

חנה ארנדט: חצי מאה של פולמוס

קובץ מאמרים

עורכים: עדית זרטל משה צוקרמן

The
Rich
FOUNDATION
for Holocaust Studies
at Yeshiva University

פאדום
הוצאת הקיבוץ המאוחד

HEINRICH
BOLL
FOUNDATION

ליאורה בילסקי, בחזרה לטריטוריה: חנה ארנדט ומשפט אייכמן

"הפסע החדש, הפסע כלפי האנשות [...] הופיע כאשור המשטר הנאצי הוכיח כי העם הגרמני לא רק שאינו מוכן שיהיו יהודים ברגמניה, אלא מבקש גם להעלים את כל העם היהודי מעל פני האדמה."¹

הפסע החדש, פסע נגד האנשות, הוא שהביא את חנה ארנדט לירושלים, אל משפטו של אדולף אייכמן. בסדרת מאמרים בניו יורק, ולאחר מכן בספרה *אייכמן בירושלים*, סיכמה ארנדט את התרשמותיה בעולם היהודי ובהקלה הבינלאומית. מיום שהמושג פסע נגד האנשות קיבל את הכרת הקהילה הבינלאומית, הוא זכה לפרשנויות שונות ומשתנות בערכאות השיפוט שניסו להפעילו הלכה למעשה.² פרשנויות אלו נעו בין הקצה האינדיבידואלי לקצה הקולקטיבי; כלומר, היו שהדגישו את האכזריות המיוחדת כלפי האינדיבידואל (חוטר האנשיות) כבסיס לפסע החדש, ולעומתם הדגישו אחרים את האופי הקולקטיבי, האידיאולוגי והמאורגן של הפשעים כמקור הסכנה החדש לאנשות. התבטאות זו אינה מקרית והיא משקפת מרח המלווה את הקטגוריה המשפטית מתחילתה.

מצד אחד, המציאות ההיסטורית שיצרה את הפסע החדש העידה על כישלון תהומי של הקהילה הבינלאומית לספק את ההגנה המינימלית לאדם באשר הוא אדם, כישלון שנצרב ביוכרון הקולקטיבי כפשעי אושוויץ. ומצד שני, עצם ההגייסות הבינלאומית להגדרת הפסע החדש וליצירת טריבונל שיפוטני בניגודם בעקבות מלחמת העולם השנייה כדי לשפוט מעשים אלו, נתפסת כעיני רבים כהתקדמות. היא משקפת את ההתקדמות האנושית ממצב של שלטון הכוח ביחסים בין מדינות להפעלה גוברת והולכת של מרות החוק גם ברמה הבינלאומית, כלומר, הפעלת דין פלילי אישי כלפי האחראים להפרתו של החוק. ההגייסות הבינלאומית הוגדרה כנחיצה להתמודדות עם השיטתיות ועם האופי המאורגן של ביצוע הפשע. בין הרמה הכספית של

47. שם, עמ' 1.
48. Shlomo Kulcsar et al., "Adolf Eichmann and the Third Reich", in: 48 Ralph Slovenko, ed., *Crime, Law and Corrections*, Springfield, Ill. 1966, p. 21 (להלן: קולצ'ר ואחרים).

49. שם, עמ' 42.
50. שם, עמ' 51.
51. דו"ח בדיקה, עמ' 10.
52. קולצ'ר ואחרים, עמ' 30.
53. דו"ח בדיקה, עמ' 1.
54. קולצ'ר ואחרים, עמ' 33-32.
55. שם, עמ' 51-50.
56. שם, עמ' 48.
57. שם, עמ' 30.
58. שם, עמ' 40.
59. שם, עמ' 58.
60. José Brunner, "Eichmann's Mind: Psychological, Philosophical, and Legal Perspectives", *Theoretical Inquiries in Law*, 1 (2000), pp. 429-463.

61. דו"ח בדיקה, עמ' 7.
62. The Confession of Adolf Eichmann, *Life Magazine*, Vol. 49, No. 22, November 28, 1960.

63. דו"ח בדיקה, עמ' 7.
64. Adolf Eichmann, *Götzen* (וכרונות שלא ראו אור; בתוך של גנר המדינה וירשדל) (גרמנית) (להלן: אלי השקר) חוגם המובאות מכתב-היד של אייכמן נבדק על ידי המחבר מול המקור הגרמני.

65. שם, עמ' 8.
66. שם, עמ' 67.
67. שם, עמ' 26.
68. שם, עמ' 32.
69. שם, עמ' 34-33.
70. דו"ח בדיקה, עמ' 8.
71. אלי השקר, עמ' 67-65.
72. שם, עמ' 581.
73. שם, עמ' 288-286.
74. אייכמן בירושלים, עמ' 135.
75. אלי השקר, עמ' 138-139.

המרישומות שעבר המשפט הבינלאומי בעשור האחרון לקראת יצירת אפשרויות טובות יותר לאכיפת הדין הפלילי הבינלאומי, הן במישור הלאומי (באמצעות בתי משפט של מדינות צד ג') הן במישור העל-לאומי (באמצעות יצירת בית הדין הפלילי הקבוע בהאג).

המשפט כרושלים

משפטי נירנברג היו לקהילה הבינלאומית תמורה דרך. בפעם הראשונה הובאו לדין פלילי בפני טריבונל בינלאומי מנהיגיה הפוליטיים של מעצמה שהובסה במלחמה, שהאשמו בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות. השאלה הקשה שהמשפט הבינלאומי התמודד איתה בעקבות משפטי נירנברג הייתה, כיצד אפשר להפוך את ההסדר החד-פעמי (בית דין צבאי בינלאומי שהוקם בחסות בעלות הברית) למציאות נמשכת; כיצד יהיה אפשר להבטיח את אכיפת החוק החדש "פשע נגד האנושות" גם בעתיד.

אחת הפעולות הראשונות לקראת אכיפה טובה יותר של הנורמות הבינלאומיות החדשות נקט בית המשפט הישראלי כעבור חמש עשרה שנה, במהלך משפטו של אדולף אייכמן. אדולף אייכמן, שנמלט עם סיום המלחמה לארגנטינה והסתתר חתח זהות בדויה, נתפס על ידי המוסד הישראלי בשנת 1960 והובא למשפט בירושלים. בית המשפט הישראלי קבע את התקדים המאשר את סמכותו של בית משפט לאומי רגיל לשפט "פשעים נגד האנושות" שביצעו מחוץ לתחום השיפוט הטריטוריאלי שלו. כדי להצדיק מהלך זה צריך היה בית המשפט לספק בסיס חדש לסמכות השיפוט שלו, שימגבר על המגבלות המסורתיות של המשפט הפלילי הטריטוריאלי (כלומר, גבולות הריבונות). הסיגוריה טענה, כי מאחר שהפשעים בוצעו מחוץ לישראל ולפני הקמתה של המדינה, לא קמה לבית המשפט הישראלי סמכות שיפוט. למרות שבית המשפט יכול היה להסתמך על החוק הישראלי לעשיית דין בנאצים ובעורויהם, 1950 – חוק שהעניק לו סמכות שיפוט מיוחדת לגבי פשעים שביצעו נגד העם היהודי בזמן השלטון הנאצי,⁴ – הוא החליט לפתח בסיס נוסף לסמכות השיפוט שלו, תוך הסתמכות על עקרונות המשפט הבינלאומי.

בית המשפט ביסס את סמכות השיפוט הפלילית האקסטר-טריטוריאלי על שני אדנים. הראשון היה דוקטרינת "האישיות הפאסיבית", לפיה מדינה קונה סמכות שיפוט על פשעים שבוצעו

האנושי, אותו גוף אנושי חשוף לחלוטין באשורוויץ,³ לבין הרמה האירידילית, של התפתחות של קהילה בינלאומית המאמצת סטנדרטים אוניברסליים לשיפוט, המוציאים את הסכסוך משליטתם הבלעדית של הצדדים לו, מצויה אותה קטגוריה משפטית חדשה של "פשע נגד האנושות", שנועדה לגשר על הפער. ואולם, מאחר שהדין בפשע נגד האנושות נע בין הקוטב האינדיבידואלי (קורבנות הפשע) לבין הרמה האוניברסלית (הקטגוריה המשפטית) לא נערך עד היום דיון מעמיק במציאות הפוליטית המורכבת המלווה את לידת הפשע החדש, וגם את הקושי לאוכפו בעזרת בית משפט.

כמאמר זה ברצוני להציע קריאה חדשה של הפרשנות שהציעה חנה ארנדט לפשע נגד האנושות. קריאה זו תאפשר לי להראות כיצד רבות מן הבעיות שנתגלו עם הזמן בהפעלת הקטגוריה המשפטית כטריבונלים שונים נבעו מההעלמות מן הרובר הפוליטי של הפשע. במילים אחרות, הרובר של הקהילה הפוליטית, שהוא יסוד מרכזי במשפט הפלילי המודרני ובסיס להבחנתו מן המשפט הפרטי, נעלם בדינאם הרווחים על אודות פשע נגד האנושות. התעלמות זו מן הרובר הקהילתי-פוליטי של המשפט הפלילי הבינלאומי, על ידי הצגת עקרונותיו כאוניברסליים. ואולם אי התמודדות עם הרובר הפוליטי-קהילתי של הנורמה לא חזקה את הקטגוריה המשפטית החדשה אלא דווקא הותירה אותה כאות מזה במשך זמן רב. בהמשך המאמר אטען, כי ארנדט צפתה בעיות אלו, ולו בחלקן, ועמדה על הסכנות שבכשני הקטבים של פרשנות הפשע – הקוטב האינדיבידואלי והקוטב האוניברסלי – וניסתה לשרטט בספרה את תחום הביניים שבו צריך לפעול המשפט הפלילי – הספירה הפוליטית.

קהילה המשפטית הבינלאומית התעלמה עד היום כמעט לחלוטין מן הפרשנות לפשע נגד האנושות שארנדט הציעה בספרה. הטון הפולמוסי של ספרה של ארנדט, וגם אמירות שלה, שבמכת ראשית נדמה כי אינן מחייבות זו עם זו, היקשו על התייחסות מהותית להצעתיה. הקריאה שלי תנסה ליישב אמירות אלו על ידי חשיפת הבסיס החיאוורטי שעליהן הן עומדות. לבסוף אטען, כי קריאה מחדשת בפרשנות שהציעה ארנדט לפשע נגד האנושות תאפשר להתגבר על כמה מן הדילמות הקשות ביותר שבהן נחקלת הקהילה הבינלאומית היום, כמעבר מהכרה בפשע ברמה הלאומית לאכיפתו באמצעות טריבונלים בינלאומיים. דיון זה ייעשה על רקע ההתפתחויות

הדילמה נוצרת מן המהח בין שני ציוריים הנראים מנוגדים, אך הנכעסים שניהם מן העינין של זכויות האדם. בשם זכויות האדם הקהילתית הבינלאומית מכירה בזכות להגדרה עצמית של עם ובצורך לכבד את הפעלת הריבונות שלו במבולות הטריטוריה לאחר יצירת הישות המדינית. אך הפעלת הריבונות יוצרת, בה בעת, את הצורך להגן על פרטים ועל קבוצות מיעוט מפני הפדה שיטתית של זכויות האדם שלהם על ידי המדינה שאלה הם משתייכים. בהעדר בית משפט בינלאומי בעל סמכות בעניינים פליליים – פשעים אלו נותרים לא אכיזים.⁹

דוקטרינת סמכות השיפוט האוניברסלית כפי שפירש אותה בית המשפט בירושלים הוצעה פתרון אלגנטי. לבעיה, שכן היא קישרה בין מהות הפשע (נגד האנושות) לבין אופן אכיפתו (יצירת סמכות שיפוט לכל בית משפט לאומי בשל היותו חלק מן הקהילה הבינלאומית). הזיקה היחידה שנדרשה לכאורה כדי לכסס את סמכות השיפוט של בית משפט של מדינה הלקוהת על עצמה לשיפוט פשעים נגד האנושות, היא נוכחות הנאשם.¹⁰ באופן זה יצר בית המשפט הישראלי בסיס לאכיפה נמשכת בגין הפרות בטות של המשפט הבינלאומי העולות לכדי פשעים נגד האנושות, ואת על ידי הסתמכות על המנגנון הקיים של בתי משפט לאומיים.

