

בית הדין וישראל

ישראל מצאה את עצמה פעמיים תחת בדיקה מקדמית בבית הדין. בפעם הראשונה הבדיקה התייחסה לפרשת המשט משנת 2010 ונפתחה בעקבות הפניה מצד מדינת קומורו, שתחת דגלה הפליגה הספינה מאווי מרמרה, ובמעורבות ברורה של טורקיה מאחורי הקלעים. במקרה זה התובעת בנסודה החליטה שלא לפתוח בחקירה. לעומת זאת, בהמשך לפניית מדינת "פלסטין" נפתחה בדיקה מקדמית על פשעי המלחמה שנעברו ב"שטחים הפלסטינים הכבושים", קרי בגדה המערבית, במזרח ירושלים וברצועת עזה החל מ־13 ביוני 2014. במקרה זה התובעת החליטה שיש מקום לפתוח בחקירה. נכון למועד כתיבת מזכר זה, חקירה זו טרם החלה באופן מעשי וממתינה להכרעת התובע חאן לגבי אופן ההתקדמות.

א. פרשת המשט

במאי 2010 יצא מטורקיה משט של שש ספינות לכיוון חופי עזה, שמטרתו המוצהרת הייתה לשבור את הסגר הימי על עזה. ישראל דרשה מהספינות לכבד את הסגר ולהפסיק את ההתקדמות לעבר עזה, אך המשט המשיך בדרכו. בתגובה השתלטו לוחמי הקומנדו הימי של צה"ל על הספינות במים הבינלאומיים. במהלך ההשתלטות על הספינה מאווי מרמרה התרחש עימות אלים בין כוח צה"ל למשתתפי המשט, ביניהם גורמים של ארגון טורקי עוין, אשר תקפו את החיילים. עשרה נוסעים נהרגו וכחמישים נפצעו. כן נפצעו עשרה חיילי צה"ל. קומורו, מדינת הדגל של הספינה, היא חברה בבית הדין. ב־14 במאי 2013 הגישה קומורו באמצעות עורכי דין טורקים בקשה לחקור את אירועי המשט, בטענה שהתבצעו פשעי מלחמה על ידי ישראל. על בסיס בקשה זו פתח משרד התביעה בבדיקה מקדמית של המקרה.

ב־6 בנובמבר 2014 החליטה התובעת בנסודה שלא לפתוח בחקירה, בציינה כי למרות שיש יסוד סביר להאמין שבוצעו פשעי מלחמה על סיפון המרמרה, נראה כי התיקים שייפתחו כתוצאה מחקירה בעניין יהיו בלתי קבילים בפני בית הדין, שכן חומרת הפשעים אינה עולה כדי עמידה בדרישות הסף של אמנת רומא. קומורו ערערה על החלטת התובעת וערכאת קדם המשפט קיבלה ביולי 2015 את הבקשה ברוב דעות והורתה לתובעת לשקול מחדש את החלטתה. התובעת הגישה על כך ערעור, שנדחה בנובמבר 2015 מטעמים פרוצדורליים,

קרי היעדר סמכות לתובעת לערער על החלטה זו, והעניין הוחזר לתובעת, אשר שבה וקבעה בנובמבר 2017 כי אין מקום לפתוח בחקירה. קומורו פנתה שוב לערכאת קדם המשפט זו, ברוב דעות, הורתה לתובעת בנובמבר 2018 לבחון את עמדתה ולקבוע שיש לה סמכות לחקור את המקרה. התובעת ערערה וערכאת הערעור הורתה לה בספטמבר 2019 לשוב ולבחון את עמדתה, תוך קביעה כי היא אינה מחויבת למלא אחר הנחיות ערכאת קדם המשפט בעניינים של קביעות עובדתיות והערכת חומרה. בדצמבר 2019 חזרה התובעת על עמדתה כי אין מקום לפתוח בחקירה. קומורו שבה והגישה בקשה נוספת לערכאת קדם המשפט לבחון מחדש החלטה זו. ב־16 בספטמבר 2020 דחתה ערכאת קדם המשפט את הבקשה, למרות שמתחה ביקורת על אופן קבלת ההחלטה על ידי התובעת.²⁶⁶ קומורו הגישה בקשת רשות ערעור על החלטה זו.²⁶⁷ ב-21 בדצמבר 2020 ערכאת קדם המשפט דחתה בקשה זו ברוב דעות.²⁶⁸ בכך נראה שבא על סיומו הליך מתמשך זה. על אף העובדה שההליך הסתיים מבחינתה של ישראל, העובדה שערכאת קדם המשפט שבה וקבעה כי מקרה זה עומד ברף החומרה ומצדיק חקירה בבית הדין מעוררת דאגה. על פני הדברים, אירוע שבו נהרגו עשרה אנשים בהתנגשות עם כוחות ביטחון שהיו תחת התקפה אינו מקרה מתאים לדין בבית הדין. על החלטות ערכאת קדם המשפט נמתחה ביקורת נרחבת, כולל מצד מומחי משפט בינלאומי המחזיקים בגישה ביקורתית ביחס לישראל.²⁶⁹ גישת שופטי הרוב עלולה ללמד על קיומה של הטיה נגד ישראל בקרב חלק משופטי ערכאת קדם המשפט.

Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, ICC-01/13, Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Comoros' (Sep. 16, 2020) ²⁶⁶

Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, ICC-01/13, Application on behalf of the Government of the Union of the Comoros for Leave to Appeal the 'Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Comoros"' of 16 September 2020 (Sep. 22, 2020) ²⁶⁷

Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, ICC-01/13, Decision on the Request for Leave to Appeal the 'Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Comoros"' (Dec. 21, 2020) ²⁶⁸

Kevin Jon Heller, The Pre-Trial Chamber's Dangerous Comoros Review: ראו למשל: Decision, OpinioJuris (July 17, 2015) ²⁶⁹

ב. החקירה בעניין "פלסטין"

הניסיון הראשון של הרשות הפלסטינית להחיל את סמכות השיפוט של בית הדין על אירועים ב"פלסטין", בפנייתה לבית הדין בינואר 2009, נכשל בשל הקביעה של התובע אוקמפו באפריל 2012 כי היא אינה מדינה. לאחר שמעמדה של "פלסטין" שודרג בהחלטת העצרת הכללית של האו"ם למעמד של "מדינה משקיפה שאינה חברה", הרשות הפלסטינית עשתה ניסיון נוסף. ב־2 בינואר 2015 הודיעה הרשות על הצטרפותה לאמנת רומא. הפעם ההצטרפות אושרה על ידי העצרת הכללית של האו"ם, שפעלה כמופת כוח של בית הדין. לאור זאת "פלסטין" הפכה לחברה בבית הדין מקץ שלושה חודשים, קרי ב־1 באפריל 2015. במקביל, ב־31 בדצמבר 2014 הצהירה הרשות הפלסטינית כי היא מעניקה הסכמה אד הוק להחיל את סמכות בית הדין רטרואקטיבית על פשעים שבוצעו החל מ־13 ביוני 2014.²⁷⁰ בעקבות זאת הכריזה התובעת ב־16 בינואר 2015 על פתיחה בבדיקה מקדמית בעניין פשעים שייחזו כי בוצעו בשטח "פלסטין", קרי ביהודה ושומרון, במזרח ירושלים וברצועת עזה החל מ־13 ביוני 2014, הן על ידי גורמים ישראלים והן על ידי גורמים פלסטינים.²⁷¹ הבדיקה המקדמית התייחסה בין היתר לטענות לפשעים שבוצעו על ידי הצדדים במהלך מבצע צוק איתן (העימות בין ישראל לחמאס ברצועת עזה, שהתנהל ביולי-אוגוסט 2014), וכן לפשעים הנוגעים להקמת ההתנחלויות הישראליות ביהודה ושומרון ובמזרח ירושלים, כולל פיתוח, ביסוס ועידוד הקמתן, וכן תכנון ואישור של הרחבת התנחלויות. נבדקו גם הריסות בתים, מעצרים מנהליים, אלימות מתנחלים כלפי קהילות פלסטיניות וטענות בדבר טיפול לקוי בעצורים, במעוכבים ובנאשמים פלסטינים במערכת המשפט הצבאית הישראלית. כחלק מהבדיקה המקדמית בחן משרד התביעה את כל המידע שפורסם ביחס לאותם אירועים, דוגמת דוחות של ארגוני האו"ם, דוחות ממשלתיים של ישראל והרשות הפלסטינית, וכן דוחות ופרסומים של ארגונים בינלאומיים וארגונים לא־ממשלתיים.

ב־20 בדצמבר 2019 הודיעה התובעת כי לדעתה יש לפתוח בחקירה לגבי המצב ב"פלסטין" ביחס למעשים שבוצעו ביהודה ושומרון, במזרח ירושלים וברצועת עזה החל מ־13 ביוני 2014.²⁷²

ICC, Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court (Dec. 270 2014). 31. לפירוט נוסף ראו לעיל בפרק 1.

ICC, Press Release, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, 271 opens a preliminary examination of the situation in Palestine (Jan. 16, 2015)

ICC, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary 272 examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the

ביחס למבצע צוק איתן קבעה התובעת כי שוכנעה שיש יסוד סביר להאמין כי בוצעו מצד כוחות צה"ל פשעי מלחמה, הכוללים התקפות בלתי מידתיות והרג וגרימת פציעה חמורה במכוון. נוסף על כך קבעה כי יש בסיס סביר להאמין שאנשי חמאס וקבוצות חמושות פלסטיניות ביצעו פשעי מלחמה, הכוללים התקפות מכוונות נגד אזרחים ואובייקטים אזרחיים, שימוש באזרחים כמגן אנושי וכן הריגה מכוונת ועינויים. התובעת הדגישה כי ביחס לפשעים המיוחסים לחיילי צה"ל אין עדיין מידע מספיק לקביעה בסוגיית הקבילות שלהם לשיפוט בבית הדין, שכן יש הליכים שעודם מתנהלים בישראל והסוגיה תיבחן במהלך שלב החקירה. לעומת זאת, אין סיכוי ממשי כי תיערך חקירה פנימית פלסטינית לגבי פשעי חמאס. בנוגע להתנחלויות, התובעת ביטאה את עמדתה כי יש בסיס להאמין שאנשי הרשויות בישראל ביצעו את פשעי המלחמה של העברת אזרחים ישראלים אל הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים, וכן כי אין סיכוי לקיומה של חקירה בישראל בנושא.

