

# ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל

יובל שני \*

- א. מבוא
- ב. חשיבותה של חוקת רומא
- ג. המחלוקת בנוגע להצטרפות לחוקת רומא
- ד. האם אזרחים ישראלים חשופים לסכנת העמדה לדין בפני ה-ICC?
  1. סמכות השיפוט של ה-ICC
  2. פרשנות סעיפי סמכויות השיפוט שבחוקת רומא
  3. מעמדם הטריטוריאלי של השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967
  4. שאלת ההתנהלויות — האם מתנחלים צפויים לעמוד לדין ב-ICC?
- ה. הצד האחר של הזיקה הטריטוריאלית — שימוש בחוקת רומא על ידי ישראל ככלי למאבק בטרור
- ו. סיכום

## א. מבוא

ביום 1 ביולי 2002 נכנסה לחוקף חוקת רומא המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)<sup>1</sup>, וזאת לאחר שיותר מ-60 מדינות אשררו את החוקה (נכון למועד כתיבת הרשימה, כבר אשררו את החוקה 94 מדינות). מיד לאחר תאריך זה

\* דוקטור למשפטים. מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. המחבר מודה לעוזר המחקר שלו, מו רפי רודניק, על הסיוע הרב בהכנת המאמר, לגבי יערה אלון ולמר איציק רבינוביץ' רביב ממערכת כתב העת המשפט, על עבודתם בהכנת המאמר לדפוס. כמו כן, מבקש המחבר להודות לד"ר ארנה בן נפתלי ולעו"ד קרן מיכאלי על הערותיהן המועילות לטיוטות קודמות של המאמר.

1 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, reprinted in 37 I.L.M. 999 (1998). (להלן: "חוקת רומא" או "Rome Statute").

החלה פעילות נמרצת במספר מוקדים בעולם (בעיקר בהאג – מקום מושבו של ה-ICC) על מנת להביא להשלמת ההכנות לקראת תחילת פעולתו של בית הדין במחצית הראשונה של שנת 2003.

כידוע, ישראל חתמה על חוקת רומא ביום 31 בדצמבר 2000 (מספר דקות לפני שפג המועד האחרון לחתימה על החוקה), אך לא אשררה אותה. למרות זאת, לחוקת רומא יש השלכות מרחיקות לכת בנוגע למדינת ישראל. כפי שאטען ברשימה זו, לחוקה פוטנציאל השפעה רב על מערכת היחסים הבינלאומיים, בכלל, ועל המשפט הבינלאומי, בפרט. מכאן, שישראל עשויה להיות מושפעת בעקיפין, כתברה בקהילה הבינלאומית, מהשינויים ומההתליכים שיתרחשו כתוצאה מכניסתה של החוקה לתוקף. מעבר לכך, כפי שאראה בחלק מאוחר יותר של רשימה זו, הרי קיימת אפשרות של ממש כי אזרחים ישראלים יהיו חשופים לסכנת העמדה לדין בפני ה-ICC, על אף שישראל לא הצטרפה לחוקה. באופן דומה, אטען גם כי ישראל יכולה לעשות שימוש "אופנסיבי" בחוקה, אף שהיא אינה צד לה, כדי להוביל להעמדה לדין של טרוריסטים פלסטינים בפני ה-ICC. מסקנתי זו בדבר תחולת החוקה בנוגע למאורעות המערבים אזרחים ישראלים למרות אי-הצטרפות ישראל אליה מתבססת בעיקר על הערכתי כי ה-ICC יבחר בשיטת הפרשנות האפקטיבית, המרחיבה את תחולת סעיפי סמכות השיפוט שלו, ויקבע כי יש לו סמכות לדון, בתנאים מסוימים, בעברות שבוצעו בשטחים שכבשה ישראל בשנת 1967. הואיל וחוקת רומא קובעת כי העברת אוכלוסיית המדינה הכובשת אל השטח הכבוש על ידה מהווה פשע מלחמה (להלן: "סעיף ההתנחלויות"), הרי שמסקנתי זו חושפת, באופן תאורטי, מספר רב של ישראלים המעורבים ב"מפעל ההתיישבות" בשטחים שנכבשו על ידי ישראל במהלך מלחמת ששת הימים לסכנת העמדה לדין בפני ה-ICC. למרות זאת, אנסה להראות כי בפועל החשש מפני העמדה לדין של מספר גדול של ישראלים הנו מופרז וכי אין להניח שבית הדין החדש יתמקד בהפרות קלות יחסית של הדין (במיוחד במקרים בהם ספק אם הפרות בוצעו לאחר כניסת החוקה לתוקף, כנדרש על ידה).

בין הטיעון בדבר חשיבותה המערכתית של חוקת רומא לבין הטיעון העוסק ביישומים הספציפיים שלה הנוגעים לישראל, אעמוד בקצרה על הטעמים שבגינם ישראל (ומדינות אחרות, ובראשן ארצות-הברית), אינן צד לחוקה, נכון לעכשיו. העמדה שאציג, בקליפת אגוז, הנה כי אף שחלק ניכר מהחששות הישראליים בנוגע לחוקה אינם מוצדקים, הרי העמדה שלפיה רצוי לישראל "להמתין על הגדר" עד אשר יתבררו פרטים נוספים אודות בית הדין (זהות השופטים והתובע, מגמות פרשניות בפסקי הדין וכדומה), הנה עמדה סבירה.

ב. חשיבותה של חוקת רומא

קשה להפריז בחשיבותה של חוקת רומא ובגודל המהפכה שהיא מחוללת במשפט הבינלאומי, בכלל, ובמשפט הבינלאומי הפלילי, בפרט. כניסתה לתוקף של החוקה מסמלת "קפיצת מדרגה" בכל הקשור למערכת היחסים בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי, להתפתחות הנורמטיבית של המשפט הבינלאומי הפלילי ולרמת האפקטיביות של מנגנוני האכיפה שלו. ראשית, החוקה יוצרת מסגרת דינית בינלאומית חדשה, בעלת סמכויות מרחיקות לכת, לבידור אשמתם של פושעי מלחמה ומבצעי פשעים בינלאומיים אחרים (השמדת עם ופשעים נגד האנושות). בכך מגבירה החוקה, באופן ניכר, את ההסתברות להעמדתם לדין של אנשים אלה, ודרך כך מחזקת את יכולת ההרתעה של הקהילה הבינלאומית ומעניקה לה אמצעי רב עצמה להגנה על ערכים אוניברסליים בסיסיים<sup>2</sup>. למעשה, בפעם הראשונה בהיסטוריה נוצרה ערכאת שפיטה פלילית בינלאומית קבועה בעלת פוטנציאל תחולה אוניברסלי, וזאת בניגוד לבתי הדין הבינלאומיים בעלי האופי ה"אד-הוקי" שפעלו לאחר מלחמת העולם השנייה (בנירנברג וכטוקיו) ואלה שהוקמו בעשור האחרון (בתי הדין ביוגוסלביה, ברואנדה, בסיירה ליאונה ובמזרח טימור), אשר סמכותם הוגבלה למקום ולזמן מסוימים<sup>3</sup>. יתר על כן, בעוד בתי הדין שהוקמו "אד-הוק" באו לעולם, ככלל, לאחר ביצוע חלק ניכר מן הפשעים בזירת האירועים שבתחום אחריותם, ואילו ה-ICC, כמוסד של קבע, יהיה קיים בעתיד בעת

2 M.C. Bassiouni, *Speech made at the Ceremony for the Opening of Signature of the Treaty on the Establishment of the International Criminal Court* (18 July 1998), reprinted in O. Triffterer (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, 1999) XXI; O. Triffterer "Preliminary Remarks: The Permanent ICC — Ideal and Reality", *Ibid.*, at p. 17, 26

3 כן, למשל, הוסמך בית הדין הצבאי בנירנברג (IMT) לדין בפשעי הנאצים ובעלי בריתם בלבד. Charter of the International Military Tribunal (IMT) in agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European axis (London Agreement), 8. and punishment of the major war criminals of the European axis (London Agreement), 8. Aug., 1945, 82 U.N.T.S. 280, ובית הדין לפשעי מלחמה ברואנדה (להלן: "ICTR") לדין בפשעים שבוצעו במהלך שנת 1994 בשטחה של רואנדה ועל ידי רואנדים במדינות השכנות לרואנדה. Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 Jan. 1994 and 31 Dec. 1994, S.C. Res. 955, 8 Nov. 1994, U.N. Doc. S/RES/955 (1994), reprinted in 33 I.L.M. (1994) 1598. חריג מסרים למגמה זו הנו בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה (להלן: "ICTY"), אשר הוסמך לדין בפשעים שבוצעו בשטחה של יוגוסלביה לשעבר משנת 1991 ואילך. Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, S.C. Res. 827, 25 May 1993, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), reprinted in 32 I.L.M. (1993) 1203. משמע, אין בחוקת ה-ICTY הגבלה טמפורלית על סמכותו של בית הדין להמשיך ולקבל תיקים חדשים בקשר לפשעים שבוצעו לאחר הקמתו.

התרחשותן של הפרות של המשפט הבינלאומי, ויכול להגיב ב"זמן אמת" לפשעים המבוצעים בזירות שונות בעולם. בכך הוא ישדר מסר נורמטיבי והרתעתי לצדדים לסכסוך ויכול להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות על ידם במהלך הסכסוך.<sup>4</sup> כפי שאראה בהמשך, הרי שלכית הדין סמכויות גם בנוגע למדינות שלא הצטרפו לחוקתו, ובכלל זה ישראל, ומכאן שהאפקט ההרתעתי שלו קיים גם בנוגע לאזרחים ישראלים. אכן, בחודשים האחרונים נדמה כי מקבלי ההחלטות בישראל מודעים יותר מבעבר לאפשרות שפעולותיהם של ישראלים, לרבות של מקבלי ההחלטות עצמם, ייבחנו על ידי בית הדין החדש.<sup>5</sup>

שנית, חוקת רומא כוללת את הפירוט המקיף ביותר שניתן למצוא, נכון להיום, באמנה בינלאומית כלשהי של רשימת הפשעים הבינלאומיים (הגם שהרשימה המופיעה שם אינה מתיימרת להיות, ואכן אינה מלאה<sup>6</sup>). הואיל והחוקה משקפת את עמדתן של מספר גדול של מדינות בעולם (94 המדינות המאשררות, ובנוגע למרבית הנושאים הכלולים בחוקה, גם של 40 מדינות נוספות שחתמו על החוקה מבלי לאשר אותה), הרי שלתמיכה הנרחבת בעקרונות החוקה יש פוטנציאל להוביל להתגבשותם של סטנדרטים משפטיים מנהגיים אשר יחייבו גם מדינות אשר לא הצטרפו לחוקה.<sup>7</sup> מכאן, שישראל עשויה למצוא עצמה בסופו של יום מחויבת

4 ראו: G.E. O'Connor "The Pursuit of Justice and Accountability: Why the United States Should Support the Establishment of an International Criminal Court" 27 *Hofstra L. Rev.* (1999) 927, 973; D. Scheffer "The United States and the International Criminal Court" 93 *A.J.I.L.* (1999) 12, 13

כך, למשל, ה-ICTY פרסם במהלך המשבר בקוסובו כתב אישום נגד סלובודן מילוסביץ, נשיא יוגוסלביה דאז, בגין אחריותו לפשעי מלחמה שבוצעו בקוסובו על ידי הכוחות היוגוסלביים. יש הסבורים כי להגשת כתב האישום הייתה תרומה של ממש להחלטתו של מילוסביץ לקבל את תנאי נאט"ו לסיום המלחמה (החלטה שנתקבלה כעשרה ימים לאחר מכן). J. Leaning "Kosovo: Case Study" [[http://www.crimesofwar.org/archive/archive-](http://www.crimesofwar.org/archive/archive-J.R. Bolton The United States .kosovo.html) (last visited on 2.6.2004) אך מאידך, ראו: J.R. Bolton *The United States and the International Criminal Court, Remarks made at the Aspen Institute* (16 Sept. 2002) [<http://www.state.gov/t/us/rm/13538.htm>] (last visited on 2.6.2004) ("The most basic error is the belief that the ICC will have a substantial deterrent effect against the perpetration of crimes against humanity")

5 ראו למשל א' דיין "סוריה כבר מתעניינת בהגשת תביעות נגד מתנחלים בגולן" הארץ 14.5.2002 (ארכיון הארץ); ג' אלון "היועץ: ביה"ד כהאג עשוי לשפוט מתנחלים הארץ 12.6.2002 (ארכיון הארץ). יתכן שאחת האינדיקציות למודעות הגוברת של המערכת המשפטית לאפשרות העמדה לדין של ישראלים בחו"ל הנה העובדה כי ביהמ"ש העליון מפרסם החלטות חשובות בנושאים הקשורים למשפט הבינלאומי באתר האינטרנט שלו, בשפה האנגלית. בכך, מקווה בית המשפט להשפיע על השיח המתנהל בחוגים מסוימים בעולם בכל הנוגע לאפשרות להעמיד ישראלים לדין.

6 חוקת רומא אינה כוללת למשל את הפשעים הבינלאומיים הבאים: עינויים (שאנם נופלים בגדר פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות), טרור, סחר בבני אדם, פירסות וסחר בסמים.

7 המשפט הבינלאומי המנהגי נוצר כתוצאה מקיומה של פרקטיקה ממושכת, כללית ועקבית על ידי הרוב המכריע של מדינות העולם, המלווה בתחושת מחויבות לפעול באותה הדרך: *Lotus*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, at p. 18; בגי"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה

בחלק מהוראות החוקה גם אם לא תצטרף אליה (למעשה, כבר כיום ישראל מחויבת בחלק ניכר מהוראותיה של החוקה – אותן הוראות דקלרטיביות המצהירות על הדין הקיים)<sup>8</sup>. לפן הנורמטיבי של החוקה יש גם חשיבות רבה בעידוד השיח הבינלאומי ובהגברת המודעות הפנים-מדינתית בנוגע לתחולת המשפט הבינלאומי הפלילי במצבי מלחמה ושלוים. להתפתחות זו ערך משפטי מובהק, שכן בתי משפט פנים-מדינתיים רבים (לרבות בתי המשפט בישראל<sup>9</sup>) שואבים נורמות וערכים, במישרין או בעקיפין, מהמשפט הבינלאומי. מעבר לכך, יש להתפתחות האמורה גם ערך חינוכי רב בכל הקשור להפנמת ערכי המשפט הבינלאומי ההומניטרי בקרב אוכלוסיות נרחבות בעולם.

שלישית, הקמת ה-ICC מוסיפה נדבך נוסף לתהליך ה"חוקתיזציה" של המשפט הבינלאומי<sup>10</sup> ולהגברת תפקידו של המשפט באינטרקציה בין מדינות ו"שחקנים" בינלאומיים אחרים. בבסיס תהליך זה, אשר ניתן להבחין בו גם במספר תחומי משפט בינלאומי אחרים, כגון דיני זכויות אדם ודיני סחר, מצויה התפיסה כי הדין הפנימי ובתי המשפט הפנימיים של מדינות העולם כפופים מבחינה נורמטיבית למשפט הבינלאומי ולבתי הדין הבינלאומיים. תפקידו של המשפט הבינלאומי, על

המערבית, פ"ד (מב) 4, 35–36 (להלן: פרשת עפרו). עם זאת, מדינות יכולות להוציא את עצמן מגדרו של המנהג. מקובל כי מדינות אשר יצאו בפומבי ובאופן עקבי נגד כלל התנהגות, ערב התגבשותו לדין מנהגי לא יחויבו בכלל האמור, אלא ייחשבו ל"מתנגדות עקביות" (persistent objectors) לכלל. 116, 131 I.C.J. 1951 (U.K. v. Norway, Fisheries). למרות זאת, העמדה המקובלת הנה כי לא ניתן להתנגד לנורמות קוגנטיות (נורמות שהקילה הבינלאומית רואה כנורמות שלא ניתן לסטות מהן). M.N. Shaw *International Law* (Cambridge, 4<sup>th</sup> ed., 1997) 97.

8 פרשת עפרו, לעיל הערה 7, בע' 37–38 ("אמנה בינלאומית איננה הופכת לחלק ממשפט הארץ אלא אם... מדובר על הוראות אשר אינן אלא חזרה או הצהרה על משפט בינלאומי מנהגי קיים, היינו, אם המדובר בקודיפיקציה של מנהג קיים"). בין הוראות חוקת רומא, המשקפות דין מנהגי, הן מרבית ההוראות הקשורות בהגדרת העברות (ס' 6–8 לחוקה) ולעקרונות המשפט הבינלאומי הפלילי (ס' 22–33 לחוקה).

