

לאקונה

כשעי מלחמה בדין הישראלי
ובפסיקת בתי הדין הצבאיים

volunteers for human rights
ישראל
ישיש דיין
YESH DIN
مطبة
للحقوق
الإنسانية
للشباب
المثقفين
الذين
يريدون
التغيير
الاجتماعي
والسياسي
في
إسرائيل

יולי 2013

לאקונה

פשעי מלחמה בדין הישראלי
ובפסיקת בתי הדין הצבאיים



יולי 2013

מחקר וכתביה: ליאור יבנה
עריכה: עו"ד מיכאל ספרד
ריכוז מידע: רוני פלי

עריכת לשון: יסמין הלוי
צילום העטיפה: © מוחמד עבד, AFP
ביצוע גרפי: סטודיו יהודה דרי

המועצה הציבורית: עקיבא אלדר, שולמית אלוני, דן בבלי, מיכאל בן יאיר, פרופ' אורנה בן נפתלי, פרופ' נעמי חזן, רות חשין, יהושע סובול, פרופ' עוזי סמילנסקי, דני קרוון, יהודית קרפ, פול קדר, יאיר רוטלוי, פרופ' זאב שטרנהל

מתנדבי יש דין: חנה אבירם, ד"ר יהודית אלקנה, רחל אפק, מיה ביילי, רות בן שאול, חנה בר"ג, אסנת ברתור, גל גולדשטיין, תמי גרוס, דינה הכט, אבנר הררי, רות וייסצוקר, איילה זוסמן, רחלה חיות, שרה טולידאנו, פרופ' חוה יבלונקה, דניאל כהן, ג'ודי לוי, אריה מגל, שרה מארליס, דליה עמית, ניבה ענבר, נאוה פולק, נועם פלד, רוני פלי, רינה פלסר, מיכאל פרלה, רות קדר, עדנה קלדור, יואל קלמס, נורית קרלין, מאיה רוטשילד, יעל רוקני, ד"ר נורה רש, ריבקי שטרן יודקביץ, ד"ר הדס שינטל, עידית שלזינגר, מקי שפירא, ד"ר צביה שפירא

צוות הארגון: יודית אבידור, חיים ארליך, עזמי בדיר, יוסי גורביץ, עו"ד אדר גרייבסקי, אייל הראובני, עו"ד שלומי זכריה, ליאור יבנה, נועה כהן, עו"ד אנו לוסקי, אלכסנדרה ליפורט, רעות מור, קלה ספיר, עו"ד מיכאל ספרד, פיראס עלמי, שדא עאמר, נעה מיי עמרמי, מוהנד ענאתי, קוני פדרסן, דניאל צאל, מוניר קאדוס, זיו שטהל, עו"ד אמילי שפר, עו"ד מוחמד שקיר

פעילות יש דין בשנת 2013 התאפשרה הודות לתרומותיהם של האיחוד האירופי, ממשלות נורבגיה, בריטניה, אירלנד, the Civil Conflict Resolution Programme of the Institute of Foreign Cultural Relations (Germany), The Norwegian Refugee Council, Oxfam Novib, Open Society Foundation, The Moriah Fund, the Catholic Agency for Overseas Development (UK) ותורמים פרטיים בישראל ובעולם.

דוח זה הופק בסיועו של האיחוד האירופי. התכנים הכלולים בדוח זה הם באחריותו הבלעדית של יש דין ואין לראותם כמשקפים את עמדתו של האיחוד האירופי.



יש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם
 טל/פקס 03-5168563
 info@yesh-din.org
 www.yesh-din.org

© כל הזכויות שמורות ליש דין - ארגון מתנדבים לזכויות אדם, תל אביב, 2013



תוכן העניינים

5	תקציר הדו"ח
8	מבוא
11	פרק א: על החובה המשפטית לענוש פשעי מלחמה
11	פשעים בינלאומיים
11	מהם פשעי מלחמה?
13	החובה לקבוע בחוק ענישה לאחראים לביצוע פשעי מלחמה
14	דרכים שונות לחקיקה שמענישה פשעי מלחמה
14	חקיקה בדרך של הפניה לדין הבינלאומי
16	חקיקה המבוססת על הדין המקומי הקיים
18	פרק ב: פשעי מלחמה במשפט הישראלי
18	היעדרם של פשעי המלחמה מהחקיקה הישראלית
18	החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם
18	החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם
19	סעיף 16(א) לחוק העונשין
20	פקודת מטכ"ל 33.0133
20	"רוח צה"ל"
21	פשעי מלחמה: עבירות מקבילות בדין הישראלי ועבירות חסרות
21	חסרונם של עקרונות כלליים מתאימים
22	עבירות חסרות בדין הישראלי
23	היעדר עקרון אחריות המפקדים מהדין הישראלי
24	בית המשפט העליון: החקיקה הקיימת מספקת, בתנאי

25 פרק ג': פשעי מלחמה בבתי הדין הצבאיים

25 דיני הלחימה והעמדת חיילים לדין: הנחיות התביעה הצבאית

26

עבירות שימוש בלתי חוקי בנשק

26

עבירות ביזה

27

עבירות התעללות

28 מקרה בוחן: העמדה לדין בשל שימוש ב"מגן אנושי"

30 הסדרי הטיעון: הקלה באישום ובענישה

34 היעדרו של המשפט הבינלאומי מפסיקת בתי הדין הצבאיים

34

בתי הדין הצבאיים על מעמדם של אזרחים מוגנים

35

בתי הדין הצבאיים על פשעי מלחמה

36 מקרה בוחן: הרשעה וענישה בעבירות של פגיעה בעצורים כבולים

38 "רישום פלילי מופחת": תיקון מס' 61 לחוק השיפוט הצבאי

40 סיכום

43 נספחים

43 נספח א': סעיפי הרשעה וענישה במקרים שבהם הורשעו נאשמים

43

בעקבות פגיעה בעצורים כבולים, לפי נאשם, 2000-2012

נספח ב': תלונות, חקירות וכתבי אישום במערכת

49

אכיפת החוק הצבאית, 2000-2012

תקציר הדוח

בקרב משפחת העמים נחשבים פשעי מלחמה לאחד מסוגי הפשעים החמורים ביותר, והם נמנים עם קבוצת "הפשעים הבינלאומיים" - עבירות שפוגעות בערכים המשותפים לקהילה הבינלאומית כולה, המחייבים את כל המדינות ואת כל בני האדם: רצח עם, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ואחרים. ברחבי העולם נחקקים חוקים מיוחדים כדי להפיל עבירות מסוג זה ולענוש את מבצעייהן. גם מדינת ישראל חוקקה חוקים ברורים שנועדו לאסור ולענוש את הפשע רצח עם.

עם זאת, במשפט הישראלי אין חקיקה האוסרת על ביצוע פשעי מלחמה ועונשת אותם ככאלה. דו"ח זה מציג את הצורך בחקיקה ישראלית בנושא. הדו"ח סוקר את הוראות הדין הישראלי הקיימות, מציג מודלים לחקיקה שמפילה פשעי מלחמה, ובוחן את מדיניות התביעה הצבאית והענישה בבתי הדין הצבאיים במקרים שבהם חיילים נאשמים בעבירות שעשויות לעלות כדי פשעי מלחמה.

כל אחת מארבע אמנות ז'נבה משנת 1949, שמדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן כבר בשנותיה הראשונות, כוללת סעיף הנוגע לחובה לחקור ולהעמיד לדין את מי שביצעו "הפרות חמורות" של האמנה. סעיף 146 באמנת ז'נבה הרביעית קובע את חובתן של המדינות החברות באמנה לחוקק חקיקה מתאימה כדי לאפשר חקירה, העמדה לדין וענישה של מי שאחראי לביצוע הפרות חמורות אלה. את רשימת העבירות המהוות פשעי מלחמה, בהינתן התנאים המתאימים, ניתן למצוא בכלים משפטיים שונים בנוסף לאמנות ז'נבה: בהסכמים בינלאומיים, בחוקותיהם של טריבונלים בינלאומיים שונים, ובחקיקה ובפסיקה של מדינות שונות. עם זאת, מקובל לראות ברשימת פשעי המלחמה המנויים בפרק (2)8 של חוקת רומא רשימה ממצה של פשעי המלחמה, שזוכה להסכמה בינלאומית רחבה.

עם התפתחות המשפט הפלילי הבינלאומי, התרחבות השימוש בעקרון סמכות השיפוט האוניברסלית על פשעים בינלאומיים והתבססות פעילותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, יש לזכור כי עקרון ה"משלימות" (Complementarity) מקנה הגנה למעורבים לכאורה בביצועם של פשעים בינלאומיים מפני תביעה פלילית ושיפוט, כל עוד מערכת אכיפת החוק בארצם ממלאת את תפקידה, שכן המערכת הבינלאומית מעניקה עדיפות למדינת האם ולהליכה המשפטיים. לפיכך, מערכת משפטית שמקיימת את חובתה **וגם נתפסת ככזו** על ידי משקיפים חיצוניים היא אינטרס ראשון במעלה של כל מי שמעוניין להגן על ישראלים מפני התערבות משפטית זרה.

מדינות ומסורות משפטיות שונות נוקטות דרכים שונות כדי לחוקק חקיקה המפילה פשעים בינלאומיים, ובהם פשעי מלחמה. פרק א' בדו"ח מציג בקצרה את עיקריהן של שתי הגישות המרכזיות הנוהגות ברחבי העולם ביחס להפלת פשעי מלחמה בדין המקומי. גישה אחת היא חקיקה בדרך של הפניה לדין הבינלאומי. מודל אחד בגישה זו הוא של "הפניה סטטית": מעין "גזור והדבק" של סעיפי האמנות מהמשפט הבינלאומי לדין המקומי. מודל אחר מכונה "הפניה דינמית", כאשר סעיפי חוק מפנים לדין הבינלאומי המנהגי. הגישה המרכזית האחרת היא של חקיקה המבוססת על הדין המקומי. מודל אחד הוא של שילוב חקיקה מיוחדת בדין המקומי: חוק נפרד המכליל את הפשעים הבינלאומיים בדין המקומי, ולחלופין חקיקת סעיפי חוק כחלק אינטגרלי מהקודקס הפלילי הקיים. מדינת ישראל נמנית עם קבוצה קטנה של מדינות שפועלות על פי מודל אחר: מדינות שגורסות שהדין הפלילי שלהן ממילא מכיל מענה משפטי לפשעי מלחמה. עמדה זו מנוגדת לתפיסה שרווחת בקרב רוב המדינות דבר הצורך לחוקק חקיקה ייעודית בתחום זה.

כמה מהעבירות המנויות בחוק הפלילי הישראלי אכן מקבילות בעיקרן לעבירות שעולות (בנסיבות המתאימות) כדי פשעי מלחמה. בין אלה: גרימת מוות במתכוון; ביצוע ניסויים ביולוגיים; גרימה במתכוון של סבל רב או חבלה לגוף או לבריאות; הריסה והחרמה של רכוש בקנה מידה רחב, ללא נחיצות צבאית, וכמה עבירות נוספות. עם זאת, הדין הפלילי הישראלי חסר עבירות רבות אחרות שמהוות פשעי מלחמה ולא ניתן להעמיד נאשמים לדין בגינם. חלקו הראשון של פרק ב' סוקר את ההוראות הקיימות בדין הישראלי ביחס לפשעים בינלאומיים ופשעי מלחמה. חלקו השני מונה את העבירות המצויות בחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי שחסרות בחוק הישראלי וכמה מהעקרונות בדין הישראלי שאינם תואמים את הנדרש בדין הבינלאומי.

בפסק דין שניתן בשלהי 2011 ציינה נשיאת בית המשפט העליון אז, דורית בייניש, כי בהתקיים שני תנאים יחדיו ניתן להסתפק בדין הפנימי הישראלי גם בלי לקלוט לתוכו את הוראות המשפט הבינלאומי. תנאי אחד הוא שסעיפי האישום צריכים לבטא את החומרה שנודעת למעשי העבירה המתוארים בכתב האישום; התנאי האחר הוא שהענישה תשקף את הנסיבות המיוחדות של ביצוע עבירה כלפי אזרחים מוגנים. פרק ג' בדו"ח מראה, בעקבות בחינת ההנחיות המקצועיות של התביעה הצבאית ובחינת פסקי הדין שניתנו מאז שנת 2000 בבתי הדין הצבאיים, כי צירוף התנאים שציינה הנשיאה בייניש אינו מתקיים למעשה במערכת המשפט הצבאית.

מדיניות התביעה הצבאית נקבעת במסגרת "הנחיות התובע הצבאי הראשי" ("הנחיות תצ"ר") - הנחיות מקצועיות המנחות את תובעי הפרקליטות הצבאיות במדיניות התביעה בעבירות השונות. בדו"ח נסקרות הנחיות תצ"ר הנוגעות לעבירות של שימוש בנשק, עבירות ביזה ועבירות התעללות. ככלל אין בהנחיות אלה כל אזכור לדיני הלחימה או לעבירות בינלאומיות. ככל שיש בהן התייחסויות לעבירות נגד פלסטינים בשטחים הכבושים, אין בהן כל התייחסות לחובות המשפט הבינלאומי או לחומרה היתרה שיש לנהוג בעבירות הנוגעות לפגיעה באזרחים מוגנים על פי דיני הלחימה, או במקרים המעוררים חשד לביצוע פשעי מלחמה.

ברובם המכריע של פסקי הדין שניתנו בבתי הדין הצבאיים בעניינים של חיילים שהואשמו בעבירות נגד פלסטינים ורוכשם לא ניתן למצוא אף בזכוכית מגדלת התייחסות למעמדם של קורבנות העבירה כ"אזרחים מוגנים" במשפט הבינלאומי. חיילים שמורשעים בבתי הדין הצבאיים על עבירות שעברו נגד פלסטינים ורוכשם נענשים בעונשים שונים, המנומקים בשורה ארוכה של נימוקים. נימוקים אלה, העוסקים בשיקולים להקלה או להחמרה בעונשו של חייל שהורשע, נשענים בדרך כלל על הפסיקה הקיימת של בית הדין הצבאי לערעורים. יש בהם נימוקים מסוגים שונים, אולם ככלל אין בהם דבר וחצי דבר הנוגע להפרת חובתו של החייל ביחס לאזרח מוגן בשטח כבוש.

אחד ממקרי הבוחן בדו"ח עוסק בהעמדה לדין של נאשמים בשימוש ב"מגן אנושי". מעשה זה נחשב פשע מלחמה, אך כיוון שבחוק הישראלי לא קיימת עבירה של שימוש במגן אנושי, חיילים שנאשמים במעשים אלה עומדים לדין בעבירות קלות בלבד. מקרה הבוחן סוקר את העמדתם של חיילים וקצינים לדין בשלושה מקרים (בלבד) מאז שנת 2000 ועד כה, ומראה כיצד הנאשמים הורשעו בעבירות קלות ונידונו לעונשים קלים מאוד.

מקרה בוחן שני בוחן את תוצאות העמדתם לדין של 39 חיילים שנאשמו בתקיפה אלימה של עצורים פלסטינים, שמרביתם היו כבולי ידיים ומכוסים עיניים. מעשי ביזוי, השפלה ותקיפה פיזית של עצורים בידי בעלי סמכות, במיוחד כבולים, מלבד היותם עבירה על הדין הישראלי, עשויים להיות פשע מלחמה על פי המשפט הבינלאומי כאשר הם מתרחשים על רקע של עימות מזוין. הסקירה מראה כי בתקופה



שבין ספטמבר 2000 לסוף שנת 2012, הרוב המכריע של הנאשמים שהורשעו בתקיפתם של עצורים כבולים הורשעו בעבירות קלות שעונשן המרבי קצר.

נוסף על האמור, תיקון חקיקה מהשנים האחרונות מקצר מאוד את תקופת הרישום הפלילי לחיילים שנידונו לעונשי מאסר שקצרים מסף מסוים. כיוון שהחוק הישראלי שותק ביחס לפשעי מלחמה, גם תיקון החקיקה הזה אינו מבחין בין חיילים שהורשעו בפשעי מלחמה ובין אחרים. קיצור משמעותי זה של תקופת הרישום הפלילי של נאשמים שהורשעו בביצוע מעשים שהם פשע מלחמה פוגע אפוא בעיקרון שמחיל סטיגמה קשה על עבירות מסוג זה ועל העבריינים שהורשעו בביצוען. יתר על כן, חקיקה זו פוגעת פגיעה משמעותית בהגנה שעקרון המשלימות עשוי לתת לנאשמים שהורשעו בביצועם של פשעי מלחמה.

מדינות בודדות בלבד מחזיקות בגישה דומה לזו של מדינת ישראל, הגורסת כי בהעמדת נאשמים לדין בגין ביצוע מעשים שעולים כדי פשעי מלחמה אפשר להסתפק בדין הקיים. עמדת יש דין היא כי **בהתחשב בפרקטיקה של בתי הדין הצבאיים, ובהיעדרן של עבירות מהותיות מן הדין המקומי, יש לקבוע עבירות מיוחדות של פשעי מלחמה באמצעות חקיקה בספר החוקים של מדינת ישראל.** בחודשים הקרובים יקדם יש דין, יחד עם שותפים נוספים, ניסוח הצעת חוק, אשר אם תתקבל תציב את מדינת ישראל כחברה שווה במשפחת העמים שהתחייבו לעשות כל שלאל ידם כדי לעקור את פשעי המלחמה מהשורש ולהגן על קורבנותיהם.

מבוא

ב־15 בינואר 2009, מעט לפני סיום "מבצע עופרת יצוקה", תפס כוח צבאי בניין בשכונת תל אלהווא שבעיר עזה. במהלך הסריקות שערך הכוח הצבאי בבניין רוכזו הנשים והילדים באחד החדרים ובחדר אחר רוכזו התיקים והמזוודות. בכתב האישום שהוגש 14 חודשים לאחר מכן נגד שניים מחיילי הכוח, סמ"ר ס"א וסמ"ר ג"א,¹ תואר האירוע כך:

"משעלה חשש כי בחדר ישנו מטען או מחבל המתחבא מפניהם, ניתנה הוראה לילד בן תשע, ר"מ, לפתוח מספר תיקים ומזוודות. לאחר שהילד ר"מ פתח מספר תיקים ופיזר את תכנם, והנאשמים וידאו כי אין בהם דבר חשוד, הביע הילד חשש ולא הצליח לפתוח את אחד התיקים. או אז הרחיקו הנאשמים את הילד מאותו תיק, ו[סמ"ר ג"א] ירה באחד התיקים. לאחר הירי הוחזר הילד לחדר בו שהתה אימו."²

בעדותו בבית הדין תיאר הילד את הפחד שחש כאשר נלקח מאמו (עד כדי כך שהרטיב במכנסיו כאשר נלקח מהחדר שבו שהתה משפחתו), אמר כי הוכה בפניו וסיפר כיצד הרגיש כאשר אחד החיילים ירה בתיק: "פחדתי שיהרגו אותי".³

באירוע זה, שנודע בציבור כ"פרשת נוהל ילד", האשימה התביעה הצבאית את שני חיילי חטיבת גבעתי בעבירה של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות" לפי סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי⁴ ובעבירה נלווית של התנהגות שאינה הולמת. בתום משפט הוכחות הורשעו שני הנאשמים בעבירות שיוחסו להם. גזר הדין נפתח בשאלת בית הדין: "מה דינם של שני לוחמים צעירים, אשר במהלך לחימה מאומצת ומסוכנת, אליה נשלחו ע"י מדינת ישראל לטובת ביטחון תושביה - חרגו מסמכותם ושלחו ילד מקומי בן תשע לפתוח תיק, החשוד כמכיל מטען חבלה, תוך נטילת סיכון ממשי לחייו ולבריאותו?"

במסגרת סקירת עתירותיהם של הצדדים למידת הענישה ציין בית הדין הצבאי את דברי התובעת על כך שמעשי הנאשמים "מנוגדים להוראות שקיבלו, ולערכי המוסר הבינלאומיים, אשר באו לידי ביטוי באמנת ז'נבה הרביעית ולערכי צה"ל, כפי שפורטו במסמך המכונה 'רוח צה"ל'.⁵ ואולם לאחר שפרש את עובדות המקרה ואת שיקוליו לחומרא ולקולא, גזר בית הדין את עונשם של שני החיילים: שלושה חודשי מאסר על תנאי והורדה בדרגה אחת לדרגת סמל. נוסף לזאת מצא בית הדין לנכון לציין כי "הזכויות הרבות" שצברו הנאשמים במהלך שירותם הצבאי יעמדו לנגד עיני הגורמים המוסמכים שידונו בבקשה עתידית למחיקת הרישום הפלילי של השניים.

1 במקרה המתואר פה, ובכמה מקרים אחרים, הורה בית הדין הצבאי על הסתרת שמותיהם המלאים של הנאשמים. יובהר כי למעט במקרים שבהם בית הדין מורה בהחלטה מפורשת על הסתרת שמותיהם של נאשמים (בין שהורשעו ובין שלא), אין כל מניעה לפרסם את זהותם בהתאם לעיקרון החוקתי של פומביות הדין, למרות זאת, יש דין בחר לציין בדות זה את כל הנאשמים המוזכרים בראשי התיבות של שמותיהם בלבד, גם במקרים שבהם פרסום השם לא נמנע בהחלטה שיפוטית.

2 כתב אישום, מזי/10/150, התובע הצבאי נ' סמ"ר ס"א וסמ"ר ג"א. הוגש 11.3.2010.

3 הכרעת דין, מזי/10/150, התובע הצבאי נ' סמ"ר ס"א וסמ"ר ג"א, פסקאות 5, 8. ניתנה 3.10.2010.

