

# הדין האחר: משפט, ביטחון ולגיטימציה בעקבות הספר "יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל" מאת פרופ' עמיחי כהן ופרופ' סטיוארט כהן

שחר אלדר

האומנם המשפט מחריש בעת שהתותחים רועמים?<sup>1</sup> למקרא ספרם החדש והמרתק של הפרופסורים עמיחי וסטיוארט כהן,<sup>2</sup> שני דורות אקדמיים למשפחה אחת, נזכרתי במקרה שאירע לפני מספר שנים עת הזדמנתי לכנס שבו הציג איש אקדמיה מאוניברסיטת אזרבייג'ן מאמר בנושא הליך הוגן במשפט הפלילי והאזרחי של איראן. הרצאת הדברים תובלה לכל אורכה בהפניות לכתובה אמריקנית על מעמד העליון של עקרון שלטון החוק ושל כללי הצדק הפרוצדורלי, שהוצגה כמקור לגיטימי מובן מאליו ונטול סייגים לדין האיראני, עד כי נוצר הרושם שדין זה יונק את הוראותיו מחוקתה של ארצות-הברית. הנוכחים, משפטנים מערביים כולם, רשמו לפנייהם בסיפוק ניצחון זוטא לאימפריאליזם המשפטי של המערב. ואולם בסוף המצגת, בשלב הפתוח לשאלות, לא התאפקו כמה מהנוכחים והקשו כיצד הדברים מתיישבים עם הדרך שבה משפטים ביטחוניים ופוליטיים באיראן מצטיירים בדיווחי התקשורת במערב. תשובתו של המלומד האיראני הייתה קצרה: "על משפטים בעניינים אלה חל דין אחר".

במשתתפי הכנס עוררה הערה זו גיחוך כללי, וכעת נרשמה תחושת סיפוק לנוכח שמירת עליונותה המוסרית של שיטת המשפט הנוהגת במערב. ואולם התגובה האוטומטית התחלפה במהרה בהכרה בכך ש"דין אחר" מסדיר את משפט הביטחון הלאומי בכל מקום ובכל אתר. הרי גם בארצות-הברית דיני הביטחון הלאומי מקנים סמכויות חירום מרחיקות לכת, ואלה הורחבו עוד יותר בעידן שלאחר פיגועי ה-11 בספטמבר בחקיקה ובנוהג המצויים הרחק מחוץ לגדר התוחמת את חירויות היסוד

<sup>1</sup> בעקבות אמרתו הידועה של הפילוסוף והפוליטיקאי הרומי מרקוס תליוס קיקרו בנאומו למען טיטוס מילו בעת שהואשם בביצוע רצח פוליטי: "Silent enim leges inter arma".

<sup>2</sup> עמיחי כהן וסטיוארט כהן **יורים ושופטים – ביטחון ומשפט בישראל** (2014).

הדמוקרטיה בנושאים אחרים.<sup>3</sup> בישראל חל בהקשר זה מצב מיוחד מן הבחינה הביטחונית והמשפטית כאחד מתוקף ההכרזה על קיומו של מצב חירום שימיה כימי המדינה והיא שרירה וקיימת גם בימינו אלה.<sup>4</sup> גם תקנות ההגנה (שעת-חירום)<sup>5</sup> שנחקקו בעת שלטון המנדט הבריטי על ארץ ישראל, עודן בתוקף, חיות ובוועטות.

עבור המשפטן, קיומו של דין אחר המיוחד לענייני ביטחון מהווה מקור בלתי מאכזב למבוכה ולחוסר נעימות. חוקי הביטחון הלאומי מיועדים להביא מגמות סותרות לכדי יישוב לא נוח. עליהם לאזן בין הדרישות הצולבות של חריות יסוד ומאוויי ביטחון, ולגשר בין כללי המשפט הבינלאומי לבין צורכי השעה והמקום. אין תמה אפוא שלעיתים לעוסקים בתחום מתגנבת מאליה תחושה של חוסר יציבות; זהו פחד גבהים שחש מי שעומד על קצהו של צוק המשפט ומשקיף מטה לעבר תהום ערפילית וכאוטית, שאין בה דין או כמיהה לדיין. מנקודת התצפית נדמה לא אחת כי היבטים מסוימים של הביטחון הלאומי אינם ניתנים להסדרה חוקית כלל ועיקר. מטעם זה התאחרה חקיקתו של חוק שירות הביטחון הכללי<sup>6</sup> ואילו פעילותו של המוסד לא עוגנה בחוק מעולם; הצעת חוק המאבק בטרור<sup>7</sup> שנויה במחלוקת וטרם התגבשה לחוק, וכך גם נתקלה בהתנגדויות שונות יוזמתה של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי להתאים את הדין המוחל על התושבים הפלסטינים ביהודה ושומרון לדיני העונשין בישראל, ורק עתה הגיעה לכלל מימוש.<sup>8</sup>