החוק ופוטו השיפוט

חנה ארנט ידעה בבקורתה על משפט אייכמן, ובמיוחד על אופן ניהולו על ידי התביעה הישראלית. היא ביקרה את החובע גרעין האונר ואת ראש הממשלה דוד בן-גוריון, על שהשתמשו במשפט ככלי לקידום אג'נדה פוליטית. היא סברה כי התביעה השתמשה במשפט כדי לקדם גרסה ציונית של ההיסטוריה של השואה, תוך נכונות לסטות מכללי ההליך ההוגן כדי להשיג יעד זה. ארנט קראה בתגובה להפדרה מלאה של המשפט מן הפוליטיקה, ושללה את הלגיטימיות של שמוש בהליך המשפטי כדי לקדם מטות פוליטיות "היצוניות" למשפט. לעתה, המטרה הלגיטימית היחידה לשימוש במשפט פלילי היא בירור אשמותו של הנאשם על סמך ראיות ועדות: "מטרתו של המשפט היא לעשות צדק, ותו לא; אפילו הנעלה שבמטות החרגות [...] יכולה לגרום לסטייה מענייני העיקרי של החוק: לשקול את ההאשמות נגד הנאשם, לפסוק את דינו, ולקצוב לו עונש מתאים".¹¹

מחזין לטריטוריה שלה כאשר היא יכולה להראות קשר מיוחד לקורבן הפשע.⁵ בדרך כלל צריך שהקורבן יהיה אותה המדינה; אך מכיון שישאל לא הייתה קיימת בזמן הפשע, זיהה בית המשפט אותה זיקה מיוחדת בעובדות היותם של הקורבנות יהודים. שנית, ערכאת הערעור, שהייתה מודעת ככל הנראה לבעייתיות שבעצם השימוש בסיווג משפטי על בסיס אתנו-דתי, פיתחה הצדקה נוספת לסמכות השיפוט, שמקורה בדוקטרינה של סמכות השיפוט האוניברסלית.⁶ בית המשפט העליון קבע, כי לפי המשפט הבינלאומי, כאשר מדובר בפשעים נגד האנושות, אין צורך לכסס זיקה טריטוריאלית או אישית של המבצע או של קורבנותיו אל בית המשפט כדי להקנות לה האחרון סמכות שיפוט. לגבי פשעים אלו מעניק המשפט הבינלאומי לכל אחת מן המדינות החברות בקהילה העמים סמכות לאכוף את הנורמות שלו. התיאוריה החדשה נקראה "דוקטרינת סמכות השיפוט האוניברסלית".

בית המשפט העליון בעניין אייכמן קבע:

הפשעים שיוחסו למערער, לא רק שהם נושאים כולם ביי-לאומי, אלא תוצאותיהם המזיקות והקטלניות היו כה מקיפות ונפוצות עד שהיה בהן כדי לפגוע עמוקות ביסודות – ואף ביציבות – של הקהילה הבינלאומית. על-כן, מדינת ישראל הייתה זכאית, על-פי העקרון של סמכות אוניברסלית ובשמושה בעניין זה בתפקיד של "שומר המשפט הבין-לאומי" ומבצעו, לשיפוט את המערער בפלילים. מכיון שכן, אין חשיבות לעובדה, כי מדינת ישראל לא הייתה קיימת בעת שנעברו העבירות הנדונות.⁷

התיאוריה החדשה בדבר התקיימות סמכות שיפוט אוניברסלית אפשרה לבית המשפט לעקוף את מחסום הריבונות הטריטוריאלית. כיבוד הריבונות של המדינות בא לכלל ביטוי בייחוד של סמכות שיפוט טריטוריאלית לכל מדינה על פשעים שנעברו בתחומה. כיבוד הריבונות של המדינות משמעו כפועל היה אי הפעלת הדין הפלילי בגין פשעים נגד האנושות, שכן פשעים אלו נעשים פעמים רבות תחת חסות הריבונות של מדינה, ולשם קידום מה שנחפס כאינטרס לאומי. מדינת האומה לא רואה במעשים אלו פשעים נגד האנושות, ואילו מדינות אחרות רואות עצמן מנועות מהתערבות בשל כיבוד עקרון הריבונות. "דילמת הריבונות", כפי שכינתה אותה ארנט בספרה על מקורות הטוטליטריזם, יצרה קושי מהותי לפיתוח כלים כדי לשיפוט פשעים נגד האנושות.⁸

האוניברסל, שכן אלו אינם נמצאים לדעתה משני צדי המתרס, כאשר דנים בפשע נגד האנושות. בהתאם לכך, פרשנותה של ארנדט נמנעת מלזרז בפשע זה ברמה הקונקרטית לחלוטין (סבלו של הקורבן האינדיבידואלי), או ברמה המופשטת לחלוטין (הפגיעה בזכויות של הקהילה האנושית), אלא עוצרת במתווך במחצית הדרך, ברמה הפוליטית – של הקהילה ההיסטורית שנגדה כוון הפשע, ואשר הפגיעה בה מהווה הן פגיעה פרטיקולרית בקהילה פוליטית ממשית והן פגיעה אוניברסלית באחד הבסיסים החשובים ביותר של הקהילה האנושית הכללית – הבסיס של הקיום הפלורלי האנושי.

מהות הפשע נגד האנושות

ארנדט הטילה פצצה לעולם, כאשר כינתה את המצב הנפשי שליווה את "איכמן" בצצוע פשעי הנוראים "הבנאליות של הרוע". בכך קראה חניג על הקשר ההיסטורי, שאח קיומו מניח המשפט הפלילי, בין חומרת הפשע הנאצי. דווקא המניע הבנאלי של ריצוי הממונים, של מנגנון הפשע הנאצי. לשיטתה, הוא שסייע לדעתה למנגנון הרצחני של התקדמות בסולם הקריירה, הנה זו נסתרה לדעתה במסגרת המשטר הנאצי לגייס לשורותיו את הפקידים היעילים, ולהפוך את הרצח לשיטתי וכללי. ההתמקדות במושע החדש המאופיין בבנאליות של המניעים סייעה לארנדט להבין את הצורך הדרוץ לחזקת נורמות משפטיות חדשות שיתמודדו עם הפשעים החדשים וימנעו את התרחשותם שוב בעתיד. מאחר שפשעים אלו נעשים בשם מדינות ובאופן מאורגן ושיטתי, לא ניתן להסתמך על תפיסת מעשי הפשע כ"סטייה" מהנורמה, כפי שהללו הוכנו ברגיל על ידי המשפט הפלילי המסורתי, ויש לפתח כלים להבין כיצד מערכת חוק שלמה הופכת להיות פושעת.

בריוק כפי שהחזק בארצות נאורות מניח שקול המצפון אומר לכל אחד "לא תרצח", אך שתשוקותיו ונטייתיו הטבעיות של אדם עשויות להיות רצחניות, כך החוק בארצו של היטלר דרש שקול המצפון יאמר לכל אחד "תרצח" [...] הרשע ברייך השלישי איבד את התכונה שעל פיה רוב בני האדם מבחינים בו – תכונת הפיתוי.¹³

לדעת ארנדט, הדרך להפוך פקידים רגילים לרועח-מכתבה, כפי שאירע במסגרת השלטון הנאצי, היא שיצרה את הסכנה הממשית

מול הרטוריקה החינוכית של התביעה הציגה ארנדט רטוריקה לגליסטית. הניסיון להרחיב את יריעת המשפט כדי להופכו לבמה להשמעת עדויות של קורבנות השואה נחפז בענינה כסטייה מערכוניתו הליברליים של המשפט הפלילי. היא קראה לשימוש בקטגוריה המשפטית החדשה הפרטיקולרית שיצר המחוקק הישראלי לשימוש בקטגוריה החדשה הפרטיקולרית שיצר המחוקק הישראלי בשנת 1950 בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, "פשע נגד העם היהודי", שכן בדרך זו מתעלמים מן המימד האוניברסלי של מעשיו של אייכמן ומאופיו הייחודי של הפשע.

ביקורתה הנוקבת של ארנדט על התביעה הישראלית בראשיתו של האותו פותחת את הספר "איכמן" בירושלים, והיא זכתה לחשומה לב ציבורית רבה. פחות ידועה עמדה בנוגע לסמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי. אמנם לדעת ארנדט המקום הראוי לשיפוט את אייכמן היה בית דין בינלאומי פלילי, ואולם בהעדרו היא צידדה בהקניית סמכות שיפוט לבית המשפט הישראלי.¹⁴ בסוגיה זו מתגלה ארנדט כמי שעמדה נגד רבים בקהילה הבינלאומית, שדחו על הסף את הלגיטימיות של בית המשפט הישראלי, וראו את המשפט כולו כמשפט פוליטי, בשל היותו המשפט יהודים המזוהים עם קהילת הקורבנות. לדעת ארנדט, כשם שכל היטלר היה לאומי מקבל סמכות לשיפוט פשעים שבוצעו נגד אורחים בני בית משפט של, כך גם בית משפט ישראל. הקושי העיקרי לדעתה היה נעוץ הלאום שלו, בין השופט לקורבן, אלא בפרשנות המושג "טרטוריה", המבדירה בדרך כלל את גבולות סמכותם של בתי המשפט הלאומיים. במבט ראשון דומה כי עמדות אלו של ארנדט אינן מתיישבות. מחד גיסא, ארנדט שוללת את השימוש בקטגוריה של "פשע נגד העם היהודי", ומאידך גיסא היא מצדדת בהקניית סמכות שיפוט לבית משפט לאומי ששופטיו משתייכים ללאום היהודי ומזוהים עם קורבנות השואה. נוצרת סתירה לכאורה בין עמדה ביחס למחנות הפשע – ביקורת על הפרטיקולריות של החוק הישראלי ובחירה בחלופה האוניברסלית, לבין עמדה ביחס לסמכות השיפוט – נכונותה להכיר בסמכותה של מדינת הקורבנות לשיפוט את הרצח, כלומר בחירה בקוטב הפרטיקולרי.

כיצד, אם בכלל, אפשר ליישב את המתח המתגלה בבחירות אלו של ארנדט? המפתח נעוץ, לדעתי, במקומה של הקהילה הפוליטית בפרשנות הפשע ובבחירת הפורום השיפוטי הנאות. בספרה נמנעת ארנדט, לדעתי במתכוון, מבחירה בקוטב הפרטיקולרי או בקוטב

להתייחס ברצינות ליסוד הנפשי שהניע פקיד בכיר זה של מנגנון ההשמדה הנאצי, ולקרוא מחדש את יסודות המשפט הפלילי כדי שימתודו עם הפער הבלתי נתפס בין הבנאליות של המניע לכין זוועת החוצצה.

ייחודו של הפושע (פושע המכתבה) הצטרף במקרה זה לייחודה של מטרת הפושע נגד האנושות, וכמידה רבה איפשר אותו:

הפושע החדש, הפושע כלפי האנושות – במונח 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 אנושי, כלומר נגד מאפיין של "המצב האנושי" שבלעדי המילים "המין האנושי" או "אנושות" מתדקנות מכל משמעות.¹⁶

על פי ניסוח זה, פשעים נגד האנושות אינם רק "פעולות בלתי אנושיות" וגם אינם דומים לפשעים מוכרים יותר, כמו רצח המוני. ייחודם נובע מכך שהם מאיימים על עצם האפשרות של הקיום האנושי (מה שארונט מכנה "המצב האנושי"). כיוון שמטרתם היא מחיקתה של קבוצה שלמה מעל פני האדמה. אופיו של הפשע הוא שנותן לו כסיס קהילתי קונקרטי. מעבר לאיום על המין האנושי כולו, הוא מכוון נגד אומה מסוימת (יהודים, צוענים ואחרים). בית המשפט הכיר אמנם באופיו המיוחד של הפשע, אך כפי שראינו, הוא העניק לו פרשנות פורטיקולרסטית בעזרת הקטגוריה של "פשעים נגד היהודי".¹⁷

ההתמקדות בסבל של הקורבנות במשפט מנעה גם היא אפשרות לבחון את הפשע ברמה המופשטת יותר של פגיעה בקהילה רחבה, פגיעה המהווה מסד למשפט הפלילי המודרני. אינדט, לעומת זאת, ראתה את הפשע הספציפי (נגד היהודים) כביטוי אחד של פשע אוניברסלי (נגד האנושות) שניתן יהיה לבצע נגד קבוצות אחרות כעתיד. 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, כיון שכל ניסיון לחסל קבוצה אחת צריך להתפרש גם כהתקפה על הפולריות האנושית.

לאנושות בעתיד. אונדט ידעה היטב, כי פשע חסר תקדים יכול להיות תקדים בעצמו, וכי מה שהופיע פנים אחד בעולם עתיד להופיע שוב, ולכן יחטה חשיבות רבה מאוד לקביעת התקדים המשפטי הנוכח.