4 מאוחר יותר נוסף לפרט אישום זו סעיף 29(ב) לחוק העונשין שעניינו אחריות שותפים לעבירה.

5 מזי/10/150, התובע הצבאי נ' סמ"ר ס"א וסמ"ר ג"א. ניתן 21.11.2010. פסקה 15(1).

כך, פרשה חמורה של עשיית שימוש בילד כב"מגן אנושי" בידי שני חיילים - פשע מלחמה על פי כל הגדרה מקובלת⁶ - התגלגלה לכתב אישום שהעבירה המרכזית בו היא עבירה שנושאת עימה עונש מרבי של שלוש שנות מאסר, ולפסק דין שבו הנאשמים אמנם הורשעו במיוחס להם אך נידונו לעונשים קלים מאוד.

בכל הנוגע לעבירות של ישראלים, מערכת המשפט הישראלית אינה כוללת כל התייחסות לענישת פשעי מלחמה ככאלה. במקרים שבהם ישראלים עוברים עבירות שנחשבות לפשעי מלחמה (ועבירות כאלה ייתכן שייעברו הן בידי אזרחים והן בידי אנשי כוחות הביטחון), הדין הישראלי אינו כולל כל סנקציה הנובעת מהחומרה המיוחדת שנודעת לעבירה ממין זה בקרב משפחת העמים.

סמוך לסיום כתיבתו של מסמך זה, פורסם לאחר עיכוב ממושך הדוח השני של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן "ועדת טירקל"). במרכזו של דו"ח זה עומדת בחינת מערך אכיפת החוק במדינת ישראל בעקבות תלונות בדבר הפרה של דיני הלחימה, שחלקן מגיעות עד כדי חשד לביצוע פשעי מלחמה. המלצתה הראשונה של ועדת טירקל נוגעת לצורך בהשלמת הדין הישראלי הקיים ב"חקיקה שתאפשר ענישה פלילית אפקטיבית של מי שמבצע פשעי מלחמה או מורה לבצעם".⁷ מלבד המלצותיה הקונקרטיות בעניין זה, מציינת הוועדה כי היא

"[...] רואה חשיבות בקליטה מפורשת של הנורמות הבינלאומיות לגבי פשעי מלחמה למשפטם של מדינת ישראל. זאת, משום שחקיקה כאמור משרתת מעבר למטרה המעשית (קרי, שהיא מאפשרת העמדה לדין וענישה של מפרים של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי), גם מטרה נורמטיבית (קרי, קידום הרתעה וחינוך). כאמור, [...] נראה כי הדרך לכך היא על ידי עיון העבירות הפליליות הבינלאומיות בחקיקה הפנימית."⁸

שני הפרקים הראשונים של מסמך זה עוסקים בחובה המשפטית להעמיד לדין נאשמים בביצוע פשעי מלחמה, ומציגים את הגישות השונות לחקיקת פשעי מלחמה בדין המקומי. בהמשך מציג המסמך את הכלים המשפטיים הקיימים והחסרים בדין הישראלי ביחס לעבירות שמהוות פשעי מלחמה, על בסיס מחקר קודם שבוצע בידי מרכז קונקורד (להלן "מחקר קונקורד").⁹

בשנים האחרונות עוקב יש דין אחר פעולתה של מערכת המשפט הצבאית לאכיפת החוק על חיילי צה"ל שהיו אחראים לעבירות פליליות (על פי הדין הישראלי הקיים) נגד פלסטינים ורכושם בשטחים הכבושים. במסגרת זו מייצג הצוות המשפטי של יש דין מאות קורבנות עבירה פלסטינים מול גופי החקירה והתביעה הצבאיים: מסייע בהגשת תלונות, עוקב אחר התנהלות החקירה ומתאם במידת הצורך בין קורבנות עבירה ובין העדים, החוקרים והתובעים במטרה לקדם את הסיכוי לחקירה ולתביעה אפקטיביות. לצד זה עוקב יש דין כבר כמה שנים אחר כלל הליכי אכיפת החוק בצה"ל בקשר לעבירות

6 ראו בין השאר אמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (להלן אמנת ז'נבה הרביעית), סעיף 28; הפרוטוקול הראשון הנולוה לאמנות ז'נבה, סעיף 51(7); חוקת רומא בדבר בית הדין הפלילי הבינלאומי, סעיף 8(2)(ב)(23). כמו כן, ראו בג"ץ 3799/02 עדאלה ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח' ; http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter32_rule97; Michael N. Schmitt, "Human Shileds in International Humanitarian Law". Columbia Journal of Transnational Law 47 (2009), p. 292.

7 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי. (פברואר 2013) (להלן דו"ח ועדת טירקל), עמ' 304-307.

8 שם, עמ' 307. ההדגשות במקור.

9 יניב ואקי ונעם וינר, אמנת רומא והדין הפלילי הישראלי: משלימות והתאמה (מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל, 2011).

נגד פלסטינים ורכושם (גם במקרים שבהם יש דין לא מייצג את קורבנות העבירה). מעקב זה מאפשר ליש דין להציג תמונת מצב מלאה ומהימנה בדבר המידה שבה מדינת ישראל מקיימת את חובתה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטחים הכבושים מפני עבירות חייליה, באמצעות שימוש בדין הפלילי הישראלי.

על בסיס מעקב זה, נבחן בחלקו השני של המסמך (פרק ג') את האופן שבו מטפלת מערכת אכיפת החוק הצבאית בפשעי מלחמה, ואת המקום שניתן - או לא ניתן - למשפט הבינלאומי בהנחיות התביעה הצבאית לתובעיה ואת פסיקת בתי הדין הצבאיים בראי המשפט הבינלאומי ופשעי המלחמה. שני מקרי בוחן בפרק זה מציגים את טיפולה של מערכת אכיפת החוק הצבאית במקרים שבהם חיילים פגעו בעצורים כבולים ובמקרים של שימוש חיילים בפלסטינים כמגינים אנושיים.

לצורך כתיבת פרק זה עיין יש דין באוסף המלא של פסקי הדין שניתנו בבתי הדין הצבאיים ובכתבי אישום שהוגשו בעקבות עבירות חיילים נגד פלסטינים ורכושם מתחילת האינתיפאדה השנייה (ספטמבר 2000) ועד היום. את פסקי הדין הללו, שצה"ל אינו מפרסם באופן פומבי, הוא מעביר ליש דין על פי דרישת הארגון ועל בסיס עקרון פומביות הדיון. בנוסף עיין יש דין בהנחיות התביעה הצבאית שהתקבלו כמענה לבקשה על פי חוק חופש המידע.

פרק א'

על החובה המשפטית לענוש פשעי מלחמה

פשעים בינלאומיים

התפתחות המשפט הבינלאומי בעשורים האחרונים הביאה לגיבוש שורת עבירות המכונות "פשעים בינלאומיים": עבירות שפוגעות בערכים המשותפים לקהילה הבינלאומית כולה ומחייבים את כל המדינות ואת כל בני האדם.¹⁰

עבירות אלה מתחלקות לכמה קבוצות: פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם, עינויים (וזאת במובחן מעבירת העינויים הכלולה בפשעי המלחמה ובפשעים נגד האנושות), פשע התוקפנות (crime of aggression) וכמה "צורות קיצוניות" של טרור בינלאומי. בפשעים מסוג זה כרוכה אחריות פלילית אישית של יחידים, להבדיל מאחריותה של המדינה שאותם יחידים פועלים כשלוחיה. פשעים בינלאומיים עונים על ארבעה קריטריונים: (א) הפרת הוראות של המשפט המנהגי הבינלאומי, (ב) נועדו להגן על ערכים שנתפסים בידי הקהילה הבינלאומית כולה כחשובים ולפיכך מחייבים את כל המדינות והיחידים. לשני התנאים הראשונים מצטרף (ג) אינטרס אוניברסלי בדיכוי הפשעים הללו, (ד) היעדר חסינות מפני הליכים פליליים ואזרחיים שמדינה יכולה לטעון לה ביחס לפקידה הממלאים תפקידים מסוימים בשירותה.¹¹

מהם פשעי מלחמה?

מסמך זה עוסק בקטגוריה אחת של פשעים בינלאומיים - הקטגוריה של פשעי מלחמה. את רשימת העבירות שבהינתן התנאים המתאימים הן פשעי מלחמה ניתן למצוא בכלים משפטיים שונים: בהסכמים בינלאומיים, במסמכי היסוד של טריבונלים שיפטיים בינלאומיים ובחקיקה ובפסיקה של המדינות השונות. מחקר שערך הצלב האדום הבינלאומי מפרט רשימה מלאה של עבירות אלו ומקורותיהם.¹² עם זאת, מקובל לראות ברשימת פשעי המלחמה המנויים בפרק 8(2) של חוקת רומא רשימה ממצה של פשעי המלחמה, שזוכה להסכמה בינלאומית רחבה.

10 סעיף 5 בחוקת רומא שמגדיר את סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי מונה את ארבע הפשעים הבינלאומיים שחלה עליהם סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ומגדיר אותם "the most serious crimes of concern to the international community as a whole".

11 Antonio Cassese, *International Criminal Law* (2008: Oxford University Press, 2nd edition), p. 11-12. יציין כי חלוקה זו אינה מונה בקבוצת הפשעים הבינלאומיים פשעים אחרים דוגמת פיראטיות, הברחת סמים, סחר בלתי חוקי בנשק, סחר בעבדים, סחר בנשים ועוד. פשעים אלה, חמורים ככל שיהיו ובעלי היבטים בינלאומיים בולטים, אינם עונים על ארבעת התנאים המצטברים שמצוין קססה.

12 ICRC, "Rule 156: Definition of War Crimes" in Customary IHL Database (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter44_rule156)

מקורותיהם של פשעי המלחמה (לא כולם שולבו בחוקת רומא¹³) מצויים בכלים המשפטיים הבאים:¹⁴

- הפרות חמורות (grave breaches) של אמנות ז'נבה משנת 1949 והפרוטוקול הראשון הנלווה להן;

- הפרות רציניות (serious violations) אחרות של דיני המלחמה ומנהגי המלחמה התקפים בעימותים מזוינים בינלאומיים. מקורותיהן של אלה מצויות בעיקר בהצהרת האג משנת 1899, בתקנות הנלוות לאמנת האג הרביעית משנת 1907, בפרוטוקול ז'נבה מ-1925, באמנת האג להגנה על נכסי תרבות בעת עימות מזוין (1954) והפרוטוקולים הנלווים לה, באמנה להגנה על זכויות הילד (1989), באמנה בדבר בטיחות האומות המאוחדות וסגל נלווה (1994), ובחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר.

- הפרות רציניות (serious violations) של דיני המלחמה ומנהגי המלחמה התקפים בעימותים מזוינים שאינם בינלאומיים. מקורותיהן של אלה מצויות בעיקר בסעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה מ-1949, בפרוטוקול הנלווה השני משנת 1977, בפרוטוקול האופציונלי מ-1999 לאמנת האג להגנה על נכסי תרבות בעת עימות מזוין (1954), באמנה להגנה על זכויות הילד (1989), באמנה בדבר בטיחות האומות המאוחדות וסגל נלווה (1994), בחוקות בתי הדין הפליליים לרואנדה ויוגוסלביה לשעבר ובחוקת בית הדין המיוחד לסיירה לאון.

כאמור לעיל, מעשים נחשבים כ"הפרות חמורות" או "רציניות" - ולכן כפשעי מלחמה - אם הם מהווים הפרה של הדינים המנהגיים או ההסכמיים הנוגעים לסכסוך מזוין (בינלאומי או שאינו בינלאומי), שבוצעו במהלך סכסוך מזוין ובנסיבות שמחייבות את ענישת האחראים להם¹⁵ - סיכון אנשים או אובייקטים מוגנים או הפרת ערכים חשובים המשותפים לקהילה הבינלאומית.

הניתוח שערך הצלב האדום לרשימת העבירות שמופיעות כפשעי מלחמה באמנות בינלאומיות, בחקיקה ובפסיקה במדינות שונות מראה כי אין צורך שמעשים המסכנים אנשים או אובייקטים מוגנים" אכן יגרמו בסופו של דבר נזק ממשי לאנשים או לאובייקטים המוגנים: עצם הניסיון לעשות זאת מספיק להכניס את המעשה לתחומי קטגוריה זו. בדומה לכך, הכלל הקובע כי מעשים ייחשבו לפשעי מלחמה במידה שהם "מפירים ערכים חשובים" אינו מחייב סיכון גופני ישיר של קורבנותיהם. על פי הניתוח של הצלב האדום, מעשים מסוג זה כוללים בין השאר פגיעה בגופות, השפלת בני אדם, אילוצם לקחת חלק בפעולות שמסייעות למשימות הצבאיות של האויב, הפרת הזכות למשפט הוגן, וגיוס קטינים מתחת לגיל 15 לכוחות מזוינים.¹⁶

כדי לתייג עבירה כפשע מלחמה אין צורך שהיא תבוצע בצורה שיטתית או נרחבת (דרישה שקיימת באשר לעבירות שהן "פשעים נגד האנושות"): הדרישה היא רק שהמעשה יהיה כזה המוגדר כ"הפרה רצינית" בשעת סכסוך מזוין. ה"רציניות" הנדרשת מתייחסת למעשה האסור, לא להיקף הנפגעים ממנו. במקביל, העובדה שמעשה מסוים הוא הפרה של הוראה מדיני הלחימה אינה הופכת את

13 כך למשל, חוקת רומא אינה מכילה פשעי מלחמה המנויים כהפרות חמורות של הפרוטוקול הראשון הנלווה לאמנות ז'נבה, כיוון שמסמך זה לא אומץ בידי הקהילה הבינלאומית באותה מידה שאומצו אמנות ז'נבה.

14 ICRC, *War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court and their Source in International Humanitarian Law*. (Geneva: 2008), p. 2.

15 קססה (ראו הע' 11 לעיל), עמ' 81: 'Serious'. Chile Eboe-Osuij, "'Grave Breaches' as war crimes: much ado about... 'Violation'?" Available online at ICC Office of the Prosecutor website (<http://www.icc-cpi.int>).

16 ICRC, "כלל 156" (ראו הע' 12 לעיל).

המעשה כשלעצמו לפשע מלחמה: נדרשת מידה של חומרה במעשה ובתוצאותיו לקורבן.¹⁷

אחריות פלילית לביצוע פשעי מלחמה יכולה להיות מוטלת הן על אזרחים והן על אנשי הכוחות המזוינים בשל מעשיהם: אין הכרח שאדם יהיה חייל כדי שיימצא אחראי לביצוע פשעי מלחמה. גם אזרחים מבצעים לעתים פשעים כאלה. כמו כן, כדי להטיל אשמה פלילית על מי שביצע פשע מלחמה יש למצוא אצל הנאשם יסוד נפשי של כוונה או פיזיות בביצוע העבירה (willfulness).¹⁸

החובה לקבוע בחוק ענישה לאחראים לביצוע פשעי מלחמה

כל אחת מארבע אמנות ז'נבה משנת 1949 (שמדינת ישראל חתמה עליהן באותה שנה ואשררה את חתימתה ב־1951) כוללת סעיף הנוגע לחובה לחקור ולהעמיד לדין את מי שביצעו הפרות חמורות (grave breaches) של האמנה. סעיף 146 באמנת ז'נבה הרביעית קובע את חובתן של המדינות החברות באמנה לחוקק חקיקה מתאימה כדי לאפשר חקירה, העמדה לדין וענישה של מי שאחראי לביצוע הפרות חמורות של האמנה. ההוראה נוגעת לחובתן של המדינות לפעול בעצמן או באמצעות הסגרה לגורם המתאים¹⁹:

"בעלי האמנה מתחייבים לחוקק כל חוק שיהא צורך בו, כדי לקבוע ענשים יעילים לאנשים המבצעים, או מצווים לבצע את אחת ההפרות החמורות של האמנה הזאת המוגדרות בסעיף הבא.

כל אחד מבעלי האמנה יהא מחוייב לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו - או ציוו לבצע - את הפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי המשפט שלו ללא התחשבות באזרחותם. כן רשאי הוא, אם יבחר לעשות כן, למסור אנשים כאלה, בהתאם להוראות החוקים שלו, למשפטו של בעל אמנה אחר הנוגע בדבר, בתנאי שבעל האמנה הזה הגיש נגד אנשים כאלה האשמות מספיקות".²⁰

[...]

החובה לחקור ולהעמיד לדין את האחראים לפשעים חמורים (העולים כדי פשעי מלחמה בנסיבות המתאימות) מצויה בשורת אמנות נוספות, שמדינת ישראל הצטרפה לחלקן: סעיף 6 לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם²¹; סעיף 28 לאמנת האג להגנה על נכסי תרבות בעת עימות

17 קססה (ראו הע' 11 לעיל), עמ' 81.

18 ICRC, "כלל 156" (ראו הע' 12 לעיל).

19 סעיף זה נוגע הן לאכיפת הדין ה"פנימית" של המדינות החברות באמנה ביחס לאזרחיהן או למי שפגע באזרחיהן, והן לעקרון סמכות השיפוט האוניברסלית.

20 סעיף 147 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע שורה של הפרות חמורות (grave breaches) שלה. זו לשונו: "הפרות החמורות, שאליהן מתייחס הסעיף הקודם, הן אלה הגוררות מעשה מהמעשים שלהלן, כשמבצעים אותם בני אדם או נכסים המוגנים לפי האמנה הזאת; הריגת מוגן במזיד, עינויו או יחס בלתי אנושי אליו, לרבות נסיונות ביולוגיים, גרימת זדון של סבל רב או חבלה חמורה בגופו או בבריאותו, גירושו או העברתו שלא בהיתר או כליאת מוגן שלא בהיתר, כפיית מוגן לשרת בכוחות מעצמה אויבת, או שלילת זדון של זכויותיו של מוגן לשפיטה הוגנת וסדירה, שנקבעה באמנה הזאת, לקחת בני ערובה והריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומותך הפקרות."

21 מדינת ישראל חתמה על האמנה בשנת 1949 ואשררה את חתימתה ב-1950. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-12.1.1951. **כתבי אמנה** 5, כרך 1, עמ' 65.

מזוין (1954),²² סעיף 7 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984),²³ סעיף 14 לאמנה לאיסור הפיתוח, היצור, האגירה והשימוש בכלי נשק כימיים ובעניין השמדתם (1993),²⁴ סעיף 9 לאמנה לאיסור על השימוש, האגירה, הייצור וההעברה של מוקשים נגד אדם ולהשמדתם (1997), וסעיפים 15-17 לפרוטוקול השני הנלווה לאמנת האג להגנה על נכסי תרבות בעת עימות מזוין.²⁵

דרכים שונות לחקיקה שמענישה פשעי מלחמה

מדינות ומסורות משפטיות שונות נוהגות בדרכים שונות בכדי לחוקק חקיקה המפלילה פשעים בינלאומיים, ובהם פשעי מלחמה. קנוט דורמן (Dormann) ורובין גייס (Geiss), אנשי החטיבה המשפטית של הצלב האדום הבינלאומי, מצביעים על הגישות עיקריות לחקיקה שמפלילה פשעי מלחמה:²⁶ חקיקה בדרך של הפניה לדין הבינלאומי וחקיקה המבוססת על הדין המקומי.

חקיקה בדרך של הפניה לדין הבינלאומי

מדינות שנוקטות גישה זו מחוקקות חוקים שמפנים להוראות הרלבנטיות של הדין הבינלאומי. גישה זו מאפשרת למחוקק להימנע מהמאמץ הכרוך באימוץ ובהתאמתן של הוראות הדין הבינלאומי למשפט המקומי. אחד היתרונות של גישה זו הוא מניעת עיוותן של הוראות הדין הבינלאומי בעת התאמתן לדין המקומי. מאידך גיסא, גישה זו מונעת מהמחוקק להתאים את הוראות הדין הבינלאומי (וליקויים שאולי יש בהן) למסגרת החוקתית המקומית. לגישה זו יש שני מודלים עיקריים: מודל ההפניה הסטטית ומודל ההפניה הדינמית.

מודל ההפניה הסטטית

מדינות אחדות מאמצות בדין המקומי שלהן את סעיפי העבירות מאמנות ז'נבה, מהפרוטוקולים הנספחים להן או מחוקת רומא כלשונן: מעין "גזור והדבק" של סעיפי האמנות מהמשפט הבינלאומי לדין המקומי. הפניה ממין זה מקפיאה את העבירה - את יסודותיה ואת עונשה - ומחייבת חקיקה נוספת בכל פעם שנוצר צורך להתאים את הדין המקומי לדין הבינלאומי המתפתח והמשתנה. הפניה כזו נמצאת בחוק הבריטי והניו זילנדי.²⁷

22 מדינת ישראל חתמה על האמנה ב-1954. האמנה פורסמה ברשומות ב-1957. **כתבי אמנה** 213, כרך 7, עמ' 485.

23 מדינת ישראל חתמה על האמנה בשנת 1986 ואשררה חתימתה ב-1991. **כתבי אמנה** 1039, כרך 31, עמ' 249.

24 מדינת ישראל חתמה על האמנה ב-1993 אולם טרם אשררה אותה. <http://www.opcw.org/about-opcw/non-member-/states>

25 מדינת ישראל לא הצטרפה לשני המסמכים האחרונים.

26 Knut Dormann and Robin Geiss, "The implementation of of grave breaches into domestic legal order". *Journal of International Criminal Justice* (2009, 7(4)), pp. 703-721.

27 שם, עמ' 711-713.

