

”בית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות”¹

1 בנובמבר 2023

יז' בחשוון תשפ"ד

1. בתאריך 7.10.23 ארגוני הטרור חמאס והג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, תקפו את מדינת ישראל. בתקיפה זו פלשו אלפי מחבלים לשטחה הריבוני של מדינת ישראל, רצחו באכזריות ובמעשי זוועה כ- 1,500 אנשים, לרבות אזרחים, וביניהם נשים, ילדים ותינוקות. הטרוריסטים התעללו בגופות, ערפו ראשים וראשי תינוקות, שרפו אנשים ותינוקות חיים, אנסו נשים באכזריות ועשו מעשי זוועה רבים שלא נראו מאז שואת יהודי אירופה. בנוסף, הטרוריסטים חטפו לרצועת עזה כ- 240 אנשים (לרבות אזרחים בהם קשישים, נשים, ילדים ותינוקות) (חלקם חולים מאוד) ופצעו מעל 4,000 אזרחים חלקם במצב קשה ואנוש. מעת החלה ההתקפה נורו אלפי טילים ופגזים לערי ישראל. בעקבות התקיפה הני"ל - שכללה פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ופשעי השמדת עם - כבר באותו היום הכריזה ממשלת ישראל מלחמה נגד ארגוני החמאס והג'יהאד האסלאמי הפלסטיני ע"פ סעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה.
2. במהלך מתקפה זו נתפסו מחבלים רבים שיש כעת להעמידם לדין. בנוסף יתכן שלאחר השתלטות כוחות צה"ל על רצועת עזה, למספר הרב של המחבלים שכבר נתפסו, יתווסף מספר רב של מחבלים שיתפסו ויתברר שהם השתתפו במתקפת הטרור וברחו לרצועת עזה או שהיו חלק מאלו שתכננו את מתקפת הטרור או פיקדו עליה מרחוק, שגם הם יעמדו לדין על מעשיהם במתקפת הטרור.² העמדתם לדין מעוררת שאלות ביחס לסוג הערכאה שבה ראוי שישפטו, העבירות בגינן ישפטו, וכן דיני הראיות וסדרי הדין. שאלות אלו מתעוררות, שכן אין ספק שמדובר לא רק בעבירות חמורות, שכחברה אנו נתקלים בהן מעת לעת, אלא גם במעשי הטרור מהסוג החמור ביותר בהיסטוריה האנושית, ובמעשי הזוועה הנוראיים ביותר שנעשו כלפי העם היהודי מאז השואה. היבט זה מחייב חשיבה מיוחדת לגבי סוג הערכאה, שיביא לידי ביטוי את מיוחדות הזוועות שנעשו, בדומה למעשי טבח המוניים שנעשו בהיסטוריה של מאה השנים האחרונות. בבחירת הערכאה יש לקחת בחשבון שמדובר במקרים בהם אין להתייחס רק לעבריינים עצמם, כך שהבחינה תהיה כל אחד בפני עצמו, אלא גם לאחריהם הקבוצתית שיש לכל אחד מהם. על כך יש להוסיף כי לעת הזאת, על פי הידוע לנו, מדובר במספר רב של מחבלים שלבתי המשפט במערכת האזרחית יהיה קושי לקיים עבורם משפטים בטווח זמן סביר, ולכן מתחייבת התייחסות מיוחדת גם מהיבט זה לסוג הערכאה המתאימה.
3. שפיטת הנאשמים עלולה ליצור מספר קשיים ראייתיים, שמחייבים התייחסות מיוחדת, בין היתר, מהסיבות הבאות: 1. לאור הקשיים באיסוף ראיות בזירת לחימה, שריפת קורבנות, והצורך לטפל בכ- 1,500 גופות במקביל, נוצרה מורכבות לבצע הליכי מיצוי ראיות פורנזיים שגרתיים, כפי שנעשה במעשי רצח.³ 2. מיעוט עדויות לאור העובדה שהניצולים הסתתרו כדי להגן על חייהם. בנוסף, לאור מספר הנאשמים שהשתתפו במעשים אלה ישנו צורך להתאים גם את סדרי הדין.
4. מעשי הזוועות מחייבים להתייחס גם לסוג העבירות בהם הם יאשמו, לרבות דיני השותפות לעבירה, מעבר לעבירות הרצח והתקיפה השגרתיות. אין לנו ספק כי דיני העונשין הרגילים אינם כלי מספק לטיפול בייחודיות של היקף מעשי הזוועה, עצמתם והמספר הרב של המשתתפים בהם. זאת, בצד ההכרה כי הוראות החוק בדבר

¹ חוות דעת זו היא בהמשך לחוות הדעת של "מכון בגין למשפט וציונות" בנושא זה מתאריכים 11.10.23, 27.10.23.

² למקרים ראשוניים, ראו: אבישי גרינצייג "מחבלים שהשתתפו בטבח - נתפסו בעזה ונלקחו בשבי לישראל", כאן (6.11.23).

³ ראו: שילה פריד, "זירת רצח זה לא דבר זר לנו, אבל היה פה משהו אחר לגמרי" דיוקן, מקור ראשון (3.11.23); רונן ברגמן "מחדל העדויות והראיות שיקשה על הבאת הסדיסטים לדין בינלאומי", Ynet (6.11.23).

מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950, עשויות לתת מענה חלקי למורכבות שהצגנו לעיל, ואף להביע את המיוחדות של חומרת המעשים.

