**משפט פלילי בינלאומי**

**שיעור 1 – 06/03/22**

**במה עוסק המשב"ל הפלילי**

1. פשעי מלחמה
2. פשעים נגד האנושות
3. רצח עם
4. תוקפנות

**לפי הנרטיב המקובל יש לקטגוריות השונות במשב"ל הפלילי כמה מכנים משותפים:**

1. התפתחות היסטורית – כולם היו מעשים שהיו אסורים לפי דיני הלחימה, ובעצם שאר הקטגוריות הן הרחבה של המצב שבו הם נאסרים מתוך ניסיון היסטורי.

**פשעים נגד האנושות** זה פשעים שהיו אסורים באופן יחידני במלחמה, והרחיבו אותם שיהיו אסורים גם בזמן שלום, גם כאשר השלטון עושה זאת נגד העם שלו, וכאשר הם נעשים באופן שיטתי ורחב יותר.

**פשעי רצח עם** הם נגזרת של פשעים נגד האנושות.

**בתוקפנות** התוקף מדינה אחרת פותח במלחמה נגד הכללים המורים מתי ניתן לפתוח מלחמה. (אם אין מלחמה כל זה לא קורה)

1. חוקת נירנברג – 3 מתוך הקטגוריות במפורש, ואחת באופן משתמע, נמצאות כבר בחוקת לונדון (חוקת נירנברג) שהיא האמנה שהקימה ועל בסיסה שפט בית הדין הלאומי בנירנברג. חוקה זו קבעה את העבירות האלו. (פשעים נגד האנושות הם הקטגוריה המשתמעת).
2. הגנה על זכויות אדם בסיסיות – רובם, רוב המעשים האסורים בכל אחת מהקטגוריות, הם מעשים הפוגעים בזכויות אדם בסיסיות – רצח, אונס וכו'. יש פשעי מלחמה מסוימים שלא פוגעים בזכויות אדם, אבל בעיקרון רוב פשעי המלחמה פוגעים בזכויות אדם בסיסיות.

**משפט פלילי "רגיל" (מדינתי)**

* המנסח את העבירות הוא הפרמלנט המדינתי.

למה מעמידים לדין אנשים? לדוג', אם אדם ביצע עבירה מחוץ למדינתו, בד"כ המדינה אכן קשורה למקרה/לקורבן/לעבירה, וסוג המערכת שאוכפת היא מערכת מדינתית. זרוע אחת היא מחוקקת, השנייה מבצעת והשלישית שופטת.

**איפה קבועים האיסורים של המשב"ל הפלילי? יש לו נורמות משני סוגים:**

1. דין בינלאומי (אמנות), שבד"כ הן אמנות רבות משתתפים.
2. משפט בינלאומי מנהגי – המנהג לא כתוב בשום מקום.

לגבי המשבל הפלילי – חלק נכבד מהאיסורים היום ניתן למצוא באמנה כזו או אחרת. יחד עם זאת, רוב האיסורים מעוגנים בדין בינלאומי מנהגי. אם זה גם באמנה וגם במנהג, יכול להיות שלבית הדין לא תהייה סמכות, אבל כן האיסור יחול.

* רוב המדינות הוקמו בשנות ה-50' ואילך. רוב האיסורים התגבשו אחרי מלחמת העולם השנייה. רוב האיסורים נוצרו לפני רוב המדינות שקיימות.

צידוק לאכיפה – יש אפשרות לאכוף על סמך סמכות אוניברסלית. זה אומר שמדינה שאינה קשורה למקרה, או לפעמים בית דין בינלאומי, הם אלו שאוכפים את הדין.

**היסטוריה**

לאחר המאה ה18 וה19 המשב"ל פונה רק למדינות (כלומר לא מאשים אנשים). אבל יש שני חריגים:

1. אכיפה פלילית אוניברסלית נגד שודדי ים
2. אכיפה פלילית אוניברסלית נגד סוחרי עבדים

המשותף לשני פשעים אלה הם:

* כשל אכיפתי – העבירות מבוצעות במקומות שבהם לאף מדינה אין סמכות שיפוט (ים).
* הים משותף לצורך העברת עבדים ופיראטים
* עבירות שפוגעות בכלל המדינות – סחר עבדים לא מוסרי ופוגע באינטרס בינ"ל משותף.

ההבדלים:

* המבצעים – עבירות אלה מבוצעות ע"י אנשים פרטיים ולא ע"י מדינות
* האינטרסים – פשעים אלה מבוצעים מאינטרס של כסף, בעוד פשעים בינ"ל מבוצעים מסיבות אידיאולוגיות או לטובת המדינה.

**מלחמת העולם השנייה ועד היום**

אחרי מלחמת העולם השנייה מוקם בית הדין הבינלאומי בנירנברג ובעקבותיו בית הדין הבינלאומי בטוקיו, וכן בהמון מדינות בעולם יש העמדות לדין ברחבי העולם בגין פשעים כאלה. בפועל אחרי מלחמת העולם השנייה הועמדו לדין כ-30 אלף איש (בגין פשעים , ועוד 100 אלף על פשעים מדינתיים.

**בעקבות כך הוסקו שתי מסקנות:**

1. המשב"ל צריך לשרת גם בני אדם, ולא רק מדינות. לפעמים הוא צריך להגן על בני האדם מפני המדינות שלהם.
2. מאחורי המדינה ישנם אנשים. לכן התובנה היא שלפעמים צריך להרים את מסך הריבונות. צריך גם לפנות ולהעניש את בני האדם.

נוצר הצורך לייצר נורמות שיאיימו על אנשים ספציפיים באחריות ולא על המדינות בלבד. שני רציונליים:

1. **כשל אכיפתי** משום שמדינת העבריין לא רוצה להעמיד אותו כי היא זו ששלחה אותו, כלומר הוא עשה זאת למענה.
2. **אינטרס אוניברסלי** – הגנה על זכויות אדם. רוב הנורמות שמוגנות על ידי האיסורים של פשעים גרעיניים נועדו להגן על פגיעות חמורות בזכויות אדם. לכן ישנו דמיון לסחר עבדים, האינטרס הבינלאומי דומה.

לאחר מלחמת העולם השנייה פרצה המלחמה הקרה **והמשב"ל נכנס לתרדמה**. מי שנכנס לתרדמה הכי ארוכה הוא המשב"ל הפלילי. מלבד הליכים כנגד פושעי מלחמה נאצים, כמעט ואין הליכים כנגד פושעים במלחמה הקרה. ניתן למצוא ממש מאמרים המבקרים זאת. לאחר מכן קורסת חומת ברלין, גורבצ'וב מודח, **ומתחיל עידן אופטימי יותר** - שנות ה-90. בזכות האופטימיות הזו המשב"ל פורח, ובפרט הפלילי, וממשיך לפרוח עד היום. הפריחה מתחילה עם **ההקמה באמצע שנות ה-90 של בית הדין הפלילי הבינלאומי בנוגע ליוגוסלביה (ICTY) ו-ICTR ברואנדה.**

במקביל הקמת בית הדין ברואנדה קורה, מתרחש אחד מרצחי העם שבו הורגים עם מצ'טות ושם נרצחים מיליוני איש. זה הביא להרחבת המשב"ל הפלילי וכתגובה אליהם מתפתחים 3 מנגנונים אחרים:

1. **הקמת ה-ICC (האג**)
2. **שימוש בסמכות אוניברסלית** ששומשה לאחר מלחמת העולם השנייה כנגד אנשים שביצפו פשעים כמו אייכמן ודמאניוק.
3. **לחץ על המדינות** (נלמד בשיעור האסינכרוני).

**עמדות נגד המשב"ל הפלילי:**

1. טיעון פטאליסטי – זה לא משנה ולא משפיע, זה לא יעזור. אין טעם למשב"ל.
2. הכל מושחת, מוטעה, פוליטי.
* בעניין הפטאליסטי – באותה מידה ניתן לטעון זאת כנגד דיני העונשין. האם כל דיני העונשין לא אפקטיביים? למשל, המון מקרים של גניבה לא נאכפים. ההשפעה הגדולה ביותר של החוק היא שהוא מחנך את רוב הגורמים לא להפר אותו רוב הזמן. זה האפקט העיקרי של החוק.
* בעניין הפוליטי – המדינות בעולם מתחלקות ל3 סוגים: מעצמות, מדינות מבודדות, וכל אלה שבאמצע. מעצמות יכולות להפר את הדין יותר מכיוון שהן יספגו פחות מחיר מהשאר. מדינות מבודדות אין להן מה להפסיד. למדינות שבאמצע יש מה להפסיד.

**עמדות התומכות במשב"ל הפלילי:**

1. **ציניות** והאמירה שהכל מושחת בעייתית מ3 סיבות:
2. מדרון חלקלק – ציניות מהווה מדרון חלקלק. ככל שהתגובה לזה שמישהו מפר את החוק מתונה, ואנו אומרים לעצמינו שגם אנחנו יכולים, כך גם אחרים יגידו. האמריקאים די התעלמו מהמשב"ל לאחר אירועי ה2000. אם הם היו פועלים אחרת רוסיה לא הייתה מאפשרת לעצמה לעשות את מה שעושה כיום.
3. ברגע שהאמון נשבר קשה לשקמו, אבל הדרך לשקם אותו היא להכריז לעצור. טוב לעצור, כי יש גם ערכים אוניברסליים שאנחנו צריכים להגן עליהם.
4. מי שטוען שהכל פוליטי ומושחת לפעמים צודק, לפעמים הוא מנסה להסתיר שהוא מושחת בעצמו. בד"כ יש אלמנטים פוליטיים בשני הצדדים, ויש אלמנטים ערכיים בשני הצדדים ויש להסתכל על שניהם. כאשר מישהו אומר דבר כזה, כנראה שגם הוא כזה
5. **ערכים אוניברסליים** שראוי להגן עליהם. יש בבסיס של הרבה מאוד מהנורמות ומהאיסורים הגנה על ערכים אוניברסליים בסיסיים. רצח עם הוא דבר שיש למגר, כך גם תוקפנות, פשעי מלחמה והשאר.
6. **שיקולים גמולניים** – יש פשעים כל כך חמורים שזה לא משנה אם לא מעמידים לדין את כולם. אדם ספציפי שביצע אותו צריך לעמוד לדין כי הוא לא היה צריך לבצע זאת
7. **הרתעה** –העמדה לדין של בודדים בזירה הבינלאומית משפיעה על מדינות ועל התנהגותן, כיצד הן מתנהגות בזירה שלהן. זה גורם להן להקפיד יותר ממה שהקפידו בעבר.
8. **שפיטה במקום מלחמה** (דומה להרתעה. כאן מדובר בריסון עצמי) – חלק נכבד מהמדינות החתומות על אמנת רומא. הן עושות זאת כי הן מעדיפות להפחיד את הצדדים הפוליטיים בתוכן מאשר לעשות דברים נוראיים שכבר עשו בעבר. למשל, בדרום אמריקה כמעט ולא היו מלחמות בשנים האחרונות. אלמנט ההתרעה גורם לפחות אירועים.
9. **הלחץ לציית גובר** (גם קשור להתרעה) – הפחד האמיתי הוא שהדבר יפגע ביחסי החוץ של המדינות. אם לא מצייתים משלמים מחיר.

בשנים האחרונות יש ביקורת על המשבל הפלילי – זה מורכב.

**שיעור 2 – 13/03/22**

***פשע התוקפנות ופשעי מלחמה – חלק א'***

פשעים בינלאומיים: גרעיניים, נתחיל בתוקפנות ונמשיך לפשעי מלחמה.

**שני סוגי דיני משב"ל העוסקים במלחמות:**

מתחלק לשני תחומים מרכזיים:

1. דינים שעוסקים במתי מותר ומתי אסור לפתוח במלחמה. מכונים בשם "דיני השימוש בכוח".
2. דינים שמסדירים את ההתנהגות בזמן הלחימה. הם מכונים בשם "דיני הלחימה", או "המשב"ל ההומניטרי".
* תוקפנות – פשע התוקפנות הוא הפרה של דיני השימוש בכוח אשר בגינה המשפט הבינלאומי מטיל אחריות פלילית. משמע מטיל אחריות על בני האדם. כלומר כל הפרה של דיני השימוש בכוח מטילה אחריות על מדינה. אם ההפרה היא גם פשע תוקפנות, אז בנוסף לאחריות שמוטלת למדינה מוטלת גם אחריות פלילית על בנאדם.
* פשעי מלחמה – הפרות של דיני הלחימה שבגינן מוטלת אחריות פלילית על בני אדם. כל הפרה של דיני הלחימה תטיל אחריות גם על האדם הרלוונטי, בנוסף לאחריות שתוטל על המדינה.

***תוקפנות***

הבחנה אחת שנצטרך לבצע היא הבחנה בין "מעשה תוקפנות" לבין "פשע תוקפנות".

* מעשה תוקפנות – הפעולה של המדינה. כאשר מדינה מבצעת הפרה חמורה של דיני השימוש בכוח היא בעצם מבצעת מעשה תוקפנות.
* פשע תוקפנות – הנורמה שמטילה אחריות על בן אדם. לכן אדם יבצע פשע תוקפנות.

בד"כ מתייחסים לשניהם יחד ומדברים על תוקפנות, אבל מבחינה משפטית ההבחנה הזו נחוצה.

**רקע היסטורי**

* על פי הנרטיב המקובל עד מלחמת העולם הראשונה מדינות יכלו לצאת למלחמה מתי שרצו. הגרמנים יצאו למלחמה קשה ולא מוצדקת. היא לא מוצדקת כי היא מתוכננת מראש. הם מציבים אולטימטום מביך תחת הנחה שהסרבים יגידו לא לאולטימטום וככה יוכלו לפתוח במלחמה.
* אולם, הסרבים ענו בחיוב לאולטימטום ולמרות זאת הגרמנים פתחו במלחמה.
* בתום המלחמה רוצים להעמיד לדין את ווילי על תוקפנות, אך לפי הנרטיב המקובל הוא יכול היה לצאת למלחמה מתי שרצה, ולכן זו הייתה אחת הסיבות שהוא לא הועמד לדין.
* בעקבות המלחמה מנוסחות מספר אמנות שבעיקרן אסרו על מלחמה. אחת האמנות המקובלות היא אמנת קלוג-בריאן (1928).
* למרות אמנות אלה, חלו מלחמות רבות, שהכבדה מבניהן היא מלחמת העולם השנייה.
* למרות כל המלחמות האלה, ולמרות שהגרמנים פרשו מהאמנה הזו, כאשר פושעי המלחמה הנאצים מועמדים לדין בנירנברג, בית הדין קובע שמה שנכתב באמנה זו **הפך לדין מנהגי שאוסר על יציאה למלחמות**. מכאן הוא מניח שמאחורי מדינות נמצאים אנשים ולכן הפרה של הדין על ידי מדינה מטילה גם אחריות על בני האדם הרלוונטיים.

נירנברג אומר יותר מזה: **תוקפנות היא פשע הפשעים**, וזאת משום שמרבית הפשעים מהאחרים מתרחשים בהקשר לחימתי. כלומר אם לא יוצאים למלחמה לא יכולים להתרחש פשעי מלחמה וכך מרבית הפשעים נגד האנושות לא יקרו כי רובם קורים תוך כדי מלחמה.

הבעיה היא שכולם מסכימים **שכלל שקובע שאסור אף פעם לצאת למלחמה הוא כלל בעייתי.** אנו נאפשר למדינות לצאת למלחמה כחלק מהגנה עצמית. לכן קורים שני שינויים גדולים אחרי מלחמת העולם השנייה:

1. באמנת האו"ם קובעים כללים חדשים – דיני שימוש בכוח חדשים. דינים אלה קובעים שאסור לצאת למלחמה (אסור להשתמש בכוח), ומלבד בשני חריגים:
2. מועצת הביטחון מרשה לצאת למלחמה.
3. כאשר השימוש בכוח נעשה כפעולה של הגנה עצמית בתגובה להתקפה חמושה.
4. אמנת האו"ם נותנת סמכות למועצת הביטחון להכריז שבוצעה תוקפנות. בין השאר מאפשרת להפעיל את ס' 7 המאפשר למועצת הביטחון להורות על שימוש בכוח. בתיאוריה היא יכולה להכריז שגם אדם ביצע תוקפנות (זה בגדר תיאוריה כי עד היום היא קבעה בנוגע למדינה שהיא ביצעה מעשי תוקפנות).
* היום מרבית דיני השימוש בכוח הם מה שהתגבש באמנת האו"ם, וישנה הסכמה שמה שהתגבש באו"ם מהווה דין מנהגי.

**הבעיה היא** שיש התפתחות שנייה מאוד מעניינת והיא קורית בתקופה שבין קצת אחרי מלחמת העולם השנייה, עד בערך סוף שנות התשעים-אלפיים. מלבד אותם מקרים שסבבו את מלחמת העולם השנייה, **אין העמדה לדין בגין פשע תוקפנות**. בעצם ההנחה הרווחת בשנים אלה היא שפשע התוקפנות, למרות שהוכרז כ"פשע הפשעים" בנירנברג, כמעט ולא נאכף מתום מלחמת העולם השנייה". מדוע זה קרה? למה אכיפתו בעייתית מאחרים? מכמה סיבות:

1. בהקשר של דיני השימוש בכוח יש אלמנט פוליטי – ההחלטה של מדינה מתי היא נמצאת באיום של הגנה עצמית זה אלמנט אסטרטגי. כלומר יש כאן אלמנט פוליטי חזק.
2. דיני השימוש בכוח הם דינים יחסית עמומים. לכן יש חשש יותר גדול לשימוש לרעה פוליטי, במיוחד כאשר הנאשמים הם ההנהגה. ז"א זה אמצעי להלבין את פני המדינות.
3. למנהיגים יותר אכפת מעצמם מאשר מהאזרחים ולכן ניתן להבין למה הדיפלומטיה קוברת את הפשע הזה.
4. מועצת הביטחון של האו"ם – מי שקיבלה סוג של מונופול להחליט מהו תוקפנות אחרי מלה"ע ה-2 היא מועצת הביטחון של האו"ם, וההנחה הייתה שהיא לא תרצה לוותר על המונופול הזה ולתת את הכוח לבימה"ש אפשרות להתערב בעניין. בעצם אם יתחילו הליכים משפטיים לא תהיה למועצת הביטחון מונופול יותר.

**הדבר מוביל לבעיה נוספת**: בשנות ה-'90 מצליחים לבסוף להגיע להסכמה על הקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע (ICC). האמנה שלו נחתמת ב-'98 ונכנס לתוקף ב-2002. מנסחי אמנת רומא, וגם רוב המדינות, היו בבעיה:

* מצד אחד כל הסיבות האלה הן סיבות פוליטיות לא להכניס את פשע התוקפנות
* מצד שני חייב להכניס אותו שכן בית הדין הזה הוא ממשיך של נירנברג ועל כן מחובתו להכניס זאת לאמנה.

לכן עושים סעיף האומר: לבית הדין יש סמכות על פשעי מלחמה/פשעים נגד האנושות/רצח עם/תוקפנות. הסמכות על תוקפנות תכנס לתוקף כאשר המדינות יסכימו על הגדרה מדויקת לתוקפנות.

ב-2010 המדינות מגיעות לניסוח מוסכם לפשע התוקפנות. יחד עם זאת, המדינות הכניסו שסמכות השיפוט של הICC בנוגע לתוקפנות תכנס לתוקף רק אם יותר מ-30 מדינות יסכימו להחיל את פשע התוקפנות עליהן. אם יגיעו ל-30 מדינות תוך 7 שנים, ב-2017, ואחרי כל אלה במליאה של כל המדינות, יסכימו בפה אחד להכניס את זה לתוקף.

35 מדינות חותמות עד 2017, ושנה לאחר מכן מ-2018 מוטלת סמכות לICC להעמיד לדין על תוקפנות. אולם, בשונה מסמכות השיפוט לשאר הפשעים, צריך בהקשר התוקפנות, לא די שהמדינה חברה בICC:

* **שהיא תחתום על ההסכמה המיוחדת** (על תיקון 2010)
* צריך שהאזרח יהיה אזרח של מדינה שהסכימה, וגם שהפשע יבוצע בשטח של מדינה שהסכימה. כלומר, רק בנוגע לפשע התוקפנות, לא די בזה שהנאשם הוא במדינה חברה בהסכמה, **אלא צריך ששני האזרחים יהיו ממדינות שהן חברות בICC ושהן חתמו בהסכמה המיוחדת.**

כבר היום קיימות 43 מדינות שחתמו על ההסכמה. כלומר כרבע ממדינות העולם הסכימו להחיל עליהן חוקים אלה. אם תהיה מלחמות בין המדינות הללו, לICC תהיה סמכות להעמידן לדין.

הגדרות מדויקות מהמצגת:

* "פשע התוקפנות" – תכנון, הכנה, יוזמה או ביצוע של "מעשה תוקפנות" שלאור אופיו, חומרתו והיקפו, מהווה הפרה בעליל של אמנת האו"ם, על ידי אדם הנמצא בפוזיציה המאפשרת לו להפעיל שליטה על או להכווין את הפעילות הצבאית או הפוליטית של מדינה.
* "מעשה תוקפנות" – שימוש בכוח מזוין על ידי מדינה כנגד הטריטוריה, העצמאות הפוליטית או הריבונות של מדינה אחרת, או בכל אופן אחר שאינו תואם את אמנת האו"ם.

בהגדרה של תוקפנות יש רשימה לא סגורה של דוגמאות של מעשים שמהווים פשעי תוקפנות (צריך ללמוד את הרשימה של הדוגמאות באנגלית – עוזר ל**מבחן**):



***פשעי מלחמה***

פשעי מלחמה, כאמור, הם הפרות של דיני הלחימה שבגינן מוטלת אחריות פלילית משפטית על בני אדם, ולא רק על מדינת האדם המפר (הגדרה פשטנית).

**מהם דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי?**

דיני הלחימה הם דינים של המשב"ל שמטרתם להכווין את ההתנהגות בזמן מלחמה, לרבות בשטח כבוש, ובעיקר את התנהגות הלוחמים באינטראקציות שלהם עם: (1) האוכלוסייה האזרחית, (2) לוחמי האויב.

הרציונאליים:

1. **מרבית דיני הלחימה נועדו להגן על זכויות אדם בסיסיות.**

איך זה מסביר את דין הלחימה שאומר שאם הצד השני רוצה לדון איתי, הוא צריך להרים דגל לבן. בזמן שהוא מדבר איתי ובדרכו חזרה למקום מבטחים אסור לי לירות בו. ירי שלי זה הפרה של דין מלחמה. הרי רגע אחרי שיחזור למקומו הבטוח הוא ירה בי. התשובה היא כי קיים צורך בתיאום. צדדים בעת מלחמה צריכים לעיתים לשוחח אחד עם השני, ולכן צריך לקבוע כללים שיאפשרו להם לתקשר. לכן זה מוביל אותנו לרציונאל השני:

1. **חלק מסדירים את האינטראקציה בין הצדדים הלוחמים.**
2. **כללים טיפשיים או אזוטריים.**

קיים איסור האומר שאסור להילחם בזמן שאתה לובש את בגדי האויב. למה צריך אותו? הרי הם לא ירו בחיילים של עצמם. חוקים הם יצירות של בני אדם. **לטענת זיו** ישנם חוקים טיפשיים, כגון זה. למשל יש חוק שקובע שבעל בית מלון חייב להדליק פנס בכניסה של בית המלון, ואם לא עשה כן העונש הוא חצי שנת מאסר. אותו דבר כאן – מקור איסור זה הוא בימי הביניים. בימי הביניים המדים היו של האביר, של משפחתו ולא של הצבא. הוא סימן כמה שהוא עשיר. בסיטואציה כזו כאשר אתה לובש מדים של אדם אחר זה מעין "גניבת זכויות יוצרים".

**ניתן לחלק את דיני הלחימה לשניים וחצי תת-קורופוסים (קורפוס – מקבץ דינים שעוסקים בנושא)**

1. דיני הלחימה של עימות מזוין בינלאומי – IAC LAW כאשר לשם נכנסים דיני הכיבוש. דינים אלה הם סוג מיוחד של דיני הלחימה שחלים בשטח כבוש, בנוסף לדיני הלחימה הרגילים של IAC. בשטח כבוש גם דיני כיבוש וגם דין הIAC ממשיכים לחול גם אם נכבשה כבר המדינה.
2. דיני הלחימה של סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים – NIAC LAW. כאשר הדוגמא הקלאסית לכך היא מלחמת אזרחים.

לפי הסיפור ההיסטורי, דיני הIAC קיימים מאות שנים, ודיני הNIAC מתפתחים מאמצע המאה ה-20 מתוך הבנה שאי אפשר לתת למדינות לעשות מה שהן רוצות. כאשר לפי הנרטיב המקובל דין מנהגי ראשון שעוסק בNIAC מתגבש בשנות ה30, ודין האמנה הראשון בNIAC מתגבש אחרי מלחמת העולם השנייה, וקבועים בהם כל הסעיפים של הIAC מלבד סעיף אחד – 3 המשותף – המופיע כסעיף 3 בכל ארבע מהאמנות, וזאת על מנת שכאשר מדינה תצטרך לחתום על אמנה לא תוכל לברוח ממנו. זה הסעיף הראשון באמנה שעוסק בNIAC. ככלל יש יותר דין מנהגי שעוסק בIAC מאשר בNIAC.

**איפה ניתן למצוא את דיני הלחימה?**

1. במשב"ל המנהגי. גם היום חלק מדיני הלחימה נמצאים בדין המנהגי ולא באמנות.
2. בדין בינלאומי הסכמי, באמנות.

בפועל הרבה מהדינים נמצאים בשניהם. כאשר האמנות המרכזיות הן:

1. תקנות האג מ-1907 (עוסקות אך ורק בIAC ).
2. 4 אמנות ג׳נבה מ1949 (מלבד ס׳ בודד- ס׳ 3 המשותף) עוסקות רק בIAC)
3. שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג׳נבה מ-1977 (הראשון עוסק בIAC והוא יותר מפורט והשני בNIAC )
4. בנוסף יש גם אמנת רומא (שקובעת שמעשים מסוימים הם פשעי מלחמה).
* ישראל לא חתומה על תקנות האג מ-1907. היא מחויבת לזה אבל לא חתומה על זה.
* 4 אמנות ג'נבה – ישראל חתומה. הם משקפים דין מנהגי.
* שני הפרוטוקולים – 168 מדינות חתומות על הראשון, 164 על השני. ישראל לא חתומה עליהם, וכך גם ארה"ב, הודו, אפגניסטן.
* בנוסף ס' 8 לאמנת רומא מפרט פשעי מלחמה, ובהגדרה בזה שהוא מפרט פשעי מלחמה הוא מפרט גם דיני לחימה.

**בפועל את רוב דיני הלחימה נמצא גם באמנות וגם במנהג**. במנהג – חל על כולם. באמנה – חל רק על המדינה החתומה.

יש דברים שנמצאים באמנות וחלק אומרים שזה משקף מנהג (וחלק מתנגדים). יש דברים שלא כתובים בשום מקום, וחלק אומרים שזה מנהג וחלק אומרים שלא.

דוגמאות לאי הסכמה:

1. אמנת ג'נבה קובעת שאסור להעביר אדם לשטח כבוש. מדינת ישראל מפרשת את זה כלא אוסר העברה וולונטרית. כדי לפתור ויכוח זה, בפרוטוקול הראשון ואמנת רומא ציינו שזה חל בהעברה וולונטרית. לטענת מדינת ישראל זה לא מנהגי.
2. וויכוח האם כידונים שהגב שלהם הוא מסור אסורים לפי דיני הלחימה או מותרים. אין סעיף שעוסק בזה. יש מדינות שטוענות שזה אסור כי זה גורם לסבל מיותר יש אחרים שטוענים שזה מותר מכיוון שסכין מותר, לכן למה זה משנה אם מחברים אותו לרובה? איך זה הופך ללא בסדר? הוויכוח הוא גם היסטורי, כי ארה"ב אמרה לגרמניה שהיא לא יכולה להשתמש בכלי זה, והיא הפסיקה. בפועל זה לא מוכרע מכיוון שמלבד שזה נשק ייצוגי, אין כמעט שימוש בזה ולכן הוויכוח נשאר בגדר התיאוריה.

**למה צריך את דיני הלחימה ככלל?**

* שמירה על אלמנטים מסוריים מסוימים. בזמן מלחמה אנו עלולים להפר אותם, לכן אנו משתמשים במשב"ל כדי ש"ישמרו" עלינו. לדוגמא, יש קונצנזוס שאסור לפגוע באנשים שיצאו ממעגל הלחימה. אך עשוי להיווצר מצב שלוחם כן יפגע באדם זה.
* רוב המלחמות לא נגמרות בזה שהצד השני חוסל, ולכן גם אם קיימת שנאה עזה כלפי הצד השני, יש לזכור שהמלחמה בסופו של יום תגמר, ותצטרך להתמודד עם אותו עם אויב. מידת השנאה תהיה תלויה באופן חלקי במידה שכל צד יהיה מוכן לרסן את עצמו.

**שיעור 3 – 20/03/22**

**אילו מבין דיני הלחימה, הפרתם גוררת אחריות משפטית על האדם המפר?**

באופן כללי יש שתי השקפות, כאשר השנייה היא רווחת יותר ולה כמה ניסיונות ליישמה.

**גישה 1 – גישת נירנברג**

גישה פשוטה – כל דין מדיני הלחימה, הפרתו תהא פשע מלחמה. זה נובע מההשקפה הבסיסית של נירנברג שאומרת שמדינה לא עושה שום דבר, ומאחוריה מסתתרים אנשים שפועלים בשמה. **לכן כל חובה שמוטלת על המדינה היא גם מוטלת על האנשים שפועלים בשמה.**

הבעיות הקיימות בגישה

1. **רשימה ארוכה מדי** יוצרת בעיה. לא נוכל באמת להניח שאנשים יודעים את כל האיסורים, כי ברגע שזה כל פשעי המלחמה השונים, לא כולם מייצגים נורמות מוסריות בסיסיות.
2. **חלק מדיני הלחימה עמומים**. לעיתים זה בסדר להטיל חובה עמומה על מדינה, אך להטילה על אדם ולהענישו מתוקף הנורמה העמומה, זה מהווה בעיית אזהרה מוקדמת.
3. לפעמים צדדים משתמשים בדיני הלחימה כדי לצבוע באופן שלילי את אויביהם – ככל שהרשימה ארוכה יותר, יש להם **סל יותר עמוק של אופציות כיצד לצבוע בשליליות את המשפט הפלילי.**
4. בדיני עונשין נדרש להוכיח יסוד נפשי. למדינות אין נפש – הרבה מדיני הלחימה נוסחו באופן שיטיל אחריות על מדינות, ולכן קשה להטיל עונש על בני האדם כי **לא מתואר היסוד הנפשי שיש להוכיח בגין העבירה.**
* מדובר ב-4 בעיות שונות, כאשר המשותף ביניהן הוא שהרשימה ארוכה מדי .



דוגמא לבעיה מספר 4 (לפי התמונה המצורפת) – **ס' 23(6) לתקנות האג (משקף דין מנהגי):** "אסור להשתמש שלא כדין... בסמליו ומדיו של האויב...". על סמך גישת נירנברג, במלחמת העולם השנייה הוציאו להורג אנשים בגין פשע מלחמה זה.

בחומר הקריאה יש לכך דוגמא נוספת (**ראטס):** כאשר **מפקיעים רכוש**, אתה חייב לתת לתושב השטח הכבוש פתקית שמתארת את העברת הרכוש כדי שבעתיד הדבר יוחזר לו. כל שהוכיחו בנוגע **לראטס** זה שהוא לא נתן קבלות עבור כמה סוסים ורכבים. בגין אי מתן אלה, מרשיעים אותו בפשע מלחמה.

