

דף סיכום בחינה**מזהה בחינה: 001000252389 מזהה סטודנט: 203417****שם קורס: היסטוריה ותיאוריה של המשפט הפילי הבינלאומי**

| מספר שאלה | הערה | ניקוד מירבי | ציון | שאלת בונוס |
|-----------|---|-------------|-------|------------|
| 1 | | 20.00 | 20.00 | 0 |
| 2 | תשובה יפה המעידה על למידת החומר והבנתו | 35.00 | 35.00 | 0 |
| 3 | 1+2. 15/15 תשובה מצוינת! כל הכבוד! 3. 8/15 .4 15/15 | 45.00 | 38.00 | 0 |
| 4 | | 1.00 | 1.00 | 1 |

ציון בחינה סופי : 94.00**הבחינה הבדוקה בעמודים הבאים**

+ טופס סגור +

אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים

99-9053-01 - היסטוריה ותיאוריה של המשפט הפלילי הבינלאומי

מרצה: דר' זיו בורר

מבחן מועד ב תשפ"א

משך הבחינה שעתיים.

הבחינה בחומר סגור.

יש לענות על כל השאלות [למעט בנוגע לרכיב הבחירה בחלק א'].

קראו את השאלות בקפידה ותכננו את חלוקת הזמן העומד לרשותכם באופן

מושכל.

הקפידו על ניסוח בהיר ומדויק.

הימנעו מלהוסיף מידע שאינו רלוונטי לנדון בשאלה – תוספת כזו עלולה להוריד

ניקוד.

אין להניח הנחות עובדתיות שאינן מופיעות בנתוני השאלה – תוספת כזו עלולה

להוריד ניקוד.

אין לחרוג ממגבלת המילים שנקבעה עבור כל שאלה – חריגה כזו לא תיבדק ותוביל

להורדת ניקוד [ככל הנראה המערכת הממוחשבת כלל אינה מאפשרת לחרוג – אך ליתר ביטחון הדברים נאמרים]

מלבד אלו שקיבלו אישור לכך ממדור בחינות והציגו לי את האישור מראש – אף

סטודנט אינו רשאי לכתוב בכתב-יד (לא טיוטה ולא תשובה), ולבטח אינו רשאי לסרוק תשובה בכתב-יד לתוך המערכת, סטודנט שיעשה אחד מהדברים האמורים [מבלי שיש לו אישור והאישור הוצג לי מראש] – אוטומטית תיפסל הבחינה שלו.

לסטודנטים שקיבלו אישור להגשת תשובה בכתב-יד מגבלות המקום הן: שאלה

ראשונה - עד 17 שורות; שאלה שניה - עד 46 שורות; שאלה שלישית – עד 60 שורות.

נא לא לנסות לשאול שאלות "חליבה" לאורך הבחינה – תישקל הורדת נקודות על

שאלות כאלו.

שאלה מס' 1 (20 נק')

שאלה ראשונה (20 נקודות) – אנא הגדירו אחד משני המונחים הבאים [מגבלת מקום -עד 250 מילים]

א-הנורמה המשפטית המרכזית בנוגע אליה הומחשה תופעת ה-Thingification לאורכו של קורס [לצורך תשובה מלאה נדרש: (א) להגדיר את תופעת ה-Thingification, (ב) לציין מהי הנורמה המשפטית המרכזית בנוגע אליה הומחשה התופעה האמורה לאורכו של הקורס, ו-(ג) להסביר בקצרה, כיצד באה לכדי ביטוי תופעה זו בהקשרה של הנורמה האמורה]

