אוניברסיטת בר אילן- הפקולטה למשפטים

# 99-563-02 משפט פלילי בינ"ל - תשע"ה

מרצה: דר' זיו בורר

**מבחן מועד א'**

* משך הבחינה שלוש שעות.
* הבחינה היא בחומר סגור.
* יש לענות על כל השאלות.
* קראו את השאלות בקפידה ותכננו את חלוקת הזמן העומד לרשותכם באופן מושכל.
* הקפידו על ניסוח בהיר ומדויק ועל כתב ברור וקריא.
* הימנעו מלהוסיף פרטים שאינם רלוונטיים לעניין הנדון בשאלה-תוספת כזו עלולה להוריד ניקוד.

**אין לחרוג ממגבלת המקום שנקבעה עבור כל שאלה!**

**בהצלחה!**

**חלק א (25 נקודות) – אנא השיבו על אחת משתי השאלות הבאות (מגבלת מקום – 16 שורות)**

1. **האם נכונה האמירה (הנפוצה בשיח הישראלי) על פיה רק בנוגע למעשיה של מדינת ישראל קיימת בעשורים האחרונים התגברות באכיפת המשב"ל הפלילי?**

אמירה הזו אינה נכונה. המשב"ל הפלילי החל לפרוח עם תום המלחמה הקרה. פריחה זו באה לכדי ביטוי, בין השאר, בהקמת בתי-דיו אד-הוק (ה-ICTY והICTR-) והיברידים, ולאלו כלל לא הייתה נגיעה לישראל. פריחה זו באה לכדי ביטוי גם בהתגברות התמיכה בדוקטרינת סמכות השיפוט האוניברסאלית, ובהקמת ה-ICC, ועל אף שלאלו הייתה השפעה מסויימת על ישראל, הרי שנעשה שימוש בהם גם כנגד גורמים ממדינות רבות אחרות. במילים אחרות מדובר, בתופעה כלל עולמית, שאינה נובעת ממוטיבציה לפגוע בישראל, שלפעמים, לכל היותר, ישראל נפגעת מתוצרי לוואי שלה. הקיף התופעה בולט במיוחד בהקשר של ה-ICC: רבים סברו שהמדינות לא תסכמנה על נוסח האיסורים, ו/או להאציל רכיב כה חשוב בריבונותן, וכן לא תפעלנה כשארה"ב מתנגדת (יחד עם מדינות חזקות נוספות כמו: רוסיה, וסין). למרות זאת, אמנת רומא נוסחה תוך שנתיים, ותוך 4 שנים נוספות בלבד היא נכנסה לתוקף לאחר שיותר מ-60 מדינות אשררו אותה. כיום חברות ב-ICC 123 מדינות. התמיכה הרחבה ב-ICC (ובמשב"ל הפלילי בכלל) מקורה במדינות משלושה סוגים: (1) מדינות שאין סיכוי שתכנסה למלחמה בעתיד הנראה לעין, ולכן בעבורן מדובר פשוט בצעד טוב של יחסי ציבור; (2) מדינות שאצלן המלחמה הקרה כלל לא הייתה קרה, שכן רוסיה וארה"ב ניהולו על גבן את המאבק באמצעות מימון של צדדים שונים במלחמת אזרחים שהן חירחרו. במדינות אלו לרוב לאחר המלחמה הקרה נחתמו הסכמי שלום, אך עקב חוסר האמון בין הם פנו למשב"ל הפלילי (ובאופן ספציפי ל-ICC) כדי שישמש איום על כלל הצדדים שלא לשוב ללחימה; ו-(3) מדינות (דוג': מדינות אירופה) בהן יש אתוס של מחוייבות למשב"ל.

