

ליאורה בילסקי* | בין הזכות לאמת לאונס במרמה

ה"זכות לאמת" התפתחה בשני העשורים האחרונים, תחילה בפסיקה של בתי דין אזוריים לזכויות אדם ולאחרונה אף נדרה לבית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court), באמצעות דרישה לשתף קרבנות בהליכים המנוהלים בו. בצד ההכרה בזכות לאמת במשפט הבינלאומי אנו עדים להתפתחות עברה של "אונס במרמה" במשפט הפלילי הלאומי של כמה מדינות, אשר גם היא עוסקת לכאורה בזכות לאמת של קורבנות אונס. לתפיסתן של כותבות פמיניסטיות השינוי מבטא התפתחות חיובית – הרחבת ההגנה על החירות המינית והאוטונומיה של נשים; לעומתן, כותבים ביקורתיים הצביעו על השימוש המפלה בעברת האונס במרמה נגד נאשמים הנמנים בקבוצות מיעוט מופלות כמו טרנסג'נדרים. במאמר זה ברצוני להציע קריאת כיוון חדשה, החורגת מהמשפט הפלילי הלאומי וממקמת את הדיון במסגרת טרנס-לאומית: עליית ההכרה בזכות הקרבן לאמת במשפט זכויות האדם. לטענתי, הרחבה של נקודת המבט תחשוף את הקשרים הסמויים שבין הפללת אונס במרמה ברמה הלאומית לבין הכרה בזכות הקרבן לאמת במשפט זכויות האדם הבינלאומי. לטענתי, המסגרת האנליטית של זכויות הקרבן מסתירה את השינוי המוסדי במשפט הפלילי. שינוי זה עוסק בעיצוב מחדש של הליך חקר האמת תוך הרחבה ניכרת של שיקול הדעת הניתן לתביעה ולשופטים, הן ברמה הלאומית הן בזה הבינלאומית. הרחבה זו מתבצעת בלי ליצור מנגנוני ביקורת ופיקוח על עצם ההפעלה של שיקול הדעת.

הקדמה

מה הקשר בין צמיחתה של זכות אדם חדשה במשפט הבינלאומי – הזכות לאמת – לבין הרחבת ההפללה בגין אונס במרמה במשפט הפלילי הלאומי של מדינות שונות? שתי התופעות התפתחו בערך באותן שנים ושתיהן קשורות בטבורן לשינוי בהבנת הקשר בין חקר האמת לבין זכויות הקרבן. עם זאת, עד היום טרם נעשה בספרות המחקר ניסיון להבין את יחסי הגומלין ואת ההשפעות האפשריות בין שתי ההתפתחויות. במאמר זה ברצוני להצביע על קשרים אפשריים בין התופעות ולזהות כמה תובנות ביקורתיות לגבי ההליך הפלילי, העולות

* פרופ' ליאורה בילסקי היא חברת סגל בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ומנהלת מרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטת תל אביב. המחברת מבקשת להורות לרחל קלגסברון ולנטלי דודזון על עזרתן במחקר וכן לעמית פונדיק ולמערכת משפט, חברה ותוכנות על הערותיהם המועילות. הקרן הלאומית למדע תמכה במחקר זה תחת מענק 1173/15.

* כל התרגומים המופיעים במאמר זה הם של המחברת.

כשמרחיבים את נקודת המבט ובוחרים את המשפט הפלילי הלאומי בהקשר רחב יותר של ההתפתחויות במשפט הפלילי הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם. בשני העשורים האחרונים אנו עדים לצמיחתה של זכות אדם חדשה – הזכות לאמת. הזכות, שהתפתחה בפסיקתם של בתי דין אזוריים לזכויות אדם, החלה לנרדד לאחרונה לבית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court) באמצעות הדרישה לשיתוף קרבנות בהליכים המנוהלים בו. יובהר, כי זכות הקרבן לאמת אינה מוכרת רשמית במשפט הפלילי הבינלאומי – אך השיח הרווח היום בשדה זכויות האדם ובשדה המשפט הפלילי הבינלאומי עוסק במחויבות של השדות הללו לחיפוש אחר האמת. הזכות לאמת נתפסת כמובנת מאליה על ידי נציגי הקרבנות, הרואים בקרבנות הן מקור והן נמענים לאמת.¹ מרבית הכתיבה רואה זאת כהתפתחות חיונית, כחלק מתנועה רחבה יותר להרחבת האחריות (accountability) במשפט הבינלאומי וכתיקון חשוב לפרגמנטציה המאפיינת את המשפט הבינלאומי. אלו שנדרשו לבעייתיות הנובעת מחיזוק זכויות הקרבן במשפט הפלילי מציעים להרחיב את שיקול הדעת השיפוטי, כדי לאזן בין זכויות הקרבן לזכויות הנאשם להליך הוגן. במאמר זה ברצוני להציע מסגרת דיון שונה, העוסקת בהרחבה של שיקול הדעת השיפוטי הנלווה לכניסת הזכות לאמת לבית הדין הפלילי הבינלאומי. לטענתי, ההתמקדות בזכויות הקרבן עיוורת לסיכונים הכרוכים בכוח השיפוטי החדש שבית הדין צובר. בצד ההתפתחות של הזכות לאמת במשפט הפלילי הבינלאומי אנו עדים להתפתחות של עברת אונס במרמה במשפט הפלילי הלאומי. בשנים האחרונות מתקיים דיון ער בעברה זו,² בעקבות כמה מקרים של העמדה לדין והרשעה בגין אונס במרמה בבתי משפט ישראלים, ובעקבות אימוץ הדוקטרינה גם בבתי משפט של מדינות אחרות ובהן אנגליה, קנדה וארצות-

1 ראו Sofia Stolk, *The Victim, the International Criminal Court and the Search for Truth*, 13 J. OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE. 973 (2015). (להלן: Stolk). ב-2013 כבר נהפכה הזכות לאמת להנחת מוצא למחקר איכותני על ההליך בבית הדין הפלילי הבינלאומי; ראו, למשל, H. Davis and M.J. Klinkner, *A Victim's Right to Truth and the International Criminal Court (ICC) Summary Project Report*, NUFFIELD FOUNDATION (2013). נגיש ב-10.11.2016 <http://www.nuffieldfoundation.org/victims-right-truth-and-icc> גישה אחרונה 2016. במחקרם ביקשו הכותבים לבדוק אצל משתתפים שונים בהליך (תובעים, פרקליטי הגנה, שופטים, נציגי קרבנות, נציגי NGO – אך לא אצל הקרבנות עצמם) כיצד הם תופסים את החשיבות של הזכות לאמת להליך וכיצד היא משפיעה על התוצאות. השאלה אם יש זכות כזו לא נשאלה. במבוא לסיכום המחקר הכותבים מצטטים מתוך מאמר של Mettraux משנת 2010 “[t]he primary, and perhaps most important, right of victims in the context of: 2010 G. Mettraux, *Victims' international criminal proceedings is their right to the truth*”. *Participation in International Criminal Law*, 8(1) J. INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE. 75-78, (2010).

2 יש גם עברה של מעשה מגונה במרמה: סעיף 348(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), המפנה לנסיבות של סעיף האונס במרמה. אכן, בחלק מפסקי הדין שיוציאו להלן הורשע הנאשם גם בעברה של מעשה מגונה במרמה. עם זאת, לצורך הנוחות וההתאמה לכתיבה נוספת בנושא זה, אשמור על המינוח "אונס במרמה" כשם כולל לעברות מין המבוצעות בנסיבות של מרמה.

הברית. מצד אחד, כותבות פמיניסטיות רואות את השינוי כמבטא התפתחות של ההגנה על החירות המינית והאוטונומיה של נשים באמצעות הרחבה של דוקטרינת ההסכמה; מצד אחר, כותבים ביקורתיים הצביעו על השימוש המפלה בעברת האונס במרמה נגד מי שנמנים בקבוצות מיעוט מופלות ובהם טרנסג'נדרים וערכים. הכתיבה על אונס במרמה התמקדה במשמעות השינוי לגבי מושגי יסוד של אוטונומיה, הסכמה, אמת ושקר במשפט הפלילי. במאמר זה ברצוני להציע קריאת כיוון חדשה החורגת מהמשפט הפלילי הלאומי, וממקמת את הדיון במסגרת טרנס-לאומית של עליית ההכרה בזכות הקרבן לאמת במשפט זכויות האדם ובניסיונות לייבאה לתוך המשפט הפלילי הבינלאומי. לטענתי, הרחבה של נקודת המבט תחשוף את הקשרים הסמויים בין הפללת אונס במרמה ברמה הלאומית להכרה בזכות לאמת של הקרבן במשפט זכויות האדם הבינלאומי. המחקר ההשוואתי יעזור להשתחרר ממסגרת הדיון הצרה, העוסקת באונס במרמה מהזווית של איזון בין זכות הנאשם למשפט הוגן לבין זכות הקרבן לאוטונומיה. לטענתי, המסגרת האנליטית של זכויות הקרבן מסתירה את השינוי המוסדי במשפט הפלילי, שעניינו הליך חדש של חקר האמת, שבשם זכות הקרבן לאמת מקנה שיקול דעת רחב מאוד לתביעה ולשופטים, הן ברמה הלאומית הן בזו הבינלאומית, בלי ליצור מנגנוני ביקורת ופיקוח על ההפעלה של שיקול דעת זה.

א. הזכות לאמת במשפט זכויות האדם

הדרישה להכרה ב"זכות לאמת" צמחה באמריקה הלטינית במהלך המעברים השלטוניים לדמוקרטיה שהתרחשו שם מאז תחילת שנות השמונים. שיטת הדיכוי האפיינית במדינות אלו הייתה חטיפה של מתנגדי משטר, עינויים ופעמים רבות רציחתם והעלמתם. גילוי האמת באשר לגורל החטופים-הנעלמים מילא מקום חשוב במאבק, לנוכח הכחשה ושקרים מצד השלטון שנמשכו בעשורים שלאחר תום המשטר האוטוריטרי באמצעות חנינות עצמיות. האופי החשאי של הפשע הביא למרכזיות הדרישה לאמת,³ כאשר משפחות ה"נעלמים" שהיו בחזית המאבק (לדוגמה: ארגוני האמהות והסבתות של Plaza de Mayo בארגנטינה) הציגו את דרישתן כמבוססת על הזכות הטבעית לדעת מה עלה בגורל קרובי משפחתן, לקבור אותם ולהתאבל עליהם.⁴

3 Sévane Garibian, *Ghosts Also Die: Resisting Disappearance through the "Right to the Truth" and the Juicios por la Verdad in Argentina*, 12(3) J. OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE. 515, 530 (2014) (מרגישה את העובדה שהחטיפות והכחשתן קשורות בטבורן זו לזו). ראו גם Naomi Roht-Arriaza, *The New Landscape of Transitional Justice*, in TRANSITIONAL JUSTICE IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: BEYOND TRUTH VERSUS JUSTICE 1 (Naomi Roht Arriaza & Javier Mariezcurrena eds., 2006). (להלן: Roht-Arriaza) (טוענת שמרכזיות התביעה לאמת קשורה לטבעו של הדיכוי: באמריקה הלטינית – היעלמויות כפזיות, ובמזרח אירופה – מעקב מתמיד וענישה שרירותית).

4 Patricia Naftali, *The Subtext of New Human Rights Claims: A Socio-Legal Journey into the "Right to Truth"*, in DIVERSE ENGAGEMENT: DRAWING IN THE MARGINS 118-27 (Matthew French, Simon Jackson & Elina Jokisuu eds., 2010). (להלן: Naftali). נגיש ב: <https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/225960/French,%20M.,%20Jackson,%20>

הדרישה להכרה בזכות לאמת נוצרה במקור כחלופה מסדר שני לחקירה ולתביעה פלילית שנחסמו בשל החסינות והחנינות הגורפות שהוענקו לאנשי המשטר הקודם, שהמשיך להחזיק בבסיסי תמיכה גם לאחר שינוי המשטר. בארגנטינה, למשל, המשפחות הסבירו את דרישתן לגילוי האמת לא ברצון לבטל את החנינה אלא ברצון לדעת מה קרה וכדי לקבוע את זכאות המבצעים לחנינה.⁵ דרישה זו נתקלה תחילה בהתנגדות מצד המשטרים הדמוקרטיים החדשים, שהיו שבריריים וחששו מפגיעה ביציבות שלטונם. מאוחר יותר אימצו משטרים אלה את חקר האמת כחלופה פלילית וכדרך לקבלת לגיטימציה למדיניות החנינות.⁶ תחילה ראו ארגוני זכויות אדם את ועדות האמת כאפשרות טובה-פחות (בנסיבות שבהן אי-אפשר היה לערוך משפטים פליליים עקב חנינות ומכשולים משפטיים אחרים), אך מאוחר יותר הם אימצו את הכלי של ועדות אמת ופיוס כחלק מגישה רחבה יותר של צדק מאחה (restorative justice). התאוריה של צדק מאחה הדגישה את החשיבות שבהבהרת האמת ההיסטורית ובמתן הכרה וקול לקרבנות על פני השגת צדק גמולי-מעניש. הרעיון היה שחקר האמת לגבי פשעי המשטר הקודם ושינוי התפיסות שרווחו לגבי הקרבנות הם תנאים חיוניים להשבת הדמוקרטיה ושלטון החוק. גישה הצדק המאחה השתלבה בשדה המתפתח של צדק מעברי, שדה מחקר ופרקטיקה שצמח מאז שנות התשעים לצד גל המעברים לדמוקרטיה, בעיקר במדינות אמריקה הלטינית ומזרח אירופה בעקבות סיום המלחמה הקרה. המונח "צדק מעברי" משמש לתיאור מכלול של כלים שבהם משתמש משטר חדש המחליף משטר דכאני. מטרותיהם משתנות ואף עשויות להשתלב זו בזו: איחוי שסעים בחברה, השלטה של שלטון החוק, העמדה לדין והענשה של ראשי המשטר הקודם, מתן פיצוי לקרבנות. דוגמאות לכלים כאלו הן ועדות פיוס ואמת, "משפטי אמת", ועדות חקירה ומשפטים פליליים. פעמים רבות נלוות לפרוצדורות אלו חנינות של ראשי המשטר הקודם, ועל פי רוב הן מותנות

S.%20Jokisuu.%20E.%20%282010%29%20%27Diverse%20Engagement%20-%20Drawing%20in%20the%20Margins%27%20online%20edition-3.pdf?sequence=3 (גישה אחרונה 11.11.2016), בעמ' 120-1 ("By framing their right to know the truth in such seemingly depoliticized terms, these discursive mobilization had the effect of making it seem natural, self-evident and unquestionable.")

5 NAOMI ROHT-ARRIAZA, THE PINOCHET EFFECT: TRANSITIONAL JUSTICE IN THE AGE OF HUMAN RIGHTS 101 (Bert B. Lockwood ed., 2005) (כאשר היא דנה בקיום "משפטי אמת" בארגנטינה, המחברת מסבירה: "Lapaco argued that, even though the due obedience law might have shut the door to criminal prosecutions, that had nothing to do with her rights to information and to access to the remains of her loved ones") כך, משפטי זכויות אדם החלו לטעון ל"זכות לאמת" עצמאית מקיומן של העמדות לדין פלילי. ראו גם Roht-Arriaza, "הש" 3 לעיל, בעמ' 4. לניתוח ביקורתי של הזכות לאמת בהקשר הארגנטינאי ראו Leora Bilsky, *Transitional Justice as Modern Oedipus: The Emergence of a Right to Truth*, 2. CRITICAL ANALYSIS OF LAW 446 (2015).

6 "National policy-makers thus started to construe, בעמ' 122, מסבירה: "truth as a demand separate from justice in order to legitimate their policies"

בגילוי האמת על פשעיהם.⁷ גישת הצדק המאחה ביקשה להטיל ספק בגישה המקובלת של הצדק הגמולי (retributive justice), המייחסת עדיפות למשפטים פליליים.⁸ תומכיה טענו שהאמת ההיסטורית שאפשר לגלות באמצעות משפט פלילי היא מצומצמת ומוגבלת בשל החשיבות שהמשפט מייחס לשמירת זכויות הנאשם ולדיון הוגן. יתרה מזו: בוועדות האמת והפיוס הקרבן – ולא הנאשם הפלילי – עומד במרכז, והוא מקבל הכרה חברתית ויכולת להשמיע את קולו באופן מכבד. מאחר שוועדות האמת הוצגו כתחליף למשפט פלילי, הן היו משוחררות מהתמקדות בזכויות הנאשם וכך עברה תשומת הלב לזכות הקרבן לדעת את האמת על מה שקרה. כך, פעמים רבות אספו ועדות אמת אלפי עדויות ונתנו הכרה לאמת של הקרבנות בדבר פשעי המדינה כלפיהם בדוח רשמי ופומבי.⁹

לתאוריית הצדק המאחה הייתה השפעה רבה על העיצוב של ועדת האמת והפיוס בדרום-אפריקה, שהתנתה מתן חנינה אישית בהודאה של המבצע באמת על פשעיו.¹⁰ לעומת זאת, באמריקה הלטינית החנינות היו קולקטיביות ופעמים רבות גם עצמיות, והן לא הותנו בהודאות של החשודים באמת. לפיכך, משפחות הקרבנות וארגוני זכויות המשיכו להיאבק בהסתרת האמת שהייתה תולדה של חוקי החנינה הכלליים. בהדרגה הם החלו לפנות למוסדות אזוריים ובינלאומיים (כמו הוועדה ובית הדין האינטר-אמריקניים לזכויות

7 לכתובה מבואית בנושא זה ראו Ruti G. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, 16 HARVARD HUMAN RIGHTS J. 69 (2003). ראו גם Roht-Arriaza, "ה"ש 3 לעיל.

8 גישת הצדק הגמולי מחויבת לשלושה עקרונות בסיסיים: למי שמבצע פשע מגיע – מוסרית – להיענש בצורה פרופורציונלית לחומרת הפשע; יש טוב מוסרי-אינהרנטי בכך שמעניש לגיטימי כלשהו מעניש מבצעים אלו; מבחינה מוסרית אין להרשות להעניש בכוונה מי שאינו אשם או להשית עונש שאינו פרופורציונלי. להרחבה ראו Walen Alec, "Retributive Justice", THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, (Edward N. Zalta ed., 2015) <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/justice-retributive/> (גישה אחרונה 11.11.2016). ראו עוד ALAN BRUDNER, PUNISHMENT AND FREEDOM A LIBERAL THEORY OF PENAL JUSTICE (2009) 21-58.

9 PRISCILLA B. HAYNER, UNSPEAKABLE TRUTHS: TRANSITIONAL JUSTICE AND THE CHALLENGE OF TRUTH COMMISSIONS (2010).

10 South Africa Law Commission Issue Paper 1 (5) Truth and Reconciliation (October. 1998). (S. Afr.) (בר מובעות ביקורת על הנטייה לזהות בין צדק לגמול והערפה של מודל הצדק המאחה, המאפשר מתן חנינה בתמורה לגילוי ציבורי ומלא על הפשעים כדרך לריפוי הקרבנות והפושעים ותיקון חברתי); נגיש ב- <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume5.pdf> (גישה אחרונה 12.11.2016); Roht-Arriaza, "The backers of the South African TRC did not argue merely that a truth commission was a second best alternative where trials were unavailable. Rather they insisted, a well-run commission could accomplish things no trial could provide". יש לשים לב שוועדת האמת והפיוס בדרום-אפריקה גם הפכה את האמת לאינדיבידואלית, משום שהיא התנתה את החנינה בווידיאו אישי של המבצע והעניקה קול לקרבן היחיד. ראו MARTHA MINOW, BETWEEN VENGEANCE AND FORGIVENESS: FACING HISTORY AFTER GENOCIDE AND MASS VIOLENCE 56-7, 66-70 (1998).

