

בס"ד



מחברת מצטברת  
בקורס משפט פלילי  
בינלאומי של ד"ר זיו  
בורר 2022  
דוד גרינברג

פשעי מלחמה  
עמ' 18

פשע התוקפנות  
עמ' 9

התפתחות  
המשב"ל הפלילי  
עמ' 3

העמדה לדין  
במדינת העבריינ  
וקשיי חקירה  
עמ' 52

רצח עם  
עמ' 43

פשעים נגד  
האנושות  
עמ' 30

ציות לפקודות,  
היקף האכיפה  
ונקודות למבחן  
עמ' 81

צדדים לעבירה  
ופשיעה ארגונית  
עמ' 73

ישראל וה-ICC  
עמ' 65

**פשעים בינלאומיים גרעיניים – ישנו ויכוח לגבי מה בדיוק כולל המשב"ל, אך אלו מוסכמים על כולם**

**תוקפנות/ פשעים  
נגד השלום**

**רצח עם**

**פשעי מלחמה**

**פשעים נגד  
האנושות**

### **מאפיינים משותפים לפשעים הגרעיניים:**

כולם במקור חלו בזמן מלחמה בלבד, אך עם הזמן, בעיקר בעקבות השואה, הוחלו גם בעתות שלום וגם בתוך מדינות כלפי אזרחי פנים



כולם נכללו בצ'רטר של לונדון, שהיווה את הבסיס לשפיטת פושעי המלחמה הנאצים בלונדון. רצח העם נגזר אז מפשעים נגד האנושות, אך ב-1948 ניתנה לרצח העם קטגוריה משלו באמנת ז'נבה



למעט חריגים זניחים, כולם עוסקים בהגנה מפני הפרות זכויות אדם מחרידות





## משפט פלילי בינלאומי



ניתן להעניש אנשים גם ללא זיקה טריטוריאלית ואף על פי שהם אזרחים זרים והקורבנות אינם אזרחי המדינה שלנו – "סמכות אוניברסלית"



האיסורים מבוססים יותר על 1. נהגים 2. ואמנות. אין בהכרח כללים ברורים ומעוגנים בסמכות חקיקתית ברורה 4



## משפט פלילי רגיל



יש חלות טריטוריאלית: אי אפשר להעניש אזרח זר שפשע במדינה אחרת כנגד אדם שאינו אזרח המדינה שלנו



מפרט במפורש את האיסורים. האיסורים מעוגנים בחוק באופן ברור

# ציר זמנים בהתפתחות המשפט הפילי הבינלאומי- חלק א

במקור, משפט בינלאומי חל על **מדינות בלבד ולא על בני אדם**. 2 **חריגים**: 1. **שודדי ים**, משני טעמים: א. הים לא שייך לאף מדינה ולכן כדאי לתת סמכות שפיטה לכל מדינה ב. אינטרס משותף למניעת שוד ימי 2. **סחר עבדים**, מאותן סיבות בגדול.



אחרי מלחמת האזרחים בארה"ב ומלחמת קרים בחלק האחרון של המאה ה-19 נעשים ניסיונות כושלים לקבל כללים בינלאומיים מוסכמים



אמנות האג מתקבלות בשנים 1899 ו-1907, ומסדירות בעיקר דיני מלחמה. הסמכות לשפיטה נתונה למדינת החייל הפושע או המדינה בה בוצע הפשע



אחרי מלחמת העולם השנייה נשפטים פושעי מלחמה נאצים ויפנים במשפטי נירנברג וטוקיו. ביקורת: "צדק של מנצחים" 4 תקדימים:

שפיטה של מנהיגים ומפקדי צבא בכירים

דחייה של "צייתי לפקודות", כלומר עדיפות נורמטיבית למשפט בין"ל על פני מדינתי

הוספה של "פשעי תוקפנות" ו"פשעים נגד האנושות" לפשעי מלחמה

סמכות שיפוט לבימ"ש בינלאומי

# ציר זמנים בהתפתחות המשפט הפלילי הבינלאומי- חלק ב

1948-9 - ארבע אמנות ז'נבה נכרתות. הרביעית המשמעותית ביותר. עוסקות בכל הפשעים שהזכרו ויוצרות בפעם הראשונה את קטגוריית הג'נוסייד, השמדת עם, במובחן מפשעים נגד האנושות. ישראל אשרה את האמנות

ראשונה: פצועים בשדה קרב	שנייה: פצועים צבאיים בלב ים	שלישית: טיפול בשבויי מלחמה	רביעית: הגנה על אזרחים בשעת לחימה
-------------------------	-----------------------------	----------------------------	-----------------------------------

1950 ואילך – המלחמה הקרה מקפיאה את התפתחות המשפט הפלילי הבינ"ל. יוצאי דופן ספורים כגון אמנה נגד אפרטהייד מ-1976 שרוב מדינות המערב וישראל אינן חברות בה, אמנה נגד עינויים מ-1984 וכדומה

בסוף המלחמה הקרה יש 3 התפתחויות עיקריות: 1. מוכנות בינלאומית להפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית – לדוגמה: משפטו של הרודן הצ'ילאני פינושה

2. כינון של בתי דין פליליים למטרות ספציפיות, נניח ה-ICTY לפשעי מלחמה ביוגוסלביה, וה-ICTR לחקירת פשעי מלחמה ברואנדה. מה ההבדל בינם לבין משפטי נירנברג וטוקיו?

הם לא מייצגים צד מנצח אלא קונצנזוס בינלאומי	הם הוקמו ע"י מועצת הביטחון ולא ע"י מדינות פרטניות	הם תרמו תרומה משמעותית להאחדה ופיתוח של המשפט הבינלאומי
---	---	---

3. הקמה של בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע בהאג ב-2002, ה-ICC. ישראל וארה"ב אינן חברות בו מחשש לתביעה סלקטיבית, וארה"ב אף פועלת כנגדו

# ציר זמנים מתומצת בהתפתחויות עיקריות במשפט הפלילי הבינלאומי



2002

הקמת בית  
הדין הפלילי  
הבינלאומי  
הקבוע  
בהאג (ICC)  
ישראל  
וארה"ב לא  
חברות

שנות ה-90

הקמת  
טריבונלים  
מיוחדים  
לפשעים  
ביוגוסלביה  
ורואנדה מכוח  
מועצת הביטחון,  
ושימוש בסמכות  
אוניברסלית

קיפאון יחסי  
בזמן  
המלחמה  
הקרה

1948-9

4 אמנות  
ז'נבה

מסדירות  
טיפול  
בפצועים  
ואזרחים  
בשעת לחימה.  
הוספה של  
קטגוריית  
הג'נוסייד

1945-6  
משפטי  
נירנברג  
וטוקיו.

בתי דין בינ"ל  
בפעם  
הראשונה. לא  
רק דגי רקק  
אלא גם  
בכירים.  
הוספה של  
פשעים נ'  
האנושות  
ופשע תוקפנות

1899-1907  
אמנות האג

עוסקות  
בפשעי  
מלחמה בלבד

תקופה  
קלאסית

שודדי ים  
וסחר עבדים  
בלבד



# עמדות קצה באשר למשפט הפלילי הבינלאומי

## אנטי-משב"ל



**טיעון פטליסטי:** זה לא משפיע ולא יעזור  
טיעון נגד: באותה מידה ניתן לטעון זאת כנגד דיני עונשין  
רגילים. עיקר האפקט זה יצירת נורמות



**טיעון פוליטי:** הכול מושחת, פוליטי, מוטה

**טיעון נגד:** המדינות מתחלקות ל-3 סוגים – מעצמות,  
מבודדות ואלו שבאמצע. מעצמות פחות יושפעו, למבודדות  
אין מה להפסיד, אבל רוב המדינות באמצע

**הגישה הצינית בעייתית כי:** 1. זה יגרום למדרון חלקלק  
של הפרות 2. קשה לשקם אמון שנשבר – צריך לעצור  
את השבירה מראש 3. הטענות על שחיתות והטיה מגיעות  
הרבה פעמים מעבריינים ומושחתים, ואינן ענייניות

## פרו-משב"ל



1. מדובר בערכים אוניברסליים בסיסיים שיש להגן  
עליהם, ובפשעים חמורים שחייבים להעמיד עליהם לדין,  
לא משנה אם רק חלק מהעבריינים



2. הרתעה – גם העמדה לדין של בודדים מרתיעה  
עבריינים. מתקשר לכך - נניח בדרום אמריקה פחות  
מלחמות, כי הצדדים מרוסנים יותר באמצעות המשב"ל

3. מתקשר להרתעה – הפחד האמיתי במשב"ל הוא  
פגיעה ביחסי החוץ של המדינה, ולכן גובר הלחץ לציית





# פשע התוקפנות





## הגדרה בסיסית לפשע התוקפנות לפי ס' 8 לאמנת רומא

"[פשע התוקפנות] כולל את התכנון, ההכנה, הפתיחה והביצוע, על ידי אדם המצוי במעמד בו הוא יכול בפועל לשלוט או לכוון את פעולתה הצבאית או המדינית של מדינה, של מעשה תוקפנות אשר על פי אופיו, חומרתו והיקפו, מהווה הפרה ברורה של מגילת האומות המאוחדות"

"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 האום"

הסתייגות שהתקבלה בסוף לאחר התקשות של אנגליה וצרפת(=גרסה מצומצמת):

בית המשפט הפלילי הבינלאומי לא יהנה מסמכות שיפוט בנוגע לפשעי תוקפנות שבוצעו ע"י בן ללאום, או על אדמת מדינה, שלא אשרו את התיקון בחוקה הנוגע לפשעי תוקפנות(Krauß)

שורה תחתונה, 2 תנאים מצטברים: 1. פשע בוצע בשטח של מדינה שחתמה 2. אזרח של מדינה שחתמה

- מסדירים מתי מותר להילחם – דיני שימוש בכוח

## דיני לחימה - משפט בינלאומי הומניטרי Ius In Bello

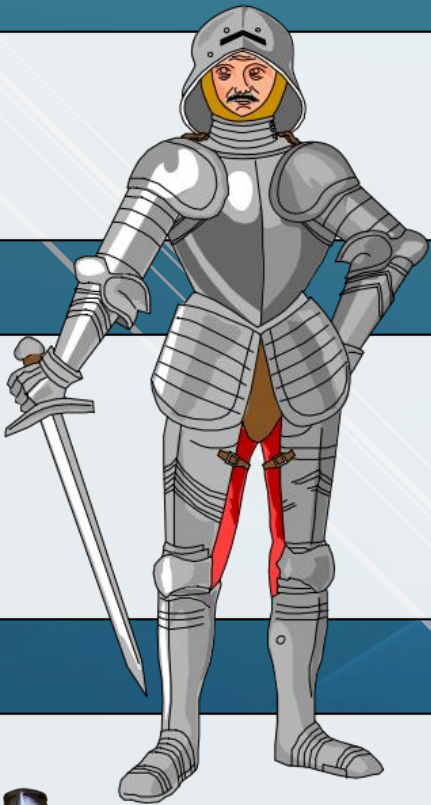
- מסדירים את הדינים במהלך המלחמה עצמה
- מוטלים תמיד ללא כל קשר האם המלחמה מוצדקת או לא

## תוקפנות

- פשע התוקפנות הוא הפרה של דיני השימוש בכוח אשר בגינה המשב"ל מטיל אחריות פלילית, כלומר - אישית

## פשעי מלחמה

- הפרות של דיני הלחימה – המשב"ל ההומניטרי שבגינן מוטלת אחריות פלילית אישית בנוסף לאחריות שתוטל על המדינה



# פשע התוקפנות לפי סעיף 8 לאמנת רומא

• תקיפה, כיבוש או סיפוח של טריטוריה של מדינה אחרת

A

• הפצצה או שימוש בנשק כלפי טריטוריה של מדינה אחרת

B

• חסימת נמלים או חופים של מדינה אחרת

C

• התקפה על כוחות אוויר, ים או יבשה של מדינה אחרת

D

• שימוש בכוחות מזויינים שנמצאים במדינה מסוימת אחרת באישור בניגוד למטרות שהוסכם עליהן, או הארכת זמן שהיית הכוחות במדינה האחרת בניגוד להסכמתה

E

• מתן אפשרות למדינה אחרת להשתמש בטריטוריה שלך לביצוע פשע תוקפנות

F

• משלוח שכירי חרב או חיילים בלתי סדירים ע"י מדינה לביצוע אחת מהפעולות המוזכרות לעיל

G

## יסודות (Elements) עברת התוקפנות – כלומר, היסודות הדרושים להרשעה

• העברייין הכין, תכנן, יזם, או הוציא לפועל פשע תוקפנות

1

• לעברייין הייתה שליטה בצבא או במוסדות המדינה התוקפת

2

• פעולת התוקפנות בוצעה בניגוד ברור לאמנת האומות המאוחדות

3

• העברייין היה מודע לנסיבות העובדתיות שהפכו שימוש זה בכוח מזוין למנוגד לאמנת האו"ם

4

• פשע התוקפנות היווה באופיו, חומרתו וקנה המידה שלו הפרה ברורה של אמנת האו"ם

5

• העברייין היה מודע לנסיבות העובדתיות שהפכו שימוש זה בכוח מזוין להפרה ברורה של אמנת האו"ם

5



**במקור פשע התוקפנות לא נאכף  
ביחס לפשעים אחרים, וגם לא נכלל  
באמנת רומא. מה מייחד אותו אל מול  
פשעים גרעיניים אחרים?**

### **פשע של מנהיגים**

פושעי תוקפנות  
הם מנהיגים  
בכירים, ולכן  
ברור שהם לא  
יתלהבו מאכיפה  
של תוקפנות

### **מי יכריז על התוקפון?**

ביה"ד הפלילי  
הבינלאומי, או שצריך  
החלטה של מועצת  
הביטחון? מועצת  
הביטחון לא רוצה לותר  
על מונופול ולתת  
לבימ"ש אפשרות לקבוע

### **קשה להגדיר קנה מדיה אובייקטיבי**

מי התוקפן? מי  
המותקף? לרוב  
אין קנה מידה  
ברור

### **עבירה של מדינה, ומדובר בהכרעה פוליטית**

- האמנה קובעת שהפשע יחול רק על אנשים שהיו במצב להכווין פעולות של מדינות או צבאות – כלומר, על הדרגות הגבוהות בלבד
- מדובר רק על הפעלת כוח של מדינה – כלומר, אין יכולת להעמיד לדין את אנשי אל-קעידה או חמאס, מכיוון שהם אינם מדינות

