

סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי

ארנה בן-נפתלי* וקרן מיכאלי**

- א. מבוא
- ב. הגלובליזציה של השיח המשפטי הפלילי
- ג. סמכות השיפוט האוניברסלית
- ד. הממד המדינתי: היתרונות בהכרעה שיפוטית פלילית

א. מבוא

התמורות הרבות שעברו על המשפט הבינלאומי הפלילי בשנים האחרונות עוררו תהודה בעולם בכלל ובישראל בפרט. תמורות אלו, ששיאן בהקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי ובהפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית על ידי מספר מדינות, דומה שערכו את הנחת היסוד של הסדר הקיים, שעל פיה המתרחש בתוך מדינה ריבונית – לא כל שכן מדינה המגדירה עצמה כדמוקרטית – אינו עניין למדינות אחרות לתת דעתן עליו, וכי היא לבדה הגנה השופטת הראויה בענייניה.

המתח המתקיים בין ריבונותה של מדינה מזה, לבין ההגנה על זכויות אדם של אנשים הנתונים תחת סמכותה – הגנה העשויה להיות מושטת הן על ידי מדינות זרות והן על ידי הקהילה הבינלאומית בכללה – מזה, אכן דורש בחינה מחודשת. טענתנו ברשימה זו היא כי ההתפתחויות בשיח המשפטי הגלובלי, נועדו דווקא לקדם – ולא לקעקע – את השיח המשפטי המדינתי: המדינה ומוסדותיה השיפוטיים נתפסים עדיין כגורם המרכזי שלו זכות הראשונים לדון ולהכריע במקרים של הפרות חמורות של זכויות אדם העולות כדי פשעים על פי המשפט הבינלאומי הפלילי. רק הימנעותה של המדינה הרלוונטית מלאכוף את החוק, תהווה הזמנה למוסדות שיפוטיים של הקהילה הבינלאומית או של מדינות זרות הפועלות כסוכנותיה תוך הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית, לתקן את העוול ולהעמיד לדין חשודים בביצוע פשעים אלה. השימוש בסמכות שיפוט אוניברסלית

* דוקטור למשפטים, מרצה בכירה בבית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל.

** עורכת דין, LL.B., בית הספר למשפטים במסלול האקדמי המכללה למינהל; LL.M., הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ג'ורג'טאון, ארצות-הברית.

או בינלאומית נועד אפוא להשלים שיטה לאומית כושלת ולהמריצה לפעול כראוי בעתיד. משכך, מערך הכוחות השיפוטי הגלובלי בנוי לעודד מדינות להפעיל את סמכות השיפוט שלהן. הוא מיועד לאותת לבתי המשפט הלאומיים כי בהפעילם סמכות שיפוט על חשודים בהפרות חמורות של זכויות אדם, הם מקדמים, ולא מסכנים, את האינטרס הלאומי. על בתי המשפט הישראליים לראות בהתפתחות זו הזדמנות שיש לקבלה בברכה.

רשימה זו עוסקת בכיסוס הטענה לעיל ככל שהיא נוגעת לסמכות השיפוט האוניברסלית.¹ פרק ב' סוקר בקצרה נקודות ציון מרכזיות בהתפתחות המשפט הבינלאומי הפלילי בעשור האחרון ואת עמדת ישראל בנוגע אליהן. פרק ג' מתמקד בסמכות השיפוט האוניברסלית, מגדירה, ודן באופן שבו היא מופעלת רק לאחר מתן זכות ראשונים להכרעות שיפוטיות של בתי המשפט של המדינה בעלת מרב הזיקות לפשע על פני הכרעות של בתי משפט זרים. פרק ד' חותם את הרשימה תוך דיון בשיקולים הפרגמטיים והנורמטיביים שבבסיס העדיפות המוקנית לבתי משפט לאומיים וממשיך להצביע על יתרונותיו של הליך שיפוטי מדינתי מנקודת מבט של משפט ומדיניות כאחד.

ב. הגלובליזציה של השיח המשפטי הפלילי

התפתחות רשת סמכויות השיפוט הפלילי הגלובלית לאחר מלחמת העולם השנייה – המורכבת מסמכות שיפוט מדינית מסורתית, מסמכות שיפוט בינלאומית ריכוזית ומסמכות שיפוט אוניברסלית מבוזרת – הנה סיפור ידוע, אשר אינו מצריך חזרה ברשימה זו. אבני דרך מרכזיות בעשור האחרון כללו את הקמת הטריבונלים הבינלאומיים לעניין פשעי מלחמה ביוגוסלביה² וברואנדה³; בתי המשפט המיוחדים במזרח טימור⁴; בסירה ליאון⁵ ובקמבודיה⁶; החלטות

- 1 בהבדל מסמכות השיפוט הבינלאומית שמפעיל בית הדין הבינלאומי הפלילי. לכיסוס הטענה האמורה בנוגע לבית הדין, ראו: O. Ben-Naftali & K.R. Michaeli "Justice-Ability: A Critique of the Alleged Non-Justiciability of Israel's Policy of Targeted Killings" 1(2) *Journal of Int'l Criminal justice* (2003) 368, 395–397. רשימה זו מבוססת על חלקים ממאמר זה.
- 2 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, S.C. Res. 827, 25 May 1993, reprinted in 32 LL.M. 1203 (1993) ("ICTY Statute").
- 3 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955, 8 November 1994, reprinted in 33 LL.M. 1598 (1994).
- 4 Regulation No. 2000/15 on the Establishment of the Panel's With Exclusive Jurisdiction Over Serious Criminal Offences, U.N. Doc. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000 [<http://www.un.org/peace/etimor/untact/Reg0015E.pdf>] (last visited on 16.3.04).
- 5 להסכם בין האו"ם לממשלת סירה-ליאון, ולחוקת בית המשפט המיוחד ראו: [http://www.scsf.org/] (last visited on 16.3.04).
- 6 להסכם הסופי שנחתם בין האו"ם לממשלת קמבודיה ביום 6 ביוני 2003, ראו: GA Resolution A/RES/57/228 B [http://www.ridi.org/boyle/] (last visited on 16.3.04).

המפורסמת של בית הלורדים בעניין פינושה⁷; מקרים נוספים של הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית על ידי מדינות⁸ – במיוחד ההליכים שהתנהלו בבלגיה נגד שר החוץ של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו, מר ירודה, בגין הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי⁹ ונגד ראש ממשלת ישראל, אריאל שרון, בגין אחריותו, כביכול, לאירועי סברה ושתייה¹⁰ – והאירוע החשוב ביותר עד היום, הקמת בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC)¹¹.

התפתחויות אלו הן חלק בלתי נפרד ממה שאנו מכנים כיום "גלובליזציה": הליך טרנספורמטיבי וחובק כול, המונע על ידי כוחות כלכליים, טכנולוגיה ותקשורת והמאפיין על ידי אינטראקציה תמידית ונמשכת¹². זהו תהליך שיש המכנים ויש המבכים עליו, אך ברי שתהא אשר תהא העמדה לגביו, אף מדינה

7 *Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* [1999] 2 All. E.R. 97, 109, 188 (להלן: "Pinoche case").

8 להרחבה ראו: 9 T. Meron "Is International Law Moving Towards Criminalization?" *E.J.I.L.* (1998) 18; A. Cassese "Reflections on International Criminal Justice" 61 *Mod. L. Rev.* (1998) 1; L.N. Sadat "Redefining Universal Jurisdiction" 31 *New England L. Rev.* (2001) 241; A. Cassese *International Criminal Law* (New York, 2003) 284–295.

9 על בסיס החוק הבלגי להענשת הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי. ראו: Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law, 1993 (as amended in 1999) (Belgium), reprinted in S. Smis & K. Van Der Borgh, Act Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law, 38 *I.L.M.* 918 (1999) 921–925 (להלן: "Belgium Act"). לדין על חוק זה ראו ד' וייץ "אריאל בגוב האריות": משפט שרון והחוק הבלגי למיגור הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי" המשפט 15 (תשס"ג) 90. ההליכים הביאו את קונגו להגיש תביעה נגד בלגיה בפני ה-ICJ. ראו: *The Arrest Warrant of 11 April 2000* (Congo v. Belgium), Judgment of February 14, 2002 [http://www.icj-cij.org] (last visited 16.3.04). בית המשפט פסק לטובת קונגו, בקבעו כי שרי חוץ מכהנים נהנים מחסינות מפני הליכים פליליים נגדם במדינה זרה. החוק הבלגי שונה בחודש אפריל 2003 ומאפשר כעת מעורבות רבה יותר של התובע הכללי בהליכים פליליים המבוססים על סמכות שיפוט אוניברסלית. החוק אף מכיר כעת בחסינות כפי שמוכרת במשפט הבינלאומי המנהגי. לחוק החדש ראו: [http://193.191.208.7/mopdf/2003/05/page2] (last visited on 16.3.04).