אדם¹¹ כדי שהללו ילחצו על המדינות לחקור את ההיעלמויות הכפויות ולהעמיד לדין את האחראים להן. במילים אחרות, הם ניסחו את תביעתם במונחים של "זכות לאמת"¹². יתרה מזו: הם הגדירו את הזכות לאמת מחדש לא רק כזכות קולקטיבית של החברה, המתממשת כשהמדינה ממלאת את חובתה לחקור, אלא גם כזכות אדם אישית השייכת לקרבן כחלק מזכותו לגישה לצדק.¹³

לסיכום: שלושה גורמים מסבירים את הולדת הזכות לאמת בשדה זכויות האדם: האופי החשאי של ההיעלמויות, ההקשר של פשעים קולקטיביים בחסות המדינה ומרכזיות הקרבנות במאבק לחשיפת האמת. כאשר פנו הקרבנות לעזרתם של מוסדות על-לאומיים, הם שילבו כוחות עם המאבק הבינלאומי הגובר לסיום החסינות על פשעי זוועות והפרות חמורות של זכויות אדם ולעליית כוחו של המשפט הפלילי הבינלאומי.¹⁴ עליית הפרדיגמה של המשפט הפלילי להגמוניה בשיח זכויות האדם, בשנות התשעים המאוחרות, הובילה לדרישה להגביל את כוחן של מדינות להעניק חנינות או להקים ועדות אמת כתחליף למשפט פלילי.¹⁵ אולם, המשפט הפלילי שקידמו ארגוני הקרבנות לא היה ניסיון להחזיר את המצב לקדמותו (כלומר: קיום משפטים פליליים הממוקדים בזכויות הנאשם), משום שכעת נתפסה זכות הקרבנות לאמת כחלק מובנה בחקירה הפלילית והקרבנות נתפסו כמשתתפים לגיטימיים במשפט הפלילי. הפניות של קרבנות ושל ארגונים לא-ממשלתיים לרמה הבינלאומית, ובמיוחד לבית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם, הביאו לשינויים מרחיקי-לכת ביחסו של משפט זכויות האדם למשפט הפלילי, שעד אז התאפיין בחשך כלפי הכוח הריבוני של המדינה ובחשש מפני הפרות של זכויות נאשמים. השינוי ניכר בהחלטות בתי משפט לזכויות אדם שהחלו

11 הוועדה ובית הדין האינטר-אמריקניים לזכויות אדם הם שני מוסדות יצירי האמנה האמריקנית לזכויות אדם (American Convention on Human Rights), אמנה אוורית שהיא חלק מארגון המדינות האמריקניות (Organization of American States), שנכנסה לתוקף בשנת 1978. על האמנה חתומות מדינות דרום אמריקה, מרכז וצפונה. ראו Organization of American States, American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (להלן: האמנה האמריקנית). בין שאר תפקידיה לקידום זכויות אדם, הוועדה יכולה להמליץ למדינות החברות בארגון לנקוט פעולות שונות בתחומן לקידום זכויות אדם (ס' 41(b) לאמנה האמריקנית), לדרוש מידע ממדינות בנוגע לצעדים שנקטו בנוגע לזכויות אדם (ס' 41(d)) וכן לשמוע תלונות של יחידים או של ארגונים נגד מדינות חברות על הפרת זכויות אדם (ס' 44). בית הדין האינטר-אמריקני יכול לשמוע מקרים בנוגע להפרות זכויות אדם המוגשים אליו על ידי מדינות חברות או על ידי הוועדה (ס' 61(a)).

12 KATHRYN SIKKINK, THE JUSTICE CASCADE: HOW HUMAN RIGHTS PROSECUTIONS ARE CHANGING WORLD POLITICS 77-83 (2011); Naftali 122 (מתארת את הפנייה של קבוצות הקרבנות לגופים בינלאומיים ואת הקישור המוצלח של תביעותיהם לתביעה הרחבה יותר לסיים את עידן החסינות).

13 שינוי זה משתקף במקרה של *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70, (November 25, 2000). כאשר הכיר בית הדין האינטר-אמריקני בזכות לאמת כזכות אינדיבידואלית של המשפחה, הנובעת מהזכות לגישה לצדק.

14 להרחבה ראו Karen Engle, *Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights* (להלן: Engle), 100 CORNELL L. REV. 1069 (2014-2015).

15 שם.

לראות בחקירה הפלילית ובמשפט הפלילי סעד אפקטיבי לקרבן, ובסירוב של בתי משפט אלו להכיר בוועדות אמת שהוקמו על ידי המשטרים החדשים כתחליף למשפט פלילי. במקרה המפורסם מ-1988, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*,¹⁶ מצא בית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם לא רק שחלה על המדינה חובה לחקור הפרות חמורות של זכויות אדם, אלא שחלה עליה גם חובה להעמיד לדין פלילי ולהעניש את אלו שנמצאו אחראים להפרות.¹⁷ בהתאם, ברוח מ-1999, בעניין *Ignacio Ellacuría et al.*,¹⁸ הסבירה הוועדה האינטר-אמריקנית לזכויות אדם כי הקמה של ועדת אמת אינה תחליף למשפט אלא צעד לקראתו.¹⁹

בעניין *La Cantuta v. Peru* מ-2006²⁰ התייחס בית הדין האינטר-אמריקני לעניין ישירות והסביר כי על אף החשיבות של ועדת אמת ופיוס, האמת ההיסטורית שהיא חושפת אינה תחליף לאמת המתגלה בהליכים משפטיים.²¹

- 16 ראו *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, 147(g)(i) (July 29, 1988). מקרה זה דן בחטיפתו לאור יום של סטודנט על ידי כוחות של המשטר הלאומי לחקירות ושל הצבא של הונדורס, מעצרו במתקן כליאה, האשמתו בפשעים פוליטיים וחקירתו תחת עינויים. נגיש ב- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf (גישה אחרונה 12.11.2016). (להלן: עניין *Rodríguez*).
- 17 Brianne Mcgonigle Leyh, *The Right to Truth in International Criminal Proceedings: An Indeterminate Concept From Human Rights Law*, in *THE REALISATION OF HUMAN RIGHTS: WHEN THEORY MEETS PRACTICE: STUDIES IN HONOUR OF LEO ZWAAK*, 300 (Leo Zwaak et al. eds., 2013). ראו גם עניין *Rodríguez*, שם, בפסקאות 166, 174 ו-177.
- 18 מקרה זה עסק בעתירה שלפיה הפרה אל סלודור את האמנה האמריקנית לזכויות אדם, כשסוכני מדינה הוציאו להורג ללא משפט שישה אנשי כמורה ישועיים ושתי נשים. IACHR, Report No. 10.488 *Ignacio Ellacuría et al.* (December 22, 1999). <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Merits/ElSalvador10.488.htm> (גישה אחרונה 2.10.2016).
- 19 שם, בפסקה 259, "The value of truth commissions is that they are created, not with the presumption that there will be no trials, but to constitute a step towards knowing the truth and, ultimately, making justice prevail."
- 20 *La Cantuta v. Perú*. Merits, Reparations And Costs. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 162 (November 29, 2006). מקרה זה עסק בהעלמתם ובהוצאתם להורג ללא משפט של סטודנטים ופרופסור על ידי כוחות צבא פרוביאנים, לרבות חברי קבוצה פרה-צבאית, שנחוננו על ידי המדינה. החלטת בית הדין דנה באחריות המדינה להיעלמות הקרבנות ולרציחתם וכן כשילונה להעמיד לדין את האחראים להפרות. נגיש ב- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.pdf (גישה אחרונה 12.11.2016). (להלן: עניין *La Cantuta*).
- 21 שם, בפסקה 224 ("ה'ש הושטו'): 'historical truth' contained in said report does not complete or substitute the State's obligation to also establish the truth through court proceedings." ראו גם *Almonacid-Arellano v. Chile*. Preliminary Objections, Merits, Reparations And Costs. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154, 62 (September 26, 2006). (להלן: עניין *Arellano*), שבו הסביר בית הדין האינטר-אמריקני כי "האמת ההיסטורית" הכלולה ברוח של ועדת האמת והפיוס הצ'יליאנית אינה תחליף לחובת המדינה להגיע לאמת דרך הליכים משפטיים. בית הדין האינטר-אמריקני חזר על עמדתו זו בנוגע לוועדת האמת של

אפשר לראות בהחלטה זו סגירת מעגל – מתפיסה של ועדת האמת כחלופה לחקירות פליליות לתפיסה שלה כמשלימה להליכים פליליים. שינוי זה קשור לשינוי רחב יותר בשדה הצדק המעברי, שפתר את המחלוקת המקורית "אמת מול צדק" לטובת גישה אינטגרטיבית.²² כחלק מגישה זו ביטלו בתי משפט חנינות שניתנו למבצעי הפרות חמורות של זכויות אדם כמו עינויים, ואישרו את אופייה האבסולוטי של הזכות להיות חופשי מהפרות כאלה.²³ כך עבר בית הדין האינטר-אמריקני בהדרגה מהבחנה בין חנינות על פי האופן שבו התקבלו (האם היו אלה אישיות או גורפות, עצמיות או כאלה שהתקבלו בהליך הסכמי כחלק ממעבר שלטוני) להבחנה בהתאם למטרה שעמדה בבסיסן, כלומר: הגנה על מבצעים של הפרות חמורות של זכויות אדם מפני העמדה לדין.²⁴

- גואטמלה במקרה של *"Las Dos Erres" Massacre v. Guatemala*, Preliminary Objections של : Merits, Reparations And Costs. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 211, 65-66 (להלן: עניין *Las Dos Erres*): "The Court values the publication of a report by the CEH, (*Las Dos Erres* Guatemala: Memory of Silence [...] as an effort which has contributed to the search for and determination of the truth on a historical period in Guatemala. Nevertheless, the Court deems it pertinent to note that the 'historical truth' contained in this report does not complete or substitute the State's obligation to establish the truth and ensure the judicial determination of individual or State responsibilities through the judicial proceedings".
- 22 Ruti Teitel, *Transitional Justice and Judicial* גם ראו גם 8; בעמ' 3 לעיל, בעמ' 8; ראו גם : Merits, Reparations And Costs. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 211, 65-66 (להלן: עניין *Las Dos Erres*): "The Court values the publication of a report by the CEH, (*Las Dos Erres* Guatemala: Memory of Silence [...] as an effort which has contributed to the search for and determination of the truth on a historical period in Guatemala. Nevertheless, the Court deems it pertinent to note that the 'historical truth' contained in this report does not complete or substitute the State's obligation to establish the truth and ensure the judicial determination of individual or State responsibilities through the judicial proceedings".
- 23 Juan E Méndez and Francisco J Bariffi, *International Protection of the Right to Truth*, in THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (R. Wolfrum ed., 2011) נגישה ב: opil.ouplaw.com/home/EPIL, פסקה 11. מנדר וברייפי מצטטים מתוך Human Rights Council. U.N. Doc. A/12/18, at 54 (August 06, 2009) (שלפיה ביטול החנינות קשור לזכות הקרבנות לאמת). ראו גם Human Rights Council. U.N. Doc. C/27/56, at 9-54 (August 27, 2014), הקושר בין חובת המדינה לחקור ולהעמיד לדין לבין הזכות לתרופה אפקטיבית – כשהזכות לאמת היא חלק מתרופה כזו – והסרת החסינויות ומכשולים פרוצדורליים אחרים לתביעה.
- 24 *Barrios Altos V. Peru*, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75, (March 14, 2001) (בית הדין מצא שחוק החנינה העצמית הפר את האמנה האמריקנית לזכויות אדם); עניין Arellano Goiburu et al. v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 153, (September 22, 2006) (בית הדין קבע שהיו הפרות של נורמות קוגנטיות של המשפט הבינלאומי (*jus cogens*), בעיקר האיסור על עינויים ועל היעלמויות כפיות, וקבע שהעובדה שפרגוואי לא בחרה לחקור מקרה של עינויים והפרות כפיות היוותה מכשול בפני אחריותיות). לניתוח נוסף של פסיקות בית הדין כחלק מהווצרותה של זכות חדשה לאחריותיות ראו גם Teitel, "ה"ש 22 לעיל ו"Christina Binder, *The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights*, 12 GERMAN L.J. 1203 (2011). ראו גם Engle, "ה"ש 14 לעיל, המצביעה על המעבר בפסיקה מתחילת שנות

כך השתלבו פסיקות בית הדין האינטר-אמריקני בתנועה הבינלאומית הרחבה להביא לקץ את עידן החסינות.²⁵

ראינו שמשמעות ההתפתחות של ועדות האמת כחלופה למשפטים פליליים הייתה שההליך שוחרר מהצורך להתמקד בזכויות הנאשם, ובמקום זאת הדגיש את זכות הקרבות לדעת מה קרה ולקבל הכרה חברתית. עם זאת, תחילה לא אפשרה מסגרת זו לקרבן האינדיבידואלי ליהנות מעדיפות על פני הקולקטיב החברתי בנוגע לחקר האמת; נהפוך הוא: בדרום-אפריקה, כאשר ניסו הקרבות לאתגר את המערכת של ועדת האמת והפיוס – שלפיה ניתנו חנינות תמורת וידויים – ותבעו את זכותם לצדק (פלילי ואזרחי), דחה בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה את תביעתם בנימוק שזכותם לצדק נכללת בזכות הקולקטיבית של החברה לאמת, לריפוי ולפיוס.²⁶ הכנה זו משתקפת גם במסמכים בינלאומיים הנוגעים לזכויות אדם, המדגישים את האופי הקולקטיבי של הזכות לאמת.²⁷

התשעים – כשבית הדין האינטר-אמריקני השאיר פתוחה את האפשרות שמדינות יוכלו לוותר על העמדה לדין פלילי והענשה כל עוד הן מבצעות חקירה נאותה ומשלמות פיצויים – לסדרה של פסיקות בין 2001 ל-2012, שבהן מצא בית הדין שהחנינות אינן מתיישבות עם החוקה האינטר-אמריקנית לזכויות אדם.

25 כך, שעה שמרבית עקרונות החסינות מ-1998 תחת הכותרת "הזכות לדעת" עוסקים בעבודה של ועדות החקירה ובשימור ארכיונים (ראו E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annex II) העקרונות המעודכנים מ-2005 נותנים עדיפות ברורה למשפט פלילי ומגדירים בהתאם את הסמכויות של ועדות החקירה. ראו, למשל, עיקרון 8, המדגיש כי ועדות חקירה אינן תחליף להליכים משפטיים, בעיקר פליליים. ראו גם עיקרון 19, שכותרתו "Duties of States with regard to the administration of justice". E/CN.4/2005/102/Add.1, Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (8 February 2005) ("העקרונות המעודכנים בדבר חסינות"). שינוי זה ניכר גם במבוא לחוקת רומא, שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי, שלפיו: "most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished" ראו Rome Statute of the International Criminal Court, July 12, 1998, 2187 U.N.T.S. (להלן: חוקת רומא). דיאן אורנטליכר, אחת החלוצות בניסוח של חובת המדינה להעמיד לדין, הסבירה כי אם בשנות השמונים השאלה הייתה האם על מדינות להעמיד לדין, כיום השאלה היא האם ייתכן פטור כלשהו מחובה זו. ראו Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency*, 1 THE JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, 10–22, 2007. בעמ' 18 אורנטליכר מתייחסת לדוח מזכ"ל האו"ם, המסכם את עמדת האו"ם שלפיה אין לקבל חנינות לגבי פשעים בינלאומיים; ראו U.N. Secretary-General, *Report on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 22 U.N. Doc. S/2000/915 (October 4, 2000).

26 ראו *The Azanian People Organization AZAPO v. The President of the Republic of SA*, 1996 (1) SA 120–118. לדין נוסף בעניין AZAPO כסמן למידת השינוי שעבר על משפט זכויות האדם לעבר הפללה, ראו Engle, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 120–118.

27 ראו העקרונות המעודכנים בדבר חסינות, ה"ש 25 לעיל עיקרון 2 (שכותרתו "The inalienable right to the truth") ועיקרון 3 (שכותרתו "The duty to preserve memory").

למרות זאת, תחת ההמשגה החדשה של האמת כזכות אדם עברה תשומת הלב בהדרגה מהקולקטיב לקרבן היחיד, שדרש סעד כנגד המדינה.²⁸ אפשר לראות זאת בפסיקות של בית הדין האינטראמריקני, שהרחיב בהדרגה את המנדט שניתן לו להעניק סעד הצהרתי ופיצויים כך שכלול גם מתן צו למדינה לחקור ולהעמיד לדין פלילי את אלו שנחשדים בהפרות כחלק מהסעדים לקרבן.²⁹ כך הסבירה זאת רקל אלדנה-פינדל (Aldana-Pindell):

[V]ictims' claims to [criminal] prosecutions as a remedy have come to mean [...] that prosecutions become a *justiciable right* that victims should be able to claim against the state. The Inter-American court also stated that the fact that a right – like the right to truth – may take on a collective or general character, intended to benefit the public as a whole, does not mean that an individual may not have standing to assert that right.³⁰

ההכרה בזכות הקרבן לאמת לא הסתכמה בהכרה בזכותו לדרוש העמדת חשוד לחקירה ולמשפט פלילי על ידי המדינה, אלא כללה גם הכרה נוספת על ידי בית הדין בזכויות הקרבנות להשתתפות בהליכים הפליליים הלאומיים שנדרשו המדינות לערוך. כך, למשל, במקרה *Gonzalez Medina v. Dominican Republic* מ-2012, ציין בית הדין האינטראמריקני

28 הוועדה ובית הדין האינטראמריקניים הכירו בהיבט הקולקטיבי והאינדיבידואלי של הזכות. ראו, למשל, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 101, 274, (November 25, 2003). ("every person, including the next of kin of the victims of grave violations of human rights, has the right to the truth. Therefore, the next of kin of the victims and society as a whole must be informed of everything that has happened in connection with said violations.") עמדה זו חזר בית הדין בעניין *Gelman v. Uruguay*, Merits and Reparations, Judgment Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 221, 243, (February 24, 2011). עם זאת, מאחר שבית הדין האינטראמריקני מבין את הזכות לאמת כנובעת מסעיפים של האמנה האמריקנית לזכויות אדם, המעניקה זכויות אינדיבידואליות לקרבן – למשפט הוגן ולהגנה משפטית (מכיוון שהזכות לאמת לא מוכרת כזכות עצמאית באמנה), החל הדגש עובר מהקולקטיב לקרבן היחיד. כך, חלק מהכותבים מוצאים בהחלטה מ-2000 בעניין *Bámaca Velásquez* דחייה מכללא של עמדת הוועדה שהזכות לאמת שייכת גם ליחיד וגם לקולקטיב, משום שבית הדין סירב לראות את הזכות לאמת כזכות אוטונומית (לקרבן ולחברה) וכלל אותה תחת זכות הקרבן האינדיבידואלי למשפט הוגן (ס' 8 לאמנה) ולהגנה משפטית (ס' 25). ראו Garibian, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 524 וכן Dermot Groome, *The Right to Truth in the Fight against Impunity*, 29 BERKELEY J. INT'L L. 175, 184 (2011) (להלן: Groome) (הוא מסביר כי בית הדין האינטראמריקני דחה מכללא את ההיבט הקולקטיבי של הזכות ובכך חזק את הקרבנות האינדיבידואליים ואת משפחותיהם). עם זאת, עמדתו של בית הדין בעניין זה אינה יציבה. ב-2009, בעניין *Los Dos Erres*, הדגיש בית הדין את ההיבט הקולקטיבי תוך שהוא מצביע על כך שהמטרות הקולקטיביות נענו על ידי התרופות שהוא ציווה עליהן לטובת העותרים האינדיבידואליים.

29 ראו Leyh, ה"ש 17 לעיל, בעמ' 301 והמקרים המוזכרים שם, בה"ש 36.

30 Raquel Aldana-Pindell, *In vindication of Justiciable Victims Right to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes*, 35 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 1399 1415 (2002) (ההדגשה הוספה). אלדנה-פינדל מתייחסת למקרה של *Bámaca Velásquez*.

כי חלה על המדינות חובה להרשות לקרבנות להשתתף בהליכים המשפטיים (כולל ההליך הפלילי) כדי שהם יוכלו ליהנות מזכותם לגישה לצדק, ללמוד את האמת על ההפרות ולקבל פיצויים הולמים.³¹

ב. גילוי האמת במשפט הפלילי הבינלאומי

המפנה הפלילי, שאותו זיהינו במשפט זכויות האדם ובשדה הצדק המעברי – דהיינו: הדרישה לקיום משפטים פליליים כדרך עיקרית לריפוי הפרות של זכויות אדם – לוה גם בשינוי במבנה המשפט הפלילי הבינלאומי. בשני המקרים מילאה זכות הקרבן לאמת תפקיד חשוב בשינוי.

