

# כולם מדברים על צדק, אף אחד לא מדבר על שלום\*\*:

## על מקומו של המשפט הפלילי בתהליכים מעבריים

מייקל בן-דוד \*

- א. מבוא
  - ב. הפרדיגמה הלגליסטית בצדק המעברי: ראייה ביקורתית
  - ג. חלופות ליישום של הצדק המעברי
    1. המשפט בתהליך המעברי – מודלים אפשריים
      - 1.1 חנינה/ חסינות
      - 1.2 ועדת חקירה/ועדת אמת
      - 1.3 צעדים לבר-שיפוטיים/ פלייליים
      - 1.4 משפט פלילי
    2. הקריטריונים ליישום החלופה הפלילית
      - 2.1 אופי התהליך המעברי
      - 2.2 היקף המעורבות בהפרות זכויות האדם
      - 2.3 הסכסוך כסכסוך אתני
      - 2.4 מעורבות בינלאומית מול תהליך פנימי
  - ד. מקרה מבחן: הטריבונל המיוחד בעירק
  - ה. סיכום
- \* שופט בית המשפט הצבאי יהודה ולשעבר ראש המדור הבינלאומי במחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית. מרצה למשפט בינלאומי במכללה לפיקוד טקטי שתחת האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר היה חבר במשלחת ישראל לוועדה המכינה ולאסיפת המדינות החברות של בית הדין הבינלאומי הפלילי בשנים 2001–2003. הדעות המובעות ברשימה זו הן של המחבר בלבד ואינן משקפות עמדות רשמיות של צה"ל או של מדינת ישראל. מוקדש באהבה לזכרו של אבי, רן, שאת המימרה "האמת והשלום אהבו" (זכריה ח, 19) גילם בחייו, במלאות חמש שנים למותו. תודתי נתונה למר וורן ויינברג, על סיועו הרב בהכנת רשימה זו. כמו כן, תודתי לדר' יובל שני, ד"ר אייל גרוס, ד"ר גבריאלה בלוס, לחברי מערכת כתב העת "המשפט" ולקוראים האנונימיים על הערותיהם המועילות. טעויות, ככל שתמצאנה, שלי הן.
- \*\* פראפראזה על מילות השיר של דני ניב (מוקי) "מדברים על שלום": "כולם מדברים על שלום, אף אחד לא מדבר על צדק".

## א. מבוא

ההתייחסות לפשעיו של משטר קודם כלפי אזרחיו או להפרות קשות של זכויות האדם במסגרת מלחמת אזרחים היא מן הבעיות המציבות אתגר משמעותי ביותר לחברות שמצויות בתהליכים "מעבריים" (Transition) בין משטרים מדכאים או מלחמות פנימיות לבין דמוקרטיה. הנטייה הטבעית היא לדרוש להעמיד לדין את מבצעי העברות ולכונן עמם חשבון על פשעיהם. אכן, המאבק נגד ה"חסינות מעונש" (Impunity)<sup>1</sup> עומד במוקד פעילותם של "ארגונים אל-ממשלתיים" (Non Governmental Organizations) רבים העוסקים בזכויות האדם. עם זאת, נשאלת השאלה אם חלופה זו, של העמדה לדין של מבצעי העברות היא בהכרח הטובה ביותר? האם ייתכנו מצבים שבהם תעדיף המדינה שלא לפעול במסגרת המשפט הפלילי, אם משום שמבצעי העברות אינם מצויים כלל בשטחה של המדינה, אם משום שנוח יותר לשלטון החדש "להשאיר את העבר מאחור" ואם משום שקיימת הערכה שהשימוש באמצעי מעברי אחר יניב תוצאות טובות יותר? יתרה מכך, האם קיימת לגיטימציה לבחירה כזו? חלופות לשימוש במשפט הפלילי במסגרת החברה המעברית קיימות בדמותן של "ועדות אמת ופיוס" (Truth and Reconciliation Commission) (להלן: "ועדת חקירה" או "TRC"), חנינה, ויישומן של חלופות לבר משפטיות מגוונות, כגון מניעת ההשתתפות בשלטון, סנקציות בתר-פליליות או פתרונות פוליטיים אחרים.<sup>2</sup>

ברם, אחד מהתהליכים הבולטים בעשורים האחרונים הוא תהליך היורדיזציה העובר על החברה המודרנית. תהליך זה לא פסח על הפוליטיקה של חילופי השלטון. ואכן, גלי הדמוקרטיזציה ששטפו את אמריקה הלטינית בשנות השמונים של המאה הקודמת, כמו אלו ששטפו את מזרח אירופה ודרום אפריקה כעבור עשור, העלו את שאלת הצדק המעברי לראש סדר היום המשפטי הבינלאומי. הדיון בסוגיות אלו התמקד, בעיקר, בגיבוש הפרדיגמה הלגליסטית, שעיקרה החובה להעמיד לדין את מפרי זכויות האדם. אכן, המלחמה ביוגוסלביה לשעבר וטבח

1 חסינות זו מוגדרת על ידי לואי ג'וינה (Joinet), הדוח המיוחד של האו"ם לעניין החסינות מעונש, כדלקמן: *"Impunity" means the impossibility, de jure or de facto, of bringing the perpetrators of human rights violations to account — whether in criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings — since they are not subject to any inquiry that might lead to them being accused, arrested, tried and, if found guilty, convicted*" (ההדגשות שלי — מ.ב.). ראו דו"ח מיום 20 ביוני, 1996: The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees "Question of the Impunity of Perpetrators of Violations of Human Rights (civil and political rights)" E/CN.4/Sub.2/1996/18 annex II art. II(A) [<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/54dfd5f8fabbab53802566aa003e1155?Opendocument>] (להלן: "דו"ח ג'וינה" או "Joinet Report"). (last visited on 17.9.2005).

2 כגון חלוקת כוח פוליטי מחדש והענקת אוטונומיה לקבוצות מיעוטים או לחבלי ארץ. דיון מפורט בחלופות הפוליטיות העומדות לרשות קובעי המדיניות חורג ממסגרתה של רשימה זו.

העם ברואנדה הובילו להקמת טריבונלים ייעודיים בינלאומיים, ובית דין בינלאומי פלילי קבוע הוקם לאחרונה (להלן: "ICC" או "בית הדין הבינלאומי הפלילי"). לצדם של טריבונלים אלו, הוקמו כמה טריבונלים מעורבים<sup>3</sup>, אשר משלבים בין מערכת המשפט הפלילי הבינלאומית לבין זו הלאומית. לצד טריבונלים אלה, נוסה שלל פתרונות אחרים, אשר הוזכרו לעיל.

בהתאם למגמה זו, הוקמו בעשור האחרון שמונה טריבונלים שמטרתם המוצהרת להביא לדין את מבצעייהם של עברות חמורות מן המשפט הבינלאומי. האו"ם הקים את הטריבונל הבינלאומי הפלילי לשיפוט ביוגוסלביה<sup>4</sup> (להלן: "הטריבונל היוגוסלבי"), ואת הטריבונל הבינלאומי הפלילי של רואנדה<sup>5</sup> (להלן: "הטריבונל הרואנדי"). בית הדין הבינלאומי הפלילי נוסד מכוח ה-Rome Statue of the International Criminal Court בשנת 1998<sup>6</sup>. מאז הוקמו ארבעה טריבונלים מעורבים – בינלאומיים ופנימיים – כדי לעסוק בהפרות שבוצעו במהלך כיבוש עריץ (טימור המזרחית, 1999)<sup>7</sup>, הפליה ודיכוי אלימים של מיעוט לאומי ודתי

3 טריבונל מעורב הוא טריבונל שבו מכהנים שופטים ותובעים מקומיים לצד שופטים ותובעים בינלאומיים. ככלל, מטרת הטריבונלים היא לשיפוט נאשמים על עברות בינלאומיות חמורות (בעיקר פשע השמדת עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה), אם כי לעתים נכללות בסמכותם גם עברות פרטניות מתוך המשפט הפנימי של מדינות. כך, למשל, הוסמך הטריבונל של סיריה ליאון לשיפוט עברות של ניצול קטינות והשמדת רכוש מכוח חוקים סצציפיים של המדינה: ראו ס' 5 לחוקת הטריבונל של סיריה לאון, להלן הערה 9. באופן דומה, הוסמך הטריבונל של קמבודיה לשיפוט עברות המתה, עינויים ורדיפה על רקע דתי מכוח החוק הפלילי הקמבודי. ראו ס' 3 לחוק הטריבונל הקמבודי לשיפוט פשעי הח'מר רוז', להלן הערה 10. הבדל נוסף בין הטריבונלים נוגע לזהות הלאומית של מובילי הטריבונל, קרי אם הנשיאות והתביעה מורכבות משופטים מקומיים או בינלאומיים.

4 United Nation: Security Council, Resolution on Establishing an International Tribunal for the prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Law and Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), reprinted in 32 I.L.M. (1993) 1203 ("ICTY").

5 United Nation: Security Council, Resolution 955 (1994) Establishing the International Tribunal for Rwanda, U.N. Doc. S/RES/955 (1994), reprinted in 33 I.L.M (1994) 1598 (להלן: "ICTR" או "הטריבונל הרואנדי").

6 Rome Statue of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 37 I.L.M. 999 (1998) (להלן: "חוקת רומא" או "Rome Statue").

7 United Nations Transitional Administration in East Timor, Regulation no. 2000/11 on the Organization of Courts in East Timor, UNTAET/REG/2000/11 (6 March 2000) [http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0011E.pdf] (last visited on 17.9.2005) ס' 10.3

לצו שלעיל, מאפשר מינוי פאנלים מיוחדים לשיפוט בעברות השמדת עם, פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות (וכן לעברות רצח, עברות מין ועינויים שבוצעו בתקופת המעבר בחלק משנת 1999). הפאנלים הוקמו בהוראת צו 2000/15, אשר קובע את סמכותם העניינית ואת העקרונות הכלליים של המשפט הפלילי שיחולו בשיפוט העברות הללו: United Nations Transitional Administration in East Timor, Regulation no. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal offences,



טריבונל זה מעורב, אף כי יש בו סממנים מעורבים<sup>12</sup>. עם זאת, בחוקת הטריבונל קיימת האופציה למינוים של שופטים בינלאומיים<sup>13</sup>, צעד אשר יהפוך את הטריבונל לטריבונל מעורב.

חרף עליונותה הבלתי מעורערת של הפרדיגמה הלגליסטית בכתיבה העוסקת בצדק מעברי, נמתחה עליה ביקורת מרובה. ואולם אין בכתיבה בחינה מסודרת של השאלה מתי ראוי השימוש בהליך הפלילי במסגרת המעברית? ברשימה זו נבקש לבחון את האפשרות לגבש קריטריונים סדורים לבחינת נאותות השימוש בהליך הפלילי במסגרת זו. בהתאם, נבחן בפרק הראשון את מושג הצדק המעברי והפרדיגמה הלגליסטית השלטת, תוך שנעמוד על הביקורת נגדה. בחלקה השני של הרשימה, נדון בחלופות השונות ליישום הצדק המעברי, ונציע קריטריונים לבחינת השאלה מתי ראוי ליישם את המשפט הפלילי במסגרת המעברית, תוך דיון בדוגמאות קונקרטיות של יישומו ושל יישום מודלים אחרים. לסיום, נדון בטריבונל העירקי לשיפוט פשעי משטר הבעת' לפי הקריטריונים המוצעים, תוך בחינת המודל שנבחר על ידי הרשות הזמנית של הקואליציה<sup>14</sup> ואומץ על ידי ממשלת עירק הזמנית, בראייה ביקורתית.

## ב. הפרדיגמה הלגליסטית בצדק המעברי: ראייה ביקורתית

המונח "צדק מעברי" (Transitional Justice) עוסק באופן שבו חברה הנמצאת במעבר משלטון בלתי דמוקרטי או ממלחמה פנימית לשלטון דמוקרטי, מתייחסת להפרות זכויות האדם ולעברות בינלאומיות אחרות שבוצעו בתקופה שקדמה לשלטון הדמוקרטי<sup>15</sup>. רשימה זו איננה עוסקת בהעמדתם לדין של המבצעים פשעים בינלאומיים שלא במסגרת מעברית (למשל פושעי מלחמה במסגרת מלחמה בין שתי מדינות, או מבצעי הפרות חמורות אחרות במסגרת פנים מדינתית

12 חוקת הטריבונל העירקי מחייבת מינוי יועצים או משקיפים זרים לשופטי הטריבונל, לשופטים-החוקרים ולתובעים: *Ibid.*, at art. 6(b), 7(n), 8(j).

13 *Ibid.*, at art. 4(d). יש לציין עם זאת, את ס' 28 לחוקת הטריבונל העירקי, אשר קובע חובה על בעלי התפקידים המרכזיים בטריבונל להיות אזרחים עירקים.

14 The Coalition Provisional Authority (להלן: "הרשות הזמנית" או "CPA").

15 M. Freeman "Transitional Justice: Fundamental Goals, ראו: ההגדרה, and Unavoidable Complications" 28 *Man. L. J.* (2000) 113

ראו: R.G. Teitel "Theoretical and International Frameworks — Transitional Justice in A: *New Era*" 26 *Fordham Int'l L.J.* (2003) 893; R.G. Teitel *Transitional Justice* (New York, 2000); S.A. Garrett "Models of Transitional Justice — A Comparative Analysis" CIAO Working Papers No. 6/00 (2000) [<http://www.ciaonet.org/isa/gas02/gas02.html>] (last visited on 17.9.2005); M.M. Penrose "Impunity — Inertia, Inaction, and Invalidation: A Literature Review" 17 *Bos. U. Int. L.J.* (1999) 269  
המעברי, ראו: R.G. Teitel "Transitional Justice Genealogy" 16 *Harv. Hum. Rts. J.* (2003) 69.



לזו הטיעון של הפרדיגמה הלגליסטית הוא שהחובה המשפטית למנוע "חסינות מעונש" (Impunity) קרי, להעמיד לדין את מפרי זכויות האדם – הן כחובה כללית<sup>20</sup> והן כחובה הנתמכת באמנות שונות<sup>21</sup> ובמנהג הבינלאומי<sup>22</sup> – גוברת על כל שיקול פוליטי או פרגמטי אשר עשוי להתעורר במסגרת התהליך המעברי. יתרה מכך, בעלי הגישה הלגליסטית נתלים במטרותיו של המשפט הפלילי כתמיכה לגישתם, שלפיה קיומם של משפטים פליליים בתהליך מעברי יקדם את המטרות הבאות<sup>23</sup>:

1. התייעוד ההיסטורי, גילוי האמת ואמון הציבור: הפרדיגמה הלגליסטית יוצאת מנקודת הנחה כי הליך שיפוטי עצמאי נהנה מאמון הציבור, יוצר תיעוד של העובדות לאשורן וקובע את העובדות אשר תישמרנה כזיכרון ההיסטורי המוסמך<sup>24</sup>. משנקבעו קביעות עובדתיות נחרצות בהליך שיפוטי, שוב לא ניתן לערער על העובדות ההיסטוריות. על כן ההליך השיפוטי "ימסגר" (בתהליך המכונה Framing) את הנרטיב של הסכסוך מנקודה זו ואילך.
2. הרחעת מבצעים עתידיים ותגמולו של העבריים על הפגיעה בחברה: אחת

20 ראו: S. Ratner "New Democracies, Old Atrocities: An Inquiry in International Law" 87 *Geo. L.J.* (1999) 707; M.C. Bassiouni "Searching for Peace and Achieving Justice: E. Newman, : The Need for Accountability" 59 *Law & Contemp. Problems* (1996) 9 "Transitional Justice": The Impact of Transnational Norms and the UN" 9 *International Peacekeeping* (2002) 31, 36

21 אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם מיום 9 בדצמבר 1948, כ"א 1, מס' 5, ע' 65; האמנה למניעת עינויים, לעיל הערה 19; כן ראו את אמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949 (להלן: "אמנות ג'נבה"): אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בים מ-12 להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 423; אמנת ג'ניבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 453; אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 559. המדינות שחתומות על הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה מיום 8 ביוני 1977, מחויבות לרשימה רחבה יותר של הפרות חמורות, השוו: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of International Armed Conflicts (Protocol I) 8 June 1977 U.N.T.S 1125, 3; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 8 June 1977 U.N.T.S 1125, 609

22 Bassiouni, *supra* note 20, at pp. 17–18; D. Majzub "Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court" 3 *Melbourne J. Int. L.* (2002) 247, 257

23 פלטצ'ר וויינשטיין דנים במטרות אלו כראייה ביקורתית: L.H. Fletcher & H.M. Weinstein "Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation" 24 *Hum. Rts. Q.* (2002) 573, 586

24 למעלה מכך, אידיעת העובדות כהווייתן פוגע בכלל הקהילות המהוות נקודות ייחוס להליך השיפוטי (בין שזו הקהילה המקומית, שמורכבת מהקרבנות, מהמבצעים ומאלו שחיו בתקופה הזו בתוך הקהילה) ובין שזו הקהילה הבינלאומית).

ההצדקות המרכזיות לשיפוט הפלילי היא הרתעתם של מבצעים עתידיים<sup>25</sup>, כמו גם האינטרס הציבורי להשיב לפוגע כגמולו (Retribution).

3. מתן מענה לצורכי הקרבנות: נטען כי עצם ההכרה כטראומה שעברה על הקרבן עשויה לסייע בהשבת כבודו העצמי<sup>26</sup>. התאוריה גורסת כי העמדת הקרבן במצב שבו הוא יכול לדבר על מה שאירע ולחוש שדבריו מתקבלים, תאפשר לו בעקבות הקתרזיס, לשקם את חייו ולהותיר את שאירע לו, בעבר.

4. קידום שלטון החוק: ביסודה של גישה זו עומדת התפיסה כי העמדה לדין של בכירי המשטר הקודם מעבירה מסר ברור של "דף חדש" ושוויון בפני החוק, וכי המשפט הפלילי עשוי להצביע על אופיו החדש של המשטר<sup>27</sup>. למסר זה עשויות להיות השלכות חשובות על עתידה הדמוקרטי של החברה, בעיקר תוך צירת "מורשת" חדשה של מחויבות לזכויות האדם.

5. קידום הפיוס בחברה: הפרדיגמה הלגליסטית טוענת כי חברות מעבריות זקוקות להליך הפלילי כדי שיוכלו "להניח לעבר" ולהחלים כחברה<sup>28</sup>, תוך תהליך של פיוס<sup>29</sup>. ואף יש הטוענים כי האחריות הפלילית האישית תורמת לפיוס בכך שהיא מונעת מצב שבו "כולם אשמים", אשר מתורגם במונחים קבוצתיים ל"אף אחד לא אשם" או למצב שבו קבוצה שלמה תוחזק אשמה על פשעי יחידים<sup>30</sup>.

25 ראו: Bassiouni, *supra* note 20, at pp. 18–19; P. Akhavan "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?" 95 *Amer. J. Int'l L.* (2001) 7.

