**סיכום מקוצר למשפט פלילי בין לאומי:**

מבוא:

המשפט הפלילי מתעסק בפשעים בינלאומיים גרעיניים: 1. פשעי מלחמה. 2. פשעים נגד האנושות. 3. רצח עם. 4. פשע התוקפנות.

המכנה המשותף לכל ה-4 הוא שכולם אסורים לפי דיני הלחימה והורחבו גם לזמן שלום, כולם היו הצורה מפורשת או משתמעת חלק מחוקת לונדון ומשפטי נירנברג וכולם מגנים על זכויות אדם בסיסיות.

במשפט הפלילי המדינתי מי שמנסח הוא המחוקק והמדינה יכולה להעמיד לדין כי היא תמיד קשורה איכשהו לעבריין או לנפגע העבירה. לעומת זאת, במשב״ל הפלילי החוק מופיע בדין המנהגי או בהסכמים ואמנות, והצידוק לאכיפה הוא סמכות אוניברסלית.

אחרי המאות ה-18 וה-19 המשב״ל פנה למדינות ולא ליחידים חוץ ממקרי שודדי הים וסוחר העבדים. מה שהיה משותף לשני חריגים אלו היה שהיו בים ופגעו בכולם כאחד.

אחרי מלחמת העולם ה-2 מוקמים בתי הדין בנירנברג ובטוקיו וברחבי העולם יש העמדה לדין. ממקרים אלו לומדים שני דברים:

* צריך להגן על בני אדם גם מפני המדינות שלהם.
* מאחורי המדינות עומדים אנשים שמבצעים את הפשעים.

מגיעים למצב שצריך ליצור נורמות שיאיימו על אנשים ספציפיים שכן:

* מדינת העבריין לא תעמיד אותו לדין, שכן עשה זאת למענה.
* ההגנה על זכויות האדם היא אינטרס אוניברסלי.

אחרי מלחמת העולם ה-2 מתחילה המלחמה הקרה והמשב״ל נכנס לתרדמת. למה? כמעט ואין הליכים.

בשנות ה-90 המשב״ל הפלילי פורח וזה מתחיל בהקמת בית הדין הפלילי ביוגוסלביה (ICTY) ובית הדין הפלילי ברואנדה (ICTR).

בתגובה לרצח העם ברואנדה מתפתחים 3 מנגנונים:

* בית הדין בהאג (ICC).
* שימוש בסמכות אוניברסלית.
* לחץ על מדינות.

כנגד המשב״ל נטענים שני טיעונים עיקריים:

* טיעון פאטאליסטי- מה זה יעזור? (אפשר לטעון כנגד זה בחזרה שגם בדיני העונשין זה ככה ובכל זאת הם מתקיימים).
* הכל מושחת (אפשר לטעון בחזרה שלרוב המדינות יש מה להפסיד).

בעד המשב״ל נטענים מספר טיעונים עיקריים:

* יש ערכים אוניברסליים שרצוי להגן עליהם.
* שיקולים גמולניים- יש דברים מאוד חמורים שנרצה להעניש עליהם גם אם זה יהיה רק מישהו אחד.
* הרתעה- העמדה לדין של בודדים תשפיע בעקיפין על מדינות וההתנהלות שלהן.
* לחץ לציית- הפחד מפגיעה ביחסי החוץ עושה את שלו.

כלומר יש ביקורות לכאן ולכאן והדבר מורכב.

פשע התוקפנות:

ישנם שני סוגי דינים שעוסקים במלחמות:

* דיני השימוש בכוח- מתי מותר ואסור לפתוח בלחימה (הפרת הדין היא תוקפנות).
* דיני הלחימה/ משב״ל הומניטרי- מה מותר ואסור לעשות במלחמה (הפרת הדין היא פשע מלחמה).

בתוקפנות יש מעשה תוקפנות ופשע תוקפנות ויש הבדל בין שני הדברים.

מעשה תוקפנות הוא פעולת מדינה שמפרה את דיני השימוש בכוח, בעוד פשע תוקפנות הוא הנורמה המשפטית.

היסטוריה:

* עד מלחמת העולם ה-1 היה מותר לצאת למלחמה מתי שרוצים.
* בסוף המלחמה רוצים להעמיד לדין מנהיג גרמני בגין תוקפנות אבל לא עושים זאת משום שלא היה האיסור.
* מנוסחת אמנת קלוג-בריאן שאוסרת על מלחמה.
* בכל זאת יש מלחמות.
* בנירנברג קובעים כי מה שכתוב באמנה הוא דין מנהגי ולכן מטילים אחריות. עם זאת, מאפשרים יציאה למלחמה בשני חריגים:
* כשמועצת הביטחון של האו״ם מאשרת יציאה למלחמה.
* כשמדובר בפעולת הגנה עצמית למתקפה חמושה.

קובעים כי מדובר בפשע הפשעים שכן מלחמה היא זו שמביאה לקרות שאר הפשעים הגרעיניים ותוקפנות היא זו שמובילה למלחמה.

