

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי¹

אלונה חגאי-פריי*

לאורך ההיסטוריה כולה נחשב אונס נשים בזמן מלחמה לתוצאה בלתי-נמנעת של אירועי הקרב. מאמר זה בוחן את האופן שבו עוגנו פשעי המין והמגדר במשפט הבין-לאומי הפלילי, ומבחין בין כמה תקופות משפטיות שונות, החל ברגעי היווצרות המשפט הבין-לאומי הפלילי ועד לנוסחו העדכני ביותר – אמנת רומא. במסע ביקורתי זה השתמשתי בתובנות שנולדו מהאופן שבו התפתחה עברת האונס במשפט המדינתי ומתוך התאוריות הפמיניסטיות השונות, החושפות את ההטיה המגדרית במשפט הבין-לאומי ואת שתיקתו בכל הנוגע לפשעי המין והמגדר. המאמר מציג להתבונן בפשעי המין כעברות בעלות ממד כפול – גזעי ומגדרי. וזאת, על בסיס הטענה כי אונס בזמן קרבות אינו רק פשע שקשור לעימות, אלא פשע הכולל שכבה נוספת בהיותו כלי להכפפה נשית ולהעצמה גברית. על כן, לא די בהכרה בו כעברה נוספת תחת תבניות העברה המסורתיות, אלא יש לעגן אותו גם כעברה נפרדת ומיוחדת שתציב, לראשונה, באופן רשמי וברור את גבול הנורמה, תיצור נורמה משפטית אחידה בין שיטות המשפט הלאומיות השונות ותסיר מעברה זו את רסיסי הפטריארכליות שדבקו בה.

1 מאמרי זה מהווה חלק מתוך עבודת תזה שהוגשה במסגרת למודי תואר המוסמך. עבודת התזה המלאה עתידה להתפרסם כספר: ALONA HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES IN THE NEW INTERNATIONAL LAW: PAST, PRESENT, FUTURE (forthcoming, 2011) (להלן: HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES).

* עורכת-דין, בוגרת תואר ראשון במשפטים (LL.B.) ובמנהל עסקים (B.A.), המרכז הבינתחומי הרצליה ותואר שני במשפטים (LL.M.) אוניברסיטת תל אביב. תודתי העמוקה נתונה לשני מנחיי, מורי הדרך שלי: פרופ' דפנה ברק-ארז ופרופ' אייל גרוס, כמו כן ארצה להודות לכל חברותיי וחבריי שניהלו עמי דיונים בסבלנות, במקצועיות וברצינות ובייחוד לדפנה ברק-רישמונד, לעופרה הנמן, ליניב רוזנאי, לרון אביטל ולברק אתירם.

א. מבוא: הריק ההיסטורי. ב. ראשיתו של מסע ואיסוף הכלים;
 1. ביקורת פמיניסטית על המשפט הבין-לאומי; 2. פרטי מול ציבורי
 במשפט הבין-לאומי ההומניטרי; 3. ייחוד הדיון בעברת האונס. ג.
 פשעי מין והמשפט הבין-לאומי, עבר והווה; 1. עידן השתיקה; 2. עידן
 הכבוד; 3. מגמת שינוי, לקראת עידן חדש? ד. קשירת קצוות – סיכום
 ומסקנות; 1. חלק מפשע קיים או תבנית עברה נפרדת; 2. עברות מין
 כעברה בין-לאומית נפרדת; 3. סיכום ומסקנות.

א. מבוא: הריק ההיסטורי

“היוצא מן הכלל הינו סוג של הרחקה. מה שמורחק מן הנורמה הכללית
 הוא מקרה פרטי. אולם לשם אפיון מדויק של היוצא מן הכלל יש להדגיש
 כי עובדת הרחקתו אינה מותירה אותו בשום אופן נטול קשר לנורמה;
 להיפך, קשרו של המורחק אל הנורמה משתמר בצורה של השעיית הנורמה
 מוחלת על היוצא מן הכלל בהפסקת חלוקתה עליו, בנסיגתה ממנו. מצב
 היוצא מן הכלל אינו, לפיכך, התוהו ובוהו הקודם לסדר, כי אם תוצאה של
 השעייתו.”

(ג'ורג'יו אגמבן)²

לאורך ההיסטוריה כולה אונס³ נשים⁴ בזמן מלחמה נחשב לתוצאה בלתי-נמנעת של אירועי
 המלחמה, ההכרחית לשמירת מורל הלוחמים, כמו פשעי הרכוש⁵. “השלל שייך למנצח”

2 ג'ורג'יו אגמבן “הומו סאקר הכוח הריבוני והחיים החשופים” טכנולוגיות של צדק 397 (שי
 לביא עורך, 2003).

3 המונח “אונס” במאמרי מכוון למכלול פשעי המין האלימים, ולא רק לאונס במובנו הקלאסי.
 הגדרה רחבה זו מקפלת בתוכה פשעים שונים: שעבוד מיני, עיבור כפוי, עינוי מיני, עיקור
 כפוי, זנות כפויה ועוד.

4 במאמרה, עומדת ברוק סארי מושאן (Moshan) על קיומה של קשת רחבה של פשעים, אשר
 זכו לכינוי “פשעים מגדריים”, ולכולם בסיס משותף: נשים הן באופן מאוד לא פרופורציונלי
 הקרבנות. לכן אבקש להתייחס לקרבנות פשעי המין בלשון רבות, שכן אין חולק שמרבית
 קרבנות עברות המין הם נשים. ראו: Brook Sari Moshan, *Women, War, and Words: The
 Gender Component in the Permanent International Criminal Court's Definition of
 Crimes against Humanity*, 22 FORDHAM INT'L L.J. 154, 156–159 (1998). בשימוש לשוני
 זה אין ככוונתי להוציא את הקרבנות הגברים אל מחוץ לכלל. ראו למשל: Sandesh
 Sivakumaran, *Sexual Violence against Men in Armed Conflict*, 18 EUR. J. INT'L L. 253
 (2007). נוסף על כך, אונס גברים בידי גברים נעשה לרוב על רקע חד-ממדי, הרקע הבין-אתני-

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבינ-לאומי הפלילי

היא אמירה שהתייחסה לנשים מאז הלנה מטרויה. אלא שערך נשים כרכוש בלבד הוחלף במרוצת הזמן במערכת ערכים מתוחכמת יותר. כיבוש נשים באמצעות אונס שימש דורות על דורות אמת מידה לניצחון, הוכחה לגבריותו של חייל, חלק מהצלחתו, גמול מוחשי עבור שירותיו. מאז אותם זמנים שבהם נשים נחשבו רכוש, נתפסה גישה חופשית לגוף האישה כפרס ממשי על ההשתתפות במלחמה. הגישה הרווחת הייתה שיהיו ללא ספק מקרי אונס אחדים, בניגוד לכל היגיון או מוסר, ושהם בלתי-נמנעים.⁶

בהמשך, נתפס אונס בעת עימות מזוין כפשע נגד כבוד המשפחה והאומה. אונס בידי חיילי הצבא הפולש הרס את כל האשליות שנותרו לגברים מהצד המובס לגבי כוחם ולגבי בעלותם על רכוש. גוף האישה הנאנסת הפך שדה קרב סמלי, קרקע נרמסת בצעדת גדודי המנצחים.⁷

רק במחצית המאה העשרים הוכר האונס כעברה נגד נשים במשפט הבינ-לאומי – עברה נגד כבודן.⁸ במאמרי אטען כי קשירת מעשה האונס עם פגיעה בכבוד מטשטשת את אכזריות הפגיעה הגופנית ומובילה לכך שהדיון יתמקד בנקודת מבטה של החברה ולא של האישה הנפגעת.

פשעי המין אינם נעדרים משדה הקרב המודרני. כך, למשל, ברצח העם שהתחולל ברואנדה בשנת 1994, נשים רבות עברו התעללות מינית ברוטלית. חלקן נותר מאחור לסבול, וחלקן נורה למוות. ואולם גם ההרג היה בעל אופי מיני. הכדורים כווננו לאיבר מין

גזעי של המלחמה – הנדבך הראשון. לעומת זאת, אונס נשים נעשה לרוב על רקע דר-מדי – בין אתני-גזעי ובין מגדרי-מיני – שני נדבכים שונים. לכן, לטענתי, פשע זה מורכב יותר. ראו גם להלן ה"ש 57 ו-167.

5 KELLY DAWN ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN: PROSECUTION IN INTERNATIONAL WAR CRIMES TRIBUNALS 18–23 (1997) (להלן: ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN).

6 סוזן בראונמילר **בניגוד לרצוננו גברים נשים ואונס** 31 (שרה סייקס ואילנה גולן עורכות ומתרגמות, 1980).

7 שם, בעמ' 38. תפיסה זו השתרשה עוד בשיטת המשפט הרומית, שבה מבצע האונס היה אחראי בפני אביה או אחיה של הנאנסת, והאונס נתפס ככישלון האחורונים להגן על רכושם. להרחבה על שורשי עברת האונס, ראו: Mustafa K. Kasubhai, *Destabilizing Power in Rape: Why Consent Theory in Rape Law is Turned on its Head*, 11 Wis. WOMEN'S L.J. 37, 52 (1996).

8 Rana Lehr-Lehnardt, *One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 16 BYU J. PUB. L. 317, 320–322 (2002). להרחבה על סוגי הכבוד השונים, ההבדלים ביניהם וחשיבותם המכרעת של הבדלים אלה, ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד** (2004). כמו כן, ראו להלן ה"ש 102.

ולשדיהן של הקרבנות, ואלו נותרו מוטלות על הקרקע שעליה נאנסו פסוקות איברים⁹. פשעים מצמררים אלו הובילו לכך שבשנים האחרונות הגדירו הטריבונלים הבין-לאומיים הפליליים את עברת האונס, בזירה הבין-לאומית, כפשע אלים, והפרידו באופן די יעיל בין היבט הכבוד להיבטי האלימות. אמנת רומא משנת 1998, אשר מכוחה הוקם בית הדין הבין-לאומי הפלילי הקבוע (ה-ICC)¹⁰, היוותה ציון דרך נוסף, בכך שקבעה כי פשעי מגדר ומין¹¹ כפופים לסמכות שיפוטו של בית הדין, ומיסדה פרוצדורה ברורה שמבטיחה כי הפשעים וקרבנות הפשעים יטופלו כראוי. רבים מארגוני הנשים הבין-לאומיים רואים בהקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי צעד הכרחי להגנה על נשים ולשוויון¹². נקודת המוצא של מאמר זה היא שחרף ההכרה הגוברת בצורך לפעול ולהגן על זכויות נשים כקרבן בעת מלחמה, טרם הושגו הישגים מספקים בתחום זה. ההפליה שקיימת ממילא נגד נשים, הופכת אותן לפגיעות במיוחד בעת עימות מזוין¹³, ומעמדן הנחות

- 9 מתוך עדותו של רב סרן ברנט בירסלי, עוזרו של גנרל כוחות השלום, בפני ה-ICTR, אשר נכח ברואנדה לפני רצח העם ולתקופה קצרה גם במהלכו, לגבי גופות הנשים שראה: Prosecutor v. Bagasora, Kabiligi, Ntabakuze, Nsengiyumva (ICTR-98-41-T), trial transcript (3 February 2004); Kelly Dawn Askin, *Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments*, 3 J. INT'L CRIM. JUST. 1007, 1008 (2005).
- 10 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, UN Doc. A/CONF. 183/9, 2187 U.N.T.S. 3 (להלן: "אמנת רומא" או "חוקת רומא"). מסמך זה מסכם את משנתו הנורמטיבית של המשפט הבין-לאומי הפלילי. אמנה זו נחתמה ואושררה על ידי 113 מדינות. אף על פי שכמה מדינות כמו ישראל וארצות-הברית לא אשררו או חתמו על האמנה, עדיין ניתן לראות חלקים ניכרים באמנה זו, שמושחתת על קונצנזוס רחב, את גישת המשפט הבין-לאומי הפלילי.
- 11 המונח "פשעים מגדריים" או "פשעי מגדר", לגישתי, עדיף על המונח "פשעי מין" מכיוון שהוא כולל פשעים שמכוונים כלפי גבר או כלפי אישה בשל מעמד המגדרי. ראו: Barbara Bedont & Katherine Hall Martinez, *Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court*, VI(1) BROWN J. WORLD AFF. 65, 69 (1999); Janet Halley, *Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Rome* (להלן: *Positive International Criminal Law*, 30 MICH. J. INT'L L. 1, 75 (2008)). ראו: *Rape at Rome*. ואולם במאמרי זה אנוקוב גם במונח "פשעי מין" בשל שכיחות השימוש במונח.
- 12 ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' xiii-xviii.
- 13 רמת האלימות כלפי נשים והיקפה עולים באופן דרמטי בתקופה של מתחים לאומיים ובין-לאומיים כאחד. פיונאלה ני אוליין מביאה במאמרה כדוגמה את האלימות בתקופה שבה נפל שלטונו של הנשיא סורטו (Suharto) באינדונזיה. בתקופה זו מספר רב של נשים סיניות הותקפו מינית ונאנסו בג'קרטה. ראו: Fionnuala Ni Aolain, *Rethinking the Concept of Harm and Legal Categorizations of Sexual Violence During War*, 1 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 307, 309 (2000).

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

בחברה משפיע על האופן המעוות שבו חוויתהן משתקפות בעקרונות המשפט הבין-לאומי הפלילי, אשר נועד להתמודד עם תוצאות העימות המזויין¹⁴.

על רקע דברים אלה, אציג מאמרי את התמודדותו של המשפט הבין-לאומי עם פשעי מין במהלך העשורים האחרונים, וכד בבד אבחן אם קיים צורך בהכרה נפרדת ומיוחדת בפשעי מין במשפט הבין-לאומי. מאמרי אינו משקף רק את העמדה הרווחת שיש לעשות מעשה כנגד שתיקתו רבת-השנים של המשפט הבין-לאומי באשר לפשעי מין. אנסה לעשות יותר מכך – להציג את ההצדקות המיוחדות התומכות בשינוי הגישה המסורתית. באופן יותר ספציפי, אציע להתבונן בפשעי המין כעברות בעלות ממד כפול – גזעי ומגדרי.

אבקש לבחון את הטענה כי אונס בזמן קרבות אינו רק פשע שקשור לעימות לאומי או בין-לאומי, אלא שהוא כולל שכבה נוספת בהיותו כלי להכפפה נשית. ומכאן, הבעיה העמוקה יותר טמונה בעובדה כי פשעי המין במשפט הבין-לאומי באים לידי ביטוי בשתי עברות נפרדות: האחת, פשעי מין המבוצעים על בסיס אתני, קבוצתי, כחלק מהקרב בין שתי קבוצות אתניות. קרב המבוסס על זהות קבוצתית של גזע, לאום, דת או קבוצה אתנית. והאחרת, פשעי מין המבוצעים על בסיס מגדרי. לפשעי מין אלה מאפיינים שונים, ומכאן שלעיתים יידרשו לטיפול בעברות אלה כלים משפטיים שונים. השתיקה באשר לפשעי המין האתניים הופרה, וההכרה בפשעים אלה כפשעים בין-לאומיים כמעט הושלמה, ואולם פשעי המין המגדריים הוכרו באופן חלקי, ועדיין נותרים ללא פתרון ראוי.

אשר על כן, אין די בהכרה בפשעי מין כעברה נוספת תחת תבניות העברה המסורתיות שקיימות ממילא בחוק הבין-לאומי. יש לעגנם כעברה נפרדת ומיוחדת שתציב, לראשונה, באופן רשמי וברור את גבול הנורמה, תיצור נורמה משפטית אחידה בין שיטות המשפט הלאומיות השונות, ותסיר מעברה זו את רסיסי הפטריארכליות שדבקו בה.

בפרק ב' אציג את הכלים אשר יהוו בסיס בהמשך המאמר לדיון הביקורתי בהתפתחות המשפט הבין-לאומי, החל בהיעדר עיגון לעברות מין בעבר וכלה במצב הנורמטיבי היום. לשם כך אפתח בשיח הפמיניסטי. אדון בביקורת של התאוריות הפמיניסטיות השונות, על המשפט הבין-לאומי בכלל, ועל יחסו לעברות מין בפרט. אבקש לחשוף את שתיקת הדין הבין-לאומי, למחוק את קו הגבול ההיסטורי בין התחום הפרטי לתחום הציבורי ולעמוד על ייחודיותן של עברות המין.

בפרק ג' אצא למסע היסטורי ואבחין בין עידנים משפטיים שונים במשפט הבין-לאומי הפלילי. מסע זה יפתח בתקופה שאני מכנה "עידן השתיקה", בעת שהודרו פשעי המין מהנורמה המשפטית, החל בראשית המשפט הבין-לאומי וכלה בשנת 1949, עם ניסוחן של

JUDITH G. GARDAM & MICHELLE J. JARVIS, WOMEN, ARMED CONFLICT AND 14
INTERNATIONAL LAW (2001).

אמנות ז'נבה. תחילתו של העידן השני, שכיניתי אותו "עידן הכבוד", היא באמנות ז'נבה אשר בהן עוגנה לראשונה עברת האונס כעברה כתובה עלי ספר, ואולם אך כחלק מרשימת העברות נגד הכבוד. אדון בהרחבה בבעייתיות שכרוכה בקשר בין אונס לכבוד ובשורשיו של קשר זה. תחילתו של עידן שלישי מסתמנת בשנות התשעים של המאה העשרים, בעת שהוקמו בתי הדין הבין-לאומיים הפליליים של יוגוסלביה (ICTY) ורואנדה (ICTR). מסע זה ייעצר בבית הדין הבין-לאומי הפלילי הקבוע (ICC) ובסטטוס קוו החדש שיצר. בפרק ד' אבקש לקשור את הקצוות. בתחילתו אסכם את הישגי המשפט הבין-לאומי בשנים האחרונות, שבאו לידי ביטוי ביצירתן של עברות המין לתבניות העברה הקיימות, ובד בבד אחשוף את הבעייתיות הגלומה בהתפתחויות אלה. ולסיכום אבקש להציג הצעה נורמטיבית – להותיר את עברות המין כחלק מהעברות הקיימות, להוסיף את עברות המין אל תבנית העברה של "רצח עם", ובמקביל להכיר בהן, בנסיבות מסוימות, כפשע בין-לאומי בפני עצמו. פשע נפרד אשר יאלץ את הקהילה הבין-לאומית להתגייס למשימה, לתפוס את פושעי המין שעד לאחרונה פשעו באין מפריע, להעמידם לדין ולהרשיעם.

