**מחברת מצטברת – היסטוריה ותיאוריה של המשפט הפלילי הבינלאומי**

**תוכן עניינים**

**הרצאה מס' 1-** **מבוא2**

**הרצאה מס' 2- סיום חלק המבוא6**

**הרצאה מס' 3- הצדקות לענישה הפלילית10**

**הרצאה מס' 4-** **ראשית ההיסטוריה של הרעיונות13**

**הרצאה מס' 5-** **הומניזם והרעיונות שצמחו ממנו16**

**הרצאה מס' 6- שמרנות, רומנטיקה, לאומנות ופוזיטיביזם21**

**הרצאה מס' 7- ריאליזם וגישות ביקורתיות25**

**הרצאה מס' 8- תגובות לגישות הביקורתיות28**

**הרצאה מס' 9-** **הקושי למצוא צידוק נורמטיבי למשפט הפלילי הבינלאומי31**

**הרצאה מס' 10- עיקרון החומרה35**

**הרצאה מס' 11- קיומו של צידוק נורמטיבי למשפט הפלילי הבינלאומי37**

**הרצאה מס' 12- הנרטיב הלא-מקובל להיסטוריה של המשפט הפלילי הבינלאומי40**

**הרצאה מס' 13-** **הרצאה מסכמת44**

08.03.21

**הרצאה מס' 1- מבוא:**

**מנהלה:**

* נוכחות היא חובה- במידה ומישהו לא יכול להגיע יש להודיע מראש למרצה. הוא בודק נוכחות דרך דוחות מהזום.
* מוכנות להרצאות- מדובר בקורס לא פשוט ובמידה ולא נקרא את החומרים, לא נבין את החומר. המרצה לא מלמד את החומרים שנקראו טרם ההרצאה, אלא הוא מתבסס עליהם. המרצה מפעם לפעם יתקיל סטודנטים בשאלות מתקילות.
* עיקר ההרצאות ייעשו באופן סינכרוני, עם זאת חלק מסוים יבוצע באופן א-סינכרוני, לעיתים עקב אילוצים ולעיתים קצב התקדמות החומר.
* חובת מצלמות פתוחות בהרצאות.

**במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומי?**

ישנן הרבה מאוד הגדרות למשפט פלילי בינלאומי, ואנו נתעסק בגרעין של המשפט הפלילי הבינלאומי, עליו קיים קונצנזוס וזה התחום שעוסק בארבעה פשעים שמכונים פשעים בינלאומיים גרעיניים:

1. פשעי מלחמה- הפרות של דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי בגינן מושתת אחריות אישית על האדם ולא רק על המדינה;
2. פשעים נגד האנושות- מדובר בפגיעות חמורות שהן או שיטתיות או רחבות היקף בזכויות אדם שמבוצעות על ידי שלטון או על ידי ארגון בעל מאפיינים דומים לשלטון;
3. רצח עם- ביצוע פעולות מסוימות במטרה להשמיד קבוצה דתית, אתנית, לאומית או גזעית;
4. תוקפנות- פעולה שיש בה משום הפרה חמורה ביותר של דיני המשפט הבינלאומי שעוסקים בשאלה מתי מותר לצאת למלחמה (יציאה למלחמה תוך הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי).

לפי הנרטיב ההיסטורי המקובל, מה שמשותף לארבעת הקטגוריות שהצגנו זה שלושה דברים:

1. הטענה היא שמבחינה היסטורית הם כולם התפתחו מאיסורים שהיו בדיני הלחימה. בפשעי לחימה ובתוקפנות זה ברור, אך בפשעים נגד האנושות וברצחי עם לקחו איסורים שלפני כן היו קיימים רק בדיני הלחימה וקבעו כי כאשר הם נעשים באופן מסיבי על ידי גורמי שלטון הם ייחשבו פשעים בינלאומיים גם אם מבוצעים בזמן שלום וגם אם השלטון מבצע זאת כלפי אזרחיו שלו. לדוגמה, בשנות השלושים טרם מלחמת העולם השנייה גרמניה לא הייתה מעורבת במלחמה וחרף זאת היא התעללה באזרחיה היהודים.
2. כולם מופיעים, במפורש או במשתמע, בחוקת לונדון של בית הדין בנירנברג (החקיקה שעל בסיסה העמידו לדין את הפושעים הנאציים הראשיים). רצח עם לא מופיע באופן מפורש בחוקת לונדון, אלא בצורה משתמעת בתוך ההגדרה של פשעים כנגד האנושות. בשנת 1948 לקחו את הפשעים נגד האנושות החמורים ביותר והחליטו למקמם כקטגוריות עצמאיות.

המשפט הפלילי הבינלאומי הוא יצור כלאיים מוזר והוא אינו דומה למשפט הבינלאומי הקלאסי. המשפט הבינלאומי הקלאסי פונה למדינות, אך לעומת זאת המשפט הפלילי הבינלאומי הוא פונה לפרטים ומטיל עליהם סנקציות וזאת מתוך מטרה להגן על פרטים. הוא גם לא דומה למשפט הפלילי הקלאסי, בו המדינה היא הקובעת את האיסורים והיא מנהלת את ההליך, אך במשפט הפלילי הבינלאומי הקהילה הבינלאומית היא זו שקובעת את האיסורים.

במשפט פלילי קלאסי בדרך כלל צריך קשר כל שהוא בין המדינה לבין המקרה שבגינו מפעילים את ההליך הפלילי. בדרך כלל הכלל שנסמכים עליו הוא הקשר הטריטוריאלי, כמו מקרה בו הפשע בוצע בשטח מדינה מסוימת. לעיתים ישנם קשרים אחרים, כמו עבירות שבהן הקשר שנדרש הוא במצב בו המבצע יהיה אזרח המדינה או שהקורבן יהיה אזרח המדינה. לעומת זאת, במשפט הפלילי הבינלאומי לא נדרש שום קשר בין הגורם האוכף לבין המקרה, כי ההנחה היא שנאכוף כאן בגין הפרה של אינטרס או ערך אוניברסלי, ולכן כל מדינה יכולה להעמיד לדין גם היא לא קשורה לא טריטוריאלית ולא פרסונלית לקורבן/עבריין ולא בשום דרך אחרת לפשע. לעיתים גם האכיפה לא נעשית על ידי מדינה, אלא על ידי בית דין בינלאומי.

**אז למה צריך משפט פלילי בינלאומי?**

הטיעון הוא שיש כאן שילוב של שני רכיבים- האחד, יש כאן רצון להגן על אינטרסים אוניברסליים ועל עקרונות מוסר בסיסיים, להגן מפני פגיעות בזכויות אדם יסודיות. השני, זה עקב כשל אכיפתי, מדינות הן בדרך כלל האמונות, האחראיות והמבצעות של פשעים ולכן יש להן אינטרס להימנע מביצוע אכיפה בנושא.

**קצת היסטוריה:**

לפי הנרטיב המקובל, עד המאה ה-19, כולל, המשפט הבינלאומי פונה למדינות ולא לפרטים והוא מנסה להכווין התנהגות של מדינות. יחד עם זאת, יש שני חריגים- פשע שוד הים אשר פושעיו מוגדרים כבר אז ככאלו שיכולים לעמוד לדין באופן פרסונלי, ובנוסף מתגבשת דעה דומה לגבי סוחרים בבני אדם. מדובר בשני פשעים אשר מבוצעים בדרך כלל מחוץ לגבולות המדינות במסגרת "הים הגבוה" (מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות). בנוסף, בשני המקרים אנו עדים לאינטרס אוניברסלי- חופש הסחר בימים וערכים בסיסיים של זכויות אדם. כך, ניתן לראות בניגוד לפשעים הבינלאומיים הגרעיניים שנעשים על ידי מדינות, אותם הפשעים נעשו על ידי פרטים ומטרתם הייתה רווח כלכלי.

המשפט הפלילי הבינלאומי הוא יצור כלאיים המשלב אלמנטים של משפט בינלאומי קלאסי עם משפט פלילי קלאסי. **כל הקורס יבדוק מה המשמעות של היות המשפט הפלילי הבינלאומי יצור כלאיים**. מדובר בקורס של היסטוריה של רעיונות- החל מימי הביניים ועד ימינו אנו.

אכן ישנם דיני לחימה עד המאה ה-19, אך במהלך המאה ה-19 המלחמות מתחילות להשתנות ולהיות הרבה יותר עקובות מדם מבעבר. לדוגמה, מלחמת האזרחים האמריקאית נחשבת למלחמה העקובה ביותר מדם שהייתה עד אותה התקופה, וזאת עקב התפתחות טכנולוגית של אמצעי הלחימה (המטוס, הרקטה וכו') במקביל לגיוס המוני של חיילים. כל אלו מובילים להתרופפות של דיני הלחימה, ולכן עולה המחשבה שאם תבוצע קודיפיקציה של דיני הלחימה במסגרת אמנות, הדין יהיה יותר ברור וברגע שמדינות יחתמו על אמנות הן יהיו מחויבות יותר. לפיכך, בשנת 1864 מאומצת אמנת ז'נבה הראשונה (כבר לא בתוקף) ובשנת 1899 מאומצות תקנות האג (שגם כן אינן בתוקף).

אנו יכולים לראות כי האמנות והתקנות הללו לא מונעות מלחמות, שכן מלחמת העולם הראשונה לדוגמה לא נמנעה. בנוסף, אנו יכולים לראות כי ישנה תופעה של חתימה על אמנות חדשות לאחר כל מלחמה, אשר לא מצליחות למנוע את המלחמה הבאה. לפיכך, **מתחילה להתפתח הבנה שאין די בסנקציות נגד מדינות, ולכן עולה האפשרות כי ישנו כורח לבצע אכיפה כנגד האנשים המבצעים עצמם**. בסוף מלחמת העולם הראשונה, במסגרת הסכם ורסאי, סוכם שהקייזר הגרמני יועמד לדין בבית דין בינלאומי והגרמנים מתחייבים להסגיר לבעלות הברית חשודים בפשעי מלחמה. עם זאת, שני רכיבים אלו של ההסכם מעולם לא מומשו.

לאחר שגרמניה סירבה להסגיר את החשודים, במקום זאת, בשנת 1921 היא מקיימת את משפטי לייפציג, שם רוב האנשים לא מועמדים לדין ורוב אלו שהועמדו לדין זוכו ואלו שכבר הורשעו "בורחים מהכלא" תוך התרה ועצימת עין של השלטון. בעלות הברית מסיקות את המסקנות ולכן לאחר מלחמת העולם השנייה הן כבר לא מוכנות יותר למצב הזה ולא מוכנות לשחזור של משפטי לייפציג ולכן הן מרימות את "מסך הריבונות" של המדינות ומעמידות לדין פרטים בגין פשעי מלחמה.

לאחר מלחמת העולם השנייה, 130,000 פרטים הועמדו לדין ברחבי העולם הן מכוח סמכות אוניברסלית בגין ביצוע פשעים בינלאומיים גרעיניים והן בגין ביצוע פשעים מדינתיים, כאשר מה שעומד מאחורי העניין זה פשע בינלאומי.

**ההצדקה-** מבחינה משפטית, לוקחים את הרציונלים שעל בסיסם הועמדו לדין שודדי הים וסוחרי העבדים ומתרגמים אותם לסיטואציה כאן- גם כאן יש אינטרס בינלאומי משותף, זכויות אדם, וגם כאן בדרך כלל יש כשל אכיפתי, בין אם העבריין לא מצוי במדינה אליה הוא משתייך ובין שהיא אינה מעוניינת להעמידו לדין.

ביקורות שהופנו כלפיי נירנברג:

* רטרואקטיביות- ענישה על סמך חקיקה שנכתבה בדיעבד. התשובה שניתנת לכך במשפטי נירנברג היא שהחוקים הללו היו קיימים. מנגד השיבו כי החוקים הללו היו תקפים כלפי מדינות ולא כלפי פרטים. בית הדין טען כי בפועל מדינות הן לא אלו המבצעות מעשים, אלא אנשים הם אלו שמקבלים החלטות ומוציאים אותן לפועל- איסור שפונה למדינה הוא איסור שפונה לנציגי המדינה ולאנשים שפועלים בעבור המדינה. בנוסף, נטען טיעון מוסרי כי מדובר במעשים כל כך חמורים שלנאשמים הייתה אזהרה מוקדמת- הם ידעו שמדובר במעשים פסולים.
* צדק של מנצחים- מענישים רק את הצד המפסיד לפי טענה זו. התשובה גם הפורמלית וגם המוסרית היא פשוטה- כאשר מדובר במעשים עד כדי כך פסולים מוסרים, כך שגם אם אחר לא מוענש זה לא מצדיק את זה שלא יענישו את האשמים.

בין מלחמת העולם השנייה לסוף שנות התשעים קיים קיפאון מוחלט בתחום המשפט הפלילי הבינלאומי עקב המלחמה הקרה, המקשה על שיתופי פעולה בין המדינות. בשנות התשעים מוקמים לראשונה מאז נירנברג שני בתי דין בינלאומיים, המכונים בתי הדין אד-הוק דור שני. האחד יעסוק בפשעים הבינלאומיים שבוצעו במלחמה במדינות יוגוסלביה לשעבר (ICTY) והשני יעסוק בפשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו ברואנדה (ICTR). **מדוע הם מוקמים דווקא אז?** בעקבות תום המלחמה הקרה, ישנה תחושת אופטימיות לגבי הצורך בשיתוף פעולה בינלאומי, בנוסף ללחץ ציבורי רחב (תחילת עידן ה-CNN המביא את תמונות המלחמה באופן מיידי לבתיהם של מיליונים המייצר לחץ ציבורי על הפוליטיקאים בעולם לפעול) וחוסר רצון פוליטי אחרי מלחמת המפרץ לבצע שליחה שוב של כוחות מזוינים. מטרת בתי הדין הייתה לא רק להעניש אלא גם להרתיע.

**לבתי הדין הללו הייתה תרומה אדירה למשפט הפלילי הבינלאומי**- הפסיקה שלהם הבהירה נורמות רבות של המשפט הפלילי הבינלאומי, הקמתם ופסיקותיהם מהווה תחילת הפריחה הנוכחית של המשפט הפלילי הבינלאומי והפסיקה שלהם בפועל הרחיבה באופן משמעותי את היקף המעשים שנחשבים אסורים לפי המשפט הפלילי הבינלאומי ובכך הגבירה את הפוטנציאל של השימוש במשפט הפלילי הבינלאומי לשם הגנה על זכויות אדם.

עם זאת, הקמת בתי הדין האד-הוק לא עברה ללא ביקורת מצד מתנגדים אשר טענו כי פסיקתם מהווה הרחבת יתר של איסורי המשפט הפלילי הבינלאומי, וכן כי היא אינה בהירה מספיק וכל זה פוגע בדרישה לאזהרה מוקדמת. החסרונות בפועל של בתי הדין האד-הוק:

1. חוסר לגיטימציה במדינת המקום (לדוגמה, ברואנדה ובמדינות שהוקמו במקום יוגוסלביה);
2. עלות- יקרים ביותר;
3. היעדר יעילות- נסגרו אחרי כמעט שלושים שנים לאחר שכל אחד מהם עסק ב-200 תיקים בלבד;
4. לא יצרו הרתעה מספקת- לכן בקוסובו ובמקדוניה נשלחו כבר כוחות מזוינים;
5. סלקטיביות- למה דווקא הסכסוכים הללו, ולא אחרים, ובנוסף מדוע דווקא הנאשמים המסוימים (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 התשעים יש **מעבר להתמקדות בשלושה מנגנוני אכיפה אחרים כתחליף לבתי הדין אד-הוק**:

1. סמכות אוניברסלית;
2. טריבונלים מעורבים ("היברידיים";
3. ה-ICC- בית דין פלילי קבוע.

**סמכות אוניברסלית:**

מבוססת על הרעיון שהמבצעים של פשעים בינלאומיים הם "אויבי כל האנושות" ולכן כל מדינה יכולה להעמידם לדין. גישה זו פותרת גם את הכשל האכיפתי, כיוון שאם אנו לא תלויים בחסדי המדינה המבצעת או בסיכוי הקטן שהמבצע ייתפס בשטח המדינה בה בוצע הפשע- כל מדינה יכולה לאכוף את הדין. הקושי הוא חשש לניצול פוליטי של הסמכות.

בפועל עקב ניצול פוליטי שכזה, לאחר פריחה של שימוש במנגנון זה בחצי השנה הראשונה של שנות התשעים ישנה דעיכה בשימוש. מדינות רבות תיקנו את הדין שלהם כך שהוספו בו דרישות שמקשות על פתיחת הליך על סמך סמכות אוניברסלית. בנוסף, ישנה תמיכה הולכת וגוברת בכך שעיקרון החליפיות (מקביל לעיקרון ההשלמתיות של ה-ICC עליו נדבר בהמשך) הוא חלק מהדין הבינלאומי המנהגי בנושא. לפי עיקרון זה מדינה יכולה להעמיד לדין אדם על בסיס סמכות אוניברסלית רק אם אף אחת מהמדינות הקשורות למקרה (מדינת העבריין, המדינה בה בוצע הפשע, ומדינת הקורבן) אינן מעוניינות/יכולות להעמידו לדין. עם זאת, חשוב לציין כי לא ננטשה לחלוטין הסמכות האוניברסלית.

**בתי דין מעורבים:**

בתי דין בהם יש מבחינת הדין, המהותי ולעיתים גם הדיוני, 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 אפשריים:

1. יותר לגיטימציה מקומית;
2. עלות קטנה יותר- רוכבים על התשתיות של מערכת קיימת.

חסרונות:

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

בשנים האחרונות ישנה פריחה מחודשת של הקמה של טריבונלים מעורבים, אך בחלק מהמקרים זה מסיבה לא טובה, כגון ניסיון של גורמי המדינה הרלוונטית למנוע מצב שבו 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 נוספות איימו לפרוש. יש לו בעיות לחקור ולתפוס נאשמים בחלק מהמקרים, אך עדיין בגדול שורד ומתפתח.

הכללים שחלים לגביו:

1. מוגבל רק לעבירות המנויות באמנה (כדי להקטין את הטענות לאי-אזהרה מוקדמת ולעמימות הדין);
2. מוגבל רק לפשעים שבוצעו לאחר הקמתו (כדי להקטין את הטענות לרטרואקטיביות; הוקם בשנת 2002);
3. חל רק על מקרים שנוגעים ל:
4. מדינות שחברות באמנה- משמע, שהפשע בוצע בשטחן או על ידי אזרח שלהן. לא די בכך שהקורבן הוא אזרח שלהן; **או**
5. מדינות שביקשו להניק לבית הדין סמכות אד-הוק; **או**
6. אם מועצת הביטחון של האו"ם העניקה לבית הדין סמכות שיפוט על מקרה שקרה במדינה כל שהיא (כפי שקרה למשל בהקשר של אירועים שקרו בלוב ובסודן), וזאת בכדי להקטין טענות של צדק של מנצחים.
7. חומרה- גם הסכסוך צריך להיות חמור וגם הפשעים הספציפיים בסכסוך שנבחרים להגשת כתב אישום צריכים להיות חמורים, ולפי הפרשנות שניתנה על ידי ה-ICC לדרישה זו גם הנאשמים צריכים להיות האחראים העיקריים (כדי להקטין את האפשרות לניצול פוליטי לרעה).
8. עיקרון ההשלמתיות- על פיו התובע של ה-ICC רשאי לחקור ולהעמיד לדין ובית הדין רשאי לדון במקרה רק מקום בו המדינה אינה מוכנה או אינה יכולה לאכוף את הדין בעצמה (שוב כדי להקטין את האפשרות לניצול פוליטי ובכדי לתת תמריץ למדינות לאכוף את הדין).

* **בפועל**- בנוגע לאף אחד מהדברים הללו אין הצלחה מוחלטת וקיימות ביקורות.

15.03.21

**הרצאה מס' 2- סיום חלק המבוא:**

אנו נמנעים מלהגדיר מהו המשפט הפלילי הבינלאומי, ולכן אנו "הולכים על בטוח" עם הגדרה של פשעים גרעיניים בינלאומיים.

**פשע מלחמה:**

ההגדרה הפשטנית והלא מדויקת לפשעי מלחמה היא של איסור בדיני הלחימה הבינלאומיים שהפרתו גוררת סנקציה אישית-פלילית גם כנגד האדם המפר- **לא להשתמש בהגדרה זו בבחינה**! איזה מדיני הלחימה המופרים מהווים פשעי מלחמה? ישנן 2 קבוצות של השקפות:

1. הגישה הראשונה נקבעה במשפט נירנברג (עמדת מיעוט), והיא גורסת כי כל הפרה של דיני הלחימה מהווה פשע מלחמה. הקשיים בהגדרה זו הם- ראשית, שההגדרה הזו רחבה מידי, בניגוד למצב הרגיל בו אנו מעוניינים שהמשפט הפלילי יהיה ברור וממוקד, ומוזילה את רעיון פשעי המלחמה ופשעים בינלאומיים גרעיניים והופכת גם דברים קלים יחסית לפשעי מלחמה. שנית, חשש מניצול פוליטי בפרשנות דיני הלחימה. שלישית, חלק מהנורמות אינן משקפות עקרונות מוסריים. אם נאמץ את גישת נירנברג אנחנו לא נשרת את הרציונל של המשפט הפלילי הבינלאומי, שהוא יצירת יצור כלאיים, בין המשפט הפלילי המדינתי לבין המשפט הבינלאומי, בכדי להתעסק עם הפרות חמורות במיוחד של דיני הלחימה.
2. הגישה השנייה, והיא הגישה המקובלת והרווחת, היא גישת ההפרות החמורות לפיה רק הפרה של דיני לחימה מסוימים מהווה פשע מלחמה. השקפה זו משרתת ומשקפת יותר את הסיפור הרווח למדוע קיים המשפט הפלילי הבינלאומי. יש להשקפה זו מספר יישומים, כאשר הרווח ביותר כיום הוא מה שנמצא ב**סעיף 5** ל**אמנת רומא**, האומר שהסמכות של בית הדין מוגבלת לפשעים שהפרתם ככלל היא הפרה חמורה. ו**סעיף 8** כולל רשימה של סביבות 100 מעשים המהווים פשעי מלחמה. ניתן למתוח ביקורת על גישה זו- ראשית, אפשר להגיד שישנה הסכמה רחבה (מנהגית) למעשים מסוימים כפשעי מלחמה, אך כשלעצמם לא נחשבים כפשע מלחמה לפי הרשימה המנויה בסעיף 8, כמו ירי בלתי מאבחן למשל (באזרחים וחיילים) והפחדה מכוונת של האוכלוסייה האזרחית. שנית, ישנם מעשים שהוכנסו לרשימה אך אינם מהווים הלכה למעשה מעשים חמורים, כגון לחימה בזמן לבישת מדי האויב, המהווה מקור היסטורי, מתקנות האג, הדורש מהלוחם להיות כנה כלפי אויביו. שלישית, ישנם ברשימה איסורים שיש גם מחלוקת לגביהם האם הם מנהגיים.

**פשעים נגד האנושות:**

מדובר במעשים שפוגעים באופן חמור בזכויות אדם בסיסיות, ובהגדרה ישנם ארבעה מאפיינים לפשעים אלו:

1. מעשה נפשע הפוגע בכבוד האדם;

* רשימת מעשים כאלה נמצאת באמנת רומא, ולצידה סעיף סל של "מעשים בלתי אנושיים אחרים בעלי אופי דומה.

1. המעשה מבוצע כחלק ממדיניות ממשלתית או כחלק מפרקטיקה שיטתית ורחבת היקף:

* רחב היקף- מבחן כמותי;
* שיטתי- מבחן איכותי (תכנון ותמיכה מגבוה).

1. האיסור על ביצוע מעשים אלו חל גם בשעת מלחמה וגם בימי שלום;
2. אין משמעות לזהות הנפגעים, אך הקורבנות המובהקים של פשעים אלה הם אזרחים.

הקטגוריה הזו, בהגדרה המודרנית שלה, התפתחה במטרה לבצע הגנה על אוכלוסיות כגון האוכלוסייה היהודית בגרמניה בשנים 1933 עד 1939.

**רצח עם:**

רצח עם הוא מעשה שנדרש שלושה יסודות בכדי לקיים אותו (תנאים מצטברים):

1. רכיב פיזי- ביצוע אחד מן המעשים הבאים ביחס לקבוצה לאומית/אתנית/גזעית/דתית;
2. רכיב המעשים- לפי העמדה המקובלת מדובר ברשימה סגורה:
3. הרג;
4. גרימת נזק נפשי;
5. יצירת תנאי חיים שיכולים להביא להרס פיזי של הקבוצה;
6. שימוש באמצעים למניעת לידות;
7. העברת ילדי הקבוצה לקבוצה אחרת.
8. רכיב הכוונה- כוונה להביא להרס מלא/חלקי של הקבוצה באשר היא קבוצה.

**תוקפנות:**

מדובר במצב שבו מטילים אחריות פלילית אישית בגין מעשים שמהווים הפרה חמורה של דיני השימוש בכוח, דהיינו- של הדינים הבינלאומיים הקובעים מתי מותר לצאת מלחמה (JAB). במשפטי נירנברג הוגדר הפשע הזה כפשע בינלאומי, שכן לולא הוא התקיים מרבית פשעי המלחמה לא היו מתקיימים. לאחר הקמת האו"ם, יש למועצת הביטחון סמכות לקבוע כי מדינה/אחר ביצעו מעשה תוקפנות. יחד עם זאת, לאחר מלחמת העולם השנייה (כולל ההעמדות לדין בעקבות המלחמה) לא התקיימה העמדה לדין מתוקף פשע התוקפנות, והסיבות לכך הן סיבות פוליטיות:

* דיני השימוש בכוח הם עמומים מאוד, ולכן יש חשש שהכרעות בשאלה "מתי יציאה למלחמה נעשית כדין" יושפעו משיקולים פוליטיים;
* הנאשמים המרכזיים בפשע זה הם ראשי מדינה, וקשה יותר להעמידם לדין מאשר פושעים זוטרים;
* מועצת הביטחון היא שמחליטה בנושאים אלה, ולמעצמות אין אינטרס שגורם חיצוני יקבל סמכות דומה.

מכל הסיבות שלהלן ומסיבות נוספות (כמו המלחמה הקרה), לאורך עשרות שנים האכיפה של פשע התוקפנות הייתה בתרדמת מוחלטת. ב-1998 עם כתיבת אמנת רומא, המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, המנסחים של אמנת רומא נמצאים במתקל- מצד אחד, לא הגיוני שהם לא יכניסו לאמנה את הפשע שהוגדר בנירנברג כ"פשע הפשעים", אך מצד השני יש לא מעט שיקולים פוליטיים לאי הכנסת פשע זה לאמנה. **כיצד הפלונטר נפתר?** נקבע סעיף שאומר שכאשר המדינות יסכימו על הגדרה עכשווית לפשע התוקפנות הרי שתינתן סמכות שיפוט ל-ICC על הפשע הזה. באופן מפתיע, בשנת 2010 המדינות מגיעות להסכמה על הגדרה מודרנית ומוסכמת של פשע התוקפנות, ויחד עם זאת הן קובעות שההגדרה הזו תיכנס לתוקף בהינתן קיומם של שלושה תנאים נוקשים:

1. 30 מדינות צריכות להסכים להעניק ל-ICC סמכות לעניין תוקפנות בהקשרן;
2. כלל המדינות החברות צריכות להסכים להכניס את הסעיף לתוקף (ללא חובה להחיל עליהן את הסעיף);
3. כל האמור לעיל חייב להתקיים תוך 7 שנים.

