

בין סמכות שיפוט טריטוריאלית לאוניוורסלית – על שינוי היחס למדינת-הלאום במשפט הבינלאומי הפלילי

מאת
ליאורה בילסקי*

תקציר

תהליכי הגלובליזציה של השנים האחרונות הציבו לפתחו של המשפט הבינלאומי תמורות מרחיקות-לכת. ראשי-מדינה אחדים הואשמו לפני טריבונלים מחוץ למדינות-האם שלהם במעשים פליליים שביצעו לכאורה. הליכים אלה הניעו מדינאים רבים לקרוא תיגר על בתי-הדין בטענה שהם מנהלים משפט פוליטי. לצד הפעלה מחודשת זו של סמכות השיפוט האוניוורסלית, חלה במשפט הבינלאומי תמורה מוסדית נוספת, שראשיתה בהקמת בתי-משפט אד-הוק ביוגוסלביה ורואנדה, ושיאה הנוכחי בהקמת בית-הדין הפלילי הבינלאומי (ICC). במוקד המאמר אבקש לבחון שני צירי התפתחות אלה תוך ניסיון לעמוד על טיבם: האם ניתן ללמוד מהם על התקדמות המשפט, או שמא מדובר בנקודת-שבר? לשם כך אבקש לשוב אל אבני-היסוד של התיאוריה המשפטית הליברלית ואל ההיסטוריה האינטלקטואלית של הוגים שעסקו בסוגיית המשפט הפוליטי. שלושה הוגים כאלה יידונו במאמר זה: אוטו קירשהיימר, ג'ודית שקלאר ותנה ארנדט. בעזרת התיאוריות שלהם אנסה לחשוף את סכנת המשפט הפוליטי החדש. בניגוד להשקפות מסורתיות המבוססות על העיקרון של הפרדת הרשויות, שלפיו סכנת הפוליטיזציה גלומה בקרבה מזיקה שבין המשפט והפוליטיקה, אטען כי מרחק רב מדי בין השניים עשוי להיות מסוכן באותה מידה. העיקרון המנחה להתמודדות עם הקשיים החדשים שנוצרים נעוץ לפיכך בהבנת חשיבותו של הקשר בין קהילה פוליטית לבין בית-משפט. המאמר מבקש

* ד"ר, מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
ברצוני להודות למערכת עיוני משפט על עבודתם היסודית והערותיהם המועילות. תודות גם למשתתפים בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בתל-אביב ובחיפה, בסמינר של מכון המפרי באוניברסיטת באר-שבע וכן בסמינר לפילוסופיה של המשפט באוניברסיטת טורונטו על קריאתם המעמיקה והערותיהם המחכימות. כמו כן ברצוני להודות לאיל בנבנישתי על השיחות עמו ועל הערותיו, שקידמו רבות את מחשבתי בנושא. חיבור זה לא היה נכתב לולא עזרתם הרבה במחקר, בכתיבה ובחשיבה של דורין לוססיג ועופר סיטבון, ותודה מקרב לב על האמון שנתנו בחיבור זה החל בשלביו הראשונים. תודות חמות גם לאורי גולדברג על העזרה הרבה בתרגום. לסיום אבקש להודות למרכז מינרבה לזכויות אדם ולמרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט על תמיכתם במחקר זה.

לקרוא תיגר על התפיסה הרואה במשפט הבינלאומי כלי להתגברות על הגבולות המדינתיים, ולקרוא להמשך כיבודם, תוך הכרה בחשיבות הזיקה בין קהילה פוליטית למשפט.

אל מול האתגר שהתפתחויות האחרונות במשפט הבינלאומי מציבות, ובראשן הקמת בית-הדין הפלילי הבינלאומי (ICC), אנסה לטעון לעדיפותו של האחרון על הדוקטרינה של סמכות השיפוט האוניוורסלית. במהלך זה אעמוד על טיבן של אמות-המידה הנדרשות להפעלת סמכותו של בית-הדין הפלילי הבינלאומי לנוכח התת-אכיפה במדינת-הלאום, אך מתוך הבנת חשיבותה של הזיקה בין המשפט לקהילייה הפוליטית הרלוונטית.

- א. הקדמה: שני הסברים לשינוי המשפט הבינלאומי הפלילי
- ב. התפתחות הרעיון של הסמכות האוניוורסלית
 1. "על מלכים ושופטים"
 2. משפטים פוליטיים ושוני רדיקלי
 - ג. שלוש תיאוריות של משפט פוליטי מודרני
 1. מבוא: חידתה של סמכות השיפוט
 2. אוטו קירשהיימר: לגיטימציה וסיכון
 3. גיודית שקלאר: מעבר ללגליזם
 4. חנה ארנדט: החוק והפורום
 - (א) פשעים נגד האנושות
 - (ב) עקרון הטריטוריאליזם של סמכות השיפוט
- ד. המשפט הפוליטי בהקשר הבינלאומי
 1. מבוא
 2. הקרימינליזציה של המשפט הבינלאומי
- (א) סמכות אוניוורסלית בבתי-משפט מדינתיים של צד שלישי
- (ב) בית-הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)
- ה. לקראת פתרון: אמות-מידה להפעלת סמכות השיפוט של ה-ICC

א. הקדמה: שני הסברים לשינוי המשפט הבינלאומי הפלילי

הבה ונחזור אל שאלת זכויות האדם, אל המושג פשע נגד האנושות, אבל גם אל הריבונות. שלושת המוטיבים הללו מקושרים בספרה הציבורית ובשיח הפוליטי היום יותר מתמיד. גם אם תפיסה מסוימת של הריבונות מקושרת תכופות באופן חיובי לזכותו של אדם, לזכות להגדרה עצמית, לאידיאל של אמנסטיפציה, ולמען האמת לרעיון החופש ולעיקרון של זכויות-אדם, הרי שבדרך-כלל, דווקא בשם זכויות האדם, וכדי להעניש על פשעים נגד האנושות או למנוע אותם, אנו מגבילים או מדמיינים מגבלה המוטלת על ריבונותן של מדינות מסוימות. (דרידה, על הסליחה, 51)

ההתפתחות הדרמטית של השנים האחרונות במשפט הבינלאומי הפלילי בנוגע לשיפוט הפרות של זכויות אדם ופשעים נגד האנושות בבית הדין הפלילי הבינלאומי ובהפעלתה של סמכות שיפוט אוניוורסלית במדינות צד שלישי ניתנת לתיאור במסגרת הפרדיגמה של המודרניות כמגשימה את רעיון הקדמה בקשר למשפט הפלילי. לפי הסבר זה, הכרה בפשעים חדשים, כגון פשע נגד האנושות, כמו גם פיתוח אמצעים מוסדיים לשופטם, מהווים צעד נוסף לקראת הפעלתה של סמכות שיפוט על מדינות ומנהיגים שהסתתרו עד כה תחת מטריית הריבונות. במילים אחרות, המשפט הבינלאומי מתקדם ממצב הטבע של "כל דאליס גבר" למצב של השלטת שלטון התוק גם בתחום היחסים הבינלאומיים. במסגרת הפרדיגמה של המודרניות ניתן להשקיף על ההתפתחויות במשפט הבינלאומי הפלילי כעל שלב נוסף בויתור על שימוש באלימות לטובת פתרון סכסוכים באופן שיפוטי ברמה הבינלאומית.¹ באופן דומה מסביר איסכילוס, ביצירתו האורסטטיאה, את יצירת בית המשפט הפלילי הראשון באתונה כשלב הכרחי במעבר משרשרת של נקמות דם פרטיות אל שיפוט על-ידי צד שלישי שאינו מעורב בסכסוך (אורחי אתונה).² הפרדיגמה המודרנית תיטה להציג את ההתפתחויות במשפט הבינלאומי כמשקפת את התקדמות האנושות לקראת החלפת האלימות בתבונה. האם ניתן ליצור אנלוגיה פשוטה כזו בין התפתחות המשפט הפלילי הלאומי למשפט הפלילי הבינלאומי, ולהציבם על קו רצף אחד של פרוגרסיה?

דרך שונה להבנת ההתפתחויות האחרונות במשפט הבינלאומי היא לראותן כחלק מתהליכי גלובליזציה המערערים דווקא על הפרדיגמה המודרנית של המשפט, ובעיקר על ייחודה של סמכות השיפוט בעניינים פליליים לריבון, דהיינו למדינת הלאום במסגרת ריבונותה הטריטוריאלית.³ לפי גישה זו, הבנת ההתפתחויות במשפט הבינלאומי הפלילי מחייבת חשיבה מחדש על הנחות יסוד של המשפט שהופעלו במסגרת מדינת הלאום. התפתחויות אלה מטשטשות את ההבחנות המסורתיות בין משפט לאומי למשפט בינלאומי, בין מדינות לפרטים ובין משפט פלילי למשפט אזרחי. הסבר זה מציג את השינוי המתחולל בשנים האחרונות במשפט הבינלאומי כשבר, ולא כהמשכיות, מאחר שהוא מערער על הקשר שנתפס כמובן מאליו במסגרת מדינת הלאום בין טריטוריה, אנשים ומשפט. ההתפתחות אינה נתפסת עוד בהכרח כהתקדמות לקראת שימוש באמצעים תבוניים

1 לצורכי מאמר זה אתמקד בשני היבטים של המודרניות: 1. צמיחת מדינת הלאום וייחוד סמכות השיפוט לריבון. 2. פתרון סכסוכים בדרכי שלום לאור צו התבונה.

2 איסכילוס האורסטטיאה (א' אריה תרגם, ל' ברידי עורך, 1964). ע' פרוש "נקמה, צדק ותפקידו של בית המשפט במהות נוסות החסד של איסכילוס" מחקרי משפט ית (תשס"ב) 147.

3 לספרות תיאורטית המסבירה את תהליכי הגלובליזציה והשפעתם על מבנה מדינת הלאום ראו י' הברמאס הקונסטלציה הפוסט-לאומית (י' גוטשלק תרגם, 2001); ז' באומן גלובליזציה – ההיבט האנושי (ג' חנוב תרגם, 2002); א' בק עולם חדש יפה – מודל של חברה אזרחית (ח' שורץ-אייזלר וז' אביאסף תרגמו, 2002).

לפתרון סכסוכים, הבנת תהליכים אלה מחייבת לפי גישה זו החלפה של הפרדיגמה המודרנית של המשפט בפרדיגמה פוסטמודרנית.⁴

התיאוריה הפוסטמודרנית מתאפיינת בערעור על הנחות יסוד אחדות של המודרניות, בין השאר על אפשרות החלוקה האנליטית לקטגוריות מובחנות, על ההיררכיה בין מרכז לשוליים ובין מקור לחיקוי.⁵ רעיונות אלה מקבלים במשפט הבינלאומי ביטוי, בין השאר, בשינוי הבנת מקורה של הזכות המשפטית (מעבר מן המדינה הריבונית אל הפרט), בערעור ההבחנה בין משפט פלילי לאזרחי (כגון אפשרות להגיש תביעות נזיקין לבתי משפט לאומיים בגין הפרת אמנות בדבר איסור עינויים על ידי מדינות צד שלישי), בשינוי מקורות יצירתו של המשפט הבינלאומי (מגופים בינלאומיים לבתי משפט לאומיים, מבתי משפט מקומיים לבתי משפט של מדינות צד שלישי), בשינוי ההיררכיה בין המשפט הבינלאומי למשפט הלאומי וכיוצא בזה. הכתיבה הפוסטמודרנית של המשפט תבקש להחליף את ההבנה המסורתית של המשפט הבינלאומי ככפוף לרעיון של גבולות (רעיון הבא לידי ביטוי בכיבוד הריבונות הטריטוריאלית של מדינות) בחשיבה על המשפט הבינלאומי כחלק ממערכת גלובלית חדשה הפועלת כרשת של גורמות המופעלות במקביל על ידי טריבונלים לאומיים ובינלאומיים. במקום כיבוד ההיררכיה בין משפט פלילי טריטוריאלי ומשפט בינלאומי הנוצר במוסדות בינלאומיים, אנו נחשפים לאפשרות של שיפוט אותו מעשה, במקביל, בבתי משפט מקומיים כמו גם במדינות צד שלישי ובטריבונלים בינלאומיים.⁶

במאמר זה לא אכנס לסבך השאלות המתעוררות כתוצאה מן השינויים שהמשפט הבינלאומי עובר בעידן הגלובליזציה. ברצוני למקד את הריון בשאלה: כיצד יש להבין את ההתפתחויות במשפט הבינלאומי הפלילי, האם מדובר בהמשכיות או בשבר? המאמר

4 להצגה דומה של שתי פרדיגמות הסבריות להבנת השינויים בשוק העבודה ותפיסת האזרחות הדמוקרטית במצבים של גלובליזציה ראו בק, שם, בע' 34-51. להפעלת גישה זו במסגרת המשפט הבינלאומי, ראו: K. Knop "Here and There: International Law in Domestic Courts" 32 *N.Y.U. J. of Int'l L. & Pol.* (2000) 501, 505-506 בעמדה של קנופ ראו להלן פרק ה.

5 לדיון במהותו של הפוסטמודרניזם ראו ד' פ' ליוטר המצב הפוסטמודרני - שתי שיחות מתוך בצדק (ג' אש וא' אזולאי תרגמו, 1999). בהקשר הישראלי ראו גם ד' גורביץ' פוסטמודרניזם - תרבות וספרות בסוף המאה ה-20 (תשנ"ז) במיוחד בע' 17-27.

6 על היחס בין בתי משפט לאומיים לבינלאומיים, ראו: S.R. Ratner "International Law: The Trials of Global Norms" *Foreign Policy* (1998) 65, 71; E. Benvenisti "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Norms: An Analysis of Attitudes of National Courts" 4 *Eur. J. Int'l L.* (1993) 159, 160-161; J. Brunnee "International Instruments as a Basis for Legal Action in Canada: The Example of International Environmental Law" 27 *Proc. Can. Council Int'l L.* (1998) 44, 45-46. לדיון בסוגיה בהקשר הישראלי, ראו: A. Reichman "When We Sit to Judge We Are Being Judged" 9 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2001) 41.

מהווה קריאת-תיגר על התפיסה הרואה במשפט הבינלאומי כלי להתגברות על הגבולות המדיניים, וקורא להמשך כיבודם מתוך הכרה בחשיבות הקשר בין קהילה פוליטית למשפט. המאמר מציע להבין את תפקידיו החדשים של המשפט הבינלאומי בעידן הגלובליזציה כתפיסה של "מודרניות מודעת לעצמה"⁷, המתמודדת עם החסרים (לקונות) בשלטון-החוק לא על-ידי החלפתם בהליך שיפוט בינלאומי, אלא על-ידי יצירת תמריצים חדשים שיביאו לידי הפעלת המשפט הלאומי בצורה טובה יותר. כדי למקד את הדיון, בחרתי לעסוק בסוגיה אחת המעוררת לאחרונה הדים רבים: התופעה של המשפט הפוליטי הבינלאומי.

למשפט הפוליטי היסטוריה ארוכה, עוד משחר התרבות המערבית, מזמן משפטם של סוקרטס וישו. למשפט הפוליטי מאפיינים שונים. יש המתמקדים במגיע הפוליטי – שימוש במשפט להשגת מטרה פוליטית, כגון פגיעה ביריב פוליטי והחלשתו; אחרים רואים את העיקר בסוג המעשים שמדובר בהם (עברות בעלות אופי פוליטי מובהק, כגון המרדה, התנקשות או פשעים שנועדו לקדם מדיניות של כיבוש, כגון פשעי מלחמה וכיוצא בזה). הרכיב הפוליטי של המשפט עשוי לבוא לידי ביטוי גם בכך שמעמידים לדין אישיות פוליטית מרכזית ופוגעים ביכולתה למלא את תפקידה; וניתן גם לראות את התופעה במנותק מזהות הנאשם ומעשיו, כאשר הפוליטיות מתבטאת בהתנגשות בין קבוצות המוהות עם שני הצדדים למשפט, ואשר אינן מסכימות כלל על מסגרת החוק התקף ועל הסיפור החברתי שבמסגרתו יש להפעילו.⁸

תופעת המשפט הפוליטי הפלילי זוכה לאחרונה בעניין מחודש כתוצאה מהתפתחויות במשפט הבינלאומי, ובמיוחד האפשרות להעמיד ראשי-מדינות למשפט באשמת פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה.⁹ אף-על-פי שהנסיבות והטענות המשפטיות שונות, נאשמים כסלובודן מילושביץ', אוגוסטו פינושה ואריאל שרון מעלים טענת הגנה משותפת אחת: הם טוענים שההליכים נגדם אינם לגיטימיים בשל היותם משפטים פוליטיים. הטענה אינה חדשה, ונאשמים נזקקו לה לכל אורך ההיסטוריה; החידוש טמון במסגרת המוסדית שהמשפטים נערכים בה כיום. באופן מסורתי, סכנת הפוליטיזציה נקשרה להיעדר הפרדה בין הרשויות הפוליטית והמשפטית במדינה. יצירת האופציה של שיפוט פלילי בינלאומי פתרה לכאורה בעיה זו, שכן על-ידי העברת השיפוט מבתי-המשפט של המדינה המעורבת

7 באומן הגדיר את הפוסטמודרניות כמודרניות המודעת לעצמה, "מודרניות נזילה", ראו באומן, לעיל הערה 3, בע' 17.

8 להרחבה ראו: L. Bilsky "Political Trials" *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (2001); can be found at ULR:<http://www.sciencedirect.com/science>

9 לחיזור נרחב של התפתחות זו, ראו: M.H. Morris "Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks" 35 *New Eng. L. Rev.* (2001) 337; A.I. Hasson "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet, and Milosevic-Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law" 25 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* (2002) 125

אל צד שלישי (מדינה צד שלישי או גוף שיפוטי בינלאומי) ניתן לבדוד את השופטים מלחץ הרשויות הפוליטיות המעורבות בסכסוך. קושי השיפוט של בתי-משפט לאומיים חמור במיוחד כאשר מדובר בפשעים שבוצעו לכאורה על-ידי ראשי-מדינה ומפקדים בצבא בשם המדינה ולמען בטחונה. קשה לצפות מממשלה שהיתה אחראית לפשעים להיות יעילה במיוחד בהעמדת האחראים לדין בגינם, המטרה היא על-כן להעביר את השיפוט של המעשים האמורים מבית-המשפט הלאומי אל בית-משפט חיצוני המשותף מכל שיוך וזיהוי פוליטיים, בהנחה שזה יוכל להגיע אל חקר האמת בנוגע לפשעים שנעברו לכאורה בשם המדינה. למרבה האירוניה, דווקא הניסיון להעביר את העניין מסמכות השיפוט של בתי-המשפט הלאומיים אל בתי-משפט של מדינות צד שלישי מהווה בסיס להאשמות חדשות בדבר הפוליטיזציה של המשפט.

איוו משמעות נוכח לייחס להאשמות אלה? כדי לענות על שאלה זו, אבקש לחזור אל הנחות-היסוד של התיאוריה המשפטית הליברלית. אבחן במיוחד את המושג שלטון-החוק כבנוי על יסוד הפרדת הרשויות ועל יסוד סמכות השיפוט הטריטוריאלית. לאחר סקירה היסטורית קצרה של התפתחות האופציה של סמכות שיפוט אוניוורסלית, אחזור אל התיאוריה. אתחיל באפיון סוציולוגי של הנסיבות שבהן עולה הבעיה של משפטים פוליטיים, ומשם אתקדם לבחון את רעיונותיהם של שלושה מלומדים שפעלו במסגרת התיאוריה הליברלית אך ביקשו להתאימה למסגרת המשפט הפוליטי המודרני. כתביהם של שלושה מלומדים יידונו כאן: אוטו קירשהיימר, ג'ודית שקלאר וחנה ארנרט. בעקבותיהם, אנסה להגדיר מחדש את הסכנה במשפט הפוליטי וליישמה בהקשר הבינלאומי. בניגוד להשקפות מסורתיות, הרואות את הסכנה בקרבה המזיקה בין המשפט והפוליטיקה, אטען כי הפרדה קיצונית מדי עלולה להיות מסוכנת באותה מידה. למול העיקרון של הפרדת הרשויות כמבטיח משפט הוגן, אציב את העיקרון של סמכות השיפוט הטריטוריאלית (תוך התאמתה להתפתחויות במשפט הבינלאומי) כדרך עדיפה להבטחת איוון נאות בין צורכי המשפט לבין צורכי הפוליטיקה. לאחר-מכן אפנה לבחון את השתנות האופי של המשפט הפוליטי בעידן הגלובליזציה לאור ההתפתחות של אפשרות שיפוט במדינות צד שלישי ולאור הקמתו של בית-הדין הבינלאומי הפלילי הקבוע בהאג. אבחן שתי דרכים להתמודדות עם הסכנות של המשפט הפוליטי הבינלאומי: האחת, מתוך הסתמכות על העיקרון של סמכות השיפוט האוניוורסלית; והאחרת, מתוך היצמדות לרעיון של סמכות השיפוט הטריטוריאלית, תוך חיזוקה והשלמתה על-ידי יצירת סמכות שיפוט שיווית בבית-הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. לבסוף אציע לחזק את האופציה של בית-הדין הפלילי הבינלאומי תוך יצירת אמות-מידה מגבילות לגבי התערבותו בשיפוט של מדינות הלאום.

ב. התפתחות הרעיון של הסמכות האוניוורסלית

1. "על מלכים ושופטים"

הקושי בשיפוט פעולותיו הפליליות של הריבון מהווה בעיה מוכרת בתורת המשפט.

המשפטן האמריקאי רוברט קובר טוען כי בקושי זה טמון ההסבר לפער בין המיתוסים שלנו לגבי סמכויות שיפוט ובין המציאות ההיסטורית של מגבלות שיפוט. המיתוסים מציגים את בית המשפט כמתעמת באומץ עם הריבון ומכפיף אותו להוראות החוק, אך המציאות ההיסטורית והדוקטרינה המשפטית מעידות דווקא על חולשת הרשות השופטת ועל כפיפותה לכוח הריבון.¹⁰ שני מיתוסים כאלה נידונים על-ידי קובר: האחד מן המשפט האנגלי, המתאר את העימות בין לורד קוק והמלך ג'יימס, והאחר מן ההלכה היהודית, המתאר את העימות בין הסנהדרין והמלך ינאי.¹¹ קובר מסביר כי "בשני הסיפורים שלנו

10 "המלך לא דן ולא דנין אותו" סנהדרין ית, א. מצוטט על-ידי רוברט קובר: R. Cover "The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction" *Narrative, Violence and the Law – The Essays of Robert Cover* (Ann Arbor, M. Minow, M. Ryan, & A. Sarat eds., 1992) 173, 178–187. המשפט האנגלו-אמריקאי מכיר אף הוא בדוקטרינה דומה של חסינות הריבון: *Nixon v. Fitzgerald* 457 U.S. 731 (1982); בימינו נדחתה התפיסה האבסולוטית של החסינות, והתקבלה בהדרגה התיאוריה היחסית. המגמה במספר ניכר של מדינות הינה להכיר בחסינות מוגבלת לדיכון הזר, תוך דחיית החסינות המוחלטת. זה הרין ההלכתי באנגליה, באמריקה, בגרמניה, באיטליה, בצרפת, בבלגיה ובמדינות רבות אחרות. גם החקיקה המודרנית במדינות רבות מאופיינת בגישה דומה, קרי: אימוץ צורה זו או אחרת של חסינות "יחסית". במספר ניכר של מדינות מצויה בעניין זה חקיקה מיוחדת. ראו לעניין זה פסק-דין של הנשיא ברק, רע"א 7092/94 *Her Majesty The Queen in Right of Canada* נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625, 647–648.