26 Newman, *supra* note 20, at p. 35.

27 Fletcher & Weinstein, *supra* note 23, at pp. 595–597.

28 "In responding to such trauma, groups and nations tend to function similarly to individuals. Societies shattered by the perpetration of atrocities need to adapt or design mechanisms to confront their demons, to reckon with these past abuses. Otherwise, for nations, as for individuals, the past will haunt and infect the present and future in unpredictable ways. The assumption that individuals or groups who have been the victims of hideous atrocities will simply forget about them or expunge their feelings without some form of accounting, some semblance of justice, is to leave in place the seeds of future conflict". N.J. Kritz "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights" 59 *Law & Contemp. Problems* (1996) 127 ("Kritz, Accountability Mechanisms").

29 הנחה זו עמדה ביסוד הקמת הטריבונל הרואנדי: "Convinced that in the particular circumstances of Rwanda, the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law would enable this aim to be achieved and would contribute to the process of national reconciliation and to the restoration and maintenance of peace" (ההדגשה שלי – מ.ב.). ICTR, 37 I.L.M. 1601 (1998). מעניין לציין כי מטרה זו, פיוס לאומי, לא הייתה חלק מההחלטה על הקמת הטריבונל היוגוסלבי. על מהותו של הפיוס ועל כמה גישות להגדרתו בחברה דמוקרטית, ראו: D.A. Crocker "Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation" 5 *Buff. Crim. L. Rev.* (2002) 509. על פיוס בהקשר המעברי, ראו: E. Daly "Transformative Justice: Charting A Path to Reconciliation" 12 *Int'l Leg. Persp.* (2001–2002) 73.

30 ראו לעיל הדיון במטרה הראשונה של ההליך הפלילי וכן להלן הערה 66 והטקסט הנלווה לה.



לבסוף, נטען כי האחריות הפלילית הפרטנית תאפשר לחברה לייצר שיח חברתי חדש אשר אינו ממוקד בקבוצה החברתית ה"סורחת", אלא במנהיגיהם אשר סולקו מהשלטון ועומדים למשפט.<sup>31</sup>

6. צדק מתקן: אחד הנושאים העומדים על סדר היום של המשפט הבינלאומי הפלילי הוא זכותם של קרבנות העברה לפיצוי.<sup>32</sup> העיסוק בתחום זה במשפט הבינלאומי הוא פועל יוצא של גישות "הצדק המתקן" (Restorative Justice) אשר רואות במשפט הפלילי כלי לתיקון הפגיעה שנגרמה על ידי העבריין, תוך ראייה הוליסטית של הקרבן והעבריין כחלק מהחברה בכללותה. מטרת המשפט הפלילי, לגישה זו, היא תיקון הפגיעה בחברה, בקרבן ובעבריין עצמו.<sup>33</sup> רעיון הפיצוי זכה להתייחסות בחוקת רומא<sup>34</sup>, ולצורך כך הוקמה קרן נאמנות עבור הקרבנות על ידי המדינות החברות בבית הדין.<sup>35</sup> החוק הפלילי של קוסובו<sup>36</sup> מאפשר לטריבונל לוותר על ענישת העבריין בעברות רשלנות אם הוא נקט מיד לאחר ביצוע העברה, צעדים להקטין או לאיין את השפעותיה, או אם הוא פיצה את הקרבן עבור הנזק שגרמה לו העברה.<sup>37</sup>

7. שיקולים מוסריים: מטעמי מוסר בסיסי מחויבת ענישתם של מבצעי העברות החמורות.<sup>38</sup> למותר לציין, כי סוגיה זו רחבה מהדין המצומצם שברשימה זו הנוגעת

- 31 Fletcher & Weinstein, *supra* note 23, at p. 599.
- 32 לסקירה על התפתחות הזכות לפיצויים במשפט הבינלאומי, ראו: P.G. Fischer "The Victims' Trust Fund of the International Criminal Court-Formation of A Functional Reparations Scheme" 17 *Emory Int'l L. Rev.* (2003) 187.
- 33 בגין הפרות זכויות אדם ראו: N. Roht-Arriaza "Reparations Decisions and Dilemmas" 27 *Hastings Intl. & Comp. L. Rev.* (2004) 157.
- 34 מדובר בתחום המצוי בהתהוות, כפי שתעיד חוסר ההסכמה בספרות לגבי הגדרתו ולגבי הגדרת מטרותיו והיקפו. ראו: S.M. Olson & A.W. Dzur "Revisiting Informal Justice: Restorative Justice and Democratic Professionalism" 38 *Law & Soc'y Rev.* (2004) 139.
- 35 לדין תאורטי מרתק על הצדק המתקן: The Utah Restorative Justice Conference (2003).
- 36 "The Theory and Jurisprudence of restorative Justice" *Utah. L. Rev.* (2003) 205-412.
- 37 ראו בייחוד את מאמרו של: D. Dolinko "Restorative Justice and the Justification of Punishment", *ibid.*, at p. 319.
- 38 בית המשפט מוסמך לחייב את הנאשם בתשלום פיצויים לקרבנות כגון השבה, פיצוי ושיקום ואף להעניק זכות עמידה לקרבנות, לפי שיקול דעתו: (3)-(1)75. Rome Statue.
- 39 *Ibid.*, at art. 79.
- 40 מגדיר את סמכותם העניינית של בתי המשפט המקומיים הפועלים במתכונת של טריבונלים מעורבים, ראו: Kosovo Criminal Code.
- 41 *Ibid.*, at art. 69(2). להוראה זו משמעות סמלית בלבד לענייננו שכן מדובר בעברות שהמחשבה הפלילית המלווה אותן היא רשלנות, אולם לרוב, עברות בינלאומיות מחייבות, לכל הפחות, מחשבה פלילית של כוונה.
- 42 ראו, למשל: J.E. Mendez "In Defense of Transitional Justice" *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* (Notre Dam, Indiana, A.J. McAdams ed., 1997) 1, 6.

להקשר המעברי, שכן סוגיית תפקידו של המשפט הפלילי בחברה בכלל, ובחברה הבינלאומית בפרט, היא סוגיה שנותרה, במידה מרובה, פתוחה<sup>39</sup>. ברם, בשנים האחרונות נשמעת ביקורת חריפה על הפרדיגמה הלגליסטית. שולליה טוענים כי אין בה כשלעצמה כדי לקדם את מטרות הצדק המעברי, וכי יש צורך להשתמש בכלי המשפט הפלילי בשילוב עם כלים אחרים לשם השגת המטרות החברתיות שהתהליך המעברי נועד לשרת. הדרישה לקיים הליכים פליליים עלולה לסתור במידה זו או אחרת מטרות אלה, וכיניהן: קיום יציבות ושלום בריקיימא; פיוס לאומי; קידום ההתפתחות הכלכלית; הכללת קבוצות מיעוט בשלטון; מניעת הישנותן של הפרות זכויות האדם; היכולת להתקדם כחברה; ותיקון העוולות שנגרמו במהלך השלטון הקודם או המלחמה<sup>40</sup>. אכן, אחת הבעיות המרכזיות היא השאלה מי קובע את מטרות התהליך המעברי? האם לגיטימי שהחברה המעברית

39 כתחום זה קיימת כתיבה ענפה, שבעיקרה אינה ממוקדת במשפט הפלילי הבינלאומי, הדנה בין היתר במשפט הבינלאומי הפלילי, כתחום מתפתח במסגרת המגבלות האינהרנטיות של המשפט הבינלאומי (כגון עקרונות העצמאות והריבונות של המדינות השונות; חובת אי-ההתערבות בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת, והדיון המתפתח בהקשר זה על הלגיטימציה להתערבות הומניטרית; היעדר מנגנוני אכיפה אנדוגניים יעילים; סוגיות הנובעות מדוקטרינת המקורות של המשפט הבינלאומי (שאלות של מנגנוני הנורמטיביזציה של כללים, סוגיית הזיהוי של כללים משפטיים בניגוד לכללים לבר-משפטיים, *Soft law vs. Hard law*, מקומו של המשפט המנהגי ואופן היווצרותו וכולי); סוגיות יסוד של הגדרת השחקנים וקהילות הייחוס של השחקנים והמנגנונים השונים (שבמסגרתה נדונה השאלה כלפי איזו "קהילה מדומיינת", בלשונן של ב' אנדרסון קהילות מדומיינות, (ד' דאור תרגום, תשנ"ט)). שאלות נוספות שעולות בהקשר זה הן כלפי מי מכונים טריבונלים בינלאומיים את פסיקתם: האם היא מכוונת לאזרחי המדינה שבה אירעו הפשעים? האם היא מכוונת לשלטון באותה מדינה? לקהילה המשפטית המקומית? לקהילה המשפטית הבינלאומית? לקהילה הבינלאומית בכללותה (והאם זו מורכבת בעיקר ממדינות העולם, או מפרטים?), מהי הלגיטימציה לפעולה בינלאומית כתחום הפלילי? להרחבה בסוגיות אלה, על קצה המזלג, ראו: H.H. Koh "Why Do Nations Obey International Law?" 106 *Yale L. J.* (1997) 2599 ביקורת על ספרם של A. Chayes & A. Handler-Chayes *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* (Cambridge, 1995) T.M. Franck *Fairness in International Law and Institutions* (New York, 1995) T.M. Franck *The Power of Legitimacy Among Nations* (New York, 2000); H. Hillgenberg "A Fresh Look at Soft Law" 10 *Eur. J. Int. L.* (1999), 499; D. Kritsiotis "Imagining The International Community" 13 *Eur. J. Int. L.* (2002) 961; W.W. Burke-White "A Community of Courts: Toward A System of International Criminal Law Enforcement" 24 *Mich. J. Int'l. L.* (2002) 1 :הרחבה על סוגיית הלגיטימציה ראו את כתב העת ביחסים בינלאומיים: *54 International Organization* (2000) 385, 395–683 D. Tutu *No Future Without Forgiveness* (New York, 1999) 19; Newman, *supra* note : 40 30, at p. 35; J. Zalaquett "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints" Kritz, *Transitional Justice, supra* note 17, Vol. I at pp. 5–6; C. Villa-Vicencio "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where The International Criminal Court And Truth Commissions Meet" 49 *Emory L.J.* (2000) 205

תקבע אותן בעצמה, או שמא לחברה הבינלאומית יש דריסת רגל בקביעת מטרות אלו? האם החברה הבינלאומית רשאית לכפות את תפיסות הצדק שלה על החברה המעברית, אשר יכול שאינה שותפה להן?<sup>41</sup> לשאלות אלו אין, כמובן, תשובה חד-משמעית, אך יש להביאן בחשבון בעת בחינתה של סוגיה מורכבת זו. נעמוד עתה בקצרה על מקצת הביקורת אשר הועלתה נגד ההצדקות לשימוש במשפט הפלילי ככלי מרכזי בתהליך המעברי:

1) התיעוד ההיסטורי, גילוי האמת ואמון הציבור: הנחת היסוד של הפרדיגמה הלגליסטית היא כי הקביעות העובדתיות חזקות מהזיכרון הקבוצתי וכי ההליך השיפוטי נהנה מאמון ומקבלה אוניברסליים. ברם, אין כל ביטחון כי כך הם פני הדברים. מחקרים אמפיריים אשר נערכו ביוגוסלביה לשעבר, ביקשו לבחון את השפעת פסקי הדין של הטריבונל היוגוסלבי על התפיסה העובדתית של משפטנים בוסנים (מוסלמים, סרבים וקרואטים) על אירועי המלחמה<sup>42</sup>. באופן לא מפתיע, כל קבוצה אתנית של משפטנים הציגה תפיסה שונה של העובדות, וביסודה הקביעה כי קבוצתם או כל הקבוצות במידה שווה, היו הקרבן של רצח העם – ואף הושמעו דעות ששללו את קיומו של רצח העם<sup>43</sup> – וזאת חרף קביעותיו הנחרצות של הטריבונל היוגוסלבי. אם אלו הם הממצאים בקרב משפטנים, נקל לשער את ההשפעה של "חקר האמת" על האוכלוסייה בכללותה. יתרה מכך, אחד הדברים שמייחדים קהילה היא יכולתה לדבוק בנרטיב פנימי ובתפיסת עולם פנימית אשר מהווים עבודה את מסגרת הייחוס. הדבר נכון לגבי קהילות אתניות, דתיות, לשוניות ואף לגבי קהילות קטנות מאלו בהיקפן. כלל לא ברור כי הליך שיפוטי, אשר אפשר שאינו נהנה כלל מאמון הקהילה הספציפית, ישנה את תפיסתם ואת זיכרונם הקולקטיבי בנוגע לאירועי העבר. כך למשל משפט מילוסביץ', הנערך

41 אוקרמן אומרת כי: "An indiscriminate duty to prosecute assumes that the international community shares a fixed hierarchy of goals, agrees that these goals are best served by prosecution, and feels comfortable imposing such a vision on the society in question. Certainly there is at least superficial agreement that human rights atrocities should be prevented and condemned. But this limited consensus provides little aid in deciding how to prioritize these two goals as against others, nor does it signify complete agreement that prosecution is the best way to prevent future atrocities or communicate shared outrage. Moreover, even if the international community could make a clear choice as to its goals and the means of achieving them, it is not obvious that such an international strategy should trump the wishes of the local society". M.J. Aukerman "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice" 15 *Harv. Hum. Rts. J.* (2002) 39, 46, footnotes omitted

42 The Human Rights Center and the International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley, and the Centre for Human Rights, University of Sarajevo "Justice, Accountability and Social Reconstruction: An Interview Study of Bosnian Judges and Prosecutors" 18 *Berkeley J. Int'l L.* (2000) 102 (להלן: "מחקר התפיסות בבוסניה" או "The (Bosnian Study)".

*Ibid.*, at p. 147 43

בימים אלו, מעמיד באור הזרקורים את הקשיים העומדים בפני השיפוט הבינלאומי הפלילי בכל הנוגע לאמוץ הציבור ולמידה שבה התהליך נתון למניפולציות.

2) הרתעת מבצעים עתידיים ותגמולו של העבריין על הפגיעה בחברה: אין עדות אמפירית לטענה כי העמדה לדין מרתיעה מבצעים עתידיים.<sup>44</sup> אכן, חלק מהזוועות הקשות ביותר של המלחמה ביוגוסלביה לשעבר בוצעו לאחר שהוקם הטריבונל היוגוסלבי.<sup>45</sup> כמו כן, המלחמה בצפון מזרחה של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו ובצפון אוגנדה, אף היא לא פסקה לאחר שראש התביעה של בית הדין הבינלאומי הפלילי, הודיע על כוונתו לבחון את הנעשה באזור.<sup>46</sup> במחקרים שנערכו בנושא זה, נמצא הכלי המשפטי הפלילי יעיל פחות, יחסית לכלים פוליטיים ודיפלומטיים אחרים, כגון סנקציות כלכליות או התערבות צבאית.<sup>47</sup> באופן דומה, נטען כי תגמול העבריין – באופן נקמני – אינו מקדם, בהכרח, את טובתה של החברה בכללותה.<sup>48</sup>

3) מתן מענה לצורכי הקרבנות: פלטצ'ר וויינשטיין (Fletcher & Weinstein) מציינים כי גישה זו עדיין לא זכתה להוכחה מדעית של ממש, וכי נדרש מחקר נוסף בטרם ניתן יהיה להסתמך על נימוק זה באופן מעשי.<sup>49</sup>

4) קידום שלטון החוק: נימוק זה, עניינו העברת "מסר לחברה" ויצירת "מורשת חדשה של זכויות אדם". בהקשר הסימבולי העומד בבסיס נימוק זה, עלול להיות טמון מוקש, שכן הליך פלילי פרטני אמור להיות מנותק מסימבוליזם ולאפשר לשופטים לחרוץ דין צדק, לנוכח הראיות.<sup>50</sup> כמו כן, לא ניתן לשלול את הסיכון שהעמדה לדין של פעילי המשטר הקודם תגרור התנגדות בעצמה שעלולה לסכן את המשטר הדמוקרטי החדש, או ליצור מתחים חוקתיים בין הרשות המבצעת

44 ניתן לקשור סוגיה זו לדיון ארוך השנים שמתנהל בארצות-הברית על יעילותו של עונש המוות בהרתעת רוצחים. נושא זה חורג, כמובן, ממסגרת רשימה זו. לדיון מעמיק על יתרונותיו ועל חסרונותיו ראו: Death Penalty Information Center [http://www.deathpenaltyinfo.org] (last visited on 17.9.2005); Pro Death Penalty [http://www.prodeathpenalty.com] (last visited on 17.9.2005). להרחבה על כוחו ההרתעתי של עונש המוות, ראו: Information Center, "Deterrence" [http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?did=131&scid=21#deterrence] (last visited on 17.9.2005).

45 אם כי ניתן לטעון שהגשת כתב האישום נגד מילוסביץ' זירזה את סיום הסכסוך בקוסובו בשנת 1999, וייתכן שהאיום בהבאת מנהיגיה של אינדונזיה לדין עודדה אותם לקדם את הנסיגה המזרחית.

46 International Criminal Court, Press releases (The Hague, 29 July 2004) [http://www.icc-cpi.int/pressrelease\_details?id=33&l=en.html] (last visited on 17.9.2005).

Aukerman, *supra* note 41, at pp. 91–92

Fletcher & Weinstein, *supra* note 23, at p. 592

*Ibid.*, at pp. 592–595

50 *Ibid.*, *ibid.* אולם יש לציין כי בכל החלטה שבה צריכה הרשות המוסמכת להחליט אם לשיפוט או למחול, נכנסים גם שיקולים כלליים של שלטון החוק והמסר לציבור שנובע מההחלטות האלו. סוגיה זו עלתה באחרונה בהקשר הישראלי בנוגע להעמדתם לדין של נבחרי ציבור על עברות הקשורות בתפקידם ובמעמדם.

לרשויות המחוקקת והשופטת<sup>51</sup>. לעתים שורר מתח בין מטרות השלום לבין מטרות הצדק<sup>52</sup>, ובסוגיה זו ניתן למצוא שתי גישות מתחרות: האחת — שאין שלום בלי צדק<sup>53</sup> והאחרת, התופסת את השלום כעדיף על הצדק<sup>54</sup>. לפי הגישה הראשונה, העברות שבהן עסקינן — השמדת עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה — כה חמורות ופוגעות במרקם הבסיסי של האנושיות פגיעה כה אנושה, עד כי אין מנוס מלרדוף את מבצעי העברות הללו ולהבטיח את הבאתם לדין צדק<sup>55</sup>. לעומת זאת, בעיני הגישה השנייה יש מקום לשקול שיקולים פרגמטיים ולבחון למשל אם ההתעקשות על העמדתם לדין של חברי המשטר הקודם תאריך את המלחמה, תפגע בסיכויים להגיע להסכם שלום או תפגע בסיכויי ההצלחה של המעבר לדמוקרטיה. במקרים מסוימים, כך נטען, נכון יהיה לתת לשיקולים אלו עדיפות על הצדק.

