

בית הדין הפלילי הבינלאומי: מדריך כללי והזווית הישראלית

פנינה שרביט ברוך ואורי בארי



בית הדין הפלילי הבינלאומי: מדריך כללי והזווית הישראלית

פנינה שרביט ברוך ואורי בארי

בית הדין הפלילי הבינלאומי: מדריך כללי והזווית הישראלית

פנינה שרביט ברוך ואורי בארי

המכון למחקרי ביטחון לאומי

משלב בתוכו את מרכז יפה למחקרים אסטרטגיים, הוקם בשנת 2006. למכון שתי מטרות מוצהרות: הראשונה היא לערוך מחקרים בסיסיים בנושאי הביטחון הלאומי של ישראל, המזרח התיכון והמערכת הבינלאומית, וזאת על פי אמות המידה האקדמיות הגבוהות ביותר, והשנייה – לתרום לדין הציבורי ולעבודת הממשל בנושאים שנמצאים, או ראוי שיימצאו, בראש סדר היום הביטחוני של ישראל. קהלי המטרה של המכון למחקרי ביטחון לאומי הם דרג מקבלי ההחלטות, מערכת הביטחון, מעצבי דעת קהל בישראל, הקהילה האקדמית העוסקת בתחומי הביטחון בישראל ובעולם והציבור המתעניין באשר הוא. המכון מפרסם מחקרים שלדעתו ראויים לתשומת הלב הציבורית ושומר על מדיניות נוקשה של אי־משוא פנים. הדעות המובעות בפרסומים הן של המחברים בלבד, ואינן משקפות בהכרח את העמדות של המכון, של נאמניו או של האישים ושל הגופים התומכים בו.



המכון למחקרי ביטחון לאומי

חיים לבנון 40

ת.ד. 39950

רמת־אביב

תל־אביב 6997556

info@inss.org.il

<http://www.inss.org.il/he>

ISBN: 978-965-92972-2-1

עריכת לשון והגהה: מירה ילין
הביאה לדפוס: נעם רן, המכון למחקרי ביטחון לאומי
עיצוב גרפי: מיכל סמו קובץ, המשרד לעיצוב גרפי, אוניברסיטת תל אביב
אינפוגרפיקות ועזרים גרפיים: שי ליברובסקי, המכון למחקרי ביטחון לאומי
עיצוב העטיפה: שי ליברובסקי, המכון למחקרי ביטחון לאומי
תמונת העטיפה: STRINGER Image, shutterstock

תקציר מנהלים

בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) נוסד במסגרת אמנת רומא – אמנה בינלאומית שנכרתה ב־17 ביולי 1998 ונכנסה לתוקף ב־1 ביולי 2002. בית הדין הוא מוסד קבוע היושב בהאג ומורכב ממוסד תביעה ומערכאות שיפוטיות (וכן מגורמים העוסקים בייצוג קורבנות מזה, ובמתן שירותי סנגוריה לחשודים ונאשמים מזה). התובע[ת] של בית הדין והשופטים מתמנים על ידי אספת המדינות החברות בבית הדין לתקופה של תשע שנים. נכון ליולי 2022, מועד כתיבת מזכר זה, 123 מדינות חברות בבית הדין, כולל מרבית מדינות המערב. ישראל אינה חברה בבית הדין, כמו רוב מדינות האזור, למעט ירדן ו"פלסטין" (כהגדרתה בבית הדין). ארצות הברית, רוסיה, סין והודו אף הן אינן חברות בבית הדין. ישראל, בדומה לארצות הברית, חתמה בתחילה על אמנת רומא בסוף שנת 2000, ובכך ביטאה הסכמה עם הרעיונות הקבועים באמנה. אולם בשנת 2002 הודיעה ישראל, כפי שעשתה גם ארצות הברית, כי לא תאשרר את האמנה – הפעולה הנדרשת לצורך הצטרפות לאמנת רומא ולבית הדין.

לבית הדין סמכות לשפוט אנשים החשודים בביצוע הפשעים המפורטים באמנת רומא: פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות. סמכותו חלה על פשעים שבוצעו בשטח של מדינה החברה בבית הדין (גם על ידי אזרחים של מדינה שאינה חברה בבית הדין) או על ידי אזרח של מדינה החברה בבית הדין (גם אם בוצעו בשטח מדינה שאינה חברה). מדינות שאינן חברות בבית הדין יכולות לתת הסכמה אד הוק שבית הדין ידון בפשעים שבוצעו בשטחן או על ידי אזרחיהן. נוסף על כך, מועצת הביטחון של האו"ם יכולה להפנות לחקירת בית הדין מקרים שאין להם זיקה למדינה חברה. סמכות זו הופעלה עד היום פעמיים – לגבי חבל דארפור בסודאן ולגבי לוב.

יש שלוש דרכים לפתוח הליך בבית הדין: הפניה של מדינה חברה, הפניה של מועצת הביטחון או החלטה ביוזמת משרד התביעה לאור דיווחים המגיעים אליו, מכל מקור שהוא, בדבר חשדות לביצוע פשעים הנמצאים בסמכות בית הדין. כל ההליכים מתחילים בבדיקה מקדמית, שבסיומה מתקבלת החלטה אם לפתוח בחקירה. בשלב הבדיקה המקדמית מתבססים הליכי הבירור בעיקר על מקורות גלויים. לעומת זאת, בשלב החקירה מפעיל משרד התביעה סמכויות חקירה עצמאיות. בשלב זה נבחרים התיקים הפרטניים שבהם תתמקד החקירה. הקריטריון המרכזי לבחירתם הוא חומרת המעשים ומידת האחריות של החשוד, תוך התחשבות באילוצים מעשיים ובמגבלות של משאבים וזמן.

בשלב החקירה יכולה התביעה לבקש מערכאת קדם המשפט להוציא נגד חשוד ספציפי צו זימון או צו מעצר, אם יש בסיס סביר להאמין שהאדם ביצע פשעים הנופלים בסמכות בית הדין. ככלל, צווי מעצר אינם מפורסמים בפומבי אלא מועברים דרך הערוצים החשאיים של גורמי האכיפה הבינלאומית. המשמעות היא שחשוד עשוי לא לדעת כי הוצא נגדו צו מעצר. כל המדינות החברות בבית הדין מחויבות לשתף פעולה עם החקירה, ובכלל זה לכבד צווי מעצר ביחס לחשודים הנמצאים בשטחן ולהעביר את החשודים לידי בית הדין. בית הדין אינו מנהל משפט נגד אדם ללא נוכחותו, ולכן ההליך מוקפא עד להופעתו של החשוד בבית הדין, בהמשך למעצרו או בעקבות התייצבותו מרצון. במהלך המשפט, ערכאת המשפט צריכה להשתכנע מעל

לכל ספק סביר באשמת הנאשם על מנת להרשיעו. על מי שמורשע ניתן לגזור עד 30 שנות מאסר, ובנסיבות קיצוניות גם מאסר עולם. כן ניתן לפסוק פיצויים לקורבנות.

בית הדין נועד להיות בעל סמכות משנית ומשלימה לסמכות השיפוט הלאומית של המדינות. עיקרון זה, המכונה 'עקרון המשלימות', משמעו שרק אם המדינה הנוגעת בדבר אינה חוקרת מקרה בעצמה, בשל חוסר רצון או חוסר יכולת, אזי פתוחה הדרך בפני בית הדין לחקור את המקרה ולהעמיד לדין בפניו. עיקרון נוסף המגביל את היקף הסמכות של בית הדין הוא 'עקרון החומרה', שלפיו בית הדין נועד לעסוק רק במקרים החמורים ביותר המהווים מקור דאגה לקהילה הבינלאומית.

בעשרים שנות פעילותו נפתחו בבית הדין חקירות ביחס ל-17 "מצבים" (situations). 10 חקירות הובילו לפתיחת תיקים נגד 51 חשודים, ומתוכם הגיעו לסיומם המשפטים בעניינם של 14 חשודים. 10 חשודים הורשעו, מתוכם רק חמישה נאשמים הורשעו בביצוע פשעים מהותיים – פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה (נאשמים מקוננו, אוגנדה ומאלי). החמישה האחרים הורשעו בעבירות של שיבוש הליכי משפט. הארבעה הנותרים זוכו במשפט.

הישגיו הדלים של בית הדין הובילו לביקורת קשה על תפקודו. נטען כי הוא לוקה בחוסר מקצועיות ובחוסר אפקטיביות. כדי להתמודד עם הבעיות בתחום המקצועי מינתה אספת המדינות החברות בשנת 2019 ועדת מומחים מקצועית. הדוח שהכינה פורסם בספטמבר 2020, ובו המלצות מפורטות. בעקבותיו החל תהליך של יישום שורת רפורמות בבית הדין. בחודש יוני 2021 התמנה תובע חדש לבית הדין, כרים חאן הבריטי. נראה כי מדובר בתובע מקצועי ויעיל משני קודמיו, אשר הצליח בזמן קצר לגבש שיתופי פעולה בזירה הבינלאומית ולהגביר את התמיכה בבית הדין.

בראשית הדרך עסקו החקירות של בית הדין בעיקר באירועים שהתרחשו ביבשת אפריקה, בין היתר בעקבות הפניות של מקרים על ידי מדינות אפריקאיות. עם זאת, בשנים האחרונות בית הדין מצא עצמו מעורב גם בחקירת חשדות לפשעים שבוצעו על ידי אזרחי ארצות הברית ורוסיה, וזאת למרות ששתי המדינות אינן חברות בבית הדין. ארצות הברית מצאה את עצמה תחת חקירה שהתייחסה לפעילות כוחותיה באפגניסטן, מאחר שאפגניסטן היא חברה בבית הדין. חקירה זו הובילה למתיחות רבה ביחסים בין ארצות הברית לבין בית הדין. המשבר ביחסים נפתר לאחר שחקירת הכוחות האמריקאיים באפגניסטן הושעתה בפועל על ידי התובע החדש של בית הדין בחודש ספטמבר 2021, זמן קצר לאחר השתלטות הטאליבאן על השלטון במדינה. התובע נימק זאת בכך שהחליט, לנוכח המצב, למקד את החקירה בפשעים של הטאליבאן ושל דאע"ש ח'וראסאן. רוסיה נמצאת כיום תחת שתי חקירות. האחת – חקירת פעילות כוחותיה בגיאורגיה, שהיא חברה בבית הדין, במסגרת העימות שהתרחש בין המדינות בשנת 2008. חקירה זו החלה בינואר 2016. השנייה – חקירה של פעילות כוחותיה באוקראינה, מכוח הסכמה שהעניקה מדינה זו לבית הדין בשנת 2014 ביחס לפשעים שבוצעו בשטחה במסגרת העימות עם רוסיה שהתנהל באותה עת. למרות שהבדיקה המקדמית התייחסה במקור לסכסוך בין המדינות משנת 2014, מכיוון שההסכמה שנתנה אוקראינה לא הוגבלה לתקופה מוגדרת, החקירה שנפתחה רק לאחרונה, במאוס 2022, הורחבה גם לחשדות בדבר פשעים המתרחשים במהלך העימות הנוכחי, בעקבות הפלישה של רוסיה לאוקראינה בפברואר 2022. חקירה זו זוכה לתמיכה נרחבת של מדינות רבות.

כאמור, גם ישראל אינה חברה בבית הדין. למרות זאת מתקיימת חקירה בדבר טענות לביצוע פשעים בשטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה החל מ־13 ביוני 2014. זאת בהמשך לקביעה של התובעת הקודמת, פאטו בנסודה, ושל שופטי הרוב בערכאת קדם המשפט, ש"פלסטין" היא מדינה חברה בבית הדין ששטחה משתרע על שטחים אלו, ושהיא רשאית להפנות אליו לחקירה פשעים שבוצעו בשטחה. הבקשה הפלסטינית התייחסה לכלל הפשעים שבוצעו מ־13 ביוני 2014, ללא מועד סיום מוגדר. החקירה מתייחסת לחשדות לביצוע פשעים של כל הצדדים המעורבים, לרבות טענות לביצוע פשעי מלחמה אגב העימותים ברצועת עזה החל ממבצע צוק איתן בשנת 2014, וכן במסגרת צעדים ביטחוניים ביהודה ושומרון ובמזרח ירושלים. זאת ועוד, החקירה מתייחסת למדיניות ההתנחלויות בשל העובדה כי העברה (transfer), במישרין או בעקיפין, של חלקים מהאוכלוסייה של השטח הכובש אל תוך השטח הכבוש מוגדרת כפשע מלחמה באמנת רומא. הניסוח הרחב של פשע זה היה אחת הסיבות המרכזיות לאי־ההצטרפות של ישראל לבית הדין. מוקדם עדיין להעריך כיצד תפתח החקירה בעניינה של ישראל. לישראל טענות טובות בעניין חוסר הסמכות של בית הדין לעסוק במקרה דנן: ראשית, בשל העובדה ש"פלסטין" אינה עומדת בדרישות שמציב המשפט הבינלאומי להגדרה כמדינה; שנית, בשל היעדר בסיס משפטי לקביעה כי שטח "מדינה" זו משתרע על כלל שטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה, לאור היעדר השליטה הפלסטינית במרבית השטחים הללו; ושלישית, בשל העובדה שסמכות השיפוט של הרשות הפלסטינית מוגבלת על פי ההסכמים עם ישראל לעבירות של פלסטינים בשטחי B ו-A וברצועת עזה, ולכן היא אינה יכולה להקנות לבית הדין סמכות שיפוט שאין לה. עם זאת, טענות אלו נדחו על ידי התובעת הקודמת ושופטי הרוב בערכאת קדם המשפט. קשה להניח שהתובע החדש יהפוך באופן מפורש את הקביעה כי יש לבית הדין סמכות שיפוט ביחס למקרה. עם זאת יש באפשרותו לתת עדיפות נמוכה לחקירה, ונראה כי זוהי המגמה הנוכחית שלו. מנגד, התובע קשוב לרחשי הלב הציבוריים בזירה הבינלאומית. לכן, אם מדינת ישראל תמצא עצמה במוקד של ביקורת בינלאומית — למשל בעקבות מבצע צבאי שיוביל לנפגעים רבים בצד השני; בעקבות דוחות שיפורסמו נגדה, המאשימים אותה בביצוע פשעים חמורים; או בעקבות פעולה שנויה במחלוקת כגון סיפוח חלקים מהשטח — התובע עלול לשנות את גישתו ולתת עדיפות גבוהה יותר לחקירה בעניין ישראל. פתיחת הליכים נגד גורמים ישראלים, מעבר להשפעה הישירה על אותם גורמים, אשר עלולים למצוא את עצמם תחת צווי מעצר והליכים פליליים, טומנת בחובה פגיעה אפשרית בהתנהלותה של ישראל בזירה הבינלאומית, ככל שהיא תגביל תנועה של גורמים ישראלים, לרבות בעלי תפקידים בכירים. יתרה מזאת, חקירה כזו תפגע במעמדה של ישראל בזירה הבינלאומית ותשמש כלי נוסף במערכה לדעה־לגיטימציה של ישראל. מנגד, גם אם החקירה תצבור תאוצה, כלל לא ברור שהיא תוביל להוצאת צווי מעצר או להליכים אחרים נגד חשודים ספציפיים, בשל הקושי להוכיח את המרכיבים העובדתיים והמשפטיים של הפשעים המיוחסים לגורמים הישראלים. באשר לטענות הנוגעות לפעולות של כוחות צה"ל תעמוד לישראל אף טענת המשלימות, ככל שניתן יהיה להצביע על חקירות ותחקירים כנים ורציניים הנערכים בישראל. טענת המשלימות אינה קיימת לגבי הטענות הנוגעות להתנחלויות או לביצוע צעדים ביטחוניים מסוימים שישראל אינה מתייחסת אליהם כאל מנגדים לחוק, ולפיכך אינה מנהלת בעניינם חקירות. עם זאת, לגבי אלה ישנן טענות משפטיות אחרות שניתן להעלות. נוסף על כך, נושא ההתנחלויות שלוב בהיבטים מדיניים שסוכם כי יהיו נושא למשא ומתן בין

הצדדים לסכסוך, ולכן יש בסיס לטענה כי בית דין פלילי אינו הפורום המתאים לעסוק בהם, וראוי שייתן עדיפות למקרים מתאימים יותר. מובן שטענה זו מתחזקת ככל שמתקיים משא ומתן אמיתי בין הצדדים לסכסוך. למרות האמור, יש להתייחס לקיומה של החקירה בכובד ראש ולנקוט אסטרטגיה סדורה שאינה מקבלת את סמכותו של בית הדין על ישראל, תוך שימור ערוצי הידברות בלתי פורמליים על מנת להביא לידיעתו את הטענות הישראליים באופן המיטבי. הדברים נכונים בייחוד לאור המגמה המסתמנת של חיזוק מעמדו של בית הדין ושיפור רמת האפקטיביות שלו.

על רקע זה חשוב להכיר את בית הדין ולהבין מהן סמכויותיו, כיצד מתנהל ההליך במסגרתו, באילו מקרים עסק עד היום ומה עומד על הפרק בהליכים הנוגעים לישראל. המזכר עוסק בהרחבה בכל אלה.

תוכן העניינים

מבוא

9

פרק 1: בית הדין – רקע ומבנה

11

11

11

14

16

א. ייסוד בית הדין

ב. המדינות החברות בבית הדין

ג. מבנה בית הדין

ד. תקציב בית הדין

פרק 2: סמכות השיפוט של בית הדין

18

18

18

19

19

21

22

23

25

26

26

27

א. הפשעים שלגביהם יש לבית הדין סמכות

1. רצח עם

2. פשעים נגד האנושות

3. פשעי מלחמה

4. פשע התוקפנות

ב. סמכות מבחינת מועד המעשים וזהות מבצעי הפשע

ג. דרישת הזיקה למדינה חברה

ד. קבילות מקרים ושיקולי צדק

1. דרישת המשלימות

2. דרישת החומרה

3. שיקולי צדק

פרק 3: ההליך בפני בית הדין

29

29

30

32

35

35

38

38

39

40

א. פתיחת הליך

ב. בדיקה מקדמית

ג. חקירה

ד. צווי מעצר וצווי זימון

ה. ביצוע צווי מעצר והסגרת חשודים לבית הדין

ו. שלב קדם המשפט

ז. המשפט והכרעת הדין

ח. ערעור

ט. סמכויות מועצת הביטחון בשלב החקירה והמשפט

42	פרק 4: נתונים על פעילות בית הדין
42	א. נתונים כלליים
43	ב. בדיקות מקדמיות
48	ג. חקירות

60	פרק 5: מגמות בהתנהלות בית הדין
60	א. היחסים בין בית הדין לבין הקהילה הבינלאומית
64	ב. הביקורת על התנהלות בית הדין
68	ג. מדיניות משרד התביעה

71	פרק 6: בית הדין וישראל
71	א. פרשת המשט
72	ב. החקירה בעניין "פלסטין"
78	ג. התפתחויות אפשריות בחקירה
78	1. שאלת הסמכות
80	2. שאלת המשלימות
80	3. שאלת החומרה
81	4. שיקולי צדק
81	5. שיקולים של אפקטיביות החקירה
82	6. תוכן העבירות שאליהן מתייחסת החקירה
85	7. החלטה של הרשות הפלסטינית למשוך את החקירה
86	8. התערבות של מועצת הביטחון
86	ד. משמעויות לישראל מניהול החקירה
86	1. פגיעה במעמד המדינה בזירה הבינלאומית
87	2. הפרעה ליישוב הסכסוך
87	3. הפרעה לתפקוד של בעלי תפקיד מכהנים בשל חשש ממעצר
88	4. סיכון אישי לחשודים פוטנציאליים
88	ה. שאלת שיתוף הפעולה עם בית הדין

91	סיכום
----	--------------

95	נספח א: בית הדין הפלילי הבינלאומי – מקרים עד היום (31 ביולי 2022)
----	--

101	נספח ב: בית הדין הפלילי הבינלאומי – הליכים עד היום (31 ביולי 2022)
-----	---

מבוא

בית הדין הפלילי הבינלאומי, שמקום מושבו בהאג שבהולנד,¹ הוקם מכוח אמנת רומא מ-1998² והחל לפעול בשנת 2002. הרעיון המכונן שעומד בבסיסו הוא קיומה של ערכאה בינלאומית שתאפשר לשפוט את מי שמבצעים פשעים בינלאומיים חמורים – פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות. סמכותו נשענת על הסכמת המדינות החברות בבית הדין לאפשר לו לדון בפשעים אלה, אשר מבוצעים בשטחיהן או על ידי אזרחיהן, וזאת באותם מקרים שבהם המדינה הנוגעת בדבר אינה יכולה או אינה רוצה לנהל את ההליך בעצמה. עם זאת, גם מדינות שאינן חברות בבית הדין יכולות למצוא עצמן בפני הליכים נגד אזרחיהן, ככל שמדובר בפשעים שבוצעו בשטח של מדינה חברה או של מדינה שהעניקה לבית הדין סמכות שיפוט, וכן במקרים המופנים לבית הדין על ידי מועצת הביטחון של האו"ם.

הרעיון להקמת בית דין פלילי בינלאומי התגבש לאחר מלחמת העולם הראשונה. חוזה השלום שנחתם בוורסאי לאחר המלחמה הורה על הקמת בית דין לשפיטת פושעי מלחמה גרמנים, אולם בית דין זה לא הוקם מסיבות שונות, משפטיהם של פושעי המלחמה הגרמנים נערכו בבתי משפט מקומיים ומרביתם הסתיימו בזיכויים. מלחמת העולם השנייה חידדה את הצורך בהקמת ערכאת שיפוט בינלאומית שבה יישפטו פושעי מלחמה, ואכן לאחר המלחמה הוקמו בתי הדין הבינלאומיים הצבאיים בנירנברג ובטוקיו. בבתי דין אלו נשפטו פושעי מלחמת העולם השנייה בלבד, והם נסגרו לאחר תום המשפטים. ניסיונות להקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע לאחר המלחמה לא צלחו, בין היתר עקב מחלוקות בנוגע לסמכויות בית הדין ולצורך בהקמתו, ובשל המתיחות בין הגוש הסובייטי למדינות המערב שאיננה את תקופת המלחמה הקרה.³ התפרקות ברית המועצות וסיום המלחמה הקרה הובילו לעידן חדש בזירה הבינלאומית. שנות ה-90 של המאה ה-20 התאפיינו בתהליכים של דמוקרטיזציה וגלובליזציה בהובלת ארצות הברית. כמו כן, תוצאות המלחמות ביוגוסלביה וברואנדה הדגישו את הצורך בערכאה שתדון בפשעי המלחמה החמורים שבוצעו במהלך עימותים אלו. בשל חסרונם של בית דין בינלאומי מתאים הוקמו בשנים 1993 ו-1994, מכוח החלטות של מועצת הביטחון של האו"ם, שני בתי דין אד הוק שבהם נשפטו פושעי מלחמה בסכסוכים הספציפיים האלה.⁴ בהמשך לכך, במחצית השנייה של שנות ה-90 החלו להתנהל דיונים מעמיקים על הקמת בית דין פלילי בינלאומי קבוע. מדינת ישראל נטלה חלק פעיל בדיונים אלו מתוך אמונה כי חשוב שפשעים, כדוגמת הנאצים ועוזריהם בעבר, לא יימלטו מאימת הדין.

אמנת רומא שמכוחה הוקם בית הדין נחתמה בחודש יולי 1998 ונכנסה לתוקף ב-1 ביולי 2002. ישראל לא אשררה את האמנה ובכך נמנעה מהצטרפות כחברה בבית הדין. זאת בשל חשש לגבי אופן הפעלת

1 יש להבחין בין בית הדין הפלילי הבינלאומי נשוא המזכר לבין בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), שמקום מושבו בהאג גם כן. האחרון הוא טריבונל שהוקם במסגרת מגילת האו"ם ואשר ירש את בית הדין הבינלאומי הקבוע לצדק שהוקם בתקופת חבר הלאומים. הוא מוסמך לדון בסכסוכים בין מדינות בהסכמתן וכן לתת חוות דעת מייעצות לגופי האו"ם.

2 Rome Statute of the International Criminal Court, (last amended 2010), 17 July 1998 (להלן – אמנת רומא). רשימת התיקונים לאמנה נמצאת באתר של אספת המדינות החברות – Last Visited – ASP, Rome Statute and other agreements (July 4, 2022). ראו תרגום לעברית של אמנת רומא על ידי העמותה לקידום המשפט ההומניטרי (עלמ"ה).

3 אלן בייקר, בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC), משפט וצבא 61 (התשס"ג) 978, עמ' 880-881 (להלן – בייקר).

4 החלטת מועצת הביטחון בעניין יוגוסלביה – S.C. Res. 827, (May 25, 1993); החלטת מועצת הביטחון בעניין רואנדה – S.C. Res. 955, (Nov. 8, 1994).

סמכות השיפוט של בית הדין על פעולותיה, וכן בשל העובדה כי האמנה כוללת סעיף המתייחס לפעילות ההתנחלויות כאל פשע מלחמה. מדינות מרכזיות נוספות לא הצטרפו אף הן לאמנת רומא, ובראשן ארצות הברית, רוסיה וסין, כמו גם מרבית מדינות המזרח התיכון.

עד עתה הישגיו של בית הדין מוגבלים, והושגו במסגרתו רק חמש הרשעות בגין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות – כולן נגד נאשמים מיבשת אפריקה. ואולם תהיה זו טעות להספיד את בית הדין, וניכר כי נעשים מאמצים לשפר את האפקטיביות שלו וכן להרחיב את העיסוק אף למדינות נוספות, כולל במסגרת חקירות המופנות נגד רוסיה והתנהלות כוחותיה וגורמים המזוהים עימה בעימותים בגיאורגיה ובאוקראינה. התובע הנוכחי של בית הדין, כרים חאן הבריטי, שהתמנה לתפקידו ביוני 2021, מצטייר כאיש מקצוע רציני המבקש להפוך את בית הדין לבעל תפקיד מרכזי באכיפת הדין בזירה הבינלאומית.

למרות שישראל אינה חברה בבית הדין, היא מצאה את עצמה תחת חקירה על פשעים שבוצעו לכאורה על ידי אנשיה בשטחי רצועת עזה, יהודה שומרון ומזרח ירושלים החל מ־13 ביוני 2014. זאת בשל העובדה שבית הדין הסכים לראות ב"פלסטיין" מדינה שרשאית להפנות אליו לחקירה פשעים שבוצעו בשטחה. מוקדם עדיין להעריך כיצד תפתח חקירה זו ומה יהיו השלכותיה, הן במסגרת הליכים ספציפיים, ככל שייפתחו, והן בהיבט הרחב של מעמדה של ישראל בזירה הבינלאומית.

מטרת המזכר להסביר מהו בית הדין, מהן סמכויותיו, כיצד מתנהל ההליך במסגרתו, באילו מקרים עסק עד היום (נכון ליולי 2022) ומה עומד על הפרק בהליכים הנוגעים לישראל. המזכר אינו מיועד בהכרח לקהל בעל מומחיות משפטית אלא נועד לספק כלי שימושי למקבלי ההחלטות, לבעלי עניין, לסטודנטים ולקהל הרחב המעוניין להכיר את בית הדין ואת האתגרים שהוא מציב.

בפרק הראשון של המזכר מוצג אופן ייסודו של בית הדין, המדינות החברות בו, מבנה בית הדין ותקציבו. הפרק השני עוסק בסמכות השיפוט של בית הדין – הפשעים שלגביהם יש לבית הדין סמכות, סמכותו מבחינת מועד המעשים וזהות מבצעי הפשעים ודרישת הזיקה למדינה חברה. הפרק אף עוסק בתנאים לקבילות מקרים בפני בית הדין ובשיקולי צדק שעשויים להוביל לאי־קיום חקירה או הליך בבית הדין. הפרק השלישי מסביר את שלבי הטיפול במקרים בבית הדין, החל משלב הבדיקה המקדמית דרך שלב החקירה, המשפט והערעור. כן מובהרת בפרק זה הסמכות של בית הדין להוציא צווי מעצר וזימון נגד חשודים, והיקף החובה של מדינות חברות להסגיר חשודים לבית הדין. כמו כן מתוארת סמכות מועצת הביטחון להורות על פתיחת חקירה בבית הדין וכן על הקפאת חקירה או הליכים. בפרק הרביעי מפורטים כלל המקרים שנדונו עד היום בבית הדין, כולל במסגרת בדיקות מקדמיות שנסגרו או שעדיין מתנהלות, וכן במסגרת חקירות שנפתחו ותיקים נגד חשודים קונקרטיים. הפרק החמישי מתייחס למגמות עכשוויות בבית הדין, דן ביחסים בין בית הדין לקהילה הבינלאומית, בוחן את האפקטיביות והמקצועיות של בית הדין על רקע ביקורת שהועלתה כלפיו ומתאר מהלכים שנעשו לשיפור עבודתו. הפרק אף מתייחס לשלושת התובעים שכיהנו עד היום בבית הדין ולמדיניות שאימצו. הפרק השישי והאחרון מתייחס בהרחבה לעיסוק של בית הדין בעניינים הנוגעים לישראל, ובפרט לחקירה התלויה ועומדת בעקבות ההפניה של מדינת "פלסטיין". הפרק מציע גם הערכות לגבי ההמשך הצפוי והמשמעויות הפוטנציאליות של החקירה, ומחשבות בשאלת שיתוף הפעולה עם בית הדין. לבסוף מובא סיכום הכולל תובנות מסכמות והמלצות מדיניות לישראל.

בית הדין – רקע ומבנה

א. ייסוד בית הדין

בית הדין הפלילי הבינלאומי נוסד במסגרת אמנה בינלאומית – אמנת רומא, המכונה גם חוקת רומא או חוקת בית הדין (Rome Statute of the International Criminal Court), שאומצה ב־17 ביולי 1998 ונכנסה לתוקף ב־1 ביולי 2002.

אמנה זו נכרתה בעקבות תהליך משא ומתן שנמשך שנים רבות. טיוטות ראשונות של האמנה גובשו כבר בשנות ה־90 המוקדמות, אולם הטיטה המרכזית, שהיוותה את הבסיס לנוסח שאומץ לבסוף, הוכנה על ידי הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם בשנת 1995 בעקבות החלטה של העצרת הכללית משנת 1994, שבה הוטל על הוועדה להכין טיוטת אמנה לבית דין פלילי בינלאומי קבוע.⁵ בין השנים 1996-1998 התנהלו מספר סבבי דיונים לגיבוש האמנה, במטרה להגיע להסכמה רחבה ככל האפשר בין כלל מדינות העולם. בחודש יולי 1998 התקיימה ברומא ועידה חגיגית ובסיומה, ב־17 ביולי, חתמו 120 מדינות על אמנת רומא שכוננה את בית הדין. שבע מדינות התנגדו לנוסח האמנה: ישראל, ארצות הברית, סין, עיראק, תימן, קטר ולוב, ו־21 נמנעו.⁶ המשלחת הישראלית לוועידה, בראשות היועץ המשפטי לממשלה דאז אליקים רובינשטיין, הביעה תמיכה בהיבט המוסרי של הקמת בית הדין, אולם לצד זאת הובעה אכזבה מהפוליטיזציה בוועידה, שהשפיעה על הנוסח הסופי של האמנה.⁷ בהתאם לסעיף הכניסה לתוקף שנקבע באמנת רומא היא נכנסה לתוקף ב־1 ביולי 2002, לאחר שהופקדו אשרורים על ידי 60 מדינות. בפועל, תובע בית הדין והשופטים הראשונים מונו במחצית הראשונה של שנת 2003.⁸

ב. המדינות החברות בבית הדין

כדי להיות חברה בבית הדין מדינה צריכה לאשרר את אמנת רומא. חתימה על אמנה מבטאת תמיכה עקרונית בה, ומשמעותה היא רק שהמדינה מביעה כוונה עקרונית לאשרר את האמנה בהמשך. לפיכך, חתימה על אמנת רומא אינה הופכת מדינה לחברה בבית הדין המחויבת בהוראות האמנה, בהיעדר תהליך אשרור. אשרור משמעו אימוץ האמנה בהתאם לתהליך הקבוע בדיון הפנימי של המדינה. ההצטרפות של מדינה לבית הדין מקנה לו סמכות לגבי פשעים שבוצעו בשטחה של אותה מדינה או על ידי אזרח שלה, ללא צורך בהסכמה נוספת מצד המדינה, כמפורט בהמשך.

5 G.A. Res, Establishment of an International Criminal Court, A/RES/49/53 (Dec. 9, 1994)
 6 Michael P. Scharf, Results of the Rome Conference for an International Criminal Court, ASIL (Aug. 11, 1998) (להלן – שארף).
 7 בייקר, לעיל ה"ש 3, עמ' 890-892; שביט מטיאס ומירי שרון, בית הדין הפלילי הבינלאומי, המשפט ט, התשס"ד, עמ' 27 (להלן – מטיאס ושרון).
 8 William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court (Cambridge University Press 5) (2017), p. 22 (להלן – שייבס).

נכון למועד כתיבת מזכר זה, 123 מדינות חברות בבית הדין, כולל מרבית המדינות המערביות (ראו תרשים מס' 1).⁹ המספר הרב של מדינות חברות בבית הדין מצביע על כך שמדובר בגוף משמעותי בזירה הבינלאומית, אשר זוכה להכרה ולתמיכה של מרבית מדינות העולם, ובפרט חלק הארי של מדינות המערב. מדינה מרכזית שאינה חברה בבית הדין היא ארצות הברית, שהייתה בין המדינות שתמכו בהקמת בית הדין ונטלה חלק פעיל בדיונים לקראת הקמתו. עם זאת, בעת אימוץ אמנת רומא בשנת 1998 היא הצביעה נגד האימוץ. הנימוק המרכזי להתנגדות היה שהאמנה הקנתה סמכות שיפוט לבית הדין ביחס למדינה שאינה חברה.¹⁰ למרות קושי זה חתם ממשל קלינטון על אמנת רומא ב־31 בדצמבר 2000, היום האחרון שבו ניתן היה לחתום על האמנה.¹¹ עם זאת, הנשיא קלינטון לא העביר את האמנה לאשרור בסנאט, בשל חששות שנגעו לאופן יישומה וכדי להתרשם כיצד יתנהל בית הדין לפני שיוחלט אם להצטרף אליו. במאי 2002, כאשר ארצות הברית הייתה בעיצומה של המערכה נגד אל־קאעדה והטאליבאן באפגניסטן, הודיע ממשל בוש למזכ"ל האו"ם במכתב רשמי כי אין בכוונת ארצות הברית לאשרר את האמנה, ולכן אין לה מחויבות כלשהי הנובעת מן החתימה על האמנה.¹² בכך למעשה משכה ארצות הברית את חתימתה מהאמנה.¹³ גם רוסיה אינה חברה בבית הדין. אומנם רוסיה הצביעה בעד אימוץ אמנת רומא בשנת 1998 ואף חתמה על האמנה ב־13 בספטמבר 2000, אולם גם היא לא אשררה אותה. בשנת 2016, בעקבות העיסוק של בית הדין בפעולותיה של רוסיה בגיאורגיה ובאוקראינה, כמפורט בהמשך, הוציא נשיא רוסיה ולדימיר פוטין צו שלפיו אין בכוונתה של רוסיה לאשרר את אמנת רומא, ובכך משך גם את חתימתה של רוסיה מהאמנה.¹⁴ סין והודו לא חתמו על אמנת רומא ולא אשררו אותה. סין אף הצביעה נגד אימוץ אמנת רומא ב־1998, בעוד שהודו נמנעה בהצבעה זו.¹⁵

ישראל אף היא אינה חברה בבית הדין. ישראל תמכה במקור ברעיון של הקמת בית דין פלילי בינלאומי והייתה שותפה פעילה בדיונים לגיבוש אמנת רומא. עם זאת היא הייתה בין המדינות שהצביעו נגד אימוץ האמנה בשנת 1998, בין היתר בשל הסעיף שנכלל באמנה בנוגע להתנחלויות, כמפורט בהמשך. ב־31 בדצמבר 2000, לאחר שארצות הברית חתמה על האמנה, הוחלט בישראל לצרף גם את חתימתה לאמנה ברגע האחרון האפשרי. המניע לחתימה היה הרצון להביע הזדהות ערכית עם יעדי האמנה, וכן כדי לשפר

9 בין המדינות החברות כמעט כל מדינות אירופה המערבית; כמעט כל מדינות יבשת אמריקה; מרבית מדינות אפריקה; וכן אוסטרליה, ניוזילנד ויפן. לרשימת המדינות החברות ראו: ASP, *The States Parties to the Rome Statute* (last visited July 4, 2022).

10 UN, Press Release, L/2889 (July 20, 1998). לניתוח ראו: שארף, לעיל ה"ש 6.

11 באמנות רב־צדדיות קבוע בדרך כלל מועד שעד אליו ניתן לצרף חתימה לאמנה ולהחליט בנפרד אם לאשררה, ולאחריו אין אפשרות לחתום על האמנה אלא רק להצטרף אליה על ידי אשררה.

12 Under Secretary for Political Affairs, American Foreign Policy and the International Criminal Court, Remarks to the Center for Strategic and International Studies (May 6, 2002).

13 ראו, בין היתר: CCP, *The US-ICC Relationship* (last visited June 2, 2022); וכן את הדוח המפורט של ארגון ASIL – ASIL Task Force on Policy Options for U.S. Engagement with the ICC (Apr. 2021) (להלן – דוח ASIL). עוד על היחסים בין ארצות הברית לבית הדין ראו בהמשך בפרק 5.

14 Sergey Sayapin, *Russia's Withdrawal of Signature from the Rome Statute Would not Shield its Nationals from Potential Prosecution at the ICC*, EJIL:Talk! (Nov. 21, 2016).

15 לניתוח מדיניותה של סין ביחס לבית הדין ראו: Hussein Aghaei Janatmakan, Mahdi Reza Sadeghi, *China's Approach Regarding the International Criminal Court (ICC)*, *Journal of International Criminal Law*, 2(1) (2021), pp. 66-76. לניתוח מדיניותה של הודו ביחס לבית הדין ראו: Devasheesh Bais, *India and the International Criminal Court*, FICHL Policy Brief Series No. 54 (2016).