גישה זו הציבה אותה כמתנגדת לשני כוחות חזקים במיוחד שמשכו את בית המשפט אל הכיוון ההפוך. השופטים, כשחקנים במערכת המשפטית המחויבים לקטגוריות ולהבחנות של אותה מערכת, ניסו לקדם את הגישה, שלפיה אפשר להתאים את פשעיו של אייכמן לתקדימים משפטיים קיימים. הדבר היה חשוב במיוחד לנוכח קריסת הלגאליזם תחת המשטר הנאצי – חשיבות המשפט ביירושלים הייתה לא רק בענישתו של אייכמן, אלא בהוכחה לציבור בישראל ובעולם, כי ההליך המשפטי שבמסגרתו נשפט אייכמן בהתאם למרכיבי המשפט הפלילי כן היה חשוב לדון בפשעי אייכמן בהתאם למורכיבי המשפט הפלילי של יסוד נפשי (מנס ריאה) המשחלכ עם יסוד עורבתי (אקטוס ראוס), וכן של ההבחנה בין מבצע עיקרי לבין מסייע ומשדל, וכיצא באלה ההחנות של המשפט הפלילי המהותי.

מאידך גיסא, כצופים במהלך המשפט וכמאזינים לערויות ניצולי השואה, הגיבו השופטים גם לצורך של הקורבנות להדגיש את ייחודה של השואה, לפחות פתח לערויות על ההשמדה הנאצית כפי שזו התבצעה בקצה המרוחק ביותר ממוכתבתו של אייכמן. הם רצו לאפשר גם לקורבנות שלא פגשו באייכמן ושלא נשאו ונתנו אותו, לחת עדות על סבלם תחת מכונת ההשמדה הנאצית.

מגמות סותרות אלו החלכו בפרשנות שנתנו ל"פשעים נגד האנושות". בית המשפט הרחיב את הקטגוריה המשפטית כך שיהיה אפשר להחיל תקדימים בינלאומיים על עניינו של אייכמן ולהציג את עניינו ככה שאינו מעורר קושי משפטי מיוחד. בית המשפט פתח פתח לערויותיהם של כמאה ניצולים שסיפרו את סיפור השואה מנקודת מבטם האישית, ויחידיו הצליחו לחת שם וצורה לשואה היהודית כפשע היסטורי חסר תקדים.¹⁸ בה בעת ניסו בית המשפט את מעשי הזוועה הנאציים תחת קורת הגג של רכיבי העבירה הקלאסיים של המשפט הפלילי.

בניגוד לבית המשפט, שראתה את חוסר התקדים ההיסטורי במניע השטני של הפושע, מניע שהמשפט הפלילי המודרני פטור מלדון בו,¹⁵ אונדט ראתה את החיבת חסר התקדים בפשעיו של אייכמן במסגרתם, פשעים שכוונו נגד התנאי הראשוני לקיום אנושי: הפלוליות האנושית. לפיכך היא סברה, כי המשפט לא צריך להתמקד בשאלה האם אייכמן רצח כמו ידיו, או האם אייכמן שיקר, אלא דווקא בניסיון

בעיה שעלתה מפעולותיה של "מדינה מחוץ לחוק" – מדינה פשעית.²¹ הקניית סמכות שיפוט אוניברסלית לכל מדינה על שודד היה על פי הדיון הבינלאומי לא יצדה קונפליקט פוליטי בין מדינות, שכן הוא אינו פועל בחסות מדינה. ואכן, מלכתחילה הצד המשפט הבינלאומי את סמכות השיפוט האוניברסלית רק כנגד שודדי ים הפועלים על דעת עצמם, ולא כאלו שפעלו בשליחות מדינת.²²

למרות שאונרנט בקרה את שני הבסיסים שבית המשפט הציג להרחבת סמכות שיפוט טריטוראלית, היא תמכה בכל זאת בהכרה בסמכות השיפוט שיש לבית המשפט הישראלי בעניין אייכמן. היא טענה, כי במקום לחפש "יוצא מן הכלל" לסמכות הטריטוראלית צריך היה בית המשפט לפרש מחדש את עקרון הטריטוראליות כדי שיהאם לאופיו של הפשע החדש יוקנה לו סמכות שיפוט. כיון שפרשנותה היא כה חדשנית, ראוי לצטט אותה במלואה:

ישראל הייתה יכולה לטעון בקלות לסמכות שיפוט טריטוראלית לו רק הסבירה ש"טריטוריה", כפי שהחוק מבין זאת, היא מושג פוליטי ומשפטי ולא מונח גאוגרפי גרידא. המושג אינו קשור דווקא, ולא בעיקר, לפיסת אדמה, אלא למרחב בין יחידים בקבוצה שתכריח 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 שבמהלכו חברי הקבוצה השונים מתחזקים איש לרעהו ומתקשרים זה עם זה.²³

על בסיס פרשנות תרבותית זו של מושג ה"טריטוראליות", ניסתה אונרנט להצדיק את סמכות השיפוט הישראלית על פשעים נגד האנושות. הפשעים כווננו נגד העם היהודי כקבוצה, ובמובן זה פגשו 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,²⁴ בין השאר מכוח העובדה שמאות אלפי ניצולים הפכו את ישראל לבינם. עצם ניסיונם של הנאצים להרוס את ה"טריטוריה" המיוחדת שקשרה את היהודים אלה לאלה לאורך הדורות, היא שהפכה את פשעם ליחודי; כלומר, למשהו שונה באיכותו מניסיון לרצוח יהודים כאינדיבידואלים (גם אם באופן המוני). מדינת ישראל, שהוקמה לאחר השואה, זכתה להכרה בינלאומית בין השאר בשל הכרת העולם בפשע שנעשה לקהילות

המשפט הפלילי המודרני מפריד בדרך כלל את הדיון בין שאלת סמכות בית המשפט לדון במקרה – שאלה המוכרעת בשלב המקדים של המשפט – לבין שאלת פרשנות החוק החל על המקרה. בספרה של אונרנט, הדיון בפרשנות הראויה לפשע החדש אינו מנותק מן הדיון המוסדי בדרכים הראויות לאכיפתו. במסגרת האפילוג של אייכמן ביירושלים חוזרת אונרנט לדון בכמה התנגדויות למשפט שהועלו בקרב הקהילה הבינלאומית. כאן היא דנה בפרשנות הראויה לפשעים נגד האנושות, בשאלת משוא הפנים של בית משפט יהודי, ובסמכות השיפוט של בית משפט ישראלי. היא דוחה את הביקורת בכל הנושאים הללו וקובעת, כי אפשר לבסס את סמכותו של בית המשפט הישראלי. וכל זאת, היא מבססת סמכות זו בצורה שונה מזו שהציע בית המשפט. בנקודה זו נוכל לבחון את תפקידה של הקהילה הפוליטית בתורת המשפט הפלילי של אונרנט, ולראות כיצד זו עשויה לעזור לנו להתמודד עם ההתפתחויות העכשוויות במשפט הבינלאומי.

אונרנט בודקת את שתי ההצדקות שסיפק בית המשפט להרחבת סמכות השיפוט הטריטוראלית שלו, וטוענת כי הן אינן מספקות. דקטרינת "האישיות הפאסיבית", כך טענה, איננה תואמת את יסודות המשפט הפלילי המודרני, שהעביר את השליטה בהליך הפלילי מן האינדיבידואל אל הקהילה הנפגעת (מדינת האומה).¹⁸ דקטרינה זו מרגישה את העול שנגרם לקורבנות האינדיבידואליים, ורואה בו את הסיבה העיקרית להליך המשפטי, ולא את העול הכללי יותר ל"קהילה" הנפגעת. עובדה זו יכולה, לדעתה, ליצור קירבה מוגזמת בין המשפט הפלילי לנקמה פרטית, שאותה הוא בא להחליף. היא אף נותנת לקורבן הספציפי שליטת יתר על ההליך הפלילי, בדומה להליך אזרחי, ובכך מטשטשת את ההבדל בין דיני הנזיקין לדין הפלילי.¹⁹ אונרנט ביקרה גם את הרחבת סמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי מכוח דקטרינת "סמכות השיפוט האוניברסלית", כיון שהיא מבוססת על אנלוגיה שגויה לחוקים שנועדו לטפל בשודדי ים. שודד והוא פועל בים הפתוח, מחוץ לחזום שיפוט של מדינה כלשהי.²⁰ אייכמן, שלא היה כלל וכלל "מחוץ לחוק", שירת כחבר נאמן במדינתו ופעל בשמה. במילים אחרות, הבעיה שהציג הנאצים בפני הקהילה הבינלאומית לא הייתה בעיה של פרטים הנמצאים מחוץ לחוק, אלא

אורנט דנה במהות הפשע ובפרשנות על סמכות השיפוט בסמיכות זמנים, דבר המאפשר לנו לראות לראשונה את הקשר ההדוק בין השאלות – קשר שנגעלם מן העין בדרך כלל בשל חלוקת הדין המשפטי לשלבים שונים. אפשר אפוא לראות, כי הפרשנות של אורנט לפשעים נגד האנושות עולה בקנה אחד עם הפרשנות שהיא נתנה לעקרון סמכות השיפוט הטריטוריאלי. בשני המקרים היא דוחה פרשנות אינרדודורלדסטית של החוק הפלילי הבינלאומי, ששמה במרכז את הפרט הנפגע או את הפרט הפוגע, כדי להציב את הקהילה הפוליטית הנפגעת במרכז הדין. כך הפרשנויות שלה לדין המהותי ולכללי הסמכות שומדות על הזיקה בין בית המשפט ובין קהילה פוליטית ספציפית, מבלי ליפול במלכודת האוניברסליזם הריק, או בוז של הפרטיקולריזם האתנוצנטרי.

ואולם דווקא הצבת הקהילה הפוליטית במרכז הדין היא שמציבה בעיה קשה בפני קוראי הספר *כייכמן* בירושלים. נקודת הפתיחה של הדין הייתה הצבעה על הסכנה המיוחדת שרובצה לפתחו של בית המשפט הישראלי, והיא הפיכת משפטו של אייכמן למשפט פוליטי. וחשש היה שיהיה זה משפט שבו הקהילה הנפגעת מייצרת "צדק של מנצחים", כלומר, מענישה את אייכמן כוחה הערף עליו (חטיפתו והבאתו בכוח לישראל לעמוד למשפט) ולא מכות הלגיטימציה שניתנת למשפט שנערך בבית משפט המנותק מקורבנות הפשע. במילים אחרות, האם ההכרה בצורך לשמור על הקשר ההדוק בין כללי המשפט הפלילי המהותי לבין כללי סמכות השיפוט, לעיין הריבונות המדינית, אינה חותרת תחת הלגיטימיות של המשפט עצמו, ומאיימת להפוך אותו למשפט ראווה? לדין בשאלה זו אפנה בפרק הבא.

משפט פלילי וריבונות פוליטית

כל מערכת משפטית צומחת מתוך קהילה אנושית ומקושרת אליה, והיא נותרת מקושרת אליה כל עוד מדובר במשפט "חי". הפיסה מטורחית זו של המשפט באה לביטוי כבר בהחליתו של כל משפט. בשל הראשוני, עוד לפני שהצדדים מציגים את טיעוניהם, עליהם לבסס את סמכות השיפוט של בית המשפט על הסכסוך שבניהם. החוק מחייב את הצדדים להראות קשר משמעותי בין הנושא השנוי במחלוקת לבין בית המשפט. הקשר החשוב ביותר מבוסס על זיקה טריטוריאלי, כלומר, שהפעולות שגרמו לסכסוך התרחשו בטריטוריה הנפופה לסמכות השיפוט של בית

היהודית. הניסיון לחסל את ה"טריטוריה" היהודית הוא שהצדיק לדעת אורנט את מתן סמכות השיפוט לטריטוריה הפוליטית החדשה שהוקמה בישראל, ואשר קלטה רבים מן הניצולים. במילים אחרות, בסיס הלגיטימיות להגדרה העצמית המדינית להודים הוא שמצדיק את סמכות השיפוט של מדינת ישראל על אייכמן.²⁵

פרשנותה המרחיבה של אורנט לעקרון הטריטוריאלי מניחה שיש למצוא נקודת סימוכין חזקה יותר לסמכות של בית משפט לאומי, מעבר להיותו חבר בקהילת העמים. עם זאת, אסור לה לסמכות השיפוט שתכבול עצמה לקורבנות הספציפיים, ובכך תאבד את המשמעות של המשפט הפלילי, השונה מפיצוי על נזק פרטי. בכך מקבלת אורנט למעשה את דברי בית המשפט, שכתב:

[...] בנוגע לפשעים שכונו נגד היהודים, מצא בית-המשפט המחוזי "נקודת סימוכין" על סמך הקשר בין מדינת ישראל לבין העם היהודי, לרבות הקשר שבין מדינת ישראל והקורבנות היהודיים של השואה לבין "הבית הלאומי" בארץ-ישראל, כפי שבואר בספק-הדין [...] אנו סומכים את דינו על כל מילה שאמר בית-המשפט על הנושא הזה [...] ²⁶

ואולם אורנט הושבת שאפשר לפרש מחדש את עקרון הטריטוריאלי על סמך נקודת סימוכין זו בצמוד לפרשנות החדשה שהיא העניקה לפשע נגד האנושות. ללא נקודת סימוכין זו, רבות הן סכנות לפוליטיזציה של משפט הנערך במדינה צד ג', שאין לה כל זיקה מהותית לסכסוך. במילים אחרות, ספק אם על פי ספרה של אורנט מוצדק היה לשיפוט את אייכמן בנוווגיה, ואילו דווקא בישראל, מדינתם של רבים מקורבנות השואה, מתקיימת הצדקה מיוחדת לשיפוט את אייכמן, לאור זיקתה לפשע ולקהילת הקורבנות. ואולם אורנט לא הרחיבה נקודה זו בספרה.