עם זאת, בין מלחמת העולם ובין שנות ה-90 אין העמדה לדין בגין תוקפנות. למה?

* יש בזה אלמנט פוליטי.
* מדובר בדינים עמומים.
* למנהיגים יותר אכפת מעצמם מאשר האזרחים.
* מועצת האו״ם לא מוותרת על המונופול שניתן לה עבור ביהמ״ש.

בשנות ה-90 מוקם בית הדין הפלילי. האמנה נחתמת ב-98 ונכנסת לתוקף ב-2002.

מה הבעיה?

מצד אחד יש מספיק סיבות פוליטיות לא להכניס את הפשע לרשימה. אך מצד שני, אנחנו חייבים כי אנחנו יורשי בית הדין בנירנברג שקבע את הפשע הנ״ל.

מה הפיתרון?

מוכנס ס׳ שנותן לבית הדין סמכות בנוגע לתוקפנות רק כאשר המדינות יגיעו להסכמה בנוגע להגדרת הפשע.

אחרי שמגיעים להסכמה, התנו את תוקף הסעיף בחתימת 30 מדינות. מצליחים להשיג זאת.

מה צריך כדי להעמיד לדין בתוקפנות?

1. המדינה חברה ב-ICC.

2. המדינה חתמה על ההסכמה המיוחדת.

3. האזרח (העבריין ונפגע העבירה) הוא אזרח של מדינה שהסכימה והפשע עצמו בוצע בשטח מדינה שהסכימה.

פשעי מלחמה:

מהם פשעי מלחמה?

הפרות של דיני הלחימה אשר מטילים אחריות פלילית.

מהם דיני הלחימה?

דיני המשב״ל שמטרתם הכוונת התנהגות בזמן מלחמה מול האוכלוסייה האזרחית ולוחמי האוייב.

למה אנחנו צריכים את הדינים?

* כדי להגן על זכויות אדם בסיסיות.
* כדי להסדיר את האינטראקציה בין הצדדים.
* כללים טיפשיים חסרי היגיון שנובעים מהיותנו בני אדם.

את דיני הלחימה ניתן לחלק ל-2:

* IAC- עימות בין לאומי מזויין.
* NIAC- עימות מזויין שאינו בין לאומי (כמו מלחמת אזרחים).

דינים אלו מצויים הן במשב״ל המנהגי והן באמנות.

האמנות המרכזיות שדנות בנושא הן:

* תקנות האג מ-1907. מדינת ישראל לא חתומה אך מחוייבת.
* 4 אמנות ז׳נבה מ-1949. מדינת ישראל חתומה ומדובר בדין מנהגי.
* שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנת ז׳נבה מ-1977. ישראל לא חתומה.
* אמנת רומא. ישראל לא חתומה.

ישנה אי הסכמה בנוגע למהו הדין המנהגי ומהו הדין ההסכמי באשר לדיני הלחימה.

לדוגמא: איסור העברת אדם לשטח כבוש או כידונים בעלי גב מסור שמורכבים על הרובה.

למה אנחנו צריכים את דיני הלחימה?

* שמירה על מוסר.
* המלחמה בסוף נגמרת וצריך להתמודד עם האויב. ככל שתרסן את עצמך במלחמה תשנא אותו פחות אח״כ.

מה מבין ההפרות גורר הטלת אחריות משפטית?

* גישת נירנברג- כל דין שהוא. חובה שמוטלת על המדינה היא חובה שמוטלת גם על האנשים. מה הבעיות בגישה זו?
* אי אפשר להניח שיודעים את הכל. הכל נובע
* הדינים לפעמים עמומים. בעיה באזהרה מוקדמת. מאורך הרשימה
* סל עמוק כדי להפיל בו פוליטית. הגדול.
* לא מתואר היסוד הנפשי הנדרש. (פס״ד ראטס)
* גישת ההפרות החמורות- רק הפרת דין לחימה חשוב. מובלת ע״י עורך דין יהודי- ציוני.

איך זה פותר לנו את הבעיות?

* פחות עמימות.
* פחות מרחב לניצול לרעה פוליטי.
* פחות חשש להיעדר התאמה למשפט הפלילי.
* יותר את הסיכוי להגנה על הערכים.

**יש 5 ניסיונות שונים ליישם את הגישה:**

**1+2. באמנות ז׳נבה ובפרוטוקולים.** מה הבעיות?

* מה לגבי מה שמנהגי ולא נכלל באמנות?
* מה לגבי דברים שלא נקבעו כהפרה חמורה אבל ראוי שיקבעו?
* אין הפרות חמורות ב-NIAC.
* מה לגבי הפרות מהדין ההסכמי שלא מוסכם שהן מנהגיות?

**3. פס״ד טאדיץ׳.**

טאדיץ׳ טען שאין הפרות חמורת ב-NIAC ולכן לא ניתן להרשיעו.

בית הדין בוחר בגישת ביניים- מבחן טאדיץ׳.

תנאי 1- הפרה רצינית של דין לחימה חשוב.

תנאי 2- יש בנוגע לאותו הדין פרקטיקה רווחת של הטלת אחריות אישית- פלילית.