10 הערעור שהוגש נגד הליכים אלו הסתיים בהחלטת בית המשפט העליון הבלגי, שעל פיה לא ניתן להעמיד לדין את שרון בגין פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ורצח עם, כל עוד חסינותו עומדת לו כראש ממשלת ישראל. (להלן: פרשת שרון). להחלטה ראו: [http://www.cass.be/juris/jucf.htm] (last visited on 16.03.04).

11 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, reprinted in 37 *I.L.M.* 999 (1998) (להלן: "Rome statute").

12 הליך מעורב החלפה הדרגתית של מושג המדינה הריבונית (מושג שיצר את תנאי האפשרות לאימפריאליזם) במושג חדש של ריבונות גלובלית, אם כי מבחורת (אימפריה) במובנה הפוסט-מודרני, ומחליף את התמקדות הראשון בגבולות, ובחוסר התנגדות לסמכות המוחלטת של המדינה בתוך גבולות אלו, בסדר חדש ומבחר אשר אינו מכיר בגבולות אותם הוא ממשיך להרחיב ולטשטש. מנקודת מבט זו אין זה מפתיע כי הן השיח המשפטי הלאומי והן זה הגלובלי משפיעים על תהליך זה כמו גם מושפעים ממנו. ראו: M. Hardt & A. Negri *Empire* (Cambridge, Mass., 2000).

אינה יכולה להרשות לעצמה להתעלם ממנו. הגלובליזציה של המשפט הפלילי הנה אספקט אחד של תהליך זה. בה במידה שאספקט זה מבטא מאמץ להרתיע מפני מעשי זוועה, למנעם ולהעניש בגינם, וזאת באמצעות משפט ומוסדות, קשה לבסס, לפחות לכאורה, התנגדות כלפיו. מעניין בהקשר זה לציין כי תהליכי הגלובליזציה יצרו את תנאי האפשרות לכינונה של רשת סמכויות שיפוט המיועדת להבטיח כי מבצעי פשעים איומים לא יימלטו מעונש, הרציונל בבסיס יצירת רשת זו נשאר כשהיה עם סיומה של מלחמת העולם השנייה. הטעם לכך הוא שהיכולת האנושית לרוע – יכולת החוצה זמן וגבולות טריטוריאליים, לאומיים ואתניים – התגלתה כעמידה למדי בפני שינויים. אין זה מפתיע, לכן, כי דבריו של יו"ר הוועדה הכוללת של האספה הדיפלומטית של הצירים להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי ברומא, פיליפ קירש:

"יש להבין כי איש אינו מצפה מבית הדין הפלילי הבינלאומי, לבדו, להרתיע ביצוע הפשעים כולם. על בית הדין להיות חלק מרשת של אמצעים התומכת בתרבות של נחינת דין, הכוללת תביעה לאומית מוגברת של פשעים אלו, שימוש נרחב יותר בסמכות שיפוט אוניברסלית ושיתוף בינלאומי מבוסס יותר בדיכוי פשעים בינלאומיים"¹³.

לא סיפקו תוכנה שונה מזו שהובעה כארבעים שנה קודם לכן על ידי המשפט המחוזי בירושלים:

"הפשעים המחרידים המוגדרים בחוק זה אינם מהווים עבירות על פי החוק הישראלי בלבד. פשעים אלה, אשר פגעו באנושות כולה וזעזעו את מצפון העמים, מהווים עבירות חמורות על משפט העמים עצמו, 'פשעים לפי משפט העמים' (...delicta juris gentum) בהיעדר בית דין בינלאומי זקוק המשפט הבינלאומי למוסדות החקיקה והשפיטה של כל מדינה ומדינה כדי לתת תוקף לאיסוריו הפליליים ולהביא את העבריינים לדין"¹⁴.

דווקא לאור האמור, עמדת ישראל אל מול ההתפתחויות האחרונות הנה מעניינת במיוחד: כיום, בניגוד לרוב רובן של הדמוקרטיות המערביות התומכות בכינון ובהפעלה של סמכות השיפוט האוניברסלית והבינלאומית¹⁵, עומדת ישראל

P. Kirsch "The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives" 64 *Law & Contemp. Probs.* (2001) 3, 4–5

14 ת"פ 40/61 הי"מ נ' אייכמן, פ"מ מה תשכ"ה 3 (להלן: פרשת אייכמן).

15 למידע בנוגע למדינות אשר חתמו ואשררו את חוקת בית הדין ראו: [http://www.hrw.org/campaigns/icc/ratifications.htm] (last visited on 16.03.04)

ראו: European Council Common Position on the International Criminal Court, L155 *O.J. of the European Communities* (2001) 19 [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/L_155/L_15520010612en00190020.pdf] (last visited on 16.03.04) החריג הבולט לעמדה זו מקרב הדמוקרטיות המערביות. לעמדתה הרשמית נגד בית הדין ראו: D.J. Scheffer "The United States and the International Criminal Court" 93 *A.J.I.L.* (1999)

ב(כמעט) בדידות בלתי-מזהרת בעליל כחשדנותה ובהתנגדותה לשתיקה, וכידוע אף סירבה לאשרר את חוקת רומא¹⁶; אך בעבר – בתקופה החופפת לתקופת המלחמה הקרה – הייתה ישראל בין המדינות הבודדות אשר שאפו לגשר בין שאיפות לבין הישגים בנוגע להפללת הפרות חמורות של זכויות אדם. אפיון זה של עמדת ישראל בשעתו מבוסס על ארבעה תמרוי דרך מרכזיים: ראשית, ישראל הייתה אחת המדינות הבודדות אשר עוד בשנת 1950 חוקקה חקיקה קולטת ליישום התחייבויותיה לפי האמנה למניעת רצח עם¹⁷ (אם כי לא עשתה זאת בנוגע להתחייבויותיה לפי אמנות ג'נבה). שנית, החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם מעיד על כוונתה לנהוג שווה בשווה נגד יהודים וזרים כאחד, באפשרו העמדתם לדין של חברי היודנרט והקאפו. אכן, במהלך שנות החמישים, אכפו בתי המשפט בישראל את הוראות החוק בהכרעות שנגעו ליהודים אשר הואשמו בשיתוף פעולה עם הנאצים ובסיוע להם¹⁸. שלישית, משפט אייכמן, אשר התנהל בשנות השישים המוקדמות¹⁹, הגם שלא היה נטול מחלוקת²⁰, הגדיר את הרצינוול בבסיס הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית, באופן התקף עד היום והמצוטט תדיר בספרות, בתמיכה למעמדו המנהגי של בסיס סמכות שיפוט זו²¹. לבסוף, במהלך שנות

12; D.M. Amann & M.N.S. Sellers "American Law In a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law: section IV The United States of America and the International Criminal Court" 50 *Am. J. Comp. Law* (2002) 381, 385–391.

16 ישראל חתמה על חוקת רומא ביום 31 דצמבר 2000. לחתימה זו צורפה הצהרה המבהירה כי עניינה של חתימה זו הנה הזדהות מוסרית עם מטרות בית הדין ולא הצטרפות לחוקת. להצהרה ראו: (16.3.04 last visited on 16.3.04) [http://www.mfa.gov.il/mfa/go.asp?MFAHOiy70].

17 חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י–1950.

18 החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י–1950. החוק חל לא רק על פושעים נאצים כי אם על כל אדם שסייע בידם. על בסיס חוק זה הועמדו לדין כארבעים יהודים שהתגוררו בישראל בשנות החמישים והשישים (בהשוואה לשלושה לא יהודים: בניאק, אייכמן ודמיאניוק). ראו ח' יבלונקה "החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם: היבט נוסף לשאלת הישראלים, הניצולים והשוואה" קתדרה: בתולדות ארץ ישראל וישובה 82, 135 (תשנ"ז); J. Wenig "Enforcing the Lessons of History: Israel Judges the Holocaust" T.L.H. McCormack & G.J. Simpson *The Law of War Crimes: National and International Approaches* (The Hague, eds. 1997) 103, 118–121.

19 פרשת אייכמן, לעיל הערה 14; ע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ, פ"ד טז 2033 (להלן: ערעור אייכמן).

20 ראו ח' אונרט אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע (2000). זהו תרגום של הספר המקורי שיצא בשנת 1963.

21 בית המשפט העליון ציין עוד בהקשר זה כי: "הפשעים שיוחסו למערער, לא רק שהם נושאים כולם אופי בין לאומי, אלא תוצאותיהם המזיקות והקטלניות היו כה מקיפות ונפרצות עד שהיה בהן כדי לפגוע עמוקות ביסודות – ואף ביציבות – של הקהילה הבין לאומית. על מדינת ישראל הייתה זכאית, על פי העקרון של סמכות אוניברסלית ובשמשה בענין זה בתפקיד של 'שומר המשפט הבין לאומי' ומבצעו, לשפוט את המערער בפלילים". ערעור אייכמן, לעיל הערה 19, בע' 2066.