חשוב להדגיש, כי פרשנותה של אורנט לעקרון הטריטוריאלי מצימצמת את סמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי מכות שתי האלטרנטיבות הנדונות בספק הדין של דוקטרינת "האישיות הפאסיבית" ודוקטרינת הסמכות האוניברסלית. בניגוד לסמכות השיפוט האוניברסלית, אורנט טענה כי בית משפט ישראלי אינו יכול לשיפוט את כל הפשעים נגד האנושות, אלא רק את אלו שכונו כלפי העם היהודי. בניגוד לסמכות השיפוט האישית הפאסיבית, לא כל פשע שכוון נגד יהודי כיהודי מצדיק מתן סמכות שיפוט לבית המשפט, אלא רק כאלה המאיימים על קיומה הרציף של הקהילה היהודית בתור שכזאת.

העוסק בניסיונות שונים לשלב מחדש את הקורבן בהליך הפלילי בשלב גזר הדין, על ידי מתן "תצהיר קורבן" (Victim Impact Statement).³⁰ ואלם צעד כזה נחשב חריג במשפט הפלילי המודרני, ומעורר ביקורת רבה בשל הפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם, ובשל החשש לפגיעה באוניברסליות של הנורמה הפלילית.

לענייני חשוב לזכור, כי מאחר שהליך המגבשות המשפט הפלילי כפי שאנו מכירים אותו כיום החדש במקביל לצמיחת מדינת האומה ולהגבשות כללי סמכות השיפוט, לא נערך דיון משמעותי ברובד הקהילתי-פוליטי של המשפט הפלילי. ההנחה הייתה שהמשפט הפלילי נותן למונופול של המדינה (כחלק מן המונופול על השימוש באלימות), ולכן הקשר בין ריבונות מדינית לבין משפט פלילי לא היה זקוק להוכחה. הדיון החרוז בהצדקת ההבחנה בין משפט פלילי לאזרחי – כלומר, במעבר שעשה המשפט מן הפרט הנפגע לקהילה הנפגעת ולשיח אוניברסלי של זכויות. היה ברור לכל העוסקים בתחום הפלילי, כי בזכות לחיים, לחירות, לקניין, לכבוד, תתפרשנה ותיאכפנה ביד התביעה הפלילית ובחצי המשפט של קהילה פוליטית ולוואנטית, אשר בשמה נחקק המשפט הפלילי הפורטיבי.³¹ כיבוד עקרון הריבונות והביטוי המעשי שהוא קיבל בסמכות החקיקה של הפלמנט ובסמכות השיפוט הטריטוריאלית של בתי המשפט של המדינה, הביטחו את הקשר ההדוק בין קהילה פוליטית למשפט פלילי.

במאה ה-20, כאשר החל המעבר ממשפט פלילי מדינית למשפט פלילי בינלאומי – בתחילה על ידי הכרה בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות, ולאחר מכן בפרתות דרכי אכיפה – עדיין המשיכו מלומדי המשפט להשתמש באותה שפה זו עזרה להציג את השינוי כהמשכי למשפט הפלילי המודרני. שפה זו עזרה להציג את השינוי כהמשכי למשפט הפלילי המודרני, ועל ידי כך לתת לגיטימציה ליצירת חוק בינלאומי פלילי.³² ואלם השפה האוניברסלית של המשפט הפלילי העלילמה שינוי משמעותי שהתרחש במקביל למעבר ממשפט פלילי מדינית למשפט בינלאומי – השינוי שחל בקהילה הפוליטית שבשמה תובעים. במילים אחרות, האם המשפט הפלילי עדיין נשאר משפט פלילי כפי שהכנו אותו כאשר הוא נלקח מקהילה פוליטית קונקרטית בעלת היסטוריה משותפת, ערכים משותפים, אינטרסים משותפים, מוסדות של חקיקה ושל שיפוט, ועובר לקהילה בינלאומית אמורפית? אן, בניסוח אחר, מהם היסודות של קהילה פוליטית שעליהם אפשר לוותר

המשפט (עקרון הטריטוריאליות). זיקה נוספת היא הזיקה האישית, במקרים שבהם אחד הצדדים לסכסוך נחשב לחבר בקהילה הפוליטית שבית המשפט מוסמך לשפוט בעניינה (עקרון הלאומיות, הכולל סמכות אישית אקטיבית או פאסיבית). לבסוף, יש להוסיף זיקה במונחי זמן – להראות ששום חוק התיישנות אינו חל על הפעולות הנדונות. שליש, הזיקות הללו, המבטות את סמכות השיפוט של בית המשפט, מצביעות למעשה על שלושת הדיוטים המכוננים קהילה פוליטית: מרחב, זמן ובני אדם. על מנת לבסס סמכות שיפוט, חייב בית המשפט לבחון את מידת קירבתו לסכסוך לפי כל אחת מן הזיקות הנזכרות.

כאשר עסקינן במשפט הפלילי, להבדיל ממשפט פריטי, חשוב במיוחד להביא בחשבון את הרובד הקהילתי של המשפט, שנותן כריגל סמיות מן העין, ומסתתר מאחורי דוקטרינות משפטיות של סמכותיות וחסיניות. המשפט הפלילי המודרני עשה דרך ארוכה בתהליך ההיפרדות מן התביעה האזרחית-הנזיקית. יסודו של המשפט הפלילי הוא בתביעות נזיקיות של פרט נגד פרט אחר שפגע בו. מטרת ההליך הייתה פיצוי על נזק, והצדדים הפרטיים קיבלו לפיכך שליטה בהליך. עד המאה ה-17 לא נעשתה הבחנה ברורה בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין. כך למשל, בימי הביניים, אותם מעשים שנושבו לפגיעות אישיות, כמו מעשי תקיפה, נחשבו גם למעשים המפרים את שלום המלך במשפט האנגלי.²⁷

יצירת המשפט הפלילי המודרני התרחשה במקביל לתהליך המגבשות הריבונות המדינית. בהדרגה לקחה המדינה לעצמה את השליטה בהליך הפלילי.²⁸ גם ההצדקה להליך מנוסחת מחדש, וצומחת הדוקטרינה של תורת הגמול, שנועדה להבחין בין המשפט הפלילי לבין הפיצוי האיש או הנקמה. על פי דוקטרינה זו, ההצדקה למשפט הפלילי יסודה בהפרה שהפר הנאשם את כללי הקהילה – את האמנה החברתית המאפשרת קיום בצוותא. במעשי הוא פגע אמנם בזכויות ספציפיות של פרטים (הזכות לחירות, לחיים, לקניין, לשלמות הגוף וכיוצא באלה), אך פעולה זו נחשבת גם לפגיעה בקהילה, שהיא אשר תבעת את הנאשם.²⁹ בהדרגה הקורבן נדחק החוצה, הוא הפסיק להיות צד פרומלי להליך הפלילי, הוא אינו מיוצג עוד באופן נפרד, התביעה הפלילית עשויה להיעזר בו כעד תביעה, ואלם התביעה כשם הריבון היא ששולטת על ההליך הפלילי, והיא שמחליטה אם להגיש כתב אישום, לחתום על עסקת טיעון, לערער על פסק הדין, בשנים האחרונות מתקיים ויכוח ער לגבי מעמד הקורבן בהליך הפלילי.

שמירה על עקרון הפרדת הרשויות איפשרה לכת' המשפט לפתח עצמאות ביחס לרשות הפוליטית על שתי זרועותיה, המחוקקת והמבצעת, וכך לזמנצם את הסכנות הרכות של שימוש במשפט הפלילי בידי השלטון ככלי לפגיעה בריב פוליטי.³⁷ נוסף לכך, עקרון הפרדת הרשויות נועד למנוע מן הרשות השלטונית ההערכות בהליך קיים כדי לסכל את הפעלת החוק הפלילי נגד אנשים שביצעו פשעים בשם המדינה. אולם יומרה זו של המשפט הפלילי המודרני נציבה מול קושי גדול כאשר מדובר במשפטים פוליטיים. כך למשל, כאשר עולה האשמה נגד גופים של המדינה בדבר פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות, קיים חשש שהרשות הפוליטית תנסה להתערב במשפט, ובכל מקרה, השופטים המזוהים עם הקהילה הפוליטית שבשמה לכאורה פעלו הנאשמים, עלולים להיראות מוטעים בדינם. במילים אחרות, העצמאות השיפוטית המבוססת על העדר משא פנים כלפי הצדדים האינדיווידואליים לסכסוך, לא הניחה מעולם קיומה של עצמאות פוליטית מלאה של הרשות השופטת כלפי המשטר הקיים. זהו קושי מבני במשפט המודרני, שהמשפט הפוליטי מעלה אל פני השטח. הדטרמינציה של הפרדת הרשויות, המספקת לגיטימציה במקרה הרגיל, נכשלת במשימה זו פעמים רבות כאשר עסקינן במשפט פוליטי.

כל משפט פוליטי מתחיל במה שאפשר לכנות מצב של "שוני רדיקלי". זהו מצב שבו שתי קבוצות המחזיקות בדעות מנוגדות, או כאלו שאינן מתיישרות באופן יסודי לגבי ערכי יסוד, נפגשות בבית המשפט. משפט פוליטי, לשיטתי, הוא משפט העוסק בעניין בעל רגישות פוליטית גבוהה, ושאין לגביו הסכמה ערכית.³⁸ העימות הוא רדיקלי במובן זה ששני הצדדים חלוקים הן לגבי הדין המהותי האמור להכריע בסוגיה, הן לגבי כללי הראיות והפרוצדורה, והן לגבי הערכאה הראויה לדון בסכסוך. כלומר, המחלוקת נוגעת לעצם כללי המשחק הלגיטימי של ההכרעה המשפטית בסכסוך. אי אפשר לפתור מחלוקת זו רק באמצעים משפטיים, כיון שהיא אינה נוגעת לשאלה משפטית טהורה כמו פרשנות של חוק או של מצב עובדתי. במקום זאת היא מעלה את ה(מטא)שאלה הראשונית – לאיזו מערכת משפטית יש נזות להכריע בעניין, ולאיזו ערכאה יש סמכות לשפוט אותו. במילים אחרות, במצבי שוני רדיקלי אי אפשר עוד להחזיק בפיקציה של הסכמת הצדדים, העומדת בבסיס הפעלת כוחו הכופה של המשפט הפלילי בדרך כלל.³⁹ במקרים כאלה, המבנה המשולש של המשפט קורס והופך למבנה בינארי, שבמסגרתו עומדים שני צדדים זה מול זה במאבק כוחני, ללא

³³ כאשר עוסקים במשפט פלילי בינלאומי.

השפה האוניברסלית של המשפט הפלילי, שנועדה להתעביר את הדין מן הפרט הנפגע אל הקהילה הנפגעת, טשטשה את המעבר האיכותי בין סוגי קהילות שונות (לאומית ובינלאומית) ואפשרה להתחמק מן השאלה מיהו הקהילה הרלוואנטית לתביעה ולשפיטה, כאשר עסקינן בהפרת נורמות של המשפט הבינלאומי הפלילי.³⁴ שאלות אלו אינן שאלות אבסטרקטיות, שכן הכסיס הפוליטי של המשפט הפלילי הוא שנתן כוח כפייה לבתי המשפט, וכך הפך למשי את האיום בסנקציה המצויה בבסיס המשפט הפלילי. כוח הכפייה של המדינה גם הבטיח את הפעלת המשפט לאורך זמן ובאופן אחיד על כל המשתתפים לאותה קהילה פוליטית. כל עוד הקהילה הבינלאומית חסרה כוח כפייה ויכולת להוציא את איום הסנקציה הפלילית מן הכוח אל הפועל באופן נמשך ואחיד, עולה החשש מפני שימוש בנורמות המשפט הבינלאומי באופן סלקטיבי על ידי קבוצות פוליטיות חזקות כלפי קבוצות פוליטיות חלשות יותר.

