



נייר רקע לדיון בנושא :

בית-הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט

הוכן ע"י: דן להב
אישור בממ"מ: דותן רוטו

כ"ז בסיון, תשס"ב
7 ביוני, 2002

תוכן העניינים

תמצית 3

מבוא 5

א. הקמת בית-הדין והחברות בו 7

7 א.1. אמנת רומא

7 א.1.1. חתימת ואישורר האמנה

7 א.1.2. חתימותיהן של ישראל וארה"ב על האמנה

8 א.2. מה בין ה-ICC לטריבונלים הבינלאומיים בנירנברג, רואנדה ויוגוסלביה

ב. סמכויות בית-הדין 9

9 ב.1. מתי קונה בית-הדין סמכות לדון בעבירה

10 ב.2. סמכות עניינית - העבירות שבסמכות בית-הדין

10 רצח עם

10 פשעים נגד האנושות

10 פשעי מלחמה

11 ב.3. זהות הנאשמים – מי כפוף לשיפוט בבית-הדין

12 ב.4. שלילת סמכות בית-הדין לדון בעבירה המצויה במסגרת סמכותו

12 א. עקרון הסמכות המשלימה

13 ב. סמכות מועצת הביטחון לעכב הליכים

13 ג. סמכותן של מדינות לדחות את תחולתה של עבירת פשעי המלחמה

13 ד. סמכותו של התובע להימנע מנקיטת הליכים

ג. עצמאותו של בית-הדין 14

14 ג.1. בית-הדין והאו"ם

14 ג.2. התובע

15 ג.3. שופטי בית-הדין

ד. יחסה של ישראל כלפי בית-הדין 16

16 ד.1. היערכות ישראל לקראת פעולת בית-הדין

17 ד.2. הערות עכשוויות

17 ד.3. שיקולים בעניין חקיקה ישראלית בזיקה לפעולת בית-הדין

תמצית

ב- 1 ביולי 2002 צפוי בית-הדין הפלילי הבינלאומי, ה- International Criminal Court (להלן: "ICC"); "בית-הדין", להתחיל בפעילותו. עם הקמתו, יהווה בית-הדין טריבונל קבוע, בעל סמכות משלימה לסמכות ההעמדה לדין של כל מדינה, לשיפוט יחידים בעבירות של רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה. מסמך זה סוקר קווים לדמותו של ה- ICC מנקודת מבט ישראלית.

עיקר הממצאים: (המספרים בסוגריים מתייחסים לסעיפים בגוף המסמך)

1. מרבית העבירות אשר יימצאו בסמכותו של ה- ICC מהוות גם כיום עבירות המוטמעות בדינים הפנימיים של מדינות רבות, תוך קיום סמכות שיפוט אוניברסלית. עם-זאת, עד לאחרונה השימוש בסמכות האוניברסלית היה מצומצם מאד. הקמת ה- ICC צפויה לשנות מצב זה. [3 - 4]
2. האמנה המכוננת של בית-הדין הינה אמנת רומא. ארה"ב, סין, וישראל נמנו על 7 המדינות שהצביעו ברומא כנגד האמנה. עם-זאת, בשלבים מאוחרים יותר חתמו ארה"ב וישראל על האמנה. [8]
3. החתימה על האמנה אינה מקנה חברות בבית-הדין. לשם כך נדרש אישרור האמנה על-ידי המדינות השונות. עד כה אישררו 67 מדינות את האמנה. ישראל לא אישררה את האמנה וארה"ב הודיעה לאחרונה למזכ"ל האו"ם כי אין בכוונתה לאשרר את האמנה, וכי היא רואה עצמה משוחררת מכל מחויבות כלפי בית-הדין [9-11]
4. ה- ICC קונה סמכות לדון בעבירות בתנאי שהן עומדות בשלושה תנאים מצטברים: הן מצויות בסמכותו העניינית, הן בוצעו לאחר 1 ביולי 2002 ומתקיימת לגביהן לפחות אחת מחלופות הזיקה הבאות: [13]
 - א. העבירות בוצעו בשטח של אחת מן המדינות החברות בבית-הדין;
 - ב. העבירות בוצעו על-ידי אזרחים של אחת מן המדינות החברות בבית-הדין;
 - ג. מדינה שאינה חברה בבית-הדין הסכימה אד-הוק לשיפוט;
 - ד. מועצת הביטחון הפנתה את העניין לבית-הדין;
5. מהאמור עולה, כי ל- ICC סמכות שיפוט כלפי אזרחי מדינות שלא אישררו את אמנת רומא. [14]
6. בשלב זה, סמכותו העניינית של ה- ICC משתרעת על שלושה סוגי עבירות: רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה. קטגורית מעשי הטרור אינה כלולה בסמכותו של בית-הדין, לאחר שהצעות לכלול אותה נדחו בטענה כי לא ניתן לנסח הגדרה מוסכמת של מונח זה. [17 - 18]
7. הסעיף שעורר את עיקר התנגדותה של ישראל לאמנת רומא הינו הסעיף ממנו עולה כי התיישבות יהודית ברמת הגולן ובשטחים עלולה להחשב כפשע מלחמה. [22 - 23]
8. כאמור בפתיח, לבית-הדין הבינלאומי סמכות שיפוט משלימה. המשמעות הנובעת מכך היא כי אם העניין מצוי בסמכות השיפוט של מדינה והמדינה פועלת בכנות למיצוי הדין עם האדם, וזאת בין אם כתוצאה מכך החליטה המדינה שלא לשפוט את אותו אדם או כאשר אותו אדם כבר הועמד לדין, נשללת סמכותו של ה- ICC; כל זאת, למעט אם אי-ההעמדה לדין הינה תוצאה של חוסר יכולת או חוסר רצון להעמיד את האדם לדין. [27 - 28]

9. לאור הנסיון הישראלי בעניין הסגרתם של עבריינים מהרשות הפלסטינית, שיטת "הדלת המסתובבת" ועריכת משפטי בזק, ראוי לציין כי עיקרון הסמכות המשלימה אינו מונע העמדה לדין אם ההליכים כנגד הנאשם לוקים באחד מהליקויים הבאים: [29]

- א. מטרתם של ההליכים שננקטו כלפי העבריין הינה למנוע העמדתו לדין ב-ICC;
 - ב. חל עיכוב בלתי מוצדק בנקיטת הליכים כלפי הנאשם, המצביע על חוסר רצון למצות עימו את הדין;
 - ג. ההליכים שננקטו לא נעשו באופן בלתי-תלוי וללא משוא פנים.
10. בנוסף על עיקרון הסמכות המשלימה, האמנה קובעת כי ניתן למנוע הליכים בבית-הדין גם באמצעים הבאים: [31]

- א. מועצת הביטחון יכולה להורות על עיכוב חקירה ותביעה למשך 12 חודשים, וכן רשאית המועצה לשוב ולקבל החלטה כאמור שוב ושוב ללא הגבלה.
- ב. מדינות אשר מאשררות את האמנה, רשאיות לפטור עצמן מתחולתה של עבירת פשעי המלחמה למשך 7 שנים.
- ג. התובע רשאי להימנע מנקיטת הליכים כאשר המעשה הנבחן אינו מגלה בסיס המצדיק נקיטת אמצעים על-ידי בית הדין.

