במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומי?

בפשעים בינלאומיים גרעיניים.

**ארבעת הקטגוריות של פשעים בינלאומיים שמוסכמים על כולם:**

1. רצח עם – נגזרת של פשעים נגד האנושות, הדברים הכי חמורים.
2. פשעים נגד האנושות
3. פשעי מלחמה – הריגה והתעללות בשבויי מלחמה.
4. תוקפנות – תוקף מדינה אחרת פותח במלחמה בניגוד לכללים של מתי מותר לפתוח במלחמה.

**מה משותף לקטגוריות האלה?**

1. הפרות חמורות של דיני הלחימה + הרחבות גם כלפי אזרחים של המדינה וגם לא בעתות לחימה. מעשים שהיו אסורים על פי דיני הלחימה, כאשר שאר הקטגוריות הן הרחבה של המצבים בהם הם נעשים, הורחבו לכך שיהיו רלוונטיים גם בעתות שלום וגם כשהשלטון עושה את הפעולות כנגד התושבים שלו.
2. נקודת "התחלה" היסטורית משותפת (משפטי נירנברג). שלוש מתוך הקטגוריות באופן מפורש, ואחת באופן משתמע, נמצאות בחוקת לונדון (נירנברג), שהיא האמנה שעל בסיסה שפט בית הדין הבינלאומי בנירנברג. רצח עם נכנס בתוך הקטגוריה של פשעים נגד האנושות.
3. מניעת פגיעות חמורות בזכויות אדם בסיסיות. רוב המעשים שנאסר לעשות הם מעשים שפוגעים בזכויות אדם בסיסיות. ישנם פשעי מלחמה אחרים שאינם פוגעים בדיוק בזכויות אדם בסיסיות, אך עדיין נמצאים ברשימה מתוך סיבות אחרות.

**משפט פלילי "רגיל" (מדינתי):**

* **מי ניסח את העבירות?**
* **מהו הצידוק לאכיפה (סוגי סמכויות השיפוט \ הקשר למקרה)?** במצב רגיל, אם ישראלי רוצח מישהו במקסיקו, לא ניתן להעמיד אותו לדין בישראל. היום יש אפשרות לאכוף על סמך צידוק אוניברסילי, משמע שמערכת משפט של מדינה שלא קשורה למקרה או בית דין בינלאומי, הם אלה שאוכפים את הדין.
* **סוג המערכת האוכפת (מדינתית)**

רוב המשפט הפלילי הבינלאומי פונה לבני אדם, כאשר רוב המשפט הפלילי הרגיל פונה למדינות.

**למשפט הבינלאומי הפלילי יש נורמות משני סוגים:**

1. אמנות רבות משתתפים- מולטילטרליות.
2. משפט בינלאומי מנהגי.

חלק נכבד מהאיסורים היום ניתן למצוא אותם באמנה כזאת או אחרת, יחד עם זאת, רוב האיסורים העיגון שלהם נמצא בדין בינלאומי מנהלי. אם מדובר רק באמנה אז אולי החוק לא חל על מדינה שלא חתומה באמנה, במנהג זה לא רלוונטי.

רוב האיסורים של המשפט הפלילי נקבעו אחרי או במהלך מלחמת העולם השנייה. משמע, רוב האיסורים נולדו לפני שרוב המדינות הקיימות היום קמו.

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

* מלחמת העולם השנייה (משפטי נירנברג, טוקיו ועוד).
* שתי תובנות:
1. המשפט הבינלואמי ייעודו העמוק הוא לשרת את בני האדם. המשפט הבינלאומי צריך לשרת גם בני אדם, לא רק מדינות ולפעמים הוא צריך להגן גם על בני האדם מהמדינות שלהם.
2. מאחורי הישות שנקראת מדינה מסתתרים אנשים (הרמת "מסך הריבונות"). מאחורי המדינה מסתתרים אנשים, הם עושים את הפעולות שאחר כך אנחנו אומרים שהפרו או לא הפרו את המשפט הבינלאומי.

גם כאן שני האלמנטים שהיו בשוד ים קיימים – קשר אכיפתי כי בדרך כלל מדינת העבריין לא רוצה להעמיד אותו לדין כי היא שלחה אותו ואינטרס אוניברסלי כי יש הגנה על נורמות אוניברסליות.

כמות השודדים בים – כמות המועמדים לדין.

* 1950-1990 – קפאון עקב המלחמה הקרה. אחרי מלחמת העולם השנייה הייתה המלחמה הקרה ואז המשפט הבינלאומי נכנס לתרדמה, כשבעיקר במשפט הפלילי הבינלאומי כמעט ולא היו הליכים, למעט הליכים של העמדת פושעים נאצים למיניהם.
* 1990 – הקמת ICTY, ICTR – המשפט הבינלאומי פורח באופן כללי ובאופן ספציפי פריחה של המשפט הפלילי הבינלאומי. הפריחה הזאת מתחילה עם ההקמה, באמצע שנות ה90, של בית הדין הפלילי הבינלאומי בנוגע ליוגוסלביה (שם התחילה מלחמת העולם הראשונה) ICTY, ובית הדין ברואנדה(אחד מרצחי העם היעילים ביותר בהיסטוריה האנושית, בפחות משנה הורגים עם מצ'טות בין חצי מיליון למיליון איש) ICTR. הדברים האלה החרידו את אירופה והביאו להתקדמות המשפט הפלילי הבינלאומי.
* 2000 – הקמה טריבונאלית. מעורבים, ICC, סמכות אוניברסלית, הגברת אכיפה מקומית. בית הדין הקבוע הבינלאומי הפלילי בהאג.

**עמדות נגד:**

1. טיעון פטליסטי – אין לזה טעם, שום דבר לא יעזור, מי שחושב אחרת הוא נאיבי.
* תשובה: יש השפעות גם כלפי מעצמות, סנקציות כלכליות, יבוא וייצוא. רוב המדינות הן באמצע ולכן יש להן מה להפסיד. מדובר במדרון חלקלק, אם אנחנו יכולים, גם הם יכולים.
1. גם ככה הכל מושחת, הכל פוליטי.

**אמירה שהכל פוליטי היא בעייתית מ3 סיבות:**

1. מדרון חלקלק – המחשבה ש"כל אחד יכול", תגרום למדרון חלקלק ולהרשות לעצמם יותר.
2. קשה לשקם אמון כשהוא נשבר, הדרך לשמר אותו הוא לעצור ולהבין שלא הכל ציני ופוליטי, יש גם ערכים אוניברסליים.
3. מי שטוען שהכל פוליטי והכל מושחת לפעמים צודק, לפעמים הוא מנסה להסתיר את זה שהוא מושחת ובדרך כלל יש אלמנטים פוליטיים וערכיים בשני הצדדים שצריך לבחון. מי שטוען שהכל מושחת, כדאי לשאול מה האינטרס שלו, הוא הצדיק היחיד?

**עמדות בעד:**

* בבסיס של הרבה מאד מהנורמות, האיסורים, הגנה על ערכים אוניברסליים בסיסיים שראוי להגן עליהם (למנוע רצח עם, תוקפנות וכו').
* שיקולי גמול – יש פשעים כל כך חמורים שזה לא משנה אם עוד פשעו, כל מי שפשע צריך להיענש וזה לא תירוץ שאחרים עושים.
* שיקולי הרתעה – כשמדינות מועמדות לדין בזירה הבינלאומית, מדינות אחרות חוששות ומקפידות יותר מבעבר. לא את כולם, מעצמות ומדינות מבודדות בדרך כלל פחות נרתעות. שפיטה במקום שביתה – שביתה במקום מלחמה, רוב המדינות חותמות על אמנות על מנת למנוע מגורמים בתוך הממשלה לחזור על מעשים שעשו בעבר, ריסון עצמי גדול יותר. הלחץ לציית גובר – אם לא מצייתים משלמים מחיר.

בשנים האחרונות יש ביקורת גוברת על המשפט הפלילי הבינלאומי, הלגיטימיות והתועלת שלו עומדות בסימן שאלה.

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

* דיני השימוש בכוח – הסדרה, בעיקר של סוגיות הנוגעות למתי ואיך מותר לפתוח במלחמה. בגדול, רק בהגנה עצמית.
* דיני הלחימה – הסדרת התנהגויות בזמן הלחימה ודברים שמותר לעשות בזמן הלחימה. משפט הבינלאומי ההומניטרי. (לדוג' אסור לרצוח שבויים, אסור להשתמש בנשק כימי).

הגדרה לא מדויקת, לא לבחינה:

* פשע התוקפנות – הפרה של דיני השימוש בכוח, אשר בגינה המשפט הבינלאומי מטיל אחריות פלילית, משמע מטיל אחריות על בני האדם. כל הפרה של דיני השימוש בכוח, מטילה אחריות על מדינה, אם ההפרה היא גם פשע תוקפנות אז בנוסף לאחריות שמוטלת על המדינה, מוטלת אחריות פלילית עם בנאדם.
* פשעי מלחמה – הפרות של דיני הלחימה, שבגינן מוטלת אחריות פלילית על בני אדם. כל הפרה של דיני מלחמה מוטלת אחריות על המדינה, פשעי מלחמה זה דוג' לחוק שמטיל אחריות גם על הבנאדם.

**תוקפנות**

הבחנה בין מעשה תוקפנות לפשע תוקפנות.

**מעשה תוקפנות:**

פעולה של המדינה. כשמדינה מבצעת הפרה חמורה של דיני ה"יוס אד בלום" (שימוש בכוח), היא מבצעת מעשה תוקפנות.

**פשע התוקפנות:**

הנורמה שמטילה אחריות על בנאדם.

בד"כ מתייחסים לשניהם ביחד כשמדברים על תוקפנות, מבחינה משפטית צריך לעשות הבחנה בין מעשה תוקפנות לפשע תוקפנות. יהיו מקרים שיהיה מעשה תוקפנות ולא נמצא מישהו שעונה לתנאים שאפשר להטיל עליו אחריות פלילית על פשע תוקפנות (למשל, קושי ראייתי).

**רקע היסטורי:**

* על פי הנרטיב המקובל, עד מלחמת העולם הראשונה, מדינות יכלו לצאת למלחמה מתי שבא להן.
* 1914, הגרמנים יוצאים למלחמה לא מוצדקת. איך יודעים שהיא לא מוצדקת? הם מתכננים אותה מראש, אומרים לאוסטרים להציב אולטימטום לסרבים, תחת הנחה שהסרבים יגידו לא לאולטימטום ואז יוצאים למלחמה. הבעיה הייתה כשהסרבים אמרו כן לאולטימטום.
* בתום המלחמה מבקשים להעמיד לדין את ווילי (מפקד בגרמניה), על תוקפנות, אמה מה, על פי הנרטיב המקובל הוא יכל לצאת למלחמה מתי שבא לו. לכן, זאת הייתה הסיבה שלבסוף הוא לא הועמד לדין.
* 1928 – בעקבות המלחמה מנוסחות מספר אמנות, שבגדול אסרו על מלחמה. (המפורסמת ביותר, אמנת קלוג-בריאן).
* בפועל, יש המון מלחמות גם עד מלחמת העולם השנייה.
* 1939 – מלחמת העולם השנייה.
* למרות שהיו את המלחמות האלה והגרמנים פרשו מהאמנה הזאת, בית הדין בנירנברג קובע שבהקשר לפושעי הנאצים במלחמת העולם השנייה, בהתעלם מכל המלחמות ומפרישת גרמניה מהאמנה, התגבש דין מנהגי בין המדינות אשר אוסר על יציאה על מלחמות. **ויתרה מכך, הוא מניח שמאחורי מדינות נמצאים אנשים** ולכן על הפרה של הדין הזה, על ידי מדינה, גם מטילה אחריות על האנשים.
* נירנברג אומר יותר מזה, נירנברג אומר **שתוקפנות היא פשע הפשעים,** כל מרבית הפשעים האחרים מתבצעים בהקשר מלחמתי. כלומר, אם לא יוצאים למלחמה אי אפשר לבצע פשעי מלחמה.
* הבעיה היא שכולם מסכימים שכלל שקובע שאסור אף פעם לצאת למלחמה הוא כלל בעייתי. אנחנו רוצים לתת למדינות לצאת למלחמה עבור הגנה עצמית.

לכן קורים שני שינויים גדולים אחרי מלחמת העולם השנייה:

1. באמנת האו"ם קובעים כללים חדשים, דיני שימוש בכוח חדשים. דיני השימוש בכוח האלה קובעים - אסור להשתמש בכוח (אסור לצאת למלחמה), ומלבד בשני חריגים:
2. ניתן לצאת למלחמה כאשר מועצת הביטחון מרשה את זה.
3. כאשר השימוש שלך בכוח, נעשה כפעולה של הגנה עצמית בתגובה למתקפה חמושה.
4. ס' 7 לאמנת האו"ם נותן סמכות למועצת הביטחון להכריז שבוצעה תוקפנות בתיאוריה היא יכולה גם להכריז שאדם ביצע מעשה תוקפנות ואז תבקש להעמיד אותו לדין. בפועל מה שקורה זה שרק מדינות עד היום עמדו לדין בנושא זה.
* אחרי מלחמת העולם השנייה, בזמן המלחמה הקרה, עניין התוקפנות נכנס לתרדמה. מלבד אותם מקרים שסבבו את מלחמת העולם השנייה, אין בעצם העמדה לדין בגין פשע התוקפנות. בעצם ההנחה הרווחת בשנים האלה היא שפשע התוקפנות, למרות שהוכרז "פשע הפשעים", בעצם מת בסתר.
* דיני השימוש בכוח שתקפים היום – מרביתם הם מה שהתגבש באמנת האו"ם ויש הסכמה שמה שהתגבש שם משקף היום דין מנהגי.

**פשע התוקפנות בעייתי פוליטית:**

* דיני השימוש בכוח הם דינים עמומים - דיני השימוש בכוח הם דינים יחסית עמומים ולכן יש חשש יותר גדול לשימוש לרעה, פוליטית, במיוחד כאשר הנאשמים הם ההנהגה, מדובר באמצעי להכפיש מדינות שאתה לא אוהב.
* ההחלטה לצאת למלחמה מושפעת משיקולים פוליטיים - החלטה של מדינה מתי היא נמצאת באיום של הגנה עצמית ומתי היא צריכה לפתוח במלחמה, זהו אלמנט אסטרטגי, פוליטי חזק.
* ההחלטה לצאת למלחמה מתקבלת על ידי ראשי המדינה, לכן הסיכוי שיאכפו את החוק כנגד עצמם אפסי.
* מועצת הביטחון היא הגוף הבלעדי לקבל החלטות בדבר הפרות של דיני השימוש בכוח. ההנחה הייתה שמועצת הביטחון לא תרצה לוותר על המונופול של קביעת פשע התוקפנות ולתת לביהמש אפשרות גם להתערב בעניין.
* על כן, כמעט ולא נאכף מתום מלחמת העולם השנייה.

**המשך היסטוריה:**

* בשנות ה90 מצליחים להגיע לקונצנזוס על הקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע – ICC. האמנה שלו נחתמת ב98', הוא נכנס לתוקף בשנת 2002.
* מנסחי אמנת רומא היו בבעיה, מצד אחד כל הסיבות לעיל הן סיבות פוליטיות נהדרות לא להכניס את פשע התוקפנות פנימה, מצד שני אי אפשר לא להכניס אותו, כאשר בית הדין הזה הוא המשך של נירנברג, מכניס את כל הקטגוריות שנירנברג עסק בהן, מלבד "פשע הפשעים"?
* הפתרון: נוצר סעיף שאומר שלבית הדין תהיה סמכות על פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות. הסמכות על תוקפנות תכנס לתוקף כאשר המדינות תסכמנה על הגדרה לתוקפנות.
* 2010 – המדינות החברות באמנת רומא, מגיעות לניסוח מוסכם לפשע התוקפנות. יחד עם זאת, המדינות האלה הכניסו טריק קטן, הן אמרו "סמכות השיפוט של הICC בנוגע לתוקפנות, תכנס לתוקף רק אם יותר משלושים מדינות תסכמנה להחיל את פשע התוקפנות עליהן, אם יגיעו לאותן שלושים מדינות תוך שבע שנים, במליאה של כל המדינות החברות, המדינות תסכמנה להכניס את זה לתוקף."
* 35 מדינות חותמות עד 2017 ותוך שנה ניתנת סמכות לICC להעמיד לדין על תוקפנות.
* חריג: בשונה מסמכות השיפוט בנוגע לשאר הפשעים, צריך בהקשר של התוקפנות:
1. שהמדינה תחתום על התוספת לICC, כלומר על ההסכמה המיוחדת שהתוקפנות תחול עליה. (מה שאמרנו ש35 חתמו)
2. צריך 2 מדינות כאלה – שהנאשם יהיה אזרח של מדינה שהסכימה ושהפשע יבוצע בשטח של מדינה שהסכימה.
* היום יש 43 מדינות, רבע ממדינות העולם, שחתומות על זה.

**ס׳ 8 bis:**

* **״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 המדינה.
* **״מעשה תוקפנות״:** שימוש בכוח מזויין על ידי מדינה כנגד הטריטוריה, העצמאות הפוליטית או הריבוניות של מדינה אחרת, או בכל אופן אחר שאינו תואם אמנת האו״ם.

**בהגדרה של תוקפנות** יש רשימה של סגורה של מעשי תוקפנות. ללמוד את ההגדרות למבחן – חשוב!

**ס' 8 לאמנת רומא - הגדרות של תוקפנות:**

A- התקפה, כיבוש או סיפוח

B - הפצצה

C - סגירת נמלים ודרכי אספקה

D - התקפה של כלי טייס או ספינות או כוח יבשתי

E - שימוש בנשק שהובטח למטרה אחת אבל בפועל למטרה אחרת. שימוש

או להישאר יותר זמן ממה שתוכנן

F - לאפשר שימוש באדמה למען מדינה 1 כדי לתקוף מדינה אחרת

G - שימוש בכוח מזויין לא סדיר

**פשעי מלחמה**

דין מבין דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי שבגין הפרתו מוטלת אחריות משפטית (אישית-פלילית), על האדם המפר (ולא רק על המדינה).

נשאלות 2 שאלות: מהם דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי? אילו מבין דיני הלחימה, הפרתם גוררת אחריות משפטית על האדם המפר?

**מהם דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי?**

בהפשטה, דינים של המשפט הבינלאומי שמטרתם להכווין את ההתנהגות בזמן מלחמה, לרבות בשטח כבוש. ובעיקר את התנהגות הלוחמים באינטראקציות שלהם עם: האוכלוסייה האזרחית ולוחמי האויב.