השמונים, תפקודה של מערכת המשפט הישראלית בע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מ"י²², אשר הסתיים בזיכוי של דמיאניוק על ידי בית המשפט העליון, מורה שהכרעה שיפוטית בעניין פשעים בינלאומיים אינה בהכרח נטולת מקצועיות: ההחלטה, לא רק שאין בה משום ביטוי ל"צדק של מנצחים" ולנקמת הקרבנות, אלא היא עדות לדיוק משפטי ולשמירה קפדנית על ההליך הוגן²³.

כיצד ניתן להסביר את השינוי בעמדתה של ישראל? הסבר מובן מאליו הוא, כי בניגוד למדינות מערביות אחרות, מיום היוולדה לא ידעה מדינת ישראל אף לא רגע של שלום. מבחינת ישראל אפוא השימוש בכוח הנו עובדת חיים, המביאה את ישראל לסרב להכפפת בחירותיה הצבאיות לסמכותם של בתי משפט זרים²⁴. אולם הסבר פשוט זה הנו מטעה, שכן אין בו להסביר את העובדה שלמרות היותה במצב מתמשך של קונפליקט, המשיכה ישראל לתמוך בפומבי במשפט הבינלאומי הפלילי ובשימוש בסמכות שיפוט אוניברסלית ובסמכות שיפוט בינלאומית, עד לאחרונה. יתרה מכך, טיעון זה אף מניח כי בחירות צבאיות ושימוש בכוח צבאי נוגדים מטבעם את החוק, וכי מוסדות משפטיים זרים הם לעולם משוחררים ונתונים לפוליטיזציה. דע עקא, שהנחה זו אינה נתמכת בראיות: בחירות צבאיות אינן בהכרח פליליות²⁵, ובתי משפט זרים אינם פועלים בהכרח מתוך דעה קדומה²⁶. נהפוך הוא, ניתן בהחלט לטעון כי ניסיונם של מוסדות שיפוטיים אשר הפעילו סמכות שיפוט אוניברסלית ובינלאומית במהלך העשור האחרון מצביע על נטייה מועטה מזו הנוכחת בבתי משפט לאומיים רבים, לפוליטיזציה²⁷. לבסוף, ניתן לבחון את הטיעון מנקודת מבט הפוכה, ולהצביע על כך שמכיוון שפשעי מלחמה מתרחשים, בדרך כלל, ביזמת השלטונות הפוליטיים במדינה מסוימת, הרי שאין בידי ההליך המשפטי הפנימי — אחד מכליה של המדינה — כדי להרתיע או להעניש מבצעי פשעים אלה, וממילא, מניעת פשעים בינלאומיים והענשה בגינם הופכות לעניינה המשפטי והמוסרי של הקהילה הבינלאומית.

22 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מ"י, פ"ד מז(4) 221.

23 השור: N. Lippman "The Pursuit of Nazi War Criminals in the United States and in Other: השור: 23 Anglo-American Legal Systems" 28 Calif. Western Int. L. J. (1998) 1, 95.

השונים ראו: Ibid, at pp. 89–99.

24 J. Joffe "It's Still Only a Dream" Time Magazine (July 8 2002).

25 מעניין לציין בהקשר זה כי שורשי המשפט הבינלאומי ההומניטרי הנם בקודקסים צבאיים לאומיים. ראו: M.A. Newton "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court" 167 Mil. L. Rev. 20, 33 (2001).

26 לטיעון כי סביר שמדינות ינצלו את סמכות השיפוט האוניברסלית למטרות פוליטיות ראו: M.H. Morris "Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Universal Jurisdiction in a Divided World" 35 New Eng. L. Rev. (2001) 337, 338; H.A. Kissinger "The Pitfalls of Universal Jurisdiction" 7 Foreign Affairs (2001) 86, 92, 94.

27 Amnesty International: Universal Jurisdiction: The Duty of States to enact and implement Legislation: Introduction (Report) 01.09.01 AI-Index IOR 53/002/2001, at 31–41 (להלן: "The Introduction" [http://www.amnesty.org] (last visited on 12.1.04)).

ישנם הסברים אחרים, עמוקים יותר, לעמדתה של ישראל, החל מאי יכולתה לתפוס עצמה אלא כקרבן, ועד למעורבותה בקונפליקט הנראה כלקוח מעידן האימפריאליזם המודרני ולא מעידן ה"אימפריה" הפוסט-מודרני²⁸, מעורבות הנתפסת כבלתי לגיטימית על ידי מוסדות בינלאומיים ולאומיים כאחד. עם זאת, לענייננו, די לציין את האירועים הספציפיים הבאים: קבלתם של ההליכים המבוססים על סמכות שיפוט אוניברסלית נגד ראש הממשלה אריאל שרון בגין אחריותו, כביכול, לאירועי סברה ושתייה על ידי המוסדות הבלגיים²⁹; הפיכת הוועידה נגד גזענות בדרכן לאירוע אנטי-ציוני³⁰; הביקורת שהוטחה נגד ישראל בוועידת המדינות החברות לאמנות ג'נבה בשנת 2001³¹; והכללת סעיף 8(2)(ב) (8) בחוקת רומא³². אירועים אלה, אשר התרחשו בסמיכות זה לזה וחפפו להתפוררות תהליך השלום ולפריצת אינתיפדת אל-אקצה, תרמו מעט מאוד לנכונות ישראלית לחבור אל תהליך הגלובליזציה של המשפט הפלילי. במקום זאת, התגובה הישראלית להתפתחויות אלו נעה על הציר שבין מגננה אפולוגטית לזלזול במשמעויותיו ולהתבדלות ביקורתית המציגה את ההליך ככזה החשוף בהכרח לפוליטיזציה³³.

עמדות אלה אינן יעילות, גם אם אמת המידה ליעילות נמדדת אך ורק לאור האינטרס הלאומי של ישראל לשמר שליטה על בחירותיה הצבאיות והאמצעים בהם הן מתבצעות: עמדה מתנצלת, דהיינו שימוש בארגון הכלים המשפטי על מנת להצדיק כל דבר הנראה רצוי לאינטרס הלאומי בנקודת זמן מסוימת, יש בה משום הכתמה – ולא זיכוכ – של המעשה נשוא הדיון; זילות של אנשי המקצוע, בחינת תפקודם כשכירי-עט ואישוש לעמדות ביקורתיות המזהות בין שלטון החוק לשלטון הכוח. עמדה מתבדלת, בפשטות, אינה אפשרית בעולם גלובלי של תלות הדדית. הראיה לכך, בהקשר של משטרי סמכויות שיפוט, היא העובדה כי אין בסירובה של ישראל לאשרר את חוקת רומא, או בגינויה את הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית על ידי בתי משפט זרים כפוליטית, כדי להיות מחסום מהפעלת סמכויות אלה על אזרחים ישראלים החשודים בביצוע

28 המושג מכון ללשון ולהבחנה שערכו נגרי והרט. Hardt & Negri, *supra* note 12.

29 פרשת שרון, לעיל הערה 9.

30 T. Lantos "The Durban Debacle: An Insider's View of the UN World Conference Against Racism" 26 *Fletcher F. World Aff.* (2002) 31.

31 Declaration of the Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention of 5 December 2001 [http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc/docum2.Par.0006.UpFile.pdf/mg_011205_4gcdeclarn_e.pdf] (last visited on 16.3.04).

32 המעיף הרחיב את האיסור הקיים על העברת אוכלוסיית הכובש לשטח כבוש אף על העברה רצונית וחושף, כביכול, מתנחלים ישראלים להעמדה לדין כפושעי מלחמה. ראו י' שני "ישראלים על ספסל הנאשמים?" בכרך זה.

33 D.A. Blumenthal "The Politics of Justice: Why Israel Signed the International Criminal Court Statute and What That Signature Means" 30 *Ga. J. Int'l. & Comp. L.* (2002) 593, 560–596.

פשעים בינלאומיים³⁴. ישראל, כמובן, מודעת לכך, וממילא כל ביטוי של זלזול וחוסר עניין מצדה באשר להתפתחויות אלה, אינו אלא כסות לאי-נחת ולחרדה³⁵. ישנה, עם זאת, אופציה נוספת, אשר אינה מבטאת עמדה מתנצלת או מנותקת. הכוונה היא לאימוץ, על ידי בתי משפט לאומיים – כמו גם על ידי משתתפים נוספים בהליך קבלת ההחלטות – של גישה נורמטיבית להגנה על זכויות אדם, אשר תוביל לדיאלוג ער עם משטרי סמכות שיפוט נוספים הנוטלים חלק בסדר הפלילי הגלובלי החדש. סדר זה, כפי שיוסבר להלן, אינו מתחרה בשיטה הלאומית, אלא מעודד את בתי המשפט שלה להפעיל את סמכותם הקיימת מכוח בסיסי סמכות שיפוט מסורתיים.