11. בעוד שבעבר גישתה של ישראל לבית-הדין התמקדה בשאלת אישור האמנה, מרגע שבית-הדין קם גישת ישראל כוללת, בנוסף לנושא האישור, היערכות לקראת התמודדות עם בית-הדין בכפוף להבנה כי, במישור העקרוני, לבית-הדין סמכות לשפוט ישראלים. [51]

12. בכל הנוגע לאישור האמנה, הדעה הרווחת ברשות המבצעת היא כי ישראל צריכה לעכב את הצטרפותה לבית-הדין עד שיתברר כיצד הוא פועל ומהו אופיים של הדיונים וההחלטות בו. היועץ המשפטי לממשלה הקים ועדה בינמשרדית העוסקת בנושא זה. [52]

13. בהרצאה שנשא נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, ב-4 ביוני 2002, ציין פרופ' ברק כי עד היום החוק הישראלי התעלם מהצורך להתאים עצמו למשפט הבינלאומי. לדעתו, הקמת בית-הדין מחייבת חשיבה מחודשת בתחום זה. [59]

14. היוזמה לעריכת תיקונים חקיקתיים לקראת תחילת פעולתו של בית-הדין יכולה להעשות, בין השאר, ביחס למטרות הבאות: [60]

- א. חקיקה שתכליתה להתאים את הדין המקומי לדרישות האמנה.
- ב. חקיקה שתכליתה להשתמש בעיקרון הסמכות המשלימה כדי למנוע העמדה לדין של ישראלים בפני ה-ICC.
- ג. דוגמא מעניינת למצב בו ל-ICC ישנה סמכות שיפוט מכיוון שבית משפט ישראלי אינו יכול לדון אדם הינה החסינות המהותית המוענקה לחברי כנסת.
- ג. חקיקה שמטרתה לטרפד את פעולת בית-הדין. כבר משנת 2001 קיימות בארה"ב הצעות חוק שעניינן הפיכת שיתוף פעולה ועניינים נוספים שיש בהם כדי לטרפד את פעולת בית הדין לבלתי חוקיים. כן התקבל בארה"ב חוק המגביל מימונם של גופים המעבירים כספים ל-ICC.

1. ב- 1 ביולי 2002 צפוי בית-הדין הפלילי הבינלאומי, ה- International Criminal Court (להלן: "ICC"; "בית-הדין"), להתחיל בפעילותו. עם הקמתו, יהווה בית-הדין טריבונל קבועⁱ [מספור רומי: הערות סיים], בעל סמכות שיפוט מקבילה, לשיפוט יחידים בעבירות של רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה, כפי הגדרתן של עבירות אלו באמנת רומא (האמנה המכוננת של בית-הדין)¹. כמקום המושב הקבוע של בית-הדין נקבעה העיר האג שבהולנדⁱⁱ.
2. ה- ICC יהווה טריבונל פלילי אשר ישפוט בני אדם ולא מדינותⁱⁱⁱ. בכך, הוא שונה מבית-הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) הפועל זה מכבר בהאג, אשר הינו טריבונל בעל מאפיינים אזוריים המכריע בסכסוכים בין מדינות.
3. מרבית העבירות אשר יימצאו בסמכותו של ה- ICC מהוות גם כיום עבירות המוטמעות בדינים הפנימיים של מדינות רבות. כמו-כן, בהינתן עיקרון האוניברסליות² החקיקה הפנימית שאוזכרה מאפשרת העמדתם לדין של עבריינים ממדינה אחת בבתי המשפט של מדינה אחרת, כפי שארע לאחרונה בעניין התביעה שהוגשה בבליגיה כנגד רה"מ, אריאל שרון ואח'. עם-זאת, עד לאחרונה השימוש בסמכות האוניברסלית היה מצומצם מאד, ונראה כי השתרש סטטוס-קוו שהנחה להמעט בשימוש בסמכות זו.
4. הקמת ה- ICC עשויה לשנות את הסטטוס-קוו האמור, שכן היא מבטאת תנועה של הזירה הבינלאומית מהתפיסה הקלאסית, השמה דגש על התחומים הדיפלומטיים, אשר יצרו את הסטטוס-קוו, אל עבר התחומים המשפטיים בהם שליטתה של הדיפלומטיה מוגבלת. בכך, יש לא רק כדי למפות מחדש את השחקנים על לוח השחמט המדיני-משפטי בעולם אלא אף כדי להוסיף ללוח השחמט כלים שלא היו בו לכתחילה. נראה איפוא, לפחות במישור האקדמי, כי הקמת בית-הדין יוצרת מערך חדש בשדה המשפט הבינלאומי.
5. מערך חדש זה מחייב זיהוי והיערכות מצד הגורמים הממלכתיים בישראל, בפרט לאור החשש שהובע על ידי גורמים משפטיים ומדיניים בכירים³, כי פעולת ה- ICC תשמש במה לתקיפת מדינת ישראל ועשויה לסכן את חירותם של אזרחים ישראלים. עם-זאת, יש לזכור כי בעוד שהגישה החשדנית כלפי ה- ICC רווחת בקרב גורמים ממלכתיים, גישה זו אינה נחלתם של כל העוסקים בנושא בישראל⁴.
6. בנקודת הזמן הנוכחית יש לציין כי המהפך בתחום המשפט הבינלאומי הנובע מהקמת בית-הדין מצוי בשלב שניתן לכנותו "אקדמי פלוס" או שלב מעבר מהמישור האקדמי למישור המעשי. בנסיבות אלו, אופי פעילותו של בית-הדין, היותו גוף מקצועי ונטול פניות או גוף פוליטי ובפרט יחסו כלפי מדינת ישראל - עניינים שמהם תיגזר גישת המחוקק הישראלי כלפי מוסד זה - אינם ידועים. לפיכך, יש

¹ אלו שלוש העבירות שבהן יוכל בית-הדין לדון מיד עם הקמתו. עבירות נוספות צפויות להכלל בסמכות בית-הדין בעתיד (ר' פירוט בגוף המסמך).

² העיקרון המאפשר תחולה אקס-טריטוריאלית של הדין.

³ כגון הפרקליט הצבאי הראשי, היועץ המשפטי למשרד החוץ, היועץ המשפטי לממשלה ואחרים.

⁴ כך למשל נראה כי סבורים פרופ' נתן לרנר מהמרכז הבינתחומי בהרצליה ופרופ' אייל בנבנישתי מהאוניברסיטה העברית, כפי שהדברים נלמדו מהרצאות שנשא במסגרת כנס בנושא המשפט הפלילי הבינלאומי שאורגן על-ידי המכללה האקדמית למשפטים ומרכז מינרבה לזכויות אדם, אשר התקיים בימים 4-5 ביוני 2002.

