

פרק 2

סמכות השיפוט של בית הדין

א. הפשעים שלגביהם יש לבית הדין סמכות

הפשעים שלגביהם יש לבית הדין סמכות קבועים במפורש באמנת רומא. רשימת הפשעים ותוכנם ניתנים לעדכון ולשינוי על ידי אספת המדינות החברות, המוסמכת לתקן את אמנת רומא, ובמרצת השנים הוכנסו כמה תיקונים ותוספות לרשימת הפשעים. שינויים אלה הם בעלי תוקף רק למדינות שאשררו את התיקון באופן פרטני.⁴¹

אמנת רומא מונה בסעיף 5 ארבע קטגוריות של עבירות שלגביהן יש לבית הדין סמכות שיפוט: רצח עם; פשעים נגד האנושות; פשעי מלחמה; ותוקפנות, ומפרטת ביחס לכל קטגוריה רשימת פשעים מוגדרת.⁴²

נוסף על כך, בהתאם לסעיף 9 לאמנת רומא אימצה אספת המדינות החברות מסמך המפרט את הרכיבים של הפשעים המנויים באמנה, שנועד לסייע לבית הדין בפרשנות וביישום הוראות האמנה המגדירות את הפשעים.⁴³ מסמך זה ניתן לשינוי ברוב של שני שלישים מחברי אספת המדינות החברות.

1. רצח עם

רצח עם (ג'נוסייד) מוגדר בסעיף 6 לאמנה כמעשה מבין אלה המפורטים בסעיף, המבוצע מתוך כוונה להשמיד, באופן מלא או חלקי, קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית, באשר היא כזאת. הסעיף מפרט חמישה סוגי מעשים: הריגת חברי הקבוצה; גרימת נזק גופני או נפשי קשה לחברי הקבוצה; השמדת חברי הקבוצה בתנאי חיים אשר נועדו להביא להשמדתם הפיזית באופן מלא או חלקי; שימוש באמצעים שנועדו למניעת לידות בקבוצה; העברה בכפייה של ילדים מהקבוצה לקבוצה אחרת.

41 סעיף 121(5) לאמנת רומא.

42 סעיפים 6-8 לאמנת רומא.

43 International Criminal Court, Elements of Crimes (2013)

נשיא סודאן לשעבר עומר אל-בשיר הוא החשוד היחיד עד כה שנפתחו נגדו הליכים בגין רצח עם, כפי שפורט בצו המעצר שהוצא נגדו בחודש יולי 2010.⁴⁴ ערכאת קדם המשפט ציינה, במסגרת ההחלטה לאשר את הוצאת צו המעצר, כי יש לה יסוד סביר להניח כי אל-בשיר פעל באופן מכוון להשמיד חלקית שלוש קבוצות אתניות בסודאן: פור, מסליט וזגהוואה.⁴⁵ נכון למועד כתיבת המזכר, ההליך נגד אל-בשיר מוקפא שכן הוא אינו נמצא עדיין בחזקת בית הדין.⁴⁶

2. פשעים נגד האנושות

פשעים נגד האנושות מוגדרים בסעיף 7 לאמנת רומא כמעשים המבוצעים כחלק מהתקפה נרחבת או שיטתית המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, מתוך ידיעה על ההתקפה.⁴⁷ האמנה מונה רשימה של 11 סוגי מעשים כאלה, הכוללת בין היתר: רצח; שעבוד; הגליה או העברה בכוח של אוכלוסייה; מעצר ומניעת חירות; עינויים; אונס ואלימות מינית; היעלמות כפויה של בני אדם; ואפרטהייד.

לא נדרש שהמעשים יתבצעו במסגרת עימות מזוין, והם יכולים להתבצע גם בעת שלום. כך למשל, פשעים המבוצעים על ידי משטר רודני נגד אזרחי המדינה ייכללו בדרך כלל במסגרת הקטגוריה של פשעים נגד האנושות, מאחר שאינם מבוצעים אגב עימות מזוין. דוגמה לכך היא האישומים נגד סייף אל-אסלאם קדאפי, בנו של שליט לוב לשעבר מועמר קדאפי.⁴⁸ סייף קדאפי, אשר כיהן כראש הממשלה בפועל, חשוד בביצוע פשעים נגד האנושות מסוג רצח ורדיפה, בשל חלקו בפעולות המשטר לדיכוי ההפגנות שפרצו

44 זהו צו המעצר השני שהוצא נגד אל-בשיר. הצו הראשון הוצא בחודש מארס 2009 ולא כלל אישומים ברצח עם אלא אישומים בפשעים נגד האנושות ובפשעי מלחמה.

45 ICC, Case Information Sheet — Situation in Darfur, Sudan — The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09 (Last Visited June 2, 2022)

46 לפירוט ראו בהמשך, פרק 3 סעיף ה.

47 widespread or systematic attack directed against any civilian population. כך לדוגמה, בשנת 2020 הודיעה התובעת בנסודה כי לא תפתח בחקירה בנוגע לפשעים נגד האנושות שהתבצעו לכאורה באוסטרליה, בעת שכלאה פליטים ומבקשי מקלט במתקני מעצר בנאורו ובפפואה גינאה החדשה, על אף שמצאה כי הפעולות הן לכאורה בגדר של דרישות פשע המעצר ומניעת חירות, שכן הראיות אינן מצביעות על כך שהפעולות נעשו בהתאם למדיניות מכוונת לתקוף מהגרים ומבקשי מקלט. ICC, The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities — (Dec. 14, 2020) (להלן — דוח בדיקות מקדמיות 2020), עמ' 14-15.

