**מבוא**

המשפט הפלילי הבינלאומי עוסק בעיקר בארבעה פשעים עיקריים, "פשעים בינלאומיים גרעיניים:

1. **פשעי מלחמה**- הפרות של דיני המלחמה של דיני המשפט הבינלאומי הפלילי בגינם מוטלת אחרית פלילית על האדם ולא רק על המדינה.

2. **פשעים נגד האנושות**- פגיעות חמורות שיטתיות או רחבות היקף בזכויות אדם שמבוצעות על ידי שלטון או ארגון בעל מאפיינים דומים לשלטון.

3. **רצח עם**- ביצוע פעולות מסוימות במטרה להשמיד קבוצה אתנית, דתית, לאומית או גזעית.

4. **תוקפנות**- פעולה שיש בה משום הפרה חמורה ביותר של דיני המשפט הבינלאומי שעוסקים בשאלה מתי מותר לצאת למלחמה. במילים אחרות, יציאה למלחמה תוך הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי.

על פי הנרטיב המקובל, לשפעים הגרעיניים שלושה מאפיינים משותפים:

1. **קשר היסטורי לאיסורי דיני הלחימה** – מבחינה היסטורית, כולם התפתחו מאיסורים שהיו בדיני הלחימה. עבור פשעי לחימה ותוקפנות הקישור ברור. באשר לפשעים נגד האנושות ורצח עם לקחו איסורים שלפני זה היו קיימים רק בדיני הלחימה וקבעו שכשאר הם נעשים באופן מאסיבי על ידי גורמי שלטון הם ייחשבו פשעים בינלאומיים גם אם הם מבוצעים בזמן שלום וגם אם השלטון מבצע את זה כלפי האזרחים שלו.

לדוגמא: בין 1933-1939 גרמניה לא הייתה מעורבת במלחמה אך התעללה באזרחים גרמנים, יהודי גרמניה.

2. **קשר היסטורי (מפורש או משתמע) לחוקת לונדון של בית הדין בנירנברג** – חקיקה שעל בסיסה העמידו לדין את פושעי המלחמה הנאצים הראשיים.

3. **קשר מהותי לזכויות אדם**.- הגנה מפני פגיעות חמורות בזכויות אדם בסיסיות.

המשפט הפלילי הבינלאומי הוא "יצור מוזר", לא דומה למשפט הבינלאומי הקלאסי הפונה אל מדינות. משפט פלילי בינלאומי מטיל סנקציות על פרטים והרציונל שלו להגן על פרטים.

בנוסף, הוא לא דומה למשפט הפלילי הקלאסי בו מי שמנהל את ההליך הפלילי הוא המדינה שגם קובעת את האיסורים. במשפט הפלילי הקלאסי יש צורך בקשר כלשהו בין המדינה לבין המקרה שבו מפעילים את האיסור הפלילי, בד"כ קשר טריטוריאלי, כלומר אם הפשע בוצע בשטחה. לפעמים יש קשרים אחרים למשל: עבירות בהן המבצע או הקורבן אזרח המדינה, פקודת הסמים היא כזו. עבירה של שימוש בסמים נדרש שהמשתמש יהיה אזרח ישראלי מתוך השקפה שסמים ממכרים בכדי להעמידו לדין.

במשפט הפלילי הבינלאומי מי שקובע את האיסורים היא הקהילה הבינלאומית. בנוסף, לא נדרש שום קשר בין הגורם האוכף לבין המקרה כי ההנחה היא שאוכפים פה בגין הפרה של אינטרס או ערך אוניברסלי. לכן, כל מדינה יכולה להעמיד לדין גם אם היא לא קשורה טריטוריאלית למקרה, גם אם היא לא קשורה מבחינת אזרחות לקורבן או לעבריין או לפשע כלל. לרוב, האכיפה נעשית על ידי בית דין בינלאומי ולא על ידי מדינה.

אז למה צריך משפט פלילי בינלאומי?

1. אינטרס אוניברסלי- יש רצון להגן על הגנה על אינטרסיים אוניברסליים, על עקרונות מוסר בסייסים, מפני פגיעות חמורות בזכויות האדם היסודיות.

2. כשל אכיפתי – בדרך כלל גורמי השלטון עצמם הם המבצעים את הפשעים הרלוונטיים למשפט הפלילי הבינלאומי לכן הם לא יעמידו את עצמם לדין על כך. בנוסף, מדינות לא רוצות להעמיד לדין את פושעי המלחמה שלהם בין אם הם מבצעים פשעי מלחמה שהנחיית השלטון ובין אם לא.

**היסטוריה של המשב"ל הפלילי**

מצבם של דיני הלחימה עד המאה ה-19: על פי הנרטיב המקובל: התפיסה היא שהמשפט הבינ"ל מסדיר רק יחסים בין מדינות למעט שני חריגים: עבירות של שודדי ים וסחר בעבדים, המשותף לעבירות אלו:

1. פוגעות בכל המדינות – אינטרס אוניברסלי. שוד ים = חופש הסחר, סחר בעבדים = הגנה על ערכי הבסיס של זכויות אדם.

2. אינם מבוצעים בשטח שיפוט טריטוריאלי של מדינות (שוד-ים=ים פתוח, עבדים מאפריקה הובאו לאירופה ואמריקה). עיקר פשעם היה בים הגבוה וזהו ים הנמצא מעבר לסמכות השיפוטית הטטוריאלית של המדינות.

בנוסף, שתי עבירות אלו שונות משפעי מלחמה במהותן משום שהן נעשות ע"י פרטים מתוך אינטרס כלכלי.

לכן, נבחן את התפתחות המשב"ל הפלילי ביחס לפשעים שמבצעים בעיקר נציגים מדינות.

מאמצע המאה ה-19, חל שינוי במאפייני המלחמות: הן הופכות להיות יותר עקובות מדם ממספר סיבות:

1. מעבר לצבאות לאומיים גדולים של גיוס רחב.

2. התפתחות טכנולוגית – קצב ההתפתחות הטכנולוגית המהיר ביותר בהיסטוריה האנושית היה בסוף המאה ה-19. ביטוי לכך, הם כל הנשקים השונים שרואים בשדה הקרב: מכונת ירייה, רובה אוטומטי, מטוס, רקטה.

שני אלה ביחד גורמים להתרופפות של דיני הלחימה ולכן ישנה תפיסה שאם יעשו קודיפיקציה של דיני הלחימה הדבר יגרום לאמנות להיות יותר ברורות ואם מדינות תחתומנה שהן מסכימות על הדין תגבר המחויבות לדין.

מתחיל תהליך של קודיפיקציה של דיני הלחימה באמנות: קוד ליבר, אמנת ז'נבה הראשונה, תקנות האג. ב1864 מאומצת אמנת ג'נבה הראשונה אי פעם, וב1899 מאומצות תקנות האג.

**בפועל**: רואים שאחרי כל מלחמה גדולה מאומצות אמנות חדשות אך זוועות המלחמה רק גדלות ונהיות קטלניות יותר.

לכן, מתחילה להתפתח הבנה שאין די בסנקציות נגד מדינות, יש צורך במשהו נוסף כגון ענישה וסנקציות אישיות כנגד מצבעי הפשעים – זוהי לידה של המשפט הפלילי הבינלאומי.

התובנה הזו לפי הנרטיב המקובל, קורמת עור וגידים בהסכם ורסאי (סוף מלה"ע ה-1) בו סוכם שהקייזר הגמרני יועמד לדין בבית דין בינלאומי(משפטי נירנברג) ושפושעי המלחמה הגרמניים יועמדו לדין על ידי בעלות הברית.

**בפועל**: שני הסעיפים הללו לא ממומשים. גרמניה מעמידה את פושעיה לדין במשפטי לייפציג 1921 ורוב העומדים לדין מזוכים ומי שמורשע "במפתיע" בורח מהכלא.

כתוצאה מכך, לאחר מלה"ע ה-2 בעלות הברית הפיקו לקחים:

- לאחר מלה"ע ה-2 בעלות הברית מרימות את מסך הריבונות של המדינה ומעמידת לדין את פושעי המלחמה.

- עשרות אלפים מועמדים לדין במשפטי נירנברג(בית דין שהקימו האמריקאים), טוקיו ובבתי דין מעורבים נוספים.

ההצדקה: גם ביחס לפשעי מלחמה קיים אינטרס בינ"ל משותף וכשל אכיפתי, כי מדינת הקורנות בד"כ לא מחזיקה בעבריין ומדינת העבריין לא רוצה להעמידו לדין. לכן, מוצדק גם במקרים אלה לעשות שימוש בסמכות אוניברסלית.

**ביקורות שהיו על נירנברג:**

|  |  |
| --- | --- |
| הקושי | פתרונות |
| רטרואקטיביות: בעבר מעשים אלה נאסרו רק על מדינות ולא על בני אדם.  ענישה על סמך חקיקה שנכתבה בדיעבד. | - טיעון פורמליסטי (מסך הריבונות) – איסור שפונה למדינה הוא בהגדרה איסור שפונה לנציגיה, לאנשים שפועלים בשמה.  - טיעון מוסרי (אזהרה מוקדמת במישור המוסרי)- מדובר במעשים כל כך חמורים שהנאשמים ידעו שהם פסולים. לדוגמא: דוח ועידת ואנזה נכתב בקוד כי הגרמנים ידעו שזה ייתפס כאסור. |
| "צדק של מנצחים" | טיעון פורמליסטי + מוסרי – כשמדובר במעשים עד כדי כך פסולים מוסרית, זה לא מצדיק את זה שלא יענישו אותו. אכיפה בררנית אינה מצדיקה ביצוע פשעים, ודאי לא מעשים בעלי חומרי מוסרית |

**המשך הדיון ההיסטורי**: בין מלחמת העולם השנייה לסוף שנות ה-90 קיים קיפאון מוחלט בתחום המשב"ל הפלילי עקב המלחמה הקרה, המקשה על שיתופי פעולה בין המדינות. בשנות ה-90: מוקמים לראשונה מאז נירנברג שני בתי-דין פליליים בינלאומים [מכונים בתי-הדין אד-הוק דור שני], האחד יעסוק בפשעים בינלאומיים שבוצעו במלחמה ביוגוסלביה לשעבר (ICTY), השני יעסוק בפשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו ברואנדה (ICTR). מדוע הם מוקמים דווקא אז? בעקבות תום המלחמה הקרה (יש תחושת אופטימיות לגבי הצורך בשיתוף פעולה בינלאומי), פלוס לחץ ציבורי רחב (תחילת עידן ה-CNN, מביא את תמונות הלחימה באופן מידי לבתיהם של מיליונים, הדבר, המוכנה אפקט ה-CNN, מייצר לחץ ציבורי על הפוליטיקאים בעולם לפעול), פלוס חוסר רצון פוליטי אחרי מלחמת המפרץ לשלוח שוב כוחות מזוינים. מטרת בתי הדין הייתה לא רק להעניש אלא גם להרתיע.

לבתי-הדין הללו הייתה תרומה אדירה למשב"ל הפלילי: הפסיקה שלהם הבהירה נורמות רבות של המשפט פלילי הבינלאומי, הקמתם ופסיקותיהם מהוות תחילת הפריחה הנוכחית של המשפט הפלילי הבינלאומי, הפסיקה שלהם בפועל הרחיבה באופן משמעותי את היקף המעשים שנחשבים אסורים לפי המשב"ל הפלילי ובכך הגבירה את הפוטנציאל של השימוש במשב"ל הפלילי לשם ההגנה על זכויות אדם.

**ביקורת על בתי-הדין האד-הוק מצד אלו שהתנגדו לקיומם**: פסיקתם מהווה, לדעת המבקרים, הרחבת יתר של איסורי המשב"ל הפלילי, וכן היא אינה בהירה מספיק, כל זה פוגע בדרישה לאזהרה מוקדמת.

**החסרונות בפועל של בתי-הדין האד-הוק**: (1) חוסר לגיטימציה במדינת המקום (משמע, ברואנדה ובמדינות שהוקמו במקום יוגסלביה); (2) עלות – יקרים ביותר; (3) העדר יעלות – נסגרו אחרי כמעט שלושים שנה לאחר שכל אחד מהם עסק בכ-200 תיקים בלבד; (4) לא יצרו הרתעה מספקת: לכן בקוסובו ובמקדוניה כבר נשלחו כוחות מזוינים; (5) סלקטיביות: למה דווקא הסכסוכים הללו, ולא אחרים, ובנוסף למה דווקא הנאשים הספציפיים (הרי מעטים הועמדו לדין). (6) צדק של מנצחים: ברואנדה רק צד אחד מועמד לדין; אם כי ב-ICTY שני הצדדים.

+++ עקב החסרונות הללו, בשלהי שנות ה-90 יש מעבר להתמקדות ב-3 מנגנוני אכיפה אחרים כתחליף לבתי-הדין אד-הוק: (1) סמכות אוניברסאלית; (2) טריבונאלים מעורבים; (3) ה-ICC: בית דין פלילי קבוע.

נדון בקצרה בכל אחד מהם:

**סמכות אוניברסאלית** – מבוססת על הרעיון שהמבצעים של פשעים בינלאומים הם "אויבי כל האנושות" ולכן כל מדינה יכולה להעמידם לדין. פותר גם את הכשל האכיפתי – כי לא תלויים בחסדי מדינת המבצע או בסיכוי הקטן שהמבצע ייתפס בשטח המדינה בה בוצע הפשע – כל מדינה יכולה לאכוף את הדין. **הקושי**– חשש לניצול פוליטי.

בפועל עקב ניצול פוליטי שכזה, לאחר פריחה של שימוש במנגנון זה בחצי השני של שנות ה-90 יש דעיכה בשימוש. מדינות רבות תיקנו את דין שלהן כך שהוספו בו דרישות שמקשות על פתיחת הליך על סמך סמכות אוניברסאלית.

בנוסף יש תמיכה הולכת בגוברת בכך שעקרון החליפיות (מקביל לעקרון ההשלמתיות של ה-ICC עליו נדבר בהמשך) הוא חלק מהדין הבינלאומי המנהגי בנושא. לפי עקרון זה מדינה יכולה להעמיד לדין אדם על בסיס סמכות אוניברסאלית רק אם אף אחת מהמדינות הקשורות למקרה (מדינת העבריין, המדינה בה בוצע הפשע, ומדינת הקורבן) אינן מעוניינות/יכולות להעמידו לדין. **+ שימו לב אבל שלא ננטשה לחלוטין סמכות אוניברסאלית.**

**בתי-דין מעורבים** – בתי-דין בהם יש מבחינת הדין (המהותי ולפעמים גם הפרוצידוראלי) שילוב של דין בינלאומי ודין מדינתי מקומי ו/או מבחינת כוח האדם (שופטים ולעיתים גם גורמי התביעה) של אנשים מהמדינה הרלוונטית ושל אנשים מהזירה הבינלאומית. בפועל יש שונות רבה בין בית דין אחד למשנהו במידת העירוב:

יתרונות פוטנציאלים: 1) יותר לגיטימציה מקומית: (2) עלות יותר קטנה –רוכבים על התשתית של מערכת קיימת.

**חסרונות:** (1)  לא מתאימים לסכסוך בין-מדינתי או לסכסוך בו נשאר השלטון הישן; (2) נשאר כוח רב בידי השלטון המקומי ולכן יש חשש להתערבות שתפגע באכיפת הדין ויגרום לפוליטיזציה של ההליכים; (3) לפעמים יש בעיה הפוכה שבית הדין מתנהג כמו בית דין בינלאומי ואינה מסתמך מספיק על הדין המקומי דבר שפוגע בלגיטימציה המקומית שלו.

+ בשנים האחרונות יש פריחה מחודשת של הקמה של טירבונלים מעורבים – אבל בחלק מהמקרים זה מסיבה לא טובה (ניסיון של גורמי המדינה הרלוונטית למנוע מצב בו תינתן סמכות  ל-ICC לעסוק בנושא, שכן הם מניחים שעל טריבונל מעורב תהיה להם יותר השפעה).

**ה-ICC**- יותר מ**-**120 מדינות חברות (הכמות הכה גדולה בזמן כה קצר – מעידה שמשהו השתנה בעולם) -בשנים האחרונות נחלש מעט – מספר מדינות פרשו, ומספר מדינות נוסף איימו לפרוש; יש לו בעיות לחקור ולתפוס נאשמים בחלק מהמקרים; אבל עדיין בגדול שורד ומתפתח.

**מה הכללים שחלים לגביו**:

א- מוגבל רק לעבירות המנויות באמנה (כדי להקטין את הטענות לאי-אזהרה מוקדמת ולעמימות הדין)

ב- מוגבל רק לפשעים שבוצעו לאחר הקמתו (כדי להקטין את הטענות לרטרואקטיבית) [הוקם ב-2002].

ג- חל רק על מקרים שנוגעים ל: 1) מדינות שחברות באמנה (משמע, שהפשע בוצע בשטחן או על ידי אזרח שלהן, לא די בכך שהקורבן הוא אזרח שלהן) או 2) מדינות שביקשו להעניק לבית-הדין סמכות אד הוק; או 3) אם מועה"ב העניקה לבית-הדין סמכות שיפוט על מקרה שקרה במדינה כלשהי (כפי שקרה למשל בהקשר של אירועים שקרו בלוב, וב-סודן). (כדי להקטין טענות של צדק של מנצחים)

ד- חומרה: גם הסכסוך צריך להיות חמור, וגם הפשעים הספציפיים בסכסוך שנבחרים להגשת כתב אישום צריכים להיות חמורים-ולפי הפרשנות שניתנה ע"י ה-ICC  לדרישה זו גם הנאשמים צריכים להיות האחראים העיקריים (כדי להקטין את האפשרות לניצול פוליטי לרעה)

ה - עקרון השלמתיות: על פיו התובע של ה-ICC רשאי לחקור ולהעמיד לדין ובית הדין ראשי לדון במקרה רק מקום בו המדינה אינה מוכנה או אינה יכולה לאכוף את הדין בעצמה (שוב כדי להקטין את האפשרות לניצול פוליטי וכדי לתת תמריץ למדינות לאכוף את הדין).

+ בפועל – בנוגע לאף אחד מהדברים הללו אין הצלחה מוחלטת וקיימות ביקורות.

**עד לכאן זהו סיכום שאינו שלי שנלקח מהקבוצה, מעכשיו והלאה אלו סיכומיי.**

**הפשעים הגרעיניים:**

**פשעי מלחמה:** איסור בדיני הלחימה שהפרתו גוררת סנקציה גם כנגד האדם המפר, מוטלת אחריות אישית פלילית על האדם עצמו ולא רק על המדינה. ישנם 2 גישות לאכיפת פשעי מלחמה:

1. גישת נירנברג- במשפט זה קבעו שכל הפרה של דין לחימה מהווה פשע מלחמה. **קשיים:** א. מוזילה את הרעיון של פשעים בינלאומיים גרעיניים הופכת פשעים קרים או טכניים לפשעים כאלה, אם נאמץ גישה זו לא נשרת את הרציונל הבסיסי שנועד המשבל פלילי, והוא ליצור יצור כלאיים בכדי להתעסק עם דברים חמורים במיוחד. ב. חלק מהדינים עמומים מדי ולא מספקים אזהרה הוגנת. ג. חשש מניצול פוליטי בפרשנות המלחמה. ד. חלק מהנורמות אינן משקפות עקרונות מוסריים.
2. גישת ההפרות החמורות(עמדה מקובלת): רק הפרות חמורות של דיני לחימה חשובים ספציפיים מהוות פשע מלחמה. בפועל יש רשימה של פשעים בס' 5 לאמנת רומא שהפרתם ככלל היא הפרה חמורה, סעיף 5 אומר שהסמכות של בית הדין מוגבלת לפשעים החמורים, בין היתר לפשעים החמורים של דיני המלחמה, אבל לא מפרט את הפשעים עצמם.

בסעיף שמונה יש רשימה של פשעים.

**קשיים:** 1. יכולים להיות חילוקי דעות בנוגע למה חמור ומה לא, רואים זאת באמנת רומא, ישנם סעיפים חמורים שלא נכנסו. לדוגמא: ירי בלתי מאבחן- לראות גם באזרחים וגם בחיילים בלי הבחנה לא נכלל ברשימה. 2. הפחדה מכוונת של האוכלוסייה האזרחית, ענישה קולקטיבית- יש הסכמה שהפרתם היא פשע מלחמה אך מסיבות כאלה ואחרות החליטו לא להכניס זאת לרשימה. 3. לפעמים יש דברים שהוכנסו לרשימה והם לא חמורים. לדוגמא: לבישת מדי האויב, אסרו על חיילים ללבוש מדים בצבע אחר, של האויב ולא שלהם, יש לכך נימוק היסטורי.

**פשע נגד האנושות:** מעשים שפוגעים באופן חמור בזכויות אדם בסיסיות, **זהו מעשה בעל ארבעה מאפיינים:** א. מעשה נפשע הפוגע כבוד האדם, רשימת מעשים כאלה נמצאת באמנת רומא ולצידה סעיף סל של "מעשים בלתי אנושיים אחרים בעלי אופי דומה". ב. המעשה מבוצע כחלק ממדיניות ממשלתית או כחלק מפרקטיקה רחבת היקף- מבחן כמותי. ג. האיסור על ביצוע מעשה זה חל גם בשעת מלחמה וגם בימי שלום. ד. אין משמעות לזהות הנפגעים, אך הקורבנות המובהקים של פשעים אלה הם אזרחים.

**רצח עם: פשע הכולל מספר רכיבים מצטברים:** א. רכיב פיזי- ביצוע אחד מהמעשים הבאים ביחס לקבוצה לאומית/ אתנית/ גזעית/ דתית (לפי העמדה המקובלת, זו רשימה סגורה) והם: הרג, גרימת נזק נפשי, יצירת תנאי חיים שיכולים להביא להרס פיזי של הקבוצה, שימוש באמצעים למניעת לידות, העברת ילדי הקבוצה לקבוצה אחרת. ב. רכיב הכוונה- כוונה להביא להרס מלא/חלקי של הקבוצה באשר היא קבוצה.

**פשע התוקפנות:** מכונה גם פשעים נגד השלום, מדובר על מצב שבו מטילים אחריות אישית בגין הפרת דיני השימוש בכוח(JAB)- הדין הקובע מתי מותר לצאת למלחמה ומתי אסור לצאת. פשע זה נאכף בנירנברג וטוקיו. לאחר הקמת האו"ם, יש למועבי"ט (מועצת הביטחון של האו"ם) סמכות לקבוע כי מדינה/אדם ביצעו מעשה תוקפנות. יחד עם זאת, מאחרי מלחמת העולם השנייה אין העמדה לדין בגין פשע התוקפנות, מפני הסיבות הפוליטיות הבאות:

1. דיני השימוש בכוח עמומים במיוחד לכן במרבית המקרים יהיה וויכוח האם הופרו או לא. בנוסף, מדובר בהחלטות פוליטיות ויש חשש שהשאלה "מתי יציאה למלחמה נעשית כדין" תושפע משיקולים פוליטיים.

2. הנאשמים המרכזיים בפשע הם ראשי המדינה וקשה יותר להעמידם לדין מאשר פושעים זוטרים.

3. אמנת האו"ם קבעה שלמועצת הביטחון יש את הסמכות לקבוע האם זהו מעשה תוקפנות או לא ולכן סביר להניח שהמעצמות השולטות במועצת הביטחון לא יתנו אפשרות(לבית דין בינלאומי) להכריע שבוצעה תוקפנות הן רוצות לשמור את הכוח בידיהן.

מכל הסיבות האלה, לאורך עשרות שנים האכיפה של פשע התוקפנות היה בתרדמת מוחלטת. באמנת רומא, נתקלו בקשיים מצד אחד לא הגיוני שלא יכניסו לאמנה את הפשע שהוגדר בנירנברג כפשע הפשעים. מצד שני יש את כל השיקולים הפולטים לעיל, כנגד הכנסתו. לכן, קבעו סעיף האומר שכאשר המדינות תסכמנה על הגדרה עכשווית לפשע התוקפנות, הרי שתינתן סמכות שיפוט לICC לפשע הזה, ההשערה היא שהמדינות לא יגיעו להסכמה.

אך, ב2010 המדינות הגיעו להסכמה להגדרה מודרנית מוסכמת לפשע התוקפנות. יחד עם זאת קבעו שהגדרה זו תיכנס לתוקף **בקיומם של 3 תנאים:** א. 30 מדינות צריכות להסכים להעניק לICC סמכות לפשע התוקפנות בהקשרן. ב. כלל המדינות החברות צריכות להסכים ולהכניס את הסעיף לתוקף(יחול רק על מי שהסכים) ג. כל זה צריך לקרות תוך 7 שנים.

ההנחה היא שלא יקרה, אך ב2017 שלושתם התגשמו. כיום יש 34 מדינות שהסכימו שלICC יהיה סמכות בפשע התוקפנות בהקשרן.

**דילמת ההיקף האחריות הפלילית:**

לפשעים בינלאומיים מספר מאפיינים ייחודיים: אחד מהם הוא שהם מבוצעים בהקשר ארגוני. בדרך כלל היוזם הוא המדינה שהיא מבצעת ומעודדת את ביצוע הפשעים, אך ישנם פשעים שהיוזם שלהם הוא ארגון מערכתי האחראי על ביצוע הפשעים. אולם, גם הפשעים שלא מבוצעים בתכנון המדינה או בכוונת המדינה, מרביתם לא היו מבוצעים לולא ההקשר הארגוני. לדוג: כאשר חייל ביצע ביזה(גניבה) זהו מעשה קטן ופרטני, אך לולא המדינה החייל לא היה נמצא שם.

**ישנן כמה השלכות לפשע בעל מאפיינים ארגוניים:** א. בדרך כלל הרבה מאוד גורמים מעורבים, ולכן הנזק מאוד גדול ומידת המעורבות של כל אדם בסיפור היא קטנה. ב. קיים קושי בהגדרת העבירות ובזיהוי העבריינים מבין המעורבים.

**אולם, נוצרים תמריצים הפוכים**. מצד אחד, אנו רוצים להרחיב את מעגל האחריות הפלילית בכך שנרחיב את מעגל המבצעים כי הנזק הוא גדול ויש הרבה מעורבים וכן לעשות הגדרות רחבות של העבירות כי יהיה לנו קשה לפרוס את רשת ההרתעה באופן שירתיע ובכך נמקסם את אפשרות ההרתעה.

מצד שני, זו סיטואציה מורכבת ויישומה יגרום **לכמה השלכות**: 1. אכיפת יתר- הפללה של גורמים זוטרים חסרי השפעה שאשמן קטן. 2. תוצאה נוספת מאכיפת יתר הינה הפללה של גורמים בכירים שלא ידעו על המתרחש. 3. ניצול פוליטי- כי מדינות אחרות מעוניינות להעניש בעיקר את שכבת ההנהגה. 4. הרחבת האחריות הפלילית עשויה לפגוע ביכולתם של גורמים בכירים לנהל לחימה במקביל לאכיפת הדין הבינלאומי בקרב פקודיהם.

לסיכום: המתח בין הצורך להרחיב את האחריות הפלילית כדי להפליל את כל המעורבים, לבין חשש מאכיפת יתר, הוא שמנחה את הוויכוחים המרכזיים ביחס להגדרת העבירות הפליליות הבינלאומיות.

**דוקטרינת הציות לפקודה:**

ישנם סדרה של עמדות לגבי מה צריך להיות הכלל המשפטי, אך בפועל בית המשפט מנסים להתאים את הפרשנות למקרה ובכך אינם נאמנים לשום פרשנות קבועה וזה אינו צדק, שכן צדק חייב להיות יישום אחיד של כללים על פני כל המקרים. מצד שני, כל כלל שנאמץ יביא חלק מהמקרים לתוצאות שנרגיש שאינן צודקות. **זו הדילמה הבסיסית** בחלק נכבד מהוויכוחים הפרשניים במשפט הבין לאומי- המתח בין הרצון להרחיב את הרשת הפלילית לבין התחושה שאיננו רוצים להרחיבה יותר מדי וכל זה נובע מכך שרוב הפשעים הם ארגוניים ולכן הרבה גורמים מעורבים שמרביתם מבצעים דברים קטנים.

**מאפיינים ונורמות ייחודיות**

בשיעור הראשון ראינו שהסיבה מרכזית בגללה התפתחו במשפט הפלילי הבינלאומי מנגנוני אכיפה שהם מחוץ למדינה היא שהרבה פעמים המדינה עצמה מעורבת במעשי הזוועה. בשיעור  השני ראינו בעצם את הקושי להגדיר את העבירות כך שיתפסו את כל מי שאנחנו רוצים לתפוס ורק אותם. כל המצבים הללו הם תוצר של אחד המאפיינים המרכזיים של הפשעים הגרעינים הבינלאומיים; והוא שככלל, מדובר בפשיעה מאורגנת; מה זה אומר:

1. הרבה מהפשעים מבוצעים בפועל, ביוזמת המדינה או בעידודה-חלק מהם זה אף רכיב בעבירה.
2. בנוגע לפשעים שבוצעים כיוזמות פרטיות (נניח ביזה), גם אלו לרוב יעשו ע"י חברים בארגון (חיילים או לוחמים) ובמידה רבה (אם כי לא מוחלטת) השאלה אם יבצעו תלויה במאמץ הארגון ישקיע בלהעניש ולמנוע יוזמות כאלו.

**העובדה שמדובר בפשיעה ארגונית יוצרת מספר בעיות:**

1. הנזק ככל הנראה יהיה רחב היקף יותר ממה שאדם בודד שלא שייך לארגון יכול לגרום-הצורך במניעה גדול יותר.
2. המדינה מעורבת, פעמים רבות, אז הסיכוי שהיא תפעל להעניש קטן.
3. העובדה שמדובר בפשיעה ארגונית יוצרת לנו קושי בנוגע לאיך להגדיר את העברות ומי נחשב עבריין כך שמצד אחד נפליל את כל אלו שמעורבים בעבירה למרות שכל רכיב ממנה נעשה על ידי אדם אחר. תחשבו למשל, על מערכת ההשמדה הנאצית; יש לנו הנהגה בכירה שמעוניינת בהשמדת היהודים; יש לנו את אייכמן, שעושה תכונית ביצוע וכמעט ולא מבקר במחנות ההשמדה, הוא עוסק עם ניירת; אלא שהתוכניות שהוא כותב על אותה ניירת, מיושמת קילומטרים משם, בדרך של אלפי פעולות של הרעבה, רצח, התעללות-אפילו מבלי שהוא נותן פקודות רשמיות. את כל זה אנחנו רוצים להגדיר מעשה אחד של רצח עם-וזה עוד במקרה הגרמני המסודר-מה עם המקרה הרוונדי שאין תוכנית מסודרת, יש שאיפה כללית ועידוד-שמוביל למעשי לינץ "סמי-ספונטניים".

**יחד עם זאת, קיימים גם שיקולים כנגד הרחבת מעגל האחריות הפלילית בכל הדרכים שכרגע פרטנו:**

1. הרחבת מעגל האחריות הפלילית מובילה לענישה של אנשים זוטרים שהאשם שלהם קטן-תחשבו על אניגסטר.
2. הגדרות רחבות מדי הן בעייתיות גם ביחס לבכירים בארגון; תחשבו על מקרה שהפשיעה היא לא יוזמה מלמעלה-יצירת מעגל אשמים רחב מדי עלול להוביל להטלת אחריות על בכירים בגין מעשים שהם לא ידעו עליהם ולא יכלו למנוע. בנוסף, אם כל מה שהבכירים יעשו זה למנוע ולהעניש פשעי מלחמה מתי יהיה להם זמן לנהל את הלחימה.
3. גדל החשש לניצול פוליטי – כי למדינות אחרות איכפת להציג באופן שלילי בעיקר את ההנהגה.

התוצאה של המתח הזה בין שיקולים בעד ונגד הרחבת מעגל האחריות יוצרת ויכוחים בנוגע לפרשנות הראויה לעבירות של פשעים נגד האנושות ורצח עם.

**מתח דומה קיים גם בנוגע לנורמות המגדירות במשב"ל הפלילי את הצדדים לעבירה:**

בואו נסתכל רגע על הכללים של צדדים לעבירה שקיימים גם במשפט הפלילי המדינתי: משדל, מסייע ובגלל ההקשר לפעילויות צבא גם לפוקד וגם למציית לפקודה; כללים אלו, ברמה העקרונית חלים גם במשפט הפלילי הבינלאומי.

