

מבט על, גיליון 1436, 8 בפברואר 2021

אור ירוק לפתיחת חקירה בבית הדין הפלילי הבינלאומי ביחס לישראל

פנינה שרביט ברוך

ב-5 בפברואר 2021 קבע בית הדין הפלילי הבינלאומי, ברוב דעות, כי ניתן לראות ב"פלסטיין" מדינה ששטחה משתרע על כלל "השטחים הכבושים מ-67" לצורך פתיחת חקירה בבית הדין. ההחלטה נותנת אור ירוק לפתיחת חקירה על כלל המעשים שבוצעו ביהודה ושומרון, במזרח ירושלים וברצועת עזה החל מ-13 ביוני 2014, כולל פעולות צה"ל במבצע "צוק איתן" ומול הפגנות הפלסטינים לאורך גבול הרצועה, וכן פעילות הקשורה להתנחלויות. החקירה תחול גם על מעשי הפלסטינים. מכיוון שהתובעת של בית הדין אמורה להתחלף בחודש יוני, סביר שהיא תימנע מצעדים אופרטיביים מיידיים עד להתייעצות עם מחליפה. חקירה היא תהליך ארוך ומורכב, המחייב איסוף ראיות וגביית עדויות ויאריך זמן עד שנגיע, אם בכלל, להוצאת צווי מעצר. המענה מצידה של ישראל צריך לכלול חקירות רציניות של טענות הנוגעות לפעילות צה"ל; ביסוס הטענות המשפטיות נגד סמכות בית הדין ונגד הגדרת "פשע ההתנחלויות"; מערכה דיפלומטית לרתימת מדינות לצידה ופעילות במישור המדיני להצבעה על ההליכים כפוגעים באפשרות ליישוב הסכסוך עם הפלסטינים.

ביום 5 בפברואר 2021 קבעה ערכאת קדם המשפט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ברוב דעות, כי ניתן לראות ב-"פלסטיין" מדינה, אשר שטחה משתרע על כלל "השטחים הכבושים" – הגדה המערבית, מזרח ירושלים ורצועת עזה - לצורך פתיחת חקירה בבית הדין בגין פשעי מלחמה שבוצעו בשטחים אלה. ההחלטה ניתנה במענה לבקשת התובעת של בית הדין, אשר הודיעה בדצמבר 2019 כי בכוונתה לפתוח בחקירה לגבי המצב ב"פלסטיין", וביקשה מבית הדין להבהיר את היקף הסמכות הטריטוריאלית של החקירה. הודעת התובעת ניתנה בסיומה של בדיקה מקדמית שהחלה ב-2015 בעקבות פניית הרשות הפלסטינית לבית הדין.

שופטי הרוב, בהחלטה קצרה ושטחית, קבעו, כי די בכך ש"פלסטיין" היא במעמד של "מדינה חברה" בחוקת רומא (האמנה שהקימה את בית הדין) כדי שהיא תיחשב "מדינה" שיש לבית הדין סמכות לדון בפשעים שבוצעו בשטחה. לפיכך, לעמדתם, כלל אין צורך לבדוק אם "פלסטיין" עומדת בדרישות לקיומה של מדינה לפי המשפט הבינלאומי, אלא די בכך שהם מוצאים כי הצטרפותה לבית הדין נעשתה כראויה, לאחר שהוכרה כ"מדינה משקיפה" על ידי עצרת האו"ם. אשר לשטח מדינה זו, השופטים קובעים, בקצרה, כי מכיוון שהחלטת האו"ם האמורה התבססה על זכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית ולעצמאות על השטח הפלסטיני הכבוש מאז 1967, אזי די בכך על מנת לראות בכלל השטח האמור את שטח המדינה הפלסטינית לצורך סמכות בית הדין. שופטי הרוב מאמצים את עמדת התובעת שלפיה הסכמי אוסלו וההגבלות שנקבעו בהם על סמכות השיפוט הפלילית של הרשות הפלסטינית, שאינה משתרעת מחוץ לשטחי A ו-B ואינה חלה על ישראלים, אינם רלבנטיים לקביעת סמכות בית הדין. שופטי הרוב מדגישים כי קביעותיהם בעניין מעמדה של "פלסטיין" כמדינה ובעניין שטחה של המדינה חלות רק לצורך קביעת הסמכות של בית הדין, ואינן מתיימרות להשפיע על מעמדה כמדינה בהקשרים אחרים ועל גבולותיה העתידיים.