ב-בתי-דין מעורבים [טריבונאלים היברידיים] כאמצעי לאכיפת המשפט הפלילי הבינלאומי

בתי דין מעורבים =

המדובר בבתי דין שמורכבים הן מהדין הבינ"ל והן מהדין המקומי של המדינה בה דנים, והן משופטים בינ"ל והן משופטים מקומיים. האמצעי עלה בעקבות החסרונות של בתי הדין הבינ"ל אד הוקיים שהוקמו קודם לכן (עלות גבוהה, חוסר לגיטימציה במדינה בה דנים, חוסר יעילות שכן היה צריך לשלוח כוחות למקדוניה למשל למרות שבתי הדין האד הוקיים הוקמו גם כדי למנוע הישנות של שליחת כוחות זרים למדינה הנפגעת, צדק של מנצחים- לעיתים דנו ושפטו רק את הצד המפסיד, שאלת הסלקטיביות- למה דווקא המקרה הזה והנאשמים הללו, היעדר הרתעה וכו'). בתי הדין אד הוקיים תחילה קמו בשנות ה-90 עם פריחת המשב"ל והשת"פ בין המדינות בין היתר בעקבות סיום המלחמה הקרה ונפילת ברית המועצות, עליית עידן ה-CNN והתקשורת שהייתה זמינה בכל בית והציפה את הבעיות הקיימות בעולם, וגם הגדלת הקודיפיקציה של המשב"ל. בתי הדין המעורבים היו כאמור ממשיכי דרכם של בתי הדין אד הוקיים שניסו לתת מענה לבעיות שהצגתי לעיל.

בתי הדין המעורבים פתרו חלק מהבעיות- היו יותר זולים וכביכול היו אמורים להתחשב במדינות המקומיות, אולם עלו קשיים גם ביישום אמצעי זה מפני שהוא לא היה יעיל במקרים של סכסוכים מקומיים וכשהשלטון הישן נותר בשלטון, היה חשש מהתערבות פוליטית של השלטון המקומי כך שיוחל יותר הדין המקומי מאשר הדין הבינ"ל, ולהיפך, שתהיה השתלטות יתרה של הדין הבינ"ל תוך היעדר התייחסות לדין המקומי. כיום השימוש באמצעי זה ירד, וכשיש ניסיון לאכיפת המשפט הפלילי הבינלאומי לרוב זה קורה היום דרך ה-ICC.

20

(1)

קראו את הפסקה הבאה מתוך ע"פ 336/61 **אדולף אייכמן נ' היועמ"ש**, פ"ד טז', 2033, 2061-63 (1962):

"הסיבה היסודית, שבגללה מכיר המשפט הבין-לאומי בזכותה של כל מדינה להשתמש [בסמכות אוניברסאלית] לגבי העבירה של "שוד ים" - על אף העובדה, כי ריבונותה אינה מגיעה למקום הביצוע (לב-ים) והעבריון הוא אזרח מדינה אחרת או אינו שייך למדינה כלשהי - חלה, וביתר שאת, על [פשעי מלחמה]. סיבה זו [בהקשרו של פשע שוד הים היא] שהאינטרס למנוע פגיעות בגופם וברכושם של העושים את דרכם דרך הים, וכן, במסחר החופשי בין העמים, הוא אינטרס חיוני, המשותף לכל מדינות התרבות ואשר היקפו הוא אוניברסלי. ... [ועובדה זו הקנתה] למעשה זה את האופי של פשע בין-לאומי ה"מיוחד במינו" (generis sui) ... [וקיומו של] האינטרס החיוני המוסכם של הקהילה הבין-לאומית הוא שהכשיר את השימוש בסמכות [האוניברסאלית]. ... היוצא מזה, כי המדינה התובעת לדין ומענישה על אותה עבירה אינה אלא פועלת כאורגן וכמורשה של הקהילה ... הבין-לאומית וגומלת לעבריון על הפגיעה שפגע באיסורו של משפט העמים... מסקנתנו [היא] שחלה זה מכבר תזוזה לגבי השאלה של הרחבת השימוש בעקרון הנ"ל אל מעבר לתחום הפשע הבין-לאומי של "שוד-ים". כוונתנו בזה להחלתו גם על הסוג של פשעי מלחמה קונבנציונליים. בשעה שהמדינה ה"לוחמת" ... מעמידה לדין ומענישה את חבר הכוחות המזוינים של האויב על מעשה שנגד את "החוקים והמנהגים של המלחמה", היא [עושה] כן מפני שהענין הזה [נוגע] בפשע בין-לאומי אשר במניעתו מעוניינות מדינות העולם בכללותן."