**נתחיל מהאחריות של המציית לפקודה ואז נעבור לאחריותו של הפוקד ומשם נמשיך לכללים יותר מיוחדים.**

**הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה [דוגמא מובהקת לכלל שנועד להתמודד עם סיטואציה ארגונית, שכן עוסק במקרה בו החייל ביצע את המעשה עקב פקודה]:** נדבר רגע על הדין הישראלי: ההנחה הרווחת בקרב ישראלים היא שהכלל בנוגע לסוגיה זו, הוא שעל חייל לציית לפקודה כל עוד היא לא בלתי חוקית בעליל [ושהמשמעות של כלל זה היא שהחייל צריך לציית לפקודה בלתי חוקית "סתם" משמע, בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל]. ההנחה הרווחת בציבור – בעליל זה ברור – רובנו למדנו בצבא או בתיכון את פרשת כפר קאסם – ואנחנו יודעים שפקודה בלתי חוקית היא פקודה שדגל שחור מתנוסס מעליה משמע פקודה שהיא גם בלתי חוקית וגם בלתי מוסרית. השיח האקדמי – בדרך כלל מניח שזו הדרך שבית המשפט מפרשים את המונח בעליל – אבל מציע,  פרשנויות אחרות לכלל האמור שלדעת מלומד זה או אחר הם יותר ראויות– בשיח האקדמי הישראלי – מספר פרשנויות חלופיות הוצעו במקום "מבחן הדגל השחור" – כאשר המרכזיות מבניהן הן: (1) "מבחן של החייל הסביר": על פי פרשנות זו למונח בעליל אם חייל סביר היה מזהה שהפקודה היא בלתי חוקית הרי שהיא בלתי חוקית בעליל ויש לסרב לה. (2) מבחן הידיעה בכוח או בפועל – אם החייל ידע שהפקודה לא חוקית אסור לא לציית והוא יוענש אם ציית (אפילו אם חייל סביר לא היה מזהה את אי-החוקיות) אם הוא לא ידע – בודקים אם החייל הסביר היה יודע. אבל, כאשר בודקים איך בתי המשפט מפרשים את מונח בעליל – מגלים שהם לא תמיד מפרשים את המונח בלתי חוקי בעליל באופן עקבי לפי מבחן הדגל השחור – אין עקביות בפרשנות של המונח – ורק בעשר שנים האחרונות נתנה פסיקה שמפרשת את המונח בלתי חוקי בעליל בהתאם לכל אחת מארבע הפרשנויות האפשריות שהוצעו בשיח האקדמי. ניתן לתאר את המצב ממש כמצב בו בתי המשפט מאמצים במקרה אחד פרשנות אחת למונח בעליל, במקרה הבא נוטשים אותה ומאמצים פרשנות אחרת, במקרה השלישי נוטשים את הפרשנות השנייה ומאמצים פרשנות שלישית, וחוזר חלילה. במשפט הבינלאומי המצב דומה – אם כי אמנת רומא קובע את הכלל הבא: אין הגנה מקום בו החייל ידע שהפקודה לא חוקית או הפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל (ואז יש חילוקי דעות על מה המשמעות של "בעליל"). הסיבה לחוסר העקביות ולעמימות המשפטית היא שיש פה מתח בין שיקולים שונים בעד הרחבת המעגל אחריות הפלילית בהקשרו של הפקוד.

**אחריות מפקדים:** נעבור למפקד – הטלת אחריות עליו כמבצע עיקרי זה גם במקרים בהם הוא לא ביצע שום חלק מהיסוד הפיזי מהווה הרחבה של ההגדרה של מבצע עקרי (לכאורה, מדובר במשדל). אבל בהרחבה זו אין די. אבל כבר אז מתחילות הבעיות: בעיה ראשונה היא שלגבי המפקד אי אפשר להסתפק באחריות על בסיס פקודה-הרבה פעמים אין עדויות לפקודה; בנוסף, מפקדים למדו שלפעמים כל מה שהם צריכים זה לרמוז, או אפילו לעצום עניינים מיוזמות שמתחילות מהשטח כדי שמעשי הזוועה שהם רוצים שיקרו יקרו; חוץ מזה, מדובר במערכות היררכיות למה לא לחייב את המפקד ליותר-שבאופן אקטיבי יפעל לשמור על המשמעת והחוק בקרב פקודיו?

לכן, מפותחת, במשפטי מלחמת העולם השניה דוקטרינה של "אחריות מפקדים": על פיה מפקד אחראי למעשי פקודיו לא רק אם הוא היה שותף פעיל או פקד על ביצועם-אלא אם הוא לא מנע אותן. אבל יש ויכוח בנוגע ליסוד הנפשי שנדרש; בגדול וממש ממש בהפשטה: בעבר הייתה תמיכה באחריות קפידה היום הוויכוח הוא בין רשלנות לבין פזיזות.

ושוב בגלל שישנם שיקולים בעד ונגד הרחבת מעגל ההפללה [שיקול נגד - בחלק נכבד מהמדינות יש כלל שאוסר ענישה חמורה בלי אשם-משמע, על רשלנות לא ניתן להטיל עונש של מאסר עולם (כמו ב-ICC) או מוות כפי שהיה בימשיטה].

**JCE**: אחריות מפקדים (עקב הדרישה לשליטה אפקטיבית) לא מספקת מענה; דוקטרינה אחרת שמנסה לתת מענה למצבים אלו היא ה-JCE. מה זה? פס"ד שהופך את הדוקטרינה הזו לחלק מהדין זה על פס"ד טאדיץ' של ה-ICTY; בית המשפט שם סוקר המקורות משפטיים מוקדמים יותר וקובע שלאורך השנים התפתחה מגמה משפטית במרבית העולם שמנסה להתמודד עם האופי הארגוני של הפשעים הבינלאומיים-והיא כבר הבשילה לכדי הדוקטרינה של JCE.

**יש 3 סוגים (אנחנו נדבר על 1 ו-3- כי 2 הוא מעין אמצע בניהם):**

**1**. אם לקבוצה יש תוכנית משותפת לבצע פשע בינלאומי כל חבר בקבוצה יהיה אשם בפשע הבינלאומי ללא כל קשר לעובדה שהוא לא ביצע כל רכיב במעשה-אם הייתה לו כוונה לקדם את התוכנית והוא ביצע רכיב מרכיבי העבירה.

**3**. זו הגרסה שהכי ביקרו של JCE- קובעת שאם בוצעו פשעים בניגוד לתוכנית המקורית של הקבוצה תוטל אחריות גם על חבר בקבוצה שלא נטל חלק בביצוע אותם פשעים. **בהקשרה של דוקטרינה זו ישנם מספר חילוקי דעות:** 1) האם היא חלק מהדין המנהגי (במקור התלהבות גדולה- העמדה הרווחת היא כן, אך בית הדין בקמבודיה רמז שלא); 2) האם נדרש שהתוכנית המקורית תהיה פלילית? 3) מה מידת התרומה של האדם בתוכנית הנדרשת על מנת להטיל עליו אחריות פלילית?  4) מה היסוד הנפשי שנדרש?

**הצדקת הענישה הפלילית:**

**הקדמה:**

ענישה פלילית פוגעת בזכויות האדם הבסיסיות ביותר וכן יש סטיגמות כתוצאה ממנה, מכיוון שהיא דבר פוגעני לזכויות אדם. לכן יצטרכו סיבות מוסריות טובות כדי שנחשיב את אותה הענישה של ההליך הפלילי ללגיטימית וראויה.

לפי העמדה הרווחת, כדי להצדיק את המשבל פלילי נצטרך הצדקות נוספות וחזקות במיוחד, משום שהוא "חיה מוזרה", חריג לכלל. המשבל פלילי הינו ייצור כלאיים, ולכן מקורן של ההצדקות האלה יהיו: מההצדקות של המשפט פלילי הרגיל, הצדקות שמקורן בניסיון להצדיק את המשבל הרגיל הפונה למדינות והצדקות לקיומו של המשבל פלילי.

**קוהרנטיות בהצדקות לענישה:**

למה צריך קוהרנטיות בהצדקות לענישה?

1. הוגנות- ההצדקה המקובלת מבוססת על הוגנות, על פי טענה זו, גם אם בני אדם חלוקים בעמדותיהם המוסריות, הם מסכימים שאם קבוע כלל יש ליישמו באופן עקבי. הדברים נכונים במיוחד במשפט הפלילי, בשל קביעת האישום וחומרת הסנקציה.
2. ההוגנות מספקת יציבות למערכת- כי מי שמרגיש שהמערכת הוגנת, לא יחזור לעשות מעשה אסור, אפילו אם הוא חולק על תוכן החוק.

**קוהרנטיות:** קביעת בסיס של עקרונות ופעולה במקרה הספציפי על פי אותם עקרונות, או בפועל:

**שלב א':** לקבוע עקרונות. **שלב ב':** קביעת כללים למקרים שונים, לקטגוריות שונות. **שלב ג':** יישום של הכלל המתאים למקרה הספציפי.

**במשפט הפלילי**: יש חלק כללי שקובע **עקרונות** (שהשאיפה היא שיהיו מנותקים ממוסר, מהשקפה מסוימת), העבירות הספציפיות יוצרות **כללים** שאותם ביהמ"ש **מיישם** במקרה הקונקרטי. כך, נוצרת לנו מערכת של עקרונות וכללים שנוכל ליישמם.

**האם הקוהרנטיות באמת מאפשרת ניתוק של המשפט ממוסר?**

**פוזיטיביזם:** לפי גישת הפוזיטיביסטית המשפט הוא מדע ולכן הוא חייב להיות מנותק מערכים מוסריים. הפוזיטיביסטיים טוענים שעל המשפט לבחון את החוקים והתקדימים בכלים מדעיים, וכך להגיע למערכת שמסודרת באופן קוהרנטי ורציונלי.

התהליך הפוזיטיביסטי: בוחנים את הכללים המשפטיים ואז מחפשים עקרונות משותפים ולאחר מכן מגלים את עקרונות הבסיס וחוזר.

**הקשיים בעמדה הפוזיטיביסטית:**

1. יש בעייתיות בלהתנתק לחלוטין מהמוסר- שכן לא כל מערכת קוהרנטית היא מערכת צודקת מבחינה מוסרית.
2. הרבה פעמים כששואלים אם משהו קוהרנטי או לא (אם משהו הכלל או החריג), זו נקודת מבט של השקפה ולכן היא לא תמיד אובייקטיבית ויש בה אלמנטים של סובייקטיביות. מכך, שלא תמיד ניתן לזהות את העקרונות המשותפים על בסיס הכללים.
3. הרבה פעמים שמאומץ כלל משפטי כזה או אחר, זאת עקב סיבה היסטורית ויכול להיות שהיא לא רלוונטית יותר בעידן הנוכחי. אך, כאשר נשאר החוק/הכלל לאורך תקופה ארוכה, גם לאחר שינוי הכללים, לעיתים אנו מאבדים את הסיבה אליה יצרנו אותו ואנו ממציאים ומייצרים לנו סיבות שונות להישארותו.

**המסקנה:** צריך קריטריון אחר שיאפשר לאתר את העקרונות העל של המשפט הפלילי ולהצדיקם.

**איך מצדיקים ענישה פלילית?**

נתחיל בדוגמא הבאה: החלטתי לפני השיעור שאם המרקר שלי ייפול אני אעניש את האדם שנמצא במסך מימין לי בזום בדרך של מאסר  **למשך שנה**. למה זה לא נראה לנו ראוי? **:1. מי נתן לך סמכות?; 2. על מה ראוי להעניש?; 3. את מי ראוי להעניש? (מי נחשיב עבריין); 4. מה רוצים להשיג בענישה?**

**נתחיל ב-על מה ראוי שנעניש?** האם נפילת טוש היא דבר שראוי להעניש עליו?

 מתח מרכזי-בין שתי השקפות:

השקפה מצמצמת: יש לנו אינטואיציה שסנקציות פליליות צריכות להיות מוטלות על דברים חמורים.

השקפה רגולטיבית: פר מקרה, אנחנו תמיד כועסים למה נושא מסוים לא הוסדר בחוק. מסתתרת מאחורי הרפלקס הזה השקפה שיש להרחיב את השימוש בהליך הפלילי בחברה גדולה ופלורליסטית: אחרת אנשים לא יוכלו להסדיר את חייהם המשותפים. **משמע, בדין הפלילי בפועל אין הכרעה במתח הזה–אלא בליל של רציונאליים.**

**את מי אנחנו רוצים להעניש? (מי יחשב עבריין) (**מה הקשר לנפילת הטוש שנדרוש על מנת להעניש?)

אופציה אחת: ענישה בגין המעשה – שמים דגש על היסוד העובדתי. אם לוקחים אותה לקיצון לא דורשת כלל יסוד נפשי, או לא דורשים בכלל קשר למעשה–כדי להשיב את האיזון הקוסמי צריך להעניש מישהו. הגרסה הפחות קיצונית מקבלת דרישה ליסוד נפשי אבל הוא משני ליסוד העובדתי. למשל, עבירות רשלנות ואחריות קפידה [או שלילת האפשרות לזכות בהגנת כורח כפי שנקבע בחוק לענישת הנאצים ועוזריהם]

אופציה שנייה: ענישה בגין מהות העושה: מתמקדים ביסוד הנפשי. בקיצון לא צריך בכלל להוכיח שבוצע מעשה – דוגמה אחת היא מעצר מנהלי; אבל הינה דוגמה יותר מעניינת: הפקודה למניעת פשעים–חוק מ-37 שתקף בארץ – מאפשרת לשים במעצר בית אדם "מר נפש" המסכן את שלום הציבור.

אופציה שלישית: ענישה בגין הלך הרוח של האדם בעת הניסיון לבצע מעשה: שמה דגש על היסוד הנפשי הנקודתי. יש שאומרים שאלו מרבית העבירות בדין הפלילי [בפועל לא כך רוב העבירות הם עבירות קנס של רשלנות או אחריות קפידה]. בנוסף, הדרך שבה אנחנו מנסים להסיק את היסוד הנפשי בנויה על כל כך הרבה חזקות, שאלמנט הבירור של ההלך נפש הסובייקטיבי הוא יחסית קטן.

בכל מקרה **שוב בפועל אין הכרעה אלא שימוש בבליל של רציונאליים.**

**מה אנחנו רוצים להשיג בענישה? (**למה אני מעניש את העבריין על נפילת העט: מה אני רוצה להשיג):

**המתח הוא בין גישות גמול (צופה פני עבר) מול תוצאתנות (מנסה להשיג מטרה בעתיד);**בפועל מדובר בסדרה יותר מפורטת של מטרות: 1. גמול אובייקטיבי: השבת האיזון המוסרי על כנו; 2. גמול מסוג אשם מוסרי: ענישת אדם שהחליט באופן רצוני להפר נורמה (הוספה של אלמנט של אשם לאלמנט של השבת הסדר הקוסמי); 3. הרתעת היחיד; 4. הרתעת הרבים; 5. חינוך; 6. שיקום העבריין; 7. מטרה דקלרטיבית: הדין מדבר עם הציבור שומר החוק מאשש את החלטתו לציית לחוק; 8. מניעה והרחקה; 9. שיקום הקורבן.

**בפועל משתמשים בבליל של ההצדקות הללו –ובהמשך הקורס נראה שיש גם ספק בקשר לכל אחת מהן האם היא באמת עובדת והאם היא באמת הצדקה ראויה?**

**את מי אנחנו רוצים להסמיך להעניש את מי?**

למה אתם לא רואים בי (המרצה), כשאני מחליט על כליאת אדם למשך שנה,  כגורם מסומך לענוש ענישה פלילית? [הרי אני ריבון חנון ורחום]. בעצם מדובר ב-5 תת שאלות: 1. מי יכול לאיים בסנקציה? (מי הריבון?); 2. למה מותר לו לאיים בסנקציה?(מה הבסיס להיותו הריבון); 3. על מי הוא יכול לאיים בסנקציה? (מי הנתינים); 4. למה מותר לו לאיים בסנקציה על האנשים שהוא מאיים? (מה הבסיס ליחסי הנתינות); 5. למה על הנתין לציית לריבון?

התשובות שאנחנו נותנים לשאלות אלו, הבסיס שלהן הוא לרוב, אחד מהבסיסים הבאים:

**1. בסיס מוסרי:** בעבר התשובה לשאלה הכללית מדוע הריבון הוא הריבון נסמכה על טיעון מוסרי של הריבון הוא הריבון כי כך האל רצה. כיום במערכות משפט מדינתיות חילוניות יותר קשה להצדיק את כלל הבסיס לסמכות הריבון על טיעון מוסרי. עם זאת, כשאנחנו מגיעים לעבירות ספציפיות אנחנו פעמים רבות פונים למוסר – רצח הוא פסול כי הוא לא מוסרי והמחוקק רשאי להעניש על כך כי זה לא מוסרי.

**2. בסיס של הסכמה:** האמנה החברתית, או הסכמה מאחורי מסך של בערות–הם הבסיס למתן סמכות הענישה. ההליך הדמוקרטי מנסה להפוך את יסוד ההסכמה ממשהו תיאורטי למעשי.

**3. בסיס פוזיטיביסטי-פורמאליסטי:**החוק הוא מה שכתוב בספר החוקים וזה בסדר, והוא נקבע על ידי מי שקבוע במערכת החוקים שהוא בעל הסמכות לקבוע חוקים.

**4. בסיס סוציולוגי:** החוק הוא ביטוי למסוכמות חברתיות;

**5. העדר בסיס (טיעון ביקורתי):** מאחורי החוק מסתתרים אינטרסים אנוכיים של בעלי הכוח.

אם נחשוב על זה רגע, נראה, שלרוב לבטח בהקשר המדינתי, אנו עונים לשאלות שונות מבין חמש השאלות הללו תשובה מבסיס שונה, או במצבים שונים נותנים לאותה שאלה תשובה מבסיס שונה או נותנים עירוב של בסיסים. התשובה הרשמית של רשויות המדינה למקור הסמכות של המדינה נסמכת על בסיס פוזיטיביסטי: רשויות המדינה הן הריבון, ככלל הנתינים הם תושבים ואנשים שבחרו להיכנס למדינה. משמע, הבעיה שלנו, במשפט הפלילי המדינתי, היא העדר בסיס אחיד שמצדיק ענישה (העדר קוהרנטיות); אבל קשה לחלוק, שבפועל, אכן יש מערכת משפט עם יחסי נתינות קבועים – שמתקבלת ככלל כלגיטימית מצד הנתינים.

**במשפט הבינלאומי אנחנו בבעיה חמורה יותר [והכוונה היא כרגע למשפט בינלאומי שפונה למדינות]-**

**צידוק של מוסר אוניברסאלי** קשה לנו לקנות באופן גורף;

**הסכמה**: האם באמת יש הסכמה של האוכלוסייה או שמא זו רק הסכמה של קבוצה צרה של נציגי ממשלה.

לכן ההשקפה המקובלת היא **שבסיס הצידוק למערכת זו הוא תרבותי** (משמע, **סוציולוגי**): תחושת מחויבות של מדינות ומוסכמה חברתית שיש מערכת משפטית של נורמות בינלאומיות מחייבת; אבל שימו לב שזו תחושת מחויבות של מדינות לא של אזרחים. המשפט הבינלאומי בכללותו (משמע, כולו מלבד מספר תחומים מצומצמים שהבולט ביניהם הוא המשפט הפלילי הבינלאומי) נתפס ככלל כמערכת משפט "אופקית" – משמע, מערכת שאין ריבון העליון לנתיניו, אלא במקום זאת, מדובר במצב בו המדינות מחוקקות לעצמן (coordination and not subordination) ודרך האינטראקציה הזו בין פקידי השלטון נוצרת מחויבות לנורמות שנוסחו בדיאלוג זה.

**הקושי הוא שבמשפט פלילי בינלאומי**, זה לא יכול להוות בסיס מספק להצדקת ענישה:

ברמה קונספטואלית-תיאורטית (משמע, מבחינה תורת משפטית): חייבת להיות נתינות, כדי שמערכת חוק תוכן להצדיק הטלת סנקציות על אדם–אין מדובר בתקשורת בין מדינות–לא ניתן להסתפק בנקודת מבט אופקית [שימו לב שדינשטיין עוד מרחיק לכת וטוען שכל מערכת משפט ולא רק משפט פלילי חייבת להיות מבוססת על יסוד של נתינות].

ברמת הצידוק של הסכמה וברמת הצידוק התרבותי-סוציולוגי: רוב האנשים לא מעורבים בשיח שיוצר ומיישם את המשפט הבינלאומי; כך, שהאם באמת ניתן לדבר על הסכמה או על הפנמה תרבותית.

**סיכום: גם במשפט המדינתי וגם הבינלאומי – קיים קושי להצדיק ענישה פלילית – לבטח באופן קוהרנטי.** כשבמשפט הפלילי הבינלאומי, אנחנו בקושי יותר חמור–קשה לנו בכלל לתאר את היחסים במערכת זו באופן שיאפשר להצדיק ענישה. עם זאת, זה לא אומר בהכרח שצריך לקבוע שאין מקום לדבר הזה שנקרא משפט פלילי בינלאומי -מדוע? - נדבר על כך בשלבים יותר מאוחרים של הקורס.

**מבוא**:

בשיעורים הקודמים ראינו שהבסיס לענישה הפלילית הרבה פחות חזק ממה שנדמה לנו. בשיעורים הקרובים נעשה סקירה היסטורית של רעיונות שמתפתחים אחד בהשפעת השני, נראה את השפעתם על שני רכיבים של המשבל: 1. משפט פלילי מדינתי 2. משפט בינלאומי כללי

נניח בצד את המשפט הפלילי הבינלאומי מאחר והוא יציר כלאיים משתי המערכות הללו ולכן כדי שהוא יהיה קוהרנטי, תנאי ראשון ולא מספיק הוא ששתי המערכות האלה יהיו קוהרנטיות.

**המשפט בימי הביניים:**

בשיעור הזה נדון בראשיתן של מערכות אלה, אירופה של ימי הביניים. הנחת המוצא היא באותה תקופה, שהבסיס למערכת המשפט הוא כללים של משפט טבעי, לא רק משפטיים אלא גם מוסריים שהם נקבעו ע"י האלוהים וכולם חלק מתוכנית אלוהית אחת, למאמינים במערכת הזאת יש צידוק חזק ללא כל ספק, מנקודת השקפתם מערכת המשפט היא מוצדקת שכן היא מבוססת על רצון האל, צידוק זה הוא קוהרנטי. לפי השקפת אז, אם יש אלמנטים לא קוהרנטיים הם נובעים מחוסר היכולות שלנו להבין את האל, הם לא נובעים מהעדר קוהרנטיות אמיתית.

במערכת הזאת המשפט במרביתו, העיקר שלו הוא אוניברסלי, הדין המרכזי והקבוע הוא דיני האדם, הם מניחים דין אוניברסלי שהאל קבע כדי לנהל את בני האדם.

**לאור זאת אין הבחנה חדה בין משפט מדינתי לביון משבל משתי סיבות:1**. מדינות לא קיימות לכן משבל עדיין לא התחיל, יש ריבוניים אך כולם מודעים לכך שהם בני אדם **2.** הדינים שנתפסים אוניברסליים הם לא מוגבלים רק לריבוניים אלא גם לבני אדם, רצח נחשב פשע אוניברסלי, כמו כן גם גנבה ובגידה, זה לא שהוא באמת אוניברסלי אלא האירופאים מניחים כך. (אין גם אבחנה חדה בין המשפט הפלילי לדיני הנזיקין).

**בנוסף, באותה מערכת יש הנחה של אי שוויון**, שבני האדם לא נולדו שווים והאל קובע לאיזה מעמד הם נקבעו, חובותיהם וזכיותיהם מהמשפטיות נקבעות בהתאם למעמדם, לכן נסיכים, שליטים, גם להם הכללים הם כללים שחלים על בני אדם, יש להם זכויות וחובות כתוצאה מהמעד אך גם עליהם חלות הנורמות שחלות על כולם. לכן, דיני הלחימה ודיני המשבל הם דינים שנגזרים מנורמות שחלות על בני אדם.

**בפועל, ברוב המקומות יש מאבק בין 3 סוגים של גורמים:**

מצד אחד השליט המקומי, הסניור או הרוזן מצד שני המלך ומצד שלישי הכנסייה. יש ביניהם מאבק על מי יהיה זה שישלוט ויקבע בדין, המאבק הקטן הוא מי יקבע חוקים המאבק הגדול יותר הוא מי ינהל את מערכת השפיטה, שכן מערכת זו היא מקור הכנסה מאוד טוב. הכנסייה תשים דש על אלמנטים אוניברסליים, ההנהגה המקומית על נורמות פרטיקולריות והמלך ינסה לשחק בין שני הגורמים מאחר והוא באמצע.

**אך, המציאות הרבה יותר מבולגנת.** ברמה הנמוכה יותר אין רק סיניורים יש ערים חופשיות ושלל סוגי שליטים מקומיים וקבוצות בעלות רצון לניהול עצמי. בנוסף, ברמה של המלך בפועל יש המון סוגים של שלטים מלך זו הגדרה פשטית, במובן הטהור שלו זה שליט שלא כפוף לאף אחד מלבד לכנסייה, אך בפועל יש שליטים שטוענים שאינם כפופים לאף אחד ואחרים טוענים שיש כפופים מעליהם. כמו כן מצד הכנסייה, יש כמה גורמים שטוענים לסמכות אוניברסלית ביניהם האפיפיור וראש האימפריה הרומית הקדושה, שבפועל שולט ונמצא בראש המערכת השלטונית כלפי רוב אירופה, אנגליה היא הדוגמא הנדירה יחסית של גורם שהשתחרר מהקיסר הרומי הקדוש יחסית מוקדם, ומבחינת התורה המשפטית הוא נתפס כאחראי על השלום העולמי ויש לו סמכות משפטית גם מעבר לגבולותיו.

כולם התחרו למי יש את הסמכות, באיזו מידה יש לו את הסמכות לערוך מערכת משפט ולאכוף את הדין.

**ישנם שני תיאורים של השפעת לחצים האלה על יצירת הדין הפלילי של איך הגענו מהמערכת הזאת אל המערכת המודרנית:** סיפור אחד מדגיש את המשותף(גבי הלוי) וסיפור שני מדגיש את האלמנטים הפרטיקולריים(שלמה גיורא שוהם), אך אם נשאל כל אחד יגיד שהצד שלו צודק ואמת.

**אולם שניהם מספרים רק חלק מהתמונה** ואם מישהו מספר לנו אחד מהם אנו נצטרך להיות ביקורתיים ולשאול למה הוא מספר לי דווקא את הסיפור הזה, שכן המציאות תמיד מורכבת וכל סיפור היסטורי הוא סיפור שבוחר לספר רק חלקים מהמציאות וחלק מזה זה מהטיות לא מודעות, תמימות וחלק זה מאינטרסים. **להשערת זיו בורר**, שני המספרים מספרים כך עקב מקור החינוך שלהם.

**הסיפור הראשון המדגיש את המשותף:** עקרונות המשפט הפלילי נמצאים עוד בדין הרומי, הוא נקלט לתוך המשפט הקנוני(הכנסייתי), ומיושם ברחבי כל אירופה כי הוא משומר ע"י האימפריה הרומית הקדושה ששולטת ברוב השטח וע"י הכנסייה שיש לה השפעה מעבר לכך. לכן, כשצומחות מדינות המתחילות לפתח את המשפט הפלילי שלהן, הן נסמכות על הרבה יסודות משותפים, ולכן יש בסיס משותף רחב לכללים המשפטיים של מדינות שונות( הוא הופץ ברחבי העולם האמצעות הקולוניאליזם- עקב כפייתם של הרומאים).

**איזה אינטרס לא תמים יכול להות למישהו לספר לנו דווקא את הסיפור הזה היום?** באירופה הקונטיננטלית יש את האיחוד האירופי והם רוצים להדגיש את האלמנטים הייחודיים שלהם. לכן, המספר רוצה לחזק תודעה, במובן או לא מודע, של שותפות חוצת גבולות.

**הסיפור השני המדגיש את הגישה הפרטיקולרית: משבטיות למערכות ומשם למדינה מודרנית.**

אירופה הורכבה משבטים גרמנים ובעלי מסורות שחלקן שונות וחלקן משותפות, כדי למנוע עימותים הן בן השבטים והן בתוך השבטים יש התגודדות לקבוצות, לחמולות, גילדות מקצועיות(החזקות ביותר גילדת הלוחמים וגילדת הסוחרים) שהן בעלות ערבות הדדית. כאשר יש סכסוך בין קבוצות האחריות על הנזק שנגרם היא במידה רבה של הקבוצה כולה, כל הקבוצה הייתה אחראית לנזק שהפרט גרם לה. בתוך הקבוצה מנהיגי החמולות והגידלות ישבו סכסוכים בתוך הקבוצה.

**בכך, אנו רואים 2 פונקציות של מנגנון הtith:** האחד, כמנגנון שיפוטי- בעיקר בסכסוכים פנימיים אך לא תצמיד לפעמים כשישי סכסוך בין קבוצות ממנים tith משותף. השני, לשמש כמנגנון לאחריות קיבוצית.

**מנגנוני האכיפה שקיימים באותה התקופה:**

1**. מנגנון של פניה למוסד שיפוטי (TITH):** קבוצה של זקנים מכובדים מנהיגים ומנגנון זה משמש ל3 פונקציות: א. בימה"ש, מכריעים גם בשאלות של עובדה וגם בשאלות של דין, מונו אנשים במיוחד שהכירו את האדם כדי להעיד עליו, זאת בניגוד לימינו שנפסלים שופטים כאלה. ב. מנגנון שמטרתם הייתה לקבל אינדיקציה מהאלוהים מהו חושב שצודק למשל איך נדע אם מישהי מכשפה ניתן כוויה על הלשון אם היא ל נכוות היא משקרת ואם כן נכווים אז משקרים ג. של גוף הנושא באחריות קולקטיבית במקרה של סכסוכים חוצי גבולות.

**2.** **מתפתחים מוסדות של דין עצמי( שהצטמצמו עם השנים):** הקו בין נזקים לפלילי לא עבר איפה שהוא עובר היום הייתה הבחנה בין מעשים שפגעו בשלום שלך של משפחה לבין כאלו שפגעו בשלום הכללי ומי שפגע בשלום הכללי היה אויב השלום ומפר השלום. 2 דוגמאות לדין עצמי:OUTLAW מסוג פליליות חמורה(גנב בלילה)- אדם יכול לעשות דין לעצמו אם מדובר במעשה שכל אדם יכול לעשות דין לעצמו אם מדובר במעשה שכל אדם יודע מיד שהעושה אותו פושע. ולכן כל אדם היה יכול להרוג אותו כחיית השדה בזמן שאתה תופס אותו בזמן המעשה או כל עוד הדם חם(שבוע, כמה שעות תלוי), דינים אלה קיימים גם במשפט התנכי. דוגמא שנייה, -OUTLAW BY DECREEניתן לעשות דין עצמי ולהרוג פושע שברח מהעונש שניתן לו.

**3. נקמת דם-** מטרת נקמת הדם מבוססת במידה מה על אחריות קולקטיביות, אך מנגנון זה הוא בעיקרו מנגנון אכיפה. הורגים אנשים מהחמולה של הצד השני עד שאחד הצדדים מסכימים להגיע למוסד השיפוטי. החוק הקדום ביותר באנגליה שעדיין תקף, חוק מלבורו, האומר שאסור יותר לעשות שימוש בנקמות דם ויש לפנות ישר לביהמש.

**מה קורה בהמשך?** מנגנוני הדין ממצטמצמים עם השנים ויש מעבר סמכויות מהסיניור למלך. הסמכות לשפוט עוברת מהשבטים לסניור ונוצרת מערכת של משפט מקובל ,השופט קובע מה הדין והמושבעים מכריעים בשאלות עובדתיות. בשלב מאוחר יותר המלך יוצר מערכת דין אחידה שחלה בכל הממלכה, ישנה התפתחות של רעיון השלום, שכן המלך אומר שהוא אחראי על השלום וכותב רשימת פשעים אסורים ומה שנשאר זה רק הגנה עצמית, המטרה היא לרכז את סמכויות המשפט הפלילי בידי המלך.

