

הסרת חסינותם של ראשי מדינה, הסגרתם והעמדתם לדין: פינושה ומילושוביץ'

מאת

אסתר (ניומן) כהן*

א. על חסינות ראש מדינה. ב. היום אין חסינות בפני שיפוט בין-לאומי בגין פשעים חמורים בין-לאומיים. ג. מי יכול לשפוט את פינשושה? ד. המקרה של אוגוסטו פינשושה. ה. פסק הדין של בית הלורדים מ-25 בנובמבר 1998. ו. פסק הדין של בית הלורדים מ-24 במארס 1999. ז. שיקולים פוליטיים ואחרים נגד הסגרת פינשושה ונגד העמדתו לדין. ח. הערות על פסקי הדין. ט. הגשת כתב אישום נגד הנשיא מילושוביץ'.

ביום 25 בנובמבר 1998, התקבלה בבית הלורדים החלטה¹ בעלת חשיבות היסטורית במשפט הפלילי הבין-לאומי – האפשרות להסיר את חסינותו של ראש מדינה לשעבר על מעשים פליליים בין-לאומיים שביצע בזמן היותו ראש מדינה, ללא קשר לסכסוך מזוין כלשהו. החלטה זו כרסמה באופן משמעותי בריבונות המדינית, בחסינות ראשי מדינה ובדוקטרינה של מעשה מדינה – act of state. החלטה זו בוטלה² עקב הגילוי כי אחד מן השופטים, הלורד הופמן Hoffmann, היה קשור לארגון אמנסטי, ארגון פעיל במאבק למען זכויות האדם שהגיש תצהיר לבית-המשפט בעד הסרת חסינותו של

* ד"ר, מרצה למשפט פלילי בין-לאומי וזכויות האדם במכללה למשפטים, רמת-גן.

1 *Judgment - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet* (on appeal from a Divisional Court of the Queens' Bench Division)
Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queens' Bench Division), *Re Pinochet Ugarte* [1998] H.L.J. No.41 (QL), [1998] 3 W.L.R. 1456.
2 [1999] 2 W.L.R.272.

אוגוסטו פינושטה Augusto Pinochet Ugarte³. שופט זה נפסל ודיון מחדש נקבע ל-18 בינואר 1999. ואכן, ב-24 במארס 1999, נתנו שופטי בית הלורדים החלטה חדשה⁴ כי יש להסיר את חסינות פינושטה בגין מעשי עינוי שפקד על ביצועם בסוף שלטונו. בעקבות החלטה זו, החליט מזכיר הפנים של בריטניה ב-15 באפריל 1999, כי יש לפתוח בהליכי הסגרת פינושטה לספרד⁵. ניתן לציין כי החלטת בית הלורדים שניתנה ב-24 במארס 1999 סימנה פריצה אל תוך מעטפת הריבונות. הסרת חסינותו של פינושטה פותחת את הדרך להסגרתו לספרד ולהעמדתו לדין שם, או במקרה שלא יוסגר לספרד, להעמדתו לדין בבריטניה. יש לציין בשני המקרים כי מדובר בשפיטה בפני בית-משפט לאומי, ולא בין-לאומי, בגין פשעים הנחשבים היום לפשעים בין-לאומיים.

בעוד עמד עניין פינושטה על הפרק בלונדון, הפציצו חברי ברית נאטו את יוגוסלביה בניסיונם להחזיר את פליטי קוסובו שגורשו בכוח מחבל ארץ זה על-ידי כוחות סרביים בפיקודו של המנהיג הסרבי, נשיא יוגוסלביה סלובודאן מילושוביץ' Slobodan Milosevic. בית-הדין הפלילי הבין-לאומי שנוצר על-מנת להעמיד לדין פושעי מלחמה מיוגוסלביה לשעבר, ב-22 מאי 1999, הוציא כתב-אישום נגד הנשיא מילושוביץ'⁶. זו הפעם הראשונה בהיסטוריה שכתב-אישום הוגש נגד ראש מדינה בפועל בגין רצח ופשעים נגד האנושות. בעידן החדש שבו הצביעו 120 מדינות בעד הקמת בית-דין פלילי בין-לאומי קבוע⁷, ניתן יהיה לחזות בהעמדתם לדין של מנהיגים המבצעים פשעים חמורים נגד אוכלוסיית מדינתם.

פשעים בין-לאומיים פוגעים באינטרסים הבסיסיים של המדינה בפרט ושל הקהילה הבין-לאומית בכלל. הם מפירים את שמירת השלום והביטחון הבין-לאומי וגורמים לאי-יציבות פוליטית. כאשר מתעלמים מהם, הם עלולים להתרבות ולהגיע לפעולות איבה

3 עמדת אמנסטי היא כי יש לקבוע בהסכם שלום סעיפים בנוגע להעמדה לדין של מפירי זכויות האדם. Amnesty International "Peace-Keeping and Human Rights" AI Doc. IOR 40/01/94 (1994), at 38.

4 <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/1d199899/ldjudg.../pino1.htm>

5 החלטה זו היא בעצם ההחלטה השנייה של מזכיר הפנים לפתוח בהליכי הסגרת פינושטה לספרד. הראשונה הייתה ב-10 בדצמבר 1998. הוא ביסס החלטה זו על החלטת בית הלורדים מ-25 בנובמבר, שאין לפינושה חסינות על המעשים שבגינם ספרד מבקשת את הסגרתו, ועל כך שמעשים אלו אינם בעלי אופי פוליטי. הוא לא אישר להמשיך את הליכי ההסגרה בגין האישום של ג'נוסייד. הוא אמר ששקל את אורך הזמן שעבר, שיקולים הומניטריים, יציבות ציילה והליכים המתקיימים בצילה, וקבע כי, "It would not be unjust or oppressive for him to stand trial", Parliamentary

Written Answers, 9 Dec. 1998, vol. 322, cols. 213-217

6 <http://www.un.org/icty/indictment/english/24-05-99milo.htm>

7 UN Doc. A/CONF.183/9 of 18 July 1998

ואף לסכסוכים מזוינים⁸. לאחר 1945 נכנסה הקהילה הבין-לאומית למשטר חדש מבחינה נורמטיבית. מגילת האו"ם אסרה על המדינות לאיים על השלום הבין-לאומי או להפרו או לעשות מעשי תוקפנות. בנוסף, התקבלה באו"ם שורה ארוכה של אמנות על-מנת לשמור על זכויות אדם בעולם. המשטר החשד נועד להעביר את המדינות ממסגרת של תיאום בין מדינות ריבוניות למסגרת של שיתוף פעולה ויתרון הדדי⁹. עברו חמישים שנה מאז הקמת בתי-הדין הצבאיים הבין-לאומיים לנירנברג וטוקיו עד שהוקמו שני בתי-דין פליליים בין-לאומיים *ad hoc* ליוגוסלביה לשעבר ולרואנדה. על הפרק היום עומדת הקמת בית-דין פלילי בין-לאומי קבוע. תרמו ליצירת התנאים להקמת בתי-דין אלו שינויים במערכת הבין-לאומית – סיום המלחמה הקרה ונפילת המשטרים הקומוניסטים במזרח אירופה ובמיוחד ברית-המועצות, הגברת הקומוניקציה ושיתוף הפעולה הבין-לאומי הכלכלי.

א. על חסינות ראש מדינה

על-פי הדוקטרינה של מעשה מדינה, מעביר המשפט הבין-לאומי את האחריות בגין כל פעולות פקידים ממשלתיים הממלאים את תפקידם בתור אורגנים של המדינה, מן הפקידים אל המדינה עצמה. על-כן, נהנה כל אורגן של מדינה מחסינות לפעולותיו הרשמיות בכל מקרה: בין שההליכים אזרחיים או פליליים, בין שמדובר בהפרת המשפט הלאומי או הבין-לאומי, בין שהפעולה בוצעה בימי שלום או בימי מלחמה, ובין שהיא נעשתה בתוך הטריטוריה של המדינה הפועלת או מחוצה לה¹⁰. מבחינה היסטורית נבעה דוקטרינה זו ממושג הריבונות המדינית. בתקופת המלכים האירופאיים החזקים, אפיינה הריבונות את שלטון המלך כלפי פנים – הזכות האלוהית שלו לשלוט, ורק במרוצת השנים, אפיינה הריבונות את המדינה עצמה כלפי חוץ. הדעה הרווחת הייתה כי ריבונות המדינה כלפי חוץ משתקפת באישיותו של המלך, המייצג אותה ומסמל אותה.

Lyal S. Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law* (Hague: Kluwer, 8
1997), 329.

R. Wolfrum "International Law of Cooperation," 2 *EPIL* (1995), 1242-7 9
10 הנס קלסן נמנה עם התומכים הנלהבים של דוקטרינת מעשה המדינה. על-פי גישתו, כאשר בית-דין בין-לאומי קובע אחריות מדינית כנגד מדינה המפירה זכויות, הוא יכול לצוות על המדינה רק לשלם פיצויים. כל עוד אין מדינה אחת כלל-עולמית המסוגלת להפעיל סנקציות כמו במדינה, עדיף לסמוך על שיפוט מוניציפלי של פרטים. ראה H. Kelsen "Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law" (1948) *Jewish Y.B. Int'l L.* 226, 231, 238-39; id., *Principles of International Law*, 2d. ed. 180 (1966).

כשם שהמדינות שוות בריבונותן כך גם המלכים שווים בתור ריבוניים, כפי שנקבע בעקרון *par in parem non habet imperium*, דהיינו בין שווים אין שלטון על זולתו¹¹. כמו שאמר נשיא בית-המשפט פולר Fuller בפסק-הדין האמריקני *Underhill v. Fernandez* מ-1897:

"כל מדינה ריבונית חייבת לכבד את עצמאותה של כל מדינה ריבונית אחרת, ובתי המשפט של מדינה אחת לא ידונו בפעולות של ממשלה אחרת שבוצעו בתחומה"¹².

המלך הזר הוא אישיות בשר ודם ואינו אישיות משפטית מופשטת כמו המדינה, ולכן הוא יכול לבקר במדינה זרה או לעבור בה ולבצע שם מעשה פלילי, לבצע עיסקאות מסחריות, לגרום נזק לזולת, וכו'. הכלל של **החסינות המוחלטת** של הריבון הזר איפשר לו חסינות בפני הסמכויות המקומיות. לא ניתן היה לתבוע אותו כי הוא היה חסין בפני הרשות השופטת, לא ניתן היה לעצור אותו או לאסור אותו כי הוא היה חסין בפני הרשות המבצעת. כמו שלנציג הדיפלומטי הוענקה חסינות אישית מלאה, כך הוענקה אותה החסינות לשולחו, המלך או ראש המדינה¹³. החסינות של ראש מדינה, כמו החסינות הדיפלומטית, הוענקה על-מנת לאפשר לאורגנים אלו של המדינה למלא את תפקידם ללא כל הפרעה או התערבות מצד המדינה המקומית.

ואכן באנגליה היה פסק-דין של בית-המשפט לערעורים מ-1893, *Mighell v. Sultan of Johore* שדן בסוגיה זו. אותו סולטן של ג'והור, שנסע לאנגליה *incognito*, פגש אישה בריטית והציג את עצמו כנתין בריטי בשם אלברט בייקר. אך הבטיח לה נישואין, הוא הפר את הבטחתו. האישה תבעה אותו בפני ספסל המלכה, אך הוא טען לחסינות של ראש מדינה. נקבע כי לפי אישורו של משרד המושבות, הוכר הסולטן כריבון זר. ועל-כן, קבע שומר המגילות של בית-המשפט לערעורים, הלורד אשר Esher,

11 לפי דעתו של יורם דינשטיין, אין הפתגם הלטיני משביע רצון כרציונל לחסינות המדינה הזרה, היות שאין סיבה לראות בכפיפות המדינה הזרה לשיפוט בתי-המשפט של המדינה המקומית משום הפרת השוויון בין השתיים, במיוחד לאחר שניתן היום לתבוע את המדינה המקומית בבתי-המשפט של המדינה המקומית. מתן שוויון כזה פירושו כי גם המדינה הזרה תוכל לתבוע את המדינה בפני בתי-המשפט הזרים שלה. הוא סבור אפוא כי המדיניות קיימת מכוח כללים, שהתגבשו בדרך הרגילה במשפט הבין-לאומי, והיקפה המדויק אינו קבוע מראש ומובן מאליו. דינשטיין סמכויות המדינה כלפי פנים (ת"א: שוקן, 1972), 105.

12 169 U.S. 456.

13 גם לאחר שעבר המונרכיזם מן החיים המדיניים, נשארה החסינות של המלכים הזרים ואף הורחבה לראשי מדינות.

14 *Mighell v. Sultan of Johore* (1893), [1894] 1 Q.B. 149, 158-160.