9 בישראל, המשפט הבינלאומי המנהגי נקלט במישרין לדין הקיים, וזאת בכפוף לחקיקה ראשית סותרת. ע"פ 175/54 שטמפפר נ' הי"מ, פ"ד (1) 5, 15; ע"פ 336/61 אייכמן נ' הי"מ, פ"ד (3) 2033, 2040. לעומת זאת, המשפט הבינלאומי ההסכמי נקלט לדין הפנימי במישרין רק באמצעות חקיקה ראשית קולטת. ע"פ 25/55 האפורופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד (2) 1828, 1829; פרשת עפרו לעיל הערה 7, בע' 38. עם זאת, הן הדין ההסכמי והן הדין המנהגי נקלטים בעקיפין לדין הישראלי, באמצעות חוקת ההתאמה הפרשנית. כג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966; דני"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד (נד) (1) 721, 742–743; בג"ץ 2599/00 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד (נו) 834, 846.

10 ראו למשל: J. Delbruck "Prospects for a 'World (Internal) Law?': Legal Developments in a Changing International System" 9 *Ind. J. Global Leg. Stud.* (2002) 401; E.U. Petersmann "How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society" 20 *Mich. J. Int'l L.* (1998) 1; E.U. Petersmann "Constitutionalism and International Adjudication: How to Constitutionalize the U.N. Dispute Settlement System?" 31 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (1999) 753.

פי מודל מבני זה, הנו להעניק רשת ביטחון משפטית נוספת על זו הקיימת במישור הפנים-מדינתי לצורך הגנה על ערכים ואינטרסים בינלאומיים<sup>11</sup>. משמעות הדברים הנה אפוא כי החלטתה של מערכת משפט פנים-מדינתית שלא להעמיד לדין חשוד בביצוע פשעי מלחמה כפופה לביקורת שיפוטית מצד ה-ICC. אם זה האחרון סבור כי ההחלטה אינה ראויה, הרי שהוא יכול לפעול על מנת להעמיד לדין בעצמו את החשוד. באופן דומה, אם נראה ל-ICC שהליך משפטי פלילי פנים-מדינתי אינו עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים הבינלאומיים הקיימים (למשל אם מדובר ב"משפט דמה"), הרי שלא תהיה לו מניעה משפטית להעמיד לדין שוב את החשוד בפניו<sup>12</sup>. מכאן שהתפתחות זו מציבה אתגר מעשי בפני מערכות משפט שונות בעולם, לרבות מערכת המשפט בישראל, לבחון את ההליכים המתקיימים בהם לאור הנורמות הרלוונטיות הבינלאומיות, על מנת שיוכלו "לחסן" את אזרחיהם החשודים בביצוע פשעים בינלאומיים מפני העמדה לדין בפני ה-ICC.

### ג. המחלוקת בנוגע להצטרפות לחוקת רומא

על אף הנימה החיובית שבה תוארו עד כה התהליכים שחוקת רומא מעודדת, הרי שהקמתו של ה-ICC אינה נקייה ממחלוקות, בעיקר על רקע הסדרים ספציפיים המצויים בחוקה. משמע, בעוד שקיים קונצנזוס נרחב למדי בכל הנוגע לעצם הצורך שבחיזוק המשפט הבינלאומי הפלילי ובהעמדתם לדין של מבצעי פשעים בינלאומיים, קיימים חילוקי דעות בנוגע לטיבן של כמה מן ההוראות המרכזיות של חוקת רומא. ודוק, אין מדובר במחלוקת אקדמית גרידא. בצד 94 המדינות שהצטרפו לחוקה (ברובן, מדינות אירופה ואמריקה הלטינית), ישנן מספר מדינות ובראשן ארצות-הברית, אשר הודיעו כי אין כוונתן, בשלב זה, לאשרר את חוקת רומא. לא זו אף זו, ארצות-הברית אף נקטה מספר צעדים שנועדו לפגוע כמעמדה של חוקת רומא ולהקטין את ההסתברות כי ה-ICC יעמיד לדין אזרחים אמריקאים. במסגרת צעדים אלו אימץ הקונגרס האמריקאי חקיקה המסמיכה את הנשיא לקצץ בסיוע החוץ המוענק למדינות זרות המצטרפות לחוקת רומא ואף להשתמש בכוח על מנת לשחרר אזרחים אמריקאים המוחזקים במעצר לצורך העמדה לדין בפני ה-ICC<sup>13</sup> (בשל הוראה אחרונה זו זכה החוק כולו בכינוי הלעג הלא פורמלי – "חוק הפלישה להאג"<sup>14</sup>). במקביל ערכה ארצות-הברית מספר הסכמים בילטרליים

11 B.S. Brown "U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response" 31 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (1999) 855, 878; Triffterer, *supra* note 2, at p. 72; W. Schabas *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge, 2001) 19–20.

12 Rome Statute, art. 17

13 22 U.S.C. §§ 7421–7433 (the American Servicemembers' Protection Act)

14 Human Rights Watch U.S.: 'Hague Invasion Act' Becomes Law (Press Release, 3 Aug. 2002) [<http://www.hrw.org/press/2002/08/aspa080302.htm>] (last visited on 2.6.2002)

עם מדינות שונות בעולם המונעים הסגרת אזרחי המדינות הנוגעות בדבר ליד י-ICC (ישראל הנה אחת המדינות הראשונות בעולם שהצטרפה להסדרים אלו)<sup>15</sup>. לטענת ארצות הברית, החוקה סובלת ממספר ליקויים בסיסיים אשר הופכים את ה-ICC למוסד בעייתי ואף מסוכן<sup>16</sup>. ראשית, אין בחוקה ערובות נאותות נגד האפשרות כי התובע, האחראי על הגשת כתבי אישום לבית הדין, יעשה שימוש לרעה בסמכויות הנרחבות העומדות לרשותו<sup>17</sup>. כך, למשל, קיים חשש כי התובע יחקור תלונות שווא, אשר יוגשו ממניעים פוליטיים על ידי אויביה של ארצות-הברית, נגד ראשי השלטון בארצות-הברית וחיילים אמריקנים, וזאת על מנת להשתמש בזירה המשפטית שמציע ה-ICC כדי לנגח את ארצות-הברית<sup>18</sup>. שנית,

15 הסכמים אלו מבוססים על סעיף 98 לחוקת רומא, הקובע כי מדינות יהיו פטורות משיתוף פעולה עם ה-ICC, אם הדבר יפגע בהסכמים בינלאומיים אשר הן צד להם, הפוטרים אזרחים זרים שנשלחו אליהן מהעמדה לדין בינלאומי. לביקורת על חוקיותם של הסכמים אלו, ראו: Coalition for the International Criminal Court, *Memo on Bilateral agreements proposed by US government* (23 Aug. 2002) [<http://www.iccnw.org/html/ciccart98memo20020823.doc>] (last visited on 15.9.2002).

16 לסקירה מקיפה של העמדה האמריקאית, ראו למשל: D.M. Amann & M.N.S. Sellers, "American Law In a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the XVI<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law: section IV The United States of America and the International Criminal Court" 50 *Am. J. Comp. L.* (2002) 381; Scheffer, *supra* note 4 A. Levy "Israel Rejects Its Own Offspring: The International Criminal Court" 22 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* (1999) 207, 215; M. Grossman *American Foreign Policy and the International Criminal Court, Remarks to the Center for Strategic and International Studies* (6 May 2002) [<http://www.state.gov/p/9949.htm>] (last visited on 24.6.2004) ("the placing... of unchecked power in the hands of the prosecutor would lead to controversy, politicized prosecutions, and confusion")

18 ל' דמברט "מה יקרה אם בעוד עשר שנים עיראק תגרור את פאואל וראמספלד להאג" האריך 26.9.2002 (ארכיון האריך). ראו גם: J.R. Bolton "Reject and Oppose the International Criminal Court" *Toward an International Criminal Court? Three Options Presented as Presidential Speeches* (New York, A. Frey ed., 1999) 37, 43; S.M. Minikes *U.S. Views Regarding the International Criminal Court, Statement to the OSCE Permanent Council* (4 July 2002) [<http://www.state.gov/eur/rls/rm/2002/11726.htm>] (last visited on 1.11.2002) השוו: O'Connor, *supra* note 4, at pp. 954-955. נראה כי הניסיון שהצטרב בבלגיה בין שנת 1999 – השנה בה הורחב החוק המקנה לבחי המשפט הבלגיים סמכות שיפוט אוניברסלית בנוגע לפשעי מלחמה, פשעים נגד אנושות ופשעי רצח עם (ללא כל זיקה בין העברה לבין בלגיה), לשנת 2002 – בה פסק בית דין בלגי לערעורים כי לא ניתן להגיש כתבי אישום על פי החוק נגד אנשים שאינם נמצאים פיסית בבלגיה – מאשש את החששות האמריקאים בדבר הגשת תלונות ממניעים פוליטיים. בשלוש השנים האמורות הוגשו בבלגיה עשרות תביעות נגד מנהיגים פוליטיים מכל רחבי העולם (לרבות אריאל שרון, יאסר ערפאת, סדאם חוסיין, פידל קאסטרו ועוד). כרוך המקרים הוגשו התביעות בידי מתלוננים הקשורים לתנועות אופוזיציה במדינות שבהן שולטים הנילונים או המשתייכים לקבוצות לאומיות המנהלות מאבקים נגד העמים שבראשם עומדים המנהיגים הנילונים. ראו למשל: נ' הורדיץ "בלגיה מתאבחת במעמדה כאבירת הצדק" האריך 3.7.2001 (ארכיון האריך); *Cuban exiles act against Castro* *CNN.Com/World*; 4.10.2001 [<http://europe.cnn.com/2001/WORLD/europe/10/44/belgium.castro/>] (last visited on 24.6.2004).

החוקה אינה כוללת ערובות נאותות לשם הגנה על חיילים הפועלים בשמה של הקהילה הבינלאומית על מנת להשיג שלום באזורים שונים בעולם (ובהם חיילים אמריקנים רבים). העובדה כי חיילים אלו חשופים לסכנת העמדה לדין בפני ה-ICC עלולה להרתיע מדינות מלהשתתף בפעילות לשמירה על השלום, ובכך לסכן את היציבות הבינלאומית.<sup>19</sup> שלישית, החוקה מנוגדת לעקרונות בסיסיים של הגינות והדדיות, בכך שהיא מאפשרת למדינות שאינן צד לחוקה להסכים באופן סלקטיבי להעמדה לדין של פושעי מלחמה מסוימים.<sup>20</sup> כך, למשל, עיראק (אשר אינה צד לחוקת רומא) תוכל על פי החוקה להסמיך את בית הדין להעמיד לדין טייסים אמריקנים המבצעים הפצצות מן האוויר מעל שטחה, במסגרת סכסוך בין ארצות-הברית לעיראק, מבלי שתידרש להסכים לסמכות בית הדין להעמיד לדין אזרחים עיראקיים אשר ייתכן שביצעו פשעים חמורים בהרבה במסגרת אותו הסכסוך.<sup>21</sup> רביעית, החוקה סותרת מביכול עקרונות בסיסיים של משפט בינלאומי, בכך שהיא מתירה לבית הדין להפעיל סמכות שיפוט בנוגע לאזרחי מדינות שלא קיבלו את סמכות השיפוט שלו.<sup>22</sup> פגמים אלו מצדיקים, לשיטתה של ארצות-הברית, לא רק הימנעות מאשרור החוקה, אלא אף מאבק אקטיבי כנגד בית הדין. גם ישראל נוקטת גישה מסויגת כלפי בית הדין. על אף שישראל הייתה בעבר בין התומכות הנלהבות ברעיון הקמתו של בית הדין,<sup>23</sup> הרי שבועידת רומא

19 ראו למשל: D. Scheffer *Testimony Before the Senate Foreign Relations Committee* (July 23, 1998) [[http://www.state.gov/www/policy\\_remarks/1998/980723\\_scheffer\\_icc.html#\\_O'Connor](http://www.state.gov/www/policy_remarks/1998/980723_scheffer_icc.html#_O'Connor), .external] (last visited on 24.6.2004); Scheffer, *supra* note 4, at pp. 18–19 *supra* note 4, at pp. 952–954

20 *Communication from the State of Israel to the Secretary General of the UN* (28 Aug. 2002) [<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/part/chapterXVIII/treaty10.asp>] (last visited on 25.9.2002) (“In connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on 17 July 1998... Israel does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, Israel has no legal obligations arising from its signature on 31 December 2000”)

D. Scheffer “America’s Stake in Peace, Security and Justice” (Aug. 31, 1999)

21 [[http://www.state.gov/www/policy\\_remarks/1998/980831\\_scheffer\\_icc.html](http://www.state.gov/www/policy_remarks/1998/980831_scheffer_icc.html)] (last visited on 2.6.2004); H.P. Kaul “Preconditions to the Exercise of Jurisdiction” *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford, A. Cassese et al. eds., 2002) 583, 611 (“Rome Statute of the ICC” (להלן: “Rome Statute of the ICC”)).

22 Levy, *supra* note 17, at pp. 210, 212–213; Scheffer, *supra* note 4, at p. 18

O’Connor, *supra* note 4, at p. 958

בינלאומי, שכן המשפט הבינלאומי הפלילי מאז ומעולם לא דרש הסכמת מדינה כלשהי כתנאי להעמדתם לדין של פרטים בפני מדינה אחרת). לעמדה דומה לזו של O’Connor,

23 Brown, *supra* note 11, at pp. 869–873; M.P. Scharf “The United States and the International Criminal Court: The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position” 64 *Law & Contemp. Prob.* (2001) 67, 72–76, 98–116; Kaul, *supra* note 21, at p. 608; G.M. Danilenko “ICC Statute and Third States”, *Ibid.*, at pp. 1871, 1877–1882

Statement of Judge Eli Nathan, Head of the Delegation of Israel to the Rome Conference, 23



הייתה ישראל בין שבע המדינות היחידות אשר הצביעו נגד נוסח החוקה (יחד עם ארצות-הברית, סין, קטאר, עיראק, לוב ותימן). יתרו על כן, על אף שישראל חתמה על חוקת רומא בסוף שנת 2000, היא לא אשררה אותה, ואף הודיעה לאחרונה למזכ"ל האו"ם, בדומה לארצות-הברית, על כך שאין בכוונתה לאשרר את החוקה.<sup>24</sup>

הגם שלישאל ביקורת על מספר הסדרים ספציפיים המצויים בחוקת רומא (כגון אופן מינוי השופטים, הליכי גילוי מסמכים ועוד),<sup>25</sup> הרי שעמדתה השלילית בנוגע להצטרפות לחוקה נובעת משלושה גורמים עיקריים. ראשית, ישראל שותפה לחלק מן החששות האמריקנים בנוגע לסכנת הפוליטיזציה של בית הדין,<sup>26</sup> ונראה כי חששות אלו אף התעצמו בקרב מקבלי ההחלטות בישראל כתוצאה מההליכים שנוהלו נגד ראש הממשלה שרון בבלגיה, בגין מעורבותו בטבח שהתקיים בשנת 1982 במחנות הפליטים בסברה ושתילה.<sup>27</sup> לדעת צוות המשפטנים שמינתה ישראל לטפל בפרשה, התלונה שהגישו כמה מניצולי הטבח וההליכים שנקטו בבלגיה בעקבותיה היו נגועים ברמה גבוהה של פוליטיזציה וייצגו ניסיון להעביר את זירת המאבק הישראלית-פלסטינית לבתי משפט זרים.<sup>28</sup> על כן, כל עוד קיים חשש כי ייעשה שימוש דומה ב-ICC, הרי שיש להניח כי ישראל תהסס להצטרף אליו.

17 July 1998, para. 2–3 [http://www.un.org/icc/speeches/717isr.htm] (last visited on 2.6.2004); Levy, *supra* note 17, at p. 208.

24 על פי סעיף 18 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (אשר ישראל אינה צד לה, אך מחויבת לעקרוניתה, שכן האמנה משקפת ברובה דין מנהגי), מדינה החותמת על אמנה מנועה מלנקוט בפרק הזמן שבין החתימה לאשרור בפעולה שיש בה בכדי שים לאל את נושא האמנה ומטרתה. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (להלן: "אמנת האמנות" או "Vienna Convention"). עם זאת, מדינה המודיעה על כוונתה שלא להצטרף לאמנה (כפי שעשו ארצות הברית וישראל בנוגע לחוקת רומא), אינה חבה עוד בחובות הקבועות בסעיף 18.

25 D.A. Blumenthal "The Politics of Justice: Why Israel Signed the International Criminal Court Statute and What the Signature means" 30 *GA. J. Int'l & Comp. L.* (2002) 593, 596.

26 ראו ג' הלמס "סיוט של בית משפט" הארץ 17.12.2000 (ארכיון הארץ).