5. לפיכך, נראה כי שפיטת המספר הגדול של הטרוריסטים במערכת בתי המשפט האזרחית לא תבטא את המיוחדות של מעשי הזוועה, לא תהיה יעילה מבחינת מספר הנאשמים, לא תאפשר התחשבות בקשיים הקיימים מבחינת דיני הראיות וסדרי הדין כאמור לעיל. לאור זאת, נבקש להציע את המודל המשפטי הראוי להעמדת המחבלים לדין תוך התייחסות לסוגיות המרכזיות הנגזרות ממנו.
6. **הערכאה:** שיפוט של המשתתפים במתקפת הטרור, שגררה את ישראל למלחמה, מתאים לבית משפט צבאי, שיוצר את האמירה המתאימה, לפיה מדובר באירוע בעל אופי טרוריסטי מאורגן. מוסד כזה כבר מוכר אצלנו בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. עם מספר התאמות חקיקתיות הוא לדעתנו הפרוור המתאים.
7. בהתאם לתקנות ההגנה לשעת חירום, הרמטכ"ל רשאי לכוון "בתי-משפט צבאיים שימצאם נחוצים לצרכיהן של התקנות האלה".⁴ מכוחן של תקנות ההגנה לשעת חירום אכן פעל בית המשפט הצבאי בלוד עד שנת 2000. בית משפט צבאי זה דן בנאשמים בפעילות נגד ביטחון מדינת ישראל, והיה חלק מיחידת בתי הדין הצבאיים. בבית המשפט הצבאי בלוד התנהלו בין השאר משפטים של הטרוריסט היפני קוזו אוקמוטו שביצע טבח בנתב"ג,⁵ כן נדונו משפטים של מחבלי "אוטובוס הדמים",⁶ משפטים של מחבלי פיגוע "מקרר התופת בכיכר ציון",⁷ וכן מקרה נוסף שבו נשפטו שני אנשי פת"ח למאסר עולם בגין חדירה לארץ במטרה לבצע פעילות טרור, ובחבלה במסילת הרכבת בקו לוד-חיפה. בית המשפט הצבאי אף פסק בכמה מקרים גזרי דין מוות, שהומרו לאחר מכן למאסרי עולם.⁸ בערכאה זו פסק הדין חייב להתקבל פה אחד.⁹ בעבירות הרלוונטיות שקיימות בתקנות ההגנה לשעת חירום ישנה סמכות שיפוט ייחודית לבית המשפט הצבאי.¹⁰
8. כדי לבטא את המיוחדות של פשעי אוקטובר 2023, ולאור הצורך לעשות מספר התאמות חקיקתיות, נראה כי יש לחוקק חוק שירחיב ויעדכן מספר סמכויות בתקנות ההגנה לשעת חירום, שיסדירו את "**בית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות**" (להלן: בית המשפט הצבאי המיוחד").
9. החשיבות של הקמת בית משפט צבאי מיוחד נלמדת מההיסטוריה כמפורט להלן בקצירת האומר. לאחר מלחמת העולם השנייה הקימו בעלות הברית בתי דין צבאיים בינלאומיים (ה-IMT, International Military Tribunals) שהוקמו בנירנברג ובטוקיו, ובהם נשפטו רק מספר קטן של פושעי מלחמה שמילאו תפקידים מיוחדים במכונת ההשמדה.¹¹ לאחר שבתי המשפט האלה סיימו את תפקידם ב-1946, הקימו בעלות הברית בתי דין משלהן בשטחי החסות הגרמניים של כל אחת מהן, שבהן שפטו פושעים נאצים נוספים. הפעיל מכולם היה הטריבונל הצבאי האמריקאי שמקום מושבו היה בנירנברג (ה-Nuremberg Military Tribunal) והוא פעל עד 1949. התוכנית המקורית של התובע שם הייתה להעמיד לדין בין 2,000 ל-20,000 נאצים. בפועל הועמדו לדין

⁴ סעיף 12 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

⁵ כתוצאה מהטבח נהרגו 24 אנשים ונפצעו 78. ארבעה מהפצועים נפטרו מאוחר יותר מפצעיהם. למרות שבית המשפט יכול היה להטיל גזר דין מוות, בסופו של דבר החליטה הממשלה שהתביעה לא תבקש להטיל גזר דין מוות, ולכן נגזרו על קוזו אוקמוטו שלושה מאסרי עולם ועוד עשר שנים. בנימוקי פסק הדין קבעו השופטים שלנוכח חומרת מעשיו היה ראוי להטיל על אוקמוטו גזר דין מוות, אך הוחלט שלא להטיל את העונש האמור נוכח עמדת התביעה. קוזו אוקמוטו ריצה כ-13 שנות מאסר בלבד ושוחרר מן הכלא ב-21 במאי 1985, כאחד ממשוחררי עסקת גיבריל, ראו "הטבח בנמל התעופה לוד (נתב"ג)" ארכיון המדינה, [הטבח בנמל התעופה לוד \(נתב"ג\)](https://www.archives.gov.il) ([archives.gov.il](https://www.archives.gov.il)).

⁶ הפיגוע בוצע בתאריך 11.3.78, בכביש החוף, ובו נרצחו 35 ישראלים, מתוכם 9 ילדים, ונפצעו 71.

⁷ הפיגוע התרחש בתאריך 4.7.75, בכיכר ציון בירושלים, שבו נרצחו 15 אנשים ו-60 נפצעו.

⁸ י. רנדור, פסק דין מוות ראשון, **דבר**, (11.4.56); שאול הון "הומתק דין מוות של 3 פדאים: הרמטכ"ל החליף את עונשם למאסר עולם" **מעריב** (2.5.57). כן ראו: ירון אונגר "עונש המוות – רקע תיאורטי וסקירה משווה" 32 **הלשכה המשפטית של הכנסת** (25.11.13).