השיבו על השאלה הבאה:

האם צודק בית המשפט בתיאור ההיסטורי שהוא נותן, ובמיוחד באופן שבו הוא מתאר את הקשר בין פשעי מלחמה, שוד ים והסמכות האוניברסאלית? [אין צורך לדון בעמדת קנטרונוביץ' ובעמדת דה-גוזמן, כמו כן, אין צורך לדון ב-"גישת נירנברג" וב-"גישת ההפרות החמורות" לעניין הגדרת "פשע מלחמה"]

בית המשפט בפרשת איימן גורס כי הסיבה שבגללה המשב"ל מכיר בסמכות אוניברסלית לגבי עבירת שוד ים חלה לגבי פשעי מלחמה והיא האינטרס האוניברסלי, שכן כאשר שודדי הים פוגעים במסחר הימי ובגופם וברכושם של השטים הם פוגעים בערך משותף אוניברסלי לכל מדינות העולם, וכאשר פושעי מלחמה מפרים את דיני הלחימה, גם הם מפרים ערך אוניברסלי של המשפט הבינלאומי.

אסביר מהי סמכות אוניברסלית- המדובר בסמכות לפיה כל מדינה יכולה להעמיד לדין פרטים ממדינה אחרת בגין הפשע שהפרט עשה, אשר ~~למשפט הפלילי הבינלאומי~~ קיימת מגמה בעולם להגביל את הסמכות הזו דרך עקרון החליפיות שקובע כי ניתן להשתמש בסמכות רק כשמדינת הקורבן, מדינת הפושע והמדינה בה בוצע הפשע לא מעוניינות להעמידו לדין.

ע"פ **הנרטיב המקובל** של המשפט הפלילי הבינלאומי, בית המשפט צודק ומציג את אחת מהסיבות להחלת סמכות אוניברסלית לגבי פושעי מלחמה בדומה לפיראטים והיא הפרת הערך האוניברסלי המשותף לכל המדינות. עניין נוסף שבית המשפט לא מציג כסיבה אלא כהסתייגות, היא **הכשל האכיפתי** שמהווה על פי הנרטיב המקובל סיבה נוספת לסמכות אוניברסלית. הנרטיב המקובל סבור שניתן היה להעמיד לדין פיראטים בשל הכשל האכיפתי הקיים- העובדה שפיראטים מבצעים את פשעיהם ב"ים הגבוה", במקום שאין בו סמכות שיפוט לאף מדינה, מקנה למדינות את הסמכות האוניברסלית להעמיד לדין את הפיראטים במדינתם כשהשיקולים המנחים הם השיקולים הכלכליים העומדים בבסיס הסחר הימי והפגיעה בהם ע"י הפיראטים. **יפה**

מאידך, ע"פ **הנרטיב בו דוגל ד"ר בורר**, גישת הסמכות האוניברסלית מקורה בשבטים הגרמניים ובדוקטרינת ה-OUTLAW. לפי הדוקטרינה, ישנם שני סוגי אנשים אותם כל אדם יכול היה להעניש בעצמו, לתת דין ללא משפט, ולהרוג כחיית השדה כל עוד לא עבר הרבה זמן מהמעשה שלהם ועד לתפיסתם. ואלו הם:

(1) אנשים שביצעו דברים פליליים מובהקים כגון רצח, אונס, שוד- ייחשבו אוטומטית כפורעי חוק - OUTLAW

(2) אנשים שיכלו לבצע מעשים עם אחריות נזיקית ולא דווקא פלילית, אך הם ברחו מאימת הדין, כך שעליהם ניתן להכריז בתור OUTLAW, הם לא יהיו כך אוטומטית אלא אחרי הכרזה.

תחילה, פורעי החוק הללו נחשבו בתור מפרי משפט האל מתוך הדין הקנוני שלאחר מכך גם אומץ בדין הרומי שהופץ לאחר מכן בקולוניאליזם לכל אירופה. הדין הרומי ראה כ-OUTLAWS תחילה את הטיראנים. ועם החילון והרציונליזציה, עליית האמנה החברתית והתגברות מעמד המלך, הם החלו להיתפס כמפרי שלום המלך- המלך דגל בשלום המלך הן ממניעים כלכליים (פרוטקשן, שכן אם אדם יראה הפרה יפנה למלך והמלך יטפל בכך), והן ממניע כוחני (רצה שהשלטה על המשפט תהיה בידו, לא ביד השבטים או הכנסייה). בהמשך, המונח שלום המלך יהפוך להיות שלום הציבור. כך שהמלכים השתמשו בחריגים ל-OUTLAWS שאפשרו עריכת הליך משפטי מזורז או אפילו מלא, בטרם ענישת מפרי החוק, כדי שהכוח יהיה בידם ובתי המשפט של המלך יוכלו לנהל את המשפט.