27 יש לציין, כי בצד התלונה נגד שרון, נעשו ניסיונות להתלונן נגד אנשי צבא ופקידים בכירים ישראלים במספר מדינות באירופה. ראו למשל א' בהדנה ואח' "חזית חדשה" מעריב 14.1.2002; ש' שדה וד' סובלמן "ארגון מוסלמי בברטיניה יזום הוצאת צו מעצר למופז השוהה שם" הארץ 30.10.2002 (ארכיון הארץ). ראו גם: "Sharon, Barak sued by Palestinians in Belgium in new case" *Middle East Times* 21.11.2001 [http://www.me-times.com/2K1/issue2001-47/reg/sharon\_barak.htm] (last visited on 1.11.2002) (copy with

author). כמו כן, הוגשו מספר תביעות נזיקיות בחו"ל נגד פקידי ממשל בכירים בישראל. ב' קרא "תביעות נגד ישראלים גם בארצות הברית ודרא"פ" הארץ 26.9.2002 (ארכיון הארץ). ראו למשל: נ' הורוביץ "ישראל מאיימת כ'מסקנות מדיניות' נגד כלגיה" הארץ 31.10.2001 (ארכיון הארץ); נ' הורוביץ "הבלגים מתייחסים לעצמם ברצינות, אז מה?" הארץ 2.12.2001 (ארכיון הארץ); ת' שגב "משפט שרון בבלגיה: הערעור" הארץ 7.6.2002 (ארכיון הארץ).

יש הסבורים גם כי העברת נושאים הקשורים לסכסוך הישראלי-ערבי למישור הפלילי תקשה עוד יותר על תהליכי משא ומתן בין הצדדים. ראו למשל: Bolton, *supra* note 18, at p. 40.

הסבר שני לחוסר נכונותה של ישראל להצטרף, לפחות בשלב זה, ל-ICC נעוץ בהתלקחות מחדש של מעשי האיבה בין ישראל לפלסטינים ("אינתיפאדת אל-אקצה")<sup>29</sup>. במסגרת מאבק עקוב מדם זה, נקטה ישראל שורה של צעדים אשר חוקיותם מבחינת המשפט הבינלאומי שנויה במחלוקת (למשל, חיטולים/סיכולים ממוקדים, הריסות בתים ותיחום מגוריהם של בני משפחותיהם של מחבלים מתאבדים). ספק רב אם מקבלי ההחלטות בישראל מעוניינים להעמיד את חוקיותם של הצעדים האמורים למבחן שיפוטי בפני ערכאה זרה (ודוק, חלק מרשויות השלטון סבורות כי הנושא אף אינו שפוט בבג"ץ<sup>30</sup>). מכאן, שבעיתוי הנוכחי, ההצטרפות ל-ICC אינה נוחה למדינת ישראל. בעיני הצמרת הפוליטית והביטחונית הישראלית משמעותה של ההצטרפות עלולה להיות הכפפת דרכי הלחימה בטרור למגבלות משפטיות נוספות על אלה הקיימות כיום, ומכאן צמצום נוסף של מרווח הפעולה העומד לרשות הצבא. הצטרפות ל-ICC אף עלולה להתפרש כהסכמה מצד ישראל לחשיפת מפקדי צה"ל וחיליו לסכנת העמדה לדין בחו"ל, דבר המנוגד לתפיסה שלפיה על המדינה להגן על חיילים הפועלים בשמה (והנוטלים סיכונים אישיים כבדים לשם כך)<sup>31</sup>.

עם זאת, הגורם ההיסטורי העיקרי שהוביל לעמדתה המסויגת של ישראל כלפי ה-ICC היה החלטתן של המדינות שהשתתפו בוועידה לניסוח חוקת רומא, שנערכה ביולי 1998, לצרף לרשימת פשעי המלחמה הקבועים בחוקה את "סעיף ההתנחלות" – סעיף 8(2)(ב)(8), הקובע כי העברת אוכלוסיית הכובש לשטח כבוש, במישרין או בעקיפין, תיחשב כפשע מלחמה<sup>32</sup>. על רקע הכללתו של סעיף זה בחוקה (על פי הצעתה של מצרים) ותחושתה של ישראל כי הסעיף "נתפר למידותיה" וכי אין לו מקום בקרב רשימת הפשעים הבינלאומיים החמורים ביותר, התנגדה ישראל בוועידת רומא לנוסח החוקה כולה<sup>33</sup>. גם כיום, החשש כי בית הדין

29 Blumenthal, *supra* note 25, at p. 604. בלומנטל מציין בצדק כי התלקחות מעשי האיבה הפחיתה גם את הסיכוי כי הצדדים יגיעו להסדר בנוגע לשאלת חוקיות ההתנחלויות – ובכך נותרה בעיה משפטית זו, המקשה על הצטרפות ישראל לחוקת רומא, על כנה.

30 ראו למשל: בג"ץ 3022/20 קאנון (Law) – הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 9. בית המשפט העליון קיבל עמדה זו, באופן חריג, בבג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1. לסקירה קצרה של הטיעונים בעד ונגד שפיטות, בהקשר לאירועי אינתיפאדת אל-אקצה, ראו מ' גורלי "כבוד השופט ברק מבקש להזהיר" הארץ 7.5.2002 (ארכיון הארץ).

31 ראו למשל "יצחק" לבד במחסום ובמשפט" מעריב 1.11.2002. ביטוי קיצוני לאתוס זה, הנה הצעת חוק שהונחה על שולחן הכנסת עלידי ח"כ זאב בוים הקוראת להעמדה לדין של ישראלים המסייעים ל-ICC או מעבירים לו מידע על אורחים ישראלים. הצעת חוק איסור סיוע לבית הדין הפלילי הבינלאומי, תשס"ג–2002, ה"ח 4175.

32 Blumenthal, *supra* note 25, at pp. 596–597.

33 Nathan, *supra* note 23 ("[H]ad sub-para. viii not been included my Delegation would have been able proudly to vote in favor of adopting the Statute. Now, we have no choice, [but] to cast our vote against the Statute as a whole"). גם בעת חתימתה על החוקה, צרפה ישראל את ההודעה הבאה:

"At the 1998 Rome Conference, Israel expressed its deep disappointment and regret

השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל

יעשה שימוש "יצירתי" בסעיף ההתנחלויות נגד אזרחים ישראלים מקשה מאוד על ישראל להצטרף לחוקה, ולקבל אגב כך את סמכות השיפוט של בית הדין בנוגע לאזרחיה המעורבים ב"מפעל ההתיישבותי" בשטחים.

הגם שיש ממש במרבית הטענות נגד ה-ICC שזכרו עד כה, הריני בדעה כי החששות הישראליים (והאמריקניים) הנם מופרזים במידה רבה ואינם צריכים להוביל להתנגדות גורפת להצטרפות לחוקה. דברים אלו הנם בעיקר נכונים בכל הקשור לסכנת הפוליטיזציה של ההליכים. בהקשר זה, בחינת פעילותם של בתי הדין "אד-הוק" שהוקמו בעשר השנים האחרונות מצביעה, בדרך כלל, על גישה מקצועית ונטולת פניות לשפיטה הפלילית<sup>34</sup> (הגם שניתן לזהות כמה החלטות ספציפיות בעייתיות<sup>35</sup> והגם שניתן לטעון כי העברת סכסוכים בינלאומיים למישור המשפטי היא כשלעצמה אקט פוליטי<sup>36</sup>). ה-ICC, אשר בניגוד לבתי הדין הפליליים הקודמים אף אינו חלק אינטגרלי ממנגנון האו"ם<sup>37</sup> (אשר הנו גוף פוליטי מובהק),

at the insertion into the Statute of formulations tailored to meet the political agenda of certain states. Israel warned that such an unfortunate practice might reflect on the intent to abuse the Statute as a political tool. Today, in the same spirit, the Government of the State of Israel signs the Statute while rejecting any attempt to interpret provisions thereof in a politically motivated manner against Israel and its citizens. The Government of Israel hopes that Israel's expressions of concern of any such attempt would be recorded in history as a warning against the risk of politicization, that might undermine the objectives of what is intended to become a central impartial body, benefiting mankind as a whole".

[<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>] (last visited on 20.9.2002).

לביקורת על הכללת סעיף ההתנחלויות בחוקת רומא, ראו גם: Levy, *supra* note 17, at p. 218; M. Both "War Crimes" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at pp. 379, 413; Panel Discussion "Association of American Law Schools Panel on the International Criminal Court" 36 *Am. J. Int'l L.* (1999) 223, 233-234 (remarks by Prof. M. Halberstam). *Ibid.*, at pp. : ראו: *Crim. L. Rev.* (1999) 223, 233-234 (remarks by Prof. L. Sadat-Wexler) 260-261 (לדעתה של פרופ' סאדאט-וקסלר הכללתו של סעיף ההתנחלויות בחוקה מוצדקת בלא קשר לסכסוך הישראלי-ערבי).

K. Roth "The Court the US Doesn't Want" *N.Y. Rev. Books*, 19 Nov. 1998, at p. 45, 34 *excerpts* in *International Human Rights in Context* (Oxford, H.J. Steiner & P. Alston eds., 2<sup>nd</sup> ed., 2000) 1195, 1196

כך, למשל, ההחלטה של רשויות התביעה של ה-ICTY שלא להעמיד מי מחיילי או מפקדי כוחות נאט"ו לדין בגין פעילות הארגון נגד יוגוסלביה ב-1999, הנה תמוהה למדי, וזאת לאור מספר האזרחים הנבחר שפגעו במהלך המערכה. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* (2000) [<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>] (last visited on 2.6.2004). A. Laursen "Nato, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation" 17 *Am. U. Int'l L. Rev.* (2002) 765

R. Hirschl "Restituting the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend" 15 *Can. J.L. & Juris.* (2002) 191

L. Condorelli & S. Villalpando "Relationship of the ICC to the United Nations" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at p. 219

צפוי להיות עצמאי ומקצועי לא פחות. מעבר לכך, יש להניח כי בגין מודעותן של המדינות השותפות להקמת בית הדין (ברובן המכריע דמוקרטיות מערביות) לבעיית הלגיטימיות של בית הדין בעיני ארצות־הברית ומדינות אחרות שבחרו שלא להצטרף לחוקה, הן תתאמצנה להבליט את אופיו הבלתי פוליטי של בית הדין. לשם כך, הן צפויות לבחור לאייש את המשרות המרכזיות בבית הדין באישים בעלי שיעור קומה — כנדרש בחוקה<sup>38</sup> — ויעודדו את עצמאותו השיפוטית של בית הדין<sup>39</sup>. יש לציין גם כי בחוקה מספר הגנות נגד פוליטיזציה בלתי ראויה של ההליך (למשל, עקרון משלימות [complementarity]), שלפיו בית הדין יפעל רק במקרים שבהם לא מתקיימים הליכי חקירה והעמדה לדין נאותים בפני בתי דין מדינתיים<sup>40</sup>, והצורך של התובע לקבל את אישור בית הדין לפני פתיחת חקירה נגד חשודים<sup>41</sup>), המפחיתות את סכנת ניצולו לרעה<sup>42</sup>. גם כאשר לשאלת ההתנחלויות, הרי כפי שיוסבר להלן, הנני בדעה כי אין סיכוי רב שישאלים יועמדו לדין על בסיס סעיף זה, לפחות לא בגין הקמת התנחלויות בעבר (וזאת בגין אי־קיומה של סמכות שיפוט טרואקטיבית בידי ה־ICC).

למרות האמור לעיל, הרי שלאור חשיבות האינטרסים המוטלים על כף המאזניים, נראה לי שעמדתה של ישראל שלא להצטרף לחוקה — ואגב כך להימנע מלקבל על עצמה באופן גורף את סמכות השיפוט של ה־ICC — כל עוד לא מתברר אופיו של בית הדין (זהות השופטים והתובע, עצמאות ההליכים, שיטת הפרשנות הנהוגה בו ועוד) הנה עמדה זיהרה וסבירה. הואיל וקיימת אפשרות (הגם שהיא רחוקה, להערכתי) שבית הדין יתגלה כמוסד נגוע בפוליטיזציה ובאנטי־ישראליות, הרי שגישת "ההמתנה על הגדר" עד אשר יתקבל מידע נוסף אינה בלתי מתקבלת על הדעת. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה כי ישראל נמצאת כרגע בעיצומו של סכסוך חמוש קשה שבו קיימים לחצים כבדים על מקבלי ההחלטות לנקוט אמצעים צבאיים אשר חוקיותם תלויה באימוץ פרשנות יצירתית למדי של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בנסיבות אלה, הסכמה לסמכות בית דין שדרך הפעלת שיקול דעתו ונכונותו להתחשב באתגרים הניצבים בפני מדינה כמו ישראל אינם ידועים, עשויה להיחשב כהימור גדול למדי. מומלץ, עם זאת, כי

38 Rome Statute, arts. 36(3)(a), 42(3) על פי סעיפים אלו השופטים והתובע צריכים להיות אישים בעלי רמה מוסרית ומקצועית גבוהה. כאשר לשופטים, החוקה גם קובעת כי עליהם להיות בעלי כשירות להתמנות למשרה השיפוטית הבכירה ביותר בארצות מוצאם. בחירתם של שמונה־עשר שופטי ה־ICC הושלמה ביום 7 בפברואר, 2003.

39 לעניין הבסיס הרעוע של החששות נגד הפוליטיזציה של ה־ICC, ראו גם: Brown, *supra* note 11, at pp. 883–885.

40 Roth, *supra* note 34, at p. 1995.

41 Rome Statute, art. 16.

42 ראו גם: O'Connor, *supra* note 4, at pp. 963–970; Panel Discussion, *supra* note 33, at p. 244 (remarks by Prof. L. Sadat-Wexler); P. Kirsch & D. Robinson "Initiation of Proceedings by the Prosecutor" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at pp. 657, 663.

בתקופת "ההמתנה על הגדר" שבה אנו נמצאים יינקטו פעולות מתאימות אשר יאפשרו לישראל להצטרף בבוא העת לחוקה או להתמודד עם מציאות שבה החוקה תוחל לגביה, גם בלא שהצטרפה אליה (אפשרות בה אדון בהמשך). על כן, רצוי לדעתי לקלוט לדין הישראלי כמה שיותר מההוראות המהותיות של חוקת רומא, ולוודו דרך כך את תהליך הפנמת הנורמות הבינלאומיות הכלולות בה על ידי מקבלי ההחלטות בישראל ועל ידי אנשי כוחות הביטחון. כמו כן, רצוי לחזק את מערכת אכיפת הדין הצבאי נגד חיילים החשודים בהפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (וזאת על רקע נתונים המצביעים על חשש כי מאז תחילת אירועי אינתיפאדת אל-אקצה, מערכת התביעה אינה פועלת באופן נמרץ דיו<sup>43</sup>). אמצעים אלו צפויים להוביל לירידה במספר ההפרות של חוקת רומא מצד אנשי כוחות הביטחון הישראליים ולאכיפה נמרצת יותר של הדין הבינלאומי הפלילי על ידי ישראל, ועקב כך יפחיתו באופן ניכר את הסיכוי כי ה-ICC יהיה מעוניין להעמיד לדין ישראלים<sup>44</sup>.

יש להבין, עם זאת, כי ההחלטתה של ישראל שלא להצטרף לחוקה בעיתוי הנוכחי יש משום פגיעה בכמה מן האינטרסים הלאומיים שלה. אי-ההצטרפות לחוקה, שאליה הצטרפו הרוב המכריע של הדמוקרטיות המערביות, פוגע בתדמיתה של ישראל בעיני העולם כמדינה נאורה (פגיעה אשר השלכותיה קשות יותר מבחינת ישראל מאשר מבחינת מעצמה כגון ארצות-הברית) וממצב את ישראל בעמדה של מדינה החוששת להעמיד את מעשי אנשי כוחות הביטחון שלה למבחן שיפוטי (מדינות הנמנעות מהצטרפות ל-ICC מצטיירות בעולם, במידה רבה של צדק, כמדינות אשר יש להן מה להסתיר). במיוחד חוששני שהחלטתה האחרונה של ישראל לסגת למעשה מחתימתה על החוקה (פעולה אשר משמעותה בעיקר סמלית<sup>45</sup>), הנה פעולה בלתי הכרחית העשויה לגרום נזק תדמיתי נוסף לישראל. כמו כן, ייתכן שגם בלא הצטרפות לחוקת רומא יהיו ניסיונות להעמיד אזרחים ישראלים

43 לפי פרסומים בעיתונות, בשנתיים הראשונות מאז תחילת אירועי אינתיפאדת אל-אקצה נפתחו רק 30 חקירות מצ"ח בקשר לחשדות לביצוע עברות שימוש לא חוקי בנשק מצד כוחות צה"ל והוגשו רק חמישה כתבי אישום בגין עברות מסוג זה. על פי דברי הפצ"ר, אלון מנחם פינקלשטיין, מצב הלחימה הפעיל בשטחים חייב שינוי במדיניות חקירת אירועים בהם נפגעו אזרחים פלסטינים (בעבר הייתה נפתחת חקירת מצ"ח באופן אוטומטי במקרים כאלה), וכיום נפתחת חקירה פלילית רק אם תחקיר פנימי או מידע מכל גורם אחר מעלה חשד לביצוע עברה פלילית. ראו למשל ע' אלדר "רעידה בינלאומית, רגע לפני הבחירות" הארץ 15.10.2002 (ארכיון הארץ). עם זאת, יש לציין כי לאחרונה הורה הרמטכ"ל לנהל תחקיר פנימי, בכל מקרה אשר בו נגרמו אבדות בקרב אזרחים פלסטינים ע' הראל "צה"ל מרחיב התחקירים על הרג אזרחים" הארץ 8.10.2002 (ארכיון הארץ).