הגורסים כי ראוי להמתין בטרם תחליט ישראל על עמדתה כלפי בית-הדין. מאידך גיסא, יתכן כי דווקא על-ידי נקיטת פעולות מהירות, טרם שמוסד ה-ICC התעצב במלואו, יתאפשר למחוקקים להשפיע על אופיו העתידי של בית-הדין. כאן המקום לציין כי בימים אלו נעשים ניסיונות השפעה מסוג זה על-ידי המחוקק האמריקאי (ר' פירוט בהמשך).

7. מסמך זה מהווה נייר רקע לדיון ראשוני בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא בית-הדין הבינלאומי הקבוע, והוא מבקש להציג בפני המחוקקים מאפיינים בולטים של בית-הדין אשר עשויים להשליך הן על מדינת ישראל כמדינה והן על אזרחי ישראל כפרטים. כן מבקש המסמך לתת בידוי הרשות המחוקקת מידע על עמדתה של ישראל כלפי בית-הדין, ועל היערכותה של הרשות המבצעת לקראת תחילת פעולת ה-ICC.

א. הקמת בית-הדין והחברות בו

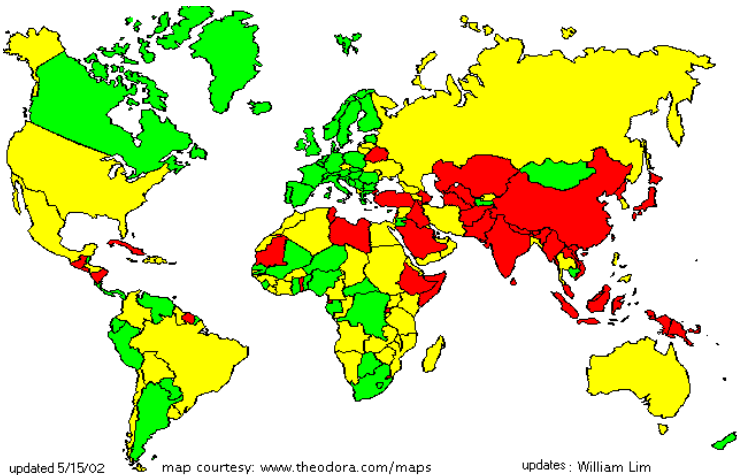
א.1. אמנת רומא

א.1.1. חתימת ואישור האמנה

8. האמנה המכוננת של בית-הדין הבינלאומי מכונה אמנת רומא. האמנה נחתמה ב- 17 ביולי 1998. בעד האמנה הצביעו 120 מדינות; 21 מדינות נמנעו ו- 7 המדינות הבאות הצביעו נגד האמנה: ליבריה, עיראק, קטאר, תימן, ארה"ב, סין, וישראל⁵.

תרשים 1

חתימת ואישור אמנת רומא



updated 5/15/02

map courtesy: www.theodora.com/maps

updates: William Lim

צהוב: מדינות שחתמו אך לא אישרו את אמנת רומא
ירוק: מדינות שאישרו את אמנת רומא
אדום: מדינות שלא חתמו ולא אישרו את אמנת רומא
המידע במפה מעודכן ל- 15 במאי 2002,
ונלקח מאתר האינטרנט שכתובתו: www.theodora.com

9. החתימה על אמנת רומא מבטאת הסכמה של המדינות על הסדרי המסגרת להקמת בית-הדין, אך אין בה כדי לצרף את המדינות החותמות כחברות בבית-הדין ואף אין בה, כשלעצמה, כדי להביא לתחילת ההקמה של בית-הדין. לשם חברות בבית-הדין, על המדינה החותמת לאשרר את האמנה; לשם תחילת תהליך ההקמה של בית-הדין נדרש אישור של האמנה על-ידי 60 מדינות לפחות. ואכן, ב- 11 באפריל 2002 אישרו 60 מדינות את אמנת רומא, והקמת בית-הדין יצאה מן הכח אל הפועל.

נכון להיום, 7 מדינות נוספות אישרו את האמנה, כך שמספר המדינות שהצטרפו לבית-הדין עומד על 67. רשימת המדינות שאישרו את האמנה מצויה בנספח א'.

א.1.2. חתימותיהן של ישראל וארה"ב על האמנה

10. ארה"ב, שבמסגרת ועידת רומא הצביעה כאמור נגד האמנה, חתמה עליה לבסוף במועד האחרון שיועד לכך - 31 בדצמבר 2000. עם-זאת, ב- 6 במאי 2002, כחודש לאחר תחילת הקמתו של בית-הדין, הודיעה ארה"ב למזכ"ל האו"ם כי אין בכוונתה לאשרר את האמנה וכי היא רואה עצמה משוחררת

⁵ ארה"ב נימקה את התנגדותה בעיקר בשני טעמים: התנגדות לתחולת האמנה על מדינות שלא הצטרפו לאמנה ודרישה להכיר בתפקיד מועצת הבטחון בהחלטה על קביעת קיומו של אקט תוקפני. על-תחולת האמנה על מדינות שלא חתמו / אישרו את האמנה ר' בפרק הסמכות. סין נימקה את התנגדותה בטענה שהסדר הפיקוח על הבאת עניינים לטיפול בית-הדין ביוזמת "התובע" אינו מספק. על בעלי הסמכות ליוזם תביעה ר' בפרק הדין בסמכויות התובע בבית-הדין. ישראל נימקה את התנגדותה בציינה כי אין היא מבינה מדוע העברת אוכלוסייה לשטחים כבושים נכללת בהגדרה של פשעי מלחמה על-פי האמנה. על התנגדותה של ישראל וסיווג העבירות ר' פרקי הסמכות העניינית ובפרק הדין ביחסה של ישראל כלפי בית-הדין.

מכל מחוייבות ומרות של בית-הדין.⁶ צעד זה מוכר יותר כפי שהוצג בתקשורת - חזרה של ארה"ב מחתימתה על האמנה.⁷

11. ישראל חתמה על אמנת רומא שלושת-רבעי השעה לאחר שארה"ב עשתה כן.⁸ עד עתה ישראל לא אישרה את אמנת רומא, וכן, ולדברי מר אלן בייקר, היועץ המשפטי למשרד החוץ, הממשלה טרם קיימה דיון בעניין זה. יש לשים לב כי ההחלטה האם לאשרר את האמנה נתונה לממשלה ולא לכנסת.⁹

2.א. מה בין ה-ICC לטריבונלים הבינלאומיים בנירנברג, רואנדה ויוגוסלביה

12. ככלל, קיים דמיון רב בין הטרביבונלים הבינלאומיים שפעלו בנירנברג, בטוקיו, ברואנדה¹⁰

מדינת ישראל חתמה על אמנת רומא שלושת רבעי השעה לאחר שארה"ב חתמה על האמנה. עד עתה ישראל לא אישרה את האמנה, והממשלה טרם קיימה דיון בעניין זה.