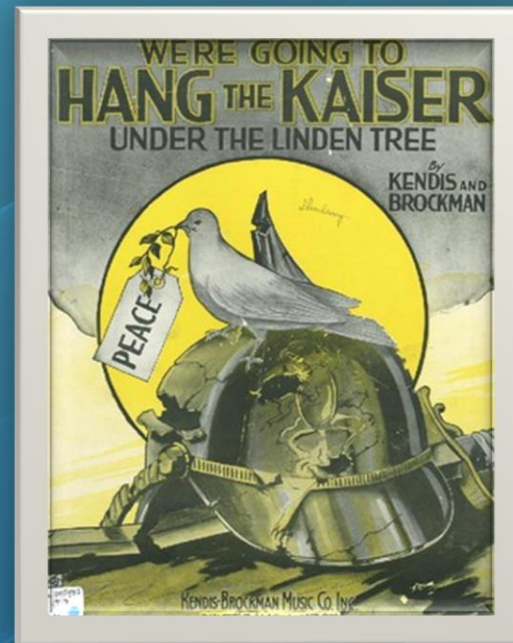
בוועידת קמפלה ב-2010 הייתה פשרה ופשע התוקפנות הוכנס לאמנת רומא. עם זאת, הכנסו מספר סייגים

*עמיחי כהן, משפט פלילי בינלאומי, בתוך: משפט בינלאומי 489-492 – חלק ב*

- לכל המוקדם בשנת 2017
- לפחות 30 מדינות יסכימו לתיקון המכליל את הפשע התוקפנות תוך 7 שנים
- אישור של 2/3 מוועידת המדינות החברות
- מדינה רשאית לא לקבל את סמכות ביה"ד בנוגע לפשע התוקפנות, ולא תהיה לא סמכות לפעול ביחס לפשע תוקפנות שבוצע בשטחה של המדינה
- במקרה שהתביעה מבקשת לפתוח בחקירה בעצמה או מתוקף בקשה של מדינה – יש לברר קודם את עמדת מועצת הביטחון. אם מועצת הביטחון לא שללה תוך 6 חודשים – התביעה יכולה לקבל אישור מביה"ד ולפתוח בחקירה
- בפועל, התנאים התקיימו ב-2017, והתיקון נכנס לתוקף ב-2018

**תנאים  
להפעלת  
הסמכות**

# ציר זמנים בהתפתחות פשעי תוקפנות – חלק א Claus Kreß



**לאחר מלחמת העולם  
הראשונה** הוועדה  
לבדיקת אחריות  
האשמים במלחמה קבעה  
שפשע תוקפנות הוא  
נבזה מוסרית, אך אינו  
עומד בסתירה לחוק ברור  
שניתן להגדיר אותו –  
**מדינות יוצאות  
למלחמה מתי שהן  
רוצות – התפיסה  
המקובלת עד אז**

**ב-1928 התקבלה  
אמנת קלוג-בריאן**  
האוסרת על פשע  
תוקפנות, אך ללא  
סנקציה פלילית.  
במשפטי נירנברג  
**הסתמכו רבות על  
אמנה זו כדין מנהגי**  
(קלוג קיבל על זה  
פרס נובל, אגב)

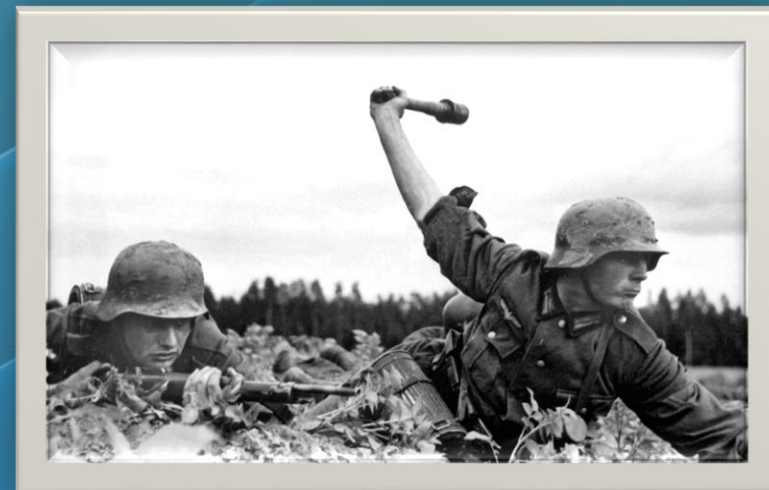
**במשפטי נירנברג  
הייתה התייחסות  
לפשע התוקפנות**  
ונאמר שם שפשע  
התוקפנות הוא הפשע  
הבינלאומי הגדול  
ביותר – כי רוב  
הפשעים נגרמים  
בהקשר לחימה



**ב1945 אמנת האו"ם**  
קובעת את פשע  
התוקפנות(בשני  
חריגים: 1. אישור  
מועצת הביטחון 2.  
הגנה עצמית  
להתקפה חמושה)  
כולל סנקציה פלילית,  
אך אין מנגנון אכיפה  
יעיל ברמה הלאומית או  
הבינלאומית  
**מוסכם שזה משקף  
דין מנהגי**  
**בנוסף, מועצת  
הביטחון מוסמכת  
להכריז שבוצע מעשה  
תוקפנות**



# ציר זמנים בהתפתחות פשעי תוקפנות – חלק א Claus Kreß



**2017 אישור תיקון  
קמפלה, תוך  
הסתייגות ואמירה  
שלא תהיה סמכות  
שיפוט בנוגע לבן  
ללאום או בשטח  
מדינה שלא אישרה  
את התיקון  
כניסת התיקון  
לתוקף בשנת 2018**

**2010 פשרת  
קמפלה שמגדירה את  
הפשע, אך מציבה  
תנאים מחמירים  
לכניסת התיקון  
לתוקף (30 מדינות עד  
2017)**

**2002 - בזמן קבלת  
אמנת רומא הובהר  
שלבית הדין אין  
סמכות כרגע לשיפוט  
בנוגע לפשעי  
תוקפנות בגלל  
התנגדות מדינות  
וקשיי מדידה  
אובייקטיביים, בעיקר**

**בתחילת המלחמה  
הקרה אין דיבור  
על/אכיפה של פשע  
תוקפנות**



# פשעי מלחמה



# תקציר מנהלים מתומצת של השיעור (להבנתי בלבד)

**גישת נירנברג – כל הפרה היא חמורה.** מספר מצומצם של מדינות כגון פקיסטן וארה"ב עדיין אווזים בה במידה מסוימת. בעיות עיקריות: זילות, עמימות, שימוש ציני, קושי להוכיח

**גישת ההפרות החמורות – נפוצה יותר. רק הפרה חמורה תיחשב כפשע מלחמה.** בעיה עיקרית: איך נגדיר פשע מלחמה חמור? אין רשימה מוסדרת ומוסכמת

**ניסיון לייצר משטרי הפרות חמורות באמנות ז'נבה והפרוטוקולים הנלווים להם –** AP1+2. בעיות שונות בעיקר בגלל חוסר הסכמה של מדינות וחוסר הכללה של כל ההפרות החמורות או הכללת יתר לעיתים

**מקרה טאדיץ' – הכרעה שיכולים להיות פשעי מלחמה גם אם הם לא מוגדרים במפורש גם בנייאק וגם אייאק.** המבחן: 1. הפרה של נורמה יסודית בדיני מלחמה 2. פשע עניש ברוב המדינות

**ניסיון לייצר משטר הפרות חמורות באמנת רומא – עדיין לא מושלם**

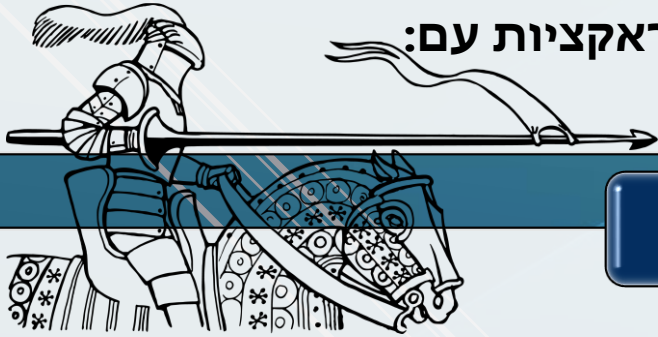
מה השלב הבא? 1. **ניסיונות לתיקון.** לדוגמה: שימוש ברעל, בגז מחניק או בכדורים שנמעכים בתוך הגוף, נשק ביולוגי, נשק שאי אפשר 2. **הספר האדום של הצלב האדום –** יישום נוסף של מבחן טאדיץ'. ניסיון להגדיר מה נחשב בפועל הפרה חמורה. ארוך יותר מסעיף 8 ברומא

**שורה תחתונה לאבחון פשע מלחמה בסדר הבא:** ס' 8 אמנת רומא – הספר האדום של הצלב האדום – מבחן טאדיץ' ודעות מלומדים



## דיני לחימה

- מכווינים התנהגות בזמן מלחמה, כולל בשטח כבוש, בעיקר של הלוחמים באינטראקציות עם:
- 1. אוכלוסייה אזרחית 2. לוחמי אויב



## רציונלים

- 1. הגנה על זכויות אדם בסיסיות
- 2. הסדרה של האינטראקציה בין הצדדים הלוחמים – תיאום. לדוגמה, אפשרות כניעה או מו"מ עם דגל לבן

## כללים טיפשיים

- לדעת זיו, ישנם כללים טיפשיים וארכאיים, כגון האיסור ללבוש מדי אויב, שמבוסס על רצון למנוע לבישת בגדי אצולה זרים בידי אחרים בימי הביניים

## חלוקת בסיס של דיני הלחימה

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

# האמנות המרכזיות המסדירות את דיני הלחימה

## אמנת רומא של ה- ICC, נכנסה לתוקף ב- 2002

סעיף 8 של האמנה מונה רשימה של פשעי מלחמה. ישראל וארה"ב, רוסיה, סין, פקיסטן, הודו, אינן חברות באמנה. 124 חברות באמנת רומא 2002 מדינות בעולם, היא רצינית ובכל זאת המעצמות הללו אינן חברות.

## שני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה (מסוף שנות ה- 70) – [AP1 ו- AP2].

על הראשונה חתומות 174 מדינות, ועל השנייה 168. ישראל איננה חתומה על אף אחת מהן.

## הראשון עוסק ב-IAC השני קצר משמעותית ועוסק ב-NIAC

## ארבעת אמנות ז'נבה מ-1949

חתומות על ידי כל 196 המדינות המוכרות בעולם (חברות באמנה). מלבד ישראל, כל מדינות העולם מסכימות כל אמנות אלה הן מנהגיות. ישראל גורסת כי השלוש הראשונות הן מנהגיות ואילו הרביעית היא הסכמית.

## למעט ס' 3 עוסקות רק ב-IAC

## אמנת האג הרביעית (1907)

(והתקנות) בעניין הדינים התקפים בעניין לחימה ביבשה (הוסכם שהוא מנהגי, ולכן מרבית המדינות אינן חתומות עליה, כי ברור להן כי זה מחייב אותן) [אמנת האג]

בפועל רוב דיני המלחמה הם גם מנהגיים וגם הסכמיים – באמנות, אך יש מספר אי הסכמות לגבי המנהגיות. לדוגמה:

- 1. העברת אוכלוסייה מרצון לשטח כבוש – ישראל טוענת שזה רק באמנת רומא באופן הסכמי, אך לא משקף משפט מנהגי
- 2. חיבור כידונים לרובה – האם זה סבל מיותר או שימוש לגיטימי בסכין? אין הסכמה אם איסור על זה משקף משפט מנהגי

"גישת הפרות החמורות" – לאוטרפרכט

רק הפרה של דינים חמורים במיוחד תהיה פשע מלחמה  
העמדה המקובלת יותר, אם כי יש מעט מדינות בגישה  
הראשונה



שימוש בהפרות חמורות בלבד מתאים  
יותר מוסרית וימנע זילות של הדין,  
כלומר: סיכוי גבוה יותר שבפועל תהיה  
אכיפה



בעיה: איך נדע מהי הפרה חמורה?  
אין הגדרה אמיתית מוסכמת בשום מקום

"גישת נירנברג"

כל הפרה של דיני לחימה מהווה פשע מלחמה – מאחורי  
מדינה עומדים אנשים  
מקובלת פחות



בעיה א: זילות הדין. פשעי מלחמה זה רק  
דברים חמורים, לא החרמת כיכר לחם  
בעיה ב: פרקטית, חיילים לא מכירים דיני  
מלמה לפרטי פרטים, רק נורמות חמורות  
במיוחד. כמו כן, דיני מלחמה יכולים להיות  
עמומים, וזה לא בסדר להרשיע אנשים על  
נורמות עמומות



בעיה ג: ככל שיש יותר נורמות כך יהיה קל  
יותר להאשים בפשעי מלחמה וזה יוביל  
לפוליטיזציה וחוסר אמון במשב"ל  
בעיה ד: קשה מאוד להוכיח יסוד נפשי  
לעברות בדיני לחימה, שנוסחו עבור מדינות

# בעיות בהגדרת פשעי המלחמה באופן מדויק באמנות הנ"ל

**בעיה א'** – יש דינים מרכזיים שלא רשומים בשום מקום, אלא מנהגיים. לדוגמה: איסור על ענישה קולקטיבית או עבדות מינית לא שיטתית

1

**בעיה ב'** – חלק מהאמנות לא מוסכמות כמנהגיות ע"י חלק מהמדינות, ולכן הן אינן רואות עצמן מחויבות אל האמנות. דוגמה: ישראל והעברת אוכלוסייה לשטח כבוש

2

**בעיה ג'** – אמנות הן תוצאה של פשרה על מנת שמספר גבוה ככל הניתן של מדינות יסכים להן. פשרות יוצרות נורמות עמומות שקשה לפעול במסגרתן באופן נחרץ – ויכוח על מנהגיות בין מדינות

3

**בעיה ד'** - ככלל, אין משטר הפרות חמורות ב-NIAC

4

# הבעייתיות באבחון פשעי מלחמה וחומרתם – ניסיונות לייצור משטרי הפרה חמורה

- האמנה מדברת על מדינות בלבד ולא על פרטים, ואין הפרדה בין הפרות חמורות לקלות.
- לא ברור איך מתייחסים להפרות באמנה כיום

אמנת האג

- בעקבות לאוטרפך – הבחנה בין חמורות ללא חמורות בפעם הראשונה. בעיות: 1. חלק מההפרות המנהגיות לא נכללו 2. יש מעשים חמורים שלא מוגדרים כהפרה חמורה באמנה – לדוגמה, אונס

ז'נבה

- הוספה של דברים שהיו מנהגיים עד אז. פירוט גדול יותר מז'נבה. לא כולל חלק מהדברים בהאג. יש מעשים חמורים שלא נכללים כהפרה חמורה. חלק מהמדינות לא מקבלות את זה כמנהגי

AP1

- רשימת איסורים קצרה בהרבה בעימותים לא בינ"ל אלא פנים מדינתיים
- ס' 3 אינו נכלל כהפרה חמורה

AP2

- בעיות: 1. חלק מהפשעים המוסכמים לא נכללים ברשימה(דוגמה: ענישה קולקטיבית או עבדות לא מינית לא שיטתית). 2. יש תוספות שלא כל מדינה חתמה עליהם או מסכימה עליהם. 3. ייתכן שהאמנה ארוכה ומרחיבה מדי. דוגמה: כלל הלחימה במדי אויב, או העברת אוכלוסייה ברצון לשטח כבוש
- יתרונות: 1. שליטה עוברת לידי המדינות – בסיס הסכמי 2. צמצום אי ודאות – רשימה ברורה יחסית במהלך השנים נעשו מספר תיקונים לאמנה והיא מתעדכנת מזמן לזמן