⁹ סעיף 31 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

¹⁰ סעיף 57 (2) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

¹¹ השופטים בהליכים אלה היו מטעם ארה"ב - היועץ המשפטי לשעבר שכיהן תחת הנשיא רוזוולט, ומטעם בריטניה - שופט שהיה בעבר זקן השופטים (ה-Lord Chief Justice) בבית הלורדים.

בביהמ"ש הזה 177 גרמנים, בהם תעשיינים, אנשי צבא, פוליטיקאים, דיפלומטים ואנשי משטרה שנשפטו ב-12 הליכים קבוצתיים והיו ביניהם גם כאלה שנשפטו לגזר דין מוות.¹²

10. בנוסף בארה"ב קיימים ה- Military Commissions שפעלו מאז המרד של המושבות האמריקאיות נגד אנגליה; בעת מלחמת האזרחים; לאחר התקפת הטרור של אל קאעידה על ארצות הברית בתאריך 11.9.2001, מכוח צו של הנשיא ג'ורג' בוש מיום 13.11.2001 שניתן מכוח ה- Military Commissions Act;¹³ ולאחרונה בשנת 2015.¹⁴ החוק מסמיך את נשיא ארצות הברית להקים military commissions, והוא מגדיר את מי ניתן להעמיד לדין בפני בית הדין הצבאי הזה ואת רשימת העבירות. להבדיל מבתי הדין הצבאיים הרגילים בהם נשפטים חיילים אמריקאים, בבתי המשפט הצבאיים האלה נשפטים אויביה של ארצות הברית, בין שהם לוחמים חוקיים ובין שהם לוחמים לא חוקיים. השופטים הם שופטים צבאיים.

11. בית המשפט הצבאי שהוקם בשנת 2001, בעקבות מעשה הטרור של ה-11 בספטמבר על אדמת ארה"ב, הוא המתאים ביותר לשמש דוגמה בעת ההקמה של בית המשפט הצבאי המיוחד למתקפת הטרור בישראל. בסעיף 1(ה) של הצו הנשיאותי הודגש כי "מטרת הקמתו של בית המשפט היא להגן על ארצות הברית ועל אזרחיה, ולצורך ניהול אפקטיבי של הפעולות הצבאיות ומניעת התקפות טרור, יש צורך לעצור (detain) את האנשים עליהם חלה סמכות השיפוט של בית הדין הצבאי, וכאשר יועמדו למשפט הם יישפטו על הפרת דיני המלחמה וכל החוקים הרלוונטיים האחרים שעליהם מתפרסת סמכות בתי הדין הצבאיים". סעיף 1(ו) קובע כי "בהינתן הסכנה לביטחון ארצות הברית ואופיו של הטרור הבינלאומי... אין זה מעשי להחיל את עקרונות המשפט ודיני הראיות המשמשים בדרך כלל בהליכים פליליים בבתי המשפט בארצות הברית". בסעיף 4 נאמר כי מי שנשפט על פי הצו הנשיאותי, יישפט בידי בית הדין הצבאי על כל העבירות שעליהן חלה סמכות השיפוט של בית הדין הצבאי, שאותן נטען שהוא ביצע והעונש שייגזר עליו יהיה בהתאם לדין החל, לרבות מאסר עולם או מוות.¹⁵ כמפורט ב-DoD [Department of Defense] Law of War Manual (להלן: "המדריך האמריקאי"), מותר למדינה, במסגרת תקנות שעת חירום, להקים בתי משפט מיוחדים (דוגמת ה- military commission שהוקם בארה"ב בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001) שידונו את הלוחמים הלא חוקיים, או אנשים אחרים שביצעו עבירות במסגרת מלחמה שאיננה בינלאומית.¹⁶

12. יודגש, אין הכוונה כעת להקים בית דין בינלאומי אלא הקמת בית משפט צבאי מיוחד ישראלי, שיבטא את ההבחנה בין עבירות חמורות שגרתיות לבין הטבח ההמוני הטראגי בעם היהודי שנעשה במתקפת הטרור.

¹² בשני דברים היה השיפוט בבית הדין הזה שונה מהליכים רגילים: (1) בידי התובעים היו חומרי חקירה רבים שלא היו בידי הנאשמים וכן היו לתובעים יתרונו לוגיסטיים נוספים; (2) מרבית ההרשעות התבססו על הודאות שניתנו על ידי הנאשמים, בלא שאלה קיבלו ייעוץ מעורכי דין. מה שהביא לסיומם של ההליכים ואף לשחרורם המוקדם של חלק מהתובעים שישבו בבית הסוהר היה התחזקותה של ברית המועצות ועובדת היותה של גרמניה בקו הראשון מולה. על ביהמ"ש הצבאי הבינלאומי ועל בית הדין הצבאי האמריקאי, ראו בפירוט: MICHAEL BAZYLER, HOLOCAUST, GENOCIDE AND THE LAW 69-108 (Oxford University Press, 2016); GARY JONATHAN BASS, STAY THE HAND OF VENGEANCE 147-205 (Princeton University Press, 2000).