בשנת 2017 תנאים אלה מתקיימים. כיום ישנן 34 מדינות שהסכימו של-ICC תהיה סמכות בנוגע לפשע התוקפנות בהקשרן והסעיף בתוקף. המרצה מביא את הדוגמה הזו בכדי להדגיש אל מול טיעונים של מלומדים רבים על מוות איטי של המשפט הפלילי הבינלאומי, על כך שעדיין ישנה תמיכה בתחום ורצון לקדם אותו.

**דילמת היקף האחריות הפלילית:**

כעת אנו עוברים לשאלה של צדדים לעבירה. לפני כן, צריך להבין כי יש לפשעים הבינלאומיים, בדרך כלל, מאפיין מיוחד והוא שהם בדרך כלל מבוצעים בהקשר ארגוני. כלומר, כאשר אנו מדברים לדוגמה על רצח עם או מרבית פשעי המלחמה בדרך כלל היוזם הוא ארגון שמהווה מדינה או ארגון הדומה באופיו למדינה. גם הפשעים שלא מבוצעים בתכנון המדינה או בכוונתה, מרביתם לא היו מבוצעים ללא הקשר המדינתי- הפושעים יהיו חברים בארגון מערכתי כל שהוא (חייל שמבצע גניבה במסגרת לחימה לדוגמה- האם החייל היה נמצא שם לולא המדינה שלו?). לעובדה שמדובר בפשע שהוא בעל הקשרים ארגוניים יש השלכות:

1. בדרך כלל הרבה מאוד גורמים מעורבים, וזה שהרבה מאוד גורמים מעורבים אומר שהנזק מאוד גדול ומידת המעורבות של כל אדם בסיפור היא קטנה. לדוגמה, גרמניה הנאצית- כל חייל נאצי מקיים חלק קטן מאוד מהסיפור, אך בכללותן פעולות גרמניה הנאצית יצרו נזק חסר תקדים.

השלכות אלו יוצרות לנו תמריצים הפוכים- מצד אחד, אנו רוצים להרחיב את מעגל המבצעים כיוון שהנזק הוא גדול וישנם הרבה מעורבים ואנו מעוניינים גם לבצע הגדרות רחבות לעבירות, כי אחרת יהיה לנו קשה לפרוס את רשת ההפללה בצורה שתרתיע. מצד שני, מדובר בסיטואציות מורכבות מאוד. פעמים רבות הדוקטרינות המשפטיות שננסה להתאים למצבים אלו יהיו בעייתיות ויהיו או בעלות כוללנות יתר או בעלות כוללנות חסר.

1. קיים קושי בהגדרת העבירות ובזיהוי העבריינים מבין המעורבים.

לפיכך, **הדילמה המרכזית היא היכן לקבוע את קו ההפללה**. כשאנו עוסקים במשפט הפלילי הבינלאומי, הרבה מהוויכוחים הפרשניים הם היקף תחולת העבירה, היקף הדוקטרינות של הצדדים לעבירה ומה שעומד במרכז הוויכוחים זה חוסר היכולת להגיע לפתרון טוב בנוגע להיקף פריסת הרשת הפלילית. זה בסיס הבעיה והדילמה. הפתרון המוצע הוא **הרחבת האחריות הפלילית**- הגדרת העבירות והצדדים לעבירה באופן שתופס את מכלול המעשים כפשע אחד, ומעניש גם את המעורבים שביצעו חלק קטן מרכיבי העבירה.

**שיקולים המתנגדים להרחבת האחריות הפלילית:**

ראינו שכדי לתת מענה למאפיינים הייחודיים של הפשיעה הבינלאומית, הוצע להרחיב את מעגל האחריות הפלילית, גם למבצעים שחלקם קטן יותר. אך יישום של רעיון כזה גם הוא מעלה חשש מפני:

* אכיפת יתר א'- הפללה של גורמים זוטרים חסרי השפעה שאשמתם קטנה;
* אכיפת יתר ב'- הפללה של גורמים בכירים שלא ידעו על המתרחש;
* ניצול פוליטי- כי מדינות אחרות מעוניינות להעניש בעיקר את שכבת ההנהגה.

הרחבת האחריות הפלילית גם עשויה לפגוע ביכולת של גורמים בכירים לנהל לחימה במקביל לאכיפת הדין הבינלאומי בקרב פקודיהם. המתח בין הצורך להרחיב את האחריות הפלילית כדי להפליל את כל המעורבים, לבין החשש מאכיפת יתר, הוא שמנחה את הוויכוחים המרכזיים ביחס להגדרת העבירות הפליליות הבינלאומיות.

למשל, ישנה דוקטרינה של ציות לפקודה. מה שקורה שם זה בדיוק הדבר הגרוע שאמרנו שאסור שיקרה- ישנה סדרה של עמדות לגבי מה צריך להיות הכלל המשפטי ובפועל המרצה מראה (במסגרת המחקר שלו) כי בתי המשפט מנסים להתאים את הפרשנות למקרה והם לא נאמנים לשום פרשנות מסוימת, ומה הם עושים במקרה הבא? מיישמים פרשנות אחרת כיוון שלתחושתם היא המתאימה ביותר. זה לא צדק- צדק צריך להיות יישום אחיד של פרשנות אחידה לגבי כל המקרים. עם זאת, כל כלל שנאמץ עשוי להוביל, בין היתר, לתוצאות שאנו נרגיש שהן לא צודקות- זו הדילמה הבסיסית שקיימת בדוקטרינות רבות ובשאלות רבות במשפט הפלילי הבינלאומי- המתח בין הרצון להרחיב את רשת ההפללה כך שהיא תכלול את כל האנשים שהם אשמים לבין התחושה שלפעמים אנו לא רוצים להרחיב את רשת ההפללה יותר מידי וכל זה נובע מהעובדה שהרוב הגדול של הפשעים הללו הם ארגוניים ולכן הרבה מאוד גורמים מעורבים ועיקרם עושים חלק קטן מכל הפשע.

**מאפיינים ונורמות ייחודיות:**

בהרצאה הראשונה ראינו שהסיבה המרכזית שבעקבותיה התפתחו במשפט הפלילי הבינלאומי מנגנוני אכיפה שהם מחוץ למדינה היא שפעמים רבות המדינה עצמה מעורבת במעשי הזוועה. בהרצאה השנייה 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 הגרעיניים 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 שבוצעו כיוזמות פרטיות (ביזה נניח), גם אלו לרוב יעשו על ידי חברים בארגון, חיילים או לוחמים, ובמידה רבה (אם כי לא מוחלטת) השאלה אם יבצעו תלויה במאמץ הארגון ובהשקעתו להעניש ולמנוע יוזמות כאלו.

העובדה שמדובר בפשיעה ארגונית יוצרת מספר בעיות:

1. הנזק ככל הנראה יהיה רחב היקף יותר ממה שאדם בודד שלא משויך 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 העבירות ומי נחשב עבריין, כך שמצד אחד נפליל את כל אלו שמעורבים בעבירה למרות שכל רכיב ממנה נעשה על ידי אדם אחר. למשל, מערכת ההשמדה הנאצית- יש לנו הנהגה בכירה שמעוניינת בהשמדת היהודים, יש לנו את אייכמן, שעושה תוכנית ביצוע וכמעט ולא מבקר במחנות ההשמדה- הוא עוסק בניירת. אלא שהתוכניות שהוא כותב על אותה הניירת, מיושמת קילומטרים משם, בדרך של אלפי פעולות של הרעבה, רצח והתעללות אפילו מבלי שהוא נותן פקודות רשמיות. את כל זה אנו רוצים להגדיר כמעשה אחד של רצח עם, וזה עוד במקרה הגרמני ה"מסודר מה". לעומת זאת, במקרה של רואנדה, שם אין תוכנית מסודרת, אלא שאיפה כללית ועידוד שמוביל למעשי לינץ' חצי ספונטניים.

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

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

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

**מתח לדוגמה קיים גם בנוגע לנורמות המגדירות במשפט הפלילי הבינלאומי את הצדדים לעבירה**. נסתכל על הכללים של צדדים לעבירה שקיימים גם במשפט הפלילי המדינתי- משדל, מסייע ועקב 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 (דוגמה מובהקת לכלל שנועד להתמודד עם סיטואציה ארגונית):**

נתחיל רגע עם הדין הישראלי. ההנחה הרווחת בקרב ישראלים היא שהכלל בכל הנוגע לסוגיה זו, הוא שעל החייל לציית לפקודה כל עוד היא לא בלתי חוקית בעליל. לפיכך, המשמעות היא שהחייל צריך לציית לפקודה בלתי חוקית "סתם", כלומר- בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל. זו ההנחה הרווחת בציבור. השיח האקדמי בדרך כלל מניח שזו הדרך שבית המשפט מפרש את המונח בעליל, אך מציע פרשנויות אחרות לכלל האמור שלדעת מלומד זה או אחר הן יותר ראויות.

בשיח האקדמי הישראלי הוצעו מספר פרשנויות חלופיות במקום "מבחן הדגל השחור", כאשר המרכזיות מביניהן 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 לו 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. אך, כאשר בודקים איך בתי המשפט מפרשים את המונח 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 ניתנה פסיקה שמפרשת את המונח 'בלתי חוקי בעליל' בהתאם לכל אחת מארבע הפרשנויות האפשרויות שהוצעו בשיח האקדמי.

ניתן לתאר את המצב ככזה בו בתי המשפט מאמצים במקרה אחד פרשנות אחת למונח בעליל, ובמקרה הבא נוטשים אותה ומאמצים פרשנות אחרת, בעוד במקרה השלישי נוטשים את הפרשנות השנייה ומאמצים פרשנות שלישית וחוזר חלילה. במשפט הבינלאומי המצב דומה, אם כי **אמנת רומא** קובעת את הכלל הבא- אין הגנה מקום בו החייל ידע שהפקודה לא חוקית או שהפקודה הייתה בלתי חוקית בעליל, ואז יש חילוקי דעות על מה המשמעות של המונח "בעליל". הסיבה לחוסר העקביות ולעמימות המשפטית היא שיש פה מתח בין שיקולים שונים בעד הרחבת מעגל האחריות הפלילית בהקשרו של הפקוד.

**אחריות מפקדים:**

הטלת האחריות על המפקד כמבצע עיקרי מתבצע גם במקרים בהם הוא לא ביצע שום חלק מהיסוד הפיזי ומהווה הרחבה של ההגדרה של מבצע עיקרי (לכאורה, מדובר במשדל). אבל בהרחבה זו אין די, וכבר אז מתחילות הבעיות. בעיה ראשונה היא שלגבי המפקד אי אפשר להסתפק באחריות על בסיס פקוד- הרבה פעמים אין עדויות לפקודה. בנוסף, מפקדים למדו שלפעמים כל מה שהם צריכים זה לרמוז, או אפילו לעצום עיניים מיוזמות שמתחילות מהשטח בכדי שמעשי הזוועה שהם רוצים שיקרו יקרו. חוץ מזה, מדובר במערכות היררכיות- למה לא לחייב את המפקד ליותר ושבאופן אקטיבי יפעל לשמור על המשמעת והחוק בקרב פקודיו?

לכן, מפותחת במשפטי מלחמת העולם השנייה דוקטרינה של "אחריות מפקדים", לפיה מפקד אחראי למעשי פקודיו לא רק אם הוא היה שותף פעיל או פקד על ביצועם, אלא אם הוא לא מנע אותן. אך יש ויכוח בנוגע ליסוד הנפשי שנדרש. בגדול וממש ממש בהפשטה, בעבר הייתה תמיכה באחריות קפידה והיום הוויכוח הוא בין רשלנות לבין פזיזות. ושוב, זאת כיוון שישנם שיקולים בעד ונגד הרחבת מעגל ההפללה. שיקול נגד- בחלק נכבד מהמדינות יש כלל האוסר ענישה חמורה בלי אשם, משמע- על רשלנות לא ניתן להטיל עונש של מאסר עולם (כמו ב-ICC) או מוות.

**JCE:**

אחריות מפקדים, עקב הדרישה לשליטה אפקטיבית, לא מספקת מענה. דוקטרינה אחרת שמנסה לתת מענה למצבים אלו היא ה-JCE. מה זה? פסק דין טאדיץ' של ה-ICTY הופך את הדוקטרינה הזו לחלק מהדין. בית הדין סוקר שם את המקורות המשפטיים המוקדמים יותר וקובע שלאורך השנים התפתחה מגמה משפטית במרבית מדינות העולם, המנסה להתמודד עם האופי הארגוני של הפשעים הבינלאומיים והיא כבר הבשילה לכדי דוקטרינה זו.

ישנם 3 סוגים לדוקטרינה, ואנו נזכיר את הראשון והשלישי (השני מהווה גרסת אמצע שלהם):

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

3. זו הגרסה שהכי ביקרו של הדוקטרינה- היא 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, מספר חילוקי דעות:

1. האם היא חלק מהדין המנהגי- העמדה הרווחת היא שכן, 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?

05.04.21

**הרצאה מס' 3- הצדקות לענישה הפלילית:**

בהרצאה היום נדבר מדוע ההצדקות לענישה הפלילית צריכות להיות קוהרנטיות. הענישה הפלילית היא דבר נורא אשר פוגע בזכויות האדם הבסיסיות ביותר, ולכן קיים קונצנזוס יחסית רחב לכך שצריך סיבות מוסריות טובות כדי להצדיקה. הענישה הקלאסית היא מאסר, אשר פוגעת כמעט בכל חירויותיו של האדם, ובנוסף מתקבלת ענישה נוספת, לא פורמלית, והיא הסטיגמה החברתית שנוצרת סביב העבריין.

בהקשרו של המשפט הפלילי הבינלאומי, ההשקפה היא שבכדי להצדיק את התחום הזה נדרשות הצדקות חזקות במיוחד, בין השאר מכיוון שמדובר בתופעה חריגה וקיימת עמדה מקובלת שאומרת שבכדי להצדיק חריג לכלל ישנו הצורך בטיעונים יותר חזקים מאלו המצדיקים את הכלל.

מכיוון שמדובר ב"יציר כלאיים", מקורן של ההצדקות לקיומו של המשפט הפלילי הבינלאומי בדרך כלל יישאבו מן ההצדקות של המשפט הפלילי המדינתי, בנוסף להצדקות של המשפט הבינלאומי הפומבי וחיזוק על ידי הצדקות ייחודיות למשפט הפלילי הבינלאומי. היום נעסוק בעיקר בהצדקות למשפט הפלילי המדינתי, וננסה לבחון עד כמה הן מתאימות למשפט הפלילי הבינלאומי. בטרם נבחן את ההצדקות הספציפיות, נדון בשאיפה שכל הרציונלים שעומדים בבסיס הענישה יהיו קוהרנטיים. המרצה מציין כי אין קוהרנטיות בהצדקות הקיימות למערכות הענישה.

**קוהרנטיות בהצדקות לענישה:**

**אז למה בכלל צריך שהצדקות לענישה יהיו קוהרנטיות?** אחת הצידוקים המוסריים המרכזיים הוא עניין של הוגנות. בואו נניח מדינה שבה חמישים אחוזים מהאוכלוסייה תומכת בזכותה של האישה לגופה, ולכן תומכת בהפלה וחמישים אחוזים אחרים מתנגדת להפלות, וזה קורע את החברה הזו, ולכן יום אחד אדם מציע כפתרון את ההצעה הבאה- אישה שרוצה לבצע את ההפלה, תקנה כרטיס לוטו מיוחד ותתבצע הגרלה ויהיה לה סיכוי של 50-50 לבצע הפלה. לדעת המרצה, כל הצדדים לדעה יתנגדו לפתרון הזה, מכיוון שחוסר האחידות של הפתרון מרגיש לנו לא הוגן- לא הוגן שהגורל יקבע את השאלה האם ירשו לאישה לבצע הפלה או לא. אנו חושבים שמדובר בשאלה שאמורה להיות מוכרעת על ידי כלל אחד שיוחל באופן אחיד.

**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 האשם וחומרת הסנקציה. בנוסף, מחקרים מראים ש**תחושת הוגנות מסייעת ליציבות המערכת**- אנשים נוטים לציית יותר לחוקים שהם לא מסכימים עם תוכנם, אם הם מרגישים שהמערכת היא בבסיסה הוגנת.

**כיצד בודקים קוהרנטיות?** לענייננו, קביעת בסיס של עקרונות, ופעולה במקרה הספציפי על פי אותם עקרונות; בפועל זו תהיה בנויה משלושה שלבים:

1. קביעת עקרונות (כללים באופיים);
2. קביעת כללים למקרים שונים;
3. יישום של הכלל המתאים למקרה.

במשפט הפלילי יש חלק כללי שקובע עקרונות, המנותקים ממוסר, וחלק ספציפי הכולל כללים שאותם בית המשפט מיישם במקרה הקונקרטי. מבנה זה הוא מבנה חדש יחסית, אשר מתפתח יחד עם עליית הפוזיטיביזם ומטרתו היא לייצר מערכת משפט פלילי קוהרנטית המנותקת ממערכות מוסר חיצוניות למשפט. **פלר** אומר כי אנו מוצאים את הכללים על ידי חיפוש האיסורים הפליליים הקיימים, גוזרים מהם עקרונות וחוזרים לאותם האיסורים הפליליים- מה שלא תואם את אותן העקרונות אנו מבטלים, וכך נוצרת מערכת קוהרנטית של עקרונות וכללים. מדובר בדעה מאוד פוזיטיביסטית, המנתקת את החיפוש אחר מוסר חיצוני.

**האם הקוהרנטיות באמת מאפשרת ניתוק של המשפט ממוסר?** הפוזיטיביזם מניח שהמשפט הוא מדע ולכן הוא חייב להיות מנותק מערכים מוסריים. הפוזיטיביסטים טוענים שעל המשפט לבחון את החוקים והתקדימים בכלים מדעיים, וכך להגיע למערכת שמסודרת באופן קוהרנטי ורציונלי. התהליך הפוזיטיביסטי:

1. בוחנים את הכללים;
2. מגלים את עקרונות הבסיס;
3. מחפשים עקרונות משותפים; וחוזר חלילה לבחינת הכללים.

הקשיים בעמדה הפוזיטיביסטית:

1. לא כל מערכת קוהרנטית היא מערכת צודקת מבחינה מוסרית- הסיפור של "הארנב שחוטף מכות" מציג את הקושי בחיפוש אחר הקוהרנטיות האמורה. איננו רוצים לבצע ניתוק מוחלט של המשפט מעקרונות מוסר חיצוניים, גם אם ניתוק זה יוצר קוהרנטיות מלאה. בנוסף, פעמים רבות השאלה האם דבר הוא קוהרנטי או לא הוא עניין של השקפה, ולא מדובר בשאלה ברורה מאליה.
2. לא תמיד ניתן לזהות את העקרונות המשותפים על בסיס הכללים- בעיה זו של קושי בזיהוי גורם מאחד נהיית הרבה יותר גדולה כאשר יש המון מקרים. אנשים מטבעם מגוונים ולכן יהיו לנו הרבה מקרים, ובמידה ונאמץ את גישתו של **פלר** וננסה לחפש את הכלל ואת החריג, תהיה לנו בעיה מהותית ומדובר בעניין של השקפה ולא בהחלטה אובייקטיבית.
3. THINGIFICATION- נורמות לעיתים מתפתחות בהקשר תרבותי, ונותרות בתוקף גם אחרי שינוי הכללים- פעמים רבות הסיבה שמאומץ כלל משפטי כזה או אחר היא סיבה היסטורית שייתכן והיא לא רלוונטית יותר בעידן הנוכחי, מה שמותיר את הכלל ללא סיבה מוצדקת. יש נטייה, לאחר שהסיבה המקורית לקיומו של הכלל הופכת ללא רלוונטית, להמציא רציונליזציה המהווה הלכה למעשה "תירוץ".

בפועל למערכות המשפט הפליליות אין צידוק קוהרנטי. **איך מצדיקים ענישה פלילית?** כדי שנדע אם ראוי להעניש, נבחן ארבע שאלות:

1. מי נתן את הסמכות?

כיצד ראוי לראות גורם כמוסמך לענוש ענישה פלילית? מדובר בעצם בחמש 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. מדוע מותר לו לאיים בסנקציה על האנשים שהוא מאיים? מה הבסיס ליחסי הנתינות?
5. למה על הנתין לציית לריבון?

התשובות שאנו נותנים לשאלות לעיל, הבסיס שלהן לרוב הוא אחד מהבסיסים הבאים:

* בסיס מוסרי- בעבר התשובה לשאלה הכללית מדוע הריבון הוא הריבון נסמכה על טיעון מוסרי ש"הריבון הוא הריבון" כי כך האל רצה. כיום במערכות משפט מדינתיות חילוניות יותר קשר להצדיק את כלל הבסיס לסמכות הריבון על טיעון מוסרי. עם זאת, כשאנו מגיעים לעבירות ספציפיות אנו פעמים רבות פונים למוסר- רצח הוא פסול כי הוא לא מוסרי והמחוקק רשאי להעניש על כך כי זה לא מוסרי.
* 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.
* בסיס פוזיטיביסטי-פורמליסטי- החוק הוא מה שכתוב בספר החוקים וזה בסדר, והוא נקבע על ידי מי שקבוע במערכות החוקים שהוא בעל הסמכות לקבוע חוקים.
* בסיס סוציולוגי- החוק הוא ביטוי למוסכמות חברתיות.
* היעדר 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 אחר, 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 היעדר בסיס אחיד שמצדיק ענישה (היעדר קוהרנטיות); אך קשה לחלוק, שבפועל, אכן יש מערכת משפט עם יחסי נתינות קבועים, שמקבלת ככלל כלגיטימית מצד הנתינים.

**במשפט הבינלאומי, אנו בבעיה חמורה יותר**:

* צידוק של מוסר אוניברסלי- 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, אך שימו לב שזו תחושת מחויבות של מדינות ולא 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 הפלילי הבינלאומי, זה לא יכול להוות בסיס מספק להצדקת ענישה:

* ברמה הקונספטואלית-תיאורטית (תורת משפטית)- חייבת להיות נתינות בכדי שמערכת חוק תוכל להצדיק הטלת סנקציות על אדם, אין מדובר בתקשורת בין מדינות, ולא ניתן להסתפק בנקודת מבט אופקית (יש לשים לב ש**דינשטיין** 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?

1. על מה ראוי להעניש? בדרך כלל נאמר לנו כי הענישה הפלילית מטפלת בעניינים חמורים. אך מה עיקר הענישה הפלילית ביומיום? קנסות. כאשר אנו מנסים לבדוק מה המערכת מענישה, אנו מקבלים שני מסרים סותרים כתוצאה ממתח מרכזי בין שתי השקפות- מצד אחד אנו עדים להשקפה מצמצמת לפיה המערכת הפלילית צריכה להטיל סנקציה פלילית רק בגין מעשים חמורים, ומהצד השני אנו עדים להשקפה רגולטיבית לפיה בחברה גדולה ופלורליסטית, יש להרחיב את השימוש בכלים הפליליים כדי שניתן יהיה לקיים חיי חברה משותפים. משמע, בדין הפלילי בפועל אין הכרעה במתח הזה, אלא בליל של רציונלים.
2. את מי ראוי להעניש (את מי נחשיב לעבריין)?

* אפשרות אחת היא להעניש בגין המעשה- דגש על יסוד עובדתי, ומשקל נמוך ליסוד נפשי. עם זאת, אנו יודעים שישנו הצורך ביסוד נפשי, אך בפועל בחלק נכבד מדיני העונשין שלנו יש אחריות קפידה.
* אפשרות שנייה היא אחריות בגין מהות המבצע- דגש על היסוד הנפשי, שכן המבצע פגע באיזון החברתי הקיים. לפי אפשרות זו, עלינו לחפש את "האנשים הרעים" בחברה. במצב קיצון- נעניש ללא יסוד עובדתי. לפיכך, ניתן להתאים בצורה כזו או אחרת, את כלי המעצר המנהלי לאפשרות השנייה.
* אפשרות שלישית היא להעניש על הלך הרוח בזמן ביצוע המעשה- דגש על היסוד הנפשי הנקודתי. נטען שזוהי הגישה במרבית העבירות הפליליות. מנגד, נטען שהדין הפלילי הקיים צריך לשים יותר דגש על יסוד נפשי.

בכל מקרה, שוב בפועל אין הכרעה אלא שימוש בבליל של רציונלים.

1. מה אנו מחפשים להשיג בענישה? מה המטרה שלנו?

המתח הוא בין גישת גמול, הצופה פני עבר, לבין גישה תוצאתנית, המנסה 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 עבריין;
7. מטרה דקלרטיבית- הדין מדבר עם הציבור שומר החוק ומאשש את החלטתו לציית לחוק;
8. מניעה והרחקה;
9. שיקום הקורבן.

שוב, בפועל אנו משתמשים בבליל של ההצדקות הללו, ובהמשך הקרוב נראה שיש גם ספק בקשר לכל אחת מהן והאם היא באמת עובדת והאם היא באמת הצדקה ראויה.

ההנחה שלנו שיש מערכת קוהרנטית שעל בסיסה אנו מענישים, לא עובדת אפילו במערכות המשפט הפלילי המדינתיות. בפעם האחרונה שהיה קונצנזוס בנושא זה היה בימי הביניים, אז הייתה אמונה כי החוק הוא יציר האל, הנקבע על ידי נציגיו עלי אדמות.

לסיכום, **גם המשפט המדינתי וגם הבינלאומי, קיים קושי להצדיק ענישה פלילית, לבטח באופן קוהרנטי**. כשבמשפט הפלילי הבינלאומי, אנו בקושי יותר חמור- קשה לנו בכלל לתאר את היחסים במערכת זו באופן שיאפשר להצדיק ענישה. עם זאת, זה לא אומר שבהכרח צריך לקבוע שאין מקום לדבר הזה שנקרא משפט פלילי בינלאומי- מדוע? נדבר על כך בהמשך הקורס.

19.04.12

**הרצאה מס' 4- ראשית ההיסטוריה של הרעיונות:**

בהרצאות הקודמות דיברנו על ענישה פלילית באופן כללי ועל הצדקות מוסריות לכך. הסיבה שאנו מניחים שמערכת הענישה לגיטימית היא כי יש לה בסיס קוהרנטי, אך הראנו בהרצאה הקודמת כי ההנחה הזו הרבה פחות חזקה ממה שאנו חושבים, דבר שנכון הן למערכת המשפט הפלילי המדינתי, הן למשפט הבינלאומי הפומבי והן למשפט הפלילי הבינלאומי. בהרצאות הקרובות נבצע סקירה היסטורית של התפתחויות רעיוניות בנוגע לענישה הפלילית, ונראה את ההשפעה שלהן כרגע רק על המשפט הפלילי המדינתי והמשפט הבינלאומי הפומבי, וזאת משום שההנחה הרווחת היא שהמשפט הפלילי הבינלאומי הוא יציר כלאיים של שתי המערכות הללו, כך שבכדי שההצדקה אליו תהיה קוהרנטית, ישנו צורך בהצדקות קוהרנטיות לשתי המערכות הללו.

