



היועץ המשפטי לממשלה

כ"ב כסלו תש"ף

20 דצמבר 2019

היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה "המצב בפלסטין"

תקציר מנהלים

1. מדינת ישראל מחויבת לרעיון הצדק הפלילי הבין-לאומי מראשיתה. מדינת ישראל, שהוקמה בצל האירועים הרי האסון במאה העשרים, בהם שואת העם היהודי, היתה בין המדינות הראשונות שהביעו תמיכה נלהבת בהקמתו של בית דין פלילי בין-לאומי אשר ימצה את הדין עם מבצעי פשעים נוראיים, המזעזעים עמוקות את המצפון האנושי. מדינת ישראל לקחה חלק פעיל במשא ומתן שהוביל לאימוץ אמנת רומא בשנת 1998, והיא ממשיכה להאמין שבית דין פלילי בין-לאומי קבוע, המבצע את תפקידו נאמנה, יכול לתרום לתרומה למאבק למען הרתעה וענישה בגין זוועות המוניות.
2. מדינת ישראל היתה שותפה לערכים שהובילו להקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי (להלן: "בית הדין"). אולם, כבר בשלבים המוקדמים של הדיונים על הקמתו של מוסד זה, היא הביעה דאגה עמוקה, המשותפת למדינות נוספות, כי בית הדין עלול להיות חשוף למניפולציות פוליטיות שעלולות להסיט אותו מהמנדט שניתן לו. לאור זאת, מדינת ישראל החליטה שלא להצטרף לאמנת רומא בשלב זה, אך המשיכה למלא תפקיד פעיל במאמצים בין-לאומיים שונים על מנת למצות את הדין עם מבצעי הפשעים הבין-לאומיים החמורים ביותר.
3. הסיכון שבית הדין ינוצל לרעה לשם השגת רווח פוליטי לא לגיטימי, בא לידי ביטוי מובהק בניסיונות הפלסטיניים לגרור את בית הדין לעסוק בהיבטים פוליטיים העומדים בליבת הסכסוך הישראלי-פלסטיני. זאת, בראש ובראשונה משום שבית הדין משולל סמכות באופן מובהק על מה שמכונה "המצב בפלסטין", כפי שמזכר היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "המזכר") מראה באופן ברור. סמכות שיפוט אינה, כמובן, עניין פורמלי בלבד: היא ממלאה תפקיד מרכזי בהגדרת הכוחות ותנאי הפעילות של גוף שיפוטי במטרה למנוע ניצול לרעה של ההליך השיפוטי, היא מבטיחה כי בתי משפט לא יחרגו מהמנדט שנוסח עבורם בקפידה, והיא יוצרת חיץ בין המשפט לבין כוחות פוליטיים ופופוליים. בית משפט שיתרחק מכללי יסוד כאלה המדריכים את פעילותו, יפר אמונים לאופיו השיפוטי ויתפרק מיושרתו השיפוטית.
4. בכל הנוגע ל"מצב בפלסטין", התנאי המקדמי היסודי לקיומה של סמכות שיפוט המעוגן באמנת רומא – הדרישה כי מדינה שיש לה סמכות שיפוט פלילית על שטחה ועל אזרחיה האצילה סמכות זו לבית הדין – אינו מתקיים באופן מובהק. כפי שמוסבר במזכר, בחינה משפטית מהותית של סוגיה זו מובילה בהכרח למסקנה כי תנאי מקדמי זה לא מתקיים.
5. אי אפשר להימנע מבחינה משפטית מהותית של התנאי המקדמי לקיומה של סמכות השיפוט של בית הדין בעיקר משום שהאירועים שסבבו את הצטרפותה לכאורה של "פלסטין" לאמנת רומא בשנת 2015, לא פתרו את שאלת קיומה של מדינה פלסטינית, הנתונה תחת מחלוקת חריפה. למעשה, הפעולה האדמיניסטרטיבית של הפצת מסמכי ההצטרפות הלכאורית של הפלסטינים לאמנת רומא, לוותה בהבהרה מפורשת מצדו של מזכ"ל האו"ם בתפקידו כנפקד ("דפוזיטר") האמנה לפיה אין בכך כדי להשליך על השאלה המשפטית בנוגע לקיומה של מדינה פלסטינית. החלטת העצרת הכללית של האו"ם 67/19, שהפצת מסמך ההצטרפות הפלסטיני הסתמכה עליה, הצטמצמה לעניין פרוצדורלי הנוגע לייצוג הפלסטיני בתוך מסגרת האו"ם בלבד, ובכל מקרה התייחסה למדינה פלסטינית כשאיפה עתידית. באופן דומה, השתתפותה של "פלסטין" בעצרת המדינות החברות באמנת רומא התאפשרה על בסיס ההבנה



היועץ המשפטי לממשלה

שהשאלה המשפטית בדבר קיומה של מדינה פלסטינית, תיענה בידי אחרים. על רקע זה, תובעת בית הדין, בהחלטתה מחודש ינואר 2015 לפתוח בבדיקה מקדמית לגבי מה שכונה על ידה "המצב בפלסטין", אמרה כי החלטה זו נעשתה מבלי להשליך על שאלת סמכות השיפוט של בית הדין, שעודנה תלויה ועומדת.

