

ישראל ובית הדין הפלילי הבינלאומי – שדה קרב משפטי

בר לוי ושיר רוזנצוויג

בית הדין הפלילי הבינלאומי (The International Criminal Court - ICC) שמקום מושבו בהאג שבהולנד, הוקם מכוח אמנת רומא בשנת 1998 ("האמנה") והחל לפעול בשנת 2002. מטרתו להעמיד לדין פלילי יחידים החשודים בביצוע פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות והשמדת עם, ובעתיד – גם חשודים בפשעי תוקפנות. על אף תמיכתה הראשונית של מדינת ישראל בהקמתו, היא חששה שבית הדין הבינלאומי ישמש כלי נגדה בדמות לוחמה משפטית. כך, משהוכנס לאמנה סעיף העלול להפליל את יישובן של ההתנחלויות, המגדיר העברת אוכלוסייה של מדינה כובשת לתוך השטח הכבוש – גם אם לא בכפייה – כאחד מפשעי המלחמה, החליטה ישראל שלא לאשרר את אמנת רומא ולא להיות חברה בבית הדין הבינלאומי. אולם, בעולם שבו שמור ללוחמה המשפטית מקום נכבד לצד שדה הקרב עצמו, חשוב ללמוד ולהכיר את כללי המשחק, גם אם מסרבים לקחת בו חלק. לכן חשוב להכיר את בית הדין ואת פועלו, וכן להכיר בו כשחקן מפתח פוטנציאלי, שיש לתת עליו את הדעת בזירת הלוחמה המשפטית בין ישראל לרשות הפלסטינית.

מילות מפתח: ישראל, ICC, משפט בינלאומי, הרשות הפלסטינית

בר לוי הינה קצינת ייעוץ משפטי בפרקליטות הצבאית. בר היא בוגרת תואר ראשון (LL.B) במשפטים מאוניברסיטת תל אביב ובוגרת האקדמיה למשפט בין-לאומי בהאג. מתמחה במכון בתוכנית "משפט וביטחון לאומי" שבראשו עומדת אל"ם (מיל") פנינה שרביט-ברוך. מאמר זה נכתב במהלך לימודיה האקדמיים של בר ומשקף את עמדתה האישית בלבד. שיר רוזנצוויג היא תלמידת תואר ראשון במשפטים (LL.B) באוניברסיטת תל-אביב. מתמחה במכון בתוכנית "משפט וביטחון לאומי" שבראשו עומדת אל"ם (מיל") פנינה שרביט-ברוך.

בית הדין הפלילי הבינלאומי – רקע

בית הדין מהווה תקדים במונחים של יחסים בינלאומיים, משום שהוא בית דין פלילי קבוע הראשון מסוגו, לאחר שהוקמו מספר בתי דין בינלאומיים פליליים אד הוק. במסגרתו ניתן להעמיד לדין יחידים,¹ ואין חסינות גם לראשי מדינה ולבכירים אחרים. מדינה יכולה להצטרף כחברה בבית הדין על ידי חתימה ואשרור האמנה. עד כה הצטרפו לבית הדין הבינלאומי 123 מתוך 193 מדינות העולם, כולל רובן המוחלט של מדינות אירופה, כל מדינות יבשת אמריקה למעט ארצות-הברית, אוסטרליה, רוב מדינות אפריקה ומדינות אחדות באסיה ובמזרח התיכון, ביניהן ירדן. כאמור, ישראל לא הצטרפה לאמנה.²

בית הדין הבינלאומי כולל מספר גופים, ביניהם משרד התובעת (Office of The Prosecutor – OTP) המשמש גוף נפרד מבית הדין ופועל באופן עצמאי. למשרד התובעת סמכויות אופרטיביות כדוגמת ניהול חקירה יזומה מטעמו. סמכויות אלו כפופות לערכאת קדם-משפט,³ שהיא ערכאה שיפוטית המבקרת את החלטות משרד התובעת. החל משנת 2012 מכהנת כתובעת בית הדין הבינלאומי **פטו בנסודה**, אזרחית גמביה, שכינה בעבר כמשנה לתובע הראשון בבית הדין, לואיס מורנו אוקמפו, וכן כיועצת משפטית ופרקליטה בבית הדין הפלילי הבינלאומי לרואנדה.⁴ גוף נוסף הוא הרכב שופטי בית הדין, המורכב מ-18 שופטים מכהנים ממדינות שונות החברות באמנה, שנבחרים אחת לשלוש שנים על ידי אסיפת המדינות החברות באמנה, או לחלופין, על ידי ועדת מינויים מייעצת שהקימה האסיפה. ההליך בבית הדין מתחיל, לרוב, בשלב בדיקה מקדמית – שאינה מוגבלת בזמן – של מצב במדינה מסוימת, שבמסגרתה בוחן משרד התובעת, על בסיס מידע זמין, אם יש מקום לפתוח בחקירה עצמאית של המקרה. פתיחת חקירה מאפשרת נקיטת צעדים אופרטיביים מצד משרד התובעת, הכוללים סמכויות חקירה עצמאיות ואף סמכות להנפקת צווי מעצר, אשר כל המדינות החברות בבית הדין מחויבות לכבדם ביחס לחשודים הנמצאים בשטחיהן.⁵

נכון למחצית 2016, 23 מקרים שונים נמצאים בחקירת משרד התובעת בתשע מדינות,⁶ ותשעה מקרים נוספים נמצאים בשלב הבדיקה המקדמית.⁷ רוב המקרים הופנו למשרד התובעת על ידי מדינות החברות באמנה, פרט לשני מקרים שהופנו על ידי מועצת הביטחון של האו"ם לבדיקת מקרים במדינות שאינן חברות באמנה.⁸ כמו כן פתח משרד התובעת מיוזמתו (Proprio Motu) בחקירת מקרים שבסמכות שיפוטו של בית הדין הבינלאומי ביחס לשלוש מדינות, ללא פנייה של מדינות או של מועצת הביטחון.⁹

