

-בחינה סגורה-

אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים

משפט פלילי בינלאומי

מרצה: דר' זיו בורר

מבחן מועד א - תשפ"ב

משך הבחינה שעתיים.

הבחינה בחומר סגור.

יש לענות על כל השאלות [למעט בנוגע לרכיב הבחירה בחלק א'].

קראו את השאלות בקפידה ותכננו את חלוקת הזמן העומד לרשותכם באופן מושכל.

הקפידו על ניסוח בהיר ומדויק.

הימנעו מלהוסיף מידע שאינו רלוונטי לנדון בשאלה – תוספת כזו עלולה להוריד ניקוד.

אין להניח הנחות עובדתיות שאינן מופיעות בנתוני השאלה – תוספת כזו עלולה להוריד ניקוד.

אין לחרוג ממגבלת המילים שנקבעה עבור כל שאלה – חריגה כזו לא תיבדק ותוביל להורדת ניקוד [ככל

הנראה המערכת הממוחשבת כלל אינה מאפשרת לחרוג – אך ליתר ביטחון הדברים נאמרים]

מלבד אלו שקיבלו אישור לכך ממדור בחינות והציגו לי את האישור מראש – אף סטודנט אינו רשאי לכתוב

בכתב-יד (לא טיוטה ולא תשובה), ולבטח אינו רשאי לסרוק תשובה בכתב-יד לתוך המערכת, סטודנט שיעשה אחד

מהדברים האמורים [מבלי שיש לו אישור והאישור הוצג לי מראש] – אוטומטית תיפסל הבחינה שלו.

לסטודנטים [המעטים] שקיבלו אישור להגשת תשובה בכתב-יד מגבלות המקום הן: שאלה ראשונה - עד 12

שורות; שאלה שניה - עד 32 שורות; שאלה שלישית – עד 48 שורות.

נא לא לנסות לשאול שאלות "חליבה" לאורך הבחינה – תישקל הורדת נקודות על שאלות כאלו.

בהצלחה!

גישת נירנברג להגדרת פשעי מלחמה היא הגישה בה נקטו במשפטי נירנברג, והיא נחשבת אף כיום הגישה המקובלת במדינות כגון פקיסטאן, ובאופן פורמלי אף בארה"ב (אם כי יש מדריך אחר, ללא תוקף רשמי ממשי, שאימץ גישה שונה). לגישה זו, **כל** הפרה של דיני הלחימה מהווה **פשע מלחמה**, אפילו אי מתן חשבונית בעת לקיחת ציוד (פס"ד רוסט).

ישנן מספר בעיות בגישה זו:

- א. **זילות** של המונח 'פשעי מלחמה'. כמו כן, לא כל הפרה של דיני הלחימה היא ערך אוניברסלי חמור שיש להגן עליו בצורה דרמטית כ"כ.
- ב. **עמימות**: לא כל חייל יודע ושולט בכל שלל הדינים, וגם לא יכול לדעת ולשלוט.
- ג. **פוליטיזציה**: אנו פותחים את הדלת להאשמות מגוחכות ובלתי נגמרות בדבר ביצוע פשעי מלחמה בידי יריבים.
- ד. **יסוד נפשי**: חלק גדול מדיני הלחימה נועד למדינות, ולא מנוסח כאיסור פלילי-אישי, ולכן לא ברור מה היסוד הנפשי הדרוש. עקב כך, אומצה ברוב מדינות העולם גישת 'ההפרות החמורות', המתייחסת רק להפרה חמורה של דיני הלחימה כפשע מלחמה, אך אינני מרחיב בנושא, משום שלא התבקשנו לכך.



לאור הנלמד בקורס, הכותב אינו צודק באומרו אמירה קטגורית וברורה זו. בקורס נלמדו מספר גישות להגנת הצידוק:

א. **גישת 'ישיב המפקד'** - המטילה אחריות מלאה על הפוקד, נפסלה ואינה מקובלת כלל כיום.

אך מעבר לה, ישנן 3 גישות אחרות בשוק הרעיונות כיום, ללא הכרעה ברורה:

א. **גישת 'הכידונים הנבונים'**-אחריות מוחלטת של החייל המבצע, מכיוון שמדובר בהפרה של נורמות יסוד ואין ערך מוסף אמיתי למשמעת צבאית.

ב. **גישת 'הידע/היה צריך לדעת'**, המפורטת בגוף השאלה.

ג. **גישת 'הפגם המוסרי'**-אין לציית כאשר ברור כי מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל(דגל שחור, אי חוקיות הצובטת את הלב וכול'), המעלה קשיים של מה זה דגל שחור בדיוק וכן הלאה.