1. **מהם "פשעים בינלאומים גרעיניים" ומה משותף לרוב המעשים המהווים פשעים שכאלו?**

הקטגוריות הבאות של מעשים מכונות יחדיו "פשעים בינלאומים גרעיניים": א-פשעי מלחמה; ב-פשעים נגד האנושות; ג-רצח עם [וגם פשע התוקפנות]. ליבת המשב"ל הפלילי הינה אכיפה כנגד פשעים אלו. מספר מאפיינים משותפים למרבית המעשים הללו: (1) ככלל (עם חריגים מעטים), מדובר במעשים שביצועם מהווה הפרה של דיני הלחימה; תוך שבנוגע לחלקם, בעקבות ניסיון היסטורי מר, הורחבה תחולת האיסור גם לביצוע מאסיבי שלהם ע"י מדינה כנגד אזרחיה ו/או בעת שלום. (2) כל הקטגוריות הללו (שלוש באופן מפורש ורצח עם בעקיפין) נכללו בחוקת נירנברג. אם כי, חשוב לציין, שבכל אחת מהקטגוריות, מאז נוספו (ולפעמים גם הוסרו) איסורים. (3) מלבד חלק מפשעי המלחמה מדובר באיסורים שנועדו למנוע פגיעות חמורות בזכויות אדם. (4) ככלל מדובר במעשים שלמדינות בטווח הארוך יש אינטרס (לרוב מוסרי) לאסור, אך בכל מקרה נקודתי המדינות המעורבות לא תהיינה מעוניינות להעניש (דוג' מדינת המבצע שלרוב הפשע יבוצע בעוברה) או לא תהיינה מסוגלות לעשות כן (דוג' מדינת הקורבנות שמתקשה לשים יד על העבריין); שילוב זה של אינטרס משותף וכשל אכיפתי הוביל לקביעת איסורים הבינלאומיים הללו. (5) ככלל מדובר בפשיעה ארגונית; משמע, פשיעה שמבוצעת ע"י חברים בארגון גדול (מדינה או ארגון דומה), לרוב עבור הארגון (מלבד מספר פשעי מלחמה). מאפיין זה, גורם לכך, שמחד, הקיף הנזק ככלל גדול, ומאידך, קיים קושי ראייתי להוכיח מי היה מעורב וכן קושי נורמטיבי להכריע בדבר ההיקף הראוי של מעגל ההפללה.

**חלק ב (30 נקודות) – אנא השיבו על השאלה הבאה (מגבלת מקום – 20 שורות)**

ב**-14 בספטמבר 1982 חוסל בשיר ג'ומאייל, מפקד הפלנגות הנוצריות (שנבחר במהלך חודש אוגוסט למשרת נשיא לבנון). הפלנגות היו כוח מזויין לא-מדינתי שלחם בעבור הנוצרים בלבנון במהלך מלחמת האזרחים שתרחשה שם, ובאותה העת הם היו בני ברית של ישראל ולחמו לצד צה"ל בלבנון. בעקבות החיסול הוחלט שצה"ל ישתלט על מערב ביירות וכחלק ממבצע זה הוטלה ), על כוחות הפלנגות משימת ההשתלטות על מחנות הפליטים הפלסטינים, סברה ושתילה (בהם חשדו בצה"ל שמסתתרים כוחות פלסטינים. לאחר כניסתם למחנות, החלו לוחמי הפלנגות לטבוח בתושבים הפלסטינים של המחנות (כ-700-800 נהרגו, מרביתם אזרחים). בעקבות האירוע הוקמה בישראל ועדת חקירה ממלכתית. הוועדה קבעה שאין לישראל ולמי מאנשיה אחריות ישירה לטבח שבוצע בסברה ושתילה, כיוון שהגורמים הישראלים: לא שלטו בפעולות הפלנגות, לא ידעו על הכוונה לבצע את הטבח ומשנודע להם על הטבח הם דרשו מהפלנגות לצאת מהמחנות. לאור זאת, לא המליצה הוועדה להעמיד לדין אף גורם ישראלי. יחד עם זאת, קבעה הוועדה כי יש להטיל "אחריות אישית עקיפה" (אחריות שהועדה סברה מוטלת על אדם במישור הציבורי בלבד ולא הפלילי), על שר הביטחון ד'אז אריאל שרון ועל מספר מפקדים בכירים בצה"ל, שכן לדעתה: "החשש מפני הטבח במחנות, אם יוכנסו לשם כוחות מזוינים של הפלנגות, מבלי שיהיה עליהם פיקוח וביקורת ממשיים ויעילים מצד צה"ל, היה צריך להתעורר אצל[ם אך הם התעלמו מהסכנה]". לאחרונה, הותר לפרסום פרוטוקול הישיבה בה החליטה הממשלה לאמץ את מסקנות וועדת החקירה. מתברר שבמהלך הישיבה האמורה הביע אריאל שרון חשש שקביעות הוועדה עלולות להתפרש על ידי גורמים הרוצים ברעת ישראל כקביעה על פיה הוא (ושאר אלו שהוטלה עליהם אחריות אישית עקיפה) אשמים במעורבות ברצח-עם, שכן:**