לפי שעה הסתיימו שלושה הליכים משפטיים בהרשעה – הראשון בעניינו של תומאס לובנגה, מנהיג מיליציה מקונגו שהורשע בחטיפת ילדים והפיכתם לחיילים, ונגזרו עליו 14 שנות מאסר; השני בעניינו של ז'רמן קאטאנגה, מנהיג מיליציה

מקונגו שהורשע בסיוע לפשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה, ונגזרו עליו 12 שנות מאסר; השלישי בעניינו של ז'אן-פייר במבה גומבו, פוליטיקאי מרפובליקת מרכז-אפריקה שהורשע בשני סעיפים של פשעים נגד האנושות, אשר גזר דינו טרם נקבע.

פנייתה של מדינת איי קומורו (פרשת המרמרה)

במאי 2010 יצא מטורקיה משט של שש ספינות לכיוון חופי עזה, שמטרתו המוצהרת הייתה לשבור את הסגר הימי על עזה, בעוד ישראל חששה שמדובר במסווה להברחת אמצעי לחימה לעזה, לנוכח ניסיונות קודמים להברחת מסוג זה. 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. עשרה נוסעים נהרגו וכחמישים נפצעו, וכן נפצעו עשרה חיילי צה"ל.¹⁰

בעקבות המקרה ספגה ישראל גינויים ממדינות רבות ומועצת הביטחון,¹¹ היחסים הדיפלומטיים בין ישראל לטורקיה הורעו וקמו ועדות חקירה ישראליות ובינלאומיות.¹² קומורו (מדינת הדגל של הספינה המרמרה)¹³ החברה בבית הדין הגישה בתאריך 14 במאי 2013 בקשה לחקור את אירועי המשט, בטענה שהתבצעו פשעי מלחמה על ידי ישראל. על בסיס בקשה זו פתח משרד התובעת בבדיקה מקדמית של המקרה.¹⁴ במהלך הבדיקה המקדמית נבחנים קיומה של סמכות שיפוט, שאלת קבילות המקרה (לפי עקרונות החומרה והמשלימות) ושיקולי צדק.¹⁵ באשר לסמכות השיפוט, לפי אמנת רומא יש לבית הדין הבינלאומי סמכות לחקור או להעמיד לדין מבצע עבירה רק אם מתקיימת זיקה טריטוריאלית, כשהפשע בוצע בשטחה של מדינה חברה באמנה, או כשמדינה שבה בוצע הפשע ואשר אינה חברה באמנה הסכימה לסמכות שיפוט אד הוק של בית הדין. לחלופין, סמכות בית הדין חלה אם מתקיימת זיקה מתוקף אזרחות, כשהחשוד בפשע הוא אזרח של מדינה חברה או של מדינה שהסכימה אד הוק לסמכות השיפוט. בנוסף יכול בית הדין להחיל את סמכות שיפוטו כאשר המקרה הופנה למשרד התובעת על ידי מועצת הביטחון.¹⁶ בעניין המרמרה, סמכות השיפוט מתגבשת על בסיס הזיקה הטריטוריאלית, שכן הספינה היא שלוחתה של קומורו, החברה באמנה. מעבר לכך, סמכותו של בית הדין חלה על פשעים שבוצעו לאחר מועד הקמתו (לאחר ה-1 ביולי 2002), או לאחר יום הצטרפותה של המדינה שבה אירע המקרה הנדון, או שהחשוד הוא אזרח במדינה החברה באמנה (לאחר יום הקמת בית הדין הבינלאומי),¹⁷ וכן רק אם העבירה נכללת בהגדרות הפשעים שבסמכות בית הדין. באשר לבחינת שיקול הקבילות, על משרד התובעת להתייחס לעקרונות החומרה והמשלימות – על פי עקרון החומרה בית הדין אינו עוסק ב"עניין שאינו

חמור במידה המצדיקה פעולה נוספת של בית הדין¹⁸; זאת לאור מטרת בית הדין להעמיד לדין את הפושעים שביצעו את הפשעים החמורים ביותר, המדאיגים את הקהילה הבינלאומית. בציינה את עקרון החומרה אין האמנה מספקת הגדרה מדויקת, או רף להפעלתו. עם זאת, משרד התובעת קבע כי הקריטריונים העיקריים להערכת חומרת מקרה יכללו את היקף הפשע, את טבעו של הפשע, את אופן הפקודה שניתנה ואת ההשפעה של הפשע.¹⁹ כמו כן, בהחלטה של ערכאת קדם-משפט נקבע שיש להביא בחשבון שיקולים איכותניים וכמותיים המושפעים הן מההשפעה הישירה של המתקפה והן מהשפעתה העקיפה, שכן האחרונה עלולה לעתים להסב נזק רב יותר מזו הישירה.

כך, בעניין המרמרה החליטה תובעת בית הדין הבינלאומי ב־6 בנובמבר 2014 שלא לפתוח בחקירה, בציינה כי למרות שיש יסוד סביר להאמין שבוצעו פשעי מלחמה על סיפון המרמרה, נראה כי התיקים שייפתחו כתוצאה מחקירה בעניין יהיו בלתי קבילים בפני בית הדין, שכן הם אינם חמורים דיים.²⁰ התובעת קבעה כי הסיטואציה הנבדקת מצומצמת כשלעצמה – האירוע התרחש על סיפון המרמרה בלבד מתוך שש ספינות המשט, מספר הנפגעים מצומצם יחסית (הריגתם של עשרה אנשים ופציעתם של כחמישים אנשים), וכן מצומצמים כלל השיקולים האיכותניים בדבר החומרה.

