

מבט על, גיליון 999, 13 בדצמבר 2017

### תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי:

#### תיק המשט נסגר, ההתנחלויות ו-'צוק איתן' ממשיכים להיבדק

פנינה שרביט ברוך וליאור צור

הבחינה מחדש של אירועי המשט לעזה ב-2010 הובילה לקבלת ההחלטה הנוכחית של התובעת כי אין מקום לשנות את ההחלטה המקורית לגבי אי פתיחה בחקירה בעניין זה. לצד הצלחה זו ניצב אתגר גדול יותר של ישראל אל מול בית הדין, והוא התמודדות עם הבדיקה המקדמית שמתנהלת לגבי המצב ב-"פלסטין". זו כוללת בחינה של פשעים לכאורה שבוצעו על ידי ישראלים החל מיוני 2014 בשטחי עזה, הגדה המערבית ומזרח ירושלים. אם בדיקה זו תוביל לחקירה, יהיה מדובר בחקירה כוללת ורחבה יותר מבחינת תקופת הזמן, השטח והמעשים שהיא מקיפה. התפתחויות בבית הדין בשנה האחרונה מלמדות שהתובעת אינה נרתעת מלפתוח חקירות אף נגד מדינות מערביות. ניתן להקיש מכך גם על הסיכויים לפתיחת חקירה בעניינה של ישראל.

בחלוף יותר משבע שנים מאירוע המשט לעזה, נראה שהעיסוק המשפטי בסוגיה בבית הדין הפלילי הבינלאומי הגיע לסיומו. ב-30 בנובמבר 2017 הגישה תובעת בית הדין גב' פאטו בנסודה להרכב קדם-משפט את החלטתה הסופית. היא דבקה בהחלטתה הקודמת משנת 2014 שלא לפתוח חקירה נגד ישראל ביחס ל-"תקרית המשט". ההחלטה משנת 2014 התקבלה לאחר בדיקה מקדמית שביצעה התובעת בעקבות הבקשה של האיחוד של איי קומורו, שהיא המדינה בה הייתה רשומה ספינת ה"מאבי מרמרה", לפתוח בחקירה פלילית נגד חיילי צה"ל בגין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות כלפי נוסעי ספינות המשט. לאחר ההחלטה הקודמת, קיבל הרכב קדם-משפט של בית הדין ביולי 2015 את בקשת איי קומורו וביקש מהתובעת לבחון מחדש את החלטתה. התובעת ערערה על החלטה זו לערכאת הערעור, אשר דחתה את הערעור בנובמבר 2015, אך קבעה כי העניין מוחזר לתובעת לבחינה מחדש. הבחינה מחדש הובילה לקבלת ההחלטה הנוכחית של התובעת, כי אין מקום לשנות את ההחלטה המקורית לגבי אי פתיחה בחקירה בעניין זה.

בהחלטתה הנוכחית חוזרת התובעת על מסקנתה הקודמת כי ישנו בסיס סביר להאמין כי התבצעו פשעי מלחמה על ידי חיילי צה"ל בתקרית, אולם לא מתקיימת דרישת החומרה הקבועה בחוקת בית הדין לצורך קבילות המקרים בבית הדין. לכן, אין בסיס סביר לפתוח בחקירה.

באופן ספציפי, הבהירה התובעת כי בקשתו של הרכב בית הדין לבחון מחדש את ההחלטה התבססה על ניתוח לא נכון של הגורמים הנלקחים בחשבון בבחינת חומרת הפשעים - היקף הפשעים, השפעתם על קורבנות ישירים ועקיפים, טבעם ואופן ביצועם. בתקרית המשט נהרגו עשרה אנשים בלבד. אמנם ניתן להצדיק חקירה גם במקרים בהם מספר הנפגעים נמוך,

אולם זאת כאשר מתקיימים למשל נסיבות בהן ההשפעה חורגת מהפגיעה בקורבנות עצמם, כגון פגיעה בפעילים הומניטריים או בכוחות שמירת שלום, אשר עלולה להשפיע לרעה על מעגלים נוספים. לגבי טבעם של המעשים, התובעת מדגישה כי הבחינה אינה לפי סוג העבירה המיוחסת אלא לפי העובדות של המקרה. לכן גם אם החשד נוגע לביצוע עבירה חמורה של עינויים או יחס בלתי אנושי, אין הדבר מעיד כי מדובר במקרה חמור בהגדרה, אלא נדרש לבחון את עובדות האירוע. ביחס לאופן ביצוע הפשעים, התובעת טוענת כי בית הדין התעלם מההקשר של ההתנגדות האלימה שפגשו חיילי צה"ל כשעלו לסיפון ה-"מרמרה" - עובדה שאינה במחלוקת ושהייתה בעלת משקל רב בקביעה כי אין בסיס סביר להאמין כי הפשעים בוצעו כחלק מתכנית או מדיניות מכוונת של ישראל. לצד זאת, התובעת מדגישה כי ההתנגדות האלימה לא מנעה את המסקנה כי יש בסיס סביר להאמין כי בוצעו פשעים כגון הרג מכוון של אזרחים על ידי מספר חיילים.