אמנת רומא  
מתימרת לעסוק  
בפשעים גרעיניים בלבד

24

- כולל בעצם משפט מנהגי. מה נחשב בפועל כפשע אכיף בעולם. גרסה משופרת של מבחן טאדיץ'
- ייתרון: כוללני יותר. חסרון: סיכוי גבוה יותר שיכלול דברים מטופשים, ומוציא את השליטה מידי המדינות

הספר האדום של הצלב האדום  
ארוך יותר מס' 8 באמנת רומא



**AP2 – מאושר ע"י 169 מדינות**  
**התקבל לקראת סוף שנות ה-70**  
**לא מאושר ע"י ארה"ב וישראל**



**סכסוכים פנימיים – NIAC**  
**נתקל בהתנגדות רבה יותר, כי מדינות לא**  
**רוצות שיתערבו להן**



**כולל 30 סעיפים בלבד, ולא כולל משטר**  
**הפרות חמורות**



**כולל את ס' 3 המשותף: איסור על דברים**  
**בסיסיים במיוחד כגון הוצאה להורג של**  
**שבויים או פצועים, עינויים, הוצאה להורג**  
**ללא משפט ולקיחת בני ערובה**  
**25**

**AP1 - מאושר ע"י 174 מדינות**  
**התקבל בשנות ה-70**  
**לא מאושר ע"י ארה"ב וישראל**



**סכסוכים בינלאומיים - IAC**



**כולל 130 סעיפים**



**כולל את ס' 3 המשותף: איסור על דברים**  
**בסיסיים במיוחד כגון הוצאה להורג של**  
**שבויים או פצועים, עינויים, הוצאה להורג**  
**ללא משפט ולקיחת בני ערובה**



### מבחן טאדיץ' (ICTY) 1994

טאדיץ': לא ניתן להאשים אותי בפשעי מלחמה פנים-מדינתיים, מכיוון שאין משטר הפרות חמורות מוסכם בנייאק. על בסיס מה אני אורשע? השאלה בעצם: האם ניתן להעניש על פשע מלחמה שלא מוגדר כהפרה חמורה במפורש, ספציפית ב-NIAC?

בימ"ש פוסק שניתן להרשיע בפשע מלחמה שאינו מפורש תחת התנאים הבאים:

**א. הפרה חמורה של נורמה יסודית בדיני המלחמה**

**ב. מנהג רחב היקף בקרב מדינות העולם כרגע, כלומר פשע בר ענישה פלילית בהן (הרבה מדינות מגדירות פשעי מלחמה בחוק העונשין שלהן)**

**בעייתיות במבחן: 1. הגדרתית - עמימות – איך נגדיר נורמה יסודית? איך נגדיר מנהג רחב? פרקטיקה רווחת?**

**2. אובדן שליטה של המדינות על ההגדרה – עוברת למשפטנים (לפי הבורר – יכול להיות אספקט חיובי דווקא)**

**כלומר, שורה תחתונה - יש דינים שאינם מוגדרים במפורש כחמורים אבל נתייחס אליהם כמשקפים משפט מנהגי = דחיית הגישה הפורמליסטית**

## חלק שני - NIAC



תת-חלק 1: איסורי ס' 3 + קצת  
תוספות. תת-חלק זה חל בכל  
עימות פנימי



תת-חלק שני כולל רשימה קצרה  
של סעיפים שיחולו במקרים של  
עימות פנימי בסייגים מסוימים

## חלק ראשון - IAC



תת-חלק ראשון: נורמות שהוגדרו  
כהפרות חמורות באמנות בעבר



תת חלק שני: לא הוגדרו באמנות,  
אך יש קונצנזוס שהם כאלה –  
'יישום של מבחן טאדיץ'

## ניסיון לצמצם בהדרגה את החוסרים ברשימה באמנת רומא

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

## התוספות

- **ב-2010 מילאו 3 חוסרים** שהיו קיימים בפשעי מלחמה של NIAC: (1) שימוש ברעל, (2) שימוש בגז מחניק, (3) שימוש בכדורים שנמעכים בתוך הגוף. נכון להיום 43 מדינות הסכימו שהתיקון יחול עליהן, כאשר הוא חל בפועל על 40, ובשנה הבאה יחול על עוד 3.

- **ב-2017** המדינות נפגשות שוב ומכניסות **3 תיקונים**, ומסכימות שהדברים הבאים יהיו פשעי מלחמה הן ב NIAC והן ב IAC: (1) נשק ביולוגי, (2) נשק שבמכוון עשוי מרכיבים שלא ניתן לראותם ברנטגן, (3) נשק שכוונתו היא ליצור עיוורון. לשניים מהתיקונים 10 מדינות חתמו שהן מעוניינות, ו-7 מדינות שזה כבר חל עליהן.

- **ב-2019** המדינות מתכנסות שוב וקובעות גם ל IAC וגם ל NIAC ומוסיפות את הפשע של **הרעבה מכוונת של אוכלוסייה אזרחית**. כאשר 8 מדינות אישרו את התיקון, והוא נכנס לתוקף עבור 3.

## בעיות

- **הבעיה המרכזית: מתפתחת שונות בקרב המדינות.** אם תהיה מלחמה היום, בין הלוקסמבורג לבין ירדן, ישנה בעיה כי ירדן לא חתומה על התיקונים, ואילו השנייה כן חתומה. כלומר יהיה ניתן להעמיד לדין את חיי הלוקסמבורג בגין יותר מעשים (בפועל 7) מאשר את ירדן.

- **לפחות לגבי אחת מהן יש פשע מטופש – לייזר.** אפשר לירות במישהו, אך לא לגרום לו לעיוורון!?

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



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

**שורה 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

במידה והוא לא  
נמצא שם –  
אפשר  
להשתמש  
במבחן טאדיץ'  
או בטיעונים  
של מלומדים

במידה ולא –  
ניתן ללכת  
לספר האדום  
של הצלב  
האדום, או  
לפרוטוקולים  
של ז'נבה  
ולבדוק

הולכים לאמנת  
רומא ובודקים בס' 8  
אם הפשע נמצא  
שם. אפשר לבדוק  
אם המדינה  
הפרטנית חתומה  
עליו. זה הכי טוב.  
**אם רוצים לחלוק** –  
מחפים עמדות  
שטוענות שאמנת  
רומא טעתה בשימת  
הפשע שם

בודקים האם  
אנחנו עוסקים  
בעימות בין"ל  
או פנים  
מדינתי





## פשעים נגד האנושות



# פשעים נגד האנושות לפי ס' 7 לאמנת רומא

• רצח a

• השמדה b

• שעבוד c

• גירוש או העברה בכפייה של אוכלוסייה d

• כליאה או שלילה חמורה אחרת של חירות פיזית בניגוד לנורמות יסוד של המשפט הבינלאומי e

• עינויים f

• 7. אונס, שעבוד מיני, זנות כפויה, היריון כפוי, סירוס או עיקור בכפייה, או כל צורה אחרת של אלימות מינית בעלת חומרה דומה g

• 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 באופן גורף כאסור על פי המשפט הבינלאומי, כאשר הרדיפה מבוצעת בקשר לאחד המעשים המנויים בפסקה זו או לאחד הפשעים בתחום סמכות השיפוט של בית המשפט h

• העלמה בכוח של אנשים i

• אפרטהייד j

• מעשים בלתי אנושיים אחרים בעלי אופי דומה המכוונים לגרום לסבל רב, או לחבלה חמורה לגוף או לבריאות נפשית, פסיכולוגית או פיזית k

## פשעים נגד האנושות - הגדרה

• "מעשה מהסוג המפורט בסעיף (7 לאמנת רומא-ד.ג.), כשהוא מבוצע כחלק מהתקפה רחבת היקף או שיטתית המכוונת כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי, תוך ידיעה אודות ההתקפה"

## פשעים נגד האנושות – דרישות בסיס

- הגנה מפני פגיעות חמורות בזכויות אדם יסודיות
- בהגדרה, פשעים נגד האנושות עוסקים במשהו מסיבי, לא יחידני, לעומת פשעי מלחמה, שיכולים להיות מבוצעים ע"י אדם בודד או לעסוק במעשה בודד
- בשונה מפשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות יכולים להתרחש גם בעתות שלום. יש רק פשע מלחמה אחד שבהגדרה יכול להתרחש אחרי מלחמה, הוא מנהגי והוא לא מופיע באמנת רומא: פשע אי החזרת שבויים תוך זמן סביר לאחר תום המלחמה
- פשעים נגד האנושות מבוצעים ככלל כנגד אזרחים, כולל אזרחי פנים של אותה הישות

## התפתחות היסטורית של הפשע

- לפי הנרטיב הקלאסי, פשעים נגד האנושות הם הרחבה של פשעי מלחמה לתחולה גם כלפי אזרחים של אותה ישות, שלא היו מוגנים לפני כן (לדוגמה: קורבנות הדיכוי של סטלין בברית המועצות, זה לא בזמן מלחמה, מי יגן עליהם?)
- לפי הנרטיב הקלאסי, הרעיון של פנ"ה נולד אחרי מלחמת העולם השנייה, מכיוון שקורבנות המשטר הנאצי לתקופה ארוכה היו אזרחים גרמניים, כלומר, התנהגות נוראה כלפי אוכלוסייה בזמן שלום, שאינה מוגנת בדיני מלחמה, ומצדיקה עונש. לכן, מפתחים פנ"ה. במשפט נירנברג העיקרי העמידו על פנ"ה רק בהקשר מלחמה.
- לאחר מכן, במשפטי נירנברג הבאים התחילו כבר להתייחס לפנ"ה גם במקרים שלא קשורים למלחמה



## פשעים נגד האנושות

בזמן מלחמה או בזמן שלום

צריך באופן שיטתי או רחב היקף

כנגד אזרחים "כלשהם" – גם אזרחי פנים

## פשעי מלחמה

בזמן מלחמה או עימות פנימי מזויין  
חריג: אי החזרת שבויים זמן סביר  
אחרי מלחמה

גם עברה אחת יכולה להיחשב כפשע  
מלחמה

עקרונית, מבוצעים ע"י שלטון אויב



**יסוד עובדתי - פשעים נגד האנושות - תרשים שליטה**

1. ביצוע אחד מתוך 11 הפשעים המוזכרים בס' 7 לאמנת רומא (לא רשימה סגורה)  
 2. ככלל, כלפי אוכלוסייה אזרחית כלשהי 3. באופן א. שיטתי (איכותי) או ב. רחב היקף (כמותי) 4. בידי מדינה או ישות דומה

**אוכלוסייה אזרחית  
 \*יכולה להיות ממדינת  
 העברין**

1. שבויי מלחמה ו-  
 hors de combat לא  
 נחשבים אזרחים

2. חיילים שלך נחשבים  
 אזרחים לצורך  
 פנ"ה (ביה"ד המעורב  
 בקמבודיה), למעט חיילים  
 מורדים בזמן מלחמה  
 לא חייבים רק אזרחים,  
 מספיק בעיקר כלפי  
 אזרחים (נגזר מהמילה  
 "כלשהי")

**34**

**רחב היקף -  
 Widespread**

**מחלוקת בין גישות:**  
 גישה מרחיבה: מעט  
 קורבנות

**גישה מצמצמת:** הרבה  
 קורבנות + אלמנט איכותני

**כמותי או גיאוגרפי?**

**גישה א:** הרבה קורבנות

**גישה ב:** שטח רחב היקף

**בפועל: שילוב של  
 שניהם**

**שיטתי - Systematic**

כחלק מתוכנית מוסדרת של מדינה או  
 ארגון

במקרה כזה גם פשע יחיד כנגד אדם  
 אחד מהווה פשע נגד האנושות

1. מה רמת המעורבות?  
**גישה מצמצמת:** צריך הכוונה בפועל  
 מהישות

**גישה מרחיבה:** אפשר במחדל,  
 מספיק שהישות רוצה שהפשעים יקרו

2. מה רמת השיטתיות הנדרשת?  
**גישה א':** דורשת תוכנית

**גישה ב':** מתמקדת בדפוס, לא  
 חייבים ממש תוכנית. **מרחיבה:** כי גם  
 דפוס נכלל. **מצמצמת:** כי צריך דפוס  
 ולא מספיקה תוכנית

**איזו ישות יכולת  
 לבצע?**

**דעת רוב בהאג:**  
 גם גופים  
 מאורגנים וחזקים

**דעת מיעוט:** רק  
 מדינה או ארגון  
 שממש דומה  
 למדינה



## יסוד נפשי נדרש בפשעים נגד האנושות - מודעות או כוונה?

### גישה ב - כוונה

צריך כוונה ממש של העבריין לקדם את התוכנית העבריינית. **בעיה: קשה ממש להרשיע ככה**

**דוגמה: אלזה טרנק 2/52.** אחראית באושוויץ – עצורה בעצמה. זוכתה כי לא הוכח שמעשיה נעשו בכוונה לקדם תוכנית כללית או מהזדהות עם הרעיון הנאצי

### גישה א: מודעות

מספיקה מודעות או חשד סביר של העבריין להיותו חלק מתוכנית שיטתית או רחבת היקף. **זו הגישה הרווחת כיום**

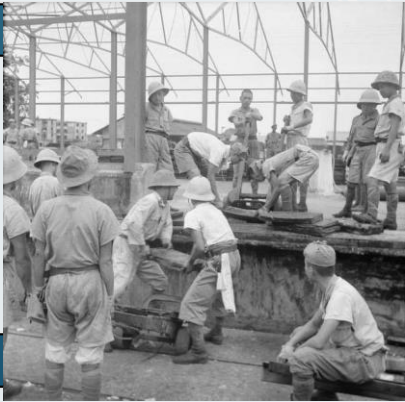
**דוגמה: דעת הרוב באנגיסטר 9/51 במחוזי ת"א:** אחראי יהודי במחנה נאצי שנהג באכזריות. (אין צורך בכוונה – ידע שהוא חלק מתוכנית פס' 14-13), בניגוד לדעת מיעוט של ד"ר לם, שדורש כוונה (עמ' 6-175)

**בעיה עיקרית: פליליות יתר(-);**

# "המבוצע כחלק מהתקפה שיטתית או רחבת היקף"



- שיטתית או רחבת היקף הגיעו מהתקפה
- במקור הייתה גישה שדרשה גם שיטתית וגם רחבת היקף
- באמנת רומא הכריעו לכאורה וכתבו **או** שיטתי **או** רחב היקף
- עם זאת, ישנו מקום לפרשנות מצמצמת פורמליסטית, אבל הפסיקה התעלמה מזה, ושורה תחתונה מספיק או שיטתי או רחב היקף



## רכיבי העברה – (Elements of Crime)

- דרך פעולה הכוללת כמה ביצועים של מעשים מהסוג המפורט בסעיף(כמותי)
- תחת, או תוך כדי קידום מדיניות לביצוע התקפה כאמור(איכותי)
- של מדינה או ארגון

## גישות באשר לסעיף הכמותי - נרחבת

- **גישה מרחיבה** – ריבוי כמותני מינימאלי
- **גישה מצמצמת** – הרבה מעשים + פירוש "דרך פעולה" כדורשת פעולה או מבצע(דוגמה: מקרה גבון. פלישה לבית ראש האופוזיציה התקיימה – איכותנית, אבל כמותית לא הגענו לרף)

## גישות באשר לסעיף האיכותי – שיטתיות/מדיניות

- **גישה מרחיבה** - מספיק שהשלטון רוצה שהדברים יקרו. לא צריך להיעשות בידי השלטון או בעידודו. יכול להתבצע במחדל
- **גישה מצמצמת** – מתוכננת, מאורגנת או מוכוונת על ידי המדינה או הארגון

## דילמה בחומרת המעשים העולים לכדי פשע נגד האנושות

- כמה אלימים חייב להיות "המעשים האחרים" שבסעיף 11?