קומורו ערערה על החלטת התובעת בערכאת קדם-משפט ב־29 בינואר 2015. בהחלטה שפורסמה ב־16 ביולי 2015 הוכרע כי על התובעת לבחון את החלטתה מחדש, משום ששגתה בהערכת חומרת המקרה. בתגובה הגישה התובעת ערעור בטענה שהשופטים טעו בהערכת היקף הביקורת השיפוטית העומדת לרשותם, בפירוש הדין ובפירוש המסקנות. הערעור נדחה על ידי ערכאת הערעור, שקבעה כי לתובעת לא הייתה סמכות לערער על ההחלטה הראשונה, אולם הערכאה לא התייחסה לטענות התובעת לגופן, ולא דנה בקבילות המקרה או בסמכות השיפוט של בית הדין.²¹ המקרה עבר לבחינה חוזרת של התובעת, אשר טרם פרסמה את החלטתה החדשה בנושא.

בבחינה מחודשת של קבילות המקרה יעריך משרד התובעת מחדש את חומרת המקרה. ישנה אפשרות סבירה כי הפעם ייערך דיון גם בעקרון המשלימות – נושא שאליו לא הייתה התייחסות בהחלטה הראשונה של התובעת. לפי עיקרון זה, סמכותו של בית הדין משנית ומשלימה לסמכויות השיפוט הלאומיות. על בית הדין לבחון אם התקיימו או מתקיימים כעת הליכי חקירה או העמדה לדין בסוגיה הנדונה, על ידי הרשויות המוסמכות במדינה, ואם התקבלה החלטה בדבר אי-העמדה לדין עקב חקירה. במידה שהתקיים במדינה הנוגעת בדבר הליך ראוי ואמיתי שאינו נובע מחוסר רצון או מחוסר יכולת בפועל לקיים את ההליכים הלאומיים, אזי על פי עקרון המשלימות, המקרה אינו קביל לשיפוט בית הדין.

בפרשת המשט עשוי עקרון המשלימות להוות הגנה מוצלחת, משום שהמקרה נחקר במספר פורומים בישראל, כולל במסגרת ועדות חקירה ממשלתיות בראשות שופט בית המשפט העליון – ועדת טירקל. כן הוגשו מספר עתירות לבג"ץ אשר נדחו על הסף,²² וחיילים שהשתתפו במבצע נחקרו ונשפטו במסגרת מערכת המשפט הצבאית.²³

התפתחות חשובה באשר לפרשת המרמרה אירעה ב־27 ביוני 2016, אז הכריזו ראש הממשלה בנימין נתניהו ומקבילו הטורקי בינאלי יילדרים, כי שתי המדינות הגיעו להסכם פיוס שיסיים את המשבר שפרץ ביניהן בעקבות פרשת המרמרה, שבה נהרגו עשרה אזרחים טורקים. למחרת היום נחתם ההסכם על ידי מנכ"ל משרד החוץ הישראלי, ובמקביל התקיים טקס דומה באנקרה. חשוב לציין כי ההסכם אינו דן בפנייתו של קומורו לבית הדין הבינלאומי, וכן נראה כי משמעותו כלפיה מבחינה משפטית גרידא אינה רבה. לא טורקיה היא זו שהגישה את הפנייה לבית הדין אלא קומורו, טורקיה כלל אינה חברה בבית הדין. עם זאת, מעניין לראות אם בית הדין יתייחס להסכם כשיבחן את קבילות המקרה. הואיל ומרבית הקורבנות הם טורקים, ייתכן שמשרד התובעת יאמין כי חקירה שתתקיים לאחר הסכם הפיוס לא תשרת את שיקולי הצדק, ביניהם האינטרס של הקורבנות.²⁴ דומה כי ההסכם מתייחס לכך כשהוא קובע כי ממשלת ישראל תשלם כ־20 מיליון דולר לקרן הומניטרית, שתוקם לשם פיצוי משפחות הקורבנות והפצועים הטורקים.

פניית הרשות הפלסטינית

הרשות הפלסטינית ביקשה לראשונה ב־21 בינואר 2009 להצטרף כחברה בבית הדין, ולקבל עליה את סמכות שיפוטו. בקשה זו נדחתה על ידי התובע דאז, לואיס מורנו אוקמפו, על בסיס סעיף 12(3) לאמנה, שלפיו רק מדינה ("State") שהוכרה בזירה הבינלאומית יכולה לקבל על עצמה את סמכות השיפוט של בית הדין.²⁵ עם זאת, התובע ציין כי אם תוכר הרשות הפלסטינית כמדינה על ידי ועדת המדינות החברות באמנת רומא או על ידי האו"ם, התוצאה עשויה להיות שונה.