**"אנו פנינו שייכנסו [למחנות], סייענו, הארנו, ... . אנו החזקנו כוח בקרבת מקום, כדי להבטיח את הביצוע [של השתלטות הפלנגות על המחנות], שמא ייכשלו הכוחות שהובאו, שמא יהיה צורך לחלץ אותם משם. .. [ו]כל מי שאיפשר, התיר, סייע, נוכח בעצמו להבטיח אי-התנגדות, או הבטיח את הביצוע של פעולת הפלנגות במחנות ... עשוי להראות [כצד] לדבר-עבירה של פשע השמדת עם" (ישיבת ממשלה מתאריך ה-10.02.83, עמ' 37, תעודה 6, ארכיון המדינה, א-4283/2 (במקור: "סודי ביותר")).**

**בתגובה לחשש שהועלה על ידי שרון, השיב היועץ המשפטי לממשלה ד'אז, יצחק זמיר:**

**"אני חושב, שאני חייב לומר, בלי שאראה לנכון להיכנס לניתוח משפטי מדוקדק, שאם תועלה טענה כזאת, לא זאת בלבד שהיא טענה נבזית, נוראה, אלא זו טענה שאין לה שום אחיזה לא בדו"ח הועדה ולא בהלכה משפטית." (שם, 51).**

**האם קיימת דוקטרינה משפטית שהתפתחה במשב"ל הפלילי בזמן שחלף מאז 1983, אשר לאור התפתחותה ניתן לומר שחששו של שרון היה מוצדק? (דונו בפרשנויות השונות לדוקטרינה זו, והכריעו בהתאם לכל אחת מפרשנויות אלו האם זמיר צדק או שמה חששו של שרון היה מוצדק).**

דוקטרינת ה-JCE(3) שפותחה על ידי ה-ICTY בפס"ד טאדיץ (משמע, בשנות ה-90) ובמהרה אומצה במשב"ל הפלילי קובעת שאם בוצעו פשעים בינלאומיים גרעיניים בניגוד לתוכניתה המקורית של קבוצה, תוטל אחריות גם על חבר בקבוצה שלא נטל חלק בביצועם. קיימים חילוקי דעות פרשניים בנוגע למספר רכיבים בדוקטרינה, והם: 1) האם התוכנית המקורית צריכה להיות פלילית?; 2) מה מידת התרומה לתוכנית הנדרשת לצורך הגדרת אדם כחבר בקבוצה?; 3) מה היסוד הנפשי שנדרש לשם הטלת אחריות פלילית על חבר בקבוצה? לפי פסיקה ישנה של ה-ICTY, אין צורך בתרומה משמעותית לתוכנית, אין צורך שהתוכנית תהיה פלילית במקור (די בכך, שבאופן הדרגתי מתפתחת מהשטח התנהגות פלילית), ומבחינת יסוד נפשי, אין צורך בכוונה לקדם את האלמנט הפלילי של התוכנית, ודי שהאדם יהיה מודע לכך, שבשלב מסוים, התגבשה תכנית לבצע מעשים פלילים בקבוצה. על אף שמדובר בגישה מרחיבה, ניתן לטעון שאין בה כדי להטיל אחריות על הגורמים הישראלים, וזאת לאור קביעת ועדת כהן שהגורמים הישראלים לא ידעו על התוכנית לבצע את הטבח. לפי הפסיקה החדשה של ה-ICTY נדרש שהתוכנית המקורית תהייה פלילית, ושהאדם יפעל מתוך כוונה לקדם תוכנית זו. לכן, לפי פסיקה זו, לבטח זמיר צודק ולא ניתן להטיל אחריות על שרון ושאר הגורמים הישראלים, שכן לא הייתה להם כוונה לקדם את התוכנית לבצע רצח העם. יחד עם זאת, לעומת גישות אלו, קיימת גישה שהובעה בפסיקת ה-ICC לפיה: לא נדרש שהתוכנית המקורית תהיה פלילי, וגם אין צורך במודעות לכך שמבוצעים מעשים פלילים; כל שנדרש זה שהאפשרות שמימוש התוכנית יחייב ביצוע מעשים פלילים תהווה ברמה הסתברותית גבוהה תוצאה טבעית של התוכנית ושהאדם יהיה מודע להסתברות זו, וכמו כן, נדרש שתרומתו של האדם לתוכנית (הלא פלילית) תהיה משמעותית. יתכן ויהיה מי שיבסס טענה מהסוג ממנה חשש שרון על הפרשנות הזו לדוקטרינה וזאת לאור דברי שרון בדבר היקף הסיוע הצה"לי לפלנגות בפעולת ההשתלטות על המחונות (משמע הקיף הסיוע לתוכנית הלא פלילית המקורית), ודברי הועדה בדבר צפיות הטבח.