**המשפט בימי הביניים:**

נקודת ההתחלה שלנו היא ימי הביניים המאוחרים, בסביבות השנים 1000-1400 לספירה. באותם הימים הנחת המוצא היא שכללי המשפט הטבעי הם כללים מוסריים, שנקבעו על ידי האל והם חלק מתוכנית אלוהית אחת. במערכת הזו למאמינים יש ללא צל של ספק צידוק חזק כיוון שהיא מבוססת על רצון האל. מדובר בצידוק קוהרנטי- אם יש אלמנטים שהם לא קוהרנטיים, הם נובעים מחוסר יכולתנו להבין את רצון האל, אך הם לא נובעים מהיעדר קוהרנטיות אמיתית.

במערכת הזו המשפט במרביתו הוא אוניברסלי, כלומר- הדין המרכזי הוא "דיני האדם" (THE LAW OF GOD AND MAN), שהאל קבע כדי לנהל את בני האדם. לאור זאת, אין הבחנה בין משפט מדינתי לבין משפט בינלאומי, משתי סיבות מרכזיות- ראשית, מדינות לא קיימות, אם כי ישנם ריבונים, ולכן משפט בינלאומי בהבנה המודרנית לא מתקיים, ושנית, הדינים האוניברסליים הם דינים שחלים על כל בני האדם ולא רק על ריבונים (איסור על רצח ואונס לדוגמה). אין גם הבחנה ברורה בין משפט פלילי לבין דיני נזיקין, והקו המפריד ביניהם הוא עמום ולא ברור- זה לא שאין קו מוחלט בין משפט מקומי לבין משפט בינלאומי ויש הבנה שישנן נורמות שהן תלויות אזור/גילדה וכו', אך ההנחה התורת-משפטית באותה תקופה היא שהדינים הללו כפופים לדינים האוניברסליים.

באותה מערכת יש הנחה של אי-שוויון. בחינת ההתנהגות נעשית ברמת הפרט, ובהתאם למעמדו. לפיכך, הדין שחל על הפרט, נובע ממעמדו. בהקשר זה, נסיכים/שליטים, גם להם הכללים נגזרים מהכללים שחלים על הפרטים, אם כי בשינויים מסוימים. כפועל יוצא מזה, דיני הלחימה ודיני המשפט הבינלאומי באופן כללי, הם דינים שנגזרים מנורמות שחלות על בני אדם.

נתון יסוד של המערכת שישפיע מאוד על התפתחויות בהמשך הוא ש**בפועל ברוב המקומות יש מאבק בין שלושה סוגים של גורמים**- מצד אחד, השליט המקומי- הסניור או הרוזן, מצד שני, המלך ומצד שלישי, הכנסייה; בין כל אלו יש מאבק על מי זה שיקבע וישלוט בדין. כלומר, המאבק הקטן הוא לגבי מי יקבע חוקים והמאבק היותר גדול הוא על מי ינהל את מערכת השפיטה, כיוון שמערכת משפט מהווה מקור הכנסה מאוד איכותי. ברור כי הכנסייה תשים דגש כמה שיותר גבוה על ערכים אוניברסליים, בעוד ההנהגה המקומית תשים דגש כמה שיותר על נורמות פרטיקולריות, והמלך ינסה לבצע מעין איזון בין הגורמים הללו.

ברמה הנמוכה ביותר, יש מבנים נוספים פרט לסניור או רוזן- גילדות ושליטים מקומיים וקבוצות בעלות רצון לניהול עצמי. גם ברמה של המלך, בפועל יש המון סוגים של שליטים- מלך זו הגדרה פשטנית, כיוון שבהגדרה הקלאסית מלך אינו כפוף לאף גורם, פרט אולי לכנסייה. וגם בקצה הפירמידה, בכנסייה, גם כאשר יש רק אדם אחד הטוען לאפיפיור ישנו גורם נוסף הטוען למעמד דומה- ראש האימפריה הרומית הקדושה, אשר שולט בפועל על רוב אירופה (אנגליה היא דוגמה נדירה למדינה שהשתחררה משלטון זה יחסית מוקדם, במאה ה-11) ונתפס כדמות האחראית על השלום העולמי. כל הגורמים הללו יתחרו למי יש את הסמכות לקבוע את הדין ולמי יש את הסמכות לנהל את מערכת המשפט.

התהליך ההיסטורי כולל שני סיפורים מרכזיים:

1. סיפור אחד מדגיש את המשותף (מערכות קונטיננטליות);
2. סיפור שני מדגיש את האלמנטים הפרטיקולריים (מערכות המשפט המקובל, האנגלו-אמריקאיות).

**סיפור המדגיש את המשותף- הגישה האוניברסלית:**

עקרונות המשפט הפלילי נמצאים עוד במשפט הרומי, אשר נקלט בימי הביניים לתוך המשפט הקנוני (הכנסייתי) והוא מיושם ברחבי כל אירופה, אשר נשלטת במרביתה על ידי האימפריה הרומית הקדושה ועל ידי הכנסייה. לכן, כאשר מתחילות להתפתח מדינות אשר מתחילות לפתח את המשפט הפלילי שלהן, הן נסמכות על הרבה מאוד יסודות משותפים. לכן, נוצר מצב בו ברחבי העולם יש הרבה מערכות משפט בעלות יסודות משותפים. כיצד זה חרג מאירופה? באמצעות הקולוניאליזם.

**איזה אינטרס יכול להיות כיום לספר את הסיפור המדגיש את המשותף?** באירופה הקונטיננטלית יש היום את האיחוד האירופי, המדגיש את האלמנטים התרבותיים המשותפים ביניהם. לכן, מי שמספר את הסיפור הזה רוצה לחזק את התודעה של שותפות ערכים ונורמות חוצה גבולות.

**סיפור המדגיש את האלמנטים הפרטיקולריים- משבטיות לממלכות ומשם למדינה מודרנית:**

אם מקודם סיפרו לנו שכמעט כל אירופה הייתה כפופה לכנסייה ולאימפריה הרומית הקדושה, כעת מספרים לנו (**שלמה גיורא שהם**) כי מקור הנורמות אינם בשבטים רומיים אלא היו בשבטים גרמנים בעלי מסורות שחלקן שונות וחלקן משותפות, ובכדי למנוע עימותים הן בין והן בתוך השבטים, אנשים התקבצו לקבוצות- חמולות/גילדות מקצועיות (כאשר החזקות ביותר היו של האבירים והסוחרים) בעלות ערבות הדדית. כאשר סכסוך הוא בין קבוצות, האחריות על הנזק שנגרם היא במידה רבה של הקבוצה כולה (ההבחנה בין משפט פלילי למשפט נזיקי עמומה באותה התקופה) ובנוסף ישנה אמונה של הבחנה קוסמית אוניברסלית בין טוב לרע, כאשר המעשים הרעים מפרים את האיזון הקיים בעולם, דבר הדורש פעולה שתחזיר את האיזון- ענישה פלילית, שלעיתים לא מתאפשרת ולכן אין בעיה לפעול במנגנונים אחרים. אחד המנגנונים האחרים הוא התרה של האחריות הקולקטיבית.

**מה קורה בתוך הקבוצה?** מנהיגי החמולות והגילדות מיישבים את הסכסוכים בתוך הקבוצה.

כך, אנו רואים כאן שתי פונקציות של מנגנון ה-TITH- האחד הוא כמנגנון שיפוטי, אשר קורה בדרך כלל במסגרת סכסוכים פנימיים, אם כי לא רק- לעיתים בעת סכסוך בין קבוצות אנו נראה הקמה של TITH משותף, כאשר מחציתו מורכב מזקני השבט האחד ומחציתו השנייה מזקני השבט האחר. הפונקציה השנייה הוא כמנגנון אחריות קיבוצי.

**באותה תקופה יש כמה מנגנוני אכיפה**. הזכרנו את ה-TITH (זקני וחכמי השבט), המשמש אותנו במסגרת שלוש פונקציות:

1. של בית משפט, כאשר הם מכריעים גם בשאלות של עובדה וגם בשאלות של דין. כיום, במידה ושופט מכיר את אחד מבעלי הדין, עליו לפסול את עצמו, אך בעבר חיפשו את הגורמים שמכירים את הצדדים, בכדי שיספרו ויקבעו עד כמה הם רשעים או לא.
2. של מפקחים על מנגנוני הוכחת האל. למשל, איך נדע אם מישהי מכשפה? מדליקים אותה באש- אם היא לא נשרפת ושורדת, אז היא מכשפה ובמידה והיא נשרפת אז היא לא מכשפה (בשלב מסוים ניסו לעשות זאת באמצעות ניסיון כוויה בלשון). מנגנון נוסף היה של דו-קרב, מתוך האמונה שאלוהים נמצא עם הצד הצודק.
3. של גוף הנושא אחריות קולקטיבית במקרה של סכסוכים חוצי קבוצות.

בנוסף, **מתפתחים מוסדות של דין עצמי**. מי שפגע בשלום הכללי, היה אויב השלום ולכן כל אדם היה יכול להרוג אותו כחית השדה, ודינים כאלה קיימים גם במשפט התנ"ך. הדין העצמי התחלק כלהלן:

* OUTLAW מסוג פליליות חמורה (גנב בלילה)- אדם יכול לעשות דין לעצמו אם מדובר במעשה שכל אדם יודע מיד שהעושה אותו הוא פושע.
* OUTLAW BY DECREE- ניתן לעשות דין עצמי ולהרוג פושע שברח מהעונש שניתן לו.

במידה מסוימת מתקיים גם המוסד של **נקמת הדם**, אשר החשיבות הגדולה שלו היא להביא לכניעה ובקשת רחמים מהקבוצה השנייה, בכדי שהם יבואו למוסד השיפוטי. החוק הקדום ביותר באנגליה, שעדיין תקף, הוא **חוק מלבורו** שסעיף מרכזי שלו, שעדיין תקף היום, אומר שאסור לעשות יותר נקמות דם וחלה החובה לגשת מיד לבית המשפט.

**מה קורה בהמשך?** מנגנוני הדין העצמי מצטמצמים עם השנים וישנו מעבר הדרגתי של סמכויות ממוסדות השבט לסניור ומשם למלך, וכך נוצרת מערכת של משפט מקובל, בה השופט קובע מה הדין והמושבעים מכריעים בשאלות עובדתיות. בשלב מאוחר יותר, המלך יוצר מערכת דין אחידה שחלה בכל הממלכה (התפתחויות ברעיון של "שלום"). הרעיון הגרמני של שלום קיבוצי נלקח בידי המלכים, הרשימה מורחבת על ידי מעשים נוספים הפוגעים בשלום ומאיצים את "זמני קירור הדם" (שלאחריו אסור לבצע דין עצמי), כאשר המטרה היא לרכז את סמכויות המשפט הפלילי בידיהם, בעוד ישנם שני אינטרסים מרכזיים:

1. המלך יהיה מקור הדין, לעומת הסניור והכנסייה;
2. מניעים כלכליים- מיסים/פרוטקשן.

בשלב הבא, אותו רעיון של "שלום המלך", ברגע שממלכות הופכות למדינות, הרעיון מתגלגל למה שאנו מכירים כיום כ"שלום הציבור".

**מה האינטרס להציג את הסיפור הפרטיקולרי?** אינטרס לפתח תודעה לאומית ייחודית. לדוגמה, הבריטים אוהבים את הגישה הזו בכדי להדגיש כי המשפט הפלילי שלהם התפתח בצורה ייחודית ונפרדת משאר אירופה. בנוסף, ישנו רצון לקעקע את הגישה הקודמת- המשפט הפלילי כמו שאנו מכירים אותו כיום מבוסס על קונבנציות חדשות יחסית, והמשפט הפלילי והמשפט באופן כללי זה דבר שמשתנה מתקופה לתקופה. זה נכון, אך יש גם אלמנט של אמת בסיפור הראשון.

**מה כל זה אומר לנו על התפתחות המשפט הבינלאומי?**

1. גישה אוניברסלית- המשפט הבינלאומי נוצר מתוך המשפט הטבעי ועל בסיס פרקטיקות של גילדות שהדין שלהם היה חוצה גבולות (גילדת האבירים לדוגמה).
2. גישה פרטיקולרית- המשפט הטבעי לא יושם בשטח, ועם הזמן המשפט הבינלאומי התפתח הודות לדינים הסכמיים ופרקטיקות נוהגות שמטרתם להסדיר את ההתנהלות.

נקודה שמתפספסת בשני הסיפורים היא שדיני הלחימה בתקופה הזו הם במידה רבה היו תמונת ראי קולקטיבית של המשפט הפלילי הגרמני; יש סוג מלחמה אחד שהוא אנלוגי לנקמת דם ובו חלים דיני לחימה ויש סוג שני של לחימה, שההשקפה היא שהוא נגד פורעי חוק ולכן לא מתקיימים חוקים, למשל נגד מורדים או פירטים. נרחיב על כך בהמשך.

**עליית המדינה:**

הרעיון החשוב הראשון שצומח, שכבר הזכרנו, זה המדינה. האגדה מספרת שהמדינה נולדה בשנת 1649, במסגרת הסכמי ווסטפליה, שסיימו את מלחמת שלושים השנים. הטענה היא שבאותו השלב הנסיכויות שהיו כפופות לאימפריה הרומית דרשו עצמאות ומהנסיכויות הללו התפתחו המדינות המודרניות באירופה, ומשם רעיון זה התפזר בעולם. הסיפור הזה, לדעת המרצה, הוא קשקוש- בפועל המדינה מתגבשת באופן הדרגתי בתהליך ארוך, שמתחיל בשלהי ימי הביניים וששיאו בסוף המאה ה-19. בשלב זה, אנשים שרוצים לקדם את רעיון המדינה המודרנית ממציאים את האגדה על ווסטפליה כדי לתת למדינה הילה של מוסד עתיק יומין- האם יכולים לעשות זאת אז ולא לפני? כיוון שהאימפריה הרומית הקדושה קיימת בפועל עד 1806, אם הם היו ממציאים את האגדה הזו מוקדם יותר, הם היו נתקלים באנשים שזוכרים את האימפריה הרומית וידוע להם על מציאות אחרת.

מה שאנו רואים זה תהליך הדרגתי של אותם שליטי ביניים של התנערות מכפיפות לכנסייה ולקיסר הרומי הקדוש מצד אחד, והכפפה של מוסדות שיפוטיים נמוכים יותר אליהם מצד שני; ראינו את זה בהקשר הבינלאומי עם המעבר משלום כללי לשלום המלך ולשלום הציבור במובנו הנוכחי. בשלב הראשון נטען שעליונות המלך היא רצון האל, ששם את המלך על כס המלכות. עליית המלך הובילה לביטול מוסדות שיפוטיים מתחרים, וכך 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. עליית המלך קידמה גם תפיסה לפיה המלך שונה משאר הנתינים, שכן יש לו קשר מיוחד לאל. ישנם תחומים שבהם המלך ריבון באופן מוחלט, אך גם נוצר צורך במערכת משפט בינלאומי כדי לנהל יחסים בין מדינות. בהדרגה, הקשר לאל והמשפט הטבעי נזנחים, ומוחלפים על ידי רצון הנסיכים/המדינות. המערכת מבוססת על וולונטריות; "משפט הטבע" הופך ל"דיני האומות" (Law of Nations).

תהליך דומה קורה במשפט הבינלאומי, כאשר שיאו יגיע רק במאה ה-19, כאשר יבואו ויגידו כי המשפט הבינלאומי הוא שונה מהמשפט המדינתי והוא בא להסדיר יחסים בין גורמים מיוחדים- בהתחלה הדיון יהיה על כך שהגורמים המיוחדים האלה הם המלכים, עקב האחריות המיוחדת שלהם, ובהדרגה ככל המדינה תהפוך להיות ישות תאגידית, הדיבור יהיה כי המשפט הבינלאומי נועד לפנות למדינות.

**אז למה הומצא "שקר ווסטפליה"?** במאה ה-19 מלכים באירופה ניסו להתנגד למשפט הבינלאומי שהגביל אותם, ולכן הם טענו שהמדינה הייתה קיימת מאז ומעולם וזהו המצב הטבעי של הדברים, וכך המלכים ניצלו את "הזיכרון הקצר" של העם. ומדוע השקר הזה מופרך כעת? ראשית, כי הוא באמת שגוי (ועדיף מאוחר מאשר אף פעם), ושנית כי פריחת המשפט הבינלאומי בעשורים האחרונים מסייעת להפרחת המיתוס. אם המערכת המדינתית הייתה "המצב הטבעי", אז קל יותר להתנגד למשפט הבינלאומי, אך אם המשפט משתנה עם הזמן, קשה יותר להתנגד לעליית המשפט הבינלאומי.

20.04.21

**הרצאה מס' 5- הומניזם והרעיונות שצמחו ממנו:**

**רציונליזם וחילון- משפט טבעי מבוסס לוגיקה, האמנה החברתית ושיח זכויות אוניברסלי:**

יחד עם התהליך, עליו דיברנו בהרצאה הקודמת, 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. יתר על כן, מדובר בהתפתחות של השקפה לפיה מה שמייחד את האדם הוא העובדה שיש לו עולם פנימי בו הוא מסוגל לבצע הליך מחשבתי רציונלי.

חרף העובדה שרעיונות כאלו 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 אקווינוס** במאה ה-13, לפיה את תוכניתו של האל ניתן לגלות לא רק בדרך של קריאה בספר הקודש, אלא גם בקריאה בספר הטבע. משמע, בעזרת שימוש במחשבה רציונלית ניתן לגלות את רצונו של האל כפי שרצון זה בא לידי ביטוי בטבע, לרבות בטבע האנושי (התנהגות ומחשבה אנושית). רעיון זה הוביל לפריחה המדעית של הרנסנס.

לאחר מכן, האל יוצא באופן הדרגתי לחלוטין מהתמונה, ובמקומו מושם דגש על ההליך הרציונלי. כך, למשל, **גרוטיוס** שנחשב אבי המשפט הבינלאומי המודרני, נחשב כך, בין השאר, מכיוון שב-1625 בספרו המפורסם ("על דיני השלום והמלחמה: שלושה ספרים"), אשר היה בעל השפעה אדירה על התפתחות המשפט הבינלאומי, הוא מציג טיעון פילוסופי בדבר מדוע קיימת חובה מוסרית/משפטית לציית למשפט הבינלאומי, ואת הדיון בטיעון האמור 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 שעניינים של בני האדם אינם מעניינים אותו כלל"; כך אפשר לראות, לאור העובדה שתהליך החילון בעיקרו קורה במאה ה-19, שמדובר בתהליך מאוד-מאוד הדרגתי, שקשה מאוד לזהות לו נקודת התחלה או נקודת סיום ברורה.

**השפעת ההומניזם והחילון על המשפט הפלילי המדינתי 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 לעלייה האמורה היא שמעצם כך שאנשים מתנהגים באופן עקבי, מדובר בסימן שזה רצון האל שבאה לידי ביטוי בטבע האנושי- אותו גילינו באמצעות שימוש בשכל. בפועל, אם הבסיס לחוק הוא התנהגות אנושית הנחשפת על ידי תצפיות, הרי שזו תחילתו של בסיס חילוני לחוק. לאחר מכן, הבסיס נהיה חילוני לחלוטין- לאדם יש רצון חופשי ויכולת לבצע הליך חשיבה רציונלי, לכן הבסיס של הדין צריך להיות או בחירה אנושית או מסקנה שזה צריך להיות הדין, על סמך לוגיקה רציונלית- דבר המעלה את מעמד הדין הפוזיטיבי ומוריד את מעמד המשפט הטבעי.

**מבחינת המשפט הפלילי:**

תהליך החילון והרציונליזם הוביל לשינוי בנוגע לבסיס להטלת אשם פלילי על אדם. קיימות מספר גרסות היסטוריות לשינויים בהשקפה בדבר מהו הבסיס לאשם, כאשר הסיפור ההיסטורי המקובל ביותר מדבר על מעבר הדרגתי מהסתמכות על יסוד "אובייקטיבי" (חיצוני) כבסיס לאשם להסתמכות על יסוד סובייקטיבי (פנימי-פסיכולוגי-נפשי) כבסיס לאשם. על פי סיפור זה, השקפות מוסריות קדומות ראו באלמנטים העובדתיים-חיצוניים (משמע, בתוצאה או במעשה) את העיקר מבחינת הבסיס להטלת אחריות/אשם. משמע, כאשר נגרם נזק או לחילופין כאשר נעשה מעשה מסוים שנחשב לפסול, השקפות שכאלו האמינו שהופר בעולם המאזן "האובייקטיבי" ("הקוסמי") בין טוב לרע, וכדי להשיבו נדרש ביצוע של מעשה גמולי. הענישה הפלילית נחשבת למנגנון גמולי אחד כזה, והיו גם אחרים (בהקשרים מסוימים העלאת "קורבן" היוותה גם דוגמה למנגנון אחר גמולי "מאזן" כזה). בנוסף, כפי שכבר צוין, השקפות אלו האמינו גם שהחוק האלוהי, דרכו הוא מבצע את תוכניתו, חל על כל הפרטים ביקום, ולכן לא יחסו אותו מקום לנפש האדם כדבר שמייחד אותו מהעצמים ומהחיות, וכבסיס לאשם.

לאור זאת מערכות משפט שנסמכו על השקפות שכאלו:

1. ראו פחות פסול בהטלת "סנקציות" על אנשים שלא ביצעו את המעשה. לפיכך, מערכות שכאלו אפשרו למשל מנגנון "נקמת דם" (הריגה של אדם לא אשם מהחמולה של האדם האשם, אם כי יצוין כי היום קיימים גם רציונלים אחרים בבסיס המנגנון), ו/או הליכים אחרים שנועדו לאזן בין טוב לרע שהן לבטח גמוליים, והם גם במידה מסוימת מטילים "סנקציה" על אדם שלא ביצע את המעשה (למשל מנגנון ה-TITH שהיה קיים באירופה בימי הביניים).
2. מערכות משפט שכאלו, במקומות שונים, גם לא ראו פסול להעניש אנשים שלא היו מודעים לכך שהם מפרים את הדין. למשל, בדין השבטי הגרמני 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 שבכנסייה התפתחו השקפות של אשם סובייקטיבי שתלוי בכוונות נפש האדם. יש לשים לב, שזה מוחלף כבר לפני הרנסנס, עדות לכך שכל ניסיון לבצע חלוקה יפה לתקופות הוא פשטני- תמיד זה בתהליכים הדרגתיים, כשלרוב מספר השקפות סותרות משפיעות על המערכת בכל זמן נתון.
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, ברח ולא נתפס (כפתרון שנועד לסייע לאזן קצת את האיזון בין טוב לרע בהיעדר אפשרות להעניש את האדם עצמו). כך למשל גם פעמון הכנסייה שנפל על הבן של הצאר והרג אותו הוגלה לסיביר בשנת 1591.

לפי סיפור היסטורי זה, שימת הדגש על נפשו הרציונלית של האדם, הובילה להתפתחות של דרישה ברורה למנס-ריאה לצורך אשם וכן לשינוי במאפייני האקטוס ראוס. משמע, מבחינת היסוד העובדתי הליך הרציונליזציה הוביל למעבר הדרגתי, שנמשך כיום, מעבירות תוצאה לעבירות התנהגות, ומבחינת היסוד העובדתי הרציונליזציה הובילה:

1. להתפתחותו של העיקרון על פיו האשם נקבע רק במידה והתקיים היסוד הנפשי הנדרש;
2. למתן מקום נרחב יותר להגנות שבסיסן הרעיון שהאדם היה חסר מנס-ראיה (אי שפיות, טעות, כורח);
3. ליצירת בידול בין עבירות שקודם לכן נחשבו לעבירה אחת כי הייתה להם אותה תוצאה על סמך שוני ביסוד הנפשי (לדוגמה המעבר בשבטים הגרמניים, עליהם 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 קו פרשת המים מבחינת השינויים האמורים בדבר היסוד העובדתי והיסוד הנפשי. הבעיה בגרסה זו היא שהיא אינה 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. העובדה 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" (כגון בתנ"ך, בברית החדשה ובמקורות כתובים נוספים שהתיאולוגיה הנוצרית ראתה בהם ככאלו שזכו לברכת האל. הכוונה היא, בעיקר לדין הרומי, כפי שזה פורש על ידי התיאולוגיה הנוצרית של ימי הביניים). המשפט הבינלאומי המנהגי החל לזכות למקום של כבוד על סמך טענה, שנסמכה על ההשקפה שפיתחו **אקווינוס** ואחרים, לפיה המשפט הבינלאומי המנהגי (The law of nations and nature) מהווה חלק מספר הטבע שנכתב על ידי האל, ולכן יש לו מעמד מחייב באותה המידה כמו לדיני המשפט הבינלאומי שניתן לאתר בספרים "המקודשים".

ככל שהליך החילון גבר, ניתן מקום יותר גדול לרצון החופשי של המלכים (ולאחר מכן של המדינות). המשפט הטבעי נסוג. הבסיסים לחובת הציות למשפט הבינלאומי, כמו גם לאופנים שבהם מאתרים את הנורמות של המשפט הבינלאומי, הפכו להיות בהדרגה כאלו הנסמכים על יסודות אינדיבידואלים והסכמה, ולכן ניתן מקום גדול יותר של כבוד לדין ההסכמי- משמע לאמנות בינלאומיות. תהליך זה ערער לא רק את מקור הסכמות של המשפט הבינלאומי שמקורו בהגות (אלו שנחשבו לדינים שמקורם בספרים "מקודשים"), אלא גם של הדין המנהגי שכן היכן ההסכמה במנהג?

כדי לפצות על כך פותחה הדרישה של OPINIO JURIS לצורך הכרה בדין מנהגי. במילים אחרות, פותח הכלל המשפטי לפיו כדי שנקבע שקיים דין בינלאומי מנהגי, בנוסף לדרישה שמדובר בפרקטיקה בינלאומית מקובלת נוסיף אלמנט נוסף והוא שההתנהגות נובעת מכך שהגורמים הנוהגים פועלים כפי שהם פועלים כי הם מניחים כי קיימת חובה משפטית לנהוג כאמור. כך, 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. לאחר מכן, הוא מאומץ למשפט הבינלאומי, בתקופה בה המחשבה הייתה על היסוד הנפשי בעיקר של ראש המדינה ("המלך"). אך שם, באופן הדרגתי, עם עליית המדינה, הליך האיתור של ה-OPINIO JURIS הופך להיות בהדרגה הליך לאיתור היסוד הנפשי של ישות על-אנושית- המדינה.

לנו זה נראה מוזר, לחשוב על הנפש של המדינה, אך כמו שנראה כשנדבר על הלאומית, יש השקפות פילוסופיות שלהן זה נראה הרבה פחות מוזר. כמו כן, יש לשים לב שבעוד בימי הביניים המשפט המנהגי הוא ביטוי לרצון האל ובהתאמה הוא שואב את סמכותו ממקור עליון למדינות- כאן הבסיס הוא אופקי, והוא שואב את סמכותו מהסכמתם המשתמעת של המדינות (הרצון החופשי).

עד עכשיו דיברנו על השפעות שהיו להומניזם ולחילון וכעת נעבור לדבר על השפעות שהיו להשקפות שהתפתחו מתוך ההומניזם והחילון.

