

מבט על, גיליון 657, 18 בינואר 2015

אירועי הלחימה בין ישראל לחמאס – קיץ 2014

החלטת התובעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי לבדיקה מקדמית – סיבה לדאגה, לא לפאניקה

פנינה שרביט ברוך

ב- 16 בינואר 2015 הודיעה תובעת בית הדין הפלילי הבינלאומי, הגב' פאטו בנסודה, על החלטתה לפתוח בבדיקה מקדמית של המצב ב-"פלסטין". זאת, בהמשך להצטרפות של "פלסטין" לחוקת רומא (האמנה המסדירה את הקמת בית הדין ופעילותו) והצהרתה של "פלסטין", המקבלת את סמכות בית הדין על פשעים שבוצעו לכאורה ב-"שטחים הפלסטינים הכבושים, כולל מזרח ירושלים" מה- 13 ביוני, 2014. כבר בשנת 2009, עם סיום מבצע "עופרת יצוקה", פנתה הרשות הפלסטינית בבקשה לחקור פשעי מלחמה בשטחי "פלסטין" שנעברו החל מיולי 2002. פנינה זו נדחתה על ידי התובע הקודם של בית הדין בשנת 2012, בנימוק ש"פלסטין" אינה מדינה ולכן אין לבית הדין סמכות לדון באירועים שהתרחשו בשטחה. לדבריו, הסמכות לקבוע את הגדרתה של "מדינה" לצורך אמנת רומא נתונה "לגורמים הרלוונטיים" באו"ם או לאסיפת המדינות החברות של האמנה. עם זאת, התובעת קובעת שעקב החלטת העצרת הכללית של האו"ם ב- 29 בנובמבר 2012 לשדרג את מעמדה של פלסטין באו"ם ל"מדינה משקיפה שאינה חברה", ניתן לראות ב-"פלסטין" מדינה לצורך הצטרפות לאמנה ולצורך הסכמה אד-הוק לשיפוט. לפיכך, יש לבית הדין סמכות על פשעים שנעברו בשטחה. התובעת אינה מציגה ניתוח מעמיק של נקודה זו, על אף שהפקדת ההחלטה האם ישות היא מדינה לצורך האמנה בידי גורם פוליטי, כמו עצרת האו"ם, רחוקה מלהיות נקייה מספקות משפטיות.¹

לפי המדיניות הנהוגה בבית הדין, אם מתקבלת הצהרה של מדינה המקנה לבית הדין סמכות לחקור פשעי מלחמה, אשר מקימה על פניה חשש ראשוני לפשעים כאלה, תיערך בדיקת מקדמית, אלא אם מדובר במקרה מובהק שחורג מסמכות בית הדין. לפיכך, עצם פתיחת הבדיקה המקדמית אינה מלמדת, כשלעצמה, על קביעה, כי התובעת סבורה, כי אכן בוצעו פשעי מלחמה. על פי דו"ח רשמי של משרד התובעת, נכון לסוף שנת 2014 מתנהלות כעשר בדיקות מקדמיות, כולל לגבי הכוחות הבריטיים בעיראק וכוחות ארצות הברית באפגניסטן, כוחות רוסיה וגיאורגיה בעימות ביניהם, פעולות סביב העימות באוקראינה וכן המצב בניגריה, גינאה, הונדורס וקולומביה. במהלך שנת 2014, התנהלה בדיקה מקדמית גם על פרשת המשט לעזה מ-2010, זאת בעקבות פנינה של מדינת איי קומורו, שספינת ה-"מרמרה" שטה תחת דגלה. בתום הבדיקה הוחלט לא להעביר את המקרה הזה לחקירה, לאור היעדר חומרה מספקת של האירוע.

