

מבט על, גיליון 1492, 21 ביוני 2021

חילופי משמרות בבית הדין הפלילי הבינלאומי – פתח לשינוי?

אורי בארי ופנינה שרביט ברוך

ב-15 ביוני סיימה את תפקידה תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי, פאטו בנסודה, ובמקומה מונה עורך הדין הבריטי קארים חאן. אחת מהחלטותיה האחרונות הייתה הוראה לפתוח בחקירה בנוגע לפשעי מלחמה שבוצעו ב-"פלסטין", קרי ביהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה, החל מ-13 ביוני 2014. החלטה זו גררה ביקורת קשה מצד ישראל, ונטען שהיא עירבה שיקולים פוליטיים בכך שאימצה את הנרטיב הפלסטיני לסכסוך והתעלמה מכך שלבית הדין אין סמכות שיפוט במקרה זה. על מחליפה יהיה לתעדף בין החקירות הרבות הפתוחות בבית הדין, וייתכן כי ניתן יהיה להשפיע על תיעדוף נמוך לחקירה נגד ישראל עקב מורכבות ההליך. לשם כך על ישראל לקדם שיח בלתי פורמלי עם חאן ולהציג את עמדותיה בנוגע לסמכות בית הדין.

ב-15 ביוני סיימה פאטו בנסודה את תפקידה כתובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC), ואת מקומה ירש עורך הדין קארים חאן. בנסודה, ילידת גמביה, כיהנה בתפקיד תשע שנים, מאז יוני 2012. בעבר כיהנה כסגנית התובע הראשון של בית הדין, לואיס מורנו אוקמפו, וכממונה על מחלקת התביעות; הייתה יועצת משפטית ופרקליטה בבית הדין הפלילי הבינלאומי לרואנדה (ICTR); ושרת המשפטים והיועצת המשפטית של גמביה.

כהונתה של בנסודה לוותה בגישה אקטיבית יותר מאשר זו של קודמה בתפקיד, והיא פתחה ביוזמתה בארבע חקירות (גיאורגיה, בורונדי, בנגלדש/מיאנמר ואפגניסטן), ובהן, לראשונה, חקירות מחוץ ליבשת אפריקה. בצד ההצלחות ניתן למנות אחוז גבוה יותר של ביצוע צווי מעצר, שנבע, בין היתר, מהחלטתה להפסיק להתמקד בגורמים הבכירים בצבא ובממשלה ובתיקים מורכבים ורחבים, ולהתמקד בנושאי האחריות הישירה לביצוע הפשעים, גם כשמדובר בדרגי ביניים. שינוי מדיניות זה נבע מהכישלון שמשדרה נחל במספר הליכים מהסוג הראשון, בגלל קשיים ראייתיים ומורכבות ההליך והקושי לעצור בכירים. בנוסף, בתקופת כהונתה הורשעו לראשונה נאשמים בגין פשעים בעלי אוריינטציה מינית שבוצעו אגב עימות מזוין, כגון עבדות מינית, אונס, היריון כפוי ולידה כפויה.

לצד זאת, כהונתה לוותה בביקורת, לרבות על ידי ועדת המומחים העצמאית בראשות ריצ'רד גולדסטון שמינתה אספת המדינות החברות בבית הדין, ואשר [מסקנותיה](#) אומצו על ידה. הביקורת נסבה, בין היתר, על מספר ההרשעות הנמוך שהשיגה התובעת (ארבע בלבד, כשאחת עומדת בפני ערעור); מיעוט כתבי האישום שהצליחה להגיש כנגד חשודים, בשל חוסר אישורם על ידי בית הדין; פתיחת מספר רב מדי של חקירות ובדיקות מקדמיות מעבר ליכולת ולאמצעים של משרדה, כאשר אף חקירה שנפתחה לא הסתיימה; והימשכות הבדיקות המקדמיות במוצק לאורך חמש שנים, בין היתר, לאור ההמתנה המתמשכת לביצוע הליכי חקירה והעמדה לדין במדינה הנוגעת בדבר.