48 ICC, Case Information Sheet — Situation in Libya — The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi ICC-01/11-01/11 (Last Visited June 2, 2022)

ברחבי המדינה בשנת 2011, ואשר כללו שימוש בנשק קטלני נגד המפגינים.⁴⁹ הוא אינו נמצא בחזקת בית הדין ולפיכך ההליך נגדו מוקפא. דוגמה נוספת היא ההליכים נגד בכירים בממשלת קניה וכן נגד בכירים בממשלת חוף השנהב, ביחס לאלימות שפרצה במדינות אלו לאחר בחירות שנערכו בהן.

יש גם מקרים של שילוב בין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, כאשר פשעים נגד האנושות מתבצעים אגב קיומו של עימות מזוין. יש נאשמים שהועמדו לדין בגין אותו מעשה, הן בעבירה של פשעים נגד האנושות והן של פשעי מלחמה. כך למשל בהליכים שהתייחסו למעשים שנעשו במהלך העימותים בקונגו, בדארפור שבסודאן, באוגנדה ובפרובליקה המרכז-אפריקאית.⁵⁰

3. פשעי מלחמה

פשעי מלחמה מוגדרים בסעיף 8 לאמנת רומא, הכולל רשימה מפורטת של מעשים. כדי שפשע ייחשב פשע מלחמה נדרש שיתקיים קשר בין המעשים לבין עימות מזוין.⁵¹ העימות המזוין יכול להיות עימות מזוין בינלאומי, קרי בין מדינות, או עימות מזוין שאינו בינלאומי, קרי בין מדינה לבין גורם לא-מדינתי או בין גורמים לא-מדינתיים לבין עצמם. רשימת הפשעים שונה לגבי כל אחד מסוגי העימותים.

האמנה מונה רשימה ארוכה של פשעי מלחמה המחולקים לארבע קבוצות, כאשר שתי הקבוצות הראשונות עוסקות בעימות מזוין בינלאומי, ושתי הקבוצות הנוספות עוסקות בעימות מזוין שאינו בינלאומי.

49 Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, ICC-01/11, Pre-Trial Chamber I Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI" (June 27, 2011)

50 כך למשל בוסקו נטגנדה, סגן מפקד ארגון המורדים 'הכוחות הפטריוטיים לשחרור קונגו' הורשע בשנת 2019 בביצוע פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה כגון רצח, אונס, עבדות מינית ורדיפה, שהתבצעו בין השנים 2002-2003 במחוז איטורי בצפון-מזרח המדינה במהלך העימות המזוין שהתרחש במדינה בין קבוצות שונות The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Trial Chamber IV Judgement (July 8, 2019)

51 התובעת בנסודה מציינת בדוח בדיקות מקדמיות 2020, בנוגע לטענות בדבר ניסיון שסוכל לבצע התקפה על ידי אזרחים קנדים בלבנון בשנת 2012, כי הניסיון לא עולה כדי פשע מלחמה, בין היתר בשל היעדר קשר לעימות המזוין, לעיל ה"ש 47, עמ' 18, סעיף 67.

הקבוצה הראשונה כוללת פשעים המהווים הפרות חמורות של אמנות ג'נבה, כגון: הריגה מכוונת; עינויים או יחס לא־אנושי; גרימה בזדון של סבל רב, או פגיעה חמורה בגוף או בבריאות; והרס והפקעה מקיפים של רכוש, שאינם מוצדקים על ידי כורח צבאי. הקבוצה השנייה היא של פשעי מלחמה נוספים המבוצעים בעימות מזוין בינלאומי, והיא כוללת בין היתר: תקיפה מכוונת של אזרחים או אובייקטים אזרחיים; תקיפה בידיעה שתיגרם פגיעה לא־מידתית באזרחים או באובייקטים אזרחיים; תקיפה של אדם שיצא ממעגל הלחימה; השמדה או תפיסה של רכוש האויב שלא נדרש באופן חיוני לצורכי המלחמה; ביזה; שימוש ברעל, בנשק כימי ובנשק שגורם נזק וסבל מוגזמים; ושימוש באזרחים כמגן אנושי. הקבוצה השלישית היא של פשעי מלחמה המבוצעים בעימות מזוין שאינו בינלאומי ומנויים בסעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה, והיא כוללת מעשים כלפי בני אדם שאינם נוטלים חלק פעיל בפעולות האיבה, בין היתר אלימות נפשית ופיזית, ובפרט רצח, הטלת מום, יחס אכזרי ועינויים.

הקבוצה הרביעית כוללת פשעי מלחמה נוספים המבוצעים בעימות מזוין שאינו בינלאומי. רשימה זו חופפת בחלקה לרשימה החלה בעימות בינלאומי אך אינה זהה לה. אחד ההבדלים הבולטים בין הרשימות הוא שהפשע של ביצוע התקפה בלתי מידתית מופיע רק ברשימת הפשעים בעימות בינלאומי, ולא בעימות שאינו בינלאומי. רשימת הפשעים שבקבוצה הרביעית התעדכנה במהלך השנים ונוספו לה בין היתר עבירות הנוגעות לשימוש בסוגים שונים של כלי נשק, וכן עבירה של הרעבה מכוונת של אזרחים כשיטת לחימה, שהיו קיימות תחילה רק ביחס לעימות בינלאומי.