כי הייתה לו חסינות למרות הסרת זהותו לפני פתיחת ההליכים. ברגע שהוא גילה את זהותו האמיתית, חייב היה בית-המשפט להכיר בחסינותו. אם כך, ניתן להבין כי במשפט המסורתי השתרעה החסינות האישית של ראש מדינה על כל פעולותיו, הן האזרחיות והן הפליליות. הייתה לו חסינות מלאה מסמכות השיפוט של בית-המשפט המקומיים, ולא ניתן היה להביאו לדין בפניהם בשום עילה שהיא, בלי קשר לטיב התביעה או לאופי המעשים שביצע. אמנם היו מגבלות לכך. המגבלה הראשונה על החסינות האישית הייתה שמדובר בזמן מילוי תפקידו. החסינות האישית הסתיימה עם סיום תפקידו כראש מדינה. למרות זאת, החסינות המטריאלית, המתייחסת למעשים שביצע בתור אורגן של המדינה, המשיך להתקיים ללא הגבלת זמן גם לאחר שראש המדינה סיים את תפקידו.

ב. היום אין חסינות בפני שיפוט בין-לאומי בגין פשעים חמורים בין-לאומיים

כך היו פני הדברים ביחס לחסינותו המסורתית של ראש מדינה עד לאחר מלחמת העולם הראשונה. מאז חלה התפתחות במשפט הבין-לאומי ביחס לפושעים בין-לאומיים. כבר לא ניתן לראשי מדינה, אשר מבצעים פשעים חמורים, להתגונן בפני שיפוט בין-לאומי בתוענה של חסינות.

בסיום מלחמת העולם הראשונה, נקבע בסעיף 227 של אמנת ורסאי מ-1919, כי יועמד לדין הקיסר וילהלם השני בפני בית-דין בין-לאומי מיוחד המורכב מנציגי חמש בנות-הברית אשר לחמו נגד גרמניה במלחמת העולם הראשונה. הוא יועמד לדין בגין "פגיעה חמורה במוסר הבני"ל ובקדושת ההסכמים". בסופו של דבר לא הועמד הקיסר לדין בפני בית משפט לאומי או בית-דין בין-לאומי, משום שנאותה ממשלת הולנד להעניק לו מקלט מדיני. לעומתו, הועמדו לדין 45 פושעי מלחמה גרמנים שהואשמו בכך כי ביצעו פשעים נגד דיני המלחמה ומנהגיה. על-פי סעיף 228 של אמנת ורסאי, הם היו אמורים להישפט בפני בית-דין צבאי בין-לאומי, אך למעשה, בשל סירובה של גרמניה להסגירם, נשפטו בפני בית-המשפט העליון הגרמני בסידרת משפטים שנקראה **משפטי לייפזיג** על שם העיר בה התרחשו. התוצאות לא השביעו רצון כי הנטיה של בית-המשפט הגרמני הייתה להקל עם הנאשמים. למעשה נשפטו ונדונו רק פושעים

מעטים מדרגות נמוכות יחסית¹⁵. בתקופה זו התקבלו מספר הסכמים בין-לאומיים שקבעו אחריות אינדיווידואלית בנושאים ספציפיים¹⁶. אחרי מלחמת העולם השנייה, במשפט נירנברג 1945¹⁷, הועמדו לדין בפני בית-הדין הצבאי הבין-לאומי, 24 פושעי מלחמה נאציים עיקריים אשר לפשעיהם לא נודע מיקום גיאוגרפי מסוים. בית-הדין הצבאי הורכב משופטים מארבע המעצמות המנצחות (ארה"ב, הממלכה המאוחדת, ברית-המועצות וצרפת) אשר חתמו על הסכם לונדון מ-8 לאוגוסט 1945 בדבר הבאתם לדין והענשתם של פושעי המלחמה של מדינות הציר. במשפט טענה הסניגוריה כי ראשית כול, עניין המשפט הבין-לאומי הוא בפעולות של ממשלות ריבוניות בלבד, ואין הוא מאפשר ענישת פרטים. שנית, אין אחריות אישית של האורגנים של המדינה שמבצעים את מעשי המדינה בשמה, ועל-כן הם מוגנים על-ידי הדוקטרינה של ריבונות המדינה. בית-הדין הצבאי דחה את שתי הטענות באומרו כי לאורך זמן היה הדבר ידוע כי המשפט הבין-לאומי מטיל חובות ואחריות על פרטים כמו על מדינות. לדוגמה הביאו השופטים פסק-דין של בית-המשפט העליון האמריקני מ-1942 *Ex parte Quirin*¹⁸, שם הועמדו לדין באופן אינדיווידואלי, גרמנים שנחתו על אדמת ארה"ב למטרות ריגול וחבלה. אמר נשיא בית-המשפט העליון סטון Stone, בשם בית-המשפט:

"מתחילת ההיסטוריה שלו, החיל בית משפט זה את דיני המלחמה, כולל החלק של משפט העמים המגדיר את ההתנהגות במלחמה, את המעמד, הזכויות והחובות של מדינות אויב ושל אינדיווידואלים (פרטים) אויבים" (ההדגשה שלי – א' כ').

לאחר מכן באה הקביעה החשובה ביותר של בית-הדין בנירנברג:

- 15 על משפטי לייפציג, ראה דינשטיין ההגנה של ציות לפקודות מגבוה במשפט בין-לאומי (ת"א, שוקן, 1965), 35-25, ראה גם Mullins, *The Leipzig Trials* 1921.
- 16 לדוגמה, The International Convention for the Protection of Submarine Telegraph Cables 1884, the Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications 1910, the International Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications 1924, the Agreement Concerning the Suppression of Opium Smoking 1931, Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs 1936 and the International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency 1929.
- 17 Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of the German Major War Criminals, Nuremberg (1946), Cmd. 6964, 42; 41 *AJIL* (1947): 172-333.
- 18 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 63 S.Ct.2

"פשעים כנגד המשפט הבין-לאומי מבוצעים על-ידי בני אדם, לא על-ידי ישויות מופשטות, ורק על-ידי ענישת הפרטים אשר מבצעים פשעים אלו, ניתן לבצע את הוראותיו"¹⁹.

סעיף 7 של מגילת נירנברג משנת 1945²⁰ מבטא גישה זו במפורש:

"המעמד הרשמי של הנאשמים, בין בתור ראשי מדינה, או פקידים אחרים במחלקות ממשלתיות, אינו שיקול המשחרר אותם מאחריות, או מקל על עונשם".

בין הפושעים הנאצים במשפט נירנברג היו אלו שהרכיבו את ממשלתו של היטלר או שימשו כראשי הצבא או הצי, שר החוץ, וראשי המנגנון המפלגתי. על-פי סעיף 6 של מגילת נירנברג²¹, הם הואשמו באופן אינדיווידואלי בפשעים נגד השלום, בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות. הקטגוריה הראשונה, פשעים נגד השלום, נחשבה בעיני רבים לחידוש, כי מעולם לא הועמד לדין מנהיג על כך שיוזם, תכנן או ביצע מלחמת תוקפנות. בגזר-הדין הגנו על כך השופטים בפני המבקרים בטענה כי הפשע הזה היה מוכר בעבר והיה מבוסס על מספר רב של אמנות בין-לאומיות, שהחשוב מביניהן הוא הסכם קלוג-בריאנד בדבר הוויתור על המלחמה כאמצעי למדיניות חוץ, הסכם מ-1928 שנחתם על-ידי רוב מדינות העולם, כולל גרמניה.

הקטגוריה השנייה הייתה מוכרת מן העבר והייתה מבוססת על אמנות בין-לאומיות ועל מנהג בין-לאומי. פשעי מלחמה כללו בין היתר: רצח; התעללות או גירוש למחנות כפייה או למטרות אחרות של אוכלוסייה אזרחית בשטחים כבושים; רצח שבויי מלחמה או התעללות בהם; הריגת בני-ערובה; ביזת רכוש ציבורי או פרטי; הריסת ערים וכפרים שאינה מצדקת על-פי הצורך הצבאי.

הקטגוריה השלישית, פשעים נגד האנושות, הייתה קטגוריה חדשה אך הכניסו בה שינויים על-מנת לקשר אותה לקטגוריות הראשונה והשנייה. מדובר ברצח, השמדה, שעבוד, גירוש ומעשים בלתי אנושיים אחרים, המתבצעים נגד אוכלוסייה אזרחית כלשהי לפני מלחמה או במהלכה, או רדיפות מנימוקים פוליטיים, גזעיים או דתיים הקשורות לכל פשע שבתחום סמכותו של בית-הדין. עקב השינויים, קבעו כי אותם פשעים חייבים

19 ראה 220 AJIL (1947).

20 Nuremberg Charter, adopted by the Big Four Powers, London, 8 August 1945, *United Nations Treaty Series*, vol. 82, 279.

21 שם, שם.

להתבצע בזמן מלחמה דווקא, וכי הגדרתם חופפת חלקית את הגדרת פשעי מלחמה שבקטגוריה השנייה²².

בעקבות משפט נירנברג, הוצע להפוך את העקרונות הנובעים ממנו לכללי קבע, המהווים חלק בלתי נפרד מן המשפט הבינ-לאומי. אי לכך התקבלה פה אחד, 11- דצמבר 1946, בעצרת הכללית של האו"ם, החלטה 95 (I) על עקרונות נירנברג²³, הקובעת בסעיף 1, ש"כל אדם, העושה מעשה, המהווה פשע לפי המשפט הבינ-לאומי, אחראי לו ועלול לשאת בעונשו". מאז הפכו עקרונות אלו לחלק מן המשפט הבינ-לאומי הכללי.

אותו עיקרון של אחריות וענישה אינדיווידואלית חל במשפט טוקיו²⁴ שהתנהל בפני בית-דין צבאי בין-לאומי שהוקם על-ידי הכרזה מיוחדת של המפקד העליון של כוחות הברית בשטח האוקיינוס השקט מיום 19 ינואר 1946. בית-הדין פעל בשם כל מדינות הברית ובהסתמך על הצהרת פוטסדאם מיום 26 יולי 1945 ועל מסמכי הכניעה הבלתי-מסויגת וללא תנאי של הכוחות המזוינים היפניים. הועמדו לדין בפניו 28 פושעי מלחמה יפניים, וביניהם ארבעה ראשי-ממשלה, ארבעה שרי חוץ, חמישה שרי מלחמה, שני שרי הצי, שומר החותם המלכותי וכמה שגרירים. מגילת טוקיו הייתה כמעט זהה למגילת נירנברג²⁵.

מאז מלחמת העולם השנייה נתקבלו מספר רב של אמנות בין-לאומיות הקובעות אחריות אינדיווידואלית בגין הפרות חמורות של המשפט הפלילי הבינ-לאומי. בין החשובות ניתן לציין את אמנת הג'נוסייד מ-1948²⁶ ואת אמנת האפרטהייד מ-1973²⁷.

22. M.Charif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (Dordrecht: Nijhoff, 1992), 288-89.

23. U.N.G.A.O.R., 5th Session, Supp.No.12, UN Doc.A/1316 (1950): "Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment". See also the International Law Commission's Report on Principles of the Nuremberg Tribunal, *Yearbook of the ILC*, 1950, vol.II, 195.

24. סעיף 5 של מגילת טוקיו, ראה: *In re Hirota and Others* (International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 1948) [1948] *Annual Digest and Reports of Public International Law*. Cases 356; Horowitz "The Tokyo Trial" *International Conciliation* No.465 (1950).

25. M.Charif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, op.cit., 212. Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide (9 Dec. 1948), 26 U.N.T.S., vol. 78, 277.

27. International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1973, adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 3068 (XXVIII) of 30 Nov. 1973, *International Legal Materials*, 1974, 50.

בנוגע להפרות החמורות של ארבעה אמנות ג'נבה מ-1949²⁸ כל מדינה שהיא צד לאמנה חייבת לחוקק חוקים ההופכים את הפרות החמורות לבנות-עונשין בפני בתי-המשפט הפנימיים על-מנת להעמיד את האחראים לדין, בלי קשר למקום התרחשות הפשע, דהיינו יש סמכות שיפוט אוניברסלית בגין הפרות אלו. בפרוטוקול הראשון המשלים מ-1977²⁹ שדן בסכסוכים מזוינים בעלי אופי בין-לאומי, יש רשימה של הפרות חמורות אשר נחשבות לפשעי מלחמה ושבגינן יש אחריות אישית²⁹. ב-1996 קיבלה הוועדה למשפט בין-לאומי טיוטת קודקס של פשעים נגד שלום האנושות וביטחונה, ולפיה נקבעת אחריות אינדיווידואלית בגין מספר רב של פשעים חמורים³⁰. במספר החלטות הטילה מועצת הביטחון אחריות אינדיווידואלית על אלו שהפרו את הדין ההומניטרי³¹. עקב המצב החמור ביוגוסלביה לשעבר לאחר נפילת השלטון הקומוניסטי, ובמיוחד עקב הפרות ההולכות ונשנות של זכויות האדם שם, החליטה מועצת הביטחון להקים

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in 28
Armed Forces in the Field, (Article 50), Geneva Convention for the Amelioration of
the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Article
51), Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (Article 130),
Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Article
147).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the 29
Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (Article 85)
זאת, לא נקבעה אחריות אישית בגין הפרות בפרוטוקול השני המשלים מ-1977 בעניין סכסוכים מזוינים
שאינן להם אופי בין-לאומי (סכסוכים פנימיים). יש ויכוח בין מלומדים אם אכן נקבעה אחריות אישית
בסכסוכים מסוג זה, כאשר המצדדים, מירון ופאוסט טוענים שכן, והשוללים, שרף וגרינווד, טוענים
שלא. ראה: Theodor Meron "International Criminalization of Internal , Atrocities", 89 *AJIL* :
554 (1995); Jordan Paust "Applicability of International Criminal Laws to Events in the
Former Yugoslavia", 9 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 499, 521-22 (1994), Christopher
Greenwood "International Humanitarian Law and the *Tadic* Case", 7 *Eur.J.Int'l L.* (1996);
Michael P.Scharf "A Critique of the Yugoslavia War Crimes Tribunal", 25:2 *Denv.J.Int'l
& Pol'y* 305, 307, (1997).