נחזור, אם כן, אחורה אל יסודות המשפט הפלילי המודרני. מול עקרון סמכות השיפוט הטריטוריאלי, הוצר זיקה בין בית המשפט לקהילה פוליטית, עומד עקרון יסוד נוסף של המשפט הליברלי, והוא עקרון הפרדת הרשויות. עקרון זה חשוב במיוחד במשפט הפלילי, מאחר שהוא נועד לשמר את המבנה המשולש של המשפט (שני צדדים מסוכסכים וצר שלילי מרוחק השופט בעניינם). כפי שמסביר מרטין שפיר, המבנה המשולש של המשפט הוא עיקרון הנובע מן השכל הישר – הוא נועד לחת לצד שלילי שאינו מעורב בסכסוך את הסמכות לשפוט. ואולם מבנה זה מכיל בחוכו פחדוקס, שהרי ברגע שניתן פסק דין המבנה המשולש קורס והצד המפסיד רואה עצמו עומד לברז מול שניים.³⁵ לפיכך דרש מבנה זה חיזוק לגיטימציה שליו.

בעבר, במשפט הדומי למשל, הלגיטימציה הושגה על ידי כך ששני הצדדים יכלו לבחור הן את הדין הן את הדין שלפיו יורע הסכסוך. במילים אחרות, הסכמת הצדדים מלכתחילה היא שיצרה את המחויבות שלהם לציית לפסק הדין בדיעבד. ואולם במשפט המודרני, שבו הצדדים אינם בוחרים את הדין או את הדין, ובמיוחד במשפט הפלילי, שבו הקהילה המדינתית תובעת את היחיד הסוטה, והשופטים שופטים מטעם הקהילה וכדי לקדם את עניינה – קשה במיוחד לשמר את מראית העין של מבנה משולש. הלגיטימציה מושגת הפעם על ידי "תחליפי הסכמה", כלומר, על ידי הקפדה על עצמאות הרשות השופטת, ועל האובייקטיביות של הכללים של הדין הפלילי המהותי.³⁶

של המשפט. הדרך שבה ניסה המשפט הבינלאומי להתמודד עם הבעיה הייתה העברת השיפוט של המעשים האמורים מבית המשפט הלאומי אל בית משפט חיצוני המשודר מכל שיוך ויהיה פוליטיים, בהנחה שבית משפט כזה יוכל לרדת לחקר האמת בנוגע לפשעים שנעברו לכאורה בשם המדינה. אפשר לראות בכך הרחבה של הדוקטרינה של "הפרדת הרשויות" והפעלה ברמה הבינלאומית; או שניתן לראות בכך יצירה מחדש של המבנה המשולש, על ידי מציאת שופט המרוחק באמת מן הסכסוך.⁴¹

למרבה האירוניה, דווקא הניסיון של השנים האחרונות להעביר את העניין מסמכות השיפוט של בתי המשפט הלאומיים אל בתי משפט של מדינות צד שלישי מהווה בסיס להאשמות חדשות בדבר הפוליטיזציה של המשפט. ההפתחות במשפט הבינלאומי מאפשרות כיום להעמיד ראשי מדינות למשפט בפני בתי דין בינלאומיים או בבית משפט של מדינות צד שלישי. לראשונה נבכעו ראשי מדינות לחת דין וחשבון על פעולותיהם הפליליות לפני הקהילה הבינלאומית. בכך אפשר לראות התקדמות לקראת הגשמת היעיון של שווייץ הכול בפני החוק. ואולם בגעגוע היסטורי זה, הנאשמים החדשים בחדרים לסמוך על המיוחס המכונן של שלטון החוק – על עקרון הפרדת הרשויות – כדי למנוע את בית המשפט מלרדן בעניינם. הם טוענים כי עצם הניסיון להפקיע את עניינם מסמכות השיפוט של בתי המשפט במדינותיהם הופך אותם למשפט פוליטי, כלומר, לפעולה כוחנית של גופים בעלי אינטרס פוליטי המוטוות כהלך משפטי הוגן. יתרה מזאת, לטענתם, הפעלה סמכות השיפוט נעשית באופן סלקטיבי כלפי מנהיגים של מדינות חלשות, והיא פוגעת בעיקרון של שווייץ הכול בפני החוק ומצביעה על הפוליטיזציה של החתולך כולו.

כיצד עלינו להתירם לטענות אלו? כדי להחרי את סכך השאלות עלינו לחזור למושבככות יסוד לגבי שלטון החוק. כיצד ובאיזה אופן מאייים המשפט הפוליטי על עקרון שלטון החוק? האם הסכנה טמונה אך ורק בפגיעה בהפרדת הרשויות, כפי שאנו רגילים לחשוב, או שמא הפרדה קיצונית מדי בין משפט לפוליטיקה (או ביתר דיוק, בין בית המשפט לקהילה הפוליטית) עלולה ליצור סכנות דומות? הוויכוח שהתעורר במונע לגבי שאלת הגלימות של משפט אייכמן בישראלים יכול לעזור לפתור חלק מן השאלות המתעוררות מחדש היום.

כפי שציינתי לעיל, המבנה המשולש של הסכסוך המשפטי מכיל בתוכו פדרוקס – חשש מהקריסה למבנה בינארי, לאחר שניתנה הכרעת הדין

חוק מכריע המקובל על שני הצדדים ואשר לאורו אפשר לפסוק בסכסוך. במשפט רגיל שני הצדדים המסוכסכים יכולים להביא את עניינם בפני צד שלישי (מוסדות השיפוט של המדינה), שבהיותו מנותק מן הסכסוך הוא יכול להבטיח חוסר משוא פנים וכך להעניק לגיטימציה להכרעתו. במקרים של שוני רדיקלי לא קיים "צד שלישי" מוסכם, כיוון שאחר משני הצדדים רואה בבית המשפט יריב, והלגיטימציה שלו שנויה במחלוקת. במילים אחרות, בית המשפט סובל מגרעין כרוני בתוקן פסיקוחי, כאשר הוא מכריע במשפט פוליטי מסוג זה.

משבר כזה מתגלה לאחר מלחמה או מהפכה, כאשר משטר אחד שופט את פשעי קודמו. זה קורה, למשל, במדינות העוברות משטר אוטוריטרי למשטר דמוקרטי, ובחלל המעבר לקהות על עצמן לשפות את פשעי המשטר הקודם. גם מצבים שבהם מדינה נמצאת על ספה של מלחמה אזרחים, ובתי המשפט של המשטר הקיים נקראים לשפות את מי שמבקשים לשנות את המשטר, מוזגים מחלוקות מסוג זה. בכל המצבים הללו בתי המשפט עצמם מוזהים עם אחד הצדדים בסכסוך. אך מצב כזה יכול להתרחש גם במשפטים פוליטיים בתוך חברות דמוקרטיות שאינן נמצאות בשלבי שינוי או מעבר, במיוחד כאשר מתנהל סכסוך ממושך בין קבוצות אתניות, דתיות וליאומיות.⁴² גם אז עלול להתערער המבנה המשולש של המשפט, כיוון שהשופט מוזהה עם אחד הצדדים בסכסוך.

כפי שציינתי, התיאוריה הליברלית הקלאסית המתורדרת עם הקושי של המשפט הפוליטי באמצעות דוקטרינת הפרדת הרשויות. דוקטרינה זו נועדה לוודא שהרשות השופטת והרשות המבצעת במדינה נפרדות זו מזו. דוקטרינה זו מסייעת במקרים האופייניים למשפט הפוליטי או למשפט הציבורי, כאשר המדינה היא צד בסכסוך. היא גם מחלישה את ההטיה במשפטים פוליטיים "רגילים", כאשר המניע של השלטונות הוא רדיפה פוליטית, או כאשר הפשע הוא פוליטי במהותו. ואולם דוקטרינה זו נמצאת מוגבלת במצבים שבהם פשעים נעשים בשם המדינה הריבונית נגד קבוצות התפסות של בתי המשפט הלאומיים חמור במיוחד המשך קיומה. קושי השיפוט של בתי המשפט הלאומיים חמור במיוחד כשמדובר בפשעים שביצעו לכאורה ראשי המדינה ומפקדים בצבא בשם המדינה ולמען ביטחונה. קשה ליצפות מממשלה שהיהיה אחראית לפשעים כאילו להיות יעילה במיוחד בהעמדת האחראים לדין בינם. דוקטרינת הפרדת הרשויות אשר חלה במשפט הלאומי הפנימי אינה יכולה לספק ערובה טובה במקרים כאלו, בגלל החשש לפוליטיזציה

המורות של זכויות אדם. הדבר נבע כנראה מכך, שפשעים נגד האנושות, פשע השמדת עם ופשעי מלחמה מבוצעים בדרך כלל בשם מדינות, או לפחות בחסותן. לקוחת סמכות שיפוט אוניברסלית של מדינה שלישית על פשעים כאלה מהווה בהכרח פגיעה בריבונותה של המדינה הולואאטית. ויצירת חשש לפגיעה ביחסים בין שתי המדינות.⁴³ יתור על כן, עד להקמת בתי הדין של יוגוסלביה ושל רואנדה הייתה הדעה הכללית, כי משפטים מעין אלה נגועים בפוליטיזציה והם כסך הכל ביטוי ל"צדק של מוצחים".⁴⁴ אך בשנים האחרונות השתנה מצב זה, וכמה תביעות בגין פשעים בינלאומיים שנעברו לכאורה נשמעו בבתי משפט מדינתיים. לדוגמה, הגשת כתב אישום בבית משפט ספרדי נגד אוגוסטו פינשוה (לשעבר ראש מדינה) הובילה לא רק להגשת כתבי האשום הספדיים, אלא אף להלכי הסגרה באנגליה ולהגשת כתבי אישום בבלגיה, בצרפת ובשווייץ.⁴⁵ כמו כן, בית המשפט הבלגי היה מוכן לשמוע תביעה בעניינו של ראש מדינה מכהן – אריאל שרון – ועשה זאת תחת סמכות אוניברסלית שניתנה לו מכוח חוק חדש.⁴⁶ את תוכנית החדשה הזאת אפשר להסביר בהתפתחויות במשפט הבינלאומי לגבי הגדרת פשע נגד האנושות, החלשת עקרון הריבונות, חזיקת ההגנה על זכויות האדם, וכן סיום המלחמה הקרה.⁴⁷

הקמתם של בתי דין בינלאומיים לשיפוט פשעי המלחמה ופשעים נגד האנושות שהתרחשו בינוגוסלביה (ICTY) וברואנדה (ICTR) הייתה למעשה הקדמה ליצירת בית דין פלילי בינלאומי קבוע בהאג.⁴⁸ כיום קיימות שתי אפשרויות להביעה על פשעים נגד האנושות, כאשר בתי המשפט של מדינות צד שלישי, המפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית, ותביעות פליליות שיושגו לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC), על פי חוקת רומא. לטענתי, האפשרות הראשונה, הנסמכת על עקרון הסמכות האוניברסלית, עלולה להוביל להרחבתה הבלתי מרוסנת של סמכות השיפוט,⁴⁹ וכך היא מעלה את סכנת המשפטים הפוליטיים. חוקת רומא, לעומת זאת, יצרה עקרון סמכות שיפוט מוגבל הרבה יותר, שהוא בעל פוטנציאל טוב יותר ליצירת איזון ראוי בין המשפט הפלילי לקהילה הפוליטית.

אפשר להסביר את ההבדל בכך, שחוקת רומא, שהקימה את בית הדין בהאג, ניסתה לשמר את עקרון הריבונות המדינית במשפט הפלילי תוך יצירה מחדש של המבנה המשולש במקרים מיוחדים, כאשר הוא קורט במשפט פוליטי. לעומת זאת, בתי המשפט של מדינות צד ג' אימצו

על ידי השופט. את בסיס הגיטימציה של המשפט ביססו לכן על הסכמת הצדדים, או על תהליפי הסכמה במדינה המודינת.⁴² "תהליף ההסכמה" במשפט הפלילי המדינתי התבסס הן על עצמאות הרשות השופטת ואוניברסליות הנורמה המשפטית, והן על הקשר של הרשות השופטת לקהילה שבה פגע הנאשם. אמנם השופטים נתפסו כמרוחקים מן הסכסוך וכמי שפועלים בהעדר משוא פנים, ואולם בו בזמן קבלת פסק הדין על ידי הצדדים התבססה דווקא על הקשר של השופטים פסק הדין לקהילה הפוליטית. השופטים במשפט הפלילי המדינתי נתפסו כמי שמכירים את הסכסוך, מפנימים את הוצאותיו (מאחר שכבני הקהילה הם עצמם סובלים מהם), וכמי שיסבילו בעתיד אם פסיקתם תהיה מוטעית (כשל האפקט השלילי על הביטחון והחירות בקהילתם). במילים אחרות, המשפט הפלילי המודינתי היה פרי איזון בין הצורך ליצור מרחק בין השופט לצדדים לסכסוך (בעזרת הדוקטרינה של הפרדת הרשויות) לבין הצורך לשמור על קירבה לסכסוך (דרך הקפדה על סמכות שיפוט טריטוריאלית).