¹³ Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57831 (Nov. 16, 2001)

¹⁴ Military Commissions History, <https://www.mc.mil/About-Us/Military-Commissions-History>

¹⁵ יצוין כי מרבית הטרוריסטים שנעצרו בעקבות מתקפת ה-11 בספטמבר נעצרו ללא משפט לשנים ארוכות. כמה עשרות מהם מוחזקים שם עד היום. בהיותם חברי ארגון טרור שהם לוחמים לא חוקיים ואינם אזרחי ארצות הברית אין להם זכות לקבל ייעוץ מעורכי דין. Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, Re: Response to the Preliminary Report of the ABA Task Force on Treatment of Enemy Combatants (Feb. 7, 2003) (justice.gov)

¹⁶ סעיף 17.4.3 §948b-10 U.S.C., הקובעת כי "פרק זה קובע סדרי דין לגבי השימוש ב-military commissions כדי לדון לוחמי אויב לא חוקיים שאינם אזרחי ארה"ב (alien unprivileged enemy belligerents) בגין הפרות של דיני המלחמה ועבירות נוספות של-military commission הסמכות לדון בהן". המדריך האמריקאי מציין את העובדה שהדיון ב-military commission יעיל יותר מהדיון בבתי משפט רגילים (סעיף 18.9.3.7). עוד נאמר בו כי, ככל שמדובר בפשעי מלחמה, ניתן לשפוט גם אזרחים אמריקאים בפני military commission (סעיף 18.9.3.8).

13. **הרכב השופטים ומקום מושבו:** תקנות ההגנה לשעת חירום קובעות שהרכב בית המשפט יכלול נשיא, שיהיה קצין בן דרגת קצין-שדה או בן דרגה גבוהה ממנה, ומשני חברים שיהיו קצינים בעלי כתב-מינוי בדרגה כל-שהיא. הנשיא והחברים יתמנו בפקודה חתומה בידי הרמטכ"ל.¹⁷ מקום המושב של בית משפט צבאי ומועדי פעילותו יהיו לפי החלטת נשיא בית המשפט.¹⁸ בשל ייחודיות המעשים המדוברים וחומרתם, נראה כי יש לרענן את דרגות הרכב השופטים הצבאיים ולקבוע כי הרכב השופטים יהיה נשיא שדרגתו אינה פחותה מדרגת תת אלוף ושני שופטים נוספים שדרגתם אינה פחותה מדרגת סגן אלוף.¹⁹ בנוסף מוצע כי הגורם שימנה את השופטים לא יהיה הרמטכ"ל, אלא ועדה למינוי שופטים לבית המשפט הצבאי המיוחד, שתכלול את שר המשפטים שיכהן כיו"ר הועדה, שר הביטחון, חבר כנסת שתבחר הכנסת, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים ושופט בית המשפט העליון שייבחר על ידי שופטי בית המשפט העליון. השופטים ייבחרו מקרב שופטי מערכת בתי הדין של צה"ל, שופטי מערכת בתי המשפט הצבאיים באיו"ש, ושופטים מהמערכת האזרחית שיקבלו דרגות ייצוג, לרבות שופטים ממערכות אלו שכבר פרשו. יצוין כי לשופטי מערכת בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ישנה עדיפות לאור ניסיונם הרב בשפיטת הרוב המכריע של הנאשמים בעבירות טרור. בנוסף מוצע כי הכלל שקיים בבתי משפט הצבאיים, לפיו הכרעת הדין וגזר הדין חייבים להתקבל פה אחד לא יחול על בית המשפט הצבאי המיוחד, שכן משמעות הדבר היא שאם אין הסכמה יש זיכוי. מאחר שהדבר מנוגד למסורת המשפטית בישראל, מוצע להסדיר בחוק שסעיף זה לא יחול על בית המשפט הצבאי המיוחד.

14. **עבירות ודיני השותפות לעבירה:** בהתאם לתקנות ההגנה לשעת חירום קיים עונש מוות או עונש פחות מכך לכל מי: (א) ירה בכל כלי-יריה על כל אדם או על כל קבוצה של בני-אדם, או לכל מקום שבני-אדם עשויים להימצא בו. (ב) זרק או הניח פצצה, רימון-יד או חפץ מבעיר מתוך כוונה לגרום מוות או חבלה לכל אדם או נזק לכל רכוש (ג) נשא כל כלי-יריה, תחמושת, פצצה, רימון-יד או חפץ נפיץ או מבעיר. (ד) הינו חבר בכל קבוצה או חבר של בני-אדם, שחבר אחד או יותר מהם עברו, בזמן היותם חברים לקבוצה או לחבר, או עוברים עבירה על תקנות אלו.²⁰ קיומו של ס"ק (ד) חשוב ביותר, כך שגם אם לא יוכח לגבי כל אחד מהמחבלים אם ירה או זרק רימון, עצם החברות בקבוצה, שמי מהם ירה או זרק רימון, מאפשרת להרשיע כל חבר בה. על עבירות שונות נגד קיום הסדר הציבורי קיים עונש של מאסר עולם או עונש פחות מכך.²¹ ניתן להרשיע גם את השותפים לעבירה.²²

15. ברם, לאור הזוועות המדוברות ראוי שבית המשפט הצבאי המיוחד יקבל סמכות לדון גם בעבירות קיימות נוספות. בית המשפט הצבאי המיוחד ישפוט בראש ובראשונה ע"פ העבירה של הפשע השמדת עם, בהתאם לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950. בהתאם לסעיף 1 (א) לחוק הנ"ל "השמדת עם" פירושה – אחד המעשים המפורטים להלן שנעשה בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי (להלן: "קיבוץ"), באשר הוא קיבוץ כזה. אין ספק שמטרת הטבח הייתה לרצוח כמה שיותר יהודים באשר הם יהודים. בהקשר זה ראוי לציין כי אין צורך שהטבח יהיה בהיקפים של מאות אלפי קורבנות. כך למשל, מדינת ישראל הסגירה אדם לבית הדין הבינלאומי שדן במעשי הטבח ביוגוסלביה, אדם שהיה שותף למעשי טבח שבהם נרצחו 7,475 בני אדם, ונחשב לעבירה של השמדת עם.²³ מטרתו של החוק בדבר מניעתו

¹⁷ סעיף 13 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

¹⁸ סעיף 14 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

¹⁹ מאחר שביהמ"ש הצבאי מוסמך לפסוק עונש מוות, ראוי שהשופטים יהיו בעלי דרגות בכירות. לצורך השוואה, כדי לפסוק עונש מוות במערכת בתי המשפט הצבאיים ביו"ש, כל חברי ההרכב חייבים להיות לפחות בדרגת סא"ל, ס' 165 לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה והשומרון) (מס' 1651) תש"ע-2009. למרות שביהמ"ש הצבאי יוכל לפסוק עונש מוות, חוק בתי המשפט (עבירות שעונשן מוות), תשכ"א-1961, שקובע הרכב מיוחד לשיפוט של עבירות שעונשן מוות, לא יחול, שכן הוא במפורש חל רק כאשר מדובר במשפטים בבית משפט מחוזי.

