**מבוא**

הבהרות טכניות לגבי הקורס-

ישנן הקלטות של השיעורים- אך אם ישנה בעיה טכנית אז אין טיפול לכך, צריך להשמיד את ההקלטות בסוף הקורס.

נוכחות של לפחות 45 תלמידים כל שיעור.

שיעור אחד יתקיים בזום ואחד נקבל מערך של השיעור.

* עמדות קצה- המשפט הפלילי הוא הדבר הכי נפלא בעולם; הכל מושחת , פוליטי ומוטעה.

שיוריות- לא מעמידים לדין עד שבטוח שאף מדינה אחרת, שיש לה זיקה חזקה יותר לאירועים שרוצים לבחון, נמנעת מלעשות כן.

משלימות- אין סמכות אלא אם המדינה הרלוונטית לא מסוגלת/לא מעוניינת להעמיד לדין בגין הפשעים שהאזרח שלה ביצע

אמנות:

1. אמנת האג- 1899, 1907

1. אמנת קלוג-בריאן- 1928

2. אמנת לונדון (/אמנת נירנברג)- 1945

3. אמנת ז'נבה (4 אמנות)-

• אמנת ז'נבה הראשונה (1864) - טיפול בפצועים בשדה הקרב והקמת ארגון הצלב האדום.

• אמנת ז'נבה השנייה (1906) - החלת עקרונות האמנה הראשונה גם על לוחמה ימית.

• אמנת ז'נבה השלישית (1929) - טיפול בשבויי מלחמה.

• אמנת ז'נבה הרביעית (1949) - טיפול באזרחים בזמן מלחמה.

4. אמנת רצח עם- 1948 (נכנסה לתוקף ב-1951)

5. אמנה נגד אפרטהייד- 1976

6. שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז׳נבה- 1977

7. אמנה נגד עינויים- 1984

8. אמנת רומא- 1998 (נכנס לתוקף ב-2002, אז הוקם ה-ICC)

**התפתחותו של המשב"ל הפלילי**

במה עוסק המשפט הפלילי הבינלאומי - יש לו כל מיני הגדרות וויכוחים. אנחנו נתחמק מהויכוח ונתעסק ב-4 קטגוריות של משפטים בינלאומיים שמוסכם על כולם שהם חלק והם כל העיסוק שלו.

* פשעים נגד אנושות
* פשעי מלחמה
* רצח עם
* תוקפנות- תוקף מדינה אחרת ופותח מלחמה בניגוד לכללים של המלחמה.

**מה משותף לקטגוריות האלה?**

1. הפרות חמורות של דיני הלחימה+ הרחבות גם כלפי אזרחים של המדינה וגם לא בעתות לחימה (מעשים שהיו אסורים באופן יחידני- ושהם נעשו באופן שיטתי בהרחבה)
2. נקודת "התחלה" היסטורית משותפת (משפטי נירנברג); חוקת לונדון- התחילה את משפטי נירנברג ב- 1948 ויוצרים קטגוריה חדשה - רצח עם.
3. מניעת פגיעות חמורות בזכויות האדם- יש פשעי מלחמה מסוימים שזה לא בדיוק ככה. רובם הגדול מגנים על זכויות האדם בסיסיות.

**משפט פלילי "רגיל" (מדינתי)-**

* מי מנסח את העבירות? הרשות המחוקקת
* מהו הצידוק לאכיפה {סוגי סמכויות השיפוט/ הקשר למקרה}?
* סוג המערכת האוכפת {מדינתיות}

**משפט הפלילי הבינלאומי הוא חיה מוזרה**

יש שתי נורמות -

* אמנות רבות משתתפים- מולטילטרליות
* משפט בינלאומי מנהגי (לא כתוב)

רוב האיסורים נמצאים באמנות יחד עם זאת רוב האיסורים רק או גם בדין בינלאומי מנהגי.

אם זה גם באמנה וגם מנהג- אז מדינות שלא התקשרו באמנה יכולים להיות מועמדות לדין.

רוב האיסורים נוצרו לפניי רוב המדינות שהוקמו (לאחר מלחמת העולם השנייה).

צידוק לאכיפה- יש אפשרות לשפוט סמכות אוניברסלית- מערכת משפט של מדינה שלא קשורה למקרה או בית דין בינאלומי הם אלה שאוכפים את הדין.

ההיסטוריה של המשפט הפלילי הבינלאומי -

פונה רק למדינות. שני חריגים-

* אכיפה פלילית אוניברסלית נגד שודדי ים
* לאחר מכן גם אכיפה פלילית אוניברסאלית נגד סוחרי עבדים.

המשותף לשני החריגים-

1. פשעים המבוצעים על ידי אנשים פרטיים
2. פשעים המבוצעים בעיקר בים הגבוה.

אחרי מלחמת העולם השנייה מוקם בית הדין הבינלאומי בנירנברג וגם בטוקיו. הועמדו לדין ספציפית על פשעים בינלאומיים גרעיניים כ-30,000 איש ועוד 100,000 איש הועמדו על פשעים מדינתיים.

נופלות שתי תובנות-

1. המשפט הפלילי הבינלאומי צריך לשרת בני אדם- לפעמים צריך להגן על בני אדם מהמדינות שלהם הוא צריך לשרת וגם להעניש אותם.
2. מאחורי מדינה עומדים אנשים, ולכן התובנה הבסיסית היא שלפעמים צריך להרים את מסך הריבונות.

אחרי מלחמת העולם השנייה-

1950-1990- קפאון עקב המלחמה הקרה- אין כמעט משפטים פליליים בינלאומיים- נכנסו לתרדמה.

1990- הקמת ICTR(רואנדה)   (יוגוסלביה)ICTY- מתחילה פריחה של המשפט הפלילי הבינלאומי. רואנדה- קורה אחד מרצחי העם היעילים ביותר באנושות הורגים עם מצטות בין חצי מליון למיליון איש. הם קיימים גם היום אך תחת שם אחר. הם הובילו להתעוררות המשפט הפלילי הבינלאומי. בגובה אליהם מוקמים-

* בית דין בינלאומי בהאג
* שימוש בסמכות אוניברסלית
* לחץ על מהמדינות לשפוט על כך אצלהם

200- הקמת טריבונאלית מעורבים, ICC, סמכות אוניברסלית, הגברת האכיפה מקומית.

עמדות נגד-

* פאטאליסיטי- זה לא משנה ולא ישפיע ולא יעזור. אין לזה טעם. מי שחושב אחרת הוא נאיבי.
* הכל מושחת, הכל פוליטי, הכל מוטעה.

)ציניות היא דבר חלקלק- יכול להוביל אנשים להמשיך לעשות פשעים, ומי שציני - יכול להיות שהוא בעצמו מושחת(

עמדות בעד-

* יש ערכים אוניברסליים שראוי להגן עליהם- זכויות אדם שצריך להגן עליהם!
* יש שיקול גמולני- מי שעשה משהו רע צריך לקבל עונש.
* הרתעה- משפיע על מדינות איך להתנהג באזור שלהם- גורם להם להקפיד יותר ממה שהקפידו בעבר.
* שפיטה במקום מלחמה- חלק נכבד מהמדינות שחתמו על אמנת רומא עושות את זה כי הן רוצות להפחיד את עצמו מלעשות דברים נוראיים שהם עשו בעבר. ריסון עצמי יותר גדול.
* הלחץ לציית גובר- הלחץ משפיע; אם אנחנו לא מצייתים משלמים מחיר. שיחסי החוץ עלולים להיפגע.

**פשע התוקפנות ופשעי מלחמה**

שני סוגי דיני משב"ל העוסקים במלחמות-

דיני השימוש בכוח- הסדרה, בעיקר, של סוגיות הנוגעות למתי ואיך, מותר/ אסור לפתוח במלחמה ; דינים לחימה (המשב"ל ההומניטרי)- מה מותר/ אסור לעשות במהלך מלחמה.

**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, בנוסף לאחריות מוטלת אחריות פלילית על בן אדם.

**פשעי מלחמה-** הפרות של דיני הלחימה שבגינן מוטלת אחריות פלילית על בני אדם. כל הפרה של דיני המלחמה מטילה אחריות על המדינה. אם ההפרה היא פשע מלחמה, בנוסף לאחריות מוטלת אחריות פלילית על בן אדם.

ההבחנה בין "מעשה תוקפנות"- הפעולה של המדינה, כאשר מדינה מבצעת הפרה חמורה של דיני השימוש בכוח, היא מבצעת מעשה תוקפנות.

"פשע התוקפנות"- הנורמה שמטילה אחריות על בן אדם, אכן בן אדם ביצע פשע התוקפנות.

סקירה היסטורית- קצרה המאה ה- 19 ומלחמת העולם ה- 1

לפי הנרטיב המקובל, עד מלחמת העולם הראשונה, מדינות יכלו לצאת למלחמה מתי שבא להם. ואז, הגרמנים יוצאים למלחמה לא מוצדקת ולכן בתום המלחמה רוצים להעמיד לדין את וילי על תוקפנות אך לפי הנרטיב המקובל הוא יכל לצאת למלחמה ולכן זאת הייתה אחת הנסיבות שהוא בסוף לא עמד לדין. יחד עם זאת בעקבות המלחמה, מנוסחות מספר אמנות שבגדול ובהפשטה אסרו על מלחמה. אחת מהן הינה אמנת קלוג בריאן- 1928. ואז מתקיימת מלחמת העולם השנייה, למרות שהיו את כל המלחמות הללו ולמרות שהגרמנים פרשו מהאמנה, כאשר פושעי המלחמה הנאצי מועמדים לדין בנירנברג, אמרו שהתגבש דין מנהגי שאסור לצאת למלחמות. הוא מניח שמאחורי מדינות עומדים אנשים ולכן הוא מטיל אחריות על האנשים הרלוונטים. נירנברג אומר יותר מזה, התוקפנות היא פשע הפשעים. אם לא יוצאים למלחמה לא יכולים לקרות פשעי מלחמה ומעשי רצח העם ופשעי נגד האנושות לא יקרו.

הבעיה הינה שכולם מסכימים שכלל שקובע שאף אי אפשר לצאת למלחמה הוא כלל בעייתי. אנו רוצים לאפשר למדינה לצאת למלחמה עקב הגנה עצמית.

לכן קורים שני שינויים לאחר מלחמת העולם השנייה-

1. אמנת האו"ם קובעים כללים חדשים- דיני שימוש בכוח חדשים. אותם דינים קובעים- אסור לצאת להשתמש בכוח ומלבד בשני חריגים- א. כאשר מועצת הביטחון מרשה לך. ב. כאשר השימוש שלך בכוח נעשה כפעולה של הגנה עצמית כתגובה להתקפה חמושה. כל מה שנקבע כדין מנהגי (בעצם, גם מדינות שלא חתומות על האמנה הן כפופות לה).
2. אמנת האו"ם נותנת סמכות למועצת הביטחון להכריז שבוצעה תוקפנות, מפעילים את ס' 7 (מתירה להורות על שימוש בכוח).

**ההקשר הפוליטי-**

קצת אחרי מלחמת העולם השנייה עד סוף שנות התשעים, אין בעצם העמדה לדין בגין פשע התוקפנות. ובעצם ההנחה הרווחת בשנים האלה היא שפשע התוקפנות בעצם מת בסתר.

ולמה זה יותר בעייתי להעמיד על תוקפנות?

ההחלטה של המדינה מתי לפתוח במלחמה יש אלמנט אסטרטגי פוליטי חזק,

דיני השימוש בכוח הם דינים יחסית עמומים ולכן יש חשש יותר גדול לשימוש ברעה פוליטית במיוחד שכאשר הנאשמים הם ההנהגה.

בנוסף, ברוב המדינות למנהיגים אכפת יותר מעצמם ולכן ניתן להבין למה הדיפולמטיה דחפה ל"הפיל" את החייל הפשוט- קל יותר.