**משפט טבעי מבוסס לוגיקה:**

על אף הליך החילון ועליית המדינה לא ננטש המשפט הטבעי- משמע, 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 של האדם ואת ההליך הרציונלי שהוא מסוגל לבצע במחשבותיו. לאור זאת, בהשפעת הלוגיקה והמתמטיקה, מתפתחות פילוסופיות מוסר ותורות משפט המנסות להצדיק כללים משפטיים אוניברסליים (משפט טבעי) באמצעות הליך של הסקה לוגית. מלומד מרכזי בזרם הזה הוא **קאנט**. על פי השקפתו:

1. על ידי בחינה האם ניתן להפוך הוראת התנהגות מסוימת לכלל ניתן להגיע לחובות אשר הינן מוסריות ומחייבות את כולם (אפשרות להפוך דבר לציווי מוחלט);
2. האדם וההליך הרציונלי שהוא יכול לבצע במרכז, ולכן 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 הרציונלית של האדם להפר חובה.

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

1. בהשקפה זו קיימת התעלמות מוחלטת מהדין הפוזיטיבי. קאנט לא מספק הצדקה לדיני העונשין כפי שחוקק אותו הריבון במדינתו, אלא לדיני משפט פלילי אוניברסליים אשר לכאורה כל אדם יכול להסיק לבד באמצעות השימוש במוחו;
2. התעלמות מהמגוון האנושי ומקיומו של רלטיביזם מוסרי. משמע, יש כאן 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, על 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 יישמר, ונמשל לטענתו הוא שגם אם החברה האנושית מחליטה להתפרק היא חייבת כמעשה אחרון להוציא להורג את אחרון הרוצחים כדי שהמאזן המוסרי יישמר;
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 לפועל בכלל. יתר על כך, מדוע לא להעניש על סמך מאזן כולל של הטוב והרע בנפשו של האדם (הכנסת עדויות אופי כבר בשלב זה);
5. קושי ראייתי- איך מוכיחים את היסוד הנפשי?
6. פוטנציאל לאנרכיה- להשקפתו של **קאנט** הבסיס לאשם הוא הרצון לגרום לתוצאה לא מוסרית, וכאמור הוא לא נותן מעמד לדין הפוזיטיבי. בהקשר כזה, אם אנו מכירים בעובדה, שקאנט מתעלם ממנה, שקיים רלטיביזם מוסרי, הרי שהמשמעות היא שזה לא מוסרי להעניש אנשים שהפרו את החוק כי הם להשקפתם סברו כי הפרת החוק היא מעשה מוסרי. במילים אחרות, ברגע שאנו מכירים בעובדת קיומו של רלטיביזם מוסרי, קיים קושי על סמך הפילוסופיה של **קאנט** בענישה של אנרכיסטיים וסרבני מצפון. אך אם אנו מאפשרים לא להעניש אותם אנו פותחים פתח לאנרכיה.

**השפעה מרכזית שהייתה לפילוסופיה של קאנט על המשפט הבינלאומי-** כיוון שהרעיון של קאנט לא מוגבל להצדקת מערכת מדינתית, הוא אכן הוגה בנפשו מערכת משפט אוניברסלית. אך 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, כמו גם מהסיבה שמסוף המאה ה-18 (התקופה בה הוא חי) ועד לתחילת/אמצע המאה ה-20 אנו בתקופה בה המדינה היא הכוח העולה ולכן רעיונות בדבר מערכת משפט לא מדינתיות פחות תופסים. עם זאת, במהלך המאה ה-20 הרעיונות שלו בדבר מערכת משפט אוניברסלית מהווים מקור השראה ליצירת ארגונים בינלאומיים כגון חבר הלאומים, האו"ם והאיחוד האירופי.

**האמנה החברתית:**

הזרם התורת משפטי של "האמנה החברתית" מהווה זרם חשוב בהליך של חילון ורציונליזם אשר הושפע רבות מהרעיון, העומד בבסיס המחקר המדעי, של בדיקה אמפירית. בבסיס הרעיונות שפותחו על ידי זרם זה, עומדת בעצם המחשבה "האמפירית" 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, ולכן מנסה למצוא דרך להסיק את הסכמתם של בני אדם לקיומו של שלטון. הוא עושה זאת על ידי הנחה לפיה בנקודת ההתחלה היה קיים מצב טבעי והוא מנסה לאתר אילו כללים משפטיים אנשים יהיו מוכנים לאמץ כתנאי לנכונותם לעבור ממצב הטבע למצב של חברה מאורגנת.

כהערת צד יצוין כי ברעיון לפיו היה קיים "מצב טבע" התפתח במידה רבה תחת ההשפעה של תחילת הקולוניאליזם ובעיקר של גילוי אמריקה, וזאת בהשראת השקפה אירופית גזענית שהניחה כי לאנשים במקומות הללו שהאירופים "גילו" לא הייתה חברה מאורגנת והם חיו במצב טבע.

סיבה נוספת ופוליטית להתפתחות הזרם שנסמך על הרעיון של האמנה החברתית, היא שכפי שאמרנו 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. נסביר, כי חרף כך שיש מקורות קודמים יותר שנסמכו על רעיון זה, הרעיון של האמנה החברתית מפותח במידה רבה על ידי **הובס** כדי להצדיק את שלטון המלך ג'יימס השני במאבקו מול שלטון הרפורמציה שהיה מבוסס על אידיאולוגיה דתית.

עם זאת, ההסתמכות המלוכנית על רעיונות של אמנה חברתית התבררו כחרב פיפיות. עם הזמן, הלכה וגברה התמיכה בהשקפות אמנה חברתית המניחה כי גם במצב הטבע קיימות זכויות אדם מסוימות וכי האצלת הסמכות לריבון הינה מוגבלת. הפילוסוף הבולט ביותר שפיתח השקפה זו הוא **לוק** והוא במידה רבה פיתח את השקפתו בתגובה לזו של **הובס**. עם זאת, חשוב לציין כי עוד פילוסוף שפיתח השקפה שכזו וזאת לא רק לפני לוק אלא גם לפני הובס היה **גרוטיוס** שכבר הוזכר מקודם.

כיום אנו מתייחסים לרעיון של האמנה החברתית כלא-יותר מרעיון פילוסופי אקדמי. אך בתקופתו רעיון זה היווה מצע פוליטי מהפכני. לדוגמה, בבחירות שנערכו באנגליה בראשית המאה ה-18, לאחר חזרתו של השלטון המלכוני, התחרות הייתה 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 פיתוחם של אלמנטים פרטיקולריסטיים בכל מערכת משפט. הקוטב השני הוא קוטב אקטיביסטי וליברלי אשר נוטע מחדש עקרונות של משפט טבעי, בכך שהוא מניח שלאדם יש זכויות גם במצב הטבע, ממנו יצמחו תיאוריות אוניברסליות- 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 את הסמכות לעשות רק לריבון. האמנה החברתית נטעה במשפט הפלילי את שני המתחרים 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- 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, אך בפועל בכל מקרה נקודתי אנו מתלוננים למה אין חקיקה שמסדירה את הנושא.

**תועלתנות מול אשם מוסרי:**

* תועלתנות- השקפות מסוימות נסמכו על רעיון האמנה החברתית, כדי לפתח צידוקים תועלתניים (המתמקדים בהרתעה ו/או בשיקום) לענישה פלילית. לדידם, על פי האמנה החברתית האדם הוא רציונלי 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 הנשק שיש לאזנו בדרך גמולית. התועלתנים של אותה תקופה אף שיערו, שבשונה ממאזן, אשר כאמור לא ניתן לכמת, כן ניתן לבדוק בדרך מדעית את מידת ההרתעה. בנוסף הם הניחו כי האדם הוא רציונלי ולכן 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 את החוק מנצל את האמנה לרעה, הוא מקבל מיתרונותיה מבלי לספק את חלקו בעסקה- הוא מעין רוכב חופשי של החוזה שהוא האמנה החברתית והענישה הגמולית משיבה את האיזון. טיעון שכזה הנסמך על רעיון האמנה החברתית כדי להצדיק ענישה פלילית, בעצם מתנגד לשימוש בענישה פלילית לשם ההרתעה- 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 מצב הטבעי ו/או על הנחה בדבר אמנה חברתית רזה אפילו בזירה הבינלאומית. בהשראת הקונספט של האמנה החברתית מתפתחת ROUSEAU PORTALIS DORCTRINE, לפיה המשפט הבינלאומי אינו מסדיר יחסים אישיים בין בני אדם אלא יחסים שבסיסם אינם יחסים בין-אישיים אלא יחסים קניינים, רעיון שבהדרגה יתפתח להשקפה הרואה במשפט הבינלאומי מערכת משפט המסדירה את היחסים בין המדינות ורואה בהן כישויות מעין תאגידיות.

במקור **דוקטרינת רוסו-פורטייל** הומצאה לשם ביסוס האיסור על הריגה של שבויים, הפיכתם לעבדים או החרמת רכוש פרטי (איסור שקודם לכן נסמך על טיעונים תיאולוגיים). הדוקטרינה האמורה טענה כי אסור לבצע מעשים אלו שכן המלחמה מהווה סכסוך בין המדינות, שהן כאמור ישויות קנייניות, ולא בין האנשים, ולכן מי שלא מעורב בלחימה או חדל מלהיות מעורב בלחימה אינו צד יותר לסכסוך ולכן לא ניתן לפגוע בו.

**הקשיים ברעיון האמנה החברתית:**

1. האמנה החברתית היא לא באמת דבר 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 **וויליאם וולס** הסקוטי (1305) 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 אוניברסלי:**

שיח הזכויות האוניברסלי, שהבסיס הפילוסופי שלו הגיע לשיא במאה ה-20 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, אך הם לא יודעים למי מביניהם יהיה איזה אינטרס. יש לציין כי האוניברסליזציה של רעיון האמנה החברתית, הייתה תהליך הדרגתי, ולא דבר שהתחיל במאה ה-20. כך, למשל כבר במהפכה הצרפתית ניתנה ההכרזה בדבר זכויות האדם האזרח (1789). מנגד, אפילו **רולס** מתקשה להכליל את רעיון מסך הבערות לרמה של המשפט הבינלאומי, אם כי אחרים כן עושים זאת.

**הקושי הוא ששיח הזכויות האוניברסלי** לא פותר באמת את הבעיה של רלטיביזם מוסרי. למשל, מה סוג האנשים שאנו 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 היעדר יכולת הכרעה בדבר רמת הכללה שראוי להניח שקיימת בנוגע לאנשים מאחורי מסך הבערות בא 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 להניח שהמדינה חייבת להתקיים אף מאחורי מסך הבערות? או 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 אנו מתנתקים יותר מהעולם האמיתי והופכים להיות שוב משפט טבעי המנותק מהמצב הנוהג בפועל.

26.04.21

**הרצאה מס' 6- שמרנות, רומנטיקה, לאומיות ופוזיטיביזם:**

**איפה אנו עומדים בציר הזמן?**

פחות או יותר במאה ה-18; עזבנו את הדיון בהרצאה הקודמת בבחירות שנערכו בראשית המאה ה-18 באנגליה, בה מפלגה אחת תומכת ברעיון האמנה החברתית ומפלגה אחת תומכת ברעיון זכויות המלכים. המאה הזו מאופיינת במאבקים בין רעיונות האמנה החברתית לבין רעיונות התומכים בסמכויות המלכים מטעם האלים. בשלב זה המלכים מצליחים להחליש את האימפריה הרומית ואת הכנסייה, כך שאין להם הרבה גורמים שמתכתיבים להם איך להתנהל מלמעלה, אך מתחתיהם יש הרבה מערכות משפט שלא מייצר המלך מצד אחד והעם מהצד השני.

מה שיקרה עד סוף המאה ה-18 זו המהפכה הצרפתית (וגם המהפכה האמריקאית) שמזעזעת את כל היסודות של אירופה, שכן היא מציפה כמה רעיונות, שהתפתחו בצד הליברלי והאנטי-מלוכני. **רעיון אחד** הוא הרעיון הלאומני-רומנטי שמדבר על העם כעל איזו שהיא ישות בעלת חשיבות- האדם הוא לא רק אותו אינדיבידואל מנוכר ושזהה לחלוטין בתכונותיו ויש לו השפעות שנובעות מהחברה והתרבות שלו. רעיון זה שולל את המלך כדמות המרכזית ומציב את העם במרכז. **רעיון שני**, שגם עליו נדבר בהרצאה, הוא הפורמליזם שיש לו שורשים מאוד ארוכים ותמיד מי שדחף אותו הוא מי ששלט בעיצוב הדין הפוזיטיבי הקיים. מלכים דחפו את הגישה הזו כנגד שליטת הכנסייה ובמהפכה הצרפתית הליברלים ידחפו את הגישה הזו כנגד הכנסייה אך גם כנגד המלך.

**רומנטיקה ולאומנות:**

בסוף המהפכה הצרפתית, נכון לנקודת הזמן של 1815, הצד המלוכני הוא הצד המנצח והלא-ליברלי ועל רקע זה צומחים רעיונות, שיש להם כבר ניצנים בתוך המהפכה הצרפתית, שמגיבים לקשיים ולהשקפות ההומניסטיות ולזרמים הללו, שיש לנו נטייה מעט לשכוח אותם כיום, הייתה השפעה אדירה על מערכות המשפט כמו שאנו מכירים.

מה הן אותן שני נקודות חולשה מרכזיות שנתמקד בהן בגישות אלו:

* הן מתעלמות במידה רבה מרלטיביזם מוסרי ומשונות חברתית והן מתבססות על הנחה שכל האנשים הן בעלי אותן תכונות. על איזה אדם אותם פילוסופים חושבים בפועל? על אדם אירופאי, לבן, זכר, במצב כלכלי לא רע ככל הנראה.
* הן הגזימו במידה בה ציות לחוק נובע משיקולים אינדיבידואליים-רציונלים. לרוב החוקים אנשים מצייתים ללא מחשבה רבה, אלא מתוך הרגל. הגישות הניחו הנחות רציונליות להסבר מדוע אדם מציית לחוק (עלות מול תועלת וכו'- יש מעט מאוד פשעים שמתנהלים ככה).

לפיכך, הזרמים הללו מניחים את ההנחה שהאדם הוא יציר של מסורת ספציפית ותרבות ספציפית, ולכן גישות אלו שמו דגש על התרבויות הלאומיות ומאוחר יותר- על לאומנות. מהר מאוד המלכים מבינים שיש להם הזדמנות לבסס שלטון חילוני ולכן הם ייצרו מיתוס לפיו הם המייצגים של העם, דבר הדורש מעט "עריכה היסטורית". עם זאת, הם מצליחים לעשות זאת. זה קל בעיקר כאשר המנהיגים הם מנהיגים לאומיים ולא מלוכניים.

הגישות הרומנטיות והגישות שצמחו מהן בעצם חולקות, במידה המשתנה בין גישה לגישה על הנחות היסוד של ההומניזם והאינדיבידואליזם. בקיצון יש לנו עמדות לאומניות שראו באדם רק "איבר" בגוף גדול יותר- שהוא הישות הלאומית.

**השפעת הגישות על המשפט הפלילי:**

מה שאנו רואים במשפט הפלילי זו התמקדות בפרטיקולרי. 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 ההשקפה לפיה החוק צריך לבטא את המסורת ואת ה"רוח" של העם שעבורו הוא נחקק.
2. נטען שאנשים מצייתים לחוקים שמבטאים את ערכי החברה שלהם > הסיבה לכך היא שאנשים מפנימים את הכללים החברתיים שמיוחדים לחברה בה הם גדלו במסגרת תהליך הסוציאליזציה.

**מה הבעיה בתיאור הזה, לפיו החוק מייצג ערכים משותפים ואנו מצייתים בגלל קונצנזוס?** סיפור זה במקרה הטוב הוא נכון למספר מאוד בודד של עבירות. יש מספר קשיים בהשקפת העולם הרומנטית:

* יש בסיס משותף לכל מערכות המשפט האירופאיות (כי כולם מעתיקים), ואף למרבית המערכות המשפטיות בעולם (עקב קולוניאליזם);
* ה"רוח" של העם, בדרך כלל מורכבת מהרוח של חלק קטן מהעם, שכן היא מבטאת את השקפתם של פלחים שונים מהאוכלוסייה;
* גישות לאומניות קיצוניות, עשויות להפליל בלי צורך באשם או אף במעשה ספציפי, אלא רק על בסיס "אופי המסכן את הציבור".

**השפעות הגישות על המשפט הבינלאומי:**

גישות אלו השפיעו גם על המשפט הבינלאומי- עמדות לאומניות קיצוניות מובילות לכך שמתייחסים למדינה כאל ישות אורגנית. מטרת המדינה היא לקדם את ההיסטוריה באמצעות מאבק, כאשר בכל תקופה יש עם שנושא את "רוח הזמן". בעת עליית הפשיזם, השקפה לפיה עמים נועדו להילחם זה בזה, והעם החזק ביותר מנצח וממשיך לפתח את האנושות (דטרמיניזם דרוויניסטי)- כך העולם נגרר לשתי מלחמות עולם, ושום חוק לא צריך להפריע למלחמה הזו, המשקפת מעשה טוב בבסיסו. בסופו של דבר, התוצאות הקשות של עליית הפשיזם והנאציזם מובילים לנטישה של אלמנטים לאומיים לא-ליברלים במישור המדינתי והבינלאומי.

עמדות לאומניות מתונות יותר 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 משותפות. ההשקפה השמרנית קודמה גם משום שמדינות מלוכניות ניסו להימנע ממהפכה צרפתית נוספת. כך, נוצר בסיס חזק לדין בינלאומי הסכמי; בסיס זה יוביל בעתיד להכרה בזכות להגדרה עצמית ובצורך להכיר בשונות תרבותית.

יחד עם זאת, יהיה לכך צד אפל, שכן אם אנו מגדירים את חלק מהאומות "אומות בנות תרבות", אנו ככל הנראה מתייחסים לשאר כאומות לא תרבותיות, ודבר זה גורר יחס בעייתי. כך, הקולוניאליזם הוסבר כאמצעי להפיץ תרבות נאורה בקרב אומות לא מתורבתות ולא מפותחות.

אך עדיין נותרו קשיים:

1. הגישות הללו לא שמות את האדם במרכז המערכת המשפטית, אלא את המדינות;
2. אין התחשבות ברצון החופשי של האדם ואין מחשבה על זכויות אדם;
3. הצידוק שאנו מספקים לציות למשפט הבינלאומי הוא לא יסוד רציונלי אלא תרבות משותפת, שלא בטוח קיימת.

**פוזיטיביזם:**

כמובן שקשיים של גישה אחת מובילים אותנו לגישה אחרת, אשר נסמכת על דברים שפותחו בגישה הראשונה אך מנסה להגיב לכשלים ולקשיים הקיימים בה. הגישה המתפתחת היא **פוזיטיביזם** שמתחילה לפרוח החל מאמצע המאה ה-19, אשר שמה דגש על רציונליות. לראשונה, המשפט הופך לדיסציפלינה מדעית נפרדת. נוצרת הבחנה בין המבט "הפנימי" של המשפט על עצמו לבין המבט "החיצוני" שבוחן את המשפט באמצעות דיסציפלינות אחרות. יש תחומים שעתה הם "מחוץ לתחום" מבחינת המשפט.

במשפט המדינתי **קלזן** מפתח את רעיון הנורמה הבסיסית, שמהווה מוסכמה חברתית (לא משפטית) שהיא מקור הסמכות לנורמות משפטיות. במשפט הבינלאומי מתפתחת השקפה לפיה הישרדות המדינה לא יכולה להיות מוסדרת על ידי המשפט, ולכן המשפט הבינלאומי לא חל כאשר קיום המדינה בסכנה (בעת צורך לאומי אפשר להפר את כל המשפט הבינלאומי).

לפי הפוזיטיביזם, כדי לדעת מה הדין, אנו לא בוחנים את הנורמות הלאומיות וכד', אלא צריך לבחון את המצב הקיים בפועל. בפועל, לטענת הפוזיטיביסטים יש ריבונים אשר קובעים את החוק- מי הוא הריבון? מי שביכולתו לאכוף את החוק ולהטיל סנקציה. כיצד נזהה נורמות משותפות במשפט הבינלאומי? נסתכל על החוקים הקיימים, נסיק עקרונות ומהעקרונות נשליך לאחר מכן כללים.

**איך מזהים מה הדין?** אנו לא הולכים לנורמות לאומיות ולא נמצאים מאחורי מסך של בערות, אלא אנו מסתכלים מה קורה בפועל. לטענתם, בפועל יש ריבונים שקובעים חוקים ואוכפים אותם. איך אנו מזהים את הריבונים? מי שמסוגל לקבוע את החוק ולהטיל סנקציות, לפי **אוסטין**. כיצד נסיק מהן הנורמות? הנחת הבסיס של הגישה הפוזיטיביסטית מורכבת מגישה אינדוקטיבית, לפיה בחינה של מקרים ספציפיים מובילה לעיקרון-על, ומגישה דדוקטיבית, לפיה עיקרון העל חל על כל המקרים.

בפוזיטיביזם יש מתח בנוי בין נטייה אוניברסלית לבין נטייה פרטיקולרית, וזה מודגש היטב בספרו של **גבריאל הלוי**:

* אוניברסליות- הכרה בכך שהמדע בנוי על עקרונות רחבים שאמורים לחול בכמה שיותר מקרים, ולכן הדין צריך להיות דומה ברוב המערכות המשפטיות;
* פרטיקולריות- המשפט בחלק ממדעי החברה הוא תוצר של החברה הספציפית, ולכן הדין צריך להיות שונה ברוב המערכות המשפטיות.

אחד הרעיונות המסדרים בפוזיטיביזם היא **תזת ההתאמה**. הנחת היסוד שלה היא כי לגישת הפוזיטיביזם חוקי המשפט לא קובעים מה חוקי או לא, אלא מה קיים ביקום המשפטי ומה לא. על כן, כל נורמה משפטית שואבת את הסמכות שלה מנורמה כללית יותר. הקושי הוא שכאשר שתי מערכות משפטיות מתנגשות נוצר פרדוקס-

* הכרה במערכת המקבילה, תוביל להיטמעות באותה המערכת;
* התעלמות מהמערכת המקבילה תוביל לפרדוקס, שכן יש כלל שקיים ואינו קיים בו-זמנית.

הפתרון שמפותח על ידי פוזיטיביסטים רבים הוא הפרדת כוחות, לפיו כל מערכת היא עולם נפרד וחלה כלפי ציבור שונה (ב"יקום" שונה) ובמידה ויש חפיפה, כל אחת מהמערכות מצהירה שהיא עליונה וכלליה הם שתקפים.

**השפעת הפוזיטיביזם על המשפט הפלילי:**

1. הפוזיטיביזם מקבע בלעדיות. השינוי מתחיל מ**אוסטין** שגורס כי ההשקפה שמשפט נקבע רק על ידי הריבון, מקנה מעמד בלעדי למשפט הפורמלי.
2. הפוזיטיביזם דורש קודיפיקציה. שאיפה זו משותפת גם לתפיסות הרומנטיות והלאומניות. הקודיפיקציה כוללת:

* אלמנט אוניברסלי- הקודיפיקציה מאפשרת אימוץ של עקרונות אוניברסליים שחלים ללא תלות בזמן או במקום;
* אלמנט פרטיקולרי- גם לפי השקפה שרואה במשפט מדע שתלוי בחברה, יש רצון לחשוף נורמות שמהוות קונצנזוס חברתי.

1. גישות סוציולוגיות התפתחו:

* לפי **דורקהיים**, המשפט הפלילי מורכב מנורמות של הסדרה חברתית שמבוססות על קונצנזוס ונועדו לשמור על הרמוניה בחברה.

1. לפי תזת ההתאמה גם במשפט הפלילי, כל מערכת משפטית היא "יקום" בפני עצמה ואין בה מעמד לנורמות מ"יקום" מתחרה. לכן, תזת ההתאמה גורמת לכך שהמשפט הפלילי נתפס כיקום נפרד.

**השפעת הפוזיטיביזם על המשפט הבינלאומי:**

הפוזיטיביזם לא מתחיל במאה ה-19, אלא במשך מאות שנים יש לנו מאבק בין שלוש מחנות במשפט הבינלאומי:

1. מחנה אחד טוען שהמשפט הבינלאומי מבוסס על משפט הטבע;
2. מחנה שני טוען שיש לזהות את הדין הבינלאומי לפיו הפרקטיקה הנוהגת של מדינות;
3. מחנה שלישי תמך בשילוב של שני בסיסי המשפט שלעיל.

תור הזהב של הפוזיטיביזם, הנמשך החל מהאמצע המאה ה-19 ועד המחצית הראשונה של המאה ה-20, מוביל לניצחון, לפחות באותה התקופה, של הקבוצה השנייה. לאחר מלחמת העולם השנייה גרסות מודרניות של המחנה השלישי שוב יזכו להובלה (אך אנו מקדימים את המאוחר).

צריך להבין שלא סתם לאחר מלחמות העולם ישנה חזרה למשפט טבעי, שכן הפוזיטיביזם, לפי התיאוריה של **אוסטין**, יוצר משבר במשפט הבינלאומי. בעקבותיה נטען שבגלל שבמערכת הבינלאומית אין ריבון, המשפט הבינלאומי אינו "משפט", אלא "כללי נימוס". מדובר בפגיעה משמעותית לצידוק למשפט הבינלאומי, ובמיוחד למשפט הפלילי הבינלאומי, כיוון שמשפט פלילי בהגדרה הוא הדבר ש"על בטוח" נראה כי הוא צריך לציית לתיאור של אוסטין- זה המקום שבטוח יש סנקציה; יש נורמה שלצידה סנקציה. ולכן, כמו ש**אוסטין** אומר באופן כללי על כל המשפט, יש לנו את **סטיבן** שאומר שלא יכול להיות דבר כזה הפרה פלילית של דיני הלחימה, כי אין כאן פגיעה ב"שלום המלך" והנורמות הללו לא מבוססות על רעיון של "שלום המלך", אין פגיעה באינטרס של הריבון ובנורמה שנקבעה על ידו. הם מנסים "להרוג" את המשפט הפלילי הבינלאומי.

גם תזת ההתאמה גורמת למשבר במשפט הבינלאומי, שכן בניגוד למערכת המשפט המדינתית, המשפט הבינלאומי חל בכל העולם ולכן נוצר חיכוך תמידי בינו לבין המדינה. גם הטענה שיש דברים חיצוניים למשפט יוצרת קושי, שכן זה יוצר מצב שבו המדינות מפתחות דוקטרינה שאומרת שהן יכולות להתנער מהמשפט הבינלאומי מתי שהן רוצות לאור צורך מדינתי/הישרדות המדינה (מדינה במשבר).