את תדמית ישראל בעולם ולא להיות בין המדינות המערביות הבודדות שאינן חותמות עליה.¹⁶ אולם ישראל לא אשררה את האמנה ובאוגוסט 2002, כאשר הייתה בעיצומה של הלחימה נגד גל הטרור הפלסטיני (האינתיפאדה השנייה), שלח משרד החוץ מכתב לאו"ם המודיע כי ישראל אינה מתכוננת לאשרר את אמנת רומא.¹⁷ בכך הצטרפה ישראל לארצות הברית, שמשכה את חתימתה מהאמנה חודשיים קודם לכן. בדומה לישראל, מרבית שכנותיה באזור המזרח התיכון וכן מרבית מדינות מרכז אסיה אינן חברות בבית הדין. עם זאת, שלוש מדינות מאזורים אלו בחרו להצטרף לבית הדין – אפגניסטן, שאשררה את אמנת רומא בפברואר 2003,¹⁸ ירדן, שאשררה את האמנה באפריל 2002 ו"פלסטין", שאשררה את אמנת רומא בינואר 2015.

המקרה של "פלסטין" הוא בעל עניין מיוחד. ההנהגה הפלסטינית זיהתה את בית הדין כגורם בעל חשיבות פוטנציאלית רבה במערכה המשפטית שהיא מנהלת נגד ישראל בזירה הבינלאומית. ב־21 בינואר 2009, בסמוך ולאחר מבצע עופרת יצוקה שהתנהל בין ישראל לבין חמאס וארגוני טרור אחרים ברצועת עזה בחודשים דצמבר 2008 – ינואר 2009, ביקשה הרשות הפלסטינית לקבל עליה את סמכות השיפוט של בית הדין לגבי אירועים ב"פלסטין" החל מ־1 ביולי 2002. בקשה זו נדחתה על ידי התובע אוקמפו ב־3 באפריל 2012. התובע קבע כי על פי סעיף 12(3) לאמנת רומא, רק מדינה שהוכרה בזירה הבינלאומית יכולה לקבל על עצמה את סמכות השיפוט של בית הדין. עם זאת התובע ציין כי אם תוכר "פלסטין" כמדינה על ידי אספת המדינות החברות בבית הדין או על ידי אורגן מוסמך של האו"ם, התוצאה עשויה להיות שונה.¹⁹ ב־29 בנובמבר 2012 אימצה העצרת הכללית של האו"ם את החלטה 67/19, אשר שדרגה את מעמדה של "מדינת פלסטין" למעמד של "מדינה משקיפה שאינה חברה".²⁰ בהמשך לכך ביקשה הרשות הפלסטינית להצטרף לאמנת רומא ב־2 בינואר 2015, וב־6 בינואר 2015 קיבלה העצרת הכללית של האו"ם את ההצטרפות כמופת כוח בית הדין.²¹ ההצטרפות נכנסה לתוקף ב־1 באפריל 2015. במקביל לתהליך ההצטרפות הצהירה "פלסטין" כי היא מעניקה סמכות לבית הדין על פשעים שבוצעו ב"שטחים הפלסטיניים הכבושים", כולל מזרח ירושלים, החל מ-13 ביוני 2014. פירוט על הליך זה, שבמסגרתו מוצאת עצמה ישראל תחת חקירה אפשרית של אנשיה, מובא בפרק 6.

מדינה יכולה לפרוש מהחברות בבית הדין באמצעות הודעה רשמית על כוונת פרישה, ובהתאם לאמנת רומא, הפרישה נכנסת לתוקף לאחר שנה.²² פרישה של מדינה אינה מונעת את ההליך בבית הדין ביחס לתקופה שהיא הייתה חברה בו. עד עתה שתי מדינות פרשו מבית הדין: בורונדי באוקטובר 2017, בתגובה לבדיקה מקדמית שנפתחה באפריל 2016 בנוגע לחשדות לביצוע פשעים על ידי גורמי ממשל ושלוחיהם

16 בייקר, לעיל ה"ש 3, עמ' 893-894; מטיאס ושרון, לעיל ה"ש 7, עמ' 48-49.

17 מטיאס ושרון, לעיל ה"ש 7, עמ' 48-49.

18 על הרקע לאשרור האמנה על ידי אפגניסטן על ידי הממשלה שהוקמה לאחר נפילת משטר הטאליבאן ראו: Abdul Mahir Hazim, Toward Cooperation between Afghanistan and the International Criminal Court, Geo. Wash. Int'l L. Rev. 49 (2016), p. 615.

19 ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Palestine (Apr. 3, 2012).

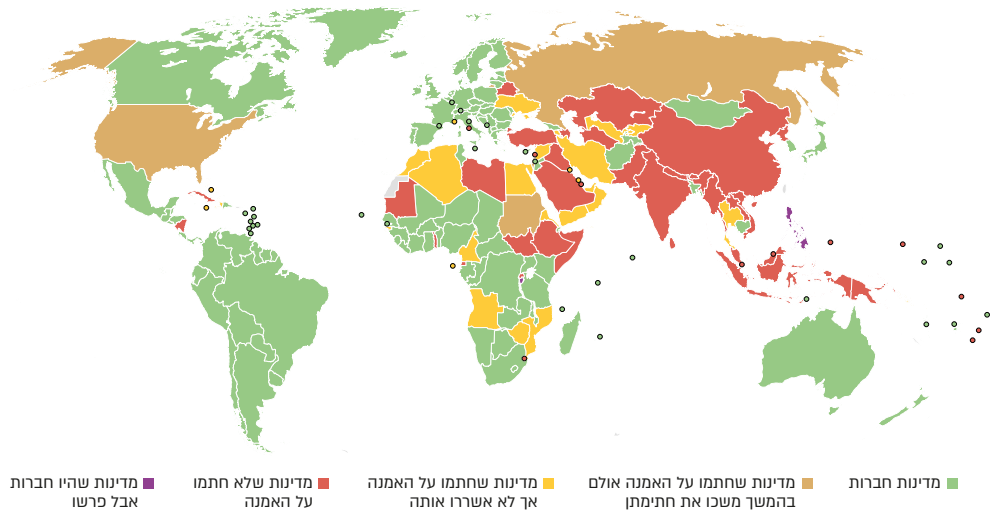
20 G.A. Res. 67/19 (Nov. 29, 2012).

21 U.N., State of Palestine: Accession (Jan. 6, 2015).

22 סעיף 127 לאמנת רומא.

נגד מתנגדי השלטון; והפיליפינים במארס 2019, בתגובה לבדיקה מקדמית שנפתחה בפברואר 2018 בנוגע לחשדות לביצוע פשעים על ידי השלטונות במהלך המאבק למלחמה בסמים. נוסף על כך, דרום אפריקה וגמביה הודיעו בשנת 2016 לבית הדין כי בכוונתן לפרוש ממנו, אך חזרו בהן לפני שהפרישה נכנסה לתוקף.²³

תרשים מס' 1: מפה של המדינות החברות (נכון ליוני 2022)



מקור: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:ICC_member_states.svg

ג. מבנה בית הדין

בית הדין כולל ארבעה גופים מרכזיים: הנשיאות, החטיבות השיפוטיות, משרד התביעה ומזכירות בית הדין. **הנשיאות** כוללת את נשיא בית הדין ושני הסגנים שלו, אשר נבחרים ברוב מוחלט מתוך שופטי בית הדין. הנשיאות הנוכחית נבחרה במארס 2021 ותכהן שלוש שנים.²⁴ תפקידה העיקריים כוללים מינוי שופטים לתיקים בערכאות, פיקוח על מזכירות בית הדין, קיום שיתוף פעולה בין בית הדין למדינות החברות והבטחת הניהול התקין של בית הדין, מלבד משרד התביעה המהווה גוף עצמאי.²⁵

החטיבות השיפוטיות כוללות את 18 שופטי בית הדין המכהנים. השופטים מגיעים ממדינות שונות החברות באמנה ונבחרים לכהונה אחת בת שש שנים על ידי אספת המדינות החברות באמנה. מדי שלוש שנים מתחלפים שישה מהשופטים.

²³ עוד על הרקע למהלך זה ראו בפרק 5.

²⁴ ICC, Press Release, New ICC Presidency elected for 2021-2024 (Mar. 11, 2021). כיום מכהן השופט פיוטר הופמנסקי מפולין כנשיא בית הדין, השופטת לוז איבנז קרנזה מפרו כסגנית הראשונה והשופט אנטואן קסיה-מבה מינדואה מקונגו כסגן השני.

²⁵ להסבר על גופי בית הדין ראו: ICC, In the Courtroom (Last visited July 4, 2022).

החטיבות השיפוטיות מורכבות משלוש ערכאות:

- ערכאת קדם המשפט (Pre-Trial Chamber) אשר דנה לרוב בהרכב של שלושה שופטים, ובסמכותה בין היתר לאשר לתביעה לפתוח בחקירה לאחר שהגיעה למסקנה כי יש מספיק ראיות לשם כך, להוציא צווי מעצר וצווי זימון לבקשת התביעה, לקבוע אם יש מספיק ראיות כדי להתקדם לשלב המשפט ולקיים ביקורת על החלטות התביעה;
- ערכאת המשפט (Trial Chamber) אשר דנה לרוב בהרכב של שלושה שופטים, ובסמכותה לנהל את המשפט העיקרי ובמסגרתו לקבוע אם יש ראיות מספקות להרשעה מעבר לספק סביר, לגזור את הדין ולפסוק פיצויים לנפגעים;
- ערכאת הערעור (Appeals Chamber) אשר דנה בהרכב של חמישה שופטים, ובסמכותה לפסוק בערעורים שמוגשים על החלטות ופסקי דין של הערכאות האחרות.

משרד התביעה (Office of the Prosecutor – OTP) מהווה גוף נפרד אשר פועל באופן עצמאי. המשרד אחראי על ביצוע בדיקות מקדמיות, חקירות והעמדות לדין. התובע או התובעת נבחרים על ידי אספת המדינות החברות לתקופה של תשע שנים.

התובע הראשון של בית הדין היה לואיס מורנו אוקמפו מארגנטינה, שהיה בעברו תובע במשפטם של אנשי החונטה הצבאית בארגנטינה. בשנת 2012 החליפה אותו פאטו בנסודה אזרחית גמביה, שכינה בתור המשנה שלו והייתה לפני כן יועצת משפטית ופרקליטה בבית הדין הפלילי הבינלאומי לרואנדה. לאחר תום הקדנציה שלה, ב־16 ביוני 2021, נכנס לתפקידו התובע הנוכחי כרים חאן, משפטן אזרח בריטניה שמתמחה בזכויות אדם ובעל ניסיון רב ומגוון בתחום הפלילי הבינלאומי, כולל בתור ראש צוות של האו"ם לחקירת הפשעים שביצע ארגון דאע"ש (UNITAD); חבר בצוות התביעה בבית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר ובבית הדין הפלילי הבינלאומי לרואנדה; ופרקליט מטעם ההגנה במספר תיקים בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי של חשודים מקונגו, סודאן, קניה ולוב.²⁶

מזכירות בית הדין (Registry), ובראשה הרשם, אחראית על הניהול האדמיניסטרטיבי השוטף של בית הדין. במסגרת המנגנונים שנקבעו באמנת רומא הוקם גם **המשרד של הסניגוריה הציבורית** (The Office of Public Counsel for the Defence), שתפקידו להגן על זכויות הנאשמים בשלבים הראשונים של החקירה ולהעניק תמיכה וסיוע לסניגורים של הנאשמים, כולל באמצעות מחקרים וייעוץ. מדובר במשרד עצמאי שכפוף למזכירות בית הדין רק מבחינה מנהלית.²⁷

נוסף על כך, אמנת רומא הקימה שני גופים המתמקדים בקורבנות של הפשעים:

הראשון הוא **המשרד לייצוג קורבנות בבית הדין** (The Office of Public Counsel for Victims), שמטרתו להבטיח השתתפות אפקטיבית של הקורבנות במסגרת ההליכים ושמירה על זכויותיהם. זאת

ICC, Curriculum Vitae – Karim Khan (Last Visited July 4, 2022) 26
ICC, The Defence, ICC-PIDS-FS-08-001/13_Eng (Last Visited July 4, 2022) 27

באמצעות סיוע משפטי ותמיכה לקורבנות ולעורכי דינם בעת ההליכים, ובמקרים מסוימים אף באמצעות ייצוג הקורבנות באופן ישיר.²⁸ המשרד נמצא תחת מזכירות בית הדין מבחינה מנהלית ונהנה מעצמאות.²⁹ הגוף השני הוא **קרן הנאמנות לקורבנות** (Trust Fund for Victims), שהיא מוסד נפרד מבית הדין ובסמכותה לבצע החלטות של בית הדין שבמסגרתן מוטל על המורשעים לפצות את הקורבנות.³⁰ הנהלת הקרן מוסמכת גם להורות על מתן פיצויים מעבר לפסיקת בית הדין.³¹ תפקיד נוסף של הקרן הוא לסייע לקורבנות, לבני משפחותיהם ולקהילות במתן סיוע רפואי, תמיכה נפשית וסיוע כספי, וזאת אף ללא תלות בסטטוס של ההליך המשפטי בבית הדין.³² כך הוקמו תוכניות שיקום ברפובליקה המרכז-אפריקאית ובחוף השנהב אף לפני שהורשע איש מהמדינות הללו בבית הדין, וקודמה הקמת תוכנית שיקום בגיאורגיה אף לפני שנפתח במסגרתה הליך נגד חשוד קונקרטי.³³ פעילות הקרן מתבססת על תרומות של מדינות וגופים נוספים. לצד המנגנונים של בית הדין פועלת **אספת המדינות החברות** (Assembly of States Parties), שבה מיוצגות כלל המדינות שהן חברות בבית הדין.³⁴ האספה מתכנסת לפחות פעם אחת בשנה ובסמכותה קיום בקרה ופיקוח על בית הדין, מינוי שופטים ותובע[ת] בית הדין וקביעת התקציב. אספת המדינות החברות יכולה גם להסכים על הכנסת תיקונים באמנת רומא. לשם כך נחוץ רוב של שני שלישים מהמדינות החברות.

ד. תקציב בית הדין

המימון של בית הדין מגיע בעיקר מן המדינות החברות. קביעת המימון היחסי של כל מדינה נעשית בשיטה דומה לזו שמושמת בתקצוב האו"ם, של התאמת הסכום שכל מדינה חבה בו לגודל היחסי של הכלכלה שלה. בשנת 2020 התרומות הגדולות ביותר הגיעו מיפן, גרמניה, צרפת ובריטניה. התקציב שאושר לשנת 2021 עמד על כ-148 מיליון אירו.³⁵ התקציב שאושר לשנת 2022 עומד על כ-155 מיליון אירו.³⁶ העצרת הכללית של האו"ם יכולה לאשר תקציב נוסף למקרים המופנים על ידי מועצת הביטחון. ממשלות וארגונים בין-מדינתיים רשאים גם להציע לתרום לתקציב באופן וולונטרי. התקציב השנתי נקבע על ידי אספת המדינות החברות. הצעת תקציב לשנה העוקבת מועברת על ידי בית הדין לאספת המדינות החברות, וועדת מומחים שפועלת באופן עצמאי תחת אספת המדינות החברות

28 מדובר בגוף ייחודי שלא הוקם בטריבונלים בינלאומיים אחרים. ראו שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 379.
 29 ICC – The Office of Public Counsel For Victims, Representing Victims before the International Criminal Court – A Manual for legal representatives (5th ed. 2019) – המדריך האחרון שהוציא המשרד.
 30 נכון לחודש יולי 2022, הקרן עוסקת בפיצויים בשלושה תיקים: קטנגה, לובנגה ואל-מהדי, ובוחנת פיצויים בתיק של נטגנדה. ראו: Trust Fund for Victims, Reparation implementation (last visited July 30, 2022)
 31 הפיצויים יכולים להינתן לאדם פרטי וכן באופן קולקטיבי, ויכולים לכלול פיצויים שאינם כספיים.
 32 לדוגמה, תוכניות שיקום לילדי חיילים לשעבר ולנפגעי תקיפה מינית.
 33 Trust Fund for Victims, Assistance Programmes (last visited July 4, 2022); שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 390.
 34 מעניין לציין כי בחודש דצמבר 2020 נבחרה "פלסטין", בפעם השנייה, לכהן בלשכת אספת המדינות החברות – ICC, Press Release, Assembly of States Parties concludes the first resumption of its nineteenth session (Dec. 24, 2020)
 35 ASP, ICC-ASP/19/Res.1 (Dec. 16, 2020)
 36 ASP, ICC-ASP/20/Res.1 (Dec. 9, 2021)

(Committee on Budget and Finance) מעבירה לאספה דוח ובו המלצות בנוגע להצעת התקציב. על בסיס ההמלצות האספה קובעת את התקציב לשנה הבאה.³⁷ מעניין לציין כי במארס 2022, לאחר הודעת התובע חאן על פתיחת החקירה בנוגע לפשעים שבוצעו באוקראינה, שבמסגרתה נחקרות גם פעולות הכוחות הרוסיים, קרא חאן למדינות חברות לסייע באמצעות מתן תרומות כספיות וכן בהעמדה זמנית של מומחים שיסייעו למשרדו.³⁸ בהמשך לכך הודיע חאן כי 14 מדינות חברות, מרביתן מערביות, העבירו תרומה למשרדו או הצהירו כי ברצונן לעשות זאת.³⁹ על מדיניות זו נמתחה ביקורת בטענה כי היא יכולה ליצור מצב שבו חקירות הנמצאות במרכז סדר היום העולמי ונהנות מסיוע ישיר ממדינות חברות יזכו לעדיפות גבוהה יותר, לעומת חקירות אחרות שלאור המחסור הכללי של בית הדין במשאבים יקבלו עדיפות נמוכה. נטען כי כך יש חשש ששיקולים פוליטיים יהוו משקל באופן תעדוף החקירות ופעילות בית הדין.⁴⁰

37 שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 404.
 38 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation (Mar. 2, 2022)
 39 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Contributions and support from States Parties will accelerate action across our investigations (Mar. 28, 2022)
 40 Mark Kersten, States and the ICC must avoid creating a two-tier justice system, Justice in Conflict (Apr. 7, 2022)

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, ובמרוצת 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; השמת 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.

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

41 סעיף 121(5) לאמנת רומא.

42 סעיפים 6-8 לאמנת רומא.

43 *International Criminal Court, Elements of Crimes* (2013)

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.

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 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 וברפובליקה 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

47 widespread or systematic attack directed against any civilian population. כן לדוגמה, בשנת 2020 הודיעה התובעת בנסודה כי לא תפתח בחקירה בנוגע לפשעים נגד האנושות שהתבצעו לכאורה באוסטרליה, בעת שכלאה פליטים ומבקשי מקלט במתקני מעצר באזור 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 2020 (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)

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.

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. 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 2003-2004 בחבל דארפור שבסודאן, בעת שהמיליציה סייעה לממשלת סודאן בעימות שפרץ בינה לבין כוחות של מורדים.⁵⁴ קושייב

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

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

קושייב מואשם גם בביצוע פשעים נגד האנושות. 54

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 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

הגדרה של פשע התוקפנות לא סוכם 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

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' 893-891. 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"

⁶¹ CLIC 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)

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; ושליחת 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 ההודעה למועצה ובהיעדר הכרעה נוגדת, תוכל התביעה לפתוח בחקירה לאחר קבלת אישור מערכות 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 החריג 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 שבנוסף זה הייתה התחשבות באינטרסים האמריקאיים.⁶⁵

פשע התוקפנות מחייב רק את המדינות שאשררו את התיקון לאמנת רומא הכולל הגדרת פשע זה. נכון ליולי 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 בדוקה 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

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

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

65 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 19-18.

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 July 30, 2022)

67 סעיף 15ter לאמנת רומא.

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).

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 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

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 תעודות תיקים), עמ' 8 פסקה 27.

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.

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 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 הווטו 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 לפניית 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

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.

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

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

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

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

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 פירוש 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.

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

82 ICC, Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar (Nov. 14, 2019)

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

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

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 המדינית.⁸⁷

לפי נייר המדיניות של משרד התביעה, שהופץ בתקופתה של התובעת בנסודה, משרד התביעה תומך ב"משלימות חיונית", 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.

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.

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 renewed approach to investigations in the Situation in Libya to the United Nations Security Council* (Apr. 29, 2022)

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 והשלכות חברתיות, 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

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

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

91 ראו הרחבה בפרק 6.

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.

מנימוקים של שיקולי צדק. ראוי לציין כי אין מניעה לתובע החדש לגבש מדיניות מרחיבה יותר ולהוציא נייר מדיניות מעודכן.⁹⁵

נכון לחודש יולי 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 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.

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

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.

פרק 3

ההליך בפני בית הדין

א. פתיחת הליך

קיימות שלוש אפשרויות לפתיחת הליך בבית הדין:

1. הפניה (referral) של מדינה חברה בבית הדין בבקשה לחקור מצב (situation) שבמסגרתו בוצעו לכאורה פשעים שבסמכות בית הדין.
2. הפניה של מועצת הביטחון בבקשה לחקור מצב שבו בוצעו לכאורה פשעים הנופלים בגדרי אמנת רומא.
3. החלטה של משרד התביעה לפתוח בבדיקה מקדמית ביוזמתו (Proprio Motu) על סמך מידע שהגיע אליו על ביצוע פשעים שבסמכות בית הדין.

מדינה יכולה לפנות לבית הדין בבקשה לחקור מצב, המתייחסת לאירועים שקרו בשטחה או שבוצעו על ידי אזרחיה. מעבר לכך, מדינה יכולה להפנות לבית הדין גם מצבים שאינם נוגעים במישרין למדינה, כל עוד יש לבית הדין סמכות לגביהם. כך למשל, שש מדינות פנו בשנת 2018 למשרד התביעה בבקשה לחקור את מעשי ממשלת ונצואלה, ו-43 מדינות פנו בבקשה לחקור את הפשעים המתרחשים במסגרת הפלישה של רוסיה לאוקראינה בפברואר 2022.

כפי שכבר צוין, מועצת הביטחון יכולה להפנות לבית הדין גם מקרים שאין להם זיקה למדינה חברה, קרי שבוצעו מחוץ לשטח של מדינה חברה על ידי מי שאינם אזרחי מדינה חברה. זאת ועוד, לתביעה סמכות להחליט על פתיחת בדיקה מקדמית ביוזמתה, על בסיס מידע שמגיע אליה מערוצים כלשהם, כולל גורמים פורמליים, ארגונים שונים, כלי תקשורת או אנשים פרטיים, כאשר יש חשד לביצוע פשעים שנמצאים בסמכות בית הדין.

כל ההליכים בבית הדין מתחילים בשלב של בדיקה מקדמית, שבסיומה מתקבלת החלטה של משרד התביעה אם לפתוח בחקירה.

כאשר בדיקה נעשית ביוזמת משרד התביעה, נדרש אישור של ערכאת קדם המשפט לפתוח בחקירה. אישור זה נדרש גם כאשר משרד התביעה יוזם חקירה בעקבות הסכמה אד הוק של מדינה שאינה חברה להפעלת סמכות השיפוט של בית הדין ביחס למעשים שבוצעו בשטחה או על ידי אזרחיה. לעומת זאת, אם הבדיקה נפתחה בעקבות הפניה של מדינה חברה או של מועצת הביטחון, אין צורך באישור ערכאת קדם המשפט כדי לפתוח בחקירה. מקרה מעניין בהקשר זה נוגע לחקירה בעניין הסכסוך בין רוסיה לאוקראינה. הבדיקה המקדמית נפתחה בעקבות הסכמה אד הוק של אוקראינה, שאינה חברה בבית הדין, להפעלת סמכות בית הדין, שניתנה בשנת 2014 והתייחסה למעשים החל מנובמבר 2013. התובעת בנסודה המליצה על פתיחה בחקירה, אך המלצה זו טרם הובאה לאישור ערכאת קדם המשפט בעת שהחלה הפלישה של רוסיה לאוקראינה בפברואר 2022. בעקבות הפלישה פרסם התובע חאן הצהרה כי כוונתו לבקש אישור לפתיחת

חקירה וציון כי הפניה מצד מדינות תאפשר לפתוח בחקירה ללא צורך באישור ערכאת קדם המשפט.⁹⁸ בעקבות זאת, 43 מדינות פנו לתובע בבקשה לפתוח בחקירה. כך התאפשר לתובע לפתוח בחקירה מיידית ולשלוח צוותי חקירה לשטח.⁹⁹

במהלך שלב החקירה מתקבלת ההחלטה באילו חשודים קונקרטיים למקד את החקירה, והתביעה יכולה לבקש מבית הדין להוציא צווי מעצר וזימון נגד חשודים אלה. החלטה על אישור האישומים נגד חשוד מחייבת את אישור ערכאת קדם המשפט.

המשפט עצמו מתקיים רק בנוכחות הנאשם. לכן אם הנאשם לא נמצא בידי בית הדין, ההליכים מוקפאים. על פסק הדין ועל גזר הדין יש זכות ערעור לערכאת הערעור.

בית הדין נדרש לאפשר לקורבנות להביע את עמדתם בכל שלבי ההליך, החל מהשלב של השימוע בפני ערכאת קדם המשפט בנוגע לבקשת משרד התביעה לפתוח בחקירה; בבקשה לאשר את האישומים; במהלך המשפט; ובערעור. ככלל, עמדת הקורבנות נשמעת באמצעות ייצוג משפטי ובסיועו של המשרד לייצוג קורבנות בבית הדין.¹⁰⁰

תרשים מס' 2: שלבי ההליך



ב. בדיקה מקדמית

על מנת להחליט אם יש מקום לפתוח בחקירה, נדרש תחילה לקיים בדיקה מקדמית (preliminary examination) על ידי התביעה. מטרת הבדיקה לקבוע אם מתקיימים תנאי הסף לצורך הפעלת סמכות השיפוט של בית הדין ואם יש בסיס סביר להאמין כי בוצע פשע שבסמכות השיפוט של בית הדין, אשר מצדיק פתיחה בחקירה. מעבר לשאלת הסמכות, במסגרת הבדיקה המקדמית נבחנת שאלת הקבילות של המקרים

98 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I have decided to proceed with opening an investigation." (Feb. 28, 2022)

99 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Additional Referrals from Japan and North Macedonia; Contact portal launched for provision of information (Mar. 11, 2022)

100 ICC, Victims before the Court (Last Visited July 4, 2022). סעיף 68(3) לאמנת רומא.

הפוטנציאליים, קרי אם הם עומדים בדרישות החומרה והמשלימות. כן בוחנים בשלב זה אם קיימים שיקולי צדק המצדיקים שלא לפתוח חקירה.¹⁰¹

כאשר הבדיקה המקדמית נובעת מהחלטה של התביעה לפתוח בהליך ביוזמתה, על סמך מידע שהגיע אליה, מתקיים שלב מקדים לפני שנפתחת בדיקה מקדמית רשמית. מטרתו של שלב זה לבחון את מהימנות המידע ולבצע סינון ראשוני של פניות לא רלוונטיות.¹⁰² פניות שנמצאו רלוונטיות עוברות בחינה מעמיקה יותר, אשר בסיומה מופק דוח פנימי שקובע אם נראה כי הפשעים נמצאים בסמכות בית הדין (Phase 1 "Report"). על בסיס ממצאי הדוח נקבע אם יש מקום לפתוח באופן רשמי בבדיקה מקדמית. הרף בשלב זה נמוך יותר מהרף שיש להראות על מנת שתיפתח חקירה. על פי הדוח בדבר בדיקות מקדמיות לשנת 2020, משרד התביעה קיבל 813 פניות באותה שנה, ונמצא כי 26 מתוכן הצריכו בדיקה מעמיקה יותר.¹⁰³ על פי אמנת רומא, במסגרת הבדיקה המקדמית נבחנים כלל המעשים הקשורים ל"מצב" (situation) נשוא הבדיקה, במגמה לבדוק אם בוצעו פשעים הנופלים תחת סמכות בית הדין. המשמעות היא שגם אם התלונות התמקדו בצד אחד, ייבדקו גם המעשים של צדדים אחרים. בדומה לכך, גם אם הטענות התמקדו בסוג מסוים של פשעים, הבדיקה יכולה לכלול גם פשעים אחרים שלגביהם מתברר אגב הבדיקה כי ייתכן שבוצעו במסגרת המצב הנבדק.

בשלב הבדיקה המקדמית לא מתקיימים הליכי חקירה כגון איסוף ראיות ותחקור חשודים ועדים,¹⁰⁴ והליכי הבירור מתבססים בעיקר על מקורות גלויים. המידע יכול להגיע מיחידים, קבוצות, ארגונים בין-ממשלתיים ולא-ממשלתיים (NGOs), מדינות וכל מקור אמין אחר.¹⁰⁵ משרד התביעה יכול לפנות באופן יזום בבקשה לקבל מידע, ולשם כך ניתן אף לשלוח נציגים למדינות הרלוונטיות על מנת להתייעץ עם הרשויות במדינה, עם הקהילות ועם בעלי עניין אחרים, כגון נציגי הקורבנות וארגוני חברה אזרחית.¹⁰⁶ בשלב זה סמכות משרד התביעה מוגבלת ולא ניתן להוציא צווי מעצר או זימון.

דוגמה למקרה שבו נסגרה בדיקה מקדמית בשלב זה היא החלטת התובעת בנסודה מאוקטובר 2015 לסגור את הבדיקה המקדמית, שהתקיימה בעניינה של הונדורס מאז נובמבר 2010 ביחס לפשעים נגד האנושות שבוצעו לכאורה לאחר ההפיכה השלטונית ביוני 2009. התובעת קבעה כי לאחר בדיקה מעמיקה של המידע הזמין אין יסוד סביר להאמין כי בוצעו פשעים שנמצאים תחת סמכות שיפוט של בית הדין, שכן אין די ראיות לכך שהפעולות הצביעו על מדיניות לבצע התקפה נרחבת או שיטתית המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, כפי שנדרש באמנה.¹⁰⁷ במקרים אחרים הבדיקה המקדמית נסגרה ללא פתיחה בחקירה בגלל שיקולים של אי-עמידה בעקרון המשלימות או בעקרון החומרה.

101 נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות, לעיל ה"ש 84.

102 לדוגמה, כאשר הפשעים לא נופלים תחת סמכות השיפוט של בית הדין, או נוגעים למצב שנמצא כבר בבדיקה מקדמית או בחקירה.

103 לעיל ה"ש 47, עמ' 10. מאז הקמת בית הדין ועד סוף שנת 2019 קיבל משרד התביעה 14,167 פניות, מתוכן נמצא כי 715 הצריכו

בדיקה מעמיקה — ASP, Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute

System Final Report (Sep. 30, 2020) (להלן — דוח צוות המומחים), עמ' 207 ה"ש 421.

104 מלבד גביית עדות בכתב או בעל פה בבית הדין.

105 נייר מדיניות על בדיקות מקדמיות, לעיל ה"ש 84, עמ' 17.

106 שם, עמ' 20.

107 ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Honduras Article 5 Report (Oct. 2015).

סביר להאמין כי בוצעו פשעים שנמצאים תחת סמכות שיפוט של בית הדין, נסגרו גם הבדיקות המקדמיות בקוריאה הדרומית,

אין כללים פורמליים לגבי אופן ניהול הבדיקה המקדמית. עם זאת, בתקופתה של התובעת בנסודה משרד התביעה הגדיר לעצמו מספר שלבים נפרדים לעריכת הבדיקה, כאשר בשלב ראשון נבחנים תנאי הסף לצורך הפעלת סמכות השיפוט של בית הדין, וכן השאלה אם יש בסיס סביר להאמין כי בוצע פשע שבסמכות שיפוט; בשלב השני נבדקות דרישות המשלימות והחומרה; ובשלב השלישי נבחן אם יש שיקולי צדק המונעים את התערבות בית הדין.

אין מועד מוגדר לסיום הבדיקה המקדמית, ומספר בדיקות מקדמיות התנהלו לאורך שנים רבות. הממושכת שבהן, בעניינה של קולומביה, התנהלה כ-17 שנה. התמשכותן המוגזמת של הבדיקות המקדמיות נבעה בין היתר מן הדגש של התובעת בנסודה על "משלימות חויבות", תוך קיום שיח מתמשך עם רשויות אכיפת החוק של המדינות הרלוונטיות ועיכוב הפתיחה בחקירה עד למיצוי השיח האמור, כפי שאירע במקרה של קולומביה. על התמשכות הבדיקות המקדמיות נמתחה ביקורת, כולל מצידה של ועדת מומחים שמונתה לבחון את התנהלות בית הדין ומשרד התביעה. הוועדה המליצה, בין היתר, לאחד את השלבים השונים של הבדיקה המקדמית כדי שניתן יהיה לסגור בדיקות מקדמיות שאינן מקיימות את דרישות החומרה והמשלימות כבר בשלב מוקדם יותר.¹⁰⁸

בסיום הבדיקה המקדמית מחליט משרד התביעה אם יש בסיס לפתיחה בחקירה.¹⁰⁹ אם מדובר במקרה שהופנה על ידי מדינה חברה בבית הדין או על ידי מועצת הביטחון, ניתן לעבור מייד בתום הבדיקה המקדמית לשלב החקירה. לעומת זאת, אם מדובר בבדיקה מקדמית שהחלה ביוזמת משרד התביעה, כולל במקרה שניתנה הסכמה אד הוק של מדינה שאינה חברה, נדרשת פנייה מצד התביעה לערכאת קדם המשפט לשם קבלת אישור לפתוח בחקירה. אם ההחלטה של משרד התביעה היא שאין מקום לפתוח בחקירה, אזי אם מדובר במקרה שהופנה על ידי מדינה חברה בבית הדין או על ידי מועצת הביטחון, הגורם שהפנה את המקרה יכול לערער על החלטה זו לערכאת קדם המשפט.¹¹⁰

ג. חקירה

עם קבלת החלטה על פתיחת חקירה – אלא אם מדובר במקרה שהופנה על ידי מועצת הביטחון – משרד התביעה מחויב לשלוח מכתב יידוע בדבר פתיחתה לכל המדינות החברות בבית הדין, וכן למדינות שאינן חברות, שהן בעלות סמכות שיפוט בנוגע לפשעים.¹¹¹ מטרת המכתב היא להזמין את המדינות לחקור בעצמן את החשדות, שכן בהתאם לעקרון המשלימות, אמנת רומא נותנת עדיפות לקיום הליכים מדינתיים. ככל שמדינה מודיעה בתוך 30 ימים כי היא חוקרת את המקרים, משרד התביעה מנוע מלחקור בעצמו והחקירה מוקפאת. משרד התביעה נדרש לקיים בחינה תקופתית של התקדמות החקירה המדינתית, ואם יתרשם

בגבון ובבוליביה. ראו פירוט בהמשך.

108 לעיל ה"ש 103. עוד על המלצות ועדת המומחים ראו בהמשך בפרק 5.

109 משרד התביעה נהג, לפחות בתקופת התובעת בנסודה, לפרסם בתום שלב הבדיקה דוח מפורט בדבר הנימוקים להחלטה לפתוח או לא לפתוח בחקירה.

110 כאשר הבדיקה המקדמית נפתחה על ידי משרד התביעה באופן עצמאי, ערכאת קדם המשפט אינה מוסמכת להתערב בהחלטה שלא לפתוח בחקירה, אלא אם ההחלטה התבססה על שיקולי צדק.

111 סעיף 18 לאמנת רומא.

שהיא אינה כנה יוכל לבקש אישור של ערכאת קדם המשפט לפתוח בחקירה. כך פעל התובע חאן בעניין של אפגניסטן, הפיליפינים וונצואלה, כמפורט בהמשך.

בשלב הבדיקה המקדמית נבדק באופן כללי אם בוצעו פשעים שהם בסמכות בין הדין במסגרת ה"מצב" (situation) נשוא הבדיקה, ואילו מטרת שלב החקירה היא לגבש די הוכחות להעמדה לדין של אנשים ספציפיים בגין ביצוע מעשי פשע מוגדרים. ברור כי בית הדין אינו מיועד או מסוגל להעמיד לדין את כל מבצעי הפשעים על כל הפשעים שהתבצעו. לאור זאת, בשלב החקירה נדרש משרד התביעה לבחור באילו תיקים קונקרטיים (cases) תתמקד החקירה. נייר מדיניות לגבי אופן בחירת התיקים ותעדופם פורסם על ידי התובעת בנסודה בספטמבר 2016.¹¹² התובע החדש חאן עדכן כי הוא מקיים בחינה מחודשת של מדיניות משרד התביעה בנושא זה.¹¹³

לפי נייר המדיניות, הקריטריון המרכזי לבחירת התיקים שבהם תעסוק החקירה הוא חומרת המעשים ומידת האחריות של החשוד. לשם כך נערך מסמך בחירת תיקים, שהוא מסווג, ובו מרוכזים התיקים הרלוונטיים השונים. על בסיס מסמך זה ניתן לבחור את סדר החקירה ואת המשאבים שיוקצו לתיקים השונים, הן במסגרת המצב הנבדק והן בהשוואה למצבים אחרים שנמצאים בשלב החקירה. מדובר במסמך נושם שמתעדכן לאור ההתפתחויות בחקירות. לפי הנייר, לגבי התיקים שיוחלט שלא לחקור בבית הדין, משרד התביעה יפעל לקידום הליכים מדינתיים במדינות שיש להן סמכות שיפוט רלוונטית.

בנייר המדיניות מודגש כי התביעה צריכה להחליט על התיקים שייחקרו באופן עצמאי ללא תלות בעמדת המדינה שהפנתה את המקרה לבית הדין ואף לא של מועצת הביטחון, במקרה של הפניה מצידה. נוסף על כך, הבחירה תיעשה ללא משוא פנים ומבלי להעדיף צד אחד על פני משנהו. עם זאת, אין הכוונה לייצר הקבלה מלאכותית ולא ייחקרו מקרים שאינם מתאימים רק כדי ליצור מראית עין של איזון בין הצדדים השונים. בחירת המקרים אמורה להיעשות באופן אובייקטיבי תוך הערכת כלל הראיות, הן המפלילות והן המזכות, באופן מקצועי וביקורתי.

במסגרת איתור המקרים המתאימים לחקירה מיושמים שוב המבחנים שנבחנו בשלב הבדיקה המקדמית, של קיום סמכות, משלימות וחומרה. נערכת גם בחינה נוספת אם שיקולי צדק מצדיקים הימנעות מחקירה. בשלב זה הבחינה מתייחסת למקרה ולחשודים הקונקרטיים נשוא החקירה.