44 ה-ICC פועל על פי עקרון משלימות (complementarity) ומעניק עדיפות להליכים משפטיים המתקיימים ברמה הפנים-מדינתית. מכאן, שבהעדר חקירה או העמדה לדין בישראל של חשדות לביצוע הפרות של חוקת רומא, אין מגיעה כי ה-ICC יפעיל את סמכות השיפוט שלו.

45 החובה העיקרית המוטלת על מדינה החותמת על אמנה ולא מאשררת אותה, הנה כאמור, ההימנעות מפעולות שיש בהן כדי לסכל את האמנה. ראו לעיל הערה 24.

לדין בבתי דין פנים-מדינתיים על בסיס סמכות השיפוט האוניברסלית (לפי המודל שבו פעלו בתי הדין הבלגיים בנוגע לראש הממשלה שרון). במובן זה, ההחלטה שלא לאשרר את ה-ICC מגבירה דווקא את הסיכוי כי יתקיימו הליכים בבתי דין זרים, שכן אילו ישראל הייתה צד לחוקת רומא, יש להניח כי רוב המדינות הזרות שבהן נהוגה סמכות השיפוט האוניברסלית היו מוותרות על העמדה לדין בשטחן. לטובת ה-ICC. התוצאה הסופית עלולה להיות אפוא שחשדות נגד ישראלים יתבררו בהליכים פנים-מדינתיים בבית דין זר, נטול כל זיקה לפשע הנדון, ואשר עלול לפעול על פי שיקולים פוליטיים, ולא בפני ה-ICC, אשר על אף מגרעותיו מעניק לנאשמים שורה ארוכה של זכויות דיוניות והגנות מפני ניצול לרעה של ההליך. משמע, ייתכן כי בטווח הארוך, דווקא הרצון של המדינה להעניק הגנה טובה יותר לחיילים ולמפקדים ישראלים, יחייב הצטרפות ל-ICC.

#### ד. האם אזרחים ישראלים חשופים לסכנת העמדה לדין בפני ה-ICC?

##### 1. סמכויות השיפוט של ה-ICC

בפתח רשימה זו טענתי כי אף שישראל אינה צד לחוקת רומא, הרי שישראלים עדיין חשופים להעמדה לדין בפני ה-ICC. בחלק זה של הרשימה אפתח טענה זו, תוך התמקדות בשאלת הסמכות הפרסונלית של בית הדין. עוד אבחן בקצרה בחלק זה את תחולת הסעיף שבחוקת רומא הדין בהעברת אוכלוסייה לשטח כבוש ביחס למדינות ההתנחלות בשטחים, בעיקר בכל הנוגע לסמכות הטמפורלית (סמכות בזמן) של ה-ICC.

כאמור, ל-ICC תהיה סמכות שיפוט רק בנוגע לעברות הכלולות בחוקת רומא. החוקה כוללת נכון להיום שלוש קבוצות של עברות: השמדת עם (רצח ופשעים מוגדרים אחרים, המבוצעים מתוך כוונה להביא להשמדתה המלאה או החלקית של קבוצה לאומית, אתנית, דתית או גזעית)<sup>46</sup>, פשעים נגד האנושות (פשעים מוגדרים, בעלי אופי חמור במיוחד, המבוצעים נגד אוכלוסייה אזרחית, כחלק ממתקפה נרחבת או שיטתית)<sup>47</sup> ופשעי מלחמה. למעשה קטגוריה אחרונה זו של פשעים כוללת חמישים עברות שונות הנזכרות בסעיף 8 לחוקה, המתחלקות באופן גס לשתי תתי-קבוצות – עברות המבוצעות במסגרת סכסוך חמוש בינלאומי (או בין-מדינית) ועברות המתבצעות במסגרת סכסוך חמוש שאינו בינלאומי (כגון מלחמת אזרחים או מרידה). על אף שהחוקה מציינת כי לבית הדין תהיה כעיקרון סמכות להעמיד לדין גם אנשים החשודים בכיצוע פשע של תוקפנות (aggression), סמכות זו הושעתה עד לאחר שהמדינות החברות בחוקה יצליחו להגיע לנוסח מוסכם של הגדרת העברה<sup>48</sup>. בעתיד

46 Rome statute, art. 6. השור: ס' 2 לאמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, 9 דצמבר 1948, כ"א 1, מס' 5, ע' 65.

47 Rome statute, art. 7

48 Ibid, at art. 5(2)

ייתכן שיתווספו עברות נוספות לחוקה, כגון עברות טרור וסחר בסמים, אך כיום אין ל-ICC סמכות בנושאים אלו (אלא אם כן והפעילות העבריינית הרלוונטית נופלת גם בגדרן של עברות אחרות הקיימות בחוקה).

על מנת שניתן יהיה להעמיד אנשים שביצעו את העברות הכלולות בחוקת רומא בפני ה-ICC יש לעמוד באחד מתנאי הזיקה הבאים (תנאי הסמכות הפרסונלית): (א) הסכמת המדינה הטריטוריאלית, אשר בשטחה בוצעה העברה; (ב) הסכמת מדינת האזרחות של החשוד; או (ג) אישור מועצת הביטחון של האו"ם, הניתן תוך שימוש בסמכויות החירום המוקנות למועצה על פי פרק ז' למגילת האו"ם<sup>49</sup>. את הסכמת המדינה הטריטוריאלית או מדינת האזרחות ניתן לקבל בשתי דרכים: באמצעות הכרזה מפורשת מטעמה או להסיקה מעצם היותה צד לחוקה. ההצטרפות לחוקה, משמעה קבלת סמכות בית הדין בנוגע לאזרחי המדינה המצטרפת ובנוגע לעברות שבוצעו בשטחה. מכאן שכל מדינה בעולם רשאית להסמיך את בית הדין, באופן כללי או במקרה ספציפי, להעמיד לדין עבריינים על בסיס זיקת אזרחות או הזיקה הטריטוריאלית. כמו כן, למועצת הביטחון סמכות בלתי מוגבלת להכפיף כל אדם לסמכות השיפוט של ה-ICC. במילים אחרות, פוטנציאל סמכות השיפוט של ה-ICC אינו מוגבל מבחינה גאוגרפית, וכל עברה הכלולה בחוקה, המבוצעת בכל מקום בעולם, עשויה, באופן תאורטי, ליפול בגדר הסמכות הפרסונלית של בית הדין, בהתקיים תנאי ההסמכה המתאימים.

ניתן לציין, כי להסדר סמכויות השיפוט של ה-ICC שלושה חריגים עיקריים. על פי סעיף 124 לחוקה, מדינה רשאית להצטרף לחוקה, תוך הסתייגות מסמכות השיפוט של בית הדין בכל הקשור לפשעי מלחמה שיבוצעו במהלך שבע שנים ממועד ההצטרפות. רק שתי מדינות (צרפת וקולומביה) עשו עד כה שימוש בהסתייגות זו, שהאפקט המעשי שלה עשוי להיות מוגבל (שכן עדיין ניתן להעמיד חשודים לדין על בסיס זיקת שיפוט אחרות, ובגין פשעים אחרים הנופלים תחת סמכות ה-ICC. החריג השני, קשור לסמכות מועצת הביטחון לעכב כל הליך בפני ה-ICC למשך שנה (סמכות זו ניתנת לחידוש בכל שנה ושנה)<sup>50</sup>. החריג השלישי, והחשוב מכול, נוגע לעקרון משלימות הקבוע במבוא לחוקה. על פי עיקרון זה, בית הדין לא יקנה סמכות שיפוט במקרים שבהם יש מדינה, שלה סמכות שיפוט על העברה שבנדון, אשר קיימה או מקיימת חקירה או הליך משפטי באותו עניין ממש, ובלבד כי ההליך המדינתי הנו אמיתי ואפקטיבי<sup>51</sup>. מכאן, שלבתי הדין המדינתיים

<sup>49</sup> Ibid, at arts. 12–13

<sup>50</sup> Ibid, at art. 17 גם כאן נדרשת החלטה של מועצת הביטחון על פי פרק ז' למגילת האו"ם.  
<sup>51</sup> ס' 17 לחוקת רומא. ראו גם ס' 18 לחוקת רומא (חובת התובע לאפשר למדינות מעוניינות לפתוח בהליכים פנים-מדינתיים) וס' 19 לחוקת רומא (עתירת מדינה רלוונטית נגד החלטה לקיים הליכים ב-ICC על אף קיום הליכים פנים-מדינתיים). לדין בעקרון משלימות, ראו: J.T. Holmes "Complementarity: National Courts versus the ICC" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at p. 667

"זכות קדימה" בכל הנוגע להעמדתם לדין של מבצעי פשעים בינלאומיים והפניה ל-ICC הנה בגדר אמצעי אחרון בלבד למצות את הדין עם החשוד, במקרה שבו המדינות הנוגעות בדבר נמנעות מלעשות כן.

לבסוף, לשם השלמת התמונה יש לציין שתי נקודות נוספות. ראשית, סעיף 24 לחוקת רומא קובע מפורשת שסמכות השיפוט של ה-ICC אינה רטרואקטיבית. משמע כי לא ניתן לדון בו בעברות שהתבצעו לפני מועד כניסת החוקה לתוקף – ה-1 ביולי 2002 (או להתבסס על חברות מדינה בחוקה לשם רכישת סמכות על עברה שהתבצעה לפני מועד הצטרפותה לחוקה). שנית, לתובע שיקול דעת רחב בכל הנוגע להגשת תביעות לבית הדין. החלטתו לפתוח בחקירה נגד חשוד יכולה להתבסס על בקשה מטעם מדינה חברה או מועצת הביטחון של האו"ם, אך גם יכולה להתבסס על החלטתו העצמאית של התובע, המוסמך לפעול על בסיס מידע שהגיע לרשותו מכל מקור שהוא<sup>52</sup>.

## 2. פרשנות סעיפי סמכויות השיפוט שבחוקת רומא

הוראלי וישראל אינה צד לחוקה, הרי שאין ל-ICC סמכות אוטומטית להעמיד לדין אזרחים ישראלים או אזרחים זרים אשר פעלו בשטח ישראל. לעומת זאת, ישראלים בעלי אזרחות זרה עלולים להיות חשופים להעמדה לדין אם מדינת האזרחות שלהם הנה צד לחוקה או אם נתנה הסכמה מפורשת לכך<sup>53</sup>. מכאן, נראה כי ישראלים (אשר אינם בעלי אזרחות זרה) אינם צפויים להעמדה לדין בפני ה-ICC בגין עברות פנים (היינו, עברות המתבצעות בשטח ישראל), אלא אם כן ממשלת ישראל תאשר זאת (תרחיש בלתי סביר) או אם מועצת הביטחון של האו"ם תתיר ל-ICC לעשות כן (תרחיש בלתי סביר גם כן, בין היתר בשל עמדתה הצפירה של ארצות-הברית – בעלת זכות וטו במועצה – בעד ישראל ונגד חיזוק מעמדו של ה-ICC).

הבעיה, מנקודת הראות הישראלית, הנה כי מרבית הטענות כנגד ישראלים בגין ביצוע פשעים בינלאומיים, כביכול, נוגעות לאירועים שהתרחשו בשטחים שנכבשו על-ידי ישראל ב-1967. מכאן, שמעמדם הטריטוריאלי של שטחים אלו הנו חיוני לשם קביעת סמכות השיפוט של ה-ICC, ועל בית הדין יהיה להכריע מי הוא הגורם המוסמך לקיים את זיקת השיפוט הטריטוריאלי בנוגע לשטחים האמורים. במילים אחרות, יש לפרש את הוראות זיקת השיפוט הקבוצות בחוקת רומא, ולבחון לאורן מי מוסמך להסמיק את ה-ICC לדון בפשעים שבוצעו בשטחים. נראה לי כי נקודת המוצא לדיון צריכה להיות שאלת המדיניות הפרשנית שיאמץ ה-ICC בכל הנוגע לסמכויות השיפוט שלו. מודל פרשני אפשרי אחד המוכר

<sup>52</sup> Rome Statute, arts. 13-15

<sup>53</sup> עם זאת, יתכן ובית הדין יפרש את המונח אזרחות באופן מצמצם כמתייחס אך ורק לאזרחות האפקטיבית של החשוד. השור: 4 I.C.J. 1954 (Liechtenstein v. Guatemala) (להלן: פרשת *Prosecutor v. Delalić*, Case No. IT-96-21-T, ICTY T., Ch. II, 16 Nov. 1998; (להלן: פרשת *Celebići*)).



בפסיקה הבינלאומית הנו "מודל הפרשנות האפקטיבית" (או, לחלופין הטלאולוגית, או, בטרמינולוגיה של הנשיא ברק – המודל התכליתי-אובייקטיבי<sup>54</sup>). על פי מודל זה, יש לפרש טקסטים משפטיים, ובכלל זה, טקסטים המכוננים סמכות שיפוט, באופן המעניק אפקטיביות רבה ככל האפשר למטרות המרכזיות של המשטר המשפטי הרלוונטי ושל המסמך היוצר אותו<sup>55</sup>. לפיכך יש לפרש את לשון הנורמות באופן גמיש, הנועד, בין היתר, להתאים את הכלל המשפטי למציאות המשתנה.

מודל הפרשנות האפקטיבית מקובל כיום בעיקר בבתי דין בינלאומיים קבועים העוסקים בקידום אג'נדה ספציפית (כגון אינטגרציה כלכלית או זכויות אדם) ואשר הנם בעלי סמכויות שיפוט שבחובה בנוגע למדינות החברות במשטר המשפטי הרלוונטי (משמע, קיימת הסכמה כללית לסמכותו של בית הדין ואין צורך בהשגת הסכמה מחודשת של הצדדים בנוגע לכל סכסוך וסכסוך). כך, למשל, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Loizidou*<sup>56</sup>, כי הסתייגות שצירפה טורקיה להכרזה, המכירה בסמכות השיפוט שבחובה של בית הדין, שלפיה לא יהיה בית הדין מוסמך לדון בטענות בדבר הפרות זכויות אדם שהתרחשו מחוץ לשטחה הריבונית של טורקיה (מתוך כוונה למנוע פיקוח מטעמו על הנעשה בצפון קפריסין), הנה בטלה. לדברי בית הדין, ההסתייגות הטורקית מנוגדת לתכלית האמנה האירופית לזכויות האדם (שבמסגרתה פועל בית הדין) לקדם באופן אפקטיבי הגנה על זכויות אדם מצד המדינות החברות, ועל כן אינה תקפה<sup>57</sup>. מטעמים דומים, קבע בית הדין כי יש לפרש את סעיף סמכות השיפוט הטריטוריאלי של האמנה, המחיל את הוראותיה על כל שטח המצוי תחת סמכות השיפוט של המדינות החברות, באופן מרחיב הכולל במסגרתו גם את צפון-קפריסין (שבית הדין הגדיר כשטח טורקי כבוש)<sup>58</sup>. מגמה דומה של נטייה להרחיב משיקולי אפקטיביות את תחולת אמנות היסוד ואת סמכויות בית הדין הפועל לפיהן, ניתן למצוא גם בהחלטותיהם של גופים כגון בית הדין האירופי לצדק (ה-ECJ), הפועל במסגרת הקהילה האירופית)<sup>59</sup>, ועדת האו"ם

54 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג, כרך ב: פרשנות החקיקה) 143. ליישום שנוי במחלוקת של שיטת הפרשנות התכליתית לנורמות בינלאומיות, ראו: פרשת עפו, לעיל הערה 7 (תכלית סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית הנה למנוע גירושים המוניים בלבד).

55 השוו לכלל ה-"mischief rule" הנהוג באנגליה: *Attorney General v. Prince Ernest Augustus of Hanover* [1957] A.C. 436, 461

56 *Loizidou v. Turkey*, 20 E.H.R.R. 99, 136 (1995)

57 Vienna Convention, art. 19(c)

58 יש לציין, כי גם ל"אקטיביזם" של בית הדין האירופי לזכויות אדם יש גבולות (יש אשר יטענו – גבולות פוליטיים). כך, למשל, בפרשת *Banković* נקבע כי המונח "אנשים המצויים תחת סמכות השיפוט של המדינות החברות" הקבוע בסעיף 1 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם אינו כולל אזרחים המצויים בשטחה של יוגוסלביה (אשר עדיין אינה חברה באמנה) אשר היו קורבן להפגזות מדינות נאט"ו (אשר מרביתן חברות באמנה). *Banković v. Belgium*, Decision of 12 Dec. 2001 (European Court of Human Rights) [<http://hudoc.echr.coe.int>] (last visited on 24.6.2004)

59 ראו למשל: Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen*

לזכויות אדם (Human Rights Committee) <sup>60</sup> ומנגנון הבוררות של המרכז ליישוב סכסוכי השקעות (הפועל בצד הבנק העולמי) <sup>61</sup>.