← בריטניה

חוק בית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court Act) (2001) מאמץ לדין הפנימי הבריטי את פשעי המלחמה, הפשעים נגד האנושות ופשע רצח העם ואת העבירות הנוגעות להן, כפי שהן מופיעות בחוקת רומא. החוק מונה את הסעיפים השונים בחוקת רומא ומאמץ אותם לשונם במשפט הבריטי.²⁸

מודל ההפניה הדינמית

בשונה מחקיקה על פי מודל ההפניה הסטטית, יתרונה של חקיקה שמפנה ל"דיני לחימה" או למנהגיה הוא בגמישותה ביחס לטבעו המתפתח של הדין הבינלאומי המנהגי. חקיקה מסוג זה מאפשרת הישענות של בתי המשפט המדינתיים על הדין המנהגי ללא צורך בתיקוני חקיקה תכופים. חסרונה המרכזי של שיטה זו היא הותרת מקום רב לפרשנותו של השופט היושב בדין לעקרונות הדין הבינלאומי - עקרונות ששופטים בבתי משפט מדינתיים אינם מורגלים בהם. בנוסף, יש פרשנים הסבורים כי גישה זו של חקיקה עומדת בסתירה לעקרון החוקיות. גישת ההפניה הדינמית היא הגישה הנהוגה בארצות הברית, קנדה, רוסיה, שבדיה וכמה מדינות נוספות.²⁹

← קנדה

בשנת 2000 נחקק החוק הקנדי בדבר פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה (Crimes Against Humanity and War Crimes Act).³⁰ בחקיקה זו היתה קנדה המדינה הראשונה שאימצה את חוקת רומא והכלילה אותה בדין הפנימי שלה. סעיף 34(3) של החוק מגדיר "פשע מלחמה" על בסיס הפניה למשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי. סעיף ההגדרות שבהמשך מבהיר שהחוק חל על העבירות המנויות בסעיפים 6, 7, ו-8(2) של חוקת רומא ועל הדין הבינלאומי ככל שיתפתח:

28 בנוסף, חוק פשעי המלחמה (War Crimes Act) (1991) נוגע לפשעים שנעשו בגרמניה ובשטחים שבשליטתה בתקופת מלחמת העולם השנייה בידי אנשים שלא היו באותה עת אזרחים בריטים אבל הפכו לאזרחים בריטים מאוחר יותר.

29 הנקינס מצוין כי במשפט הפלילי הפיני מתקיים שילוב של שתי גישות ההפניה - הסטטית והדינמית - כך שחלק מהפשעים הבינלאומיים - פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות - מוגדרים בצורה מפורשת בפרק 13 של דיני העונשין הפיניים, ולצידם החוק מפליל את הפרת הוראותיהם של דיני המלחמה המנהגיים או ההסכמיים שחלים על פינלנד. ראו דורמן וגייס, הע' 26 לעיל; וכן Stephane J. Hankins, "Overview of Ways to Import Core International Crimes into National Criminal Law". In Morten Bergsmo et al (Eds.), **Importing Core International Crimes into National Law** (Oslo: FICHL, 2010), p. 7-8.

30 חקיקה קודמת משנת 1985 (Geneva Conventions Act) אימצה למשפט הקנדי את הפרות החמורות המנויות באמנות לנבה וקבעה להם עונשים:

3. (1) Every person who, whether within or outside Canada, commits a grave breach referred to in Article 50 [of the 1949 Geneva Convention I], Article 51 [of the 1949 Geneva Convention II], Article 130 [of the 1949 Geneva Convention III] Article 147 [of the 1949 Geneva Convention IV] or Articles 11 or 85 [of the 1977 Additional Protocol I] is guilty of an indictable offence, and

(a) if the grave breach causes the death of any person, is liable to imprisonment for life; and

(b) in any other case, is liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

"war crime" means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

(4) For greater certainty, crimes described in Articles 6 and 7 and paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.

חקיקה המבוססת על הדין המקומי הקיים

המודל השני שדורמן וגייס מציגים עושה שימוש בדין הפלילי הקיים או בהכנסה של פשעים בינלאומיים לתוכו תוך התאמה לדין ולמסורת המשפטית המקומיים. השניים מכנים מודל זה "חקיקה על בסיס משפטי לאומי אוטונומי". יתרונה של גישה זו הוא בתשובה הברורה שהיא מספקת לשאלה אילו מעשים מהווים התנהגות פלילית בת-ענישה. עם זאת, חיסרון מרכזי שלה הוא כי היא לא פותרת את הצורך לפרש על פי המשפט הבינלאומי עקרונות משפטיים שהשימוש בהם אינו שגור במישור המדינתי (למשל "אזרחים מוגנים", "עימות מזוין בינלאומי" וכד') בעת העמדה לדין.³¹

שילוב הוראות ספציפיות בדין המקומי

מדינות שנוקטות גישה זו עשויות לחוקק חוק נפרד המכליל את הפשעים הבינלאומיים בדין המקומי, או לחלופין לחוקק סעיפי חוק כחלק אינטגרלי מהקודקס הפלילי הקיים שלהן.

17 מתוך 34 מדינות שנסקרו במחקר שנערך בשנים 2001-2006 שילבו סעיפי חוק בתוך החוק הפלילי הקיים (בחוק הפלילי הרגיל שלהן או בחוק הפלילי הצבאי, או באופן שהחיל את הסעיפים הרלבנטיים הן על הקודקס ה"אזרחי" והן על הצבאי). ארבע מדינות חוקקו קודקס נפרד שהכניס פשעים בינלאומיים לדין המקומי.³²

← גרמניה

בשנת 2002 נחקק בגרמניה "חוק הפשעים נגד הדין הבינלאומי". החוק מעניק לבתי המשפט הגרמניים סמכות לדון בפשעים בינלאומיים ללא קשר למקום ביצועם ולזהות מבצעייהם וקורבנותיהם (סמכות שיפוט אוניברסלית). בין השאר, החוק מפליל פשעים של רצח עם, פשעים נגד האנושות וקבוצות שונות של פשעי מלחמה: פשעי מלחמה נגד אדם, פשעי מלחמה נגד קניין וזכויות אחרות, פשעי מלחמה נגד פעילויות הומניטריות וסמליהן, פשעי מלחמה של שימוש בשיטות לחימה אסורות.

31 דורמן וגייס (ראו הע' 25 לעיל), עמ' 713.

32 שם, עמ' 716-713.

שימוש במשפט הפלילי המקומי הקיים

מדינת ישראל נמנית עם קבוצה קטנה של מדינות שגורסות שהדין הפלילי שלהן מכיל מענה משפטי לפשעים בינלאומיים. פרט לישראל נמנות עם קבוצה זו טורקיה, אוסטרליה וצרפת (ועד שנת 2002 גם גרמניה).³³ עמדה זו מנוגדת לתפיסה שרווחת בקרב רוב מדינות העולם בדבר הצורך לחוקק חקיקה ייעודית בתחום זה.³⁴

היתרון שמציעה גישה זו הוא ביכולת "לחסוך" הליך חקיקה מסורבל של עבירות, שדומות להן קיימות ממילא בדין המקומי. הקושי בעמדה זו, נוסף לכך שעבירות הייחודיות למצב של לחימה או כיבוש לא באות בהכרח לידי ביטוי בחקיקה המקומית, הוא השוואת מעמדם של עבירות "רגילות" כמו רצח לעבירה של הרג מכוון של אזרחים מוגנים במסגרת עימות מזוין.³⁵ בכך אובדת החומרה הייחודית של העבירות שנתפסות בעולם כולו כהפרות חמורות של חובותיה של מדינה בעת עימות מזוין.³⁶

דרך אחת להתמודד עם קושי זה היא לקבוע בדין הפלילי "נסיבות מחמירות" שמביאות בחשבון את המקרה הייחודי של פשעים בינלאומיים, הן בנסיבותיהן והן בעונשן.³⁷ בדיניה של מדינת ישראל, שכאמור נמנית עם קבוצה מצומצמת מאוד של מדינות שנוקטות גישה של שימוש במשפט המדינתי הקיים, לא קיימות "נסיבות מחמירות" הנוגעות לפשעים בינלאומיים, לפשעי מלחמה או להגנה אחרת על אזרחים מוגנים במשפט הבינלאומי.

33 יצוין כי בניגוד למדינת ישראל, שבה נהוגה שיטת המשפט המקובל (Common Law), בשלוש המדינות האחרות נהוגה שיטת המשפט האזרחי (Civil Law).

34 דורמן וגייס (ראו הע' 25 לעיל), עמ' 714-715.

35 שם, עמ' 714.

36 סטפן הנקינס (ראו הע' 29 לעיל), עמ' 7.

37 דורמן וגייס (ראו הע' 25 לעיל), עמ' 714-715 עם זאת, ספק אם דרך פעולה זו עולה בקנה אחת עם החובה בדין הבינלאומי. כך למשל, בפרשת Bagaragaza מנע בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה (ICTR) את הסגרתו של חשוד במעורבות ברצח העם בראנדה להעמדה לדין בנורבגיה, אף על פי שבדין הפלילי המקומי שלה ישנן "נסיבות מחמירות" המאפשרות ענישה מחמירה של המעורבים בפשעים בינלאומיים, כיוון שהנאשמים עמדו לדין באותה עת בנורבגיה על פי עבירות "רגילות". *Prosecutor v Bagaragaza*, Case No. ICTR-05-86-AR11bis, Decision on Rule 11bis Appeal (Aug. 30, 2006). במרס 2008 הכלילה נורבגיה בדין הפנימי שלה חקיקה שמפלילה רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה.

פרק ב'

פשעי מלחמה במשפט הישראלי

היעדרם של פשעי המלחמה מהחקיקה הישראלית

נוכח החשיבות המיוחדת שנודעת במשפט הבינלאומי לעבירות הבינלאומיות (ובתוכם לפשעי המלחמה), ולצד העובדה שמדינת ישראל מצויה בסכסוך מזוין עם שכנותיה ובמצב של תפיסה מלחמתית בשטחים הכבושים, בולטת העובדה כי חקיקה שתכליתה לענוש פשעי מלחמה של ישראלים נעדרת לחלוטין מהדין הישראלי.

החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם

פשעים בינלאומיים אינם זרים לדין הישראלי. כבר בשנת 1950, סמוך לאחר קבלתה של "האמנה למניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם" בעצרת האו"ם ועוד לפני כניסתה לתוקף (ב־1951), חוקקה כנסת ישראל חוק שהכניס לדין הישראלי את האיסור על רצח עם. החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (תש"ו-1950) אימץ את הוראות האמנה וקבע עבירה של "השמדת עם", שעונשו המרבי הוא עונש מוות. עוד קבע החוק כי שורת הגנות אפשריות שעומדות לנאשם על פי הדין הפלילי שהיה נהוג אז אינן תקפות בעבירה לפי חוק זה.³⁸

דבר חקיקה נפרד שנחקק 16 שנים מאוחר יותר - חוק ביטול התיישנות בפשעים נגד האנושות (תשכ"ו-1966) - קבע כי לא תחול התיישנות על עבירות על פי חוק זה ועל פי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם. ביטול התיישנות על עבירה לפי החוק למניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם בחקיקה נפרדת ולא כתיקון לחוק עצמו, כמו גם כריכתו עם החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם (על אף שבאחרון נחקקה מראש הוראה שמונעת התיישנות), הוסברה בידי ח"כ משה אונא, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט במליאת הכנסת: החקיקה הנפרדת נועדה "לבטא ולמצות את ההרגשה העמוקה השוררת בציבור כלפי עצם הפשעים האלה והיחס שצריך לשרור לגביהם".³⁹

החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם

פשעי מלחמה מופיעים כעבירה במשפט הפלילי הישראלי אך ורק בהקשר של פשעי המשטר הנאצי. החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם (תש"ו-1950) קובע כמה עבירות המתחממות כרונולוגית וגיאוגרפית - לתקופת המשטר הנאצי (מתפיסת השלטון בידי המפלגה הנאצית בגרמניה בינואר 1933 עד תום מלחמת העולם השנייה במאי 1945) ובשטחיהן של גרמניה, בעלות בריתה והאזורים שהיו

38 חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (תש"ו-1950), סעיף 6.
39 דברי הכנסת 46 (תשכ"ו), עמ' 617-616. לפני ההצבעה הציע ח"כ אריה לובה) אליאב כי בשל חשיבותו של החוק ייקראו לאולם המליאה חברי הכנסת ששהים במזון. יו"ר הכנסת דחה את ההצעה, אך התקבלה הצעתו של ח"כ מנחם בגין כי ההצבעה על קבלת החוק תיעשה בקימה.

נתונים תחת שליטתן באותה תקופה.⁴⁰ במילים אחרות, החוק חל על עבירות שבוצעו לפני הקמת מדינת ישראל ומחוץ לשטחה.

לצד עבירות אחרות שנקבעו בחוק זה, סעיף 16(א) לחוק קובע שורת עבירות חמורות: פשע נגד העם היהודי, פשע כלפי האנושות ופשע מלחמה. דינו של המורשע בעבירות אלה נקבע בחוק למיתה. סעיף 16(ב) מגדיר את העבירות הללו, ובתוכן מוגדר "פשע מלחמה" כך:

"פשע מלחמה" פירושו - אחד המעשים האלה: רציחת בני אוכלוסיה אזרחית של ארץ כבושה או בתוך ארץ כבושה, גישתם וגירושם לשם עבודת כפייה או לשם כל מטרה אחרת; רציחתם וגישתם של שבויי מלחמה או של בני האדם הנמצאים בלב ים; המתת בני ערובה; שוד רכוש ציבורי או פרטי; הריסה שרירותית של כרכים, ערים או כפרים; והחרבה שאינה מוצדקת על ידי הכרח צבאי.⁴¹

בניסוח הסעיף נשען המחוקק במובהק על "עקרונות נירנברג",⁴² שנקבעו אף הם ב-1950, שנת חקיקתו של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם. הגדרתו של פשע המלחמה והגדרתו של הפשע נגד האנושות בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם זהים כמעט להגדרות המופיעות בעקרון נירנברג מס' 6.

סעיף 16(א) לחוק העונשין

סעיף 16(א) לחוק העונשין מורה כי "דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב-צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן; והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העבירה אשר יהא."

סעיף זה נחשב מקור להכללת סמכות השיפוט האוניברסלית בדין הישראלי. יש הגורסים שבאמצעות סעיף זה נקלטו בדין הישראלי עבירות פליליות המופיעות באמנות בינלאומיות שונות, ובתוכן אמנות ז'נבה, אך הדבר שנוי במחלוקת וממילא אין במדינת ישראל פרקטיקה של העמדה לדין על פי סעיפי אישום מהדין הבינלאומי שאינם חקוקים במפורט בדין המקומי.⁴³

40 החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם (תש"ו-1950). סעיף 16 מגדיר את המונחים "בתקופת השלטון הנאצי" ו"בארץ עוינת".

41 החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם מגדיר כאמור גם עבירה נפרדת של פשע נגד האנושות: "פשע כלפי האנושות" פירושו - אחד המעשים האלה: רציחה, השמדה, שעבוד, הרעבה וגירוש של אוכלוסיה אזרחית, וכל מעשה לא-אנושי אחר שנעשה באוכלוסיה אזרחית; וכן רדיפה מטעמים לאומיים, גזעיים, דתיים, או פוליטיים." לצד שני אלה מגדיר סעיף 16(ב) לחוק החוק עבירה נפרדת של פשע נגד העם היהודי, עבירה הכוללת בתוכה שורת מעשים שנעשו במטרה להשמיד את העם היהודי.

42 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950. "עקרונות נירנברג" נוסחו בידי ה-International Law Commission על יסוד כתב האמנה של בית הדין הבינלאומי הפלילי שבו הועמדו לדין פושעי המלחמה הנאצים ובעקבות פסקי הדין שניתנו בבית דין זה. העקרונות נועדו להגדיר פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ופשעים נגד השלום. עיקרון 6 לעקרונות נירנברג מגדיר פשעי מלחמה כך: "Violations of the laws or customs of war include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war, of persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity" פשעים נגד האנושות מוגדרים באותו סעיף כך: "Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime."

43 לדין קצר בעניין זה ראו עמיתו כהן ויובל שני, **צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה**. (ירושלים:

33.0133 פקודת מטכ"ל

התייחסות לחובתם של חיילי צה"ל לפעול על פי הוראות אמנות ז'נבה ניתן למצוא בפקודת מטכ"ל 33.0133 שנקבעה בשנות השמונים, ושכותרתה "התנהגות בהתאם לאמנות בין-לאומיות שמדינת ישראל צד להן". הפקודה קובעת את חובת חיילי צה"ל לנהוג בהתאם להוראות ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949 וכן בהתאם להוראות אמנת האג בדבר הגנה על נכסי תרבות בעת סכסוך מזוין. סעיף 10 לפקודה קובע כי בכל פקודת מבצע לקראת הפעלת כוח צבאי בניסיון שרלבנטיות לאמנות השונות, ישוננו לחיילים הוראותיהן של האמנות.⁴⁴

פקודת מטכ"ל, שהיא הוראה פנימית בצבא ואינה מהווה מקור ישיר לקביעתן של עבירות פליליות, אינה יכולה להוות בסיס להעמדה לדין פלילי של מי שנחשד בפשעי מלחמה. אמנם אפשר להיעזר בה כדי להעמיד לדין חיילים בעבירות פליליות בעלות אופי משמעותי ונקבעו בחוק השיפוט הצבאי ("התנהגות בלתי הולמת", "חריגה מסמכות" וכיו"ב),⁴⁵ אולם ודאי שאין די בהוראה כללית זו, שאינה נושאת בצדה סנקציות פליליות ברורות. פרט לאמור, הוראות מטכ"ל חלות על חיילי צה"ל בשירות פעיל בלבד ואינן חלות על אוכלוסיות אחרות שעשויות להיות מעורבות בפשעי מלחמה, דוגמת שוטרים, אנשי שב"כ או אזרחים.

"רוח צה"ל"

בשנות התשעים כתבה ועדה בראשות קצין בדרגת אלוף את המסמך המכונה "רוח צה"ל", שהוגדר כ"תעודת הזוהר הערכית של צה"ל". על פי ניסוחו,⁴⁶ המסמך ו"הפעולות הנגזרות ממנו" משמשים כקוד האתי של צה"ל. "ערכי מוסר אוניברסליים המבוססים על ערך האדם וכבודו" מצוינים במסמך כאחד מארבעת מקורותיו,⁴⁷ ובין הערכים שצוינו בו מצויים כבוד האדם (אחד משלושה ערכים שהוגדרו "ערכי יסוד"), הערך "טוהר הנשק",⁴⁸ וקביעה שחייל לא יציית לפקודות בלתי חוקיות בעליל (בערך "משמעת").⁴⁹

המכון הישראלי לדמוקרטיה, (2011), עמ' 29-32. כהן ושני מציינים כמה טעמים לכך שסעיף 16 אינו מאפשר באופן מעשי העמדה לדין בישראל על ביצוע עבירות פליליות שמקורן במשפט הבינלאומי. בין השאר כיוון שבאמנות ז'נבה עצמן לא נקבעו סנקציות ענישה למורשעים בעבירות וכיוון שהסעיף עוסק בתחולה אוניברסלית של דיני העונשין של מדינת ישראל ואינו קובע עבירות נוספות לאזרחי מדינת ישראל עצמם.

44 פקודת מטכ"ל 33.0133 - משמעת - התנהגות בהתאם לאמנות בינלאומיות שמדינת ישראל צד להן.

45 כהן ושני (ראו הע' 43 לעיל), עמ' 32.

46 המסמך עודכן בשנת 2000, כך שבין השאר נוספו לו ציון המסורות שמשמשות כמקורותיו, נוסחו שלושה "ערכי יסוד" ועודכן נוסחו של הערך "טוהר הנשק". תיאור השינויים מופיע באתר האינטרנט של אגף כוח האדם בצה"ל: <http://www.aka.idf.il>.

47 המקורות האחרים הם "מסורת צה"ל ומורשת הלחימה שלו כצבא ההגנה לישראל; מסורת מדינת ישראל על עקרונותיה הדמוקרטיים, חוקיה ומסודותיה; מסורת העם היהודי לדורותיו" (באתר צה"ל באינטרנט: http://dover.idf.il/IDF/About/Purpose/Code_Of_Ethics.htm).

48 "החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם".