**גישה 2 – גישת ההפרות החמורות**

לכן, כבר בשלהי מלחמת העולם השנייה מציעים גישה אחרת, ומי שמוביל את הגישה הזו הוא **הרש שלאוטרבך**, ציוני יהודי וגדול המשפטנים באותה תקופה, אשר כתב את הטיוטות הראשונות של מגילת העצמאות.

הוא אומר שבמקום שהפרה של כל דיני הלחימה תהווה פשע לחימה, **רק הפרה של דין לחימה חשוב תהווה הפרת פשע מלחמה.**

**גישה זו מנסה לפתור את הקשיים בגישת נירנברג:**

1. פחות עמימות – לגבי דברים חמורים יש פחות חילוקי דעות, בנוגע ל: קיום האיסור, תוכן האיסור והיותו מנהגי.
2. פחות מרחב לניצול לרעה פוליטי – רשימה מצומצמת יותר, ורק מעשים חמורים
3. פחות חשש להיעדר התאמה במשפט הפלילי – כי כעת יותר עבירות ברורות לנו, ומתארות יסוד נפשי
4. חומרה/הגנה – מגדילה את הסיכוי שבאמת תהיה הגנה על ערכים אוניברסליים חשובים.

אנו נראה שמשלהה מלחמת העולם השנייה ועד היום קיימות סדרת ניסיונות **ליישם** את גישת ההפרות החמורות

**ניסיון ראשון –משטר ההפרות החמורות של אמנות ג'נבה 1949**

כל אחת מהאמנות מבחינה בין שני סוגי סעיפים – סעיפים שמטילים חובה על המדינה, וסעיפים שמטילים גם חובה על המדינה, וגם על האדם המפר.

**ניסיון שני – משטר ההפרות החמורות של הפרוט' 1977**

בפרוטוקולים של אמנות גנבה מ-1977 יש הרחבה של הרשימה. הפרוטוקול השני עוסק בסכסוכים מזוינים שאינן בין מדינתיים (NIAC) ולא כולל סעיפי הפרות חמורות. אבל הפרוטוקול הראשון שעוסק בIAC כולל רשימה של הפרות חמורות שהיא יותר רחבה מזו שהייתה קיימת באמנות גנבה.

**בעיות במשטרי ההפרות החמורות (בעיות עם ניסיונות היישום 1+2)**

* מה לגבי דיני הלחימה שהם מנהגים ולא כלולים באמנות ג'נבה? הם עשויים להיות קיימים רק בדין המנהגי ויכולים להיות גם כאלה שמופיעים בתקנות האג. הבסיס לקביעה שהם פשעי מלחמה הם גישת נירנברג שקבעה שכל הפרה של תקנות מהווה פשעי מלחמה (בעיה חמורה יותר במאנות ג'נבה, אבל קיימת גם אחרי אימוץ הפרוטוקולים).
* מה לגבי דינים שנכללו בג'נבה/בפרוטוקול אבל לא נקבע שהפרתן מההווה הפרה חמורה, למרות שראוי היה שיקבע? מבחינת האמנות, מה שעוסק בNIAC זה סעיף 3 המשותף שכולל רשימה של דברים מאוד חמורים, אבל המדינות **לא קבעו שהפרתו מהווה הפרה חמורה.** אם מבצעים אונס או הוצאה להורג ללא משפט בNIAC אז לא נאמר שזה פשע מלחמה? (בעיה זו חמורה יותר באמנות ג'נבה, אבל קיימת גם אחרי אימוץ הפרוטוקולים).
* אין משטר הפרות חמורות בנוגע ל NIAC-LAW – הפרוטוקול השני שעוסק בסוגים מסוימים של NIAC לא כולל משטר הפרות חמורות (בעיה חמורה באותה מידה גם אחרי אימוץ הפרוטוקולים).
* מה דינן של נורמות המעוגנות באמנות שיש ויכוח לגבי מנהגיותן? (בעיה שמחמירה לאחר אימוץ הפרוטוקולים). ברגע שהפרוטוקולים יצרו רשימה יותר, אז יש יותר פוטנציאל לוויכוח.

בעיות 1-3 מגיעות לפתחו של הICTY – בית הדין הפלילי הבין לאומי שעוסק במלחמה ביוגוסלביה לשעבר. לפחות חלק מהפשעים היו NIAC, ולכן כאשר מעמידים לדין בחור בשם **טאדיץ'**, הוא טוען שלא ניתן להאשימו על פשעי מלחמה בגין מעשים שבוצעו בNIAC, מהסיבה שאין משטר בהפרות חמורות בנוגע לדיני לחימה בNIAC. ז"א להשקפתו לא ניתן להחיל אחריות על בני האדם בנוגע להפרות של NIAC.

**ניסיון שלישי – פס"ד TADIC של ה-ICTY מ-1994**

* השאלה הקונקרטית בה עסק הפס"ד – האם הפרות של ס' 3 המשותף מהוות פשעי מלחמה? טאדיץ' וחייליו עשו פשעים נוראיים כגון הוצאה להורג ללא משפט וכו'. האם זה מהווה פשע מלחמה? הרי זו עבירה בNIAC.
* השאלה היותר כללית בה עסק הפס"ד – האם יש פשעי מלחמה בNIAC?
* ברמה הכי כללית – האם יש דיני לחימה שמהווים פשעי מלחמה, למרות שהם לא מוגדרים כהפרה חמורה באמנות ג'נבה או בפרוטוקול הראשון? בין כי הם מעוגנים בסעיף אחר באמנות אלה שלא הוגדר כהפרה חמורה, ובין בגלל שהם בכלל לא מופיעים באמנות אלה אלא רק בדין המנהגי (שאלה שרלוונטית גם לIAC).

הICTY בתגובה לטאדיץ' יכלו לבחור בשתי גישות קצה:

(1) **נירנברג** – כל הפרה תהא פשע מלחמה,

(2) לפעול לפי משטר ההפרות החמורות ולומר שאין פשעי מלחמה. כך התשובה תהא 'לא' לכל השאלות שנשאלו לעיל.

**הם בוחרים בגישת ביניים: מבחן טאדיץ'**

מאז 1949, דיני הלחימה התפתחו. לכן יכולים להיות דיני לחימה שהם לא מוגדרים כהפרות חמורות באמנות ג'נבה ובפרוטוקולים משום שלא הוגדרו כהפרה חמורה/לא נמצאים בתקנות אלה כי הם רק בדין המנהגי. זה מתקיים באמצעות שני תנאים:

**התנאי הראשון:** הפרה רצינית של דין לחימה חשוב.

**התנאי השני:** התגבשה בנוגע להפרה שכזו של דין הלחימה האמור פרקטיקה רווחת בעולם של הטלת אחריות אישית-פלילית בגין הפרה.

בחלק נכבד מהמדינות בעולם יש פרק בחוק העונשין שעוסק בפשעי מלחמה וכולל רשימה של מה אותה מדינה מגדירה כפשעי מלחמה. ניתן להתבונן בכך ולהבין מה המדינות עצמן חושבות שהוא פשע מלחמה. לאור הספק, מעשים אלה הם מעשים חמורים של דיני לחימה חשובים של כללי התנהגות שאנו מצפים שיתנהגו תמיד בכל סכסוך, לרבות בNIAC. לכן, על סמך המבחן המשולב הזה הם אומרים שגם מעשים אלה ייחשבו פשעי מלחמה וזאת למרות שהם לא כלולים באמנות ג'נבה או בפרוטוקולים (בעצם בודקים שזה מהווה מעשה פלילי במדינות האלה ומכאן נובע שהפרה שלהם תיחשב פשע מלחמה).

**נחזור לשאלות שעלו מפס"ד טאדיץ' ונענה עליהן, לפי מבחני טאדיץ':**

1. שאלה קונקרטית – כן. (1) מדובר בהפרות חמורות של דיני לחימה חשובים. (2) התפתחה פרקטיקה בינלאומית רווחת של הפללה.
2. שאלה כללית – כן, אבל רשימת פשעי המלחמה בNIAC אינה בהכרח זהה לזו שבIAC, וזאת משום שיש דיני לחימה שרלוונטיים רק לIAC. בנוסף, ייתכן שדיני הלחימה יהיו רלוונטיים בשני סוגי הסכסוכים, אבל בNIAC לא תהיה פרקטיקה רווחת של הפללה.
3. ברמה הכי כללית – כן, גם בNIAC וגם בIAC וזאת בהתאם למבחן טאדיץ'. דיני המלחמה יכולים להיות פשעי מלחמה נוספים, מלבד אלה שמוגדרים כהפרות חמורות, ובתנאי שהם עומדים בשני התנאים שנקבעו בטאדיץ'.

**הבעיות עם מבחן טאדיץ'**

1. עמימות – לא יודעים בוודאות איזה דין הוא מדיני הלחימה, הפרתו תהווה פשע מלחמה, כי גם המילים "הפרות רציניות", "נורמות חשובות", "פרקטיקה רווחת" הינן מילים עמומות. מילים אלה מעוררת חילוקי דעות בנוגע לאילו אזכורים נמצאים ברשימה.
2. הרחבת יתר בדרך שיפוטית של רשימת המעשים הנחשבים פשע מלחמה – המדינות מאבדות את השליטה על מה כלול ברשימה. מי שמתחיל לקבוע מהו פשע מלחמה הוא בית המשפט. המדינות ב-49' וב-79', התכנסו והגיעו להסכמה בנוגע למה הם פשעי מלחמה, וכעת ביהמ"ש הוא זה שקובע.

ניתן להציג בעיה זו על דרך החיוב – הדבר לא בהכרח מהווה בעיה, משום שהמדינות קבעו גם כללים שנוחים להן איתם, וביהמ"ש בעצם בא לעשות "סדר". למשל, הן לא קבעו שהפרת ס' 3 תהווה פשע מלחמה משום ש"נוח" להן שיוציאו להורג ללא משפט בעת מלחמה.

**השלב הבא – ניסוח ס' 8 לאמנת רומא (ניסיון רביעי)**

ס' 8 מנסח רשימה של פשעי מלחמה שלICC תהיה סמכות שיפוט עליה. מי שמנסחות את הרשימה הן המדינות שחתומות על אמנת רומא. כלומר, השליטה חוזרת למדינות.

הרשימה היא רשימה סגורה. כלומר, בית הדין של הICC לא יכול להוסיף רשימה של פשעי מלחמה שלא נמצאים, כאשר יש שם כ-110 של פשעי מלחמה. הרשימה מחולקת ל-4 חלקים: שניים עוסקים בIAC, ושניים עוסקים בNIAC (מופיע בס' 8(2)).

שני תתי סעיפים העוסקים בIAC:

1. אחד עוסק בנורמות שהוגדרו כהפרות חמורות בג'נבה או בפרוטוקולים.
2. השני הוא יישום של מבחן טאדיץ' בנוגע לIAC. הוא מכריז שאלה הם פשעי המלחמה הנוספים שקיימים בIAC.

שני תתי הסעיפים העוסקים בNIAC:

1. יישום נקודתי של מבחן טאדיץ'. מכריז על הפרות ס' 3 המשותף כפשעי מלחמה.
2. יישום כללי יותר של מבחן טאדיץ' – רשימה של עוד דיני לחימה שעוסקים בNIAC שהפרתם מהווה פשע מלחמה

יחד עם זאת, הרשימה שנכללה היא רשימה טיפה יותר קטנה ומצומצמת מהרשימה שקיימת שיישמה את מבחן טאדיץ. יש דברים שבפסיקה נקבעו לגבי דברים שהם פשעי מלחמה, ושהם לא מופיעים בס' 8. דרך המדינות להתמודד עם זה: לומר שהם עוסקים בפשעים הגרעיניים הבינלאומיים החמורים ביותר.

**ניסיון רביעי ליישם את גישת ההפרות החמורות: אמנת רומא – יתרונות ובעיות**

**היתרונות בס' 8**

1. צמצום אי הוודאות והקטנת הסיכוי להרחבת יתר של רשימת האיסורים – לפחות בהקשר של הICC אנו יודעים מה האיסורים, יש רשימה סגורה ומוסכמת על המדינות החברות באמנה.
2. השליטה עוזרת למדינות במידה מסוימת.

**הבעיות בס' 8**

1. רשימה מצומצמת מדי – יש פשעי מלחמה שכולם מסכימים שאין חילוקי דעות, שמסיבה כזו או אחרת **לא נכללים באמנת רומא**. דוגמאות:
2. **ענישה קולקטיבית** – מוסכם על כולם שהיא פשע מלחמה, אבל היא לא נכללת באמנת רומא כנראה בגלל שלא היה הסכם על הפרטים המדויקים של היישום.
3. **"הטלת מורא באוכלוסייה אזרחית (טרור)" –** פשע הטרור במובנו הצר, כולם מסכימים שהוא פשע מלחמה. אבל יש חילוקי דעות האם די בעצם ההפחדה עצמה או שצריך שמישהו ייפצע. בגלל הוויכוח לא כללו את עבירה זו באמנה.
4. "**עבודה יחידנית שאינה מינית**" – אדם שהופך לעבד. מדובר בפשע מלחמה ללא חילוקי דעות. זאת מפני שעבדות שיטתית ורחבת היקף נכללה כפשע מלחמה. עבדות מינית גם שהיא יחידנית נכללה כפשע מלחמה. העבדות הלא מינית והלא שיטתית לא מוזכרת באמנה.

הסיבה שלא נכללים דברים היא פספוס של בני האדם.

1. רשימה רחבה מדי (סיבה א'). לדוג' "לחימה במדי האויב" – האמנה מכריזה שהיא עוסקת רק בפשעים הגרעיניים החמורים ביותר, קיים סעיף האומר שלחימה במדי האויב מהווה פשע מלחמה.
2. רשימה רחבה מדי (סיבה ב'). במובן זה שהיא מגדירה פשעים כפשעי מלחמה שלטענת מדינות הם לא מהווים פשעי מלחמה. לדוג' "העברת אוכלוסייה לשטח כבוש". לדעת ישראל הדבר לא מהווה פשע מלחמה.
* **חשוב להדגיש:** אנו עוסקים בבעיות, אך חשוב להבהיר שלגבי מרבית הרשימה יש קונצנזוס די רחב.

**ניסיון לצמצם בהדרגה את החוסרים ברשימה**

המדינות מדי שנים נפגשות ומציעות תיקון. הדבר די מורכב כי כל המדינות צריכות להסכים לתיקון, ורובן צריכות לחתום שהן מעוניינות שהתיקון יחול עליהן. רק שנה לאחר מכן הוא יתחיל לחול עליהן.

התוספות:

* ב2010 **מילאו 3 חוסרים** שהיו קיימים בפשעי מלחמה של NIAC: (1) שימוש ברעל, (2) שימוש בגז מחניק, (3) שימוש בכדורים שנמעכים בתוך הגוף. נכון להיום 43 מדינות הסכימו שהתיקון יחול עליהן, כאשר הוא חל בפועל על 40, ובשנה הבאה יחול על עוד 3.
* ב2017 המדינות נפגשות שוב ומכניסות **3 תיקונים,** ומסכימות שהדברים הבאים יהיו פשעי מלחמה הן בNIAC והן בIAC: (1) נשק ביולוגי, (2) נשק שבמכוון עשוי מרכיבים שלא ניתן לראותם ברנטגן, (3) נשק שכוונתו היא ליצור עיוורון. לשניים מהתיקונים 10 מדינות חתמו שהן מעוניינות, ו7 מדינות שזה כבר חל עליהן.
* ב-2019 המדינות מתכנסות שוב וקובעות גם לIAC וגם לNIAC ומוסיפות את הפשע של הרעבה מכוונת של אוכלוסייה אזרחית. כאשר 8 מדינות אישרו את התיקון, והוא נכנס לתוקף עבור 3.

בעיות:

* הבעיה המרכזית: מתפתחת שונות בקרב המדינות. אם תהיה מלחמה היום, בין הלוקסמבורג לבין ירדן, ישנה בעיה כי ירדן לא חתומה על התיקונים, ואילו השנייה כן חתומה. כלומר יהיה ניתן להעמיד לדין את חיי הלוקסמבורג בגין יותר מעשים (בפועל 7) מאשר את ירדן.
* לפחות לגבי אחת מהן יש פשע מטופש – לייזר. אפשר לירות במישהו, אך לא לגרום לו לעיוורון.

**זיו:** פשע מלחמה מטופש. אנשים רבים יעדיפו להיות עיוורים מאשר לאבד דברים אחרים.

לגבי הרעבה – יש שתי עמדות שונות. עמדה ראשונה אומרת שדיני ההרעבה שינו את דיני המצור. עמדה אחרת אומרת שמצור הוא דין חריג להרעבה – אם אתה עושה מצור, הרי שלא תיפול אל תוך מלכודת האיסור של הרעבה.

**ניסיון 5: ליישום גישת ההפרות החמורות. הספר האדום של הצלב האדום (מ2005 ואילך)**

לפני כמעט 20 שנה, הצלב האדום עושה פרויקט גדול שמאז ממשיך להתעדכן, ומנסה לבדוק מה הם דיני הלחימה המנהגיים. כחלק מהפרויקט הוא גם מציין איזה דיני לחימה, שלהשקפתו קיימים, יש פרקטיקה רווחת של הפללה שלהם ושהן הפרות רציניות. איזה מבין הדברים עובד עליהם מבחן טאדיץ'. הרשימה שלו יותר ארוכה מזו שנמצאת בס' 8, לרבות התיקונים של ס' 8.

**חסרונות/יתרונות**

1. **יתרון** – שככל שהרשימה רחבה יותר אז פחות דברים מתפספסים.
2. **חיסרון** –שככל שהרשימה רחבה יותר, עלולים להיכנס יותר דברים שנויים במחלוקת, וכן גם דברים מטופשים.
3. **חיסרון/יתרון נוסף** – הרשימה יוצאת מידי המדינות

המצב היום הוא שיש מיעוט של אנשים ומדינות שעדיין מצדדים בגישת נירנברג. הרשימה כוללת מדינות כמו פקינסטן וארה"ב.

לגבי ארה"ב הסיפור מסובך יותר – הפעם האחרונה שהגורמים השלטוניים השונים הרלוונטיים בארה"ב הגיעו להסכמה בנושא הייתה במניואל שפרסמו בשנת 56'. בגלל שהיה מעט אחרי נירנברג, הוא מייצג את גישת הנירנברג.

המניואל מתוקן בשנת 76' בצורה מאוד מינורית, ולפני כ-10 שנים נעשו ניסיונות מקבילים לתקן אותו – אחד של משרד ההגנה האמריקאי, והשני של הצבאות עצמם – חיל היבשה, אוויר וכו'. הם שניהם מסכימים שצריך לאמץ את משטר ההפרות החמורות, אך הם לא מסכימים על המון דברים אחרים במניואל.

**לכן יוצאים שני מניואלים:** אחד של משרד ההגנה שמתפרסם, והשני שאם היה מתפרסם כראוי היה לו מעמד משפטי מחייב והוא של המניואל של הצבא האמריקאי.

בגלל מאבק פנימי בתוך המערכת האמריקאית מבחינה פורמלית, אפילו ארה"ב מצדדת בנירנברג, למרות שכולם מסכימים שהגישה הנכונה היא גישת ההפרות החמורות.

לסיכום, אמרנו עמדת הרוב היא גישת ההפרות החמורות, אולם ישנן מדינות מעטות שמצדדות בגישת נירנברג. יש שלל יישומים של גישת ההפרות החמורות. בפועל, לגבי פשע מלחמה עשויים להיות חילוקי דעות בנוגע לשאלה האם דין לחימה שמופר מהווה פשע מלחמה. כלומר, האם מדובר בהפרה רצינית של נורמה יסודית, ושיש פרקטיקה רווחת של הפללה.

בתור עורכי דין בפועל, כדי לדעת אם פשע הוא פשע מלחמה, תחילה נבחן לפי ס' 8. אם הוא מצוי שם, הוא פשע מלחמה. אם הוא מופיע ואנו רוצים לטעון שהוא לא פשע מלחמה, נחפש עמדות שטוענות שאמנת רומא טעתה בשימת הפשע בסעיף.

אם אנו רוצים להוכיח שהוא כן פשע אבל הוא לא מופיע, נלך לצלב האדום. אם גם שם הוא לא מופיע, ואנו רוצים לטעון שהוא פשע מלחמה, נחפש בספרות של מדינות שונות שטוענות שהוא עדיין פשע מלחמה.

**שיעור 4 – 27/03/22**

***פשעים נגד האנושות***

**ההבדלים בין פשעי מלחמה**

1. כל האיסורים שנופלים תחת הקטגוריה של פשעים נגד האנושות **נועדו להגן מפני פגיעות חמורות בזכויות אדם יסודיות.** אין כאן פשע ספציפי
2. בהגדרה, פשעים נגד האנושות **עוסקים במעשה לא יחידני.**

ישנם הרבה פשעי מלחמה שגורמים למסת קורבנות, או שהם חלק מתוכנית גדולה. אך ככלל זה לא רכיב העבירה.

1. בשונה מפשעי מלחמה שהם מבוצעים בזמן מלחמה, פשעים נגד האנושות יכולים להיות מבוצעים בזמן שלום או במלחמה**. יש רק פשע מלחמה אחד שבהגדרה יכול לקרות אחרי מלחמה, הוא מנהגי ולא מופיע באמנת רומא. פשע מלחמה זה הוא "אי החזרת שבויים תוך זמן סביר לאחר תום המלחמה".**
2. פשעים נגד האנושות יכולים להיות מבוצעים כנגד אזרחים כלשהם. כלומר גם כנגד אזרחים של השלטון של המדינה המבצעת את הפשעים נגד האנושות. לפי הנרטיב המקובל, פשעי מלחמה מוגדרים כמבוצעים מצד השלטון האויב.
* פשעים נגד האנושות הם הרחבה של פשעי מלחמה.

**היסטוריה**

לפי הנרטיב הקלאסי, הרעיון של פשעים נגד האנושות נולד בעקבות מלחמת העולם השנייה, משום שקורבנות השלטון הנאצי היו אזרחים גרמנים – יהודים, צוענים וכו'. בזמן שלום הייתה התנהגות איומה כלפי אזרחים, ולכן נולד הרעיון להעניש על כך.

בבית הדין הבינלאומי בנירנברג, בפועל לא העמידו לדין על פשעים נגד האנושות שלא היו קשורים למלחמה, כי הרוסים לא אהבו את הרעיון. במשפטי נירנברג האמריקאים מתגבש קונצנזוס שניתן לאכוף זאת גם בזמן שלום וגם כלפי האוכלוסייה של המדינה עצמה.

**פשעים נגד האנושות, לפי סעיף 7 לאמנת רומא** – "פשע נגד האנושות משמעותו מעשה מהסוג המפורט בסעיף, כשהוא מבוצע כחלק מהתקפה רחבת היקף או שיטתית המכוונת כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי, תוך ידיעה אודות ההתקפה".

בפשעים נגד האנושות, עלינו להגדיר את הרכיבים הבאים:

1. "מעשה" מהסוג האסור בסעיף
2. המבוצע כחלק מ"התקפה"
3. ההתקפה "שיטתית"
4. או שהיא "רחבת היקף"
5. ההתקפה מכוונת כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי
6. הביצוע נעשה בידיעה אודות ההתקפה

כדי להבין את הרכיבים השונים, נתמקד בשלושה מקרים: (1) אנגיסטר, (2) אלזה טראנק – עוסקים בפשעים נגד האנושות/רצח עם והם פסקי דין ישנים, (3) המקרה של הפעולות האלימות סביב הבחירות.

**9/51 אנגיסטר**

**העובדות**: אחראי יהודי במחנה נאצי שנהג באכזריות (אין צורך בכוונה. הוא ידע שהוא חלק מתוכנית)

**הליך משפטי:** ישנן שתי גישות פורמליסטיות: 1. ביצע פשעים נגד האנושות. 2. מחייבת עונש מוות.

**השופטים אומרים שאם זה היה תלוי בהם, הם היו נותנים לו 10 שנות מאסר במקסימום. אבל הם חייבים לציית לחוק גם כשזה לא צודק, ולהוציא את המורשע להורג.**

הוא מערער, ביהמ"ש העליון מקבל את הערעור, גוזר עונש שחרור. הם אומרים שיפרסמו את הנימוקים להחלטה בהמשך. הנימוקים לא פורסמו. אנגיסטר ידוע כחולה, ולכן ההשערה היא שהוא ימות בקרוב. ניראה שהשופטים ידעו שאם יצטרכו לפסוק הם יצטרכו לנמק כמו שופטי הרוב (שמבחינתם להביא לו עונש פחות יותר, אך קיימת החובה להענישו עונש מוות), ומכיוון שידעו שימות גם ככה, החליטו כך.

**2/52 אלזה טרנק**

**העובדות:** יהודייה באושוויץ שהתעללה בעצירות.

**הליך משפטי:** לא הוכיחו את הכוונה שלה ולכן היא מקבלת עונש קל. לא הוכח שמעשיה נעשו בכוונה לקדם תוכנית כללית או מהזדהות עם הרעיון הנאצי.

**זיו:** העידן הפורמליסטי, בחלק מהמקרים, ההיצמדות לחוק הובילה לתוצאות נוראיות. בנוסף, פורמליזם בד"כ היה תירוץ להסתיר את ההטיות ואת הדעות שלך.

**Gaboon**

**העובדות:** מעשה אלימות מצד מפלגת המשטרה שתומכת בנשיא, ועוד ארגונים שתומכים בו, וכן גם אזרחים שתומכים בו, כנגד גופי אופוזיציה, כאשר כמות ההרוגים לא גדולה במיוחד.

**1. פשעים נגד האנושות – הגדרת "מעשה"**

1. רצח
2. השמדה
3. שיעבוד
4. גירוש או העברה כפויה של אוכלוסייה
5. כליאה או שלילה חמורה אחרת של חירות פיזית לכללי היסוד של המשב"ל
6. עינויים
7. אונס, שיעבוד מיני, זנות כפויה, הריון כפוי, סירוס או עיקור בכפייה, או כל צורה אחרת של אלימות מינית בעלת חומרה דומה
8. רדיפת קבוצה המבוססת על שיוך פוליטי, גזעי, לאומי, אתני, תרבותי, מגדרי בהתאם להגדת מונח זה בפסקה (3) של סעיף זה, או על בסיס אחר אשר הוכר באופן אוניברסלי כאסור על פי המשב"ל, כאשר הרדיפה מבוצעת בקשר לאחד המעשים המנויים בפסקה זו לאחד הפשעים בתחום סמכות השיפוט של ביהמ"ש.
9. העלמה כפויה של אנשים
10. פשע מאפרטהייד
11. פשעים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה המכוונים לגרום סבלל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות נפשית, פסיכולוגית או פיזית.

**עד כמה אלים חייב להיות המעשה? 2 גישות:**

1. גישה מרחיבה – ישנם מעשים שלא בהכרח חייבים להיות אלימים. למשל רדיפה, שלילה חמורה של חירות. אין צורך שהם יתבטאו בפעולות אלימות פיזית. **פס"ד אנגיסטר** לדוגמא, הרביץ עם צינור גומי.
2. גישה מצומצמת – נדרוש מעשים חמורים ממש. ביטוי לגישה כזו ניתן לראות **בפס"ד אלזה טרנק**, משום שהפעולות שהיא עושה זה סטירות לחי וכו'. הם אומרים שזה אלים אבל זו מכה "קלה". לגבי תנוחת ישיבה לא נוחה גם אין מדובר התנהגות אלימה ולכן הם לא מעשים לא אנושיים.
* מעצר בתנאים קשים – נאמר שזו לא שלילה חמורה של חירות כי זה נמשך רק שבוע.
* אלימות לרכוש – תחשב כמו רדיפה.

במרומז הגישה אומרת שבמקרה שזה לא היה מכוון כלפי קבוצה פוליטית מסוימת, זה היה צריך להיות **יותר חמור ורחב היקף כדי שייחשב כפשע נגד האנושות.**

* לגבי מכות שלא כחלק מעינויים – כדי שייחשב מעשה, צריכים להיות שווים בחומרתם לפעולות עינויים.

כך ניתן לראות **באלזה טרנק**, הלקאה בידיים חופשיות והכרחה לשבת בתנוחות ישיבה לא נוחות לא מספיק חמור כדי שייחשב כמעשים לא אנושיים.

**הרציונליים של שתי הגישות**

רציונל הגישה המרחיבה – מדובר בפגיעות נוראיות בזכויות אדם, ויש להגן כמה שיותר על הקורבנות ולהרתיע.

הגישה הנגדית – רציונליים:

1. את המשב"ל הפלילי צריך לשמור לדברים החמורים ביותר.
2. הוא מתערב בריבונות של מדינות. בהגדרה רוב הפשעים נגד האנושות הם כנגד מדינות. יש לשים לכך גבול.
3. ישנם המון אנשים מעורבים, וחלק מסכנים. ישנם אנשים שאין באפשרותם להתנגד לשלטון ולכן "נכפה" עליהם לבצע פשעים אלו.
* אין גישה נכונה. ישנם מקרים שאחת עדיפה על אחרת ולהפך. לבחור גישת ביניים או להסתמך על שק"ד השופטים זה הפתרון הכי נורא משום שאז יהיה פתח לפסיקה שמושפעת באופן מוחלט מהטיות. המצב מורכב. אין אפשרות לאמץ גישה אחת כגון גישת ביניים.

**2. פשעים נגד האנושות – הגדרת "התקפה"**

המעשה צריך להיות חלק מהתקפה. מקור דרישה זו – השאיפה שלא נתעסק עם כל מקרה "קטן". לא כל פשע "קטן" הוא פשע נגד האנושות.

מרעיון ההתקפה התגלגלו הרכיבים החלופיים של דרישת השיטתיות.

היה וויכוח בין שתי השקפות:

1. השקפה אחת – נדרש שההתקפה תהא **גם** שיטתית **וגם** רחבת היקף

2. השקפה שנייה – נדרש שההתקפה תהא **או** שיטתית, **או** רחבת היקף

לכאורה, באמנת רומא, הכריעו לטובת הגישה המרחיבה – "או או". אך תומכי הגישה המצירה הכניסו את דרישת ההתקפה כדרישה נפרדת בס' 7(2)(a) – "דרך פעולה הכוללת כמה ביצועים של מעשים מהסוג המפורט בסעיף, המבוצעתתחת, או **תוך קידום מדיניות** לביצוע התקפה כאמור **של מדינה או של ארגון**" - נדרש גם שיטתיות וגם שתהא רחבת היקף. **אולם הפסיקה שינתה זאת והרחיבה שוב את הדרישה.**

הדרישה להתקפה כוללת 3 תתי רכיבים:

1. דרך פעולה הכוללת ביצוע של כמה מעשים מהסוג המפורט בסעיף – **דרישה כמותית**
2. שמבוצעת תחת או תוך קידום מדיניות לביצוע התקפה כאמור – **דרישה איכותנית**
3. של מדינה או ארגון – **דרישה זהותית** (זהות הארגון).

**תת רכיב א' – דרישת הכמות**

ישנן שתי גישות:

1. פריסת רשת ההפללה באופן רחב, ולכן אחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות **לפרש את הדרישה הכמותנית בדרך מינימלית.**
2. לא חשובה הפעולה, אלא המעשה המשפטי. **מצמצמת את פריסת רשת ההפללה** – דורשת הרבה מעשים (רף כמותני גבוה) ותבחן האם ב"דרך הפעולה" מתקיימת הדרישה האיכתונית, שמדובר בפעולה צבאית.

