

## בחיפוש אחר סעד אן מסאג'י\*

תקנונים משפטיים בינלאומיים רבים מעניקים ליחידים שנפגעו כתוצאה מהפרות חמורות של זכויות אדם בינלאומיות ושל המשפט הבינלאומי ההומניטרי את הזכות לקבל סעד. ביניהם אפשר להזכיר את האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, תקנות האג מ-1907 והצהרת היסוד של בית הדין הפלילי הבינלאומי<sup>1</sup>. מבחינה משפטית, בית הדין הבינלאומי לצדק תיאר בקווים כלליים זכות זאת בפסק הדין בעניין *Chorzów Factory*<sup>2</sup> מ-1928. באופן ברור, עקרון הזכות לסעד הוא עתיק יומין ולפי פרשנים מסוימים הוא מנהגי מטבעו<sup>3</sup>.

מהו בדיוק סעד משפטי? סעדים הם או אכיפה של זכות או תיקון של עוולה<sup>4</sup>. לפי הנורמות המשפטיות הבינלאומיות, על מדינות – ועל סוכניהן – שמבצעים מעשים המנוגדים למשפט הבינלאומי, חלה החובה לפצות על הנזק שנגרם עקב מעשים אלה<sup>5</sup>. לפיכך, סעד כשלעצמו הוא זכות – המופעלת משעה שזכות אחרת מופרת. כפי שקבעה דיים רוזלין היגינס, נשיאת בית הדין הבינלאומי לצדק לשעבר, "התוצאה של אחריות המדינה היא החובה לתת פיצוי"<sup>6</sup>.

חובתן של מדינות לתת סעד מפורטת במסמך עקרונות יסוד והנחיות בדבר זכותם של קורבנות להפרות גסות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט הבינלאומי ההומניטרי לקבל סעד ופיצוי (להלן: עקרונות יסוד)<sup>7</sup>. העקרונות קובעים כי:

סעדים בעקבות הפרות גסות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט הבינלאומי ההומניטרי כוללים את זכותו של הקורבן לתנאים שלהלן, על פי המשפט הבינלאומי:

- (א) גישה שוויונית ואפקטיבית לדין;
- (ב) פיצוי מספק, יעיל ומיידי לנזק שנגרם;
- (ג) גישה למידע רלוונטי בנוגע להפרות של זכויות ולמנגנוני פיצוי.

הנקודה שחשוב להבין מכל אלה היא, שסעדים אינם ניתנים לקורבנות של הפרות המשפט ההומניטרי הבינלאומי בלבד, אלא חלים גם על הפרות "גסות" של משפט זכויות האדם הבינלאומי. מכאן עולה השאלה אילו הפרות הן חמורות מספיק כדי ליפול בגדרותיה של הגדרה זאת. בעוד שתמיד מתנהל ויכוח מסוים בעניינים אלה, ממעשיהן של מדינות עולה כי אפשר לראות באופן זה הפרות כמו עינויים; יחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל; מעצר שרירותי ממושך; העלמה בכפייה; אלימות מינית; והוצאות להורג ללא משפט.

רוב המחקרים והמאמרים העוסקים בסוגיות אלה דנים בהרחבה על "קורבנות", מונח הזקוק להבהרה. מיהו קורבן? האם מדובר רק באנשים שנפגעו ישירות מהפרה של נורמה או אמנה או שההגדרה כוללת גם אחרים, כמו בני המשפחה של הנפגעים? עקרונות היסוד מבהירים את השאלה וקובעים:

\* אן מסאג'י היא עמיתה בכירה בתוכנית המזרח התיכון-צפון אפריקה של המרכז הבינלאומי לצדק מעברי.  
<sup>1</sup> לרשימה של אמנות כאלה, ראו המבוא לעקרונות יסוד והנחיות בדבר זכותם של קורבנות להפרות גסות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט הבינלאומי ההומניטרי לקבל סעד ופיצוי. אומץ על ידי העצרת הכללית של האו"ם, החלטה 60/147, מ-16 בדצמבר 2005.

<sup>2</sup> ראו PCIJ, *Chorzów Factory*, 13 September 1928 (Series A. No. 17, 29).  
<sup>3</sup> בעוד שכמה פרשנים משפטיים התייחסו לסוגיה זאת, ראוי להדגיש גם את החלטת העצרת הכללית של האו"ם לאמץ את עקרונות היסוד, המבהירה שהעקרונות שיקפו את קיומן של מחויבויות לזכויות אדם בינלאומיות ולמשפט ההומניטרי.