לפי נייר המדיניות יש מספר קריטריונים לבחירת המקרים שראוי לחקור: ראשית, חומרת הפשעים; שנית, מידת האחריות של החשודים, מתוך רצון להגיע לאלו שאחריותם ביחס לפשעים היא הרבה ביותר. לעיתים נדרש יהיה לחקור ולהעמיד לדין את דרגי הביניים כדי לבנות את הבסיס הראייתי להגעה לרמות הבכירות ביותר. נוסף על כך, גם גורמים בדרג נמוך עשויים להיות מועמדים לדין כאשר נמצא כי ההתנהלות שלהם הייתה חמורה במיוחד. מודגש כי הקביעה מי הם האחראים במידה הרבה ביותר אינה חופפת לסטטוס הפורמלי של האדם בתוך ההיררכיה הארגונית, אלא צריכה להיבחן ביחס לכל מקרה לגופו. הבחינה צריכה להתייחס, בין היתר, לאופי ההתנהלות הבלתי חוקית, לרמת המעורבות והכוונה, לקיומם של מניעים מפלים

112 נייר מדיניות על תעודף תיקים, לעיל ה"ש 72.

113 ASP, Proposed Programme Budget for 2022 of the International Criminal Court, ICC-ASP/20/10 (Aug. 16, 2021) (להלן – הצעת תקציב בית הדין לשנת 2022), עמ' 198.

ולניצול לרעה של כוח; שלישית, ההתמקדות אמורה להיות בפשעים החמורים ביותר שבוצעו במסגרת מצב נתון, תוך ניסיון לבחור מקרים שייצגו את כלל הסוגים של הפשעים שהתרחשו, מבחינת סוג הפשע וסוג הקורבנות. לפי נייר המדיניות, דגש מיוחד אמור להינתן לפשעים שהיו באופן מסורתי בעדיפות נמוכה, כגון פשעים נגד ילדים ונשים ואלימות מינית, פגיעה באובייקטים מוגנים, כולל אתרי מורשת ואתרים דתיים, וכן פגיעה באלו שמספקים סיוע הומניטרי ובכוחות שמירת שלום.

תעודף התיקים, קרי הסדר שבו ייחקרו, אמור להיקבע באופן שיאפשר חקירות אפקטיביות ככל הניתן, תוך התחשבות באילוצים מעשיים ובמגבלות של משאבים וזמן. על פי נייר המדיניות, יש להביא בחשבון את השיקולים הבאים בעת התעודף: בחינה השוואתית של כלל התיקים בכלל החקירות, על בסיס המדדים שפורטו לעיל לבחירת תיקים הראויים לחקירה; בחינה אם כבר התנהלו חקירות או הליכים נגד חשודים לגבי עבירות אחרות; השלכות החקירה וההעמדה לדין על הקורבנות ועל הקהילות הנפגעות; השלכות החקירה על התמשכות העבירות, ועד כמה היא תתרום למניעת פשעים נוספים; ההשלכה והאפשרות לנהל הליכים נגד צדדים לעימות באופן מקביל. נוסף על כך ניתן יהיה להתחשב בנתונים הבאים: היקף ואיכות הראיות הקיימות והיכולת לאתר עוד ראיות; שיתוף הפעולה הבינלאומי עם ההליך; היכולת לנהל את החקירה באופן יעיל ובמשך זמן סביר, תוך התחשבות במצב הביטחוני ובגישה לשטח שבו נדרשת החקירה; הסיכוי להגיע לחשודים על ידי מעצרם והעברתם לבית הדין.

בשלב החקירה משרד התביעה פועל באופן אקטיבי לביצוע איסוף ובחינת ראיות, תוך הפעלת סמכויות חקירה עצמאיות, בין היתר על ידי שליחת חוקרים לאזור שנמצא תחת חקירה ותשאול קורבנות ועדים. במסגרת החקירה הוא יכול להיעזר במדינות ובארגונים בינלאומיים.

בכל מצב שנתון תחת חקירה בבית הדין יכולים להתקיים במקביל גם הליכים נגד נאשמים שכבר אושרו נגדם האישומים וגם חקירות לזיהוי פשעים וחשודים נוספים. בשל כך שלב החקירה והחיפוש אחר חשודים נוספים יכול להתנהל לאורך שנים רבות, במקביל לקיום משפטים. בהתאם, אף אחת מהחקירות שנפתחו על ידי בית הדין עד עתה לא נסגרה. על כך נמתחה ביקורת ובעקבותיה הוציאה התובעת בנסודה ביוני 2021 מסמך מדיניות על השלמת הבחינה של מצבים, שעוסק באופן סגירתן של חקירות המתנהלות בבית הדין.¹¹⁴ הנייר מבחין בין שני שלבים במסגרת חקירה – השלב החקירתי והשלב התביעתי. בשלב החקירתי מתקיימות פעולות חקירה ואיסוף ראיות בהתאם לכיווני החקירה שהוגדרו, ומוגשות בקשות להוצאת צווי מעצר וזימון. שלב זה מסתיים מבחינה פורמלית כאשר כל כיווני החקירה מוצו, וערכאת קדם המשפט החליטה בנוגע לכלל צווי המעצר והזימון שהתבקשו. לאחר סיום שלב זה, מרב המשאבים שהוקצו למצב בכללותו מנותבים לשלב התביעתי. שלב זה מתמקד בביצוע צווי המעצר ובניהול המשפטים בפני בית הדין, ומסתיים פורמלית כאשר כל ההליכים נגד כלל החשודים הספציפיים מגיעים לסיומם.

114 ICC, The Office of the Prosecutor, Policy on Situation Completion (June 15, 2021) (להלן – נייר מדיניות בדבר השלמת הבחינה של מצבים).

ד. צווי מעצר וצווי זימון

בשלב החקירה יכולה התביעה לבקש מערכאת קדם המשפט להוציא נגד חשוד ספציפי צו זימון או צו מעצר, אם יש בסיס סביר להאמין שאותו אדם ביצע פשעים הנופלים בסמכות בית הדין. צו זימון מוצא כאשר בית הדין סבור שהחשוד משתף פעולה וייתייצב בפניו. צו מעצר מוצא כאשר בית הדין סבור שהחשוד לא ישתף פעולה ולא יופיע מיוזמתו, יסכן את המשך ההליכים או ימשיך לבצע פשעים ככל שלא ייעצר.

ככלל, צווי מעצר אינם מפורסמים בפומבי אלא מועברים דרך הערוצים החשאיים של גורמי האכיפה הבינלאומית. המשמעות היא שחשוד עשוי לא לדעת כי הוצא צו מעצר בעניינו.

כל המדינות החברות בבית הדין מחויבות לשותף פעולה עם החקירה, ובכלל זה לכבד את צווי המעצר וצווי הזימון ביחס לחשודים הנמצאים בשטחן ולהעבירם לידי בית הדין. לבית הדין אין כוח אכיפה משלו, והוא מסתמך על עזרת המדינות.

לפי פרסומי בית הדין, נכון לסוף חודש יוני 2022 הוצאו צווי מעצר נגד 40 חשודים, שמתוכם מומשו 21 צוויים, וצווי זימון נגד תשעה חשודים, שכולם הופיעו בפני בית הדין באופן וולונטרי.¹¹⁵ ראוי לציין כי ייתכן שישנם צווי מעצר נוספים שטרם פורסם דבר קיומם.

חשודים שנעצרו ונמצאים בחזקת בית הדין מוחזקים בבית המעצר של בית הדין, שממוקם בתוך בית הכלא ההולנדי בסכוונינגן, בקרבת בית הדין.¹¹⁶ נכון ליולי 2022 מוחזקים שמונה אנשים בבית הכלא הזה.¹¹⁷

ה. ביצוע צווי מעצר והסגרת חשודים לבית הדין

במסגרת החובה הכללית שמוטלת על מדינות חברות לשותף פעולה עם בית הדין, למשל בנושאים של איסוף ראיות ותשאול, הן נדרשות להיענות לבקשות הסגרה של חשודים שהוצאו נגדם צווי מעצר על ידי בית הדין. לגבי מדינה שאינה חברה, בית הדין יכול לבקש שיתוף פעולה, אולם היענות לבקשה זו היא על בסיס התנדבותי. יש לציין כי בסמכות מועצת הביטחון לחייב שיתוף פעולה גם מצידן של מדינות שאינן חברות.¹¹⁸ ערכאת קדם המשפט רשאית לקבוע, לאחר שהזמינה את המדינה הרלוונטית להציג עמדתה, כי היא סירבה לשותף פעולה עם בית הדין באופן שמונע ממנו לבצע את תפקידו. בהמשך לקביעה זו בית הדין רשאי להפנות את המקרה לאספת המדינות החברות, ובמקרה שהופנה על ידי מועצת הביטחון – גם למועצה. בנהלים שאומצו בסוף שנת 2011 על ידי אספת המדינות החברות נקבעו תגובות שונות לחוסר שיתוף פעולה. תגובה רשמית בעקבות הפניה של בית הדין יכולה לכלול קיום ישיבות חירום, דיון ציבורי ומכתבים רשמיים מנשיא האספה למדינה עצמה.¹¹⁹ תגובה לא-רשמית, שאינה מותנית בהפניה מבית הדין, יכולה

¹¹⁵ ICC, The Court Today, ICC-PIDS-TCT-01-129/22_Eng (Last Visited July 30, 2022). בדף הנתונים שבאתר בית הדין טרם מוזכרים שלושת צווי המעצר שהוצאו במסגרת החקירה של המצב בגיאורגיה, וכן צו מעצר נוסף שהוצא במסגרת החקירה של המצב ברפובליקה המרכז-אפריקאית ו, אשר דבר קיומו הותר לפרסום ביולי 2022 – ראו פירוט בפרק 4.

¹¹⁶ ICC, ICC Detention Centre, ICC-PIOS-FS-08-002/18_Eng (Last Visited July 4, 2022)
¹¹⁷ ביניהם שניים שכבר הורשעו – דומיניק אונגוון, אשר ערעור על הרשעתו תלוי ועומד, ובוסקו נטגנדה, אשר טרם נקבע באיזו מדינה ירצה את עונשו.

¹¹⁸ בהחלטת מועצת הביטחון להפנות את המצב בחבל דארפור שבסודאן לבית הדין צוין כי על ממשלת סודאן וכל הצדדים הנוספים לעימות לשותף פעולה עם בית הדין.

¹¹⁹ ASP, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, ICC-ASP/10/Res.5 (Dec. 21, 2011)

להתבטא בצעדים שונים בניסיון לעודד שיתוף פעולה, כגון יצירת קשר לא־רשמי עם גורמים במדינה.¹²⁰ למרות השוני בין סוגי התגובות השונים, באופיים הם בעיקר הצהרתיים ומתמקדים בגינוי המדינה המפירה (naming and shaming).¹²¹ לעומת זאת, מועצת הביטחון יכולה להגיב לחוסר שיתוף פעולה באמצעים חריפים בהרבה, כולל הטלת סנקציות.

נכון לחודש יולי 2022, בית הדין הפנה 16 מקרים של חוסר שיתוף פעולה של מדינות.¹²² מרבית המקרים של חוסר שיתוף פעולה נוגעים למצב בחבל דארפור שבסודאן, ובפרט לא־ביצוע צו המעצר נגד נשיא סודאן באותה עת, עומר אל־בשיר. כיוון שמקרה זה הופנה על ידי מועצת הביטחון, נעשו הפניות הן לאספת המדינות החברות והן למועצת הביטחון. כך לדוגמה, ערכאת קדם המשפט מצאה כי מלאווי, צ'אד, קונגו ואוגנדה הפרו את חובתן לעצור ולהסגיר את אל־בשיר בעודו נמצא בשטחן, והפנתה את המקרים לאספת המדינות החברות ולמועצת הביטחון. לעומת זאת המקרה של דרום אפריקה לא הופנה, מאחר שהיא ביקשה מבית הדין החלטה שיפוטית בדבר היקף חובתיה ביחס לביצוע בקשת המעצר, וכן לאור העובדה שהממשלה ספגה ביקורת מבתי משפט במדינה בגין חוסר שיתוף הפעולה עם בית הדין.¹²³ בדומה לכך סירבה ערכאת קדם המשפט להפנות את ניגריה לאספת המדינות החברות ולמועצת הביטחון — לאחר שקיבלה את טענתה שאל־בשיר הופיע בפסגת האיחוד האפריקאי שנערכה במדינה ביולי 2013 ללא הזמנה ועזב לפני השלמת הברור כיצד לפעול בנושא.¹²⁴ במקרה נוסף, בנוגע לחוסר שיתוף הפעולה של ירדן עם בקשת ההסגרה של אל־בשיר במהלך השתתפותו בחודש מארס 2017 בפסגת הליגה הערבית שנערכה במדינה, ערכאת הערעור קיבלה במאי 2019 את ערעור ירדן על החלטה של ערכאת קדם המשפט להפנות את המקרה לאספת המדינות החברות ולמועצת הביטחון. נקבע כי לא היה מקום להפניה זו במקרה דנן, שכן ההפניה התבססה על קביעה שגויה כי ירדן לא ביקשה להתיעץ עם בית הדין בנוגע לטענות שיש לה נגד בקשת המעצר ושאלת החסינות.¹²⁵ המקרה של אל־בשיר עורר שאלה חשובה בנוגע ליחס בין החובה של מדינה לכבד צווי מעצר שמוציא בית הדין ולעצור ולהעביר לבית הדין את מי שנמצא בשטחה, לבין החסינות המוענקת במשפט הבינלאומי לראשי מדינה — החלה גם על נושאי תפקיד בכירים במדינה — מפני הליכים פליליים וכן מפני מעצר על ידי רשויות מדינה אחרת. כפי שכבר צוין, בסעיף 27 לאמנת רומא נקבע שאין חסינות מפני הליכים בבית הדין גם לראשי מדינה מכהנים. עם זאת, בסעיף 98(1) לאמנה נקבע שבית הדין לא יקדם בקשה לסיוע או להסגרה, שתחייב מדינה להפוך את מחויבויותיה במשפט הבינלאומי ביחס למדינה או לחסינות דיפלומטית של אדם

120 נוסף על כך, ב־28 בנובמבר 2018 אימצה אספת המדינות החברות החלטה שיצרה "ארגון כלים" שמדינות חברות יכולות לנקוט כדי לסייע ביישום התגובה הלא־רשמית, כגון שיתוף מידע עם בית הדין, — ASP, Report of the Bureau on non-cooperation, ICC-ASP/17/31 (Nov. 28, 2018).

121 שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 267.

122 לרשימת כלל המקרים ראו: ASP, Non-cooperation (Last Visited July 4, 2022).

123 The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir (July 6, 2017).

124 The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court (Sep. 5, 2013). בית הדין הורה לניגריה לעצור את אל־בשיר אם מצב דומה יחזור בעתיד.

125 ICC, Press Release, Al-Bashir Case: ICC Appeals Chamber confirms Jordan's non-cooperation but reverses the decision referring it to the ASP and UNSC (May 6, 2019).

או רכוש של מדינה שלישית, אלא אם בית הדין השיג את הסכמת המדינה לווייתור על החסינות. העמדה המקובלת היא שלנושא משרה השייך למדינה שהיא חברה בבית הדין אין חסינות מפני מעצר והסגרה על ידי מדינה חברה אחרת שהוא נמצא בשטחה. זאת מכיוון שהמדינה החברה הסכימה, בעצם ההצטרפות לאמנת רומא, לווייתור על חסינות זו. השאלה מתמקדת במצב שבו נושא משרה בכיר ממדינה שאינה חברה נמצא בשטח של מדינה חברה ומתבקשת הסגרתו לבית הדין. האם במצב זה מדינה זו צריכה להסגירו לבית הדין או לכבד את חסינותו, ככל שמדינתו לא תוותר עליה במפורש?

בסוגיה זו ניתנו החלטות של מספר ערכאות קדם משפט בהליכים שנגעו למקרה אל-בשיר, שהיה נשיא סודאן המכהן. בכל ההחלטות נקבע כי היה מקום להסגיר את אל-בשיר לבית הדין וכי הוא אינו נהנה מחסינות, אולם ההנמקות שניתנו היו שונות ומגוונות. השאלה הגיעה לדין בערכאת הערעור של בית הדין במסגרת הערעור של ירדן שהוזכר לעיל. באותו מקרה, ערכאת קדם המשפט קבעה כי נוכח העובדה שמועצת הביטחון הפנתה את המקרה לבית הדין והורתה לסודאן לשתף פעולה באופן מלא, משטר שיתוף הפעולה שחל על מדינות חברות חל גם עליה. לפיכך ובדומה לבקשת מעצר והסגרה של ראש מדינה שהיא חברה בבית הדין, סודאן אינה יכולה לטעון לחסינות בהתאם לסעיף 98, והצורך של בית הדין לקבל את הסכמתה להסרת החסינות אינו קיים.¹²⁶ ערכאת הערעור אשררה את הקביעות של ערכאת קדם המשפט והוסיפה כי היעדר חסינות ראש מדינה בפני בית הדין משקף את הדין הבינלאומי המנהגי, ולפיכך אין מושג של חסינות ראש מדינה אל מול בית דין בינלאומי.¹²⁷

על החלטת ערכאת הערעור נמתחה ביקורת רבה, הן בנוגע לקביעתה כי היעדר חסינות ראש מדינה בפני בית הדין משקף את הדין המנהגי, והן בנוגע לאי-הבהירות שלה.¹²⁸ אחד ההיבטים שנותרו לגבי סימני שאלה הוא אם יש לפרש את ההחלטה כמתייחסת רק למצב שבו יש הפניה של מקרה לבית הדין על ידי מועצת הביטחון, כפי שהיה במקרה של סודאן, או גם למקרים שבהם מדינה חברה מתבקשת להוציא לפועל צווי מעצר נגד נושאי משרה בכירים של מדינה שאינה חברה הנמצאים בשטחה, בהיעדר הפניה כזו. מקרה כזה יכול להתעורר כאשר יש צו מעצר נגד נושא משרה בכיר של מדינה שאינה חברה, בגין פשעים שבוצעו בשטח של מדינה חברה או של מדינה שנתנה את הסכמתה לשיפוט של בית הדין, למשל צו מעצר נגד ולדימיר פוטין נשיא רוסיה בגין פשעים שבוצעו בגיאורגיה או באוקראינה. חלק מהמלומדים סבורים כי מכך שערכאת הערעור קבעה שאין מושג של חסינות ראש מדינה אל מול בית דין בינלאומי, ניתן להסיק שמדינה חברה תידרש בכל מקרה ליישם צו מעצר של בית הדין ביחס לנושאי משרה בכירים של מדינה שאינה חברה.

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender or Omar Al-Bashir (Dec. 11, 2017)

ICC, Press Release, Al-Bashir Case: ICC Appeals Chamber confirms Jordan's non-cooperation but reverses the decision referring it to the ASP and UNSC (May 6, 2019). כאמור, הערעור של ירדן התקבל ונקבע כי לא היה מקום, בנסיבות העניין, להפנות את המקרה לאספת המדינות החברות ולמועצת הביטחון.

Dapo Akande, ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals, EJIL:Talk! (May 6, 2019); Dov Jacobs, You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case, Spreading the Jam (May 6, 2019); Ben Batros, A Confusing ICC Appeals Judgment on Head-of-State Immunity, Just Security (May 7, 2019)

מנגד, מלומדים אחרים גורסים כי מנוסח ההחלטה עולה שביטול החסינות ביחס לראשי מדינה שאינה חברה מותנה בקיום הפניה של מועצת הביטחון, כך שבהיעדר הפניה כזו סעיף 98 חל, ועל בית הדין לקבל את הסכמת המדינה לוותר על החסינות בטרם יפנה בבקשה למעצר ולהסגרה.¹²⁹

ו. שלב קדם המשפט

עם הגעתו של החשוד לחזקת בית הדין נערך שימוע ראשון בנוכחותו בפני ערכאת קדם המשפט, שבו מזהים אותו, מוודאים כי הוא מבין את האישומים נגדו ואת זכויותיו, מחליטים באיזו שפה יתקיימו ההליכים וכן קובעים מועד לקיום שימוע נוסף, שבו דנים באישומים עצמם. לחשוד עומדת הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין וכן לשמור על זכות השתיקה, בלי שהדבר ייזקק לחובתו. כמו כן עומדת לו הזכות להגיש בקשה לשחרור זמני, שיכול להיות מותנה בתנאים כגון הגבלות תנועה או איסור ליצור קשר עם קורבנות ועדים.

בהמשך נערך שימוע נוסף לשם אישור האישומים, שבו נציגי התביעה, עורכי דינו של החשוד ועורכי הדין המייצגים את הקורבנות טוענים בפני בית הדין.¹³⁰ על התביעה להוכיח ביחס לכל אחד מהאישומים כי יש ראיות מספקות שתומכות באישום.

בית הדין יכול לקבוע כי יש מספיק ראיות ולאשר את בקשת התביעה להפנות את התיק לשלב המשפט; לבקש מהתביעה להציג בפני ראיות נוספות, לקיים חקירה נוספת או לשנות את האישומים אם הראיות מצביעות על פשעים אחרים; או לקבוע שאין ראיות מספקות ולדחות את הבקשה.¹³¹ דחיית הבקשה אינה מונעת ממשרד התביעה לפנות לבית הדין בעתיד, ככל שיתקבל מידע חדש. על החלטת בית הדין ניתן להגיש ערעור. נכון לשנת 2020, רק כ־38 אחוזים מהאישומים שהובאו על ידי משרד התביעה לערכאת קדם המשפט אושרו והופנו לשלב המשפט.¹³²

בית הדין אינו דן ללא נוכחות החשוד, ולכן ככל שאינו מופיע בפני בית הדין, ההליך נגדו מוקפא עד הופעתו. ישנם 15 הליכים שבהם ההליך מוקפא עד תפיסתם של החשודים.

ז. המשפט והכרעת הדין

המשפט מתנהל בפני ערכאת המשפט, בהרכב של שלושה שופטים. בתחילת המשפט הנאשם מצהיר אם הוא מודה באשמה או לא. במהלך המשפט נציגי התביעה ונציגי הסניגוריה מביאים ראיות ועדים מטעמם, וכן חוקרים את עדי הצד השני. גם לקורבנות עומדת זכות להביע את עמדתם בפני בית הדין. ככלל, המשפט נערך בדלתיים פתוחות, אם כי בית הדין יכול להורות כי הליכים מסוימים ייערכו בדלתיים סגורות, בין היתר במטרה להגן על קורבנות ועדים.

129 Sarah M.H. Nouwen, Return to sender: Let the international court of justice justify or qualify international- criminal-court exceptionalism regarding personal immunities, 78 The Cambridge Law Journal 596–611 (Oct. 2019); Alexandre Skander Galand, A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir, EJIL:Talk! (June 6, 2019)

130 ככלל, השימוע נערך בנוכחות החשוד.

131 בית הדין דחה בקשות לאישור אישומים מספר פעמים.

132 דוח צוות המומחים, לעיל ה"ש 103, עמ' 253, ה"ש 563.

בדרך כלל הנאשם מוחזק במעצר עד תום ההליכים, והמשפט נערך בנוכחותו. ואולם בית הדין יכול להורות על שחרור בערבות של נאשם ולהנחות כי הוא יתייצב בשלבים מסוימים בהליך, כגון במעמד הכרעת הדין, נאומי הפתיחה והסיום, וכאשר עורכי הדין שמייצגים את הקורבנות מופיעים. כך למשל, בשנת 2014 הורה בית הדין על שחרורו בערבות של סגן נשיא קניה ויליאם רוטו, על מנת לאפשר לו למלא את תפקידו הבכיר.¹³³ בשלב המשפט, על התביעה להוכיח בפני בית הדין את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר. לאחר שהצדדים מציגים את טיעוניהם, בית הדין קובע אם הנאשם אשם או זכאי. בית הדין יכול להרשיע את הנאשם בפשע חמור פחות משהוא הואשם בו, ככל שהוא כלול בתוכו. לדוגמה, כאשר נאשם הועמד לדין בגין רצח והתביעה הצליחה להוכיח כי התבצעה תקיפה אולם לא כי הקורבן נפטר, בית הדין יכול להרשיע בגין תקיפה. זאת ועוד, ככל שמתברר במהלך המשפט כי הראיות מצביעות על קטגוריה אחרת של פשע, לדוגמה פשעי מלחמה במקום פשעים נגד האנושות, בית הדין רשאי להרשיע את הנאשם בגין הפשע שנתמך בראיות.¹³⁴ לאחר הרשעת הנאשם, גזר הדין נקבע בשלב נפרד. בית הדין יכול לגזור עד 30 שנות מאסר, ובנסיבות קיצוניות, כאשר החומרה הקיצונית של הפשע והנסיבות האישיות של האדם המורשע מצדיקים זאת – מאסר עולם.¹³⁵ כמו כן השופטים יכולים לפסוק פיצויים לקורבנות, וכן קנס וחילוט רכוש ונכסים שמקורם בפשע שבוצע.¹³⁶ גזר הדין צריך להיות מידתי לפשע וכן יש להביא בחשבון שיקולים שונים, כגון הנזק לקורבנות ולבני משפחותיהם, מידת הכוונה וההשתתפות של המורשע, מאמצים שנעשו לאחר הפשע במטרה לפצות את הקורבנות, הרשעות קודמות בגין פשעים דומים ומידת האכזריות בביצוע הפשעים.

לבית הדין אין מתקן מאסר שעומד לרשותו, ולכן לאחר שאדם מורשע הוא מרצה את מאסרו בבתי סוהר של מדינות שנתנו את הרשאתן לכך לבית הדין.¹³⁷ לאחר שאסיר ריצה לפחות שני שלישים מתקופת מאסרו, בית הדין יכול להורות על שחרורו המוקדם. על השופטים לשקול בין היתר את הנכונות המוקדמת והמתמשכת של האסיר לשתף פעולה עם בית הדין בחקירותיו; סיוע באיתור נכסים שניתן להשתמש בהם לטובת הקורבנות; אם התנהגותו במאסר מראה על ניתוק אמיתי מהפשע שביצע; את ההשפעה של שחרור מוקדם על קורבנות ועל היציבות בקהילה; ואת מצבו הבריאותי.

ח. ערעור

החלטת ערכאת המשפט להרשיע או לזכות את הנאשם ניתנת לערעור בפני ערכאת הערעור. הקורבנות והנאשם יכולים לערער גם על ההחלטה בדבר פיצויים. החלטת ערכאת הערעור היא סופית ולא ניתן לערער עליה.

The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Reasons for the Decision on 133 Exculsal from Presence at Trial under Rule 13quater (Feb. 18, 2014)

134 תקנה 55 לתקנות בית הדין – ICC, Regulations of the Court, ICC-BD/01-05-16 (Last Visited July 4, 2022); ראו גם שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 327.

135 סעיף 77 לאמנת רומא.

136 הפיצויים לקורבנות יכולים להיות גם סמליים, כגון פרסום התנצלות.

137 ICC, ICC Detention Centre, ICC-PIOS-FS-08-002/18_Eng (Last Visited July 4, 2022)

מאז הקמת בית הדין התקבל רק ערעור מהותי אחד – ערעורו של ז'אן-פייר במבה גומבו, נשיא ומפקד עליון של התנועה לשחרור קונגו, על הרשעתו בגין ביצוע פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה.¹³⁸ ערעור אחד עודנו תלוי ועומד – של דומיניק אונגוון מאוגנדה.¹³⁹

ט. סמכויות מועצת הביטחון בשלב החקירה והמשפט

מעבר לסמכות להפנות מקרה לחקירה בבית הדין, אמנת רומא מקנה למועצת הביטחון גם סמכות למנוע פתיחת חקירה או משפט או להקפיא חקירה או משפט קיימים למשך שנה.¹⁴⁰ מועצת הביטחון יכולה להאריך את הקפאת ההליכים לתקופות נוספות של שנה אחת כל פעם.

מועצת הביטחון הפעילה את סמכותה לראשונה ב־12 ביולי 2002, ימים מספר לאחר כניסת אמנת רומא לתוקף, ואימצה החלטה שבמסגרתה קבעה כי אזרחים המגיעים ממדינות שאינן חברות בבית הדין ונוטלים חלק במשימות מטעם האו"ם, או שאושרו על ידי האו"ם, יהיו חסינים מפני הליך בבית הדין בנוגע למעשים או מחדלים שאירעו במהלך עבודתם למשך שנה, שניתנת להארכה נוספת.¹⁴¹ בשנת 2003 המועצה האריכה החלטה זו בשנה נוספת.¹⁴² ההחלטות שהעניקו את החסינות האמורה התקבלו בלחץ של ארצות הברית ובניגוד לעמדתן של צרפת וגרמניה, שנמנעו בהצבעה. על ההחלטה להעניק חסינות מראש לקטגוריה רחבה של אנשים נמתחה ביקורת, ונטען כי מטרת הסעיף היא לאפשר הקפאת הליך פרטני במצב קיים ולא לתת פטור גורף לקבוצה שלמה. בשנת 2004, בהמשך לפרסומים בנוגע להתעללות של כוחות אמריקאיים בעזורים עיראקים באבו גרייב, הייתה התנגדות במועצת הביטחון להאריך את החסינות בשנה נוספת, וארצות הברית נאלצה לוותר על דרישה זו.¹⁴³

באוגוסט 2003 קבעה המועצה, במסגרת החלטה שהקימה כוח רב־לאומי וכוח מטעם האו"ם בליבריה, כי אזרחים המגיעים ממדינות שאינן חברות בבית הדין ונוטלים חלק בכוחות אלה יהיו תחת סמכות השיפוט הבלעדית של המדינות עצמן, בגין מעשים שאירעו במהלך מילוי משימתם.¹⁴⁴ יצוין כי אין חקירה העוסקת במצב בליבריה, כך שמדובר בקביעה שנועדה להסדיר מראש את הנושא במקרה של חקירה עתידית. זאת ועוד, במסגרת שתי ההחלטות של מועצת הביטחון שבהן הופנו מקרים של מדינות שאינן חברות לבית הדין – ההחלטה בעניין המצב בחבל דארפור שבסודאן וההחלטה בעניין המצב בלוב – הודגש כי סמכות השיפוט בגין מעשים שבוצעו בהקשר של פעולות האו"ם במדינות, ביחס לאזרחי מדינות שאינן חברות בבית הדין, תהיה נתונה באופן בלעדי למדינות עצמן.

ICC, Press Release, ICC Appeals Chamber acquits Mr. Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity ICC, (June 8, 2018)

The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Defence Notification of its Intent to Appeal the Trial Judgment (May 21, 2021)

140 סעיף 16 לאמנת רומא.

S.C. Res. 1422 (July 12, 2002) 141

S.C. Res. 1487 (June 12, 2003) 142

BBC, what does the International Criminal Court do? (June 25, 2015), עמ' 177-179; 143 שייבס, לעיל ה"ש 8, עמ' 179-177; 144

S.C. Res. 1497 (Aug. 1, 2003) 144 בסעיף 7 להחלטה. מעניין לציון כי אין בהחלטה אזכור ספציפי של סעיף 16 לאמנת רומא.

מועצת הביטחון סירבה פעמיים להקפיא הליכים נגד חשודים ספציפיים. בשנת 2008 סירבה להיענות לבקשת האיחוד האפריקאי להקפיא את הליך הוצאת צו המעצר נגד נשיא סודאן דאז, עומר אל-בשיר.¹⁴⁵ בשנת 2013 סירבה לאמץ טיוטת החלטה שיזמה רואנדה¹⁴⁶ ונתמכה על ידי האיחוד האפריקאי,¹⁴⁷ להקפיא את ההליכים נגד נשיא קניה וסגנו דאז, אוהורו קניאטה וויליאם רוטו (מעניין לציין שההליכים נגד השניים בוטלו לבסוף).¹⁴⁸

African Union, PSC/MIN/Comm(CXLII) (July 21, 2008): S.C. Res. 1828 (July 31, 2008) 145
 S.C. Dra. 660 (Nov. 15, 2013) 146
 African Union, Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct. 12, 2013) 147
 S.C. PV. 7060 (Nov. 15, 2013) 148

פרק 4

נתונים על פעילות בית הדין

א. נתונים כלליים

מיום תחילת פעילותו של בית הדין ועד חודש יולי 2022 נפתחו 30 בדיקות מקדמיות ביחס ל-25 מדינות.¹⁴⁹ שתי בדיקות מקדמיות נפתחו בעקבות הפניה של מועצת הביטחון, 13 בעקבות הפניה של מדינה ו-15 בדיקות מקדמיות נפתחו ביוזמת משרד התביעה. מתוכן 10 בדיקות מקדמיות נסגרו ללא פתיחת חקירה: קולומביה, ונצואלה – אירועי 2002, עיראק/בריטניה (סבב ראשון), "פלסטין" 2009, הונדורס, קוריאה הדרומית, קומורו, עיראק/בריטניה (סבב שני), גבון ובוליביה. בדיקה מקדמית אחת, בנוגע לניגריה, הסתיימה בהמלצה לפתוח בחקירה, שטרם אושרה על ידי ערכאת קדם המשפט. שתי בדיקות מקדמיות עדיין מתנהלות: גינאה וונצואלה II. 17 בדיקות מקדמיות הובילו לפתיחת חקירה (לפי סדר פתיחת החקירה): קונגו, אוגנדה, דארפור (סודאן), הרפובליקה המרכז-אפריקאית I, קניה, לוב, חוף השנהב, מאלי, הרפובליקה המרכז-אפריקאית II, גיאורגיה, בורונדי, בנגלדש/מיאנמר, אפגניסטן, "פלסטין", הפיליפינים, ונצואלה I ואוקראינה. נכון ליולי 2022 ידוע על קיומם של תיקים נגד חשודים ספציפיים בעשרה מצבים, המתייחסים לתשע מדינות (לגבי הרפובליקה המרכז-אפריקאית יש שתי חקירות נפרדות): קונגו, אוגנדה, דארפור (סודאן), הרפובליקה המרכז-אפריקאית I ו-II, קניה, לוב, חוף השנהב, מאלי וגיאורגיה. לצורך העניין, הכוונה ב"תיק" היא לכל מקרה שבו קיים (או היה קיים) הליך המופנה נגד חשוד ספציפי, משלב הבקשה להוצאת צו המעצר או צו הזימון דרך שלבי הדיון בבית הדין, הכוללים את שלב אישור האישומים, המשפט עצמו, ובחלק מהמקרים הערעור. כיוון שצווי המעצר הם בדרך כלל חשאיים ומתפרסמים רק לאחר מעצר החשוד, יש להניח שיש גם הליכים נגד חשודים נוספים, אשר אינם נחלת הציבור. ככל שהחשוד לא נעצר לא מתחיל להתנהל המשפט בעניינו, שכן המשפטים מתנהלים, כאמור, רק בנוכחות הנאשם. לפי הנתונים שפורסמו, נכון ליולי 2022 נפתחו בבית הדין תיקים נגד 51 חשודים במסגרת 32 הליכים. 10 נאשמים הורשעו, מתוכם רק חמישה נאשמים הורשעו בעבירות של פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה: שלושה מהם מקונגו – תומאס לובנגה, ג'רמיין קטנגה ובוסקו נטגנדה – גורמים בכירים במיליציות צבאיות שפעלו במדינה, אשר הורשעו בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות הכוללים רצח, תקיפה מכוונת של אזרחים, אונס, עבדות מינית וגיוס ילדים לחימה, ונידונו לעונשי מאסר של 12-30 שנה; אחד ממאלי – אחד אל-מהדי – פעיל בארגון טרור, שהורשע בעקבות הודאתו בביצוע פשעי מלחמה הכוללים תקיפה מכוונת נגד מבנים דתיים והיסטוריים ונידון לעונש מאסר של תשע שנים; אחד מאוגנדה – דומיניק אונגוון – מפקד בכיר ב'צבא ההתנגדות של האל' (Lord's Resistance Army – LRA) באוגנדה, שהורשע בביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות ונידון לעונש מאסר של 25 שנה (לגבי טרם הוכרע הערעור שהגיש).

149 ביחס לרפובליקה המרכז-אפריקאית, "פלסטין" ועיראק/בריטניה נפתחו שתי בדיקות מקדמיות, וביחס לוונצואלה נפתחו שלוש בדיקות מקדמיות.

חמישה נאשמים נוספים, כולם מהרפובליקה המרכז-אפריקאית, הורשעו בעבירות של שיבוש הליכי משפט. שבעה חשודים נמצאים בשלב המשפט ואישור האישומים.

לגבי 14 חשודים ההליכים הסתיימו בביטול האישומים או בזיכוי. חמישה חשודים נפטרו תוך כדי ההליכים. 15 חשודים טרם נעצרו (אם כי ייתכן שיש עוד חשודים שהוצא נגדם צו מעצר חשאי) ולכן לא מתקיימים ההליכים בעניינם.

המשמעות היא שבעשרים שנות פעילות, הישגי בית הדין בהשגת הרשעות על הפשעים החמורים הקבועים באמנת רומא דלים מאוד.

להלן ימופו כלל המקרים שעניינם נדון בבית הדין מאז הקמתו, במסגרת בדיקות מקדמיות וחקירות. ריכוז של כל המקרים שנבחנו בבית הדין מופיע בנספח א, ופירוט של כל ההליכים הידועים נגד חשודים ספציפיים מופיע בנספח ב.