**בפס"ד גבון** מאומצת הגישה השנייה (הפשיטה על מגורי ראש האופוזיציה).

**תת רכיב ב' – דרישת המדיניות**

ישנן שני סוגי גישות:

1. גישות שפורסות רשת הפללה רחבה – (במרבית הפסיקה של האיי סי סי) היא שואפת לאבחן את זה מגישת השיטתיות ולעשות זאת באופן מינימלי יותר. **כל שצריך שנראה שהשלטון רוצה שהמעשים יקרו – לא בהכרח המעשים מבוצעים על ידי השלטון או מיוזמתו.** יתרה מכך, לא צריך שזה יתחיל מהמדינה אלא מספיק שיצמח מצד האזרחים והשלטון יתעלם. לא הגיוני שהמחוקק הרחיב ואנו נצר.
2. גישות שמצמצמות את פרישת רשת ההפללה – זהות עם דרישת השיטתיות. הפרשנות מחמירה. מפרשת את מילת "מדיניות" ואומרת שהדבר שנדרש הוא **שהפעולה תהא מתכוננת, או מאורגנת או מכוונת על ידי המדינה או הארגון.**

**תת רכיב ג' – "מדינה או ארגון"**

ההבדל בין **קניה לגבון** הוא כמות הקורבנות. בשניהם זה יחסית מעט, אבל בקניה זה פי כמה יותר.

**קניה**

**העובדות:** מהומות אחרי בחירות. מי שמוביל את המהומות הוא הצד המנצח. מי שמבצע את המעשים הם כל מיני קבוצות שבטיות, פוליטיות ולא לרוב המשטרה או הצבא.

**בפס"ד עלתה השאלה, מה זה ארגון? האם כנופיות כאלה עונות לדרישת הארגון?**

שתי גישות:

1. גישה מרחיבה – תמיכה בפריסת רשת הפללה רחבה. פירוש רחב ל"ארגון". **אם מדובר בקבוצה שמסוגלת לעשות מעשים שיטתיים או רחבי היקף, מדובר בארגון.** ההיגיון מאחורי הגישה הוא שאם מדובר בקבוצה שמסוגלת לעשות מעשים כה חמורים, יש להענישם **(דעת הרוב בפס"ד).**
2. גישה מצמצמת – **נדרש ארגון דמוי מדינה**. יתקיים בעיקר כשמדובר באחד משני סוגי ארגונים הבאים:
3. ארגון מזויין, כגון ארגון מורדים, בעל היררכיה ברורה ופורמלית
4. ארגון בתוך המדינה, נניח הכוח הצבאי או המשטרתי, שפועל בכלל המדינה או למצער באזור מסוים **(דעת המיעוט).**
* פס"ד מסוים שנגמר בדלתיים סגורות העוסק ברופאים ישראלים שסחרו בהשתלות, כאשר האיברים נלקחו מאנשים שבויים. רצו להעמידם לדין על פשעים נגד האנושות. הם ברחו לישראל ובישראל לא הסגירו אותם. בישראל העמידו אותם לדין והאשימו אותם בעבירה שלא משתווה לחומרת המעשה שלהם.
* **שאלת מחשבה:** חייל שמשרת לפי הפרסומים הזרים בבסיס מסוים. אותו חייל שונא את תושבי גוש דן ולכן יום אחד הוא לוחץ על הכפתור האדום ומפוצץ את גוש דן. 2 מיליון תושבים נהרגו. האם החייל ביצע התקפה?
* **תשובתו של זיו:** בשיעור הבא

**שיעור 5 – 03/04/22**

* צריך להוכיח שההתקפה עצמה היא שיטתית או רחבת היקף, ולא המעשה.

רצח הינו דבר נורא, אולם זה לא ייחשב פשע נגד האנושות. רעיון החלופות של "שיטתית" או "רחבת היקף" הוא לשמר אלמנט של חומרה. לא כל הדברים הנוראיים הם נוראיים מספיק כדי שנגדירם כפשעים נגד האנושות. בנוסף, יש גבול עד כמה אנו רוצים להתערב במעשיה של המדינה.

* הגיוני שאם ההתקפה שיטתית אנו פחות נקפיד על רוחב ההיקף, וכך להיפך.

**התקפה "שיטתית"**

1. גישות העוסקות בתוכנית – פריסת **רשת הפללה צרה** (שהייתה תוכנית לבצע התקפה שיטתית).
2. גישות שפורסות **רשת הפללה רחבה** – דורשות משהו שהוא פחות מתוכנית, אבל שיש בו אלמנט כמותני. כל שהן דורשות זה דפוס חוזר. יחד עם זאת, אנו דורשים דפוס חוזר ונראה כי זה יותר חמור מהגישה הראשונה, יותר קשה להוכחה. אך, אם תוכח תוכנית ברורה, זה יספיק לדרישת השיטתיות.
* חשוב: גם מעשים לא מהסוגים המפורטים בס' 7(1) יכולים לשמש ראיה לקיומה של שיטתיות.

**התקפה "רחבת היקף"**

הפרשנות הרווחת – מאזן בין היקף קורבנות להיקף גיאוגרפי

במקור, המחשבה הייתה כמות גדולה של קורבנות. יחד עם זאת, בחרו מונח שיכולה להיות לו משמעות אחרת, שהיא "רחב היקף מבחינה גיאוגרפית". כלומר, על פני מרחב אדיר מתרחשים מעשים אלה. לכן, מה שמתפתח בICC זה גישה של חלופיות פנימית – **ככל שזה רחב יותר גיאוגרפית, נחמיר פחות עם דרישת כמות הקורבנות.**

נראה בסיפור ההתקפה **בגבון**, התובעת אומרת שברגע שזה **אירוע שקורה במקום אחד, אנו נחפש** **כמות משמעותית של קורבנות.**

במקרה **הקנייתי**, שם האלימות הייתה יותר חמורה **מבגבון**; היו 1000 הרוגים, 3500 פצועים, כ-900 קורבנות של אונס או אלימות מינית אחרת, וכן כמות גדולה של אנשים שברחו/הוברחו מביתם (350,000), והשאלה היא האם זה מספיק.

**המשך לשאלת המחשבה** – האם ההתקפה עומדת תחת הקריטריונים של "רחב היקף" ו"שיטתי". רוב המשפטנים בשורה התחתונה יגיעו למסקנה שזה לא פשע נגד האנושות, אולם הדרך שיגיעו למסקנה זו שונה ממשפטן למשפטן. בנוסף, ישנם משפטנים שאכן יטענו כי מדובר בפשע נגד האנושות (במיוחד אם הם היו כמה אנשים, ואם המדינה הייתה רוצה בכך).

**למבחן:** צריך לדעת אילו גורמים יובילו למסקנה שלא מדובר בפשע נגד האנושות, ואילו גורמים כן יובלי למסקנה שאכן מדובר בפשע מסוג זה (כמו למשל אם היו 3 חיילים במקום 1, או האם מדובר בפעולה שהיא חלק מהשלטון/נתמכת על ידו).

**3. הגדרה – ההתקפה "מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי"**

1. "כלשהי" – מטרת המילה היא להדגיש את העובדה שזה יכול להיות מצב שבו הקורבנות והמבצעים הם מאותה מדינה.
2. "אוכלוסייה" – הפושע ממקד את המטרה לא נגד רשימה מסוימת של פלוני ואלמוני, אלא קבוצה.

אדם מתעלל ברשימה של אנשים שהם חברים במפלגה ספציפית. אם מדובר ב-50 אנשים, כנראה שזה לא ייחשב לפשע נגד האנושות מסוג רדיפה. מה קורה אם מדובר ב-1000 אנשים? 2000?

כנראה שגם רשימה אישית ספציפית תחשב לרדיפה אם היא גדולה מספיק.

אם תפסו 50 אנשים, אולם זה חלק מתוכנית שבסוף לא התממשה – לרצוח את כל חברי המפלגה. אז גם כאן מדובר בפשע נגד האנושות, אולם לא התקפה רחבת היקף אלא שיטתית.

מצד אחד, לא צריך שכל קורבנות המעשים יהיו אזרחים. מצד שני, לא יכול להיות מצב שלא אכפת לחלוטין אם זה אזרחים או לא. יחד עם זאת, דרישת הכמות תכפר על האיכות.

דוגמא: חיילי האויב זמן מלחמה – אוכלוסייה שהוסכם לחלוטין שהיא לא אוכלוסייה אזרחית. אדם בזמן מלחמה מבצע הפגזות בלתי מאבחנות כנגד עיר מצורה. מה שבטוח נעשה זה פשע מלחמה של ירי בלתי מאבחן, התקפה בלתי מאבחנת. יחד עם זאת, נשאלת השאלה האם מדובר ב"פשע נגד האנושות"?

* נניח ויש 400 אלף אנשים בעיר. 380 אלף מהם הם חיילים, ו20 אלף הם חיילים. כנראה **שהמעשה לא ייחשב כפשע נגד האנושות.**
* לעומת זאת, נניח שיש מעט מאוד חיילים בתוך העיר, ועיקר האוכלוסייה היא אזרחית, ולמרות זאת לאדם המפגיז לא משנה שאזרחים ייפגעו. **במקרה זה לא יהיה רק מדובר בפשע מלחמה של ירי בלתי מאבחן, אלא יהיה מדובר גם בפשע נגד האנושות.**

לפי הנרטיב המקובל, פשעים נגד האנושות התפתחו מתוך האיסור של פשעי מלחמה. כלומר, גם בהקשר של "מי הם הקורבנות, האוכלוסייה האזרחית" נראה השפעה של ההגדרה הקיימת בפשעי מלחמה, תוך הרחבה מסוימת שלה. לכן, נקודת ההתחלה היא להבין מהי הגדרת "אוכלוסייה אזרחית" בפשעי מלחמה, לפי הנרטיב המקובל.

המונח אוכלוסייה אזרחית בהקשר של פשעי מלחמה:

* מתייחס רק לאוכלוסייה בזמן מלחמה
* לא כולל בתוכו:

(1) לוחמים מאותו צד כמו העבריין

(2) לוחמי אויב

(3) שבויי מלחמה וחיילים שיצאו ממעגל הלחימה (פצועים, לדוג' איש ים שקפץ לים כי הספינה שלו טבעה, חייל שנפצע ולא יכול לחזור לשרת).

* אוכלוסייה אזרחית, במונחה הקלאסי, התכוונה רק לאוכלוסייה אזרחית של הצד השני (

שתי הרחבות (שאין עליהן עוררין):

1. אוכלוסייה אזרחית, גם בזמן שלום
2. בשלום/במלחמה, יכולה להיות אוכלוסייה אזרחית גם מצד העבריין וגם מצד האויב.

האם כאן נעצרת ההרחבה? יש 3 אוכלוסיות שלא דיברנו עליהן:

**(1) חיילי האויב** (אין וויכוח לגביה, משום שאם תוקפים אותם בזמן מלחמה, זה פשע מלחמה ולא נגד האנושות. לכן הם לא נחשבים כחלק מהאזרחים

**(2)** חיילים מהצד השני, **שבויים וחיילים שיצאו ממעגל הלחימה,** האם זה פשע נגד האנושות?

**(3) חיילים שלי** – אם אני מתעלל בחיילים שלי בזמן מלחמה/שלום, האם מדובר בפשע נגד האנושות?

**האם התקפה שיטתית/רחבת היקף כנגד שבויי מלחמה מהווה "פשעים נגד האנושות" או 'רק' הרבה "פשעי מלחמה"?**

האריתראים מגיעים לישראל משום שהשליט שם, בעקבות המלחמה עם אתיופיה, הכריז על גיוס לאומי לתקופה בלתי מוגבלת, וזאת למרות שנחתם הסכם שלום לפני כמה שנים בין אריתראה לבין אתיופיה. מדובר בשלילת חירות מוחלטת. האם מדובר בפשע נגד האנושות? המתח הוא בין הרחבת יתר, לבין רצון להרשיע ולהעניש על דברים חמורים.

בדוגמא זו, יש אלמנט ששירות צבאי בהגדרתו, יש לו השפעות של סיכון פיזי וודאות של שלילת חירות. לכל המדינות בעולם מלבד 3 יש צבא.

בפועל, אחרי מלחמת העולם השנייה יש פסיקה סותרת, אולם במהרה מתגבש קונצנזוס ששבויי מלחמה וחיילים שפרשו ממעגל הלחימה **לא נחשבים אוכלוסייה אזרחית.** אין בבירור פסיקה שמשנה את הכיוון, אך יש פסיקה כזו השמנה את ההגדרה לגבי החיילים של המפגע. ניתן לשער כי אם הפסיקה היא כך לגבי חייליו של המפגע, אותו הדבר יקרה לגבי שבויי מלחמה וחיילים שפרשו ממעגל הלחימה.

**מה בנוגע לחיילים מהצד שלך?**

סוגיה זו עולה לדיון בבית הדין המעורב בקמבודיה:

**קמבודיה**

**העובדות:** בשנות ה-70 עולה לשלטון מפלגה קומוניסטית בקמבודיה. היא מאמינה שצריך להחזיר את קמבודיה לתקופת הפאר ההיסטורית שלה, שהייתה בתקופת אימפריית אחמר. אולם, אימפריה זו הייתה אימפריה חקלאית. לכן צריך לדאוג להעביר את כל אוכלוסיית העיר לכפר. באופן מפתיע, העירוניים והאינטלקטואלים לא תמכו בתנועת אחמר ולכן חיסלו אותם. בין השאר, דרך התעללות באנשים

**הליך משפטי:** בית הדין בקמבודיה **(דעת הרוב)** אומר כי חיילים שלךבזמן שלוםהינם **בוודאות אוכלוסייה אזרחית**. בזמן מלחמה, זו תהיה **אוכלוסייה אזרחית לעניין פשעים נגד האנושות**, אלא אם מדובר בחיילים שלך שמרדו (כי כך הם יותר קרובים להגדרה של חיילי אויב).

לעניין הגדרה זו – חיילי אויב אינם אוכלוסייה אזרחית.

* האם גיוס לצבא הרוסי הוא בגדר תנאים של פשעים נגד האנושות? לצבא הצפון קוריאני? לא ניתן לומר בוודאות.

**4. הגדרה: היסוד הנפשי**

היסוד הנפשי מתייחס לאדם שביצע את המעשה. מהי מידת המודעות שהוא צריך לדעת ביחס להתקפה?

**גישה א' – כל שנדרש הוא "הידיעה בקווים כלליים"**

1. צריך להיות מודע בקווים כלליים שיש התקפה שיטתית או רחבת היקף המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי. צריך להיות מודע לקיומה של ההתקפה.
2. יכול לצפות שיש הסתברות סבירה שהמעשה שלו יכול להוות חלק מהתקפה. כלומר הוא לא צריך לדעת על כל פרטי ההתקפה (גישה מרחיבה).

**גישה ב' – נדרשת "כוונה לקדם את מדיניות ההתקפה"**

הוא צריך להיות מודע לכל אותם קווים כלליים, ובנוסף נדרשת כוונה. כלומר, אנו צריכים לראות שהוא התכוון שהמעשה שלו יקדם את פעילות ההתקפה.

דוגמא: נתב הרכבות בדרך לאושוויץ. תפקידו הוא לנתב את הרכבת. הוא רואה רכבות נוסעות עם אנשים וחוזרות ריקות. האם הוא מתכוון לקדם את ההתקפה? האם נרצה להעמידו לדין? אלזה טרנק הרביצה לנשים, לא נרצה להעמידה לדין?

שתי הגישות האלה משומשות באותה מידה. הגישה הראשונה טובה עבור סיטואציות מסוימות ולהפך. העמדה הרווחת היום היא גישה א'.

**זיו:** כאשר גילה שזו ההשקפה כיום, הוא נדהם. מה אם הגנות לנאשם? היעדר הרחבת יתר? בפסיקת הICTY מצטטים את פס"ד אלזה טרנק. הוא שכח שישנה פסיקה סותרת (אנגיסטר).

לסיכום, העמדה הרווחת היום היא דרישה של ידיעה בקווים כלליים. בעבר התקיים הוויכוח בין שתי הגישות (לציין **במבחן** שעל הגישות היה וויכוח בעבר).

**שיעור 6 – 10/04/22**

***רצח עם***

**הגדרות ראשוניות והיסטוריה קצרה**

* רצח עם – במשפטי נירנברג הוא איננו נשפט בקטגוריה נפרדת, אלא נמצא בתוך "פשעים נגד האנושות". הוא הומצא ע"י עו"ד יהודי בשם רתקין שהוביל קמפיין עולמי.
* ג'נוסייד – "GENO" (שבט/גזע) ו"CIDE" (הורג). מעשים שמבוצעים להשמיד קבוצות מסוג מסוים מתוך כוונה להשמיד את הקבוצה באשר היא קבוצה.

בעקבות הקמפיין שלו, מאומצת אמנת הג'נוסייד. הוויכוח היה האם זה יכול להיות נגד האוכלוסייה שלך, האם זה יכול להיות בזמן שלום. אמנת הג'נוסייד פותרת את הוויכוחים וקובעת באופן מפורש **שזה יכול להיות מבוצע כנגד העם שלך ובזמן שלום.**

**מנגנוני האכיפה שנקבע באמנת הג'נוסייד לגבי רצח עם הם מאוד חלשים:**

1. אכיפה לא פלילית – מדינה אחת **יכולה להתלונן תלונה שאיננה פלילית** כנגד מדינה אחרת בICJ שהיא ביצעה רצח עם (ICJ – בית דין בינלאומי בהאג, שאינו פלילי). עד תום המלחמה הקרה היו 0 תלונות. תביעות כאלה מתחילות להיות מוגשות לאחר מלחמת העולם הקרה, הראשון הוא בוסניה נגד סרביה.
2. אכיפה פלילית – מנגנוני האכיפה הפליליים מאוד חלשים עד אמצע שנות ה-90'. החל מאמצע שנות ה-90' הם מתחזקים.

**עד אמצע שנות ה-90'**: כל עוד לא יוקם בית דין בינלאומי עם סמכות לעסוק ברצח עם, וכל עוד המדינות הרלוונטיות לא יעניקו סמכות לבית דין בינלאומי, הרי שהגורם שיהיה לו סמכות שיפוט פלילית על מעשי רצח זה המדינה שבה בוצע רצח העם.

**לאחר אמצע שנות ה-90':** אמנת רומא בדיוק עונה על דבר זה – בית דין שיש לו סמכות לעסוק ברצח עם ומדינות העניקו לו את הסמכות הזו. יתרה מכך, אמנת רומא קובעת שבמועצת הביטחון יש סמכות להפנות לאמנת רומא מקרים שקורים בכל מדינות העולם, גם במדינות שלא חברות באמנה. בפועל, היום יש סמכות אוניברסלית לגבי רצח עם ויש אפשרות אכיפה די רחבה לגבי רצח עם שלא הייתה אז. נקודת ההתחלה היא לא אמנת רומא, אלא ה-ICTY וה-ICTR משום שבשני המקרים כפו על הגורמים הרלוונטיים הסכמה בנוגע לסמכות השיפוט של בתי הדין הרלוונטיים בנוגע לרצח עם.

**הגדרת העבירה**

"השמדת עם" – ביצוע של אחד המעשים המפורטים להלן, שנעשה בכוונה להשמיד השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי, אתני גזי או דתי (להלן: קיבוץ), באשר הוא קיבוץ כזה; ואלה המעשים:

1. הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ
2. גרימת נזק חמור בגוף או בנפש לאנשים הנמנים עם הקיבוץ
3. העמדת הקיבוץ בתנאי חיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הפיזית, כולו או מקצתו
4. קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ
5. העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בכפייה

ישנם כמה אלמנטים העולים מן העבירה

אלמנט הקבוצה – קבוצות מסוימות וספציפיות

אלמנט המעשה – סוגים מסוימים וספציפיים

אלמנט הכוונה – המעשה מהסוג המסוים צריך להיעשות כנגד קבוצה מתוך כוונה להשמידה

* הדעה המקובלת שהרשימה הינה רשימה סגורה

**אלמנט ראשון – רכיב הקבוצה**

לכאורה, רק אם מדובר בקבוצות הספציפיות האלה (קבוצה לאומית, אתנית, גזעית, דתית), ניתן להטיל אחריות. נשמע פשוט, אבל המציאות מורכבת יותר.

**הטבח ברואנדה**

**העובדות:** הרג מכוון ושיטתי שבוצע ב1994 על ידי בני קבוצה המכונה הוטו, בחסות ממשל רואנדה (שנשלט על ידי בני ההוטו), כנגד בני קבוצה אחרת המכונה טוטסי. ההוטו האמינו שהטוטסי נחותים ומסוכנים ולכן יש להשמידם, אולם החלוקה בין הוטו לטוטסי היא מומצאת. מי שהופך אותה לחלוקה גזעית הם הבלגים. בעקבות מלחמת האזרחים שבה ההוטים הפסידו, הטוטסים שולטים כעת.

**טענת הנאשמים** – הטוטסי הם לא קבוצה במובן של רצח עם.

מה המבחן לזיהוי הקבוצות?האם המבחן סובייקטיבי? אובייקטיבי? מבחינה אובייקטיבית, הטוטסי וההוטו שייכים לאותו לאום ולאותה דת, והם גם בני אותו גזע וקבוצה אתנית (הרי הם דוברים את אותה שפה, ואת הבדלי התרבות והגזע המציאו הבלגים).

* **עמדה אחת (וחלק מהפסיקה בICTR**) – מבחן סובייקטיבי. לא אכפת להם ממבחנים אובייקטיביים. השאלה היא איך הקבוצה תופסת את עצמה.
* **עמדה אחרת (חלק מהפסיקה בICTR)** – העמדה הרווחת כיום. הבעייתיות במבחן הסובייקטיבי הוא שכל אדם יכול לחשוב שהוא עם. לכן, עמדה זו מציגה **מבחן משולב** – **"מבחן סובייקטיבי-אובייקטיבי".** עיקר הדגש הוא על איך הקבוצה תופסת את עצמה, וכן מחפשים גם אלמנט אובייקטיבי – האם מבחינה אובייקטיבית קיים קושי "לצאת ולהיכנס" לתוך הקבוצה (מתוך הבנה שאדם נולד לתרבות שבה הוא חי – רוב היהודים נולדו כך, רוב הערבים נולדו כך, וכו'). זה לא אובייקטיבי לחלוטין, אבל מספיק טוב.
* **כל אלה לא רלוונטיים לגבי קבוצות שהן בטוח לא נכללות בקבוצות המתוארות בסעיף.**

**רצח העם הקמבודי**

הרצח מכוון כלפי קבוצת האינטלקטואלים. האם קבוצה זו נחשבת לקבוצה? האינטלקטואלים בוודאות לא קבוצה מולדת, אולם הרצח הופנה אליהם. האם גם קבוצה זו נחשבת כקבוצה במובנו של פשע רצח העם? **האם הרשימה היא רשימה סגורה?**

הייתה תקווה שבית הדין בקמבודיה ייתן פסיקה פורצת דרך שהרשימה לא סגורה. שגם קבוצות אחרות שהן מוגדרות ומאובחנות יכולות להיכלל בקבוצות שנעשה נגדן רצח עם.

בית הדין המעורב בקמבודיה התברר כבית דין מאוד לא אקטיבי, לכן הוא נמנע לקבוע פסיקה כזו. על כן, **העמדה המקובלת היא שהרשימה הינה סגורה** (כן ניתן לכלול את הפשע שיבוצע נגד קבוצה מסוימת שאיננה נכללת בהגדרת סעיף זה ב"פשע נגד האנושות"). ניתן להסביר זאת במובן הזה שרצח עם הוא פשע הבינלאומי החמור ביותר, פשע הפשעים, ואנו רוצים לייחד אותו לדברים מאוד ספציפיים.

**הטבח במחוז בוסניה – מילומיר סטאקיץ**

**העובדות:** סטאקיץ אחראי מטעם הבוסנים על מחוז פריזידור, והוא הורג ומתעלל בכל מי שהוא לא סרבי.

האם מדובר ברצח עם? **לא.** זאת מפני שזה לא מכוון כלפי עם מסוים, כלפי קבוצה מסוימת, אלא זה כלפי מי "שלא" סרבי.

**הליך משפטי:**

**הערכאה ה-1:** מבחן נגטיבי (הרשעה ברצח עם) – עשה אבחנה לאומית, הכוונה ברורה. לכן מדובר ברצח עם

**ערכת הערעור** **(והגישה הרווחת כיום):** מבחן פוזיטיבי (זיכוי מרצח עם והרשעה בפשעים כנגד האנושות).

**הטבח בסרברניציה (בוסניה) – פס"ד צבקוביץ**

**העובודת:** בסרברניצה, ידוע שעומד להיות הסכם שלום שעומד לחלק את שטח בוסניה-הרצגובינה לשני חלקים. עשו שני דברים – (1) הרגו רק את הגברים, ואילו את הנשים מגרשים, (2) הורגים רק את האוכלוסייה המוסלמית במחוז, מתוך הנחה שיהיה ניתן לספח את המחוז לרפובליקה סרב(repubblica serve) . הם הצליחו חלקית. צבקוביץ' הוסגר לבוסניה-הרצגובינה, מבוקש בגין עבירת רצח עם. (צבקוביץ' הוא נהג אגד, עולה עם אשתו ארצה. לפתע דפקו בביתו והסגירו אותו)

**טענת צבקוביץ'**: לא מדובר ברצח עם. כמות הנרצחים אינה מעידה על רצח עם, משום שישנה כמות ענקית של ערבים, ונרצחו מעט. ("המוסלמים הבוסנים בסרבניצה אינם מהווים 'חלק' מהקיבוץ המוסלמי הבוסני").

**הליך משפטי**:

הבוסנים המוסלמים הם קבוצת השיוך הרלוונטית, גם מבחינת הכוונה (השמדה מלאה או חלקית של הקבוצה). בנוסף, צריך לעשות זאת בתוך חבל גיאוגרפי מובהק (השלישי לא רשום בהגדרה, אולם זו המסקנה שניתנה בפס"ד).

* ברכיב הכוונה – צריך להתכוון להשמיד השמדה מלאה או חלקית של הקבוצה הלאומית בתוך שטח גיאוגרפי מוגדר.
* ברמת ההצלחה – צריך הצלחה חלקית. אם אין הצלחה בכלל, יהיה מדובר בניסיון.

מהי הגדרת חבל גיאגרפי מוגדר? 2 גישות

1. בוסניה-הרצגובינה
2. חבל סרבניצה
* קיימות 2 עמדות כי אנו עוסקים במספרים קטנים של נרצחים ביחס לכלל האוכלוסייה אליה הם משתייכים.

לגבי גודל האוכלוסייה: צריך שגודל האוכלוסייה יהיה משמעותי. למשל, כנראה שאדם לא יורשע ב"רצח עם" אם ביצע רצח של שני אנשים.

**לסיכום, המבחן שנקבע:** קבוצת הייחוס יכולה להיות רק בני הקבוצה הנמצאים בשטח גיאוגרפי מסוים, כל עוד גודל השטח וכמות מהקבוצה באיזור גיאוגרפי מסוים + שני יישומים שונים לאותו מבחן בפסיקה בנוגע לסרברניצה (חבל גיאוגרפי – שתי גישות). **כלומר, מספיק לרצות להשמיד חלק משמעותי מאוכ' מסוימת באזור גאוגרפי מסוים.**

* עוד לגבי סרבניצה – הרגו רק את הגברים. הייתה טענה שלא מדובר ברצח עם, משום שלא ניסו לרצוח את כל הקבוצה אלא רק את הגברים. הפסיקה של הICTY קבעה שרצח הגברים, במיוחד בחברה שהיא פטריארכלית באופייה, גורם לפירוק הקבוצה. כלומר, הקבוצה תיעלם אם ישמידו את הגברים. הדבר זהה גם לדרוזים – הדת הדרוזית הינה דת "סודית". מי שיודע אותה הוא רק מי שבוחר להיות דתי. כאשר הורגים רק את הדתיים, תעלם הקבוצה הדרוזית. **גם כוונה להרוג חלקים ספציפיים מתוך האוכלוסייה תיחשב כרצח עם בדיוק בגלל סיבות שכאלה.**

**אלמנט שני – רכיב המעשה**

* 1. הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ (לדוג' מחנות ריכוז)
	2. גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש, לאנשים הנמנים עם הקיבוץ

לדוג', ברואנדה עולה השאלה האם אונס יכול להיחשב לכזה דבר. מה שההוטים עושים זה אונסים את ההוטסים משום שאישה שנאנסה לא תוכל להתחתן אחר כך. כשהם מגיעים לאיי סי טי אר הם טוענים שזה לא רצח עם. מה שבית הדין אומר – אונס הוא חוויה טראומתית שיכולה בהסתברות גבוהה להגביל אותה ולמנוע ממנה להביא ילדים הן מבחינה פיזית והן מבחינה נפשית. לכן הדבר יכול להיחשב "רצח עם".

1. העמדת הקיבוץ בתנאי חיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הגופנית, כולו או מקצתו (לדוג' הגטאות).

האם גירוש נחשב להשמדה? מה קורה אם רק מגרשים? גירוש איננו ברשימה, משום שכאשר ניסחו את האמנה, הרבה מדינות באירופה היו עסוקות בלגרש יהודים גרמניים (מדינות ערב מאוד רוצות שזה אכן ייכלל).

גירוש כשלעצמו אינו מהווה רצח עם, משום שהקבוצה יכולה להתגבש גם במקום אחר. יחד עם זאת, ישנה דעת מיעוט שבה מחזיקות חלק ממדינות אירופה, שאומרת שהוא **אכן נחשב רצח עם, בתנאי שהוא נלווה למעשים שכן מופיעים ברשימה.** למשל, אם חלק מהגירוש מבוצע באמצעות מעשי הרג ושאר רכיבי העבירה מתקיימים, מדובר ברצח עם (זה מה שקורה בסרבניצה משום ששם גירשו את הנשים, ואת הגברים הורגים).

1. קביעת אמצעים שכוונתן למנוע את הילודה (לדוג' סירוס, עיקור, מעשי אונס לעיתים וכו')
2. העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בכפייה. לדוג' חוק הבורג'יני מאפשר העברת ילדים כדי לחנכם כ"לבנים". חוק דומה היה בקנדה לגבי קבוצת האינדיאנים.

**חזרה לפס"ד צבקוביץ'**

לגבי גירוש כשלעצמו, היה וויכוח האם גירוש יכול להוות רצח עם.

**צבקוביץ':** טוען שמדובר למעשה בגירוש בכוח של האוכלוסייה המשתייכת לקיבוץ מסוים מאזור נתון וגירוש זה אינו רצח עם.

כפי שנאמר לעיל, גירוש כשלעצמו אינו מהווה רצח עם, אולם ישנה דעת מיעוט הקובעת שבתנאים מסוימים הוא כן עשוי להיחשב כרצח עם.

**אלמנט שלישי – "רכיב" הכוונה**

אם מסתכלים על ההגדרה של עבירת רצח עם, רשום שהמעשה כלפי הקבוצה צריך להיעשות מתוך כוונה להשמיד השמה גמורה או חלקית את הקבוצה. מה משמעות המילים הללו? האם מדובר בחלק מהעם (יסוד עובדתי של העבירה, דרישה לקיומה של תוכנית ארגונית/מדינתית להשמדה)? האם מדובר ביסוד הנפשי (דרישה לכוונה מיוחדת)? האם מדובר בשניהם? באף אחד מהם?