49 תרגומם של כללים משפטיים מחייבים להנחיות "אתיות" רכות נמשך במסמך נוסף, מוכר פחות מאשר "רוח צה"ל", הנושא את הכותרת "הקוד האתי ללחימה בטרור" ונועד לשמש מעין נספח לו. "הקוד האתי ללוחמה בטרור" מכנס 11 עקרונות מדיני המלחמה: עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות, האיסור על ביזה ועוד. המסמך חובר בשנת 2004 ביוזמת אלוף עמוס ידלון ופרופ' אסא כשר, אך נראה כי צה"ל לא אימץ אותו רשמית עד היום. בניגוד למסמך "רוח צה"ל", "הקוד האתי ללחימה בטרור" אינו מופיע באתר צה"ל באינטרנט. ראו חנן גרינברג, "צה"ל מציג: הקוד האתי החדש ללחימה

"רוח צה"ל" כמסמך הנוגע לאתיקה הצבאית אינו בעל תוקף משפטי מחייב. עם זאת, על פי פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, בשלב שקילת עונשו של חייל שהורשע בדין יש השפעה לעוצמת הפגיעה ב"אתוס הערכי" של צה"ל כפי שהוא בא לידי ביטוי במסמך זה, במעשים שבהם הורשע הנאשם.⁵⁰

פשעי מלחמה: עבירות מקבילות בדין הישראלי ועבירות חסרות

עמדתה של המדינה, כפי שהובעה לאחרונה בפני ועדת טירקל, היא כי "בישראל אין עבירה ספציפית של 'ביצוע פשע מלחמה'. עם זאת, הפרה של דיני הלחימה נכנסת ככלל למסגרת העבירות המופיעות בחוק העונשין או בחוקים ספציפיים אחרים."⁵¹ דו"ח הוועדה אף מזכיר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי "בפועל קיימת הלימה רבה בין המשפט הפלילי הישראלי לבין העבירות הקבועות במשפט הבינלאומי."⁵²

עם זאת, כפי שמודה הפרקליט הצבאי הראשי, רק חלק קטן מהעבירות הרלבנטיות בדין הישראלי משקפות את העבירות המוגדרות במשפט הבינלאומי, כמו למשל עבירת הביזה, שהפצ"ר ציין אותה במיוחד.⁵³ עבירות אחרות, המקבילות לפשעי המלחמה שמונה חוקת רומא, קיימות בדין הישראלי כעבירות פליליות "רגילות". האגודה לזכויות האזרח בישראל, בהסתמכה על מחקר מקיף שנערך במרכז קונקורד במכללה למנהל (להלן "מחקר קונקורד"), מנתה בפנייה לוועדת טירקל את העבירות הנחשבות כפשעי מלחמה ושניתן למצוא להם מקבילות בדין הישראלי:⁵⁴ (א) גרימת מוות במתכוון; (ב) ביצוע ניסויים ביולוגיים; (ג) גרימה במתכוון של סבל רב או חבלה לגוף או לבריאות; (ד) הריסה והחרמה של רכוש בקנה מידה רחב, ללא הצדקה של נחיצות צבאית; (ה) גירוש או העברה בלתי חוקיים; (ו) כליאה בלתי חוקית; (ז) לקיחת בני ערובה; (ח) אונס ומעשים אחרים של אלימות מינית.

חסרונם של עקרונות כלליים מתאימים

סעיף 17 לחוקת רומא קובע את "עקרון המשלימות", שלפיו קיום הליך פלילי נגד נאשמים בביצוע מעשים שהם פשעים בינלאומיים במדינה שיש לה סמכות שיפוט על המעשה או על הנאשם מוציא את המקרה מתחום סמכות השיפוט של בית הדין. אולם אף כי הדין הישראלי מפליל את המעשים שנמנו לעיל, אשר מהווים בתנאים המתאימים פשעי מלחמה בדין הבינלאומי, אין הדבר אומר בהכרח שהעמדה לדין בגין עבירות מהדין הפלילי הישראלי תיתן לנאשמים את הגנת "עקרון המשלימות". יש

בטרור". Ynet, 9 בפברואר 2004; עמוס הראל, "ראש אמ"ן לרמטכ"ל: על צה"ל לאמץ קוד אתי חדש לחימה בטרור". הארץ, 30 בספטמבר 2009.

50 ביד"ץ לערעורים ע/62/03, התובע הצבאי הראשי נ' סמל א"א, עמ' 9.

51 מכתבו של עו"ד שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) לעו"ד הושע גוטליב, מרכז ועדת טירקל, 6.4.2011 (באתר הוועדה: <http://www.turkel-committee.gov.il>).

52 מכתבו של יהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, לשופט בדימוס יעקב טירקל, יו"ר הוועדה, 27.9.2011. מצוטט בדו"ח ועדת טירקל (ראו הע' 7 לעיל), עמ' 306.

53 הפרקליט הצבאי הראשי, התאמתו של מנגנון הבדיקה והחקירה הנוהג בישראל ביחס לתלונות ולטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה לחובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, כמו גם ליישומו של המנגנון ביחס לאירוע הימי מיום 31 במאי 2010. נייר עמדה, (19.12.2010) עמ' 6 (הע' 10) (להלן נייר עמדה מטעם פצ"ר).

54 מכתבה של עו"ד לימור יהודה מהאגודה לזכויות האזרח בישראל אל ועדת טירקל, 25 באוקטובר 2011 (להלן מכתב האגודה לזכויות האזרח).

לכך שני גורמים עיקריים:

1. חוקת רומא קובעת כי כדי שעבירות ייחשבו לפשעי מלחמה, עליהן להתבצע במהלך סכסוך מזוין ותוך מודעות של המבצע לקיומו. ככלל, במשפט הפלילי הישראלי (פרט לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם) לא מצוי תנאי כזה.
 2. בנוסף, על מרבית העבירות בדין הישראלי חל עקרון התיישנות, בניגוד לעיקרון הבינלאומי שאומר שעל פשעים בינלאומיים, ובהם פשעי מלחמה, לא חלה התיישנות ובכל עת ניתן להעמיד לדין נאשמים בגינם.⁵⁵
- כיוון שכך, העמדת נאשמים לדין בגין הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי על פי הוראות הדין הישראלי הקיים עשויה שלא לספק את תנאי "עקרון המשלימות".

עבירות חסרות בדין הישראלי

- לצד העבירות המנויות כפשעי מלחמה בחוקת רומא שיש להן מקבילות בדין הישראלי, ציינה האגודה לזכויות האזרח בעקבות מחקר קונקורד שורה ארוכה של פשעי מלחמה שאינם מופיעים כלל בדין הישראלי,⁵⁶ וביניהם:
- כפייה על שבוי מלחמה או אדם מוגן אחר לשרת בכוחות מדינת אויב;⁵⁷
 - שלילה במתכוון של זכויותיו של שבוי מלחמה או אדם מוגן אחר למשפט הוגן ורגיל;⁵⁸
 - התקפה מכוונת נגד אוכלוסיה אזרחית באשר היא כזו או כנגד אזרחים פרטיים שאינם לוקחים חלק בלחימה;⁵⁹
 - התקפה מכוונת נגד מטרות אזרחיות;⁶⁰
 - התקפה מכוונת נגד כוח אדם, מתקנים, אספקה, יחידות או כלי רכב אשר משתתפים בפעילויות סיוע הומניטרי או בכוח שמירת שלום;⁶¹
 - ביצוע במתכוון של התקפה, כאשר ידוע כי התקפה זו תהיה כרוכה במוות או חבלה לאזרחים או היזק למטרות אזרחיות או נזק חמור, ארוך טווח לסביבה הטבעית אשר באופן ברור יהיה מופרז ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי הצפוי ישירות מההתקפה;⁶²
 - התקפה או הפצצה של ערים, כפרים, מקומות מגורים או בניינים שאינם מוגנים ושאינם מטרות צבאיות, בכל אמצעי שהוא;⁶³

55 מחקר קונקורד (ראו הע' 9), עמ' 14-17.

56 מכתב האגודה לזכויות האזרח (ראו הע' 54 לעיל).

57 חוקת רומא, סעיף 8(א)(5).

58 שם, סעיף 8(א)(6).

59 שם, סעיף 8(ב)(1).

60 שם, סעיף 8(ב)(2).

61 שם, סעיף 8(ב)(3).

62 שם, סעיף 8(ב)(4).

63 שם, סעיף 8(ב)(5).

- שימוש בלתי הולם בדגל כניעה, בדגל או בסימנים ומדים של צבא האויב או של האו"ם;⁶⁴
- העברה, במישרין או בעקיפין, מטעם המדינה הכובשת, של חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלה אל תוך תחומי שטח הכבוש על ידיה, או גירוש או העברת אוכלוסיית השטח הכבוש, או חלקים ממנה, בתוך תחומי שטח זה או אל מחוצה לו;⁶⁵
- התקפה מכוונת של מבני דת, חינוך, אמנות, מדע או מטרות צדקה, אתרים היסטוריים, בתי חולים ומקומות שבהם החולים והפצועים נאספים, כל עוד אינם מהווים מטרות צבאיות;⁶⁶
- הריגתם או פציעתם של בני אדם השייכים למדינת אויב או לצבאה;⁶⁷
- הכרזה כי שבויים יוצאו מיד להורג;⁶⁸
- שימוש בכלי נשק ובשיטות לוחמה שמטבעם לגרום לחבלה יתרה או לסבל בלתי הכרחי, או כאלה שמפירים מטבעם את דיני המלחמה;⁶⁹
- ניצול נוכחות אזרח או אדם מוגן אחר כדי להפוך נקודות, אזורים או כוחות צבאיים לחסינים מפני פעולה צבאית;⁷⁰
- שימוש מכוון בהרעבה של אזרחים כשיטת לוחמה, באמצעות מניעת אספקה חיונית להשרדותם, ובכלל זה הכשלה מכוונת של אספקת משלוחי סיוע לפי אמנות ז'נבה.⁷¹

היעדר עקרון אחריות המפקדים מהדין הישראלי

בנוסף לאמור, נעדר מהדין הפלילי הישראלי עקרון "אחריות המפקדים" (Command Responsibility) בשל מעשים שעשויים להיחשב פשעי מלחמה. לפי המשפט הבינלאומי, על מפקדים צבאיים וגורמים ממונים אחרים חובה לוודא שפקודיהם פועלים בהתאם לדין ולנקוט צעדים אפקטיביים בתגובה לחשד שבוצעו פשעי מלחמה או פשעים בינלאומיים אחרים.⁷² עם זאת, הדין הישראלי אינו מכיל את עקרון אחריות המפקדים, ובישראל אי אפשר להעמיד לדין מפקד - או אזרח - בשל פשעי מלחמה שביצעו הכפופים לו, אלא אם כן הורה בעצמו על ביצועם.⁷³

אחת ההמלצות החשובות של ועדת טירקל אכן נוגעת לצורך לאמץ חקיקה שתכליל בדין הישראלי את עקרון אחריות המפקדים, באופן שיטיל "על מפקדים וממונים אזרחיים אחריות פלילית ישירה בשל

64 שם, סעיף 8(ב)(7).

65 שם, סעיף 8(ב)(8).

66 שם, סעיף 8(ב)(9).

67 שם, סעיף 8(ב)(11).

68 שם, סעיף 8(ב)(12).

69 שם, סעיף 8(ב)(20).

70 שם, סעיף 8(ב)(23).

71 שם, סעיף 8(ב)(25).

72 שם, סעיף 28. כמו כן, ראו ICRC, "Rule 153: Command Responsibility for Failure to Prevent, Repress or Report War Crimes". Customary IHL Database. (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter43_rule153)

73 מחקר קונקורד (ראו הע' 9), עמ' 46. לשם השוואה, סעיף 4 ל"חוק הפשעים נגד הדין הבינלאומי" הגרמני מורה כי מפקד צבאי או ממונה אזרחי (וכן מי שבאופן מעשי ממלא פונקציות מקבילות לאלה של מפקד או ממונה) שלא מנעו מהכפופים להם לבצע פשע המנוי בחוק זה יועמדו לדין ועונשם יהיה זהה לעונשם של המבצעים.

עבירות שעברו הכפופים להם, כאשר הם לא נקטו בכל האמצעים הסבירים למנוע ביצוע עבירות או לא פעלו להביא את האחראים לדין כאשר נודע להם על העבירות לאחר מעשה.⁷⁴

בית המשפט העליון: החקיקה הקיימת מספקת, בתנאי

בשנת 2007 עתרו שלושה ארגוני זכויות אדם לבג"ץ⁷⁵ בדרישה לפתוח בחקירות פליליות נגד חשודים באחריות למעשי הרג והרס ברצועת עזה במהלך מבצעים צבאיים שהתקיימו ב־2004. בפסק הדין שניתן בדצמבר 2011 ודחה את העתירה, התעכבה נשיאת בית המשפט העליון אז, דורית ביניש, על שאלת חובתה של מדינת ישראל לתקן את חוקיה על בסיס האמור באמנות ז'נבה:

חשוב להבהיר כי מדיניות זו של ישראל, הגם בהיעדר החלה של הדין הבינלאומי כשהוא עומד לעצמו כחלק מהדין הפלילי הישראלי, אינה מפרה את חובותיה של ישראל על פי אמנות ז'נבה כיוון שהוא מאפשר הטלת סנקציות פליליות אפקטיביות על מפרי סעיפים מהותיים ב[אמנות ז'נבה הרביעית], סעיף 146 [...]. זאת, כאשר כתב האישום מבטא את פליליות המעשה המיוחס לנאשם, והעונש המוטל במקרה של הרשעה משקף את הנסיבות המחמירות של ביצוע העבירה כלפי אזרחים מוגנים על פי דיני הלחימה [...]. יתרה מכך, מלומדים שונים טוענים כי לבחירה בטיפול בפשעי מלחמה באמצעות המערכת הפלילית המקומית הקיימת (בניגוד לחיקוק עבירות חדשות של פשע מלחמה, או הטמעה של דיני הלחימה לתוך המערכת המקומית ככתבם וכלשונם) יתרונות ברורים, כגון הכרת גורמי התביעה עם יסודות העבירה ויכולתם המוגברת, לפיכך, לנהל משפט אפקטיבי במקרים אלו [...].⁷⁶

הנשיאה ביניש ציינה אם כן שני תנאים שכאשר הם מתקיימים יחדיו אפשר להסתפק בדין הפנימי הישראלי גם בלי לקלוט לתוכו את הוראות המשפט הבינלאומי. תנאי אחד הוא שסעיפי האישום צריכים לבטא את החומרה שנודעת למעשי העבירה המתוארים בכתב האישום;⁷⁷ התנאי האחר הוא כאמור שהענישה תשקף את הנסיבות המיוחדות של ביצוע עבירה כלפי אזרחים מוגנים. עם זאת, הניסיון המצטבר מראה כי הפרקטיקה הנהוגה אינה תואמת במלואה את האמור. בכך עוסק הפרק הבא.

74 דו"ח ועדת טירקל (ראו הע' 7 לעיל), עמ' 310.

75 שלושת הארגונים הם עדאלה, המרכז הפלסטיני לזכויות האדם (עזה) ואל-חאק.

76 בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם, 8 בדצמבר 2011), פסקה 10. ההדגשה שלנו.

77 ועדת טירקל מאמצת אף היא את העמדה שניתן להסתפק בהעמדה לדין של מי שמבצע פשע מלחמה בגין עבירה על הדין הפנימי הקיים, ובלבד שהעבירה המקומית "משקפת את חומרת העבירה בדין הבינלאומי". ראו דו"ח ועדת טירקל (ראו הע' 7 לעיל), עמ' 306.

פרק ג'

פשעי מלחמה בבתי הדין הצבאיים

אזרחי מדינת ישראל עשויים לעמוד לדין במדינת ישראל על ביצוע מעשים שעלולים להיחשב "פשעי מלחמה" על פי הדין הישראלי ובבתי דין ישראלים רגילים. חיילי צה"ל כפופים לדין הפלילי הרגיל של מדינת ישראל (בעיקר חוק העונשין וחוקים נוספים) כמו גם לחוק השיפוט הצבאי.

חוק השיפוט הצבאי אינו חל על אזרחים ואנשי כוחות ביטחון אחרים - למשל שוטרים⁷⁸ (בכלל זה חיילים שהועברו לשירות במשמר הגבול), סוהרים⁷⁹ (בכלל זה חיילים שהושאלו לשירות צבאי בשירות בתי הסוהר) ועובדי שירות הביטחון הכללי. במקרים שבהם עומדים אלה לדין פלילי על עבירות נגד פלסטינים, הדבר נעשה על בסיס חוק העונשין ובבתי המשפט ה"רגילים" של מדינת ישראל: בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים, על פי חומרת העבירות בכתבי האישום.

דיני הלחימה והעמדת חיילים לדין: הנחיות התביעה הצבאית

כאמור לעיל, חיילי צה"ל שעוברים על דיני הלחימה עומדים לדין על בסיס עבירות הקבועות בחוק הישראלי, בעיקר בחוק השיפוט הצבאי ובחוק העונשין. כפי שצויין במסמך שהוגש מטעם הפצ"ר:

במאמר מוסגר יובהר, כי כתיב האישום המוגשים לבתי הדין הצבאיים כוללים אך ורק עבירות המעוגנות בחוק הישראלי, ואינם מתבססים במישרין על הוראות של דיני הלחימה, אפילו מקום בו הן מנוסחות בצורת עבירה (למשל, בסעיפי "ההפרות החמורות" בארבע אמנות ז'נבה [...]) ואפילו אם הן נחשבות לבעלות מעמד מנהגי. על כן, במסגרת גיבוש כתיב האישום, נדרשת התביעה הצבאית "לתרגם" את ההפרה הנטענת של דיני הלחימה לעבירה פלילית לפי חוק העונשין או לפי חוק השיפוט הצבאי. בחלק קטן מהמקרים, כדוגמת עבירת הביזה, סעיף העבירה משקף באופן מדויק את ההפרה הנטענת [...]. במקרים אחרים נדרש לאתר עבירה פלילית בעלת תוכן נורמטיבי דומה, ושהעונש הקבוע בצידה הולם את חומרת האיסור במשפט הבינלאומי.⁸⁰

"תרגום ההפרה הנטענת של דיני הלחימה לעבירה פלילית", כאמור בדברי הפצ"ר, נעשה על בסיס "הנחיות התובע הצבאי הראשי" (להלן "הנחיות תצ"ר") - הנחיות מקצועיות המנחות את תובעי הפרקליטות הצבאיות במדיניות הנהוגה ביחס להגשת כתיב אישום בעבירות השונות.⁸¹ ככלל אין בהנחיות אלה כל אזכור לדיני הלחימה או לעבירות בינלאומיות. ככל שיש בהן התייחסויות לעבירות

78 חוק שירות ביטחון (נוסח משולב) (תשמ"ו-1986), סעיף 25(א).

79 שם, סעיף 24(א).

80 נייר עמדה מטעם פצ"ר (ראו הע' 53 לעיל), עמ' 6, הע' 10.

81 הנחיות תצ"ר המוזכרות כאן נמסרו ליש דין ב-29.8.2010 כמענה חלקי לבקשה לפי חוק חופש המידע שהגיש יש דין ב-12.5.2009. ככל שנערכו שינויים בתוכן הנחיות במועד מאוחר יותר, לא נמסר הדבר ליש דין. במסגרת בקשת המידע ביקש יש דין הנחיות נוספות, אולם אלו לא נמסרו ואי-מסירתן לא נומקה. אלה נוגעות לעבירות התנהגות מבישה, חריגה מסמכות, התרשלות ולקייחת שוחד.

נגד פלסטינים בשטחים הכבושים, אין בהן כל התייחסות לחובות מהמשפט הבינלאומי או לחומרה יתרה שיש לנהוג בעבירות הנוגעות לפגיעה באזרחים מוגנים על פי דיני הלחימה או במקרים המעוררים חשד לביצוע פשעי מלחמה.

עבירות שימוש בלתי חוקי בנשק

בפרק העוסק במדיניות ההעמדה לדין בהנחיית התצ"ר שנושאה העבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק (על פי סעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי (חש"ץ) נמנים סוגים שונים של שימוש בלתי חוקי בנשק: טיפול רשלני בנשק, משחקים בנשק, ירי בשמחות משפחתיות וכו'. בין השאר מוזכרות נסיבות הנוגעות לשטחים הכבושים: "שימוש בנשק תוך הפרת הוראות הפתיחה באש (במיוחד במהלך אירועי אינתיפאדה); [...] איום כלפי מפקד / חייל אחר / אוכלוסיה מקומית בשטחים המוחזקים / בנסיבות אזרחיות תוך כדי שימוש בנשק".⁸²

הפרק הנוגע לטיעון לעונש במקרים שבהם הוגשו כתבי אישום עוסק בהרחבה בחומרה היתרה שנודעת לשימוש בלתי חוקי בנשק במסגרת מטווחים פרטיים וירי בשמחות משפחתיות, אולם נעדרת ממנו כל התייחסות לחומרה היתרה של שימוש בלתי חוקי בנשק במסגרת פגיעה באזרחים המוגנים על פי המשפט הבינלאומי. הנחיות התביעה הצבאית אינן מייחסות אפוא "נסיבות מחמירות" כלשהן לעבירות בנשק נגד אזרחים מוגנים בשטח הכבוש.

עבירות ביזה

סעיף 74 לחש"ץ, שכותרתו "ביזה", מורה: "חייל שבז ביזה, או שפרץ לבית או למקום אחר כדי לבזז ביזה, דינו - מאסר עשר שנים." הנחיית תצ"ר בנוגע לעבירה זו (שכאמור במסמך הפצ"ר המצוטט לעיל היא אחת הבודדות בדין הישראלי שמשקפת ישירות הוראה מדיני הלחימה)⁸³ מהווה פרק במסמך ההנחיות שנוגע לעבירות מסוג גניבה. סעיף 11, הסעיף הכללי בפרק הביזה, מצביע על חומרתה המיוחדת של עבירת הביזה, אך זו מנומקת בפגיעתה של העבירה ב"טוהר המידות, שהוא 'אח תאום של עקרון טוהר הנשק". חומרת העבירה, על פי הנחיות התביעה הצבאית, נובעת מהפגיעה הקשה בטוהר המידות בצבא, ולא מחומרת הפגיעה באזרחים הנתונים לשליטתם של חיילי הכוח הצבאי של המעצמה הכובשת ומוגנים בידי הוראות דיני הלחימה.

רק בסעיף 13 להנחיית התצ"ר, שבו מונחית התביעה הצבאית בנוגע לעמדה העונשית ביחס למורשעים בעבירת ביזה, מוזכרת פגיעת העבירה בחובת הצבא להגן על האוכלוסייה הנתונה למרותו. גם אזכור זה נעשה בחטף וכאחד ממגוון שיקולים הנוגעים בפגיעה בתדמית הצבא וב"מוכנות המבצעית" הנובעת מהעבירה.⁸⁴

82 התובע הצבאי הראשי, הנחיית תצ"ר מס' 2.07: "שימוש בלתי חוקי בנשק".