ההליך הראשון שבנסודה עסקה בו בהקשר הישראלי היה משט המרמרה לעזה ב-2010. התובעת פתחה בבדיקה מקדמית בשנת 2013, בעקבות בקשת מדינת קומורו, שתחת דגלה הפליגה הספינה. בסיומה של הבדיקה [הודיעה](#) התובעת כי למרות שיש יסוד סביר להאמין שבוצעו פשעי מלחמה על סיפון המרמרה, אין מקום לפתוח בחקירה שכן חומרת הפשעים אינה עומדת בדרישות הסף. על החלטתה זו הוגשו שני סבבים של ערעורים על ידי קומורו לערכאת קדם המשפט של בית הדין, שקבעה פעמיים שיש מקום לפתוח בחקירה. למרות זאת, התובעת [עמדה](#) על עמדתה לא לפתוח בחקירה.

לעומת זאת, התובעת החליטה שיש מקום לפתוח בחקירה בנוגע לפשעי מלחמה שבוצעו ב-"פלסטיין", קרי ביהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה, החל מ-13 ביוני 2014. זאת בעקבות בקשת הרשות הפלסטינית משנת 2015 ובהמשך לבדיקה מקדמית שארכה כחמש שנים. בדצמבר 2020 הודיעה התובעת כי לפי עמדתה יש לבית הדין סמכות לדון במקרה, אם כי [ביקשה](#) את עמדת בית הדין בנושא. בפברואר 2021 [אישרה](#) ערכאת קדם המשפט ברוב דעות את קיום הסמכות, ובמארס 2021 [הודיעה](#) התובעת על פתיחה בחקירה. לאחרונה, במהלך "שומר החומות", התובעת [ציננה](#) כי החקירה יכולה לכלול גם פשעים שהתבצעו בזמן המבצע.

ישראל מתחה ביקורת קשה על החלטת התובעת לפתוח בחקירה. נטען שהתובעת התעלמה מכך שלא קיימת "מדינה" פלסטינית ששולטת בכלל השטחים שבהם מדובר ולכן אין לבית הדין סמכות לדון במקרה זה, שכן סמכותו מוגבלת לפשעי מלחמה שהתבצעו בשטח של מדינה חברה או על ידי אזרח של מדינה חברה. כן נטען כי התובעת עירבה שיקולים פוליטיים בכך שאימצה את הנרטיב הפלסטיני לסכסוך. כך, למשל, בנסודה הסבירה כי הגיעה למסקנה שקיימת מדינה פלסטינית, שמשתרעת על כלל השטחים הפלסטיניים הכבושים, לאור "ההשפעה המזיקה של ההפרות המתמשכות של המשפט הבינלאומי על ידי ישראל, המעכבות את מימוש זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית". מעבר לכך, התובעת נתנה משקל רב להחלטות של גופי האו"ם, כולל עצרת האו"ם ומועצת זכויות האדם של האו"ם, שהם גופים פוליטיים ובעלי הטיות חד-צדדית ברורה וידועה לרעת ישראל. בנוסף, נמתחה ביקורת על שהיא ייחסה משקל מועט לכך שסוגיית ההתנחלויות והגבולות אמורה להיות מסוכמת במשא ומתן בין הצדדים, וכן למציאות הביטחונית הסבוכה בזירת הסכסוך, תוך גרירת בית הדין לסוגיות פוליטיות במהותן.

בעוד שלגבי החקירה ב"פלסטיין" התובעת הודיעה על פתיחת חקירה למרות הקרבה למועד סיום כהונתה, בהליכים רגישים אחרים היא הותירה לתובע הנכנס את קבלת ההחלטה כיצד להמשיך. מדובר בעיקר בחקירה בנוגע לפשעי מלחמה באפגניסטן החל מ-1 במאי 2003, אשר מתייחסת גם לכוחות האמריקאים; בחקירה בגיאורגיה ובבקשה מבית הדין לאישור לפתוח בחקירה באוקראינה, אשר מתייחסות שתיהן גם לפעולות רוסיה. על כך נמתחה ביקורת כי מדובר בניסיון "לקשור לתובע הנכנס את הידיים" בהקשר של החקירה ב"פלסטיין".

התובע החדש, קארים חאן, הוא עורך דין בריטי בעל ניסיון רב במשפט פלילי בינלאומי. בתפקידו האחרון שימש עוזר למזכ"ל האו"ם ויועץ מיוחד וראש צוות החקירה של האו"ם לקידום האחריות לפשעים שבוצעו על ידי דאע"ש בעיראק (UNITAD). בעבר שימש חאן יועץ משפטי במשרד התביעה בטריונלים הפליליים הבינלאומיים ליוגוסלביה ורואנדה; פרקליט ויועץ משפטי מטעם ההגנה בטריונלים הבינלאומיים ליוגוסלביה, מזרח טימור, סיירה ליאון ולבנון; וכן כנציגם של הקורבנות במספר הליכים. לחאן היכרות נרחבת עם בית הדין הפלילי הבינלאומי

באופן ספציפי, שנובעת מתפקידו כפרקליט וכיועץ משפטי מטעם ההגנה בתיקים רבים שהתנהלו בבית הדין, בין היתר, בעניינם של נאשמים מקונגו (במבה גומבו), סודאן (אבו גארדה, בנדה וג'רבו), קניה (רוטו ומוטאורה), ולוב (סייף קדאפי).