הניסיון להעביר את השיפוט של פשעים נגד האנושות לשיפוטם של צדדים שלישיים (בית משפט בינלאומי פלילי, או בתי משפט של מדינות צד ג') פגע באיזון זה. הוא התבסס לכאורה על עקרון הפרדת הרשויות – ניסיון ליצור מחדש את המבנה המשולש במשפט שעניינו פשע נגד האנושות, על ידי הפרדה בין השופט לבין הרשות הפוליטית שהיא צד לסכסוך. אך בו בזמן, הוצאת הסכסוך מסמכות בית המשפט הלאומי חתרה תחת הכסיס הקהילתי-הפוליטי של המשפט הפלילי המודינתי והניחה במקומו קיומה של קהילה אוניברסלית פקטיבית. בעמדים הבאים אפנה לבחון את שתי ההתפתחויות העיקריות במשפט הבינלאומי, שנועדו להבטיח שיפוט של פשעים נגד האנושות, ואנסה לראות האם אפשר ליצור מחדש את האיזון הזה – ברוח התיאורית העולה מספרה של ארנט על משפט אייכמן.

הקרקעיתוליציה של המשפט הבינלאומי

הפרשנות שנתן בית המשפט בעניין אייכמן לעקרון הסמכות האוניברסלית, כמו פרשנותה של ארנט לעקרון הסמכות הטריטוריאלית, לא זכו בזמן לעיקר תשומת הלב הבינלאומית. עובדה זו קשורה לכך, שלאחר משפט אייכמן לא ניסו בתי משפט מדינתיים להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית כדי לחבוע אחרים של מדינות אחרות על הפרות

האונברסלרית, וכך להעניק עדיפות לנורמות של המשפט הבינלאומי על פני המשפט הפנימי. פרשנות זו הגבילה את תחום החסינות הריבונית רק לראשי מדינה מכהנים, ולאילו שכיהנו בתפקיד. דעה זו הובעה באופן הבהיר ביותר על ידי לורד ניקולס בעניין פינשה, וכך הוא כתב בדעת הרוב: "המשפט הבינלאומי הבהיר, כי סוגים מסוימים של התנהגות [...] אינם מקובלים עוד על 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."⁵³

בת הדין הפלילי הבינלאומי ועקרון ההשלמה

מאז הקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בדראג,⁵⁴ תביעה בעניין פשיעים בינלאומיים בבתי משפט של מדינה צד ג' אינה האפשרות היחידה הקיימת. בניגוד להסדר גורפת של מגבלות סמכות השיפוט הטריטוריאלית על ידי החלת הסמכות האוניברסלית בבתי משפט של צד שלישי, סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ICC, משמרת את העדיפות לעקרון הטריטוריאליות ויצרת סמכות התערבות בינלאומית בעלת הגדרה צרה ומגבלות מכוננות. חוקת רומא יצרה כמה מנגנונים שמטרתם להעניק עדיפות לבתי משפט של מדינות שהן בעלות זיקה לסכסוך. המנגנון המעניין ביותר נערך בעקרון ההשלמה (סעיף 17), שעל פיו קנה בית המשפט סמכות שיפוט רק כאשר מערכות משפטיות לאומיות ולוואטיות אינן מסוגלות או אינן רוצות להפעיל סמכות שיפוט.⁵⁵ לפני שיקנה סמכות שיפוט, על בית הדין לקבל את הסכמתה של המדינה שבטתחה בוצע הפשע, או את הסכמתה של מדינת האומה של הנאשם, לכך ממקרים שבהם מועצת הביטחון היא הזוהמת את ההליך.⁵⁶

מגבלה חשובה נוספת נכללת במנגנון היותו של הליכים אלו. רק מדינה או מועצת הביטחון יכולות לזום הליכים, בעוד שגורמים פרטיים (כגון קורבנות הפשע) מנועים מיוזמה כזו. תנאים אלו ואחרים לקניית סמכות שיפוט על ידי ICC יכולים להתפרש בצורה אינסטרומנטלית, ככלים המכוונים להרחיב את קבלתו של בית הדין בקרב הקהילה הבינלאומית ואת יעילות הכרעותיו. אך אני מבקשת להציע, כי יש לחפש הצדקה עקרונית יותר לצמצום סמכות השיפוט, הצדקה שתתבסס על הכנת הקשר בין המשפט הפלילי לבין הקהילה הפוליטית, קשר שעמד בבסיס כיבוד עקרון הריבונות בהקשר של

גישה המחלישה מאוד את עקרון הריבונות במשפט הפלילי (עוד כמה שהדבר נוגע לפשע נגד האנושות). לפי גישה זו, אין יתרון מובהק למדינת האומה בשיפוט הסכסוך הפלילי, אלא דווקא למדינות שהן זרות לסכסוך, שיאפשרו קיום טוב יותר של עקרון הפרדת השיפוט. נפנה כעת לבחון את ההשלכות של התפתחויות מקבילות אלו – האם ייתר על העיקרון של סמכות שיפוט טריטוריאלית הכרחי לצורך צמצום סכנת המשפט הפוליטי (כפי שגורסים החומכים באופן גורף בהכרה בסמכות שיפוט אוניברסלית), או אולי יש מקום להעדיף עדיין את העיקרון של סמכות השיפוט הטריטוריאלית, תוך חיזוקו באמצעים בינלאומיים כדי להתמודד עם סכנת הפוליטיזציה (כפי שגורסים החומכים באמנת רומא).

סמכות אוניברסלית בבתי משפט של מדינות צד ג'

העיונות בין קהילה פוליטית לבית משפט היצוני מתרחש בדרך כלל כאשר הקהילה מעניקה סוג מסוים של חסינות למנהיג פוליטי, או נמנעת כליל מלתבוע אותו. פשרות פוליטיות כאלו נגרמות בגלל צורכי פיוס או מעבר בין משטרים, והן נהנות מלגיטימציה בדרגות שונות.⁵⁰ במקרה של פינשה, לדוגמה, לאחר פרישתו מהנהגת המדינה ב-11 במרץ 1990 הוא המשיך לפקד על הצבא עד 10 במארכ 1998, ולאחר מכן הוא קיבל תואר של סנטור-לכל-חיי וכה לחסינות על פי פיראט שווייץ. החוקה הצ'יליאנית. זו הייתה חנינה כוללת ביוזמתו של פינשה, סוג החנינה הפחות לגיטימי מכולם.⁵¹ לעומת זאת, במקרה של אריאל שרון פעל גם המערכת הפוליטית וגם המערכת הייצורית בישראל בתגובה לדעת קהל ביקורתית. לאחר שהפלגנות הנעדרות ביצעו את הטבח במחנות הפליטים סברה ושתלה, דעת הקהל הובילה להקמתה של ועדת חקירה בראשות שופט בית המשפט העליון. ועדה זו קבעה לא אריאל שרון, שהיה אז שר הביטחון, אחראי פוליטית. אך הוועדה לא המליצה על הליכים פליליים. הוועדה פרסמה דו"ח חמור, ושרון נאלץ להתפטר מן הממשלה.⁵² הוא נבחר לראשות הממשלה רק כעבור עשרים שנה, וכיום הוא נהנה מחסינות בתור ראש מדינה מכהן. בידי המשפט כבירטניה ובלגיה נאלצו להתמודד עם דילמה – כיצד להגיב לפשרות הפוליטיות הללו? האם מוצדק להימנע בגין מקום הליכים משפטיים בינלאומיים? מבלי לפרט יותר על המידה, שני הטריבונלים היו מוכנים להעניק פרשנות רחבה לעקרון סמכות השיפוט

המבצעו בתום לב, פסיקתו בעניין חסייע לפתח גוף של תקדימים שימפקדו כהנהגות בשביל המדינות, בין השאר לגבי הליכים ראויים למתן חנינות, לכינוס ועדות אמת ופרומה.⁵⁹

נראה כי בהעדרו של מנגנון איפה בינלאומי, האיות שנוצר בבתי המשפט של מדינות צד ג' שהפעילו את סמכות השיפוט האוניברסלית נוטה לכיוון של פוליטיזציה בלתי ראויה על חשבון קידום שלטון החוק. בתי משפט אלו הטו את האיות בכיוון של מתן משקל יתר לשיח אוניברסלי לגאליסטי, כדי לנסות ולשוות לפסיקתם נופך אוברייטיב. בשל כך הם לא יכלו לקחת בחשבון באופן מובהק שיקולים הקשורים להקשר הפוליטי הפנים-קהילתי של הסכסוך הנדון. יצירתו של ה-ICC עשויה לשנות איות קולקל זה על ידי מתן יותר כוח לחוק ולמשפט (איום בחביעה בפני ה-ICC), אך בעת וכעונה אחת להבטיח כי במצב רגיל הישאר הערכאה השופטת קשורה לקהילה הפוליטית המעורבת. הנינות הניתנות על ידי קהילה פוליטית מקומית לא "יחשבו בהכרח לכישלון של שלטון החוק, אלא ייבחנו לאור מהות הקשר בין המשפט לקהילה הפוליטית, ולאור הצלחתו לקדם דמוקרטיה מתפקדת עם שלטון חוק חזק.

הצלחתו של ה-ICC לא תימדד אפוא במספר ההכרעות שיוכאו לפניו, אלא בהפחת חיים חדשים בהגשת ההכרעות לפני בתי המשפט המדינתיים.⁶⁰ כך "ישארו על כנם בתי המשפט הבינלאומי הפלילי. מצב זה רצוי, המפעילים העצירים של המשפט הבינלאומי לשמור בצורה הטובה ביותר מכיון שבבתי המשפט המדינתיים אפשר לשמור בצורה הטובה ביותר על האיות בין שלטון החוק לבין אפקטיביות האכיפה, בשל הלגיטימציה הניתנת לפסק הדין בעניי הקהילה המקומית. משפט פוליטי יהיה לגיטימי, אם כן, כאשר שלטון החוק יכולן בו על ידי יצירת המרחק המתאים בין בית המשפט לשלטונות הפוליטיים, ואיות הולם בין קורבה מוגזמת למרחק מוגזם.

בין ועדת אמת למשפט פלילי

לאחר תפיסת אייכמן ובזמן משפטו ניהלה ארנדט התכתבות ענפה עם מורה לשעבר וחברה הקרוב, הפילוסוף קרל יאספרס. השניים עסקו רבות בשאלת הלגיטימיות של המשפט בירושלים. שניהם הסכימו לגבי פרשנות הפשע נגד האנושות – פשע הפוגע בפלורליות האנושית. המחלוקת המתקדמת בשאלה, מהי הדרך הנכונה לשפוט את פשעי של

המשפט הפלילי המודרני.

כפי שראינו, ה-ICC נוצר כדי להתמודד עם חסר שיטתי באכיפת החוק בנוגע לפשעים נגד האנושות, המתבצעים בדרך כלל בשם המדינה ולמען האינטרסים שלה. אפשר לפרש את תפקידו בהקשר זה בשתי דרכים שונות מאוד. הפרשנות "המקסימליסטית" רואה את בית הדין כמשאל תפקיד של בית משפט פלילי רגיל, כאשר המערכת המדינתית נכשלת או כשהיא אינה מספקת. על פי פרשנות זו, יש לצפות כי תביעות בפני ה-ICC הן שיוחללו את ההתקדמות העיקרית באכיפת נורמות בינלאומיות על המדינות. במילים אחרות, לפי גישה זו, הכשלים המובנים באכיפת פשע נגד האנושות ביטלו את המבנה המשולש ברמה המדינית, וניתן לשקם מבנה זה רק על ידי החלפת בתי המשפט הלאומיים בבית הדין הפלילי הבינלאומי.