**ישנם 2 אינטרסים מרכזיים שמובלים את המלך:** 1. שהוא יהיה מקור הדין(תחרות בין הסיניורים והכנסייה) 2. מניעים כלכליים, מעשים פוגעניים, אלימים שנעשו כלפייך, יחשבו כיאלו נעשו בפני המלך ובכך יזכה להגנה. אך, בכדי לקבלה תצטרך לשלם כסף. (מעשים אלו התפתחו לשלום הציבור).

**מה האינטרס של מישהו לספר לנו את הסיפור הפרטיקולרי?** 1. הסיבה שהבריטים מספרים את הסיפור הזה הוא בכדי לספר לעצמם שהמשפט הפלילי שלהם הוא מיוחד ושונה מהאירופאים, לייצר תודעה לאומית מיוחדת. 2. הסיפור הראשון שבו מסופר שזו התפתחות איטית של נורמות לאורך השנים זה לא נכון, שכן תחום המשפט הפלילי מבוסס על קונבנציות חדשות יחסית, וכן המשפט משתנה לפי תקופות ואינטרסים.

**מה כל זה אומר לנו על התפתחות המשבל?**

**1. גישה אוניברסלית:** המשבל נוצר מתוך המשפט הטבעי ועל בסיסה פרקטיקות של גילדות שהדין שלהם היה חוצה גבולות למשל גילדת האבירים. **2. גישה פרטיקולרית:** המשפט הטבעי לא יושם בשטח ועם הזמן התפתחו דינים הסכמיים ופרקטיקות נהוגות שמטרתם להסדיר את ההתנהלות.

**נק' שהרבה פעמים מתפספסת בשני הסיפורים היא שדיני הלחימה בתקופה זו היא במידה רבה תמונת ראי קולקטיבית של המשפט הפלילי הגרמני.**

**עליית המדינה:**

על פי רוב קשה לדמיין מערכת משפט שאין לה מדינה, אבל בפועל המדינה היא תופעה יחסית חדשה.

חלק מהחוקרים מסמנים את הסכם וסטפליה(1649) כמועד לידתה של המדינה. אולם, בפועל המדינה מתגבשת באופן הדרגתי בתהליך ארוך שמתחיל בשלהי ימי הביניים ושיאו בסוף ימי ה19, כאשר המלכים ניסו להצדיק את עליונותם על הסיניורים ולהשתחרר ממרות הכנסייה. בשלב זה אנשים שרוצים לקדם את התפתחות המדינה, ממציאים את אגדת וסטפליה כדי לתת למדינה עילה של מוסד ותיק ימים, הם יכולים לעשות זאת אז ולא לפני שכן האימפריה הרומית הקדושה קיימת עד 1806, ועברו 100 שנה מאז ואנשים שוכחים איך נראתה האימפריה.

זהו תהליך הדרגתי של מלכים שמתנערים מהכנסייה ומהקיסר הרומי הקדוש ומצד שני הכפפה של מוסדות שיפוטיים נמוכים יותר אליהם.

בשלב הראשון, נטען שעליונות המלך היא רצון האל, ששם את המלך על כס המלכות. **עליית המלך הביאה ל2 דברים:**

1. עליית המלך הובילה לביטול מוסדות שיפוטיים מתחרים, כך נוצר "שלום המלך" שבו בתמורה לתשלום(מיסים/פרוטקשן), המלך יכול לשפוט את מי שמפר את השלום. בסופו של התהליך נוצר מושג מופשט של האינטרס הציבורי-"שלום הציבור", שעליו מגן המשפט הפלילי.

2. עליית המלך קידמה תפיסה לפיה המלך שונה משאר הנתינים, שכן יש לו קשר מיוחד לאל. ישנם תחומים שבהם המלך הוא הריבון באופן מוחלט, אך גם נוצר צורך במערכת משפט בינלאומית כדי לנהל יחסים בין מדינות. בהדרגה, הקשר לאל והמשפט הטבעי נזנחים ומוחלפים ע"י רצון הנסיכים/המדינות. המערכת מבוססת על וולונטריות. "משפט הטבע" הופך ל"דיני האומות".

**אז למה הומצא שקר וסטפליה?** במאה ה19 מלכים באירופה ניסו להתנגד למשבל שהגביל אותם ולכן טענו שהמדינה הייתה קיימת מאז ומעולם וזהו המצב הטבעי של הדברים. בעצם, המלכים ניצלו את הזיכרון הקצר של העם לטובתם.

**ולמה השקר הזה מופרך עכשיו?**

1. כי הוא היה באמת שגוי ועדיף מאוחר מאשר אף פעם.

2. פריחת המשבל בעשורים האחרונים מסייעת להפרכת המיתוס, מכיוון שאחרי שהמלחמה הקרה נגמרה יש פריחה של המשבל ומסודותיו ואלה שמפריכים את מיתוס וסטפליה עושים זאת בכדי להגיד שהמדינה היא לא מצב טבעי כי הם רוצים לקדם את התפתחות המשפט הבינלאומי. מאחר ואם המערכת המדינתית היא "המצב הטבעי" אז קל יותר להתנגד למשבל, אבל אם המשפט משתנה עם הזמן, כפי שהמפריכים טוענים, אז יותר קשה להתנגד לעליית המשבל.

**הומניזם והרעיונות שצמחו ממנו )רצונאליזם וחילון, משפט טיבעי מבוסס לוגיקה, האמנה החברתית, ו-שיח זכויות אוניברסאלי( :**

יחד עם התהליך של שימת המדינה בבסיס מערכות המשפט (ולא המשפט הטבעי האלוהי), התהליך החשוב ביותר שקרה למערכת המשפט מאז ימי הביניים הוא ההומניזם שבא לידי ביטוי בהוצאה הדרגתית של האל מהתמונה המשפטית ובמקומו שימת דגש על האדם במרכז כנשוא מערכת המשפט. בנוסף, מדובר בהתפתחות של השקפה לפיה מה שמייחד את האדם זו העובדה שיש לו עולם פנימי בו הוא מסוגל לבצע הליך המחשבתי הרציונאלי.

למרות שרעיונות שכאלו היו קיימים תמיד, ניתן לומר שבמידה רבה תחילת ההשפעה הגוברת של הרעיונות הללו על מערכות המשפט, שמהן תתפתחנה מערכות המשפט שאנו מכירים כיום, היא בהתפתחות גישתו של **תומס מאקווינוס במאה ה-13**, לפיה את טען שאת תוכניתו של האל ניתן לגלות לא רק בדרך של קריאה בספר הקדוש, אלא גם בקריאה בספר הטבע. משמע, בעזרת שימוש במחשבה הרציונאלית ניתן לגלות את רצונו של האל כפי שרצון זה בא לידי ביטוי בטבע, לרבות בטבע האנושי-בעזרת התנהגות ובמחשבה האנושית, **רעיון זה הוביל לפריחה המדעית של הרנסאנס.**

לאחר מכן, האל יוצא באופן הדרגתי מהתמונה, ובמקומו מושם דגש על ההליך הרציונאלי. כך, למשל, גרוטיוס נחשב לאבי המשפט הבינלאומי המודרני, מכיוון שב-1625 ,ספרו המפורסם tres libri pacis ac belli jure De, (בעברית "על דיני השלום והמלחמה: שלושה ספרים") היה בעל השפעה אדירה על התפתחות המשפט הבינלאומי. בראשית ספרו הוא מציג טיעון פילוסופי בדבר מדוע קיימת חובה מוסרית/ משפטית לציית למשפט הבינלאומי, ואת הדיון בטיעון זה הוא חותם באומרו שכל מה שהציג עד כה הוא נכון: "גם אם נקבל כנכון, את מה שלא ניתן לקבל כנכון בהיעדר רשעות מוחלטת, והוא שאין אלוהים, או שענייניהם של בני-האדם אינם מעניינים אותו כלל".

בתמצית, מדובר בתהליך מאוד הדרגתי, שקשה מאוד לזהות לו נקודת התחלה או נקודת סיום ברורות.

**השפעת ההומניזם והחילון על המשפט הפלילי מדינתי ועל המשפט הבינלאומי הפומבי:**

**מבחינת מקור החוק:** הן במישור של המשפט הפלילי והן במישור של המשפט הבינלאומי, בהשפעת הרעיונות שהחלו עם אקווינוס, עולה תחילה המעמד של המשפט המנהגי/המקובל. ההנחה הנורמטיבית שמובילה לעליה זו היא, מכך שאנשים מתנהגים באופן עקבי, זה סימן שזה רצון האל בא לידי ביטוי בטבע האנושי, אותו גילנו באמצעות שימוש בשכל. בפועל אם הבסיס לחוק הוא התנהגות אנושית הנחשפת ע"י תצפיות- הרי שזו תחילתה של בסיס חילוני לחוק.

לאחר מכן, הבסיס נהיה חילוני לחלוטין, בכך שלאדם יש רצון חופשי ויכולת לבצע הליך חשיבה רציונאלי. לכן, הבסיס של הדין צריך להיות או בחירה אנושית או מסקנה שזה צריך להיות הדין על סמך לוגיקה רציונאלית, דבר המעלה את מעמד הדין הפוזיטיבי ומוריד את המעמד המשפט הטבעי.

**מבחינת המשפט הפלילי:** תהליך החילון והרציונליזם הוביל לשינוי בנוגע לבסיס להטלת אשם פלילי על אדם. קיימות מספר גרסאות היסטוריות לשינויים בהשקפה בדבר מהו הבסיס לאשם, כאשר הסיפור ההיסטורי המקובל ביותר מדבר על מעבר הדרגתי מהסתמכות על יסוד "אובייקטיבי", כבסיס לאשם להסתמכות על יסוד סובייקטיבי )פנימי-פסיכולוגי-נפשי) כבסיס לאשם.

על-פי סיפור זה: השקפות מוסריות קדומות ראו באלמנטים העובדתיים, "אובייקטיביים" (בתוצאה או במעשה) את העיקר מבחינת הבסיס להטלת אחריות/אשם. כאשר נגרם נזק, או נעשה מסוים שנחשב לפסול, השקפות אלו האמינו שהופר בעולם המאזן "אובייקטיבי" בין טוב לרע, ושכדי להשיבו נדרש ביצוע של מעשה "גמולי". הענישה הפלילית נחשבה למנגנון גמולי אחד שכזה. בנוסף, השקפות אלו האמינו שהחוק האלוהי, דרכו הוא מבצע את תוכניתו, חל על כל הפרטים ביקום (בני אדם, עצמים, וחיות) ולכן, לא יחסו אותו מקום לנפש האדם כדבר שמייחד אותו מהעצמים ומחיות, וכבסיס לאשם.

**לאור זאת מערכות משפט שנסמכו על השקפות שכאלו:**

**1**. ראו פחות פסול בהטלת "סנקציות" על אנשים שלא ביצעו את המעשה . לפיכך, מערכות אלו אפשרו למשל מנגנון "נקמת דם"(הריגת אדם שלא אשם מהחמולה של האדם), או הליכים אחרים שנועדו לאזן המאזן בין טוב לרע, המטילים "סנקציה" על אדם שלא ביצע את המעשה (לדוג' עניין העגלה הערופה, מנגנון ה-tith שהיה קיים באירופה בימי הביניים).

**2**. לא ראו פסול להעניש אנשים שלא היו מודעים לכך שהם מפרים את הדין (למשל, בדין השבטי הגרמאני לא הייתה הבחנה בין רצח לגרימת מוות ברשלנות, אלא הייתה דרישה לפיצוי על נטילת חיים. דין זה מוחלף על ידי הכנסייה בדין של רצח, עקב כך שבכנסיה התפתחו השקפות של אשם סובייקטיבי שתלוי בכוונות נפש האדם).

**3**. חלק ממערכות המשפט הללו, לעיתים, אף אימצו חוקים בהם הוענשו חיות ועצמים: כך, למשל, בימי הביניים, במדינות אירופיות שונות היה נהוג להוציא להורג בובה או תמונה של אדם שביצע פשע חמור שברח ולא נתפס, כפתרון שנועד לסייע לאזן קצת את האיזון בין טוב לרע בהיעדר אפשרות להעניש את האדם עצמו. לדוגמא: פעמון הכנסייה שנפל על הבן של הצאר והרג אותו הוגלה לסיביר בשנת 1591 , וכן על פי חוק אנגלי שבוטל רק ב-1846 ,עגלה שדרסה בן אדם נענשה על ידי מכירתה לצדקה.

לפי סיפור היסטורי זה, שימת הדגש על נפשו הרציונאלית של האדם, הובילה להתפתחות של דרישה ברורה למנס ריאה לצורך אשם, וכן לשינוי במאפייני האקטוס ראוס. כלומר, **מבחינת היסוד העובדתי** הליך הרציונליזציה הוביל למעבר הדרגתי, מעבירות תוצאה לעבירות התנהגות; **ומבחינת היסוד העובדתי הליך הרציונליזציה הוביל:** א. להתפתחותו של העיקרון על פיו האשם נקבע רק במידה והתקיים היסוד הנפשי הנדרש. ב. למתן מקום נרחב יותר להגנות שבסיסם הרעיון שהאדם היה חסר מנס ראיה: אי שפיות, טעות, כורח. ג. ליצירת בידול בין עבירות שקודם לכן נחשבו לעבירה אחת כי הייתה להם אותה תוצאה על סמך שוני ביסוד הנפשי )לדוג' המעבר בשבטים הגרמנים, עליו דיברנו קודם, מעבירה אחת של גרימת המוות למדרג עבירות גרימת מוות שההבדל ביניהן הוא היסוד הנפשי(.

גרסה קיצונית של הסיפור ההיסטורי המקובל מותחת קו במאה ה-19 ,וטוענת שמאה זו היוותה קוו פרשת המים מבחינת השינויים האמורים בדבר היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. הבעיה היא, שאינה מייחסת חשיבות מספקת להתפתחויות חשובות מוקדמות יותר (ניתן למצוא פסקי דין וחוקים השמים דגש על נפשו של האדם כבסיס לעונש), ומאוחרות יותר (במשפט הישראלי, למשל, נהוג לומר כי תהליך המעבר מעבירות תוצאה לעבירות התנהגות טרם הסתיים. העבודה שמדובר בתהליך הדרגתי – מרמזת לכך שגם בדין של היום, נמצא דינים והעקרונות שהבסיס האמיתי שלהן הוא השקפות אובייקטיביות(.

**מבחינת המשפט הבינלאומי:** הרעיון של ספר הטבע נתן מקום מכובד יותר למשפט המנהגי. עד אז המוקד היה על דיני משפט בינלאומי שניתן לאתר בספרים "מקודשים "- בתנ"ך, בברית החדשה, ובמקורות כתובים נוספים שהתיאולוגיה הנוצרית ראתה בהם ככאלו שזכו לברכת האל. המשפט הבינלאומי המנהגי החל לזכות למקום של כבוד על סמך טענה, לפיה שהמשפט הבינלאומי המנהגי nature and nations of law the )) מהווה חלק מספר הטבע שנכתב על ידי האל, ולכן יש לו מעמד מחייב באותה המידה כמו לדינים שיש במשפט הבינלאומי הנמצאים בספרים "המקודשים".

ככל שהליך החילון גבר, ניתן מקום יותר גדול לרצון החופשי של המלכים ולאחר מכן של המדינות והמשפט הטבעי, נסוג. הבסיסים לחובת הציות למשפט הבינלאומי נסמכו בהדרגה על יסודות של אינדיווידואליזם והסכמה ולכן, ניתן מקום גדול יותר של כבוד לדין ההסכמי- לאמנות בינלאומיות.

תהליך זה ערער לא רק את מקור הסמכות של דיני המשפט הבינלאומי שמקורם בהגות, מקורם בספרים "מקודשים", אלא ערער את הדין המנהגי, **שכן היכן ההסכמה במנהג?** כדי לפצות על-כך פותחה הדרישה של JURIS OPINIO-לצורך הכרה בדין מנהגי. כלומר, פותח כלל משפטי לפיו כדי שנקבע שקיים דין בינלאומי מנהגי, נצטרך להראות שמדובר בפרקטיקה בינלאומי מקובלת ושההתנהגות נובעת מכך שהגורמים הנוהגים פועלים כך, כי הם מניחים שקיימת חובה משפטית לנהוג כאמור. בכך, מתפתחת דרישה למעין יסוד נפשי בהקשר של הדין המנהגי.

חשוב לציין שהרעיון מתפתח במאה ה -17 תחילה כדי להכיר בדין מנהגי בתוך המדינה, וככזה הוא מתייחס לנפשו של אדם(בעניין של מדינות התייחסו ליסוד הנפשי של המלך), הוא מאומץ למשפט הבינלאומי. אך באופן הדרגתי, עם עליית המדינה, הליך האיתור של ה-JURIS OPINIO הופך להיות בהדרגה הליך לאיתור היסוד הנפשי של ישות על-אנושית–המדינה. לנו זה נראה מוזר, לחשוב על הנפש של המדינה, אבל כמו שנראה שנדבר על הלאומיות, יש השקפות פילוסופיות שלהן זה נראה הרבה פחות מוזר. כמו כן, שימו לב שבעוד שבימי הביניים המשפט המנהגי הוא ביטוי לרצון האל ולכן שאב את סמכותו ממקור עליון למדינות. כאן הבסיס הוא אופקי, והוא שואב את סמכותו מהסכמתם המשתמעת, מהרצון החופשי של המדינות.

לסיכום: עד עכשיו דיברנו על השפעות שהיו להומניזם ולחילון גופא, עכשיו נדבר על ההשפעות שהיו להשקפות שהתפתחו מתוך ההומניזם והחילון.

**משפט טבעי מבוסס לוגיקה**

על אף הליך החילון ועליית המדינה לא ננטש המשפט הטבעי(= נורמות משפטיות שנוסחו בהגות שטענה כי הנורמות הללו מהוות נורמות משפטיות ומוסריות מחייבות). במקום זאת, המשפט הטבעי עבר תהליך של חילון. הליך חילון זה הוביל לשימה במרכז את האדם ואת ההליך הרציונאלי שהוא מסוגל לבצע במחשבותיו. לאור זאת, בהשפעת הלוגיקה והמתמטיקה, מתפתחות פילוסופיות מוסר ותורות משפט המנסות להצדיק כללים משפטיים אוניברסאליים באמצעות הליך של הסקה לוגית. מלומד מרכזי בזרם הזה הוא **קאנט**. על-פי השקפתו:

א. ע"י בחינה האם ניתן להפוך הוראת התנהגות מסוימת לכלל ניתן להגיע לחובות אשר הינם מוסריות ומחייבות את כולם (אפשרות להפוך דבר לציווי מוחלט).

ב. האדם וההליך הרציונאלי שהוא יכול לבצע במרכז לכן לא ניתן לעשות שימוש באדם כאמצעי.

**בהתאם בהקשר של המשפט הפלילי סבר קאנט כי:** **1**. מקור החובות הוא במה שניתן להפוך לציווי מוחלט, הפרה פוגעת במוסר ולכן, ענישה משיבה את האיזון המוסרי. **2**. מוסר אינו תוצאתני אלא נובע מכוונתו של האדם ולכן, צריך להעניש על סמך היסוד הנפשי ולא התוצאה, ולפטור אנשים חסרי יסוד נפשי. **3**. אסור להעניש לשם השגת אמצעי אחר, דוגמת הרתעה, הענישה מכבדת את החלטתו הרציונאלית של האדם להפר חובה.

**הקשיים שהשקפתו של קאנט מעוררת במשפט הפלילי:**

**1**. בהשקפה זו קיימת התעלמות מוחלטת מהדין הפוזיטיבי, קאנט לא מספק הצדקה לדיני העונשים כפי שחוקק אותו הריבון במדינתו, אלא לדיני משפט פלילי אוניברסאליים אשר לכאורה כל אדם יכול להסיק לבד באמצעות השימוש במוחו.

**2**. התעלמות מהמגוון האנושי ומקיומו של רלטיביזם מוסרי, יש התעלמות מוחלטת מהעובדה הפשוטה שאנשים בעלי עמדות מוסריות והעדפות שונות יגיעו לציווים קטגוריים שונים.

**3**. פילוסופיה זו אינה מהווה בסיס להצדקת מערכת מדינתית זו או אחרת (קאנט אף מדגיש נקודה זו באמצעות " משל האי", במשל זה הוא טוען שחברה שהתפתחה על אי בודד, ע"י ידי אנשים שספינתם טבעה בים, לטענתו כאשר מחלצים אותם (והחברה האמורה חדלה להתקיים( הוא טוען שחלה עליהם חובה כמעשה אחרון להוציא להורג את אחרון הרוצחים – כדי שהמאזן המוסרי ישמר – ונמשל לטענתו הוא שגם אם החברה האנושית מחליטה להתפרק היא חייבת כמעשה אחרון להוציא להורג את אחרון הרוצחים כדי שכאמור המאזן המוסרי ישמר).

**4**. התעלמות מהאלמנט של מזל מוסרי: אם האשם נטוע בנפשו של האדם מדוע להתמקד במעשה ספציפי, מדוע לא להעניש על כוונות גם אם לא יצאו לפעול בכלל, יתר על כן, מדוע לא להעניש על סמך מאזן כולל של הטוב והרע בנפשו של האדם (הכנסות עדויות אופי כבר בשלב זה)

**5**. קושי ראייתי: איך מוכיחים את היסוד הנפשי? ופוטנציאל לאנרכיה, להשקפתו של קאנט הבסיס לאשם הוא הרצון לגרום לתוצאה לא מוסרית, וכאמור הוא לא נותן מעמד לדין הפוזיטיבי, בהקשר כזה, אם אנחנו מכירים בעובדה (שקאנט מתעלם ממנה) שקיים רלטיביזם מוסרי, הרי שהמשמעות היא שזה לא מוסרי להעניש אנשים שהפרו את החוק כי הם סברו כי הפרת החוק היא מעשה המוסרי. במילים אחרות, ברגע שאנחנו מכירים בעובדת קיומו של רלטיביזם מוסרי, קיים קושי על סמך הפילוסופיה של קאנט ענישה של אנרכיסטיים, וסרבני מצפון. אבל אם אנחנו מאפשרים לא להעניש אותם אנחנו פותחים פתח לאנרכיה.

**השפעה מרכזית שהייתה לפילוסופיה של קאנט על משפט בינלאומי:** כיוון שהרעיון של קנאט לא מוגבל להצדקת מערכת מדינתית, הוא הוגה בנפשו מערכת משפט אוניברסלית. אבל הבעיה היא שכמו בהקשר המדינתי, כך גם בהקשר הבינלאומי, הפילוסופיה של קאנט לא מספקת בסיס לקיומה של חובת ציות לדין שקיים בפועל. מסיבה זו הרעיונות שלו לא תופסים במשך שנים. עם זאת, במהלך מאה ה-20 הרעיונות שלו בדבר מערכת משפט אוניברסאלית מהווים מקור השראה ליצירת ארגונים בינלאומיים כגון: חבר הלאומים, האו"ם, האיחוד האירופי.

**האמנה החברתית:**

זרם תורת המשפט של "האמנה החברתית" מהווה זרם חשוב בהליך של חילון ורציונאליזם אשר הושפע רבות מהרעיון של בדיקה אמפירית. בבסיס הרעיונות שפותחו ע"י זרם זה, עומדת **המחשבה ("האמפיריסטית") הבאה: יש לנו בני אדם, בעלי רצון חופשי שצריכים לחיות ביחד ולכן, עלינו לשאול כיצד הם יחליטו לקדם את האינטרסים שלהם בפועל** .

במילים אחרות, רעיון האמנה החברתית מבוסס על היסוד של רצון חופשי, ובכך מנסה למצוא דרך להסיק את הסכמתם של בני אדם לקיומו של שלטון, הוא עושה זאת ע"י הנחה לפיה בנקודת ההתחלה היה קיים מצב טבע והוא מנסה לאתר אילו כללים משפטיים אנשים יהיו מוכנים לאמץ כתנאי לנכונותם לעבור ממצב הטבע למצב של חברה מאורגנת.

בנוסף סיבה פוליטית, להתפתחות הזרם שנסמך על הרעיון של האמנה החברתית, היא הזרם המבסס משפט טבעי על לוגיקה, לא מעניק מעמד מיוחד למלכים/למדינה ולכן לא משרת את הכוח העולה של אותה תקופה. לעומת זאת, הרעיון של האמנה החברתית, במקור נועדה ליצור בסיס חילוני למעמדו של המלך. למרות שיש מקורות אף קודמים יותר שנסמכו על רעיון זה, הרעיון של אמנה חברתית מפותח במידה רבה על ידי הובס כדי להצדיק את שלטון המלך ג'ימס השני במאבקו מול שלטון הרפורמציה שהיה מבוסס על אידאולוגיה דתית. עם זאת, ההסתמכות המלוכנית על רעיונות של אמנה חברתית התבררו כחרב פיפיות. עם הזמן, הלכה וגברה התמיכה בהשקפות אמנה חברתית המניחות כי גם במצב הטבע קיימות זכויות אדם מסוימות וכי האצלת הסמכות לריבון הינה מוגבלת. (הפילוסוף הבולט ביותר שפיתח את רעיון זה הוא לוק, אך גרוטיוס היה לפניו ולפי הובס, וגם הוא פיתח רעיון זה).

**כיום אנחנו מתייחסים לרעיון של האמנה החברתית כלא-יותר מרעיון פילוסופי אקדמי**. אבל בתקופתו רעיון זה היווה מצע פוליטי מהפכני. לדוגמא, בבחירות שנערכו באנגליה בראשית המאה ה-18, לאחר חזרתו של השלטון המלכוני, הייתה תחרות בין שתי מפלגות: **האחת**, שטענה שסמכותם של המלך והמלכה הוענקה להם על ידי האל, **והשנייה**, שטענה שמקור סמכותם הוא באמנה החברתית.

**יש לציין כי רעיונות של אמנה חברתית נעים בין שני קטבים:** הקוטב **האחד** הוא קוטב שמרני, אשר במידה רבה טוען כי המצב הקיים הוא התוצר של ההסכמה המקורית ולכן הוא הראוי (מהשקפות השייכות לקוטב זה יצמחו רעיונות שמרניים שיעודדו פיתחום של אלמנטים פרטיקולריסטים בכל מערכת משפט). הקוטב **השני** הוא קוטב אקטיביסטי וליברלי הנוטע מחדש עקרונות של משפט טבעי, בכך שמניח כי לאדם יש זכויות גם במצב הטבע, ממנו יצמחו תיאוריות אוניברסאליות, שיח זכויות אוניברסלי.

**במשפט הפלילי** - רעיון האמנה החברתית מספק בסיס לגיטימציה לחקיקת חוקים, שאנו מאמינים במידה מסוימת בנכונותו עד היום. למשל, בפסק הדין הישראלי שקבע שהפרטת בתי כלא אינה חוקתית, על סמך רעיונות של אמנה חברתית פסק בית המשפט העליון שיש דברים שאנחנו הורשנו רק לריבון את הסמכות לעשות(.

**האמנה החברתית נטעה המשפט הפלילי את שני המתחים הגדולים הקיימים בו עד היום:** בשאלת הצידוק לחקיקה פלילית: אקטיביזם מול צמצום בחקיקה פלילית. ובשאלת הצידוק לענישה: גמול של אשם מוסרי מול התועלתנות.

**אקטיביזם מול צמצום אקטיביזם:**

אקטיביזם: אם מטרת הריבון היא להסדיר את חייהם של אנשים שיש להם אינטרסים שונים והשקפות שונות, הרי שהוא חייב לחוקק באופן אקטיבי כדי שכמה שפחות קונפליקטים ייווצרו.

צמצום: אם הזכות הבסיסית של האדם היא חירות, והוא ויתר עליה רק לשם הגנה על גופו ורכושו, הרי שהמשפט הפלילי צריך להיות מצומצם כדי שלא יפגע יתר על המידה בחירותו של האדם. כפי שכבר ציינו בשלב מוקדם יותר בקורס: ברמה המוצהרת אנו תומכים בעמדה השנייה (המצמצמת), אבל בפועל בכל מקרה נקודתי אנחנו מתלוננים למה אין חקיקה שמסדירה את הנושא.

**תועלתנות מול אשם מוסרי תועלתנות:**

תועלתנות: השקפות מסוימות נסמכו על רעיון האמנה החברתית, כדי לפתח צידוקים תועלתנים המתמקדים בהרתעה, ו/או בשיקום לענישה פלילית. לדידם, על פי האמנה החברתית האדם הוא רציונאלי ובעל יכולת בחירה. מטרת השלטון היא למקסם את האושר של אזרחיו ולקדם את רווחתו. לכן, החוק צריך להיות צופה פני עתיד, את הנעשה לא ניתן להשיב. כמו כן, לא באמת ניתן לקבוע מה הנזק שיש לאזנו בדרך גמולית. התועלתנים של אותה תקופה אף שיערו, שבשונה ממאזן גמולי, אשר כאמור לא ניתן לכמת, כן ניתן לבדוק בדרך מדעית את מידת ההרתעה. בנוסף, הם הניחו כי האדם הוא רציונאלי לכן יש לתת לו מאזן של עלות מול תועלת כדי שיבחר בטוב. יתר על כן, אמונתם הייתה שהאדם הוא בר תיקון ולכן יש להשתמש במערכת הענישה כדי לשקמו.

אשם מוסרי: השקפות אחרות נסמכו על רעיון האמנה החברתית, כדי לפתח צידוקים גמולניים כבסיס לענישה הפלילית. לטענתם, רעיון האמנה החברתית מבוסס על הסכמה של אנשים לוותר על זכויות שלהם תמורת קבלת הגנה של השלטון. אדם המפר החוק מנצל את האמנה לרעה, הוא מקבל מיתרונותיה מבלי לספק את חלקו בעסקה, מאין רוכב חופשי על החוזה שהוא האמנה החברתית . לכן, הענישה הגמולית משיבה את האיזון. טיעון שכזה הנסמך על רעיון האמנה החברתית כדי להצדיק ענישה פלילית, בעצם מתנגד לשימוש בענישה פלילית לשם הרתעה: האדם הוא ערך בפני עצמו ואין להשתמש בו כאמצעי. אסור לנסות למקסם את האושר באופן מצרפי כי כל אדם הוא ערך בפני עצמו.

**היישום של תיאוריות אמנה חברתית, בהקשר של המשפט הבינלאומי, נע בין שני קטבים:**

קוטב מגביל: כמו גרוטיוס הסבור שיש גם חובות בין אנשים במצב הטבעי ולכן יש חובות "משפט טבעי" גם בזירה הבינלאומית, וכמו רוסו שסבור שהמישור הבינלאומי זה כבר לא מצב טבעי אלא סכסוך בין ישויות רכושיות.

קוטב מתירני: השקפה הנסמכת על רעיונותיו של הובס וטוענת כי היחסים בין המלכים הם יחסים במצב טבע בו אין חוקים, השקפה שכזו מובילה לשלילת מעמדו של המשפט הבינלאומי כמשפט ולהצדקת הפרת הדין הבינלאומי במקרים של צורך לאומי.

בכל מקרה, קונספט האמנה החברתית מקבע סופית את האבחנה בין המשפט המדינתי למשפט הבינלאומי, הראשון נסמך על אמנה חברתית הדוקה, והשני נסמך על הנחה בדבר קיומן של נורמות במצב הטבעי ו/או על הנחה בדבר האמנה חברתית רזה אפילו בזירה הבינלאומית. בהשראת הקונספט של האמנה החברתית מתפתחת -Rouseau doctrine Portalis .לפיה המשפט הבינלאומי אינו מסדיר יחסים אישיים בין בני אדם אלא יחסים שבסיסם אינו יחסיים בין-אישיים אלא יחסים קנייניים. במקור דוקטרינה רוסו- פורטייל הומצאה לשם ביסוס האיסור על הריגה של שבויים, הפיכתם לעבדים או החרמת רכוש פרטי. הדוקטרינה האמורה טענה כי אסור לבצע מעשים אלו שכן המלחמה מהווה הסכסוך בין המדינות, שהן כאמור ישויות קנייניות, לא בין האנשים. לכן, מי שלא מעורב בלחימה או חדל מלהיות מעורב בלחימה אינו צד יותר לסכסוך ולא ניתן לפגוע בו.