עוד סיבה הנה היא שמי שקיבלה מונופול מהו פשע תוקפנות היא מועצת הביטחון - וההנחה שהיא לא תרצה לוותר על המונופול הזה.

פשע התוקפנות בעייתי פוליטי-

* דיני השימוש בכוח הם דיני עמומים.
* ההחלטה לצאת למלחמה מושפעת משיקולים פוליטיים
* ההחלטה לצאת למלחמה מתקבלת על ידי ראשי המדינה
* מועצת הביטחון הוא הגוף הבלעדי לקבל החלטות בדבר הפרות של דיני השימוש בכוח

לכן, כמעט ולא נאכף מתום מלחמת העולם ה-2.

מגיעים לשנות התשעים ומצליחים סוף סוף להגיע לקונצנזוס להקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע (ICC) האמנה נחתמת ב-1998 והוא נכנס לתוקף ב-2002.

מנסחי האמנה היו בבעייה. הרי, יש הרבה סיבות פוליטיות למה לא להכניס את פשעי התוקפנות, אך זהו ההמשך הישיר של בית המשפט נירנברג. לכן, עושים סעיף שלבית הדין יהיה סמכות על פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות- תוקפנות תיכנס לתוקף כאשר המדינות יסכימו על הגדרה של מהי תוקפנות. ולכן המדינות ב-2010 הם מגיעות לניסוח מוסכם של פשע התוקפנות. יחד עם זאת, המדינות הללו הכניסו טריק קטן, הם אמרו - סמכות השיפוט של ה-ICC בנוגע לתוקפנות תיכנס לתוקף רק אם יותר מ-30 מדינות תסכמנה להכיל את פשע התוקפנות עליהם תוך שבע שנים ואם אחרי כל זה במליאה של כל המדינות החברות המדינות תסכמנה להכניס לתוקף. ולכן 35 מדינות חותמות עד 2017 ותוך שנה לאחר מכן ניתנת סמכות לICC להעמיד לדין על תוקפנות. יחד עם זאת, בשונה לסמכות השיפוט בנוגע לשאר הפשעים, צריך בהקשר של התוקפנות צריך- א. שהיא תחתום על ההסכמה המיוחדת ב. צריך שהנאשם יהיה מהמדינות שהסכימו והפשע יבוצע בשטח מדינה שהסכימה.

**"פשע התוקפנות"**- תכנון, הכנה, יוזמה או ביצוע, של "מעשה תוקפנות" שלאור אופיו, חומרתו והיקפו, מהווה הפרה בעליל של אמנת האו"ם, ע"י אדם הנמצא בפוזיציה המאפשרת לו להפעיל שליטה על או להכווין את הפעילות הצבאית או הפוליטית של המדינה.

**"מעשה תוקפנות"-** שימוש בכוח מזויין ע"י מדינה כנגד הטריטוריה, העצמאות הפוליטית או הריבונות של מדינה אחרת, או בכל אופן אחר שאינו תואם את אמנת האו"ם.

**פשעים שצריך לזכור בע"פ 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 כדי 1 לתקוף מדינה אחרת

G - שימוש בכוח מזויין לא סדיר

**פשעי מלחמה-**

מהם דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי?

אלו מבין דיני הלחימה הפרתם גוררת אחריות משפטית (אישית- פלילית) על האדם המפר? אילו מבין דיני הלחימה הפרתם מהווה פשע מלחמה?

**דיני הלחימה-** דינם של המשפט הבינלאומי שמטרתם להכווין התנהגות בזמן לחימה (לרבות בשטח כבוש) ; ובעיקר את התנהגות הלוחמים באינטרקציות שלהם עם - (1) האוכלוסיה האזרחית; (2) לוחמי האויב.

מהם הרציונלים מאחורי דיני הלחימה השונים:

מה הדינים האלה רוצים להשיג?

1. מרבית דיני הלחימה נועדו להגן על זכויות אדם בסיסיות.
2. חלק פשוט מסדירים את האינטרקציה בין הצדדים הלוחמים.
3. לבסוף, יש גם (מעט) כללים מטופשים או אזוטריים .

נהוג לחלק את קורפס (מקבץ דינים העוסקים בנושא) דיני הלחימה לשניים וחצי תת קורפוסים 

1. דיני העימות המזויין הבינלאומי- עימות בין מדינות (IAC-LAW) בנוסף, דיני הכיבוש [תת קורפוס של IAC-LAW]
2. דיני העימות המזויין שאינו בינלאומי (NIAC-LAW)- הדוגמא הקלאסית- מלחמת אזרחים.

לפי הסיפור ההיסטורי דיני הIAC קיימים מאות שנים, דיני ה-NIAC מתפתחים באמצע המאה ה-20 כי לפי הנריטיבי המקובל הדין הראשון הינו בשנות ה-30 בעקבות מלחמת האזרחים בספרד ודין האמנה הראשון מתגבש אחרי מלחמת העולם השנייה.

איפה ניתן למצוא את דיני הלחימה?

גם היום חלק מדיני הלחימה נמצאים במשפט הבינלאומי **המנהגי**.

חלק נמצאים ו/או באמנות בינלאומיות.

מה האמנות המרכזיות?

1. תקנות האג מ-1907
2. 4 אמנות גנבה מ-1949
3. שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה מ-1977. הפרוטוקול ה-1 עוסק ב-IAC ; הפרוטוקול השני עוסק ב-NIAC. הראשון יותר מפורט מהשני.
4. בנוסף, יש גם את אמנת רומא (שקובעת שמעשים מסוימים הם פשעי מלחמה.

ישנם כמה סוגי דינים-

* דין שרשום באמנות שהוא לא מנהגי
* דין שרשום באמנות שהוא אולי מנהגי
* דין מנהגי שלא רשום באמנות
* נורמות שהן אולי דין מנהגי שלא רשומות באמנות

**פשעי מלחמה**

1. מהם דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי ?
2. אלו מבין דיני הלחימה הפרתם גוררת אחריות משפטית (אישית- פלילית) על האדם המפר?

גישה 1- גישת נירנברג-

כל דין מבין דיני המלחמה הפרתו מהווה פשע מלחמה, כי מאחורי "מסך הריבונות" של המדינה מסתתרים אנשים.

מה הבעיה איתה? הרשימה רחבה מידי.

* אנחנו לא נוכל להניח שאנשים יודעים את כל האיסורים מכיוון שלא כל הפשעים מהווים נורמות מוסריות חשוב מספיק שיצדיק כך.
* חלק מדיני הלחימה הם עמומים. על מדינה זה בסדר, אבל על אדם ובעקבות זאת להעניש אותו בעבירה פלילית זה לא בסדר.
* לפעמים צדדים משתמשים בדיני הלחימה כדי לצבוע רע את האויבים שלהם. ככל שהרשימה גדולה יותר, יש להם יותר אופציות לעשות כך.
* צריך יסוד נפשי- למדינות אין נפש. ולכן לא ברור מה היסוד הנפשי הנדרש שניתן להאשים אדם על עבירה פלילית שכזאת.

גישה 2- גישת ההפרות החמורות- הפרה של דין מדיני הלחימה תחשב פשע מלחמה, רק אם מדובר בדין אשר בהפרתן יש משום הפרה חמורה של דיני לחימה חשובים. מנסה לפתור את הקשיים בגישת נירנברג:

* פחות עמימות [לגבי דברים חמורים יש פחות חילוקי דעות, בנוגע ל:  קיום האיסור, תוכן האיסור , והיותו מנהגי]
* פחות מרחב לניצול לרעה פוליטי [רשימה מצומצמת יותר ורק מעשים חמורים]
* פחות חשש להעדר התאמה למשפט הפלילי
* חומרה=הגנה על ערכים/אינטרסים אוניברסליים חשובים.

נסיונות 1+2 ליישם את גישת ההפרות החמורות

ניסיון 1- משטר ההפרות החמורות של אמנת ג'נבה 1949 -  מגדירים מהו סעיף הפרה חמורה.

ניסיון 2: משטר ההפרות החמורות של הפרוטוקולים של 1977 של אמנות ג'נבה -  הרחבה של סעיפי הפרות חמורות.

**בעיות עם היישומים האמורים-**

* מה לגבי דיני הלחימה שהם מנהגיים ולא כתובים באמנות ובפרוטוקוליים? כיצד נדע מהו הפרה חמורה?
* אין פשעי מלחמה הNIAC.
* מה לגבי סעיפים באמנות גנבה ופרוטוקולים אבל לא נקבע שהפרתן מהווה הפרה חמורה, למרות שראוי שיקבע.
* מה דינן של נורמות המעוגנות באמנות שיש ויכוח לגבי מנהגיותן. [בעיה שמחמירה לאחר אימוץ הפרוטוקולים].

מגיע פתחו של ה- ICTY בית משפט פלילי בינלאומי העוסק במלחמה ביוגוסלביה לשעבר- עוסק בעיקר בNIAC. יש אדם אשר אמר שלא ניתן להענישו בגלל שאין הפרות חמורות ב-NIAC.

מה יעשה ביהמ"ש

פסד TADIC מ-1994-

השאלה הקונקרטית בה עסק הפס"ד: האם הפרות של ס' 3 המשותף מהוות פשעי מלחמה? - לפי משפט ההפרות החמורות - לא.

ברמה היותר כללית עסק פס"ד בשאלה- האם ישנם פשעי מלחמה ב-NIAC ? לפי משפט ההפרות החמורות - לא.

ברמה הכי כללית עסק פס"ד בשאלה: האם הפרה של דיני מלחמה שהפרתם אינה מוגדרת הפרה חמורה באמנות גנבה ו/או הפרוטוקול ה-1 יכולה להיות פשע מלחמה? (שאלה שרלוונטית גם ל-IAC )- לפי משפט ההפרות החמורות - לא.

**מבחן טאדיץ'**- פס"ד מציין שחלף זמן מ-1977 : וכן שקיימת פרקטיקה בינלאומית של הפללת הפרות דיני מלחמה מסוימים של מוגדרות באמנות כהפרות חמורות.

לכן, פס"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 גנבה / בפרוטוקול ה-1 עליה לעמוד **בשני 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.

השאלה הקונקרטית בה עסק הפס"ד: האם הפרות של ס' 3 המשותף מהוות פשעי מלחמה? לפי מבחני טאדיץ'-כן- 1. מדובר בהפרות חמורות של נורמות חשובות 2. התפתחה פרקטיקה בינלאומית רווחת של הפללה.

ברמה היותר כללית עסק פס"ד בשאלה- האם ישנם פשעי מלחמה ב-NIAC ? לפי מבחני טאדיץ'-כן, אבל רשימת פשעי המלחמה ב-NIAC אינה בהכרח זהה ל-IAC

ברמה הכי כללית עסק פס"ד בשאלה: האם הפרה של דיני מלחמה שהפרתם אינה מוגדרת הפרה חמורה באמנות גנבה ו/או הפרוטוקול ה-1 יכולה להיות פשע מלחמה? (שאלה שרלוונטית גם ל-IAC )- לפי מבחני טאדיץ'- כן, גם ב-NIAC ןגם ב- IAC וזאת בהתאם למבחן טאדיץ'.

**הבעיות עם מבחן טאדיץ'**

מבחן עמום [מהי הפרה רצינית? אלו נורמות הן הנורמות החשובות? עד כמה הפרקטיקה צריכה להיות רווחת?] לכן מגדיל את הפוטנציאל:

1. לחילוקי דעות וחוסר וודאות בנוגע לאלו מעשים מהווים פשע מלחמה.
2. להרחבת יתר, בדרך שיפוטית, של רשימת המעשים הנחשבים פשע מלחמה.