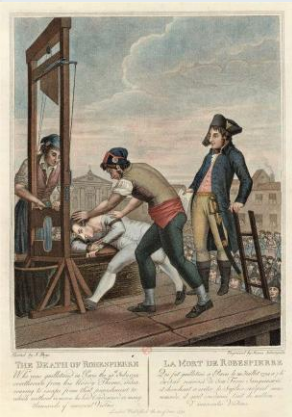
## גישה מרחיבה

- לא חייבים להיות אלימים במיוחד, אפשר לתת גישה מרחיבה למונחים "רדיפה", "שלילה חמורה של חירות", או "מעשים בלתי-אנושיים אחרים". **ביטוי לגישה: פס"ד אנגיסטר. למרות שמדובר במכות עם צינור גומי מפרשנים את זה כפשע נגד האנושות**
- רציונל: מדובר בפגיעות קשות, ולכן צריך להרחיב את מעגל ההפללה



## גישה מצמצמת

- בנוסף לאלימות: **מעצר בתנאים קשים**
- **או אלימות לרכוש** אם היא עומדת בכל התנאים הבאים: 1. כלפי אוכלוסייה מובחנת 2. לא באה לבד אלא עם עוד מעשים, 3. היא מאוד רחבת היקף או חמורה
- **במרומז:** יכולה להיחשב "מעשה אחר לא אנושי" גם בלי הקריטריונים דלעיל(לבד, מובחנת), **במקרה שהיא רחבת או חמורה במיוחד**
- מכות שאינן עינויים הם לא "מעשה בלתי אנושי" כל עוד הן לא דומות בחומרתן לעינויים
- ביטוי לגישה: **פס"ד טרנק**. מזכים נאשמת בגלל שהמעשים שעשתה לא ממש חמורים
- **רציונל:** 1. שימוש במשב"ל פלילי צריך להישמר למקרים החמורים ביותר באמת 2. מדובר בפגיעה בריבונות מדינות, צריך זהירות 3. המון מעורבים מסכנים להם להגיד "לא" לשלטון
- **מה הגישה הנכונה? ד"ר בורר אומר שתלוי במקרה הפרטני**



## רקע עובדתי איזו ישות יכולה לבצע פשע נגד האנושות? קניה כמקרה בוחן

- מפלגה פוליטית בקניה מפעילה זרוע עבריינית כדי לתקוף יריבים פוליטיים עם העלמת עין שבשתיקה מצד המשטרה. באלימות נהרגים מעל אלף אנשים ומתבצעים מאות אונסים



### דילמה

- סעיף א' ביסודות הפשע דורש שפשע נגד האנושות יתבצע במסגרת "מדינה או מדיניות ארגונית"
- **שאלה:** האם צריך דווקא מדינה, או ארגון חזק מאוד שדומה למדינה(נניח: חמאס בעזה, שיש לו שליטה אפקטיבית שדומה לממשלה), או שמספיק ארגון משמעותי, כגון ארגון טרור או מאפיה, כדי להרשיע בפשע מלחמה?

### פסיקת ה-ICC בהאג

- **דעת רוב מרחיבה:** ניתן לדון בכל ארגון משמעותי שעומד בקריטריונים שונים כפשע מלחמה=גישה מרחיבה
- **דעת מיעוט מצמצמת:** רק מדינה ארגון שדומה למדינה בעיקר ארגון מורדים בעל היררכיה ברורה ומוגדרת או אורגן בתוך המדינה, כגון זרוע במשטרה=גישה מצמצמת



## "רחב היקף" או "שיטתי"

- זה משמר אלמנט של חומרה ומונע התערבות במקרים לא קיצוניים
- הגיוני שאם משהו שיטתי, פחות נקפיד על רחב ההיקף כי השיטתיות מספקת את דרישת החומרה, וכן להיפך



## מהי התקפה שיטתית?

- גישות שמדברות על **תוכנית(מצמצמת)**
- לעומת זאת, יש גישה שונה שמתוכננת לתפוס רשת רחבה יותר של אנשים(לדעת בורר, הגישה שה- ICC יאמץ בעתיד: דרישה לדפוס חוזר בלבד. זה כולל **גישה מרחיבה**, כי לא צריך תוכנית, אלא רק דפוס, וגם **מצמצמת**, כי צריך דפוס, לא מספיקה תוכנית

## מעשה – הבדל בין הפושע הבודד ל"התקפה"



- **לא כל המעשים צריכים להיות מס' 11**, יכולים להיות גם אחרים, שבנוסף למעשים האלו יצרו שיטתיות. נניח מכות שאינן עינויים, יחד עם פשעים חמורים אחרים, עשויות למלא את הדרישה לשיטתיות ביחד
- כלומר, שילוב של פשעים "רגילים" עם פשעים "חמורים" יכול להוביל לעמידה בשיטתיות

## "רחב היקף"

- במקור – **כמות גדולה של קורבנות**. יחד עם זאת, בחרו מונח שיכול לקבל משמעות אחרת – **רחב היקף מבחינה גיאוגרפית**
- לכן, גישה אינטארקטיבית ב-ICC. **ככל שהתחולה הגיאוגרפית גדולה יותר, ככה פחות נתעקש על רחב היקף הקורבנות**. כלומר, איזון בין רחב היקף לרוחב קורבנות



## מכוונת כנגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי

- **"כלשהי"** – יכולה להיות מאותה מדינה של העבריינים. מכוונת להדגיש שגם עברות פנים כגון התעללות באזרחי המדינה הן פשעים נ' האנושות
- **"אוכלוסייה"** – לא נגד אנשים ספציפיים, אלא נגד קבוצה. לא רשימת חיסול של יריבים פוליטיים, או חיסול של אוכלוסייה מסוימת
- **איפה מורכבות?** נניח התעללות בחברי מפלגה ספציפית, אם זה מספר קטן, כנראה לא פשע נגד האנושות, אבל מה קורה אם זה 2,000 או 10,000? כאן כבר יתחיל יותר לענות לקריטריונים של הפשע
- **לא חייבים אך ורק כלפי אזרחים, מספיק שהיא באופן מרכזי כלפי אזרחים**

### מה זה "אזרחים"?

- **אוכלוסייה שמוסכם שאינה אזרחית – חיילי האויב בשעת מלחמה.** אם אני מפגז ללא הבחנה עיר נצורה? מה שבטוח נעשה זה פשע מלחמה. השאלה: האם זה גם פשע נגד האנושות? סנריו 1: יש 400 אלף אנשים בעיר, 380 אלף חיילים. לא ייחשב כפשע נגד האנושות. סנריו 2: יש מעט מאוד חיילים והעיקר הם אזרחים. במקרה כזה כנראה לא ייחשב פשע נגד האנושות. איפה קו הגבול עובר? לא ברור
- **בהקשר של פשעי מלחמה לא כולל:** 1. לוחמים מאותו צד של העבריין 2. לוחמי אויב 3. שבויי מלחמה או hors de combat – חיילים שנטשו את מעגל הלחימה כגון טייסים ואנשי ים שנפלטו מהכלים שלהם
- במובן הקלאסי, אזרחים הם רק מהצד השני(בורר אומר שכיום כבר יש פסיקה שהופכת את זה)
- הרחבות של פשעים נגד האנושות: 1. גם בזמן שלום 2. **ובעיקר רלוונטי לנו לכאן: גם מאותו צד של העבריין**
- **שורה תחתונה: חיילי אויב:** אין ויכוח. לא פ' נ' האנושות. אוכלוסיות במחלוקת: 1. **שבויי מלחמה ו- hors de combat** 2. **חיילים שלי – האם פשע נגד האנושות?**





## פשעים כנגד שבויים ו-hors de combat

- פסיקה סותרת של בית הדין
- עם זאת, מתגבש מהר מאוד קונצנזוס שהם אינם נחשבים אזרחים לצורך פשעים נגד האנושות
- אין עדיין פסיקה שבבירור משנה את הכיוון בנושא זה



## פשעים כנגד חיילים מהצד שלי

- **דוגמה: קניה**, בה יש גיוס אגרסיבי ואכזרי לכל חיך הבוגרים, בגדול, שכולל התעללות פיזיות ונפשיות
- **גישה אחת:** חיילים גם יכולים להיחשב אזרחים, ואפשר להחשיב פשעים נגדם לפשעים נגד האנושות
- **גישה שנייה:** שירות צבאי כולל בתוכו סיכונים ושליטת חירות אינהרנטית, ולכן הם לא נכללים
- **הסוגייה עולה בביה"ד המעורב בקמבודיה** – החמר רוז' היו קומוניסטים שרצו להחזיר את קמבודיה לימי הזוהר שלה, ולכן הם רצו להחזיר את האוכלוסייה לכפרים. רוצחים בערך 25% מהאוכלוסייה בקמבודיה. מגייסים הרבה חיילים ומתאכזרים כלפיהם
- **עמדת הרוב: חיילים שלך בזמן שלום בוודאות מהווים אוכלוסייה אזרחית לעניינו. בזמן מלחמה: תקף לפשעים נגד האנושות אלא אם כן מדובר בחיילים שלך שמרדו, ואז זה מתאים יותר לחיילי אויב ופשעי מלחמה**



## היסוד הנפשי – מה המודעות הנדרשת?

### גישה א: ידיעה בקווים כלליים

- 1. לדעת באופן כללי שיש התקפה העונה לקריטריונים של פשע נגד האנושות 2. יכול לצפות שיש הסתברות סבירה שמעשהו יכול להוות חלק מההתקפה
- **גישה מרחיבה – זו הגישה הרווחת כיום – מרחיבה אחריות פלילית**

### גישה: כוונה לקדם את מדיניות ההתקפה

- לא רק מודעות, אלא גם כוונה שמעשהו יקדם את פעילות ההתקפה
- **גישה מצמצמת**

בס"ד



רצח עם



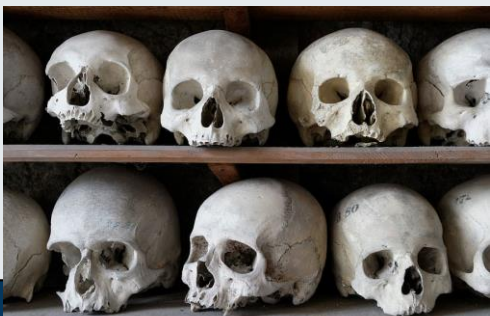
## סעיף 6 לאמנת רומא

- לצורך אמנה זו, "רצח-עם" פרושו ביצוע אחת מהפעולות הבאות תוך כדי כוונה (יסוד נפשי של כוונה) להרוס, באופן מלא או חלקי, קבוצה 1. לאומית, 2. אתנית, 3. גזעית או 4. דתית, ככזאת:
  1. הרג של חברים בקבוצה
  2. גרימת נזק פיזי או מנטלי משמעותי לחברים בקבוצה
  3. כפייה מכוונת של תנאי חיים על חברי הקבוצה באופן שמחושב להוביל להרס פיזי מוחלט או חלקי שלה הקבוצה
  4. כפיית אמצעים שמטרתם למנוע ילודה של חברי הקבוצה
  5. העברה בכפייה של ילדי הקבוצה לקבוצה אחרת



## חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950

- הגדרת החוק היא מילה במילה אמנת רומא (ס' 1)
- העונש – מוות (ס' 2)
- הוספה: מי שקושר, מסית, מנסה או משתתף ברצח עם רואים אותו כמי שאשם בהשמדת עם = גזר דין מוות (ס' 3)
- העמדה לדין גם אם העברה נעשתה מכוח מוסד או חוק, או מתוקף תפקיד ציבורי (ס' 4)
- אקס-טריטוריאליות: חל גם על מי שביצע מעשה זה מחוץ לישראל (ס' 5)
- חתומים על החוק: חיים וייצמן, דוד בן גוריון ופנחס רוזן



## אמנת הג'נוסייד 1948

- אמנת הג'נוסייד של האום שחתומה ע"י 133 מדינות ובכללן ישראל, ומשקפת דין מנהגי המלווה במנגנוני אכיפה חלשים
- **מנגנון אחד:** מדינה אחת יכולה להתלונן נגד מדינה אחרת ב-ICJ. לא בוצע שימוש במנגנון עד לתום המלחמה הקרה. לאחר מכן, התחילו להשתמש ביוגוסלביה, רואנדה, מיאנמר
- **מנגנון שני:** כל עוד לא מוקם ביה"ד פלילי בינלאומי, ואותה מדינה לא מאשרת את ביה"ד, סמכות התביעה תהיה נתונה למדינה הרלוונטית

## אמנת רומא

- מקימה ביה"ד עם סמכות שיפוט שאושרה ע"י מדינות רבות – ICC
- למועצת הביטחון יש סמכות להפנות מקרים ל – ICC גם בנוגע למדינות שאינן חברות
- כלומר, יכולת גבוהה יותר לחקור ולתבוע מקרים של רצח-עם

## בעיה בהגדרת הקבוצה – מקרה ההוטו והטוטסי

- לפעמים קשה באמת לוודא מה נחשב קבוצה
- דוגמה: רצח בני הטוטסי בידי ההוטו. אין באמת שום הבדל אתני ביניהם, והם מדברים את אותה שפה. האם הם לא יזכו להגנה? הרי הם לא קבוצה אתנית
- **הדילמה: האם המבחן אובייקטיבי** – קבוצה אתנית או לאומית, גזעית וכדומה במובן הטהור? **או שמא מבחן סובייקטיבי** – כיצד הרוצח תופס את הקבוצה?
- מה שעושים בחלק מהפסיקות ב-ICTR זה מבחן סובייקטיבי – הם רצחו את הטוטסי ותפסו אותם כקבוצה, ולכן זו קבוצה
- גישה שנייה, הרווחת כיום – מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי משולב – בחינת "יציבות" – האם השיוך לקבוצה נקבע בלידה? האם יש קושי להצטרף לקבוצה זו?