**מענה לקשיים הללו-** עם הזמן מתפתחים במשפט הבינלאומי שלושה ניסיונות לענות על הקשיים שמעלה הפוזיטיביזם באמצעות כלים של הפוזיטיביזם:

1. הצטרפות לגישה המכלילה בגישה הפוזיטיביסטית- לפי חלק מהדעות, לאור כך שהמשפט הבינלאומי כללי יותר, הוא עליון על פני הדין המדינתי. לפי גרסה נוספת של **קלזן**, למשפט הבינלאומי יש נורמה יסודית לפיה יש לכבד הסכמים. כל המדינות שואבות את סמכותן מהמשפט הבינלאומי, ולכן למשפט הבינלאומי עליונות על פני הדין המדינתי. הבעיה היא שהמדינות לא רואות כך את הדברים, ולכן עדיין יש בעיה בהיבט של תזת ההתאמה.
2. יש תמיכה גוברת במשפט הטבעי כבסיס למשפט הבינלאומי, ונטען שגם נורמות מדינתיות לא עומדות בתנאים של **אוסטין**. כמו שכבר אמרנו מדובר בפריחה מחודשת במיוחד בתגובה למלחמות העולם.
3. פיתוח דואליזם חזק (גישה רווחת עד אמצע המאה ה-20). מדובר בשתי מערכות נפרדות שונות. המשפט הבינלאומי חל כלפי מדינות, והדין המדינתי כלפי פרטים. בהשקפה זו יש דגש על פוזיטיביזם וולונטריות. הדין נוצר על ידי הסכמה של מדינות, ונטען שגם המקור למנהגים הוא הסכמי. הקושי הוא שמדינות יכולות להשתחרר מהתחייבות בקלות, והצידוק למשפט הבינלאומי מעורער. התוצאה היא קודיפיקציה בכל תחומי המשפט הבינלאומי וכך נוצרת מתיחות חדשה-ישנה:
4. אוניברסליות- הסדרה כללית על ידי מנהגים ואמנות דקלרטיביות;
5. פרטיקולריות- הסכמות מקומיות בין מדינות מעורבות.

03.05.21

**הרצאה מס' 7- ריאליזם וגישות ביקורתיות:**

כעת אנו במאה ה-20, ריאליזם אומר שהפוזיטיביזם זה "בולשיט", שכן הם אומרים שהחוק ברור ואפשר ללכת על פיו. אך החוק לא ברור ומי שקובע מה אומר החוק אלו השופטים ומה שהם עושים בפועל. בנוסף, יש מה שהוא מקומם בפוזיטיביזם, שכן מטרתו היא לשים את האדם במרכז, אך כעת הוא מוציא את האדם מהמרכז ושם את החוק במרכז. הריאליסטים אומרים שיש להסתכל מה החוק אומר ועושה בפועל וכיצד הוא משפיע באמת עלינו. אולם את הפוזיטיביסטים לא מעניין מה מדעים אחרים אומרים; ריאליסטים אומרים שיש לפנות 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 ה-20 וישנה פריחה מחודשת בשנות ה-60 המושפעת מפריחה של דיספרזות החברה מודרנית. הפסיכולוגיה והסוציולוגיה של אותה תקופה מאמינות שהאדם הוא טוב בבסיסו, ואם הוא לא טוב אפשר לחנך אותו ולהפוך אותו לטוב- זו שאיפה כללית לקידמה.

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

1. השאיפה לנסות להבין מה החוק עושה בפועל; זה שאנו רגילים אל החוק והוא נראה טוב על הנייר, לא אומר שהוא צריך להישאר. צריך לבחון מה ההשפעה של החוק בפועל ולפי זה להחליט אם אנו רוצים אותו או רוצים לקבוע חוק אחר או רוצים לשנות אותו. גם כאן יש מתח בין הלכות אוניברסליות- אמונה בסיסית בטובו של האדם, ומנגד מהצד הפרטיקולרי, צריך לבדוק מה החוק הזה עושה בחברה הזו בזמן הנוכחי, האם הוא מתאים לתקופת הזמן הזו, כפי שאומר **הולמס**.
2. המחשבה שהמדינה צריכה להיות אקטיבית- הריאליזם נוטה לתמיכה בחקיקה אקטיבית, שכן החוק נתפס ככלי שיש בכוחו לשפר את החברה. יש פריחה ביצירה של מוסדות שלטוניים שמטרתם לגרום לשיפור החברה באופן אקטיבי באמצעות חקיקה.

בעיה שקיימת בריאליזם היא שברגע שהיא נסמכת על דיספרזות של מדעי החברה, היא במידה רבה מוותרת על ההנחה 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 במעשיו; 2. הרתעה- אין טעם להרתיע אנשים שלא מחשבים עלות-תועלת. אולם, **בגישות הריאליסטיות מושם דגש על תכלית אחרת לענישה- השיקום**. בכך, גם אם יש ספק אם האדם הוא רציונל או לא, צריך להפעיל שיקום ובכך לשנות את התנהגותו. בהמשך, המעבר הוא מבסיס שיקומי לבסיס מניעתי מאוד חזק.

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

**סיכום ביניים,** שיעזור לנו להבין את הרקע לצמיחת הגישות הביקורתיות:

עד כה ראינו מספר הנחות יסוד סותרות שמהוות בסיס למשפט הפלילי או למשפט הבינלאומי או לשניהם-

1. אחד מהבסיסים לקיומה של מערכת משפט זה זכויות אדם והרעיון הוא ליצור מערכת שתשרת את זכויות האדם. 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 במשפט הבינלאומי או שיש זכויות אזרח על בסיס אמנה חברתית ואז הן אינן חלות במשפט הבינלאומי?
2. על מי המשפט הבינלאומי חל? על בני אדם או על מדינות? המשפט הבינלאומי של היום נסמך על השקפות פילוסופיות שגורסות כי הוא חל על מדינות ונסמך על השקפות פסיכולוגיות אחרות שאומרות שהוא חל גם על פרטים ובכך בבסיס המערכת אין הנחה קוהרנטית. האם המשפט הבינלאומי חל בין מדינות או שגם המדינות בעצם מורכבות מאנשים ולכן המשפט הבינלאומי חל גם על פרטים? ואם המשפט הבינלאומי 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 אדם הוא רציונלי. בשוליים יש לנו גם נורמות שנסמכות על השקפות לאומניות מניחות נפש או נשמה לגוף גדול יותר- דורשים יסוד נפשי למדינה.
4. מהי מטרת הענישה? גמול או הרתעה? האם אנו מסתכלים קדימה או אחורה? גמול מנסה לקבוע את העונש על סמך חומרת המעשה שעשינו והרתעה מנסה לקבוע את תוצאת העונש על סמך מה שאנו מנסים להשיג בעתיד, וישנו סיכוי קטן מאוד שהם יבואו לאותן 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 להמעיט בחקיקה בכדי להגדיל את החירויות שלהם?

**גישות ביקורתיות:**

הגישות הביקורתיות באות ונותנות הסברים יפים ללמה החוק עושה את מה שהוא עושה, אך אם אנו עוצרים לרגע וחושבים על כך אנו נגלה שהטענות שלהם לא קוהרנטיות. לכן, יגידו שיכול להיות שעומד דבר אחר מאחוריי זה? אולי ישנם אינטרסים מאחורי החוק הנובעים מקבוצות בעלי עניין כוח? לפי הגישה הזו החוק הוא אמצעי לקידום גישתם של בעלי הכוח תוך שהם מסתירים זאת מאחורי החוק, כסות אובייקטיבית, שכן הוצהר שהחוק נטול אינטרסים ומיועד לטובת הכלל, אך בעצם הוא נוצר עקב אינטרסים סובייקטיביים של קבוצות כוח.

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

לגישות הביקורתיות יש גם השפעה על המשפט הבינלאומי; אחרי מלחמת העולם השנייה יש הבזק קצר, של כמה שנים בודדות, של חזרה מאוד חזקה אל גישות המשפט הטבעי וזמן קצר לאחר מכן מתחזקת ההשפעה של הגישות הביקורתיות. לאחר מכן, עם תחילת המלחמה הקרה והמאבק בין הגושים המובילים לתפיסה לפיה "הכל אינטרסים" וישנו קיפאון וחוסר אמון בזירה הבינלאומית. אולם, בסופו של דבר לא נמצא בסיס חזק להצדקת המשפט הבינלאומי.

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

1. על מה ראוי להעניש? יש וויכוח בין גישות של גמול לבין גישות תוצאתניות (תועלת). הגישות הביקורתיות אומרות שאנו עושים ערבוב ביניהן ולא הכרענו בכך. בנוסף, גם בתוך הגישות התוצאתניות ישנה מחלוקת האם ראוי לשמור על חירות הפרט ולהמעיט בחקיקה או שיש להסדיר כמה שיותר. בפועל, אנו מחוקקים הרבה.

בנוסף, טוענות הגישות הביקורתיות כי הנחות היסוד אינן נכונות:

1. 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, אך כמה באמת שמו? מכך, שהיחסים בין חקיקה לבין הכוונת התנהגות הם הרבה פעמים לא אפקטיביים;
2. החוקים עצמם נקבעים רק לפי אינטרסים (לדוגמה- **סעיף 65 לפקודת התעבורה**);
3. מחוקקים אוהבים לחוקק, אך הם פחות אוהבים לבטל חוקים. מכך, שחוקים רבים אינם מתבטלים ונותרים בתוקף מכוח אינטרסים או עקב נטייה שלא לבקר את המצב החוקי הקיים.
4. מהי מטרת הענישה? טענות הגישה הביקורתית: אם המטרה היא גמול אז אנו בבעיה כי אם האדם לא רציונלי אז אין מה לגמול עליו, ובנוסף גמול דורש מאיתנו להיכנס לנפשו של האדם וזו כבר מהווה משטרת מחשבות. כמו כן, האם אנו באמת יכולים למדוד מה הנזק המוסרי שנגרם ממעשה מסוים? ואיך נוכל להיכנס לנפשו של האדם ולזהותו? מוסר זה 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 צופה פני עתיד ולא לבחון את העבר.

הגישה הביקורתית מערערת גם על הנחות היסוד הנוגעת למערכת הענישה. נבחן כל מטרה בנפרד:

1. אם יטענו שמטרת הענישה היא **הרתעת היחיד**, אז:
2. אם יגידו הרתעת היחיד אז גם כאן אם האדם אינו רציונלי אלא מושפע מהסביבה, אז לא ניתן להרתיעו;
3. מחקרים הוכיחו שבתי הכלא מהווים בית ספר לעבריינים שרק לומדים לפשוע יותר טוב;
4. מחקרים הראו שההרתעה לא עובדת בפועל, ולאורך המאסר לא היה השפעה על התרעת היחיד.
5. אם יטענו כי מטרת הענישה היא **הרתעת הרבים**, אז:
6. אין הוכחה שהרתעת הרבים עובדת;
7. בפועל רק מיעוט קטן מהפושעים נתפסים ומגיעים לבית המשפט;
8. גישה כזו פוגעת באדם אחר כדי להרתיע אחרים. שימוש באדם כאמצעי סותר את ההשקפה של זכויות האדם.
9. אם יטענו כי מטרת הענישה היא **חינוך הציבור**, אז:

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

1. אם יטענו שמטרת הענישה היא **שיקום**, אז:

* מחקרים בארצות הברית הראו שאף אחת מתוכניות השיקום לא הועילה בפועל. לכן, כתגובה לכך האמריקאים ברמה הרשמית עוברים לשיטת הגמול וברמה המעשית הם פוסקים עונשים חזקים יותר ומכניסים את העבריינים לכלא לתקופה ארוכה יותר.

1. אם יטענו שמטרת הענישה היא **גישה דקלרטיבית**:

* גישה המהווה 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 החברתית לבין המסר שמועבר הוא מורכב ותלוי במצב החברתי, שלא לדבר על כך שהרבה פעמים החוק משרת אינטרסים מסוימים והוא עלול ליצור אנטגוניזם אצל קבוצות שהאינטרסים שלהם שונים. בכך עלולה להיווצר מחאה או אדישות. במקרים אחרים, ההצהרה דווקא מחזקת את התחושה שהדין הוא הכלי לחיזוק הקבוצות השולטות.

1. אם יטענו כי מטרת הענישה היא **מניעה והרחקה**, אז:
2. גם כאן האדם הבודד הוא אמצעי להשגת מטרה שמועילה לאחרים, בניגוד לתפיסת זכויות האדם;
3. לפי השקפה זו יש להעניש אנשים מסוכנים, גם אם הם לא ביצעו עבירה;
4. אין הצדקה להעניש עבריינים שלא יכולים לחזור על הפשע ולכן אין סיבה לשים אותם בכלא. לפיכך, רוב רוצחי הנשים לא ירצחו את נשותיהם שוב ולכן אין צורך לשים אותם במאסר.
5. אם יטענו כי מטרת הענישה היא **שיקום הקורבן**, אז:
6. לא תמיד יש קורבן לשקם- מי הקורבן של עבירת השוטטות? של עבירת רישום כוזב במסמכי תאגיד?
7. לפעמים מתן עונש לעבריין אינו משקם את הקורבן, אלא גורם טראומה לקורבן.
8. את מי ראוי להעניש? גם לפי הגישה הגמולית וגם לפי הגישה התוצאתנית מענישים בהתאם למהות העושה. לכן, ההתמקדות היא ביסוד הנפשי ולא בעובדתי. שתי הגישות יכולות להוביל להשקפה קיצונית, שהיא השאלה מדוע אנו צריכים יסוד עובדתי? **לפי הגישות התוצאתניות**- 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 דבר מסוים 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 הללו. בנוסף, אנו אומרים כי רוב העבירות הן עבירות של יסוד נפשי ועובדתי, אך רובן הן עבירות אחריות קפידה ורשלנות, שלהן אין משמעות למהות העושה.
9. מדוע אדם צריך לציית לחוק מסוים? מי הריבון, מדוע הוא הריבון, מי צריך לראות את עצמו כנתין? כי:
10. **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.
11. **לוגיקה?** (טענת הנגד של הגישות הביקורתיות) 1. זו הדרך המנותקת מהמציאות בשטח; 2. לא ניתן להגיע באמת להכללות כי יש רלטיביזם מוסרי ותרבותי.
12. **הסכמה?** (טענת הנגד של הגישות הביקורתיות) ההסכמה היא פיקציה, שכן בעלי הכוח מסווים את האינטרסים שלהם מאחורי הסיפור ה"לכאורה" אובייקטיבי של מסך של בערות או מצב טבעי, תוך שהם מניחים את הנחות היסוד שתובלנה לתוצאה שמיטיבה עימם. לבטח שמגיעים לרמה של חוק מסוים כאן ועכשיו קיים קושי להצדיקו על בסיס תרגיל מחשבתי (כמו אמנה חברתית או מסך בערות).
13. **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.
14. **כי חייב להיות דין שיסדיר את האינטראקציה בין האנשים השונים בחברה מודרנית?** (טענת הנגד של הגישות הביקורתיות) מה קרה לאתוס החירות? למה להסדיר באופן אחד ולא אחר, יש כאן ניסיון של מישהו לצבור כוח.
15. **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 המדינתיות; 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.

24.05.21

**הרצאה מס' 8- תגובות לגישות הביקורתיות:**

**האם אפשר בכל זאת למצוא דרך להגיב לגישות האלו?** אחרת למערכת אין צידוק. כזכור, לפי הגישות הביקורתיות המשפט הוא תוצר של אינטרסים צרים ובעלי הכוח משתמשים בו כדי לכפות את רצונם על החברה. טענה זו הולידה שלוש תגובות:

1. סוג ראשון של תגובה לגישות הביקורתיות הוא כי לא ניתן לקיים מערכת לאורך זמן על בסיס הנחת מוצא ש"הכל אינטרסים". מערכת כזו תאבד את אמון הציבור ותקרוס- ככל שרמת האמון בין הציבור לבין השלטון או בין חלקים שונים בתוך הציבור ובתוך השלטון נמוכה, האמון קורס ומערכת ללא אמון לא יכולה לשרוד. כל עוד אנו מצייתים לחוקים, המערכת תעבוד, אך ברגע שחלקים גדולים בציבור יחליטו להפסיק לציית לחוקים המערכת קורסת ואין בכוחה להוביל ולכפות ציות. אם כולנו נצא מהנחה שהכל אינטרסים ונגיע למצב שאין אמון- כל המערכת תקרוס.

יתרה מכך, שאלה נורא חשובה שעלינו לשאול היא מה האינטרס של אלו שאומרים לנו שהכל אינטרסים? רק להם אין אג'נדה? גם אלה שטוענים שהכל אינטרסים הם בעלי אינטרס ויש להם טקטיקה- WHATABOUTISM; גישה זו הפכה לטקטיקה באופן רשמי על ידי הקג"ב, שגילה שמה שצריך כדי לשלוט בסיטואציה שבה אתה לא יכול לייצר אמון במערכת, היא לייצר חוסר אמון בכולם. לטקטיקה הזו יש שני יתרונות נהדרים- האחד, במקום להתווכח על מה שאדם עושה הדיון סוטה לכיוון אחר בו דנים על מה האחר עשה, ויתרה מכך- מה שזה מייצר לאורך זמן זו האמירה שכולם מושחתים וכולם אינטרסנטים, מה שגורם לכל אחד להרשות לעצמו לדאוג רק לאינטרסים של עצמו ומייצר להרבה מאוד אנשים חוויה משתקת; אם הכל אינטרסים והכל מושחת, אין כבר טעם לעשות כלום. לכן, מדובר באמצעי שליטה אדיר ומאוד יעיל של גורמי שלטון שמעוניינים להיות אינטרסנטים.

1. סוג שני של תגובה לגישות הביקורתיות היא שמבחינה מהותית, אנשים לא פועלים רק על פי אינטרסים, אלא גם לפי ערכים ולפי המגבלות של מה נחשב לגיטימי בשיח. במאמר על דיני הסדרת גידול חזירים ברחובות, הכותב מראה שההשקפה הרווחת שחוק הוא דבר אחד היא לא נכונה. כאשר אנו לומדים משפט בינלאומי בדרך כלל נאמר כי החוק הוא כזה ואז מציגים לנו פרשנויות שונות לגבי החוק. יש לנו אשליה שלחוק יש משמעות אחת בכל תקופת זמן וזה לא נכון- לחוק יש משמעויות שונות בכל זמן נתון, כיוון שהוא מיושם באותו זמן במספר זירות על ידי מספר גורמים שונים. זה חשוב לנו כיוון שהמחשבה שלנו שיש בעלי כוח שכופים את האינטרסים שלהם דרך החוק היא לא מדויקת, כיוון שיש הרבה גורמי כוח. עצם המאבק בין גורמי הכוח הוא לא בהכרח דבר רע, אלא דבר מאזן ובלתי נמנע וברור שכל צד יציג את השני כאינטרסנט. אנו חיים בעולם שבו יש לנו בכל זאת שיח משותף והנחות יסוד משותפות וההנחות הללו מגבילות את טווח הטיעונים המשפטיים או העמדות המשפטיות שלגיטימי לקדם בכל רגע נתון (**בורדיה**). מה שאנו יכולים לקדם בכל רגע נתון מוגבל על ידי ההשקפות שכבר קיימות בשיח שמגבילות את מה שאנו יכולים לטעון באופן לגיטימי. יתרה מכך, זה לא שהם רק מגבילות אותנו- הרבה פעמים העמדות שלנו עצמן נולדות מתוך השיח, שכן איננו נולדים לתוך ריק. לפיכך, לא הכל אינטרסים, כי גם הנורמות שקיימות במערכת הן במידה מסוימת מעצבות את העמדות שלנו ומגבילות את המידה שבה אנו יכולים לקדם את ההשקפות שלנו.
2. סוג שלישי של תגובה לגישות הביקורתיות זה התפתחות של השקפות תורת-משפטיות שטוענות שלא בהכרח צריכה להיות קוהרנטיות; לא בהכרח צריכה להיות לוגיקה מוסרית אחת לעקרונות. גישות של פרגמטיות משפטיות אומרות כי אין ברירה וזו המציאות- אנו יכולים להתעלם ממציאות זו או לא להתעלם, ואם אנו לא מתעלמים עלינו לקחת זאת בחשבון. גישות של פלורליזם משפטי הולכות צעד נוסף ואומרת שלא שאין ברירה- הפלורליזם הוא טוב והוא ערך בפני עצמו, זה טוב שיש דעות שונות שמאזנות ומעשירות אחת את השנייה, יוצרות קיום אנושי יותר יפה, איכותי ומעניין. **רוברט קאבר** טוען שמה שאנו רואים בחוק הוא רק קצה קרחון- הנרטיבים שאנו מספרים לעצמנו, שהם מתווים מה ייחשב נורמה לגיטימית או לא; ביקום המשפטי יש המון נרטיבים ואנשים יכולים להרגיש בו זמנית למערכות נורמטיביות שונות ונוגדות. זה בסדר וזה יכול להתקיים כל עוד לא דוחקים אף אחת מהקבוצות לפינה.

**הבעיה בגישות פוסט-מודרניות, לפיהן ניתן לשלב בין רעיונות שונים, היא כיצד לשלב ולמה דווקא השילוב שנבחר בגישה מסוימת הוא הנכון**. לכן, עלינו לייצר מנגנונים שיסייעו לנו להבין איזה שילוב או טוב. אחד הפתרונות היעילים מבוססים על **קונצנזוס**, כאשר מדברים על שני סוגים:

* קונצנזוס מעשי- אימוץ עקרונות משפטיים מכיוון שבפועל רווחת קבלתן- עלינו לחפש עקרונות משפטיים כאלו. זה אומר שבמשפט הבינלאומי אנו נסתמך על מנהגים ועל עקרונות משותפים למדינות בנות תרבות וננסה לייצר אמנות מולטילטרליות רבות ככל הניתן. במשפט הפלילי נסתמך על עקרונות שרווחים במשפט ההשוואתי ונסתמך על ניסיונם של אחרים. באופן דומה, נסתמך על עקרונות שהתקבעו במערכת שלנו לאורך שנים רבות. הקושי הוא שלעיתים כלל נשאר ונחשב לגיטימי מכיוון שהוא נותר שם הרבה שנים ואנו ממציאים לגיטימציה להמשך קיומו. בנוסף, עצם רווחתם של עקרונות מסוימים לא בהכרח מעיד על נכונותם וזה עשוי לייצר מערכת ללא לוגיקה פנימית.
* קונצנזוס ערכי- קבלה של עקרונות שהרבה גישות מוסריות נוגדות כן מוכנות לקבל. בשונה מקונצנזוס מעשי שרק מחפש את הכלל, הערכי מחפש גם את המוסר. גם בגישה זו יש קושי- ברמת הסיסמה זה נורא קל, אך לפעמים יישום העקרונות תלוי בהשקפת עולם, וגישות מוסריות שונות עדיין מגיעות לתוצאות שונות על בסיס עקרונות משותפים.

**האם בכל זאת הסתמכות על קונצנזוס עדיפה על כלום?** נחפש קונצנזוס. אם כן, ננסה לאתר נורמות שלגביהן קיים קונצנזוס מעשי או ערכי, אשר יכולות לשמש כבסיס להצדקת מערכות המשפט שבחנו:

1. משפט הטבע- יש אמונה שהמשפט אמור לשרת את הצדק ועקרונות מוסר אוניברסליים. הרעיון לפיו אין לעשות שימוש באדם כאמצעי הפך לאקסיומה שאין עליה וויכוח במשפט הבינלאומי ובמשפט הפלילי.
2. עליית המדינה- עדיין מקובל לחשוב על מערכת פלילית כמערכת ממוסדת פורמלית ולראות את המדינה כעובדה קיימת. לפיכך, במשפט הפלילי המדינתי ישנה הנחה שרק המדינה יכולה להעניש ענישה פלילית. גם במשפט הבינלאומי ברירת המחדל היא עדיין שמטרת המשפט הבינלאומי היא הסדרת היחסים בין מדינות.
3. רציונליזם- מערכות חוקים, ובמיוחד החוק הפלילי, מניחות שאנשים פועלים באופן רציונלי (למרות הגישות הדטרמיניסטיות).
4. אמנה חברתית ושיח זכויות- רעיון לפיו ההסכמה מהווה בסיס למשפט הפלילי והבינלאומי. במשפט הפלילי המדינתי האמנה החברתית באה לידי ביטוי בבחירות דמוקרטיות וכך מספקת בסיס חזק גם בלי קוהרנטיות נורמטיבית. בנוסף, עדיין מוסכם שהמשפט הבינלאומי לא מסדיר את היחסים בין אנשים ששותפים לאמנה חברתית, אולם מקובלת ההנחה כי לאנשים יש זכויות אדם אוניברסליות, בנוסף לזכויות האזרח.
5. לאומניות ושמרנות- במשפט הפלילי לכל מדינה מערכת חוקים משלה אשר לפחות חלקם מבוססים על תרבותה הייחודית ולא על עקרונות אוניברסליים. בנוסף, יש הטוענים כי הדרך היחידה להסביר את המעמד של המדינה במשפט הבינלאומי היא באמצעות תיאוריות רומנטיות.
6. פוזיטיביזם- בסיס כזה נשען על כמה הנחות יסודיות גם במשפט הפלילי וגם במשפט הבינלאומי- קיימת נורמה שמכונה חוק, והיא שונה ממוסר או מהמוסכמות החברתיות, אנשים נדרשים לדעת מה קובעים החוקים, כל מערכת חוק טוענת שהיא עליונה על פני מערכות חוק אחרות, ולכן מסיבה זו העדפה של מערכת חוק אחרת אינה צידוק לביצוע עבירה פלילית.
7. ריאליזם מתון וגישות סוציולוגיות של קונצנזוס- יש לגישות אלה מעמד חזק, משום שהן לא מבוססות רק על ערכים. לפי גישות אלה החוק אכן מבוסס על ערכים, אך אין מדובר בערכים שמקורם מיסטי, אלא הם נוצרים בהתאם לדיאלוג בין קבוצות שונות. החוק מורכב מאינטרסים, אשר מוגבלים על ידי כללי השיח. פרטים מפנימים את חובת הציות ואת התוכן של החוק מהחברה אליה הם שייכים. אז לפי גישה זו-

* יש לאדם פוטנציאל לטוב (ומכאן שיש ערך בחינוך ושיקום);
* החוק יכול להשפיע על הסדרת האינטראקציה בין אנשים, ועל המחוקק להיות אקטיבי (הרתעה).

**כיצד התגובות לגישות הביקורתיות באות לידי ביטוי במערכות המשפט הפלילי המדינות?**

ברמה המוצהרת, עמדת הגישות הביקורתיות נדחית, אך הן כן מערערות ללא כל ספק את המערכת גם במשפט הפלילי וגם במשפט הבינלאומי ואת הלגיטימיות שלהן. במשפט הפלילי יש כל מיני שיטות לייצב את המערכת:

1. כדי לייצב את המערכת, שיטות המשפט דחו לחלוטין גישות דטרמיניסטיות, והן מניחות שלכל אדם יש רצון חופשי. עמדה זו מאפשרת ענישה על בסיס גמול והרתעה ומקדמת גם את התכלית ההצהרתית של החוק.
2. רבים מאמצים עמדה לפיה אנשים לא פועלם רק לפי אינטרסים, אלא לחוק יש מעמד עצמאי שמורכב מאינטרסים בגבולות השיח המשפטי.
3. מתפתחות גישות פוסט-מודרניות שטוענות שאין לכל העבירות לוגיקה אחת, והמערכת משלבת ערכים גמוליים ותוצאתניים. יש ניסיון לאתר קונצנזוס מעשי או ערכי (באמצעות חלק כללי של חוק העונשין) ולהשיב לביקורת. כפי שראינו, בעמדה זו יש קושי, שכן קשה להסביר מדוע דווקא איזון מסוים בין התכליות הוא שנבחר.