במסגרת הליך הבדיקה המקדמית בוחנת התביעה שאלות של סמכות שיפוט, קבילות ואינטרסים של צדק. בענייננו נראה, כי עמדת התובעת, היא, כי יש לה סמכות על האירועים, לאור הקביעה כי אירעו בשטחה של מדינה חברה (פלסטין). במסגרת בדיקת הקבילות נערכת בחינה האם המעשים עומדים ברמת חומרה המצדיקה חקירה. במקרה דנן יש להניח, כי דרישה זו תתקיים, בפרט נוכח הערות שנאמרו בהחלטה האמורה בעניין המשט, שם נרמז, כי דרישה זו הייתה מתקיימת לו ניתן היה לבחון את כלל האירועים שהתרחשו בעימות בין ישראל לפלסטינים. בחינת הקבילות מתייחסת גם לעקרון המשלימות, אשר לפיו יש לתת עדיפות לחקירה המתבצעת על ידי הרשויות המדינתיות, ובלבד שמדובר בחקירות כנות. לגבי אינטרסים של "צדק" מדובר בבחינה אם מתקיימים שיקולים משמעותיים לפיהם חקירה לא תסייע לקדם אינטרסים של צדק. למשל, אם עצם החקירה תרע את מצבם של הקורבנות. גם השיקול לפיו חקירה עלולה להוות גורם מפריע בקידום תהליך שלום יכול לשחק תפקיד מסוים.

הבדיקה המקדמית אינה כוללת חקירה עצמאית של משרד התובעת, אלא מתבססת על איסוף מידע ממקורות קיימים, הכוללים גורמים רשמיים, ארגונים לא-ממשלתיים וכל גורם אחר. יש להניח, שדו"ח וועדת שאבאס לחקירת אירועי הלחימה ברצועת עזה, שמונתה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם, תזכה להתייחסות משמעותית במהלך הבדיקה.

אין מסגרת זמנים שבמהלכה על הליך הבדיקה המקדמית להסתיים. התהליך עשוי להתמשך תקופה ארוכה, שבמהלכה מתנהל דיאלוג בין משרד התובעת לבין הגורמים הרלבנטיים, כולל רשויות המדינות הנוגעות בדבר. כך, למשל, הבחינה בנוגע למצב בגאורגיה מתייחסת לאירועים שהתרחשו ב-2008. בין היתר נבחנים הליכי החקירה המתקיימים במדינות הרלבנטיות ואופן התקדמותם. בסיומה של הבדיקה, התובעת צריכה לקבוע אם יש "בסיס סביר" לכך שבוצעו פשעים ושהתמלאו תנאי הסף ובהתאם להחליט אם לפתוח בחקירה. את החקירה מלווה ערכאת קדם משפט של בית הדין. בשלב החקירה ערכאת קדם המשפט שמלווה את החקירה מוסמכת להוציא צווי מעצר וזימונים. כל מדינה שהיא חברה בחוקת רומא מחויבת לכבד צווים אלה ולעצור ולהסגיר חשודים הנמצאים בתחומה. נכון להיום, יש 123 מדינות חברות (אם כוללים את "פלסטין"), ובכללן כמעט כל מדינות אירופה, כל מדינות דרום אמריקה ועוד. ישראל וארצות הברית, כמו גם רוסיה, סין, טורקיה, הודו ומרבית מדינות המזרח התיכון אינן חברות בבית הדין. כיום מתקיימות חקירות לגבי 21 מקרים במסגרת שמונה אירועים: אוגנדה, קונגו, סודן, הרפובליקה של מרכז אפריקה, קניה, לוב, חוף השנהב ומאלי. (יש ביקורת על כך שכל החקירות הקיימות הן נגד מדינות מיבשת אפריקה).