**הרציונליים מאחורי דיני הלחימה השונים:**

* מרבית דיני הלחימה נועדו להגן על זכויות אדם בסיסיות.
* איך זה מסביר את דין הלחימה שאומר שאם הצד השני רוצה לדבר איתי הוא מרים דגל לבן, בא לדבר ואז חוזר לצד שלו, למה בזמן שהוא בדרך אליי ובדרך חזרה אסור לי לירות בו? הסיבה היא צורך בתיאום, יש אינטרס לקבוע כללים שיאפשרו אינטראקציות.
* איך שתי הנקודות לעיל מסביר את הכלל שאסור להילחם בזמן שאתה לובש את מדי האויב? המקור של האיסור מימי הביניים, בימי הביניים המדים היו של האביר, נכס של המשפחה, המטרה שלהם הייתה לסמן לצד השני שאם יקח אותו כשבוי המשפחה שלו תשלם כופר. הסיבה היא בעצם הפרה של זכויות יוצרים. לסיכום, יש מעט כללים מטופשים או אזוטריים כמו החובה לאפשר לשבוי לעשן.

**נהוג לחלק את קורפס דיני הלחימה לשנים וחצי תת-קורפוסים:**

1. דיני העימות המזויין הבינלאומי (IAC-law) – קיימים מאות שנים.
* דיני הכיבוש (תת קורפוס). סוג מיוחד של דיני לחימה שחלים בשטח כבוש, בנוסף לדיני הלחימה הרגילים.
1. דיני העימות המזויין שאינו בינלאומי (NIAC-law). הדוג' הקלאסית והברורה זאת מלחמת האזרחים – דינים אלו מתפתחים מאמצע המאה ה20, מתוך הבנה שחייבים להגביל את המדינות בפעולות שלהן. הנרטיב המקובל הוא שהדין המנהגי הראשון בנושא מתגבש בשנות ה30', בעיקר בעקבות מלחמת האזרחים בספרד. דין האמנה הראשון שעוסק בנושא מתגבש אחרי מלחמת העולם השנייה, כאשר מנסחים את אמנות ג'נבה של 1949. כל הסעיפים של כל ארבע האמנות עוסקים בנושא הזה, מלבד סעיף אחד שנקרא סעיף 3 המשותף, משום שהוא מופיע כסעיף 3 בכל אחת מארבעת אמנות ג'נבה. המטרה הייתה כדי שאם מדינה לא תרצה לחתום על אחת האמנות ולא על כולן, היא לא תוכל להתחמק ממנו. זה לא היה רלוונטי בסוף כי כל המדינות חתמו. זה היה הדין הראשון שעוסק בנושא, ככלל יש יותר דינים בנושא הזה מהנושא הבינלאומי.

**איפה ניתן למצוא את דיני הלחימה:**

* במשפט הבינלאומי המנהגי
* ו\או באמנות בינלאומיות

**מה האמנות המרכזיות:**

1. תקנות האג מ 1907 (עוסקות אך ורק בIAC) - ישראל לא חתומה, טוענת שמדובר בדין מנהגי.
2. 4 אמנות ג'נבה מ1949 – ישראל חתומה, הקונצנזוס שהאמנות מהוות גם דין מנהגי. ישראל לא חתומה על האמנה הרביעית שעוסקת בדיני כיבוש, בטענה שמדובר בדין מנהגי. (מלבד ס' 3 המשותף, עוסקות רק בIAC)
3. שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה ב1977.

הפרוטקול הראשון עוסק בבינלאומי, הפרוטוקול השני עוסק בפנימי.

(הראשון הרבה יותר מפורט מהשני)

1. בנוסף, יש גם את אמנת רומא (שקובעת שמעשים מסוימים הם פשעי מלחמה ועל כן גם נכנסת לדיני לחימה)

**חלוקת הדינים:**

* **בפועל רוב הדינים הם גם באמנות וגם בדין מנהגי**
* **דין מנהגי שלא רשום באמנות**
* **דין שרשום באמנות שהוא לא מנהגי** – לדוג' אמנת ג'נבה הרביעית שקובעת שאסור להעביר אוכלוסייה לשטח כבוש. מדינת ישראל מפרשת את האיסור הזה כלא חל על העברה וולונטרית, רוב העולם לא מסכים עם הפרשנות הזאת. באמנת ג'נבה ובאמנת רומא כתוב במפורש שזה חל גם על העברה וולונטרית. אז לטענת מדינת ישראל מדובר בדין שנמצא רק באמנות שלא חלות עליהן ושזה לא מנהגי.
* **דין שרשום באמנות שהוא אולי מנהגי –** לדוג' ויכוח האם כידונים שהגב שלהם הוא מסור אסורים או מותרים לפי דיני הלחימה. אין סעיף שעוסק בזה, יש מדינות שטוענות שזה אסור משום שזה גורם לסבל מיותר. יש שטוענות שזה מותר כי מותר להשתמש בזה כסכין, אז איך השימוש בזה כרובה הוא לא בסדר? במלחמת העולם הראשונה ביקשו מגרמניה להפסיק את השימוש בזה וגרמניה הפסיקה. אך בגלל שכבר כמעט ואין שימוש בנשק הזה, הוויכוח הזה נשאר בעיקר תיאורטי.
* **נורמות שהן אולי דין מנהגי שלא רשומות באמנות**

**למה אנחנו צריכים את דיני הלחימה?**

אנחנו רוצים לשמור על קריטריונים מוסריים, אבל לפעמים בזמן מלחמה יש פגיעה בשיקול הדעת. כאשר אתה חתום על אמנה כזאת, זה יכול להזכיר לך שבזמן של שפיות לא רצית לעשות את הפשעים האלה.

סיבה נוספת, רוב המלחמות לא נגמרות בהשמדת הצד השני ולכן, אתה צריך לזכור שלכל מלחמה יש מוצאי מלחמה ובמוצאי המלחמה תצטרך להתמודד עם הצד הזה. מידת השנאה בין הצדדים לאחר המלחמה, תלוי באופן חלקי, במידה שכל צד יהיה מוכן לרסן את עצמו.

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

**ישנן שתי גישות שרווחות במענה לשאלה הזאת.**

1. **גישת נירנברג:**

כל דין מדיני הלחימה הפרה שלו היא פשע מלחמה, כי מאחורי מסך הריבונות של המדינה מסתתרים אנשים.

* הבעיות עם גישת נירנברג:
1. רשימה ארוכה מידי יוצרת בעיה, לא באמת ניתן להניח שאנשים יודעים את כל האיסורים, כי ברגע שזה כל פשעי המלחמה השונים – לא כולם מייצגים נורמות מוסריות בסיסיות.
2. עמימות ואי ודאות. מוטלת חובה עמומה על המדינה, תוך איום בענישה פלילית, מתוקף החובה העמומה, נוצרת בעיה של אזהרה מוקדמת.
3. רשימה ארוכה של פשעי מלחמה = חשש גדול לניצול לרעה פוליטי. לפעמים צדדים משתמשים בדיני הלחימה כדי לצבוע באופן רע את האויבים שלהם. ככל שהרשימה ארוכה יותר, יש להם סל יותר ארוך של אופציות לעשות ניצול הפוליטי של המשפט הפלילי.
4. בדיני העונשין צריך להוכיח יסוד נפשי, מדובר בדבר מורכב. למדינות אין נפש, מטרת דיני הלחימה היא למנוע פשעי מלחמה, אך איך אפשר להוכיח את היסוד הנפשי? גם יש הבדל בין יסוד נפשי של מחדל לכוונה.
* דוג' לבעיה עם העניין הזה הייתה במשפט נירנברג, שהוצאו אנשים להורג, בגלל שהפרו את איסור הלחימה במדי האויב.
* פיליפ רוס – האשימו אותו בפשע מלחמה של גניבה ואילוץ אזרחים לעבוד. בסופו של דבר, לא הצליחו להוכיח שהוא גנב את הרכוש. דיני המלחמה אומרים שאם חייל לוקח רכוש ממישהו במלחמה, הוא צריך לתת לו פתק שמראה על מה שהוא לקח, על מנת שיוכל לקבל אולי החזרים בהמשך. מה שהצליחו להוכיח בסופו של דבר זה רק שהוא לא נתן את הקבלות ובכל זאת מרשיעים אותו בפשע מלחמה.
1. **גישת ההפרות החמורות - 1977**

גישה אלטרנטיבית שהחלה אחרי מלחמת העולם השנייה, לפיה הפרה של דין מדיני הלחימה תחשב פשע מלחמה, רק אם מדובר בדין אשר בהפרתו יש משום הפרה חמורה של דיני לחימה חשובים.

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, רק מעשים חמורים).
3. פחות חשש להעדר התאמה למשפט הפלילי
4. חומרה=הגנה על ערכים\אינטרסים אוניברסליים חשובים.

מאז מלחמת העולם השנייה ועד היום אנחנו רואים ניסיון ליישם את גישת ההפרות החמורות. כל משטר כזה נקרא משטר הבעיות החמורות, כאשר כל אחד מהם יוצר בעיות משלו.

**ניסיונות ליישם את גישת ההפרות החמורות:**

1. משטר ההפרות החמורות של אמנת ג'נבה 1959 – רשימה של מה שנחשב דיני מלחמה, כולל הבחנה בין סעיפים המטילים אחריות על המדינה לבין סעיפים המטילים אחריות גם על המדינה וגם על המפר.
2. משטר ההפרות החמורות של הפרוטוקול 1977 – הפרוטוקול הראשון, עוסק בIAC, כולל הרחבה של הרשימה מאמנת ג'נבה. הפרוטוקול השני כולל סכסוכים משפטיים שאינם בין מדיניים (NIAC) והוא לא כולל הפרות חמורות, לכאורה אף אחד מהם לא כולל פשע מלחמה.

**בעיות עם היישומים האמורים:**

* 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.
* מה לגבי דינים שנכללו בג'נבה\בפרוטוקול אבל לא נקבע שהפרתן מההווה הפרה חמורה, למרות שראוי היה שיקבע? (למשל ס' 3 המשותף).
* אין משטר הפרות חמורות בנוגע ל NIAC-LAW
* מה דינן של נורמות המעוגנות באמנות שיש ויכוח לגבי מנהגיונתן? (בעיה שמחמירה לאחר אימוץ הפרוטוקולים).

הסיפור של בעיות 1-3 מגיע לפתחו של בית הדין ICTY, שעסק במלחמה של יגוסלביה. לכן, אנשים טענו שלא ניתן להאשים אותם בפשעי מלחמה על פשעים שבוצעו בNIAC, משום שאין משטר הפרות חמורות בנוגע לדיני לחימה בNIAC. ז"א להשקפתו אי אפשר להכיל את דיני הלחימה על הפרות שבוצעו בNIAC.

**ניסיון שלישי ליישם את גישת ההפרות החמורות – פס"ד Tadic של ICTY מ-1994:**

השאלה הקונקרטית בה עסק פס"ד:

האם הפרות של ס' 3 המשותף מהוות פשעי מלחמה? (ס' שלא הוגדר כהפרה חמורה).

ברמה היותר כללית עסק הפס"ד בשאלה:

האם ישנם פשעי מלחמה בNIAC?

ברמה הכי כללית:

האם הפרה של דיני מלחמה, שהפרתם אינה מוגדרת הפרה חמורה באמנות ג'נבה ו\או בפרוטוקול הראשון, יכולה להיות פשעי מלחמה?

התשובה לכל השאלות האלו היא לא.

**מה עושה בית הדין על מנת להתמודד עם הבעיות האלו?**

הם יכלו ללכת לגישת נירנברג ולחזור לטענה שכל הפרה של דיני הלחימה היא פשע מלחמה, הם לא עשו את זה.

הם יכלו ללכת לפי משטר החובות החמורות, אבל הם לא עשו את זה גם.

**הם בוחרים בגישת ביניים:**

אנחנו לא ב1977 ובטח לא ב1949, מאז דיני הלחימה התפתחו, לכן יכולים להיות דיני לחימה שאינם מוגדרים כהפרות חמורות באמנות ג'נבה ופרוטוקולים, גם אם ההפרה לא הוגדרה כהפרה חמורה וגם אם הם לא נמצאים, כי הם רק בדין המנהגי\בתקנות האג.

הפס"ד מאמץ יישום מעודכן של גישת ההפרות החמורות. כדי שיקבע כי הפרה של דין מדיני הלחימה מהווה פשע מלחמה, אף אם אינה מוגדרת כך באמנות ג'נבה\בפרוטוקול הראשון. נקבעו שני תנאים מצטברים:

1. מדובר בהפרה רצינית של דין לחימה חשוב.
2. התגבשה בנוגע להפרה שכזו של דין הלחימה האמור, פרקטיקה רווחת בעולם של הטלת אחריות אישית-פלילית בגין ההפרה. משמע, נמצא בחוקי עונשין של מדינות רבות.

לגבי השאלה הקונקרטית התשובה של טאדיץ' היא כן, הפרה של ס' 3 המשותף מהווה הפרה חמורה ועל כן פשע מלחמה, בכפוף לשני תנאים לעיל.

בתשובה לרמה היותר כללית – כן, אבל רשימת פשעי המלחמה בNIAC אינה בהכרח זהה לזו בIAC משתי סיבות: לא כל דיני הלחימה רלוונטיים לשניהם, יכול להיות שיהיה רלוונטיים לשני הסכסוכים אבל לגבי NIAC לא תהיה פרקטיקה רווחת של הכללה.

התשובה לרמה הכללית – כן, גם בNIAC וגם בIAC וזאת גם בהתאם למבחן טאדיץ'.

**הבעיות עם מבחן טאדיץ':**

1. עמימות – שוב לא יודעים בוודאות איזה דין מדיני הלחימה הוא פשע מלחמה, כי גם המילים הפרות רציניות, נורמות חשובות, רווחת, הן עמומות.
2. חילוקי דעות וחוסר וודאות בנוגע לאילו מעשים מהווים פשעי מלחמה. כמה רווחת צריכה להיות הפרקטיקה? 30 מדינות זה מספיק? 50? זה משנה איזה מדינות?
3. הרחבת יתר בדרך שיפוטית, פתאום הסמכות להגדרת מה זה פשע מלחמה עברה לבתי המשפט.

**ניסיון 4 ליישם גישת ההפרות החמורות - ס' 8 לאמנת רומא:**

מנסח רשימה של פשעי מלחמה של – ICC תהיה סמכות עליה.

מי מנסחות את הרשימה? המדינות שחתומות על אמנת רומא, ז"א חזרה למצב שהשליטה בידי המדינות.

מדובר ברשימה סגורה של פשעי מלחמה בס' 8 לאמנת רומא, מעל מאה דינים. הרשימה מחולקת ל4 חלקים, שניים עוסקים בIAC ושניים בNIAC.

**תתי הסעיפים שעוסקים בIAC:**

1. הנורמות שהוגדרו כהפרות חמורות כבר בג'נבה\בפרוטוקול.
2. מצהיר על עצמו שהוא יישום של מבחן טאדיץ' בנוגע לIAC, ז"א מכריז על עצמו שאלה הם פשעי המלחמה הנוספים שקיימים בIAC.

**תתי הסעיפים שעוסקים בNIAC:**

1. היישום הכי נקודתי של טאדיץ', מכריז על הפרות של ס' 3 המשותף כפשעי מלחמה.
2. יישום של טאדיץ' לגבי NIAC. רשימה של עוד דיני לחימה שעוסקים בNIAC, שהפרתם מהווה פשע מלחמה.

למרות ש3 מתוך 4 תתי הסעיפים בעצם מצהירים שהם יישום של מבחן טאדיץ' (הרביעי עוסק בהפרות חמורות של אמנות ג'נבה). יש לשים לב שמדובר ברשימה (מעט) יותר מצומצמת של פשעי מלחמה, ביחס לפסיקה שיישמה את מבחן טאדיץ'.

כדי למנוע התנגשות חזיתית עם פסיקה זו, סעיף אחר באמנה מצהיר שהיא עוסקת רק בפשעים הבינלאומיים הגרעיניים החמורים ביותר. משמע, יכול להיות שיש פשעים נוספים שלא נכללו באמנה.

**יתרונות:** צמצום אי הוודאות, הקטנת הסיכוי להרחבת-יתר של רשימת האיסורים – לפחות בהקשר של הICC , יש רשימה סגורה המוסכמת על המדינות החברות באמנה.

**יתרון\חיסרון נוסף:**

השליטה חוזרת לידי המדינות.

**בעיות:**

1. רשימה מצומצמת מידי (לדוג' חסרים: "ענישה קולקטיבית", "הטלת מורא באוכלוסייה אזרחית" ו-"עבדות יחידנית שהיא אינה מינית")
2. רשימה רחבה מידי (סיבה א) (לדוג' "לחימה במדי האויב").
3. רשימה רחבה מידי (סיבה ב) (לדוג' לדעת ישראל, "העברת אוכלוסייה לשטח כבוש")

חשוב להבהיר כי לגבי מרבית הרשימה ישנו קונצנזוס די רחב.

**ניסיון לצמצם בהדרגה את החוסרים ברשימה:**

המדינות החברות נפגשות אחת לכמה זמן, מדינה מציעה תיקון לאמנת רומא. כל המדינות צריכות להסכים על התיקון, צריך שמעל מספר מסוים של מדינות תצבענה שהן מוכנות שהתיקון יחול עליהן ואז שכל המדינות האחרות יחתמו, שנה מהמועד הזה התיקון מתחיל לחול על המדינה.

מה התוספות שהיו?

* 2010 – הושלמו שלושה חוסרים בפשעי מלחמה של NIAC: שימוש ברעל, שימוש בגז מחניק ושימוש בכדורים שנמעכים בתוך הגוף. נכון להיום כל המדינות הסכימו לתיקון הזה, עוד 43 מדינות הסכימו שזה יחול עליהן.
* 2017 – עוד שלושה תיקונים, הן בNIAC והן בIAC: נשק ביולוגי, נשק שבמכוון עשוי מרכיבים שלא ניתן לראות אותם ברנטגן ונשק שכוונתו ליצור עיוורון. לשניים מהתיקונים עשר מדינות חתמו, על הביולוגי 12, ויש 7 מדינות שזה נכנס לתוקף.
* 2019 – גם בNIAC וגם בIAC מוסיפים את הפשע של הרעבה מכוונת של אוכלוסייה אזרחית. 8 מדינות אשררו את התיקון הזה והוא נכנס לתוקף עבור 3.

**בעיות:**

1. הבעיה המרכזית – יצירת שונות בין המדינות החברות באמנה.