ג. סמכות השיפוט האוניברסלית

המושג "סמכות שיפוט אוניברסלית" מתייחס ליכולתם של בתי משפט של כל מדינה לשפוט אדם בגין פשע בינלאומי בהיעדר כל זיקה בין המדינה התובעת לבין הפשע, והיינו בנוגע לפשע אשר בוצע מחוץ לטריטוריה שלה, שמבצעיו וקורבנותיו אינם אזרחיה ושהאינטרסים הישירים שנפגעו אינם שלה. מכיוון שהסדר המשפטי הבינלאומי עדיין מושגת, בעיקרו, על מוסד המדינה, מסירת סמכויות אקסטר-טריטוריאליות מיוחדות לכל מדינה הנה, באופן ברור, יוצאת דופן³⁶. חריגותו של אמצעי זה דורשת הצדקה מיוחדת לקיומו, כמו גם זהירות בהחלתו.

ההצדקה העומדת בבסיס סמכות השיפוט האוניברסלית נובעת מאופי הפשעים שעליהם היא חלה ומבוססת על שיקולים נורמטיביים ושיקולי מדיניות כאחד. אופיים של הפשעים הוא כה מחריד עד כי אלו "פגעו באנושות כולה וזעזעו את

34 לדיון בנוגע לסמכות האוניברסלית ראו להלן פרק ג'. לענין סמכות ה-ICC יש לציין את סעיף 13 לחוקה המאפשר למועצת הביטחון להביא כל עניין בפני בית הדין ללא צורך באשרור חוקת רומא על ידי מדינת האזרחות של החשוד או מדינת הטריטוריה. בהקשר זה, יש לציין גם את סעיף 12 המקנה למדינה חברה בחוקת בית הדין שבשטחה בוצע הפשע או למדינה שאינה חברה בחוקה אך שנתנה הסכמה אד-הוק להעמיד חשודים לדין בגין פשעים שביצעו בשטחה. על האפשרות להעמיד ישראלים לדין בפני בית הדין גם בהעדר חברות של ישראל בחוקה ראו שני, לעיל הערה 32.

35 חרדה זו ניכרת, בין השאר, בפקודה שהוציא צה"ל ביולי 2002, על פיה יש להסתיר את פניהם של חייליו המשרתים בשטחים המצולמים בפעולה. ראו ב' מיכאל "הסתור פנים" ידיעות אחרונות 23.7.03. אין זה מפתיע אפוא כי ישראל בירכה על מאמצי ארצות-הברית לגנות את ה-ICC והייתה, יחד עם רומניה, המדינה הראשונה לתתם עם ארה"ב על הסכם האוסר עליה להסגיר חיילים אמריקאים החשודים בביצוע פשעים בינלאומיים לבית הדין. ראו: C. Marquis "U.S. is Seeking Pledges to Shield its Peacekeepers from Tribunal" *N.Y. Times* (August 7, 2002).

36 Y. Dinstein "The Universality Principle and War Crimes" *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium* (Newport, M.N. Schmitt & L.C. Green eds., 1998) 17, 19

מצפון העמים³⁷. ההנחה הנורמטיבית שרציונל זה מבוסס עליה היא כי קיימים מספר ערכים בסיסיים המשותפים לכל חברות הקהילה הבינלאומית³⁸. ההשלכות שיש לכך על שיקולי מדיניות הנן, ראשית, שאינטרסים משותפים אלו מחייבים הגנה עליהם ושנית, כי מנגנוני אכיפה יעילים מספקים הגנה נחוצה, אם כי לא מספקת³⁹. עולה מהאמור, כי מקום שבו מדינה בעלת זיקה לפשע מפעילה את סמכות השיפוט שלה על מבצעי באופן אפקטיבי, אין כל הצדקה להחלת סמכות שיפוט אוניברסלית על ידי מדינות אחרות. כישלונה של השיטה המדינית להכפיף פשעים להכרעה שיפוטית – כישלון המנוגד לרעיון שלטון החוק והמזיק לערכים המשותפים של הקהילה – הוא המצדיק הפעלתה של סמכות אוניברסלית. המסקנה העולה מן האמור היא כי סמכות אוניברסלית היא מנגנון אכיפה חלופי שיש לעשות בו שימוש כאמצעי אחרון, כאשר המדינה הרלוונטית פטרה עצמה מאחריותה, ונכון לומר, מחובתה, להביא עבריינים לדין⁴⁰. את הצלחת המנגנון ניתן אפוא למדוד לאור אי-ההיזקקות לו: זוהי הזמנה למדינות להפעיל את סמכות השיפוט שלהן. אם ההזמנה נענית, סמכות השיפוט האוניברסלית הופכת למיותרת. אם ההזמנה אינה נענית, הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית הופכת לנחוצה על מנת להבטיח כי החוק – והסדר אותו הוא משרת – ייוותרו על כנם⁴¹.

העולה מן האמור הוא כי כעניין של מדיניות, הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית כרוכה בהתקיימות התנאים הבאים:

1. הפשע הנו מהפשעים החמורים ביותר המוכרים לקהילה הבינלאומית, חומרה המשתקפת באופיו הקוגנטי של האיסור⁴².

37 פרשת אייכמן, לעיל הערה 14, בע' 24.

38 לדיון המבסס את ההצדקה התאורטית לסמכות אוניברסלית ראו: M.C. Bassiouni "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice"

42 Va. J. Int'l. L. (2001) 81, 97.

39 לא מספקת – כיוון שקיימים אמצעים נוספים למניעת הפרות זכויות אדם, כגון חינוכם של חילות ופיקוח עליהם. העמדה לדין, עם זאת, נותרת הכרחית. ראו: R. Wedgwood "National Courts and the Prosecution of War Crimes" *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law* (The Hague, 1st ed., G. Kirk McDonald & O. Swaak-Goldman eds., 2000) 393.

40 R. Wolfrum "The Decentralized Prosecution of International Offenders Through National Courts" *War Crimes in International Law* (Hague, Y. Dinstein & M. Tabory eds., 1996) 233, 235–236.

41 G. Triggs "National Prosecutions of War Crimes and the Rule of Law" *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law* (The Hague, H. Durham & T. L.H. McCormack eds., 2000) 175.

42 Arrest Warrant of 11 April case, *supra* note 9, at para. 60 (Separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal); Bassiouni, *supra* note 38, at pp. 149–150. יש לשים לב כי בפסקה התשיעית בהקדמה לחוקת רומא נקבע כי סמכות בית המשפט הבינלאומי הפלילי חלה על הפשעים החמורים ביותר המוכרים לקהילה הבינלאומית בכללה. סעיף 5 לחוקה מגביל את סמכותו המהותית של בית המשפט לפשעים אלו וסעיף 17(ד) מחייב את

2. המדינה הרלוונטית ביותר לפשע, או כל מדינה אחרת בעלת זיקה לפשע על סמך אחד מבסיסי סמכות השיפוט המסורתיים, נמנעת מלהביא את מבצעיו לדין באמצעות העמדתם למשפט הוגן או על ידי הסגרתם למדינה אשר ביקשה זאת והמסוגלת להעמידם לדין.⁴³

3. הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית, כשלעצמה, אינה מפרה את זכויות הנאשם, משמע, נוכחותו הנה תנאי כל יעבור להפעלת סמכות זו כמו גם השמירה על יתר זכויותיו למשפט הוגן.⁴⁴

4. המדינה המפעילה סמכות שיפוט אוניברסלית פועלת בשם הקהילה הבינלאומית ואין לה אינטרס אחר זולת הדאגה לאכיפת החוק נגד "אויבי המין האנושי" אשר מקודמת באמצעות השימוש באמצעי זה.⁴⁵ המשמעות היא שהפעלת סמכות אוניברסלית הנה עניין שבשיקול דעת בכך שעל הפורום הרלוונטי להבטיח כי מניעי התביעה אינם פוליטיים באופן אשר עלול לסכן – ולא לקדם – את שלטון החוק והסדר ולאבד, בתוך כך, את ההצדקה שבבסיס הסמכות האוניברסלית.