11 הסיפור על-אודות המלך ג'יימס והלורד קוק מהווה פרק חשוב במורשת המשפטית הבריטית של המאה השבע-עשרה. במרכז הסיפור ניצבת מחלוקת בדבר כוחו של בית המשפט למנוע את המלך מלהפעיל את סמכויות הענישה שלו: האם המלך כפוף לבית המשפט אם לא? קוק מתאר בכתביו כיצד עמד נחרצות בהתנגדותו למלך, וטען: "That the King should not be under man, but under God and the Law". ברם, היסטוריונים רבים של התקופה דחו את גרסתו של קוק לסיפור כבלתי-מהימנה. לטענתם, לורד קוק הגיב בציטונות ובכניעה לתביעותיו של המלך: "The Lo. Cooke perceiving fell flat on all fower; humbly beseeching his Majestie to take comapassion on him and to pardon him if he thought zeale had gone beyond his dutie and allegiance." Cover, *ibid.*, at p. 184. באופן דומה, במרכז הסיפור התלמודי על "מלכים ושופטים" ניצבת מחלוקת בדבר ההליך השיפוטי במשפט משרתו של המלך אלכסנדר ינאי, שהועמד לדין על הריגה. רבי שמעון בן שטח, נשיא הסנהדרין, זימן את המלך להיות נוכח במשפט. המלך הגיע לבית המשפט, אולם סירב לציית להוראת רבי בן שטח לעמוד על רגליו במהלך המשפט. במקום זאת הצהיר כי יציית לכל החלטה של השופטים, הברי הסנהדרין. בן שטח פנה אל עמיתו, ברם הללו – יראים מפני המלך – השפילו מבטם. בן שטח הגיב בזעם על שכבשו את מבטם ומנעו מעצמם את חירות המחשבה. משכך, קרא בן שטח ל"אדון המחשבה", האלוהים, לדון אותם על מעשיהם.

על שופטים ומלכים אנו מוצאים טקסט קנוני והדמיוני שבו השופטים האמיצים קוראים תיגר על המלך, מאששים בכך את חלותו של החוק הכללי על המלך ומקבעים את סמכותו של בית המשפט לשפוט את המלך על בסיס התחולה הכללית של החוק.¹² לטענת קובר, המיתוסים עוצבו כדי לאפשר לקהילות האמורות להתגבר על האימה שעורר העימות ההיסטורי בין המלך והשופט, ובד בבד להצניע את הפער בין המהויבות לעיקרון של שלטון החוק (חוק כללי שאורחים רגילים כמו גם מלכים וראשי מדינות כפופים לו בשווה) לבין כוחו המוגבל של בית המשפט אל מול הריבון ותחולתו הסלקטיבית של החוק הלכה למעשה.

כיום אנו עדים לתחילתו של שינוי באיזון ההיסטורי בין מלכים ושופטים, כשהעימות ביניהם מתורגם בספרה הבינלאומית למתח בין המדינה הריבונית לנורמות בינלאומיות. כך, למשל, התפתחויות במשפט הבינלאומי מאפשרות להעמיד ראשי מדינות למשפט לפני בתי דין בינלאומיים או בתי משפט של מדינות צד שלישי. לראשונה, ראשי מדינות נתבעים לתת דין וחשבון על פעולותיהם הפליליות לפני הקהילייה הבינלאומית. בכך ניתן לראות צעד קדימה לקראת הגשמת הרעיון של שוויון הכל לפני החוק. אולם ברגע היסטורי זה, הנאשמים החדשים בותרים לסמוך על המיתוס המכונן של שלטון החוק – על העיקרון של הפרדת הרשויות – כדי למנוע את בית המשפט מלדון בעניינם. הם טוענים כי עצם הניסיון להפקיע את עניינם מסמכות השיפוט של בתי המשפט במדינותיהם הופך אותו למשפט פוליטי, כלומר לפעולה כוחנית של גופים בעלי אינטרס פוליטי המוסווית כהליך משפטי הוגן.¹³ יתר על-כן, לטענתם, הפעלתה של סמכות השיפוט נעשית באופן סלקטיבי כלפי מנהיגים של מדינות חלשות פוגעת בעיקרון של שוויון הכל לפני החוק ומצביעה על הפוליטיזציה של ההליך כולו.¹⁴ כיצד עלינו להתייחס לטענות אלה? היש בהן ערך, או שמא הן בסך-הכל מניפולציה מתחכמת של "הגרטיבים המקודשים של סמכות השיפוט", כפי שהציגם קובר?

המלאך גבריאל ירד אליהם מן השמים "וחבטן בקרקע, ומתו". סנהדרין יט, ב. לדיון בפרשה זו, ראו גם: A. Maoz "Judaism as a Source of Human Rights" (The Consultative Council of Jewish Organizations, Discussion Paper 3) 6

Cover, *ibid*, at p. 185 12

לדוגמה, מילושביץ' טען בעתירה לטריבונל כי הטריבונל לוקה בהטיה נגדו, שאין להסכין עם הומרתה (זאת נוסף לטענות בדבר חסינות הריבון והיעדר סמכות שיפוט).

ראו: Hasson, *supra* note 9, at p. 153. לדיון בדילמה התיאורטית העולה מתוך התפתחות זו, בין רעיונות של משפט בינלאומי ופוליטיקה של כוח, ראו: J. Habermas "Bestiality and Humanity: A War on the Border Between Legality and Morality" 6 *Constellations* (1999) 263–272

כך הועלתה הטענה כי הפעלת סמכות השיפוט הפלילית הופנתה כלפי מנהיגי מדינות חלשות, כגון אוגוסטו פינולה או סלובודן מילושביץ', ולא כלפי מנהיגים לשעבר של מדינות חזקות, כגון הנרי קיסנינג'ר. ראו: J.M. Goti "The Moral Dilemmas About Trying Pinochet in Spain" 32 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* (2001) 1

כדי להתיר את סבך השאלות עלינו לחזור למושכלות יסוד לגבי שלטון החוק. כיצד ובאיזה אופן המשפט הפוליטי מאיים על העיקרון של שלטון החוק? האם הסכנה טמונה אך ורק בפגיעה בהפרדת הרשויות, כפי שאנו רגילים לחשוב, או שמא הפרדה קיצונית מדי בין משפט ופוליטיקה (או בין בית משפט וקהילייה פוליטית) עלולה ליצור סכנות דומות? דרך אחת לשפוך אור על הבעיה מתחילה בפרדוקס הריבונות. חנה ארנדט, בספרה מקורות הטוטליטריזם,¹⁵ מציגה את הדילמה הנוצרת בין שני ציוויים, הנראים מנוגדים, אך נובעים שניהם מן הרעיון של זכויות האדם. כשם וזכויות האדם, הקהילייה הבינלאומית מכירה בזכות להגדרה עצמית של עם ובצורך לכבד את הפעלת הריבונות שלו בגבולות הטריטוריה לאחר יצירתה של מדינה. אך הפעלת הריבונות יוצרת, בהיבט, את הצורך להגן על פרטים וקבוצות מיעוט מפני הפרה שיטתית של זכויות האדם שלהם על ידי המדינה שהם משתייכים אליה. לנוכח הכישלון המוחלט של מערך ההגנה על זכויות האדם בזמן מלחמת העולם השנייה, הכירה הקהילייה הבינלאומית בצורך לפתח דרכים חדשות ליישום ההגנה על זכויות האדם. הכרה זו הובילה ליצירת הקטיגוריות המשפטיות "רצח עם" (ג'נוסייד) ו"פשעים נגד האנושות", ולפיתוח כלים משפטיים ומוסדות בינלאומיים להפעלת הנורמות המשפטיות החדשות החותרות תחת עקרון הריבונות. הדבר בא לידי ביטוי לראשונה במשפטי נירנברג, שבהם שפטו בעלות הברית את ראשי השלטון הנאצי כאחראים אישית לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.¹⁶

השאלה הקשה שעמה התמודד המשפט הבינלאומי בעקבות משפטי נירנברג היתה כיצד להמשיך לשיפוט מדינות ויחידים בגין הפשעים החדשים גם לאחר פירוק בית הדין הצבאי ובהיעדר בית דין פלילי בינלאומי קבוע. אחת הפעולות הראשונות לקראת אכיפה טובה יותר של הנורמות הבינלאומיות החדשות ננקטה על ידי בית המשפט הישראלי במהלך משפטו של אדולף אייכמן, בשנת 1961. כאן נקבע התקדים המאשר את סמכותו של בית משפט לאומי רגיל לשיפוט "פשעים נגד האנושות" שבוצעו מחוץ לתחום השיפוט הטריטוריאלי שלו.¹⁷ כדי להגיע ליעד זה, היה על בית המשפט הישראלי לספק בסיס חדש לגמרי לסמכות השיפוט שלו, כזה המתגבר על המגבלות המסורתיות של המשפט הפלילי הטריטוריאלי (כלומר גבולות הריבונות). הסניגוריה טענה כי מאחר שהפשעים בוצעו מחוץ לישראל ולפני הקמת המדינה, לא קמה לבית המשפט הישראלי סמכות שיפוט. אף על פי שבית המשפט היה יכול להסתמך על החוק הישראלי לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, חוק שהעניק לו סמכות שיפוט מיוחדת לגבי פשעים שבוצעו נגד העם היהודי

15 H. Arendt *The Origins of Totalitarianism* (New York, 1973) 267–302.

16 משפטי נירנברג נערכו בין השנים 1945 ו-1949. להרחבה, ראו למשל: J. Epersico, *Nuremberg* (New York, 1994). לעיון במאגר מחקרי ממוחשב של מסמכים ועדויות

ממשפטי נירנברג, ראו: [URL: http://www.nuremberg.law.harvard.edu](http://www.nuremberg.law.harvard.edu).

17 לדיון במקורות העמומים של קיום סמכות אוניוורסלית ראו: Morris, *supra* note 9. לטענת מוריס, סמכות אוניוורסלית לגבי שוד ימי לא השתרעה על פשעים של מדינות (להבדיל ממעשים פרטיים) במכוון (שם, בע' 339); לדעתה, ספק גם אם בית הדין הצבאי בנירנברג ביסס את סמכותו על סמכות שיפוט אוניוורסלית (שם, בע' 341–345). לגבי

בזמן השלטון הנאצי,¹⁸ הוא החליט לפתח בסיס נוסף לסמכות השיפוט שלו תוך הסתמכות על עקרונות המשפט הבינלאומי. בית המשפט קבע כי לפי המשפט הבינלאומי, אין צורך לבסס זיקה טריטוריאלית או אישית של המבצע או של קורבנותיו אל בית המשפט כדי להקנות לזה האחרון סמכות שיפוט לגבי פשעים נגד האנושות. המשפט הבינלאומי מעניק לכל אחת מן המדינות את הסמכות לאכוף את הנורמות שלו בעניין זה. התיאוריה החדשה נקראה "דוקטרינת סמכות השיפוט האוניוורסלית".¹⁹ נוסף על כך דחה בית המשפט את

שיפוט של פשע השמדת-עם, האמנה שנחתמה בשנת 1948 דחתה את הסמכות האוניוורסלית. בית המשפט בעניין אייכמן הציג את הדעות השונות של מלומדי המשפט הבינלאומי לגבי קיום סמכות שיפוט אוניוורסלית, אך בחר להפעילה. ת"פ (י"ם) 40/61 י"מ נ' אייכמן, פ"מ מה 3 (להלן: עניין אייכמן (מחוזי)). נוסף על כך נסמך בית המשפט על החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950, ס"ח 57, 281 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם). עוד קודם למשפט אייכמן, ובעקבות האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת-עם, שהתקבלה על-ידי עצרת האומות המאוחדות ב-9 בדצמבר 1948, חוקקה הכנסת את החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת-עם, תש"י-1950, ס"ח 42, 137. החוק הישראלי, שנועד ליישם את עקרונות האמנה, הכיל שינויים מספר שהחשוב מביניהם לענייננו נוגע בעיקרון של סמכות השיפוט האוניוורסלית. בעוד האמנה שותקת בשאלה זו ומוזכירה רק את סמכותה של המדינה שבה בוצע הפשע או סמכותו של בית-דין פלילי בינלאומי כאשר יוקם, הקנה החוק הישראלי סמכות שיפוט אוניוורסלית בסעיף 5 (כיום סעיף 16 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864, 223). פנחס רוזן הציג את שתיקת האמנה בנושא זה כפרי של פשרה. בהמשך הדיון בכנסת הסביר רוזן את הסיבות לסטייה (הלכאורית, לדבריו) של החוק הישראלי מעקרונות האמנה, וייחס אותן ל"מצבו המיוחד" של העם היהודי בגולה. ראו ד"ב 3 (תש"י) 315; תודתי לאיל בנבנישתי על הפנייתי למקורות אלה. בית המשפט שדן את אייכמן לא הסתמך על חוק זה, כי תחולתו היתה פרוספקטיבית.

18 כהתייחס לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם קבע בית המשפט המחוזי: "סמכותנו לדון במשפט זה מושתתת על החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם חוק חרות שקביעותיו אינן משתמעות לשתי פנים. על בית המשפט לתת תוקף לחוק הכנסת, ואין אנו יכולים להודק לטענה שחוק זה נוגד את עקרונות המשפט הבינלאומי..." עניין אייכמן (מחוזי), שם, בע' 23-24.

19 בית המשפט העליון קבע: "הפשעים שיוחסו למערער, לא רק שהם גושים כולם אופי בין-לאומי, אלא תוצאותיהם המזיקות והקטלניות היו כה מקיפות ונפוצות עד שהיה בהן כדי לפגוע עמוקות ביסודות - ואף ביציבות - של הקהילה הבין-לאומית. על-כן, מדינת ישראל היתה זכאית, על-פי העקרון של סמכות אוניוורסלית ובשמה בענין זה בתפקיד של 'שומר המשפט הבין-לאומי' ומבצעו, לשפוט את המערער בפלילים. מכיוון שכך, אין חשיבות לעובדה, כי מדינת ישראל לא היתה קיימת בעת שנעברו העבירות הנדונות." כמו-כן, בניגוד לאמור בדבריי הכנסת באשר לחוק למניעת פשע של השמדת-עם, בית המשפט מרגיש כי אינו נסמך דווקא על הקשר בין מדינת-ישראל לבין העם

טענות ההגנה בדבר החוק שנחקק לאחר מעשה (רטוראקטיביות) ובדבר התיישנות הפשעים, והסביר כי בשיפוט פשעים נגד האנושות אין בית-המשפט מוגבל במגבלת זמן או מקום. בדרך זו אפשרה התיאוריה החדשה של סמכות השיפוט לבית-המשפט לעקוף את דילמת הריבונות, בהציעה דרך לשיפוט פשעים נגד האנושות בבית-משפט של "מדינת צד שלישי" בהיעדרו של בית-דין בינלאומי פלילי קבוע. הויקה היחידה שנדרשה היא נוכחות הנאשם.²⁰ כך צומצמה עקרונית האפשרות להתחמק מענישה במקרים של הפרות חמורות של זכויות-אדם. אולם עד לתקופה האחרונה לא נעשה שימוש בתקדים הישראלי דווקא בשל הספקות שהועלו לגבי הפוליטיזציה של ההליך.²¹

פשע נגד האנושות, "חוק שמעל לחוק", כפי שז'אק דרידה כינה אותו, תבע מבית-המשפט להתגבר על מגבלות זמן ומקום המשרטטות את התחום של סמכות השיפוט של בתי-משפט מדינתיים באופן הקושר בין מושג הריבונות למשפט הפלילי.²² הכרה בסמכות השיפוט האוניוורסלית של בתי-משפט מדינתיים, המתגברת על מגבלות הריבונות הטריטוריאלית ומאפשרת להם לאכוף נורמות בינלאומיות פליליות על מדינות צד שלישי, שימשה בסיס להליכים משפטיים שאנו עדים להם למן שנות התשעים, ביניהם הליכי ההסגרה שננקטו נגד אוגוסטו פינזשה בברייטניה והתביעה נגד אריאל שרון בבלגיה.²³ נדמה כי התפתחות זו מקיימת את ההבטחה העומדת בבסיסו של שלטון-החוק – שוויון הכל לפני החוק, במקרים שבהם נמנעו בתי-משפט לאומיים מהכרעה מסיבות שונות.²⁴

ובכל-זאת, דווקא נכונותם של בתי-משפט של מדינות צד שלישי להתעלם מגבולותיה

היהודי, אלא מתרכזו "באפים הבין-לאומי והכלל-אנושי של הפשעים נשוא ההרשעה, הרי אחת הסיבות לכך היתה, שאחידים מהם כווננו נגד קבוצות לא-יהודיות (פולנים, סלובנים, צ'כים וצוענים)". ע"פ 336/61 אייכמן נ' י"מ, פ"ד (3) 2033, 2066-2077 (להלן: עניין אייכמן (עליון)).

20 חשוב לציין שהדרישה לנוכחות הנאשם, הגם שהיא מינימלית, אינה מובנת מאליה לעניין סמכות שיפוט מחוץ לגבולות הריבונות. דוגמה לכך היא משפטו של מרטין בורמן שנערך בנירנברג ללא נוכחותו. ח' ארגנט אייכמן בירושלים – דו"ח על הבנאליות של הרוע (א' אוריאל תרגם, תש"ס) 269-270.

21 ניתן לשער כי השינוי מקורו בהתפתחויות במערכת הבינלאומית, כולל, בין השאר, סיום המלחמה הקרה, הקמת בתי-דין בינלאומיים לבחינת הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה וברואנדה. ראו: H. Kissinger "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny" *Foreign Affairs* (2001).

22 J. Derrida *On Cosmopolitanism and Forgiveness* (London & New York, Trans. by M. Dooley & M. Hughes, 2001).

23 לדיון מפורט בהתפתחויות בפרשות פינזשה ושרון ראו להלן הערות 64-65 והסקט המתייחס אליהן.

24 לדיון במקורות משפטיים המבססים סמכות שיפוט אוניוורסלית בפשעים נגד האנושות, ראו: S.R. Ratner & J.S. Abrams *Accountability for Human Rights Atrocities in*

של סמכות השיפוט הטריטוריאלית היא זו המעוררת פחדים ותהיות חדשות לגבי הפוליטיזציה של הליכים משפטיים אלה, במיוחד לנוכח העובדה שגם לקורבנות הפשעים שמורה הזכות ליוזם תביעות מסוג זה, וזאת ללא כל מגבלת זמן, דבר שעשוי להוליך להפעלת בית-המשפט ככלי להשגת מטרות פוליטיות חיצוניות.²⁵ בכך נשברת למעשה התבנית של המשפט הפלילי המדינתי (המעניקה מונופול למדינה ביוזם הליכים פליליים) וכן התבנית המסורתית של המשפט הבינלאומי (המונעת בדרך-כלל מיחידים יוזם הליכים משפטיים). סוגיות אלה עלו כבר במשפט אייכמן שבו טענה ההגנה כי העובדה שכל השופטים הינם יהודים מחשידה את בית-המשפט במשוא-פנים לטובת קורבנות הפשע והופכת את ההליך כולו למשפט-ראווה.²⁶ בזמן משפט אייכמן דחה בית-המשפט הישראלי

International Law: Beyond the Nuremberg Legacy (Oxford, 1997) 143; T. Meron "International Criminalization of Internal Atrocities" 89 *A.J.I.L.* (1995) 554 לזכור עם זאת שקיים פער גדול בין האפשרות העקרונית להעמיד לדין לבין המציאות שבה הופעלה סמכות זו בפועל, באופן סלקטיבי ונגד מדינות חלשות באופן יחסי.

25 לדיון בסכנות הפוליטיזציה, ראו: Morris, *supra* note 9, at pp. 354–359. התביעה נגד שרון הוגשה על-ידי קבוצה שכללה פלשתינים, בלגים ולבנונים, ראו: K.B. Richburg "Belgium 'Embarrassed' by the Probe of Sharon" *Washington Post Foreign Service* 6.7.01. לדיון ביקורתי בהתפתחות המשפט הבינלאומי לקראת הכרה במעמדם של פרטים, ראו: R. Doltzer "The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons after 1945" 20 *Berkeley J. Int'l L.* (2002) 296. לבחינת ההתפתחויות שבנידון בבתי-המשפט האזרחיים של ארצות-הברית, ראו: P. Brondos "Case Note: International Law – The Use of the Torture Victim Protection Act as an Enforcement Mechanism. *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995), cert. Denied, 116 S.Ct. 2524 (1996)" 32 *Land and Water L. Rev.* (1997) 221. הקורבנות ביוזם תביעות נגד רשויות מדינתיות בבית-המשפט האירופי (European) L.R. Helfer & A.M. Slaughter "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication" 107 *Yale L. J.* (1997) 273, 289. נעיר כי בניגוד לכך, הפעלתה של סמכות השיפוט של בית-הדין הבינלאומי בהאג (ICC) מוגבלת ליוזמתן של מדינות חברות בחוקת רומא או ליוזמתה של מועצת הביטחון. לעיון בחקיקה לאומית המכירה בסמכות אונאוורסלית ולתביעות שהוגשו ביוזמת קורבנות, ראו: French Law on Genocide [Nouveau Code Penal, art. 212-1(Fr.)]; Canadian Law on War Crimes and Crimes against Humanity R.S.C. 1985 ch. C-46@ 7 (3.71)(b); *R. v. Finta* 1 S.C.R. 701 [1994].

26 ראוי לשים-לב כי ההגנה במשפט אייכמן החליטה להגדיר את התנגדותה כהתנגדות עקרונית, וכן לא לקשר אותה להרכב מסוים של שופטים. ראו י' אולשן דין ודברים: זכרונות (תשל"ח) 317. השופט אולשן, נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, כותב

את אשמת "משפט־הראווה" בהסתמכו על התקדימים הבינלאומיים המבססים את סמכות השיפוט האקסטר־טריטוריאלית של בית־המשפט.²⁷ למרות כל זאת, התשובה הלגליסטית לא הצליחה להתמודד עם האתגרים העמוקים יותר שפשעים נגד האנושות מציבים – חוק המאלץ את בית־המשפט לתרוג ממגבלות המשפט המסורתי של זמן ומקום כדי להעניק לעצמו את כוח האכיפה של החוק. במילים אחרות, פשעים אלה מעלים שאלה בדבר הקשר הרצוי בין בית־משפט וקהילייה פוליטית ספציפית, קשר שאנו מניחים את קיומו, בדרך־כלל, כמובן מאליו בתפיסה המסורתית של המושג דיבונות, ואשר מתערער במסגרת הדוקטרינה של סמכות השיפוט האוניוורסלית.