**הקשיים ברעיון האמנה החברתית:**

**1**. האמנה החברתית היא לא באמת משהו אמפירי, זו פיקציה: לאדם אין באמת אפשרות בחירה היכן להיות, חייבים למצוא צידוק שלא תלוי בהנחה של מצב תיאורטי פיקטיבי.

**2**. כמו שראינו, מאחורי הפיקציה הזו מסתתר פעמים רבות ניסיון להצדיק את מאזן הכוחות הקיים.

**3**. אין מספיק התייחסות לרלטיביזם מוסרי ולשונות בין בני אדם.

**4**. מה הבסיס לענישה של אנשים במשפט הפלילי הבינלאומי, ולאנשים שאינם חלק מהאמנה החברתית במשפט הפלילי המדינתי. המקרה של ווילאם וולס הסקוטי, שמונצח בסרט לב אמיץ, בסוף הוא הועמד לדין על הפרה של המשפט הטבעי (פגיעה בנשים ילדים וכמרים) כי מעולם לא נשבע נאמנות למלך אדוורד האנגלי – תחת הנחה של אמנה חברתית היה קשה הרבה יותר להעמיד אותו לדין.

**שיח זכויות אוניברסאלי :**

שיח הזכויות האוניברסלי, שהבסיס הפילוסופי שלו הגיע לשיא במאה העשרים עם פיתוח הרעיון של מסך הבערות של רולס, מנסה לתת מענה לקשיים שקיימים בשתי הגישות הקודמות בהן דנו: בשונה מהניסיון לבסס משפט טבעי על לוגיקה הוא מניח שונות אינטרסים והשקפות בין אנשים. בשונה מהאמנה החברתית, הוא אינו נסמך על הנחת קיומה של מצב טבע פיקטיבי. הוא בפועל מפתח את רעיון הציווי המוחלט ושואל מה קבוצות אנשים בעלי אינטרסים שונים, יחליטו מאחורי מסך של בערות. משמע, איזה ציוויים הם יהפכו לכללים כאשר הם יודעים אילו אינטרסים יהיו בחברה אבל לא יודעים למי מבניהם יהיה איזה אינטרס. יש לציין כי האוניברסליזציה רעיון האמנה החברתית, הייתה תהליך הדרגתי, ולא דבר שהתחיל במאה ה-20 .כך למשל, כבר במהפכה הצרפתית ניתנת ההכרזה בדבר זכויות האדם האזרח – 1789.

**הקושי הוא ששיח הזכויות האוניברסאלי לא פותר באמת את הבעיה של רלטיביזם מוסרי**. למשל, מה סוג האנשים שאנחנו נניח שקיימים מאחורי המסך ומה מידת ההכללה של ההחלטות מאחורי המסך; האם אנשים מאחורי מסך של בערות יסכימו לחוק המתיר הפלות או לא.

קושי זה של העדר יכולת הכרעה בדבר רמת הכללה שראוי להניח שקיימת בנוגע לאנשים מאחורי מסך הבערות בה לכדי ביטוי בהקשר הבא: על אף שאנחנו, נסמכים רבות על הרעיון של מסך של בערות קיים קושי באמצעותו להצדיק את קיומה של המדינה. מצד אחד, כל הנחה שלנו בדבר קיומו של משהו כמצב נתון כבר מאחורי מסך הבערות דורשת הצדקה נורמטיבית/מוסרית ולכן עולה השאלה, מדוע ראוי שנניח שהמדינה חייבת להתקיים אף מאחורי מסך הבערות, במילים אחרות, מהו הבסיס הנורמטיבי המחייב או לפחות מצדיק את ההנחה הזו?. מצד שני, ככל שאנו מניחים את קיומם כנתון מאחורי מסך הבערות של פחות דברים אנחנו מתנתקים יותר מהעולם האמיתי והופכים להיות שוב משפט טבעי המנותק מהמצב הנהוג בפועל.

**רומנטיקה ולאומיות:**

**איפה אנחנו בציר הזמן?** אנחנו בערך במאה ה18 מבחינת נקודת הזמן, ישנו מאבק בין גישות של אמנה חברתית לגישות של זכותו המוחלטת של המלך לשלוט מכוח סמכות האלוהים.

בשלב זה המלכים מצליחים להחליש את הכנסייה ואת הקיסר הרומי, אך יש הרבה מאוד מערכות משפט וסמכות מקומיות וישנו מתחרה נוסף, העם שכן גישות באמנה החברתית שמות את הדגש על זכויותיו של העם.

כעת אנו במהפכה הצרפתית, **שהיא מציפה כמה רעיונות:** (שיתפתחו בצד הליברלי(אנטי מלכים) והמלכים יגנבו במאה ה19)

1. רעיון הלאומי או הרומנטי- המדבר על העם כעל ישות בעלת חשיבות, הבן אדם הוא לא רק אינדיבידואל מנוכר, זהה לחלוטין בהעדפותיו ותכונותיו בין אם הוא גבר או אישה או כל מוצא, יש לו מהות שנובעת מתרבותו ומחברתו. הרעיון זה מתפתח לראשונה כדי להגיד שלא המלך במרכז אלא העם.

2. הפוזיטיביזם, פורמליזם- תמיד מי שדחף אותו הוא מי ששלט בעיצובו. במאה 18 ו17 המלכים דחפו כנגד הכנסייה ומערכות המשפט המקומיות שהתבוססו על דין מנהגים, ובמהפכה הצרפתית ידחפו הליברלים כנגד הכנסייה וכן המלך שטוען למלוך מכוח דיני משפט טבעי או דינים דתיים.

מי מנצח במהפכה הצרפתית? המלכים, הצד הלא ליברלי ועל הרקע הזה צומחים רעיונות שמגיבים לקשיים ולהשקפות ההומניסטיות, שדיברנו עד עכשיו. לזרמים האלה(הלא ליברלים) הייתה הפשעה אדירה על מערכות המשפט שאנו מכירים כיום. **מהן 2 נקודות חולשה שאותם זרמים מתמקדים עליהם?**

1. נקודת החולשה בהשקפות ההומניסטיות וההשקפות שדיברנו עליהם עד עכשיו, זה שהן מתעלמות מהשונות האנושית, מדמיינות מעין הנחה שכל האנשים יש להם אותם מחשבות, אותם רצונות הם כולם רציונליים ותחת מחשבה רציונלית כולם יגיעו לאותם מסקנות.

2. הליברלים הגזימו במידת ציותם לחוק נובע משיקולים אינדיבידואליים – רציונליים. רוב החוקים אנו מצייתים ללא מחשבה וטוב למדינה שזה כך. כלל הגישות עד עתה הניחו הנחות סופר רציונליות לסיבה מדוע אנשים מצייתים לחוק (הרתעה, עלות מול תועלת בביצוע פשע).

זרמים רומנטיים אלו נוצרו כתגובת נגד למהפכה הצרפתית, והם מניחים את ההנחה שהאדם הוא יציר של מסורת ספציפית ותרבות ספציפית, בהתחלה אלו גישות שהולכות יחד עם הליברליזם, כי הליברליזם רוצה להדגיש שמי שבמרכז זה העם לא המלך. לכן, מהפכה הצרפתית קוראת לכל העמים להתחיל להתמרד במלכים שלהם.

מהר מאוד המלכים מבינים שיש להם פה אפשרות לבסס בסיס חילוני לסמכותם ולכן הם יצרו מיתוס שהם המייצגים של העם. הגישות הרומנטיות והגישות שצמחו מהן בעצם חולקות במידה המשתנה בין גישה לגישה על הנחות היסוד של ההומניזם והאינדיבידואליזם. בקיצון מתפתחות השקפות ששוכחות שקיים אינדיבידואל ואומרות שהישות הרלוונטית היא האומה והאדם הוא רק איבר בגוף גדול יותר שזו הישות הלאומית.

**השפעת הגישות על המשפט הפלילי:**

**הגישה הרומנטית השפיעה על המשפט הפלילי:**

1. בחקיקה יש צמצום של היסודות המשותפים וחוקים מבליטים את השונה והייחודי בכל מערכת פלילית. תהליך זה נוצר בשל השקפה לפיה החוק צריך לבטא את המסורת ואת הרוח של העם שעבורו הוא נחקק.

2. מבחינת הסיבה לציות לחוק, נטען שאנשים מצייתים לחוקים שמבטאים את ערכי החברה שלהם, נכנסת הבנה שיש אלמנט חזק של קונצנזוס וקואליציה, הסיבה לכך שאנשים מפנימים את הכללים החברתיים שמיוחדים לחברה בה הם גדלו במסגרת תהליך הסוציאליזציה.

איך נולדה עברת השוטטות? נולדה בתקופה שמיד אחרי הדבר השחור, בשלהי ימי הביניים, יש מעט מאוד איכרים והאם מתו בעיקר מהדבר השחור ולכן יש מחוסר אדיר בידיים עובדות והם מגילים שאפשר לעבור מסניור אחד לשני ולקבל תנאים טובים יותר. הסיניורים לא אוהבים זאת ולכן העבירו חוק שקובע שאי אפשר להסתובב מחוץ למחוזות האדון שלו בלי אישור של אדונו והוא נקרא משוטט מי שעושה כן. אז מדוע הוא עדיין קיים בימינו? כי הורגלנו.

**אבל יש מספר קשיים בהשקפות העולם הרומנטיות:**

1. יש בסיס משותף לכל מערכות המשפט האירופאיות( כי כולם מעתיקים), ואף למרבית המערכות המשפטיות בעולם עקב קולוניאליזם.

2. הרוח של העם בדרך כלל מורכבת מהרוח של חלק קטן מהעם, שכן היא מבטאת את השקפתם, הערכים שלהם או אינטרסים של פלחים שונים מהאוכלוסייה.

3. גישות לאומניות קיצוניות עשויות להפלילי בלי צורך באדם או אף במעשה ספציפי אלא רק על בסיס אופי המסכן את הציבור. הבעיה היא שאין צורך באשם ספציפי או במעשה ספציפי אלא די בכך שמישהו נתפס בין באופן אישי או חלק מקולקטיב כבעל אופי המסכן את הציבור.

**גישות אלה השפיעו גם על המשפט הבינלאומי:**

עמדות לאומנויות **קיצוניות** מובילות לכך שמתייחסים למדינה כאל ישות אורגנית, לפיהם מטרת המדינה היא לקדם את ההיסטוריה באמצעות מאבק, כשבכל תקופה יש עם שנושא את "רוח הזמן".

עליית הפשיזם- השקפה לפיה עמים נועדו להילחם זה בזה, והעם החזק ביותר מנצח וממשיך לפתח את האנושות(דטרמיניזם דרוויניסטי). בסופו של דבר, התוצאות הקשות של עליית הפשיזם והנאציזם מובילים לנטישה של אלמנים לאומיים לא ליברלים, במישור המדינתי והבינלאומי. כלומר, לגישות אלה יש השפעה איומה על המשפט הבינלאומי, הן טוענות שהאנושות מתפתחת בדרך דרוויניזם חברתי, של מלחמה ולהשקפתם שום חוק(במיוחד לא חוק בינלאומי) לא צריך להפריע למלחמה שהיא דבר טוב.

עמדות לאומיות **מתונות** יותר, הן בעלות השקפה טובה יותר על המשפט הבינלאומי אך עם צד אפל.

הן מובילות לכך שמתייחסים למשפט הבינלאומי כמערכת חוק שחלה על מדינות בלבד, ומקדמות השקפה דואליסטית. השמרנות סייעה למתן את הדואליזם שנוצר, משום שהשקפות שמרניות תמכו בכך שחבר המדינות האירופאיות צריך לפתור סכסוכים בדרכי שלום על סמך תרבות משותפת, ההשקפה השמרנית קודמה גם משום שמדינות מלוכניות ניסו להימנע ממהפכה צרפתית נוספת.

אך יחד עם זאת, אם מגדירים את חלק מהאומות כאומות בנות תרבות מגדירים את השאר כאומות לא בנות תרבות וזה נגמר ביחס נורא לשאר העולם שאינם אירופאיים או מערביים, שכן טיעונם זה כי הם עושים זאת לטובתם כדי להפיץ תרבות נאורה. אולם, כאשר ישתחרר אותו אלמנט תבוא ההנחה שכולנו עמים בני תרבות ובכך יווצר בסיס חזק לדין בינלאומי הסכמי, בסיס זה יוביל בעתיד להכרה בזכות להגדרה עצמית ובצורך להכיר בשונות תרבותית.

**אך, עדיין נותרו קשיים:**

1. האדם כבר אינו מרכז המערכת המשפטית, הן יוצרות מערכת ששמה את המדינות במרכז.

2. אין התחשבות ברצון של האדם החופשי ומחשבה על זכויות אדם.

3. לחוקים אין יסוד רציונלי, הצידוק שאנו מספקים לציות למשבל אינו יסוד רציונלי אלא ערכים משותפים ותרבות משותפת, אך לא בטוח שיש לנו עד כדי כך ערכים משותפים.

**פוזיטיביזם:**

קשיים של גישה אחת מובילים אותנו לגישה אחרת, לפי הפוזיטיביסטים, כדי לדעת מה הדין, צריך לבחון את המצב הקיים. היא שמה דגש על רציונליים ומנסה להיפטר מכל התיאוריה. לכן, יש עולם שנקרא משפט וכן יש עולמות אחרים, לראשונה המשפט הופך לדיסציפלינה מדעית נפרדת. נוצרת הבחנה בין המבט הפנימי של המשפט על עצמו לבין המבט החיצוני שבוחן את המשפט באמצעות דיסציפלינות אחרות ולכן לא צריך להתעסק על דברים שמחוץ למשפט, כגון נקודת המפץ הגדול, כאשר לומדים על הנורמה שמתחילה את הכל, בפירמידת הנורמות של קלזן יש את הנורמה הבסיסית ואז שואלים מי חוקק את הנורמה הבסיסית? המרצה אומר שהיא מחוץ לגבול, זה הפוזיטיביסטים. כך, גם במשפט הבינלאומי יש אמירות שיגידו שיש סיטואציות שבתחומים של צורך שהן מחוץ למשפט הבינלאומי. כלומר, מתי שיש צורך לאומי אפשר להפר את כל המשפט הבינלאומי.

**נבחן מספר השלכות של גישות פוזיטיביסטיות:**

א. איך מזהים מה הדין? לא הולכים לנורמות לאומיות ולא מתחבאים מאחורי מסך של בערות וכו', אנחנו מתסכלים מה קורה בפועל, לטענתם יש ריבוניים הם קובעים חוקים ואוכפים את החוקים, הריבון הוא משמסוגל לקבוע את החוק ולהטיל סנקציות. איך נזהה במשפט הפלילי את הנורמות המשותפות? נסתכל מה החוקים שקיימים נסיק מהם עקרונות, זו אינדוקטיבית. לאחר מכן, מהם נשליך כללים נוספים ונבטל את הכללים שלא מתאימים לעקרונות, זו דדוקטיבית.

ב. יש מתח בנוי בין ערכים אוניברסליים לערכים פרטיקולריים: **אוניברסליות**- ההכרה בכך שהמדע בנוי על עקרונות רחבים שאמורים לחול בכמה שיותר מקרים. לכן, הדין צריך להיות דומה ברוב המערכות המשפטיות. אך, **פרטיקולריות**- זה כשהמשפט בחלק ממדעי החברה הוא תוצר של החברה הספציפית. לכן, הדין צריך להיות שונה ברוב המערכות המשפטיות.

**רעיון מסדר מרכזי בפוזיטיביזם- תזת ההתאמה:**

דבר לא יכול להיות נכון ולא נכון בו זמנית ולכן לגישתם חוקי המשפט לא קובעים מה חוקי או לא אלא מה קיים ביקום המשפטי ומה לא, כל נורמה משפטית שואבת את הסמכות שלה מנורמה כללית יותר.

אך נוצרת **בעיה**- מה קורה כאשר חלות שתי מערכות נורמטיביות והן אומרות דברים סותרים? כי אם המערכת המשפטית תכיר בתוקפה של נורמת מערכת אחרת היא בפועל תכיר בעליונות של המערכת אחרת עליה, והיא תבלע בתוך המערכת האחרת. לעומת זאת, אם היא תתעלם מהמערכת האחרת אז היא חיה עם פרדוקס שכן מאפשרת מצבים שמשהו נכון ולא נכון בו זמנית.

מה **הפתרון** שמפותח ע"י הפוזיטיביסטים? הפרדת כוחות, כל מערכת היא עולם אחר, עולם נפרד, הדין הצרפתי חל בצרפת הדין הישראלי חל בישראל מה קרוה כאשר יש חפיפה? כל מערכת מצהירה שיהא עליונה וכלליה תקפים.

**השפעת הפוזיטיביזם על המשפט הפלילי:**

1. בלעדיות: השינוי מתחיל מגו' אוסטין שאומר כי החוק הפלילי מקורו בריבון המדינה ומדינה לא אוכפת חוקים בפלילים של מערכות משפט אחרות, דבר זה מקנה מעמד בלעדי למשפט הפורמלי.

2. קודיפיקציה: ישנו רצון לקודיפיקציה, אך ישנו מתח בין אלמנט אוניברסלי לבין אלמנט פרטיקולרי. הלאומנים גם כן רצו לעשות קודקס(ספר חוקים ודינים של המדינה), אך רצו שהוא ישקף כמה שיותר ערכים מקומיים. הפוזיטיביסטים יותר נוטים להסתמך על עקרונות אוניברסליים. אך בפועל, המחוקקים מסתמכים על זה ועל אינטרסים לכן קודקסים במציאות הם מעין בלגן של שאיפות אוניברסליות פרטיקולריות.

אלמנט אוניברסלי- הקודיפיקציה מאפשרת אימוץ של עקרונות אוניברסליים שחלים ללא תלות בזמן או במקום.

אלמנט פרטיקולרי- השקפה שרואה במשפט מדע שתלוי בחברה, יש רצון לחשוף נורמות שמהוות קונצנזוס חברתי.

3. גישות סוציולוגיות: נקודת מבט חיצונית על המשפט, הבוחנת איך מתנהל המשפט מבחוץ. לכן, גישה זו אומרת שהמשפט הפלילי מורכב מנורמות שמטרתם לבצע הסדרה חברתית ומטרתם לשמור על הרמוניה החברתית.

4. תזת ההתאמה: גורמת לכך שהמשפט הפלילי, נתפס כי כל מערכת משפט היא יקום בפני עצמה ואין בה מעמד לנורמות מיקום מתחרה.

**השפעת הפוזיטיביזם של המשפט הבינלאומי:**

1. בתקופת הרנסנס מתפתח ויכוח במשפט הבינלאומי: מחנה אחד טוען שהמפשט הבינלאומי מבוסס על משפט הטבע ומחנה שני טוען שי שלזהות את הדין הבינלאומי לפי הפרספקטיבה הנוהגת של המדיניות ומחנה לשישה בשילוב של שני בסיסי המשפט.

תור הזהב של הפוזיטיביסטים מהווה ניצחון זמני של הקבוצה השנייה. לאחר מלחמת העולם השנייה יש החזרה לסמכות של אלמנטים של משפט טבעי כי מבינים שהפוזיטיביסטים נותן הצדקה חלשה מדי לציות של המשבל והמחנה השלישי שוב יזכו להובלה.

**התיאוריה של אוסטין יוצרת משבר במשבל:** אוסטין טוען כי אם משפט זה פקודותיו של הריבון, והריבון אוכף אותן ע"י סנקציות אז המשפט הבינלאומי אינו משפט, אלא הוא כללי נימוס. בכך, נוצרת פגיעה משמעותית בצידוק למשבל ובמיוחד של המשבל הפלילי, שכן נראה כי הוא צריך לציית לתיאורו של אוסטין(המשפט הוא מה שקובע הריבון).

**סטפן** טוען שלא יכולה להיות הפרה כללית של דיני הלחימה שכן אין פה פגיעה שלום המלך, באינטרס הריבון ובנורמה שנקבעה לפיו, לכן אומר שהם מנסים להרוג את המשבל בכך.

**קושי בתזת ההתאמה:** גם תזת ההתאמה גורמת לקושי במשפט הבינלאומי, כי בשונה משתי מערכות מדינתיות הצרפתית וישראלית, החיכוך הוא תמידי, שהרי ישנם 2 מערכות: מדינתית ובינלאומית שטוענות שהן מכוונות התנהגות של אותו גורם. ממי האדם יותר מושפע? מהמדינתית שכן היא יותר קרובה אליו בחייו ותגיד לו להקשיב לה ולא למשפט הבינלאומי.

**קושי בעקבות ההשקפה שיש דברים חיצוניים למשפט:** לכן, יוצר מצב שהמדינות מפתחות דוקטרינה שאומרת כי הם יכולות להתנער מהמשפט הבינלאומי מתי שהן רוצות כי יש צורך מדינתי.

**עם הזמן מתפתחות שלוש תשובות לקיים שעלו:**

1. הצטרפות לגרסה המכלילה בגישה הפוזיטיביסטית: לפי חלק מהדעות בגלל שהם אומרים כי יש פירמידת נורמות מדוע שתיגמר במדינה? יש מעל המדינה שזהו המשבל המגדיר מהי מדינה. לכן הם טוענים, שהמשבל כללי יותר הוא עליון על פני הדין המדינתי.

גרסה אחרת זה הגרסה של קלזן הטוענת, שהמשבל הוא עליון למדינה כי האמנות צריך לכבד, זוהי נורמה יסודית שלפיה יש לכבד הסכמים. בכך, הוא מייצר חובה לציית למשבל. **הבעיה** בגישתו המדינות לא רואות כך את הדברים ולכן עדיין יש בעיה בהיבט של תזת ההתאמה.

2. יש תמיכה גוברת במשפט הטבעי כבסיס למשבט הבינלאומי ונטען שגם נורמות מדינתיות לא עומדות בתנאים של אוסטין, כמו שכבר אמרנו פריחה מחודשת במיוחד בתגובה למלחמות העולם.

3. פיתוח דואליזם חזק(גישה רווחת עד אמצע המאה ה20)- מדובר בשתי מערכות נפרדות ושונות, המשבל חל כלפי מדניות והדין המדינתי כלפי פרטים. למה מדינות מצייתות למשבל? כי זה אמצעי לתאם ביניהם אינטרקציה. השקפה זו מייצרת דוקטרינות שאפשר בקלות מאוד להשתחרר מהמשבל והצידוק לבינ"ל מעורער. כתוצאה מכך, ישנו פרץ של קודיפיקציה בכל תחומי המשבל, בכדי לחזק את המשבל ולתת לו צורה פוזיטיביסטית. בכך, נוצרת מתיחות חדשה-ישנה בין אוניברסליות- הסדרה כללים ע"י מנהגים ואמנות דקלרטיביות, לבין פרטיקולריות- הסכמות מקומיות בין מדינות מעורבות.

**ריאליזם:**

כעת אנו במאה ה20, ריאליזם אומר שהפוטיביזם זה בולשיט, שכן הם אומרים שהחוק ברור ואפשר ללכת על פיו. אך החוק לא ברור ומי שקובע מה אומר החוק זה השפוטים ומה הם עושים בפועל. בנוסף, יש משהו מקומם בפוזיטיביזם שכן מטרתו היא לשים את האדם במרכז אך כעת הוא מוציא את האדם מהמרכז ושם את החוק במרכז. הריאליסטים ואמרים בוא נסתכל מה החוק אומר ועושה בפועל איך הוא משפיע באמת על בנא, אולם את הפוזיטיביזם לא מעניין מה מדעים אחרים אומרים אך ריאליזם אומרים בוא נפנה אל הידע האחר ונבין מהם מה עושה החוק בפועל ולפי זה נהנדס את החוק הטוב ביותר. ההשראה לגישת הריאליזם, נובעת מהתפיסה האופטימית של טבע האדם במדעי החברה, שכן האדם הוא תוצר של סביבתו ולכן ניתן לשנות את ההשפעות עליו ולהפכו לטוב ביותר.

מבחינה היסטורית הריאליזם פרח בראשית שנות ה20 ויש פריחה מחודשת ב60 היא מושפעת מפריחה של דיספרזות החברה המודרנית. הפסיכולוגיה והסיצאולוגיה של אותה תקופה מאמינות שהאדם הוא טוב בבסיסו ואם הוא לא טוב אפשר לחנך אוו ואפשר להפוך אותו לטוב, זו שאיפה כללית לקידמה.

**במשפט הפלילי יש לגישה הראילסיטית 2 השפעות**:

1. השאיפה לנסות להבין מה חוק עושה בפועל, זה שאנו רגילים או נראה טוב על הנייר לא אומר שצריך להישאר צריך לבחון מה ההשפעה של החוק בפועל ולפי ה להחליט אם אנו רוצים אותו או רוצים לקבוע ולשנות חוק אחר. גם כאן יש מתח בין הלכות אוניברסליות- אמונה בסיסית בטובו של האדם להגיע לטוב, יסוד אוניברסלי לכל בני האדם. מנגד, מהצד הפרטיקולרי צריך לבדוק מה החוק הזה עושה בחברה הזאת בזמן הנוכחי, האם הוא מתאים לתקופת הזמן הזאת, כפי שאומר הולמס.

2. המחשבה שהמדינה צריכה להיות אקטיבית: הריאלזים נוטה לתמיכה בחקיקה אקטיבית, שכן החוק נתפס ככלי שיש בכוחו לשפר את החברה. יש פריחה ביצירה של מוסדות שלטוניים שמטרתם וכן המדינה הנתפסת כגורם שפועל בפועל לשיפור החברה באופן אקטיבי בעזרת חקיקה.

בעיה שקיימת בריאליזם זה שברגע שהיא נסמכת על דיספרזות של מדעי החברה, היא במידה רבה מוותרת על ההחנה שהאדם הוא רציונל. אם האדם הוא תוצר של השפעות סביבתיות, אז לא ניתן לומר שהוא פועל באופן רציונלי, **ובכך אין טעם להענישו לפי 2 הצדקות המרכזיות לענישה:** 1. מבחינה גמולית- לא ניתן להניח שאדם לא רציונלי אדם במעשיו. 2. הרתעה אין טעם להרתיע אנשים שלא מחשבים עלות תועלת.

אולם, **בגישות הריאליסטיות מושם דגש על תכלית אחרת לענישה, וזה השיקום.** בכך, גם אם יש ספק אם האדם הוא רציונל או לא, צריך להפעיל שיקום ובכך לשנות את התנהגותם. בהמשך, המעבר הוא מבסיס שיקומי לבסיס מניעתי מאוד חזק.

במשפט הבינלאומי: הגישות הריאליסטיות יש להם השפעה מאוד חזקה בתקופה שהיא יחסית קצרה אך משמעותית, התקופה שבין מלחמות העולם. גם כאן, ההנחה היא שהמערכת צריכה להיות אקטיבית יש פריחה ביצירת מוסדות בינלאומיים, וכן הרגלים רעים של עמים יכולים להשתנות באמצעות אינטרקציה ממוסדת עם עמים אחרים ובכך לשפר את הרווחה הכלכלית.

**סיכום ביניים: יעזור לנו להבין את הרקע לצמיחת הגישות הביקורתיות**

עד כה ראינו מספר הנחות יסוד סותרות שמהוות בסיס למשפט הפלילי או למשבל או לשניהם:

1. אחד מהבסיסים לקיומה של מערכת משפט זה זכויות אדם, הרעיון הוא ליצור מערכת שתשרת את הזכיות אדם. מה מקור הזכויות שיש לבני האדם לפי הובס? האמנה החברתית וכן לפי לוק מקור הזכויות הן במשפט הטבע. האם ניתן להניח שקיימות זכויות אוניברסליות שחלות במשבל או שיש זכויות אזרח על בסיס אמנה חברתית ואז הן אינו חלות במשבל?

2. על מי חל המשבל? על בני אדם או מדינות? המשבל של היום נסמך על השקפות פילוסופיות שנמסך על מדינות ובחלקו נסמך על הסמכות פסיכולוגיות אחרות שאומרות שנסמך גם על פרטים ובכך בבסיס המערכת אין הנחה קוהרנטית. האם המשבל חל בין מדינות או שגם המדינות בעצם מורכבות מאנשים ולכן המשבל חל גם על פרטים? ואם המשבל חל על פרטים האם הוא עליון על הדין המדינתי?

3. מה מניע אנשים? עד עכשיו מרבית הגישות הניחו שאנשים פועלים על סמך הנחות רציונליות אך פתאום יש גופים שמערערים על ההחלטה כי האדם הוא רציונלי. בשוליים יש לנו גם נורמות שנסמכות על השקפות לאומניות שמניחות נפש או נשמה לגוף גדול יותר, דורשים יסוד נפשי למדינה.

4. מהי מטרת הענישה? גמול או הרתעה? האם אנחנו מתסכלים קדימה או אחורה? גמול מנסה לקבוע את העונש על סמך חומרת המעשה שעישנו הרתעה מנסה לקבוע את תוצאת העונש על סמך מה שאנו מנסים להשיג בעתיד ויש סיכוי מאוד קטן שהם יביאו לאותם תוצאות אם נשקיע בחישובים של גמול והרתעה.

5. האם צריך לחוקק הרבה או מעט? כיצד לחוקק? האם ראוי להגביר את החקיקה כדי להגדיל את התיאום בין אנשים או שמא למעט בחקיקה כדי להגדיל את החירות שלהם?

**גישות ביקורתיות:**

הן אומרות שאתם באים ונותנים הסברים יפים ללמה החוק עושה את מה שהוא עושה, אבל אם אנו עוצרים לרגע וחושבים על כך אנו נגלה שהטענות שלכם לא קוהרנטיות. לכן, יגידו שיכול להיות שיש משהו אחר מאחוריי זה? אולי יש אינטרסים מאחורי החוק הנובעים מקבוצות בעלי עניין וכוח? לפי הגישה הזאת החוק הוא אמצעי לקידום גישתם של בעלי הכוחות תוך שהם מסתירים זאת מאחוריי החוק, בכך זו כסות אובייקטיבית, שכן נקדמה שהחוק נטול אינטרסים ומיועד לטובת הכלל, אך בעצם הוא נוצר בגלל אינטרסים סובייקטיביים של קבוצות כוח.

בגישות הביקורתיות יש משפחה גדולה של גישות אחרות, כדוגמת הגישות מרקסיסטיות האומרות שהכוח המניע זה האינטרסים של בעלי ההון וכן הגישות הפמיניסטיות יגידו שהכוח המניע זה רצון של מין אחד לשלוט על המין האחר. יש שלל גישות ביקורתיות זו משפחה שלמה של גישות שמהמשותף להן שהחוק מקדם אינטרסים של בעלי כוח.

לגישות הביקורתיות יש גם השפעה של במשבל הבינ"ל, אחרי מלחמת העולם השנייה יש הבזק קצר של כמה שנים בודדות של חזרה של השפעה מאוד חזקה של גישות משפט טבעי, וזמן קצר לאחר מכן מתחזקת ההשפעה של הגישות הביקורתיות. לאחר מכן, עם התחלת המלחמה הקרה והמאבק בין הגושים המובילים לתפסיה לפיה "הכול אינטרסים" ויש קיפאון וחוסר אמון בזירה הבינלאומית. אולם, בסופו של דבר לא נמצא בסיס חזק להצדקת המשבל.

במשפט הפלילי- **הגישות הביקורתיות מטלטלת ויוצרת משבר אדיר בבסיס הלגיטימציה למערכת החוק:**

**1. השאלה על מה ראוי להעניש?** יש וויכוח בין גישות של גמול לבין גישות של תוצאתניות(תועלת), בגישות הביקורתיות אומרת שאנו עושים מיקס ביניהן ולא הכרענו בכך. בנוסף, גם בתוך גישות התואצתניות יש מחלקות האם ראוי לשמור על חירות הפרט ולמעט בחקיקה או שיש להסדיר כמה שיותר, אך בפועל אנו מחוקקים הרבה.

**בנוסף, טוענות הגישה הביקורתית כי הנחות היסוד אינן נכונות:**

א. זה לא רק שהחוקים אינם קוהרנטיים, אלא גם אנו מניחים שאם המחוקק מחוקק חוק זה משנה התנהגות, האם זה באמת עובד ככה? המחוקק קבע שצריך לשים מסכה על האף, כמה באמת שמו? מכך, שהיחסים בין חקיקה לבין הכוונת התנהגות הם הרבה פעמים לא אפקטיביים.

ב. החוקים עצמם נקבעים רק לפי אינטרסים לדוג ס' 65ב לפקודת ההעברה.