קבוצה מיוחדת של בתי דין בינלאומיים הפועלת על פי עקרון האפקטיביות הנה בתי הדין הפליליים אשר הוקמו "אד הוק". כך, למשל, קבע בית הדין בנירנברג בשנת 1946 כי הסמכות שלו לשפוט פרטים בגין הפרות של אמנות בינלאומיות שנערכו בין מדינות, ולא כללו כל התייחסות לאחריות פלילית אינדיבידואלית, נובעת מן העובדה כי זו הדרך האפקטיבית היחידה לאכוף את הסטנדרטים הקבועים באמנות: "פשעים נגד המשפט הבינלאומי מברצעים על ידי בני אדם, לא בידי יישויות ערטילאיות, ורק על ידי הענשת הפרטים שביצעו את הפשעים הללו ניתן לאכוף את הוראות המשפט הבינלאומי" <sup>62</sup> (תרגום שלי – י.ש.). באופן דומה, קבע בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה (ICTY) בפרשת *Čelebići*, בשנת 2001, כי יש לפרש את הוראות התחולה של אמנת ג'נבה הרביעית באופן מרחיב, כך שדרישת "האזרחות הנוגדת" הקבועה בסעיף 4 לאמנה (לפיה האמנה מגינה רק על בני אדם שאינם אזרחי הצד האחר לסכסוך) תחול בנוגע למלחמת האזרחים בבוסניה <sup>63</sup>. הרצון לבחור בפרשנות אפקטיבית אשר תגשים ככל האפשר את המטרות ההומניטריות של האמנה, הוביל את בית הדין לקבוע כי העובדה שהצדדים לסכסוך ראו זה את זה בפועל כאויבים הייתה חשובה יותר מאשר העובדה כי, מבחינה פורמלית, כל המעורבים בסכסוך חלקו את אותה אזרחות (של בוסניה-הרצגובינה).

ה-ICTY אף התבטא באותה פרשה בצורה ברורה בנושא כללי הפרשנות החלים על מסמכי היסוד שלו וקבע:

"The International Tribunal is an *ad hoc* international court, established with a specific, limited jurisdiction... *The interpretation of the provisions of the Statute and Rules must, therefore, take into*

1 E.C.R. [1963] (הצורך לקרוא באופן אפקטיבי את אמנת הקהילה האירופית מחייב הענקת מעמד מחייב לדין הקהילתי בדין הפנימי של המדינות החברות).

60 ראו למשל: Human Rights Committee, General Comment 24 (52), U.N. Doc. (1994) CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (הסתייגויות לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות או פרוטוקול הראשון לאמנה המכרסמות בסמכויות הפיקוח של הוועדה לזכויות האדם בטלות, מכיוון שסמכויות אלו הכרחיות להגשמת מטרת האמנה והפרוטוקול).

61 ראו למשל: *Amco Asia, Pan American Development Ltd. v. Indonesia*, 1 ICSID Rep. 389 (1983) (יש לראות בשלוחה מקומית של חברה זרה משום משקיע זר לצורך החלת האמנה הבינלאומית ליישוב סכסוכי השקעות).

62 *Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal*, 30 Sept. 1946, in 22 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (1948) 411, 466 באופן דומה, קבע ה-ICTY, כי יש לפרש את סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה באופן כזה שהפרתן מצמיחה אחריות פלילית אינדיבידואלית. *Prosecutor v. Tadić*, Case IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, (1995) 32 I.L.M. (1996) 35.

63 ראו: *Čelebići case, supra* note 53, at para. 233–266.

*consideration the objects of the Statute and the social and political considerations which gave rise to its creation... [G]rave violations of international humanitarian law which were the motivating factors for the establishment of the Tribunal continue to occur in many other parts of the world, and continue to exhibit new forms and permutations. The international community can only come to grips with the hydra-headed elusiveness of human conduct through a reasonable as well as a purposive interpretation of the existing provisions of international customary law”<sup>64</sup> (י.ש.).*

בצד מודל הפרשנות האפקטיבית, אשר ניתן לאפיינו כמודל “אקטיביסטי” המרחיב את סמכויותיהם של בתי הדין הבינלאומיים, קיים מודל שמרני יותר לקביעת סמכות שיפוט, שלפיו פועל בית הדין הבינלאומי בהאג (ICJ). בית דין אחרון זה נוהג בזהירות רבה בעת פרשנות מסמכים בעלי פוטנציאל להקנות לו סמכות שיפוט וכבר קבע במספר לא מבוטל של מקרים כי לא ניתן לחלץ ממסמכים שהוצגו בפניו כוונה ברורה של הצדדים להסכים להתדיין בפניו (במקרים אלו יושמה בדרך כלל גישה ריקונסטרוקטיביסטית או תכליתית סובייקטיבית – המשחזרת את כוונת הצדדים<sup>65</sup>). במקרים אחרים, קבע בית הדין כי על אף קיומה של סמכות לכאורית, הרי שהתביעה אינה קבילה מטעמים שונים (כגון חוסר שפיטות)<sup>66</sup>.

כיצד ניתן להסביר את ההבדלים בגישות בין בתי הדין השונים? לדעתי ההבדל מצוי בפרמטרים שנוכרו קודם לכן באשר למאפייניהם של בתי הדין המיישמים את שיטת הפרשנות האפקטיבית. בתי דין הפועלים במסגרת משטר משפטי ספציפי ממלאים שתי פונקציות – יישוב סכסוכים וקידום מטרות המשטר לו הם שייכים. מכאן שהם חשים, בין שמודע ובין אם באופן בלתי מודע, כי מוטלת עליהם, בין היתר, אחריות לפעול בדרך משפטית אשר תקדם את האגנדה של המשטר המכונן שלהם – אינטגרציה כלכלית, קידום הגנה על זכויות אדם או הענשת פושעי מלחמה (בדרך כלל הרקע המקצועי של השופטים מוביל לכך שהם אף מזדהים אישית עם מטרות אלו). כתוצאה מכך, קיימת הטיה בפסיקת בתי דין ספציפיים אל עבר נטילת סמכות לדון בסכסוכים הקשורים למטרת המשטר המכונן, וזאת על מנת שבית הדין יוכל לחרום תרומתו לקידום הצלחת המשטר. לעומת זאת, בית דין כללי, כגון ה-ICJ, שמטרתו המוצהרת הנה אך ורק יישובם של סכסוכים

<sup>64</sup> *Čelebići case, supra note 53, at para. 170.*

<sup>65</sup> ראו למשל: *Nottebohm case, supra note 53; Ariel Incident (Israel v. Bulgaria), 1959 I.C.J. 127; Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), 1978 I.C.J. 3; Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), 1998 I.C.J. 4.*

<sup>66</sup> ראו למשל: *Nuclear Tests (Australia v. France), 1974 I.C.J. 253; East Timor (Portugal v. Australia), 1995 I.C.J.*

בין-מדינתיים פטור מהשפעות כאלה וכוּחן את קיומה או היעדרה של סמכות שיפוט בצורה "נקייה" יותר. מעבר לכך, יש נפקות לכך שה-ICJ אינו נהנה ככלל מסמכות שיפוט שבחובה, וההתדיינות בפניו מותנית בקבלת סמכות השיפוט שלו על ידי הצדדים לסכסוך (וזאת בניגוד לבתי הדין הספציפיים הפועלים בדרך כלל במסגרת משטר המתנה את ההצטרפות אליו בקבלת סמכות השיפוט שבחובה של בית הדין שלו). התנהלותו הזוהירה של ה-ICJ נובעת, לדעתי, גם מתוך שקילת שיקולים אסטרטגיים הנוגעים לרכישת אמון הצדדים בבית הדין לשם השגת הסכמתם לסמכות השיפוט שלו. הואיל והצדדים הנם מדינות ריבוניות, גישה פרשנית פוזיטיביסטית, המייחסת משקל רב למוסד ריבונות המדינה, תסייע לבית הדין להתפס על ידי צדדים פוטנציאליים כפורום אטרקטיבי ליישוב סכסוכים. מכאן, שפרשנות אקטיביסטית של סעיפי סמכות שיפוט מצד ה-ICJ עשויה בטווח הקצר לאפשר לבית הדין לדון במספר רב יחסית של סכסוכים, אך תרתיע מדינות הנגררות לבית הדין בעל כורחן לקבל בעתיד, באופן וולונטרי, את סמכות השיפוט שלו.<sup>67</sup> במילים אחרות, גישה שמרנית מבטיחה כי מדינות יקבלו את סמכות בית הדין מבלי לחשוש כי ה-ICJ ייטול לעצמו אגב כך סמכות רחבה מזו שהוקצתה לו (באמצעות פרשנות מרחיבה של מסמכים יוצריסמכות), ואילו גישה אקטיביסטית מעודדת מדינות שלא להסכים לסמכות השיפוט מלכתחילה (היינו, לא להסכים למסמכים יוצרי סמכות כלשהם). מוכן כי בתי דין כגון ה-ICTY או בית הדין האירופי לזכויות האדם, שסמכותם אינה תלויה בהסכמת הצד הנתבע לדין, אינם כפופים למערכת שיקולים זו, ויכולים לבחור במודל הפרשנות האפקטיבית, בלא שתפגע הנטייה להשתמש בהם, בטווח הארוך.

להערכת, ה-ICC יאמץ את מודל הפרשנות האפקטיבית, ובדומה לבתי הדין הפליליים אשר הוקמו "אד-הוק", יעניק פרשנות מרחיבה להוראות החוקה הנוגעות לסמכויות השיפוט שלו. הערכתי זו מבוססת על הקרבה הרעיונית (ובחלק מן המקרים גם הגאוגרפית) בין ה-ICC לבתי הדין הספציפיים. גם ה-ICC הוקם על מנת לקדם אג'נדה מסוימת — הענשת פושעים בינלאומיים. אשר על כן, יופעלו על השופטים לחצים, גלויים וסמויים, לבחור בפרשנות המגבירה את הסיכוי להגשמת מטרת המשטר המשפטי האמור. גם כאן, יש להניח כי השופטים אשר ימונו לבית הדין (לפי החוקה — מומחים למשפט פלילי, משפט הומניטרי או דיני זכויות אדם<sup>68</sup>) יהיו מחויבים באופן אישי לתכלית האמורה ויחושו אחריות

67 כך, למשל, לאחר החלטתו השנויה במחלוקת של ה-ICJ בפרשת ניקרגואה נ' ארצות הברית (1984), לפיה יש לו סמכות שיפוט לרוח בתיק, הודיעה ארצות הברית כי היא מבטלת את הכרזתה לפי סעיף 36(2) לחוקת בית הדין, בה קיבלה ארצות הברית את סמכות בית הדין לדון בסכסוכים אשר היא הנה צד להן (בכפוף למגבלות מסוימות). *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. U.S.) 1984 I.C.J. 392 (Jurisdiction and Admissibility) גם ישראל ביטלה את הכרזתה המכירה בסמכות השיפוט של ה-ICJ בעקבות פסק הדין האמור.

68 Rome Statute, art. 36

לקידומה. כמו כן, יש להניח שבית הדין ישאב השראה פרשנית בעבודתו המשפטית מהחלטות קונקרטריות של בתי הדין "אד-הוק" המטפלים במטרייה משפטית דומה, ואשר אימצו, כאמור, את מודל הפרשנות האפקטיבית. לבסוף, לפחות בראשית הדרך, יש לצפות כי בית הדין יהיה "רעב" לתיקים על מנת להצדיק את קיומו, ויהיה נכון לאמץ פרשנות יצירתית אשר תעודד את ההתדיינות בפניו.

אמנם ייתכן שה-ICC, בדומה ל-ICJ, ישקול שיקולים אסטרטגיים ויימנע, לפחות בתחילת דרכו, מלאמץ פסיקות שנויות במחלוקת, העלולות להגביר את העוינות כלפיו מצד מדינות כגון ארצות-הברית, ולהפחית את הסיכוי שמדינות נוספות יצטרפו לחוקה או יקבלו באופן "אד-הוק" את סמכות השיפוט שלו. הגם ששיקול זה יכול להוביל במקרים מסוימים לפרשנות שמרנית של סמכות השיפוט, נראה לי כי קיימת סבירות גבוהה יותר שמדיניות זו תיושם, אם בכלל, בנוגע לתיקים הנוגעים במישורין לאינטרסים של מעצמות כגון ארצות-הברית (או סין ורוסיה, אשר אף הן אינן צד לחוקה), אשר הן בעלות השפעה על עתידו של ה-ICC, מאשר בנוגע למדינות קטנות כגון ישראל. לגבי מדינות אחרונות אלו, נראה לי כי השיקולים בעד הפעלת סמכות שיפוט יכריעו את הכף. עמדה אחרונה זו, המציגה חשש להחלה סלקטיבית של הוראות החוקה בנוגע למדינות מסוימות, נסמכת, בין היתר, על הברלים שניכרו בהתייחסותן של רשויות התביעה של ה-ICTY לחשודים ממדינות יוגוסלביה לשעבר ולחשודים ממדינות ברית נאט"ו. בעוד שלגבי הראשונים קשה לאתר מדיניות של זהירות יתרה בהגשת כתבי אישום, הרי שהנימוקים שבבסיס החלטת התביעה שלא להגיש כתבי אישום שכנגד מי מחילי או מפקדי נאט"ו בגין פגיעה באזרחים במהלך המתקפה נגד יוגוסלביה ב-1999, מאולצים למדי ומצביעים, לטעמי, על זהירות מופלגת מצד התביעה בפרשנות הוראות הדין הפלילי החל על האירועים, וזאת מתוך רצון להימנע מיצירת קונפליקט בין בית הדין למדינות נאט"ו<sup>69</sup>. נדמה לי כי גם הפער בהתייחסות בית הדין האירופי לזכויות אדם לשימוש בכוח מצד טורקיה בצפון קפריסין (לגבי נטל בית הדין סמכות לדון בתיק) לעומת התייחסותו להפצצות מדינות נאט"ו על בלגרד (מקרה שבו סירב בית הדין ליטול לעצמו סמכות לדון בתיק) תומך בהערכה זו.

3. מעמדם הטריטוריאלי של השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967 הנחתי היא אפוא כי ה-ICC יאמץ את מודל הפרשנות האפקטיבית כבואו להכריע בשאלה אם יש לו סמכות לדון בפשעים שאירעו בשטחים המוחזקים על ידי ישראל. לאור זאת, יש לבדוק מהן הקונסטרוקציות הפרשניות שבהן יכול בית הדין לעשות

69 ראו גם: Laurusen, *supra* note 35, at p. 794. הרצון של ה-ICTY להימנע מעימות עם מדינות נאט"ו אינו מפתיע על רקע העובדה כי מדינות נאט"ו אחראיות למימון נתח נכבד מתקציב בית הדין, והגן בעלות השפעה פוליטית ניכרת במועצת הביטחון של האו"ם – הגוף שייסד את בית הדין והמפקח על המשך פעולתו.

שימוש על מנת להגיע אל התוצאה, אשר אליה אני מאמין שהוא יגיע, ולפיה יש לו סמכות שיפוט על השטחים האמורים. ודוק, אין מדובר בקונסטרוקציות אשר הנן לדעתי בהכרח נכונות או ראויות, אלא כאלה אשר קיימת הסתברות ממשית כי בית הדין יבחר לאמצן.

ניתן לחלק את הדיון ל-4 חלקים — בהתאם למעמדם של אזורים שונים המוחזקים בידי ישראל. באשר לרמת הגולן, נראה כי לבית הדין לא יהיה קושי לקבוע כי הרמה נחשבת מבחינה משפטית לשטח סורי, וזאת למרות סיפוח הרמה למדינת ישראל בשנת 1981.<sup>70</sup> הסיפוח לא הוכר על ידי אף מדינה אחרת בעולם, והוא עומד בניגוד לכלל המנהגי הבינלאומי המקובל, שלפיו לא ניתן לרכוש שטחים בכוח ממדינה אחרת (וזאת גם כאשר הכוח מופעל במסגרת הגנה עצמית חוקית).<sup>71</sup> מכאן נראה שהסכמה סורית להפעלת סמכות השיפוט של בית הדין בנוגע לפעילות ישראלית ברמת הגולן, תקנה ל-ICC סמכות שיפוט להעמיד לדין אזרחים ישראלים בגין חשדות לפשעים המבוצעים באזור זה.<sup>72</sup>

שאלה קשה יותר מתעוררת באשר לשאלת סמכות בית הדין בנוגע לעברות שבוצעו בשטחי יהודה ושומרון. בניגוד לרמת הגולן, שם קיים ריבון קודם המוכר על ידי הקהילה הבינלאומית (סוריה), אין ריבון כזה ביהודה ושומרון. ישראל מעולם לא תבעה ריבונות על השטח (וגם לו הייתה תובעת יש להניח כי הקהילה הבינלאומית הייתה דוחה את התביעה, מכוח העיקרון כי אין רוכשים טריטוריה בכוח).<sup>73</sup> עמדתה של ישראל הייתה ועודנה כי מעמדו של השטח ייקבע בשיחות הקבע עם הפלשתינים. ירדן, שממנה נכבש השטח בשנת 1967, אמנם סיפחה את השטח בשנת 1950, אך סיפוח זה נחשב כבלתי חוקי (הוא לוקה בפגמים דומים לאלו של הסיפוח הישראלי של רמת הגולן — חוסר הכרה בינלאומית — רק שתי מדינות אחרות בעולם הכירו בחוקיות הסיפוח; והפרת האיסור בדבר רכישת טריטוריה בכוח — במקרה זה, כיבוש לאחר מלחמה תוקפנית<sup>74</sup>). יתר על כן, ירדן ויתרה למעשה על תביעותיה בנוגע לשטח הגדה בהכרזתו של המלך חוסיין משנת 1988,<sup>75</sup> ומאוחר יותר בהסכם השלום עם ישראל משנת 1994.<sup>76</sup> כאשר לרשות הפלשתינית, הרי שזו אינה מדינה, בשלב זה, ומכל מקום שליטתה בשטח הנה

70 חוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981. החוק החיל על הרמה את המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל, ובכך סיפח אותה למעשה לשטח המדינה עצמה.