²⁰ סעיף 58 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²¹ סעיף 59 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²² פעולות אלו מכוונות בתקנות ההגנה לשעת חירום: חיזוק ידיהם של עוברי אותן עבירות וניסיונות לעבור אותן עבירות, סעיף 57 (2) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²³ לגבי נסיבות שכלולות בפשע של השמדת עם ראו: תה"ג (י-ם) 32196-01-11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' צבטקוביץ'** (נבו, 1.8.11); ע"פ 6322/11 **צבטקוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו, 29.11.12); ע"פ 6322/11 **צבטקוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו, 29.11.12); דני"פ 9240/12 **צבטקוביץ' נ' מדינת ישראל** (נבו, 17.2.13). שם דובר ברצח מסיבי שנעשה בעיירה סרבניצה, בשטחי יוגוסלביה לשעבר, שבו נרצחו 7,475 בני אדם והתבקשה הסגרה בישראל שהתקבלה בגין העבירה של השמדת עם.

וענישתו של הפשע השמדת עם הינה גם גמול וגם הרתעה לעתיד.²⁴ אין ספק שמעשי מחבלי החמאס והגא"פ ואלו שהצטרפו אליהם עונים להגדרות אלו. המעשים נועדו לרצוח יהודים באשר הם יהודים,²⁵ והעבירות חלות על כל מי שהשתתף במעשים אלו.

16. הפשע של השמדת עם כולל את המעשים הבאים: "(1) הריגת אנשים הנמנים עם הקיבוץ. (2) גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש, לאנשים הנמנים עם הקיבוץ. (3) העמדת הקיבוץ בתנאי-חיים שיש בהם כדי להביא להשמדתו הגופנית, כולו או מקצתו. (4) קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקיבוץ; (5) העברת ילדי הקיבוץ לקיבוץ אחר בדרך כפיייה". בהתאם לסעיף 2 לחוק הני"ל העונש בגין עבירה זו הוא מיתה (ישנם חריגים אך הם לא רלוונטיים למקרה דנא). ביחס לשותפים לעבירה קובע סעיף 3 (א) לחוק הני"ל: "האשם באחד המעשים המפורטים להלן, דינו כדין האשם בהשמדת עם. ואלה המעשים: (1) קשר לבצע השמדת עם; (2) הסתה לבצע השמדת עם; (3) ניסיון לבצע השמדת עם; (4) השתתפות בהשמדת עם". היבט זה חשוב ביותר, כך שגם אם לא יוכח מה עשה כל אחד מהמחבלים בפועל, ניתן לגזור עונש מוות על עצם ההשתתפות בהשמדת עם.

17. לאור העובדה שנעשו עבירות חמורות נוספות תוך כדי הזוועות כגון כריתת איברים ומעשי אונס מחרידים, בית המשפט הצבאי המיוחד יוכל לדון גם לפי העבירות המתאימות הקיימות בחוק העונשין, התשל"ז - 1997 ובחוק המאבק בטרור, התשע"ו - 2016.

18. **כללי ראיות:** בהתאם לתקנות ההגנה לשעת חירום, המאשימה היא התביעה הצבאית והנאשם רשאי לייצג על ידי סגור.²⁶ בבית משפט צבאי ניתן משיקולי צדק לקבל ראיות שאינן קבילות בדרך כלל, מטעמים שירשמו, כך שניתן להתאים לשינויים המחויבים. דיני הראיות שהסעיף מתייחס אליהם הם דיני הראיות האנגליים,²⁷ שכן מדובר בתקנות שנחקקו בתקופת המנדט הבריטי. במסגרת חוק מעדכן ייקבע כי בית המשפט הצבאי המיוחד ישפוט לפי דיני הראיות בישראל, אך בדומה לכלל בבתי המשפט הצבאיים (וכן לכללים ב-military commissions), ניתן יהיה לסטות מדיני הראיות הנהוגים בישראל, משיקולי צדק מטעמים שירשמו. לכלל זה חשיבות רבה מאוד, במיוחד לאור הקשיים הראייתיים הצפויים בשפיטת הנאשמים במתקפת הטרור כאמור לעיל בתוך מסגרת כללי הראיות הרגילים.

19. **סדרי דין:** תקנות ההגנה לשעת חירום קובעות ביחס לבתי המשפט הצבאיים שבכל עניין פרוצדורלי שאין לו התייחסות בתקנות ההגנה לשעת חירום, ינקוט בית-המשפט בהליכים שייראו לו לנכון, ככאלו שיובילו למשפט-צדק.²⁸ גם לכלל זה חשיבות רבה לאור מספר הנאשמים הגדול מאוד. ההליכים בפני בית המשפט הצבאי הם פומביים אלא אם סבר בית המשפט שיש לקיים את הדיון בדלתיים סגורות, אם הדבר יועיל לטובת הצדק או ביטחון הציבור.²⁹ ההליכים כוללים חקירות, חקירות שכנגד וחקירות חוזרות.³⁰ ניתן לצרף כל מספר של נאשמים, שנאשמים בעבירות דומות ואפשר לשפוטם ביחד או לחוד, בהתאם להחלטת בית המשפט.³¹ גם לכלל זה חשיבות רבה ביחס לנאשמים במתקפת הטרור שנאשמים בעבירות דומות.