ה-OUTLAWS הללו נחשבו כאויבי כל האנושות, כמפרי השלום, אויבי השלום, וכאמור ניתן היה להרגם בכל עת כחיית השדה, בכפוף לחריגים. הפיראטים הם דוגמה ל-OUTLAWS, ועם כך מסכים ד"ר בורר, אולם תופעת הפיראטים לא הייתה התופעה היחידה שהציגה את ה-OUTLAWS / אויבי האנושות אלא רק דוגמה אחת לכך, וכבר כמעט אלף שנים הדוקטרינה הזו קיימת- לא רק מימי הפיראטים. כבר הרבה קודם לכן היו הוצאות להורג של אנשים אשר ביצעו פשעים בינלאומיים- כגון מלך ירושלים קונרדין שהוצא להורג במאה ה-13 לאחר שפתח במלחמה ללא אישור האפיפיור = ראייה לתוקפנות, כגון פטר פון הגן באך שחיליו ביצעו פשעים כלפי האוכלוסייה המקומית בשטח שכבשו, כמו וויליאם וואלס שבעת המלחמה שלו עם סקוטלנד לא הגן על כמרים, נשים וילדים וזה היה נחשב כערך חיוני במשפט האל.

אם כן, בית המשפט ע"פ הנרטיב המקובל לכאורה צודק ומציג תמונה חלקית של הקשר בין פשעי מלחמה, שוד ים וסמכות אוניברסלית, אך ע"פ הנרטיב הלא מקובל, אותו מקדם ד"ר בורר, בית המשפט טועה והסמכות האוניברסלית הומצאה כבר הרבה קודם לפיראטים, עם התפתחות דוקטרינת ה-OUTLAW ואולי גם לפניה, פשוט כשהחלו לקרות אירועים היסטוריים של העמדה לדין בגין היות האדם אויב כל האנושות.

35

(2)

תשובה יפה המעידה על למידת החומר והבנתו

+ ס' 1 (א) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950 קובע **את עונש המוות** כעונש המקסימאלי בנוגע לשלוש קטגוריות הפשעים המרכזיות לפי חוק זה [שהן "פשעי מלחמה", "פשעים נגד האנושות", ו-"פשעים נגד העם היהודי" (משמע, רצח עם שכוון כנגד בני העם היהודי), אשר בוצעו בתקופת השלטון הנאצי].

+ ס' 8 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם קובע שסייגים בפלילים, כגון כורח, צורך, הגנה עצמית וציות לפקודות, אינם חלים בהקשרן של העבירות הקבועות בחוק.

+ בע"פ 149/59 **ביסקי נ' היועמ"ש** (1959), ערער בייסקי על העונש של חמש שנות מאסר שהטיל עליו בבית-המשפט המחוזי בגין ביצוע עבירות לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם.

דעת הרוב, בע"פ בייסקי, שניתנה יחדיו ע"י הנשיא אולשן והשופט גויטיין [והמובאת כאן במלואה], קבעה כך:

"מחמת כל הנסיבות והזמן – שבע-עשרה שנה – שעבר, נכותו של המערער שבית-המשפט [המחוזי] נאלץ לכנותו כ'שברי כלי', הסתדרותו [הטובה] ומצבו המשפחתי בארץ לאחר כל התלאות – הננו סבורים כי יש להעמיד את העונש על שלוש שנים במקום חמש שנים."

לעומת זאת, דעת המיעוט, של השופט זילברג [שאף היא מובאת כאן במלואה] קבעה כך:

"לא מן הדברים הקלים הוא, להוציא משפט ולחרוץ את הדין על אותן נפשות עלובות, שהחלאה הנאצית מחתה צלם אלוקים מפניהם, ורמסה בקרבם כל רגש אנושי. קשה לנו, שופטי ישראל, להשתחרר מן הרגש כי בהענישנו תולעת-אדם שכזאת, אנו כאילו גורעים משהו, ולו יהא אך קורטוב אחד, מאשמתם התהומית של הנאצים גופם. אך דא עקא, כי אנוסים אנו על-פי הדיבור שלא להיגרר אחרי רגשות אלו, וחייבים אנו להטיל על עוזרי-נאצים כאלו את העונשין שנקבעו על-ידי המחוקק. מכיוון שכך, ומאחר שנצטוונו להחיל על מעשים אלה את קנה-המידה שהותאמו להם על-ידי המחוקק, הרי לא מן המידה יהא להקל דוקא בעונשו של המערער לפנינו כי מעשהו של המערער דן לפי הפרט החמישי ('הודעה לגרמנים שהתרחקו ממקום התליה על היהודי שהורד מהחבל ונמצא חי') הוא – אם נתעלם מן השיקול שציינתי בפתח דבריי – מעשה מחריד אשר כל עונש לא ישווה לו, וודאי לא עונש קל מן העונשין המוטלים על עוונות רגילים. וזה על אף המסיבות המקלות שהצביעו עליהן חברי הנכבדים. דעתי היא, איפוא, כי יש לדחות את הערעור של המערער

ענו על השאלות הבאות [מומלץ לענות על סעיפים 1 ו-2 ביחד, ואז בנפרד על סעיף 3, ובנפרד על סעיף 4]:

1-מה הם שיקולי הענישה בהם התמקדו השופטים אולשין וגויטיין בדעת-הרוב שלהם בע"פ בייסקי, ולאילו קבוצה של שיקולי ענישה הם שייכים? [כזכור, בקורס למדנו ששיקולי הענישה, מהווים מענים לשאלה: "מה אנחנו רוצים להשיג בענישה?", וחילקנו אותם לשתי קבוצות – לצורך מתן תשובה מלאה לסעיף זה עליכם: (א) לזהות נכונה מה הם שיקולי הענישה בהם התמקדו השופטים אולשין וגויטיין בדעת-הרוב שלהם בע"פ בייסקי; (ב) לציין מה הם שתי הקבוצות של שיקולי ענישה אותם למדנו בקורס; ו-(ג) לציין לאילו מבין שתי הקבוצות האמורות שייכים שיקולי הענישה בהם התמקדו השופטים אולשין וגויטיין]

2-האם התוצאה אליה הגיעו השופטים אולשין וגויטיין (הקלה של שנתיים בעונש כך שהעונש יעמוד על שלוש שנים) היא התוצאה אליה היה עליהם להגיע לו הם אכן היו מכריעים רק על סמך השיקולים אותם הם מציינים בפסיקתם?

3-מה הגישות המרכזיות שהשפיעו על הכרעת השופט זילברג (מלבד השיקול פוזיטיבי של קביעת המחוקק)? כמו כן, האם השיקולים המרכזיים עליהם נסמך השופט זילברג (משמע השיקול הפוזיטיבי + הגישות שעליכם לזהות) היו צרכים להובילו לתוצאה אליה הוא הגיע (תמיכה בעונש של חמש שנות מאסר)?

4- לכאורה, היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה ב-"פשע מלחמה", ע"פ החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, הוא היסוד הנפשי שנדרש ככלל על-פי דיני העונשין בישראל לצורך הרשעה בעבירה חמורה [משמע, מודעות בפועל של הנאשם לטיב המעשה, לנסיבות ולאפשרות קרות התוצאה, ובנוסף רכיב נפשי חפצי ביחס לתוצאה]. בקורס נלמדו שלוש עמדות בנוגע למענה הראוי לשאלה: "את מי ראוי להעניש?", באיזה מבין שלוש העמדות הללו מצדד, אם כך, באופן מוצהר, ההסדר מהחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם? מנגד, באיזה עמדה, מבין שלוש העמדות הללו, ניתן לטעון שמצדד, בפועל, ההסדר האמור לאור הקבוע בסעיף 8 לחוק, ומה הקשר בין עמדה זו, לבין פסיקת השופט זילברג בע"פ בייסקי?