71 ראו למשל: U.N. Security Council Resolution 242, 22 November, 1967, preamble para. 2, UN SCOR, 22<sup>nd</sup> Sess., 1382<sup>nd</sup> mtg. (1967) 8.

ראו גם: Blumenthal, *supra* note 25, at p. 606.

72 לדעה שונה, ראו "בלום" ציון במשפט הבינלאומי נפדתה" הפרקליט כו (תשל"א) 315.

73 לדעה שונה, ראו "דינשטיין" ציון במשפט הבינלאומי חיפדה" הפרקליט כו (תשל"א) 5.

74 *Jordan: Statement concerning Disengagement from the West Bank and Palestinian Self-Determination* (31 July 1998), reprinted in 28 I.L.M. (1988) 1637.

76 חוזה שלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, 26 אוקטובר 1994, כ"א 32, ע' 271.

מוגבלת ביותר (על פי ההסכמים עם ישראל, לרשות יש סמכויות שלטוניות בפחות ממחצית השטח; בפועל – הרשות שולטת כיום שליטה של ממש בחלק קטן בהרבה מן הטריטוריה, אם בכלל).

עולה אם כן, שאין אף גרום אשר ניתן לראות בו בבירור כריבון החוקי בשטחי יהודה ושומרון. מסקנה זו מובילה לכאורה לתוצאה האבסורדית כי האזור הנו "שטח הפקר", בכל הקשור לאכיפת הדין הפלילי הבינלאומי וכי אף מדינה אינה מוסמכת להתיר לבית הדין להפעיל את סמכותו שם. אולם נראה לי כי זהו מקרה מובהק שבו בית הדין יפרש את סמכויות השיפוט שלו על פי מודל הפרשנות האפקטיבית – היינו, יפרש את תנאי הזיקה הטריטוריאלית באופן שיגשים ככל האפשר את תכלית החוקה – "לשים קץ להימלטות מעונש של מבצעי [הפשעים החמורים ביותר] ועל ידי כך לתרום למניעתם של פשעים כאלה"<sup>77</sup> (תרגום שלי – י.ש.). יש לזכור, בהקשר זה, כי תכליתם של סעיפי הזיקה הנה להבטיח כי בית הדין יפעל בשמן של מדינות המוסמכות להעמיד לדין את העבריינים בעצמן בגין זיקה של ממש שיש להן לפשע הנדון (שתי זיקות השיפוט שנבחרו על ידי החוקה – אזרחות וטריטוריה – הנן הזיקות שלגביהן קיימת הרמה הגבוהה ביותר של קונסנזוס<sup>78</sup>). בכך איזנה למעשה החוקה בין הצורך להעניק לבית הדין סמכות נרחבת להעמדה לדין, לבין הדרישה שהועלתה בעת ניסוח החוקה להגן על ריבונותן של מדינות שלא הצטרפו לחוקה, בכל הנוגע לעברות המבוצעת בשטחן, על ידי אזרחיהן שלהן<sup>79</sup>. מכאן, שבמקרים בהם אין פגיעה בריבונות, במובן האמור, ניתן לגרום שיש לפרש את הסעיפים באופן מרחיב, ולהסתפק בזיקה של ממש לטריטוריה מצד המדינה המסמיכה, גם אם זו אינה עולה כדי ריבונות פורמלית (ובאופן דומה, ייתכן שניתן יהיה להסתפק בזיקות פרסונליות בין פרט למדינה שאינן עולות כדי קשר של אזרחות פורמלית). במקרה שלפנינו, עסקינן בעברות הנופלות מחוץ לשטחה הריבוני של מדינה כלשהי, ומכאן במצב שבו אין אינטרס לגיטימי מנקודת ראותה של החוקה שלא להפעיל סמכות שיפוט. יש גם לציין כי ממילא העברות הכלולות בחוקת רומא נופלות בגדר הסמכות האוניברסלית של כל מדינה ומדינה, ומכאן אין בהרחבה הצפויה של רשימת המדינות המוסמכות להתיר ל-ICC להעמיד לדין לפגוע בעיקרון הבסיסי שלפיו הוא פועל בשמה של מדינה אשר המשפט הבינלאומי מתיר לה להעמיד לדין את החשוד בעצמה. עולה מכך, שה-ICC עשוי לקבוע כי אין לקרוא את הביטוי "שטחים השייכים לו" ("territory of which")

77 Rome Statute, preamble, para. 5. לבסוף, יש לציין כי, להחלטות האו"ם הקובעות כי מדינות ההתנחלות של ישראל בשטחים שנחפסו על ידה ב-1967 (כולל מזרח ירושלים) הנה בלתי חוקית אין מעמד מחייב, אך הן ללא ספק יהיו מקור השראה פרשני ל-ICC כבואו לבחון את חוקיות המצב. Shaw, *supra* note 7, at pp. 90–92.

78 P. Kirsch & D. Robinson "Reaching Agreement at the Rome Conference" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at pp. 67, 84

79 Schabas, *supra* note 11, at pp. 61–62; S. Bourgon "Jurisdiction *Ratione Loci*" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at pp. 559, 562; Kaul, *supra* note 21, at pp. 583, 584–586

הקבוע בסעיף 13 לחוקה כמתייחס רק לריבונות — אלא גם לזיקה רופפת יותר של חזקה או סוג אחר של אחריות משפטית. מכאן, שישראל עצמה, כמדינה שהשטחים נמצאים בחזקתה, עשויה להיחשב, לצורך הסמכת בית הדין, כמדינה אשר השטחים שייכים לה. אמנם קיימת מחלוקת משפטית, באשר למעמדם של אזורים A (אזורים אשר נמסרו לשליטה פלסטינית בלעדית, על פי הסכמי אוסלו) שלא נכבשו מחדש על ידי ישראל, שכן יש הסבורים, ואני בתוכם, כי ישראל אינה אחראית מבחינה משפטית להפעלתן של מרבית הסמכויות השלטוניות בנוגע לנעשה באזורים אלו<sup>80</sup>. עם זאת, יש לציין כי לפחות בכל הנוגע לחשדות המועלים נגד אזרחים ישראליים, ויכוח זה אינו בעל חשיבות פרקטית רבה, שכן הסמכת ישראל להעמדתם לדין, בתור מדינת האזרחות שלהם, מייתרת ממילא את הצורך בביסוס הזיקה הטריטוריאלית. מכל מקום, הואיל והסמכת ישראל לסמכות בית הדין בנוגע לאזרחיה או לשטחים המצויים בחזקתה אינה נראית סבירה, בשלב זה, בית הדין יצטרך לבחור באופציות פרשניות אחרות על מנת לקנות לו סמכות העמדה לדין.

אפשרות פרשנית נוספת העומדת בפני ה-ICC הנה לפרש את הביטוי מדינה (state) באופן גמיש, ככולל גם ישות פוליטית, כגון הרשות הפלסטינית, שהנה "מדינה שבדרך", המקיימת את המאפיינים הבסיסיים של מדינה (שליטה אפקטיבית בשטח, באוכלוסייה וכושר לקיים, באופן עצמאי, יחסי חוץ<sup>81</sup>), וזאת אף שהרשות לא הכריזה על עצמה כמדינה (הגם שניתן לטעון כי יש משקל להכרות העצמאות הפלסטינית משנת 1988<sup>82</sup>). את שייכות השטחים לרשות הפלסטינית, בית הדין

80 יש לציין כי עמדתה הרשמית של מדינת ישראל בנושא מעמדם של שטחי A אינה עקבית. כך, למשל, הכריזו נציגי המדינה בפני ועדות א"ם הבחונות את מצב זכויות האדם בישראל ובשטחים המוחזקים על ידה, כי אזורים שהועברו לידי הרשות הפלשתינית אינם מצויים עוד באחריות ישראל. Second Periodic Report of the State of Israel under the International Covenant on Civil and Political Rights, para. 8, UN Doc. CCPR/C/ISR/2001/2 (2001); Second Periodic Report of the State of Israel under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, para. 6–8, UN Doc. E/1990/6/Add.32 (2001). מנגד, בפרשת העברת בני משפחותיהם של מחבלים מתאבדים לעזה הציגו נציגי היועץ המשפטי לממשלה עמדה משפטית, שאף התקבלה בבית המשפט, לפיה העברת תושבי איו"ש לעזה נחשבת לתיחום מגורים בתוך השטח הכבוש על ידי ישראל. בג"ץ 7015/02 עג'ורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, פסקאות 9–10 לפסק דינו של השופט ברק.

81 הרשימה המקובלת של התנאים לקיומה של מדינה מצויה באמנת מונטבידאו משנת 1933, שנערכה בין מדינות יבשת אמריקה, ונחשבת כיום לאמנה דקלרטיבית (היינו — אמנה המשקפת דין מנהגי). Convention on Rights and Duties of States (Montevideo Convention), 26 Dec. 1933, U.S.T. 541 art. 1. הגדרת המונח "מדינה" (בהקשר לחוקת ה-ICJ), ראו: S. Rosenne "The Perplexities of Modern International Law" 291 *Recueil des cours* (2001) 9, 105–106. העמדה כי פלסטין זכאית לזכות עמידה אנלוגית לזו המוענקת למדינה נתקבלה על ידי ה-ICJ במסגרת הליכי חוות הדעת בנושא חוקיות גדר הפרדה, ראו: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinion of 9 July 2004, I.C.J. (forthcoming 2004).

82 Palestinian Declaration of Independence, 15 Nov. 1988 [<http://www.mideastweb.org/>]



יוכל לבסס, בנוגע לאזורים הנתונים בפועל לשליטת הרשות, מכוח פרשנות מרחיבה של מושג השייכות (ככולל, כאמור, גם שליטה בפועל), או, בנוגע לכל שטחי יהודה ושומרון, מכוח עקרון ההגדרה העצמית המקנה לפלסטינים זכויות משפטיות על השטח.<sup>83</sup> עיקרון זה, הנחשב כיום לעיקרון מחייב במשפט הבינלאומי המנהגי<sup>84</sup>, קובע כי לעמים יש זכות משפטית ליצור מסגרות פוליטיות – כולל מדינה עצמאית, באזור שבו הם מתגוררים (ובלבד שאין בכך משום פגיעה בריבונותה של מדינה קיימת)<sup>85</sup>. ניתן לטעון כי בידי יחידה פוליטית הזכאית להפוך למדינה בעלת ריבונות על שטח נתון, קיימת באופן אינהרנטי הסמכות לנהל הליכים פוליטיים נגד מבצע עברות בשטח האמור<sup>86</sup> או הסמכות להסמיך גורם אחר לעשות כן במקומה. מכאן, לדעתי, קיימת אפשרות סבירה שבית הדין יקבע כי הרשות הפלסטינית תוכל להסמיך אותה להעמיד לדין ישראלים בגין עברות שבוצעו בשטחי יהודה ושומרון (או רצועת עזה).

אפשרות פרשנית שלישית, עשויה לבסס את זיקתה של ירדן לשטח. למרות חולשתה המשפטית של הקונסטרוקציה שתוצע להלן, הרי שיש לה את פוטנציאל ה"נוק" הרב ביותר, מנקודת ראותה של ישראל, וזאת מכיוון שירדן כבר הצטרפה לחוקת רומא. מכאן, הכרה ביהודה ושומרון כשטח השייך לירדן, ולו לצורכי חוקת רומא בלבד, תגרום הסמכה אוטומטית של בית הדין לדון בעברות המתבצעות באזור זה. על פי הקונסטרוקציה המוצעת, יש לפרש את סעיף הזיקה הטריטוריאלית של חוקת רומא המתייחס לשטח כבוש לאור דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי

83 (last visited on 2.6.2004) [plc1988.htm]. יש לציין כי העובדה כי הסכמי הביניים בין ישראל לרשות הפלשתינית אוסרים למעשה על הכרות מדינה חד-צדדית מצד הפלסטינית אינה עובדה מכרעת, שכן ספק אם ההסכמים עודם תקפים לאור הפרתם היסודית על ידי שני הצדדים. בכל מקרה, ספק אם ההסכמים מחייבים את ה-ICC בכואו לפרש את סעיפי סמכויות השיפוט שלו עצמו (ודוק – אין מדובר בהכרה ברשות כמדינה ככל דבר ועניין).  
83 השוו: "דינשטיין" והפדה לא נפתחה' או 'לא הפגנות אלא מעשים' הפרקליט כז (תשל"א) 519.

84 Shaw, *supra* note 7, at pp. 181–182; A. Cassese *Self-Determination of Peoples* (Cambridge, 1995) 315–338; R.A. Falk "The Right of Self-Determination under International Law: The Coherence of the Doctrine and the Incoherence of Experience" *Self-Determination and Self-Administration* (Boulder, W. Danspeckgruber & A. Watts eds., 1997) 47, 50–61  
85 ראו למשל: Declaration on Principles of International Law Governing Friendly Relations (1970) 47, 50–61 and Cooperation Among Nations, U.N.G.A. Res. 2625, UNGOAR 25<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 28 (1970), UN Doc. A/8028 (1970) 121

86 עם זאת, קושי מסוים נוצר עקב הסכמי הביניים בין ישראל לפלסטינים השוללים את סמכותם של אלו האחרונים להעמיד לדין אזרחים ישראלים. ס' 1(2)ב) לנספח ה-IV להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, 28 לספטמבר 1995, כ"א 33, מס' 1071, ע' 1. נראה עם זאת, כי הסדר זה (אשר כלל לא ברור אם עודנו בתוקף) אינו שולל במפורש את סמכותם של הפלסטינים להסמיך את ה-ICC להעמיד לדין ישראלים וספק אם בית הדין יעניק לו משקל מכריע.

— אמנת ג'נבה הרביעית<sup>87</sup> ותקנות האג 1907<sup>88</sup>. דינים אלו שומרים על המשך הזיקה של המדינה שממנה נכבש השטח לשטח הכבוש (למשל, מגבילים את זכותו של הכובש לשנות את הדין אשר היה קיים ערב הכיבוש<sup>89</sup>). על אף עמדתה של ישראל כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה באזור יהודה ושומרון, הרוב המכריע של מדינות העולם רואה באזור זה שטח שנכבש מידי ירדן (הגם, שכאמור, הכיבוש הירדני של האזור לא הוכר אף הוא על ידי הקהילה הבינלאומית)<sup>90</sup>. מכאן, שבית הדין עשוי לקבוע כי די בחזקה הירדנית בשטח, ערב הכיבוש, על מנת להכיר בזיקה הירדנית לטריטוריה, לצורך הקניית סמכות שיפוט על פשעים בינלאומיים המתבצעים שם. במילים אחרות, הצורך להיאבק בפשעים בינלאומיים המתבצעים בשטח כבוש, עשוי להצדיק, על פי מודל הפרשנות האפקטיבית, הכרה בזיקת המחזיק הקודם בשטח לצורך העמדה לדין, גם אם ריבונותו על השטח שנויה במחלוקת. ניתן אף לטעון כי ישראל, בכך שהותירה את החקיקה הירדנית באזור יהודה ושומרון על כנה, הכירה בעקיפין בהמשך תוקפה של זיקה זו.