דוגמה להליך שעסק בפשעי מלחמה הוא משפטו של אחמד אל־מהדי, פעיל בארגון הטרור אנצאר א-דין במאלי שהורשע בשנת 2016 בביצוע פשע המלחמה של תקיפה מכוונת נגד מבנים דתיים והיסטוריים במהלך העימות המזוין שהתלקח במאלי בתחילת 2012.⁵² ערכאת המשפט קבעה כי אל־מהדי הוביל ופיקח על ההתקפות נגד עשרה מבני מורשת תרבות, אשר נתקפו בשל האופי הדתי וההיסטורי שלהם.⁵³ דוגמה נוספת היא האישומים בעניינו של עלי מוחמד עלי עבד־רחמן (עלי קושייב), מנהיג מיליצית ג'נג'וויד (Janjaweed) העומד למשפט בגין פשעי מלחמה שבוצעו בין השנים

ICC, Case Information Sheet — Situation in the Republic of Mali — The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi ICC-01/12-01/15 (Last Visited June 2, 2022) 52

The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Trial Chamber III Judgment and Sentence (Sep. 27, 2016) 53

2003-2004 בחבל דארפור שבסודאן, בעת שהמיליציה סייעה לממשלת סודאן בעימות שפרץ בינה לבין כוחות של מורדים.⁵⁴ קושייב מואשם כי במהלך העימות הוא ביצע באופן ישיר וכן הורה על ביצוע פשעי מלחמה כגון רצח, גירוש, תקיפה מכוונת של אזרחים, אונס והרס רכוש.⁵⁵

במסגרת רשימת פשעי המלחמה נכלל גם הפשע של "העברה, במישרין או בעקיפין, של חלקים מהאוכלוסייה של הכוח הכובש אל תוך תחומי השטח הכבוש".⁵⁶ המקור לפשע זה מצוי באמנת ג'נבה הרביעית, אשר אוסרת על המדינה הכובשת לגרש או להעביר חלק מהאוכלוסייה שלה לתוך השטח הכבוש,⁵⁷ וכן הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 שקובע את האיסור כהפרה חמורה וכפשע מלחמה.⁵⁸ עם זאת, הסעיף באמנת רומא מרחיב יותר. הוספת המילים "במישרין או בעקיפין" לאמנת רומא, ביוזמת המשלחת המצרית, הייתה במטרה ברורה להרחיב את תחולת הפשע כדי לכלול בתוכו גם פעולות של תמיכה וסיוע ביישום המדיניות של ישראל בכל הנוגע להתנחלויות בשטחים המוחזקים על ידה. הכללת איסור זה כפשע מלחמה הייתה אחת הסיבות המרכזיות לכך שמדינת ישראל הצביעה נגד אמנת רומא, ובהמשך נמנעה מלאשר אותה.⁵⁹

סעיף 8(1) לאמנת רומא קובע שבית הדין יהיה בעל סמכות שיפוט על פשעי מלחמה, בעיקר כאשר הם מבוצעים כחלק מתוכנית או מדיניות, או כחלק מביצוע פשעים אלה בקנה מידה נרחב.⁶⁰ בדברי הפרשנות לסעיף מובהר כי אין המשמעות שאי אפשר להעמיד

54 קושייב מואשם גם בביצוע פשעים נגד האנושות.

55 The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb'), ICC-01/12-01/15, Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb') (July 9, 2021)

56 סעיף 8(2)(b)(viii) לאמנת רומא.

57 סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית, 1949.

58 סעיפים 85(4)(a) ו-85(5) לפרוטוקול הראשון המשלים לאמנות ג'נבה, 1977.

59 בייקר, לעיל ה"ש 3, עמ' 891-893. לדיון בסוגיית חוקיות ההתנחלויות ראו: Symposium, Revisiting Israel's Settlements, 111 AJIL Unbound, 29-61 (May 10, 2017); Theodor Meron, The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War, 111 American Journal of International Law, 357-375 (May 10, 2017); Alan Baker, Refuting the Palestinian Allegation to the ICC that Israeli Settlements Are a War Crime, JCPA (Apr. 29, 2021)

60 "The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes"

לדין גם בגין מעשה יחיד,⁶¹ אולם בית הדין אמור להתמקד במקרים שבהם פשעי מלחמה מתרחשים בקנה מידה גדול, ובפרט כאשר יש מדיניות של ביצוע פשעי מלחמה.

4. פשע התוקפנות

ההגדרה של פשע התוקפנות לא סוכמה באמנת רומא במקור. בשל קושי להגיע להסכמה בנושא, שהוא בעל רגישויות מדיניות רבות, הוחלט לדחות את גיבושה של הגדרה זו לשלב מאוחר יותר. בהתאם לכך התנהלו דיונים נפרדים בנושא שנמשכו לאורך שבע שנים, משנת 2003 ועד שנת 2010. בסופו של התהליך גובש נוסח מוסכם במסגרת ועידה שהתכנסה בקמפלה, אוגנדה ב־11 ביוני 2010.⁶² כן סוכם כי הגדרה זו תיכנס לאמנה רק כעבור שנה ממועד אשרור התיקון על ידי 30 מדינות והצבעה ברוב של שני שלישים מחברי אספת המדינות החברות, ולא לפני 1 בינואר 2017. התיקון שמכליל את הגדרת פשע התוקפנות באמנה נכנס לתוקף ב־17 ביולי 2018.⁶³