2. משפטים פוליטיים ושוני רדיקלי

תופעת המשפטים הפוליטיים אינה מתיישבת עם הנחות־יסוד ליברליות לגבי התנאים לקיומו של הליך משפטי הוגן. הפילוסופית הפוליטית ג'ודית שקלאר מתארת קושי זה בדיון שלה במשפטי נירנברג:

"בעבור אלה שהחזיקו בדעות ליברליות וראו עצמם מחויבים לפוליטיקה לגליסטית היה זה משבר מוסרי אמיתי. כמה הצטערו באמת למראה ההנהגה הנאצית הנענשת? לא רבים. האם היה זה רק עניין של נקמה בלתי־ניתנת לשליטה? או שמא המשפט הזה... סייע להגשמה ראויה של מטרה מוצדקת מבחינה פוליטית?"²⁸

לטענת שקלאר, משפטי נירנברג קראו תיגר על המחויבות הליברלית לשלטון־החוק, שכן היה זה בלתי־אפשרי ליישם בהם את הדוקטרינה היסודית בדבר הפרדת הרשויות (בהיות הכוחות המנצחים התובעים והשופטים כאחד) ואת העיקרון של איסור הענישה הרטרואקטיבית (בהיות הפשע המרכזי "פשע נגד האנושות", נורמה שצמחה בעקבות

בזכרונותיו שהסניגור, ד"ר סרוואציוס, התכוון לבקש מהשופט הלוי לפסול עצמו מלשבת בדיון בשל פסיקת עבר שבה השווה את אייכמן לשטן, אולם לבסוף ביצר טענה גורפת כי יש לפסול את כל השופטים בהרכב בשל יהדותם.

27 ראו עניין אייכמן (עליון), לעיל הערה 19. כמו־כן יפה לעניין זה תשובת בית־המשפט לטענת הסניגור בדבר אי־כשירות השופטים: "[...] אכן בשבתו על כס המשפט אינו חדל השופט להיות בשר־ודם, בעל רגשות ויצרים. אולם הוא מצווה על־פי החוק לכבד רגשות ויצרים אלה, שאם לא כן לא יהיה שופט כשר לעולם לדון באישום פלילי, המעורר רגשות וסלידה, כגון בגידה, רצח או כל פשע חמור אחר. אמת נכון הדבר שזכר השואה מזעזע כל יהודי עד עומק לבו, אולם משהובא משפט זה לפנינו חובה עלינו לכבד אף רגשות אלה שעה שאנו יושבים לדין. בחובה זו נעמוד." (החלטה מס' 3, ישיבה מס' 6 מיום 17.4.61). "ואמנם עמדו השופטים המלומדים במילוי חובתם במלואה ועד הסוף." עניין אייכמן (עליון), שם, בע' 2080–2081.

28 J.N. Shklar *Legalism* (Cambridge, 1964) 155 (תרגום המחברת – ל' ב').

הפשעים שביצע המשטר הנאצי. מכיוון שאלה נתפסו כאבני־יסוד של תיאוריית המשפט הליברלית, היתה תגובתם של רוב המשפטנים ניסיון להכחיש את החריגות מעקרון שלטון־החוק שהתרחשו במשפט. אך כפי ששקלאר מראה בספרה לגליזם, נסיונות אלה נידונו לכישלון. האפשרות היחידה לפתור משבר זה, כך טענה, געוצה בפיתוח תיאוריה ליברלית של המשפט המסוגלת להתמודד עם הצורך לנהל משפט פוליטי הוגן, כלומר משפט הסוטה מעקרון החוקיות במובן הפורמלי, אך שומר על הערכים העומדים בבסיס התיאוריה הליברלית של המשפט.

עוד בטרם ניכנס לשאלות המשפטיות הסבוכות של פיתוח תיאוריה של משפט פוליטי הוגן, אבקש להתעכב על הבסיס הסוציולוגי שיוצר את הבעייתיות המיוחדת הבאה לידי ביטוי במשפט הפוליטי. כל משפט פוליטי מתחיל במה שניתן לכנות מצב של "שוני רדיקלי". זה מצב שבו שתי קבוצות המהזיקות בדעות מנוגדות או שאינן מתיישבות באופן יסודי לגבי ערכי־יסוד נפגשות בבית־המשפט. משפט פוליטי הוא, לשיטתי, משפט העוסק בנושא בעל רגישות פוליטית גבוהה ואשר החברה הצויה לגביו. העימות הוא רדיקלי במובן זה ששני הצדדים הלוקים הן לגבי הדין המהותי שאמור להכריע בסוגיה, הן לגבי כללי הראיות והפרוצדורה והן לגבי הערכאה הראויה לדון בסכסוך. במילים אחרות, המחלוקת נוגעת בעצם כללי המשחק הלגיטימיים של ההכרעה המשפטית בסכסוך. לא ניתן לפתור מחלוקת זו רק באמצעים משפטיים, מכיוון שאין היא נוגעת בשאלה משפטית טהורה, כגון פרשנות של חוק או של מצב עובדתי. במקום זאת, היא מעלה את ה(מטא)שאלה הראשונית: לאיזו מערכת משפטית יש זכות להכריע בעניין ולאיוו ערכאה יש סמכות לשפוט בו?

במקרים כאלה, המבנה המשולש של המשפט מתמוטט ונהפך למבנה בינרי, שבמסגרתו שני צדדים עומדים זה מול זה במאבק כוחני ללא חוק מכריע המקובל על שניהם שלאורו ניתן לפסוק בסכסוך. במשפט רגיל, שני הצדדים המסוכסכים יכולים להביא את עניינם לפני צד שלישי, שהיותו מנותק מן הסכסוך יכול להבטיח אי־משוא־פנים מצידו, וכך להעניק לגיטימציה להכרעתו. במקרים של שוני רדיקלי לא קיים "צד שלישי" מוסכם מכיוון שבית־המשפט עצמו נתפס כיריב על־ידי אחד הצדדים והלגיטימציה של בית־המשפט שנויה במחלוקת. במילים אחרות, בית־המשפט סובל מגירעון כרוני באוטוריטה שלו כאשר הוא מכריע במשפט פוליטי מסוג זה. משבר כזה מתגלה לאחר מלחמה או מהפכה, כאשר משטר אחד שופט את פשעי קודמו; למשל במדינות שעוברות שינוי משטר אוטוריטרי לדמוקרטי והגוטלות על עצמן, כחלק מהליכי המעבר, לשפוט את פשעי המשטר הקודם. כמו־כן במצבים שבהם מדינה נמצאת על סף של מלחמת־אזרחים, ובתי־המשפט של המשטר הקיים נקראים לשפוט את המבקשים לשנותו. בכל המצבים הללו, בתי־המשפט עצמם מזוהים עם אחד הצדדים לסכסוך. אך מצב כזה יכול להתרחש גם במשפטים פליליים בחברות דמוקרטיות שאינן נמצאות בשלבי שינוי או מעבר, במיוחד כאשר סכסוך ממושך מתנהל בין קבוצות אתניות, דתיות ולאומיות.²⁹ גם במצבים כאלה עלול המבנה המשולש

29 לעיון בהשקפת־עולם דומה, המביעה ספקות ביחס לסבירות הניסיון להבחין בין משפטים בעת תהליכי מעבר לבין משפטים המתרחשים במשטרים דמוקרטיים, ראו:

של המשפט להתערער מכיוון שהשופט מזוהה עם אחד הצדדים לסכסוך. ניתן אומנם לטעון שקושי דומה עולה כל אימת שהמדינה היא צד לסכסוך, אולם כדי להתמודד עם מצבים מעין אלה נוצרה מלכתחילה הדוקטרינה של הפרדת הרשויות – כדי לוודא שהרשות השופטת והרשות המבצעת במדינה נפרדות זו מזו. אך דוקטרינה זו אינה יכולה לסייע במצבים של "שוני רדיקלי", מכיוון שבית-המשפט נדרש לשפוט את המאיימים על המדינה בצורה הבסיסית ביותר. משמעות הצלחתם היא שינויה של המערכת המשפטית כפי שהיא מוכרת באותה עת, ולכן בית-המשפט עצמו נהפך ל"צד" מעורב.

הדרך שבה התמודדה התאוריה הליברלית עם הבעיות שמשפטים פוליטיים מסוג זה מעלים היתה הדגשת כוחה של דוקטרינת הפרדת הרשויות להתגבר על סכנות הפוליטיזציה של בית-המשפט, או הודאה כי במצבים קיצוניים, עצם ניהול משפט של יריב פוליטי מאיים להפוך את המשפט ל"משפט-ראווה". הבנה ביגרית זו של המשפט הפוליטי אינה מספקת, מכיוון שאין היא מסוגלת לזהות תהליכים שונים המאפשרים ניהול משפט פוליטי הוגן גם בהיעדר שמירה על הפרדת רשויות נוקשה. במילים אחרות, התפיסה הביגרית אינה יכולה להבחין בין משפט-ראווה (שבו המשפט הוא תרמית פשוטה, כסות להליך כוחני של חיסול יריב פוליטי) לבין משפט פוליטי (שבו נשמרת אוטונומיה יחסית של הרשות השיפוטית). אני מבקשת להציע זווית-ראייה חדשה להבנה של תופעת המשפט הפוליטי ולהצביע בתוך כך על דרכים שהתפתחו במהלך השנים לריכוך הבעיה. לטענתי, הבנת חשיבותו של הקשר בין הקהילה הפוליטית הרלוונטית לבין בית-המשפט עשויה לשפוך אור על קיום דרכים אפקטיביות למיתון הפוליטיזציה של המשפט. גישה זו, המדגישה את הקשר בין בית-המשפט לבין הקהילה הפוליטית הרלוונטית, תאפשר גם להעריך את ההתפתחויות השונות במשפט הבינלאומי הפלילי. בפרט אבקש לבחון את היחס בין קהילה לבית-משפט כאשר העניין מובא לשיפוט במדינות צד שלישי, לעומת עניין שמגיע לבית-הדין הבינלאומי הפלילי בהאג, ולהתמודד לאור זה עם הטענות החדשות בדבר הפוליטיזציה של המשפט הבינלאומי.

ג. שלוש תיאוריות של משפט פוליטי מודרני

1. מבוא: חידתה של סמכות השיפוט

כל מערכת משפטית צומחת מתוך קהילה אנושית ומקושרת אליה, והיא נותרת מקושרת אליה כל עוד מדובר במשפט "חי". תפיסה מסורתית זו של המשפט באה לידי ביטוי כבר בתחילתו של כל משפט. בשלב הראשוני, עוד לפני שהצדדים מציגים את

S. Levinson "Trials, Commissions, and Investigating Committees: The Elusive Search for Norms of Due Process" *Truth v. Justice – The Morality of Truth Commissions* (New Jersey, R.I. Rotberg & D. Thompson eds., 2000) 211–234

סיעוניהם, עליהם לבסס את סמכות השיפוט של בית-המשפט על הסכסוך שביניהם. החוק מחייב את הצדדים להראות קשר משמעותי בין הנושא השנוי במחלוקת ובין בית-המשפט. הקשר החשוב ביותר מבוסס על זיקה טריטוריאלית, כלומר הפעולות שגרמו לסכסוך התרחשו בטריטוריה הכפופה לסמכות השיפוט של בית-המשפט (עקרון הטריטוריאליות). זיקה נוספת היא הזיקה האישית, במקרים שבהם אחד הצדדים לסכסוך נחשב לחבר בקהילה הפוליטית שבית-המשפט מוסמך לשפוט בענייניה (עקרון הלאומיות, הכולל סמכות אישית אקטיבית או פסיבית). לבסוף, יש להוכיח זיקה במונחי זמן – להראות ששום חוק התיישנות אינו חל על הפעולות הנידונות. שלוש הזיקות הללו, המבססות את סמכות השיפוט של בית-המשפט, מצביעות למעשה על שלושת היחסים המכוננים קהילה פוליטית: מרחב, זמן ואנשים.³⁰ ניתן לראות כי על-מנת לבסס סמכות שיפוט, בית-המשפט חייב לבחון את מידת קרבתו לסכסוך לפי כל אחת מן הזיקות הנזכרות. סמכות שיפוט דורשת ביסוס קשר בין בית-המשפט לסכסוך, בעוד שעקרון הפרדת הרשויות דורש ריחוק, ובעצם תובע מהשופט להיות זר לסכסוך כדי לא לנהוג במשוא-פנים. האם קיימת סתירה אמיתית בין שתי הדרישות הללו? ומה היא מגלה לנו לגבי הסכנה הטמונה במשפט הפוליטי – קרבה מוגזמת לבית-המשפט או שמא מרחק גדול מדי? העיקרון של סמכות השיפוט יכול ללמד כי המפתח לפתרון של בעיית המשפט הפוליטי אינו טמון בהכרח בניסיון לשמור על הפרדה קשוחה בין הרשות הפוליטית לבין הרשות השיפוטית. "צדק עיוור" אינו גורר בהכרח משפט צודק, ובוודאי שאינו מביא תמיד לידי נטרול ההשלכות הפוליטיות של המשפט. אנו רגילים לחשוב על שלטון-החוק במושגים של שמירה על מרחק בין בית-המשפט לבין הצדדים בסכסוך, אך בה-בעת, משפט, כפי שהורגלנו להבינו, מחייב להצביע על זיקה משמעותית בין בית-המשפט לבין הסכסוך הנידון. בעיית המשפט הפוליטי יכולה להתעורר גם כאשר נוצר מרחק גדול מדי בין הערכאה השופטת לסכסוך, בדיוק כפי שהיא מתעוררת כאשר קיימת קרבה מוגזמת. כדי לפתח טענה זו, אבקש לפנות תחילה לתיאוריה של המשפט, אל כותבים שהתמודדו עם שאלת המשפט הפוליטי תוך מתן מקום מרכזי בתיאוריה שלהם ליחס בין בית-המשפט לקהילה הפוליטית הרלוונטית העשויה להעניק לשיפוטו את הלגיטימציה הנחוצה. אני מבקשת לפנות לעבודותיהם של שלושה מלומדים: אוטו קירשהיימר, ג'ודית שקלאר וחנה ארנדט, על-מנת להציע דרך חדשה להתמודדות עם האתגרים החדשים שהמשפט הבינלאומי הפוליטי מציע לעיקרון של שלטון-החוק בעידן של גלובליזציה.

30 באספקלריה משפטית, המשפט הבינלאומי מכיר בחמישה תנאי-יסוד ליצירת סמכות שיפוט (העיקרון הטריטוריאלי, העיקרון המדינתי, העיקרון ההגנתי, האישיות הפסיבית ועקרון האוניוורסליות). ראו: Ratner & Abrams, *supra* note 24, at pp. 140–141. למטרות מאמר זה אני מכלילה את הדוקטרינות הללו על-פי מרכיביהן היסודיים, על-מנת לוקק את מרכיב הקהילה שחבוי בהם.

2. אוטו קירשהיימר: לגיטימציה וסיכון

בספרו צדק פוליטי (1961) אוטו קירשהיימר מצביע על שני היבטים חשובים של תופעת המשפטים הפוליטיים: ראשית, משפטים פוליטיים הינם בלתי-נמנעים לא רק במשטרים דיקטטוריים, אלא גם בדמוקרטיות חוקתיות. שנית, רוב המשפטים נוטים להכחיש עובדה זו.³¹ קירשהיימר מבקר הכחשה זו, ומבקש להחליף אותה בהכרה כנה בתופעת המשפטים הפוליטיים בדמוקרטיות ובמשטרים דיקטטוריים גם יחד, תוך פיתוח כלים לבחינה ביקורתית של מידת הלגיטימיות שלהם בנסיבות שונות.

היבט ייחודי בניתוח של קירשהיימר הוא אי-קבלת האנלוגיה בין "משפטים פוליטיים" ל"משפטי-ראווה".³² במקום זאת הוא מציע הגדרה ניטרלית של משפטים פוליטיים שבהם "בית-המשפט נקרא לפעול כדי להשפיע על חלוקת כוח פוליטי".³³ הבסיס לכתב-האישום חזק לעיתים ולעיתים הוא חלש מאוד, אך הוא נושא בחובו תמיד ערך מוסף, מעבר לבירור האמת, לגבי השלטונות הפוליטיים: מתן לגיטימציה לפעולתם. קירשהיימר מאמץ במכוון הגדרה ניטרלית מבחינה ערכית של המשפט הפוליטי על-מנת לפתח כלי-ביקורת פרוצדורלי להערכת הלגיטימיות שלו.

לדעת קירשהיימר, שתיקתה של תורת המשפט האנגלו-אמריקאית בעניין משפטים פוליטיים אינה תוצר של הזנחה פשוטה, אלא היא נובעת מעצם המסגרת שהתיאוריה הליברלית מייחסת למשפטים פוליטיים. מסגרת זו הינה דו-משמעית: אם המשפט רוצה להיות צודק, עליו להיות מופרד לחלוטין מן הפוליטיקה; אם הפוליטיקה מבקשת להיות לגיטימית, עליה להימנע מכל ניצול של המשפט. כל עירוב בין שני התחומים נתפס כגילוי של שחיתות. על-פי מסגרת הדו-משמעית זו, הביטוי "צדק פוליטי" נתפס כאוקסימורון. קירשהיימר דוחה את המסגרת הבינרית הזאת ומחליף אותה בתיאוריה של דרגות. על-פי התיאוריה שלו, זיהוי של רכיב פוליטי אינו יכול לסיים את הבדיקה. במקום זאת, עלינו לשקול כיצד היסוד הפוליטי מתאזן עם היסוד המשפטי, ולראות אם בסופו של דבר, המשפט מכיל גם רכיב של סיכון מבחינת השלטונות. השקפה זו מאפשרת לקירשהיימר לפנות לכיוון מפתיע במיוחד, ולהראות כיצד ההיגיון הפנימי של המשטר הדמוקרטי מבטיח את המשך התקיימותו של רכיב הסיכון במשפט הפוליטי ואת מניעת הפיכתו למשפטי-ראווה.

בפרק הסיום של ספרו קירשהיימר משתמש פעמים מספר במטפורת ה"מרחב". הוא טוען כי על-מנת להבין משפטים פוליטיים, חייבים להכיר בקיומו של "מרחב שיפוטי" המאפשר לבית-המשפט לפעול במנותק מן האינטרסים של הרשות הפוליטית. המרחב השיפוטי יכול להיות תוצר של הפעלת חוקים הפוגעים בהשגת רצונם של השלטונות, או

31 O. Kirschheimer *Political Justice* (New Jersey, 1961) 47.

32 ברגיל רואים כדוגמה למשפטי-ראווה את משפטי הראווה של סטלין, שנועדו ליצור בסיס משפטי לרדיפה פוליטית של יריבים. ראו: M. Osiel *Mass Atrocity, Collective*

Memory, and the Law (New Brunswick & London, 1997) 65.

33 Kirchheimer, *supra* note 31, at p. 49.

הליכים משפטיים הבולמים הפעלה של כוח בזירות אחרות. הספר מנסה להסביר כיצד מרחב שיפוטי זה גוצר וכיצד ניתן להגדילו. הסברו של קירשהיימר מבוסס על הבנת הדרך שבה משפט פוליטי מתפקד בחברה דמוקרטית. ראשית, קירשהיימר מציין כי המשפט אינו האמצעי היעיל ביותר לדיכוי יריב פוליטי. אם-כן, מדוע השלטונות הפוליטיים מביאים את העניין לדיון בבית-המשפט? מדוע הם מוכנים לוותר על חלק מכותם לטובת בית-המשפט? תשובה מתבקשת אחת היא שבמשטר דמוקרטי השלטונות מנועים מלרכא יריב פוליטי בדרך שאינה משפטית. אך זו אינה יכולה להיות תשובה מלאה. קירשהיימר טוען כי השלטונות פונים אל בית-המשפט מכיוון שפסיקתו עשויה לספק להם ערך מוסף: הענקת לגיטימיות משפטית לפעולה כוחנית. המפתח להבנה של תופעת המשפט הפוליטי טמון באותו מנגנון לגיטימציה הפועל על הקהילה הרלוונטית.³⁴ המשפט יכול להעניק לגיטימציה כל עוד הציבור מאמין שבית-המשפט גהנה מעצמאות ברמה כלשהי. מעורבות מוגזמת של השלטונות במשפט כדי להבטיח תוצאות רצויות להם (כפי שקורה במשפטי-ראווה קלסיים) תערער לגיטימציה זו, ובכך גם תפגע בטווח הארוך ביכולתו של בית-המשפט להמשיך ליצור ערך מוסף למען הרשות הפוליטית. כפי שקירשהיימר אומר: משפט פוליטי בעל תוצאות שנקבעו מראש מחמיץ את המטרה העיקרית; הדימויים שהוא יוצר אינם אלא צלם דמותה של הרשות אשר הורתה על יצירתם. מצד אחר, עצם הבאתו של השיקול הפוליטי בחשבון על-ידי בית-המשפט יוצרת אמון בקרב הציבור כי בית-המשפט מבין את צורכי הקהילה ואינו מנותק ממנה. "התפקיד הכפול" של המשפט הפוליטי מבחינת הרשויות (פגיעה ביריב פוליטי תוך מתן כסות משפטית לפעולה) מגיע את הרשות הפוליטית לוותר מרצונה על התערבות בוטה במשפט כדי לא לאבד את בסיס הלגיטימציה לפעולתה. במילים אחרות, הלגיטימציה של המשפט תלויה בנכונותם של השלטונות לכבד את עצמאותו היחסית של בית-המשפט. על-פי הסבר זה, השלטונות הפוליטיים אינם מוותרים על חלק מכותם בזכות טוב-ליבם, או מכוח הכבוד שהם רוחשים לשלטון-החוק, אלא מחמת האינטרסים הפוליטיים שלהם עצמם (הסיבה שהגיעה אותם מלכתחילה לפנות אל בית-המשפט).

לאחר שזיהה את הדינמיקה האחראית ליצירתו של המרחב השיפוטי העצמאי, קירשהיימר מנסה להצביע על דרכים אפשריות להרחבתו. גורמים מספר מסוגלים לתרום ליכולתו של בית-המשפט לקבל החלטות הנוגדות את דעת השלטונות: חקיקת חוקים המונעים שיפוט בעברות "פוליטיות", יצירת הגנות פרוצדורליות המבטיחות לנאשם "הליך נאות" והבטחת עצמאותם של השופטים בדרך מוסדית. אמצעים אלה אינם יכולים אומנם להבטיח לחלוטין את השוויון בין הנאשם הפוליטי והתביעה, אך הם יכולים לעזור להבטיח מרחב ציבורי שבמסגרתו הנאשם ועורך-דינו עשויים להפתיע את השלטונות על-ידי הסתמכות על סעיפי חוק שונים. המרחב השיפוטי העומד לרשות עורכי-הדין והשופטים משתנה מתקופה לתקופה וממקום למקום, אך קירשהיימר טוען כי אנו יכולים לצפות ש"מרווח" מסוים ייוותר בכל-זאת במשטרים דמוקרטיים בין משפט פוליטי לבין שימוש גס בכוח.³⁵ יתר על-כן, הוא טוען כי הדילמה של המשפט הפוליטי (הסתמכות על

34 Kirchheimer, *ibid*, at pp. 410–411

35 עם זאת, הלגיטימציה אינה רק של השלטונות, אלא גם של בית-המשפט עצמו. השוו:

בית-משפט להשגת מטרות פוליטיות) הגיונית רק במשטרים המחויבים לשלטון-החוק, מכיוון שרק בהם יש לגיטימיות להכרעותיו של בית-המשפט. כך מגיע קירשהיימר למסקנה, הנוגדת לכאורה את האינטואיציה הראשונית, כי "משפט פוליטי ללא סיכון [עבור השלטונות הפוליטיים] נותר אוקסימורון".³⁶ בכך הוא מתכוון לומר ששמירה על אלמנט האי-ודאות במשפט הכרחית במשטר דמוקרטי לא רק למערכת המשפטית, אלא גם לשלטונות הפוליטיים.