התוואי הטופוגרפי התלול והחמקמק שבין המשפטי לביטחוני הוא הנושא של 340 עמודי "יורים ושופטים". המחברים אינם חוששים להישיר מבט לעבר הדין האחר. גישתם האסטרטגית לנושא היא בינתחומית, והם נעים בתנועת מלקחיים ובאיגוף רחב. האגף האחד הוא מבצרו של האב, סטיוארט כהן, איש החוג לפוליטיקה וממשל; האחר הוא כלי חילו של הבן המשפטן, עמיחי כהן. התוצאה המתקבלת היא

<sup>3</sup> למשל באמצעות חקיקת ה-USA Patriot Act משנת 2001, והפעלתו משנת 2002 ואילך של מתקן הכליאה במפרץ גואנטנמו, מחוץ לטריטוריה של ארצות-הברית. לדיון מהעת האחרונה, ראו: ליאב אורגד ויורם רבין "זכות הגישה לערכאות של נתיני אויב (בעקבות רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיאני)" **מחקרי משפט** כט 469, 482-483 (2014).

<sup>4</sup> במהלך הדיון בבג"ץ 3091/99 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 8.5.2012) הודיעה המדינה כי נעשית עבודת מטה לניתוק הזיקה בין הוראות דין מסוימות למצב החירום, כדי לאפשר בבווא העת את ביטולה של ההכרזה על מצב חירום.

<sup>5</sup> תקנות ההגנה (שעת-חירום) 1945.

<sup>6</sup> חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, ס"ח 179.

<sup>7</sup> הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 1408.

<sup>8</sup> הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 45) (כללי האחריות לעבירה) (יהודה ושומרון) (מס' 1745), התשע"ד-2015 (נחתם ביום 24.3.2015). בינתיים התבצעה החלה מזדחלת של סעיפי החלק הכללי של חוק העונשין, התשל"ז-1977 ושילובם בדין שבשטחים בדרך של פרשנות על ידי בתי המשפט הצבאיים; ראו: נתנאל בנישו "על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" **משפט וצבא** 18, 293 (2005).

ניתוח משפטי של ההיסטוריה הפוליטית של מדיניות הביטחון במדינת ישראל (ואולי כך נראה המחקר בעיניו של משפטן, ואילו מנקודות ראות אחרות הוא יתואר כניתוח היסטורי או פוליטי של דיני הביטחון הלאומי במדינה). הציר שעליו נע חלק הארי של הספר הוא נתיב הזמן, המקנה למחקר מידה רבה של רוחב יריעה ועומק היסטורי. המחברים פותחים את מסעם בהצגת הקרקע התרבותית שממנה צמחו כללי הביטחון הלאומי של ישראל. הם מתארים את הרקע הייחודי של העם היהודי בתקופת הגלות, שראשיתה במרידות הכושלות שלו באימפריה הרומית, שהסתיימו בחורבן, הכחדה ואבדן האוטונומיה של היהודים בארץ ישראל, ואחריתה כאלף ושמונה מאות שנים לאחר מכן עם התחדשותו של היישוב היהודי בארץ. המסגרת של קהילות מיעוט החיות בקרבם של עמים ריבוניים לא זימנה ליהודי התפוצות שעת כושר לסיגול עצמאות צבאית, ולפיכך לא התעורר הצורך בכינונה של חוקת ביטחון. יתרה מזו, נחיתות כוחן של הקהילות היהודיות ביחס לכוחם של העמים הריבוניים שבקרבם חיו הפכה את העיסוק ההלכתי בסוגיות ביטחון לבלתי כדאי ואף למסוכן: לימוד תורני של הלכות מלחמה היה עלול להתפרש על ידי השלטון כהכנה להפיכה או כהסתה למרד. לפיכך נפתחה תקופת היישוב מחדש בארץ ישראל בפיגור ניכר של הציונות בכל הנוגע לתורת הביטחון הלאומי.