העצרת הכללית של האו"ם אימצה ב־29 בנובמבר 2012 את החלטה 67/19, אשר שדרגה את מעמדה של "מדינת פלסטין" למעמד של "מדינה לא־חברה משקיפה".²⁶ כך התאפשר לרשות הפלסטינית לאשרר את האמנה ב־2 בינואר 2015, וב־6 בינואר 2015 קיבלה העצרת הכללית של האו"ם את האשרור, כמיופת כוחו של בית הדין.²⁷ האשרור נכנס לתוקף ב־1 באפריל 2015.²⁸ בנוסף הצהירה הרשות הפלסטינית כי היא מעניקה הסכמה אד הוק להחיל את סמכות בית הדין רטרואקטיבית על פשעים שבוצעו בשטחים הפלסטיניים הכבושים החל מ־13 ביוני 2014.²⁹ בעקבות זאת הכריזה התובעת על פתיחה בבדיקה מקדמית בעניין פשעים שייתכן כי בוצעו בשטח הרשות הפלסטינית באותן שנים, הן על ידי גורמים

ישראליים והן על ידי גורמים פלסטיניים, ביניהם פשעים לכאורה שבוצעו על ידי הצדדים במהלך מבצע 'צוק איתן'³⁰, וכן פשעים הנוגעים להתנחלויות היהודיות כגון תכנון, בנייה, פיתוח, ביסוס ועידוד הקמת התנחלויות, וכן תכנון ואישור של הרחבת ההתנחלויות בגדה המערבית ובמזרח-ירושלים. בנוסף נבדקו הריסות בתים, מעצרים מנהליים, אלימות מתנחלים כלפי קהילות פלסטיניות וטענות בדבר טיפול לקוי בעצורים, במעוכבים ובנאשמים פלסטינים במערכת המשפט הצבאית הישראלית.³¹ כחלק מהבדיקה המקדמית בוחן משרד התובעת את כל המידע שפורסם ביחס לאותם אירועים, כדוגמת דוחות של ארגוני האו"ם, דוחות ממשלתיים של ישראל והרשות הפלסטינית, וכן של ארגונים בינלאומיים וארגונים לא ממשלתיים. במסגרת הבחינה נבדקים המעשים של כל הצדדים שהיו מעורבים בסכסוך, ולא רק מעשיה של ישראל.

מבצע 'צוק איתן'

בעקבות ירי רקטות מתמשך מרצועת עזה לשטח ישראל פתח צה"ל ב-7 ביולי 2014 במבצע 'צוק איתן', שמטרתו השבת הביטחון לאזרחי ישראל שסבלו מירי זה, וכן הריסת מערכת המנהרות התת-קרקעיות של חמאס בין עזה לישראל.³² במהלך המבצע נורו אלפי רקטות מעזה לישראל, ואלפי מטרות בעזה הותקפו על ידי צה"ל. כתוצאה מהמבצע נהרגו מעל אלפי פלסטינים, שמספר האזרחים מתוכם שנוי במחלוקת.³³ מהצד הישראלי נהרגו 67 חיילי צה"ל וחמישה אזרחים.³⁴ השאלה העולה אפוא היא, האם המקרה יעמוד במבחני הבדיקה המקדמית שנדונו לעיל. ראשית, דומה שלפי גישת התובעת, בעצם ההכרה ברשות הפלסטינית כמדינת פלסטין, ובכל השטחים כחלק ממדינה זו, התמלאה דרישת הסמכות לפי הזיקה הטריטוריאלית. שנית, באשר לשאלת הקבילות של אותו מקרה בבית הדין הבינלאומי, יש לבחון אם חקירת המקרה עומדת בעקרונות החומרה והמשלימות. לצורך בחינה זו תסתייע התובעת בין היתר במידע הזמין מדוחות בינלאומיים שפורסמו, וכן מפרסומים של הצדדים המעורבים.

במסגרת בחינת עקרון החומרה כאמור באשר לפרשת המרמרה יבחן משרד התובעת, בין היתר, את היקף הנזק שנגרם לצד הפלסטיני, את השפעתו על חייהם של הפלסטינים וכדומה. זאת, לפי שיקולים איכותניים וכמותיים הנובעים הן מהשפעתו הישירה של המבצע והן מהשפעתו העקיפה.

מערכת החקירה הישראלית תיבחן על פי עקרון המשלימות. יצוין כי חקירה ישראלית של אירועים במבצע נערכה על ידי הפרקליטות הצבאית, אשר בחנה מספר אירועים חריגים שאירעו במהלך מבצע 'צוק איתן' ושהוגשו לגביהם תלונות. תלונות ביחס לכמאה אירועים חריגים הועברו על ידי הפרקליטות הצבאית לבירור באמצעות מנגנון בירור מטכ"ל, שהופעל לראשונה בקשר למבצע זה. בנוסף פתח

הפרקליט הצבאי הראשי ב-19 חקירות פליליות נגד חיילים שהשתתפו לכאורה בפעולות המפרות את דיני המלחמה.³⁵ אולם, לא ברור אם פעולות חקירה אלו יספקו את משרד התובעת בעניין המשלימות, שכן לא הועמד לדין אף חייל, גם לא במסגרת הליך משמעותי.³⁶

כאמור, הבדיקה המקדמית שתבחן את קיומם של התנאים לעיל תיעשה לאור מידע הזמין לתובעת, אשר יכלול דוחות שפורסמו בעקבות המקרה הנדון. עד היום פורסמו מספר דוחות המציגים תמונה עגומה באשר להתנהלות צה"ל במהלך הלחימה במבצע. במאי 2015 פרסם הארגון הישראלי שוברים שתיקה דוח ובו שישים עדויות אנונימיות של חיילים על אירועים של פגיעה בחפים מפשע ברצועת עזה שהתרחשו, לדבריהם, במהלך מבצע 'צוק איתן'. מסקנת הארגון מעדויות אלו היא –

העיקרון שהנחה את המדיניות הצבאית – מינימום סיכון לכוחותינו, גם במחיר פגיעה באזרחים חפים מפשע – לצד הניסיון להטיל אימה על הפלסטינים ולהרתיע אותם, הובילו לפגיעה אדירה וחסרת תקדים באוכלוסייה ובתשתית האזרחית ברצועת עזה. קובעי המדיניות יכולים היו לצפות תוצאות אלו טרם הלחימה והיו מודעים להן במהלכה.³⁷