International Law Commission, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of 30
Mankind (1996), 48th Sess., U.N. Doc. A/CN.4/522 of 31 May 1996; M.Charif Bassiouni,
Crimes Against Humanity in International Criminal Law (Dordrecht 1992), id., "The
History of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: 27
Isr.L.Rev. 247 (1993).

בשתי החלטות של מועצת הביטחון, 794 (1992) 8141- (1993), על המצב בסומליה, נקבע שאלו
31 האחראים לביצוע או לפקודות לביצוע הפרות של הדין ההומניטרי (דיני מלחמה), יישאו באחריות
אינדיווידואלית. גם בהחלטת 674 (1990), בנוגע לכיבוש העירקי של כווית, נקבעה אחריות דומה.

בית-דין פלילי בין-לאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר. על-פי החלטת מועצת הביטחון 808 מ-22 פברואר 1993³², "יקום בית דין בין-לאומי על-מנת להעמיד לדין את האנשים האחראים להפרות חמורות של הדין ההומניטרי הבין-לאומי שבוצעו בשטח של יוגוסלביה לשעבר מאז 1991". הכוונה הייתה להעמיד לדין את הפושעים שביצעו פשעים, כגון רצח במכוון, "טיהור אתני"³³, רציחות מסיביות, עינויים, אונס, ביזה, הרס של רכוש תרבותי ודתי ומעצרים שרירותיים³⁴.

גם ברואנדה הטבח המסיבי שבוצע שם ב-1994 גרם למועצת הביטחון להקים עוד בית-דין בין-לאומי לפשעי מלחמה. על-פי החלטת מועצת הביטחון 955 (1994)³⁵, הוקם בית-דין לעניין רואנדה שהיה בעל סמכות להעמיד לדין את האנשים שביצעו הפרות רציניות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי שבוצעו בשטח רואנדה ואת האזרחים הרואנדים האחראים להפרות שבוצעו בשטח המדינות השכנות בין 1 בינואר 1994 ל-31 בדצמבר 1994.

עצם העובדה כי הוחלט על-ידי מועצת הביטחון להקים שני בתי-דין בין-לאומיים, זירזה את הקמתם תוך זמן הקצר והפכה את השיפוט שם לחובה משפטית, ללא צורך בהסכמת המדינות הנדונות. בסעיף 7(2) של חוקת בית-הדין של יוגוסלביה לשעבר 1993³⁶, ובסעיף 6 של חוקת בית-הדין של רואנדה 1994³⁷, נקבע, כי "העמדה הרשמית של כל חשוד, בין בתור ראש מדינה או ממשלה או פקיד ממשלתי רשמי, אינה שוללת את אחריותו הפלילית או ממתיקה את עונשו".

ג. מי יכול לשפוט את פינושה?

32 S.C.Res. 808, UN Doc. S/RES/808 (22 Feb. 1993).

33 "טיהור אתני" "ethnic cleansing" הוא מדיניות המוגדרת כ"הפיכת אזור להומוגני מבחינה אתנית על-ידי שימוש בכוח או באיומים על-מנת לסלק אנשים מקבוצות מסוימות מן האזור". Letter dated 24 May 1994 from the Secretary General to the President of the Security Council and Annex (Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)), Annex, U.N. Doc. S/1994/674 (1994).

34 מן הרוח של הוועדה של מומחים שמונתה על-ידי מועצת הביטחון בהחלטה 780 (1992) עולה כי יש לבדוק ראיות בנוגע להפרות חמורות של אמנות ג'נבה ושל הדין ההומניטרי הבין-לאומי. S/25704 (1993).

35 S.C.Res.955, UN Doc. S/RES/955 (8 Nov. 1994)

36 Statute of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, *International Legal Materials* 1203 (1993).

37 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, *International Legal Materials* 1598 (1994).

ישנן כמה אפשרויות להעמיד את פינושה לדין, אך יש לציין שרובן אינן בנות ביצוע: (1) מועצת הביטחון תקים בית-דין בין-לאומי מיוחד לפשעים שבוצעו תחת משטרו, לפי הדגם של שני בתי-הדין של יוגוסלביה לשעבר ושל רואנדה; (2) צ'ילה תעמיד אותו לדין; (3) ספרד תעמיד אותו לדין; (או 4) בריטניה תעמיד אותו לדין; (או 5) בית-הדין הפלילי הבין-לאומי הקבוע יעמיד את פינושה לדין.

(1) אין סיכוי כי מועצת הביטחון תתערב במקרה של פינושה על-מנת להעמידו לדין, כמו שעשתה כשהקימה את שני בתי-הדין של יוגוסלביה לשעבר ושל רואנדה. במקרה של פינושה, תמכה ארה"ב, המעצמה העיקרית במועצת הביטחון, בהפיכת 1973 שביצע פינושה נגד הסוציאליסט סלברור איינדה Salvador Allende ותמכה בהמשך בשלטונו. כמו כן תמכה בכך בריטניה, מעצמה נוספת במועצת הביטחון. בנוסף הוקמו בתי-דין אלו בעקבות קרבות וסכסוכים מזוינים. שלטונו של פינושה היה בתקופה של שלום, כאשר התנגדות לשלטון לבשה צורת תסיסה אך לא הגיעה לממדים של סכסוך מזוין בעל השפעות הפוגעות בשכנותיה של צ'ילה. במצב כזה קשה למועצת הביטחון להגדיר את המצב כאיום לשלום, כהפרת השלום או כמעשה תוקפנות. על-כן, מן הנמנע לסמוך על כך כי תתערב במקרה של פינושה.

(2) בנוגע לאפשרות השנייה, שצ'ילה תעמיד אותו לדין. כאשר הסתיימה תקופת כהונתו בצ'ילה, עם נפילתו ב-1990, הוא דאג לכך שיועבר חוק חנינה באשר למעשיו בזמן שלטונו³⁸. על-כן, אין אפשרות כעת להעמידו לדין שם, אלא אם כן יבוטל חוק החנינה, ואין קונצנזוס לאומי לבטלו.

(3) ספרד מבקשת להעמידו לדין בפני בתי המשפט הספרדיים על פגיעה ב-94 אזרחים ספרדיים שנעלמו, עונו או נרצחו בתקופת כהונתו. יתכן כי היא תסתמך על סמכות שיפוט אוניברסלית בנוגע לפשעים החמורים שהוא ביצע³⁹. בוודאי אם הליכי

38 על-פי הכרזה 2191 משנת 1978, הוכרזה חנינה לכל האחראים להפרות זכויות אדם בין 11 בספטמבר 10 במאוס 1978. הכרזה זאת הקשתה על קרובי משפחה של אנשים שנחטפו לגלות לאן נעלמו ומנעה מהם להעמיד את האחראים לדין. אף שהוכר חוק החנינה כחוקתי בבית-המשפט העליון הצ'יליאני ב-28 באוגוסט 1990, קבעה הוועדה הבין-אמריקנית לזכויות אדם כי חוק זה סותר את התחייבויות צ'ילה על-פי המשפט הבין-לאומי. Inter American Commission on Human Rights, Report No. 25/98, para. 76; also Report No. 36/96.

39 סעיף (1)5 של האמנה לביעור העינוי קובע, כי אם מדינות נמנעות מלבקש הסגרת הפושעים או מלהעמידם לדין, על מדינות אחרות לעשות כן. לפי השופט בראון-וויילקנסון בהחלטת בית הלורדים מ-24 במאוס 1999, מטרת האמנה הייתה לייסד את העיקרון aut dedere aut punire "או שתמסור או שתשפוט". לכן, יש סמכות שיפוט אוניברסלית ביחס לעינויים. מובן שמדינת ישראל הסתמכה על סמכות שיפוט אוניברסלית כשהיא שפטה את הצורר הנאצי אדולף אייכמן בגין רצח העם היהודי ופשעים נגד האנושות. ראה ת"פ 40/61 היועץ המשפט לממשלת ישראל נ' אדולף אייכמן, פסקים (מחוזיים) מ"ה, 219, ע"פ 336/61 אדולף אייכמן נ' היועץ המשפט לממשלה, פ"ד טז, 2033.

ההסגרה נגד פינושה יסתיימו בהחלטה חיובית להסגירו שם, הוא יוסגר שם ויעמוד לדין שם. גם בלגיה, צרפת ושווייץ הגישו בקשות הסגרה דומות בשל היקף קטן יותר של קורבנות.

(4) אם בריטניה לא תסגיר את פינושה לספרד, על-פי האמנה לביעור העינוי מ-1984,⁴⁰ היא חייבת להעמיד אותו לדין בפני בתי המשפט של בריטניה.

(5) היום עומד המשפט הפלילי הבין-לאומי בפני פריצת דרך – הקמת בית-דין בין-לאומי פלילי קבוע בעל סמכות להעמיד לדין ראש מדינה או ממשלה (או אדם אחר) בגין השמדת עם, פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ופשעי תוקפנות⁴¹. ב-17 ביולי 1998 נפגשו נציגי רוב מדינות העולם והצביעו 120 מדינות בעד קבלת חוקת רומא⁴². ובכן, חוקת רומא בדבר בית-הדין הפלילי הבין-לאומי⁴² קובעת במפורש כי all individuals, כלומר, כל האנשים, כולל ראשי מדינה או ראשי ממשלה, שרים, חברי פרלמנט, פקידים וקציני פיקוד⁴³ אשר מבצעים את הפשעים הרשומים בחוקה שהם "הפשעים החמורים ביותר אשר בראש דאגתה של הקהילה הבינלאומית בשלימותה", הם בסמכות שיפוט של בית-המשפט.

אם אכן יקום בית-הדין הפלילי הבין-לאומי הקבוע – ונדרשים לכך אשוריים של 60 מדינות – יהיה מאוחר מדי להפעיל את סמכות שיפוטו לגבי מנהיגים המבצעים פשעים אלו היום או שביצעו פשעים אלו בעבר. סמכות שיפוטו לא תהיה למפרע ותחול רק על פשעים שיבוצעו לאחר כניסת החוקה לתוקף⁴⁴. למרות זאת, ניתן להסגיר מנהיגי מדינה לשעבר למדינות המוכנות לשיפוט אותם בהתאם לחוק הפנימי שלהן. ייתכן כי סמכות השיפוט האוניברסלית, שנקבעת על-פי המנהג הבין-לאומי או על-פי אמנות ספציפיות, תכסה את הפשעים שהם ביצעו.

40 סעיף 5, חוקת רומא 1998. ראה לעיל ה"ש 7.

41 ההצבעה הייתה 120 בעד, 7 נגד ו-21 נמנעים. בין המצביעים נגד היו ארה"ב, סין, לוב ומדינת ישראל. ישראל, אשר תמכה בהקמת בית-המשפט הבין-לאומי הפלילי, הצביעה נגד חוקת רומא בגלל פוליטיזציה של המסמך, כאשר הצליחו מדינות ערב בתמיכת מדינות העולם השלישי להכניס בסעיף 8 (2) (b) (viii) תחת הכותרת של פשעי מלחמה בין-לאומיים, את הפשע של "העברת אוכלוסיה אל תוך השטח הכבוש", כשכוונתם היא להתנחלויות בשטחים המוחזקים על-ידי מדינת ישראל. הנציג הישראלי בוועידה, השופט אלי נתן, רטן על כך שלא מדובר באחד מפשעי המלחמה החמורים והמבועיתים נושא החוקה. קטעים מנאומו מופיעים ב־ Alan Baker "The International Criminal Court: Israel's Unique Dilemma" 18 *Justice* (1998) 19,25.

42 UN Doc. A/CONF.183/9 of 18 July 1998.

43 סעיפים 27 ו-28, חוקת רומא 1998.

44 סעיפים 11 ו-24, חוקת רומא 1998.