השינוי במשפט הפלילי הבינלאומי החל בהרחבה של מטרות המשפט הפלילי כך שיכללו את הבהרת האמת ההיסטורית כמטרת על של ההליך. המטרה של בירור אמת נתפסה כשורה לייחוד של הפשעים הנחקרים בבית הדין הפלילי הבינלאומי – פשעים המוניים, שיטתיים ובחסות מדינה – פשעים שדרשו סוג חקירה שונה ממשפט פלילי רגיל. הביקורת שנמתחה על ההתמקדות הצרה של המשפט הפלילי בנאשם האינדיבידואלי עלתה מתוך העיסוק של המשפט הבינלאומי בפשעים המוניים ומהדרישה להבין תהליכים רביי-משתתפים שאירעו במקומות שונים ולאורך זמן. האופי הקולקטיבי של הפשע, כמו גם חוסר הפרופורציה בין חומרת הפשעים לאפשרות ענישתם, העלו ספק באשר לגישת הצדק הגמולי.³² בהדרגה החל המשפט הבינלאומי להכיר במטרות דידקטיות של בירור האמת ההיסטורית ושל עיצוב הזיכרון הקולקטיבי, בצד המטרות המסורתיות של גמול והרתעה.³³ הדיון בפשעים קולקטיביים הביא גם לשינוי בדיני הראיות ולהכרה בעדים מומחים היסטוריונים אף שלא היו עדי ראיה.³⁴

31 *González Medina and Family v. Dominican Republic*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 240, 251-254 (February 27, 2012); *Merchants v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment 19, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 109, 263 (July 5, 2004); ("The next of kin of the victims must have full access and competence to act at all stages and in all bodies of these investigations, in accordance with domestic law and the provisions of the American Convention.")

32 רובינסון (2013) מציין: "Scholars [...] have pointed out that the assumptions and principles of ordinary criminal law may not be applicable or appropriate in the context of international crimes and thus should not be extended automatically to the international plane" דאריל רובינסון, *A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law*, 26 Martti Koskeniemi, (וההפניות שם, בה"ש 3). ראו גם, Leiden J. Intl. L. 127, 129 (2013) *Between Impunity and Show Trials*, 6 MAX PLANCK YEARBOOK OF UNITED NATIONS LAW. 1, 1-32 (2002).

33 MARK OSIEL, MASS ATROCITY, COLLECTIVE MEMORY, AND THE LAW (2001); LAWRENCE DOUGLAS, THE MEMORY OF JUDGMENT: MAKING LAW AND HISTORY IN THE TRIALS OF THE HOLOCAUST (להלן: דגלאס); Leora Bilsky, *Transformative Justice: Israeli Identity on Trial* (להלן: Bilsky) (2004).

34 RICHARD ASHBY WILSON, WRITING HISTORY IN INTERNATIONAL CRIMINAL TRIALS (2010)

האופי הקולקטיבי והמאורגן של הפשע יצר דילמה באשר למעמד הקרבנות במשפט, שכן אלו היו עדי ראייה למעשים בשטח ולרוב לא יכלו להעיד בנוגע למתכנני הפשעים. התביעה האמריקנית בנירנברג העדיפה להסתמך על מסמכים שחיברו הנאצים ועל עדויות מקרב מחוללי הפשעים כבסיס להוכחת האשמה, בשל חשש מהטיות סובייקטיביות של הקרבנות ובמיוחד מרגש הנקמה.³⁵ במילים אחרות, בתקופה זו התפיסה הרווחת הייתה שביורור האמת העוברתית דורש התרחקות מעדויות של קרבנות. לעומת זאת, במשפט אייכמן החליטה התביעה הישראלית לסטות מהנהוג במשפט הבינלאומי ולהעמיד במרכז המשפט את עדויותיהם של כמאה קרבנות ניצולי שואה. על החלטה זו נמתחה ביקורת בינלאומית בשל החשש שמדובר ב"צדק של קרבנות" ובמשפט פוליטי. כך, למשל, טענה חנה ארנדט בספרה המפורסם **אייכמן בירושלים** כי עדויות ה"סבל" של הקרבנות לא היו רלוונטיות לבירור אשמתו של הנאשם אדולף אייכמן.³⁶

השינוי במעמד הקרבן במשפט הפלילי הבינלאומי החל רק בשנות התשעים, עם הקמת בתי הדין המיוחדים ליוגוסלביה ולרואנדה. תרמו לשינוי בעיקר ההשפעה של התנועה לזכויות הקרבן, ביקורת פמיניסטית על המשפט הבינלאומי ועליית התפיסות של צדק מאחז בהקשר לצדק מעברי. כך, למשל, ארגונים פמיניסטיים דרשו להגדיר מחדש את הפשע נגד אנושות וג'נוסייד כדי לכלול בהם עברות של אלימות מינית.³⁷ הם החלו גם לקשר בין הקרבן לבין חיפוש האמת, בטענה שהתמונה ההיסטורית שעולה במשפטים הבינלאומיים תישאר מעוותת כל עוד לא ייכללו בה העברות נגד נשים ולא יישמעו העדויות של קרבנות-נשים. בהתאם לכך דרשו ארגונים אלה לשנות את כללי הפרוצדורה הפלילית כדי להגן על קרבנות אונס ותקיפה מינית מפני פגיעה חוזרת במשפט. הדרישה הייתה לאפשר לקרבן להעיד בביטחון, כדי לאפשר לאמת מגדרית לעלות במשפט הפלילי.³⁸ המשפט הפלילי הבינלאומי הוגדר מחדש ביחסו לקרבנות הפשע – ככזה שנועד לתת קול והכרה לקרבנות (בצד בירור של אשמת הנאשם). המסגרת החדשה דרשה לאזן בין זכויות הנאשם לבין זכויות הקרבן. בשלב זה החלה המוטטלת לנוע מהקולקטיב אל היחיד. המשפט כבר לא נתפס רק כנועד לשרת את בירור האמת למען הקולקטיב (קהילה בינלאומית או לאומית), אלא גם למען הקרבן היחיד. עם זאת, בשלב זה הגישה לקרבן עדיין הייתה אינסטרומנטלית, והוא נתפס בעיקר כעוד תביעה שלשם השמעת עדותו יש לשנות את הפרוצדורה ואת דיני הראיות.

35 DONLAD BLOXHAM, GENOCIDE ON TRIAL: WAR CRIMES TRIALS AND THE FORMATION OF HOLOCAUST HISTORY AND MEMORY 66 (1th ed. 2001); דגלאס, ה"ש 33 לעיל, בעמ' 78-79.

36 חנה ארנדט **אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע** 14-15 (אריה אוריאל מתרגם, כבל: 2000).

37 KELLY D. ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN: PROSECUTION IN INTERNATIONAL WAR CRIMES TRIBUNALS (1997); JUDITH G. GARDAM, MICHELLE J. JARVIS, WOMEN, ARMED CONFLICT AND INTERNATIONAL LAW (2001); ALONA HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES IN THE NEW INTERNATIONAL LAW: PAST, PRESENT, FUTURE (Stefanie Raker trans., Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011).

38 Rhonda Copelon, *Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law*, 46 MCGILL L. J. 217, 231-2, 238-9 (2000).

במשפטי יוגוסלביה ורואנדה, האיזון בין הצורך לשתף קרבנות לבין הצורך להבטיח הליך הוגן לנאשם בא לידי ביטוי בגישה הגנתית לקרבן. נוצר הליך פלילי "ידידותי" לקרבן – נוצרה יחידה להגנה על קרבנות והובטחה חקירה הוגנת של קרבנות על ידי קביעת פרוצדורות מתאימות (כגון איסור על חקירת קרבנות על עברם המיני ואפילו יצירת אפשרות למתן עדות אנונימית).³⁹ את השינוי המשמעותי אפשר למצוא בחוקת רומא שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי. כפי שנראה בהמשך, חוקת רומא העניקה לקרבנות לראשונה זכות להשתתפות פעילה במשפט ולייצוג עצמאי. בכך קיבלו הקרבנות פתח לעצב את המשפט בהתאם לאמת שלהם.⁴⁰

ג. ביקורת על ה"מפנה הפלילי"

אפשר להצביע על שני מהלכים מקבילים ששורשיהם בהתקרבות בין שדה המשפט הפלילי הבינלאומי לבין שדה משפט זכויות האדם: מחד גיסא, חדירת השיח המבוסס על זכויות אדם לפסיקות הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים; מאידך גיסא, הפיכת הכלי הפלילי לכלי המועדף על אנשי זכויות האדם לאכיפת הפרות של זכויות אדם ולפיקוח גובר של בתי דין לזכויות אדם על אופן היישום של החקירה והסנקציה הפליליות במדינות פנימה. כותבים משני השדות זיהו את מהלכי ההתקרבות הללו וחלקם אף ביקרו אותם.

מהכיוון של שדה זכויות האדם קארן אנגל (Karen Engle) טוענת כי הקרימינליזציה של שיח זכויות האדם בימינו מביאה לקושי לדבר על נאשם במונחים של זכויות אדם, מאחר שעיקר השיח עוסק בזכויות הקרבן. לדבריה, תנועת זכויות האדם, המציבה במרכז מאבקה כיום את המאבק לביטול החסינות, מעדיפה מאז שנות התשעים את השימוש בכלי הפלילי כדי לאכוף הפרות של זכויות אדם, בין ברמה המדינתית ובין ברמה הטרנס-לאומית או הבינלאומית.⁴¹ לדעתה, מה שהולך לאיבוד בנטייה גורפת זו הוא השימוש המושכל בכלי של חנינות

39 בית הדין ליוגוסלביה, כמו בית הדין לרואנדה, הקימו יחידות לתמיכה בקרבנות (כלל 34 בכללי הראיות והפרוצדורה של כל אחד מבתי הדין). יחידות אלה מוסמכות להמליץ על אמצעי הגנה לקרבנות ולעדים ולספק להם ייעוץ ותמיכה. הוראות נוספות מתייחסות לאי-גילוי של זהותם אם הם נתונים בסכנה (כלל 69) ולאמצעים הולמים אחרים להגנה עליהם ועל פרטיותם (כלל 75). נוסף על כך, בהתבסס על פסק דין מרשיע, הקרבנות מורשים להגיש בקשה לפיצוי בבתי המשפט הלאומיים שלהם (כלל 106). *Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, Rules of Procedure and Evidence*, U.N. Doc. IT/32/Rev. 49 (May 22, 2013) http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev49_en.pdf (גישה אחרונה 4.10.2016); *Int'l Crim. Court of Rwanda, Rules of Procedure and Evidence*, U.N. Doc. ITR/3/Rev. 49 (May 13, 2015) <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf> (גישה אחרונה 17.12.2016).

40 מעבר לכך יש במערכת בית הדין הפלילי הבינלאומי הוראות דומות להוראות המופיעות בחוקות הטריבונלים הזמניים כמו הקמה של יחידת קרבנות (ICC Rules and Procedure and Evidence, כללים 16–19), הוראות להגנה על קרבנות (שם, כללים 87–88), וכן הוראות לפיצוי קרבנות (שם, כללים 94–99).

41 Karen Engle, *Self-Critique, (Anti) politics and Criminalization: Reflections on the History and Trajectory of the Human Rights Movement*, in *NEW APPROACHES TO INTERNATIONAL*

בסיטואציות של מעברים פוליטיים. לטענתה, ההבחנה בין סוגי חנינות – שאפשרה להכיר במרחב של שיקול דעת למדינות – נשחקה ככל שארגוני זכויות אדם, מוסדות ובתי משפט דחו עקרונית את הרעיון של חנינה כמתיישב עם הגנה על זכויות אדם.⁴² אפשר להבחין בגודל השינוי כשנזכרים כי השם של ארגון אמנסטי אינטרנשיונל שיקף את המאבק של הארגון בתחילת דרכו להגן על זכויות הנאשם מפני הכוח הפלילי המדינתי. בעיה נוספת בהסתמכות הגוברת על המשפט הפלילי נובעת מכך שמשפט זה, העוסק בבירור של אשמת היחיד, נוטה לטשטש את ההבדל בין טרור מדינתי לבין אלימות יחידים נגד משטר מדכא (לוחמי גרילה) ובכך מאבד את ההקשר הפוליטי הרחב יותר של הסכסוך.⁴³

במאמר מאוחר יותר אנגל מנתחת לעומק את המפנה הפלילי של תנועת זכויות האדם. היא מראה, למשל, כיצד פסיקות בית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם התרחקו מהתוכנה הבסיסית בדבר המתח אינהרנטי בין המטרות השונות של הליכי מעבר לדמוקרטיה, דהיינו: בין אמת, סליחה ופיוס מצד אחד לבין צדק פלילי מהצד האחר, בכך שקבעו כי הצדק הפלילי הוא למעשה המענה והדרך להשיג כל אחת מהמטרות של אמת, סליחה ופיוס.⁴⁴ גם במאמר זה אנגל חוזרת על הביקורת הקודמת שהשמיעה, על כך שתנועת זכויות האדם נסמכת על אותם מנגנונים דכאניים של המשפט הפלילי שביקרה בעבר. מעבר לכך, אנגל מודאגת גם מהיעדר ביקורת עצמית בתוך תנועת זכויות האדם על מהלך זה, וכתוצאה מכך – מחוסר היכולת לחשוב על פתרונות חלופיים למשפט הפלילי. המאבק בחסינות מעצב היום את האופן שבו תנועת זכויות האדם מתייחסת לכלל ההפרות של זכויות אדם ורואה אותן בראש ובראשונה כעברות פליליות. בתוך כך, תנועת זכויות האדם נכשלת מלראות – או מתעלמת – הן מגורמי העומק להפרות (למשל: פערם כלכליים, אתניים וגזעיים) והן מההשלכות החלוקתיות שיש לבחירה במשפט הפלילי; התנועה אף מיישרת קו עם המדינות כשהיא נסמכת על המנגנונים שלהן כדי לחקור ולהעמיד לדין.

אנגל גם מפנה את תשומת הלב לקשרי גומלין בין הרמה הבינלאומית ללאומית, בהראותה כיצד המפנה הפלילי ברמה הבינלאומית משפיע גם על המפנה הפלילי ברמה הלאומית. היא מסבירה, שכאשר מגני זכויות האדם מיישרים קו עם המדינה המענישה, כשזו מענישה

LAW: THE EUROPEAN AND THE AMERICAN EXPERIENCES 41-73 (José María Beneyto & David Kennedy eds., 2013) (להלן: Self-Critique).

42 שם, בעמ' 58-59. בעבר נעשתה הבחנה בין חנינות לא לגיטימיות (כגון חנינה גורפת blanket amnesty) או חנינה עצמית (self amnesty) לבין חנינות לגיטימיות (כגון חנינה מותנית (conditional amnesty)). כך, למשל, מנגנון החנינה שהתקבל בהליך חוקתי בדרום-אפריקה, והתנה חנינה בגילוי מלוא האמת על הפשע שביצע מבקש החנינה, נתפס כמקדם דמוקרטיה, אמת ופיוס לאומי.

43 שם, בעמ' 58 "in the context of Uruguay [...] and Guatemala [...] the fight against impunity reflects and promotes an antipolitical stance that mirrors that of the early movement. In some instances, it seems to be leading to acquiescence in, if not support for, the prosecution of former state and non-state actors alike. In the context of those two countries, that means that former guerilla members might be subject to the same investigation as former military and police officers")

44 Engle, ה"ש 14 לעיל.

פושעי משטר קודם, הם נמצאים בעמדה בעייתית יותר באשר ליכולתם למתוח ביקורת על פגמים במערכת הענישה המדינתית. נוסף על כך, יש סיכון שיחול אצל אותם פעילי זכויות אדם שינוי מחשבות: הם עשויים לחשוב על הנושאים המעסיקים אותם כעל נושאים פוליטיים ולא כעל מורשת של עשורים של הטיות מעמדיות, גזעיות וכו'. אשוב לנקודה זו בהמשך.⁴⁵ השינוי בשדה זכויות האדם אינו מסתכם בעליית קרנו של המשפט הפלילי. אלכסנדרה הונאזו (Huneus) מזוהה שינוי מוסדי ברמת האכיפה והתרופות בבתי דין בינלאומיים לזכויות אדם. היא מצביעה על התפתחות סמכות שיפוט שהיא מכנה "מעין-פלילית" (quasi-criminal), למשל בפסיקותיו של בית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם.⁴⁶ כפי שהראיתי לעיל, סמכות שיפוט זו נולדה מתביעות של קרובי משפחה של קרבנות משטר שנעלמו – לדעת מה עלה בגורל יקיריהן ולהביא למשפט פלילי את המעורבים בכך. על רקע החסינות המדינתית והפניות של הקרבנות בבקשת סעד, הרחיב בית הדין בהדרגה את המנדט שהעניק לו החוק. מלכתחילה הצטמצם מנדט זה להצהרה על הפרות זכויות על ידי המדינה ולהענקת פיצוי כספי לקרבנות. בהמשך הכיר בית הדין בסמכות מעין-פלילית שלרעצמו. במסגרת זו טבע בית הדין לאחר 1996 שני חידושים: מתן הוראות למדינות להעמיד יחידים לדין פלילי בגין הפרות מסוימות ולהענישם, ופיקוח של בית הדין על קיום המשפטים הפליליים המדינתיים, כשבית הדין בוחן לעומק את יישום הוראתו והוא אף עשוי לנקוב בשמות אלו שצריכים לעמוד לדין ולהציע כיווני חקירה. לדעת הונאזו מדובר בהתפתחות חיובית, שכן בניגוד לסמכות הפלילית הישירה של טריבונלים פליליים בינלאומיים, בית הדין האינטר-אמריקני משאיר את התביעה הפלילית ואת קיום המשפט בידי המערכות המדינתיות, תוך פיקוח על הפעלתו. בכך משיגים אכיפה יעילה יותר כמו גם דיאלוג בין בית הדין למדינות. הונאזו אינה מקדישה דיון נפרד לשינוי במעמד הקרבנות במשפט הפלילי המדינתי עקב הטמעת המודל של משפט זכויות האדם – נקודה שעליה נרחיב בפרק הבא – אך הטיפולוגיה שלה משמשת חוקרות אחרות מתחום זכויות האדם כדי להצביע על הבעייתיות שבצמיחת הסמכות המעין-פלילית.⁴⁷

45 שם, בעמ' 1126: "The alignment of human rights advocates with the carceral state cannot help but affect the extent to which the human rights movement is able to mount a serious criticism of mass and brutal incarceration and the biases we see in nearly every penal system in the world. Moreover, advocates might be less likely in general to be critical of governments that seem finally to be attempting to remedy past wrongs, even if through the penal system. In line with several of the previously stated concerns, advocates might also begin to conceive of the broader issues they promote as criminal issues, as though their victories in punishing a few bad actors could address centuries of biases based on race, class, and gender, thus relieving pressure on the state to attend to structural issues of distribution"

46 Alexandra Huneus, *International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts*, 107 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. 1 (2013).

47 למשל Teitel, ה"ש 22 לעיל ו-Engle, ה"ש 14 לעיל.

רותי טייטל (Teitel) מבקרת את מהלך ההתקרבות בין שדה זכויות האדם לבין השדה הפלילי-הבינלאומי מזווית של צדק מעברי.⁴⁸ בדומה לאנגל, אף טייטל חוששת מהשתלטות הפרדיגמה הפלילית, אך היא מתמקדת בפגיעה האפשרית בהליכי דמוקרטיזציה במדינות המתמודדות עם עבר אוטוריטרי. לענייננו חשוב הקישור שטייטל עושה בין התפתחות זו לצמיחת הזכות לאמת. טייטל רואה התפתחות זו כחלק מהמשגה חדשה של זכות הקרבן לאחריותיות (a right to accountability), דהיינו: הזכות של קרובי משפחה של קרבנות משטר (במקרה הפרדיגמטי של היעלמויות) לחקירה ולהעמדה לדין פלילי של האחראים על ידי המדינה. לטענתה, התפתחות זו היא חלק מהליכים רחבים יותר של משפט (judicialization) ובינאום (internationalization) של הליכי הצדק המעברי. במסגרת זו, הליכי הצדק המעברי – שהיו בעבר פררוגטיבה של המדינה – מומשגים מחדש במונחים של זכות הקרבן האינדיבידואלי, וכך מאבדים את ההקשר הקולקטיבי והקהילתי של העוולות.⁴⁹ כמו כן, טייטל מזהה במפנה הפלילי סכנה לשלטון החוק ולדמוקרטיה: כאשר המשפט הבינלאומי מטיל על מדינות חובה להעמיד לדין פלילי בגין הפרות חמורות של זכויות אדם, משמעות הדבר היא למעשה צמצום מרחב שיקול הדעת הפוליטי של המדינה. כך נוצר מתח בין קבלת החלטות בדרך דמוקרטית ברמה הלאומית לבין התערבות של בתי דין בינלאומיים, המצמצמים את מרחב הפעולה המדינית באופן השולל חלק ניכר מסל הכלים של הצדק המעברי שנועד להוות תחליף למשפט פלילי.⁵⁰

בעוד חוקרי זכויות האדם מודאגים מהשתלטות ההיגיון של המשפט הפלילי על שדה הצדק המעברי, חוקרי המשפט הפלילי מודאגים דווקא מההשפעה של משפט זכויות האדם על ההליך הפלילי.

