

בפתח הסימפוזיון

ארנה בן-נפתלי * ויובל שני **

כותרת הסימפוזיון — ישראל והגלובליזציה של המשפט הבינלאומי הפלילי — מתייחסת לשני תהליכים מרכזיים המתרחשים באחת בשיח המשפטי: האחד, הוא כניסתה לתוקף, ב-1 ביולי 2002, של חוקת רומא המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court — ICC), כמוסד המוסמך להפעיל סמכות שיפוט בינלאומית על יחידים החשודים בעברות נגד המשפט הבינלאומי המנויות בחוקתו¹; השני, הוא מגמה המסתמנת במדינות שונות להקנות לבתי המשפט שלהן סמכות שיפוט על אנשים החשודים בביצוע עברות נגד המשפט הבינלאומי, ולהפעלתה של זו על ידי בתי המשפט². המיוחד בסמכות שיפוט זו, הידועה כסמכות שיפוט אוניברסלית, הוא היעדר זיקה כלשהי בין המדינה המפעילה סמכות שיפוט לבין העברה, העברייני או הקרבן, כאשר ההצדקה להפעלת סמכות השיפוט מצויה באופייין הנתעב של העברות שבהן מדובר: מעשים ה"מפרים ערכי מוסר אוניברסליים ועקרונות הומניטריים", כדברי בית המשפט העליון בישראל בע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ³.

שני תהליכים אלה, הפעלת סמכות שיפוט בינלאומית פלילית על ידי מוסד

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

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

1 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 1 (1998) (להלן: "חוקת רומא" או "Rome Statute").

2 לפי דו"ח של ארגון אמנסטי, למעלה מ-120 מדינות אימצו חקיקה המקנה לבתי המשפט שלהם סמכות אוניברסלית בעברות מסוימות. Amnesty International Report on Universal Jurisdiction: The Duty of States to enact and Implement Legislation (2001), ch. 4, 6, 8 [http://www.amnesty.org] (last visited on 1.4.2004). המודעות לאפשרות הגלומה בסמכות זו התגברה מאוד בשנים האחרונות לאחר מספר הליכים שזכו להד תקשורתי נרחב. ראו למשל: Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet. Ugarte [1999] All E.R. 97.

3 ע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ, פ"ד טז 2033, 2052.

משפטי ריכוזי הפועל כאורגן של החברה הבינלאומית, והפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית על ידי מדינות שונות שכל אחת מהן רואה את עצמה כפועלת כאורגן של החברה הבינלאומית כולה, הם תהליכים מהפכניים בשיח המשפטי העל-מדינתי, ובעלי השפעה מרחיקת לכת על השיח המשפטי המדינתי. לכאורה, ניתן היה לראות בהם תהליכי התפתחות במסגרת המודרנה המאוחרת של השיח האוניברסלי, כאשר הם מבטאים הסכמה ערכית לגבי מעשים המוגדרים כפשעים אשר מידת חומרתם מצדיקה הטלת אחריות אישית על מבצעייהם, ותוך יצירת סדר על-לאומי. דא עקא, שבה במידה שהשיח המשפטי אינו מתקיים בחלל ריק אלא בהקשרו של שיח כלכלי ופוליטי על-לאומי, הם מצטרפים, גם אם באופן פרדוקסלי, למגמה מנוגדת של שחיקה בכוחה הריכוזי של מדינת הלאום, היא מגמת הגלובליזציה. המאפיין המרכזי של הליכי הגלובליזציה הוא תחושת אי-הסדר העולמי החדש, וזאת במובחן מהליכי אוניברסליזציה: רעיון האוניברסליזציה היה מושג מפתח בשיח המודרניסטי, שביטא את הכמיהה להשלטת סדר בקנה מידה כלל עולמי, ואילו מושג הגלובליזציה משקף הליכים פוסט-מודרניים, חסרי מרכז, בלתי מתוכננים ובלתי נשלטים שאינם מכירים בערכים משותפים ובגבולות מוסכמים.