לפני הICC – שלל דעות:

* העמדה הרווחת **–** מדובר ביסוד נפשי של העבירה. משמע, **לא צריך להוכיח כי הייתה תוכנית השמדה** כללית של מדינה או ארגון, **וכן צריך להוכיח כי הנאשם הספציפי פעל מתוך כוונה מיוחדת** (מטרה) להשמיד את הקבוצה.
* העמדה השנייה הכי רווחת (עדיין עמדת מיעוט) **–** מדובר ברכיב של היסוד העובדתי. משמע, **כן צריך להוכיח כי הייתה תוכנית** השמה כללית של מדינה או ארגון, **ולא צריך להוכיח כי הנאשם הספציפי פעל מתוך כוונה מיוחדת** (מטרה) להשמיד את הקבוצה, אלא די שהוא היה מודע לכך שיש תוכנית ושתוצאה טבעית של מעשיו היא שהם יתרמו לתוכנית.

אם נסתכל על המסמך של הElement Of Crimes, הוא אומר שהמילים נועדו לשקף **גם אלמנט עובדתי, וגם אלמנט נפשי.** מבחינת האלמנט הנפשי – מודעות לכל רכיבי העבירה + כוונה מיוחדת. צריך להוכיח שהמעשה נעשה מתוך רצון להשמיד את הקבוצה הרלוונטית. מבחינת היסוד העובדתי, לא דורש תוכנית כזו, אבל דורש אחד משניים: (1) או שהמעשה נעשה בתוך הקשר המוכיח דפוס של מעשים דומים שמכוונים נגד אותה קבוצה, (2) או שמעשה הוא כזה שכשלעצמו יכול להביא למעשה ההשמדה.

**ביקורת מרומזת על הICC מצד הICTY בפופוויק:** גישה מרחיבה מאוד. מה שכתוב ב Element Of Crimesמייצג את המשפט המנהגי. בעיקרון הוא אומר ש"לא צריכה להיות תוכנית". הדברים יכולים להתפתח "מלמטה" ומספיק שהשלטון יעצום עיניים. לגבי היסוד הנפשי – די שהאדם יהיה מודע בקווים כלליים לקיומה של תוכנית או לקיומם של מעשים שיכולים להוביל לתוצאת השמדה (כלומר גישה מרחיבה מאוד)**.**

**בצבקוביץ'** המדינה מאמצת עמדה מרחיבה יותר. ג'בראן אומר שלצורך הליכי הסדרה אין הוא מכריע בין 2 הגישות (המצמצמת והמרחיבה מאוד).

**רצח עם – צדדים ייחודיים לעבירה**

ס' 3 לאמנת רצח העם קובע שמלבד "רצח עם", גם מסר מעשים נוספים יהיה ברי ענישה. בדרך זו, הוא (בין השאר) קובע מספר צדדים לעבירה ייחודים ל"רצח עם" והם:

1. הסתה ישירה ופומבית לביצוע רצח עם -
2. קשירת קשר לביצוע רצח עם
3. Complicity in genocide (ויכוח אם צד ייחודי לעבירה או סתם שם נרדף לסיוע)

**כל אחד מהצדדים יוצרים בעיות**:

* עניין הסתה – בעייתי. השקפות שדואגות לחופש ביטוי מתנגדות להשקפה שאומרת שמילים בלבד יכולות להוות פשע בינלאומי גרעינית.
* עניין קשירת קשר – בעייתי משום שזה בסך הכל פגישה של שני אנשים שמתכננים לעשות את העבירה. הם לא מבצעים ואפילו לא עברו לאזור ההכנה.
* עניין complicity in genocide – יש **עמדה אחת** האומרת שהמונח complicity הוא סך הכל **שם נרדף ל"סיוע"** (עמדה שמאמץ המחוקק הישראלי כאשר מאמץ את אמנת ג'נוסייד באשר להשמדת העם הישראלי). **עמדה אחרת** אומרת ש-complicity היא **בין "סיוע" לקשירת קשר"** – באמצע. למשל, יש ראש עיר ברואנדה שמספק נשקים לכנופיות מזוינות כדי שישמרו על סדר, אולם הוא יודע שהם ישתמשו בזה לרצח עם. מכאן שהוא לא קושר קשר (לא חלק מהתוכנית), ולא מסייע להם, אלא יש כאן רק אלמנט של מודעות.

חשוב להדגיש שמה שקורה באמנת רומא לא אומר בהכרח שהעמדות האחרות לא רלוונטיות, משום שהן כן מופיעות בצורה כזו או אחרת באמנת ג'נוסייד.

**אמנת רומא**

* לגבי הסתה, יצרו צד ייחודי לעבירה בנוגע לרצח עם – **ס' 25**. ס' זה אומר שיש **צד ייחודי לעבירה של הסתה לרצח עם, כאשר בהכרח חייבת להיות כוונה מיוחדת**.

הוויכוח הוא האם כדי להרשיע צריך שבפועל יקרה רצח עם. יש שאומרים שבגלל שמדובר בחופש ביטוי וכדי לא להרחיב את מעגל ההפללה, צריך שיקרה רצח העם. עמדה אחרת אומרת שזה מגוחך – הנבזיות של האדם לא תלויה בהצלחה. (לא מופיע בס' 7 באמנת רומא, אלא בס' 25).

* לגבי קשירת קשר, **לא כללו את העבירה הזו**. יכול להיות שמדינה מסוימת על סמך סמכות אוניברסלית תעמיד לדין על קשירת קשר לביצוע רצח עם, אבל הICC על פי אמנת רומא לא יכול להעמיד לדין על עבירה זו.
* Complicity – לא נכלל. יחד עם זאת, ניתן לדמיין מצב שבו מדינה, על סמך סמכות אוניברסלית, תאמץ את הפרשנות שרואה בזה סוג מיוחד של עבירה ותעמיד לדין. הICTR העמיד לדין על complicity על סמך עמדה שראתה בזה סוג מיוחד של עבירה.

**שיעור 7 – 08/05/22**

***חקירה והעמדה לדין במדינת העבריין***

תרחיש א':

בCNN יש דיווח על בוצוואנה, אשר חיילים התעללות באזרחים (בוצוואנה היא מדינה באפריקה הממוקמת צפונית לדרום אפריקה). ראש התביעה הצבאית של בוצוואנה מודיע שתתנהל חקירה יסודית, מקיפה ומקצועית. אם יתברר שהחיילים לא פעלו כדין, הם יועמדו לדין. מנגד, יש אחר שטוען שצריך שהחקירה תתבצע על ידי גורמים בינלאומיים.

מי צריך לנהל את החקירה? גורמים בינלאומיים או רשויות הצבא הבוצוואני?

תרחיש ב':

בCNN יש דיווח שבאיו"ש חיילים של צה"ל התעללו באזרחים פלסטינים. מי צריך לנהל את החקירה? גורמים בינלאומיים או רשויות צה"ל?

בכיתה בחרנו שבתרחיש א' יהיה דין בינלאומי, ואילו בישראל – צה"לי.

סיבות שבחרנו שהתביעה תתנהל תחת דין בינלאומי:

1. מדובר במדינה באפריקה. אנו מניחים שהיא מדינה שאינה מתקדמת (בוצוואנה היא המדינה היציבה ביותר ביבשת אפריקה. מאז שהיא קיבלה עצמאות היא דמוקרטית. היא מחזיקה ב10% בקרטל היהלומים, מכאן שהיא די רווחית. מדינה זו מחזיקה עודף תקציבי של 3 שנים. המדינה יכולה לשרוד במשך 3 שנים אם אף תושב לא ישלם מיסים).
2. יש לנו רגש עבור ישראל.

מכאן אנו רואים שיש נק' מבט פנימית וחיצונית.

**ישנן שתי עמדות קצה:**

* עמדה אוניברסלית (נק' מבט חיצונית)
* עמדה סקפטית (נק' מבט פנימית)

בשיעור זה נבחן את שתי העמדות.

**מה האסוציאציה שעולה בראש כאשר חושבים על "פושע מלחמה"?** => נאצים, שואה

**מה האסוציאציה שעולה בראש כאשר חושים על "פשע מלחמה"?** => התעללות בשבויים, אטום

שיירת הדסה: שיירה לירושלים. פוגשים רועה צאן, תופסים ומשחררים אותו. הוא מסגיר את הלוחמים והם נהרגים. המשל הוא שבפעם הבאה שנתקלים ברועה צאן צריך להרוג אותו, אולם להרוג שבוי במקום להחזיקו מהווה פשע מלחמה!!! גם אם המהות ששחרורו יסכן את הסביבה.

למה זה נקבע פשע מלחמה?

נפוליאון תופס 5000 שבויים ביפו. הוא רוצה לכבוש עיר אחרת, עכו. לסחוב את כל השבויים בעייתי. לכן, הוא רוצח את כולם. אדם לא יכול לדעת אם יהיה שובה או שבוי. אם יהיה לצבא פטור לחסל את השבויים, יהיה להם יותר קל באותה נקודת זמן להמשיך בלחימה, משום שזה מהווה "כאב ראש". אולם בטווח הארוך, עדיף שלחיילים יהיה כלל שאוסר להרוג שבויים. לכן זה מהווה פשע מלחמה שטוב שהוא קיים, למרות שהוא אוסר מעשים שלעיתים יהיו מוסריים.

**מסקנה:** יש פשעי מלחמה נוראיים, אולם יש פשעי מלחמה בהם המעשה לא כ"כ חמור. מכאן שהאסוציאציה שמדובר תמיד בפשע חמור יוצאת עיוותי תפיסה. כנ"ל לגבי אסוציאציה של פושעי מלחמה, כאשר אנו חושבים על הרשעים ביותר. אולם, גם אלזה טרנק מהווה פושעת מלחמה.

* **אלאור עזריה** ביצע פשע מלחמה – הריגת אדם שיצא ממעגל הלחימה. ביהמ"ש בחר "לרחם" עליו ולהאשימו בהריגה. ביהמ"ש פעל לטובתו, וזאת על אף העובדות הקיימות.

**הקשר בין האסוציאציות הללו ועיוותים בשתי עמדות הקצה:**

1. עיוות בעמדה הביקורתית (הפנימית) – כאשר נאמר שאלאור עזריה הוא פושע מלחמה, רוב העם מתנגד לכך. אולם ישנה השפעה סובייקטיבית. אנו מכירים את המורכבות הזו בארץ. בנוסף, מתווסף הסעיף ה2 שגורם לטעות.
2. עיוות בעמדה האוניברסלית (החיצונית) – מוטעית, מהסיבה שכאשר אומרים לה שישנו פשע מלחמה, היא אוטומטית מניחה הנחות שמדובר בפשע חמור ביותר.
* יש להבין שהמשפט מורכב. בנוסף, שני הצדדים סובלים מהטעיות. אם מאשימים את ישראל בפשעי מלחמה, לא בהכרח אנו "נאצים". אם אכן מאשימים אותנו כ"נאצים", הם סובלים מהטעיה ביקורתית.

**עיוותים בעמדה הביקורתית – הדגמה באמצעות פרשת נירים**

**העובדות:** גבול מצריים בשלהי מלחמת העצמאות. יחידה שנמצאת במקום די מבודד ויחסית פרוע. תופסים כמה אנשים + אישה והורגים את חלקם. תופסים את האישה, מתעללים ואונסים אותה. כמה חודשים לאחר מלחמת עצמאות, נמצאת באזור נירים יחידה התופסת בדואי ובדואית. את הבדואי הורגים משום שהחזיק נשק. את הבדואית, שכנראה הייתה בת 9-14, לוקחים לבסיס. מכיוון שיש לה כינים, הם מפשיטים אותה ושורפים את בגדיה, וגוזרים את שיערה. בנוסף, מכסים את ראשה בנפט. חלק מהחיילים אונסים אותה "באופן לא מסודר". היא הולכת למפקד המשלט ומתלוננת על כך. הוא מבטיח לה שיהיה סדר, ואכן דואג לכך במובן שבארוחת יום שישי הוא מכנס את החיילים ועושה הצבעה בעלת שתי אופציות (1) להפוך אותה לטבחית, (2) להפוך אותה לשפחת המין של המשלט. רוב החיילים מצביעים לכך שתהיה שפחת מין. לכן הוא עושה טבלה שמתארת באיזה יום היא משרתת את מי. במקביל, מפקד האזור שולח מברק למפקד המשלט שתפס בדואית, ומעולם לא העביר אותה למחנה מעצר. מפקד המשלט מבין שהוא מסתבך, ולכן נותן הוראה להוציא אותה להורג. הם מפשיטים את בגדיה (שהיו של החיילים), נוסעים 500 מטר מהבסיס, חופרים קבר בזמן שהיא רואה זאת ומתחננת על חיה, מכניסים אותה לבור, יורים בה ברקה ומרססים אותה עם רובה טומי. לאחר מכן, מפקד המשלט מדווח בחזרה למפקד שלו על מה שקרה:

"אל : מפקד הפלוגה

מאת: מפקד משלט נירים

הנדון: דו"ח על השבויה

בסיורי ב12.8.49 נפגשתי בשטח פיקודי בערבים, 1 מהם חמוש. את הערבי החמוש הרגתי במקום ולקחתי את נשקו, ואת הערבייה לקחתי בשבי. ובלילה הראשון החיילים התעללו בה ולמחרת מצאתי לנכון להעבירה מהעולם.

על החתום: מ.., סגן"

לא מדובר במקרה יחידני לצערנו. בהקשר הכללי שאותו מקרה קורה, באותו אזור נקבעו כללי פתיחה באש מאוד מקלים. זו הייתה התורה שבכתב. התורה שבעל פה הייתה הרבה יותר מקלה. פרשת נירים היא מקרה קיצוני שלא היה קורה אילו היינו דואגים לטפל בספקטרום הרבה יותר רחב של מקרים הרבה יותר קלים – אם היינו מפקדים בהוראות המקלות מדי, אם היינו מטפלים במפקדים בשטח שנתנו הוראות מקלות יותר, אם היינו מטפלים בחיילים שירו "סתם", ואם היינו מטפלים באלה שהצביעו לכך שתהיה שפחת מין. פרשת נירים בעצם מהווה דוגמא לכך שאם לא נטפל בכל ההקשר, כנראה שהיא תופיעה.

אמה מה, אם נהיה יותר מדי קפדנים באכיפתנו, יהיה "אפקט מצנן". כלומר, חיילים לא יעשו דברים שהם צריכים לעשות. למשל, במלחמה מסוימת חיילים לא ירו לעבר ערבים שירו עליהם מהמסגד כי חשבו שאסור, אולם כן מותר במצב כזה כחלק מהגנה עצמית.

זה לא איזון בין השניים, בפועל יהיה לנו "ערבוב" של השניים בכל אכיפה. כל איזון יהיה בעייתי, אולם לא לעשות איזון יהיה הכי גרוע.

אלה שמחזיקים בנק' המבט השונות יחשבו שנק' האיזון צריכה לעמוד במקום שונה, וזה חלק מהביקורת על ישראל. הביקורת נובעת מכך שאנו נמצאים בסיטואציה חסרת פתרון טוב. אם אנחנו סלחנים מדי – יש ביקורת. אם אנחנו קפדנים מדי – יש ביקורת (אפקט מצנן).

אם נרצה לאכוף רק במקרים חמורים, ייווצרו שתי בעיות:

1. צריך לאכוף גם את הקלים כדי שהחמורים יימנעו
2. השאלה היא מה חמור ומה לא תלויה בנק' המבט

חלק נובע מהטעיות של הצד החיצוני, וחלק מהפנימי. בד"כ אנו לא לוקחים את ההטיות של הצד הפנימי. זה נובע מכך שאנו סולחים לעצמינו ומדיסוננס קוגניטיבי.

דיסוננס קוגניטיבי – אדם מבצע פעולה מנוגדת לסולם ערכיו. מעבר לזה, הוא יכול להתפתות ולגרום לעצמו לוותר על סולם הערכים שלו. המקרה של אלאור עזריה הוא מקרה קלאסי כדוגמא לכך. כולנו יודעים שאסור לירות באדם שיצא ממעגל הלחימה ושאין זה מוסרי. אולם, מאחר שמדובר באלאור, אנו נמצאים בדיסוננס קוגניטיבי שגורם לנו לוותר על סולם הערכים שלנו. הדרך לעשות זאת היא לזלזל במשפט הבינלאומי. גם לצד השני הגישה הביקורתית מעוותת.

**לסיכום**, שתי נק' המבט סובלים מהטיות. מושפעות מכמה האכיפה ראויה, מכמה חקירות צריכות להיעשות, וכמה מעשים חמורים מבוצעים, ועל ההערכה היא שכמה המעשה חמור. צד אחד ישקול אותם בחסר, וצד אחר ישקול אותם ביתר. שתי הקצוות טועים.

**השפעתן של הטיות בדבר היקף הפשיעה על מידת תחושת הצורך בחקירות – מספר שאלות:**

1. שאלה על פשיעה רגילה – איזה אחוז מכלל הפשעים "הרגילים" (משמע, לא פשעים בינלאומיים) המבוצעים במדינה, המבצעים שלהם נענשים (משמע, נתפסים, מועמדים לדין ומורשעים)? כמה מהפשעים הרגילים (אונס גניבה שוד תקיפה), המבצעים שלהם נתפסים ומורשעים? **תשובה:** מבחינת אחוזים, כ-1.3%. איך ניתן לבדוק? לפי דוחות (לא ניתן לעשות זאת על עבירת רצח כי הבנאדם מת). בודקים כמה דווחו למשטרה, כמה הוגש נגדם כתב אישום וכמה הורשעו. הפשע שנאכף הכי הרבה זה אונס. אונס זה 8.1%. – נתונים מארה"ב. ישראל, דיווחים על גניבה – 7-9%. אנו לומדים מכך שני דברים: (1) פשיעה רווחת יותר משאנו חושבים. (2) פשיעה משתלמת. אנשים פושעים ולא נעשה נגדם כלום.
2. שאלה על פשע מלחמה – איזה אחוז מכלל החיילים האמריקאים ששירתו בווייטנאם היו עדים או מעורבים במעשים דומים לאלו שבוצעו ב-מי-לאי (משמע, רצח של אזרחים חפים מפשע)? **תשובה:** 28%, כמעט שליש. 13.4% טענו שהיו מעורבים לכך מצד חיילים אמריקאים. 14.9% אמרו שהיו עדים למקרים של חיילים מצבאות אחרים.
3. בארץ, כמה מקרב חיילי צה"ל, אשר שירתו במחסומים בשטחים, היו עדים או מעורבים בהתעללות באזרחים פלסטינים? **תשובה:** כרבע מהחיילים ששירתו במחסומים התעללו בפלסטינים או היו עדים להתעללות (לפי מחקר שנעשה ב2007 ופורסם ב"ידיעות אחרונות").

**מה המשמעות של כל זה?**

אנו רואים שפשע, גם בלחימה, הינו תופעה מאוד נפוצה ממה שאנו רוצים להודות. הדבר אומר שכאשר מבקרים אותנו שאנו לא אוכפים מספיק, כנראה שהם צודקים. זאת מפני שרוב החיילים שהתעללו בפלסטינים לא הועמדו לדין. גם נק' המבט החיצונית סובלת מהטיה אחרת – אפקט הCNN. נולד כאשר התחילו לשדר "לייב" מהמלחמות. הדבר לא נבע מזה שכל מה שראו היה פשע מלחמה, אלא ראו בתמונות הרס והרג. אלה בסיטואציות רגילות מהוות פשע. אולם, במלחמה, במרבית מהמקרים הם לגיטימיים. כלומר, מבחינת נק' המבט החיצונית, ההטיה היא שהם רואים הרס והרג.

נחזור לפשיעה המדינתית:

בשנים האחרונות ישנה ביקורת על תפקוד המשטרה.

לכאורה, הובאו נתונים שמחזקים את הלגיטימציה לחזק את המשטרה. לכאורה היא עושה עבודה פחות טובה ממה שהיא אמורה לעשות. למה לכאורה? כי יש נתון מסוים, שאם היינו מרגישים שקורית אך ורק פשיעה, היינו מפגינים. אנו לא עושים זאת משום שרובינו לא חוששים ודווקא בתת מודע יודעים שהמצב נורמלי.

לשום משטרה בעולם אין את הכוח לבצע רמת אכיפה שבה היא תצליח למנוע את רוב הפשעים המבוצעים. היא אכן תצליח לתפוס מעט. מטרתה היא לבצע רמת אכיפה מספיק גבוהה כדי שהרוב הגדול לא יתפתה לבצע פשעים. כל עוד היא מצליחה לבצע את האיזון הזה (שכלול בו שהרבה פשעים יבוצעו ולא יאכפו), אנו מרגישים מספיק בטוחים לבקר את המשטרה במעט. זאת מפני שהאיזון בין כמות המשאבים שמושקעת לבין התוצאה הינו איזון שנוח לנו. זה המצב לגבי פשיעה מדינתית.

הבעיה לגבי פשיעה בינלאומית, הצדדים השונים לעולם לא יגיעו להסכמה לגבי מהו האיזון הראוי. ברור שהפלסטינים לא אכפת להם מאפקט מצנן וממחסור המשאבים של צה"ל. ברור שהרבה ממחזיקי נק' המבט הפנימית פחות כואב על הפלסטינים. במצב זה אין חברה משותפת שמסוגלת להגיע לאיזון שאיתו כולם יצליחו להיות מרוצים ממנו. נוצר מצב כרוני שבו ישנו מצב בו אף אחד מהצדדים לא יהיה מרוצה מהמצב.

**שיעור 8 – 15/05/22**

***קשיי חקירה וקשיי אכיפה***

**השלב הראשון –** חיפוש ראיות:

**טענות החוקרים** – קשיי מציאת ראיות, להמחשה:

**פס"ד רחאל:**

**העובדות:** בוצע ירי ע"י חיילי צה"ל לעבר פלסטיני שנמצא במבנה מרוחק.

**השאלות העובדתיות:**

1. האם האדם נהרג?
2. האם החיילים חשבו או לא חשבו שהוא מחבל (זה הופך את העניין לפשע מלחמה כן או לא).
3. מה החזיק המנוח ביד?
4. האם נאשם 2 אמר לנאשם 1 שיוריד את המנוח?
* זהו מקרה מינורי ודי פשוט בשביל להכריע על פי העובדות אם יש או אין להרשיע.

**תשובות:**

1. כדי להחליט האם הוא נהרג צריך: גופה.
2. האפשרות לבחון את זה היא להמחיש מחדש את הסיטואציה, אולם המבנה נהרס (המצב הוא מצב מלחמה) בין המעשה למשפט אירעה ההתנתקות ואין חזקה בזירת הפשע.
3. כדי לדעת מה החזיק המנוח יש לתחקר את השולח של המנוח "לתקן" את האנטנה (כי הרי המנוח עצמה לא בן חיים יותר). אולם, בזמן מלחמה האזרחים עולה קושי נוסף והוא לאתר עדים- הם לא אוהבים לשתף פעולה עם הצד השני וכן יכול להיות שהם ברחו.
4. בנוסף יש לחקור את הנאשמים. במצב הזה, יש אפשרות לתחקר אולם הנאשמים והעדים כולם כמעט שיקרו בכל העובדות- הנאשמים שיקרו (הם הודו על חלק מהדברים שהם שיקרו ויש הרשעה בשיבוש הליכי משפט), ונקבע כי עדים נוספים שיקרו במהלך המשפט.

**קיימים מספר קשיים ובעיות:**

* בעיה שאינה אובייקטיבית – החוקרים לא מיומנים, לא מתורגלים והם התרשלו במלאכת החקירה בדברים מהותיים.
* "אחוות לוחמים" –עבריינים משקרים כדי להציל עצמם מן הדין, אולם בזמן מלחמה הקושי מתגבר כי לוחמים משקרים גם מטעמים של "אחוות הלוחמים". הם משקרים כדי להגן אחד על השני, מאיימים על עדים ואף יכול להיות הפללה של מפקדים/קצינים. עולה אם כן בעייתיות חמורה במהימנות העדים שנגועים ברצון עז להציל עצמם ואת חבריהם (הדבר יכול להתבטא הן בנקמנות בתוך היחידה, והן בחיפוי על הנאשמים). אחוות הלוחמים הינה תופעה טובה, אולם יכולה לטמון בחובה השלכות בעייתיות.
* שיבוש חקירה מצד האויב –גם הם מוטים ויכולים לאיים על העדים. **בטאדיץ**' ישנו עד שמשנה את עדותו 3 פעמים לאור איומים מכיוונים שונים.
* לאחר העמדה לדין ניתנים עונשים מזעריים

**בפס"ד רחאל**, נראה כי העדים והנאשמים חשים שהם עושים משהו טוב (כאמור, מתוך אחוות לוחמים), תוך כדי ביצוען של עבירות פליליות.

כל הנקודות האלו מעלות **קושי אמיתי, להשיג ראיות.** דבר זה מחזק את הדעה כי מערכת אכיפה פנים מדינתית היא לא ראויה (בייחוד לאור חוסר האובייקטיבית שתבואר להלן). (באשר לשאלה האם אכיפה בינלאומית הייתה משנה את התמונה נדרש בהמשך)

**עולה השאלה, האם כל הבעיות הללו הינן בעיות אובייקטיביות?** לא. כאמור, מיומנות החוקרים נתונה בידי המערכת הצבאית. בעבר במצ"ח היה כלול באנשים מיומנות אולם, כיום הוא מבוסס על חיילים צעירים ולא מיומנים. אין לדעת מה המניע, אך בדרך כלשהיא (כלומר, מגמתית) ישנן יחידות מתוקצבות יותר ממצ"ח.

**התוצאה: נוצר חוסר אמון בהליך –** מצד אחד, תחושת חוסר צדק כאשר רצח מסתיים בזיכוי. מצד שני, ישנו קושי אמיתי להגיע לחקר האמת, מצד שלישי ישנה הכרה בכך שלא כל הקשיים הם אובייקטיבים.

**התחקיר הצבאי:**

בארץ, קודם לרפורמות (ידון בהמשך) אירועים בזמן מלחמה לא נבדקו בהליך של בחינה משטרתית. אלא, במצב כזה נפתח תחקיר מבצעי המכריע האם תפתח חקירה אם לאו.

**הטיעונים של המדינה/עמדת הצבא:**

1. הנסיבות המלחמתיות לא מעלות חשש כבד לביצוע עבירה פלילית.
2. אי רצון לפגוע במוטיבציה של החיילים.
3. חיילים בסופו של יום לא ישתפו פעולה עם גוף חקירה חיצוני.

**מנגד, המבקרים (גם בועדת טירקל):**

התחקיר הוא אמצעי ממוסד לתיאום עדויות. יש כינוס של כולם ושואלים אודות המקרה בניגוד לחקירה נפרדת (יכולה להתבצע עבירה של שיבוש הליכי משפט).

**ועדת טירקל:**

"בישראל, כאשר מתקבלות תלונות או טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי .... מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת תחקיר מבצעי, המאפשר לפצ"ר לשקול אם נסיבות האירוע מצדיקות פתיחה בחקירה".

**עמדת המתנגדים לאופן המנוהל:**

אנשי אקדמיה ונציגי זכויות האדם, מתנגדים לתחקיר כבסיס להחלטה:

1. ניגוד אינטרסים, הכוחות אותם הוא מיועד לברר אלו הם הכוחות הבודקים.
2. תיאום גרסאות (יפורט להלן)
3. אינו מוגבל בזמן ועלול לגרום לדחייה בלתי סבירה של החקירה.
4. לא נגבות עדויות מהמתלוננים או עדים אחרים אלא רק מכוחותינו.
5. המפקדים המתחקרים נעדרים הכשרה מקצועית ולכן פעמים רבות הם נעשים באופן שטחי ובלתי ממצה.
6. אין זכות ערעור על מסקנות התחקיר.

**עמדת הצבא:** התחקיר הוא רק גורם אחד ולא בלעדי להחלטה האם לפתוח בחקירה. בנוסף, רשאי הפצ"ר להורות על השלמת התחקיר אי הבהרת ממצאיו על מנת לשוב ולשקול את ההחלטה. הצבא מחזיק בדעה כי אנשי האקדמיה הם מוטים ומגמתיים.

**מסקנה:** שני הצדדים בקיצון מאשימים אחד את השני בשיקולים זרים והטיות קוגניטיביות.

**מבחינה אובייקטיבית,** המצב מורכב, שני הצדדים טועים וצודקים.

**בחקירה רגילה** נלקח הנאשם לעדות תוך מניעה שלו לתאם עדויות (מעצר, אזהרה על ביצוע שיבוש הליכי משפט). משמע, ברגע שעולה חשד של אירוע מעשה פלילי מקפיאים את חיי המעורבים עד לבירור האמת.

בעלי נקודת התצפיתית החיצונית מעוניינים שדבר זה, התנהלות זו, תקרה בדיוק כאן, במקרים מהסוג הנ"ל.

**הבעייתיות** היאזה בלתי אפשרי, הדבר יוביל להקפאה של הגוף הצבאי.

אבל יש להבין כי תחקיר, בפועל (גם בהיעדר כוונה) יש בו **אלמנט של תאום עדויות**. התחקיר הקלאסי היה מכנס חיילים לאחר האירוע, תוך הפניית השאלות לחיילים אודות האירוע. הדבר לא היה מוביל לברור האמת אלא סיג ושיח עד להגעה לנרטיב מוסכם שהוא "הוכתר" כאמת. דבר זה שווה ערך, לתאום גרסאות.

* התחקיר כיום מתבצע באופן שונה אולם לא נמנע מהם לשוחח, ולכן במקום בו יש שיח יש תאום מסוים של הגרסאות.

המסקנה היא יש שתי דרכים לפעול במצב זה, אולם כל אחת לתכלית אחרת:

* **נקודת מבט חיצונית –** חקירות. **התכלית:** חקר האמת תוך מניעה של שיבוש הליכי משפט.
* **נקודת מבט פנימית –** תחקירים. **התכלית:** מתן עדיפות להפקת לקחים ומבצעיות.

כל דרך פוגעת בדרך להשיג את האמת על פי הדרך האחרת. **אם כך, כיצד פותרים את הבעיה?**

**לפי בורר,** אין פתרון טוב. יש **מגמת ייעול בישראל** (אולם המצב רחוק מאוד מלהיות מושלם) אולם הבעיה הזו של איזון בין צרכים נוגדים, היא לא בעיה בעלת פתרון. כי כל נקודת מבט נותנת משקל שונה ופתרון שונה לדברים.

סיכום יתרונות וחסרונות של המצב הנוהג (תחקירים):

* **יתרונות –** רוב המקרים אינם פלילים ולכן נמנע הצורך לפתוח בחקירה. חקירה פלילית עשויה לפגוע במוטיבציה של החיילים. והשיתוף פעולה עם הגורם הפנימי הוא סביר יותר.
* **חסרונות –** תיאום עדויות של המעורבים, הפקת לקחים צופה פני עתיד ולא ענישה, חשש משיבוש ההליך.

**בניסיון למצוא איזון, טוענת "ועדת טירקל":**

התחקיר המבצעי כמו שהוא עובד איננו טוב (העובדות מעידות על כך שחיילים משקרים בתחקירים). ועדת טירקל מצביעה על הצורך להשתפר, היא מורה על התבוננות במדינות העולם שאנחנו רוצים להידמות אליהם,  **וגיוס האמצעים שלהם.**

הלימוד הוא יהיה להגדיל את עצמאות בודקי התחקירים ולנתקם מעורך התחקיר (אולם, המדינות מדווחות שרפורמות אלו אינן טובות). המסקנה של מדינות רבות: בניגוד לעבר, אם המדינה לא תחקור, גורם בינלאומי יחקור את המקרה.

המניע מאחורי ההמלצה של הוועדה הינו שהאיזון הזה של הצבא כיום (אחוות הלוחמים וכו), חייב להשתנות. מדוע? כי המשפט הבינלאומי הפלילי יתעורר, הוא יחקור מבחוץ!