ב. ראשיתו של מסע ואיסוף הכלים

מטרתו של פרק זה היא איסוף כלים אשר יהוו בסיס לדיון הביקורתי בהמשך, באשר לטיפול החסר בעברות המין במשפט הבין-לאומי מראשיתו ועד היום. בפרק זה אשתמש בתובנות שמציעות התאוריות הפמיניסטיות השונות, ואטען כי פרט לחשיבות הסמלית של המהלך, לשינוי הדין בתחום זה עשויה להיות השפעה מהותית הן על עולם המשפט הבין-לאומי והן על עולם המשפט המדינתי. עוד אטען כי כדי לבחון את אופן עיגונן של עברות המין במשפט הבין-לאומי המצוי אל מול הדין הרצוי, יש לבצע שלושה מהלכים: ראשית, לחשוף את שתיקת הדין הבין-לאומי הפלילי בנושא על ההטיה המגדרית העומדת מאחוריה; שנית, לנפץ את הדיכוטומיה הארכאית בין התחום הפרטי לתחום הציבורי – קו גבול החופף במידה רבה לקו המגדר; ושלישית, ללמוד מגלגולי עברת האונס במשפט הפנימי על אופייה המיוחד של העברה, על הבעייתיות הגלומה בהגדרתה ובאכיפתה ועל ההשפעות השונות על הקרבן, על העברייני ועל החברה.

1. ביקורת פמיניסטית על המשפט הבין-לאומי

חשיבות הניתוח הפמיניסטי של המשפט הבין-לאומי מתנשאת מעבר למטרתו לקידום ענייני של נשים. יש בו כדי לתרום לפיתוח המשפט הבין-לאומי ולקידומו כענף משפטי בעל נפקות במציאות המודרנית. כך, למשל, החיפוש הפמיניסטי אחר שתיקות, דהיינו,

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

התחקות אחר תחומים שהמשפט הבין-לאומי בוחר שלא להתמודד עמם או להתמודד עמם באופן חלקי או משני¹⁵, בדומה לנושא הדיון הנוכחי¹⁶.

בעיקרו של דבר, הטענה הפמיניסטית היא שהמשפט הבין-לאומי הומצא ועוצב על ידי גברים על מנת להגן על גברים, ועל כן באופן היסטורי התעלם מאלימות כלפי נשים¹⁷. טענה זו דומה לטענות אחרות אשר עלו נגד ענפי המשפט האחרים, אך היא מתחזקת ביתר שאת לאור הגבריות ההיסטורית הבלתי-מעוררת של שדה הקרב. אי-מעורבותן של נשים בהחלטה לפתוח בעימות מזוין, מספר הנשים המזערי בענפי המשפט הבין-לאומי וההשתתפות הבלעדית כמעט של גברים כמחוקקים וכשופטים במשפט הבין-לאומי, כל אלה תרמו ועדיין תורמים לכישלון המשפט הבין-לאומי בתחום הנדרון. גורמים אלה מנציחים את הנחיתות הנשית ומונעים סיוע בנושאים הקשורים לנשים¹⁸.

נקודת המוצא של המשפט הבין-לאומי היא שנורמות הדין הבין-לאומי מוחלות על הפרטים בתוך המדינות באופן אוניברסלי וניטרלי. מכאן שהוא איננו מכיר בעובדה שנורמות אלה עשויות להשפיע באופן אחד על גברים ובאופן אחר על נשים¹⁹.

הכלים הרב-גוניים שנולדים מתוך הגישות הפמיניסטיות השונות מאפשרים, לדידי, חשיפה נכונה יותר וברורה יותר של ההטיה המגדרית במשפט הבין-לאומי, ופותחים פתח לדיון מעמיק ומאתגר בהיבטיו המגוונים של המשפט הבין-לאומי מפרספקטיבות פמיניסטיות שונות²⁰. אשר על כן, בחרתי במאמרי זה לנקוט, כפי שנקטו רבות לפניי, גישה אקלקטית הלומדת מכמה זרמים פמיניסטיים²¹.

חרף התפתחות המשפט ההומניטרי שנוגע לזכויות נשים, תפקידן של הנשים במשפט הבין-לאומי נותר זניח. כך, למשל, בכל שנות קיומו של בית הדין הבין-לאומי הגבוה לצדק (ICJ) נבחרו שלוש נשים לכהן בו כשופטות: רוזלין היגינס (Rosalyn Higgins), שנבחרה בשנת 1995 וכיהנה עד שנת 2009, ובשנת 2010 מונו שתי נשים נוספות. נשים מעולם לא

15 גיל-עד נועם "התבוננות פמיניסטית במשפט הבינלאומי הפומבי" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 195 (דפנה ברק ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגין' עורכות, 2007).
16 ראו להלן בפרק ג'.
17 ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 47-48.
18 Hilary Charlesworth, Christine Chinkin & Shelley Wright, *Feminist Approaches to International Law*, 85 AM. J. INT'L L. 613, 621-634 (1991).
19 כך, למשל, טוענות צ'ארלסוורת', צ'ינקין ורייט כי החלוקה הדיכוטומית בין פרטי/מדיני ובין ציבורי/בין-לאומי, שעליה אעמוד בהמשך, משרתת זווית ראייה גברית של העולם ותומכת בשלטון גברי בסדרי הדין הבין-לאומי. שם, בעמ' 627.
20 לדיון על הגישה הפמיניסטית האקלקטית במשפט הבין-לאומי, ראו נועם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 191.
21 שם, בעמ' 192.

כיהנו כחברות בוועדת האו"ם למשפט הבין-לאומי, ואישה מעולם לא כיהנה בתפקיד המזכיר הכללי של האו"ם²². גם בשנים האחרונות לא התרחש שינוי מהותי בייצוגן הזעום של נשים בתפקידים מקצועיים ובכירים במסגרת האו"ם²³.

בהתאם לכך, אם נבחן את האספקלריה שדרכה מתבונן הדין הבין-לאומי בנשים, ניווכח כי בכל אותם מקומות נדירים שבהם הוא בחר להתייחס לנשים, הן משתקפות בעיקר כקרבנות, ובמיוחד כאימהות או כאימהות פוטנציאליות, ובשל כך הן ראויות להגנה. מכאן שהיעדרן של נשים בזירה הבין-לאומית מחדד את חוסר השוויון הפוליטי ואת נחיתות כוחן של הנשים, כפי שחשף הפמיניזם הרדיקלי, ועל כך אפרט להלן²⁴.

כלומר הקריאה לייצוג הולם של נשים במסגרות הקיימות במשפט הבין-לאומי אינה מבטאת אך את משנתו של הפמיניזם הליברלי, שמקבל את המערכת ה"גברית" הקיימת כסביבה אשר במסגרתה על נשים לפעול להשפעה ולשוויון הזדמנויות. הדרישה לייצוג חושפת את ההשתקה ואת המקומות והתחומים שהמשפט הבין-לאומי נמנע מלהתמודד עמם, ומצביעה על קו הגבול שמפריד בין הנושאים החוסים תחת כנפיו של המשפט הבין-לאומי לבין אלה שאינם קיימים בו. קו גבול זה חופף במידה רבה לקו המגדר.

הטענה הליברלית שדי במתן ההזדמנות השווה הפורמלית לנשים ולגברים לכהן בתפקידים אלה התבררה כבעייתית משתי סיבות עיקריות. הראשונה, נקודת המוצא השונה של גברים – רבי-האלופים וגנרלי המלחמה – אשר נהנים מיתרון הודות לתפקידים אלה,

22 ראו: Charlesworth, Chinkin & Wright לעיל ה"ש 18, בעמ' 624–626. אי-ייצוגן של נשים במישור הבין-לאומי הוא למעשה ראי לא-ייצוגן הפרלמנטרי גם במישור המדיני: Inter-Parliamentary Union, Women in National Parliaments, www.ipu.org/wmn-e/classif-arc.htm (נבדק לאחרונה ב-30.10.2010).

23 ב-22 בדצמבר 2003 אימצה העצרת הכללית של האו"ם החלטה (GA Res. (58/144)) המביעה דאגה מכך ששנה שנייה ברציפות יש האטה בצמצום פער הייצוג בין נשים לגברים בתפקידים מקצועיים ובתפקידים בכירים באו"ם. בהחלטה זו מצוין כי בין השנים 1998 ל-2003 כמעט לא הייתה עלייה בייצוגן של נשים בתפקידים מקצועיים או בכירים. דו"ח בעניין הוגש לעצרת הכללית ב-20 בספטמבר 2004 (Report of Secretary General: "Improvement of The Status) 2004 of Women In United Nation System", Doc. A/59/357 (20 September 2004). לדיון על החלטה זו ראו נועם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 198.

24 ראו קטרין מקינון "שוני ושליטה: על אפליה מינית" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 23, 23–34 (דפנה ברק ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005) (המאמר להלן: מקינון "שוני ושליטה: על אפליה מינית"; הספר להלן: פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה). ראוייה לציון בהקשר זה היא החלטה מספר 1820, אשר התקבלה פה אחד על ידי מועצת הביטחון של האו"ם. אמנם החלטה זו נעדרת כלים אופרטיביים ממשיים, אך היא מדגישה את החשיבות של השתתפות נשית בוועידות שלום ופתרון סכסוכים S.C. Res. 1820, 19 June 2008, U.N. Doc. S/RES/1820, addressing widespread sexual violence in conflict (להלן: "החלטה 1820 של מועצת הביטחון").

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

ובייחוד בזירה המדינית והצבאית. השנייה, אמנם נושאים של שמירת שלום וזכויות אדם אינם נושאים מגדריים באופיים, אולם קולן של נשים, על שונותו, ייחודו וסגנון קבלת ההחלטות שלו, יכול לגוון ולהפרות את הזירה הבין-לאומית גם בתחומים אלה. הטענה הליברלית על שוויון הזדמנויות מתעלמת מתרומה חיובית אפשרית זו של נשים במשפט, ובכך חולשתה. יתר על כן, השפעת נושאים אלה על גברים ונשים, לא אחת היא²⁵.

קרול גיליגן וקתריין מקינזון מאמצות בספריהן את טרמינולוגיית ה"קול", וחושפות את השתיקה ואת ההשתקה של הקול הנשי בחברה המודרנית, אם כי באופנים שונים. מתן קול במשפט בכלל, ובהליך המשפטי בפרט, הוא אקט פוליטי, שמהווה חלק מהמאבק לשינוי מבני הכוח ההיררכיים בחברה²⁶. "הפמיניזם התרבותי" מדגיש את האופן השונה שבו נשים נוהגות בהקשרים שונים ואת "קולן השונה". כך למשל, בהקשר הבין-לאומי נטען, בהתבסס על מחקרים אמפיריים, כי נשים נוטות לתמוך ביזמות שלום, בהגנה על הסביבה וביצירת שירותים חברתיים ובטיפוחם במידה רבה יותר מגברים²⁷. טענה נוספת היא שסגנון קבלת ההחלטות בגופים בעלי ייצוג רב יותר של נשים, הוא כזה שמאפשר דיון בשפה נגישה יותר ומקרבת, להבדיל מדיונים "גבריים" שמאופיינים בטיעונים קוטביים ובעימות²⁸.

לדידה של קתריין מקינזון, ההשתקה רבת-השנים של נשים היא מקור השוני. חופש הביטוי הגברי השתיק את חופש הביטוי הנשי. רמיסתן של נשים והכפפתן החלישו את קולן ועיצבו בקרן תודעה של כפופות. על כן, גורסת מקינזון, אל לנו לקדש את השוני, וביטוי כזה הוא עלבון לאפשרויות המין הנשי. לשיטתה, חגיגת השוני של גיליגן איננה במקומה, שכן מקורותיה בהכפפה אשר נכפתה על המין הנשי על ידי המין הגברי. ובלשונה: "כשאתן נעדרות כוח, אינכן מדברות רק באופן שונה; במקרים רבים אינכן מדברות כלל. הדיבור שלכן איננו רק מנוסח באופן שונה, הוא מושקע. מבוטל, איננו. לא זו בלבד שנשללת מכן

25 בנקודה זו אני חולקת על האמור במאמרו של גיל-עד נועם. ראו: נועם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 198.

26 לטרמינולוגיית ה"קול" בכתיבתה של קרול גיליגן ראו קרול גיליגן **בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה** (נעמי בן חיים מתרגמת, 1995). לטרמינולוגיית ה"קול" בכתיבתה של מקינזון ראו: CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS 3 (1993). על השתקת הקול הנשי בחברה המודרנית ראו ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" **עיוני משפט** כג 421 (2000). ראו גם: Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 HARV. L. REV 829 (1990).

27 ראו נועם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 198; Charlesworth, Chinkin & Wright; 198, לעיל ה"ש 18, בעמ' 616.

28 נועם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 191–192, 198.

שפה לבטא בה את הייחודיות שלכן [...] נשללים מכן החיים שמהם עשויים לצמוח התבטאויות"²⁹.

אני סבורה אמנם שמקורות השוני אכן ראויים לגינוי ולשינוי, אולם אם תוצר הדיכוי מוסיף גוון וצבע חיובי להידברות ולשיח הביין-לאומי, אזי יש לאמצו. יתר על כן, ניפוץ מסגרות קיימות וחשיבה מחוץ לתבניות המסורתיות עשויים להוביל לשינוי מהותי. יתרה מזאת, לדעתי, לדיון בזכויות האדם יש השפעה שונה על נשים לעומת גברים. נשים הן המפסידות הגדולות והמרוויחות הגדולות מכל שינוי, ולו הקטן ביותר, בתחום זכויות האדם, ובמיוחד כאשר עסקינן בפשעי מין בעת עימות. במילים אחרות, שינוי בזכויות האדם עשוי להשפיע על נשים יותר מאשר על גברים, באופן שולי – לא בשל השוני בין שני המגדרים, אלא בשל יחסי כפיפות שליטה, אשר שרידיהם עדיין קיימים³⁰.

כך גם באשר לנושא מאמר זו. שנים החריש המשפט הביין-לאומי בכל הנוגע לפשעי מין, עניין שנוגע בעיקר לנשים, ועל כן, ניתן לנחש, העלמת העין והבחירה האחת – הדרתו מתוך המשפט³¹.

ג'נט האלי (Halley) אינה מסכימה עם גישת הפמיניזם הרדיקלי מבית מדרשה של מקינון, במיוחד במישור הביין-לאומי. בעיני האלי, הגופים הפמיניסטיים הלא ממשלתיים מייצרים נורמות המבקשות להפוך חלק מהשלטון³². האלי מסיקה מתוך כך, כי לפי השקפת הזרם הרדיקלי, נשים אינן קבוצה בתוך האנושות, אלא עולם נפרד משל עצמן. אונס במלחמה, כמו אונס בעת שלום, הוא חלק מהמלחמה הכוללת בין נשים לגברים. על ידי כך, טוענת האלי, מתעלמים מהגברים שנופלים באותו קרב ממש.

הביקורת על הדיון הפמיניסטי בעברות מין (בעיקר זה של הפמיניזם הרדיקלי) מתמקדת בכך שהוא מתעלם מן ההכרה האפשרית בנשים כסוכנות עצמאיות³³. בהתאם לביקורת זו,

29 מקינון "שוני ושליטה: על אפליה מינית", לעיל ה"ש 24, בעמ' 29.

30 שם, בעמ' 30.

31 לדיון על העובדה שלעיתים זכויות האדם משפיעות באופן שונה על נשים ועל גברים, ראו: Hilary Charlesworth & Christine Chinkin, *The Gender of Jus Cogens*, 15 HUM. RTS. Q. 63, 75 (1993).

32 Janet Halley, Prabha Kotiswaran, Hila ; בעמ' 5–6, Halley, *Rape at Rome* ; Shamir & Chantal Thomas, *From the International to the Local in Feminist Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29 HARV. J. L. & GENDER 335, 340–347 (2006).

33 כך, למשל, אחת הביקורות שנמתחו על מקינון, היא שעל פי הגישה שרואה ב"מין" אתר של סכנה בלבד, אישה לעולם תהא קרבן פוטנציאלי של עברות מין. לא זו אף זו: משום שהמיניות היא אתר של שליטה גברית, גם משגל שאינו אונס נתפס לעתים על פי משנת הפמיניזם הרדיקלי כצורה של הכפפת האישה. אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי "משפטים על אהבה" 392 (ארנה בן נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

למשל, ההתמקדות בנשים גרמניות שנאנסו על ידי חיילים רוסים בשלהי מלחמת העולם השנייה הופכת אותן לקרבנות בלבד ומסירה מהן כל אשמה לגבי השואה³⁴. ג'נט האלי מצביעה על כך שהדגם של מקינון מושתת על תפיסת הייררכיה בין גברים לנשים, ושבהתאם לכך ניתוחה את כל סוגיית המין נעשה באספקלריה של שליטה בנשים. האלי טוענת שנקודת מבט טוטלית זו עשויה להחמיץ אינטרסים אחרים של צדק, וכן שעשויות להיגרם פגיעות מניתוח כזה של כל מקרה מִיני³⁵.

פרדוקס מהותי נוסף שנחשף על ידי ביקורת זו הוא, שהפנייה הפמיניסטית לערכאות משפטיות (של המדינה או של המשפט הבין-לאומי) מקבלת את כללי המשחק של המוסדות הבין-לאומיים. ומאחר שמוסדות אלה עוצבו בעיניים ובידיים גבריות, מקבלת פנייה זו גם את ההסדר המגדרי שכופה בית המשפט – אותו סדר חברתי פטריארכלי שפוגע במעמדן של נשים³⁶. טענה ביקורתית נוספת היא שהגדרת האונס כפשע מלחמה עשויה לקבע את העברה בתבנית, אשר תותיר מעשי אונס אחרים ללא פתרון הולם.