בסעיף האחרון של ההחלטה נאמר כי הקביעות בהחלטה זו מתייחסות רק לשלב זה של ההליך, קרי לשלב של פתיחה בחקירה וכי, ככל שיוגשו בקשות לצווי זימון או מעצר או בקשות לקביעת העדר סמכות מצידם של חשוד או מדינה, בית הדין יוכל לבחון היבטים נוספים של סמכות שיפוט שיועלו באותה עת. מאמירה זו עולה כי, אם וככל שייפתחו הליכים כנגד חשודים בביצוע פשעי מלחמה בשטחי "פלסטיין", יהיה ביכולתם להעלות טענות בדבר חוסר הסמכות הטריטוריאלית גם בשלבים מאוחרים יותר. כפי שמציין שופט המיעוט, בכך למעשה לא נתנו שופטי הרוב לתובעת את מבוקשה – הכרעה ברורה ומחייבת בנוגע לסמכות השיפוט.

שופט המיעוט, השופט קובאץ' מהונגריה, דחה את עמדת הרוב שלפיה די בכך שפלסטיין היא במעמד של "מדינה חברה" באמנה על מנת שתיחשב "מדינה" לצורך הקניית סמכות לבית הדין. השופט מצביע על התבטאויות רבות, כולל של נציגים פלסטיניים רשמיים, שלפיהן המדינה הפלסטינית היא בחזקת שאיפה ולא מדינה שכבר קיימת. בנוסף, לעמדתו, זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית אינה יכולה לייצר אוטומטית מדינה ריבונית פלסטינית על כל השטח עד קווי 67'. השופט קובע כי, נוכח העדר הבהירות לגבי גבולות "פלסטיין", שהיא מדינה בהתהוות, אשר מוכרת על ידי חלק מהמדינות בלבד, ואשר גבולותיה יוכרעו בהמשך במשא ומתן, אזי יש מקום להתייחס לחלוקת הסמכויות שנקבעה בהסכמי אוסלו. מכיוון שחוקת רומא מעניקה לבית הדין סמכות להיכנס בנעלי המדינה החברה, הרי שהסמכות מוגבלת לסמכות השיפוט שיש לפלסטיין. לאור זאת, סמכות השיפוט הטריטוריאלית של בית הדין מוגבלת, ככלל, לעבירות של פלסטינים בשטחי A ו-B ואינה משתרעת על עבירות בשטח C ובמזרח ירושלים ועל עבירות של ישראלים. בשולי הדברים, השופט אף מציין כי ללא שיתוף הפעולה של המדינות המעורבות (קרי - ישראל) אין לתובעת סיכוי אמיתי לגבש מקרים שיהיו מתאימים לשיפוט בבית הדין.

עמדת ישראל, כפי שאף בוטאה בתגובת היועץ המשפטי לממשלה להחלטה, היא שלבית הדין אין סמכות כיוון שלא קיימת מדינה פלסטינית ואין כל שטח ששייך לישות זו, ובנוסף מאחר שאין לרשות הפלסטינית סמכות כלשהי על ישראלים שהיא יכולה להקנות לבית הדין. עמדה זו זכתה לתמיכה של מדינות מובילות ושל מומחי משפט בינלאומי.

בעקבות החלטת בית הדין פתוחה כעת הדרך למשרד התובעת להתניע חקירה על כלל שטחי יהודה והשומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה. על פי הודעת התובעת מ-2019, החקירה צפויה להתייחס לכל המעשים שבוצעו בשטחים אלה החל מ-13 ביוני 2014, כולל פעולות צה"ל במבצע "צוק איתן" ומול הפגנות הפלסטינים לאורך גבול הרצועה, ולפעילות הקשורה להתנחלויות בגדה המערבית ובמזרח ירושלים, המוגדרות בחוקת רומא כפשע מלחמה של העברת אזרחי המדינה הכובשת לשטח הכבוש. החקירה תתייחס לכל המעשים של כל הצדדים, קרי גם לפשעים של גורמים פלסטינים.

אשר ללוחות הזמנים, לאור העובדה שהתובעת אמורה להתחלף בחודש יוני הקרוב, ישנה סבירות כי היא תימנע מצעדים אופרטיביים בשלב זה. בנאום מדצמבר 2020 הצהירה התובעת כי בכוונתה להתייעץ עם מחליפה לגבי תיעדוף החקירות של בית הדין. לזהות המחליף תהא השפעה מכרעת על קצב ואופן התפתחות החקירה בעניינה של ישראל.