באשר לשני האזורים האחרים אשר נכבשו בידי ישראל ב־1967 — רצועת עזה ומזרח ירושלים — הרי שהדין שנערך לעיל ישים גם לגביהם, בשינויים קלים. רצועת עזה נמצאת במעמד דומה לזה של אזור יהודה ושומרון בשני הבדלים — ערב מלחמת ששת הימים האזור היה בשליטה מצרית ולא ירדנית; ומצרים, בניגוד לירדן, מעולם לא תבעה בשטח ריבונות. עם זאת, ניתן לבסס באמצעים פרשניים, זיקות טריטוריאליות לישראל, לרשות הפלסטינית ולמצרים — בתור המחזיק הקודם בשטח, ערב הכיבוש (אך מצרים, שלא כמו ירדן, אינה צד לחוקת רומא). באשר למזרח ירושלים, הרי שבניגוד לשאר אזורי יהודה ושומרון, מזרח העיר סופח לשטח מדינת ישראל ב־1967<sup>91</sup>. עם זאת, הואיל וגם מעשה הסיפוח הזה לא התקבל על ידי הרוב המכריע של מדינות העולם<sup>92</sup>, יש להניח כי ה־ICC יתייחס למזרח ירושלים כאל שאר חלקי יהודה ושומרון<sup>93</sup>.

87 ס' 2 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 12 לאוגוסט 1949, כ"א 1, מס' 30, ע' 453 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).

88 Hague Convention and Regulations Respecting the Laws and Customs of War, 18 Oct. 1907, Regulation 42, 36 Stat. 2277; T.S. 539 (להלן: "תקנות האג" או "Hague Regulations").

89 *Ibid*, at art. 43

90 ראו למשל: *Declaration of the Conference of the Parties to the Fourth Geneva Convention* (5 December 2001) [[http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc/.docum2.Par.0006.UpFile.pdf/mg\\_011205\\_4gcdeclarn\\_e.pdf](http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc/.docum2.Par.0006.UpFile.pdf/mg_011205_4gcdeclarn_e.pdf)] (last visited on 24.6.2004)

91 צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז–1967, ק"ת 2690. ראו גם בג"ץ 256/01 רבאח נ' ביהמ"ש לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930.

92 ראו למשל: Security Council Resolution 478 (1980), 20 Aug. 1980, UN Doc. S/RES/478 (1980); General Assembly Resolution 56/31 on Jerusalem, 3 Dec. 2001, UN Doc. A/RES/56/31 (2001).

93 יתכן ותהא נפקות למעשה הסיפוח לצורך הסמכת בית הדין על ידי ישראל לדון בפשעים שבוצעו על ידי אנשים שאינם אזרחים ישראלים בשטח מזרח ירושלים — במקרה זה, קל

השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל

4. שאלת ההתנחלויות — האם מתנחלים צפויים לעמוד לדין ב-ICC?  
כפי שצוין קודם לכן, אחת מהסיבות המרכזיות לאי-הצטרפותה של ישראל לחוקת רומא נעוץ בנוסחו של סעיף 2(8)(ב) לחוקה — "סעיף ההתנחלויות". הסעיף, שתכליתו היא למנוע שינוי דרסטי של הרכב האוכלוסייה בשטח הכבוש<sup>94</sup>, מגדיר כפשע מלחמה:

"The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies".

הכללת הסעיף עצמו בחוקה לא הייתה אמורה להפתיע את נציגי ישראל בוועידת רומא (על אף עמדתה העקרונית של ישראל כי העברה נופלת בחומרתה מיתר העברות הנכללות בחוקה). שכן איסור על העברת אוכלוסייה לשטח כבוש נכלל כבר באמנת ג'נבה הרביעית<sup>95</sup>, אשר ישראל הנה צד לה. כמו כן, נכללה הוראה, הוראה בהפרת האיסור משום פשע בינלאומי, בפרוטוקול הראשון שנוסף בשנת 1977 לאמנות ג'נבה (שישראל לא הצטרפה אליו). עם זאת, "אכזבתה" של ישראל מן הסעיף קשורה לנוסח המרחיב במיוחד שנבחר בעת ניסוח חוקת רומא לשם הגדרת העברה ("במישרין או בעקיפין") — ניסוח החורג מנוסחם של סעיפים קודמים בנושא התנחלויות — ומן ההחלטה שנתקבלה ברומא בדבר חוסר האפשרות להסתייג מסעיפי החוקה (פרט לאפשרות להשעות לפרק זמן של שבע שנים את ההסכמה לסמכות השיפוט של ה-ICC בנוגע לפשעי מלחמה<sup>96</sup>). החלטה אחרונה זו מנעה למעשה מישראל את האופציה של אימוץ חלקי של החוקה.

לכאורה, סעיף ההתנחלויות מנוסח באופן רחב ביותר, אשר עשוי לאפשר ל-ICC להעמיד לדין אזרחים ישראלים רבים השותפים ב"מפעל ההתיישבות" ביהודה ושומרון, בחבל עזה וברמת הגולן. כך, למשל, ניתן לראות בשרי ממשלה ובפקידים ממשלתיים המחליטים על הקמת יישוב חדש בשטחים, היוזמים "מבצעי אכלוס" בשטחים או מאשרים הקלות מיסוי לתושבים שם, כאחראים להעברה בעקיפין של אוכלוסייה ישראלית לשם בניגוד לסעיף 2(8)(ב) לחוקה. באופן דומה, ניתן לראות בראשי המתנחלים המקיימים פעולות שתדלנות לשם הרחבת ההתיישבות הישראלית בשטחים כמשדלים לדבר עברה, לפי סעיף 25(3)(ב) לחוקה. על פי פרשנות מרחיבה של החוקה, ניתן אפילו לראות בכלי תקשורת המפרסמים מודעות ופרסומות הקוראות לציבור להתיישב באזורים האמורים ובפקידי בנק המאשרים הלוואות למשתכנים בשטחים, כמסייעים לדבר עברה לפי סעיף 25(3)(ג)-(ד) לחוקה. לבסוף, ניתן אולי לראות בכל אדם המתיישב בשטחים המוחזקים על

יתר יהיה לטעון כי לצורך הסמכת בית הדין, ישראל אשר מחזיקה בשטח ותובעת למעשה ריבונות עליו, הנה בעלת זיקה טריטוריאלית מספקת.

J. Pictet (ed.) *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary* (Geneva, vol. 4, 94 283 (1960).

95 ס' 49 לאמנת ג'נבה הרביעית.

96 Rome Statute, art. 124.

ידי ישראל, מתוך ידיעה כי מדובר בשטחים שאינם מצויים בריבונות ישראלית, כאחראי לביצוע עברת ההתנחלויות או כמבצע בצוותא<sup>97</sup> או כשותף לדבר עברה<sup>98</sup>. עם זאת, להערכתנו, הסיכויים כי ישראלים יועמדו לדין בפני ה-ICC על פי סעיף ההתנחלויות אינם רבים, בין שישאל תצטרף לחוקת רומא ובין שלא, וזאת על אף שיש להניח כי בית הדין, אם ייתן דעתו לכך, יקבע כי ההתנחלויות הישראליות בשטחים מנוגדות למשפט הבינלאומי<sup>99</sup>. עמדתנו זו מבוססת על כמה נימוקים: ראשית, ספק רב אם התנהגותם של חלק ניכר מן האזרחים הישראלים שנזכרו לעיל הנה חמורה דיה על מנת שבית הדין יהיה מעוניין להעמידם לדין, גם אם ניתן לעשות כן מבחינה טכנית-משפטית<sup>100</sup>. בית הדין נועד לטפל ב"פשעים החמורים

*Ibid.*, at art. 25(3)(a) 97

*Ibid.*, at arts. 25(3)(c)–(d) 98

99 אני מבסס הערכה זו על חולשת הטיעונים הישראלים נגד תחולת סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית על שטחי יש"ע, מחד, ועל העמדה העקבית של הקהילה הבינלאומית בנושא, מאידך (ראו למשל: J.M. Henckaerts "Deportation and Transfer of Civilians in Time of War" 26 *Vand. J. Transnat'l L.* (1993) 469, 477; General Assembly Resolution 51/133 on Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, Including Jerusalem, and the Occupied Syrian Golan, 13 Dec. 1996, UN Doc. A/51/592 (1996); General Assembly Resolution ES-10/9 on Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest (of the Occupied Palestinian Territory, 20 Dec. 2001, UN Doc. A/RES/ES-10/9 (2001)). באשר לעמדה הישראלית, לפיה אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, הראיל והן נתפסו מידי מחזיק קודם שאינו הריבון החוקי בשטח, הרי שלדעת פרשנות זו הנה ככלל שגויה, שכן מטרתה העיקרית של אמנת ג'נבה הרביעית הנה להגן על אוכלוסיית אויב (ונדמה כי אין חולק שהפלסטינים נתפסים כאוכלוסיית אויב בנוגע לישראל). הגם שניתן אולי לטעון, בדוחק, כי אין מקום להחיל על שטח כבוש שכזה הנראות העוסקות אך ורק בשימור על האינטרסים של הריבון הקודם, הרי שנראה כי לשינוי ההרכב הדמוגרפי של השטח הכבוש השפעה ישירה על איכות חיי התושבים שם. מכל מקום, לאור הנטייה במשפט הבינלאומי המודרני להשוות בין זכויותיהם של עמים השואפים להגדרה עצמית (בעיקר בניסיונות של כיבוש זר) לבין זכויות מדינות קיימות (ראו למשל: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8, June 1977, 1125 U.N.T.S. 3, art. 1 (להלן: "הפרוטוקול הראשון"), יש להניח כי צעד הפוגע בזכות ההגדרה העצמית של

התושבים המקומיים ייתפס כבלתי חוקי, ממש כמו צעד הפוגע בזכויות הריבון הקודם. טענה אחרת, לפיה מעבר רצוני של תושבים אינו נופל בגדר האיסור נגד העברת אוכלוסייה (ראו למשל: Levy, *supra* note 17, at p. 239), מנוגדת למגמה שנזכרה לעיל בדבר הצורך לפרש באופן אפקטיבי את הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי (יש להגן על האוכלוסייה המוגנת גם מפני פגיעה מצד גורמים פרטיים). נראה גם כי הנוסח המרחיב של הסעיף שהתקבל בוועידת רומא, שומט את הקרקע מתחת לרגליה של הטענה. לדיון באי חוקיות ההתנחלויות, ראו: Construction of a Wall, *supra* note 81, at para. 120–122.

100 ראו גם: Rome Statute, art. 8(1). סעיף זה הכולל סייג לפיו על ה-ICC להשתמש בסמכויותיו על פי הסעיף "בעיקר כאשר [הפשעים] מבוצעים כחלק מתכנית או מדיניות או כחלק בביצוע של פשעים כאלה בהיקף נרחב" (תרגום שלי – י.ש.). במילים אחרות – ככלל, בית הדין לא נועד לטפל בהפרות מקריות או ספורדיות הנופלות בגדר החוקה, אלא במקרים של הפרות נרחבות או שיטתיות של הדין ההומניטרי.

ביותר אשר הנם מעניינה של הקהילה הבינלאומית בכללותה<sup>101</sup> (תרגום שלי – י.ש.). החוקה אף מנחה את התובע להימנע מהעמדה לדין במקרים שאינם חמורים ובמקרים שבהם תפקידו של החשוד בפשע הנו שולי<sup>102</sup>. משמע, בית הדין פועל על פי הכלל הידוע של *de minimis non curat lex* (הדין אינו מטפל בזוטות)<sup>103</sup>, ואין זה סביר כי ישראלים שתרומתם להקמת ההתנחלויות בשטחים זניחה (למשל – פקירי בנק, חיילים המאבטחים התנחלויות ואף מתנחלים מן השורה) יהיו מטרה לחקירה והעמדה לדין מטעם רשויות התביעה של ה-ICC.

שנית, יש מקום להניח כי בית הדין יעניק פרשנות מצמצמת למונח "העברת אכלוסיה בעקיפין" הקבוע בסעיף 2(8)(ב) לחוקה. ההסבר לכך הנו, שבית הדין מונחה בפרשו את סעיפי החוקה על ידי מסמך נלווה שחיברו נציגיהן של המדינות אשר השתתפו בניסוח החוקה המגדיר את יסודות העברות השונות הקבועות בחוקה (Elements of Crime)<sup>104</sup>. בחלק של המסמך הון ביסודות סעיף ההתנחלויות צירפו הנציגים שהשתתפו בניסוחו הערה כי יש לקרוא את הסעיף לאור הפרשנות המקובלת של העברה של העברת אוכלוסייה לשטח כבוש<sup>105</sup>. משמע, ניתן לטעון כי אין לייחס לצדדים לחוקת רומא, למרות הניסוח המרחיב של הסעיף, כוונה להרחיב את תחולתו באופן ניכר. נראה לי אפוא כי גם מנימוק זה, פעילות עקיפה שיש בה לקדם באופן זניח את מפעל ההתיישבות בשטחים לא תיפול בגדר הסעיף<sup>106</sup>.

שלישית, ספק מסוים בעיני אם בנסיבות החלות בענייננו מתקיימים כל התנאים הקבועים בסעיף 2(ג) – החולש על תחולתו של סעיף ההתנחלויות ובחלק הרלוונטי של מסמך יסודות העברה. באופן ספציפי, אין זה ברור אם כל ההתנחלויות בשטחים מתקיימות: "בהקשר ל'ובקשר עם סכסוך חמוש בינלאומי" (התרגום וההדגשה שלי – י.ש.)<sup>107</sup>. הואיל ומצרים חתמה על הסכם שלום עם ישראל בשנת 1979 וירדן בשנת 1994 (וכאמור, ויתרה למעשה על תביעותיה בנוגע ליהודה ושומרון כבר ב-1988), הרי שניתן לטעון כי עברת ההתנחלויות אם בוצעה לאחר תאריכים קובעים אלו (1979 בנוגע לרצועת עזה ו-1988 בנוגע ליהודה ושומרון) אינה קשורה כלל לסכסוך בינלאומי, כי אם לסכסוך בין ישראל לפלסטינים אשר

101 *Ibid.*, at art. 5(1). לביקורת על הכללת סעיף ההתנחלויות בחוקה מטעם זה, ראו: Brown, *supra* note 11, at p. 866.

102 Rome Statute, arts. 17(1)(d), 53(2)(c).

103 ראו למשל: Schabas, *supra* note 11, at 21–22, 25.

104 ICC Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000) (להלן: "מסמך יסודות העברה" או "ICC Elements of Crimes"). לדין במעמדו של מסמך זה, ראו: P. Kirsch & V. Oosterveld "The Post-Rome Conference Preparatory Commission" *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at pp. 93, 96–99.

105 במסמך יסודות העברה נקבע כי: "The term 'transfer' needs to be interpreted in accordance with the relevant provisions of international humanitarian law" ICC Elements of Crimes, *ibid.*, n. 44.

106 לדעה שונה, ראו: Blumenthal, *supra* note 25, at p. 599.

107 ICC Elements of Crimes, *supra* note 104, at art. 8(2)(b)(8), para 3.

ניתן להגדירו כסכסוך חמוש שאינו בינלאומי<sup>108</sup>. ניתן, אפוא, לטעון כי גם אם אמנת ג'נבה הרביעית ממשיכה לחול על השטח (מכוח הרציונל ההומניטרי המצוי בבסיסה), הרי שאופי הסכסוך השתנה לאחר שהמדינות שמהן נכבש השטח במקור "יצאו מן התמונה". מאכן, שהתנחלויות בשטח כבוש עורן אסורות (מכוח סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית), אך הן אינן מהוות פשע מלחמה. הגם שניתן לעקוף מכשול פרשני זה באמצעות פרשנות מרחיבה של המונח "סכסוך בינלאומי" המצוי בחוקת רומא ובמסמך יסודות העברה, הרי שנדמה כי הקושי הכרוך בכך יהווה שיקול נוסף נגד יישום סעיף ההתנחלויות בהקשר של השטחים המוחזקים בידי ישראל (למעט רמת הגולן, שלגביה אין ספק כי מתקיימת הזיקה לסכסוך בינלאומי).

לבסוף, נראה לי כי הפעולות הכרוכות בהקמתן ובאכלוסן של התנחלויות קיימות, יהיו פטורות מסמכותו של בית הדין, לאור הסעיף בחוקה האוסר על החלה רטרואקטיבית שלה<sup>109</sup>. בהקשר זה, יש להתמודד עם הטענה כי העברת אוכלוסייה לשטח כבוש הנה עברה מתמשכת – דהיינו, עברה השבה ומשתכללת בכל יום בו מצויים הנעברים בשטח הכבוש<sup>110</sup> או עברת שרשרת – דהיינו, עברה אחת המורכבת מרצף פעולות של העברת אוכלוסין המתגבשות למכלול אחד<sup>111</sup>. טענה מהסוג הראשון נתקבלה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Loizidou*, שנוכרה לעיל, שבה נקבע כי סעיף אי-רטרואקטיביות בהכרזה מטעם טורקיה אשר קיבלה את סמכות בית הדין, אינו מונע דיון בעתירה שבה נטען לפגיעה בזכות הקניין בעקבות הפקעה בלתי חוקית שהתרחשה שנים רבות לפני מועד ההכרזה<sup>112</sup>. ההסבר שנתן לכך בית הדין היה כי בכל יום שבו נמנעת מן העותרת גישה לרכושה, שבה ומתחדשת הפרת זכותה ליהנות מקניינה הפרטי.