**ניסיון 5 ליישם את גישת ההפרות החמורות – הספר האדום של הצלב האדום 2005:**

מנסה לבחון ולבדוק מה מפשעי המלחמה הם מנהגיים. תוך כדי הוא מציין גם מה דיני הלחימה שיש פרקטיקה רווחת של הכללה שלהם והם הפרות רציניות. ז"א הוא מנסה לזהות איזה מבין הדברים עומד במבחן טאדיץ'. הרשימה הזו יותר ארוכה מהרשימה בס' 8, לרבות התיקונים שלו.

**יתרון:**

ככל שהרשימה רחבה יותר אז פחות דברים מתפספסים.

**חיסרון:**

ככל שהרשימה רחבה יותר עלולים להיכנס יותר דברים מטופשים ויותר דברים שנויים במחלוקת.

**חיסרון\יתרון:**

השליטה שוב יוצאת מידי המדינות.

**המצב היום:**

יש אנשים ומדינות, מיעוט קטן, שעדיין מצדדים בגישת נירנברג. הרשימה הזאת כוללת מדינות כמו פקיסטן וארה"ב. אבל הצידוד של ארה"ב בנירנברג היא רק פורמלית, בפועל כולם מסכימים שהגישה הנכונה היא גישת ההפרות החמורות.

עמדת הרוב היא גישת ההפרות החמורות.

יש מגוון יישומים של השיטה, כך שבפועל לגבי דיני מסוימים יכולים להיות חילוקי דעות האם הם עומדים בתנאים של פשע מלחמה.

**לגבי ארה״ב:**

הפעם האחרונה שהגורמים הרלוונטים הגיעו להסכמה בנושא הייתה במדריך שפרסמו בשנות ה-50 (גישת נירנברג)- המדריך מתוקן ב76 ולפני כ10 שנים ישנם שני ניסיונות מקבילים לתקן את המדריך: של משרד ההגנה, והשני של הצבאות עצמם. **שניהם מסכימים שיש לחדש את ההפרות החמורות אך לא מסכימים אילו- ולכן יוצאים שני מנואלים (מדריכים):**

1. של משרד ההגנה שמתפרסם – נחשב לנורמה לא מחייבת.
2. של זרועות הצבא האמריקאי- לעולם לא התפרסם באופן רשמי ולכן לא מחייב (אם היה מתפרסם היה מחייב).

**מה עושים בפועל?**

נקודת ההתחלה של עו"ד ברמה הפרקטית כדי לברר אם פשע הוא פשע מלחמה, היא קודם כל ללכת לס' 8. אם כן, ואנחנו רוצים לטעון שהוא פשע מלחמה, אז סבבה. אם הוא מופיע ואנחנו רוצים לטעון שהוא לא, צריך לחפש עמדות שאומרות שמנסחי אמנת רומא טעו.

אם הוא לא מופיע בס' 8 ואנחנו רוצים לטעון שהוא כן פשע מלחמה, השלב הבא זה לפנות לספר האדום של הצלב האדום ולהסתמך עליהם.

אם גם בספר האדום הוא לא מופיע, יש לחפש עמדות בספרות או של מדינות שונות, שטוענות שבכל זאת זה פשע מלחמה.

**המאפיינים של פשעים נגד האנושות (תוך הנגדה עם פשעי מלחמה):**

הרבה מהדברים האלה יכולים לקרות על ידי אדם בודד וגם במקרים פרטיים לא בזמן מלחמה, הם עדיין איומים, אך לא מוגדרים כפשעי מלחמה.

מדובר בהרחבה של פשעי מלחמה שיחולו גם בזמן שלום וגם על האוכלוסייה של השלטון.

1. **זכויות אדם -** כל האיסורים מגינים על זכויות אדם יסודיות מפני פגיעות חמורות.
2. **מסיביות -** בהגדרה לא עוסקים במקרים שהסתכמו במעשה בודד של אדם יחיד (הרצון הוא להתמקד במקרים מסיביים ו\או מאורגנים על ידי מדינה או ארגון דומה).
3. **יכולים להיות מבוצעים בשלום ו\או במלחמה** – בניגוד לפשעי מלחמה שהם רק בזמן מלחמה. יש רק פשע מלחמה אחד שבהגדרה יכול לקרות אחרי מלחמה, הוא מנהגי והוא לא מופיע באמנת רומא, אי החזרת שבויים תוך זמן סביר לאחר תום המלחמה.
4. **סוג האוכלוסייה הנפגעת -** כל האיסורים יכולים להיות מבוצעים כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי, לרבות אזרחים של שלטון שאנשיו מבצעים את הפשעים. משמע, פשע נגד האנושות יכול להיעשות על ידי שלטון כנגד האזרחים שלו עצמו.

**פשעים נגד האנושות – היסטוריה קצרה**

הרעיון של פשעים נגד האנושות נולד בעקבות מלחמת העולם השנייה משום שמתחילת השלטון הנאצי (1933), ועד תחילת מלחמת העולם השנייה (1939), רוב המוצאים להורג בגרמניה היו אזרחים גרמניים (בעלי נכויות, גייז וכו'). נוצר מצב של התנהלות לא תקינה בזמן שלום, שהקהילה הבינלאומית רוצה להגן עליה. לכן, על פי הנרטיב המקובל, בשלב הזה מקודם הנושא של פשעים נגד האנושות כדי שתהיה אפשרות להעמיד לדין על הדברים האלה.

\*בנירנברג, בפועל לא העמידו אנשים על פשעים נגד האנושות שלא היו קשורים למלחמה. הטיעון הרשמי היה המשמעות של הסימן ; בשפה הרוסית. מיד אחר כך, במשפטים אחרים של מלחמת העולם השנייה, מתגבש קונצנזוס שאפשר לאכוף את זה גם בזמן שלום, גם נגד האוכלוסייה שלך. יש מחלוקת בנוגע להגדרה של פשעים נגד האנושות, העמדה הגורפת היום היא שההגדרה המדויקת יושבת בס' 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.

**במילים אחרות, כדי להבין מהם פשעים נגד האנושות, עלינו להגדיר את הרכיבים הבאים:**

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

**אנגיסטר 9/51:**

אחראי יהודי במחנה נאצי, התעלל בעצירים, היכה בהם, ביצע חבלה חמורה ועוד.

בית המשפט: דעת הרוב קבעה כי ביצע פשעים נגד האנושות כחלק מתכנית הנאצים שהייתה תכנית שיטתית ורחבת היקף. יתר על כן, נקבע כי אין צורך להוכיח כוונה אלא רק מודעות שהוא חלק מהתכנית. בית המשפט משתמש בגישה פורמליסטית בניתוח העבירה ובקביעת העונש. דעת מיעוט של לם: צריך כוונה.

השופטים אומרים שאם זה היה תלוי בהם הם היו נותנים כעשר שנות מאסר ואולי אף ממתיקים, אך בגלל שהחוק דורש זאת מחליטים לפסוק גזר דין מוות.

הוא מערער, ביהמ"ש העליון מקבל את הערעור, גוזר שהוא משתחרר ואומרים שיפרסמו את נימוקיהם בהמשך. הנימוקים לא מפורסמים כי אנגיסטר, שהיה ברור לכולם שהוא חולה, ימות בקרוב. ההשערה היא שהשופטים ידעו שאם יפסקו הם גם יצטרכו לנמק, לכן הם חיכו שימות.

**אלזה טרנק 2/52:**

שומרת באושוויץ בירקנאו, עצורה בעצמה, התעללה בעצירות ברמת סטירות וכפייה לכרוע ברך שעות ארוכות.

נפסק שלא הייתה לה כוונה להשתתף בתוכנית על, ולכן לא מרשיעים בפשעים נגד האנושות.

במקרה הזה לא הלכו ישירות לעניין הפורמלי וללשון החוק, למרות שהחוק אומר שהיא צריכה לקבל גזר דין מוות, ביהמ"ש הולך לפי דעת המיעוט באנגיסטר.

**גבון:**

מדובר על גופים שתומכים בנשיא וגרמו לפרעות, כאשר כמות ההורגים לא הייתה גבוהה מאד, פחות מקניה.

**ס' 7 לאמנת רומא, "פשעים נגד האנושות" – הגדרת "מעשה" (רשימה לא סגורה):**

1. רצח
2. השמדה
3. שעבוד
4. גירוש או העברה כפויה של אוכלוסייה
5. כליאה או שלילה חמורה אחרת של חירות פיזית בניגוד לכללי היסוד של המשפט הבינלאומי.
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, דתי, מגדרי בהתאם להגדרת מונח זה בפסקה 3 של סעיף זה, או על בסיס אחר שהוכר בעופן גורף כאסור על פי המשפט הבינלאומי, כאשר הרדיפה מבוצעת בקשר לאחד המעשים המנויים בפסקה זו או לאחד הפשעים בתחום סמכות השיפוט של בית המשפט.
9. העלמה בכוח של אנשים.
10. אפרטהייד.
11. מעשים אחרים בלתי אנושיים, בעלי אופי דומה המכוונים לגרום סבל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות הנפש, פסיכולוגית או פיזית.

**עד כמה אלים חייב להיום המעשה?**

* **גישה מרחיבה** – גורסת שיש מעשים שלא בהכרח חייבים להיות אלימים, למשל רדיפה, שלילה חמורה של חירות ומעשים אחרים בלתי אנושיים.
* יחזקאל אינגסטר נידון למוות – הכאה בצינור גומי: כן מהווה מעשה בלתי אנושי.
* רציונל – מדובר בפגיעות בזכויות אדם ואנחנו רוצים להגן על הקורבנות, לכן יש להרחיב את מעגל ההפללה במטרה להרתיע כמה שיותר.
* **גישה מצרה** (באה לידי ביטוי בעניין הבחירות בגבון) –
* מעצר בתנאים קשים (חוסר במזון ותנאים תברואתיים): לא "שלילה חמורה של חירות" כי נמשך רק שבוע.
* אלימות לרכוש: תחשב "רדיפה" רק אם עומדת בכל התנאים הבאים: מכוונת כלפי אוכלוסייה מובחנת, אינה באה לבד (אלא עם עוד מעשים אסורים לפי אמנת רומא), היא מאד רחבת היקף וחמורה + (במרומז) כדי להיחשב "מעשה אחר לא אנושי" – לא צריכה להיות כלפי אוכלוסייה מובחנת וכן יכולה לבוא לבד אבל צריכה להיות יותר רחבת היקף וחמורה.
* מכות שאינן עינויים: הן לא "מעשה אחר בלתי אנושי", כל עוד הן אינן דומות באופיין ובחומרתם ל – "עינויים".
* אלזה טראנק – הכאה באמצעות הידיים וכפיית תנוחות ישיבה לא נוחות: אינם "מעשה בלתי אנושי".

**רציונלים לגישה המצמצמת:**

1. המשפט הפלילי הבינלאומי צריך להישמר לדברים החמורים ביותר
2. משב"ל מתערב בריבונות של מדינות, הפשעים מתבצעים כנגד המדינות, צריך לשים לב כמה מתערבים בשיקול של מדינות.
3. יש המון אנשים מעורבים, שחלקם אפילו אנשים מסכנים שאין להם אפשרות להגיד לא לשלטון.

יש מקרים שבהם הגישה הזו תהיה נכונה ומקרים בהם גישה אחרת. כל אחת מביאה לתוצאות הרצויות (שיקול דעת ביניים אפילו יותר גרוע – כי זה פותח פתח לפסיקה שמושפעת מהטיות של מגדרים ולאומיות). זה מצב מורכב, במבחן צריך להביא את ההתבלטות הזו ושום פתרון הוא לפעמים הדבר הנכון.

**התקפה:**

* הגדרה לפי ס' 7(2)(a) לאמנת רומא: "דרך פעולה הכוללת כמה ביצועים של מעשים מהסוג המפורט בסעיף, המבוצעים תחת, או תוך קידום מדיניות לביצוע התקפה כאמור של מדינה או של ארגון".
* המילים "שיטתית" ו"רחבת היקף" בסעיף המקורי, הן תולדה של המילה התקפה.
* חלוקה לשתי השקפות:
1. **שיטתית ורחבת היקף.**

בפועל, ההגדרה של התקפה כוללת גם שיטתיות וגם רחבת היקף. בפועל, הפסיקה תיקח את זה בחזרה להפרדה.

1. **או שיטתית או רחבת היקף.**

לכאורה באמנת רומא תומכים בגישה הזו (הרחבה יותר).

* ההגדרה מורכבת משלושה רכיבים:
1. דרך פעולה הכוללת כמה ביצועים של מעשים מהסוג המפורט בסעיף; (כמות)
2. המבוצעת תחת, או תוך קידום מדיניות לביצוע התקפה כאמור. (איכות)
3. מדינה או ארגון (הגדרת הגורם).

הצגת מקרה בכיתה – האם עונה על ההגדרה?

תת רכיב ראשון – התקפה – "כמותניות":

* גישות שפורסות רשת הפללה רחבה (מבחן כמותני מינימלי) – נדרשים סה"כ שני מעשים. (מעשים = אנשים שנפגעו מהפעולה).
* גישות שמצמצמות את פריסת רשת ההפללה (רף כמותני גבוה יותר + דרישה איכותנית).

דרישה להרבה מעשים + פירוש "דרך פעולה" כדורשת פעולה צבאית. מדיניות זאת דרישה איכותית, יכול להיות שאין נפגעים אבל יש פגיעה במדיניות.

הגישה שננקטה במקרה של גבון.

תת רכיב שני – התקפה – "מדיניות":

* גישות שפורסות רשת הפללה רחבה – די ברצון לא פורמלי שההתקפה תקרה, ברר שאם יש יותר מזה אז ניתן להרשיע. השיטה שננקטת על ידי הICC, כל מה שצריך לראות זה שהשלטון רוצה שהאמצעים יקרו, הוא לא צריך ליזום או לעודד את המעשים, מספיק שהוא נמנע מלאכוף.

אין צורך שזה יתחיל מלמעלה, יכול להיות שזה יצמח מלמטה והשלטון לא יגיב.

* גישות שמצמצמות את פריסת רשת ההפללה – זהות עם דרישת "השיטתיות" – ופרשנות מחמירה של שתיהן כדורשים שהפעולה תהיה מתוכננת\מאורגנת\מכוונת.

תת רכיב שלישי – התקפה – "של מדינה או ארגון":

* גישות שפורסות רשת הפללה רחבה – מבחן של מסוגלות לבצע התקפה שיטתית או רחבת היקף. אם לקבוצה יש יכולת, משמע עומדת בדרישת הארגון. דעת הרוב בהליכים המקדמיים בקניה.
* ביקורת – המשמעות של הפרשנות היא שכל ארגון פשע מאורגן אפשר להגדיר אותו כמבצע פשעים נגד האנושות.
* בעד – גם אם לא מדובר בארגון שהתכוונו אליו מלכתחילה, מדובר עדיין במעשים נוראיים שצריך למנוע אותם או להעניש עליהם.
* גישות שמצמצמות את רשת ההפללה – נדרש ארגון דמוי מדינה, יתקיים בעיקר כשמדובר באחד משני סוגי ארגונים הבאים:
1. ארגון מזויין (כגון ארגון מורדים), בעל היררכיה ברורה ופורמלית.
2. ארגון בתוך המדינה, נניח הכוח הצבאי או המשטרתי, שפועל בכלל המדינה או באזור מסוים. דעת המיעוט בהליכים המקדמיים.

רכיבים חליפיים: צריך להוכיח שההתקפה היא שיטתית \ רחבת היקף (לא המעשה, אלא ההתקפה, בנאדם יכול להיות מעורב במעשה שהוא לא חלק ממתקפה שיטתית).

**התקפה רחבת היקף או התקפה שיטתית**

תכלית משותפת לדרישות החליפיות – בגדול כאשר יש שיטתיות, אלמנט זה יוצר את החומרה הנדרשת, לכן נסתפק ברוחב היקף קטן יותר (ולהיפך).

המטרה היא בעצם לשמר את אלמנט החומרה, לא כל הדברים הנוראים הם נוראיים מספיק על מנת שנוכל להתערב.

בפועל, בתוך ההגדרה של התקפה, הוכנסו אלמנטים גם של רחבת היקף וגם של שיטתיות, על כן אי אפשר להגיד שרק אחד מהם מספיק, אם זה רחב היקף אז זה צריך להיות קצת שיטתי, ולהפך.

התקפה שיטתית:

* גישות שמצמצמות את פריסת רשת ההפללה (בעצם דרישה לתוכנית מסודרת לביצוע ההתקפה)
* גישות שפורסות את רשת ההפללה רחבת ההיקף (די בדפוס חוזר של פעולות קשורות). זו המגמה שאליה הICC הולך בשנים האחרונות.
* מחד, לא דרושה תוכנית, מאידך, מוכנס אלמנט כמותני. (נראה פחות מחמיר מתוכנית)
* עם זאת, אם תוכח תוכנית ברורה, זה ככל הנראה יספיק.

חשוב: גם מעשים לא מהסוגים המפורטים בס' 7(1), יכולים לשמש ראיה לקיום אלמנט "השיטתיות".

לא כל המעשים שיחשבו לעניין ההכרעה של התוכנית צריכים להיות מעשים מהרשימה הקבועה, גם מעשים פחות חמורים, אם הם באים ביחד עם מעשים מהרשימה, מביאים אינדיקציה לקיומה של השיטתיות. (לדוג', חייל מרביץ לשבוי ומנגד יש גם עינויים, אז אפשר להרשיע על ההכאות).

התקפה רחבת היקף:

הפרשנות הרווחת - מאזן בין היקף קורבנות להיקף גיאוגרפי.

המאבק בין גישות שפורסות את רשת ההפללה בצורה רחבה, לבין גישות שמצמצמות את פריסת רשת ההפללה, נצא מאחורי הקלעים: מה גודלו של ההיקף שנדרש?

בICC מתפתחת גישה שלפיה ככל שהתקיפה רחבה יותר גיאוגרפית, אז יש להפחית בדרישה לכמות גדולה של קורבנות.

בסיפור של ההתקפה של גבון – אנו רואים כי ההתקפה היא על ראש האופוזיציה, משום שהאירוע מתקיים במקום אחד יש דרישה ליותר קורבנות כדי שזה יוגדר רחב היקף.

במקרה הקנייתי, שם האלימות הייתה חמורה יותר 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), נשאלת השאלה האם זה מספיק?