התובעת ציינה כי החקירה תתייחס גם לאירועים הקשורים להפגנות של פלסטינים על גבול הרצועה, שהחלו בשנת 2018 וגררו ירי מצד חיילי צה"ל תוך שימוש בנשק קטלני ובלתי קטלני. בהקשר זה, בניגוד לפירוט ביחס לשאר המקרים לא צוין סעיף עבירה פוטנציאלי. התובעת הדגישה 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. מעניין לציין שהיו נושאים שהוזכרו בדוחות הבדיקה המקדמית, כמו הריסות בתים ויחס לעצורים, שלא הוזכרו בהחלטה לפתוח בחקירה, אם כי אין בכך כדי לשלול את האפשרות שגם אלה ייחקרו במסגרת החקירה. התובעת לא פתחה מייד בחקירה אלא פנתה קודם לערכאת קדם המשפט. התובעת ציינה כי למרות שאין צורך באישור של ערכאת קדם המשפט לפתוח בחקירה, שכן הבדיקה בוצעה בעקבות הפניה של המדינה המעורבת ("פלסטין"), היא מבקשת את חוות הדעת של בית הדין לגבי הסמכות הטריטוריאלית של בית הדין בשל הספקות המשפטיות לגבי מעמדה ושטחה של "פלסטין". לכן מתבקשת עמדתה בשאלה אם ניתן לראות ב"פלסטין" מדינה, ואם שטחה של מדינה זו, שלגביו יש סמכות לבית הדין, משתרע על כלל השטחים הפלסטיניים הכבושים, קרי הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים ורצועת עזה.²⁷³

Court's territorial jurisdiction (Dec. 20, 2019)

ICC, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18-12 (Jan. 22, 2020) (להלן – עמדת התובעת בבית הדין).

התובעת הציגה במסמך שהגישה לבית הדין את הסיבות לכך שלדעתה ניתן לראות ב"פלסטין" מדינה לצורך סמכות בית הדין, וקבעה כי לשם כך די שעצרת האו"ם קיבלה את "פלסטין" כמדינה משקיפה. עם זאת, היא לא הסתפקה בטיעון הפורמלי אלא ניתחה בהרחבה גם את הטענה החלופית, שלפיה "פלסטין" עומדת גם בתנאים המהותיים הנדרשים לקיומה של מדינה מבחינת הדין הבינלאומי. התובעת גרסה כי הגם שאין ל"פלסטין" שליטה מלאה בכל השטח של הגדה ומזרח ירושלים, הנמצא תחת שליטה ישראלית, ובשטח עזה הנמצא תחת שלטון חמאס, יש בכל זאת להכיר בה כמדינה שזהו 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 "פלסטין".

התובעת הדגישה כי השאלה מי מהצדדים אחראי למבוי הסתום ביישוב הסכסוך ביניהם אינה רלוונטית, שכן ברור מהתנהלותה של ישראל שאין בכוונתה לחדול מן המדיניות הפוגעת במימוש הזכות הפלסטינית להגדרה עצמית, וכי יש גם מגמה לביצוע צעדי סיפוח, כפי שהבטיח ראש הממשלה דאז נתניהו לבצע אם ייבחר שוב. התובעת אף הדגישה כי התייחסות ל"פלסטין" כאל מדינה תואמת את התכלית של אמנת רומא – להבטיח כי תוטל אחריות על מי שמבצע פשעי מלחמה, שכן לפי עמדת ישראל ההתנחלויות הן חוקיות וגם בית המשפט העליון הישראלי, למרות עצמאותו המוכרת ברבים, קבע כי נושא זה אינו שפיט. לעמדת התובעת, ההגבלות על סמכות השיפוט הפלילית של הרשות הפלסטינית, הקבועות בהסכם הביניים, אינן משפיעות על האפשרות להקנות לבית הדין סמכות לדון בכלל הפשעים שבוצעו בשטח "פלסטין". זאת ועוד, היעדר השליטה של הרשות הפלסטינית ברצועת עזה וחוסר הוודאות לגבי הגבולות הסופיים של "פלסטין" אינם משפיעים על הסמכות לדון בפשעים בשטח שנתפס כשייך למדינה זו, אף אם בסופו של דבר יהיו שינויים בגבול עקב חילופי שטחים עם ישראל.

ב־20 בדצמבר 2019 פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז אביחי מנדלבליט מזכר ובו עמדת ישראל בסוגיה.²⁷⁴ ישראל לא הגישה את המזכר לבית הדין באופן פורמלי, אולם דאגה כי המזכר יובא לידיעתו. לפי עמדת ישראל, לבית הדין אין סמכות שיפוט שכן "פלסטין" אינה מדינה ריבונית לפי המשפט הבינלאומי. לפיכך, התנאי המקדמי לסמכות השיפוט

State of Israel Office of the Attorney General, The International Criminal Court's lack of 274 jurisdiction over the so-called "situation in Palestine" (Dec. 20, 2019)

של בית הדין – מדינה בעלת סמכות שיפוט פלילית על שטחה ואזרחיה שהאצילה סמכות זו לבית הדין – אינו מתקיים.

במזכר הודגש שהישות הפלסטינית באופן מובהק אינה עומדת בתנאים לקיומה של מדינה לפי המשפט הבינלאומי, בפרט בהיעדר שליטה אפקטיבית על השטח, וכי אף הרשות הפלסטינית מודה בכך למעשה כאשר היא טוענת כי השטח כבוש על ידי ישראל.²⁷⁵ ההכרה לכאורה של מספר מדינות ב"פלסטין" אינה יכולה לפצות על אי-עמידתה בתנאים המקובלים לקיומה של מדינה, ואין לערבב בין הזכות של הפלסטינים להגדרה עצמית לבין שאלת קיומה של מדינה, ואף בכירים פלסטינים מודים בכך בעצמם כאשר הם ממשיכים להתייחס למדינה פלסטינית במונחים עתידיים.

כן צוין בעמדת המדינה כי קביעת היקף השטח של הישות הפלסטינית על ידי בית הדין בהכרח תגרור אותו להתערב, באופן בלתי הולם לחלוטין מצידו של טריבונל פלילי בינלאומי, בעניין שהצדדים הסכימו במפורש להכריעו באמצעות משא ומתן עתידי ביניהם, תוך התעלמות מהסכמים תקפים בין ישראל לבין הפלסטינים. החלטות מועצת הביטחון של האו"ם 242 (1967) ו-338 (1973), אשר מגדירות את תנאי המסגרת למשא ומתן ישראלי-פלסטיני, מציינות במפורש כי "גבולות בטוחים ומוכרים" לא נקבעו מראש וכי יהיה צורך לנהל משא ומתן לגביהם. מעבר לכך, ההסכמים הקיימים בין ישראל לפלסטינים מבהירים כי כעניין משפטי ומעשי אין לפלסטינים סמכות שיפוט פלילית באזור C, כפי שהוגדר בהסכם הביניים בין ישראל ואש"ף,²⁷⁶ בירושלים ולגבי אזרחים ישראלים – ומכאן שאין ביכולתם להאציל סמכות שיפוט כזו לבית הדין.

לאור מורכבות הנושא, ב־28 בינואר 2020 הורה בית הדין על הגשת עמדות כ"ידיד בית הדין" (amici curiae) בכל הנוגע לשאלת סמכות השיפוט שלו על המצב ב"פלסטין".²⁷⁷ העמדות הוגשו בחודש מארס 2020.²⁷⁸ הוגשו עמדות מטעם משרד התובעת, "פלסטין",

275 המרחב האווירי, גבולות ואחריות כוללת לביטחון – נושאים שמהווים אינדיקציות בסיסיות לקיומה של מדינה – נותרו כולם תחת שליטתה של ישראל בהתאם להסכמים הקיימים בין הצדדים.

276 רשומות, הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (28 בספטמבר 1995).

277 Situation in the State of Palestine, ICC-01/18, Order setting the procedure and the schedule for the submission of observations (Jan. 28, 2020). זאת בהתאם לכללי סדר הדין והראיות של בית הדין, כלל 103 – (Last Visited July 4, 2022) ICC, Rules of Procedure and Evidence

278 העמדות שהוגשו התייחסו לסוגיות הבאות: שאלת קיומה של "מדינת פלסטין" תחת המשפט הבינלאומי; גבולות הטריטוריה הפלסטינית וההיקף הטריטוריאלי של סמכות השיפוט של בית הדין; האצלת סמכויות

מדינות חברות בבית הדין, ארגונים, מומחים וקורבנות. בין מגישי העמדות בתמיכה בעמדת ישראל, שלפיה לבית הדין אין סמכות שיפוט בנוגע למצב ב"פלסטין", ראוי לציין את גרמניה, אוסטרליה, ברזיל, הונגריה, אוגנדה, צ'כיה ואוסטריה, וכן מומחי משפט בינלאומי מובילים.²⁷⁹ ב־5 בפברואר 2021 קבעה ערכאת קדם המשפט ברוב דעות כי ניתן לראות ב"פלסטין" מדינה ששטחה משתרע על כלל "השטחים הכבושים" – הגדה המערבית, מזרח ירושלים ורצועת עזה – לצורך פתיחת חקירה בבית הדין בגין פשעים שבוצעו בשטחים אלה.²⁸⁰ שופטי הרוב, השופט מארק פריין דה־ברישאמבו מצרפת והשופטת ריינה אלפיני־גנטו מבנין, בהחלטה קצרה ושטחית, קבעו כי די בכך ש"פלסטין" היא במעמד של "מדינה חברה" באמנת רומא כדי שהיא תיחשב "מדינה" שיש לבית הדין סמכות לדון בפשעים שבוצעו בשטחה. לפיכך, לעמדתם כלל אין צורך לבדוק אם "פלסטין" עומדת בדרישות לקיומה של מדינה לפי המשפט הבינלאומי, אלא ניתן להסתפק בכך שהם מוצאים כי הצטרפותה לבית הדין נעשתה כיאות, לאחר שהוכרה כ"מדינה משקיפה" על ידי העצרת הכללית של האו"ם. אשר לשטח מדינה זו, השופטים קבעו בקצרה כי כיוון 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 אימצו את עמדת התובעת, שלפיה הסכמי אוסלו וההגבלות שנקבעו בהם על סמכות השיפוט הפלילית של הרשות הפלסטינית אינם רלוונטיים לקביעת סמכות בית הדין. שופטי הרוב הדגישו כי קביעותיהם בעניין מעמדה של "פלסטין" כמדינה ובעניין שטחה של המדינה חלות רק לצורך קביעת הסמכות של בית הדין, ואינן מתיימרות להשפיע על מעמדה כמדינה בהקשרים אחרים ועל גבולותיה העתידיים. כמו כן הדגישו השופטים כי הקביעות בהחלטה מתייחסות רק לשלב זה של ההליך, קרי לשלב של פתיחה בחקירה, וכי ככל שיוגשו בקשות לצווי זימון או מעצר או בקשות לקביעת חוסר 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 נגד חשודים בביצוע פשעי מלחמה בשטחי "פלסטין", יהיה ביכולתם להעלות טענות בדבר חוסר הסמכות הטריטוריאלית גם בשלבים

פליליות מ"פלסטין" לבית הדין; הצטרפות "פלסטין" לאמנת רומא כמדינה חברה ומשמעות מעמדה באספת המדינות החברות בבית הדין.