באופן כללי, ניתן לומר שהמחנה הפמיניסטי נחלק בהקשר של ויכוח זה לשניים: הפמיניזם הרדיקלי (שמזוהה עם מקינון), שנאבק למען ההכרה באונס כפשע מלחמה, ואפילו במקרים מסוימים כ"רצח עם", ולעומתו, גישות אחרות, שמביעות חשש מכך שהכרה בעברות אלה תנציח את מעמד הנשים כקרבן ותיצור הבחנה בין אונס לאונס. לפי גישה זו, אונס הוא פשע חמור שיש לגנותו ככזה, ואין זה משנה באיזה צד הוא מתרחש ובאיזה אופן. דבר אחד שמוסכם על שני המחנות הוא שיש להתייחס לנשים הנאנסות כקרבנות המלחמה³⁷.

ואולם, עם כל החשיבות הנודעת לביקורות הקיימות על זרמי הפמיניזם השונים, אסור שאלה ישמשו בסיס לעצירת ההתמודדות עם הפגיעה ההיסטורית בנשים. פשעי מין, כפי שיפורט בפרק זה להלן, הם נשק היסטורי להכפפת נשים, והמאבק בהם לא צריך להיות על חשבון רעות אחרות. אך לפני כן, חשוב לעמוד על קו הגבול ההיסטורי המפריד בין התחום

34 לעניין זה ראו: Pascala R. Bos, *Feminists Interpreting the Politics of War Time Rape*: Berlin, 1945; Yugoslavia, 1992-1993, 31 SIGNS J. WOMEN CULTURE & SOC'Y 995 (2006).

35 Janet Halley, *Take a Break from Feminism?*, in GENDER AND HUMAN RIGHTS 57, 65-66 (Karen Knop ed., 2004); Halley, *Rape at Rome*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 6-8.

36 פרופ' דפנה ברק ארז "הפמיניזם המשפטי של קתריין מקינון והמעבר מן מהשוליים למרכז מביקורת אל יצירת עולם מושגים משפטי חדש" **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 18-19; Halley, *Take A Break from Feminism?*, לעיל ה"ש 35, בעמ' 65-66; גרוס, לעיל ה"ש 33, בעמ' 395.

37 Karen Engle, *Feminism and Its (Dis)Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina*, 99 AM. J. INT'L L. 778, 786 (2005).

הציבורי – שבו עוסק הדין הבין-לאומי, לתחום הפרטי-מדיני – שבו נמנע הדין הבין-לאומי, באופן היסטורי, מלהתערב.

2. פרטי מול ציבורי במשפט הבין-לאומי ההומניטרי

ברוח המסורת הליברלית, המשפט הבין-לאומי הפריד והבחין בין תחומים בעלי עניין "ציבורי", תחומים אשר מצדיקים את התערבות הקהילה הבין-לאומית, לבין תחומים שיש בהם עניין "פרטי" גרידא, שמצויים תחת סמכות המדינה הריבונית³⁸. דיכוטומיה זו, שמתכסה במעטה של אובייקטיביות וניטרליות, היא בעלת השלכות מגדריות ברורות. המשפט הבין-לאומי פעל באופן מסורתי במסגרת העולם ה"ציבורי" המובהק ביותר – המישור הבין-מדינתי. הוא הבחין בין העניינים הרלוונטיים לקהילה הבין-לאומית, שניתן להסדירם במשפט הבין-לאומי, לבין עניינים שחוסים תחת ריבונותן הפרטית של המדינות. בעניינים אלה, ככלל, אין לקהילה הבין-לאומית מקום להתערב³⁹.

דרך זו לאבחנה ולקידוד של השתיקה במשפט הבין-לאומי חושפת את הדיכוטומיות שמוטבעות בבסיס הדין הבין-לאומי: משפטי-פוליטי, היגיון-רגש, סדר-אנרכיה, בין-לאומי-לאומי, ציבורי-פרטי וכדומה. מלומדים פמיניסטיים רבים הסבו את תשומת הלב לקידוד המגדרי הברור שעומד מאחורי חלוקה זו, שלפיו ערך אחד מתייחס ל"זכר" והערך האחר ל"נקבה", בהתאמה⁴⁰. הביקורת הפמיניסטית מבקשת לחשוף את ה"שתיקות" של המשפט הבין-לאומי, כלומר את התחומים שאינם מטופלים על ידו בהיותם "פריטיים" או "פוליטיים", ולהדגים שיש משמעות מגדרית להעדפה שלא לעסוק בתחומים אלה. יתר על כן, הדבר מאפשר את הדומיננטיות הגברית ומנציח אותה⁴¹.

עינוי, פשע בין-לאומי אשר עוגן לראשונה באמנה נגד עינויים⁴², עשוי להיות דוגמה לתופעה זו⁴³. העינוי, פעולה שמהווה הפרה של זכויות אדם, האורבת לגברים ולנשים

38 Charlesworth, Chinkin & Wright, לעיל ה"ש 18, בעמ' 625–630.

39 הפרדה זו היטשטשה מעט בעשורים האחרונים עם התפתחות המשפט הבין-לאומי הפלילי. ואולם נראה כי עדיין הקהילה הבין-לאומית תבחר להתערב רק מקום שבו מדובר בעניין הנוגע לאינטרס בין-לאומי הפוגע בציפור נפשה. כך, למשל, כאשר מדובר בפשע שיטתי. ראו: שם, בעמ' 625.

40 ראו איל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית" מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 9, 10, 14 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2001); Charlesworth & Chinkin, *The Gender*; *of Jus Cogens*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 69–74.

41 ראו נועם, לעיל ה"ש 15, בעמ' 200.

42 אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (להלן: "האמנה נגד עינויים").

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

כאחד, קיבל מקום מרכזי במשפט הבין-לאומי עם תום מלחמת העולם השנייה. לעומתו רעמה השתיקה באשר לעברות המין – עברות המבוצעות בעיקר נגד נשים. עינוי כ"פשע נפרד" (discrete crime), לא כ"פשע נגד האנושות" או כ"פשע מלחמה", עשוי להתבצע בזמן עימות ושלוש כאחד כפשע בודד⁴⁴. ואולם חשוב לשים לב שעל פי סעיף 1(1) לאמנה נגד עינויים, אלימות מינית או אחרת כלפי נשים תיחשב כפשע בין-לאומי של עינויים רק אם יהיה ניתן לקשור את המעשה לתחום הציבורי, כלומר אם נעשתה כחלק ממדיניות "רשמית"⁴⁵. מכאן שפרשנות הסעיף עשויה להוביל למסקנה המשפטית שניתן להגדיר אונס כעינוי. ואולם יש לשים לב לדיכוטומיה של פרטי-ציבורי, שמקופלת בדרישה שעינויים יתבצעו על ידי גורם רשמי. עדויות נשים אשר נאנסו במלחמות, גם בעת המודרנית, באופן שיטתי והמוני, מצביעות על כך שלא תמיד האונס מבוצע על ידי גורם "רשמי", דהיינו על ידי לוחמים. במקרים רבים בוצעו מעשי האונס על ידי כוחות נלווים לצבא⁴⁶ ולעתים גם על ידי שכנים⁴⁷.

יתר על כן, עינויים "ציבוריים" זכו להתייחסות מיוחדת באמנה נגד עינויים, אולם באמנות זכויות האדם הכלליות אין כל הוראה ספציפית שאוסרת אלימות במשפחה או צורות נפוצות אחרות של אלימות נגד נשים⁴⁸.

- 43 שלי הופמן "אלימות נגד נשים בסכסוכים מזוינים" <http://lib.civics.cet.ac.il/pages/item.asp?item=16937> (נבדק לאחרונה ב-30.8.2010).
- 44 ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 149–151 (2008).
- 45 Hilary Charlesworth, *Feminist Methods in International Law*, 93 AJ.I.L. (SYMPOSIUM ON METHOD IN INTERNATIONAL LAW) 379, 387 (1999); Andrew Byrnes, *The Convention Against Torture*, in *WOMEN AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW*, vol. II, 183, 189–194 (Kelly Dawn Askin & Dorean M. Koenig eds., 2000).
- 46 על חלקם של חיילים שכירים בצבא הפרטי בבוסניה בסחר נשים ראו: Robert Capps, *Sex-slave Whistle-blowers Vindicated*, SLON.COM (6 August 2002) <http://archive.salon.com/news/feature/2002/08/06/dyncorp/index.html> (נבדק לאחרונה ב-30.8.2010).
- 47 כך, למשל, במהלך השמדת העם בבוסניה, גברים סרבים שהתגוררו במשך שנים בשכנות לנשים מוסלמיות אנסו את שכנותיהם, קתרין מקינון "המיניות של השמדת עם" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 141 (להלן: "המיניות של השמדת עם").
- 48 במישור הבין-לאומי קיימות הצהרות שמגנות אלימות נגד נשים מצד גורמים רשמיים ופרטיים כאחד, ואולם מדובר בהצהרות משוללות תוקף מחייב, ראו: Declaration on Elimination of Violence against Women, 20 December 1993, G.A. Res. 48/104, UN Doc A/Res/48/104; Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, 25 June 1993, UN Doc. A/Conf.157/23, part II, paras. 36–44; לדיון מעניין באשר לאפשרות להכיר בנשים כקרבנות עינויים, ראו ליאורה רופמן נשים מוכות

ואולם לא די בחשיפת שתיקתו של הדין הבין-לאומי וקו הגבול בין התחום הציבורי שהוא מתמודד עמו לבין התחום הפרטי המוזנח, על ההטיות המגדריות העומדות מאחורי השניים. כדי להשלים את הרקע לדיון בהשתלשלות עיגונן של עברות המין והמגדר במשפט הבין-לאומי הפלילי, יש חשיבות רבה להבנת מורכבותה ושונותה של עברת האונס ביחס לפשעים אחרים.

3. ייחוד הדיון בעברת האונס

החשיבות הנודעת לדיון בניתוח עברת האונס בראי הדין הלאומי אינה נובעת רק מכך שנחיתותן ההיסטורית של נשים לא נולדה בשדה הקרב דווקא. חשיבות הדיון נובעת גם מכך שהמשפט הבין-לאומי כולו מעוצב לאור ערכי המשפט הפנימי ולהפך⁴⁹. תת-פרק זה חושף את מורכבותה של עברת האונס הלאומית, על רקע השרידים הפטריארכליים שדבקו בה ונשתמרו בה במדינות רבות⁵⁰.

דיני העונשין של כל מדינה משקפים את צורכי החברה המאורגנת להגן על הערכים החיוניים לתפקודה התקין ולהתפתחותה הרצויה, בהתאם לתפיסות החיים בכל תקופה נתונה⁵¹. מבחינה היסטורית, "החברה מאז ומתמיד גברית; הכוח הפוליטי היה נתון מאז ומתמיד בידי גברים"⁵². האישה נתפסה כאחר מוחלט, והייתה נתונה לחסדי פטרונה⁵³. על רקע מציאות זו, נחיתות האישה באה לידי ביטוי בכך שהיא הייתה משוללת מעמד משפטי ומעמד חברתי, ונתפסה כחלק מרכוש פטרונה. בהתאם, האונס הוגדר בתחילתו כעברת רכוש, דהיינו כפגיעה ברכוש אביה או בעלה של הנאנסת.

- קרקבות עינויים? ניתוח פמיניסטי ביקורתי של שיח זכויות האדם של נשים** (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, התשס"ו).
- 49 למעשה קיים טעם משולש לעסוק בהקשר זה בעברות המין ה"לאומיות": ראשית, להעמקת הבנת ההשלכות שנובעות ממאפייניהן הייחודיים של עברות המין; שנית, עקרונות אלו, כל עוד אינם סותרים את אמנת רומא או עקרונות המשפט הבין-לאומי, ייושמו במשפט הבין-לאומי במקרה של לקונה משפטית (ראו, למשל, ס' 21 (1)(c) לאמנת רומא); ושלישית, אם עברות אלה יתבצעו במסגרת סכסוכים פנימיים או פנים מדינתיים ויוגדרו על פי אמנת רומא כ"פשעים נגד האנושות", ייתכן שמבצעי העברות ייתנו את הדין בבית הדין הבין-לאומי הפלילי. להרחבה על הקשר בין הדין הבין-לאומי לדין הפנימי ראו: HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27–29.
- 50 לדיון מקיף על יסודות עברת האונס בשיטות המשפט השונות, תוך מתן דגש לעברות אשר בהן נקבעה חזקת "היעדר הסכמה" (עברות ההטרדה המינית ובעילה אסורה בהסכמה) ראו: HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES, שם, בעמ' 27–53.
- 51 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 1 (1984).
- 52 סימון דה בובואר המין השני כרך א 104 (שרון פרמינגר מתרגמת, 2001).
- 53 שם.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

אן קופלין (Coughlin) סוברת כי מקורה ההיסטורי של עברת האונס כעברה פלילית הוא בטענות ההגנה שעמדו לרשות אישה שהועמדה לדין בגין עברה של "קיום יחסים אסורים"⁵⁴. תלונה על אינוס שימשה כתב הגנה של אישה כזו, ולמעשה העבירה את נטל המעשה הפלילי אל כתפי האיש שאתו הואשמה בקיום היחסים האסורים. בכך טענה למעשה כי איננה נושאת באחריות פלילית למגע האסור, כיוון שהייתה כחפץ, נטולת שליטה או רצון⁵⁵, או לחלופין, משום שהגבר שאותו היא מאשימה באינוס, גבר על התנגדותה לאחר שאיים עליה במוות או בפגיעה גופנית חמורה (הגנת הכורח)⁵⁶.

המשפט אמנם השתנה מאז אותם ימים חשוכים, ועברת האונס עומדת כיום על רגליה שלה. אולם עדיין נותרו בה אותם שיירים פטריארכליים ועדיין, כפי שאפרט בהמשך, המתלוננת "זוכה" במקרים רבים ליחס של נאשמת.

עד היום הנחיתות המגדרית הנשית שמיוחסת לקרבנות המין, ההופכת אותן למטרה מצד אחד, אל מול העליונות המגדרית שנקשרת בכשירות המינית הגברית מן הצד האחר, חופפת לתפיסות החברתיות בנוגע לנשיות ולגבריות. אי־אפשר להתעלם מהסדירות הכוללת, שלפיה גברים הם לעתים קרובות יותר התוקפים ונשים הן לעתים קרובות יותר הקרבנות⁵⁷.

במובנים מסוימים, ניתן לראות את האונס ככלי להכפפה נשית, כ"עברה מגדרית" – עברה של מגדר אחד נגד המגדר האחר. ההכרה בכך באה לידי ביטוי באסמכתות משפטיות מגוונות של מוסדות בין־לאומיים שונים ובהם העצרת הכללית של האו"ם, הוועדה לביטול כל צורות ההפליה נגד נשים, הארגון של מדינות אמריקה, ועידת בייג'ין ומועצת אירופה. כל אלה הגדירו וגינו אלימות מינית כנובעת מכוח חברתי לא שווה בין המינים, כלומר מגדר⁵⁸. גם החלטה מספר 1820 של מועצת הביטחון הכירה מפורשות בפשעי מין כנשק בעת עימות. החלטה זו קובעת כי שימוש באלימות מינית נגד נשים וילדות היא טקטיקת מלחמה שמטרתה להשפיל את האויב, לשלוט בו, להשליט בו פחד ולהוריד את מורלו⁵⁹. ככלל, קרבנות אונס, בניגוד לקרבנות עברה אחרים, חשות אשמה ונתקלות בקשיים של שיפוט חברתי. לעתים הן נחשבות טמאות אף בקרב קרוביהן. עמדות חברתיות רווחות לא

54 "יחסים אסורים" משמע יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין בין שמדובר בניאוף ובין שבמין לפני הנישואין. Anne M. Coughlin, *Sex and Guilt*, 84 VA. L. REV. 1, 7, 8 (1998); אורית קמיר **כבוד אדם וחיה – פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי** 142 (2007).

55 שם, בעמ' 142–143.

56 שם, בעמ' 143–144.

57 קתרין מקינון "מין לא שוויוני" **פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 63. ראו גם ה"ש 4 ו-167.

58 שם, בעמ' 64–65.

59 החלטה 1820 של מועצת הביטחון, לעיל ה"ש 24.

רק שאינן מכירות ברוב מעשי האונס, אלא אף נוטות לפרש אותם כיחסי מין בהסכמה, שהנפגעת אחראית להם. הנשים אפוא מגלות ניגוד מחריד בין ניסיון הממשי ובין הפרשנות של החברה למציאות⁶⁰. הנאנסות לומדות כי לא רק נאנסו, אלא גם כבודן נגזל מהן. אין מכירים בכך שהפסידו בקרב לא הוגן, ותחת זאת מאשימים אותן שבגדו בנורמות המוסריות שלהן עצמן והמיטו על עצמן את תבוסתן⁶¹.

הפגיעה הנפשית שנולדת בעקבות מעשה האונס מתוארת רבות בספרות. פגיעה זו מתבטאת, בין השאר, בפחד, בחוסר ביטחון, בזעם וברגשי נקמה, בדיכאון, ברגשי אשם, בבושה ובדימוי עצמי נמוך⁶². כל זאת ועוד, אף על פי שכל חוויית אונס היא שונה, ישנם שלושה קווים משותפים שמאפיינים את הנזק שנגרם לקרבן: דה־הומניזציה, החפצה והכפפה⁶³. מהאמור עולה כי הנזק שנגרם לחיי הקרבן איננו בגדר השפעה משנית לטראומה⁶⁴.