מפסק דין זה ניתן לומר שיש פשעי מלחמה ב-NIAC אך הם לא בהכרח יהיו זהים לאלו שב-IAC.

הבעיות במבחן זה:

1. עמימות.

2. הרחבת יתר שנוצרת ע״י ביהמ״ש.

**4. באמנת רומא מנוסחת רשימה סגורה של הפרות בגינן תהיה לבית הדין סמכות בס׳ 8:**

* שני פרקים שמתעסקים ב-IAC (נורמות שהוגדרו בעבר כהפרות חמורות וכאלו שיש לגביהן קונצנזוס שהן מהוות יישום של מבחן טאדיץ׳).
* שני פרקים שמתעסקים ב-NIAC (איסורי ס׳ 3 המשותף, תוספות ועוד נורמות שחלות רק בחלק מהמקרים).

כדי למלא את החוסרים בדין נערכו מספר תוספות:

* ב-2010 נוסף שימוש ברעל, בגז מחניק וכדורים נמעכים.
* ב-2017 נוסף נשק מעוור, נשק ביולוגי וכזה שלא ניתן לראות ברנטגן.
* ב-2019 נוספת הרעבה מכוונת.

היתרונות:

* צמצום אי הוודאות והקטנת הסיכוי להרחבת יתר של רשימת האיסורים.
* השליטה עוזרת למדינה במובן מסויים.

החסרונות:

* רשימה מצומצמת מידי- אנחנו מפספסים חלק מהפשעים,

לגבי הרוב יש קונצנזוס!

כמו ענישה קולקטיבית, מעשה טרור ועבודה יחידנית שאינה מינית.

* רשימה רחבה מידי- הכנסנו פשעים מוזרים,

כמו לחימה במדי האויב והעברת אוכלוסייה לשטח כבוש.

**5. הספר האדום של הצלב האדום.**

הצלב האדום עושה פרוייקט גדול שממשיך להתעדכן, ובו בודקים מהם דיני המלחמה המנהגיים. מציינים מהם הדינים הקיימים ועל מה עובד מבחן טאדיץ׳.

* בארה״ב המצב מורכב. במניואל הראשון מיוצגת גישת נירנברג. ב-1976 כשהבינו שצריך לכתוב מניואל חדש שייצג את גישת ההפרות החמורות, הגיעו למצב שיש שני מניואלים, אחד של משרד ההגנה האמריקאי ואחד של הצבא= בעיה גדולה...

מה עושים?

1. בוחנים לפי ס׳ 8 באמנת רומא אם זה שם= פשע מלחמה.

2. אם זה לא מופיע- נחפש בספר הצלב האדום או באמנות ז׳נבה.

3. אם זה גם לא שם נחפש בדינים המדינתיים.

פשעים נגד האנושות:

* נועדו להגן על זכויות אדם בסיסיות.
* עוסקים במעשה שאינו יחידני.
* יכולים לקרות הן בזמן מלחמה והן בזמן שלום.
* יכולים להיות כנגד אזרחי האויב ויכולים להיות כנגד אזרחי מדינת המבצע.
* מהווים הרחבה של פעי מלחמה.
* נולדו בעקבות מלחמת העולם ה-2 בה הגרמנים פעלו גם נגד אזרחי מדינתם.

**כדי להבין מהם פשעים נגד האנושות עלינו להגדיר מספר רכיבים:**

* עד כמה אלימים צריכים להיות המעשים?
* גישה מרחיבה- לא חייבת להיות אלימות פיזית או אלימות קשה (כמו ברדיפה), פס״ד אנגיסטר.

למה? כי מדובר בפגיעה חמורה בזכויות אדם וצריך להגן על הנפגעים.

* גישה מצמצמת- צריך להיות מדובר במעשים מאוד מאוד חמורים, פס״ד טרנק.

למה? כי המשב״ל נועד עבור הדברים החמורים ביותר, זו התערבות בריבונות המדינות ויש אנשים שלקחו חלק רק כי נכפה עליהם.

* מה הכוונה במעשה המהווה חלק מהתקפה ע״י ארגון או מדינה?

אנחנו לא רוצים להתעסק בשטויות ולכן נבחן רק מקרים שהיו חלק מהתקפה.

* גישה 1- התקפה שיטתית וגם רחבת היקף.
* גישה 2- התקפה שיטתית או רחבת היקף.

עם זאת ככל שמדובר בהתקפה יותר שיטתית נדרוש פחות ברוחב ההיקף, ואם מדובר בהתקפה רחבת היקף נדרוש פחות בשיטתיות.

* מה זה ״שיטתית״?
* גישה מרחיבה- נדרשת תוכנית מאורגנת של ההתקפה.
* גישה מצמצמת- נדרש דפוס חוזר של פעולות קשורות.
* מה זה ״רחב היקף״?
* יכול להיות רחב היקף מבחינה גיאוגרפית.
* יוכל להיות רחב היקף מבחינת כמות הקורבנות.

