס"דים המחלישים את כוחן של ועדות החקירה. עד אז העמדה היתה שהממשלה חייבת לאמץ את המלצות הועדות הללו, ואם לא תאמץ, זה לא סביר מצידה. אך אז יוצאים הפס"דים המעניקים שק"ד רחב יותר למדינה באימוץ המלצות ועדות אלה. אז זה שדו"ח המעקב השני תוקף מנגנון זה, ביהמ"ש העליון בישראל מבין כי כנראה שבמקרים של עבירות בלחימה, תהיה חובה על הממשלה לאמץ את המלצות ועדות החקירה, ועמדה זו מקבלת תמיכה בדו"ח ועדת טירקל. לאחר מכן מתפרסם דו"ח טירקל 2 (הראשון היה על המשט), שהחשובים בו הם כי א. המחברים והיוזמים של הדו"ח משתנים בין הראשון לשני- המשקיפים השתנו, מי שמינו בתור מחליף היה היועץ לענייני דיני לחימה של התובע ב-ICC, בברכתו של התובע ב-ICC. זאת על אף שישראל איננה חברה, אך היא מעוניינת לשפר את מנגנוני האכיפה שלה. בעולם היו יוצאים על כך שאין לסייע לישראל, ובישראל היו יוצאים על זה שמשתפים פעולה עם ה-ICC, ולכן עשו זאת בשקט. הדו"ח קובע שככלל מערכת האכיפה של ישראל עומדת בסטנדרטים הבינ"ל, אך קבעו גם המלצות לדברים שיש לשפר אותם- 18 המלצות שונות לרפורמות. לכאורה קיימת סתירה- תמיכה במדיניות ישראל אך ביקורת עליה. ניתן לפרש סתירה זו בשני מובנים- 1. קיימים קשיים של חקירה, ולכן תמיד צריך להתקדם ולשנות את המערכת המשפט- "כדי לעמוד במקום צריך לרוץ". 2. לראות בקביעות של דו"ח טירקל, סוג של עסקת חבילה בין ישראל ל-ICC ולעולם- אנחנו לא נתעסק אתכם לגבי מעשיכם בעבר, אם אתם תעשו רפורמה רצינית בעיסוק במעשים עתידיים. בחודשים האחרונים ישראל ממנה ועדה נוספת לבחינת יישום המלצות ועדה זו- ועדת צ'חנובר, שהגישה המלצותיה לאחרונה, בה הם ממליצים לאמץ את המלצות השיפור. בינתיים מתרחש מבצע צוק איתן, שהיה גדול ורציני בהרבה מעופרת יצוקה. ישראל לא מפנימה את היקף הנזק בצד הפלסטיני, נזק פיזי, פצועים והרוגים, בתוך חודשיים. חשוב להבין זאת מהבחינה שכל אינטראקציה בין ישראל לפלסטינים, זה משפיע על ההסתכלות של הצד השני על הסיטואציה, זה משפיע על נקודת המבט החיצונית של העולם כולו, ובנוסף, בנקודת המבט הפנימית של ישראל, אנחנו נפתח "תודעת מצור"- פחות רגישות לצד השני וראייה פסימית יותר את מה שקורה לצד שלנו. ישראל לא תוכל להבין את עמדת העולם אם לא תסתכל על כך בעמדה אובייקטיבית. לאחר מכן, השופטת מקגאוון-דייויס, שהיתה בעלת העמדה המתונה ביותר בתחילה, מתפרסם הדו"ח הבא שלה, יחד עם דו"ח נוסף שהתפרסם. על לישראל היה לפרסם דו"ח אחרי דו"ח כדי למתן את הביקורת עליה, במקום בו זמנית- אך ישראל לא עושה זאת כי נמאס לה מהביקורת הבינ"ל. ישראל עדיין מותקפת על מדיניות האכיפה, כאשר עדיין לא אומצו ההמלצות הראשונות של הדו"ח הראשון של מקגאוון-דיוויס. (בדו"ח מקגאוון-דייויס השני נכתב- "אנחנו מעודדים את מאמציה של ישראל לתקן את מדיניות האכיפה הידועה לשמצה שלה").]

14.1.16

בשיעורים הקודמים דיברנו על כך שחלק נכבד מההיסטוריה של המשב"ל הפלילי במאה השנה האחרונות הן ניסיונות למצוא דרכים מחוץ למדינה לאכוף את המשב"ל הפלילי, כי המדינה איננה עושה את העבודה בעצמה. עובדה זו שהמדינה איננה פועלת כמו שצריך, היא סימפטום אחד של מאפיין רחב יותר של המשב"ל הפלילי, שככלל מדובר בפשיעה ארגונית.