5 קידום הפיוס בחברה: בעינינו, שלוש הטענות הנזכרות בהקשר של קידום הפיוס בחברה אינן עומדות במבחן הביקורת. כזכור, טוענת הפרדיגמה הלגליסטית כי קיומו של הליך פלילי בחברה מעברית תאפשר לחברה להחלים. ברם, הקשר

M.J. Osiel "Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity" 22 *Hum. Rts. Q.* 51 (2000) 118, 137–141; Newman, *supra* note 20, at p. 37

קיימת לא מעט כתיבה על המתח שבין שלום לבין עשיית הצדק: Newman, *supra* note 20, at p. 37; Zalaquett, *supra* note 40, at pp. 17–20

גישה זו באה לידי ביטוי בצורה מובהקת כשמו של ארגון בינלאומי שמטרתו המאבק בחסינות, ראו: (17.9.2005) <http://www.npwj.org> [No Peace Without Justice]

54 מעניין לציין כי גישות אלו מבצבצות כבר במגילת האומות המאוחדות ובחוקת בית הדין הבינלאומי מ־24 באוקטובר 1945, כ"א 1, מס' 19, עמ' 203 (להלן: "מגילת האו"ם"). ס' 1(1) למגילת האו"ם קובע כי מטרתו הראשונה והעיקרית של ארגון האו"ם הוא קידום השלום והביטחון הבינלאומיים. עם זאת, ס' 2(3) למגילת האו"ם מחייב את חבריה ליישב את סכסוכיהם הבינלאומיים באופן אשר לא יסכן את הצדק: "All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered". אכן, סוגיית הצדק בסעיף לעיל אינה זוכה להתייחסות בהחלטת העצרת הכללית ה־25 של האו"ם, שמצהירה על עקרונות המשפט הבינלאומי הנוגעים ליחסי הידידות ושיתוף הפעולה בין המדינות בהתאם למגילת האו"ם, ראו: Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, General Assembly — Twenty Fifth Session, Res. No. 2625 (XXV), Annex, 25 UN GAOR, Supp. (No. 28), UN Doc. A/5217 (1970), 121 [<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/principles1970.html>] (last visited on 17.9.2005). ייתכן שניתן לייחס זאת למועד קבלת ההחלטה, שנת 1970, אמצע התקופה שבה היה העיסוק במשפט הבינלאומי הפלילי בתרדמת. היה זה בין שני פרצי הפעילות — האחד שבסוף שנות הארבעים ותחילת שנות החמישים; והאחר — בסיומה של המלחמה הקרה. לדין מעניין על הטענה כי המדינות החברות באו"ם החליפו את המיקוד על שלום במיקוד של צדק, אם כי לא בהכרח בהיבטי המשפט הפלילי, ראו: A.C. Arend & R.J. Beck *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm* (London, 1993) 40–45

55 תפיסה הנגזרת מהגישה שהצדיקה במאות ה־16 וה־17 את הסמכות האוניברסלית על שודדי הים בשל ראייתם כאויבי האנושות כולה (hostis humani generis).

שבין ההליך הפלילי לבין סיכוייה של חברה "להניח לעבר" לא הוכח.<sup>56</sup> דומה כי תוצאות מחקר התפיסות בכוסניה סותרות גישה זו, שכן הנשאלים הקרואטים והסרבים סברו, ולא במפתיע, כי המשפטים אינם תורמים לשיקום החברה.<sup>57</sup> הטענה השנייה בהקשר לפיוס קבעה כי העמדה לדין של יחידים תמנע את ייחוס האשמה לקבוצה כולה אשר עשוי להיות מתורגם, באופן טבעי, לתפיסה של "כולם אשמים" או "אף אחד לא אשם". בהקשר זה, ניתן להחלט להציע כי דווקא אשם קולקטיבי יניח את היסודות לפיוס, שכן אם "כולם אשמים", כולם חייבים לפעול לפיוס.<sup>58</sup> הטענה השלישית התמקדה בשיח חברתי חדש שמתמקד באותם מנהיגים העומדים לדין ולא בקבוצה שהם ייצגו. בעניינו, בטענה זו שוכן הקושי המרכזי שבפרדיגמה הלגליסטית בהקשר המעברי. בכסיסה של הפרדיגמה הלגליסטית עומד הפרט – שכן המשפט הפלילי הליברלי הוא משפט פלילי של פרט ולא של קבוצה – ואולם בבסיסו של התהליך המעברי עומדת החברה.<sup>59</sup> תהליך מעברי שאינו מתחשב בתמונה הכוללת של הצורך בשיקום חברתי, אינו עושה צדק עם החברה המעברית, וסופו שלא ישיג, בהכרח, את מטרותיו.<sup>60</sup>

6 משפט פלילי כצדק בררני: מטבעם של דברים, ההליך המשפטי הפלילי הוא בררני.<sup>61</sup> יש שבררנות זו טבועה בחוקותיהם של הטריבונלים הבינלאומיים<sup>62</sup>

56 לא ידוע לנו על מחקר שעסק בבחינה אמפירית של סוגיה זו. במסגרת מחקר כזה, שהמועמדות הטבעיות לשמש נשוא לו הן מדינות אמריקה הלטינית, היינו מצפים למצוא הבדלים משמעותיים באחידות החברתית בין מדינות שקיימו משפטים פליליים בהקשר המעברי לבין מדינות שלא קיימו הליכים פליליים במסגרת זו.

The Bosnian Study, *supra* note 42, at pp. 149–150 57

Fletcher & Weinstein, *supra* note 23, at p. 601 58

59 התפיסה ששוללת את השימוש בכלי הפלילי בסיטואציות אלו, מנומקת על ידי בחינת הדינמיקה של התנהגות הפרט במסגרת האלימות הקבוצתית. לגישה זו, הקבוצה כישות, מפגינה, מתירה ומעודדת התנהגות אשר הפרט, בעצמו לא היה מגלה. לסקירה מקיפה, ראו: *Ibid.*, at pp. 607–611. דומני כי לא ניתן לקבל נימוק זה משום שבבסיס המשפט הפלילי עומדת הדרישה שהיחיד ירסן את התנהגותו דווקא במצבים כאלו. כשם שלא תעלה על הדעת הדרישה שלא להעמיד לדין אנשים שרצחו במסגרת לינץ' (אשר מאופיין, ככל הנראה, בדינמיקה דומה), כך גם נימוק זה אינו משכנע לאיון אחריותם הפלילית של יחידים במסגרת קבוצתית. מקומו של טיעון זה בהליך הפלילי הוא, לכל היותר, במסגרת הטיעונים לענישה. הטיעונים הרלוונטיים יותר עוסקים בטכניקות של הבניה חברתית מתורשת (Social Reconstruction) אשר במסגרתן מהווה ההליך הפלילי כלי נוסף בארגון הכלים של ההבניה מחדש. למעשה, אני מבקש לטעון ברשימה זו כי הפרדיגמה הלגליסטית משקפת ראייה צרה מדי של התהליך המעברי.

60 רשימה זו מתמקדת במקומו של ההליך הפלילי במסגרת הצדק המעברי, להרחבה על המודל הכללי והמשוכלל למדי של צדק מעברי ראו: *Ibid.*, at pp. 621–635

61 Aukerman, *supra* note 41, at pp. 51–52; Mendez, *supra* note 38, at p. 17; R.C. Slye "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?" 43 *Va. J. Int'l L.* (2001–2002) 173, 184

62 "An International Criminal Court ('the Court') is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons

יש שאינה טבועה בחוקת הטריבונלים או בחקיקה פנימית, אך היא מוכתבת מהמציאות<sup>63</sup>. ברורות זו, אף אם היא מופעלת בתום לב, עלולה לגרום טענות על הפליה של קבוצה מסוימת או על העדפתה של קבוצה אחרת<sup>64</sup>. קשה לראות כיצד תחושה קבוצתית של הפליה בהליך המשפטי תסייע בפיוס לאומי<sup>65</sup>.

7) קשים דוקטרינריים בהחלת המשפט הפלילי בהיבט של פשעים חמורים: בפשעים כדוגמת השמדת עם או פשעים שבוצעו במסגרת טיהורים אתניים רחבי היקף, פריטת המעשים לעברות קונקרטיות שביצעו יחידים נגד יחידים מגמדת את הטוטליות של המעשה<sup>66</sup>. הבנליזציה של הרוע, בלשונה של ארנדט<sup>67</sup>, היא אכן נגף להבאת הנושא בפני בית משפט<sup>68</sup>. כמובן, למשפט הפלילי אין כלים אחרים,

- for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and (ההדגשה שלי – מ.ב.). באופן דומה קובעת חוקת הטריבונל של סירה לואן: "The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone". SC-SL Statute, art. 1(1)*
- 63 בטיבונלים הזמניים של האו"ם, ביוגוסלביה ורואנדה, אין הוראה מפורשת אשר מגבילה את הטריבונלים לשיפוטם של האנשים האחראיים ביותר למעשי זוועה. ואולם כיום, כעשר שנים לאחר הקמתם של הטריבונלים מתקיימים הליכים נגד 174 אנשים (מהם מבוקשים, עצורים, נשפטים ושוטים). בטיבונל של רואנדה עומד מספר המוחזקים בידי הטריבונל על 63: International Criminal Tribunal for Rwanda, "Detention of Suspects and Imprisonment of Convicted Persons" [<http://www.ictt.org/ENGLISH/factsheets/detainee.htm>] (last visited 20.9.2005). וביוגוסלביה עומד מספר זה על 111 אנשים (91 הופיעו בפני הטריבונל, ר-20.9.2005). "Individuals Publicly Indicted since the Inception of the ICTY" [<http://www.un.org/icty/cases/factsheets/procindex-e.htm>] (last visited on 17.9.2005), שגריר רואנדה בארצות הברית מציג נתונים לפיהם, במשך שש שנים נשפטו כ-5,000 אנשים מתוך כ-120,000 עצורים בחשד לביצוע פשעי השמדת עם: R. Sezibera "The Only Way to Bring Justice to Rwanda" *Washington Post* 7.4.2002 [<http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn?pagename=article&contentId=A4456-2002Apr5&notFound=true>] (last visited on 17.9.2005); Kritz, Accountability Mechanisms, *supra* note 28, at pp. 134-135 כ-9,000 בתי משפט מקומיים המכונים Gacaca הוקמו כדי להתמודד עם העומס העצום ונועדו לשפוט את מבצעי העברות בתוך הקהילות שבהן ביצעו את העברות, ראו: E. Daly "Between Punitive and Reconstructive Justice: The Gacaca Courts In Rwanda" 34 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* (2001-2002) 355.
- 64 The Bosnian Statute, *supra* note 42, at p. 132.
- 65 רובינסון סבור כי לעתים במסגרת תהליך מעברי, יש להעמיד לדין רק את האחראים ביותר למעשים: D. Robinson "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions, and the International Criminal Court" 11 *Eur. J. Int. L.* (2003) 481, 493.
- 66 Osiel, *supra* note 51, at pp. 121-123. לביקורת חריפה על האינדיבידואליזציה של המעשה הקולקטיבי, ראו: Fletcher & Weinstein, *supra* note 23, at pp. 603-617.
- 67 ח' ארנדט אייכמן בירושלים – דו"ח על הבנאליות של הרוע (א' אוריאל תרגום, תש"ס).
- 68 Osiel, *supra* note 51, at pp. 129-131.

לכד מדה-האגריגציה של המעשים — שכן הוא פועל רק נגד יחידים<sup>69</sup>. מתבקשת אפוא המסקנה כי במקרים מסוימים, איתור כלים הולמים נוספים לטיפול במעשי הזוועה עשוי להועיל.

8) עלות ההליך המשפטי: הליכים משפטיים, לרבות ענישת העבריינים המורשעים, הנם הליכים יקרים; הטריבונלים המיוחדים שהקים האו"ם עלו עד לשלב זה מעל מיליארד דולר<sup>70</sup>. משמעות הדבר היא כי כל הליך משפטי בפני הטריבונלים עולה מעל חמישה מיליון דולר. זהו סכום יקר ביותר אם השקעתו אינה מקדמת את מטרותיו של התהליך המעברי.

יודגש כי איננו מבקשים לטעון שלהליך הפלילי אין מקום במסגרת המעברית. אדרבה, שמור לו מקום מרכזי בתהליך המעברי. ואולם אין הוא יכול להיות הליך יחיד, שכן ההליך הפלילי לכשעצמו אינו מקדם בהכרח את המטרות המרכזיות של התהליך המעברי, קרי את הפיוס ואת הבנייתה המחודשת של המדינה כחברה בת-קיימא. אם כן, האם ניתן לגבש קריטריונים ברורים באשר לשאלה מתי הפעלת הכלי הפלילי מוצדקת ומתי ראוי להפעיל כלים אחרים של הצדק המעברי?

### ג. חלופות ליישומו של הצדק המעברי

בפרק זה נבחן את החלופות האפשריות למימוש הצדק המעברי, מתוך שתי הנחות יסוד: הראשונה גורסת כי לא ניתן להתעלם מהעבר, ויש לתת מענה להפרות החמורות של המשפט הבינלאומי אשר בוצעו במהלכו<sup>71</sup>. הנחת היסוד השנייה היא כי היעדים הכלליים של התהליך המעברי משמעותיים ויש לתת להם משקל — גם אם הדבר נעשה על חשבון הצדק במובנו הפלילי.

נדגיש כי במסגרת רשימה זו איננו מבקשים, ואף איננו יכולים להעריך את משקלם הסגולי של יעדי התהליך המעברי בכללותם למול יעדי הצדק המעברי (כלומר הערכת משקלו היחסי של הרכיב המשפטי בתהליך המעברי הנוגע להפרות זכויות האדם בעבר). התמהיל הרצוי של יעדיו השונים של התהליך המעברי,

<sup>69</sup> *Ibid*, at pp. 123–125

<sup>70</sup> נכון לאמצע שנת 2005, התקציב המצטבר של הטריבונל היוגוסלבי עומד על כ-967 מיליון דולר: The ICTY at a Glance, General Information [http://www.un.org/icty/glance] (last visited on 17.9.2005). התקציב המצטבר של הטריבונל ברואנדה לשנים 2004–2005 עומד על כ-256 מיליון דולר, ראו: International Tribunal for Rwanda, General Information, Budget and Staff [http://www.ict.rw/ENGLISH/geninfo/] (last visited on 17.9.2005). תקציבו של בית הדין הבינלאומי הפלילי לשנת 2005 עמד על כ-67 מיליון אירו (כ-79 מיליון דולר: Official Records of the Assembly of the States Parties, 3rd Session, ICC/ASP/3/25, עמ' 7 [http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-3-25-I\_English.pdf]. התקציב המוצע לשנת 2006 עומד על כ-83 מיליון אירו (כ-98 מיליון דולר): Proposed Programme budget for 2006 of the International Criminal Court, ICC-ASP/4/5, עמ' 3 [http://www.icc-cpi.int/lib/-/ary/asp/ICC-ASP-4-5\_English.pdf] (last visited on 30.10.2005).

<sup>71</sup> Aukerman, *supra* note 41, at pp. 47–48



ייחודי לכל חברה מעברית ובחינתו הראויה נעשית באמצעות כלים המוקנים על ידי מקצועות מדעי החברה, כדוגמת מדע המדינה, סוציולוגיה ואנתרופולוגיה. מטרת רשימה זו מוגבלת להארת החלופות הזמינות למימוש יעדי הצדק המעברי, ולהצעת קריטריונים אפשריים לבחירה בין חלופות אלו.

### 1. המשפט בתהליך המעברי – מודלים אפשריים

בפרק זה נציג מודלים אפשריים למימוש הצדק המעברי. ככלל, בשני צדי הקשת עומדות חנינה כללית, מחד גיסא, והעמדה גורפת לדין של כל מי שנחשד בקשר לעברות חמורות העולות כדי השמדת עם, פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה, מאידך גיסא. בין שני קצוות אלו קיימות חלופות ביניים. ראוי להדגיש כי אין כל הכרח שחלופות אלו תופעלנה באופן ייחודי, וכי חברה מעברית עשויה לשלב בין כמה חלופות לשם השגת תוצאה רצויה.

#### 1.1 חנינה/חסינות

רבות נכתב על סוגיית הלגיטימיות של החנינה, ולאחרונה הכתיבה העוסקת בחנינה מתמקדת בהקשר של חוקת רומא אשר, ככל הנראה, אינה מכירה בחנינה המוקנית על ידי המדינה.<sup>72</sup> מטרותיה המוצהרות של החנינה הן קידום השלום וקידום יכולתה של המדינה "להיות עם הפנים קדימה" לקראת אתגרים של הבנייתה המחודשת של החברה והכלכלה. זאת ועוד, כלל בסיסי במשפט הבינלאומי מכיר בריבונותה של המדינה ובחופש הבסיסי שלה לפעול בתוך שטחה.<sup>73</sup>

הכתיבה הרבה העוסקת בנושא מנקודת המבט הלגליסטית מתעלמת, בדרך כלל, מהאילוצים הפוליטיים הקשורים לחנינה. פעמים רבות עצם קיומו של התהליך המעברי מותנה בהענקת חנינה לראשי השלטון היוצא או לראשי הפלגים הצבאיים – במקרה של מלחמת אזרחים.<sup>74</sup> בעינינו, יש מקום לטענה כי במקרים כאלו תהיה החנינה מוצדקת ותסייע בקידום מטרותיו של התהליך המעברי.

72 למדגם מייצג של הכתיבה ראו: R. Boed "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations" 33 *Cornell Int'l L.J.* (2000) 297; W.W. Burke-White "Reframing Impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation" 42 *Harv. Int'l L.J.* (2001) 467; K. Henard "The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law" 8 *Mich. J. Int'l L.* (1999) 595; M.P. Scharf "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court" 32 *Cornell Int'l L.J.* (1999) 507; G.K. Young "Amnesty and Accountability" 35 *U.C. Davis L. Rev.* (2001-2002) 427.

73 מובן כי טיעון זה מוגבל למעשים שנעשו בתוך שטחה של המדינה כלפי אזרחיה שלה. כך, למשל, דרישת ההסגרה הספרדית של פינשה לבריטניה עסקה בעניינים של אזרחים ספרדים במהלך שלטונו בצ'ילה. על הצורך באיזון בין הדרישה הבינלאומית להבאה למשפט ולריבונות המדינה ראו: Roht-Arriaza (1990), *supra* note 17, at p. 506.

74 כפי שהיה במעבר השלטוני בצ'ילה, ולצורך סיום המלחמה בסיירה ליאון.