חשוב לציין כי בכל הנוגע לטענות הנוגעות לפעילותם של צה"ל וכוחות הביטחון, עדיין פתוחה לישראל האפשרות להעלות טענות שלפיהן היא מנהלת בעצמה חקירות רציניות בעניין, ולפיכך

אין מקום להתערבות בית הדין. התובעת קבעה במפורש בהודעתה מדצמבר 2019 כי סוגיה זו תיבחן במהלך החקירה. לפני כחודשיים החליטה התובעת לא לפתוח חקירה בעניינה של בריטניה בנוגע לטענות לביצוע עינויים בחקירות של עצורים בעיראק, על בסיס קיומן של חקירות בנושא בבריטניה, וזאת למרות שמתחה ביקורת על אופן ניהולן של החקירות ותוצאותיהן.

בכל הנוגע להתנחלויות, לא תהיה אפשרות להתבסס על קיומן של חקירות בישראל, כיוון שמדינת ישראל אינה רואה בהן פעולה בלתי חוקית. הטענות יתמקדו במישור המשפטי, הן לגבי עצם סמכות השיפוט - ובעניין זה עמדת המיעוט יכולה לסייע, מאחר שלפיה אין לבית הדין סמכות באזור C ומזרח ירושלים וביחס לישראלים, והן לגבי טיבה של העבירה והתנגדות לעצם הגדרת ההתנחלויות כפשע מלחמה.

אם וכאשר תיפתח החקירה, יש להניח שהיא תתמקד בעיקר בגורמים בכירים יחסית, ולא בחוגים וקצינים בדרגות נמוכות, אלא במקרים בעלי תהודה רבה ותיעוד זמין. החקירה עשויה להשתרע גם על הדרג המדיני. אין בבית הדין חסינות לבעלי תפקיד בכירים, כולל ראשי מדינה מכהנים.

ראוי לציין שחקירה היא תהליך ממושך ומורכב, המחייב גביית עדויות והשגת ראיות ואשר קשה לנהלו ללא שיתוף פעולה. עד היום, ב-19 שנות קיומו של בית הדין, הוגשו כתבי אישום נגד 46 נאשמים בלבד. ייקח זמן עד שהחקירה תגיע, אם בכלל, לשלב של הוצאת צווי זימון וצווי מעצר. צווים אלה, שניתן להוציא אף באופן חשאי, ללא ידיעת האדם שלגביו הוצא הצו, מחייבים את כלל 123 המדינות החברות בבית הדין, כך שאם יוצאו, ביכולתם להוביל למעצר של גורמים ישראלים במהלך שהותם בחו"ל.

בשלב זה, על ישראל למקד מאמץ בארבעה מישורים:

- ניהול חקירות רציניות בכל הנוגע לטענות נגד צה"ל וכוחות הביטחון. העצמאות והמקצועיות, הן של התביעה והן של בתי המשפט בישראל, הן נכס במישור זה;
- ביסוס הטענות המשפטיות במישור הסמכות ולגבי הגדרת פשעי המלחמה – הן מול בית הדין, בשיח בלתי פורמלי, והן בזירת המשפט הבינלאומי;
- מערכה דיפלומטית לרתימת גורמים שונים לצידה של ישראל. במערכה זו יש לישראל ולמדינות נוספות אינטרסים חופפים, בפרט בכל הנוגע לחשש מהתערבות בית הדין בלחימה נגד ארגוני טרור בשטחים מאוכלסים, תוך יצירת סטנדרטים שיקשרו את ידי הצבאות. בנוסף, מדינות מרכזיות אחרות אף הן מוטרדות מהאפשרות של חקירה של בית הדין בענייניהן - כך ארצות הברית שניצבת בפני חקירה על פעילותה באפגניסטן ורוסיה העומדת בפני חקירות ביחס לפעולותיה בעימותים בגיאורגיה ובאוקראינה.
- פעילות במישור המדיני - ככל שההליכים ייתפסו כפוגעים באפשרות להתקדם ליישוב הסכסוך עם הפלסטינים באמצעות משא ומתן מדיני, גדל הסיכוי כי יופעל לחץ על בית הדין לא להתקדם עם חקירה בנושא.