**סיכום עד כה-** נבחן את הבסיסים להצדקת המשפט הפלילי המדינתי שראינו עד כה:

1. **תיאוריה**- אין הסכמה על בסיס להצדקת המשפט הפלילי המדינתי;
2. **פרקטיקה**- הדין הפלילי המדינתי מורכב מאוסף של תיאוריות נוגדות והשפעות היסטוריות מתקופות שונות;
3. **ברמת ההצהרה**- עקב כך שלא ניתן לחייב ציות על בסיס כוח או מסורת קוזאיסטית, מערכות משפט מדינתיות טוענות שיש במשפט הפלילי אחידות נורמטיבית ורציונלים בעלי בסיס ערכי.
4. **לגיטימיות**- ישנם ארבעה אלמנטים שמקדמים את לגיטימיות המערכת המדינתית למרות היעדר הקוהרנטיות:
5. קיום אפקטיבי- קיימת מערכת שאוכפת את הדין באופן יעיל;
6. דמוקרטיה- חקיקת חוקים על ידי נציגים נבחרים בפרוצדורה מסודרת מחזקת את הטענה להסכמה;
7. תרבות- בתוך המדינה, ניתן לטעון שהחוק מבטא ערכים ואינטרסים משותפים, וכן כי יש הסכמה כללית שיש חובה לציית לחוק;
8. דמיון לאמנה חברתית- השילוב בין הסכמה לבין העובדה שמדובר בחברה מתוחמת (בתוך המדינה) מחזקים טענה לקיומה של מעין אמנה חברתית.

נבחן את התגובה של המשפט הבינלאומי לטענות הגישות הביקורתיות-

1. כדי לייצב את המערכת, יש עלייה בשימוש בטענות של משפט טבעי ושיח זכויות אוניברסלי, כמו גם עלייה בשימוש בטענות פוזיטיביסטיות ופרקטיות הנסמכות על קיום אפקטיבי של המערכת (המערכת קיימת והיא בעוצמה שלא מאפשרת התעלמות מקיומה);
2. נעשה ניסיון לאתר השקפות שמפנימות את הטענה שהחוק אינו מורכב רק מאינטרסים. התוצאה היא עלייה של גישות קונסטרוקטיביסטיות, לפיהן חוק נוצר על ידי דיאלוג בין נציגי המדינות, וכך נורמות משקפות אינטרסים שהוגבלו על ידי גבולות השיח (כמו גם של גישות פלורליסטיות ופרגמטיות). הרעיון הוא שמעצם העובדה שאנשים משוחחים זה עם זה ושאנו מייצרים מנגנונים שמחייבים אנשים לשוחח- מנגנונים מקדמי דיאלוג יכולים למתן את ההשפעה של אינטרסים, אך לא להעלימם לחלוטין. לפיכך, לא המשפט הבינלאומי הולך להיעלם ולא המשפט המדינתי הולך להיעלם, זו נקודה א' ומשם נייצר מנגנונים שיכולים לתפקד תוך לקיחה בחשבון ששתי המערכות קיימות ומתפקדות. יש הטוענים אף שמדובר בעובדה נכונה, המאפשרת איזון מערכת אחת של השנייה וכו'.
3. פרגמנטציה:

* מבחינה פרקטית- נוצרות מערכות שונות של דין בינלאומי עם בסיסים פוזיטיביים שונים;
* מבחינה פילוסופית- הפרגמנטציה משקפת עמדה פוסט-מודרנית לפיה אין לוגיקה אחת.

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 במשפט הבינלאומי- כמו מציאת מנהג על ידי חיפוש פרקטיקות מקובלות המשותפות למדינות בעולם).

המרצה לא מנסה להגיד שקיים פתרון, והוא הכי מתחבר לגישות שהן תגובה לגישות הביקורתיות- לא בהכרח משום שהוא חושב שהן טובות, אלא מכיוון שהוא חושב שהן פחות גרועות מהשאר; הגישות הביקורתיות לדעתו הן נוראיות כי הן רק משמידות ולא בונות. המרצה לא רוצה שלשם נרוץ ישר וחשוב לו שנהיה ביקורתיים כלפי כל העמדות הביקורתיות. המרצה רוצה שנתלבט מבלי לרוץ להכרעה.

31.05.21

**הרצאה מס' 9- הקושי למצוא צידוק נורמטיבי למשפט הפלילי הבינלאומי:**

בשתי ההרצאות הראשונות התחלנו במעין סקירה ממעוף הציפור של מהו המשפט הפלילי הבינלאומי, שלה היו שלוש מטרות- האחת, לייצר היכרות בסיסית עם התחום; שנית, לבסס את המוסכמה שהמשפט הבינלאומי הפלילי הוא במידה מסוימת יציר כלאיים בין נורמות שמקורן במשפט הפלילי המדינתי לבין נורמות שמקורן במשפט הבינלאומי הפומבי שפונה למדינות; והשלישית היא לייצר אצלנו את ההנחה שההצדקה המוסרית למשפט הפלילי הבינלאומי צריכה להיות קוהרנטית. אנו מניחים שזו קיימת, אך יחד עם זאת מדובר באשליה ובעצם היא תוצר של מצב עבר בעולם בו הייתה מערכת שקיימה קונצנזוס בנושא, אך מאז היו התפתחויות רעיוניות והוכנסו נורמות חדשות רבות וגישות חדשות, ולכן כיום, גם במשפט הפלילי הלאומי וגם במשפט הפלילי הבינלאומי יש לנו סוג של תל ארכיאולוגי- מקבץ של נורמות שמקורן בגישות שונות ומגוונת, שלכל אחת מהנורמות הללו, כמו גם גישות האם שלה, יש המון נקודות חולשה ובעיות, ובהרצאה האחרונה ניסינו להציג עמדות שמנסות בכל זאת להתמודד עם היעדר הקוהרנטיות הזו ועם המצב הזה שיש לנו ערימה של נורמות שהמקורות שלהן שונים ושיש להן חולשות, ובכל זאת לטעון שאפשר להסתדר עם המצב הקיים.

מעתה ועד סוף הקורס אנו בעצם נחזור אל המשפט הפלילי הבינלאומי והיום נבצע תמונת ראי של מה שעשינו לפני שתי הרצאות- אנו נראה שהמצב בו קיים קושי להצדיק את המשפט הפלילי הבינלאומי הוא עוד יותר גדול מהקושי שקיים להצדיק את המשפט הפלילי המדינתי ואת המשפט הבינלאומי הפומבי הפונה למדינות, מהסיבה שאם ישנו ייצור כלאיים של שתי מערכות לא קוהרנטיות, ברור שהתוצר יהיה עוד פחות קוהרנטי משני המקורות שהוא מנסה לשלב.

בהרצאה הקודמת, ראינו שיש קושי להצדיק את המשפט הפלילי המדינתי ואת המשפט הבינלאומי הפומבי. בהרצאה הזו נראה שעקב כך שהמשפט הפלילי הבינלאומי, לפי הנרטיב המקובל, מהווה יצור כלאיים של שתי גישות אלו, גם אותו קשה להצדיק. בתחילת הקורס דנו במספר שאלות:

* מה הבסיס ליחסי הסמכות בין המעניש לנענש?
* על מה ראוי להעניש?
* את מי אנו רוצים להעניש?
* מה אנו רוצים להשיג בענישה?

עתה נבחן- **האם לאור הנלמד בקורס עד כה ניתן לספק בסיס מספיק יציב למערכת המשפט הפלילי הבינלאומי?**

**הבסיס לענישה:**

**מה הבסיס ליחסי הסמכות בין המעניש לנענש?**

נבחן את הגישות השונות והאם גישות אלו מהווה בסיס ראוי למשפט הבינלאומי הפלילי:

* **משפט טבעי**- ראינו שהייתה עמדה מוסרית (נירנברג) לפיה אי אפשר שלא להעניש את מי שביצע מעשי זוועה. נטען שפושעי מלחמה כאלה הם אויבי האנושות כולה. אם נסתכל על המשפט הבינלאומי אנו נראה שיש ניסיון מאוד חזק לבסס את המשפט הבינלאומי הפלילי על רציונל זה של משפט טבעי- פושעי המלחמה הנאצים מנסים לטעון כי מעשיהם בגרמניה נחשבו למקובלים, אך משיבים כי הדברים שהם עשו היו עד כדי כך לא מוסריים עד כדי שהם היו צריכים לדעת שמדובר במעשים אסורים ולכן אין להם לגיטימציה להיות מופתעים מתגובה ענישתית. באופן דומה, דוקטרינת הסמכות האוניברסלית לפיה כל מדינה יכולה להעניש את מבצעי הפשעים הללו נסמכת על כלל משפטי שרואה בהם אויבי כל האנושות; רעיון שהתחיל בהקשר של שודדי הים ומועתק אחרי מלחמת העולם השנייה למבצעים של הפשעים הבינלאומיים מתוך הרעיון שהמעשה שלהם פסול מאוד. לפיכך, נמצא צידוק נורמטיבי ראוי שמצדיק את יחסי הסמכות בין גורמי החקיקה והאכיפה של המשפט הפלילי הבינלאומי לבין בני האדם. האם לטענת **אבי בקר** זה באמת הסיפור? לטענתו מדובר בניסיון לייצר דת חילונית שכל מטרתה היא למצוא דרך להיכנס בישראל ובישראלים. נניח בצד לרגע את ההתמקדות שלו במדינת ישראל, הוא מעלה עניין חשוב- הרבה פעמים המשפט הפלילי הבינלאומי מנצל את העמימות שלו בכדי להלבין את פני האויבים שלך; מאחורי הטענות של הגנה על זכויות אדם במציאות לטענתו מסתתרים אינטרסים שמטרתם היא לבצע דה-לגיטימציה לאויבים שלך. יש בטענות האלו אלמנט של אמת ולא ניתן להתכחש כי ישנו שימוש לרעה במשפט הפלילי הבינלאומי. בנוסף, נכון שיש עבירות שיש עליהן קונצנזוס יחסית רחב שהן לא מוסריות, אך יש גם כאלו שחל לגביהן חילוקי דעות; דוגמות- פשע מלחמה האוסר על לחימה בעת לבוש מדי האויב, אך אין מדובר בפשע מוסרי גדול, אלא פעולה שנועדה לתעתע את האויב **לעומת** האיסור על ההתיישבות ביהודה ושומרון, שלטענת מדינת ישראל לא מהווה פשע מלחמה ולא מדובר הפרה של ערך מוסרי מסוים, בניגוד לדעה הרווחת בעולם.
* **הסכמה**- ראינו שגם בהקשר תיאוריות של אמנה חברתית יש ניסיון לייצר קונסטרוקציה תיאורטית שמובילה למסקנה שבני אדם מסכימים לשלטון שהם כפופים לו ולכן לחוקים שהוא קובע- הסכמת הנתינים. מה הבעיה בטיעונים אלו בהקשר המדינתי? בהקשר של משפט פלילי מדינתי אמרנו על כך שהטענות להסכמה הן פיקציה; לא באמת מבקשים את ההסכמה של האנשים ואנו לא יכולים להחליט באופן חופשי לחלוטין היכן ניוולד ובאיזו אזרחות נחזיק. בנוסף, קיים קושי להצדיק חקיקה ספציפית על ידי היגיון של אמנה חברתית או מסך בערות. הפתרון החלקי שהצגנו לכך הוא דמוקרטיה- הדמוקרטיה נותנת לנו מידה מסוימת וחלקית חלופה לעניין של הסכמה. מה קורה בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי? אנו יכולים לדמיין אמנה חברתית בינלאומית? בהקשר של המשפט הבינלאומי לא ניתן אפילו לדמיין על חלופה לוגית לרעיון של אמנה חברתית. בנוסף, גם הרעיון הדמוקרטי- המשפט הפלילי הבינלאומי סובל מכשל של היעדר דמוקרטיות שמחליש את הלגיטימציה שלו. יתר על כן, אם אנו הולכים ונסמכים על אמנה חברתית היא אמורה להוביל אותנו למסקנה שהמשפט המדינתי עדיף על המשפט הבינלאומי, כיוון שהוא זה שמוציא אותנו ממצב הטבע הנורא ולכן ניתן לטעון שהוא גובר.
* **רוח העם/מסורת/תרבות**- נטען שהחוק מבטא את "רוח העם", מסורת וערכים משותפים. ראינו את הבעיות של הטיעון הזה לגבי משפט מדינתי, וכי החברה לא הומוגנית וכי יש בה השקפות שונות וחקיקה המשקפת לעיתים אינטרסים. ראינו גם את המענה לכך כי המשפט מגביל את הכוח, וחוץ מאינטרסים יש בהקשרים רבים קונצנזוס חברתי, הליך דמוקרטי ויש קונצנזוס שצריך לציית לחוק. במשפט הפלילי הבינלאומי יש טענה שזוועות מלחמת העולם השנייה והזוועות שנעשו בעולם במהלך המאה ה-20 יצרו חוויה תרבותית אוניברסלית מכוננת שמגבשת את אותו בסיס שעליו אנו מדברים- מייצרת את אותו יסוד שאומר כי המשפט הפלילי הבינלאומי כן נסמך על יסוד ערכים תרבותיים משותפים. טיעון הנגד הוא כי יש שוני ערכי במישור הבינלאומי. בנוסף, האם הטיעון של החוויה המכוננת מתבססת על כך שאדם מודע לאיסורים כיוון שהוא מהווה חלק מהתרבות- נניח שכולנו מודעים לכך שזכויות אדם זה דבר חשוב, האם הידיעה הזו מספיקה כדי לדעת את האיסורים הפליליים של המשפט הפלילי הבינלאומי? גם ביחס למשפט הפלילי הבינלאומי, נטען כי שיח הזכויות ומשפטי נירנברג קיבעו קונצנזוס חברתי אוניברסלי שיש לציית לדין הבינלאומי ולערכים האוניברסליים המגולמים בו. בניגוד למצב במדינה, רוב האנשים לא מעורבים בשיח המשפטי של המשפט הפלילי הבינלאומי ולכן גם לא מפנימים את האיסורים שבו ואינם נוטים לציית לו. המרצה נותן דוגמה על אי ידיעת איסורים, כמו ההתרה לירות בחיילים בעת צניחה (הם נכנסים לקרב) לעומת טייס שנוטש את מטוסו (ובעצם יוצא מהקרב).
* **יעילות**- טיעון אחר שראינו בהקשר של משפט פלילי מדינתי הוא יעילות; בעידן המודרני בו האנשים חיים במרוכז, חייבים שיהיו הרבה מאוד חוקים בכדי להסדיר את היחסים ביניהם. תגובת הנגד היא שעשויה להתקיים חקיקה אינטנסיבית מידי שפוגעת בערך החירות ומנגד לכך נטען כי ההגנות החוקתיות שקיימות במדינות דמוקרטיות בנוסף להליך הדמוקרטי ממתנים את החשש לפגיעה בזכויות. האם כל המבנה הזו רלוונטי למשפט הפלילי הבינלאומי? טיעון ההסדרה הוא טיעון משמעותי להצדקת המשפט הבינלאומי הפומבי, אך אנו נתקלים בבעיה כשאנו שואלים האם זה מספיק טוב בכדי להסדיר משפט פלילי בינלאומי הנוגע לבני אדם ולא למדינות, ופה קיימים שני טיעונים חזקים שטוענים שלא- הראשון, הרבה מאוד מהחקיקה הבינלאומית עמומה ביותר כיוון שהיא מהווה פשרה בין מדינות; והשני, כשאנשים רוצים לדעת מה מסדיר את ההתנהגות שלהם מבחינה משפטית הם בדרך כלל פונים לחוק המדינתי.
* **מידע פוזיטיבי**- בסיס נוסף שדיברנו עליו הוא הבסיס הפוזיטיביסטי, לפיו נטען כי החוק הוא ההסדר הטוב ביותר מבחינה פוזיטיבית וכי בדרך מדעית התבצע בירור מה הנורמות שחלות בחברה ובכדי לנסח את המשפט הפלילי. ביחס לדין המדינתי נטען שלא ניתן לבסס השקפה כזו, והיכולת להגיעה להכרעה אובייקטיבית באשר לדין הטוב ביותר היא פיקציה. בתגובה, נטען שקיים קונצנזוס על מערכת עקרונות פורמלית, שלאורה מיושמים ההסדרים הספציפיים. האם טיעונים פוזיטיביסטיים רלוונטיים במישור הבינלאומי? העמדה המוצהרת היא כן, טיעונים פוזיטיביסטיים רלוונטיים גם במישור הבינלאומי וההמחשה לכך היא בנירנברג, שם אחת הטענות המרכזיות שהנאשמים טוענים היא כי המשפט הבינלאומי פנה למדינות וכי הם בני אדם ולא מדינה, ולכן המשפט הבינלאומי לא פנה אליהם ולא רלוונטי אליהם. בית המשפט בנירנברג עונה כי מדינה לא עושה פעולות, אלא בני אדם הכפופים לה עושים את הפעולות בשבילה, ולכן הנורמות הפונות למדינה למעשה פונות אל האנשים שכפופים לה. מנגד, המשפט המדינתי טוען כי הן עליונות למשפט הבינלאומי. ברמה האובייקטיבית אין יכולת להכריע איזו מערכת עליונה על איזו מערכת.

**מטרת הענישה:**

**מה אנו רוצים להשיג בענישה?**

* **גמול אובייקטיבי**- זו הייתה נקודת ההתחלה בשיח זה והסברנו שמדובר בדבר נורא ואיום וברגע שהתפתח ההומניזם, המשפט המדינתי זנח את הטיעון הזה וכיום לא נהוג להעניש בלי יסוד נפשי. הבעיה היא שבמשפט הפלילי הבינלאומי אנו רואים עדיין השפעות של השקפות שמונעות מגמול אובייקטיבי, שאומרות שקרה מעשה חמור ולכן צריך למצוא מישהו להעניש, גם אם זה אומר לתת מקום משני ליסוד הנפשי. לפיכך, מה שמעניין אותנו זו לא הכוונה אלא המעשה והביטוי החזק ביותר לזה היא כי על פי עמדות מסוימות אין הגנת צורך. באופן דומה, ב-ICC כיום יש סדרה של פסקי דין על אנשים שביצעו מעשי זוועה, אך אותם אנשים נחטפו כילדים קטנים לתוך הצבא, בוצע להם שטיפת מוח, ניתן להם סמי הזיה במשך שנים, רצחו את הוריהם ועוד- האם ניתן להעלות על הדעת שאנשים אלו יצליחו לבצע את ההבחנה בין טוב ורע? עקב המעשה החמור, במשפט הבינלאומי, שמנסה להיות דומה למשפט המדינתי, אנו רואים בדרך כלל שתי נטיות- או להתמקד במעשה או במהות העושה. הקשיים הם- לא כל העבירות במשפט הפלילי הבינלאומי מורכבות ממעשים חמורים כל כך ולעיתים המעשה הספציפי לא יהיה כה חמור בתוך ההקשר שבו הוא נעשה או לאדם לא יהיה יסוד נפשי כי הוא פעל עקב כורח.
* **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:
  + **האדם לא באמת רציונלי** אלא תוצר של ביולוגיה והשפעות חברתיות. המענה של המשפט הפלילי המודרני הוא לקבל כהנחת יסוד את העובדה שהאדם הוא רציונלי ולהכיר שיש מקרים חריגים בהם האדם הוא לא רציונלי ושם להכיר בהגנות. המשפט הפלילי הבינלאומי נוקט בקו דומה אך, ישנן כמה בעיות- 1) בעת לחימה אדם פועל תחת נסיבות ייחודית של לחץ אשר מעלים ספק בדבר ההנחה שהוא פועל במצב זה באופן רציונלי, גם אם אנו מניחים שה-default של האדם הוא פעולה רציונלית; 2) בעת מצבי לחץ וכאוס של לחימה יש עדות שאנשים לא מתנהגים כאינדיבידואלים אלא ההתנהגות היא התנהגות עדרית.
  + **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.
  + **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 הנענשים 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, כיוון שאין היררכיה בין המוסדות, ורובם הם או אד-הוק או בתי משפט מדינתיים המיישמים סמכות אוניברסלית, הרי שאין עקביות בפסיקה של המוסדות השונים, כך שטיעון ההוגנות לא עובד גם לגבי אלו שמועמדים לדין.
* **הרתעה-** בהקשר המדינתי טענת נגד הייתה שאם הבסיס לצידוק זה הנחה כי האדם הוא רציונלי ועושה שיקולים של עלות מול תועלת הרי שהדטרמיניזם פוגע בהנחה זו. המענה המדינתי הוא לדחות את הדטרמיניזם ולהכיר במקרים חריגים בהגנות במקרים של היעדר יסוד נפשי. המשפט הפלילי הבינלאומי המודרני טוען לאמץ את אותה גישה. אך הרתעת היחיד מניחה שאדם עושה שיקולי עלות מול תועלת רציונליים, הנחה שקשה לקבל 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 רציונלית לא לקחת את הדין הבינלאומי 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 תמריץ 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 מפני ביצוע פשעי מלחמה אין שום ראיה שזה עובד- כך למשל האיום בהעמדה לדין בהקשר של יוגוסלביה לא הרתיעה להמשיך את הלחימה.
* **שיקום העבריין-** במישור המדינתי, כפי שדיברנו בהרצאות הקודמות, מחקרים 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. אך במישור הבינלאומי נוספת טענה על פיה כלל אין צורך בשיקום- הניסיון הראה שעבריינים כאלו ככלל פשוט חוזרים לחיים נורמטיביים עם תום הקרבות. הדבר נכון גם בהקשר של המטרות של מניעה והרחקה- בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי, בפועל 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 המבוססים על הפנייה לציבורים אחרים כבסיס לענישה הפלילית- ציבור הקורבנות, הציבור הכללי במדינה או במדינות בהן נערכו הקרבות ו/או הקהילה הבינלאומית בכללותה.

**את מי ראוי להעניש?**

* כפי שדנו בהרצאות הקודמות הן בגישות תוצאתניות והן בגישות גמולניות בסוף אנו מגיעים לענישה על סמך מהות העושה- בגישות תוצאתניות הבסיס הוא מניעתי ולכן למה לחכות שהאדם יגרום נזק ובגישות גמולניות כי אחרת יש חוסר צדק של מזל מוסרי. אך גישות כאלו לא מתיישבות לנו עם השקפת זכויות האדם 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 והן 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.

ההרצאה הבאה מתחברת לשאלה האחרונה- **על מה ראוי להעניש**. המשפט הפלילי הבינלאומי אומר כי הוא מסתמך על "עיקרון החומרה", כך שבאופן מוצהר הוא מעניש רק על המעשים החמורים ביותר והוא מאמץ את רעיון הצמצום.

09.06.21

**הרצאה מס' 10- עיקרון החומרה:**

**לגיטימציה, כובד וקהילה בינלאומית:**

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

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

רוב האנשים חושבים שזה תלוי במספר האנשים שנפגעו מהפשע, תלוי בפשע, אך יכול להיות שזה יהיה גם בין אנשים ממקומות שונים. אם ממשלה מעורבת בפשע, מדוע זה הגיוני שזה יהיה פשע בינלאומי? כיוון שממשלה צריכה להיות אחראית לאזרחיה והיא בטח לא תעמיד אותם לפשע ולכן הקהילה הבינלאומית תצטרך להתערב. לפי המרצה, הקהילה הבינלאומית רוצה לקדם נורמות מסוימות ולכן היא רודפת אחרי פשעים מסוימים.

**פשע מלחמה מול 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 חמורים באותו אופן וזה תלוי רק בנושא הפשע עצמו? מנגד, אולי פשע מלחמה הוא חמור יותר? משום שיש יכולת מוגבלת להגן על עצמך במלחמה. מה האינטרס של הקהילה הבינלאומית להיות נגד פשע שנעשה במלחמה? אולי משום שמלחמה היא לא זמן רגיל, נורמלי והמשטרה מעורבת בזמן מלחמה ומלחמות קורות בכל העולם. המרצה מסכימה שהם יכולים להיות רציניים במידה שווה וזה תלוי בנושא הפשע, תלוי במטרה של החוק הבינלאומי ובמטרת הקהילה הבינלאומית.

**מהי הלגיטימציה?** סמכות מוצדקת בשל טיעונים חוקיים או מוסריים ואולי סוציולוגית. המרצה מדברת בעיקר על סמכות חוקית. מה מוסד יכול לעשות בכדי שיראה שיש לו לגיטימציה? יש ערכים שהם אוניברסליים, כך שיש להראות שההחלטות יקדמו את הערכים הנכונים בכדי שיהיו לגיטימיות- מטרה מבוססת על ערך.

**הקהילה הבינלאומית:**

אנו לא אכפתיים זה לזה בדרך כלל, אך כשיש בעיה רצינית כמו מגפה אכפת לנו מהקהילה שלנו. רוב הפעמים אנו לוקחים חלק בקהילות שלנו- משפחה, דת ופוליטיקה. קשה לדעת מה הערכים המשותפים שאנו מסכימים עליהם בקהילה הבינלאומית. אנו חולקים ערכים כקהילה בינלאומית, אך הם מאוד מצומצמים. המשפט הבינלאומי הפלילי לא רק משקף את העובדות אלא גם מראה זה באמצעות החקיקה. **כמה אנשים מסכימים עם ההצהרה שקהילה בינלאומית קיימת?** זה במחלוקת. אחד הטיעונים לכך, זה שקיים חוסר שוויון בכוח בעולם ושהעולם עדיין קצת קולוניאלי- יש מדינות חזקות יותר מאחרות.

**איך עיקרון החומרה באפקט העמימות לגיטימי?** אפקט העמימות הוא הטיה קוגניטיבית המתארת כיצד אנו נוטים להימנע מאפשרויות 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. המרצה חושבת שהעמימות היא קשה בטווח הרחוק, כיוון שזה מסתיר את הנורמות והערכים הגלובליים שצריך לדבר עליהם. היא חושבת שיש לנו ערכים שהם לא משותפים והם רבים יותר מאלו המשותפים, אך לאט הגלובליזציה גורמת לכך שיהיו לנו יותר ערכים משותפים.

**ההיסטוריה של עיקרון החומרה:**

הנקודה העיקרית לפי נקודת המבט של המרצה היא שההיסטוריה הביאה לכך (השואה ויוגוסלביה) שיש צורך במוסד שיטפל בפשעים בינלאומיים. עיקרון החומרה הפך להיות רעיון מרכזי במשפט הפלילי הבינלאומי.

**סיכום ההרצאה על ידי זיו בורר:**

המשפט הפלילי הבינלאומי מתבסס על עיקרון החומרה, אשר בא ואומר שהמשפט הפלילי הבינלאומי נועד לעסוק במעשים חמורים במיוחד שמזעזעים את הערכים הבסיסיים האוניברסליים של הקהילה הבינלאומית. ולכן, הביטוי היסודי ביותר של עיקרון החומרה זה מה שאמרנו כרגע- במבוא של אמנת רומא, אשר הקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי, נראה כי קיים סיפור היסטורי שמוביל למסקנה שהקהילה הבינלאומית חייבת להתאגד ולאכוף כנגד אותם מעשים חמורים שפוגעים באופן חמור בערכים יסודיים של הקהילה הבינלאומית, כאשר האוריינטציה היא להגן על זכויות אדם.