**פשיעה ארגונית-**

1. הרבה פעמים המנגנון המדינתי הוא שמארגן, יוזם ומעודד את הפשיעה, ובחלק מהעבירות המדינה היא אורגן בביצוע.

2. גם כאשר מדובר בפשעים יחידניים- כגון שנעשו ע"י חייל בודד, יש לזכור כי בד"כ מי שמבצע פשעים אלה הם לוחמים, ואלה לא היו נמצאים בסיטואציה זו בה הם מתפתים לבצע את הפשע, לולא המדינה היתה שולחת אותם. משמעות הדבר היא כי ההסתברות שיקרו מעשים כגון אלה תלויה ביחסם של מנגנוני המדינה אליהם- אדישים, עוצמים עיניים, מנסה למנוע אותם, וכו'.

העובדה שמדובר בפשיעה ארגונית יוצרת שתי בעיות:

1. פרקטית- העובדה שפשע זה מבוצע כחלק מארגון משמעה שככלל, הנזק הפוטנציאלי גדול יותר. זהו לא מבצע בודד, ולכן האינטרס הציבורי בניסיון למנוע עבירות מסוג זה הוא גדול יותר.
2. קשה מאוד למתוח את הקו הפלילי באופן מדויק- מיהו המבצע- בגלל שמדובר בפעילות רחבת היקף, אנו נוטים להרחיב את רשת האחריות הפלילית על מנת לתפוס את כל המעורבים. דוגמה- הנאצים- כל אחד היווה רכיב קטן במכונת ההשמדה, ואנו נרצה להפליל כל אחד שהיווה חלק מפשע רצח העם.

את הרצון הזה בהתמודדות עם פשיעה רחבה ראינו בהגדרת היסוד הנפשי והעובדתי בפשעים נגד האנושות ורצח עם. השפעה של זה נראה גם בצדדים לעבירה. יחד עם זאת, יש לזכור כי ישנם גם שיקולי נגד-

1. הרחבת מעגל האחריות הפלילית תגרום לכך שהיא תלכוד אנשים זוטרים או שמידת האחריות שלהם במעשה היא מאוד קטנה. יתרה מכך, כאשר מדובר במדינה בשונה מארגון פשע, לא כל הדברים שהיא מבצעת הם רעים. גם המדינה הנוראית ביותר עושה דברים חיוביים. כאשר הקו בין המעשה החיובי לשלילי הוא לא תמיד ברור. דוגמה- ברצח עם קיים איסור מיוחד על הסתה לרצח עם. בגרמניה הנאצית, הספר MEIN KAMPF היה בתוכנית הלימודים, האם על כך ניתן להעמיד לדין את כל המורים בגין הסתה לביצוע רצח עם?

2. הגדרות רחבות של האחריות הפלילית הינן בעייתיות גם כלפי בכירים- במדינה בה המעשים אינם מבוצעים עקב פקודה מלמעלה, אלא נעשים בשטח, מהי מידת ההחמרה שניתן לדרוש מההנהגה הבכירה להשגיח שלא יבוצעו פשעים חמורים? המדינה אמורה לנהל את הלחימה, אין להם את כל הזמן להשקיע באכיפת הדין, וזה תלוי בחלוקת המשאבים שיש. זה רלוונטי גם לסיטואציה של לחימה יחד עם בן ברית- חלק נכבד מהמלחמות בעידן המודרני מנוהלות עם בני ברית. אם למדינה יש בן ברית שמבצע מעשי זוועה, מהי מידת האחריות של השלטון במדינה האחת להשגיח ולמנוע מעשים חמורים מצד שלטון המדינה השנייה.