דוח נוסף שפורסם ביוני 2015 הוא מסקנותיה של ועדת חקירה שהוקמה מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם, בראשות השופטת האמריקאית מרי מקגאוון-דיוויס ("COI" – Commission of Inquiry), אשר בחנה את פעולות שני הצדדים בראי הדין ההומניטרי הבינלאומי ודיני זכויות אדם הבינלאומיים.³⁸ בביסוס חלקו העובדתי של הדוח התרעמו חברי ועדת החקירה על חוסר שיתוף הפעולה של מדינת ישראל באשר למתן מידע מכל סוג שהוא, ועל חסימת גישתם לשטחי הרשות הפלסטינית.³⁹ הדוח הסתמך אפוא על עדויות של קורבנות ועל עדים מהצד הפלסטיני ששיתפו את חוויותיהם מהמבצע, וכן על תיעוד המקרים על ידי ארגונים שונים. מסקנתו הבולטת של דוח ועדת החקירה הייתה כי צה"ל ביצע במסגרת המבצע מספר פשעי מלחמה כלפי האוכלוסייה הפלסטינית – שעליהם חלה סמכות השיפוט של בית הדין הבינלאומי⁴⁰ – בייחוד על רקע אלפי האזרחים ההרוגים בצד הפלסטיני והעליונות הצבאית של צה"ל לעומת יכולת ההתקפה של הפלסטינים.

אמנם, דוחות אלו אינם מהווים חקירה של המקרה על ידי משרד התובעת, אך כאמור, ככל הנראה הוא יתבסס עליהם בבדיקה המקדמית שהוא עורך. כך, לפרסומם של דוחות בעלי מסקנות כה שליליות על ההתנהלות הישראלית יש השלכות משמעותיות לגבי מדינת ישראל בזירת הלוחמה המשפטית הבינלאומית בכלל, ובהליך הבדיקה המקדמית של התובעת בפרט.

סוגיית ההתנחלויות

התיישבותם של אזרחי ישראל באזור יהודה ושומרון ובמזרח־ירושלים עלולה להיתפס כפשע מלחמה לפי אמנת רומא, המגדירה כפשע "העברה, במישרין או בעקיפין, על ידי הכוח השולט, של חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלו לתוך השטח שהוא שולט בו, או הגליה או העברה של אוכלוסיית השטח הכבוש, כולה או חלקים ממנה, בתוך שטח זה או מחוץ לו".⁴¹ מבחן הכיבוש הוא מבחן עובדתי שבוחן מי בעל השליטה האפקטיבית בשטח, ולפי עמדת רוב מדינות העולם, הרשות הפלסטינית נמצאת תחת כיבוש ישראלי.⁴² סוגיית ההתנחלויות הוזכרה בדוח התובעת לפעילות בדיקות מקדמיות, כך שמתעצמת השאלה כיצד בכל זאת יימנע בית הדין מעיסוק בנושא.

באשר לבחינת סמכות השיפוט במקרה זה עולות שאלות רבות בדבר שטח הרשות הפלסטינית, המשליכות על קיומה של סמכות שיפוט טריטוריאלית. לכן, אם תוחל במקרה זה סמכות השיפוט של בית הדין, תהיינה השלכות גיאופוליטיות מרחיקות לכת בדבר סוגיות שלא הוכרעו באופן רשמי בפורום בינלאומי, למעט בהסכמי אוסלו.⁴³ לכן נדמה, לאור התנהלותו של בית הדין בעבר, כי החלת סמכות שיפוט על נושא ההתנחלויות תהיה חריגה, שכן בית הדין הבינלאומי מעולם לא דן במקרים העוסקים בסכסוכים טריטוריאליים־פוליטיים. בנוסף, חקירת סוגיה כזו עלולה לסכן את הלגיטימיות של בית הדין, הן מול מדינות חברות באמנה והן מול מדינות שאינן חברות בה. זאת, בשל החשש כי להכרעה כזאת יכולות להיות השלכות של קביעת ריבונות מסוימת על שטחים במחלוקת שלא בהסכם בין־מדינתי.⁴⁴ לא זו אף זו, עולה שאלה לגבי תזמון הקמת ההתנחלויות, אשר בחלקן, כפי שצוין גם בדוח התובעת, הוקמו לפני שנים רבות, החל ממלחמת ששת הימים ב־1967. לכן, על משרד התובעת לבחון אם הקמת אותן התנחלויות נכללת בסמכות השיפוט של בית הדין, שכן ההתנחלויות הוקמו לפניו, או לחלופין, אם ייתכן שמדובר ב"פשע מתמשך" שהחל לפני הקמת בית הדין אך תחול עליו סמכות שיפוט, שכן הוא נמשך לאורך זמן גם לאחר הקמת בית הדין.⁴⁵ ראוי לציין כי בהקשר זה לא תעמוד לישראל הגנת המשלימות, משום שחקירות פנים־ישראליות בגין סוגיות אלו אינן מתקיימות עקב מדיניות הממשלה בנושא, וגם התערבות בג"ץ מינורית ביחס לסוגיה.⁴⁶

אפשרות פתיחה בחקירה

אם תתקבל החלטה לפתוח בחקירה, בהמשך לבדיקה המקדמית, היא עשויה להתייחס גם לדרג פוליטי וצבאי ישראלי בכיר שכאמור אינו חסין בפני בית הדין, בגין אחריות אישית על פשעים לכאורה שנבחנים בבדיקה המקדמית.⁴⁷ במסגרת החקירה יש למשרד התובעת סמכויות אופרטיביות הכוללות גם הוצאת צווי מעצר

