

מבט על, גיליון 635, 26 בנובמבר 2014

החלטת משרד התובעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי בנוגע למשט לעזה: תמרור אזהרה

פנינה שרביט ברוך וקרן אבירם

ב-6 בנובמבר 2014 פרסמה תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי דו"ח, הקובע כי לא תתקיים חקירה נגד ישראל ביחס ל"תקרית המרמרה", אשר אירעה לפני למעלה מארבע שנים. החלטה זו התקבלה בתום בדיקה מקדמית, אשר נעשתה בעקבות פנייה לפתוח בחקירה פלילית נגד חיילי צה"ל על ביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות כלפי ספינות המשט ונוסעיהן. פנייה זו הוגשה במאי 2013 על ידי האיחוד של איי קומורו, שספינת "המאבי מרמרה" הייתה רשומה בה ונשארה את דגלה בעת אירוע המשט (הפנייה הוגשה בפועל על ידי משרד עורכי דין טורקי). איי קומורו, בניגוד לישראל ולטורקיה, היא חברה בחוקת בית הדין. תקרית המשט הייתה תחת בדיקה וחקירה של ארבע ועדות חקירה שונות: ועדת הדסון-פיליפס מטעם מועצת זכויות האדם, ועדת פאלמר מטעם מזכ"ל האו"ם, ועדת חקירה טורקית וכן ועדת טירקל הישראלית. דו"ח התובעת מתבסס במידה רבה על דו"חותיהם של ועדות חקירה אלה. התובעת מבהירה, כי מאחר שלמשרדה אין סמכויות חקירה בשלב הבדיקה המקדמית, ממצאי הבדיקה הינם מקדמיים ומבוססים על אינפורמציה נגישה ואינם תוצאה של חקירה.

הניתוח המשפטי

טרם ניתוח האירועים לגופם, מתייחס הדו"ח למספר היבטים הנוגעים לרקע המשפטי הרלבנטי לבחינת התקרית:

עזה כשטח כבוש – בדו"ח נקבע שיש בסיס סביר להאמין כי עזה הנה "שטח כבוש" על ידי מדינת ישראל, גם לאחר ההתנתקות מהרצועה בשנת 2005. זאת, בהתאם לעמדה הדומיננטית בקרב הקהילה הבינלאומית הדוגלת בתפיסה זו, ולאור יישום של מבחן "השליטה האפקטיבית" המתבסס על רמת השליטה שישראל מפעילה באזור, בין היתר בגבולות היבשתיים והימיים, בתוך האווירי וביכולת לחדור לרצועה לצורך מבצעים צבאיים.

סיווג הסכסוך – על פי הדו"ח, העימות בין ישראל לחמאס אינו עימות בין מדינות ולכן עשוי להיחשב "עימות מזוין שאינו בינלאומי". מנגד, לאור הקביעה בדבר מעמדה של עזה כשטח כבוש, יש תחולה לדיני העימות המזוין הבינלאומי, אשר חלים בכל מצב של כבוש. בדו"ח מודגש, כי רוב הניתוח הנוגע לפשעי המלחמה הנבחנים על ידו תקף בשני סוגי הסכסוכים, ולכן אין צורך להגיע למסקנה מוחלטת לגבי סיווג הסכסוך.

חוקיות הסגר הימי – הדו"ח אינו מכריע בשאלה זו, אשר לגביה היו דעות חלוקות בין ועדות החקירה השונות. זאת, מאחר שחוקיות הסגר הימי רלוונטית, על פי האמור בדו"ח, רק כלפי עבירה אחת מכלל העבירות הנטענות (עבירה של "תקיפה מכוונת נגד אובייקט אזרחי", קרי עצם ההשתלטות על ספינת המרמרה).