המאמצים המשפטיים לתור אחר צדק או פיצוי לקרבן כרוכים לעתים בטראומה נוספת, שכן לא אחת המערכת המשפטית מתייחסת בעוינות גלויה לנפגעות אונס. זוהי טראומה אמיתית נוספת, "אונס שני" על ידי סנגוריהם של הנאשמים⁶⁵. המערכת המשפטית מעצם טבעה מהווה סביבה עוינת: היא מאורגנת כשדה קרב, שבו אסטרטגיות של טיעונים תוקפניים ומתקפה פסיכולוגית באים במקום אסטרטגיות ומתקפה של כוח פיזי. שוב נלקחת השליטה מידי האישה – ההחלטות על הנעשה בגופה וסיפורה האישי קורע הלב מופקעים והופכים לנחלת הכלל, לעתים ללא הסכמתה. קבלת ההחלטה, למשל, לפתוח את דלתות בית המשפט, לחשוף את שמה של הקרבן, את זהותה ואת סיפורה, משפיעה עמוקות על המשך טיפולה הנפשי ועל רצונה העתידי להיעזר באיש מקצוע שבפניו תחשוף את סודותיה

60 על הפער בין תפיסת חוויית האונס על ידי הקרבן לבין תפיסת החברה, שמוביל לפעמים את הנאנסת לדילמה: האם מה שחווה כאונס הוא באמת אונס? ראו: SUSAN ESTRICH, REAL RAPE (1987); Catharine A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 SIGNS J. WOMEN CULTURE & SOC'Y 515 (1983).

61 ג'ודית לואיס הרמן **טראומה והחלמה** 90 (עתליה זילבר מתרגמת, אלי שאלתיאל עורך, 1994).

62 לסלי סבה "עבירת האונס – מגמות משפטיות וקרימינולוגיות" **פלילים** ג 46, 58–59 (1992).

63 ראו: Michelle J. Anderson, *All-American Rape*, 79 ST. JOHN'S L. REV. 625 (2005).

64 לואיס הרמן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 71.

65 על התופעה של נשים שביקשו למצוא צדק במערכת המשפטית, וחוו את החוויה המשפטית כאונס שני, ראו שם, בעמ' 95.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבינ-לאומי הפלילי

הכמוסים⁶⁶. הרי גם ללא הפגיעה באמון, היכולת של קרבן התעללות מינית לחשוף את צרותיה מועטה ומלווה ברגשות בושה ואשמה⁶⁷.

בנוסף, תוצאות פרסום האונס עשויות להיות חמורות במיוחד בחברות פטריארכליות ומסורתיות, שבהן אישה שעברה אונס מנודה ממשפחתה ומקהילתה. תגובה שכיחה היא זו של בעלים שמרחיקים בשאט נפש את נשותיהם שנאנסו. בתקופת מלחמה, ממש כמו בימי שלום, מטילים הבעלים חלק ניכר מהאשמה למעשה המחריד על נשותיהם שהיו קרבן לאונס. זכויות הבעלות חוללו, והקניין עצמו נמצא אשם⁶⁸. ואפילו מי שיש בכוחה להיות ערוכה למאבק זה עלולה למצוא עצמה א-פריורית במצב נחות בשל הטמעתן של הדעות הקדומות במערכות המשפטית והשיפוטית.

המסקנה היא אחת: כדי להשמיע את קול הקרבנות ולחשוף את שתיקתן ההיסטורית, יש לאמץ כללי פרוצדורה גמישים יותר, ויש שיאמרו נשיים יותר. כללים שיפרצו את הדיכוטומיה ההיסטורית בין התחום הפרטי לציבורי ויאפשרו להגן על הקרבן, לתמוך בה ולאפשר לה לספר את סיפורה. כמו כן, בבואנו להתחקות אחר גלגוליה של עברת האונס במשפט הבינ-לאומי, עלינו להבין ששורשיה נטועים בנחיתותה המגדרית של הקרבן ובעליונותו של התוקף גם במערכות המדינתיות. יחסי כפיפות וכוח אלה, כפי שמכנה אותם הפמיניזם הרדיקלי, טרם הפכו שווים. חוסר שוויון זה, אטען בהמשך, מועצם במשפט הבינ-לאומי בכלל ובתנאי קרב בפרט, והמאבק הלאומי נותן לגיטימציה לאותה הכפפה יומיומית תחת חסותה של המלחמה הכללית⁶⁹.

ג. פשעי מין והמשפט הבינ-לאומי, עבר והווה

1. עידן השתיקה

- 66 שם.
67 ניצה שפירא-ליבאי "הדרישה לדבר מה" בעבירות המין – חריג בלתי מוצדק" הפרקליט לג 422, 427 (1980); אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח 159, 173 (1993).
68 בראונמילר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39–40.
69 "החוקים שותקים בזמן המלחמה" (*inter arma enim silent leges*) כדברי האמרה המפורסמת המיוחסת למחוקק הרומאי קיקרו (Cicero). להרחבה ראו: ארנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 117–120 (2006).

לאורך ההיסטוריה כולה סבלו נשים מאונס המוני בעתות מלחמה. בשנת 1204 אנסו צלבנים נשים בקונסטנטינופול⁷⁰. בשנת 1937 אנסו חיילים יפנים נשים בננקינג⁷¹. במהלך מלחמת העולם השנייה אנסו חיילים גרמניים המוני נשים יהודיות⁷² ורוסיות⁷³, ובשלהי המלחמה אנסו הרוסים נשים גרמניות⁷⁴. בשנת 1971 אנסו חיילים פקיסטנים נשים בבנגלדש⁷⁵, וחיילים אמריקנים אנסו נשים בווייטנאם. יתרה מכך, לא ניתן לזהות בהיסטוריה רגע שבו הוכרו אונס בשעת מלחמה כמעשה פלילי במובן הבין-לאומי⁷⁶.

ההתפתחות ההיסטורית של זכויות נשים במלחמה ועיגוןן קודמה באופן לא אחיד. כך, למשל, טוטילה האוסטרוגוטי, שכבש את רומא בשנת 546 אסר על חייליו לאנוס את נשות העיר⁷⁷. אחת החוקות המוקדמות ששרדו היא חוקת הצבא שפורסמה בשנת 1385 בידי ריצ'ארד השני מאנגליה. בין עשרים וארבעה הסעיפים המגדירים את כללי התנהגות החיילים, קבע המלך ריצ'ארד: "אל יגלה איש עזות פנים במידה כזאת כי [...] יכפה עצמו בכוח על אישה, פן יהיה צפוי לתלייה"⁷⁸. אף על פי כן, נאלץ המשפטן ההולנדי הוגו גרוטיוס לתהות, בתקופה מאוחרת כמאה ה-17, על העובדה שמדינות מסוימות קיבלו כמעשה מותר את חילול כבודן של נשים בעת מלחמה, ואילו באותה תקופה ממש סברו מדינות אחרות אחרת. בשנת 1785 ארצות-הברית, צרפת, הולנד ופרוסיה הסכימו באמנת ידידות ומסחר כי בשעת מלחמה ביניהן, אם תתעורר, ילדים ונשים לא יחוללו. בפקודה מספר 20 של גנרל ווינפילד סקוט בארצות-הברית בשנת 1847 נקבע עונש חמור לחיילים שאנסו. קוד הלייבר (The Lieber Code) משנת 1863, שאומץ על ידי ארצות-הברית ועל ידי כמה מדינות אירופיות, קבע בסעיף 44, כי חיילים אשר יבצעו מעשי אונס באוכלוסייה, עונשם יהיה מוות. אמנות האג של השנים 1899 ו-1907⁷⁹ לא התייחסו מפורשות לאלמות

70 בראונמילר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 35.

71 מעניין לציין כי אירועים מחרידים אלה מכונים "האונס בננקינג". בכך מופנה הדגש על שם המקום שבו נעשו מעשי האונס ולא על הקרבנות – הנשים. Lehr-Lehnardt, לעיל ה"ש 8; ראו גם להלן ה"ש 89.

72 Joan Ringelheim, *Women and Holocaust: A Reconsideration of Research*, 10 SIGNS J. WOMEN CULTURE & SOC'Y 741 (1985); מקינן "המיניות של השמדת עם", לעיל ה"ש 47.

73 Lehr-Lehnardt, לעיל ה"ש 8, בעמ' 320.

74 Bos, לעיל ה"ש 34.

75 Lehr-Lehnardt, לעיל ה"ש 8, בעמ' 320.

76 שם, בעמ' 34.

77 שם.

78 שם.

79 Hague Convention (II) Laws and Customs of War on Land, 29 July 1899, 32 Stat. 1803;

Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, with Annex of Regulations, 18 October 1907, 36 Stat. 2277. ("אמנות האג").

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

מינית, אבל נאמר בהן בלשון כללית כי קיימת חובה ל"כבוד המשפחה" ול"פרקטיקה ואמונות דתיות". קביעות אלה פורשו כמעניקות הגנה לנשים מפני אלימות מינית⁸⁰. בשל הזוועות של מלחמת העולם הראשונה, הוקמה בשנת 1919 ועידת האחריות של יוצרי המלחמה ואכיפת העונש⁸¹. ועידה זו מיקמה את עברות האונס והזנות הכפויה קרוב לפסגת 32 פשעי המלחמה⁸². כעשרים שנה מאוחר יותר החלה הזוועה המתועדת הגדולה ביותר בהיסטוריה האנושית – מלחמת העולם השנייה.

גם הפעם התקיפה המינית הייתה חלק בלתי-נפרד מהקרב הבין-גזעי, אך בד בבד היא המשיכה להיות סממן להכפפה המגדרית. במהלך מלחמת העולם השנייה התרחשו פשעי מין רבים – אם כעידוד לכוח הנלחם ואם כחלק ממדיניות הכוח הכובש⁸³. הן המשטר הנאצי והן המשטר היפני ייסדו צורות שונות של זנות כפויה והתעלמו מהתדירות הגבוהה של מעשי האונס. כך, למשל, ייסד המשטר היפני את מוסד "נשות הניחומים", שנחטפו ונכלאו על מנת לספק את יצרם המיני של החיילים הלוחמים⁸⁴. אמנם הפעם, בשונה מבעבר, הגיבו כוחות הברית על הפשעים הבין-לאומיים האיומים שבוצעו בהקמת שני טריבונלים בין-לאומיים לשפיטת הנאשמים, אולם עידן השתיקה נמשך, כפי שאפרט להלן.

1.1 בתי הדין בנירנברג (IMT) ובטוקיו (IMTFE)

עם תום מלחמת העולם השנייה הוקמו בתי הדין הבין-לאומיים הצבאיים בנירנברג (IMT) ובטוקיו (IMTFE). הקמת בתי דין אלה סימנה התפתחות מגמה אשר החלה בתום מלחמת

- YOUINDRA KHUSHALANAI, DIGNITY AND HONOR OF WOMEN AS BASIC AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS 145 (1982) 80
- ראו: ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 42. 81
- עברת האונס במקום החמישי, ומיד לאחריה הזנות הכפויה. ראו לעניין זה: HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION AND THE DEVELOPMENT OF THE LAWS OF WAR (H.M. Stationary, 1948) 82
- Theodor Meron, *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, 87 AM. J. INT'L L. 424, 425 (1993) 83
- יצוין כי רק בשנת 1993 נטלה על עצמה ממשלת יפן אחריות על פשעים נוראיים אלו, והתנצלה באופן רשמי בפני אותן נשים אשר נחטפו ושועבדו כשפחות מין בשירות חיילי יפן בזמן המלחמה, בהצהרה המכונה "הצהרת קונו" ("Kono Statement"). ראו: Etsuro Totsuka, *Commentary on a Victory for 'Comfort Women': Japan's Judicial Recognition of Military Sexual Slavery*, 8 PAC. RIM. L. & POL'Y J. 47 (1999) 84

העולם השנייה, בעת שהובהר כי היעדר מנגנוני בקרה משפטיים עלול לגרום לפגיעה בזכויות אדם בסיסיות ובעקרונות יסוד שמארגנים את הסדר העולמי⁸⁵. חוקות בתי הדין הבינ-לאומיים הפליליים הראשונים, בנירנברג ובטוקיו, העניקו סמכות שיפוט על פשעים, אשר נתפסו בעיני בעלות הברית כחמורים ואשר לא היו קיימים קודם לכן במשפט הבינ-לאומי: "פשעי מלחמה" ו"פשעים נגד האנושות"⁸⁶. יתר על כן, עקרונות רבים אשר נקבעו על ידי בתי הדין היו למעשה הבסיס שהנחה בהמשך את ארגון האומות המאוחדות – האו"ם – בפיתוח המשפט הבינ-לאומי הפלילי⁸⁷. אולם, על אף החידוש ההיסטורי, לא ניתן למצוא בחוקת ה-IMT את עברת ה"אונס" או כל פשע אחר בעל אופי מיני. כל זאת, למרות הררי הדו"חות אשר תיעדו במפורש את מעשי האונס, את העיקור הכפוי, את ההפלות הכפויות, את הפורנוגרפיה, את השחתת איברי המין ואת התקיפות המיניות הסדיסטיות שבוצעו בעת המלחמה⁸⁸. כך, למשל, דווח כי בשבועיים האחרונים של המלחמה, בוצעו 100,000 מעשי אונס בברלין בלבד⁸⁹. לא רק החוקה שתקח. גם התביעה אשר מילאה את כתבי האישום בפירוט של עברות רצח ועינויים, הייתה עיוורת לחלוטין לעברות המין והאונס⁹⁰. למעשה, מעשי הזוועה המיניים שהתרחשו בעת מלחמת העולם השנייה לא גונו, ומבצעה שוחררו ללא עונש. במקביל הוקם בית הדין הבינ-לאומי של המזרח הרחוק (ה-IMTFE), מכוח אמנת טוקיו. ממש כמו מקבילו, גם ה-IMTFE שתק ולא הגדיר את עברת ה"אונס" כהפרה של הדין

- 85 אמנון רייכמן "סמכות שיפוט אוניברסאלית בבתי משפט מדינתיים – קעקוע הריבונות או יצירת סדר עולמי" **משפט וצבא** 17, 49, 60–61 (2004).
- 86 Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945, 82 U.N.T.S. 280 and Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946 (להלן: "חוקת ה-IMT"). קיימת ביקורת הטוענת כי בתי דין אלה הפרו את "עקרון החוקיות" (Nulla Poena), בכך שיצרו רטרואקטיבית עברות בין-לאומיות שלא היו קיימות בעבר. ואולם, לדידי, "עקרונות נירנברג" מהווים נורמה נחרצת ("*ius cogens*"), עקרונות אשר היו מאז ומתמיד חלק ממשפט העמים המנהגי. פשעים אלה הפוגעים ביסודות הקהילה הבינ-לאומית ובביטחונה ומפרים את ערכי המוסר האוניברסליים ואת העקרונות ההומניטריים, "הצפונים בשיטות המשפט הפלילי אשר עמי התרבות הנהיגו אותן". ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2032, 2059 (1962). ראו לעניין זה גם להלן ה"ש 138 ו-168.
- 87 Jocelyn Campanaro, *Women, War and International Law: The Historical Treatment of Gender Based War Crimes*, 89 GEO. L.J. 2557, 2559 (2001).
- 88 .ASTRID AAFJES, GENDER VIOLENCE: THE HIDDEN WAR CRIME 8 (1998)
- 89 ראו: ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 52.
- 90 שם, בעמ' 97–98.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבינ-לאומי הפלילי

הבינ-לאומי הפלילי. ואולם, בשונה ממנו, כללו חלק מכתבי האישום שנידונו ב-IMTFE "אונס" כאחד מסעיפי האישום⁹¹.

חשוב לציין שהפרת השתיקה בטוקיו עדיין נשאה עמה סממנים של השתקה. אף לא אישה אחת מבין קרבנות האונס נקראה להעיד במשפטי טוקיו⁹². עובדה זו שיקפה את חוסר העניין בפגיעה בקרבן, לעומת הפגיעה במוסר ובחברה או בכבוד משפט העמים. כמו כן, חשוב לציין שמלבד "פשע האונס", אף פשע מגדרי אחר לא נידון בבית דין זה. בית הדין לא הכיר בעברות מגדריות ספציפיות כעברות ממשיות ונפרדות ממעשי הזוועה האחרים שראויים לתביעה⁹³.

העדויות הרבות על מעשי האונס של הכוחות הכובשים באירופה ובאסיה (ובכלל זה גם של חיילי כוחות הברית) נותרו כתובות על מסמכי העדות בלבד. הפשעים אשר קיבלו את אור הזרקורים על בימת בית המשפט היו ה"פשעים נגד השלום"⁹⁴ – לא "פשעי המלחמה" ולא "הפשעים נגד האנושות", ובוודאי לא הפשעים המגדריים, אשר בוצעו באופן כמעט בלעדי נגד נשים ונערות⁹⁵.

עם תום משפטי נירנברג וטוקיו, החלו כוחות הברית בסדרה שנייה של משפטים, שמטרתם הייתה להביא לדין פושעי מלחמה גדולים פחות. משפטים אלו התקיימו בבתי דין לאומיים צבאיים, אשר קיבלו סמכות מכוח ה-⁹⁶Control Council Law No. 10 (CCL10). ה-CCL10 כלל "אונס" במסגרת תבנית העברה של "פשע נגד האנושות" (בניגוד לפשעי מגדר או פשעי מין אחרים, אשר לא נמנו בו). עם זאת, עברת ה"אונס" לא נכללה בתבנית העברה של "פשע מלחמה"⁹⁷.

91 שם, בעמ' 160.

92 בראונמילר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 56.

93 ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202–203.

94 היום מכונה פשע זה "פשע התוקפנות".

95 Kelly Dawn Askin, *The ICTY: An Introduction to its Origins, Rules and Jurisprudence*, in *ESSAYS ON ICTY PROCEDURE AND EVIDENCE IN HONOUR OF GABRIELLE KIRK* MCDONALD 2 (Richard May et al. eds., 2000).

96 Allied Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, 3 Official Gazette of the Control Council for Germany 49 (להלן: ה-CCL10).