טענתנו היא, שכלל, בחינת החקיקה והפרקטיקה של מדינות מעידה על קיום התנאים לעיל. הפעלת סמכות אוניברסלית על ידי מוסדות משפטיים לאומיים מבוססת, בדרך כלל, על חקיקה מסמיכה (Enabling Legislation). סקירה השוואתית של חקיקה כאמור מעלה כי מספר מועט בלבד של שיטות משפט מאפשרות החלת סמכות אוניברסלית באופן נטול הגבלות,⁴⁶ וכי ההגבלות השכיחות ביותר הן אלה:

א. הגבלות תוכן: רוב רובן של שיטות המשפט המאפשרות הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית, עושות זאת בנוגע לחלק מהפשעים הבינלאומיים אך לא בנוגע לכולם.⁴⁷ הפשעים, בתורם, דורשים הפעלת סמכות אוניברסלית רק שעה שאמצעים

בית המשפט להכריז על מקרים שאינם חמורים מספיק כלא קבילים. לשון הטקסט נבחרה במודע לשקף את הלשון הקבועה בחוקת רומא במטרה ליצור התאמה בין המשטר המבוחר של סמכות אוניברסלית עם המשטר הריכוזי של הסמכות הבינלאומית הקבועה בחוקת רומא. Arrest Warrant of 11 April case, *supra* note 9 at para. 59 (Separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal). תנאי זה משלב את העיקרון המנהגי "הסגר או העמד לדין", "aut dedere aut judicare" עם ההכרה כי במשטר האוניברסלי, יש לתת עדיפות למדינה בעלת הזיקות המרובות ביותר לפשע, בכפוף לכך כי היא מוכנה ומסוגלת לנהל הליך משפטי הוגן.

44 השור: Ibid, at para. 54–58. חוות הדעת הנפרדת קובעת כי אין בנמצא כיום כלל משפט בינלאומי האוסר על הפעלת סמכות שיפוט על נאשם בהיעדרו.

45 Bassiouni, *supra* note 38, at p. 89.

46 Ibid, at pp. 105–106; The Introduction, *supra* note 27, at pp. 7–14.

47 במיוחד בנוגע לפשעי מלחמה. דו"ח אמנסטי מצא כי אמנם 120 מדינות חוקקו חוקים המאפשרים לבתי המשפט שלהן להפעיל סמכות אוניברסלית בגין פשעי מלחמה, אולם תחולתם של מרבית חוקים אלו הנה מוגבלת. לדוגמה, מספר מועט של בתי משפט מדינתיים מוסמך להחיל סמכות אוניברסלית בגין פשעי מלחמה שהתבצעו במסגרת קונפליקט שאינו בינלאומי (כגון בליגה, קנדה וניו-זילנד); מדינות אחרות מגבילות הפעלת סמכות אוניברסלית

אחרים ליישום המחויבויות הנגזרות מעקרון "aut dedere aut judicare" (הסגרה או העמדה לדין) נכשלו.⁴⁸

ב. הגבלות פליליות כפולה: הגבלה זו דורשת כי המעשה נשוא המשפט יהווה פשע הן בשיטת המשפט של מדינת הפורום והן בשיטת מדינת הטריטוריה או המדינה אשר הגישה בקשת הסגרה המבוססת על סמכות שיפוט אוניברסלית.⁴⁹ דרישה זו הנה בעייתית לאור העובדה כי היא מתייחסת לפשעים בינלאומיים המהווים נורמות קוגנטיות אשר מטבען גוררות פליליות אוניברסלית ועמה סמכות שיפוט אוניברסלית.⁵⁰

ג. הגבלות זמן ומקום: מספר שיטות משפט מגבילות את היקף תחולתה של סמכות השיפוט האוניברסלית שבתי המשפט שלהן מוסמכים להפעיל, לאזור גיאוגרפי מסוים⁵¹, ואילו אחרות מגבילות אותה לפשעים אשר ברצונו בטווח זמנים מסוים.⁵²

ד. הגבלות משמורת: הגבלה זו דורשת כי הנאשם יהא נוכח בשטח המדינה המבקשת להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית. דרישה זו, הנובעת מהזכות למשפט הוגן המעוגנת בסעיף 14(3) לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR)⁵³, מוציאה משפטים בהיעדר הנאשם מכלל אפשרות. האיסור על ניהול משפטים בהיעדר הנאשם, להוציא מקרים בהם האחרון נס משטח סמכות השיפוט,

לפשעים המוגדרים באמנות ספציפיות. ראו: Amnesty International: *Universal Jurisdiction: The Duty of States to enact and implement Legislation: Chapter Four-A* (Report) 1.9.01 AI-Index IOR 53/006/2001, at pp. 1–3 [http://www.news.amnesty.org/library/index/engior530062001] (last visited 16.3.04). ("Universal Jurisdiction" להלן: "engior530062001").

48 אחת מההגבלות השכיחות ביותר הנגזרות מחקיקה מאפשרת היא הדרישה כי כדי שבית המשפט של מדינת הפורום יהא מוסמך להפעיל סמכות אוניברסלית, הוגשה בקשת הסגרה שנדחתה. ראו: *The Introduction*, supra note 27, at p. 17.

49 E.g., Brazil, see *Universal Jurisdiction*, supra note 47, at p. 32; Austria, *Ibid*, at p. 17; Poland, Amnesty International: *Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Enforce Legislation: Chapter Four — Part B* (Report) (1 September, 2001) AI-Index IOR 53/007/2001, at 55 [http://www.news.amnesty.org/library/index/engior530072001] (last visited 16.3.04).

50 זאת הייתה דעתו של לורד Millett כפי שהובעה בדעת היחיד שלו בפסק דין פינושה בפני בית הלורדים. לפיו, סמכות אוניברסלית בגין פשע העינויים ספקה סמכות שיפוט לבתי משפט בריטיים עובר לחוק שחוקק לשם מטרה זאת בשנת 1988. לכן דרישת הפליליות הכפולה התמלאה אף ביחס לפשעים שביצע לכאורה פינושה לפני שנה זו. *Pinochet case*, supra note 7, at pp. 177–178.

51 לדוגמה צרפת: *Universal Jurisdiction: Chapter 4-A*, supra note 47, at pp. 82–83.

52 לדוגמה אוסטרליה: G.T. Blewitt "The Australian Experience" *International Criminal Law* (New York, 3rd ed., M.C Bassiouni ed., 1999) 301, 305–306 J.L.; ובריטניה: *Law* (New York, 3rd ed., M.C Bassiouni ed., 1999) 301, 305–306 J.L.; ובריטניה: *Garwood-Cutler "The British Experience" ibid*, at p. 325.

53 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, מס' 1040, ע' 269.

קיבל הודעה בדבר האישומים נגדו, או שהתנהגותו מפריעה להליך המשפטי⁵⁴, מצוי בחוקות וחוקי מדינות רבות⁵⁵, אף שמעמדו המנהגי שנוי במחלוקת⁵⁶. ה. הגבלות סיכון כפול⁵⁷: העיקרון שעל פיו אין להעמיד אדם לדין בגין מעשה⁵⁸ שעליו נשפט בעבר בהליך אשר הסתיים בהרשעה או בזיכוי סופי על ידי בית משפט מוסמך, מעוגן בסעיף 14(7) ל-ICCPR ומהווה נדבך מסורתי וחיוני בזכות למשפט הוגן⁵⁹. הגם שבמקור נועד העיקרון למנוע העמדה כפולה לדין

54 M.C. Bassiouni "Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions" 3 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (1993) 235, 279–280.

55 Bassiouni, *supra* note 54, at p. 279. יש לציין כי זה היה הבסיס שנתן בית הדין לערעורים הכלגי ולדחיית האישומים נגד שרון. M. Simonse "Sharon War-Crimes Suit Dismissed" *N.Y. Times* (June 27 2002) (http://www.cass.be/juris/jucf.htm). נדחתה על ידי בית המשפט העליון אשר פסל את כתב האישום נגד שרון על בסיס חסינות ראש מדינה. (last visited on 16.3.04).

56 ראו את דעת היחיד המשותפת של השופטים Higgins, Kooijmans ו-Buergenthal כי כלל כאמור עוד לא התגבש במשפט הבינלאומי. Arrest Warrant of 11 April case, *supra* note 9, at para. 58. D.J. Brown "The International Criminal Court and Trial in Absentia" 24 *Brook. J. Int'l L.* (1999) 763, 777–778.

יש לציין כי מדינות כגון צרפת ובלגיה אכן ניהלו משפטים כאמור לאחר מלחמת העולם השנייה: H.S. Levie *Terrorism in War — The Law of War Crimes* (New York, 1993) 35, 433, 254. לא זו אף זו, סעיף 12 לחוקת בית הדין הצבאי הבינלאומי בנירנברג החיר במפורש ניהול משפטים בהיעדר הנאשם. Bornmann הועמד לדין, נמצא אשם ונשפט למוות בהיעדרו. ראו: I Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal (1947) 1–340. העובדה כי Bornmann מעולם לא נתפס מעידה על חוסר התועלת בהליכים מסוג זה ומשלימה את ההסבר המבוסס על פגיעה בזכות למשפט הוגן העומד מאחורי האיסור.

57 עקרון Non bis in idem. עקרון זה הוא המקבילה הבינלאומית לעקרון ה-"Double Jeopardy" הקבוע בתיקון החמישי לחוקה האמריקנית. ההבדל המרכזי ביניהם הוא כי תחולת האחרון מוגבלת לאותה מדינה, בניגוד לראשון. ראו: Heath v. Alabama, 474 U.S. 82, 88 (1985); United States v. Lanza, 260 U.S. 377 (1922); Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959); Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959). For a critical review of the doctrine, see e.g. D. E. Lopez "Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to Circumvent Non Bis In Idem" 33 *Vand. J. Transnat'l L.* (2000) 1263.