**חלק ג (45 נקודות) – אנא השיבו על השאלה הבאה (מגבלת מקום – עמוד וחצי)**

**במהלך "מבצע צוק איתן", בעת הלחימה ברפיח, נחטף סגן הדר גולדין (אשר בדיעבד התברר שנהרג). על פי פרסומים שונים בתקשורת, עם היוודע מעשה החטיפה לכוחות חטיבת גבעתי שנכחו באיזור הם הגיבו בירי מאסיבי במטרה ליצור "מסך אש" אשר יקשה על הכוחות החוטפים להתרחק מזירת החטיפה. לטענת הפלסטינים מהירי האמור נהרגו בין 130-150 פלסטינים, מרביתם אזרחים. לפני מספר שבועות התראיין שר הביטחון, משה (בוגי) יעלון, לתקשורת ואמר את הדברים הבאים:**

**"למשל באירוע של חטיבת גבעתי באותו יום שישי ברפיח. האירוע הזה לא נמצא בחקירת מצ"ח ואני מקווה שאף אחד לא יחליט להכניס אותו לחקירת מצ"ח. זה אירוע מבצעי שהתקבלו בו החלטות כאלו ואחרות, זה לא משהו שבודקים אותו בכלים פליליים. צריך לתחקר אותו בכלים פיקודיים כדי להשתפר בפעם הבאה ... עולה כעת השאלה של תחקירים וחקירות, אחד המבחנים של מפקד זה מתן גיבוי לאנשיו. כמובן כל עוד הם לא סרחו. הדרך הנכונה לתחקר אירועים מבצעיים באופן שבו מתחזק האמון של אנשיך בך – גם אם נעשו טעויות מקצועיות או אחרות, המלחמה היא שדה אי הוודאות. התחקיר, לעומת החקירה, צופה פני העתיד. אתה רוצה ללמוד מהתרגיל או מהפעולה או מהקרב מה נכון ומה לא נכון, מה טוב ומה לא טוב, כדי להפיק לקחים ולהשתפר בעתיד. זו מהות התחקיר. לא סתם אנחנו אומרים שיש צורך בחיסיון לתחקיר, כדי שאנשים ידברו באופן חופשי ויקחו אחריות על טעויות שלהם ... חקירה מחפשת אשמים. היא צופה פני עבר ומסתכלת אל העבר. יש מקרים שזה חיוני. אם מישהו, תוך כדי קרב, סרח, עד כדי עבירה פלילית – למשל ביזה, אונס, ירי בזדון על אישה או ילד או מישהו שהניף דגל לבן – יש בזה עבירה על הכללים, יש בזה היבט פלילי. זה המקום שבו חוקרים חקירת מצ"ח פלילית". [נועם אמיר, "יעלון: 'מאוד מקווה שלא תתחיל חקירת מצ"ח על האירוע ברפיח'", מעריב-און-ליין (08/01/2015)].**