97 חשוב להדגיש כי קיים הבדל מהותי בין שתי תבניות העברה, הטמון ביסודותיהן השונים. כך, למשל, העברה "פשע נגד האנושות" דורשת כי האונס יבוצע כחלק ממדיניות שיטתית, מאפיין שלרוב אינו מתאים לפשעי מין. להרחבה על היסודות של כל אחת מתבניות העברה שמצויות במשפט הבינ-לאומי ראו: HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES, לעיל ה"ש 1, בעמ' 114–133; Meron; לעיל ה"ש 83, בעמ' 425.

חוק זה אפשר להעמיד לדין כל פושע, ולא רק את פושעי המדינה ה"תוקפנית", דהיינו אלו שפתחו במלחמה. כך נפתח הפתח להעמיד לדין אנסים רבים. אולם, בפועל, עברת האונס לא נכללה באף לא אחד מן האישומים⁹⁸.

2. עידן הכבוד

את תחילתו של עידן הכבוד מציינת כריתתן של אמנות ז'נבה⁹⁹. באמנות אלה נקבע כי הפרות חמורות של נורמות הומניטריות במסגרת סכסוך מזוין בין-לאומי גוררות אחריות פלילית אישית, ונתונות לסמכות שיפוט אוניברסלית. סעיף 3 משותף לכל ארבע האמנות, והוא קובע כי חלק ממעשים אלה אסורים במסגרת סכסוך שאינו בין-לאומי. עם זאת, הוא אינו עוסק בפשעי מין¹⁰⁰.

הקהילה הבין-לאומית התייחסה מפורשות לראשונה ל"אונס" באמנת ז'נבה 1949, בהקשר של הגנה על אזרחים בעת מלחמה. סעיף 27 לאמנה קובע כי:

"נשים יוגנו במיוחד מפני התקפה על כבודן [honor], ובעיקר – מפני אונס וכפיית זנות, או מפני כל צורת התקפה על צניעותן"¹⁰¹ (ההדגשה שלי – א.ח.פ.).

אף על פי שסעיף זה דורש מהצבא הכובש להגן על נשים מאונס, לשון האמנה אינה קובעת במפורש כי מעשי אונס או אלימות מינית הם פשעים או מעשים אסורים. לעומת זאת ייתכן

98 אציין כי השם שבחרתי להעניק לעידן היסטורי זה, "עידן השתיקה", איננו מציינן אך את שתיקת המשפט הבין-לאומי באשר לפשעי מין, אלא גם את שתיקת החברה ופן השפה באשר לפשעי מין Aolain, לעיל ה"ש 13, בעמ' 313–314.

99 אמנות ז'נבה זכו לתמיכתן של כל מדינות העולם – 192 במספר – שאשררו אותן. בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 131 ואלה הן: אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזויינים בשדה הקרב, כ"א 1, 387; אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזויינים בים, כ"א 1, 423; אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 453; אמנת ג'ניבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי המלחמה, כ"א 1, 559 (להלן: "אמנות ז'נבה").

100 נורמה יסודית של המשפט הבין-לאומי נחשבת בדרך כלל לחלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי המחייבת את כל מדינות העולם, אף אם אינן חתומות על אמנות ז'נבה. במקור אונס לא נחשב חלק מהמשפט המנהגי. ואולם, בעקבות מעשי הזוועה שהתרחשו במהלך העשורים האחרונים, שעליהם יורחב בפרק זה, גישת המשפט הבין-לאומי הפלילי השתנתה. עדויות לשינוי ניתן למצוא בדיוני הוועידה הבין-לאומית של הצלב האדום – The International Meron ; Committee of the Red Cross (ICRC), לעיל ה"ש 83, בעמ' 426.

101 אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי המלחמה, לעיל ה"ש 99.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבינ-לאומי הפלילי

שניתן יהיה ללמוד באמצעות פרשנות משפטית על פלילותם של מעשים אלה מתוך סעיף 3(c) שאוסר "פשעים נגד כבוד אישי" ("outrages upon personal dignity"). לשון הסעיפים מפרידה בבירור בין אונס שמיוחס לפגיעה ב-honor ("הדרת כבוד") לבין פשעים אחרים א-מגדריים שמקושרים לפגיעה ב-dignity ("כבוד סגולי")¹⁰². אם כן, לגישת אמנת ז'נבה, אונס פוגע בכבוד האישה במובן החברתי ולא בכבוד המיוחס לה מהיותה בת אנוש. ייחוס זה לא רק ממעיט בערך הפגיעה, אלא גם מטשטש את אכזריותה של הפגיעה הפיזית. הוא מסיט את הדיון לפן החברתי של הפגיעה ומגמד את הפן האישי שלה. כל אלה מורידים את המוטיבציה להעמיד לדין את התוקפן בגין עברת ה"אונס" ומנתבים את המערכת להעניש עבריינים בעברות חמורות יותר לכאורה¹⁰³. לפי תפיסה זו, אונס הוא פעולה נגד גזע שלם אחר, פשע שמאופיין במאבק של קבוצה אחת נגד קבוצה אחרת. השקפה זו מעלימה את הקרבן ומוחקת את הפן המגדרי, דהיינו, את מעשי האונס שנולדים מתוך ההכפפה הנשית וההעצמה הגברית¹⁰⁴. ואולם גם פרשנות רחבה, אשר תתעלם מהמטען ההיסטורי ותתייחס לשני סוגי הכבוד באופן שווה, תוך שימוש בסעיף 3(c), לא תועיל. כל זאת, משום שעצם הדגשת הכבוד אינו מאפשר דיון באונס כעברה מינית, אלימה וחמורה¹⁰⁵. אם כן, הסטת הדיון לפגיעה בכבוד מעלימה את הפגיעה הפיזית והנפשית ומאלצת למדוד את הנזק שנגרם לקרבן על פי הפגיעה בכבודו. בחינה זו מרחיקה את העבריינין מהפשע ומציבה את הקרבן במרכז החקירה¹⁰⁶. לא זו אף זו,

- 102 המונחים "Honor" ו-"Dignity" תורגמו והומשגו על ידי אורית קמיר. כדי לרכוש "הדרת כבוד" יש לעמוד בקוד התנהגותי מדוקדק. חברות הדרת כבוד הן חברות אשר הדרת כבוד מן הצד האחד, והבושה מן הצד האחר, משמשות בהן כשני פניו של הערך שבאמצעותו מובנים הסדר החברתי וההייררכיה המעמדית. משום כך בחברות רבות אינוסן של נשים נחשב כפגיעה בהדרת הכבוד של העדה כולה וכמום שדבק בנאנסת. לעומתו, "כבוד סגולי" מולד ואינהרנטי לאנושיותו של האדם. ראו: קמיר, **שאלה של כבוד**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 19-25, 27-34.
- 103 הסבירה זאת צ'רלסוורת: איסור זה המניח כי נשים יוגנו מאלימות מינית מכיוון שזו משפיעה על כבודן או כף את הרעיון כי נשים הן רכושם של הגברים ולא את העובדה כי מדובר באלימות. Charlesworth, *Feminist Methods in International Law*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 386.
- 104 כוונתי היא לאותם פשעים מגדריים שנולדים מתוך "דחף גברי", שנתפס כלגיטימי בעת קרב. דחף זה, מימושו מרים את מורל הלוחמים ונותן פורקן ליצריהם בעידוד מפקדיהם. זוהי תפיסה ארכאית, אשר ניתן היה למוצאה, כפי שפורט לעיל, במשפט הפנימי בתקופה הפטריארכלית, בעת שעברת האונס נתפסה כעוולה נזיקית בפטרון או במשפחת הקרבן.
- 105 Adrienne Kalosieh, *Consent to Genocide? The ICTY's Improper Use of the Consent Paradigm to Prosecute Genocidal Rape in Foca*, 24 WOMEN'S RTS. L. REP. 121, 122 (2003); Valerie Oosterveld, *Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law*, 25 MICH. J. INT'L L. 605, 613 (2004).
- 106 Oosterveld, שם, בעמ' 650-651.

הדרישה לפגיעה מופשטת "בכבוד" הופכת את עברת האונס לעברה תאורטית, שכן קשה להוכיחה¹⁰⁷.

הדיון בעידן הכבוד לא יהיה שלם ללא עמדתה של ג'נט האלי, שדווקא מצדדת בהסדרים אלה. לדידה, אמנת ז'נבה מגנה על נשים ועל גברים כאחד כחלק מההגנה האוניברסלית על בני אנוש. לדעתה, התוספת שמכריזה הגנה על הדרת כבודה של האישה, מעניקה לנשים הגנה נוספת על ההגנה הרגילה של נשים וגברים¹⁰⁸.

עמדה זו אינה משכנעת, לדעתי. נראה כי ההתייחסות לנשים מבדילה אותן מהכלל, שעניינו ההגנה על גברים. פרשנות אמנת ז'נבה בדיעבד, מנקודת מבט בת ימינו, מתוך עמדה שוויונית, מתעלמת מהרקע ההיסטורי של הדברים – עידן השתיקה והבחירה במילה "honor" ולא ב-"dignity" שאיננה מקרית (אלא מצביעה על אובני לידתה של העברה – הדרת הכבוד הגברית). אולם האלי מתעלמת מן ההשוואה בין נשים לילדים, ממיקום הסיטואציה בשדה ה"מוסר" ומן ההתייחסות לשפת הכבוד ולמשפחה¹⁰⁹.

בחמישים השנים שלאחר אמנות ז'נבה נכרתו הסכמים רבים אשר פיצו, במידת מה, על הריק שנוצר אחרי משפטי נירנברג, טוקיו וה-CCL10. הסכמים אלו עוררו שביב של תקווה שבעתיד ינתן המקום הראוי לעניינים שנוגעים לנשים במשפט הבין-לאומי¹¹⁰. הסכמים אלה לא היוו תרופת פלא להזנחה רבת השנים בטיפול בזכויות נשים במשפט הבין-לאומי. עם זאת, היה להם תפקיד חשוב בפיתוח המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, שהוא ברובו מנהגי, ובהעלאת המודעות לצורך במניעה אפקטיבית של פשעים מגדריים ובענישה בגינם. המסמך הראשון שראוי לאזכר בהקשר זה נכתב בשנת 1950 בהוראת האספה הכללית של האו"ם ומכונה "עקרונות נירנברג". אלה הם עקרונות אשר הכירו באחריות אישית בגין "פשעי מלחמה", בגין "פשעים נגד השלום" ובגין "פשעים נגד האנושות"¹¹¹. גם בו לא היה כל זכר לפשעי מין.

Rhonda Copelon, *Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War*, in 107
WOMEN'S RIGHTS, HUMAN RIGHTS 197 (Julie Peters & Andrea Wolper eds., 1995)

ראו: Halley, *Rape at Rome*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 61.

109 ההכרה שמדובר ביחס מיוחד שנובע לא מכבודה של האישה כבת אנוש, אלא מכוח ההגנה על הדרת הכבוד של עדתה וזכויות המשפחה, כל כולם עקבות פטריארכליים. אישה כקרבן נתפסת בקטגוריית דיני המשפחה במסגרת ההגנה הפטרנליסטית על ה"לא בגיר". יתר על כן, כל כולה של הגנה זו ממוקמת בשדה המוסר, ולא בשדה המשפט. פעם נוספת, מדובר בהדרה מן הכלל המשפטי.

110 Campanaro, לעיל ה"ש 87, בעמ' 2562.

111 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 29 July 1950, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

יש שרואים התקדמות בשני הפרוטוקולים אשר נוספו לארבע אמנות ז'נבה בשנת 1977¹¹². סעיף 76 לפרוטוקול הראשון מתייחס בעיקר להגנת נשים וילדים. הפרוטוקול השני, שמגן על קרבנות בעימותים פנימיים, אוסר אונס, ומגדיר אותו כפגיעה בכבודה הסגולי (dignity) של הקרבן. למעשה, שני הפרוטוקולים עוסקים בהרחבה באלמות מינית, ובשניהם הודגש כי מעשי אונס אסורים בעימותים מזוינים בין-לאומיים ולאומיים כאחד¹¹³. נוסף על כך, משך תקופת ההגנה שהם מעניקים הורחבה מעבר לזמן העימות עצמו לתקופה שאחרי המלחמה, אם השטח נשאר תחת כיבוש זר או עד תום מעשי האיבה¹¹⁴.

אמנות ז'נבה והפרוטוקולים הנלווים להן זוכים לתמיכה רחבה ממספר מרשים של מדינות¹¹⁵. ואולם אף שאמנות ז'נבה נהנות כיום מתמיכה בין-לאומית רחבה, אין זו מנת חלקן של אמנות אחרות, ובכלל זה של הפרוטוקולים הנלווים¹¹⁶. כך, למשל, ישראל איננה חתומה על הפרוטוקולים, ולפי תפיסה זו, איננה כפופה במישרין לאמור במ¹¹⁷. מסמך נוסף שעוסק ישירות בסוגיות שקשורות לנשים ומלחמה הוא "הצהרה על הגנת נשים וילדים בשעת חירום ועימותים מזוינים"¹¹⁸. הצהרה זו מכירה בכך שנשים נופלות קרבן, לעתים קרובות מדי, למעשים לא אנושיים במהלך עימותים מזוינים, ולכן הן זקוקות להגנה מיוחדת. ואולם זוהי הכרזה בלבד, והיא נעדרת תוקף משפטי מחייב. יתר על כן, גם הכרזה זו נכשלה בכך שאינה נוגעת כלל באונס בשעת מלחמה או בפשעים מגדריים אחרים. מהמקובץ עולה כי על מנת לחולל שינוי במצב דברים זה נדרשים: הכרה מפורשת בפשעי המין כפשע בין-לאומי, שמדגיש את הנזק שנגרם לגוף האישה ולנפש האישה

- Protocol Additional I to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the 112
Protection of Protocol Additional II to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and
Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June
1977, 1125 U.N.T.S. 609 (להלן: "פרוטוקול 1" ו"פרוטוקול 2" בהתאמה וביחד
"הפרוטוקולים הנלווים").
- ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 246. 113
ס' 3(b) לפרוטוקול 1, לעיל ה"ש 112. 114
כמעט כל מדינה ממדינות העולם, 192 במספר אשררו את אמנות ג'נבה. פרוטוקול 1 אושרר 115
על ידי 165 מדינות ופרוטוקול 2 אושרר על ידי 160. International ICRC database, "International
Humanitarian Law – Treaties & Documents", www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?
OpenView (נבדק לאחרונה ב-5.4.2011).
- Jakob Kellenberger, *Foreword*, in JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, 116
CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, vol. I: Rules, xvi (2009).
- שם, בעמ' xxxvi. 117
Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed 118
Conflict, 14 December 1974, UN Doc. A/9631.

ובהמשך לכך יישום ואכיפה של האיסור הבין-לאומי, באמצעות העמדה לדין של פושעי המין שהיו עד כה חסינים לחלוטין בפניו.

3. מגמת שינוי, לקראת עידן חדש ?

חמישים שנה חלפו מאז משפטי נירנברג וטוקיו, העת שבה שתק הדין הבין-לאומי והתעלם מפשעי המין הנוראיים שבוצעו במלחמת העולם השנייה. בתקופה זו שקיפות עברות המין החלה להיצבע בצבעים של כבוד, והתייחסות הדין הבין-לאומי לנושא שיקפה את כפיפותן המגדרית של נשים. במהלך תקופה זו החל להתגבש כוח פוליטי נשי. ארגוני נשים ומלומדים רבים תרמו תרומה משמעותית לניתוח הסטראוטיפים והתפיסות השגויות אשר דבקו בעבר בעברות המין לסוגיהן. בד בבד עם תהליכים אלה, בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים, הן במלחמה ביוגוסלביה והן במלחמה ברואנדה, תפסו הפשעים המגדריים מקום מרכזי, שממנו לא ניתן היה להתעלם עוד: אונס ושעבוד מיני היו כלים לכיבוש והיוו חלק מהמאבק הלאומי ומהטיהור האתני שנלווה לקרבות.

3.1 בית הדין הפלילי הבין-לאומי יוגוסלביה (ICTY)

על פי הדו"ח שהוכן על ידי המדווח המיוחד של האו"ם לענייני זכויות אדם, מעל 20,000 נשים היו קרבנות לניצול מיני בין השנים 1992 ל-1994 בשטחה של יוגוסלביה לשעבר¹¹⁹. מרבית הפשעים בוצעו על ידי הכוחות הסרבים. במבצע שכוון ל"טיהור אתני", נאנסו אלפי נערות ונשים מוסלמיות וקרואטיות לשם "עיבור כפוי"¹²⁰. אולי אף יותר מן המספר הבלתי-נתפס, מזעזעות הן הנסיבות של אותם מעשי זוועה. נשים נכלאו בכתים, בחדרי מלון או במחנות כפייה, ונאנסו שוב ושוב על ידי חיילי סרביה, במשך חודשים¹²¹. הנשים

Economic and Social Council, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights Resolution, 21 January 1999, 1997/44 Distr. GENERAL E/CN.4/1999/68/Add.4. 119

פשעים נגד נשים בוצעו כמובן גם על ידי קרואטים ובוסנים. יתרה מכך, אף חלק מחיילי האו"ם, שנשלחו להגן על האוכלוסייה המקומית, אילצו פליטות להתמסר מינית כדי לקבל סיוע, ראו קתרין מקינן "אונס, השמדת עם וזכויות האדם של נשים" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 110-111. 120

Christin Coan, *Rethinking the Spoils of War: Prosecuting Rape as a War Crime in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 26 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 183, 185-186 (2000). 121

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

שימשו כלי שבעזרתו השפילו אוכלוסייה שלמה, התעללו בה, ובסופו של דבר, ניסו להכחידה.