83 ראו עמ' 21 לעיל.

84 סעיף 13 להנחיית תצ"ר מס' 2.08: "עבירות גניבה": "בעת שטוענים לעונש לעבירת ביזה, יש להדגיש, נוסף על טיעוני החומרה שיפורטו להלן בהקשר לעבירות הגניבה בכלל, גם את היבטי החומרה המיוחדים הנוגעים לעבירת ביזה. לרבות הפגיעה במוסריותו של צה"ל, הן כלפי פנים והן כלפי חוץ (בהיבט הבינלאומי, התודעתי והתקשורתי), והפגיעה באוכלוסיה הנתונה למרות [...], וכן הפגיעה במוכנות המבצעית, באשר החייל עוסק בחיפוש רכוש ולא בלחימה / שמירה".

עבירות התעללות

הנחיית תצ"ר שכותרתה "עבירות אלימות והתעללות" מורה כי חיילים המעורבים בעבירות של אלימות או התעללות נגד פלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה יועמדו לדין על פי סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, שעוסק בעבירת התעללות ובגין סעיפים 382-379 לחוק העונשין.⁸⁵

סעיף 65 לחש"ץ עוסק בעבירות התעללות. סעיף 65(א) קובע עונש של עד שלוש שנות מאסר לחייל שהכה או התעלל בחייל שנמוך ממנו בדרגתו או אדם המוחזק במשמורת. סעיף 65(ג) קובע ענישה של עד שבע שנות מאסר לעבירה של "התעללות בנסיבות מחמירות".

חוק השיפוט הצבאי אינו מגדיר מהן "נסיבות מחמירות" בעבירת ההתעללות שבסעיף 65(ג). הנחיית תצ"ר מורה כי את הפרשנות לנסיבות המחמירות יש לעשות על פי העבירות הקבועות בחוק העונשין, שעניינן תקיפה בצוותא או נגד בן זוג, קטין או חסר ישע.⁸⁶ כאשר לא מדובר באחד מאלה "ניתן לשקול לייחס [לנאשם] התעללות בנסיבות מחמירות, בהינתן קיומן של נסיבות אחרות, הגם שאינן ממיין אלה המוגדרות בחוק העונשין".⁸⁷ על כל פנים, אין הוראה פוזיטיבית המורה כי "נסיבות מחמירות" עשויות להיות עבירות נגד אזרחים מוגנים במשפט הבינלאומי. ההנחיה מורה לשקול שימוש בסעיפים נוספים מחוק העונשין במקרים שבהם האלימות גרמה לחבלה חמורה (סעיף 333 - חבלה חמורה, שעונשה עד שבע שנות מאסר), לפציעה (סעיף 334 - פציעה, שעונשה עד שלוש שנות מאסר). ב"נסיבות מחמירות אחרות" מורה ההנחיה שניתן לשקול הגשת כתב אישום בסעיף 335 לחוק העונשין - חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות. הנסיבות המחמירות כאן, על פי ההנחיה, עשויות להיות שימוש בנשק קר, נקיטת אלימות בצוותא או לעיני אחרים, או כאשר קורבנה היה נתון למשמורת, או כבול או מכוסה עיניים.⁸⁸

ההנחיה קובעת מדיניות לבקשת מעצר נאשמים עד תום ההליכים במשפטם. היבטי החומרה שנקבעו כמצדיקים בקשה למעצר עד תום ההליכים כוללים אופי קשה במיוחד של האלימות; גרימה של נזק ממשי; היותו של המעשה מתוכנן; מקרים של התעללות ב"חסרי ישע (אזוקים / מכוסעי עיניים), נתונים תחת משמורת, ובמיוחד אוכלוסייה מקומית⁸⁹; או אלימות במהלך תפקיד שיטורי או מעין שיטורי [...]".⁹⁰ אשר למדיניות הענישה הראויה, ההנחיה קובעת כי במקרה של עבירות נגד פלסטינים, "יש לעתור לענישה חמורה שתוקיע ותגנה שימוש באלימות כלפי אוכלוסייה אזרחית מקומית".⁹¹

85 סעיף 379 לחוק העונשין קובע את עבירת התקיפה (שדינה עד שנתיים מאסר); סעיף 380: עוסק בתקיפה הגורמת חבלה ממשית (עד שלוש שנות מאסר); בסעיף 381 "תקיפות שונות" (תקיפה שמטרתה ביצוע פשע, גניבה, הימנעות ממעצר וכד' - עד שלוש שנות מאסר); סעיף 382 קובע עבירה של תקיפות בנסיבות מחמירות: עבירה על פי סעיפים 379 או 380, כאשר הנסיבות המחמירות הן שהתקיפה נעשתה בנוכחות שניים או יותר או ביוזמתם וכן תקיפה לפי סעיף 379 כלפי בן משפחה (כולל בן זוג וקטין או חסר ישע שהתוקף אחראי עליו) או תקיפה לפי סעיף 380 כלפי בן זוג. עונשם של כל אלה: עד כפל העונש הקבוע בסעיפים האמורים.

86 סעיף 368א לחוק העונשין (התשל"ז-1977) מגדיר, בין השאר, מיהו "חסר ישע": "מי שמחמת גילו, מחלתו או מוגבלותו הגופנית או הנפשית, ליקויו השכלי או מכל סיבה אחרת, אינו יכול לראוץ לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו."

87 הנחיית תצ"ר מס' 2.02: "עבירות אלימות והתעללות". סעיף 10.

88 שם, סעיף 11.

89 המונחים "אוכלוסייה מקומית" או "מקומיים" מתייחסים לאזרחים פלסטינים.

90 הנחיית תצ"ר מס' 2.02: "עבירות אלימות והתעללות". סעיפים 15-16.

91 שם, סעיף 17.

מקרה בוחן: העמדה לדין בשל שימוש ב"מגן אנושי"

שימוש באזרחים מוגנים ובמי שאינם נוטלים חלק בפעולות לחימה כ"מגן אנושי" הוא עבירה פלילית במדינות רבות, בין אם כאימוץ של כל סעיפי העבירות מחוקת רומא לדין המקומי ובין אם באמצעות חקיקה ייחודית. החוק הפלילי האוסטרלי, למשל, קובע עבירה הנקראת "פשע מלחמה - שימוש באזרחים מוגנים כמגינים" ועונשה המרבי 17 שנות מאסר. אם הביאה העבירה למותו של מי מהאזרחים המוגנים שנעשה בהם שימוש כמגינים אנושיים, ייגזר על העבריין עונש של עד מאסר עולם.⁹²

בחוק הישראלי אין עבירה המפלילה באופן ברור שימוש באזרחים כב"מגן אנושי". בפסק דין בעתירה שתקפה בתחילה את הפרקטיקה הצבאית שכונתה "נוהל שכן"⁹³ (ובהמשך הוסבה נגד נוהל אחר שהציע צה"ל - נוהל שכונה "אזהרה מוקדמת", לאחר שהמדינה הודיעה כי גם לשיטתה "נוהל שכן" אינו חוקי) ציין נשיא בית המשפט העליון אז, השופט אהרון ברק, בהסתמך על סעיף 28 לאמנת ז'נבה הרביעית וסעיף 51(1) לפרוטוקול הנלווה הראשון, כי "ברור כי הצבא אינו רשאי להשתמש בתושבים מקומיים כ'מגן אנושי'", ואמר, בעקבות המלומד פיקטה, כי מדובר במעשה 'אכזרי וברברי'.⁹⁴

במקרים הספורים שבהם חיילים הועמדו לדין עקב שימוש שעשו בפלסטינים כ"מגינים אנושיים", הוגשו כתיבי האישום (המקוריים, לפני שהוקלו עוד במסגרת הסדרי טיעון) בדרך כלל בעבירה של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות" (סעיף 72 לחש"ץ), עבירה שעונשה המרבי עד שלוש שנות מאסר.⁹⁵

← סא"ל ג"ש הואשם במעשי התעללות חמורים שביצע בפלסטיני בעת שתשגל אותו בביתו וכן בשל שימוש שעשה באזרחית זרה כמגן אנושי, בהזדמנות אחרת.

באפריל 2002 נכנס סא"ל ג"ש עם כוח צבאי לבית בכפר דוחא לשם חיפוש מבוקשים. נלוו אליו שני קצינים נוספים בדרגתו. את הדלת פתחה עובדת זרה, אזרחית סנגל, ואמרה לסא"ל ג"ש שבעלי הבית אינם נמצאים. בגזר דינו של בית הדין הצבאי המיוחד תואר האירוע כך: "הנאשם הורה [לאזרחית הזרה] להסתובב, כך שעמדה לפניו, תפס בחולצתה, כך שהלכה לפניו כשהיא מובילה את הכוח, כאשר נשקו האישי של הנאשם מכוון לפניו בכיוון ההליכה ובגובה כתפה, כדי לקדם סכנה אפשרית. במהלך הסריקה בבית ניקולא ירה סגן-אלוף [בג"א] שתי יריות למקומות חשודים, בקומה העליונה ובחדר השינה".⁹⁶

92 ([http://www.icrc.org/customary-ihl/ICRC/Practice Relating to Rule 97: Human Shields in Customary IHL Database eng/docs/v2_rul_rule97](http://www.icrc.org/customary-ihl/ICRC/Practice%20Relating%20to%20Rule%2097%3A%20Human%20Shields%20in%20Customary%20IHL%20Database%20eng/docs/v2_rul_rule97)).

93 מפקד אודת יהודה ושומרון אז, תא"ל עמוס בן אברהם, תיאר את "נוהל שכן" בעדותו במצ"ח בפרשת שאגי: "על פי נוהל זה כאשר סוגרים על ביתו של מבוקש, עוצרים ולוקחים שכן מבית סמוך, מבקשים ממנו לפתוח את הדלת ואחר כך מבקשים ממנו להוביל את הסריקה בתוך הבית כאשר במהלך הסריקה הוא, כלומר השכן, הולך לפני פותח את הדלתות של החדרים והארונות, מתבקש לקרוא לאנשים שבבית לצאת, אבל אם וכאשר יש סכנה של מטען או של היקלעות למצב של ירי, הש"כן מוזג הצידה, נלקח לאחורי הטור ואין מביאים אותו לסכנה". מ/02/1, **התובע הצבאי נ' סא"ל ג"ש**, עמ' 3. ב-14 באוגוסט 2002 נהרג בעיירה טובאס נידאל אבו מח'יסן, בן 19, לאחר שכוח צבאי הורה לו באימיו נשק לגשת לביתו של מבוקש במסגרת "נוהל שכן". המבוקש, שסבר כנראה כי מדובר בחייל צה"ל, ירה בו והרגו בצלם, "צה"ל אחראי למותו של 'מגן חי' בטובאס" (הודעה לעיתונות, 14.8.2002). http://www.btselem.org/hebrew/press_releases/20020814

94 בג"ץ 3799/02 **עדאלה ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז ואח'**, פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.
95 הדבר אמור בלפחות שניים מתוך שלושת כתיבי האישום שהוגשו בנוגע לשימוש ב"מגן אנושי". במקרה השלישי (עניינו של סרן מ"א, ראו להלן) לא ידוע ליש דין מה היה סעיף האישום המקורי טרם תוקן כתב האישום.

96 מ/02/1, **התובע הצבאי נ' סא"ל ג"ש**, עמ' 3.

כתב האישום המקורי ייחס לסא"ל ג"ש עבירה של סחיטה באיומים ועבירה נלווית של התנהגות שאינה הולמת בשל ההתעללות בנחקר. בשל השימוש שעשה באזרחית הזרה כ"מגן אנושי" נאשם סאל ג"ש בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות ועבירה נלווית נוספת של התנהגות שאינה הולמת. במסגרת הסדר טיעון שנקשר בין התביעה להגנה הומרו כל סעיפי האישום נגד סאל ג"ש בעבירה בודדת של "התנהגות שאינה הולמת".⁹⁷ בית הדין הצבאי המיוחד (שבו נשפטים קצינים מדרגת סגן אלוף ומעלה) גזר את עונשו של סאל ג"ש ל-60 ימי עבודה צבאית, שלושה חודשי מאסר על תנאי והורדה בדרגה אחת לדרגת רב-סרן. בית הדין הצבאי לערעורים החמיר בענישתו של ג"ש בכך שהורידו בדרגה נוספת, לדרגת סגן, שעודנה דרגת קצונה.⁹⁸

ביוני 2003 זיהה כוח מגדוד 50 של חטיבת הנח"ל חפץ חשוד בחברון. החבלנים שזומנו למקום התעכבו, ומפקד הפלוגה, סרן מ"א, הנחה את מפקד הכוח לבחור באופן אקראי עובר אורח פלסטיני ולהורות לו להזיז את החפץ החשוד, בשעה שחיילי הכוח תופסים מחסה. מפקד הכוח עשה כדברי סרן מ"א, וניגש להרים את החפץ החשוד יחד עם אזרח פלסטיני שנבחר באקראי. בהזדמנות אחרת זיהו חייליו של סרן מ"א בד מקופל שנחשד כמטען צד. היות שגם במקרה זה החבלנים שזומנו למקום איחרו להגיע, הקצין הורה לאזרח פלסטיני אקראי שעבר במקום לפתוח את הבד המקופל, אך הלה סירב וסרן מ"א שחרר אותו לדרכו.

בכתב אישום מתוקן שהוגש במסגרת הסדר טיעון, הואשם סרן מ"א בעבירה של חריגה מסמכות לפי סעיף 68 לחש"ץ, עבירה שעונשה המרבי הוא שנתיים מאסר ואינה נושאת רישום פלילי.

בגזר דינו של בית הדין הצבאי, שניתן לאחר פסק הדין של בג"ץ בפרשת **אזהרה מוקדמת**, יש התייחסות נדירה להוראות המשפט הבינלאומי. בית הדין ציין את "האיסור הברור והמוחלט לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמגן אנושי" ואת האיסור "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא התופס, והפנה לסעיפים 28 ו-51 לאמנת ז'נבה הרביעית, לסעיף 51(7) לפרוטוקול הנלווה הראשון ולסעיף 23(b) לתקנות האג. "למרות האמור, ציין בית הדין הצבאי,

"אין בידינו להתעלם מהשיקול שעמד בפני הנאשם בעת מתן ההוראות. בשני המקרים נמצא כוח בפיקודו בשטח עוין, בלא יכולת להתקדם בגין החפץ החשוד, כשהוא ממתין במקום עד להגעת כוח החבלנים המתמהמה. הנאשם פעל כדי למנוע סיכון לחייליו. ההחלטה שקיבל היא אמנם פסולה, היות ולא כבד את עיקרון אי-הפגיעה באזרחים, אך עדיין יש לתת משקל לכך שהתקבלה בתוך סיטואציה קשה שבה חשש לסכן את ביטחונם של חייליו."⁹⁹

בית הדין הצבאי, שאימץ את הסדר הטיעון שנקשר בין הצדדים, גזר על סרן מ"א חודשיים מאסר על תנאי, בהתאם לענישה המוסכמת. אחד השופטים, בדעת מיעוט, סבר שהיה נכון לחרוג מההסכם, להקל על הנאשם עוד ולגזור עליו עונש של "התראה" בלבד כיוון שלעמדתו לא היה מקום לפתוח בהליך פלילי כלל במקרה זה. "בשוליו גזר הדין, ציין בית הדין, ניתן ביטוי להצהרת הפצ"ר כי ימליץ בפני ראש אגף משאבי אנוש בצה"ל לקצר את התקופה שבה

97 כתב אישום מתוקן בתיק ביד"ץ מיוחד 1/02, התובע הצבאי הראשי נ' סאל ג"ש וסמל י"ע. להרחבה בפרשה זו ראו דו"ח ישי דיין, חריגים: העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתיפאדה השנייה ולאחריה, 2000-2007. (תל אביב: 2008), עמ' 68-69.
98 ע/153/03 סאל ג"ש נ' התובע הצבאי הראשי.
99 מר/44/06 התובע הצבאי נ' סרן מ"א, עמ' 3.

תימנע העלאת הנאשם בדרגה, כך שיקבל דרגת רס"ן שנה בלבד לאחר המועד המקורי שבו היה אמור לקבל אותה לולא הורשע בעבירה.

← בעקבות האירוע שבו הורו שני חיילי צה"ל לילד בן תשע לפתוח תיקים ומזוודות בחדר כי חשדו שמסתתר בו מחבל או מטען ("פרשת נוהל ילד" המפורטת במבוא לדוח זה) הועמדו כאמור שני הנאשמים לדין בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, לפי סעיף 72 לחש"ץ. הנאשמים הורשעו לאחר משפט הוכחות מלא ונידונו לשלושה חודשי מאסר על תנאי ולהורדה בדרגה אחת, לדרגת סמל (שעודנה דרגה פיקודית). בנוסף העיר בית הדין באהדה כי שירותם הצבאי הטוב של השניים יעמוד לזכותם בעת החלטה בבקשה עתידית שלהם למחוק את הרישום הפלילי.

בפסק הדין בפרשת אבו רחמה, שבלבה עתירה נגד החלטת הפצ"ר להאשים קצין וחיייל בסעיף אישום קל בעקבות ירי כדור "גומי" לרגלו של עצור כפות ומכוסה עיניים, שב ואישר בית המשפט העליון את פסיקתו הקודמת כי סעיפי אישום צריכים לבטא את החומרה שנודעת למעשי העבירה המתוארים בכתב האישום. אמנם במקרה זה מדובר היה בעתירה נגד שיקול דעתו של התובע כשבחר סעיף אישום מקל לעומת סעיפי אישום אחרים שנדמים מתאימים יותר לנסיבות העניין, אולם בית המשפט הדגיש את החובה להתאים בין חומרת פגיעתם של המעשים הפליליים בעולם הערכים הציבורי ובין חומרתם של סעיפי האישום והענישה שהם נושאים:

36. [...] כלל יסוד בהכנת כתב אישום הוא כי מבין חלופות אפשריות של סעיפי עבירות, על התביעה לבחור באופציה הנורמטיבית-עונשית ההולמת ביותר את טיבו של האירוע הפלילי, כפי שהוא מתואר בפרשת העובדות בכתב האישום. וכך, פרשת עובדות המתארת אירוע חמור ביותר, המגולמת בסעיף אשמה המבטא נורמה פלילית מתונה וקלה, עשויה להצביע על חוסר מתאם בין העובדות לבין סעיף האשמה, העלול להגיע כדי פגם מהותי בכתב האישום. [...]

37. תופעות המתאפיינות בחומרה מופלגת מבחינת פגיעתן באמות מידה ערכיות המקובלות בציבור, מצריכות את שיבוץ בנורמה עונשית הולמת, שמידתה כמידת החומרה שבמעשה. [...] ¹⁰⁰

העובדה שהאיסור על שימוש בבני אדם כ"מגינים אנושיים" לא נקלט מפורשות בחוק הישראלי מביאה לכך שבמקרים (הספורים) שבהם הועמדו חיילים לדין בעקבות שימוש שעשו בפלסטינים כ"מגינים אנושיים", יוחסה להם עבירה קלה בלבד. העבירות "התנהגות שאינה הולמת", "חריגה מסמכות" (שאף אינן נושאות רישום פלילי) ו"חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות" אינן מבטאות את חומרת המעשה - ה"אכזרי וברברי", דברי הנשיא ברק - שבו הורשעו. גם ענישתם של הנאשמים, שאף לא אחד מהם נדון לכליאה ממשית, אינה הולמת את חומרת העבירה.

100 בג"ץ 7198/08, אשרף אבו רחמה ואח' נ' תא"ל אביחי מנדלביט הפרקליט הצבאי הראשי ואח' (טרם פורסם, 1.7.2009).

הסדרי הטיעון: הקלה באישום ובענישה

הסדרי טיעון הם מרכיב אינהרנטי במערכת המשפט הפלילי בישראל. הסדר טיעון הוא "הסכם בין התביעה לבין נאשם או בא כוחו באשר לסעיפי האישום, לפרטים בכתב האישום או בדבר העונש אשר יוטל על הנאשם."¹⁰¹ מצד התביעה, הסדרי טיעון מבקשים להקל על ההוצאות הציבוריות במשאבי זמן וממון הנובעים מניהול הליכים משפטיים מלאים, ומצד הנאשם עשוי הסדר טיעון להביא להפחתת חריפותו של האישום או העונש.¹⁰²

מאז תחילתה של האינתיפאדה השנייה בספטמבר 2000 עמדו לדין בבתי הדין הצבאיים 196 נאשמים, חיילים וקצינים, באישומים הנוגעים לפגיעה בפלסטינים וברכושם. בעניינם של 181 מהם מוצה ההליך המשפטי בדרך של הרשעה או זיכוי.¹⁰³ 44 נאשמים, שהם 24% מסך הנאשמים, ניהלו משפט הוכחות מלא עד תומו. 10 נאשמים (5%) סיימו את עניינם בדרך של הודאה בכתב האישום (ואין ליש דין אינדיקציה אם הדבר נעשה במסגרת הסדר). אך מרבית הנאשמים בבתי הדין הצבאיים בעבירות נגד פלסטינים - 127 נאשמים (70%) - הודו במסגרת הסדר טיעון, עם או בלי הסכמה על ענישה.¹⁰⁴

בהתאם להלכה שקבע בית המשפט העליון, בתי המשפט במדינת ישראל מכבדים ככלל הסדרי טיעון בין התביעה להגנה, אלא אם קיימים טעמים מיוחדים שישללו זאת.¹⁰⁵ בבואה לשקול הסדר טיעון עם נאשם, על התביעה הצבאית לבחון האם ההסדר הולם את טובת הציבור.¹⁰⁶ בהתאם להנחיות התביעה הצבאית ובעקבות הפסיקה, בחינה זו מביאה בחשבון כמה מדדים: היקף הקשיים הראייתיים להוכחת האישומים או חומרם; נסיבות העבירה (חומרתה, שכיחותה, הזמן שחלף מאז בוצעה), נסיבות הקשורות בקורבן העבירה (חומרת הפגיעה בו, תיקון המעוות שנגרם לו, והאם קיום ההסדר יחסוך ממנו מתן עדות בבית המשפט), נסיבות הקשורות בנאשם (מעמדו בעת ביצוע העבירה,¹⁰⁷ גילו, עברו, נסיבותיו האישיות והמשפחתיות וכד').¹⁰⁸

כאמור, מרבית הנאשמים בפגיעה בפלסטינים וברכושם מסיימים את ההליך הפלילי בעניינם בדרך של הסדר טיעון, וכמעט כל הסדרי הטיעון מאומצים בידי בתי הדין הצבאיים.¹⁰⁹ ההסדרים מביאים בחלקם הגדול לעונשים קלים מאוד מבחינת הנאשמים,¹¹⁰ אך ככלל פסקי הדין אינם כוללים התייחסות

101 הנחיות התביעה הצבאית הראשית, הנחייה מס' 3.06: **הסדרי טיעון**. נוסח זה כמעט זהה לנוסחה של הנחיה 8.1 מהנחיות פרקליט המדינה: "הנחיות לעריכת הסדר טיעון" (הנחיות המחייבות את מערכת התביעה האזורית).