58 המושג "מעשה" מתאר כאן את ה-"idem" בשיטות המשפט המקובל (Common Law) הגנת עקרון ה-"Double Jeopardy" התפרשה כמתייחסת לאותה עברה. בשיטות משפט קונטיננטליות, לעומת זאת, ה-"idem" התייחס לעובדות. המושג "מעשה" מהווה פתרון טוב יותר משניהם בשל חוסר הרלוונטיות של שמה של עברה המוגדרת על ידי כל עוד המעשה הוא מהותית, אותו מעשה. ראו: C. Van Den Wyngaert & G. Stessens "The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions" 48 *Int. & Compl. L. Q.* (1999) 779, 789–797. יש לציין כי המושג non bis in idem מעוגן בסעיף 20 לחוקת רומא.

59 Commentary of the ILC Draft Code on Crimes against the Peace and Security of Mankind, U.N. Doc A/51/10 (1996), July 26, 1996, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law* (The Hague, 2nd ed., G.K. McDonald & O. Swaak-Goldman eds., 2000) 373.

באותה מדינה⁶⁰, הרציונל בבסיסו תומך במידה שווה בהחלתו במישור הבינלאומי, זאת משתי סיבות: ראשית, ההגנה אשר הוא מספק לאדם מלהיתבע בשנית בגין אותה עברה הנה רלוונטית ללא קשר לסמכות התובעת⁶¹. שנית, הכבוד להחלטות שיפוטיות, שהוא מפגין על ידי שילובו של עקרון "מעשה בידין", רלוונטי במידה שווה במישור הבינלאומי, שכן הקונפליקט בין שיטות משפט לפסקי דין סותרים אינו מזיק לנאשם ולשיטת המשפט הרלוונטית במידה פחותה מאשר זה המצוי במסגרת אותה שיטה⁶². אכן, אפקט "מעשה בידין" של פסקי דין זרים נתפס ככלל כמחסום מפני הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית בדיוק בשל התפיסה כי זו האחרונה הנה יוצאת דופן ואילו זכות הראשונים שייכת לתוצאתם של הליכים אשר מתנהלים על ידי בתי משפט בעלי אינטרס ישיר במקרה. תפיסה זו היא כה מורשת עד כי אף חקיקה מסמיכה ליברלית ביותר בהיקפה, כגון החוק הבלגי, מכירה בפסקי דין זרים ומרחיבה הכרה זו אף לפסקי דין אשר אינם ברי אכיפה בעקבות תקופות התיישנות וחנינות⁶³. ההכרה בעיקרון בחוקותיהן של מדינות המייצגות את מרבית שיטות המשפט השונות⁶⁴, בהסכמי הסגרה בילטרליים⁶⁵ ובאמנות בינלאומיות⁶⁶, תומכת בטענה כי מדובר בעקרון משפט בינלאומי אשר הפך לכלל הסכמי ומנהגי כאחד⁶⁷.

60 ראו: Decision on the Defense Motion on the Principle of *Non bis in idem*, *Prosecutor v. Tadić*, Case No.: IT-94-1, Trial Chamber II, 14 November 1995, at para. 8 שם ציין זאת בית הדין הפלילי הבינלאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בהתייחס ל-10 לחוקתו אשר מעגן את העיקרון.

61 Lopez, *supra* note 57, at pp. 1266–1270.

62 Van den Wyngaert & Stessens, *supra* note 58, at pp. 780–781.

63 Belgian Act, *supra* note 9. אמנם החוק מוציא מכלל תחולה את סעיף 21 להקדמה של קוד הפרוצדורה הפלילית הבלגי ואת סעיף 91 לקוד הפלילי מתייחס לתקופות התיישנות. עם זאת, הוא אינו מוציא מכלל תחולה את סעיף 13 של קוד הפרוצדורה הפלילית המכיר בפסקי דין זרים אף אם אינם ברי אכיפה בשל חנינה או תקופת התיישנות. ראו: Van den Wyngaert and Stessens, *supra* note 58, at p. 784.

64 Bassiouni, *supra* note 54, at pp. 288–290.

65 ראו למשל הסכם ההסגרה בין ארצות-הברית וישראל: Convention on Extradition Between the Government of the United States of America and the Government of the State of Israel [http://www.usextradition.com/israel_bi.htm] (last visited on 16.3.04); Article 3 of the Model Treaty on Extradition (Annex) (adopted by Eighth U.N. Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August–7 September 1990, U.N. Doc. A/Conf.144/28/Rev.1, I.A. 10, GA res. 45/116, annex 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) at 212, U.N. Doc. A/45/49 (1990).

66 ICCPR, 16 Dec. 1966, Art. 14(7) and 15, GA Res. 2200 A (XXI), GAOR, 21st 23.3.76st. Supp. no. 16 (A/6316) 52, UN Doc. A/CONF. 32/4 [http://www1.umn.edu/humanrts/instree/b3ccpr.htm] (last visited on 16.3.04); The American Convention on Human Rights, 22 Nov. 1969, art. 8(4), O.A.S.T.S. 36 at 1, O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser. A/16; ICTY Statute, art. 10; Rome Statute, art. 20 M.C. Bassiouni & E.M. Wise *Aut Dedere Out Judicare: the Duty To Extradite or Prosecute*

67 in *International Law* (Dordrecht, 1995) 605; B.E. Berg "The 1994 I.L.C. Draft Statute for

מיעוטן, נכון להיום, של תביעות פליליות המבוססות על סמכות שיפוט אוניברסלית מעיד, בין השאר, על הזהירות ועל שיקול הדעת שנקטו מדינות בגישתן להפעלתה: לעולם מודעות לכך כי סמכות אוניברסלית היא החרוג ולא הכלל, כמו גם יראות מהפוטנציאל לתסבוכת פוליטית⁶⁸, מדינות העדיפו לא להפעילה. אכן, לעתים זהירות זו אינה אלא ביטוי מובהק לחוסר נכונות פוליטית, כעולה מן העובדה כי מדינות מבכרות להפר את חובתן להעמיד לדין או להסגיר חשודים בביצוע פשעי מלחמה.

ייתכן כי העניין המחודש בהפללת הפרות זכויות אדם חמורות יגביר את נכונותן של מספר מדינות לעשות שימוש בסמכות האוניברסלית. כל עוד פעולה זו תילקח על ידי מדינות הפועלות כנציגות הקהילה הבינלאומית, על מנת לגשר בין שאיפות להישגים ותבוצע לאור המגבלות המסורטטות לעיל, תהא זו התקדמות מבורכת המבכרת את עליונות סמכות השיפוט של המדינה בעלת מרב הזיקות לפשע כמו גם את זכויותיו של הנאשם. אכן, זה הוא המצב שעה שמספר מדינות חפצות לשפוט נאשם: הגם שהמשפט הבינלאומי, במצב התפתחותו הנוכחי אינו מספק קורים מנחים באשר לזכות קדימה במקרה של סמכויות חופפות, ישנן אמנות בינלאומיות רבות המתייחסות למשפט בינלאומי פלילי, ובמסגרתן ניתן לאפיין שיטה המכירה בעדיפות הניתנת למדינה בעלת זיקה לפשע על פני זו של כל מדינה אחרת המבקשת להפעיל סמכות אוניברסלית⁶⁹. עם זאת, המשטר של סמכות אוניברסלית בין-מדיניתית הנו משטר מבוזר ולכן, אינו יכול להבטיח כי כך יהא המקרה תמיד⁷⁰,

an International Criminal Court: A Principled Appraisal of Jurisdictional Structure" 28

Case W. Res. J. Int'l L. (1996) 21, 242-243

68 למשל, אף מדינה לא ביקשה הסגרתו של פול פוט בגין הפשעים שבוצעו על ידי משטרו

בקמבודיה. ראו: D.F. Orentlicher "Putting Limits on Lawlessness: From Nuremberg to

Pinochet" *Wash. Post* (October 25 19988)

69 ראו: Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against Safety of Civil

Aviation, Sept. 23, 1971, art. 5, reprinted in 10 I.L.M. (1971) 1151; Convention on the

Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, adopted

by the U.N. General Assembly, December 14, 1973, art. 3, reprinted in 13 I.L.M. (1974)

41; International Convention Against the Taking of Hostages, adopted by the U.N. General

Assembly, December 17, 1979, reprinted in 18 I.L.M. 1456 (1979); Dinstein, *supra* note

36, at pp. 24-26. יש לציין כי קריאה משווה של האמנות מגלה כי בין מדינות בעלות

סמכויות שיפוט חופפות, המבוססות על בסיס סמכות מנהגיים, זכות הקדימה ניתנת ראשית

למדינת הטריטוריה, שנית, למדינת האזרחות של המבצע, ושלישית, למדינת האזרחות של

הקרבן.