הפשעים המהותיים

טענות שהתקבלו: בדו"ח נקבע כי יש בסיס סביר להאמין שבוצעו פשעי מלחמה על ידי חיילי צה"ל, של הרג מכוון ופציעה מכוונת נגד אזרחים מוגנים. נדחית הטענה (שהתקבלה בוועדת טירקל) שיש לראות בפעילי ה-IHH האלימים "אזרחים הנוטלים חלק ישיר ופעיל בפעולות האיבה", ולפיכך מטרה צבאית לגיטימית שניתן לפגוע בה. לפי הדו"ח, כל נוסעי האנייה, כולל פעילים אלו, נחשבים אזרחים מוגנים האסורים בתקיפה. בדו"ח מצוין כי קיימת אפשרות להצדיק שימוש בכוח נגד אזרחים אלימים שסיכנו את חיי החיילים, על בסיס טענה של הגנה עצמית. עם זאת, נקבע כי אפשרות זו צריכה להיבחן במסגרת החקירה גופא והליכי המשפט, ואין מקומה בשלב הבדיקה המקדמית. כן מציינים כותבי הדו"ח כי בהתבסס על ממצאי ועדות החקירה השונות, נראה כי לפחות בחלק מן המקרים היה שימוש בכוח מוגזם (excessive), החורג מן הנדרש מטעמי הגנה עצמית, על ידי כוחות צה"ל. בנוסף, בדו"ח נקבע שיש בסיס סביר להאמין שחיילי צה"ל ביצעו כלפי העצורים על סיפון המרמרה פשעי מלחמה של פגיעה חמורה בכבוד האישי. כן

מצוין בדו"ח, כי במידה שהסגר הימי שהטילה ישראל על עזה אינו חוקי (כאמור, הדו"ח אינו מכריע בסוגיה זו), מתווסף גם פשע מלחמה של תקיפה מכוונת כלפי אובייקט אזרחי. **טענות שנדחו:** בדו"ח נדחת שורה ארוכה של עבירות נוספות שהועלו נגד חיילי צה"ל, ביניהן גרימה מכוונת של סבל; הענקת יחס בלתי-אנושי; הרס רב היקף ובלתי-מוצדק של רכוש; מתקפה מכוונת נגד אזרחים מוגנים; מתקפה מכוונת בידיעה שתגררו לנזק אגבי מופרז לחיים או לגופם של אזרחים; מתקפה מכוונת כלפי אנשים או אובייקטיבים המעורבים במשלחת של סיוע הומניטארי (ביחס לעבירה זו, נקבע בדו"ח כי המשט לעזה לא נופל בגדר "סיוע הומניטארי", בשל התנהלות המארגנים בחוסר נייטרליות, במשוא פנים ולאור המטרות הפוליטיות העיקריות שעמדו בבסיס המשט). מעבר לפשעי המלחמה, דחתה התובעת גם את הטענה החמורה של ביצוע "פשעים נגד האנושות".

קבילות

לאחר שנקבע בדו"ח כי ישנו בסיס סביר להאמין שבוצעו פשעי מלחמה, נדרש לבחון האם מקרים אלה עוברים את תנאי הסף שנקבעו בחוקת בית הדין כתנאי לקבילות הדיון במסגרת בית הדין: דרישת החומרה ודרישת המשלימות. בדו"ח נקבע כי הפשעים שבוצעו לכאורה בתקרית המרמרה אינם עומדים ברף החומרה הנדרש, מבחינת היקפם, טבעם והשפעתם. זאת, בפרט לאור הדרישה בחוקת בית הדין, שפשעי המלחמה יהיו חלק מתכנית פעולה או מדיניות או יבוצעו בהיקף נרחב. בדו"ח נקבע כי דרישת החומרה אינה מתמלאת, שכן הפנייה מתייחסת רק לאירוע המוגבל של המשט, בו נהרגו עשרה אנשים בלבד, ואין לבית הדין סמכות לדון בפשעים אחרים שנעברו, לכאורה, במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני. משום שתנאי הסף של חומרה אינו מתקיים, נמנע מחברי הוועדה הצורך להתייחס לתנאי המשלימות, קרי לבחון האם התקיימו חקירות ישראליות או אחרות, כנות ואפקטיביות.