<sup>4</sup> ראו 1296, p. "Remedy," *Black's Law Dictionary*, 7th edition (St. Paul: West Group, 1999).

<sup>5</sup> ראו סעיף 31, הוועדה המשפטית הבינלאומית, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

<sup>6</sup> Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford, Clarendon

Press, 1994), p. 162. (ההדגשה במקור).

<sup>7</sup> ראו הערה 1 לעיל.

לצורכי המסמך הנוכחי, קורבנות הם בני אדם שסבלו נזק אישי או קולקטיבי, ובכלל זה פגיעה גופנית או נפשית, סבל רגשי, הפסד כלכלי או פגיעה משמעותית בזכויות היסוד שלהם, באמצעות מעשים או מחדלים המהווים הפרות גסות של משפט זכויות האדם הבינלאומי או הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי הבינלאומי. במקרים הולמים ובהתאמה עם המשפט המקומי, המונח "קורבן" כולל גם את משפחתו הקרובה של הקורבן הישיר או את התלויים בו וכן אנשים שנפגעו לאחר שהתערבו בניסיון לסייע לקורבנות במצוקה או שניסו למנוע פגיעה באדם מסוים.

המונח מורכב גם משום שכמה יחידים עשויים לא לראות בעצמם קורבנות, אבל מועיל לזכור שלא משנה מהו המונח שבו נעשה שימוש, ליחידים אלה יש זכות מבוססת לסעד על פי המשפט הבינלאומי.

## סעדים זמינים לקורבנות

עקרונות היסוד הם מסמך מפתח בתחום הצדק המעברי, ובתוך המסגרת הזאת יכולים סעדים ללבוש צורות רבות, המשתייכות עקרונית לאחת משלוש זכויות רחבות: הזכות לאמת, הזכות לצדק והזכות לפיצוי. כפי שיתואר להלן בקצרה, את הזכויות האלה משלימה רפורמה במוסדות שבהם נעשה שימוש לרעה – צעדים שננקטים כדי להתמודד עם בעיות יסוד במערכות של שלטון החוק שייתכן כי איפשרו הפרת זכויות. בין ארבעת השטחים האלה יש מידה רבה של חפיפה<sup>8</sup>, והם גם משלימים זה את זה. אם משתמשים בשילוב שלהם (שנבחר בהתאם להקשר המקומי, וכך גם נקבע הסדר הפנימי שלו), הם יכולים לחזק זה את זה ולסייע באופן יעיל יותר למאמצים לשים קץ לתרבות של פטור מעונש<sup>9</sup>.

### הזכות לאמת ומנגנונים קשורים

הזכות לאמת (שמכונה לפעמים הזכות לדעת) היא עיקרון ששורשיו ההיסטוריים נטועים בתקנונים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובעיקר באלה המתייחסים לזכותם של בני משפחה לדעת מה עלה בגורלם של קרוביהם הנעדרים<sup>10</sup>. כלל זה פותח עוד יותר במשפט זכויות האדם הבינלאומי, והתייחס תחילה לנעדרים ול"נעלמים"<sup>11</sup>. אחר כך הורחבה תחולתו על הפרות חמורות אחרות, לרוב במסגרת החסינות במצב מלחמה<sup>12</sup>.

לואיס ג'וינט (Louis Joinet) אמר, כי המסקנה מהזכות לאמת היא חובת המדינה לזכור, שאותה "..." יש לשריין מפני עיוותי ההיסטוריה, המכונים רוויזיוניזם או שלילת העבר..."<sup>13</sup>

אם נניח לרגע את ההיסטוריה המשפטית בצד, מהי המשמעות המעשית של אמירה זאת? מנגנונים שנועדו לקדם זכויות אלה מבוססים לרוב על הקמת אתר להשמעת אמיתות שלא סופרו או לא נשמעו, כדי למנוע את היווצרות הבעיה המציקה הידועה כהכחשה. כפי שאמר מייקל איגנטייף, הם נועדו לצמצם את טווח השקרים הכשרים בנוגע לסכסוך מסוים<sup>14</sup>. כלים אלה גם יכולים לסייע

<sup>8</sup> לדוגמה, החובה לחקור הפרות במסגרת הזכות לצדק מצטלבת עם הזכות לאמת; הערבות לאי-חזרה על העוול קיימת גם בזכות לפיצויים וגם ברפורמה במוסדות מנצלים וכו'.

<sup>9</sup> ערב קוצר היריעה, מאמר זה יתמקד בראש ובראשונה במנגנונים רשמיים. קורבנות יכולים לשקול גם שימוש במנגנונים לא רשמיים בהקשרים מסוימים, למשל במקרים שבהם יש למנגנונים הרשמיים כושר קיום צר.