## בעיה בהגדרת הקבוצה – מקרה קמבודיה

- רקע עובדתי - החמר רוז', קבוצה קומוניסטית קיצונית מאוד, עולה לשלטון בקמבודיה וגורמת למוות של בערך 25% מהאוכלוסייה. הבעיה: הרקע לרדיפה אינו דתי, גזעי, אתני וכדומה, אלא על רקע מעמדי-בורגני – יושבי ערים, מעמד גבוה וכן הלאה. הנרדפים היו ברובם חברי קבוצת הרוב הקמבודיה – החמר. בנוסף, היו גם רדיפות של מיעוטים כגון הח'אם והויאטנמים
- הדילמה – האם ניתן פרשנות מורחבת לקבוצה או מצומצמת – גזעי, לאומי, דתי ואתני בלבד? ביה"ד בקמבודיה נמנע מלקבוע פרשנות מורחבת. נכון להיום, העמדה המשפטית קובעת שהרשימה היא רשימה סגורה ומצומצמת, מכיוון שזה הפשע החמור ביותר, ואנו רוצים לרדוף את המקרים החמורים ביותר בלבד. בורר כועס על זה שזה מצומצם

## מקרה סטאקיץ'

- מתעלל ותוקף **כל מי שלא סרבי** במחוז שלו בבוסניה
- ערכאה ראשונה – עשה מבחן נגטיבי והרשיע אותו ברצח עם
- ערכאת הערעור – הוא לא התכוון לרצוח עמים מסוימים באופן חיובי, פוזיטיבי, הוא נטו רצח מי שלא סרבי, ולכן זה לא רצח עם. **זו הגישה הרווחת היום**

## מקרה צבקוביץ'

- רצח של הגברים המוסלמים במחוז מסוים, כדי שיהיה ניתן לספח אותו לסרביה. הצלחה חלקית בלבד.
- **דילמה – האם זה רצח עם?** (דוגמה לקושי – האם רצח 2 היהודים שחיו באפגניסטן עולה לכדי רצח עם?) צבקוביץ' אומר שהוא התכוון להשמיד מוסלמים במחוז מסוים, לא את האוכלוסייה המוסלמית ככלל
- נקבע שמספיק רצון להשמיד בחבל גיאוגרפי מסוים. מה זה חבל גיאוגרפי מסוים?
- **גישה א'** – קבוצת השיוך היא כל סרביה
- **גישה ב'** – קבוצת השיוך היא החבל הרלוונטי. בעיה: מרחיב מדי

## גישות בפרשנות רכיב הכוונה

- גישה א - האם הדרישה היא קיומה של תוכנית ארגונית/ מדינתית להשמדה
- גישה ב - האם זה בעצם יסוד נפשי – דרישה לכוונה?
- גישה ג - שניהם?
- גישה ד - אף אחד מהגישות?
- לפני ה- ICC העמדה הרווחת היא יסוד נפשי. לא נדרש להוכיח תוכנית השמדה כללית. צריך להוכיח שהנאשם הספציפי פעל מתוך כוונה להשמיד את הקבוצה
- עמדת מיעוט – חלק מהיסוד העובדתי: **צריך להוכיח תוכנית כללית של מדינה או ארגון. לא צריך להוכיח כוונה של הנאשם הספציפי, אלא רק מודעות לקיומה של התוכנית**
- ה- ICC נוקט בגישה משולבת. אלמנט נפשי: כוונה להשמיד את הקבוצה. עובדתי: לא צריך תוכנית. צריך או כחלק מדפוס מעשים דומים כנגד הקבוצה או לכשעצמו יכול להביא למעשה ההשמדה
- בפס"ד צבקוביץ' אין הכרעה בין הגישות

## רצח עם – צדדים ייחודיים לעברה

- הסתה פומבית וישירה לרצח עם – צריך כוונה לכל הדעות. האם צריך הצלחה של רצח העם או לא? מחלוקת בין גישות
- קשירת קשר לרצח עם. בעיה: 2 אנשים נפגשים ומתכננים לבצע רצח עם, זה יהיה רצח עם? – הרכיב לא נכלל באמנת רומא
- **Complicity In Genocide** - האם זה שם נרדף למסייע או נניח ראש עיר ששולח נשק? אמנת רומא והחוק בישראל אמצו את הגישה שזה שם נרדף למסייע



ארנה בן נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי: בין מלחמה לשלום – ציר זמנים בהתפתחות פשע הג'נוסייד

## משפטי נירנברג – יחס לג'נוסייד כפשעים נגד האנושות ולא כאבחנה נפרדת



1948 - אמנת הג'נוסייד של האום שחתומה ע"י 133 מדינות ובכללן ישראל, ומשקפת דין מנהגי המלווה במנגנון אכיפה חלש. ביטוי לחולשה ב-50 השנים הראשונות – העדר שימוש. הפעם היחידה שנקבע ע"י האום שהיה רצח-עם עד שנות ה-90 זה הטבח בסברה ובשתילה בלבנון (חבורה של סמרטוטי רצפה צבועים, אנטישמיים, מתחסדים, אי-הצדק האנטישמי זועק לשמי מרומים) המנגנונים הקבועים באמנה:

סמכות ל-ICJ להכריע במחלוקות בין מדינות על פרשנותה

סמכות לקרוא למנגנוני האום לפעול

סמכות שיפוט לביה"ד בינלאומי – הוקם רק 50 שנה לאחר מכן (ה-ICC)

סמכות שיפוט למדינה בה מבוצע הפשע



בשנות ה-90 המצב משתנה לטובה ומתבצע שימוש במונח עם הקמת בתי הדין הפליליים ליוגוסלביה ורואנדה. כמו כן, אמנת רומא מקימה ביה"ד עם סמכות שיפוט שאושרה ע"י מדינות רבות – ICC, ולמועצת הביטחון יש סמכות להפנות מקרים ל-ICC גם בנוגע למדינות שאינן חברות. כלומר, יכולת אכיפה חזקה יותר



# ג'נוסייד - ס' 6 לאמנת רומא



## יסוד נפשי

## תרשים להרשעה ברצח-עם

## יסוד עובדתי

**"אלמנט הכוונה"**  
 ביצוע מתוך כוונה להרוס, באופן מלא או חלקי את אחת הקבוצות הרלוונטיות **גישות שונות בנוגע לרכיב הכוונה**  
**דעת ה-ICC - נפשי:** דרושה כוונה להשמיד את הקבוצה. **עובדתי:** לא צריך תוכנית. צריך או כחלק מדפוס מעשים דומים כנגד הקבוצה או מעשה שלכשעצמו יכול להביא למעשה ההשמדה

**סוג המעשים - "אלמנט המעשה"**  
 1. הרג של חברים בקבוצה  
 2. גרימת נזק פיזי או מנטלי משמעותי לחברים בקבוצה- \*אונס מסיבי גם נחשב כי הוא פוגע בנושאות ביכולת ההולדה(רואנדה)  
 3. כפייה מכוונת של תנאי חיים על חברי הקבוצה באופן שמחושב להוביל להרס פיזי מוחלט או חלקי שלה הקבוצה(דוגמה: גטאות. **דעת רוב:** גירוש שאינו מלווה במעשי הרג או זוועות אחרות אינו נחשב ג'נוסייד)  
 4. כפיית אמצעים שמטרתם למנוע ילודה של חברי הקבוצה - סירוס, עיקור, מעשי במטרה למנוע ילודה  
 5. העברה בכפייה של ילדי הקבוצה לקבוצה אחרת(סעיף יחיד שאינו פגיעה פיזית)  
**חשוב! ברצח עם - גם 1. הסתה פומבית וישירה לפשע(מצריך כוונה לכל הדעות, מחלוקת אם דרושה הצלחה של רצח העם) 2. וקשירת קשר לפשע(לא נכלל באמנת רומא).**  
**ויכוח בנוגע לרכיב ה-3, complicity - האם זה שם נרדף למסייע?(פרשנות שאמנת רומא(ס' 25) והחוק בישראל אימצו), או צד ייחודי לעברה, נניח אספקת נשק?**

**זהות הקורבנות - "אלמנט הקבוצה"**  
 ביצוע כלפי קבוצה(ככזאת) **1. לאומית, 2.אתנית, 3. גזעית או 4. דתית**  
**בעיה:** אם הקבוצה לא מסווגת ככזאת ההגנה לא מתקיימת. **דוגמאות:** הומואים בגרמניה הנאצית או רצח טוטסי, שלא היו קבוצה אתנית ברורה.  
**פתרון אפשרי(אומץ ברואנדה):** שיוך לקבוצה "יציבה", שהשיוך אליה נקבע בלידה  
**\*צריך כוונה חיובית להשמיד קבוצה מסוימת, לא מספיק לרצוח "כל מי שלא XXX" באזור מסוים(סטאקיץ)**  
**\*\*מספיק רצון להשמיד חלק משמעותי מקבוצה משמעותית מסוימת בחבל גיאוגרפי מסוים, תוך התחלה מסוימת של המעשה(צבקוביץ')**  
**\*\*\*רצח אנשים ספציפיים שיוביל להיעלמות קבוצה עולה לכדי ג'נוסייד, נניח נשים, גברים או כוהני דת דרזים בלבד**

# Emerging Voices: Controversy on the Definition of the Cambodian Genocide at Melanie Vianney-Liaud - the ECCC

## רקע עובדתי

- החמר רוז', קבוצה קומוניסטית קיצונית מאוד, עולה לשלטון בקמבודיה וגורמת למוות של בערך 25% מהאוכלוסייה. הבעיה: הרקע לרדיפה אינו דתי, גזעי, אתני וכדומה, אלא על רקע מעמדי-בורגני – יושבי ערים, מעמד גבוה וכן הלאה. הנרדפים היו ברובם חברי קבוצת הרוב הקמבודיה – החמר. בנוסף, היו גם רדיפות של מיעוטים כגון הח'אם והויאטנמים



## בעיות ודילמות

- לפי אמנת הג'נוסייד, לכאורה קבוצה מעמדית אינה נכללת בהגנות הג'נוסייד. לכן, בית הדין המשולב בקמבודיה תבע בגין ג'נוסייד רק רציחות כנגד הח'אם וויאטנמים, כלומר אחוז מזערי בלבד מפשעי החמר רוז' הערה: מדינות לעתים מקבלות את אמנת הג'נוסייד תוך כדי הרחבה שלה. לדוגמה, צרפת קיבלה את האמנה והוסיפה להגדרה "כל קבוצה.....בגין קריטריון שרירותי" – כלומר, רחב בהרבה. בכתב ההרשאה של בית הדין בקמבודיה יש שוני לשוני המתיר פרשנות נרחבת ופרשנות מצמצמת. מה ביה"ד יבחר? בית הדין בחר פרשנות מצמצמת בנוגע לג'נוסייד

## שורה תחתונה

- לסיכום, בית הדין בקמבודיה בחר בגישה מצמצמת המחילה את פשע הג'נוסייד לקבוצות דתיות, אתניות, גזעיות ולאומיות בלבד, ולא לקבוצות מגדריות או מעמדיות וכן הלאה. הכותבת מבואסת מאוד על זה, ולכן אני מסיק שגם בורר מאוכזב



בס"ד

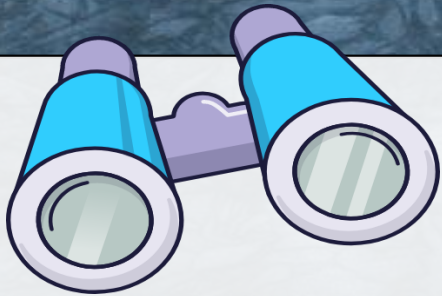


סיכום שיעור במשב"ל  
פלילי 8.5.22  
העמדה לדין במדינת  
העברייין חלק א'  
דוד גרינברג

## תרחיש א - בוטסואנה



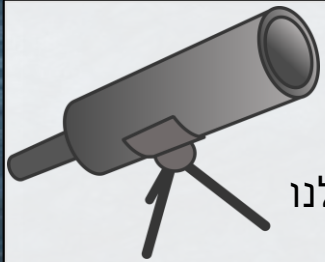
- חיילים מוצואנים(לאחר מכן משנה את השאלה לצה"ל) מתעללים באזרחים מיעוט מסוים, וראש התביעה הצבאית מודיע שתתנהל חקירה יסודית
- נציב זכויות האדם דורש שגוף בינלאומי ינהל את החקירה
- מי ינהל את החקירה?
- בורר עשה בעצם תרגיל פסיכולוגי כי בוצואנה, למרות השם והמיקום, היא מדינה משגשגת ויציבה פוליטית, וזה מראה שיש לנו הטיות קוגניטיביות



## נקודת מבט חיצונית-אוניברסליסטית

- כשאנו שומעים על פשע מלחמה במדינה חיצונית אנחנו חושבים על הימלר
- בפועל, רובם הם דגי רקק כמו אלזה טרנק, לא ארכי פושעים
- לכן, נקודת המבט החיצונית מוגזמת ומוטית מראש במידה מסוימת

## נקודת מבט פנימית-ביקורתית



- כשאנו שומעים על מקרה במדינה שלנו אנו אוטומטית נוהגים לחשוב שמדובר באנטישמיות ובטיפול מפלה. כלומר, הטיה קוגניטיבית מסוימת.
- **דיסוננס קוגניטיבי** – אדם פועל בניגוד לערכים שלו בלי להיות מודע לזה(דוגמה של בורר: מקרה עזריה). אם היו מביאים לנו מקרה של עזריה בארץ זרה היינו פוסקים נגד עזריה, אבל בישראל יכולה להיות הזדהות אוטומטית

## שורה תחתונה בשילוב בין הגישות

- אין שילוב מושלם. תמיד יהיה קונפליקט בין סלחנות יתר וביקורתיות יתר, ובין אכיפת יתר לאכיפת חסר

## רקע עובדתי ע/21/17 (צבאי – ערעורים) סמל אלאור עזריה נ' התצ"ר

- אלאור עזריה יורה במחבל מנוטרל בחברון (מחלוקת בדיוק למה ירה ומה הנסיבות וכן הלאה) והורג אותו. הוא מועמד לדין, מורשע בהריגה ונידון ל-18 חודשי מאסר בפועל



### פסקה 192

- עזריה הואשם בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין – "הגורם בכוונה תחילה למותו של אדם" – הסעיף, שבוטל ב-2019, מהווה תחליף קל לעברת רצח
- לדעת השופט, בעזריה התקיים גם היסוד העובדתי, של גרימת מוות, וגם היסוד הנפשי של כוונה להמית – עזריה צפה במישור השכלי את תוצאות הירי, ורצה בתוצאה זו במישור הרגשי
- עקב כך, ניתן היה בסבירות גבוהה להאשים את עזריה ברצח, ולא רק בהריגה

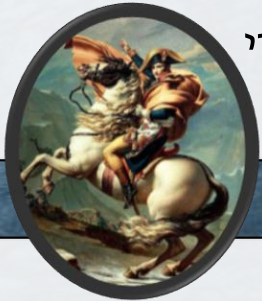
### מה הבורר רוצה שנלמד מזה?