את התקופה שלאחר קום המדינה המחברים מחלקים לארבעה פרקי זמן דומים במשכם. השנים שבין 1948 ל-1963 מאופיינות בריכוזיות האדמיניסטרטיבית של שלטון בן-גוריון, אשר אישיותו הדומיננטית וכהונתו הממושכת כראש הממשלה ושר הביטחון גם יחד, בצירוף נסיבות הזמן המיוחדות, הקנו לו בלעדיות כמעט מלאה בהתווייתם של מדיניות הביטחון הלאומי וכלליו. העידן שלאחר ירידתו של בן-גוריון מן הבימה מתייחד בגישושים מצד רשויות השלטון השונות במגמה למלא את הקיץ הפוליטי שהותיר אחריו המנהיג המייסד. בתקופה זו החל תהליך הססני של ביזור סמכויות בתחום הביטחון הלאומי, והממשלה, ובמידת מה גם הכנסת, הגבירו את מעורבותן בתחום זה. התהליך המתואר התרחש אגב הטלטלה הדרמטית שעברה המדינה הצעירה מתחושת האופוריה שבעקבות מלחמת ששת הימים אל הדכדוך הלאומי שלאחר מלחמת יום הכיפורים, ובשנים אלה נכנס לשיח הביטחוני של מדינת ישראל גורם חשוב חדש בדמות השטחים שכבשה המדינה במלחמת ששת הימים.

ימי המהפך הפוליטי שבא בעקבות ניצחונו של מנחם בגין במערכת הבחירות של שנת 1977 סימנו את פתיחתה של תקופת אי-יציבות שלטונית שמשכה גורמים מגוונים להשתלב בהליך קביעת המדיניות הביטחונית בישראל, ובכך הביאה לידי מאזן מחודש והטרונגי של הכוחות המשפיעים על תחיקת הביטחון שלה. הרחק מימי מנהיגותו הריכוזית של בן-גוריון, עתה נכנסו לזירה הביטחוניסטית, ועם השפעה הולכת וגוברת, הרשות המחוקקת, מערכת המשפט והחברה האזרחית. הפרק המתמקד בתקופת השנים 1977-1995 מתאר את התערערות המבנה ההיררכי של קבלת ההחלטות בנושאי ביטחון ואת ההסתעפות ביחסי הכוחות המשתנים בין ראש

הממשלה, הממשלה, הקבינט הביטחוני, מליאת הכנסת, ועדת החוץ והביטחון, שר הביטחון והרמטכ"ל. בתקופה זו התחילה גם נסיקתו של המשפט כגורם משמעותי בקביעת כללי המשחק, בעיקר באמצעות בית המשפט העליון, אך גם דרך משרד היועץ המשפטי לממשלה ומפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, ועדות חקירה ממלכתיות והגופים המפעילים את המשפט הבינלאומי. תפקידו של המשפט התעצם עוד ורכש את מעמדו הדומיננטי בתקופה שהחלה ב-1995, ונמשכת עד ימינו אלה, של "משפטיזציה" מואצת של הליך קבלת החלטות בענייני ביטחון. המחברים מזהים כגורמים המרכזיים למגמה זו את עליית קרנו של המשפט הבינלאומי ואת השפעת האיום הגלום במוסדותיו של ביקורת משפטית חיצונית על מדיניות הביטחון של ישראל. ואולם הם אינם מתעלמים מהשפעות פנים-ישראליות, ואפילו פרסונליות, כגון השפעתו מרחיקת הלכת של אהרן ברק, בעיקר בעת כהונתו כנשיא בית המשפט העליון בין השנים 1995–2006.