²⁴ ראו דברי שר המשפטים דאז רוזן בדי"כ 3 (תש"י) 314; בוועד סנגירו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" **עלי משפט** ב' 127, 182 (תשס"ב). החוק מבוסס על ה"אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם" שקיבלה עצרת האו"ם ביום 9.12.48.

²⁵ פרופ' סנגירו מזכיר את האפשרות "להשתמש בחוק זה לענישת טרוריסטים, שכן די לצורך ענישה על פיו בכוונה להשמיד קבוצה מסוימת (ראו, למשל, דברי חבר-הכנסת בדר בדי"כ 3 (תש"י) 318, רשימתו של יוסף דן "להקדים מכה - למכה" ("ידיעות אחרונות", 16.6.1974); דברי ראש-הממשלה לשעבר דוד בן-גוריון המובאים ב"ידיעות אחרונות" מיום 6.1.1969). פרופ' סנגירו מציין "כי לשון החוק סובלת פרשנות כזו, שכן סעיף 1 (א) לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י - 1950 מגדיר "השמדת עם" כך: "אחד המעשים המפורטים להלן שנעשה בכוונה להשמיד, **השמדה גמורה או חלקית**, קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי (להלן: "קיבוץ"), באשר הוא קיבוץ כזה". עם זאת, ספק רב בעיניו אם אופיו המיוחד מאוד של חוק זה תואם את הסוגייה של פעולות טרור, שם בעמ' 183, 192. נראה כי הספק שהעלה פרופ' סנגירו מתאים לפיגועי טרור מהסוג שמדינת ישראל חוותה בעבר, אך אין ספק שהרצח ההמוני במקרה דנא של כ-1,500 בני אדם לא מעורר כל ספק שהוא נכלל בפשע של השמדת עם. לשם השוואה ראו המקרה שבו נרצחו 7,475 בני אדם, שנחשב לעבירה של השמדת עם, פסה"ד לעיל הי"ש 23.

²⁶ סעיף 19 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²⁷ סעיף 20 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²⁸ סעיף 21 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

²⁹ סעיף 22 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

³⁰ סעיף 29 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

³¹ סעיף 37 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

20. **ביצוע גזר הדין:** גזרי הדין טעונים קיום בידי הרמטכ"ל. הרמטכ"ל רשאי לקיים את גזר-הדין, להמתיק את גזר-הדין לגזר דין חמור פחות, למחול עליו, לגמול יחס מיוחד, לבטל את ההרשעה ולזכות את הנאשם או להורות על משפט חוזר בפני אותו בית-המשפט או בפני בית-משפט צבאי אחר.³² נראה כי האפשרות של הרמטכ"ל להתערב בפסיקת בית המשפט נראית די ארכאית, ולכן יש לבטלה ביחס לפסיקת בית המשפט הצבאי המיוחד, שתהא כפופה ממילא לערכאת ערעור.

21. **ערעור:** בהתאם לתקנות ההגנה לשעת חירום אין ערעורים על פסקי הדין והכרעת הרמטכ"ל.³³ עם זאת, כאשר בית המשפט הצבאי בלוד היה קיים, ערעור על פסקי דינו היו לבית הדין הצבאי לערעורים, ולכן מוצע שגם ביחס לבית המשפט הצבאי המיוחד תתקיים זכות ערעור לבית הדין הצבאי לערעורים. בנוסף ראוי לאמץ כלל כי ככל שבית המשפט הצבאי המיוחד יטיל עונש מוות, פסק הדין יהא נדון בערעור, אף אם הנאשם לא ערער עליו.³⁴

22. לצורך הנוחות מצ"ב טבלה שמשווה בין שפיטה בבית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות לבין שפיטה בבית משפט מחוזי וכן מצ"ב הצעת חוק לצורך ההתאמות הדרושות.

פרופ' יוג'ין קנטורוביץ

ד"ר הראל ארנון
עו"ד רון סופר

פרופ' טליה איינהורן
עו"ד אברהם ישי

ד"ר חגי ויניצקי
ד"ר שאול שארף

³² סעיפים 47 - 48 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

³³ סעיף 30 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

³⁴ לשם השוואה ראו: סעיף 156 לצו בדבר הוראות ביטחון שחל במסגרת בתי המשפט הצבאיים ביהודה ושומרון.



טבלת השוואה בין שפיטה בבית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות לבין שפיטה בבית משפט מחוזי