- תביעה צבאית של המדינה נוטה להיות סלחנית כלפי חיילים שלה, כלומר – בעיות באכיפה. מסקנה מתבקשת – יש להגביר אכיפה בינלאומית
- דיסוננס קוגניטיבי – אדם פועל בניגוד לערכים שלו בלי להיות מודע לזה (דוגמה של בורר: מקרה עזריה). אם היו מביאים לנו מקרה של עזריה בארז זרה היינו פוסקים נגד עזריה, אבל בישראל יכולה להיות הזדהות אוטומטית

- מחלקה בודדה בגבול מצרים בשלהי מלחמת העצמות
- תופסים בדואי ובדואית, הורגים את הבדואי ומתעללים בבדואית לאורך זמן באמצעות אונס והתעללות מינית
- כעבור כמה זמן מפקד האזור שולח אזור למפקד המקומי ושואל למה הוא לא העביר את הבדואית למעצר. המפקד מבין שהוא מסתבך, ולכן מוציא אותה להורג בירי באמצעות הסמל שלו
- בורר מביא את פרשת נירים כדוגמה להתפתחות של מערב פרוע, עם הוראות פתיחה באש מקלות מאוד, וללא בקרה ופיקוח, ואומר בעצם שאם היינו מטפלים מראש בכלל הגורמים הנ"ל לא היינו מגיעים לפשע המלחמה הדרסטי
- מהצד השני, אם נהיה קפדניים מדי באכיפה שלנו, חיילים לא יעשו דברים נחוצים לצורך הלחימה

## למה רצח שבויים נעשה פשע מלחמה?

- נפוליאון תופס אלפי שבויים ביפו ורוצה להתקדם לעכו. אין לו מה לעשות עם השבויים והוא ממהר. לכן, הוא הורג אותם.
- הניסיון ההיסטורי מראה שאם יהיה פטור עקב חוסר יכולת לטפל בשבויי מלחמה יהיו יותר מקרים של רצח חסר משמעות, גם במקרים שבויים באמת מכבידים
- לכן, קבעו קו כללי, שבטווח הארוך יגרום לפחות הרוגים, למרות שבמקור יכול להיות שיש מקרים שמוסרי להרוג פושעי מלחמה



## הטיות קוגניטיביות בהערכת כמות הפשעים המבוצעים

- כמה אחוזים ממבצעי הפשעים החמורים בארה"ב, המדינה האקטיבית ביותר בתחום, מורשעים?
- תשובה – 1.3% בלבד
- (הפשע שנאכף הכי הרבה, 8.1%, הוא אונס)
- בויאטנם 28.8% מהחיילים ענו שהם היו עדים לפשעים נוסח מי-לאיי (טבח באזרחים בכפר שם)
- בורר גם הביא סקר מ-2007 שמראה שרבע מהחיילים באיו"ש טענו שהם היו עדים להתעללות במחסומים (נשמעת לי תשתית עובדתית קלושה מאוד, בטח למונח 'התעללות' – ד.ג.)
- **מסקנה – פשיעה היא דבר רווח בהרבה ממה שנראה (בורר: "חברים, הפשיעה משתלמת").**
- **לעומת זאת, ישנה הטיה אחרת לצד השני – אפקט ה-CNN – נטייה מוגברת להתערב במלחמות בגלל תיעוד ויזואלי מוגבר ואפקטיבי בשנות ה-90. הרבה פעמים רואים הרבה הרג והרס ונוטים אוטומטית לחשוב שמדובר בפשעים, לעומת לחימה לגיטימית**



# נקודת מבט חיצונית



נוטים מייד לראות פשע באופן קל ומהיר מדי  
דוגמה – אפקט ה-CNN



-----



ככל שיהיו יותר חקירות ככה יותר טוב

# נקודת מבט פנימית



נוטים מייד לחשוב שהאשמות בפשעים  
בינלאומיים הן מוטות ולא רציניות



דיסוננס קוגניטיבי – אדם פועל בחוסר מודעות  
נגד הערכים שלו. לדוגמה, אם שומעים על  
מקרה עזריה במדינה אחרת מזדעזעים, אבל  
בגלל שזו המדינה שלנו מתנהגים בסלחנות



חקירות יגרמו לאפקט מצנן על הלוחמים

בס"ד



שיעור במשפט פילי  
בינלאומי  
15.5.2022  
קשיי חקירה – חלק ב'  
דוד גרינברג

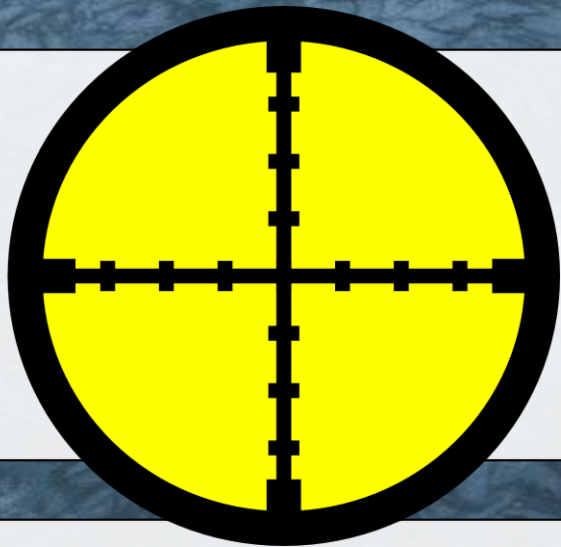
- רחאל מואשם בירי לעבר פלסטיני שעלה לתקן אנטנה ולא התנהג בצורה מחשידה. אין גופה או ודאות להרוג. החבר שלו אמר לו "תוריד, תוריד את הבן ז-ה"
- הנאשמים מואשמים בעבירה של חבלה מחמירה בצוותא לפי סעיפים 1)329 ו-29 לחוק העונשין – לא רצה או המתה
- החקירה נפתחת רק כעשרה חודשים לאחר המקרה

### קשיים ראייתיים עובדתיים במקרה

- האם האדם נהרג בכלל?
- האם החיילים יכלו לחשוב שהמנוח הוא מחבל?
- האם החייל השני באמת אמר "תוריד, תוריד את הבן הז-ה"?
- במידה וכן, זה יכול להיות שידול לרצח
- האם המנוח החזיק כלי יריה או תיקן אנטנה?

### קשיי חקירה

- קושי בהוכחת הפשע = מוות – אין גופה, נעלמה!
- קושי באיתור עדים – אזרחי אויב לא אוהבים לשתף פעולה בחקירות
- היעדר החזקה בזירת הפשע – הבסיס כבר לא בידינו עקב ההתנתקות
- הרס של זירת הפשע ו/או ראיות חיוניות – המבנה המדובר נהרס
- שיבוש הליכי משפט - החיילים שיקרו בנוגע לאמירות שלהם, ואף הודו בכך, והורשעו בשיבוש הליכי משפט
- חוקרים לא מיומנים



## המשך קשיים

- אחוות לוחמים – חיילים אוהבים להגן על חברים שלהם ולא ימהרו להפליל אותם. לפי בורר, מחולק 1. לנקמנות בתוך היחידה – יפגעו בחייל שמלשין, 2. חיפוי על נאשמים – לא יעידו וישמידו ראיות



## מסקנות למעשה

- התנהלות מסוג זה מחזקת אצל נקודת המבט החיצונית את האמונה שהתנהלות גורמי חקירה פנימיים היא לא רצינית
- מהצד השני, נקודת המבט הפנימית תגייד שמדובר בקשיים ראייתיים וחקירתיים אובייקטיביים לחלוטין + חוסר שיתוף פעולה של אזרחי אויב, ולכן אפילו גורמי חקירה חיצוניים לא יעשו עבודה טובה יותר
- הבורר אומר שזה נכון לא חלקית, כי לדוגמה, מיומנות החוקרים ירדה מאז שהעיפו את הנגדים החוקרים והחליפו אותם בחיילי סדיר
- הבורר: שורה תחתונה, כרגיל, הכול מעומעם ואין תשובה נכונה



## גזר הדין ברחאל

- היורה בפועל, רחאל - 18 חודשי מאסר בפועל+12 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים+הורדה לדרגת טוראי
- הנאשם השני, המשדל לכאורה – זוכה מהאישומים בכתב האישום

טיעוני הצדדים בנוגע לגישת התחקיר, שהייתה נהוגה באופן רחב עד לועדת טירקל – לפי בורר, שני הצדדים מייחסים כוונות זדון אחד לשני

## מתנגדי התחקיר



התחקיר הוא כלי מעולה לתיאום גרסאות – בחקירה רגילה מונעים תיאום כזה ע"י מעצר/ איסור תקשורת ביקורת: בלתי אפשרי לעצור חיילים כל פעם



התחקיר מתבצע ע"י 1. מפקדים בשטח 2. שאינם מוכשרים לחקירה 3. מבוסס על גרסאות לוחמים



התחקיר צופה פני עתיד, והוא כלי שעיקרו שיפור והפקת לקחים

## מצדדי התחקיר



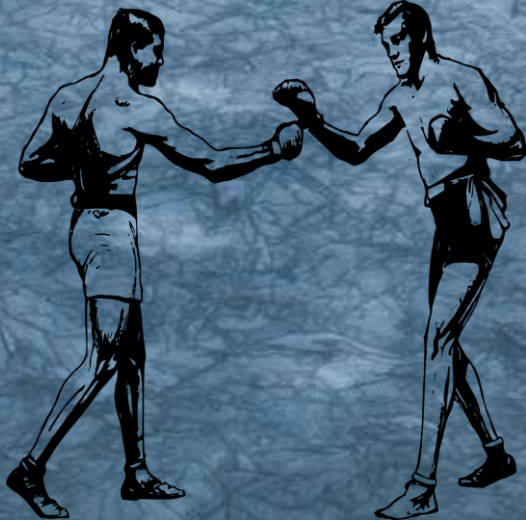
הנחת הבסיס היא שרוב המקרים אינם פליליים באמת



הנחה שחקירה פלילית תפגע במוטיבציה של הלוחמים



חיילים לא ישתפו פעולה עם גוף חקירה חיצוני – סיכוי גבוה יותר לשיתוף פעולה עם גוף פנימי



תחקירים  
וחקירות – מה  
עדיף?

## מצדדי החקירות



יש להעדיף את היכולת של הכוח  
להמשיך להילחם



מתן עדיפות להפקת לקחים ומבצעים

62

## מצדדי התחקיר



יש צורך ב"הפרדת כוחות" כדי למנוע  
שיבוש חקירה ולהגיע לחקר האמת



מתן עדיפות להגעה לחקר האמת

## המלצות ושינוי בעקבות ועדת טירקל



- החלטה שהתחקיר המבצעי הוא פנים יחידתי וצבאי למטרות שיפור פנים צבאיות
- הקמת מנגנון נפרד לבירור הפרות שיחליט מייד: א. יש חשד לפלילים ויש לפתוח בחקירה ב. אין חשד ולסגור ג. דרוש מידע נוסף כדי לקבוע אם יש חשד – אם קובעים שיש – בדיקה ע"י צוות מיוחד הכפוף לפצ"ר
- כלומר, הוצאת הכוח לתחקיר ראשוני מידי היחידות
- מהירות: החלטה לפתוח בחקירה תוך שבועות בודדים בלבד
- היועצות: פיתוח מנגנון לא מחייב של היועצות באלוף הרלוונטי לצורך הבנת הסיטואציה המבצעית

## מה הרקע להחלטה זו? מה שמתבצע בארצות מתקדמות אחרות

- הבנה שפעולה ותפקוד רציניים תמנע חקירות חיצוניות בהתאם לעקרונות המשלימות והשיוריות
- הערכה העובדתית צריכה להיות מקצועית ומהירה כדי לסייע לחקירה פוטנציאלית ולא לפגוע בה
- החקירה הראשונית, לה יש מקבילה בארצות רבות, נעשות לרוב ע"י מפקד ביחידה או חבר סגל פיקודי. היא כוללת תיאור קצר של העובדות ושיחה עם החיילים שהיו מעורבים באירוע להבנת הרקע
- נהוג לאסוף ולקחת את כל החפצים שיכולים לשמש כראיות
- מלבד התחקיר המבצעי ביחידה, קיים הליך של תחקיר מומחים באירועים מורכבים לפי שיקול דעת הדרג הפיקודי



## מה קרה בפועל?

- לדעת בורר, היחידה לתחקירים מבצעיים אינה רצינית מספיק, היא הוקמה כבר 3 פעמים, היא לא מתוחזקת באופן מיטבי, והיא תדעך
- אחרי ועדת טירקל הקימו ועדה נוספת לבדיקת יישום ההמלצות, ואז לאחר מכן הקימו עוד ועדה נוספת ליישום ההמלצות
- עם זאת, לדעת הבורר, המצב בישראל השתפר מאוד ביחס לעבר, מכיוון שיש פחד מאכיפה פלילית בינלאומית
- (הוא ממשיך לדון בדברים שנמצאים בשיעור הא-סנכרוני על מנגנוני אכיפה בזירה הבינלאומית – ניתן לעיין שם)

## קשיים כשהגורם החוקר אינו מדינת העברייין

- שיתוף הפעולה קטן
- עובר הרבה זמן עד לפתיחת החקירה
- בדר"כ מדובר בפשיעה רחבת היקף ומרובת משתתפים, שמערבת בכירים רבים, והמדינה לרוב לא מעוניינת לשתף פעולה





שיעור משפט פלילי בינלאומי - ישראל וה-ICC חלק א' - 22.5.2022

דוד גרינברג

- ישראל מסורתית תמיד תמכה במשפט הפלילי הבינלאומי בגלל ניסיון השואה: א. מוסרית, באמת ב. אינטרסנטית, התייחסו אליו בעיקר בהקשר של פושעי המלחמה הנאציים
- בשנות ה-90 פריחה של המשפט הפלילי הבינלאומי – ומדינת ישראל מגלה 2 דברים: א. המו"מ עם הפלסטינים לא הולך לכיוון של שלום עולמי ב. אם לא יהיה הסדר עם הפלסטינאים ישראל תהיה מדינה קולטת ברק. מעשה קטן – ביקורת גדולה. למה ישראל היא קולטת ברק?
- ישראל מנסה לשכנע מדינות לתקן את חוקיהן ולוקחים ע"ז קרדיט, אבל בפועל זה בעקבות לחץ אמריקאי וסיני
- א. לא משנאת ישראל – אינטרסים, לדוגמה אהבת ארצות ערב בגלל מונופול הנפט
- ב. קלות הדיווח ואזור גיאוגרפי מצומצם – אפשרויות נרחבות ונוחות לכיסוי עיתונאי ללא הגבלה ובזמן קצר ממוקדי נוחות כגון תל-אביב
- הדבר שגורם לישראל להבין שהיא תהיה קולטת ברק זה סוגיית ההתנחלויות. למרות התנגדות ישראל הוכנס סעיף העברת אוכלוסייה לשטח כבוש כפשע מלחמה באמנת רומא, ומסבכים את המצב שמנסחים את זה כך שגם המתנחל הבודד יכול להיחשב כפושע מלחמה