תאוריית המשפט הפוליטי של קירשהיימר משליכה על פרשנות העיקרון של הפרדת הרשויות, מכיוון שהיא מבהירה כי הניסיון לבודד את בתי-המשפט באופן מלא מלחצים פוליטיים נידון מראש לכישלון. בדיוק כפי שוויתור מוחלט על עצמאותו של בית-המשפט יכול להזיק לשלטונות הפוליטיים שיאבדו את בסיס הלגיטימציה, כך גם הפרדה מוחלטת עלולה לפגוע בעצם יכולתו של המשפט למתן את הפגיעה, שכן החלטותיו ייתפסו כלא-אמינות בעיני השלטונות והציבור הרחב. הפרדה מוחלטת של השופט מן ההקשר הפוליטי וההיסטורי של הסכסוך מערערת את התמריץ של השלטונות להביא את המקרה לפני אותו בית-משפט ולכבד את פסיקתו, במיוחד אם פסיקה זו שונה מן התוצאה הפוליטית הרצויה. נוסף על כך, אם בית-המשפט (למשל, ערכאה בינלאומית) נתפס כמנותק מצורכי הקהילה, רוב הסיכויים הם שההחלטה תיראה לא-לגיטימית בעיני הציבור המקומי.³⁷ יתר על-כן, ניתוק השופט מן הקהילה מחסן אותו מפני אילוצי "לחיות" את תוצאות פסיקתו, ולכן פסיקה כזו חסרה את יסוד הסולידריות והערבות ההדדית המאפיין חברה דמוקרטית. ייתכן שתובנה זו היא שעומדת ביסוד סירובו של קירשהיימר לקדם את האידיאל של הפרדת רשויות מוחלטת ולהחליפו ברעיון של איוון דינמי בין הרשות המשפטית לפוליטית כמבטיחה משפט פוליטי הוגן (ואפקטיבי).

בניגוד לתפיסה הרווחת של שלטון-החוק כחתימה להפרדת רשויות תוקה, ספרו של קירשהיימר טוען שרק שמירה על קשר חזק ו"חי" בין בית-המשפט והקהילה הפוליטית יכול להבטיח לנו שהמשפט לא ייהפך למשפט-ראווה. לדעתו, כך ניתן להשיג צדק פוליטי

D. Dyzenhaus *Judging the Judge, Judging Ourselves: Truth Reconciliation and the Apartheid Legal Order* (Oxford, 1997) 136-183; D. Dyzenhaus "'With the Benefit of Hindsight': Dilemmas of Legality" *Lethe's Law* (Oxford, E. Christodoulidis & S. Veithch eds., 2001) 65-89. דיזנהאוס מתייחס לסיטואציה שנוצרה בבתי-המשפט של משטר האפרטהייד בדרום-אפריקה: דווקא הצלחתם המוגבלת של קבוצות האופוזיציה בבתי-המשפט הללו סייעה לשמר ולייצב את הלגיטימיות שיוחסה למערכת המשפטית בכללותה - Dyzenhaus, *ibid*, at p. 78. לדיון המעלה הסבר רומה ביחס לבג"צ בישראל, ראו: R. Shamir "'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice" 24 *Law & Soc. Rev.* (1990) 781.

Kirschheimer, *supra* note 31, at p. 426 36

לדיון בהשלכות שיפוט של אוגוסטו פינולה בספרד, המיישם תובנות דומות לגבי הקשר בין בית-משפט לקהילה פוליטית דמוקרטית, ראו: Goti, *supra* note 14. 37

לא כאוקסימורון, אלא כיעד אפשרי שניתן להגשימו על-ידי שמירת האיוון בין שני רכיביו. הסכנה של משפט-ראווה טמונה בקרבה מוגזמת בדיוק כפי שהיא טמונה במרחק מוגזם בין בית-המשפט והקהילה הפוליטית הרלוונטית.

3. ג'ודית שקלאר: מעבר לגליון

ג'ודית שקלאר דוחה את פתרונו של קירשהיימר כבלתי-מספק מכיוון שאינו יכול להסביר את הדינמיקה של צדק פוליטי במשפטים המתרחשים בתקופות מעבר לדמוקרטיה.³⁸ הדילמה של המשפט הפוליטי הובהרה לשקלאר במהלך משפטי טוקיו ונירנברג בשנת 1945. משפטים אלה הניעו אותה לחקור את בסיס התיאוריה הליברלית של המשפט כדי לראות אם ניתן לנסח מחדש כך שתוכל להתמודד עמם. שקלאר נוטלת על עצמה לנסח מחדש תיאוריה ליברלית של המשפט המסוגלת לדון בתופעת המשפטים הפוליטיים כתופעת רצויה בזמן מעבר לדמוקרטיה. האסטרטגיה שלה כוללת את שחרורו של הליברליזם כתיאוריה פוליטית מן האידאולוגיה של הלגליזם.

בעוד שקירשהיימר ניסה לנסח תיאוריה כללית של משפטים פוליטיים הבנויה על צידוק פרוצדורלי, התיאוריה של שקלאר מוגבלת לסוג מסוים מאוד של משפט פוליטי, כזה המתרחש במהלך המעבר לדמוקרטיה (Transitional Justice). במצבים כאלה לא ניתן עוד לסמוך על האיזונים המתקיימים בחברה עם מערכת משפט מתפקדת. היא טוענת כי הערובות הפרוצדורליות הרגילות המבטיחות את האוטונומיה היחסית של בית-המשפט אינן מתפקדות בתקופות מעבר לדמוקרטיה בעקבות מלחמה או מהפכה. חוסר תפקוד זה נובע מכך שמוקמים בתי-משפט אדי-הוק, ומוחלים הליכים ייחודיים כדי להתמודד עם סדר-הגודל העצום של הפשעים ושכיחותם הגבוהה בקרב אלה שכיהנו כאנשי השלטון הקודם. מכיוון שהטריבונלים הבינלאומיים בנירנברג וטוקיו לא היו חלק ממערכת המשפט הרגילה, לא נהנו הנאשמים מהגנתה של מסורת משפטית שהיתה יכולה לבלום, ולו במעט, את הפוליטיזציה של בית-המשפט. נוסף על כך, בית-המשפט היה צריך להתמודד עם סוגים חדשים של פשעים (כגון פשעים נגד האנושות), שהובילו לסטייה מעקרונות-יסוד כאיסור שיפוט רטרואקטיבי. לגליון לא סיפק אם כך מענה לבעיות הספציפיות של צדק בתקופת מעבר, ונדרשו הצדקות חדשות ליישומם במשפטים פוליטיים הנעשים במטרה לקדם הקמת משטרים דמוקרטיים.

שקלאר, כמו קירשהיימר, מדגישה את חשיבות ההכרה ברכיבים הפוליטיים הבלתי-ניתנים-לביטול במשפטים אלה, אך היא טוענת ש"הליך הוגן" כשלעצמו אינו יכול לספק תשובה מלאה לדילמה של המשפטים הפוליטיים. את הלגיטימיות של המשפט הפוליטי אין היא תולה בפרוצדורה, אלא בבחינה מהותית של הערכים הפוליטיים שמנסים לקדם באמצעות המשפט. לדעתה, רק טריבונל המחויב לקדם ערכים של דמוקרטיה חוקתית, גם אם הוא סוטה לשם כך מחלק מן הערובות הפרוצדורליות הרגילות המוענקות לנאשם, יכול להיות מוצדק על-פי התיאוריה הליברלית. במילים אחרות, מכיוון שהאיוון הפנימי

38 Shklar, *supra* note 28.

בין משפט ופוליטיקה במשפטים הנערכים בתוך מדינה אינו קיים בטריבונול בינלאומי המוקם אד-הוק, יש ליצור איוון על-ידי הפעלת מבחן ערכי המבחין בין סוגים שונים של משפטים פוליטיים לאור המשטר הפוליטי שהם מקדמים. מעבר להבטחה מינימלית של הליך הוגן לנאשם תיקבע ההצדקה של המשפט על-פי תרומתו לביטוסה של דמוקרטיה ליברלית. במלותיה של שקלאר: "משפטים פוליטיים יכולים למעשה לשרת מטרות ליברליות כאשר הם מקדמים ערכים לגליסטיים בצורה התורמת לפוליטיקה חוקתית ולמערכת משפטית ראויה."³⁹

למרות ההבדלים המשמעותיים בין הגישות של קירשהיימר ושקלאר, ראוי לציין את הסכמתם בנושא עקרוני אחד: הצורך בתיאוריה של משפטים פוליטיים שתסביר את היחסים בין בית-המשפט וקהילה פוליטית ספציפית. תפקידה של התיאוריה הוא להסביר כיצד ניתן להשיג את האיוון הרצוי בין שני רכיבים אלה. שני המלומדים אינם מוכנים לנסח כללים אוניוורסליים שיקבעו את הלגיטימיות של משפט פוליטי ללא קשר לזמן, למקום ולקהילה שלמענה הם נעשים. שקלאר טוענת כי ניתן להחליט לגבי הלגיטימיות של ההליך המשפטי רק אם מביאים בחשבון את הקהילה שאליה הוא מפנה, את מורשתה הספציפית ואת ההיסטוריה שלה. כך, למשל, ניתן להצדיק את משפטי גירנברג כדרך משפטית לקדם מטרה פוליטית רק אם נביא בחשבון את ההיסטוריה של גרמניה – עם שהיה מחויב בעבר לשלטון-החוק – ונבנה את המשפט כך שיתאים למסורת זו.⁴⁰ שקלאר מסבירה כי אין מנוס מהבאת השיקול הפוליטי הפשוט בחשבון: "לו היינו חושבים על הצרכים הפוליטיים המידיים או על ההשפעה האידיאולוגית של המשפט על גרמניה, היינו יורדים אל הפוליטיקה הפשוטה. אך שני עניינים אלה לבדם הצדיקו את עריכת המשפט."⁴¹ מצד אחר, שקלאר הניחה כי מכיוון שליפן לא היתה מסורת לגליסטית, הניסיון לנהל הליכים דומים במשפטי טוקיו הוא שיצר את עיוות הצדק שם.⁴² לגבי משפט אייכמן היא טענה שיש להעריך אותו בהקשר של הפוליטיקה היהודית-הישראלית, אך לא הרחיבה בעניין זה.⁴³ אנו יכולים להרחיב את התיאוריה של שקלאר גם לגבי ועדות האמת והפיוס בדרום-אפריקה, ולומר שהליכים אלה (ועדות, ולא טריבונולים פליליים) היו לגיטימיים בהתחשב בהיסטוריה של ניצול הלגליזם לרעה על-ידי בתי-המשפט הדרום-אפריקאיים שאכפו את מערכת האפרטהייד ובכך איבדו את אמון הציבור השחור. גישתה של שקלאר מאופיינת בדחייה נחושה של המסורת הלגליסטית שלפיה יש להעריך משפטים המתרחשים בתקופת מעבר על-פי מידת דבקתם במשפט הבינלאומי וקידומו. אמות-מידה הייצוגיות אלה יכולות ליצור "חוק מושלם", אולם הפעלתו בצורה דווקנית וללא התחשבות בקהילה הפוליטית שהוא נוגע בה עלולה לפגוע בקידום המטרה של משטר דמוקרטי. כלומר, רק זווית-ראייה פנימית, כזו הממקמת את המשפט ביחס

39 Shklar, *ibid*, at p. 145

40 Shklar, *ibid*, at p. 168

41 Shklar, *ibid*, at p. 147

42 Shklar, *ibid*, at p. 180

43 Shklar, *ibid*, at pp. 154–155

לקהילה הפוליטית הרלוונטית, מסוגלת לסייע לתיאוריה הליברלית להתעלות מעבר ללגליזם ולפתח קנה-מידה ראוי לבחינת הלגיטימיות של המשפט הפוליטי. רק אם נביא בחשבון את ההיסטוריה והצרכים של הקהילה נוכל להבטיח למשפטים אלה קבלה ואפקטיביות, במיוחד בעיתות מעבר למשטר דמוקרטי.

4. חנה ארנדט: החוק והפורוס

חנה ארנדט ידועה בביקורתה על משפט אייכמן, ובמיוחד על אופן ניהולו על-ידי התביעה הישראלית. היא ביקרה את התובע גדעון האוזנר (ואת ראש הממשלה, רוד בן-גוריון) על שהשתמשו במשפט כאמצעי לקידום אג'נדה פוליטית. ארנדט סברה כי התביעה עיצבה את המשפט כדי לקדם גרסה ציונית של ההיסטוריה של השואה, תוך נכונות להתעלם מכללי ההליך ההוגן לשם השגת יעד זה. היא קראה להפרדה מלאה של המשפט מן הפוליטיקה, ושללה את הלגיטימיות של שימוש בהליך המשפטי לקידום מטרות פוליטיות "חיצוניות" למשפט. לדעתה, המטרה הלגיטימית היחידה לשימוש במשפט פלילי היא בירור אשמתו של הנאשם על-סמך ראיות ועדויות: "כוונת המשפט היא לספק צדק, לא יותר; אפילו המטרה החיצונית הנעלה ביותר... יכולה רק לגרוע מעניינו המרכזי של המשפט: לשקול את ההאשמות שהועלו נגד הנאשם, לשפוט ולהכריע, ואז לקבוע עונש הולם."⁴⁴ ארנדט התנגדה גם לניסיון לשפוט את אייכמן על בסיס הקטיגוריה הפרטיקולרית של "פשע נגד העם היהודי" בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, שכן בדרך זו מתעלמים מן המימד האוניוורסלי של מעשיו. במקום זאת קראה לשפוט על בסיס הקטיגוריה האוניוורסלית של "פשע נגד האנושות", ואף פיתחה פרשנות משלה לפשע חדש זה.

עמדות אלה של ארנדט ידועות. ידועה פחות עמדתה בנוגע לסמכות השיפוט של בית-המשפט הישראלי. אומנם, לדעת ארנדט, המקום הראוי לשפוט את אייכמן הוא בית-דין בינלאומי פלילי, אולם בהיעדרו, היא צידדה בהקניית סמכות שיפוט לבית-המשפט הישראלי. בסוגיה זו מתגלה ארנדט כמי שעמדה נגד רבים בקהילייה הבינלאומית שדחו את הלגיטימיות של בית-המשפט הישראלי וראו את המשפט כולו כמשפטם של הקורבנות.⁴⁵ כיצד ניתן ליישב בין העמדות הסותרות לכאורה שארנדט מציגה בין

44 ארנדט, לעיל הערה 20, בע' 264.

45 לעיון בעמדה אחרת, שלפיה קדמה ארנדט גישה של "לגליזם קשיח", כלומר שיח מופשט ואוניוורסלי של שלטון החוק, ראו: L. Douglas *The Memory of Judgment* (New Haven, 2001) 110–111; S. Felman "Theaters of Justice: Arendt in the Wake of the Holocaust" 1 *Theoretical Inq. L.* (2000) 465. במאמר זה הכותבת מדגימה שני פנים בטיעונה של ארנדט: "שמרנות משפטית" ו"רדיקליות היסטוריוגרפית". פלמן רואה בכך כתירה. הקריאה שלי שונה קמעא, שכן אני מוצאת

האוניוורסליות של הקטיגוריה המשפטית הראויה (פשע נגד האנושות) לבין הפרטיקולריזם של פורום השיפוט (בית-משפט ישראלי) שבו היא מצדדת?⁴⁶ את התשובה ניתן למצוא לדעתי בדרך שבה היא המשיגה את היחס הראוי בין קטיגוריה משפטית מופשטת לקהילה פוליטית קונקרטית.

(א) פשעים נגד האנושות

תפיסתה של ארנדט את מה שכינתה "הבנליות של הרוע" סייעה לה להבין את הצורך הדחוף לחוקק גורמות משפטיות חדשות שיתמודדו עם הפשעים החדשים וימנעו את התרחשותם שוב בעתיד. מכיוון שידעה היטב כי פשע חסר תקדים יכול להוות תקדים בעצמו, וכי מה שהופיע פעם אחת בעולם עלול להופיע שוב, היא ייתסה חשיבות רבה מאוד לקביעת התקדים המשפטי הנכון. גישה זו הציבה אותה כמתנגדת לשני כוחות חזקים במיוחד שמשכו את בית-המשפט אל הכיוון ההפוך. השופטים, כשחקנים במערכת משפטית המחויבים לקטיגוריות ולהבחנות של אותה מערכת, ניסו לקדם את הגישה שלפיה ניתן להתאים את פשעיו של אייכמן לתקדימים משפטיים קיימים. מאידך גיסא, כצופים במהלך המשפט וכמאזינים לעדויות של ניצולי שואה, הגיבו השופטים גם לצורך של הקורבנות להדגיש את ייחודיותה של השואה. מגמות סותרות אלה התלכדו בפרשנות שנתנו ל"פשעים נגד האנושות". בית-המשפט הרחיב את הקטיגוריה המשפטית כך שיהיה ניתן להחיל תקדימים בינלאומיים על ענייגו של אייכמן. בעת ובעונה אחת פתח בית-המשפט פתח לעדויותיהם של כמאה ניצולים שסיפרו את סיפור השואה מנקודת-

כי ניתן ליישב בין שתי הגישות המשפטיות של ארנדט הבאות לידי ביטוי בספר. הניסיון ליישב את הסתירה מעלה על פני השטח את החשיבות שראתה ארנדט לקהילה שהמשפט מופנה אליה. בנקודה זו היא מתחברת אל ביקורתם של קירשהיימר ושקלאר על התעלמות הגישה הליברלית הקלסית מן הקהילה הפוליטית לדיון בהתפתחויות עכשוויות במשפט הבינלאומי, המחליפות גישה אוניוורסלית של שלטון-החוק בגישה קונטקסטואלית של צדק מעברי, גישה המדגישה את תפקיד הקהילה בהליך המשפטי, ראו: R.G. Teitel "Theoretical and International Framework: Transitional Justice in a New Era" 26 *Fordham Int'l L. J.* (2003) 893.

46 בית-המשפט הישראלי היה מודע למתח, ולכן הדגיש: "נקודת הסימוכין בין ישראל והנאשם... בולטת ב'פשע כלפי העם היהודי', עבירה הדורשת כוונה להשמיד את העם היהודי כולו או מקצתו." אולם בית-המשפט ממשיך וקובע: "גם לולא הגדרה ספציפית זאת - ויש לציין כי הצעת החוק מגדירה רק 'פשעים נגד האנושות' ו'פשעי מלחמה' - הייתה 'נקודת הסימוכין' קיימת במציאות שהרי רוב פשעי הנאצים מסוג זה בוצעו נגד העם היהודי; אבל לאור הגדרת 'הפשע כלפי העם היהודי' המצב המשפטי יותר ברור." עניין אייכמן (מחוזי), לעיל הערה 17, בע' 55. מאחר שארנדט התנגדה לקטיגוריה של "פשע נגד העם היהודי", היא נאלצה להתמודד עם המתח הקיים בין הגדרת סמכות טריטוריאלית לבין הגדרת פשע אוניוורסלי.

מבטם האישית, ויחדיו הצליחו לתת שם וצורה לשואה היהודית כפשע חסר תקדים היסטורי.

ארנדט ביקרה בחריפות את גישת התביעה הישראלית. היא ראתה ב"פשעים נגד האנושות" פרק פותח של סיפור חדש (סיפור הפשעים הטוטליטריים שנעשו על-ידי הביוורקרטיה של המדינה המודרנית), ולא פרק חותם בהיסטוריה ארוכה וחוזרת של פעולות אנטישמיות נגד יהודים, כפי שהוצגו על-ידי התביעה. משום כך היא ביקשה להציע לפשעים פרשנות חדשנית משלה, כזו שתוכל להתמודד גם עם אופיים חסר התקדים. בניגוד לבית-המשפט, שראה את חוסר התקדים במניע השטני של הפושע,⁴⁷ ראתה ארנדט את ההיבט חסר התקדים של פשעי אייכמן במטרתם, פשעים שכוונו נגד התנאי הראשוני לקיום אנושי: הפלורליות האנושית.

"הפשע החדש, הפשע כלפי האנושות – במובן של פשע כלפי המצב האנושי או כלפי עצם טבעו של המין האנושי, הופיע כאשר המשטר הנאצי הכריז כי העם הגרמני לא רק שאינו מוכן שיהיו יהודים בגרמניה, אלא שהוא מוכן להעלים את כל העם היהודי מעל פני האדמה. יש להבדיל בין גירוש ובין רצח עם... רצח עם הוא התקפה על עצם המגוון האנושי, כלומר נגד מאפיין של 'המצב האנושי' שבלעדיו המילים 'המין האנושי' או 'אנושות' מתרוננות מכל משמעות."⁴⁸

על-פי ניסוח זה, פשעים נגד האנושות אינם רק "פעולות בלתי-אנושיות" כפי שקבע בית-המשפט, והם גם אינם דומים לפשעים מוכרים יותר, כגון רצח המוני. ייחודם נובע מכך שהם מאיימים על עצם האפשרות של הקיום האנושי (מה שארנדט מכנה "המצב האנושי"), מכיוון שמטרתם היא מהיקתה של קבוצה שלמה מעל פני האדמה. אופיו של הפשע הוא זה שנותן לו בסיס קהילתי. מעבר לאיום על המין האנושי כולו, הוא מכוון נגד אומות קונקרטיות (יהודים, צוענים וכולי). בית-המשפט הכיר אומנם באופיו המיוחד של הפשע, אך כפי שראינו, הוא העניק לו פרשנות פרוטיקולריסטית בעזרת הקטיגוריה של "פשעים נגד העם היהודי".⁴⁹ ארנדט, לעומת זאת, ראתה את הפשע הספציפי (נגד

47 ככל שמדובר במסגרת התייחסות משפטית, המניע, להבדיל מהכוונה המיידית של העברין, אינו רלוונטי לקביעת אחריות משפטית, ולפיכך יכול להישאר "ייחודי". ראו: G.P. Fletcher *Rethinking Criminal Law* (Boston & Toronto, 1978) 452. משכך, היה בית-המשפט יכול לדבוק בעמדתו בדבר ייחודיות המניע של אייכמן (בלתי-אנושי, הייתי) מבלי להפחית בערכו של הבסיס המשפטי להעמדתו לדין וענישתו (תקדימים משפטיים בדבר פשעי מלחמה ורצח-עם).

48 ארנדט, לעיל הערה 20, בע' 279–280.

49 בית-המשפט העליון מרכז התייחסות זו ומכנים את הדיון לקטיגוריה של פשע נגד האנושות: "אין בדעתנו לחזור... אלא רק להבהיר, כי הקטיגוריה המקומית של 'פשע נגד האנושות'... ניתן לראותה כמתפשטת גם על שלוש הקטיגוריות האחרות, כפי שהוכחו במסגרת משפט זה. הנה כי כן, הסוג של 'פשע כלפי העם היהודי' אינו אלא, כפי שקבע בית-המשפט (סעיף 26) 'הסוג החמור ביותר של פשע כלפי האנושות'". עניין אייכמן

היהודים) כביטוי אחד של פשע אוניוורסלי (נגד האנושות) שיהיה ניתן לבצע בעתיד נגד קבוצות אחרות. גם היא, כמו בית־המשפט הישראלי, הדגישה את ההיבטים הקולקטיביים של הפשע; אך שלא כמו בית־המשפט, היא זיהתה פגיעה נוספת בקהילה הגדולה יותר, הקהילה האנושית, מכיוון שכל ניסיון לחסל קבוצה אחת חייב להתפרש גם כהתקפה על הפלורליות האנושית.