**ניסיון 4 ליישם גישת ההפרות החמורות: אמנת רומא-**

רשימה סגורה של פשעי מלחמה ב- ס' 8 לאמנת רומא+ליתר דיוק, הרשימה מופיעה ב-4 תתי-סעיפים של ס' 8(2).

למה הרשימה מפוצלת בין 4 תתי-סעיפים?

* 2 תתי סעיפים עוסקים בפשעי מלחמה ב-IAC.
* 2 תתי סעיפים עוסקים בפשעי מלחמה ב-NIAC.

למרות ש-3 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, ביחד לפסיקה שיישמה את מבחן טאדיץ'.

כדי למנוע התנגשות חזיתית עם פסיקה זו, סעיף אחר באמנה מצהיר שהיא עוסקת רק בפשעים הבינלאומיים הגרעיניים החמורים ביותר.

יתרונות- צמצום האי-וודאות והקטנת הסיכוי להרחבת-יתר של רשימת האיסורים- לפחות בהקשר של ה-ICC יש רשימה סגורה המוסכמת על המדינות החברות האמנה.

בעיות-

1. רשימה מצומצמת מידי
2. רשימה רחבה מידי- פקודות שהן מגוחכות
3. רשימה רחבה מידי- לא כל המדינות מסכימות על כל הסעיפים. דוגמאת ישראל והתנחלויות.

הניסיון לצמצמם בהדרגה את החוסרים ברשימה-

בעיות: יצירת שונות בין המדינות החברות.

כיצד בפועל, שורה תחתונה, נדע לאבחן פשע מלחמה? זה לא מדע מדויק.

* בודקים האם אנחנו עוסקים בעימות בינלאומי או פנים מדינתי
* הולכים לאמנת רומא ובודקים בס' 8 אם הפשע נמצא שם. אפשר לבדוק אם המדינה הפרטנית חתומה עליו. זה הכי טוב
* במידה ולא- ניתן ללכת לספר האדום של הצלב האדום, או לפרוטוקולים של ז'נבה ולבדוק
* במידה והוא לא שם- אפשר להשתמש במבחן טאדיץ' או בטיעונים של מלומדים.
* שוקה תחתונה, ככל שהפשע מפורט ביותר אמנות כך יותר ברור שהוא פשע מלחמה, בצירוף שיקולים של משפט מנהגי. אם המדינה חתומה על אמנה מסוימת בכלל טוב.

**פשעים נגד האנושות**

המאפיינים של "פשעים נגד האנושות" [תוך הנגדה עם "פשעי מלחמה"]

1. **כל** האיסורים מגינים על זכויות אדם יסודיות מפני פגיעות חמורות
2. 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. יש רק פשע מלחמה אחד שהגדרה יכול לקרות אחרי מלחמה, הוא מנהגי ולא מופיע באמנת רומא - אי החזרת שבויים תוך זמן סביר לאחר תום המלחמה.
4. כל האיסורים יכולים להיות מבוצעים כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי, לרבות אזרחים של שלטון שאנשיו מבצעים את הפשעים.

פשעים נגד האנושות הם בעצם הרחבה של פשעי מלחמה בשביל מקרים שקורים בתוך מדינה ובזמן שלום.

לפי הנרטיב הקלאסי הרעיון של פשעים נגד האנושות נולד בעקבות "מלחמת העולם השנייה"- מכיוון שהקורבנות היו אזרחים גרמנים .

(במשפט נירנברג עשה רק משפט אחד בפועל לא העמידו לדין בפשעים נגד האנושות שלא היו תוך כדי המלחמה, מכיוון שהרוסים לא אהבו את הרעיון הזה. אך לאחר מכן במשפטים האמריקאיים העמידו על זה לדין. )

פשעים נגד האנושות- הגדרה - ס' 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.

עלינו להגדיר את הרכיבים הבאים:

1. "מעשה" מהסוג האסור בסעיף
2. המבוצע כחלק מ: "התקפה"
3. שיטתית
4. 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.

דעת רוב: לא צריך כוונה, מספיקה מודעות להיותו חלק מתוכנת נאצית. גזר דין מוות.

דעת מיעוט של לם: צריך כוונה.

הוא מערער, ביהמש העליון מקבל את הערעור ואומרים שהוא ישתחרר בעוד שנתיים, אך ידעו שהוא חולה וימות בקרוב. השערה הינה שיחכו שהוא ימות כדי לא לפרסם פסק דין.

**אלזה טרנק 2/52:**

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

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

גבון - מעשה אלימות מצד מפלגת המשטרה שתומכת בנשיא כנגד גופי פוליזם- כאשר בגדול הכמות קורבנות לא כזו גדולה. (להרחיב עליו)

המעשים-

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. עינויין
7. אונס, שעבוד מיני, 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 אשר הוכה באופן אוניברסאלי 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 כפויה של אנשים
10. פשע האפרטהייד
11. מעשים אחרים בלתי אנושיים בעלי אופי דומה המכוונים לגרום לסבל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות נפשית, פסיכולוגית או פיזית.

**עד כמה אלים חייב להיות המעשה?**

גישה מרחיבה- מרחיבה את מעגל ההפללה. עמדת מלומדים: אין צורך באלימות [לאור פרשנות שניתן להעניק למונחין כגון :"רדיפה" "שלילה חמורה של חירות" ו- "מעשים בלתי אנושיים"]  דוגמא לכך- אלזה טרנק- זה אלים אבל זה מכה רק עם היד ולא עם כלי. ולגבי תנוחת כריעה לא נוחה זה לא אלים ולכן זה לא בלתי אנושי.

יחזקאל אינגסטר נידון למוות- הכאה בצינור גומי כן מהווה "מעשה בלתי אנושי"

גישה מצרה-

אנו נדרוש מעשים חמורים ממש. (מקרה גיבון עמדת התובעת)-

**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 ), והיא מאוד רחבת היקף וחמורה

* (במרומז) כדי להיחשב "מעשה אחר לא אנושי " לא צריכה להיות כלפי אוכלוסייה מובחנת וכן יכולה לבוא לבד אבל צריכה להיות אך יותר רחבת היקף וחמורה.

**מכות שאינן עינויים**- הן לא "מעשה אחר בלתי אנושי" כל עוד הן אינן דומות באופיין וחומרתן ל-עינויים

גישה באלזה טרנק- הכאה באמצעות הידיים וכפיית תנוחות ישיבה לא נוחות אינם "מעשה בלתי אנושי"

**יש פה שיקולים נוגדים**- המרחיבה- אנחנו רוצים להגן כמה שיותר על הקורבנות ולכן עלינו להרחיב את מעגל ההפללה כמה שיותר.

הגישה הנגדית , הרציונליים שמאחוריה הינם - 1. אנחנו את המשפט הפלילי הבינלאומי צריכים לשמור לדברים החמורים ביותר. 2. משפט פלילי בינלאומי מתערב בריבונות של המדינות, צריך להיזהר. 3. יש פה המון אנשים מסכנים שלא יכלו להגיד "לא" לשלטון.

מה הגישה הנכונה? המצב הזה הוא מורכב ואין לזה פתרון טוב.

**"התקפה"**

מקור מושג "התקפה"- השאיפה שלא להתעסק עם כל מקרה קטן. אנחנו רוצים להתעסק בדברים הגדולים. ממנו התגלגלו הדרישות של שיטתיות . יש גישה שאומרת שההתקפה צריכה להיות שיטתית ורחבת היקף, ויש גישה שאומרת שצריך או שיטתית או רחבת היקף.  אמנת רומא בחרה את הגישה המרחיבה. תומכי הגישה המצמצמת ניסו להכניס את הגישה שלהם להגדרת המושג "תקיפה", אך הפסיקה מחזירה את זה לגישה המרחיבה.

הגדרת המושג התקפה בסעיף 7 (2)(a) לאמנת רומא-

"דרך פעולה הכוללת כמה ביצועים של מעשים מהסוג המפורט בסעיף, המבוצעת תחת או תוך קידום מדיניות  לביצוע התפקה כאמור של מדינה או של ארגון. "

הגדרה מורכבת מ-3 רכיבים -

1. דרך פעולה הכוללת כמה ביצועים של מעשים מהסוג המפורט בסעיף
2. המבוצעת תחת, או תוך קידום מדיניות לביצוע התקפה כאמור
3. של מדינה או של ארגון.

תת רכיב ראשון-

* גישות שפורסות רשת ההפללה רחבה [מבחן כמותני מינימלי] לפרש את הדרישה הכמותנית באופן מרחיב- מה שחשוב זה המעשה המשפטי. "שני מליון מעשים בלחיצת כפתור אחת"
* גישות שמצמצמת את רשת ההפללה [ רף כמותני גבוה יותר+ דרישה איכותנית] דרישה להרבה מעשים +פירוש "דרך פעולה כדורשת (גישת התובעת בגיבון) [לחיצת כפתור אחת]

תת רכיב שני-

גישות שפורסות רשת הפללה רחבה-

[די ברצון לא-פורמלי שההתקפה תקרה] ברור שאם יש יותר מזה אז ניתן להרשיע

מול

גישה מצמצמת את פריסת רשת ההפללה-

זהות עם דרישת השיטתיות - ופרשנות מחמירה של שתיהן כדורשים שהפעולה תהייה מתוכננת/ מאורגנת/ מכוונת ע"י מדינה או ארגון

תת רכיב שלישי-

**גישה רחבה-**

מבחן של מסוגלות לבצע התקפה שיטתית או רחבת היקף (דעת הרוב בהליכים המקדמים בקניה)

מול

**גישה מצמצמת-**

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 למצער באזור מסוים. (דעת המיעוט בהליכים מקדמיים).

**שיטתית-**

"התקפה רחב- היקף" או "התקפה שיטתית" - תכלית משותפת לדרישת החליפיות

בגדול כאשר יש שיטתיות, אלמנט זה יוצר את החומרה הנדרשת ולכן נסתפק ברוחק, היקף קטן יותר (ולהיפך).

"התקפה שיטתית"- יש הרבה גישות.

* גישות מצמצמות את פריסת רשת ההפללה [בעצם דרישה ל- "תוכנית"]
* גישות שפורסות את רשת ההפללה רחה [די ב- "דפוס חוזר של פעולות קשורות:] +מחד, לא דרושה תוכנית, מאידך, מוכנס אלמנט כמותני +עם זאת אין תוכח תוכנית ברורה זה ככל הנראה יספיק.

חשוב- גם מעשים לא מהסוגים המפורטים בס' 7(1), יכולים לשמש כראיה לקיום אלמנט "השיטתיות". אם יש תוכנית מסודרת זה הופך את זה לפשע נגד האנושות.דפוס של פעולות חוזרות- לא די במעשה אחד.

**הפרשנות הרווחת- מאזן בין היקף הקורבנות היקף גאוגרפי.**

המאבק בין הגישות שפורסות את רשת ההפללה רחב, לבין גישות מצמצמות את פריסת רשת ההפללה, נמצא מאחורי הקלעים: מה גודלו של ההיקף הנדרש?

במקרה הקנייתי. שם האלימות הייתה יותר חמורה מגבון היו 1000 הרוגים, 3500 םצועים וכ-900  קורבנות של אונס או אלימות מינית אחרת וכן כמות גדולה של אנשים שברחו, הוברחו מביתן (350,000) ו**השאלה אם זה מספיק?**

\*\*אם אני חייל בבסיס הגרעיני ושונא את כל תושבי הגוש אז אני לוחץ על הכפתור האדום - 2 מיליון הרוגים.

שאלת מחשבה לבית- האם בוצע "פשע נגד האנושות" ? ואם כן תחת איזו חלופה {רחבת היקף/שיתטיות}

מה אן הייתה זו הממשלה שהחליטו על שיגור הטיל?

**ההתקפה "מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי"**

נתמקד בשאלה ספציפית- מהם אזרחים?