ב. בדיקות מקדמיות

עשר בדיקות מקדמיות נסגרו ללא המלצה לפתיחה בחקירה (לפי סדר פתיחת הבדיקה המקדמית):

1. **קולומביה** – קולומביה הצטרפה לבית הדין בחודש נובמבר 2002. יש לציין כי במהלך ההצטרפות לבית הדין הודיעה קולומביה, בהתאם לסעיף 124 לאמנה, כי לפרק זמן של שבע שנים אין היא מכירה בסמכות השיפוט של בית הדין ביחס לפשעי מלחמה שבוצעו בשטחה או על ידי אזרחיה. לפיכך, לבית הדין סמכות שיפוט ביחס לפשעים אלו החל מחודש נובמבר 2009. ביוני 2004 פתח התובע אוקמפו בבדיקה מקדמית ביוזמתו, לאחר קבלת פניות מאישים ומארגונים בנוגע לחשדות לביצוע פשעים נגד האנושות במהלך מלחמת האזרחים שמתנהלת במדינה זה שנים רבות. בחודש נובמבר 2012 קבעה התובעת בנסודה כי יש יסוד סביר להניח שפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בוצעו על ידי כל הצדדים לעימות, הן מצד הכוחות הקולומביאניים והן מצד מיליציות צבאיות.¹⁵⁰ הבדיקה המקדמית התמקדה מאז בבחינה של קבילות המקרים בהתאם לעקרון המשלימות, לאור קיומם של ההליכים מדינתיים בקולומביה, תוך קיום מגעים רצופים עם הממשלה.¹⁵¹ בחודש אוקטובר 2021 הודיע התובע חאן שמשרדו חתם על הסכם שיתוף פעולה עם ממשלת קולומביה וכי הורה על סגירת הבדיקה המקדמית, לאור קיום ההליכים מדינתיים ובהתאם לעקרון המשלימות.¹⁵² מדובר בפרק הזמן הארוך ביותר שבו התקיימה בדיקה מקדמית.

2. **ונצואלה – אירועי 2002** – ונצואלה הצטרפה לבית הדין בחודש יוני 2000 ולכן יש לו סמכות שיפוט ביחס לפשעים שבוצעו בשטחה מ־1 ביולי 2002 – מועד כניסת אמנת רומא לתוקף. בעקבות פניות שהוגשו לבית הדין בטענות לביצוע פשעים נגד האנושות על ידי ממשלת ונצואלה וכוחות הקשורים

150 ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Colombia Interim Report (Nov. 2012)

151 דוח בדיקות מקדמיות 2020, לעיל ה"ש 47, סעיפים 152-154.

152 ICC, Press Release, ICC Prosecutor, Mr. Karim A. A. Khan QC, concludes the preliminary examination of the Situation in Colombia with a Cooperation Agreement with the Government charting the next stage in support of domestic efforts to advance transitional justice (Oct. 28, 2021)

אליה, נפתחה בדיקה מקדמית שנסגרה על ידי התובע אוקמפו בפברואר 2006.¹⁵³ התובע קבע כי חלק מהפניות עסקו בניסיון ההפיכה הכושל נגד הנשיא דאז הוגו צ'אבז בחודש אפריל 2002, לפני כניסת אמנת רומא לתוקף, ולכן אין לבית הדין סמכות שיפוט ביחס אליהן. ביחס לשאר הפניות נקבע כי לאור חוסר דיוק, היעדר פרטים מהותיים וחוסר העקביות שלהן, אין יסוד סביר לפתיחה בחקירה בגין פשעים נגד האנושות של ביצוע התקפה נרחבת או שיטתית נגד אוכלוסייה אזרחית.

3. **עיראק/בריטניה (סבב ראשון)** – בריטניה הצטרפה לבית הדין בחודש אוקטובר 2001, ולכן יש לו סמכות שיפוט ביחס לפשעים שבוצעו על ידי אזרחיה אף אם בוצעו בשטחה של מדינה שאינה חברה בבית הדין, כמו עיראק. בעקבות פניות מארגונים ומאישים בנוגע לטענות לפשעי מלחמה שביצעו אנשי צבא בריטניה בעצורים עיראקים במהלך מלחמת המפרץ, בין החודשים מארס עד מאי 2003, נפתחה בדיקה מקדמית. בחודש פברואר 2006 הורה התובע אוקמפו על סגירת הבדיקה המקדמית בנימוק שלאור מיעוט המקרים לא הושג רף החומרה הנדרש.¹⁵⁴

4. **"פלסטיין" 2009 (הבדיקה התייחסה גם לישראל)** – בחודש ינואר 2009 ביקשה הרשות הפלסטינית לקבל עליה את סמכות השיפוט של בית הדין ולחקור את פשעי המלחמה שנעברו החל ב־1 ביולי 2002. בחודש אפריל 2012 דחה התובע אוקמפו את הבקשה, על בסיס הוראה באמנת רומא הקובעת כי רק מדינה שהוכרזה בזירה הבינלאומית יכולה לקבל על עצמה את סמכות השיפוט של בית הדין.¹⁵⁵ לפירוט ראו בפרק 1 ובפרק 6.

5. **הונדורס** – הונדורס הצטרפה לבית הדין בחודש ספטמבר 2002. בנובמבר 2010 נפתחה בדיקה מקדמית ביוזמת התובע אוקמפו, בנוגע לחשדות לביצוע פשעים נגד האנושות שבוצעו בעיקר לאחר ההפיכה השלטונית במדינה בחודש יוני 2009. באוקטובר 2015 הורתה התובעת בנסודה על סגירת הבדיקה המקדמית.¹⁵⁶ התובעת קבעה כי לאחר בדיקה מעמיקה של המידע הזמין אין יסוד סביר להאמין כי בוצעו פשעים נגד האנושות, שכן אין די ראיות לכך שהפעולות הצביעו על מדיניות לבצע התקפה נרחבת או שיטתית המכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית.

6. **קוריאה הדרומית** – קוריאה הדרומית הצטרפה לבית הדין בחודש פברואר 2003. בדצמבר 2010 פתח התובע אוקמפו בבדיקה מקדמית בנוגע לחשדות לביצוע פשעי מלחמה על ידי כוחות של קוריאה הצפונית נגד קוריאה הדרומית, בהקשר של שתי תקריות שאירעו בים הצהוב בשנת 2010 – הטבעה של ספינה של חיל הים של קוריאה הדרומית וכן ירי לעבר אי השייך לה. בחודש יוני 2014 הורתה התובעת בנסודה על סגירת הבדיקה המקדמית.¹⁵⁷ התובעת קבעה כי שתי התקריות לא עולות כדי פשע מלחמה,

153 ICC, The Office of the Prosecutor (Feb. 9, 2006). בהודעת הסגירה לא מפורט מתי נפתחה הבדיקה המקדמית או מתי התקבלו הפניות שהובילו לבדיקה.

154 ICC, The Office of the Prosecutor (Feb. 9, 2006). גם בנוגע לבדיקה זו לא צוין בהודעת הסגירה מתי נפתחה הבדיקה המקדמית, או מתי התקבלו הפניות שהובילו לבדיקה.

155 ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Palestine (Apr. 3, 2012).

156 ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Honduras Article 5 Report (Oct. 2015).

157 ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in the Republic of Korea Article 5 Report (June 2014).

שכן הירי לעבר הספינה כוון נגד מטרה צבאית לגיטימית, ואין יסוד סביר להניח כי הירי לעבר האי היה במתכוון נגד אובייקטים אזרחיים, או שהפגיעה הצפויה באזרחים הייתה מופרזת ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מההתקפה.

7. **קומורו (הבדיקה התייחסה גם לישראל)** – קומורו הצטרפה לבית הדין בחודש נובמבר 2006. במאי 2013 הגישה קומורו הפניה לבית הדין לחקור חשדות לביצוע פשעי מלחמה על ידי כוחות צה"ל במהלך ההשתלטות על ספינת המרמרה (פרשת המשט). הספינה נשאה את דגל קומורו ולכן נחשבת כשטח מדינה זו. בחודש נובמבר 2014 הורתה התובעת בנסודה על סגירת הבדיקה המקדמית.¹⁵⁸ ראו פירוט בפרק 6.

8. **עיראק/בריטניה (סבב שני)** – בחודש מאי 2014 התובעת בנסודה פתחה מחדש את הבדיקה המקדמית שנסגרה בשנת 2006 (ראו בפסקה 2 לעיל), לאור קבלת מידע חדש בנושא.¹⁵⁹ הבדיקה התמקדה בעיקר באופן הטיפול של הצבא הבריטי בעצורים עיראקים מאז פרוץ מלחמת המפרץ השנייה, בין השנים 2003-2009, ובחשדות בדבר ביצוע פשעי מלחמה בעצורים. ב־9 בדצמבר 2020 הודיעה התובעת בנסודה על סגירת הבדיקה.¹⁶⁰

התובעת מצאה כי יש יסוד סביר להניח שהכוחות הבריטיים ביצעו פשעי מלחמה נגד עצורים עיראקים, בין היתר רצח של שבעה עצורים לכל הפחות, עינויים או יחס לא־אנושי או משפיל ומבזה ב־54 עצורים לכל הפחות, ואונס ואלימות מינית נגד שבעה עצורים לכל הפחות. למרות ראיות לביצוע עבירות אלו, אשר נכללות בסמכות השיפוט של בית הדין, ולמרות ביקורת נוקבת על אופן ההתנהלות של בריטניה בכל הנוגע לחקירת המקרים, התובעת קבעה כי המקרים לא קבילים בעת הנוכחית, על בסיס עקרון המשלימות.

התובעת מתחה ביקורת על העובדה שלאחר עשר שנים של חקירה ובחינה של אלפי האשמות, לא הועמד לדין אפילו אדם אחד. התובעת ציינה כי היו מספר מקרים שלגביהם נבחנה האפשרות להעמיד לדין אולם לבסוף הוחלט שלא, לאור מיעוט הראיות או בשל אינטרס ציבורי. בהקשר זה התובעת גרסה כי היעדר ראיות מספקות נבע בחלקו מהתנהלות הצבא הבריטי בשלב הראשוני שבו התעוררו החשדות לביצוע פשעי מלחמה, אשר הייתה בלתי מספקת ולא ניכר מאמץ אמיתי לבצע חקירות באופן אובייקטיבי. התובעת התייחסה להאשמות בדבר כשלים בתהליך קבלת ההחלטות, כולל טיוח החקירות, התעלמות מכוונת, זיוף, העלמת ראיות וסגירה מוקדמת של תיקים בשל לחץ מהדרגים הגבוהים, והעלאת חששות ביחס להאשמות אלו. עם זאת ציינה כי השיקול המכריע אם לפתוח בחקירה הוא קיום ראיות לחוסר רצון מצד הרשויות לחקור את החשדות, מתוך כוונה להגן על המבצעים מאחריות פלילית. בהתאם, על אף הביקורת, התובעת קבעה כי לא מצאה ראיות לכך שהרשויות בבריטניה לא היו מוכנות לבצע

ICC, The Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 158 53(1) Report (Nov. 6, 2014)

ICC, Statement, Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq (May 13, 2014)

ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Iraq/UK Final Report (Dec. 9, 2020) 160

חקירות או העמדות לדין בכנות, וכי ההחלטות בנושא לא נבעו מחוסר רצון להעמיד לדין, ולכן המקרים הפוטנציאליים אינם קבילים לחקירה בבית הדין.

התובעת ציינה כי משרדה יבחן את ההשפעה של מהלכי חקירה שמתקיימים בבריטניה, ככל שיתגבשו לכדי חקיקה, שבמסגרתם הוצע לתת חסינות לחיילים לשעבר מהעמדה לדין בגין פשעים שביצעו בעיראק, כולל אם יהיה מקום לפתיחה מחדש של הבדיקה המקדמית, לאור ההשפעה של חקיקה כזו על הנכונות והיכולת של בריטניה לקיים הליכים בנושא.

9. **גבון** – גבון הצטרפה לבית הדין בחודש ספטמבר 2000. בספטמבר 2016 פתחה התובעת בנסודה בבדיקה מקדמית, בעקבות הפניה של גבון בבקשה לחקור חשדות לביצוע פשעים שאירעו במהלך אירועי אלימות סביב הבחירות לנשיאות שנערכו בחודש אוגוסט 2016. בספטמבר 2018 הורתה התובעת על סגירת הבדיקה המקדמית וקבעה כי המידע שנבחן לא מראה על יסוד סביר להניח שפשעים שנמצאים בסמכות השיפוט של בית הדין אכן התרחשו, הן על ידי כוחות הביטחון של גבון והן על ידי האופוזיציה.¹⁶¹

10. **בוליביה** – בוליביה הצטרפה לבית הדין בחודש ספטמבר 2002. בספטמבר 2020 פתחה התובעת בנסודה בבדיקה מקדמית בעקבות הפניה מאת הממשלה הזמנית בבוליביה בבקשה לחקור חשדות לביצוע פשעים נגד האנושות, שבוצעו בשטחה על ידי חברי מפלגות אופוזיציה ותומכיהם במהלך ההפגנות במדינה סביב דחיית הבחירות לנשיאות בחודש אוגוסט 2020.¹⁶² בהפניה נטען כי ההפגנות וחסימות הכבישים במדינה התרחשו, בין היתר, במטרה למנוע מעבר של אספקה חיונית להתמודדות עם נגיף הקורונה לחלקים במדינה – דבר שהביא לאבדות בנפש.

בחודש פברואר 2022 הודיע התובע חאן כי הורה על סגירת הבדיקה המקדמית. חאן קבע כי אין בסיס סביר להאמין כי המעשים לכאורה המיוחסים למעורבים בחסימות מהווים פשע הנופל בסמכות בית הדין.¹⁶³

שלושה מצבים נמצאים בשלב הבדיקות המקדמיות. בשניים מהם (גינאה וונצואלה II) עדיין נערכות בדיקות ובשלישי (ניגריה) הומלץ על פתיחה בחקירה, אך טרם הוגשה הבקשה לאישור הפתיחה בחקירה לערכאת קדם המשפט. פירוט הבדיקות המקדמיות הפתוחות:

1. **גינאה** – גינאה הצטרפה לבית הדין בחודש אוקטובר 2003. באוקטובר 2009 פתח התובע אוקמפו ביוזמתו בבדיקה מקדמית בנוגע לחשדות לביצוע פשעי מלחמה על ידי חיילי החונטה הצבאית בגינאה, אגב דיכוי ההפגנות שהתקיימו בבירה קונאקרי בסוף חודש ספטמבר 2009. ההפגנות התקיימו עקב פרסום ידיעות על כוונתו של מנהיג החונטה הצבאית מוסא דאדיס קמארה להתמודד בבחירות לנשיאות, זאת בניגוד להבטחתו כי יעביר את השלטון במדינה לנשיא שייבחר בבחירות. קמארה תפס את השלטון

ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in the Gabonese Republic Article 5 Report (Sep. 21, 2018) 161
ICC, Statement, the Prosecutor of the International Criminal Court, Mrs. Fatou Bensouda, on the referral by 162
Bolivia regarding the situation in its own territory (Sep. 9, 2020)
ICC, Statement, ICC Prosecutor, Mr. Karim A. A. Khan QC, concludes the preliminary examination of the Situation 163
in Bolivia and determines that an investigation is not warranted (Feb. 14, 2022)

במדינה בסוף שנת 2008, לאחר מותו של הנשיא לנסנה קונטה, אשר כיהן בתפקיד משנת 1984. מוערך כי במהלך דיכוי ההפגנות נהרגו 156 אזרחים לכל הפחות, ויותר מ-109 נשים נאנסו. הבדיקה המקדמית מתמקדת בעיקר בסוגיית המשלימות, תוך בחינה של כנות החקירות וההליכים המדינתיים. בחודש פברואר 2010 מונו שלושה שופטים מקומיים לחקור את האירועים, ובדצמבר 2017 הודיעו כי יש להעמיד לדין 13 חשודים, כולל מנהיג החונטה לשעבר קמארה ופקידים בכירים נוספים. המשפט טרם החל. בדוח הבדיקות המקדמיות לשנת 2020 ציינה התובעת בנסודה כי השלטונות בגינאה לא הודיעו על מסגרת זמן לתחילת המשפט, וכי כוונתה לפרסם אמות מידה להערכת כנות ההליכים המדינתיים, שיוכלו לסייע למשרדה לקבוע אם לבקש אישור מערכות קדם המשפט לפתוח בחקירה, או שלאור ההליכים המדינתיים יש לסגור את הבדיקה המקדמית.¹⁶⁴

2. **ניגריה** — ניגריה הצטרפה לבית הדין בחודש ספטמבר 2001. בנובמבר 2010 פתח התובע אוקמפו ביוזמתו בבדיקה מקדמית בנוגע לחשדות לביצוע פשעים במהלך עימותים אלימים ברחבי המדינה. הבדיקה התמקדה בחשדות לביצוע פשעים על ידי ארגון בוקו חראם מאז חודש יולי 2009, וכן פשעים של כוחות הביטחון של ניגריה מתחילת העימות המזוין עם הארגון בחודש יוני 2011. מאז שנת 2015 התמקדה הבדיקה המקדמית בבחינה אם מתקיימים הליכים מדינתיים, ואם הם כנים. בחודש דצמבר 2020 הודיעה התובעת בנסודה כי התמלאו תנאי הסף הנדרשים לפתיחת חקירה, וכי על אף התקיימותם של הליכים מסוימים במדינה, המקרים הפוטנציאליים יהיו קבילים בבית הדין. זאת מכיוון שההליכים המדינתיים נגד בוקו חראם אינם כוללים את הפשעים שמשרד התביעה הצביע עליהם או מוכוונים רק נגד הדרג הנמוך, וההליכים נגד כוחות הביטחון הניגריים נעצרו, או שלא הוכח כי התקיימו באופן כן ואובייקטיבי.¹⁶⁵ נוכח העובדה שמשרד התביעה פתח ביוזמתו בבדיקה המקדמית, נדרש אישור של ערכאות קדם המשפט לפתיחה בחקירה. התובעת בנסודה הודיעה כי היא מותירה לתובע החדש להגיש את הבקשה בעניין. בחודש אפריל 2022 ביקר התובע חאן בניגריה ומסר כי סוכם להמשיך לקיים מגעים עם ממשלת ניגריה, במגמה להגיע להסכם פורמלי על המשך ההתנהלות כדי להבטיח קידום הליכים על בסיס עקרון המשלימות.¹⁶⁶

3. **ונצואלה II** — בחודש פברואר 2020 פנתה ממשלת ונצואלה בבקשה לחקור טענות לפשעים נגד האנושות שמבוצעים בשטחה, בהקשר של הסנקציות שהטילה ארצות הברית על המדינה מאז שנת 2014.¹⁶⁷ בהפניה נטען כי הסנקציות הובילו לעלייה משמעותית מאוד של שיעור התמותה של ילדים ומבוגרים במדינה וכן לפגיעה בזכויות אדם אחרות כגון הזכות למזון, טיפול רפואי וחינוך, באופן שמהווה התקפה נרחבת או שיטתית על אוכלוסייה אזרחית. לאור ההפניה פתחה התובעת בנסודה בבדיקה מקדמית. הבדיקה מתמקדת בבחינה אם יש יסוד סביר להניח שבוצעו פשעים הנמצאים תחת סמכות השיפוט של בית הדין.

164 דוח בדיקות מקדמיות 2020, לעיל ה"ש 47, פסקה 175 עמ' 45.

165 ICC, Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Nigeria (Dec. 11, 2020)

166 ICC, Statement, ICC Prosecutor, Mr Karim A.A. Khan QC, concludes first official visit to Nigeria (Apr. 22, 2022)

167 ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mrs. Fatou Bensouda, on the referral by Venezuela regarding the situation in its own territory (Feb. 17, 2020)

ג. חקירות

בבית הדין מתנהלות, נכון למועד כתיבת מזכר זה, 17 חקירות שנמצאות בשלבים שונים. אף אחת מהחקירות שנפתחו לא נסגרה עדיין באופן רשמי. לפירוט נוסף ראו בנספחים. החקירות (לפי סדר פתיחת החקירה) הן:

1. **קונגו** – הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו הצטרפה לבית הדין בחודש אפריל 2002. באפריל 2004 פנתה ממשלת קונגו בבקשה לחקור פשעים שבוצעו בשטחה, ובעקבות הפניה זו נפתחה חקירה בחודש יוני 2004. מדובר בחקירה הראשונה שנפתחה בבית הדין.¹⁶⁸

הרקע לחקירה הוא מלחמת קונגו השנייה שהתרחשה בין השנים 1998-2003, העימותים בין מיעוטים אתניים, בין בני ההמה לבני הלנדו, והרצון לשלוט במשאבי הטבע באזור. בשיאה כללה המלחמה מעורבות של תשע מדינות וכ-20 מיליציות חמושות. מוערך כי המלחמה הובילה למותם של יותר מחמישה מיליון בני אדם, מרביתם מרעב ומחלות. החקירה מתמקדת בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות שהתרחשו במזרח המדינה, במחוז איטורי (Ituri) ובמחוז קיוו (Kivu) הצפוני והדרומי, החל מ־1 ביולי 2002. במסגרת החקירה שנמשכה שנים רבות נפתחו תיקים נגד שישה חשודים, שהיו מנהיגים או גורמים בכירים במיליציות צבאיות ובארגונים מזוינים שהיו מעורבים בעימות. שלושה מהם הורשעו בביצוע פשעים, כמפורט לעיל. חשוד אחד זוכה, נגד חשוד נוסף לא אושרו האישומים וחשוד אחד טרם נעצר. לא ידוע על הליכים שנפתחו נגד בכירים בצבא או בממשלת קונגו.

2. **אוגנדה** – אוגנדה הצטרפה לבית הדין בחודש יוני 2002. בדצמבר 2003 הייתה אוגנדה המדינה הראשונה שפנתה לבית הדין בבקשה לחקור פשעים שבוצעו בשטחה. בעקבות ההפניה נפתחה חקירה ביולי 2004.¹⁶⁹

הרקע לחקירה הוא העימות המתמשך בין ארגון המורדים 'צבא ההתנגדות של האל' (LRA) והרשויות הלאומיות של אוגנדה, שהחל בשנת 1986 ונמשך עשרות שנים. הלחימה כללה שימוש נרחב בילדים־לוחמים. העימות הוביל למותם של עשרות אלפי בני אדם ולעקירתם של כשני מיליון אזרחים מבתיהם. החקירה עוסקת בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות שבוצעו במסגרת העימות החל מ־1 ביולי 2002, ובעיקר בצפון המדינה.

במסגרת החקירה נפתחו תיקים נגד חמישה חשודים, מפקדים בכירים ב־LRA, כולל ג'וזף קוני, מייסד ומפקד הארגון, וסגנו, אשר טרם נעצרו. מעניין לציין כי דומיניק אוונגון, החשוד היחידי שהתנהל נגדו משפט שאף הסתיים בהרשעה, נחטף בעצמו בגיל 9 על ידי ה־LRA, ובהמשך התקדם בארגון. הסגרתו של אוונגון לבית הדין בינואר 2015 בוצעה בסיועם של כוחות ארצות הברית שפעלו במרכז אפריקה.¹⁷⁰ ההליכים נגד שני חשודים נוספים הופסקו עקב פטירתם.

168 ICC, Press Release, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation (June 23, 2004)

169 ICC, Press Release, Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda (July 29, 2004)

170 ASIL, דוח ה"ש 13, עמ' 22.

3. **דארפור, סודאן** – סודאן אינה חברה בבית הדין, אולם בחודש מארס 2005 אימצה מועצת הביטחון של האו"ם את החלטה 1593 (2005), שבמסגרתה הפנתה את המצב הנוגע לעימות בחבל דארפור בסודאן לבית הדין.¹⁷¹ מדובר בהפניה הראשונה של מועצת הביטחון, ובחקירה הראשונה בשטח של מדינה שאינה חברה. החקירה נפתחה בחודש יוני 2005 ועוסקת ברצח עם, בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות שבוצעו על ידי כל הצדדים בעימות המזוין במדינה, החל מ־1 ביולי 2002.¹⁷²
- הרקע לחקירה הוא מאבק אלים שהתרחש בחבל דארפור בין צבא סודאן, בסיוע מרכזי של מיליציות ג'נג'וויד (Janjaweed), לבין מספר ארגונים חמושים. מוערך כי העימות הוביל למותם של כ־450 אלף בני אדם ולעקירתם של יותר משלושה מיליון בני אדם מבתיהם. במהלך העימות ביצעה מיליצית ג'נג'וויד, בגיבוי צבא סודאן, תקיפות רבות על כפרים של קבוצות אתניות לא־ערביות, בעיקר נגד בני הפור, מסלית וזגהוואה, שכללו הרס מוחלט וביזה של הכפרים.
- במסגרת החקירה נפתחו תיקים נגד שבעה חשודים, הכוללים חברים בממשלת סודאן ומנהיגים של מיליציות צבאיות וארגונים מזוינים, אולם עד כה טרם הושגה הרשעה כלשהי ורוב החשודים אינם נמצאים בחזקת בית הדין. הליך פעיל מתקיים רק נגד עלי קושייב, מנהיג מיליצית ג'נג'וויד, אשר הועבר לבית הדין ביוני 2020 ומשפטו נפתח באפריל 2022. נגד חשוד אחר לא אושרו האישומים, חשוד אחד נפטר וארבעה חשודים טרם נעצרו.
- החקירה הובילה לפתיחת ההליך הראשון נגד ראש מדינה מכהן, עומר אל־בשיר, שהיה נשיא רפובליקת סודאן. הוא הואשם בביצוע פשעים נגד האנושות הכוללים רצח, הכחדה, גירוש, עינויים ואונס; בפשעי מלחמה הכוללים תקיפה מכוונת של אזרחים וביזה; ובפשעים של רצח עם (ג'נוסייד) על ידי הריגה ופגיעה בקבוצה מוגדרת כדי להשמידה. לאורך שנות שלטונו היו מספר ניסיונות לעצור אותו כאשר ביקר במדינות חברות, אולם רשויות המדינות השונות סרבו להיעתר לבקשות ההסגרה של בית הדין. הסירוב הוביל למספר הרב ביותר של קביעות על ידי בית הדין כי מדינה לא שיתפה עימו פעולה, ולהעברת המקרים לאספת המדינות החברות ולמועצת הביטחון. לאחר הדחתו של אל־בשיר בהפיכה צבאית באפריל 2019, הוא הועמד לדין בסודאן באישומים של שחיתות ונידון בדצמבר 2019 לשנתיים מאסר. נמסר כי יועמד לדין גם על עבירות הנוגעות לתפקידו בהפיכה האלימה של 1989. באוגוסט 2021 חתמה ממשלת סודאן על הסכם עם בית הדין שלפיו תשתף פעולה עם בית הדין, ובהודעה רשמית של הממשלה נמסר כי יש כוונה להעביר את אל־בשיר ובכירים לשעבר נוספים לידי בית הדין.¹⁷³ עם זאת הכוונה טרם מומשה. מכיוון שאינו נמצא בחזקת בית הדין, ההליך נגדו מוקפא.
4. **הרפובליקה המרכז־אפריקאית** – הרפובליקה המרכז־אפריקאית הצטרפה לבית הדין בחודש אוקטובר 2001. בדצמבר 2004 פנו השלטונות במדינה לבית הדין בבקשה לחקור פשעים שבוצעו בשטח המדינה,

171 S.C. Res. 1593 (Mar. 31, 2005)

172 ICC, Press Release, The Prosecutor of the ICC opens investigation in Darfur (June 6, 2005)

173 ICC, Press Release, The Prosecutor of the International Criminal Court, Mr Karim A. A. Khan QC, concludes his first visit to Sudan with the signing of a new Memorandum of Understanding ensuring greater cooperation (Aug. 17, 2021); CNN, Sudan to hand ex-President Omar al-Bashir to ICC (Aug. 11, 2021)

ובעקבות ההפניה נפתחה חקירה בחודש מאי 2007.¹⁷⁴ החקירה עוסקת בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות שבוצעו לכאורה אגב העימות המזוין במדינה, ששיאו היה בשנים 2002-2003.

הרקע לחקירה הוא ההפיכה הצבאית שהוביל פרנסואה בוזיזה, גנרל לשעבר בצבא הרפובליקה המרכז-אפריקאית, נגד הנשיא נז'ה-פליקס פטאסה. על מנת להגן על שלטונו הסתייע הנשיא פטאסה בארגון החמוש 'התנועה לשחרור קונגו'. בסיום הלחימה תפס בוזיזה את השלטון במדינה וכיהן כנשיא הרפובליקה במשך עשר שנים, עד שנת 2013.

בהליך העיקרי שעסק בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות הועמד לדין ז'אן-פייר במבה גומבו, שהיה הנשיא והמפקד העליון של התנועה לשחרור קונגו. בשנת 2016 הוא הורשע בביצוע פשעים נגד האנושות של רצח ואונס ובפשעי מלחמה של רצח, אונס וביזה, מכוח תפקידו כמפקד התנועה ושליטתו האפקטיבית בכוחות שביצעו את הפשעים. ביוני 2018 הפכה ערכאת הערעור את הרשעתו וזיכתה אותו, תוך התחשבות בכך שהיה מפקד המרוחק מהזירה, ועקב קושי להוכיח שנמנע מנקיטת הצעדים הדרושים והסבירים כדי למנוע את ביצוע הפשעים על ידי פקודיו.

במסגרת החקירה נפתח הליך נוסף ובסופו הורשעו חמישה חשודים, ביניהם גומבו, בעבירות של שיבוש הליכי משפט, ובכלל זה השפעה על עדים בהליך העיקרי. הנאשמים נידונו לעונשים של מספר חודשי מאסר (שאת רובם כבר ריצו במהלך המשפט) ולקנסות.

5. **קניה** — קניה הצטרפה לבית הדין בחודש יוני 2005. בראשית שנת 2008 פתח התובע אוקמפו ביוזמתו בדיקה מקדמית לאחר קבלת פניות מארגונים ומגורמים פרטיים, ובחודש מארס 2010 נפתחה חקירה, לאחר קבלת אישור מערכאת קדם המשפט.¹⁷⁵ מדובר בחקירה הראשונה שנפתחה ביוזמת משרד התביעה. הרקע לחקירה הוא הבחירות שהתקיימו במדינה בחודש דצמבר 2007, אשר נטען כי זויפו, ובהן זכה הנשיא מואי קיבקי. בעקבות תוצאות הבחירות פרצו עימותים ברחבי המדינה בין תומכי הנשיא קיבקי לבין תומכי מנהיג האופוזיציה ריילה אודינגה. החקירה מתמקדת בחשדות לביצוע פשעים נגד האנושות בהקשר של אירועי האלימות, אשר הובילו למותם של יותר מ-1,000 בני אדם ולעקירתם של מאות אלפים. ההליכים נפתחו הן נגד תומכי הנשיא דאז קיבקי והן נגד תומכי מנהיג האופוזיציה אודינגה. במסגרת החקירה נפתחו תיקים בגין ביצוע פשעים נגד האנושות נגד תשעה חשודים, שכללו שרים בכירים בממשלת קניה, כולל סגן ראש הממשלה אוהרו קניאטה ושר החינוך ויליאם רוטו, אשר מאז שנת 2013 משמשים נשיא וסגן נשיא קניה.

נגד קיום החקירה הופעל לחץ מצד ממשלת קניה, בין היתר באמצעות האיחוד האפריקאי, במטרה לבטל את ההליכים נגד מנהיגי המדינה. נטען בין היתר כי בית הדין נוקט יחס לא-שוויוני ומפלה כלפי מדינות אפריקה ומנהיגיהם. במסגרת זו אף נעשתה פנייה למועצת הביטחון, שלא צלחה, להפעיל את סמכותה להקפאת הליכים.

ICC, Statement, Prosecutor opens investigation in the Central African Republic (May 22, 2007) 174
ICC, Press Release, ICC judges grant the Prosecutor's request to launch an investigation on crimes against
humanity with regard to the situation in Kenya (Mar. 31, 2010) 175

למרות שהחשודים התייצבו בפני בית הדין, כך שהתאפשר לנהל הליך, בסופו של דבר התביעה לא הצליחה להביא להרשעה של אף אחד מן החשודים. זאת בשל היעדר ראיות מספקות. לחלקם לא אושרו האישומים או שבוטלו על ידי התביעה, וחלקם זוכו במשפט.

בית הדין קבע כי היעדר הראיות נבע בין היתר עקב מותם של חלק מהעדים, שינוי בגרסת עדותם או חזרה מהסכמתם להעיד בשל הפעלת לחץ עליהם. בעקבות זאת נפתחו תיקים נגד שלושה חשודים בעבירות של שיבוש הליכי משפט, אגב השפעה על עדים בהליכים העיקריים. הליך נגד נאשם אחד מתקיים, לאחר שהסגיר את עצמו לבית הדין בנובמבר 2020. שני החשודים הנוספים טרם נעצרו.

6. **לוב** – לוב אינה חברה בבית הדין, אולם בחודש פברואר 2011 אימצה מועצת הביטחון של האו"ם את החלטה 1970 (2011), שבמסגרתה הפנתה את המצב לבית הדין.¹⁷⁶

הרקע לחקירה הוא ההתקוממות נגד שלטונו של שליט לוב לשעבר מועמר קדאפי, שהחלה בפברואר 2011 אגב גל המחאות בעולם הערבי, והאמצעים שנקט המשטר לדיכוי ההתקוממות. נוסף על כך, לאחר נפילת משטר קדאפי נמשכו במדינה עימותים בין מיליציות חמושות, והחקירה מתייחסת גם לפשעים אפשריים שבוצעו במסגרתם. החקירה נפתחה בחודש מארס 2011 ומתמקדת בפשעים נגד האנושות ובפשעי מלחמה שבוצעו מאז חודש פברואר 2011.¹⁷⁷

במסגרת החקירה נפתחו תיקים נגד חמישה חשודים, כולל מועמר קדאפי, שמת בינתיים. שני חשודים, ביניהם סייף קדאפי, בנו של מועמר קדאפי וראש הממשלה בפועל, טרם נעצרו. הליך אחד בוטל לאור קיומם של הליכים נגד החשוד בלוב בגין אותם פשעים, והליך נוסף נסגר עקב מות החשוד.

7. **חוף השנהב** – חוף השנהב הצטרפה לבית הדין בחודש פברואר 2013, אולם כבר באפריל 2003 נתנה לבית הדין הסכמה אד הוק להחיל את סמכות השיפוט שלו בשטחה מחודש ספטמבר 2002. בעקבות זאת נפתחה בדיקה מקדמית באוקטובר 2003, שעסקה בחשדות לביצוע פשעים במהלך העימותים בין כוחות השלטון תחת הנשיא דאז לורן גבאגבו לבין כוחות מורדים, אגב מלחמת האזרחים הראשונה של חוף השנהב בין השנים 2002-2007.

בנובמבר 2010 התקיימו בחירות לנשיאות שבהן התמודדו גבאגבו ואלאסן ואתארה, ובסיומן זכה ואתארה אשר מכהן מאז בתפקיד. גבאגבו סירב להכיר בתוצאות הבחירות וסירובו הוביל למלחמת האזרחים השנייה של חוף השנהב, בין תומכי גבאגבו לתומכי ואתארה.

בדצמבר 2010 ובמאי 2011 חזרה ואישרה חוף השנהב את הסכמתה להחיל את סמכות השיפוט של בית הדין בשטחה, ובחודש אוקטובר 2011 פתח התובע אוקמפו בחקירה, לאחר קבלת אישור מערכות קדם המשפט.¹⁷⁸ מדובר בחקירה הראשונה שנפתחה בעקבות הסכמה אד הוק של מדינה שאינה חברה בבית הדין. האישור לפתיחה בחקירה ניתן תחילה ביחס למעשים שבוצעו החל בנובמבר 2010, אולם

S.C. Res. 1970 (Feb. 26, 2011) 176

ICC, Statement, ICC Prosecutor to open an investigation in Libya (Mar. 2, 2011) 177

ICC, Press Release, ICC Pre-Trial Chamber III authorises the Prosecutor to launch an investigation in Côte d'Ivoire (Oct. 3, 2011) 178

בפברואר 2012 אישרה ערכאת קדם המשפט להרחיב את היקף החקירה כך שתכלול גם חשדות לביצוע פשעים מחודש ספטמבר 2002 ואילך.¹⁷⁹

במסגרת החקירה נפתחו תיקים נגד שלושה חשודים. שני חשודים, נשיא חוף השנהב לשעבר לורן גבאגבו ויד ימינו צ'ארלס בלה גודה זוכו במשפט בינואר 2019, לאחר שבית הדין קבע שלא הוכח קיומה של תוכנית להשאיר את גבאגבו בשלטון, שכוללת ביצוע פשעים נגד האוכלוסייה האזרחית כחלק מתוכנית או מדיניות. התיק הנוסף נפתח נגד סימון גבאגבו, אשתו של לורן גבאגבו, אולם צו המעצר שהוצא נגדה בוטל ביולי 2021, לאחר שאושר בערעור הזיכוי של בעלה. זהו המקרה היחידי שבו התקיים הליך בבית הדין נגד אישה עד כה.

8. **מאלי** — מאלי הצטרפה לבית הדין בחודש אוגוסט 2000. ביולי 2012 פנו השלטונות במדינה לבית הדין בבקשה לחקור פשעים שבוצעו בשטח המדינה, ובעקבות ההפניה נפתחה חקירה בינואר 2013.¹⁸⁰ החקירה מתמקדת בחשדות לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בעיקר בשלושה מחוזות בצפון המדינה אגב שני אירועים מרכזיים — העימות המזוין שפרץ בחודש ינואר 2012 בין מיליציות חמושות לכוחות הביטחון של מאלי, אשר הוביל לתפיסת צפון המדינה על ידי המיליציות והכרזה כי האזור משוחרר ועצמאי; וההפיכה הצבאית שהתרחשה בחודש מארס 2012 ובה הודח הנשיא טורה. במסגרת החקירה נפתחו תיקים נגד שני חשודים, פעילים בארגון טרור. האחד הורשע בביצוע פשעי מלחמה והמשפט בעניינו של השני עודנו מתנהל.

9. **הרפובליקה המרכז-אפריקאית II** — החקירה נפתחה בחודש ספטמבר 2014, בעקבות הפניה נוספת של הרפובליקה המרכז-אפריקאית בחודש מאי 2014, בבקשה לחקור פשעים שבוצעו בשטח המדינה. החקירה מתרכזת בחשדות לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות אגב העימות המזוין שהתלקח במדינה מאז חודש אוגוסט 2012 בין מיליציות אתניות במדינה — מיליציות סלקה המוסלמית ומיליציות אנטי-בלאקה הנוצרית.¹⁸¹

הרקע לחקירה הוא ההפיכה שהובילה מיליציות סלקה נגד שלטונו של הנשיא פרנסואה בוזיזה מאז חודש אוגוסט 2012 ואשר הביאה להדחתו מהתפקיד במארס 2013 ולתפיסת השלטון על ידי מנהיג הסלקה מישל ג'וטודיה. בעקבות זאת החלו עימותים במדינה. ג'וטודיה כיהן בתפקיד עד פרישתו בינואר 2014 בלחץ של מדינות באזור. מוערך כי הלחימה גרמה לאלפי הרוגים ולכך שכמיליון אזרחים נעקרו מבתיהם. במסגרת החקירה נפתחו תיקים נגד חמישה חשודים, מפקדים בכירים במיליציות הצבאיות. ארבעה חשודים נמצאים בחזקת בית הדין וההליכים נגדם נמצאים בשלבים שונים, וחשוד אחד טרם נעצר.