6. הערכה מפוכחת של הרקע העובדתי והמשפטי הרלוונטי לא יכולה שלא להוביל למסקנה שמדינה פלסטינית ריבונית אינה קיימת, ומשכך התנאי המקדמי לסמכות השיפוט של בית הדין לא יכול להתממש. זאת משום שהריבונות על יהודה ושומרון ורצועת עזה מושעת (in abeyance), ומשום שהישות הפלסטינית לא עומדת באופן מובהק בתנאים לקיומה של מדינה לפי המשפט הבין-לאומי. בפרט, אין לרשות הפלסטינית שליטה אפקטיבית על השטח הנדון (ובטענתה כי השטח כבוש על ידי ישראל, היא הודתה למעשה כי זה המצב). ההכרה לכאורה של מספר מדינות ב"פלסטין", לא יכולה לפצות על אי-עמידתה בתנאים המקובלים לקיומה של מדינה; ואין לערבב בין הזכות של הפלסטינים להגדרה עצמית לבין שאלת קיומה של מדינה. אכן, הטענה הפלסטינית לפיה הם השיגו מעמד של מדינה, רצופה בסתירות פנימיות משמעותיות. בכירים פלסטינים מודים בכך בעצמם, כאשר הם ממשיכים להתייחס למדינה פלסטינית במונחים עתידיים.

7. היעדרה של מדינה פלסטינית ריבונית, משמעותה גם היעדרה הברור של יכולת ריבונית לקיים הליכים פליליים, שניתנת להאצלה לבית הדין; וכן שאין כל "שטח של" מדינה (במשמעות מונח זה באמנת רומא) שבית הדין יכול להפעיל לגבי סמכות שיפוט. על כל פנים, כל סימון של תחום השטח המדובר על ידי בית הדין, יצריך אותו לפעול בניגוד להסכמים תקפים בין ישראל לבין הפלסטינים, אשר באופן מפורש הותירו את ההכרעה בסוגיות אלה למשא ומתן ישיר בין הצדדים; ולקבל החלטות בלתי ראויות לחלוטין מצדה של ערכאת שיפוט פלילית בין-לאומית. אין מקום להישען בהקשרים אלה על מונחים פוליטיים גרידא כמו "השטחים הפלסטינים הכבושים", שהשימוש בהם נעשה באופן קבוע מבלי להשליך על השאלה המשפטית ביסודה ביחס לריבונות על השטח.

8. לבסוף, גם אם תינתן לאמנת רומא פרשנות שגויה ולפיה ישויות שאינן במעמד ריבוני יכולות להעניק סמכות שיפוט לבית הדין, ההסכמים הקיימים בין הישראלים לפלסטינים מבהירים כי כעניין משפטי ומעשי, אין לפלסטינים סמכות שיפוט פלילית על אזור C, על ירושלים ועל אזרחים ישראלים – ומכאן שאין ביכולתם להאציל סמכות שיפוט כזו כדין. גם בהקשר זה, כל מסקנה לפיה התנאי המקדים לסמכות השיפוט של בית הדין מתקיים, לא תוכל לעמוד בפני בחינה רצינית של הרקע העובדתי והמשפטי, ובהכרח תהיה מנוגדת לתנאי אמנת רומא עצמה, ולכללי המשפט הבין-לאומי באורח כללי יותר.

9. ישראל מכירה בכך שהיעדר סמכות של טריבונלים בין-לאומיים על סכסוך כזה או אחר, לא משחרר מדינות מלמלא אחר החובות המשפטיות הבין-לאומיות שלהן. בהקשר הנוכחי, ישראל נכונה ומסוגלת לתת מענה לדרישות פלסטיניות דרך ערוצים שונים המאפשרים מתן סעד (בכללם מנגנוני בדיקה וביקורת רב-מערכתיים שכבר עומדים על מכונם), ודרך משא ומתן בילטרלי ישיר. ניסיונות ציניים לעשות בבית הדין שימוש על מנת שיפעל במקומות בהם סמכות השיפוט שלו נעדרת באופן מובהק, עלולים לפגוע לא רק בלגיטימיות ובאמינות של בית הדין, אלא גם בסיכויים להשיג את הפתרון הצודק ובר הקיימא שישאירם ופלסטינים כאחד מייחלים לו זמן כה רב.