כלשהי- להדגיש את העובדה כי האוכלוסייה האזרחית יכולה להיות מאותה מדינה כמו העבריינים.

אוכלוסייה- לא אנשים ספציפיים [אבל הכמות משפיעה]

אם אני מתעלל באנשים שהם ממפלגה ספציפית- אם זה מדובר ב- 50- כנראה שזה לא מדובר בפשע רדיפה.

אם זה 2000? או 10000? מה נחשב?

איפה הקו עובר? יש ויכוחים על זה.

נגיד תפסו 50 אנשים אבל זה חלק מתוכנית שהיה רצון לרצוח את כל אנשי המפלגה בסוף- מה זה נחשב?

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 משפיעה.

מי שלא הוגדר אזרחים- חיילי האויב בזמן מלחמה. אם אני בזמן מלחמה אני מבצע הפגזות בלתי מכוונות כנגד עיר נצורה, מה שבטוח נעשה פה זה פשע מלחמה של התקפה בלתי מכוונת,  השאלה היא האם זה גם פשע נגד האנושות?

נגיד בעיר יש יותר חיילים מאזרחים- האם זה נחשב פשע נגד האנושות? כנראה שלא.

אם בעיקר המקון מלא באזרחים -זה נחשב פשע נגד האנושות?

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
* במובן הקלאסי (משמע ב- 1945 באופן מוחלט וכיום במידה חלקית) התייחס רק לאזרחים מהצד השני (משמע לא כלל בתוכו את האזרחים שהן מאותו הצד כמו העבריין).

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

האיסור על פשעים נגד האנושות צמח מ-1945 מתוך איסוקים על פשעי מלחמה

בהתאם המונח "אוכלוסייה אזרחית" כמשמעותו לעניין "פשעים נגד האנושות" פותח כהרחבה של המונח האמור כמשמעותו לעניין "פשעי מלחמה" כך שהוא:

* כן מתייחס גם לאוכלוסייה בעתות שלום
* כן מתייחס גם לאזרחים מאותו צד כמו העבריין.

אבל האם כאן נעצרת ההרחבה?

* אם התקפות שיטתיות/רחבות היקף כנגד חיילים מאותו הצד כמו העבריינים מהוות פשעים נגד האנושות? שירות צבאי בהגדרתו יש סיכון פיזי ושלילת זכויות אדם בסיסיות.
* האם התקפה שיטתית/ רחבת היקף כנגד שבויי מלחמה מהווה "פשעים נגד האנושות" או 'רק' הרבה "פשעי מלחמה"

המתח הוא בן הרחבת יתר לבין לתפוס פשעים חמורים.

בפועל- ממש אחרי מלחמת העולם השנייה יש פסיקה סותרת ומתגבשת עמדה של קונצנזוס לגבי שבויי מלחמה שהם לא קבוצה אזרחית.

אין לנו עדיין פסיקה שמשנה את הכיוון , אבל יש פסיקה לגבי החיילים שלך (בית דין בקמבודיה- בשנות ה-70 עולה שלטון של מפלגת חמרוש בקמבודיה- הם מאמינים שצריך להחזיר את קמבודיה אל תקופת הפאר ההיסטורית שלה, אך היא הייתה אימפריה חקלאית, אז צריך להעביר את כל אוכלוסיית ההרים לכפר. באופן מפתיע העירוניים לא תמכו בתנועה ולכן התנועה חיסלה אותם. אחת הדרכים להתעלל באנשים היה לגייס אותם לצבא. בית הדין בא ואומר- חיילים שלך זה על בטוח בזמן שלום אוכלוסייה אזרחית. בזמן מלחמה- זה יהיה אוכלוסייה אזרחית אלא אם מדובר בחיילים שלך שמרדו שהם קרובים יותר להגדרה חיילי אויב), אז מניחים שאותו דבר יקרה לגבי שבויי מלחמה.

**היסוד הנפשי**

מתייחס לאדם שביצע את המעשה. מה המודעות שצריך לדעת ביחס להתקפה?

גישה א- כל שנדרש זה "הידיעה בקווים כללים"- הוא צריך להיות מודע בקווים כללים שיש התקפה כלשהי  שיטתית / רחבת היקף המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי

גישה ב- נדרשת "כוונה לקדם את מדיניות ההתקפה"- יכול לשער שיש הסתברות סבירה שהמעשה שלו יכול להוות חלק מההתקפה.

בנוסף, אנחנו דורשים כוונה. מה זאת אומרת? אנחנו צריכים לראות שהוא התכוון שהמעשה שלו יקדם את פעילות ההתקפה.

**רצח עם**

"רצח עם" [הגדרה פשטנית] - מעשה [מסוגים מזוויעים מסוימים] כנגד חברי קבוצה [מסוגים מסוימים] המבוצע מתוך כוונה להשמיד את הקבוצה ככזו.

סיכום מהיר של הסקירה ההיסטורית-

1. **שואה**- נירנברג- למקין- קמפיין של למקין (עורך דין יהודי) שאחריו עשו את אמנת רצח העם- קובעת באופן מפורש שזה יכול להיות מבוצע כנגד העם שלך ובזמן שלום.
2. **אמנת רצח העם 1948-** מנגנוני האכיפה שנקבעו באמנת הגנוסייד הם מאוד חלשים: **א.** מדינה אחת יכולה לתבוע מדינה אחרת בהאג (היו כאלה 0 תלונות לפני המלחמה הקרה, לאחר מכן התביעה הראשונה זה בוסניה נגד סרביה) **ב. אישומים פליליים-** כל עוד לא יוקם בת דין בינלאומי עם הסמכות לעסוק ברצח עם וכל עוד המדינה הרלוונטית לא תעניק סמכות לבית הדין הבינלאומי הרי שהגורם שיהיה לו סמכות שיפוט על רצח עם יהיה המדינה שבה בוצע רצח העם.
3. רצח העם ברואנדה וביוגסלביה [ICTY ו- ICTR]
4. **אמנת רומא וה ICC -** בית דין שיש לו סמכות לעסוק ברצח עם והמדינות נתנו לאותו בית דין סמכות לשפוט ברצח עם. מועצת הביטחון תוכל לפנות כלפיי מדינות שאינן חברות באמנת רומא.

שורה תחתונה- מנגנוני אכיפה מאוד חלשים עד אמצע שנות התשעים ומהלאה ישנם מנגנוני אכיפה חזקים.

**השמדת עם-** אחד המעשים המפורטים להלן שנעשו בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי אתני גזעי 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 החיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הפיזית, כולו או מקצתו. 4.קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ. 5. העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בכפייה.

**רכיבי העבירה-**

א. רכיב הקבוצה [ המעשה צריך להיות מכוון כנגד]: - קבוצה לאומית, אתנית, גזעת או דתית.

ב. רכיב המעשה [נהמעשה צריף להיות מסוגים הבאים:

1. הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ;

2. גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש, לאנשים הנמנים עם הקיבוץ.

3. העמדת הקיבוץ בתנאי החיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הפיזית, כולו או מקצתו.

4.קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ.

5. העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בכפייה.

ג. "רכיב" הכוונה [המעשה צריך להיות מתוך]- בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית את הקבוצה ככזו.

רכיב הקבוצה-  קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית

קבוצה לאומית- במינימום האזרחים של אותה מדינה

קבוצה אתנית- בעלי שפה ותרבות משותפים

קבוצה גזעית- נולדו עם תכונות תורשתיים משותפות

קבוצה דתית: מאמינים בדרך אמונה משותפת.

איך בוחנים מהי קבוצה?

האם **המבחן סובייקטיבי** (של הקבוצה או איך הרוצח רואה את זה) או האם הוא **אובייקטיבי** (הבעיה הינה שתמיד אפשר לדון בזה האם זה נכון או לא)

**הטווח ברואנד:** הרג מכוון ושיטתי שבוצע, ב-1994, 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. אבל,

טענת הנאשמים: הטוטסי הם לא קבוצה במוהן של רצח עם.

מבחינה אובייקטיבית : הם וההוטו שייכים לאותו לאום ולאותה דתית, והם גם בני אותו גזע וקבוצה אתנית (הרי הם דוברים את אותה שפה ואת הבדלי התרבות והגזע שהמציאו הבלגים)

+עמדה אחת [חלק מהפסיקה ב- ICTR ]- מבחן סובייקטיבי

+עמדה שנייה [חלק מהפסיקה ב- ICTR והעמדה רווחת כיום)- מבחן אובייקטיבי- סובייקטיבי משולב- בודקים האם יש קושי מסוים להצטרף או לצאת מהקבוצה, האם האנשים נולדו לקבוצה הזאת וכו. אם אין בכלל קושי אז כנראה זה לא יעבוד. בודקים מה קורה בפועל.

האם קבוצה כמו הלהטבים נחשבות? האם הרשימה סגורה?

הייתה תקווה גדולה שבית הדין המעורב בקמבודיה שתיתן פסיקה פורצת דרך שהרשימה אינה סגורה. שגם קבוצות אחרות המאובחנות ומוגדרות כעירוניים וכולי כרצח עם. הוא נמנע מלקבוע פסיקה כזו.

לכן, העמדה המקובלת הינה שהרשימה הינה רשימה סגורה. רואים ברצח עם  כפשע הבינלאומי החמור ביותר ולכן לא רוצים להרחיב את הרשימה של הקבוצות.

סטאציק אחראי מטעם הסרבים על מחוז והוא הורג ומתעלל בכל מי שהוא לא סרבי.

* הערכאה ה- 1- מבחן נגטיבי- הבחנה גזעית לאומית ולכן זה "רצח עם" - עמדה זו נדחית.
* ערכאת הערעור [הגישה הרווחת כיום]- מבחן פוזיטיבי- זיכוי מ-"רצח עם" הרשעה ב "פשעים נגד האנושות".

**הטבח בסרברניצה (בוסניה)-**

הורגים רק את הגברים, לא הורגים את הנשים אלא רק מגרשים. כל הגברים הינם מוסלמים, על מנת שיוכלו לספח את המקום למחוז אחר. מצליחים לרצוח רק חלק- השאלה היא האם זה רצח עם?

הסגרת אלכסנדר צבטקוביץ לבוסניה-

מה טוען צבקוביץ בהקשר הזה?

"המוסלמים הבוסניים בסרברניצה אינם מהווים 'חלק' מהקיבוץ המוסלמי הבוסני" . הבוסנים המוסלמים הם הקבוצה בעד עצמם. בנוסף- הרכיב הכוונה- המטרה היא השמדה מלאה או חלקית , צריך לעשות את זה בתוך חבל גאוגרפי מובהק.

מבחינת הצלחה צריך באופן חלקי או אפילו ניסיון.

זה עדיין לא פותר את כל הבעיות-

**מהי חבל גיאוגרפי מוגדר?** צריך שגודל האוכלוסייה הוא משמעותי. שני אנשים זה כנראה לא משמעותי.

**המבחן שנקבע:** קבוצת הייחוס יכולה להיות רק בני הקבוצה הנמצאים בשטח גאוגרפי מסוים, כל עוד גודל השטח וכמות מהקבוצה באזור גיאוגרפי מסוים.

+שני יישומים שונים לאותו מבחן בפסיקה בנוגע לסרברניצה.

רצח הגברים במיוחד בחברה פטריארכלית- יכולה לגרום להשמדת הקבוצה ולפירוקה. גם להרוג חלקים ספציפיים של הקבוצה יכולה להביא להשמדת הקבוצה כולה (הדתיים אצל הדרוזים).

**רכיב המעשה-**

המעשים ברשימה-

 1. הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ; דוגמאת מחנות ריכוז.

2. גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש, לאנשים הנמנים עם הקיבוץ. האם מעשי האונס בסרברניצה  נחשבים? (כאשר אישה נאנסת שם הן לא יכולות להתחתן) כן, מכיוון שהנזק הנפשי של אונס יכול לגרום לאי רצון של נשים להביא ילדים בעתיד ולגרום להשמדת הקבוצה.

3. העמדת הקיבוץ בתנאי החיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הפיזית, כולו או מקצתו.

**הטבח בסרברניצה-** טענותיו של צבקוביץ:

+האם גירוש נחשב- גירוש הוא לא ברשימה, כי כאשר ניסחו את האמנה הרבה מאוד מדינות באירופה היו עסוקות בלגרש מיעוטים גרמנים.מצד שני, לאור זאת, העמדה הרווחת היא שגירוש שלעצמו אינו מהווה רצח עם מכיוון שהם יכולים להתגבש במקום אחר. יש עמדת מיעוט- יש מדינות באירופה שמעמידות על גירוש כרצח עם- עם הגירוש מלווה במעשים מהרשימה אז זה כן הופך לרצח עם.

+האם הריגת רק הגברים נחשבת- כן

4.קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ. סירוס עיקור, מעשי אונס לעיתים וכו'.

5. העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בכפייה.   למשל, שלקחו ילדים מהמשפחות שלהם לפנימיה על מנת לחנכם כ"לבנים".

**רכיב המעשה האם הרשימה סגורה?**

מה טוען צבקוביץ- "לטענתו מדובר למעשה בגירוש בכוח של אוכלוסייה המשתייכת לקיבוץ מסוים מאזור נתון וגירוש זה אינו רצח עם."

העמדה הרווחת- הרשימה הינה סגורה , יש דעת מיעוטים האומרים שלא.

"רכיב" הכוונה-

הגדרת העבירה דורשת שהמעשה יבוצע בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית את הקבוצה ככזו במה מדובר?

א. ברכיב ביסוד העובדתי של העבירה? [דרישה לקיומה של תוכנית ארגונית/מדינתית לבשמדה]

או

ב. ביסוד הנפשי [דרישה ל"כוונה מיוחדת"]

או

ג. בשניהם

או

ד. באף לא אחד מהם בדיוק.

לפני ה-ICC (שלל דעות)

**העמדה הרווחת:** מדובר ביסוד הנפשי של העבירה [ משמע, לא צריך להוכיח כי הייתה תוכנית השמדה כללית (של מדינה או ארגון) ו-כן צריך להוכיח כי הנאשם הספציפי פעם 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 השמדה כללית (של מדינה או ארגון), ולא צריך להוכיח כי הנאשם הספציפי פעם מתוך כוונה מיוחדת (מטרה ), להשמיד את הקבוצה, די שהוא היה מודע לכך שיש תוכנית ושתוצאה טבעית של מעשיו היא שהם ירתמו לתוכנית

* **ICC (סוג של גם וגם)**

מבחינת יסוד נפשי- דורש "כוונה מיוחדת"

מבחינת יסוד עובדתי : לא דורש תוכנית ככזו, אבל דורש, אחד משניים:

* או שהמעשה נעשה בתוך הקשר המוכיח דפוס של מעשים דומים שמכוונים נגד אותה קבוצה
* או שמעשה הוא כזה שלכשעצמו יכול להביא למעשה ההשמדה.

+ביקורת מרומזת על ה- ICC מצד ה- ICTY בפופוויק- לא מייצג את המשפט המנהגי- לא צריך תוכנית, הדברים יכולים להתפתח מלמטה והשלטון יעצום עיניים ולגבי היסוד הנפשי- די שבן אדם יהיה מודע בקווים כלליים של מה שקורה ויהיה מודע שהמעשים שלו יכולים כתוצאה טבעית לתרום לפעולת ההשמדה.

+בפס"ד צבקוביץ'- השופט ג'בראן לא מכריע בין הגישות.

**צדדים ייחודיים לעבירה-**

ס' 3 לאמנת רצח העם קובע שמלבד "רצח עם" , גם מספר מעשים נוספים יהיה ברי-ענישה, ובדרך זו, הוא (בין השאר), קובע מספר צדדיים לעבירה ייחודיים ל- "רצח עם", והם:

א. הסתה ישירה ופומבית לביצוע רצח עם

ב. קשירת קשר לביצוע רצח עם

ג. ויכוח אם צד ייחודי לעבירה או סתם שם נרדף לסיוע, complicity

כל אחד מהצדדים הללו יוצרים בעיות-

**הסתה-** בעייתי אם אנחנו מדברים על השקפות בעד חופש הביטוי.

**קשירת קשר-** בסה"כ שני אנשים שנפגשים ביחד ומתכננים לעשות א העבירה אבל הם לא מבצעים. הם אפילו לא עברו לאזור ההכנה. -

**complicity** - עניין פרשני, מונח אחר לסיוע.

**אמנת רומא-**

* קובעים לא בס' 7 [שמגדיר רצח עם], אלא בס' 25 שמגדיר את הצדדים לעבירה, כי ברצח עם (משמע, רק שם, ולא בפשעים אחרים באמנה) , אדם שביצע הסתה ישירה ופומבית לביצוע העבירה, ייחשב צד לעבירה.
* לא כוללת קשירת קשר לביצוע רצח עם כמעשה בר- ענישה ע"פ האמנה [עוד דוגמא לפשע בינלאומי גרעיני שלא נכלל באמנה]
* לא כוללת קומפליסיטי לביצוע רצח עם כמעשה בר- ענישה ע"פ האמנה [בעצם תמיכה מרומזת בדעה כי זה שם נרדף לסיוע].

**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 הבוצאווני.

תרחיש ב- ב-CNN יש דיווח שבאיו,ש חיילים של צה"ל התעללו באזרחים פלסטינים. מי צריך לנהל את החקירה- גורמים בינלאומיים או רשויות צה"ל?

אנו רואים כי נעדיף לסמוך על צה" מאשר על מדינה אחרת, שאנו חושבים שהם יותר "נחותים" מאיתנו.

היחס למשפט הפלילי הבינלאומי-

ספקטרום בין שתי עמדות קצה-

1. עמדה אוניברסליסטית
2. עמדה סקפטית

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

* נקודת מבט פנימית
* נקודת המבט של המסתכל מהצד

מה האסוציאציה שעולה לכם בראש כאשר אתם חושבים על פושע מלחמה?

מה האסוציאציה שעולה לכם בראש כאשר אתם חושבים על "פשע מלחמה"?

מעשה בנפוליאון והוא תופס 5,000 שבויים ביפו ורוצה לכבוש את עכו אז הוא הורג את כל השבויים. יש יותר מקרים שבהם יחסלו את השבויים מאשר שיסחבו אותם איתם. ולכן נקבע הכלל שאסור להרוג שבויים ולכן זה פשע מלחמה שקיים שמונע מעשים שעלולים להיות מוסריים.

יש פושעי מלחמה שלא כל כך רעים (אלאור אזריה). ולכן ישנם

* עיוות בעמדה האוניברסליסטית-חיצוני מקומם מבפנים. הפער בין החוק לבים האסואציה.
* עיוות בעמדה הביקורתית- מבפנים- יהיו הנחות סופר מוגזמות.

עיוותים בעמדה הביקורתית - פרשת נירים-

אחר מלחמת העצמאות יחידה שנמצאת במקום מבודד, תופסים בדואי עם נשק והורגים אותו ואונסים מישהי בין הגילאים 9-14 לאיזה שבוע, מפשיטים אותה ושורפים את הבגדים וחופפים את הראש שלה בנפט בגלל שהיו לה כינים. היא מתלוננת על כך למפקד המשלט, ומבטיחים לה שיהי סדר- הוא מכנס את החיילים ועושה הצבעה- להפוך את הבדואית לטבחית או לשפחת המין שלהם? מצביעים בעד שפחת מין. עושה טבלה לפי כל יום היא שייכת למחלקה אחרת. כעבור מספר ימים מפקד האזור שולח מברק אל מפקד המשלט- לא העברת את הבדואית למחנה המעצר. הוא מבין שהם הסתבכו, הם נוסעים הרחק מהבסיס, חופרים קבר מכניסים אותה לבר ויורים בה. ואז מפקד המשלט מדווח לו על מה שקרה.

אז ניתן להבחין בכך שגם אצלנו במדינה מקרים כאלה קורים.

אם לא מטפלים בכל הקשר היא תופיע. כלומר- אם נהיה יותר מידי קפדנים באכיפה שלנו- החיילים יפחדו לעשות דברים. אנחנו נגיע לרמה של אפקט מצנן עוד לפניי שנצליח למנוע את כל המקרים הנוראיים. בכל מקרה היינו מקבלים ביקורת מבחוץ.

אנחנו ניטה להיות סלחנים יותר מידי והצד השני יהיה יותר לא סלחני כלפינו.

דיסוננס קוגניטיבי - בן אדם מבצע פעולה בניגוד לסולם הערכים שלו - זה גורם לו לוותר על סולם הערכים שלו. מקרה של אליאור עזריה הוא מקרה קלאסי שמדגיש את זה.

גם בנקודת המבט השנייה יש עיוותים.

שתי נקודות המבט- כמה מעשים חמורים מתבצעים ומה הוא מעשה חמור.

צדאחר ישפוט דברים בחסר וצד שני ישפוט ביתר. שתי העמדות טועות.

הצבא הכי מוסרי בעולם- אנחנו צריכים לשאוף שהנשק שלנו יהיה טהור. היום זה משתמש על מנת לנפנף ביקורת.

איך ההטיות האלה משפיעות על מהי המידה שבה צריך לחקור את המעשים

זה צריך להיות מושפע מכמה פשעים מתקיימים.

כמה מהפשעים הרגילים המימדים שלהם נתפסים ומורשעים? ארה״ב - 1.3 אחוז!!

הפשע שנאכף הכי הרבה זה אונס.

כרבע מהחיילים ששירתו במחסומים היו עדים להתעללויות באזרחים פלסטינים .

מה המשמעות של כל זה?

פשע זה יותר נפוץ ממה שהיינו רוצים לראות.

כאשר מבקרים אותנו שאנחנו לא אוכפים מספיק- כנראה הם צודקים.

הפשיעה המדינתית - כולנו אוהבים לבקר את המשטרה- ישנם נתונים שנותנים לגיטימציה לכך, רובנו מרגישים בטוחים ברחובות.

רובנו לא מבצעים פשעים. אין כוח למשטרה שבה היא תצליח למנוע את רוב הפשעים המבוצעים . המטרה שלה שתהיה רמת אכיפה גבוהה על מנת שלא נתפתה לעשות פשעים.

פשיעה בינלאומית- הצדדים השונים לא יגיעו למסקנה מה היא מידת האכיפה הראויה.

להשלים את השיעור שלא נלמד

**קשיי חקירה ואכיפה במדינת העבריין:**

פס"ד רחאל: שני חיילים הוצבו בפילבוקס בתצפית באזור רפיח(עזה). אחד מהם שהיה מפקד המוצב מבחין בקו הבתים הראשון בפלסטיני אשר עומד על הגג, אחד מן החיילים מסתכל במשקפת ושם לב שהוא הולך לכיוון האנטנה. מפקד המוצב דורך את נשקו ומכוון כלפי הפלס' ויורה. כשנשאל ע"י אחד החיילים למה ירה ענה שהוא מפקד המוצב והוא הקובע, לאחר מכן בדיווחים טען שהיה מדובר בפלס' חמוש ושהוא ירה ירי הרתעתי היורה ועוד חייל מואשמים בחבלה מחמירה בצוותא. החקירה נפתחת רק לאחר 10 חודשים, וגם כשנפתחת מתגלים קשיים עובדתיים רבים כמו: לא ידוע האם הפלס' נהרג משום שהמבנה והמוצב נהרסו, קשה למצוא עדויות של פלסטינאים משום שמדובר בגוף עוין מבחינתם, כמו כן החוקרים לא היו מיומנים והחיילים שומרים אחד על השני ומשקרים בשביל אחד השני(ישנה אחוות לוחמים ששומרים אחד על השני ובמידה ואתה "מלשין" יכולות להיות פעולות "תגמול" מצד שאר הלוחמים) ואף הודו בכך והורשעו בשיבוש הליכי חקירה.