* **עקרון השיוריות –** סמכות אוניברסלית תופעל רק אם המדינות שלהן יש זיקה לאירוע לא פעלו בדבר.
* **אמנת רומא, עקרון המשלימות –** הליך בבית הדין הבינלאומי יופעל רק אם המדינה עצמה לא פועלת – מדינה אינה מסוגלת/רוצה לנהל הליך ראוי.

מטרת העקרונות: להפעיל לחץ על המדינות שיאכפו.

**דוח מבקר המדינה (אחרי "צוק איתן") –** צריך להיות תפקוד ראוי של מערכות החקירה והמשפט במד"י יסייע במניעת התערבות של ערכאות חיצוניות בעניינה הריבוניים של מד"י. הדו"ח ניתן אחר ועדת טירקל, **משמע לא נערך טיפול מספק**. לא נמצאה הנוסחה הראויה כיצד לטפל בנושא באופן קבוע.

**בעיה נוספת –** לאחר העמדה לדין העונשים הניתנים הם עונשים "מזעריים".

**היסטוריה**

נראה כי התערבות גורמים חיצוניים, תוביל למצב גרוע יותר: הרבה זמן אחרי (קשה למצוא עדויות לתכנון אפילו בגרמניה הנאצית שהיו מאוד מתכננים), וחוסר שיתוף פעולה גבוהה יותר מצידנו ובד"כ במצב כזה, מדובר בפשיעה רחבת היקף ומרובת מעורבים אנחנו לא מערבים את הקהילה הבינלאומית באירועים זוטרים.

קשיים:

1. חוסר שיתוף פעולה עם גורמים חיצוניים
2. זמן – עד שמוקמת וועדת חקירה עובר זמן רב.
3. רחב היקף ורב משתתפים
4. המדינה הנחקרת לא רוצה לאכוף
5. אירועים זוטרים

**המסקנה** היא שהחקירה קשה הרבה יותר כאשר היא נעשית בזירה הבינלאומית. אולם, נראה כי אין ברירה להשתמש במנגנונים האלה כי הרבה פעמים המדינה הרלוונטית לא רוצה, מעבר לקשיים האובייקטיבים, לאכוף ולחקור.

* **הקושי לסיכום –** מדינה מעורבת, במקרים רבים, לא מעוניינת את כללי המשפט הפלילי הבינלאומי, לבטח לא באופן מיטבי.

לדוגמה: איכות החוקרים במצ"ח, אי יישום מסקנות ועדת טירקל (ע"י הקמה ועדות על גבי ועדות ליישום המסקנות שלא יישמו מעולם במלואם), לגבי הנאשמים והמורשעים מקלים מאוד.

**באלאור עזריה נקבע:**

"בסמכותה המלאה של התביעה הצבאית לקבוע כי סעיף אישום קל יותר בכתב האישום גם אם הראיות מאפשרות הגשת סעיף אישום חמור יותר".

זה מקרה, בו הוא יכול היה להיות מואשם בסעיף חמור והתביעה מצידה הייתה מעוניינת להקל עימו. אם הגענו למסקנה שהוא "פושע מלחמה" כיצד אנחנו מאפשרים ענישה כ"כ מקלה?

אם כן, המדינות לא עושות פעולות בצורה מיטיבה ועל כן הן צריכות שוט מעל ראשיהן.

ישראל עושה פעולות טובות יותר, בניגוד לעבר, **ולא מפני הרצון אלא מפני הלחץ הבינלאומי שמופעל עליה.**

**בדיקה על פני היסטוריה**

אחר מלחמת העולם הראשונה, גרמניה מעוניינת לקחת על עצמה את החקירה אולם היא לא מבצעת את מעשיה באופן הולם. ב"אופן מפתיע" (ציני) הנאשמים ברחו ולא מצאו אותם. כשהנאצים עולים לשלטון הם מזכים מחדש את אלו שהורשעו בעבר.

בפועל רק אם נסתכל על טוקיו וגרמניה, יש כאן בעיה של צדק המנצחים.

**ביוגוסלביה** **ורואנדה** שני הצדדים פשעו, אולם מעמידם לדין רק צד אחד. כך ההיסטוריה ממשיכה תוך ניסיון לייצר את מנגנון שיפעל יותר טוב.

עיקר התפקיד של המנגנונים הוא הפעלת לחץ כדי שהמדינות יאכפו באופן ראוי יותר בעצמם (עקרון המשלימות/השיוריות) כי הקשיים בחקירה בינלאומית גדולים מחקירה עצמאית.

**שיעור אסינכרוני**

***מנגנוני האכיפה מחוץ למדינת העבריין של המשב"ל הפלילי***

מה עושים כאשר מדינת העבריין לא מעוניינת (או לא מסוגלת) לאכוף את המשב"ל הפלילי ולהעמיד לדין את הנאשם באופן כנה? בכל דור של מנגנוני אכיפה שפותחו, נעשה ניסיון להתמודד עם בעיות שעלו ממנגנוני הדור הקודם.

בכל המקרים בהם ההעמדה לדין נעשית שלא ע"י מדינת העבריין, קשיי האכיפה והחקירה גדולים יותר, מכמה סיבות:

1. שיתוף הפעולה מצד גומרים ששייכים לאותו צד כמו העבריינים קטן יותר.
2. ככלל, מדובר בהעמדה לדין, לאחר תום הסכסוך וחלוף הזמן, דבר המקשה על בירור האמת.
3. מדובר בד"כ בפשיעה רחבת היקף שבוצעה בתמיכת המדינה

**סקירת "הדורות" השונים של מנגנוני האכיפה מחוץ למדינת העבריין של המשב"ל הפלילי**

***פרה דור: מלחמת העולם הראשונה***

במהלך מלחמ"ע הראשונה, מדינות רוצות להעמיד לדין חיילי אויב בגין פשע מלחמה. בעיות:

1. העבריין בד"כ לא נמצא בידיהן
2. כאשר העבריין כן בידיהן (כי נפל בשבי), מדינת העבריין לא האמינה שיתבצע הליך משפטי כנה בגין פשעי מלחמה. כתוצאה מכך מדינת העבריין העמידה לדין שבויי מלחמה של אותה מדינה בגין אישומים בדבר ביצוע פשעי מלחמה (לעיתים אמיתיים ולעיתים מומצאים).

כדי למנוע את זאת (את המתואר בסעיף ב'), נחתם הסכם סודי ב-1916 בין שני הצדדים למלחמה. לפיו, המדינות מסכימות להמתין עד תום המלחמה עם ההעמדה לדין של חיילי אויב בגין פשעי מלחמה. לאחר חתימת ההסכם, מדינות שונות מתחילות לתכנן הקמה של בית דין פלילי שיעמיד לדין חיילין מהצד השני בגין ביצוע פשעים בינלאומיים גרעיניים.

לאחר המלחמה, בהסכם שלום עם גרמניה, כפו בנות הברית המנצחות על גרמניה להסכים לכך שיוקמו בתי דין פליליים בינלאומיים שיעמידו לדין פושעים גרמניים שפשעו במהלך המלחמה. גרמניה לא מסגירה את החיילים, והולנד (אליה ברח הקייזר הגרמני, אחד הפושעים), לא מסגירה אותו. במקום זאת, גרמניה מבטיחה שהיא תעמיד לדין את חייליה בגין פשעי מלחמה (ובנות הברית מסכימות לכך).

בפועל, המשפטים שערכה גרמניה ("משפטי לייפציג") היו בדיחה. רוב הפושעים לא הועמדו כלל לדין, ורוב אלו שכן הועמדו לדין זוכו על סמך פרשנויות יצירתיות של החוק, או של הראיות. המעטים שהורשעו ונידונו למאסר, זוכו במשפט חוזר (כבר בתקופת השלטון הנאצי).

כתוצאה מזה, בנות הברית התעקשו להקים בתי דין בינלאומיים פליליים כדי שדבר כזה לא יחזור על עצמו:

***דור ראשון: בתי הדין אד-הוק דור א'***

* בתי הדין בנירנברג, ובתי הדין בטוקיו – הוקמו לאחר מלחמת העולם השנייה.
* מכונים אד-הוק משום שהוקמו כגוף זמני, שיעמיד לדין בגין פשעים בינלאומיים שקרו במלחמה אחת ספציפית.

חוקת לונדון (חוקת נירנברג. כמו גם החוקה הדומה של בית הדין בטוקיו) העניקה סמכות לבית הדין לשפוט בגין:

1. 3 קטגוריות של פשעי מלחמה. נקבע שיש סמכות על הפרות פליליות של דיני לחימה
2. פשעים נגד האנושות
3. תוקפנות (פשעים נגד השלום).

**ביקורות על ההליכים שהתקיימו בבתי דין אלה:**

1. היעדר אזהרה מוקדמת (רטרואקטיבית) – היו איסורים, אך הם חלו על מדינות ולא על נאשמים.
2. לא ראוי להעניש את הנאשמים שכן הם פעלו בהתאם לדין המדינתי.
3. היעדר הסכמה מצד גרמניה לנורמות הללו של המשב"ל (גרמניה פרשה מהאמנות הרלוונטיות)
4. הטיה פוליטית בבחירת הנאשמים והאישומים, ומסוג החמור ביותר של צדק של מנצחים (רק אנשים מהצד המפסיד נשפטו)
5. עמימות הדין – הדין לא היה הרבה פעמים ברור, והבהירו אותו בדיעבד על גבם של אנשים (זאת אפילו כשהיה מדובר באישומים בגין הפרות של דיני הלחימה (פשעי מלחמה)).

**המענה שסיפקו בתי הדין לביקורות אלו:**

1. מענה פורמליסטי: מדינה זה פיקציה. האיסור תמיד פנה לאנשים הנמצאים מאחורי מסך הריבונות. כל מה שנוסף הוא סנקציה פלילית כנגד האנשים שהפרו את הדין, בנוסף לסנקציות הקורלטיביות (כנגד כל אזרחי המדינה), בהן בעיקר נעשה שימוש עד אז.

מענה מוסרי: המעשים שביצעו הפרו עקרונות מוסר בסיסיים ונאשמים ידעו זאת. לכן אכן הייתה אזהרה מוקדמת.

1. מענה פורמלסיטי: המשפט הבינלאומי עליון על דינים של המשפט המדינתי.

מענה מוסרי: טענה זהה לפורמליסטי. הנורמות שבגינן הנאשמים הועמדו לדין הן עקרונות מוסר אוניברסליים.

1. מענה פורמליסטי: מדובר בדינים של המשב"ל המנהגי ולכן הפרישה מהאמנות לא הסירה את החובה של גרמניה לציית לדינים אלו.

מענה מוסרי: עקרונות מוסר בסיסים הם לא שאלה של הסכמה.

1. מענה פורמאלי ומוסרי: גם במשפט פלילי מדינתי, העובדה שאחר לא נענש על פשע לא מצדיקה את ביצוע הפשע על ידך; במיוחד כאשר מדובר במעשים כה חמורים מבחינה מוסרית.
2. התשובה המוצהרת היא שההעמדה לדין הייתה כן בגין הפרה של דינים ברורים מספיק וכן בנוגע להרבה מההפרות שהמעשים היו כה חמורים שמבחינה מעשית, או לפחות מבחינה מוסרית, למבצע לא יכול היה להיות ספק כי הם פסולים גם אם הדין הרלוונטי באופן כללי סבל מעמימות.

***דור שני: בתי הדין אד-הוק דור ב' (ICTR שברואנדה ו-ICTY שביוגוסלביה)***

בתי הדין הוקמו מכמה סיבות

* תחילת שנות ה-90, נפילת הגוש הסובייטי. אופטימיות, לאחר שהמשב"ל הפלילי היה רדום במשך כל המלחמה הקרה.
* אפקט ה-CNN – הצילום בשידור חי הוביל ללחץ ציבורי המכריח את המנהיגים לפעול נגד הזוועות.

כאשר מקימים את בתי הדין הללו, יש שאיפה ליצור אותם באופן כזה שלגביהם לא יהיה ניתן להעביר את אותן הביקורות בהקשר של בתי הדין נירנברג וטוקיו:

1. **"צדק של מנצחים"** – דואגים שבתי הדין יוקמו לא ע"י המנצחים, אלא בהחלטת מועצת הביטחון של האו"ם. עם זאת, לגבי רואנדה הועמדו לדין רק אנשים מהצד המפסיד שביצע את רצח העם (ההוטו), שכן מי שניצחו היו הטוטסים שנגדם ביצעו רצח עם.
2. **היעדר אזהרה מוקדמת** – בתי הדין נירנברג וטוקיו מספקים אזהרה מוקדמת.
3. **ענישת אנשים שפעלו בהתאם לדין המדינתי** – רואנדה חתומה על האמנה למניעת רצח עם, ועל אמנות ג'נבה בהם יש התחייבות להעניש בגין פשעי מלחמה.
4. **אי הסכמה מצד מדינת העבריינים** – לגבי ה-ICTY ביוגוסלביה, מאחר שמדובר במדינות חדשות שרק נוצרו, מחתימים את המדינות הרלוונטיות שנוצרו מהתפרקות יוגוסלביה על אמנה בה הם מסכימים לסמכות השיפוט של בית הדין הבינלאומי ולאימוץ האיסורים על פשעים בינלאומיים גרעיניים בדין המדינתי.

בעיה שעדיין לא נפתרה: בעיית הדין העמום. אולם, בנוגע למשמעות ולפירוש האיסורים השונים בתי הדין תרמו מאוד.

* התרומה של בתי הדין למשב"ל – הבהרתו, תחילת פריחתו הנוכחית, הרחבת האיסורים ובכך הגברה על זכויות אדם.

**בעיות בICTY ובICTR**

1. היעדר לגיטימציה בקרב האוכלוסייה המקומית – הפסיקה של בתי הדין הללו לא מופנמת כמקור מחנך במקומות בהם בוצעו הפשעים (הם לא ממוקמים במדינותיהם. ICTY בטנזניה והICTR בהאג).
2. קשיים ראייתיים – הן מהיעדר הלגיטימציה והן מאחר שהם מתחילים לחקור רק לאחר שנגמרו המלחמות הרלוונטיות.
3. ההליכים יקרים וארוכים – נובע משתי הסיבות לעיל, וכן לאור מורכבות התיקים (כמיליארד דולר), למרות שהם מעטים. ההליכים נמשכים יותר מ-20 שנה, ואף לא נסגרו לחלוטין שכן ה-ICTY נסגר ב2017 והICTR נסגר ב2015 (חשוב לציין שהם לא נסגרו לגמרי. נפתח בית דין לערעורים שעסק בערעורם של האסירים שהורשעו).
4. צדק של מנצחים – בICTR לא נפתרה בעיה זו. קיימת ביקורת שהייתה הטיה פוליטית בדבר הקמת בתי דין אלו, ולא במקרים אחרים כמו אירועי שנות ה-90.

עקב בעיות אלו, השתנתה הגישה – במקום בתי דין אד-הוק, יש פנייה להסתמכות על 3 חלופות אחרות של מנגוני אכיפה:

1. טריבונאלים מעורבים/היברידים
2. סמכות אוניברסאלית
3. הקמת בית הדין הפלילי בהאג

**חלופה א': בתי דין מעורבים/היברידים**

* מדובר בבתי דין שמתכנסים על מנת לעסוק בסכסוך ספציפי. לאחר שמסיימים לדון באותו עניין הם מתפרקים.

**לעומת בית דין בינלאומי אד-הוק, בית דין מעורב עוסק בלפחות אחד משני האלמנטים הבאים:**

1. מבחינה מוסדית – יש עירוב של גורמים מהמדינה ומהזירה הבינלאומית (למשל, חלק מהשופטים מקומיים וחלק מבחוץ, או חלק מגורמי התביעה מקומיים וחלק מבחוץ).
2. מבחינה נורמטיבית – בית דין זה יכול להעמיד לדין גם בגין הפרה של דין מדינתי, וגם על הפרה של המשפט הפלילי הבינלאומי.
* מידת העירוב של שתי המערכות, הן מבחינה מוסדית והן מבחינה נורמטיבית, משתנה בין טריבונל לטריבונל.
* קשה לתת הגדרה מדויקת לבית דין מעורב, ולכן יש בתי דין שלגבהים קיימים חילוקי דעות האם הם שייכים או לא לקטגוריה זו.

**יתרונות פוטנציאלים של הטריבונלים**

1. עשויים להיות יעילים וזולים יותר, שכן הם "רוכבים" על גבי מערכת המשפט הפלילי המדינתית – לא צריך להקים מ-0 מערכת חדשה, וכן השופטים והתובעים מיומנים ומכירים את המקום.
2. עשויים לזכות ביותר לגיטימיות מצד המקומיים – החשיבה היא "זה לא שהם שופטים אותנו, אלא הם עוזרים לנו לשפוט את עצמינו".

**הבעיות של בתי דין מעורבים**

1. בתי דין אלה לא מתאימים לכל האירועים – כאשר יש מלחמה בין שתי מדינות, על איזו מערכת משפט קיימת אנחנו יכולים לרכוב?
2. החשש שבית הדין יתחיל להתנהג בפועל כבית דין בינלאומי אד-הוק ובכך יאבד את הלגיטימיות של הקבוצה.

דוגמא: **בסיירה לאון,** לא הייתה העמדה לדין על בסיס הדין המדינתי, וביהמ"ש ציטט יותר פסקי דין קנדים מאשר פסקי דין מכל מדינות אפריקה יחדיו.

1. החשש שבית הדין יהיה מושפע במידה רבה ממערכת המשפט המקומית (בעיה הפוכה לבעיה 2).

דוגמא: קמבודיה (מפורט בהרחבה בעמ' 5 של הסיכום של זיו).

לאור בעיות אלו, בסביבות 2005-2014 הייתה דעיכה יחסית בפנייה לחלופה של הקמת בתי דין כאלו. אולם בשנים האחרונות אנו רואים פריחה מחודשת של הפנייה לחלופה זו של הקמת בתי דין מעורבים, אולם לא בהכרח מהסיבות הטובות – בכל המקרים, מדובר בניסיון להימנע מהעברת המקרים לICC או למדינה זרה (שתפעל על יסוד סמכות אוניברסאלית), וזאת מתוך הנחה שבית דין מעורב מושפע במידה גבוהה מהשלטונות המקומיים.

**סמכות שיפוט אוניברסאלית**

* כאשר מדינה מחליטה להפעיל סמכות שיפוט בנוגע לפשע אשר אליו אין לה זיקה לא למיקום הפשע, לא לעבריין ולא לקורבן. כלומר, הפשע לא בוצע בטריטוריה שלה, לא בוצע כנגדה, לא בוצע ע"י אזרח/תושב המדינה, ולא בוצע כנגד אזרח/תושב במדינה.

הרציונל ברעיון הסמכות האוניברסאלית: יש אינטרס משותף לכולם. מדינה שעושה שימוש בסמכות זו מייצגת את כל העולם, ולא את עצמה.

**מתי משתמשים בסמכות אוניברסאלית?**

1. אינטרס כלל עולמי – זכויות יסוד וערכי מוסר בסיסיים
2. כשל אכיפתי – לא ניתן לסמוך על מדינות שיש להן זיקה למקרה

חלופה זו ותיקה יותר מבתי דין מעורבים ואד-הוק. היא קיימת מאות שנים על שודדי ים. אחרי מלחמ"ע השנייה מחילים את הסמכות האוניברסאלית על הפשעים הבינלאומיים הגרעיניים. יחד עם זאת, למעט פסקי דין מעטים, לא נעשה שימוש בסמכות זו עד שנות ה-90! ממשפטי נירנברג ועד שנות ה-90 נעשה שימוש בסמכות זו רק במקרים מעטים, כגון **משפט אייכמן** (במקרה זה, ביהמ"ש לא טען שהוא משתמש בסמכות אוניברסאלית, אלא על זיקה לקורבנות). עם זאת, בהערת אגב אומר ביהמ"ש **שקיימת סמכות אוניברסאלית על פשעים בינלאומיים גרעיניים.**

**וויכוחים לגבי קיומה והיקפה של הסמכות האוניברסאלית**

ויכוח 1 – האם לפי הדין המנהגי יש למדינות סמכות אוניברסאלית בנוגע לפשעים בינלאומיים גרעיניים?

1. **גישה 1:** למדינות יש חובה להפעיל סמכות אוניברסאלית בנוגע לפשעים אלו.
2. **גישה 2:** לאור עיקרון הריבונות של המשב"ל, למדינה יש חירות להחליט לחוקק חוק מדינתי שייתן סמכות אוניברסאלית למערכת המשפט שלה. אחרי שחוקקה חוק זה, יש לה שק"ד להחליט מתי להשתמש בו.
3. **גישה 3:** יש דין בינלאומי שאוסר שימוש בסמכות אוניברסאלית – עיקרון הריבונות עצמו. זאת מאחר שהעמדת אנשים לדין שלמדינה אין זיקה אליהם פוגעת בריבונות של המדינות אליהן שייכים הנאשמים.

ויכוח 2 – בהנחה שקיימת סמכות אוניברסאלית, מה היקפה ומה היחס שלה לסמכויות שיפוט אחרות?

1. עמדה מרחיבה – העמדה הרווחת בשנות ה-90. מדינה יכולה להפעיל סמכות אוניברסאלית אפילו במצב בו היא פותחת בחקירה והחשוד לא נמצא בשטחה. כמה טעמים לכך:
2. **עמדה עקרונית**. המשב"ל הפלילי מייצג עקרונות מוסר בסיסיים, כך שהוא גובר על כל דין מדינתי. לכן, לא משנה מה מדינות העבריין החליטו לעשות. לכל מדינה בעולם יש סמכות.
3. **עמדה אובייקטיבית.** מדובר בפשיעה ארגונית. לא ניתן לסמוך על מדינת העבריין ולה זיקה לאירוע שתקיים משפט צדק.
4. עמדה מצמצמת כאשר הדבר נוגע ללפחות אחד משני האלמנטים הבאים:
5. נוכחות החשוד/האשם – רק אם החשוד נמצא בשטח המדינה היא יכולה לעוצרו ולפתוח בחקירה נגדו על בסיס הסמכות האוניברסאלית. **מצמצם את הסיכוי להליכים סותרים, ומגן על זכויות החשוד.**
6. היחס בין מדינה שמפעילה סמכות זו לבין סמכות השיפוט של מדינות בעלות זיקה – על המדינה שמפעילה את הסמכות לשקול אם יש פורום שיכול להיות יותר אפקטיבי.
7. עמדה מצמצמת יותר – לא קמה בכלל סמכות שיפוט אוניברסאלית, אלא אם המדינות בעלות הזיקה לא רוצות או לא מסוגלות לקיין הליך משפטי עצמאי והוגן (התמיכה בעמדה זו גוברת בעשורים האחרונים).

**מה קרה מתום מלחמ"ע השנייה ועד שנות ה-90?**

**במישור המשפטי הבינלאומי**, בנוגע לפשעים ספציפיים נחתמות אמנות ספציפיות שמעניקות סמכות שיפוט אוניברסאלית בהיקף זה או אחר. למשל, באמנה למניעת רצח עם, באמנה למניעת עינויים, ובארבע אמנות ג'נבה.

לדוג', בכל אחת מארבע אמנות ג'נבה יש סעיף שקובע העמדה לדין או הסגר: "בעלי האמנה מתחייבים לחוקק כל חוק שיהא צורך בו, כדי לקבוע עונשים יעילים לאנשים המבצעים, או מצווים לבצע את אחת ההפרות החמורות שקבועות באמנות ג'נבה. כל אחד מבעלי האמנה יהא מחויב לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו – או ציוו לבצע – את ההפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי המשפט שלו ללא התחשבות באזרחותם. כן רשאי הוא, אם יבחר לעשות כן, למסור אנשים כאלה, בהתאם להוראות החוקים שלו, למשפטו של מדינה אחרת."

* יש לשים לב שלגבי החלופה של להסגיר (במקום להעמיד לדין), לא ברור באיזו מדינה אחרת מדובר. האם כל מדינה שרוצה להפעיל סמכות אוניברסאלית או רק מדינה שיש לה זיקה יותר חזקה? **בפס"ד** שניתן לאחרונה על ידי הICJ נקבע שזה גם מדינה שמפעילה סמכות אוניברסאלית.
* עם זאת, קיימים פשעים בינלאומיים גרעיניים (כגון: פשעים נגד האנושות, או פשעי מלחמה מלבד עינויים ובלבד אלו ש מוגדרים באמנות ג'נבה ובפרוטוקולים שלהם הפרות חמורות), שלגביהם רק הדין הבינלאומי המנהגי הוא שקובע את קיו ם הסמכות אוניברסאלית.

**במישור של המדינות השונות:**

* ישראל בין שנות ה-50 לשנות ה-90 תומכת באופן החזק ביותר בקיומה של סמכות אוניברסאלית ולכן היא אחת מהמדינות הראשונות שמאמצת לתוך חוק העונשין סעיף העוסק בסמכות אוניברסאלית (מניחה שזה ייושם על פושעים נאצים).
* בשאר העולם יש טווח אדיר של עמדות, אבל בפועל כל הדיון התיאורטי הינו עד שנות ה-90.

בשנות ה-90 מתחילה פריחה בתמיכה בסמכות אוניברסאלית. למה?

**בגלל המלחמה הקרה.** במלחמה הקרה נעשו מעשי זוועה והרבה מדינות בעולם רצו להעמיד את הפושעים לדין. לכן הן מתקנות את חוקיהן כך **שיהיה ניתן להעמיד על סמך סמכות אוניברסאלית.**

במדינות רבות מאומץ חוק המאפשר הגשה של **קובלנות פליליות** בהקשר של תביעות על בסיס סמכות אוניברסאלית בגין פשעים בינלאומיים. מדוע? למנגנון זה יש רציונל: הניסיון ההיסטורי הראה שהרשות המבצעת יותר מושפעת מלחצים בינלאומיים מאשר הרשות השופטת ולכן היא נוטה שלא להפעיל את הסמכות האוניברסאלית גם במקרים שראוי היה לעשות כן. אם נאפשר לכל אזרח להגיש קובלנה פלילית, אנו עוקפים את הרשות המבצעת )את התביעה( ומעבירים את ההליך ישר לידי הרשות השופטת, כך אנחנו מונעים מהרשות המבצעת להתערב ולמנוע את חקר הפשעים הבינלאומיים.

**פרשת פינושה**

**העובדות:** פינושה, נשיא צ'ילה לשעבר. עלה לשלטון במהפכה צבאית ב-73'. המשטר שלו ביצע פשעים בינלאומיים (עיוניים ופשעים נגד האנושות). בסוף שנות ה-80' יש מעבר לשלטון דמוקרטי. כדי שפינושה ואנשיו יסכימו לכך, ניתנת להם חנינה בצ'ילה. פינושה, בסוף שנות ה-90', נוסע לאנגליה. העובדה הזו מתפרסמת בעיתונות, ובהתאם לחוק בספרד שהעניק סמכות שיפוט אוניברסאלית רחבה אזרחים מגשים תלונה. ממונה שופט-חוקר ספרדי והוא מגיש בקשה לאנגליה להסגיר את פינושה, כדי להעמידו לדין בספרד. נפתח הליך משפטי של הסגרה באנגליה.

**טענת פינושה:** לספרד אין סמכות אוניברסאלית בדין הבינלאומי להעמידו לדין.

**טענת ספרד:** המשפט הבינלאומי מספק סמכות אוניברסאלית רחבה בנוגע לפשעים מהסוג שביצע פינושה.

**הליך משפטי:** שופטי בית הלורדים הבריטי שדנים במקרה, מדברים על **התגבשותו של משפט מנהגי שלפחות מאפשר למדינות להפעיל סמכות אוניברסאלית.** אולם, הם לא מכריעים ממש בשאלות כלליות אלה מסיבות שנוגעות ליחס בין המשפט הבריטי לבינלאומי. הם קובעים שניתן להסגיר את פינושה תחת מגבלה שהוא יועמד לדין רק בגין עינויים שנעשו לאחר שאנגליה חתמה על אמנת העינויים.

**ברמה המעשית:** אנגליה מגרשת את פינושה חזרה לצ'ילה לפני שמספיקים להסגירו לספרד והוא מתחמק מעונש. מנסים להעמידו לדין אולם הוא מת לפני שמצליחים. יחד עם זאת, השינוי בחקיקה (ביטול החסינות) מאפשר את העמדתם לדין של אחרים בצ'ילה.

* פס"ד זה בעל השפעה רבה בכל הנוגע לסמכות אוניברסאלית.

היתרון בסמכות אוניברסאלית, במיוחד אם כל אדם יכול להגיש קובלנה פלילית, הוא שזה מנטרל את האפשרות של מדינות חזקות בזירה הבינלאומית להפעיל לחץ בינלאומי שיאפשר לאנשיהם להתחמק מעונש.

החיסרון בסמכות אוניברסאלית הוא שהסתמכות רחבה על סמכות אוניברסאלית מאפשרת ניצול פוליטי של התהליך (שזה מה שגורמי שלטון בישראל חוו באופן חזק בשנים האחרונות). כמובן שהשאלה מתי זה ניצול פוליטי שפל מצד התובעים, ומתי זה התחמקות נפסדת של גורמי מדינה בעלת כוח מלתת את הדין, היא שאלה שפעמים רבות התשובה אליה היא בעייני המתבונן.

**השלב הבא בהתפתחות**

מי שרואה עצמה כנושאת הדגל של הסמכות האוניברסאלית היא בלגיה. החוק שחוקק שם, כמו בספרד, מאפשר יוזמה של ההליך על ידי אדם פרטי, ומאפשר ניהול הליכים גם שהאדם לא נמצא במדינה.

האקטיביזם הזה מגיע לICJ (המוסד המשפטי הגבוה ביותר להכרעה של סכסוכים בין מדינות. משמע, הוא לא פלילי), בנוגע להליך משפטי בנפתח ב-2000 כנגד שר החוץ של קונגו בגין פשעי מחמה ופשעים נגד האנושות שביצע בקונגו.

ב-2002 בית הדין שופך צוננים על התלהבות מהסמכות האוניברסאלית. פורמאלית השופטים אומרים אנחנו לא צריכים להכריע האם יש סמכות שיפוט אוניברסאלית על פי המשפט הבינלאומי המנהגי. אבל חלק נכבד מהשופטים בהערות אגב שופכים מים צוננים על הפרשנות המרחיבה של הסמכות האוניברסאלית – **אומרים שתיצור כאוס לא נורמאלי בזירה הבינלאומית, תפגע באפשרות לנהל יחסים תקינים בין מדינות.**

שלב נוסף בשפיכת הצוננים נובע **מהגשת תביעות נגד אנשי משטר בארה"ב**. זה מוביל את ארה"ב להפעיל לחץ שעובד במדינות שונות לצמצם את החקיקה הזו. עיקר הצמצום הוא **הכנסה של מעורבות של גורם מהתביעה** (משמע, מהרשות המבצעת) בחלטה לפתוח חקירה. במילים אחרות, המדינות בהן חוקקו חוקי סמכות אוניברסאלית מתחילות לראות את החיכוך שעשוי להיווצר בינן לבין מדינות אחרות בעולם אם הסמכות הזו תפורש באופן רחב.

**השלב שאנו נמצאים בו כיום**

לאור האמור לעיל, מתפתחת תמיכה גוברת בעמדה של פיה הסמכות האוניברסאלית כוללת בתוכה עקרון שיוריות (חשוב להדגיש שעדיין יש מדינות שמחזיקות בעמדות אחרות).

* עקרון השיוריות – לפיו מדינה שרוצה להפעיל סמכות אוניבסראלית יכולה לעשות זאת רק אם מדינות שיותר קשורות לאירוע לא רוצות/לא יכולות לקיים הליך משפטי הוגן, עצמאי וחסר פניות (עקרון דומה לעקרון ההשלמתיות שקיים באמנת רומא, חל בהקשר של יחסי הICC למדינות).