קיומה של שאיפה לסדר עולמי בצד ספקות בנוגע לאפשרות ייתכנותו בתנאי הגלובליזציה הפוסט-מודרניים, וחששות הנובעים מדילול יכולת הפעולה, לא כל שכן אבדן המונופול של המדינה על הפעלת כוח הכפייה⁴, הוא מצב מעורר חרדה. חרדה זו בוודאי מאפיינת את תגובתה של ישראל לגלובליזציה של המשפט הבינלאומי הפלילי, אם כי אינה ייחודית לה. חששה של ישראל, שמקורותיו הספציפיים ניזונים, בין היתר, ממצב הקונפליקט שבו היא מצויה ומתחוללת הנגזרת של המשפט הבינלאומי ההומניטרי על פעולותיה כשטחים הכבושים⁵, מצירוף "סעיף ההתנחלויות" לרשימת פשעי המלחמה שבחוקת רומא⁶ ומן הפער בין תפיסתה העצמית לאופן שבו מדינות אחרות רואות אותה, בא לידי ביטוי הן בטענתה הכללית בדבר הפוליטיזציה של הליכי השפיטה הבינלאומיים והאוניברסליים, והן בסירובה הנגזר לאשרר את חוקת רומא, וזאת, למרות שחתמה עליה⁷.

4 וראו הגדרתו הקלסית של מקס וובר את המדינה כ"זרוע התובעת מונופול על אמצעי הכפייה ועל השימוש בהם בתוך שטחה הריכוזי": *M. Weber On Law in Economy and Society* (Cambridge, M. Rheinstein, ed., 1954) 342.

5 ראו בג"ץ 7015/02 עגזורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, כפסקה 13 לפסקדינו של הנשיא ברק (להלן: עניין עגזורי).

6 חוקת רומא קובעת כי העברת אוכלוסיית הכובש לשטח כבוש במישרין או בעקיפין תיחשב כפשע מלחמה. ראו: Rome Statute, art. 8(2)(b)(8).

7 ראו: *Communication from the State of Israel to the Secretary General of the UN* (28 Aug. 2002) ("...In connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on 17 July 1998, [...] Israel does not intend to become a party to the treaty") [http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty_01.asp#N3] (last visited on 31.3.2004)

החשש הישראלי מתהליכים אלה וטעמיו מזווית הראייה הישראלית ידועים, בעיקרם, לכול. ידע לגבי התהליכים עצמם: אפיון והיקף סמכות השיפוט הפלילית הבינלאומית מזה והאוניברסלית מזה, יחסי הגומלין בינן לבין עצמן ובינן לבין סמכות השיפוט המדינתית, הם תנאי שבלעדיו אין – הן להבנת התהליכים, הן להיערכות לקראתם והן ליכולת להעריך את משמעותם. מטרתו המרכזית של סימפוזיון זה היא הרחבת הידע הבסיסי בתחום על מנת ליצור תשתית לשיח ביקורתי לגבי התהליכים שהם ממהותו והערכת השפעתם על ישראל. מטרה מערכתית זו באה לידי ביטוי באופי המאמרים והסקירות המשפטיות המרכיבים סימפוזיון זה. אלה ניתנים לסיווג על פי סוג סמכות השיפוט שבה הם עוסקים: סמכות שיפוט בינלאומית; סמכות שיפוט אוניברסלית וסמכות שיפוט מקומית הנדרשת ליישם את כללי המשפט הבינלאומי.

ארבעה מאמרים עוסקים בסמכות השיפוט הבינלאומית המוקנית לבית הדין הבינלאומי הפלילי: רשימתו של השופט ריצ'ארד גולדסטון, שופט בית המשפט לחוקה של דרום אפריקה, ומי שכיהן כתובע הראשי של בית הדין המיוחד לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר, פותחת את הסימפוזיון בשאלה אם יש בחוקת רומא, חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי, די ערובות על מנת להגן על האינטרסים הלגיטימיים של ישראל, כך שאל לה לחשוש מהצטרפות לחוקה זו. המחבר משיב על שאלה זו בחיוב, ועם זאת סובר, כי עיכוב החלטת ההצטרפות, לפחות עד לבחירת השופטים והתובע הכללי, אינו בלתי סביר בנסיבות הקיימות.

מאמרן של שביט מטיאס ומירי שרון, בית הדין הבינלאומי הפלילי, סוקר את הרקע ההיסטורי להקמת בית הדין; את אופיו המוסדי; העברות המוגדרות בחוקתו; סמכות השיפוט שלו והיבטים מסוימים בהליך המשפטי שיידון בפניו. על רקע סקירה זו, ממשיך המאמר ובוחן את עמדת ארצות-הברית מזה ואת עמדת האיחוד האירופי מזה בנוגע לבית הדין, ומסיים בהצגת העמדה הישראלית על טעמיה, ותוך הצבעה על תנאי האפשרות של הצטרפות ישראל לחוקתו.