את המתח בין השיקולים בעד ונגד, ראינו בהגדרת היסוד הנפשי והעובדתי בפשעים נגד האנושות ורצח עם. היום נדבר על זה בהקשר צדדים לעבירה-

**צדדים לעבירה-**

* **משדל**
* **מבצע (ומבצע בצוותא)**
* וכאשר אנו עוסקים בסיטואציות צבאיות, ישנו עוד צד- **הפוקד**

מי שנותן את הפקודה, אנחנו לא רואים בו משדל, אלא מבצע עיקרי. במרבית מערכות המשפט, חוץ מגרמניה, ובישראל מתוקף פס"ד ראובן, נקבע כי הפוקד הוא סוג של מבצע עיקרי. פוקד אינו מספיק לנו, משום ש- הרבה פעמים גם אם ניתנה פקודה, קשה להוכיח זאת כי ברוב המקרים ניתנת בע"פ. בנוסף, אם מפקד רוצה שמעשי זוועה יבוצעו, לא צריך לתת פקודה, כי מבחינה סטטיסטית סביר שזה יקרה בעת מלחמה, כל מה שעל המפקד לעשות זה להעלים עיניים מהמקרה שקרה. לכן פותחה דוקטרינה נוספת הנקראת **דוקטרינת אחריות מפקדים**- לפי הנרטיב המקובל, דוקטרינה זו פותחה בפס"ד אמריקאי לאחר מלחמת העולם השנייה שעסק במפקד היפני בפיליפינים, בשם ימשיטה. חייליו של גנרל זה מבצעים מעשי זוועה באיים שבהם נלחמים ומעמידים את ימשיטה בגין אחריות על משעשים אלה. הוא טוען להגנתו שלא ידע כי פקודיו מבצעים מעשים אלה, ובנוסף הוא לא יכול היה למנוע. זאת משום שלא היה בקשר עם פקודיו במרבית הזמן, משום שארה"ב שיבשה את קווי התקשורת שבהם השתמשו. טיעון זה לא מתקבל, ולפי הפרשנות המקובלת (ולדעת המרצה- שגוייה) מאומץ כלל של אחריות קפידה- משמעה- מפד אחראי על המעשים שביצעו חייליו, אלא אם הוא נקט בכל האמצעים כדי למנוע אותם. העונש האפשרי במדינת ישראל על אחריות קפידה הוא מאוד נמוך, אך ימשיטה מקבל עונש מוות על כך. ההלכה של ימשיטה איננה מקובלת כיום, אלא הוגדר כלל משפטי חדש בסעיף 28 לאמנת רומא. [לפי המרצה- הפרשנות של הפס"ד לא נכונה, ולא האמינו לו שמעשי הזוועה בוצעו לאורך תקופה ארוכה כל כך מבלי שידע על כך, אך היה קשה להוכיח זאת].

הכלל המקובל כיום שמשתקף בסעיף 28 לאמנת רומא, הקובע כי- מפקד יהיה אחראי ויימצא אשם בגין פשעים שביצעו פקודיו,

1. אם היה לו פיקוד אפקטיבי ושליטה,
2. ידע או היה צריך לדעת שחייליו מבצעים פשעים (אם מדובר בממונה אזרחי- אז הכלל הוא ידע או עצם עיניים, כי היה צריך לדעת הוא מבחן הסבירות- לכן מחמירים יותר עם מפקד צבאי),
3. כשל מלקחת את כל האמצעים הנדרשים והסבירים כדי למנוע את העבירה, או להעניש או להפנות ליחידות החוקרות- תלוי בסמכויותיו הספציפיות ובמתי הוא גילה אודות המעשים.

הכלל המשפטי הזה הוא מצר יותר מהכלל של ימשיטה, אך אינו מובן מאליו משום שבמערכות משפט רבות בעולם קיים כלל הקובע כי "אין עונשין ענישה חמורה ללא אשם". הבסיס להרשעה כאן הוא רשלנות, האם זה מאפשר לקבוע דוקטרינה משפטית להטיל עונש של מאסר עולם? גרמניה למשל בעת אימוץ אמנת רומא, חורגת מכללי האמנה וקובעת כי אם מדובר רק ברשלנות ולא בידיעה, העונש המקסימאלי הוא 5 שנים. מדינות אחרות אימצו את הכלל. אין כיום בחוק הישראלי חוק של אחריות מפקדים, אולם ועדת טירקל המליצה לאמץ כלל כזה כדי שנעמוד בסטנדרטים הבינ"ל, אך לא התייחסה לעניין העונש המקסימאלי.

שאלה אחרת הקשורה לפרשנות כלל זה, היא מהי הגדרת מפקד?

1. להסתמך על כלל DE JURE משמע, לדוגמא, מי שרוצה לדעת מיהו מפקד, צריך לפנות לסעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי- "כל הגבוה בדרגה, ואף מי שאינו גבוה בדרגה אך רשאי לתת פקודות"- מכאן, שרב"ט מסוים הוא מפקדם של כל הטוראים בצה"ל, לרבות אלה ביחידות אחרות, ולכן אם הוא באופן סביר היה יכול לדעת על מעשיהם של חיילים אחרים ולנסות למנוע מהם ביצוע המעשה.
2. הקושי הנוסף במבחן זה שלא ניתן להתמודד במצב בו מדובר בארגון גרילה, שלו אין חוקים פורמאליים הקובעות את ההיררכיה והנורמות של אותו ארגון.