וביוגוסלביה¹¹ לבין ה-ICC. עם-זאת, בשונה מהטרביבונלים דן, אשר הוקמו **אד-הוק** באופן **כפוי**¹² ואשר היו **מוגבלים** בתחולת השיפוט שלהם לזמן וליחידת שטח, ה-ICC **מתוכנן לשמש כבית דין בינלאומי, עצמאי, היושב ישיבת קבע**, ובכפוף לאמור בפרק הזן בסמכותו הטריטוריאלית, ישנו מאמץ להחיל את סמכותו של בית-הדין בכל רחבי הגלובוס.

כמו-כן, העבירות המסורות לסמכות ה-ICC יכולו, בנוסף למלחמות, גם עבירות שנעשו במהלך **סכסוכים פנימיים**.

⁶ ארה"ב נימקה צעד זה בטענה שהאמנה שגויה ואינה משרתת את המטרות אשר לשמן כוננה האמנה.

⁷ עם זאת, נראה כי מבחינה משפטית פורמלית אין בצעד האמור כדי להוות חזרה של ארה"ב מחתימתה על האמנה.

⁸ עו"ד אלן בייקר, היועץ המשפטי למשרד החוץ, גורס כי ההחלטה לחתום הושפעה מחתימת ארה"ב אך לא נסמכה עליה. לדבריו, החתימה על האמנה היתה פועל יוצא של החלטה עצמאית של ישראל.

⁹ ישנם משפטיים הגורסים כי יש להציג את האישור בפני הכנסת.

¹⁰ הטרביבונל ברואנדה ידוע גם כ-ICTR

¹¹ הטרביבונל ביוגוסלביה ידוע גם כ-ICTY

¹² בשונה מהטרביבונלים הזמניים אשר הוקמו בכפיה, הקמת ה-ICC נעשית על-בסיס חוזי – אמנת רומא.

ב. סמכויות בית-הדין

ב.1. מתי קונה בית-הדין סמכות

13. ה- ICC קונה סמכות לדון בעבירות בתנאי שהתקיימו לגביהן התנאים המצטברים הבאים:

1. **תחולה בזמן** - העבירה בוצעה לאחר 1 ביולי 2002. ויודגש, עבירות שבוצעו לפני המועד האמור אינן כפופות לסמכות בית-הדין^{iv};

2. **סמכות עניינית** – מעשה העבירה נופל לפחות לאחת מן הקטגוריות של העבירות המפורטות באמנת רומא – רצח עם, פשעים נגד האנושות, פשעי מלחמה ותוקפנות (ר' פירוט העבירות בפרק הסמכות העניינית, להלן);

3. **זיקה** - אמנת רומא קובעת כי בית-הדין יהיה רשאי לדון בעבירה המצויה בתחום סמכותו העניינית בתנאי שהתקיימה לגביה לפחות אחת מן החלופות הבאות:

א. העבירות בוצעו בשטח של אחת מן המדינות החברות בבית-הדין (זיקה טריטוריאלית)^v;

ב. העבירות בוצעו על-ידי אזרחים של אחת מן המדינות החברות בבית-הדין (זיקה פרסונלית)^{vi};

ג. מדינה שאינה חברה בבית-הדין הסכימה אד-הוק לשיפוט בית-הדין^{vii};

ד. מועצת הביטחון, בהפעלה את סמכותה לפי פרק 7 של צ'רטר האו"ם, מפנה עניין לטיפול בית-הדין.

14. מכאן עולה, כי ה- ICC קונה סמכות לדון גם בעניינם של אזרחי מדינות שלא אישרו את אמנת רומא ואשר אינן חברות בבית-הדין. כך, למשל, אם בוצעה אחת מן העבירות שבסמכות בית-הדין על אדמת מדינה החברה בבית-הדין (לדוגמא: פנמה) אך כאשר המבצע נמנה על כוחות של מדינה שאינה חברה

בבית-הדין (לדוגמא: ארה"ב), ל- ICC יש סמכות לדון את המבצע ואת שולחיו (למשל: נשיא ארה"ב).

אם בוצעה אחת מן העבירות שבסמכות בית-הדין על אדמת מדינה החברה בבית-הדין (לדוגמא: פנמה) אזי גם אם המבצע נמנה על כוחות של מדינה שאינה חברה בבית-הדין (לדוגמא: ארה"ב), ל- ICC יש סמכות לדון את המבצע ואת שולחיו (למשל: נשיא ארה"ב)

15. זאת ועוד, במקרים כאלו העובדה שמדינת האזרחות של הנאשם אינה חברה בבית-הדין לא זו בלבד שאינה מסייעת לנאשם, היא עלולה אפילו לשמש כנגדו; זאת, שכן בנסיבות אלו מדינתו לא נטלה חלק בעיצוב בית-הדין, ובפרט לא השתתפה ולא יכלה

להעמיד מועמדים לכהונה בתפקידי שפיטה ותביעה ב- ICC. במצב זה, הנאשם מטיל את כל יהבו על הציפייה כי הרכב שופטי בית-הדין, כפי שאמנת רומא מניחה ומנסה לבסס, אכן יהיה מקצועי, עצמאי, נטול פניות ובלתי-מוטה פוליטית.

16. לשם השלמת התמונה, יצויין כי תחולת הסמכות של בית-הדין על אזרחים של מדינות שאינן חברות בבית-הדין הינה אחת הסיבות העיקריות למדיניותה של ארה"ב כנגד שיתוף פעולה עם בית-הדין.

2.2. סמכות עניינית - העבירות שבסמכות בית-הדין

17. בשלב זה, סמכותו העניינית של ה- ICC משתרעת על שלושה סוגי עבירות^{viii}: **רצח עם**, **פשעים נגד האנושות** ו**פשעי מלחמה**. עבירה רביעית הכלולה בסמכות בית-הדין הינה "תוקפנות"^{ix}, אולם תחולתה של עבירה זו מוקפאת, ללא הגבלת זמן, עד שהמדינות החברות בבית-הדין ינסחו ויאמצו הגדרה מוסכמת של המעשים המהווים "תוקפנות".

18. יודגש כי קטגוריית מעשי ה**טרור** אינה כלולה בסמכותו של בית-הדין, לאחר שהצעות בנדון נדחו בטענה כי לא ניתן לנסח הגדרה מוסכמת של מונח זה¹³.

19. רשימת המעשים הכלולים במסגרת שלוש העבירות הכלולות בסמכותו העניינית של בית-הדין היא ארוכה ביותר. לפיכך, יוצגו להלן רק חלק מהמעשים שבסמכות בית-הדין, ככל שהם נוגעים למסמך זה. בנוגע לכלל העבירות, כדאי לשים לב כי, על-פי רוב, על-מנת שהמעשים יהיו עבירה נדרשת מידה של תכנון, מדיניות, או ביצוע מערכתי אחר.

רצח עם

20. במסגרת עבירת **רצח עם** כלולים מעשים שונים (ולא רק הרג) אשר נעשים במטרה להביא להשמדתה של קבוצת אוכלוסין^x.