בפועל נשלב בין השניים. ככל שהתקיפה היא רחבה יותר גיאוגרפית נדרוש פחות קורבנות, וכל שמדובר בפעולה רחבה יותר מבחינת הקורבנות נדרוש פחות מרחב גיאוגרפי.

* מה זו ״אוכלוסייה אזרחית״?
* האוכלוסייה יכולה להיות גם ממדינת האויב וגם ממדינת המבצע (מספיק שהרוב במקום יהיו אזרחים. לדוגמא 100 חיילי אויב בתוך אוכלוסייה של מיליון אזרחים).
* שבויי מלחמה וחיילים שיצאו ממעגל הלחימה לא נחשבים.
* חיילים של המבצע נחשבים אזרחים, למעט חיילים שמרדו.
* לא רשימה ספציפית של אנשים.
* מה היסוד הנפשי שדרוש?
* מודעות- 1. מודעות בקווים כלליים על ההתקפה ואופייה. 2. מודעות לכך שהמעשה שלך יכול לתרום להתקפה. (או חשד סביר).
* מודעות+ כוונה- מודעות בקווים כלליים וכוונה לקדם את אותה התקפה.

כיום דרושה רק מודעות אך בעבר היה וויכוח.

**ממה בנוי הסעיף באמנת רומא?**

* דרישת הכמות- צריך שיקרו מספר מעשים מהסוג הנדרש.
* גישה מרחיבה- נפרש במינימליזם. כלומר לא צריך כמות עצומה של קורבנות.
* גישה מצמצמת- צריך הרבה מעשים ופירוש דרך הפעולה, האם מדובר בפעולה שמקיימת את דרישת האיכות.
* דרישת האיכות- מתוך מדיניות לבצע התקפה.
* גישה מרחיבה- מספיק שהשלטון רוצה שהמעשים יקרו גם אם לא מבוצעים על ידו או מיוזמתו.
* גישה מצמצמת- צריך שהפעולה תהיה מאורגנת, מכוונת או מתוכננת ע״י המדינה.
* דרישת הזהות- נעשה ע״י מדינה או ארגון (המקרה בקניה).
* גישה מרחיבה- כל קבוצה שמסוגלת לבצע מעשים שיטתיים או רחבי היקף תהווה ארגון.
* גישה מצמצמת- ארגון דמוי מדינה: 1. ארגון מזויין בעל היררכיה ברורה. 2. ארגון בתוך המדינה שפועל בכולה או בחלקה.

מה צריך כדי להוכיח פשע נגד האנושות?

1. דרישה כמותית- מעשים אלימים כלפי אוכלוסייה אזרחית.

2. דרישה איכותית- תוך התקפה רחבת היקף או שיטתית לצד קיום היסוד הנפשי.

3. דרישת הזהות- ע״י מדינה או ארגון.

\*בהתאם לגישות המרחיבות והמצמצמות\*

רצח עם:

בזמן נירנברג רצח עם היה חלק מפשעים נגד האנושות. עד שהגיע עו״ד יהודי שעשה קמפיין והביא לאימוץ אמנת הג׳נוסייד.

האמנה קובעת כי רצח עם יכול לקרות גם כנגד העם שלך וגם בזמן שלום.

קיימים שני מנגנוני אכיפה והם חלשים:

1. לא פלילי- מדינה יכולה להגיש תלונה לא פלילית ל-ICJ.

2. פלילי-

* עד אמצע שנות ה-90: כל עוד אין בית דין והמדינה הרלוונטית לא מעניקה סמכות לבית הדין- הסמכות תינתן למדינה בה בוצע הרצח.
* מאמצע שנות ה-90: מוקם בית הדין הבינלאומי והסמכות הוענקה לו. מועצת הביטחון יכולה להפנות אליו מקרים.

**הגדרת העבירה:**

* אלמנט הקבוצה:

רק אם מדובר בקבוצה: לאומית, אתנית, גזעית או דתית.

מה נעשה עם הקבוצות שלא ברור אם הן יכולות להיכנס להגדרה? (כמו קהילת הלהט״ב או הטוטסי ברואנדה).

* עמדה 1- מבחן סובייקטיבי. איך הקבוצה רואה את עצמה? המבחן
* עמדה 2- מבחן משולב (מבחן אובייקטיבי+ מבחן סובייקטיבי). המשולב הוא איך הקבוצה תופסת את עצמה? שנבחר.

והאם קשה אובייקטיבית להיכנס או לצאת ממנה?

העמדה המקובלת היא שהרשימה סגורה ואם קורה מקרה כזה לקבוצה שלא מצויה שם נוכל להכניס את המעשה דרך פשעים נגד האנושות (המקרה בקמבודיה).

בנוסף, רצח של חלק מהקבוצה שיכול להביא להשמדתה מוגדר כרצח עם, כמו רצח הדתיים הדרוזים בלבד (פס״ד צבקוביץ׳).

צריך שתהיה כוונה להשמיד את הקבוצה המסויימת (פס״ד סטאקיץ׳). עם זאת, מספיק רצון להשמיד חלק משמעותי מהקבוצה שנמצאת באיזור מסויים (פס״ד צבקוביץ׳).