לכן, המבחן שנקבע הוא פיקוד דה פקטו DE FACTO- בפועל. עולה השאלה עדיין מהי רמת השליטה אותה נדרוש בדה פקטו- שתי גישות:

1. דעת מיעוט- דורשת שליטה כללית- אתה מממן אותם, מאמן ובד"כ מקשיבים לך.
2. העמדה המקובלת- שליטה אפקטיבית, חזקה, והכוונה יהא לכך שיש שליטה חזקה מאוד שבד"כ תתבטא ביכולות להעניש אם לא נשמעים להוראותיך.

דבר נוסף המיוחד באחריות מפקדים, אם הוא לא מונע, מותחים אחורנית בזמן את קו האחריות, עד לפשע הראשון שבוצע על ידי הפקודים שלו, על מנת ליצור הרתעה. כי ההנחה היא שהמעשים האלה ממשיכים וצוברים תאוצה במעין תהליך, ולכן חוזרים למעשה הראשון.

התפתחה דוקטרינה נוספת שמתמודדת עם המצבים בהם אין שליטה אפקטיבית חזקה-

**דוקטרינת ה-JCE Joint Criminal Enterprise**

דוקטרינה זו באה לעולם בפס"ד טאדיץ' שבפס"ד זה נקבע שהדוקטרינה הזו היא כבר חלק מהמשפט המנהגי. ביהמ"ש בעניין זה (ה-ICTY ) מתמקד בפסיקה בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה ואומר שהוא מבחין בניסיונות שונים להתמודד עם העובדה שהמשב"ל הפלילי עוסק בפשיעה ארגונית, ומתוך ניסיונות אלה ניתן לומר שהתגבש כלל מנהגי והוא דוקטרינת ה-JCE. ברגע שביהמ"ש קובע זאת, קהילת המשב"ל הפלילי שמחה על כך והדוקטרינה מאומצת מיד על ידי ה-ICTR, בסיירה לאון ולאחר מכן לתוך אמנת רומא. היחידים שלא מתלהבים הם השמרנים מקמבודיה, שבאים ואומרים שנכון לשנת 1975, JCE לא היה חלק מהמשפט המנהגי. טאדיץ' בשנים אלה בעיקר הסתמך על פסיקה משנות ה-40, ולכן הם סותרים את הבסיס שביה"ד הסתמך עליו. JCE מקובל כיום כחלק מהמשפט המנהגי משום שהתקבל בהסכמה רחבה.

JCE- מורכבת מסדרה של שלוש דוקטרינות- ראשונה, שנייה ושלישית. לא נדון בשנייה, נציין את הראשונה, ונרחיב על השלישית.

ראשונה- אם לקבוצה יש תוכנית משותפת לביצוע פשע בינ"ל, כל חבר בקבוצה יהיה אשם בפשע הבינ"ל, ללא כל קשר לעובדה שלא ביצע את כל רכיבי המעשה, אלא די שביצע אלמנט מסוים מרכיבי העבירה. [כמו מבצע בצוותא]

שלישית- אם בוצעו פשעים בקרב חברי הקבוצה, בניגוד לתוכנית המקורית של הקבוצה (המרצה לא אמר אם התוכנית צריכה להיות פלילית או לא- ישנם חילוקי דעות בעניין זה)- תוטל אחריות גם על אדם שלא נטל חלק בביצוע אותם פשעים, אבל היה חבר בקבוצה (המרצה לא אמר מהו היסוד הנפשי הנדרש להרשעה, כי שוב ישנם חילוקי דעות על כך). כלל זה מאוד דומה לכלל בדין הישראלי בחוק העונשין בסעיף 34א(א) העוסק במקרים בהם התוכנית היתה למשהו מסויים אבל תוך כדי אחד המבצעים ביצע משהו שלא בתוכנית (שוד בנק שהשתבש, וכו').