ד. המקרה של אוגוסטו פינושה

ביום 11 בספטמבר, 1973 הצליח הגנרל אוגוסטו פינושה בכיבוש הפיכה צבאית נגד הנשיא הנבחר של צ'ילה, הסוציאליסט סלבדור איינדה. באותו יום מונה פינושה לנשיא ה"חונטה junta המושלת". על-פי צו מ-11 בדצמבר 1974, קיבל הגנרל פינושה את התפקיד של נשיא הרפובליקה. בשנת 1980, על-פי החוקה החדשה שנכנסה לתוקף באישור משאל עם לאומי, קיבל הנשיא של הרפובליקה, בתור ראש מדינה, את הסמכות הביצועית במדינה. בדצמבר 1988, יזם פינושה משאל עם שמטרתו הייתה להאריך את שלטונו עד תום המאה. אולם בדצמבר 1989, נוהלו בחירות דמוקרטיות פתוחות לראשונה מאז עלייתו לשלטון. הוא נחל תבוסה, ובעקבותיה, ב-11 במרס 1990, מסר את השלטון לידי הנשיא פטריציו איילוויין Patricio Aylwin.

הגנרל פינושה היה אפוא ראש מדינה מתאריך ההפיכה, 11 בספטמבר 1973, עד מארס 1990. מ-1990 עד 1998 נשאר פינושה בתפקיד הרמטכ"ל, אך במרס 1998, הוא הושבע כסנטור לשארית ימי חייו. תפקיד זה העניק לו לא רק המשך השפעה פוליטית אלא גם חסינות מהעמדתו לדין בצ'ילה בגין פעולותיו שביצע בתור ראש מדינה. בתקופת היותו ראש מדינה נרצחו או נעלמו באורח פתאומי 3197 אנשים⁴⁵. מדובר במבצע שיטתי לדכא קבוצות מסוימות שהתנגדו לשלטונו לאחר ההפיכה הצבאית. הוא לא ביצע את המעשים בעצמו אלא הפעיל את סמכותו כראש מדינה כדי לבצע אותם. שי הדיכוי התרחש בשנים 1974-1975. הדיכוי הופעל באמצעות המשטרה הצבאית Direction de Inteligencia Nacional (DINA). הם עינו את הקורבנות בחדרי עינויים סודיים בסנטיאגו ובעוד מקומות בצ'ילה. סוכני DINA שהיו מומחים בעינויים, ביצעו את הרציחות, את ההעלמות ואת העינויים של הקורבנות על-פי הפקודות שקיבלו ישירות מהגנרל פינושה⁴⁶.

בגיל 83 הגיע פינושה ללונדון על-מנת לעבור ניתוח בגבו בקליניקה פרטית. הוא נעצר לבקשתו של מזכיר הפנים הבריטי בתגובה לבקשת ספרד. מאז הוא הוחזק במעצר בית בלונדון. בנוסף לבקשת ההסגרה הספרדית, הגיעו עוד בקשות מבלגיה, מצרפת ומשווייץ, המבקשות להעמיד את פינושה לדין בגין רצח עם ובגין עינויים ופשעים נגד האנושות שביצע בעת שלטונו בצ'ילה כנגד אזרחיה.

45 *International Herald Tribune*, Oct. 19, 1998. על מעשיו של פינושה ועל הנסיון של הרפורטרים המיוחדים של האו"ם לטפל בהם, ראה *America's Watch, Asia Watch, Helsinki Watch: Four Failures, a Report on the UN Special Rapporteurs on Human Rights in Chile, Guatemala, Iran and Poland* New York/ Washington, D.C., January 1986).

46 תיאור זה נובע מהמידע המסופק בבקשת ההסגרה הספרדית כמתואר על-ידי הלורד סטיין בהחלטתו.

פינושה פנה לבית-המשפט הגבוה לצדק בלונדון⁴⁷ על-מנת להשתחרר ממעצר הבית בטענה כי יש לו חסינות בתור ראש מדינה לשעבר. בית-המשפט הגבוה קיבל טענה זו וקבע כי יש לו חסינות מן ההליכים הפליליים בבתי-המשפט הבריטיים מפני שהוא ביצע את מעשיו תוך כדי מילוי תפקידו כראש מדינה. על-כן, הוא לא יוסגר לספרד. בית-המשפט הגבוה העלה את הרציונל המסורתי למתן החסינות והוא הנוהג הבין-לאומי שאין מדינה ריבונית אחת שופטת את התנהגות מדינה ריבונית אחרת. המדינה ערערה על החלטה זו לבית הלורדים. בפני בית הלורדים עמדה השאלה אם לראש-ממשלה לשעבר יש חסינות בפני בתי-המשפט של בריטניה.

ה. פסק-הדין של בית הלורדים מ-25 בנובמבר 1998

החלטת בית הלורדים מיום 25 בנובמבר 1998, סימלה מהפכה במשפט הבין-לאומי כאשר היא הסירה את חסינותו של ראש מדינה לשעבר על מעשים פליליים שהוא ביצע בהיותו ראש מדינה בזמן שלום. בנוסף, הכירו השופטים כי מעשים פליליים על-פי המשפט הפלילי הבין-לאומי – והכוונה לעינויים, לרצח עם ולחטיפות בני ערובה – אינם נחשבים למעשים רשמיים חוקיים של המדינה שבגינם יש להעניק חסינות. בהתבססם על שורה ארוכה של אמנות בין-לאומיות בנושאים אלו, הגיעו שלושת שופטי הרוב, הלורד ניקולס Nicholls, הלורד הופמן Hoffmann, והלורד סטיין Steyn, למסקנה כי אין להעניק חסינות לראש מדינה לשעבר בגין מעשים אלה.

יש לציין כי בית הלורדים דן אך ורק בשאלת הסרת החסינות של אוגוסטו פינושה אך לא דן בשאלת הסגרתו, שזה נושא לשיפוטו של בית משפט שלום Magistrates Court ולאחר מכן נתון לשיקול-דעתו של מזכיר הפנים הבריטי, ג'ק סטראו Jack Straw Home Secretary. ניתן לומר שהחלטת בית הלורדים חשובה בתור צעד ראשון לקראת העמדתם לדין של ראשי מדינה המבצעים פשעים מבעיתים כנגד אוכלוסיית מדינותיהם. היא מסמלת את רצון מדינה אחת חשובה, בריטניה הגדולה, שהיא בעלת השפעה רבה בעולם המשפט, להכיר בכך שאין ראש מדינה יכול עוד להסתתר מאחורי ריבוניות המדינה כאשר מעשיו שביצעם כראש מדינה לשעבר, בזמן שלום, מהווים פשעים נגד האנושות. ההחלטה חשובה גם כי ניתן לפרשה כהכרה בעליונותם של כללי המשפט הפלילי הבין-לאומי על חוקי המדינה. מעשים שנחשבים כחוקיים באותה מדינה, או שאינם חוקיים לפי ספרי החוקים באותה מדינה, אך מבוצעים על-ידי ראשי המדינה שאינם אחראים בפני הדין באותה מדינה, עלולים להיות מעשים פליליים על-פי המשפט הפלילי הבין-לאומי שהמבצעים אחראים להם בפני המשפט הבין-לאומי. מדובר באותה

⁴⁷ Divisional Court decision [1998] E.W.J. No.2878 (QB)(QL).

גישה של המשפט הטבעי שמצאה את ביטויה במשפטי נירנברג וטוקיו בהבדל אחד גדול. שם נדרש קשר בין פשעים נגד האנושות לבין פשעים נגד השלום או פשעי מלחמה, וכאן לא. נתחיל בשני שופטי המיעוט, הלורד סלין מהדלי והלורד לויד מברוויק:

הלורד סלין מהדלי Lord Slyn of Hadley

הלורד סלין (מיעוט) נקט עמדה זהירה. הוא אמנם ציין שקיים מספר רב של אמנות בין-לאומיות שהופכות את מעשיו של פינושה למעשים פליליים, אך הוא העלה את השאלה: איזו השפעה, אם בכלל, יש להכרה במעשים כפשעים בין-לאומיים, כשלעצמה, על החסינות. ישנן שתי עמדות סותרות: הראשונה היא כי אין להכרה זו השפעה. חסינות ראש מדינה הכרחית גם לראש מדינה לשעבר בנוגע לפעולותיו הרשמיות. היא מיוסדת מימים ימימה, מוכרת היטב ומבוססת על יסודות איתנים. על המדינות להכיר בכך בינן לבין עצמן, שהיא [החסינות] מבטלת כל מעשה פלילי, בין לאומי ובין בין-לאומי. העמדה ההפוכה היא כי לראשי מדינה לשעבר אין חסינות על פשעים המוכרים או שמקובלים כפשעים בין-לאומיים.

הלורד סלין דוחה את שתי העמדות הללו. את הראשונה מכיוון שהחסינות האבסולוטית אינה מקובלת עוד. חלו שינויים במשפט הבין-לאומי בנושא ריבונות המדינה, לדוגמה, ההבחנה בין מעשים ריבוניים ציבוריים *acta jure imperii* לבין מעשים פרטיים *acta jure gestionis*, כאשר בריטניה מכירה בחסינות מתביעות משפטיות רק בעבור מעשי מדינה מן הקטגוריה הראשונה. היום מכירים כי חסינות ראש מדינה לשעבר מוגבלת למעשים שביצע בתפקידו הרשמי והיא אינה משתרעת על מעשים פרטיים שהוא ביצע. על-כן, יש תמיכה להגבלת החסינות בדבר מעשים בעלי אופי פלילי.

כמו כן הוא דוחה גם את העמדה ההפוכה, מכיוון שאין להסיק מן האופי הפלילי הבין-לאומי של המעשה שיש סמכות שיפוט אוניברסלית ושהחסינות מוסרת באופן אוטומטי. לדעתו, "אין סמכות שיפוט אוניברסלית על פשעים נגד המשפט הבין-לאומי. אין כלל אוניברסלי שכל הפשעים הם מחוץ לנושא המהותי *ratione materiae* של החסינות".

על-כן, מעדיף הלורד סלין עמדת ביניים. על-פי הבנתו, היום החסינות מוגבלת ואינה מוחלטת כמו בעבר. התנאי להגבלת החסינות בנוגע לפשעים בין-לאומיים הוא קיום אמנה בין-לאומית כללית המגדירה או המגבילה את חסינותו של ראש מדינה. לדעתו, יש למצוא סעיף שמגביל את חסינות ראש מדינה באמנה בין-לאומית אשר גם המדינה הטוענת לחסינות, תהיה צד לה כמו גם המדינה שצריכה להחליט אם לסרב להעניק את החסינות אם לאו. באמנה צריכה להופיע הגדרה ברורה של פשע לפי המשפט הבין-לאומי, הדורשת את מניעתו או העמדה לדין בגינו, בין שבוצע הפשע בתחום סמכות

שיפוטו או בין שבוצע על-ידי אחד מאזרחיה. האמנה צריכה להבהיר במפורש כי לבית משפט לאומי יש סמכות שיפוט לשפוט ראש מדינה לשעבר, כי היותו ראש מדינה בעבר אינו מהווה הגנה, וכי לא חלה עליו שום חסינות, לא מכללא ולא במפורש. בשיטה דואליסטית כמו באנגליה, האמנה חייבת לעבור תהליך של טרנספורמציה על-מנת להעביר אותה מהמישור הבין-לאומי למישור הלאומי, על-ידי חקיקה פנימית. רק לאחר הליך החקיקה הפנימית, ניתן יהיה להעמיד את הפושע לדין בהתאם לאמנה הבין-לאומית. לדעתו, התאריך הקובע למתן חסינות במשפט האנגלי הוא יום הכניסה לתוקף של החקיקה הלאומית, ולא כניסתה לתוקף של האמנה. מתאריך כניסת החקיקה הלאומית לתוקף, לא תהיה חסינות על כל המעשים הפליליים שיבוצעו על-ידי ראש מדינה בעתיד. רק מעשים שבוצעו לפני תאריך זה יהיו מוגנים על-ידי החסינות. הלורד סלין התייחס לשלוש מתוך חמש העבירות בצו המעצר שהוצא בכריטניה על-פי בקשת ההסגרה של ספרד:

(1) עינויים

(2) רצח עם (ג'נוסייד)

(3) חטיפת בני ערובה

הלורד סלין דן בכל אחד מהפשעים לעיל בנפרד:

(1) עינויים

האמנה לביעור העינויים מיום 10 בדצמבר 1984⁴⁸, מגדירה את ה"עינוי" כ"כל מעשה הגורם לכאב או לסבל, בין אם פיזי או שכלי, במתכוון, למען מטרת ספציפיות, על-ידי או ביזמתו או בהסכמתו או בשתיקתו של **פקיד רשמי או אדם אחר הפועל בתפקיד רשמי**" (ההדגשה שלי). על כל מדינה שהיא צד לאמנה להבטיח כי מעשי עינוי הם עבירות על-פי חוק העונשים, ולקבוע סמכות שיפוט על עבירות שבוצעו בשטחה, או על-ידי אזרחיה, או אם המדינה מוצאת כי ראוי לכך, כאשר הקורבן הוא אזרח המדינה (סעיף 5). עליה לקבוע סמכות שיפוט גם כאשר החשוד נוכח בשטחה ואינו מוסגר (סעיף 8). במקרה זה על המדינה שבשטחה נמצא החשוד, להעמיד אותו לדין. על המדינה לעזור במידה הרבה ביותר בכל הנוגע להליכים הפליליים.