דריל רובינסון (Robinson), למשל, מזהה סתירה בין רמת השיח לרמת הפרקטיקה בפסיקת הטריבונלים הבינלאומיים.⁵¹ בעוד השיח של המשפט הפלילי הבינלאומי מבטא מחויבות גבוהה לערכים ליברליים של זכויות אדם, המשפט עצמו פונה למעשה לכיוונים לא ליברליים, העומדים בסתירה להנחות יסוד ליברליות של התחום. כך, למשל, ניכרת השפעה של משפט זכויות האדם על אימוץ פרשנות מרחיבה ויצירתית של הטריבונלים הבינלאומיים

48 Teitel, ה"ש 22 לעיל.

49 שם, בעמ' 418: "One issue is the risk in simply equating the conception of transitional justice with the currently recognized rights of victims and their families, which seems to be part of a broader phenomenon of the trend towards judicialization. The focus on victims is almost an essential byproduct of these petitions because accountability is being demanded and argued in terms of the rights belonging to the victims and their families."

50 שם: "The jurisprudential developments appear to involve a fundamental redirection of decision-making regarding transitional justice, from the political to the judicialized. There is an evident narrowing of governmental latitude on the question of how to respond to human rights abuses in the context of past conflicts that have left many collective and individual wounds, and sometimes, fractured societies."

51 Darryl Robinson, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, 21 LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. 925 (2008).

לעברות בניגוד לעקרונות החוקיות. כמו כן, יש התרחקות מעקרון האשמה האינדיבידואלית, באמצעות הסתמכות על הדוקטרינה של תכנית פלילית משותפת (JCE).⁵² רובינסון טוען ששורש הבעיה נעוץ בהתקרבות (ואפילו במיזוג) בין שדה המשפט הפלילי הבינלאומי לבין שדה משפט זכויות האדם והמשפט ההומאניטרי. לטענתו, אף שכל אחד מהשדות פועל על פי רציונל שונה ואף מנוגד לאחר, ההתקרבות מביאה לכך שדוקטרינות מיובאות משרה זכויות האדם לשדה המשפט הפלילי בלי לתת את הדעת לאופן שבו הן חותרות תחת הרציונל הבסיסי של משפט פלילי ליברלי – אחריות אינדיבידואלית המבוססת על אשמה ומעשה. לשיטתו, ההסבר נעוץ בשאיבה של הנחת יסוד פרשנית משרה זכויות האדם – מתן הגנה מרבית לקרבן ולזכויותיו. כאשר מטרת ההליך הפלילי הבינלאומי נהפכת להגשמה של זכות הקרבן לצדק, נדחקות מפניה הנחות היסוד של המשפט הפלילי כגון עקרון החוקיות, אחריות אישית ופרשנות מצמצמת של עברה פלילית. במאמר מאוחר יותר התמודד רובינסון עם הביקורת על מאמרו, שהניח כי אין הברל משמעותי בין עקרונות המשפט הפלילי המדינתי למשפט הפלילי הבינלאומי. במאמר זה הוא מכיר בכך שיש להביא בחשבון את המאפיינים המיוחדים למשפט הפלילי הבינלאומי – פשע קולקטיבי, מדינה פושעת וחקיקה שיפוטית בבתי משפט בינלאומיים. לטענתו, גם אם נביא בחשבון מאפיינים אלו, אין בכך כדי להצדיק זניחה של עקרונות האחריות האינדיבידואלית, הנשחקים בשל הדגש הרב הניתן לזכויות הקרבן במשפט זכויות האדם.⁵³

ביקורת דומה מתח סרגיי ואסילייב (Vasiliev), המתמקד בשינויים בפסיקת בית הדין הפלילי הבינלאומי.⁵⁴ נקודת המוצא שלו היא שחוקת רומא אימצה עקרונות של משפט זכויות האדם בכך שביקשה לחזק את השתתפות הקרבן במשפט הפלילי ואת ההגנה עליו. השאלה היא אם שינוי זה משקף אימוץ כולל של מודל הצדק המאחה משרה הצדק המעברי לשדה הפלילי. במילים אחרות: ייתכן כי בניגוד להנחה של רובינסון על הגיונות נפרדים

52 התאוריה של תכנית פלילית משותפת (Joint Criminal Enterprise; JCE) מאפשרת להעמיד לדין פלילי כל מי שנחשב שותף לתכנית הפלילית, וזאת ללא הוכחה של אשמה אינדיבידואלית בפשע. התאוריה נועדה להתגבר על הקושי שנוצר בנוגע לפשעים המוניים. אפשר למצוא את הרעיון כבר בצ'רטר של בית הדין הפלילי בנירנברג (הסיפא לס' 6). צורות ההשתתפות בתכנית הפלילית עשויות להשתנות: תכנון, סיוע, ביצוע. דוקטרינה זו מצאה ביטוי מוקדם במשפט הבינלאומי הפלילי במקרים הקשורים למחנות ריכוז ולמוסדות אחרים בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה, והוחייתה בערעור על זיכוי של Duško Tadić, בערכאת הערעור של ICTY. ראו: *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT 94-1-A, Judgment, (July 15, 1999). ALEXANDER ZAHAR & GÖRAN SLUITER, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: A CRITICAL INTRODUCTION* (2008).

Alison Danner & Jenny Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, 93 CALIFORNIA LAW REVIEW. 75 (2005).

53 Robinson, "ה"ש 32 לעיל, בעמ' 130.

54 Sergey Vasiliev, *Victim Participation Revisited – What the ICC is Learning about Itself*, 1133-1202, in *THE LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT* (Carsten Stahn ed., 2015).

לשדה הפלילי-הגמולי ולשדה זכויות האדם המתמקד בקרבן, בית הדין הפלילי הבינלאומי אימץ מטרת-על של צדק מאחה שעניינו זכויות הקרבן ובירור האמת, בדומה למשפט זכויות האדם. ואסילייב דוחה פרשנות זו וטוען כי לא מדובר בשינוי מהותי, אלא שחוקת רומא ביקשה להביא לשינוי מצומצם שנועד להפוך את ההליך הפלילי בהאג ל"ידידותי" לקרבן. אולם, המיזוג הגובר בין שדה המשפט הפלילי לשדה זכויות האדם מוביל למה שהוא מכנה "תסביך מאחה" של בית משפט פלילי-גמולי. ואסילייב מציג את פסיקת בית הדין הפלילי הבינלאומי בנוגע להשתתפות קרבנות כמתנדנדת בין שתי תפיסות רחבות: תפיסה מאחה/תרפויטית (שיתוף קרבנות כדרך למתן הכרה, קול וכו') ותפיסה גמולית (קרבנות כעוזר לבירור האמת). לטענתו, התפיסה המוקדמת ששלטה בבית הדין הייתה מאחה ועדיין יש לה ביטוי (למשל: בהוספת סעיף פיצוי לקרבנות בבית הדין שלא היה קיים בטריבונלים ליוגוסלביה ולרואנדה). עם הזמן התכנס בית הדין לגישה הגמולית, המתאימה יותר למשפט פלילי, ושילב בה מתן הגנה מוגברת לקרבנות. לטענתו, רק אם ישתחרר בית הדין מ"תסביך הצדק המאחה" (ושיח המיזוג המלווה אותו) ויחזור לאמץ בגלוי את הגישה הגמולית הוא יוכל למלא את תפקידו נאמנה.⁵⁵

לסיכום פרק זה: ראינו שהביקורת על ה"מפנה הפלילי" באה מכל אחד מהשדות בנפרד. מבקרים משדה הצדק המעברי חוששים שהפללה מקשה על שימוש בסל הכלים של צדק מעברי, ובעיקר בחנינות ובוועדות אמת כחלק מהליכי דמוקרטיזציה. כמו כן, כאשר האמת מצומצמת לאמת פלילית, גם היכולת לחקור את האמת ההיסטורית נפגעת.⁵⁶ באופן כללי, המפנה הפלילי – שהומשג מחדש כנובע מזכותו של הקרבן היחיד לאמת – גובר על הליכים פוליטיים מדינתיים ומכפיף החלטות דמוקרטיות לפיקוח של ערכאות המשפט הבינלאומי.⁵⁷ ביקורת זו ממסגרת את הדיון בהשפעת המפנה הפלילי על שדה זכויות האדם ביחסים שבין המדינה הריבונית לבין מוסדות בינלאומיים. לעומת זאת, אנשי המשפט הפלילי חוששים כי התמקדות בזכויות הקרבן להגנה או להשתתפות בהליך הפלילי פוגעת במטרה המסורתית של בירור אשמה פלילית, שכן הכרה בזכות הקרבן לאמת עלולה לפגוע בחזקת החפות של נאשמים ובזכותם להליך הוגן.

55 שם, בעמ' 1186-7: "The ICC as a 'retributive court' only guises itself as a dispenser of restorative justice, but in fact it depends on – and keenly uses – victims as evidentiary sources, only providing them with extensive forms of participation where those can promote the Court's own interests and assist it in carrying out its functions. Victims are participants, not full parties... The most tangible participation is subjected to stringent control by the judges and is made strictly subordinate to the procedural objectives that have little in common with the goal of personal and social restoration of victims and affected communities"

56 Engle, ה"ש 14 לעיל, בעמ' 1126.

57 ראו, למשל, שני משאלי העם בקשר לחוק החנינה של אורוגוואי, שרוב הנשאלים בכל אחד מהם התנגדו לביטול החוק. לפירוט ראו Self-Critique, ה"ש 41 לעיל.

ביקורות אלו חשובות ומאירות פינות נסתרות של המפנה הפלילי, הנתפס לרוב כמפנה חיובי המקדם אותנו לסיום עידן החסינות.⁵⁸ עם זאת, ברצוני להצביע על פינה אחת שנותרה באפלה: האופן שבו שיח זכויות הקרבן וקישורו לכירור האמת נותן לגיטימציה לשינוי מוסדי המתרחש "מתחת לרדאר" ומתבטא בהרחבה ניכרת של שיקול דעת לבית המשפט ולרשויות התביעה, הן ברמה הלאומית הן ברמה הבינלאומית.

ביקורת מוקדמת על ההשלכות ה"ממשליות" של המפנה הפלילי על קידום זכויות אדם הועלתה על ידי כותבות פמיניסטיות. הן הפנו אצבע מאשימה נגד פעילות פמיניסטיות, בעיקר מהזרם הרדיקלי, שראו במשפט הפלילי הבינלאומי את הדרך המרכזית לקידום השוויון של נשים. ראינו כי בשנות התשעים הצליחו ארגונים פמיניסטיים להביא לשינויים משמעותיים במשפט הפלילי הבינלאומי, בעיקר בהקשר של בתי הדין המיוחדים ליוגוסלביה ולרואנדה. השינוי התבטא הן בדין המהותי – התמקדות באונס והגדרתו כפשע מלחמה, כפשע נגד אנושות וכג'נוסייד; הן בדין הפרוצדורלי – הגנה על הקרבן מפני שאלות על עברה המיני, ביטול של הגנת ההסכמה וביטול דרישות סיוע לעדות של קרבן אונס; והן במישור המוסדי – הקמת יחידה להגנת קרבנות וקידום גישה ידידותית של התביעה לקרבנות אונס. אל מול ההצלחה חסרת התקדים של פמיניסטיות במסדרונות הכוח הבינלאומיים מאז שנות התשעים, התפתחה ביקורת פמיניסטית על מה שכונה בספרות "פמיניזם ממשלי". מושג זה נועד להצביע על נטייה של ארגונים פמיניסטיים לצבור השפעה באמצעות המשפט הבינלאומי.⁵⁹ הביקורת על הפמיניזם הממשלי נשענה על ויכוח פמיניסטי רב-שנים לגבי ההתמקדות של הפמיניזם הרדיקלי בנושאים של אלימות מינית, והעדפת המשפט הפלילי כדרך מרכזית לקידום שוויון של נשים. הביקורת התחדדה כשהפמיניזם הרדיקלי הפנה את מאמצי הרפורמה לרמה הבינלאומית, שם החל לנחול הצלחה לא מבוטלת.⁶⁰

דווקא ההצלחה של ארגונים פמיניסטיים – לגרום לבתי הדין ליוגוסלביה ולרואנדה לראות אונס ואלימות המינית כעברות מרכזיות, הפוגעות לא רק באשה אלא בקהילה כולה (למשל: אונס כג'נוסייד) – עוררה את החשש מפני שימוש במשפט הפלילי הבינלאומי בשירותו של נרטיב לאומי פטריארכלי של אונס האשה כאונס האומה.⁶¹ הביקורת הראתה

58 Engle, "ה"ש 14 לעיל, בעמ' 1119: "Indeed, as we have seen, many have argued that the international legal recognition of a duty to prosecute at the domestic level and the expansion of international criminal institutions have marked huge progress for human rights and humanitarian law (even as they have blurred - or perhaps attempted to harmonize - the two fields, sometimes quite intentionally as in *El Mozote*.)"

59 למבוא על "פמיניזם ממשלי" ראו Janet Halley, Prabha Kotiswaran, Hila Shamir & Chantal Thomas, *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance*, *Feminism*, 29 HARVARD JOURNAL OF LAW & GENDER, 335 (2006).

60 Janet Halley, *Rape At Rome: Feminist Interventions In The Criminalization Of Sex-Related Violence In Positive International Criminal Law*, 30 MICH. J. INT'L L. 1 (2008-2009).

61 Karen Knop & Annelise Riles, *Polytemporal Feminism: A Conflict-of-Laws Approach to the "Comfort Women" Settlement*, CORNELL L. REV. (forthcoming 2016). טרם פורסם

כי גישת ההפלה של הפמיניזם הרדיקלי נוטה לראות בנשים קרבנות בלבד ומתעלמת מאפשרויות agency שלהן (למשל: כשהופכים כל קיום יחסי מין עם ה"אויב" לאונס, ללא קשר להסכמת האשה). הביקורת גם מעלה ספק באשר להעדפה של פמיניסטיות את המשפט הפלילי, למרות ההיסטוריה הבעייתית של שימוש במשפט הפלילי על ידי המדינה כאמצעי לדיכוי נשים ולקידום סדר יום פטריארכלי. כתיבה זו מעלה את החשש שהגדרת אונס כג'נוסייד עלולה לקדם דווקא סדר יום לאומני-פטריארכלי, הרואה את כבוד הקהילה כטמון בגוף האשה, ואונס האשה – כפגיעה בכבוד הגברי (הפעם של קהילות אתניות). באופן פרדוקסלי, אף על פי שארגונים פמיניסטיים נאבקו לדחות גישות של כבוד ולראות באונס פגיעה באוטונומיה של האשה, הקישור המחודש של אונס עם ג'נוסייד מחזיר תפיסות אלו בדלת האחורית. השאלה החשובה שהביקורת על הפמיניזם הממשלי מעלה היא אם באמת מדובר בניצחון פמיניסטי, או שמא הפמיניזם מגויס על ידי המשפט הבינלאומי כדי לקדם סדר יום פלילי שאינו מעצים או מחזק את האוטונומיה של נשים. במילים אחרות: האם מאחורי השיח הפמיניסטי מסתתר שינוי אמת, המקדם את האוטונומיה של נשים – או שמא הרטוריקה משמשת דווקא כדי לחזק שיקול דעת ממשלי למוסדות המשפט הבינלאומי? בפרק הבא אאמץ פריזמה זו כדי לבחון את ההתפתחות נשוא מאמר זה – כניסת ה"זכות לאמת" של הקרבן למשפט הפלילי הבינלאומי: האם מדובר בחיזוק האוטונומיה של הקרבן או בחיזוק שיקול הדעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי.

ד. הזכות לאמת בבית הדין הפלילי הבינלאומי

המהלכים שחשפנו בפרק הראשון באשר לעליית הזכות לאמת, קישורה לקרבן וייבואה למשפט הפלילי באמריקה הלטינית לא נעצרו ברמה המדינתית של תהליכי צדק מעברי. מאז שנות האלפיים אנו עדים לניסיונות לייבא את הזכות לאמת לבית הדין הפלילי הבינלאומי. כפי שראינו, ניסיונות אלו מוצדקים כחלק אינטגרלי מחיזוק מעמד הקרבן במשפט זכויות האדם ובמשפט הפלילי. בפרק זה ברצוני לבחון מקרוב טענה זו ולהציע תזה חלופית. לטענתי, אם בוחנים מקרוב את הדרך שבה נקשרת זכות הקרבן להשתתפות בהליכי בית הדין אל הזכות לאמת, המיובאת ממשפט זכויות האדם, מגלים שאין מדובר בהכרה בזכות אוטונומית לקרבן אלא בהרחבת שיקול הדעת של בית הדין. שיקול דעת זה מאפשר לבית הדין לשנות את הפרוצדורות של המשפט הפלילי ולסטות מההוראות של חוקת בית הדין בשם ההגנה על זכות הקרבן לאמת. עם זאת, המהלך של הרחבת שיקול הדעת, ואימוץ סמכויות מעין-חקיקתיות לבית הדין לגבי שיתוף קרבנות, כמעט אינו נתון לביקורת בספרות המחקר מאחר שהמהלך כולו נתפס כמקדם את זכויות הקרבן. בפרק זה אציג בקצרה כמה תחומים שבהם נעשה ניסיון להסתמך על זכות הקרבן לאמת כדי לשנות פרוצדורות של בית הדין הפלילי הבינלאומי. אנסה להראות שמאחורי הרטוריקה של זכויות הקרבן מסתתרת למעשה הרחבה של שיקול דעת שיפוטי. בפרק הבא אפנה לבחון את עליית האונס במרמה בדין הפלילי המדינתי. גם כאן אראה כיצד מסגרת הדיון של זכות הקרבן לאמת הסתירה את השינוי המוסדי שאפשרה התפתחות זו: הרחבת שיקול הדעת של התביעה ואכיפה סלקטיבית של

(עותק אצל המחברת), בעמ' 30.

עברות אלו על קבוצות מיעוט מוחלשות. בשני המקרים נראה כי הצירוף בין זכות הקרבן, עליית האמת והמפנה הפלילי הוביל לחיזוק שיקול הדעת של התביעה ושל בית המשפט ללא יצירה של מנגנוני פיקוח על ההפעלה של שיקול דעת זה.

במשפט הפלילי הבינלאומי אנו עדים לשינוי במעמד הקרבן עם הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי הפועל תחת חוקת רומא. כפי שראינו, אחד השינויים הבולטים מאז בתי הדין הפליליים המיוחדים (ליוגוסלביה ולרואנדה) היה ההכרה של חוקת רומא בקרבן לא רק כראוי להגנה, אלא כשותף פעיל בהליכי בית הדין. שינוי זה הושג על ידי אימוץ יסודות מהמשפט האזרחי בנוגע לשיתוף קרבנות אל תוך המבנה האדברסרי של בית הדין. נוסף על כך, בהמשך להרחבת המטרות של המשפט הפלילי הבינלאומי מאז משפטי נירנברג, הכירה חוקת רומא מפורשות בתפקיד בית המשפט בבירור האמת כמטרה עצמאית. "החיפוש אחר האמת" מקבל מקום מרכזי במטרות ההליך, הקרבנות נתפסים כמי שמספקים לבית הדין מידע שבלעדיו לא יוכל לחשוף את מלוא האמת ובית הדין נתפס כמקום שבו הם יכולים לגלות את האמת.⁶²

ההבנה החדשה של תפקיד הקרבנות – כאמור, לא רק כעדי תביעה פוטנציאליים אלא כמשתתפים עצמאיים בהליך הפלילי – עולה בקנה אחד עם התפקיד האקטיבי של הקרבנות במשפט זכויות האדם (כפי שראינו בפרק הראשון), והיא מאפשרת שאיבה של תקדימים והלכות ממשפט זכויות האדם. לענייננו, היא מאפשרת לקרבנות לדרוש זכויות השתתפות רחבות בהליך מכוח הזכות לאמת, כפי שהוכרה בבתי הדין לזכויות אדם. חוקת רומא עצמה רואה את הקרבנות כמשתתפים (participants), מורה לבית הדין לאפשר להם להשמיע את "עמדותיהם וחששותיהם" ומכירה בייצוג נפרד עבורם. אולם, החוקה מנעת מלראות בקרבנות צד פורמלי להליך, בשונה משיטות המשפט האזרחי. הסעיף המרכזי בחוקת רומא המקנה לקרבן זכות השתתפות בהליך הפלילי הוא סעיף 68(3).⁶³ הניסוח של סעיף זה נותר מעורפל ולא מדויק במכוון (constructive ambiguity), כדי להתגבר על מחלוקות ולאפשר לבית הדין גמישות בפיתוח ההלכה.⁶⁴ עובדה זו פתחה לשחקנים שונים פתח לנסות ולייבא

62 Stolk, ה"ש 1 לעיל. ראו בהמשך דיון בסעיף 69(3) לחוקת רומא.

63 ס' 68(3) לחוקת רומא קובע: "Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence"

64 ראו Christine Van den Wyngaert, *Victims Before International Criminal Courts: Some Views And Concerns Of An ICC Trial Judge*, 44 CASE W. RES. J. INT'L L. 475, 478 (2011). ("the regime that was introduced in Rome was the result of heated debates. It was mainly France and some civil law countries that insisted on the introduction of a participatory regime that resembled the French *partie civile* system. While no such full-fledged system was incorporated in the Statute, victims were given the right to "present their views and concerns" to the Court, and to do so "where their personal

הלכות הנוגעות לזכויות הקרבנות ממשפט זכויות האדם, ובהן זכות הקרבן לאמת. כעת נפנה לבחון כמה דוגמאות לניסיונות אלו כדי לחשוף כיצד עזרה הרטוריקה של זכויות הקרבן לשנות את ההליך במשפט הפלילי – בלי לעמוד על ההבדל המשמעותי בין השדה הפלילי לבין משפט זכויות האדם.