המחשבה שכאשר קבעו כלל זה חשבו על סיטואציות כמו אייכמן, שישב בעיירה קטנה ושלח מברקים עם תוכניות להשמדה והן מבוצעות במקום אחר, שהרבה פעמים מבוצעות בדרך שונה ממה שהוא רשם. להגדיר את אייכמן כמסייע או משדל לא נכון, כי הוא סוג של מבצע עיקרי, מנצח עליה. כך גם ברואנדה וביוגוסלביה, מעודדים הריגה, והשלטון לא מתערב אך מאפשר הריגה זאת וגישה לנשק. קשה לא לתת לאנשים מסוג זה אחריות רבה יותר על המעשים שהם גרמו להם.

לאור מטרה זו שה-JCE מנסה להשיג, יש הרחבה באחריות הפלילית, למשל ניתנת פסיקה על ידי ה-ICTY וה- ICTR שקובעת שלא צריך שהתוכנית המקורית של הקבוצה תהיה פלילית. כי בד"כ קבוצת לוחמים המטרה שלהם המקורית היא להילחם. די בכך שמתפתחים אלמנטים פליליים במהלך ביצוע התוכנית. לגבי היסוד הנפשי, יש פסיקות שקובעות שדי בכך שהאדם מודע לכך שקיימת פעילות פלילית בקבוצה- הוא צריך להתכוון לקדם את האלמנטים הפליליים של פעילות הקבוצה. בנוסף, יש פסיקה הקובעת כי לא צריך שהתרומה של האדם לקידום התוכנית הפלילית תהיה משמעותית, ולא צריך שהתרומה שלו עצמו תהיה במעשה פלילי. אם נביא לדוגמה את אייכמן, אנו מחפשים את ההקלות האלה כדי שהבכירים לא יצליחו לחמוק מאחריות רק משום שלא נמצאים בשרשרת הפיקוד הישירה.

בעייתיות- כשהנמיכו את הרף באחריות הפלילית, חשבו על הבכירים שביכולתם למנוע ביצוע מעשים אלה. הבעייה היא שהכללים האלה במשותף יוצרים מצב שבו כמעט כל חייל בצבא בו מבוצעים פשעי מלחמה, עשוי להיות אחראי למעשים אלה. יתרה מכך, הדוקטרינה הזאת יוצרת קושי גדול בסיטואציות של לוחמה משותפת בין בני ברית (בעיקר), כי יהיה שיגידו שאנו דורשים יותר מדי מהצד השני, ויהיו שיגידו שצריך לעשות הכל כדי למנוע ביצוע מעשים מסוג זה, ואם זה לא ניתן, אז אסור לו להילחם יחד עם מדינה זו.

בעקבות הביקורת על כך שפסיקות אלה קבעו כלל מרחיב מדי, בשנים האחרונות יש פסיקות מסויימות שמצמצמות את הדרישות. הפס"ד המשמעותי הראשון הוא הפס"ד הראשון של ה-ICC. כולם ציפו שה-ICC ירחיב את דוקטרינה השלישית משום שמופיעה ממש באמנה. יחד עם זאת, בפס"ד דיילו קבעו שכדי שתוטל אחריות על מישהו בהתאם לדוקטרינת ה-JCE, צריך שתרומתו לתוכנית המשותפת של הקבוצה (לאו דווקא פלילית) תהיה משמעותית, ולכן בד"כ תחול רק על בכירים. בנוסף, נאמר בפס"ד זה שלא צריך שהתוכנית תהיה פלילית, יחד עם זאת, צריך שביצוע מעשים פליליים יהיה ברמה הסתברותית גבוהה תוצאה טבעית של התוכנית, ושהנאשם יהיה מודע לכך שזו תוצאה טבעית של התוכנית. במקרה זה של פסק הדין, המנהיג היה שותף ללחימה יחד עם מליציות נוספות, וסיפק להם לוגיסטיקה שתאפשר להם לגייס לוחמים. התוכנית המשותפת בהקשר זה היא גיוס לוחמים- לא פלילית. אך באפריקה בהקשר זה, ניתן לצפות בהסתברות גבוהה שזה יכלול גיוס ילדים, שמהווה פשע מלחמה. הטענה כנגד דיילו היתה כי יכול היה לצפות זאת בהסתברות גבוהה ולא עשה כלום למנוע זאת. צמצום נוסף היה ב-ICTY בפס"ד מ-2013 סטניסיק (בערכאה ראשונה) שעסק בראשי שירותי הביטחון בסרביה שהם אימנו וממימנו את המליציה הסרבית בבוסניה. הם ידעו שהמליציות הללו מבצעות פשע נגד האנושות בדרך של גירוש אלים, אך ממשיכים לממן זאת. ה-ICTY מזכה אותם, משום שקבע שלא היתה להם כוונה לקדם את תוכנית הגירוש. כלומר, צריך גם מודעות וגם כוונה, וכן תרומה לאלמנט הפלילי בתוכנית.