בית משפט מחוזי	בית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות	
לא מתקיים.	מתקיים - קיום בית משפט צבאי משקף את האופי הטרוריסטי-המאורגן של מתקפת הטרור, וכן שמו של בית המשפט משקף את חומרת הפשעים	מתן ביטוי למיוחדות הזוועות שנעשו במתקפת הטרור
בהתאם לחוק, כאשר קיימת אפשרות לעונש מוות, נדרש הרכב של שופט בית משפט עליון, ושני שופטי מחוזי. לא ניתן יהיה לקיים מספר הרכבים במקביל לאור הצורך בשופט בית משפט עליון בכל הרכב.	שופטים בעלי ניסיון בשפיטת מעשי טרור. ניתן יהיה לקיים מספר הרכבים במקביל.	הרכב השופטים
החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, חוק המאבק בטרור וחוק העונשין.	עבירות בהתאם לתקנות הגנה לשעת חרום, החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, חוק המאבק בטרור ועבירות מתאימות מחוק העונשין, לרבות רצח, חברה חמורה, חטיפה, עבירות מין ועבירות רכוש.	עבירות
מעבר לדין הרגיל, תחולה רחבה ביחס לשותפים לעבירה קיימת בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, ולכן מותנית בהרשעה ע"פ חוק זה.	מעבר לדין הרגיל, תחולה רחבה ביחס לשותפים לעבירה קיימת בעבירה ביחס לכלי-ירייה, חומרי-נפץ ורכוש בתקנות ההגנה לשעת חירום וכן בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם.	שותפים לעבירה
קיים רק בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, ולכן מותנה בהרשעה ע"פ חוק זה.	קיים גם בתקנות ההגנה לשעת חרום וגם בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם.	עונש מוות
דיני ראיות רגילים	דיני ראיות מותאמים לשינויים המחויבים.	דיני ראיות
סדרי דין רגילים	סדרי דין מותאמים לשינויים המחויבים.	סדרי דין

הצעת חוק סמכויות בית המשפט הצבאי המיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות,

התשפ"ד - 2023

1. מטרה

חוק זה נועד להעניק סמכות להקים בית משפט צבאי מיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות (להלן: בית המשפט הצבאי המיוחד), להרחיב את סמכותו של בית המשפט הצבאי המיוחד, כך שיוכל לדון בעבירות קיימות נוספות, לקבוע את הרכב בית המשפט הצבאי המיוחד ולהסדיר את זכות הערעור על בית משפט זה.

2. הגדרות

"בית המשפט הצבאי המיוחד" - בית משפט צבאי מיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות, שכוון בהתאם לסעיף 12 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אך הרמטכ"ל החליט שיש להקים בית משפט צבאי מיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות.

"מעשה טרור" - כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, תשע"ו - 2016.

"ועדה למינוי שופטים לבית המשפט הצבאי המיוחד" - ועדה למינוי שופטים שתכלול את שר המשפטים שיכהן כיושב ראש הועדה, שר הביטחון, חבר כנסת שתבחר הכנסת, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים ושופט בית המשפט העליון שייבחר על ידי שופטי בית המשפט העליון.

3. סמכות

(א) מעבר לאמור בסעיפים 15 ו-57 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בית המשפט הצבאי המיוחד יהיה מוסמך לדון גם בעבירות המפורטות בתוספת הראשונה לחוק זה ובלבד שהעבירות נעשו בנסיבות של מעשה טרור (להלן: העבירות).

(ב) בית המשפט הצבאי המיוחד ידון בעבירות אלו בהתאם לסדרי הדין ולדיני הראיות על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

(ג) בית המשפט הצבאי המיוחד יהיה מוסמך להטיל את העונשים הקבועים לצידן של העבירות.

4. הרכב בית המשפט

(א) על האמור בסעיף 13 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בית המשפט הצבאי המיוחד יהיה מורכב משופטים צבאיים, שימונו על ידי הועדה למינוי שופטים לבית המשפט הצבאי המיוחד. נשיא בית המשפט יהיה קצין שדרגתו לא פחותה מדרגת תת-אלוף ושני שופטים נוספים שדרגתם לא פחותה מדרגת סגן-אלוף.

(ב) השופטים ימונו מבין אלו:

(1) שופטים צבאיים-משפטיים של בית דין צבאי מחוזי, לרבות מי שכיהנו כשופטים צבאיים-משפטיים של בית דין צבאי מחוזי ויצאו לקצבה או פרשו מכהונתם.

(2) שופטים המכהנים בבית משפט צבאי, כהגדרתו בתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) התשכ"ז - 1967, כפי שהוארך תוקפן ותוקן נוסחן בחוק, מעת לעת, לרבות מי שכיהנו בבית משפט צבאי כאמור ויצאו לקצבה או פרשו מכהונתם.

(3) שופטים המכהנים באחד מבתי המשפט על פי סעיף 1 לחוק יסוד: השפיטה, לרבות שופטים שיצאו לקצבה או פרשו מכהונתם.

5. עדות

בסעיף 20 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 במקום המילים "החוק האנגלי" יבואו המילים "החוק הישראלי", במקום המילים "בשיפוט פלילי באנגליה" יבואו המילים "בשיפוט פלילי בישראל" ובמקום המילים "אף על פי שבאנגליה" יבואו המילים "אף על פי שבישראל".

6. ערעור

(א) על אף האמור בסעיף 30 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ערעור על בית המשפט הצבאי המיוחד יהיה לבית הדין הצבאי לערעורים.

(ב) הוטל גזר דין מוות בבית המשפט הצבאי המיוחד, גזר הדין יהא נדון בערעור, אף אם הנאשם לא ערער עליו.

7. אי תחולה

סעיפים 31, 47 - 48 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 לא יחולו ביחס לבית המשפט הצבאי המיוחד.

תוספת ראשונה:

1. חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950.
2. חוק המאבק בטרור, תשע"ו – 2016.
3. חוק העונשין, תשל"ז – 1977: סעיפים 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 120, 121, 122, 133, 134, 140, 141, 143, 144, 144ב, 144ד, 144ט, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 159, 159א, 161, 163, 273, 274, 275, 275א, 300, 301א, 305, 309, 329, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 340א, 345, 347, 348, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 382א, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 413א, 448, 452, 453, 454, 456, 497, 498, 499.