זאת אף שאמנה זו עברה את הליך החקיקה הפנימית הנדרש על-מנת להעביר אותו למישור הפנימי האנגלי כאשר נחקק סעיף 134 של חוק העונשין הבריטי Criminal Justice Act בשנת 1988. צ"לה מצדה, היא צד לאמנה זו, ועל-כן ניתן לומר כי היא הכירה בעיקרון של העמדה לדין או של הסגרתם של פקידים חשודים בביצוע עינויים. גם החוק הצ'יליאני אוסר על עינויים. על-כן, פשע העינוי שמבוצע על-ידי פקיד רשמי או על-ידי אדם אחר הפועל בתפקיד רשמי, הוא בר-עונשין גם בבריטניה וגם בצ'ילה. כמו שנאמר, דורשת האמנה מבריטניה ומצ'ילה או את הסגרת העבריין או את העברתו לרשויות התביעה על-מנת להעמידו לדין.

אף שהלורד סלין הכיר בתוקף האמנה הזאת גם בבריטניה וגם בצ'ילה, הוא העדיף לתת **פירוש מצומצם למונח "פקיד רשמי או אדם אחר הפועל בתפקיד רשמי"**. הוא טען כי ראש מדינה או במכללא, ראש מדינה לשעבר, אינם כלולים במונח זה. הוא הודה שבשימוש רגיל של מילים, ניתן לתת מובן זה למונח, אך מאז 1945, ישנם סעיפים ספציפיים בנוגע לראשי מדינה וגם סעיפים בנוגע לפקידים, ויש לקרוא כל מסמך בזהירות על-מנת לוודא אם אמנם כלול בהם "ראש מדינה". נכתב במגילת נירנברג 1945, סעיף 7: "אין העמדה הרשמית של הנאשמים, בין אם **ראשי מדינה או פקידים אחראים**, משחרר אותם מאחריות". באמנת הג'נוסייד 1948⁴⁹, סעיף 4, נאמר, "אנשים שביצעו רצח עם או מעשים הקשורים לכך, ייענשו בין אם הם **מנהיגים בעלי אחריות**

48 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted 10 Dec. 1984, entered into force 28 June 1987, GA Res. 39/46, 39 UN GAOR Supp. (No. 51) at 197, UN Doc. A/39/51 (1984); *International Legal Materials* (1984) 1027 with changes in *International Legal Materials* (1985), 535

49 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opened for signature 9 Dec. 1948, entered into force 12 Jan. 1951, 78 U.N.T.S.277

על-פי החוקה, פקידיים רשמיים או אנשים פרטיים". בסעיף 7(2) של מגילת בית-הדין של יוגוסלביה לשעבר 1993, ובסעיף 6 של מגילת בית-הדין של רואנדה 1994⁵⁰, נקבע, כי "העמדה הרשמית של כל חשוד, בין בתור ראש מדינה או ממשלה או פקיד ממשלתי רשמי, אינה שוללת את אחריותו הפלילית או ממתיקה את עונשו".

מכל המסמכים הנ"ל, אין המונח "פקיד רשמי או ממשלתי" רחב דיו על-מנת לכלול בתוכו גם ראשי מדינה או ראשי מדינה לשעבר, אלא אם כן נאמר כך במפורש. אין ראש מדינה, שסיים את כהונתו, הופך ל"פקיד רשמי" בכל הנוגע לתקופה שהוא כיהן בתור "ראש מדינה". מסקנה זו מבוססת על הקשיים שהתעוררו בוועדה למשפט בין-לאומי עת ניסחה טיוטה בנושא חסינות ראשי מדינה. על-כן, הלורד סלין מגיע למסקנה כי המונח "פקיד רשמי או אדם אחר הפועל בתפקיד רשמי" המופיע באמנה לביעור העינויים, אינו כולל ראשי מדינה או ראשי מדינה לשעבר. הסיבה לכך היא אי-רצון המדינות להסיר את החסינות בתור מחסום בפני שפיטת ראשי מדינה או ראשי מדינה לשעבר. אם רצונן של המדינות הוא להוציא מן החסינות המסורתית של ראשי מדינות לשעבר את חסינותם בנוגע לפשעים ספציפיים, עליהן להבהיר זאת במפורש.

(2) רצח עם (ג'נוסייד)

אף שאמנת הג'נוסייד 1948 קובעת בסעיף 6, שגם ל"ראשי מדינה או פקידיים אחראים" יש אחריות פלילית והם יכולים לעמוד לדין, כאשר חקק הפרלמנט את החוק הפנימי המעביר את האמנה אל תוך המערכת הפנימית הבריטית English Genocide Act of 1948, הוא שינה את סעיף 4 כך שאין אחריות פלילית של "מנהיגים האחראים על-פי החוקה". על-כן, קובע הלורד סלין, כי אמנת הג'נוסייד, בצורתה החדשה בחוק האנגלי, אינה מסירה את חסינותם של ראשי מדינה או ראשי מדינה לשעבר האחראים על-פי החוקה.

(3) חטיפת בני ערובה

האמנה הבין-לאומית נגד חטיפת בני ערובה מיום 17 בדצמבר 1979⁵¹, שנכנס לתוקף בשנת 1983, והחוק הבריטי בנושא זה, Taking of Hostages Act 1982, מפלילים "כל אדם ללא קשר למקום אזרחותו" שחטף אדם אחר בבריטניה או במקום אחר על-מנת להכריח צד שלישי, כלומר מדינה, ארגון בין-לאומי בין-מדינתי, אדם טבעי או יורדי או קבוצת בני-אדם, לעשות או לחדול מלעשות, כל מעשה בתור תנאי מפורש או מכללא לשחרור בן הערובה. לדעת הלורד סלין, אין באמנה או בחוק הבריטי סעיפים המסירים

⁵⁰ ראה לעיל ה"ש 36, 37.

⁵¹ International Legal Materials (1979), 1456.

מראשי מדינה או מראשי מדינה לשעבר את החסינות המסורתית של המשפט הבינ-לאומי.

4 דוקטרינת מעשה המדינה

על-פי דוקטרינת מעשה המדינה, בתי-משפט של מדינה אחת מנועים מלחקור את תוקפן או את חוקיותן של הפעולות הרשמיות של מדינה ריבונית אחרת או של הפעולות הרשמיות של פקיד הפועל בשמה. כל עוד מהוות פעולות אלו שימוש בסמכות הציבורית של המדינה, השפעתן היא בתחום המדינה האחרת, הן אינן בניגוד למשפט הבינ-לאומי.

לדעת השופט לורד סלין, על-פי דוקטרינת מעשה המדינה, יהיה תוכנה אשר יהיה, על בתי-המשפט הבריטיים לנהוג ב"ריסון יורדי או בהימנעות" מלפסוק בעניין העובדות שביסוד המעצר, לאחר שנקבע כי לראש מדינה לשעבר יש חסינות ממעצר ומהסגרה. על-כן דחה הלורד סלין את הערעור.

הלורד לויז מברוויק Lord Lloyd of Berwick

עוד בדעת מיעוט היה הלורד לויז שקבע כי בית-משפט אנגלי אינו כבית-משפט בינ-לאומי. אין לו סמכות שיפוט לחקור ולפסוק באשר לתוקפה של החנינה שהוענקה לפינושה בצ'ילה. אם בית-המשפט היה עושה כן, אזי היה מתערב בעניינים הפנימיים של המדינה בזמן שבית-המשפט העליון של צ'ילה בעצמו מבצע אותו תפקיד. אפילו אם לא הייתה טענה תקפה בעניין חסינות ריבונית (ולדעתו יש טענה תקפה), על בית-המשפט להשתמש בריסון יורדי ולהימנע מנטילת סמכות שיפוט. גם אם הוא לא היה בדעה שלפינושה מגיעה חסינות בתור ראש מדינה לשעבר, הוא היה קובע כי עקרון אי-השפיטות ישים כאן.

כאמור שני השופטים הנ"ל – הלורד סלין והלורד לויז – היו בדעת מיעוט. בדעת הרוב היו שלושה: הלורד ניקולס, הלורד סטיין והלורד הופמן:

הלורד ניקולס מבירקנליד Lord Nicholls of Birkenlead

הלורד ניקולס התייחס לשתיים מתוך חמש העבירות בצו המעצר שהוצא בבריטניה על-פי בקשת ספרד, והן העינוי וחטיפת בני ערוכה. העונש בבריטניה על שתי העבירות הוא מאסר עולם. שתיהן הן עבירות בנות-הסגרה על-פי חוק ההסגרה הבריטי. בעבר, בזמן שלא הבחינו בין הריבון לבין המדינה, הייתה החסינות הריבונית דוקטרינה אחידה, אך במשפט האנגלי המודרני, יש להבחין בין ארבעה עקרונות שונים:

- (1) חסינות המדינה;
- (2) הדוקטרינה האנגלו-אמריקנית של מעשה מדינה;
- (3) החסינות האישית של ראש המדינה, משפחתו ומשרתיו;

4) חסינות מדינית ריסידואלית (שיאורית) המגנה על פקידי מדינה לשעבר בפני העמדתם לדין על עבירות שביצעו בכושרם הרשמי.

1) חסינות המדינה

סעיף 1 של חוק חסינות המדינה 1978 קובע, כי "מדינה הינה בעלת חסינות מפני סמכות שיפוטם של בתי המשפט בממלכה המאוחדת, להוציא הליכים בנוגע לעיסקה מסחרית". נקבע בסעיף 14(1), כי המונח "מדינה" כולל "ראש המדינה **בכשרו הציבורי**, הממשלה או כל מחלקה בממשלה". במילים "בכשרו הציבורי" הכוונה היא לתפקידים המוכרים כתפקידים ציבוריים. זאת אומרת, כי לא ניתן לתבוע את ראש המדינה או כל פקיד ממשלתי בתפקידיו הציבוריים, וזה על-מנת להגן על המדינה בתור ישות מדינית. ואכן בכמה תביעות אזרחיות כנגד המדינה, מצא בית-המשפט לערעורים כי יש למדינה חסינות מוחלטת גם על מעשים לא חוקיים כמו עינויים⁵². אבל בקשר לתביעות פליליות, אין תחולה לסעיף 1 של חוק חסינות המדינה (על-פי סעיף 16(4)).

2) הדוקטרינה של מעשה מדינה : אי-שפיטות

לדעת הלורד ניקולס, דוקטרינת מעשה המדינה היא עקרון המשפט המקובל שתחולתו אינה מוגדרת, ואשר מונע מבית-משפט אנגלי לבדוק את חוקיותן של פעולות מסוימות שבוצעו תוך ביצוע הסמכות הריבונית בתוך שטחה של מדינה זרה, או לעתים, מחוצה לה. הגישה המודרנית היא כי זה עיקרון של החוק הפנימי אשר משקף את הכרת בתי- המשפט בכך כי שאלות מסוימות של ענייני חוץ אינן שפיטות⁵³. ברם, כאשר הפרלמנט מביע רצון כי עניין מסוים יהיה שפיט בפני בתי-המשפט האנגליים, אין מקום לדוקטרינת מעשה המדינה. מסתבר כי כוונת הפרלמנט ביחס לעינויים ולחטיפות הייתה, שיהיו שפיטים. ניתן להבין את כוונתו מן החוקים הרלוונטיים. סעיף 134(1) של חוק העונשין 1988 מציין כי העמדה לדין בגין עבירת העינוי תדרוש חקירת התנהגותם של פקידים שפעלו בכשרם הרשמי במדינות זרות. הפרלמנט לא התכוון שדוקטרינת מעשה המדינה תחול במקרים אלו. אמנם סעיף 1(1) של חוק חטיפת בני הערובה 1982 לא הגדיר את העבירה כעבירה שרק פקיד רשמי יכול לבצע. אבל לדעתו, אין זה מתקבל על הדעת כי התכוון הפרלמנט להוציא מתחום העבירות את הפקידים הרשמיים. החוק הבריטי חוקק על-מנת לבצע את האמנה הבינ-לאומית בנוגע לחטיפת בני ערובה מ-1979, ואמנה זו דיברה על מעשי חטיפה כטרור בין-לאומי. האמנה התקבלה לאחר ביצוע כמה חטיפות כגון החזקת בני הערובה

52 ראה *Al-Adsani v. Government of Kuwait* (1996) 107 I.L.R. 536. ראה גם הפסיקה האמריקנית: *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp* (1989) 109 S.Ct. 683 and *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992).
53 *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer* [1982] A.C. 888

האמריקנים בשגרירות טהרן ב-1979 וחטיפות, מטוסים בשנות השבעים, כולל החזקת נוסעי מטוס אל על בנמל התעופה באנטבה, אוגנדה, ביוני 1976.