(ב) עקרון הטריטוריאליות של סמכות השיפוט

במסגרת האפילוג של אייכמן בירושלים, ארנדט חוזרת לדון בכמה התנגדויות למשפט שהועלו על־ידי הקהילייה הבינלאומית. היא דנה שם בפרשנות הראויה לפשעים נגד האנושות, שאלת משוא־הפנים של בית־משפט יהודי וסמכות השיפוט של בית־משפט ישראלי. היא דוחה את הביקורת בכל הנושאים הללו, וקובעת כי ניתן לבסס את סמכותו של בית־המשפט הישראלי; ובכל־זאת, היא מבססת סמכות זו בצורה שונה מזו שהוצעה על־ידי בית־המשפט. בנקודה זו נוכל לבחון את תפקידה של הקהילה הפוליטית בתורת המשפט של ארנדט, ולראות כיצד היא עשויה לעזור לנו להתמודד עם ההתפתחויות העכשוויות במשפט הבינלאומי.

ראשית, ארנדט בודקת את שתי ההצדקות שסיפק בית־המשפט להרחבתה של סמכות השיפוט הטריטוריאלית שלו, ודוחה אותן כבלתי־מספקות. הסניגוריה טענה כי מאחר שהפשעים בוצעו מחוץ לישראל ולפני הקמת המדינה, אין לישראל כל סמכות לדון בעניין. בית־המשפט ביסס את סמכותו האקסטר־טריטוריאלית על דוקטרינת "האישיות הפסיבית", שלפיה מדינה קונה סמכות שיפוט על פשעים שבוצעו מחוץ לטריטוריה שלה כאשר היא יכולה להראות קשר מיוחד לקורבן.⁵⁰ באופן רגיל, יש צורך שהקורבן יהיה אזרח המדינה; אך מכיוון שישראל לא היתה קיימת בזמן ביצוע הפשע, זיהה בית־המשפט קשר מיוחד כזה בעובדת היותם של הקורבנות יהודים. ערכאת הערעור היתה מודעת ככל הנראה לבעייתיות הכרוכה בעצם השימוש בסיווג משפטי על בסיס אתנו־דתי, ולכן בחרה להדגיש בסיס נוסף המקים את סמכות בית־המשפט: הדוקטרינה של "סמכות השיפוט האוניוורסלית".⁵¹ על־פי דוקטרינה זו, שהצגתי אותה בקצרה לעיל, פעלה ישראל כשליחה של הקהילייה הבינלאומית בהעמדתו של אייכמן לדין באשמת פשעים נגד האנושות, ומאחר שגרמניה או כל מדינה אחרת לא הציעו לשפוט את אייכמן, מילאה ישראל את תפקידה נאמנה כבת למשפחת האומות. ארנדט דחתה את שתי הדוקטרינות כבלתי־מספקות. דוקטרינת "האישיות הפסיבית",

(עליון), לעיל הערה 19, בע' 2047–2048. לדיון במתח החבוי בפסק־הדין בין אוניוורסליזם לפרטיקולריזם, ולטענה כי השופט אגרנט ביקש להדגיש את הפן האוניוורסלי של הפשע בעוד שהשופט זילברג, שאיבד את משפחתו בשואה, ביקש להדגיש את הפן הפרטיקולרי, ראו פ' להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית (תשס"ג) 207–219.

50 עניין אייכמן (מחוזי), לעיל הערה 17, בע' 21–28.

51 עניין אייכמן (עליון), לעיל הערה 19, בע' 2066–2067.

כך טענה, אינה תואמת את יסודות המשפט הפלילי המודרני, שהעביר את השליטה בהליך הפלילי מן הפרט אל הקהילה הנפגעת (מדינת־הלאום).⁵² דוקטרינת "האישיות הפסיבית" גם אינה מספקת, שכן היא מדגישה את העוול שנגרם לקורבנות האיוורורדואליים כסיבה העיקרית להליך המשפטי, ולא את העוול הכללי יותר ל"קהילה" הנפגעת.⁵³ עובדה זו יכולה ליצור, לדעתה, קרבה מוגזמת בין המשפט הפלילי לבין נקמה פרטית. היא לא היתה שבעת־רצון גם מן העיקרון של "סמכות שיפוט אוניוורסלית", מכיוון שהוא היה מבוסס על אנלוגיה שגויה לחוקים שנועדו לטפל בשודדיים. שודדיים, כתבה ארנדט, הוא אדם הנמצא "מחוץ לחוק" (outlaw) והוא פועל בים הפתוח ללא דגל, מחוץ לתחום שיפוט של מדינה כלשהי.⁵⁴ אייכמן, שלא היה כלל וכלל "מחוץ לחוק", שירת כחבר נאמן במדינתו ופעל בשמה. במילים אחרות, הבעיה שהציג הנאציזם לפני הקהילה הבינלאומית לא היתה בעיה של פרטים הנמצאים מחוץ לחוק, אלא בעיה שעלתה מפעולותיה של "מדינה מחוץ לחוק" – מדינה פושעת.⁵⁵

אף־על־פי שביקרה את תקפותן של שתי הדוקטרינות להרחבת סמכות שיפוט טריטוריאלית, תמכה ארנדט בכל־זאת במתן סמכות שיפוט לבית־המשפט הישראלי בעניין אייכמן. היא טענה כי במקום לחפש "יוצא מן הכלל" לסמכות הטריטוריאלית, היה בית־המשפט צריך לפרש מחדש את עקרון הטריטוריאליות כדי שיתאים לאופיו של הפשע החדש. מכיוון שפרשנותה היא כה חדשנית, ראוי לצטט אותה במלואה:

"ישראל הייתה יכולה לטעון בקלות לסמכות שיפוט טריטוריאלית לו רק הסבירה ש'טריטוריה', כפי שהחוק מבין זאת, היא מושג פוליטי ומשפטי ולא מונח גיאוגרפי גרידא. המושג אינו קשור דווקא, ולא בעיקר, לפיסת אדמה, אלא למרחב בין יחידים בקבוצה שחבריה קשורים זה לזה, ובו בזמן נפרדים זה מזה ומוגנים זה מפני זה באמצעות כל מיני יחסים, המבוססים על שפה משותפת, דת, היסטוריה משותפת, מנהגים וחוקים. יחסים כאלה מגיעים לידי ביטוי במרחב כל עוד הם עצמם מהווים את המרחב שבתחומו חברי הקבוצה השונים מתייחסים איש לרעהו ומתקשרים זה עם זה."⁵⁶

52 "מאחר שהליכים פליליים הם בגדר חובה, ולכן פותחים בהם גם אם הקורבן מעדיף לשכוח ולסלוח, מסתמכים על חוקים ש'תמציתם', אם לצטט את טלפורד טיילור... היא 'שפשע אינו מתבצע רק נגד הקורבן אלא בראש ובראשונה נגד הקהילה שאת חוקיה הוא מפר'." ארנדט, לעיל הערה 20, בע' 272.

53 ארנדט, שם, בע' 271–272.

54 ארנדט, שם, בע' 272–274. המשפטנית מדליין מוריס מחזקת קו טיעון זה בהצביעה על כך שמלכתחילה שלל המשפט הבינלאומי סמכות שיפוט על שודדיים אשר פעלו בשליחות מדינות, והגביל את סמכות השיפוט האוניוורסלית לשודדיים עצמאיים, כדי למנוע קונפליקט פוליטי בין מדינות. Morris, *supra* note 9, at pp. 339–340.

55 ארנדט, שם, בע' 273.

56 ארנדט, שם, בע' 274.

על בסיס פרשנות תרבותית זו של המושג "טריטוריאליות" ניסתה ארנדט להצדיק את סמכות השיפוט הישראלית לגבי פשעים נגד האנושות. הפשעים כווננו נגד העם היהודי כקבוצה, ובמובן זה פגעו בטריטוריה של העם היהודי. היא הסבירה כי יהודים לאורך הדורות שמרו על הטריטוריה שלהם כקהילה, וכי לאחר השואה ירשה מדינת ישראל את המרחב התרבותי הזה. עצם נסיונם של הנאצים להרוס את ה"טריטוריה" המיוחדת שקשרה את היהודים זה לזה לאורך הדורות היא שעשתה את פשעם לייתודי; כלומר, למשהו שונה באיכותו מניסיון לרצוח יהודים כפרטים (גם אם באופן המוני). מדינת ישראל, שהוקמה לאחר השואה, זכתה בהכרה בינלאומית בין השאר בשל הכרת העולם בפשע שנעשה לקהילות היהודיות. במילים אחרות, בסיס הלגיטימיות להגדרה העצמית המדינית ליהודים היא שמצדיקה את סמכות השיפוט של מדינת ישראל על אייכמן.⁵⁷

חשוב להדגיש כי פרשנות זו לעקרון הטריטוריאליות מצמצמת את סמכות השיפוט של בית המשפט ביחס לשתי החלופות של דוקטרינות "האישיות הפסיבית" ודוקטרינת "הסמכות האוניוורסלית". ארנדט טענה כי בית המשפט ישראלי אינו יכול לשפוט את כל הפשעים נגד האנושות (סמכות שיפוט אוניוורסלית), אלא רק את אלה שכווננו כלפי העם היהודי. בדומה לכך, לא כל פשע שכוון נגד יהודי כיהודי מצדיק מתן סמכות שיפוט לבית המשפט (סמכות שיפוט אישית-פסיבית); רק כאלה המאיימים על קיומה הרציף של הקהילה היהודית. מכאן ניתן לראות כי הפרשנות שנתנה ארנדט לפשעים נגד האנושות עולה בקנה אחד עם הפרשנות שנתנה לעיקרון של סמכות השיפוט הטריטוריאלית. בשני המקרים היא דוחה פרשנות אינדיווידואליסטית של החוק הבינלאומי השמה במרכז את הפרט הנפגע או הפוגע, כדי להציב את הקהילה הנפגעת במרכז הדיון. באופן זה מתיישבת הסתירה הלכאורית שהצגתי בתחילת הפרק. כך שומרות הפרשנויות של ארנדט לדיון המהותי ולכללים הפרוצדורליים על הזיקה בין בית המשפט ובין קהילה פוליטית ספציפית מבלי ליפול במלכודת האוניוורסליות הריק או בזו של הפרטיקולריות האתנוצנטרית.

ד. המשפט הפוליטי בהקשר הבינלאומי

1. מבוא

ההתפתחויות האחרונות במשפט הבינלאומי הקדימו את התיאוריה בנושא, הנמצאת עדיין בחיתוליה. בחלק זה אבקש להציג את ההתפתחויות האלה תוך ניסיון ראשוני לפתח תיאוריה שתאפשר להעריכן. נקודת-המוצא של כל דיון צריכה להיות מטרותיו של

57 בית המשפט המחוזי ציין גם הוא עובדות אלה, אך לא השתמש בהם כדי להגדיר מחדש את עקרון הסמכות הטריטוריאלית. עניין אייכמן (מתחזק), לעיל הערה 17, בע' 55-56. אך ראו הדיון בכנסת עם קבלת האמנה למניעת פשע השמדת-עם, ובמיוחד דבריו של שר המשפטים פנחס רוזן, לעיל הערה 17.

המשפט הפלילי הבינלאומי. כפי שטענתי בתחילת החיבור, הנטייה הראשונית היא לראות את המשפט הפלילי הבינלאומי כהתפתחות של המשפט הפלילי המדינתי, שנועדה למלא חסר חשוב של שיפוט בתחום של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות. גישה זו אינה מצריכה חשיבה על מטרות ייחודיות לשיפוט הפלילי הבינלאומי, שכן המטרה הלגיטימית האחת היא מציאת האשמים והעמדתם לדין. גישה זו, לטעמי, לוקה בתמימות ואף עשויה להחליש בסופו של דבר את המשפט הבינלאומי. מצבו של המשפט הבינלאומי שונה כיום מאוד ממצבו של המשפט המדינתי, שכן הקמת רשות שופטת בינלאומית אינה מלווה עדיין בהקמת שתי הרשויות האחרות – המבצעת והמחוקקת.⁵⁸ לפיכך, הרשות השופטת מוגבלת מאוד בכוחה, במשאביה ובמידת הלגיטימיות של פעולותיה. כדי לאפשר התפתחות אמיתית של משפט בינלאומי פלילי, יש להגדיר מראש את מטרותיו הייחודיות, הן לנוכח החסר במשפט המדינתי והן בהתחשב במבנהו ובמשאביו המוגבלים של המשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי הפלילי בנוי משני נדבכים: נדבך פלילי – המתייחד בהגדרת פשעים שלמדינת-לאום יש קושי לשופטם ולקהילייה הבינלאומית יש עניין מיוחד במיציא דינם; לצד נדבך בינלאומי – המתייחד בקידום הדמוקרטיה של קהילות שונות בעולם וקידום המסגרת של יחסי השלום ושיתוף-הפעולה הבינלאומיים. היחס בין שני הנדבכים הוא של השלמה, ולא של היררכיה, כפי שמקובל לחשוב בטעות. המטרה העיקרית היא אם-כן שיפוט פלילי של פשעים בעלי חשיבות בינלאומית (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות וכיוצא בזה) באופן שיקדם את הדמוקרטיה, השלום והיציבות בקהילות הפוליטיות.⁵⁹ בנקודה זו אנו חוזרים לתובנות של שקלאר, שהצביעה על חשיבות המשפט הבינלאומי ככלי לקידום הדמוקרטיה וביקרה את הנטיות המקסימליסטיות לראות במשפט הבינלאומי משפט פלילי רגיל לכל דבר ועניין. הגישה המקסימליסטית יוצרת תקוות-שוא שכל פשע חמור במיוחד (העולה כדי פשע נגד האנושות או פשע השמדת-עם) יובא לשיפוט בבית-הדין הפלילי הבינלאומי ושם ימצא את תיקונו. לעומת זאת, גישה ריאליסטית יותר תראה את עיקר כוחו של המשפט הפלילי הבינלאומי דווקא ביחס למדינות דמוקרטיות או כאלה שעוברות הליכים של דמוקרטיזציה, ולכן גם תנסה לתפור את ההלכות כך שיחזקו תהליכים אלה במסגרת השיפוט הפלילי (או הוויתור עליו, כגון במקרה של ועדת אמת ופיוס אפקטיבית). אם יוצאים מנקודת-מוצא זו מגלים כי עלול להיווצר מתח בין שיפוט פלילי בינלאומי לבין מטרת קידומה של הדמוקרטיה, זאת כאשר טריבונל בינלאומי כופה על הקהילה הרלוונטית את שיפוטו מבחוץ ופוגע בכך בקבלת אחריות עצמית של הקהילה ובקיום בירור פנימי נוקב בהכרה האזרחית.⁶⁰ על המשפט הבינלאומי למצוא אם-כן דרך

58 א.ך דאו: J.L. Goldsmith "The Internet and the Legitimacy of Remote Cross-Border Searches" *U. Chi. Legal F.* (2001) 103; וכן: S. Holmes "Why International Justice Limps" 69 *Social Research* (2002) 1005.

59 16–18 L. Arbour *War Crimes and the Culture of Peace* (Toronto, 2002). הכותבת, שהיתה שופטת בבית-הדין ברואנדה וביוגוסלביה, טוענת שיש לשאול כיצד שיפוט פלילי בינלאומי יכול לקדם את מטרת השלום בעולם, ומתוך זה משרטטת אמות-מידה ייחודיות לשיפוט פלילי בינלאומי.

60 ספק איפוא בעיני אם היתה מתקיימת כיום ועדת חקירה נוסח ועדת כהן או אם היה

להתגבר על הקסרים בהעמדה לדין על פשעים מסוימים (כדי לחזק את הדמוקרטיה ואת שוויון הכל לפני החוק), אך לעשות זאת בדרך שלא תפגע בתפקודה של הדמוקרטיה (על-ידי יצירת ניכור כלפי בית-הדין או התעלמות מהוראותיו) או במעמדו של בית-הדין. מטענתו, המנגנון של תביעות בבתי-משפט של צד שלישי, שנוצר בשל היעדר בית-דין פלילי בינלאומי קבוע, אינו פותר את הבעיה, שכן הוא מבוסס על מתן עדיפות מוחלטת להוראות המשפט הבינלאומי. לעומת זאת, חוקת רומא, שהקימה את בית-הדין הבינלאומי הפלילי, אימצה את עקרון ההשלמה (או השיוריות) ויצרה בכך מנגנון שיכול לאזן בין הכוחות המנוגדים ולקדם את מטרתו הייחודית של המשפט הפלילי הבינלאומי.⁶¹

2. הקרימינליזציה של המשפט הבינלאומי

הפרשנות שנתן בית-המשפט הישראלי לעקרון הסמכות האוניורסלית, כמו גם הפרשנות שנתנה ארנדט לעקרון הטריטוריאליות, לא זכו בזמנן בתשומת-לב בינלאומית. עובדה זו קשורה לכך שלאחר משפט אייכמן לא ניסו בתי-משפט מדינתיים להפעיל סמכות שיפוט אוניורסלית כדי לתבוע אזרחים של מדינות אחרות על הפרות חמורות של זכויות-אדם. הדבר נבע כנראה מכך שפשעים נגד האנושות, פשע השמדת-עם ופשעי מלחמה מבוצעים בדרך כלל בשמן של מדינות או לפחות בחסותן. נטילת סמכות שיפוט אוניורסלית לגבי פשעים כאלה על-ידי מדינה שלישית מהווה בהכרח פגיעה בריבונותה של המדינה הרלוונטית ויוצרת חשש לפגיעה ביחסים בין שתי המדינות.⁶² יתר על-כן, עד להקמת בתי-הדין לעניין יוגוסלביה ולעניין רואנדה היתה הדעה הכללית כי משפטים מעין אלה נגועים בפוליטיזציה, והם בסך-הכל ביטוי ל"צדק של מנצחים".⁶³ אך בשנים

נכתב דו"ח מפורט לנוכח ההשלכות החמורות הבינלאומיות שהיו למהלך כזה. מתח זה דומה לבעיה שמתגלה כאשר בג"צ מתערב בהחלטות של הכנסת ומשחרר אותה בכך מנטילת אחריות על ההחלטות. לדיון ראו י" דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפיכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149.

61 חוקת רומא, The Rome Statute of the International Criminal Court, אומצה על-ידי ועידת האו"ם הדיפלומטית של ה-ICC ב-17 ביולי 1998 ברומא. לעיון באמנה ובמסמכים הנלווים לה ראו: URL: <http://www.un.org/law/icc>.

62 Morris, *supra* note 9, at pp. 345–351.

63 בית-הדין הפלילי הבינלאומי לעניין יוגוסלביה-לשעבר, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), הוקם בהאג בעקבות החלטה 827 של מועצת הביטחון של האו"ם. החלטה זו התקבלה ב-25 במאי 1993 בעקבות הפרות חמורות של החוק הבינלאומי שנעשו על אדמת יוגוסלביה-לשעבר משנת 1991. לעיון במסמכים הקשורים לבית-הדין, ראו: URL: <http://www.un.org/icty>. בית-הדין הפלילי הבינלאומי לעניין רואנדה, The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), הוקם בעקבות החלטה 955 של מועצת הביטחון של האו"ם בנובמבר 1994. תכלית הקמתו הוגדרה כניסיון לתרום לתהליך של פיוס לאומי ברואנדה ושימור השלום

האחרונות השתנה מצב זה, ותביעות אחדות בעניין פשעים בינלאומיים נשמעו בבתי-משפט מדינתיים. לדוגמה, הגשת כתבי-אישום לבית-משפט ספרדי נגד אוגוסטו פינולה (ראש-מדינה לשעבר) הובילה לא רק להליכים בבית-המשפט הספרדי, אלא גם להליכי הסגרה באנגליה ולהגשת כתבי-אישום בבלגיה, צרפת ושווייץ.⁶⁴ כמו-כן, כפי שאנו יודעים, בית-המשפט הבלגי היה מוכן לשמוע תביעה בעניינו של ראש-מדינה מכהן, אריאל שרון, כשהוא עושה זאת על-פי סמכות שניתנה לו מכוח חוק חדש.⁶⁵ ניתן להסביר

באזור. בפברואר 1995 החליטה מועצת הביטחון, בהחלטה 977, שמקום מושבו של הטריבונל יהיה בארושה, ברפובליקה המאוחדת של טנזניה. בית-הדין הוקם כדי לשפוט את האחראים לרצח-עם ולהפרות חמורות נוספות של החוק הבינלאומי, כפי שפשעים אלה בוצעו על אדמת רואנדה בין ינואר לדצמבר 1994. כמו-כן, בית-הדין יכול לדון בתביעות נגד אזרחים רואנדיים שביצעו באותה תקופה עברות של רצח-עם והפרות דומות של החוק הבינלאומי במדינות שכנות. לעיון במסמכים הקשורים לבית-הדין לעניין רואנדה, ראו: URL: <http://www.ictt.org>.

64 ב-16 באוקטובר 1998 הוציא השופט הספרדי בלזאר גרסון צו-מעצר שעל-פיו גרם פינולה לרצחתם של שבעים ותשעה אזרחים ספרדיים בצ'ילה בתקופה שבין השנים 1973 ו-1978. במרס 1999 פסק בית-הלורדים כי לפינושה אין חסינות מפני העמדה לדין בגין עינויים שביצע כראש-מדינה מכהן, ועל-כן ניתן להסגירו לספרד. במרס 2000 החליטה בריטניה לא להסגיר את פינולה לספרד בשל אי-כשירותו לעמוד לדין. פינולה עזב לצ'ילה. באוגוסט אותה שנה הוסרה החסינות הפרלמנטרית של פינולה על-ידי בית-המשפט העליון של צ'ילה. במרס 2001 פסק בית-המשפט של צ'ילה כי פינולה כשיר לעמוד לדין, אך המתיק את כתב-האישום מרצח ל"חיפוי" (concealment). ביולי 2001 הורה שופט ארגנטיני על מעצרו בגין הפרת זכויות-אדם שונות, אולם ב-9 ביולי 2001 קבע בית-המשפט לערעורים בסנטיאגו שפינולה אינו כשיר נפשית לעמוד לדין בפרשיית "קראון המוות", שבה ביצעה יחידה צבאית בפקידו, לכאורה, פשעים בשבעים וחמישה אסירים לאחר ההפיכה בשנת 1973. Hasson, *supra* note 9, at pp. 146-149; *The Pinochet papers: the case of Augusto Pinochet in Spain and Britain* (The Hague, R. Brody & M. Ratner eds., 2000).

65 ביוני 2001 החל בית-המשפט הבלגי לדון בתביעה נגד ראש ממשלת ישראל, אריאל שרון, שהואשם ברצח-עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה. מעשיו של שרון בוצעו לכאורה כאשר שימש שר ביטחון בממשלת ישראל. מתוקף תפקידו, הוא הורה על פלישת ישראל ללבנון ושלה למחנה פליטים בביירות מיליציה של פלנגות נוצריות שביצעה ביוזמתה מעשי טבח אכזריים באוכלוסייה הפלסטינית. ב-14 בפברואר 2002 נקבע בפסק-הדין של ה-ICJ בעניין *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (להלן: עניין נדומבאסי) כי בירור תביעה הנוגעת בנציג ממשלת קונגו מהווה הפרת ריבונותה של קונגו ופוגעת בעקרונות ההסיונות הדיפלומטית. הכרעה זו השפיעה ככל הנראה על התביעה נגד אריאל שרון. ב-12 בפברואר 2003 קבע בית-המשפט העליון בבלגיה כי אריאל שרון נהנה מחסינות משפטית מתוקף היותו ראש ממשלה מכהן. עם זאת נרמז

את הנכונות החדשה בהתפתחויות במשפט הבינלאומי לגבי הגדרת פשע נגד האנושות, היחלשותו של עקרון הריבונות, חיווק ההגנה על זכויות האדם⁶⁶ וכן סיום המלחמה הקרה.⁶⁷

התפתחויות אלה דורשות הבנה טובה יותר של העיקרון של סמכות השיפוט האוניוורסלית והשפעתו על קיומם של משפטים פוליטיים חדשים. בחלק זה של המאמר אבקש לתאר בקצרה את הקשיים הנוצרים בגלל חסרונן של אמות מידה ברורות להערכת הוויקה הראויה בין בית המשפט והקהילה הפוליטית, ובפרק הבא אשרטט קווים לפתרון אפשרי.