באמנת רומא נקבע שיש הגנת צידוק(שלא ברצח-עם או פשעים נגד האנושות) ב-3 תנאים: ראשית, אדם היה תחת חובת ציות לרשות המדוברת. שנית, לא ידע/היה צריך לדעת שמדובר בפקודה בלתי חוקית, ולבסוף, לא היה מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. בפרשנות המילה "בעליל" נאמרו מס' פרשנויות:

א. מדובר בידע/היה צריך לדעת.

ב. כל פשע מלחמה הוא בלתי חוקי בעליל, כלומר, הכנסה של גישת 'הכידונים הנבונים' מהדלת האחורית.


ג. מדובר בידע/היה צריך לדעת+הפשע לא מהווה הפרה חמורה במיוחד במיוחד=גישת ביניים

לסיכום סעיף א, ישנן מספר גישות מתחרות כרגע, ולא נלמד בקורס שאחת השיטות מקובלת כיום באופן קטגורי בדין המנהגי/ באמנת רומא, ולכן אמירתו של הכותב אינה נכונה, על פי הנלמד בקורס.

אני מציין שאינני דן בפרוטרוט ברציונלים לכל שיטה, ברציונלים להגנה/ חוסר הגנה ובפירוט ההגנות מכיוון שלמיטב הבנתי לא נתבקשנו לכך, ואינני רוצה ל"הקיא" חומר.

ב. חיסרון מרכזי של גישת הידע/היה צריך לדעת הוא שישום של גישה זו יכול להוביל לסירובי פקודה שאינם מוצדקים. חיילים "גדילו ראש" על מנת לא להיכנס לגדר העבירה. לשם ההמחשה, בקורס נלמדו מספר דוגמאות הממחישות התנהגות זו:

1. המנעות מירי על מסגדים מהם יוצאת אש האוייב במלחמת לבנון ה-2.

2. המנעות מירי על צנחנים באוויר, דבר המותר לחלוטין לפי דיני הלחימה(האיסור)  ופנה כלפי אנשי אוויר הנוטשים את מעגל הלחימה, לא צנחנים הנכנסים אליו).



ראשית נדון בשאלת ביצוע רצח-עם. פשע זה כולל 3 אלמנטים:

אלמנט הקבוצה-קבוצה דתית, אתנית, גזעית או לאומית(מקובל להסתכל כרשימה סגורה-קמבודיה). במקרה שלנו הקבוצה היא לאומית-פלסטינית, ולכן דרישות סעיף זה מתמלאות. יש לטעון מהצד השני שמדובר בחלק קטן מהאוכלוסיה הפלסטינית המפוזרת בכל המזרח התיכון. תשובה אפשרית לשאלה זו, על פי תקדים צבוקביץ', היא קבוצת היחס. ניתן להתייחס לקבוצת היחס כאוכלוסיה הפלסטינית במחנות/ במערב בירות, ואז יהיה קל יותר לעמוד בדרישות הסעיף. לעומת זאת, ניתן לטעון שקבוצת היחס היא נרחבת יותר, לדוגמה: כלל הפלסטינים במזרח התיכון, או לפחות בלבנון, ואז לא נעמוד בדרישות הסעיף. קשה לתת הכרעה קטגורית כאן.

אלמנט המעשה-מעשה המכוון להוביל לכדי הרס פיזי/מנטאלי של הקבוצה-במקרה דנן ניתן לטעון כי מדובר במעשה המכוון להוביל לכדי הרס של החברים בקבוצה הפלסטינית, אך מהצד השני ניתן לטעון שמדובר במעשי נקם מזעזעים ורחבי היקף, אך כאלו שמתאימים יותר להגדרת פשעים אחרים, ואינם עולים ממש לכדי דרישת רצח-עם לפי אמנת רומא או אמנות אחרות.

אלמנט הכוונה-ישנן מספר גישות שניתן לנקוט: א. ישנן גישות הדורשות כי הנתן ב. דפוס ג. גם וגם ד. לא ולא, וייתכן שאפילו עצימת עיניים(צבוקביץ') - זו האחרונה תהיה הגישה המועדפת על אלו הרוצים לטעון שאכן מדובר ברצח-עם.

למעשה, **הגישה המקובלת באמנת רומא וב-ICC** היא שצריך כוונה, ובנוסף דפוס של מעשים העלולים להביא לידי חורבן הקבוצה או מעשה שעלול להביא לתוצאה כזו. במקרה דנן, נראה כי יש כוונה ברורה מצד אנשי הפלנגות, ובנוסף מדובר במעשה שעלול להוביל לכדי חורבן הקבוצה. ככל שנראה בפלסטינים במחנות קבוצת ייחוס, כמפורט באלמנט הקבוצה, הרי שנראה שדרישת הכוונה מתמלאת.