3) החסינות האישית

על-פי סעיף 20 לחוק חסינות המדינה State Immunity Act 1978⁵⁴, לראש המדינה, למשפחתו ולמשרתיו יש חסינות מסמכות שיפוט פלילית של המדינה המקבלת. אין ספק, אפוא כי היה פינושה זכאי לחסינות אם היה עדיין ראש מדינת צ'ילה על המעשים שהוא ביצע תוך כדי מילוי תפקידיו כראש מדינה.

השאלה המכרעת היא **אם מעשי עינוי וחטיפות בני ערובה שביצע פינושה בהיותו ראש מדינה, בוצעו "תוך כדי מילוי תפקידיו כראש מדינה"**. לדעת הלורד ניקולס, חלה החסינות רק על תפקידים מוכרים של ראש מדינה על-פי המשפט הבין-לאומי, בלי קשר לכך אם תפקידים אלו מוכרים כחוקיים על-פי החוק המוניציפלי של המדינה. בדבריו: "אין צורך לומר כי עינוי אזרחים, או זרים, אינו תפקיד של ראש מדינה על-פי המשפט הבין-לאומי. כל המדינות מגנות את השימוש בעינוי כמבעית, אף שמעת לעת הן משתמשות בו. באופן דומה, נהפכו חטיפות בני ערובה לעבירות בין-לאומיות על-ידי הקהילה הבין-לאומית. זה חל על ראשי מדינה באותה מידה או אפילו יותר מאשר על כולי עלמא. מסקנה הפוכה הייתה עושה פלסתר את המשפט הבין-לאומי. מאז קבלת החלטת העצרת הכללית של האו"ם את ההחלטה מ-11 בדצמבר 1946, המאשרת את עקרונות מגילת נירנברג, לא יכול ראש מדינה להטיל ספק באחריותו האישית האפשרית למעשים פליליים על-פי המשפט הבין-לאומי, כמו פשעים נגד האנושות.

4) חסינות מדינית ריסידואלית (שיאורית)

חסינות מדינית ריסידואלית הקיימת על-פי המשפט הבין-לאומי המנהגי מגנה על פקידי מדינה בפני העמדתם לדין על עבירות שביצעו בכושרם הרשמי. ניתן לפרש פירוש רחב את סעיף 20 של חוק חסינות המדינה 1978, וללמוד כי חסינות זו חלה לא רק על ראשי מדינה, אלא גם על פקידי מדינה, וייתכן כי היא חלה גם על ראשי מדינה לשעבר. דא עקא, שאפילו אם נאמר כי קיים עיקרון רחב של חסינות כזו, לא יהא עיקרון זה לעזור של פינושה. אם יש אחריות אישית לביצוע עינויים וחטיפות, שהם אסורים על-פי המשפט הבין-לאומי, אין להעביר את האחריות לכתפי המדינה בלבד. שתי האמנות

Section 20 of the State Immunity Act of 1978 provides: "Subject to the provisions of this section and to any necessary modifications, the Diplomatic Privileges Act 1964 shall apply to – (a) a sovereign or other head of State, (b) members of his family forming part of his household, and (c) his private servants as it applies to the head of a diplomatic mission, to members of his family forming part of his household and to his private servants"

הבין-לאומיות, נגד עינויים מ-1984 ונגד חטיפות מ-1979, מבהירות כי הפשעים שם הם בנות-עונשין בפני בתי המשפט של המדינות. סעיפים 5 ו-7 של האמנה לביעור העינויים קובעים כי מותר למדינות להפעיל סמכות שיפוט אם הקורבן הוא אזרח שלהן, וכי חובה על המדינות לשפוט או להסגיר פושעים. בסעיפים 5 ו-8 של האמנה נגד חטיפות יש הוראות דומות. על-כן, אין להעניק חסינות מחוץ לסמכות השיפוט הפנימי שלהן לפקידים לשעבר, גם כאשר מעמדם רם.

על-כן קיבל הלורד ניקולס את הערעור בקובעו כי הפשעים שביצע פינושה הם פשעים לפי החוק החרות הבריטי. בריטניה מפעילה סמכות שיפוט אקסטר-טריטוריאלית בגין פשעים אלו.

הלורד סטיין Lord Steyn

החלטת הלורד סטיין התרכזה בשני עניינים משפטיים:

(1) חסינות ראש מדינה לשעבר;

(2) מעשה מדינה, אי-שפיטות.

מבחינה הגיונית, יש לבדוק את קיום החסינות לפני מעשה מדינה. יש צורך לבדוק את דוקטרינת מעשה המדינה רק במקרה שביית-המשפט מחליט כי אין לנאשם חסינות.

(1) חסינות ראש מדינה לשעבר

מכיוון שסעיף 20 של חוק חסינות המדינה 1978 מפנה לחוק הפריבילגיות הדיפלומטיות 1964, יש לבדוק שם אם החסינות שחלה על ראש מדינה חלה גם על ראש מדינה לשעבר. לאחר בדיקה זו הגיע הלורד סטיין למסקנה כי יש לראש מדינה לשעבר רק חסינות על פעולותיו הרשמיות שביצע תוך מילוי תפקידיו. ישנם שני תנאים כאן. לא די בכך כי מדובר בפעולות רשמיות; הפעולות צריכות להתבצע על-ידי הנאשם תוך מילוי תפקידיו כראש מדינה.

יש למתוח קו לגבי מעשיו של ראש מדינה. מעבר לקו הזה הפעולות שלו אינן פעולות רשמיות שביצע תוך מילוי תפקידיו. למשל, אם הוא רוצח גנן תוך זעם, אי אפשר לאפיין מעשה כזה כפעולה רשמית שביצע תוך מילוי תפקידיו. אם הוא מצווה שיענו קורבנות בנוכחותו כי הוא נהנה לראותם סובלים עד מוות, אי אפשר לאפיין מעשה כזה כפעולה רשמית.

הלורד סטיין הכיר בהתפתחות המשפט הבין-לאומי שחלה מאז מלחמת עולם השנייה שמוקיע כפשעים בין-לאומיים את רצח העם, את העינויים, את החטיפות ואת הפשעים נגד האנושות (גם בזמן סכסוך מזוין וגם בזמן שלום). בהתחשב בהתפתחות זו, קשה לאפיין את המעשים האלה כפעולות רשמיות שביצע פינושה תוך מילוי תפקידיו. הוא דחה את טענת הסניגוריה כי דווקא מעשי משטרה, סוכני מודיעין ואנשי צבא הם פעולות רשמיות. למה לראות את העינויים שבוצעו בחדרים הסודיים בסנטיאגו או את

הרציחות וההעלמות שבוצעו על-ידי DINA בחשאי על-פי פקודותיו של הגנרל פינשוה, כפעולות רשמיות? המעשים שהוא ביצע הם מעבר למרחב התיחום של מעשי ראש מדינה. לכן, אין לגנרל פינשוה חסינות סטוטורית או מנהגית.

(2) מעשה מדינה, אי-שפיטות

הסניגוריה העלתה את הטענה, כי על-מנת לבצע את צו המעצר ואת בקשת ההסגרה, יש צורך לחקור את המעשים הרשמיים שהתרחשו בעיקר בצ'ילה. דוקטרינת מעשה המדינה מונעת זאת והופכת את העניין לבלתי שפיט.

בתשובה ענה הלורד סטיין כי אין בית הלורדים חוקר או שופט את העובדות המופיעות בצו המעצר או בבקשת ההסגרה. עליו לדון רק בהאשמות ולהחליט אם חלים חסינות או מעשה מדינה. שנית, כוונת הפרלמנט לא הייתה להעניק חסינות לראש מדינה לשעבר בנוגע לעינויים השיטתיים שעינה את אזרחי מדינתו ולרציחותיהם. הבסיס למסקנה זו היא הקביעה כי אין מעשים אלו נחשבים לפעולותיו הרשמיות שביצען תוך מילוי תפקידיו. אין להגן על ראש מדינה לשעבר בגין פשעיו הפרטיים שהוא ביצע. שלישיית, החוק החרות המופיע בסעיף 134(1) של חוק העונשין 1988 בנוגע לעינויים ובסעיף 1(1) של חוק החטיפות 1982, תפס את מקומו של מעשה המדינה. בשני החוקים ישנן הוראות בדבר סמכות שיפוט על פעולות ממשלה זרה. ולבסוף, הפשעים שצוינו בבקשת ההסגרה, דהיינו רצח עם, עינויים, חטיפות ופשעים נגד האנושות, הוכרו כבר ב-1973 כפשעים חמורים על-פי המשפט הבינ-לאומי המנהגי. תהיה זו טעות אם יפעיל בית-המשפט את דוקטרינת מעשה המדינה באופן שיסתור את המשפט הבינ-לאומי המנהגי. כמו שנאמר בריסטייטמנט האמריקני של חוק יחסי חוץ 1986, "תביעה הנובעת מהפרה אמורה של זכויות אדם יסודיות – לדוגמה, תביעה מטעם קורבן של עינוי או רצח עם – לא תנוצח על-ידי דוקטרינת מעשי המדינה, מכיוון שהמשפט הבינ-לאומי המקובל של זכויות אדם הוא מבוסס היטב ודורש חקירה חיצונית של מעשים אלה". על-כן קיבל הלורד סטיין את הערעור.

הלורד הופמן Lord Hoffman

הלורד הופמן הסכים עם הלורד ניקולס וגם הוא קיבל את הערעור. הלורד הופמן היה השופט שנפסל ושגרם לדיון מחדש בנושא הסרת החסינות של פינשוה עקב קשריו לארגון אמנסטי. בעקבות הדיון מחדש התקבלה החלטה חדשה ב-24 במארס 1999.

ו. פסק-הדין של בית הלורדים מ-24 במארס 1999

החלטת בית הלורדים מיום 24 במארס 1999⁵⁵ אישרה את המהפכה במשפט הבינ-לאומי של ההחלטה הקודמת שבוטלה. היא הסירה סופית את חסינות פינושה על מעשים פליליים בין-לאומיים שהוא ביצע בהיותו ראש מדינה. עם זאת, היו גם שינויים. בניגוד להחלטה הקודמת, הכירו השופטים רק במעשי העינוי שהוא ביצע ולא ברצח עם או בחטיפות בני ערובה כעילה להסרת חסינותו. בהחלטת מזכיר הפנים מ-15 באפריל 1999, לפתוח בהליכי ההסגרה נגד פינושה לספרד, הוא לא אישר את פתיחת ההליכים בעניין האישום של רצח עם, ככל הנראה מכיוון שהחוק שאנגלי של ג'נוסייד אינו מכיר באחריות הפלילית של "מנהיגים האחראים על-פי החוקה"⁵⁶. על-כן בבית הלורדים לא נשמעו טיעונים לעניין זה.

כאן הדגישו השופטים כי ניתן להסגיר את פינושה רק בגין עבירות הכלולות כ"עבירות הסגרה" בחוק ההסגרה הבריטי 1989. על-מנת להיות "עבירת הסגרה", צריכה אותה עבירה להיות הן עבירה בבריטניה והן עבירה במדינה המבקשת, זאת על-פי הכלל הידוע של הסגרה, כלל ה"פליליות הכפולה"⁵⁷. על-כן, בדקו השופטים את תאריכי הצטרפות בריטניה לאמנות הרלוונטיות וקבעו כי אכן שתי האמנות, נגד עינויים ונגד חטיפות, היו בתוקף הן בספרד⁵⁸ והן בבריטניה בתקופת שלטון פינושה.

לעניין החטיפות, קבעו השופטים כי הגדרת העבירה של "חטיפה" המופיעה באמנה הבין-לאומית נגד חטיפת בני ערובה מיום 17 בדצמבר 1979⁵⁹, שנכנסה לתוקף בבריטניה בחוק הבריטי Taking of Hostages Act 1982, לא התאימה למעשים שבוצעו. על-פי הגדרת העבירה הסטטוטורית, סעיף 1, "חטיפה" היא "לקיחת ועצירת אדם (בן הערובה) על-מנת לגרום לאדם אחר, שאינו בן הערובה, לעשות או לחדול מלעשות, מעשה מסוים" (ההדגשה שלי). המעשים המופיעים בבקשת ההסגרה הספרדית תחת הכותרת "חטיפות" מתארים מצב בו **בן הערובה עצמו** נאלץ לבצע מעשים, לנוכח איומים לפגוע באנשים אחרים, שאינם בני ערובה. לפי זה האישום של "חטיפות".

55 ראה לעיל ה"ש 4.

56 ועל-כן שונה החוק האנגלי מאמנת הג'נוסייד. ראה דברי הלורד סלין לעיל עמ' 63.