1. "אינטרס אישי" לקרבן בבירור חפות ואשמה

סעיף 68(3) לחוקת רומא קובע את סוג ההשתתפות של הקרבן בהליך הפלילי ואת היקפה. הוא מכיר בקרבן כמשתתף אך לא מכיר בו כצד מלא למשפט. במקום זאת, הסעיף מתנה את השתתפות הקרבן בהצבעה על "אינטרס אישי" המושפע מהמשפט. הסעיף קובע כי הקרבן יוכל לבטא את "דעותיו וחששותיו", אך משאיר לבית המשפט לקבוע, לפי שיקול דעתו, מה עולה כדי אינטרס אישי ואילו זכויות פרוצדורליות יוקנו לקרבן כדי להשמיע את עמדתו. בפרשת *Katanga* עלתה השאלה אם יש לקרבן אינטרס אישי בקביעת האשמה והחפות של הנאשם. השאלה עלתה בהליך קדם-משפט לפני השופט סטיינר (Steiner).⁶⁵ התביעה וההגנה טענו שאין זכות כללית להשתתפות קרבנות בקדם-משפט, ושכלל פעם שקרבנות מעוניינים בפעילות פרוצדורלית עליהם להראות שהיא נוגעת לאינטרס אישי שלהם. הן התביעה והן ההגנה התנגדו למתן זכות לקרבנות לחקור עדים ולהעלות שאלות בנוגע לחפות ואשמה, שכן "עניינים אלו אינם קשורים במישרין לאינטרסים של הקרבנות".

כדי להכריע בשאלה פנתה השופטת לבחון את הזכות לאמת כפי שהתפתחה במשפט זכויות האדם. היא הסתמכה על מחקרים אמפיריים שנעשו עם קרבנות של הפרות זכויות אדם חמורות, שהעלו כי מטרת הקרבנות בפנייה להליך המשפטי הייתה קבלת הצהרה מוסמכת באשר לאמת מפי גוף שיפוטי מוסמך.⁶⁶

ההנחה של השופטת הייתה שאין הבדל מהותי בין השדות. בניגוד לכך, ברצוני להצביע על הבדל חשוב שההסתמכות על הזכות לאמת נוטה לטשטש. במשפט זכויות האדם השאלה היא אם הדרך היחידה לקיים את זכות הקרבן לאמת היא על ידי חקירה ומשפט פליליים או שמא אפשר להסתפק בחקירות מסוגים אחרים כגון ועדת אמת. לעומת זאת, במשפט הפלילי השאלה אינה אם הזכות לאמת מצדיקה משפט פלילי (שהרי המשפט כבר מתקיים), אלא אילו זכויות היא מקנה במסגרתו לקרבנות.⁶⁷ השופטת השאירה בצריך עיון את השאלה

interests are affected.” This way of drafting illustrates what Philippe Kirsch, chairman of the Committee of the Whole at Rome and the first president of the ICC, used to call “a constructive ambiguity” (ה”ש הושמטו).

Prosecutor v. Katanga, ICC-01/04-01/07- 474, Pre-Trial Chamber Decision of Judge 65
Steiner, (May. 13, 2008) https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_02407.PDF
(להלן: "החלטה בדבר זכויות לקרבנות").

שם, בפסקה 31. 66

אם כי יש לשים לב שעל פי חוקת רומא קרבנות מורשים להשתתף גם בשלבים המקדמיים שלפני פתיחת המשפט גופא, כמו בשלב הבקשה לאישור פתיחת חקירה (סעיף 15 לחוקת רומא וכלל 50(3) לכללי הראיות והפרוצדורה), או בפסיקת בית הדין בשאלות מקדמיות הנוגעות לסמכות שיפוט ולקבילות (סעיף 19(3) לחוקת רומא). ראו, למשל, את ההחלטה של ערכאת הערעור בעניין *Katanga*, ה”ש 65 לעיל, מיום 25 בספטמבר 2009, המתייחסת ללא פחות משלושה 67

אם הזכות לאמת מקנה לקרבנות זכות לדרוש פתיחת הליך פלילי, וביקשה ללמוד ממשפט זכויות האדם מה היקף זכות ההשתתפות של הקרבן במסגרת ההליך בבית הדין הפלילי הבינלאומי.⁶⁸ השופטת התבססה על הזכות לאמת של הקרבן ממשפט זכויות האדם כדי לקבוע שיש לקרבן אינטרס אישי בכירור החפות והאשמה של הנאשם, וזאת כדי להבהיר מה באמת קרה וכדי לצמצם את הפער בין בירור האמת העובדתית במשפט לבין האמת הלכה למעשה.⁶⁹ לפיכך הגיעה השופטת למסקנה שקביעת החפות והאשמה קשורה לזכות הקרבן לאמת ומהווה אינטרס אישי שלו.

כאשר בוחנים מקרוב את ההלכה שקבעה השופטת⁷⁰ מגלים שלמעשה היא מבטלת את ההתניה של השתתפות הקרבן בהצבעה על אינטרס אישי – ובכך היא מטשטשת את ההבדל בין הקרבן לתובע במשפט הפלילי הבינלאומי. התוצאה האפשרית היא של חשיפת הנאשם לריבוי מאשימים תוך פגיעה בעיקרון האדברסרי של איזון כוחות בין תובע לנאשם ("equality of arms").⁷¹ כמה כותבים התייחסו לקושי זה, וציינו כי התפתחות זו דורשת איזון מחדש בין זכות הנאשם להליך הוגן לבין זכות ההשתתפות של הקרבן. לטענתי, לא די בדיון באיזון בין זכויות הנאשם לזכויות הקרבן, שכן הוא מתעלם מהשינוי המשמעותי יותר הצפון בפסיקה זו – שינוי ההליך הפלילי ומטרותיו.

כאשר מתמקדים במקום המרכזי שקיבלה הזכות לאמת בהנמקה מגלים תוצאה נוספת. השופטת השתמשה במשפט זכויות האדם כדי לשנות את חקר האמת בהליך הפלילי: היא הרחיבה את מטרות המשפט וטשטשה את ההבדל בין אמת משפטית לאמת היסטורית. ראינו כי רצינו לרומה עמד בבסיס ההתפתחות של ועדות האמת והפיוס כאלטרנטיבה למשפט פלילי. הוועדות ביקשו לברר את האמת ההיסטורית ללא ההגבלות שהמשפט הפלילי מטיל על בירור האמת המשפטית (כגון איסור עדות שמיעה, דרישות של קבילות ועוד), מתוך רצון לתת מקום מרכזי לאמת של הקרבנות בהליכי מעבר. השופטת השתמשה באותו רצינו ל

מסמכים שהוגשו בשם קבוצות שונות של קרבנות בתגובה לבקשת ההגנה של הנאשמים בעניין קבילות המקרה: *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment, (September 25, 2009).

68 השופטת נסמכה, בין היתר, על פסיקות של בית הדין האינטר-אמריקני לזכויות אדם ועל פסיקות של בית הדין האירופי לזכויות אדם. החלטה בדבר זכויות לקרבנות. ראו *Katanga*, ה"ש 65 לעיל, פסקה 32, ה"ש 39 שם.

69 החלטה בדבר זכויות לקרבנות, ה"ש 65 לעיל, פסקה 34: "when [the right to truth] is to be satisfied through criminal proceedings, victims have a central interest in that the outcome of such proceedings: (1) bring clarity about what indeed happened; and (2) close possible gaps between the factual findings resulting from the criminal proceedings and the actual truth".

70 יודגש כי להחלטות של בית הדין אין ערך תקדימי המחייב ערכאות אחרות. על פי סעיף 21(2) לחוקת רומא, בית הדין רשאי ליישם עקרונות משפטיים כפי שפורשו בהחלטותיו הקודמות אך אין הוא חייב לעשות זאת.

71 היעדרו המובנה של שוויון כוחות בהליך הפלילי שהמדינה צד לו מאוזן על ידי מתן זכויות פרוצדורליות מסוימות לנאשם, ואלה נכללות תחת הקטגוריה הרחבה של "הליך הוגן". חיזוק זכויות הקרבן עלול לפגוע באיזון זה.

כדי לשנות את המשפט הפלילי גופו. היא הרחיבה מאוד את המטרה של בירור האמת בבית המשפט וראתה בהליך הפלילי הליך בעל מטרה עצמאית: בצד בירור אשמת היחיד – גם בירור האמת ההיסטורית. גם בכך לכאורה אין חדש, שכן מאז משפטי נירנברג הכיר המשפט הפלילי הבינלאומי במטרה הדידקטית של המשפט בחקר האמת ההיסטורית;⁷² אולם אמת זו נתפסה כמטרת על של המשפט בלי שיש לקרבות מעמד מיוחד ביחס אליה. ראינו כי למשפט הבינלאומי היה קושי גדול להכיר בקרבות כמקדמים את האמת (או מזוהים עמה). למעשה, אחת הסיבות המרכזיות במשפטי נירנברג להדרת קרבות יהודים כעדים, ולהעדפת התביעה להסתמך על מסמכים של נאצים כהוכחה לאשמתם, הייתה החשש שדווקא הקרבות יביאו לעיוות האמת. בדומה, הביקורת על משפט אייכמן, שנתן במה מרכזית לעדויות קרבות, הביעה חשש מהטיית המשפט מבירור האשמה האינדיבידואלית של הנאשם לעבר הסבל של הקרבות.⁷³ במקום אחר טענתי שמשפט אייכמן היווה אכן דרך חשובה בין תפיסת הצדק הגמולי, שהייתה דומיננטית במשפטי נירנברג, לבין תפיסת הצדק המאחה, שעמדה בבסיס ועדות האמת והפיוס: משפט אייכמן שינה את ההבנה של יחסי הגומלין בין עדות הקרבן לבין עשיית צדק.⁷⁴ בזמנו, השינוי שהוביל משפט אייכמן במעמד הקרבן לא התקבל וסיכן את הלגיטימיות של המשפט בעיני הקהילה הבינלאומית.

חוקת רומא מבטאת שינוי מהותי ביחס למעמד הקרבן במשפט הבינלאומי: מעבר מעמדה מדירה וספקנית באשר לקרבות לעמדה התולה את הלגיטימיות של המשפט בשיתופם. בבסיס השינוי עמדה הביקורת שטענה כי המשפט הבינלאומי צריך למצוא דרכים לשתף את הקרבות בהליך הפלילי ו"לתת להם קול". הפשרה נמצאה בכך שהקרבות יוכלו לחוות דעה (מתן קול) אך הם לא יוכרו כתובעים עצמאיים, וכך חוקת רומא רואה את בית הדין כאחראי לבירור האמת. הפסיקה של השופטת סטיינר שינתה איזון עדין זה באמצעות קישור בין האמת לקרבן ויבוא הזכות לאמת ממשפט זכויות האדם. מצד אחד היא הרחיבה את מטרות המשפט הפלילי וכללה בהן את בירור האמת ההיסטורית, ומצד אחר היא יצרה זיהוי בין בירור האמת לבין האינטרס אישי של הקרבן. יש בכך מהלך של מעין "הפרטה" של האמת בבית הדין הפלילי והפיכת הקרבן לתובע דה־פקטו.

2. זכות הקרבן להציג ראיות ולחקור

אף על פי שחוקת רומא ראתה את סעיף 68 כמתווה את השתתפות הקרבות בהליך הפלילי, פסיקת בית הדין הרחיבה את השתתפותם דווקא דרך סעיף 69, שכלל אינו מזכיר את הקרבות. הסעיף נהפך למעין מסלול עוקף לתנאים הנוקשים המפורטים בסעיף 68. סעיף 69 קובע כי "הצדדים יוכלו להגיש ראיות הרלוונטיות לתיק [...] בית המשפט יהיה בעל הסמכות לדרוש הגשת כל הראיות שהוא רואה כנחוצות לבירור האמת".⁷⁵

72 Bilsky, ה"ש 33 לעיל.

73 ארנדט, ה"ש 36 לעיל.

74 להרחבה ראו Bilsky, ה"ש 33 לעיל, בעמ' 85–165, 237–258.

75 סעיף 69(3) לחוקת רומא: [...] "The parties may submit evidence relevant to the case [...] [and] The Court shall have the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth."

בפרשת *Lubanga* עלתה השאלה אם יש לקרבנות זכות עצמאית להציג ראיות במשפט אף סעיף 69 מכיר בזכות כזו רק ל"צדדים" למשפט וחוקת רומא לא הכירה בקרבנות כצד פורמלי. במילים אחרות: האם מכלל הן אפשר ללמוד לאו לגבי הקרבנות? בית המשפט לא סבר כך והכיר בזכות הקרבנות להגיש ראיות על ידי פרשנות מרחיבה לסעיף 69, בהסתמך על המנדט החדש שהוא מעניק לבית הדין לברר את האמת. מנדט זה הוצג כ"זכות כללית" של בית הדין לדרוש הצגה של הראיות ההכרחיות "לקביעת האמת לפי סעיף זה". על פי נוסחה זו, הקרבנות יורשו להגיש ראיות ולבחון אותן אם הדבר נחוץ לדעת בית הדין לקביעת האמת.⁷⁶

החלטה זו היא בעלת חשיבות עצומה, שכן היא מאפשרת לקרבנות לפתח אסטרטגיה עצמאית משלהם, גם אם היא שונה ואפילו סותרת את זו של התביעה – כל עוד בית המשפט רואה התערבות זו כמקדמת את חקר האמת. יש בהחלטה זו כדי לשנות את המבנה האדברסרי הדו־קוטבי של ההליך הפלילי ולהפוך אותו להליך רב־משתתפים. בית המשפט גם דחה את טענת התביעה שיש להגביל השתתפות כזו של קרבנות ל"נסיבות חריגות", ובכך נמצאה הדרך לעקוף את המגבלות שקבע המחוקק בסעיף 68. אולם, מסגרת הדיון של "זכויות הקרבן" עלולה להטעות. יש לשים לב כי בית המשפט אינו מכיר בזכות עצמאית לקרבנות אלא שומר לעצמו שיקול דעת רחב לקבוע מתי לאפשר לקרבנות להשתתף בהליך ובאיזו דרך. עם זאת, הקישור שקישר בית המשפט – בין השתתפות הקרבנות במשפט לבין בירור האמת – מציב את הקרבן כמוזוהה עם האמת האובייקטיבית, מעין מומחה שאמור להביא את האמת המקומית לערכאה הבינלאומית.⁷⁷ בדרך זו נעלמות ההטיות האפשריות של הקרבן, במיוחד מאחר שהחוקה מתנה את האפשרות של קרבן לקבל פיצויים בפסק דין מרשיע.⁷⁸ כאמור, אף שבית המשפט מציג את החלטותיו בעניין שיתוף קרבנות כביטוי להכרה בזכויות הקרבן, למעשה – הן תחת סעיף 68 והן תחת סעיף

76 *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1119, Decision on victims' participation, 108 (January. 18, 2008) ("The Trial Chamber considers that the right to introduce evidence during trials before the Court is not limited to the parties, not least because the Court has a general right (that is not dependent on the cooperation or the consent of the parties) to request the presentation of all evidence necessary for the determination of the truth, pursuant to Article 69(3) of the Statute... It follows that victims participating in the proceedings may be permitted to tender and examine evidence if in the view of the Chamber it will assist it in the determination of the truth, and if in this sense the Court has "requested" the evidence").

77 BIANNE MCGONIGLE LEYH, PROCEDURAL JUSTICE? VICTIM PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CRIMINAL PROCEEDINGS 300 (2011). Leyh מנתחת את עמדת בית הדין בעניין *Katanga* ככזו שמאפשרת לקרבנות להעיד שלא בתמיכה לתביעה, אלא ככאלה שהידע המקומי שלהם והרקע הסוציו־תרבותי שלהם עשויים לסייע לבית הדין להבין טוב יותר את הסוגיות העקרוניות שלפניו.

78 ראו סעיף 75(2) לחוקת רומא: "The Court may make an order directly against a convicted person specifying appropriate reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation"; וכן כלל 98(1) לכללי הראיות והפרוצדורה של בית הדין

69 – בית המשפט אינו מכיר בזכות עצמאית לקרבן אלא לוקח לעצמו סמכויות רחבות של שיקול דעת. כך, במסווה של הגנה על זכויות הקרבן, בית המשפט למעשה מרחיב מאוד את שיקול דעתו לעצב מחדש את חקר האמת במשפט ולשנות את המבנה ההליכי שעליו הסכימו המדינות בחוקת רומא.

3. חובת הקרבן להציג ראיות מזכות

השינוי המתחולל במשפט הפלילי הבינלאומי על ידי יצירת קישור בין ה"קרבן" ל"אמת" בא לידי ביטוי ברור בבקשה שהעלתה באחד המקרים דווקא הסנגוריה – לחייב את הקרבנות לגלות ראיות מזכות הירדועות להם, בדומה לחובה החלה על התביעה הפלילית. הסנגוריה בחרה לבסס טיעון זה לא כפי שהיינו מצפים – על זכות הנאשם להליך הוגן – אלא דווקא על זכות הקרבן לאמת:

The accurate determination of the guilt or innocence of persons prosecuted before the ICC is important, not only for the accused who has the presumption of innocence, but also for the wider audience, in particular for victim participants 'insofar as this issue is inherently linked to the satisfaction of their right to truth.'⁷⁹

אנו רואים שהדין בזכות לאמת הוא שמהווה את מסגרת הדיון החדשה לקביעת הפרוצדורה בבית הדין – עד כדי כך שאפילו הסנגוריה מתבססת עליו. עם זאת, בהתנגדותה לניסיון להפוך את האמת לעניין פרטי של הקרבן האינדיבידואלי ביקשה הסנגוריה להתנגד לחלק מהמגמות שראינו. הסנגוריה טענה כי גם לקרבנות שאינם משתתפים בהליך יש זכות לדעת מה קרה, מי אחראי ובאיזו מידה, שהרי אם לא יוצגו הראיות הרלוונטיות בבית המשפט, הקרבנות – כמו גם צדדים מעוניינים אחרים – יאבדו את זכותם לצדק.⁸⁰ הסנגוריה גם ביקשה לערער על הדימוי של קרבנות (הלקוח ממשפט זכויות האדם) כצד אובייקטיבי נטול פניות, המבקש לעזור לבית המשפט בגילוי האמת, בכך שהצביעה על האינטרס האישי שלהם בקבלת פיצוי המותנה בכך שהנאשם ימצא אשם.⁸¹

הפלילי הבינלאומי (Individual awards for reparations shall be made directly against a convicted person)

79 *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-1618, Defence for Germain Katanga's Additional Observations on Victims' Participation and scope thereof, 11 (November 10, 2009) (להלן: מסמך הגנת קטנגה). פסקה 11 מתייחסת להחלטה בדבר זכויות לקרבנות, ה"ש 65 לעיל.