ג. מחוקקים אוהבים לחוקק, אך הם פחות אוהבים לבטל חוקים. מכך, שחוקים רבים אינם מתבטלים ונותרים בתקוף מכוח אינטרציה או בגלל נטייה שלא לבקר את המצב החוקי הקיים.

**2. מהי מטרת הענישה?** טענות הגישה הביקורתית: אם זה גמול אז אנחנו בבעיה כי אם הוא לא רציונלי אין מה לגמול עליו, בנוסף גמול דורש מאיתנו להיכנס לנפשו של האדם וזה משטרת מחשבות. כמו כן, האם אנו באמת יכולים למדוד מה הנזק המוסרי שנגרם ממעשה מסוים? ואיך נוכל להיכנס לנפשו של האדם ולזהותו? מוסר זהו עניין של השקפת עולם או דת, אז מי בעצם קובע מה מוסרי ומה לא? וכן אם החוק נועד לשפר את החברה צריך להעניש מנקודת מבט של צופה פני עתיד ולא לבחון את העבר.

**הגישה הביקורתית מערערת גם על הנחות היסוד הנוגעות למערכת הענישה, נבחן כל מטרה נפרד:**

**א. אם יטענו שמטרת הענישה היא הרתעת היחיד, אז:**

1. אם יגידו הרתעת היחיד אז גם כאן אם האדם אינו רציונלי אלא מושפע מהסביבה לא ניתן להרתיעו.

2. מחקרים הוכיחו שבתי הכלא מהווים בית ספר לעבריינים שרק לומדים לפשוע יותר טוב.

3. מחקרים הראו שההרתעה לא עובדת בפועל, לאורך המאסר לא הייתה השפעה על הרתעה היחיד.

**ב. אם יטענו כי מטרת הענישה היא הרתעת הרבים, אז:**

1. אין הוכחה שהרתעת הרבים עובדת.

2. בפועל רק מיעוט קטן מהפושעים נתפסים ומגיעים לביהמש.

3. גישה כזו פוגעת באדם אחר כדי להרתיע אחרים. שימוש באדם כאמצעי בסותר את ההשקפה של זכויות האדם.

**ג. אם יטענו כי מטרת הענישה היא חינוך הציבור, אז:**

נטען שהקשר בין חינוך לפשיעה אינו ישיר אל מורכב: לפעמים עמדת הגורמים הקרובים משפיעה יותר מהעונש, בנוסף יש חברות שבהן הפרת החוק היא דווקא סימן לאומץ לב וגבריות וכן לגבי חוקים רבים לרוב לא ידוע מה החוק בכלל אומר.

**ד. אם יטענו כי מטרת הענישה היא שיקום, אז:**

מחקים בארה"ב הראו שאף אחת מהתוכניות השיקום לא הועילה בפועל. לכן, כתגובה לכך האמריקאים ברמה הרשמית הם עוברים לשיטת גמול וברמה המעשית הם עושים עונשים חזקים יותר ושמים אותם בכלא לתקופה ארוכה יותר.

**ה.** **אם יטענו כי מטרת הענישה היא: גישה דקלרטיבית**-שילוב של שיקום, חינוך, הרתעת הכלל וגמול. לטענתה, החוק נועד לשרת את השקפתם המוסרית של כלל שומרי החוק ומצהירה על הגמול להפרת הדין. בפועל, הקשר בין ההצהרה חברתית לבין המסר שמועבר הוא מורכב ותלוי במצב החברתי, שלא לדבר על זה, שהרבה פעמים החוק משרת אינטרסים מסוימים והוא עלול ליצור אנטגוניזם אצל קבוצות שהאינטרסים שלהם אחרים. בכך עלולה ליצור מחאה או אדישות. במקרים אחרים, ההצהרה דווקא מחזקת את התחושה שהדין הוא הכלי לחיזוק הקבוצות השולטות.

**ו. אם יטענו כי מטרת הענישה היא מניעה והרחקה, אז:**

1. גם כאן האדם הבודד הוא אמצעי להשגת מטרה שמועילה לאחרים, בניגוד לתפיסת זכויות האדם.

2. לפי השקפה זו אז יש להעניש אנשים שמסוכנים גם אם לא ביצעו עבירה.

3. אין הצדקה להעניש עבריינים שלא יכולים לחזור על הפשע ולכן אין סיבה לשים אותם בכלא, רוב רוצחי הנשים לא ירצו את נשותיהם שוב ולכן בוא לא ניתן להם מאסר.

**ז. אם יטענו כי מטרת הענישה היא שיקום הקורבן, אז:**

א. לא תמיד יש קורבן לשקם, מי הקורבן של עבירת השוטטות? , של עבירת רישום כוזב במסמכי תאגיד?

ב. לפעמים מתן עונש לעבריין אינו משקם את הקורבן אלא גורם טראומה לקורבן.

**3. את מי ראוי להעניש?**

גם לפי הגישה הגמולית וגם לפי הגישה התואצתנית, מענישים בהתאם למהות העושה. לכן, ההתמקדות היא ביסוד הנפשי ולא עובדתי. שתי הגישות יכולות להוביל להשקפה קיצונית, שהיא השאלה מדוע אז אנו צריכים יסוד עובדתי?

לפי הגישות התואצתניות- נבדוק אם האדם הוא מסוכן או לא, ולפי זה נעניש. אין כלל הצדקה לחכות שיבוצע מעשה כדי להעניש, שכן המטרה היא מניעתית.

לפי הגישות הגמוליות- נבדוק האם האדם במאזן הכללי הוא טוב או רע, כי אחרת זה "מזל מוסרי"- במקרה נתפס על משהו ספציפי, ולפי זה נעניש.

בפועל נטען, ששתי הגישות ללא מעשה יובילו למשטרת מחשבות. לכן נדרוש מעשה, בכך אנו לא משרתים לא גמול ולא תוצאה אלא פיקציה מוזרה שלא משרתת את העקרונות האלה. בנוסף, אנו אומרים כי רוב העברות הן עבירות של יסוד נפשי ועובדתי אך רובן הן עבירות האחריות הקפידה והרשלנות, שבהן אין משמעות למהות העושה.

**4. מדוע אדם צריך לציית לחוק מסוים? [מי הריבון, למה הוא הריבון, מי צריך לראות עצמו כנתין?]- כי:**

א. **מוסר (משפט טבעי)?** [טענת הנגד של הגישות הביקורתיות] אין מוסר אוניברסלי ונצחי – יש רלטיביזם מוסרי ותרבותי. חוץ מזה יש הרבה חוקים שאין ביניהם לבין מוסר שום קשר.

ב. **לוגיקה?** [טענת הנגד של הגישות הביקורתיות]: 1) זו דרך המנותקת מהמציאות בשטח. 2), לא ניתן להגיע באמת להכללות כי יש רלטיביזם מוסרי ותרבותי.

ג. **הסכמה? [טענת הנגד של הגישות הביקורתיות]** ההסכמה היא פיקציה, שכן בעלי הכוח, מסווים את האינטרסים שלהם מאחורי הסיפור הלכאורה אובייקטיבי של מסך של בערות או מצב טבעי, תוך שהם מניחים את הנחות היסוד שתובלנה לתוצאה שמטיבה עימם. לבטח שמגיעים לרמה של חוק ספציפי כאן ועכשיו קיים קושי להצדיקו על בסיס תרגיל מחשבתי (כמו אמנה חברתית או מסך בערות).

ד. **כי החוק הוא ביטוי למסורת המשותפת? לרוח העם? להרמוניה התרבותית**? [טענת הנגד של הגישות הביקורתיות] מה פתאום, בתוך חברה יש השקפות שונות ואינטרסים שונים – החוק נקבע על ידי בעלי הכוח.

ה. **כי חייב להיות דין שיסדיר את האינטראקציה בין האנשים השונים בחברה מודרנית**? [טענות הנגד של הגישות הביקורתיות] מה קרה לאתוס החירות? למה להסדיר באופן אחד ולא אחר, יש כאן ניסיון של מישהו לצבור כוח.

ו. **כי על סמך ניתוח מדעי פוזיטיבי אובייקטיבי זהו הדין הטוב ביותר?**[טענת הנגד של הגישות הביקורתיות] מה פתאום, מי שעשה את הניתוח האמור (השופט, המחוקק, או מומחה המשפט) הוא חבר בקבוצה מסוימת בחברה שיש לה אינטרסים מסוימים והוא מנסה לקדם במודע או לא במודע אינטרסים אלו ואת תפיסת העולם שלו תוך שהוא נותן להם כסות של אובייקטיביות מדעית.

במילים אחרות המצב לא פשוט מבחינת הלגיטימציה של מערכות המשפט הפלילי מדינתיות; וברקע ישנה מודעות הולכת וגוברת לכך שפעמים רבות אינטרסים של בעלי הכוח (או מנגנונים אחרים או לא רציונליים או שלא נועדו לרווחת הכלל) הם אלו שמשחקים תפקיד בעיצוב החוק הפלילי ובאכיפתו.

**תגובות לגישות הביקורתיות:**

כזכור, לפי הגישות הביקורתיות המשפט הוא תוצר של אינטרסים צרים ובעלי הכוח משתמשים בו כדי לכפות את רצונם על החברה. האם אפשר בכל זאת למצוא דרך להגיב לגישות אלו ולהיבנות כי אחרת למערכת אין צידוק.

**מתפתחים 3 כיווני תגובה לגישות הביקורתיות:**

**1**. לא ניתן לקיים מערכת לאורך זמן כאשר אין אמונה באחר, ככל שרמת האמון בין הציבור לשלטון או בין חלקים שונים בין הציבורים או בשלטונים אין אמון, אז האמון קורס ומערכת בלי אמון לא יכולה לשרוד, שכן מערכת שמבוססת על אינטרסים לא שורדת לאורך זמן.

WHATBOUTISM- מה האינטרס של אלו שאומרים שהכול אינטרסים, רק להם אין אג'נדה? גם אלה שטוענים שהכול אינטרסים יש להם אינטרס, ויש בהקשר זה טקטיקה- WHATBOUTISM , היא פותחה במקור וזכתה למעמד של טקטיקה רשמית על ידי הקג"ב, שגילו שמה שצריך לעשות כדי לשלוט בסיטואציה שאי אפשר לייצר אמון במערכת שלך זה לייצר חוסר אמון בכולם. כאשר מפנים אלייך ביקורת אתה לא עונה אלא מפנה אצבע מאשימה לאחר. יש לה 2 יתרונות: .1). במקום להתווכח על מה שאתה עשית נתווכח על מה שהוא עשה וכל הדיון סוטה למקום אחר. 2). זה מייצר לאורך זמן אמירה של כולם מושחתים כולם בעלי אינטרס, שגורם לכל אחד להרשות לעצמו לגיטימציה יותר גדולה לדאוג רק לאינטרסים שלו וכן מייצר להרבה מאוד אנשים חוויה משתקת- אם הכול אינטרסים והכל מושחת אז אין כבר טעם לעשות כלום. לכן, WHATBOUTISM זה אמצעי שליטה אדיר ומאוד יעיל של גורמי שלטון שרוצים להיות אינטרסנטים.

**2**. תגובה שניה שמתפתחת כמענה לגישות הביקורתיות היא תגובה שאומרת לא הכול אינטרסים בחברה מתפקדת, שלא נהרסה ונשארו רמות מסוימות של אמון בין האנשים, האנשים לא פועלים רק לפי אינטרסים. במאמר של **הרדוג** עוסקים בנושא מאוד חשוב בחקיקה המסדירה את גידול החזירים ברחבות, הוא מראה שהשקפתינו, שחוק הוא דבר אחד ויש לו משמעות אחת בכל תקופת זמן אלך זה לא נכון ויש לו הרבה משמעויות כי הוא מיושם בזירות שונות באותו זמן ע"י גורמים שונים למה זה חשוב לנו? כי אנו צריכים להבין שמחשבתינו שיש בעלי כוח שקובעים את האינטרסים שלהם על החוק יש כל מיני קבוצות כוח שמאזנות אחת את השנייה ומשפעיות יחד על יישום החוק. עצם זה שיש מאבק בין כוחות שונים זה לא דבר רע וברור שכל צד יציג שהצד השני בעל אינטרסים, אך הוא מאזן וכן בלתי נמנע. אנו חיים בעולם שיש בו בכל זאת, שיח משותף לפי **בורדייה**, וההנחות האלה מגבילות את טווח הטיעונים המשותפים או העמדות המשפטיות שלגיטימי לקדם בכל רגע נתון. לדוג: גם אם אני הייתי רוצה לחוקק היום חוק שזיו הוא שליט א"י וכולם ציריכם לציית, אי אפשר לעשות זאת מכמה סיבות ובפרט שהקונצנזוס הוא שמדינת ישראל צריכה להיות דמוקרטית. בורדייה טוען שמה שאנחנו יכולים לקדם בכל רגע נתון מוגבל ע"י ההשקפות שקיימות בשיח שמגבילות את מה שאנחנו יכולים לטעון . לא רק שהן מגבילות אותנו, הרבה פעמים העמדות שלנו עצמן מעוצבות על ידי השיח, שכן אנו נולדים לתוך חברה מסוימת שעמדות מסוימות בה נחשבות ללגיטימיות וחלק לא עד גבול מסוים הדברים האלה משפיעים עלינו ומעצבים את דעותינו. לא הכול אינטרסים כי גם הנורמות שקיימות במערכת הן במידה מסוימות מעצבות את העמדות שלנו וכן מגבילות את המידה שאנו יכולים לקדם את העמדות.

**3**. התפתחות של זרמים תורת משפטיים שאומרים לא בהכרח צריכה להיות קוהרנטיות, אין צורך בלוגיקה אחת מוסרית לעקרונות, שתקבע מהו החוק אלא אפשר לשלב רעיונות שונים יחד.

גישות של ליגל פרגמטיזם אמרו שאין ברירה זה המציאות אפשר להתעלם ממנה שבה החיים מגוונים ויש עמדות מסוימות ונבין שאי אפשר לאזן או לא נתעלם ונעשה הסדרים מסוימים שבה אפשר לעמדות לשלוט. גישות של פלורליזם משפטי הולכות צעד נוסף ואומרות זה לא שאין ברירה זה טוב הפלורליזם הוא ערך זה טוב שיש דעות שונות הן מעשירות ומאזנות אחת את השנייה הם יוצרות קיום אנושי יותר מעניין יותר טוב יותר איכותי.

ROBER COVER אומר שמה שאנו רואים מחוק הוא חלק קטן מקרחון הסיפורים שאנו מספרים לעצמנו, שהם מתווים מה יחשב נורמה לגיטימית או לא לגיטימית אבל ביקום המשפטי בגלל שבחברה פלורליסטית ישנם שלל נרטיבים וכן אנשים יכולים להרגיש בו זמנית נאמנים במקביל למערכות נורמטיביות שונות נוגדות. כדוגמת האנישם הדתיים שמחויבים הן למדינה והן לתורה, להלכה. רוברט אומר שיהיו קבוצות בתוך חברה שיהיו נאמנות ליותר מערכת אחת וזה יכול להתקיים כל עוד לא דוחקים באחת הקבוצות לבחור בכוח.

**הבעיה** בגישות פוסט מודרניות זה נחמד שאנו אומרים שניתן לשלב בין רעיונות שונים הבעיה שנאו צריכים להחליט איך לשלב ומה לשלב, וכל אחד ירצה לבחור בגישתו שלו. אנו צריכים לייצר מנגנונים שיאפשרו לנו לשלב בין הגישות. אחד **הפתרון** שנפוץ היום, יתרונות שמבוססים על קונצנזוסים, כאשר **מדברים על 2 סוגים של קונצנזוסים:**

1. קונצנזוס מעשי- אימוץ עקרונות משפטיים מכיוון שבפועל רווחת קבלתן, אמירה שאנחנו צרכים לחפש עקרונות משפטיים או להסתמך עליהם שבפועל רווחת הקבלה שלהם. במשבל: נסתמך מנהגים ועקרונות משותפים למדינות בנות תרבות וננסה לייצר אמנות רחבות כמה שיותר. במשפט הפלילי: נסתמך על קרונות שרווחים במשפט ההשוואתי, נלמד מניסיונם של אחרים וכן נסתמך על עקרונות שהתקבעו במערכת שלנו לאורך שנים רבות.

**קושי** אחד זה אם כולם עושים זה אומר שזה טוב? לא בהכרח זה שחוק קיים זה לא אומר שהסיבה שבגללה התקיים עדיין קיימת או עדיין קיימת סיבה רציונלית להמשך קיומו של הכלל, לפעמים כלל נשאר ונחשב לגיטימי פשוט כי הוא קיים הרבה שנים ואנו ממציאים רציונליזציות למה הוא קיים. כללים ממשיכים עם השלכות אדירות, למרות שהמערכת המוסרית שהצדיקה אותם לא קיימת יותר. בנוסף, צירפנו את העקרונות אבל מה יקרה כאשר יתנגשו כיצד נכריע ביניהם.

2. קונצנזוס ערכי: מחפש עקרונות שהרבה מאוד גישות מוסריות נוגדות כן מוכנות לקבל, בשונה ממעשי שמחפש את הכלל הערכי מנסה לחפש עוגנים בהשקפות מוסר שונות שיעגנו את המוסר. **הקושי**, מה שטוב בשביל גישה אחת לא בהכרח טוב לגישה אחרת, לפעמים יישום העקרונות תלוי בהשקפת עולם וגישות מוסריות שונות עדיין מגיעות לתוצאות שונות על בסיס עקרונות משותפים.

**אם כן ננסה לאתר נורמות שלגביהן יש קונצנזוס מעשי או ערכי ואשר יכולות לשמש כבסיס להצדקת המערכת שבחנו.**

**א**. משפט הטבע: יש אמונה שהמשפט אמור לשרת את הצדק ועקרונות מוסר אוניברסליים, אין לעשות שימוש באדם כאמצעי זהו עיקרון שאנו ככל מסכימים בו.

**ב**. עליית המדינה: עדיין מקובל לחשוב על מערכת פלילית כמערכת ממוסדת פורמלית ולראות את המדינה כעובדה קיימת ולכן במשפט פלילי רק היא צריכה לבצע ענישה פלילית ובמשבל ברירת המחדל היא עדיין שמטרתו היא צריכה להסדיר יחסים בין מדינות.

**ג**. רציונליזם: מערכת חוקים ובמיוחד החוק הפלילי מניחים שאנשים פועלים באופן רציונלי למרות הגישות הדטרמיניסטיות.

**ד**. אמנה חברתית ושיח זכיות: רעיון לפיו ההסכמה מהווה בסיס למשפט הפלילי והבינ"ל: נסמכים על הנחה שהמשפט הפלילי נועד להגן על הקהילה, חברי האמנה החברתית וכן הבחירות הדמוקרטיות מאששת את ההסכמה שלנו ומבססת בסיס חזק ללגיטימיות גם בלי קוהרנטיות נורמטיבית. לגבי המשבל ההנחה היא שהוא מסדיר את היחסים בין האנשים שאין בהם אמנה חברתית, אלא יש הנחה שאותו מצב של היעדר אמנה חברתית עדיין יש זכויות אדם.

**ה**. לאומנויות ושמרנות: במשפט הפלילי לכל מדינה יש מערכת חוקים משלה אשר מבוססים על תרבותה הייחודית ולא על עקרונות אוניברסליים והם לפעמים יסוד של פשרה. יש הטוענים כי הדרך היחידה להסביר את מעמד המדינה במשבל, כשמתייחסים אליה כאל ישות אוטונומית, היא באמצעות הבנה שיש השפעה שיורית של תיאוריות רומנטיות שרואות במדינה כישות אורגנית.

**ו**. פוזיטיביזם- בסיס כזה נשען על כמה הנחות יסודיות גם במשפט הפלילי וגם במשפט הבינ"ל: ירשנו את ההנחה שיש דבר כזה שנקרא חוק שרק מסודות מסוימים יכולים לעדות אותו הוא שונה ממה שנקרא מוסר או מהמוסכמות החברתיות. הנוסף יש הנחה שאנשים נדרשים לדעת מה החוק ומה הוא קובע. כמו כן, כל מערכת משפט טוענת שהיא עליונה על מערכות משפט אחרות, רק במקרים שבהם המשפט המקומי קבע שניתן להסתמך על המשבל אז ניתן להסתמך ולהעדיף את הדין הבינ"ל. לכן זה בעייתי אני יכול להיענש בין כה וכה, או בהפרה של מערכת משפט מדינתי או בהפרה של מערכת משפט בינ"ל, זה קורה כי כל מערכת מצהירה על עליונות מתוך תזת ההתאמה. מסיבה זו, העדפה של מערכת חוק אחרת(פלילי או מדינתי) אינה צידוק לביצוע עבירה פלילית.

**ז**. ריאליזם מתון וגישות סוציולוגיות של קונצנזוס- יש לגישות אלה מעמד חזק משום שהן לא מבוססות רק על ערכים, הן נוצרו בדיאלוג וביחסים בין הקבוצות, החוק מוגבל מאינטרסים המוגבלים ע"י כללי השיח ומכך הפרטים מפנימים את חובת הציות ואת תוכן החוק מהחברה אליה הם שייכים. לכן לפי גישה זו: א. אנו ממשיכים להאמין שלבן אדם יש פוטנציאל לטוב כי אחרת אין ערך לחינוך ושיפור, מאמינים בהשפעת החוק שיכול לעשות דברים, החוק כשלעצמו הוא כלי שיכול לעשות דברים. ב. החוק יכול להשפיע על הסדרת האינטראקציה בין אנשים ועל המחוקק להיות אקטיבי(יוצר הרתעה).

האמונה הזו, מובילים אותנו לכך שלא הכול אינטרס.

**איך התגובות לגישות הביקורתיות באות לידי ביטוי במערכות המשפט הפלילי מדינתי/ איך המשפט פלילי מדינתי מגיב לגישות הביקורתיות:**

ברמה המוצהרת עמדת הגישות הביקורתיות נדחית אבל הן כן מערערות את המערכת גם במשפט הפלילי וגם במשבל:

במשפט הפלילי :

**א**. כדי לייצב את המערכת שיטות המשפט דחו לחלוטין גישות דטרמיניסטיות והן מניחות שלכל אדם יש רצון חופשי, לא משנה מה המדע יגיד לנו המשפט הפלילי יתעקש ויגיד שלאדם יש רצון חופשי. עמדה זו מאפשרת ענישה על בסיס גמול והרתעה ומקדמת גם את התכלית ההצהרתית של החוק.

**ב**. רבים מאמצים עמדה לפיה אנשים לא פועלים רק לפי אינטרסים אלא לחוק מעמד עצמאי שמורכב מאינטרסים בגבולות השיח המשפטי.

**ג**. מתפתחות גישות פוסט מודרניות שטוענות שאין לכל העבירה לוגיקה אחת והמערכת משלבת ערכים גמלוניים ותוצאתניים. כפי שראינו בעמדה זו יש קושי, שכן קשה להסביר מדוע דווקא איזון מסוים בין התכליות הוא שנבחר.

לאור זאת, אנו מסתמכים על גישות גמול והרתעה שמניחות רצון חופשי ובכך יש ניסיון לאתר קונצנזוס מעשי או ערכי באמצעות חלק כללי של חוק העונשין ולהשיב לביקורת.

**סיכום עד כה- בסיסי הצידוק לקיומו של משפט פלילי המדינתי:**

**א**. תיאוריה- אין הסכמה על בסיס להצדקת המשפט הפלילי מדינתי.

**ב**. פרקטיקה- הדין הפלילי המדינתי מורכב מאוסף של תיאוריות ונוגדות והשפעות היסטוריות מתקופות שונות.

**ג**. ברמת ההצהרה- בגלל שלא ניתן לחייב ציות על בסיס כוח או מסורת קוזאיסטית, מערכות משפט מדינתיות טוענות שיש במשפט הפלילי אחידות נורמטיבית ורציונליים בעלי בסיס ערכי מקומי/אוניברסלי/קונצנזוס, שאיפה להצגת אחדות ערכית.

**ד**. לגיטימיות- ישנם ארבעה אלמנטים שמקדמים את לגיטימיות המערכת המדינתית, אף למרות היעד הקוהרנטיות:

1. קיום אפקטיבי- קיימת מערכת שאוכפת את הדין באופן יעיל וכל שינוי מהדין הקיים יש מחיר מוסרי.

2. דמוקרטיה- חקיקת חוקים ע"י נציגים נבחרים בפרוצדורה מסודרת מחזקת את הטענה להסכמה

3. תרבות- בתוך המדינה, ניתן לטעון שהחוק מבטא ערכים ואינטרסים משותפים ויש הסכמה כללית שיש חובה לציית לחוק.

4. דמיון לאמנה חברתית- השילוב בין הסכמה לבין העובדות שמדובר בחברה מתוחמת(בתוך המדינה) מחזקים טענה לקיומה של (מעין) אמנה חברתית.

**נבחן את התגובה של המשבל לטענות הגישות הביקורתיות:**

במשפט הבינ"ל:

**א**. כיד לייצב את המערכת- יש עלייה בשימוש בטענות של משפט טבעי ושיח זכויות אוניברסלי ומצד שני יש עליה שימוש בטענות הנסמכות על קיום אפקטיבי של המערכת, אי אפשר להתעלם מהמערכת המשבל חייבים להתמודד עם קיומה.

**ב**. נעשה ניסיון לאתר השקפות שמפנימות את הטענה שהחוק אינו מורכב רק מאינטרסים. התוצאה היא עלייה של גישות קונסטרוקטיביסטיות לפיהן חוק נוצר ע"י דיאלוג בין נציגי המדינות וכך נורמות משקפות אינטרסים שהובלו ע"י גבולות השיח הן יכולות למתן את ההשפעה של האינטרסים.

**ג**. פרגמנטציה: מבחינה פרקטית- נוצרות מערכות שונות של דין בינ"ל עם בסיסים פוזיטיביים שונים, לכן נייצר מנגנונים כדי לאפשר קיום של שתי המערכות ביחד. מבחינה פילוסופית- הפרגמנטציה משקפת עמדה פוסט מודרנית לפיה אין לוגיקה אחת. הערה: כפי שראינו, עמדה זו בעייתית כי אם כל הגישות צודקות , אף גישה לא צודקת. גם כאן יש ניסיון למצוא קונצנזוס ערכי או פרקטי (עוצמה נורמטיבית חזקה יותר במשבל).

בשני שיעורים ראשונים התחלנו בסקירה של מהו המשבל, יש לה 3 מטרות: 1. לייצר היכרות בסיסית עם התחום. 2. לבסס אצלנו את המוסכמה שהמשבל הפלילי הנורמות שלו הן תוצר של יציר כלאיים בין נורמות שמקורן במשפט פלילי מדינתי לבין נורמות שמקורתן במשפט הבינ"ל המסורתי הפונה למדינו 3. לבסס אצלנו את ההנחה שלצורך ענישה פלילית צריכה להיות הצדקה מוסרית שתהיה קוהרנטית, ואז אנחנו מניחים שיש הצדקה קוהרנטית כי אחרת היינו מתמרדים לקיומה של מעכת משפט פלילית.

אך ההנחה היא **אשליה** והיא תוצר של הסכמה שהייתה קיימת בעולם שמאז היו התפתחויות שהכניסו נורמות חדשות למערכת וגם בהן יש בעיות. לכן גם במשבל וגם במשפט מדינתי פלילי יש מקבץ של נורמות שמקורן בגישות שונות ומגוונות, שלכל אחת מהנורמות יש הרבה מאוד נקודות חולשה ובעיות.

בשיעור האחרון ניסנו להציג עמדות שמנסות להתמודד עם המצב הזה, עם העדר הקוהרנטיות ועם המצב שיש ערמה של נורמות שמקורותיהם שונים, יש להם חולשות ולא קוהרנטיים אחד עם השני. מצד אחד, עלינו להבין שהגישות האלה לא חפות מפגמים ומצד שני גם הגישות שמבקרות אותן גם הן בעלות פגמים גדולים. אנו נמצאים במצב חוסר נוחות כל פתרון מרגיש לא נכון.

בשיעורים הבאים נחזור אל המשפט פלילי בינלאומי. בשיעור הנוכחי נראה שהקושי להצדיק אותו הוא עוד יותר גדול מהקושי שקיים להצדיק את המשבל ומשפט פלילי מדינתי, כי אם משהו יציר כלאיים של 2 מערכות לא קוהרנטיות אז הוא יהיה עוד פחות קוהרנטי משני המקורות שהוא מנסה לשלב. השיעור הבא, הרצאת אורח, יש סיבות טובות לתמוך במערכת הזאת ואז לאחר מכן, יכנסו אלמנטים אחרים ייחודים שצריך לקחת בחשבון עקרון החומרה- הרצאת אורח וההיסטוריה הייחודית של המשפט פלילי בינלאומי.

**הצדקת המשבל הפלילי:**

בשיעור הקודם נראה שיש קושי להצדיק את המשפט הפלילי מדינתי ואת המשבל הפומבי. בשיעור זה נראה שבגלל שהמשבל הפלילי הוא יצור כלאיים של שתי גישות אלה גם אותו קשה להצדיק.

בתחילת הקורס דנו במס' שאלות:

1. מה הבסיס ליחסי הסמכות בין המעניש לנענש? 2. על מה ראוי להעניש? 3. את מי אנחנו רוצים להעניש? 4. מה אנחנו רוצים להשיג בענישה?

כדי לראות אם למערכת משפט פלילי יש צידוק ולאחר מכן ראינו שקיים קושי למצוא צידוק קוהרנטי.

**כעת נראה שעוד יותר קשה ליצור צידוק למשבל פלילי עקב היותו יצור כלאיים:**

**1. מה הבסיסי ליחסי הסמכות בין המעניש לנענש?** נבחן את הגישות השונות:

**א.** משפט טבעי- לבסס אותו על רעיונות משפט מוסריים, כל בן אדם צריך לדעת לא לעשותם. ראינו שהייתה עמדה מוסרית(נירנברג) לפיה אי אפשר שלא להעניש את מי שביצע מעשי זוועה. נטען שפושעי מלחמה כאלה הם אויבי האנושות כולה על כך נמסכת על מדינה, המעשים שלהם היו ממש לא מוסריים, לא היו צריכים לעשות והם לא צריכים להיות מופתעים מענישה על כך. גם בדיקטטורה ראוי שלא נרצח, לא משנה מה היחס בין המעניש לנענש.

האם גישה זו מהווה בסיסי ראוי למשבל הפלילי? **אבי** **בקר**, אומר שהמטרה של המשבל פלילי הוא למצוא דרך להיכנס בישראל והישראלים. אבי בקר, מעלה עניין שהרבה פעמים המשבל פלילי מנוצל לרעה ואין זה הוגן לנצל את הדין כדי להלבין את פני האויבים שלך ולהציג אותם רע. לטענתו, מאחורי הטענות של הגנה על זכויות אדם במציאות מסתתרים אינטרסים שמטרתם היא לתת לגיטימציה לאויבך. בשיעור הבא נדבר על תגובות נגד, אך יש בה אלמנט של אמת ועושים שימוש לרעה במשבל פלילי.

**בנוסף**, נכון שיש עבירות שקיים קונצנזוס יחסית רחב שהן לא מוסריות, אך יש גם עבירות או שהן די בוודאות לא מייצגות ערך מוסרי חשוב או לחילופין יש חילוקי דעות אם הן מייצרות ערך מוסרי חשוב או לא. לדוגמא: שלא מייצגת ערך חשוב- פשע מלחמה שאוסר להילחם בזמן שאתה לובש את מדי האויב מותר להתחזות לשיח אך לא להתחזות לחייל אחר. אין ערך מוסרי גדול. כלל שיש חילוקי דעות עליו- ההתנחלויות עמדת מדינת ישראל שזה לא פשע מלחמה ולא איסור שנועד להגן על נורמה מוסרית חשובה. עמדה הרווחת עולם זה פשע מלחמה ונועד להגן על ערכי מוסר יסודיים. יש טענות שכל המשבל הפלילי לא סובב סביב עמדות מסוריות אלא הוא רק אמצעי לעשיית לגיטימציה.