פשע התוקפנות מוגדר לפי סעיף 8bis שהתווסף לאמנת רומא כ"תכנון, הכנה, ייזום או ביצוע של פעולה שנוקטת מדינה באמצעות כוח צבאי, נגד הריבונות, השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה אחרת". הגדרה זו כוללת בין היתר פלישה צבאית של מדינה לשטח של מדינה אחרת, לרבות כיבוש צבאי או סיפוח בעקבות הפלישה; התקפה נגד שטחה או כוחותיה הצבאיים של מדינה אחרת; מצור ימי; ושלחת גורמים חמושים לתקוף מדינה אחרת — ככל שהפעולה מהווה, מעצם טבעה, חומרתה או היקפה, הפרה ברורה של מגילת האו"ם. מבצע פשע התוקפנות הוא אדם הנמצא בעמדה המאפשרת לו להפעיל שליטה באופן יעיל, או לכוון את פעולתה של מדינה לנקוט פעולת תוקפנות. לפני פתיחת חקירה על פשע התוקפנות נדרש לתת הודעה למועצת הביטחון על מנת שתקבע אם אכן בוצע מעשה של תוקפנות. רק לאחר תקופה של שישה חודשים ממועד

61 CLICC Commentary, Article 8(1) (Last Visited July 4, 2022); שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 226. כך גם קבעה במפורש ערכאת קדם המשפט בהליך אישור האישומים נגד מברושימנה בשנת 2011: "a single act could also amount to a war crime within the jurisdiction of the Court if it was committed in the context of and was associated with an armed conflict" *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Decision on the confirmation of charges (Dec. 16, 2011)

62 ASP, RC/Res.6, The crime of aggression (June 11, 2010)

63 ASP, Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression, ICC-ASP/16/Res.5 (Dec. 14, 2017)

ההודעה למועצה ובהיעדר הכרעה נוגדת, תוכל התביעה לפתוח בחקירה לאחר קבלת אישור מערכאת קדם המשפט.⁶⁴

הסמכות של בית הדין ביחס לפשע התוקפנות אינה חלה על תוקפנות מצד מדינה שאינה חברה בבית הדין (סעיף 15bis(5) לאמנת רומא). מעניין לציין כי הוספת סייג זה לסמכות בית הדין נבעה מלחץ של ארצות הברית. הממשל האמריקאי החרים תחילה את הדיונים שבהם גובשה ההגדרה, כחלק מההחרמה שלו את בית הדין החל משנת 2002. עם זאת, נציגיו הצטרפו כמשקיפים לסבב המכריע בשנת 2010, שבו גובשה ההגדרה באופן סופי, והצליחו להביא לכך שבנוסח זה הייתה התחשבות באינטרסים האמריקאיים.⁶⁵

פשע התוקפנות מחייב רק את המדינות שאשררו את התיקון לאמנת רומא הכולל הגדרת פשע זה. נכון לספטמבר 2022, 43 מדינות אשררו את התיקון. בין המדינות שלא אשררו, ונמנעו לפיכך מלהכפיף עצמן לסמכות בית הדין בנושא זה, נמצאות בריטניה, צרפת, אוסטרליה וקנדה.⁶⁶

על אף האמור, מועצת הביטחון יכולה להפנות לבית הדין חשדות לביצוע פשע תוקפנות גם ביחס למדינה שלא אשררה את התיקון, ואף ביחס למדינה שאינה חברה.⁶⁷ נכון למועד כתיבת מזכר זה לא נפתחה חקירה כלשהי ואף לא בדקה מקדמית הנוגעת לפשע התוקפנות.

ב. סמכות מבחינת מועד המעשים וזהות מבצעי הפשע

סמכות בית הדין חלה רק על הפשעים המנויים באמנת רומא ואשר בוצעו לאחר כניסת האמנה לתוקף, קרי מ־1 ביולי 2002. לגבי פשע התוקפנות, סמכות השיפוט חלה, כאמור, מ־17 ביולי 2018. לגבי מדינות שהצטרפו לבית הדין לאחר הקמתו, סמכות בית הדין מוגבלת לפשעים שבוצעו לאחר ההצטרפות, אלא אם המדינה הצהירה לפני בית הדין כי היא מקבלת את סמכותו גם לגבי פשעים שבוצעו במועד מוקדם יותר (אך לא לפני תאריך כניסת האמנה לתוקף ב־1 ביולי 2002).

ICC, Understanding the International Criminal Court (Last Visited July 4, 2022) 64

65 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 18-19.

66 לרשימת המדינות שאשררו את התיקון ראו: UN, Treaty Collection, Amendments on the crime of aggression to the Rome Statute of the International Criminal Court (Last Visited Sep. 12, 2022)

67 סעיף 15ter לאמנת רומא.

סמכות השיפוט חלה רק על אנשים מעל גיל 18.⁶⁸ אחריות לביצוע פשעים מוטלת על מבצע הפשע וכן על מי שסייע לו, שידל אותו או הורה לו לבצע את הפשע. נוסף על כך, האמנה מכירה באחריותם של מפקדים ובכירים אחרים למעשי פקודיהם. האחריות אינה מוגבלת למפקדים צבאיים אלא חלה גם על בעלי תפקידים בכירים מחוץ לצבא, כמו שר ביטחון או ראש ממשלה.⁶⁹ כהונה בתפקיד רשמי כמו ראש מדינה, שר או חבר פרלמנט אינה מקנה חסינות בפני בית הדין.⁷⁰

סמכות השיפוט של בית הדין אינה מוגבלת לגורמים רשמיים וחלה גם על חברי ארגונים לא-מדינתיים כגון ארגוני טרור, וכן על יחידים שביצעו פשעים באופן עצמאי. זאת למעט ביחס לפשע התוקפנות, שם הפשע בהגדרתו מתייחס למעשים של מדינה, ומבצעי הפשע הם הגורמים השלטוניים המחליטים על ביצוע מעשי התוקפנות.

