

ההליכים בבית הדין הפלילי הבינלאומי ביחס לישראל – צעד נוסף בדרך לחקירה

פנינה שרביט ברז

ביום שישי הודיעה תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי כי יש לדעתה לפתוח בחקירה לגבי המצב ב-"פלסטין", לגבי פשעי מלחמה שנעברו על ידי כל הצדדים במבצע צוק איתן וכן לגבי "פשע ההתנחלויות" ואירועי הירי בגדר מול עזה. התובעת פנתה בבקשה לערכאת קדם המשפט לחוות דעת לגבי היקף הסמכות הטריטוריאלית, על מנת לאשרר את עמדתה לפיה ניתן לראות בפלסטין מדינה המשתרעת על כלל הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים, ורצועת עזה. לישראל צפויה מערכה קשה, בפרט בכל הנוגע לעיסוק ב-"פשע" ההתנחלויות. לעומת זאת, בכל הנוגע לפשעי המלחמה המתייחסים לצוק איתן, התובעת הותירה פתח לקבלת טענה שמקרים אלה אינם קבילים לדיון בבית הדין, על בסיס עקרון המשלימות, אם ישראל תבצע חקירות כנות בנושא, תוך שהיא מציינת לחיוב את עצמאות בתי המשפט בישראל. יש אפוא עדיין סיכוי לחסום הליכים בינלאומיים בתחום זה.

ביום שישי, 20 בדצמבר 2019, [הודיעה](#) תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי כי יש לדעתה לפתוח בחקירה לגבי המצב ב-"פלסטין". בכך מסתיים תהליך הבדיקה המקדמית שהחל בחודש ינואר 2015, בעקבות פניית הרשות הפלסטינית אל בית הדין. ההחלטה מתייחסת לכל המעשים שבוצעו ביהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה החל מ-13 ביוני 2014. עם זאת, התובעת [פנתה](#) בבקשה לערכאת קדם המשפט לחוות דעה לגבי היקף הסמכות הטריטוריאלית במקרה זה, כמפורט בהמשך.

ביחס למבצע "צוק איתן", התובעת קובעת כי שוכנעה שיש בסיס מספיק להאמין כי בוצעו מצד כוחות צה"ל פשעי מלחמה, הכוללים התקפות בלתי מידתיות והרג וגרימת פציעה חמורה במכוון. בנוסף, יש בסיס סביר להאמין כי אנשי חמאס וקבוצות חמושות פלסטיניות ביצעו פשעי מלחמה, הכוללים התקפות מכוונות נגד אזרחים ואובייקטים אזרחיים, שימוש באזרחים כמגן אנושי וכן הריגה מכוונת ועינויים. התובעת מדגישה כי ביחס לפשעים המיוחסים לחיילי צה"ל אין עדיין מידע מספק לקבוע בסוגיית הקבילות שלהם לשיפוט בבית הדין, שכן יש הליכים שעדיין מתנהלים בישראל והסוגייה תיבחן במהלך שלב החקירה. לעומת זאת, אין סיכוי ממשי כי תיערך חקירה לגבי פשעי חמאס. המשמעות היא, שאם יתקיימו בישראל הליכים כנים של חקירה והעמדה לדיון לגבי טענות המתייחסות להתנהלות צה"ל, תוכל להתקבל טענה כי במקרים אלה אין סמכות לבית הדין מכוח 'עקרון המשלימות', שנותן עדיפות להליכים המתנהלים במדינה הרלבנטית.

בנוגע להתנחלויות, התובעת קובעת שיש בסיס להאמין כי אנשי הרשויות בישראל ביצעו את פשע המלחמה של העברת אזרחים ישראלים אל הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים. היא מציינת כי אין סיכוי לקיומה של חקירה בישראל בנושא ולכן לא תוכל להיטען טענה לחוסר קבילות על בסיס עקרון המשלימות.

בנוגע להפגנות על גבול הרצועה, על פי התובעת, החקירה תתייחס גם לאירועי הירי נגד המפגינים, תוך שימוש בנשק קטלני ובלתי קטלני. בהקשר זה, בניגוד לפירוט ביחס לשאר המקרים, לא מצוין סעיף עבירה פוטנציאלי.

התובעת מדגישה כי הפשעים שזוהו במהלך הבדיקה המקדמית הם רק דוגמאות, שנועדו לבסס את קיומם של פשעי מלחמה שנופלים בסמכות בית הדין, וכי במהלך החקירה יוכלו להיבחן גם מקרים אחרים, כולל פשעים חדשים.