**התקפה "מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי"**

* כלשהי – עיקר המטרה של המילה היא להדגיש את העובדה שיכול להיות מצב שגם הקורבנות וגם המבצעים הם מאותה מדינה.
* אוכלוסייה – לא אנשים ספציפיים (אבל הכמות משפיעה). עולה השאלה, אם אני מחליטה לרצוח כמות של אנשים בגלל השתייכותם הפוליטית, האם זה רצח עם? ואם מדובר בשני מיליון אנשים? איפה עובר הקו? יש ויכוחים. מעבר לכך, מה במצב שבו הצליחו לרצוח חמישים אנשים, אבל תפסו אותם לפני שהצליחו לממש את התוכנית, אז זה גם פשע נגד האנושות אבל תחת הקטגוריה של שיטתי ולא רחב היקף.
* מכוונת נגד האוכלוסייה – לא יכולה להיות רנדומלית. אבל:
* לא נדרש שתהיה מכוונת אך ורק כנגד אזרחים. די שהיא מכוונת באופן מרכזי כנגד אזרחים.
* כמות האזרחים שהיא משפיעה. במקרה של זריקת טילים ללא אבחנה על מקום בו יש רק אזרחים, בידיעה שיש רק אזרחים, זה עשוי להיחשב גם פשע נגד האנושות ולא רק פשע מלחמה על זריקת טילים ללא אבחנה.
* המונח "אוכלוסייה אזרחית" בהקשר של "פשעי מלחמה":
* מתייחס רק לאוכלוסייה בזמן מלחמה
* לא כולל בתוכו:
1. לוחמים מאותו צד כמו העבריין;
2. לוחמים שלך;
3. שבויי מלחמה או חיילים שיצאו ממעגל הלחימה (פצועים).
* במובנו הקלאסי (משמע ב-1945 באופן מוחלט, כיום במידה חלקית), התייחס רק לאזרחים מהצד השני (משמע, לא כלל בתוכו את האזרחים שהם מאותו הצד כמו העבריין).

**אבל אותנו מעניינת משמעות המונח "אוכלוסייה אזרחית בהקשר של "פשעים נגד האנושות"**

* האיסור על פשעים נגד האנושות צמח ב1945, מתוך האיסורים על פשעי מלחמה (כהרחבה שלהם);
* בהתאם, המונח אוכלוסייה אזרחית כמשמעותו לעניין פשעים נגד האנושות, פותח כהרחבה של המונח האמור כמשמעותו לעניין פשעי מלחמה; כך שהוא:
1. כולל גם שבויים וגם חיילים שכבר יצאו ממעגל הלחימה.
2. כולל גם חיילים של המדינה עצמה.
3. מתייחס לפשעים בעתות שלום.

היכן נעצרת ההרחבה?

ברור כי המונח אוכלוסייה, לא כולל את חיילי האויב.

**ההתקפה "מכוונת אוכלוסייה אזרחית כלשהי" – מה הכוונה "אזרחית"?**

התייחסות לשבויי מלחמה – האם תקיפה שיטתית\ רחבת היקף, כנגד שבויי מלחמה מהווה פשעים נ' האנושות או 'רק' הרבה פשעי מלחמה?

* פסיקה סותרת של בית הדין אד-הוק (דבקות בקישור להגדרה שבפשעי מלחמה מול השקפה מרחיבה).
* אין עדיין פסיקה שבבירור משנה את הכיוון, יחד עם זאת יש פסיקה לגבי החיילים שלך, ניתן לשער שלאור הפסיקה על החיילים שלך, זה רלוונטי גם לשבויי מלחמה.

האם תקיפה שיטתית\ רחבת היקף, כנגד חיילים מאותו הצד כמו העבריינים מהוות פשעים נ' האנושות?

* הגישה המרחיבה תטען שהחיילים הם בני אדם, זה שדיני מלחמה מאפשרים להרוג חיילים במקרים מסוימים, בכמות סבירה, זה לא אומר שאפשר לעשות בהם מה שרוצים.
* הגישה המצמצמת תטען שזה מוזיל את ההגדרה של פשעים נגד האנושות ויש להרשיע רק בגין פשעי מלחמה.

הסוגיה עולה לדיון בבית הדין בקמבודיה – בשנות ה70 עולה שלטון של מפלגת אחמרוג' בקמבודיה. תנועת אחמרוג' מאמינה שצריך להחזיר את קמבודיה לתקופת הפאר ההיסטורית שלה, שהייתה בתקופת אימפריית אחנר. אמה מה, אימפריית אחנר הייתה אימפריה חקלאית, לכן צריך להעביר את כל אוכלוסיית הערים בחזרה למחיה כפרית. העירוניים לא קיבלו את דרישת הממשלה, על כן החלו לבצע רצח מאד רחב היקף, כאשר המתנגדים נרצחו ורבים מעובדי החקלאות מתו מרעב ומקשיים אחרים. הפעולה הזו נגמרה בסביבות 1990, כאשר נגמר התקציב. כשקמה ממשלה חדשה היא הקימה בית דין מעורב שיעסוק בפשעים שנעשו. בית הדין בקמבודיה קובע שחיילים שלך, בזמן שלום נחשבים לאוכלוסייה אזרחית. בזמן מלחמה, זו תהיה אוכלוסייה אזרחית לעניין פשעים נגד האנושות, אלא אם מדובר בחיילים שלך שמרדו (אז כבר מתקרבים להגדרה של חיילי האויב). לפי הגדרה זו, חיילי האויב לא נחשבים לאוכלוסייה אזרחית. לאחר מכן, הייתה גם פסיקה בבית המשפט בצ'ילה.

**פשעים נגד האנושות – היסוד הנפשי**

היסוד הנפשי הוא רלוונטי לעניין מי שעשה את המעשה בלבד.

* גישה א' – מרחיבה, כל שנדרש זה הידיעה בקווים כללים – יחזקאל אינגסטר, נידון למוות.
* מודעות להתקפה שיטתית \ רחבת היקף המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי, בקווים כללים.
* יכולת לשער \ לצפות, הסתברות סבירה שמעשה שלו יכול להוות חלק מההתקפה. הוא לא צריך לדעת על כל הפרטים, על תוכנית\מדיניות גדולה ממנו.
* גישה ב' – מצמצמת, נדרשת כוונה לקדם את מדיניות ההתקפה – אלזה טארנק לא הוכחה כוונה.
* עליו להיות מודע לתוכנית הגדולה.
* בנוסף צריכה להיות כוונה של עושה המעשה לקדם את פעילות ההתקפה.

הסיבה לוויכוח:

נניח שמדובר על נהג הקטר שמוביל את היהודים למשרפות, הוא לא יודע שיש משרפות, אבל הוא כן יודע שהוא מוביל קרונות מלאים, מחזיר קרונות ריקים והוא מריח ריח של עשן מהמשרפות. כיצד נוכל להוכיח שהוא התכוון לקדם את פעילות ההתקפה? ואם נדע שנהג הקטר היה אוקראיני והוא לא יכל לסרב להתגייס לצבא? הם נרצה להעמידו לדין? יש דילמה בלתי פתירה.

כל אחת מהגישות לעיל, תוביל בסיטואציות מסוימות לפתרונות לא טובים ותוביל בסיטואציות מסוימות לפתרונות טובים.

העמדה הרווחת היום:

יותר נוטה לכיוון גישה א', דרישה של ידיעה בקווים כללים בלבד. בפסיקה של ICTY, שהחלה לכוון את הפסיקה לגישה א', באופן אירוני מצטטים הרבה את פס"ד אלזה טראנק.

**רצח עם**

במשפטי נירנברג רצח עם היה חלק מפשעים נגד האנושות. בהמשך התפתח והפך להיות עבירה עצמאית כאשר נחשבת לעבירה החמורה ביותר.

Geno- שבט או גזע

Cide- הרג.

הגדרה- מעשים מסוגים מזוויעים כנגד חברי קבוצה המבוצעים מתוך כוונה וגם בזמן שלום ולא רק מלחמה.

**סיכום מהיר של הסקירה ההיסטורית:**

1. שואה – נירנברג למקין.
2. אמנת רצח עם 1948- מנגנוני אכיפה חלשים.
3. רצח עם ברואנדה וביוגוסלביה (ICTY ו-ICTR).
4. אמנת רומא וה-ICC.

**מנגנוני ההגנה באמנת הג׳נוסייד (חלשים):**

1. מדינה אחת יכולה להתלונן על מדינה אחרת בicj (בית דין בינלאומי אחר בהאג) – רק אחרי המלחמה הקרה החלו להגיע תביעות כאלה.
2. אישומים פליליים- העניין היה בעייתי שכן כל עוד לא קם בית דין בינלאומי עם סמכות לעסוק ברצח עם וכל עוד המדינה הרלוונטית לא תעניק סמכות לאותו בית דין בינלאומי, הרי שהגורם שהיה לו סמכות שיפוט פלילית על מעשי רצח עם הוא המדינה בה בוצע רצח העם. אמנת רומא היא ביטוי להקמת אותו בית דין בעל הסמכות לעסוק ברצח עם. באמנת רומא נקבע כי מועצת הביטחון יכולה להפנות לבית הדין הבינלאומי מקרים של מדינות שלא חתומות על האמנה.

מנגנוני האכיפה הללו היו חלשים עד שנות התשעים (המלחמה הקרה) ורק אחרי המלחמה הקרה עם הקמת בית הדין ביוגוסלביה ורואנדה היה ניתן ליישם את העקרונות ומנגנוני ההגנה לפי האמנה.

**מהו רצח עם? הגדרת העבירה:**

״השמדת עם״ אחד המעשים המפורטים להלן שנעשה בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי (להלן הקיבוץ), באשר הוא קיבוץ כזה.

ואלה המעשים:

1. הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ (מחנה ריכוז למשל)
2. גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש לאנשים הנפגעים עם הקיבוץ. (האם אונס נחשב?)
3. העמדת הקיבוץ בתנאי חיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הפיזית, כולו או מקצתו. (למשל הגטאות).
4. קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ (סירוס, עיקור, מעשי אונס לעיתים וכו׳)
5. העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בכפייה.

**שלושה אלמנטים של רצח עם:**

עברית רצח העם מורכבת משלושה אלמנטים: קבוצה, מעשה, התנהגות.

**אלמנט הקבוצה-** המעשה צריך להיות מכוון נגד קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי.

1. **קבוצה לאומית-** במינימום אזרחים של אותה מדינה.
2. **קבוצה אתנית-** בעלי שפה ותרבות משותפות.
3. **קבוצה גזעית-** נולדו עם תכונות תורשתיות משותפות.
4. **קבוצה דתית-** מאמינים בדרך אמונה משותפת.

הטבח ברואנדה: הרג מכוון ושיטתי שבוצע ב1994 על ידי בני קבוצה המכונה הוטו כנגד הטוטסי. הוטו האמינו שהטוטסי נחותים ומסוכנים ולכן יש להשמידם. הטענה הייתה כי הטוטסי הם לא קבוצה במובן של רצח עם . מבחנה אובייקטיבית הטוטסי וההוטו שייכים לאותו לאום ולאותה דת, והם גם בני אותו גזע וקבוצה אתנית. נשאלת השאלה איך קובעים אם קבוצה מסוימת היא עם.

הטבח ברואנדה- טענת הנאשמים: הטוטסי הם לא קבוצה במובן של רצח עם.

מבחינה אובייקטיבית: הם 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).

**שתי עמדות לקביעה האם מדובר בעם:**

מבחן סובייקטיבי- איך הקבוצה תופסת את עצמה- אם הקבוצה טוענת שהיא עם הרי שהיא עם.

מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי משולב- העמדת הרווחת היום. איך הקובצה תופסת את עצמה. בנוסף שימוש באבן הבוחן האם חברי הקבוצה נולדים ומתים באותה קבוצה – רוב היהודים נולדים ומתים יהודים ולכן ניתן להגיד מבחינה אובייקטיבית יותר שהם עם.

**שאלה לגבי קבוצות ללא מאפיינים משותפים מולדים:**

המקרה בקמבודיה:

רדיפה אחרי קבוצה האינטלקטואלים בקמבודיה והריגתם. איך ניתן להגדיר אותם לפי ההגדרה של רצח עם שכן הם לא נמנים על אף אחת מהקטגוריות של העבירה. במילים אחרות האם רשימת הקבוצות לא מולדות שבצע נגדם רצח עם, ולכן ניתן להגיד שהרשימה של הקבוצות הנמנות ברשימה היא רשימה סגורה. נכון להיות הרשימה היא אכן סגורה (צריך לזכור כי מה שנעשה הוא לא לא נורא).

**שאלת הגדרת הקבוצה- מבחן פוזיטיבי או נגטיבי:**

מילמור סטאקיץ׳:

מילמור היה גנרל סרבי במחוז prijedor בזמן המלחמה ביוגוסלביה, שרצח כל מי שלא היה סרבי. האם ניתן להגיד שהוא ביצע רצח עם, היות ולא הרג קבוצה מסוימת בשל היותה הקבוצה המסוימת אלא רצח קבוצות מסוימות בשל אי היותם סרבים.

ערכאה ראשונה- סטאקיץ׳ הורשע, בוצע שימוש במבחן נגטיבי, גם אם הרצח היה בשל היותם ״לא סרבים״ ניתן להרשיע.

ערכאת ערעור- זוכה. מבחן פוזיטיבי, זו הגישה הרווחת היום, רצח עם הוא רצח קבוצה מסוימת מכיוון שהיא כזאת, ולא בגלל שהיא לא קבוצה אחרת.

**שאלת גודל הקבוצה:**

*ע״פ 6322/11 צבקוביץ׳ נ׳ היועמ״שׁ:*

צבקוביץ׳ עמד להיות מוסגר לבוסניה בגין השתתפות ברצח עם של האוכלוסייה המוסלמית במחוז סרבניצ׳ה שבבוסניה והרצגובינה.

צבקוביץ׳ טען שלא מדובר ברצח עם מכיוון שלא הרג את כל המוסלמים אלא רק חלק, שכן לא רצחו את הנשים והילדים וכי הרצח התמקד רק במוסלמים באזור סרבניצ׳ה.

הוחלט כי המידה היא מלאה או חלקית בשטח גאוגרפי מוגדר. נשאלת השאלה מהו שטח גאוגרפי מוגדר? טענה אחת אומרת שהמונח מתייחס לכל השטח של בוסניה והרצגובינה ולפיה יהיה ניתן לקבוע כי לא היה רצח עם, ואילו הטענה השנייה מדובר רק על חבל סרבניצ׳ה מה שיעזור לטעון כי התקיים רצח עם.

**המבחן שנקבע-** קבוצת היחוס יכולה להיות רק בני הקבוצה הנמצאים בשטח גאוגרפי מסוים, כל עוד גודל השטח, וכמות מהקבוצה באיזור גיאוגרפי מסוים.

**תוספת- גם השמדה של גרעין מסוים שנחשב למרכזי בקבוצה נחשב לרצח עם (הגרעין הדתי של הדת הדרוזית, הגברים המוסלמים בבוסניה).**

**אלמנט המעשה-** רשימה סגורה של מעשים הקובעים אילו מעשים נחשבים לרצח עם. עולות מספר שאלות לגבי מעשים מסוימים.

1. **הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ**

שאלת האונס- עולה השאלה ברואנדה אם אונס יכול להיות רצח עם. לפי המסורת של טוטסי אישה שנאנסה לא יכולה להתחתן אחר כך ולכן נמנע מבני העם להתרבות. ה-Icty קבע כי אונס הוא אירוע טראומטי שיכול לגרום לאישה לא להינשא ולהביא ילדים בעתיד בגלל אותה חוויה טראומטית ולכן אונס יכול להיכלל תחת רצח עם, תלוי מה מטרת האונס.

שאלת הגירוש- גירוש לא נמצא ברשימה וזאת בגלל סיבות פוליטיות בקרב מדינות אירופה שחתמו על האמנה. העמדה הרווחת היא גירוש לכשעצמו אינו מתגבש לרצח עם כי הקבוצה יכולה להתגבש גם במקום אחר. יחד עם זאת, אם לגירוש נלווים גם מעשים שכן מופיעים ברשימה אז ניתן לקבוע כי הגירוש הוא רצח עם. למשל: מקרה סרבניצ׳ה, היות וגירוש הנשים והילדים התלווה להריגה, אזי ניתן להגדיר שהיה רצח עם.

העברת ילדים- מעוגן ב**ס׳ 6(5) לאמנת רומא** , לפיה העברת ילדים מקבוצה אחת לאחרת נחשב לרצח עם. אמנם מעשה זה אינו כולל בתוכו פגיעה פיזית אך עדיים מדובר במניעת התרבות חברי הקבוצה העתידיים. למשל: חוק האבורג׳ינים באוסטרליה לחינוך מחדש של ילדים אבורג׳ינים כילדים לבנים.

**אלמנט הכוונה-** המעשה צריך להיות מתוך כוונה להשמיד את הקבוצה, השמדה מלאה או חלקית.

ישנה מחלוקת אם מדובר ברכיב התנהגותי או חלק מהיסוד העובדתי של העבירה.

**לפני קיומו של ה-ICC:**

עמדה מצמצמת- מדובר ביסוד נפשי של עבירה. צריך להוכיח כי הנאשם הספציפי פעל מתוך כוונה מיוחדת להשמיד את הקבוצה, העמדה הרווחת ביותר, מצמצמת את רשת ההפללה.

עמדה מרחיבה- מדובר ברכיב של היסוד העובדתי ולא צריך להוכיח כי הנאשם הספציפי פעל מתוך כוונה מיוחדת, די שהוא היה מודע לכך שיש תוכנית שהתוצאה הטבעית של מעשיו היא שהם יתרמו לתכנית, העמדה הרווחת (מקום שני אחרי העמדה המצמצמת), עמדה המרחיבה את רשת ההפללה.

**אחרי הקמת ה-ICC:**

העמדה הייתה שמדובר גם ביסוד נפשי וגם עובדתי.

יסוד נפשי- כוונה מיוחדת יש להוכיח כי המעשה בוצע מתוך רצון להשמיד את הקבוצה.

יסוד עובדתי- לא נדרש תכנית מיוחדת, אבל דורש אחד מהשניים:

1. המעשה נעשה תוך הקשר המוכיח דפוס של מעשים המכוונים נגד הקבוצה.
2. מעשה כזה כשלעצמו יכול להביא למעשה ההשמדה.

ישנה ביקורת מרומזת על ה-icc מצד ה-icty בפס״ד פופוזיק- לטענת השופטים אמנת רומא לא מייצגת כהלכה את המשפט המנהגי, שכן לפי המשפט המנהגי לא צריך תכנית והדברים יכולים להתפתח מלמטה (לא בהכרח מהגנרלים) ובתנאי שהשלטון עוצם עיניים. בעניין היסוד הנפשי די שהאדם יהיה מודע בקווים כלליים שהמעשים יכולים לתרום לפעולת ההשמדה (לא דורש כוונה מיוחדת ולא תכנית).