70 זאת כיוון שהאופי המבוזר של משטר סמכויות השיפוט מקשה על התערכות בהחלטת מדינה

להפעיל סמכות שיפוט. כך הוא המצב לא רק בנוגע למדינות העוללות לנצל לרעה את זכותן

להפעיל סמכות אוניברסלית, אלא אף בנוגע למדינות שומרות חוק אשר חזיקתן הפנימית

אינה מותאמת במלואה לקווים המנחים המצוינים לעיל. למשל, אם אפיין מעשה על ידי בית

משפט מטרים אינו נופל בגדר ההגדרה של אותו מעשה על פי החוק של המדינה המבקשת

להפעיל סמכות אוניברסלית, קיימת סכנה כי עקרון הסיכון הכפול לא יחול.

וזאת בהבדל מן המשטר הריכוזי של סמכות השיפוט הבינלאומית של ה-ICC, שבמסגרתו מבטיח עקרון ההשלמה ("complementarity") את עדיפותה של המדינה בעלת הזיקה לפשע על פני זו של בית הדין.⁷¹

ד. הממד המדינתי: היתרונות בהכרעה שיפוטית פנימית

הרלוונטיות המידית של הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית על ישראלים נגזרת מן האפשרות כי פעולות שישראל רואה בהן אמצעי ביטחון נחוצים במאבקה בטרור הפלסטיני, יוגדרו כפשעי מלחמה המקימים אחריות אישית במסגרת המשפט הבינלאומי הפלילי. אמצעים אלה, בתורם, נהנים מתמיכה ציבורית ופרלמנטרית נרחבת, וממילא ביקורת שיפוטית עליהם מעמידה את בית המשפט המקומי במצב עדין במיוחד. אכן, "ההחלטה בעתירות אלו קשתה עלינו", מעיד הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל. הקושי אינו נובע מן הטקסט המשפטי, כי אם מן הקונטקסט החברתי-פוליטי: "אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים... אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין"⁷². מודעות זו לקונטקסט המקומי, המעמיד את בתי המשפט במצב כה פגיע, היא אף הנותנת, אם גם באופן העשוי להיתפס לכאורה כפרדוקסלי, כי הם מהווים את הפורום הנאות ביותר להכרעה בדבר חוקיות "אמצעי הלחימה"⁷³. כפי שראינו, הגלובליזציה של השיח המשפטי הפלילי מבוססת על הנחה זו, בהזמנה בתי משפט לאומיים להפעיל סמכותם כאמור מתוך כוונה לאיין את הצורך בהפעלתה היא. מבחינה זו, יש לראות בסמכות השיפוט האוניברסלית כלי שנועד לעודד את פעולתם של בתי המשפט הלאומיים. פעילות זו, בתורה, משמשת זרז למאמצים מדיניים לחקור ולהעמיד לדין חשודים⁷⁴. יתר על כן, החלטות אלה הן בעלות הסיכוי הגבוה ביותר, לפחות יחסית להחלטות בתי משפט המפעילים סמכות אוניברסלית, להיות אפקטיביות ככל שהדברים נוגעים הן להחלטות המדיניות והן לשיח הציבורי בתוך

71 Rome Statute, preamble art. 10, arts. 1, 17

72 בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845–846. (להלן: עניין העיניים).

73 זהו הביטוי שנבחר על ידי בג"ץ לתאר את מדיניות הסיכול הממוקד (או החיסולים) של צה"ל. ראו: בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1.

74 זאת הייתה ההשפעה של ההכרעה בעניין פיגוע: "עד ששלח שר הפנים הבריטי, ג'ק סטורא, את פיגוע חזרה לצילה, כביכול על סמך סיבות רפואיות, המיתוס של חסינותו התנפץ לחלוטין זה מכבר." *The Nation* (April 30 2001) R. Broody "Justice: The First Casualty of Truth?"

המדינה. אכן, מגוון שיקולים פרגמטיים ונורמטיביים עומדים ביסוד מתן ההעדפה המובנית לתוך השיח המשפטי הגלובלי להכרעה מקומית. נעמוד בקצרה על חלקם. ראשית, הכרעה בנושא חוקיותה, או אי-חוקיותה, של מדיניות צבאית מסוימת על ידי בית משפט מוסמך, למשל, הכרעה בדבר חוקיות מדיניות החיסולים, הריסת בתים, גירוש או עינויים, מספקת הכוונה נחוצה לקובעי המדיניות וליחידות הרלוונטיות בצבא באשר לקביעה מה הן פעולות מותרות ומה הן פעולות שאינן מותרות. בהכוונה נורמטיבית כאמור אין להזיק לביטחון הלאומי; ההפך הוא הנכון. עצם העובדה כי שורשי דיני המלחמה המודרניים מקורם בקודים צבאיים לאומיים שפותחו על ידי אנשי צבא מורה כי הנחיות אלה מהוות תנאי חיוני, אם גם בלתי מספיק, הן למקצועיות והן לפיתוח רוח יחידה (*esprit de corps*) שניתן להתגאות ולא להתבזות מן ההשתייכות אליה⁷⁵. יתרה מכך, בה במידה שאינדוקטרינציה, אימון חילות וייעוץ למפקדים בנושא חוקיותם של אמצעי לוחמה שונים כמו גם בדבר חובתם לפקח על התנהגות פקודיהם, הנם אמצעים אפקטיביים, הכוונה נורמטיבית עשויה בפועל לצמצם את הצורך לפנות לרשות השופטת כאמצעי לדיכוי הפרות פרטניות של החוק, כלומר היא פועלת כאמצעי מניעה⁷⁶. אין מוסד שיפוטי בעל כלים טובים יותר מבתי משפט של המדינה שחייליה הם נשוא ההכוונה, לצורכי השגת מטרות אלה.

ההתאמה של בתי המשפט הלאומיים נשענת גם על מגוון שיקולים פרגמטיים אשר יחדיו מבטיחים את אמינותה, דיוקה היחסי וההליך ההוגן של ההכרעה השיפוטית בכל מקרה לגופו. כך למשל מקום שבו מספק בג"ץ הכוונה כמתואר לעיל, נפתחת הדלת לחקירה, ולתביעה במידת הצורך, של חשודים בהפרת הקווים המנחים השיפוטיים⁷⁷. היכרותם של בתי המשפט הלאומיים את הקונטקסט של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, את הליכי קבלת ההחלטות הרלוונטיים והאילוצים במסגרתם הן מתקבלות, אינה דבר שיש להקל בו ראש. בהנחה כי תוחל כהלכה, יש בה כדי ליצור לכידות בין המציאות הנורמטיבית והמוסדית ומציאות השטח. מזווית זו ברי כי לבתי משפט לאומיים כלים טובים יותר מאלה המצויים בידי בתי משפט זרים להבנת הקונטקסט, ומשכך, קיימת סבירות גבוהה יותר לתפיסת הכרעותיהם כאמינות.

75 Wedgwood, *supra* note 39, at p. 393.

76 *Ibid*, *ibid*.

77 זאת כיוון שבג"ץ קובע ומפרש את הסטנדרטים שעל פיהם נמדדות פעולות מנהליות וצבאיות. סטנדרטים אלו אף מדריכים את שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, או הפרקליט הצבאי הראשי בבואם להחליט על פתיחת הליכים פליליים. אם פעולה מסוימת סוטה מהסטנדרט האמור באופן המקים אחריות פלילית, תהא עליהם חובה לפתוח בהליך פלילי נגד מבצעה. ראו: בג"ץ 223/88 שפטל נ' הי"מ, פ"ד מג(4) 356; בג"ץ 935/89 גנור נ' הי"מ, פ"ד מד(2) 485; בג"ץ 7074/93 סוריסא נ' הי"מ, פ"ד מח(2) 748; בג"ץ 3425/94 גנור נ' הי"מ, פ"ד נ(4) 1. בעיקרון, ניתן להעמיד לדין חשודים על בסיס החוק הצבאי ואין בהכרח צורך בהחלטה שיפוטית של בג"ץ. עם זאת, אם והחלטה כאמור תתקבל, אזי זה יקשה על התביעה להימנע מלהעמיד לדין בגין פעולה עליה הכריז בג"ץ כבלתי חוקית.