לסיכום, קשה לתת תשובה קטגורית, אך ליבי נוטה לקבוע שאכן מדובר ברצח-עם(וכך אכן נקבע באו"ם, למיטב זכרוני, אם כי כמובן מדובר בדין דאז).

באשר לשאלת אחריות בכירים ישראלים לרצח-העם, ככל שבוצע, יש לדון בדוקטרינת JCE3 ובאחריות שותפים. דוקטרינה זו מאפשרת הטלת אחריות בגין עבירה שלא תוכננה מראש על שותפים בתוכנית, ומקבילה מעט לס' 34 בחוק העונשין בישראל, ופס"ד סילגדו. דוקטרינה זו מקובלת כדין מנהגי ברוב ביה"ד בעולם, למעט המעורב בקמבודיה, וה-ICC, שאימץ גישה שונה של CO-PERPETRATORSHIP, תוך גמישות ויכולת לשאוב מה-JCE3 לכשירצה לעשות זאת.

דוקטרינת JCE3 אנו עוסקים בעיקר ב-3 אלמנטים:

א. האם צריך מודעות או כוונה?

בפסיקה המוקדמת הרחיבו מאוד ואמרו מודעות, ואילו כיום מקובל להגיד שיש צורך בכוונה(פסיקה מאוחרת של ה-ICTY). וודאי וודאי שבכירים ישראלים לא התכוונו לבצע רצח-עם, ולכן דרישת סעיף זה אינן מתמלאות לפי הדין הנהוג כיום.

ב. האם התוכנית צריכה להיות פלילית לכתחילה?

בפסיקה המוקדמת נקבעה גישה מרחיבה, כלומר-לא. בפסיקה מאוחרת יותר ב-ICC, דילו, נקבע שאין צורך בתוכנית פלילית, אך כן בכזאת שניתן לראות שביצועה יחייב או יתפתח לביצוע מעשים פליליים במחנות, הדברים הטבעיים. לגישה זו, ניתן לקבוע שבכירים ישראלים חשדו שתוכנית זו תפתח לביצוע פשעים, ולכן ניתן לקבוע שדרישות סעיף זה מתמלאות בהתאם לפסיקה המקובלת כיום.

ג. כמה משמעותית צריכה להיות התרומה של אדם כדי שייחשב חלק מהתוכנית?

בפסיקה המוקדמת נקבעה גישה מרחיבה שדרשה תרומה זניחה. לעומת זאת, בפסיקה המקובלת כיום, נקבע שיש צורך שהתרומה תהיה ממשית. שרון בעדותו ציין כי "אנו פנינו שייכנסו [למחנות], סיענו, הארנו, אנו החזקנו כוח בקרבת מקום, כדי להבטיח את הביצוע [של השתלטות הפלנגות על המחנות], שמא ייכשלו הכוחות שהובאו, שמא יהיה צורך לחלץ אותם משם". מכאן נראה כי חלקה של ישראל בתוכנית הוא משמעותי, ולא זניח, אם כי מהצד השני ניתן לטעון שמדובר בחלק כללי במלחמה, ולא חלק מהותי או ממשי לרצח-עם. אינני מרגיש שיש תשובה קטגורית לשאלה זו, אך אני נוטה מאוד לומר שחלקה של ישראל בתוכנית המקורית, ולא העבריינית, משמעותי, ולכן דרישות סעיף זה מתמלאות.

לסיכום, אני קובע כי בהתאם לדין הנהוג בפסיקה כיום, לא ניתן להטיל אחריות על בכירים ישראלים בגין רצח עם, שכן לפחות אלמנט הכוונה וודאי לא התקיים.



ככל שנקבע שלא ניתן להחיל את JCE3 או CO-PERPETRATORSHIP, הרי שיש לדון בשאלת הסיוע:

בהיבט **היסוד הנפשי**, הדרישה היא למודעות בלבד, כולל עצימת עיניים. ייתכן שאנו עומדים בדרישה זו, אך מהצד השני ניתן לטעון, וכך משתמע מדברי הועדה, שישראל לא ידעה על הכוונה לטבח, וברגע שידעה-נתנה לפלנגות הוראה לצאת, ולכן אין הכרעה סופית בשאלת היסוד הנפשי.

באשר ל**יסוד העובדתי**, ישנה גישה מרחיבה הדורשת סיוע שאינו ספציפי דייקא, ולעומת זאת גישה מצמצמת הדורשת סיוע ספציפי לעבירה הרלוונטית. נראה כי לגישה המרחיבה, הסיוע הישראלי מספק, ואילו לגישה המצמצמת, הרי שלא ניתן סיוע של ממש לעבירה הספציפית. לסיכום, אינני קובע קטגורית האם ניתן להתייחס לבכירים ישראלים כמסייעים, ומשאיר זאת בצריך עיון.

3

(4)