משמעויות והמלצות:

1. יש להתייחס להחלטה על הפתיחה בבדיקה המקדמית בכובד ראש. עם זאת, אין מקום ללחץ מיותר. הדרך עדיין ארוכה עד לפתיחת חקירה וכלל לא בטוח שיוגשו אי פעם כתבי אישום נגד ישראלים.
2. בית הדין הוא גורם מקצועי. ככל גוף בזירה הבינלאומית יש לו זיקות פוליטיות והוא בוודאי מושפע מאוד מעמדתם של גורמי האו"ם, אולם, לא נכון להתייחס אליו כגוף פוליטי נטו. מדובר במוסד הכולל משפטיים מקצועיים והוא נתפס ככזה. לכן, התבטאויות חריפות נגד בית הדין, שלא לומר קריאות מעט הזויות להביא לפירוקו, אין בהן כדי להועיל. הן אך מציירות את ישראל כמדינה לא-רצינית במקרה הטוב, וחמור מכך - ככזו שמאמינה שביצעה פשעים וחוששת להיתפס, בבחינת "על ראש הגנב בוער הכובע".
3. על ישראל להמשיך לטעון, כי אין מקום לראות ב-"פלסטין" מדינה לצורך חוקת רומא. יש לישראל טענות טובות בעניין זה. עם זאת, יש להכיר בכך שהסיכוי של טענה זו להתקבל אינו גבוה, נוכח העמדה של המחלקה המשפטית של האו"ם והעובדה שהתובעת כבר הביעה עמדה נחרצת בנושא.
4. במקביל, יש להיערך לכך שהבדיקה תימשך. חקירות רציניות מצדה של ישראל על טענות בדבר פשעי מלחמה שנעברו על ידה יהיו מחסום יעיל ומשמעותי לפתיחת חקירה נגד מעשים אלה.
5. יש להכין טענות משפטיות בכמה סוגיות מפתח, כולל שאלת מעמד השטחים כשטח כבוש, ובפרט ביחס לשטח רצועת עזה וכן לשאלת המסגרת המשפטית הרלבנטית, החלה על העימות מול חמאס (עימות בינלאומי או שאינו בינלאומי) המשפיע על תחולת חלק מסעיפי העבירה.
6. יש מקום לשקול בכובד ראש שיתוף פעולה עם הליך הבדיקה המקדמי. זאת, כדי לקדם את הסיכוי שאכן בין הדין ישתכנע שישראל חוקרת את עצמה והן כדי להרוויח זמן. כך נוהגות מדינות אחרות, כולל, למשל, רוסיה – למרות שאינה צד לבית הדין. שיתוף פעולה אינו מלמד בהכרח על קבלת הסמכות או על כניעה לתכתיבי בית הדין, אך הוא יאפשר גם להציג באורח רשמי וסדור את כל פשעי הפלסטינים, ובפרט אלה שבוצעו על ידי חמאס.
7. יש לתאם עמדות עם מדינות אחרות, שיש להן כוחות המעורבים בלחימה – כמו ארצות הברית, בריטניה, קנדה ומדינות נאט"ו (ובאופן דיסקרטי גם עם מדינות אחרות). קביעות בעייתיות לגבי הפעילות הצבאית של צה"ל ישליכו גם עליהן ולכן יש להן אינטרס ישיר למנוע הגעה לחקירה של פעולות כאלו, וכל שכן קיים אינטרס משותף למנוע הגשת כתבי אישום במקרים כאלה.

אין לזלזל במשמעות החלטתה של התובעת לפתוח בבדיקה המקדמית. עם זאת, אין מדובר בהפתעה. מרגע שאומצה העמדה שלפיה "פלסטין" היא מדינה לצורך הצטרפות לחוקת בית הדין, אזי לאור בקשתה לבצע חקירה לגבי האירועים היה ברור למדי, כי תיפתח בדיקה כזו. ישראל צריכה להגיב בשלווה ולבחון באופן שקול את דרך הפעולה הנכונה על מנת למזער את נזקה של בדיקה כזו ועל מנת להגביר את הסיכוי למנוע פתיחת חקירה של ממש. תגובות מתלהמות, הגם שניתן ליחסן לתקופת הבחירות בה אנו נמצאים, אינן דרך הפעולה הנכונה.

¹ Eugene Kontorovich, "ICC undermines its own independence with Palestine inquiry," *The Washington Post*, January 16, 2015, <http://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/01/16/icc-prosecutor-undermines-courts-independence/>