מבחינה עיונית, מסווג רונלד סליי את החנינות בתהליך מעברי לארבע קטגוריות, תוך שהוא מציע קריטריונים לבחינת מידת הלגיטימיות שלהן<sup>75</sup>:

- "חנינה גורפת/עצמית (Amnestic Amnesty)": חנינה זו נחקקת על ידי המשטר היוצא, אשר פגע בזכויות האדם או לחלופין נחקקת כחלק מהסדר שלום במלחמה פנימית. החנינה אינה אישית, אינה מתייחסת למעשים ספציפיים שנעשו ולרוב אינה מלווה בהסדרים למתן מענה לקרבנות או לגילוי האמת.<sup>76</sup>
- "חנינה פישורית (Compromise Amnesty)": חנינה זו מוגבלת במידת פריסתה ותחולתה, אם משום דרישות הסף לזכאות לחנינה ואם משום סוגי העברות שעליהן היא מוענקת. תוצאתה של מגבלה זו היא, בדרך כלל, קידום סוג מסוים של תהליך בחינה של העבר<sup>77</sup>. במקרים שבהם מוגבלת החנינה לסוגי עברות מסוימים, יכול קרבן לפעול להעמדה לדין של הפוגע על הפרות אחרות, וכך, גם אם בעקיפין, יקבל מענה לפגיעה.
- "חנינה מתקנת (Corrective Amnesty)": חנינה זו נועדה לתקן עיוותים שנגרמו תחת מצב משפטי שהיה נכון בעבר, אך אינו נכון עוד. כך, למשל, בתום מלחמה פנימית או מצב חירום, ניתן לתת חנינה על עברות שהיו תקפות במצב זה. סוג נוסף של חנינה מתקנת היא זו אשר מבטלת את תוצאותיו של חוק שחוקק

75 Slye, *supra* note 61, at pp. 240–247. ברשימה זו לא נעמוד על הקריטריונים הלגיטימציה של החנינה כשלעצמה, אלא רק בהקשרם להליך הפלילי המעברי.

76 כמה דוגמאות בולטות להסדרי חנינה כאלו הם חוקי החנינה של צ'ילה: Decreto Ley de Pacificacion Nacional, Ley N. 21.911 (עוֹתָק שְׁמוֹר בְּמַעֲרַכְת); ארגנטינה: Ley de Amnistia Nacional, Ley N. 22.924, 22.9.1983 (עוֹתָק שְׁמוֹר בְּמַעֲרַכְת) (להלן: "חוק החנינה של ארגנטינה" או "Ley de Pacificacion Nacional"); ושל אל-סלוודור: "Ley de Amnistia General para la Consolidacion", Decreto N.486, 20.3.1993 (עוֹתָק שְׁמוֹר בְּמַעֲרַכְת) וכן הוראות החסינות והחנינה שבהסכמי השלום בין ממשלת סירה ליאון ומורדי RUF ב-1996 Peace Agreement between the Government of the Republic of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone (RUF/SL) [30 Nov. 1996] art. 14 [http://www.sierra-leone.org/abidjanaccord.html] (last visited on 17.9.2005) ("Abidjan Agreement" או "הסכם אבידג'אן" או "Abidjan Agreement"); "Lome Agreement" Of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone (RUF/SL) [7 July 1999] art. XI [http://www.sierra-leone.org/lomeaccord.html] (last visited on 17.9.2005) ("Lome Agreement" או "הסכם לומה" או "Lome Agreement"). האו"ם התנגד להוראת החנינה שבהסכם לומה, וכפועל יוצא פעל להקמת טריבוטל מיוחד לשיפוט פושעי המלחמה של סירה ליאון. עם זאת, ראוי לציין כי סמכותו של הטריבוטל מוגבלת לתקופה שלאחר הסכם אבידג'אן – כלומר חוקת הטריבוטל מכירה למעשה בחנינה שהוענקה בהסכם אבידג'אן. ראו: חוקת הטריבוטל של סירה ליאון, לעיל הערה 9.

77 כך, למשל, חוק החנינה שנחקק בהונדורס (חוק מיום 24 ביולי 1991) הכיר במחויבותה של הונדורס לחקור הפרות של זכויות האדם, והתנה את מתן החנינה בבחינה של החומר. הוקמה ועדה לזכויות אדם לבחינת החומר, וכמה החלטות על הענקת חנינה נהפכו על ידי בית המשפט העליון: Slye, *supra* note 61, at p. 242 n. 76. פרודורה דומה הונהגה גם בגואטמאלה: *Ibid*, *ibid*.

המשטר הקודם ואינו תואם עוד את המצב הפוליטי, למשל ביטול חוקים אשר אסרו על בעלי השקפות מסוימות לשאת במשרות ציבוריות.<sup>78</sup>

• "חנינה מייחסת (Accountable Amnesty)": חנינה זו ניתנת בעקבות הליך שבו המעשים מיוחסים לנאשם והאמת יוצאת לאור, אך מוחלים על העמדתו לדין בשל שיקולי פיוס לאומי. חנינה מייחסת, דוגמת החנינה שהוענקה למתוודים בפני ועדת האמת והפיוס של דרום אפריקה, מלווה בנטילת אחריות על המעשים שנעשו. אליבא דסליי, חנינה מייחסת, אם תעמוד בכמה תנאים מצטברים, היא היחידה אשר עשויה להיחשב לגיטימית בעיני המשפט הבינלאומי.<sup>79</sup>

דומה כי חנינה גורפת, בהיעדר מנגנון כלשהו המתייחס לעבר, עלולה להיות בעייתית מאוד כחלופה להליך הפלילי, אף שקיימות דוגמאות של חנינות מוצלחות, כגון החנינה הגורפת שנחקקה על ידי הפרלמנט הנבחר הראשון בספרד שלאחר מותו של פרנקו.<sup>80</sup> בעייתיות זו עשויה לנבוע מן הטעמים הבאים: ראשית, חנינה גורפת אינה תואמת את הנחת היסוד שהנחנו בדבר הצורך להתייחס לעבר באופן גלוי. שנית, קשה לראות כיצד חנינה גורפת כזו תסייע בקידום שלטון החוק וזכויות האדם בחברה המעברית. שלישית, בכמה מדינות שכפופות לערכאות זכויות אדם

78 החוקה הברזילאית מ-1988 ביטלה את סילוקם של עובדי ציבור תחת המשטר הקודם: Slye, *supra* note 61, at p. 244. חקיקה דומה נחקקה בבלגיה, בהונגריה וברוסיה לאחר נפילת המשטרים הקומוניסטיים: *Ibid*, *ibid* n. 243.

79 סליי מונה שישה תנאים מצטברים להכרה בחנינה מייחסת:

1. החנינה נוצרה בעקבות הליך דמוקרטי תקין ולא על ידי משטר היוצא להגנה על עצמו.
2. החנינה אינה חלה על אלו אשר להם האחריות הרבה ביותר לפשעי מלחמה, לפשעים נגד האנושות ולהשמדת עם.
3. החנינה הוענקה בהליך פומבי שבו מכיר המבצע במעשיו ובאחריותו לתוצאות ושבו עשו להיחקר בחקירה נגדית.
4. הליך החנינה מאפשר לקרבנות לחקור את מבקש החנינה ולטעון נגד הענקתה.
5. בהליך החנינה ניתן לפסוק פיצוי כלשהו (בדרך כלל כספי) לנפגעים.
6. הענקת החנינה נועדה לסייע ליצירת משטר ידידותי לזכויות האדם או להוות חלק מתכנית פיוס כוללת, שנועדה לתת מענה למתחים ולחוסר צדק חברתי. *Ibid*, at pp. 245-246. סליי גורס כי החנינה שהעניקה ועדת האמת והפיוס הדרום אפריקנית לבאים לפניו, היא היחידה שעשויה להיחשב חנינה מייחסת, ואולם הערכת מידת ההתאמה של החנינה הדרום אפריקנית לתנאים אלו חורגת ממסגרת רשימה זו.

80 חנינה זו הצליחה מאוד מבחינת יעדיה, ואפשרה את איחוי החברתי של ספרד והצטרפותה המהירה, יחסית, לקהילה האירופית. להרחבה והשוואה עם מדינות נוספות ראו: The Project on Justice in Times of Transition, Harvard University, The Inaugural Meeting, Salzburg Austria [7-10 March 1992] [<http://www.ksg.harvard.edu/justiceproject/Salzburgreport.htm>] (last visited on 17.9.2005). C. Boyd & D. Crocker "Democratic Development and Reckoning with the Past: The Case of Spain in Comparative Context" [<http://www.cceia.org/printerfriendlymedia.php/prmID/957>] (last visited on 17.9.2005). כמו כן, נזכיר את החנינה באורוגוואי אשר זכתה לרוב של 58% במשאל העם שנערך על חוק החנינה: 30, at p. 30. *Zalaquett, supra* note 40.

אזורים נחסמה חלופה זו על ידי בית הדין. כך, למשל, קבעה הוועדה הבין-אמריקנית לזכויות האדם לגבי כמה מדינות כי החנינות הגורפות שהוענקו אינן חוקיות.<sup>81</sup> עם זאת, ניתן לחשוב על מקרים שבהם תהא הענקת החנינה מוצדקת.<sup>82</sup> למשל, במקרים שבהם אילווצים פוליטיים היורדים לשורשו של התהליך המעברי מחייבים את מתן החנינה,<sup>83</sup> או במקרים שבהם ברור כי יש צורך בשילובם של מפרי זכויות האדם בחברה העתידית.<sup>84</sup> אם כך, במקרים מעין אלו יכול ששיקולים לבר משפטיים, שעליהם עמדנו לעיל, יכריעו את הכף.<sup>85</sup> דוגמה נוספת שבה ראוי לבחון את סוגיית החנינה היא מקרה שבו קיימת הכרעה דמוקרטית בסוגיה. כפי שהיה, למשל, באורוגואי שבה קיימה הממשלה הדמוקרטית בשנת 1989 משאל עם על חוק החנינה שבו זכתה ההצעה להעניק את החנינה לרוב של 58%.<sup>86</sup>

81 למדגם מייצג מצ'ילה, מארגנטינה, מאל-סלודור ומאורוגואי ראו: Inter-American Commission on Human Rights: Report no. 36/96, Case 10.843, art. 50, Chile [15 Oct. 1996] [[http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/Chile10843.htm#\\_ftn13](http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/Chile10843.htm#_ftn13)] (last visited on 17.9.2005); Report no. 34/96, Cases 11.228, 11.229, 11.231 and 11.282, art. 50, Chile [15 Oct. 1996] [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/Chile11228.htm>] (last visited on 17.9.2005); Report no. 136/99, Case 10.488, art. 200, El Salvador [22 Dec. 1999] [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Merits/ElSalvador10.488.htm>] (last visited on 17.9.2005); Report N° 1/99, Case 10.480, art. 107, El Salvador [27 Jan. 1999] [<http://iachr.org/annualrep/98eng/Merits/ElSalvador%2010480.htm>] (last visited on 17.9.2005); Report N° 28/92, Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311, Argentina [2 Oct. 1992] [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/Argentina10.147.htm>] (last visited on 17.9.2005); Report N° 29/92, Cases 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374, 10.375, Uruguay, [2 Oct. 1992] [<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/Uru-guay10.029.htm>] (last visited on 17.9.2005)

82 D.C. Shea *The South African Truth Commission: The Politics of Reconciliation* (Washington DC, 2000) 12

83 כגון המקרה של סירה ליאון בהסכם אבידג'אן משנת 1996: *supra* Abidjan Agreement, note 76.

84 כפי שהזכרנו לעיל, חוקת הטריבוניל מכירה, דה פקטו, בחנינה שהוענקה בהסכם זה. למשל במקרים שבהם התבסס המשטר הלא-דמוקרטי על האליטות המשכילות של האוכלוסייה ועל המנועים הכלכליים המניעים את המדינה, עלולה העמדה לדין גורפת להסיג את החברה עשרות שנים לאחור.

85 עם זאת, בראי דיני האמנות יש מקום לבחון אם אין בויתור על השיפוט הפלילי משום פגם היורד לשורשו של הסכם בשל היותו נוגד נורמת *jus cogens* של המשפט הבינלאומי. ס' 53 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות קובע כי: "A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character". Vienna Convention on Law and Treaties [23 May 1969] 1155 U.N.T.S. 331, art. 53

.Zalaquett, *supra* note 40, at p. 30 86

1.2 ועדת חקירה/ועדת אמת

בקונטקסט המעברי, ועדות חקירה הן כלי שנעשה בו שימוש נרחב<sup>87</sup>. המוכרת מבין ועדות חקירה אלו היא, כמובן, ועדת האמת והפיוס של דרום אפריקה<sup>88</sup>. ועדת חקירה מוגדרת על ידי היינר כוועדה בעלת סמכויות חקירה מיוחדות (כגון יכולת גישה למידע, הגנה מיוחדת, סמכות להעניק חנינה וכולי) ומנדט מוגבל בזמן לשם חקירת אירועי העבר. מטרת ועדת חקירה היא מתן תמונה כוללת של הפרות זכויות אדם במשך תקופת זמן מוגדרת (להבדיל ממיקוד במקרה ספציפי)<sup>89</sup>.

ועדת חקירה לבדיקת האירועים במהלך מלחמת האזרחים או בתקופת השלטון הקודם, היא חלופה אשר מאפשרת את חקר האמת וגילוי העובדות בפומבי. בסיום עבודתה של הוועדה, יכול שיתקיימו הליכים פליליים, אזרחיים או פוליטיים נגד האחראים. בחלק מהמקרים, שימוש מסקנות ועדת החקירה להעמדתם לדין של האחראים להפרות החמורות של זכויות האדם<sup>90</sup>. לעומת זאת, במקרים אחרים כדוגמת ועדת האמת והפיוס הדרום אפריקנית, ניתנה בידי הוועדה סמכות להעניק חסינות לחשודים אשר התוודו על פשעיהם והביעו עליהם חרטה.

ועדות חקירה עשויות לשמש כלי יעיל להשגת חלק מיעדי הצדק המעברי:

• התיעוד ההיסטורי, חקר האמת ואמון הציבור: מטרתה של ועדת חקירה היא גילוי האמת ופרסומה. קשה לחלוק על חשיבותו של התיעוד ההיסטורי בהקשר של הפרות זכויות האדם הן למניעת הישנותם של מקרים כאלו בעתיד והן להכרה פומבית בפגיעה בקרבנות. ייתכן שלוועדת חקירה פומבית יהיה תוקף ציבורי רחב יותר מאשר לבית משפט – אשר עלול להיתפס, ביתר קלות כמשרת "צדק של מנצחים".

• הכרה של הפוגע במעשיו: ניתן לטעון כי כאשר מפר זכויות אדם מתעמת עם עברו בפומבי, תוך שהוא מתוודה על מעשיו בפני קרבנותיו ולעתים אף מתנצל בפניהם, נפתח הפתח לקבלתו מחדש לחיק הקהילה ולאינטגרציה בתוכה.

• תחושת צדק של הקרבנות: מצדו השני של המטבע, עשוי קרבן העברה שירדע כי המעשים שנעשו לו נחקרו, שהאמת עליהם גלויה ואשר חזה בפוגע

87 לרישימה מקיפה של ועדות חקירה מאמצע שנות ה-70 ועד אמצע שנות ה-90, ראו: United States Institute of Peace, List of truth commissions [http://www.usip.org/library/truth.html#tc] P.B. Hayner "Fifteen Truth Commissions — 1974 to 1994: וכן (last visited 17.9.2005) A Comparative Study" 16 *Hum. Rts. Q.* (1994) 597 האו"ם לאל סלוודור, ראו: T. Buerghenthal "The United Nations Truth Commission for El Salvador" 27 *Vand. J. Transnat'l L.* (1994) 497

88 הוועדה הוקמה על פי חוק: Promotion of National Unity and Reconciliation Act No 34 of 1995 [http://www.doj.gov.za/trc] (last visited on 17.9.2005).

89 פרפראזה על היינר: Hayner, *supra* note 87, at p. 604.

90 כך היה בארגנטינה עד החקיקה המפסיקה, ראו לעיל הערה 76, בסרי לנקה: [http://www.usip.org/library/truth.html#sri\_lanka] (last visited on 17.9.2005); ובטימור המזרחית: [http://www.easttimor-reconciliation.org/mandate.htm] (last visited on 17.9.2005).

מתורודה על מעשיו, לסלוח לפוגע ולהמשיך בחייו ביתר קלות. מחילה זו עשויה לאפשר את קבלתו מחדש של הפוגע לחיים החברתיים.

• קידום הפיוס: נטען כי באופן טבעי, אמור תהליך זה של חקר האמת וההודאה בפשעי העבר, לצד סליחתם של הקרבנות, ליצור תהליך של פיוס בחברה. ועדות חקירה משרתות, באופן ברור, את האינטרס של גילוי האמת והתיעוד ההיסטורי. כמו כן, עשויות ועדות חקירה לשמש כלי בידיה של חברה מעברית להטיל אחריות אישית וגינורי ציבורי על מפרי זכויות האדם מבלי להיזקק לכלי הפלילי.

### 1.3 צעדים לבר-שיפוטיים/פליליים<sup>91</sup>

קיימות חלופות לבר-שיפוטיות שמטרתן הכרה בפגיעה בקרבנות וכחברה, תוך נקיטת צעדים אשר יביעו את תפיסת החברה כלפי המעשים הללו או את רצונה בסילוקם של מבצעייהם מהחיים הפומביים. לאחר מלחמת העולם השנייה סולקו מהשירות הציבורי בצרפת כ-7,500 מנושאי המשרה במשטר וישי<sup>92</sup>, ואחת המטרות המוצהרות של משטר הכיבוש של בעלות הברית בגרמניה הייתה הדה-נאציפיקציה של גרמניה<sup>93</sup>. בחלופתה המודרנית הופיעה סנקציה זו בצורה של חוקי מניעה (Lustrations Laws) אשר נועדו לקבוע תקופת "צינון" שבה לא יוכלו האחראים להפרות זכויות אדם, כגון בכירי המשטר הקודם ומשתפי פעולה, לשאת במשרות ציבוריות מסוימות<sup>94</sup>. בעירק, הצו הראשון של הרשות הזמנית קבע כי כל

91 ניתן לטעון כי מקומו של הדיון בוועדת האמת והפיוס הוא בפרק זה, שכן עניינה של ועדת אמת ופיוס הוא לבר-משפטי. עם זאת, בחרתי להציגה בנפרד משני טעמים: ראשית, חשיבותה הרבה של חלופה זו מצדיקה דיון נפרד. שנית, בדוגמה הפרדיגמטית של ועדות החקירה, היה בכוחה של ועדת האמת והפיוס של דרום אפריקה, להעניק חנינה מהליך שיפוטי.