* אלמנט המעשה:

צריך להיות אחד מהמעשים שנמנים בסעיף (כמו הרג, העברה בכפייה, גרימת נזק לחברים).

* אלמנט הכוונה:

לפני הקמת ה-ICC היו הרבה דעות:

* העמדה הרווחת- מדובר בחלק מהיסוד הנפשי. לא צריך להוכיח תוכנית השמדה, צריך להוכיח שהנאשם המדובר היה בעל כוונה מיוחדת (מטרה).
* עמדת המיעוט- מדובר בחלק מהיסוד העובדתי. צריך להוכיח שהייתה תוכנית, לא צריך להוכיח שהנאשם המדובר היה בעל כוונה מיוחדת (מטרה).

אחרי הקמת ה-ICC:

מדובר גם ביסוד עובדתי וגם ביסוד נפשי.

* יסוד עובדתי- צריך להוכיח דפוס של מעשים דומים נגד הקבוצה או מעשה שבפני עצמו יכול להוביל להשמדה.
* יסוד נפשי- צריך כוונה להשמיד את הקבוצה.
* צדדים לעבירה:

ס׳ 3 באמנת רומא קובע מספר מעשים נלווים יחודיים:

* הסתה ישירה ופומבית לביצוע רצח עם-דורש כוונה מיוחדת.

המחלוקת היא באשר להצלחה בפועל . יש גישה שאומרת שצריך שרצח העם יצליח ויש גישה שמסתפקת בניסיון.

* קשירת קשר לביצוע רצח עם- לא נכנס לאמנה אך ניתן להעמיד על בסיס סמכות אוניברסלית.
* Complicity- יש שאומרים שמדובר בסיוע בשם אחר, יש שאומרים שמדובר בצד מיוחד שהוא בין סיוע ובין קשירת קשר. לא נכנס לאמנה אך ניתן להעמיד לדין על בסיס סמכות אוניברסלית.

מה צריך כדי להוכיח רצח עם?

1. אלמנט הקבוצה- נוכיח אם הקבוצה היא לאומית, אתנית, גזעית או דתית. אם לא נשתמש במבחן המשולב.

2. אלמנט המעשה- נוכיח שנעשה מעשה שנמנה בסעיף.

3. אלמנט הכוונה- נוכיח שהייתה כוונה להשמיד את הקבוצה ונוכיח שמדובר בחלק מדפוס מעשים נגד הקבוצה או שמדובר במעשה שלכשעצמו יכול לגרום רצח עם.

חקירה ועמדה לדין במדינת העבריין:

ישנן שתי עמדות קצה:

* עמדה אוניברסלית- נקודת מבט חיצונית.

מה הבעייתיות בעמדה זו?

בית הדין אוטומטית מניח שמדובר בפשע חמור ביותר. אין רגש.

אנחנו בין הפטיש לסדן. מצד אחד רוצים להחמיר כדי לא להגיע למקרים החמורים ומצד שני רוצים להקל כדי לא לגרום לאפקט מצנן בקרב החיילים הלוחמים.

* עמדה סקפטית- נקודת מבט פנימית.

מה הבעייתיות בעמדה זו?

בית הדין מרחם על העבריין. יש רגש. (פס״ד עזריה).

קיימים קשיי אכיפה וחקירה- למה? (פס״ד רחאל)

* החוקרים לא מיומנים- בעיה סובייקטיבית.
* יש אחוות לוחמים- הלוחמים מחפים אחד על השני בגלל האחווה שיש ביניהם, שהיא דבר חשוב שאנו מעודדים.
* שיבוש חקירה מצד האויב- הצד השני לא משתף פעולה.
* העונשים שניתנים קטנים.

התוצאה היא חוסר אמון בהליך.

מצד אחד יש תחושת חוסר צדק בזיכוי, מצד שני קשה להגיע לחקר האמת.

מה קורה בארץ?

הצבא לא מעוניין שיתקיימו חקירות של גורמים חיצוניים ממספר סיבות:

* זה יפגע במוטיבציה של החיילים.
* החיילים לא ישתפו פעולה עם גורם חיצוני.
* אין חשש כזה גדול שפשעים גרעיניים יבוצעו בנסיבות שלנו.

לכן, בצבא מתקיים תחקיר צבאי. כלומר, מתקבלת תלונה, מבוצע תחקיר מבצעי (הצדדים מתכנסים אצל המפקד ודנים במה היה), תוצאות התחקיר מועברות לפצ״ר והוא מחליט האם לפתוח בחקירה.

מה הבעיות בתהליך זה?

* ניגוד אינטרסים- מי שבודק זה מי שביצע את המעשים.
* יכול להיות תיאום גרסאות.
* אין הגבלת זמן- החקירה יכולה להידחות עוד ועוד בצורה לא סבירה.
* העדויות נגבות רק מצד אחד.
* מי שחוקר חסר הכשרה- מפקד בחי״ר הוא לא חוקר מצ״ח.
* אי אפשר לערער על מסקנות התחקיר.