1. **האם לאור מה שנלמד בקורס, צודק שר הביטחון בנוגע לאבחנתו בין מקרים שראוי ומקרים שלא ראוי לפתוח בהם בחקירה?**
2. **הניחו [הנחה תיאורטית – לצורך השאלה בלבד] שבעקבות לחץ מצד שר הביטחון החליט הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) שלא לפתוח בחקירה בנוגע לאירוע ברפיח, ובעקבות ההחלטה האמורה, מתראיין אבו-מאזן לעיתונות ואומר "עתה ברור לחלוטין שהישראלים לא מסוגלים לחקור את עצמם. עובדה זו תאפשר לנו לדאוג לכך ששר הביטחון הישראלי יועמד לדין, או ב-ICC או במדינה אירופית מתוקף הסמכות אוניברסאלית, בגין מעורבותו בפשע המלחמה של ירי בלתי מאבחן שבוצע ברפיח." האם צודק אבו-מאזן בהצהרתו? [אין צורך לדון בסוגיית הצטרפותם הפלסטינים ל-ICC או בהסכמי אוסלו; הניחו לצורך הסעיף (ולצורך הסעיף בלבד) שמוסדות ה-ICC החליטו לקבל את הפלסטינאים כחברים לאמנת רומא ועזה הוכרה כטריטוריה פלסטינית].**

א) דבריו של יעלון מבטאים את "נקודת המבט הפנימי" בה לרוב מחזיקים גורמים במדינה המעורבת בלחימה כשהם בוחנים את מעשי חייליהם. נקודת מבט זו, ככלל, מניחה שההסתברות שהחיילים מבצעים פשעים היא קטנה ביותר, ולכן המחזיקים בה בעיקר חוששים מההשלכות השליליות שעשויות להיות לפתיחה בחקירות פליליות. השלכות אלו הן: פגיעה במוטיבציה של החיילים להילחם עקב החשש מפני העמדה לדין בדיעבד ("אפקט מצנן"), והחשש שהחיילים לא ישתפו פעולה עם גוף חוקר חיצוני (משטרה), ולעומת זאת אם יעשה שימוש בתחקיר לבירור האמת, הם כן ישתפו פעולה והדבר שיאפשר גילוי ותיקון של כשלים מערכתיים. הקושי הוא שנקודת מבט זו, לעיתים, סובלת מהערכת חסר של היקף הפשיעה. הערכת חסר זו מושפעת מההנחה שכל פשעי המלחמה הם מעשים נוראים; שכן, הנחה זו, מובילה את המחזיקים בנקודת המבט הפנימית, לגבש עמדה לפיה: "אצלנו לא מבוצעים מעשי זוועה ולכן אצלנו ככלל לא מבוצעים פשעי מלחמה" ("הצבא המוסרי בעולם"). אך עמדה זו היא שגויה, שכן: 1) גם בצבאות של מדינות דמוקרטיות ההיסטוריה הוכיחה שלעיתים מבוצעים פשעי מלחמה נוראים; ו-2) זו טעות לסבור שכל פשעים המלחמה הם נוראים באופן קיצוני וכל פושעי המלחמה הם מפלצות (וזאת בשונה מעמדתו של יעלון שסבור שצריך לפתוח בחקירה רק במקרה של חשד ל-אונס, ביזה וכו), שכן, הניסיון הוכיח, שאי אכיפה גם הפשעים הפחות מזוועים, עלולה ליצור אווירה המספקת לחיילים מסויימים ליטימציה לבצע את מעשי זוועה. יתר על כן, על אף שאין זו כוונתו של התחקיר, יש בו אלמנט מסויים של תיאום עדויות, שכן הלוחמים נפגשים יחדיו במטרה לגבש נרטיב מוסכם, וכתוצאה מכך, לאחר שנערך תחקיר קיים, פעמים רבות, קושי משמעותי לנהל חקירה פלילית יעילה, שכן, בשונה מתחקיר חקירה פלילית מנסה להגיע לבירור האמת באמצעות ניסיון למצוא סתירות בין הגרסאות של הגורמים השונים המעורבים (והתחקיר שנערך קודם, אף אם לא במתכוון, מאפשר להם ליצור גרסא משותפת). [כמו כן, לעיתים, חיילים, באופן מצער, משקרים גם בתחקירים]. אין להבין מהדברים האמורים, שהעמדה של אלו המביטים על העימות מהצד (נקודת המבט החיצונית), שלרוב תומכת בשימוש נרחב בחקירות פליליות היא העמדה הנכונה. גם עמדה זו, סובלת מהטיות, ואלו מובילות אותה לרוב להערכת יתר של כמות הפשעים. כפי שהוסבר בקורס, אין פתרון טוב לדילמה, וככלל צבא יתחיל לסבול מהשלכות השליליות של אמצעי האכיפה הפליליים, עוד לפני שהוא יגיע לרמת אכיפה והרתעה מספקת. יחד עם זאת, נראה שלאור התעצמות המשב"ל הפלילי קיים צורך לשנות את האיזון ביחס לעבר ולהגביר (במידת מה) את ההפניה של אירועים לחקירות ולא תחקירים (עמדה זו משתמעת מדו"ח טירקל והסקירה שבוצעה בה של הרפורמות שנעשו בצבאות רבים בתחום החקירה והאכיפה של המשב"ל בעת לחימה).