[יש שלוש גישות לגבי ה-JCE- 1. גישת הפסיקות המוקדמות של ה-ICTY, 2. גישת ביניים- דיילו של ה-ICC, 3. גישת הפסיקה העכשווית של ה-ICTY- 4. גישת קמבודיה שזה לא חלק מהמשפט המנהגי- גישת מיעוט]

לגבי פס"ד סטניסיק מוגש ערעור שהקביעה בו ניתנה ב-15 לדצמבר 2015. נקבע לגביו לעניין הסיוע—

**סיוע**

כל העמדות מסכימות שה-MENS REA צריך להיות מודעות. בסיוע מתנהל ויכוח רציני בין שתי עמדות על ה-ACTUS REUS- האם היסוד העובדתי יש להוכיח:

א. סיוע באופן כללי ושזה מספיק, או שצריך להוכיח

ב. שהיתה הכוונה (יסוד עובדתי, התנהגות) לפעילות הפלילית

הויכוח הזה הופך להיות מאוד אישי ב-ICTY ולכן ידעו שיש להכריע בכך בסטניסיק משום שזה היה אחד מפסקי הדין האחרונים של ביה"ד. מבחינת ה-ICTY הכריעו בדעת הרוב כי אין צריך בהכוונה ספציפית/מיוחדת, ודעת מיעוט אומרים שצריך. בסטניסיק נהפכת החלטת הערכאה מ-2013.

**הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה** (המרצה כתב על כך דוקטורט)

במשב"ל הפלילי קיים קונצנזוס שהכלל המשפטי בנושא הוא בטוח לא הגנה מוחלטת. הגנה מוחלטת- חייל תמיד יהיה זכאי אם יוכיח כי ביצע את הפשע עקב ציות לפקודה. לפני מלחמת העולם השנייה היו עמדות לפיהן זה היה הכלל. יש ויכוח לגבי מהו הכלל בין 3 עמדות-

1. אחריות מוחלטת- עמדה זו אומרת שציות לפקודה איננה מעניינת, אתה אשם, אך יכול להוות שיקול להקלה בעונש. הרציונאל מאחורי זה- שיקול הרתעתי ואכיפתי- בפועל החייל הוא שביצע את המעשה, ולכן שוט יותר להוכיח את אחריותו ואת ביצוע המעשה. ויכול להיות שחיילים אלה יביאו ראיות נוספות כנגד מפקדיהם הבכירים. שיקול מוסרי- מדובר במעשי זוועה, ולכן חזקה על אנשים שהם מודעים לכך שהם מבצעים מעשים נוראיים.
2. ידע או היה צריך לדעת- אם החייל ידע או היה צריך לדעת שמדובר בפקודה לביצוע מעשה פלילי, הוא יהיה אשם. גישה זו במשתמע מניחה שיהיו פשעי מלחמה שחייל לא יהיה מסוגל לזהות את אי-חוקיותן.- מבחן הסבירות. הביקורות כנגד גישה זו א. מבחן הסבירות הוא עמום שעשוי ליצור חוסר אחידות בפסיקה. ב. לחיילים יש נטייה פסיכולוגית לציית- בוצעו מחקרים על כך. בעקבות זאת, יש תמיכה בגישה שלישית-
3. גישת הדגל השחור/החומרה המוסרית- לפיה חייל יהיה זכאי כל עוד לא מדובר בפקודה המורה לבצע מעשה חסר מוסריות באופן חמור. היתרון בגישה זו הוא שלכאורה מצמצם רק למקרים ברורים, ומתחשב בחייל וקובע כלל מצמצם יותר. הביקורות על גישה זו הינה כי- אץ בפועל תגרום לכך שיבוצעו מעשים נוראיים, כי רוב האנשים מניחים שהם לא רעים וכך גם החברים שלהם, ולכן מניחים שהפקודות שינתנו להם הן לא נוראות, גם אם הן באמת כך. ב. מוסר מהווה גם כן עניין שנוי במחלוקת ולא ברור, כי לכל אחד יש את סט הערכים האישי שלו ויפרש מעשים חמורים בדרכים שונות.

המרצה לא משתמש במונח "בלתי חוקי בעליל" כי בארץ יש הנחה שגוייה שמדובר בדגל שחור, אך לפי המרצה ניתן לפרש כידע או היה צריך לדעת או כמעשה של חוסר מוסריות.