ג. דרישת הזיקה למדינה חברה

הסמכות של בית הדין חלה על פשעים שבוצעו בשטח מדינה חברה או על ידי אזרח של מדינה חברה. המשמעות היא שניתן לדון בפשעים שבוצעו בשטח של מדינה חברה גם אם בוצעו על ידי אזרחים של מדינה שאינה חברה, וכן בפשעים שבוצעו על ידי אזרחי מדינה חברה, גם אם בוצעו בשטח של מדינה שאינה חברה.⁷¹ אדם שיש לו יותר מאזרחות אחת יכול למצוא עצמו נתון לסמכות בית הדין גם אם רק אחת ממדינות אזרחותו היא חברה בבית הדין.⁷²

בהתאם לכך, נוכח העובדה שאפגניסטן חברה בבית הדין מאז שנת 2003 התאפשרה פתיחת חקירה בנוגע לחשדות לביצוע פשעי מלחמה על ידי הכוחות האמריקאיים באפגניסטן, על אף שארצות הברית אינה חברה בבית הדין. כך גם מתנהלת חקירה ביחס לפשעים המיוחסים לכוחות של רוסיה שפעלו בשטח גיאורגיה, שהיא חברה בבית הדין. דוגמה למקרה מן הסוג השני היא הבדיקות המקדמיות שהתנהלו בנוגע לטענות לפשעי מלחמה שביצעו

68 סעיף 26 לאמנת רומא.

69 סעיף 28 לאמנת רומא.

70 סעיף 27 לאמנת רומא.

71 למעט פשע התוקפנות, שלגביו לא ניתן להעמיד לדין על פשע שבוצע בשטח של מדינה שאינה חברה בבית הדין, או על ידי אזרח של מדינה שאינה חברה.

72 ICC, The Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritisation (2016) (להלן – נייר מדיניות על תעדוף תיקים), עמ' 8 פסקה 27.

אנשי צבא בריטניה בעצורים עיראקים בשנת 2003 במהלך מלחמת המפרץ, לאור היות בריטניה חברה בבית הדין ועל אף שהמעשים בוצעו בעיראק, אשר אינה חברה בבית הדין.⁷³ מדינה שאינה חברה יכולה לתת לבית הדין הסכמה אד הוק להפעיל סמכות שיפוט ביחס למעשים שבוצעו בשטחה או על ידי אזרח שלה, ולהגביל זאת לתקופה מסוימת.⁷⁴ כך לדוגמה אוקראינה, שאינה חברה בבית הדין, נתנה לבית הדין הסכמה להפעיל את סמכותו בשטחה לתקופה שהחלה ב־21 בנובמבר 2013.⁷⁵ מכוחה של הסכמה זו ניתן לחקור את כלל המעשים שבוצעו בשטחה של אוקראינה ממועד זה, כולל על ידי אנשי הכוחות הרוסיים הפועלים באוקראינה. ראוי לציין שחקירה זו אינה יכולה להתייחס לפשע התוקפנות, שסמכות בית הדין לגביו חלה רק על מדינות חברות שאשררו את התיקון שהכליל פשע זה באמנת רומא. לכן אין לבית הדין סמכות לדון בעצם הפלישה הרוסית לאוקראינה.⁷⁶

מעבר לכך, מועצת הביטחון של האו"ם יכולה להקנות לבית הדין סמכות גם ביחס למקרים שבוצעו בשטח של מדינה שאינה חברה בבית הדין או על ידי אזרח שלה, וזאת אף ללא הסכמת המדינה. עד כה הופעלה סמכות זו על ידי מועצת הביטחון בשני מקרים: ב־31 במרץ 2005, ביחס לפשעים שבוצעו בחבל דארפור בסודאן על ידי הצדדים לעימות החל מ־1 ביולי 2002;⁷⁷ וב־26 בפברואר 2011, ביחס לפשעים שבוצעו בלוב החל מ־15 בפברואר 2011.⁷⁸

המשמעות היא שככלל, פשעים חמורים המתרחשים בשטחן של מדינות שאינן חברות בבית הדין, על ידי אזרחי המדינות עצמן או על ידי אזרחים של מדינות שאינן חברות בבית

73 התובעת ציינה באופן ספציפי כי אין באפשרותה לחקור חשדות לפשעים נוספים שבוצעו בעיראק במהלך מלחמת המפרץ, שכן עיראק אינה חברה בבית הדין ולא נתנה לו הסכמה אד הוק להחיל את סמכותו בשטחה — ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Iraq/UK Final Report (Dec. 9, 2020), פסקה 69.

74 סעיף 12(3) לאמנת רומא.

75 ההסכמה ניתנה ב־17 באפריל 2014. תחילה הגבילה אוקראינה את הסמכות לפשעים שבוצעו עד ה־22 בפברואר 2014 — ICC, Registrar (Apr. 9, 2014), אולם בהמשך, ב־8 בספטמבר 2015, האריכה אוקראינה את ההסכמה שנתנה לבית הדין להפעיל את סמכות שיפוטו החל מ־20 בפברואר 2014 ללא הגבלת זמן — ICC, Registrar (Sep. 8, 2015).

76 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: on the Situation in Ukraine: "I have been closely following recent developments in and around Ukraine with increasing concern." (Feb. 22, 2022). לפירוט נוסף על חקירה זו ראו בפרק 4.