החלטת התובעת שלא לקבל את הפרשנות המרחיבה של הרכב קדם-המשפט לגבי אופן ניתוח דרישת החומרה, חסמה את ריקון דרישת החומרה מתוכנה עד כדי עיוות תפקידו של בית הדין, שהוא התמודדות עם "הפשעים החמורים ביותר הנוגעים לקהילה הבינלאומית כולה". היצמדות למטרה זו חשובה ללגיטימיות של בית הדין בקרב המדינות החברות בו ולשיתוף הפעולה שלהן עמו.

לצד הצלחה זו ניצב אתגר גדול יותר של ישראל אל מול בית הדין, והוא התמודדות עם הבדיקה המקדמית שמתנהלת לגבי המצב ב-"פלסטין". זו כוללת בחינה של פשעים לכאורה שבוצעו על ידי ישראלים החל מיוני 2014 בשטחי עזה והגדה המערבית ומזרח ירושלים. אם בדיקה זו תוביל לחקירה, יהיה מדובר בחקירה כוללת ורחבה יותר מבחינת תקופת הזמן, השטח והמעשים שהיא מקיפה.

על פי הדו"ח השנתי של משרד התובעת שפורסם ב-4 בדצמבר 2017, הבדיקה המקדמית הנוגעת לישראל התמקדה בשנה החולפת בגדה המערבית ומזרח ירושלים בעיקר בפעילות בקשר להתנחלויות. לפי הדו"ח פעילות זו כללה, בין היתר, תכנון ואישור הרחבות להתנחלויות קיימות, בנייה בהתנחלויות, הסדרה של מאחזים בלתי חוקיים, החרמת קרקעות ומתן מימון, תמריצים וסיוע כלכלי לעידוד התנחלויות. בפרט הוזכרו החלטת הקבינט הביטחוני על הקמת התנחלות חדשה, לראשונה מזה עשורים (עבור מפוני עמונה); מספר גבוה של החרמות ו/או הריסות של בתים ומבנים פלסטיניים שהובילו לעקירת פלסטינים רבים מבתיהם; וקידום תכניות להעברת קהילות בדואיות ממקומן. הדוח הנוכחי לא מזכיר שני סוגי פשעים שהוזכרו בדוח הקודם: טיפול לא ראוי בפלסטינים עצורים, אסורים ונתבעים והרג בלתי חוקי ושימוש בכוח מופרז כלפי פלסטינים על ידי כוחות ישראלים. מנגד, בדו"ח מצוין שנבדקות טענות להקמת משטר ממוסד של אפליה שיטתית המנשל פלסטינים ממספר זכויות אדם בסיסיות ביותר. ניסוח זה מדאיג כיוון שהוא כולל חלק מהאלמנטים המופיעים בסעיף המגדיר את פשע ה-"אפרטהייד" בחוקת בית הדין.

בעזה הבדיקה בוחנת חשדות לפשעים שבוצעו במסגרת מבצע 'צוק איתן' ב-2014. הדו"ח מבהיר בהקשר זה כי כל הצדדים לסכסוך ביצעו פשעים לכאורה במסגרתו. צה"ל הורה לכאורה על מתקפות שפגעו באזרחים ומטרות אזרחיות, לרבות התקפות על מבני מגורים ומתקנים ואנשי צוות רפואיים. קבוצות חמושות פלסטיניות ביצעו לכאורה ירי טילים על

ישראל, שימוש באזרחים מוגנים כמגן אנושי, והוצאות להורג של מואשמים בשיתוף פעולה עם ישראל.