**ביקורת** השופט ג׳וברין לא מכריע בין הגישות ומאמץ גישה מקלה שמרחיבה עוד יותר את רשת ההפללה, לצורך הליכי הסגרה לא נדרש להכריע ללא ספק סביר .

**צדדים ייחודים לעבירה:**

**ס׳ 3 לאמנת הג׳נוסייד** קובע, שמלבד רצח עם, גם מספר מעשים נוספים יהיו ברי ענישה דומה ובדרך זו הוא קובע מספר צדדים לעבירה ייחודיים לרצח עם והם:

1. הסתה ישירה ופומבית לביצוע רצח עם- ניתן לטעון כי הדבר בעייתי כי ישנה פגיעה בחופש הביטוי שכן מילים בלבד לא מובילות לרצח עם.
2. קשירת קשר לביצוע רצח עם- ניתן לטעון כי זה בעייתי כי אין ביצוע של העבירה והקושרים קשר לא בהכרח עברו אפילו לשלב ההכנה.
3. complicity לרצח עם- יש ויכוח פרשני. עמדה אחת אומרת שהמונח הוא סך הכל מונח אחר למילה סיוע. העמדה האחרת טוענת שזה מונח שנמצא על התפר בין סיוע לקשירת קשר. למשל: ראש העיר ברואנדה שמספק נשק לכנופיות שיישמרו על הסדר אך עוצם עיניים בכך שהוא יודע שאותם כנופיות משתמשות בנשק לביצוע רצח עם.

**ס׳ 25 לאמנת רומא** כולל בתוכו התייחסות רק לעניין ההסתה, אדם שביצע הסתה ישירה ופומבית ייחשב צד לביצוע עבירה.

האמנה לא כוללת קשירת קשר לביצוע רצח העם כמעשה בר ענישה ע״פ האמנה. בנוסף האמנה אינה כוללת קומפליסיטי. יחד עם זאת ניתן לדמיין שמדינה, על סמך סכות אוניברסלית, תאמץ פרשנות שונה מזו שאימץ ה-icc. ולראייה ה- icty העמיד לדין על קומליסיטי.

**שיעור 7 – חקירה והעמדה לדין במדינת העבריין**

תרחיש א:

ב-CNN יש דיווח כי בבוצוואנה חיילים התעללו באזרחים.

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

נציב זכויות האדם של האו"ם מכנס מסיבת עיתונאים ודורש שהחקירה תתבצע ע"י גורמים.

תרחיש ב:

ב-CNN יש דיווח שבאיו"ש חיילים של צה"ל התעללו באזרחים פלסטינים.

מי צריך לנהל את החקירה?

**ההבדל בין נקודת מבט פנימית לנקודת מבט חיצונית:**

ספקטרום בין שתי עמדות קצה:

* עמדה אוניברסליסטית – מאמינה ביכולות העמדה לדין של המשפט הבינלאומי.
* עמדה סקפטית – מאמינה שעדיף לאדם להישפט במדינתנו, על מנת למנוע שילוב אינטרסים זרים בהכרעה בבית דין בינלאומי.

הקבלה, במידה רבה, להבדל בהלך הרוח בין שתי נקודות מבט:

* נקודת מבט פנימית
* נקודת מבט של מסתכל מהצד

הריגת שבוי – פשע מלחמה.

למה בעצם זה נקרא פשע מלחמה?

נפוליאון תופס 5,000 שבויים ביפו, הוא רוצה לסחור 5,000 שבויים מיפו לעכו, ומשום שהעניין היווה כאב ראש הוא הרג אותם. אולם, ישנם מצבים בהם השבויים מהווים סכנה (למשל מחזיקים במידע מודיעיני חשוב) ולכן במקום לשחרר אותם הורגים אותם. הניסיון ההיסטורי הראה שיש יותר מקרים בהם צבאות יחסלו שבויים מאשר שישחררו אותם. לכן, האסוציאציה כי פשע מלחמה הוא מעשה חמור, יוצרת בעייתיות.

כאשר אנחנו חושבים על פשעי מלחמה ופושעי מלחמה, האסוציאציה היא של דברים מאד קשים ונוראיים, למרות שבפועל יש ספקטרום שלם של פשעי מלחמה ורמת חומרתם.

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

* עיוות בעמדה האוניברסלית – כאשר אומרים למישהו כי בוצע פשע מלחמה, הפרט יכול לחשוב שכולם במדינה נוראיים ומפחידים (אולם, ישנם פושעי מלחמה שאינם כה רעים).
* עיוות בעמדה הביקורתית – עיוות של המסקנות אליהן מגיעים המחזיקים בנקודת מבט פנימית ביקורתית. אנו מכירים מבפנים את המורכבות וכאשר אנו מואשמים בפשעי מלחמה, אנו נוטים להתקומם ולחשוב שהעולם פועל נגדנו.

שני הצדדים סובלים מהטיות, לרבות נקודת המבט הפנימית. אם מאשימים אותנו שאצלנו בוצעו פשעי מלחמה, זה לא בהכרח אומר שכולנו נאצים. מנגד, לפעמים יאשימו אותנו שכולנו נאצים בגלל שהם סובלים מהטיות.

עיוותים בעמדה הביקורתית – הדגמה באמצעות פרשת נירים:

בגבול מצרים כמה חודשים אחרי מלחמת העצמאות, הייתה יחידה שנמצאה במקום דיי מבודד, באזור נירים שנחשב לשטח מפורז. היחידה תופסת בדואי ואישה, את הגבר הורגים על המקום כי הוא מחזיק בנשק (לא סיבה מספיק טובה). את הבדואית, שהיא בין גיל 9 ל14, לקחו אותה ואונסים ומתעללים בה במשך שבוע. בגלל שהיו לה כינים הם גילחו את ראשנה וניקו אותו בנפט. היא הולכת למפקד ומתלוננת על האונס, הוא מבטיח לה שיהיה סדר והוא אכן דואג שיהיה סדר, במובן שבארוחת יום השישי הוא מכנס את החיילים ועושה הצבעה. בהצבעה יש שתי אופציות, להפוך את הבדואית לטבחית והשנייה היא להפוך אותה לשפחת המין של המשלט. רוב החיילים מצביעים בעד שפחת מין. הוא עושה טבלה, ביום א' היא שייכת לקצינים, יום ב' למחלקה א' וכן הלאה. כעבור מספר ימים שבהם הנוהל הזה מתפקד, מפקד האזור שולח מברק למפקד המשלט ושואל איפה הבדואית שהוא דיווח עליה. מפקד המשלט מבין שהוא הסתבך והוא נותן הוראה למספר חיילים להוציא אותה להורג. הם מפשיטים אותה מהמדים שהיא לובשת, כי הם היו של אחד החיילים. הם חופרים קבר לנגד עיניה, תוך היא מתחננת על חיה, מכניסים אותה לבור, יורים בה יריה אחת ברקה ואחר כך מרססים אותה עם רובה טומי. מפקד המשפט מדווח בחזרה למפקד שלו על מה שקרה.

כתב כך:

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

בהקשר הכללי של המקרה, באותו אזור נקבעו מראש הוראות פתיחה מאש מאד מקלות. התורה שבעל פה גרמה להקלות נוספות ובפועל התפתחה תורה שלפיה, אם בנאדם ... אפשר להרוג אותו. על כן הטענה של החיילים הייתה שיכלו להרוג אותה ובגלל שבחרו לא להרוג אותה, יכלו לעשות בה כרצונם.

זאת אומרת, הפרשה קורית בתוך הקשר מסוים, שאם לא מטפלים בכל ההקשר – היא תופיע.

אמה מה, אם נהיה יותר מידי קפדניים באכיפה יהיה אפקט מצנן וחיילים לא יעשו דברים שהם צריכים לעשות. במלחמת לבנון השנייה, חיילים לא ירו על מסגדים שירו עליהם בגלל שהם חשבו שאסור להם לירות על מסגדים. בפועל, אם יורים עלייך ממסגד, מותר לך לירות עליו וזה לא יחשב לפשע מלחמה.

עובדה מבאסת: אנחנו נגיע לרמה גבוהה מידי של אפקט מצנן, עוד לפני שנצליח למנוע את כל המקרים הנוראיים. בפועל יהיה לנו קוקטייל של שניהם בכל רמת אכיפה. כל איזון שנמצא הוא איזון בעייתי ולא לעשות איזון בכלל זה הדבר הכי גרוע שיש.

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

**מספר שאלות:**

1. על פשיעה רגילה – איזה אחוז מכלל הפשעים "הרגילים" (לא בינלאומיים), המבוצעים במדינה, המבצעים שלהם נענשים? לפי הנתונים של ארה"ב – 1.3% מכלל הפשעים החמורים נמצאים האשמים שלהם ומועמדים לדין.
2. פשעי מלחמה – נעשה סקר אחרי מלחמת וייטנאם בנוגע לעדות או מעורבות לרצח דומה לחומרתו לרצח במי-לאי (מקרה שיחידה של אמריקאים חיסלה כפר שלם בווייטנאם) – 28.8% מהחיילים סה"כ ענו בחיוב. 13.9% ענו בחיוב ביחס לחיילים אמריקאיים. 14.9% ענו בחיוב ביחס לחיילים מצבאות אחרים.
3. סקר פנימי של צה"ל, נעשה אנונימית בשנת 2007 – כרבע מהחיילים ששירותו במחסומים התעללו בפלסטינים או היו עדים להתעללות.

מה המשמעות של כל זה?

תופעת פשעי המלחמה היא נפוצה מכפי שאנו חושבים. לשום משטרה בעולם אין את הכוח למנוע את רוב הפשעים שמבוצעים וזוהי גם לא מטרתה, מטרתה היא לבצע רמת אכיפה גבוהה מספיק כדי שהרוב לא יתפתה לבצע פשעים.

**אפקט הCNN –** נולד בשנות ה90 כשהתחילו לשדר בלייב מלחמות. זה גרם להרבה יותר התערבות של העולם במלחמות. מה שראו בשידורים זה לאו דווקא פשעי מלחמה, אלא הרבה הרס והרג. הרס והרג במצבים רגילים זה פשע, אבל במצב מלחמה זה מצב סטנדרטי, לא מדובר בפשע מלחמה. על כן, מבחינת נקודת המבט החיצונית, הם רואים הרס והרג והם ישר חושבים שמדובר בפשעי מלחמה. מנגד, גם אלו עם נקודת המבט הפנימית יהיו מוטים, יחשבו שלא נעשים אצלם פשעים.

**שיעור 8 – קשיי חקירה**

כשרוצים להוכיח פשע, דבר ראשון שצריך להוכיח זה ראיות. אז המערכת הפנימית טוענת לקשיים במציאת הראיות.

**פס"ד רחאל:**

מקרה של חייל שירה באדם שעלה על גג בניין כדי לתקן אנטנה. חייל ירה בו מבלי לקבל לכך אישור פתיחה באש ובמהלך החקירה היו סתירות רבות במהלך החקירה ואסיפת העדויות. במקרה הזה, מרשיעים אותו לשנה וחצי. בפועל, לא הוכח שהוא פושע מלחמה, אבל אם הוא לא פושע מלחמה, אזי על מה הרשיעו אותו? הוא הורשע בגין חבלה חמורה. ההרשעה הזו מגוחכת היות שאו שהוא ירה ירי מוצדק או שהוא ירה ירי לא מוצדק. ירי לא מוצדק משמע רצח, אם זה מוצדק, אז זו פעולה לחימתית לגיטימית. בפועל מתחילים להסתמך על קונסטרוקציות משפטיות שלא נועדו לאירוע.

**השאלות העובדתיות:**

1. האם האדם נהרג? כדי להוכיח שהוא מת, צריך גופה. אין גופה במקרה הזה, מדובר בזמן מלחמה.
2. האם החיילים יכלו **לחשוב** שהמנוח הוא מחבל? צריך לנסות להבין מה החיילים ראו, הדרך הפשוטה היא ללכת לשטח ולהסתכל מנקודת המבט של החיילים ולנסות להבין איך הם ראו את הסיטואציה. אמה מה, זה לא אפשרי, כי המבנה כבר נהרס. גם המוצב של החיילים כבר פונה, מבצע ההתנתקות היה זמן קצר אחרי האירוע.
3. האם נאשם 2 אמר לנאשם 1 ש"יוריד" את המנוח? בשביל לבדוק את זה צריך לעשות חקירה ואז להצליב עדויות. במקרה הזה הנאשמים הודו שהם שיקרו על חלק מהדברים ובחלק אחר ביהמ"ש גילה שהם שיקרו למרות שלא הודו בכך.
4. האם המנוח החזיק כלי ירי או תיקון אנטנה? בשביל לדעת מה הייתה המטרה שבגללה עלה על הגג, צריך לשאול את אלה ששלחו אותו לתקן את האנטנה. הבעיה היא שמעורבים מהצד השני לא רוצים לשתף פעולה עם הרשויות שלנו כדי להעיד.

בפועל – אין יכולת להכריע בשאלות העובדתיות בשל קשיי החקירה:

* קושי באיתור עדים
* היעדר החזקה בזירת הפשע
* הרס של זירת הפשע ו\או ראיות חיוניות
* שיבוש הליכי משפט
* חוקרים לא מיומנים

הקושי: חשש מוגבר משקרים בחקירה ושיבוש הליכי משפט:

עבריינים משקרים כדי להגן על הפעילות העבריינית שלהם. בהקשר הצבאי, חיילים משקרים ממוטיבציה טובה, "גאוות יחידה" \ "אחוות לוחמים".

בעיקרון, אנחנו מעודדים אחוות לוחמים, אבל בהקשר של לחימה הדבר הזה גורם להם לעשות דברים קשים: נקמנות בתוך היחידה וחיפוי על נאשמים.

ישנם אף מצבים של שיבוש חקירה מצד האויב.

יש באירועים האלה קושי אמיתי להשיג ראיות, כתוצאה מכך מי שמתבונן מהצד מקבל חיזוק לזה שמערכת האכיפה הפנימית היא לא ראויה.

מנקודת המבט הפנימית יטענו כי יש קשיים אובייקטיבים וגם חוקר מבחוץ לא יוכל לעשות עבודה יותר טובה.

אבל, האם כל הבעיות האלו אובייקטיביות לחלוטין? בעיה אחת שאינה אובייקטיבית היא החוקרים. לדוג', אצלנו חוקרי מצ"ח מאז שנות ה90' (אחרי האינתיפאדה הייתה רפורמה), הם בעצם חיילים בני 18, לא מאד מקצועיים ומיומנים.

התוצאה – נוצר חוסר אמון בהליך:

1. מצד אחד, תחושת חוסר צדק כשרצח נגמר בזיכוי.
2. מצד שני, מדובר בקושי אמיתי להגיע לחקר האמת.
3. מצד שלישי, האם הכל קשיים אובייקטיבים?

בארץ, רוב האירועים בזמן לחימה לא נבדקים מלכתחילה בהליך של חקירה משטרתית.

**התחקיר הצבאי:**

לפני הרפורמות ולפני תחקיר ועדת טירקל, בישראל כאשר יש חשד להפרה של דיני הלחימה לא מתחילים חקירה משטרית ולא עושים תחקיר צבאי יחידתי.

**ועדת טריקל:** "בישראל, כאשר מתקבלות תלונות או טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כתוצאה מאירועי 'לחימה של ממש', מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת תחקיר מבצעי, המאפשר לפצ"ר לשקול אם נסיבות האירוע מצדיקות פתיחה בחקירה".

טיעונים של מדינת ישראל:

1. ברוב המקרים, אנחנו מניחים שלא מדובר במקרה פלילי. אז אין סיבה לפתוח בחקירה.
2. ההנחה שחקירה פלילית תפגע במוטיבציה של החיילים.
3. חיילים לא ישתפו פעולה עם גוף חקירה חיצוני.

בפועל, שני הצדדים טוענים טענות זדון כנגד הצד השני, אנשי האקדמי "שמאלנים" ואנשי הצבא משוחדים שמתאמים עדויות ולא אמינים.

גם אם מניחים את הטענות האלה בצד ונסתכל בצורה אובייקטיבית: בתביעה פלילית, המשטרה מפרידה את החשודים ולא נותנת להם ליצור קשר (ע"י מעצר חשוד ועוד). זו הציפייה כאשר מתבצע פשע מלחמה – לעצור את החשודים ולחקור אותם עד לגילוי האמת.

במערכת הצבאית, אם נעשה את זה, יפגע בתפקוד של היחידה. אבל, יש צורך להבין שתחקיר, גם אם הוא לא מתכוון לעשות את זה, יש בו אלמנט של תיאום עדויות.

בעבר, תחקיר צבאי היה מתחיל בלהכניס החיילים באוהל, שאילת החיילים כל אחד מה היה, מתוך רצון להגיע לנרטיב ברור ולהפיק מסקנות. במשקפיים פליליים, הדבר הזה נקרא תיאום עדויות. היום אמנם זה לא עובד כך, אך עדיין מעצם אי ההפרדה של החיילים, מאפשרים את התיאום.

עמדת הצבא: מטרת התחקיר היא לא חקירה פלילית, אלא להפיק לקחים.

מסקנה, יש לנו שתי דרכים לבירור האמת. כל אחת טובה וכל אחת נועדה למטרתה. אחת מיועדת לשיפור העתיד והשנייה מיועדת להרתעה וגמול (תכליות של משפט פלילי).

כאשר אתה משתמש באמצעי הראשון של יצירת נרטיב משותף, אתה פוגע ביכולת של החקירה הפלילית.

בפועל, אין פיתרון טוב. יש בעיה של איזון בין צרכים נוגדים, שאף פעם לא יגיע לתוצאה טובה, כאשר כל נקודת מבט תתן משקל שונה לדברים.

יתרונות לתחקיר הצבאי:

* רוב המקרים אינם פליליים ולכן אין צורך לפתוח בחקירה.
* חקירה פלילית עשוי לפגוע במוטיבציה של החיילים ביחידה להילחם.
* יש יותר סיכוי לשיתוף פעולה עם גורם פנימי.

חסרונות לתחקיר הצבאי:

* ההליך מאפשר למעורבים באירוע לתאם עדויות. מטרת התחקיר צופה פני עתיד והוא כלי שעיקר ייעודו לצורך הפקת לקחים.
* חשש משיבוש ההליך.

תחקירים וחקירות – מה עדיף?