179 ICC, Press Release, Côte d'Ivoire: the ICC Judges expand the scope of the investigation to the 2002-2010 period (Feb. 23, 2012)

180 ICC, Press Release, ICC Prosecutor opens investigation into war crimes in Mali: "The legal requirements have been met. We will investigate" (Jan. 16, 2013)

181 ICC, Press Release, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening a second investigation in the Central African Republic (Sep. 24, 2014)

10. **גיאורגיה (החקירה מתייחסת גם לרוסיה)** — גיאורגיה הצטרפה לבית הדין בחודש ספטמבר 2003. ב־14 באוגוסט 2008 הודיע התובע אוקמפו על פתיחת בדיקה מקדמית ביוזמתו בנוגע לחשדות לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות על ידי צבא גיאורגיה, הכוחות הבדלניים של דרום אוסטיה וצבא רוסיה, במהלך העימות המזוין שהתגלע בדרום אוסטיה בחודש אוגוסט 2008. ב־13 באוקטובר 2015, בסיומה של בדיקה מקדמית שנערכה במשך כשבע שנים, הודיעה התובעת בנסודה כי התמלאו התנאים הנדרשים לפתיחת חקירה בנוגע לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות שהתרחשו לכאורה בין ה־1 ביולי ל־10 באוקטובר 2008, וכי ביקשה אישור מערכאת קדם המשפט לקיום חקירה.¹⁸² התובעת ציינה בבקשתה כי יש יסוד סביר להניח שהכוחות הבדלניים של דרום אוסטיה, בסיוע אפשרי של רוסיה, פעלו במסגרת קמפיין לגירוש גיאורגים מדרום אוסטיה שכלל בין היתר הריגה, רדיפה והרס רכוש. עוד ציינה התקפות מצד צבא גיאורגיה נגד כוחות שמירת שלום רוסיים, וכן התקפות מצד הכוחות הבדלניים נגד כוחות שמירת שלום גיאורגים.

לגבי סוגיית המשלימות — התובעת ציינה כי מאז שנת 2011 משרדה בחן את קבילות המקרים הפוטנציאליים לאור קיום הליכים מדינתיים בגיאורגיה וברוסיה, אולם בחודש מארס 2015 הודיעה גיאורגיה כי היא משעה את ההליכים ללא הגבלת זמן. ביחס להליכים ברוסיה ציינה התובעת כי הם ממשיכים להתקיים, ומשרדה ממשיך לבחון אם הם כנים. לאור זאת התובעת קבעה כי הליכים מדינתיים הקשורים לגירוש גיאורגים מדרום אוסטיה אינם עונים על דרישת המשלימות והמקרים הפוטנציאליים יהיו קבילים בבית הדין, אולם המקרים הפוטנציאליים שקשורים להתקפות מכוונות על כוחות שמירת שלום יהיו קבילים באופן חלקי בשל ההליכים שמתקיימים ברוסיה, ומשרד התביעה ימשיך לבחון את כנותם.¹⁸³ ב־27 בינואר 2016 אישרה ערכאת קדם המשפט את פתיחת החקירה, ובהתאם לכך החקירה נפתחה והיא עודנה מתנהלת.¹⁸⁴ ב־24 ביוני 2022 הוציאה ערכאת קדם המשפט צווי מעצר נגד שלושה בכירים בכוחות הבדלניים הפרו־רוסיים החשודים בביצוע פשעי מלחמה הכוללים כליאה בלתי חוקית, עינויים ויחס לא־אנושי, אגב כליאת אזרחים גיאורגים במהלך העימות המזוין. זאת במטרה להשתמש בהם כבני ערובה בעסקת חילופי שבויים עם ממשלת גיאורגיה ולקבל תמורתם אזרחים מדרום אוסטיה וכן אסירים הכלואים בגיאורגיה.¹⁸⁵

11. **בורונדי** — בורונדי הצטרפה לבית הדין בחודש דצמבר 2004. באפריל 2016 פתחה התובעת בנסודה ביוזמתה בבדיקה מקדמית. בעקבות זאת, בחודש אוקטובר 2016 הודיעה בורונדי על פרישה מבית הדין, והפרישה נכנסה לתוקף כעבור שנה, באוקטובר 2017. הפרישה אינה משפיעה על סמכות השיפוט

182 ICC, Press Release, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, requests judges for authorisation to open an investigation into the Situation in Georgia (Oct. 13, 2015)

183 ICC, The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2015 (Nov. 12, 2015)

184 ICC, Press Release, ICC Pre-Trial Chamber I authorises the Prosecutor to open an investigation into the situation in Georgia (Jan. 17, 2016)

185 ICC, Press Release, Situation in Georgia: ICC Pre-Trial Chamber delivers three arrest warrants (June 30, 2022)

ICC, Statement, ICC — אף הלה נפטר — ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, announces application for arrest warrants in the Situation in Georgia (Mar. 10, 2022)

של בית הדין ביחס לתקופה שבורונדי הייתה חברה בו. באוקטובר 2017 הודיעה התובעת בנסודה על פתיחת חקירה, לאחר קבלת אישור מערכאת קדם המשפט.¹⁸⁶ החקירה מתמקדת בחשדות לביצוע פשעים נגד האנושות על ידי גורמי ממשל ושלוחיהם נגד מתנגדי השלטון, אגב עימותים שפרצו במדינה בחודש אפריל 2015 ונמשכו עד אוקטובר 2017. העימותים החלו לאחר שהנשיא דאז פייר נקורונזיזה הודיע כי יתמודד לנשיאות בפעם השלישית, באופן שנטען כי הוא עומד בסתירה להסכמי ארושה משנת 2000, אשר הובילו לסיום מלחמת האזרחים במדינה. במהלך העימותים נהרגו יותר מ-430 אזרחים, נעצרו יותר מ-3,400 בני אדם ויותר מ-230 אלף אזרחים נאלצו להימלט מהמדינה.

12. **בנגלדש (החקירה מתייחסת למיאנמר)** – בנגלדש הצטרפה לבית הדין בחודש יוני 2010. מיאנמר אינה חברה בבית הדין, אולם בחודש ספטמבר 2018 קבעה ערכאת קדם המשפט, לבקשת התובעת בנסודה, כי לבית הדין יש סמכות שיפוט ביחס לפשע הגירוש של מאות אלפים מבני הרוהינגיה על ידי מיאנמר לבנגלדש, שכן פעולות הגירוש הסתיימו בשטחה של בנגלדש, שהיא חברה בבית הדין. בהתאם לכך, בחודש ספטמבר 2018 פתחה התובעת בבדיקה מקדמית, ובנובמבר 2019 פתחה בחקירה לאחר קבלת אישור מערכאת קדם המשפט.¹⁸⁷

החקירה מתמקדת בפשעים שבוצעו נגד בני הרוהינגיה במהלך גלי האלימות במדינה בשנים 2016-2017, כגון גירוש ורדיפה וכן חלה על פשעים נוספים, ככל שיסוד מסוים שלהם מבוצע בשטח בנגלדש, והם קשורים לגלי האלימות. בביקור שערך התובע חאן בבנגלדש בפברואר 2022, שבמהלכו נפגש גם עם נציגי הרוהינגיה, הוא הדגיש כי חקירה זו תזכה מצידו לעדיפות.¹⁸⁸

13. **אפגניסטן (החקירה מתייחסת גם לארצות הברית)** – אפגניסטן הצטרפה לבית הדין בחודש מאי 2003. בשנת 2006 פתח התובע אוקמפו, ביוזמתו, בבדיקה מקדמית בגין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות שבוצעו לכאורה באפגניסטן מאז 1 במאי 2003. בהמשך לממצאי הבדיקה, לאחר 11 שנים, ב-20 בנובמבר 2017, הגישה התובעת בנסודה בקשה לערכאת קדם המשפט לאשר פתיחה בחקירה בעניין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות שבוצעו לכאורה באפגניסטן ממועד זה על ידי אנשי הטאליבאן, הכוחות האפגניים וארצות הברית. הבקשה התייחסה גם לחשדות לפשעים של עינויים ואלימות מינית שביצעו הכוחות האמריקאיים בעצורים אפגנים בפולין, ברומניה ובליטא, שהן חברות בבית הדין, מאחר שהפשעים קשורים לעימות המזוין באפגניסטן.¹⁸⁹

ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, following judicial 186
authorisation to commence an investigation into the Situation in Burundi (Nov. 9, 2017)

ICC, Press Release, ICC judges authorise opening of an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar 187
(Nov. 14, 2019)

ICC, Press Release, ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, concludes first visit to Bangladesh, underlines 188
commitment to advance investigations into alleged atrocity crimes against the Rohingya (Mar. 1, 2022)

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17, Request for authorisation of an investigation 189
ICC, The Office of the Prosecutor, Situation in Afghanistan – תקציר ההחלטה; pursuant to article 15 (Nov. 20, 2017)
Summary of the Prosecutor's Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15 (Nov. 20, 2017)

ב־12 באפריל 2019 דחתה ערכאת קדם המשפט את בקשת התובעת לפתיחת החקירה. בית הדין קבע כי יש לו סמכות שיפוט בעניין, מאחר שאפגניסטן היא מדינה חברה. כמו כן קבע בית הדין כי המצב עומד בדרישות הקבילות, שכן יש יסוד סביר להניח כי הפשעים אכן בוצעו בידי הגורמים ומתקיימת דרישת החומרה, שכן המעשים כוללים בין היתר עינויים ויחס אכזרי, פגיעות בכבוד הפרט, אונס, רצח, שימוש במחבלים מתאבדים נגד אוכלוסייה אזרחית והוצאות להורג. נוסף על כך, דרישת המשלימות מתקיימת בשל היעדר הליכים מספקים לחקירת החשדות ונקיטת הליכים פליליים בעניינם, הן בארצות הברית והן באפגניסטן. ואולם בית הדין קבע שהחקירה "לא תשרת את האינטרסים של הצדק" ולכן לא אישר את פתיחתה. בית הדין הסביר כי סיכויי ההצלחה של החקירה נמוכים. זאת לאור הזמן הרב שעבר מאז פתיחת הבדיקה המקדמית, העובדה כי מרבית פשעי המלחמה שצינו בבקשה בוצעו בין השנים 2005-2015 ובעיקר בתחילת העשור, כך שספק אם ראיות רלוונטיות עדיין קיימות; ושיתוף הפעולה הבלתי מספק של הרשויות המקומיות עם התובעת כבר בשלב הבדיקה המקדמית. לאור זאת, פתיחת חקירה שתוביל ליצירת אשליה בקרב הקורבנות שהאשמים עתידים לתת את הדין על פשעיהם עלולה ליצור תסכול ועוינות כלפי בית הדין ולפגוע באמינותו וביכולתו למלא את תפקידו.¹⁹⁰ מעבר לכך, בשל היקף המשאבים שחקירה באפגניסטן תדרוש ביחס לאמצעים המוגבלים של בית הדין יהיה צורך להסיט משאבים ולפגוע בחקירות בעלות סיכויי הצלחה גבוהים יותר.

החלטה זו גררה תגובות נסערות והאשמות כי בית הדין נכנע ללחצים מצד ארצות הברית.¹⁹¹ התובעת בנסודה ערערה על ההחלטה,¹⁹² וב־5 במארס 2020 קיבלה ערכאת הערעור של בית הדין את ערעור התובעת ואישרה לפתוח בחקירה. נקבע כי בהחלטה אם לפתוח בחקירה ערכאת קדם המשפט נדרשת להימנע מלערב שיקולים מערכתיים, וכי היה עליה להתייחס רק לשאלה אם קיימת תשתית עובדתית סבירה עבור התביעה להמשיך בחקירה.¹⁹³

בהמשך להודעה על הפתיחה בחקירה הודיעה ממשלת אפגניסטן ב־26 במארס 2020 כי כוונתה לנהל את החקירה בעצמה.¹⁹⁴ לאור הודעת אפגניסטן הוקפאה החקירה בבית הדין.¹⁹⁵ בהמשך לכך, משרד התביעה הודיע כי הוא בוחן את כנות ההליכים על מנת להגיע למסקנה אם לבקש אישור מבית הדין להמשיך בחקירה.¹⁹⁶

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)

191 ACLU, Decision comes after repeated threats by Trump administration against ICC personnel (Apr. 12, 2019)

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17, Request for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan" (June 7, 2019)

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. 5, 2020)

194 ICC, ICC-02/17-139-Anx1 (Apr. 16, 2020)

195 ICC, Notification to the Pre-Trial Chamber of the Islamic Republic of Afghanistan's letter concerning article 18(2) of the Statute (Apr. 15, 2020)

196 ICC, Press Release, The Office of the Prosecutor and high-level delegation from the Islamic Republic of Afghanistan hold productive meetings at the Seat of the Court (May 9, 2021)

ב־27 בספטמבר 2021, זמן קצר לאחר שהטאליבאן השתלט מחדש על אפגניסטן בהמשך ליציאת הכוחות האמריקאיים מהמדינה, הודיע התובע חאן כי ביקש אישור מערכאת קדם המשפט לחדש את החקירה. בהודעתו הסביר כי לאור תפיסת השלטון על ידי הטאליבאן, אין סיכוי לקיום חקירות מדיניות אמיתיות ויעילות.¹⁹⁷ עוד הודיע כי החקירה תתמקד בפשעים שבוצעו על ידי הטאליבאן ודאע"ש ח'וראסאן (IS-K), ולשאר ההיבטים של החקירה תינתן עדיפות נמוכה. חאן נימק זאת במשאבים המוגבלים שעומדים לרשות משרדו ביחס להיקף הפשעים שנופלים תחת סמכות השיפוט של בית הדין ואשר מתרחשים או התרחשו ברחבי העולם, אשר מחייבים את מיקוד החקירה והקצאת המשאבים לתיקים שניתן להוכיח בבית המשפט "מעבר לספק סביר". חאן ציין את החומרה, ההיקף והאופי המתמשך של הפשעים שבוצעו על ידי הטאליבאן ודאע"ש ח'וראסאן, בין היתר ירי ללא הבחנה על אזרחים, הוצאות להורג ללא משפט, רדיפה של נשים וילדות, פשעים נגד ילדים ופשעים נוספים המשפיעים על האוכלוסייה האזרחית בכללותה. מהודעתו עולה כי במסגרת החקירה בבית הדין לא יחקרו למעשה טענות לפשעי מלחמה שבוצעו על ידי אנשי הכוחות האמריקאיים שפעלו באפגניסטן. ההליך באפגניסטן יצר מתח רב ביחסים בין בית הדין לארצות הברית, כמפורט בפרק הבא. החלטת חאן אפשרה למעשה את הפשרת המתיחות.

14. **"פלסטין" (החקירה מתייחסת גם לישראל)** — בחודש מארס 2021 פתחה התובעת בנסודה בחקירה בנוגע לכלל המעשים שבוצעו ביהודה ושומרון, במזרח ירושלים וברצועת עזה מ־13 ביוני 2014. פירוט בנושא זה בפרק 6 בהמשך.

15. **הפיליפינים** — הפיליפינים הצטרפה לבית הדין בחודש נובמבר 2011. בפברואר 2018 פתחה התובעת בנסודה בבדיקה מקדמית ביוזמתה, בנוגע לחשדות לביצוע פשעים נגד האנושות על ידי השלטונות בפיליפינים בהקשר של הקמפיין למלחמה בסמים, מאז חודש יולי 2016.¹⁹⁸ בעקבות זאת, במארס 2018 הודיעה הפיליפינים על פרישה מבית הדין והפרישה נכנסה לתוקף כעבור שנה, במארס 2019. הפרישה אינה משפיעה על סמכות השיפוט של בית הדין ביחס לתקופה שהיא הייתה חברה בו. בחודש יוני 2021 הודיעה התובעת כי התמלאו התנאים הנדרשים לפתיחת חקירה, וכי יש יסוד סביר להניח שכוחות הביטחון במדינה, וכן אזרחים שפעלו בשילוב ובהכוונת כוחות הביטחון, הרגו עשרות אלפי אזרחים במהלך הקמפיין למלחמה בסמים, בין היתר אזרחים שנחשדו בשימוש או בסחר בלתי חוקי של סמים.¹⁹⁹ זאת ועוד, יש יסוד סביר להניח כי פשעים דומים בוצעו במחוז דבאו מאז שנת 1988, אשר נמשכו גם לאחר שהפיליפינים הצטרפה לבית הדין. לפיכך התובעת ביקשה אישור מערכאת קדם

197 ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan (Sep. 27, 2021)

198 ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening Preliminary Examinations into the situations in the Philippines and in Venezuela (Feb. 8, 2018)

199 ICC, Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on her request to open an investigation of the Situation in the Philippines (June 14, 2021)

המשפט לפתוח בחקירה. בחודש ספטמבר 2021 אישרה ערכאת קדם המשפט את בקשת התביעה לפתוח בחקירה ביחס לתקופה שבין נובמבר 2011 עד מארס 2019.²⁰⁰ בחודש נובמבר 2021 הודיעה הפיליפינים כי בכוונתה לנהל בעצמה את החקירה, ובהתאם לכך החקירה הוקפאה. ביוני 2022 פנה התובע חאן לערכאת קדם המשפט בבקשה לחדש את החקירה, מאחר שמצא שההליכים בפיליפינים אינם מספקים.²⁰¹

16. **ונצואלה I** – ונצואלה היא כאמור חברה בבית הדין. בחודש פברואר 2018 פתחה התובעת בנסודה ביוזמתה בבדיקה מקדמית בנוגע לחשדות לביצוע פשעים נגד האנושות בהקשר של ההפגנות נגד השלטון במדינה, החל מחודש אפריל 2017.²⁰² בספטמבר 2018 פנו לתובעת שש מדינות חברות בבית הדין (ארגנטינה, קנדה, קולומביה, צ'ילה, פרגוואי ופרו) בבקשה לחקור פשעים שמתבצעים בוונצואלה מאז חודש פברואר 2014. זאת לאחר שפורסמו מספר דוחות, בין היתר של ארגון מדינות אמריקה (OAS), שכללו חשדות לביצוע פשעים במדינה.²⁰³

הבדיקה המקדמית התמקדה בעיקר בחשדות לביצוע פשעים נגד עצורים מאז שנת 2017. במהלך שנת 2020 משרד התביעה הגיע למסקנה כי יש יסוד סביר להניח שכוחות הביטחון והשלטונות במדינה, כוחות חמושים אחרים ואזרחים התומכים בממשלה ביצעו פשעים נגד עצורים מקרב המפגינים, הכוללים בין היתר כליאה, אונס, אלימות מינית ורדיפה.²⁰⁴

בחודש נובמבר 2021 הודיע התובע חאן כי הורה על פתיחת חקירה. לאור ההפניה של קבוצת המדינות החברות, התובע לא נדרש לבקש לשם כך אישור מערכאת קדם המשפט. בהודעה ציין התובע כי חתם על מזכר הבנות עם ממשלת ונצואלה לגבי שיתוף פעולה בנוגע לחקירה.²⁰⁵

בחודש אפריל 2022 הודיעה ונצואלה כי בכוונתה לנהל בעצמה את החקירה, ובהתאם לכך החקירה הוקפאה. התובע חאן הודיע כי בכוונתו לבקש מבית הדין, במהירות האפשרית, אישור להמשיך בחקירה. זאת מאחר שהגיע למסקנה שוונצואלה לא הציגה במסגרת ההודעה מידע חדש, המצדיק בחינה מחודשת של הקביעה כי התקיימה דרישת המשלימות ביחס לקבילות של מקרים פוטנציאליים העולים מן החקירה.²⁰⁶

Situation in the Republic of the Philippines, ICC-01/21, Decision on the Prosecutor's request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15(3) of the Statute (Sep. 15, 2021)

ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A.A. Khan QC, following the application for an order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the situation in the Philippines (June 24, 2022)

ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening Preliminary Examinations into the situations in the Philippines and in Venezuela (Feb. 8, 2018)

ICC, Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the referral by a group of six States Parties regarding the situation in Venezuela (Sep. 27, 2018)

204 דוח בדיקות מקדמיות 2020, לעיל ה"ש 47, עמ' 52, סעיפים 204-205.

ICC, Press Release, ICC Prosecutor, Mr Karim A.A. Khan QC, opens an investigation into the Situation in Venezuela and concludes Memorandum of Understanding with the Government (Nov. 5, 2021)

ICC, Press Release, ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, notifies Pre-Trial Chamber I of a request from the Bolivarian Republic of Venezuela to defer his investigation under article 18(2) of Rome Statute and confirms intention to apply for authority to resume investigations (Apr. 21, 2022)

17. **אוקראינה (החקירה מתייחסת גם לרוסיה)** – אוקראינה אינה חברה בבית הדין ולכן נדרשה לתת הסכמה אד הוק בהצהרה לבית הדין, על מנת שתהיה לו סמכות שיפוט בשטחה. הצהרה זו הוגשה ב־9 באפריל 2014, ובמסגרתה הודיעה אוקראינה כי היא מקבלת את סמכות בית הדין בנוגע לפשעים שבוצעו לכאורה בשטחה בין ה־21 בנובמבר 2013 ל־22 בפברואר 2014, במסגרת הסכסוך שפרץ בינה לבין רוסיה בחודש אוקטובר 2013.²⁰⁷ בעקבות ההצהרה, ב־25 באפריל 2014 פתחה התובעת בנסודה בבדיקה מקדמית.²⁰⁸ ב־8 בספטמבר 2015 הגישה אוקראינה הצהרה נוספת לבית הדין, שבמסגרתה העניקה לו סמכות גם ביחס לתקופה מה־20 בפברואר 2014, ללא מועד סיום.²⁰⁹

ראשיתו של הסכסוך ב'אירועי יברומאידאן', שהחלו בהפגנות שהתקיימו בתגובה להחלטת ממשלת אוקראינה שלא לחתום על הסכם שיתוף פעולה עם האיחוד האירופי, ואשר הובילו להדחת הנשיא הפרו־רוסי ויקטור ינוקוביץ' ולעריכת בחירות בחודש מאי 2014, שבהן ניצח פטרו פורושנקו. בעקבות זאת רוסיה ביצעה השתלטות צבאית על חצי האי קרים, הכריזה על עצמאות האזור, כביכול ביוזמת תושביו, ערכה משאל עם לגבי הצטרפותו של חצי האי לרוסיה (שזכה לתמיכה של כ־95 אחוזים מהמצביעים), וב־18 במארס 2014 ביצעה סיפוח רשמי. במקביל לסיפוח חצי האי קרים החלו להתלקח מהומות אלימות במזרח אוקראינה בין קבוצות בדלנים פרו־רוסים לבין צבא אוקראינה. המהומות התפתחו לקרבות שכללו הפגזות מסיביות ושימוש בנשק כבד, והובילו למותם של יותר מ־3,000 אזרחים.

בסוף שנת 2016 משכה רוסיה את חתימתה מאמנת רומא. מדובר בפעולה הצהרתית, שכן רוסיה ממילא אינה חברה בבית הדין משום שלא אשררה את האמנה.

ב־11 בדצמבר 2020 הודיעה התובעת בנסודה כי התמלאו התנאים הנדרשים לפתיחת חקירה בנוגע לפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, שהתרחשו לכאורה במזרח אוקראינה ובחצי האי קרים מאז שנת 2014.²¹⁰ התובעת גרסה כי ישווד סביר להניח שהצדדים לעימות ביצעו מגוון רחב של פשעים, בין היתר רצח, עינויים, כליאה בלתי חוקית, אילוף אנשים מוגנים לשרת בכוחותיה של מעצמה עוינת, שלילה בזדון של הזכות למשפט הוגן מאנשים מוגנים, תפיסה של רכוש אויב שלא נדרש באופן חיוני למלחמה, העברה בכוח של עצירים ואסירים מתוך השטח הכבוש, שלילה חמורה של חירות פיזית, רדיפה מטעמים פוליטיים, היעלמות כפויה של בני אדם, התקפה מכוונת כלפי אוכלוסייה אזרחית ויעדים אזרחיים, אונס ואלימות מינית. התובעת ציינה כי על אף שמתקיימים הליכים משפטיים באוקראינה וברוסיה, הליכים אלו אינם עונים על דרישת המשלימות. זאת משתי סיבות: ראשית, לאור העובדה שהם אינם מעידים על ביצוע חקירות מספקות של חשודים בביצוע הפשעים; שנית, לאור חוסר היכולת של כל צד לחקור, לאסוף ראיות ולעצור חשודים בשטח של הצד השני לעימות, באופן שמונע למעשה את קיום ההליכים. לפיכך קבעה התובעת כי המקרים הפוטנציאליים יהיו קבילים בבתי הדין. התובעת גם ציינה שזכתה לשיתוף

ICC, Registrar (Apr. 9, 2014) 207

ICC, Press Release, The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination in Ukraine (Apr. 25, 2014) 208

ICC, Registrar (Sep. 8, 2015) 209

ICC, Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine (Dec. 11, 2020) 210

פעולה מצד הרשויות באוקראינה, אולם לא מצד הרשויות ברוסיה. לאור התמלאות התנאים, התובעת קבעה כי השלב הבא הוא בקשת אישור מערכאת קדם המשפט לפתוח בחקירה. מעניין לציין כי בדוח התובעת משנת 2018 בדבר בדיקות מקדמיות צוין כי משרדה בוחן בהקשר של חצי האי קרים, בין היתר, אם התבצע פשע מלחמה של העברת אוכלוסייה של הכוח הכובש לתוך השטח הנכבש (בדומה לפשע ההתנחלויות שנבחן בהליך הנוגע לישראל),²¹¹ אולם בדוחות הבאים אין אזכור של בחינה כזאת.

ב-28 בפברואר 2022, עקב פלישת רוסיה לאוקראינה, הודיע התובע חאן כי החליט להתקדם עם החקירה במהירות האפשרית ולבקש אישור מערכאת קדם המשפט לפתיחת חקירה. עוד הודיע כי החקירה תכלול גם חשדות לפשעי מלחמה שמתבצעים במהלך הלחימה הנוכחית. כדי לאפשר פתיחת חקירה מיידי צוין חאן כי באפשרותן של מדינות חברות להפנות אליו בקשה לחקור את המצב.²¹² בהמשך לכך, 43 מדינות חברות פנו לחאן בבקשה לחקור.²¹³ ב-2 במארס הודיע התובע כי החקירה נפתחה וכי נשלחו צוותי חקירה לשטח לשם תיעוד פשעי המלחמה.²¹⁴

כפי שהוסבר לעיל, החקירה לא תתייחס לפשע התוקפנות, קרי לעצם הפלישה של רוסיה לאוקראינה, מאחר שרוסיה אינה חברה בבית הדין.

ICC, The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2018 (Dec. 5, 2018) 211
 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I have decided to proceed 212
 with opening an investigation." (Feb. 28, 2022)
 ICC, Ukraine (Last visited July 4, 2022) 213
 ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 214
 39 States Parties and the Opening of an Investigation (Mar. 2, 2022)

מגמות בהתנהלות בית הדין

א. היחסים בין בית הדין לבין הקהילה הבינלאומית

תפקודו המוצלח של בית הדין תלוי במידת שיתוף הפעולה שהוא זוכה לה ממדינות העולם. בית הדין תלוי במדינות החברות בכל המישורים, כולל לשם מימון פעילותו, כדי לממש צווי מעצר שהוא מוציא, לסיוע בהעברת מידע רלוונטי וראיות ולביצוע פסקי הדין. לבית הדין חשוב גם לזכות בלגיטימציה מצד הקהילה הבינלאומית בכללותה, אף מעבר למדינות החברות בו, כדי שיווצר לחץ בינלאומי לשתף פעולה עימו. העמדה של המדינות ביחס לבית הדין מושפעת מן האופן שבו הוא נתפס כגורם המאפשר לקדם הטלת אחריות על מבצעי הפשעים החמורים ביותר. אולם מעבר לכך, עמדתה של כל מדינה ביחס לבית הדין מושפעת מהמידה שבה הוא נתפס כאיום עליה או על בעלות בריתה, או מגד, כמקדם את האינטרסים של המדינה בזירה הבינלאומית.

בראשית דרכו ועד לאחרונה, החקירות שהתנהלו בבית הדין והתיקים שנפתחו נגד חשודים קונקרטיים התייחסו באופן בלעדי למדינות אפריקאיות. תשע החקירות הראשונות שנפתחו בבית הדין היו לגבי מדינות אפריקאיות ורק בשנת 2016, 14 שנה לאחר שהוקם, נפתחה חקירה גם ביחס לאירועים במדינה מחוץ ליבשת אפריקה (גיאוורגיה). זאת ועוד, עד שנת 2022, כל ההליכים הפרטיים שנפתחו היו נגד נאשמים מאפריקה. בשל כך נשמעו לאורך השנים האשמות כי מדובר ביחס לא־שוויוני ומפלה לרעה כלפי מדינות היבשת. תרעומת מיוחדת עורר ההליך נגד נשיא סודאן לשעבר עומר אל־בשיר, וכן החלטות בית הדין שקבעו באופן רשמי כי מספר מדינות ביבשת אפריקה לא שיתפו עימו פעולה, לאור סירובן להסגיר את אל־בשיר לבית הדין.²¹⁵ על רקע ביקורת זו, בינואר 2017 יצא האיחוד האפריקאי בקריאה למדינות אפריקה החברות בו לשקול פרישה מבית הדין.²¹⁶ בפועל, דרום אפריקה וגמביה אומנם הודיעו בשנת 2016 לבית הדין כי בכוונתן לפרוש ממנו, אך לבסוף חזרו בהן לפני שהפרישה נכנסה לתוקף. המדינה היחידה מאפריקה שפרשה מבית הדין היא בורונדי, וזאת בהמשך לבדיקה המקדמית שנפתחה בעניינה.

עם זאת ראוי לציין כי יש הסבר להתמקדות של בית הדין ביבשת אפריקה בראשית דרכו. מרבית החקירות בעניינין של המדינות באפריקה החלו לבקשתה של המדינה הנוגעת בדבר (אוגנדה, חוף השנהב, קונגו, הרפובליקה המרכז־אפריקאית ו־II ומאלי). המטרה של אותן מדינות הייתה שבית הדין ינהל הליכים נגד גורמים השייכים לארגונים לא־מדינתיים או לשלטונות הקודמים שביצעו פשעים בשטחן, בגלל הקושי לנהל הליכים מורכבים כאלה בבתי המשפט של המדינה. שתי חקירות נוספות נפתחו ביוזמת מועצת הביטחון (דאפור־סודאן ולוב). רק בשני מקרים החקירה נפתחה בניגוד לעמדת המדינה (קניה ובורונדי).

הרחבת העיסוק של בית הדין לאורך השנים במסגרת בדיקות מקדמיות ואף חקירות גם לגבי מדינות שאינן מיבשת אפריקה, כולל מדינות מרכזיות בזירה הבינלאומית, היה בה כדי לרכך את הביקורת. אולם

Priya Pillai, *The African Union, the International Criminal Court, and the International Court of Justice: At the Fault Lines of International Accountability*, ASIL (Aug. 22, 2018) 215
African Union, Assembly/AU/Dec.621- 641(XXVIII) (Jan. 30-31, 2017) 216

התוצאה של פתיחת ההליכים המתייחסים למדינות נוספות הייתה חיכוך עימן, ובפרט במקרים שבהם הליכים התייחסו למדינות שאינן חברות בבית הדין.

בהקשר זה הועלתה הטענה כי בהחלת סמכות השיפוט של בית הדין על אזרחי מדינות שאינן חברות, בהיעדר הסכמתן, יש פגיעה בריבונותן ובסדר המשפטי העולמי, אשר מושתת על הסכמה ריבונית. עוד נטען כי בית הדין נתון להשפעות פוליטיות ומערב שיקולים פוליטיים בהחלטותיו.²¹⁷

מערכת היחסים בין בית הדין לארצות הברית ראויה להתייחסות מיוחדת. על פי המדיניות המוצהרת של ארצות הברית, היא רואה חשיבות במניעת פשעים חמורים (atrocities) ובמיצוי הדין עם מבצעי פשעים כאלה. עיקרון זה מופיע לאורך השנים במסמכי אסטרטגיית הביטחון הלאומי וכן בחקיקה ובהחלטות של הקונגרס, ומתבטא גם במעורבות ובתמיכה של ארצות הברית בהקמת טריבונלים שונים לשיפוט פושעי מלחמה ובסיוע להבאתם לדין.²¹⁸ ארצות הברית אף הייתה שותפה פעילה בדיונים לגיבוש אמנת רומא.

מן העבר השני, ארצות הברית מתנגדת באופן נחרץ לכך שאנשים השייכים לכוחותיה, אשר פרוסים ופועלים ברחבי העולם, ימצאו עצמם תחת הליכים בפני גורמים זרים כלשהם, בין בערכאות של מדינה אחרת ובין בערכאה בינלאומית. לאור זאת ארצות הברית נמנעה מלאשרר את אמנת רומא.²¹⁹ יתרה מזאת, במאי 2002 ועל רקע העימות המזוין מול ארגוני טרור, הודיע ממשל בוש באופן רשמי כי אין בכוונת ארצות הברית לאשרר את האמנה. ארצות הברית לא הסתפקה בכך והחלה לנקוט צעדים נגד סמכותו של בית הדין. ב-2 באוגוסט 2002 נחקק חוק ההגנה על אנשי הכוחות האמריקאיים, האוסר על שיתוף פעולה של גורמים רשמיים במדינה עם בית הדין. החוק אף מתיר לנשיא להורות על שימוש בכל האמצעים כדי לשחרר אזרח אמריקאי הנמצא במעצר או במאסר בקשר להליך המתנהל בפני בית הדין – הוראה המפורשת כמתירה אפילו שימוש בכוח.²²⁰ במקביל פעלה ארצות הברית גם במישור הביטחוני וחתמה עם מדינות שונות על הסכמים שמטרתם מניעת הסגרתם של אזרחים אמריקאים לבית הדין.

מן המועד שבו החל בית הדין לפעול, ארצות הברית נמנעה מהשתתפות במפגשים של אספת המדינות החברות, אף לא בתור משקיפה, ונמנעה מכל סיוע או שיתוף פעולה עם בית הדין. היא אף עמדה על כך שהחלטות של מועצת הביטחון לא יזכירו את בית הדין והצביעה נגד החלטות של העצרת הכללית של האו"ם שאימצו את הדוח השנתי של בית הדין, או תמכו בו באופן אחר. ואולם עמדה זו הלכה והתרככה עם השנים. בשנת 2005 ארצות הברית נמנעה בהצבעה במועצת הביטחון ואפשרה להפנות את המצב בדארפור לבית הדין, ובשנת 2011 הצביעה בעד החלטה להפנות לחקירת בית הדין את האירועים בלוב. בשנים 2006 ו-2008 אף בוטלו חלק מן ההגבלות שהוטלו בחקיקה האמריקאית על שיתוף פעולה עם מדינות החברות בבית הדין. יתרה מזאת, ארצות הברית החלה להשתתף בתור משקיפה בדיונים של אספת המדינות החברות, וכן סייעה בהעברת חשודים לבית הדין.²²¹ כך העבירה ארצות הברית לידי בית הדין בשנת 2013 את בוסקו נטגנדה

Brian L. Cox, *The ICC Wants Justice But Has No Mandate, Just Security* (June 24, 2020); Stephen Rademaker, *The ICC's Fundamental Design Flaws Have Only Become More Evident*, ICJT (May 24, 2021)

218 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 45-50.

219 שם, עמ' 40-44.

American Servicemembers' Protection Act, 22 U.S.C. §§7421-7433 (Aug. 2, 2002)

221 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 13-25.

שהיה מנהיג מיליציה חמושה בקונגו, לאחר שהסגיר עצמו לשגרירות האמריקאית ברואנדה, ובשנת 2015 העבירה את דומיניק אונגוון, מפקד בכיר בארגון LRA שנעצר על ידי הכוחות האמריקאיים ברפובליקה המרכז-אפריקאית.²²²

על מגמת השיפור ביחסים העיב העיסוק של בית הדין בפשעים אפשריים של אנשי כוחות הביטחון האמריקאיים במסגרת הבדיקה המקדמית והחקירה של העימות באפגניסטן, כמתואר בפרק הקודם. כל עוד התנהלה הבדיקה המקדמית, שהחלה ביוזמת התובע אוקמפו בשנת 2006, פעלה ארצות הברית מאחורי הקלעים במטרה לשכנע את משרד התביעה לא לפתוח בחקירה הנוגעת לאנשיה. חוסר ההצלחה למנוע את החקירה התברר בנובמבר 2017 כאשר התובעת בנסודה ביקשה את אישור ערכאת קדם המשפט לפתוח בחקירה המתייחסת גם לכוחות האמריקאיים, הן ביחס למעשיהם באפגניסטן והן ביחס לטענות למעשי אלימות כלפי עצורים ועיניים הקשורים לכך, שבוצעו בשטחן של מדינות נוספות החברות באמנה (פולין, רומניה וליטא).

התגובה האמריקאית הייתה חריפה. בחודש ספטמבר 2018 איים היועץ לביטחון לאומי בארצות הברית דאז, ג'ון בולטון, להטיל סנקציות על בית הדין, על השופטים ואנשי משרד התביעה, כולל העמדתם לדין פלילי בארצות הברית.²²³ ב-5 באפריל 2019 ביטלה ארצות הברית את אשרת הכניסה של התובעת בנסודה. זאת על רקע הצהרתו של מזכיר המדינה של ארצות הברית מייק פומפאו, כי יוטלו הגבלות על מתן אשרת כניסה לגורמים בבית הדין שמעורבים בחקירת אזרחי ארצות הברית בנוגע לביצוע פשעי מלחמה.²²⁴

באפריל 2019 הגיעה ערכאת קדם המשפט למסקנה כי אין מקום להורות על קיום החקירה, על בסיס הנימוק שהחקירה לא תשרת את האינטרסים של הצדק, בשל הזמן הרב שחלף והקושי בהשגת הרשעות. הנשיא דונלד טראמפ ומזכיר המדינה פומפאו הציגו החלטה זו כניצחון וכתוצאה ישירה של הלחץ שהופעל על בית הדין.²²⁵ החלטת ערכאת קדם המשפט גררה גל של ביקורת קשה. התובעת בנסודה ערערה על ההחלטה ובמארס 2020 ערעורה התקבל וניתן אישור לפתוח בחקירה.