92 V.P. Nanda "Civil and Political Sanctions as an Accountability Mechanism for Massive Violations of Human Rights" 26 *Denver J. Int. L. & Policy* (1997-1998) 389, 390

93 בהסכם פוסטדאם מיום 1 באוגוסט 1945, קבעו נשיא ארצות-הברית טרומן, מנהיג ברית-המועצות סטאלין וראש ממשלת בריטניה אטלי (שהחליף במהלך הוועידה את צ'רצ'יל) את העקרונות לניהולה של גרמניה תחת הכיבוש. ס' 2(a)(6) להסכם קבע כי: "All members of the Nazi Party who have been more than nominal participants in its activities and all other persons hostile to Allied purposes shall be removed from public and semi-public office, and from positions of responsibility in important private undertakings. Such persons shall be replaced by persons who, by their political and moral qualities, are deemed capable of assisting in developing genuine democratic institutions in Germany". The Berlin (Potsdam)

Conference, July 17–August 2, 1945: (a) Protocol of the Proceedings, August 1, 1945 [http://www.yale.edu/lawweb/avalon/decade/decade17.htm] (last visited on 17.9.2005).

94 ברקן מגדיר חוקי מניעה כדלקמן: "Lustration aims at circumventing the need to resort to criminal process by disqualifying or removing officeholders of the previous regime and by keeping them from holding office in the new state". E. Barkan *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices* (New York, 2000) 115 נקטו בין היתר, ביוון במעברה מהשלטון הצבאי, באל-סלוודור, בליטא, באלבניה, בהונגריה ובגרמניה שלאחר השלטון הקומוניסטי: *supra* note 28, Kritz, Accountability Mechanisms,

חברי מפלגת הבעת' מארבע הדרגות הבכירות מגועים לצמיתות מלהיות מועסקים בשירות הציבורי, וכי נושאי המשרות בשלוש השכבות הניהוליות הבכירות של משרדי הממשלה, חברות ממשלתיות ומשרות ציבוריות כגון אוניברסיטאות ובתי חולים ייחקרו ויופּו אם יתגלו כחברי מפלגת הבעת' וכמאיימים על הביטחון. הליך הניפוי יחול על חברי מפלגה בכירים וזוטרים כאחד<sup>95</sup>. חלופות נוספות כוללות התנצלויות כפויות<sup>96</sup>, חבות נזיקת אזרחית, שירות לתועלת הציבור, סנקציות כלכליות או התוודות פומבית על המעשים<sup>97</sup>. כמו כן, הפעילה מועצת הביטחון איסור על מדינות לאפשר את כניסתם של אנשים מסוימים או את תנועתם דרך שטחן<sup>98</sup>.

המוכרים ביותר הם אלו שנחקקו בצ'כוסלובקיה ובפולין לאחר נפילת הגוש הקומוניסטי: R. David "Lustration Laws in Action: The Motives and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Republic and Poland" 28 *Law & Soc. Inquiry* (2003) 387. בהסכם המסגרת הכללי לשלום בבוסניה והרצוגובינה (הסכם דייטון) קבע ס' 3(e) לנספח על פליטים כי על הצדדים לדאוג לטיפול במפרי זכויות האדם באופן הבא: "the prosecution, dismissal or transfer, as appropriate, of persons in military, paramilitary, and police forces, and other public servants, responsible for serious violations of the basic rights of persons belonging to ethnic or minority groups". The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, ("Dayton Agreement") [21 Nov. 1995], Annex 7, art 3(e) [<http://www.oscebih.org/overview/gfap/eng/annex7.asp>] (last visited on 17.9.2005). לעניין יישום סנקציות אלו במשטרת בוסניה והרצוגובינה, ראו: G.L. Naarden "Nonprosecutorial Sanctions for Grave Violations of International Humanitarian Law: Wartime Conduct of Bosnian Police Officials" 97 *Amer. J. Int'l L.* (2003) 342.

95 Coalition Provisional Authority, Order No. 1, "De Ba'-athification of Iraqi Society" (CPA/ORD/16 May 2003/01) [[http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030516\\_CPA-ORD\\_1\\_De-Ba\\_athification\\_of\\_Iraqi\\_Society\\_.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030516_CPA-ORD_1_De-Ba_athification_of_Iraqi_Society_.pdf)] (last visited on 17.9.2005).

96 "The Commission : ראו, למשל, המלצתה של ועדת האמת והפיוס הדרום אפריקנית כי: recommends and urges that, as head of state, the President of the Republic of South Africa apologises to all victims on behalf of those members of the security forces of the former state and those armed forces of the liberation movements who committed gross violations of human rights". Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, Vol. VI, Chapter 7, Section 5, art 16, at p. 728 [<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf>] (last visited on 17.9.2005).

97 Freeman, *supra* note 15, at p. 114 n.1.

98 ההלטת מועצת הביטחון 1132 (1997) מיום 8 באוקטובר 1997 בעניין סירה ליאון קובעת: "5. Decides that all States shall prevent the entry into or transit through their territories of members of the military junta and adult members of their families, as designated in accordance with paragraph 10 (f) below, provided that the entry into or transit through a particular State of any such person may be authorized by the Committee established by paragraph 01 below for verified humanitarian purposes or purposes consistent with paragraph 1 above, and provided that nothing in this paragraph shall oblige a State to refuse entry into its territory to its own nationals". United Nation-Security Council Resolution S/RES/1132 (8 Oct. 1997). יושם אל לב שמגבלות התנועה כוללות לא רק את

ניתן להציג את ההיגיון העומד מאחורי אותן סנקציות הנוגעות להשתתפות בניהול המדינה כניסיון פרגמטי להרחיק את האחראים להפרת זכויות האדם ממרכזי הכוח והשליטה. ואולם גם במקרים אלו יש לבחון אם הרחקה זו תועיל לשלום ולפיוס בחברה אם לאו. במבט פרקטי, יש מקום לבחון את יעילותן של סנקציות אלו, שכן לאחר שנים מספר נראתה חזרה מסוימת של חלק מהמפלגות הקומוניסטיות בגוש המזרחי לשעבר (בשמות ובמצעים חדשים) לחיים הפוליטיים<sup>99</sup>. בנוסף, סנקציות לבר-פליליות אלו מעוררות טענות קשות הן בשל גיעתן בזכות למשפט הוגן והן בשל האופן שבו הן מיושמות<sup>100</sup>.

#### 1.4 משפט פלילי

המשפט הפלילי ככלי בתהליך המעברי מצוי במוקדה של רשימה זו. כפי שצוין לעיל, לא נכון בעינינו לראות את המשפט הפלילי כחזותו הבלעדית של התהליך המעברי. רק חלק ממטרות התהליך המעברי יכולות להיות מוגשמות על ידי ההליך הפלילי, ובהן יתמקד חלקה זה של הרשימה.

אין חולק כי לענישתו של אדם אשר פגע באחר יש הצדקה מוסרית ומעשית כשלעצמה, ואין צורך "להוכיח" כי ישורתו מטרות נוספות מלבד עשיית הצדק. ענישה פלילית, כשהיא נעשית על פי כללי ההליך ההוגן ובאופן מידתי לעברה, משרתת נכוחה את החברה<sup>101</sup>. ואולם גם במשפט הפלילי הפנים-מדינתי, נשקלים שיקולים לבר-משפטיים במסגרת הבחינה אם יש לנקוט צעדים פליליים נגד אדם. האינטרס הציבורי (מבחן העניין לציבור) מהווה שיקול לגיטימי בהחלטה אם להעמיד אדם לדין, אם לאו, ואינטרסים מדיניים, חברתיים ודתיים, יכולים אף הם להוות שיקולים לגיטימיים בשאלה זו<sup>102</sup>.

ככירי ארגון המורדים והחונטה הצבאית אלא אף את קרובי משפחותיהם הבגייים. מדובר בסנקציה שהוטלה בתקופת שלטונה של החונטה הצבאית שהדיחה את הממשלה שנבחרה בבחירות דמוקרטיות במרץ 1996, אך מגבלות אלו בחוקף עד היום.

99 K. Williams, A. Szczerbiak & B. Fowler "Explaining Lustration in Eastern Europe: 'A Post-Communist Politics Approach'" *Sussex European Institute Working Paper No 62* (2003) 12 [http://www.sussex.ac.uk/sei/documents/wp62.pdf] (last visited on 17.9.2005)

100 לדין ברו"ח ארגון העבודה הבינלאומי (ILO) על חוק המניעה בצ'כוסלובקיה ראו: Kritz, *Transitional Justice*, *supra* note 17, Vol. III at p. 322; U.S. Department of State Report on Czech Republic Human Rights Practices, 1993. [http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/democracy/1993\_hrp\_report/93hrp\_report\_eur/CzechRepublic.html] (last visited on 17.9.2005). עקרונות ליישום סנקציות אלו מוצעים ברו"ח ג'וינה: Joinet Report, *supra* note 1, annex II art. III, Principles 45-48.

101 הספרות העוסקת במשפט הפלילי ובקרימינולוגיה, חלוקה בסוגיית מטרות המשפט הפלילי ומטרות הענישה. היות שדין כזה חורג מהאפשרי ומהדרוש במסגרת המצומצמת של רשימה זו, נסתפק בהנחת היסוד שלפיה משרת המשפט הפלילי מטרות חברתיות חשובות ושהוא בעל ערך לכשעצמו. חלק מהכותבים בתחום הצדק המעברי דנים בסוגיות אלו, למשל: Crocker, *supra* note 29; Aukerman, *supra* note 41, at pp. 54-57.

102 ומתוקף שיקולים אלו אף למנוע מהתביעה שימוש בראיות אשר לגביהן הוצאה תעודת



באופן ספציפי, יכול המשפט הפלילי לקדם, על פי נסיבות המקרה, רבים מיעדי התהליך המעברי. ישנם מקרים שבהם עשויים משפטים פליליים לקדם את מטרות הפיוס ואת מיצוק החלפת השלטון ככלי להחלשת הגורמים הראקציונרים במדינה, באמצעות הסטיגמה והחשיפה הפלילית והמגבלות הנובעות מהם<sup>103</sup>. כמו כן, ייתכנו מקרים שבהם קיימת חובה משפטית להעמיד לדין מכוח אמנה<sup>104</sup> או מנהג בינלאומי. עם זאת, יש לציין שבמקרים שבהם המשפט הפנים-מדינתי קובע חובת העמדה לדין, זו כפופה לכללי המשפט הפנימיים, לאיזונים המקובלים בו ולשיקול דעתן של הרשויות המוסמכות<sup>105</sup>. במקרים אחרים, עלול ההליך הפלילי דווקא לפגוע בהשגת מטרות אלו.

אם כן, כדי להחליט מתי נכון לפעול בחלופה הפלילית (אם כחלופה ראשית ואם כנספחת לחלופות אחרות) ומתי יביאו דרכי פעולה אלטרנטיביות תועלת רבה יותר, נדרשת בחינה מדוקדקת של כל מקרה לגופו ובהתאם לקריטריונים ברורים. בפרק הבא נציע מתווה לקריטריונים אשר לדעתנו עשויים להיות שימושיים בקבלת ההחלטה אם לנקוט צעדים פליליים נגד מפרי זכויות האדם במסגרת התהליך המעברי.

## 2. הקריטריונים ליישום החלופה הפלילית בתהליך המעברי

בטרם נדון בסוגיית הקריטריונים, יש לציין כמה הסתייגויות כלליות. ראשית, קריטריונים, מקיפים ככל שיהיו, מהווים מסגרת לבחינת הסיטואציה בשטח, ואינם יכולים כשלעצמם, לקבוע נחרצות דרך פעולה. שנית, כפי שצוין לעיל, אין הכרח לראות בשימוש בכלי המשפטי כמייתר שימוש משלים בחלופות אחרות. להפך, מדובר בכלים המשלימים זה את זה, ויש לקחת זאת בחשבון בעת ששוקלים את בחירתם של הכלים המתאימים. שלישית, רשימה זו נכתבה מתוך מבט תאורטי-אינדוקטיבי שמבוסס על אותן סיטואציות שבהן הוקמו בפועל טריבונלים. ראוי כי מחקר השוואתי עתידי יאשש את תקפותם של הקריטריונים באופן שיטתי ובהתאם למקרי מבחן רבים. בכל אחד מהקריטריונים המוצעים מוזכרת בקצרה דוגמה אחת או שתיים להמחשת ההבדלים. עם זאת, הדוגמאות שנבחרו הן, במידת האפשר, דוגמאות פרדיגמטיות לסיטואציה המדוברת. דומה

חיסיון, או שיש אינטרס ציבורי לשמירה על החסיון (כגון בין עורך דין, פסיכולוג, איש דת, עובד סוציאלי וכדומה לבין לקוחותיהם). ראו פרק ג' לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.

103 *Robinson, supra note 65, at p. 489.*

104 לעיל הערה 21.

105 במדינת ישראל כפוף ס' 16 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") – הקובע סמכות שיפוט אוניברסלית על עברות פליליות הקבועות באמנות רב-צדדיות שישאל צד להן – לס' 9(ב) לחוק העונשין – הקובע כי לא יוגש כתב אישום על עברת חוק אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה.

אפוא כי הקריטריונים הבאים עשויים לשמש אבני בוחן מועילות כשאלה אם ראוי לקיים שיפוט פלילי במסגרת תהליך מעברי:

### 2.1 אופי התהליך המעברי

ראוי להבחין בין תהליך מעברי אינטגרטיבי לבין תהליך מעברי החלפתי. תהליך מעברי אינטגרטיבי מתרחש בדרך כלל לאחר מלחמת אזרחים או סכסוך אתני, במטרה לאחד את האוכלוסייה ולהקים חברה חדשה, המושתתת על שיתוף ואינטגרציה. בתהליך מעברי החלפתי השלטון הטוטליטרי הקודם מוחלף בממשלה דמוקרטית. כלומר בתהליך החלפתי מפרי זכויות האדם מורחקים מעמדות כוח, ולעומת זאת בתהליך אינטגרטיבי הם מהווים חלק מהשלטון החדש. דומה כי בתהליך מעברי החלפתי ראוי לתת משקל נכבד יותר לשימוש בהעמדה לדין מאשר בתהליך מעברי אינטגרטיבי, היות שבזו האחרון מתעצמים השיקולים הלב-משפטיים של פיוס, הליכה לדרך חדשה, אפשרות ליישם את התהליך בדרך של שלום, מניעת תחושות של הפעלה סלקטיבית של הכלי הפלילי והפניית המשאבים האדיריים שנדרשים להעמדה לדין לאפיקים מקדמי אחדות. במקרים שבהם מדובר בתהליך מעברי החלפתי, יינתן משקל, כמובן, למידת הסכנה שעלולים השליטים לשעבר להוות לתהליך המעברי. מובן כי התחשבות זו עלולה ליצור, במידה מסוימת תמריץ בפני השלטון הקודם לאיים על התהליך המעברי. אמנם כל מקרה חייב להישקל לגופו, אולם דומה כי מחקר אמפירי מעמיק לגבי מידת ההשפעה של הענקת חסינות על עצם קיומו של התהליך המעברי, יניב תובנות מועילות בסוגיה זו.

החנינה הכללית שהוענקה בהסכם אבידג'אן להשכנת שלום בסיירה ליאון (ובמידה פחותה בהסכם לומה), היא דוגמה לתהליך מעברי אינטגרטיבי, אשר אף כי כשל בסופו של דבר, היה בו ניסיון אמיתי ליצור אינטגרציה נרחבת של ארגון המורדים בשיקום המדינה. בין היתר, קבע הסכם אבידג'אן הקמת ועדה משותפת למיצוק השלום (Commission for the Consolidation of Peace) שבה יהיו חברים נציגי הממשלה וה-RUF<sup>106</sup>, וכן בחינה מחודשת של מבנה הצבא והעומדים בראשו תוך שילוב של לוחמי ה-RUF שירצו בכך לתוך הצבא<sup>107</sup>. מעברה השני של הקשת עומדת ארגנטינה במהלך התהליך ההחלפתי שעברה בין החונטה הצבאית ששלטה בין השנים 1976–1983 לממשלה הדמוקרטית. הפרות זכויות האדם הנרחבות של החונטה במהלך שלטונה (אשר זכו לכינוי "המלחמה המלוכלכת"), גרמו להיעלמותם של מעל 10,000 איש. לאחר השבת השלטון הדמוקרטי, ניסתה החונטה להבטיח לעצמה חסינות, אך במסגרת התהליך המעברי ההחלפתי הזה, שבו לא הייתה סכנה להשתלטות מתודשת של הצבא על השלטון,

.Abidjan Agreement, at art. 3 106

.Ibid, at art. 9 107

על מקומו של המשפט הפלילי בתהליכים מעבריים

אין הצדקה להכרה בחסינות כזו, והיא אכן הוסרה לתקופה מסוימת, הושבה על כנה, ובוטלה שוב לאחרונה<sup>108</sup>.

## 2.2 היקף המעורבות בהפרות זכויות האדם

ככל שניתן לייחס את הפרות זכויות האדם לקבוצה ממוקדת ומצומצמת יותר של אנשים (חונטה, פלג צבאי, פקידות ממשלתית וכדומה), כך מתבקש השימוש בכלי הפלילי. לעומת זאת, ככל שהפרות זכויות האדם נרחבות וחלקי האוכלוסייה המעורבים בה גדולים יותר, דומה כי התוצאות שניתן לצפות להן משימוש בכלים שאינם משפטיים/פליליים תהיינה טובות יותר. ייתכן שאחת הסיבות שבעטיין מתמקדים מרבית הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים באנשים בעלי האחריות הרבה ביותר להפרות, היא כי אין הבדל, בהקשר זה, בין סיטואציה שבה הפרות זכויות האדם מבוצעות על ידי חלקים נרחבים של האוכלוסייה או על ידי קבוצה מצומצמת של מקורבים לשלטון. בכל מקרה, גם אם בעלי האחריות הרבה ביותר נשפטים בידי טריבונלים בינלאומיים, שאר המפרים מופנים לשיפוט בתוך המדינה גופה, אשר לגביה קיימת ציפייה, במסגרת הפרדיגמה הלגליסטית, כי היא תפעל נגדם בהליכים פליליים<sup>109</sup>. עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם יהיה צורך דווקא

108 Ley de Pacificacion Nacional, *supra* note 76. בחוק זה העניקה החונטה הצבאית לעצמה חנינה גורפת על הפרות זכויות האדם שאירעו בתקופת שלטונה. בעקבות עבודתה של ועדת החקירה על הנעלמים, בוטל החוק, וחמישה מתוך תשעת מנהיגי החונטה שהועמדו לדין, הורשעו. ואולם לחץ מסיבי של הצבא גרם לחקיקת "חוק הקטיעה": "Ley de Punto Final" [http://www.nuncamas.org/document/nacional/ley23492.htm] (last visited on 17.9.2005). ס' 1 לחוק קבע תקופת התיישנות כמעט מידית (60 ימים) על עברות שנועברו בתקופת שלטון החונטה. זאת ועוד, "חוק הציות" קבע חזקה חלוטה כי קצינים זוטרים ייחשבו כמי שמילאו פקודות ולא יישאו באחריות פלילית אישית. לעומת זאת, כאשר קצינים בכירים, החזקה תחול כל עוד לא תקבע ערכאה שיפוטית קביעה נוגדת בתוך 30 יום מקבלת החוק. ראו: Ley 23.521, 4.6.1987. "Ley de Obediencia Debida", art.1 [http://www.nuncamas.org/document/nacional/ley23492.htm] (last visited on 17.9.2005). להרחבה ראו: Kritz, *Transitional Justice*, *supra* note 17, Vol. III at pp. 477–539. במהלך חודש אוגוסט 2004, הצביעו בתי הנבחרים של ארגנטינה על ביטול חוקי הקטיעה והציות וסוגיית תחולתם תלריה ועומדת בפני בית המשפט העליון של ארגנטינה. ראו: P. Greste "Argentina Overturns Amnesty Laws" *BBC News World Edition* 13.8.2003 [http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3146379.stm] (last visited on 17.9.2005); "Argentina Scraps Amnesty Laws" *BBC News World Edition* 21.8.2003 [http://news.bbc.co.uk/go/pr/ft/-/2/hi/americas/3169297.stm] (last visited on 17.9.2005).