קונטקסט, עם זאת, משמעו לא רק ידע אינטימי של מורכבות פוליטית ומבצעית, זהו אף הקונטקסט של כל מקרה ספציפי, שבו ניתן למצוא את מרבית העדויות והעדים, את הקרבן והחשוד⁷⁸. שעה שהנגישות למקורות ראשוניים אלה מצטרפת להיכרות עם השיטה המשפטית ועם שפת הערכאה המכריעה, מתחזקת הן יעילותו של ההליך והן האפקטיביות שלו מבחינת מקבלי ההחלטות והשיח הציבורי הפנימי כאחת. השיטה החדשה של סמכות שיפוט גלובלית מודעת ליתרונות ההליך המשפטי הפנימי בה במידה שהיא ערה למגבלותיה היא. הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית עלולה להיות מאוימת על ידי שיקולי מדיניות החוץ של מדינת הפורום תוך יצירת מתחים בין רשויות המדינה, ובמיוחד בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, כמו גם בגין החששות לטענה, או לכל הפחות לתפיסה הכמעט בלתי ניתנת להפרכה, של פוליטיזציה. מדינה הבוחרת להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית עלולה להתקל בקשיים הנובעים מן הצורך להבטיח הסגרה; מחוסר יכולת לעמוד בדרישות המחמירות של ראיות פליליות ומעלותם הגבוהה של הליכים אלה. יתרה מכך, הואיל והסבירות כי מדינה תפעיל סמכות כאמור בנוגע לכל אירוע הנטען להיות פשע על פי המשפט הבינלאומי היא קטנה ביותר, הן מבחינת חקיקתה המסמיקה, הן מבחינת יכולות בתי המשפט שלה, והן מתוך אירצון לפתוח חזיתות רבות מדי בריזמנית⁷⁹, התוצאה תהא סלקטיביות בהליכים. צדק סלקטיבי איננו צדק. ההליך הלאומי, בניגוד לכך, לא סובל ברגיל ממגבלות אלו וכל עוד הוא מנוהל בתום לב הוא אינו רק האמצעי היחיד, אלא אף ההולם ביותר, להשגת צדק, להרתעה ולחינוך. זאת ועוד, שיטה לאומית הנהנית ממוניטין אמין בהעמדת עברייניה לדין עשויה להגן אף על אזרחיה החשודים בביצוע פשעים, אשר התנהגותם לא זכתה כלל לביקורת שיפוטית, מפני העמדה לדין במדינות זרות על בסיס סמכות שיפוט אוניברסלית⁸⁰. לאור דרישת הפליליות הכפולה הקיימת ברוב המדינות⁸¹, מדינה אשר חוקיה ומוסדותיה השיפוטיים נהנים מהערכה בינלאומית, עשויה, כך נדמה, להיענות בחיוב לבקשת הסגרה במקרה שאחד מאזרחיה יהא חשוף להעמדה לדין במדינה זרה. גם ההפך הוא הנכון: שיטה לאומית אשר נמנעת מלהפעיל סמכות

78 M.T. Cummings "Final report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses, Committee on International Human Rights Law and Practice" International Law Association, London Conference 2000 (Final ILA Report) 21; *The Introduction, supra* note 27, at p. 3.

79 Cummings, *ibid*.

80 הדבר נכון אף בנוגע לסמכות השיפוט הבינלאומית של ה-ICC. חוקת רומא קובעת את אי-קבילותו של מקרה אשר אינו מערב את אחד "מהפשעים החמורים ביותר הידועים לקהילה הבינלאומית" ובכך מונע הבאת מקרים מבודדים או בעלי חומרה שולית יחסית בפני בית המשפט הפלילי הבינלאומי. עבר יציב של תביעות לאומיות תומך בטענה כי מקרה מסוים שהובא בפני בית המשפט אינו כה חמור, שאתרת היה מובא בפני בית משפט לאומי-מקומי. Rome Statute, art. 17(d).

81 ראו טקסט הנלווה לעיל הערה 49 ולעיל הערה 50.

שיפוט על אזרחיה החשודים בעבירות על המשפט הבינלאומי, חושפת אותם לסמכות שיפוט אוניברסלית או בינלאומית, שוללת מהם את היתרונות הנזכרים לעיל של השיטה הלאומית וגוזלת מכלל אזרחיה את היתרונות הטבועים במערכת משפט אמינה מבחינת חיותו ותרבותו של המשפט הדמוקרטי מבית ומחוץ.

"כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין", העיר הנשיא ברק⁸², בהתייחסו במשתמע למשתתפי השיח הגלובלי הלאומיים והבינלאומיים כאחד כשופטים פוטנציאליים, אם גם לא בהכרח פורמליים. מנקודת מבט בינלאומית, העובדה כי פסק הדין שבו נאמרה הבחנה זו, עניין העינויים, ניתן לאחר שבעבר סירב בג"ץ להכריע בדבר חוקיות אמצעי החקירה שנקט השב"כ ומיד לאחר ההכרעה בפרשת פינושה⁸³, הנה חשובה. הבחנה זו מעידה על מודעותו של בית המשפט להתפתחויות בשיח הגלובלי הפלילי המורות כי הקהילה הבינלאומית מוכנה לפעול אל מול הפרות חמורות של זכויות אדם, אף על חשבון זכויות היתר הריבוניות המסורתיות ושכישלון השיטות הלאומיות להביא לדין מפירי נורמות קונגסטיות גורר עמו השלכות משפטיות ואחרות.

כישלון מעין זה אינו מיוחס למערכת המשפט הישראלית. נהפוך הוא, למדיניות השיפוטית הרווחת בישראל ולבג"ץ יש עבר מרשים בסילוקה של עילת אי-השפיטות מתפקידה כשומרת הסף של בית המשפט, גם למול חמת הזעם של הרשות המבצעת, חרונו של המחוקק והיעדר תמיכה ציבורית⁸⁴. הכפפת החלטות הנוגעות לחוקיות "אמצעי הלחימה", כגון העינויים⁸⁵, עניין קלפי המיקוח⁸⁶ ותיחום המגורים⁸⁷ לביקורת שיפוטית, מחזקת את תפיסת מערכת המשפט בישראל כמערכת אמינה שבתי המשפט שלה ערכים לכך שרשויותיה ואזרחיה כפופים לשלטון החוק⁸⁸. דווקא לאור זאת, עמדתו הראשונית של בג"ץ — עמדה שדומה כי שונתה בשלב מאוחר יותר — כי מדיניות החיסולים אינה ממין ההחלטות שהוא נוהג להתערב בהן, בולטת בחריגותה מבחינת המשפט הפנימי, ועלולה להשיג תוצאה הפוכה מזו שביקשה להשיג מבחינת השיח המשפטי הגלובלי.

החלטות בדבר חוקיותם של אמצעי לוחמה, אשר מהותית עומדות בסטנדרטים

82 עניין העינויים, לעיל הערה 72, בע' 846.

83 A. Reichman "When We Sit To Judge We Are Being Judged: The Israeli GSS Case, Ex Parte Pinochet and Domestic/Global Deliberation" 9 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2001) 81–82.

84 השופט אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' רה"מ, פ"ד מה(1) 749, 766; השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 441, 494; ר' גביון ואח' אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000) 92–157.

85 עניין העינויים, לעיל הערה 71.

86 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721.

87 בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352. לביקורת על פסק הדין ראו א' בן-נפתלי וק' ומיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום — בעקבות בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" בכרך זה.

88 Reichman, *supra* note 83, at pp. 81–82.

בינלאומיים מקובלים, נחוצות לא רק בגין היתרונות הפרגמטיים המצוינים לעיל והסיכונים הפוטנציאליים שחסרונן גורר, אלא גם בגין שיקולים נורמטיביים. לשיקולים אלו ממד בינלאומי כמו גם ממד לאומי. במסגרת הקונטקסט הבינלאומי, החלטה כזו מופנית לקהילה הבינלאומית. היא מסמנת לה שמערכת המשפט הישראלית היא שותפה פעילה ותורמת בקהילייה המשפטית הגלובלית, ומתוך כך זכאית לכך שהחלטותיה תכובדנה. כבוד זה, בתורו, משליך על המדינה עצמה ומקעקע כל סיבה להרמת מסך הריבונות שלה.

בקונטקסט הפנימי, החלטות מעין אלה פונות לאזרחי המדינה. הן מאותתות להם כי יכולתה של ישראל להתעלם מן הקהילה הבינלאומית בהקשרים נורמטיביים שקולה ליכולתה לנתק את עצמה מן האינטרנט ומערוצי התקשורת כלכליים וטכנולוגיים אחרים, וכי זו האחרונה לא תתעלם מהפרה של הנורמות הבסיסיות ביותר שלה. מחיר ההתעלמות עלול להיות גבוה מדי במונחי האינטרס הלאומי. מזווית זו, ברי שהאינטרס הלאומי הנו בלתי נפרד מהאינטרס הבינלאומי ושכתי המשפט הלאומיים מופקדים על הגנה על אינטרס משותף זה באמצעות אכיפת נורמות קוגנטיות. על המסר, שעל פיו התנהגות נורמטיבית אינה מעמידה את האינטרס הלאומי בסכנה, ואף עשויה לקדמו, להדהד במסדרונות הכוח, בבסיסי הצבא, ובכיכרות העיר. מסר זה הוא ממהותו של השיח הציבורי במדינה דמוקרטית.