**ב**. הסכמה- נטען כי הבסיס ללגיטימיות של השלטון הוא הסכמת הנתינים לשלטון ולחוקים שהוא קובע. מה הבעיה? ביחס למשפט הפלילי מדינתי נטען כי: א. הן פיקציה, זה לא שאנחנו יכולים להחליט איפה ניוולד ואיפה נחיה ב. קשה להצדיק חוקים ספציפיים על פי היגיון של מסך בערות או אמנה חברתית. **הפתרון** חלקית שנתנו הוא דמוקרטיה, נותנת מידה מסוימת חלקית חלופה לעניין של הסכמה. מה קורה במשבל פלילי? אי אפשר לדמיין אמנה חברתית ואין הליך דמוקרטי(אין גורם שנבחר שמעורב בקביעת הנורמות) המשבל פלילי סובל מדמוקרטיק דפוזיט- מקשר של היעדר דמוקרטיות שמחליף את הלגיטימציה שלו. בנוסף, אם אנו נסתמך על גישה של אמנה חברתית היא תצטרך להוביל אותנו להסמכה שמשפט מדינתי גובר של משבל פלילי.

**ג**. הסיבה שאנו מצייתים לחוקים כי זה משקף ערכים משותפים, מסרות, תרבות רוח העם. האם גישה זו מהווה בסיס ראוי למשבל הפלילי? ביחס לדין המדינתי נטען שיש השקפות שונות בחברה. ביחס למשבל פלילי הזוועות שקרו העולם יצרו חוויה תרבותית מכווננת, שמגבשת את אותו בסיס, מייצרת את אותו יסוד צידוק שהמשבל פלילי כן נסמך על ערכים תרבותיים משותפים. **טיעון** **הנגד**, המשפט מגביל את הכוח וחוץ מאינטרסים יש בהקשרים רבים קונצנזוס חברתי, הליך דמוקרטי ויש קונצנזוס שצריך לציית לחוק. אותה חוויה מכוננת ביססה הנחה שיש צורך להגן על זכויות אדם בסיסיות והאיסורים של המשבל פלילי הם הכלי לכך. יש הנחה בסיסית שאדם ידע את האיסורים כי הוא חלק מתרבות. האם אפשר לייחס למישור האוניברסלי? כולנו יודעים שזכויות אדם חשובות ושאסור שזוועות כמו השואה יקרו שוב, האם זה מספיק לדעת את האיסורים הפליליים של המשפט הפלילי הבינ"ל? למרות כל הקונצנזוס והחוויה התרבותית המשותפת יש דינים של המשבל פלילי שחיילים לא יודעים. כדוג, יש חושבים שאסור לירות בצנחנים כי זה פשע מלחמה אך למעשה מותר, אולם אסור לירות באיש צוות אוויר שנטש את המטוס שלו, כי הוא עזב את מעגל הלחימה ואילו הצנחן עוזב את המטוס כדי להיכנס למעגל הלחימה ולכן מותר לירות בו. בכך הם חושבים שיש איסור כשאין, המקרה הנפוץ הוא אי ידיעת איסורים.

**ד**. יעילות- חקיקה נדרשת כדי להסדיר את היחסים בין האנשים בחברה המודרנית. במשפט המדינתי תגובת **נגד**, רציונל כזה גורם לחקיקה אינטנסיבית מדי שפוגעת בערך החירות **והתגובה** **לטענה** הייתה שההגנות החוקתיות שקיימות במדינות דמוקרטיות וההליך הדמוקרטי ממתנים את החשש לפגיעה בזכות. מה לגבי משבל פלילי? זהו טיעון להצדקת המשבל הוא טיעון ההסדרה, בעולם המודרני שיש גלובליזציה הולכת וגוברת חייבת הסדרה משפטית הולכות וגוברת של אינטראקציות במישור הבינ"ל. הוא טיעון משמעותי להצדקת המשבל, אבל האם טיעון זה מספיק טוב כדי להצדיק משבל פלילי? קיימים שני **טיעונים** שאומרים לא: 1. הרבה מאוד מהסעיפים שלא אמנת גנבה הם עמומים כי היא תוצאה של פשרה בין שתי מדינות. לדוג: אסור להרוס רכוש אזרחי שלא לצרוך מזה צורך? מי קובע? 2. כשאנשים רוצים לדעת מה מסדיר את התנהגותם מבחינה משפטית הם פונים לחוק מדינתי של מדינתם ולא ילך לדין המשבל הפלילי.

**ה**. מידע פוזיטיבי- נטען כי החוק הוא ההסדר הטוב ביותר מבחינה פוזיטיבית. ביחס לדין המדינתי נטען שלא ניתן לבסס השקפה כזו והיכולת להגיע להכרעה אובייקטיבית באשר לדין הטוב ביותר היא פיקציה בתגובה נטען שקיים קונצנזוס על מערת עקרונות פורמלית שלאומרה מיושמים ההסדרים הספציפיים. מה לגבי המשבל פלילי? העמדה המוצהרת היא כן, נראה בנירנברג, אחת הטענות המרכזיות שהנאשמים טוענים, המשבל פנה למדינות ואנו בני אדם לא מדינות ולכן לא פנה אלינו ולא רלוונטי אלינו. ביהמ"ש בנירנברג מדינה לא שותה קפה- מדינה לא עושה פעולות ומי שעושה אותן בשבילה הם מי שכפופים לה ולכן נורמות שפונות למדינה פונות למי שכפוף למדינה. מכיוון שהמשבל עליון למשפט המדינתי והמשפט המדינתי עליון לבנא לכן המשבל עליון לבני אדם. הוא פונה למדינה ומכך לכפופים לה. טיעון הנגד, המדינה טוענת שהחוק העליון הוא המערכת המשפט שלה למערכות משפט אחרות תזת ההתאמה- המדינות טוענות שהן עליונות למשבל. ברמה האובייקטיבית אין דרך להכריע איזו מערכת עליונה למערכת אחרת.

**2. מה אנחנו רוצים להשיג בענישה?**

**א**. גמול אובייקטיבי- בעוד שבמשפט המדינתי לפחות פורמאלית ננטש הטיעון של גמול אובייקטיבי–במשפט הבינלאומי ניתן למצוא שימוש בו. העמדה האינסטינקטיבית, שמועלת בשיח זה, היא שמעשים אלו הם כל כך חמורים עד לכדי שצריך להעניש עליהם, והיסוד הנפשי הופך להיות משני. לכן, יש הגבלה מאוד גדולה של אפשרות לטעון טענות של כורח, צורך, טעות, וציות לפקודה. דבר זה הוא בעייתי מכיוון שבפועל חלק מהעבירות לא אוסרת מעשה חמור (לחימה בעת לבישת מדי אויב) או המעשה הספציפי לא יהיה כה חמור בתוך ההקשר בו הוא נעשה (נתן מכות בשוט ליהודי בגטו–זה פשע נגד האנושות), או לאדם לא יהיה יסוד נפשי כי פעל עקב כורח. בדברי הכנסת של ח"כ **ניר** **רפאקס** בעת ההצעה על חוק עשיית הדין בנאצים ועוזריהם, מה שחשוב זה לא הכוונה אלא המעשה.

ההנחה היא שברגע אדם מבצע מעשה עד כדי כך חמור זה מעיד על מהותו ולכן נעניש את מהותו למרות שבפועל אין הדבר בטוח ולא בטוח שהמעשה חמור בנסיבות הספציפיות הבלתי אפשריות. לא כל הביטויים חמורים, לא כל פשע נגד האנושות חמור, לדוג קאפו הרביץ לתושב יהודי אחר בגטו עם צינור גומי כדי לשמור על הסדר, זה מעשה לא טוב אך האם באמת זה דבר פשע מדינתי חמור? בנוסף, לפעמים ההקשר בו בוצע המעשה מפחית מחומרתו. כמו כן, לעיתי המעשים מבוצעים עקב כורח.

**ב**. גמול מסוג אשם מוסרי: המשפט הפלילי הבינלאומי מבוסס על יסוד חזק של גמול מסוג אשם מוסרי, אדם צריך לשלם את המחיר על החלטתו לבצע הפרות כה בסיסיות של המוסר. בהקשר המדינתי היה לנו קושי לקבל טענה זו **עקב הסיבות הבאות:**

1. אבל האדם לא באמת רציונאלי – אלא תוצר של ביולוגיה והשפעות חברתיות. המענה של המשפט הפלילי המודרני הוא לקבל כהנחת יסוד את העובדה שהאדם הוא רציונאלי ולהכיר שיש מקרים חריגים בהם האדם הוא לא רציונאלי ושם להכיר בהגנות. המשפט הפלילי הבינלאומי נוקט בקו דומה אבל, כמה בעיות: א. בעת לחימה אדם פעול תחת נסיבות ייחודיות של לחץ אשר מעלים ספק בדבר ההנחה שהוא פועל במצב זה באופן רציונאלי גם אם אנחנו מניחים שהדיפולט של האדם הוא פעולה רציונאלית. ב. בעת מצבי לחץ והכאוס של הלחימה יש עדות שאנשים לא מתנהגים כאינדיבידואלים אלא ההתנהגות היא התנהגות עדרית.

2. אין באמת הפרה של האיזון המוסרי: מה מוסרי ומה לא הוא שאלה של תרבות והשקפת עולם. מה שטוענים שהוא הדין הראוי מבחינה מוסרית הוא בפועל ניסיון להסוות אינטרסים. **המענה** **לביקורת** זו בהקשר המדינתי הוא שבכל זאת יש דברים מסוימים שקיים קונצנזוס שהם לא מוסריים, במיוחד בתוך חברה אחת שבכל זאת יש לה ערכים משותפים. לעומת זאת, כשפושע מלחמה מבצע מעשים על סמך הדין המדינתי הרי שמבחינת העמדה המוסרית שלו הוא פעל כראוי.

3. גם אם יש מאזן שכזה איך מודדים את היחס בין הפגיעה המוסרית והעונש. התשובה של הדין המדינתי היא כי באופן לא מדויק ניתן להעריך (על סמך מוסר ומוסכמות חברתיות; או על סמך הרעיון של בקריה של ניצול האמנה החברתית) וכל עוד נהיה עקביים יחסית הרי שהענישה תהיה הוגנת. לטענת הנגד על פיה מרבית העבריינים לא נענשים: המענה הוא כפול, במקרים קיצוניים הרבה מדינות מכירות בסעד מן הצדק; בשאר המקרים: אדם שחטא לא צריך להרוויח מכך שאחרים חמקו מעונש, יש לבדוק האם יש ענישה הוגנת כלפי אלו שנתפסו.

במשפט הבינלאומי גם אם נניח שיש קונצנזוס תרבותי, כמות אלו נענשים היא אפסית ויש הטיה פוליטית חזקה לגבי מי נתפס ומוענש. לכן, באופן אובייקטיבי יש בסיס חזק לביסוס טענה של סעד מן הצדק. יתר על כן מכיוון, שאין היררכיה בין המוסדות, ורובם הם או אד הוק, או בתי משפט מדינתיים המיישמים סמכות אוניברסאלית הרי שאין גם עקביות בפסיקה של המוסדות השונים (פרשת ההוצאה להורג של שבויי מלחמה באיטליה) כך שטיעון ההוגנות לא עובד גם לגבי אלו שמועמדים לדין.

**ג**. הרתעה: בהקשר המדינתי טענת **נגד** הייתה שאם הבסיס לצידוק זה הינו הנחה כי האדם הוא רציונאלי ועושה שיקולים של עלות מול תועלת הרי שהדטרמיניזם פוגע בהנחה זו. המענה המדינתי הוא לדחות את הדטרמיניזם ולהכיר במקרים חריגים בהגנות במקרים של העדר יסוד נפשי. המשפט הפלילי הבינלאומי המודרני טוען לאמץ את אותה גישה. אבל הרתעת היחיד מניחה שאדם עושה שיקולי עלות מול תועלת רציונאליים, הנחה שקשה לקבלה במקרים רבים הנוגעים לפשעי מלחמה. **ראשית**, דין זה פונה לאוכלוסייה שמרביתה מחונכת לא לעשות שיקולי עלות מול תועלת אינדיבידואליים אלא לשים את טובת הקולקטיב שבעבורו הוא נלחם מעבר לשיקולי הסיכון האישי (חיילים). **שנית**, האכיפה של המדינות היא כל כך מצומצמת עד שיש שהגדירו את זה כהחלטה רציונאלית לא לקחת את הדין בינלאומי לכדי חשבון – מקבילה לזכייה בלוטו. **שלישית**, פעמים רבות האדם כלל לא יודע מה הדין הבינלאומי אומר. **רביעית**, הוכח שאדם עושה שיקולים של עלות מול תועלת בהקשר של מערכת אכיפת חוק, רק אם הוא נחשף לה באופן תדיר, הוא מודע לזה שהיא אוכפת את החוק באופן עקבי ויחסית אינטנסיבי, והוא סבור שהיא אוכפת את החוק באופן יחסית הוגן . אחרת, אכיפה סלקטיבית או מעטה גורמת דווקא לתגובת נגד. אנשים או מתעלמים מהאיום או רואים בו כתמריץ להפר את החוק כמחאה לחוסר הצדק של המערכת. לכן, יש סיכוי רב שאכיפה סלקטיבית על ידי גורם זר תוביל לתגובת נגד ("קורבנות גולדסטון"). כמו כן, בהקשר המדינתי מחקרים הראו שבמקרים רבים הרתעה לא עובדת. בהקשר של המשפט הבינלאומי על אף הטענה הרווחת שהוא נדרש לשם הרתעה מפני ביצוע פשעי מלחמה אין שום ראיה שזה עובד – כך למשל האיום בעמדה לדין בהקשר של יוגוסלביה לא הרתיעה להמשיך את הלחימה.

**ד**. שיקום העבריין: במישור המדינתי כפי שדברנו בשיעורים קודמים היה שמחקרים הראו שניסיונות השיקום כשלו. המענה במישור המדינתי למחקרים אלו לדעת רבים הוא שלא צריך לנטוש את מטרות השיקום אלא להשקיע עוד משאבים בשיקום ולנסות שיטות שיקום חדשות. אבל במישור הבינלאומי נוספת טענה על פיה כלל אין צורך בשיקום. הניסיון הראה שעבריינים כאלו ככלל פשוט חוזרים לחיים נורמטיביים עם שוך הקרבות. הדבר נכון גם בהקשר של המטרות של מניעה והרחקה: בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי בפעול, לאחר המלחמה לרוב אין סכנה מהם כי מרביתם חוזרים להיות אנשים נורמטיביים ואילו בזמן הלחימה כמעט ואין יכולת לנהל הליכים פליליים.

**+**עקב הקושי להצדיק את הענישה הפלילית על סמך הנחות הנוגעות לאופן בו ענישה זו תשפיע על ציבור העבריינים, בספרות ובמידה מסוימת בפסיקה של המשפט הפלילי הבינלאומי יש מעבר לצידוקים שמבוססים על הפניה לציבורים אחרים כבסיס להענישה הפלילית- ציבור הקורבנות, ציבור הכללי במדינה או במדינות בהן נערכו הקרבות, ו/או הקהילה הבינלאומית בכללותה [אבל גם בצידוקים אלו קיימים קשיים אותם אני משאיר לכם לבחון בעצמכם]

**שאלה שלישית: את מי ראוי להעניש?**כפי שדנו בשיעורים קודמים הן בגישות תוצאתניות והן בגישות גמוליות בסוף אנחנו מגיעים לענישה על סמך מהות העושה. בגישות תוצאתניות כי הבסיס הוא מניעתי ולכן למה לחכות שהאדם יגרום נזק ובגישות גמוליות כי אחרת יש חוסר צדק של מזל מוסרי. אך גישות כאלו לא מתיישבות לנו עם השקפת זכויות אדם שלנו. במשפט הפלילי הבינלאומי הנטייה לכיוון ענישה עקב מהות העושה (JCE, אחריות מפקדים, חלק מעבירות רצח העם) היא אף חזקה יותר – הן עקב תפיסה אינטואיטיבית שהמעשים חמורים במיוחד, הן עקב קשיים ראייתיים חזקים במיוחד. לכן, הבעייתיות כאן היא חמורה במיוחד, וזאת עוד כאשר, בסיס הצידוק הן התוצאתני והן הגמולי של המשפט הפלילי הבינלאומי הוא עוד יותר מעורער.

**שאלה רביעית: על מה ראוי להעניש?**נדבר על זה בהקשר של עיקרון החומרה – יש אימוץ מוצהר במשפט הבינלאומי של רעיון הצמצום אבל בפועל לא תמיד עובד. **הבהרה חשובה:** ישנם 4 דברים שצריך ללמוד למבחן בעקרון החומרה: החומרי קריאה של מג דה גוזמן, ההרצאה של מג, הביקורת של זיו וה8 עמודים ששלח במייל להרחיב על עקרון החומרה. סיכום זה כולל רק את ההרצאה של מג(שסיכמה סיון מצוב) והביקורת מזיו.

**הרצאת האורח של מג דה גוזמן: את ההרצאה סיכמה סיון מצוב:)**

**מה הכובד של פשעים מסוימים עד שהשיטה הבינלאומית מתייחסת אליהם**: איך מתקשרים לחוק הבינלאומי.

לגיטימציה, כובד וקהילה בינלאומית:

מה זה כובד? גראביטי? הרעיון שפשעים מסוימים הם במיוחד רציניים ושוקלים המון. משומש ככלי אנליטי להצדקה.

**מה הם פשעים בינלאומיים, מה הם המאפיינים שלהם? מה הופך פשע לבינלאומי**?

רוב האנשים חושבים שזה תלוי במספר האנשים שנפגעו מהפשע; תלוי בפשע אבל יכול להיות שזה יהיה גם בין אנשים ממקומות שונים; אם ממשלה מעורבת בפשע, למה זה הגיוני שזה יהיה פשע בינלאומי? כי ממשלה צריכה להיות אחראית לאזרחיה והיא בטח לא תעמיד אותם לפשע ולכן הקהילה הבינלאומית תצטרך להתערב; **הדרך של מג – הקהילה הבינלאומית רוצה לקדם נורמות מסוימות ולכן היא רודפת אחרי פשעים מסוימים**.

**פשע מלחמה VS פשע נגד האנושות, מה יותר חמור**?

פשע מלחמה זה במהלך מלחמה ופשע נגד האנושות זה בחיי היום יום בזמן שלום. לכן פשע נגד האנושות הוא חמור יותר כי הוא בזמני שלום. אולי הם חמורם באותו אופן וזה תלוי רק בנושא הפשע עצמו? מנגד, אולי פשע מלחמה הוא חמור יותר? כיוון שאתה יכול להגן על עצמך במלחמה. מה האינטרס של הקהילה הבינלאומית להיות נגד פשע שנעשה במלחמה? אולי כי מלחמה היא לא זמן רגיל, נורמלי והמשטרה מעורבת בזמן מלחמה ומלחמות קורות בכל העולם. **אמנם מג מסכימה שהם יכולים להיות רציניים באופן שווה וזה תלוי בנושא הפשע**, תלוי במטרה של החוק הבינלאומי, במטרת הקהילה הבינלאומית.

**מהי הלגיטימציה**? סמכות מוצדקת בשל טיעונים חוקיים או מוסריים ואולי סוציולוגית. מג מדבר בעיקר על סמכות חוקית.

**מה מוסד יכול לעשות שכדי שכל המוסד יראה שיש לו לגיטימציה**? יש ערכים שהם אוניברסליים > כמו זכר ונקבה שווים. מראה שההחלטות כדי שיהיו לגיטימיות יקדמו את הערכים הנכונים. מטרה מבוססת על ערך.

**קהילה בינלאומית:** אנחנו לא אכפתיים זה לזה אך כשיש בעיה רצינית כמו מגפה אכפת לנו מהקהילה שלנו.

אפשר באמת להתבודד מהקהילה הלאומית שלי? רק אנשים עם הרבה זכויות מעבר יכולים. רוב הפעמים אנחנו בקהילות שלנו: משפחה, דת, פוליטי. מהבינלאומית קשה לצאת, קשה לדעת מה הערכים המשותפים שכולנו מסכימים עליהם. אנחנו חולקים ערכים כקהילה בינלאומית, אך הם מאוד מצומצמים! למשל שוויון נשים וגברים. זו נורמה אוניברסלית. ערך שאנחנו חולקים באופן בינלאומי. המשבל הפלילי לא רק משקף את העובדות אלא גם מראה זאת באמצעות החקיקה.

**כמה אנשים מסכימים עם ההצהרה שיש קהילה בינלאומית? שהיא קיימת**? מג שמה לב שרובם חושבים שלא. זה במחלוקת. אחד הטיעונים לכך, הוא איך יש קהילה בינלאומית אם הכוח לא שווה בעולם, העולם עדיין קצת קולינאלי, יש מדינות חזקות מאחרות. מג מאמינה יש דברים שמצדיקים את החוק הבינלאומי.

**איך הכובד באפקט העמימות לגיטימי**? **אפקט העמימות** הוא הטיה קוגניטיבית המתארת כיצד אנו נוטים להימנע מאופציות שאנו רואים כמשמעותיות או חסרות מידע. אנו לא אוהבים אי וודאות ולכן נוטים יותר לבחור באפשרות שידוע לה ההסתברות להשיג תוצאה חיובית מסוימת. בטווח הקצר זה עוזר לאנשים להתכנס ולהסכים על הרעיון הכולל גם אם הם לא מסכימים ובהמשך זה יתבהר.

ברומא הם הסכימו על הרעיון הכללי ודיברו על כובד.

מג חושבת שהעמימות היא קשה בטווח הרחוק, זה מסתיר את הנורמות והערכים הגלובאליים שצריך לדבר עליהם.

מג חושבת שיש לנו ערכים שהם לא משותפים והם רבים מהמשותפים אך לאט הגלובליזציה גורמת לכך שיהיו לנו יותר ערכים משותפים. היום יש פחות שיח על שליליות על נשים או על אנשים על נטיות מיניות שונים. היום אנחנו יותר מקבלים.

* תרגול בקבוצות > **איזה מקרה צריך להישפט בICC**? (בית המשפט הבינלאומי הפלילי):

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

התיק השני -> בתיק A זה במערכת המקומית שמנסה לפתור את הבעיה ובתיק B מדובר בפעולה בשל הבחירות, מה שיכול להשפיע על חברות בעולם כולו. אין ממשלה או מוסד שיכול להסדיר את הבעיה ולכן הגיוני שיתערבו בעניין. הערכים שמוצגים בארץ B הם **ערכים** שיש סיבה לקדם אותם באופן בינלאומי כדי למנוע התפרעויות בעולם בשל בחירות. יותר קל לדבר על מקרה B, יש רק שני דמויות אשר מדובר עליהם בעוד שבA מדובר על הרבה יותר קבוצות וצדדים לכן יהיה פשוט יותר להתערב במקרה B. שיקולים לוגיסטים הם לא קשורים בהכרח לכובד הפשע אך ייתכן שצריך להתייחס לאופן שנשיג ראיות וכו'. אולם, לא יהיה קשה להעמיד לדין נציג פוליטי? מנהיג פוליטי? חשוב לעשות זאת אך זה עלול להיות קשה מאוד.

הICC לא אמור להתערב כשיש מישהו אחר (טריבונל מיוחד) שמתערב ומנסה לפתור את הבעיה.

אמנם הטריבונל הזה לא נראה שמצליח לעשות הרבה, אז אולי זה כן מקרה A? ייתכן שהמקרה הוא פרוש יותר ויותר חמור, יותר אנשים נפגעו ולכן זה דורש יותר יחס.

אלה מקרים אמיתיים בICC : בA> קולומביה, בB > קניה. גם בארצות הברית קיימת אלימות בבחירות.

ההיסטוריה של כובד:

הנקודה העיקרית לפי נקודת המבט של מג > ההיסטוריה הביאה לכך (השואה, יוגוסלביה) שיהיה מוסד שיטפל בפשעים בינלאומיים. כובד הגיע להיות רעיון מרכזי במשפט הפלילי הבינלאומי. למעשה זה היה בקשה של ארץ קטנה שיהיה מוסד שיעזור בסחר הבינלאומי.

העלייה של זכויות האדם כאוניברסליות הלך יד ביד עם מלחמת העולם השנייה ותרם לכך שיהיה מוסד בינלאומי כזה.

כובד ורשות פוסקת:

-מה אתם חושבים שהופך משהו לפשע בינלאומי?

-המשטר הנוכחי?

-תיאוריות המובילות לנורמות לא עקביות.

מג אומרת שזה יהיה לגיטימי שהקהילה הבינלאומית תחליט שהיא יכולה לפסוק מה שהיא רוצה שפוגע בכבוד האדם, אולם גם לגיטימי שהקהילה תחליט שלפשעים מסוימים יש אינטרסים שונים כדי לשפוט אותם, זה לא רק לגיטימי לפסוק על פשע אלא שהקהילה שמה פשע מסוים מעל. קשור למוסר.

הם מעריכים גורמים שונים ובודקים אם פשע הוא כבד מספיק או לא, חמור מספיק או לא. לדוגמה: המשט לעזה ב2010, מרמרה. היה מוות, אך התובע החליט שזה לא היה כבד מספיק והשופטים חלקו על התובע ואמרו לו להביט שוב והוא עדיין לא הסכים. יש הליכים לשופטים כדי שיוכלו להשפיע על החלטות התובע.

לדעת מג השאלה לא צריכה להיות אם זה חמור מספיק הם צריכים להתמקד על איך להשתמש בשיקול הדעת.

1. חייב להיות אינטרס גלובאלי.
2. טריקי > חייבים לנצח אינטרסים מתחרים. בדרך כלל הם האינטרס של הקהילה הלאומית שמושפעת מהפשע. האינטרס הלאומי לא חייב להיות בתביעה.
3. בנוסף > למקסם את הלגיטימציה. להשתמש בשיקול הדעת > מה המטרות ואיך הכי נכון להשיג אותן.

מה התהליך שיכול לקחת מקום כדי לוודא שהלגיטימציה ממוקסמת?

**מה הן המטרות הכי חשובות**? למשל בעניין הפלסטיני > חיי אדם, הרצון להציל חיים.

הICC הוא מוסד עם מקורות מוגבלים, למה ללכת אחרי העניין הזה דווקא? האינטרס הוא לשלוח מסר שאף אחד לא חסין. לכולם זה יכול לקרות, בכל מקום. בית המשפט צריך להתרכז על זה, מדינות חזקות הם לא מעל החוק! (ישראל נחשבת בעיניי מג מדינה חזקה, נכון לעומת ארה"ב או סין היא פחות). יש הבדל איך ישראל נתפסת בחוץ ואיך היא נתפסת בעיניי הישראלים בעצמם (זיו בורר).

מג חושבת שנדרש אשם ותועלת, אף אחד לא צריך להיענש ללא אשם ואם הוא נענש אז לפחות שזה יגרום לכך שיעשו דברים טובים בעולם.

**סיכום קצר של ההרצאה של מג דה גוזמן מזיו בורר:**

עקרון החומרה, המשפט הפלילי הבינ"ל קיים בבסיסיו עקרון החומרה, שאומר שהמשפט הפלילי הבינ"ל מהציר שהוא נועד לעסוק במעשים חמורים במיוחד, שמזעזעים את הערכים האוניברסליים הבסיסיים, של הקהילה הבינלאומית, האוניברסלית שלנו. לכן, **הביטוי היסודי ביותר של עקרון נמצא במבוא לאמנת רומא**, שבה נאמר כי הקהילה הבינלאומית חייבת להתאגד ולאכוף כנגד אותם מעשים שפוגעים באופן חמור בערכים היסודיים של הקהילה הבינ"ל, הגנה על זכויות אדם יסודיות מפני פגיעות חמורות ביותר. **בנוסף, באמנת רומא יש סדרה של ביטויים נוספים לעקרון החומרה**:

**1**. כנראה שיש עוד פשעים לאומיים גרעיניים, אבל האמנה לא עוסקת בכולם אלא רק בחמורים ביותר, זו הצהרתה. הרשימה של הפשעים שמופעים באמנת רומא, הפשעים הבינלאומיים החמורים ביותר ובאמת יש פשעי מלחמה מסוימים, שידוע שהם פשעי מלחמה אין וויכוח עליהם, אך מסיבה כזו או אחרת לא נכנסו לאמנת רומא והסיבה המוצהרת לאי הכנסתם זה כי הם לא היו חמורים מספיק.

זה שהאמנה טוענת זאת לא אומר שזה מדויק, הרוב הכמעט גדול של המעשים באמנת רומא הם באמת חמורים ביותר שפוגעים בערכים משותפים, יש כאלה שבוודאות לא, יש כאלה שניתן להתווכח ויש כאלה שלא נכנסו למרות שאין וויכוח שהן חמורים. דוג למקרה שוודאות לא חמור, אך כן נמצא ברשימה: פשע לחימה במלחמה בזמן לבישת מדי אויב. דוג הפוכה, התקפה בלתי מידתית, משום מה באמנת רומא זה פשע מלחמה רק בסכסוך מזוין בין מדינתי ובמלחמת אזרחים לא, זה נובע מרצון לעשות פשרה פוליטית ולא מעקרון החומרה לפי זיו. פשע המלחמה הקולקטיבית הוא באמת חמור אך לא מצא את דרכו פנימה.

**2**. ביטוי נוסף, העמדה לדין בבית הדין תעשה בגין האירועים החמורים ביותר, ובתוך האירועים החמורים, בגין המעשים הספציפיים החמורים ביותר ובפועל מחפשים גם את המבצעים החמורים ביותר.

**מכך שיש סדרה של שלבים, ביטויים**: 1. ניסוח העבירות 2. שלב סמכות של בית הדין, על אילו עבירות יש סמכות לבית הדין 3. ההחלטה את מי להעמיד לדין: אירוע חמור ביותר, המעשים החמורים ביותר באותו אירוע והמבצעים החמורים ביותר.

**ההיסטוריה של ההתפתחות עקרון החומרה במשבל הפלילי, והתועלת שהוא סיפק בעבר וזו שנועד לספק בהווה.**

עקרון החומרה נולד עם המשפט הפלילי הבינ"ל, במקור נבע מאירוע מלחמת העולם השנייה והתובנה שיש מעשים כל כך חמורים שחייבת הקהילה הבינלאומית להתמודד איתם, להענישם כדי שלא יקרו שוב. בנוסף, היה עוד שלב בהיסטוריה של המשבל הבינ"ל שהסתמכות על עקרון החומרה עשתה עבודה, בשלב המשא ומתן של ניסוח אמנת רומא. מלכתחילה, רצו לעשות בית דין שיעסוק בסחר בסמים, המדינות מסכימות באמצעות עקרון החומרה, מה העבירות, סמכות בית הדין, על מה להחמיר את שיקול הדעת של התובע. בכך, **עקרון החומרה יצא קונצנזוס משני הסוגים:** הראשון מנהלים משא ומתן והשני קונצנזוס נורמטיבי של התכנסות סביב רעיון של התעסקות רק בדברים החמורים. השאיפה הייתה שגם בעתיד עקרון החומרה יעשה עבודה של חיזוק או ביסוס הלגיטימיות של המשבל הניל והICC.

לתקופה קצרה עקרון החומרה יכול לספק את הקונצנזוס הזה אך לא לטווח הארוך כי הוא ערך עמום, נוצרת תחושה שיש הסכמה אך כשמגיעים לפרטים פתאום נוצרת תחושה שאין הסכמה. מג אומרת שאם באופן הקיים העקרון הוא עמום מדי ויוצר העדר הסכמה ולא מצליח לייצר קוהרנטיות אלא רק תחושה ואשליה של קוהרנטיות.

**אז על איזו מהביטויים של עקרון החומרה צריך לשים את הדגש כדי להשיג, לבסס את הלגיטימיות של המשבל הבינ"ל ושל המוסד המרכזי של ראש ה ICC:**

**1. האם זה צריך להיות בשלב קביעת איסורי המשבל?** בהקשר זה היה דיון שלה האם יש קהילה בינלאומית ומה הערכים שהקהילה זו צריכה לאכוף. מג מגיעה למסקנה שיש קהילה בינלאומית רזה **ו**רק ערכים מאוד מצומצמים אפשר להחשיב לערכי הקהילה הבינ"ל. אך אז שנשאלים מה הערכים, ניתנת תשובה די רחבה, הקהילה הבינלאומית יכולה לעסוק בכל דבר שפוגע בכבוד האדם. מקיומם של שיקולים הנוגדים כגון: יעילות, התחשבות במוסדות אחרים וכן הלאה, הקהילה הבינ"ל מצמצמת את עצמה יותר מכך אך אינה חייבת. **לתחושת זיו בורר** **יש 2 דברים שמניעים את מג להגעת המסקנה:** **א**. יש קשיים ברשימה הקיימת שהם לא חמורים במיוחד ,רצח של איש ממשלחת אום הוא אוטומטית פשע מלחמה אך הוא בסופו של דבר רצח רגיל, זה לא חמור במיוחד. דוג נוספת, לבישת מדי אויב, אולי תטען שניתן לבטל את הפשע מלחמה הזה. **ב**. מג דה גוזמן היא אשת משפט פלילי בינ"ל, היא נסעה לעבוד באפריקה כמה שנים כחלק מהתביעה בבתי הדין ההיברידים, היא מאמינה במערכת ורוצה לקדמה.