109 *No selectivity*: "there should be no selectivity in the pursuit of suspects on the basis of nationality, rank, ethnicity, religion, or any other such ground. Anyone suspected of having committed crimes in Iraq must be brought to justice". Amnesty International, "Iraq: Ensuring justice for human rights abuses" (2003), MDE/14/080/2003, at p. 3 [http://web.amnesty.org/aidoc/aidoc\_pdf.nsf/Index/MDE140802003ENGLISH/\$File/MDE1408003.pdf] (last visited on 17.9.2005). ("Amnesty Paper" או "מסמך אמנסטי").

בשיתוף הפעולה של אותה קבוצה מצומצמת, ויש לשקול את מכלול השיקולים בטרם תתקבל ההחלטה.

ארגנטינה מהווה דוגמה טובה גם בקריטריון זה, בשל ההיקף המצומצם יחסית של מפרי זכויות האדם (קרי, משטר החונטה הצבאי). בארגנטינה, נעשה שימוש חסר בכלי המשפטי, שכן חוקי ה"קטיעה" וה"ציות" שהוזכרו לעיל<sup>110</sup>, מנעו את המשך העמדתם לדין של האחראים להפרות זכויות האדם. מצדה השני של הקשת, ברואנדה, עולה מספרם של החשודים בביצוע השמדת העם על 120,000 (כ-2% מהאוכלוסייה)<sup>111</sup>. מן ההתחלה הייתה ממשלת רואנדה מחויבת לגישה הלגליסטית, והיא סירבה לפנות לחלופות פיוסיות, תוך עמידה איתנה על מחויבותה לנקוט הליכים פליליים נגד החשודים בהשמדת עם. ואולם בתי המשפט ברואנדה אינם מסוגלים להתמודד עם העומס העצום<sup>112</sup>, וכפי שהוזכר, פנתה ממשלת רואנדה להכשרת כ-9,000 בתי משפט קהילתיים (המכונים Gacaca) אשר מבוססים על שיטות יישוב סכסוכים מסורתיות<sup>113</sup>. בתי משפט אלו מאוישים על ידי כ-255,000 אזרחים שנבחרו בבחירות לצורך זה. במקביל, פועל הטריבוונל של האו"ם בטנזניה לשיפוט מנהיגי רצח העם, ובתי המשפט של רואנדה שופטים אף הם מקרים קשים יותר של מבצעי ההשמדה. מקרה זה, לדעתנו, הוא מקרה קלאסי שבו צריך היה לנקוט גישה מעורבת, של העמדה לדין של המנהיגים ופעולה לאינטגרציה של מבצעי רצח העם האחרים תוך שימוש במנגנון לבר-שיפוטי של נשיאה באחריות<sup>114</sup>.

### 2.3 הסכסוך כסכסוך אתני

ככל שהמצב שממנו מבוצע המעבר חופף שסעים אתניים, דומה כי המצב מתאים פחות לפתרון משפטי ויותר לפתרון פיוסי<sup>115</sup>. סכסוך אתני מיושב באמצעות פשרות פוליטיות ומציאת דרכים לחיים משותפים. תרומתו של ההליך הפלילי לסיכויי ההצלחה של יישוב הסכסוך הוא, ככל הנראה, שולי<sup>116</sup> בשל קשיים

110 לעיל הערה 108.

111 *Daly, supra* note 63, at p. 369.

112 לאחר ההשמדה, נותרו ברואנדה חמישה שופטים וכחמישים עורכי דין: *Ibid.*, at p. 367.

113 ראו: "L.D. Tully 'Human Rights Compliance and the Gacaca Jurisdictions in Rwanda' 26 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* (2003) 385, 395-397; M.A. Drumbl 'Punishment, Postgenocide: From Guilt to Shame to Civis in Rwanda' 75 *N.Y. Univ. L. Rev.* (2000) 1221, 1264-1266.

114 כפי שהוזכר לעיל, רואנדה הציגה עמדה עקבית של מחויבות להעמדה לדין של מבצעי פשע השמדת העם, והקימה טריבונלים עממיים לשיפוטם. ייתכן כי עדיף היה לפעול, במקרה זה, באמצעים לבר-משפטיים.

115 לעיון בניתוח משווה של הסכסוך בדרום אפריקה והסכסוך בישראל כראי הצדק המעברי: A. Gross "The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel" 40 *Stan. J. Int'l L.* (2004) 47.

116 *The Bosnian Study, supra* note 42.

אינהרנטיים שעליהם עמדנו לעיל<sup>117</sup>. לעומת זאת, בהיעדר חפיפה עם קווי מתאר של סכסוך אתני, או במקרים שבהם ההיבט האתני זניח, קיים סיכוי גבוה יותר שהמגבלות על השימוש בהליך המשפטי תקטנה.

בקמבודיה, לדוגמה, לא היו מאפיינים אתניים לפעילות הח'מר רוז' בשנים 1975–1979, שכן משטר הח'מר רוז הונע מטעמים פוליטיים-אידאולוגיים. לאחר הדחת המשטר, לא נותרו חלקי אוכלוסייה שהיו נאמנים לח'מר רוז' או שהיו קשורים אליהם בקשרים אתניים. לעומת זאת, המלחמה ביוגוסלביה לשעבר הייתה מרוכזת לחלוטין במישור האתני. אכן, בעניין יוגוסלביה, מצביע המידע האמפירי המצוי ברשותנו על כישלוננו של הטריבוטל בהאג לתרום לתהליך המעברי, ואם אכן מידע זה נכון, אפשר שהוא אפילו גורם, במידה מסוימת, נזק<sup>118</sup>.

#### 2.4 מעורבות בינלאומית מול תהליך פנימי

ככל שהתהליך המעברי מתרחש בעקבות כפייה חיצונית, דומה כי השימוש בכלי המשפטי יועיל יותר למיצוק הדרך החדשה שאליה הולכת החברה, שכן המעורבות החיצונית עשויה לשחרר את השחקנים הפנימיים מאילוצים, כדוגמת אלו שעליהם עמדנו בדיון על החנינות<sup>119</sup>. לעומת זאת, ככל שמדובר בתהליך פנימי שנובע משינויים חברתיים או פוליטיים פנימיים, ככל הנראה יגבר הקושי להשתמש בכלי המשפטי. ניתן, כמובן, לטעון כי העובדה שיש אילוצים וקשיים אינה מפחיתה מהתובה להעמיד לדין מפרי זכויות אדם, אך דומה כי האילוצים עשויים להכתיב צורך בשימוש פחות בכלי המשפטי לעומת שימוש נרחב יותר בחלופות לבר-משפטיות. מחקר אמפירי בסוגיה זו טרם בוצע, אך מבחינה תאורטית היינו מצפים למצוא קשר הדוק בין קריטריון זה לבין הקריטריון המסווג את אופי התהליך המעברי (בין אינטגרטיבי ובין החלפתי). מחקר נוסף בכיוון זה עשוי להניב תוצאות מועילות.

פלישתה של ארצות-הברית לפנמה, ביום 20 בדצמבר 1989, נועדה לתפוס את מנאל נורייגה, שליט פנמה ולהביאו לדין בארצות-הברית בגין סחר בסמים. נורייגה הוכא לארצות-הברית ונדון ל-40 שנות מאסר. במהלך השנים שלאחר הדחתו, העמידה אותו ממשלת פנמה לדין בהיעדרו על רצח הקצינים שניסו להדיחו מהשלטון, וכן ניסתה להעמיד לדין חלק ממבצעי הפרות זכויות האדם בתקופת הדיקטטורה<sup>120</sup>. ברבות השנים, נחוננו חלק ניכר מראשי השלטון בתקופת נורייגה,

117 ראו הדיון בביקורת על הפרדיגמה הלגליסטית, לעיל בפרק ב'.

118 The Bosnian Study, *supra* note 42.

119 ניומן מציע כי המקרה של יוגוסלביה לשעבר מצביע על מעורבות בינלאומית כתורתם ל-"culture of accountability". ראו: Newman, *supra* note 20, at p. 38.

120 U.S. Department of State "Panama Human Rights Practices" (31 Jan 1994) [[http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/democracy/1993\\_hrp\\_report/93hrp\\_report\\_ara/Panama.html](http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/democracy/1993_hrp_report/93hrp_report_ara/Panama.html)] (last visited on 17.9.2005); Human Rights Watch Report. "Human Rights in Post Invasion Panama: Justice Delayed is Justice Denied" (7 April 1991) [<http://www.hrw.org/reports/1991/panama>] (last visited on 17.9.2005)

הוצעה הצעת חוק אשר תאפשר את שיבתם לחיים האזרחיים במדינה<sup>121</sup>. מקרה זה, שבו מודח שלטון אשר מפר את זכויות האדם באופן שיטתי בידי כוח חיצוני מתאים ביותר להפעלת החלופה המשפטית. זהו המקרה גם בעירק, כפי שיידון במפורט להלן. לעומת זאת, בדרום אפריקה, שבה הועבר השלטון מהמעוט הלבן לרוב השחור בדרכי שלום ובאופן אינטגרטיבי, הופעל הכלי הפלילי רק במקרים שבהם לא הוענקה חנינה על ידי ועדת האמת והפיוס. יתרה מזו, עצם הענקת החנינה היוותה תמריץ לחשודים לפנות לוועדה ולהתוודות, שאם לא כן עשויה הייתה עדותם של אחרים להפילם.

משנבחן המצב ונתקבלה ההחלטה להעמיד לדין, קיימות כמה חלופות מוסדיות. ההבחנה החשובה ביותר היא השאלה אם להעמיד לדין על ידי מדינה במסגרת משפטה הפנימי או בטריבונל בינלאומי<sup>122</sup>.

טריבונלים בינלאומיים יכול שיהיו מוסד קבוע (כדוגמת בית הדין הפלילי הבינלאומי), מוסד אד הוק ייחודי (כדוגמת הטריבונלים של יוגוסלביה ורוואנדה) או מוסד אזורי (חלופה אשר טרם נוסחה<sup>123</sup>). להעמדה לדין באמצעות טריבונלים בינלאומיים יש כמה יתרונות: ראשית, בעיני הקהילה הבינלאומית נהנה טריבונל כזה מאמון ומיוקרה רבים, ויוצא מהם מסר ברור באשר לעמדתה של הקהילה הבינלאומית כלפי המעשים שנעשו. שנית, מבחינת ההגנה על זכויות הנאשם, ישנם מקרים רבים שבהם יזכה הנאשם להגנה פרודורלית טובה יותר ולמשפט הוגן אם יישפט על ידי טריבונל אובייקטיבי. שלישית, טריבונל כזה חשוף פחות לטענות של פוליטיזציה ולהשפעות של מוקדי כוח בחברה המקומית. מאידך, להליך הפלילי הבינלאומי כמה חסרונות.

ראשית, הוא מנותק מהקהילה שבתוכה אירעו המעשים, ונתק זה מקשה על האוכלוסייה המקומית להיות מחוברת לנעשה בטריבונל ולחוש שייכות. יתרה מזו, ריחוק זה עלול ליצור בעיני הקהילה המקומית (או חלק ממנה) תחושה שהצדק לא נעשה ולא נראה, בין משום שהסטנדרטים של הטריבונל שונים מהמקובל במדינה<sup>124</sup>

L. Rother "Panama Amnesty Plan for Abuses Draws Fire" *The New York Times* 14.5.1996 121  
[http://query.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F5061EFB395D0C778DDDAC0894D

E494D81&incamp=archive:search] (last visited on 17.9.2005)

L.A. Dickinson "The Promise of Hybrid Courts" 97 *Amer. J. Int'l L.* (2003) 295 122

W.W. Burke-White "Regionalization of International Criminal Law Enforcement: A Preliminary Exploration" 38 *Texas Internat. L.J.* (2003) 729 123  
או ("Regional Tribunals").

124 פרשת בראיאגוויזה היא דוגמה קלאסית לסוגי המחלוקות שעוללות להתעורר בשל הבדלי סטנדרטים ותפיסות בין הקהילה הבינלאומית ובין מדינת הלאום שבה אירעו הפשעים. בפרשה זו עמדו למשפט בפני הטריבונל של רואנדה שלושה מהמסיתים המרכזיים בשל מעורבותם ביצירת אוירת ההשמדה תוך שימוש בכלי התקשורת (ובהתאם, כונה התיק The media case). בראיאגוויזה נעצר בקמרון ביום 15 באפריל 1996 והוחזק לבקשת הטריבונל, ומאוחר יותר עד לביורו בקשת הסגרה של ממשלת רואנדה, עד ליום 21 בפברואר 1997

ובין בשל תחושות רדיפה או חוסר אובייקטיביות<sup>125</sup>. שנית, הליך פלילי בינלאומי יקר, ובמרבית המקרים לא תוכל המדינה שבה אירעו המעשים לממן את השיפוט. עם זאת, לעתים הקהילה הבינלאומית עשויה לגלות נכונות לממן את ההליך. שלישיית, מבחינה תאורטית, יש נתק בין המדינה לבין השיפוט הפלילי<sup>126</sup>, ובעקפיץ נתק זה עלול להשליך על שלטון החוק באופן שלילי. לבסוף, טריבונל בינלאומי אינו יכול, בדרך כלל, לקחת בחשבון ערכים אזוריים ותפיסות מוסריות אזוריות אשר יכולים היו למתן את השפעות הריחוק על האוכלוסייה המקומית<sup>127</sup>.

החלופה להעמדה לדין בטריבונל בינלאומי, קרי העמדה לדין בפני בתי משפט מקומיים<sup>128</sup>, היא כמעט תמונת מראה של היתרונות והחסרונות שהוזכרו לעיל. אין להכחיש כי הרקורד ההיסטורי של העמדתם לדין של מפרי זכויות האדם על ידי משטרים מחליפים הנו בעייתי. עם זאת, גם אם טריבונלים בינלאומיים יועדפו באופן קטגורי, אין כל דרך מעשית להפעיל חלופה זו אלא עבור האנשים האחראיים ביותר על ההפרות, כך שהחלופה המדינתית עדיין תישא ברוב הנטל.

כפי שהוזכר במבוא לרשימה זו, הוחל לאחרונה ביישומה של שיטת ביניים, היא הטריבונל המעורב. טריבונל מעורב מוקם על ידי ארגון בינלאומי או בשיתוף

לאחר שבקשת ההסגרה של רואנדה נדחתה. באותו יום, ביקשה התובעת של הטריבונל לעצרו, והוא נעצר שוב, והוחזק בקמרן עד ליום 23 בפברואר 1998, אז הועבר לחזקת הטריבונל בארושה. בראיגוויזה ערער על מעצרו בפני הטריבונל עוד בטרם הועבר לידי, אך בקשתו לא נשמעה. למחרת הגעתו לארושה, עתר בראיגוויזה לטריבונל בבקשה לבטל את מעצרו ואת כתב האישום שהוגש נגדו. בקשתו נדחתה, והוא ערער בפני ערכאת הערעור בהאג. שופטי הערעורים קיבלו את עררו בשל הפגיעה החמורה בזכויותיו על פי דיני זכויות האדם הבינלאומיים ואיסור ניצולו לרעה של ההליך המשפטי, והם החליטו ברוב קולות לשחררו לאלתר ולבטל את כתב האישום נגדו. החלטה זו עוררה את זעמה של ממשלת רואנדה, אשר ניתקה את היחסים הדיפלומטיים עם הטריבונל ומנעה מתובעת הטריבונל ויזה לביקור במדינה. בסופו של דבר, לאחר שנערך דיון נוסף, החליטה ערכאת הערעור כי הפגיעה בזכויות האדם של בראיגוויזה ניתנת לריפוי, אם באמצעות פיצוי כספי במקרה שזיזוכה ואם באמצעות הפחתה בעונשו אם יורשע. בראיגוויזה הורשע ביום 3 בדצמבר 2003 בגין חמישה פרטי אישום (קשירת קשר להשמדת עם, השמדת עם, הסתה להשמדת עם וכן השמדה ורדיפה כפשעים נגד האנושות). בהתאם להחלטת ערכאת הערעור, כי עונשו יוקל אם יורשע, נדון בראיגוויזה ל-35 שנות מאסר (במקום למאסר עולם, העונש שהושת על שותפיו לכתב האישום). מתקופה זו הופחת הזמן שישב כמעצר. להרחבה על הפרשה ראו: International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, Case No. ICTR-99-52 T, Judgement and Sentence [http://www.ict.org/ENGLISH/cases/Ngeze/judgement/mediatoc.pdf] (last visited on 17.9.2005).

125 The Bosnian Study, *supra* note 42.

126 בורק'וויט מכנה תופעה זו בשם "עלות הריבונות", ראו: Regional Tribunals, *supra* note 123 at p. 730.

127 כאן, טוען בורק'וויט, עשויים טריבונלים אזוריים דווקא לסייע: *Ibid.*, at p. 737.

128 חלופה נוספת של העמדה לדין בבתי משפט מדינתיים, היא הפעלת הסמכות האוניברסלית על ידי מדינות אחרות. חלופה זו לא תידון במסגרת רשימה זו, אך היא סובלת ממרבית החסרונות של שתי המתודות הנזכרות.

פעולה עמו<sup>129</sup>, מכהנים בו שופטים מקומיים ובינלאומיים<sup>130</sup>, והערכאה נמצאת במקום ביצוע העברות. שיטה זו, אם מיושמת נכון, נהנית ממרבית היתרונות, הן של השיפוט הבינלאומי והן של השיפוט המדינתי בלא שתסבול מהחסרונות הטבועים בשיטות אלו<sup>131</sup>.