פשעים נגד האנושות

21. במסגרת **פשעים נגד האנושות** מצוייה שורת מעשים כנגד אוכלוסיה אזרחית, הכוללת בנוסף לרצח, גם מעשים כגון עבדות, גירוש, עינויים, אפרטהייד וטרנספר כפוי (forcible transfer) אם אלו נעשים כחלק מהתקפה כוללת או שיטתית^{xi}.

פשעי מלחמה

22. הגדרתה של קטגוריית המעשים המהווים **פשעי מלחמה** על-פי אמנת רומא הינה הרחבה בין העבירות המצויות בסמכות בית-הדין, השנויה ביותר במחלוקת ומעוררת את עיקר הקושי מבחינתה של מדינת ישראל. עבירה זו כוללת, בין השאר, את המעשים המפורטים להלן¹⁴.

- (1) הפרה של אמנת ג'נבה לרבות רצח, עינוי, גרימת סבל מכוון ותפיסת בני ערובה.
- (2) תקיפה מכוונת של אוכלוסיה אזרחית בתור שכזו וכנגד אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בפעילות עוינת;
- (3) תקיפת מטרות אזרחיות לחלוטין (להבדיל ממטרות אזרחיות המנוצלות לצרכים צבאיים);
- (4) התקפה יזומה, בין של מטרות אזרחיות ובין של מטרות צבאיות, בידיעה שהתקפה זו תגרום פגיעות מקריות (incidental) בחיים או בגוף של אוכלוסייה אזרחית או במתקנים אזרחיים

¹³ נושאים נוספים שהכללתם נדחתה הינם **סחר בבני-אדם** ו**סחר בסמים**. בהקשר הישראלי קשה שלא לשים לב להעדרה של עבירת הטרור והנימוק לאי-הכללתה הנוגע לקושי שבהגדרת העבירה. לאור הכללת עבירת "התוקפנות" שניסוחה נתקל אף הוא בקושי עולה השאלה מדוע לא יהיה דין אחד לשתי עבירות אלו?

¹⁴ יש לציין כי במסגרת המעשים המפורטים, ולצרכי נוחיות הקריאה, משולבות ברשימה הן עבירות המתייחסות לזמן מלחמה בלבד והן עבירות בעלות תוקף גם לגבי סכסוכים אחרים.

**הסעיף שעורר את עיקר התנגדותה של ישראל
לאמנת רומא הוא זה הקובע כי התישבות אזרחי
הכובש בשטחים הכבושים הינה פשע מלחמה.**

(civilians objects), כך שהיתרונות
הצבאיים הישירים מההתקפה אינם
מידתיים (פרופורציונליים) לנוק שנגרם
ממנה;

- (5) התקפה יזומה אשר תגרום ל- "סביבה
הטבעית" נזק קשה, רחב היקף וארוך טווח (long term) באופן בלתי מידתי (פרופורציונלי)
ביחס ליתרונות הצבאיים הישירים הצפויים מההתקפה;
- (6) הריסה או תפיסת רכוש של האויב, זולת אם ההריסה או התפיסה נחוצים ומוצדקים באופן
יחסי לצרכי המלחמה;
- (7) שימוש בסוגי תחמושת מסוימים;
- (8) פגיעה "שערוריתית" בכבוד האדם ובמיוחד השפלה, יחס מחפיר, אונס, והרעבה;
- (9) תקיפת מטרות רפואיות;
- (10) הכרזה שלא תינתן כל חנינה;

וכן, הסעיף שעורר את עיקר התנגדותה של ישראל:

(11)

"The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts
of its own civilian population into the territory it occupies..."¹⁵.

(בתרגום חופשי: העברה של אוכלוסיית הכובש לשטחים הכבושים, בין אם הוא
נעשה באופן ישיר או עקיף).

23. על-פי הפרשנות המקובלת לסעיף זה, ההתנחלויות הישראליות בשטחים הינם מעשה המהווה פשע
מלחמה. לטענת גורמים ישראלים סעיף זה נוסח בהשפעת מדינות ערב, במכוון כנגד ישראל והוא זר
לרשימת המעשים האחרים המוגדרים באמנה כפשעי מלחמה¹⁶.
- על-פי הצהרתה, סעיף זה שימש כסיבה העיקרית בעטייה נמנעה ישראל מלחתום על האמנה בסיום
ועידת רומא.

3.3. זהות הנאשמים – מי כפוף לשיפוט בבית-הדין

24. כפי שהוצג במבוא, סמכות השיפוט של ה- ICC חלה רק על בני אדם, ואין בסמכותו לדון מדינות.
במסגרת זו כפופים לשיפוט אנשים שביצעו אחת מן העבירות המצויות בסמכותו העניינית של בית-
הדין בתנאי שבזמן ביצוע העבירה היו אותם אנשים בני 18 שנים לפחות^{xii}.

¹⁵ אמנת רומא, סעיף 8(2)(viii).

¹⁶ על-פי פרסומים עיתונאיים, הכללת הוראה זו במסגרת הסעיף הדין בפשעי מלחמה זכתה להתייחסות הבאה מצד עו"ד אלן
בייקר, היועץ המשפטי של משרד החוץ: "זה כמו צירוף של רצח, אונס קבוצתי וגניבת תפוז".

25. חשוב להדגיש, כי הביטוי "אנשים שביצעו עבירה" כולל, במקרים המתאימים, לא רק את דרגי הביצוע אלא אף את דרגי הפיקוד הצבאי^{xiii} וההנהגה המדינית^{xiv} אשר יזמו, הנחו והוציאו לפועל את מעשי העבירה^{xv}. בכך, אולי מצוי עיקר העוקץ בפעולת בית-הדין. זאת ועוד, גם מי ששידל, סייע או סיפק כלים לביצוע עבירה כאמור, עשוי לחוב בדין בפני ה-ICC¹⁷, וכך הוא הדין גם לגבי מי שהתרשלו בפיקוח על כוחותיהם^{xvi}.

4.ב. שלילת סמכות בית-הדין לדון בעבירה המצויה במסגרת סמכותו

26. ארבעת הסייגים העיקריים לסמכותו של בית-הדין לדון בעבירה המצויה בסמכותו העניינית (ר' לעיל) הינם הסייגים הבאים:

א. הסמכות המשלימה^{xvii}

27. עיקרון הסמכות המשלימה (Rule of Complementary) עומד ביסוד עבודת בית-הדין. על-פי עיקרון זה תפקידו של בית-הדין לשפוט רק מי שמדינה אינה רוצה או אינה יכולה להעמיד לדין. אם העניין מצוי בסמכות השיפוט של מדינה והמדינה פועלת בכנות למיצוי הדין עם האדם, וזאת בין אם כתוצאה מכך החליטה המדינה שלא לשפוט את אותו אדם או כאשר אותו אדם כבר הועמד לדין, נשללת סמכותו של ה-ICC¹⁸; כל זאת, כאמור, למעט אם אי-ההעמדה לדין היא תוצאה של חוסר יכולת או רצון להעמיד את האדם לדין¹⁹.