קבוצת נשים אשר כונתה Women in the Law Project, שלחה משלחת לאזור הקרבות, ערכה ראיונות ותחקיר ופרסמה דו"ח. נשות הקבוצה המליצו כי יוקם טריבונל בין-לאומי וכי אונס יכלול בתבניות העברה הבין-לאומיות וייחשב "הפרה חמורה של אמנות ז'נבה" לשם העמדה לדין של פושעי מלחמה¹²². הלחץ הפוליטי שהופעל על המדינות החברות במועצת הביטחון, גרם להקמת ועדה שתפקידה היה לכתוב דו"ח על מצב הקרבות. הממצאים המזעזעים לא הותירו מקום לספק¹²³, והובילו בשנת 1993 לצעד חסר תקדים בתולדות האומות המאוחדות – הקמת ה-International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), בהאג. תפקידו של טריבונל זה היה להעמיד לדין פרטים אשר ביצעו עברות של "רצח עם", "פשעי מלחמה" ו"פשעים נגד האנושות"¹²⁴.

חוקת ה-ICTY העניקה מנדט רחב להעמיד לדין פושעי מין, והייתה לציון דרך חשוב במאבק להכרה ולהגנה על זכויות נשים בעת מלחמה. כך, למשל, סעיף 5(g) לחוקת ה-ICTY קבע, בפעם הראשונה בהיסטוריה של המשפט הבין-לאומי, את עברת ה"אונס" כ"פשע נגד האנושות". ואולם עברת האונס הייתה עברת המין היחידה שנכללה ברשימת העברות שבסמכות בית הדין. כמו כן, עברה זו לא נכללה בתבניות העברה האחרות שבסמכותו של ה-ICTY, והדבר הפחית מכוחו של בית הדין להתמודד ביעילות עם הנזק העצום שגרמו פושעי מין לאלפי נשים בזמן המלחמה.

כדי להוכיח אונס במסגרת תבנית העברה של "פשע נגד האנושות" צריך להוכיח שהעברה בוצעה כחלק מהתקפה רחבה או שיטתית, ושהיא חלק מ"עיונות מזוינים" לאומי או בין-לאומי שמכוון נגד אוכלוסייה אזרחית¹²⁵. מבחינה פרוצדורלית, עברת האונס מוקמה

Mission of the Women in the Law Project of the International Human Rights Law Group, *No Justice, No Peace: Accountability for Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia*, 5 HASTINGS WOMEN'S L.J. 89 (1994)

Interim Report of Commission of Experts Established Pursuant to Security Council by the Secretary-General, 9 February 1993 (S/25274); Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780, 27 May 1994, S/1994/674.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (להלן: "חוקת ה-ICTY").

125 אציין כי בהמשך, פסק ה-ICTY בפסק דין טאדיץ' כי חרף האמור בחוקתו, על פי המשפט הבין-לאומי המנהגי, אין צורך להוכיח כי "פשע נגד האנושות" בוצע כחלק מעיונות מזוינים. Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-T, T. Ch. II (ICTY, 7 May 1997) para. 627 (להלן: "פסק דין טאדיץ'"); בן נפתלי ושני, לעיל ה"ש 69, בעמ' 268–269.

בצמרת הפשעים הפליליים הבין-לאומיים, לצדם של הרצח והעינוי. אולם מבחינה מהותית, כפי שפמיניסטיות רבות טענו וטוענות שוב ושוב, אונס, ואפילו אונס במלחמה, לא יהיה מקושר תמיד לכזו מתקפה. רוב מעשי האונס שמבוצעים בעת קרבות הם ספורדיים ולא שיטתיים.¹²⁶

הכללת האונס במסגרת תבנית העברה של "פשע נגד האנושות" אכן היוותה צעד קדימה מבחינה פרוצדורלית. אולם במקביל בלט היעדרה מיתר תבניות העברה שבסמכותו של בית הדין: "רצח עם", "פשעי מלחמה" ו"הפרות חמורות של אמנות ז'נבה". זאת ועוד, היעדר הגדרה מפורשת של הפשעים המגדריים בחוקת ה-ICTY שיקף את התפיסה שעל פי השקפת המשפט הבין-לאומי, חומרתם של פשעים שמבוצעים ברובם המכריע נגד המגדר הנשי, במהלך עימותים מזוינים, אינה שווה לחומרת הפשעים שפוגעים בגברים ובנשים כאחד.¹²⁷ עם זאת, האפשרות לדון בעברות אונס הותירה פתח להשלמת החסר בפסיקתו של בית הדין. הלכה למעשה, פושעי מין רבים הועמדו לדין בגין הפרת המשפט הבין-לאומי ההומניטרי בזכות הגדרת עברת האונס כ"פשע נגד האנושות". יתר על כן, בית הדין פסק כי אונס וצורות נוספות של תקיפה מינית מהווים באופן עקיף, כפי שאפרט להלן, פשעים בין-לאומיים נוספים. אם כן, למרות הבעייתיות והיעדר הגדרה מפורשת, ה-ICTY קבע תקדימים משפטיים ופרוצדורליים חשובים שנוגעים לפשעי מין במלחמה. לא עוד שתיקה או כבוד, אלא פשע חמור שעומד על רגליו שלו.

אחת ההצלחות המרשימות ביותר של ה-ICTY הייתה שבניגוד לבתי הדין בנירנברג ובטוקיו, חוקת ה-ICTY עודדה השתתפות נשית בהליך השיפוטי – כחוקרות, כתחקירניות, כשופטות, כיועצות משפטיות וכתובעות.¹²⁸ ניתן לטעון, ברוח הגיליגנית¹²⁹, שאותן נשים שעשו במלאכה החשובה כל כך תרמו להצלחתם של ההליכים. כל זאת, משום שאמנם גברים ממש כמו נשים מסוגלים להבין את האישומים באונס ולקחתם ברצינות, ואולם ללא קשר למוצאן האתני או הלאומי, נשים חולקות זווית ראייה מגדרית הייחודית להן. בשל העובדה שלרוב נשים הן הקרבנות של אלימות מינית, קל להן יותר לראות עצמן כקרבנות

126 Bedont & Martinez, לעיל ה"ש 11, בעמ' 70. אף על פי שדרישת יסוד ה"שיטתיות" איננה מצוינת מפורשות באמנת ה-ICTY, הוכר על ידי בית דין זה כי דרישה זו נובעת מהמשפט הבין-לאומי המנהגי. ראו פסק דין טאדיץ', לעיל ה"ש 125, פס' 646.

127 Amy E. Ray, *The Shame of It: Gender-Based Terrorism in the Former Yugoslavia and the Failure of International Human Rights Law to Comprehend the Injuries*, 46 AM. U. L. REV. 793, 817–824 (1997). כך, למשל, על אפשרות ההכרה באונס כעינוי עמדתה בהרחבה בפרק הראשון לעיל וכן בפרק זה.

128 ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 302–303.
129 גיליגן, לעיל ה"ש 26.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

פוטנציאליים¹³⁰. זאת ועוד, מכיוון שעברות אלו לא תפסו מעולם מקום בשיח המשפטי, בשיח החברתי או בשיח הפוליטי הבין-לאומי, אין ספק שנודעת חשיבות לכך שהמתווכים והדוברים יהיו גם נשים.

המשפט הראשון שהתקיים ב-ICTY נסב סביב עניינו של דושקו טאדיץ' (Dusko Tadic)¹³¹. פסק הדין בעניינו של טאדיץ' יצר תקדימים משמעותיים, אשר השפיעו על אופן שילובן של עברות המין במשפט הבין-לאומי. האישום הראשון בכתב האישום ייחס לטאדיץ' "פשע נגד האנושות" בנוטלו חלק בקמפיין טרור אשר כלל רצח, עינוי, תקיפה מינית ואלימות פיזית ונפשית¹³².

אף שפשעי המין הוגדרו במפורש רק כ"פשע נגד האנושות", החליט התובע של בית הדין כי הם יכולים להיחשב גם כ"הפרות יסודיות של אמנות ז'נבה", כהפרות של דיני המלחמה המנהגיים וכ"רצח עם"¹³³. טאדיץ' צפוי היה להיות המקרה הראשון שבו פושע נידון בטריבונל בין-לאומי באשמת אונס כפשע מלחמה, ולא רק כמי שביצע בין היתר גם עברת אונס¹³⁴. אולם בסופו של דבר נמחקו סעיפי האישום אשר נגעו בעברת האונס בנפרד, משום שהעדות היחידות למעשה הזוועה פחדו להעיד. עם זאת, טאדיץ' הורשע בפשעי מין אחרים שעניינם אלימות, תקיפות מיניות והשחתת איברי מין¹³⁵.

כאן אבקש לציין שבמפתיע (ואולי לא) בפעם הראשונה שבה הכיר המשפט הבין-לאומי בצורה רחבה כל כך בפשעי מין (רחבה הן מכיוון שיוחסו לנאשם עברות במסגרת כל תבניות העברה המסורתיות הקיימות והן מכיוון שהמעשים כללו לא רק אונס במובן המסורתי), ההרשעות נגעו למקרים שבהם היו מעורבים קרבנות גברים ולא נשים.

מעשי ההתעללות המינית בוצעו בעיקר בעצורים, במסגרת ההתעללות הפיזית והנפשית שהתבצעה בהם באופן שגרתי. כך, למשל, אולצו העצורים לאכול בעלי חיים בעודם בחיים, וספגו חבטות קשות בכל איברי גופם. פשעי המין באו לידי ביטוי כמין אוראלי כפוי של אסיר אחד באסיר אחר ובהשחתת איברי מין כחלק ממסכת ההתעללות הכללית. עובדות אלה מובילות להכרה שפשעי מין עשויים ללבוש אופי של עינוי במסגרת המלחמה הבין גזעית-אתנית הכוללת, שאליה חשופים נשים וגברים, כפי שטענתי לעיל.

130 Campanaro, לעיל ה"ש 87, בעמ' 2566.

131 Prosecutor v. Tadic, Second Amended Indictment, Case No. IT- 94-1-T (ICTY, 14 December 1995) paras. 4, 4.3

132 ש.ם.

133 ראו: Patricia Viseur Sellers & Kaoru Okuizumi, *Intentional Prosecution of Sexual Assaults Symposium: Prosecuting International Crime: An Inside View*, 7 TRANSNATIONAL LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 45, 57 (1997).

134 ASKIN, WAR CRIMES AGAINST WOMEN, לעיל ה"ש 5, בעמ' 101.

135 ש.ם.

בפסק דין פורונג'יה (Furundzija)¹³⁶ חוזקה ההלכה שאונס עשוי להיות סוג של עינוי, ואף הוצעה בפעם הראשונה הגדרה רחבה וברורה לעברת האונס¹³⁷. בית הדין עמד בפני הדילמה הבאה: האם כפיית אקט אוראלי באיבר מין זכרי ("חדירה אוראלית") הוא אונס או תקיפה מינית? חרף היעדר קונצנזוס בין-לאומי, קבע בית הדין כי חדירה אוראלית כפויה היא טראומטית לקרבן ממש כמו חדירה וגינלית או אנלית, וכל קביעה אחרת תחתור תחת העיקרון המרכזי שעומד ביסודה של עברת האונס, ההגנה על כבודו הסגולי של האדם. מכאן הסיק בית הדין כי אקט שכולל "חדירה אוראלית" צריך להיות מסווג כאונס. ניתן לטעון כי פרשנותו הרחבה של בית המשפט פוגעת בזכויות הנאשם ובעקרון החוקיות. ואולם, לטענתי, אף על פי שבעבר הודרו מעשים אלה מן הכלל, הם מהווים נורמה נחרצת (Jus Cogens). מכאן שהקביעה השיפוטית בפסק דין פורונג'יה היא הצהרה על התנהגות פלילית האסורה על פי הדין הבין-לאומי הפלילי מאז ומעולם, ולא כינון איסור פלילי יש מאין¹³⁸.

מהמקובץ עולה כי ה-ICTY תרם רבות בפסיקתו להטמעת פשעי המין במשפט הבין-לאומי הפלילי כ"פשע נגד האנושות". אולם חרף תרומה זו נותרו פגמים רבים במצב המשפטי בתחום זה שעלולים להוות מכשול לעתיד לבוא. בפועל, מעשי ה"אונס" נידונו גם תחת תבניות עברה נוספות הקיימות בחוקת ה-ICTY, אולם פסקי הדין לא קשרו אותם במישורין לאותן תבניות, כך שבעתיד יהיה קשה להתבסס על פסקי הדין האמורים כתקדימים¹³⁹.

3.2 בית הדין הבין-לאומי הפלילי רואנדה (ICTR)

פשעי מין מזועזעים אירעו לא רק במלחמה ביוגוסלביה. בשנת 1994, נשים ברוואנדה היו נתונות להתעללות מינית ברוטלית כחלק מהמאבק של בני שבט ההוטו בבני שבט הטוטסי¹⁴⁰. גם הפעם הקימה מועצת הביטחון בית דין בין-לאומי פלילי – International Criminal Court Of Ruanda (להלן: "ה-ICTR") – שבו יועמדו לדין האחראים להפרות

- Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch. II, (ICTY, 10 December 1998) 136
(להלן: פסק דין פורונג'יה).
- שם, פס' 174–186. 137
- ראו דיון בטיעון דומה לגבי הקמת ה-IMT וה-IMTFE, הערות 86 ו-168. לדיון מעניין על המונח *jus cogens* מפרספקטיבה מגדרית ראו: Charlesworth & Chinkin, *The Gender of Jus Cogens*, לעיל ה"ש 31. 138
- Viseur Sellers & Okuizumi, לעיל ה"ש 133, בעמ' 94. 139
- HUMAN RIGHTS WATCH, SHATTERED LIVES: SEXUAL VIOLENCE DURING THE RWANDAN GENOCIDE AND ITS AFTERMATH 1–2 (1996) 140

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

החמורות של המשפט הבין-לאומי ברואנדה, שהתקיימו בין ינואר לדצמבר 1994.¹⁴¹ ממש כמו חוקת ה-ICTY, גם חוקת ה-ICTR הכריזה בסעיף 3(g) על אונס כ"פשע נגד האנושות". תרומתו המשמעותית של בית הדין החדש למשפט הבין-לאומי מתבטאת בכך שסעיף 4 לאמנת ה-ICTR הרחיב את סמכות בית הדין ונקב מפורשות בעברת האונס כאחת העברות מתוך רשימת ההפרות המשותפות בסעיף 3 לאמנת ז'נבה ולפרוטוקול 2. על ידי השימוש במילה "הפרות" (breaches) ולא "הפרות חמורות" (grave breaches), אפשרה חוקת ה-ICTR לבית הדין לא לעסוק בהבדל בין הפרות להפרות חמורות ולהוסיף בדרך זו עברות בנות תביעה. אם כן, סמכות ה-ICTR, בניגוד ל-ICTY, השתרעה מפורשות על עברת האונס בזיקה לאמנת ז'נבה.

התוצאה היא שעברת האונס שודרגה מבחינה פרוצדורלית, דהיינו נכללה בצמרת הפשעים הפליליים. אולם מבחינה מהותית היא נותרה קשורה בתפיסה של אמנת ז'נבה, על לשון ה"כבוד" הבעייתית שטבועה בה¹⁴².

עם הקמת בית הדין החלו להיערם דו"חות שמתעדים את מעשי האונס ההמוניים כנשק במלחמה הגזעית והמגדרית ברואנדה. אולם דבר לא נעשה לשם העמדת הפושעים לדין¹⁴³. רק תיקים מעטים מסך כל התיקים אשר התנהלו ב-ICTR דנו בפשעי מין במלחמה. אולם תקדים אחד משמעותי שנפסק בעניין ז'אן-פול אקייסו (Jean-Paul Akayesu) פרץ את הדרך והרחיב את האפשרות של הקהילה הבין-לאומית לתבוע פושעי מין במלחמה¹⁴⁴.

בכתב האישום המקורי נגד אקייסו לא נכללו האשמות של "אונס" או כל התעללות מינית אחרת. ואולם עדויות העדים במשפט והדו"חות האמינים שהוגשו לעיונו של בית המשפט, בתוספת לחץ פוליטי מכמה ארגוני זכויות אדם, עודדו חקירה נוספת שהובילה, בסופו של דבר, לכתב אישום שכלל אישומים בגין אלימות מינית. בעיצומו של המשפט העידה אחת העדות על האונס הקבוצתי שהתבצע בבתה בת השש, ומיד לאחריה עלתה עדה שהעידה כי היא עצמה נאנסה וכי הייתה עדה לאונס של נשים רבות אחרות. למרבה המזל, נמנתה השופטת פיליי (Judge Navanethen Pillay), השופטת היחידה מבין שופטי ה-ICTR, עם שלושת השופטים שמונו לשבת במותב זה. בשל ניסיונה הרב באלימות מגדרית ובמשפט בין-לאומי הורתה השופטת פיליי לתחקר את העדות בקשר לפשעים אלה, על בסיס ההערכה שאין מדובר במקרים בודדים של אונס. השופטים הנחו את התביעה להמשיך

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 November 1994, UN Doc. 141
S/RES/955 (להלן: "חוקת ה-ICTR").

דנתי בבעייתיות לשון ה"כבוד" בפרק זה לעיל (תת-פרק: 2. עידן הכבוד). 142

Kalosiéh, לעיל ה"ש 105, בעמ' 123. 143

Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Trial 144
Chamber I (2/9/1998). (להלן: פסק דין אקייסו).

את החקירה לגבי פשעי המין שהתבצעו במסכת האירועים שמיוחסת לנאשם, והורו שאם תמצא התביעה שאכן בוצעו פשעי המין שמיוחסים לנאשם, עליה לתקן את כתב האישום נגדו¹⁴⁵.

כתב האישום המקורי אכן תוקן בשנת 1997, והוסף בו סעיף אישום שהתייחס להתעללות מינית כאקט של "רצח עם", כ"פשע נגד האנושות" וכהפרת סעיף 3 של אמנת ז'נבה (פגיעה בכבודו של אדם, בעיקר על ידי אינוס ויחס משפיל)¹⁴⁶.

אקייסו נמצא אשם בהתעללות מינית, אשר עלתה כדי "רצח עם"¹⁴⁷. בית הדין מצא כי: (א) מעשי האונס בוצעו מתוך כוונה להרוס את בני שבט הטוטסי פיזית ומנטלית כקבוצה; (ב) בעקבות מעשי האונס נשים ונערות רבות מתו מפצעייהן ונרצחו. מכאן קבע בית הדין כי מעשים אלה מהווים פשע בין-לאומי חמור של "רצח עם". כמו כן, בית הדין מצא את אקייסו אשם בביצוע מעשי אונס ועירום כפוי כמעשים בלתי-אנושיים שמהווים "פשע נגד האנושות".