הסיבה לפיתוח עקרון השיוריות: הרצון להקטין את החיכוך בין המדינות. אולם, אם זו הייתה הסיבה היחידה אזי המדינות היו מבטלות את החוקים הללו וטוענות שאין להן סמכות אוניברסאלית. העובדה שהן לא עושות זאת נובעת מכך שהמשב"ל הפלילי עבר את נקודת ה"אל חזור". **כפועל יוצא מזה:**

1. מבחינה ציבורית, במדינות בהן אומצו חוקים שכאלו, התמיכה באכיפה של המשפט הפלילי הבינלאומי היא כזו שמנהיגי המדינות הללו, לא יכולים לסגת ולבטל את החוקים, למרות איומי ארה"ב.
2. גם מבחינת מדינות הקורבן, בעידן הגלובלי הנוכחי, רוב המדינות יודעות שהימנעות שלהן מאכיפה אמינה תגרור להשלכות מזיקות. כתוצאה מכך, מערכות המשפט במדינות עם הסמכות האוניברסאלית יודעות שככלל, האיום שלהן להעמיד לדין אינו חזק, והמדינות שקשורות לאירוע עקב האיום הזה תעשה זאת בעצמן.

**היתרון באימוץ עקרון המשלימות – יוצר פתרון טוב לכשלים במשב"ל הפלילי:**

1. נוצר איום נגדי – מדינות העבריין לא רוצות להעמידו לדין, או בגלל שעשה זאת בשמן, או בגלל שנוצר לחץ ציבורי שמונע מהן לעשות כן. לכן, האיום הנגדי נוצר כך שאם הן לא יאכפו זאת בעצמן, מישהו אחר בעולם יאכוף. בגלל שיש כללים של אחריות מפקדים ואחריות ממונה אזרחי, גם ראשי המדינה עצמם יועמדו לדין. יחד עם זאת, הסיכוי לתפוס גורם זוטר גבוה יותר מאשר שיתפסו גורמים בכירים. אבל אם יקרה מקרה כזה, זה יוביל לנזק פוליטי רב למדינה. לכן יש תמריץ למדינות לאכוף.
2. מניעת ניצול לרעה פוליטי – העדיפות בעיקר למדינת העבריין, כל עוד ההליך אפקטיבי, עצמאי, הוגן וחסר פניות, מקשה על מדינות שמפעילות סמכות אוניברסאלית או לגורמי הICC לעשות ניצול לרעה פוליטי של הסמכות.

**כיצד תהליך התפתחותם של עקרון המשלימות ועקרון השיוריות משפיעה על ישראל**

מדינת ישראל לא יכולה להתכחש למשב"ל הפלילי, ולרבות לרעיון של סמכות אוניברסאלית או של בית-דין בינלאומי. כמדינה שצמחה בעקבות טראומת השואה, היא הייתה במשך שנים רבות תומכת נלהבת של רעיונות אלו.

עם זאת, מדינת ישראל גם מבינה שהיא הפכה למערכת **קולטת ברק** ושגורמים פלסטינאים מנצלים את מנגנוני המשפט הבינלאומי לרעתה. הרשות המבצעת מנסה להתמודד עם זה באמצעות לזעוק שמדובר בניצול לרעה ולפעמים על ידי לקיחת קרדיט על הצלחות של לחץ אמריקאי להביא לשינויי חקיקה במדינות שונות.

הדבר היותר מוצלח שנעשה, נעשה על ידי מערכת המשפט והוא נסמך על רציונל של **שיוריות/משלימות.** בכללי ישראל מבינה שהיא חייבת להגביר את האכיפה שלה בנוגע לביצוע של פשעים בינלאומיים גרעיניים או שיתחילו לצוד חיילים ואזרחים שלה בכל העולם (לפי סמכות אוניברסאלית) או בICC- והמדיניות הזו בינתיים מצליחה חזק.

הראשון לקלוט את מה שקורה בזירה הבינלאומית זה אהרון ברק. לא סתם **בג"ץ העינויים** ניתן ב- 1999 פחות משנה אחרי הפסיקה **בפינושה** בנוגע לעינויים, וכשנה לאחר החתימה על אמנת רומא.

כשפורצת האינתיפאדה השנייה, בג"ץ מפעיל ביקורת שיפוטית רחבת היקף. הטענה אומרת שכל עוד בישראל תעשה אכיפה חזקה ואמינה, לא יעמידו לדין ישראלים בחו"ל, דבר שיהיה הרבה יותר גרוע. צריך לזכור שברק, פעם בשנה, נסע לייל לסמינר סגור שבו היו שותפים בכירי המשפט מכל העולם. במפגשים הללו הוא גם מבין מה הרוח בעולם, אבל גם באופן אישי משדר את המסר של 'אנחנו נעביר ביקורת שיפוטית רחבה ולכן אין צורך להתערבות מבחוץ'.

ישראל מקבלת אינדיקציה שהמדיניות הזו מצליחה. **בפס"ד בספרד**, בנוגע **לפרשת שחדה,** **בית המשפט מאמץ את עקרון השיוריות,** למרות שהחוק הספרדי לא חייב זאת. הוא אומר המערכת הישראלית (שבלחץ בג"ץ הקימה ועדת חקירה בראשות שופטת לבדוק את המקרה וחייבה את הצבא לאמץ מנגנון בדיקה בדיעבד של סיכולים ממוקדים) טיפלה במקרה באופן אמין ועצמאי. אמר שאנחנו לא חייבים להסכים עם התוצאה, אבל הטיפול אמין ולכן אנחנו לא נתערב.

אז יוצא **דו"ח גולדסטון,** שבו בעקבות דוחות שמוגשים לא על ידי הארגונים הפרו פלסטינאים, מציגים את המערכת המשפטית הכללית כלא אמינה ועצמאית ובעיקר מפנים אצבע מאשימה כלפי מערכת האכיפה הצבאית. לגבי הפס"ד הספרדי, הם מתייחסים אליו ואומרים מדובר בהחלטה של ערכאה נמוכה והוגש ערעור. בשלב הזה נופל האסימון בפרקליטות המדינה ובמערכת הצבאית, **ומגבירים את תהליך (שהחל בעצם קודם) של הגברת היעוץ המשפטי בעת לחימה וגם הגברת פעילות החקירה והאכיפה הפלילית**, והתהליך הזה ממשיך גם בימינו.

בעקבות המאמצים הללו, גולדסטון, במאמר בעיתון, אומר שהוא מתרשם ממאמצי האכיפה של ישראל וכן שלאור מה שהוא יודע היום לא בוצעו פשעים נגד האנושות אלא רק פשעי מלחמה (שאר חברי הועדה מבקרים אותו), אבל שלא ניתן להתעלם, בזירה הבינלאומית ממאמצי החקירה. בנוסף, במהלך הזמן שעובר. בית המשפט העליון הספרדי **מאשר את הפסיקה בשחדה**. לכן, ועדת ההמשך הראשונה של גולדסטון, **ועדת טומושאט**, כמעט ולא טוענת לאי לגיטימיות של כל מערכת המשפט הישראלית אלא ממקדת את הביקורת בעיקר על מערכת האכיפה בצה"ל.

זה השלב שנופל האסימון בדרג המדיני הבכיר בישראל, ושממנים את **ועדת טירקל**, נותנים לה סמכות לא רק לבדוק את המשפט, אלא גם את מערכת אכיפת הדין הבינלאומי בישראל לרבות בצה"ל. שמים בה משקיפים בינלאומיים ונעזרים במומחים המובילים ביותר בעולם בתחומים הרלוונטיים של המשפט הבינלאומי שהיו מוכנים לייעץ לוועדה, עד שוועדת ההמשך השנייה לגולדסטון, **ועדת דיוויס,** מוציאה את הדו"ח שלה, היא כבר לא יכולה להתעלם מהמאמץ שהושקע או מועדת טירקל שהוקמה. היא מפנה עדיין למספר דברים שהיא סבורה שהם כשלים (בעצם מפנה את שימת הלב של ועדת טירקל אליהם).

השלב הבא הוא **דו"ח טירקל** ובהקשר שלו צריך לשים לב למספר נקודות:

* הועדה מתחילה בהצהרה שככלל מנגנון האכיפה של המשפט הפלילי הבינלאומי, לרבות זה בצה"ל, עומד בתנאי המשפט הבינלאומי. בכך בעצם סיפקה הגנה למערכת הישראלית לכל מה שנעשה עד כאן.
* הדוח בכל זאת העביר ביקורת ודרש תיקונים. זאת לאור מה שנעשה בעולם במדינות מובילות אחרות.

איך שתי הנקודות מתיישבות אחת עם השנייה? הועדה בעצם אמרה לעולם 'בואו תראו את הדו"ח שלנו כעסקת חבילה. אתם תהיו מוכנים לא לרדוף את ישראל על מה שקרה עד כה, בתנאי שישראל תשפר את המערכת שלה כך שלעתיד לבוא היא תעמוד בסטנדרטים הבינלאומיים'. בעצם **הועדה נותנת הגנה למדינת ישראל הן בנוגע לעתיד והן בנוגע לעבר**, ובתנאי שהמלצותיה יתקבלו.

אבל למה שההגנה הזו תעבוד? ובאותו הקשר, מדוע ועדת דיוויס התייחסה לוועדת טירקל ברצינות?

1. הוועדה אכן הייתה רצינית
2. בזכות המשקיפים והיועצים הבינלאומיים שנעזרו בהם
3. בגלל יועץ ספציפי. בין דו"ח טירקל הראשון (שעסק במשפט), לבין טירקל השני (שעסק במנגנוני החקירה), נאלץ אחד המשקיפים לפרוש- הפצ"ר הקנדי. במקומו, בלי שזה יעשה הרבה רעש (כי אם היו עושים רעש זה היה מסוכל או בישראל או בעולם), ממונה כמשקיף היועץ לענייני דיני לחימה של התובע ב ICC ועוד בתמיכה של התובע. ברגע שיש חתימת אישור של מערכת האכיפה הישראלית של גורם כל כך בכיר ב ,ICC יהיה קשה להטיל בכך ספק.

מכאן שמדיניות ההשלמתיות שישראל נוקטת בה בפועל עובדת בינתיים, ולאור מה שעשו בטירקל תמשיך לעבוד אם יאמצו את המלצות הוועדה. הסוגייה היחידה שלגביה זה אולי לא יעבוד זה ההתנחלויות, כי שם מדובר בפעולה שהיא חוקית לפי הדין הישראלי, ונעשית בגיבוי ממשלתי.

**בית הדין הקבוע בהאג (הICC) – דיון כללי**

הרעיון להקמת בית דין בינלאומי קבוע שיהיה באחריותו להעמיד לדין את כל אלה שביצעו פשעים בינלאומיים גרעיניים הועלה עוד בשלהי המאה ה- 19. לפי הנרטיב המקובל את ההצעה הראשונה לבית דין כזה הציע הנשיא השני של הצלב האדום, עוד בשנת 1872.

אבל מדינות לא מוכנות לוותר על מה שנחשב הגרעין של ריבונות המדינה – הסמכות להעמיד לדין פושעים. אחרי זוועות מלחמת העולם השנייה הנושא שוב מועלה ללא הצלחה. הוא עולה ויורד מספר פעמים לאורך החצי מאה שעוברת.

**בעקבות המלחמות ביוגוסלביה וברואנדה**, ב-1996, שוב מועלת ההצעה והפעם היא תופסת הילוך מהיר, וב-1998 נחתמת אמנת רומא שמכוחה הוקם בית הדין הבינלאומי הפלילי הקבוע. מקום מושבו הינו בהאג, והוא מוקם סופית ב-2002 כשמספר המדינות שמאשררות את האמנה ונהיות חברות מגיע ל-60.

אחת הסיבות שזה מצליח הפעם נובעת מכך שיש רצון שאכיפת המשפט הפלילי הבינלאומי לא תיהפך שוב למעין אירוע חד פעמי, שייגמר כמו בICTR ובICTY כמו שקרה בפעם קודמת עם הטריבונל אד הוק של נירנברג.

חוץ מזה, בתי הדין אד-הוק, כזכור, מתבררים כנורא יקרים ולא יעילים (כי צריך להקים מערכת מאפס בשביל סכסוך ספציפי), והתקווה היא שקיומו של מנגנון קבוע יהיה בו **כדי לצמצמם עלויות.** כמו כן, כפי שעוד ציינו, בתי דין מעורבים לא מתאימים לכל סכסוך (ויש איתם בעיות שונות). לכן, מנערים את האבק משתי חלופות שנמצאות על המדף:

1. חלופה א': הסמכות האוניברסאלית
2. חלופה ב': בית דין פלילי קבוע

חלופה א' מתחילה לקרטע בשנות ה90' עד תחילת שנות ה-2000. לגבי החלופה של בית דין פלילי קבוע, **כולם היו בטוחים שלא תצליח מכמה סיבות:**

1. אף מדינה לא תוותר על אחד רכיבי היסוד של הריבונות – הסמכות להחליט מתי לשפוט או לא לשפוט את אזרחיה
2. המדינות לא תסכמנה על ניסוחים לעבירות השונות
3. חלק נכבד מהמדינות החזקות בעולם לא תומכות: ארה"ב שבהתחלה תמכה, בתקופת שלטון בוש יוצאת באופן כוחני כנגד בית הדין. רוסיה חתמה ולא אשררה. סין והודו בכלל לא חתמו ומבקרות את המוסד באופן חזק.

כולם היו בטוחים שהמדינות יפגשו שוב ושוב כי זה יחסי ציבור טובים, אבל שהן לא תגענה להסכמה, ואם הן כן יגיעו לנוסח אמנה מוסכם, בחיים לא יגיעו לכמות של 60 מדינות שנדרשת כדי שביה"ד יוקם. **בפועל** רק שנתיים לקח לנסח את אמנת רומא, ותוך 4 שנים מהחתימה מגיעים כבר לכמות של 60. כיום יותר מ-120 מדינות חברות בו. עוד 28 חתמו על האמנה אבל לרגע זה לא אשררו אותה (לכן, על פי המשפט הבינלאומי המחויבות שלהם לרגע זה היא לא לפעול בדרכים שיסכלו את מטרות האמנה ויעדייה (ביניהן רוסיה.( עוד 3 מדינות – ישראל, ארה"ב, וסודן – חתמו, ולאחר מכן הודיעו שאין בכוונתן לאשרר והן מושכות את החתימה שלהן.

מהנתונים הללו צריכים להבין שמדובר בסיפור שהוא הרבה יותר גדול מישראל והיחס אליה בעולם; מדובר בתופעה שזוכה לתמיכה עולמית אדירה. מדוע? מספר סיבות:

1. במהלך שנות 90 הרבה מדינות בעולם **יוצאות משנים של שלטון דיקטטורי או מלחמות אזרחים**, שכן עם סוף המלחמה הקרה, ארה"ב, ורוסיה מפסיקות לתמוך בהרבה מהשליטים הללו או בכוחות מורדים שונים – וללא התמיכה הם פשוט מפסיקים את פעילותם.
2. במדינות הללו הצדדים השונים לא סומכים אחד על שני **ואין אמון שם במערכת אכיפת החוק המקומית.** יש לחץ ציבורי במדינות הללו להצטרף למוסד הבינלאומי בתקווה שהמוסד החיצוני ישמש בטוחה נוספת כנגד חזרה למלחמת אזרחים או שלטון דיקטטורי. בחלק מהמדינות זה עובד, בחלק מהמדינות לפחות הפעם כאשר נוצרת מלחמת אזרחים אחריה נעשים לפחות ניסיונות אכיפה. אל המדינות הללו צריך להוסיף הרבה מאוד מדינות ברחבי העולם שהסיכוי שהן יהיו מעורבות במלחמה הוא קטן, אז מבחינתן למה לא להרוויח יחסי ציבור חיוביים שניתן להשיג מהצטרפות.

זה הסיפור של רבות ממדינות אירופה. אבל מה לגבי צרפת ובריטניה שיש להן כוחות צבא יחסית גדולים והן יחסית די מעורבות בלחימה? התשובה היא שבאירופה מתקבעת תמיכה חזקה בזכויות אדם, ומוכנות להגביל את השלטון באמצעות מוסדות בינלאומיים, כמו האיחוד האירופי ובית הדין האירופי לזכויות אדם, כך שהלחץ הציבורי הוא כזה שפשוט מנהיגי המדינות באירופה לא יכולים שלא לחתום.

* צריך לזכור שצרפת ובריטניה חברות קבועות במועצת הביטחון. יש להן שם זכות וטו. כך שאם הן לא היו מצטרפות, בחיים לא היה ניתן להעניק לבית דין בינלאומי סמכות שיפוט לגבי אנשים שלהן והם עדיין עושים זאת (בצרפת זה אפילו חייב תיקון של החוקה).

**סקירת סמכות השיפוט של הICC**

1. **מוגבלת רק לפשעים המנויים באמנה** (שהם מחולקים באמנה ל-4 הקטגוריות הבאות: פשעי מלחמה, רצח עם, פשעים נגד האנושות, פשע התוקפנות.
2. מוגבלת רק לפשעים שבוצעו **לאחר מועד הקמתו של בית הדין ב2002.**
3. **מוגבל רק לעבירות שבוצעו**:
4. בשטח של מדינות חברות
5. על-ידי אזרחי/תושבי מדינות חברות
6. בשטח של מדינות שהעניקו סמכות אד-הוק ל ICC בנוגע למקרה ספציפי
7. על-ידי אזרחי/תושבי מדינות שהעניקו סמכות אד- הוק ל ICC בנוגע למקרה ספציפי

בכפוף לשלושה חריגים:

(1) מועה"ב יכולה להעניק ל ICC סמכות שיפוט בנוגע לפשע המנוי באמנה (או תיקוניה), גם בהקשרה של מדינה שאינה חברה ושלא נתנה את הסכמתה אד-הוק. הדבר קרה בפועל כבר פעמיים בנוגע ל: לוב, סודן.

(2) בנוגע לפשעי מלחמה שהוספו בתיקונים לאמנת רומא, ל ICC יש סמכות שיפוט רק אם המדינה בה בוצע הפשע או מדינת העבריין קיבלה על עצמה את התיקון. משמע, לא די בכך שהיא חברה בICC או שהיא העניקה ל ICC סמכות אד-הוק

(3) בנוגע לפשע התוקפנות צריך שגם המדינה בה בוצע הפשע וגם מדינת העבריין קיבלו על עצמן את התיקון שהעניק ל ICC סמכות שיפוט על פשע התוקפנות.

1. **סעיף 16 –** למועצת הביטחון יש סמכות להורות ל ICC להשהות הליכי חקירה או משפט לשנה. אחרי שנה, רשויות ה ICC יכולות להמשיך את ההליכים, אלא אם מועצת הביטחון שוב מקבלת החלטת השהייה לשנה, וחוזר חלילה.
2. **חומרה:** כדי של-ICC תהיה סמכות שיפוט צריך גם שהסכסוך יהיה חמור, וגם שהפשעים הספציפיים בסכסוך שנבחרים להגשת כתב אישום יהיו חמורים. לפי הפרשנות שניתנה ע"י ה-ICC לדרישה זו, גם הנאשמים צריכים להיות האחראים העיקריים. עם זאת, באופן הדרגתי הפרשנות של מהו הרף שמעליו דבר נחשב "חמור" מאוד הונמכה מתוך רצון שמקרים יוותרו ללא אכיפה.
3. **מגבלה נוספת היא עקרון ההשלמתיות,** לפיה התביעה של ה ICC רשאית לחקור ולהעמיד לדין, ובית הדין רשאי לנהל משפט, רק ביחס למקרים שבהקשרם המדינות בעלות סמכות שיפוט רגילה על המקרה (משמע, לא כאלו הפועלות על סמך סמכות שיפוט אוניברסאלית) לא מוכנות ו/או לא יכולות לאכוף בעצמן את המשב"ל הפלילי על אנשים המעורבים באופן ראוי.

עקרון המשלימות חל גם נוגע למקרים בהם הסמכות של ה ICC ניתנה לו מכוח החלטת מועה"ב (תחולת העקרון על מקרים שכאלו הובהרה בICC **מפס"ד שעסק בבן של קדפי** המואשם בפשעים נגד האנושות בICC ושהשלטון החדש בלוב רצה להעמידו לדין במדינה).

האם בהקשרו של הICC נפתרו הבעיות שהיו קיימות בהקשרם של מנגנוני האכיפה האחרים?

1. **לגבי טענות של צדק של מנצחים, סלקטיביות והטיה פוליטית** – האמנה טוענת שהיא פותרת את הבעיות הללו: מערכת דינים ברורה יותר וקבועה מראש, וסמכות שיפוט קבועה מראש על כל המדינות החברות. לכן עשוי להיות פחות חשש לטענות של צדק של מנצחים וסלקטיביות. בפועל, ההחלטה מתי להפנות אליו מקרים ממועצת הביטחון **מוטה פוליטית**: למה לוב ולא סוריה או איראן? יתר על כן, מאז הקמת בית הדין הוכח שהוא תלוי **במידה רבה בשיתוף הפעולה של המדינות.** חלק נכבד מהמקרים בהם הוא חקר עד כה הם מעשים במדינות חברות. זה נעשה בהזמנת המדינה, ובפועל תוך הגעה להסכמה עם המדינה על התמקדות במעשים של כוחות שלא תומכים בשלטון. במילים אחרות פותר חלקית – רחוק ממושלם.
2. **עלות גבוהה והיעדר יעילות** – ההנחה הייתה שברגע שיהיה מדובר במנגנון קבוע לא יהיו כל פעם עלויות הקמה וההליך יהיה מהיר יותר ויעיל יותר כי המנגנון יצבור מיומנות. בפועל, הוא פתר באופן מאוד חלקי : מצד אחד, מאז הקמתו לא נפתחו הרבה הליכים והעלות שלו אדירה (שווה אם לא יותר יקרה מזו של בתי הדין אד-הוק דור שני). מצד שני, זה לא כל הסיפור – החשש מפני העמדה לדין ב ICC מוביל להגברת האכיפה בעשרות מדינות מסביב לעולם. במילים אחרות, גם כאן, התשובה לשאלה האם הוא פותר את הבעיה הינה מורכבת.
3. **הטענה שמנגנוני האכיפה של המשב"ל הפלילי לא יוצרים הרתעה ושיש תלות ברצון הטוב של המדינות –** טוען לפתור. ראשית, ברגע שמדובר במוסד קבוע, ההרתעה ממנו יותר גדולה. שנית, טוען לפתור על ידי יצירת תמריץ למדינות חברות ואף לא חברות להעמיד לדין (בדרך של מנגנון הקופלימנטריות/השלמתיות שידון בהמשך הקורס).

עם זאת, הוא מאוד תלוי לרגע זה, שיתוף הפעולה של הגורמים בשטח. הוא מתקשה לקדם הליכים בלוב, בקניה, ועד לאחרונה בסודן, מקשים עליו את העבודה, וזה משפיע על היכולת שלו להגיע לחקר האמת.

מנגד, אין לזלזל בהשפעה שלו ובהרתעה שלו. גם במדינות אפריקה ודרום אמריקה המצב הרבה יותר טוב ממה שהיה לולא היה את איום החקירה של הICC. יתר על כן, באוסטרליה, הולנד, קנדה, ואנגליה (ובמדינות נוספות), ראינו שיש רפורמות מקיפות במערכת אכיפת החוק הצבאית כדי שלא יוכל התובע לבוא ולטעון שהן לא אוכפות את הדין הנכון ולכן מתערבות. במדינות הללו יש גם העמדות לדין במקרים של פשעי מלחמה שכנראה בעבר היו מחליקים אותם. יש לו אפילו השפעה על ההתנהגות של מדינות שאינן חברות בו (בשיעורים הבאים נדון בהשפעה שלו על האכיפה בישראל).

1. **פעולה בהתאם לדין המדינתי, היעדר הסכמה של המדינה, היעדר לגיטימציה מקומית –** האמנה מנסה לפתור בעיות אלו על ידי חיוב המדינות לאמץ לדין המדינתי שלהן את אמנת רומא. נמנע מלהכריע מה עליון למה: האם הדין המדינתי או הבינלאומי. בית הדין גם פועל בשיטה של קומפלימנטריות (השלמתיות) ולא עליונות (סעיפים 12-13). כך יוצר לחץ על המדינות להפעיל את הדינים שלהן ומגדיל לגיטימציה. מכיוון שהעיקרון הזה מלווה באיום שאם ההליך לא יהיה אמיתי יפתח הליך ב ICC, גדל שיתוף הפעולה של המדינות על המנגנון. משמע, מנסה להגדיל אפקטיביות ולגיטימציה בו זמנית. כיום, בשניים מבין ששת המקרים שנבדקים, הסמכות הועברה ממועצת הביטחון. משמע, בפועל בשליש מהמקרים עדין יש בעיה של העדר הסכמה, התנגשות עם הדין המקומי, ובעיות של לגיטימציה.
2. **אזהרה מוקדמת ודין עמום** – פתרון חלקי באמצעות קבלה מראש של רשימה מפורטת של איסורים באמנת רומא (ורשימה זו לא חפה מבעיות).
3. **רטרואקטיביות** – טוען שפותר. מותר להעמיד לדין רק על עבירות שבוצעו אחרי כניסתה לתוקף של האמנה. האם פותר? כן, במידה רבה. הקושי הוא בעיקר לגבי עבירות שעוגנו באמנה ויש וויכוח אם הן מנהגיות. במקרה של העמדה לדין של אדם ממדינה שלא חברה )החלטה של מועה"ב), עדיין יש שיטענו שיכולה להישמע הטענה לפיה מעמידים אדם שכזה בגין הפרת נורמה שלא הייתה מנהגית בעת ביצוע המעשה.

יש לציין כי בשנים האחרונות מספר מדינות פרשנו או איימו לפרוש מהICC ויש אפילו איום חוזר מצד מדינות רבות באפריקה לפרוש ביחד, שכן לטענתן בית הדין מוטה כנגד מדינות אפריקה. הדברים הללו מובילים רבים לטעון שהICC נחלש ולא צפוי לו עתיד ממושך. אך בפועל, אם מסתכלים על כמות הפרישות שקרו בפועל היא מזערית, כאשר במקביל גם הצטרפו מדינות. במילים אחרות, נכון שיש בעיות עם, ביקורת על, ולחצים על הICC אבל נראה שהמוסד יותר איתן ממה שחלק טוענים.

**ארה"ב והICC**

בזמן קלינטון ארה"ב תומכת בהקמת הICC, לאחר עליית בוש ובמיוחד לאחר הכניסה לעירק ואפגניסטן. **ארה"ב החליטה לשנות גישה באופן מוחלט**. בשיא תקופת ההתנגדות של שלטון בוש הבן לICC, מועבר בארה"ב חוק (שעדיין תקף היום) שמכונה "חוק הפלישה להאג" שמעניק לנשיא סמכות להטיל סנקציות על מדינה שמשתפת פעולה על העמדה לדין שאל אזרח אמריקאי בICC, ואף מסמיכה את הנשיא לשלוח כוח צבאי כדי לחלץ אזרח אמריקאי שמועמד לדין שם.

**מדוע ארה"ב מתנגדת? שתי טענות פורמליסטיות**

מדינות דמוקרטיות לא צריכות מנגנון בינלאומי משלים

ההליך בICC לא מתאים לדרישות ההליך ההוגן של חוקת ארה"ב כי אין שם מושבעים

**הסיבות האמיתיות**

1. סיבה פרקטית – המדינה הכי פעילה בזירה הבינלאומית. עשויה להיות קולט ברקים. יש הרבה מדינות בעולם שתשמחנה להחליש או לפגוע בארה"ב, במיוחד אם מישהו אחר יעשה בשבילה את העבודה.
2. שיקול אינטרסנטי – ארה"ב יודעת שהיא מעצמה ולכן היא מרשה לעצמה לצפצף על הICC מבלי לחשוש מהשלכות גדולות.

עם זאת, עוד בשנים האחרונות של בוש (וביתר שאת בזמן אובמה), התמתן העימות. בפועל, עם הזמן, גם ארה"ב מגבירה את האכיפה כנגד ביצוע פשעים כאלו בעקבות קיומו של בית הדין. מדוע?

חלק מהדוקטרינה הצבאית של ארה"ב זה אף פעם לא להילחם ללא בנות ברית. מרבית בנות בריתה חברות באמנת רומא. כיוון שהמבצעים משולבים, הדבר חייב את ארה"ב להתאים את הסטנדרטים שלה, לפחות באופן חלקי, לסטנדרטים של בנות הברית שלה שחברות באמנה, וכפועל יוצא מכך, להגביר את האכיפה.

בתקופת ממשל טראמפ שוב מתגבר העימות מול הICC. היועץ לביטחון לאומי איים מפורשות שארה"ב תשקול להפעיל כוח כנגד הICC אם ינקטו הליכים כנגד אזרחי ארה"ב או אזרחים של בנות בריתה (הכוונה לישראל), ואף הוטלו סנקציות מסוימות כנגד מספר בעלי תפקידים בICC כגון התובעת. מדוע?

עניין אידיאולוגי – ממשל טראמפ באופן כללי לא ייחס חשיבות רבה מדי למשפט הבינלאומי.

עניין פרקטי – הסיפור נוגע לאפגניסטן. לאחר שהאמריקאים ובני בריתם כובשים את אפגניסטן ומעבירים את הסמכות על המדינה לשלטונות אפגניסטן החדשים, השלטונות הללו בפרץ של התלהבות חותמים על אמנות בינלאומיות רבות, לרבות )מבלי מחשבה רבה) על אמנת רומא של הICC. בכך הם מחילים סמכות שיפוט לICC על פשעים בינלאומיים גרעיניים שבוצעו באפגניסטן ע"י הכוחות השונים הלוחמים שם. עובדה זו מסבכת את האמריקאים, במיוחד מכיוון שבנוגע לעניינים מסוימים (עינויים בעיקר). **האמריקאים די "צפצפו" על המשב"ל בהקשר ללחימה באפגניסטן.**

זה קורה עוד בתקופת שלטון בוש, אבל שלטון בוש פותר את זה באמצעות כך שמדי שנה הוא משכנע את מועצת הביטחון החלטה שמקפיא לשנה את הסמכות של הICC לפתוח בחקירה בנוגע לפעולות שבוצעו ע"י אמריקאים באפגניסטן.

אולם, עד שמגיעים לשלטון טראמפ, לחברות הקבועות האחרות במועצת הביטחון (הסינים והרוסים) כבר אין את אותו הרצון לשתף פעולה עם הטקטיקה האמריקאית הזו. לכן, התובעת של הICC פותחת בבדיקה מקדמית בנוגע למעשים שבוצעו באפגניסטן על ידי הצבאות השונים, לרבות האמריקאים. בתגובה, האמריקאים, בעיקר כבר בתקופת טראמפ, מגבירים את האיומים שלהם כנגד הICC וגורמיו.

לתקופה מסוימת זה עובד להם – **הערכאה הראשונה של הICC** קובעת כי התובעת לא יכולה לפתוח בחקירה בנוגע לאפגניסטן כי יש שיקולי צדק המובילים למסקנה שלא ראוי לפתוח שם בחקירה. **מה הם שיקולי הצדק?**

1. תהליכי השלום המתרחשים באפגניסטן ושעלולים להיפגע מחקירה ומשפט בICC
2. סיכוי קטן שהגורמים המעורבים ישתפו פעולה עם הליך החקירה והמשפט (במילים אחרות – מפחדים מהאמריקאים).