נגד חשודים. אפשר להפיץ צווים אלו למדינות בחשאי ומבלי שהחשודים אף ידעו על קיומם, וכל מדינה החברה בבית הדין מחויבת לכבד אותם. כך עלולים בכירים ישראלים להיעצר בהגיעם למדינה החברה בבית הדין. סכנת החקירה חלה גם על בעלי תפקידים בדרגים נמוכים, אם יתעורר חשד שביצעו פשעי מלחמה, ולא על קצינים בכירים בלבד, אם כי קיימת סבירות נמוכה להליכים נגד מי שאינו בעל תפקיד בכיר.⁴⁸ בסיומה של החקירה עלול גם להיות מצב שבו מוגשים כתבי אישום נגד ישראלים, אם כי, כדי להגיע לשלב זה יצטרך משרד התובעת להגיע למסקנה שיוכל להוכיח את ביצוע הפשע במידה העולה על כל ספק.

סיבות הימנעותה של ישראל מחברות בבית הדין הבינלאומי

לאור האמור לעיל, דומה כי למדינת ישראל חששות רבים מפני חברות בבית הדין הבינלאומי, ביניהם חשש מהעמדה לדין של ישראלים באשמת פשעי מלחמה, בין אם של מתנחלים – בשל העובדה שהתנחלויות מוגדרות כפשע מלחמה לפי אמנת בית הדין, ובין אם העמדה לדין של אנשי צבא וממשל על פשעי מלחמה שבוצעו לכאורה במבצע 'צוק איתן'. עם זאת, חשש זה לא נכון למציאות שבה הרשות הפלסטינית חברה בבית הדין, שכן גם כך חלה סמכות שיפוט על הפשעים לכאורה באמצעות זיקה טריטוריאלית ואזרחית לרשות הפלסטינית. בטרם התקבלה הרשות כחברה בבית הדין, ישראל יכלה להיות סמוכה ובטוחה שאי-אשרור האמנה ואי-הצטרפותה לבית הדין יגנו עליה מפני סמכות שיפוט על פשעים לכאורה, שיש חשד כי בוצעו בשטחה או על ידי אזרחיה כלפי האוכלוסייה הפלסטינית.

חשש שני הוא שבית הדין והשופטים בו, שנבחרים למעשה על ידי המדינות החברות, יפעלו ממניעים פוליטיים ולא משפטיים. חשש זה מתעצם עקב היעדר איזונים ובלמים בבית הדין שיבקרו את עבודתו. כאמור, עיסוק בסוגיית ההתנחלויות למשל פותח דלת לשאלת שטחי הרשות הפלסטינית והריבונות על הקרקע שעליה יושבות ההתנחלויות היהודיות. לכן, ייתכן שכל הטיה פוליטית (שנטען כי נראתה לראשונה בניסוח סעיף המגדיר העברת אוכלוסייה של מדינה כובשת לתוך השטח הכבוש, אף לא בכפייה, כאחד מפשעי המלחמה – עקב לחץ של מדינות ערב) תגרוור השלכות כבדות על שטחה של ישראל. אולם, ניתן לטעון כי פעולה שלמראית עין תיראה פוליטית עלולה להוביל לדה-לגיטימציה של בית הדין הצעיר, ובכך היא תהווה עבורו "גול עצמי", כך שירצה להימנע בעצמו מפעולות שרק עלולות להיראות פוליטיות ואשר עלולות להכתים את שמו. כך גם באשר לעיסוקו של בית הדין בסכסוכים טריטוריאליים פוליטיים.

אחרית דבר

בעקבות הצטרפותה של הרשות הפלסטינית כחברה בבית הדין הבינלאומי קיים חשש – שלא ניתן להתעלם ממנו – מכך שישראל עלולה למצוא את עצמה בעתיד תחת חקירת משרד התובעת, למרות שהיא עצמה אינה חברה בבית הדין. חשוב להקדים תרופה למכה ולפעול על מנת למנוע זאת. לשם כך חשוב מאוד לקיים שיתוף פעולה ישראלי, בין אם גלוי ובין אם לאו, עם גורמים החוקרים מאורעות שהתרחשו בישראל. שיתוף פעולה זה חיוני ביותר להצגת העמדה הישראלית. דומה כי כיום לא קיים שיתוף פעולה מוצהר מצד ישראל עם בית הדין, וישראל אף נמנעת משיתוף פעולה עם ועדות חקירה כגון COI. נוכח ההשפעה הצפויה של דוחות כאלה על החלטת משרד התובעת לפתוח חקירה, יש לבחון מדיניות זו מחדש. חוסר שיתוף פעולה כזה עשוי להוות מכשול להוכחת צדקת דרכה של מדינת ישראל, ולחסימת הדרך להעמדתם לדין של ישראלים. אם בעבר היו למדיניות כזו השלכות דיפלומטיות גרידא, הרי כיום, עם הצטרפות הרשות הפלסטינית לאמנה, קיים חשש ממשי מפני העמדה לדין פלילי של אנשי צבא ופוליטיקאים ישראלים. לצד הסעיפים השנויים במחלוקת באמנה קיימים כלים משפטיים המאפשרים לחסום את התערבותו של בית הדין, כמו עקרון המשלימות ועקרון החומרה. כך, באמצעות הצגת העמדה הישראלית,⁴⁹ ייתכן שקריטריונים אלו לא יתגבשו, ותוצג תמונה מאוזנת באשר לאירועים הנבדקים על ידי גורמים בינלאומיים מכובדים. הצגת העמדה הישראלית גם תתרום בהמשך לתוצאות הבדיקות והחקירות, ובעקבותיהן לתדמית ישראל בעולם.