279 מלקולם שאו, איל בנבנישתי, ארווין קוטלר, לורי בלנק, ג'פרי קורן, דפנה ריצ'מונד־ברק, רובי סייבל.
 280 Situation in the State of Palestine, ICC-01/18, Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine' (Feb. 5, 2021)

מאוחרים יותר. כפי שציין שופט המיעוט, בכך שופטי הרוב למעשה לא נתנו לתובעת את מבוקשה – הכרעה ברורה ומחייבת בנוגע לסמכות השיפוט.

שופט המיעוט, השופט פטר קובאץ' מהונגריה, דחה את עמדת הרוב שלפיה די בכך ש"פלסטין" היא במעמד של "מדינה חברה" באמנה על מנת שתיחשב "מדינה" לצורך הקניית סמכות לבית הדין. השופט הצביע על התבטאויות רבות, כולל של נציגים פלסטיניים רשמיים, שלפיהן המדינה הפלסטינית היא בחזקת שאיפה ולא מדינה שכבר קיימת. נוסף על כך, לפי עמדתו זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית אינה יכולה לייצר אוטומטית מדינה ריבונית פלסטינית על כל השטח עד קווי 67'. השופט קבע כי נוכח חוסר הבהירות לגבי גבולות "פלסטין", שהיא מדינה בהתהוות המוכרת על ידי חלק מהמדינות בלבד, ואשר גבולותיה יוכרעו בהמשך במשא ומתן, אזי יש מקום להתייחס לחלוקת הסמכויות שנקבעה בהסכמי אוסלו. מכיוון שאמנת רומא מעניקה לבית הדין סמכות להיכנס בנעלי המדינה החברה, הרי הסמכות מוגבלת לסמכות השיפוט שיש ל"פלסטין". לאור זאת, סמכות השיפוט הטריטוריאלית של בית הדין מוגבלת ככלל לעבירות של פלסטינים בשטחי B ו-A, ואינה חלה על עבירות בשטח C ובמזרח ירושלים ועל עבירות של ישראלים. בשולי הדברים השופט אף ציין כי ללא שיתוף הפעולה של המדינות המעורבות (קרי – ישראל) אין לתביעה סיכוי אמיתי לגבש מקרים שיהיו מתאימים לשיפוט בבית הדין.²⁸¹

ישראל גינתה את ההחלטה. בהודעת משרד החוץ נאמר כי בית הדין נכנע ללחצים פוליטיים, הפר את המנדט שלו ונגרר לסכסוך פוליטי, תוך אימוץ קביעות מוטעות בנושאים שסמכותו לא חלה עליהם. עוד צוין כי ההחלטה פוגעת קשות בלגיטימיות של בית הדין ומוכיחה כי מדובר בגוף פוליטי ולא במוסד שיפוטי.²⁸² הממשל האמריקאי ביקר אף הוא את ההחלטה ומזכיר המדינה בלינקן הצהיר כי אין לראות ב"פלסטין" מדינה, ולכן לא היה ביכולתה להצטרף לאמנת רומא.²⁸³ בעקבות ההחלטה אף פורסם מכתב תמיכה בישראל וביקורת על בית הדין על ידי 57 חברים בסנאט האמריקאי.²⁸⁴

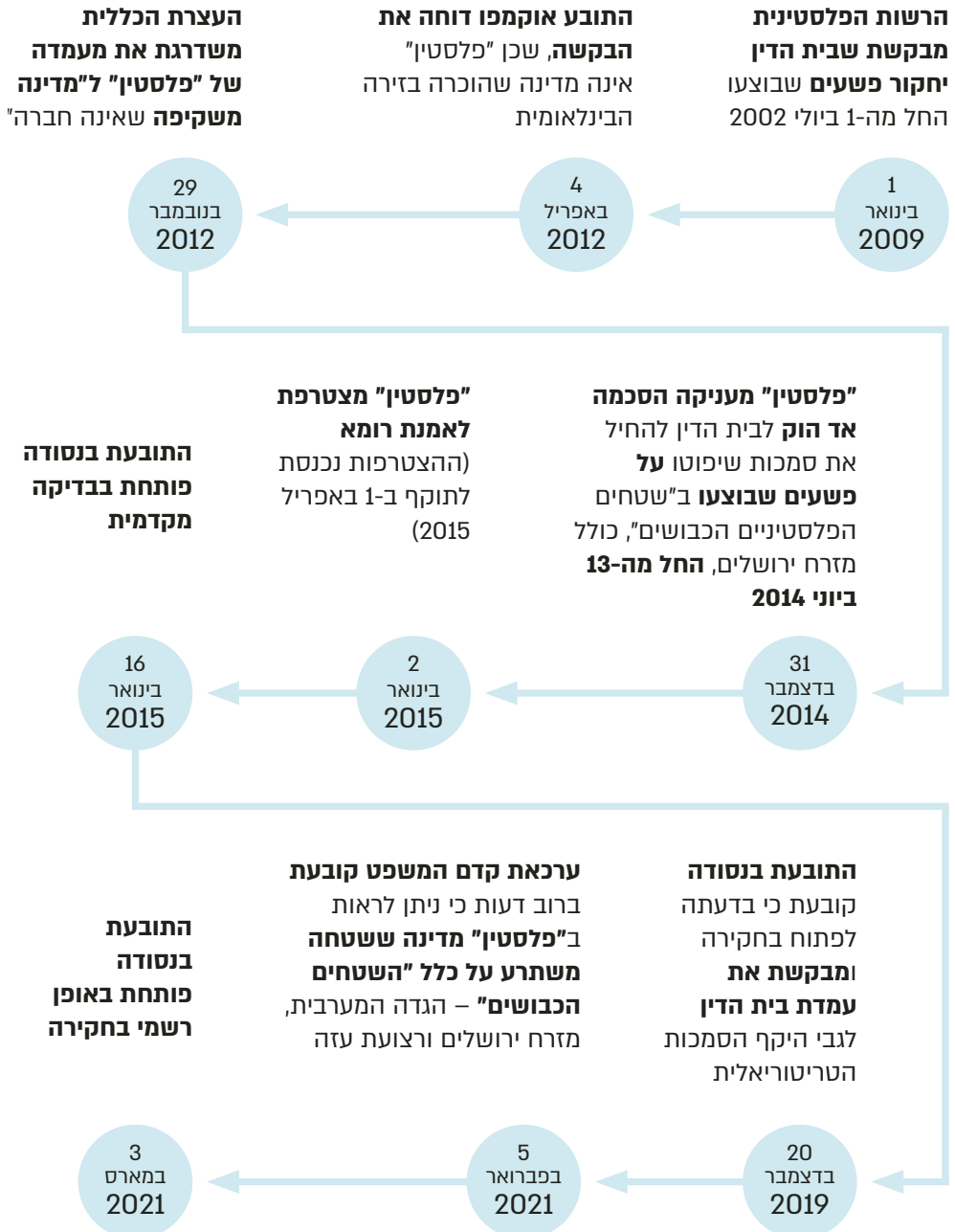
Situation in the State of Palestine, ICC-01/18, Judge Péter Kovács' Partly Dissenting Opinion (Feb. 5, 2021) 281

Ministry of Foreign Affairs, Press Release, statement regarding the ICC decision (Feb. 7, 2021) 282

U.S. Dep't of State, Press Release, The United States Opposes the ICC Investigation into the Palestinian Situation (Mar. 3, 2021) 283

284 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 80.

תרשים מס' 3: התפתחות החקירה בנוגע לישראל



ב־3 במארס 2021 הודיעה התובעת בנסודה באופן רשמי על פתיחת חקירה בנוגע לכלל המעשים שבוצעו ביהודה ושומרון, במזרח ירושלים וברצועת עזה החל מ־13 ביוני 2014.²⁸⁵ ישראל גינתה את פתיחת החקירה וציינה כי מדובר בפשיטת רגל מוסרית ומשפטית, ו"בהחלטה פוליטית של תובעת בשלהי כהונתה, וניסיון לקבוע סדרי עדיפויות למחליף שלה, שהופכים את בית הדין לכלי שרת בידי גורמים קיצונים ונותנים רוח גבית לארגוני טרור ולגופים אנטישמיים".²⁸⁶

בהתאם לסעיף 18 לאמנה, ב־9 במארס הודיעה התובעת לישראל ולפלסטינים כי באפשרותן לחקור בעצמן את החשדות. ב־9 באפריל הודיעה ישראל באופן רשמי כי לא תשתף פעולה עם בית הדין וכי אין לו סמכות לפתוח בחקירה נגדה. כן הדגישה ישראל כי היא דוחה לחלוטין את הטענה שהיא מבצעת פשעי מלחמה.²⁸⁷ הרשות הפלסטינית, לעומת זאת, הודיעה שתשתף פעולה עם החקירה באופן מלא.²⁸⁸

יש לציין כי החקירה שנפתחה מתייחסת לחשדות לפשעים שבוצעו החל מ־13 ביוני 2014, ללא מועד סיום. לפיכך גם אירועים שיתרחשו בעתיד, ככל שהם קשורים לעימות, יכולים להיות מושא לחקירה. במהלך מבצע שומר החומות בחודש מאי 2021 הודיעה התובעת בנסודה כי משרדה עוקב אחר ההסלמה והאלימות, וכי מקרים מתאימים עשויים להיבחן במסגרת החקירה שנפתחה.²⁸⁹

מאז מינויו בחודש יוני 2021, התובע חאן טרם התייחס באופן פומבי לחקירה. על פני הדברים נראה כי בעת הנוכחית אין בכוונתו להעניק לה עדיפות גבוהה. על כך אפשר ללמוד בין היתר מהעובדה כי בבקשת התקציב לשנת 2022 שהגיש לאספת המדינות החברות, חאן ציין שיתעדף משאבים לחקירות שיש בהן תיקים קונקרטיים בשלב הקדם משפט או המשפט. נוסף על כך, התקציב שאושר לחקירה בעניין "פלסטין" וכוח האדם שיועד לה נמצא במדרג הנמוך, בהשוואה לחקירות אחרות.²⁹⁰

285 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, respecting an investigation of the Situation in Palestine (Mar. 3, 2021)

286 משרד החוץ, חדשות, החלטת בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג לפתוח בחקירה נגד ישראל (3 במארס 2021).