המצב מורכב. שני הצדדים צודקים וטועים בד בבד.

אין פיתרון טוב ותמיד מנסים להתייעל.

הבעיה המרכזית היא שברגע שאנו לא עושים זאת בעצמנו אנחנו פתוחים לביקורת מבחוץ. איך?

* עיקרון השיוריות- אם המדינות לא פעלו, תופעל סמכות אוניברסלית.
* עיקרון המשלימות- אם המדינות לא פועלות, בית הדין הבין לאומי יפעל.

ישראל וה-ICC:

ישראל תמכה במשב״ל עד שנות ה-90, אז גורמים שונים ניסו להשתמש בו נגדנו.

הבנו שהמשא ומתן עם הפלסטינים לא מתקדם ושאם לא נצליח נחטוף ביקורות קשות מאוד. למה?

* אנטישמיות.
* אהבת מדינות ערב (לא מאהבת המן אלא משנאת מרדכי).
* אנחנו חזקים וזה כואב לאחרים.
* קל לתעד את המלחמות אצלנו וזה יוצר לחץ.

איפה זה הכי בא לידי ביטוי? בהתנחלויות.

למרות שהתנגדנו, מכניסים לאמנת רומא העברת אוכלוסייה כפשע מלחמה.

מה מצבן המשפטי של ההתנחלויות?

* אנו טוענים שאיו״ש אינו שטח כבוש.
* אנו טוענים שמה שאסור זה העברה בכפייה ולא העברה התנדבותית כמו שקורה אצל המתנחלים.
* הרציונל השתנה- מדובר באיסור שמקורו במלחמת העולם ה-2, אז הנאצים עסקו בהעברה כפויה.
* לפי הניסוח של שאר הסעיפים באמנת ז׳נבה אפשר להבין שמדובר באיסורים של דברים שנעשים בכפייה. מכאן שגם בעניין זה הכוונה הייתה העברה בכפייה ולא התנדבותית.
* הדבר לא מוגדר כהפרה חמורה באמנת ז׳נבה.

מה הבעיה בטענות אלו?

* בפרוטוקול הראשון לאמנת ז׳נבה הדבר מוגדר כהפרה חמורה= פשע מלחמה.
* באמנת רומא זה מוגדר כפשע מלחמה.
* הנאצים הועמדו לדין על הגרמניפיקציה, כלומר ההעברה של אנשים בהתנדבות ולא בכפייה.

מה הסכנות שעומדות בפנינו ה-ICC?

* האשמת חיילי צה״ל בפשעי מלחמה על בסיס עיקרון המשלימות.
* האשמת מנתחלים- זו מדיניות ממשלתית אז לא נוכל לטעון שאנחנו מטפלים בזה לבד.

מתי ל-ICC יש סמכות שיפוט?

בכל אחד מהפשעים מלבד תוקפנות נצטרך להשתמש באחת מ-4 אפשרויות. הפלסטינים ניסו את כולן:

* שמועצת הביטחון תפנה לעניין.

נעזרו בדו״ח גולדסטון שם הומלץ לוועדה להפנות את בית הדין.

* שהפשע יבוצע ע״י מישהו ממדינה חברה.

מנסים לאתר קצינים בצה״ל בעלי זהות כפולה במדינות חברות ולהעמיד אותם לדין דרך המדינה הנוספת.

* שהפשע יבוצע בטריטוריה של מדינה חברה.

מנסים לאתר מקרים שקורים במדינה חברה משום שטריטוריה כוללת גם מטוסים וכלי שייט (מקרה המרמרה).

* מדינה לא חברה תפנה לתובע ותבקש לבחון אירוע ספציפי.
* בהתחלה פנו בעצמם לבית הדין אבל נדחו משום שהם אינם מדינה.
* לאחר מכן ניסו להיעזר בתקדים איי קוק, אבל ארה״ב הטילה וטו.
* חיכו לסיום מלחמת צוק איתן והגישו בקשה נוספת בה ביקשו לבדוק את כל מה שקרה מיום אחרי חטיפת שלושת הנערים ועד ה-1/1/2015. חקירה מקדמית נפתחת!
* התובעת מגיעה למסקנה כי יש לפתוח בחקירה ופונה ל-ICC שיאשר את ההחלטה בגלל הבעייתיות בעניין הגדרת הפלסטינים כמדינה. הדבר מאושר.
* אנחנו לא מגישים ערעור כדי לא לתת לגיטימציה להליך.

מה הסכנות עכשיו?

* העמדת בכירים לדין ועצירתם באירופה.
* מתוך כך יכולה להיגרם פגיעה לקשרי החוץ של ישראל.

מה אפשר לעשות?

* לבנות מערכת שתהיה אמינה מספיק ולטעון שאנחנו מטפלים בכל בעצמנו.

מתי ל-ICC יש סמכות שיפוט שלא בפשעי תוקפנות?

1. כשמועצת הביטחון מפנה לעניין.

2. כשהפשע בוצע ע״י מישהו ממדינה חברה.

3. כשהפשע מבוצע בטריטוריה של מדינה חברה.