102 במחקר שפורסם לאחרונה מצא כי 76.5% מהנאשמים בבתי משפט השלום ו-85.7% מהנאשמים בבתי המשפט המחוזיים שעניינם הסתיים בהכרעה וגזר דין הגיעו לפסקי הדין בעקבות הסדרי טיעון. ראו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** (אוניברסיטת חיפה: המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה, מאי 2012), עמ' 22, 24. ביחס למערכת בתי המשפט הצבאיים בשטחים (שבה צה"ל מעמיד לדין פלסטינים), התובע הצבאי הראשי העריך ב-2006 כי שיעור הסדרי הטיעון בה מגיע לכדי 95%. דו"ח יש דיין, **משפטים בחצר האחורית: מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים** (דצמבר 2007), עמ' 105.

103 בעניינם של 12 נאשמים נוספים ביטלה התביעה הצבאית את כתב האישום לאחר הגשתו; שני הליכים עודם מתנהלים. 104 במקרה אחד נוסף לא ידוע ליש דיין אם פסק הדין ניתן בעקבות משפט הוכחות מלא, הסדר טיעון או הודאה ללא הסדר. 105 ע"פ 2034/91, **פלוגי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 16.6.1991).

106 ד"פ 1312/93, **פלדר ומרקוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז (2) 558 (1993).

107 בעקבות הפסיקה, הנחיית התביעה הצבאית מורה כי בשקילת הסדר טיעון על התביעה להתחשב, בין השאר, בנסיבות הנוגעות למעמדו של הנאשם בעת ביצוע העבירה (למשל חייל או שוטר צבאי), אולם אין בהנחיה הוראה להתחשבות מקבילה במעמד הקורבן, למשל מעמדו כאדם מוגן ע"פ הוראות אמנות ז'נבה.

108 הנחיות התביעה הצבאית הראשית, הנחיה מס' 3.06: "הסדרי טיעון". סעיף 3.

109 ראו **חריגים** (הע' 97 לעיל), עמ' 30-31.

110 לסקירת ענישתם של מורשעים בעבירות נגד פלסטינים ורכושם בבתי הדין הצבאיים בשנים 2000-2007 ראו **חריגים** (הע' 97 לעיל), עמ' 32-39.

למעמדו של קורבן העבירה כ"אדם מוגן" במשפט הבינלאומי במקרים שבהם העבירה עשויה להיחשב לפשע מלחמה. כמעט לעולם אין הדבר בא לידי ביטוי בטיעוני התביעה ופסיקת בית הדין. להלן נציג כמה דוגמאות.

← **מר/02/337: סמל א"ר**, נהג טנק, עמד לדין על כך שבעת מבצע צבאי בעיר רמאללה בחודש ינואר 2002, סטה ממסלול הנסיעה ורמס רכב מסוג מיצובישי שחנה בצד הדרך באמצעות הטנק שבו נהג. הנזק הוערך ב־43 אלף ש"ח. הנאשם עמד בתחילה לדין משמעתי ביחידתו וריצה שבעה ימי מחבוש מתוך 14 שנפסקו לו. כתב האישום המקורי שהוגש נגדו ייחס לו עבירה של היזק בזדון לפי סעיף 413 לחוק העונשין, שעונשה המרבי חמש שנות מאסר. בעקבות הסדר הטיעון הומר סעיף האישום בעבירה קלה הרבה יותר, גרימת נזק לרכוש על ידי חריגה מסמכות (סעיף 70 לחש"ץ), עבירה שעונשה המרבי שנתיים מאסר ואינה נושאת רישום פלילי למורשע בה. בשיקולי החומרה ציין בית הדין שאת מעשיו ה"חמורים ומיותרים" של הנאשם יש לגנות, שכן "אין בהם דבר מלבד ליבוי השנאה מצד התושבים המקומיים איתם אנו נמצאים בעימות, ולגרימת נזק לחוסנו המוסרי ולתדמיתו של צה"ל כולו". מנגד ציין בית הדין את סערת הרגשות של הנאשם בעקבות אירועי לחימה שקדמו לאירוע זה, את תפקודו המצוין במהלך שירותו הצבאי ואת העובדה שריצה כמה ימי כליאה בעקבות הדין המשמעתי. עונשו של סמל א"ר נגזר ל־21 ימי עבודות צבאיות, עונש מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. בגזר הדין לא הוזכר בעליה של המכונית ולא ניתנה הוראה בדבר פיצויו על הנזק שנגרם למכוניתו.¹¹¹

← **מט/06/46: 2005** עצר כוח מחטיבת גולני קבוצת פלסטינים באזור ציר פילדלפי. הפלסטינים שנחשדו בניסיון הסתננות והברחת אמצעי לחימה הועברו לבסיס צה"ל. קצין גולני, סגן ס"ע, חקר את אחד העצורים ואגב כך צעק עליו והכה אותו בעורפו. בהמשך הורה סגן ס"ע לפקודיו להפשיט את העצור ממכנסיו, ועוד בטרם יעשו כן הצמיד זוג מספרי תיל ("קאטר") לאיבר מינו של העצור מעל למכנסיו, ואיים שאם לא ישיב לשאלות יחתוך את איבר מינו. בכתב האישום המקורי, שייחס לסגן ס"ע עבירה של התעללות לפי סעיף 65(א) לחש"ץ ועבירה נלווית של התנהגות שאינה הולמת, נכתב כי בעקבות האיום העצור התעלף. תיאור זה הוסר מכתב האישום המתוקן שהוגש בעקבות הסדר הטיעון, כך שהשפעת המעשה המתואר על העצור לא נכללה בו. בכתב האישום המתוקן הומר סעיף ההתעללות לאישום של חריגה מסמכות. סגן ס"ע נדון לחודשיים עבודה צבאית ולמאסר מותנה. דרגתו של הקצין לא נפגעה אך בית הדין המליץ כי לא יקודם בדרגה במשך שנתיים.¹¹²

← **מט/10/816: 2010** באחד מכתבי האישום הבודדים שהוגשו בעקבות "מבצע עופרת יצוקה" הואשם חייל חטיבת גבעתי, סמ"ר ח"ס, בעקבות מה שכונה "פרשת הדגל הלבן". תחילתו של התיק בחקירת הריגתו של ריא אבו חג'אג', בת 65 במותה, ובתה מג'דה, בת 35. על פי תחקיר שערך ארגון זכויות האדם בצלם, הן נורו ונהרגו בעת שצעדו בקרב קבוצה של קרובי משפחה, שהניפו דגל לבן לאחר שנאלצו להימלט מביתם.¹¹³ מצ"ח נכשלה בקשירת אירוע הירי שבו הואשם בסופו של דבר הנאשם למותן של האם ובתה, ותחת זאת כתב האישום ייחס לנאשם מלכתחילה עבירה של הריגה (ועבירה נלווית של התנהגות שאינה הולמת) בשל הריגתה של "דמות" אנונימית, שהלכה בקבוצה שהניפה דגל לבן.

111 מר/02/337, התובע הצבאי נ' סמל א"ר.

112 מט/06/46, התובע הצבאי נ' סגן ס"ע.

113 לתיאור ממצאי תחקיר בצלם ראו דיווח באתר "בצלם": בעקבות פניית בצלם – מסתמן כי חייל יועמד לדין על הריגת מאג'דה וריה אבו חג'אג' בזמן שנשאו דגל לבן במבצע עופרת יצוקה (16.6.2010) (<http://www.btselem.org>).

הסדר הטיעון שהצדדים הגיעו אליו בהמשך הוסבר בעיקר ב"קשיים ממשיים" להוכיח את הקשר בין הירי שביצע הנאשם ובין מותה של "הדמות", וכן בפגיעה שנפגעו הגנתו של הנאשם מחוסר האפשרות להיעזר בממצאי התחקיר המבצעי שהתקיים בעניין. בעקבות ההסדר הומרה עבירת ההריגה בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, באופן שמנתק את הקשר בין הירי שירה הנאשם ובין הריגתה של "הדמות". עם זאת, בכתב האישום המתוקן, כפי שפורט בגזר הדין, הודה הנאשם שכיוון את נשקו וירה לעבר פלג גופה העליון של "אחת הדמויות" בקבוצת בני אדם שמעליה התנוסס "לפחות דגל לבן אחד" וצעדה לכיוון מקום שבו שהה הכוח הצבאי, לאחר שירה כמה יריות באוויר וסמוך לרגלי האנשים. הנאשם הודה שעשה כך בלי שקבל פקודה ועל אף שמפקדיו היו נוכחים במקום. במסגרת הסדר הטיעון עתרו הצדדים יחד לבית הדין הצבאי בבקשה להורות לו להטיל על הנאשם 45 ימי מאסר, עונש מאסר על תנאי והורדה לדרגת טוראי. בית הדין הצבאי אימץ את הסדר הטיעון וקבל את העתירה לעונש (עונש המאסר על תנאי עמד על שלושה חודשים). אף שגם ללא הודאה בהריגה, הנאשם הודה בירי מכוון אל פלג גופו העליון של אדם שצעד בקבוצה שהניפה דגל לבן. בית הדין הצבאי כינה מעשים אלה "חריגה חמורה מאמצעי הזהירות הנאותים, וכן חריגה חמורה מגבולות הסמכות שניתנים לכל חייל בעת לחימה."¹¹⁴

← **צפ/11/292:** לוחם בפלוגת הסיוור של חטיבת גולני (זהותו נאסרה לפרסום בצו בית הדין הצבאי) הואשם בכך שבאוקטובר 2009 הכה באמצעות נשקו עצור פלסטיני. בעת ההכאה ישב העצור כבול ומכוסה עיניים על רצפת רכב צבאי. בפסק הדין צוין כי להכאה לא קדמה כל התגרות מצד המוכה ולמכה לא היה כל הסבר למעשהו, פרט ללחצי השירות הצבאי.

במסגרת הסדר טיעון שנקשר בין הצדדים הוקל סעיף האישום המרכזי בכתב האישום המקורי מהתעללות בנסיבות מחמירות (לפי סעיף 65(א) ו-(ג) לחש"ץ, עבירה שעונשה המרבי שבע שנות מאסר) להתעללות (סעיף 65(א) לחש"ץ, שעונשה המרבי שלוש שנות מאסר). בכתב האישום המתוקן, כמו במקורי, צוינה עבירה נלווית של התנהגות שאינה הולמת. בקבלו את הסדר הטיעון ציין בית הדין כי רוב שופטי ההרכב סברו שההסדר מאוזן, "בשים לב לנושנות העבירה, מידת חומרתה, שירותו הצבאי האיכותי של הנאשם, חרטתו על מעשהו" ובשל ריצוי 17 ימי מחבוש שנגזרו עליו בהליך משמעותי ביחידתו לפני שנפתחה חקירת מצ"ח. בית הדין גזר על הנאשם חודשיים מאסר על תנאי והורדה לדרגת טוראי. אין בפסק הדין כל התייחסות למוכה ולמצבו, או ביטוי להיותו של המוכה "אדם מוגן" במשפט הבינלאומי או להיותה של העבירה כזו שעשויה לעלות כדי "פשע מלחמה."¹¹⁵

← **מר/11/315:** רס"ן א"ט, מפקד פלוגת סיוור, הודה בכך שבנובמבר 2008 הורה לנהג הג'יפ שבו נסע לדרוס צעיר פלסטיני בכפר אדיכ במהלך מרדף אחר קבוצת צעירים שנמלטו מחסימה בדרך. כתב האישום מציין שההוראה ניתנה אף שלנוסעי הג'יפ כל לא נשקפה כל סכנה מצדו של הצעיר, נאג'י מען. כתוצאה מפגיעת הג'יפ נפל מען, פניו החלו לדמם, לסתו ושמונה משיניו נשברו. לאחר הפגיעה במען יצא הקצין מרכבו כדי לבדוק את מצבו, אולם כשקהל החל להתאסף עזב את המקום והותיר את הפצוע מאחור.

כתב האישום הוגש קרוב לשלוש שנים לאחר האירוע. בעקבות הסדר טיעון יוחסו לנאשם עבירות של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות ושל התנהגות שאינה הולמת. בעתירתם המשותפת של הצדדים לבית הדין כי יקבל את הסדר הטיעון ואת הענישה המוסכמת, הודגש כי הטעמים להסדר הם קשיים ראייתיים, חלוף הזמן מאז האירוע והעובדה שהקצין שוחרר משירותו הצבאי בעקבות האירוע. כמו כן צוין כי "ההסדר מבקש ליתן ביטוי ל"מקדם המבצעיות" כנסיבה מקילה שיש להתחשב בה, כיוון שהמעשה בוצע תוך כדי "מרדף אחר מידי אבנים".¹¹⁶

היעדרו של המשפט הבינלאומי מפסיקת בתי הדין הצבאיים

פעולותיו של צה"ל בשטחים הכבושים כפופות להוראות המשפט הבינלאומי. בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ דן לא אחת בחוקיות פעולותיו של צה"ל בשטחים הכבושים בהסתמך, בין השאר, על הוראות המשפט הבינלאומי. למרות זאת, פסקי הדין בבתי הדין הצבאיים כמעט אינם מתייחסים למשפט הבינלאומי על ענפיו.

בתי הדין הצבאיים על מעמדם של אזרחים מוגנים

ברובם המכריע של פסקי הדין שניתנו בבתי הדין הצבאיים בעניינם של חיילים שהואשמו בעבירות נגד פלסטינים ורכושם לא ניתן למצוא אף בזכויות מגדלת התייחסות למעמדם של קורבנות העבירה כ"אזרחים מוגנים" במשפט הבינלאומי. חיילים שמורשעים בבתי הדין הצבאיים על עבירות שעברו נגד פלסטינים ורכושם נענשים בעונשים שונים, המנומקים בשורה ארוכה של נימוקים. נימוקים אלה, העוסקים בשיקולים להקל או להחמיר בעונשו של חייל שהורשע, נשענים בדרך כלל על פסיקות הקיימת של בית הדין הצבאי לערעורים. יש בהם נימוקים מסוגים שונים, אולם ככלל אין בהם דבר וחצי דבר הנוגע לחובתו של החייל ביחס לאזרח מוגן בשטח כבוש.

במספר מצומצם בלבד של פסקי דין של בתי הדין הצבאיים המחוזיים (ערכאה ראשונה) מופיעה התייחסות חולפת להיותם של הפלסטינים בשטחים הכבושים "אזרחים מוגנים" על פי הוראות המשפט הבינלאומי. בפסק דין בעניינו של חייל שהורשע בתקיפת כלוא שהוחזק במתקן מעצר בגוש עציון, הביא בית הדין מטיעוניו של התובע כי "כי אין מדובר בעצור "ריגיל" אלא בעצור בשטח מוחזק, אשר זכויותיו נקנות לא רק מכוח החוק הפנימי, אלא אף מכוח אמנות בינלאומיות."¹¹⁷ במקרה אחר, שענינו ביזת חפצים שונים ברמאללה בידי חייל בתקופת "מבצע חומת מגן", העיר בית הדין: "אין חולק כי מדובר בניצול בוטה לרעה של המעמד והסמכות שניתנה לו מכוח היותו חייל בשטח הכבוש, אל מול אוכלוסיה אזרחית שבשלב זה הייתה נתונה למרותו ולחסדיו."¹¹⁸ בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, שדן בערעורו של חייל שהורשע בהכאתו של קטין פלסטיני בן 12 בבעיטה ובנגיחה, אזכרה התייחסות התביעה הצבאית לפגיעת מעשיו של הנאשם ב"הוסנם המוסרי של חיילי צה"ל, בתדמית צה"ל ובמרקם היחסים העדין שבין הצבא לבין האוכלוסיה המקומית, בפרט על רקע היותה אוכלוסיה המוגנת על ידי אמנות בינלאומיות."¹¹⁹

116 מר/11/315, התובע הצבאי נ' רס"ן א"ט.

117 מט/08/268, התובע הצבאי נ' סמל א"מ.

118 מר/03/70, התובע הצבאי נ' סמל א"ל.

119 ע/08/145, התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר ש"ש.

באחד התיקים נדונה בקצרה שאלת ההבדל בין מעמדם של קורבנות עבירה שהם תושבי השטח הכבוש, לבין מי שאינם כאלה. חייל מחטיבת הצנחנים הועמד לדין והורשע על הכאתו של תושב מזרח ירושלים בשטח מחסום חווארה.¹²⁰ בין טיעוני ההגנה לעונש הושמעה הטענה שכיוון שקורבן העבירה הוא תושב מזרח ירושלים ולא "תושב מקומי", אין מקום במקרה זה "לשקול שיקולים הקשורים לתדמיתו של הצבא ולפעילותו כלפי האוכלוסייה המקומית".¹²¹ בית הדין המחוזי דחה מכול וכול את טענת ההגנה, וקבע שאין להבחין בין מעמדם של פלסטינים העוברים במחסום (המצוי בתוך השטח הכבוש) ובין מעמדו של כל אדם אחר הנתון למרותם של חיילי צה"ל:

"יאימר מיד כי אין בדינו לקבל את ההבחנה שביקשה ההגנה לערוך בין אלימות הננקטת כלפי אוכלוסיה מקומית לבין המקרה שלפנינו - בו ננקטה אלימות כלפי תושב מזרח ירושלים. ראשית, גם לאלה וגם לאלה כבוד שאסור לרמוס וברור לכל כי חיילי צה"ל מצווים לשמור על כבודו של כל אדם הנתון למרותם, בין אם מקומי הוא ובין אם לאו. במהלך האירוע המתלונן היה נתון למרות הנאשם ויתר חיילי המחסום, ולפיכך השיקולים שמנה התובע המלומד ביחס לפגיעה בתדמיתו של צה"ל שרירים וקיימים בעניינו. שנית, האירוע התרחש במחסום "חווארה" ואלימות הננקטת במקום זה יש בה כדי להשפיע על תדמיתו של הצבא כלפי האוכלוסיה המקומית, **שהרי למקום ההתרחשות האירוע חשיבות רבה יותר מזהותו של המתלונן**. חשוב לזכור, כי במחסומי צה"ל נוהגים לעבור מדי יום ביומו תושבים מקומיים. אלה יכולים להיות עדים לאלימות כגון זו בה עסקינן. אלה אף יכולים להיות קורבן לאותה אלימות."¹²²

משנדרש בית הדין הצבאי לערעורים, במסגרת ערעור ההגנה על חומרת העונש, להתייחס אף הוא לשאלת ההבדל בין מעמדו של אזרח ישראלי למעמדו של תושב השטחים, אימץ בית הדין לערעורים את עמדת בית הדין הצבאי המחוזי ודחה אף הוא את העמדה שקובעת כי יש לייחס חומרה מיוחדת לעבירות נגד אזרחים מוגנים:

"אף אנו לא מצאנו, כפי שקבע בית הדין קמא כי יש להבחין בין מעשי אלימות כלפי תושבים מקומיים לבין מעשה האלימות נושא ההרשעה דנן. המערער נקט אלימות כלפי **אזרח, בעת שזה היה נתון למרותו, במחסום צבאי, במסגרת משימת אבטחה שמילא כחייל, כשהוא לבוש מדים**."¹²³

בתי הדין הצבאיים על פשעי מלחמה

בשנת 2003 הוגש בבית הדין הצבאי לערעורים ערעור ראשון זה עשרים שנה, מאז 1983, שבמרכזו עבירת הביזה: ע/62/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל א"א**. לפיכך עסק פסק דינו של בית הדין בהרחבה במהותה של עבירת הביזה, בחומרתה ובעונשה. סמל א"א הורשע בבית הדין הצבאי המחוזי בביצוע כמה מעשי ביזה בעיר שכם. בפרק ה' של פסק הדין סקר בית הדין הצבאי לערעורים את איסור הביזה בהתייחס למסמך "רוח צה"ל", והתייחס לעבירת הביזה במורשת ישראל ובמורשתו של צה"ל מימי מלחמת העצמאות. לקראת סופה של הסקירה, תחת הכותרת "ערכי מוסר לחימה

120 על פי הדין הישראלי, מזרח ירושלים סופחה לשטח מדינת ישראל ואינה בבחינת "שטח כבוש".

121 מר/381/09, **התובע הצבאי נ' רב"ט ש"ט**, עמ' 3.