את התמורות שחלו בדיני הביטחון הלאומי בישראל המחברים מבקשים להבין על פני ארבעה מישורים והם היררכיה, תפקוד, מרחב וזמן. במישור ההיררכי המחברים מנתחים את שרשרת הפיקוד של המערך הלאומי-ביטחוני בישראל כפי שהוא משתקף בדיני המדינה, ובמיוחד בחוק-יסוד: הצבא<sup>9</sup> ובחוק-יסוד: הממשלה.<sup>10</sup> עיקר הדיון נסב על יחסי הכוחות שבין הדרג האזרחי לדרג הצבאי ובקרב מקבלי החלטות בדרג האזרחי בינם לבין עצמם. מפתיע לגלות עד כמה רב היקפם של הבורות הנורמטיביים המרצפים מישור זה, ועד כמה רבה אי-הבהירות בשאלות יסוד כגון טיב הסמכויות הנתונות לשר הביטחון כלפי הצבא; חלוקת התפקידים בין ראש הממשלה, שר הביטחון, הממשלה ומליאת הכנסת בקבלת החלטות בתחום הביטחון; וזהותו של איש הציבור המופקד על העברת הוראות הדרג האזרחי לסוכנויות הביטחון. במישור התפקודי, המחברים מתמקדים במנגנון הפיקוח על החלטות הרשות המבצעת בנושאי ביטחון כחלק ממערכת האיזונים והבלמים שרשויות השלטון מקיימות, וכן באופיים של ההליכים המשמשים ליישוב חילוקי דעות פנימיים בענייני ביטחון לאומי. מישורי המרחב והזמן תוחמים את הדיון בהשפעות על תחיקת הביטחון של ישראל בעקבות השינויים הטריטוריאליים שעברו עליה, לנוכח מעמדם המשתנה של השטחים הכבושים ובשל קיומם של עתות מלחמה ומצב חירום מתמשך.

בנוגע לכל אחד מארבעת המישורים, המחברים מנסים לטכס עצה ולמצוא דרכים לשיפור המצב. מבחינה היררכית המחברים ממליצים לעגן בדין נהגים שהשתרשו באופן לא רשמי, ובהם הסדרת תפקודו של הקבינט המדיני-ביטחוני כפורום מצומצם וקבוע לקבלת החלטות בנושאי ביטחון לאומי; הכנסת שינויים בחוק-יסוד: הממשלה או בחוק-יסוד: הצבא שיעגנו ויבהירו את היחסים החוקתיים שבין ראש הממשלה,

<sup>9</sup> ס"ח התשל"ו 154.

<sup>10</sup> ס"ח התשס"א 158.

הממשלה ושר הביטחון בהליך קבלת ההחלטות בנושאי ביטחון לאומי; והגדרת היקף עצמאותו של הרמטכ"ל כלפי הדרג האזרחי כמו גם מידת כפיפותו לו, בימי שלום ורגיעה ובעתות מלחמה ומשבר.

ההמלצה במישור התפקוד היא מהפכנית, ועיקרה סימון מחודש של מוקדי השפעה על תחיקת הביטחון הלאומי באמצעות ריסון הפיקוח שמקיימות הרשות המחוקקת והרשות השופטת, והמרתו במערך של שומרי סף ממשלתיים כגון היועץ המשפטי לממשלה, ועדות חקירה וועדות מקצועיות קבועות. הכותבים אינם מציעים לבטל את מעמדו הבכיר של בית המשפט הגבוה לצדק כמגן זכויות הפרט, אף בנושאי ביטחון לאומי, אך הם קוראים לרשות השופטת למשוך ידיה ממעורבות קונקרטיה בהחלטות אופרטיביות, ולהתמקד בהסדרה מוסדית של חלוקת הסמכויות הנאותה בין גופי השלטון האמונים על קבלת ההחלטות.

במישור הזמן המחברים מציעים מנגנון דו-שלבי להכרזה על עתות חירום. על פי המוצע, ועדת החוץ והביטחון של הכנסת תוסמך להכריז על מצב חירום לזמן מוגבל, ואילו הסמכות להאריך את תקופת החירום מעבר לכך תופקד בידי בית המשפט העליון (ולא בידי הכנסת, כמצב היום),<sup>11</sup> אשר יהיה רשאי להשתמש בסמכותו זו על סמך פנייה מנומקת מהממשלה. לכאורה, הפקדת הסמכות בעניין זה בידי של בית המשפט אינה מתיישבת עם גישתם המצמצמת של המחברים בכל הנוגע לתפקידה של הרשות השופטת בענייני ביטחון לאומי; למעשה, היא תואמת את עמדתם הכללית של המחברים, ולפיה, כאמור, הרשות השופטת אמונה על שרטוטם של הקווים המנחים להפעלת סמכויותיה של הרשות המבצעת, מאחר שהכרזה על עת חירום משמעה סטייה זמנית מחלוקת הסמכויות הרגילה.