התובעת מציינת כי למרות שאין צורך באישור של ערכאת קדם המשפט במקרה זה לפתוח בחקירה, שכן הבדיקה בוצעה בעקבות פנייה מפורשת של המדינה המעורבת (פלסטיין), הרי שהיא מבקשת את חוות הדעת של בית הדין לגבי הסמכות הטריטוריאלית של בית הדין לדון במקרה. לכן מתבקשת עמדתו אם ניתן לראות בפלסטיין מדינה והאם שטחה של מדינה זו, שלגביו יש סמכות לבית הדין, משתרע על כלל השטחים הפלסטיניים הכבושים, קרי הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים ועזה.

התובעת מציגה בחוות הדעת את הסיבות לכך שלדעתה ניתן לראות בפלסטיין מדינה לצורך סמכות בית הדין וקובעת כי לצורך זה די בכך שעצרת האו"ם קיבלה את פלסטיין כמדינה משקיפה. עם זאת, היא אינה מסתפקת בטיעון הפורמלי הזה אלא מנתחת בהרחבה גם את הטענה החלופית, שלפיה פלסטיין עומדת גם בתנאים המהותיים הנדרשים לקיומה של מדינה מבחינת הדין הבינלאומי. התובעת גורסת כי, הגם שאין לפלסטיין שליטה מלאה בכל השטח של הגדה ומזרח ירושלים, הנמצא תחת שליטה ישראלית, ובשטח עזה, הנמצא תחת שלטון חמאס, יש בכל זאת להכיר בה כמדינה שזוהו שטחה משלושה טעמים: ראשית, לאור הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני בשטח הפלסטיני הכבוש; שנית, לאור ההשפעה השלילית של ההפרות המתמשכות של המשפט הבינלאומי על ידי ישראל, בהקמת ההתנחלויות וגדר הביטחון תוך פגיעה במימוש הזכות להגדרה עצמית; ושלישית, נוכח העובדה ש-138 מדינות הכירו במדינת פלסטיין.

התובעת מדגישה כי השאלה מי מהצדדים אחראי למבוי הסתום אינה רלבנטית, שכן ברור מהתנהלותה של ישראל שאין בכוונתה להפסיק את המדיניות הפוגעת במימוש הזכות להגדרה עצמית וכי יש גם מגמה לביצוע צעדי סיפוח, כפי שהבטיח ראש הממשלה נתניהו לבצע אם ייבחר. התובעת אף מדגישה כי התייחסות לפלסטיין כמדינה תואמת את התכלית של אמנת רומא למנוע התחמקות משיפוט על פשעי מלחמה, שכן ישראל מתייחסת להתנחלויות כחוקיות וגם בית המשפט העליון, למרות עצמאותו המוכרת, קבע כי נושא זה אינו שפיט. התובעת אף קובעת כי ההגבלות על סמכות השיפוט הפלילית של הרשות הפלסטינית, הקבועות בהסכם הביניים, אינן משפיעות על האפשרות להקנות לבית הדין סמכות לדון בכלל הפשעים שבוצעו בשטח פלסטיין. בנוסף, העדר השליטה של הרשות הפלסטינית בעזה וחוסר הוודאות לגבי הגבולות הסופיים של פלסטיין אינם משפיעים על הסמכות לדון בפשעים בשטח שנתפס כשייך למדינה זו, אף אם בסופו של דבר יהיו שינויים בגבול עקב חילופי שטחים עם ישראל. פסיקת בית הדין אמורה להתקבל תוך 120 ימים.

מהניתוח של התובעת ברור כי היא סבורה שמדיניות ישראל בשטחים היא בלתי חוקית וגורמת עוול לפלסטינים. כן ניכר שהיא נותנת משקל רב להחלטות של גופי האו"ם, כולל עצרת האו"ם ומועצת זכויות האדם של האו"ם, שכידוע יש בהם הטיה חד צדדית ברורה לרעת ישראל, וכן

לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג על אודות חוקיות הגדר, שיש בה קביעות קשות נגד מדיניות ישראל. היא מזכירה גם עמדות של גורמים אחרים, כגון האיחוד האירופי, לגבי אי החוקיות של ההתנחלויות. התובעת מייחסת משקל מועט לעובדה שסוגיית ההתנחלויות והגבולות אמורה להיות מסוכמת במשא ומתן בין הצדדים ואף אינה מתייחסת כלל למציאות הביטחונית הסבוכה, תוך התעלמות מוחלטת, למשל, מגל הטרור של ראשית שנות האלפיים, בעת התיאור המפורט של הרקע ההיסטורי של הסכסוך.