דברי הסבר

בתאריך 7.10.23 ארגוני הטרור חמאס והג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, תקפו את מדינת ישראל. בתקיפה זו פלשו אלפי מחבלים לשטחה הריבוני של מדינת ישראל, רצחו באכזריות ובמעשי זוועה כ- 1,500 אנשים, לרבות אזרחים, וביניהם נשים, ילדים ותינוקות. הטרוריסטים התעללו בגופות, ערפו ראשים וראשי תינוקות, שרפו אנשים ותינוקות חיים, אנסו נשים באכזריות ועשו מעשי זוועה רבים שלא נראו מאז שואת יהודי אירופה. בנוסף, הטרוריסטים חטפו לרצועת עזה כ- 240 אנשים (לרבות אזרחים בהם קשישים, נשים, ילדים ותינוקות (חלקם חולים מאוד) ופצעו מעל 4,000 אזרחים חלקם במצב קשה ואנוש. מעשים אלו כללו פשעי מלחמה, פשעי השמדת עם, בראש ובראשונה נגד העם היהודי ופשעים נגד האנושות.

חומרתם של אירועים המוניים אלו, קיומו של אירוע בעל אופי טרוריסטי מאורגן, מספר הנאשמים והצורך להחיל על שפיטת הנאשמים דיני ראיות וסדרי דין שמותאמים למקרים אלו, מצריכים להקים בית משפט צבאי על פי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בית משפט צבאי התקיים מקום המדינה ועד שנת 2000, שבו נשפטו בין היתר, הטרוריסט היפני קוזו אוקמוטו שביצע טבח בנתב"ג, מחבלי הפיגוע ב"אוטובוס הדמים" וכן מחבלי פיגוע "מקרר התופת בכיכר ציון". עם זאת, מעשי טרור המוניים אלו והזוועות שבוצעו במסגרתם, מחייבים הקמת בית משפט צבאי מיוחד לשיפוט פשעי השמדת עם נגד העם היהודי, שהזוועות כונו בראש ובראשונה כלפיו, אך גם נגד אחרים (בזוועות אלו נרצחו ונחטפו גם אזרחי ישראל שאינם יהודים, עובדים זרים, אזרחים זרים ואף תיירים), שיוכל לשיפוט גם בעבירות קיימות נוספות מעבר לאלו שמצויות בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בנוסף נדרש להסדיר את הרכב השופטים שידון בבית משפט הצבאי המיוחד, את זכות הערעור וכן התאמות נוספות.

סעיף 1: קובע את מטרות החוק: מתן סמכות להקים בית משפט צבאי מיוחד לשיפוט פשעים נגד העם היהודי, אזרחי ישראל והאנושות, להרחיב את סמכותו לדון בעבירות קיימות נוספות, לקבוע את הרכב בית המשפט ודרכי מינוי השופטים, ולהסדיר את זכות הערעור.

סעיף 2: כולל מספר הגדרות נדרשות, לרבות הרכב הוועדה למינוי שופטים לבית המשפט הצבאי המיוחד.

סעיף 3: העבירות הקיימות בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אינן נותנות מענה למיוחדות של הזוועות שנעשו, וכן למגוון העבירות שנעברו בהן, שנלוות למעשי הטרור, שכוללות, בין היתר, מעשי רצח, חבלה חמורה, חטיפה, עבירות מין

קשות ועבירות של שוד וגניבה, ולכן מורחבת סמכות בית המשפט לדון גם בעבירות לפי החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תשי"ו-1950, חוק המאבק בטרור, התשע"ו - 2016 וסעיפים רבים בחוק העונשין, התשל"ז - 1977, שכוללים את מגוון העבירות בתחומים הנ"ל.

סעיף 4: הרכב בית המשפט לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הוא ארכאי הן מבחינת העדר דרישה לבכירות השופטים והן מבחינת העדר דרישה להשכלה וניסיון משפטי הנדרשים, כך שההרכב עלול שלא לשקף את האחריות המשפטית הנדרשת לשיפוט עבירות כה חמורות, שיש בצידן עונש מוות. לפיכך, מוצע לייחד את השפיטה לשופטים צבאיים בעלי דרגות בכירות. עוד מוצע לאפשר למנות שופטים הן מתוך מערכת בתי הדין הצבאיים והן מתוך מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, שכן לשופטי המערכת האחרונה יש את הניסיון השיפוטי הרב ביותר בשפיטת מעשי טרור, לאור העובדה שהרוב המוחלט של מעשי הטרור נשפטים במערכת זו. עוד מוצע להסדיר את דרכי מינוי השופטים באמצעות ועדה למינוי שופטים שמיוחדת לערכאה זו.

סעיף 5: סעיף זה מעדכן את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, כך שהשוואה בדיני הראיות לא תהיה למערכת המשפט האנגלית אלא לזו הישראלית.

סעיף 6: סעיף זה מסדיר את ערכאת הערעור - בית הדין הצבאי לערעורים, וכן קובע חובת ערעור במקרה של גזר דין מוות, בדומה לקבוע במערכת בתי המשפט הצבאיים באיו"ש.

סעיף 7: סעיף זה אינו מחיל את הכלל שקיים בתקנות ההגנה לשעת חירום, שבבתי משפט הצבאיים הכרעת הדין וגזר הדין חייבים להתקבל פה אחד. שכן, משמעות הדבר היא שאם אין הסכמה יש זיכוי. מאחר שהדבר מנוגד למסורת המשפטית בישראל, מוצע בהצעת החוק שסעיף זה לא יחול על בית המשפט הצבאי המיוחד. בנוסף מוצע שלא להחיל על בית המשפט הצבאי המיוחד את סמכות הרמטכ"ל להתערב בפסיקת בית המשפט הצבאי המיוחד, שכן ערעור על פסק דין של בית המשפט הצבאי המיוחד הוא לבית המשפט הצבאי לערעורים.