הנחות היסוד בעת פתיחת הליך:

* נקודת מבט חיצונית – חשד סביר לביצוע עבירה פלילית:
* יש צורך ב"הפרדת כוחות" כדי למנוע שיבוש חקירה ולהגיע לחקר האמת.
* מתן עדיפות להגעה לחקר האמת.
* נקודת מבט פנימית – קרתה תקלה, אך האירוע אינו פלילי:
* יש להעדיף את היכולת של הכוח להמשיך להילחם.
* מתן עדיפות להפקת לקחים ומבצעיות.

בפועל – שני הצדדים צודקים, מדובר באיזון בין חקר האמת ליכולת להמשיך במאמץ המבצעי.

עמדת ועידת טירקל:

"הוועדה סבורה כי על התחקיר המבצעי לשרת, בראש ובראשונה, את הצרכים המבצעיים של הצבא. לפיכך, סבורה הוועדה שיש להקים מנגנון נפרד לצורך עריכת ההערכה העובדתית, בדומה למודל האוסטרלי, אשר יאפשר לקיים הערכה העומדת בתנאי המשפט הבינלאומי".

מטרתם הייתה ליצור סוג של "גמל" (סוס שתוכנן ע"י ועדה) – התחקיר המבצעי כמו שהוא עכשיו, לא עובד מספיק טוב, לכן יש צורך בתחקירים. הדרך להשתפר בחקירה היא להסתכל על איך מדינות אחרות עובדות ודרך כך לייצר מנגנון מבצעי דומה. למה זה גמל? כי מי שיחקרו שם הם לא אנשי מצ"ח, המטרה היא הפקת לקחים ולא חקירה פלילית (אלא אם יתעוררו חשדות לפלילים). בעצם התחקיר יעשה על ידי גוף חיצוני, דבר שעשוי לגרום לרתיעה משיתוף פעולה. בנוסף, הוא לא פלילי ולכן הוא מעכב את החקירה הפלילית וזה יכול לפגוע באיכות החקירה הפלילית לכשתהיה כזו. למרות החסרונות והפגיעה באחוות היחידה, הסידור הזה עדיף וזאת על מנת למנוע כניסה של המשפט הפלילי הבינלאומי – אם לא נעשה עבודה מספיק טובה בפנים, יחקרו אותנו מבחוץ.

מסקנות בקצרה:

* יש ללמוד מצבאות אחרים בעולם שעשו רפורמות בנושא
* יש להגדיל את עצמאות בודקי התחקירים ולנתקם מעורך התחקיר.

המסקנה של מדינות רבות: בניגוד לעבר, אם המדינה לא תחקור – גורם בינלאומי יחקור בעצמו את המקרה.

הועדה מסבירה כי אם לא יתבצע שינוי חקירות בינלאומיות יתחילו, מכיוון שהמשפט בינלאומי התעורר בעולם.

עקרון המשלימות הוא כלל אשר קבוע באמנת רומא, ומגדיר את סמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג ICC. כלל זה מסדיר את היחסים בין קיום הליכים בבית הדין הבינלאומי לבין קיומם בבתי המשפט המדינתיים. הכלל קובע כי ההליך יתנהל בבית הדין הבינלאומי כאשר המדינה המעורבת אינה מסוגלת או אינה רוצה לנהל הליך כראוי.

עקרון השיוריות- הוא עיקרון לפיו ארגונים מבוזרים דרגות, בארגון צריך לטפל רק באותן משימות שאינן יכולות להיות מטופלות טוב יותר במדרג נמוך או מקומי יותר. העיקרון מיושם בתחומים של מדעי המדינה, ניהול ארגוני, פיקוד צבאי, קיברנטיקה ומדעי המידע. במדע המדינה, עקרון השיוריות נחשב לעיקרון הבסיסי של הפדרליזם.

דוח מבקר המדינה (אחרי מבצע צוק איתן):

"בהתאם לעקרון המשלימות ועקרון השיוריות תפקוד ראוי של מערכות החקירה והמשפט במדינת ישראל יסייע במניעת התערבות של ערכאות חיצונית בענייניה הריבוניים של מדינת ישראל"

בפועל, אותה יחידה תחקור מבצעית מוקמת שלוש פעמים.

קשיים בחקירה בינלאומית:

כשגורם שאינו מדינת העבריין אחראי על האכיפה, קשיי החקירה גדלים כי:

* שיתוף הפעולה קטן – אם שיתוף הפעולה עם חקירה מדינתית הוא קטן, אז לחקירה בינלאומית יהיה אפילו מצומצם יותר.
* חלוף הזמן – עד שמוקמת ועדת חקירה עובר זמן רב, לעתים מחכים עד שתיגמר המלחמה.
* בדרך כלל מדובר בפשיעה רחבת היקף ומרובת מעורבים.
* חוסר רצון מצד המדינה הנחקרת לשתף פעולה ולאכוף את הכללים הבינלאומיים.

בפועל, אין ברירה אלא להשתמש באמצעים הפחות טובים האלה, כי הרבה מאד פעמים המדינה הרלוונטית לא באמת כל כך רוצה לאכוף ולהעניש.

אלאור עזריה נ' הפצ"ר:

"האמור לעיל מביאנו לכלל מסקנה... שהדברים מקרבים אותנו אל סיפה של עבירת הרצח בכוונה תחילה... בכל מקרה נשוב ונדגיש, כי **בסמכותה המלאה של התביעה הצבאית לקבוע סעיף אישום קל יותר בכתב האישום, גם אם הראיות מאפשרות הגשת סעיף אישום חמור יותר,** ולדידנו, חזקה על התביעה הצבאית כי משנהגה כך – צדקה בשיקוליה."

במקרה הזה התביעה יכלה להגיש כתב אישום על רצח ודעת היחיד במשפט אף גורסת שזה רצח, אבל התובעת בכל זאת החליטה להקל בכתב האישום. אם בסוף הגענו למסקנה שזה כן רצח וכן פשע מלחמה, אז איך בסוף הוא קיבל את העונש שהוא קיבל? זה בסדר אם לא היינו מגיעים למסקנה שזה רצח או פשע מלחמה, אך משזה הוכרע, לא ברור איך קיבל עונש כה מקל.

משמע, בפועל המדינות לא עושות עבודה מספיק טובה בחקירה פנימית.

יחד עם זאת, מדינת ישראל עושה היום עבודה יותר משעשתה לפני שלושים שנה.

במשפט הבינלאומי, כל הניסיון הוא ליצור כל הזמן מנגנונים כמה שיותר טובים, כאשר השאיפה שהמנגנונים יהיו מנגנוני גיבוי. מטרתם להוות הרתעה למדינות ולהבטיח שיאכפו כמו שצריך בעצמן.

**מנגנוני האכיפה מחוץ למדינת העבריין של המשב"ל הפלילי- שיעור א-סינכרוני.**

**התפתחות מנגנוני האכיפה של המשב"ל הפלילי:**

**מלחמת העולם הראשונה-** מדינות שונות מתחילות לרקום תוכניות בדבר הקמתו לאחר המלחמה של בית דין פלילי בינלאומי, לצורך העמדה לדין של חיילים מהצד השני בגין ביצוע פשעים בינלאומיים גרעיניים בזמן המלחמה. בהסכם השלום עם גרמניה אחרי המלחמה, כפו בנות הברית המנצחות על גרמניה להסכים לכך שיוקמו בתי דין פליליים בינלאומיים לצורך העמדה לדין של פושעי מלחמה גרמניים. גרמניה מתחמקת מביצוע ההסכם תוך הבטחה שהיא תעמיד לדין חייליה בגין פשעי מלחמה. בפועל המשפטים ("משפטי לייפציג") היו מוטים- כפי שפורט לעיל.

**מלחמת העולם השנייה-** לאחר מלחמ"ע הראשונה בעלות הברית דרשו הקמה של בתי דין פליליים בינלאומיים לצורך העמדה לדין של גרמנים ויפנים, וכך היה.

**(מעתה ואילך נסקור בהרחבה ארבעה סוגים של מנגנוני אכיפה פליליים בינלאומיים).**

**בתי הדין אד-הוק-** בתי דין המתכנסים לעסוק באירוע ספציפי ולאחר סיום הדיון בעניין זה בתי הדין מתפרקים.

**דור ראשון, בתי הדין בנירנברג ובטוקיו-** חוקת לונדון העניקה סמכות לבתי הדין על שלוש קטגוריות של פשעים בינלאומיים גרעיניים- פשעי מלחמה, פנ"ה, פשעים כנגד השלום (תוקפנות). **הביקורות והמענים שסיפקו בתי הדין-**

1. **ענישה רטרואקטיבית**- אומנם דיני הלחימה היו קיימים קודם למלחמה, אך האיסורים חלו על מדינות ולא פרטים.
* **תשובה פורמלית -** מאז ומתמיד האיסור פנה לאנשים, מדינה זה פיקציה. כל מה שנוסף הוא סנקציות ספציפיות על אנשים בנוסף לסנקציות על המדינה כקולקטיב.
* **תשובה מוסרית-** הנאשמים הפרו עקרונות מוסר בסיסיים הידועים לכל והודעה מוקדמת לא נצרכת.
1. **פעילות הנאשמים הייתה בהתאם לדין המדינתי-** מכאן שלא ראוי להעניש אותם.
* **תשובה פורמלית -** להשקפתו של המשפט הבינלאומי הוא עליון על דינים של המשפט המדינתי.
* **תשובה מוסרית-** ההעמדה לדין נעשית על הפרת עקרונות אוניברסליים עליונים.
1. **העדר הסכמה-** גרמניה פרשה מהאמנות הללו ולכאורה היא לא מחויבת בנורמות.
* **תשובה פורמלית -** אלו נורמות של המשב"ל הפלילי המנהגי ולכן גרמניה מחויבת בהן ללא קשר לאמנות.
* **תשובה מוסרית-** עקרונות מוסר בסיסיים הם לא פונקציה של הסכמה, אלא הם מוטלים באופן טבעי.
1. **"צדק של מנצחים"-** הנשפטים היו מהצד המפסיד בלבד.
* **המענה:** אי הענשה של אחד בגין פשעיו לא מצדיקה אי הענשה של אחר בגין פשעיו, במיוחד לאור חומרת המעשים.
1. **עמימות הדין-** הדין לא ברור ויוצא שמבהירים אותו "על גבם" של אנשים.
* **המענה:** ההעמדה לדין הייתה בגין הפרה של דינים ברורים מספיק ובנוגע להרבה מההפרות הפגם המוסרי היה כ"כ בוהק עד שלמבצע לא היו יכולות להיות ספקות על כשרותם.

-בשנות המלחמה הקרה המשב"ל הפלילי נכנס לתרדמת-

**דור שני, בתי הדין ברואנדה ובית הדין ביוגוסלביה (ה-ICTR וה-ICTY)-**

הגורמים להקמת בתי הדין: סיומה של המלחמה הקרה, בד בבד להקמת הCNN שיוצר את אפקט הCNN (פורט לעיל), וגורם ללחץ ציבורי במדינות רבות בעולם המכריח את המנהיגים לפעול כנגד הזוועות. ה-ICTY עוסק הפשעים שנעשו במלחמה המבוצעת ביוגוסלביה, ה-ICTR עוסק ברצח העם ברואנדה. **בהקמת בתי הדין הללו ישנה שאיפה לפתור את הבעיות שהוצגו לעיל, בבתי הדין אד-הוק דור א':**

1. **כנגד הביקורת על הטיה פוליטית מסוג "צדק של מנצחים"-** בתי הדין אד-הוק דור ב' מוקמים בהחלטה של מועצת הביטחון של האו"ם (ולא בהחלטת המנצחים). יש לסייג זאת במעט, ברואנדה נדרש שיתוף פעולה מהממשלה, הצד המנצח, ולכן בפועל מעמידים לדין רק אנשים מהצד המפסיד ולא המנצח לעניין רצח עם (גם הגיוני כי הצד שניצח הוא הצד שבוצע כנגדו רצח עם ולא הפוך). אולם הייתה התחייבות מצד הממשלה שלעניין פשעי מלחמה ופנ"ה יעמידו לדין גם פושעים מהצד המנצח.
2. **כנגד הביקורת על העדר אזהרה מוקדמת**- בתי הדין בנירנברג וטוקיו סיפקו את התקדים.
3. **כנגד הביקורת על אנשים שפעלו בהתאם לדין המדינתי/העדר הסכמה של המדינה-** רואנדה חתומה על אמנת הג'נוסייד ואמנות ג'נבה בהם יש התייחסות לפשעי מלחמה. גם המדינות שנוצרו מפירוק יוגוסלביה חתמו, עוד בראשית המלחמה, על אמנה שמחילה עליהן את סמכות בית הדין הבינלאומי הפלילי ואת האיסור בגין עשיית פשעים בינלאומיים גרעיניים בדין המדינתי. (יכול לשמש כמענה גם לבעיה של העדר אזהרה מוקדמת).
4. **כנגד העמימות-** פסיקת בתי הדין תרמה תרומה אדירה להבהרת הדין, אולם הבעיה הזאת עדיין קיימת.

**תרומת בית הדין-** בתי הדין העירו לחיים את המשב"ל הפלילי, הבהירו את הנורמות של המשב"ל הפלילי, הרחיבו את האיסורים הפליליים ובכך גם את ההגנה על זכויות האדם.

**הבעיות:**

1. **העדר לגיטימציה בקרב האוכלוסייה המקומית (יושבים במקום אחר מהמדינה)-** אם כך, הפסיקה של בתי הדין לא מופנמת כמקור מחנך במקומות בהם בוצעו הפשעים.
2. **קשיים ראייתיים-** כפועל יוצא מהעדר הלגיטימציה ועיתוי תחילת החקירה (לאחר סיום המלחמות).
3. **יוקר ההליכים-** ההליכים המשפטיים יקרים, למרות שמספר התיקים מועט ולמרות שהם נמשכים יותר מ20 שנה (בשל העדר לגיטימציה, קשיים ראייתיים, וחוסר נגישות לזירה).
4. **הטיה פוליטית-** כאמור, בעיית ה"צדק של מנצחים" לעניין רואנדה לא נפתרה.ובאופן כללי, ההחלטה לפתוח בתי דין דווקא למקרים אלו ולא למקרים אחרים שאירעו בשנות ה-90 מעלה את הטענה להטיה פוליטית.

**עקב הביקורת השתנתה הגישה ובמקום בתי הדין אד-הוק יש פניה להסתמכות על שלוש חלופות אחרות של מנגנוני אכיפה:**

1. **בתי דין מעורבים/היברידים-**בית דין פלילי המערב אלמנטים מדינתיים ובינלאומיים, בדר"כ

באחת מהבחינות הבאות:

1. **מבחינה מוסדית-** עירוב של גורמים בינלאומיים עם גורמים מדינתיים.
2. **מבחינה נורמטיבית-** העמדה לדין הן על הפרה של דין מדינתי והן על הפרה של המשב"ל הפלילי.

**נשים לב:** מידת העירוב של שני המערכות משתנה בין הטריבונלים השונים השייכים לקטגוריה זו.

**יתרונות בתי הדין המעורבים (בניגוד לבתי הדין הד-הוק)-**

1. **עלות-** בתי הדין המעורבים הם בעלי פוטנציאל להיות זולים יותר ויעילים יותר, מכיוון שהם "רוכבים" על מערכת משפט קיימת.
2. **קיומה של לגיטימציה-** פוטנציאל לזכות ביותר לגיטימציה. גם בדיקטטורות הרבה פעמים מערכת המשפט המדינתית זוכה ליותר לגיטימציה בהשוואה למערכת בינלאומית. הנחה זו נובעת מהרציונל כי אין גורם חיצוני שבא לשפוט אלא המדינה שופטת את עצמה.

**הבעיות-**

1. **בעיה טכנית-** כאשר מתנהל אירוע פלילי בין שני מדינות, קשה לקבוע על איזו מערכת משפטית יירכוב בית הדין המעורב.
2. **איבוד התכלית א-** קיים חשש שבית הדין יראה בעצמו כבינלאומי גרידא, תוך שיכחת המהות ובכך ייאבד את הלגיטימיות שלו.
3. **איבוד התכלית ב-** חשש בכיוון השני, כלומר חשש מהשפעה יתרה של השלטון המקומי על בית הדין המעורב. על אף שנטען כי יוכנס אלמנט פיקוח בינלאומי, נוכל לראות מקרים כמו בקמבודיה שבית הדין לא עבד מספיק טוב וחטא למטרתו (ניסיון מגמתי שלבסוף הצליח לצמצם את העמדה לדין של הפושעים בקמבודיה).

**כיום-** בין השנים 2005-2014 דעך השימוש בפניה למנגנון זה לאור בעיותיו שהוצגו לעיל, אולם בשנים האחרונות החלה מגמה חיובית בנוגע למנגנון שמעידה על ניסיון להימנע מה-ICC ומהסמכות האוניברסלית, בהם נדון בהמשך.

**2. סמכות שיפוט אוניברסלית-** העמדה לדין במדינה בגין פשע בינלאומי גרעיני, על אף העדרה של כל זיקה בין המדינה השופטת לביצוע הפשע. (הפשע לא בוצע: כנגד המדינה, בטריטוריה שלה, ע"י אזרח/תושב של המדינה וגם לא כנגד אזרח/תושב של המדינה).

**התנאים לשימוש בסמכות-**

1. כאשר הופרו עקרונות מוסר בסיסיים בענייני זכויות אדם יסודיות.
2. לא ניתן לסמוך על האכיפה של מדינות בעלות זיקה למקרה.

**הרציונל-** הגנה על אינטרס המשותף לכל העולם (זכויות אדם בסיסיות) באופן כזה שהמדינה בעלת הסמכות משמש נציגת העולם.

**העמדות השונות על** **לגיטימיות הסמכות האוניברסלית לפי הדין המנהגי –**

1. **נגד**- עקרון הריבונות של המשב"ל המנהגי אוסר את השימוש במנגנון זה מאחר שהעמדה לדין של אנשים מחוסרי זיקה למדינה השופטת פוגעת למעשה בריבונות של המדינה בה הם אזרחים.
2. **בעד-** לא די בכך שזה מותר, אלא למדינה החובה להעמידם לדין.
3. **ביניים-** בהסתמך על עקרון הריבונות, המדינה רשאית להפעיל סמכות זו בהתאם לשק"ד, רק לאחר שהיא חוקקה חוק מדינתי המתיר לה זאת.

**בהנחה שיש סמכות אוניברסלית ישנן עמדות שונות באשר להיקפה-**

1. **גישה מרחיבה (מקובלת בשנות ה-90)-** המדינה רשאית לפתוח בחקירה כנגד אדם, גם כאשר הוא לא נמצא בשטחה.