בנוסף, באמנת רומא יש סדרה של ביטויים נוספים לעיקרון החומרה. ראשית, האמנה אומרת כי כנראה יש עוד פשעים בינלאומיים גרעיניים, אך האמנה לא עוסקת בכולם אלא עוסקת בחמורים ביותר; ההצהרה היא כי הרשימה של הפשעים הבינלאומיים הגרעיניים שמופיעים באמנת רומא הם החמורים ביותר, ובאמת יש פשעים גרעיניים בינלאומיים שלא מצאו את דרכם לאמנת רומא- יש עליהם קונצנזוס שהם פשעי מלחמה לדוגמה, אך לבסוף הם לא נכנסו לאמנת רומא על רקע כך שהם לא חמורים מספיק. יש לציין, כי זה שהאמנה מצהירה זאת, לא אומרת שזה מדויק לחלוטין- ייתכן כי ברובו, אך לא באופן מלא.

ביטוי נוסף בא ואומר שהעמדה לדין בבית הדין תיעשה בגין האירועים החמורים ביותר ובתוך האירועים החמורים ביותר בגין המעשים המסוימים והאירועים המסוימים החמורים ביותר, והמרצה מציין כי מחפשים גם את המבצעים החמורים ביותר. יש לנו כאן סדרה של שלבים- ניסוח העבירות > סמכות השיפוט של בית הדין > שלב ההחלטה את מי להעמיד לדין, כאשר ראינו אותו מתפרק לחלקי-חלקים.

עיקרון החומרה נולד עם לידת המשפט הפלילי הבינלאומי. במקור הוא נבע מאירוע הלידה של המשפט הפלילי הבינלאומי שהוא מלחמת העולם השנייה והתובנה שיש מעשים כל כך חמורים שהקהילה הבינלאומית חייבת להתמודד איתם ולהעניש בגינם בכדי שהם לא יקרו שוב. המרצה מההרצאה הקודמת באה ואומרת שהיה עוד שלב בהיסטוריה שההסתמכות על עיקרון החומרה עשתה עבודה- בשלב המשא ומתן של אמנת רומא; באות המדינות והן מצליחות להסכים על עיקרון החומרה, מהן העבירות, מה תהיה סמכות בית הדין, מה יכווין את שיקול דעת התובע; היא אומרת כי עיקרון החומרה עשה עבודה ביצירת קונצנזוס.

בנוסף, היא באה ואומרת כי השאיפה היא שגם בעתיד לבוא עיקרון החומרה יעשה עבודה של חיזוק וביסוס הלגיטימיות של המשפט הפלילי הבינלאומי וה-ICC. כאן מתחילה להיות בעיה- אם לתקופה קצרה, עיקרון החומרה יכול לספק את אותו לגיטימיות ואותו קונצנזוס, זה לא ייעשה לטווח הארוך כיוון שהוא ערך עמום- זה הבעיה במנגנוני קונצנזוס. היא באה ואומרת שאם באופן הקיים העיקרון הוא עמום מידי ומחביא היעדר הסכמה (לא מצליח לייצר קוהרנטיות אלא אשליה והרגשה של קוהרנטיות) אז היא שואלת את עצמה- **על איזה ביטויים של עיקרון חומרה צריך לשים את הדגש?** כדי לבסס את הלגיטימיות של המשפט הפלילי הבינלאומי ועל המוסד המרכזי שלו, ה-ICC.

1. על הביטוי בשלב קביעת איסורי המשפט הבינלאומי? בהקשר הזה היה הדיון שלה על האם יש קהילה בינלאומית ומה הערכים שקהילה זו צריכה לאכוף. היא הגיעה למסקנה שיש קהילה בינלאומית רזה ורק ערכים מצומצמים מאוד יכולים להיחשב כערכי הקהילה הבינלאומית. אך אז שנשאל מה הערכים, ניתנת תשובה די רחבה, שכן הקהילה הבינלאומית יכולה לעסוק בכל דבר שפוגע בכבוד האדם. מקיומם של שיקולים הנוגדים כגון יעילות, התחשבות במוסדות אחרים וכן הלאה, הקהילה הבינלאומית מצמצמת את עצמה יותר מכך, אך אינה חייבת. לתחושת המרצה יש 2 דברים שמניעים את המרצה האורחת להגעה למסקנה האמורה:
2. יש קשיים ברשימה הקיימת- שהם לא חמורים במיוחד. רצח של אנשי ממשלחת האו"ם הוא אוטומטית פשע מלחמה, אך בסופו של דבר הוא רצח רגיל; זה לא חמור במיוחד. דוגמה נוסף זה לבישת מדי אויב, שאולי היא תטען שניתן לבטל את פשע המלחמה הזה.
3. מג דה-גוזמן היא אשת משפט פלילי בינלאומי והיא נסעה לעבוד באפריקה כמה שנים כחלק מהתביעה בבתי הדין ההיברידיים- היא מאמינה במערכת ורוצה לקדמה.
4. על הביטוי בשלב קביעת סמכות השיפוט של בתי הדין הפליליים 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 הבינלאומי יכול לעסוק בכל העבירות שנקבעו, אך יש שיקולים שונים במיוחד, כגון חלוקת משאבים ולכן זה צריך להיות יותר מצומצם ותלוי בשיקולים הקיימים, ומשום כך היא לא מתייחסת לזה כמחסור גדול מאוד.
5. על הביטוי בשלב שיקול הדעת התביעתי? זו שלב שמצפים לשיקול דעת. לא מדובר בקו ברור וחד, יש בו עמימות ולכן זה יותר לגיטימי מאשר ב-2 השלבים הקודמים. המרצה האורחת מודה שיש אלמנט נדיר של סובייקטיביות אם מסתמכים רק על מה חמור והיא אומרת שמה שצריך להכריע ולהנחות את שיקול הדעת של התובע, זה באיזה תיקים הוא יבחר בהינתן מגבלות המשאבים שלו ויכול לעשות את העבודה הטובה ביותר. זה ישיג לגיטימיות למשפט הבינלאומי ול-ICC כמנגנון האכיפה שלו. **ההכרעה צריכה להיות על סמך שאלות של לגיטימציה**.

שתי אמירות ביקורתיות על האמירה של מג דה-גוזמן:

* בקהילה הבינלאומית יש עמדות שונות ולכן מהלך מסוים, בין אם הוא ייעשה ובין אם לאו, זה יגביר אצל חלקה את הלגיטימיות ועבור החלק האחר זה ייפגע בלגיטימיות של המערכת. היא ניסתה לגעת איתנו בבעייתיות הזו ולהציע את העמדה שלה לגבי הפתרון כשהיא נגעה במקרה הישראלי. המרצה אומר כי אנו נוטים לחשוב על עצמינו כמדינה קטנה, צעירה ויחסית חלשה, אך למעשה אנו לא כל כך צעירים, לא כל כך קטנים ולא כל כך חלשים.
* אם כך, למה אנו לא קוראים לכך עיקרון הלגיטימיות במקום עיקרון החומרה? בכל שלב בתהליך המרצה האורחת מנמיכה את הרף מאוד, כל דבר שפוגע בזכויות האדם, לא משתמשת בעיקרון החומרה ואומרת שמה שצריך לעניין אותנו זה לגיטימיות. המענה של המרצה האורחת הוא מענה שאומר שלנסות לקבוע רף של חומרה הוא רע; זה לנסות לתפוס את הרוח, כי בסופו של דבר נהיה חלוקי דעת אם מעשה חמור או לא. אם נקבע רף נמוך מאוד נוביל לפגיעה בכבוד האדם.

14.06.21

**הרצאה מס' 11- צידוק נורמטיבי לקיומו של המשפט הפלילי הבינלאומי:**

**בחינת פתרונות שהוצעו לקושי למצוא צידוק במשפט הפלילי המדינתי:**

סיימנו את ההרצאה האחרונה לפני הרצאת האורחת, בסיכום ביניים שהוביל למסקנה שבסיס הצידוק למשפט הפלילי הבינלאומי הוא אפילו יותר מעורער מזה של המשפט הפלילי המדינתי. אך לכאורה זה לא כל כך נורא והרי גם בהקשר של המשפט הפלילי המדינתי הבסיס היה מעורער, וגם 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 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 רמת המשפט הפלילי הבינלאומי הרבה יותר קטנה בהשוואה למערכות המשפט הפלילי המדינתיות (יש לזכור בהקשר זה שהצגנו 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 שלעיתים 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 לפיה כל בית משפט מבצע בחירה סלקטיבית מתוך פרקטיקות של מדינות, בכדי להגיע לתוצאה שבה הוא מעוניין בנוגע לתוכנו של העיקרון האמור במשפט הפלילי הבינלאומי.

1. **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 לו תוקף, במידה לא מבוטלת, אף בהיעדר קוהרנטיות נורמטיבית בתוכן החוקים או במטרתם. כמו כן, הן ההליך הדמוקרטי והן העובדה שמדובר בחברה מתוחמת יוצרים יכולת להניח בנוגע למערכת משפט שכזו ולא 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 הפוליטיים פחות מרוסנים. יתר על כן, במשפט הבינלאומי מדובר בחברה לא מתוחמת, או במילים אחרות ניתן לטעון, ויש הטוענים כך, כי ה"קהילה הבינלאומית" זו פיקציה. מעטים מעורבים בניסוח ויישום הנורמות. נוסף על כן, 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 דומה בקירוב למערכת המתוארת על ידי תיאוריות האמנה החברתית.

1. **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. אך בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי המצב שונה- יש הרבה פחות ערכים אוניברסליים שקיומם אינו שנוי במחלוקת, ובהתאם יש הטוענים כי גם אם ישנם ערכים תרבותיים אוניברסליים, ספק רב האם הם ברמה ספציפיקציה מספקת בכדי להצדיק ענישה פלילית? למשל, כולם מסכימים שיש להגן על אזרחים מפני זוועות המלחמה, אך יש חילוקי דעות עמוקים במשפט הבינלאומי האם משמעות הדבר הינה שאסור לבצע פעולות תגמול כנגד 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 באשר לתוכנו. בנוסף, יש שיטענו שאין סיבה להניח כי הערכים האוניברסליים הללו עדיפים על הערכים של החברה המסוימת, במקום בו קיימת סתירה בין הדין המקומי לדין הבינלאומי.

האם כל זה אומר שלא קיים כל צידוק למשפט הפלילי הבינלאומי? בהרצאה עצמה הראנו שלא בהכרח ושהמצב יותר מורכב.

**איתור הצדקה אחרת למשפט הפלילי הבינלאומי:**

ראינו שכל הפתרונות המעשיים שסייעו להצדיק את הדין המדינתי לכאורה אינם יעילים. כיצד בכל זאת אפשר להצדיק את המשפט הפלילי הבינלאומי? באמצעות חזרה לתיאוריות ולגישות שהתפתחו כתגובה לגישות הביקורתיות ולראות כיצד היישום שלהן יכול לעזור בהקשר של המשפט הפלילי הבינלאומי. חילקנו באופן גס את המענים לגישות הביקורתיות לשלוש קבוצות:

1. **סוג ראשון** ניסה להתמודד עם שיקולים פרקטיים עם הטענה שהכל אינטרסים- אם אנו צריכים את המערכת הזו אנו לא יכולים לאפשר מצב בו נטען כי הכל אינטרסים כיוון שהמערכת תפסיק לתפקד, אף אחד לא יאמין באף אחד והמערכת תקרוס. באותה קבוצה ראינו מענה אחר של WHATABOUTISM- עלינו לשאול את עצמנו מה אינטרס של מי שאומר שהכל אינטרסים; ייתכן שגם לו יש אינטרס משלו, שהמערכת לא מקדמת ולכן יש לו אינטרס לפרק אותה. באותה קבוצה דיברנו גם על טענתו של **הרדוג** שאומר שקיימות המון קבוצות עם אינטרסים- הדין הוא לא דבר מונוליטי שקורה רק במקום אחד ונשלט על ידי קבוצת כוח אחת, אלא קורה בשלל מוקדים ובקרב כמה קבוצות כוח, וזה דבר טוב כי נוצרים איזונים בין הקבוצות השונות.
2. **סוג שני** של מענים שנתנו הוא כי מבחינה מהותית, אנשים לא פועלים רק על פי אינטרסים, אלא גם לפי ערכים ולפי המגבלות של מה נחשב לגיטימי בשיח.
3. **סוג שלישי** של מענים זו התפתחות של השקפות פוסט-מודרניות לפיהן אין כלל צורך בלוגיקה אחת שתקבע מהו החוק, אלא אפשר לשלב רעיונות שונים יחד ורואים ערך במגוון. החיבור הינו בין מנגנוני קונצנזוס + LEGAL PLURALISM + LEGAL PRAGMATISM.

**תגובות למענים ביחס למשפט הבינלאומי:**

**תגובה למענה הראשון:**

**צורך-** לאור לקחי העבר אין ספק שקיים צורך אנושי להסדיר את הלחימה ולמנוע מעשי זוועה ויש צורך לאכוף את הכללים הללו באכיפה פלילית. איך הטיעון של **בורדייה**, האומר שיש כמה קבוצות כוח והכל מתרחש בו-זמנית, יוכל לעזור לנו? ברגע שיש 124 מדינות חברות ב-ICC לא ניתן לדבר על מדינות בודדות, אלא על 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, שמצד אחד יכולה להפנות מקרים של מדינות לא חברות ומצד שני יכולה להשהות הליך לשנה. לכן, אם דבר קורה חרף כל המנגנונים הללו, זה לא בעל אינטרס אחד שמקדם את האינטרסים שלו.

בנוסף, **WHATABOUTISM-** במאמרה של **אורנה בן-נפתלי** נאמר טיעון הפוך, לפיו שמי שמנצל את המשפט הבינלאומי הן המדינות. לכן, כאשר המדינות טוענות שהמשפט הפלילי הבינלאומי לא מתפקד כי הכל אינטרסים, צריך לקחת גם טענה זו עם ביקורת. דוגמה לכך היא התגובה לטענה שאת ישראל רודפים בגלל הטיות פוליטיות. ישראל טוענת שאמנת ז'נבה אינה חלה ביהודה ושומרון ומזרח ירושלים, וגם אם היא תחול, ההתיישבות לא מפרה אותה כיוון שהאיסור המדבר על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש נוצר על סמך ניסיון במלחמת העולם השנייה למנוע העברת אוכלוסייה לשטח כבוש בכוח. מדינת ישראל מחפשת טיעון משפטי כדי לספח את יהודה, שומרון ומזרח ירושלים ולהקים יישובים. בשנים הראשונות המדינה לא אמרה אם אמנת ז'נבה חלה או לא, והתמחקה מכך מתוך הבנה שהאמנה תעשה קשיים בעניין הגבולות וההתיישבות. במסמך לוועידת איסטנבול מדינת ישראל מציגה עמדה משפטית לפיה האמנה לא חלה. הקהילה הבינלאומית לא מקבלת את העמדה ובשנת 1971 המדינה מציגה עמדה שנייה וגם אותה לא מקבלים. לאחר מכן, הוצע למדינת ישראל לטעון טענה שרודפים אותה על אינטרס פוליטי וכך היא עשתה. שני האנשים שהציגו את עמדת המדינה היו קדרון ושמגר. מה לגבי הטיעון שהאיסור באמנת ז'נבה נועד להגן על האוכלוסייה שאותה מעבירים לשטח הכבוש? הרעיון היה להגן על האוכלוסייה בשטח הכבוש ולמנוע את הקשיים שנוצרים אחר כך מהרגע שהיא נמצאת בשטח (הסדר בנוגע לגבול). המסקנה מדוגמה זו היא שכאשר מדינת ישראל טוענת שהכל אינטרסים, ניתן לטעון נגדה שגם היא פועלת מתוך אינטרס ושיקולים פוליטיים שלה, ולכן צריך להיות ביקורתיים כלפי כולם.

כמו כן, **היתרון בביזור**- המשפט הבינלאומי מבוזר ואין לו גורם אכיפה יחיד. תגובת נגד אומרת שזה לא רע שיש ביזור, אלא הביזור הוא גורם מאזן, ממתן והוא יכול להקטין את החשש לניצול לרעה ולפעמים הוא גם לא ימנע מעשים לא-צודקים, אך יש לו פוטנציאל להיות אלמנט מאזן. 2 דוגמות לכך:

1. בתוך ה-ICC הסיבה שלקח כל כך הרבה זמן עד שהגיעו להחלטה לפתוח בחקירה רשמית נגד ישראל היא כי יש שתי מחנות בתוך בית הדין- מחנה אחד שרצה שתיפתח חקירה ומחנה אחד שלא רצה. מכך נוצר איזון, מצד אחד מדינת ישראל הייתה תחת איום וכעת היא מקפידה יותר על החוקים, ומצד שני לא באמת נפתחה חקירה. אך כאשר מדינת ישראל העלתה את טענות הסיפוח התערער האיזון וזה הטה את הכף לטובת המחנה השני.
2. למועצת הביטחון יש סמכות להעביר תיקים לבית הדין בנוגע למדינות שאין לו סמכות שיפוט כלפיהן וגם לעצור הליכים מסוימים. בכך, מדובר בגוף מאוד מאוזן ויש לו אפשרות לאזן את ה-ICC.

**תגובה למענה השני:**

אולי בכל זאת יש ערכים אוניברסליים וקהילה בינלאומית. ראשית, היו זוועות נוראיות במאה ה-20 ואולי צמחו מתוכם ערכים שרוב אוכלוסיית העולם מסכימה עליהם. שנית, הגלובליזציה הולכת וגוברת, הקשרים בינינו מתחזקים. שילוב שני דברים אלו מייצר קודם כל **הפנמה** של הערכים והעקרונות האוניברסליים של המשפט הבינלאומי בתוך המדינה, ובנוסף גם הגברת האכיפה בתוך המדינה- המערכות האלה עומדות ביחד, העובדה שיש מנגנון בינלאומי כמו ה-ICC גורמת להגברת האכיפה גם בזירה המדינתית, יש שיטענו משום שהם מפחדים מהאכיפה של ה-ICC 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. דוגמה לכך שיש אכיפה ברמה המדינתית, היא במחקר של **ריקהוף**, שהראה כי הסיכוי שבית הדין יתפוס אדם הוא אכן קטן, אך המקרים הקטנים הובילו לעשרות אלפי הליכים במדינות שונות בעולם בכדי לתפוס באותה מידה. כנ"ל לגבי מנגנון ההשלמתיות של ה-ICC, אשר מתערב רק אם המדינה לא תתערב ובכך יוצר תמריץ למדינה לאכוף.

**תגובה למענה השלישי:**

גישות פרגמטיות (Legal pragmatism) אומרות שממילא יהיו מערכות שונות וצריך לקבל את זה- המשפט המדינתי והמשפט הבינלאומי תמיד יהיו קיימים ולא צריך לשלב ביניהם. Legal pluralism אומר שזה טוב שיש מערכות שונות כי הן מפצות אחת על השנייה, ובהקשר למשפט הבינלאומי- מנגנוניו נועדו להקטין את הסיכוי שהמדינות יתפתו להפר בזמן מלחמה את הערכים שהן היו מלכתחילה רוצות לשמור והלחץ של המשפט הבינלאומי מונע את הפיתוי. מכאן, שהגבלת האכיפה בתוך המדינה מובילה לכך שהמשפט הפלילי הבינלאומי מתקדם לעבר גישה של ההשלמתיות.

לכך יש מספר השפעות:

1. חינוך- עקב ההרתעה שיוצר המשפט הבינלאומי מדינות מחנכות את החיילים שלהן לפעול לאור הדין הבינלאומי. בנוסף, החיילים עצמם נחשפים לאכיפת הדין;
2. לעניין ההסכמה- אם האכיפה מתבצעת בתוך המדינה, הטיעון לפיו לא ניתן לבסס את המשפט הפלילי הבינלאומי על הסכמה נחלש.

**אולם**, ברגע שאנו מאפשרים למדינות לאכוף בעצמן תהיה פגיעה בקוהרנטיות ובשוויון כי במדינות שונות יינתנו עונשים שונים. באמנת רומא, ניסו לתת לכך פתרון משולב- ראשית, עיקרון ההשלמתיות נותן קדימות להעמדה לדין בתוך המדינה, כל עוד המדינה מסוגלת לאכוף את הדין באופן כנה, ורק במידה ולא תהיה העמדה לדין תתקיים התערבות. בכך, זה מצמצם את החשש מאי-שוויון וקוהרנטיות. בנוסף, באמנת רומא קיים חלק כללי שבנוי על קונצנזוס במדינות, על האיסורים והנורמות- ישנו קונצנזוס ערכי הקיים בנורמות עצמן, בחלק הפנימי העוסק בעקרונות הכלליים אליהן מתייחס הדין וכן קיים בעיקרון החומרה; עצם זה שאנו מצטמצמים רק למעשים החמורים מעיד על התגבשות של קונצנזוס. על פי רעיון זה המדינות מיישמות את החלק הכללי וכך מתקבלת אכיפה אחידה. לפחות ביחס לחלק הכללי יש עלייה ברמת הקוהרנטיות. קוהרנטיות זו מגבירה גם את ההוגנות והלגיטימציה של המשפט הפלילי הבינלאומי.

**לסיכום:**

יש שיטענו כי המשפט הפלילי הבינלאומי נדון להיות חסר צידוק, וזאת כי:

1. הבסיס למשפט הפלילי הבינלאומי חלש אף מהבסיס למשפט הפלילי המדינתי;
2. יש חוסר קוהרנטיות כפול- ראשית, המשפט הפלילי הבינלאומי הוא יצור כלאיים של שתי מערכות משפט שסובלות מעצמן 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 המשפט הפלילי הבינלאומי באמצעות הגברת יעילות האכיפה של המערכת ובאמצעות הגברת הקוהרנטיות במערכת. בנוסף, צריך לזכור שגם המשפט הפלילי רחוק להיות חף מפגמים דומים. **בהתאם** יש יטענו כי למשפט הפלילי הבינלאומי יש כבר צידוק מספק ויש שיטענו שאנו בתוך תהליך שיוביל לכך שלמשפט הפלילי הבינלאומי יהיה צידוק מספק בעתיד.

21.06.21

**הרצאה מס' 12- הנרטיב הלא-מקובל להיסטוריה של המשפט הפלילי הבינלאומי:**

**לידת המשפט הפלילי הבינלאומי:**

הסיפור מספר שצ'רצ'יל וסטלין רצו לפתור את המלחמה בצורה מאוד פשוטה- לתפוס את הפושעים הנאצים ולהוציאם להורג ללא משפט, אך רוזוולט התנגד ודרש כי הם יועמדו לדין בפני בית דין בינלאומי. כאן אנו עדים לראשונה להעדפה לגישה הגורסת כי עדיף חוק מאשר היעדר חוק. **מאיפה הגיע הרעיון?** לפי גרסה אחת, מדובר בהעתקה של דוקטרינת אויבי כל האנושות מפיראטים אל המבצעים של פשעים גרעיניים בינלאומיים. לפי גרסה שנייה, מה שחשוב זו לא הדוקטרינה אלא ההקמה בפעם הראשונה של בית דין פלילי בינלאומי; בתי משפט פליליים היו דבר שהמדינה ביצעה ומדובר היה בתקדים. ברגע שבפעם הראשונה יצרו בית דין פלילי בינלאומי- נולד המשפט הבינלאומי הפלילי.

אם נפתח כמעט כל ספר של משפט פלילי בינלאומי, יופיעו כמה מקרים מוקדמים יותר שכביכול מסמנים את לידת המשפט הפלילי הבינלאומי. **גרסה אחת** ככלל מכירה במקרים הבאים:

1. קונרדין מלך ירושלים, 1268- באותה תקופה ירושלים נשלטה בידי המוסלמים ולא היה ערך למלך ירושלים. לכן קונדרין רצה להיות מלך של נסיכות באיטליה, אך האפיפיור מחליט שהנסיכות צריכה להיות בידי מישהו אחר וקונדרין פותח במלחמה בה הוא מפסיד ומועמד לדין על כך שהוא נהג בתוקפנות ובניגוד לדיני המשפט הבינלאומי שעסקו בדינים של מתי מותר לפתוח במלחמה, כאשר חלק מהם היו אישור האפיפיור ובמקרה זה לא ניתן אישור;
2. וויליאם וואלס, 1305- האנגלים מנסים להשתלט על סקוטלנד וכשהוא מפסיד הוא מועמד לדין על כך שהוא לא חס על כמרים, נשים וילדים בניגוד לחוקי האל והאדם;
3. פטר פון הגן-באך, 1474- הוא ממונה על ידי הבוס שלו להיות שליט על עיירה כבושה ובזמן שהוא שולט בשטח זה חייליו מבצעים מעשי זוועה בשטח הכבוש וכאשר הצד שלו מפסיד, כל הצדדים מקימים ביחד בית דין והוא מועמד לדין על הפרה של חוקי האל והאדם;
4. נפוליאון, 1815- כאשר הוא מפסיד הוא ממונה למלך של אלבה תחת התנאי שהוא לא יפתח במלחמה שוב. הוא בורח מהאי אלבה ופותח במלחמה שוב וכאשר הוא שוב מפסיד הן מענישות אותו ללא משפט לגלות באי סנט-הלנה;
5. מלחמת האזרחים האמריקאית, 1861-1865- במהלך המלחמה מפורסם "קוד ליבר" (1863) המהווה קידוד דיני הלחימה, אשר תהווה השראה לאמנות הקודיפיקציה של דיני הלחימה בסוף המאה ה-19. כאשר בסוף המלחמה מועמד לדין מפקד בצבא הדרום, כאשר במחנה שבויים שלו היו מתעללים בעצירים ולכן בתום המלחמה הוא מועמד לדין על רצח והתעללות תוך הפרה של דיני הלחימה;
6. מלחמת העולם הראשונה- נקודת הלידה הכושלת/שלב תחילת ההיריון של המשפט הפלילי הבינלאומי. לגבי פשעי המלחמה, שם נוחתת התובנה ממש כי אכיפה של דיני הלחימה רק כנגד מדינות לא מספיקה ומנסים לבצע אכיפה כנגד החיילים עצמם. בהסכם השלום יש תוכנית להעמיד לדין חלק מהמבצעים בבתי דין בינלאומיים. כאשר זה לא הולך, האחריות להעמדתם לדין מועברת לגרמנים. הנרטיב המקובל גורס כי במהלך המלחמה הומצא לראשונה המונח "פשעים כנגד האנושות" (במשמעות המודרנית כקטגוריה של פשעים בינלאומיים גרעיניים) כתיאור לפשעים ולרצח העם שמבצעים הטורקים בארמנים.

**גרסה שנייה** מכירה ככלל במקרים הבאים:

1. פטר פון הגן-באך, 1474- לפני 500 שנים אולי אפשר להגדיר כדין בינלאומי;
2. במלחמת העולם הראשונה יש ניסיון, רואים לפי המקורות שהאמריקאים מכריזים בגלוי בוועידת פריז, שלבית הדין פלילי בינלאומי אין תקדים בהיסטוריה האנושית; אך הסיפור ההיסטורי המקובל נותן עוד נקודה חשובה וזו-
3. ב-1872 בתום המלחמה הפרנקו-גרמנית, MOYNIER הנשיא השני של הצלב האדום מציע ליצור בית דין פלילי בינלאומי 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.