<sup>10</sup> ראו בעיקר סעיף 32 לפרוטוקול הנוסף מס' 1 לאמנות ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949. הצלב האדום העיר, שהזכות לאמת היא מנהגית מטבעה – ראו Rule 117 in *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules (Cambridge University Press), 2005.

<sup>11</sup> רק לאחרונה, האמנה להגנה על כל בני האדם מפני היעלמות כפויה.

<sup>12</sup> ראו עקרונות 1, 2 ו-4 בגרסה העדכנית של מערך העקרונות להגנה על זכויות האדם ולקידומן באמצעות פעולה למאבק בפטור מעונש. עיקרון מס' 4 קובע כי "בלי קשר להליך משפטי כלשהו, לקורבנות ולמשפחותיהם יש זכות שאינה נתונה להתיישנות לדעת את האמת על הנסיבות שבהן אירעו הפגיעות ובמקרה שהקורבן מת או נעלם, הזכות לדעת מה עלה בגורלו".

<sup>13</sup> ראו פסקה 17, Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations (Civil and Political), E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

<sup>14</sup> M. Ignatieff, *Wounded Nations, Broken Lives: Truth Commissions and War Tribunals* (Index on Censorship, 1996) p. 113.

לקורבנות ולמשפחותיהם באמצעות הקלה על סגר, שאם הוא ננקט באופן רשמי משמש הכרה בנזק. כדי להבטיח את השגת האמת אפשר להפעיל כמה מגננונים:

- ועדות חקירה (לדוגמה, ועדת אור או ועדת החקירה לעניין דארפור)
- ועדות אמת (לדוגמה, ועדות שפעלו בפרו ובדרום אפריקה)
- גופים לבירור העובדות (למשל, הוועדה לבירור העובדות בסכסוך בעזה)
- פרויקטים למיפוי ולתיעוד (למשל, פרויקט המיפוי של OHCHR בקונגו)

לפעמים מוקמים גופים כאלה כדי להתמקד בתקרית בודדה ולעתים הם נועדו לבדוק סוגיות מערכתיות שהן מקור ההפרות. כך או כך, יש גם גופים המתמקדים בראש ובראשונה בחובה לזכור, כמו ארכיונים (למשל, הארכיון של קרן השואה), אירועי הנצחה (אירועי יום האדמה), אתרי זיכרון (מוזיאון רובע שש בדרום אפריקה) ופרויקטים של היסטוריה בעל פה (ארכיון הנכבה). פרויקטים מסוג זה מתמקדים לרוב בהבנת העבר, במעורבות אזרחית ובהכרה.

בעוד שכל אחד ממגננונים ייחודיים אלה מבוסס על גישה שונה, כולם חולקים זה עם זה את החיפוש אחר זהות ומייחסים את התשובות לחמש שאלות עיקריות: מה קרה, למי זה קרה, מי היה אחראי, איפה אירע האירוע ומדוע זה קרה? חשיפת השורש של התשובות לשאלות אלה היא אחת המשימות החשובות של פרויקטים המתמקדים בזכות לאמת.

#### הזכות לצדק ומגננונים קשורים

הזכות לצדק מבוססת על אין-ספור תקנונים משפטיים בינלאומיים, בהם זכויות אדם בינלאומיות<sup>15</sup>, משפט הומניטרי בינלאומי<sup>16</sup> ומשפט פלילי בינלאומי<sup>17</sup>. במסגרת הנורמות האלה יש למדינות כמה מחויבויות – לחקור הפרות, להביא לדין אנשים שפעלו בזכויות ואם אשמתם הוכחה – להעניש אותם<sup>18</sup>. את החשודים אפשר להעמיד לדין בכמה אופנים:

- פנייה לבתי משפט מקומיים במדינה או במדינות המעורבות (למשל, ההתדיינות המשפטית האחרונה בצ'ילה ובארגנטינה)<sup>19</sup>
- הקמת טריבונלים אד-הוק (למשל, בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר)
- בתי משפט בינלאומיים (למשל, בית הדין הפלילי הבינלאומי)
- בתי משפט מעורבים, שהם שילוב של גופים לאומיים ובינלאומיים (לדוגמה, בית הדין המיוחד לסיירה ליאון)
- שימוש בבית משפט במדינות אחרות (למשל, על ידי הפעלה של סמכות שיפוט בינלאומית)

התיקים הנידונים יכולים להיות בעלי אופי פלילי או אזרחי ואפשר גם לפנות למגננונים חליפיים ליישוב מחלוקות או למגננונים מסורתיים.