122 מר/381/09, **התובע הצבאי נ' רב"ט ש"ט**, עמ' 4. ההדגשה שלנו.

123 ע/83/09, **רב"ט ש"ט נ' התובע הצבאי הראשי**. ההדגשה במקור.

אוניברסליים", נמנות בפסק הדין הוראות מהמשפט הבינלאומי האוסרות על ביזה: תקנות 28 ו-47 הנלוות לאמנת האג וסעיף 33 לאמנת ז'נבה הרביעית. בנוסף ציטט בית הדין הצבאי לערעורים מן החקיקה האמריקאית (והפנה להוראות גם בדין האוסטרלי והקנדי) ומתוך פסק דין העוסק בעבירת הביזה שניתן על ידי בית הדין הפלילי הבינלאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר,¹²⁴ ואף ציין כי פסק הדין הזה קובע שמעשי ביזה המונעים מתאוות בצע מהווים פשעי מלחמה.

חוקת רומא מוזכרת, כמקור פרשני, בפסק דין אחד של בתי הדין הצבאיים. בהכרעת הדין שבה זוכה סרן ר', קצין שנאשם (בין השאר) בביצוע "וידוא הריגה" בגופתה של הילדה אימאן אלהמס, התייחס בית הדין הצבאי ליסודות העבירה של הריגתם או תקיפתם של אזרחים מוגנים בחוקת רומא כדי לאבחן את מעשי הנאשם. בית הדין ציין כי על אף שמדינת ישראל לא אשררה את אמנת רומא, "ברור כי העקרונות הכלולים בה הינם חלק מהמשפט הבינלאומי הפומבי, וניתן להסתייע בהם בבואנו לבחון את מידת החוקיות של מעשה כזה או אחר הנעשה בשדה הקרב."¹²⁵

עם זאת, פרט לשני פסקי דין אלה, שהאחרון בהם (בעניינו של סרן ר') ניתן ב-2005, בתי הדין הצבאיים לא מצאו עוד לנכון לבחון את אפשרות הגדרתם של מעשים שבאו בפניהם כפשעי מלחמה, על החומרה המיוחדת שנודעת לכך, גם במקרים שבהם עלו העבירות שנדונו לכדי פשעי מלחמה לכאורה.

מקרה בוחן: הרשעה וענישה בעבירות של פגיעה בעצורים כבולים

מעשי ביזוי, השפלה ותקיפה פיזית של עצורים בידי בעלי סמכות, במיוחד כאשר חוסר האונים של העצורים מתגבר בשל כנילת ידיהם, מהווים - פרט להיותם עבירה על הדין הישראלי - פשע מלחמה על פי המשפט הבינלאומי כאשר הם מתרחשים על רקע של עימות מזוין.¹²⁶

בנספח א' לדוח זה מצויה טבלה ובה נתונים בדבר כל פסקי הדין שניתנו בבתי הדין הצבאיים מאז תחילת האינתיפאדה השנייה בענייניהם של כל 39 הנאשמים שהורשעו בפגיעה בעצורים שידיהם נכבלו. הטבלה מציינת את מהות המעשים וסעיפי האישום שבהם הורשעו הנאשמים. חלק מהנאשמים הורשעו במעשה יחיד שלא גרם לפגיעה (למשל, מכה אחת בראשו של עצור כבול ומכוסה עיניים), ואחרים במסכת נרחבת של מעשי התעללות.

כאמור לעיל, בעבירות הנוגעות למעשי אלימות והתעללות, הנחיות התביעה הצבאית מפרטות את האפשרות לקביעת "נסיבות מחמירות" בכתבי האישום, הנובעות מעצם היותו של קורבן העבירה אדם שנתון במשמורת, ובמיוחד במקרים שבהם הוא מכוסה עיניים או כבול. עם זאת, כמתואר להלן, במרבית המקרים לא מופיעות "נסיבות מחמירות" באישומיהם של נאשמים בעבירות נגד עצורים כבולים ומכוסים עיניים.

124. Prosecutor v. Zejnil Delalic et al. ICTY Case no. IT-96-21-T (Celebici camp case) Trial Chamber, 16 November 1998

125. דר/400/04, התובע הצבאי נ' סרן ר', עמ' 72.

126. אמנת ז'נבה הרביעית, סעיף 147; חוקת רומא, סעיף (2)8(א)2 - עינוי או מתן יחס בלתי אנושי; וכן סעיף (2)8(ב)21 - פגיעה בכבוד האדם, בפרט התייחסות מבישה ומשפילה. כאמור לעיל, כדי שמעשה אסור יחשב פשע מלחמה, אין הכרח שיהיה רחב היקף או יגרם לנזק ממש.

סקירת העבירות שהנאשמים הורשעו בהן מראה כי רק בשתי פרשות הורשעו הנאשמים בסעיפי אישום המייחסים "נסיבות מחמירות" ונושאים ענישה מרבית קשה יחסית: בפרשה אחת, הנוגעת להכאת עצורים סמוך לאחר מעצרו ובעת העברתם לידי משטרת ישראל, הורשעו ארבעה נאשמים (מתוך שישה נאשמים בפרשה) בעבירות של תקיפה בנסיבות מחמירות (שעונשה המרבי ארבע שנות מאסר)¹²⁷ והתעללות בנסיבות מחמירות (שבע שנים).¹²⁸ הנאשמים הללו נידונו לתקופות מאסר של 4.5–9 חודשי מאסר בפועל. בפרשה אחרת החמיר בין הדין הצבאי לערעורים בעונשם של שני שוטרים צבאיים שהורשעו בעבירה של התעללות בנסיבות מחמירות, והעמיד אותו על שבעה ועשרה חודשי מאסר בפועל.¹²⁹

בכל שאר המקרים הורשעו הנאשמים בעבירות קלות יותר:¹³⁰

- 11 נאשמים הורשעו בעבירות שעונשן המרבי שנת מאסר אחת ואינן נושאות עימן רישום פלילי: חריגה מסמכות,¹³¹ התנהגות מבישה¹³² והתנהגות שאינה הולמת.¹³³
 - 8 נאשמים נוספים הורשעו בעבירות שעונשן המרבי שנתיים מאסר: תקיפה¹³⁴ ושימוש בלתי חוקי בנשק.¹³⁵
 - 14 נאשמים הורשעו בעבירות שעונשן המרבי שלוש שנות מאסר: התעללות,¹³⁶ חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות¹³⁷ ותקיפה הגורמת חבלה ממשית.¹³⁸
- על קרוב לשליש מהמורשעים - 12 מתוך 39 - לא נגזרו עונשי מאסר בכליאה ממשית בעקבות הרשעתם.

בפסק דינו בערעור התביעה על קולת עונשיהם של רב"ט ר"ר ורב"ט ל"ל¹³⁹ ציין בית הדין הצבאי לערעורים כי העונשים שנגזרו על שני הנאשמים בערכאה הראשונה - חמישה ושלשה חודשי מאסר בפועל - "מחטיאים את מטרת הענישה"¹⁴⁰ והעמידם על עשרה ושבעה חודשי מאסר. אולם פסק דינו זה של בית הדין הצבאי לערעורים נותר הרף הגבוה ביותר לענישתם של חיילים שנאשמו במעשי אלימות נגד גופם של פלסטינים (בין שהיו עצורים או כבולים ובין שלא).

בחינת פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים שהרשיעו חיילים על פגיעות בעצורים כבולים (ובדרך כלל

127 מר/365/03; מר/376/05.
 128 מר/366/03 (שני אישומים בעבירת התעללות בנסיבות מחמירות); מר/386/03.
 129 ע/146/03, התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט ר"ר ורב"ט ל"ל.
 130 במקרה שנאשמים הורשעו ביותר מעבירה אחת, או בעבירה נלווית לעבירה המרכזית, המקרים כאן מנויים על פי העבירה החמורה מכולן.
 131 מט/46/06; ארבעה נאשמים בתיק מר/712/07 (שלשה פרטי אישום בחריגה מסמכות לכל אחד מהם).
 132 מר/526/04 ב; מר/329/08; מר/330/08.
 133 מר/454/03; מר/526/04; מר/562/08.
 134 מר/92/03; מר/300/04; מר/4526/04 א; צפ/176/07; מר/106/08 ג; מר/399/11.
 135 מר/581/10.
 136 מר/387/03; מר/1526/04; מר/472/05; מר/471/05; מר/274/06; דר/08/08; דר/14/08; מר/106/08 א; מר/106/08 ב; מר/580/10; מר/582/10; צפ/292/11.
 137 מר/240/02.
 138 מר/500/02.
 139 שוטרים צבאיים שהכו שני קטינים עצורים, כבולים ומכוסים עיניים במהלך נסיעה, בין השאר באמצעות קנה הנשק של אחד השוטרים.
 140 ע/146/03, התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט ר"ר ורב"ט ל"ל, עמ' 17-18.

גם מכוסי עיניים) מראה כי ברובם המכריע של המקרים, סעיפי האישום קלים ואינם תואמים את חומרת המעשים המתוארים בהם. גם הענישה ברוב המקרים קלה, ובמקרי האלימות החמורים יותר היא מגיעה לכל היותר, גם לאחר פסק הדין בעניינם של רב"ט ר"ר ורב"ט ל"ל, לרף שבית הדין הצבאי לערעורים הגדיר אותו כ"מחטיא את מטרות הענישה".

סיבה מרכזית לקולתם של סעיפי האישום שבהם הורשעו הנאשמים הללו וקולת הענישה היא העובדה שרובם המכריע של הנאשמים הגיעו להסדרי טיעון עם התביעה, שבמסגרתם שונו סעיפי האישום לסעיפים מקילים, ובדרך כלל הוסכמה ענישה שהצדדים יעתרו לה בפני בית הדין: רק 4 מתוך 39 הנאשמים המנויים כאן ניהלו משפט הוכחות עד תומו.¹⁴¹ הסדרי טיעון, כאמור לעיל, הם חלק משמעותי במשפט הפלילי בישראל וכשלעצמם אין בהם פסול. אולם במקרים שלפנינו, שבהם אמורה להיות מיוחסת חומרה מפליגה למעשים שבהם הואשמו הנאשמים, הסדרי הטיעון הם במקרים רבים תוצאה של חולשת מנגנוני החקירה והתביעה הצבאיים בטיפול בעבירות חיילים נגד פלסטינים,¹⁴² ותוצאת הימנעותה של מערכת אכיפת החוק הצבאית מאכיפת הדין על מעשים העולים כדי פשעי מלחמה.

"רישום פלילי מופחת": תיקון מס' 61 לחוק השיפוט הצבאי

עד לאחרונה, חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים בעבירות "אזרחיות" ובמרבית העבירות ה"צבאיות" (פרט לכמה עבירות סל שעונשן המרבי שנת מאסר אחת: התנהגות מבישה, התנהגות שאינה הולמת, חריגה מסמכות וכד') נרשמו במרשם הפלילי כנהוג ביחס לכל אזרח ישראלי שהורשע בפלילים. המרשם הפלילי הוא מאגר מידע המנוהל בידי משטרת ישראל וכולל מידע בדבר הרשעה וענישה בבתי המשפט.¹⁴³ רישום פלילי מונע עיסוק במקצועות מסוימים, ומידע מהמרשם הפלילי מועבר על פי חוק לגופים ציבוריים כמו משרדים וסוכנויות ממשלתיות ולנציגויות דיפלומטיות. ככלל, רישום נמחק מהמרשם הפלילי מקץ עשר שנים לתקופת ההתיישנות.¹⁴⁴ תקופת ההתיישנות עצמה מחושבת על פי משך העונש שהוטל.¹⁴⁵ כך למשל, אם העונש הוא עד שנת מאסר אחת, תקופת ההתיישנות היא משך העונש ועוד שבע שנים. כלומר, ככלל רישום פלילי נמחק על פי הדין הנהוג בישראל לפחות 17 שנה לאחר סיום ריצויו של העונש.

תיקון מס' 61 לחוק השיפוט הצבאי שנחקק במרס 2011 קובע "רישום פלילי מופחת", המצמצם את מספר הגופים הציבוריים שיימסר להם מידע בדבר רישומו הפלילי של נאשם שהורשע, וכן תקוצר מאוד תקופת הרישום הפלילי של חלק מהנאשמים שהורשעו בבתי הדין הצבאיים, כך שהרישום הפלילי בעניינם יימחק לאחר חמש שנים בלבד. הרישום המופחת חל על חיילים שדינם נגזר עד לסף המרבי של אחד העונשים הבאים:

- עונש שאינו כולל מאסר בפועל;

141 במקרה נוסף זוכה נאשם, סמ"ר צ"כ, לאחר ניהול משפט הוכחות. ארבעה מחבריו שהאשמו איתו באותה פרשה (מ/712/07) הורשעו על פי הודאותיהם בסעיפי אישום מקילים, במסגרת הסדר טיעון.

142 לפירוט בנושא זה ראו דו"ח יש דין חקירה לכאורה: כישלון חקירת חשדות לעבירות של חיילים נגד פלסטינים. (תל אביב, 2011).

143 חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, סעיף 2.

144 שם, סעיף 16.

145 שם, סעיף 14.

- עונש שאינו עולה על שני חודשי מאסר בפועל;
- עונש שאינו עולה על שלושה חודשי מאסר בפועל, שבית הדין קבע שחלק ממנו ירוצה בדרך של עבודה צבאית, ובלבד שהחלק שירוצה בכליאה אינו עולה על חודשיים;
- עונש שאינו עולה על ארבעה חודשי מאסר בפועל, שבית הדין קבע שירוצה כולו בדרך של עבודה צבאית.¹⁴⁶

לא זו בלבד, אלא שהתיקון לחוק קובע כי הוא חל רטרואקטיבית גם ביחס למי שהורשעו לפני כניסת החוק לתוקף. התוצאה היא שחלק ניכר מהחיילים שהורשעו בעבירות נגד פלסטינים ורכושם הניזם מ"רישום פלילי מופחת". כך למשל, מתוך 39 הנאשמים שהורשעו בעבירות הנוגעות לפגיעה בעצורים כבולים, 22 ייהנו ממחיקת רישומם הפלילי כעבור חמש שנים.¹⁴⁷

בדברי ההסבר לחוק נאמר כי מקור הצורך הוא כי בדין הצבאי אין אפשרות להטיל על נאשמים צווי מבחן או צווי שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה, כפי שניתן בדין הפלילי האזרחי במדינת ישראל. כמו כן תוארה בהרחבה מטרתו של החוק לחסוך לחיילים צעירים את הכתם הפלילי שעשוי לשבש את קבלתם למקומות עבודה לאחר שחרורם משירות צבאי.¹⁴⁸

קיצור משמעותי זה של תקופת הרישום הפלילי של נאשמים שהורשעו בביצוע מעשים שהם פשע מלחמה פוגע בעיקרון שמחיל סטיגמה קשה על עבירות מסוג זה ועל העבריינים שהורשעו בביצוען. יתר על כן, חקיקה זו והנימוקים שניתנו לה פוגעים פגיעה משמעותית בהגנה שעקרון המשלימות עשוי לתת לנאשמים שהורשעו בעבירות הנכנסות בתחולת בית הדין הפלילי הבינלאומי.

146 סעיף 404 לחש"ץ.

147 בין הנאשמים שעמדו לדין בעקבות שימוש בפלסטינים כמגינים אנושיים, שניים הורשעו בעבירות שאינן נושאות רישום פלילי ממילא, ועונשם של שני הנאשמים בפרשת "נוהל ילד" עומד בקריטריונים ל"רישום פלילי מופחת".

148 מתוך דברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית: "הקושי במצב הקיים נעוץ בהשפעתו של הרישום הפלילי על יכולתם של חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים להשתלב במקומות עבודה אזרחיים. מדובר באנשים צעירים בראשית דרכם הבוגרת, אשר כל חייהם עוד לפנייהם והכתמתם ברישום פלילי רב שנים בשלב זה של חייהם צפויה לשבש באופן קשה, ולעתים אף בלתי הפיך, את מהלך חייהם. אף שהצורך באכיפת משמעת קפדנית בצבא מחייב החמרה של ממש במדיניות ההעמדה לדין והענישה, אל מול הצרכים שבמערכת המשפט האזרחית, הרי שאין בטעמים אלה, כשלעצמם, כדי להצדיק את התיוג הפלילי הממושך של חייל, במיוחד ככל שהדבר נוגע לחייו האזרחיים. [...]". הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 61) (הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום) (התש"ע-2010); **הצעות חוק הממשלה** - 479, מיום י' בשבט התש"ע (25 בינואר 2010), עמ' 228.

סיכום

הצורך בהפללת פשעי מלחמה בדין הישראלי

בעת שנדונה הצעת חוק השיפוט הצבאי בראשית שנות החמישים, הציעו חברי כנסת אחדים להכניס אליו פרקים שנוגעים לדיני המלחמה, אולם עמדת היועץ המשפטי לממשלה אז, יעקב שמשון שפירא, היתה כי צה"ל "איננו צבא כובש אלא צבא שומר על גבולות הארץ ולכן אין כאן כל הוראות כיצד להתנהג עם 'נייטיבס'¹⁴⁹ כך, בחוק השיפוט הצבאי - כמו גם בחוק העונשין ובקודקס הפלילי כולו - אין כל התייחסות לביצוע פשעי מלחמה במבט צופה פני עתיד: לא כעבירה כשלעצמה ואפילו לא כנסיבות מחמירות בעבירות "רגילות". זאת בשונה מהמצב המשפטי במדינות המערב, שחוקקו חוקים הנוגעים לענישתם של פשעי מלחמה ושל פשעים בינלאומיים אחרים.

בהליכים פליליים שמתקיימים בבתי המשפט במדינת ישראל עומדים לדין, בין השאר, אנשי כוחות הביטחון שעברו עבירות נגד פלסטינים ורוכשים בשטחים הכבושים. הנאשמים נשפטים על אחריותם לעבירות שנחקקו במשפט הישראלי הפנימי, ובעיקר עבירות מחוק השיפוט הצבאי ועבירות מחוק העונשין.

מכתבי האישום, משיקולי התביעה וטיעוניה ומפסקי הדין נעדר מערך השיקולים הנוגע לחובתה של המדינה להגן על האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים מפני הפרות חמורות של אמנת ז'נבה הרביעית בפרט ופשעי מלחמה בכלל. מערכת המשפט הישראלית מתייחסת לעבירות נגד פלסטינים כאל עניין ישראלי פנימי בלבד. העבירות המנויות בכתבי האישום הן ככלל עבירות פליליות רגילות, שאין בהן משקל נוסף שהוא פרי החובות המיוחדות שחבה המדינה כלפי אוכלוסייה בשטח כבוש; העתירות לעונש שנשמעות באולמות בתי הדין ושיקולי הענישה שנפרשים בפסקי הדין גם הם אינם עוסקים בחומרה היתרה של עבירות כלפי אזרחים מוגנים. תיקון לחוק מהעת האחרונה מורה על קיצור משמעותי בתקופת הרישום הפלילי של חיילים שנדונו לתקופות מאסר מסוימות.

חלק גדול מהאירועים שבעקבותיהם מובאים חיילים לדין בגין מעשיהם או מחדליהם בשטחים אינם עונים לתנאים ההופכים עבירה פלילית - קשה וחמורה ככל שתהיה - לפשע בינלאומי או לפשע מלחמה. עם זאת, מקרים מסוימים עשויים להיחשב ככאלה. מאסופת פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים שניתנו מאז תחילת האינתיפאדה השנייה בספטמבר 2000 ועד היום נעדרים כמעט לחלוטין מונחים כמו "דיני הלחימה", "אמנות ז'נבה", "חוקת רומא" ו"פשע מלחמה". שיקולי הענישה הרווחים הם אחרים, ועוסקים בעיקר בטיב שירותו הצבאי של הנאשם ובהשפעת העבירה שבה הורשע נאשם על תדמיתו של צה"ל. הדין הבינלאומי הרלבנטי אינו נוכח באולמות בתי הדין הצבאיים.

במידה רבה, נסיבות של לחימה משמשות במערכת המשפט הצבאית כנסיבות המקילות על פליליות של מעשים, בין שהם מהווים עבירות פליליות "רגילות" ובין שהם עבירות שעשויות לעלות כדי פשעי מלחמה. במקרים מסוימים, בתי הדין הצבאיים מונים את נסיבות הלחימה שבמסגרתן נאשם עבר עבירה פלילית נגד אזרחים דווקא כשיקול בעד הקלה בעונשו של הנאשם שהורשע. במקרים רבים אחרים לא נפתחו חקירות פליליות מלכתחילה, או שלא הוגשו כתבי אישום בגלל התחשבות בנסיבות המבצעיות שסבבו את האירועים שנחקרו.¹⁵⁰

149 מצוטט אצל צבי ענבר, "הצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949". משפט וצבא 8 (תשמ"ח), עמ' 139.
150 בעניין זה, ראו חקירה לכאורה (הע' 142 לעיל), עמ' 25-34; חריגים (הע' 97 לעיל), עמ' 23-20.

עם התפתחות המשפט הפלילי הבינלאומי, התרחבות השימוש בעקרון סמכות השיפוט האוניברסלית על פשעים בינלאומיים והתבססות פעילותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, יש לזכור כי עקרון ה"משלימות" (Complementarity) מקנה הגנה למעורבים לכאורה בביצועם של פשעים בינלאומיים מפני תביעה פלילית ושיפוט, כל עוד מערכת אכיפת החוק בארצם היא כזו שממלאת את תפקידה. המערכת הבינלאומית מעניקה עדיפות למדינת-האם ולהליכה המשפטיים. מערכת משפטית שמקיימת את חובתה, **וגם נתפסת ככזו** בידי משקיפים חיצוניים, היא אם כן אינטרס ראשון במעלה של כל מי שמעוניין להגן על ישראלים מפני התערבות משפטית זרה.