28. ברירת המחדל אותה מבקשת אמנת רומא לעודד הינה כי מי שמבצעים את הפשעים הכלולים בסמכותו של בית-הדין ישפטו במדינותיהם, קרי שלא יהיה כלל צורך בהעמדתם לדין בפני ה-ICC. במובן זה עיקר תפקידו של ה-ICC הינו לשמש כתמריץ וכלי הרתעה שיגביר את היקף האכיפה של פשעים מעין אלו.

29. לאור הנסיון הישראלי בעניין הסגרתם של עבריינים מהרשות הפלסטינית, שיטת "הדלת המסתובבת" ועריכת משפטי בזק במטרה למנוע אפשרות הסגרתם של עבריינים, ראוי לציין כי אמנת רומא קובעת כי בעת בחינת "חוסר רצון" של מדינה להעמיד אדם לדין ניתן להתחשב בשיקולים הבאים²⁰:

(1) ההליכים שננקטו כלפי העברייני נעשו במטרה להקנות לנאשם חסינות מהעמדה לדין בפני ה-ICC.

¹⁷ במסגרת זו, ולשם הדוגמא, נשארות בשלב זה בצריך עיון הסיטואציות הבאות:

אחריותו של שר ביטחון במדינה פלונית אשר סיפק נשק / מודיעין / סיוע שבהרתעה לכוחות שביצעו פשעי מלחמה. אחריותו של חבר-כנסת / יו"ר רשות שלטונית אשר קרא בתקשורת לבצע מעשה העשוי להוות פשע מלחמה ובהינתן שהתקיימו יסודות עבירת השידול, ואשר לאחריהם בוצעו המעשים האסורים על-ידי אחרים.

¹⁸ האמנה כוללת בסעיפים נפרדים העמדה לדין, החלטת מדינה שחקרה בדבר שלא להעמיד לדין, ועקרון של "סיכון כפול" (האדם עמד בעבר לדין תוך סכנת הרשעה בגין אותו מעשה). עם זאת, נראה לנו כי לצרכי מסמך זה ניתן להציג את כלל המקרים תחת הקטגוריה של עקרון הסמכות המשלימה.

¹⁹ למען סבר האוזן יצוין כי בהסתמך על עיקרון זה ציין שר החוץ הבריטי, בתשובה לשאלתה שהופנתה אליו בפרלמנט, כי אף חייל בריטי לא יעמוד לדין בפני ה-ICC.

²⁰ "אי-יכולת להעמיד לדין" בשונה מ"אי רצון להעמיד לדין" תבחן על-פי אמנת רומא תוך התייחסות לשאלה האם חל הרס מוחלט או חוסר יכולת מובנה של המערכת השיפוטית במדינה הרלבנטית כך שהמדינה אינה יכולה לאסוף ראיות ועדויות או אינה יכולה לקיים את ההליכים בכל דרך אחרת.

(2) חל עיכוב בלתי מוצדק בנקיטת הליכים כלפי הנאשם, אשר בנסיבות העניין מצביע על חוסר רצון להעמיד את האדם לדין^{xviii}.

(3) ההליכים שננקטו אינם בלתי-תלויים ואינם ללא משוא פנים ובכך אין הם מבטאים רצון אמיתי למצות את הדין עם העבריין^{xix}.

מדינות אשר מאשררות את האמנה, רשאיות לפטור עצמן מתחולתה של עבירת פשעי המלחמה, הכוללת גם התישבות בשטחים כבושים, למשך 7 שנים.

30. חשוב לציין שהאמנה אינה מציינת מהו סוג ההליך שמקיים את דרישת מיצוי הדין עם הנאשם במדינתו. אמנם, נראה כי האמנה מכוונת לקיומם של הליכים פליליים, אולם אין זה ברור כלל האם הליכים

בוועדת חקירה ממלכתית עונים על דרישת ההעמדה לדין או, לחלופין, האם משפט משמעותי בנציבות שירות המדינה מהווה הליך מספק לעניין זה?²¹

מנגד, יצויין כי יש הטוענים כי בהנחה שועדות חקירה ממלכתיות אינן ממלאות אחר דרישות מיצוי הדין על-פי אמנת רומא, פעולתן של ועדות חקירה כאמור פועלות לרעת המדינה החוקרת, שכן המידע שאספו ועדות אלו עלול לשמש כחומר ראיות בבית-הדין. לדוגמא, יש הסוברים כי ללא ממצאי ועדת החקירה לחקר האירועים שארעו במחנה הפליטים סברה ושתילה, לא ניתן היה להעמיד תשתית לתביעה כנגד רה"מ, אריאל שרון, ואח', המתנהלת עתה בבליה.

31. עוד, כדאי להעיר, כי האמנה אינה מתייחסת לרמת הענישה שיש להטיל על העבריין. לאחר אירועי הטרור שהיו בארה"ב בספטמבר 2001 קיבל האו"ם החלטות הדורשות לא רק העמדה לדין של עבריני טרור, אלא עמד אף על דרישה לענישה אפקטיבית ההולמת את חומרת העבירה. דרישה מקבילה אינה מצויה באמנת רומא.

ב. סמכות מועצת הביטחון לעכב הליכים

32. מועצת הביטחון יכולה להורות על עיכוב חקירה ותביעה למשך 12 חודשים, וכן רשאית המועצה לשוב ולקבל החלטה כאמור שוב ושוב ללא הגבלה^{xx}.

ג. סמכותן של מדינות לדחות את תחולתה של עבירת פשעי המלחמה

33. מדינות אשר מאשררות את האמנה, רשאיות לפטור עצמן מתחולתה של עבירת פשעי המלחמה, כפי הגדרתה באמנה, למשך 7 שנים.

ד. סמכותו של התובע להימנע מנקיטת הליכים

34. התובע רשאי להימנע מחקירה או העמדה לדין אם הוא סבור כי המעשה הנבחן אינו מצדיק נקיטת אמצעים על-ידי בית-הדין.

²¹ הדוגמה בעניין בית-הדין של נציבות שירות המדינה, יש להודות, היא מעט מתחכמת ובאה להדגיש את העדר פירוט סוג ההליך באמנה, אך ניתן להניח שסוג הליך זה יהיה בלתי מספק.

ג. עצמאותו של בית-הדין

35. היחס החשדני בישראל כלפי בית-הדין נובע, בעיקרו, מהחשש כי בית-הדין יהפך לגוף המונע על-בסיס אינטרסים פוליטיים²². ואכן, אחת מהביקורות הבולטות כלפי הטריבונלים הזמניים הינה כי הם היוו "בתי דין של מנצחים" קרי, שירתו מדינות מנצחות לשפוט פרטים מהמדינות המפסידות. מנגד, על-פי הטענה דנן, מי ששירתו בכוחות של המדינות המנצחות לא הועמדו לדין בטריבונלים אלו גם כאשר היה ידוע כי אף הם ביצעו פשעי מלחמה.