השפעת כניסתה של חוקת רומא לתוקף על מערכת היחסים הבינלאומיים בכלל, וממילא גם על ישראל, חרף אי-הצטרפותה לחוקה עומדת במוקד מאמרו של יובל שני, ישראל על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל. המאמר טוען, כי החלטת ישראל שלא להצטרף באופן מירי לחוקה הנה החלטה סבירה, לפחות עד אשר יתקבל מידע נוסף על בית הדין ועל אופן פעולתו, אך שהחלטה זו אינה פוטרת את ישראל מן הצורך להעריך מחדש את מעמדו של הדין ההומניטרי הבינלאומי בישראל כמו גם מן הצורך לאמץ מדיניות העולה עמו בקנה אחד. הטעם העיקרי, גם אם לא הבלבדי, לכך טמון בהערכת המחבר כי בית הדין יבחר בשיטת פרשנות אפקטיבית אשר תרחיב את תחולת סעיפי סמכות השיפוט שלו. הרחבה כזו, תחשוף ישראלים להעמדה לדין בפני ה-ICC אך בה בעת גם תאפשר לישראל לעשות שימוש "אופנסיבי"

בחוקת בית הדין על מנת להוביל להעמדה לדין של פלסטינים החשודים בעברות כנגד המשפט הבינלאומי הפלילי.

הרצאתה של אנה סגל, מן הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, כפי שעובדה לצורכי פרסומה בגיליון זה על ידי המחלקה המשפטית של הצלב האדום בתל-אביב, מוסיפה לזוויות הראייה השונות המוצגות במאמרים העוסקים בבית הדין הבינלאומי, את זווית הראייה של ארגון הצלב האדום הבינלאומי. המאמר מציג את הטעמים שבגינם הצלב האדום תומך בהקמת בית הדין כמו גם את הצעדים הראויים ואת שירותי הסיוע שהוא מציע למדינות המצטרפות לחוקת בית הדין, על מנת להתאים בין החקיקה וסדרי הדין הלאומיים לבין המחויבויות הנגזרות מהצטרפות לחוקת רומא⁸.

סמכות השיפוט האוניברסלית נידונה בשני מאמרים במסגרת הסימפוזיון: המגמה המאפיינת מספר גדל והולך של מדינות להקנות לבתי המשפט שלהם סמכות שיפוט אוניברסלית עומדת ברקע מאמרים של רות לפידות ודורון וייץ המתמקד בהקניית סמכות שיפוט אוניברסלית לבתי המשפט בישראל. במאמר זה נסקרות מספר הוראות ספציפיות בחקיקה הישראלית המקנות סמכות שיפוט אוניברסלית לגבי עבדות מסוימות המהוות פשעים נגד המשפט הבינלאומי הפומבי, תוך התמקדות בניתוח ההוראה הכללית המצויה בסעיף 16 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. הוראה זו מעניקה לבתי המשפט בישראל סמכות שיפוט ב"עברות נגד משפט העמים", שעה שקיימת אמנה בינלאומית, אשר ישראל הגה צד לה, המקימה חובת שיפוט כזו על המדינות שהן צדדים לה. המאמר מוסיף ומציג מספר שאלות הנוגעות לסוגיית נחיצות נוכחותו של החשוד בארץ המבקשת להפעיל לגביו סמכות שיפוט אוניברסלית, לטיב מגמת ההרחבה המאפיינת את נושא הסמכות האוניברסלית, ולשאלת האופן בו הפעלת סמכות שיפוט בינלאומית על ידי בית הדין הבינלאומי הפלילי עשויה להשפיע על מגמה זו.

מאמרן של ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי, בוחן את השפעת קשרי הגומלין המתקיימים בין מערכת השפיטה המדינתית לבין המערכת הבינלאומית והטרנס לאומית (אוניברסלית) על השיח המשפטי הפנימי במדינות דמוקרטיות. המאמר טוען כי התפתחויות בשיח המשפטי הגלובלי, נועדו דווקא לקדם – ולא לקעקע – את השיח המשפטי המדינתי: המדינה ומוסדותיה השיפוטיים נתפסים עדיין כגורם המרכזי לו זכות הראשונים לדון ולהכריע במקרים של הפרות חמורות של זכויות אדם העולות כדי

8 בהקשר זה, נוסף ונציין כי במסגרת בית הספר למשפטים פועל מכון המחקר, Concord Research Center, בראשות פרופ' רות לפידות, שמטרתו בחינת הצעדים הדרושים על מנת להתאים בין הדין הפנימי בישראל לבין המחויבויות הבינלאומיות של המדינה בתחום הדינים ההומניטריים ובתחום דיני זכויות האדם. ראו באתר האינטרנט של המסלול האקדמי של המכללה למינהל: <http://www2.colman.ac.il/law/concord/>.