287 משרד ראש הממשלה, הודעת דוברות, ראש הממשלה נתניהו קיים דיונים בנושא המדיניות הישראלית בנוגע להודעת בית הדין הבינלאומי בהאג (8 באפריל 2021).

288 DW, Israel rejects ICC's Palestinian war crimes probe (Apr. 8, 2021)

289 IntlCrimCourt, Twitter (May 12, 2021)

290 הצעת תקציב בית הדין לשנת 2022, לעיל ה"ש 113, עמ' 12 סעיף 24.

ג. התפתחויות אפשריות בחקירה

בעת כתיבת מזכר זה טרם ידוע מה תהיה עמדתו של התובע חאן לגבי אופן ניהול החקירה בעניין ישראל. אפשר לתהות אם הוא היה מאמץ עמדה דומה לזו של התובעת בנסודה וקובע כי יש סמכות במקרה זה, וכי ניתן לראות ב"פלסטין" מדינה שמשתרעת על כלל "השטחים הפלסטינים הכבושים". זאת לאור הבעייתיות המשפטית של עמדה זו, כפי שפורט לעיל, וההתנגדות של מדינות מרכזיות לפרשנות זו.

עם זאת, התובע חאן ירש מצב נתון שבו כבר התקבלה החלטה על פתיחה בחקירה, וכן אישור של ערכאת קדם המשפט לגבי היקפה הטריטוריאלי. לפיכך קשה להניח שיקבל החלטה פוזיטיבית לסגור את החקירה בשלב זה. ראוי גם לזכור כי החלטה לסגור את החקירה נתונה לזכות ערעור של "פלסטין" לערכאת קדם המשפט, וערכאה זו כבר הביעה את עמדתה שניתן לפתוח בחקירה זו. זאת ועוד, במישור הפוליטי והציבורי, החלטה לסגור את החקירה, ובפרט לאחר שהחקירה כבר נפתחה, תחשוף אותו ללחצים קשים ולביקורת. ואולם אין המשמעות שבהכרח ייפתחו הליכים קונקרטיים נגד חשודים ספציפיים בעתיד הקרוב, או בכלל. בהקשר זה ניתן למפות מספר היבטים רלוונטיים.

1. שאלת הסמכות

כאמור, תובעת בית הדין הקודמת הגיעה למסקנה כי יש לבית הדין סמכות על כל הפשעים שבוצעו בכלל שטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה. ערכאת קדם המשפט אישרה את עמדתה ברוב דעות. מנגד ישראל טוענת כי אין לבית הדין סמכות. הטענות המרכזיים של ישראל מתייחסים לכך שאין לראות ב"פלסטין" מדינה לצורך אמנת רומא, וכי אין בסיס לקביעה ששטח מדינה זו, אף אם תאמר שהיא קיימת, משתרע על יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה.

כיוון שהטענות של ישראל הם טיעונים מבוססים, מתעוררת השאלה אם התובע יכול לבחון מחדש את סוגיית הסמכות. על פני הדברים, מבחינה פורמלית פתוחה הדרך בפני התובע, לפי סעיף 19(3) לאמנת רומא, לבקש מבית הדין הכרעה בשאלה הנוגעת לסמכות או לקבילות. העובדה שכבר התבקשה והתקבלה עמדה של בית הדין בנושא אינה בהכרח חוסמת פנייה מחדשת. הדבר נכון בייחוד אם ניתן להצביע על נסיבות או פרטים שלא הוצגו בבקשה הקודמת בנושא. בהקשר זה, ארגון עורכי הדין של בריטניה למען ישראל (UKLFI) פנה באוקטובר 2021 לתובע חאן והצביע על טעות עובדתית בהחלטת שופטי הרוב. לפי המכתב, שופטי הרוב יצאו מנקודת הנחה שבקשת ההצטרפות של "פלסטין" לאמנת

רומא הופצה על ידי מזכ"ל האו"ם למדינות החברות בבית הדין, ושלא הובעה על ידיהן התנגדות לבקשה זו. שופטי הרוב ראו בכך הוכחה חשובה לכך שניתן לראות ב"פלסטין" מדינה לצורך אמנת רומא. הארגון מראה שלמעשה בקשה זו לא הופצה למדינות טרם אישור ההצטרפות של "פלסטין" לאמנה. הארגון מציע לתובע לפנות מחדש אל בית הדין תוך הצבעה על טעות זו, ולבקש פסיקה מחודשת בנושא הסמכות.²⁹¹ למרות האמור, ספק רב אם התובע יפנה ויבקש בחינה מחודשת של שאלת הסמכות.

מעבר לכך, שאלת הסמכות יכולה לעלות לדיון מחודש במסגרת הליכים פרטניים בהמשך הדרך. זאת לאור הוראת סעיף 19(1) לאמנת רומא, שלפיה על בית הדין להשתכנע בדבר קיומה של סמכות שיפוט בכל מקרה המובא בפניו. לפי הפרשנות המקובלת לסעיף זה, בית הדין נדרש לקיים באופן יזום בחינה של סמכות זו. כפי שכבר צוין, שופטי הרוב של ערכאת קדם המשפט ציינו במפורש כי הקביעות בהחלטה שניתנה על ידם מתייחסות רק לשלב פתיחת החקירה, וכי בית הדין יוכל לבחון היבטים של סמכות השיפוט בעת הדיון בבקשות לצווי זימון או מעצר או בבקשות לקביעת היעדר סמכות מצד חשוד או מדינה. ייתכן שבהליכים כאלה התובע יוכל להביע עמדה שונה מזו של התובעת הקודמת בשאלת הסמכות, ולפתוח פתח לבית הדין לסטות מן העמדה שאומצה על ידי ערכאת קדם המשפט. להשלמת התמונה ראוי לציין כי טענה אחרת בסוגיית הסמכות, שהועלתה על ידי ישראל תוך ההוד טענות של ארצות הברית, היא הטענה העקרונית שאין לבית הדין סמכות שיפוט על אזרחיהן של מדינות שאינן חברות בבית הדין. זאת אף אם הפשעים בוצעו בשטח של מדינה חברה. עמדה זו אינה מקובלת על מרבית המומחים בתחום.²⁹² נראה כי עוצמתה של טענה זו נחלשה עוד יותר לאור התמיכה הגורפת שלה זוכה החקירה של בית הדין ביחס לפשעים פוטנציאליים המבוצעים על ידי כוחותיה של רוסיה (שאינה חברה באמנה) בשטחה של אוקראינה. נוסף על כך, ארצות הברית, התומכת המרכזית בטענה, נחלצה מחקירה על פעילות כוחותיה באפגניסטן, ולכן פחת האינטרס שלה להמשיך לקדם טענה שנויה במחלוקת זו.

UKLFI, Additional errors in ICC jurisdiction ruling drawn to new Prosecutor's attention 291 (Oct. 31, 2021)

292 ראו למשל דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, בעמ' 71-72.

2. שאלת המשלימות

טענות הקשורות ליישום עקרון המשלימות יכולות להיבחן גם בשלב החקירה ולא רק בשלב הבדיקה המקדמית. התובעת בנסודה ציינה במפורש כי לא מוצתה הבחינה של טענת המשלימות לגבי פשעים המיוחסים לכוחות צה"ל, בשל התקיימותן של חקירות בנושא. זאת ועוד, טענות בדבר אי-קבילות של הליך ספציפי יכולים להעלות גם המדינה והחשוד עצמו. לפיכך התובע וכל להתבסס על החקירות היסודיות שבוצעו על ידי רשויות החקירה בישראל ביחס לחשדות לביצוע פשעי מלחמה על ידי כוחות צה"ל, כדי לקבוע כי אין מקום להתערבות בית הדין. לאור זאת יש חשיבות רבה בקיומם של תהליכי בדיקה וחקירה מעמיקים וסדורים בישראל על כל טענה לביצוע פשעים. המקרה הבריטי בעיראק מעיד שגם היעדרם של כתבי אישום והעמדות לדין במדינה הנוגעת בדבר אינם מכשילים בהכרח את האפשרות להסתמך על טענת המשלימות.²⁹³

ואולם ראוי להזכיר כי טענת המשלימות אינה נותנת מענה לטענות בדבר ביצוע פשעים הנוגעים למדיניות ההתנחלויות, וכן לגבי מדיניות ביטחונית הננקטת במודע על ידי ישראל, כגון הריסת בתי מחבלים. זאת מאחר שאין מדובר במעשים פליליים, בראייתה של ישראל, ובהתאם אין כלל חקירות פנימיות במדינה בנושאים אלה.

3. שאלת החומרה

כאשר משווים את הפשעים שמיוחסים לגורמים ישראלים לעומת המקרים שנדונו עד היום בבית הדין, ניתן לטעון כי הם אינם נמצאים באותה רמה של חומרה, הן מבחינת היקף הפגיעה והן מבחינת הכוונות המיוחסות למדינה. כך גם בכל הנוגע להאשמות בדבר ביצוע פשעי מלחמה וכן לגבי האשמות הנוגעות לנושא ההתנחלויות, אשר משפיעות בעיקר במישור המדיני ופחות על נזק פרטני חמור למאן דהוא.

אין אמות מידה ברורות ליישום עקרון החומרה. רף נמוך מאוד נקבע על ידי ערכאת קדם המשפט בפרשת המשט, שסברה כי אפילו באותו מקרה התקיימה דרישת החומרה. לפי מדד זה, אין ספק שהחקירה דן עומדת בדרישה זו. התובעת בנסודה, לעומת זאת, החילה אמת מידה גבוהה יותר, שהוציאה מגדרה את אותו מקרה. ואולם היא סברה שדרישת החומרה מתקיימת בחקירה דן. ועדת המומחים שהוזכרה לעיל המליצה שבית הדין יאמץ רף חומרה גבוה ויעסוק רק במקרים החמורים ביותר שמעסיקים את כלל הקהילה הבינלאומית.

293 ראו לעיל בפרק 4.