ב) בהנחה שהפלסטינים התקבלו כחברים ב-ICC, הרי שלבית הדין יש סמכות על פשעי מלחמה שבוצעו בטירטוריה שהוכרה כשלהם אף אם הם בוצעו ע"י ישראלים. סמכות אוניברסאלית היא דוקטרינה לפיה כל מדינה יוכלה להעמיד לדין מבצעים של פשעים בינלאומים גרעינים אף אם היא אינה מדינת הקורבן, העבריין או הטריטוריה בה בוצע הפשע. על אף שיש עמדות שונות בנושא, העמדה הרווחת היא שדוקטרינה זו הינה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. עקרון המשלימות, הקבוע באמנת רומא, קובע שה-ICC יפעיל את סמכותו רק מקום בו המדינות הנוגעות במקרה אינן מעוניינות ו/או אינן יכולות לנהל הליך ראוי. עקרון השיוריות, הזוכה לתמיכה הולכת וגוברת (אך טרם הפך באופן ודאי לדין מנהגי) מנסה ליצור הסדר דומה בנוגע לסמכות האוניברסאלית, לפיו מדינה המעוניינת להעמיד לדין על סמך סמכות זו רשאית לעשות כן רק אם המדינות הנוגעות בדבר אינן מעוניינת ו/או אינן מסוגלות לנהל הליך ראוי. בהנחה שהפצ"ר סגר את החקירה עקב לחץ מצד שר הביטחון (גורם פוליטי), הרי שישראל תתקשה לטעון שהיא עומדת בעקרונות המשלימות והשיוריות ומסוגלת לנהל הליך ראוי. יתר על כן, יהיה ניתן להחיל על יעלון אחריות פלילית בגין המעשים שבוצעו ברפיח (היה ובוצעו פשעים) לפי דוקטרינת אחריות מפקדים (או יותר נכון אחריות ממונה אזרחי) שקובעת שממונה אזרחי יהיה אחראי אם הוא ידע או עצם עינים מקיום פשעים על ידי הכפופים לו ולא נקט באמצעים הסבירים כדי למנוע, להעניש ו/או לחקור את הפשעים. במקרה הנוכחי שר הביטחון היה מודע **לחשדות** בדבר ביצוע פשעים ע"י חיילי צה"ל ומנע את חקירתם. יחד עם זאת, הדברים שהובאו בשאלה מפי אבו-מאזן עדיין שגויים: לא יהיה ניתן להעמיד לדין את יעלון, על סמך סמכות אוניברסאלית כל עוד הוא מכהן כשר ביטחון, שכן לפי העמדה המקובלת כיום (שהתגבשה בעקבות פסיקת ה-ICJ), שר הביטחון נהנה מחסינות ראשי מדינה כל עוד משמש בתפקידו; ועל אף שחסינות זו אינה חלה בהליכים ב-ICC לא יהיה ניתן להעמיד לדין את יעלון ב-ICC בגין פשע המלחמה של ירי בלתי מאבחן (שאוזכר בשאלה), שכן פשע זה אינו כלול באמנת רומא.