התנופה הרפורמיבית של המחברים נבלמת במישור המרחב. בדונם בממד זה, המחברים מצביעים על המציאות המשפטית החותרת תחת תקפותם של הסיווגים הרשמיים של השטחים שבשליטת מדינת ישראל. בגדה המערבית ישראלים ופלסטינים נתונים לריבוי של משטרי חוק, שביחד עם הסמכויות מרחיקות הלכת הנתונות לממשל הצבאי יוצרים אזור ספר משפטי האפוף אובך נורמטיבי. המחברים מדגישים את קוצר ידו של המשפט בהסדרת המצב, אשר יכול לבוא על תיקונו רק בהכרעה פוליטית מפי הרשות המבצעת שתושג בעקבות משא ומתן מדיני או על ידי נקיטת עמדה חד-צדדית של ישראל. עד אז, הם קובעים, "ימשיך ממד המרחב של חוקת הביטחון הלאומי הישראלית בכל הקשור לשטחים להיות פגום באופן חמור".<sup>12</sup> קו העלילה של הספר שוזר בניתוח רחב היריעה של המגמות המתחלפות ששלטו באופני קבלת ההחלטות הביטחוניות בישראל שלל של אנקדוטות היסטוריות קטנות ופיסות רכילות שנודעה להן השפעה מרחיקת לכת על מהלכים מדיניים הרי גורל.

<sup>11</sup> ס' 38 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

<sup>12</sup> כהן וכהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 287.

פרקיו מזכירים ומבארים פרשיות שהסעירו וממשיכות להסעיר את המדינה, מ"עסק הביש", דרך פרשת קו 300, ועד למסמך הרפז ומינויו הכושל לרמטכ"ל של יואב גלנט. פרטים אלה מצטרפים ליצירה שהיא בה בעת ססגונית ואינטלקטואלית, היסטורית ואקטואלית, שכל ישראלי בוגר, כל שכן משפטן ישראלי, ימצא בה עניין רב.

\*\*\*

מאפיין אחד של משפט הביטחון הלאומי מהדהד לכל אורכה של הקריאה ב"יורים ושופטים", גם כאשר אינו מוזכר במפורש, והוא כמיהתו של ענף משפטי זה להכרה בלגיטימיות של הוראותיו. את המשכה של הרשימה אבקש לייחד להדגשה של היבט זה.

בחברה שאינה נוקטת אמצעים דיקטוריים להשלטת חוקיה, זכות קיומו של המשפט, כמו גם היכולת ליישמו באפקטיביות, מותנות בהכרה הציבורית במסוגלותו לפתור סכסוכים בדרכי צדק. משפט הביטחון הלאומי שברירי במיוחד בנקודה זו. האיזון העדין שמצופה מנוסחת "משפט הביטחון" לקיים בין צורכי ביטחון לאומיים לבין עקרונות של משפט צדק הוא לעולם בחזקת חשוד, ולפיכך הנחת היסודות למערכת פעילה של דיני ביטחון מונעת מתלותה של המערכת במידת הלגיטימציה של הוראותיה, הן מבית הן מחוץ.