ספק אם דרישת החומרה תוכל לשמש בסיס לסגירת החקירה כולה בשלב זה. עם זאת, החומרה היא נתון רלוונטי בהחלטה לגבי תעדוף החקירות בבית הדין. כדי להחליט היכן להשקיע את המשאבים המוגבלים של משרד התביעה ושל בית הדין, מתבקשת השוואה בין המצבים השונים והחשדות לפשעים שעולים במסגרתם. כאמור, יש בסיס לטעון שהפשעים המיוחסים לאנשי כוחות הביטחון וממשלת ישראל אינם עומדים ברף גבוה של חומרה. לפיכך התובע עשוי להתחשב בכך ולתת עדיפות נמוכה לחקירה, לעומת חקירות אחרות שיזכו לקדימות, כמו החקירות הנוגעות לעימות בין רוסיה לאוקראינה ובין רוסיה לגיאורגיה, החקירה העוסקת במיאנמר והחקירות שנובעות מהפניה של מועצת הביטחון (סודאן ולוב). ואולם נראה שהתובע חאן מייחס משמעות רבה לדעת הקהל העולמית ולמה שנתפס כחמור מבחינתה. לכן, אם יהיה למשל מבצע צבאי של צה"ל ובו ייפגעו אזרחים רבים בצד השני, או יתבצע מהלך הקשור לפינוי תושבים פלסטינים מבתיהם שיגרור תשומת לב עולמית, או ייכתב דוח חמור נגד ישראל שיזכה להד תקשורתי, אזי התובע עשוי לייחס למקרים אלה חומרה, תוך התחשבות בתהודה שהם זוכים לה. בהקשר זה מעניין לבחון את ההתפתחות בחקירה בגיאורגיה, שם, לבקשת התובע, הוצאו צווי מעצר לגורמים בדלנים פרודרוסים על מעשים הקשורים למעצר של אזרחים גיאורגים למשך מספר שבועות במחנה מעצר, תוך כדי הלחימה בין גיאורגיה לרוסיה – מעשה שעל פניו אינו דומה בחומרתו למקרים שבית הדין עסק בהם עד היום.²⁹⁴

מעבר להתחשבות בשיקול החומרה לגבי עצם התעדוף של החקירה כולה, החומרה היא שיקול מרכזי בבחירת התיקים הפרטניים. לפי מדיניות התביעה, תחילה ייחקרו הפשעים החמורים ביותר שבוצעו, תוך ניסיון לבחור מקרים שייצגו את כלל הסוגים של הפשעים שהתרחשו, ומתוך מגמה להגיע לאלו שאחריותם לפשעים היא הרבה ביותר, מבחינת אופי ההתנהלות הבלתי חוקית, רמת המעורבות, המניעים והניצול לרעה של כוח. משרד התביעה שואף להגיע לדרגים הבכירים ביותר, אם כי הוא עשוי להסתפק בדרגים בכירים פחות, אם הדבר יגביר את סיכויי ההצלחה של השגת הרשעה בתיק. מעבר לכך, גם גורמים בדרג הנמוך יותר עשויים להיות מועמדים לדין כאשר ההתנהלות שלהם חמורה במיוחד.

294 אורי בארי ופנינה שרביט ברוך, חקירת פשעי רוסיה באוקראינה – נקודת מפנה במעמד בית הדין הפלילי הבינלאומי? מבט על, גיליון 1587, המכון למחקרי ביטחון לאומי (7 באפריל 2022).

4. שיקולי צדק

שיקולי צדק פורשו עד כה באופן מצמצם על ידי משרד התביעה, כך שאינם כוללים הסדרי שלום וניסיונות ליישוב הסכסוך. עם זאת, התובע החדש יכול להחליט לבחון מחדש פרשנות זו. ככל ששיקולי צדק יפורשו כמתחשבים גם בהשלכות של חקירה על סיכויים ליישוב הסכסוך, אזי ייתכן שהתקדמות תהליך של משא ומתן בין ישראל לפלסטינים תוכל להשפיע על עיכוב החקירה, אם היא תיתפס כמפריעה לסיכויי ההתקדמות. בפרט יהיה היגיון לעכב חקירה הנוגעת להתנחלויות, ככל שנושא זה יהיה אחד הנושאים הנדונים במשא ומתן עם הפלסטינים.

5. שיקולים של אפקטיביות החקירה

על פי מסמך המדיניות של התביעה לעניין בחירת תיקים ותעדופם, התעדוף מושפע משיקולים מהותיים הנוגעים לחשדות עצמם, כגון חומרתם וקיום חקירות או הליכים בעניינם, וכן מן ההשלכות של החקירה על הקורבנות ועל הקהילות הנפגעות, ועל האפשרות למנוע פשעים נוספים. לצד זאת, התעדוף צריך להתחשב גם באילוצים מעשיים הכוללים את היקף ואיכות הראיות, שיתוף הפעולה עם ההליך והיכולת לנהל חקירה יעילה, תוך התחשבות בגישה לשטח ובמצב הביטחוני.

מאחר שישראל כבר הודיעה שלא תשתף פעולה עם החקירה ותמנע הגעת חוקרים לשטח, התביעה צפויה להיתקל בקשיים בבואה לבצע חקירה אפקטיבית של מרבית המקרים. ככל שמדובר בטענות לפשעים שבוצעו במהלך מבצע צוק איתן בשנת 2014 או בפעילות מבצעית אחרת שחלף זמן ממועד התרחשותה, מתווסף הקושי לאתר ראיות פיזיות. הסתמכות על עדויות של פלסטינים בלבד, למשל שהתקפה נגדם בוצעה ללא כל הצדקה, כאשר ברור שהם בעלי אינטרס, ואל מול הכחשות של ישראל, היא בעייתית בהליך פלילי. קשה יהיה לבסס על עדויות אלו הרשעה שצריכה להיות ברף של מעל לכל ספק סביר.²⁹⁵ ועדת המומחים ציינה שסיכויי ההרשעה הם שיקול רלוונטי בבחירת התיקים לחקירה.

295 ראו למשל את הניתוח של ועדת החקירה של מועצת זכויות האדם ביחס למבצע צוק איתן והבעייתיות של הקביעות העובדתיות שבה – פנינה שרביט ברוך, דוח ועדת החקירה של מועצת זכויות האדם ביחס למבצע 'צוק איתן': ניתוח ביקורתי, מזכר 160, המכון למחקרי ביטחון לאומי (ספטמבר 2016), בעמ' 60-61.

בחינת האפקטיביות מתייחסת גם לשיתוף הפעולה הבינלאומי עם ההליך. לאור זאת, אם יהיה מסר ברור מצד בעלות ברית של ישראל החברות בבית הדין, שהן מעדיפות להימנע משיתוף פעולה עם חקירה נגד גורמים ישראלים, ייתכן שגם לכך יהיה משקל בהחלטה על רמת העדיפות, ובפרט לאור הרגישות לפוליטיקה העולמית שמפגין התובע חאן. כך למשל, ממשלות של מדינות שונות עשויות להביע חוסר רצון ונכונות לבצע מעצרים של גורמים ישראלים לשם העברתם לבית הדין.

6. תוכן העבירות שאליהן מתייחסת החקירה

אי אפשר לדעת בוודאות אילו מקרים יהיו במוקד החקירה. בבקשתה של התובעת בנסודה לערכאת קדם המשפט לגבי פתיחת החקירה מוצגים מספר פשעים, אך מודגש כי מדובר בדוגמאות בלבד, שנועדו לבסס את עובדת קיומם של פשעי מלחמה הנופלים בסמכות בית הדין. במילים אחרות, במהלך החקירה יוכלו להיבחן גם מקרים אחרים.

נוסף על כך, מכיוון שהחקירה אינה מתוחמת לתקופה זמן מוגדרת, אירועים חדשים יכולים להיחקר. גישת התובע חאן בחקירות באפגניסטן ובאוקראינה, של התמקדות בפשעים חדשים למרות שהחקירות התייחסו במקור לפשעים מעימותים קודמים, מלמדת על כך שאם יהיו סבבים נוספים של עימותים, ייתכן שדווקא אירועים שיתרחשו במהלכם יזכו לעדיפות במסגרת החקירה.

על אף האמור, ניתן להתייחס לפשעים המצוינים בבקשתה של התובעת בנסודה כאל נקודת ייחוס לגבי חקירות צפויים, ולכן ראוי לבחון את העבירות שאליהן התייחסה.²⁹⁶ ביחס לגורמים ישראלים, בקשת התביעה מתייחסת לחשדות לביצוע הפשעים הבאים:

א. **התקפה בלתי מידתית** (סעיף 8(2)(b)(iv)) – התביעה מציינת כי נבחנו לפחות שלושה מקרים ממבצע צוק איתן לגבי עבירה של ביצוע מכוון של התקפה בלתי מידתית. הסעיף עוסק במי שמבצע התקפה בידיעה שהיא תגרום למוות או פגיעה של אזרחים או נזק לרכוש אזרחי (או נזק נרחב לסביבה), אשר יהיו בבירור מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הכולל הקונקרטי והישיר הצפוי מן התקיפה. הסעיף מבטא את הכלל בדיני הלחימה שלפיו תקיפה חייבת לעמוד במבחן המידתיות. בדברי הפרשנות לסעיף מודגש כי היתרון הצבאי הצפוי מן התקיפה לא חייב להיות בקשר ישיר מבחינת זמן או מקום לנשוא התקיפה. כן מודגש כי בבחינת הידיעה שאפשר לייחס למבצע התקיפה על

296 עמדת התובעת בבית הדין, לעיל ה"ש 273, פסקאות 94-96.

כך שהיא בלתי מידתית יש להתחשב במידע שעמד לרשותו בעת קבלת ההחלטה על התקיפה.²⁹⁷

ואולם קשה מאוד להוכיח את יסודותיו העובדתיים והנפשיים של פשע זה, לקבוע מהו היתרון הצבאי הצפוי מתקיפת אובייקט ולהוכיח את קיומו או היעדרו של יתרון זה, ובפרט כאשר מדינת ישראל אינה משתפת פעולה עם ההליך. למשל, אם מטרת התקיפה היא מבנה ששימש מקור ירי או ששימש מחסן אמל"ח – כיצד אפשר לדעת אחרי שנים מה התרחש ביעד בעת התקיפה? התבססות רק על עדויות של צד אחד היא בעייתית. ראיות פורנזיות כבר לא קיימות. מעבר לכך יש קושי לדעת מה היה הנזק האגבי שהיה צפוי מצד מבצע התקיפה בעת התקיפה. עצם התרחשותו של נזק מסוים אינה בהכרח הוכחה לכך שנזק זה היה צפוי. כך למשל, ייתכן שסברו כי מבנה הוא ריק ולבסוף התברר שהיו בו אזרחים, או שנגרם נזק למבנה סמוך, שכלל לא היה צפוי שיתרחש. במילים אחרות, מדובר בפשע שקשה מאוד להוכיחו. עד היום לא ידוע על מקרים של העמדה לדין על פשע של ביצוע תקיפה בלתי מידתית בבית הדין הפלילי הבינלאומי, וגם לא בטרिבונלים אחרים דוגמת בית הדין לפשעי יוגוסלביה.