לפי החוקות של ה-ICTY, ה-ICTR, נירנברג וטוקיו נקבע שציות לפקודה לא יהווה צידוק להגנה- אימצו את גישת האחריות המוחלטת. באמנת רומא נקבי כי יהיה אשם אם ציית לפקודה אם ידע שהיא בלתי חוקית או שהפקודה עצמה היא בלתי חוקית בעליל- משאיר מקום לפרשנות 1. מרבית האנשים מפרשים את המבחן הקבוע באמנת רומא כידע או היה צריך לדעת. 2. יש אנשים שאומרים שממילא הכל חמור מוסרית, ולכן אף פעם אל תהיה הגנה (אמנת רומא קובעת שהיא מתעסקת רק במקרים החמורים ביותר, ולכן לא יהיה מקרה בו תהיה לו הצדקה)- לכן זהו תאורטי, לא יהיה מקרה בו חייל יהיה זכאי, ולכן יש רק את האחריות המוחלטת. 3. ויש שמפרשים סעיף זה כשילוב של מבחן הידיעה ודגל שחור- לא הולכים לפי האדם הסביר אלא רק בוחנים את החייל הספציפי מבחינה מוסרית.

21.1.16

הגנת הצידוק בציות לפקודה- עוסקת בסיטואציה בה חייל מקבל פקודה לבצע פשע גרעיני בינ"ל והשאלה יהא האם הוא יורשע בגין ביצוע עבירה זו. לפי גישה אחת, תמיד יורשע- גישת האחריות המוחלטת. אם נתחשב בכך שציית לפקודה, יכנס בשלב השיקולים לעונש- זה נובע מעקרון שלטון החוק- אי ידיעת החוק איננה פוטרת, ולכן אנו מעוניינים בעבירות חמורות מעין אלה שאנשים ידעו. גישה שנייה (כבר לא מצדדים בה)- גישת ההגנה המוחלטת- "ישיב המפקד"- לפיה החייל זוכה להגנה מוחלטת, משו שעשה זאת בעקבות ציות לפקודה. הרציונל בכך הוא שמירה על המשמעת הצבאית והמצב הקשה בו נתון החייל- מפחד ממפקדו או סומך עליו. בין שתי גישות הקצה האלה, קיימות גישות ביניים. הרה פעמים השם הכלל לכל הגישות הן "גישת הפקודה הבלתי חוקית בעליל"- זהו סל של גישות ולא אחת. מהן גישות הביניים האלה- מציאת איזון בין השיקולים השונים להענקת הגנה לחייל או הרשעתו. האמצע הוא כי החייל יזכה להגנה בסיטואציות מסויימות, לפי מבחן ה"בעליל" (לכאורה)-

לישראלי הממוצע יש נטייה לחשוב שפקודה בלתי חוקית בעליל היא "דגל שחור". לפי המרצה זהו לא נכון או מדויק בהקשר הדין הישראלי והמשב"ל. בהקשר הישראלי, יש ארבע פרשנויות שונות למונח "בעליל" (נעבור רק על 2 שהן הרלוונטיות למשב"ל הפלילי)

שתי הגישות המרכזיות הן-

* 1. ידע או היה צריך לדעת- (ידיעת ה"בכוח" או "בפועל") מבחן הסבירות. לפי גישה זו, חייל לא יזכה להגנה באחת משתי סיטואציות- אם ידע שהפקודה איננה חוקית, או שלא ידע אבל חייל סביר בנעליו היה יודע שהפקודה בלתי-חוקית. בהקשר זה, יש מקורות שאומרים שזו הגישה הנכונה, אך גם גישות לפיהן הכלל הוא בלתי חוקי בעליל אך הפירוש שהם נותנים לו הוא "ידע או היה צריך לדעת". גישה זו לפי המרצה היא איומה. זאת, משום שמבחן הסבירות נתון לפרשנות שונה, וכן חייל איננו תמיד יודע, אך רק חושד שזה לא נכון. אז מה החייל הזה עושה עם חשדו?

בנוסף, ישנן פקודות מסוימות שהיינו רוצים שחייל יציית להן אף שאינן חוקיות ואף שיודע שאינן חוקיות, כי הנזק למשמעת בכך שלא יציית הוא חמור מדי. אנו רוצים שתהיה משמעת ככלל.