אף כי אין לכחד שהמשפטי הוא תמיד (גם) פוליטי, החשש מפני הבסתם של שיקולי צדק מידי התכתיבים של אינטרסים פוליטיים גדול במיוחד בתחום יחסה של המדינה אל הגורמים הנתפסים על ידיה כסוטים מן השורה ומסכנים את שלמותה. בזירה חוצת המדינות של המשפט הבינלאומי, המשפיע באופן הולך וגובר על דיני הביטחון הפנימיים, עניין זה בולט עוד יותר. סימונם של ארגונים, קבוצות אתניות ומדינות כאויבי העם או האנושות ושלילתן של אידיאולוגיות ועמדות – המהווים את לחם חוקו של המשפט הפלילי הבינלאומי – הם פעולות פוליטיות מובהקות.<sup>13</sup> ההיסטוריה בת שבעים השנים של המשפט הפלילי הבינלאומי, שהוקמה בטרביבונלים הצבאיים שהוקמו על ידי בעלות הברית לאחר מלחמת העולם השנייה, מגלה מורשת של הנצחת "צדק של מנצחים": מנגנוניו של ענף משפטי זה נתפסו תדיר ככלי של אחר שוך הקרבות להשלטת רצונו של הצד המנצח על יריבו וכהמשכה של המערכה בדרכים אחרות. בתחום המדינה, דין הביטחון הלאומי ממלא תפקיד דומה בהשלטת עמדות הגמוניות על קבוצות מיעוט סוררות באסרו בגידה בערכי המדינה, מגע עם מי שהוגדרו אויבים והסתה למרד.

ROBERT CRYER, PROSECUTING INTERNATIONAL CRIMES: SELECTIVITY AND THE 13  
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW REGIME 194 (2005)

יסוד משותף זה שבאופיים הפוליטי של המשפט הפלילי הבינלאומי ושל הדינים המדינתיים להסדרת הביטחון הלאומי, והכורח הנובע ממנו להישען על בסיס לגיטימציה מוצק, הוא מתעתע. לאמיתו של דבר שני ענפי המשפט מתקיימים במתח מתמיד. הדין הבינלאומי מאתגר את ריבונותו של השלטון המדיני בקביעת סדר היום הביטחוני. עקרונותיו עשויים לשלול ולסמן מחדש את קווי הגבול שמשמשים את המדינה לתחומה בין ידיד ואויב, בין התגוננות מפני איום ויוזמה התקפית, ובין המותר והאסור. מצב עניינים זה מכונן רצף של רכישת לגיטימציה, ולפיו ככל שמידת הלגיטימציה של הדין הבינלאומי עולה ומתבססת, כך כושרו להכריע בשאלת הלגיטימיות של דיני הביטחון של המדינה מתעצם, ויכולתם של מוסדותיו לדרוש מהמדינה להפנים את משנתו לתוך חוקיה גוברת גם היא. בהקשר המקומי, מדינת ישראל אמנם חסינה מפני סמכותו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, המותנית בהצטרפות לאמנת רומא שעליה סירבה ישראל לחתום, ואולם בכל זאת מתקיים החשש מפני הבאתם לדין של ישראלים בידי מדינות שנטלו לעצמן סמכות שיפוט אוניברסלית על איסורי המשפט הבינלאומי (וזכורים בהקשר זה כתב האישום שהוגש בבלגיה נגד אריאל שרון בעקבות הטבח בסברה ושתילה והחלטתו של בית המשפט בספרד לפתוח בחקירה נגד דן חלוץ בחשד למעורבותו ביישום מדיניות הסיכול הממוקד).<sup>14</sup> ככל שיהנו דיני הביטחון הלאומי הפנימיים של המדינה מהכרה רחבה יותר בהתאמתם לעקרונות של המשפט הבינלאומי, וככל שיוזכו הפרות חוק לטיפול משפטי הולם ומלא יותר על פי הדין הפנימי, כך יפחת הסיכון להתערבות שיפוטית מחוץ.

ואולם כאן נחשף מתח מזן נוסף. על מנת להגביר את כוחו האפקטיבי, המשפט הפלילי הבינלאומי נדרש לרכוש לגיטימציה להוראותיו; אלא שהלגיטימציה של המשפט הפלילי הבינלאומי נסמכת על ריסון כוחו במגמה לצמצם ולטשטש את ההיבטים הפוליטיים של סמכותו. נמצא אפוא שהרחבת עוצמתו של המשפט הפלילי הבינלאומי נשענת על מידת הלגיטימציה שהוא זוכה לה, אלא שמידה זו נשענת על צמצום עוצמתו, ומשמעות הדבר היא שענף משפטי זה נדון לרחף בלימבו שבין לגיטימיות לאפקטיביות. עניין זה טעון המחשה. אחת האסטרטגיות המרכזיות שמשמשות את המשפט הפלילי הבינלאומי למיסוך היבטיו הפוליטיים היא דבקותו באתוס משפטי-מקצועי, ובעיקר בעיגון הוראותיו בעקרונות משפטיים צרים. תלותו הקריטית של המשפט הפלילי הבינלאומי בהכרה בכשרות המניעים של מוסדותיו אינה מאפשרת לו להגמיש את עקרונות האחריות הפלילית כמקובל בדין הפנימי של