אולם, על פסיקה זו יש ביקורת אדירה, שכן היא יוצרת חשש שבית הדין מושפע מלחצים פוליטיים. ממש לאחרונה, **ערכאת הערעור של הICC** הופכת את ההחלטה על סמך **טיעון טכני** – קובעת שהערכאה הראשונה חרגה מסמכותה כי זו סמכות התביעה (ולא של בית הדין) להכריע האם קיימים שיקולים מן הצדק שלא לפתוח בחקירה. בין השורות יש **ביקורת רבה מצד ערכאת הערעור על הפסיקה שניתנה בערכאה נמוכה**. מה יקרה הלאה? ימים יגידו.

**שיעור 9 – 22/05/22**

**יחסי ישראל והמשב"ל הפלילי**

ישראל תמכה במשפט הפלילי הבינלאומי, מניסיון. בלעדיו, אין את המשפטים לאחר מלחמת העולם השנייה ואיסורם.

אמה מה, מה שקורה בשנות ה-90' הוא שהמשפט הבינלאומי פורח, דבר שמביא לכך שגורמים שונים מנסים לעשות שימוש בסמכות האוניברסלית כנגד גורמים ישראליים. מדינת ישראל מנסה לשכנע מדינות לתקן את חוקיהן. הן כן מתקנות אבל לא מלחץ הישראלים.

ישראל מגלה שני דברים:

1. המו"מ עם הפלסטיניים לא הולך לכיוון של שלום
2. היה ולא יהיה הסדר עם הפלסטיניים, ישראל תהווה "מדינה קולטת ברק", מדינה שאם היא עושה משהו קטן, היא חוטפת ביקורת בעוצמה גבוהה מאשר מדינות אחרת. **מדוע?**
3. אנטישמיות
4. לא שנאת ישראל, אלא אהבת מדינות ערב (למשל, להן יש נפט)
5. מדינה חזקה – מאפשרים לנו לעשות די הרבה מאשר למדינות אחרות. העניין "מעצבן" את אלה שלא מרשים לנו לעשות הרבה (למשל החזקת השטחים. יש מתנגדים, אבל אנחנו עדיין מחזיקים בהם).
6. קל מאוד לצלם את המלחמה בישראל – מעט מאוד מקומות בעולם שכתב יכול לדווח על מלחמה בזמן שהוא ישן במלון ובתנאים טובים (לא עניין של שנאה. אפקט ה-CNN).

הנקודה שמבהירה למדינת ישראל את העובדה שהיא עלולה להיות מדינה קולטת ברק זה עניין ההתנחלויות. למרות התנגדותה של מדינת ישראל, מוכנס **האיסור על העברה של אוכלוסייה לשטח כבוש כפשע מלחמה לאמנת רומא.** ברגע שהוא מוכנס פנימה, גם מתנחל נחשב לפושע מלחמה (מסייע להעברת עצמו). מכאן אנו מבינים שאם לא נפנה את ההתנחלויות, אנו בסיכון אמיתי.

**מה המצב המשפטי לגבי ההתנחלויות?**

* מדינת ישראל אומרת שאיו"ש הם לא שטחים כבושים (בפועל טענה חזקה יותר תהיה שדיני הכיבוש לא חלים בהתנחלויות).
* ספציפית לגבי האיסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש – מדינת ישראל טוענת שמה שאסור זה העברה **בכפייה**. המתנחלים לא עוברים בכפייה.

מחד:

* יש פסקי דין לפני מלמת העולם השנייה – היא מפרשת את האיסור הזה כנולד על רקע מלחמת עולם השנייה, ואומרת שמה שהעסיק במלחמה זו זה העברת אוכלוסייה בכפייה על ידי הנאצים.
* תמיכה בלשון אמנת ג'נבה – כל שאר החלקים האחרים של הסעיף מדברים על העברה בכוח. מכאן שצריך לפרש העברה זו על רקע הסביבה הנורמטיבית של שאר החלקים של הסעיף, ואם הם התכוונו לדבר על כך צריך להבין מזה שגם החלק הזה בסעיף התכוון לעבור על העברה בכפייה.
* המעשה לא מוגדר כהפרה חמורה באמנת ג'נבה – כלומר, באמנת ג'נבה, שם זו הפעם הראשונה שהוא כתוב כאיסור באמנה, הוא לא מוגדר כפשע מלחמה (מוגדר כהפרה חמורה=מוגדר כפשע מלחמה).

מאידך:

* יש פסקי דין מלאחר מלחמת העולם השנייה שמתנגדים לעמדה – בנירנברג, אחד הדברים שבגינם מעמידים לדין את הנאשמים זה התוכנית הגרמנית של חלקים ממזרח אירופה. תוכנית הגרמניוויקציה הייתה תוכנית וולונטרית. בנוסף לכך, המבחנים הארים לקבלת נחלה היו המחמירים ביותר. מכאן שהטיעון של מדינת ישראל לא כ"כ חזק. בפועל, אם נקרא את משפטי נירנברג **בדיון בפס"ד,** הדיונים בזה הם מאוד קצרים (מה שמחליש את טענת המתנגדים). הסבר לכך שהגרמנים ביצעו פשעים חמורים יותר שבהם התמקדו יותר.
* באמנת ג'נבה האיסור אינו מגן על האוכלוסייה המועברת, אלא הגנה על האוכלוסייה שנמצאת בשטח. לכן זו הסיבה למה זה החלק היחיד שבו לו אמרו "בכוח". מכאן שגם הטיעון על אמנת ג'נבה חלש.
* האיסור הורחב ב-1AP והוגדר כהפרה חמורה – המדינות הבהירות בפרטוקול הנוסף 1 (ישראל לא חתומה), שזה מוגדר כהפרה חמורה (כפשע מלחמה).
* האיסור הוגדר כפשע מלחמה באמנת רומא – באמנת רומא הניסוח מפליל את המתנחל הבודד (כנראה לא מנהגי).

**שורה תחתונה:** חשוב להבין מה הבסיס המשפטי לביקורת שמופנית כלפי ישראל.

**הסכנות לישראל מול הICC**

1. אישום נגד חיילי צהל בגין פשעי מלחמה (הגנה באמצעות עקרון המשלימות) – מדינת ישראל, מסוף שנות ה-90' עד לפני כמה שנים, עשתה עבודה טובה בביסוס טענה שאומרת שהיא אמינה ומעוניינת לחקור לעומק. אולם, הציבוריות הישראלית בשנים האחרונות התעייפה מזה. כגון, מקרה **אלאור עזריה**, בתי המשפט של היום וכו'.
2. אישום ביחס להתנחלויות – טענת המשלימות לא עובדת. זאת משום שזו מדיניות ממשלתית. **להשקפת מדינת ישראל ההתיישבות חוקית.** היא לא רוצה להעמיד לדין. אם הטענה הזו לא תתקבל בעולם, עקרון ההשלמתיות לא מתקבל. לכך נוספו עוד מספר פעולות שהעמדה הרווחת בעולם שמדובר בפשע מלחמה וישראל טוענת שזה חוקי, כאשר אחת מהן היא **הריסת בתי מחבלים** (ביהמ"ש אישר הריסת בתי מחבלים), **זיו:** בהגדרה, יש דרך להעניש בני אדם, וזאת על ידי משפט פלילי. אם אדם מת, אין סיבה להענישו. אם המשפחות שלו אשמות, יש להעמידן לדין. אם הן לא אשמות, אנו הורסים בתים של חפים מפשע. **העמדה המשפטית המקובלת:** הריסת בתים מהווה פשע מלחמה של ענישה קולקטיבית. סיפור זה אומר שטענת המשלימות לא תעבוד בגלל שמדובר בגישה ממשלתית.

**סמכות השיפוט של בית הדין – מתי יש ל-ICC סמכות שיפוט?**

מלבד תוקפנות, לגבי שלושת הפשעים הבינלאומיים הגרעיניים האחרים, כדי שלביהמ"ש תהא סמכות שיפוט צריך שיהיה אחד מאלה **(4 דרכים):**

* מועצת הביטחון מפנה את העניין ל-ICC.
* הפשע בוצע על ידי אזרח או תושב של המדינה החברה (לא די בכך
* הפשע בוצע בטריטוריה של המדינה החברה, כאשר אוניות או כלי טייס הנושאות את דגל המדינה החברה נחשבות כשטח המדינה החברה
* מדינה לא חברה יכולה לפנות לICC ולבקש מהתובע לבחון אירוע ספציפי. כך עושה אוקראינה.

**כל אלה מיושמים בהקשר הישראלי – ניסיונות פלסטיניים להחיל את סמכות בית הדין על סכסוך העם ישראלי:**

* ניסיון להפעיל את מועצת הביטחון – גולדסטון (כתב דו"ח בעקבות עופרת יצוקה, דבר משמיץ על ישראל), אחרי הביקורת, ממליץ למועצת הביטחון להפנות את הנושא לICC. גם לגולדסטון ברור שמועצת הביטחון לא תעשה דבר. אמה מה, מדינת ישראל "ירתה לעצמה ברגל". במקום להשכיח את הדו"ח המשמיץ, היא הפיצה זאת לעולם ואמרה שכיהודי הוא צריך להתבייש. בתגובה, שאר החברים בוועדה פרסמו שהם מצדדים בדברים הכתובים בדו"ח – בדו"ח גולדסטון יודעים שזה לא נכון, לכן ממליצים לICC לשקול לקבל את הפלסטינים כמדינה, וממליצים להפעיל במדינות בעולם סמכויות אוניברסליות, תוך השמצת מדינת ישראל. מדינת ישראל עד היום, בעקבות כך, מנסה לבסס את אמינותה (ב-10 שנים האחרונות שוב אנחנו הורסים לעצמינו לגבי האמינות שלנו).
* ניסיון לאתר קציני צהל בעלי אזרחות כפולה – המקרה המפורסם הוא של **דיוויד בנג'מין**. הסיפור נסגר בשקט משום שהמטרה היא לתפוס את האחראים המרכזיים. עלתה שאלה מעניינת – אל בגדד, מנהיג דעאש, כל עוד היה בחיים הייתה השאלה אם בית הדין יכול לפעול בהליכים נגדו מהיותו אזרח ירדני.
* ניסיון לאתר מקרה שאירע במדינה שכן חברה באמנת רומא **(פרשת המרמרה):**
1. **שלב א:** חלק מהספינות במשט לעזה היו עם דגל של מדינות חברות בICC. מדינת ישראל יודעת את זה. החלק הראשון של **דו"ח טירקל** מדבר על המרמרה, והחלק השני מדבר על אמינות ישראל. באופן מפתיע, יש משקיף חיצוני בוועדת טירקל, והוא מתחלף בין חלק א' לחלק ב' (מביאים משקיף אחר במקומו. כלומר, משקיף ב' נכנס במקומו בחלק ב'). המשקיף החדש בחלק ב' הוא יועץ דיני הלחימה של התובעת בICC.

קיבלנו את זה (כלומר, שתקנו). כולם חשובים שלא יקרה מזה הרבה, שכן סיפור המרמרה מאוד קטן ביחס לסכסוך הפלסטיני-ישראלי. **לכן, התובעת בסבב הראשון דוחה את הבקשה מ"היעדר חומרה".**

בחוות דעתה היא מכניסה שתי קביעות שעושות לנו הרבה בעיות בעתיד: **(1)** יש חשד לפשעי מלחמה, **(2)** עזה עדיין שטח כבוש, בניגוד לעמדה הישראלית

1. **שלב ב':** קורמוס מערערת על החלטת התובעת שלא לחקור. הערכאה הראשונה של הICC קובעת שהיא טעתה ושהמקרה מספיק חמור. ראשית, היא אומרת שרף החומרה שניתנה בICC היא די נמוכה. שנית, היא לא שקלה את הנזק שנגרם לעזה בעקבות המצור. שלישית, היא לא הסתכלה על התגובה הבינלאומית (**זיו** כועס על כך. שיקולי דעת קהל לא צריכים להשפיע).
2. **שלב ג':** מה שקורה בשלב זה, זה כמה שנים שבהן התיק הזה קופץ מהתובעת שדוחה אותו, עד לערכאה הראשונה שקובעת שהיא טועה. ב-2016 זה נגמר בזה שלדעתם התובעת טועה, אך אין באפשרותם להתערב כי זה בסמכותה.

**מה שמניע את ביהמ"ש:** הפער בין נק' מבט חיצונית לפנימית. העדפה מתקנת.

**שורה תחתונה מהסיפור:** קיבלנו טעימה למה מחכה לנו בICC. כלומר, מלבד השופט ההונגרי שהיה קשוב למדינת ישראל, כל השאר היו פחות קשובים לטענות מדינת ישראל. שתי סיבות (**לדעת זיו):**

* רוב העולם חושב שישראל טועה
* רוב התיקים עד היום בICC היו כנגד מדינות אפריקה. הן באות ואומרות שהICC "מחפש אותן". לכן הICC הולך לישראל.
* לא מדובר בעניין של שנאה. מבחינתם על הICC לרדוף אחרינו, ולכן עושה זאת. גם בית הדין לא רוצה לעשות את זה.
* למשל, מחקירה מקדמית עברו לחקירה, משום שראש הממשלה הציע שיפנה את השטחים, ולא כי הICC רצה.

אז מה יצא בסוף? מה התוצאה? – קיבלנו טעימה. לא נפתחה חקירה כנגד ישראל.

התביעה הצליחה להציג שהיא גוף עצמאי. קשה יותר לטעון שהתביעה מוטה באופן ברור כנגד מדינת ישראל לאחר שהיא נאבקת במשך שנים טובות בטענה שמקרה מסוים שקורה בישראל לא צריך להגיע לICC. על הדרך היא מבססת את טענתה שעזה היא שטח כבוש (**זיו:** טענה שגויה).

**מה מציע בית הדין?**

פסק הדין שבו הערכאה הראשונה מבטלת ואומרת שהתובעת טועה אבל לא ממשיכה, קורה קצת אחרי שהפלסטינים מנסים נתיב אחר: להצטרף כמדינה ל-ICC.

**ניסיונות פלסטיניים להחיל את סמכות בית הדין על סכסוך העם ישראלי – המשך**

* פנייה ישירה ל- ICC

**ניסיון ראשון** – פנייה באמצעות דו"ח גולדסטון. התביעה נדחתה משום שפלסטין אינה מדינה. על כן הICC אומר להם להחליט האם הם מדינה או לא. איך הם עושים זאת? על ידי פנייה לאו"ם. אם יצליחו להתקבל לאו"ם, עזה תיחשב כמדינה. (הקביעה מרומזת. השופט לא אומר זאת במפורש).

האם רק מדינות החברות באו"ם יכולות לפנות ל-ICC? צריך לדעת שלא בטוח שרק מדינות חברות באו"ם יכולות להיות חברות בICC. יש מדינה (איי קוק) שיש הטוענים שהיא לא מדינה, משום שכל אזרחיה גם אזרחי ניוזילנד, וזו מנהלת לה את יחסי החוץ. גם אלה שמכירים בה כמדינה, יודעים שניוזילנד מנהלת את יחסי החוץ שלהם. משמע, היא רק משקיפה ולא חברה באו"ם. יחד עם זאת, היא לא מדינה אבל כן חברה בICC -> **תקדים!** **היא לא מדינה אבל כן חברה באו"ם.**

הפלסטינים פונים למועצת הביטחון (הרי צריך אישור מהם). ארה"ב מטילה וטו. לכן, פונים לעצרת הכללית כדי לקבל מעמד של מדינה משקיפה, ושם הם מתקבלים בברכה.

**ניסיון שני – אחרי מבצע צוק איתן**

מיד לאחר ההחלטה, הם לא ניגשים לICC, אלא מחכים לאחרי צוק איתן.

למה לחכות כ"כ הרבה זמן?

1. כל הדברים יכולים לקרות אחרי שאבו מאזן עולה לשלטון. הוא מנקה את השלטונות הפלסטיניים מטרור. ברגע זה הוא יפנה לICC כי אז הוא ינצח בכל דרך (הרי כעת לא תעמוד לישראל הטענה שמדובר בארגון טרור).
2. צריך לדעת שהפלסטינים חלשים. לכן, בערך אמצעי הלחץ היחיד שיש להם כנגד ישראל הוא הICC. לכן, הם רוצים להכין זאת טוב כדי להתקדם הלאה. הם חייבים לחכות כדי לצבור כוח וטענות כנגד ישראל.
3. הם יודעים שהסיטואציה שנויה במחלוקת. לכן, הם רוצים לרכוב על אירוע גדול שהתמונות שלו יתנו להם גב.
4. יודעים מה נקודות החולשה של הטיעון שלהם – הסכמי אוסלו (אמרו שהם לא יכולים לנהל יחסי חוץ באופן עצמאי, הליכים פליליים כנגד ישראלים, וששאלת התנחלויות תוכרע בהסכם). לכן, הם יודעים שככל שהזמן עובר ומתרחק, הזמן עובד לטובתם. בנוסף, הם יודעים שכדאי להם לחכות לסיטואציה שבה הקהילה הבינלאומית תחשוב שמדינת ישראל היא "הרעה". **זיו:** לכן, מה שישראל צריכה לעשות זה לכל הפחות להמשיך לנהל מו"מ עם הפלסטינים. אם הוא יתפוצץ, לדאוג שיהיה ברור לקהילה הבינלאומית שהוא מתפוצץ בגלל הפלסטיניים.

**ההסכמים האחרונים מתפוצצים בהסכמי פרי ב2014** – ישראל הסכימה לשחרור אסירים ללא כל תמורה. התמורה הפלסטינית הייתה שהם לא יפנו למוסדות בינלאומיים (הICC). בפועל, הקהילה הבינלאומית האשימה אותנו. לכן, רק לאחר הפיצוץ הזה הם פונים לICC.

**טענה ישראלית – שטח בהקפאה שאין עליו ריבונות**

תנאי מדינה

1. טריטוריה
2. אוכלוסייה קבועה
3. שליטה
4. עצמאות

**יש קשיים בהוכחת תנאי מדינה:** בעיקר בהקשר הפלסטינאים, שהסכמי אוסלו מקשים גם על זה, שכן נקבע שיחסי החוץ, גבולות וכו' יידונו בהסכם קבוע. בנוסף, אין לרש"פ סמכות שיפוט פלילית על אזרחי ישראל בשטח C. אולם, חלוף הזמן מחזק את הטענה הפלסטינית לפיה ההתחייבות בהסכמי אוסלו נועדה להיות זמנית בלבד.

הפלסטינים פונים בעקבות צוק איתן, לא כמדינה חברה, אלא ככזו שמבקשת החלה הד אוק פר מקרה:

* בזירה הבינלאומית, הם מבקשים את סמכות השיפוט של הICC מיום אחרי הרצח של הנערים החטופים (בעצם עשו זאת לטובתם. הגישו תביעה יום לאחר החטיפה, ועד ה1/1/15, כך שלא ייחשב להם מעשה החטיפה והרצח).
* לאחר מכן (2/1/15), הפלסטינים פונים ומבקשים להצטרף כמדינה חברה. כאשר באים לכנס המדינות החברות, מדינת ישראל משקיפה באותו כנס. נציגי ישראל קמים ויוצאים בהפגנתיות, כי הם יודעים שיפסידו.
* רק ב2018 הם מבקשים פתיחה בחקירה כללית יותר. הפלסטינים יודעים שזה הדבר הכי טוב שיש להם, ולכן מחכים 3 שנים.
* ב16/1/15 התובעת פותחת בבדיקה מקדמית.

**מה קורה הלאה?**

* ב-2020 התובעת רוצה לעבור משלב החקירה המקדמית לשלב החקירה. במקום להודיע שהיא פותחת בחקירה, היא פונה לICC לערכאה ראשונה ומבקשת אישור לעמדתה. היא טוענת שיש מקום לפתוח חקירה, אבל היא יודעת שהשאלה לגבי אם הפלסטינים הם מדינה או לא זו שאלה מורכבת, ולכן היא רוצה את הגב של הICC לעמדה שלה שהפלסטינים הם מדינה.
* ישראל לא מצטרפת להליך. אולם, היא מפרסמת נייר עמדה שבה היא מציגה את טענותיה, ובהליך בICC, מסיבות שנלמד בשיעור הבא, טענת **דעת הרוב** היא **לא לקבל את עמדת ישראל.** היא קובעת שלכל הפחות, לצורך אמנת רומא, הפלסטינים הם מדינה. לכן היא פותחת את הפתח למעבר לשלב החקירה.
* נקודה נוספת, דעת המיעוט של השופט ההונגרי גם מסכימה שהפלסטינים הם מדינה, אולם ראוי לפרש זאת כך שסמכות השיפוט יהיה רק כלפיהם (כלומר תשפוט רק את מה שהפלסטינים עשו).
* מדינת ישראל אל מגישה ערעור כדי לא לתת לגיטימציה להליך.

למה התובעת עושה זאת?

* היא עומדת לסיים את התפקיד
* במדינת ישראל נעשו בזמן הרלוונטי רעשי סיפוח חזקים מאוד, שגורמים לכך שהיא לא יכולה להתעלם מזה.

מדינת ישראל בלחץ שהסיכון הוא שחייל צהל יועמד לדין בICC:

1. אם יועמד מישהו, זה יהיה אדם בכיר ולא סתם חייל
2. רוב הסיכויים שלא יצליחו לתפוס אדם כזה.

**הסיכון האמיתי:** ככל שהחקירה (לא המקדמית) מתקדמת, יש סיכון אמיתי שתוך מעט זמן מעכשיו הבכירים במדינת ישראל ייעצרו אם יכנסו לאירופה.

הנזק האמיתי למדינת ישראל הינו פגיעה הדרגתית ובלתי מורגשת ביחסי החוץ של מדינת ישראל. במקביל, בישראל אנו נפתח תודעת מצור, ומחשבה שכל העולם נגדנו, דבר שיפתח אצלינו אנטי כלפיו – דבר שייגמר רע. גם אם נרצה לעשות הסכם עם הפלסטיניים, זה לא יעזור. מכאן שלכאן ולכאן המצב שלנו בעייתי.

אם נבנה מערכת אמינה, נוכל לטעון לטענת ההשלמתיות או השיוריות.

**שיעור אסינכרוני – מדינת ישראל וה-ICC חלק ג'**

בינואר 2020 התובעת של ה-ICC הודיעה שהיא סיימה את הבדיקה המקדמית ושלדעתה יש מקום לפתוח בחקירה [לכל הפחות בנוגע לעבירות מסוימות, ובעיקר לגבי: **(1)** אירועים בלחימה שבוצעו על-ידי כל הצדדים; **(2)** עניין ההתנחלויות; ו-(**3)** התגובה הישראלית להפגנות בגבול עם עזה]. עם זאת, נכון לאותו המועד, היא לא הכריזה על פתיחת חקירה אלא פנתה לבית-הדין ואמרה כך, אני חושבת שיש לי סמכות לפתוח חקירה בנוגע למצב בפלסטין, כי לדעתי אכן מדובר במדינה (לבטח במובנו של המונח הזה באמנת רומא, וגם לדידי באופן כללי), אבל כיוון שאני מודעת שהנושא שנוי במחלוקת אני רוצה שבית-הדין (תא 1 של הערכאה הראשונה), יכריע האם עמדתי נכונה.

מדינת ישראל לא הצטרפה להליך בפני הערכאה הראשונה של ה-ICC, אבל היועמ"ש לממשלה פרסם מטעם מדינת ישראל מסמך בו הוא ניסה להגיב לטענות התובעת, ולטעון שהפלסטינים הם לא מדינה, ולפיכך, [לדעת מדינת ישראל] אין ל-ICC סמכות שיפוט בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני (ישראל לא חברה באמנת רומא, ואילו הפלסטינים לדעת מדינת ישראל אינן מדינה).

ב-5 בפברואר, 2021, ניתן פסק-הדין של הערכאה הראשונה של ה-ICC בסוגיה; בגדול ובהפשטה, דעת הרוב קובעת שלצורך אמנת רומא, הפלסטינים מהווים מדינה. דעת המיעוט בגדול מסכימה אבל, בהפשטה, קובעת שלדעתה מסיבות שונות שנוגעות לקושי לקבוע האם הפלסטינים הם מדינה ברמה העקרונית (ולא רק לצורך אמנת רומא), ולקושי לקבוע את הגבולות, יש להכריע שיש סמכות שיפוט ל-ICC רק בנוגע למעשים של פלסטינים.

מדינת ישראל לא מגישה ערעור על פסק-הדין [מחשש שמעורבות בהליך תיתן לו לגיטימציה אם היא תפסיד בערעור]; לכן, פסק-הדין נהיה סופי.

ב-3 במרץ 2021, לאור החלטת דעת הרוב, הודיעה התובעת של ה-ICC כי היא החליטה לפתוח בחקירה בנוגע לאירוע בפלסטין [משמע, בנוגע לסכסוך הישראלי פלסטיני מהמועד שממנו ל-ICC יש סמכות שיפוט בנוגע לסכסוך זה]. ביוני 2021 סיימה התובעת של ה-ICC את הקדנציה, והוחלפה על-ידי התובע החדש של ה-ICC. כך חסכה התובעת היוצאת לתובע הנכנס את כאב הראש של קבלת החלטה בנושא, והוא כבר יכול להמשיך במצב שכבר הוחלט לפתוח בחקירה.

**שיעור 10 – 12/06/22**

***מאפייני הפשיעה הבינלאומית***

**לפשעים בינלאומיים מס' מאפיינים ייחודיים:**

הפשעים בד"כ הם פשיעה ארגונית

יש פשעים שכתוב מפורשות בהגדרה שהם מהווים פשיעה ארגונית. יש פשעים שלפי פרשנויות מסוימות הם לא מפורשים בהגדרה, אך בד"כ רק ארגון יכול לבצע אותם. גם לפשעים הבודדים, חייל יכול לבצע את הפשע רק אם לוקח חלק בארגון. הנסיבות שמובילות לביצוע מרבית הפשעים הקטנים זה ההקשר הארגוני. בפועל, ובהגדרת העבירה עצמה, מדברים על פשעים גדולים.

מה ההשלכות? בד"כ, הנזקים יהיו גדולים יותר, מה שאומר שיש מוטיבציה מאוד חזקה לעולם להתערב יותר. כלומר, לנסות להרשיע את האנשים כדי ליצור הרתעה. אולם, העובדה שמדובר בפשיעה מאורגנת, בנוגע להרבה מהפשעים, כל אדם מבצע רכיב קטן ולכן יש לו חלק מאוד קטן בפשע הגדול. לדוג', רצח העם שביצעו הגרמנים. **מכאן שיש מוטיבציה להגדיר את העבירות באופן שירחיב את מעגל ההפללה.**

**מה הבעיה בהרחבת מעגל ההפללה?**

 אכיפת יתר – יש גבול את מי אנו רוצים להרשיע. למשל, **אלזה טראנק**, **אנגיסטר,** **נתב הרכבות.** לא את כל אלה יש להרשיע בהסטה לרצח עם. צריך להציב גבול מסוים. אנו רואים שישנו **מתח בין שאיפה להרחיב את מעגל ההפללה, לבין השאיפה לצמצם את מעגל ההפללה.** המתח קיים בהגדרת העבירות (ראינו שהגדרתה תשפיע על הגדרת המבצע, ומי יוגדר כעבריין מעורב). המתח הזה בשיעור הנ"ל יוצג בדוקטרינות הקשורות לצדדים לעבירה.

יש לציין שבעיה זו לא רק נוגעת לזוטרים. גם מדינה הכי אכזרית עושה דברים טובים. למשל, שירותי הבריאות בגרמניה היו מאוד טובים. כלומר, צבא במלחמה צריך להילחם בשביל הצד שלו. בעצם, הבעיה נוגעת לשאלה מי מבין השותפים לעבירה, מידת הקשר שלו למעשים היא מספיק חזקה כדי שנראה בו אשם.

**צדדים לעבירה במשב"ל**

**כלל:** הגדת הצדדים לעבירה במשפט המדינתי (המשדל, המסייע) חלה גם במשפט הבינלאומי. אליהם יש להוסיף בהקשרים צבאיים גם את "הפוקד".

**הפוקד לא משדל!** אין לערבב בין השניים. מפקד שנותן פקודה לחייליו, אחראי באותה מידה, ולרוב אף יותר, מהפקודים שלו ביחס לעבירה שבוצעה.

אמה מה, מפקדים למדו שהרבה פעמים הם לא צריכים לתת פקודה. כל מה שהם צריכים זה שיתחילו לקרות עבירות בזמן מלחמה ובכך לא יצטרכו להורות דבר. הפקודה בד"כ בע"פ, אולם גם אם לא הייתה פקודה, לא צריך לתת פקודה כדי שהחיילים יבינו מה לעשות. בד"כ במערכת צבאית יש יחסים היררכיים.

ההיררכיה לא רק בכותלי צבא של מדינה אחת – יש מקרים בהם צבאות שונים פועלים יחד וגם ביניהם יש היררכיה.

דוג', במלחמת לבנון פעלנו יחד עם צד"ל (צבא דרום לבנון), ארגון שביצע רצח עם.

**הפתרון**, לפי הנרטיב המקובל, הוא הפתרון שאומץ **בפס"ד יאמאשיטה** אחרי מלחמת העולם השנייה. **דוקטרינת אחריות המפקדים** כפי שאומצה בפס"ד זה.

**פס"ד יאמאשיטה**

**העובדות:** יאמשיטה אחראי על הצבא היפני במרחב הפסיפי. אזור בעל מיליוני קילומטרים ואיים. בחלק נכבד מהאיים החיילים שלו מבצעים פשעי מלחמה. אולם, הוא עצמו לא ביצע פשע מלחמה. הוא בנוסף לא נתן פקודה לבצע פשע מלחמה.

**טענת יאמאשיטה:** שיבשו את היכולת לתקשר עם החיילים שלו ולכן לא שלט על מעשיהם.

**פרשנות רווחת של פסק הדין:** מה שקבעו בפס"ד זה כלל של **אחריות קפידה** – משמע, מעצם זה ש-יאמאשיטה לא מנע את הפשעים, הוא אשם. הפרשנות נסמכת על טיעון ההגנה המרכזי של יאמאשיטה שאמר ששיבשו לו את היכולת לתקשר עם החיילים שלו (כלל מרחיב מאוד!).

* העמדה כיום שונה בעקבות ביקורת מאחר שבפס"ד זה הציגו כלל מרחיב מאוד.

**מאומצת פרשנות אחרת לדוק' אחריות המפקדים, שהיא נמצאת כיום באמנת רומא – הפתרון כולל 3 רכיבים**

1. למפקד צריכה להיות שליטה אפקטיבית באנשיו – **נדרשת שליטה אפקטיבית.** לא בהכרח צריכה להינתן פקודה. אימוץ יסוד זה פותר דילמה נוספת, שהיא סובבת סביב השאלה מי הוא מפקד.

יכולנו לאמץ עמדה שאומרת שמפקד הוא מי שהחוק של המדינה הרלוונטית מגדיר כמפקד.

**הבעיה באימוץ כלל זה:** עלולים להיות קשרים שבפועל יהיו אפקטיביים ובעלי שליטה, שלא מוגדרים בחוק.

לדוג',הגדרה של מפקד בישראל – "כל הגבוה בדרגה, ואף מי שאינו גבוה בדרגה, אם הוא נסמך לפי הדין לתת פקודה". כלומר, כל רב"ט בצה"ל הוא מפקד של כל הטוראים. מכאן שבעייתי להסתמך על הגדרות חוק של מדינות.