**2. על הביטוי בשלב קביעת סמכות השיפוט של בתי הדין פליליים הבינלאומיים?** מדובר על ה ICC בית הדין המרכזי שקיים היום. בהקשר זה החל הדיון שלה על שאלות של חלוקת משאבים. ברמת העיקרון בית הדין כאמצעי של אכיפת המשפט הפלילי הבינ"ל יכול לעסוק בכל העבירות שנקבע, אך יש שיקולים שונים במיוחד חלוקת משאבים ולכן זה צריך להיות יותר מצומצם תלוי בשיקולים שיש, לכן היא לא מתייחסת לזה כמחסור מאוד גדול.

**3. על הביטוי בשלב שיקול הדעת התביעתי?(שמה דגש)** זהו שלב שמצפים לשיקול דעת, לא קו ברור חד, יש בו עמימות ולכן זה יותר לגיטימי מאשר ב2 השלבים הקודמים. מג מודה שיש אלמנט אדיר של סובייקטיביות אם מסתמכים רק על מה חמור, היא אומרת שמה שצריך להכריע, להנחות את שיקול הדעת של התובע זה איזה תיקים הוא יבחר בהינתן מגבלות המשאבים שלו ויוכל לעשות את העבודה הטובה ביותר, ישיג לגיטימיות למשבל הבינ"ל ולICC כמנגנון האכיפה שלו. ההכרעה צריכה להיות על סמך שאלות של לגיטימציה.

**2 הערות ביקורתיות על המערך שמג דה גוזמן עושה:**

1. בקהילה הבינ"ל יש עמדות שונות ולכן בין אם מהלך מסוים יעשה או לא, לחלק מהקהילה זה יגביר את הלגיטימיות של המערכת ואילו בחלק השני זה יפגע בלגיטימיות של המערכת. לכן כשמג אומרת שהתובע צריך להחליט מה ישרת את הלגיטימיות של בית דין, לפעמים יש צעדים שאם לא ינקוט זה יפגע במחנה אחד ואם ינקוט זה יפגע במחנה אחר, כך זה גם בנוגע לעניין הישראלי.

2. אז מדוע לא נקרא לזה עקרון הלגיטימיות ולא החומרה? בכל שלב בתהליך מג מנמיכה את הרף מאוד, כל דבר שפוגע בזכויות האדם, לא משתמשת בעקרון החומרה ואומרת שמה שצריך לעניין אותנו זה לגיטימיות. המענה של מג הוא מענה שאומר שלנסות לקבוע רף של חומרה הוא רע, זה לנסות לתפוס את הרוח, כי בסופו של דבר נהיה חלוקי דעות אם משהו חמור או לא חמור. אלא, אם נקבע רף מאוד נמוך לפגיעה בכבוד האדם.

**המשך ערעור צידוקו של המשבל הפלילי:**

סיימנו את השיעור האחרון לפני ההרצאה של פרופ' דה-גוזמן בסיכום ביניים שהוביל למסקנה שבסיס הצידוק למשפט הפלילי הבינלאומי הוא אפילו יותר מעורער מזה של המשפט הפלילי המדינתי. אבל לכאורה זה לא כ"כ נורא והרי גם בהקשר של משפט הפלילי המדינתי הבסיס היה מעורער, גם בהקשר ההוא גילינו שאין בסיס צידוקים קוהרנטי למערכת, ובעזרת "כלים" מעשיים שונים (כפי שדנו מוקדם יותר בקורס) ישנה הצלחה לפחות חלקית, בייצוב בסיס הצידוק של המשפט הפלילי, **שכן ישנם גורמים מסוימים שהופכים ברמה המעשית את הבעייתיות לקטנה יותר:**

**1. גורם אחד**, עליו דיברנו, שקיים בהקשר של המשפט הפלילי המדינתי ואשר הופך את הבעייתיות ברמה המעשית לקטנה יותר בהקשרה של מערכת זו, היא העובדה היא שמדובר במערכת חוק שלא ניתן להתווכח שהיא קיימת ושהיא אפקטיבית.

**אך בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי** ניתן לטעון כי גורם זה פחות רלוונטי, כי רמת האכיפה של המשפט הפלילי הבינלאומית הרבה יותר קטנה ספוראדית בהשוואה למערכות משפט פלילי מדינתיות [זכרו שבשיעור עצמו הצגנו מאוחר יותר מענה מסוים לעניין זה בדמות מנגנון ההשלמתיות].

**2. גורם שני**שקיים בהקשרו של המשפט הפלילי המדינתי [ושיש קשר בינו לבין הגורם הראשון] הוא שקיימת אכיפה עקבית מצד מערכת משפט ממוסדת והיררכית. מערכת שכזו מקטינה את חוסר ההוגנות של ההליך ומקטינה בפסיקותיה במידה מסוימת את חוסר הקוהרנטיות הנורמטיבית. יתר על כן, היא מגבירה את הסיכוי שתיווצר הפנמה תרבותית של הנורמות החוקיות, כמו גם הפנמה תרבותית של המחויבות לציית לחוק.

**לעומת זאת, בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי** אין ענישה תכופה, רצופה ועקבית. יתר על כן, אין מערכת ממוסדת והיררכית, אלא פסיקות של גופים שונים שלעתים סותרות האחת את השנייה, ולכן אין קוהרנטיות נורמטיבית. לבטח כך הוא הדבר נכון לגבי עקרונות החלק הכללי [עקרונות שכזכור אמורים להגביר את הקוהרנטיות – בנוגע לחלק מהעקרונות הללו ניתן למצוא בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי תופעה לפי כל בית משפט מבצע בחירה סלקטיבית מתוך פרקטיקות של מדינות, כדי להגיע לתוצאה שבה הוא מעוניין בנוגע לתוכנו של העקרון האמור במשבל הפלילי (נסו, למשל, לאתר הלכה ברורה לגבי מתי יש הגנת כורח במשפט הפלילי הבינלאומי – יש פסקות סותרות (מפסיקות שנותנות הגנה רחבה יותר מזו הקיימת ברוב המערכות המדיניות ועד פסיקות ששוללות את קיומה של הגנה זו באופן מוחלט בהקשר של פשעים בינלאומיים גרעיניים).

**3. גורם שלישי**שקיים בהקשרו של המשפט הפלילי המדינתי הוא קיומו של הליך דמוקרטי והעובדה שהחוקים מחוקקים על ידי נציגים נבחרים – עובדות אלו מספקות בסיס צידוק חזק יחסית על יסוד של הסכמה למערכת המשפט - בסיס שיש לא תוקף, במידה לא מבוטלת, אף בהעדר וקוהרנטיות נורמטיבית בתוכן החוקים או במטרתם. כמו כן, הן ההליך הדמוקרטי והן העובדה שמדובר חברה מתוחמת יוצרים יכולת להניח בנוגע למערכת משפט שכזו ולו באופן חלקי, הנחות יסוד שהן אנלוגיות במידת מה לאלו עליהם נסמכות גישות של אמנה חברתית לצורך הצדקת מערכת המשפט.

**אך בהקשר של המשפט הבינלאומי** [לרבות בהקשרו של המשפט הפלילי הבינלאומי] אין הליך דמוקרטי, והאינטרסים פוליטיים פחות מרוסנים. יתר על כן, במשפט הבינלאומי מדובר בחברה לא מתוחמת, או במילים אחרות ניתן לטעון (ויש הטוענים) כי ה-"קהילה הבינלאומית" זו פיקציה. מעטים מעורבים בניסוח ויישום הנורמות. נוסף על כך, אם הטיעון לטובת ציות הוא טיעון של אמנה חברתית או הסכמה אזי במקרה של סתירה בין דין בינלאומי למדינתי יש יותר לגיטימציה לציות לדין המדינתי כי המערכת המדינתית יותר דומה בקירוב למערכת המתוארת על ידי תיאוריות האמנה החברתית.

**4. גורם רביעי** שקיים בהקשרו של המשפט הפלילי המדינתי, ואשר דיברנו עליו, הוא העובדה שבהקשר של מערכת משפט מדינתית ניתן לדבר (במידה חלקית אך משמעותית) על קיומה של תרבות מאחדת עם ערכים משותפים מסוימים, עם אינטרסים משותפים מסוימים; ועם מוסכמה חברתית יחסית רחבה לציית לחוק.

**אבל בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי המצב שונה**: יש הרבה פחות ערכים אוניברסליים שקיומם אינו שנוי במחלוקת [ובהתאם יש הטוענים כי גם אם יש ערכים תרבותיים אוניברסאליים – ספק רב האם הם ברמה ספציפיקציה מספקת כדי להצדיק ענישה פלילית? למשל, כולם מסכימים שיש להגן על אזרחים מפני זוועות המלחמה – אבל יש חילוקי דעות עמוקים במשפט הבינלאומי האם משמעות הדבר הינה שאסור לבצע פעולות תגמול נגד אזרחים או שדווקא חייבים לאפשר זאת כדי להגביר את ההרתעה]. יתר על כן הוויכוח הוא במקרים שונים לא רק על מה הוא הדין הראוי אלא על מהו בפועל הדין [שכן דין בינלאומי (במיוחד אם הוא מנהגי) נוטה להיות עמום ולכן במקרים שונים יש ויכוח בנוגע לתוכנו). בנוסף, יש שיטענו שאין סיבה להניח כי הערכים האוניברסלי הללו עדיפים על הערכים של החברה הספציפית [מקום בו קיימת סתירה ביין הדין המקומי סותר את הבינלאומי].

האם כל זה אומר שלא קיים כל צידוק למשפט הפלילי הבינלאומי, בשיעור עצמו הראנו שלא בהכרח והמצב יותר מורכב.

**איתור הצדקה למשבל הפלילי:**

ראינו שכל הפתרונות המעשיים שסייעו להצדיק את הדין המדינתי לכאורה אינם יעילים, כיצד בכל זאת אפשר להצדיק את המשבל? נחזור לתיאוריות, לגישות שהתפתחו כתגובה לגישות הביקורתיות ולראות איך היישום שלהם יכול לעזור להצדיק את המשפט הפלילי הבינ"ל.

**חילקנו את המענים לגישות הביקורתיות ל3 קבוצות**:

**1**. סוג אחד ניסה להתמודד בשיקולים פרקטיים עם הטענה שהכול אינטרסים: טיעון ראשון, אם צריך את המערכת הזאת אי אפשר לטעון שהכל אינטרסים כי המערכת תפסיק להתפקד, אף אחד לא יאמין לשני, והמערכת תקרוס. טיעון שני, WHATABOUTISM מה האינטרס של מי שטוען שהכל אינטרס, יש סיכוי טוב שגם לו יש אינטרס, שהוא כנראה פירוק המערכת שלא משרתת את האינטרסים שלו. זו טקטקיה שפותחה כדי לערער אמון לשתק את כולם והשלטון יוכל לעשות מה שירצה. במענה אחר, הרדוג אומר שיש כל מיני קבוצות אינטרסים לא רק אחת שמתנגשות אחת עם השנייה, עורכות משא ומתן, ומיישמות את הדין, הדין הוא לא רק קורה במוקד אחד אלא בשלל מוקדים ועם השפעה של שלל קבוצות כוח וכך יש מנגנוני איזונים ובלמים אחת על השנייה.

**2**. מבחינה מהותית אנשים לא פועלים רק על פי אינטרסים אלא גם לפי ערכים ולפי המגבלות של מה שנחשב לגיטימי בשיח.

**3**. מתפתחות גם השקפות פוסט מודרניות לפיהן אין צורך כלל בלוגיקה אחת, אין צורך בקוהרנטיות שתקבע מהו החוק אלא אפשר לשלב רעיונות שונים יחד.

**תגובות למענים ביחס למשבל:**

**1**. **תגובה למענה הראשון:** **צורך-** לאור לקחי העבר אין ספק שקיים צורך אנושי להסדיר את הלחימה ולמנוע מעשי זוועה ויש צורך לאכוף את הכללים האלה באכיפה פלילית. איך הטיעון של בורדייה, האומר שיש כמה קבוצות כוח והכל מתרחש בו זמנית**,** איך יוכל לעזור לנו? ברגע שיש 124 מדינות חברות בICC לא ניתן לדבר על מדינות בודדות אלא קבוצות עם כוח שמאזנות אחת את השנייה, יש עוד מנגנונים בעולם שגם בהם יש אינטראקציות בין הגורמים השונים וגם הם יכולים לאזן כמו מועצת הביטחון מצד אחד יכול להפנות מקרים של מדניות אל חברות ומצד שני יכולה להשהות הליך לשנה. לכן אם משהו קורה למרות כל המנגנונים האלה, זה לא בעל אינטרס אחד שמקדם את האינטרסים שלו.

בנוסף, **WHATABOUTISM** במאמרה של אורנה בן נפתלי נאמר טיעון הפוך, מי שמנצל את המשבל הבינ"ל הן המדינות. לכן, כאשר המדינות טוענות שהמשבל הבינ"ל לא מתפקד כי הכול אינטרסים לכן גם אותה צריך לקחת עם ביקורת.

דוגמא לכך: תגובה לטענה שלטענה שאת ישראל רודפים בגלל הטיות פוליטיות: ישראל טוענת שאמנת ג'נבה לא חלה שטחים וגם אם תחול בשטחים, ההתנחלויות לא מפרות אותה כי האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, נועד על סמך ניסיון מלחמת העולם השנייה למנוע העברה בכוח, למנוע הזזת אוכלוסייה לשטח בכוח. מדינת ישראל מחפשת טיעון משפטי כדי לספח את השטחים ולהקים התנחלויות, בשנים הראשונות היא לא אומרת אם כן או לא, אמנת ג'נבה חלה, היא מתחמקת כי אמנת ג'נבה תעשה קשיים בעניין הגבולות והתישבויות. במסמך לוועידת איסטנבול מדינת ישראל מציגה עמדה משפטית שלפיה האמנה לא חלה. הקהילה הבינ"ל לא מקבלת וב1971 מציגה עמדה שנייה וגם שם לא מקבלים. לאחר מכן, הוצע למדינת ישראל לטעון טענה, שרודפים אותה על אינטרס פוליטי וכך עשתה. שני האנשים שהציגו את עמדת המדינה היו כדרון ושמגר. מה לגבי הטיעון שהאיסור באמנת ג'נבה נועד להגן על האוכלוסייה שאותה מעבירים לשטח הכיבוש? הרעיון היה להגן על האוכלוסייה בשטח הכבוש ולמנוע את הקשיים שנוצרים אח"כ מהרגע שהיא נמצאת בשטח(הסדר בנוגע לגבול).

**המסקנה** מדוג' זו היא שכאשר מדינת ישראל טוענת שהכל אינטרסים, ניתן לטעון כנגדה שגם היא פועלת מתוך אינטרס ושיקולים פוליטיים שלה, צריך להיות ביקורתיים כלפי כולם.

כמו כן, **היתרון** **בביזור**- המשבל מבוזר אין לו גורם אכיפה אחד. תגובת נגד אומרת שזה לא רק רע שיש ביזור, הביזור הוא גורם מאזן, ממתן הוא יכול להקטין את החשש לניצול לרעה ולפעמים הוא גם לא ימנע מעשים לא צודקים אבל יש לו אלמנט פוטנציאל שמאזן. **2 דוגמאות לכך:** **א**. בתוך הICC הסיבה שלקח כל כך הרבה זמן עד שהגיעו להחלטה לפתוח בחקירה רשמית נגד ישראל, כי יש 2 מחנות בתוך הICC מחנה אחד שרוצה שתפתח חקירה ומחנה אחד שלא רוצה. מכך נוצר איזון, מצד אחד מדינת ישראל הייתה תחת איום וכעת מקפידה יותר על החוקים, מצד שני לא באמת נפתחה חקירה. אך כאשר מדינת ישראל העלתה את טענות הסיפוח התערער האיזון וזה הטה את הכף לטובת המחנה השני.

**ב**. דוג שניה, למועצת היבטחון יש סמכות להעביר תיקים לבית הדין בנוגע למדינות שאין לו סמכות שיפוט אליהם וגם לעצור הליכים מסוימים. בכך היא גוף מאוד מאוזן ויש לו אפשרות לאזן את הICC.

**2**. **התגובה למענה השני:** אולי בכל זאת יש ערכים אוניברסליים וקהילה בינלאומית. ראשית, היו זוועות נוראיות במאה ה20 ואולי צמחו מתוכם ערכים שרוב אוכלוסיית העולם מסכימה עליהם. שנית, הגלובליזציה הולכת וגוברת, הקשרים ביננו מתחזקים. שילוב שני דברים אלו מייצר: א. הפנמה, של הערכים והעקרונות האוניברסליים של המשבל בתוך המדינה. ב. הגברת האכיפה בתוך המדינה- המערכות האלה עומדות ביחד, העובדה שיש מנגנון בינלאומי כמו ICC גורמת להגברת האכיפה גם בזירה המדינתית, יש שיטענו זה רק כי הם מפחדי מהאכיפה של הICC אך יש שיטענו, שברגע שיש את האיום מהזירה הבינלאומית אתה פחות מתפתה לוותר על הערכים שמלכתחילה רצית לאכוף, שכן בזמן מלחמה יש פיתוי גדול לוותר עליהם. דוג' לכך שיש אכיפה ברמה המדינתית, היא במחקר של **ריקהוף**, שהראה כי הסיכוי שבית הדין יתפוס משהו הוא אכן קטן, אך המקרים הקטנים הובילו לעשרות אלפי הליכים במדינות שונות בעולם כדי לתפוס פושעים באותה מידה. כנ"ל לגבי מנגנון ההשלמתיות של הICC מתערב רק אם המדינה לא תתערב, בכך יוצר תמריץ למדינה לאכוף.

**3. התגובה למענה השלישי:** גישות פרגמטיות(legal pragmatism) אומרות שממילא יהיו מערכות שונות וצריך לקבל את זה, המשפט המדינתי והמשפט הבינ"ל תמיד יהיו קיימים ולא צריך לשלב ביניהם. Legal pluralism אומר זה טוב שיש מערכות שונות כי הן מפצות אחת על השנייה בהקשר למשבל הבינ"ל, מנגנוני נועדו להקטין את הסיכוי שהמדינות יתפתו להפר בזמן מלחמה את הערכים שהן היו מלכתחילה רוצות לשמור, הלחץ של המשבל מונע את הפיתוי. מכך, שהגברת האכיפה בתוך המדינה מובילה לכך שהמשבל הפלילי מתקדם לעבר גישה של ההשלמתיות.

**לכך יש מספר השפעות:** א. חינוך, בגלל ההרתעה שיוצר המשבל מדינות מחנכות את החיילים שלהן לפעול לאור הדיו הבינ"ל. בנוסף, החיילים עצמם נחשפים לאכיפת הדין. ב. לעניין ההסכמה- אם האכיפה מתבצעת בתוך המדינה, הטיעון לפיו לא ניתן לבסס את המשבל הפלילי על הסכמה, נחלש.

**אולם**, ברגע שאנו מאפשרים למדינות לאכוף בעצמם תהיה בעיה של פגיעה בקוהרנטיות, בשוויון כי במדינות שונות יתנו עונשים שונים. באמנת רומא, ניסו לתת לכך פתרון משולב: ראשית, עקרון ההשלמתיות נותן קדימות להעמדה לדין בתוך המדינה, כל עוד המדינה מסוגלת לאכוף את הדין באופן כנה, אם לא תהיה אז תהיה התערבות, בכך, זה מצמצם את החשש מאי שיוון וקוהרנטיות. בנוסף, באמנת רומא קיים חלק כללי שבנוי על קונצנזוס במדינות, על האיסורים והנורמות, ישנו קונצנזוס ערכי הקיים בנורמות עצמן, בחלק הפנימי, העוסקים בעקרונות הכללים אליהן מייחס הדין וכן קיים בעקרון החומרה, עצם זה שאנו מצטמצמים רק למעשים החמורים, מתגבש קונצנזוס. על פי רעיון זה המדינות מיישמות את החלק הכללי וכך מתקבלת אכיפה אחידה. לפחות ביחס לחלק הכללי יש עלייה ברמת הקוהרנטיות. הקוהרנטיות הזו מגבירה גם את ההוגנות והלגיטימציה של המשבל פלילי.

**סיכום:**

יש שיטענו כי המשבל הפלילי הבינ"ל **נדון להיות חסר צידוק, וזאת כי:**

1. הבסיס למשבל הפלילי חלש אף מהבסיס למשפט הפלילי מדינתי.

2. יש חוסר קוהרנטיות כפול: ראשית, המשבל הפלילי הוא יצור כלאיים של שתי מערכות משפט שסובלות בעצמן מחוסר קוהרנטיות, המתח שקיים בין הצורך בקוהרנטיות לבין הסיבות שגורמות לכך שהדין אינו קוהרנטי מלכתחילה הוא מתח בלתי פתיר במהותו. שנית, הדין הוא תוצר של פשרה בין אינטרסים ותקדימים לא קוהרנטיים.

**מנגד**, בשנים האחרונות נעשה ניסיון להגביר את ההוגנות והלגיטימציה של המשבל הפלילי באמצעות הגברת יעילות האכיפה של המערכת ובאמצעות הגברת הקוהרנטיות במערכת. בנוסף, צריך לזכור שגם המשפט הפלילי רחוק מלהיות חף מפגמים דומים. **בהתאם**, יש שיטענו כי למשבל הפלילי יש כבר צידוק מספק ויש שיטענו שאנחנו בתוך תהליך שיוביל לכך שלמשבל הפלילי יהיה צידוק מספק בעתיד.

**ההיסטוריה של המשפט הפלילי הבינלאומי לא הנרטיב המקובל:**

**לידת המשפט הבינלאומי:** צ'רצ'יל וסטלין רצו לתפוס את פושעי המלחמה הנאצים, להוציאם להורג ללא למשפט, אבל רוזוולט התנגד והתעקש על העמדה לדין בבית דין פלילי בינ"ל. מפה ניתן ללמוד שהייתה בחירה בחוק על פני הנקמה.

**יש 2 גרסאות בנרטיב המקובל לגבי מה הייתה הפעולה המשפטית שהיא רגע הלידה של המשפט הפלילי הבינ"ל:** **לפי גרסה אחת**: זו העתקה של דוק' הסמכות האוניברסלית שמבוססת על הרעיון של אויביי כל האנושות, מפיראטים למבצעים של פשעים בינלאומיים גרעיניים. **לפי הגרסה השנייה:** מה שחשוב זה לא הדוקטרינה אלא ההקמה בפעם הראשונה של בית דין פלילי בינלאומי. בתי משפט פלילים עד אז היו דבר השייך למדינה, משפט פלילי קשור למדינה. ברגע שבפעם הראשונה יצרו בית דין פלילי בינלאומי נולד המשפט הפלילי הבינלאומי. לפעמים נמצא גרסאות המנסות לשלב בין 2 הסיפורים.

**כמעט בכל ספר של משפט פלילי בינלאומי יופיעו כמה מקרים קודמים יותר, הם מקרים מלפני מלחמת העולם השנייה המוכרים גם כיום:**

**גרסה אחת מכירה במקרים הבאים:**

**1. קונרדין מלך ירושלים( 1268 )-** באותה תקופה ירושלים נשלטה בידיי המוסלמים ולא היה ערך למלך ירושלים. לכן, קונרדין רוצה להיות מלך של נסיכות באיטליה, אבל האפיפיור מחליט שהנסיכות צריכה להיות בידיי מישהו אחר, קונרדין פותח במלחמה, מפסיד ומועמד לדין. לכן, נהג בתוקפנות שכן פעל בניגוד לדיני המשפט בינלאומי שעסקו בדינים של מתי מותר לפתוח במלחמה, חלק מהם היו באישור האפיפיור ובמקרה זה לא ניתן אישור.

**2. וילאם וואלס(1305)-** האנגלים מנסים להשתלט על סקוטלנד, וילאם יוצא למלחמה כנגדם, כשמפסיד הוא מועמד לדין כי לא חס על כמרים, ילדים ונשים וזאת בניגוד לחוקי האדם והאל= מונח עתיק למשפט בינלאומי.

**3. פטר פון הגן באך(1474)-** הוא מומנה על ידי הבוס שלו להיות שליט על עייריה כבושה. בזמן שליטתו החיילים שלו מבצעים מעשי זוועה בתושבי השטח הכבוש וכאשר הצד שלו מפסיד, כל בני הברית מקימים ביחד בית דין והוא מועמד לדין על הפרה של חוקי האל והאדם.

**4. נפוליון(1815)-** כאשר הוא מפסיד הוא ממונה למלך של אלבה, תחת התנאי שלא יפתח במלחמה שוב. הוא בורח מאלבה ופותח במלחמה שוב, כאשר הוא שוב מפסיד בעלות הברית מענישות אותו ללא משפט לגלות באי סנט הלנה.

**5. מלחמת האזרחים האמריקאית במהלך המלחמה מנוסח קוד ליבר(1863),** פקודה צבאית של הצבא האמריקאי שעושה קודיפיקציה לדיני הלחימה, והיא תהווה השראה לאמנות הקודיפיקטיביות של דיני הלחימה. יש גרסה של הנרטיב המקובל שאומרת שעד לאמנות לא היו דדיני לחימה אלא היו כללי נימוס וכו' . בסוף המלחמה מועד לדין אדם בשם וירז שהוא מפקד של מחנה שבויים בצבא הדרום, שבמחנה התעללו באסירים שבויי המלחמה של צבא הצפון. לכן, בתום המלחמה הוא מועמד לדין על רצח והתעללות מתוך הפרה של דיני הלחימה. הרבה מקורות קוראים למשפט הזה משפט פשעי המלחמה המודרני.

**6. מלחמת העולם הראשונה(1861-1865)-** היא נקודת הלידה, נקודת ההתחלה. **לגבי פשעי מלחמה** שם נוחתת התובנה ממש, לפי הנרטיב המקובל שאכיפה של דיני הלחימה כנגד מדינות לא מספיקה ומנסים לבצע אכיפה כנגד החיילים עצמם. בנוסף, בהסכם השלום יש תוכנית להעמיד לדין חלק מפושעי המלחימה בבית דין צבאיים בינלאומיים וכשזה לא הולך נותנים לגרמניים לשפוט בעצמם, זה כושל. **לגבי פשעים נגד האנושות**, המונח הומצא בזמן מלחמת העולם הראשונה, ב1915 במסמך מחמאה משותף שמנסחות בריטניה, צרפת, רוסיה לטורקיה. במסמך נאמר, שהן ידאגו שאנשי השלטון הטורקי שהיו מעורבים ברצח העם הארמני יועמדו לדין. בסיפור זה השתמשו בפעם הראשונה של פשעים בינלאומיים נגד האנושות. גם כאן, הוסכם שתום המלחמה נקבע שיהיה בית דין בינלאומי שיעמיד לדין את המבצעים אך זה לא נעשה. **לגבי תוקפנות**, האגדה מספרת שמדינות יכלו לפרוץ במלחמה מתי שרצו במאה ה19, אבל בכל זאת רצו להעמיד לדין את הקייזר כי הוא באמת הגזים לכן במקום להעמידו לדין על הפרת החוק, הסכמי השלום קבעו שייצרו בית דין מיוחד שבו יועמד לדין על הפרת המוסר הבינ"ל ועל קדושת האמנות הבינ"ל. משם נולד הרעיון של להעמיד לדין על פשע תוקפנות.

**הגרסה השנייה כלל מכירה במקרים הבאים:**

**1. פטר פון הגן באך:** לפני 500 שנה אולי אפשר להגדיר כדין בינלאומי.

**2. במלחמת העולם הראשונה** יש ניסיון, רואים לפי המקורות שאמריקאים מכריזים בגלוי בוועידת פריז, שלבית דין פלילי בינלאומי אין תקדים בהיסטוריה האנושית. אבל הסיפור ההיסטורי המקובל נותן עוד נק' חשובה והיא הנק' הבאה.

**3. ב1872, בתום המלחמה הפרנקו גרמנית, הנשיא השני של הצלב האדום,MOYNIER,** מציע ליצור בית דין פלילי בין לאומי להעמדה לדין של פושעי מלחמה ולפי הנרטיב המקובל זה היה הפעם הראשונה שמישהו בעידן המודרני הגה את הרעיון הזה אך הוא לא הכה גלים ולכן הוא נשכח וצף מחדש בזמן מלחמת העולם הראשונה.

**חשיבות המקרים ההיסטוריים המוקדמים:**

יש עמדת מיעוט, מפשט פלילי בינ"ל הוא תופעה סוציולוגית, צורך אנושי. **ד"ר אסתר נוימן כהן,** לא טוענת שהמקרים האלה מתחברים אחד לשני, כלומר בכל תקופה ותקופה עקב האינטראקציות בין ריבוניים שונים יש צורך במשפט בינלאומי פלילי. לעומת זאת, העמדה הרווחת מציגה את הדברים האלה רק כדי לזרוק אותם הצידה, **מוחמד שריף בסיומי** נחשב אבי המחקר האקדמי לתחום המשפט הפלילי הבינ"ל, טוען כי מי שחושב שהמקרים הבודדים ומרוחקים אחד מהשני, היסטוריים, מצטברים לקו אחד, זה שגוי, מופרך וכן מעיד על חוסר הביטחון של משפטני המשפט הפלילי הבינ"ל, מפני שהם מנסים להמציא היסטוריה ארוכה לתחום החדש הזה, כדי לייצר אשליה שהוא יותר מבוסס ממה שהוא.

**בעיית הלגיטימציה שגורם הנרטיב המקובל:**

צריך להבין שהנרטיב מייצר בעיה, הוא מערער את הלגיטימציה של המשפט פלילי הבינ"ל, המבקרים טוענים שהמשפט הפלילי בינ"ל נולד בחטא, ענישה על סמך איסורים שנקבעו בדיעבד ומה שנולד בחטא לא יכול להפוך להיות לא פגום.

בעיית הלגיטימיות שגורם הנרטיב המקובל וסוג של מענה נפוץ אליו: **יוגין** אומר שכל החיבור בין פיראטים לבין העתקה של הדוק' משודדי הים אל פושעי מלחמה, פשעים בינלאומיים גרעיניים, היא חסרת בסיס כי אין קשר בין שני הדברים. פיראטים נחשבו אויביי האנושות לא עקב חומרה מסוימת, כי הם היו שודדים רק בים ושוד זה לא פשע חמור. אלא הם אויבי כל האנושות כי כל האנושות נאלצו להילחם נגדם, כי הם פעלו בים הפתוח. זה לא שהרחבנו מפשע אחד לא עוד פשעים חמורים, נעשתה פה פיקציה לא מוצדקת. **מג**, עונה לו שהוא צודק אבל זה לא משנה לנו כי המשפט הפלילי בינ"ל היום מבוסס יש לו 70 שנה של ניסיון. לכן זה לא משנה אם בעבר זה התחיל מאיזשהו טיעון משפטי מנופץ, הוא היה צריך להתעורר לפני כן. **זיו** אומר שעדיין ניתן לטעון זאת, כי הטיעון מערער אנשים.

טיעון נוסף וסוג של מענה, לפעמים נמצא מקורות שאומרים שפשעי מלחמה זה משהו יותר ישן, קלסן(**KELSEN**), פשעי מלחמה יש להם היסטוריה ארוכה אבל השאר זה המצאות חדשות מנירנברג. מכך שהטיעון של ענישה על סמך איסורים שנקבעו בדיעבד, הוא נכון לגבי תוקפנות, פשעים נגד האנושות ועצם היצירה של בית דין פלילי בינ"ל, אבל הוא לא נכון לגבי פשעי מלחמה, להם יש היסטוריה יותר ארוכה. כעת השאלה היא, האם זה הופך את זה ללגיטימי או לא? אלה שיגידו שזה לא לגיטימי יטענו כי עדיין עיקר התחום נולד בדיעבד, ואלה שיגידו שזה לגיטימי יטענו שזה תחום שלאט לאט התפתח.