עם זאת, נדמה כי ישראל אינה צריכה להצטרף לאמנה, בשל החשש לבחינת טענות לפשעי מלחמה שבוצעו על ידי ישראל באופן כללי. הבעייתיות בהצטרפות ניכרת במיוחד בסוגיית ההתנחלויות, שכן הצטרפות לאמנה עלולה לאותת לבית הדין הבינלאומי שישראל מקבלת את סמכותו לדון בסוגיות פוליטיות שטרם הוכרעו על ידה.

אי לכך, שיתוף פעולה ישראלי מוצהר עם הגורמים החוקרים ושימוש בכלים המשפטיים הנזכרים באמנה יאזן את הזירה הבינלאומית אל מול הצד הפלסטיני, אשר משתמש בכוחו כדי להשפיע על דעת הקהל העולמית דרך בית הדין. אכן, מדינת ישראל משקיעה מאמצים רבים, גם בהיבט המשפטי, כדי להתמודד עם קשיים שמציבים בפניה גופים כדוגמת בית הדין.⁵⁰ אולם נראה כי ניתן לעשות יותר בעניין – יש לחזק את מערכת המשפט ולטפח ככלי לשיתוף פעולה עולמי, ביקורתי ומאזן. כל זאת משום שבעידן הנוכחי שמור ללוחמה המשפטית מקום חשוב לא פחות משדה הקרב עצמו.

הערות

- 1 Rome Statute of the International Criminal Court, art. 5, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998) (להלן: "האמנה", סעיף 25).
- 2 Office of the Legal Adviser to the Ministry of Foreign Affairs, June 2002, "Israel and the International Criminal Court," <http://mfa.gov.il/MFA/MFA-Archive/2002/Pages/Israel%20and%20the%20International%20Criminal%20Court.aspx>
- 3 ערכאה זו מלווה את הליך הבדיקה המקדמית ואת ההחלטה לפתיחה בחקירה, או את סיום בדיקת האירוע בשלב המקדמי.
- 4 ICC, OTP, https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/Pages/theprosecutor2012.aspx
- 5 לבית הדין אין כוח אכיפתי משלו, והוא מסתמך על עזרת המדינות.
- 6 אוגנדה, קונגו, דרפור (סודאן), קניה, לוב, חוף השנהב, הרפובליקה המרכז-אפריקאית, מאלי וגיאורגיה, אשר מתוכנן מתנהל משפט נגד כארבעה יחידים מחוף השנהב, מהרפובליקה המרכז-אפריקאית ומקונגו.
- 7 אפגניסטן, בורונדי, קולומביה, גינאה, עיראק (חיילים בריטים בעיראק), ניגריה, הרשות הפלסטינית, ספינות רשומות של קומורו, יוון, קמבודיה ואוקראינה. יצוין כי אוקראינה אינה חברה באמנה, אך נתנה לבית הדין סמכות לבחון את מצבה החל מנובמבר 2013 (תחילת העימות מול רוסיה), ללא הגבלה בזמן; ICC, Report on Preliminary Examination Activities 2015, (להלן: "דו"ח בדיקות מקדמיות"), <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Eng.pdf>
- 8 לוב וחבל דרפור בסודאן.
- 9 בחוף השנהב, בגיאורגיה ובקניה.
- 10 היחידה להדרכה באמצעות טכנולוגיה, צה"ל, "הודעת דובר צה"ל: מקרה המשט", אתר YouTube של צה"ל, 12 ביולי 2010, <https://www.youtube.com/watch?v=Y8pGSKUbe7Y&feature=relmfu>
- 11 UN SC/9940, "Security Council Condemns Acts Resulting in Civilian Deaths during Israeli Operation against Gaza-Bound Aid Convoy, Calls for Investigation, in Presidential Statement," October 31, 2010, <http://www.un.org/press/en/2010/sc9940.doc.htm>
- 12 לדוגמה ועדת פאלמר, שהוקמה על ידי מזכ"ל האו"ם, http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf
- 13 המשפט הימי הבינלאומי קובע כי ספינה הנושאת דגל של מדינה מהווה שלוחה של אותה מדינה.
- 14 ICC, Situation on Registered Vessels of Comoros Greece and Cambodia, [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Eng.pdf)
- 15 לא בא לידי ביטוי בפרשת המרמרה. התובעת בוחנת את שיקולי הצדק, בין היתר, בהתאם לחומרת המעשה, אינטרסים של הקורבנות ונסיבות ספציפיות של הנאשם. התובעת אינה צריכה לבסס את שיקולי הצדק על מנת לפתוח בחקירה, ואכן, עד כה לא נדחו חקירות על סמך שיקול זה.
- 16 במספר סעיפים מעניקה האמנה למועצת הביטחון מנדט רחב המשפיע על סמכות שיפוטו של בית הדין הבינלאומי ועל היקף פעולותיו, על אף שבית הדין הוא גוף עצמאי.