ב. עבירה של הריגה מכוונת או גרימה מכוונת של חבלה חמורה הפוגעת בחיים או בבריאות (סעיפים 8(a)(i) ו-8(a)(iii) או סעיף 8(c)(ii) – אף כאן מדובר על אירועים שהתרחשו אגב מבצע צוק איתן. הפשעים מתייחסים להריגה או לפגיעה מכוונת של אזרחים מוגנים, קרי של אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בלחימה. עד היום ההרשעות בעבירה של הריגה מכוונת התייחסו למקרים מובהקים וקיצוניים. כך לדוגמה, ג'רמיין קטנגה מקונגו הורשע על כך שהיה שותף לתקיפה של כפר שבו נטבחו כ-200 אזרחים באמצעות מאצ'טות, לשריפת בתים ולירי, במקביל לאונס של הנשים בכפר. העבירה מחייבת הוכחת כוונה להרוג אזרחים, ואינה מתייחסת למקרה שבו ההריגה או הפגיעה היו תוצאה אגבית של תקיפת מטרה חוקית. לתביעה יהיה קושי להוכיח מרכיב של כוונה, בפרט כיוון שפעילות כזו נוגדת במפורש את פקודות צה"ל. ככל שמדובר במקרים שבהם יש ויכוח אם גורם שהותקף היה אזרח או שהיה מעורב בלחימה נגד כוחות צה"ל, ולכן מטרה חוקית לתקיפה, הנטל להוכיח כי הנפגע היה אזרח בלתי מעורב מוטל על התביעה. הדבר עולה מאמירות בית הדין בפרשת במבה

CLICC Commentary, Article 8(2)(b)(iv) War crime of excessive incidental death, injury, 297 or damage (Last Visited July 4, 2022)

גומבו, שם נקבע כי למרות שבדיני המלחמה הכלל הוא שבמקרה של ספק אם אדם נטל חלק בפעילות לחימה יש להתייחס אליו כאל אזרח, הרי במסגרת הליכים פליליים הנטל להוכיח כי האדם היה אזרח שלא נטל חלק בלחימה הוא על התביעה.²⁹⁸ נראה כי יהיה לא קל לתביעה להוכיח כי אזרחים שהיו המטרה לתקיפה, בשל הערכה מצד צה"ל כי הם מעורבים בלחימה, לא נטלו למעשה חלק בלחימה.

ג. עבירה של התקפה מכוונת כלפי אובייקטים או אנשים הנושאים את הסמלים המוגנים על ידי אמנת ג'נבה (סעיפים 8(2)(b)(xxiv) או 8(2)(e)(ii)) — זהו הסוג השלישי של מקרים הנובעים מפעילות צה"ל במבצע צוק איתן.

הסעיפים שאליהם הפנתה התובעת עוסקים במקרים שבהם גורמים כגון הצלב האדום או הסהר האדום, המספקים שירותי רפואה, מותקפים במכוון. הסעיף לא חל במקרים שבהם הפגיעה הייתה בשוגג. העבירה אינה חלה במקרים שבהם השימוש בסמלים הללו נעשה בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי או אם הפכו למטרה צבאית, למשל אם נעשה שימוש באמבולנסים להובלת לוחמים או נשק. ספק אם ניתן יהיה להוכיח פגיעה מכוונת כזו, שנוגדת את פקודות צה"ל ואת ההנחיות המפורשות לכוחות הלוחמים. טרם נעשה שימוש בסעיף זה בהליכים בפני בית הדין, נכון למועד כתיבת מזכר זה.

ד. עבירות הנוגעות לאירועי הירי שהחלו במארס 2018 נגד המפגינים על גבול הרצועה — בבקשת התביעה מפורט שאירועים אלה הובילו להרג של יותר מ-200 בני אדם ובהם יותר מ-40 ילדים, ולפציעה של אלפים אחרים. בהקשר לאירועים אלה התביעה לא ציינה סעיף עבירה פוטנציאלי. ניתן להעלות תהייה אם מקרים אלו נופלים בהגדרת הפשעים שבסמכות בית הדין ואם מתקיימת לגביהם דרישת החומרה.

ה. עבירה של העברת אזרחים של המדינה הכובשת לשטח הכבוש (סעיף 8(2)(b)(viii)) — הסעיף מתייחס להעברה, במישרין או בעקיפין, של חלקים מן האוכלוסייה של המדינה הכובשת לתוך השטח הכבוש, או לגירוש חלקים מן האוכלוסייה של השטח הכבוש אל מחוץ לשטח זה. זהו הסעיף המכוון נגד מדיניות ההתנחלויות.

בבקשת התביעה נאמר כי יש בסיס סביר להאמין, בהקשר של הכיבוש על ידי ישראל של הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים, שגורמים רשמיים של מדינת ישראל

²⁹⁸ The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (Mar. 21, 2016), פסקה 94.

ביצעו פשעי מלחמה בהתייחס, בין היתר, להעברת אזרחים ישראלים לתוך הגדה המערבית מאז 13 ביוני 2014.

אין תקדים להליך פלילי שנוגע לעבירה זו ולא ברור לגמרי אילו מעשים נכנסים בגדרה. יש המפרשים את העבירה ככוללת פעולות של עידוד וסיוע מצד הממשלה למעבר אזרחים מהמדינה אל השטח הכבוש, כולל הקמת מבנים בשטח הכבוש, מתן הקלות מס ותמריצים. עם זאת, יש גם כאלה המפרשים את הסעיף ביתר צמצום.²⁹⁹ ניתן לטעון כי עבירה זו, בפרט בנוסח הרחב שננקט באמנת רומא, אינה משקפת משפט בינלאומי מנהגי המחייב את ישראל ואף אינה קיימת באמנות שישראל היא צד להן ואשר מחייבות אותה, כגון אמנות ג'נבה, אלא מדובר בנוסח חדשה שנוצרה באמנת רומא. לפיכך היא אינה יכולה לחייב את ישראל, שאינה צד לאמנת רומא. העבירה מתמקדת במעשים של רשויות המדינה ולא במעשים של גורמים פרטיים. דהיינו, עצם פעולת ההתיישבות אינה עבירה ותושבי ההתנחלויות עצמם אינם עוברים עבירה. גם גורמים פרטיים המשקיעים בהתנחלויות לא נופלים בגדר העבירה, אלא לכל היותר יכולים להיחשב מסייעים לביצועה, ואף אז נדרש שהסיוע יהיה משמעותי. יש להניח שהליכים, אם יתקיימו, יתמקדו בגורמים הבכירים האחראים על המדיניות ולא בגורמי הביצוע ברמות הזוטרות.

עבירה זו היא ייחודית לעומת שאר פשעי המלחמה המנויים באמנת רומא, שבהם מדובר בפעילות של פרטים נגד פרטים אחרים או נגד אובייקטים מוגנים, בכך שכאן מדובר בפשע המתייחס למדיניות של מדינה שאין מולה קורבן ברור ומוגדר, תוך גרירת בית הדין לעבר דיונים פוליטיים במהותם. הדברים נכונים בייחוד במקרה של ישראל, כאשר אין מדובר בשטח שנכבש ממדינה אחרת אלא בשטח שיש מחלוקת על עצם הריבונות בו. בשל כל השיקולים הללו, תיקים נגד חשודים בעבירה זו הם בעלי מורכבות רבה, אשר עשוי להיות לתובע אינטרס להימנע מלהיכנס אליהם.

ביחס לאנשי חמאס וקבוצות חמושות פלסטיניות, בבקשת התביעה נקבע שיש בסיס סביר להאמין כי בוצעו על ידיהם פשעי המלחמה הבאים: התקפות מכוונות כלפי אזרחים ואובייקטים אזרחיים (סעיפים (i)-(ii)(b)(2)(8) או (i)(e)(2)(8)); שימוש באזרחים כמגן אנושי (סעיף (b)(2)(8)(xxiii)); מניעה מכוונת מאנשים מוגנים את זכותם למשפט הוגן (סעיפים (a)(2)(8)(vi) או (c)(2)(8)(iv)); הריגה מכוונת (סעיפים (a)(2)(8)(a))

(i) או 8(2)(c)(i); עינויים ויחס לא־אנושי (סעיפים 8(2)(a)(ii) או 8(2)(c)(ii)); ופגיעה פושעת בכבוד האדם (סעיפים 8(2)(b)(xxi) או 8(2)(c)(ii)).

מן הראוי להזכיר את סעיף 8(1) לאמנת רומא, שלפיו בית הדין יהיה בעל סמכות שיפוט על פשעי מלחמה בעיקר כאשר הם מבוצעים כחלק מתוכנית או מדיניות, או כחלק מביצוע פשעים אלה בקנה מידה נרחב. ישראל תוכל לטעון כי ההגבלות שהיא מטילה על עצמה במסגרת הלחימה בשטח מאוכלס בצפיפות, שממנו יוצאת ההתקפות נגדה, מעידות על כך שאין תוכנית או מדיניות לבצע פשעי מלחמה אלא דווקא על ניסיון לצמצם נזק לאזרחים תוך כיבוד הכללים. עם זאת ברור כי גורמים שונים יציגו עמדות הפוכות וינסו לצייר את ישראל כמפירה סדרתית של דיני המלחמה. בהקשר זה יש חשיבות רבה להתבטאויות של גורמים בכירים בצבא ומחוצה לו, מעבר לעצם ההקפדה של מפקדים וחיילים על כיבוד הפקודות ודיני המלחמה.

7. החלטה של הרשות הפלסטינית למשוך את החקירה

כיוון שהחקירה בעניינה של ישראל החלה בעקבות הפניה של "פלסטין" ולא ביוזמת התביעה, מתעוררת השאלה אם הרשות הפלסטינית יכולה לחזור בה מן ההפניה. במילים אחרות, מה המשמעות של הודעה מצד הרשות הפלסטינית, למשל כתוצאה מלחצים בינלאומיים או מהתקדמות במשא ומתן, כי היא מבקשת למשוך את ההפניה, להפסיק או להשעות את החקירה. אין תשובה חד־משמעית לשאלה זו, מכיוון שטרם היה תקדים כזה בבית הדין. ככל הנראה, במצב כזה התביעה תוכל להמשיך בחקירה, מאחר שפתיחת חקירה אינה תלויה בהפניה של המדינה ויכולה להתחיל גם ביוזמת התביעה עצמה. ייתכן שיהיה צורך באישור של ערכאת קדם המשפט להמשך החקירה, שכן פתיחת חקירה ביוזמת התביעה מחייבת אישור כזה, אם כי ייתכן שניתן יהיה לראות בהחלטת ערכאת קדם המשפט בעניין הסמכות שכבר ניתנה אישור מספק.