Human Rights Inquiry Commission Report on the Question of the Violation of Human Rights by Israel in the Occupied Palestinian Territories, UN Doc. E/CN.4/2001/121 (2001), 12

יש לציין, כי הפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה כולל בהגדרה של סכסוכים בינלאומיים גם מלחמות לשחרור לאומי. דא עקא שישראל לא הצטרפה לפרוטוקול, וספק אם הוראותיו משקפות דין מנהגי. דינשטיין דיני מלחמה (1983) 24. לדעות המפקקות במעמדו המנהגי של הפרוטוקול הראשון ראו גם: C. Greenwood "Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols" *Humanitarian Law of Armed Conflict* (Dordrecht, J.M. Delissen & G.J. Tanja eds., 1991) 94; T. Meron *Human Rights and Humanitarian Law* (Oxford, 1989) 62-78. אך מנגד, ראו: G. Abi-Saab "The Norms as Customary Law" *Humanitarian Law of Armed Conflict, supra*, at p. 115; M. Sassoli & A.A. Bouvier *How Does Law Protect in War?* (Geneva, 1999) 109; Scharf, *supra* note 22, at p. 93. Rome Statute, art. 24

109 השוו למשל ר"ע 122/82 עלפי נ"מ"י, פ"ד לז"ח (2) 326 (אי-הגשת דו"ח למס הכנסה הנה עברה מתמשכת אשר יסודותיה מתקיימים בכל יום, עד למועד הגשת הדו"ח).

110 השוו למשל דנ"פ 4603/97 משולם נ"מ"י, פ"ד נא" (5) 289, 301-303 (שרשרת התנהגויות בלתי חוקיות שוויה להיחשב כעברה אחת).

112 *Loizidou v. Turkey*, 1996 (ser. VI) Eur. Ct. H.R. 2216

לדעתי, תקדים זה אינו צפוי לחול באופן ישיר בנוגע לעברת ההתנחלויות, שכן זו מנוסחת כעברה התנהגותית (היינו – עברה המשתכללת בעת מעבר האוכלוסייה אל השטח הכבוש), בעוד ההפרה שבה דובר בפרשת *Loizidou* הייתה בעלת אופי תוצאתי (הכוללת בחובה התמשכותו של מצב בלתי חוקי). באשר לדוקטרינת עברת השרשרת, הרי שמעניין לציין כי ה-ICJ עשה שימוש בעבר הלא רחוק בדוקטרינה זו וקבע כי יש לראות בסדרת ההפצצות שביצעה נאט"ו נגד יוגוסלביה (מרץ-יוני 1999) כמכלול עובדתי אחד. על בסיס זה דחה בית הדין את הטענה כי הסכסוך בין הצדדים בנוגע להפרתו של איסור השימוש בכוח הקבוע במשפט הבינלאומי, מתעורר מחדש לאחר כל הפצצה והפצצה<sup>113</sup>, ופסק כי המועד הקובע לצורך קביעת סמכותו לדון בסכסוך בין יוגוסלביה למדינות נאט"ו סביב חוקיות ההפצצות, הנו מועד תחילת המתקפה. מכאן שהסכמתה של יוגוסלביה לסמכות ה-ICJ שניתנה במהלך המתקפה, ושללה מבית הדין סמכות שיפוט רטרואקטיבית, אינה מכסה, לכאורה, גם את התקפות נאט"ו שבוצעו לאחר מועד ההכרזה. הגם שמדובר בפרשנות מאולצת למדי (וכאמור לעיל, של בית דין המאופייין בגישה שמרנית למדי לנושאי סמכות שיפוט), יש בתקדים זה על מנת להגביר את הסיכויים שגם אם ה-ICC יראה בכל מקרי העברת אוכלוסייה ישראלית לשטחים – לפני ואחרי מועד כניסת החוקה לתוקף – כמכלול עובדתי אחד, הוא לא ימהר לקבוע כי העברה נופלת בגדר סמכותו הטמפורלית.

לסיכום, נראה לי כי בית הדין ייטה, משיקולי מדיניות משפטית – בעיקר לאור החומרה הקלה יחסית של עברת ההתנחלות והקשיים שבהוכחת יסודות העברה – שלא להעמיד לדין ישראלים בגין הקמת ההתנחלויות קיימות ויימנע מלהעמיד לדין "דגי רקק" המעורבים בהמשך אכלוס התנחלויות ותיקות וחדשות. מאידך, קיימת הסתברות כי אם יוקמו התנחלויות חדשות או כי תיקבע מדיניות ממשלתית חדשה שתעודד אכלוס מסיבי של התנחלויות קיימות, הרי ששיקולי מדיניות משפטית הפוכים – הצורך לפרש באופן אפקטיבי את סעיף ההתנחלויות כסעיף שנועד למנוע שינוי דמוגרפי משמעותי של הרכב אוכלוסיית השטח הכבוש, יגברו. במקרה זה, הפוליטיקאים מקבלי ההחלטה בנדרון, כמו גם מנהיגי המתנחלים אשר ילחצו לאימוץ המדיניות האמורה, יהיו חשופים לסכנת העמדה לדין בפני ה-ICC.

*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)* 1999 I.C.J. 124 (provisional measures); 113  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Canada)* 1999 I.C.J. 259 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. France)* 1999 I.C.J. 363 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Germany)* 1999 I.C.J. 422 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Italy)* 1999 I.C.J. 481 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Netherlands)* 1999 I.C.J. 542 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Portugal)* 1999 I.C.J. 656 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)* 1999 I.C.J. 761 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. U.K.)* 1999 I.C.J. 821 (provisional measures);  
*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. U.S.)* 1999 I.C.J. 916 (provisional measures)

## ה. הצד האחר של הזיקה הטריטוריאלית – שימוש בחוקת רומא על ידי ישראל ככלי למאבק בטרור

עד כה, דנו בשאלת פרשנות סעיף זיקת הסמכות הטריטוריאלית של חוקת רומא בהקשר של בחינת האפשרות שישראלים יועמדו לדין בפני ה-ICC. חשוב עם זאת לציין, כי חוקת רומא אינה מהווה רק "איום" המופנה נגד ישראל. החוקה מאפשרת לישראל לבצע בה שימוש "אופנסיבי" כדי להסתייע במגנוני האכיפה של המשפט הבינלאומי הפלילי על מנת להיאבק בגל הטרור המופנה נגד ישראלים מאז ראשיתה של אינתיפאדת אל-אקצה. פעולה כזו יכולה, בין היתר, להוביל להפעלת לחץ בינלאומי נגד מדינות הנותנות מחסה לטרוריסטים, הנמצאים מעבר להישג ידה של ישראל, להסגירם לידי בית הדין. מעבר לכך, ישראל עשויה להיות מעוניינת, במקרים מסוימים, בקיום הליך שיפוטי נגד ראשי הטרור הפלסטיני בפורום זר שעשוי להתפס בעיני דעת הקהל הבינלאומית כעדיף, וזאת על רקע הבעייתיות המתעוררת בהעמדתם לדין בישראל של בכירים פלסטינים, כגון מרוואן ברגותי, בהליך אשר רבים בקהילה הבינלאומית רואים כנגוע בהטיה פוליטית<sup>114</sup>. עם זאת, יש לציין כי חוקת רומא אינה כוללת הוראה מפורשת בנוגע להגדרת פעולות טרור כפשע הנופל במסגרת סמכות ה-ICC, וזאת למרות שמספר ניכר של אמנות בינלאומיות מגדירות גילויי טרור ספציפיים כפשעים בינלאומיים<sup>115</sup>. למעשה, האפשרות לכלול עברות טרור (כמו גם עברות סמים) בחוקה גידונה בדיונים שנערכו לקראת עריכת החוקה ונדחתה, בין היתר בגין התפיסה כי בעברות אלה ניתן עדיין לטפל ברמה המדינתית, בלא צורך בהתערבות בית דין בינלאומי<sup>116</sup>.

114 ראו תפ"ח 1158/02 מ"י נ' ברגותי (טרם פורסם, עותק שמור במערכת) (פסק הדין ניתן ביום 20.5.2004). ראו עוד ד' רובינשטיין "פדואה ברגותי מנסה להיות ויני מנדלה" הארץ 11.8.2002 (ארכיון הארץ). מצב נוסף בו תתכן הסמכת ה-ICC הוא במקרה בו הסגרה לישראל והעמדה לדין כאן עשויה ליצור מתיחות ביטחונית בלתי רצויה. ראו למשל: ג' אלון ואח' "ישראל הקפיאה את בקשתה מארצות-הברית להסגיר לידיה את אבו מרזוק" הארץ 4.4.1997 (ארכיון הארץ).

115 ראו אמנה בדבר עברות ומעשים מסוימים אחרים המבוצעים בכלי טיס, 14 ספטמבר 1963, כ"א 21, מס' 695, ע' 87; אמנה לדיכוי תפיסה בלתי חוקית של כלי טיס, 16 דצמבר 1970, כ"א 22, ע' 473; אמנה בדבר דיכוי מעשים בלתי חוקיים נגד כטיחות התעופה האזרחית, 23 ספטמבר 1971, כ"א 22, מס' 781, ע' 489; אמנה בדבר מניעתם וענישתם של פשעים נגד אנשים מוגנים מבחינה בין-לאומית, לרבות נציגים דיפלומטיים, 14 דצמבר 1973, כ"א 26, מס' 881, ע' 419; International Convention Against the Taking of Hostages, 18 Dec. 1979, 1316 U.N.T.S. 205; Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 01 March 1988, 27 I.L.M. (1988) 672; International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing, 12 Jan. 1998, 37 I.L.M. (1998) 249; International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 9 Dec. 1999, UN Doc. A/RES/54/109 (2000).

116 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court (vol. 1, 1996), UN Doc. A/51/22 (1996), also available in M.C. Bassiouni *The*



השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל

יחד עם זאת, החוקה הותירה אפשרות למדינות החברות לשקול, בתום שבע שנים ממועד כניסת החוקה לתוקף, שינויים בחוקה אשר עשויים לכלול הוספת עברות נוספות, ובכלל זה טרור, לסמכות בית הדין<sup>117</sup>.

בכל מקרה, עברות טרור רבות המופנות נגד ישראל חופפות לעברות אחרות המצויות בסמכות ה-ICC. הואיל וניתן לראות בסכסוך בין ישראל לפלסטינים, מאז פריצתה של אינתיפאדת אל-אקצה, כסכסוך בעל עצימות גבוהה (high intensity)<sup>118</sup>, הרי שחלים על הסכסוך חלק מדיני המלחמה, והפרת חלק מהוראות אלה על ידי הצדדים לסכסוך תיחשב כפשע מלחמה. כך, למשל, מוגדרים בחוקת רומא פשעים כגון פגיעה בחיים ובגוף של בני אדם שאינם נוטלים חלק פעיל במעשי האיבה ופגיעה מכוונת ביעדים אזרחיים<sup>119</sup>. מכאן שפיגועי טרור שמבצעים מפגעים פלסטינים נגד אזרחים ישראלים הנם פשעי מלחמה על פי החוקה. יתר על כן, על פי חוות דעת שפרסמו לאחורונה ארגון אמנסטי אינטרנשיונל ו-Rights Watch, ניתן לראות בגל פיגועי ההתאבדות שבוצע בישראל משום פשע נגד האנושות<sup>120</sup>, כהגדרתו בחוקת רומא<sup>121</sup>. יש הסבורים גם כי ניתן לראות בחלק מפעולות הטרור, לפחות של ארגונים איסלמיים פונדמנטליסטיים הקוראים לחיסול ישראל, כסוג של רצח עם, כהגדרתו בסעיף 6 לחוקת רומא<sup>122</sup>. חשוב לציין, כי החוקה אינה חלה רק על המבצעים הישירים של הפשע, אלא גם על כל המשתתף בביצוע פשע כאמור (מסייע, משדל וכיו"ב)<sup>123</sup> ועל מפקדיהם של חברי ארגון צבאי או מעין צבאי שביצעו את הפשעים האמורים (אם היו צריכים לדעת על הפשע ולא נקטו פעולות מתאימות למנוע אותו)<sup>124</sup>.

מכאן, שישאל רשאית להסמיך את ה-ICC לחקור ולהעמיד לדין את האחראים לביצוע פיגועי טרור בשטחה של ישראל (ובלבד שהפיגועים בוצעו לאחר ה-1 ביולי 2002). לדעתי, שיטת הפרשנות האפקטיבית של החוקה צריכה להוביל למסקנה כי

*Statute of the International Criminal Court – A Documentary History* (Ardley, New York, 1998) 385, 401–402; Rosenne, *supra* note 81, at p. 173; P. Robinson “The Missing Crimes” *Rome Statute of the ICC*, *supra* note 21, at pp. 497, 504, 517.

Rome Statute, art. 123 117

Human Rights Inquiry Commission, *supra* note 108, at: ראו: 118  
p. 13

Rome Statute, arts. 8(2)(c)(1), 8(2)(e)(1) 119

Amnesty International *Israel and the Occupied Territories and the Palestinian Authority: Without Distinction: Attacks on Civilians by Palestinian armed groups* (London, 2002) 120

5; Human Rights Watch *Erased in a Moment: Suicide Bombing Attacks Against Israeli Citizens* (New York, 2002) 45–47

Rome Statute, art. 7 121

ראו למשל ע' גרוס "מאבקה של ישראל בטרור שנת 2002 – היבטים משפטיים אנגב מבצע 'חומת מגן' בכרך זה. 122

Rome Statute, art. 25 123

*Ibid*, at art. 28 124

גם פיגועי טרור באזורים אחרים המצויים בשליטת ישראל (התנחלויות בשטחים וכד') מתבצעים בשטח ישראלי, לצורך הפעלת סעיף הזיקה הטריטוריאלית.

## 1. סיכום

כניסתה לתוקף של חוקת רומא מסמלת את שינוי "כללי המשחק" במערכת היחסים הבינלאומיים — מעבר ממודל אופקי של יחסי גומלין, המבוסס על רעיון ריבונות המדינה כמקור הסמכות הבלעדי של המשפט הבינלאומי, למודל אנכי-נורמטיבי, אשר נובע מהכרה הולכת וגוברת בתקפותם של ערכים ואינטרסים אוניברסליים ובצורך להגן על ערכים ואינטרסים אלו מפני מדינות העולם כשלב נוסף במהפכה החוקתית העוברת על המשפט הבינלאומי. כאופן ספציפי, תחילת פעילותו של ה-ICC בראשית שנת 2003 תוביל לעלייה דרמטית בהשפעתו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הוא יהפוך להיות אכיף בהרבה מבעבר, וכתוצאה מכך, תגבר השפעתו על מקבלי ההחלטות, על הדין הפנימי ועל השיח הציבורי במדינות העולם. מובן כי ישראל אינה יכולה להיות (וגם אינה צריכה להיות) מבודדת מן ההשלכות של התפתחות אלו. קביעה זו מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי חוקת רומא מקנה ל-ICC סמכות שיפוט גם בנוגע למדינות שלא אשררו את החוקה. כפי שפירטתי ברשימה זו, הרי שניתן לצפות שבית הדין יפרש באופן מרחיב על פי מודל הפרשנות האקטיבית את סמכויותיו בגין פעילות המתבצעת בשטחים שנתפסו בידי ישראל בשנת 1967 (הגם שאני בדעה כי אין סיכוי רב שבית הדין יעשה שימוש נרחב בסעיף ההתנחלויות בחוקה). על כן, קיימת סבירות כי ישראלים ימצאו עצמם, במקום או במאוחר, תחת חקירה של רשויות התביעה של בית הדין, ובסופו של דבר גם על ספסל הנאשמים. באופן דומה, קיימת ייתכנות סבירה למדי כי טרוריסטים פלשטינאים ושולחיהם יהיו כפופים לסמכות בית הדין, היה וישראל תבקש להסמיך את בית הדין לשפוט אותם. הערכה זו, בדבר תחולת חוקת רומא בנוגע לישראלים, צריכה לגרור שינוי במדיניותה של מדינת ישראל. הגם שההחלטה שלא להצטרף בשלב זה לחוקה עדיין אינה יתקבל מידע נוסף אודות בית הדין נראית סבירה, אין הדבר פוטר את מקבלי ההחלטות בירושלים מן הצורך להעריך מחדש את מעמדו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי בדין הישראלי, בתהליך קבלת ההחלטות בקרב ראשי כוחות הביטחון ובתהליך חינוכם והכשרתם של לוחמים ואזרחים מן השורה. נדמה כי אחריותה של המדינה, בהקשר זה, הנה להסיר מכשול בפני הציבור הישראלי — לאמץ מדיניות שעולה בקנה אחד עם הוראות חוקת רומא, להעניש בעצמה תושבים החורגים מן הסטנדרט האמור ולהטמיע את הוראות החוקה בקרב הציבור. בכך, תהיה ישראל נאמנה לקו הערכי שהנחה אותה בעבר להיות מהמדינות הראשונות התומכות ברעיון של שפיטה פלילית בינלאומית, בכלל, והקמת בית דין פלילי קבוע, בפרט.