הפרשנות "המניצימליסטית", שאותה אני מבקשת לקדם, רואה את בית הדין הבינלאומי כמחזק את המבנה המשולש במערכת המדינתית, על ידי קבלת תפקיד פיקוחי. תפקידו העיקרי יהיה לכדוק אם הרשויות המדינתיות פעלו "מחוץ לחוק" או "במסגרת החוק" בהגנה על הפורעניים-לכאורה; כלומר, האם בתי המשפט המדינתיים מתפקדים, והאם הם פורעלים במסגרת סמכות השיפוט שלהם. על פי השקפה זו, תפקידו העיקרי של ה-ICC אינו להיות בית משפט של ערכאה ראשונה במרכיב המקרים, אלא רק במקרה נדיר של התמוטטות מוחלטת של המערכת המשפטית או הימנעות מכוונת מהעמדה לדין. יתר על כן, גם במקרים שבהם קיים חשד שההנהגה המדינתית או ההליכים המקומיים לא התבצעו בתום לב, אין להבין את תפקידו של בית הדין כערכאה ערעור רגילה המחליפה את שיקול הדעת של השלטונות הפוליטיים המקומיים. על ה-ICC לפרש את סמכותו בצורה מוגבלת, המאפשרת לו לבחון האם הרשויות המקומיות פעלו במסגרת החוק או מחוץ לגבולותיו, כאשר קידמו את יעדיהן הפוליטיים.⁵⁷

רק אם נאמץ את הפרשנות המניצימליסטית ל-ICC – הוראה בו פורום משלים ולא ערכאה ראשונה – נוכל ליצור איות חולם בין הטריבוטל לבין הקהילה הפוליטית. הלאקונה שבית הדין אמור למלא היא המחסור במנגנון "ישומי" של נורמות בינלאומיות. קיומו של בית דין פלילי בינלאומי קבוע יפעיל לחץ על בתי המשפט המדינתיים לפעול, ויספק להם טיעונים טובים יותר נגד לחצים בלתי ראויים של פוליטיקאים במדינותם.⁵⁸ יתר על כן, כאשר בית הדין יפעיל את שיקול דעתו כדי להכריע אם החקירות וההליכים המשפטיים המדינתיים

תשובה של ארנדט מפתיעה. ראשית, היא עונה לִיאספרס במישור המשפטי העובדתי. הניסיון להקים בית משפט בינלאומי פלילי, או ועדת אמת שתוביל בסופו של דבר להקמת בית משפט כזה, איננו חדש, ועד עתה הוא כשל תמיד. למרות ביקורתה הנוקבת על ההטיות הפוליטיות של משפט אייכמן, ארנדט מביעה אמון במשפט וכיכולתו לשפוט פשע נגד האנושות, ובפרט בכוחו של בית המשפט הישראלי וכוונתו (ואפילו חובתו) לעשות כן. לדעתה, הטענה כי ישראל תשפוט בעניינה אינה פוגעת בסמכותה (במסגרת כללי סמכות השפוט הקיימים). היא מראה כי אפשר להתגבר בצורה משפטית על כל הקשיים שהעלה יאספרס. ואולם ברור לארנדט, כי לא לכך כיוון ידירה. ולכן היא פונה לענות לו גם במישור העקרוני – בדבר היחס הראוי בין החתום הפוליטי למשפטי:

אפשר שהתאה בכל זה ניסיון שלי לחתום את הפוליטי במושגים משפטיים. ואני מודה אפילו שכלל הנוגע לתפקיד החוק, והשפעתו מאד מן המשפט האנגל־סקסי. אך מעבר לכך, נראה לי כי ממהות העניין הוא שאין בדינו כלים לכד מכלי המשפט לשפוט באמצעותם ולהציא פסק דין בנושא שאין כל אפשרות הולמת לייצגו, לא כמונחים משפטיים ולא כמונחים פוליטיים. זה בדיקן מה שעושה את התהליך עצמו, כלומר, את המשפט, למרות כל כך.⁶²

תשובה זו מצביעה על המפתח להבנת פתרונה של ארנדט בספרה *אייכמן בירושלים*. המכתב מרמז על הבנתה של ארנדט, כי כאשר המשפט הפלילי הופך להיות כלי לדין מוסרי או היסטורי הוא מאבד את משמעותו ואת כוחו. המשפט הפלילי קשור תמיד לרובד הפרטיקולרי של קהילה פוליטית נפגעת, המממשת את זכותה להעניש את הפוגע. ואולם קשר זה בין המשפט לפוליטי איננו פוגע באובייקטיביות של המשפט, לדעתה, אלא דווקא נותן לו כוח להתמודד עם הדילמות הקשות מנשוא של השואה. ביכולתו של ההליך המשפטי להפוך את הפשע הלא־נחפז למשהו ממשי – דרך הפרוצדורות המשפטיות המוכרות. בכל פעם שמנסים "לטהר" את ההליך המשפטי על ידי הפרדת החלקים השונים שבו – בירור האמת ההיסטורית, ענישת העבריין, ריפוי וחניך הקהילה – מגלים כי ההליך מאבד את כוחו.

במציאות ההיסטורית שלאחר משפט אייכמן התממשו שתי האופציות שעליהן כתב יאספרס. כך למשל, דרום אפריקה בחרה לדרך בפשעי האפרטהייד במסגרת ועדות פייט וועדות אמת, ששולל מהן הכוח

לִיאייכמן. יאספרס הציג הצעה חדישה, לחשוב מחדש על מהותו של ההליך הפלילי עצמו. מהותו של הפשע המופנה נגד הקהילה האנושית אינה מאפשרת לו להישפט בבית משפט לאומי כלשהו. לפיכך הציג יאספרס לחלק את ההליך לשני שלבים. בשלב הראשון המשפט יתקיים בבית המשפט הישראלי. ואולם לא יהיה זה משפט פלילי רגיל, כמוהו. זה שביית המשפט הישראלי יהיה משולל סמכות לגזור את הדין. תכלית ההליך תהיה בירור האמת ההיסטורית – מעין ועדת אמת כפי שאנו מכירים אותה כיום. לאחר מכן תעביר ישראל את אייכמן לידי האו"ם, שיתבקש להקים ערכאה שיפוטית שתוכל להעניש את אייכמן בשם האנושות, או להודות בחוסר יכולתו לדון בעניין (דבר שיהווה תמריץ ליצירת בית דין פלילי בינלאומי קבוע בעתיד). יאספרס הוסיף, כי בדרך זו תתקן ההטיה האנגל־אמריקנית המסתירה את הפוליטי תחת המסווה של המשפטי. לטענתו היה מדובר בשאלה היסטורית פוליטית שיש לדון בה באופן ישיר ובגלוי. אצטט חלק ממכתבו של יאספרס בעניין:

היה זה נפלא אילו לא נערך המשפט כלל, וחלחל זאת היה מתקיים תהליך של בדיקה והבהרה. המטרה – להשיג בירור אובייקטיבי הטוב ביותר האפשרי של העובדות ההיסטוריות. התוצאה תהיה לא פסק דין של שופטים, אלא ודאות כאשר לעובדות, ככל שוודאות כזאת היא בטווח ההשגה. ואז מה? אני סבור שישראל הייתה יכולה או להצהיר כולקמן: אין ברצונה לגזור את הדין. המאורעות הם מעבר לסמכות המערכת המשפטית של מדינה כלשהי. נוסף לכך, המצב הוא כזה שישראל תשפוט בעניינה לגבי נשוא שבמהותו הוא מסדר אחר. עניין זה נוגע לאנושות כולה; ישראל צריכה להעביר את הראיות ואת הפרשע לרשות – של מי? של האו"ם? התוצאה האפשרית: שום גורם לא יצה קשר כלשהו עם החקירה. אבל העובדה החדשה וכבדה המשקל הזאת חטלה את צלה הארוך על האו"ם, ותעיק עליו מאוד כמונחים של תפיסת הצדק וכבוד האדם של הציבור.

יאספרס אף לא התאפק והוסיף הערה עוקצנית לגבי שיטת המשפט האנגל־סקסית, שעליה שמה ארנדט את יהבה:

החתום הפוליטי הוא בעל חשיבות סגולית שאינה נתפסת באמצעות הקטגוריות המשפטיות (הניסיון לעשות זאת הוא אנגל־סקסי ובכדינת הולכת שולל עצמות, המסווה עובדה בסיסית בתפקוד של הקיום הפוליטי) [...] למען האמת ההיסטורית והבהירות יש להוציא את העניין מן המסגרת המשפטית הצרה.⁶¹

7. עניין אייכמן (עליון), עמ' 2066-2067.
8. Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, London 1996, chap. 5.
9. S. Holmes, "Why International Justice Limp", *Social Research* 69, (2002), p. 1055; J. I. Chaney, "Editorial Comments: *AJIL* International Law and the Role of Domestic Courts", *AJIL* 95 (2001), p. 120.
10. חשבון לציון, שהורשה לנכוחת הנאשם, הגם שהיא מינימלית, אינה מובנת מאלוה לעניין סמכות שיפוט מחוץ לגבולות הריבונות. דוגמה לכך היא משפטו של מרטין בורמן, שנערך בווינה ללא נוכחותו. אייכמן בירושלים, עמ' 270-269.
11. אייכמן בירושלים, עמ' 264.
12. שם, עמ' 274-269.
13. שם, עמ' 159.
14. יש להבהיר בין שלב המשפט האזרחי, בו נשמעו עדויות של יותר ממאה ניצולים, לבין שלב כניבת פסק הדין, שבו הקפידו השופטים שלא להרשיע על בסיס עדויות ניצולים בלבד, אלא הסתמכו ברוב המכריע של המקרים על מסמכים שכתבו פקידים נאצים בעצמם.
15. ככל שמדובר במסמך התייחסות משפטית, המגיע למול הכוונה המידית של העברין אינו רלוואנטי לקביעת אחריות משפטית, ולפיכך יכול להישאר "יחידות". ראו: Toronto & Co. v. 1978, p. 452.
16. בדבר יחידות המגיע של אייכמן (בלתי אנטי, חייזר), מבלי להפחית בדברו של הבסיס המשפטי להעמדתו לדין וענישתו (תקדימים משפטיים בדבר פשעי מלחמה ורצח עם), אך ראו תקין לחוק העונשין למניע בעבריות מסוג עבריות מלחמה שבמסגרתן הוכנסה התייחסות מסוימת למניע העונשין לחלק המקדמי ולחלק חוק העונשין (תקין מס' 43) (התאמת דני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשע"ד-1995, ס"ח 1537, אשר הוסיף את סעיף 90 לחוק העונשין, התשל"ד-1977, ס"ח 864, 226.
17. אייכמן בירושלים, עמ' 280-279.
18. בית המשפט העליון מורכב התייחסות זו ומכניס את הדין בפשע נגד העם היהודי תחת הקטגוריה הכללית של פשע נגד האנושות, ראו עניין אייכמן (עליון), עמ' 2048-2047. לדין במתח ההבדל בין אוניברסליזם לפרטיקולריזם בפסק הדין, ולטענה כי השופט ביקש להדגיש את ההרכב האוניברסלי של הפשע בעוד שהשופט יולברג, שאיבד את משפחתו בשואה, ביקש להדגיש את הפן הפרטיקולרי, ראו פנינה לרוב, ישראל כמשפט: שמעון אגונט ורמאה הצעיקי, הל-אברק תשס"ג, עמ' 219-207.
19. "מאחר שהליכים פילייים הם בגדר חובה, ולכן פותחים בהם גם אם הקורבן מעדיף לשכוח ולסלח", מוטמכים על חוקים ש'מצמצמים', אם לצטט את טלפורד לילי [...]. היא 'שפשיע אינו מתבצע רק נגד הקורבן אלא בראש ובראשונה נגד הקהילה שאת חקיה הוא מפר'." אייכמן בירושלים, עמ' 272.
20. תוצאה זו מבטאת במשפט אייכמן על ידי שני כללי הפרוצדורה הפלילית והגבלת היכולת של קורבנות אינדיבידואליים לנהל קו תביעה נפרד משלהם. לפרוט ראו *Israeli Identity*, Transformative Justice: Leora Bilsky.

לרעיוש עבריינים (הסמכות הוגבלה להענקת חנינה אינדיבידואלית לאלו שהתוודו על פשעיהם).⁶³ לעומת זאת, אמנת רומא, כפי שראינו, יצרה את בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. החזון בבסיס בית הדין הוא מימוש הרעיון המופשט שעליו כתבו 'אספרט ואורנט', כי הקהילה הופגעת מן הפשע נגד האנושות היא האנושות כולה, ולפיכך הכוח לשפוט מוצא בחלקן מידהם של בתי המשפט הלאומיים. שר האופיצות מייצגות את שני הקצוות של הטיפוס האירדיאלי – בידור האמת ללא ענישה, או ענישה בינלאומית – מחוץ לשדה הפוליטי של קהילות פרטיקולריות.