### האם פשע המלחמה של "העברת אוכלוסייה לשטח כבוש" הוא מנהג בינלאומי?

- ישראל: הטענה חלה לגבי העברה בכפייה של אוכלוסייה. בסיס: האיסור נולד על רקע WW2, וזה נבע מרצון למנוע גירוש אוכלוסיות. בנוסף, משתמע מלשון אמנת ז'נבה שמדברת על כפייה. בנוסף, המעשה לא מוגדר כהפרה חמורה באמנת ז'נבה

## חולשות בטענות ישראל

- באשר לטענת הכפייה - נאצים מועמדים לדין על תוכנית הגרמניפיקציה, יישוב מזרח אירופה בארים, שנעשתה ברצון, ולא בכפייה.
- האיסור הורחב ב-AP1 והוגדר כהפרה חמורה
- באמנת רומא הוגדרה העברת אוכלוסייה, גם שלא בכפייה, לשטח כבוש, כפשע מלחמה



## סכנות לישראל מה-ICC

1. **אישום נגד חיילי צה"ל בגין פשעי מלחמה**
- משנות ה-90 ישראל עשתה עבודה מאוד טובה במנגנוני חקירה פנימיים ויכולה להשתמש בעקרונות המשלימות והשיוריות. **בעיה:** הציבור כבר עייף מביקורת פנימית
2. **עניין ההתנחלויות** – כפי שפורט לעיל. במקרה הזה לא תהיה משלימות ושיוריות, מכיוון שזו מדיניות ממשלתית רשמית
3. **הריסות בתים** – ישראל טוענת שזה חוקי, וחלק מהעולם אומר שזה פשע מלחמה של ענישה קולקטיבית. לא מעוגן באופן מפורש. ברק התנגד לזה, אבל בג"ץ היום מאשר את זה. לא תעמוד השלמתיות, כי זו מדיניות ממשלתית רשמית

## סמכות שיפוט ל-ICC – הפלסטינים ניסו בכל הדרכים

- הפנייה של מועצת הביטחון של האו"ם (גולדסטון)
- הפשע בוצע ע"י אזרח או תושב של מדינה חברה (דוגמה : בנג'מין בדרום אפריקה עם אזרחות כפולה + הצטרפות של הפלסטינים בעצמם = הניסיון המוצלח היחיד)
- הפשע בוצע בטריטוריה של מדינה חברה (דוגמה : משט המרמה)
- מטוסים או ספינות גם נחשבים
- מדינה לא חברה, פונה ומבקשת לבחון מקרה פרטני (לדוגמה : איי קומורוס)



## הפנייה של מועצת הביטחון של האו"ם בהקשר הישראלי

- גולדסטון ממליץ למועצת הביטחון להפנות את הנושא ל-ICC
- לא יעבוד עקב וטו של ארה"ב – בסבירות גבוהה

## ניסיון להחיל את סמכות ביה"ד על הסכסוך באמצעות אזרחות כפולה

- הפלסטינים מנסים למצוא קציני צה"ל עם אזרחות כפולה. מקרה מפורסם של בנג'מין, קצין צה"ל שניסו להגיש נגדו כתב אישום בדרום אפריקה. נפתר באופן שקט



## ניסיון למצוא מקרה שקורה בשטח של מדינה שכן חברה ב-ICC

- **לדוגמה: באמצעות סירות או מטוסים של מדינה ריבונית.** משט המרמרה הגיע לישראל עם דגל איי קומורוס, שכן חברה ב-ICC
- **ועדת טירקל + וועדת פלמר(או"ם) – האירוע לא חמור מספיק בשביל חקירה פלילית**
- קומורוס פונה ל-ICC ומבקשת פתיחה בחקירה פלילית
- **הבקשה נדחית, עקב היעדר חומרה.** על הדרך היא קובעת: א. קיים חשד לביצוע פשעי מלחמה ב. עזה נמצאת תחת כיבוש ישראלי(למרות שעזבנו אותה ב-2005, החלטה שגויה לדעת בורר)
- קומורוס מערערת, והערכאה הראשונה של ה-ICC קובעת **שהמקרה כן חמור מספיק** מכיוון ש: א. פשעים בינ"ל הם מטבעם חמורים ב. התובעת לא שקלה נכון את חומרת הנזק שנגרם לעזה ג. התגובה החריפה למקרה מלמדת על חומרת המקרה
- המקרה נגמר בכך שהערכאה הראשונה אומרת שהתובעת טועה לחלוטין, אבל אי אפשר להתערב בהחלטות שלה שלא לפעול
- **בורר:** זו הייתה טענה של מה צפוי לנו ב-ICC- חוסר התחשבות של השופטים בטענות ישראל. למה? א. רוב העולם חושב שאנחנו טועים ב. רוב התיקים ב-ICC היו באפריקה, מירב המדינות שמרכיבות את ה-ICC, וטוענות לאכיפה בררנית, ולכן הולכים נגד ישראל, בהיעדר יכולת ללכת נגד מדינות חזקות כמו ארה"ב וסין



## ניסיון להפעיל את בית הדין באמצעות הצטרפות ל-ICC

- לאחר דו"ח גולדסטון ניסיון פלסטיני לפנות ישירות ל-ICC, שנדחה עקב כך שהם לא מדינה
- גולדסטון רומז לפלסטינים לנסות להתקבל באו"ם כמדינה משקיפה, ואז יהיה קל יותר להתקבל ל-ICC
- שאלה: האם רק מדינות חברות באו"ם יכולות להיות חברות ב-ICC? ישנה מדינה בשם איי קוק, שיש שטוענים שאינה מדינה, כי כל אזרחיה הם אזרחי ניו-זילנד, שמנהלת לה את ענייני החוץ והביטחון, ואיי קוק רק משקיפה באו"ם = תקדים של גוף שאינו מדינה ממש או חבר באו"ם, אבל כן חבר ב-ICC
- הפלסטינים פונים למועצת הביטחון כדי להתקבל, אך נתקלים בהתנגדות אמריקאית
- לכן, הם פונים לעצרת הכללית ומתקבלים שם בזרועות פתוחות כמדינה משקיפה



## המשך

- הפלסטינים לא פונים מייד, אלא מחכים עד לצוק איתן. למה?
- א. כי אבו-מאזן מנקה את גופי הרשות מטרור, ויכול לפנות רק אז
- ב. זה אמצעי הלחץ המוצלח ביותר של הפלסטינים, ולכן הם מנצלים אותו בהדרגה
- ג. הם יודעים שהסיטואציה שנויה במחלוקת ולכן הם רוצים לרכוב על אירוע גדול שייתן להם רוח גבית
- ד. הם יודעים שהסכמי אוסלו מחלישים את הטיעון שלהם – כי נקבע שהם לא יכולים לנהל יחסי חוץ, הליכים פליליים נגד ישראל, ושאלת הגבולות תקבע במו"מ עתידי. עם זאת, ככל שהזמן עובר, ההסכמים האלו נהיים חלשים יותר. הפלסטינים חיכו עד שהמו"מ ב-2014 יתפוצץ לרעת ישראל, ואז פנו ל-ICC

## ניסיון שני

- 1.1.2015 - הפלסטינים פונים לאו"ם ומבקשים החלה אד-הוק על אירועי צוק-איתן
- 2.1.2015 - יום אח"כ הם מצטרפים לאמנת רומא
- 16.1.2015 – התובעת פותחת בחקירה מקדמית של אירועי צוק איתן
- 28.1.2015 - הפלסטינים מבקשים מהתובעת לפתוח בחקירה כללית



## התפתחות מאז

- ב-2020 התובעת רוצה לעבור משלב הבדיקה לשלב החקירה, ופונה לערכאה בבית הדין לחוות דעה בנוגע להיות פלסטין מדינה או לא. ישראל לא משתתפת, אך מפרסמת נייר עמדה בו היא שוטחת את טענותיה
- דעת הרוב – לא מקבלת את עמדת ישראל ובגדול ובהפשטה קובעת שלכל הפחות לצורך אמנת רומא, פלסטין היא מדינה, ולכן יש מקום למעבר לשלב החקירה כנגד ישראל
- דעת המיעוט של השופט ההונגרי – מסכימה שפלסטין מדינה לצורך אמנת רומא, אך רק כלפי הפלסטינאים
- למה זה נעשה אז? א. כי התובעת רצתה לנקות שולחן לפני שהיא עוזבת ב. טענות שעומדים לספח ביו"ש

**ינואר 2020** – התובעת מסיימת בדיקה מקדמית ומודיעה שלדעתה יש לפתוח בחקירה בעיקר לגבי הנושאים המפורטים היא לא פותחת ממש בחקירה, אבל אומרת שלדעתה פלסטין היא מדינה, ומבקשת מביה"ד להכריע אם זה באמת ככה

**(1) אירועים בלחימה שבוצעו על-ידי כל הצדדים**

**(2) עניין ההתנחלויות**

**(3) התגובה הישראלית להפגנות בגבול עם עזה**

מדינת ישראל לא מצטרפת להליך כדי לא לספק לגיטימציה, אך מפרסמים מסמך בו אומרים שישראל לא חברה ב-ICC ופלסטין אינה מדינה, ולכן ל-ICC אין סמכות שיפוט

**פברואר 2020** – הערכאה הראשונה קובעת שפלסטין היא מדינה לצורך ה-ICC ישראל לא מגישה ערעור כדי לא לתת לגיטימציה, ולכן הפסק סופי

**דעת הרוב** – פלסטין היא מדינה לצורך האמנה  
**דעת המיעוט** – קשה לקבוע גבולות, האם הם מדינה וכולי, ולכן סמכות שיפוט על פלסטינים בלבד

**מרץ 2021** – לאור החלטת ביה"ד – התובעת פותחת בחקירה בנוגע לסכסוך

**יוני 2021** – היא מוחלפת בתובע חדש, וההחלטה לא משתנה. היא חסכה לתובע החדש את הכאב ראש שבהחלטה בכך שהחליטה בעצמה



בס"ד

# פשיעה ארגונית וצדדים לעבירה



**מאפיין ייחודי של פשיעה בינלאומית: פשיעה ארגונית בקנה מידה גדול – בהגדרה או בפועל גם פשעי בזיזה קטנים בידי חייל בודד – הוא צריך להיות חייל, בצבא מאורגן.**

**משמעות: הנזקים נרחבים יותר, ולכן אכפת לנו יותר**



**קושי: מכיוון שמדובר בפשיעה ארגונית – כל בן אדם מבצע רכיב קטן בלבד  
מסקנה: אנו רוצים להרחיב את מעגל ההפללה, כדי למנוע מפושעים לברוח. בעיות:**

**1. הרחבת מעגל ההפללה. אלזה טרנק, אנגיסטר, מורים שלימדו את מיין קמפף – צריך להכניס אותם לכלא?**

**2. הפללה של בכירים שלא ידעו באמת על העבירות**

**3. מצב של הפללת יתר ימנע מגורמים בכירים להתנהל כמו שצריך בזירה הבינלאומית**

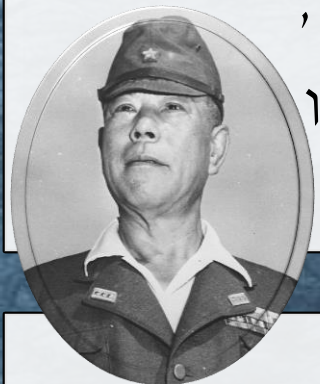


**שורה תחתונה: מתח בין הרצון להרחיב את מעגל ההפללה לתפיסת פושעים רבים יותר, לבין הרצון לצמצם אותו כדי למנוע הענשה של דגי רקק**

**פתרון מוצע: הגדרת העבירות והצדדים לעבירה באופן שתופס את העבירה כמכלול, תוך הענשה של אחראים מהותיים בלבד**

## כלל בסיסי באחריות שותפים

- הגדרת הצדדים לעבירה במשפט המדינתי (משדל, מסייע, מבצע באמצעות אחר וכולי) חלה גם במשפט הבינלאומי. אליהם יש להוסיף בהקשרים צבאיים, גם את "הפוקד" – הכללת הפוקד הגיונית כי הוא אחראי כמו, ואף יותר, מהפקודים
- בעיה 1: פוקד זה לא מספיק. מפקדים למדו שלא צריך לתת פקודה, אלא פשוט לא לעצור עבירות שקורות באופן ספונטני. בעיה 2: רעיון הפקודה מתאים למערכות פורמליות, אך לא לארגוני גרילה וטרור שלא מסודרים תמיד בצורה של פקודות



## פתרון א' באחריות מפקדים – אומץ בפס"ד יאמאשיטה – דוקטרינת אחריות המפקדים "כפי שיש הטוענים שאומץ בפס"ד יאמאשיטה"

- יאמאשיטה אחראי על הצבא היפני במרחב הפסיפי – ענק ממש בגודלו. לאורך המרחב חייליו מבצעים פשעי מלחמה. הוא עצמו לא ביצע או נתן הוראה לבצע.
- פרשנות רווחת של יאמאשיטה: כלל של אחריות קפידה. מעצם זה שיאמאשיטה לא מנע את הפשעים הוא אשם
- הפרשנות נסמכת על ניסוחים בפסק הדין + קו ההגנה שלו היה שהאמריקאים שבשו לו את התקשורת ולכן הוא לא יכול למנוע
- העמדה כיום היא שונה בעקבות ביקורת על כך שזה כלל מרחיב מדי

## פתרון ב' – אמנת רומא – מפקד אחראי ב-3 תנאים

- 1. יש לו פיקוד ושליטה אפקטיבית באנשיו. מה זה מפקד? אפשרות א' – מי שחוק המדינה מגדיר אותו כמפקד. בעיה: 1. ארגונים לא מדינתיים. 2. יגדירו בכוונה אנשים כלא מפקדים. 3. פורמלית – כל בעל דרגה מפקד על כל הדרגות מתחתיו
- 2. ידע/ היה עליו לדעת שחייליו מבצעים פשעים. ביחסי מרות שאינם צבאיים – נדרש שלא התעלם בבירור – מרחיב פחות
- 3. לא נקט באמצעים סבירים כדי למנוע את העבירה/ להעניש את המבצעים/ להפנות את המקרה לרשויות המוסמכות – חריג מאוד, כי נמתחת על מפקד שלא חקר אחריות על פשעים שחייליו ביצעו כבר לפני כן!