בעקבות אישור זה ובעקבות ההודעה של התובעת בדצמבר 2019 כי יש לפתוח בחקירה לגבי המצב ב"פלסטין", המתייחסת גם למעשיהם של אנשי כוחות הביטחון של ישראל, העלה הממשל האמריקאי הילוך בצעדים נגד בית הדין. ב-11 ביוני 2020 הוציא הנשיא טראמפ צו מנהלי שאפשר הטלת סנקציות על בכירים בבית הדין המעורבים בחקירה נגד בעלי תפקיד של ארצות הברית ושל בעלות בריתה,²²⁶ ומכוחו, ב-2 בספטמבר 2020 הטילה ארצות הברית סנקציות על תובעת בית הדין ועל בכיר נוסף, כולל הקפאת נכסים ואיסור על

222 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 5.

223 Matthew Kahn, National Security Adviser John Bolton Remarks to Federalist Society, Lawfare (Sep. 10, 2018).

224 AP, Pompeo warns ICC staff about visa revocations, YouTube (Mar. 15, 2019).

225 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 30.

226 Exec. Order No. 13928, Blocking Property of Certain Persons Associated With the International Criminal Court (June 11, 2020).

עריכת עסקאות עימם.²²⁷ התנהלות זו גררה תגובות רבות של תמיכה בבית הדין מצד גורמים שונים, כולל הצהרה מצד 67 מדינות חברות בבית הדין, המביעה תמיכה בבית הדין כגוף משפטי עצמאי ואובייקטיבי.²²⁸ ב-26 בינואר 2021, זמן קצר לאחר שנכנס לתפקיד, הודיע הנשיא ג'ו ביידן כי יבחן ביסודיות את הסנקציות שהטיל ממשל טראמפ,²²⁹ וב-1 באפריל 2021 בוטל הצו המנהלי שמכוחו הם הוטלו והוסרו ההגבלות על כניסתה של התובעת לארצות הברית.²³⁰ מזכיר המדינה אנתוני בלינק ציין כי ארצות הברית ממשיכה להתנגד באופן נחרץ לפעולות בית הדין בנוגע לחקירות באפגניסטן וב"פלסטין", ולניסיונות של בית הדין להחיל את סמכות השיפוט שלו על מדינות שאינן חברות בו, כגון ארצות הברית וישראל. אולם חששות אלו יקבלו מענה טוב יותר באמצעות שיח עם בית הדין ולא דרך סנקציות.²³¹

נראה שהמגעים בין הממשל האמריקאי לבין התובע חאן, שהתמנה ביוני 2021, נשאו פרי. ב-27 בספטמבר 2021, לאחר תפיסת השלטון באפגניסטן על ידי הטאליבאן, הודיע התובע שהחקירה באפגניסטן תתמקד בפשעים של הטאליבאן ודאע"ש ח'וראסאן. על פי הודעתו, החקירות האחרות, כולל החקירות הנוגעות לכוחות האמריקאיים, למעשה לא ייחקרו על ידי משרדו. הודעה זו סללה את הדרך לשיפור ניכר ביחסים בין בית הדין לבין ארצות הברית. ביטוי לכך ניתן לראות, למשל, בתמיכה מצד גורמים שונים בממשל האמריקאי בחקירה של בית הדין בנוגע לעימות בין רוסיה ואוקראינה.²³²

פלישת רוסיה לאוקראינה ואופן המעורבות של בית הדין בחקירת הפשעים המבוצעים אגב עימות זה יצרו לבית הדין הזדמנות פז לשפר את מעמדו הבינלאומי. בהקשר זה מעניינים דבריו של דיוויד שפר, שמונה על ידי ממשל ביידן לשגריר ארצות הברית לנושא של פשעי מלחמה.²³³ בשיחה שהתנהלה בינו לבין התובע כרים חאן בכינוס שנערך באפריל 2022 הסביר שפר כי העובדה ש-43 מדינות הפנו את המקרה של אוקראינה לחקירת בית הדין, והסיוע הנוסף המוענק על ידי מדינות שונות לתובע בחקירה זו, משקפים לדעתו אמון של הקהילה הבינלאומית ביכולתו של בית הדין לתת מענה לפשעים החמורים המתבצעים אגב עימות זה,

U.S. Dep't of State, Press Release, Actions to Protect U.S. Personnel from Illegitimate Investigation by the International Criminal Court (Sep. 2, 2020)

Permanent mission of France to the United Nations in New York, We remain committed to an international rules-based order (June 23, 2020). על התנהלות ממשל טראמפ והתגובות ראו דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 30-33.

Simon Lewis, Biden administration to review sanctions on International Criminal Court officials, Reuters (Jan. 27, 2021)

Exec. Order No. 14022, Termination of Emergency With Respect to the International Criminal Court (Apr. 1, 2021)

U.S. Dep't of State, Press Release, Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court (Apr. 2, 2021). ראו גם היתוח בדוח ASIL על נזקי הגישה של ממשל טראמפ לבית הדין ועל התמיכה בגישה קונסטרוקטיבית יותר, לעיל ה"ש 13, עמ' 57-58.

Oona Hathaway, The U.S. finally sees the point of the International Criminal Court, The Washington Post (Apr. 13, 2021); Colum Lynch, America's ICC Animus Gets Tested by Putin's Alleged War Crimes, Foreign Policy (Mar. 15, 2022); US Mission to the United Nations, Ambassador Linda Thomas-Greenfield's Interview with James Menendez of BBC Newshour (Mar. 10, 2022)

233 מעניין לציין ששפר היה ראש המשלחת של הממשל האמריקאי בדיונים לגיבוש אמנת רומא.

שמעוררים תרעומת קשה בעולם. נוסף על כך, לדבריו חקירה זו יצרה הזדמנות לחיבור בין ארצות הברית לבית הדין, במגמה לשתף פעולה בהבאת האשמים לדין.²³⁴

ב. הביקורת על התנהלות בית הדין

בית הדין מצוי תחת ביקורת מתמשכת על חוסר האפקטיביות שלו ועל כך שלא עמד בציפיות שתלו בהקמתו. היעד של הבאת מבצעי הפשעים החמורים לדין הושג באופן מוגבל מאוד – חמש הרשעות בלבד בעבירות מהותיות, כאשר הרשעה אחת עומדת בפני ערעור – על פני תקופה של כעשרים שנה. יתרה מזאת, לא נראה כי קיומו של בית הדין הוביל להפחתה בביצועם של הפשעים שאותם נועד לשפוט, אשר ממשיכים להתרחש ברחבי העולם גם בימים אלה. מנגד, את ההשפעה של בית הדין יש למדוד גם לפי המידה שבה הוא מרתיע מפני ביצוע פשעים, גורם למדינות לבחון מחדש את אופן התנהלותן ומעודד הבאה לדין של מבצעי פשעים בבתי משפט מדינתיים.²³⁵

חלק ניכר מן הביקורת כוון כלפי משרד התביעה ואופן ניהול החקירות על ידו. מעבר למספר הכללי המועט של הרשעות בהליכים בבית הדין, תיקי דגל של המשרד הסתיימו בביטול כתבי האישום או בזיכויים. כך היה בנוגע לאוהורו קניאטה נשיא קניה וסגנו ויליאם רוטו; לורן גבאגבו נשיא חוף השנהב, ויד ימינו צ'ארלס בלה גודה; וז'אן-פייר במבה גומבו, נשיא ומפקד עליון של התנועה לשחרור קונגו. נטען כי כישלונות אלו נבעו מניהול חקירות רבות מדי ובאופן שטחי, במקום להתמקד במספר חקירות מצומצם יותר אולם להעמיק בהן; התמקדות בתיקים נגד הגורמים הבכירים ביותר מבלי לבסס את ביצוע הפשעים באמצעות חקירות והרשעות של גורמים בדרג נמוך יותר; היעדר נוכחות מספקת במדינה ופיתוח מומחיות ספציפית; וכישלון בהבטחת ראיות קונקרטיות מספקות שקושרות את החשודים לפשעים שבוצעו. באופן כללי, עלתה שאלה אם התפרסות משרד התביעה על פני חקירות רבות תואמת את כוונת אמנת רומא להתמקד בפשעים החמורים ביותר שמעסיקים את הקהילה הבינלאומית.²³⁶

היבט אחר של הביקורת הופנה לעבר שופטי בית הדין, הן בפן המקצועי והן באופן התנהלותם בכלל. בפן המקצועי נמתחה ביקורת, גם מצד שופטים בבית הדין, על איכות ההנמקות של חלק מפקסי הדין ועל חוסר

Lauren Baillie, Will the Ukraine War Renew Global Commitments to the International Criminal Court? United States Institute for Peace, USIP (Apr. 28, 2022) (להלן – Baillie). ביטוי לכך ניתן לראות, לדוגמה, בהודעת מחלקת המדינה האמריקאית ממאי 2022 על הקמת תוכנית לניתוח ולעיבוד עדויות לביצוע פשעי מלחמה על ידי הכוחות הרוסיים באוקראינה. התוכנית תסתמך על מקורות גלויים כגון צילומי לוויין ורשתות חברתיות, על מנת לנתח ולשתף ראיות לביצוע פשעים לצורך שימוש במנגנונים קיימים ועתידיים – U.S. Dep't of State, Press Release, Promoting Accountability for War Crimes and Other Atrocities in Ukraine (May 17, 2022).

Stuart Ford, Can the International Criminal Court Succeed? An Analysis of the Empirical Evidence of Violence Prevention, 43 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 101 (Mar. 7, 2020) ראו למשל את הניתוח במאמר – Empirical Evidence of Violence Prevention, 43 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 101 (Mar. 7, 2020) שבו מצוטטים גורמים שונים המבקרים את האפקטיביות של בית הדין במניעת הפרות (עמ' 109). המחבר עצמו בוחן חמישה מחקרים אמפיריים (בעמ' 110-121) ומוצא שבנסיבות מסוימות יש ראיות לכך שבית הדין מנע אלימות (עמ' 122). בדוח ישן יותר משנת 2016 מובאים טיעונים ומחקרים התומכים בקיומו של אפקט מרתיע לבית הדין: Christen Romero Philips, The International Criminal Court & Deterrence: A Report to the Office of Global Criminal Justice, U.S. Department of State, Stanford L. School: L. & Pol'y Lab (June 2016). ניתוח שאלת האפקטיביות של בית הדין בהרתעה מפני ביצוע פשעים חורג מגדרו של מזכר זה.

236 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 37-36.

העקביות שלהם.²³⁷ זאת ועוד, חלק מהשופטים שמונו לאורך השנים היו ללא ידע מספק כנדרש, ובעשור הראשון לקיומו של בית הדין אף מונתה שופטת מיפן שלא הייתה לה הכשרה משפטית.²³⁸ כמו כן הועלו תהיות לגבי העצמאות, הקולגיאיות והמקצועיות של חלק מהשופטים, זאת לאור פתיחה בהליכים של מספר שופטים נגד בית הדין בדרישה להגדלת שכרם; ניסיון של שופטת להמשיך לכהן במשפט שמתנהל, כאשר במקביל התמנתה לכהן כשגרירה מטעם מדינתה; התבטאויות של שופט המודה ששופטים התעלמו מכלל פרוצדורלי שלא הסכימו איתו; וכן התבטאויות בעייתיות של אותו שופט כלפי מדינות אפריקה.²³⁹

ביקורת הופנתה גם כלפי רשם בית הדין וספקות הועלו בנוגע ליכולתו לנהל את השתתפות הקורבנות בהליכים, להגן עליהם מהפחדה ולנהל הליך הקפאת נכסים של חשודים.²⁴⁰

הביקורת על בית הדין והצורך בעריכת שינויים הגיעו גם מארבעת הנשיאים הראשונים של אספת המדינות החברות בבית הדין, אשר קראו בשנת 2019 לקיום הערכה עצמאית של תפקוד בית הדין.²⁴¹ בהמשך לכך, ב־6 בדצמבר 2019 הורתה אספת המדינות החברות על הקמת ועדת מומחים עצמאית לבחינת מכלול ההיבטים של התנהלות בית הדין, במטרה להציע דרכים לחזק את מעמדו ולשפר את יעילותו.²⁴² ב־30 בספטמבר 2020 פרסמה ועדת המומחים העצמאית בראשות ריצ'רד גולדסטון דוח ביקורת מקיף.²⁴³ הדוח כלל 384 המלצות, אשר 76 מהן הוגדרו בסדר עדיפות גבוה.

הדוח עסק הן ברמת המאקרו, והציע בין היתר לערוך רפורמות במבנה בית הדין ובפיקוח עליו, במזכירות בית הדין, בפעילות הגופים של בית הדין ובאינטראקציה ביניהם; והן ברמת המיקרו, והציע בין היתר לגייס עובדים בעלי ניסיון בחקירות כלכליות ובסייבר, לשפר את אכיפת ביצוע צווי המעצר ולהגביר את נוכחותם של עובדי בית הדין במדינות שנמצאות תחת חקירה.

הדוח ביקר את סביבת העבודה בבית הדין וציין שעובדים מכלל הגופים של בית הדין הלינו על אווירה כללית של חוסר אמון, תרבות של פחד וחוסר לכידות. הדוח ציין גם תלונות על התנהגות בריזנית ובפרט במשרד התביעה, כולל תלונות על אפליית נשים והטרדות מיניות מצד בכירים כלפי עובדות שכפופות להם, ופחד להתלונן על שופטים ועובדים בכירים בשל ההבנה שהם מוגנים וחסינים מביקורת. הדוח המליץ לעדכן את הקוד האתי של השופטים. נוסף על כך הדוח ציין שנשים נעדרות כמעט לחלוטין מתפקידים בכירים במשרד התביעה, והמליץ לקדם אפליה מתקנת והטמעת חשיבה מגדרית.

הדוח ציין שחלק מהקושי של בית הדין נובע מאיכות השופטים, וכי חלקם נבחרים לא בשל יכולות משפטיות גבוהות כנדרש, אלא בשל שיקולים פוליטיים של המדינות החברות שבחרות את השופטים. כך למשל, הדוח ציין שבעבר נבחרו שופטים שלא שלטו באחת מהשפות הרשמיות של בית הדין ברמה הנדרשת.

237 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 36-37.

238 Afua Hirsch, System for appointing judges 'undermining international courts', The Guardian (Sep. 8, 2010) 238 Andrea Carcano, On the exercise of the judicial function at the International Criminal Court: Issues of credibility 239 and structural design, QIL (Mar. 31, 2020)

240 דוח ASIL, לעיל ה"ש 13, עמ' 37.

241 Prince Zeid Raad Al Hussein, Bruno Stagno Ugarte, Christian Wenaweser, Tiina Intelman, The International Criminal Court needs fixing, Atlantic Council (Apr. 24, 2019)

242 ASP, Review of the International Criminal Court and the Rome Statute system, ICC-ASP/18/Res.7 (Dec. 6, 2019) 242

243 דוח צוות המומחים, לעיל ה"ש 103.

נוכח הפוליטיזציה של תהליך בחירת השופטים וספקנות לגבי היושרה ואמינות התהליך, הדוח בחן את דרך הצגת המועמדות לשיפוט ואת אופן התנהלות הוועדה המייעצת לבחירת שופטים, והציע דרכים לוודא שרק מועמדים ברמה נאותה יעברו את תהליך המיון ויגיעו להצבעת המדינות החברות. הדוח המליץ גם לקיים סמינרים ותוכניות השתלמות מותאמות אישית, ובפרט לשופטים חדשים.

הדוח ביקר את ריבוי החקירות שמשרד התביעה עוסק בהן, דבר הפוגע באיכותן, והמליץ לצמצם את מספר הבדיקות המקדמיות והחקירות שנפתחות על ידי אימוץ רף חומרה גבוה יותר וסינון קפדני יותר של מקרים. באופן הזה בית הדין, אשר הוקם על מנת לשמש בית דין של מוצא אחרון וסמכות משלימה לסמכות המדינתית, יעסוק רק במקרים החמורים ביותר שמעסיקים את כלל הקהילה הבינלאומית.

הדוח ציין שבעבר משרד התביעה התמקד בעיקר בהעמדה לדין של הדרג הבכיר בצבא ובממשלה, אולם בחירת תיקים כזאת הובילה לקושי רב, בין היתר ביחס להשגת ראיות ואכיפת צווי מעצר. בשנים האחרונות נפתחו גם תיקים נגד אנשים הנושאים באחריות הישירה לביצוע הפשעים, אף אם מדובר בדרגי ביניים. בהתאם, בחמש השנים האחרונות, מבין צווי המעצר הגלויים שהוצאו רק אחד הוצא נגד נושא תפקיד בכיר, ובין צווי המעצר שהוצאו נגד דרג הביניים ניתן למצוא גם רב־סרן בצבא לוב. הדוח הביע תמיכה בדרך פעולה זו, תוך הדגשה כי חשוב שהעמדה לדין של דרגי ביניים תהיה שלב בדרך לפתיחת הליכים נגד הדרג הבכיר, ולא רק מטרה בפני עצמה.

נוסף על כך, הדוח מתח ביקורת על משך הזמן הארוך של שלב הבדיקה המקדמית עד קבלת החלטה אם לפתוח בחקירה או לא (כחמש שנים בממוצע), והמליץ כי ככלל בבדיקה מקדמית לא תימשך יותר משנתיים ותכלול תוכנית עבודה מסודרת ומסגרת זמן קבועה לכל שלב בבדיקה. הדוח ציין שחלק מהעיכוב נבע מן הפרקטיקה של משרד התביעה לעודד קיום הליכים מדינתיים ולהמתין בנוגע להחלטה אם לפתוח בחקירה עד הגעה למסקנה ביחס להיתכנות לקיום הליכים כאמור. בשל כך נערכה בחינה מתמשכת בנוגע להתקיימות הליכי חקירה והעמדה לדין במדינה, לפעמים אף לאורך שנים רבות, באופן שחורג מהמנדט שניתן למשרד התביעה בשלב זה, ומבלי שישנם קריטריונים או אמות מידה שלפיהם מדינות יכולות להראות שהן מבצעות הליכים כנים. הדוח ציין כי עידוד קיום הליכים מדינתיים אינו מוגבל לשלב הבדיקה המקדמית והמליץ להימנע מבחינה מתמשכת בנושא בשלב הבדיקה, ובמקום זאת להמשיך להיות במגע עם מדינות בנושא גם לאחר שנפתחת חקירה.

זאת ועוד, הדוח ציין כי אין תוכנית עבודה מסודרת עבור כל חקירה, בין היתר בנוגע למיפוי החשודים הפוטנציאליים ולתעדוף שלהם, והמליץ לתעדף מקרים בין היתר לאור חוזק הראיות, סיכויי הרשעה, היכולת לעצור את החשודים, שיתוף הפעולה הבינלאומי והיכולת להגן על עדים. כמו כן, הדוח ציין כי עד היום לא נסגרה אפילו חקירה אחת, וכי משרד התביעה עובד על מסמך הנחיות בנושא. כחלק מההחלטה אם לסגור חקירה, הדוח המליץ לבחון את שיתוף הפעולה עם הרשויות המדינתיות בנוגע להעמדה לדין.

ב־18 בדצמבר 2020 אימצה אספת המדינות החברות בבית הדין החלטה שבמסגרתה הורתה על הקמת מנגנון לבחינת המלצות הדוח ויישומן.²⁴⁴ המנגנון המורכב מנציגים של מדינות חברות אחראי על תכנון, מעקב ודיווח שוטף לנשיאות האספה וללשכה, לגבי הערכת ההמלצות הכלולות בדוח. ב־30 ביוני

ASP, Review of the International Criminal Court and the Rome Statute system, ICC-ASP/19/Res.7 (Dec. 18, 2020) 244

2021 פרסם המנגנון הצעה לתוכנית פעולה מקיפה, הכוללת סיווג ההמלצות ושיוך לגוף הרלוונטי בבית הדין; תעודף ההמלצות; וחלוקת כלל ההמלצות לארבע תקופות של שישה חודשים כל אחת, עד אמצע שנת 2023, כאשר בתקופה זו על הגוף הרלוונטי לקיים הערכה מפורטת בדבר יישום ההמלצה.²⁴⁵ ב-28 ביולי 2021 אימצה אספת המדינות, בשינויים קלים, את תוכנית הפעולה.²⁴⁶ נוסף על כך, בעקבות הדוח אימצה אספת המדינות החברות החלטות ברוח ההמלצות, כגון ביחס להליך בחירת מזכיר בית הדין.²⁴⁷ במקביל, ב-14 באפריל 2021 פרסם בית הדין דוח הכולל התייחסות מפורטת להמלצות וניתוח ראשוני שלהן.²⁴⁸ בעקבות הדוח פרסמה התובעת בנסודה שני מסמכי מדיניות שהדוח המליץ על עריכתם. באוקטובר 2020 פורסם מסמך הנחיות בנוגע לעריכת הסדרי טיעון עם נאשמים בבית הדין,²⁴⁹ שמטרתו להסדיר את השימוש בהסדרי טיעון ולעודד אותם כדי לחסוך במשאבים של בית הדין ולקצר הליכים. ביוני 2021 פורסם מסמך מדיניות שני על השלמת הבחינה של מצבים, שעוסק באופן סגירתן של חקירות המתנהלות בבית הדין.²⁵⁰ המסמך נועד להתוות דרך, במסגרת חקירות פתוחות, להתמקד החל משלב מסוים רק בניהול התיקים שכבר נדונים בבית הדין. באופן זה ניתן יהיה למצות בשלב כלשהו את החקירה בכללותה ואת ההליכים המתקיימים במסגרתה, כך שלא ייפתחו עוד הליכים חדשים אלא במקרים חריגים, וניתן יהיה לנתב את המשאבים של משרד התביעה לחקירות אחרות. מעבר למסמכי המדיניות, התובעת בנסודה ציינה בדוח השנתי שלה בדבר בדיקות מקדמיות לשנת 2020 כי משרדה החל בתהליך של הקמת צוות אינטגרטיבי כבר משלב הבדיקה המקדמית, המשלב חוקרים בכירים מהמחלקה לחקירות, עורכי דין משלב המשפט ויועצים, במטרה לייעל ולמקד את הבדיקה המקדמית ולשפר את העברת המידע להמשך ההליך. התובעת ציינה כי משרדה נותן דגש מיוחד להמלצות הדוח בהקשר זה, וכי המלצות נוספות של הדוח תואמות את הצעדים שהיא נקטה במטרה לשפר את יעילות הבדיקות המקדמיות.²⁵¹ בחודש ינואר 2021 אימצו שופטי בית הדין קוד אתי מעודכן, אשר כולל תיקונים מרכזיים לסעיף שעוסק ביושרת השופטים וכן התייחסות מפורשת לקולגיאליזם שיפוטית ואיסור מפורש על כל צורה של אפליה, הטרדה וניצול לרעה של סמכות. הקוד קובע כי חובות אתיות מסוימות ימשיכו לחול על שופטים גם לאחר פרישתם.²⁵² כמו כן, בדצמבר 2021 פרסם בית הדין לראשונה טיוטה להערות הציבור של אסטרטגיית בית הדין לשוויון מגדרי ותרבות ארגונית.²⁵³

- Review Mechanism, Proposal for a Comprehensive Action Plan for the assessment of the recommendations of the Group of Independent Experts, including requirements for possible further action (June 30, 2021) 245
 ASP, Comprehensive action plan for the assessment of the recommendations of the Group of Independent Experts, including requirements for possible further action, as appropriate (July 28, 2021) 246
 ASP, Review of the International Criminal Court and the Rome Statute system, ICC-ASP/20/Res.4 (Dec. 9, 2021) 247
 ICC, Overall Response of the International Criminal Court to the "Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System — Final Report", Preliminary Analysis of the Recommendations and information on relevant activities undertaken by the Court (Apr. 14, 2021) 248
 ICC, The Office of the Prosecutor, Guidelines for Agreements Regarding Admission of Guilt (Oct. 2020) 249
 250 נייר מדיניות בדבר השלמת הבחינה של מצבים, לעיל ה"ש 114.
 251 דוח בדיקות מקדמיות 2020, לעיל ה"ש 47.
 ICC, Press Release, ICC Judges amend Code of Judicial Ethics (Jan. 27, 2021) 252
 ICC, Press Release, The ICC launches consultations on the zero draft of its first Strategy on Gender Equality and Workplace Culture (Dec. 9, 2021) 253

נראה כי מינויו של התובע החדש עשוי להצביע על המשך מגמת הרפורמה בבית הדין. חאן ציין במספר הזדמנויות כי בדיקות מקדמיות אינן אמורות להימשך על פני פרקי זמן ארוכים, וכי מדובר במנגנון סינון שנועד לקבוע אם לפתוח בחקירה או לא, על בסיס המידע הזמין באותה עת.²⁵⁴ בהתאם למדיניות זו הורה חאן בחודש אוקטובר 2021 על סגירת הבדיקה המקדמית בקולומביה, שהתקיימה מאז שנת 2004 במשך כ-17 שנה.²⁵⁵

זאת ועוד, חאן ציין כי במהלך כהונתו בכוונתו להעניק יתר תוקף לעקרון המשלימות, במטרה לקיים שיתופי פעולה עם מדינות ולמענן, וכי אמנת רומא מבהירה שלרשויות המדינתיות יש עדיפות.²⁵⁶ בהתאם לכך חתם חאן על מזכרי הבנות להגברת שיתוף הפעולה עם סודאן, קולומביה וונצואלה. כמו כן, מהצעת תקציב בית הדין לשנת 2022 עולה כי בכוונת משרד התביעה לקיים בחינה של מדיניות משרד התביעה לעניין בחירת ותעדוף תיקים, וכן בנוגע לסגירת חקירות.²⁵⁷

האקטיביות שנוקט משרד התביעה סביב החקירה בנוגע לפלישה הרוסית לאוקראינה והתמיכה שהחקירה זוכה לה ממדינות שונות, כולל באמצעות תוספת תקציבית, העמדת מומחים מטעמן לרשות המשרד ופיתוח יכולות טכנולוגיות של איסוף ועיבוד מידע דיגיטלי – יש בהן פוטנציאל להגברת האפקטיביות של בית הדין באופן רוחבי גם בחקירות אחרות.²⁵⁸

ג. מדיניות משרד התביעה

משרד התביעה (Office of the Prosecutor) הוא הגורם שמתווה את אופן הפעולה של בית הדין. זאת לאור היותו בעל הכוח ליזום בדיקות מקדמיות אף ללא הפניה חיצונית, ולאור סמכותו להחליט על תעדוף החקירות ועל אופן ניהולן. הוא גם הגורם הקובע באילו מקרים ראוי להתמקד ובאילו אישומים יואשמו החשודים. לפיכך, המדיניות של תובע או תובעת בית הדין, אשר מתמנים לכהונה בת תשע שנים, היא בעלת השפעה כבדת משקל על אופן הפעולה של בית הדין. לאורך השנים תובעי בית הדין נקטו גישות שונות ביחס לאופן פעולתו של משרד התביעה.

לואיס מורנו אוקמפו מארגנטינה כיהן כתובע בית הדין הראשון, בין יוני 2003 ליוני 2012. במהלך כהונתו עסק בבניית משרד התביעה, הן בהיבט כוח האדם והגדרת תפקידים, אחריות ויחסי גומלין בין המחלקות השונות והן בהיבט קביעת המדיניות והאסטרטגיה. כך, מספר חודשים לאחר כניסתו לתפקיד פרסם נייר המגדיר באופן כללי את האסטרטגיה של משרד התביעה,²⁵⁹ ובהמשך כהונתו פורסמו ניירות מדיניות בדבר אופן שקילת אינטרסים של צדק ובנושא השתתפות קורבנות בהליכים. אוקמפו נקט אסטרטגיה של התמקדות

ICC, Press Release, ICC Prosecutor, Mr Karim A.A. Khan QC, opens an investigation into the Situation in Venezuela 254 and concludes Memorandum of Understanding with the Government (Nov. 5, 2021)

ICC, Press Release, ICC Prosecutor, Mr Karim A. A. Khan QC, concludes the preliminary examination of the 255 Situation in Colombia with a Cooperation Agreement with the Government charting the next stage in support of domestic efforts to advance transitional justice (Oct. 28, 2021)

ICC, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, to the United Nations Security Council on the Situation 256 in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011) (Nov. 24, 2021)

257 הצעת תקציב בית הדין לשנת 2022, לעיל ה"ש 113.

258 Baillie, לעיל ה"ש 234.

259 ICC, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor (Sep. 2003)

בפשעים החמורים ביותר ובהעמדה לדין של הגורמים הבכירים בצבא ובממשלה, הנושאים באחריות הרבה ביותר. ניתן גם דגש מיוחד למשלימות חיובית. במהלך כהונתו נפתחו החקירות הראשונות, ולקראת סיומה הורשע החשוד הראשון.

לצד זאת, כהונתו לוותה בביקורת על איכות החקירות, כאשר אישומים נגד ארבעה חשודים לא אושרו על ידי ערכאת קדם המשפט בשל היעדר ראיות מספקות, על אף הרף הנמוך שנדרש לעמוד בו בשלב זה.²⁶⁰ עם הזמן התפרסמו טענות רבות נגד התנהלותו של אוקמפו, כולל האשמות על כך שקיבל כסף על מנת לסייע לחשודים פוטנציאליים, על הדלפת מסמכים מסווגים לידוענים ועל מעשי שחיתות אחרים. כמו כן נטען כי השליט אווירה של צייתנות ופחד ושל סתימת פיות והתנגדות לשמוע ביקורת, שהובילה לעזיבה של רבים מאנשי הצוות של משרד התביעה.²⁶¹

פאטו בנסודה מגמביה כיהנה כתובעת בית הדין השנייה, בין יוני 2012 ליוני 2021. קודם לכך כיהנה כסגנית של אוקמפו משנת 2004. כהונתה לוותה בגישה אקטיבית יותר מזו של קודמה בתפקיד, והיא פתחה ביוזמתה בארבע חקירות (גיאורגיה, בורונדי, בנגלדש/מיאנמר ואפגניסטן), ובכללן לראשונה חקירות מחוץ ליבשת אפריקה. בצד ההצלחות ניתן למנות שיעור 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. זאת עקב הכישלון שמשרד התביעה נחל במספר הליכים מהסוג הראשון, בגלל קשיים ראייתיים ומורכבות ההליך והקושי לעצור בכירים. זאת ועוד, בתקופת כהונתה הורשעו לראשונה נאשמים בגין פשעים בעלי אוריינטציה מינית שבוצעו אגב עימות מזוין, כגון עבדות מינית, אונס, היריון כפוי ולידה כפויה.

כהונתה של בנסודה לוותה אף היא בביקורת, לרבות מצד ועדת המומחים העצמאית שמינתה אספת המדינות החברות בבית הדין. הביקורת נסבה בין היתר על ההרשעות המועטות שהשיגה התובעת (ארבע בלבד, כשאחת עומדת בפני ערעור); פתיחת מספר רב מדי של חקירות ובדיקות מקדמיות מעבר ליכולת ולאמצעים של משרדה, כאשר אף חקירה שנפתחה לא הסתיימה; והימשכות הבדיקות המקדמיות בממוצע לאורך חמש שנים, בין היתר לאור ההמתנה המתמשכת לביצוע הליכי חקירה והעמדה לדין במדינה הנוגעת בדבר.

כרים חאן הבריטי מכהן כתובע השלישי של בית הדין מאז יוני 2021 וצפוי לשמש בתפקיד עד יוני 2030. מעניין לציין כי בחירתו על ידי אספת המדינות החברות הייתה ברוב דעות, ולא בקונצנזוס כפי שהיה עם קודמיו בתפקיד.

ניכר שחאן הביע עימו רוח חדשה למשרד התביעה. אפשר ללמוד על המדיניות שחאן מבקש לקדם מבחינת התנהלותו מאז כניסתו לתפקיד: ההחלטה לפתוח בחקירה בנוגע לעימות בין רוסיה לאוקראינה,

Lovisa Bådagård, Mark Klamberg, *The Gatekeeper of the ICC – Prosecutorial Strategies for Selecting Situations and Cases at the International Criminal Court*, Georgetown Journal of International Law, volume 48, (May 22, 2016) pp. 639-733

Morten Bergsmo, Wolfgang Kaleck, Sam Muller, William H. Wiley, *A Prosecutor Falls, Time for the Court to Rise*, 261 FICHL Policy Brief Series No. 86 (2017) — שלושה מכותבי דוח זה היו נושאי תפקיד בכירים בבית הדין בתקופת כהונתו של אוקמפו.

פעולות החקירה שננקטו, וגיוס תמיכה בינלאומית בחקירה זו; ההחלטה לפתוח בהליכים במסגרת החקירה בגיאורגיה ולפרסם, באופן חריג, את דבר קיומה של בקשה להוצאת צווי מעצר בהליך זה; ההחלטה במסגרת החקירה באפגניסטן להתרכז בפשעים שבוצעו על ידי הטאליבאן ודאע"ש ח'זראסאן ולהימנע למעשה מחקירת הטענות לפשעים של כוחות ארצות הברית; ההחלטה לתת עדיפות לחקירות שהופנו על ידי מועצת הביטחון ולחקירה הנוגעת לגירוש בני הרוהינגיה על ידי מיאנמר לבנגלדש; וההחלטה לסגור בדיקות מקדמיות שהתנהלו לאורך שנים רבות, למשל לגבי קולומביה.

חאן הדגיש מראשית כהונתו את חשיבות עקרון המשלימות והעדפת קיום הליכים מדינתיים, ואת הצורך בשיתוף פעולה עם הקהילה הבינלאומית.²⁶² ביטוי לכך ניתן למצוא גם בדברים שנשא בחודש אפריל 2022 בכינוס שהתקיים במכון מחקר בווינגטון, במסגרת ביקורו הרשמי הראשון בארצות הברית. חאן הדגיש כי יש צורך להגדיר מחדש מה ייחשב ל"הצלחה" עבור בית הדין. לדבריו, נדרש להפסיק להתייחס לבית הדין כאל Apex Court, קרי כאל הערכאה הגבוהה והמכריעה שאמורה לנהל הליכים באופן עצמאי ומנותק מן המדינות. במקום זאת יש כוונתו לחזק את בית הדין כ-hub – גורם מקשר שיסייע לבתי המשפט המדינתיים במאמציהם לחקור ולהעמיד לדין על הפשעים החמורים. כך יוכל בית הדין להתמקד בהליכים שבהם הוא המוצא האחרון.²⁶³

דוגמה לגישתו זו ניתן לראות בהחלטתו לגבי העימות באוקראינה – להצטרף לצוות חקירה משותף עם אוקראינה, פולין וליטא, תחת חסות של סוכנות האיחוד האירופי לשיתוף פעולה במשפט הפלילי (Eurojust). בהודעתו ציין חאן כי שיתוף הפעולה ישפר במידה משמעותית את הגישה של משרדו לראיות ולמידע הרלוונטיים לחקירות, אולם מעבר לכך, משרדו ישתף את הרשויות המקומיות במידע ובראיות ככל האפשר, על מנת לתמוך בחקירות ובהליכים המתקיימים במדינות עצמן.²⁶⁴ כמו כן, חאן הודיע על יוזמה חדשה להעמקת שיתוף הפעולה עם ארגוני חברה אזרחית.²⁶⁵

נראה כי חאן מבקש להציב את בית הדין כגורם מרכזי ובעל השפעה בזירה הבינלאומית. זאת באמצעות הרחבת העיסוק של בית הדין מעבר למדינות עולם שלישי וליבשת אפריקה; התמקדות בפשעים "טריים" שבוצעו בשנים האחרונות; מיצוב בית הדין כמי שמגן על הסדר העולמי מול המנסים להורסו; והעדפת קיום הליכים מדינתיים. כדי לקדם את מעמדו של בית הדין נראה שחאן מאמץ אסטרטגיה פרגמטית, תוך הפגנת רגישות לפוליטיקה העולמית.

IntlCriminalCourt, Swearing-in ceremony: Speech of new ICC Prosecutor Karim Asad Ahmad Khan QC, YouTube 262 (June 16, 2021)

Bailliee, לעיל ה'ש 234.

ICC, Statement by ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in 264 Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine (Apr. 25, 2022)

ICC, ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces new initiative to strengthen engagement with civil society 265 (May 13, 2022)

פרק 6

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 וממתניה 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, בצינה 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.

ב. החקירה בעניין "פלסטין"

הניסיון הראשון של הרשות הפלסטינית להחיל את סמכות השיפוט של בית הדין על אירועים ב"פלסטין", בפנייתו 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 שייתכן 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-

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)

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)

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)

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

ICC, Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court (Dec. 31, 2014), *לעיל בפרק 1*.

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

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

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. 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. מענין 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 המשפטיים לגבי מעמדה ושטחה של "פלסטין". לכן מתבקשת עמדתה בשאלה אם ניתן לראות ב"פלסטין" מדינה, ואם שטחה של מדינה זו, שלגבי יש סמכות לבית הדין, משתרע על כלל השטחים הפלסטיניים הכבושים, קרי הגדה המערבית, כולל מזרח ירושלים ורצועת עזה.²⁷³

ICC, Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the 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, 273 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 שזוהו שטחה, משלושה טעמים: ראשית, לאור הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני בשטח הפלסטיני הכבוש; שנית, לאור ההשפעה השלילית של ההפרות המתמשכות של המשפט הבינלאומי על ידי ישראל בהקמת ההתנחלויות וגדר הביטחון, תוך פגיעה במימוש הזכות להגדרה עצמית; ושלישית, נוכח העובדה ש-138 מדינות הכירו במדינת "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 של בית הדין – מדינה בעלת סמכות שיפוט פלילית על שטחה ואזרחיה שהאצילה סמכות זו לבית הדין – אינו מתקיים.

במזכר הודגש שהרשות 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.

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

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.