נראה כי חאן מודע לביקורת על בית הדין ומשרד התובע בפרט, [ובראיון](#) שנערך עימו ציין כי הציפיות הגבוהות מבית הדין נוצרו בגלל המספר הרב של בדיקות מקדמיות שנפתחו וכי יש להכיר במגבלות היכולת של בית הדין, בהינתן תקציבו המוגבל, ולמצוא פתרונות יצירתיים כדי לוודא שפושעים לא יחמקו מעונש, גם מעבר לגבולות בית הדין, כגון באמצעות מנגנונים מדינתיים ואזורים. עוד ציין חאן כי על מנת שלבית הדין תהיה השפעה עליו לתעדף את המשאבים שלו ולקחת בחשבון את חומרת הפשעים וכן היבטים של סמכות השיפוט, וכי משרדו לא יוכל לעסוק בחקירות של פשעים כאשר אין לו יכולת אמיתית לנקוט צעדים נגד אותם פשעים.

המשימות העיקריות שמונחת לפתחו של חאן הן תיעודן החקירות הרבות שנפתחו בבית הדין; הגברת האפקטיביות של בית הדין, בין היתר על ידי השגת הרשעות רבות יותר; והגדלת הלגיטימציה שלו בקרב מדינות וארגונים.

בישראל נרשמה אנחת רווחה מהבחירה בחאן, שכן מבין ארבעת המועמדים הסופיים שעלו להצבעה הוא נתפס כפרגמטי ביותר וכמתנגד ל"פוליטיזציה" של בית הדין. עולה השאלה אם חאן יכול לדון שוב בסמכות השיפוט של בית הדין לגבי פלסטיין. על פני הדברים, נראה שאין סיבה שתמנע ממנו לבחון מחדש נושא זה. עם זאת, אם ינסה לסגור את החקירה על בסיס חוסר סמכות, ייתכן כי לפלסטיין תהיה זכות לערער על החלטתו, ובמקרה זה, סביר להניח כי בית הדין, בפרט בהרכבו הנוכחי, יחייבו לפתוח בחקירה. לפיכך, ספק אם ינקוט צעד כזה. לעומת זאת, לאור ריבוי החקירות בבית הדין, חאן יידרש לתעדף ביניהן. כיום מתקיימות ארבע עשרה חקירות, שאליהן יש להוסיף שלוש בדיקות מקדמיות שהסתיימו במסקנה לפתוח בחקירה. מוערך (כפי שבא לידי ביטוי בדוח המומחים של גולדסטון), כי למשרד התובע יש כוח אדם לערוך במקביל שמונה חקירות בלבד. לפיכך, חאן יוכל להחליט לא לקדם את החקירה בפלסטיין, כיוון שמדובר בהליך מורכב ובעייתי. מנגד, אין ספק שיהיה חשוף ללחץ פוליטי עז לקדם חקירה זו.

על ישראל לקדם שיח בלתי פורמלי עם חאן ולהציג את עמדתה בנוגע לשאלת סמכות בית הדין וכן בנוגע להגדרת פשעי המלחמה וסוגיית המשלימות, קרי קיומן של חקירות בישראל. לצורך זה ניתן לרתום מדינות נוספות, ובראשן ארצות הברית, שיתמכו בעמדותיה של ישראל. הממשל האמריקאי אמנם [הסיר](#) בחודש אפריל את הסנקציות שהוטלו על ידי ממשל טראמפ על התובעת לשעבר ובכיר נוסף, אולם מזכיר המדינה, אנטוני בלינקן, [ציין](#) כי ארצות הברית ממשיכה להתנגד בנחרצות לפעולות בית הדין בנוגע לחקירות באפגניסטן ובפלסטיין, ולניסיונות של בית הדין להחיל את סמכות השיפוט שלו על מדינות שאינן חברות בו, ביניהן ארצות הברית וישראל, וכי יש לקיים שיח עם בית הדין בנושאים אלו.