80 שם, בפסקה 14: "Victims who do not participate in the proceedings also have a right to know what occurred, who is responsible and to which extent. If relevant and available evidence is not presented to the Court, victims who do not participate in the proceedings as well as other interested persons may also be deprived of justice"

81 שם, בפסקה 17: "[t]he question is whether victim participants are equally keen on the truth to be established if the truth does not correspond with the guilt of the accused, particularly if that would mean that they receive no financial compensation"

גם בהקשר זה דחה בית המשפט את בקשת הסנגוריה ככל שהיא ביקשה להטיל על הקרבן חובה עצמאית. זאת, בניגוד לפסיקה של בתי דין לזכויות, המכירים בחובת הקרבן לגלות מידע מזכה, ובניגוד לפסיקה של בתי משפט קונטיננטליים, שבהם הקרבן מוכר כצד עצמאי להליך. במקום זאת בית המשפט משאיר את ההחלטה לשיקול דעתו־הוא.

4. אמת ממוגדרת ותיקון כתב האישום

אחד התחומים שבהם הסתייה מחוקת בית הדין היא דרמטית במיוחד נוגע לאפשרות שינוי מאוחר של כתב האישום. בניגוד לבתי הדין המיוחדים ליוגוסלביה ולרואנדה, שנהנו משיקול דעת חקיקתי בנוגע לקביעת כללי הפרוצדורה, חוקת רומא ביקשה להגביל מאוד את בית הדין על ידי קביעת הכללים על ידי המדינות־החברות. הדבר נבע מביקורת נוקבת שנמתחה על השינויים התכופים בפרוצדורה שנקטו בתי הדין (בית הדין ליוגוסלביה שינה את כללי הפרוצדורה שלו יותר מארבעים פעם), ובשל הפגיעה בוודאות המשפטית ובזכויות נאשמים. אחד מהתחומים שהוסדרו היה הגבלת האפשרות לתיקון מאוחר של כתב האישום. כפי שנראה מיד, הגבלה זו נתפסה כבעייתית במיוחד על ידי פמיניסטיות בהקשר של עברות אלימות מינית.⁸²

ראינו כי בתחום זה של האלימות המינית ארגונים פמיניסטיים היו פעילים במיוחד מאז שנות התשעים – הן בדרישתם להגיש כתבי אישום בגין אונס כפשע מלחמה, פשע נגד האנושות ואפילו כג'נוסייד, והן בדרישתם לתקן את הדין הפרוצדורלי כדי לספק הגנה ראויה לקרבנות של עברות מין. הביקורת הפמיניסטית הצליחה להשפיע על הפסיקה של בתי הדין, בין השאר בהכנת הקשיים המיוחדים הכרוכים בעדות קרבנות של עברות מין. בהקשר זה הסכימו השופטים בבתי הדין של יוגוסלביה ורואנדה לתיקון כתבי אישום במהלך המשפט, הן בשל מדיניות התביעה שלא גילתה "רגישות מגדרית" והן בשל הקשיים המיוחדים לקרבנות של עברות מין לדווח על הפגיעות מלכתחילה.⁸³

הצורך להביא לאיזון טוב יותר בין הזכויות של קרבנות עברות של אלימות מינית לבין זכויות הנאשם בא לידי ביטוי בחוקת רומא. מצד אחד, החוקה מרחיבה את העברות בנושאים אלו וגם מסדירה פרוצדורה שמגנה על הקרבנות; מצד אחר, החוקה קובעת שעל בית הדין

82 Sienna Merope, *Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC* CRIMINAL LAW FORUM. 318 (Sep. 9, 2011). "A restrictive interpretation and application of Regulation 55 therefore deprives the Trial Chamber of the only mechanism by which it can legally recognize evidence of crimes that emerge only during trial. This position will – as it has already done in the Lubanga case – undermine the effective prosecution of crimes of sexual violence, as evidence of sex crimes sufficient to bring charges is often likely to only emerge during trial".

83 למשל, במקרה *Akayesu* המפורסם, שבו בזמן מתן עדות עלו ראיות לאונס ובית הדין לרואנדה הגיב על ידי תיקון כתב האישום. ראו *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-t, Judgment, 687, 690 (Sep. 2, 1998) http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/687_690/AKAYESU%20-%20JUDGEMENT.pdf.

להיצמד לעובדות המפורטות בכתב האישום,⁸⁴ ותקנה 55(1) לתקנות בית הדין מגבילה את האפשרות של בית הדין לשנות את כתב האישום שינוי משפטי שאינו כולל שינוי עובדתי.⁸⁵ בפרשת *Lubanga* עלתה השאלה לגבי האפשרות לשנות את כתב האישום שינוי מאוחר. כשלוש שנים לאחר פתיחת ההליך החליט בית הדין לשנות את כתב האישום המקורי שעסק רק בגיוס ילדים לצבא, כדי לכלול עברות של עבדות מינית של ילדות מגויסות העולות לכלל פשע מלחמה ופשע נגד האנושות. ההחלטה המקורית של התביעה הייתה להסתפק באישום של גיוס ילדים-חיילים, בלי להתמקד בפשעים המיוחדים שסבלו מהן ילדות-חיילות, אף על פי שבאותה תקופה הנושא כבר היה ידוע ונחקר על ידי ארגוני זכויות אדם.⁸⁶ מעניין כי הן הסנגוריה והן התביעה טענו שאין לאפשר שינוי מאוחר כזה, שנעשה לבקשת נציגי הקרבנות.⁸⁷ הרקע לטענת הקרבנות היה הכישלון של התביעה לכלול בכתב האישום עברות מין אף שעברות של אונס ועבדות מינית היו שיטתיות ונפוצות בקונגו, וגם הוצגו בדוחות של ארגוני זכויות אדם. נציגי הקרבנות טענו כי תחת תקנה 55 יש לבית הדין כוח לשנות את האפיון המשפטי של העובדות, המפורטות בכתב האישום, וזאת אם קוראים את התקנה תחת המנדט המרחיב של סעיף 69(3) לחוקת רומא, המסמיך את בית הדין לדרוש את כל הראיות הנחוצות לבירור האמת. לטענתם, "שינוי אפיון העובדות [בכתב האישום] נדרש לאור האינטרס של הקהילה הבינלאומית ושל הקרבנות לברר את האמת".⁸⁸ גם במקרה זה בחרו נציגי הקרבנות להישען על הזכות לאמת ממשפט זכויות האדם. גם בכתביה האקדמית הפמיניסטית מודגש הקשר בין תיקון כתבי האישום כך שיכללו בו עברות

84 כך, סעיף 61(9) לחוקת רומא מאפשר תיקון של האישומים על ידי התובעת, באישור ערכאת קדם-המשפט ובהודעה לנאשם, לאחר אישור האישומים ולפני פתיחת המשפט. אם התובעת מבקשת להחמיר באישומים יש לקיים שימוע בעניין. לאחר פתיחת המשפט התובעת יכולה רק להסיר אישומים. סעיף 74(2) לחוקת רומא קובע שההחלטה של ערכאת המשפט (דהיינו: פסק הדין) לא תחרוג מהעובדות והנסיבות שמתוארות בכתב אישום.

85 ראו Regulations of the Court, International Criminal Court, May 26, 2004, ICC-04-01-01-BD (להלן: תקנות בית הדין). תקנה 55(1) לתקנות בית הדין קובעת: "In its decision under article 74, the Chamber may change the legal characterisation of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges".

86 Merope, ה"ש 82 לעיל, בעמ' 314 והטקסט שליד ה"ש 7.
87 אפשר לראות בכך מקרה מובהק של ניגוד אינטרסים אפשרי בין קרבנות אלימות מינית, החווים קושי בהזדהות ובדיווח מידי על הפשע, לבין התביעה שמעוניינת במסלול הקצר והיעיל ביותר להרשעה, גם אם יוביל הדבר להשתקת הפן המגדרי של הפשעים.

88 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2173-tENG, Observations from the Legal Representatives of the Victims in response to the documents filed by the Prosecution and the Defence in support of their appeals against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009, 5 (Oct. 23, 2009).

מין לבין בירור האמת ההיסטורית: "הסכנה היא למחוק את הפנים הנשיות הספציפיות של המלחמה בקונגו".⁸⁹

אם כן, הניסיון לקשר בין האמת לקרבנות בכלל ולקרבנות נשים בפרט מאפשר לבית הדין הפלילי הבינלאומי שיקול דעת רחב לשנות את הפרוצדורה שנקבעה בחוקת רומא. הסוגיה אינה פשוטה, מאחר שבמשך שנים רבות סבל המשפט הפלילי הבינלאומי מהטיה מגדרית ולא עסק בעברות מין. הכרה בזכות הקרבן לאמת מאפשרת לבית המשפט להתגבר או לפקח על הטיות מגדריות ועל ניגודי אינטרסים בין התביעה לקרבנות. עם זאת, השאלה שעלתה כאן לא הייתה לגבי הצורך לתקן את ההטיה המגדרית אלא בידי מי הסמכות לכך – חוקת רומא או בית המשפט. ההתמקדות בזכות הקרבן לאמת מסיטה את המבט מהתוצאה של שינוי כזה שהיא, כאמור, הרחבה מחודשת של שיקול הדעת של בית הדין בנוגע לשינוי מאוחר של כתבי אישום (ללא קשר לשאלה אם מדובר בעברות מין או בעברות אחרות).

5. סיכום ביניים

כאשר בוחנים את ניסיונות הייבוא של הזכות לאמת ממשפט זכויות האדם לבית הדין הפלילי הבינלאומי, מגלים כי השינוי המשמעותי ביותר הכרוך במהלך זה אינו חיזוק האוטונומיה של הקרבנות אלא דווקא הרחבת שיקול הדעת של בית המשפט כדי לעצב מחדש את ההליך הפלילי. מאחר ששינוי זה מוצג כנועד להגן על זכות הקרבן, ומאחר שהוא מקושר לתכלית של בירור האמת, הוא נתפס על ידי מרבית הכותבים כפרוגרסיבי, כזה המקדם את ההגנה על הקרבנות ואת המטרה הכללית של בירור האמת. הכותבים הביקורתיים מציעים לאזן את זכויות ההשתתפות של הקרבן עם זכות הנאשם למשפט הוגן. מתוך פרספקטיבה כזו, מתן שיקול הדעת בידי בית הדין נתפס כצעד חיובי המאזן בין הקרבן לנאשם. כך, השינוי של הרחבת שיקול הדעת החקיקתי על ידי השופטים עצמם לא נבדק בעין ביקורתית. מעבר לכך לא נבחן משטר האמת החדש, המקודם באמצעות ייבוא הזכות לאמת ממשפט זכויות האדם לבית הדין הפלילי הבינלאומי. ההנחה המובלעת בפסיקה היא שאפשר להשוות את מעמד הקרבן במשפט הבינלאומי למעמדו בשיטות משפט אזוריות או למעמדו בבתי דין לזכויות אדם, אולם גישה זו מתעלמת מהשינויים המבניים המשמעותיים הנובעים מצירוף של שיטה אדברסרית, השתתפות של קרבנות ושימור שיקול דעת שיפוטי רחב בהליך של בירור האמת. לטענתי, התוצאה של המשגת הנושא תחת "זכות הקרבן לאמת" מונעת דיון ביקורתי בכוח הממשלי החדש של בית הדין הפלילי הבינלאומי ובצורך ליצור מנגנוני פיקוח על שיקול דעת שיפוטי זה.

עם זאת, חשוב להדגיש שיש גם יתרונות ניכרים להליך הפלילי בכל הקשור לחקר האמת על ידי בית המשפט. קיומה של אפשרות ענישה כחלק מההליך הוא תמריץ חזק – הן עבור בית המשפט הן עבור הנאשם – לגלות כמה שיותר אינפורמציה מועילה. הרחבת שיקול הדעת של בית המשפט מאפשרת לו להתגבר על הטיות מוכנות של התביעה ולהיעזר במקורות מידע חלופיים שמקורם בנציגי הקרבנות. אולם, כל עוד הדיון חוסה תחת הרטוריקה של "זכות הקרבן לאמת" ונתפס כעניין של איזון בין זכויות הנאשם לזכויות הקרבן, נמנע דיון ישיר ביתרונות ובחסרונות של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי.

89 Merope, ה"ש 82 לעיל, בעמ' 323.

ראינו כי עליית קרנה של הזכות לאמת במשפט הבינלאומי הייתה קשורה לשינוי משמעותי במעמד הקרבן ובזכויותיו. עוד ראינו שכאשר הזכות לאמת מיובאת ממשפט זכויות האדם למשפט הפלילי הבינלאומי הדבר נעשה במסגרת פרוצדורלית, תוך הסתמכות על התנועה לזכויות הקרבן במשפט הפלילי. אכן, התנועה לזכויות הקרבן החלה את דרכה בהקשר המדינתי.⁹⁰ אפשר להבחין בין שיטות המשפט האזרחי, שהכירו בזכות הקרבנות להשתתפות במשפט בצד התביעה הפלילית, לבין שיטות המשפט המקובל, המבוססות על שיטה אדברסרית, שבהן התבטא השינוי בעיקר במתן הגנות לעדות קרבנות ובהענקת "קול" לקרבן בשלבים מסוימים של קבלת החלטות, כמו גם באפשרות להגיש תצהיר של הקרבן לפני קביעת העונש. כמו במדינות אחרות,⁹¹ גם בישראל יש חוק המעגן את זכויותיהם של קרבנות נפגעי עברה.⁹²

חשוב לציין שההתפתחות במשפט הבינלאומי הפלילי – של גזירת זכויות השתתפות של קרבנות מכוח הזכות לאמת – שונה מהכרה בזכויות קרבנות בכלל. זכויות קרבן יכולות להיות מובנות כעניין של הגנה על הקרבן, זכות להביע עמדה או השתתפות פעילה כמעין תובע אזרחי. במשפט הישראלי מדובר במתן קול ("זכות להביע עמדה", כנוסח החוק) ולא

90 בארצות-הברית, ההיסטוריה של התנועה לזכויות קרבנות פשע מתוארת כצמיחה מלמטה, בשנות השישים והשבעים. העניין בקרבנות ובמחקר על אודותיהם (victimology) גבר לאחר מלחמת העולם השנייה, ואז הוכר הצורך במתן פיצוי לקרבנות. אז גם קמו מרכזים ותנועות פמיניסטיים במטרה לעזור לקרבנות של תקיפות מיניות. כמו כן, כדי להשיג שיתוף פעולה מצד הקרבנות חלו שינויים במערכת המשפט, שנהפכה לידרורית יותר לקרבנות. בשנות השבעים צמחו גם קבוצות תמיכה וסנגור עממיות של קרבנות פשעים ואף הן היוו חלק מהתנועה. בשנות השמונים חל מיסוד של התנועות העממיות, תחילה על ידי המדינות ולבסוף בחוק הפדרלי משנת 2004 (ראו בהמשך). להרחבה ראו Marlene Young & John Stein, *The history of the crime victims movement in the United States*, NATIONAL ORGANIZATION FOR VICTIM ASSISTANCE. (2004). https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/ncvrw/2005/pg4c.html; DOUGLAS E. BELOOF, VICTIMS RIGHTS: A DOCUMENTARY AND REFERENCE GUIDE (2012).

91 בארצות-הברית: Crime victims' rights act, 18 U.S.C § 3771 (2006); בניו זילנד: Victims' Directive 2012/29/EU, of the European Parliament; Rights Act 2002, (N.Z) and of the Council of 25 October 2012 on the establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA.

92 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. סעיפים 16-20 לחוק זה מקנים לנפגעי עברה כמה זכויות כמו הזכות להגנה, הגבלה על מסירת פרטים אישיים של הנפגע, זכויות לקבלת מידע ולעיון ועוד. כמו כן, החוק מקנה כמה זכויות שעניינן מתן הזדמנות לנפגע להביע את עמדתו בשלבים מסוימים של ההליך כמו עיכוב הליכים, הסדר טיעון, סגירת תיק, גזר דין, ועדת שחרורים או חנינה; ראו עדנה ארבל "מעמדו של קרבן העבירה בהליך המשפטי" ספר גבריאל בך 189-217 (דוד האן, דנה כהן-ללך ומיכאל בך עורכים, 2011). הדר דנציג-רוזנברג, דנה פוג' "הדרור הבא" של זכויות נפגעי עברה: הזכות החוקתית להליך הוגן, "עיוני משפט לו 549 (2015). פוג' ודנציג-רוזנברג קוראות להרחבת ההגנה על זכויות של נפגעי עברה מעבר לחוק נפגעי זכויות עברה, כך שתוכר כזכות חוקתית של הקרבן להליך הוגן מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בהשתתפות פעילה ושווה בצד התביעה הפלילית. במובן זה המשפט הבינלאומי נמצא בשלב מתקדם יותר. בישראל, עיקר השינוי במעמד הקרבן היה במסגרת המשפט הדיוני והוא לא קושר להכרה בזכות הקרבן לאמת. עם זאת, ברצוני להציע כי הפניית המבט לשינויים במשפט הפלילי המהותי, בעיקר בעברות מין, מאפשרת להצביע על מגמת התפתחות דומה למשפט הבינלאומי. בחלק הבא אפנה לעסוק בהרחבת ההגדרה של עברות המין כדי לכלול בהן עברה של אונס במרמה, ואטען שאפשר להבין התפתחות זו כמקבילה לעלייתה של זכות הקרבן לאמת במשפט הבינלאומי.

ה. אונס במרמה

1. התפתחות הזכות לאמת של הקרבן בעברת האינוס במרמה

זכות הקרבן לאמת נדונה בספרות המחקר בעיקר בנוגע לתהליכי צדק מעברי.⁹³ עד כה לא נעשה ניסיון לקרוא בעזרתה שינויים במשפט הפלילי המדינתי שבמרכזם זכות הקרבן לאמת. בשנים האחרונות אנו עדים לכמה כתבי אישום בגין אונס במרמה שהוגשו בישראל ובכמה מארצות המשפט המקובל. בישראל, למשל, הוגשו כתבי אישום נגד טרנסג'נדר⁹⁴ ונגד אורח ערביי־ישראלי.⁹⁵

93 Naomi Roht-Arriaza, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 117-97.

94 בת"פ (חי') 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי (פורסם בנבו, 07.09.2003) (להלן: עניין אלקובי) והואשם(ה) חן אלקובי, בין היתר, בהתחזות כאדם אחר לפי ס' 441 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (חוק העונשין); במעשה מגונה לפי ס' 348(א) + 345(א)(2) + 350 לחוק העונשין; ובניסיון לאינוס (שלוש עברות) לפי ס' 345(ב)(1) + 345(א)(2) + 25 + 34 לחוק העונשין. על פי כתב האישום התחזתה הנאשמת לגבר ויצרה קשרי אהבה וידידות עם ארבע מתלוננות. ת"פ 2372/07 מדינת ישראל נ' פלונית (מוזכר אצל אייל גרוס, "הכל ק(א)שור", להלן ה"ש 109). לאחרונה גזר בית משפט אנגלי שמונה שנות מאסר על אשה צעירה על שהתחזתה לגבר והונתה את חברתה לקיום יחסי מין עמה (ראו *Woman who posed as man jailed for sex assaults*, BBC NEWS (November 12, 2015), <http://www.bbc.com/news/uk-england-34799692?SThisFB> (כניסה אחרונה 19.11.2016). למקרים נוספים באנגליה ראו Alex Sharpe, *Criminalising sexual intimacy: transgender defendants and the legal construction of non-consent*, 3 CRIM. L.R. 207 (2014). (להלן: Sharpe).

95 בע"פ 5734/10 סאבר קאשור נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 25.1.2012) ערער הנאשם על גזר דינו. כתב האישום התבסס על הסדר טיעון בין הצדדים שבו הודה המערער באונס לפי ס' 345(א)(2) לחוק העונשין ובמעשה מגונה לפי ס' 348(א) לחוק העונשין, בצירוף עברה לפי ס' 345(א)(2) לחוק העונשין. הבסיס לאישום אחרון זה היה שהמערער "שהינו נשוי, הציג את עצמו ככזב בפני המתלוננת כרווק יהודי, וכן הציג את עצמו כמי שמעוניין בקשר רומנטי משמעותי" (שם, פס' 3, ציטוט מכתב האישום המתוקן). יש לציין שבישראל הוגשו גם כתבי אישום בגין אונס במרמה בהקשר טיפולי (ראו, למשל, ע"פ 7024/93 אליהו פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2; ע"פ 5097/07 מאיר פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 830). במקרים אלה המרמה היא בקשר למהות המעשה: התכלית המינית של המעשה הוסתרה מהקרבן שכן המעשה הוצג כחלק מהליך טיפולי כלשהו. על אף כמה פסקי דין המטפלים בנושא זה בישראל, במאמר זה איני מבקשת להקיף את כל סוגי האונס במרמה אלא להתמקד במרמה באשר למהות המבצע,

עברת האונס במרמה מעוגנת בישראל בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, שזו לשונו: "הבועל אישה – בהסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה הרי הוא אונס ודינו – מאסר שש עשרה שנים".⁹⁶ בצד סעיף זה יש גם עברת התחזות כללית (סעיף 441 לחוק העונשין – התחזות כאדם אחר), אולם זו פורשה על ידי הפסיקה כדורשת התחזות לאדם מסוים.⁹⁷ סעיף האינוס בדין הישראלי עבר רפורמות חשובות עד לנוסחו העדכני. בשנת 1988 חל תיקון משמעותי ששיקף ביקורת פמיניסטית כללית על כך שעברת האינוס אינה מעניקה הגנה מספקת על האוטונומיה של האשה, שכן מעבר להיעדר הסכמה ליחסי מין, הדין דרש גם הוכחה לאליומות או לכפייה. במסגרת התיקון לחוק הפלילי, שביטל את הדרישות הללו והגדיר מחדש אונס כבעילת אשה בהיעדר הסכמה, תוקן הסעיף והורחב כדי לכלול "אונס במרמה", כלומר: הסכמה שהושגה במרמה בנוגע למהות המעשה או למיהות העושה. נקבע כי מרמה מסוגים אלו מאיינת את הסכמת האשה ליחסי המין ולכן עולה כדי אונס.