- 17 אם כי מדינה יכולה להסכים להחיל את סמכות השיפוט גם על התקופה שלפני כן, כמו שנגעשה בהצטרפות הרשות הפלסטינית לאמנה.
- 18 התרגום באדיבות פרויקט "תרגום חוקת רומא" של עמותת עלמ"ה.
- 19 Office of the Prosecutor (OTP), Report on Prosecutorial Strategy, 14 September 2006, p. 5.
- 20 ICC-01/13-AnxA, 06/11/14.
- 21 ICC-01/13-51, 06/11/15.
- 22 לדוגמה: בג"ץ 9733/11 ח"כ ד"ר מיכאל בן ארי נ' היועץ המשפטי לממשלה.
- 23 יישום מדיניות החקירות ביחס לאירועי המשט הימי מיום 31 במאי 2010, אתר הפרקליטות הצבאית <http://www.mag.idf.il/940-he/Patzar.aspx>; וכן דו"ח הפרקליטות הצבאית לוועדת טירקל (בעמ' 84): http://www.mag.idf.il/sip_storage/FILES/9/949.pdf
- 24 ראו הערה 15.
- 25 ICC, Situation in Palestine, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>
- 26 UNGA, 29 November 2012; Resolution 67/19, Status of Palestine in the United Nations (doc.nr. A/RES/67/19)].
- 27 ICC, ICC Welcomes Palestine As a New State Party, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1103&ln=en>
- 28 בהתאם לסעיף 126 יעברו 60 יום בין יום החתימה על האמנה לבין כניסה לתוקף בפועל.
- 29 סעיף 12(3) לאמנה. מדובר ביום שלאחר חטיפת שלושת הנערים בקיץ 2014.
- 30 מכונה בדוח בדיקות מקדמיות "The conflict in Gaza between 7 July and 26 August 2014."
- 31 דוח בדיקות מקדמיות, ע"מ 14-16.
- 32 IDF Blog, Operation Protective Edge, <https://www.idfblog.com/operationgaza2014>
- 33 תחשיבי צה"ל לגבי מספר ההרוגים בקרב האזרחים הפלסטינים נמוכים בהרבה מנתוני משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים (גילי כהן, "גרסת צה"ל: בצוק איתן נהרגו 761 אזרחים פלסטינים – מחצית מהמספר שקבע האו"ם", **הארץ**, 15 ביוני 2015).
- 34 על פי דובר צה"ל.
- 35 הפרקליטות הצבאית, החלטת הפצ"ר באשר לאירועים חריגים שאירעו במבצע "צוק איתן" – עדכון מס' 2, <http://www.mag.idf.il/163-6957-he/Patzar.aspx> (להלן: "החלטת הפצ"ר").
- 36 למעט במקרים כמו ביזה (הפרקליטות הצבאית, החלטות הפצ"ר – עדכון מס' 4, <http://www.law.idf.il/163-7350-he/Patzar.aspx>)
- 37 שוברים שתיקה, 'ככה נלחמנו בעזה 2014 – עדויות וצילומים של חיילים ממבצע "צוק איתן"'.³
- 38 עמיתו כהן וטל מימרן, "ההתמודדות המשפטית עם דו"ח ועדת האו"ם לחקירת מבצע צוק איתן", המכון הישראלי לדמוקרטיה, 9 ביולי 2015.
- 39 Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoIGaza/A-HRC-29-52_en.doc.

- 40 סעיף 8 לאמנה; מוגדר כהריגה בזדון, עינוי, לקיחת בני ערובה, גירוש ועוד, אשר למעשה מהווים הפרה של אמנת ז'נבה הרביעית, וכן, הפרות חמורות אחרות של החוקים והמנהגים החלים בסכסוך מזוין בינלאומי.
- 41 סעיף 8(2)(b)(viii) לאמנה. הגירה יהודית-ישראלית לגדה המערבית נחשבת כמפרת האמנה. תרגום עמותת עלמ"ה.
- 42 פנינה שרביט-ברוך, "הכרה של האו"ם במדינה פלסטינית – כיצד להגיב?", **מבט על**, גיליון 2, בדצמבר 2012.
- 43 ישראל יכולה לטעון שחקירה בנושא תעצור את המשא ומתן המדיני המתחדש מפעם לפעם בין ישראל לרשות, ולכן אינה ראויה, בהתאם לעמדת הדין הבינלאומי שאינו מתערב ככל שמדובר בהסדרי שלום.
- 44 Kontorovich E, "Israel/Palestine – The ICC's Uncharted Territory" [2013] Journal of International Criminal Justice 979.
- 45 סוגיית הפשעים המתמשכים באמנת רומא שנויה במחלוקת וטרם הוכרעה. לדיון בנושא ראו:
Alan Nissel, "Continuing Crimes in the Rome Statute," 25 Michigan Journal of International Law 653, (2004).
- 46 ראו פסקה 100 לפסק דינו של הנשיא אהרון ברק בבג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'.
- 47 "בית הדין הפלילי הבינלאומי: סמכויות ומגבלות", **פרלמנט**, גיליון 36, המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- 48 אייל גרוס, "התובעת בהאג: נוכל לחקור ולתבוע גם דרגים נמוכים", **הארץ**, 1 במאי 2015.
- 49 במאי 2015 פורסם דוח מטעם ממשלת ישראל שמתאר בהרחבה את הרקע העובדתי של המבצע, ואת המאמצים שנעשו לכבד את דיני המלחמה במסגרתו. אולם דוח זה, בניגוד לדוח ועדת טירקל למשל, הכיל בעיקרו מידע אינפורמטיבי באשר לאירועים, ולא כלל הפקת לקחים וצעדים משפטיים שיש לנקוט בהמשך (כגון חקירות מטעם צה"ל והעמדה לדין).
- 50 קיימת יחידה במשרד המשפטים העוסקת בין היתר בסוגיות הנוגעות לבית הדין הבינלאומי. בנוסף, בשנה שעברה החליט ראש הממשלה בנימין נתניהו לפתוח בדיאלוג עם משרד התובעת כדי להבהיר את עמדת ישראל, שלפיה אין לבית הדין סמכות לדון בתלונות הפלסטיניות (ברק רביד, "ישראל החליטה לשנות מדיניות ולפתוח בשיחות עם בית הדין בהאג", **הארץ**, 9 ביולי 2015).