בין הפעולות שננקטו בשנה החולפת, מציין הדו"ח פגישה עם נציגי ממשל פלסטינים בכירים וקבלת דו"חות חודשיים מהממשל הפלסטיני בדבר פשעים מתמשכים. נאמר גם כי משרד התובעת יבחן מידע בדבר הליכים מדינתיים רלוונטיים שננקטו. בחינה זו קשורה לקביעה אם המדינה מקיימת חקירה כנה, אשר מכוח עקרון המשלימות מייטרת את התערבות בית הדין. מובהר אף כי פשעים לכאורה שיבוצעו בעתיד עשויים להתווסף לבדיקת התובעת.

הדו"ח הנוכחי, לעומת הדוחות השנתיים הקודמים, מתייחס לראשונה לסמכות השיפוט המהותית של בית הדין ביחס לפשעים הנבדקים ומציין כי הבדיקה מעוררת אתגרים עובדתיים ומשפטיים. הוא מתייחס במפורש למורכבות המשפטית. התובעת, מתארת את עמדת ישראל כי הגדה המערבית אינה שטח כבוש (אלא ב-"שטח במחלוקת") וכי אמנות גינה אינן חלות משפטית בשטח. מאידך, מציינת התובעת את עמדת רוב הגורמים הבינלאומיים, לרבות בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) ומועצת הביטחון ועצרת האו"ם, שקבעו פעמים רבות כי הגדה המערבית, לרבות מזרח ירושלים, כבושה מאז 1967, כולל בהחלטה 2334 של מועצת הביטחון מדצמבר 2016 שחזרה על עמדה זו וגינתה את ההתנחלויות. באשר למבצע "צוק איתן" בעזה, מציינת התובעת את המחלוקת המשפטית סביב סיווג הסכסוך כסכסוך בינלאומי או כסכסוך שאינו בינלאומי - לסיווג זה השלכה לגבי תחולת הסעיפים העוסקים בפשעים מסוימים, אשר חלים רק במצב של סכסוך המסווג כבינלאומי.

הצגת המורכבות המשפטית של המצב על ידי התובעת מרמזת על כך שבכוונתה לבצע בדיקה משפטית עצמאית, שתשקול את כלל העמדות ולא תתבסס מראש על קביעות של גורמים בינלאומיים אחרים; כמו כן היא מאותתת כי הבחינה בדבר סמכות השיפוט המהותית עשויה לארוך זמן רב. על פי נהלי העבודה הפנימיים של משרד התובעת, רק לאחר שיסתיים שלב הבחינה בדבר סמכות השיפוט יתקדם המשרד לבחינת הקבילות של התיק, הכוללת את שתי הדרישות שהוזכרו - משלימות וחומרה. חשוב לציין כי בעוד שביחס לתקירת המשט דרישת החומרה היוותה חסם לפתיחה בחקירה פלילית, ביחס לבדיקה המקדמית הנוכחית, הכוללת אירועים רחבי היקף, לא נראה שתתקבל טענה כי הם נופלים מתחת לרף החומרה הנדרש. בסוגיות הנוגעות למבצע "צוק איתן", סיכוייה של ישראל להימנע מחקירה פלילית מתרכזים בשאלה האם מתקיימים יסודות הפשעים הקבועים בחוקת בית הדין, שהרי לעמדת ישראל היא פעלה בהתאם להוראות הדין הבינלאומי. בנוסף, דרישת המשלימות עשויה לחסום פתיחה בחקירה, אם כי תנאי לכך הוא שיימצא כי ישראל חקרה באופן כן חשדות לביצוע פשעים בהקשר לאירועים האמורים. בסוגיית ההתנחלויות, אין אפשרות לטעון טענת משלימות, כיון שישראל אינה מתייחסת לנושא כעבירה המצדיקה חקירה. המאמץ יתמקד אפוא בטיעונים משפטיים וכן בטיעונים לפיהם חקירה כזו, בנושא שהוא במוקד סכסוך מדיני, תוביל לפוליטיזציה של בית הדין.

בעוד שבשנים הראשונות לפעילותו של בית הדין התנהלו נגד מדינות מיבשת אפריקה, ב-2016 נפתחה חקירה על המקרה של גאורגיה, המתייחסת גם לטענות נגד רוסיה. בראשית דצמבר 2017 ביקשה התובעת אישור מערכאת קדם המשפט לפתוח חקירה גם על

המקרה של אפגניסטן, הכולל טענות לפשעים שביצעו לכאורה אנשי צבא ו-CIA אמריקאים. מכך אפשר להסיק כי התובעת אינה נרתעת מלפתוח חקירות גם נגד מעצמות ומדינות מערביות. ניתן להקיש מכך גם על הסיכויים לפתיחת חקירה בעניינה של ישראל.