ההתנהלות מחזקת אצל אוחזי העמדה של נקודת מבט חיצונית על פשעים מסוג זה שההתנהלות של הגורמים הפנימיים אינה רצינית ושלרוב העמדה הפנימית משמיטה ראיות, במיוחד במלחמה ותנאי שטח. מנגד אוחזי נקודת המבט הפנימית טוענת שהקשיים הינם לגיטימיים והחקירה הייתה אובייקטיבית(קושי בשיתוף פעולה של האויב, הרס המבנה והפילבוקס וכו').

בישראל לפני ועדת טירקל היה נהוג במקרים הבינ"ל שישראל מבצעת לא הייתה נפתחת חקירה מעמיקה עד לקבלה של דו"ח חקירה מבצעי שמסיק שיש לפתוח חקירה זו. ההתנגדות למצב זה טוענת כי:

1. תחקיר מבצעי הינו בעל ניגוד אינטרסים בשל היות הצבא חוקר את עצמו.
2. תחקיר שכזה עלול לפגוע בחקירה מעמיקה(תיאום גרסאות).
3. התחקיר אינו מוגבל בזמן ועלול לגרום לדחייה בלתי סבירה של קיום החקירה.
4. התחקיר מבוסס על עדות הלוחמים ללא הצגת הצד השני וללא ערעור.

הצבא טוען:

1. שהתחקיר הינו רק גורם במסגרת השיקולים האם לפתוח חקירה מעמיקה, "כלי תומך".
2. הפצ"ר (הפרקליטות הצבאית) רשאי להחליט על השלמת התחקיר או הבהרת ממצאיו לשם שיפור תפקוד הצבא.

האם ראוי להשתמש בתחקיר במקרה של חשד להפרת דיני לחימה:

יתרונות:

1. רוב המקרים אינם פליליים ואין צורך לפתוח בחקירה.
2. חקירה פלילית תפגע במוטיבציה של חייל לשרת ולהילחם.
3. שיתוף הפעולה יהיה יותר רלוונטי ואפשרי מול גורם פנימי.

חסרונות:

1. יש אפשרות לתיאום עדויות.

2. התחקיר צופה פני עתיד ומטרתו הפקת לקחים ולא בירור המקרה והעמדה לדין.

3. חשש משיבוש הליכים.

המלצות ועדת טירקל:

* ועדת טירקל קבעה שהתחקיר המבצעי הינו פנים יחידתי ונועד למטרות שיפור פנים צבאיות.
* בנוסף היא תומכת בהקמת מנגנון נפרד לבירור הפרות שיחליט מיד האם: יש חשד לפלילים ולפתוח חקירה או לא או האם דרוש מידע נוסף בשביל לקבוע אם יש חשד. כלומר הוועדה הוציאה את הכוח לתחקיר ראשוני מהיחידות ובכך משפרת הן את המהירות של ההחלטה לפתוח בחקירה וגם מחזקת מבחינת היוועצות עם אלוף רלוונטי להבנת הרקע המבצעי.
* הועדה החליטה זאת לאחר שראתה את המנגנונים שיש בצבאות אחרים בעולם וכי יש ללמוד מהם ואם נעשה זאת בצורה רצינית נמנע חקירות חיצוניות(ע"פ עקרונות המשלימות ושיוריות).
* החקירה הראשונית לרוב ע"י מפקד היחידה או בכיר אחר שכוללת תיאור קצר של העובדות ושיחה עם החיילים ולקיחת חפצים שיכולים לשמש כראיות.

מה קרה בפועל:

* לפי בורר היחידה לתחקירים מבצעיים לא רצינית מספיק, הוקמה 3 פעמים ולא מתוחזקת כמו שצריך ותדעך.
* אחרי ועדת טירקל הוקמו שתי ועדות לבדיקת יישום ההמלצות.
* לפי בורר המצב בישראל השתפר מאוד ביחס לעבר מכיוון שיש פחד מאכיפה בינ"ל.

כשהגורם אינו מדינת העבריין, קשיי החקירה והאכיפה גדלים כי שיתוף הפעולה קטן, לוקח יותר זמן והדין הבינ"ל מתערב בד"כ בפשיעה רחבת היקף. קושי מרכזי נוסף הוא שהמדינה לא רוצה בד"כ לאכוף ולהעניש את בכיריה.

**מנגנוני אכיפה של המשפט הפלילי הבינלאומי – להשלים מהשיעור הא-סינכרוני.**

**ישראל וה-ICC**

יחסי ישראל והמשב"ל הפלילי-

בהתחלה ישראל הייתה מאוד בעד המשפט הפלילי הבינלאומי.

מה קורה בשנות ה-90? גורמים שונים מנסים לעשות שימוש בסמכות האוניברסאלית כנגד גורמים ישראלים.

מדינת ישראל מגלה כמה דברים-

1. המשא ומתן עם הפלסטינים לא הולך לכיוון של שלום
2. היה ולא יהיה הסדר - ישראל תהווה מדינה קולטת ברק- אם היא עושה משהו קטן היא חוטפת משהו גדול.
3. מדינה חזקה- נותנים לנו לעשות די הרבה. זה די מעצבן את אלה שלא מרשים להם לעשות להם הרבה. זה נובע מהחוזקה שלנו.
4. קל מאוד לצלם את המלחמה בישראל- CNN כאן ומצלמים ולכן קל לדווח בזמן אמת מה קורה.

נקודת המחלוקת: האם פשע המלחמה של "העברת אוכלוסיה לשטח כבוש" הוא מנהג בינלאומי? כלומר, מתנחלים.

מה המצב המשפטי לגבי ההתנחלויות?

* מדינת ישראל אומרת ככה- איוש לא שטחים כבושים.- לא כל דיני הכיבוש חלים בשטחים. ספציפית לגביי האיסור לגבי העברת אוכלוסיה לשטח כבוש- מדינת ישראל טוענת שמה שאסור זה העברה בכפייה- והמתנחלים לא עוברים בכפייה- אלא להפך.
* מה היא טוענת כבסיס? מפרשת את האיסור הזה שנולד על רקע מלחמת העולם השנייה- הזזת אוכלוסיה בכוח. לטענתה יש לזה תמיכה בלשון הסעיף באמנת ג'נבה- כל שאר החלקים האחרים של סעיף זה מדברים על כפייה. צריך לפרש את הסעיף על רקע הסביבה הנורמטיבית של שאר החלקים של הסעיף- צריך להבין מזה שגם החלק הזה של הסעיף מדבר על כך.
* בנוסף, המעשה לא מוגדר כהפרה חמורה באמנת ג'נבה, לא מוגדר כפשע מלחמה.

אך, הנה החולשות של הטיעון-

* בנירנב רג אחד מהדברים שמעמידים לדין את הנאשמים זה התוכנית של מזרח אירופה- תוכנית וולנטרית. כדי לקבל חלקת אדמה במזרח החדש- היה ממש קשה. אם נקרא את משפטי נירנברג- הדיונים על זה מאוד קטנים ומינורים- הגרמנים עשו דברים יותר גרועים מזה.
* האיסור הורחב בIAP והוגדר כהפרה חמורה- ישראל תטען כי אם צריך להגדיר את זה ככה אחרי הרבה שנים אז כנראה זה לא כזה חמור
* האיסור הוגדר כפשע מלחמה באמנת רומא

הסכנות לישראל-

א. אישום נגד חיילי צה"ל בגין פשעי מלחמה - הגנה באמצעות עקרון המשלימות

ב. אישום ביחס להתנחלויות- טענת המשלימות לא תעבוד היא באמת לא רוצה להעמיד לדין כי היא טוענת שזה חוקי. זה לא עוזר בהקשר של ההתנחלויות. הריסות בתים- בתחילת שנות 2000 ביהמ"ש העליון אומר לישראל להפסיק את הריסת הבתים.  עשרות בתי מחבלים נהרסו.

מתי יש ICC סמכות שיפוט?

רק כאשר אחד מהם מתקיים

* הפניית מועבי"ט- מועצת הביטחון- חברה /לא ICC.
* הפשע בוצע ע"י אזרח של מדינה חברה
* הפשע בוצע בטריטוריה של מדינה חברה
* מדינה לא חברה מבקשת לבחון אירוע ספציפי.

נסיונות הפלסטינים להחיל את סמכות בית הדין על סכסוך עם ישראל

* הפעלת מועצת הביטחון- גולדסטון (ועדת חקירה שמונתה ע"י האו"ם)- אחרי עופרת יצוקה- ממליץ להפנות למועצת הביטחון את המקרה לICC. מנגד, ארה"ב תטיל וטו על החלטה כזו גבוה מאוד. ישראל מינפה את זה- הוא צריך להתבייש. בתגובה- חברי הועדה אמרו שלמרות הם בניגוד לגולדסטון הם עדיין מסכימים עם המאמר. ממליצים להקים מדינה לפלסטינים. מאז עושים מלא מאמצים להוכיח כי אכן ישראל שופטת דברים שהם לא כמו שצריך.
* ניסיון לאתר קציני צה"ל עם אזרחות כפולה ממדינה שחברה באמנת רומא- דיוויד בינג'מין. נוסע לבקר את אמא שלו בדרום אפריקה והוא מגלה שמנסים להגיש נגדו צו מעצר. מסתירים ומשתיקים את הסיפור הזה ומשחררים אותו מהסיפור הזה.
* ניסיון לאתר מקרה שאירע במדינה שכן חברה באמנת רומא.

**נבחן את פרשת המרמרה-** הספינות היו עם דגל של מדינות שהיו חברות ב-ICC . **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. קומרוס פונה ל-ICC ומבקשת לפתוח בחקירה. הבקשה נדחית. באופן לא מפתיע, התובעת בסבב הראשון דוחה את הבקשה מהיעדר חומרה. דחיית התביעה התובעת קבעה כי- קיים חשד שבוצעו פשעי מלחמה ; עזה נמצאת תחת כיבוש ישראלי.

**שלב ב'-** קומרוס מערערת על החלטת התובעת שלא לחקור - בערעור נקבע כי המקרה מספיק חמור כדי להצדיק פתיחה בחקירה משום ש- פשעים בינלאומיים לא מטבעם חמורים; התובעת לא שקלה נכון את הנזק שנגרם לעזה באירוע; התגובה החריפה בזירת הבינלאומי מלמדת על חומרת החקירה (ממתי אכפת לנו מדעת קהל?). הערכאה הראשונה אומרת- התובעת טועה לחלוטין- אך זה לא תחת אחריותם.

**שלב ג'-** התובעת ערערה לערכאת הערעור (גלגול שני)- לבסנוף, הוחלט שלא לפתוח בחקירה. אבל, השופטים ציינו שהתובעת שגתה בהערכת חומרה האירוע.

אז מה יצא בסוף? התוצאה- לא נפתחה חקירה נגד ישראל. אבל, התביעה ביססה את מעמדה כגוף עצמאי; ההרכב בגלגול הראשון- לא מרהיב.

אז מה מניע את בית הדין? הפער בין נקודת מבט חיצונית לפנימית; אפליה מתקנת.

מה הפלסטינים מנסים לעשות? להצטרף ל-ICC.