מנגד, בקשה כזו מטעם הפלסטינים יכולה להיות שיקול רלוונטי מבחינת התביעה להשעות את החקירה, בין במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לתובע לגבי אופן ניהול החקירה ובין תחת הכותרת של שיקולי צדק, שאמנת רומא מתירה לשקול כבסיס לאי־התקדמות בחקירה (סעיף 53(2)(c)). החלטה לסגור חקירה מטעמים של שיקולי צדק כפופה לביקורת של ערכאת קדם המשפט.

8. התערבות של מועצת הביטחון

על פי סעיף 16 לאמנת רומא, למועצת הביטחון יש סמכות לקבל החלטה המחייבת להשעות חקירה לתקופה של שנה, שניתנת להארכה בהחלטות נוספות של המועצה. כיוון שקיומה של החקירה עלול להוות מכשול לקידום משא ומתן בין ישראל לפלסטינים, ובפרט כאשר נושא ההתנחלויות הוא אחד הנושאים למשא ומתן, ניתן יהיה לנסות לקדם, במקרה של קיום משא ומתן רציני, החלטה של מועצת הביטחון להשעות את החקירה.

עם זאת, לא ברור כיצד תתפקד מועצת הביטחון במציאות החדשה שהתהוותה בעקבות פלישת רוסיה לאוקראינה. יתרה מזאת, אין ספק שרוסיה, שלה זכות וטו במועצה, תתנה קבלת החלטה המשעה את החקירה בנוגע ל"פלסטין" וישראל בכך שבית הדין ישעה גם את החקירות המכוונות נגד אנשיה בנוגע לעימותים בגיאורגיה ובאוקראינה. קשה להניח, לפחות בעתיד הנראה לעין, ששאר חברות המועצה יסכימו להשעיה כזו, אלא אם יהיה להן אינטרס בהשעייתן של חקירות אלו מטעמים אחרים (למשל לשם הורדת המתיחות באירופה).

ד. משמעויות לישראל מניהול החקירה

קיומה של חקירה בעניינה של ישראל בפני בית הדין הוא בעל משמעויות לישראל, הן במישור הרחב שנוגע למעמדה הבינלאומי של ישראל והן במישור הקונקרטי של השלכות על מי שעלול להימצא תחת חקירת בית הדין.

1. פגיעה במעמד המדינה בזירה הבינלאומית

אין ספק שחקירה בבית הדין נגד גורמים ישראלים בגין חשדות לביצוע פשעי מלחמה, ובפרט אם יתגבשו חשדות קונקרטיים ויוגשו כתבי אישום, יש בה כדי לפגוע במעמדה הבינלאומי של ישראל, ויעשה בה שימוש על ידי גורמים המבקשים לקדם סנקציות וחרמות נגד המדינה. קיום החקירה מספק כבר כיום תחמושת בידי מבקריה של המדינה ובידי אלה המנסים לחתור תחת הלגיטימציה שלה.

החקירה בבית הדין מצטרפת למהלכים משפטיים אחרים המאתגרים את ישראל בזירה הבינלאומית, ובכללם: החלטות של מוסדות האו"ם, כולל מועצת הביטחון, העצרת הכללית ומועצת זכויות האדם; דוחות של דו"חיים ושל ועדות חקירה מטעם האו"ם; ההליך שפתחו הפלסטינים נגד ישראל במסגרת האמנה למניעת אפליה גזעית (ICERD); החלטות וגיבויים של גורמים בינלאומיים אחרים כגון מוסדות האיחוד האירופי; ודוחות ופרסומים של ארגונים

לא-מדינתיים כגון אמנסטי אינטרנשיונל, HRW, בצלם ויש דין, שכולם הוציאו דוחות ובהם טענות לאפרטהייד מצד ישראל נגד הפלסטינים.

מעבר לכך, הליכים פליליים בנוגע להתנחלויות ישמשו חיזוק ועיבוי לטיעונים נגד מדיניותה של ישראל בהקשר זה, הן על ידי גורמים פלסטינים והן על ידי גורמים זרים. זאת בהמשך לחוות הדעת המייעצת שניתנה על ידי בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) בשנת 2004,³⁰⁰ ובה נכללו קביעות על אי-חוקיות ההתנחלויות ואשר משמשת במערכה נגד ישראל בעניין זה.

החשש מפגיעה במעמדה הבינלאומי של ישראל בעקבות חקירה פעילה נגדה בבית הדין גובר במציאות הנוכחית, שבה בית הדין ממצב את עצמו כשחקן חשוב נגד גורמים הנתפסים כמפירים את הסדר העולמי, כגון המשטר הרוסי ומשטר הטאליבאן באפגניסטן, ובפרט לאחר שהופסקה למעשה החקירה נגד ארצות הברית. התפתחויות אלו חיזקו את מעמדו הבינלאומי של בית הדין וכן מקשות על השגת תמיכה בטענות על כך שלא ראוי שיחקור מעשים של גורמים הפועלים מטעם מדינות שאינן חברות בבית הדין. ככל שישראל תמצא עצמה בחברת מדינות וגורמים שנחשבים לפורעי חוק המאיימים על הסדר העולמי, הפגיעה במעמדה צפויה להתגבר.

עם זאת ראוי לציין כי עצם הפתיחה בחקירה אין משמעה כי בהכרח יהיו הרשעות בבית הדין בגין ביצוע פשעי מלחמה, או אפילו כתבי אישום נגד חשודים קונקרטיים. ייתכן שהחקירה דווקא תחשוף את חולשת ההאשמות המוטחות בישראל ואת הקושי לבסס אותן מבחינה עובדתית ומשפטית.

2. הפרעה ליישוב הסכסוך

קיומם של הליכים פליליים בבית הדין – יש בו פוטנציאל להחריף את מערכת היחסים בין ישראל לפלסטינים ולהקשות על התקדמות במשא ומתן בין הצדדים ועל הגעה לפתרון הסכסוך בדרכי שלום.³⁰¹

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 300 Advisory Opinion, 2004 I.C.J. (July 9)

301 להשוואה ראו: Allard Duursma (2020) Pursuing justice, obstructing peace: the impact of ICC arrest warrants on resolving civil wars, Conflict, Security & Development (Mar. 27, 2020) pp. 335-354; Alyssa K. Prorok, The (In)compatibility of Peace and Justice? The International Criminal Court and Civil Conflict Termination, 71 International Organization, Mark Kersten, No Justice Without Peace, But לדעות נוספות ראו: (Apr. 3, 2017) pp. 213-243

הקושי יהיה דו־כיווני – לצד הישראלי יהיה קושי לקיים דיונים ענייניים ולהסכים לפשרות מול מי שיוזם נגדו הליכים על פשעי מלחמה; לצד הפלסטיני יהיה קשה להסכים לפשרות נחוצות, למשל בנושא ההתנחלויות, שמשמעותן הסכמה להמשך ביצוע מעשים המוגדרים כפשעי מלחמה הנמצאים תחת חקירה באותה עת.

3. הפרעה לתפקוד של בעלי תפקיד מכהנים בשל חשש ממעצר

אם ייפתחו הליכים נגד בעלי תפקיד מכהנים, הם עלולים להיות חשופים למעצר בעת שיצאו למדינות זרות בעת מילוי תפקידם. חשש ממעצר של גורמים ישראלים בעת נסיעות בתפקיד, מעבר לפגיעה בדימויה של ישראל, עלול גם להפריע לקידום מדיניות של ממשלת ישראל מול מדינות שונות. קושי מיוחד נובע מכך שצווי המעצר הם חסויים ולכן יכול אדם להגיע למדינה חברה מבלי לדעת שיש נגדו צו. קיים גם חשש שמדינות יעדיפו שלא לארח גורמים ישראלים מסוימים שעשויים להיות תחת חקירה, בשל האפשרות שייאלצו לבצע צו מעצר נגדם, תוך פתיחת חזית של חיכוך דיפלומטי מול ישראל.

על פי אמנת רומא אין חסינות ממעצר והעמדה לדין גם למי שמכהנים בתפקידים רשמיים, כולל שרים בכירים וראשי מדינה. לכן החשש שיוצאו צווי מעצר במסגרת החקירה מתייחס גם להוצאתם נגד ראשי מדינה ושרים בכירים המכהנים בתפקידם. עם זאת, לגביהם, כפי שהוסבר לעיל, יש אפשרות שמדינות יימנעו מלממש את הצווים, ככל שיאמצו פרשנות שלפיה בהיעדר הפניה של מועצת הביטחון, קיימת לראשי מדינה ולבכירים בה חסינות ממעצר, אשר על בית הדין לבקש מהמדינה לוותר עליה תחילה.³⁰²

4. סיכון אישי לחשודים פוטנציאליים

אם יתגבש חשד לגבי אדם ספציפי בדבר ביצוע פשעי מלחמה, קיים חשש כי בית הדין יוציא צו מעצר. כפי שהובהר, כל המדינות החברות בבית הדין אמורות לשתף פעולה עם בית הדין, ולעצור ולהעביר לידיו את מי שהוצא נגדו צו מעצר ומצוי בשטחן. המשמעות היא שחשודים יהיו מוגבלים מאוד ביכולת שלהם לנסוע למדינות רבות, מחשש שיעצרו. יתרה מזאת, כיוון שבדרך כלל צו המעצר חסוי בשלב הראשון, חשודים לא ידעו בהכרח שיש נגדם צו מעצר וכי עליהם לנקוט משנה זהירות.

What Peace Is on Offer? Palestine, Israel and the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 18, Issue 4 (Sep. 2020) pp. 1001-1015

302 ראו דיון לעיל בפרק 3.