57 ראה, לדוגמה, את דברי הלורד בראון-ווילקינסון Lord Browne-Wilkinson. בסוגיה זו ראה ש"ז פלר דיני ההסגרה (מכון סאקר, האוני' העברית י"ם : תש"מ 1980-), עמ' 284-317.

58 גם כאן ההשוואה שונה. בהחלטה הראשונה היו שופטים [ראה לדוגמה, דברי הלורד סלין לעיל] שהשוו בין החוק האנגלי לחוק של צ'ילה, אך כאן השוו בין החוק האנגלי לחוק של ספרד שהיא המדינה המבקשת, שזו ההשוואה הנכונה בחוקי ההסגרה.

59 ראה ה"ש 51 לעיל.

לעניין רצח, האישום נגד פינושה כלל רציחות שבוצעו בספרד ובמקומות אחרים, כחלק מקשירת קשר, ושפינושה השתתף בהן לא בתור מבצע אלא בתור קושר. דא עקא כי כל מעשי הרצח בוצעו לפני כניסתו לתוקף של החוק הבריטי לדיכוי הטרור 1978. ואף שסעיף 22 של חוק העונשין הבריטי מעניק סמכות שיפוט אקסטרא-טריטוריאלית לעבירת קשירת קשר, סעיף זה נכנס לתוקף רק ב-5 ביוני 1990, לאחר ביצוע קשירת הקשר על-ידי פינושה⁶⁰.

בהתבססם על האמנה לביעור העינוי, מזמן תאריך הצטרפות בריטניה לאמנה ב-29 בספטמבר 1988, ועל היכנסו לתוקף בפני מערכת המשפט הבריטית, ב-8 בדצמבר 1988, הגיעו ששת שופטי הרוב⁶¹, מול אחד, למסקנה כי אין להעניק חסינות לפינושה בגין מעשה אחד של עינוי – אישום⁶² – שבוצע בין התאריכים הרלוונטיים. שופטי הרוב הדגישו כי למעלה מ-110 מדינות חתומות על האמנה לביעור העינוי, כולל צ'ילה, ספרד ובריטניה. כמו כן, נקבע על-ידי בית-הדין הבין-לאומי בעניין יוגוסלביה לשעבר בפסק-דין *Prosecutor v. Furundzija*⁶² כי "בגלל חשיבות הערך שהוא מגן עליו, איסור העינוי הפך לנורמת חובה או ל-*jus cogens*, כלומר, לנורמה בעלת מעמד עליון בהיררכיה הבין-לאומית, הנהנית מעליונות על אמנות ועל מנהג. האיסור כעת נחשב לאחד הסטנדרטים הבסיסיים ביותר בקהילה הבין-לאומית". לכן קבעו השופטים כי מזכיר הפנים, ג'ק סטראו, שאישר את פתיחת הליכי ההסגרה על סמך ההחלטה הראשונה, יצטרך לתקן את עילות ההסגרה בהתאם. בינתיים מיהר שופט ספרדי לבקש לתקן את בקשת ההסגרה המקורית על-מנת לכלול מספר רב יותר של מעשי עינוי שפינושה היה לכאורה אחראי להם, מעשים שבוצעו בין התאריכים הרלוונטיים, כך שאם יוסגר לספרד, ניתן יהיה להעמיד אותו לדין על מעשים אלו.

יש לציין ששופט המיעוט, הלורד גוף משיבלי *Lord Goff of Chievely*, הסכים עם שופט המיעוט מההחלטה הראשונה, הלורד סלין, כי "אין פרקטיקה של מדינות או קונצנזוס כללי או אמנה עם תמיכה רחבה, הקובעת כי כל הפשעים של המשפט הבין-לאומי יהיו שפיטים בפני בתי המשפט הלאומיים על בסיס סמכות שיפוט אוניברסלית. גם אין כלל בל יעבור *jus cogens* שדורש, בנוגע להפרות של המשפט הבין-לאומי, כי יש לבטל את העיקרון המיוסד היטב במשפט הבינלאומי של החסינות של ראש מדינה".

60 דברי הלורד הופ מקרייגהד *Lord Hope of Craighead*.

61 שופטי הרוב היו: *Lord Browne-wilkinson, Lord Hope of Craighead, Lord Saville of Newdigate, Lord Hutton, Lord Millett and Lord Phillips of Worth Matravers*. שופט המיעוט

היה: *Lord Goff of Chievely*.

62 *Tribunal for Former Yugoslavia, Case No. 17-95-17/1-T*.

ז. שיקולים פוליטיים ואחרים נגד הסגרת פינושה ונגד העמדתו לדין

שאלת הסגרתו **הסופית** של פינושה תעמוד בסופו של דבר לשיקול-דעתו של מזכיר הפנים הבריטי, ג'ק סטראו Jack Straw. כאשר הוא יתבקש לאשר את ההסגרה לספרד, הוא ודאי יביא בחשבון את השיקול ההומניטרי, שמדובר באיש בן 83 שבא לאנגליה על-מנת לקבל טיפול רפואי, ושהסגרתו תגלה חוסר תום-לב מצד בריטניה לאחר שהיא קיבלה אותו לטיפול בגבולותיה⁶³. שנית, יש ויכוח סוער בצ"לה עצמה וברחבי העולם בעניין נבונות הסגרתו. יש הטוענים שמהלך כזה עלול לפגוע במשטר הדמוקרטי שהוקם בצ"לה לאחר נפילתו של פינושה ולפגוע בפיוס הלאומי ואף לגרום לתסיסה. הם טוענים כי נדרשת תמיכה של כל רחבי האוכלוסיה, גם בקרב אלו (במיוחד ראשי הצבא) שתמכו בפינושה, כדי לבנות דמוקרטיה ולתמוך בה. יש התנגדות של ארה"ב שתמכה בהפלת משטרו של הסוציאליסט איינדה, תמכה במשטרו של פינושה ושכעת משמשת בת-בריתה של בריטניה בהתקפה על עירק. גם הברונית מרגרט טאצ'ר התנגדה להסגרתו, להבעת תודה על תמיכתו בבריטניה במלחמתה נגד ארגנטינה באיי פולקלנד, עת שהיא כיהנה כראש-ממשלה. חברות בריטיות רבות הסוחרות עם צ"לה מפסידות מיליוני לירות שטרלינג בגין החרם שהטילו חברות צ'יליאניות עד שלא יוחזר פינושה לארצן⁶⁴. כנגד שיקולים אלו עומד השיקול של שלטון החוק – אם אכן יישלח פינושה לצ"לה ובזכות החנינה שקיבל הוא לא יועמד לדין על מעשיו, יש סכנה של עידוד מעשים דומים בעתיד. כמו שאמרה אורנטליכר⁶⁵:

"...impunity for atrocious crimes of the recent past undermines the law's authority just when a society is poised to reassert the supremacy of law. A Faustian pact with a brutal regime – a pact to allow impunity in exchange for the end of dictatorship raises the specter of perpetuating the very lawlessness that is meant to be ended".

63 מזכיר הפנים יכול להסתמך על דוח מזכ"ל האו"ם בדבר טיוטת חוקת בית-הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה לשעבר, שם הוא קבע כי יש להביא בחשבון הגנות אישיות שגורעות מן האחריות האישית הפלילית, כגון גיל מינימום או אי-כשירות מנטלית, הנובעות מעקרונות המשפט הכלליים המוכרים על-ידי כל האומות. Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, U.N. SCOR, 48th Sess., at 5, U.N. Doc. S/25704 (1993).

Newsweek, Dec.7, 1998 64

Diane Orentlicher "Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation" in L.Henkin and J.L.Hargrove, eds., *Human Rights: An Agenda for the Next Century* 425, 431 (1994) 65

הדעה המקובלת בין משפטנים רבים היא כי פיוס לאומי אינו יכול להתקיים כל עוד לא נענשו האחראים למעשי ברוטליות. העמדתם לדין היא הבסיס להחזרת שלטון החוק, לכיבוד זכויות האדם ולפיוס לאומי.

ח. הערות על פסקי־הדין

כמה מן השאלות המתעוררות כאן הן בעלות משמעות מכרעת לעתיד העולם שלא לדבר על עתיד המשפט הפלילי הבין־לאומי, שאלות בעניין:

א. אחריות אינדיווידואלית בגין עינויים, רציחות לא־חוקיות, היעלמויות, חטיפות ורצח עם;

ב. הסרת חסינות של ראש מדינה לשעבר שביצע את מעשיו בזמן שלום;

ג. סמכות שיפוט אוניברסלית על פשעים חמורים של המשפט הפלילי הבין־לאומי – בבריטניה, בספרד והחובה להסגיר או לשפוט פושעים חמורים;

ד. כיוונים חדשים במאה ה־21: הריבונות המדינית מצד אחד מול השפיטה העל־לאומית מצד אחר.

ההחלטה של בית הלורדים התקבלה במסגרת בקשת הסגרה של ספרד ומדינות נוספות, דהיינו זו החלטה במסגרת סוג אחד של נורמות, **המשפט הפלילי הבין־לאומי הנספח adjective international law**. סוג זה של נורמות מיועד לעזור למדינות ריבוניות ליישב סכסוכים ביניהן, כאשר בן יחידה משפטית מבצע עבירה כנגד בן היחידה האחרת. סוג זה מכיר בריבונות שני ריבוניים ומאפשר התאמה accomodation למען יישוב הסכסוך ביניהם.

סוג אחר של נורמות, **משפט פלילי בין־לאומי מהותי substantive international criminal law**, הוא אותו חלק של סמכות השיפוט הפלילית הפנימית, שעליו ויתרו המדינות לטובת יחידה משפטית גדולה יותר, בלי לוותר על ריבונותן לחלוטין. היום קיימת סמכות משפטית פלילית בין־לאומית על העבירות הפיראטיות, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ומספר רב של עבירות בין־לאומיות על־פי אמנות בין־לאומיות. יצירת סטנדרטים בין־לאומיים של זכויות אדם הוסיפה נופך לגוף המשפט הפלילי הבין־לאומי המהותי⁶⁶.

נראה, שכאן דנים השופטים מבית הלורדים בחפיפה בין שני הסוגים. על־מנת להחליט על קיום חסינותו של ראש מדינה לשעבר במסגרת בקשת ההסגרה, שתי נורמות מהסוג הראשון, נדרשים השופטים להתייחס לסוג השני של נורמות של המשפט הפלילי הבין־לאומי, דהיינו לאפשרות של אחריות אישית של ראש מדינה לשעבר בגין הפרות חמורות של זכויות האדם בארצו. היום אי אפשר להראות את שתי הסוגיות בנפרד כמו בעבר.

66. Mueller and Besharov, in Bassiouni, *Treatise*, vol.1, 5.

החסינות היא נחלת העבר. היא באה מתקופת המונרכיזם האוטוקרטי כאשר שלטה הדוקטרינה של הזכות האלוהית של המלך. ריבונות המדינה השתקפה באישיותו של המלך, שייצג אותה וסימל אותה. רק במרוצת השנים, עברה החסינות של המלך לראשי מדינה ולאורגנים אחרים של המדינה. במאה התשע-עשרה התפתח המשפט הציבורי כאשר התקבלו בכמה ממדינות אירופה דוקטרינות שהדגישו את עליונות התבונה ואת קיום הזכויות הטבעיות של האדם, ובעקבות זאת נוסדו משטרים דמוקרטיים. אז נולד האידאל שהמדינה תפעל בהתאם לתבונה תוך כיבוד הזכויות הטבעיות של האזרחים וריסון השימוש השרירותי של כוחה. במאה העשרים, עקב תלאות ההיסטוריה, הפך אידאל זה לצורך קיומי של הקהילה הבינ-לאומית. על-כן, פסק נושא זכויות האדם להיות עניינו הבלעדי של המדינה והפך לדאגה משותפת של העולם כולו. בהתחלה התקבל קומץ של הצהרות ואמנות גלובליות ואזוריות עם טקסטים עמומים לרוב, אבל בשלושים השנים האחרונות, הפכו דיני זכויות האדם למשטר שהוא לא רק **בינ-לאומי**, במובן זה שמדינות יכולות לתבוע מדינות אחרות על הפרת זכויות האדם, אלא גם **על-מדינתי**, במובן זה שאזרח, ארגון או קבוצות יכולים לתבוע את המדינה⁶⁷. במשטר הזה קיימת מערכת בתי-דין אזוריים לזכויות אדם באירופה ובארצות אמריקה, בתי-דין ad hoc לשפיטת פושעי מלחמה, וועדות האו"ם לזכויות האדם. בתי-משפט ובתי-דין אלו מטפלים במבחר הפרות, מהפרות בוטות נגד האדם ועד לשאלות טכניות בנוגע לאיגודים מקצועיים ולזכות החברות בהם, הזכות לעבוד, כוחות שיטור משטרתיים, פרטי סדר הדין של ההליך ההוגן, וכו'. היום יותר ויותר תובעים ופרקליטים בעולם מודעים לכך שניתן לתקן את המעוות רק באמצעות מנגנונים על-מדינתיים, לאחר שנמנע מהם תיקון זה במישור המוניציפלי⁶⁸.