פשעים על פי המשפט הבינלאומי הפלילי. טענה זו נבחנת במאמר בהקשר סמכות השיפוט האוניברסלית, אם כי היא תקפה גם ביחס לסמכות השיפוט הבינלאומית. באופן, המפורש או המשתמע, שבו תהליכי הגלובליזציה האמורים משפיעים על השיח המשפטי בישראל, מתבוננים שני מאמרים ושתי סקירות משפטיות החותמות את הסימפוזיון: תהליכי החוקתיזציה של המשפט הבינלאומי בכלל, והגלובליזציה של המשפט הפלילי בפרט, משפיעים על יכולתה של מערכת המשפט המדינתית לפסוק תוך צמצום נקודת המבט המשפטית לשיטה המקומית גרידא: אנו עדים, לפיכך, למהפכה חוקתית בינלאומית, טוען מיכאל ספרד במאמרו ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית – תמונת מצב. המאמר בוחן תהליכים אלה בשדה הדינים ההומניטריים החלים על הכיבוש וטוען כי הם המסבירים הן את נטיית הבדלנות השיפוטית המבקשת להרחיק עצמה מזירת ההכרעה והן את הנטייה ההפוכה, הטוענת לחיוניותה של מעורבות שיפוטית מקומית המחילה את הדין הבינלאומי ההומניטרי וניזונה מההערכה – ואולי מוטב, החשש – כי בהיעדר פסיקה מקומית בשאלות אלה, יעסוק בהם בית הדין הפלילי הבינלאומי.

פסק הדין בעניין עג'ורי הוא דוגמה מצוינת להכרעה הנשענת על הדין ההומניטארי הבינלאומי. ניתוחה של הכרעה זו, שקבעה כי העברת העותרים, תושבי הגדה המערבית, לעזה, היא פעולת תיחום מקום מגורים מותרת, הנופלת, בהתקיים תנאים מסוימים, במסגרת סמכותה של המעצמה הכובשת על פי אמנת ג'נבה, ולא פעולת גירוש אסורה המהווה עברה חמורה על אמנה זו, וממילא פעולה המקימה אחריות פלילית, עומד במוקד מאמרו של ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, עזה תחילה: בין אדם למקום, בעקבות כג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. בהכרעה זו, טוען המאמר, נידונה לראשונה סוגיה ביטחונית לאור כללי המשפט הבינלאומי באופן בלעדי ומעמיק כאחת. חרף זאת, יותר משיש בה להצביע על פריצת הדרך הנורמטיבית הראויה לבחינת אמצעים שונים שנוקטת מערכת הביטחון על בסיס התאמתם לדין הבינלאומי ההומניטרי, היא מורה על הכפפתה של הנורמה הבינלאומית לנרטיב הלאומי שעמו מזדהה בית המשפט, וממילא משכפלת את מערך הכוח הקיים בין המדינה לבין הפלסטינים. הכיקורת השיפוטית על פעולות צה"ל הופעלה גם במהלך מבצע "חומת מגן". חלק מן העתירות טענו כי פעולות אלה מהוות הפרות חמורות של אמנות ג'נבה. ההיבטים המשפטיים של פעולות אלה הן נושא רשימתו של עמנואל גרוס המופיעה במדור סקירת התפתחויות משפטיות. נקודת מבט נוספת על החלטות כג"ץ בעתירות מבצע "חומת מגן", כמו גם בפסקי דין נוספים, ובמיוחד עניין עג'ורי, שניתנו במהלך אינתיפאדת אל-אקצה ושדנו באמצעים שהצבא נוקט בהם במאבקו בטרור, מוצגת ברשימתה של ליאורה בילסקי, תפקידו של המשפט במלחמה בטרור.

הטקסט המשפטי אינו מחקיים בחלל ריק. הוא ניתן להבנה ולהערכה במסגרת הקונטקסט שעליו הוא אמור לחול ואשר אותו הוא מתבקש להסדיר. ממילא, ההבנה שלנו את תהליכי הגלובליזציה של המשפט הפלילי וההערכה שלנו את טיבם אינה מנותקת מהתפיסה שלנו את הסכסוך הישראלי-פלסטיני: פעולות הכיבוש מזה ופעולות הטרור מזה, מצב זה שאינו שלום ואינו מלחמה, ימינו אלה, ימים נוראים שאינם מסתיימים ביום חתימת הדין, תחושת אין המוצא מזה ותחושת התקווה מזה, כל אלה אינם נעדרים מהאופן שבו אנו מבינים את הטקסט המשפטי, אף אם אינם נוכחים בו במפורש. בתקווה לימים אחרים.