#### ד. מקרה מבחן: הטריבונל המיוחד בעירק

לאחר כיבוש בגדד ותיכרית במסגרת מתקפת הקואליציה האמריקנית והבריטית על עירק שהחלה ב־19 במרץ 2003 (מבצע "חירות לעירק"), ברור היה כי שלטונה של מפלגת הבעת', אשר שלטה בעירק מאז שנת 1968, בא אל קצו. ממשל הבעת', אשר סדאם חוסיין עמד בראשו מאז שנת 1979, אחראי להפרות חמורות של זכויות האדם העולות כדי פשעים נגד האנושות, נגד אזרחים עירקים<sup>132</sup>, וככל הנראה אחראי גם לעברת השמדת עם נגד הכורדים<sup>133</sup> ולפשעי מלחמה רבים שבוצעו במסגרת מלחמתה של עירק באיראן בשנים 1980–1988. בתום המבצע "חירות לעירק", הקימה הקואליציה, בכרכת מועצת הביטחון<sup>134</sup>, את הרשות הזמנית של הקואליציה (Coalition Provisional Authority) (להלן: "הרשות") וקבעה את סמכותה הזמנית עד לכינונה של ממשלה עירקית חוקית<sup>135</sup>. כפי שהוזכר לעיל, פעולתה הראשונה של הרשות הייתה לנקוט צעדים לברשיפוטיים לטיהור עירק ממפלגת הבעת'. צו מס' 1<sup>136</sup> פירק את מפלגת הבעת' וטיהר את מוסדות המדינה

129 האו"ם היה מעורב בכל ארבעת הטריבונלים שהוקמו עד עתה.

130 בוריראציות שונות; בקמבודיה, למשל, הנשיאות רוב שופטים מקומיים ואילו בסיירה ליון הם בינלאומיים.

131 Dickinson, *supra* note 122, at p. 310.

132 "A Brief History of Human Rights in Iraq" [<http://www.iraqfoundation.org/hr.html>] (last visited on 17.9.2005). לפרטים ביוגרפיים על סדאם חוסיין ומקרים פרטניים של הפרות זכויות האדם: [<http://www.iraqfoundation.org/research/bio.html>] (last visited on 17.9.2005). לדו"חות פרטניים ראו: Human Rights Watch [<http://www.hrw.org/doc?t=:> 17.9.2005]. והדו"חות השנתיים של ארגון אמנסטי הבינלאומי משנת 1997 ואילך: [<http://www.amnesty.org/ailib/aireport/index.html>] (last visited on 17.9.2005).

133 קיים תיעוד נרחב של הפרות זכויות האדם תחת משטר הבעת', ראו: U.S. Department of State, Iraq — Country Reports on Human Rights Practices [<http://www.state.gov/drl/rls/hrrpt/2003/27938.html>] (last visited on 17.9.2005).

134 ראו: United Nations Security Council Resolution 1483, The Situation between Iraq and Kuwait (22 May 2003), S/RES /1483 (2003) [<http://www.casi.org.uk/info/undocs/scres/2003/res1483.pdf>] (last visited on 17.9.2005).

135 Coalition Provisional Authority, Regulation n.1, §1(1), CPA/REG/16 May 2003/01 [[http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030516\\_CPAREG\\_1\\_The\\_Coalition\\_Provi\\_sional\\_Authority\\_.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030516_CPAREG_1_The_Coalition_Provi_sional_Authority_.pdf)] (last visited on 17.9.2005). (להלן: "הרשות").

136 ראו: Order number 1, *supra* note 95. לצורך יישום טיהור מפלגת הבעת' הוקמה מועצת טיהור, Coalition Provisional Authority Order number 5, "Establishment of the Iraqi De



מחברי המפלגה הבכירים<sup>137</sup>. הרשות ביטלה משרדי ממשלה וארגונים אשר נטלו חלק בדיכוי העם העירקי, תוך שהיא שללה את דרגתם ומעמדם של חבריהם<sup>138</sup>. האם ראוי לנקוט צעדים משפטיים נגד בכירי המשטר העירקי, בהתאם לקריטריונים עליהם עמדנו לעיל? נזכיר כי מועצת הביטחון, בהחלטה 1483<sup>139</sup>, אשר הכירה בסמכותה של הרשות, קראה להבאתם לדין של מפרי זכויות האדם בעירק: "Affirming the need for accountability for crimes and atrocities committed by the previous Iraqi regime", וקבעה בסעיף 3 להחלטה כי: "Appeals to Member States to deny safe haven to those members of the previous Iraqi regime who are alleged to be responsible for crimes and atrocities and to support actions to bring them to justice". כזכור, הצענו כי התאמת השימוש בכלי הפלילי בסיטואציה מעברית תיבחן על פי ארבעה פרמטרים: אופי התהליך המעברי; היקף המעורבות בהפרת זכויות האדם; מידת היותו של הסכסוך סכסוך אתני; ומידת המעורבות הבינלאומית בתהליך המעברי. נבקש עתה לבחון את הסיטואציה בעירק על פי הפרמטרים הללו:

1. אופי התהליך המעברי: בעירק, התהליך המעברי הוא תהליך החלפתי מוחלט. עירק מצויה כיום במעבר משלטונה הדיקטטורי של מפלגת הבעת' לשלטון אשר, כך היא התקווה, יהיה דמוקרטי ואינטגרטיבי. אין בתהליך המעברי בעירק צורך או שאיפה לבצע רה-אינטגרציה של המשטר הקודם ככזה. להפך, ננקטים צעדים להוצאתם של חברי המפלגה מחייה הציבוריים של עירק. כזכור, על פי הקריטריונים המוצעים, ככל שמדובר בתהליך מעברי החלפתי, כך יש מקום רב יותר לשימוש בכלי הפלילי.
2. היקף המעורבות בהפרת זכויות האדם: היקף המעורבים בהפרת זכויות

Ba'-athification Council" (CPA/ORD/25 May 2003/05) [<http://www.iraqcoalition.org/regulations/CPAORD5.pdf>] (last visited on 17.9.2005)  
Coalition Provisional Authority Memorandum number 5, "Implementation of the De Ba'-athification Iraqi Order number 1" (CPA/MEM/3 June 2003/01) [[http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030603\\_CPAMEMO\\_1\\_Implementation\\_of\\_De-Ba\\_athification.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030603_CPAMEMO_1_Implementation_of_De-Ba_athification.pdf)] (last visited on 17.9.2005)

137 חברי מפלגת הבעת' הבכירים סולקו בצו מתפקידיהם והם מנועים מלשאת כל משרה ציבורית בעתיד. על שלוש רמות הניהול העליונות בכל מוסד ממשלתי לעבור סינון. מי שיימצא חבר במפלגה, יועבר מתפקידו: Order number 1, *supra* note 95, at § 1.2, 1.3.  
Coalition Provisional Authority Order number 2, "Dissolution of Entities", 138 (CPA/ORD/25 May 2003/02), [[http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030823\\_CPA-ORD\\_2\\_Dissolution\\_of\\_Entities\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030823_CPA-ORD_2_Dissolution_of_Entities_with_Annex_A.pdf)] (last visited on 17.9.2005). רשימת הארגונים המבוטלים כוללת, בין השאר, את משרד ההגנה, משרד המידע, המשרד לעניינים צבאיים, מנגנוני המודיעין, הצבא על כל זרועותיו, משמר הרפובליקה, בתי משפט מהפכניים, מיוחדים לביטחון המדינה ואף את הוועד האולימפי העירקי.  
United nation Security Council Resolution 1483, *supra* note 134 139

האדם בעירק קטן באופן יחסי לאוכלוסייה, בשל החזקת השלטון בידי מקורביו של סדאם חוסיין<sup>140</sup>. כאמור, השימוש בכלי הפלילי מתאים יותר ככל שמספר המעורבים בהפרות זכויות האדם קטן.

3. הסכסוך כסכסוך אתני: פרמטר זה ברור מעט פחות בעירק. הדיכוי האלים של הרוב השיעי (60%–65% מהאוכלוסייה) והמיעוטים האחרים (כורדים, טורקמנים ואשורים אשר מהווים כ-20%–25% מהאוכלוסייה) בידי המוסלמים הסונים<sup>141</sup> מצביע, לכאורה, על הסכסוך כבעל מאפיינים אתניים. על כן ייתכן שפרמטר זה עשוי למתן במעט את הנטייה להפעיל את הכלי הפלילי בצורה נרחבת, או לכל הפחות להוות פרמטר בשיקולי מדיניות התביעה.

4. מעורבות בינלאומית: משטר הבעת' בעירק הופל על ידי התערבות חיצונית, לאחר שמרידות נרחבות בתום מלחמת עירק הקודמת (ב-1991) לא הצליחו להביא לנפילת המשטר. על פי קריטריון זה, דומה כי השימוש בהליך הפלילי עשוי להועיל, באופן יחסי, בשל החלפתו הגורפת של השלטון הקודם ולנוכח המדיניות הברורה של מניעת השתתפותם של חברי מפלגת הבעת' בשלטון.

דומה אפוא כי בחינת המצב בעירק על פי הקריטריונים לעיל, מצביעה על כך שעירק מהווה מקרה כמעט פרדיגמטי להפעלת הכלי הפלילי. אכן, ההיקף הממוקד של האחריות להפרות זכויות האדם, הפלת המשטר בידי כוחות חיצוניים לחברה העירקית והאופי ההחלפתי המוחלט של התהליך, מצביעים על כך שבמקרה זה יש מקום להישמע לקריאות המחייבות את העמדתם לדין של בכירי המשטר ומפרי זכויות האדם, שכן אין בנמצא נימוקים כבדי משקל שמחייבים שימוש באלטרנטיבות שאינן שיפוטיות. עם זאת, יודגש כי אין משמעות הרבר שאין מקום להשתמש בכלים מעבריים אחרים לצד הכלים המשפטיים והלבר-משפטיים, שהזכרנו לעיל<sup>142</sup>.

כדי ליישם את הפעלת ההליך הפלילי, פרסם הממשל הזמני בעירק ביום 10 בדצמבר 2003 את חוקת הטריבוטל העירקי המיוחד לפשעים נגד האנושות<sup>143</sup>. לטריבוטל סמכות שיפוט על כל אזרח או תושב עירקי אשר מואשם בביצוע אחד

140 מוכן כי שאלת מספרם של המעורבים בהפרות זכויות האדם תלויה בהגדרת המעורבות: האם די בשייכות ארגונית (למשל לכוחות משמר הרפובליקה, המונים כ-100,000 איש) או שההגדרה תלויה בהתנהגותו האישית של כל אדם. ראו: "CNN Special Report 'War in Iraq'" [http://www.cnn.com/SPECIALS/2003/iraq/forces/iraq/army] (last visited on 17.9.2005).

141 ראו: CIA — The World Factbook 2004, Iraq. [http://www.cia.gov/cia/publications/fact-book/geos/iz.html#People] (last visited on 17.9.2005).

142 ייתכן שהמהות האתנית של הסכסוך תאיין את התועלת שבשימוש בוועדת אמת ופיוס. יש לבחון את יישומה של ועדת האמת בדרום אפריקה, מקום שבו שורש הסכסוך היה אתני, ולבחון את מידת השפעה של הקריטריונים האחרים. עם זאת, בחינת הדבר חורגת בהרבה מרשימה זו.

143 Iraqi Tribunal Statute, *supra* note 11.

מפשעי החוקה<sup>144</sup> — השמדת עם<sup>145</sup>, פשעים נגד האנושות<sup>146</sup> פשעי מלחמה<sup>147</sup> — או בהפרה של שלושה סעיפי חוק עירקיים<sup>148</sup> במהלך שלטון הבעת', קרי מיום 17 ביולי 1968, כולל במהלך מלחמותיה של עירק עם איראן וכווית<sup>149</sup>.

מבחינה מבנית, הטריבונל העירקי מורכב משלוש ערכאות שיפוטיות: שופט-חוקר, ערכאת משפט וערכאת ערעור<sup>150</sup>. לצדם, פועל תובע<sup>151</sup> אשר תפקידו לנהל את המשפט לפי כתב האישום אשר מגיש בידי השופט החוקר<sup>152</sup>. החוקה אוסרת מינוי חברים לשעבר במפלגת הבעת' לכל תפקיד בכית הדין<sup>153</sup>. בראשות הטריבונל עמד תחילה סלאם צ'לבי, איש עסקים בעל השכלה משפטית מערבית ולצדו כיהנו שופטים ותובעים, אשר זהותם נותרה חסויה מחשש לביטחונם<sup>154</sup>.

הטריבונל הוא טריבונל עירקי פנימי, ואינו עונה להגדרת טריבונל מעורב<sup>155</sup>. עם זאת, החוקה מאפשרת מינוי שופטים שאינם עירקים אך בעלי ניסיון שיפוטי בפשעים המוגדרים בחוקה<sup>156</sup>. כמו כן, חייב נשיא הטריבונל למנות אזרחים זרים, בעלי ניסיון שיפוטי או תביעתו בטריבונלים דומים, לתפקידי ייעוץ או השקפה. זאת כדי לסייע לשופטים המקומיים<sup>157</sup>, לשופטים החוקרים<sup>158</sup> ולתביעה<sup>159</sup> להתמצא בנבכי המשפט הבינלאומי, ללמדם מניסיון של ערכאות אחרות ולפקח על ההגנה שמעניק בית הדין לכללי ההליך ההוגן<sup>160</sup>. ביום 1 ביולי 2004, לאחר שהריבונות בעירק הועברה לידי הממשלה הזמנית, הובא סדאם חוסיין בפני הטריבונל העירקי,

*Ibid.*, at art. 10–13 144

*Ibid.*, at art. 11 145

*Ibid.*, at art. 12 146

*Ibid.*, at art. 13 147

מדובר בשלושת הסעיפים הבאים: ניסיון התערבות בהליך שיפוטי על ידי מי שאינו חבר הרשות השופטת, בזכו משאבי הלאום ופיזור רכוש וכספי הציבור וכן ניצול המעמד וקידום מדיניות שעשויים להוביל לאיום במלחמה או לשימוש בכוחות המזוינים העירקיים כלפי מדינה ערבית. 14 *Ibid.*, at art. 14

*Ibid.*, at art. 1(b) 149

*Ibid.*, at art. 3(a) 150

*Ibid.*, at art. 3(a), 8 151

*Ibid.*, at art. 18(d) 152

*Ibid.*, at art. 33 153

"Tribunal Set Up for Saddam Trial" *BBC News World Edition*, 21.4.2004 [http://news. 154  
bbc.co.uk/2/hi/middle\_east/3644431.stm] (last visited on 17.9.2005) לדין בעניינו של סלאם צ'לבי ראו להלן.

החוקה קובעת נחרצות כי טובה על השופטים, השופטים החוקרים, התובעים ומנהל מחלקת האדמיניסטרציה להיות אזרחים עירקים: 28 *Iraqi Tribunal Statute, supra* note 11, at art. 28

*Ibid.*, at art. 4(d) 156

ניסיונם של היועצים המשקפים הזרים בטריבונלים דומים או במשפטים בגין פשעי מלחמה בינלאומיים הוא בעל חשיבות רבה יותר בהקשר של השופטים המקומיים: (c) 6 *Ibid.*, at art. 6(c)

*Ibid.*, at art. 7(n) 158

*Ibid.*, at art. 8(j) 159

*Iraqi Tribunal Statute, supra* note 11 160

שם זוהה והוקראו לו זכויותיו<sup>161</sup>. כתב האישום הוגש, אך בהופעתו בפני הטריבונל נמסר לסדאם חוסיין כי הוא יואשם בשבעה פרטי אישום ראשוניים<sup>162</sup>: רצח מתנגדים פוליטיים במרוצת שלושים משנות שלטון מפלגת הבעת'; רצח בני שבט ברדאני הכורדית בשנת 1983; רצח מנהיגים דתיים בשנת 1974<sup>163</sup>; מתקפת אנפאל, שבה נוהלו מבצעים צבאיים נגד הכורדים בצפון המדינה בשנים 1987–1988; השימוש בנשק כימי נגד אזרחים כורדיים בחלבצ'יה בשנת 1988; הפלישה לכווית באוגוסט 1990; ודיכוי המרידות שפרצו לאחר תום מלחמת המפרץ בשנת 1991. ברם, המצב המיוחד בעירק מעלה תהיות עמוקות באשר לאופן היישום של השיפוט הפלילי שבו בחרה מועצת הקואליציה, ובאשר לסיכוי של הטריבונל להשיג את מטרותיו. המודל המיוחד של הטריבונל העירקי מעורר ביקורת רבה, ולהלן נדון בקצרה בחלק מהחששות שהועלו לגביו, מבחינה מבנית ומבחינה משפטית:

1. בשפטו מפרי זכויות אדם, הטריבונל העירקי עלול להיחשד בעשיית "צדק נוקם" או "צדק של מנצחים" — חשד אשר מערכת השיפוט העירקית לא תוכל להימלט ממנו בנקל. יתרה מזו, דומה כי בהקמת הטריבונל, שמו מעצביו לנגד עיניהם את יכולתם לשלוט על ההליך (באמצעות מינוי השופטים ובאמצעות היועצים הזרים) תוך העדפת יכולת זו על פני מראית הצדק והאובייקטיביות<sup>164</sup>. כל אלו, לצד מידת הלגיטימיות שמעניק העם העירקי לשלטון החדש — אם כשלטון שנכפה מבחוץ, על ידי כובש, אם לאו — מעוררים תהיות באשר למידת הלגיטימיות שיעניק העם העירקי לטריבונל.

2. קיים חשש לאמינות ולהוגנות המשפטים אשר יקרימו בפני הטריבונל<sup>165</sup>. מערכת המשפט העירקית פעלה במשך שנים ארוכות תחת שלטונו של סדאם חוסיין, והמעבר מקרבן לשופט עשוי להיות מורכב. יתרה מכך, לשופטים המקומיים חסרה המומחיות הנדרשת לשיפוט בעברות שהן בינלאומיות בעיקרן<sup>166</sup>. מחקרים עדכניים

161 "Defiant Saddam Appears in Court" *BBC News World Edition* 1.7.2004 [http://news. : ראו 161 .bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/world/middle\_east/3855359.stm] (last visited on 17.9.2005)

162 "Charges Facing Saddam Hussein" *BBC News World Edition* 1.7.2004 [http://news.bbc. : ראו 162 .co.uk/1/hi/world/middle\_east/3320293.stm] (last visited on 17.9.2005) [http://www.indict.org.uk/crimes.php] : Indict פרויקט אישום, ראו פרויקט Indict ("להלן: "Indict"). (last visited on 17.9.2005)

163 סדאם חוסיין תפס את השלטון בשנת 1979, ויש לראות בכתב האישום המפורט, לכשיגוש, את מידת מעורבותו האישית או הפיקודית במעשים אלו.

164 M. Scharf "Is It International Enough? A Critique of the Iraqi Special Tribunal in Light of the Goals of International Justice" *2 J. Int. Criminal Justice* (2004) 330, 334

165 Amnesty Paper, *supra* note 109, at p. 4; Human Rights Watch, "Memorandum to : ראו 165 the Iraqi Governing Council on "The Statute of the Iraqi Special Tribunal" " (Dec 2003) [http://www.hrw.org/backgrounder/mena/iraq121703.htm] (last visited on 17.9.2005);

.Scharf, *supra* note 164, at p. 331

166 Scharf, *supra* note 164, at p. 333; Y. Shany "Does One Size Fit All?" *2 J. Int. Criminal* 166

העוסקים במערכת השיפוט העירקית<sup>167</sup>, מתארים אותה כמושחתת ונטולת יכולות ומעוררים ספקות קשים לגבי יכולתה להתמודד עם משפט כה מורכב. חששות אלו חוזקו בעקבות חשדות שהועלו נגד נשיא הטריבונול לשעבר, סאלם צ'לבי, בנוגע לרצח פקיד במשרד האוצר העירקי. צ'לבי סירב לחזור לעירק מלונדון כדי להיחקר, צו מעצר הוצא נגדו, והוא הודח מראשות הטריבונול<sup>168</sup>.