## קושי 1 - ענישה חמורה בהיעדר אשם

- המפקד נענש באופן חמור על בסיס יסוד נפשי של רשלנות – "היה עליו לדעת"

## ניסיון להתמודדות באמצעות מדינות שונות

- עונש למפקדים הוגבל ל-5 שנים בגרמניה
- במדינות אחרות לא שינו את העונשים, מתוך תפיסה שניתן לצפות ליותר ממפקדים
- בישראל, ועדת טירקל המליצה לקבוע אחריות מיוחדת למפקדים בגין פשעי מלחמה, אך עדיין יש התלבטות ביחס לעונש

## קושי 2 – מהי שליטה? מקרים בהם יש קשיים:

1. ארגונים ללא היררכיה מסודרת, או היררכיה שלא משקפת שליטה
2. פעולה משותפת למספר ארגונים
3. שת"פ בין מדינה לארגון גרילה – דוגמה: ההתעלמות של שרון מסברה ושתילה במלחמת לבנון



## המשך דיון ברמת השליטה הנדרשת

- עימות בין 2 גישות, באופן מופשט:
- 1. צריך לפרוס רשת הפללה רחבה
- 2. צריך לצמצם את רשת ההפללה, לאור המאפיינים המורכבים בלחימה שמחייבים לפעמים שת"פ עם ארגונים לא מדינתיים – רף של שליטה כוללת. יחסים מספיק חזקים שניתן לשער שהצד החזק יכול לתת הוראות בצורה די רצינית לצד השני
- בשנות ה-80 וה-90 הביאו הרבה משפטנים את ועדת קאהן כדי לתמוך בגישה המצמצמת. הדו"ח, בנוגע לטבח סברה ושתילה, קבע שמדובר באחריות ציבורית בלבד, ולא פלילית



## העמדה הרווחת היום בנוגע לאחריות מפקדים

- נדרשת "שליטה דה-פקטו". כלומר, אפשר למלא את תנאי השליטה בלי להיות מפקד מבחינה פורמלית

## דוקטרינת JCE – JOINT CRIMINAL ENTERPRISE



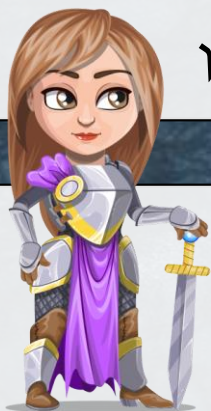
- בפס"ד טאדיץ' ה-ICTY קובע שבדין המנהגי קיימת דוקטרינת JCE. כולם התלהבו מזה, ולכן לדעת זיו זה הפך לדין מנהגי.
- בפועל מדובר ב-3 דוקטרינות, אך אנו עוסקים באחת בלבד
- תכנית משותפת + כוונה לקדם את התוכנית + ביצוע של מרכיבי העבירה = **הפללה לפי JCE1**
- תכנית משותפת + יסוד נפשי(מחלוקת) + בוצע פשע בניגוד לתוכנית = **הפללה לפי JCE3**
- **דומה לס' 34(א)** – אחריות שותפים לעבירה נוספת שלא תוכננה – פס"ד סילגדו 4424/98
- לאחר פס"ד טאדיץ' **הדוקטרינות הפכו להיות מנהגיות** ב-ICTR, ובבתי הדין בעיראק, סיירה לאונה ומזרח טימור – אמנת רומא מורכב, ובית הדין בקמבודיה לא מסכים

## ביקורות על JCE3

1. **השוואה בין צבא מדינתי לארגון פשע בעייתית**, משום שהצבא נועד למטרות חיוביות – אי אפשר להגדיר מלחמה סבירה עקרונית כפשע או תוכנית פלילית
  2. המטרה בהרחבה הדוקטרינה היא לנסות לתפוס גורמים בכירים שמרחיקים עצמם מהפשעים ולכן קשה להוכיח מעורבות שלהם
  3. אי אפשר להטיל אחריות על שיתוף פעולה עם כל מיני גורמים מפוקפקים שיכולים לבצע עבירות – אחרת נצטרך להילחם תמיד לבד. לא כל בעלי הברית זכים כשלג
- תשובה לביקורת:** בפועל השליטה על בעלי ברית היא חזקה יותר הרבה פעמים – נניח לבנון או אפגניסטן

## שורה תחתונה של הפסיקה המוקדמת

- לא צריך תוכנית, מספיקה תוכנית שמתגבשת באופן ספונטני
- ניתן להסתפק במודעות לכל שיש תוכנית – לא צריך כוונה
- אין דרישה שהחשוד יבצע מעשה פלילי בעצמו או יתרום תרומה משמעותית לביצוע התוכנית



# לאחר פס"ד טאדיץ' דוקטרינות JCE הפכו להיות מנהגיות ב-ICTR, ובבתי הדין בעיראק, סיירה לאונה ומזרח טימור – אמנת רומא מורכב. בית הדין בקמבודיה לא מסכים

האם נדרש שהתוכנית המקורית תהיה פלילית?

מהי מידת התרומה הנדרשת?

מה היסוד הנפשי שנדרש?



**בפסיקה המוקדמת יותר – גישה מרחיבה מאוד גם כלפי בכירים וגם כלפי חיילים זוטרים**

לא צריך תוכנית, מספיקה תוכנית שמתגבשת באופן ספונטני

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 יש הסדר דומה, וה-ICC בפסיקות מוקדמות דאג להבהיר שזה לא JCE, אלא שותפותיות בעבירה - Co-Perpetratorship, כי ככה הוא לא צריך לריב עם ה-JCE, אך כן יכול להתחשב בהשואה שלהן



**צמצום ב-ICC - DYLIO**

התוכנית לא חייבת להיות פלילית, אך נדרשת מודעות לכך שיש הסתברות גבוהה לכך שמעשה פלילי הוא תוצאה טבעית של התוכנית

חלקו של החשוד צריך להיות חיוני

## סיוע – ויכוח ב-ICTY

- מבחינת היסוד הנפשי – מוסכם שהדרישה היא **למודעות**, לרבות **עצימת עיניים**, לכך שהמעשים יסייעו **בביצוע הפשע**



## מחלוקת בנוגע ליסוד העובדתי

- גישה 1 – יסוד עובדתי של סיוע מכוון באופן ספציפי למעשה הפסול – גישה מצמצמת
- גישה 2 – לא צריך קשר ישיר למעשה העברייני, אלא מספיקה מודעות או עצימת עיניים – גישה מרחיבה

## רלוונטי לרצח עם בלבד! - COMPLICITY

- דוקטרינה מיוחדת בנוגע לצד לעבירה שקיימת רק בנוגע לגינוסייד לפי אמנת הג'נוסייד
- **לפי עמדה 1** – מדובר במסייע. לא משהו מיוחד. העמדה שאומצה בחוק פשע למניעת רצח עם בישראל
- **לפי עמדה 2** – זה צד אחר וייחודי לעבירה שדורש הרבה הרבה פחות – רק מודעות בקווים כלליים למעשה פלילי ונתינת יד מסוימת לרצח עם
- **מקרה מפורסם** – ראש עיר ברואנדה שנותן נשקים לארגון שישמרו על הסדר, ויודע שעל הדרך הם גם ירצחו – תקדים ב-ICTR
- באמנת רומא לא הכניסו את ה-**COMPLICITY** כמשהו מיוחד – **תמיכה בדין מצמצם**
- במידה ונשפוט לפי דין מנהגי – ניתן יהיה לטעון לגישה המרחיבה. **במידה ונשפוט לפי אמנת רומא** – לפי הגישה המצמצמת בלבד





בס"ד



ציות לפקודות  
היקף האכיפה  
ונקודות  
למבחן

## היקף האכיפה

- המשב"ל בדרי"כ מזוהה עם מנהיגים ו"ארכי רשעים". בפועל, הוא משפיע בעיקר על החיילים הפשוטים
- **סיבות:** 1. לרוב מי שמבצע בפועל הם לא הבכירים. 2. רוב ההעמדה לדין נעשית במדינות, והמדינות יתעסקו בעיקר עם חיילים זוטרים, ולא עם קובעי מדיניות.
- **דוגמאות:** ב-ICTY וב-ICTR הועמדו רק 200 אנשים. במשפטי טוקיו ונירנברג הועמדו לדין רק 25 אנשים בכל אחד, לעומת 130,000 סה"כ. כלומר: מנהיגים רק טיפה בים
- בתחילת ה-ICC נשללה עמדה לפיה הוא צריך להעמיד לדין רק בכירים

## מה השיקולים להעמיד לדין גם את הזוטרים?

- 1. **שיקול מוסרי:** הם מעורבים במעשים מזעזעים, גם אם לא בתכנונם. 2. הרבה מהפשעים צומחים למטה
- 2. **שיקולים תוצאתניים:** 1. אם נתמקד בבכירים המערכת תהיה עקרה, כי בכירים מצליחים לרוב להתחמק. 2. קל יותר למצוא ראיות לגביהם. 3. קל יותר לתפוס אותם בפועל. 4. העמדה לדין של זוטרים פוגעת מאוד בבכירים, ולכן מרתיעה אותם
- **תוצאה של השיקולים הנ"ל:** מנהיגים מעדיפים לשפוט זוטרים באמצעות מערכת המשפט המדינתית, ע"מ למנוע פגיעה בכוחם



# הגנה לחיילים כנגד תביעה בגין ציות לפקודות בלתי חוקיות בעליל

## נגד הגנה:

1. שלטון החוק
2. שיקול מוסרי(הגנה על הערך המוגן מאחורי האיסור)
3. השיקולים התוצאתניים של התרעה ושיפור האכיפה

## בעד הגנה:

### שיקולי הצדק:

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

### שיקולי הפטר:

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

## איזון בין השיקולים וגישות קצה

- ישנן גישות קצה לכאן ולכאן, בפועל מוסכם שצריך לקיים איזון. מה שלא מוסכם הוא איפה עובר קו הגבול
- **גישת קיצון א - ישיב המפקד:** להעניש רק את המפקד – גישה שנדחית אחרי השואה
- **גישת קיצון ב - אחריות מוחלטת/ הכידונים הנבונים:** חיילים מודעים לחוק ושולטים בהתנהגותם. מסיבה זו, ומכיוון שמעשי זוועה לא מקדמים משמעת צבאית – תומכי גישה זו תומכים באחריות מוחלטת לחיילים

## גישות ביניים

- **1. גישת הידע/ היה צריך לדעת** – חייל לא יזכה להגנה אם נוכיח שידע שהפקודה לא חוקית או לחלופין אם חייל סביר כן היה צריך לדעת – יישום של הגנת "טעות במצב משפטי" במשב"ל
- **קושי:** מעודד סרבנות יתר – חייל יכול לטעות ולחשוב שפקודה היא בלתי חוקית. דוג': ירי על צנחנים, מלחמת לבנון והמסגדים
- **2. גישת הפגם המוסרי ("דגל שחור")** – החייל לא יענש אם ציית לפקודות לא-חוקיות, כל עוד הן אינן גם בלתי חוקיות וגם בלתי מוסריות באופן חמור – "דגל שחור מתנוסס מעליה. 2 תנאים להרשעה: 1. בלתי חוקית 2. בלתי מוסרית בעליל
- **קושי:** 1. דגל שחור זה סובייקטיבי 2. חיילים לא מעריכים נכון את גבול הדגל השחור מה זה בעליל?
- **שורה תחתונה:** קיימת חוסר עקביות ביישום הכלל, אפילו בתוך המדינות עצמן
- **שורה תחתונה למבחן:** ניתן לטעון לכל הגישות, למעט גישת ישיב המפקד, פטור מאחריות, שאיננה מקובלת כלל



ציר זמנים בהתפתחות גישות אחריות לציוד לפקודות בלתי חוקיות

## לאחר מלחמת העולם השנייה גישת ההגנה המוחלטת נדחית

בחלק מהפסיקות האחרות דאז תומכים בגישות ביניים שונות

בנירנברג ובטוקיו מאמצים גישת אחריות מוחלטת



ICTR ו ICTY

גישת האחריות המוחלטת מאומצת



אמנת רומא – סעיף 33

"העובדה שפשע שבסמכות 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. וכן הפקודה לא הייתה בלתי חוקית בעליל

למטרות סעיף זה, פקודות לבצע רצח עם או פשעים נגד האנושות הן בלתי חוקיות בעליל"

### 3 גישות בפרשנות ס' 33 באמנת רומא

1

בעליל = ידע או היה צריך לדעת

2

בעליל = כל פקודה לבצע פשעי מלחמה היא בלתי חוקית בעליל, ולכן לא זוכה להגנה – גישת האחריות המוחלטת/ הפגם המוסרי

3

בעליל = אם החייל לא ידע או היה צריך לדעת + הפשע לא חמור – תהיה הגנה

- משך הבחינה - שעתיים
- צריך לדעת את החומר בסילבוס. הסתייגויות: 1. לא מחפש אותנו בפינות, העיקר זה מה שלמדנו בשיעור 2. סתירה בין חומרי הקריאה לשיעור – ללכת לפי השיעור
- מגבלת מקום אכזרית – לשים עדיפות למה שנלמד בשיעור.
- לא צריך (אך מומלץ) לדעת שמות פסקי דין כי זה חוסך מקום
- לא צריך לדעת מספרי סעיפים של אמנות, אך כן מהות – מה לפי אמנת רומא, ז'נבה וכן הלאה
- המבחן הוא כמו המבחן לדוגמה שקיבלנו, אך מגבלת המילים יכולה להשתנות
- תהיה שאלה פיקטיבית רביעית עם מקום לכתוב טיוטות
- חלק א – 180 מילה. בודק זיכרון שינון. כולל בחירה.
- חלק ב – מגבלה תישאר זהה למבחן לדוגמה. מתחיל לבדוק עיבוד – קייס קטן או ציטוט עם סיפור עובדתי. לשים לב מה נשאלים בדיוק ולציטוטים עצמם. מוגבלת להיקף הנושאים שנוגעת בהם. לרוב, בין 1 ל-3 נושאים.
- חלק ג – אורך עדיין לא ידוע. קייס – בודק יכולת לעבד נושאים ולהבין איך נושאים שונים מתקשרים אחד לשני

## פילוסופיה כללית של הבחינה

- בורר לא מאמין בבחינות עם חומר פתוח – כי זה הופך להקאת חומר
- בורר גם לא מאמין בשיטת הצ'קליסט – כי צריך לנתח דברים בהקשר ובהבנה הנכונים
- מי שעברית אינה שפת אימו – לציין זאת בפתח הבחינה – זה לא רישיון לעשות הכול, אבל תהיה התחשבות מסוימת
- יש הורדת ניקוד על שפיכת יתר או אמירה של דברים לא רלוונטיים - צריך לציין בהקשר ובהבנה הנכונים
- יש איזשהו חסם, באפר, שכל מי שכתב נורמלי לא יקבל מתחתיו, ככלל. בנוסף, עושים מישוב חוזר תוך כדי הבדיקה ומסתגלים בבדיקה בהתאם.
- ערעורים – בדיקה מחדש עם אפשרות להורדה. עם זאת, יש כאלה שמתקבלים כל שנה
- לא לכלול בערעורים – 1. הסתכלתי על בחינות אחרות ומגיע לי יותר 2.

- אפשר לשאול שאלות את זיו. מדי פעם הוא מקבץ שאלות ושולח לכולם
- ביום וחצי האחרון לפני הבחינה לא לשלוח שאלות
- ייקח לו זמן לענות על שאלות (בפועל הוא כמעט תמיד ענה לי די מהר)
- מה לא? אי אפשר לשאול שאלות כלליות או רשימה של אינסוף שאלות, כי הוא לא יכול ללמד חומר מחדש

XX