כעת הכדור נמצא במגרש של ערכאת קדם המשפט. במסגרת ההליך שם יכול כל צד מעוניין להציג את עמדתו. לפיכך, לישראל אפשרות להציג את עמדתה, אף שאינה חברה בחוקת רומא. עם זאת, החשש הוא שהשתתפות בהליך תיתן לו יתר תוקף. משרד המשפטים ומשרד החוץ בישראל פרסמו מספר שעות לפני שיצאה הודעת התובעת את [עמדתה הרשמית](#) של ישראל בנושא. ברור כי הדבר נועד לכך שעמדה זו תהיה בפני הטריבוטל בעת קבלת החלטתו וכן בפני מדינות וגופים שעשויים להציג עמדות בפני בית הדין, אף מבלי שישראל תשתתף בהליך באופן רשמי בעצמה.

למרות שאין ספק שיופעלו לחצים על בית הדין, ניתן להעריך כי מרבית הסיכויים הם שבית הדין יאמץ את עמדת התובעת לגבי קיום סמכות לגבי פשעים שנעברו במדינת פלסטין המשתרעת על כלל "השטחים הפלסטינים הכבושים". בהקשר זה ראוי לציין כי הרכב השופטים בערכאת קדם המשפט הוא קבוע ולכן מדובר באותם שופטים אשר קבעו בנובמבר 2018 כי על התובעת לבחון מחדש את החלטתה שלא לפתוח חקירה בפרשת משט המרמרה ואשר הורו ביולי 2018 בצעד תקדימי לרשם בית הדין להקים מערך מידע ופנייה לציבור עבור קורבנות בפלסטין, עוד בשלב הבדיקה המקדמית. במילים אחרות, מדובר בהרכב אשר גישתו לישראל אינה אוהדת, בלשון המעטה.

המשמעות של פתיחת חקירה היא כי גורמים ישראלים, הן מקרב אנשי הצבא, בדרגות השונות, והן מי שמקדם את פעילות ההתנחלויות, יוכלו למצוא את עצמם עומדים בפני הליכים פליליים, וכן כי יוצאו לגביהם צווי מעצר או צווי התייצבות. צווי המעצר יכולים להיות מוצאים באופן חשאי ללא ידיעת האדם שלגביו הוצא הצו. משהוצא צו מעצר, כל מדינה חברה בבית הדין מחויבת לבצעו ולהעביר את העצור לבית הדין בהאג. יש 122 מדינות חברות בבית הדין, כולל כמעט כל מדינות אירופה המערבית ויבשת אמריקה, למעט ארצות הברית, חלק ממדינות אפריקה וכן אוסטרליה, יפן ומדינות נוספות באסיה. אין חסינות בפני בית הדין לשרים וראשי מדינה, כולל כאלה שעדיין מכהנים בתפקידם. המשמעות היא שאם יוצאו צווי מעצר נגד בכירים ישראלים, תוגבל למעשה אפשרות הנסיעה שלהם למדינות רבות.

לסיכום, החלטת התובעת אינה מפתיעה כשלעצמה, שכן מרבית ההערכות היו כי תיפתח חקירה בנושא בתקופה הקרובה. עם זאת, התובעת נכנסה לפירוט רב, שלא היה מחויב בשלב זה ואשר ניכר ממנו אימוץ מוחלט של הנרטיב הפלסטיני לגבי הסכסוך. ערכאת קדם המשפט, שאמורה להכריע בבקשה, ידועה בעמדותיה הבלתי אוהדות לישראל. התוצאה היא כי צפויה לישראל מערכה קשה, בפרט בכל הנוגע לעיסוק ב-"פשע" ההתנחלויות. לעומת זאת, בכל הנוגע לפשעי המלחמה המתייחסים לצוק איתן, התובעת הותירה פתח לקבלת טענה שמקרים אלה אינם קבילים לדיון בבית הדין, על בסיס עיקרון המשלימות, אם ישראל תבצע חקירות כנות בנושא,

תוך שהיא מציינת לחיוב את עצמאות בתי המשפט בישראל. יש אפוא עדיין סיכוי לחסום הליכים בינלאומיים במישור זה. בתי משפט עצמאיים וחזקים הם תנאי לכך.