שיקולי הענישה שאולשן וגויטיין הציגו: (א) מניעה והרחקה- השיקול מבקש למנוע את הישנות המעשים של עובר העבירה ע"י הרחקתו מהסביבה וענישתו לדוגמה דרך מאסר. במקרה דנן, האדם מהווה שבר כלי לאור נכותו, הסיכויים שישוב לבצע את העבירות שוב הינם אפסיים כך שלא יהיה בעונש הכבד כדי לסייע במיגור מסוכנותו לסביבה, הוא לא יבצע את העבירות שוב, לכן ניתן להקל בעונש (ב) הרתעה- המדובר בשיקול שמבקש כמו "להפחיד" את האדם ע"י העונש כך שלא ישוב לדרך הרעה. במקרה דנן, בדומה למניעה והרחקה, האדם לא יבצע את העבירות שוב, העונש הכבד לא יסייע בהרתעתו כי הוא לכאורה מורתע לכורח הנסיבות, והעונש הקצר "סיפק את הסחורה" גם הוא (ג) שיקום העבריין- המדובר בשיקול שמבקש להשיב את העבריין אל המוטב, לשנות את אופיו או את נסיבות חייו כדי שלא יובילו אותו שוב לפשוע. במקרה דנן, ניכר כי השופטים רואים בהסתדרות הטובה בארץ של בייסקי ומצבו המשפחתי כמעין הוכחה לכך שהוא השתקם, ואין צורך בענישה כבדה. (ד) חינוך- המדובר בשיקול שמבקש ללמד את העבריין את הדרך הנאותה בה יש לנקוט, וגם אולי לחנך את הסביבה. במקרה דנן, בייסקי הינו שבר כלי, אבל הוא כבר מסתדר טוב בארץ ויש לו משפחה, כך שהוא לא נזקק לחינוך ואפשר להקל בעונש.

בקורס למדנו שיש שתי קבוצות של שיקולי ענישה- (1) הגישה הראשונה היא הגישה הגמולנית ששמה דגש על האשם המוסרי של עובר העבירה, על כך שהוא ביצע את העבירה, הפר את האיזון המוסרי, ביצע נזק וכנגדו יש להעניש כדי להשיב את האיזון המוסרי ולתקנו. גישה זו מתמקדת בעבר, במעשים שעובר העבירה ביצע- בפשעיו, ומחפשת דרכים להתמודד עמם דרך עונש גמולני. (2) הגישה השנייה היא הגישה התועלתנית-תוצאתנית אשר מתמקדת בעתיד, באיזה תועלת תצמח מהענישה, אילו מטרות היא תוכל לקדם. ניתן להבחין ולומר שהגישה הגמולנית עוסקת יותר בכך שהיה מעשה, והגישה התועלתנית עוסקת גם בתוצאת המעשה ושואלת כיצד ענישתו תועיל לו ולחברה.

מבין שתי הקבוצות האמורות, שיקולי הענישה בהם התמקדו אולשיין וגויטיין הינם שיקולים מהקבוצה התועלתנית התוצאתנית משום שכפי שהצגתי הם עוסקים בשיקולי הרתעה, מניעה, חינוך, שיקום, שכל אלו מדגישים את ההשפעות שיש לענישה בעתיד. השופטים לא מתייחסים לגמול, למעשים שביצע בייסקי, למידת האשם ולאיוון המוסרי שהופר, אלא בוחנים את מצבו ומחליטים על ההקלה בעונש על סמך נכותו, הסתדרותו הטובה בארץ ומצבו המשפחתי = ניכר כי הענישה לא תשנה בו דבר ולכן הם הסכימו להקל.

ניתן היה לחשוב אף כי השופטים היו יכולים להגיע לתוצאה אחרת לאור השיקולים שהעלו, והיא ביטול העונש בכלל- כי מהי התועלת בקביעת עונש מאסר לאדם שהוא שבר כלי, שכבר עבר תלאות, ויחד עם זאת מצליח להסתדר בארץ טוב ולנהל משפחה, כך שניכר שהוא חזר לדרך המוטב והענישה לא תשנה בו דבר. זאת גם הטענה של הגישות הביקורתיות שגורסות כי הרתעה אינה יעילה, פושע בינלאומי בעת לחימה לא יחזור על המעשה ברגע שהמלחמה נגמרת- הוא ישוב להיות אדם נורמטיבי, כך שאין עניין במניעה והרחקה או בחינוך. אולם זוהי ההוכחה שהגישה התועלתנית היא אינה הגישה היחידה אשר מכתיבה את כללי המשחק, אלא יש מקום נכבד גם לגישת הגמול כי אם בייסקי נאשם ע"פ החק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם הרי שהוא ביצע מעשה חמור, ובכלל העונש המקסימלי שיכלו לתת לו הוא מוות, אך מראש בחרו לתת לו 5, לכן ביטולו היה מנוגד בכלל לגישת הגמול, למעשה שביצע לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם שאף קובע מפורשות שלא יחולו בחוק סייגים בפלילים כך שלא ניתן היה לבטל את האחריות הפלילית של בייסקי לחלוטין.