* מידת השליטה, מה נגדיר כשליטה מספקת, הוא עניין שדורש דיון נוסף.
1. ידע/היה עליו לדעת שחייליו מבצעים פשעים – **יסוד נפשי של מודעות או רשלנות** – באמנת רומא, לגבי בכיר בגוף אזרחי (לא צבאי), הדרישה היא ידע או עצם עיניים. כלומר, הדרישה יותר סלחנית משום שאין בארגונים אלה את אותה היררכיה שקיימת במערכת צבאית.
2. לא נקט בכל האמצעים הסבירים כדי (1) למנוע את העבירה, (2) או להעניש את המבצעים, (3) או להנפות את העניין ליחידה חוקרת.

**קשיים**

*קושי 1: ענישה חמורה בהיעדר אשם*

בגין דברים שעשה המפקד בזמן אחד, פתאום יטילו עליו אחריות כאילו היה מעין מבצע של דברים שקרו לפני כן. אם הוא לא עשה את זה, נמתחת עליו אחריות על ביצוע הפשעים על ידי חייליו שבוצעו לפני כן. מלבד הקושי שמוטלת אחריות בגין מצב זה, יש בעיה של הטלת אחריות פלילית מאוד כבדה כאשר היסוד הנפשי הנדרש הוא רשלנות. העונש המקסימלי על רשלנות בישראל הוא 3 שנים. בגרמניה, העונש המקסימלי הוא 5 שנים.

ניתן לראות את המתח בין הרצון לפרוש את מעגל ההפללה באופן רחב, לבין הקושי שקיים בהרחבת מעגל ההפללה.

מדינות שונות ניסו להתמודד עם בעיה זו. כאשר הן באות ליישם את הפתרון בבית, מעטות מהן מרגישות לא נוח להשתמש באמנת רומא, ולכן חורגות ממנה. למשל, גרמניה קבעה שעונשם של מחבלים הוגבל ל-5 שנים. בישראל (כשהייתה אמונה בנוגע לועדת טירקל) המליצו והפנו לעובדה שאין דוקטרינה בישראל שמגדיר אחריות מפקדים. בישראל יש עדיין התלבטות ביחס לעונש.

* סינדרום ה-ש.ג – כאשר קורה משהו, במקום להעניש את המפקדים האחראיים, מאשימים את החיילים בש.ג (הוזכר **בפס"ד אסון אילת).**

*קושי 2: מהי שליטה?*

לפעמים, קיימת בעיה לדעת מי השולט בפועל. יש שלושה מקרים נפוצים בהם יש בעיה שדורשת להגדיל את השליטה:

1. ארגונים ללא היררכיה מסודרת – ארגונים מזוינים לא מדינתיים
2. ישנם כמה ארגונים או מדינות שמשתפות פעולה יחד. מתי הקשר ביניהם ייחשב עד כדי כך חזק כדי שנראה שארגון ממדינה אחת ישלוט במדינה האחרת
3. שת"פ בין מדינה לארגון – מתי היחסים יהפוך להיות עד כדי כך רע כדי שנאמר שישנה יכולת שליטה ויכולת לתת פקודות שהופכת גורמים במדינה האחת ל"מפקדים" מבחינת המשב"ל על גורמים בארגון הלא מדינתי. לדוג', שרון בן ישי מתקשר עם אריק שרון באמצע הלילה, ואומר שיש רצח על פלסטינאים, שרון מנתק וחוזר לישון, האם שרון אשם מבחינת אחריות מפקדים למעשה?

**בפועל, במשך השנים היה וויכוח בין שלל גישות:**

1. דרישה לשליטה ממשית, ניסוח של שליטה אפקטיבית – יכולת ממשית לתת הוראות שיש לשער שבד"כ יבוצעו.
2. דרישה רחבה לשליטה – יש להסתכל בפועל מה קורה במציאות. לכן, יש הטוענים שיש להנמיך את רף השליטה וליצור "רף של שליטה כוללת". כלומר, יחסים מספיק חזקים שניתן לשער שאם הצדק "השולט" יגיד לצד ה"נשלט" לבצע דבר מסוים, הוא יבצע זאת.

כתמיכה לעמדה השנייה, בשנות ה-80 וה-90 הרבה מאוד משפטנים הביאו את **דוח ועדת כהן** **שעסק באירועי סברה ושתילה** קבע שלשרון ולמספר גורמים נוספים הייתה אחריות ציבורית כלפי המעשים שביצעו, ולכן המליץ שלא יוכל להיות שר הביטחון. הם מתעלמים שהוועדה אמרה שזו אחריות ציבורית, ולא פלילית. כלומר, הדוח לא החשיב אותו כאחריות מפקדים. העמדה הרווחת כיום היא שנדרשת שליטה אפקטיבית ולא כוללת – העמדה הזו לא תטיל עליו אחריות על בסיס אחריות מפקדים.

**למה נוצר השינוי בסוף שנות ה-90?** משום שהתפתחה דוקטרינה אחרת שפותרת חלק נכבד מבעיות אלו – **דוקטרינת JCE.**

* השאלה היא תמיד האם קיימת שליטה דה-פקטו – שליטה בפועל. היכולת להעניש את הפקודים או/והיכולת חזקה לשלוט במעשיהם ובפעולותיהם.

**Joint Criminal Enterprise**

**טאדיץ:** בפס"ד זה נאמר שבדין המנהגי קיימת דוק' שנקראת JCE.

כולם, מלבד בית הדין בקמבודיה, מתלהבים ואומרים שיש דין מנהגי כזה, ואכן זה הופך לדין מנהגי. מכאן שמשנת 95' יש דין מנהגי כזה, אולם לא בהכרח היה דין מנהגי כזה לפני כן – יש וויכוח בין הICTY לבין בית הדין בקמבודיה (הרוב מצדדים באיי סטי וואי)

**הדוקטרינות הכלולות:**

דוקטרינה 1:JCE1 קבוצה נתונה יש תוכנית פלילית משותפת:

נדרש:

1. קבוצה של אנשים
2. תכנית משותפת
3. כוונה לקדם את התוכנית
4. ביצוע של רכיב מרכיבי העבירה
5. הפללה לפי JCE1.

דוקטרינה 2: JCE3

נדרש:

1. תכנית משותפת
2. יסוד נפשי
3. בוצע פשע בניגוד לתוכנית
4. הפללה לפי JCE3

**ביקורת על JCE3: לפי דוק' זו, נוכל להרשיע את כל חברי התוכנית גם בפשע הנוסף.**

לכך יש מקביל בדין העונשי: **פס"ד סילגדו:** ס' 34א לחוק העונשין. חבורה ביצעה שוד, ואחד מהם ביצע רצח. האשימו את כולם באחריות על הרצח (לא מדברים על היסוד הנפשי השונה).

**הבעיה:** הדוק' המקבילות שקיימות במשפט מדינתי עוסקות בארגוני פשע. לעומת זאת, צבא וארגונים לוחמים אחרים בעלי מטרות נוספות שהן לגיטימיות. חמאס לדוגמא, מנהל גם את מערכת החינוך ובתי החולים. **כלומר, מה מוגדר כתוכנית?** אם התוכנית מוגדרת כ"להילחם" קיימת בעיה, משום שנוצר וויכוח – האם התוכנית צריכה להיות פלילית או לא? נוצר מתח בין אלו שרוצים להרחיב את מעגל ההפללה כדי למנוע את הפשעים, לבין אלו שרוצים לצמצם את מעגל ההפללה.

למה לצמצם? האויב של האויב שלי הוא החבר הכי טוב שלי. אני צריך ליצור בריתות כדי "לשרוד". אי אפשר להילחם לבד. מנגד, הרבה פעמים השליטה הרבה יותר חזקה ממה שחושבים.

**הפסיקות הראשונות בICTR ובICTY אומרת שיש להרחיב את הכלל**

* יש פסיקה שאמרה אפילו שאין צורך בתוכנית, אלא די בכך שמשהו יתגבש במהלך הזמן. לא צריך שהצדדים ייפגשו וייצרו ברית, אלא שהדבר יקרה "על הדרך".
* פסיקות מוקדמות של בתי הדין הנ"ל אמרו שניתן להסתפק במודעות. כלומר, לא צריך כוונה כדי לקדם את האלמנטים הפליליים בתוכנית, אלא די בזה שהאדם מודע לכך שהם קיימים.
* פסיקות נוספות אמרו שלא צריך שאדם הספציפי עצמו יבצע פעולה פלילית, או יתרום באופן משמעותי לתוכנית.

אם ניקח את כל הדברים הללו יחד, זה אומר שגם חיילים מאוד זוטרים יכולים להיות מורשעים בגין מעט מאוד מעורבות, וכן מידת מעורבות של בכירים לא צריכה להיות גדולה כדי שנטיל עליהם אחריות.

אם ניקח את כל הפסיקות הללו ונאחד ביניהם, ניתן לראות שישנה מגמת הרחבה. בשלב הבא, המטוטלת זזה לכיוון מצמצם.

* **הICTY בשלהי ימיו בפסיקות שונות, מצמצם את הדוקטרינה וקובע כי התוכנית צריכה להיות פלילית ויש צורך בכוונה לקדם אותה (למשל, פס"ד Stanistic).**

סיכום בנוגע לעמדות הקיימות על הדוקטרינה JCE3:

יש מיעוט שסבור שהדוק' אינה חלק מהמשפט המנהגי (ביהמ"ש בקמבודיה) אך על פי העמדה המקובלת, דוק' זו הינה כיום **חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.** דוקטרינה זו כאמור, קובעת שאם יבוצעו פשעים בניגוד לתוכנית המקורית של הקבוצה, תוטל אחריות גם על חבר בקבוצה שלא נטל חלק בביצועם.

בנוגע לדוקטרינה זו יש חילוקי דעות על מספר שאלות:

1. האם נדרש שהתוכנית המקורית תהיה פלילית?
2. מה מידת התרומה לתוכנית הנדרשת לצורך הטלת אחריות פלילית?
3. מה היסוד הנפשי שנדרש?

קיימת פסיקה (בעיקר מאוחרת יותר של הICTY) הקבועות שלצורך הרשעה על סמך JCE3 נדרש שלאדם תהיה **כוונה לקדם תוכנית פלילית.**

לעומת זאת, קיימת פסיקה אחרת (בעיקר פסיקה מוקדמת יותר של הICTY וה-ICTR) שאומרת שלא נדרש שהתוכנית המקורית תהיה פלילית, אלא שדי שיתפתחו אלמנטים פליליים באופן הדרגתי, ושמבחינת היסוד הנפשי **די שהאדם יהיה מודע לכך שבשלב מסוים התגבשה תוכנית לבצע מעשים פליליים בקבוצה** (משמע, אין כלל דרישה לכוונה לקדם את האלמנט הפלילי של התוכנית). כמו כן, בחלק מהפסיקה האמורה, נקבע שתרומתו של אדם לא צריכה להיות משמעותית, ואף לא נדרש שתיעשה בדרך של מעשה פלילי לצורך הרשעה.

* תחת פרשנויות אלו, גם אדם זוטר שרק חשד שהמעשים שלו תורמים לתוכנית הכללית יכול להיחשב כאשם בפשע.
* **במבחן** – להציג את העמדות השונות.
* בדוקטרינה זו יש וויכוח בין פסיקות שדרשו רק מודעות, לבין פסיקות מאוחרות שדרשו כוונה.

**באמנת רומא, באופן פורמלי, אין דוק' של JCE.** במקום זאת **יש** **את ס' 25(3)** והICC בפסיקותיו הראשונות דאג להבהיר שלא מדובר בדוקטרינה JCE אלא ב"שותפות".

למה הICC עושה זאת? כי זה מאפשר לו מצד אחד לא להיכנס לוויכוח בין הפסיקות השונות לגבי איך לפרש את דוקטרינה 3, אבל זה מצד שני לא מונע ממנו להיעזר בפסיקות אלו כשהראה לפרשנות שיבחר. מכאן שזה נותן לו חופש גדול יותר.

בפועל, **בפס"ד הראשון של הICC, פס"ד דילו,** נקבע שהחלק של החשוד בתוכנית צריך להיות **(1)** חיוני, **(2)** יסוד נפשי מוקל יותר – התוכנית לא חייבת להיות פלילית, אבל נדרשת מודעות לכך שיש הסתברות גבוהה שהמעשה יהיה פלילי.

במקרה של שרון (אירועי סברה ושתילה), מי שחילקו את החלוקה מי ישלוט באיזה שכונות, היה צה"ל (כלומר, כביכול האחריות על צה"ל). מכאן שאין תשובה ברורה לאם שרון היה אשם או לא, וזאת בגלל החיוניות ובגלל שלא ידוע אם ישנה הסתברות גבוהה שייגרם הפשע.

* **עניין שרון – דוגמא לשאלה בבחינה!!!**

**סיוע וקומפליסיטי**

יש וויכוח פרשני שבא לידי ביטוי בICTY עד ימיו האחרונים, והמשיך גם בפסיקות האחרונות, לרבות פס"ד שניתן השנה, והוא – **מה מוגדר סיוע?**

הסיפור הוא ביחסים בין הצבא הסרבי, לבין הארגון המזוין הלא מדינתי, הצבא של הסרבים בבוסניה (VFR).

אין וויכוח לגבי היסוד הנפשי (מודעות/עצימת עיניים לכך שהמעשה יסייע), אבל יש שתי גישות לגבי היסוד העובדתי:

1. הסיוע צריך להיות מכוון באופן ספציפי כלפי המעשה הפסול – צמצום מעגל ההפללה
2. לא דורשת קשר ישיר לפעילות העבריינית – הרחבת מעגל ההפללה.

**סיפור:** הוויכוח הזה ממשיך בICTY עד ימיו האחרונים. יש מחנה של שופטים שמחזיק בדעה המצמצמת, ומחנה שופטים שמחזיק בדעה המרחיבה. בראש מחנה השופטים שמחזיק בדעה המצמצמת, עומד **תיאודור מרון** שהיה היועמ"ש של מדרש החוץ בששת הימים. הוא עזב את ישראל בגלל שטען שאנו עושים מעשים לא חוקיים בשטחים. הוא עבר לאמריקה, ושם מינו אותו לשופט בICTY. שופט שולח אימייל לכ-30 מחבריו שבו מפתח קונספירציה שלמה בה האמריקאים והישראלים גרמו לתיאודור מרון להשיג ולקדם את העמדה, כי הם אוהבים להילחם עם ארגונים מזוינים ולא מדינתיים. המטורף בסיפור – חוסר הכרות לחלוטין עם תיאודור מרון (שעזב את ישראל בכעס)

* מרון, לפס"ד האחרון בנושא, דואג שימונה הרכב שדואג בגישה המרחיבה.

**קומפליסיטי**

* קומפליסיטי – דוק' מיוחדת לצד לעבירה שקיימת רק בנוגע לרצח עם, לפי אמנת הGENOCIDE.

עמדה 1: לא מדובר בדוק' נוספת, אלא מדובר בסיוע. דעה שאומצה במניעת רצח עם בחוק הישראלי.

עמדה 2: צד אחר לעבירה שדורש הרבה פחות! כל מה שצריך זה **מודעות בקווים כלליים לזה שיש מעשה פלילי, ונתינת יד מסוימת לביצוע מעשה.**

פס"ד מפורסם שמאמץ פרשנות זו: ראש עיר ברואנדה שנותן נשקים לארגון כדי שישמרו על הסדר, והוא יודע שיירצחו אזרחים **(דיברנו על כך, ראו: עמ' 21).**

* באמנת רומא לא מכניסים את קומפליסיטי! באמנת רומא תמכו בצד אחד בפרשנות.
* אם מעמידים מישהו ברצח עם לפי אמנת רומא, קומפליסיטי לא רלוונטי. אם נעמיד מישהו על סמך הדין המנהגי, יהיה וויכוח לגבי הפרשנות של קומפליסיטי, ונוכל להביא את ההכרעה באמנת רומא כעיגון ותימוך.
* קומפליסיטי רלוונטית רק לרצח עם!!!!!

**שיעור 11 – 19/06/22**

***ציות לפקודה***

**היקף האכיפה**

אנו חושבים שאלה שיועמדו לדין בICC הם אלו שביצעו מקרים חמורים ביותר. יש 3 שלבים שגורמים לנו להנחה שבזה יעסוק המשב"ל הפלילי הבינלאומי.

בפועל, עיקר ההשפעה של המשב"ל הפלילי היא דווקא על חיילים זוטרים. יש לכך כמה סיבות:

1. **הרבה ממבצעי הפשעים הם לא הבכירים ביותר**. בפועל, רוב ההעמדה לדין נעשית במדינות. המדינות, באופן מפתיע, מתמקדות בזוטרים. לגבי השאר, מה שהם צריכים להראות כבכירים זה בעיקר שהם פעלו – שכן אחרת תוטל אחריות מפקדים, היעדר השלמתיות. לכן, מה שאנו רואים זה שאולי יש מקרים מעטים "זוהרים"
2. **רוב ההעמדות לדין נעשות במדינות עצמן, בזירה המדינתית, ומתמקדות בעיקר זוטרים.** כמה הועמדו בטוקיו ובנירנברג? 35 בכל אחד. באופן כללי אחרי מלחמת העולם השנייה כ-130 אלף איש. כנ"ל בICTY ובICTR הועמדו בכל אחד מהם כ200 איש. בICC מהר מאוד נשללת ההנחה שביהמ"ש אמור להתעסק רק עם בכירים. כבר ב2007 הוא מביע את הדעה הזו.
3. **צריך להתמודד עם הפשעים החמורים ביותר**, ולא עם הפושעים החמורים ביותר. אחת האינדיקציות שמובילות אותם היא העובדה שיש הגנת צידוק עקב תמותה באמנת רומא.

מה קורה בICC?

בראשית דרכו של הICC, הייתה הנחה שמגבלת החומרה (לפיה יש להעמיד לדין את המקרים החמורים ביותר) בפועל מגבילה את הICC להעמדה לדין רק של בכירים. מהר מאוד (כבר ב2007) שללו את ההנחה שעליו להתמקד בבכירים. אומרים שהם צריכים להתמקד בפשעים החמורים ביותר לא בפושעים החמורים ביותר. אחת האינדיקציות שמובילות את הICC לכך, הוא העובדה שיש הגנת צידוק עקב תמותה באמנת רומא.

**השיקולים להעמיד לדין את הזוטרים**

1. שיקולים מוסריים
2. כל הוויכוח לגבי עד כמה להרחיב את מעגל ההפללה נובע מזה שאנו מניחים שחלק מהזוטרים כן יהיו מספיק אכזריים כדי שנרצה להענישם. יש פסיקה שאומרת שהפשעים הם חמורים, וההנחה היא שיש להעניש את המבצעים.
3. הרבה מהפשעים צומחים מלמטה.
4. שיקולים תוצאתניים
5. לעיתים הבכירים מצליחים לברוח מהדין בעזרת כוחם הפוליטי. נשיא סודן למשל הצליח להתחמק 20 שנה ממעצר הICC. גם היום לאחר שהוא הודח מהשלטון, ממשלת המעבר של סודן עדיין לא הפלילה אותו.
6. לגבי זוטרים קל יותר למצוא ראיות כאלה. הם אלה שמבצעים בד"כ את המעשים בשטח.
7. נזק פוליטי למנהיגים – במדינות מסוימות יש הבנה שייגרם נזק אדיר אם יועמד החייל לדין בבית דין בינלאומי. לכן, המדינות מאמינות שכדאי להעמיד אותו לדין בארצן.

שיקולים אלה הובילו את הפסיקה לומר שאיננה מגבילה את עצמה רק לבכירים. בפועל, זה מוביל להרבה מאוד הליכים ברמה המדינתית כנגד חיילים. היום, לחייל שמבצע פשע מלחמה יש סיכוי גבוה יותר לעמוד לדין, מאשר חייל בעבר בתקופת מלחמת העולם הראשונה.

**בעיה – חלק נכבד מהשפעים הבינלאומיים הגרעיניים שמבוצעים ע"י זוטרים, מבוצעים תוך ציות לפקודות. האם זה משנה משהו?**

**מחד, יש שיקולים שאומרים שיש להתחשב בחייל המציית וגם במדינה שלו:**

1. שיקולי הצדק
2. **חשיבות המשמעת** – יש להתחשב בחייל ובמדינה שלו. כלומר, אם יאמרו לחייל שיש פקודות שאסור לו לציית להן, זה עלול לפגוע במשמעת. לכן יש לשקול ולבחור איזה פקודות הוא צריך למלא.
3. **חיילים לא יודעים ומכירים כ"כ את החוק.** זה עלול לגרום להם לטעות ולסרב לפקודות חוקיות. למשל, לירות בצנחן אפשר. במלחמת לבנון השנייה יורים על חיילי צה"ל ממסגדים, וחלק מחיילי צה"ל לא יורים חזרה כי חושבים שמדובר בפשע מלחמה. אכן להפגיז מוסדות דתיים בזמן מלחמה מהווה פשע מלחמה, אולם לא כאשר זה לטובת הגנה.
4. שיקולי הפטר – שיקולים שסולחים לחייל
5. החייל עשוי לחשוב שפקודות לא חוקיות מסוימות הן חוקיות.
6. יש לבני אדם נטייה פסיכולוגית מסוימת לציית לגורמי סמכות (לא חזקה כמו שמתארים תמיד, אבל קיימת).

**מנגד, יש שיקולים שאומרים שיש להטיל אחריות על החייל:**

1. שלטון החוק – אנו לא מוותרים לאנשים שביצעו פשע.
2. שיקולים מוסריים – המעשים נוראיים ואנו רוצים להעניש את המעורבים בהם.
3. השיקולים התוצאתניים של הרתעה ושיפור אכיפה – אם לא נעשה את זה וניתן הגנה המצב יהיה רע.

למתח בין השיקולים בעד לתת הגנה, לבין השיקולים המתנגדים יש שלל גישות – כולן אומרות שהן מאזנות נכון את השיקולים הללו:

1. בקיצון אחד, יש גישה שאומרת שאף פעם לא תהיה הגנה – **גישת האחריות המוחלטת, גישת "הכידונים הנבונים".** לפי גישה זו, החיילים מודעים לחוק ושולטים בהתנהגותם. מסיבה זו, וכן משום שמעשי זוועה אינם מקדמים את המשמעת הצבאית, התומכים בגישה זו אינם מעניקים לחיילים הגנה כלל.
2. בקיצון השני, גישת **ההגנה המוחלטת, גישת "ישיב המפקד".** בעבר נטען שיש להעניש רק את במפקד ולהתחשב במצב המורכב בו נתון החייל. **הגישה הזו נזנחה** (ברוב המדינות) לאחר מלחמת העולם השנייה, השואה.

כל גישה אומרת שהיא האיזון הנכון:

1. האחריות המוחלטת – יקבל עונש נמוך יותר.
2. ישיב המפקד – האיזון מושג על ידי הענשת המפקד.

**ציות לפקודות**

גישת האחריות המוחלטת עדיין זוכה לתמיכה, אבל היא מתחרה יחד עם גישות אחרות. את כל הסל הרחב של הגישות האחרות אנו נקרא להן **"גישות ביניים".** נציג סה"כ שתי גישות ביניים.

1. ידע/היה צריך לדעת – חייל לא יזכה להגנה אם נוכיח שידע שהפקודה בלתי חוקית, או לחלופין אם חייל סביר כן היה יודע שהפקודה היא לא חוקית. כדי שיזכה להגנה צריך להוכיח שגם לא ידע, וגם שחייל סביר לא היה יודע שמדובר בפקודה לא חוקית. זה יישום של הגנת הטעות שבדין בסיטואציה מיוחדת של החייל.
2. גישת הפגם המוסרי: פקודה שאי החוקיות שלה ברורה ומובנת מאליה – הגישה דורשת שני תנאים כדי שהחייל לא יזכה להגנה:
3. אם הפקודה לא חוקית
4. דרישת הפגם המוסרי – האם בנוסף לאי היותה חוקית, היא גם בלתי מוסרית באופן חמור (לא משנה אם ידע או לא ידע).

**מה זה פקודה בלתי חוקית בעליל?**

תמיד מספרים לנו שגישת הביניים היא פקודה בלתי חוקית בעליל. **ההנחה הרווחת היא שה"בעליל" מייצגת את גישת הביניים שאומרת שישנו פגם מוסרי**. אמה מה, זה לא נכון!

זה אפילו לא נכון לגבי הפסיקה **בכפר קאסם.** בכפר קאסם יש חוסר עקביות בפס"ד, כך ש-4 גישות שונות לבלתי חוקית בעליל מופיעות במקטעים שונים בפס"ד.

במילים אחרות, כשרואים את המונח "בעליל", לא להניח שיש להניף דגל שחור ומדובר בפגם מוסרי, אלא כנראה יהיה וויכוח לגבי הפרשנות.

**סיפור (לא לבחינה):** חייל צעיר לפני 20 שנה, שחודשיים לפני שהתגייס, היחידה שרצתה אותו ביה"ס למשפט, החליטה שיש לכתוב ספר ובו פרק על פקודה בלתי חוקית בעליל. החייל החדש היה צריך לנסח זאת. זיו זה שניסח. הוא רצה להיעזר בפס"ד כפר קאסם, לא הצליח להבין את המשמעות. גם בפסקי דין נוספים חיפש, וגם שם היו סתירות רבות. כשסיים את הדוקטורט, בשנה האחרונה, 2014, היו פסקי דין שבהם הובעה תמיכה בכל אחת מ-4 הגישות. גם בשנה שעברה יצא הספר שלו וערך חיפוש, ומצא לפחות פס"ד אחד שמצדד באחת הגישות

**למה יש חוסר עקביות? משום שלכל אחת מהגישות יש יתרונות וחסרונות. לדוג':**

1. החיסרון של ה"ידע או היה צריך לדעת" הוא שהיא עשויה לעודד **סרבנות יתר.**
2. החיסרון של ה"דגל השחור", "הפגם המוסרי" – מה זה דגל שחור? זה **סובייקטיבי!** בנוסף, הניסיון מראה שברגע שאנו אומרים לחיילים לא לציית אלא רק במקרים איומים**, במציאות הם תמיד חושבים שהמקרה שלהם לא איום ונורא.** למשל גם בכפר קאסם, החיילים באותו הרגע לא האמינו שהם מבצעים פשע כה חמור.

לאור קיומם של יתרונות וחסרונות אלה, יש חוסר עקביות.

**הגנת הצידוק במשב"ל**

מה קורה מבחינה כרונולוגית במשב"ל?

אחרי מלחמת העולם השנייה, **בחוקות נירנברג וטוקיו מאומצת גישת האחריות המוחלטת**! בפועל, כל הפסיקות שניתנו אחרי מלחמת העולם השנייה דוחות את גישת "ישיב המפקד".

אמה מה, יש את נירנברג וטוקיו ועוד שתומכים בגישת האחריות המוחלטת, ומנגד שלל פסיקות שבהן יש תמיכה בגישות ביניים שונות, כאשר בתוכן יש חלק שתמוך בגישת ה"ידע או היה צריך לדעת", או בגישת הפגם המוסרי, ועוד גישות ביניים אחרות.

בחוקות של הICTY והICTR שוב מאמצים את גישת האחריות המוחלטת. אולם, רגע אח"כ (כ5 שנים אח"כ) באמנת רומא מאמצים את ס' 33, שלפחות לפי חלק נכבד מהפרשנויות, הוא מאמץ דווקא גישת ביניים. גישת הביניים שהוצעה באמנת רומא אינה ברורה.

סעיף 33: פקודת הממונה וחובת הדין:

1. ״העובדה שפשע שבסמכות השיפוט של בית הדין בוצע על ידי אדם בהתאם לפקודת ממשלה או ממונה צבאי או אזרחי, לא תפטור את האדם מאחריות פלילית אלא אם כן:
2. האדם היה כפוף למחויבות משפטית לציית לפקודות הממשלה או הממונה הנידונים;
3. האדם **לא ידע** שהפקודה אינה חוקית; וכן
4. הפקודה לא הייתה **בלתי חוקית בעליל**
5. למטרות סעיף זה, פקודות לבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות הן בלתי חוקיות בעליל".

אם הם היו מאמצים את ה"ידע או היה צריך לדעת" זה היה כתוב מפורשות, אולם בסעיף רשום "לא ידע". בנוסף, רשום "הפקודה בלתי חוקית בעליל" (נרחיב בהמשך).

**הגנת הצידוק במשב"ל – הדין המנהגי**

לאור חוסר העקביות (שהוצגה לעיל), יש חילוקי דעות לגבי מה הדין הבינלאומי המנהגי בנושא:

1. יש הסבורים שהכלל הוא אחריות מוחלטת (כפי שנקבע לאחר מלחמת העולם השנייה, בין היתר בנירנברג וטוקיו, וכן בחוקות הICTY והICTR.
2. אחרים סבורים, שקיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה בין המנהגי של המשב״ל הפלילי אך שאבן הבוחן להגנה הינה מבחן אי החוקיות בעליל במובן שלהעידר הגנה רק כשהפקודה אינה בלתי חוקית אלא גם בלתי מוסרית באופן חמור (גישה של ״פגם מוסרי״) (זאת על סמך חלק מהפסיקות שניתנו לאחר מלחמת העולם השנייה, וכן פרשנות מסוימת של ס׳ 33 (כפי שיוסבר בהמשך)).
3. קבוצה שלישית גם סבורה שקיימת הגנה כזו בדין המנהגי, ושאבן הבוחן שלה הוא העדר חוקיות בעליל אך במובן של מבחן ״הידע או היה צריך לדעת״ (זאת על סמך חלק מהפסיקות שניתנו לאחר מלחמת העולם השנייה, וכן פרשנות מסוימת של סעיף 33 (כפי שיוסבך בהמשך). בנוסף, לאור חילוקי הדעות הנ״ל, כמו גם חילוקי הדעות בדבר הפרשנות הנכונה לסעיף 33, יש חילוקי דעות בדבר האם סעיף 33 משקף או לא משקף את הדין המנהגי. **הדבר היחיד שיש לנו עליו קונצנזוס הוא שהדין הבינלאומי מנהגי דחה את גישת ההגנה המוחלטת.**
* יש אפילו הטוענים שבס' 33 לאמת רומא תומך באחריות מוחלטת.

**הגנת הצידוק באמנת רומא**

מה קורה עם ס' 33 והבלגן שיצר?

גישה 1: **"בעליל" = 'היה צריך לדעת'**. כלומר, גישת הידע או היה צריך לדעת.

גישה 2: **"בעליל" = פגם מוסרי, תוך פרשנות מרחיבה שלו.** אלה פשעים שאפילו המבוא לאמנת רומא אומר שהם לא מוסריים. לכן, בהגדרה הם טוענים שיש בהם פגם מוסרי. לכן, הם אומרים לא להתייחס לניסוח, אלא בפועל כל פקודה לבצע פשע מלחמה תהא פקודה בלתי חוקית בעליל – מכניסים את אחריות מוחלטת.

* בסעיף אמרו שרצח עם ופשעים נגד האנושות הם בוודאות פקודות בלתי חוקיות

גישה 3: **"בעליל" = פגם מוסרי, ופרשנות צרה שלו.** שאומרת שאם היו רוצים להגיד ידע או היה צריך לדעת, היו כותבים זאת. זה שמשתמשים במונח "בעליל" אומר שרצו שנסתמך על "ידע או פגם מוסרי חמור".

**ההבדל:** במקרים שבהם החייל לא ידע, ומגיעים למסקנה שחייל סביר היה יודע, אולם נגיע למסקנה שהפקודה היא לא נורא חמורה, החייל יצא זכאי. בעצם מדובר בשעטנז של שתי גישות הביניים המרכזיות. **ס' 33 מאחד בין שתי גישות הביניים המרכזיות.**

זה וויכוח בספרות!! אין פסיקה בנושא של הICC אבל אם נכנס לעומק לאמירות אגב בפסיקה שכבר קיימת בICC נמצא מגמות סותרות.

**בהצלחה רבה רבה! 100 במבחן בע"ה 😊**