36. עם-זאת, יש הסוברים כי הפיכתו של בית-הדין לגוף המונע על-בסיס אינטרסים פוליטיים תנטרל את האפקטיביות של בית-הדין, וככל שפעולתו מאיימת על מדינה מסוימת ניטרול זה יפעל לטובת אותה מדינה.

37. בהנחה שה- ICC יגלה עצמאות משפטית בפעולתו, ישנה ציפייה כי סמכות בית-הדין תופעל באופן שווה כלפי כל הצדדים שעברו עבירות. בעניין זה, תשומת הלב מופנית בעיקר אל שני אורגנים של בית-הדין: התובע והשופטים²³. הפעלת הסמכות על-ידי גורמים אלו תתווה את קו הפעולה של בית-הדין ככלי פוליטי או ככלי משפטי, והיכולת של מדינת ישראל להשפיע על איושם באמצעות הצטרפות לבית-הדין, מהווה שיקול לטובת אישרור אמנת רומא על-ידי ישראל. לפיכך, יוצגו להלן המנגנונים שאומצו באמנת רומא כדי להבטיח את מקצועיותם ואי-תלותם של השופטים והתובע.

ג.1. בית-הדין והאו"ם

38. למרות שככלל בית-הדין נהנה מעצמאות משפטית, אין מדובר בגוף המנותק לחלוטין מהאו"ם. למועצת הבטחון יש סמכות להפנות ענינים לטיפול בית-הדין וכן היא רשאית להורות על הקפאת חקירה או משפט למשך 12 חודשים, הניתנים לחידוש^{xxi}. בנוסף, יכולתו של בית-הדין להוציא לפועל את החלטותיו תלויה בשיתוף הפעולה של מוסדות האו"ם ובפרט בשיתוף הפעולה של מועצת הבטחון וכוחות השלום של האו"ם.

39. לפיכך, יש חשיבות גדולה לעובדה שארה"ב, רוסיה וסין (3 חברות קבועות במועצת הבטחון) נמנות עם המדינות שלא אישררו את האמנה ואשר אינן תומכות בהקמת בית-הדין, שכן באמצעות השפעתן של מדינות אלו על האו"ם בכלל ומועצת הבטחון בפרט, עשויה להיות להן יכולת לטרפד את פעילות בית-הדין, ובכך להשפיע בכלים דיפלומטיים על פעילות הגוף השיפוטי.

ג.2. התובע

40. ככלל, פתיחת חקירה מטעם ה- ICC והגשת תביעה בבית דין זה יכולים להעשות רק על-ידי התובע של בית-הדין. ממילא, לתובע נתונה הסמכות להפסיק חקירות ולהימנע מהעמדה לדין בהתאם לכללים המפורטים באמנת רומא.

²² כך, עולה למשל מדברי עו"ד אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה בראיונות שנתן לתקשורת, וכן כעולה מהרצאה שנשא עו"ד אלן בייקר, היועץ המשפטי למשרד החוץ בכנס בנושא המשפט הפלילי הבינלאומי שאורגן על-ידי המכללה האקדמית למשפטים ומרכז מינרבה לזכויות אדם, ואשר התקיים בימים 4-5 ביוני 2002.

²³ אורגנים נוספים של בית-הדין הינם הנשיאות, הרשם והאסיפה הכללית של המדינות החברות בבית-הדין.

41. כפי שניתן לראות, סמכות התובע הינה רחבה, ומכאן גם החשש לפוליטיזציה של הליכי החקירה וההעמדה לדין. חשש זה, שלא נעלם מעיני מנסחי אמנת רומא, עומד הן ביסוד תהליכי הבחירה של התובע והן ביסוד אמצעי הפיקוח על-פעולתו.
42. על-פי אמנת רומא בחירת התובע נעשית בבחירות חשאיות, והוא צריך לזכות ברוב מוחלט של המדינות החברות בבית-הדין.
43. כדי למנוע ניצול לרעה של סמכות התובע ליזום חקירה ופתיחת הליכים, נקבע כי הוא יהיה חייב לקבל אישור של מותב קדם-משפט (Pre Trial Chamber) המורכב משלושה שופטי בית-הדין כבר מרגע שחקירתו מגלה יסוד סביר להניח שיש בסיס מספק לקיום חקירה מקיפה²⁴. הסמכות המוזכרת של מועצת הביטחון לעכב הליכים מהווה אף היא כלי כנגד ניצול לרעה של משרת התובע.
- עם-זאת, יושם לב כי הגדרת השלב בו החקירה הראשונית מגלה יסוד סביר (reasonable basis) להניח שבוצעה עבירה אשר חלה עליה סמכות בית-הדין, ואשר ממנו ואילך נדרש אישור ה- Pre-Trial Chamber אינה חדה. ככל שסמכות החקירה הראשונית תפורש כרחבה יותר, כך לתובע תהא יכולת גדולה יותר להטריד מדינות ופרטים.
44. כדי למנוע ניצול לרעה של סמכות התובע לסגור תיקים ולהמנע מחקירה, נקבע כי ניתן לערור על החלטות אלו בפני ה- Pre-Trial Chamber.

ג.3. שופטי בית-הדין

45. בבית-הדין מכהנים 18 שופטים. משך הכהונה היא 9 שנים, ולא ניתן לכהן בתפקיד יותר מקדנציה אחת. למעט ביחס למחזור השופטים הראשון, בכל שלוש שנים יוחלפו שליש מהשופטים.
46. כל מדינה רשאית להציע מועמד לבחירה, לרבות מועמד שאינו אזרח אותה מדינה. האמנה מנחה כי המועמדים צריכים להיות בעלי כישורים לכהן כשופטים בערכאה הגבוהה ביותר במדינה שמעמידה אותם לבחירה. בחירת השופטים נעשית בבחירות חשאיות והם זקוקים לקבל רוב של שני שלישים מהמדינות המשתתפות בהצבעה. אין למנות יותר משופט אחד מאותה מדינה.
47. האמנה מנחה כי בבחירת השופטים יש להתחשב בנסיון מקצועי, חלוקה גיאוגרפית, ייצוג שיטות משפט שונות, ייצוג נשים וגברים ועוד, אולם לא ברור כיצד ניתן להבטיח שהמדינות הבוחרות יונעו בבחירתן משיקולים אלו ולא משיקולים פוליטיים.
- על-פי פרסומים שצוטטו על-ידי היועץ המשפטי למשרד החוץ במסגרת הרצאה שנשא²⁵, מדינות ערב שוקלות הצטרפות לאמנה מתוך רצון למנות שופטים "מטעם" אשר יפעלו לניגוח מדינת ישראל.

²⁴ חובה זו לא חלה אם היוזמה לפתיחת החקירה באה ממועצת הביטחון או ממדינה חברה - אמנת רומא, סעיפים 15(1), סעיפים 13(a) ו-14.

²⁵ הדברים נאמרו בהרצאה שהתקיימה במסגרת כנס בנושא המשפט הפלילי הבינלאומי שאורגן על-ידי המכללה האקדמית למשפטים ומרכז מינרבה לזכויות אדם, ואשר התקיים בימים 4-5 ביוני 2002.