למרות היות בית הלורדים האינסטנציה הגבוהה ביותר בבריטניה, במישור הבינ-לאומי⁶⁹, קשורה בריטניה לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם, והחלטות בתי המשפט שלה עלולות לעבור תחת שבט ביקורתו של בית-הדין האירופי בדבר זכויות האדם. בפסק-דין של בית-המשפט זה מ-1978 *Ireland v. the United Kingdom*, הדגיש בית-המשפט כי שונה האמנה האירופית מאמנות קלאסיות בכך שהיא יוצרת התחייבויות

67 ראה L.R.Helfer & A.Slaughter *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, 107 *Yale L.J.* 273, 289 (1997).

68 ראה F.F. Martin et al., *International Human Rights Law and Practice: Cases, Treaties and Materials* (1997), at 179-93, 215-50, 275-90, 315 דין על-מדינתיים שקבעו שאירלנד, בריטניה, גרמניה, דנמרק ודרום קוריאה הפרו זכויות האדם אזרחיות או פוליטיות של התובע.

69 אף ש-33 מדינות חקקו חקיקה משלימה על-מנת להפוך את האמנה לחוק פנימי, טרם עשו בריטניה ואירלנד את הצעד הזה. ראה J.Polakiewicz and V.Jacob-Foltzer "The European Human Rights Convention in Domestic Law", 12 *HRLJ* (1991), 65 and 15 and Harris, et al., *Law of the European Convention*, p. 24, n.2.

אובייקטיביות בנות-אכיפה קולקטיבית⁷⁰. במקום אחר נאמר כי האמנה מהווה "מכשיר חוקתי של הסדר הציבורי האירופי"⁷¹. בריטניה, כצד לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם, חייבת לכבד את הוראות האמנה ולבצע את החלטות בית-המשפט לזכויות אדם. ואכן, דן בית-הדין האירופי לזכויות אדם בתביעות נגד בריטניה בעניין עינויים או מעצר מינהלי של אזרחים איריים בבתי סוהר בריטיים או ברצח חשודים במעשי חבלה על-ידי שירותי הביטחון הבריטיים⁷². הוא קבע את אחריותה המדינית של בריטניה וציווה עליה לפצות את קורבנות ההפרות שלה⁷³.

אם בסופו של דבר תסרב בריטניה להסגיר את פינושה לספרד או לארצות האחרות שביקשו את הסגרתו, או תסרב לשפוט אותו בעצמה, יתכן כי ניתן יהיה לראות בכך הפרה של האמנות הבין-לאומיות בדבר זכויות האדם שבריטניה היא צד להן. בסעיף 5(2) של האמנה לביעור העינויים נאמר, כי כל צד לאמנה ינקוט אמצעים הכרחיים על-מנת לכוון את סמכות שיפוטו בגין עבירות אלו [עינויים] במקרים אשר העבריין החשוד נוכח בשטח שהוא בסמכות שיפוטו והוא אינו מסגיר אותו למדינה שיש לה סמכות שיפוט על-פי האמנה. לפי זה, על בריטניה להסגיר את פינושה או לשפוט אותו בעצמה. גם תוצאה אבסורדית אפשרית. לא מן הנמנע, למרות האירוניה שבדבר, כי לאחר החלטה סופית להסגיר את פינושה, יפנה הלה לוועדה ולבית-הדין האירופי לזכויות האדם.

ט. הגשת כתב-אישום נגד הנשיא מילושוביץ'

Ireland v. the United Kingdom Jan. 18, 1978, Series A, vol. 25, pp. 90-91, 58 *ILR* 188, 70 290-1 "unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting States"... "it creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a 'collective enforcement'"

The Convention constitutes a "constitutional instrument of European public order". 71 *Loizidou v. Turkey*, Series A, vol.310, 24, 27

ב-188 *Ireland v. UK*, Series A, vol.25, 1978; 58 *ILR*, p. 188 נקבע כי חמשת אמצעי החקירה שהשתמשו בהם הכוחות הבריטיים בצפון אירלנד, היוו יחס בלתי אנושי ומשפיל, בניגוד לסעיף 3 של האמנה האירופית. ב-1995 *McCann v. UK*, Series A, vol. 324, קבע בית-המשפט כי הריגת שלושת חברי ה-IRA החשודים בהתערבות במבצע פיצוץ בגיברלטר, הפרה את הזכות לחיים אשר בסעיף 2 של האמנה האירופית. בפסק דין 145, 1988 *Brogan*, Series A, No. קבע בית-המשפט כי תקופת מעצר של לפחות ארבעה ימים לפני שהחשוד ראה שופט על-פי חקיקה אנטי-טרוריסטית בבריטניה, הפרה את האמנה האירופית. אמנם כתגובה להחלטה זאת, הכריזה בריטניה על גריעה מהוראות האמנה בהתאם לסעיף 15 שלה. ראה *NQHR* (1989)255. 7

73 ראה *M.E.Mas 'Right to Compensation under Article 50,' in The European System*, 775

החלטת בית הלורדים מ-24 במארס 1999, להסרת חסינותו של אוגוסטו פינושה, פתחה את האפשרות של העמדה לדין של ראשי מדינה **לשעבר**. אולם נשאלת השאלה מה באשר לחסינותם של ראשי מדינה **המכהנים בפועל**? מהחלטות השופטים השונים ניתן להבחין בין ראשי מדינה המכהנים **בפועל**, שלדעתם ראשים ליהנות מחסינות אישית מוחלטת, לפחות **בפני בתי משפט מוניציפליים**, לבין ראשי מדינה **לשעבר**, שניתן להסיר את חסינותם לאחר שהם עוזבים את משרתם. כל עוד הם מכהנים, הם ממשיכים להחזיק בחסינות אישית *ratione personae*, ובחסינות עניינית *ratione materiae* למעשים שהם מבצעים בעת מילוי תפקידיהם הרשמיים. אמנם השופטים לא דנו כאן, ולא נדרשו לדון, בשאלה אם יכול **בית-דין בין-לאומי** להעמיד לדין ראש מדינה **המכהן בתפקיד** במקרה שהוא מבצע פשעים בין-לאומיים חמורים.

אולם תשובה לשאלה זו ניתנה ממש באותה תקופה בבית-הדין הפלילי הבין-לאומי ליוגוסלביה לשעבר. מהאג יצאה החלטה להסיר את חסינותו של נשיא מדינה **המכהן בפועל** – נשיא יוגוסלביה מילושוביץ'. ב-22 במאי 1999 הוציא בית-דין זה כתב-אישום נגד הנשיא מילושוביץ'. זו הפעם הראשונה בהיסטוריה, שכתב אישום הוגש נגד **ראש מדינה המכהן בפועל** בגין רצח, גירוש ורדיפות על בסיס פוליטי, גזעי ודתי, שהם פשעים נגד האנושות, ובגין רצח, והפרה של דיני המלחמה ומנהגיה. מובן שלמעשה הוא ממשיך לכהן בתפקידו, אבל היום ניתן לעצור אותו ולהעמיד אותו לדין בפני בית-דין זה אם יצליחו לשים עליו יד. ניתן להסיק מדוגמה זאת כי בעידן החדש שבו הצביעו 120 מדינות בעד הקמת בית-דין פלילי בין-לאומי קבוע⁷⁴, ניתן יהיה לחזות העמדתם לדין לא רק של מנהיגים שכיהנו בעבר אלא גם של מנהיגים המכהנים בפועל המבצעים פשעים חמורים בין-לאומיים.

השאלה נשאר, האם תופעה זו חיובית. ברור כי הסרת חסינותו של ראש מדינה המכהן בפועל בעייתית יותר מהסרת חסינותו של ראש מדינה לשעבר. ובכן, מעצמות נאט"ו צריכות להידבר עם מילושוביץ' על-מנת למצוא פתרון מוסכם לבעיית קוסובו. ואיך אפשר לנהל משא ומתן עם מי שהוכרו כפושע מלחמה עם צו מעצר נגדו? כמו כן, אין להתעלם מסכנות הפוליטיזציה של החלטות מסוג זה. עצם העובדה כי מדינות תתערבנה בתחום הפנימי של המדינה, במיוחד בנוגע למנהיג העם, היא בעייתית מאוד. לעתים מנהיג לאומני קיצוני נחשב בעיני עמו כגיבור לאומי. יש תמיד הסכנה שהנאשם ישתמש בעדותו בבית-דין בין-לאומי כאמצעי להצדקת פשעי המלחמה⁷⁵. וכן האם מדינות העולם תסכמנה להתערב כנגד מנהיג מסוים, בכל פעם ובכל מקום שיש הפרות ברוטליות מקובל יותר לחשוב שתתערבנה בסכסוכים שיש להם אינטרסים מסוימים⁷⁶.

74 UN Doc. A/CONF.183/9 of 18 July 1998

75 Geoffrey Robertson, "Not an Open-and-Shut Case", *Newsweek*, June 7, 1999, 28

76 על "הסלקטיביות המפורסמת" של מועצת הביטחון, ראה Peter Malanczuk "Akehurst's Modern Introduction to International Law" (Routledge: 7th rev. ed, 1997), 427-8

וראו, אף שהטילו סנקציות צבאיות רבות כנגד סאדם חוסיין, לא הכריזו עליו כפושע מלחמה ולא הוציאו נגדו צו מעצר בין-לאומי. סכנה מיוחדת טמונה בגישת הפוליטיזציה הזאת בעבור מדינת ישראל, שאף בעידן השלום לאחר חתימת הסכם אוסלו, ממשיכה להיות יעד להתקפות הולכות ונשנות באו"ם ובגופים אחרים, בעניין הפרות זכויות האדם של העם הפלשתינאי הכבוש⁷⁷. בחוקת רומא, למשל, דאגו מדינות ערב ותומכיהן להכניס סעיף המכנה כ"פשע מלחמה" את "העברת אוכלוסיית הכובש אל תוך השטח הכבוש"⁷⁸. יש לציין, כי לא כל השופטים נבחרים על-פי כישורם, וברור שיהיו כאלו שישפטו על-פי תכתיבי מדינתם.

ואם אכן מילושוביץ' ייתפס ויועמד לדין, מה הם הסיכויים כי יורשע? היום קיימות הגנות רבות יותר לנאשם מאשר אלו שהיו בבית-הדין הצבאי של נירנברג או טוקיו⁷⁹. אולי עובדה זאת מנעה מהתובעת לואיז ארבור Louise Arbour להעמיד אותו לדין על פשע שהוא ציווה על ביצועו – הטבח בבית החולים ווקוביץ' של 260 חולים ואחיות קרואטים. בנוסף, הוא יכול לטעון כי החל הגירוש השיטתי של בני קוסובו רק עם תחילת הפצצת נאט"ו, וכי מדובר באמצעי הגנה עצמית נגד תוקפנות, תוך כדי הסרת אויבים פוטנציאליים משטח ריבוני יוגוסלבי. על-כן, יצטרך בית-הדין להחליט בשאלת חוקיות פעולת נאט"ו, שאלה השנויה במחלוקת בין משפטים בין-לאומיים. יש משפטים הטוענים כי ללא אישור מפורש של מועצת הביטחון, אין לפגוע בריבונות ובשלימות הטריטוריאלית של מדינה אחרת. אחרים מעגנים את פעולת נאט"ו בסעיף 51, הזכות להגנה עצמית קולקטיבית, שיכולה להתקיים לפני אישור מועצת הביטחון. מדובר בתגובה הומניטרית חיונית שנועדה לעצור את פשעי הגירוש והטיהור האתני, שהייתה במידה הנדרשת לפי המצב. אישור מועצת הביטחון את ההסכם שהושג עם מילושוביץ' מעיד על הסכמה בדיעבד.

עם כל הבעייתיות שבדבר, יש תקווה כי הקמת בית-הדין הפלילי הבין-לאומי והקמת בתי המשפט המיוחדים לענייני יוגוסלביה לשעבר ולרואנדה, לצד החלטת בית הלורדים על הסרת חסינות פינושה, וכתב האישום נגד מילושוביץ' תהווה אות אזהרה לדיקטטורים ולמפירי זכויות האדם ברחבי תבל שהם עלולים לעמוד לדין על מעשיהם הפליליים.

77 ראה לדוגמה: Morris E. Abram "Finally the UN Condemns Anti-Semitism" 2 *Justice* (1994), "nequity in the United Nations Human Rights System" 6 *Justice* 17; Anne Bayefsky "Dangerous Censorship of a UN Special Rapporteur" 14 *Justice* (1997), 10.

78 ראה דברי ראש נציגות ישראל השופט אלי נתן, כאשר החליטה הנציגות להצביע נגד חוקת רומא, 17 ביולי 1998, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 12th Plenary Meeting, 17 July 1998.

79 Michael P. Scharf "A Critique of the Yugoslav War Crimes Tribunal" 25:2 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (1997), 305.