**מדוע מספרים את המקרים האלו?** ישנה עמדת מיעוט, הבאה לידי ביטוי אצל **אסתר נוימן כהן**, שאומרת שמשפט פלילי בינלאומי הוא צורך בינלאומי, עקב אינטראקציות בין ריבונים שונים. לעומת זאת, העמדה הרווחת נותנת פסקה שבה היא מציגה את הדברים הללו בכדי לזרוק אותם הצידה רגע אחרי בטענה שמי שחושב שכל הרגעים הבודדים הללו מהווים חלק מקו אחד טועה ומעיד על חוסר ביטחון של המשפטנים הבינלאומיים שמנסים ליצור היסטוריה ארוכה לתחום החדש הזה (דבריו של **מוחמד שריף בסיוני**). **למה חשוב להתמודד עם ההיסטוריה הזו?** צריך להבין שהנרטיב הזה מייצר בעיה ומערער את הלגיטימציה של המשפט הפלילי הבינלאומי. הטיעון של המבקרים אומר כי המשפט הבינלאומי נולד בחטא ובענישה על סמך איסורים שנקבעו בדיעבד ומה שנולד בחטא לא יכול להפוך להיות לא-פגום.

**בעיית הלגיטימיות שגורם הנרטיב המקובל וסוג של מענה נפוץ אליו:**

**קונטורוביץ'** טוען כי אין קשר בין ההעמדה לדין בין פיראטים לבין ההעמדה לדין הבינלאומית שהתקיימה כביכול על בסיסה לאחר מכן; לטענתו הפיראטים נתפסו כאויבי כל האנושות כי הם פעלו מהים ולכן כל העולם היה צריך להילחם בהם ולא איזו שהיא מדינה מסוימת וכי לא מדובר בפשע חמור במיוחד. **מג דה-גוזמן** מגיבה כי הוא צודק, אך זה כבר לא משנה כיוון שהמשפט הפלילי הבינלאומי כבר מבוסס היום, ולכן לא משנה אם בעבר זה נסמך על טיעון משפטי מונפץ. טיעון נוסף וחצי מענה- לעיתים נמצא מקורות שטוענים כי פשעי מלחמה זה משהו יותר ישן. **קסזה**, אחד מאבות המשפט הפלילי הבינלאומי המודרני, אומר כי פשעי מלחמה הם בעלי היסטוריה מסוף המאה ה-19, כאשר השאר מהוות המצאות של משפטי נירנברג. מכך שהטיעון של ענישה על סמך איסורים שנקבעו בדיעבד, הוא נכון לגבי תוקפנות, פשעים נגד האנושות ועצם היצירה של בית דין פלילי בינלאומי, אך 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?**

פיראטים לא נקראו רק "אויבי כל האנושות" אלא נקראו גם "פורעי חוק", שכן הם הפרו את השלום הקהילתי. ובהתאם, כאשר הדוקטרינה מועתקת לפושעים בינלאומיים גרעיניים גם הם לא נקראים רק "אויבי כל האנושות" אלא גם "פורעי חוק בינלאומיים".

המרצה מציג טענה- **לפני מלחמת העולם השנייה לא הייתה אכיפה פלילית של פשעי המלחמה** ולא היה דבר כזה פשעי מלחמה. בסרטון שהמרצה הראה ישנם חיילים שנלחמו בעת לבישת מדי אויב והם הוצאו להורג, שכן לפי דיני הלחימה, להם יש היסטוריה ארוכה, יש להם אחריות פלילית אישית בגין המעשה. איך זה ייתכן שאומרים שלא היה משפט פלילי בינלאומי לפני משפטי נירנברג? בנוסף, מי שטען את זה לא קרא את פסק הדין של נירנברג, כיוון שהוא היה מגלה שהנאשמים טענו את הטענה הפוזיטיביסטית הזו- התקנות נועדו למדינות ולכן האכיפה צריכה להתרכז בהן ולא בבני האדם. ואחד הטיעונים שבית הדין עונה זה כי קיימת פרקטיקה בת מאות שנים של העמדה לדין של חיילי אויב בבתי דין צבאיים בגין הפרה של דיני לחימה מנהגיים, דהיינו פשעי מלחמה. אם מדובר במאות שנים, זה לא ייתכן שדיני הלחימה נולדו רק עם תום המלחמה. בסוף המאה ה-19 פוזיטיביסטים טוענים כי דיני הלחימה לא קיימים וכי מדובר בכללי נימוס.

לכן, תומכי דיני הלחימה עושים קודיפיקציה בכדי להחליש את הטיעון ואין זה אומר שלא קיימים דיני הלחימה כי התבצעו שינויים/רפורמות. הדוגמה הכי מובהקת שמבהירה כי הדינים של האמנות היו חזרה/הוספה לדינים הקיימים, זה האיסור האומר שאסור להכריז שלא תיקח שבויי מלחמה. מדוע נאמר כך? עד האיסור הזה היה מותר לא לקחת שבויי מלחמה אך היה צריך להכריז על כך באמצעות דגל. הפרקטיקה הזו הייתה כל כך ברורה מאליה למנסחי האמנה, ולכן כאשר רצו לבטלה הם פשוט הוסיפו את התוספת של ההכרזה לכלל הקודם (אסור לקחת שבויי מלחמה).

עכשיו נלך על המקרים ההיסטוריים המקובלים ונראה אם הם קשורים או לא:

* **מלחמת העולם השנייה**- בתום מלחמת העולם השנייה הוקמו בתי הדין הצבאיים בנירנברג וטוקיו, באמצעות מזכר סודי של האמריקאים. בחוות הדעת נבחנה השאלה האם אפשר להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית? זה לא שמעתיקים את הדוקטרינה מהפיראטים אלא כמו המקרה של הפיראטים בצבא עושים זאת לפחות מאה שנים (נראה שזה לפחות אלף שנים) בהקשר של פושעי מלחמה. נראה זאת בהוכחות הבאות:

1. במלחמת העולם הראשונה, יש מקרה של חיילים רוסים שמפגיזים ירי לא מאבחן בסנט-פטרסבורג והרוסים מודיעים להם שזה מעשה שמציג אותם כאויבי כל האנושות;
2. בחוות הדעת המשפטית שנכתבה על ידי מלומד בינלאומי מוביל של אותה תקופה, עבור ראש ממשלת אנגליה שמנסה להסביר לו למה הוא יכול להעמיד לדין את הקייזר. בחוות הדעת 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, כאויב השלום העולמי ופורע השלום העולמי, שזה מונחים נרדפים לפורעי חוק;
5. לואיס גולדסמית', יהודי, קורא לבונפרטה פורע חוק ואויב כל האנושות.

* **ויליאם וואלס**- במשפט הפלילי הבינלאומי 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 וחתכו את גופתו ושלחו כל חלק למחוז אחר במדינה, לאחר שהוכר כפורע חוק.
* **פטר פון הגן באך**- העמידו אותו לדין למוות בגין בגידה ועריצות. במשפט הרומי הראשונים שנחשבו לאויבי כל האנושות היו שליטים שהתעללו בנתיניהם ולא פיראטים. הכלל המשפטי שהיה במשך מאות שנים גם התייחס לפורעי החוק ולאויבי כל האנושות כמושגים נרדפים.
* **קונדרין**- היה ככל הנראה בן 14 או 15 כשהוצא להורג, לאחר שנידון למוות כי הוכרז כמפר השלום בגין מעשיו.
* **ג'ון חסר הפחד**- הוא ניהל מלחמה עם יורש העצר של הכתר הצרפתי, שקבע לנהל משא ומתן על הפסקת אש. אך במקום המפגש הוא מחסל אותו והמעשה הזה נחשב לפשע מלחמה- התנקשות בפרלמנטר. אז זה הוגדר כפשע נגד האמונה והאנושות. מדוע המקרה הזה חשוב? מי שמתעצבן על זה שמחסלים את ג'ון חסר הפחד הוא הנרי מלך אנגליה שלא היה מעורב במלחמה, ונכנס אליה רק בעקבות החיסול, תופס חלק מהמבצעים, מעמידם לדין ושופט אותם למוות בבתי 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, הייתה סמכות להעמידו לדין רק בבתי המשפט של המלך. לפי התיאור של שלמה גיורא שוהם יש שלושה 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 לאחר מכן 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' לבין חמולה ב', אך היו מספר מעשים שאם ביצעת אותם, הפכת לפורע חוק כי הפרת את שלום הציבור. המעשים היו משני סוגים- סוג אחד היה גניבה, אונס, הצתה ורצח; למעשים אלו היה מניפסט קרימינלי, כלומר- פליליות מובהקת, ברגע שהמעשה בוצע הוא העיד על האופי של הבן אדם כפורע חוק. סוג שני הוא אם אדם ביצע מעשה נזיקי אך במקום ללכת להליך משפטי ברחת, אפשר להכריז עלייך כפורע חוק וכאשר הוכרז כך כל אדם היה רשאי להרוג אותך. הם נחשבו כחמורים במיוחד- עיקרון החומרה ולכן היה אפשר להטיל עליהם את העונש החמור ביותר. בנוסף, היה פה שיקול פרקטי- לא הייתה משטרה, ולכן נעזרו בכולם לטובת אכיפה.

**הצידוק-** המלכים מגלים שיש בדין הרומי, שבאותה תקופה נחשב כדין קדוש, דוקטרינה שמאפשרת להוציא אנשים להורג ללא משפט. לכן, הם משלבים את הדוקטרינות ואומרים שיש מעשים שמפרים את השלום הקהילתי ואת השלום העולמי, מפרים את דיני האדם והאל. במשפט הגרמני והרומי היו כללים חריגים, שאמרו באיזה סיטואציות לא יכלו להוציא להורג פורע חוק. היו חריגים משני 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 שלושה דברים:

1. אויבי כל האנושות=פורעי חוק;
2. לא רק שודדי ים נחשבו לאויבי כל האנושות, אלא גם פושעי מלחמה, תוקפניים, טרוריסטים 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 פושעי מלחמה. נדגים זאת-
4. בהכרזה כנגד נפוליאון, בעלות הברית הכריזו עליו כפורע חוק משום שברח מאימת הדין ולכן כל אדם היה רשאי להוציאו להורג;
5. במלחמת האזרחים האמריקאית גנרל של הצפון מוציא להורג שבוי מלחמה דרומי משום שהוא קרע את הדגל האמריקאי. נשיא הדרום אומר שהגנרל הוציא להורג שלא כדין והוא לא יכול להגיע אליו ובכך הגנרל בורח מאימת הדין. לכן הוא הכריז עליו כפורע חוק ואויב האנושות וקורא לכולם להוציאו להורג;
6. הצפון עושה זאת גם כן ומכריז על יחידות ובריגדות שתמכו בדרום כפורעי חוק ואויבי האנושות וניתן להוציאם להורג ללא משפט;
7. הקנדים והצרפתים אמרו ששימוש בנשק מסוים שגורם לסבל מיותר, והוכרז שמי שישתמש בו יוכרז כפורע חוק וניתן להוציאו להורג ללא משפט;
8. צ'רצ'יל הסתמך על דוקטרינת פורעי החוק ואמר שלא ניתן להגיע אל פושעי המלחמה הנאצים. לכן, הוא אמר שנקים וועדת משפטים והיא תחליט מי הם פושעי המלחמה, נכריז עליהם כפורעי חוק ואז אם אחד מהם ייפול לידינו, ברגע שנוודא שזה הוא, נוציאו להורג. מכך, נכון שמלחמת העולם השנייה היא מות דוקטרינת פורע החוק הקלאסית, הוצאה להורג ללא משפט/בהליך מקוצר, אך זה לא כמו שהאגדה מספרת לנו שבחרו מנתיב של חוסר חוק לנתיב של חוק.

**חידוד הנקודה לגבי תוקפנות:**

ניתן לראות מקונדרין ונפוליאון כי ישנה היסטוריה ארוכה של מחשבה שתוקפנות והפרת דיני פתיחת מלחמה מהווים פשע בינלאומי. לדוגמה, הכרזה של פרדריק השני כפורע חוק בעקבות הכיבוש שלו של סקסוניה, ואז הוא ברח מאימת הדין בעוד אחרים הועמדו לדין. אולם, במקביל יש עמדה אחרת, המתחזקת במאה ה-18, והופכת להיות עמדת הרוב במאה ה-19 הטוענת כי שליטים יכולים לצאת למלחמה מתי שהם רוצים. אך אין זה אומר כי דעת המיעוט נעלמת. נפוליאון הוא עדות לכך, שהאנגלים התנגדו בדעה שתהפוך לדעת הרוב אך בני הברית שלהם החזיקו בעמדה שתוקפנות היא פשע בינלאומי. בנוסף, לאורך המאה ה-19 נמצא מקרים שבהם אנשים מועמדים לדין/יש ניסיון להעמיד לדין על תוקפנות. לדוגמה, מקסיקו מעמידה לדין את מקסימיליאן שניסה להשתלט על מקסיקו ולהיות קיסר עליה והוא הועמד לדין בגין תוקפנות. הצעתו של ביסמרק, שנתיים לפני מונייר, הייתה להקים בית דין בינלאומי שיעמיד לדין את מי שאחראי לפתיחת המלחמה הפרנקו-גרמנית.

**הבהרת ההיסטוריה של פשעים נגד האנושות:**

מלחמת הבוקסרים היא התערבות צבאית של כוח משמונה מדינות במרד שקורה בסין. המלחמה הזו זכורה כמעשה קולוניאליסטי נורא ויחד עם זאת היא הייתה התערבות הומניטרית כדי לעצור את המעשים של המורדים. בסופו של דבר, המורדים הרגו 32 אלף סינים עקב היותם נוצרים ועוד 200 אירופים. המלחמה הזו הייתה התערבות צבאית הומניטרית נגד רצח עם. בשנת 1900 11 מדינות, כולל כל שמונה המדינות שהתערבו צבאית, שולחות מכתב מחאה לממשלת סין, שבו הגדירו את מעשי הבוקסרים כפשעים נגד האנושות. בשונה מרצח העם הארמני שרצו להקים בית דין בינלאומי ולא הקימו, בזמן מלחמת הבוקסרים הקימו בית דין פלילי עם שופטים צבאיים גרמנים, בריטים, איטלקים וצרפתים. מכאן אנו למדים שזה בית דין פלילי בינלאומי, אך נירנברג היה הראשון, לא?

המונח **פשעים נגד האנושות** הוא בן מאות שנים ושימש כמונח מקביל לפשע בינלאומי. במאה ה-19 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 המלווה בסנקציה, ואילו הפשעים הבינלאומיים לא מסתדרים עם ההגדרה הזו. לכן, הם מנסים להשמיד את כל הפשעים הבינלאומיים- עם שודדי הים זה הולך הכי פחות טוב; עם פשעי מלחמה זה הולך טיפה פחות טוב, ועם felonies הולך די טוב. לפיכך, הפוזיטיביסטים מצליחים די יפה לחסל את השקפת ה-felonies כפשעים אוניברסליים מלבד בכמה דברים. אחד מהם היה המערכה הצבאית בתחום של התערבויות הומניטריות ומתפתחת המחשבה שאם מבוצע במדינה זרה פשעי מלחמה או פשעים בכמות אדירה יש זכות ואף חובה להתערב, לשלוח כוח צבאי בכדי לעצור את ביצוע המעשים ולהעמיד לדין את המבצעים. לכן, בסדרה של התערבויות לאורך המאה ה-19 המעשים מוגדרים כפשעים נגד האנושות ופשעים רגילים 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 מאחורי felonies כי הם פשעים חמורים המפרים כללים בינלאומיים כאשר הם מבוצעים באופן מסיבי מבלי מניעת השלטון, ובכך נוצרת סמכות אוניברסלית וניתן להתערב. הדין נשאר ומומצא לו רציונל חדש. כאשר למדנו על פשעים נגד האנושות הרציונל היה הגנה על זכויות אדם, אך בהגדרה זה לא מוזכר.

**אך למה ההיסטוריה הזו של הדוקטרינה חשובה?**

ראשית, העובדה שיש היסטוריה ארוכה מספקת במידה מסוימת לגיטימציה למערכת והיא מעלה טיעון שאומר שמשפט פלילי בינלאומי לא מהווה תופעה חדשה ואם היא קיימת כנראה שיש צורך סוציולוגי שהיא תהיה קיימת- אלמנט חיובי. בנוסף, ישנם שני אלמנטים פחות חיוביים:

1. העובדה שיש היסטוריה ארוכה מאפשר לנו לחשוף תופעות שהדין נשאר גם כאשר הרציונל המקורי שלו נעלם ומומצאות לו רציונלים אחרים. כל הקורס נועד לחשוף את התופעה הזו וההנחה שיש צידוק קוהרנטי למשפט הפלילי, כאשר מימי הביניים אנו מצמידים רציונלים בכדי להצדיקו. לדוגמה, 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 המקסימלי יהיה מוות. העונש נקבע לאור שני רציונלים- 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 ולכן הלכו לעונש אחר שנחשב לגיטימי.

* כנ"ל לגבי סמכות אוניברסלית- היא התפתחה עקב הרעיון שכל בן אדם יכול להרוג את הבן אדם השני כי אין מערכת אכיפה והרעיון התפתח על סמך הרעיון הנורמטיבי כי מדובר בפשעים חמורים המפרים את המשפט האוניברסלי, שמקורו הוא באל.
* כנ"ל לגבי עיקרון החומרה- בהנחה האינטואיטיבית שלו, האם זה פשע בינלאומי גרעיני או פשע מלחמה אז זה אוטומטי חמור, יש אלמנט של THINGIFICATION לפיו חלקם באמת חמורים אך חלקם זה עקב העתקה מהעבר, מבלי קשר להיסטוריה. עד המאה ה-19 לכל הפשעים היה עונש מקסימלי אחיד והוא היה עונש מוות. רק בתקופה שהפסיקו להתייחס אליהם כאל פשע אוניברסלי נוצר פתאום מדרג ענישה.

1. אמרנו שיש בעיה של קוהרנטיות עקב החלה של נורמות מ-2 מערכות שונות, אך כעת למדנו שגם למשפט הפלילי הבינלאומי יש היסטוריה ארוכה בת מאות שנים. מכך היעדר הקוהרנטיות יותר גדול כי מקור הנורמות הוא משלוש מערכות שונות.

28.06.21

**הרצאה מס' 13- הרצאה מסכמת:**

**המשך וסיכום- מדוע ההיסטוריה הזו של הדוקטרינה חשובה?**

1. לגיטימציה סוציולוגית ומענה לביקורת שהמשפט הבינלאומי נולד בחטא- **נוימן** רואה שיש דוגמות בהיסטוריה ולא מנסה לחבר ביניהן, אך אומרת שעצם זה שמוצאים בהיסטוריה שוב ושוב דוגמות למשפט פלילי בינלאומי מעיד שזה צורך אנושי. אז על אחת כמה וכמה אם אנו מראים שהפרקטיקות הללו קשורות ויש רציפות במערכת, אנו מחזקים בכך את הטיעון של לגיטימיות סוציולוגית. בנוסף, יש טענות שאומרת 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 המדינתי.
2. THINGIFICATION- אם מדובר בנורמות שקיימות המון זמן, אך הרציונלים די חדשים זה צריך להאיר נורה אדומה, שיש פה חשש או חשד להשפעת אלמנט ה-THINGIFICATION. האלמנטים של היסוד באים לידי ביטוי באופן הבולט ביותר לגבי הכלל של עניין עונש מקסימלי חמור אחיד; יש חשד שבאופן חלקי, או מלא, בעניין הסמכות האוניברסלית וכן לגבי עניין עיקרון החומרה ויש אלמנטים כאלה בעבירות מסוימות כמו לחימה בזמן לבישת מדי אויב.
3. חושף שהפוטנציאל לאי-קוהרנטיות עוד יותר חמור ממה שהנחנו, שכן הוא יציר של שלוש מערכות ולא של שתיים. מפני שהנורמות של המשפט הפלילי הבינלאומי לא יציר כלאיים של מערכות שמגיעות משתי מערכות משפט אלא משלוש מערכות משפט, שפשוט באחת מהן שכחנו את ההיסטוריה הארוכה שלה. שלוש המערכות הן המשפט הפלילי, המשפט הבינלאומי והמשפט הפלילי הבינלאומי.

**האם גרסה 2 הנכונה?**

המקרים המוכרים כיום הם:

1. Peter Von Hagenbach (1474)- היה את פון הגן באך, אך זה היה לפני 500 שנים;
2. Gustav Moynier (1872)- פעם ראשונה שמישהו מציע הצעה לבית משפט פלילי בינלאומי;
3. מלחמת העולם הראשונה- יש שלוש יוזמות שמסכימים עליהם בהסכמי השלום להקים בית דין בינלאומי:
4. פושעי מלחמה מסוימים;
5. לקייזר;
6. למבצעי רצח העם הארמני. אך אף אחד מהתוכניות לא מתממשות ובהשראתם יוצרים את נירנברג.

**שני פרטים נוספים בנוגע לגרסה 2:**

1. במאה ה-19 העידן היה כל כך פוזיטיביסטי כך שאין סיכוי שהיו יכולים לחשוב על טריבונל פלילי בינלאומי;
2. לא היה אפקט להצעה של מונייר- היוזמה שלו לא הכתה גלים והפעם הראשונה שהרעיון עולה ברצינות זה במלחמת העולם הראשונה.

**המרצה ושותפו למחקר, בנדיקט, הראו שזה קשקוש**. ראשית, יש טריבונלים שהם של כמה ריבונים לאורך כל המאות. המרצה ושותפו חשפו רשימה של טריבונלים מתחילת ועד סוף המאה ה-19. בנוסף, הם חשפו יוזמות להקמת טריבונלים מסוגים שונים בכל שנה במהלך מלחמת העולם הראשונה וזה לא שהמדינות התחילו לתמוך ברעיון חוסר רצון רק בסוף המלחמה, כולל טריבונלים אמיתיים, כך שחלק מהיוזמות היו מוצלחות. כמו כן, בוועידת פריז כאשר הנציגים דנים ברעיון להקים טריבונל פלילי ויש שני מחנות- מחנה אמריקאי שמתנגד בטענה כי זה חסר תקדים ומחנה תומך בטענה כי מדובר ברעיון חדש והכרחי למלחמה החדשה. בכך ששתי המחנות טוענים שזה חדש כי הם נסמכים על כלל המקרים הקודמים- זה לא שהם שכחו את המקרים הקודמים והם המציאו את הרעיון מחדש.

**לכן עולה השאלה מדוע ההיסטוריה נשכחה?**

**ראשית נענה על השאלה מדוע 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 וטוענים שלא יכול להיות ואין, כי הם רוצים לפתח ולבסס את הרעיון שהמשפט הפלילי הוא כלי רק של המדינה, לאור ההגדרה הפוזיטיביסטית שחקירה היא נורמה של הריבון המלווה בסנקציה. ומי הריבון? מי שיכול להטיל סנקציה. הם משווקים את הרעיון לפחות מווסטפליה, במשך מאות 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, אחד מראשי הממשלה אומר שהמשפטנים שלו אומרים שאפשר להעמיד לדין על פשעי מלחמה בטריבונל בינלאומי, אך הוא מתנגד כי פשע בהגדרתו הוא הפרה של דין מדינתי. אותו הדבר היום- **דנבר** אומר שמשפט פלילי בינלאומי לא עוסק בפשעים במובן המסורתי של הפרה של פקודת הריבון המלווה בסנקציה. מה זה פשע במובן המסורתי? **אוסטין** המציא את ההגדרה הזו בשנת 1834, כך שזה לא כל כך מסורתי.

ההשפעה של הנרטיב הפוזיטיביסטי חזקה עד כדי כך שלמרות שהמחקר ההיסטורי הפריך את מיתוס ווסטפליה, עדיין האמונה הבסיסית היא שכך צריך להראות משפט פלילי ואם הוא לא כזה, אז הוא חדש, מוזר וחשוד. עניין נוסף הוא שלפוזיטיביסט אמיתי יש באמת אמונה חסרת היגיון לחלוטין בכוח של המילים. לכן, אם קוראים לעומק את המסמכים של **רוברט** **לנסינג**, המתנגד הגדול לטריבונל בינלאומי במלחמת העולם הראשונה, נבין כי הוא היה מוכן שיהיה, אך הכי חשוב לו שלא יקרא לזה טריבונל משפטי אלא פוליטי כי משפט הוא תוצר רק של המדינה. בכך, הוויכוח הופך להיות וויכוח מינוחי. את התופעה הזו, אבחן **פיליקס** בשנות ה-30 והוא קרא לזה קשקוש טרנסדנטלי. לכן, כאשר האמריקאים טוענים שאין טריבונל פלילי בינלאומי, זאת כי **לנסינג** מאמין שאם זה טריבונל פלילי בינלאומי זה לא טריבונל משפטי.

1. עורכי דין מתנהגים כעורכי דין- עורכי דין מעוותים במידת האפשר את העובדות ואת החוק ככל שניתן באופן סביר לטובת הלקוח שלהם וטוענים שהדעה שלהם היא הכלל המשפטי האובייקטיבי. **רוברט לנסינג** מציג בשנת 1911 לעשות טריבונל פלילי בינלאומי ואומר שזה מצב חסר תקדים, אך אפשר לעשות זאת. אולם בשנת 1917 הוא אומר שאי אפשר לעשות זאת כי זהו מצב חסר תקדים. איך זה ייתכן? מפני שבשנת 1911 הלקוחה שלו, ארצות הברית, רוצה טריבונל פלילי בינלאומי ובשנת 1917 הלקוחה שלו, ארצות הברית, לא רצתה. השילוב של הדברים הללו, גורם לכך שבמסמכים שלהם, האמריקאים מתייחסים לתקדימים קודמים אך מנפנפים אותם בכל מיני דרכים.
2. האופי המיוחד של שיח המשפט הבינלאומי- משפטנים בינלאומיים אוהבים להרגיש שהם חדשניים והדרך היא על ידי מחיקת העבר ובו-זמנית הסתמכות עליו. בכך, שהם אומרים שהעבר משמש השראה, אך מה שהם מציעים הוא חדש. כמו ההעתקה מהפיראטים לפשעים בינלאומיים גרעיניים. סיפרו לנו את הרעיון של הפיראטים בכדי להגיד שהרעיון של סמכות אוניברסלית לא מופרך אלא זה רעיון של היסטוריה ארוכה. אולם, מה שאנו מציעים הוא עוד יותר טוב כי אנו 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. הוא מציג לפני הוועדה לפחות שלושה תקדימים קודמים, אך אומר שזה לא מה שאנו רוצים. לכן זה לא תקדים אלא מקור השראה ומה שאנו רוצים הוא באמת טריבונל פלילי בינלאומי וזה דבר חדש.

**השאלה השנייה היא האם אותו דבר קורה בנוגע לזיכרון שיש היסטוריה להחלת הדוקטרינה של סמכות אוניברסלית על פשעים אחרים מלבד שוד ים?** מי שכתב את המזכר הסודי משנת 1944, שבו האמריקאים הראו שיש תקדימים של לפחות מאה שנים להחלת הדוקטרינה על פשעי מלחמה הוא **קולז**. לכן, בשנת 1948 הוא 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 בשנת 1946 ותוך פחות משנתיים מתקבע הנרטיב ו**קולז** לא מבין איך זה קרה. הנרטיב שהתקבל היה שעד מלחמת העולם השנייה המשפט הבינלאומי פנה רק למדינות ולא לפרטים, מלבד פיראטים. אולם **קולז** יודע שזה לא נכון כי הוא כתב בשנת 1944 את המזכר שמראה שזה מיושם כבר לפחות מאה שנים על פושעי מלחמה.

**מהלך הבחינה:**

* משך הבחינה הוא שעתיים;
* הבחינה בנויה משלושה חלקים:

1. החלק הראשון כולל הגדרות קצרות;
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 בכדי לעלות על הנקודה.

**-סוף דבר-**