פונדיק מציין כי נוסח העברה בדין הישראלי הוא מרחיב מאוד בהשוואה לשיטות משפטיות אחרות, שבהן מקובלת הפללה באונס בגין מקרים של התחזות לבעל (מרמה לגבי מיהות העושה) או במסווה של טיפול רפואי או אחר (מרמה לגבי מהות המעשה).⁹⁸ פוגין מציינת כי מקור ההגבלה הזו נעוץ בתמונת עולם שביקשה להגן על מוסד הנישואים ועל מיניות "הגונה" של האשה.⁹⁹ רובנפלד (Rubinfeld) אף הוא סבור שהדוקטרינה המסורתית

בשל הפוטנציאל הרחב שיש במקרים אלה למתן לגיטימציה לפרקטיקות מפלות בחסות שיח הגנה על זכויות.

96 מקורה של עברת האונס במרמה בס' 153 לפקודת החוק הפלילי, 1936, שהגדיר את עברת האינוס בתרמית: "כל הבועל אישה שלא כחוק והיא ידועה כחולת רוח או כשוטה, או הבועל אישה שהסכמתה נתקבלה ע"י איומים או בתרמית בנוגע למהותו של המעשה או בנוגע לאדם העושה את המעשה, יאשם בפשע ויהיה צפוי למאסר עשר שנים". ס' 346 לחוק העונשין (בנוסחו המקורי) פירט עברה כמעט זהה לזו שהוגדרה בס' 153 לפקודת החוק הפלילי.

97 ראו דיון אצל אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי **משפטים על אהבה** 365, 369-370 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005). למעשה, בעניין **אלקובי** סטה בית המשפט מההלכה הקודמת (שדרשה התחזות לאדם מסוים) בציינו כי "מבחינה לשונית, הביטוי 'מתייצג' או 'מתחזה' לאדם אחר, סובל את הפירוש של התחזות לבעל מין אחר. פשוטו של מקרא, כי מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין נקביים – ללא ספק אחד הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר ונקבה – ממלא אחר היסוד העובדתי של 'התחזות'". עניין **אלקובי**, ה"ש 94 לעיל, בפס' 3.

98 עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" **עיוני משפט** לו 215, 247-248 (2013) והמקרים המצוינים שם, בהערות השוליים.

99 דנה פוגין "קרימינולוגיה של גינוני חזון מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירות מין" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 149, 169 (אלי לדרמן עורך, 2001) (להלן: פוגין). פוגין אף מציינת את הימצאותן בחוק העונשין של הוראות חוק המיוחדות למרמה בקשר להבטחת נישואים או להתחזות כפנוי למרות היות נשוי (סעיף 346(א) – בעילה אסורה בהסכמה של קטינה, בין היתר "תוך הבטחת שווא לנישואין"; סעיף 346(ב) – בעילה אסורה בהסכמה של בגירה, בין היתר "עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות כפנוי למרות היותו נשוי") כמרמזות על חוסר הנכונות של המחוקק להגן הגנה מלאה על האוטונומיה המינית

לגבי עברת האינוס נובעת מניסוחה בספר החוקים האמריקני כעברה ה"מטמאת" את האשה (ואת האשה בלבד) משום שזו קיימה, מחוץ לנישואים, יחסי מין שלא הסכימה להם. על בסיס זה, טוען רובנפלד, התקבלו שני המקרים היוצאים מן הכלל היחידים של אינוס במרמה – התחזות לבעל האשה ומסווה של טיפול רפואי – משום שאלו מקרים שבהם האשה לא הסכימה לקיום יחסי מין מחוץ לנישואים. על פי הדוקטרינה המסורתית הזו, מקרים אחרים של מרמה, שבהם אשה הסכימה לקיום יחסי מין מחוץ לנישואים, אף שרומתה באשר לפרט זה או אחר, לא נחשבו אינוס.¹⁰⁰

גם בישראל נמנעה התביעה בתחילה מלהאשים בעברת אינוס במרמה, והסתפקה בעברה פחותה של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, שהעונש המרבי בגינה, בנסיבות מחמירות, הוא חמש שנים (ובנסיבות רגילות – שלוש שנים).¹⁰¹ הביקורת הפמיניסטית על כך טענה שהגנה אמתית על חירות הבחירה והאוטונומיה של האשה מצדיקה הרחבה של עברת האינוס גם למקרים שההסכמה נתקבלה במרמה: "אם האינטרס המוגן הוא הפגיעה ברצון החופשי ובאוטונומיה, ומקבלים, כי זו באה לידי ביטוי בעבירות המין הספציפיות, הרי שהחוק צריך להגן על יכולתה של האישה לעשות בחירה לפי קריטריונים הנראים לה כחשובים".¹⁰² ביקורת זו אכן התקבלה בסופו של דבר בבית המשפט העליון כשהשופט רובינשטיין, בעניין פלוני, הביע חוסר נוחות מהתייחסות ליחסי מין כאל "דבר" במסגרת העברה של קבלת דבר במרמה,¹⁰³ וקיבל את ההיגיון המנחה את האיסור על אונס, קרי:

של האשה; שם בעמ' 171. פוגין' כתבה את מאמרה לפני פרשות אלקובי, פלונית וקאשור וכפי שנוכחנו בעקבותיהן, בתי המשפט הישראליים דווקא הרחיבו את תחולת החוק.

Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 100 122 YALE L. J. 1372, 1388-91, 1401-2 (2013) (להלן: Rubenfeld).

ראו, למשל, ע"פ (ת"א) 157/98 ערן בן אברהם נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי 1998(6) 456.

פוגין, ה"ש 99 לעיל, עמ' 185-186.

103 "איני סבור שבמסגרת הדיון של העבירה בדבר קבלת דבר במרמה היא המתאימה בנידון דידן [...] לא ניתן לכלול במסגרת קבלת דבר במרמה מקרים שעניינם רכוש כגון מקרקעין, ממון, ועמם – בהבדל פה אחד – יחסי מין, משהמחוקק ראה לייחד עבירה למחוזות האינטימיות, אשר בבסיסה ההגנה על אוטונומיה האשה על גופה, חירותה, ויותר מכל כבודה כאדם". ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ק"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.9.2008) (להלן: עניין פלוני). יתרה מזו: השופט רובינשטיין העיר לגבי פסיקות-עבר של בית המשפט העליון כי "ישנם מקרים אשר יתכן שהיה מקום כי ייכללו בגדרי העבירה של 'אינוס במרמה', ואולם האישום וההרשעה היו בעבירה של קבלת דבר במרמה". לאחר הערה זו הזכיר השופט רובינשטיין שלושה פסקי דין: ע"פ 817/76 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד (לט) (3) 645 (גבר נשוי שהציג את עצמו לפני המתלוננת כגרוש); ע"פ 499/72 סאמי ריב אל שעבי נ' מדינת ישראל, כז(1) 602 (1973) (גבר דרוזי נשוי ואב לשני ילדים שהציג את עצמו כיהודי רווק לפני צעירה יהודיה כבת 16); וע"פ (מחוזי ת"א) 157/98 בן אברהם נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (אדם שבאופן שיטתי התחזה לפני נשים בזהויות שונות – רופא, טייס, אדם אמיד – תוך שהוא מציג כלי רכב ובתים כאילו הם שייכים לו ולבני משפחתו). פס' צ"ב-צ"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

הגנה על "אוטונומיה האשה על גופה וחירותה המינית".¹⁰⁴ עם זאת, השופט רובינשטיין סבר שגישתה של פוג'י מרחיבה מדי,¹⁰⁵ ולכסוף קבע מבחן לשאלה מהי המרמה שמאיינת את ההסכמה על בסיס מאפיינים החשובים בעיני "האשה הסבירה".¹⁰⁶ אם כן, בית המשפט, בקובעו מבחן המושתת על "האשה הסבירה", נטל לעצמו שיקול דעת נרחב במילוי ביטוי זה בתוכן ולמעשה בהיקף ההגנה הניתן לקרבנות. אשוב לנקודה זו בהמשך.

הוויכוח התעורר מחדש בישראל סביב המקרים של אלקובי וקאשור, שבהם בחרה התביעה הפלילית באישום של אונס במרמה נגד מי שנמנים בקבוצות מיעוט מופלות על רקע מיני (טרנסג'נדר) ואתני-לאומי (ערבי). באותה תקופה החלו בתי משפט במדינות נוספות של המשפט המקובל להשתמש בפרשנות מרחיבה לעברות מין נגד טרנסג'נדרים.¹⁰⁷

כותבים ליברלים הזהירו מפני הרחבה מסוכנת של המשפט הפלילי, הנובעת מטשטוש בין מוסר לבין משפט פלילי, ומפני פגיעה קשה בחירויות הפרט. הם טענו כי יש לצמצם חזרה את התחולה של עברת האונס בדרכים שונות כדי שלא תתרחב על אונס במרמה.¹⁰⁸ הכתיבה הביקורתית הצביעה על השימוש המפלה בעברה זו נגד חברים בקבוצות מיעוט כגון טרנסג'נדרים או ערבים,¹⁰⁹ וטענה כי פגיעתה של עברת האונס במרמה קשה במיוחד כלפי מי שמתחזים או "עוברים" (passing) – בני קבוצות מיעוט שרואות עצמן מקופחות,

104 "אין מדובר בפטרנליזם מופרז אלא בהגנה על כבוד האדם, על אוטונומיה האשה על גופה וחירותה המינית, שהרי המרמה דווקא היא זו הפוגעת באוטונומיה, והאיסור הפלילי נועד, מעבר לעצם איסור האונס, אף לסכל אותה מרמה. לעתים השימוש בטיעון כי מדובר בפטרנליזם מופרז עלול לתעתע ולהוות כלי שבאופן פרדוקסלי, בשם הבחירה החופשית, יביא דווקא לשלילתה, ולפגיעה בקרבנות הזקוקים להגנה" (שם, פס' ק"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

105 שם, פס' ק"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

106 שם, פס' ק"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לדיון מורחב וביקורתי במבחן שניסח השופט רובינשטיין ראו פונדיק, ה"ש 98 לעיל; אלקנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי 'מיהות העושה' – בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל" הסניגור 4, 146 (2009). לייסט מבקר כמה היבטים בעייתיים של פסק הדין בעניין פלוני.

107 Sharpe, ה"ש 94 לעיל.

108 פונדיק סבור שיש הבדל בחומרה המוסרית בין מקרים של כפייה לבין מקרים של מרמה. לשיטתו, הכופה מתעלם מהתחושות השליליות של הקרבן, שאמורות ליצור אפקט מצנן על התנהגותו, ואילו המרמה מכיר בהן. לדעתו, המשפט הפלילי צריך להכיר בהבדל האיכותי הזה ולשקף אותו על ידי הוצאת מקרי המרמה מגדר עברת האונס. פונדיק, ה"ש 98 לעיל. רובנפלד מנסה להסביר מדוע בארצות-הברית באופן כללי לא מפלילים "אונס במרמה" אף על פי שאם ההגדרה של אונס היא יחסי מין ללא הסכמה ורמייה שוללת הסכמה, צריך היה להפליל גם אונס במרמה. מסקנתו היא שיש לשנות את הערך המוגן בעברת המין מ"אוטונומיה מינית" ל"זכות לבעלות עצמית על הגוף" (bodily self-possession). Rubinfeld, ה"ש 100 לעיל. שני הכותבים סבורים שהחלה של עברת אינוס במרמה על כל יחסי מין שקוימו בעקבות רמייה או שקר מצד אחד הצדדים תהיה תוצאה מרחיקת-לכת ותתפוס בגדרה הרבה יותר מקרים ממה שרצוי בחברה ליברלית מודרנית. ראו גם לייסט, ה"ש 106 לעיל, בעמ' 9, המציע ניסוח של עברה של "קבלת טובות הנאה מיניות במרמה".

109 גרוס, ה"ש 97 לעיל; אייל גרוס "הכל ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה" תיאוריה וביקורת 99 42 (2014) (להלן: גרוס "הכל ק(א)שור"); Leora

המציגים את עצמם כנסיכות חברתיות מסוימות כחברי קבוצת הרוב, כדי שלא להיות חשופים ליחס מקפח או גזעני.¹¹⁰ לפיכך הציע גרוס לבקר את השימוש לרעה בעברת האונס במרמה כדי לשמר את הסדר הלאומי-מגדרי מפני חציית גבולות אסורה.

אף על פי שעיקר הדיון בעברת האונס במרמה נסב עד כה על מושגי יסוד במשפט הפלילי כמו אוטונומיה, הסכמה, שקר ואמת, בשולי הדברים הציגו הכותבים השונים את הבעיה מזווית של הרחבת שיקול הדעת של התביעה והכוח שהיא מקבלת לעשות שימוש סלקטיבי בדין הפלילי. כך, למשל, סבר פונדיק כי גישה המדגישה את נקודת מבטה של המתלוננת לגבי המאפיינים שחשובים לה בפרטנר המיני תקדם הרחבה של שיקול דעת של רשויות התביעה והאכיפה, שייאלצו "להיות פְּרִירְנוּת בבחירת סוגי התלונות שאליהם הן תתייחסנה ברצינות או סוגי המקרים שבהם יוגשו כתבי אישום".¹¹¹ גרוס העלה נקודה רחבה יותר, שלפיה כדי לשמור על היררכיה בינארית (סדר הטרור-נורמטיבי (גבר/אשה) או לאומי (יהודי/ערבי)), המדינה מפעילה את כוחה הכופה באמצעות המשפט ומפלילה מקרים שכלל לא ברור כי הם מגלים התנהגות פלילית.¹¹² בכריטניה, שם נעשה עיקר ההרחבה באמצעות פרשנות שיפוטית, נמתחה ביקורת על כך שבתי המשפט קבעו כי אי-גילוי של היסטוריה מגדרית שוללת הסכמה ליחסי מין אך אי-גילוי של מידע אחר (כגון נשאות איידס, ניסיון מיני קודם או מעמד אתני או גזעי) – לא.¹¹³

2. השוואה בין אינוס במרמה במישור המדינתי לבין עליית הזכות לאמת במישור הבינלאומי

הכתיבה הביקורתית שנסקרה לעיל נשארה בגבולות המשפט הפלילי המדינתי, ולכל היותר הוסיפה מבט משווה להתפתחויות בשיטות משפט פליליות אחרות.¹¹⁴ עד כה לא נעשה מאמץ לקרוא את ההתפתחויות במשפט המדינתי לאור התפתחויות דומות במשפט הבינלאומי.

Bilsky Citizenship as Mask: Between the Imposter and the Refugee, 15 CONSTELLATIONS
72 (2008); Sharpe ה"ש 94 לעיל.

110 Bilsky, ה"ש 109 לעיל; גרוס, ה"ש 97 לעיל, בעמ' 404-407.

111 פונדיק, ה"ש 98 לעיל, בעמ' 257.

112 גרוס 'הכל ק(א)שור', ה"ש 109 לעיל.

113 Sharpe, ה"ש 94 לעיל, בעמ' 220. אפשר לטעון שהיסטוריה מגדרית היא רלוונטית לשאלת ההסכמה, משום שמדובר ביסוד בעל משמעות לקיום יחסי מין. להתמודדות עם טענה זו ראו גרוס 'הכל ק(א)שור', ה"ש 109 לעיל, בעמ' 106 (גרוס טוען, בעקבות בטלר, ש"תפיסה [...] של מגדר כזהות שהיא תמיד פרפורמנס וחיקוי חושפת את הכשל בקביעת בית המשפט בדבר התחוות מגדרית").

114 גרוס 'הכל ק(א)שור', ה"ש 109 לעיל, בעמ' 101, והמקרים המופיעים שם בה"ש 10-11; פונדיק, ה"ש 98 לעיל, בעמ' 247-248. רובנפלד פותח את מאמרו בציטוט מעניין קאשור ובהמשך מצטט את בית המשפט העליון הישראלי בעניין פלוגי; Rubinfeld, ה"ש 100 לעיל, בה"ש 161. בקשר לשני החריגים הידועים לאונס במרמה (התחוות לבעל ומסווה של טיפול) הוא מזכיר את הדינים של אנגליה, קנדה ואוסטרליה (שם, בעמ' 1397). ראו גם Patricia J. Falk, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, 64 BROOK. L. REV. 39 (1998) (עיקר מחקרה של פאלק (Falk) עוסק בבחינת הדינים במדינות השונות בארצות הברית).

בפרק זה ברצוני לנסות ולהבין את עלייתה של עברת האונס במרמה במשפט הלאומי באספקלריה של עליית הזכות לאמת של הקרבן במשפט הבינלאומי, שנסקרה בפרקים הקודמים.

הפמיניזם הממשלי והביקורת עליו מספקים נקודת קישור אחת. כפי שראינו, הסוגיה של אונס במרמה נדונה עד כה במשפט הישראלי מהזווית של הפמיניזם הרדיקלי התומך בשינוי כמקדם את אוטונומיית הבחירה של נשים. אלו שביקרו את ההתפתחות ניסו להציג את הסיכונים הכרוכים בה לקבוצות מיעוט אחרות או לזכויות נאשמים, אך כמעט שלא הוצגו גישות פמיניסטיות אלטרנטיביות לסוגיה,¹¹⁵ ולכן רוב הזמן דיבר הפמיניזם הישראלי בקול אחד – קולו של הפמיניזם הרדיקלי. השפעת ההפליה בעניין אונס במרמה על חיזוק גישות פטרנליסטיות כלפי נשים ועל קידום סדר יום פטריארכלי לא נדונו מנקודת מבט פמיניסטית. הביקורת על הפמיניזם הממשלי יכולה לעזור לנו להעלות ספק אם תהליך ההרחבה של עברת האונס מקדם בהכרח אג'נדה פמיניסטית. כותבות שונות בעולם הראו כיצד ההסתמכות הגוברת של הפמיניזם הרדיקלי על כוחה המעניש של המדינה לא מקדם בהכרח את החירות וה־agency של נשים, ומופעל באופן מפלה נגד קבוצות מיעוט.¹¹⁶ האם אפשר ליישם תוכנות אלו לגבי ההרחבה של הפללת האונס במרמה בישראל?

הנקודה המרכזית שברצוני לאמץ מתוך הביקורת על הפמיניזם הממשלי היא שמאחורי שיח אמנסיפטורי של זכויות נשים, שאותו מאמץ המשפט הפלילי המדינתי או הבינלאומי, מסתתר פעמים רבות חיזוק הכוח המעניש של המדינה או הקהילה הבינלאומית כדי לקדם סדר יום שאינו פמיניסטי בהכרח. במילים אחרות, הכתיבה הביקורתית קוראת לנו לראות

¹¹⁵ כחלופה לפמיניזם הרדיקלי מבית מדרשה של מקינון גרוס מציב את הפרויקט פמיניזם, ובהקשר של עניין אלקובי הוא שואל "עד כמה אי־הוודאות לגבי זהות, טשטוש גבולות מגדריים ואברן שליטה לגבי כל המידע הם גם חלק מעולם התשוקה, ועד כמה מחיקתם מגבילה את המיניות, לרבות זו הנשית". אל מול גישתן של מקינון ופוג' הוא מעמיד את הגישות של פרנקי (Katherine Franke), של היילי (Janet Halley) ושל בראון (Wendy Brown); גרוס 'הכל קא) שור', ה"ש 109 לעיל, בעמ' 392-396.