77 S.C. Res. 1593 (Mar. 31, 2005). מדובר במקרה הראשון שהפנתה מועצת הביטחון לבית הדין, ובחקירה הראשונה שנפתחה ביחס לשטח של מדינה שאינה חברה בבית הדין.

78 S.C. Res. 1970 (Feb. 26, 2011), בסעיפים 4-8 להחלטה.

הדין, אינם נופלים תחת סמכותו של בית הדין. מקרים כאלה יוכלו להגיע לדיון בפני בית הדין אם תתקבל החלטה של מועצת הביטחון המפנה את המקרה לבית הדין, אולם ברי כי כל המדינות בעלות זכות הוואטו יוכלו למנוע העברה לבית הדין של מקרים הקשורים אליהן וכן לבעלות בריתן.

בהתאם לכך, בשנת 2015 הבהירה התובעת בנסודה כי אין לבית הדין סמכות שיפוט בנוגע למתרחש בעיראק ובסוריה, שכן הן אינן חברות בבית הדין, ולכן לא ניתן לחקור חשדות לפשעים שהתבצעו במהלך העימות המזוין בשטח המדינות הללו.⁷⁹ מכוח אותו הכלל, התובעת ציינה בדוח לשנת 2019 כי לבית הדין אין סמכות שיפוט בנוגע לחשדות לפשעים שמבצע המשטר בקוריאה הצפונית באזרחי מדינתו. זאת מכיוון שקוריאה הצפונית אינה חברה בבית הדין, והחוק המדינתי בקוריאה הדרומית, שהיא חברה בבית הדין, המאפשר להכיר בחלק מהאזרחים של קוריאה הצפונית כאזרחי המדינה, אינו מספק לצורך החלת סמכות השיפוט של בית הדין.⁸⁰ בדוח השנתי של 2020 השיבה התובעת – במענה לפניות שהתקבלו וביקשו לחקור חשדות לביצוע רצח עם ופשעים נגד האנושות על ידי המשטר הסיני נגד בני העם האויגורי – כי אין לבית הדין סמכות, שכן נראה כי רוב הפשעים הנטענים בוצעו באופן בלעדי על ידי אזרחי סין בשטח סין.⁸¹

בשל הקושי האמור יש לעיתים ניסיון למצוא דרכים לקשור בין פשעים שנעשים במדינות שאינן חברות לבין מדינות שהן חברות בבית הדין. הדוגמה הבולטת נוגעת למיאנמר: ב-14 בנובמבר 2019 קבעה ערכאת קדם המשפט כי לבית הדין יש סמכות שיפוט ואישרה לתובעת לפתוח בחקירה בנוגע לגירוש מאות אלפים מבני הרוהינגיה על ידי מיאנמר לבנגלדש, במהלך גלי האלימות במדינה בין השנים 2016-2017. זאת כי על אף שפעולות הגירוש התחילו במיאנמר, שאינה חברה בבית הדין, הן הסתיימו בשטחה של בנגלדש, שהיא חברה בבית הדין. נקבע כי החקירה שנפתחה תוכל לכלול גם פשעים נוספים, ככל שיסוד מסוים שלהם מבוצע בשטח של מדינה חברה והם קשורים לגלי האלימות.⁸²

ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, 79
on the alleged crimes committed by ISIS (Apr. 8, 2015)

ICC, The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2019 80
(Dec. 5, 2019), עמ' 11 פסקה 35.

81 דוח בדיקות מקדמיות 2020, לעיל ה"ש 47, עמ' 19 פסקה 73.

ICC, Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, 82
ICC-01/19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of

ניסיון דומה להחיל סמכות שיפוט בדרך עקיפה נעשה גם על חלק מפעולות המשטר הסורי. בחודש מארס 2019 הוגשה פנייה למשרד התובעת בבקשה לחקור פשעים בהקשר של העברה בכפייה של אזרחים סורים לירדן (אשר חברה בבית הדין).⁸³ נכון למועד כתיבת המזכר, טרם התקבלה החלטה ביחס לפנייה זו.

ישראל אינה חברה בבית הדין, ולכן אין לו סמכות על מעשים המתרחשים בשטחה או על ידי אזרחיה. עם זאת, בית הדין הגיע למסקנה כי ניתן לראות ב"פלסטין" מדינה ששטחה משתרע על כלל השטחים הפלסטיניים שנכבשו ב-1967, קרי על יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה. כיוון ש"פלסטין" הצטרפה לאמנת רומא, נקבע שיש סמכות על הפשעים שבוצעו לכאורה בשטחים אלה מהמועד שלגביו ניתנה הסמכות לבית הדין על ידי "פלסטין", קרי מ־13 ביוני 2014. ראו פירוט בפרק 6.

ד. קבילות מקרים ושיקולי צדק

אמנת רומא מגדירה שגם במקרים שבהם קיימת סמכות שיפוט לבית הדין, יש תנאים שנדרש לעמוד בהם על מנת שהמקרה יהיה קביל לדיון בפני בית הדין. לפי האמנה, הליך לא יהיה קביל בבית הדין ככל שאינו עומד בשתי דרישות: דרישת המשלימות, כאשר האירוע מטופל במסגרת המדינתית; ודרישת החומרה, כאשר האירוע אינו חמור מספיק על מנת לדון בו בבית הדין.