אורנט מזכירה לנו בספרה, כי האופציה השלישית של סמכות טריטוריאלית בבית משפט לאומי, שנוסחה במשפט אייכמן, הייתה בעלת פוטנציאל טוב, שהתמלמל רק בחלקו. הקושי שלנו להכיר בה כאופציה נכע מהעדר תיאוריה שלמה יותר, שהאפשר לראות בערכו בין הפוליטי למשפטי דווקא את היתרון העיקרי של המשפט הפלילי המודרני.⁶⁴ אמנת רומא, שניסחה להגשים את האירדיאלי של הקמת בית משפט פלילי בינלאומי, שאורנט ואספרט שאפו לו, לא התפתחה לאמץ את הפתרון הגורף שמציעה הסמכות האוניברסלית, אלא שימרה את עקרון הסמכות הטריטוריאלית, ובכך המשיכה בדרך שסימנה אורנט שנים רבות קודם לכן.

תקוות

תדרתי נחנה לדרוין לוטשיע על העזרה הרבה במחקר, לזיזה בורמן ולשי לביא על העדויות, ותודה מיוחדת לחגי כנען, שהצג כבנס בשמי גרסה מוקדמת של עבודה זו.

1. תנה אורנט, אייכמן בירושלים: דיווח על הבגאליזם של הודיע, מאגלית: אריה אוריאל, תל-אביב 2000 (להלן: אייכמן בירושלים), עמ' 280-279.
2. לדין בפרשנות פשע נגד האנושות במשפט נורנברג, ברכי, דמיאניק ועוד ראו: Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven 2001, pp. 3-80, 97-191, 234.
3. להרחבה ראו Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trans. by Daniel Heller-Roazen, Stanford 1998 (להלן: חתוק).
4. החזק לעשיית דין בנאצים ועורריהם, תש"י-1950, ס"ח 57, 281 (להלן: חתוק לעשיית דין בנאצים ועורריהם).
5. תש"פ (רס) 40/61 י"מ נ' אייכמן, פ"ס לוח 3, 28-21 (להלן: עניין אייכמן (מחודש)).
6. ע"פ (רס) 336/61 אייכמן נ' י"מ, פ"ד טו(3) 2033, 2067-2066 (להלן: עניין אייכמן (עליון)).

- המתפתח. ראו למשל דיון לגבי שני הפרוצדורות בבית הדין הודו בפשעים בינונטיים, אצל Aolain, "Radical Rules: The Effects of the Regulation of Sexual Violence in War", *Albany Law Review* 60(3) (1997), pp. 883-905.
33. לדין בהשתנות משמעות הקהילה בעידן הגלובלי, ובצורך להגדיר מחדש קהילה פוליטית של יחידות על-לאומיות, ראו דיון הברזאס, *דקונסטרוקציה פוסט-לאומית: מכתה פוליטית, מנהיגות, מנהיגות*: "עקב גוטשליך, הל-אביב 2001.
34. לדין ראשוני בשאלת מעמד הקהילה הפוליטית-לאומית במשפט הבינלאומי ראו Jaime Malamud Goti, "The Moral Dilemmas about Trying Pinochet in Spain", *U. of Miami Inter-Am. L. Rev.* 32, (2001), p. 1; Anthony Sammons, "The Under Theorization of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts", *Berkeley J. International Law* 21 (2003), p. 111 (להלן: סאמנס).
35. ראו שפיר, עמ' 2.
36. שם, עמ' 26-28.
37. Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton 1961.
38. להרחבה רגאליטיון של משפטים פוליטיים שונים ראו ערך משפטים פוליטיים, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, ed. Paul B. Baltes, Oxford 2001.
39. בהקשר זה ניתן לראות את ק ההגנה של מורדאן ברגוזי במשפט - הגנה אשר שללה את סמכות בית המשפט הישראלי. וכאשר בית המשפט סירב לקבל טענה זו, בהתבוננות לא להל כל הגנה, בדרך לכפוף בלגיטימיות השפוט של בית המשפט. (לענין הסמכות ראו החלטת בית המשפט המחוזי ברא"א מיום 19 בינואר 2003 בתפ"ז 1158/02 מ"י נ' ברגוזי (טרם פורסם) (להלן: ענין ברגוזי); לענין הכרעת הדין ראו החלטת בית המשפט ברגוזי מיום 20 במאי 2004; לענין גור הדין ראו החלטת בית המשפט בנגנין ברגוזי מיום 6 ביוני 2004). בדומה, ראו ע"פ 1632/95 עזרי משולם נ' 11 אה"י מ"י, פ"ד מט (5), 534 נכ"ן, דנ"ע 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל פ"ד (נב"ל) 1 (5) (להלן: ענין משולם), שגם בו סירב משולם להגל הגנה במשפט שנתפס כעניין כפוליטי.
40. לענין בהשקפה עולם דומה, המבטת ספקות ביחס לסבירות הניסיון להרחיק בין משפטים בזמן חלוצי מעבר לבין משפטים המתרחשים במשפטים ומקורטיים, ראו S. Levinson, "Trials, Commissions, and the Elusive Search for Norms of Due Investigating Committees: The Morality of Truth Commissions", eds. R. I. Rothenberg & D. Thompson, New Jersey 2000, p. 211-234.
41. ניתן לראות בכך גם אלגוריה לתפקיד הערער, אשר יוצר מחדש את המבנה המשפטי עבור הצד שהופסד במשפט בערכאה הראשונה. ראו שפיר, עמ' 49.
42. שם, עמ' 42.
43. מוריס, עמ' 345-351.
44. בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלוציה לשעבר, ICTY, הוקם בהאג בעקבות החלטה 827 של מועצת הביטחון של האו"ם. החלטה זו התקבלה
4. Chap. 2004, Michigan Trial, on (להלן: בילסקין).
20. אייכמן בירושלים, עמ' 274-272.
21. שם, עמ' 273.
22. המשפטים מורלן מוריס מחזקת קו טיעון זה בהצבעה על כך, שמלכתחילה המשפט הבינלאומי שלל סמכות שיפוט על שודדי ים בשלוחות מדינה, והגביל את סמכות השפוט האוניברסלית לשודדי ים עצמאיים, כדי למנוע קונפליקט פוליטי בין מדינות. in מדינת, "Universal Jurisdiction", M.H. Morris, *New Eng. L. Rev.* 35, a Divided World: Conference Remarks", (2001), p. 337, 339-340 (להלן: מוריס).
23. אייכמן בירושלים, עמ' 274.
24. מניין לראות את המעבר שאורז מנסה לעשות כאן בין סמכות אישית לטריטוריאלית, בקשר לקהילה היהודית. באירופה היהודים הוכרו כקהילה עצמאית לצורכי משפט עד כמה שהדבר לא פגע באינטרסים החוקיים של היריבין. אפילו באנגליה, הקנאות לעקרון הסמכות הטריטוריאלית, נחתה הוכרה בקהילה היהודית לצורכי משפט דרך מוסד המושבעים המעורבים (mixed jury). בפרשנות ההרחבות למושג הטריטוריה מנסה אורז לשער על הפער בין הכרה בסמכות השיפוט על בסיס אישי, שניתנה לקהילה היהודית באירופה ללא ריבונות מדינית, לבין יצירת סמכות שיפוט טריטוריאלית מדינית ליהודים במדינת ישראל. לענין ראו: Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago 1994.
- (להלן: קונסטבל).
25. בית המשפט המחוזי ציין גם הוא עובדות אלו, אך לא השתמש בהם כדי להגדיר מחדש את עקרון הסמכות הטריטוריאלית. עניין אייכמן (מוריס), עמ' 56-55.
26. ע"פ 336/61 אייכמן (עליון), עמ' 2067-2066.
27. Martin Shapiro, *Courts: A Comparative Analysis*, Chicago 1981, p. 25 (להלן: שפיר).
28. לדין מרחק בשינוי מהות הקהילה מקהילה מקומית - רחבת אחרת - לקהילה מדינית טריטוריאלית (עם צמיחת מדינת הלאום) דרך מעקב אחר עליית ונפילת של מוסד המושבעים המעורב באנגליה, ראו קונסטבל, במיוחד עמ' 95-67.
29. להרחבה ראו, *The Unity of the Common Law*, Alan Brundner, Berkeley & Los Angeles 1995, pp. 226-243.
30. Booth v. Mariland, 107 S.Ct. 2529 (1987).
31. לדין בשראלי ראו חוק זכויות נפגע עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 1782. לדין האורזי בקורות ראו Peter Brooks, *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, Chicago 2000, pp. 130-143.
32. ביקורת על הפורמליזם של המשפט הפלילי המודרני, המניח כי קהילות הוליוואגיות היא המדינה, ובכך מוחק למעשה את המשפט כלי של כפייה ארגאנית אחרת, וגם מבטא את המשפט הפלילי במהותו כלי של כפייה לא של הסכמה ובחירה, ראו קונסטבל, עמ' 95-67.
33. נוסף לכך טטה הדין הבינלאומי מן המשפט הפלילי המודרני בחיזוק מעמד הקורבן, וזאת כדי ליצור לגיטימציה לאכיפת הדין הפלילי הבינלאומי

- החלטות הורשות הציבורית, אלא מפקח אם זו האחרונה פעלה במטרה סמוכה. לכן שנות ה-80 בג"צ הרחיב את סמכותו לכדי בחינת "סבירות" החלטות הרשות, אולם עדיין הקריטריון להתערבות נותר "אי סבירות קיצונית", ראו מ' מאוטנר "ידידת הפורמאליזם ועליות הערכים במשפט הישראלי" עניני משפט ד' (תשנ"א), עמ' 503. ניתן לצפות כי בשנים הראשונות למעורבות עדיין הי-ICC פרשנות מצמצמת לחוקה יפיעל את סמכות ההתערבות במשורה, כדי לרכוש לעצמו מוניטין של מקצועיות ולגיטימציה להתערבותו. כך קרה לדוגמה בבית הדין האזורי, אשר קנה עם השנים לגיטימציה חלטה וגוברת בקרב מדינת הקהילה. ראו Peter L. Lindseth, "Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community", *Columb. L. Rev.* 99 (1999), p. 628.
58. בתי המשפט יכולים לשטון, כי אין זו אלא מחויבותם להפעיל את סמכותם השיפוטית, שאם לא כך תועמדה רשויות המדינה בסיטואציה שהיא בעייתית מאוד להן בי-ICC, אשר חסר את הכלים להעריך כראוי את הפשרות הפוליטיות שלהן. מאידך, ייתכן כי בתי המשפט יקטנו קו פעולה מתגונן ויתנו פרשנות מצמצמת לדין הבינלאומי. להתפתחות בעניין זה בבג"צ הישראלי ראו בג"צ 7015/02 עניני נ' מפקד כוחות צה"ל בנדרה המערבית (טרם פורסם) [הטלת מגבלות על גירוש בני משפחה של מחבלים]; בג"צ 04/2036 מרעצת חלפני בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) [בג"צ פוסל תוצאי גדר ההפרדה בעוקף ירושלים]. במסגרת הדין הציבורי שוללה להחלטת התערבות בג"צ בשני המקרים, הועלתה תזוה השענה, כי עדיפה בקורותו האזהרה של בג"צ על פני בקורות לא צריכים להתפתח מתוך הפסיקה, אלא יאנו. (ראנו סכנו שהקוראים המנוחים לא צריכים להתפתח מתוך הפסיקה, אלא יישמו לתוך סדרי הדין ודני הראיות המצורפים לחוקת רומא).
60. ראו צ'אני, עמ' 120. בהקשר זה ראו המגמה שהסתמנה בגרמניה בעקבות משפט אייכמן, כאשר מערכת המשפט הגרמנית פעלה במרץ להביא לדין פושעי מלחמה נאצים אשר במשך שנים אורכות נהנו מהסניחה דה פקטו. ראו ארנדי, עמ' 22.
61. מכת מיום 16 בדצמבר 1960. Hannah Arendt and Karl Jaspers, 1960. *Correspondence, 1926-1969*, Translated from the German: Robert and Rita Kimber, San Diego 1992, p. 413.
62. מכת מיום 23 דצמבר 1960 (ארנדי לאספרס), שם, עמ' 416-417.
63. לעין באוני ועדות הפנים והאמת בדרום אפריקה, אשר יתרו על כוח הענישה לטובה חנינה אינדינדיאלי, ראו Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Boston 1998.
64. לדין באופציה השלישית ועדיפותה על פני ועדות אמת, ראו ליאורה בילסקי, "העלמה והמוות: בית המשפט והחלטי פיוס", סוציולוגיה ישראלית ג(2) (2001), עמ' 343-370. לדין מפורט יותר ראו בילסקי, פורק 4.