* פנייה ישירה ל-ICC- **ניסיון ראשון-** פנייה בעקבות דוח גולדסטון- התביעה נדחת משום ש"פלסטין" אינה מדינה. האם רק מדינות החברות באו"ם יכולות לפנות ל-ICC? תקדים איי קוק- לא בטוח שרק מדינות חברות באום יכולות להיות חברות ב-ICC. איי קוק היא לא מדינה חברה באום היא רק משקיפה. אבל היא לא בדיוק נחשבת מדינה אבל היא כן חלק מה-ICC. הפלסטינים פונית למועצת הביטחון- משפרים עמדות- ארה"ב מטילה ועדות. פונים לעצרת הכללית כדי לקבל מעמד של מדינה משקיפה- ושם הם מתקבלים בברכה.

ניסיון שני- אחרי מבצע צוק איתן- למה לחכות הרבה זמן? א.צריך להבין שכל הדברים האלה יכולים לקרות אחרי שאבו מאזן עולה לשלטון- מתחיל לנקות את המעורבות של הרש"פ מטרור ורק הוא יפנה ל-ICC. ב.דבר נוסף, צריך לדעת שהפסלטינים הם חלשים האמצעי לחץ היחיד שיש להם הוא ה-ICC ולכן הם מנצלים את זה כמה שיותר על מנת להתקדם הלאה. ג. הם יודעים שהסיטואעציה שנוייה במחלוקת ולכן הם רוצים לרכוב על אירוע גדול שהתמונות שלו יתנו גב של הקהילה הבינלאומית. הם יודעים מה נקודות החולשה של הטיעון שלהם- הסכמי אוסלו (לא יכולים לנהל יחסי חוץ, ולא יכולים לצא נגד ישראל וכו). ולכן, הם יודעים שהזמן עובר והתרחק הזמן משחק לטובתם. ובנוסף, הם יודעים שכדאי להם לפנות מתי שהקהילה הבינלאומית חושבת שישראל טועה. מה שישראל צריכה לעשות זה להמשיך לנהל מו"מ עם הפלסטינים ואם זה מתפוצץ להוכיח שזה קורה בגלל הפלסיטניות.

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 [ויצוין שלו היינו מקדישים עוד שיעור לנושא כפי שתוכנן במקור היינו דנים בעמדת התובעת, בעמדת ישראל, ובדעות השופטים], 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 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 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.

**מאפיינים ייחודיים של פשיעה**

לפשעים בינלאומיים מספר מאפיינים ייחודיים-

* הפשעים הם בדרכ פשיעה ארגונית במובן שיש פשעים שזה מפורש בהגדרה יש פשעים שזה גם לפי פרשנויות מסוימות זה רק ארגון יכול לעשות את זה, אבל גם אם ניקח פשעים קטנים כמו ביזה, חייל יכול לבצע ביזה לבד? לא, הוא חייב להיות חייל בארגון מסוים. בפועל, אנחנו מדברים גם על פשעים מסיביים.
* מעורבות מוגברת של המדינה שלעיתים יוזמת, מבצעת ומעודדת את ביצוע הפשעים .

העובדה שמדובר בפשיעה מאורגנת, בנוגע להרבה מהפשעים כל בן אדם מבצע רכיב קטן בסיפור הגדול. הדוגמא הרואנדית. יש לנו מוטיבציה בגלל אופי הפשעים להגדיר את ההגדרות באופן שירחיב את מעגל ההפללה. אך, מה הבעיה בהרחבה זו? יש גבול למי אנחנו רוצים להרשיע. האם כל מורה בגרניה נעמיד בהסתה לרצח עם? צריך גבול מסוים.

התוצאה- מערכות של ארגון/ מדינה גורמת לכך שנוצר נזק רחב היקף.

קיים קושי בהגדקת העבירות ובזיהוי העבריינים מבין המעורבים.

בשיעור הזה נעסוק, דוקטרינות שעוסקות בצדדים לעבירה.

הגדרה העבירות והצדדים לעבירה באופן שתופס את מכלול המעשים בפשע אחד, ומעניש גם את המעורבים שסיצעו חלק קטן מרכיבי העבירה.

שיקולים המתנגדים להרחבת האחריות הפלילית-

ראינו שכדי לתת מענה למאפיינים היחודיים של הפשיעה הבין-לאומית, הוצע להרחיב את מעגל האחריות הפלילית גם למבצעים שחלקם קטן יותר.

אך יישום של רעיון כזה גם הוא מעלה חשש מפני:

* אכיפת יתר (א):הפללה של גורמים זוטרים חסרי השפעה
* אכיפת יתר (ב): הפללה של גורמים בכירים שלא ידעו על המתרחש.

מצב כזה כם עשוי לפגוע ביכולת של גורמים בכירים לנהל לחימה במקביל לאכיפת הדין הבינלאומי ברקב פרודיהם.

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

אנחנו נחפש את האדם שיש לו הכי הרבה קשר לעבירה.

צדדים לעבירה במשב"ל-

כללי הגדרת הצדדים לעבירה במשפט המדינתי (משדל, מסייע) חלה גם במשפט הבינלאומי, אליהם יש להוסיף, בהקשרים צבאיים, גם את "הפוקד". למשל- פוקד מבחינה פורמאלית נחשב צד ישיר בעבירה. כדי להבחין אותו משאר האנשים שעושים דברים פיזית אנו נקרא לו צד לעבירה.

בכל מערכת משפט פלילי יש לנו את הצדדים לעבירה של משדל ומסייע ועוד אחד מרכזי זה הפוקד. מפקד נותן פקודה לחיילים שלו אחראי באותה מידה ולרוב אפילו יותר מהפקודים שלו ביחס לעבירה שבוצעה.

אך, פוקד לא מספיק. מפקדים למדו שהרבה פעמים הם לא חייבים לעשות פקודה , כל מה שהם יכולים לעשות ה כשקורות עבירות באופן ספונטני במהלך הלחימה לא לעשות כלום. גם אם לא הייתה פקודה הרבה פעמים . יתרה מכך , הראיון של פקודה נחמד בדרכים פורמאליות, לא תמיד יש באמת פקודות ישירות העוברות ביניהם. המלחמת לבנון אנחנו פעלנו ביחד עם הפלנגות הנוצריות.

אבל: לפעמים אין פקודה רשמית שמורה לחיילים לפשע ואז המפקד חומק מעונש.

פתרון א- פס"ד יאמשיטה- המפקד אחראי למנוע פשעים גם אם הוא לא פקד על חייליו לפשע. על המפקד יש חובה למנוע מפשעים באופן אקטיבי, ולכן יש להטיל עליו אחריות גם בהיעדר פקודה.

פרשנות רווחת של הפסד- מה שקבעו בפס"ד זה זה כלל של אחריות קפידה. עצם זה שהוא לא מנע את הפשעים הוא אשם. הפרשנות הזאת נסמכת על ניסוחים מיוחדים בפס"ד ושהטיעון ההגנה הוא שהאמריקאים שיבשו את הדרך לדבר עם החיילים שלו. בעקבות ביקורת שזה כלל מרחיב מידי בסופו של יום מאומת דוקטרינה אחרת של אחריות המפקדים והיא נמצאת האמנת רומא- ניתן להאשים את המפקד הצבאי בשלושת התנאים:

יש לנו פיקוד אקטיבי ושליטה באנשיו- ידע/היה עליו (מודעות או רשלנות) לדעת שחייליו מבצעים פשעים + לא נקט באמצעים סבירים כדי למנוע את העבירה/להעניש את המבצעים /להפנות את המקרה ליחידה חוקרת.

מי הוא מפקד? מי שהחוק במדינה הרלוונטית מגדיר מי הוא מפקד? מה הבעיות בכך? יש ארגונים שהם לא מדינתיים ולא ניתן להגדיר מי הוא מפקד.

**קושי אחד-** ענישה חמורה בהיעדר אשם: המפקד נענש באופן חמור כאשר היסוד הנפשי של העבירה הוא רשלנות ( "היה עליו לדעת").

מדינות שונות ניסו להתמודד עם הבעיה הזו: בגרמניה עונשם של המפקדים הוגבל ל-5 שנים אם המפקד הואשם ברשלנות; במדינות אחרות לא שינו את העונשים האפשריים, מתוך תפיסה שמפקים ניתן לדרוש יותר; בישראל ועדת טירקל הצליצה לקבוע אחריות מיוחדת למפקדים בגין פשעי מלחמה אך יש עדיין התלבטות ביחד לעונש.

**קושי שני-** מהו "שליטה"? פעמים קיים קושי לדעת מי השולט בפועלץ

מקרים נפוצים שיש בהם בעיה-

ארגונים ללא היררכיה מסודרת או שבהם ההיררכיה לא משקפת שליטה; פעולה משותפת למספר ארגונים או מדינות; שת"פ בין מדינות לארגון גרילה.

ניתן לאתר גישות שונות:

* יש שטענו שצריך להנמיך את רמת השליטה, לאור שינוי מאפייני הלחימה וריבוי המקרין של לחימה במעורבות של ארגוניםץ
* הדין בפועל: בדוקארינת אחריות המפקדים נדרשת "שליטה דה פקטו". כלומר, אפשר למלא את תנאי השליטה בלי להיות מפקד מבחינה פורמלית.  מהי שליטה "דה פקטו"- היכולת להעניש את הפקודים ו/או יכולת חזקה לשלוט במעשיהן ופעולותיהם.

למה נוצר שינוי בשנות ה-90 לגבי הדוקטרינה ? התפתחה דוקטרינה חדשה- JCE ולכן כבר לא התייחסו לדוקטרינה הישנה.

**דוקטרינת JCE-**

בדין המנהגי ישנה דוקטרינת ה-JCE. מ-95 יש לנו דין כזה ועד אז יש לנו ויכוח בין הCTY לבין בית המשפט ברואנדה.

דוקטרינה שהתפתחה בפס”ד טאדיץ  (ICTY) ומהווה אלטרנטיבה שמאפשרת להתמודד עם אופי ארגוני של פשעים בינלאומיים באמצעות "מיזם פלילי משותף" .

דוקטריננה JCE עוסקת במצס שבו לקבוצה נתונה יש תכנית פלילית משותפת. נבחן את JCE1 ו JCE 3 .

תכנית משותפת+ כוונה לקדם את התכנית+ ביצוע של רכיב מרכיבי העבירה- הפללה לפי JCE1

תכנית משותפת+ יס"ן (מחלוקת) + בוצע פשע בניגוד לתכנית- הפללה לפי JCE3

לאחר פס"ד טאדיץ דוקטרינת JCE הופכות מקובלות, והן מאומצות באמנת רומא, ב0ICTR ובבתי דין בעיראק. סיירה ליאון ומזרח טימור.

נשווה לס' 34א בחוק העונשין- "כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול או היה להיות מודע לאפשרות עשייתה…"

**לצד האימות הכללי, היו שביקרו את השימוש ב-JCE3**

מצד אחד- נטען שההשוואה בין צבא מדינתי לארגון פשע בעייתית, משום שצבא נועד למטרות חיוביות.

המטרה בהרחבת הדוקטינה היא לנסות לתפוש גורמים בכירים שמרחיקים עצמם מהפשעים ולכן קשה להוכיח שהיו מעורבים.

פסיקות בית הדין הרחיבו את דוקטרינת JCE3 -

אין צורך בתכנית מגובשת וניתן להסתפק בפשע שמתגבש באופן הדרגתי/ספונטני. ניתן להסתפק במודעות לכך שיש תכנית לביצוע מעשים פליליים. אין דרישה שהחשוד יבצע מעשה פלילי בעצמו או יתרום תרומה משמעותית לביצוע התוכנית.

מצד שני: התנאים המורחבים בעצם מטילים אחריות בגין כל הפשעים שמבצע צבא על מפקד/חייל שמודע לחלקם.

אם לוקחים הכל יחד אז גם חיילים יכולים חקבח אחריות מלאה על הפשעים- חייל עומד בלבנון ולא רץ לבפנים למנוע.