שאלת קבילות המקרים יכולה להתעורר לאורך ההליך. בשלב הראשון, במהלך ההחלטה על פתיחת חקירה, משרד התביעה נדרש לוודא כי המקרים הפוטנציאליים קבילים. בתקופת התובעת בנסודה פורסם נייר מדיניות שהתייחס בפירוט לאופן שבו נשקלים שיקולי הקבילות בשלב הבדיקה המקדמית.⁸⁴ כמו כן, בהליך קונקרטי, החשוד עצמו וכן המדינה בעלת סמכות השיפוט רשאים להעלות בפני בית הדין טענות על חוסר קבילות ההליך, והוא אף רשאי לדון בכך ביוזמתו.

an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (Nov. 14, 2019)

GCIJ, Article 15 Communication to the Prosecutor of the International Criminal Court 83 in Relation to the Forced Deportation of Syrian Civilians to Jordan (last visited June 2, 2022)

ICC, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on — נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות — Preliminary Examinations (2013) (להלן — נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות). 84

מעבר לבחינת קבילות המקרים, בסמכות התביעה לקבוע כי שיקולי צדק מובילים לכך שלא נכון לקיים חקירה או הליך.

1. דרישת המשלימות

על פי עקרון המשלימות (complementarity), שהוא אחד מעקרונות היסוד של אמנת רומא, סמכותו של בית הדין משנית ומשלימה לסמכויות השיפוט הלאומיות. לפיכך, על משרד התביעה לבחון אם התקיימו או מתקיימים הליכי חקירה או העמדה לדין על ידי הרשויות המוסמכות במדינה ביחס לאירוע הנבדק. אם המדינה אינה חוקרת את המקרה, בין בשל היותה חסרת רצון (unwilling) או חסרת יכולת (unable), אזי פתוחה הדרך בפני בית הדין לחקור את המקרה.

הליכי החקירה במדינה צריכים להיות קונקרטיים במטרה לברר את מידת האחריות של חשוד מסוים ביחס לאירוע, כגון קיום ראיונות עם עדים וחשודים, איסוף ראיות ועריכת ניתוחים פורנזיים.⁸⁵ גם אם מתקיימים הליכי חקירה, אין הדבר הופך בהכרח את המקרה לבלתי קביל, שכן נדרש לבחון אם הם ראויים וכנים (genuine). על פי נייר המדינות של משרד התביעה, במסגרתו זו ייבחן בין היתר אם הליכים מדינתיים, ככל שהם קיימים, מופנים גם כלפי הגורמים שאחריותם ביחס לביצוע הפשעים היא הרבה ביותר, ולא מתמצים בהעמדה לדין של הדרגים הזוטרים בלבד. עיכובים בלתי מוצדקים בקידום ההליכים יובאו גם הם בחשבון, כמו גם מידת העצמאות של ההליכים. באופן כללי נבדק אם ההליכים מתקיימים, למעשה, במטרה לשמש מגן לחשודים מפני העמדה לדין בבית הדין.⁸⁶

גם כאשר ההליך המדינתי אינו מסתיים בהרשעה או בהעמדה לדין, ככל שהוא נוהל כראוי, המקרה אינו קביל לשיפוט בית הדין. דוגמה למקרה כזה באה לידי ביטוי בהחלטת התובעת בנסודה בסוף שנת 2020 – לא לפתוח בחקירה בנוגע לטענות לפשעי מלחמה שביצעו אנשי צבא בריטניה בעצורים עיראקים במהלך מלחמת המפרץ בשנת 2003, לאור קיום הליכים מדינתיים בבריטניה, על אף שאלה לא הבשילו לכדי הרשעה, ולמרות ביקורת של התובעת על אופן התנהלות החקירה המדינתית.⁸⁷

85 William A. Schabas, The International Criminal Court (2nd Edition): A Commentary on the Rome Statute (Oxford University Press) (2017), p. 459

86 נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות, לעיל ה"ש 84, עמ' 12-13.

87 כמפורט בהמשך בפרק 4.

לפי נייר המדיניות של משרד התביעה, שהופץ בתקופתה של התובעת בנסודה, משרד התביעה תומך ב"משלימות חיובית", קרי בעידוד קיומם של הליכים לאומיים ובסיוע להליכים כאלה. בהתאם, מאמץ רב מושקע בשיח עם רשויות אכיפת החוק של המדינות הרלוונטיות.⁸⁸ גם התובע חאן מדגיש את החשיבות של עקרון המשלימות ואת ההעדפה שבתי הדין המקומיים ינהלו את ההליכים, ולא בית הדין הבינלאומי.⁸⁹

2. דרישת החומרה

על פי עקרון החומרה (gravity), בית הדין לא יעסוק בעניין שאינו חמור במידה המצדיקה את מעורבותו. זאת לאור מטרת בית הדין להעמיד לדין את הפושעים שביצעו את הפשעים החמורים ביותר, המהווים מקור לדאגה לקהילה הבינלאומית.

אמנת רומא אינה מספקת הגדרה מדויקת של עקרון החומרה או רף להפעלתו. בנייר המדיניות של משרד התביעה נקבע כי הקריטריונים העיקריים להערכת חומרת המקרה יכללו את היקף הפשעים הפוטנציאליים – בחינת מספר הקורבנות והנזק שנגרם, וההיקף הגיאוגרפי של הפשעים ומשכם; טבעם – בחינת רכיבי הפשעים, כגון מעשי הריגה, אונס, פשעים נגד ילדים ורדיפה; אופן הביצוע של הפשעים – השיטתיות, רמת המעורבות והכוונה של המבצע, ומידת האכזריות; והשפעתם – הסבל שנגרם לקורבנות וההשלכות החברתיות, הכלכליות והסביבתיות של המעשים. מכוח עיקרון זה, משרד התביעה גם אמור להשקיע את המאמצים באיתור הגורמים שאחריותם ביחס לביצוע הפשעים היא הרבה ביותר.⁹⁰ דוגמה למקרה שבו התביעה סברה שלא מתקיימת דרישת החומרה, ולכן אין לפתוח בחקירה, היא החלטת התובעת בנסודה בעניין ההפניה של מדינת האיחוד של איי קומורו ('קומורו') בבקשה לחקור את האירוע שבו חיילי צה"ל הרגו בשנת 2010 עשרה אנשים על הספינה מרמרה, שניסתה לפרוץ את המצור הימי על רצועת עזה ('פרשת המשט').⁹¹

88 נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות, לעיל ה"ש 84, עמ' 23-24.