* 1. גישת החומרה המוסרית-מפרשת את מבחן ה"בעליל" כמבחן של חומרה מוסרית גדולה- דגל השחור. חייל לא יזכה להגנה אם הפקודה לא רק שאיננה חוקית אלא גם בלתי מוסרית באופן חמור (תנאים מצטברים). הגישה הזו גם היא נוראית על פי המרצה. הסיבות לכך- בארץ בגלל שגישה זו פופולרית מאוד, גורמים שונים מנצלים אותה מבחינה פוליטית, בכך שהם מוותרים על השלב הראשון בבחינה- החוקיות- בכך שהם מנסים לגרום אנשים לא לבצע פעולות שאינם מתאימים להם מבחינה פוליטית. (משמאל לא לשרת ביו"ש, מימין לא לפנות התנחלויות משום בלתי חוקיותן. לפי המרצה אלה בכלל לא בלתי חוקיות ולכן זהו ניצול פוליטי לרעה, והוא עובד טוב בהשפעתו על הציבור בישראל). בעיה נוספת- רוב האנשים בממוצע חושבים שהם מעל לממוצע ולכן מניחים שהם טובים ומוסריים ואילו אחרים לא, אך חבריהם כן .ולכן גם כשמקבלים פקודות נוראיות שעל בטוח הן בלתי חוקיים בעליל, הרב המהם מצייתים כי הם לא מאמינים שהם יהיו נתונים בסיטואציה בה יבקשו מהם לבצע פשע בלתי חוקי בעליל. לכן, כלל זה לא יצליח למנוע את המקרים החמורים. (תשובת המרצה היא שאין כלל שהוא כן טוב...)

לפי המרצה אין עקביות בפסיקה, ולכן חייל סבור שעליו לפעול לפי כלל מסוים אבל ביהמ"ש עשוי לשפוט אותו לפי כלל אחר

כולם מסכימים שהמשב"ל הפלילי אחרי מלחמת העולם השנייה דחה את גישת ישיב המפקד, ולכן כבר איננו חלק מהמשב"ל המנהגי. קיימים חילוקי דעות על מה כן נכנס למשב"ל המנהגי- העמדות שונות בעניין-

1. המשפט המנהגי הוא גישת האחריות המולטת- מקסימום לשיקול העונש. גישה זו נסמכת על הצ'רטר של לונדון, טוקיו וה- ICTY ו- ICTRבהם קבוע כלל זה.
2. גישה שנייה אומרת שברור שהכלל של המשפט המנהגי הוא כלל ה"ידע או היה צריך לדעת". גישה זו נסמכת על פסקי הדין שבאו לאחר מלחמת העולם שיישמו כלל זה (אף שלא היה עקביים והשתמשו בגישות ובמבחנים שונים, ולא רק בזה, לא גם ב"בלתי חוקי בעליל").
3. גישה שלישית- המשפט המנהגי אימץ את גישת החומרה המוסרית- גישה זו נסמכת על פס"דים מסוימים לאחר מלחמת העולם השנייה שיישמו גישה זו, וכן על פס"דים שהשתמשו במונח הכולל פקודה בלתי חוקית בעליל- manifestly unlawful.

מה קורה עם אמנת רומא- בשונה מצ'רטרים קודמים של טריבונלים בינ"ל, אימצה כלל של הגנה. (הפתיעה את כולם בכך) סע' 33 לאמנת רומא קובע משהו מבלבל קצת- חייל לא יזכה בהגנה באחת משתי סיטואציות- 1. אם ידע שהפקודה איננה חוקית, 2. אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. אמרנו על המילה "בעליל" שהיא ריקה וניתן למלא אותה בכל תוכן שניתן. לכן אלה התומכים בגישת ה"ידע או היה צריך לדעת" מפרשים סעיף זה כך, ואחרים יוצרים שילוב בין שתי הגישות ואומרים כי אם הוא ידע, הוא יורשע, ואם לא ידע, יש להכריע לפי מבחן החומרה המוסרית.

יש בנוסף מחנה שלישי שעושה אחד משניים- או שאמנת רומא היה הפרה של המשפט המנהגי, אך זהו טיעון פחות משכנע כיום. או שהם אומרים שהסעיף הספציפי הוא סוג של אות מתה, כי ממילא לדעתם, כמעט כל הפשעים הבינ"ל הגרעיניים הם מאוד חמורים, ולכן אף פעם בן אדם לא יוכל לצאת זכאי לפי סעיף 33, ולכן בפועל הגישה שנותרה במשב"ל הפלילית המנהגית היא אחריות מוחלטת.