<sup>14</sup> שתי המדינות אמנם צמצמו את חוקיהן על מנת להגביל את סמכותה של מערכת המשפט הפנימית לדון בקונפליקטים זרים, ואולם צרה ומוגבלת ככל שתהיה, הסמכות עודנה קיימת. ראו: כהן וכהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 201.

המדינה, והתוצאה היא ניסוח דוגמטי הפוגע בהכרח במוטת כנפיו ובהיקף השגתו.<sup>15</sup> וכך, אף שהדין הפלילי הבינלאומי מתייחס לפעילות שהיא קולקטיבית בעיקרה ויכולה להישפט במלואה רק מתוך התבוננות כוללת והבאה בחשבון של מעשי הקבוצות המעורבות,<sup>16</sup> המשפט הפלילי הבינלאומי נצמד לעקרון האחריות האינדיווידואלית בנוקשות רבה יותר מזו המאפיינת בדרך כלל את המשפט הפלילי הפנימי של המדינות.<sup>17</sup> חוסר ההתאמה שבין דוקטרינת האחריות האישית לעשייה קולקטיבית מוביל לכך שהמשפט הפלילי הבינלאומי אינו מצליח להכיל את התופעות העברייניות שעליהן הוא מתיימר לחול.

לפי אותה אסטרטגיה זהירה, המשפט הפלילי הבינלאומי נמנע מלהגשים במלואן את מטרות ההרתעה והגמול של דיני העונשין, ותחת זאת מודגש תפקידו האקספרסיבי של המשפט בביטוי צופה פני עבר של שאט נפשה של הקהילייה הבינלאומית מהמעשים הנשפטים.<sup>18</sup> נטייה זו של המשפט הפלילי הבינלאומי היא מהגורמים הברורים לגרירת הרגליים המאפיינת אותו בכל הנוגע לקונפליקטים אלימים בעת התפתחותם והתרחשותם, הבאה לידי ביטוי בחוסר יכולתו למנוע רעות במהלך ביצוען. התערבות לאחר מעשה אפיינה במובהק את הטריבונלים הצבאיים שקמו בעקבות מלחמת העולם השנייה (ובראשם בתי הדין של בעלות הברית בנירנברג ובטוקיו), ואת הערכאות ממוקדות הקונפליקט שקמו עם תחילתן המחודשת של המשפט הבינלאומי בשנות התשעים (כגון בתי הדין שפעלו בעקבות סכסוכי הדמים ביוגוסלביה וברואנדה). בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, אשר הוקם בראשית האלף הנוכחי, התיימר לנקוט התערבות מונעת בקונפליקטים מזוינים, אך ליומרה זו עדיין אין כיסוי. פועלו של בית דין זה מסתכם בשלב הנוכחי

Allison Marston Danner & Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, 93 CAL. L. REV. 75, 98 (2005) <sup>15</sup>

George P. Fletcher, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, 111 YALE L. J. 1499, 1514–1518 (2002); Mark A. Drumbl, *Pluralizing International Criminal Justice*, 103 MICH. L. REV. 1295, 1309–1310 (2005); Andrew Clapham, *Extending International Criminal Law Beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, 6 J. OF INT'L CRIM. JUST. 899 (2008); Larry May, *Collective Punishment and Mass Confinement*, in ACCOUNTABILITY FOR COLLECTIVE WRONGDOING 169, 170–171 (Tracy Isaacs & Richard Vernon eds., 2011) <sup>16</sup>

Shachar Eldar, *Exploring International Criminal Law's Reluctance to Resort to Modalities of Group Responsibility*, 11 J. OF INT'L CRIM. JUST. 331 (2013) <sup>17</sup>

Robert D. Sloane, *The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, 43 STAN. J. INT'L L. 39 (2007); MARK OSIEL, MAKING SENSE OF MASS ATROCITY 49 (2009) <sup>18</sup>



בשפיטה בדיעבד של צדדים שהיו מעורבים באירועי זוועה שהתרחשו במדינות אפריקניות בלתי מפותחות. אזלת ידו של המשפט הבינלאומי בהבאתו לידי סיום של מאבק הדמים הנוכחי בסוריה משמשת בהקשר זה משל הולם.