הקמתם של בתי הדין הבינלאומיים אד-הוק לשיפוט פשעי המלחמה ופשעים נגד האנושות שהתרחשו ביוגוסלביה - ICTY, וברואנדה - ICTR, היו למעשה הקדמה ליצירת בית דין פלילי בינלאומי קבוע בהאג. כיום יש שתי אפשרויות לתביעה בגין פשעים נגד האנושות כאשר בתי המשפט לאומיים במדינה הרלוונטית אינם פועלים בעניין: בתי המשפט של מדינות צד שלישי המפעילים סמכות שיפוט אוניוורסלית, ותביעות פליליות המוגשות לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ה-ICC) על-פי חוקת רומא. לטענתי, בעוד שהאפשרות הראשונה הובילה להרחבתה הבלתי מרוסנת של סמכות השיפוט,⁶⁸ ובכך הגבירה את סכנת המשפטים הפוליטיים הבלתי לגיטימיים, חוקת רומא

בהחלטה כי ייתכן שעניינו יידון בעתיד, עם סיום כהונתו כראש ממשלה. בניגוד להחלטה בעניין שרון, אישר בית המשפט את העמדתו לדין של אלוף עמוס ירון (שהואשם אף הוא על חלקו במלחמת לבנון). כמו-כן נקבע שהמשפט בעניינם של נאשמים דוגמת ירון יכול להיערך גם ללא נוכחותם הפיזית במשפט. ההליכים נגד שרון קוימו בהתאם לחוק הבלגי משנת 1993 הנוגע בענישה בגין הפרות חמורות של אמות ז'נווה והפרוטוקולים הנלווים להן, כפי שתוקנו ב-10 בפברואר 1999: Act of 16 June 1993 Concerning the Punishment of Grave Breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and their Additional Protocols I and II of 18 June 1977 (Belg., Official Journal, 38 I.L.M. (1999) 918, 921). לסיכום תמציתי של הדיון בעניינו של שרון בבלגיה, ראו: M. Simons "Sharon Faces Belgian Trial After Term Ends" *New York Times* 12.2.03; A. Sammons "The 'Under-Theorization' of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts" 21 *Berkeley J. Int'l L.* (2003) 111, 113.

66 Teitel, *supra* note 45.

67 Holmes, *supra* note 58, at p. 1061.

68 אך ראו שינוי שחל לאחרונה בחוק הבלגי. (חוק חדש מאפשר לפתוח בהליכים משפטיים רק כאשר המתלונן או החשוד הוא אזרח בלגי או שהוא חי בבלגיה תקופה ממושכת לאחר ביצוע העברה. כמו-כן החוק מקנה חסינות דיפלומטית למנהיגי העולם ולבכירי ממשל המבקרים בבלגיה. התפתחות זו מביאה לידי צמצום הפער בין האופציה של תביעה במדינת צד שלישי לבין תביעה בבית הדין הפלילי (השוני נותר בעיקר במנגנון הייזום): CNN.com 1.8.03 "Belgium adopts new war crimes law"; "בלגיה: בוטל סופית החוק שאפשר להעמיד את שרון לדין" Ynet 1.8.03.

יוצרת, לעומת זאת, עקרון סמכות שיפוט מוגבל הרבה יותר, שהוא בעל פוטנציאל טוב יותר ליצירת איזון ראוי בין המשפט והקהילה הפוליטית.

(א) סמכות אוניוורסלית בבתי-משפט מדינתיים של צד שלישי

העיונות בין קהילה פוליטית ובית-משפט חיצוני מתרחש בדרך-כלל כאשר הקהילה מעניקה סוג מסוים של חסינות למנהיג פוליטי או נמנעת כליל מלתבוע אותו. פשרות פוליטיות כאלה נעשות בגלל צורכי פיוס או מעבר בין משטרים, והן נהנות מלגיטימציה בדרגות שונות.⁶⁹ במקרה של פינושה, לדוגמה, לאחר שפרש מהנהגת המדינה ב-11.3.90, הוא המשיך לפקד על הצבא עד ה-10.3.98, ולאחר-מכן קיבל תואר של סנטור-לכל-חיינו וזכה בחסינות על-פי הוראות החוקה של צ'ילה. היתה זו חנינה-כללית עצמית, סוג החנינה הפחות לגיטימי מכולם.⁷⁰ לעומת זאת, במקרה של אריאל שרון פעלו גם המערכת הפוליטית וגם המערכת הציבורית בישראל בצורה נאותה כאשר דעת-קהל ביקורתית, לאחר ביצוע הטבח על-ידי הפלנגות הנוצריות במחנות הפליטים סברה ושתילה, הובילה להקמתה של ועדת חקירה בראשות שופט בית-המשפט העליון. ועדה זו קבעה כי אריאל שרון, שהיה אז שר הביטחון, אחראי פוליטית, אך היא לא המליצה על הליכים פליליים. היא פרסמה דו"ח חמור, ושרון נאלץ להתפטר מן הממשלה.⁷¹ הוא נבחר לראשות הממשלה רק כעבור עשרים שנה, וכיום הוא נהנה מחסינות כראש-מדינה מכהן.

בתי-המשפט בבריטניה ובבלגיה נאלצו להתמודד עם דילמה: כיצד להגיב על הפשרות הפוליטיות הללו? האם מוצדק להימנע בגינן מקיום הליכים משפטיים בינלאומיים? מבלי לפרט יתר על המידה, שני הטריבונלים היו מוכנים להעניק פרשנות רחבה לעיקרון של סמכות השיפוט האוניוורסלית, וכך להעניק עדיפות לנורמות של המשפט הבינלאומי על אלה של המשפט המקומי. פרשנות זו הגבילה את תחום החסינות הריבוגית של ראשי-מדינה מכהנים ושל אלה שניהנו בתפקיד. דעה זו הובעה באופן הבהיר ביותר בעניין פינושה על-ידי לורד ג'קולס, שכתב בדעת הרוב כך:

"המשפט הבינלאומי הבהיר כי סוגים מסוימים של התנהגות... אינם מקובלים יותר

69 לעיון באמות-המידה לבחינת החנינות, ראו: K. Henrard "The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law" 8 *MSU-DCL J. Int'l L.* (1995) 595; J. Llewellyn "Just Amnesty and Private International Law" *Torture as Tort* (Oxford & Portland, C. Scott ed., 2001) 567-600.

70 ראו: G.K. Young "Amnesty and Accountability" 35 *U.C. Davis L. Rev.* (2002) 427.

71 דו"ח ועדת-החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות התשמ"ג - דין וחשבון (הוגש על-ידי יצחק כהן, נשיא בית-המשפט העליון - יושב ראש; אהרן ברק, שופט בית-המשפט העליון - חבר; יונה אפרת, אלוף (מיל') - חבר) 122-123. המלצות הוועדה נגעו באחריותם האישית של כמה נושאי משרה בממשלת ישראל ובצה"ל. אריאל שרון, שר הביטחון דאז, נמצא אחראי אישית לאירועים, והוועדה המליצה שראש הממשלה יביא לידי פיתוריו.

על ידי איש. קביעה זו תקפה לגבי ראשי מדינה כפי שהיא תקפה לגבי כל אדם אחר, אם לא יותר מכך; מסקנה הפוכה רק תהפוך את המשפט הבינלאומי ללעג ולקלס.⁷²

התפתחויות אלה בעייתיות במיוחד מנקודת-המבט של התיאוריות שנידונו כאן, מכיוון שנדמה כי הן מתירות את הקשר בין הקהילה הפוליטית הנוגעת לעניין לבין בית-המשפט בשם עקרונות אוניוורסליים של המשפט הבינלאומי. התיאוריות שהצגנו יכולות לסייע לנו להעריך את מידת הלגיטימיות של המשפטים החדשים. לנוכח חשיבות הקשר בין הערכאה השיפוטית לקהילה הפוליטית, נראה כי הניסיון להעמיד את ראש ממשלת ישראל, אריאל שרון, לדין לפני בית-משפט בלגי הינו בעייתי במיוחד. הבעיה בהליכים אלה אינה הפוליטיזציה של המשפט במובן של משוא-פנים של השופטים כלפי אחד הצדדים לסכסוך; הבעיה נעוצה בהסרונה דווקא של זיקה פוליטית משמעותית בין בית-המשפט לבין קהילת הקורבנות או קהילתם של המבצעים. העובדה שהחוק הבלגי (לפני שתוקן) לא תבע קשר משמעותי (לאומי או טריטוריאלי) בין בית-המשפט לבין הצדדים המעורבים בסכסוך עשתה את בית-המשפט נוח במיוחד למניפולציה לא-ראויה על-ידי קבוצות פוליטיות שונות לקידום האינטרסים שלהן.⁷³ החוק בבלגיה יצר טריבוטל מבודד לחלוטין מכל קשר לקהילה הפוליטית הרלוונטית. אם כך, באופן פרדוקסלי, הגשמת האידיאל המיוחל של "הפרדת רשויות" פותחת למעשה פתח לסוג חדש של פוליטיזציה: לגליון "חזק", המנתק את בית-המשפט מן הסכסוך הפוליטי ומעודד אותו להתעלם מן הלחצים הפוליטיים של הצדדים המעורבים, לגיטימיים ובלתי-לגיטימיים כאחד. לגליון זה עשוי ליהפך לגידול-פרא כל עוד אין הנחיות להפעלת שיקול-הדעת של בית-המשפט.⁷⁴ ההליכים המשפטיים מאיימים להשתלט על הספרה הפוליטית, אך הם סובלים מחוסר איזון כרוני. בעיה זו עשויה להסביר את החלטת בית-הדין בהאג לבטל את

72 R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte [1999] 2 W.L.R. 272 (H.L.), הודפס מחדש ב: 430 ILM (1999) 38, אולם ההרכב הזה נפסל מאוחר יותר, וההרכב השני הסכים שבמסגרת החוק המדינתי והבינלאומי האוסר על עינויים, ניתן להסיק את אי-ההתאמה של דוקטרינת החסינות. לעיון מעמיק בסוגיה, ראו: J.I. Charney "Progress in International Criminal Law?" 93 A.J.I.L. (1999) 452.

73 כך, למשל, לצד יוזמת הקורבנות הפלשתיניים לתבוע את שרון, הוגשה תביעה נוספת מכוח החוק הבלגי משנת 1993 על-ידי ארגון של קורבנות טרור ישראלים, הטוענת לאשמתו של יאסר ערפאת בפשעים נגד האנושות, ראו: P. Jacobson "Israeli Victims Suc Arafat" Sunday Telegraph (London) 23.9.01.

74 לעיון במאמר שלפיו, אף שהשימוש של בתי-המשפט המדינתיים בסמכות שיפוט אוניוורסלית אינה כובלת אותם למגבלות מסורתיות של מקום וזמן, אין הם רואים עצמם מחויבים לפעול בהכרח בכל מקרה של "פשעים נגד האנושות", ושומרים על שיקול-הדעת, בין השאר, לגבי תקפותן של חנינות. ראו: R. Boed "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged

החלטת בית-המשפט הבלגי מאחר שהיא עומדת בסתירה לחסינות שהמשפט הבינלאומי מעניק לראשי-מדינה מכהנים.⁷⁵ החלטה זו מצמצמת בפועל את הפעלת הסמכות האוניוורסלית לראשי-מדינה לא-מכהנים. פתרון אחר להפעלה גורפת מדי של סמכות השיפוט האוניוורסלית מצוי בחקיקה בעניין זה בגרמניה, המוסיפה לתביעה שיקול-דעת להימנע מהעמדה לדין.⁷⁶

אף-על-פי שפתרונות אלה מצמצמים את הבעיה, אין הם מהווים התמודדות מספקת, שכן אין הם מציעים אמות-מידה להפעלת שיקול-דעת בשאלה מתי ראוי להעמיד לדין לפני גוף בינלאומי ומתי להשאיר את השיפוט לקהילה המקומית. אולם בטרם נפנה לשאלה זו, אציג את החלופה שנוצרה עם הקמתו של בית-הדין הפלילי הבינלאומי.

(ב) בית-הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)

למן הקמתו של בית-הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, הגשת תביעה בעניין פשעים בינלאומיים לבתי-משפט מדינתיים של צד שלישי אינה האפשרות היחידה הקיימת. ה-ICC מציע אפשרות טובה יותר להתמודדות עם הדילמות שנידונו כאן לגבי משפטים פוליטיים. בניגוד להסרה גורפת של מגבלות סמכות השיפוט על-פי הסמכות האוניוורסלית, סמכות השיפוט של ה-ICC משמרת את העדיפות לעקרון הטריטוריאליזם

Perpetrators of Serious Human Rights Violations" 33 *Cornell Int'l L. J.* (2000) 297.

75 בעניין נדומבאסי, לעיל הערה 65 (באשר לצו-המעצר מה-11 באפריל 2002), החליט בית-המשפט שבית-המשפט הבלגי "failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law". מתוך הודעה לעיתונות: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icobe/icobe.htm>.

76 בשנת 2002 נחקק בגרמניה חוק המקנה למדינה סמכות שיפוט אוניוורסלית. ייחודו של החוק בכך שהוא מקנה לתביעה הגרמנית שיקול-דעת בהחלטה אם להגיש כתב-אישום. הסמכות להפעיל שיקול-דעת היא בבחינת חריג למשפט הפלילי הגרמני, שבו אין לתביעה, ברגיל, שיקול-דעת בהגשת כתב-אישום. עמדה זו של המחוקק הגרמני מלמדת על ניסיון להתמודד עם סכנת הפוליטיזציה הגלומה בהפעלה המכנית של סמכות השיפוט האוניוורסלית, המתרחבת על כל מקום בעולם ללא מגבלת זמן, המונעת על-כן שליטה מושכלת ביחסי-החוק של המדינה ומעמידה אותה בסכנה של מניפולציות פוליטיות מבית ומחוץ. Act to introduce the Code of Crimes against International ["Voelkerstrafgesetzbuch"] Law of 26 June 2002 (Trans. by B. Duffett). הסעיף המקנה שיקול-דעת לתביעה לא נמצא בחוק עצמו, אלא הוסף לחוק סדר-הדין הפלילי הגרמני ב-26 ביוני 2002: 26.6.02; 2002: 153 lit.fv. Strafprozessordnung, (StPO) section 153 lit.fv. 26.6.02; 2002: 153 lit.fv. (Bundesgesetzblatt 2002 Part 1, P.2254). אבקש להודות לפרופסור איל בנבנישתי שהפנה את תשומת-ליבי לחוק זה.

ויוצרת סמכות התערבות בינלאומית בעלת הגדרה צרה ומגבלות מכוונות.⁷⁷ החוקה יוצרת כמה מנגנונים שמטרתם להעניק עדיפות לבתי-המשפט המדינתיים. המנגנון המעניין ביותר נעוץ בעקרון ההשלמה (סעיף 17), שעל-פיו יקנה בית-המשפט סמכות שיפוט רק כאשר מערכות משפטיות לאומיות אינן מסוגלות או אינן רוצות להפעיל סמכות כזו.⁷⁸ על בית-הדין לקבל את הסכמתה של המדינה שבשטחה בוצע הפשע או את הסכמת מדינת-הלאום של הנאשם, לבד ממקרים שבהם מועצת הביטחון היא היוזמת את ההליך.⁷⁹

77 ראו לעניין זה סעיף 12 לחוקת רומא.

78 עקרון ההשלמה מופיע במבוא לחוקת רומא וכלול בסעיפים 1, 17-19. עיקרון זה קובע כי למדינה שיש לה סמכות שיפוט לגבי מקרה מסוים יש עדיפות על בית-הדין בכל הנוגע לחקירה, לתביעה או לשפיטה. ברם, אם המדינה שבנידון אינה יכולה או אינה רוצה לחקור את החשוד או להעמידו לדין, קמה סמכות לבית-הדין (סעיף 17). ודוק, אם בית-הדין משוכנע שההליכים הלאומיים אינם אמיתיים או אינם משקפים את מלוא חומרת הפשע, קמה לו סמכות שיפוט במקומם. מצב שבו מדינה אינה מוכנה להעמיד לדין מוגדר כדלקמן: (א) ההליכים ננקטו במטרה להגן על הנאשם מפני העמדה לדין לפני בית-הדין הפלילי הבינלאומי. אמת-מידה זו תיבחן לאור מכלול הנסיבות (הליך הוגן, סבירות, פרק-זמן סביר וכולי). (ב) חל עיכוב בלתי-מוצדק בהליכים, שאינו עולה בקנה אחד עם כוונה אמיתית להעמיד לדין. (ג) אי-קיום הליכים באופן עצמאי או לא-מוטה כפי שנדרש בהינתן כוונה אמיתית להעמיד לדין. תנאים אלה מהווים ראייה לכך שהמדינה אינה מעוניינת בתביעה אפקטיבית. מדינה תוגדר כמי שאינה יכולה להעמיד לדין כאשר כתוצאה מהתמוטטות המערכת המשפטית או חוסר זמינותה, אין המדינה מסוגלת לתפוש את הנאשם, לאסוף ראיות או לזמן עדים, או אינה יכולה להוציא את ההליכים לפועל בדרך אחרת. יודגש: על-מנת שבית-הדין יוכל להפעיל את סמכות השיפוט, עליו להוכיח ש"החריג" מתקיים, קרי, נוצר אחד המצבים המפורטים לעיל שבגינם קמה סמכות שיפוט לבית-הדין. עם זאת, גם במקרה שבו הוחלט כי המדינה מקיימת את הליך החקירה והמשפט באופן תקין, התובע רשאי לבקש מהמדינה החוקרת את המקרה לדווח באופן מסודר על התקדמות החקירה. לדיון נרחב בסמכויותיו של בית-הדין הבינלאומי והמגבלות המוטלות עליהן, ראו ש' מטיאס ומ' שרון "בית הדין הפלילי הבינלאומי" המשפט 15 (תשס"ג) 14, 20-21.

לדיון נרחב בסוגיה, ראו: J.T. Holmes "The Principle of Complementarity" *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (The Hague, R.S. Lee ed., 1999) 41-78. לדיון בהתפתחות ההיסטורית של עקרון ההשלמה ראו: M.M. El-Zeid "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law" 23 *Mich. J. Int'l L.* (2002) 869.

79 סעיף 12 דן בתנאים המוקדמים להפעלת הסמכות השיפוטית, ולפיו בית-הדין רוכש סמכות שיפוטית באחד מחמישה מקרים: הראשון, המדינה שבשטחה בוצע הפשע אשררה את חוקת בית-הדין; השני נוגע במדינה שאשררה את החוקה והנאשם הוא אזרח שלה,

מגבלה חשובה נוספת נכללת במנגנון היוזם הליכים אלה. רק מדינה או מועצת הביטחון יכולות ליוזם הליכים, וגורמים פרטיים מנועים מיוזמה כזו. תנאים אלה ואחרים לקניית סמכות שיפוט על-ידי ה-ICC יכולים להתפרש בצורה אינסטרומנטלית, ככלים המכוונים להרחיב את קבלתו של בית-הדין בקרב הקהיליה הבינלאומית ואת יעילות הכרעותיו. אך אני מבקשת להציע כי יש לחפש הצדקה עקרונית יותר לצמצומה של סמכות השיפוט, הצדקה שתתבסס על הבנה של עקרון הריבונות (הטריטוריליות) והמטרות העומדות בבסיס המשפט הבינלאומי הפלילי. פרשנות זו תאפשר לנו להתחמק מן המלכודות של המשפט הפוליטי הלא-רצוי ולהגביר בכך את הלגיטימיות של המשפט הבינלאומי.

כדי להבין את היחס הראוי בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי, אתמקד באחת הסוגיות שנותרו פתוחות בחוקת רומא – סוגיית התוקף של חנינות וחסינויות שניתנו על-ידי מדינת-הלאום. בעניין זה בולטת במיוחד התחרות בין בית-הדין והקהילה הפוליטית המדינתית. הסוגיה הועלתה בשלב מוקדם על-ידי המשלחת האמריקאית לוועידה המכילה ברומא. נציגי המשלחת הציעו שה-ICC יתחשב בקיום חנינה כאשר הוא מחליט אם להפעיל סמכות שיפוט בסיטואציה מסוימת, וזאת כדי לקדם את האינטרסים של השלום הבינלאומי והפיוס הלאומי. הצעה זו לא אומצה בחוקת רומא, שהעדיפה בניסוחה "חוסר בהירות יצירתית".⁸⁰ מחברים אחדים ניסו להבהיר עמימות זו על-ידי הצעת

הגם שביצע את הפשע במדינה שלא אשררה את החוקה או שהמדינה המאשררת אינה רוצה להעמידו לדין; המקרה השלישי נוגע במצבים שבהם המדינה שבשטחה בוצע הפשע אינה חברה בחוקת בית-הדין, אולם היא נתנה לבית-הדין סמכות אד-הוק לדון במקרה מסוים; הרביעי נוגע במצבים שבהם מוּבָר במתן סמכות אד-הוק לשפוט אורח מדינה שלא אשררה את החוקה. מקרה חמישי ואחרון הוא רכישת סמכות שיפוט באמצעות פנייה של מועצת הביטחון. במקרה כזה, הסכמת מדינת השטח או הלאום אינה מחייבת (ראו לעניין זה גם את סעיף 13). מועצת הביטחון תפעיל את סמכותה לעניין זה כפוף לסעיפים 39 ו-42 למגילת האו"ם, קרי: כל אימת שהכריזה על קיומו של איום על השלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות. לדיון נוסף ראו מטיאס ושרון, שם, בע' 18-19.

80 המונח הוצע על-ידי פיליפ קירשץ, יושב-ראש הוועידה הדיפלומטית של רומא, ראו: M.P. Scharf "Symposium: The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court" 32 *Cornell Int'l L. J.* (1999) 507, 522. המבוא של חוקת רומא מציין כי החסינות המדינתית אינה עולה בקנה אחד עם מטרת בית-המשפט, קרי: הבטחת קיומו של הליך פלילי; לעומת זאת, ניתן לקרוא כמה סעיפים בחוקת רומא כמתירים לבית-המשפט, כפוף לנסיבות מסוימות, להכיר בחריג החנינה לסמכות השיפוט שלו. על-פי האמור בסעיף 16, יעכב בית-המשפט חנינה לאומית אם מועצת הביטחון תקבל החלטה (בהתאם לפרק 7 של מגילת האו"ם) שבה בית-המשפט נדרש לא להתחיל בהליכי חקירה או במקרה של תביעה או כל הליך אחר שכבר החל. עמדה שונה בהקשר זה עלתה בפרשת טאדיק, שבה החליט טריבונל אד-הוק שהוקם ביוגוסלביה כי ה-ICC לא יהיה כבול בהכרח להחלטות מועצת הביטחון (ראו: Case IT-94-1 AR72, *Prosecuter v. Tadic*, 35 *I.L.M.* (1996) 32); סעיף 53 מתיר לתובע לסרב ליוזם חקירה

אמות-מידה שונות שיהיה ניתן להכריע בעזרתן מתי יש לכבד חנינות לאומיות ומתי על בית-הדין להתעלם מהן.⁸¹ הצעות אלה נסמכות על פרשנויות מילוליות של חוקת רומא כמו גם על ניסיון לאתר את "כוונת המחוקק", והן מגיעות למסקנה כי יש חנינות שבית-הדין ייאלץ לכבד, ובמיוחד כאלה המשקפות את הרצון הפוליטי האמיתי של הקהילה הרלוונטית, כמו גם אלה שאינן מוגעות חקירות נוספות או פיצוי לקורבנות. אך הצעות אלה נותרות תלויות-הקשר, ואינן מציעות מסגרת תיאורטית ברורה שבה ניתן לפרש את תפקידו של בית-הדין.