מן הצד השני, יש לשוב ולהזכיר כי החלטה להוציא צו מעצר מחייבת את התביעה ואת בית הדין לקבוע שיש בסיס סביר להאמין שבוצעו פשעי מלחמה על ידי החשוד; הליך אישור האישומים מחייב עמידה ברף מספק של הערכה כי בוצעו פשעי מלחמה; והרשעה מחייבת כי בית הדין ישתכנע מעל לכל ספק סביר בביצוע הפשעים. מיעוט כתבי האישום וההרשעות שהושגו עד היום בבית הדין מעידים על כך שלא קל להוכיח ביצוע פשעים, וזאת גם בעימותים שבמסגרתם בוצעו מעשי זוועה. לפיכך, במציאות המורכבת של הלחימה שישראל מעורבת בה, כאשר כיבוד דיני המלחמה הוא ערך המעוגן בפקודות וערכי מוסר לחימה מונחלים לחיילים, יש מקום להניח שלא יהיו הרשעות גם אם ייפתחו הליכים נגד אנשי כוחות הביטחון, ואפילו שלא יוצאו צווי מעצר כלשהם. באשר להאשמות הנוגעות למדיניות ההתנחלויות, ייתכן כי התביעה ובית הדין יעדיפו שלא להישאב לסוגיה זו, שהיא פוליטית במהותה, ושהעיסוק בה חורג מהיעוד של בית הדין.

ה. שאלת שיתוף הפעולה עם בית הדין

ישראל בחרה באופן נחרץ שלא לשתף פעולה עם החקירה בבית הדין. כאמור, לאחר ההודעה הרשמית של התובעת לשעבר בנסודה על פתיחת חקירה, ישראל אף הודיעה במפורש שאין בכוונתה לחקור בעצמה את הטענות.

ישראל טוענת כי החקירה שנפתחה נגדה בבית הדין היא בלתי לגיטימית ומחוסרת סמכות. היא רואה בחקירה חלק מהמערכה הפוליטית שמתנהלת בזירה הבינלאומית במטרה ליצור דה-לגיטימציה לישראל, תוך שימוש בכלים משפטיים.³⁰³ הנימוק העיקרי נגד שיתוף פעולה עם החקירה הוא החשש שאם ישראל תשתף פעולה באופן רשמי היא תיתן בכך הכשר להליך שיכול להתפרש כהסכמה שלה לכך שיש לבית הדין סמכות לדון בעניינה, ואולי אף כהכרה משתמעת במדינת "פלסטין". מעבר לכך, קיים חשש שאם ישראל תשתף פעולה ולא תצליח למנוע הליכים, יהיה לה קשה יותר לצאת נגד בית הדין ביחס להליכים אלה ולבקש ממדינות שונות לא לשתף פעולה עם בית הדין בגינם, כיוון שייטען מולה שאם בית הדין החליט לקדם הליך (ולהוציא למשל צו מעצר) על אף ששמע את עמדת ישראל לגופה, אזי יש לכבד החלטה זו.

Ministry of Foreign Affairs, Press Release, Israel rejects the ICC's decision regarding 303 .the scope of its territorial jurisdiction on the Israeli-Palestinian conflict (Feb. 7, 2021)
Anne Herzberg, Should Israel Cooperate with the ICC?, Thinc (Mar. 3, 2021) לניתוח ראו:

חוסר הרצון שבית דין בינלאומי ינהל הליכים נגד אנשי כוחות הביטחון וגורמים ישראלים אחרים הוא מובן. אף מדינה אינה מעוניינת שאזרחיה ימצאו עצמם, בשל פעולות שביצעו עבור המדינה, עומדים לדין בבית משפט מחוץ למדינה, בין שמדובר בבתי משפט של מדינות אחרות או בבית דין בינלאומי. אפילו כאשר מדובר בבית משפט מקצועי וחף משיקולים פוליטיים, תמיד קיים חשש כי ינתח את העובדות ואת הדין באופן שונה מהמדינה. נוסף על כך, ככל שמדובר בפעולות שהתבססו על חומר מודיעיני, תתקשה המדינה לאפשר הגנה ראויה בלי לחשוף את המידע, וחשיפתו עלולה לסכן יכולות מודיעיניות או מקורות בעלי חשיבות.³⁰⁴

יתרה מזאת, ישראל אינה רוחשת אמון כלפי בית הדין ואינה סומכת על כך שיתנהל באופן ענייני ומקצועי. חוסר האמון מצידה אינו משולל בסיס. החשש מתבסס למשל על ההתנהלות של ערכאת קדם המשפט בפרשת המשט והתעקשותה כי מדובר במקרה חמור, בניגוד לעמדת התובעת ובניגוד להיגיון. זאת ועוד, עמדת התובעת בנסודה בשלב הבדיקה המקדמית, שכללה קביעות מרחיקות לכת ושנויות במחלוקת לגבי עצם קיומה של "מדינת פלסטין" ולגבי שטחה וביקורת גלויה על ישראל, מעוררת דאגה מוצדקת. דאגה זו גוברת לאור אימוץ עמדתה על ידי שופטי הרוב של ערכאת קדם המשפט, בניגוד לעמדות משפטיות מבוססות שנתמכו על ידי מומחים ועל ידי מדינות מרכזיות. מצד שני, אין זה מדויק לומר שבית הדין הוא גוף המונע רק משיקולים פוליטיים. מתקיימים במסגרתו דיונים משפטיים מעמיקים, מספר ניכר של תיקים הסתיימו בביטול האישומים וזיכויים ויש לו אינטרס ברור להצטייר כגוף מקצועי נטול פניות. לכך יש להוסיף את העובדה כי בית הדין נמצא בתהליך של רפורמה וכן את מינוי התובע החדש, שנראה על פניו מקצועי וקשוב יותר.

מנגד, לא־ישיתוף פעולה יש מחיר, מאחר שהוא מונע מישראל את היכולת להציג את עמדותיה באופן ישיר מול בית הדין. דרך ביניים היא להימנע משיתוף פעולה פורמלי, תוך קיום מגעים בלתי פורמליים עם התביעה ובית הדין. נראה כי ישראל נוקטת למעשה דרך פעולה כזו, וכי מאחורי הקלעים נציגים מטעם ממשלת ישראל קיימו לאורך השנים מגעים עם אנשי בית הדין. אומנם מאמצים אלה לא הצליחו לשכנע את התובעת בנסודה ואת שופטי הרוב בערכאת קדם המשפט שלא לפתוח חקירה בעניין "פלסטין", אולם יש להניח כי המאמצים נמשכים מול התובע החדש חאן, בפרט כדי לשכנעו לתת עדיפות נמוכה לחקירה בעניינה של ישראל. נראה כי מול התובע חאן יש סיכוי לאוזן קשבת יותר,

304 לא בכדי גם ארצות הברית, שכוחותיה פרוסים ברחבי העולם, מתנגדת נמרצות לכך שהם יישפטו בפני בית הדין או בערכאות זרות. לניתוח ראו: דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 41-44.

בפרט מאחר שלא הוא זה שהחליט על החקירה, ויש סיכוי כי עמדותיו לגוף השאלות שונות מעמדותיה של התובעת הקודמת.

שאלה אחרת היא עד כמה נכון מצידה של ישראל לנקוט אסטרטגיה של תקיפה חזיתית של בית הדין. נראה כי זו הייתה הגישה עד עתה, כפי שבאה לידי ביטוי בהתבטאויות פומביות של בכירי המדינה, החל מראש הממשלה לשעבר נתניהו ובכירים אחרים, שהיו מנוסחות בלשון בוטה נגד בית הדין תוך האשמתו ב"אנטישמיות מזוקקת"³⁰⁵. בכך אימצה ישראל קו דומה בסגנונו לזה של ממשל טראמפ. השתלחות פומבית בבית הדין, תוך האשמתו בשחיתות ובאנטישמיות, היא בעלת תועלת מועטה ביותר וכרוכים בה נזקים. ארצות הברית ספגה ביקורת קשה על המדיניות של ממשל טראמפ לתקוף את בית הדין, שהובילה להבעת תמיכה בבית הדין מצד מדינות רבות.³⁰⁶ ישראל צריכה להיזהר מנקיטת קו דומה. גישה לוחמנית כלפי בית הדין תוך הטחת האשמות נגדו, ללא ביסוסן באופן משכנע, עלולה לגרום לישראל להצטייר כמי שיש לה מה להסתיר. נוסף על כך היא עשויה להרחיק בעלות ברית אפשריות מתמיכה בעמדות של ישראל ולהקשות על קיום מגעים ישירים וקונסטרוקטיביים עם משרד התביעה.³⁰⁷ הדברים מקבלים משנה תוקף לאור התחזקות מעמדו של בית הדין בזירה הבינלאומית סביב חקירת העימות בין רוסיה ואוקראינה, ולנוכח ההתקרבות שחלה בין בית הדין לבין הממשל האמריקאי הנוכחי.

במקום זאת, ראוי לפרט את הטענות החזקות שיש לישראל נגד החקירה במישור הסמכות, וכן את הטענות המבוססות שיש לה לגופם של דברים, בהיבטי המשלימות והחומרה ולגופן של ההאשמות. כן ראוי לחדד שהחקירה בנושא ההתנחלויות, מעבר לבעייתיות המשפטית שבה, מתנגשת עם ההסכמות בין הצדדים לנהל משא ומתן בנוגע אליהן. מעבר לכך, ניתן להדגיש עד כמה החקירה בכללותה עשויה להקשות על יישוב הסכסוך בדרכי שלום. על ידי הצגת טיעונים אלה ניתן יהיה לנסות לשכנע את התובע לתת עדיפות נמוכה לחקירה, וכן להימנע מפתיחת הליכים שיהיה קשה מאוד, מבחינתו, להצליח בהם בהמשך. אפשר גם להשתמש בהתחממות היחסים בין ארצות הברית לבית הדין כדי להיעזר בגורמי הממשל האמריקאי לשם קידום האינטרסים של ישראל מול התובע ובית הדין.

305 משרד ראש הממשלה, הודעות דוברות, ראש הממשלה נתניהו בהתייחסות להודעת בית הדין הבינ"ל בהגא (6 בפברואר 2021); לתמיכה בגישה שלפיה יש לנהל מאבק הסברתי לדה-לגיטימציה של בית הדין ראו: איתן גלבו, בית הדין בהגא הוא מזויף, התובעת בנסודה היא מוטה והחקירה נגד ישראל הזויה, דבר (4 במארס 2021).

306 ראו דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 31-33, 57-58.

307 אפשר להשוות לניתוח של דוח ASIL על המדיניות של ארצות הברית בנושא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 58.

יתרה מזאת, אין לפסול מראש אף מתן סיוע לבית הדין בחקירות של פשעי מלחמה, למשל בחקירה באוקראינה, ככל שלישראל יהיה מידע שיוכל לסייע בחקירה זו. בהקשר זה חשוב שישראל תמצב את עצמה בצד של אלה שתומכים בהענשתם של מבצעי פשעי המלחמה, בעימות זה ובעימותים אחרים ברחבי העולם, ולא כבעלת ברית של פורעי החוק.