**צידוקים-** המשב"ל הפלילי מגן על עקרונות מוסר בסיסיים והוא עליון על הדין המדינתי, לכן לא חשוב מה מדינת העבריין בחרה לעשות, ישנה סמכות הניתנת לכל מדינה בעולם. בנוסף, לרוב הפשעים הללו עוסקים בפשיעה ארגונית ולכן קשה לסמוך שלמערכת המשפט תהיה פרספקטיבה אובייקטיבית.

1. **צימצום הגישה-** סמכות אוניברסלית רק כאשר הנאשם נוכח בשטח המדינה (מונע הליכים סותרים ומגן על זכויות הנאשם), או תוך שקילה ראשונית האם יש פורום ראוי ויעיל יותר מהמדינה ללא הזיקה, לשפוט את המקרה.
2. **הגישה המצומצמת (עקרון השיוריות)-** סמכות אוניברסלית קמה רק מקום בו בעלות הזיקה לא רוצות/מסוגלות לקיים הליך משפטי הוגן.

**התפתחות המנגנון-** המנגנון הוותיק ביותר, קיים מאות שנים לגבי שודדי ים (פגיעה באינטרס אוניברסלי). אולם רק לאחר מלחמ"ע השנייה המנגנון מוחל במספר מצומצם של פסקי דין, על הפשעים הבינלאומיים הגרעיניים (המקרה המפורסם ביותר, בו נקבע כאוביטר שיש סמכות אוניברסלית-משפט אייכמן. אולם שם, הטענה המרכזית הייתה שיש זיקה לקורבנות).

**בשנים 50'-90':** אחר המלחמה, בנוגע לפשעים ספציפיים נחתמות אמנות המעניקות סמכות שיפוט אוניברסלית בהיקפים שונים שנקבעו באמנה: אמנת הג'נוסייד, האמנה למניעת עינויים, אמנות ג'נבה (ס' העמד לדין או הסגר). בנוגע לפנ"ה ופשעי מלחמה (פרט לעינויים), בשלב הזה, רק הדין הבינלאומי המנהגי קובע את קיום הסמכות האוניברסלית.

**עמדות מדינות העולם :**

**ישראל-** תמיכה נלהבת ואימוץ של סמכות אוניברסלית לחוק העונשין. אולם בשאר העולם ניתן למצוא עמדות מגוונות, למעשה את כל אחת מהעמדות שסקרנו לעיל- הדיון בשנים הללו הוא תיאורטי.

**משנות ה-90'-** החל מאמצע/סוף שנות ה-90 השימוש בסמכות האוניברסלית גובר והיא הופכת לתחליף לבתי הדין אד-הוקים. אחרי המלחמה הקרה מדינות רבות מתקנות את חוקן, כך שיאפשר סמכות אוניברסלית. חלקן אף מאפשרות הגשה של קובלנות פליליות לביהמ"ש על יסוד הסמכות האוניברסלית. הרציונל- הרשות המבצעת מושפעת מלחצים בינלאומיים ולכן היא נוטה שלא להפעיל את הסמכות האוניברסלית גם במקרים שראוי לעשות כן, לכן עתירה לביהמ"ש עוקפת בעיה זו ופונה ישירות לרשות השופטת-הפחות מושפעת.

**הפרשה הראשונה שבה המצב המשפטי נחשף –** פרשת פינושה.

פינושה, נשיא צ'ילה לשעבר שמשטרו ביצע פשעים בינלאומיים גרעיניים (ב1973), נוסע בסוף שנות ה-90 לאנגליה. אזרחים ספרדים מגישים קובלנה וספרד פונה בבקשת הסגרה. בהליך המשפטי קבעו שופטי בית הלורדים: **התגבש דין מנהגי המאפשר למדינות להפעיל סמכות אוניברסלית** (מבחינה מעשית הם מעט נסוגו מהקביעה נחרצת, ולבסוף פינושה מתחמק מעונש). אולם לקביעה של בית הלורדים הייתה השפעה רבה הגרמה לרעד בעולם. בשלב הזה, היתרון בסמכות האוניברסלית ברור- נטרול האפשרות של מדינות חזקות להפעיל לחץ שיאפשר לאנשיהם להתחמק מעונש. אולם ישנו חיסרון והוא החשש לניצול פוליטי של התהליך ע"י המדינה בעלת הסמכות האוניברסלית, זאת בייחוד לאור הסמכות הנרחבת.

**משנות ה-2000, צמצום הגישה והתנועה לעבר עקרון השיוריות-** ב2002, הליך התנהל בICJ כנגד האקטיביזם של בלגיה, בנוגע להעמדה לדין של שר החוץ של קונגו על בסיס הסמכות האוניברסלית. נקבע באוביטר כי הפרשנות המרחיבה של הסמכות האוניברסלית תיצור כאוס לא נורמלי בזירה הבינלואמית ותפגע באפשרות לנהל יחסים תקינים בין מדינות. בנוסף, ארה"ב מפעילה לחץ לצמצם את החקיקה והגישה בכלל אודות הסמכות האוניברסלית זאת לאור העמדה לדין של אנשי משטר בארה"ב. מתוך רצון להקטין את החיכוך בין המדינות מתפתחת תמיכה גוברת בעמדה על פיה הסמכות האוניברסלית כוללת בתוכה את עקרון השיוריות (ראה פירוט לעיל, דומה גם לעקרון ההשלמתיות שבאמנת רומא). הסיבה שהמשב"ל הפלילי לא נפטר לחלוטין ממנגנון זה למרות הבעיות שהוא יוצר היא כי ישנה תמיכה ציבורית נרחבת במנגנון, במדינות בהן הוא אומץ לחוק וכך המנהיגים לא יכולים לסגת ולבטל את החוקים. בנוסף, מנגנון הסמכות האוניברסלית מגשים את ייעדו למרות שהוא לאו דווקא מופעל הלכה-למעשה היות שהוא מהווה אמצעי הרתעה שמעודד אכיפה במדינות בעלות הזיקה. לאור כל אלו, המנגנון לא מבוטל אך הוא מצומצם באופן משמעותי.

**היתרונות של אימוץ עקרון השיוריות-**

1. **תמריץ להעמיד לדין-** סיכון שגורם זוטר יעמוד לדין בגין העדר חקירה ואכיפה של מדינות הזיקה ובכך ייפגע במעמדם של הבכירים במדינה, הוא סיכון שיתמרץ את מדינות הזיקה לאכוף.
2. **הפחתת הסיכויים של ניצול פוליטי לרעה-** ע"י מתן עדיפות למדינת העבריין, כל עוד ההליך שם הוגן, עצמאי, אפקטיבי וחסר פניות, נמנע החשש לניצול פוליטי לרעה ע"י סמכות אוניברסלית (וה-ICC שיבואר בהמשך).

**יחסי ישראל והמשב״ל הפלילי:**

שנות ה-50-90: ישראל תומכת גדולה במשב״ל הפלילי.

השינוי- שנות ה-90: גורמים שונים מנסים לעשות שימוש בסמכות האוניברסאלית כנגד גורמים ישראלים.

ישראל מושכת אש – ומקבלת יותר על הראש וביקורת מצד המשפט הפלילי הבינלאומי.

ישראל מנסה לשכנע מדינות לתקן את חוקיהן.

עניין ההתנחלויות הוא העניין העיקרי אשר נידון- למרות התנגדותה של מדינת ישראל, מוכנס האיסור על העברה של אוכלוסיה לשטח כבוש כפשע מלחמה לאמנת רומא.

* נקודת המחלוקת: האם פשע המלחמה של ״העברת אוכלוסיה לשטח כבוש״ הוא מנהג בינלאומי?
* הטענה הישראלית: האיסור המנהגי הוא להעביר אוכלוסייה בכפייה לשטח כבוש.
* מחד-
* יש פסקי דין מלאחר ww2 שתומכים בגישה זו.
* תמיכה בלשון אמנת ג׳נבה.
* באמנת ג׳נבה הוא לא מוגדר כפשע מלחמה
* מאידך-
* יש פסקי דין מלאחר מלחמת העולם השניה שמתנגדים לעמדה זו.
* למשל במשפט נירנברג מעמידים לדין על תוכנית הגרמניפיציה- מבחני הזיהוי לכמה ארי אתה בכדי לקבל חלקה היו קשים ביותר. כלומר היה דיון על העברה לשטחים למרות שלא הייתה **כפייה.** זה היה דיון ביניים אך גם זו הייתה הטענה של ישראל כנגד נירנברג.
* האיסור הורחב ב1ap והוגדר כהפרה חמורה. .... (להעתיק)
* האיסור הורחב כפשע מלחמה באמנת רומא

**הסכנות לישראל:**

1. אישום נגד חיילי צה״ל בגין פשעי מלחמה. ישנה הגנה באמצעות עקרון המשלימות, ישראל תטען כי היא מדינה אמינה וברצונה לחקור את המקרים לעומק. כיום, הציבור תומך נלהבות בהגנה על חיילים ובית המשפט שמרן ומונע האקטיביות הבונה אמינות.
2. אישום ביחס להתנחלויות. המדינה טוענת שההתיישבות חוקית ועקרון המשלימות לא תקף. הריסת בתי מחבלים על פי העמדה הרווחת היא פשע מלחמה-ענישה קולקטיבית, ובתחילת שנות האלפיים נאסר על כך גם בישראל. לאחרונה, שב המוטיב לאישור הריסת בתי מחבלים.

**סמכות השיפוט של בית הדין**

מתי יש ל-ICC סמכות שיפוט?:

* כאשר מועצת הביטחון של האו"ם מפנה את המקרה לICC, גם אם המדינה לא חברה.
* הפשע בוצע ע״י אזרח או תושב של מדינה חברה בICC.
* הפשע בוצע בטריטוריה של מדינה חברה בICC.
* מדינה לא חברה פונה לICC ומבקשת לבחון אירוע ספציפי.

ניסיונות הפלסטינים להחיל את סמכות בית הדין על הסכסוך עם ישראל:

1. **הפעלת מועצת הביטחון-** דו״ח גולדסטון למשל ניסתה להפעיל את מועצת הביטחון. (דוח ועדת חקירה בעקבות עופרת יצוקה). מנגד- הסיכוי שארה״ב תטיל וטו על החלטה כזו גבוהה מאוד.
2. **ניסיון לאתר קציני צה״ל עם אזרחות כפולה ממדינה שחברה באמנת רומא.**
3. **ניסיון לאתר מקרה שאירע במדינה שכן חברה באמנת רומא.**

נבחן את פרשת המרמרה:

**שלב א׳:**

הספינה מפליגה לעזה תחת דגל מדינת קומורוס (שחברה באמנת רומא), ונעצרת ע״י ישראל. ועדת טירקל (ישראל)+וועדת פלמר (או״ם): האירוע לא חמור מספיק בשביל חקירה פלילית. קומורוס פונה לicc ומבקשת לפתוח בחקירה.

אגב דחיית התביעה התובעת קבעה כי:

* קיים חשד שבוצעו פשעי מלחמה.
* עזה נמצאת תחת כיבוש ישראלי.

**שלב ב׳:**

קומורוס מערערת על החלטת התובעת לא לחקור. בערעור נקבע כי המקרה מספיק חמור כדי להצדיק פתיחה בחקירה משום ש:

* פשעים בינ״ל הם מטבעם חמורים
* התובעת לא שקלה נכון את הנזק לעזה באירועים.
* התגובה החריפה בזירה הבינ״ל מלמדת על חומרת המקרה.

**שלב ג׳:**

התובעת ערערה לערכאת הערעור (גלגול שני). לבסוף, הוחלט שלא לפתוח בחקירה.

**אבל** השופטים ציינו שהתובעת שגתה בהערכת חומרת האירוע.

**התוצאה:** לא נפתחה חקירה נגד ישראל. אבל התביעה ביססה את מעמדה כגוף עצמאי.

אז מה מניע את בית הדין? הפער בין נקוד מבט חיצונית ופנימית, ״אפליה מתקנת״.

1. **ניסיונות הפלסטינאים להחיל את סמכות בית הדין על הסכסוך עם ישראל- פנייה ישירה ל-icc:**

ניסיון ראשון- פנייה בעקבות דו״ח גולדסטון. התביעה נדחה משום שפלסטין אינה מדינה ובנוסף אינה חברה באו״ם (כמו איי קוק).

הפלסטינים משפרים עמדות :

* פונים למועבי״ט- ארה״ב מטילה וטו
* פונים לעצרת הכללית- קבלת מעמד ״מדינה משקיפה״ (בערך חברה באו״ם).

ניסיון שני- אחרי מבצע ״צוק איתן״

אבל, למה לחכות כל כך הרבה זמן?

1. מחכים שאבו מאזן יעלה לשלטון ויתחיל לנקות את המעורבות של הפלסטינאים עם הטרור.
2. הפלסטינאים חלשים אובייקטיבית, האמצעי היחידי שלהם הוא ה-icc ולכן הם משתמשים בו בזהירות.
3. הם יודעים שהעניין שנוי במחלוקת ולכן הם רוצים להשתמש באירוע גדול לטיעון.
4. יש להם נקודת חולשה- הסכם אוסלו. ולכן הם יודעים שככל הזמן הולך ומתרחק מהסכם הקבע שהיה אמור להיות (1999) (במסגרת הסכם אוסלו הפלסטינאים לא יכולים לפנות לגורמים פליליים כנגד ישראל).

ניסיון שני- אחרי מבצע ״צוק איתן״:

1.1.15: הפלסטינאים פונים לבית הדין ומבקשים להחיל את סמכותו על אירועים בין 13.6.14 לבין 1.1.15. (כלומר מאחרי חטיפת החיילים).

2.1.15 – הפלסטינאים מצטרפים לאמנת רומא.

28.1.2018 – מבקשים מהתובעת לפתוח בחקירה.

16.1.15- התובעת פותחת בבדיקה מקדמית.

2020 – התובעת רוצה לעבור משלב החקירה המקדמית לשלב החקירה ולכן היא פונה לערכאה הראשונה של הicc ומבקשת את עמדתה, ואת הגב שלה. זאת בשל מורכבות המקרה ונפיצותו.

ישראל מפרסמת נייר עמדה שבה היא שוטחת את טענותיה, מבלי להצטרף להליך כדי לא לתת לגיטימציה. דעת הרוב לא מקבלת את עמדת ישראל וטוענת שבגדול ובהפשטה, נכון לאמנת רומא, **הפלסטינאים היא מדינה** ולכן פותחת פתח למעבר לשלב החקירה.

דעת המיעוט של השופט ההונגרי- ראוי לפרש כך שסמכות השיפוט תהיה רק כלפי הפלסטינאים.

התמדה בעקרון ההשלמתיות, תשכך את טענות התביעה המקדמות את כתב האישום, אך התביעה לא תוכל למשוך את הגשת כתב האישום במשך עשרות שנים, לכן כל שנותר הוא לדחות את הקץ.

**ב-5 בפברואר, 2021, ניתן פסק-הדין של הערכאה הראשונה של ה-ICC בסוגיה; 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 למרץ 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 תובעת ה-ICC את הקדנציה, והוחלפה על-ידי תובע החדש. כך חסכה התובעת היוצאת לתובע הנכנס את כאב הראש של קבלת החלטה בנושא, והוא כבר יכול להמשיך במצב שכבר הוחלט לפתוח בחקירה.**

**מאפייני הפשיעה הבינלאומית**

**לפשעים בינלאומיים מספר מאפיינים ייחודיים:**

* הפשעים הם בדרך כלל פשיעה ארגונית – כלומר מפורש בהגדרה.
* מעורבות מוגברת של המדינה, שלעיתים יוזמת, מבצעת ומעודדת את ביצוע הפשעים.
* גם כאשר המדינה אינה מעורבת, על פי רוב הפושעים יהיו חברים בארגון מערכתי כלשהו. (כמו צבא)

היות ומדובר בפשיעה מאורגנת וקולקטיבית, בנוגע להרבה מהפשעים, כל אחד מבצע רכיב קטן בתוך הסיפור הגדול. עקב כך, יש לנו מוטיבציה להגדיל את העבירות באופן שירחיב את מעגל ההפללה.

אמה מה, הקושי בהרחבת מעגל ההפללה הוא שיש גבול למי אנחנו רוצים להרשיע. (כמו אלזה טרנק, אנגיסטר, נתב הרכבות).

**התוצאה:**

* מעורבות של ארגון \ מדינה, גורמת לכך שנוצר נזק רחב היקף
* קיים קושי בהגדרת העבירות ובזיהוי העבריינים מבין המעורבים

בעצם קיים מתח, בין הרצון להרחיב את מעגל ההפללה לבין הקשיים. דומה למתח בדוקטרינות של צדדים לעבירה.

**הפתרון המוצע:**

הגדרת העבירות והצדדים לעבירה באופן שתופס את מכלול המעשים כפשע אחד, ומעניש גם את המעורבים שביצעו חלק קטן מרכיבי העבירה.

**שיקולים המתנגדים להרחבת האחריות הפלילית:**

ראינו שכדי לתת מענה למאפיינים הייחודיים של הפשיעה הבינלאומית, הוצע להרחיב את מעגל האחריות הפלילית גם למבצעים שחלקם קטן יותר.

אם יישום של רעיון כזה גם הוא מעלה חשש מפני:

* אכיפת יתר – הפללה של גורמים זוטרים וחסרי השפעה.
* אכיפת יתר ב' – הפללה של גורמים בכירים שלא ידעו על המתרחש.

מצב כזה גם עשוי לפגוע ביכולת של גורמים בכירים לנהל לחימה במקביל לאכיפת הדין הבינלאומי בקרב פקודיהם.

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

אנחנו צריכים להבין מי המעשים וההשפעה שלו הם מספיק מהותיים על מנת להוות חלק מהותי מהעבירה.

**צדדים לעבירה במשב"ל:**

כלל: הגדרת הצדדים לעבירה במשפט המדינתי (משדל, מסייע), חלה גם במשפט הבינלאומי. אליהם יש להוסיף בהקשרים צבאיים, גם את "הפוקד".

הצדדים שנדבר עליהם הם לפי זיו בורר, לדוג' "פוקד" בדרך כלל נקרא "צד ישיר לעבירה".

* משדל
* מסייע
* הפוקד (לא מקובל מאד במשפט הישראלי)

**פוקד:**

מפקד שנתן פקודה, אחראי לפחות כמו החיילים שלו, אם לא יותר, ביחס לעבירה שבוצעה בעקבות הפקודה.

אמה מה, מפקדים למדו דרך לעקוף את זה. כאשר מתחילות לקרות עבירות באופן ספונטני בזמן מלחמה מצד החיילים שלהם, המפקדים בוחרים לא לעשות כלום. משמע, הרבה פעמים לא צריך פקודה בפועל על מנת שיהיה ניתן להעמיד את המפקד אשם.