לטענתי, ניתן להימנע מן הסכנה הטמונה במשפט הפוליטי לא על-ידי בידוד מלא של ההליכים המשפטיים מלחצי הפוליטיקה, אלא על-ידי יצירת פורום שיתקיים בו איזון בין שני הכוחות הללו. פרשנות ראויה של חוקת רומא עשויה להצביע על ה-ICC כעל פורום המתאים לעריכת איזון זה. כפי שראינו, ה-ICC נוצר כדי להתמודד עם חסר באכיפת החוק בפשעים מן הסוג של פשע נגד האנושות המתבצעים בדרך-כלל בשם המדינה (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות וכולי), ולפיכך יש למדינה אינטרס ברור למנוע תביעות מעין אלה.⁸² אלא שניתן לפרש את תפקידו בהקשר זה בשתי דרכים שונות מאוד. הפרשנות "המקסימליסטית" רואה את בית-הדין כממלא תפקיד של בית-משפט פלילי רגיל כאשר המערכת המדינתית נכשלת או כאשר אין היא מספקת. על-פי פרשנות זו, יש לצפות שתביעות לפני ה-ICC הן ששיגו את ההתקדמות העיקרית באכיפת נורמות בינלאומיות על המדינות. הפרשנות "המינימליסטית", שאני מבקשת לקדמה, רואה את בית-המשפט כממלא בעיקר תפקיד פיקוחי. תפקידו העיקרי יהיה לבדוק אם הרשויות המדינתיות פעלו "מתוך לחוק" או "במסגרת החוק" בהגנה על הפושעים-לכאורה; כלומר, אם בתי-המשפט המדינתיים מתפקדים ואם הם פועלים במסגרת סמכות השיפוט שלהם. על-פי השקפה זו, תפקידו העיקרי של ה-ICC אינו להיות בית-משפט של ערכאה ראשונה ברוב המקרים, אלא רק במקרה נדיר של התמוטטות מוחלטת של המערכת המשפטית או של הימנעות מכוונת. יתר-על-כן, גם במקרים שקיים בהם חשד כי החנינה המדינתית או ההליכים המקומיים לא נעשו בתום-לב, אין להבין את תפקידו של בית-הדין כערכאת ערעור רגילה המחליפה את שיקול-הדעת של השלטונות הפוליטיים המקומיים. על ה-ICC

(הגם שהתלונה הוגשה על-ידי מדינה-חברה בחוקת רומא) אם התובע סבור כי יש "substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice", סעיף 17, שהוזכר לעיל, מציג אומנם את עקרון ההשלמה, שמגביל את התערבות בית-הדין הבינלאומי במקרה של קיום חקירה בערכאה המדינתית, אולם החקירה שנידונה בסעיף אינה מוגבלת בהכרח לחקירה פלילית, ולכן אם ניתנה חסינות מחקירה פלילית אך התאפשרה חקירה אחרת, ייתכן שיהיה בכך כדי לחסום את התביעה.

81 ראו לדוגמה: Henrard, *supra* note 69; Scharf, *ibid*; Young, *supra* note 70; השוו ל: Boed, *supra* note 74 (הדן בהשפעת החנינה על סמכות השיפוט של בתי-משפט לאומיים זרים).

82 Charney, *supra* note 72; J.I. Charney "Editorial Comments: International Criminal Law and the Role of Domestic Courts" 95 *A.J.I.L.* (2001) 120

לפרש את סמכותו בצורה מוגבלת, ככזו המאפשרת לו לבחון אם הרשויות המקומיות פעלו במסגרת החוק או מחוץ לגבולותיו כאשר קידמו את יעדיהן הפוליטיים.⁸³ ההעדפה הברורה של שמירת הסכסוך במסגרת בית המשפט המדינתי, בזכות הקשר שלו לקהילה הפוליטית הרלוונטית, תומכת באימוץ פרשנות המייחסת משקל רב להחלטות של בתי המשפט מדינתיים וועדות הקירה.⁸⁴ על ה־ICC להניח כי הכרעות שיפוטיות אלה תקפות. סמכותו של בית הדין תקום רק במקרים שבהם התמוטטה המערכת המשפטית לגמרי או במקרים שבהם ההליכים המשפטיים הם תרמית ברורה, כפי שניתן להסיק מפרשנות מינימליסטית של סעיף 17. רק אם נאמץ את הפרשנות המינימליסטית ל־ICC – כזו הרואה בו פורום משלים ולא ערכאה ראשונה – נוכל ליצור איוון הולם בין הטריבונל והקהילה הפוליטית. החסר שבית הדין אמור למלא הוא המחסור במנגנון יישומי לנורמות בינלאומיות. קיומו של בית דין פלילי בינלאומי קבוע יפעיל על בתי המשפט המדינתיים לחץ לפעולה ויספק להם סיועונים טובים יותר נגד לחצים בלתי־ראויים של פוליטיקאים מדינתיים.⁸⁵ יתר על־כן, כאשר יפעיל בית הדין את שיקול־דעתו כדי להכריע אם החקירות וההליכים המשפטיים המדינתיים התבצעו בתום־לב, תסייע פסיקתו בעניין לפתח גוף של חוקים שיתפקדו כהנחיות למדינות, בין השאר לגבי הליכים ראויים למתן חנינות, כינוס ועדות אמת וכיוצא בזה.⁸⁶

83 אחד הדגמים לבית המשפט מעין זה, שיש בו דמיון לאיריאל שאני חותרת אליו הינו הדגם של הבג"צ הישראלי. כאמור, בג"צ אינו פועל כערכאת ערעור על החלטות הרשות, אלא מפקח אם זו פעלה במסגרת סמכותה (אינטרא־יִרְס). למן שנות השמונים הרחיב בג"צ את סמכותו לכדי בחינת ה"סבירות" של החלטות הרשות, אולם אמת־המידה להתערבות נותרה עדיין "אייסבירות קיצונית". ראו מ' מאוסנר "ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503. ניתן לצפות שבשנים הראשונות לפעולתו יעדיף ה־ICC פרשנות מצמצמת לחוקה ויפעיל את סמכות ההתערבות במשורה כדי לרכוש לעצמו מוניטין של מקצועיות ולגיטימציה להתערבותו. כך קרה, לדוגמה, בבית הדין האירופי, שקנה עם השנים לגיטימיות הולכת וגוברת בקרב מדינות הקהילה. ראו: P.L. Lindseth "Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community" 99 *Columb. L. Rev.* 628 (1999).

84 מחשבות בכיוון זה העלה צ'ארני: Charney, *supra* note 72, at p. 460.

85 בתי המשפט יכולים לטעון כי זו מחויבותם להפעיל את סמכותם השיפוטית, שאם לא כן, יועמדו רשויות המדינה בסיטואציה בעייתית מאוד מבחינתן ב־ICC, שחסר את הכלים להעריך כראוי את הפשרות הפוליטיות שלהן. מאידך גיסא, ייתכן שבתי המשפט המקומיים ינקטו קו־פעולה מתגונן ויתנו פרשנות מצמצמת לדין הבינלאומי, כפי שנעשה לדוגמה בעניין עג'ורי בישראל. כיוון ההתפתחות יהיה אם־כן תלוי בהקשר הפוליטי־ההיסטורי שבית המשפט הלאומי פועל בו, ובעיקר במהות הסכנות שהרשות הפוליטית מתמודדת עמן. ראו עניין עג'ורי, להלן הערה 102.

86 Young, *supra* note 70 (יאנג סבור שהקווים המנחים אינם צריכים להתפתח מתוך הפסיקה, אלא ייושמו לתוך סדרי־הדין ודיני הראיות המצורפים לחוקת רומא).

נדמה כי בהיעדרו של מנגנון אכיפה בינלאומי, האיזון שנוצר בבתי המשפט המדינתיים שהפעילו את סמכות השיפוט האוניוורסלית נוטה לכיוון הפוליטי על-ידי חשבון קידום שלטון-החוק. בתי-משפט של צד שלישי היטו את האיזון בכיוון של מתן משקל-יתר לשיקולים לגליסטיים בניסיון לשוות לפסיקתם גופך אובייקטיבי. בשל כך הם לא יכלו להביא בחשבון באופן מובנה שיקולים הקשורים להקשר הפוליטי של הסכסוך הנידון. יצירתו של ה-ICC עשויה לשנות איזון קלוקל זה על-ידי מתן כוח רב יותר לחוק ולמשפט (איום בתביעה לפני ה-ICC), אך בעת ובעונה אחת תבטיח כי במצב רגיל תישאר הערכאה השופטת קשורה לקהילה הפוליטית המעורבת. חנינות שקהילה פוליטית מקומית נותנת לא ייחשבו בהכרח לכשלונו של שלטון-החוק, אלא ייבחנו לאור מהות הקשר בין המשפט לקהילה הפוליטית והצלחתם לקדם דמוקרטיה מתפקדת עם שלטון-חוק חזק. הצלחתו של ה-ICC לא תימדד במספר התביעות שיובאו לפניו, אלא בהצלחתו להפיה חיים חדשים בהגשת התביעות לבתי-המשפט המדינתיים.⁸⁷ כך יישארו בתי-המשפט המדינתיים על כנם כמפעילים העיקריים של המשפט הבינלאומי. מצב זה רצוי מכיוון שבבתי-המשפט המדינתיים ניתן לשמור בצורה הטובה ביותר על האיזון בין סמכות שיפוט וקבלת לגיטימציה לפסק-הדין בעיני הקהילה המקומית. משפט פוליטי יהיה לגיטימי אם-כן כאשר שלטון-החוק מושג בו על-ידי יצירת המרחק המתאים בין בית-המשפט והשלטונות הפוליטיים – איזון הולם בין קרבה מוגזמת למרחק מוגזם.

נחזור לנקודת ההתחלה של חיבור זה: היש ערך לטענה בדבר המשפט הפוליטי החדש, כפי שהיא מועלת על-ידי פינושה, מילוסביץ' ושרון? הערך של הטענה תלוי בפורום. ההתפתחויות שהניעו בתי-משפט מדינתיים של צד שלישי להפעיל סמכות שיפוט אוניוורסלית בעניין תביעות שכל פרט וכל קבוצה יכולים לזווג עשויות להעלות ספקות רציניים לגבי יכולתם של בתי-משפט כאלה לשמור על האיזון הנכון בין משפט ופוליטיקה. מצד אחר, על-פי הפרשנות שהצעתי לחוקת רומא, ה-ICC יכול להציע פורום ששומר על איזון טוב יותר בין שני הכוחות, ולפיכך מצמצם את סכנת הישנותם של משפטים פוליטיים שאנו מכירים מן העבר.

ה. לקראת פתרון: אמות-מידה להפעלת סמכות השיפוט של ה-ICC

הדרך לפתרון עוברת דרך תחזרה ל"עקרון הטריטוריאליות" מתוך הבנה חדשה של משמעות הריבונות המדינתית בעידן הגלובליזציה. דרך זו נפתחה עם הקמתו של בית-הדין הפלילי הבינלאומי שדחה את גישת העדיפות (primacy) הניתנת לבית-הדין הבינלאומי על הדין המדינתי, תוך העדפת עקרון ההשלמה הרואה את השיפוט הבינלאומי

87 ראו: Charney, *supra* note 82, at p. 120. בהקשר זה ראו המגמה שהסתמנה בגרמניה בעקבות משפט אייכמן, כאשר מערכת המשפט הגרמנית פעלה במרץ להעמיד לדין פושעי מלחמה נאציים שנהנו במשך שנים רבות מחסינות דה-פקטו. ראו ארננדט, לעיל הערה 20, בע' 22.

כמשלים את השיפוט המדינתי ושיורי לו.⁸⁸ הבעיה המשפטית שפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות מעוררים אינה יכולה להידון בנפרד משאלת הגלובליזציה, שכן היא חלק מאותה תופעה. כשלונה של מדינת-הלאום בהצגת פתרון משפטי גאות קשור למהות הפשע ההופך את המדינה עצמה לחלק ממנגנון הפשע ואת המבצע לפועל בחסותה כדי לקדם את מטרותיה. פתרון הבעיה – יצירת סמכות אוניוורסלית למדינות שלישיות – קשור גם הוא לתהליך הגלובליזציה, שכן הוא מסתמך על יכולתן של מדינות לחשוב על עצמן כחלק מקהילייה בינלאומית וכמקדמות משפט אוניוורסלי. הבעיה בפתרון הפשוט לכאורה הטמון בסמכות האוניוורסלית נובעת מהלגליון הנוקשה שלו, שאינו מתחשב כלל במבנים פוליטיים ובצרכים של יציבות, סולידריות וערבות הדדית של יחידות פוליטיות. כפי שראינו, כל קורבן יחיד יכול לזווג הליך משפטי המערב מדינה שלמה בכל שעה שיחפוץ וללא כל התחשבות בגורמים של יציבות משפטית-פוליטית של דמוקרטיזציה וכיוצא בזה. יתר על-כן, ככל שמדובר במשפט הפלילי הבינלאומי, הפעלתו מעלה שיקולים שונים באופן מהותי מן הדין הבינלאומי הנוגע בזכויות-אדם. המשפט הפלילי נושא אופי אנטי-פוליטי, שכן הוא מתבונן על רגע נתון שבו התרחש הפשע מבלי להתחשב בהתפתחויות פוליטיות מאוחרות יותר. משפט פלילי עסוק ביחיד, ולא בקבוצה. כך, ההליך הפלילי, המבוסס על בחינת האשם של היחיד מתוך העיקרון של "שוויון הכל לפני החוק" מאפשר להגיע ישירות אל הקודקוד הפוליטי ולערער את כל המבנה השלטוני של מדינה. בשעה שמנהיג פוליטי עומד על דוכן הנאשמים, הוא נבחן על מעשה פלילי שבוצע בנקודת-זמן אחת בציר ההיסטורי מבלי ששינוי הנסיבות הפוליטיות והתמורות שחלו בו ובמצב הפוליטי-ההיסטורי מובאים בחשבון. עמיתי היא על-כן שאסור למשפט הבינלאומי הפלילי לאבד את הקשר לפוליטיקה. במילים אחרות, הפתרון חייב להיות פוליטי – החזרת הקהילה הפוליטית לתמונה, אם כי לא בהכרח ולא תמיד היחידה הפוליטית המדינתית. בהמשך לטיעונה של ארנדט, עלינו להיות יצירתיים בפרשנות שניתן לסמכות השיפוט על-ימנת לשמור על הקשר בין בית-המשפט לקהילה הפוליטית. תורה לעקרון הטריטוריאליזם במובנו המסורתי לא תפתור את בעיית התת-אכיפה כאשר מדובר בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות. לעומת זאת, פריצת גבולותיה של המדינה כדי להכיר בכוהן של תת-קהילות לזיווג הליכים בבית-הדין הבינלאומי או יצירת טריבונלים על-מדינתיים המבוססים על שיתוף שופטים מקומיים עשויות לעזור בפתרון.⁸⁹ גם במסגרת

⁸⁸ El-Zeid, *supra* note 78.

⁸⁹ הברמאס מנסה את הבעיה במונחים של גלובליזציה כלכלית. ההיגיון של הכלכלה המודרנית הוא הגברת התפוקה בפחות תשומות. אולם מכיוון שהגיון השוק עלול לשאת מחירים כבדים של פערים חברתיים, הוגדר תפקידה של מדינת-הלאום כמי ששולטת על המוצר הלאומי באמצעות פיקוח על הפיתוח וכן על-ידי מיסוי ותשלומי העברה. כך הושג איזון בין ההיגיון הכלכלי האוניוורסלי להיגיון הדמוקרטי המקומי. ברם, הכלכלה בעידן הגלובלי טרפה את הקלפים. ההתפתחות הכלכלית דרשה התגברות על גבולות לאומיים, ובכך ניתן שלטון מוחלט להיגיון הכלכלי בלי מנגנוני הפיקוח המסורתיים של מדינת-הלאום. התוצאה – הגברת הפערים החברתיים וסיכון הדמוקרטיה. הברמאס,

ה־ICC ניתן לחשוב על פתרונות המתאימים את ההליך המשפטי לתת־אכיפה במדינת־הלאום תוך שימוש קשר לקהילה הפוליטית. בעיקר יש להתמקד בשאלה של ייזום הליכי התביעה (מתן אפשרות לגופים המייצגים קהילות תת־מדיניות, אך לא הפרטה מוחלטת עד לרמת היחיד) ושל מינוי שופטים (תוך הקפדה על שיתוף שופטים הקשורים למדינות או לקהילות הסכסוך, לצד שופטים בינלאומיים). במקביל, ייתכן שיש מקום לעודד פתרונות מקומיים שמתגברים על גבולות מדינתיים, כגון ועדות פיוס ואמת בין שתי קהילות שהיו נתונות בסכסוך. ייתכן שניתן ללמוד מכיוון התפתחות שאירע באירופה בזמן הקמת בתי־המשפט האירופיים (ECJ) ו־European Court of Human Rights (ECHR). הללו מאופיינים במערכת יחסים ישירה עם גורמים מוסדיים שונים בתוך מדינות הלאום, המאפשרת להם אכיפה יעילה של החלטותיהם.⁹⁰

במסגרת חיבור זה אין ביכולתי להאריך ולהציע תיאוריה כללית להפעלת סמכות שיפוט בינלאומי. אולם על־מנת לעמוד על מהותו של הפתרון, אבקש לחלץ מתוך כתיבתם של הוגים אחדים במשפט הבינלאומי אמות־מידה להפעלתה של סמכות שיפוט אוניוורסלית מבלי ליפול למלכודת "הפוליטיזציה הרעה".⁹¹ נקודת־המוצא המשותפת המאפיינת כותבים אלה היא ההכרה בצורך לשמור על הקשר בין בית־המשפט לקהילה הפוליטית הרלוונטית.

סמונס רואה את המפתח להתמודדות עם סמכות השיפוט האוניוורסלית ב"עקרון הריבונות". בניגוד לכתיבה הרואה את מקור הרחבת הסמכות ב"נוראיות" הפשעים,

לעיל הערה 3, בע' 26–28. משכך, טוען ברמאס, הפתרון אינו יכול להיות חזרה אל מדינת־הלאום המוחלטת, אלא ניסיון ליצור יחידות פוליטיות על־לאומיות שיהיו פיקוח ואיזון הולם לכוח השוק של הכלכלה הגלובלית. לטענתי, גם בתחום המשפט הפילי הבינלאומי יש לחשוב על פתרון במונחים של התגברות על גבולות לאומיים אשר במסגרתם מתקיימת תת־אכיפה, אך אין למהר לעבור לשיפוט אוניוורסלי, שכן זה עלול לסבול בשלב זה מחוסר אפקטיביות ומחוסר לגיטימציה. נחוצים לנו פתרונות־ביניים מעבר למדינה, אך לפני הקהילה הגלובלית.

90 מסמכי ההקמה של בתי־המשפט הללו והאופן הייחודי שבו תוכננה סמכותם מאפשרים להם התייחסות־גומלין ישירה עם שחקנים שונים בזירה המדינתית, עד כי המדינה "מופשטת" למעשה מהאחידות הממסדית שלה כלפי המשפט הבינלאומי. התוצאה, לפחות באירופה, היא עלייתה של "קהיליית משפט" – קהילייה משפטית שהיא על־לאומית אומנם, אך נהנית עדיין מיכולת שיפוט אפקטיבית. ראו: Helfer & Slaughter, *supra*; note 25, at pp. 277–278. לקריאה לחיזוק אכיפתם של מגגנוני המשפט הבינלאומי ולסגירת הפער בין החוק עלי ספר לחוק בחיי המעשה, ראו: M.M. Penrose "It's Good to be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law" 39 *Colum. J. Transnat'l L.* (2000) 193–220.

91 יש לציין כי הוגים אלה אינם עוסקים ישירות בשאלה שאני מתמודדת עמה בחיבור זה, אך ניתן ללמוד מכתיבתם עקרונות אחדים שאני מציעה לצרפם יחד כבסיס לתיאוריה חדשה שאני מתכוונת לפתח בהודמנות אחרת.

סמונס מראה כי תנאי זה כשלעצמו אינו מהווה הסבר מספק להתערבות חיצונית. הצורך בהרחבתה של סמכות השיפוט מתעורר לגבי פשעים הנעשים לרוב בשם מדינה או לקידום אינטרסים שלה, שהרי במקרים אחרים תפעיל המדינה את משפטה הפלילי. התערבות מדינות צד שלישי או גופים בינלאומיים כאשר המדינה נמנעת מלפעול מהווה פגיעה בריבונותה. הצדקת הפגיעה חייבת על-כן להתייחס לעקרון הריבונות. לטענתו, נסיבות מסוימות, כגון עבדות, רצח-עם או אפרטהייד, שהמדינה נכשלת מלהפעיל בהם את משפטה הפלילי, יוצרות למעשה ויתור מכללא של המדינה על ריבונותה, ומכוחו קמה למשפט הבינלאומי סמכות שיפוט אוניוורסלית. סמונס מדגים את עמדתו זו באמצעות האמנה נגד עינויים המקימה סמכות אוניוורסלית רק כאשר עינויים נעשים ביוזמת המדינה, ולא ביוזמת אנשים פרטיים; כלומר, מקור הסמכות אינו ב"נוראות הפשע", אלא בגורם המבצע. מאמרו של סמונס מקדם את הדיון בהציעו בסיס תיאורטי לסמכות ההתערבות הבינלאומית, אולם אמות-המידה להתערבות נשארות עמומות. הוא טוען כי התערבות בינלאומית מחייבת זהירות רבה, ומשכך, יש לבחון אותה בראי אמות-מידה של "סבירות". לדבריו, ראוי שמדינה תהא רשאית ליוזם הליך שיפוט אוניוורסלי רק כאשר יש בכוחה לייצג כראוי אינטרסים של "הקהילייה הבינלאומית".⁹²

סמונס צודק לדעתי בהדגישו את רעיון הריבונות כבסיס לבחינת סמכות השיפוט, אך כדרכו של פתרון המבוסס על רעיון הסבירות, אין בו כדי לסייע לנו בגיבוש אמות-מידה ברורות. לצורך משימה זו אבקש להיעזר במאמרו של בנבנישתי. דיונו של בנבנישתי בשאלת ההתערבות של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי מתמקד בנסיבות המצדיקות את הפעלת הדוקטרינה של "מתחם ההערכה" (Margin of Appreciation), המונעת התערבות של טריבונל זר בהחלטה הפנימית הגם שזו נתפסת בעיניו כלא-סבירה.⁹³ ביסוד הדוקטרינה יש הנחה כי מדינה זכאית ל"מרחב תמרון" שבו תוכל לפעול לפתרון הקונפליקטים הפנימיים שלה. ברי כי עצם הפעלת הדוקטרינה על-ידי טריבונל בינלאומי יוצרת מתח בין ההכרה בריבונות שיפוטית של מדינות לבין רעיון האוניוורסליות שההכרה בזכויות-אדם מבוססת עליו ברגיל. על-מנת ליישב את המתח האמור, בנבנישתי מצביע על "הכשל האינהרנטי של המערכת הדמוקרטית" כאמת-מידה מרכזית להתערבות. לטענתו, הסתמכות על הדוקטרינה של "מתחם ההערכה" עשויה להיות מוצדקת ככל שהמעשים האמורים משפיעים על כלל האוכלוסייה בחברה נתונה וולכן המנגנון הדמוקרטי מתפקד לגביהם, אך אין להפעילה במצבים של קונפליקט קבוע בין רוב ומיעוט. קונפליקטים מעין אלה מסתיימים לרוב בהגבלה של זכויות המיעוט ודחיקת ההגנה על זכויותו לקרן-זווית, ומכאן שהם מחייבים פנייה אל המוסדות הרלוונטיים במשפט הבינלאומי. בין המיעוטים הראויים להגנת המשפט הבינלאומי בנבנישתי מונה את המיעוטים ה"קלסיים" (discrete and insular minorities) – האתניים, הלאומיים והדתיים – וכן את המיעוטים הסובלים מהפליה בשל נטייתם המינית או מגבלותיהם

92 Sammons, *supra* note 65, at pp. 127–128, 137–138, 141–143.

93 E. Benvenisti "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards" 31 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* (1999) 843.