¹¹⁶ Aya Gruber, *A "Neo-Feminist" Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform*, 116 J. GENDER RACE & JUST. 583 611-12, (2012) ("Feminist law reform thus became essentially another facet of the criminal justice system's program of jailing bad guys with little regard to the social, economic, cultural, and racial complexity of crime. As such, the criminal system absorbs women victims into its punitive mission while largely ignoring their material needs, and it reinforces the social structures that made the women vulnerable to violence in the first place."); Elizabeth Bernstein, *Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism: The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns*, 36 SIGNS. 45 57(2010) ("The evidence indeed suggests that U.S. antitrafficking campaigns have been far more successful at criminalizing marginalized populations, enforcing border control, and measuring other countries' compliance with human rights standards based on the curtailment of prostitution than they have been at issuing any concrete benefits to victims... this... has transpired as a result of feminists directly joining forces with a neoliberal project of social control").

כי מאחורי שיח זכויות הנשים (או זכויות הקרבנות, באופן רחב יותר) מסתתר פעמים רבות מהלך של הרחבת שיקול הדעת של גופי התביעה והשיפוט. במקום שבו הנרטיב הדומיננטי מזהה חירות, הביקורת חושפת כוח כופה. בדומה לתוכנה של פוקו – שקרא לחפש לא רק את הכוח, אלא לנסות ולהבין את השינוי במבנה אמת-כוח (למשל במעבר מכוח מעניש לכוח ממשמע)¹¹⁷ – הביקורת על הפמיניזם הממשלי חושפת את הקונסטלציה החדשה של הכוח ברמה הבינלאומית: כוח פמיניסטי שמציג את עצמו כחסר כוח (פמיניזם של קרבנות)¹¹⁸ וכוח למשפט הבינלאומי שנשען על שיח לגיטימציה של "זכות הקרבן".

בחלק הקודם, שעסק בייבוא הזכות לאמת ממשטר זכויות האדם למשפט הפלילי הבינלאומי, ביקשתי לחשוף את הקונסטלציה החדשה של כוח-אמת בבית הדין הפלילי הבינלאומי. טענתי שמדובר בשינוי ההליך הפלילי על ידי הרחבת שיקול הדעת של השופטים לעצב מחדש את הפרוצדורה הפלילית. המהלך מוצג ככזה שמקדם את האוטונומיה של הקרבנות (השתתפות בהליך) ואת חקר האמת: המרכזיות של שיח המצדיק את המהלך כמקדם את זכות הקרבן לאמת מונע מאתנו להכיר בכך שהתוצאה היא למעשה חיזוק הכוח של בית המשפט ומניעת ההכפפה של שיקול דעתו למנגנון פיקוח.¹¹⁹

117. MICHEL FOUCAULT, *Truth and Power*, in POWER 111, (James D. Faubion ed., 2000).

118. בהקשר זה ראו Helen Reece, "Unpalatable Messages"? Feminist Analysis of United Kingdom Legislative Discourse on Stalking 1996–1997, 19 FEM. LEG. STUD. 205, (2011). מאמרה של ריס (Reece) דן בהליך החקיקה של החוק להגנה מפני הטרדה מאיימת (stalking) בבריטניה. למרות כתיבה פמיניסטית שביקרה את הליך החקיקה על שהתעלם מהפרספקטיבה הפמיניסטית, ריס מראה כיצד השיח הרשמי שליווה את החקיקה כלל לא התעלם ממנה ואף קיבל את הנחות היסוד שלה (למשל: ברוב המקרים של המקרים גברים הם שמטרידים נשים בצורה מאיימת; הטרדה מאיימת קורית ל-ונגרות על ידי "אנשים רגילים" ולא דווקא לאלו, או על ידי אלו, הנמצאים תחת עין הציבור). ריס מאמצת בהקשר זה את ביקורתה של היילי (Halley) על כך שהפמיניסטיות מחויבות לתפיסה עצמית שלהן כ"אנדרדוג", ולמעשה עיוורת להשפעה החלוקתית האמתית שיש להן – וכך נמנעות מלקחת עליה אחריות.

119. בהקשר הבינלאומי אפשר להסתכל על הבעיה מהכיוון ההפוך: דווקא בשל חולשת סמכותו של בית הדין הבינלאומי הפלילי הוא נזקק לגיטימציה להתערב בהחלטות המדינה הריבונית שלא להעמיד לדין פלילי, והוא עושה זאת, בין השאר, על ידי הצדקת התערבותו כדרך לחזק את הקרבנות ולהעניק להם קול (כשלמעשה ניתנת לקרבנות אפשרות דלה מאוד להשמיע קול, בין השאר על ידי הפיכתם לקבוצות ענק של קרבנות המיוצגים על ידי עורך-דין). בהקשר זה ראו Sara Kendall & Sarah Nouwen, *Representational Practices at the International Criminal Court: The Gap between Juridified and Abstract Victimhood*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 235 (2013). פיטר ראמזי (Ramsay) מעלה תזה דומה בנוגע להתפתחויות במשפט הפלילי המדינתי בבריטניה. לדידו השיח שהצדיק את הרחבת הענישה הפלילית העמיד במרכז את ההגנה על "תחושת הביטחון" של הציבור. הכוונה לעברות הקשורות בסדר הציבורי, עברות הכנה או אי-דיווח של עברות אחרות והתפתחויות בעברות של מרמה, גנבה ותקיפה. לטענתו, הרחבה זו נעשית בשם תפיסה של "אוטונומיה פגיעה" של הסובייקטים של המשפט וההגנה עליה. לדבריו, מדובר בהתפתחות פרדוקסלית שלפיה החיזוק של כוח המדינה נעשה בד בבד עם אבדן הסמכות של המדינה לשפוט בין טוב לרע, ולכן – כתחליף – היא פונה להסתמך על תפיסת האזרחות כקורבניות-כוח ואת הקרבנות כמייצגי האוכלוסייה כולה. ראו

כעת אנסה לערוך ניתוח דומה לעלייה של עברת האונס במרמה, ולחשוף כי מאחורי מהלך המתחזה להיות אמנסיפטורי ומקדם זכויות נשים מסתתר למעשה ריכוז כוח רב של שיקול דעת לתביעה ולבית המשפט. בשני המקרים יש מהלך של "הפרטה": האמת נתפסת כשייכת לקרבן, ובית המשפט או התביעה מציגים את עצמם ככאים להגן על זכויות הקרבן היחיד – כשלמעשה המהלך לא מאפשר לקרבנות לקדם סדר יום עצמאי אלא כופף אותם לשיקול הדעת של בית המשפט או התביעה.

איך אפשר להסביר את עליית האונס במרמה בגישה ביקורתית-ממשלית? ההנחה הרווחת היא שמדובר בתיקון המשקף את הביקורת הפמיניסטית על דיני האונס – חלק ממהלך רחב יותר של מעבר מהתמקדות בשאלות של הגנה על כבוד הגבר או על קניין הגבר להגנה על האוטונומיה של האשה.¹²⁰ עם זאת, ההסבר נשאר חלקי: כפי שראינו, אין מדובר במהלך פשוט של ביטול הפליית נשים, והדבר כרוך בפגיעה ביחידים הנמנים במיעוטים מופלים. פרספקטיבה ביקורתית משמעה השתחררות מנרטיב טלאולוגי המציג את הרפורמה בדיון הפלילי כמהלך פרוגרסיבי של הפנמת הביקורת הפמיניסטית על ידי גופי התביעה והמשפט, והתקדמות לקראת הגנה מלאה על החירות והאוטונומיה של נשים. למעשה, לפי הביקורת מדובר בשימוש ברטוריקה פמיניסטית וברטוריקה של זכויות אדם כדי לחזק כוח מעניש של משפט פלילי, פעמים רבות תוך שימור תפיסות לאומיות-פטריארכליות, כלומר: תוך שימור הסדר הפטריארכלי הקיים ולא שינויו. כך גם בהקשר של אונס במרמה: אין מדובר בפרויקט משחרר ומקדם חירות ושוויון לנשים כקבוצה, אלא להפך: הביקורת תצביע על חיוק הכוח המעניש-דכאני של המדינה נגד כאלו שמאיימים על הסדר הנורמטיבי.¹²¹ המדינה מנסה לנטרל את הביקורת על ידי שימוש ואימוץ שיח פמיניסטי, המרוקן מן הערכים העומדים ביסודו. מה מוסיפה ההשוואה לעליית הזכות לאמת במשפט הבינלאומי? לכאורה מדובר בעניינים שונים. במשפט הפלילי הבינלאומי מדובר בזכות הקרבן לחקירת האמת במשפט פלילי, כלומר: גילוי האמת מוצג כמטרה של ההליך הפלילי, ואילו במשפט הפלילי המדינתי – גילוי האמת על ידי הקרבן הוא נקודת המוצא והבסיס להעמדה לדין פלילי. במילים אחרות, גילוי האמת על ידי הקרבן לגבי ההתחזות היא שיוצרת את העילה למשפט פלילי בגין מרמה. מבט מעמיק מגלה קווים מקבילים חשובים בין שתי ההתפתחויות:

1. השינוי כורך בין זכות הקרבן לאמת לבין מתן שיקול דעת לגופי אכיפת החוק.

PETER RAMSAY, THE INSECURITY STATE: VULNERABLE AUTONOMY AND THE RIGHT TO SECURITY IN THE CRIMINAL LAW (2012). לדעתי, ההתפתחות לגבי אונס במרמה אכן מתיישבת גם עם תפיסה של "אוטונומיה פגיעה" של קרבנות נשים. זו התפיסה של הפמיניזם הרדיקלי, הגוברת על קולות ביקורתיים שטוענים שגישה כזו היא פטרנליסטית ומניחה אוטונומיה פגיעה של אשה בניגוד לזו של גבר, ושהנחה זו לא רק "משקפת" מציאות אלא גם מכוננת את הסובייקט הנשי הפגיע. תורה למערכת כתב העת על ההשוואה מאירת העיניים.

120 Rubenfeld, ה"ש 100 לעיל.

121 גרוס 'הכל (ק)שור', ה"ש 109 לעיל, בעמ' 119: "ניתן לתהות מה קורה כאשר בשם הרצון להגן על נשים מגדילים את כוחה של המדינה להעניש [...] בצורה שמשמרת את הסדר המיני-מגדירי לאומי". שארפ מצביעה על כך שבמקרים שבהם היו הנאשמים טרנסג'נדרים, כללי הדין הפלילי הוחלו בצורה נוקשה יותר. Sharpe, ה"ש 94 לעיל, בעמ' 212. היא סבורה שהמדינה צריכה לאמץ מדיניות של מלחמה בטרנסופוביה כפי שהיא נלחמת בגזענות (שם, בעמ' 221-222).

2. האמת מוצגת כעניין אישי של הקרבן.¹²²
3. הפמיניזם הרדיקלי נתן את הטון במאבקים בשתי הזירות, על חשבון גישות אחרות לפמיניזם.

השילוב בין גורמים אלו מאפשר להציג מהלך שעניינו חיזוק ניכר של שיקול דעת – בעיקר של רשויות התביעה אך גם של בית המשפט – כעניין של קידום זכויות אדם. התוצאה היא שבשני המקרים חיזוק שיקול דעת נתפס כפתרון לבעיה (מתן הגנה מוגברת לזכויות קרבנות) ולא כבעיה בפני עצמה (הרחבת שיקול דעת ענישתי). כך, הכוח הריבוני העומד בבסיס המהלך נשאר סמוי מן העין ולא מתנהל דיון ציבורי לגבי הצורך לכפות אותו למנגנוני ביקורת.¹²³ בפרק הקודם הצבענו על התוצאה הבעייתית של שילוב בין זכות הקרבן לבין הזכות לאמת בבית הדין הפלילי הבינלאומי – הרחבה יתרה של שיקול הדעת של בית המשפט, שאינה מלווה במנגנון ביקורת. בהקשר של אונס במרמה אפשר לזהות בעייתיות דומה. ההפללה הגוברת של אונס במרמה מתרחשת בתקופה של הגנה בינלאומית גוברת על זכויות של מיעוטים דתיים, אתניים ומגדריים; המשפט החוקתי והמשפט הבינלאומי מגבילים את כוחן הריבוני של מדינות להפלות מיעוטים אלו.

לעומת זאת, ראינו לעיל כי הביקורת מצביעה על שימוש בכלי ההפללה בגין אונס במרמה נגד מיעוטים אתניים, דתיים ומגדריים. אולם, כאשר העניין מומשג מחדש כאונס במרמה, ההתערבות הפלילית של המדינה נתפסת כעניין פשוט של הגנה על נשים כמיעוט מופלה, והשיקולים של הנשים בבחירת פרטנר מיני נתפסים כנופלים מחוץ למרחב ההתערבות של המדינה. במילים אחרות, ההפליה "מופרטת" מן המדינה אל האיש הקורבן. ההבחנה הליברלית בין הפרטי לציבורי חוזרת בדלת האחורית כדי למנוע דיון בהפליה, שכן המשפט לא מתערב בשיקולים גזעניים או מפלים אחרים בתחום הפרטי. האיסור חל בעיקר על המדינה ומוסדותיה. הלגיטימציה למהלך מושגת על ידי הצגת הכרה באונס במרמה ככזו שנועדה לקדם זכויות נשים לאוטונומיה וההתערבות המדינית נתפסת כמקדמת את חירות הפרט ולא כמאפשרת הפליה.

122 גם במשפט המדינתי וגם במשפט זכויות האדם הבינלאומי יש מחלוקת עד כמה לפרש את האמת כזכות אישית של הקרבנות. למשל, פרשנות בית המשפט הישראלי בדבר התחשבות בקריטריונים מהותיים בעניין "האשה הסבירה" שהוזכרה לעיל עשויה לכרסם בהיבט האינדיבידואלי, שכן האשה הסבירה אינה בהכרח הקרבן הספציפי.

123 נשאלת השאלה אם יש שוני תוצאתי-מהותי בין המצב שאני מתארת – כשמלאכת הפרשנות נותרת בידי בית המשפט – לבין מצב היפותטי שבו המחוקק היה קובע בחוק, בצורה קשיחה, קטגוריות של מרמה לגבי זהות מינית או אתנית ולמעשה מפלה במישורין. אני סבורה כי ההבדל נעץ בכך שדרך הפעולה שאני מציגה היא חלק ממגמה נאו-ליברלית של "הפרטת" ההפליה, שבה מדינה מציגה את עצמה כמגנה על זכויות אדם או על ערכים ליברליים אחרים, ובפועל מאפשרת הפליה על ידי "הסמכת" הפרט להפלות ועל ידי תמיכה בו בעזרת מנגנון המשפט הפלילי. דוגמה מתחום אחר היא החקיקה בעקבות בג"ץ 8060/03 עדאל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006): לאחר שבג"ץ קבע שהמדינה לא יכולה להפלות ישירות בחלוקת אדמות ליהודים (באמצעות הסוכנות היהודית), החוק "הסמך" את היישוב הקהילתי להפלות בין קבוצות מתוך רטוריקה של זכויות (וזכויות קהילה לתרבות).

הקושי נובע מכך שאין אכיפה שוויונית וכוללת של אונס במרמה. בפועל מדובר בכתבי אישום מעטים המצביעים דווקא על אכיפה ברינית כנגד יחידים מקבוצות מיעוט.¹²⁴ המדינה יכולה "להפריט" את ההפליה – ולהפעיל את הכוח של המשפט הפלילי באופן סלקטיבי נגד קבוצות מופלות ממילא. החידוש בנוגע לעברת האונס במרמה נובע מהשילוב של שני סוגי שיח לגיטימציה: זכות הקרבן לאמת וזכויות נשים – אלו מציגים את הרחבת שיקול הדעת התביעתי כמקדם חירות ופועל לתיקון של הפליה רבת-שנים, כשלמעשה מדובר באפשרות המדינה להפעיל את החוק הפלילי באופן מפלה נגד יחידים מקבוצות מוחלשות ולקדם סדר יום הטור-לאומי. אם כן, השילוב של "זכויות קרבן" עם "שיח אמת" מאפשר למדינה להרחיב את סמכויות שיקול הדעת של התביעה בשם הגנה על קרבנות נשים ולקדם מדיניות תביעה מפלה בלי לתת על כך דין וחשבון ובלי לכפוף את שיקול הדעת של התביעה הפלילית לפיקוח מוגבר בהקשר זה.

סיכום ומסקנות

במאמר זה הפניתי את הזרקור להתפתחות חשובה במשפט הבינלאומי – הכרה בזכות הקרבן לאמת. הצבעתי על מקורותיה של הזכות במאבק של קרבנות נגד משטרים דכאניים שחטפו, עינו והעלימו את מתנגדיהם, תחת מסווה של חשאיות שנמשך גם לאחר התחלפות המשטר, תחת חוקי חנינה וחסיונות. אם תחילה הוצגה הזכות לאמת כאלטרנטיבה למשפט הפלילי, מאוחר יותר היא הועלתה כדי להצדיק קיום חקירה ומשפט פלילי המתמקדים בקרבן ובחקר האמת. הצעתי להבין תופעה זו כחלק ממהלך רחב יותר של "מפנה פלילי" במשפט וזכויות האדם.

מרבית הכתיבה רואה בחיוב התפתחות זו, כחלק מהמאבק לסיום החסיונות ולהרחבת האחריותיות. אולם, בחינה ביקורתית מגלה שמאחורי שיח זכויות הקרבן מסתתרת למעשה הרחבה של שיקול הדעת השיפוטי ושינוי של משטר חקר האמת בהליך הפלילי. בעזרת

124 ככל שיש סלקציה בהעמדה לדין לגבי אונס במרמה, יש לראותה בהקשר הרחב של הביקורת הקיימת על העצמאות הרבה שיש למערכת התביעה בישראל ללא בקרה הולמת. למשל, לפי מחקר מיולי 2015, אין בקרה על החלטות העמדה לדין של התביעה הפלילית בישראל. יש "הנחה של העמדה לדין" ושיעור הרשעות גבוה של 99%. מרבית כתבי האישום אינם מגיעים לבית המשפט אלא מסתיימים בהסדרי טיעון. ראו מורן נגיד "מנגנוני בקרה על הגשת כתבי אישום בישראל", נייר מדיניות מס' 17, פורום קהלת למדיניות, יולי 2015. נגיש ב-<http://din-online.info/pdf/kh12.pdf> (גישה אחרונה 5.10.2016). לביקורת נוספת ראו בועז סגנר "פיקוח חיצוני על עבודת הפרקליטות" הסניגור 4 (2009). על פי הסטטיסטיקה של משרד התובע באנגליה לגבי המגדר של נאשמים בעברות מין, חלה קפיצה בהעמדות לדין של "unknown" ב-2014–2015 (שתי הקטגוריות האחרות הן men ו-women): בשנים אלה הועמדו לדין 14 "בלתי ידועים" (0.14% מכלל ההעמדות לדין בעברות מין) לעומת שישה (0.07%) ב-2014–2013. הסטטיסטיקה אינה מובהקת, אבל בהנחה שבשלוש השנים הללו לא חל שינוי בהגדרות, נתון זה עשוי לרמוז על תופעה של "הפרת ההפליה" שהצעתי כאן. ראו CPS 2015–2008 sexual offences prosecutions by defendant gender, נגיש באתר משרד התובע בכתובת https://www.cps.gov.uk/data/violence_against_women/vawg_2014_15_report.html (גישה אחרונה 5.10.2016).

ההשוואה בין ההתפתחויות במשפט הפלילי הבינלאומי בנוגע להשתתפות קרבנות בהליך, לבין התפתחויות במשפט הפלילי הלאומי בנוגע לאונס במרמה, גיליתי כי אין מדובר בהענקת זכות אוטונומית לקרבן אלא בהרחבת שיקול הדעת הממשלי (של התביעה והשופטים), ומאחר שהרחבת שיקול הדעת מוצגת כאקט הגנתי על הקרבן – היא מתקבלת בכרכה. כדי לחשוף את הסכנות שבלקיחת סמכויות שיקול דעת רחבות על ידי התביעה ובית המשפט, הנעשות בשם זכות הקרבן לאמת, הצעתי להיעזר בכתיבה על פמיניזם ממשלי. לטענתי כתיבה זו מצליחה להצביע על הפער בין רטוריקה של זכויות קרבן לבין הפרקטיקה של כוח ממשלי. הדיון המשותף בהתפתחויות הדומות במשפט הפלילי הלאומי והבינלאומי עוזר לחשוף את הצד האפל של זכויות הקרבן ולסמן את הצורך לפתח איוונים ובלמים לכוח הממשלי החדש שנוצר בחסותו.