מגמותיו של המשפט הבינלאומי זולגות לעבר דיני הביטחון הלאומי הפנימיים. כפי שראינו, כדי לזכות בעצמאות ובככורה בהסדרה השיפוטית של מעשי המדינה בתחומי הביטחון נדרש דין הביטחון הלאומי להפנים את הגישות ואת הערכים שקנו שביתה במשפט הפלילי הבינלאומי. מובן שגם עניין זה הוא חלק מהמורכבות הפרדוקסלית של הסוגיה. הגברתה של העוצמה המשפטית מצריכה זכייה בלגיטימציה להוראות הדין, שמצדה מותנית בהגבלתה של העוצמה המשפטית; עצמאותה של חוקת הביטחון הלאומי תלויה במידת כפיפותה והתאמתה לתורת המשפט הבינלאומי.

הכשר מטעם המשפט הפלילי הבינלאומי נדרש לדיני הלאום גם על מנת לאפשר למדינה לקחת חלק פעיל בזירה הבינלאומית כמאשימה וכשופטת. ההכרה הבינלאומית בדינה של המדינה נדרשת לא רק במישור הטכני כתנאי מקדים לסמכות לשפוט אחרים – והרי ראינו כי מושכות השיפוט הבינלאומי ניתנים לאו דווקא בידי הצודקים, כי אם בידי המנצחים – אלא גם במישור הפרקטי של ניהול המשפט. דיני ביטחון קלוקלים והתנהלות מדינית מפוקפקת של המדינה השופטת מזמנים טיעוני הגנה בדבר מוסר כפול וצביעות. לא אחת הועלתה הסברה כי חשש מפני טקטיקות סנגוריה המתמקדות במעשיהן של המדינות השופטות (ידועות כהגנת tu quoque – "גם אתה")<sup>19</sup> הוא שמנע מבעלות הברית להגיש בנירנברג כתי אישום בקשר להפצצות הבליצקריג שביצע צבא גרמניה,<sup>20</sup> והוא שעמד גם בבסיס החלטתה של ארצות-הברית שלא להביא לדין על פשעי מלחמה את בכירי משטרו של סדאם חוסיין בעקבות מלחמת המפרץ הראשונה.<sup>21</sup>

אופיו ההססני של משפט הביטחון הלאומי, הנע תמידית בין קטבים של כוחניות חסרת מעצורים וכמיהה להכרה ולהכשר, מסמנו לעד כאתגר שורשי בפני שיטת המשפט.

<sup>19</sup> השימוש הידוע ביותר בהגנה זו נעשה במשפטו של מפקד הגסטאפו בעיר ליון, קלאוס בארבי, אשר טען להגנתו כי המדינה השופטת, צרפת, ביצעה בימי כיבוש אלג'יריה מעשים דומים לאלה שיוחסו לו בכתב האישום. לדיון ראו: Guyora Binder, *Representing Nazism: Advocacy and Identity in the Trial of Klaus Barbie*, 99 YALE L. J. 1321, 1360–1362 (1989).

<sup>20</sup> Richard Overly, *The Nuremberg Trials: International Criminal Law in the Making*, in FROM NUREMBERG TO THE HAGUE: THE FUTURE OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 1, 10 (Philippe Sands ed., 2003).

<sup>21</sup> David A. Martin, *Reluctance to Prosecute War Crimes: of Causes and Cures*, 34 VA. J. INT'L L. 255, 259 (1994).

\*\*\*

דין הביטחון הלאומי הוא גידול פרא צפוף ומשתרג של זכויות חוקתיות, אינטרסים פוליטיים ואינטריגות בינלאומיות. ומאחר שהסבך הוא מדיני לא פחות משהוא משפטי, אנו זקוקים למפלסי דרך מיומנים ככהן את כהן, שיודעים את הנתיב שעובר דרך שני התחומים כאחד.