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", מדינות חברות בבית הדין, ארגונים, מומחים וקורבנות. בין מגישי העמדות בתמיכה בעמדת ישראל, שלפיה לבית הדין אין סמכות שיפוט בנוגע למצב ב"פלסטין", ראוי לציון 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 פריי דה ברישאמבו מצרפת והשופטת ריינה אלפיני-גנסו 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

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 — *ICC, Rules of Procedure and Evidence* (Last Visited July 4, 2022).

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

279 מלקולם שאן, איל בבנישתי, 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).

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 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 A ו-B, 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

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,

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

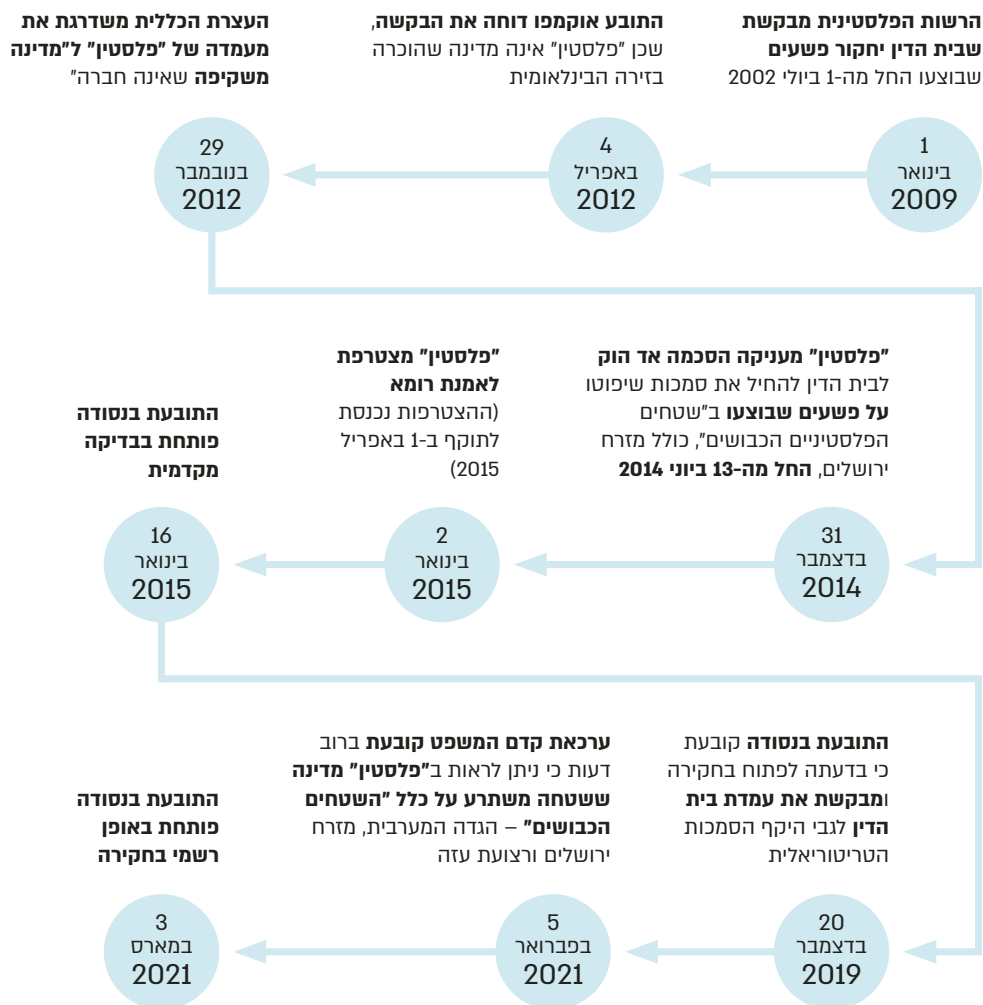
U.S. Dep't of State, Press Release, The United States Opposes the ICC Investigation into the Palestinian Situation 283 (Mar. 3, 2021)

284 דוח ASIL, לעיל ה'ש 13, עמ' 80.

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

וניסיון לקבוע סדרי עדיפויות למחליף שלה, שהופכים את בית הדין לכלי שרת בידי גורמים קיצונים ונותנים רוח גבית לארגוני טרור ולגופים אנטישמיים".²⁸⁶

תרשים מס' 3: התפתחות החקירה בנוגע לישראל



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

בהתאם לסעיף 18 לאמנה, ב־9 במאוס 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

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.

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 Int'lCrimCourt, Twitter (May 12, 2021).

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

מנגד ישראל טוענת כי אין לבית הדין סמכות. הטיעונים 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 שהטיעונים 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 מחודשת. הדבר נכון בייחוד אם ניתן להצביע על נסיבות או פרטים שלא הוצגו בבקשה הקודמת בנושא. בהקשר זה, ארגון עורכי הדין של בריטניה למען ישראל (UKFLI) 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 ההודו 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.

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

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 יוכל 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, בראייתם 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. 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 מבתיים שיגרור תשומת לב עולמית, או יכתב דוח חמור נגד ישראל שיזכה להד תקשורתי,

293 ראו לעיל בפרק 4.

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 פרו־רוסים 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 לדרכים הבכירים ביותר, אם כי הוא עשוי להסתפק בדרכים 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.

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 לחשיבות 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.

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).

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.

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

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.

296 עמדת התובעת בבית הדין, לעיל ה"ש 273, פסקאות 94-96.
297 Last Visited 297 CLICC Commentary, Article 8(2)(b)(iv) War crime of excessive incidental death, injury, or damage (July 4, 2022)

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 בטריבונלים אחרים דוגמת בית הדין לפשעי יוגוסלביה.

ב. **עבירה של הריגה מכוונת או גרימה מכוונת של חבלה חמורה הפוגעת בחיים או בבריאות** (סעיפים 2)8(a)(i) ו-2)8(a)(iii) או סעיף 2)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'רמין 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 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 2)8(b)(xxiv) או 2)8(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.

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

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, ולפגיעה 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 הכבושה לשטח הכבוש** (סעיף 8(2)(b)(viii)) – הסעיף מתייחס להעברה, במישרין או בעקיפין, של חלקים מן האוכלוסייה של המדינה הכבושה 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 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 8(2)(b)-(i)(ii) או 8(2)(e)(i)); שימוש באזרחים כמגן אנושי (סעיף 8(2)(b)(xxiii)); מניעה מכוונת מאנשים מוגנים את זכותם למשפט הוגן (סעיפים 8(2)(a)(vi) או 8(2)(c)(iv)); הריגה מכוונת (סעיפים 8(2)(a)(i) או 8(2)(c)(ii)); 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 1(8) 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 לשיקול כבסיס לא־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" ולישראל בכך שבית הדין ישעה גם את החקירות המכוונות נגד אנשיה בנוגע לעימותים בגיאורגיה ובאוקראינה. קשה להניח, לפחות בעתיד הנראה לעין, ששאר חברות המועצה יסכימו להשעה כזו, אלא אם יהיה להן אינטרס בהשעיתן 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, וייעשה בה שימוש על ידי גורמים המבקשים לקדם סנקציות וחרמות נגד המדינה. קיום החקירה מספק כבר כיום תחושת בידי מבקריה של המדינה ובידי אלה המנסים לחתור תחת הלגיטימציה שלה.

החקירה בבית הדין מצטרפת למהלכים משפטיים אחרים המתאגרים 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 וגינויים 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.

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

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 שישאל 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 פוליטיים בבית הדין – יש בו פוטנציאל להחריק את מערכת היחסים בין ישראל לפלסטינים ולהקשות על התקדמות במשא ומתן בין הצדדים ועל הגעה לפתרון הסכסוך בדרכי שלום.³⁰¹ 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

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 Mark Kersten, No Justice Without Peace, International Organization, (Apr. 3, 2017) pp. 213-243 But 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

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 לידיה 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.

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

302 ראו דיון לעיל בפרק 3.

303 Ministry of Foreign Affairs, Press Release, Israel rejects the ICC's decision regarding the scope of its territorial jurisdiction on the Israeli-Palestinian conflict (Feb. 7, 2021), <https://www.mfa.gov.il/press-releases/2021/2021-02-07-01>; Anne Herzberg, Should Israel Cooperate with the ICC?, *Thinc* (Mar. 3, 2021).

עם בית הדין בגינם, כיוון שייטען מולה שאם בית הדין החליט לקדם הליך (ולוהוציא למשל צו מעצר) על אף ששמע את עמדת ישראל לגופה, אזי יש לכבד החלטה זו.

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 ראוייה 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־שיתוף 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, 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

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' 44-41.

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

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 הטיעונים החזקים 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.

יתרה מזאת, אין לפסול מראש אף מתן סיוע לבית הדין בחקירות של פשעי מלחמה, למשל בחקירה באוקראינה, ככל של ישראל 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.

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.

סיכום

בית הדין הפלילי הבינלאומי, שהחל לפעול לפני כעשרים שנה, עדיין לא מימש את הציפיות שתלו בו – להפוך לגורם מרכזי בעשיית צדק נגד מבצעי הפשעים החמורים בזירה הבינלאומית. עד עתה הושגו רק חמש הרשעות בפשעים חמורים, וחשודים לא מעטים זוכו או שבוטלו האישומים נגדם. עם זאת, אין לזלזל בבית הדין. מדובר במוסד של קבע אשר חברות בו 123 מדינות, הכוללות את רובן המכריע של מדינות המערב. לבית הדין סמכות שיפוט לדון בפשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ופשע התוקפנות, כפי שאלה הוגדרו באמנת רומא שהקימה את בית הדין. סמכות בית הדין חלה על פשעים שבוצעו בשטח של מדינה חברה או על ידי אזרח של מדינה חברה. מדינה שאינה חברה יכולה לתת הסכמה אד הוק לבית הדין לדון בפשעים שבוצעו בשטחה או על ידי אזרח שלה. זאת ועוד, מועצת הביטחון יכולה להפנות מקרים לחקירת בית הדין אף לגבי מדינה שאינה חברה, וכך למעשה להקנות לו סמכות שיפוט בכל מקום בעולם. המדינות החברות מחויבות לשתף פעולה עם בית הדין ולסייע בחקירותיו. בית הדין יכול להוציא צווי מעצר נגד חשודים, והמדינות החברות מחויבות לממש צווי מעצר אלה ככל שחשוד מגיע לשטחן, ולהעביר את העצורים לידי בית הדין.

דומה שבית הדין נמצא במגמה של חיזוק מעמדו ורמת האפקטיביות שלו. זאת בהמשך לארבע התפתחויות מהשנה האחרונה: מינוי התובע החדש, כרים חאן הבריטי, המצטייר כפרגמטי ובעל חושים פוליטיים; יישור ההדורים בין בית הדין לארצות הברית, בעקבות הפסקת החקירה נגד הכוחות האמריקאיים שפעלו באפגניסטן; המעורבות הפעילה של בית הדין בחקירת הפשעים הקשורים לפלישת רוסיה לאוקראינה, בתמיכה נרחבת של מדינות רבות; ותחילת יישום רפורמות באופן התנהלות בית הדין והתביעה, בעקבות ביקורת שספגו והמלצות של ועדת מומחים.

למרות שישאל אינה חברה בבית הדין, היא מצאה את עצמה תחת חקירה שעשויה להוביל להליכים נגד אזרחיה. זאת בהמשך לקביעה של התובעת הקודמת פאטו בנסודה ושל שופטי הרוב בערכאת קדם המשפט, ש"פלסטין" היא מדינה חברה בבית הדין, ששטחה משתרע על יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה, ושהיא רשאית להפנות אליו לחקירה פשעים שבוצעו בשטחים אלה. הבקשה הפלסטינית התייחסה לכלל הפשעים שבוצעו מ-13 ביוני 2014 ואילך, ללא מועד סיום מוגדר. החקירה מתייחסת לטענות לביצוע פשעים של כל הצדדים המעורבים וכוללת טענות בדבר ביצוע פשעי מלחמה אגב העימותים ברצועת עזה, החל ממבצע צוק איתן, וכן טענות על צעדים ביטחוניים ביהודה ושומרון ובירושלים. היא מתייחסת גם למדיניות ההתנחלויות, המוגדרת כפשע מלחמה באמנת רומא.

פתיחת הליכים נגד גורמים ישראלים – מעבר להשפעה הישירה על אותם גורמים, אשר עלולים למצוא את עצמם תחת צווי מעצר – עלולה לפגוע בהתנהלות של ישראל בזירה הבינלאומית, ככל שהיא תגביל תנועה של גורמים ישראלים, לרבות בעלי תפקידים בכירים. יתרה מזאת, חקירה כזו תפגע במעמדה של ישראל בזירה הבינלאומית ותשמש כלי נוסף במערכה לדה-לגיטימציה של ישראל.

ראוי לציין כי חקירה זו נמצאת עדיין בשלביה הראשונים, ולא ברור אם בוצעו צעדים קונקרטיים במסגרתה. התובע החדש טרם התייחס לחקירה זו באופן פומבי, ונראה כי בשלב זה הוא בוחר לתת לה עדיפות נמוכה.

זאת לאור המורכבות העובדתית, המשפטית והמדינית של החקירה, והעניין שהוא מגלה במקרים אחרים הנמצאים במרכז תשומת הלב העולמית. עם זאת, משמעות הקשב של התובע לרחשי הלב הציבוריים בזירה הבינלאומית היא שאם ישראל תמצא עצמה במוקד של ביקורת בינלאומית – למשל בעקבות מבצע שיוביל לנפגעים רבים בצד השני; בעקבות דוחות שיפורסמו נגדה, המאשימים אותה בביצוע פשעים חמורים; או בעקבות פעולה שנויה במחלוקת כגון סיפוח חלקים מהשטח – הוא עשוי לשנות את גישתו ולתת עדיפות גבוהה יותר לחקירה בעניינה.

גם אם החקירה תצבור תאוצה, כלל לא ברור שהיא תוביל להוצאת צווי מעצר או להליכים אחרים נגד חשודים ספציפיים, בשל הקושי להוכיח את המרכיבים העובדתיים והמשפטיים של הפשעים המיוחסים לגורמים הישראליים. באשר לטענות הנוגעות לפעולות של כוחות צה"ל עומדת לישראל אף טענת המשלימות, קרי כי אין לקדם חקירה בבית הדין כאשר המדינה הנוגעת בדבר חוקרת את המקרה בעצמה. זאת ככל שניתן יהיה להצביע על חקירות ותחקירים כנים ורציניים הנערכים בישראל. טענת המשלימות לא קיימת לגבי הטענות הנוגעות להתנחלויות או לביצוע צעדים ביטחוניים מסוימים, אשר ישראל אינה מתייחסת אליהם כאל מנגדים לחוק, ולפיכך אינה מקיימת בעניינם חקירות. עם זאת, לגבי אלה ישנן טענות משפטיות אחרות שניתן להעלות. נוסף על כך, נושא ההתנחלויות שלוב בהיבטים מדיניים שסוכם כי יהיו נושא למשא ומתן בין הצדדים לסכסוך, ולכן יש בסיס לטענה כי בית דין פלילי אינו הפורום המתאים לעסוק בהם, וראוי שיתעדף מקרים מתאימים יותר. מובן שטענה זו מתחזקת ככל שמתקיים משא ומתן אמיתי בין הצדדים לסכסוך. למרות האמור, יש להתייחס לקיומה של החקירה בכובד ראש ולנקוט כמענה אסטרטגיה סדורה. ראשית, חשוב כמובן לפעול בהתאם לדין, וזאת לא רק בגלל החשש מהליכים בבית הדין אלא גם בשל החשיבות האינהרנטית של כיבוד שלטון החוק. צה"ל מדגיש תדיר את מחויבותו לכיבוד דיני המלחמה והמשפט הבינלאומי. הדברים אף מעוגנים בפקודות הצבא. פעולה בהתאם לדין אינה יכולה למנוע באופן מלא האשמות שווא, אולם ברי כי פעולה המפירה את הדין מגבירה את החשש להעלאת האשמות מוצדקות, אשר מולן יהיה קשה להתגונן. שנית, ראוי לגורמים בכירים במערכת הצבאית והמדינית להימנע מהשמעת אמירות שעלולות להיתפס ככוונה להפר את הדין. אמירות כאלו, אשר מושמעות לעיתים לצורכי הרתעת האויב או לצרכים פוליטיים פנימיים, מבלי שהן משקפות את ההוראות שמיושמות בפועל בשטח תוך כיבוד הדינים, גורמות נזק רב ויכולות לשמש ראיה נגד ישראל. שלישית, יש לקיים חקירות ותחקירים רציניים וכנים, שחשיבותם רבה לביסוס טענת המשלימות. לבסוף, יש לדבוק בעמדה שלפיה לבית הדין אין סמכות שיפוט במקרה דנן ולהימנע משיתוף פעולה רשמי עימו, תוך שימור ערוצי הידברות בלתי פורמליים, בפרט על רקע מינויו של התובע החדש, התחזקות מעמדו של בית הדין בזירה הבינלאומית וההתקרבות שחלה בין הממשל האמריקאי לתובע, וזאת על מנת להביא לידיעתו את הטיעונים הישראליים באופן המיטבי.

נספחים

— בית הדין הפלילי הבינלאומי —
מקרים והליכים עד היום
(31 ביולי 2022)

נספח א: בית הדין הפלילי הבינלאומי – מקרים עד היום (31 ביולי 2022)

לפי סדר פתיחת הבדיקה המקדמית

מס'	מדינה/מצב (מדינות מעורבות)	נושא	תאריך פתיחת הבדיקה (ותאריך הסגירה) *	הגורם יוזם הבדיקה	תאריך פתיחת החקירה	מצב ההליך הנוכחי
1	הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו	פשעים בעימותים המזוינים במדינה החל מ-1 ביולי 2002	16 במארס 2003 (המדינה) ביקשה לחקור במארס 2004	התובע אוקמפו יזם ובהמשך הפניה של המדינה	23 ביוני 2004	נפתחו תיקים נגד שישה חשודים: שלושה הורשעו; לאחד בוטלו האישומים; אחד זוכה; אחד טרם נעצר
2	חוץ השנהב	אלימות בעקבות בחירות במדינה	1 באוקטובר 2003	הצהרת המדינה מכוח סעיף 12(3) (הצטרפה כחברה רק ב-2013)	3 באוקטובר 2011	נפתחו תיקים נגד שלושה חשודים: שניים זוכו במשפט; צו המעצר נגד אחד בוטל לבקשת התובעת
3	אוגנדה	פשעים בעימות בין ממשלת אוגנדה לבין Lord's Resistance Army (LRA) החל מ-1 ביולי 2002	16 בדצמבר 2003	הפניה של המדינה	29 ביולי 2004	נפתחו תיקים נגד שלושה חשודים: אחד הורשע וערעור בעניינו תלוי ועומד; שניים טרם נעצרו
4	קולומביה	פשעים של כל הצדדים בעימות בין הממשלה לארגונים החמושים במדינה	נפתחה ביוני 2004. נסגרה ב-28 באוקטובר 2021	התובע אוקמפו	אין חקירה	הבדיקה המקדמית נסגרה על ידי התובע חאן, לאחר שחתם על הסכם שיתוף פעולה עם ממשלת קולומביה ולאור קיום הליכים מדינתיים ובהתאם לעקרון המשלימות
5	הרפובליקה המרכז-אפריקאית	פשעים סביב העימות במדינה, ששיאו בשנים 2002-2003	22 בדצמבר 2004	הפניה של המדינה	22 במאי 2007	נפתחו שני תיקים: חשוד אחד זוכה בערעור; שישה חשודים הורשעו בשיבוש הליכי משפט והוטלו עליהם עונשים קלים

* במקרה של הפניה על ידי מדינה או על ידי מועצת הביטחון של האו"ם – התאריך המופיע כתאריך פתיחת הבדיקה המקדמית הוא תאריך ההפניה מצידם; במקרים של פתיחה ביוזמת משרד התביעה - לא תמיד מפורסם תאריך הפתיחה.

מס'	מדינה/מצב (מדינות מעורבות)	נושא	תאריך פתיחת הבדיקה (ותאריך הסגירה) *	הגורם יוזם הבדיקה	תאריך פתיחת החקירה	מצב ההליך הנוכחי
6	דארפור, סודאן	פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ורצח עם, סביב העימות בחבל דארפור בסודאן החל מ-1 ביולי 2002	31 במארס 2005	מועצת הביטחון	1 ביוני 2005	נפתחו תיקים נגד שבעה חשודים: המשפט בעניינו של אחד נפתח לאחרונה; חשוד אחד מת; חמישה טרם נעצרו
7	אפגניסטן + ארה"ב	פשעים הנוגעים לעימות המזוין שהתבצעו החל מ-1 ביולי 2002	במהלך 2006	התובע אוקמפו	5 במארס 2020	ב-27 בספטמבר 2021 הודיע התובע חאן כי החקירה תתמקד בפשעים שבוצעו על ידי הטאליבאן ודאע"ש ח'וראסאן (IS-K), ולשאר ההיבטים של החקירה ייתנן עדיפות נמוכה
8	ונצואלה - אירועי 2002	פשעים של הממשלה נגד גורמי אופוזיציה	אין מועד פתיחה ברור. נסגרה ב-9 בפברואר 2006	התובע אוקמפו	אין חקירה	הבדיקה נסגרה ללא פתיחת חקירה, בשל היעדר בסיס מספק לכך שבוצעו פשעים
9	עיראק - על מעשי בריטניה בלבד - סבב ראשון	פשעים מצד כוחות בריטיים נגד עצורים עיראקים בין מארס 2003 למאי 2003	אין מועד פתיחה ברור. נסגרה ב-9 בפברואר 2006	התובע אוקמפו	אין חקירה	הבדיקה נסגרה ללא פתיחת חקירה, בנימוק שלאור מיעוט המקרים לא התקיים רף החומרה הנדרש
10	קניה	פשעים בעקבות בחירות בשנים 2007-2008	במהלך 2008	התובע אוקמפו	31 במארס 2010	נפתחו תיקים נגד תשעה חשודים: האישומים נגד שניים לא אושרו; התביעה משכה את האישומים נגד שניים; ערכאת המשפט ביטלה את האישומים נגד שניים; שלושת הנותרים חשודים בעבירות של שיבוש הליכים – משפט מתנהל נגד אחד; שניים טרם נעצרו

מס'	מדינה/מצב (מדינות מעורבות)	נושא	תאריך פתיחת הבדיקה (ותאריך הסגירה) *	הגורם יוזם הבדיקה	תאריך פתיחת החקירה	מצב ההליך הנוכחי
11	גיאורגיה + רוסיה	פשעים בעימות בדרום אוסטיה בשנת 2008	14 באוגוסט 2008	התובע אוקמפו	27 בינואר 2016	נפתחו תיקים נגד שלושה חשודים, אשר טרם נעצרו
12	"פלסטין" 2009 + ישראל	פשעי מלחמה בשטח הפלסטיני מ-1 ביולי 2002	22 בינואר 2009. נסגרה ב-4 באפריל 2012	הצהרת רש"פ מכוח סעיף 12(3)	אין חקירה	הבדיקה נסגרה ללא פתיחת חקירה על ידי התובע אוקמפו, בנימוק ש"פלסטין" אינה מוכרת כמדינה לצורך אמנת רומא
13	גינאה	פשעים אגב דיכוי הפגנות ע"י השלטון בספטמבר 2009	14 באוקטובר 2009	התובע אוקמפו	בשלב הבדיקה המקדמית	הבדיקה המקדמית עדיין פתוחה. מתמקדת בסוגיית המשלמות, תוך קיום מגעים רצופים עם ממשלת גינאה
14	ניגריה	פשעים אגב עימותים אלימים ברחבי המדינה, כולל פשעים של בוקו חראם	18 בנובמבר 2010. הבדיקה הושלמה ב-11 בדצמבר 2020	התובע אוקמפו	טרם נפתחה	בדצמבר 2020 התובעת בנסודה המליצה לפתוח בחקירה. טרם התבקש אישור לכך מערכאת קדם המשפט. מתקיימים מגעים מול ממשלת ניגריה לקידום הליכים מדינתיים בהתאם לעקרון המשלמות
15	הונדורס	פשעים נגד האנושות לאחר הפיכה שהתרחשה בחודש יוני 2009	18 בנובמבר 2010. הבדיקה נסגרה ב-28 באוקטובר 2015	התובע אוקמפו	אין חקירה	הבדיקה נסגרה על ידי התובעת בנסודה ללא פתיחת חקירה. לא נמצא בסיס להאמין שבוצעו פשעים נגד האנושות
16	קוריאה הדרומית	ירי מצד קוריאה הצפונית לעבר ספינה דרום-קוריאנית ולעבר אי השייך לקוריאה הדרומית	6 בדצמבר 2010. הבדיקה נסגרה ב-23 ביוני 2014	התובע אוקמפו	אין חקירה	הבדיקה נסגרה על ידי התובעת בנסודה ללא פתיחת חקירה, בנימוק שהתקריות לא עולות כדי פשע מלחמה
17	לוב	פשעים אגב דיכוי התקוממות נגד השלטון, וכן אגב עימותים אלימים בין מיליציות לאחר נפילת משטר קדאפי	26 בפברואר 2011	מועצת הביטחון	3 במרץ 2011	נפתחו תיקים נגד חמישה חשודים: שניים מתו; שניים טרם נעצרו; תיק נגד חשוד אחד בוטל עקב חוסר קבילות לאור קיום הליכים בלוב

מס'	מדינה/ מצב (מדינות מעורבות)	נושא	תאריך פתיחת הבדיקה (ותאריך הסגירה) *	הגורם יוזם הבדיקה	תאריך פתיחת החקירה	מצב ההליך הנוכחי
18	מאלי	פשעים אגב מרד בצפון המדינה בשנת 2012 ועימות עם קבוצות חמושות בהקשר של הפיכה צבאית במדינה	18 ביולי 2012	הפניה של המדינה	16 בינואר 2013	נפתחו תיקים נגד שני חשודים: אחד הורשע; המשפט בעניינו של אחד בעיצומו
19	קומורו + ישראל, טורקיה	אירועי המשט לעזה במאי 2010, שבהם נהרגו 10 מהמשתתפים מירי חיילי צה"ל	14 במאי 2013. הבדיקה נסגרה ב-2 בדצמבר 2019	הפניה של המדינה	אין חקירה	התובעת בנסודה קבעה מספר פעמים, האחרונה ב-2 בדצמבר 2019, כי אין לפתוח בחקירה בנימוק שלא התקיים רף החומרה הנדרש. זאת בניגוד לעמדה של ערכאת קדם המשפט
20	הרפובליקה המרכז-אפריקאית II	עימותים בין מיליציות אתניות במדינה מאז אוגוסט 2012	7 בפברואר 2014	התובעת בנסודה ובהמשך הפניה של המדינה	24 בספטמבר 2014	נפתחו תיקים נגד חמישה חשודים: המשפט בעניינם של שניים נמצא בעיצומו; אחד ממתין לפתיחת משפט; אחד ממתין לפתיחת הליך אישור האישומים; אחד טרם נעצר
21	אוקראינה + רוסיה	העימותים בין רוסיה ואוקראינה החל מכפברואר 2014	25 באפריל 2014	הצהרת אוקראינה מכוח סעיף 12(3) + הפניה של מדינות נוספות	2 במרץ 2022	מתקיימות פעולות חקירה. צוותי חקירה נשלחו לאוקראינה לאסוף ראיות
22	עיראק - על מעשי בריטניה בלבד - סבב שני	פשעים מצד כוחות בריטיים נגד עצורים עיראקים בין מארס למאי 2003	13 במאי 2014 - פתיחה מחדש של הבדיקה שנסגרה בשנת 2006. הבדיקה נסגרה ב-9 בדצמבר 2020	התובעת בנסודה	אין חקירה	הבדיקה נסגרה על ידי התובעת בנסודה ללא פתיחת חקירה, לאור קיום חקירות מדינתיות ובהתאם לעקרון המשלימות

מס'	מדינה/מצב (מדינות מעורבות)	נושא	תאריך פתיחת הבדיקה (ותאריך הסגירה) *	הגורם יוזם הבדיקה	תאריך פתיחת החקירה	מצב ההליך הנוכחי
23	"פלסטין" + ישראל	פשעי מלחמה החל מ-13 ביוני 2014, כולל לגבי פעולות לחימה, צעדים ביטחוניים ומדיניות ההתנחלויות	16 בינואר 2015	הפניה של המדינה + הצהרה מכוח סעיף 12(3)	3 במארס 2021	החקירה נפתחה לאחר אישור של ערכאת קדם המשפט על קיום סמכות. לא ידוע אם החלו פעולות חקירה בפועל
24	בורונדי	פשעים נגד האנושות על ידי גורמי ממשל ושלוחיהם נגד מתנגדי השלטון, אגב עימותים במדינה החל מאפריל 2014	25 באפריל 2016	התובעת בנסודה	25 באוקטובר 2017	ב-27 באוקטובר 2016 בורונדי הודיעה על פרישה מבית הדין (נכנסה לתוקף ב-27 באוקטובר 2017). החקירה מתנהלת על פשעים שבוצעו עד מועד הכניסה לתוקף של הפרישה
25	גבון	מעשי אלימות סביב הבחירות לנשיאות בחודש אוגוסט 2016	29 בספטמבר 2016. נסגרה ב-21 בספטמבר 2018	הפניה של המדינה	אין חקירה	הבדיקה נסגרה על ידי התובעת בנסודה ללא חקירה, בנימוק שלא נמצא בסיס להאמין שבוצעו פשעים נגד האנושות
26	הפיליפינים	אלימות בתגובת השלטונות במסגרת הקמפיין למלחמה בסמים, וכן פשעים דומים מאז נובמבר 2011	8 בפברואר 2018	התובעת בנסודה	15 בספטמבר 2021	ב-17 במארס 2018 הפיליפינים הודיעה על פרישה מבית הדין (נכנסה לתוקף ב-17 במארס 2019). בנובמבר 2021 החקירה הוקפאה לאור הודעת הפיליפינים כי בכוונתה לחקור בעצמה. ביוני 2022 ביקש התובע חאן מערכאת קדם המשפט אישור לחידוש החקירה. החקירה תתייחס לפשעים שבוצעו עד מועד הכניסה לתוקף של הפרישה

מס'	מדינה/ מצב (מדינות מעורבות)	נושא	תאריך פתיחת הבדיקה (ותאריך הסגירה) *	הגורם יוזם הבדיקה	תאריך פתיחת החקירה	מצב ההליך הנוכחי
27	ונצואלה I	אלימות בתגובת השלטונות נגד מפגינים	8 בפברואר 2018	התובעת בנסודה + הפניה של מדינות מיבשת אמריקה	3 בנובמבר 2021	באפריל 2022 החקירה הוקפאה לאור הודעת ונצואלה כי בכוונתה לנהל אותה בעצמה. בהמשך להודעה זו, התובע חאן ביקש מערכאת קדם המשפט אישור לחדש את החקירה
28	בנגלדש - על מעשי מיאנמר	גירוש בני הרוהינגיה ממיאנמר לבנגלדש ופשעים נוספים נגדם שקשורים לגירוש	18 בספטמבר 2018	התובעת בנסודה	14 בנובמבר 2019	מתקיימות פעולות חקירה
29	ונצואלה II + ארה"ב	טענות לפשעים נגד האנושות כתוצאה מהסנקציות שהטילה ארצות הברית על המדינה	13 בפברואר 2020	הפניה של המדינה	הבדיקה המקדמית עדיין מתקיימת	בשלב הבדיקה המקדמית
30	בוליביה	טענות לפשעים מצד תומכי האופוזיציה במהלך הפגנות במדינה סביב דחיית הבחירות לנשיאות באוגוסט 2020	9 בספטמבר 2020. נסגרה ב-14 בפברואר 2022	הפניה של המדינה	אין חקירה	הבדיקה נסגרה על ידי התובע חאן ללא חקירה, בנימוק שלא נמצא בסיס להאמין שבוצעו פשעים נגד האנושות

נספח ב: בית הדין הפלילי הבינלאומי – הליכים עד היום (31 ביולי 2022)

לפי סדר פתיחת החקירה

א. הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו

החקירה נפתח ביוזמת המדינה. נפתחו שישה הליכים נגד שישה חשודים:

1. תומאס לובנגה דיליו (Thomas Lubanga Dyilo)

היה אחד ממייסדי 'איחוד הפטריוטים של קונגו' (Union des Patriotes Congolais – UPC) והנשיא הראשון שלה, וכן מפקד הזרוע הצבאית של הארגון 'הכוחות הפטריוטיים לשחרור קונגו' (Forces Patriotiques pour la Libération du Congo – FPLC). צו מעצר הוצא נגדו בפברואר 2006, והוא הוסגר לבית הדין ב־16 במארס 2006. משפטו החל ב־26 בינואר 2009.¹ ב־14 במארס 2012 הורשע לובנגה בביצוע פשעי מלחמה של גיוס ילדים מתחת לגיל 15 ושימוש בהם להשתתפות בלחימה, בין החודשים ספטמבר 2002 ואוגוסט 2003. זאת במהלך העימות המזוין שהתקיים במדינה בין מיעוטים אתניים שונים ומיליציות צבאיות. ערכאת המשפט קבעה כי לובנגה השתתף ומילא תפקיד חיוני בתוכנית המסודרת לגיוס ילדים לצורך שימור ושליטה מדינית וצבאית במחוז איטורי. לובנגה נידון ל־14 שנות מאסר (תוך התחשבות בשנות מעצרו מ־2006). ההרשעה אושרה בערעור. ב־19 בדצמבר 2015 הועבר לריצוי המשך מאסרו בקונגו. ב־15 בדצמבר 2017 נקבע כי הוא מחויב בפיצויים כוללים של 10 מיליון דולר כפיצוי למשפחות הנפגעים. במארס 2020 שוחרר מהכלא לאחר סיום תקופת מאסרו.

2. ג'רמין קטנגה (Germain Katanga)

מנהיג ארגון 'חזית ההתנגדות הפטריוטית של איטורי' (Force de résistance patriotique en Ituri – FRPI). צו מעצר הוצא נגדו ב־2 ביולי 2007, והוא הוסגר לבית הדין ב־17 באוקטובר 2007. משפטו החל ב־24 בנובמבר 2009.² ב־7 במארס 2014 הורשע קטנגה בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות של רצח, תקיפת אוכלוסייה אזרחית, הריסת רכוש אזרחי וביזה, זאת, בהקשר של התקפה בחודש פברואר 2003 נגד המיעוט האתני של בני ההמה בכפר בוגורו (Bogoro) במחוז איטורי. זאת במהלך העימות המזוין שהתקיים במדינה בין מיעוטים אתניים שונים ומיליציות צבאיות. ערכאת המשפט קבעה כי קטנגה תרם תרומה משמעותית לביצוע הפשעים, וכי הם בוצעו בהתאם למדיניות.

1 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Democratic Republic of the Congo – The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 (Last Visited June 15, 2022)

2 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Democratic Republic of the Congo – The Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07 (Last Visited June 15, 2022)

קטגוריה נידון ל-12 שנות מאסר (תוך התחשבות בשנות מעצרו מ-2007). בחודש יוני 2014 משכו קטגוריה ותובעת בית הדין את ערעוריהם על פסק הדין. הועבר ב-19 בדצמבר 2015 לריצוי המשך מאסרו בקונגו. היה אמור להשתחרר בינואר 2016, לאור קיצור על התנהגות טובה והבעת חרטה, אך ממשיך להיות מוחזק במעצר לאחר שהגישו נגדו כתב אישום בבית משפט בקונגו ב-2016, אשר לא התקדם מאז. ב-24 במאסר 2017 ניתן צו לפיצוי הנפגעים בסך של 250 דולר לכל אחד מ-297 הנפגעים, וכן סכום כללי לתמיכה בפעולות כגון שיכון וחינוך. הומלץ שהקרבן לפיצוי נפגעים תשתתף במימון.

3. בוסקו נטגנדה (Bosco Ntaganda)

סגן מפקד ארגון 'הכוחות הפטריטיים לשחרור קונגו' (FPLC) ומפקד המבצעים של הארגון. צו מעצר ראשון הוצא נגדו ב-22 באוגוסט 2006 וצו מעצר שני הוצא ב-13 ביולי 2012. הסגיר עצמו ב-22 במאסר 2013 ומשפטו החל ב-2 בספטמבר 2015.³

ב-8 ביולי 2019 הורשע נטגנדה בביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, הכוללים רצח, תקיפה מכוונת של אזרחים, אונס, עבדות מינית, גירוש אוכלוסייה, גיוס ילדים ללחימה והרס רכוש. הפשעים בוצעו בין השנים 2002–2003, במהלך העימות המזוין שהתקיים במדינה. ערכאת המשפט קבעה כי ההתקפות של הארגון נגד המיעוט האתני של בני הלנדו היו תוצאה של אסטרטגיה מוקדמת של התמקדות באוכלוסייה האזרחית והפשעים שבוצעו היו בהתאם למדיניות, וכי נטגנדה מילא תפקיד צבאי חשוב מאוד בארגון.

נטגנדה נידון ל-30 שנות מאסר (תוך התחשבות בשנות מעצרו מ-2013). ההרשעה אושרה בערעור. ב-8 במאסר 2021 ניתן צו לפיצוי הנפגעים בסך כולל של 30 מיליון דולר. הומלץ שהקרבן לפיצוי נפגעים תשתתף במימון. מוחזק עדיין בבית הכלא בהאג. טרם נקבע באיזו מדינה ירצה את מאסרו.

4. קאליקסט מברושימנה (Callixte Mbarushimana)

נטען שהיה המזכ"ל של הכוחות הדמוקרטיים לשחרור רואנדה (Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda – FDLR). צו מעצר הוצא נגדו ב-28 בספטמבר 2010, והוא הוסגר לבית הדין ב-25 בינואר 2011. נחשד בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות אגב העימות המזוין במחוז קיווי הצפוני והדרומי בשנת 2009, הכוללים רצח, עינויים, אונס, מעשים לא־אנושיים, רדיפה והטלת מום.