היו שטענו כי משפט פלילי הוא אפיק מעורר מחלוקת מדי, שפנייה אליו עלולה לפגוע במאמצים להביא שלום או פיוס לקהילה. עם זאת, מאמצים "להפוך דף" אינם ישרים וברורים כפי שניסו לטעון כמה פרשנים. אי התייחסות משמעותית להפרות של זכויות יסוד היא סיכון החותר תחת שלטון החוק. כפי שהראתה ההיסטוריה במקומות שונים זה מזה כמו ארגנטינה, צפון אירלנד, טימור וארצות הברית, תשומת הלב הציבורית תמשיך להתמקד בהפרות של זכויות אם היא תחוש שהמאמצים להשיג תיקון של העוול היו מספקים. יתרה מזו, כפי שמעיר ג'וינט,

... לא יכול להיות פיוס צודק וארוך טווח בלי תגובה אפקטיבית לצורך בצדק; כמשתנה בתהליך הפיוס, סליחה, שהיא אקט פרטי, מרמזת שהקורבן חייב להכיר את מבצע

<sup>15</sup> ראו למשל סעיפים 2, 4 ו-6 לאמנה למניעת עינויים וענישה ויחס אכזרי, לא אנושי או משפיל אחר.  
<sup>16</sup> ראו סעיף 146 לאמנת ז'נבה הרביעית להגנה על אזרחים בזמן מלחמה. לכל אמנות ז'נבה משותפת הדרישה שמדינות יעמידו לדין אנשים שמיוחס להם ביצוע הפרות חמורות של האמנות או מתן פקודה לבצע הפרות כאלה (אלא אם כן הן מסגירות את החשודים למדינה אחרת).

<sup>17</sup> ראו הצהרת היסוד של בית הדין הפלילי הבינלאומי.

<sup>18</sup> ראו לעיל הערה 13, סעיף 27.

<sup>19</sup> הפנייה לבתי משפט מקומיים נשענת גם על מסר חשוב: המדינה אינה תומכת בהפרות ומבקשת לאשרר את מחויבותה לערכים דמוקרטיים.

העבירה ושהאחרון היה מסוגל להביע חרטה. כדי שתוענק מחילה, ראשית יש לחפש אותה.<sup>20</sup>

### הזכות לפיצוי ומנגנונים קשורים

לעתים קרובות המונח פיצויים מפורש באופן שגוי, כמצביע על הטבות כספיות גרידא, אבל למעשה תוכנה של זכות זו רחב הרבה יותר. עקרונות היסוד קובעים, שפיצוי מלא ויעיל יכול לבוא בחמש צורות: השבה, פיצוי, שיקום, תגמול וערבויות לאי-חזרה על העוול.<sup>21</sup> אבל מה המשמעות המקופלת בכל אלה?

- השבה מכוונת לאמצעים המביאים לכך שהמצב שב למה שהיה לפני שאירעה ההפרה.<sup>22</sup> ברוב המקרים, אין אפשרות לבטל לחלוטין את הנזק. אבל ההשבה יכולה לכלול צעדים משמעותיים כמו השבת החירות, האזרחות, התעסוקה וכו' של אדם.
- כצורה הכספית של גמול, פיצוי הוא אולי הצד המוכר ביותר של הזכות. פיצוי כספי אפשר להעניק בגלל פגיעה גופנית או נפשית וכן על נזקים כמו אובדן הזדמנויות ונזק מוסרי.<sup>23</sup>
- שיקום, ככלל, מובן כמונח הכולל גישות כמו תמיכה רפואית או פסיכולוגית, שירותים משפטיים או שירותים חברתיים.<sup>24</sup>
- תגמול הוא אולי המושג הרחב ביותר בתוך מסגרת הפיצוי. הוא יכול לכלול מנגנונים כמו התנצלות פומבית, ענישה במסגרת משפטית, הנצחת הקורבנות, מסירת האמת המלאה בפומבי וכדומה.<sup>25</sup>
- ערבויות לאי-חזרה על העוול הן אמצעים שסייעו למנוע ביצוע מעשי עוול בעתיד. הן כוללות אמצעים כמו הבטחת השליטה האזרחית על כוחות הביטחון, חיזוק עצמאותה של הרשות השופטת ושינוי חוקים שאיפשרו הפרת זכויות.<sup>26</sup>

פיצויים יכולים להיות בעלי אופי חומרי.<sup>27</sup> או סמלי.<sup>28</sup> ואפשר להעניק אותם באופן אישי או קולקטיבי.<sup>29</sup> כאשר שוקלים תוכניות פיצוי אפשריות, אין לראות צורות אלה כמתחרות זו בזו, מכיוון שחבילות פיצויים מקבלות חיזוק באמצעות שילוב גישות באופן ההולם כל מצב ייחודי. יש לפתח חבילות אלה בהתבסס על הצרכים של הקורבנות ועל האפשרויות הייחודיות לכל מצב.