3. האיוש העירקי הבלעדי של הטריבונול נובע מהנחת יסוד בסיסית, שלפיה קרבנות משטר הבעת' הם העירקים עצמם<sup>169</sup>. אין חולק כי תושבי עירק סבלו קשות תחת משטר הבעת', אך הסבל שנגרם על ידי משטרו של סדאם חוסיין לא הוגבל לגבולותיה של עירק. סבל רב נגרם לאיראנים, לכווייתים ולישראלים רבים במרוצת שנות שלטונו של סדאם חוסיין. פשעי המלחמה נגד לוחמים ושבוים איראניים במהלך מלחמת המפרץ (שכללו שימוש בחומרי לחימה כימיים ורצח שבויים)<sup>170</sup>, פגיעה נרחבת באוכלוסייה האזרחית בכוויית במהלך הכיבוש, שיגור טילים אל עבר מרכזי אוכלוסייה אזרחית בישראל והתעללות בשבויי מלחמה מערביים במהלך מלחמת המפרץ של 1991, הן כמה דוגמאות להפרות של דיני ומנהגי המלחמה אשר נטענו כלפי המשטר העירקי הקודם<sup>171</sup>. עם זאת, יש לציין כי קיימות גישות המבקרות את הטריבונול העירקי דווקא בשל היותו מבוסס יתר על המידה על המודל הבינלאומי חרף היותה של עירק מקרה ייחודי<sup>172</sup>.

4. ביקורת נגד המודל המשפטי שעליו עוצב הטריבונול העירקי:

א. חוקת רומא, שעל הגדרת הסמכות העניינית שבסעיפי העברות שלה לעניין פשע השמדת העם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה נסמכת חוקת הטריבונול כמעט במדויק<sup>173</sup>, כוללת זכויות נאשם פרוצדורליות רבות אשר תואמות את סוג

Justice (2004) 338, 342. עם זאת, ניתן לטעון כי לשם כך ימונו היועצים החיצוניים שהזכרנו לעיל.

Scharf, *supra* note 164, at p. 333 167

168 ראו: Luke Harding "Chalabi Nephew Loses Saddam Trial Role" *The Guardian* 7.9.2004 [http://www.guardian.co.uk/international/story/0,,1298572,00.html] (last visited on 17.9.2005)

Scharf, *supra* note 164, at p. 332 169

170 דווח כי איראן מבקשת להעמיד את סדאם חוסיין לדין בפני טריבונול בינלאומי, ראו: P. Reynolds "Analysis: Putting Saddam on Trial" *BBC World Edition* 17.12.2003 [http://news.bbc.co.uk/go/pr/ft/-/1/hi/world/middle\_east/3318531.stm] (last visited on 17.9.2005)

Indict, *supra* note 162 171

Shany, *supra* note 166, at p. 341 172

173 אולם ישנם גם הבדלים קטנים בין החוקות:

- הגדרת הפשעים נגד האנושות וזהו בשתי החוקות, למעט עברת האפרטהייד הנעדרת מחוקת הטריבונול העירקי, השו: Iraqi Statute, art. 7(1)(j); Rome Statute, art. 7(1)(j). ישיטענו כי הפלייתם השיטתית של השיעים והכורדים בעירק עלתה כדי פשע האפרטהייד בשל הרכיב האתני (אם כי ייתכן שהטענה תישלל לאור היעדר רכיב גזעני).
- הגדרת העברה "forced pregnancy" מופיעה בחוקת רומא כלכד ומעוררת תהיות, שמא

## העברות שבהן עסקינן. לעומת זאת, חוקת הטריבוונל העירקי כמעט שאינה מפרטת

לעברה זו פרשנות שונה בחוקת הטריבוונל העירקי? השו: Iraqi Statute, art. 12(b); Rome Statute, art. 7(2)(f) "In interpreting Articles 11 to 13, the Trial Chambers and the Appellate Chamber may resort to the relevant decisions of international courts or tribunals as persuasive authority for their decisions".<sup>17</sup> (b) לחוקת הטריבוונל העירקי קובע כי: "In interpreting Articles 11 to 13, the Trial Chambers and the Appellate Chamber may resort to the relevant decisions of international courts or tribunals as persuasive authority for their decisions". ראו לציין כי חוקת רומא מפנה להגדרת "forced pregnancy" בסעיפים המקבילים במסגרת פשעי המלחמה, ואילו בסעיפים המקבילים בחוקת הטריבוונל העירקי הושמטה ההפניה להגדרה זו. אפשר שהדבר מצביע, ביתר שאת, על כוונה שלא ייעשה בה שימוש, השו: Rome Statute, at art. 8(2)(b)(xxii), 8(b)(e)(vi); Iraqi Statute, at art. 13(b)(22), 13(d)(6) לגבי עברות מין אחרות, חוקת הטריבוונל העירקי ביטלה את הדרישה שמעשים אלו יעלו כדי הפרות חמורות של אמנות ג'נבה, והרחיבה לכאורה את היקף הסעיף בכך שדרשה כי מעשים אלו יהיו בחומרה דומה למעשי אונס, עבדות מינית וכולי.

• ס' 13(b)(9) לחוקת הטריבוונל העירקי – הדין בהעברת אוכלוסייה אזרחית בשטח כבוש – עוסק בפרטנות במשטר הבעת, לעומת כלליות הסעיף המקביל לו בחוקת רומא. להשוואת נוסחי הסעיפים: "The transfer, directly or indirectly, by the Government of Iraq or any of its instrumentalities (including by an instrumentality of the Arab Socialist Ba'ath Party), of parts of its own civilian population into any territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory" (ההדגשה שלי מציינת את התוספת בחוקת הטריבוונל העירקי –

m.b.). ראו: Iraqi Statute, art. 13(b)(9); Rome Statute, art. 8(2)(b)(viii).

• המונחים "enemy" ו-"hostile party" שבחוקת רומא שונו למונח "adverse party" בחוקת הטריבוונל העירקי, השו: Iraqi Statute, art. 13(b)(14)–(15); Rome Statute, art. 8(2)(b)(xiv)–(xiii). אולם באופן תמוה נותר המונח "hostile party" על כנו בסעיף העוקב בשתי החוקות, השו: Iraqi Statute, art. 13(b)(16); Rome Statute, art. 8(2)(b)(xv).

• המונח "Geneva Conventions" שבחוקת רומא הורחב ל-"international law" בחוקת

הטריבוונל העירקי, ראו: Iraqi Statute, art. 13(b)(25); Rome Statute, art. 8(2)(b)(xxv).  
 • הסעיף הרדום בחוקת רומא הנוגע לשימוש בכלי נשק שגורמים סבל מיותר, הושמט מחוקת הטריבוונל העירקי, להשוואה ראו: Rome Statute, art. 8(2)(b)(xxv); Iraqi Statute, art. 13(b)(20). עירק אינה חברה באמנה המגדירה את האיסור בשימוש בכלי נשק אלו, והגישה המקובלת היא שלגבי כלי נשק אלו, לא מדובר במשפט מנהגי. להרחבה ראו: Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Geneva, 10 October 1980 [http://www.icrc.org/ihl.nsf/0/f6426235883f9d62c125641e0052d53d?OpenDocument] (last visited on 17.9.2005).

• ההתייחסות למונח "סכסוך מזוין בינלאומי" זהה הן בס' 13(a) ו-13(b) לחוקת הטריבוונל העירקי והן בחוקת רומא. לעומת זאת, ס' 13(c) לחוקת הטריבוונל העירקי משתמש במונח "סכסוך מזוין", בשונה מחוקת רומא, שבה נעשה שימוש במונח "סכסוך מזוין שאינו בינלאומי". הגיונם של דברים, הוא שבסכסוך מזוין בינלאומי יחולו ס' 13(a) ו-13(b), ובכל סכסוך מזוין, בינלאומי אם לאו, יחולו כתנאי מינימום, הוראות ס' 13(c), אשר קיימות ממילא במסגרת המשפטית של הסכסוך המזוין הבינלאומי. עם זאת, היות שבס' 13(d) לחוקת הטריבוונל העירקי, נדרש השימוש במונח סכסוך מזוין בינלאומי, לשם הבהירות היה ניתן להותירו על כנו גם בס' 13(c). השו: Iraqi Statute, at art. 13(c)–(d); Rome Statute, at art. 8(2)(c)–(d).

את זכויות הנאשם<sup>174</sup>, אלא נסמכת על הדין העירקי<sup>175</sup>. את סוגיית ההתאמה בין העברות לזכויות הנאשם הפרוצדורליות והמהותיות ביקשו מחברי החוקה ליישב באמצעות קביעה כי בפרשנות העברות רשאי הטריבונל העירקי להסתמך על ההחלטות הרלוונטיות של הטריבונלים הבינלאומיים<sup>176</sup> וכן באמצעות הקביעה כי הסייגים לאחריות הפלילית הקבועים בדין העירקי יפורשו באופן העולה בקנה אחד עם חוקת הטריבונל ועם ההתחייבויות הבינלאומיות הנוגעות לעברות שבסמכות הטריבונל<sup>177</sup>. במבט ראשון, דומה כי יש כאן מקור אפשרי לקשיים משמעותיים בתפקוד הטריבונל, ולמקור משמעותי לביקורת עליו<sup>178</sup>.

ב. בהגדרת הסמכות העניינית, מעתיקה חוקת הטריבונל העירקי כמעט במדויק את סעיפי הגדרת העברות מתוך חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי. הדבר מעורר שתי בעיות מרכזיות: ראשית, לא ברור כי כל העברות המנויות בסעיפים אלו התגבשו בדין המנהגי עובר, לכל הפחות, לתחילת שנות ה-90 של המאה הקודמת<sup>179</sup>. עובדה זו מעוררת קושי משמעותי מבחינת עקרון החוקיות, שעליו מבוסס המשפט הפלילי. שנית, באופן בסיסי, העברות הבינלאומיות שאכן היו מנהגיות, היו קשורות בטבורן לקיומו של סכסוך מזוין. ברם, חלק ניכר מהעברות שלגביהן קיימת לטריבונל העירקי סמכות שיפוט בוצעו בקונטקסט פנימי, שאינו קשור לסכסוך מזוין<sup>180</sup>.

ג. שתי עברות – תוקפנות והאיסור הכללי על עינויים – בולטות במיוחד בהיעדרן מחוקת הטריבונל העירקי, ככל הנראה בשל ההיצמדות למודל של הטריבונלים הבינלאומיים. עברת התוקפנות מופיעה בצורה מדוללת בעברת

174 למעט זכויות שכלולות בס' 20 לחוקת הטריבונל העירקי: שוויון בפני הטריבונל; חוקת הזכות; פומביות הדין; זכויות הנאשם לדעת מהם האישומים נגדו; הזכות להתגונן; הזכות לייצוג משפטי; זכות הנאשם לקבל זמן, אפשרות ויכולת תקשורת עם פרקליט ההגנה; הזכות להישפט בלי דיחוי מיותר; הזכות להימנע מהפללה עצמית, וכן זכויות יסוד נוספות. להרחבה ראו: Iraqi Statute, at art. 20.

175 ס' 17(a) לחוקת הטריבונל העירקי מחיל את הוראות חוק העונשין שהיה בתוקף אז (החוק הפלילי הבגדאדי משנת 1919), על עברות שנעברו בין 17 ביולי 1968 ל-14 בדצמבר 1969, ולעומת זאת, על עברות שנעברו בין 14 בדצמבר 1969 ל-1 במאי 2003 יחול החוק הפלילי העירקי משנת 1969. קביעה זו מעוררת בעיה פלילית-חוקתית, שכן עקרון החוקיות מחייב את הענקת מכלול ההגנות שעמדו לאדם בעת שנעברה העברה.

Iraqi Statute, at art. 17(b) 176

*Ibid.*, at art. 17(c) 177

178 שני סבור כי ראוי היה להסתמך יותר על הדין העירקי בהגדרת העברות וההגנות, או לחלופין להפוך את הטריבונל לטריבונל בינלאומי, כדי להשיג עקביות והתאמה. ראו: Shany, *supra* note 166

179 Shany, *supra* note 166, at p. 342. באופן פרטני, עובדה זו מעוררת בעיה לגבי פשעים נגד האנושות אשר, בהתאם לחוקת נירנברג, היו קשורים בטבורם לסכסוך מזוין עד שהדבר שונה בחוקת רומא בשנת 1998.

180 הדבר קשור הן לאופי הטריבונל עצמו, והן לשאלת הרטרואקטיביות – למצער לגבי פשעים נגד האנושות: *Ibid.*, at pp. 342, 344.

"ניצול המעמד וניהול מדיניות אשר עלולות להוביל לאיום במלחמה או שימוש בכוחותיה המזוינים של עירק נגד מדינה ערבית" שאומצה מתוך הדין העירקי בסעיף 14(c) של החוקה. ברם, עברה זו "מכסה", לכאורה, רק את פעולותיה של עירק נגד כווית ונגד מדינות ערב שהשתתפו בקואליציה בשנת 1991, ולא את תוקפנותה נגד ישראל ואיראן, שאינן מדינות ערביות. הסיבה שעברת התוקפנות, למצער בהגדרתה המעגלית שבסעיף 6 לחוקת נירנברג, לא נכנסה לחוקת הטריבוניל העירקי, היא, ככל הנראה, המחלוקת הקשה סביב הגדרת העברה בחוקת רומא. ואולם נכון היה, לדעתנו, לכלול את העברה בחוקת הטריבוניל על פי פרשנותה בדין הבינלאומי המנהגי כפי שאומץ בנירנברג<sup>181</sup>. באשר לעברת העינויים<sup>182</sup>, גיטן להניח כי מחברי החוקה הסתפקו בעינויים כפשע נגד האנושות (סעיף 12(a)(6) לחוקת הטריבוניל). ברם, כפי שהוזכר לעיל<sup>183</sup>, עד לאחרונה היו ספקות באשר לקיומן של עברות העינויים כפשע נגד האנושות במנותק מסכסוך מזוין.

ד. סמכות השיפוט של הטריבוניל העירקי משתרעת על פני תקופה ארוכה מאוד, בין 17 ביולי 1968 ל-1 במאי 2003. לבד מסוגיית הרטרואקטיביות, שהוזכרה לעיל, עלול הדבר לעורר קשיים ראייתיים קשים. זאת ועוד, מתעוררת גם השאלה בנוגע לקביעה כי ההתיישנות שבסעיף 17(d) לחוקת הטריבוניל לא תחול על העברות המנויות בה. היות שסמכותו של הטריבוניל מתוחמת לתקופת הזמן שמצוינת לעיל, וכי אין בחוקה כדי ליצור הוראות חוק כלליות בדין העירקי, דומה כי קביעה זו מיתרת<sup>184</sup>.

5. חוקת הטריבוניל העירקי אינה כוללת הוראות בדבר הטיפול בקרבנות העברות. דומה כי דווקא הטיפול בנפגעים והבטחת פיצוי עשויים היו לתרום לתהליך הפיוס בחברה העירקית, אך הדבר לא נעשה. יתרה מכך, אמנם חוקת הטריבוניל מאפשרת חילוט של רכוש ושל טובין<sup>185</sup>, אולם לא ננקטו צעדים נוספים המאפשרים יישום של הצדק המתקן<sup>186</sup>.

ימים יגידו אם יצליח הטריבוניל העירקי במימוש ייעודו, ואם לאו — מדוע

181 לדעה אחרת, ראו: C. Kress "The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression" 2: *J. Int. Criminal Justice* (2004) 347.

182 עברה זו נוספה הן בחוק הטריבוניל הקמבודי והן בחוק הפאנלים של טימור המזרחית. ראו: *Cambodian Courts Law, supra note 10; ET Panels, supra note 7*.

183 ראו לעיל הערה 180.

184 אכן, בחוקת הטריבוניל היוגוסלבי, בחוקת הטריבוניל הרואנדי ובחוקת הטריבוניל של סיריה ליאון אין הוראה דומה, ראו: *ICTY, supra note 4; ICTR, supra note 5; SC-SL Statute, supra note 9*. ס' 17 לחוקת הפאנלים המיוחדים של מזרח טימור קובע כי לא תחול התיישנות על העברות המנויות בה, אך הדבר נובע מכך שסמכות הטריבוניל אינה מתוחמת בזמן, ראו: *ET Panels, supra note 7*. ס' 3 לחוק הטריבוניל הקמבודי, האריך את תקופת ההתיישנות בעשרים שנים נוספות: *Cambodian Courts Law, supra note 10*.

185 *Iraqi Statute, at art. 24(f), (g)*.

186 ראו הדין על צדק מתקן בתהליך מעברי, לעיל פרק ב.6, ולשם השוואה, ראו ס' 75 לחוקת רומא.



על מקומו של המשפט הפלילי בתהליכים מעבריים

נכשל. בכל מקרה, הטריבונול החדש מהווה מקרה מבחן מרתק לבחינת יישום הקריטריונים להפעלת הכלי הפלילי בתהליכים מעבריים.

#### ה. סיכום

ברשימה זו ביקשנו לעמוד על קריטריונים להערכת המידה שבה השימוש בכלים הפליליים, בניגוד לשימוש בכלים לבר-משפטיים מתוך "ארגז הכלים המעבריים", יהיה מועיל ויקדם את התהליך המעברי. בחינת ארבעת הקריטריונים שהצענו – אופי התהליך המעברי; היקף המעורבות בהפרת זכויות האדם; מידת היותו של הסכסוך סכסוך אתני; ומידת המעורבות הבינלאומית בתהליך המעברי – על התהליך המעברי הנוכחי בעירק, הצביעה על כך שנכון יהיה לפעול להעמדתם לדין של מפרי זכויות האדם בתקופת שלטון הבעת'. עם זאת, ציינו כמה חששות כבדים אשר מטילים ספקות באשר לצורת היישום הקונקרטי שבה בחרו שלטונות הקואליציה בעירק.

יש מקום, במסגרת המחקר על הצדק המעברי, להעמיק בבחינה השיטתית של הקריטריונים להפעלת מכלול הכלים העומדים לרשות התהליך המעברי. גיבוש מודל כללי, אשר יקיף את מכלול האפשרויות וייבחן אמפירית על מגוון מקרי המבחן העומדים לרשותנו, עשוי לשמש כלי מועיל לקביעת המדיניות, הן בחברה המעברית עצמה והן בגיבוש מדיניותה של הקהילה הבינלאומית, בתהליך המעברי.