4. כשמדינה לא חברה פונה לתובע ומבקשת לבחון אירוע ספציפי.

מאפייני הפשיעה הבינלאומית:

בדרך כלל יהיה מדובר בפשיעה ארגונית. זאת משום שמרבית הפשעים מתבצעים בהקשר ארגוני. זה עולה מעצם אופיים וגם אם חייל בודד מבצע פשע בסופו של דבר הוא חלק מארגון.

ההשלכות של עניין זה הן נזקים גדולים שמביאים לרצון עולמי להתערב על מנת ליצור הרתעה. הבעיה היא שבגלל שכל אחד מבצע חלק מהעבירה הגדולה זה מקשה על ההוכחה ולכן מנסים להרחיב את מעגל ההפללה.

מה הבעיה בהרחבת המעגל?

מתח בין הרחבת יתר וצמצום. מצד אחד יש אנשים שאנחנו רוצים להרשיע בגלל חומרת מעשיהם גם אם היו קטנים. עם זאת, יש אנשים שלא נרצה ללכוד ברשת הרחבה (כמו טרנק ואנגיסטר).

צדדים לעבירה:

במשפט פלילי בינלאומי יש לנו 3 צדדים לעבירה: משדל, מסייע ופוקד.

הפוקד הוא אינו משדל!

לעניין הפוקד יש הרבה בעיות ושאלות. זאת משום שפעמים רבות המפקד כלל לא צריך לתת הוראה אלא די באפשור המעשים או אי מניעתם. בנוסף, מה קורה כשיש שתי מדינות או שני צבאות שעובדים יחד ונותנים הוראות אחד לשני. מי פוקד על מי?

הפיתרון נמצא לראשונה בפס״ד יאמשיטה. בפסק הדין נקבעה דוקטרינת אחריות מפקדים לפיה יש אחריות קפידה. אם אתה מפקד ולא מנעת את הפשע= אתה אשם.

הייתה ביקורת על פסק הדין שטענה שהכלל מרחיב מידי ולכן באמנת רומא מאמצים פיתרון אחר:

**מפקד יהיה אשם רק בהתקיים שלושה תנאים:**

* המפקד בעל שליטה אפקטיבית באנשיו.
* מודעות או רשלנות- המפקד ידע או היה עליו לדעת שהחיילים מבצעים פשעים.
* אי נקיטת אמצעים- המפקד לא נקט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע, להעניש או להפנות לחקירה.

הצלחנו לענות על השאלה מיהו מפקד אך עדיין נותרות מספר בעיות:

* ענישה חמורה בהיעדר אשם- יש בעיה הן בהטלת אחריות על מעשים מוקדמים כשמדובר על מעשים מאוחרים. בנוסף, יש בעיה בהטלת אחריות כבדה על מעשה בעל יסוד נפשי מאוד חלש.
* מהי שליטה אפקטיבית? קשה לדעת מי שולט בפועל במיוחד במקרים כמו ארגונים חסרי היררכיה ברורה או שת״פ בין מדינות ו/או ארגונים.

התקבלה גישה לפיה השליטה הנצרכת היא שליטה דה- פקטו. כלומר שיהיה סביר שהאנשים יבצעו את פקודותיו של אותו אדם או שהוא יוכל להעניש אותם. כלומר יכולת שליטה במעשיהם ויכולת הענשה בין המעשים (סברה ושתילה).

בסוף שנות ה-90 מתפתחת דוקטרינה חדשה: JCE שנקבע שהיא מנהגית (בפס״ד טאדיץ׳).

**JCE1 דורש:**

* קבוצת אנשים
* בעלי תוכנית משותפת
* בעלי כוונה לקדם את התוכנית
* ביצעו רכיב מרכיבי העבירה

**JCE3 דורש:**

* תוכנית משותפת
* יסוד נפשי
* פשע בניגוד לתוכנית (כמו ס׳ עבירה נוספת).

השאלה עכשיו היא מה מוגדר כתוכנית? תוכנית יכולה לפעמים להתחיל כמטרה לגיטימית, ובמקרים בהם היא לא מתחילה כלגיטימית יכולים להיות בה חלקים שכן כאלו.

הפסיקות ב-ICTY וב-ICTR קובעות שיש להרחיב.

* לא צריך תוכנית ואפשר להסתפק במשהו שמתגבש עם הזמן.
* אפשר להסתפק במודעות ולא צריך כוונה.
* לא צריך שהאדם הספציפי יעשה משהו פלילי או שיתרום באופן משמעותי.

נוכל להעמיד לדין גם את הזוטרים.

ה-ICTY בסוף ימיו מסתייג ומצמצם בחזרה לדרישת התוכנית וכן דרישת הכוונה. עם זאת יש פסיקה שאומרת שלא צריך כוונה אלא רק מודעות.

על פי רוב הדין באשר לעבירה נוספת הוא דין מנהגי.

**מהו סיוע?**

יסוד עובדתי:

* גישה מצמצמת- מכוון רק כלפי המעשה הפסול באופן ספציפי.
* גישה מרחיבה- אין צורך בקשר ישיר לפעילות העבריינית.