לבסוף, את שלוש הגישות האלה משלימה גישה רביעית המתמקדת בשינוי במוסדות שבהם נעשה שימוש לרעה. הגישה הרביעית כולל מנגנונים כמו פירוז נשק, פירוק צבאות ושיקום לוחמים לשעבר; רפורמה בממסד הביטחוני; רפורמה משפטית; ביקורת וכו'. הרפורמה הממסדית מתמקדת בבדיקה של מערכות הנוגעות לשלטון החוק, שאיפשרו הפרות של זכויות, ומחפשת דרכים לחזק מערכות אלה כדי למנוע שימוש לרעה במנגנוניהן בעתיד.

### מה קודם למה?

שאלת סדר הפעולות היא אחת החשובות ביותר מנקודת הראות של מי שמבקשים לנצל מנגנונים של צדק מעברי וכל חברה צריכה לחפש תשובות משלה לסוגיה הזאת. סדרי עדיפויות מקומיים צריכים

<sup>20</sup> ראו לעיל, פסקה 26.

<sup>21</sup> ראו לעיל הערה 1, סעיף 18.

<sup>22</sup> ראו לעיל, סעיף 19.

<sup>23</sup> ראו לעיל, סעיף 20.

<sup>24</sup> ראו לעיל, סעיף 21.

<sup>25</sup> ראו לעיל, סעיף 22.

<sup>26</sup> ראו לעיל, סעיף 23.

<sup>27</sup> דוגמאות להטבות חומריות כוללות פיצוי, אספקת שירותי בריאות או שירותים חברתיים אחרים, שיקום נכסי ניידים והחזרת נכסי דלא ניידים.

<sup>28</sup> הטבות סמליות יכולות לכלול ימי הנצחה, בניית אתרי זיכרון, הכרה בנזקים שנגרמו, פרסום התנצלויות וכו'.

<sup>29</sup> פיצוי אישי דורש זיהוי מדויק של המוטב והכרה בחווייה שלו או שלה כקורבן, ואילו פיצויים קולקטיביים מכירים בקהילה כקבוצה ומעניקים לכל חבריה יחס שווה.

להיות משתנה חשוב בהגדרת סדר הפעולות, אבל יש להביא בחשבון אסטרטגיות רחבות יותר של שלום וצדק (לטווח הקצר, לטווח ביניים ולטווח הארוך). באופן מעשי, המשאבים לכינון מנגנונים אלה אינם בלתי מוגבלים והמבקשים לפעול בתחום זה חייבים להתמודד עם שילוב מאתגר של משאבים מוגבלים, צורך מהותי, סדרי עדיפות מתחרים וכמובן שיקולים אסטרטגיים.

יש להכיר בקורבנות כשחקני מפתח במאמצים לזהות רצף של מנגנונים וליישם אותם. צרכיהם וסדרי העדיפויות שלהם צריכים להיות שיקול מרכזי – והם כמובן יהיו חיוניים כדי לקבוע מה ייחשב בעל ערך. אף שאין לראות בהם מקור יחיד לקביעת סדר עדיפויות, הקורבנות אינם רק בעלי תפקיד מרכזי לזיהוי גישות מסוימות. יש להם תפקיד חשוב גם בתכנון ויש להבטיח כי כבודם וביטחונם מוגנים וכי ניתנות להם העזרה והתמיכה הדרושות להם.

#### מחשבות להמשך

במאמר זה ניסיתי לשרטט אפשרויות שיש להביא בחשבון כאשר מחפשים סעדים להפרות גסות של המשפט הבינלאומי. פיתוח אסטרטגיות סביב כל אחת מהגישות שהועלו כאן דורש הכנה – וכן יש להביא בחשבון כמה משתנים שלא עלו כאן, כמו ניהול ציפיות, הימנעות מיצירת תחושת קורבן נוספת בקרב אוכלוסייה שכבר סבלה טראומה, הכללה של קהילות מודרות, הבטחה של רגישות מגדרית ועוד. יתרה מזו, המבקשים פיצוי צריכים להביא בחשבון את הצורך בהתאמה לאמות מידה בינלאומיות. ככלות הכל, אין לבסס את החיפוש אחר סעד בעקבות פגיעות חמורות בשלטון החוק על מנגנונים שאינם תואמים בעצמם אמות מידה בינלאומיות.