ב-16 בדצמבר 2011 סירבה ערכאת קדם המשפט לאשר את האישומים וקבעה כי על אף שיש יסוד סביר להניח שה־FDLR ביצעו פשעי מלחמה במספר אירועים, מברושימנה לא תרם לאף אחד מהאירועים. עוד נקבע כי הראיות שהוצגו לא היו מספקות כדי לקבוע כי ההתקפות היו מכוונות נגד אוכלוסייה אזרחית בהתאם למדיניות, ולכן אינן עולות כדי פשעים נגד האנושות באמנת רומא, ובהמשך החודש הוא שוחרר ממעצר. ההחלטה אושרה בערעור והאישומים נגדו בוטלו.⁴

3 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Democratic Republic of the Congo – The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06 (Last Visited June 15, 2022)

4 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Democratic Republic of the Congo – The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10 (Last Visited June 15, 2022)

5. סילבסטר מודקומורה (Sylvestre Mudacumura)

נטען שהיה מפקד עליון של הכוחות הדמוקרטיים לשחרור רואנדה (FDLR). צו מעצר הוצא נגדו ב־13 ביולי 2012 בחשד לביצוע פשעי מלחמה בין השנים 2009–2010, אגב העימות המזוין במחוז קיווי הצפוני והדרומי בין הארגון לבין צבא קונגו, הכוללים רצח, התעללות, אונס, עינויים והרס רכוש.⁵ **טרם נעצר.**

6. מתייה נגודג'ולו צ'ואי (Mathieu Ngudjolo Chui)

מנהיג ארגון חמוש (Front des nationalistes et intégrationnistes – FNI) ואל"ם בצבא קונגו בעבר. צו מעצר הוצא נגדו ב־6 ביולי 2007 והוא הוסגר לבית הדין ב־7 בפברואר 2008. משפטו החל ב־24 בנובמבר 2009. נגודג'ולו הואשם בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, אגב התקפה במחוז איטורי בחודש פברואר 2003, הכוללים רצח, עבדות מינית, אונס, גיוס ילדים מתחת לגיל 15 ושימוש בהם להשתתפות בלחימה, תקיפה מכוונת של אוכלוסייה אזרחית וביזה. ב־18 בדצמבר 2012 זוכה נגודג'ולו על ידי ערכאת המשפט. נקבע כי לא הוכח מעבר לכל ספק סביר שהוא היה מפקד הכוחות בזמן ההתקפה, ובהמשך החודש הוא שוחרר ממעצר.⁶ הזיכוי אושר בערעור.

ב. אוגנדה

החקירה החלה בעקבות הפניה של המדינה. נפתחו שני הליכים נגד חמישה חשודים:

1. ג'וזף קוני (Joseph Kony), וינסנט אוטי (Vincent Otti), רסקה לוקווייה (Raska Lukwiya),

ואוקוט אודהיאמבו (Okot Odhiambo)

קוני הוא מייסד ומפקד ארגון המורדים 'צבא ההתנגדות של האל' (Lord's Resistance Army – LRA), אוטי הוא סגנו, לוקווייה ואודהיאמבו היו מפקדים בכירים בארגון. צווי מעצר הוצאו נגדם ב־8 ביולי 2005, בחשד לביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות אגב ההתקוממות של הארגון נגד ממשלת אוגנדה בין השנים 2002–2004, הכוללים רצח, עבדות מינית, אונס, מעשים לא־אנושיים, התקפה מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, ביזה, וגיוס ילדים בכפייה ללחימה.⁷ ב־11 ביולי 2007 בוטלו ההליכים נגד לוקווייה עקב מותו, ב־10 בספטמבר 2015 בוטלו ההליכים נגד אודהיאמבו עקב מותו. קוני ואוטי טרם נעצרו.

2. דומיניק אונגוון (Dominic Ongwen)

מפקד בכיר ב־LRA. צו מעצר הוצא נגדו ב־8 ביולי 2005, אולם רק בינואר 2015 נתפס וב־21 בינואר 2015 הוסגר לבית הדין. משפטו נפתח ב־6 בדצמבר 2016.

5 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Democratic Republic of the Congo – The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura, ICC-01/04-01/12 (Last Visited June 15, 2022)

6 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Democratic Republic of the Congo – The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/12 (Last Visited June 15, 2022)

7 ICC, Case Information Sheet – Situation in Uganda – The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti, ICC-02/04-01/05 (Last Visited June 15, 2022)

ב־4 בפברואר 2021 הורשע אונגוון בביצוע 61 פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, הכוללים רצח, עינויים, אונס, התקפות על אוכלוסייה אזרחית, עבדות מינית, נישואין בכפייה והריון כפוי, בין השנים 2002–2005, אגב ההתקוממות של הארגון נגד ממשלת אוגנדה. ערכאת המשפט קבעה כי אונגוון ביצע בעצמו והורה על ביצוע הפשעים, וכי אונגוון, אשר נחטף כילד על ידי ה־LRA והתקדם בארגון, נושא באחריות מלאה לביצוע הפשעים.⁸

אונגוון נידון ל־25 שנות מאסר (תוך התחשבות בשנות מעצרו מ־2015). **ערעור** שהגיש נגד הרשעתו **תלוי ועומד**.

ג. דארפור, סודאן

החקירה נפתחה בעקבות הפניה של מועצת הביטחון. נפתחו שישה הליכים נגד שבעה חשודים:

1. עומר חסן אחמד אל־בשיר (Omar Hassan Ahmad Al Bashir)

נשיא רפובליקת סודאן. צו מעצר ראשון הוצא נגדו ב־4 במארס 2009 וצו מעצר שני הוצא ב־12 ביולי 2010. חשוד בביצוע פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה הכוללים רצח, הכחדה, גירוש, עינויים, אונס, התקפה מכוונת של אזרחים וביזה, ובפשעים של רצח עם (ג'נוסייד), על ידי הריגה ופגיעה בקבוצה מוגדרת כדי להשמידה, בין השנים 2003–2008. זאת אגב העימות המזוין בחבל דארפור בין ממשלת סודאן, בסיוע מרכזי של מיליצית ג'נג'וויד (Janjaweed), לבין מספר ארגונים חמושים, והניסיונות לדכא את ההתקוממות. המעשים בוצעו בין היתר באמצעות התקפות על אוכלוסייה אזרחית, בעיקר נגד שלוש קבוצות אתניות — פור, מסליט וזגהוואה, שנתפסו כמקורבות לארגונים החמושים. אל־בשיר הוא החשוד היחידי שנפתח נגדו הליך בגין הפשע של רצח עם (ג'נוסייד).⁹

לאורך שנות שלטונו היו מספר ניסיונות לעצור את אל־בשיר כאשר ביקר במדינות חברות, אולם רשויות המדינות השונות סרבו להיעתר לבקשות ההסגרה של בית הדין. הדבר הוביל למספר הרב ביותר של קביעות על ידי בית הדין כי מדינה לא שיתפה פעולה איתו, ולהעברת המקרים לאספת המדינות החברות ולמועצת הביטחון.

אל־בשיר כיהן בתפקידו עד אפריל 2019, אז הודח בהפיכה צבאית. לאחר הדחתו הוא הועמד לדין בסודאן באישומים של שחיתות, ובדצמבר 2019 נידון לשנתיים מאסר. באוגוסט 2021 חתמה ממשלת סודאן על הסכם לשיתוף פעולה עם בית הדין והודיעה כי תסגיר את אל־בשיר לידי בית הדין. הדבר טרם נעשה. **טרם נעצר**.

2. אחמד מוחמד חארוון (Ahmad Muhammad Harun)

שר הפנים לשעבר בממשלת סודאן. צו מעצר הוצא נגדו ב־27 באפריל 2007 בחשד לביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, אגב העימות המזוין בחבל דארפור בין ממשלת

8 ICC, Case Information Sheet – Situation in Uganda – The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15 (Last Visited June 15, 2022)

9 ICC, Case Information Sheet – Situation in Darfur, Sudan – The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09 (Last Visited June 14, 2022)

סודאן, בסיוע מרכזי של מיליציות ג'נג'וויד (Janjaweed), לבין מספר ארגונים חמושים בין השנים 2003–2004, הכוללים רצח, רדיפה, אונס, התקפה מכוונת של אזרחים וביזה.¹⁰ **טרם נעצר.**

3. **עבד אל-רחים מוחמד חוסיין (Abdel Raheem Muhammad Hussein)**

שר הביטחון ולשעבר שר הפנים והנציג הנשיאותי המיוחד לדארפור. צו מעצר הוצא נגדו ב־1 מארס 2012 בחשד לביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, אגב העימות המזוין בחבל דארפור בין ממשלת סודאן, בסיוע מרכזי של מיליציות ג'נג'וויד (Janjaweed), לבין מספר ארגונים חמושים בין השנים 2003–2004, הכוללים רדיפה, רצח, אונס, מעשים לא־אנושיים, עינויים, התקפה מכוונת של אזרחים וביזה.¹¹ **טרם נעצר.**

4. **עבדאללה בנדה אבקהר נוראין (Abdallah Banda Abakaer Nourain) וסאלח מוחמד ג'רבו**

ג'מוס (Saleh Mohammed Jerbo Jamus)

בנדה היה מפקד ארגון 'תנועת הצדק והשוויון' (Justice and Equality Movement – JEM) וג'מוס היה רמטכ"ל 'צבא השחרור של סודאן' (Sudanese Liberation Army Unity). צווי זימון הוצאו נגדם ב־27 באוגוסט 2009, בחשד לביצוע פשעי מלחמה אגב התקפה על כוח שמירת שלום של האיחוד האפריקאי בספטמבר 2007, במהלך העימות המזוין בין ממשלת סודאן לבין מספר ארגונים חמושים בחבל דארפור. ב־17 ביוני 2010 הגיעו ביוזמתם לבית הדין.¹² ב־7 במארס 2011 אישרה ערכאת קדם המשפט את האישומים נגדם. הליך אישור האישומים נערך שלא בנוכחותם, שכן הם ויתרו על זכותם להיות נוכחים. ב־4 באוקטובר 2013 **בוטלו ההליכים נגד ג'רבו ועקב מותו.** ב־11 בספטמבר 2014 הוצא צו מעצר נגד בנדה. **טרם נעצר.**

5. **באהר אידריס אבו גארדה (Bahar Idriss Abu Garda)**

המנהיג של ארגון 'חזית ההתנגדות המאוחדת' (United Resistance Front). צו זימון הוצא נגדו ב־7 במאי 2009, בחשד לביצוע פשעי מלחמה אגב התקפה על כוח שמירת שלום של האיחוד האפריקאי בספטמבר 2007, במהלך העימות המזוין בין ממשלת סודאן לבין מספר ארגונים חמושים בחבל דארפור. ב־18 במאי 2009 הגיע מיוזמתו לבית הדין.¹³ ב־8 בפברואר 2010 סירבה ערכאת קדם המשפט לאשר את האישומים נגדו וקבעה כי הראיות שהוצגו לא היו מספקות כדי לקבוע שאבו גארדה עצמו, או כוח תחת פיקודו, השתתפו בתקיפה. ההחלטה אושרה בערעור והאישומים **בוטלו.**

10 ICC, Case Information Sheet – Situation in Darfur, Sudan – The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun"), ICC-02/05-01/07 (Last Visited June 14, 2022)

11 ICC, Case Information Sheet – Situation in Darfur, Sudan – The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein, ICC-02/05-01/12 (Last Visited June 14, 2022)

12 ICC, Case Information Sheet – Situation in Darfur, Sudan – The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain, ICC-02/05-03/09 (Last Visited June 14, 2022)

13 ICC, Case Information Sheet – Situation in Darfur, Sudan – The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, ICC-02/05-02/09 (Last Visited June 14, 2022)

6. עלי מוחמד עלי עבד-אל-רחמן (עלי קושייב) (Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman) מנהיג מיליציה ג'נג'וויד (Janjaweed). צו מעצר ראשון הוצא נגדו ב-27 באפריל 2007 וצו מעצר שני הוצא ב-16 בינואר 2018. ב-9 ביוני 2020 הוסגר לבית הדין, לאחר שהסגיר עצמו ברפובליקה המרכז-אפריקאית.¹⁴ ב-9 ביולי 2021 ערכאת קדם המשפט אישרה את האישומים נגדו. מואשם בביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, הכוללים רצח, גירוש, שלילת חירות, התעללות, תקיפת אזרחים, אונס והרס רכוש, בין השנים 2003–2004. משפטו נפתח ב-5 באפריל 2022.

ד. הרפובליקה המרכז-אפריקאית

החקירה נפתחה בעקבות הפניה של המדינה. נפתחו שני הליכים נגד חמישה חשודים:

1. ז'אן-פייר במבה גומבו (Jean-Pierre Bemba Gombo) נשיא ומפקד עליון של 'התנועה לשחרור קונגו' (Mouvement for the Liberation of Congo – MLC). צו מעצר הוצא נגדו ב-23 במאי 2008 (ועודכן ב-10 ביוני 2008). ב-3 ביולי 2008 הוסגר לבית הדין. משפטו החל ב-22 בנובמבר 2010.¹⁵ ב-21 במרץ 2016 הרשיעה ערכאת המשפט את במבה בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות של רצח, אונס וביזה בין השנים 2002–2003. נקבע כי מכוח תפקידו כמפקד התנועה והשליטה האפקטיבית שלו בכוחות הוא נושא באחריות פלילית לביצוע הפשעים על ידי הכוחות, והוא נידון ל-18 שנות מאסר. ב-8 ביוני 2018 הפכה ערכאת הערעור את הרשעתו וזיכתה אותו. ערכאת הערעור קבעה כי במבה הורשע במעשים שלא נכללו באישומים שאושרו נגדו, וכי ערכאת המשפט טעתה בהערכת השאלה אם הוא נקט את כל האמצעים הדרושים והסבירים כדי למנוע את ביצוע הפשעים על ידי פקודיו, לדכאם או להעניש בגינם, בהתחשב בכך שהיה מפקד המרוחק מהזירה שבארץ זרה. ערכאת הערעור הורתה על שחרורו. במבה הגיש בקשה לפיצויים על מעצרו לאורך 10 שנים, וב-18 במאי 2020 דחתה ערכאת קדם המשפט את הבקשה לפיצויים.

2. ז'אן-פייר במבה גומבו (Jean-Pierre Bemba Gombo), אימה קילולו מוסמבה (Aimé Kilolo), ז'אן-ז'אק מנגנדה קבונגו (Jean-Jacques Mangenda Kabongo), פידל בבלה ונדו (Fidèle Babala Wandu), נרקיס ארידו (Narcisse Arido) בהמשך למשפט העיקרי הואשם במבה, יחד עם ארבעה חשודים נוספים, בעבירות של שיבוש הליכי משפט, כולל הטיית עדים. צווי מעצר הוצאו נגדם ב-20 בנובמבר 2013 והם הוסגרו לבית הדין

14 ICC, Case Information Sheet – Situation in Darfur, Sudan – The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, ICC-02/05-01/20 (Last Visited June 14, 2022)

15 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Central African Republic – The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (Last Visited June 11, 2022)

בנובמבר ודצמבר 2013, ובמארס 2014 (מלבד במבה, שכבר היה בחזקת בית הדין), ומשפטם נפתח ב־29 בספטמבר 2015.¹⁶

ב־19 באוקטובר 2016 הרשיעה ערכאת המשפט את חמישתם בעבירות שונות של שיבוש הליכי משפט והם נידונו לעונשים שבין 6–30 חודשי מאסר (שאת רובם כבר ריצו במהלך המשפט) ולקנסות. ב־8 מארס 2018 הערעורים על ההרשעה ועל העונשים נדחו, בשינויים קלים בענישה.

ה. קניה

החקירה נפתחה ביוזמת התובע. נפתחו חמישה הליכים נגד תשעה חשודים:

1. אוהרו מויגאי קניאטה (Uhuru Muigai Kenyatta), פרנסיס קירימי מוטאורה (Francis Kirimi Muthaura), ומוחמד חוסיין עלי (Mohamed Hussein Ali)

קניאטה היה סגן ראש הממשלה של קניה ושר האוצר, מוטאורה היה מזכיר הממשלה ועלי היה מפכ"ל המשטרה ומנכ"ל תאגיד הדואר. צווי זימון הוצאו נגדם ב־8 במארס 2011 בחשד לביצוע פשעים נגד האנושות, הכוללים רצח, גירוש אוכלוסייה ורדיפה, אגב התקפות נרחבות נגד אזרחים שאינם ממוצא קיקוי שנחשדו כתומכים של 'התנועה הדמוקרטית הכתומה' (ODM), במהלך אירועי האלימות סביב הבחירות לנשיאות בשנת 2007–2008. זאת במטרה להשאיר את 'מפלגת האחדות הלאומית' (PNU) בשלטון.¹⁷

ב־23 בינואר 2012 ערכאת קדם המשפט לא אישרה את האישומים נגד עלי, והם בוטלו. נקבע כי הראיות שהוצגו לא מספקות כדי לקבוע כי משטרת קניה תמכה בביצוע הפשעים באמצעות אי־מניעתם והימנעות ממעצר המבצעים, ולפיכך לא ניתן להעמיד לדין את עלי בגין אחריות לביצוע הפשעים לכאורה על ידי המשטרה.

ב־18 במארס 2013 התביעה ויתרה על האישומים נגד מוטאורה, וב־5 בדצמבר 2014 התביעה ויתרה על האישומים נגד קניאטה, בשל חוסר ראיות מספקות להרשעה, בין היתר עקב מותם של חלק מהעדים, שינוי בגרסת עדותם או חזרה בהם מהסכמה להעיד (ההליכים הסתיימו במארס 2015).

2. ויליאם סמואי רוטו (William Samoei Ruto), ג'ושוע אראפ סאנג (Joshua Arap Sang), הנרי קיפרונו קוסגי (Henry Kiprono Kosgey)

רוטו היה שר החינוך, המדע והטכנולוגיה של קניה, קוסגי היה שר התעשייה וסאנג היה שדר רדיו. צווי זימון הוצאו נגדם ב־8 במארס 2011 בחשד לביצוע פשעים נגד האנושות, הכוללים רצח, גירוש אוכלוסייה ורדיפה, אגב התקפות נרחבות ומאורגנות של קבוצות שונות נגד מיעוטים אתניים שנתפסו

16 ICC, Case Information Sheet – Situation in the Central African Republic – The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, ICC-01/05-01/13 (Last Visited June 11, 2022)

17 ICC, Case Information Sheet – Situation in Kenya – The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11 (Last Visited June 11, 2022)

כתומכים ב'מפלגת האחדות הלאומית' (PNU), במהלך אירועי האלימות סביב הבחירות לנשיאות בשנת 2007–2008.¹⁸

ב־23 בינואר 2012 ערכאת קדם המשפט לא אישרה את האישומים נגד קוסגי, והם בוטלו. נקבע כי הראיות שהוצגו לא מספקות כדי לבסס את תפקידו של קוסגי בארגון ובביצוע הפשעים. ערכאת קדם המשפט אישרה את האישומים נגד רוטו וסאנג, וב־10 בספטמבר 2013 נפתח משפטם. ב־5 באפריל 2016 הורתה ערכאת המשפט של בית הדין, ברוב דעות, להפסיק את ההליכים נגד השניים, והם בוטלו. נקבע כי התביעה לא הציגה ראיות מספקות להרשעה מעבר כל ספק סביר, אולם כי אין לזכות את רוטו וסאנג מאשמה אלא רק להפסיק את ההליכים, לאור ראיות לכך שעדים הופחדו. לא הוגשו ערעורים על ההחלטה.

3. וולטר אוספירי ברסה (Walter Osapiri Barasa)

אזרח קנייתי. צו מעצר הוצא נגדו ב־2 באוגוסט 2013 בחשד לביצוע עבירות של שיבוש הליכי משפט בקשר להשפעה משחיתה על עדים, בין היתר באמצעות שוחד ואיומים, על מנת שיימנעו ממסירת עדות או משיתוף פעולה עם משרד התביעה אגב משפטם של רוטו וסאנג. מדובר בהליך הראשון שנפתח בבית הדין בגין חשד זה.¹⁹ טרם נעצר.

4. פיליפ קיפקואץ' בט (Philip Kipkoech Bett)

אזרח קנייתי. צו מעצר הוצא נגדו ב־10 במרס 2015 בחשד לביצוע עבירות של שיבוש הליכי משפט בקשר להשפעה משחיתה על עדים, בין היתר באמצעות שוחד ואיומים, על מנת שיימנעו ממסירת עדות או משיתוף פעולה עם משרד התביעה אגב משפטם של רוטו וסאנג.²⁰ טרם נעצר.

5. פול גישרו (Paul Gicheru)

עו"ד קנייתי. צו מעצר הוצא נגדו ב־10 במרס 2015, והוא הוסגר לבית הדין ב־3 בנובמבר 2020. משפטו נפתח ב־15 בפברואר 2022. נאשם בביצוע עבירות של שיבוש הליכי משפט בקשר להשפעה משחיתה על עדים, בין היתר באמצעות שוחד ואיומים, על מנת שיימנעו ממסירת עדות או משיתוף פעולה עם משרד התביעה אגב משפטם של רוטו וסאנג. שוחרר לקניה לתקופת משפטו.²¹ המשפט בעיצומו.

ICC, Case Information Sheet – Situation in Kenya – The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11 (Last Visited June 11, 2022)

ICC, Press Release, Arrest Warrant Unsealed in Kenya situation: Walter Barasa suspected of corruptly influencing witnesses (Oct. 2, 2013)

ICC, Statement, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the unsealing of Arrest Warrants in the Kenya situation (Sep. 10, 2015)

ICC, Case Information Sheet – Situation in Kenya – The Prosecutor v. Paul Gicheru, ICC-01/09-01/20 (Last Visited June 10, 2022)

ו. לוב

החקירה נפתחה בעקבות הפניה של מועצת הביטחון. נפתחו שלושה הליכים נגד חמישה חשודים:

1. מועמר מוחמד אבו מיניאר קדאפי (Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi), סייף אל-אסלאם קדאפי (Saif Al-Islam Gaddafi) ועבדאללה אל-סנוסי (Abdullah Al-Senussi) מועמר קדאפי היה מפקד כוחות הצבא של לוב ומחזיק בתואר מנהיג המהפכה וכן שליט המדינה. סייף קדאפי, בנו של מועמר קדאפי, כיהן כראש ממשלת לוב בפועל. אל-סנוסי היה מפקד בצבא לוב וראש המודיעין. צווי מעצר הוצאו נגדם ב־27 ביוני 2011 בחשד לביצוע פשעים נגד האנושות של רצח ורדיפה, מאז ה־15 בפברואר 2011 ולכל הפחות עד ה־28 בפברואר 2011. זאת במסגרת מדיניות ממשלתית לדיכוי ההפגנות שפרצו ברחבי המדינה בשנת 2011 בעקבות גל המחאות בעולם הערבי, תוך שימוש בכל האמצעים, כולל נשק קטלני, נגד המפגינים.²² ב־22 בנובמבר 2011 בוטלו ההליכים נגד מועמר קדאפי עקב מותו. ב־11 באוקטובר 2013 קבעה ערכאת קדם המשפט כי ההליכים נגד אל-סנוסי אינם קבילים והם הופסקו, עקב הליכים מדינתיים שמתנהלים בלוב נגדו בגין אותם פשעים. ההחלטה אושרה בערעור. סייף קדאפי טרם נעצר.

2. אל-תוהאמי מוחמד חאלד (Al-Tuhamy Mohamed Khaled)

לשעבר מפקד בצבא לוב וראש הסוכנות לביטחון פנים (ISA). צו מעצר הוצא נגדו ב־18 באפריל 2013 בחשד לביצוע פשעי מלחמה, כולל עינויים ויחס אכזרי, ופשעים נגד האנושות, כולל כליאה, עינויים ורדיפה, בין החודשים פברואר לאוגוסט 2011. זאת אגב הפעולות לדיכוי ההפגנות שפרצו ברחבי המדינה בשנת 2011, וכן העימות המזוין בין כוחות הביטחון הלוביים לארגונים חמושים.²³ טרם נעצר.

3. מחמוד מוסטפא בוסייף אל-ורפאלי (Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli)

מפקד במיליציה חמושה שהייתה בעבר חלק מצבא לוב 'בריגדת אל-סאיקה' (Al-Saiqa Brigade). צו מעצר הוצא נגדו ב־15 באוגוסט 2017 וצו מעצר שני הוצא ב־4 ביולי 2018, בחשד לביצוע פשעי מלחמה של רצח ומתן הוראה לביצוע רצח במספר אירועים בין יוני 2016 ליולי 2017, וכן בינואר 2018. זאת אגב העימות המזוין בין כוחות הביטחון הלוביים לארגונים חמושים, או בין הארגונים עצמם.²⁴ ב־15 ביוני 2022 בוטלו ההליכים נגד ורפאלי עקב מותו.

22 ICC, Case Information Sheet – Situation in Libya – The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11 (Last Visited June 10, 2022)

23 ICC, Case Information Sheet – Situation in Libya – The Prosecutor v. Al-Tuhamy Mohamed Khaled, ICC-01/11-01/13 (Last Visited June 10, 2022)

24 ICC, Case Information Sheet – Situation in Libya – The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, ICC-01/11-01/17 (Last Visited June 10, 2022)

ז. חוף השנהב

החקירה נפתחה מכוח הסכמת המדינה לסמכות השיפוט. נפתחו שני הליכים נגד שלושה חשודים:

1. לורן גבאגבו (Laurent Gbagbo) וצ'ארלס בלה גודה (Charles Blé Goudé)

גבאגבו היה נשיא חוף השנהב, ובלה גודה היה יד ימינו. צו מעצר הוצא נגד גבאגבו ב־23 בנובמבר 2011, ונגד בלה גודה ב־21 בדצמבר 2011. ב־30 בנובמבר 2011 הוסגר גבאגבו לבית הדין וב־22 במארס 2014 הוסגר בלה גודה. ב־11 במארס 2015 אוחד המשפט בעניינם, והוא נפתח ב־28 בינואר 2016. השניים הואשמו בביצוע פשעים נגד האנושות של רצח, אונס, מעשים לא־אנושיים אחרים ורדיפה. זאת אגב אירועי האלימות סביב הבחירות לנשיאות בשנים 2010–2011.²⁵ ב־15 בינואר 2019 זיכתה ערכאת המשפט את השניים מהאישומים, והם שוחררו. נקבע כי לא הוצגו ראיות מספקות להרשעה, בפרט קיומה של תוכנית להשאיר את גבאגבו בשלטון, שכללה ביצוע פשעים נגד האוכלוסייה האזרחית כחלק מתוכנית או מדיניות, או קיומם של דפוסי אלימות שמהם ניתן להסיק שקיימת מדיניות כזו. הזיכוי אושר בערעור.

2. סימון גבאגבו (Simone Gbagbo)

אשתו של נשיא חוף השנהב לשעבר. צו מעצר הוצא נגדה ב־29 בפברואר 2012 בחשד לביצוע פשעים נגד האנושות של רצח, אונס ואלימות מינית, רדיפה ומעשים לא־אנושיים אחרים. זאת אגב אירועי האלימות סביב הבחירות לנשיאות בשנים 2010–2011. גבאגבו היא האישה היחידה שנפתח נגדה הליך בבית הדין עד כה.²⁶ ב־15 ביוני 2021 הגיש משרד התביעה בקשה לביטול צו המעצר, שבמסגרתה צוין כי לאור בחינה של פסקי הדין שניתנו בעניינם של גבאגבו ובלה גודה, אין סיכוי סביר שניתן יהיה להוכיח את האישומים נגד סימון גבאגבו ברף הראייתי הנדרש. ב־19 ביולי 2021 אישרה ערכאת קדם המשפט את הבקשה והצו בוטל.

ח. מאלִי

החקירה נפתחה בעקבות הפניה של המדינה. נפתחו שני הליכים נגד שני חשודים:

1. אחמד אל־פאקי אל־מהדי (Ahmad Al Faqi Al Mahdi)

פעיל בארגון הטרור 'אנצאר א־דין' (Ansar Eddine). צו מעצר הוצא נגדו ב־18 ספטמבר 2015, והוא הוסגר לבית הדין ב־26 בספטמבר 2015. משפטו נפתח ב־22 באוגוסט 2016. אל־מהדי הואשם בביצוע פשעי מלחמה שכללו תקיפה מכוונת נגד עשרה מבנים דתיים והיסטוריים בחודשים יוני ויולי 2012, אשר נבחרו לאור האופי הדתי וההיסטורי שלהם. זאת אגב העימות המזוין שהתלקח במדינה בשנת 2012.²⁷

25 ICC, Case Information Sheet – Situation in Côte d'Ivoire – The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15 (Last Visited June 10, 2022)

26 ICC, Case Information Sheet – Situation in Côte d'Ivoire – The Prosecutor v. Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12 (Last Visited June 10, 2022)

27 ICC, Case Information Sheet – Situation in Mali – The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15 (Last Visited June 10, 2022)

בפתח משפטו הודה אל־מהדי באשמה, וב־27 בספטמבר 2016 הורשע כמבצע בצוותא של פשעי המלחמה ונידון ל־9 שנות מאסר (תוך התחשבות בתקופת מעצרו משנת 2015). ב־17 באוגוסט 2017 נקבע כי הוא מחויב בפיצויים בסך כולל של 2.7 מיליון אירו. הומלץ שהקרן לפיצוי נפגעים תשתתף במימון. ב־25 בנובמבר 2021 הורתה ערכאת הערעור על קיצור עונשו של אל־מהדי בשנתיים, בין היתר לאור שיתוף הפעולה שלו עם בית הדין. עתיד להשתחרר ב־18 בספטמבר 2022.

2. אל־חסן אג עבד אל־עזיז (Al Hassan Ag Abdoul Aziz)

פעיל בארגון הטרור אנצאר א־דין (Ansar Eddine). צו מעצר הוצא נגדו ב־27 במארס 2018, והוא הוסגר לבית הדין ב־31 במארס 2018. ב־30 בספטמבר 2019 אושרו נגדו האישומים ומשפטו נפתח ב־14 ביולי 2020.²⁸ אל־חסן מואשם בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות אגב העימות המזוין שהתלקח במדינה בשנת 2012, הכוללים עינויים, אונס, עבדות מינית, נישואים בכפייה, רדיפה, יחס אכזרי ותקיפה מכוונת נגד מבנים דתיים והיסטוריים. המשפט נמצא בעיצומו.

ט. הרפובליקה המרכז־אפריקאית II

החקירה נפתחה בעקבות הפניה של המדינה. נפתחו ארבעה הליכים נגד חמישה חשודים:

1. מחמת סעיד עבד אלקאני (Mahamat Said Abdel Kani)

מפקד בכיר במיליציה המוסלמית סלקה (Seleka). צו מעצר הוצא נגדו ב־7 בינואר 2019 והוא הוסגר לבית הדין ב־24 בינואר 2021. ב־9 בדצמבר 2021 אושרו באופן חלקי האישומים נגדו. מואשם בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בשנת 2013, אגב העימות המזוין בין מיליציות אתניות במדינה, הכוללים עינויים ויחס אכזרי, מאסר או שלילת חירות חמורה אחרת, רדיפה, היעלמות כפויה ומעשים לא־אנושיים אחרים.²⁹ משפטו עתיד להיפתח ב־26 בספטמבר 2022.³⁰

2. פטריס־אדוארד נגסונה (Patrice-Edouard Ngaïssona), אלפרד יקטום (Alfred Yekatom)

נגסונה ויקטום הם מפקדים בכירים לשעבר במיליציה הנוצרית אנטי־בלאקה (Anti-Balaka). צו מעצר הוצא נגד יקטום ב־11 בנובמבר 2018, והוא הוסגר לבית הדין ב־17 בנובמבר 2018. צו מעצר הוצא נגד נגסונה ב־7 בדצמבר 2018, והוא הוסגר לבית הדין ב־23 בינואר 2019. ב־11 בדצמבר 2019 אושרו באופן חלקי האישומים נגדם, ומשפטם נפתח ב־16 בפברואר 2021.³¹ השניים נאשמים בביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בין השנים 2013–2014, אגב העימות המזוין בין מיליציות אתניות במדינה, הכוללים רצח, עינויים ויחס אכזרי, הטלת מום, תקיפה מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, תקיפה מכוונת נגד מבני דת קדושים, גיוס ילדים מתחת

28 ICC, Case Information Sheet – Situation in Mali – The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18 (Last Visited June 10, 2022)

29 ICC, Case Information Sheet – Situation in Central African Republic II – The Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani, ICC-01/14-01/21 (Last Visited June 10, 2022)

30 ICC, Press Release, Said case: Trial to open on 26 September 2022 (Feb. 21, 2022)

31 ICC, Case Information Sheet – Situation in Central African Republic II – The Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, ICC-01/14-01/18 (Last Visited June 10, 2022)

לגיל 15 ושימוש בהם להשתתפות פעילה בלחימה, גירוש או העברת אוכלוסייה בכפייה, מאסר או שלילה חמורה אחרת של חירות פיזית. **המשפט נמצא בעיצומו.**

3. **מקסים ז'ופרואה אלי מוקום גאוואקה (Maxime Jeoffroy Eli Mokom Gawaka)**
מוקום היה מתאם פעולות ארצי של המליציה הנוצרית אנטי־בלאקה (Anti-Balaka). צו מעצר הוצא נגדו ב־10 בדצמבר 2018, והוא הוסגר לבית הדין ב־14 במארס 2022. חשוד בביצוע מגוון רחב של פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בין השנים 2013–2014, אגב העימות המזוין בין מיליציות אתניות במדינה, הכוללים רצח, עינויים, רדיפה, היעלמות כפויה, הטלת מום, תקיפה מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית, תקיפה מכוונת נגד מבני דת קדושים וביזה.³² **הליך אישור האישומים עתיד להיפתח ב־31 בינואר 2023.**³³

4. **מחמאט נוראדין אדם (Mahamat Nouradine Adam)**
אדם היה שר הביטחון, ההגירה והסדר הציבורי, ומייסד מיליציה חמושה (Convention des Patriotes) סלקה (Seleka). צו מעצר הוצא נגדו ב־7 בינואר 2019. חשוד בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות בשנת 2013, אגב העימות המזוין בין מיליציות אתניות במדינה, הכוללים עינויים ויחס אכזרי, רדיפה, מאסר או שלילה חמורה אחרת של חירות פיזית והיעלמות כפויה.³⁴ **טרם נעצר.**

י. גיאורגיה

החקירה נפתחה ביוזמת התובעת. נפתח הליך אחד נגד שלושה חשודים:

1. **מיכאיל מאירמוביץ' מינדזייב (Mikhail Mayramovich Mindzaev), גמלט גוצ'מאזוב (Gamlet Guchmazov) ודיויד גאורגייביץ' סנקוב (David Georgiyevich Sanakoev)**
מינדזייב היה שר הפנים של הממשלה בפועל בדרום אוסטיה, שפעלה בחסות רוסיה, גוצ'מאזוב היה מפקד מתקן כליאה וסנקוב היה נציב תלונות הציבור. צווי מעצר הוצאו נגדם ב־24 ביוני 2022.³⁵ השלושה חשודים בביצוע פשעי מלחמה הכוללים כליאה בלתי חוקית, עינויים ויחס לא־אנושי, אגב כליאת אזרחים גיאורגים במהלך העימות המזוין שהתגלע בדרום אוסטיה בחודש אוגוסט 2008. זאת במטרה להשתמש בהם כבני ערובה בעסקת חילופי שבויים עם ממשלת גיאורגיה ולקבל תמורתם אסירים הכלואים בגיאורגיה. **טעם נעצרו.**

ICC, Press Release, Situation in Central African Republic II: Maxime Jeoffroy Eli Mokom Gawaka surrendered to the ICC for crimes against humanity and war crimes (Mar. 14, 2022)

ICC, Press Release, Maxime Jeoffroy Eli Mokom Gawaka makes first appearance before the ICC: confirmation of charges hearing scheduled for 31 January 2023 (Mar. 22, 2022)

ICC, Press Release, Situation in CAR II: ICC Pre-Trial Chamber II issues public redacted version of Arrest Warrant for Mahamat Nouradine Adam (July 28, 2022)

ICC, Press Release, Situation in Georgia: ICC Pre-Trial Chamber delivers three arrest warrants (June 30, 2022)

לפני עשרים שנה, ביולי 2002, הוקם בהאג מוסד חדש - בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC). בכך נוצרה לראשונה ערכאה קבועה שבה ניתן לשפוט אנשים החשודים בביצוע הפשעים החמורים ביותר - פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, רצח עם ותוקפנות.

במארס 2021 נפתחה חקירה בבית הדין המת"חסת לחשדות לפשעים שבוצעו בשטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה החל מ-13 ביוני 2014. זאת בהמשך לקבלת העמדה ש"פלסטיין" היא מדינה חברה בבית הדין, ששטחה משתרע על שטחים אלו ושהיא רשאית להפנות אליו לחקירה פשעים שבוצעו בשטחה.

בימים אלה בית הדין מעורב בחקירת טענות לביצוע פשעי מלחמה במסגרת המערכה בין רוסיה לאוקראינה. חקירות נוספות מתנהלות בבית הדין גם בנוגע לטענות לפשעים שבוצעו במקומות אחרים בעולם, כולל במספר מדינות באפריקה, באפגניסטן, בפיליפינים, בוונצואלה ובגינאווגיה.

על רקע זה, המזכר מספק הזדמנות להכיר את מכלול ההיבטים הנוגעים לבית הדין: כיצד נוסד; מבנהו; היקף סמכותו; אופן פעולתו; הכלים העומדים לרשותו מול חשודים פוטנציאליים; ומערכת יחסיו עם הקהילה הבינלאומית. במזכר מפורטים כל המקרים שנדונו עד היום בבית הדין, מתוארת הביקורת שהועלתה נגד הישגיו הדלים עד היום ומפורטים השינויים שנעשו במענה לכך.

פרק מרכזי במזכר עוסק בהרחבה בחקירה התלויה ועומדת בעניינה של ישראל בעקבות ההפניה של מדינת "פלסטין". במסגרת זו מוצעות גם הערכות לגבי ההמשך הצפוי והמשמעויות הפוטנציאליות של החקירה, ומחשבות אם וכיצד לשתף פעולה עם בית הדין.

אל"ם (מילי) עו"ד פנינה שרביט ברוך היא חוקרת בכירה במכון למחקרי ביטחון לאומי וראש התוכנית למשפט וביטחון לאומי במכון. לשעבר ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית.

עו"ד אורי בארי הוא רכז התוכנית למשפט וביטחון לאומי במכון למחקרי ביטחון לאומי.