יסוד נפשי:

* מודעות (כולל עצימת עיניים).

**מהי קומפליסטי?**

מדובר בצד מיוחד לעבירה שקיים רק ברצח עם!

* עמדה 1- מדובר בסיוע ולא במשהו חדש.
* עמדה 2- מדובר במשהו חדש, בין סיוע וקשירת קשר. צד זה דורש רק מודעות בקווים כללים למעשה פלילי (פס״ד במבה).

סעיף זה לא נכנס לאמנת רומא לכן לא רלוונטי ב-ICC.

מתי מפקד אשם- 3 תנאים:

1. בעל שליטה אפקטיבית.

2. היה בעל מודעות או היה צריך לדעת.

3. לא נקט באמצעים הסבירים.

סיוע:

1. יסוד עובדתי לפי צריך שהדבר ייגע במעשה הפסול עצמו או שאין צרוך בקשר לפעילות העבריינית.

2. יסוד נפשי שדורש מודעות או עצימת עיניים.

קומפליסטי:

רק ברצח עם.

אם הולכים בגישה שזה משהו חדש אז נדרשת מודעות לקווים הכלליים של המעשה הפלילי.

פקודה בלתי חוקית:

המשב״ל מתרכז בדרך כלל במדינות והן מתמקדות זוטרים.

ב-ICC אמרו שיתרכזו רק בפשעים ובאנשים הגרועים ביותר, בין היתר בגלל עניין הציות לפקודות.

למה בכל זאת נרצה להעמיד זוטרים לדין?

* נימוק מוסרי- גם המעשה הקטן הוא לא מוסרי ויש פשעים שצומחים מלמטה.
* שיקול תוצאתני- זה אפקטיבי. אם נעמיד את הזוטרים זה ייצור לחץ על הבכירים שיורתעו.

**האם לעניין הציות לפקודה יש משקל?**

עמדה שמגנה **על** החייל:

* משמעת- צריך משמעת במיוחד בצבא. לא נרצה להגיע למצב שעל כל פקודה יהיה לכל חייל שק״ד עצמאי.
* הבנת החוק- החייל לא מבין את החוק ויכול לפרש אותו הפוך ממה שהוא.
* נטייה לציית- יש נטייה אנושית לציית לפקודות.

עמדה שמגנה **את** החייל:

* שלטון החוק- החוק תקף לכולם. אי אפשר לתת פקודה בלתי חוקית ואי אפשר לציית לה.
* שיקול תוצאתני- כך נרתיע גם את הבכירים ונשפר את האכיפה המדינתית.
* שיקול מוסרי- בסופו של דבר מודבר במעשה לא מוסרי.

בפועל יש הסכמה שצריך להיות איזון ולכן יש שתי השקפות קצה:

* ישיב המפקד (הגנה מוחלטת)- מענישים את המפקד בלבד.
* הכידונים הנבונים (אחריות מוחלטת)- החיילים מודעים למעשים שלהם ושולטים בהם לכן לא נגן עליהם.

באמצע יש הרבה גישות שנותנות הגנה חלקית לחיילים:

* טעות שבדין- אם החייל ידע או היה צריך לדעת שהמעשה אסור נעמיד לדין. אם לא ידע ולא היה עליו לדעת לא נעמיד אותו לדין.
* דגל שחור- גישת הפגם המוסרי. כל עוד לא מדובר בפקודה סופר דופר חמורה (דגל שחור מתנוסס מעליה) לא נעמיד לדין.

החסרונות בגישה זו: 1. מהו דגל שחור זה סובייקטיבי. 2. הם יצייתו תמיד.

הגנת הצידוק במשב״ל:

בכל אחד מבתי הדין עליהם למדנו יש גישה אחרת. באמנת רומא יש את ס׳ 33 שמהווה גישת ביניים לא עקבית. כתוצאה מכך:

* יש מי שחושב שמדובר באחריות מוחלטת.
* יש מי שחושב שקיימת בדין המנהגי הגנת הצידוק והשאלה היא רק האם מדובר בדגל שחור.
* יש מי שחושב שקיימת בדין המנהגי הגנת הצידוק והשאלה היא רק האם מדובר בטעות שבדין.

הדבר היחיד שמוסכם הוא שאין הגנה מוחלטת.

באמנה ניתן לפרש את המילה ״בעליל במספר דרכים״:

* מודעות- אם החייל ידע או צריך היה לדעת, לא יקבל את ההגנה. אם החייל לא ידע ולא היה צריך לדעת, יקבל את ההגנה.
* דגל שחור בפרשנות מרחיבה- כל הפשעים הם נוראיים ולכן לבית הדין יש סמכות לגבי כולם (אחריות מוחלטת בדלת האחורית).
* דגל שחור בפרשנות המצמצת- ידע שמדובר בפקודה סופר דופר חמור, לא יקבל את ההגנה. אם לא ידע, יקבל את ההגנה.

כלומר, יש הגנה לחיילים אך רק במקרים מסויימים.

\*תלוי גישה\*