פסק דין זה חיזק משמעותית את האפשרות להעמיד לדין פושעים בגין עברות מין במלחמה. החיזוק התבטא לא רק בכך שבפעם הראשונה הוכר במשפט הבין-לאומי "אונס" כצורה של "רצח עם", אלא אף בכך שהייתה זו הפעם הראשונה שטריבונל בין-לאומי הכיר באפשרות של הרשעת פושע מין בין-לאומי בעברת האונס וכן בעברות מין נוספות אשר גרמו לקרבנות לנזק נפשי, ולא רק לנזק פיזי¹⁴⁸. נוסף על כך, הכיר בית הדין בפסק דין זה בהשפעת הפשעים המגדריים על משפחות הקרובן, על קהילותו, על כל הקבוצות הקשורות בסכסוך ועל הציבור בכללותו¹⁴⁹. ועם כל זאת, ה-ICTR לא עשה די. למרות אלפי העדויות והדו"חות שתיעדו אין ספור פשעי מין, מספר הפושעים אשר הועמדו לדין בגין עברות מין היה ועודנו זעום. זוהי בעיה מטרידה.

למרות ההישגים החשובים אשר נמנו לעיל, לא נחסכה ביקורת מה-ICTR על כך שלא ערך חקירות ראיות, ונמנע מתיקון כתבי אישום בכל הנוגע לעברות מין בעת עימות מזוין.

145 ראו: Jean-Paul Akayesu Faces New Charges of Sexual Violence, ICTR/INFO-9-2-059; Kelly Dawn Askin, *A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003*, 11 HUM. RTS. BR. 16, 17 (2004); Richard J. Goldstone, *Prosecuting Rape as a War Crime*, 34 CASE W. RES. J. INT'L L. 277, 282 (2002); Halley, *Rape at Rome*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 15-16.

146 Human Rights Watch, *World Report 1999*, WOMEN'S HUM. RTS. 441 (1998).

147 פסק דין אקייסו, לעיל ה"ש 144, בפסקה 734.

148 Campanaro, לעיל ה"ש 87, בעמ' 2671.

149 כאמור, ההכרה הבין-לאומית בפשעי המין ככלי מלחמה וטרור מצאה ביטוי לאחרונה בהחלטה 1820 של מועצת הביטחון, לעיל ה"ש 24.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבינ-לאומי הפלילי

על מנת להתמודד עם האתגר שבפניו, חייב היה ה-ICTR לשלב בחקירותיו אספקטים מגדריים וטיפוליים, אך הוא לא עשה כן¹⁵⁰.

במילים אחרות, אותה השקפה גילגנית אשר חלחלה ב-ICTY, לא מצאה את מקומה ב-ICTR. ייתכן שהיה מקום למנות יותר נשים בעלות הכשרה טיפולית בקרבנות עבריינות מין, כחוקרות וכמתרגמות לצורך הראיונות עם קרבנות פשעי המין. נוסף על כך, ה-ICTR היה צריך לנקוט צעדים שיבטיחו הגנה על הקרבנות ועל העדים לפני המשפט, במשפט עצמו ולאחריו, גם כאשר הן תחזורנה לכפריהן.

באופן כללי יותר, צ'רלסוורת ביקרה את חוקות ה-ICTY וה-ICTR גם יחד על כך שאפשרו להאשים בעברת האונס רק במקום שבו הייתה התקפה שיטתית או נרחבת. בהמשך לכך, היא תקפה את פסק דין אקייסו על קביעתו שעברות האונס שהתבצעו הן הפרה

ה-IHL ומהוות "רצח עם" רק מהפן של "הרס הקהילה". לשיטתה, קביעה זו איננה נותנת ביטוי לרובד נוסף וחשוב, הרובד המגדרי¹⁵¹.

לסיכום, שני הטריבונלים הבינ-לאומיים אשר הוקמו על פי סמכותה של מועצת הביטחון, צעדו צעדים חשובים קדימה בנוגע להכרה בפשעי מין במשפט הבינ-לאומי הפלילי, אך הדרך עדיין לא הושלמה והיא איננה נטולת פגמים. נוסף על כך, יש לזכור שסמכותם של בתי הדין הפליליים הללו הייתה מוגבלת בזמן ובטריטוריה¹⁵².

גיבוש הבנות לגבי המשפט הבינ-לאומי הפלילי בכלל התבצע בשנת 1998, בעת שאמנת רומא נוסחה. אמנת רומא, שמכוחה קם בית הדין הבינ-לאומי הפלילי הקבוע (ICC), מביאה לידי ביטוי את הניסיון המשפטי המצטבר של הטריבונלים שהוקמו אד-הוק.

3.3 בית הדין הבינ-לאומי הפלילי (ICC) – סטטוס קוו חדש

ה-ICC הוקם מכוח אמנת רומא, שמייצגת כיום קונצנזוס רחב של 113 מדינות בעולם. אמנה זו נחשבת לקודקס בין-לאומי פלילי מודרני – קודקס שיצר סטטוס קוו חדש. על כן, חשוב מאוד לבחון מהי תרומתו של מהלך זה לפשעי מין בעת עימות.

150 Human Rights Watch, לעיל ה"ש 146, בעמ' 94–95.

151 Charlesworth, *Feminist Methods in International Law*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 387.

152 מנדט ה-ICTY מוגבל לפשעים אשר בוצעו רק לאחר האחד בינואר 1991 בשטחי יוגוסלביה לשעבר בלבד (ס' 8 ו-9 לחוקת ה-ICTY, לעיל ה"ש 124), ואילו ה-ICTR הוסמך לשפוט פשעים שהתבצעו במהלך 1994 בלבד ברואנדה ועל ידי אזרחים רואנדים במדינות אחרות (ס' 1 לחוקת ה-ICTR, לעיל ה"ש 141). ראו: Marcus R. Mumford, *Building upon a Foundation of Sand: A Commentary on the International Criminal Court Treaty Conference*, 8 MICH. ST. U.-DCL J. INT'L L. & PRAC. 151, 165 (1999).

במהלך כל התקופה שבה עבדו על ניסוח טיוטת החוקה, התקיימו דיונים סוערים בסוגיות המגדריות¹⁵³. הנוסחה הסופית של הטיוטה אכן נותנת ביטוי לכמה ניצחונות שהושגו בתחום ההכרה בפשעי מין כפשעים במישור הבין-לאומי. אולם המסמך הסופי, כפי שאפרט בהמשך, כלל גם כמות לא מבוטלת של כישלונות בהתמודדות עם נושאים שדורשים התייחסות עתידית.

על פי סעיף 5 לאמנת רומא, סמכות השיפוט של ה-ICC משתרעת על הפשעים הבאים: "רצח עם", "פשע מלחמה", "פשע נגד האנושות" ו"פשע התוקפנות". סעיפים 7 ו-8 לאמנת רומא קובעים את היסודות של תבנית העברות: "פשעים נגד האנושות" ו"פשעי מלחמה", בהתאמה, כוללים בין היתר גם התייחסות מפורשת לפשעי מין ונוקבים ברשימת עברות מין: אונס, שעבוד מיני, זנות כפויה, עיבור כפוי, עיקור כפוי וכל אלימות מינית אחרת בעלת משקל דומה.

אם כן, אמנת רומא ממשיכה את העידן השלישי, העידן החדש. היא נוקבת מפורשות ברשימה של עברות מין אשר מהוות "פשעי מלחמה" ו"פשעים נגד האנושות". בעקבות לקחי קודמותיה, סעיפי אמנת רומא כוללים דרישה מהמדינות החברות להביא בחשבון את הצורך בייצוג הולם של נשים וגברים כשופטים. כמו כן, אמנת רומא מכירה בצורך שתהא לשופטים הכשרה בנושאים מסוימים שכוללים בין היתר אלימות נגד נשים וילדים¹⁵⁴. האמנה מגדירה מפורשות את מעשי האונס כאסורים, הן בסכסוכים לאומיים והן בסכסוכים בין-לאומיים¹⁵⁵, וקובעת כללי פרוצדורה ראויים וחשובים באשר להעדת קרבנות עברות מין.

נוסף על כך, בעקבות ה-ICTY וה-ICTR, חוקת ה-ICC מורה על הקמתה של יחידת קרבנות ועדים, אשר נועדה לספק הגנה, ביטחון, ייעוץ ועזרה לקרבנות ולעדים¹⁵⁶. יתר על כן, האמנה דורשת כי יחידה זו תאויש במומחים בתחום הייעוץ והסיוע לנפגעי תקיפה מינית ותקיפה מגדרית¹⁵⁷. לבסוף, האמנה מורה לבית הדין לנקוט את האמצעים המתאימים, כגון חריגה מעקרון הפומביות, בשם הדאגה לכבודם ולפרטיותם של עדים וקרבנות, כאשר עסקינן באלימות מינית ומגדרית¹⁵⁸.

153 Campanaro, לעיל ה"ש 87, בעמ' 2560.

154 ס' 36(8)(a)(iii) ו-38(8)(b) לאמנת רומא, לעיל ה"ש 10.

155 שם, ס' 8e(6).

156 שם, ס' 43(6).

157 שם, ס' 42(9). יש לשים לב להפרדה בין שני סוגי עברות: עברה מינית ועברה מגדרית. ייתכן שניתן לראות בכך ראשיתה של הכרה בכך שבעברות מין גלומה עברה נוספת שיש להתמחות בה. דהיינו, עסקינן לא רק בעברות מין כחלק מאלימות בין-גזעית-אתנית, אלא גם כחלק מאלימות בין-מגדרית, שלה אני טוענת במאמרי זה. ראו לעניין זה לעיל ה"ש 5, 167.

158 ס' 68(1) לאמנת רומא, לעיל ה"ש 10. פעם נוספת הפרדה בין שני סוגי העברות.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

התקדמות נוספת שבאה לידי ביטוי באמנת רומא בנוגע לסוגיית המגדר היא הוראת סעיף 7(1)(h), אשר קובעת ברורות כי רדיפה על רקע מגדרי מהווה "פשע נגד האנושות". הכללת "מגדר" ברשימה זו מכירה בכך שקבוצות הנשים או הגברים עשויות להיות נרדפות, שיש לקבוצות אלו צרכים ודאגות מיוחדים להן, אשר חייבים לבוא לידי ביטוי במשפט הבין-לאומי.

3.4 לקראת עידן חדש?

לצד יתרונותיה הרבים וחידושיה המשפטיים, בחרה אמנת רומא להתעלם מהלכות חשובות רבות שנפסקו בבתי הדין הבין-לאומיים ביוגוסלביה וברואנדה. לפי האמנה, פשעי מין אינם מהווים "רצח עם" או "הפרה חמורה של אמנות ז'נבה". "הפרה חמורה של אמנות ז'נבה" מופיעה תחת הסעיף של "פשעי המלחמה", אך אינה כוללת במפורש פשעי מין¹⁵⁹. נוסף על כך, רשימת עברות המין אינה מפורטת, ולא ניתן להבינה ללא פרשנות עתידית. כך, למשל, נשאלות השאלות: האם עירום כפוי מהווה תקיפה מינית? מהם יסודותיה של עברת האונס על פי אמנה זו? חסר זה בולט בהשוואה למונחים אחרים שאמנת רומא להגדרים במפורש, כמו המונח "מגדר" אשר פורש כ"זכר ונקבה" או עברת "העיבור הכפוי", אשר הוגדרה ככזו שתכליתה השפעה על היחס האתני¹⁶⁰.

אכן, עידן חדש כבר החל, עידן שבו פשעי מין מוכרים כפגיעה פיזית ונפשית, עידן שבו הטיפול המיוחד בקרבנות של עברות המין הוא חלק מן החוק הבין-לאומי¹⁶¹. אמנת רומא

159 שם, ס' 8(a). אמנת רומא בחרה לאמץ את הנוסח המקורי של אמנת ז'נבה ולא את הנוסח המחודש כפי שהופיע, למשל, באמנת ה-ICTR אשר כללה מפורשות את עברת האונס כהפרה של אמנת ז'נבה.

160 אמנת רומא, שם, ס' 7(2)(f) ו-7(3). גם כאן באה לידי ביטוי מחשבה גזעית, קבוצתית וגברית. שכן, מדוע יש לבחון מהי מטרת העיבור הכפוי? האם עיבור כפוי כשלעצמו מתוך תאוה גברית לשליטה והכפפה אין בו די? אציין כי מונחים אלה פורשו במסמך המכונה "Elements of Crime". מסמך זה פורסם על ידי ה-ICC בהתאם לס' 9 לאמנת רומא. מסמך זה מפרט את יסודות הפשע שנדרש להוכיחם לצורך הרשעה, על פי כל אחת מתבניות העברה המעוגנות בס' 6-8 לאמנת רומא, 2 November 2000, Finalized Draft Text of the Elements of Crime, PCNICC/2000/1/Add.2.

161 הדין על התפתחות הדין הבין-לאומי לא יהיה שלם ללא אזכור בתי הדין המעורבים (Hibrid/Mixed Court). בבתי דין אלה לצד שופטים בין-לאומיים יושבים גם שופטים מהמדינות שבהן בוצעו הפשעים, והשימוש בדין הבין-לאומי נעשה במקביל לדין הלאומי. עד כה הוקמו חמישה כאלה: בקמבודיה, בסיירה לאון, במזרח טימור, בקוסובו ובלבנון. ראו לעניין זה עמיחי כהן "המשפט הבינלאומי הפלילי" **משפט בינלאומי** 347, 364-366 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2010); ANTONIO CASSESE, THE ROLE OF INTERNATIONALIZED COURTS AND TRIBUNALS IN THE FIGHT AGAINST INTERNATIONAL CRIMINALITY IN

מכירה במפורש בפשעים מגדריים ויוצקת את עברות המין לתוך חלק מתבניות העברה המסורתיות הקיימות. ואולם האם זהו השינוי שייחלנו לו בתחילת מסענו?

ד. קשירת קצוות – סיכום ומסקנות

“אני רוצה שתשאל את האיש הזה משהו”. אמר באבא. הוא אמר את זה לכארים, אבל הסתכל היישר בקצין הרוסי. “תשאל אותו איפה הבושה שלו”.

הם דיברו. “הוא אמר שזו מלחמה. שבמלחמה אין בושה”.

“תגיד לו שהוא טועה. המלחמה לא סותרת הגינות. דווקא בתקופת מלחמה נדרשת הגינות, יותר מאשר בימי שלום”.

חאלד חוסייני רודף העפיפונים 108 (צילה אלעזר מתרגמת, 2004).

1. חלק מפשע קיים או תבנית עברה נפרדת?

אמנת ה-ICC אכן תורמת להסרת החסינות ההיסטורית שהמשפט הבין-לאומי העניק לעברייני המין. ואולם בהתקדמות זו לא די. הקשיים שמתגלים בהסדר המשפטי הקיים לפי אמנת רומא, נובעים מהמלאכותיות שנקט המשפט הבין-לאומי הפלילי בניסיונות להתאים את פשעי המין על מאפייניהם הייחודיים לתבניות העברה הקיימות¹⁶². המאבק להכללתן של עברות המין במסגרת תבניות העברה המסורתיות שקיימות במשפט הבין-לאומי מזה עידן ועידנים, מטשטש את אופיין המיוחד. מאבק זה מתאר אותן כעברות אלימות גרידא, או ליתר דיוק כעברות אלימות שהוצאו בעבר מן הכלל, במילותיו של אגמבן¹⁶³, וכעת מוכרות מחדש כדוגמה אחת מני רבות במאגר העברות האלימות הקיימות. דא עקא

INTERNATIONALIZED CRIMINAL COURTS: SIERRA LEONE, EAST TIMOR, KOSOVO AND CAMBODIA 3, 35 (2004).

HILARY CHARLESWORTH & CHRISTINE CHINKIN, THE BOUNDARIES OF INTERNATIONAL LAW: A FEMINIST ANALYSIS 192, 335 (2000).

163 אגמבן, לעיל ה"ש 2. אגמבן דן באדם המופקר, המוחרג מן הכלל, כך שלמעשה הפגיעה בו חסינה. טענתי היא שהחרגת עברות המין מתוך החוק הפלילי – הוצאתן מן הכלל – מתירה את גופן של הקרבנות. החרגת עברות המין בעבר, וההסדר הלוקה בחסר בהווה, מפקירים את קרבנות עברות המין בחסות הדין.

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

שתבניות העברה שנהגו על ידי גברים וכוונו על ידי עיניים גבריות, צרות מלהכיל את מורכבותן של עברות אלה.

האונס הוא גם פשע אלים וגם פשע מיני¹⁶⁴. אלים – במובן הפיזי של המילה; ומגדרי – בהיותו חלק מן ההכפפה החברתית של נשים הקיימת ממילא. בזמן סכסוך, הדין הלאומי מעולם לא היה רלוונטי, והדין הבין-לאומי לא התייחס לעברות המין. בהמשך, הדין הבין-לאומי התייחס לעברות מין כפשעים נגד הכבוד תוך התעלמות משני המרכיבים של פיזיות ומיניות. לבסוף, בשלב ההתפתחות הנוכחי שלו, הדין הבין-לאומי מיקם את פשעי המין במסגרת תבניות העברה האלימות הקיימות, ובכך העלים את השכבה השנייה – השכבה המגדרית. על כן, ההכרה בפשעי מין באמנת רומא במסגרת עברות האלימות הקיימות לא נתנה פתרון מלא לבעיה, משום שהיא המשיכה להתעלם מן הרובד המגדרי של עברות אלה. יציקת פשעי האלימות המינית אל תוך תבניות העברה הקיימות משווה את האונס לפשעים בין-לאומיים אחרים. אכן, אונס הוא פשע בין-לאומי אלים, אך הוא מקפל בחובו שכבה נוספת – בהיותו כלי להכפפה נשית, לסיפוק מיני, להעצמה גברית ולהנצחת השלטון הגברי על המגדר הנשי.