**האם גרסה 1 נכונה?**

**תוספת קטנה ומוזרה לפני שנתחיל,** פיראטים לא נקראו רק אויביי כל האנושות הם נקראו גם פורעי חוק, וכן נקראו על סמך השמות הנרדפים לפורעי חוק, מפריעי השלום ומפירי השלום(= לפי הדוק' הגרמנית המקורית, הפרו אתה השלום הקהילתי). בהתאם, כאשר הדוק' מועתקת לפושעים בינלאומיים גרעיניים, גם להם קוראים לא רק אויביי כל האנושות אלא גם פוערי חוק בינלאומיים. **למה שני המושגים מופעלים ביחד?** הטענה היא שלפני מלחמת העולם השנייה לא הייתה אכיפה פלילית של דיני הלחימה, לא היה דבר כזה פשעי המלחמה. בסרטון שהוקרן, ישנם חיילים שנלחמו בעת לבישת מדי אויב והם הוצאו לירי, לפי דיני הלחימה שיש להם היסטוריה ארוכה יש להם אחריות פלילית אישית בגין המעשה. איך זה ייתכן אם אומרים שלא היה משפט פיליל בינ"ל לפני נירנברג? יתרה מכך, הנאשמים טענו זאת בפסק הדין בנירנברג, תקנות האג פנו למדינות ולא לבני אדם לכן אי אפשר להטיל על בני האדם סנקציות. אחד הטיעונים לכך שבית הדין בנירנברג עונה זה שיש פרקטיקה בת מאות שנים של העמדה לדין, של חיילי אויבי בגין פשעי מלחמה בבית דין צבאיים. בנוסף, אם זה מאות שנים לא יכול להיות שדיני הלחימה נולדו עם האמנות. דיני הלחימה מוכרים וברורים באותה מידה כמו דיני השלום, מה שקורה בסוף המאה ה19 זה שפוזיטיביסטים טוענים שדיני הלחימה לא קיימים, הם כללי נימוס וכן כך כל המשפט בינ"ל. לכן, תומכי דיני הלחימה עושים קודיפיקציה כדי להחליש את הטיעון ואין זה אומר שלא קיימים דיני הלחימה כי התבצעו שינויים/ רפורמות. הדוג' הכי מובהקת שמבהירה כי הדינים של האמנות היו חזרה/ הוספה לדינים הקיימים, זה האיסור האומר שאסור להכריז שלא תיקח שבויי מלחמה, בשונה שהאיסור יגיד שאסור לו לקחת שבויי מלחמה. מדוע נאמר כך? עד האיסור הזה היה מותר יכלו לא לקחת שבויי מלחמה אך היה צריך להכריז על כך באמצעות דגל, הפרקטיקה הזאת הייתה כל כך ברורה מאליה למנסחי האמנה. לכן כאשר רצו לבטלה, הם פשוט הוסיפו את התוספת של הכרזה לכלל הקודם(אסור לקחת שבויי מלחמה).

**עכשיו נלך על המקרים ההיסטוריים המקובלים, ונראה אם הם קשורים או לא.**

**נתחיל במלחמת העולם השנייה:** בתום מלחמת העולם השנייה הוקמו בית הדין הצבאיים נירנברג וטוקיו, באמצעות מזכר סודי של האמריקאים. בחוות הדעת נבחנת השאלה האם אפשר להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית? זה לא שמעתיקים את הדוק' מהפיראטים אלא כמו המקרה של הפיראטים, בצבא עושים זאת לפחות מאה שנה(נראה שזה לפחות אלף שנה) בהקשרם של פושעי מלחמה. נראה זאת בהוכחות הבאות:

**1**. במלחמת העולם הראשונה, יש מקרה של חיילים רוסים שמפגיזים ירי לא מאבחן בפטרסבורג, הרוסים מודיעים להם שזה מעשה המציגם כאויבי כל האנושות.

**2**. בחוות הדעת המשפטית שנכתבה ע"י מלומד בינלאומי מוביל של אותה תקופה, עבור ראש ממשלת אנגליה שמנסה להסביר לו למה הוא יכול להעמיד לדין את הקייזר, בחוות דעת נכתב שהוא פורע חוק כמו בדין הישן.

**3**. בהוצאה להורג של וירז, שהוצא להורג בגבעת הקפיטול, קשה לקרוא למעשה בגבעת הקפיטול שולי וזניח וכן חיילים מהדרום וחיילים מהצפון הועמדו לדין. איך התובע מגדירם? כפורעי חוק.

**4**. בעלות הברית מכריזות על נפוליאון בגין כך שברח מאלבה והפר את אמנת הכניעה שלו, כאיוב השלום העולמי ופורע השלום העולמי, שזה מונחים נרדפים לפורעי חוק.

**5**. לואיס גולדסמית' יהודי, קורא לבונפרטה פורע חוק ואויב כל האנושות.

**וילאם וואלס:** במשפט הפלילי הבינ"ל יש בעיה שלא משנה איך תעניש העונש לא ישתווה לפשע, בעבר הייתה דרך לפתור זאת, כמעט להרוג את הבן אדם כל פעם בגין סוג אחר של פשע. את וואלס, הטביעו בגין בגידה, תלו בגין שוד ורצח, חתכו את גופתו ושלחו כל חלק למחוז אחר במדינה. הוכר פורע חוק.

**פטר פון הגן באך:** העמידו אותו לדין למוות, בגין בגידה, עריצות וסדומיט. במשפט הרומי הראשונים שנחשבו לאויביי כל האנושות היו שליטים שהתעללו בנתיניהם ולא פיראטים. הכלל המשפטי שהיה במשך מאות שנה גם התייחס לפורעי החוק ולאויבי כל האנושות כמושגים נרדפים.

**קונרדין:** היה כנראה בן 14 / 15 כשהוצא להורג, הוא נידון למוות כי הוכרז כמפר השלום בגין מעשיו.

**גון חסר הפחד:** הוא ניהל מלחמה עם יורש העצר של הכתר הצרפתי, יורש העצר קובע לנהל משא ומתן על הפסקת אש. אך במקום המפגש הוא מחסל אותו, המעשה הזה נחשב לפשע מלחמה, התנקשות בפרלמנטר, אז זה הוגדר כפשע נגד האמונה והאנושות. למה המקרה הזה חשוב? מי שמתעצבן על זה שמחסלים את גון חסר הפחד, הוא הנרי מלך אנגליה שלא היה מעורב במלחמה, הוא נכנס אליה בעקבות החיסול, תופס חלק מהמבצעים, מעמידם לדין ושפוט אותם למוות בביתי דין צבאיים. אך הוא לא היה מעורב במלחמה, אז איך יכלה המדינה להתערב בפשע מלחמה במדינה אחרת שלא קשורה אליה? זו סמכות אוניברסלית.

במסמך של **שלמה גיורא שוהם,** נאמר איך נולד הרעיון של שלום הציבור ? המלכים המציאו מונח של שלום הציבור(שלום המלך במקור) ומי שהפר אותו הסמכות העמידו לדין הייתה רק בבתי המשפט של המלך.

לפי התיאור של שלמה גיורא שוהן יש 3 דברים חשובים:

1. מעניין לגלות שמלכים התחילו כסוג של סוחטי פרוטקשן.

2. מעניין לראות איך הרעיון של שלום המלך ריכז את סמכויות השימוש בכוח, הדין הפלילי למלך מה שהפך למדינה.

3. בשלב הבא, כאשר ממלך זה הפך למדינה, גם המונח שלום המלך הפך לשלום הציבור, למונח מופשט.

אך שלמה גיורא שוהם, לא אמר לנו מה היה הצידוק לריכוז הכוח ומה היה לפני? לפני כן, במשפט הגרמני מרבית המעשים הפרו את השלום בין חמולה א' לחמולה ב', אבל היו מספר מעשים שאם ביצעת אותם, הפכת לפורע חוק כי הפרת את השלום הציבור. המעשים האלה היו **מ2 סוגים:** סוג אחד היה גניבה, אונס, הצתה, רצח. אלה היו למעשים האלה מניפסט קרימינלי, כלומר פליליות מובהקת, ברגע שבוצע העיד על האופי של הבן אדם כפורע חוק. סוג שני, אם ביצע מעשה נזיקי אך במקום ללכת להליך משפטי ברחת, אפשר להכריז עלייך כפורע חוק וכאשר הוכרזת כל אדם היה ראשי להרוג אותך כחיית השדה. הם נחשבו חמורים במיוחד, עקרון החומרה ולכן היה אפשר להטיל עליהם את העונש החמור ביותר. בנוסף, היה פה שיקול פרקטי לא הייתה משטרה לכן נעזרו בכולם בשבילה אכיפה.

הצידוק: המלכים מגלים שיש בדין הרומי שבאותה תקופה נחשב כדין קדוש, גם דוק' שמאפשרות להוציא אנשים ללא משפט. לכן, הם משלבים את הדוקטרינות ואומרים שיש מעשים שמפרים את השלום הקהילתי ואת השלום העולמי, מפרים את דיני האדם והאל. במשפט הגרמני וברומי היו כללים חריגים, שאמרו באיזה סיטואציות לא יכלו להוציא להורג פושע חוק. היו חריגים מ2 סוגים: החריגים שאמרו שתחת נסיבות מסוימות יש לעשות הליך משפטי זריז ויש חריגים שאמרו שתחת נסיבות מסוימות יש לקיים הליך משפטי מלא. עם השנים, הם מרחיבים את החריגים כי הם אומרים שמי שמוסמך לדון זה בתי המשפט של המלך. **מכך אנו מבינים 3 דברים:**

**1.** אויבי כל האנושות= פורעי חוק.

**2.** לא רק שודדי ים נחשבו לאויבי כל האנושות אלא גם פושעי מלחמה, תוקפניים, טרוריסטיים ופשעים טיפוסיים: רצח, אונס, הצתה גניבה וכו'. לכן במקרים האלה הייתה להרבה מדינות סמכות אוניברסלית.

**3**. המערכת הצבאית הייתה אוטונומית ולכן היא עבדה יותר לאט. בכך, הכללים של מתי אפשר להשתמש בהוצאה להורג ללא משפט/הליך מקוצר, נשארו רחבים יותר ממערכות משפט אזרחיות. חשוב לציין שעדיין היו הרבה מקרים שהיה הליך משפטי שלם ומלא כנגד פושעים מלחמה. נדגים זאת:

**א**. בהכרזה כנגד נפוליאון, בעלות הברית הכריזו עקב היותו פורע חוק, כי ברח מאימת הדין, כל אדם רשאי להוציאו להורג. **ב**. במלחמת האזרחים האמריקאית גנרל של הצפון מוציא להרוג שבוי מלחמה דרומי כי הוא קרע את דגל אמריקאי. נשיא הדרום אומר שהגנרל הוציא להורג שלא כדין והוא לא יכול להגיע אליו ובכך הגנרל בורח מאימת בדין. לכן הכריז עליו כפורע חוק ואויב האנושות וקורא לכולם להוציאך להורג.

**ג**. הצפון עושה זאת גם כן, ומכריזים על יחידות בריגדות שתמכו בדרום, הוכרז עליהם כפוערי חוק ואויב האנושות וניתן להוציאם להורג ללא משפט.

**ד**. הקנדים והצרפתים אמרו ששימוש בנשק שגורם לסבל מיותר, הוכרז מי שישתמש בו יוכרז כפושע חוק וניתן להוציאו להורג ללא משפט.

**ה**. צ'רצ'יל הסתמך על דוק' הפורע חוק ואמר שלא ניתן להגיע אל פושעי המלחמה נאצים. לכן אמר שנציב ועדת משפטים, הם יחליטו מי הם פושעי המלחמה, נכריז עליהם כפורעי חוק ואז אם אחד מהם ייפול לידינו, ברגע שנוודא שזה הוא, הוא יוצא להורג. מכך, נכון שמלחמת העולם השנייה היא מות דוק ' הפורע החוק הקלאסית, הוצאה להורג ללא משפט/ בהליך מקוצר, אך זה לא כמו שהאגדה מספרת לנו שבחרו בנתיב של חוסר חוק לנתיב של חוק.

**חידוד הנקודה לגבי תוקפנות:** ניתן לראות מקונרדין ונפוליאון יש היסטוריה ארוכה של מחשבה שתוקפנות, הפרת דיני פתיחת מלחמה, מהווה פשע בינלאומי. לדוג' הכרזה ל פרדריק השני כפורע חוק בעקבות הכיבוש שלו על סקסוניה, הוא ברח מאימת הדין אך אחרים הועמדו. אולם, במקביל שי עמדה אחרת שמתחזקת במאה ה18 והופכת להיות עמדת הרוב במאה ה19, הטוענת כי שליטים יכולים לצאת למלחמה מתי שהם רוצים. אך אין זה אומר כי דעת המיעוט נעלמת. נפוליאון הוא עדות לכך, שהאנגלים הנגדו בדעה שתהפוך לדעת הרוב אך בני הברית שלהם החזיקו בעמדה שתוקפנות היא פשע בינלאומי. בנוסף, לאורך המאה ה19, נמצא מקרים שבהם אנשים מועמדים דלין/יש ניסון להעמיד לדין על תוקפנות. לדוג' מקסיקו מעמידה לדין את מקסימיליאן, שניסה להשתלט על מקסימו ולהיות קיסר עליה, הועמד בגין תוקפנות. בנוסף, הצעתו של סיבמרק, שנתיים לפני מונייר, הייתה להקים בית דין בינ"ל שיעמיד לדין את מי שאחראי לפתיחת המלחמה הפרנקו גרמנית.

**הבהרת ההיסטוריה של פשעים נגד האנושות:** מלחמת הבוקסרים, היא התערבות צבאית של כוח מ8 מדינות במרד שקורה בסין. המלחמה הזו זכורה כמעשה קולוניאליסטי נורא, יחד עם זאת היא הייתה ההתערבות הומניטרית כדי לעצור את המעשים של המורדים. בסופו של דבר, המורדים הרגו 32 אלף סינים, עקב היותם נוצרים ועוד 200 אירופאיים. המלחמה הזאת הייתה התערבות צבאית הומניטרית נגד רצח עם. ב1900 11 מדינות, מתוכן כל 8 המדינות שהתערבו צבאית, שולחות מכתב מחאה לממשלת סין, שבו הגדירו את מעשי הבוקסרים כפשעים נגד האנושות. בשונה, מרצח העם הארמני שרצו להקים בית דין בינ"ל ולא הקימו, בזמן התערבות מלחמת הבוקסרים הקימו בית דין פלילי בינ"ל עם שופטים צבאיים גרמניים, בריטים, איטלקיים וצרפתיים. ששם הכריזו למוות, מההכרזה זו, אנו לומדים שזה בית דין פלילי בינלאומי אבל נירנברג היה הראשון לא?

**המונח**, פשעים נגד האנושות, בן מאות שנים ושימש כמונח מקביל לפשע בינלאומי. לדוג': מקורות העוסקים בשודדי הים, פשעי מלחמה, תוקפנות ועוד.

במאה ה19 עם צמיחת הפוזיטיביזם, הפוזיטיביסטים מנסים להשמיד את הרעיון של פשעים בינלאומיים. פשע צריך להיות דבר שמחוקק על ידי הריבון, לפי ההגדרה של אוסטין לחוק: פקודה של הריבון מלווה בסנקציה ואילו הפשעים בינלאומיים לא מסתדרים עם זה. לכן, הם מנסים להשמיד את כל הפשעים הבינלאומיים, עם שודדי הים- זה הולך הכי פחות טוב, פשעי מלחמה- הולך טיפה פחות טוב, שוכחים את ההיסטוריה אך נשאר ועם felonys- הולך די טוב. לדוג': פסד בריטי האומר שסוגי גניבה ורצח הם פשעים נגד האנושות, המקור של וולטר קורא לרשימה של פשעים ביניהם, גניבה, רצח ועוד, פשעים נגד האנושות ומניח שיש נגדם סמכות אוניברסלית גם בפשעים מקומיים.

הפוזיטיביסטים, מצליחים די יפה לחסל את השקפת הfelony כפשעים אוניברסליים מלבד בכמה דברים. אחד מהם, היה המערכת הצבאית בתחום של התערבויות הומניטריות, מתפתחת המחשבה שאם מבוצע במדינה צרה פשעי מלחמה או פשעים בכמות אדירה יש זכות ואפילו חובה להתערב, לשלוח כוח צבאי כדי לעצור את הביצוע של המעשים ולהעמיד לדין את המצעים. לכן, בסדרה של התערבויות הומניטריות לאורך המאה 19, המעשים מוגדרים כפשעים נגד האנושות ופשעים רגילים(common crimes) ובחלקם פועלים להעמיד לדין את המבצעים בבית דין בינלאומיים. כאן, נשמרת ההשקפה של הפשעים הרגילים כפשעים בינלאומיים, כאשר הם מבוצעים בהיקף רחב.

לאחר מלחמת העולם השנייה, הוגדר הרציונל מאחוריי felonys הם פשעים חמורים כי הם מפרי כללים אוניברסליים, כאשר הם מבוצעים באופן מסיבי מבלי מניעת השלטון, נוצרת סמכות אוניברסלית וניתן להתערב. הדין נשאר וממוצא לו רציונל חדש. שכן, כאשר למדנו על פשעים נגד האנושות הרציונל היה הגנה על זכויות אדם. אך, בהגדרה זו לא מוזכר.

**אבל למה ההיסטוריה הזו של הדוק' חשובה?**

ראשית, העובדה שיש היסטוריה ארוכה מספקת במידה מסוימת לגיטימציה למערכת, היא מעלה טיעון שאומר שמשפט פלילי בינ"ל אל תופעה חדשה ואם היא קיימת כנראה יש צורך סוציולוגי שתהיה קיימת, זה **אלמנט חיובי**.

**בנוסף, יש 2 אלמנטים חיוביים פחות:** האחד, העובדה שיש היסטוריה ארוכה מאפשר לנו לחשוף תופעות שהדין נשאר גם כאשר הרציונל המקורי שלו נעלם ומומצאות לו רציונליים אחרים. כל הקורס, נועד לחשוף את התופעה הזו וההנחה שיש צידוק קוהרנטי למשפט הפלילי, מימי הביניים אנו מצמידים רציונליים כדי להצדיק. לדוג: פשעי מלחמה, במלחמת העולם השנייה גם מי שצידד בגישת נירנברג טען כי פשעי מלחמה הם חמורים וכעת אנו מבינים למה, שכן הם הדהדו את הגישה הישנה שהניחה שזה חמור כי זה מפר את המשפט האוניברסלי. כעת, לאחר צמצום פשעי המלחמה לפי הגישה הרווחת, הם העתיקו את שאר הכללים, את הרציונל שהתפתח במקור לגבי כל הפשעים החמורים שהעונש יהיה המקסימלי הוא מוות, העונש נקבע עקב 2 רציונליים: 1. נורמטיבי- הפרה של דין אמון אוניברסלי 2. פרקטי- אין מערכת אכיפה. לכן, כיום לכל הפשעים הבינלאומיים הגרעיניים, יש עונש מוות מקסימלי ואין מדרג ענישה. השוני היחיד זה העונש המקסימלי, לא רואים במוות עונש לגיטימי לכן הלכו לעונש אחר שנחשב לגיטימי. כנ"ל לגבי סמכות אוניברסלית, היא התפחתה עקב הרעיון שכל בן אדם יכול להרוג את הבן אדם השני כי אין מערכת אכיפה, הרעיון התפתח על סמך הרעיון הנורמטיבי, חמורים כי הם מפרים את המשפט האוניברסלי, שכן מקורו הוא האל. כך, העתיקו את זה לכל השאר, האם באמת צריך שתהיה סמכות אוניברסלית על לחימה בלבישת מדי אויב?.

כנ"ל לגבי עקרון החומרה, ההנחה האינטואיטיבית שלנו האם זה פשע בינלאומי גרעיני או פשע מלחמה אז זה אוטומטית חמור, יש אלמנט של THINGIFICATION, חלקם באמת חמורים אבל חלקם זה עקב העתקה מהעבר, מבלי קשר להיסטוריה. עד המאה ה19 באנגליה לכל הפשעים(felony) היה עונש מקסימלי אחיד והוא היה עונש מוות, רק בתקופה שהפסיקו להתייחס אליהם כאל פשע אוניברסלי נוצר פתאום מדרג ענישה.

השני, אמרנו שיש בעיה של קוהרנטיות עקב החלה של נורמות מ2 מערכות שונות, אך כעת למדנו שגם למשפט הפלילי הבינ"ל יש היסטוריה ארוכה בת מאות שנים. מכך העדר הקוהרנטיות יותר גדול כי מקור הנורמות הוא מ3 מערכות שונות.

**אבל למה ההיסטוריה הזו של הדוק' חשובה?**

**1. לגיטימציה סוציולוגית+ מענה לביקורת שהמשבל הפלילי נולד בחטא:** נוימן רואה שיש דוג' בהיסטוריה ולא מנסה לחבר ביניהם אך אומרת שעצם זה שמוצאים בהיסטוריה שוב ושוב דוג' למשפט פלילי בינלאומי מעיד שזה צורך אנושי. אז אחת כמה וכמה אם אנו מראים שהפרקטיקות האלה קשורות ויש רציפות במערכת, בכך מחזק את הטיעון של לגיטימיות סוציולוגית. בנוסף, יש טענות שאומרות שהמשפט הפלילי נולד בחטא, בדרך של חקיקה פלילית בדיעבד ומה שנולד בחטא לא יכול להיות ראוי. אך ההיסטוריה מראה שהוא לא נולד בחטא ממש כמו המשפט הפלילי מדינתי.

**2. THINGIFICATION** אם מדובר בנורמות שקיימות ההמון זמן, אך הרציונליים די חדשים זה צריך להאיר נורה אדומה, שיש פה חשש או חשד להשפעה של אלמנט של THINGIFICATION אלמנטים של היסוד באים לידי ביטוי ב: באופן הבולט ביותר לגבי הכלל של עניין עונש מקסימאלי חמור אחיד, יש חשד שבאופן חלקי אך לא מלא בעניין הסמכות האוניברסלית וכן לגבי עניין עקרון החומרה ויש אלמנטים כאלה בעבירות מסוימות כמו: לחימה בזמן לבישת מדי אויב.

**3. חושף שהפוטנציאל לאי קוהרנטיות עוד יותר חמוד ממה שהנחנו, יציר כלאיים של 3 מערכות ולא של שתיים.** מפני שהנורמות של המשפט הפלילי בינלאומי לא יציר כלאיים של מערכות שמגיעות מ2 מערכות משפט אלא מ3 מערכות משפט, שפשוט אחת מהן שכחנו את ההיסטוריה הארוכה שלה. 3 מערכות הן: 1. משפט פלילי, משפט בינלאומי ומשפט פלילי בינלאומי.

**האם גרסה 2 נכונה?**

**המקרים המוכרים כיום:**

1. peter von hagenbach (1474): היה את פון הגן באך אך זה היה לפני 500 שנה(פירוט למעלה).

2. Gustave moynier (1872): פעם ראשונה שמישהו מציע הצעה לבית משפט פלילי בינלאומי זה מונייה.

3. מלחמת העולם הראשונה: יש שלוש יוזמות שמסכימים עליהם בהסכמי השלום להקים בית דין בינלאומי: 1. פושעי מלחמה מסוימים 2. לקייזר 3. למבצעי רצח העם הארמני. אך אף אחד מהתוכניות לא מתממשת ובהשראתם יוצרים את נירנברג.

**שני פרטים נוספים בנוגע לגרסה 2 :**

1. במאה ה19 העידן היה כל כך פוזיטיביסטי כך שאין סיכוי שהיו יכולים לחשוב על טריבונל פלילי בינלאומי.

2. לא היה אפקט להצעה של מונייה, היוזמה שלו לא כמה גלים והפעם הראשונה, שזה עולה ברצינות זה במלחמת העולם הראשונה.

**זיו ושותפו למחקר בנדיקט הראו שזה קשקוש**. ראשית, יש טריבונלים שהם של כמה ריבוניים לאורך כל המאות, נתמקד במאה ה19 בה זיו ושותפו חשפו רשימה של טריבונלים מתחילת המאה ה19 ועד סוף המאה 19. בנוסף, חשפנו יוזמות להקמת טריבונלים מסוגים שונים בכל שנה במהלך מלחמת העולם הראשונה, זה לא שהמדינות התחילו לתמוך ברעיון בחוסר רצון רק בסוף המלחמה, כולל טריבונלים אמיתיים חלק מהיוזמות היו מוצלחות. כמו כן, בוועידת פריז כאשר הנציגים דנים ברעיון שלהקים טריבונה פלילי ויש 2 מחנות מחנה אמריקאי שמתנגד-חסר תקדים ומחנה שתומך- רעיון חדש והכרחי למלחמה החדשה. בכך ש2 המחנות טוענים שזה חדש הם נסמכים על כלל המקרים הקודמים, זה לא שהם שכחו את המקרים הקודמים והם המציאו את הרעיון מחדש.

**לכן עולה השאלה למה ההיסטוריה נשכחה?**

**ראשית נענה על השאלה: למה הרעיון של טריבונלים פליליים נשכח?**

**1. הטראומה של המלחמה** גורמת לתחושה שקרה משהו חסר תקדים והתחושה היא שאם קרה משהו חסר תקדים, אז צריך לתת לו פתרון חסר תקדים. לכן יש רצון לשווק את הפתרון כחסר תקדים.

**2. פוזיטיביזם:** הפוזיטיביסטים מנסים לבטל את הרעיון שיש פשעים אוניברסליים, הם טוענים שלא יכול להיות ואין, כי הם רוצים לפתח ולבסס את הרעיון שהמשפט הפלילי הוא כלי רק של המדינה, לפי ההגדרה הפוזיטיביסטית: חקיקה היא נורמה של הריבון מלווה בסנקציה ומי הריבון? מי שיכול להטיל סנקציה. הם משווקים את הרעיון לפחות מווסטפליה, במשך מאותת שנים. בכך, הם מצליחים להשתלט על לימודי המשפטים. בחלוף הזמן, הם משכנעים יותר ויותר אנשים שזו האמת ולכן כשמגיעים למלחמת העולם השנייה והראשונה, כבר רוב האנשים מאמינים שזה המצב.

במלחמת העולם הראשונה בוועדה של ראשי המדינות הנקראת: מועצת הבתולות, כאשר מגיעים להחלטה שיקימו טריבונל של בית דין פלילי בינלאומי. ראש הממשלה אומר שהמשפטנים שלו אומרים שאפשר להעמיד לדין על פשעי מלחמה בטריבונל בינלאומי, אך אני מתנגד כי פשע בהגדרתו הוא הפרה של דין מדינתי. אותו דבר היום, דנבר אומר שמשפט פלילי בינלאומי לא עוסק בפשעים במובן המסורתי של הפרה של הריבון המקובל בסנקציה. מזה פשע במובן המסורתי? אוסטין המציא את ההגדרה הזאת 1834, לא כל כך מסורתי.

ההשפעה של הנרטיב הפוזיטיביסטי חזקה, עד כדי כך, שלמרות שהמחקר ההיסטורי הפריך את מיתוס וסטפליה, עדיין אמונה הבסיסית היא שכך צריך להיראות משפט פלילי ואם הוא לא כזה אז הוא חדש מוזר וחשוד.

עניין נוסף, שלפוזיטיביסט אמיתי, יש באמת אמונה חסרת הגיון לחלוטין בכוח של המילים. לכן, אם קוראים לעומק את המסמכים של רוברט לנסינג המתנגד הגדול לטריבונל פלילי בינלאומי במלחמת העולם הראשונה, נבין כי הוא מוכן שיהיה. אך הכי חשוב לו שלא יקראו לזה טריבונל משפטי אלא פוליטי כי משפט הוא רק תוצר של המדינה. בכך, הוויכוח הופך להיות וויכוח מינוחי. את התופעה הזאת, איבחן פיליקס בשנות ה30, הוא קרא לזה קשקוש טרנסדננטלי(האמונה הפוזיטיביסטית במילים ולא ניתן להתנתק ממנה). לכן, כאשר האמריקאים טוענים שאין טריבונל פלילי בינלאומי, זאת כי לנסינג מאמין שאם זה טריבונל פלילי בינלאומי זה לא טריבונל משפטי.

**3. עורכי דין מתנהגים כעורכי דין:** עורכי דין מעוותים במידת האפשר את העובדות ואת החוק ככל שניתן באופן סביר לטובת הלקוח שלהם, הם טוענים שהדעה שלהם היא הכלל המשפטי האובייקטיבי. רוברט לנסינג מציע ב1911 לעשות טריבונל פלילי בינלאומי ואומר שזה מצב חסר תקדים אך אפשר לפתור זאת. אולם ב1917, אומר שאי אפשר לעשות זאת כי זהו מצב חסר תקדים. איך זה ייתכן? מפני שב1911 הלקוח שלו ארה"ב רצתה טריבונל פלילי בינלאומי וב1917 הלקוח שלו ארה"ב לא רצתה. השילוב של הדברים האלה, גורם לכך שבמסמכים שלהם, האמריקאים מתייחסים לתקדימים קודמים אבל מנפנפים אותם בכל מיני דרכים.

**4. האופי המיוחד של שיח המשבל:** משפטנים בינלאומיים אוהבים להרגיש שהם חדשניים, הדרך של בין השאר לכך היא ע"י מחיקת העבר בו זמנית הסתמכות עליו. בכך, שהם אומרים שהעבר משמש השראה, אך אל מה שאנחנו מציעים ומה שאנחנו מציעים הוא חדש מגניב, כמו: ההעתקה מהפיראטים לפשעים בינלאומיים גרעיניים, סיפרו לנו את הרעיון של הפיראטים כדי להגיד שהרעיון של סמכות אוניברסלית כדי להגיד שהוא לא מופרך אלא זה רעיון של היסטוריה הארוכה. אולם, מה שאנחנו מציעים הוא עוד יותר טוב כי אנחנו לא מציעים מאינטרסים של מדינות אלא מרעיונות ערכיים של הגנה על זכויות אדם. אותו דבר עושה לרנדה ואחרים במלחמת העולם הראשונה עם הרעיון של טריבונל פלילי בינלאומי. לרנדה מציג לפני הוועדה לפחות 3 תקדימים קודמים. אך אומר שזה לא מה שאנחנו רוצים. לכן זה לא תקדים אלא מקור השראה ומה שאנחנו רוצים שהוא באמת טריבונל פלילי בינלאומי הוא דבר חדש ומגניב.

**השאלה השנייה: אותו דבר קורה בנוגע לזיכרון שיש היסטוריה להחלת הדוק' של סמכות אוניברסלית על פשעים אחרים מלבד שוד ים.**

מי שכתב את המזכר הסודי מ1944 שבו האמריקאים הראו שיש תקדימים שלפחות מאה שנה להחלת הדוק' על פשעי מלחמה, הוא קולז(COWLES). לכן ב1948, כבר מפרסם מאמר שבו הוא מתחרפן מזה שחברים שלו באים וטוענים שלא היה לפני נירנברג, אחריות אישית פלילית בגין פשעי מלחמה. כבר אז מתקבע הנרטיב שזו המצאה חדשה. פסק הדין של נירנברג ניתן ב46, פחות משנתיים מתקבע הנרטיב וקולז לא מצליח להבין איך זה קורה. הנרטיב שהתקבל היה שעד מלחמת העולם השנייה, המשפט הבינלאומי פנה רק למדינות ולא לפרטים מלבד פיראטים הוא מתקבע ב48. אולם, קולז יודע שזה לא נכון כי הוא כתב ב1944 את המזכר שמראה שזה מיושם כבר לפחות 100 שנה על פושעי מלחמה, משתגע מכך שהנרטיב מתקבע.

**מהלך הבחינה:** משך הבחינה הוא שעתיים. הבחינה בנויה מ3 חלקים: החלק הראשון הגדרות קצרות שיש בו בחינה של 1/2, החלק השני והשלישי בנויים מציטוטים ממקורות מסוימים ונשאלים שאלות על הציטוטים. במועד א או במועד ב' תהיה שאלה אחת שיש בה טקסט שבו צריך רק לעלעל כדי להעלות על הנקודה.