עמדתה הנוכחית של מדינת ישראל, שלפיה די בעבירות הקבועות בדין הישראלי למלא את חובתה של המדינה לענוש את המעורבים בפשעי מלחמה ובעבירות חמורות אחרות על המשפט הבינלאומי, היא עמדה בעייתית. מדינות בודדות בעולם עדיין נוקטות גישה מינימלית זו.

על פי הערתה של נשיאת בית המשפט העליון השופטת דורית ביניש, מדיניותה של מדינת ישראל מקיימת את חובותיה "כאשר כתב האישום מבטא את פליליות המעשה המיוחס לנאשם, והעונש המוטל במקרה של הרשעה משקף את הנסיבות המחמירות של ביצוע העבירה כלפי אזרחים מוגנים על פי דיני הלחימה."¹⁵¹ כפי שעולה מפרק ג', גם אם סעיפי האישום תואמים בדרך כלל את ההתנהגות (conduct) המיוחסת לנאשמים, **אין בהם התייחסות לחומרה המיוחדת** הנובעת מביצוע עבירות - חמורות או שאינן חמורות - נגד אזרחים מוגנים במשפט הבינלאומי. בדומה לכך, **הענישה שהוטלה על נאשמים שהורשעו בדרך כלל אינה משקפת את הנסיבות החמורות האמורות.**

כאשר נחקק החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, עוד בשנת 1950, חברי הכנסת מצאו לנכון לכבד בקימה את ההצבעה מתוך הכרה בחשיבות המעשית והחינוכית של מעשה החקיקה. לחקיקה שמפלילה ועונשת פשעים בינלאומיים - הפשעים שמוקעים בידי אומות העולם כולן - נודע תפקיד מוסרי וחינוכי מלבד ענישת עבריינים והגנה על קורבנות. תמונת המצב שמוצגת בדוח זה בנוגע להנחיות התביעה הצבאית ולפרקטיקה בבתי הדין הצבאיים מחייבת, לדעתנו, שינוי ביחסה של מדינת ישראל לעבירות שעוברים ישראלים נגד האוכלוסייה המצויה תחת כיבוש צבאי בשטחים.

כאמור, מדינות בודדות בעולם הדמוקרטי מחזיקות בגישה דומה לזו של מדינת ישראל, שלפיה אפשר להסתפק בדין הקיים. עמדת יש דין היא כי **בהתחשב בפרקטיקה של בתי הדין הצבאיים, והמחסור בעבירות מהותיות בדין המקומי, יש לקבוע עבירות מיוחדות של פשעי מלחמה באמצעות חקיקה בספר החוקים של מדינת ישראל.**

עם סיום כתיבתו של מסמך זה התפרסם דו"ח ועדת טירקל, תחת הכותרת "הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי". הוועדה ערכה בירור מקיף של הדין הנהוג בישראל בהשוואה לדיניהן של מדינות אחרות ולסטנדרטים הקבועים במשפט הבינלאומי. במסקנותיה פירטה הוועדה 18 המלצות, חלקן משמעותיות מאוד, לתיקון ולשיפור במנגנוני אכיפת החוק במדינת ישראל.

המלצתה הראשונה של הוועדה נוגעת לצורך לחוקק חקיקה שתאמץ את הנורמות הבינלאומיות הנוגעות לפשעי מלחמה ותכלילם בדין המקומי:

1. על משרד המשפטים ליזום חקיקה בכל מקרה שבו קיים חסר הנוגע לאיסורים בינלאומיים שאין מקבילה "רגילה" שלהם בדין הפלילי, ולהשלים אותם על ידי חקיקה פלילית ישראלית.

2. מעבר לאמור, הוועדה רואה חשיבות בקליטה מפורשת של הנורמות הבינלאומיות לגבי פשעי מלחמה למשפטה של מדינת ישראל. הגישה המקובלת במדינות שנסקרו היא לעגן עבירות פליליות בינלאומיות בחקיקה פנימית.

גם חוקרי מרכז קונקורד שסקרו את הוראות הדין הישראלי והשוו אותם לעבירות הפליליות שנקבעו בחוקת רומא באו לידי מסקנה דומה:

[...] על מנת לתקן את החקיקה הישראלית באופן שתעמוד בקנה אחד עם הנורמות הבינלאומיות, יש לערוך [בה] שלושה שינויים: (1) הוספת עבירות ספציפיות אשר אינן מוגדרות כיום ככאלה בחקיקה הישראלית; (2) הוספת הקשר של פשע בינלאומי לעבירות אשר כבר קיימות בחקיקה הישראלית על מנת להתאים אותן למסגרת של פשע נגד האנושות או פשע מלחמה; (3) התאמת החלק הכללי והמקדמי של חוק העונשין לעקרונות הקבועים באמנת רומא.¹⁵²

כאמור בסקירה הקצרה בפרק א', ברחבי העולם קיימים כמה מודלים של חקיקה המאמצת פשעים בינלאומיים - כולם או קבוצות מתוכם - לתוך הדין המקומי. מחקר קונקורד מציע כי ראוי יהיה לחוקק קודקס נפרד מחוק העונשין ומחוק השיפוט הצבאי, שבו יאומצו פשעים בינלאומיים לדין הישראלי.

חקיקתו של קודקס נפרד, כפי שנעשה במקרה של גרמניה, שעד לשנת 2002 נשענה על הוראות מהדין הפלילי הרגיל שלה (כמו מדינת ישראל כיום), תאפשר לפתור מתחים בין עקרונות ייחודיים למשפט הפלילי הבינלאומי לעקרונות המשפט הישראלי; תאפשר התאמה של מונחים מהמשפט הבינלאומי למשפט המקומי;¹⁵³ תגביר את נראותן הציבורית של העבירות ותשמש כלי חינוכי והסברתי כלפי אוכלוסייתה של מדינת ישראל וכלפי אנשי כוחות הביטחון.

בחודשים הקרובים יקדם יש דין, יחד עם שותפים נוספים, ניסוח הצעת חוק שאם תתקבל תציב את מדינת ישראל כחברה שווה במשפחת העמים שהתחייבו לעשות כל שלאל ידם כדי לעקור את פשעי המלחמה מהשורש ולהגן על קורבנותיהם.

152 מחקר קונקורד (ראו הע' 9), עמ' 199.
Klaus Kress, "The German Model". In Morten Bergsmo et al (Eds.), Importing Core International Crimes into National Law (Oslo: FICHL, 2010), pp. 19-20.

נספחים

נספח א': סעיפי הרשעה וענישה במקרים שבהם הורשעו נאשמים בעקבות בגיעה בעצורים כבולים, לפי נאשם, 2000-2012¹⁵⁴

תיק ביד"צ	תמצית העבירה	הרשעת הנאשם	גזר דין
מט/06/46	קצין הצמיד מספרי תיל למכנסיו של עצור כבול ומכוסה עיניים ואיים כי אם לא ישיב לשאלות, יחתוך את איבר מינו	חריגה מסמכות; התנהגות שאינה הולמת	2 חודשי עבודות צבאיות, 4 חודשי מאסר על תנאי
מר/02/240	ידיו של בן 16 נכבלו ובמהלך חיפוש בכליו הוכה הקטין	חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות; התנהגות מבישה	1 חודשי מאסר בפועל, 3 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מדרגת רב"ט לטוראי
מר/02/500	הנאשם הניח רגליו על שני עצורים כבולים ומכוסים עיניים, משך בזקנו של אחד מהם, והשליך קסדתו ופגע בראשו של האחר	תקיפה הגורמת חבלה ממשית, התנהגות מבישה	3 חודשי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי
מר/03/92	הנאשם בעט פעמיים בעצור כבול ומכוסה עיניים	תקיפה	28 ימי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי

154 מקור הנתונים: מחקר יש דיין על יסוד כתבי אישום ופסקי דין שהעביר דובר צה"ל לארגון.

<p>4.5 חודשי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי</p>	<p>תקיפה בנסיבות מחמירות</p>	<p>הנאשמים הכו שלושה עצורים ששכבו כבולים על הקרקע. אחד הנאשמים הכה בקת נשקו בראשו של אחד העצורים ושפך עליו מים. במקרה אחר, הכו עצורים אחרים</p>	<p>מר/03/365</p>
<p>9 חודשי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי</p>	<p>התעללות בנסיבות מחמירות (שני פרטים)</p>	<p>של אחד העצורים ושפך עליו מים. במקרה אחר, הכו עצורים אחרים</p>	<p>מר/03/366</p>



170 ימי מאסר בפועל, 5 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי	תקיפה בנסיבות מחמירות	הנאשמים הכו שני עצורים כבולים ומכוסי עיניים בראש, בגב ובבטן, בעת שהעבירו אותם לידי משטרת ישראל	מר/03/376
7 חודשי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מסמ"ר לטוראי	התעללות בנסיבות מחמירות; התנהגות שאינה הולמת		מר/03/386
4 חודשי מאסר בפועל, 3 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מסמל לטוראי	התעללות		מר/03/387
4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מסמ"ר לסמל	התנהגות שאינה הולמת		מר/03/454

<p>[לאחר ערעור] 7 חודשי מאסר בפועל, 5 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי</p>	<p>התעללות בנסיבות מחמירות בצוותא</p>	<p>שוטרים צבאיים הכו שני קטינים עצורים, כבולים ומכוסי עיניים במהלך נסיעה, בין השאר באמצעות קנה הנשק של אחד השוטרים</p>	<p>מר/03/222 א ע/08/146</p>
<p>[לאחר ערעור] 10 חודשי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי</p>	<p>התעללות בנסיבות מחמירות בצוותא</p>	<p>באמצעות קנה הנשק של אחד השוטרים</p>	<p>מר/03/222 ב ע/08/146</p>
<p>6 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מסמ"ר לטוראי</p>	<p>תקיפה; גרימת נזק לרכוש על ידי חריגה מסמכות; התנהגות שאינה הולמת</p>	<p>תקיפת פלסטינים שעברו במחסום עליו פיקד הנאשם מספר פעמים, וכן שבירת שמשותיהן של מכוניות בבעלות פלסטינים. לפחות במקרה אחד הכה הנאשם אדם שידיו נכבלו</p>	<p>מר/04/300</p>
<p>2 חודשי מאסר על תנאי</p>	<p>התנהגות שאינה הולמת</p>	<p>הכאתם של חמישה עצורים כבולים ומכוסי עיניים בסטירות ובאגרופים</p>	<p>מר/04/526</p>
<p>45 ימי מאסר בפועל, 6 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי</p>	<p>תקיפה</p>	<p>באגרופים</p>	<p>מר/04/526 א</p>
<p>2 חודשי מאסר על תנאי</p>	<p>התנהגות מבישה</p>	<p></p>	<p>מר/04/526 ב</p>
<p>3 חודשי מאסר על תנאי</p>	<p>התעללות</p>	<p></p>	<p>מר/04/526 ג</p>
<p>45 ימי מאסר בפועל, 5 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מסמל לטוראי</p>	<p>התעללות; התנהגות שאינה הולמת</p>	<p>הנאשם הכה באגרוף בפניו של עצור כבול ומכוסה עיניים, ולאחר מכן בעט בו בפניו.</p>	<p>מר/05/472</p>

3 חודשי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי	התעללות; התנהגות מבישה	הכה שלושה נערים שלושה נערים שידיהם נכבלו מאחורי גופם, אחד מהם מדמם לאחר שאחר כבר הכה אותם. סטר לפלסטיני באירוע נפרד	מר/05/471
120 ימי מאסר בפועל, 4 חודשי מאסר על תנאי, הורדה מרב"ט לטוראי	התעללות	הנאשם הכה עצור כבולו מכוסה עיניים עד שנפל לקרקע	מר/06/274
שלושה חודשי מאסר על תנאי; הורדה בדרגה אחת לדרגת טוראי	תקיפה	הנאשם הכה מכה אחת בראשו של עצור כבול ומכוסה עיניים	צפ/07/176
4 חודשי מאסר על תנאי; קנס 1,800 ש"ח; הורדה מסמ"ר לסמל	חריגה מסמכות (שלושה פרטים); התנהגות שאינה הולמת	שורת מעשי ביזוי והתעמרות ב-13 עצורים כבולים: טפיחות חזקות על ראשיהם וכתפיהם של העצורים, הובלתם במעגלים, האכלת כמה מהעצורים בכוח בחטיפים והכאת אחד מהם.	מר/07/712 א
4 חודשי מאסר על תנאי; קנס 1,800 ש"ח; הורדה מסמ"ר לסמל	חריגה מסמכות (שלושה פרטים); התנהגות שאינה הולמת		מר/07/712 ב
4 חודשי מאסר על תנאי; קנס 1,800 ש"ח; הורדה מסמ"ר לסמל	חריגה מסמכות (שלושה פרטים)		מר/07/712 ג
4 חודשי מאסר על תנאי; קנס 1,800 ש"ח; הורדה בדרגה אחת לדרגת סמל	חריגה מסמכות (שלושה פרטים)		מר/07/712 ד
90 ימי מאסר בפועל, 90 ימי מאסר על תנאי, הורדה לדרגת טוראי	התעללות	הנאשם בעט בגבו של עצור שישב כפות ומכוסה עיניים	דר/08/08

<p>4.5 חודשי מאסר בפועל, 4.5 חודשי מאסר על תנאי, הורדה לדרגת טוראי</p>	<p>התעללות</p>	<p>הוביל עצור כבול ומכוסה עיניים וגרם בכונה לפגיעתו מעמוד ברזל ולחבלה בראשו. הורשע גם בקשר לניסיון לשבש החקירה</p>	<p>14/08/דר</p>
<p>עשרים ימי מאסר בפועל; ארבעה חודשי מאסר על תנאי; הורדה לדרגת טוראי</p>	<p>התנהגות מבישה</p>	<p>הכה באצבעו כמה פעמים בראשו של עצור כבול ומכוסה עיניים, צילם את המעשה והפיץ את הסרטון</p>	<p>329/08/מר</p>
<p>21 ימי עבודות צבאיות; 45 ימי מאסר על תנאי; הורדה לדרגת טוראי</p>	<p>התנהגות מבישה</p>	<p>הכה בבטנו של עצור כבול ומכוסה עיניים שעמד על ברכיו, כשאחר מצלם את המעשה</p>	<p>330/08/מר</p>
<p>5.5 חודשי מאסר בפועל; 5 חודשי מאסר על תנאי; הורדה בדרגה אחת לדרגת סמל [לאחר ערעור: הורדה לטוראי]</p>	<p>התעללות בצוותא; התנהגות שאינה הולמת</p>	<p>הנאשמים הכו שני עצורים בני 16.5 כשהם כבולים ומכוסי עיניים. בין השאר קירב אחד הנאשמים מפזר חום פועל לראשו של אחד העצורים</p>	<p>106/08/מר א</p>
<p>5 חודשי מאסר בפועל; 5 חודשי מאסר על תנאי; הורדה בדרגה אחת לדרגת סמל [לאחר ערעור: הורדה לטוראי]</p>	<p>התעללות בצוותא; התנהגות שאינה הולמת</p>	<p></p>	<p>106/08/מר ב</p>
<p>65 ימי מאסר בפועל, חמישה חודשי מאסר על תנאי, הורדה בדרגה אחת לדרגת סמל [לאחר ערעור: הורדה לטוראי]</p>	<p>תקיפה; התנהגות שאינה הולמת</p>	<p></p>	<p>106/08/מר ג</p>

מ/ר/08/562	הכאה בעורפו של עצור כבול ודחיפתו לתוך רכב	התנהגות שאינה הולמת	45 ימי מאסר בפועל, 90 ימי מאסר על תנאי, הורדה לדרגת טוראי.
מ/ר/10/580	צילום עצור אזוק ומכוסה עיניים תוך כיוון נשק טעון ודרך לגופו	התעללות; התנהגות מבישה	5 חודשי מאסר בפועל; 5 חודשי מאסר על תנאי
מ/ר/10/581		שימוש בלתי חוקי בנשק; התעללות; התנהגות מבישה	3 חודשי מאסר בפועל; 4 חודשי מאסר על תנאי; הורדה לדרגת טוראי
מ/ר/10/582		התעללות; שמוש בלתי חוקי בנשק; התנהגות מבישה	3 חודשי מאסר בפועל; 4 חודשי מאסר על תנאי; הורדה לדרגת טוראי
צפ/11/292	הכאה באמצעות נשק של עצור כבול ומכוסה עיניים	התעללות; התנהגות שאינה הולמת	2 חודשי מאסר על תנאי, הורדה לדרגת טוראי
מ/ר/11/399	הכאת עצור כבול ומכוסה עיניים באגרוף	תקיפה; התנהגות שאינה הולמת	45 ימי מאסר; 3 חודשי מאסר על תנאי, הורדה לדרגת טוראי
מ/ט/12/255	הכאת עצור כבול בבעיטות ואיומים עליו	תקיפה; התנהגות שאינה הולמת	14 ימי מאסר; 3 חודשי מאסר על תנאי, הורדה לדרגת טוראי

נספח ב': תלונות, חקירות וכתבי אישום במערכת אכיפת החוק הצבאית,

2000-2012¹⁵⁵

היקף הגשת כתבי אישום באחוזים מהודעות	כתבי אישום שהוגשו	חקירות פליליות שנפתחו	הודעות (תלונות) שנמסרו	שנה
0.0%	0	103	240	2012
0.8%	2	153	252	2011
2.0%	4	145	197	2010
1.9%	8	236	415	2009
4.6%	20	323	432	2008
2.1%	10	351	477	2007
2.8%	9	152	323	2006
1.7%	5	155	292	2005
2.6%	12	189	469	2004
6.8%	16	146	236	2003
11.9%	23	155	194	2002
7.8%	7	82	90	2001
4.8%	1	16	21	2000
3.2%	117	2,206	3,638	סה"כ

155 מקור לנתונים בדבר מספר הודעות שנמסרו במצ"ח: מכתב סרן טל ברנשטיין, עוזר קמצ"ר, אל עו"ד הושע גוטליב, מזכיר ועדת טירקל, 17.4.2011 (המכתב נגיש באתר ועדת טירקל); מענה דובר צה"ל לפניות יש דין, 5.10.2011, 1.4.2012, 23.1.2013; מקור הנתונים בדבר תיקי חקירה וכתבי אישום: מחקר יש דין על יסוד כתבי אישום ופסקי דין שהעביר דובר צה"ל לארגון.



פשעי מלחמה נחשבים בקרב משפחת העמים בין הפשעים החמורים ביותר, והם נמנים עם קבוצת הפשעים הבינלאומיים - עבירות שפוגעות בערכים המשותפים לקהילה הבינלאומית כולה, ומחייבים את כל המדינות ואת כל בני האדם: רצח עם, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ואחרים. ברחבי העולם נחקקים חוקים מיוחדים כדי להפיל עבירות מסוג זה ולענוש את מבצעייהן. גם מדינת ישראל חוקקה חוקים ברורים שנועדו לאסור על הפשע של רצח עם ולענוש בגינו. אולם המשפט הישראלי אינו כולל חקיקה האוסרת על ביצועם של פשעי מלחמה ועונשת אותם ככאלה. דו"ח זה מציג את הצורך בחקיקה ישראלית בנושא.

הדו"ח סוקר את ההוראות הקיימות בדין הישראלי, מציג מודלים בינלאומיים לחקיקה מקומית שמפילה פשעי מלחמה, ובוחן את מדיניות התביעה הצבאית והענישה בבתי הדין הצבאיים במקרים שבהם חיילים נאשמים בעבירות שעשויות לעלות כדי פשעי מלחמה. שני מקרי בוחן שנכללים בדו"ח מראים כיצד המצב המשפטי הקיים במדינת ישראל גורם לכך שמי שנאשמים בביצוע פשעי מלחמה מורשעים בעבירות קלות, נענשים בענישה מקילה ונהנים במקרים רבים מקיצור משמעותי של תקופת הרישום הפלילי.

עם התפתחות המשפט הפלילי הבינלאומי, התרחבות השימוש בעקרון סמכות השיפוט האוניברסלית והתבססות פעילותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, יש לזכור כי עקרון ה"משלימות" מקנה הגנה למעורבים לכאורה בביצועם של פשעים בינלאומיים מפני תביעה פלילית ושיפוט, כל עוד מערכת אכיפת החוק בארצם ממלאת את תפקידה. המערכת הבינלאומית נותנת עדיפות למדינת האם ולהליכי המשפטיים. לפיכך, מערכת משפטית שמקיימת את חובתה, וגם נתפסת ככזו בידי משקיפים חיצוניים, היא אינטרס ראשון במעלה של כל מי שמעוניין להגן על ישראלים מפני התערבות משפטית זרה.

יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם הוקם ב־2005 ומאז פועלים מתנדביו לשיפור מבני ארון-טווח של מצב זכויות האדם בשטחים הכבושים. הארגון פועל באמצעות איסוף והפצה של מידע מהימן ועדכני בדבר פגיעות שיטתיות בזכויות האדם בשטחים; הפעלת לחץ ציבורי ומשפטי על רשויות המדינה להפסקתן; וכן בדרך של העלאת המודעות הציבורית להפרת זכויות האדם בשטחים. בכדי לממש את מטרותיו ביעילות, ארגון יש דין פועל על פי מודל ייחודי בנוף ארגוני זכויות האדם בישראל: ארגון המופעל ומנוהל בידי מתנדבים, ונעזר על בסיס יום-יומי בצוות מקצועי של משפטנים, מומחים בתחום זכויות האדם ויועצי אסטרטגיה ותקשורת.