לאור הביקורת, ישנו צמצום של הדוקטרינה: צמצום בפסיקות מאוחרות של ה-ICTY למשל בפס"ד stanisic שבוא נקבע כי- התוכית צריכה להיות פלילית ויש צורך בכוונה לקדם אותנה.

נעשה רגע ססדר בנוגע לעמדות הקיימות בקשר לJCE3-

תמונה שמכילה טקסט, לוח ציור

התיאור נוצר באופן אוטומטי

צמצום ב-מ ICC שם נקבע כי : חלקו של החשוד בתכנית חייס להיות חיוני; התוכנית חייבת להיות פלילית, אבל נדרשת מודעת לכך שיש הסתברות גבוהה לכך שמעשה פלילי הוא תוצאה טבעית של התכנית.

סבר ושתילה- אחלה שאלה לבחינה.

**סיוע וקומפליסיטי-**

בנוגע לסיוע- הוויכוח ב-ICTY שהמשיך גם לפסיקות האחרונות ואפילו השנה למהו הגדרה של סיוע. היחסים בין הצבא הסרבי לבין הארגון המוזין הלא מדינתי- הצבא של הסרבים בבוסניה.

מבחינת היסוד הנפשי - מוסכם שהדרישה היא למודעות (לרבות עצימת עיניים) לכך שהמעשים יסייעו בביצוע הפשע.

ישנן שתי עמדות - יסוד עובדתי של סיוע מכון באופן ספציפי למעשה פסול (מצמצם את ההפללה) לעומת העמדה שלא דורשת קשר ישיר לפעילות העבריינית.

בנוגע לקומפליסיטי-דוקטרינה מיוחדת בנוגע לצד בעבירה, אנחנו צריכים לדבר על הויכוח הכללי ועל הצד בויכוח שנבחר באמנת רומא.

עמדה אחת- קומפליסיטי- מסייע , עמדה אחרת אומרת שזה צד אחר לעבירה שדורש הרבה פחות- יש צורך במודעות בקווים כלליים ונתינת יד בצורה מסוימת לביצוע הפשע. מיוחס רק לרצח עם.

ראש עיר ברואנדה נותן נשקים לחיליים שישמרו על הסדר למרות שהוא יודע שהם ירצחו אזרחים.

זה לא נכנס לאמנת רומא!!

התכנית צריכה להיות פלילית ויש צורך בכוונה לקדם אותה

לסיכום- ישנו מתח בין הרצון להרחיב את תחום הדין הפלילי הבינלאומי לאור האופי הארגוני של פשעים אלה, לבין החשש מאכיפת יתר- לאחרונה ניכרת מגמה של צמצום תחום הדין הפלילי, אך קיימות פסיקות סותרות בנושא.

**שיעור אחרון - ציות לפקודות**

**היקף האכיפה** - בדרך כלל , המשב"ל הפלילי מזוהה עם העמדה לדין של מפקדים בכירים, מנהיגים ו"ארכי רשעים" אבל בפועל עיקר ההשפעה שלו הוא דווקא על החיילים הפשוטים. ניתן לראות כי בזירה המדינתית ישנם יותר אנשים שמועמדים לדין מאשר בבתי המשפט הבינלאומיים.

ה-ICC שולל את ההנחה שהוא צריך להתעסק בפושעים החמורים ביותר אלא בפשעים החמורים ביותר. ישנה הגנת הציות באמנת רומא.

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

שנית, אכן בדרכו של ה-ICC הייתה הנחה שמגבלת החומרה [לפיה יש להעמיד לדין רק את המקרים החמורים ביותר] בפועל מגבילה את ה-ICC רק להעמדה לדין של בכירים. מכיוון המדינות מעדיפות לשפוט את החייל הפשוט במדינתם.

מה השיקולים בעד להעמיד לדין גם את הפושעים הזוטרים "הברגים הקטנים" בגין פשעים בינלאומיים? ניתן למנות שני סוגי שיקולים-

א. שיקול מוסרי- גם אם הזוטרים אינם מעורבים בתכנית הכוללת של הפשיעה, אופי המעשים כל כך לא מוסרי , שראוי להטיל עליהן אחריות. שיקול מוסרי נוסף- יש פשעים שמתחילים מלמטה.

ב. שיקולים תוצאתניים- העמדה לדין של זוטרים אפקטיבית כי: לעיתים, הבכירים מצליחים לבררות מהדין בעזרת כוחם הפוליטי; 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; קל יותר למצוא ראיות נגד חיילים זוטרים, ולעיתים דווקא חיילים אטלה "מפלילים את הבכירים לקבל הקלה בעונש.

בעיה: חלק נכבד מהפשעים הבינלאומיים מתבצעים מתוך ציות לפקודות- כיצה הציות לפקודה צריך להשפיע על החלטתנו האם להעמיד לדין זוטרים?

פקודה בלתי חוקית -

בעג הגנה-

שיקולי הצדק:

1. חשיבות המשמעת
2. הכפוף עלול לטעות ולזהות פקודות חוקיות כלא חוקיותץ

שיקולי הפטר:

1. הכפוף עלול לטעות ולזהות פקודות לא חוקיות כחוקיות
2. הנטייה הפסיכולוגית לציית.

נגד ההגנה-

1. שלטון החוק
2. שיקול מוסרי (הגנה על הערך המוסר מאחורי האיסור )
3. שיקולים תוצאתניים של הרתעה ושיפור האכיפה.

**ציות לפקודות-**

בפועל מוסכם כי יש לאזן בין היתרונות והחסרונות למתן הגנה לחייל שציית לפקודות. מה שלא מוסכם הוא היכן עובר הגבול, בהקשר זה ניתן לאתר מספר השקפות עיקריות.

א. הגנה מוחלטת ישירות מן המפקד- בעבר נטען שיש להעניש רק את המפקד טלהתחשב במצב המורכב בו נתון החייל. גישה זו מנחה לאחר השואה.

ב. אחריות המוחלטת - לפי גישה זו, החיילים מודעים לחוק ושולטים בהתנהגותם. מסיבה זו, וכן משום שמעשי הזוועה אינם מקדמים את המשמעות הצבאית- תומכים בגישה זו מעניקים הגנה לחיילים כלל [איזון האינטרסים ישפיע בשיקולים לעונש].

ג. שלל גישות אמצע לפיהן בחלק מהמקרים החייל יזכה להגנה ובחלק לא (נציג את השתיים העיקריות)-

1. ידע/ היה צריך לדעת- תומכי גישה זו , מעניקים הגנה רק אם החייל לא ידע או לא היה צריך לדעת שהמעשה אסור. זהו יישום של הגנת "טעות שבדין" על הסיטואציה של ציות לפקודה.
2. גישת הפגם המוסרי ("דגל שחור") - החייל לא ייענש אם ציית לפקודות לא חוקיות כל עוד הן אינן גם בלתי חוקיות וגם בלתי מוסריות באופן חמור (פקודה שדגל שחור מתנוסס מעליה).

**מה זה פקודה בלתי חוקית בעליל?**

* אי חוקיות "סתם"- ציית : לא ייאשם בעבירה שביצע.
* אי חוקיות "בעליל"- 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 שמדוובר במבחן של גישת הפגם המוסרי [אבל זה לא היה ככה]

בפועל, יש שלל גישות שונות- נוגדות לזיהוי "העלילות" [את ה-2 המרכזיות כבר הצגנו]

במילים אחרות, אם אתם נתקלים במונח "פקודה בלתי חוקית בעליל" - אל תניחו שהמשמעות שלו היא דגל שחור . אלא תניחו שיהיה ויכוח פרשני לגבי מה משמעותו.

בפועל, מוסכם כי יש לאזן בין היתרונות והחסרונות למתן הגנה לחייל שציית לפקודות. הסיבה שיש ויכוח בין גישות ביניים שונות ולכן בין פרשנויות שונות למונח בעליל היא שכל גישה מובילה לתוצאות לא נכונות לעיתים.

ידע/ היה צריך לדעת- הקושי בין היתר- מעודד סרבנות יתר [חייל יכול לטעות שפקודה היא בלתי חוקית] דוג' ירי על צנחנים, ומלחמת לבנון מסגדים.

גם גישת הפגם המוסרי מעלה קשיים:

* ההערכה על מה מתנופף לדגל שחור היא עניין סובייקטיבי
* הניסיון מראה שאנשחם במקרים רבים במציאות [במיוחגד במצבי לחץ] אינם מזהים את הדגל השחור, וחיילים רבים עשויים לציית בסיטואציה כזו.

לאור קיומם של יתרונות וחסרונות לכל אחת מהגישות יש חוסר עקביות ביישום הכלל אפילו באותו מערכת משפט (כך למשל בישראל בתי המשפט לא פירשו את המונח "בלתי חוקי בעליל" באופן עקבי.

**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 גם למצוא תמיכה בגישות ביניים שונות [פרשנויות שונות לבעליל]. בשנות ה- 90, האמנות של בית הדין אד-הוק- ICTY ו- ICTR  אימצו את גישת האחריות המוחלטת. אך האמנת רומא בס' 33 נראה באומצה גישת ביניים אם כי ההסדר שם לא ברור ולא עקבי.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**הגנת הצידוק באמנת רומא-**

הנוסחה של "ידע או בעליל" מהווה ניסוח לא עקבי שרק מעודד את חילוקי הדעות הפרשניים [חילוקי הדעות לרגע וזה נמצא בספרות, שכן אין פסיקת ICC בנושא- אם כי מהערות אגב שונות בפסיקה שכן קיימת כבר עולה תמיכה בדעות שונות] יש שלוש דעות מרכזיות:

* עמדה א'- בעליל-היה צריך לדעת- אם החייל ידע שהפקודה בלתי חוקית, הוא לא יקבל הגנה ; ואם לא ידע זאת אז הוא יקבל הגנה אל אם החייל סביר היה יודע שהפקודה בלתי חוקית
* עמדה ב': בעליל= פגם מוסרי תוך פרשנות מאוד מרחיבה למתי יש פגם מוסרי- כל פשעי המלחמה החמורים או לחלופין כל אלו שה-ICC עוסק בהם, ולכן אם יש סמכות לבית הדין - מדובר בפקודה בתי 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.

**לבחינה-** לא צריך לדעת את החומר בסילבוס. אלא בחומר הנלמד- נתקלתם בסתירה בין מה שנלמד בשיעור לבין מה שנלמד בחומר הקריאה- ללכת לפי השיעור.

מגבלת מקום- ללכת לפי השיעור. מומלץ לדעת שמות של פסקי דין- זה חוסך מקום.

לא צריך לזכור מספרי סעיפים של אמנות. צריך לדעת לפי איזו אמנה אבל לא מספרי סעיפים.

הפילוסופיה מאחורי הבחינה- זיו לא מאמין בבחינות בחומר פתוח ובצ'ק ליסט.

הורדת ניקוד על שפיכת יתר ודברים לא רלוונטיים. צריך לראות איך זה מתקשר לשאר הדברים.

מבנה הבחינה- לפי המבחן לדוגמא- מגבלת המילים פר שאלה עשויה להשתנות.

חלק ראשון הוא בודק זיכרון שינון. ספתח קל לבחינה ולכן יש בו גם בחירה. רוב הסטודנטים הם מוצאים אופציה שיותר קלה להם.

חלק שני מתחיל לבדוק לימוד, יש קייסון או ציטוט/מקבץ ציטוטים קצרים שאנו מתבקשים לענות על שאלות על כך. שימו לב מה אנו נשאלים ושימו לב לציטוטים עצמם. בדרך כלל בין 1-3 נושאים שלמדנו.

חלק שלישי זה קייס. בודק את היכולת לעבד נושאים שנלמדו על סיטואציה ואיך נושאים שונים מתקשרים אחד לשני.

משך הבחינה שעתיים, חומר סגור, תקופת הלמידה- אפשר לשאול שאלות במייל.