הפיוזות.⁹⁴ אמת-מידה זו מהווה למעשה הרחבה של הדוקטרינה שפיתח Ely בזמנו לגבי הצדקת ביקורת שיפוטית בתחום המשפט המקומי והפעלתה בתחום ההתערבות של בתי-דין בינלאומיים.⁹⁵

כאשר אנו עוברים למישור הדין הבינלאומי, יש לשאול: האם לעולם ייכשל בית-משפט מדינתי במתן הגנה לזכויות מיעוטים? האם כל מיעוט באשר הוא – אתני, לאומי, כמו גם אנשים עם מוגבלויות או הומוסקסואלים – ייחשב "מיעוט כרוני", שבירור משפטי בעניינו מחייב התערבות של ערכאה בינלאומית? עצם הפגיעה בקהילת מיעוט, חרף היותה תנאי הכרחי להתערבות בינלאומית, אינה מהווה תנאי מספיק. יש להבחין, לדעתי, בין מצבים שבהם בית-המשפט מצליח להתמודד עם האיום על זהות שופטיו הגלום בשמירה על זכויות המיעוטים לבין מצבים שבהם הוא נכשל בכך. נראה כי ניתן לזהות פוטנציאל הצלחה לדיון בערכאה המדינתית במצבים שבהם זהות השופטים אינה מאוימת מעצם מתן ההגנה לזכויות המיעוט. במצבים אלה המציאות מוכיחה כי בית-המשפט יכול להגן על מיעוטים באופן אפקטיבי, כגון בהגנה על זכויותיהם של הומוסקסואלים.⁹⁶ כאן הדמוקרטיה הפנימית יכולה להתמודד עם העמדה ההגמונית של הרוב ולהגן על המיעוט על-ידי יצירת ביקורת שיפוטית, בניגוד למקרים שבהם המיעוט הלאומי נושא פוטנציאל של איום על הקהילה הפוליטית שהשופטים רואים עצמם פועלים בשמה. באחרונים תהא נטיית השופטים לרוב "לעבור לצד האחר של המתרס", והם יתקשו לעשות את ההפרדה המתחייבת בין תפקידם לבין זהותם הקהילתית.⁹⁷ כלומר, אמת-מידה ראשונה לבחינתה של זירת ההכרעה קשורה לאופיו של הדיון המשפטי, לזהותה של קהילת המיעוט ולאיום הגלום בו ביחס לקהילת הרוב.

⁹⁴ Benvenisti, *ibid.*, at pp. 848–849.

⁹⁵ התיאוריה של Ely מבוססת על הבנת הכשלים של הרשות המבצעת בדמוקרטיה ופיצויים על-ידי יצירת מנגנון של ביקורת שיפוטית. J.H. Ely *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review* (Cambridge, 1980).

⁹⁶ בג"צ 721/94 אל-על נחיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוברין, פ"ד מח(5) 749. אך ראו פסקי-הדין שניתנו בשטרסבורג ב-27 בספטמבר 1999 על-ידי בית-הדין האירופי לזכויות-אדם (The European Court of Human Rights), שקבע כי החוק הבריטי האוסר על שיתוף הומוסקסואלים בצבא מהווה הפרה של זכויות האדם: *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom and Smith and Grady v. The United Kingdom*. ניתן למצוא את פסקי-הדין באתר של בית-הדין האירופי: [URL:http://www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

⁹⁷ דיון משפטי ש"נועד לכישלון" מעין זה הוא הדיון המתברר בימים אלה בעניינו של ברגותי בבית-המשפט המחוזי. היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, הגיב על פרסומים שלפיהם נשקל שחרורו של ברגותי בטענה כי ברגותי הוא אדריכל טרור ורבי-מרצחים. בתגובה אמרה ראש הרכב השופטים היושבת בעניינו של ברגותי, השופטת שרה סירוטה, כי "זה לא בסדר... זה סוביידיצה..." בעקבות סירובו של ברגותי להעיד, החל בתודש אוגוסט שלב הסיכומים במשפטו. ראו לעניין זה א' ברגדפוינד "ראש ההרכב במשפטו של ברגותי מתחה ביקורת על רובינשטיין" הארץ 15.7.03.

עמדתו של בנבנישתי משנה את מוקד ההתייחסות מהמערכת המשפטית אל הקהילה הפוליטית, או ביתר דיוק, אל זהות הקהילות שהקונפליקט ביניהן מובא לפני בית המשפט ואל יחסי הכוחות ביניהן. בכיוון זה כותב גם גוטי, המפתח במאמרו את העמדה כי יש חשיבות לבחינת הקהילה מושא הדיון, ובפרט לבירור טיבה של הדמוקרטיה שבה עסקינן.⁹⁸ במצבים של דמוקרטיה מתפקדת ראוי להותיר את הבירור המשפטי לקהילה הפנימית גם אם הדבר כרוך בפשרות כואבות עם פושעי העבר. גוטי נמנע מדיון במצבים שבהם חל שינוי בזהות הבסיסית של הקהילה בעקבות מלחמה חיצונית או מלחמת אזרחים הגוררת פיצול שלטוני. בכל מקרה, הוא סבור כי השיפוט הפנימי על כל מגרעותיו חשוב יותר לקידום הדמוקרטיה מאשר שיפוט חיצוני המפעיל את המשפט הבינלאומי על-פי אמות-מידה אוניוורסליות. להבדיל מגוטי, במצבים של שינוי הזהות המשטרית, ייקל על הקהילה, לדעתי, לקבל את מרותו של משפט בינלאומי חיצוני לה, שכן היא תתפוס את זהותה כשונה ופחות מאוימת על-ידי ההתערבות. לכן, שיפוט כזה יקבל לגיטימציה רבה יותר. עם זאת, גם במצבים אלה עלינו לבחון את טיב הפשרות הפנימיות שנעשות על-ידי הקהילה. במיוחד, אם ההחלטה לא להעמיד לדין נובעת משיקולים ענייניים של צרכי הקהילה, והיא שהתקבלה לאחר דיון ציבורי רחב (כמו בדרום-אפריקה למשל), או שמא מדובר בתולשת המשטר החדש ובפשרות לא-לגיטימיות שנעשות על-חשבון הקבוצות החלשות בחברה.

לצד השאלה שהוקת רומא מציבה בדבר מידת תפקודו של המשפט, אני מציעה להבחין בין מצבי קהילות. יש להבחין לטעמי בין קהילה קבועה, קהילה חדשה שנוצרה מצירופן של שתי קהילות בקונפליקט וקהילה שהתפרקה לתת-קהילות. במצבים שבהם הקהילה השתנתה (התפרקה, או שנוצרה מחדש סולידריות בין קבוצות בקונפליקט), יש לבחון מהי האפשרות שלה לפעול ביחס לפושעי המשטר הקודם. לעומת זאת, במצבים שבהם נשארה הקהילה אותה קהילה ויש מערכת משפט מתפקדת עם בעיה כרונית לגבי מיעוט מסוים, התערבות שיפוטית בינלאומית מעוררת בעיה קשה של לגיטימציה בקרב קהילת הרוב. אם מביאים בחשבון את הצורך לעודד את ההליך הדמוקרטי בקהילה כזו, הרי שהכיוון של המשפט הבינלאומי צריך להיות פחות כפייה ויותר יצירת תמריצים לפעולה. ה"תמריץ" שאני מכוונת אליו אינו כזה הכופה את הנורמות החיצוניות של המשפט הבינלאומי על הנעשה בקהילה פנימה, אלא מעודד החלת נורמות של המשפט הבינלאומי על-ידי דיאלוג שנשאיו הם המשפטנים או באמצעות ארגונים וולונטריים וכיוצא בזה. דוגמה לתמורות בכיוון זה ניתן לאתר בשינויים שחלו לאחרונה ביחסו של המשפט הישראלי לתחולת הדין הבינלאומי.

החלטת בג"צ להתערב ולאסור עינויים בחקירות השב"כ, לאחר שנים של הימנעות, התבססה על החוק הישראלי (חוקתי ומנהלי), ולא על הדין הבינלאומי, אף-על-פי שהאחרון מספק כלים ברורים ופשוטים להפעלה.⁹⁹ המשפט הבינלאומי היה יכול אומנם

⁹⁸ Goti, *supra* note 14.

⁹⁹ דר"ח ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (תשמ"ח). בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, חבלנית עוינת (תשמ"ח).

לספק בסיס משפטי איתן, אך בה-בעת לסכן את בסיס הלגיטימציה של פסיקת בג"צ כמנותקת מצורכי הביטחון של המדינה.¹⁰⁰ תהליך הקמתם של בתי-הדין לפשעים ברואנדה ויוגוסלביה, כמו גם הקמתו של בית-הדין הפלילי בהאג, יצרו אי-נוחות במשפט הישראלי. עיון בעמדותיו של נשיא בית-המשפט העליון, אהרן ברק, מגלה ניצנים של שינוי. מקור השינוי נעוץ ככל הנראה בחשש כי בהיעדר פסיקה מקומית בשאלות מתחום המשפט ההומניטרי, יעסקו בכך הטריבונלים הבינלאומיים, ובמיוחד בית-הדין הפלילי בהאג. פסיקה אילמת בסוגיות הללו עשויה ליצור איום ממשי על עתידם של חיילים וקצינים.¹⁰¹ עמדה זו באה לידי ביטוי בפסיקה לגבי פעולות שונות שנקטו רשויות הצבא בזמן האינתיפדה השנייה. ביטויה מתגלה בשינוי שחל בבסיס הכרעותיו של בית-המשפט ובפנייה לפרשנות הדין הבינלאומי דווקא.¹⁰² פסיקה זו אינה מעידה על התעלמות מגורם הלגיטימציה או על שינוי ב"קהל-היעד של בית-המשפט, אלא דווקא על רגישותו של בית-המשפט למקורות המשתנים של הלגיטימציה לפסיקתו. לאור התפתחותו של המשפט הבינלאומי הפלילי והחשש של רשויות הצבא מפני העמדות לדין לפני ערכאות בינלאומיות, היה צורך בפסיקה המגדירה את גבולות המותר והאסור לאור הדין הבינלאומי. פסיקה זו צמצמה אומנם את מרחב הפעולה של הרשות הפוליטית והצבאית, אך ב-בזמן היא העניקה לגיטימציה מתודשת לפעולתם בעיני הקהילה הבינלאומית,

פ"ד נג(4) 817, 836-846. השופט ברק כותב, בע' 836 להחלטה, כי מסקנתו בפסקי-הדין עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי המנהגי, אולם אין הוא שואב ממנו את הבסיס המשפטי.

100 בנבנישתי אף מציין כי הסמכות על הדין הבינלאומי הינה דמוקרטית פחות, שכן לא נותר למחוקק מרווח לשינוי הפסיקה של בית-המשפט, ראו בנבנישתי, להלן הערה 102.

101 א' ברק "איך גלחמים בטרור ושומרים על זכויות האדם" עורך הדין 30 (2002) 11. לדיון גרחב במגמות הסותרות בבית-המשפט העליון לעניין החלת המשפט הבינלאומי ההומניטרי ראו מ' ספרד "ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית - תמונת מצב" המשפט 15 (תשס"ג) 73, 82-83. במסיבת-עיתונאים שנערכה ביולי 2003 על-ידי התובע של בית-הדין הבינלאומי, לואיס מורנו אוקמפו, הוא התייחס לשאלת העמדתם לדין של ישראלים על עברות בשטחים. התובע אמר כי הוגשו לבית-הדין שתי תביעות "לא-מפורטות" בנוגע לפשעי מלחמה שביצעו לכאורה ישראלים בשטחים. התובע הסביר כי עברות אלה לא יידונו בבית-הדין מכיוון שאינן נוגעות במדינות שהן צד לאמנה. ע' הראל "בית הדין בהאג לא ידון במעשי צה"ל" הארץ 22.7.03.

102 ראו לעניין זה בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם), פסקות 14-30 לפסק-דינו של הנשיא ברק; א' בן גפתי וק' מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום - בעקבות בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט 15 (תשס"ג) 56. ראו גם: E. Benvenishti "Case Review, Ajuri et al. v. IDF Commander in the West Bank et al" (work in progress, can be found on web cite of author).

ולכן נשמר האינטרס הפוליטי לאפשר לבג"צ להמשיך לשפוט בתחום עדין זה. כך ניתן לראות כיצד השינוי המוסדי שחל בדין הבינלאומי משמש תמריץ לבית-משפט מדינתי לפעול על-פי עקרונות משפטיים בינלאומיים ולעשות בהם שימוש. במונחים של התיאוריה של קירשהיימר, ניתן לומר כי בית-המשפט יכול להצדיק את פנייתו למשפט הבינלאומי בעיני הציבור הישראלי לא בגלל התנכרות לצרכיו, אלא דווקא מתוך הבנת ההתפתחויות העולמיות והצורך לשמר את סמכות השיפוט בידי בית-המשפט הישראלי. השאלה הקשה שנתרה פתוחה היא: האם השימוש של בית-המשפט הישראלי במשפט הבינלאומי יהיה בכיוון של הפעלה הדוקה יותר של פיקוח על רשויות הצבא, או בכיוון מתגונן של מתן גושפנקא משפטית¹⁰³ (על-ידי פרשנות פרטיקולרית של הדין הבינלאומי) למעשים שעולים לכאורה לכדי פשעי מלחמה? תשובה לשאלה זו תלויה בין השאר בתפיסה העצמית של בית-המשפט לגבי הסכנה הבטחונית/הקיומית הנשקפת למדינת-ישראל וביכולת לשמר לאורך זמן מרווח אמיתי של עצמאות שיפוטית ביחס לרשות המבצעת. לענייננו חשוב להדגיש כי למרות השינוי במערך הכוחות שעל בית-המשפט להתחשב בו, עצם המנגנון שויהיה קירשהיימר לשימור מרחב של שיקול-דעת שיפוטי לבית-המשפט על-ידי השלטונות כדי להשיג מטרות של לגיטימציה פוליטית, ממשיך להתקיים גם בעידן הגלובליזציה. דוגמה נוספת לתמורה מהותית יותר שחלה בתפקיד המשפט הבינלאומי בדין המדינתי ניתן לראות בפסקי-הדין הקנדי בעניין *Baker*.¹⁰⁴ בניגוד לדין הישראלי, שהשינוי בו מעיד על השפעותיו של התמריץ (אך יכול להתפרש גם כפסיקה מגוננת), הדיון בפסיקה הקנדית מלמד על הפנמה עמוקה יותר של הדין הבינלאומי בתוך הדין הלאומי. (ניתן שהשוני נעוץ בשוני הנסיבות בין קהילה השרויה בשלום יחסי לבין קהילה הנמצאת במהלך של סכסוך אלים ומתמשך.) השינוי בדין הקנדי יכול להוות דגם משפטי חלופי המסייע בגיבוש מערכת יחסי-גומלין והדדיות בין השניים. במקום לראות את היחס בין המשפט הפנימי למשפט הבינלאומי כיחס היררכי כופה, קנופ, המנתחת את פסקי-הדין, מציעה להבין את כיוון ההתפתחות של המשפט הבינלאומי כיצירת יחס של השפעה הדדית ותמריצים.¹⁰⁵ השופטים יכולים לפנות לדין הבינלאומי פחות מתוך הכרח ויותר מתוך שכנוע ודיאלוג.

D. Kretzmer *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (Albany, 2002) 103

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817. (דיון בשאלת זכותה של שוהה בלתי-חוקית לקבל מעמד של תושבות קבע לזכות שיקולים הומניטריים. ילדיה הם אזרחים קנדיים, ולכן הדיון נקשר בגפקויות המשפטיות של האמנה לזכויות הילד.) 104

Knop, *supra* note 4, at p. 535. סיעון ברוח דומה מובא במאמרו של גוטי, המדגיש את חשיבות הזיקה בין השופטים לקהילת הקורבנות ולקהילת הפושעים. טענתו רחבה יותר, ולפיה לא ניתן לממש את תכלית המשפט הפלילי מבלי שמתקיימת זיקה כזו. יתר על-כן, גוטי סבור שמשפט פלילי המתקיים ללא זיקה בין השופט לקהילה של המבצעים מאופיין בחוסר אפקטיביות כלפי אותה קהילה (למשל, השפעת משפטי נירנברג על 105

המקרה הישראלי והמקרה הקנדי מלמדים שאימוץ אמות-מידה המביאות בחשבון בהכרח את הקהילה הפוליטית מחייב שינוי בתפיסת מהותו של המשפט הבינלאומי הפלילי – ממנגנון פלילי גרידא למנגנון המקדם שלום ודמוקרטיה; מביטוי הכרחי לצדק אוניוורסלי של זכויות-אדם להבנה מורכבת יותר של איזון בין ערכים קהילתיים לערכים אוניוורסליים. אמות-המידה להתערבות ראוי שיעסקו בשאלות של זהות הקהילה הרלוונטית, ולא רק בשאלות של מידת תפקודה של הערכאה השיפוטית בה. אולם עמדה מעין זו מתייבת בהכרח התמודדות עם שאלת זהותה של הקהילה. שימת הדגש בדמותה של הקהילה והתהליך שבו היא נתונה הינה מרכזית להבנת תפקודו הראוי של המשפט הבינלאומי הפלילי. כך למשל, ניתן להבחין בין חברה כדרום-אפריקה, המאופיינת בסכסוך בין קהילות הממשיכות לחיות יחד אך חל שינוי בתפיסה העצמית שלהן, לבין מצב של אירוע משברי שסופו שבר, כזה המשרטט קו-גבול ברור של "לפני ואחרי", כגון מלחמת-העולם השנייה ומשמעותה לגבי גרמניה ותפיסתה את עצמה – "גרמניה החדשה".¹⁰⁶ נוסף על כך יש להבחין בין שינוי משטרי עמוק לבין דמוקרטיה מתפקדת שיש בה בתי-משפט מתפקדים ואין שינוי בתפיסת הזהות העצמית שלה.

לגבי קהילה שלא עברה שינוי מבני עמוק יש לבחון עד כמה יש לקהילת המיעוט או לקהילת הקורבנות אפשרות להשפיע על ההחלטה המשפטית ועד כמה קולה חסר באופן שיטתי. במקרים שבהם קולה נחסם ייתכן שיש לתת אפשרות לתת-קהילות מדינתיות ליוזום הליכים בבית-הדין הבינלאומי או להעביר את השיפוט לקהילות על-מדינתיות המהוות משקל שכנגד לחוסר האיוון בבית-המשפט המדינתי. במילים אחרות, הטריטוריה אינה צריכה להיות מוגדרת באופן ייחודי על-ידי גבולות המדינה הריבונית כאשר הריבוניות נכשלת במילוי תפקידה, אך אין גם צורך לפרוץ אותם לחלוטין בכל מקרה או לעלות מייד לרמה האוניוורסלית. יש לפתח חשיבה מחודשת על "טריטוריה" כעל יחידה תרבותית-פוליטית-משפטית שאינה זהה בהכרח עם מדינה, אך אינה מופרטת ליחידים. התחשבות בגורמים אלה, לצד בחינת תפקודה של המערכת המשפטית, יאפשרו למשפט הבינלאומי לפתח כלים עדינים יותר להתערבות שיקדמו את המשפט אך ימנעו שימוש לרעה בו.

האם הצעות אלה אינן מחזירות אותנו לאחור? הרי ההתקדמות שאפיינה את המשפט הפלילי היתה מעבר ממצב טבע לשלטון-החוק על-ידי הרחקת השליטה בהליך מן הקורבנות (התרחקות מנקמה). האם שימת דגש כה חזק בצרכיה של הקהילה הפוליטית הרלוונטית והקפדה על שיפוט מעורב אינו מקרב את המשפט בחזרה ליסוד הנקמה של הקורבנות? ייתכן. אולם יש לזכור כי המשפט הפלילי יקוק למנגנון רגשי שילווה אותו

גרמניה; Goti, *supra* note 14, at p. 7. מזווית אחרת, יש המייחסים חשיבות לפרשנות "מקומית" של המשפט הבינלאומי, בראי תרבות או הקשר מסוים, מתוך הכרה בהיבטים הקולוניאליסטיים הגלומים במשפט הבינלאומי ומתוך הבנת הבעייתיות הכרוכה בשאיפה ל"אוניוורסליות" ולאמת אובייקטיבית אחת: R. Bahdi "Truth and Method in the Domestic Application of International Law" 15 *Can. J. L. & Juris* (2002) 255

Goti, *supra* note 14 106

ויהווה תמריץ להפעלתו לא פחות משיקולים לגליסטיים, ואולי אף יותר. משפט בינלאומי פלילי ה"מנקה" את עצמו לחלוטין מרגשות, כגון רגשות נקמה או רגשות של פיוס, יישאר משפט לא־דלוונטי המועד לשימוש לרעה על־ידי גורמים אינטרסנטיים.¹⁰⁷ לפיכך, גם אילו היתה לנו כיום אפשרות להשיב את הגלגל לאחור ולנהל את משפט אייכמן מחדש בבית־המשפט בהאג, הייתי תומכת עדיין בניהולו בבית־המשפט בירושלים. הייחוד של משפט אייכמן היה ביכולתו לשלב קורבנות בודדים בקהילה פוליטית ולהפוך את המשפט לרגע מעברי לגבי החברה הישראלית בכללותה. אחתום בדבריה של חנה ארנדט, שביקורתה ליוותה את המשפט, אך בסיומו היא בחרה לכתוב פסק־דין חלופי שאיגו מתחמק מרגשות הנקמה והגמול, באומרה:

"אנחנו דוחים, ומגדירים כברבריות את הקביעות 'שהפשע הגדול פוגע בטבע, כך שהאדמה עצמה זועקת לנקמה; שהרוצח מפר הרמוניה טבעית אשר רק פעולת תגמול יכולה להשיבה על כנה; שהקולקטיב שנגרם לו עוול הוא בעל חוב כלפי הסדר המוסרי להעניש את הפושע' (יוסל רוגת). ועדין אני סבורה כי אין ספק שבדיק על יסוד הקביעות הנשכחות הללו הובא אייכמן למשפט מלכתחילה, ושהן היו למעשה ההצדקה העליונה לעונש המוות."¹⁰⁸

107 Holmes, *supra* note 58, at pp. 1061, 1065–1066.

108 ארנדט, לעיל הערה 20, בע' 288–290.