3

הגישות המרכזיות שהשפיעו על הכרעת זילברג וכן היו צריכות להובילו אליה מהשיקולים להלן:

א. גישת המוסר- המשפט הטבעי: מעשי הנאצים היו מעשים חמורים, ללא כל רגש אנושי ומנוגדים למוסר לחלוטין. יחד עם זאת, המוסר יכל לקרוא לרחמים על הנכה.

ב. הגישה הרומנטית- השופט זילברג מציג את בית המשפט כ"שופטי ישראל", באמרה אשר מדגישה את התודעה הלאומית, את התרבותיות ורוח העם. המרכיבים של העם היהודי, ושל היסטוריית השואה הקשה המאחדת בינינו, מוצאים את דרכם גם לחקיקה וגם להעמדה לדין- הפגיעה בעם מצדיקה אי הקלה.

ג. הגישות שעונות לגישות הביקורתיות ומחפשות קונצנזוס ערכי כשהקונצנזוס הוא שהמעשה של בייסקי הינו אסור ולכן אין להקל לו בעונש.

ד. ריאליזם- אפקטיביות החוק בחיים עצמם, לא תצדד.

הגישה הפוזיטיביסטית הייתה גם תומכת באי ההקלה כי ס' 8 לחוק מתנגד לסייגים.

3. תשובתך חסרה ואינה מדויקת. נדרש דיון מפורט בגישות הגמול השונות ויישומן על אמירות השופט

4

3 העמדות : (א) גישת מהות המעשה- שמה דגש את על הגמול האובייקטיבי. היה כאן מעשה שקרה, בהקשרי יסוד עובדתי, והמעשה הזה פגע באיוון המוסרי ובחברה, כך שיש להעניש בגינו לא משנה אם לא היה לאדם יסוד נפשי, לא משנה אם הוא לא ידע את החוק ולא תעמוד לו אף הגנה- כמו אחריות קפידה (ב) מהות העושה- הענישה בגין היסוד הנפשי, כך שהגישה יכולה להיתפס כמשטרת מחשבות שתעניש גם על כוונה לביצוע מעשה ללא כל מעשה בפועל (ג) היא הלך הרוח של העושה בזמן ביצוע המעשה- בחינת היסוד הנפשי של האדם בעת ביצוע היסוד העובדתי.

ההסדר מהחוק מצדד במוצהר בעמדה השלישית להלך הרוח של העושה בזמן ביצוע המעשה. הוא דורש את היסוד הנפשי שנדרש ככלל ע"פ דיני העונשין - מודעות ורכיב נפשי חפצי. אם אדם לא היה מודע לביצוע העבירה, או היה לו רכיב נפשי אחר כלפי התוצאה, לכאורה לפי ההסדר המוצהר הוא לא היה מורשע.

אולם, בפועל, ס' 8 שולל את אפשרות הסייגים הפליליים, כך שנקבעת כמו אחריות קפידה ונרשמת התמקדות במהות המעשה שהיא הגישה הראשונה. עמדה זו מתחברת גם לפסיקת השופט זילברג אשר מסרב להקל בעונש של בייסקי בשל המעשה "המחריד" שבוצע = ניכרת מהסעיף כאמור התעלמות מהגנות אפשריות, וניכרת מפסיקת זילברג התעלמות מהנסיבות האישיות של בייסקי שכן הובילו את עמדת הרוב להקל בעונשו, אך את זילברג הן לא מעניינות כי המעשה הוא שחשוב.

1+2 . 15/15 תשובה מצוינת! כל הכבוד!

3 . 8/15

4 . 15/15

38

(3)

שאלה מס' 4 (1 נק' - שאלת בונוס)

כאילו שאלה רביעית (מקום לטיטות) – [מה שייכתב כאן לא ייבדק – עד אלף מילים]

1
(4)