89 ראו למשל את הצהרתו בעניין לוב – ICC, ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, outlines a renewed approach to investigations in the Situation in Libya to the United Nations Security Council (Apr. 29, 2022).

90 נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות, לעיל ה"ש 84, עמ' 15-16.

91 ראו הרחבה בפרק 6.

3. שיקולי צדק

על פי אמנת רומא, יש מקרים שבהם שיקולי צדק (interests of justice) ימנעו את התערבות בית הדין.

התובע אוקמפו פרסם בספטמבר 2007 נייר מדיניות המפרט את פרשנותו למושג זה.⁹² לפי נייר המדיניות, קיימת חזקה לטובת קיומה של חקירה והעמדה לדין בכל מקום שבו מקרה עומד בדרישות הסמכות והקבילות, ורק במקרים קיצוניים במיוחד שיקולי צדק יובילו לכך שלא תיפתח חקירה. כן מצוין ששיקולי ישימות (feasibility) של ניהול חקירות אפקטיביות אינם אמורים להישקל בעת ההחלטה אם לפתוח בחקירה.

הנייר מדגיש כי העיקרון המנחה הוא של מניעת פשעים חמורים על ידי הבטחה כי מבצעי הפשעים לא יימלטו מאימת הדין, וכי חשוב לשקול גם את שיקולי הצדק של הקורבנות ואת האינטרס שלהם שהצדק ייעשה, וכן שיקולים הנוגעים להגנה עליהם. כדוגמה לשיקול רלוונטי מובא בנייר המדיניות מקרה של נאשם החולה במחלה סופנית, או שהיה קורבן לפגיעה קשה בזכויותיו.⁹³

לעומת זאת, לפי נייר המדיניות, על אף ששיקולי צדק כוללים היבטים נוספים מלבד צדק פלילי במובן הצר, הם אינם כוללים היבטים נרחבים של שלום וביטחון עולמי, שהם באחריות גורמים אחרים ובראשם מועצת הביטחון. בפרט אין מדובר בכלי לניהול סכסוכים המחייב את משרד התביעה לקחת על עצמו את תפקיד המגשר במשא ומתן.⁹⁴ נמתחה ביקורת על הפרשנות המצמצמת שניתנה בנייר המדיניות לשיקולי הצדק – נטען כי יש מקרים שבהם חקירה בבית הדין הפלילי עלולה לשמש מכשול לגיבוש הסכמי שלום בין צדדים המואשמים בביצוע פשעים, וכי במצבים אלה יש מקום לאפשר לתביעה להשעות או לבטל חקירה מנימוקים של שיקולי צדק. ראוי לציין כי אין מניעה לתובע החדש לגבש מדיניות מרחיבה יותר ולהוציא נייר מדיניות מעודכן.⁹⁵

נכון לחודש ספטמבר 2022, שיקולי צדק נדונו רק ביחס לשאלה אם לפתוח בחקירה במקרה של אפגניסטן, שכלל חשדות לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות שבוצעו לכאורה על ידי אנשי הטאליבאן, הכוחות האפגניים וכוחות ארצות הברית. בחודש אפריל

92 נייר מדיניות על אינטרסים של צדק – ICC, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on the Interests of Justice (2007)

93 שם, עמ' 7.

94 שם, עמ' 7-8, ו-17.

95 ראו גם דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 45.

2019 דחתה ערכאת קדם המשפט את בקשת התובעת בנסודה לפתיחה בחקירה, וקבעה כי החקירה לא תשרת את האינטרסים של הצדק.⁹⁶ ההסבר שניתן לקביעה זו היה שלאור ההערכה שסיכויי ההצלחה של החקירה נמוכים, פתיחה בחקירה, שתוביל ליצירת אשליה בקרב הקורבנות שהאשמים ייתנו את הדין, תיצור בסופו של דבר תסכול ועוינות כלפי בית הדין ותפגע באמינותו וביכולתו למלא את תפקידו. בחודש מארס 2020 קיבלה ערכאת הערעור את ערעור התובעת ואישרה לה לפתוח בחקירה. נקבע כי בהחלטה אם לאשר פתיחה בחקירה על ערכאת קדם המשפט להימנע מלערב שיקולים מערכתיים, וכי היה עליה להתייחס רק לסוגיה אם קיימת תשתית עובדתית סבירה עבור התביעה להמשיך בחקירה.⁹⁷ על פי אמנת רומא, החלטה לא לפתוח בחקירה על בסיס שיקולי צדק צריכה להיות מובאת לידיעת ערכאת קדם המשפט, אשר יכולה לבחור לבחון את ההחלטה.

96 ICC, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Apr. 12, 2019)

97 ICC, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17 OA4, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Mar. 20, 2020). ראו בפרק 4.