האלי מבקרת את השיח הפמיניסטי ביחס לפשעי מין במלחמה וטוענת כי במלחמה גם גברים מעונים ונרצחים, ולא רק נשים¹⁶⁵. אני גורסת: לא מדויק. נשים מעונות ונרצחות וגם נאנסות. הן נרצחות ומעונות כאויב, והן מעונות ונאנסות כנשים. הדואליות נמשכת. מסקנתי היא אחת: יש להעניש על שניים – גם על הרצח והעינוי וגם על האונס. גברים אינם מעונים אך בשל מגדרם, הם מעונים בשל לאומיותם. נשים מעונות לא רק בשל צבען או השקפתן הפוליטית. נשים, משני צדי המתרס, מעונות ונאנסות בשל היותן נשים. כפי שפירטתי בפרק השני לעיל, האלי מצדדת בנרטיב של אמנות ז'נבה¹⁶⁶. לדידה, אמנות ז'נבה מגנות על נשים כבנות אנוש ומוסיפות לכך הגנה נוספת שמקורה בדאגה כנה לשלומן. אם כך, ועל בסיס אותו היגיון, יש לקרוא לה לתמוך בהגנה הכפולה שמוצעת כאן. מטרתה של הגנה כפולה זו אינה לבטל את ההגנה שמוענקת לגברים, אלא להעניק מקלט משפטי ראוי ומותאם לקרבנות שהודרו עד כה.

ההתייחסות לאונס כאל עברת אלימות ולא כאל עברה מגדרית מתעלמת מן המציאות החברתית שבה אינוס מבוצע בעיקר בידי גברים ונגד נשים. ככזה, הוא אמנם תופעת אלימות, אך אלימות מסוג מסוים מאוד¹⁶⁷.

164 Halley, *Rape at Rome*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 58–59.

165 שם, בעמ' 86.

166 שם, בעמ' 61.

167 קמיר כבוד אדם וחזה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 161. ראו לעניין זה גם לעיל ה"ש 5, 57.

ההכרה בפשעי מין כפשעים בין-לאומיים נפרדים תשרטט קו אדום ברור, האוסר עברות אלה בעתות שלום ובעתות עימות כאחד. אכן, יציקת פשעי האלימות המינית אל תוך כל תבניות העברה הקיימות תשווה את פשע האונס לפשעים בין-לאומיים אחרים, שלב חשוב כשלעצמו – אך אין בו די. רק שבירת הדיכוטומיה הגברית תחשוף את השכבה השנייה – השכבה המגדרית, ולשם כך יש להכיר בפשע בין-לאומי חדש, שיענה לצרכים המיוחדים של עברה זו ויצליח לעגן ולאכוף את כל היבטיה האלימים, המיניים והמגדריים כאחד¹⁶⁸.

2. עברות מין כעברה בין-לאומית נפרדת

עברה בין-לאומית חדשה אשר תאסור פשעי מין חייבת לענות על כל החסרונות בהסדר המשפטי הקיים כיום. אנסה לעמוד על חלק מהדגשים שצריכים לעמוד לנגד עיני המחוקק הבין-לאומי בבואו לחוקק, ולצקת תוכן בתבנית עברה חדשה של "פשעי מין ומגדר"¹⁶⁹. ראשית, העברה החדשה צריכה להיות עיוורת לגזע, לדת, לנטייה מינית, לשיוך פוליטי או אזרחי וכמובן למגדר הקרבן. במילים אחרות, תבנית העברה צריכה לכוון למכנה משותף אנושי רחב ככל האפשר, שיכלול כל בן או בת של אוכלוסיית העולם ("any population"). כל זאת, משום שאמנם ברובם המכריע של פשעי המין הקרבנות הן נשים, עדיין קיימים פשעי מין המבוצעים בקרבנות גברים. בכך תובחן תבנית העברה החדשה מתבנית העברה של "פשעים נגד האנושות" המגנה על אוכלוסייה אזרחית ("any civilian population")¹⁷⁰. שנית, עברה זו צריכה לחול לא רק בעת עימות מזוין בין-לאומי או לאומי, אלא, כמו עברות "רצח העם" ו"פשעים נגד האנושות", לחול גם בזמן שלום¹⁷¹. כאשר מדובר בפשעי מין שאינם זוכים למענה של השלטון הפנימי, על המשפט הבין-לאומי להתערב. במקום שבו בחסות השלטון או המזג הפוליטי מודרים פשעי המין מן הכלל, על המשפט הבין-

168 זו גם תהא התשובה הנכונה לטענה כי הכנסתם של עברות האונס ופשעי המין האחרים לתוך תבנית העברה "רצח עם", למשל, מכפיפה את הפמיניזם ללאומיות, תוך טשטוש העובדה שאונס מתרחש משני צדי המתרחס. ראו: Engle, לעיל ה"ש 37, בעמ' 778. יתרה מכך, תבנית עברה ברורה אף תהווה התשובה לכל אלה הדואגים לזכויות הנאשמים, המצביעים על הבעייתיות באישום המתבסס על עברה שאיננה כתובה מפורשות, ראו לעניין זה ה"ש 87 ו-138 לעיל.

169 לדיון המלא על כלל הדגשים הנחוצים לבניית תבנית העברה החדשה וכן לנוסח תבנית העברה הסופי, המוצע על ידי ראו: HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES, לעיל ה"ש 1, בעמ' 143-155.

170 ס' 7(1) לאמנת רומא, לעיל ה"ש 10.

171 Halley, Rape at Rome, לעיל ה"ש 11, בעמ' 68. מאזכרת ומצטטת מתוך: The Women's Caucus for Gender Justice in the International Criminal Court Recommendations and Commentary on Crimes against Humanity (March 1998).

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

לאומי להחליט עבור אותו משטר אפל ולהפיל את חומות הפרטי-ציבורי שהיו ממוקמות בעבר בכל מקום. בכך תובחן תבנית עברה זו מתבנית העברה של "פשעי מלחמה". שליטת, הגדרת המעשה המיני האסור צריכה להיות רחבה ככל האפשר. אשמח לאמץ בהקשר זה את פסיקת בית הדין הבין-לאומי בעניין פורונגיה¹⁷², אשר חיזק את ההלכה שלפיה אונס עשוי להיות סוג של עינוי, ואף הציע בפעם הראשונה הגדרה רחבה וברורה לעברת האונס¹⁷³. בית הדין קבע כי מטרת המשפט ההומניטרי היא הגנה על כבודו הסגולי (dignity) של אדם, ללא קשר למגדרו.

ורביעית, כפי שכבר הוסבר לעיל, דרישת השיטתיות שמצויה בתבניות העברה של "פשע מלחמה" ו"פשע נגד האנושות" איננה מתאימה לפשעי מין¹⁷⁴. יש אפוא להכיר בעברת האונס מבלי לדרוש שיטתיות, וזאת כדי להגן על האישה היחידה מפני האלימות המינית והמגדרית שמופנית כלפיה. יתר על כן, ב"פשעי המין" מחוזק הדפוס הפטריארכלי הרחב אשר מפלה ומשעבד את כלל הנשים כמגדר. מכאן, שאונס האישה הבודדת בחסות הקרב איננו מהווה אך פגיעה באישה היחידה, בכבודה ובזכותה לשוויון, אלא גם מחזק את נחיתותן של כלל הנשים. פשעי המין שמבוצעים מתוך דחף גברי, אף אם איננו מחובר לקרב הבין גזעי-אתני שמתחולל, מאלץ כל אישה באשר היא אישה לתפוס עצמה כ"נקבה" מבובן הפטריארכלי של אזרחית סוג ב' ושל אובייקט מיני עבור גברים¹⁷⁵.

3. סיכום ומסקנות

בתבנית העברה החדשה שבה אני מצדדת, תושמטנה דרישת השיטתיות, הקיימת בתבנית העברה של "פשע נגד האנושות", ודרישת נסיבת העימות המזוין, הקיימת בתבנית העברה של "פשע מלחמה". על תבנית העברה החדשה להגן על כל קרבן באשר הוא אדם מפני כל מעשה מיני המבוצע מתוך אדישות לרצונו. זאת, לאור החזקה שבעת עימות, אין בחירתו של אדם לשרוד מהווה "הסכמה". מבחינת היסוד הנפשי, צריך להיות די באדישות לנסיבותיו של המעשה המיני הכפוי¹⁷⁶.

172 פסק דין פורונגיה, לעיל ה"ש 136.

173 שם, פס' 174-186.

174 פרק שני, תת-פרק 3.1. בית הדין ביוגוסלביה. ראו גם: Lehr-Lehnardt, לעיל ה"ש 8, בעמ' 347.

175 ראו קמיר כבוד אדם וחווה, לעיל ה"ש 54, בעמ' 295; קתרין מקינן "מעבר למוסרנות: מגמות בדיני הטרדה מינית" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 41-42, 49-52.

176 סוגיה חשובה, שאיננה מובאת במלואה בשל קוצר היריעה, אך הכרחי ליישבה בעת קביעת מידותיה של תבנית העברה החדשה, היא מה שאני מכנה "חזקת היעדר ההסכמה". כך, למשל,

יהיו שיטענו כי השמטת יסודות השיטתיות, העימות המזוין והכוונה המיוחדת תותר תבנית עברה רחבה מדי. לטענה זו אשיב, כי הריק המשפטי שנוצר באשר לאכיפת הדין על פושעי המין מחייב את התערבות המשפט הבין-לאומי. זוהי תכליתה של סמכות השיפוט האוניברסלית שממנה צמח ה-ICC. סמכות השיפוט האוניברסלית שנולדה במקום שבו ידו של המשפט הלאומי קצרה מלהושיע, במקום שבו נעשה עוול שקהילת העולם מוקיעה, ובלעדיה – אין דין ואין דין.

יתרה מכך, סבורני כי אין לחשוש מרוחב היקף תחולתה של העברה החדשה. תבנית העברה החדשה, לא זו בלבד שתסייע ביצירת נורמה משפטית אחידה, שתוקיע עברות מין ומגדר המושתתות על יחסי כפיפות ושליטה, אלא אף תיצור תמריץ אמיתי לבתי הדין המקומיים ליישם את הדין, לתפוס, לשפוט ולהעניש בגין עברות אלה.

בעיקרו של דבר, הביקורות העיקריות על גישתי מתבטאות בשאלות הבאות: האם תיתכן תבנית עברה בין-לאומית הנעדרת סממנים בין-לאומיים? האם פשע בודד הוא חמור דיו כדי להתדיין במסגרת הדין הבין-לאומי הפלילי? אשיב על שתי השאלות כסדרן.

ראשית, סעיף 5(1) לאמנת רומא, המגדיר את הפשעים שבסמכות בית הדין לשפוט, אינו מגביל את בית הדין לדון רק בפשעים בעלי אופי בין-לאומי, אלא אף מעניק לו סמכות לדון בפשעים המטרידים את הקהילה הבין-לאומית כולה. פשעי המין והמגדר הם פשעים המקפלים בתוכם היסטוריה ארוכה של כפיפות ושליטה בין-מגדרית, ולטענתי, מעצם טבעם הם מהווים נורמה נחרצת. טבעם זה הוא המצדיק את סמכות בית הדין לדון בפשעים אלה. דוגמה לאמירה דומה בהקשר של עברת ה"עינויים" כפשע נפרד, כפי שמכנה אותו אנטוניו קסזה (Cassese)¹⁷⁷, נמצאת בפסק דין פינושה¹⁷⁸. יתרה מכך, אם נבחן כל אחת משלוש התבניות הקיימות בדין הבין-לאומי הפלילי, נגלה, כי למעט כמה חריגים, תבניות העברה אינן דורשות מאפיינים בין-לאומיים! שנית, טבעם של פשעי המין כנורמה נחרצת

קלוסייה ניסתה להבהיר את האבסורד בחיפוש אחר הסכמה בהקשרים מלחמתיים. Kalosieh, לעיל ה"ש 105, בעמ' 122. כיום, אונס נתון לסמכות שיפוט בין-לאומית רק כאשר הוא חלק מעימות מזוין או מהתקפות נרחבות ושיטתיות נגד אוכלוסייה אזרחית. בנסיבות אלה הסכמה אמיתית היא בלתי-אפשרית ממילא. יתרה מכך, יש להתייחס לאונס באותה דרך שבה המשפט הבין-לאומי מתייחס לפשעים כמו עינוי או שעבוד, שבהם התביעה אינה צריכה להוכיח אי-הסכמה. לדיון המלא על סוגיה זו ראו: HAGAY-FREY, SEX AND GENDER CRIMES, לעיל ה"ש 1, בעמ' 44-53, 146-150.

177 CASSESE, לעיל ה"ש 44, בעמ' 150.

178 Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet, House of Lords, 2 I.L.M. 827 [1999]. (להלן: פסק דין פינושה).

על הדרה ופשעים יוצאים מן הכלל: פשעי מין, מגדר והמשפט הבין-לאומי הפלילי

צריך לשמש בסיס מספיק לשיפוט הבין-לאומי בגינם, בין שנעשו כמעשה בודד ובין שבוצעו כחלק ממתקפה שיטתית¹⁷⁹.

אבקש להבהיר: תבנית העברה החדשה שאני מציעה אינה מכוונת לחול בראש ובראשונה בנוגע לפשע המין הבודד שעשוי להתבצע מתוך יחסי כפיפות ושליטה במסגרת המדינה. בנסיבות אלה, ראוי שתופעל, קודם כול, מערכת המשפט המדינתית. בין השאר, משום שבניגוד לטריבונלים בין-לאומיים פליליים קודמים, ל-ICC סמכות משלימה בלבד. במרוץ הסמכויות אחר סמכות השיפוט, בתי הדין המדינתיים נהנים מקדימות¹⁸⁰. ואולם, אם הדין הפנימי יבחר לשתוק, או לחלופין מערכת אכיפת החוק המקומית תעלים עין מפשעי המין והמגדר, אזי התוצאה של שיפוט פלילי בין-לאומי היא ראויה בעיניי. במילים אחרות, מקום שבו פשעי המין והמגדר מבוצעים בחסותו הפסיבית של הדין המקומי, על הקהילה הבין-לאומית לשובור את הדיכוטומיה האנכרוניסטית של פרטי-ציבורי ושל מדיני-בין-לאומי, ולעשות מעשה.

איני טוענת כי פשעים נגד נשים הם חמורים יותר מפשעים אחרים, אלא שלכל פשע יש מאפיינים וייחוד. טענתי איננה שיש להעלות את האונס לראש רשימת העברות, אלא שיש להתאים לפשעי המין והמגדר תבנית עברה שתתאים למידותיהם ולהעמיד את עברת האונס לצד העברות החמורות הקיימות.

תבנית עברה חדשה תכניס את פשעי המין לגדרו של הכלל בכך שתאפשר הגנה מלאה מפני פשעי מין במשפט הבין-לאומי. היא אף תאפשר תיאום עמדות משפטי בין-לאומי אשר יסייע ביציקת תוכן ראוי לעברת האונס בתוך המשפט הפנימי בכל מדינה ומדינה, ותתמרץ את המשפט המדינתי לפעול לאכפה¹⁸¹.

179 כך קבע, למשל, באשר לפשע העינויים השופט לורד הוטון (Lord Hutton) מבית הלורדים. לורד הוטון היה שותף לדעת הרוב בפסק דין **פינושה**, וקבע כי אפילו פשע בודד של עינויים המבוצע על ידי גורם רשמי מהווה פשע בין-לאומי.

180 על היות סמכות השיפוט של ה-ICC סמכות משלימה ניתן ללמוד כבר מס' 1 לאמנת רומא, לעיל ה"ש 10, וכן מס' 10, 15, 17, 18 ו-19 לאמנת רומא. ראו: CASSESE, לעיל ה"ש 44, בעמ' 342-346.

181 על השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט הפנימי ראו למשל: Gerald L. Neuman, *International Law as a Resource in Constitutional Interpretation*, 30 HARV. J. L. & PUB. POL. 177 (2006); Gerald L. Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, 98 AM. J. INT'L L. 82 (2004); Percy E. Corbett, *Quincy Wright's Contribution to International Law*, 14 J. CONFLICT RESOLUTION 465, 466 (1970); ROBERT O. KEOHANE, STEPHEN MACEDO & ANDREW MORAVCSIK, *DEMOCRACY-ENHANCING MULTILATERALISM* (I.I.L.J. Working Paper no. 2007/4, 2007).

הגבריות הבלתי-מעוררת של שדה הקרב, אי-מעורבותן של נשים בהחלטה לפתוח בעימות מזוין, מספר הנשים המזערי בענפי המשפט הביין-לאומי, ההשתתפות הבלעדית כמעט של גברים כמחוקקים וכשופטים במשפט הביין-לאומי, הדירו בעבר את עברות המין מהכלל ותרמו לכישלון המשפט הביין-לאומי לטפל בעניינן של נשים, הנציחו את נחיתותן ומנעו סיוע בנושאים שקשורים לנשים.

הגיעה העת להתגייסות משפטית בין-לאומית אשר תוקיע את העיבור הכפוי, את האונס ואת ההתעללות המינית, כפי שבעבר דאגה הקהילה הביין-לאומית להתגייס ולהוקיע פשעים בלתי-נסבלים אחרים: עינויים, חטיפת מטוסים וטרור. שילוב נשים שופטות ומומחים למגדר מפרה את השיח הביין-לאומי וצובע שתיקות. הכנסת מונחים משפטיים חדשים ותבנית עברה חדשה יאפשרו לדין הביין-לאומי להתחמש בכלים הולמים יותר במאבק נגד פשעי המין והמגדר. על הדין הביין-לאומי לעשות כן לא רק מפני שמדובר בעברות חמורות ומחרידות, אלא גם משום שהדרך היעילה היחידה להילחם בעברות המין היא התגייסות חברתית כוללת לקעקוע התפיסות החברתיות המעוותות, שהולידו את ההכפפה המגדרית.