השלכות

- א. מהניתוח בדו"ח, לפיו יש בסיס לחקור ביצוע פשעי מלחמה גם במקרה בו מדובר בהיתקלות אלימה וסיכון לחיי חיילים, ניתן להסיק כי גם במצבי לחימה בעצימות גבוהה עלולות פעולות צה"ל להתפרש כנופלות לכאורה בגדר סעיפי הפשעים שבחוקת בית הדין, לפחות באופן המצדיק חקירה ראשונית.
- ב. במידה שפלסטין תצטרף לחוקת בית הדין או תעניק סמכות אד-הוק לבית הדין לדון באירועים שהתרחשו בשטחה, ניתן להניח, על בסיס הניתוח שבדו"ח, כי לאור היקף הפעילות הצבאית של ישראל, דרישת הסף של חומרה תיחשב כמתמלאת. סוגיית המשלימות תהפוך אז, הלכה למעשה, למחסום האחרון בפני פתיחת הליכי חקירה בבית הדין.
- ג. לאור עמדת הדו"ח על מעמדה של עזה כ-"שטח כבוש", יש להניח כי זו תהיה נקודת המוצא של התביעה גם בעתיד. המשמעות הנה החלתן של מערכות דינים נוספות (דיני הכיבוש המטילים חובות כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה ודיני זכויות האדם), מעבר לדרישות של המשפט הבינלאומי הנובעות מדיני המלחמה.
- ד. השימוש הרב שעושה הדו"ח בממצאים של ועדות חקירה שונות מטעם שני הצדדים לסכסוך, כבסיס לקביעת העובדות, ממחיש את חשיבותן של ועדות אלה.

המלצות

- א. חשוב לעבות את מעטפת המשלימות של ישראל באמצעות ניהול חקירות פנימיות עצמאיות, יסודיות, שקופות ומהירות, העומדות בסטנדרטים הבינלאומיים. כן ראוי לשקול הקמת ועדת חקירה שתבחן את מכלול הטענות נגד ישראל גם בהקשרה של קביעת המדיניות הכללית, בדרג המדיני והצבאי הבכיר, כדי להתמודד עם טענות גם במישורים אלה, אשר אינם נחקרים, בדרך כלל, במסגרת התחקירים והחקירות המתאימים לאירועים פרטניים.
- ב. יש חשיבות רבה להכין ולפרסם דו"חות ומסמכים מטעם מדינת ישראל ביחס לאירועי הלחימה, המפרטים עובדות ומציגים את העמדה הישראלית. חשוב "להלביץ" כמה שיותר מודיעין ולספק מידע ויזואלי וכן עדויות של חיילים מהשטח, כדי להציג תמונה מלאה של המערכה, לאו דווקא ביחס למקרים שלגביהם הוגשו תלונות ונפתחו חקירות פרטניות. דו"חות אלה יהוו, בסופו של דבר, חלק מהתשתית שעליה יתבסס בית הדין בעת קבלת ההחלטה אם לפתוח בהליכים פליליים.
- ג. נוכח המשקל הרב המוענק לממצאים של ועדות חקירה, חשוב לבחון שיתוף פעולה עם ועדות חקירה בינלאומיות חיצוניות, אפילו כאשר מדובר בוועדות מוטות במהותן, כמו ועדת שאבאס. שיתוף הפעולה עשוי להוביל לדו"ח גרוע פחות ולממצאים פחות נחרצים נגד ישראל, וכך להקל במידת מה את ההתמודדות עם הליכים עתידיים. יש לזכור, שבועדות יש בדרך כלל גם גורמים פחות מוטים, אשר יכולים להשפיע מבפנים, וכי עצם שיתוף הפעולה אין משמעו הכרה בצדקת הפעולה של הוועדה או במקצועיותה.