יתרה מכך, הרעיון של פקודה לא תמיד מתאים לכל המקרים, לעתים יש לוחמות גרילה שלא תמיד פועלים לפי פקודות, או צבאות שמשתפים פעולה. (לדוג' במלחמת לבנון ישראל שיתפה פעולה עם הפלנגות הנוצריות, שעשו רצח עם).

לפעמים, אין "פקודה" רשמית שמורה לחיילים לפשוע, ואז המפקד חומק מעונש. על המפקד יש חובה למנוע פשעים באופן אקטיבי, ולכן יש להטיל עליו אחריות גם בהיעדר פקודה.

פתרון א' (פס"ד יאמאשיטה):

המפקד אחראי למנוע פשעים, גם אם הוא לא פקד על חייליו לפשוע.

במקרה הזה, החיילים עשו פשעי מלחמה באופן ספונטני, ללא פקודה מהמפקד שלהם לכך.

* **הפרשנות הרווחת:** מה שנקבע ביאמאשיטה הוא כלל של אחריות קפידה. משמע, מעצם זה שיאמישטה לא מנע את הפשעים, הוא אשם. הטיעון של יאמשיטה היה שהאמריקאים שיבשו את קווי הטלפון, על כן לא יכל לתת פקודה למנוע.
* **העמדה המשפטית היום:** בביקורת על כך שהפרשנות הרווחת מהווה כלל מרחיב מידי.

פתרון ב' (אמנת רומא):

מפקד צבאי יהיה אשם ב3 תנאים:

1. יש לו פיקוד אפקטיבי ושליטה באנשיו – פותר דילמה בנוגע לשאלה מיהו מפקד. יכולנו לאמץ עמדה שאומרת שמפקד הוא מי שהחוק של המדינה הרלוונטית, מגדיר כמפקד. לפי הגדרת הדין הישראלי, כל רב"ט בצבא הוא מפקדם של כל אלו שנמוכים ממנו בדרגה, יש פה בעייתיות בלהסתמך על הגדרה פורמלית.
2. ידע \ היה עליו לדעת שחייליו מבצעים פשעים – באמנת רומא לגבי בכיר בגוף אזרחי, הגישה היא "ידע או עצם עיניים", גישה יותר סלחנית.
3. לא נקט באמצעים סבירים למנוע את העבירה \ להעניש את המבצעים \ להפנות את המקרה ליחידה חוקרת – יש עם זה קצת בעייתיות, מטילים על המפקד אחריות בדיעבד, על דברים שהוא לא עשה שיכלו למנוע את הפשעים.

**קושי 1 – ענישה חמורה בהעדר אשם:**

המפקד נענש באופן חמור, כאשר היסוד הנפשי של העבירה הוא רשלנות ("היה עליו לדעת"). בישראל העונש המקסימלי לרשלנות הוא שלוש שנים, בגרמניה כתוב בחוקה שלא ניתן לתת מעל 5 שנים על עבירה ביסוד נפשי של רשלנות. במדינות אחרות לא שינו את העונשים האפשריים, מתוך תפיסה שממפקדים ניתן לדרוש יותר. בישראל, ועדת טירקל המליצה לקבוע אחריות מיוחדת למפקדים בגין פשעי מלחמה, אך עדיין יש התלבטות ביחס לעונש.

**קושי 2 – מהי שליטה?**

לפעמי יש קושי לדעת מי השולט בפועל. מקרים נפוצים בהם יש בעיה: ארגונים ללא היררכיה \ פעולה משותפת בין מספר ארגונים \ שת"פ בין מדינה לארגון גרילה.

עימות בין 2 גישות:

1. צריך לפרוס רשת הפללה רחבה.
2. צריך לצמצם את רשת ההפללה לאור המאפיינים המורכבים בלחימה, שלעתים מחייבים שת"פ עם ארגונים לא מדינתיים – רף של שליטה כוללת. יחסים מספיק חזקים שניתן לשער שהצד החזק יכול לתת הוראות בצורה דיי רצינית לצד השני.

בשנות ה80 וה90, הביאו משפטנים רבים את ועדת קאהרן כדי לתמוך בגישה המצמצמת. הדו"ח בנוגע לטבח סברה ושתילה, קבע כי מדובר **באחריות ציבורית בלבד, ולא פלילית.**

הדין בפועל: בדוקטרינות אחריות המפקדים נדרשת ״שליטה דה- פקטו״, כלומר, אפשר למלא את תנאי השליטה בלי להיות מפקד מבחינה פורמאלית.

מהי שליטה דה פקטו? היכולות להעניש את הפקודים ו/או יכולת חזקה לשלוט במעשיהם ובפעולותיהם.

**נקבע: דוקטרינת הJCE- Joint Criminal Interprise:**

דוקטרינות jce עוסקת במצב שבו לקבוצה נתונה יש תכנית פלילית משותפת. נבחן את jce1 ואת jce3:

1. תכנית משותפת + כוונה לקדם את התכנית+ ביצוע של רכיב מרכיבי העבירה= הפללה לפי jce1
2. תכנית משותפת + יסוד נפשי (מחלוקת) + בוצע פשע בניגוד לתכנית= הפללה לפי jce3.

לצד האימוץ הכללי, היו שביקרו את השימוש בjce3:

1. **השוואה בין צבא מדינתי לארגון פשע בעייתי:** משום שהצבא נועד למטרות חיוביות – קשה להגדיר מלחמה סבירה עקרונית כפשע או תוכנית פלילית.
2. **לא עוזר למצוא גורמים בכירים:** מטרת הדוקטרינה היא לתפוס גורמים בכירים שמרחיקים עצמם מן הפשיעה ולכן קשה להוכיח מעורבות שלהם.
3. **אי אפשר להטיל אחריות על שת״פ עם גורמים מפוקפקים-** אחרת נצטרך להילחם תמיד לבד. לא כל בעלי הברית זכים כשלג.

**תשובה לביקורת:** בפועל השליטה על בעלי הברית היא חזקה יותר הרבה פעמים- נניח לבנון או אפגניסטן.

**שורה תחתונה של הפסיקה המוקדמת:**

* לא צריך תוכנית, מספיקה תוכנית ספונטנית
* ניתן להסתפק במודעות לכל שיש תוכנית- לא צריך כוונה.
* אין דרישה שהחשוד יבצע מעשה פלילי בעצמו או יתרום תרומה משמעותית לביצוע התוכנית.

**בפסיקה מאוחרת יותר של ה-ICTY נקבע שצריך שלאדם תהיה כוונה לקדם את התוכנית הפלילית-** צמצום.

באמנת רומא באופן פורמאלי אין דוקטרינה של jce, אלא יש את ס׳ 25(3) שקובע הסדר דומה והicc דאג להבהיר שמדובר ב״שותפות״. זאת מאפשר לו מצד אחד לא להיכנס לוויכוח בין הפסיקות השונות איך לפרש את הjce 3 וכך יוכל לשאוב השראה.

אם ניקח את כל החלקים הללו ביחד, גם חיילים זוטרים יכולים להיות מורשעים בגין פשעים שהם לא עשו.

**צמצום הicc שם נקבע:**

1. חלקו של החשוד בתוכנית חייב להיות חיוני
2. התכנית אינה חייבת להיות פלילית, אבל נדרשת מודעות לכך שיש הסתברות גבוהה לכך שמעשה פלילי הוא תוצאה טבעית של התכנית.

**סיוע ו-קומפליסיטי:**

**סיוע:**

הוויכוח בicty:

מבחינת היסוד הנפשי- מוסכם שהדרישה היא למודעות (לרבות עצמית עיניים), לכך שהמעשים יסיעו בביצוע הפשע.

ישנן שתי גישות בנוגע ליסוד העובדתי:

1. הסיוע צריך להיות מכוון באופן ספציפי למעשה הפסול (צמצום מעגל ההפללה).
2. לא נדרש קשר ישיר לפעילות העבריינית- מספיקה מודעות או עצימת עיניים.

**קומפליסיטי (רלוונטי לרצח עם בלבד):**

דוקטרינה מיוחדת בנוגע לצד לעבירה שקיימת רק בנוגע לג׳נוסייד לפי אמנת הג׳נוסייד.

אנחנו צריכים לדבר על הויכוח הכללי ועל הצד בוויכוח שנבחר באמנת רומא:

התכנית צריכה להיות פלילית ויש צורך בכוונה לקדם אותה:

1. לפי עמדה אחת קומפליסיטי הוא סיוע (העמדה שאומצה בחוק למניעת רצח עם בישראל).
2. עמדה אחרת אומרת שזהו צד לעבירה שדורשת רק מודעות בקווים כלליים למעשה פלילי ונתינת יד מסוימת לביצוע המעשה.

באמנת רומא- לא מכניסים קומפליסיטי. בכל מקרה קומפליסיטי הוא רק רצח עם ולא שום דבר מלבד כך- תמיכה בדין מצומצם. במידה ונשפוט לפי דין מנהגי- גישה מרחיבה. במידה ונשפוט לפי אמנת רומא- גישה מצמצמת.

**היקף ואכיפה**

בדרך כלל, המשב"ל הפלילי מזוהה עם העמדה לדין של מפקדים בכירים, מנהיגים וארכי-רשעים. אבל בפועל – עיקר ההשפעה שלו הוא דווקא על החיילים הפשוטים.

ראשית, בסופו של דבר, עיקר ההשפעה של המשב"ל הפלילי הוא בתוך המדינות, אשר מבינות שכללי המשחק השתנו ומעמידות לדין (בעיקר), את הברגים הקטנים.

שנית, אכן בראשית דרכו של הICC הייתה הנחה שמגבלת החומרה בפועל מגבילה את הICC רק להעמדה לדין של בכירים. ערכאת הערעור דחתה עמדה זו ב2007.

**שיקולים בעד להעמיד לדין גם את הפושעים הזוטרים:**

1. שיקול מוסרי –
* גם אם הזוטרים אינם מעורבים בתוכנית הכוללת של הפשיעה, אופי המעשרים כל כך לא מוסרי, שראוי להטיל עליהם אחריות.
* שיקול מוסרי נוסף, יש פשעים שמתחילים מלמטה.
1. שיקולים תוצאתניים –
* התמקדות רק בבכירים עשויה להיות קשה, לעתים הבכירים מצליחים לברוח מהדין בעזרת כוחם הפוליטי.
* קל יותר למצוא ראיות נגד חיילים זוטרים, לעתים דווקא חיילים אלה מפלילים את הבכירים כדי לקבל הקלה בעונש.
* נזק פוליטי למנהיגים: העמדה לדין של זוטרים, פוגעת גם בכוח הפוליטי של הבכירים (כי הם מפקירים את החיילים שלהם), וכך מגבירה את ההרתעה נגד הבכירים.

**פקודה בלתי חוקית**

בעד הגנה:

* שיקולי צדק
1. חשיבות המשמעת – פגיעה במשמעת תפגע ביכולת של הצבא לתפקד.
2. הכפוף עלול לטעות ולזהות פקודות חוקיות כלא חוקיות – חיילים לא יודעים את החוק.
* שיקולי הפטר
1. הכפוף עלול לטעות ולזהות פקודות לא חוקיות כחוקיות
2. הנטייה הפסיכולוגית לציית

נגד הגנה:

* שלטון החוק – אנחנו לא רוצים לוותר לאנשים ולאפשר להם לבחור לא לציית לאיסורים.
* שיקול מוסרי – הגנה על הערך המוגן מאחורי האיסור, מעשים נוראיים, אנחנו רוצים להעניש את מי שהיה מעורב בהם.
* שיקולים תוצאתניים של הרתעה ושיפור האכיפה – אם לא נעשה את זה, נקטין מידי את מעגל ההפללה.

בפועל, מוסכם כי יש לאזן בין היתרונות והחסרונות למתן הגנה לחייל שציית לפקודות.

מה שלא מוסכם הוא היכן עובר קו הגבול, ניתן לאתר מספר השקפות עיקריות:

שתי גישות קצה

* אחריות מוחלטת – "הכידונים הנבונים" – לפי גישה זו, החיילים מודעים לחוק ושולטים בהתנהגותם. מסיבה זו, וכן משום שמעשי זוועה אינם מקדמים את המשמעת הצבאית + שיקולים תוצאתניים – התומכים בגישה זו אינם מעניקים הגנה לחיילים כלל.
* הגנה מוחלטת – "ישיב המפקד". לא מכירים בה בגלל ניסיון העבר במלחמת העולם השנייה.

גישות אמצע:

* ידע \ היה צריך לדעת – תומכי גישה זו, מעניקים הגנה רק אם החייל לא ידע ולא היה צריך לדעת שהמעשה אסור. זהו יישום של הגנת "טעות שבדין" על הסיטואציה של ציות לפקודה.
* גישת הפגם המוסרי "דגל שחור" – החיים לא יענש אם ציית לפקודות לא חוקיות, כל עוד הן אינן גם בלתי חוקיות וגם בלתי מוסריות באופן חמור (פקודה ש"דגל שחור" מתנוסס מעליה").

**מה זה פקודה בלתי חוקית בעליל?**

* אי חוקיות "סתם" – אם ציית, לא יואשם בעבירה שביצע.
* אי חוקיות "בעליל" – אם ציית, כן יואשם בעבירה שביצע.

אבל איך מזהים את ה"עלילות" הזאת?

ההנחה הרווחת בשיח הציבורי הישראלי וגם בקרב חלק מסוים ממשפטני המשב"ל, היא שמדובר במבחן של גישת הפגם המוסרי (אבל זה לא ככה).

בפועל יש שלל גישות שונות – נוגדות לזיהוי "העלילות" (את 2 המרכזיות כבר הצגנו: היה צריך לדעת \ פגם מוסרי.

במילים אחרות – אין להניח כי המונח בלתי חוקית בעליל משמעותו דגל שחור. אלא להניח שיהיה ויכוח פרשני לגבי מה משמעותו.

הסיבה שיש ויכוח בין גישות ביניים שונות ולכן בין פרשנויות שונות למונח בעליל, היא שכל גישה מובילה לתוצאות לא נכונות לעתים.

ידע או היה צריך לדעת – הקושי בין היתר שהוא מעודד סרבנות יתר (דוג' ירי על צנחנים, מלחמת לבנון ומסגדים)

גם גישת הדגל השחור מעלה קשיים, ראשית ההערה של מה זה דגל שחור היא סובייקטיבית.

הגנת הצידוק במשב"ל

גם במשב"ל הפלילי יש חוסר עקביות ביחס שמוענק לציות לפקודות:

* לאחר מלחמת העולם השנייה, גישת ההגנה המוחלטת נדחתה. בנירנברג וטוקיו, כמו גם בחלק משאר הפסיקות של אותה תקופה, תמיכה אחריות מוחלטת אך בשאר הפסיקות דאז ניתן למצוא גם תמיכה בגישות ביניים שונות (פרשנויות שונות לבעליל).
* בשנות ה90 – האמנות של בתי הדין אד הוק, אימצו את גישת האחריות המוחלטת.
* באמנת רומא, בס' 33 נראה שאומצה אותה גישת ביניים, אם כי ההסדר שם לא ברור ולא עקבי.
* בשביל שיאמצו את הגישה של ידע או היה צריך לדעת, היו צריכים לכתוב " ידע או היה צריך לדעת" – בפועל, כתבו רק "ידע".

**ס׳ 33- פקודת הממונה וחובת הדין:**

העובדה שפשע שבסמכות בית השיפוט של בית הדין בוצע ע״י אדם בהתאם לפקודת ממשלה או ממונה, צבאי או אזרחי, לא תפטור את האדם מאחריות פלילית אלא אם כן:

1. האדם היה כפוף למחויבות משפטית לציית לפקודות הממשלה או הממונה הנדונים.
2. האדם לא ידע שהפקודה איננה חוקית.
3. הפקודה לא הייתה בלתי חוקית בעליל.

למטרות ס׳ זה, פקודה לבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות הן בלתי חוקיות בעליל.

**הגנת הצידוק במשב"ל – הדין המנהגי**

לאחר חוסר העקביות, יש חילוקי דעות לגבי מה הדין הבינלאומי המנהגי בנושא:

1. יש הסבורים שהכלל הוא אחריות מוחלטת.
2. אחרים סבורים שקיימת הגנת צידוק עקב ציות לפקודה בדין המנהגי של המשב"ל הפלילי, אך שאבן הבוחן להגנה הינה מבחן אי החוקיות בעליל, במובן של העדר הגנה, רק כשהפקודה אינה רק בלתי חוקית אלא גם בלתי מוסרית באופן חמור.
3. קיימת הגנה כזו בדין המנהגי, אבן הבוחן שלה הוא העדר חוקיות בעליל, אך במובן של מבחן הידע או היה צריך לדעת.
* בנוסף, לאור חילוקי הדעות הללו, כמו גם חילוקי הדעות בדבר הפרשנות לס' 33, יש חילוקי דעות בדבר האם ס' 33 משקף או לא משקף את הדין המנהגי.
* הדבר היחיד שיש עליו קונצנזוס הוא שהדין המנהגי הבינלאומי דחה את גישת ההגנה המוחלטת.

הגנת הצידוק באמנת רומא

הנוסחה של ידע או בעליל, מהווה ניסוח לא עקבי שרק עודד את חילוקי הדעות הפרשניים (חילוקי הדעות לרגע זה נמצאים בספרות, שכן אין פסיקת ICC בנושא – אם כי מהערות אגב שונות בפסיקה עולה שכן קיימת כבר תמיכה בדעות שונות).

שלוש דעות מרכזיות:

* עמדה א' בעליל – היה צריך לדעת: אם החייל ידע שהפקודה בלתי חוקית, הוא לא יקבל הגנה. אם הוא לא ידע זאת אז הוא יקבל הגנה, אלא אם חייל סביר היה יודע שהפקודה בלתי חוקית.
* עמדה ב' בעליל – פגם מוסרי תוך פרשנות מאד מרחיבה למתי יש פגם מוסרי: כל פשעי המלחמה חמורים או לחלופין כל אלו שהICC עוסק בהם, ולכן אם יש סמכות לבית הדין – מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל (הכנסת גישת האחריות המוחלטת בדלת האחורית).
* עמדה ג' בעליל – פגם מוסרי ופרשנות צרה למתי יש פגם כזה: אם החייל ידע שהפקודה לא חוקית, אין הגנה, ואם לא ידע יש הגנה, כל עוד לא מדובר בפשע מלחמה חמור. מעין שילוב של שתי הגישות המרכזיות.