ד. יחסה של ישראל כלפי בית-הדין

48. באופן היסטורי, מדינת ישראל היתה בין היוזמות והדוחפות להקמתו של בית דין בינלאומי וזאת על רקע מאורעות השואה. גישתם הספקנית של גורמים רשמיים במדינת ישראל עוצבה במהלך השלבים שקדמו להקמתו של ה- ICC ובעיקר לאור הדפוסים שאומצו לבית-הדין במהלך ועידת רומא. בהקשר זה, עיקר קצפה של מדינת ישראל יצא כנגד ההוראה באמנה אשר עוסקת בהעברת אוכלוסיית הכובש לשטחים הכבושים (ר' לעיל בפרק הסמכות העניינית).

49. ואכן, כאשר חתמה מדינת ישראל על האמנה, היא ציינה, בין השאר (בתרגום חופשי וחלקי) כי:
"במסגרת ועידת רומא ב- 1998 הביעה ישראל אכזבה עמוקה וצער על שילוב הוראות באמנה אשר נתפרו לצרכים פוליטיים של מספר מדינות... ישראל הזהירה שהתנהגות זו עשויה להקרין על ניצול לרעה של האמנה ככלי פוליטי ולערער את מטרת הקמתו של בית-הדין ככלי מרכזי ובלתי תלוי שיש בו כדי לקדם את האנושות כולה".

באופן היסטורי, מדינת ישראל היתה בין היוזמות והדוחפות להקמתו של בית דין בינלאומי וזאת על רקע מאורעות השואה

50. ועוד, בכתבה שפורסמה לפני כחודשיים התייחס הכתב, אלוף בן, למידע שקיבל ממקור מדיני^{xxii}. על-פי האמור בכתבה ציין המקור כי הבעיה היא מדינית לא משפטית: "כשאנו רואים מה קורה בפורומים אחרים, כמו הוועדה לזכויות אדם של האו"ם, ועידת דרבן וגופים נוספים, גובר החשש שגורמים ערביים ינסו להפוך את בית-הדין הבינלאומי לעוד גוף שיחבוט בישראל. לכן, יש להמתין ולראות איך המוסד החדש פועל ואם מדובר בבית דין רציני או בעוד גוף פוליטי של האו"ם".

1.ד. היערכות ישראל לקראת פעולת בית-הדין

51. עד לאישור האמנה על-ידי 60 מדינות בחודש אפריל השנה, הקמת בית-הדין היתה "על-הנייר" בלבד. גישתה של מדינת ישראל כלפי מוסד זה עד אותו שלב התמקדה בשאלה האם לאשרר את אמנת רומא אם לאו, תוך הכרה בכך שאישור האמנה מקדם את הקמת בית-הדין. עם אישור האמנה על-ידי 60 מדינות בחודש אפריל קם למעשה בית-הדין, ויש צורך בבחינה מחדש של גישת ישראל כלפי בית-הדין. כעת, שאלה זו מוכרעת לאור הידיעה שבית-הדין צפוי לפעול וכי, במישור העקרוני, לבית-הדין סמכות לשפוט ישראלים הגם שישראל לא אישררה את האמנה.

52. על-פי פרסומים שונים, וכפי שהדבר נלמד מהרצאות שנישאו בכנס שעסק בנושא זה ושהתקיים בתחילת יוני 2002, הדעה הרווחת בקרב יועצי הרשות המבצעת היא כי ישראל צריכה לעכב את הצטרפותה לבית-הדין עד שיתברר כיצד בית-הדין פועל ומהו אופי הדיונים וההחלטות בו^{xxiii}. יחד עם-זאת, הרשות המבצעת נערכת לקראת פעולתו של בית-הדין.

53. מטעמים שהוגדרו "סודיות" נמנעו גורמים בפרקליטות המדינה ובפרקליטות הצבאית לפרוס בפני מרכז המחקר והמידע של הכנסת את מלוא תמונת היערכותה של מדינת ישראל, כפי שהיא מבוצעת על-ידי גורמים אלו, אולם על-בסיס פרסומים עיתונאיים שלא הוכחו על-ידי הגורמים דנן, עולה התמונה הבאה:

54. מר אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, הקים ועדה בין-משרדית שתפקידה הם :

(1) להמליץ לממשלה אם לאשרר את אמנת רומא ;

(2) לבחון את מידת ההתאמה שבין חוקת ה- ICC לחקיקה הפנימית בישראל.

בראש הוועדה יושבת עו"ד רחל סוכר מפרקליטות המדינה ושותפים בוועדה עו"ד אלן בייקר, היועץ המשפטי למשרד החוץ, נציגי הפרקליטות הצבאית הראשית, משרד הביטחון ושירות הביטחון הכללי.

**לדעת נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק
עד היום החוק הישראלי התעלם מהצורך להתאים
עצמו למשפט הבינלאומי אולם הקמת בית-הדין
הפלילי מחייבת חשיבה מחודשת בתחום זה**

על-פי אותם מקורות עיתונאיים, הוועדה אשר נפגשת פעם או פעמיים בשבוע מצאה כי רוב העבירות המכוסות בחוקת ה- ICC מכוסות גם בחוק הישראלי אולם היא ממליצה על תיקוני חקיקה ישראלים לשם התאמתם של המונחים בחוק הישראלי לאלו שישמשו את בית-הדין הבינלאומי. כן ממליצה הוועדה שלא לאשרר את אמנת רומא.

55. כן נמסר לנו כי הן הוועדה דגן והן הפרקליטות הצבאית הכינו מספר תרחישים למצבים בהם מדינת ישראל תצטרך להתמודד עם סמכות בית-הדין אולם, מטעמי סודיות, תוכנם של תרחישים אלו לא הובא לידיעתנו.

ד.2. הערות עכשוויות

56. על-פי פרסומים עיתונאיים, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הינה כי כל עוד לא אישררה מדינת ישראל את אמנת רומא ה- ICC לא יוכל לדון בתביעות של אזרחים פלשתינאים משום שהרשות הפלשתינית אינה מדינה.

57. להבדיל מהאמור לעיל, עולה מפרסומים שונים כי בכוונתה של סוריה להגיש תביעות לבית-הדין נגד התישבות של ישראלים ברמת הגולן.

58. מאחר ותחולת הדין של ההוראות שבאמנת רומא תיכנס לתוקף רק ב- 1 ביולי 2002, בית-הדין לא יוכל לחקור או לתבוע בגין מעשים שארעו קודם לכן, כגון פעילות צה"ל במבצע "חומת מגן" ופעילות גורמים צבאיים ומדיניים במערכות קודמות.

ד.3. שיקולים בעניין חקיקה ישראלית בזיקה לפעולת בית-הדין

59. בהרצאה שנשא נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, בתחילת יוני, במסגרת כנס שעסק בנושא השפיטה הבינלאומית הפלילית, ציין פרופ' ברק כי עד היום החוק הישראלי התעלם מהצורך להתאים עצמו למשפט הבינלאומי. לדעתו, הקמת ה- ICC מחייבת חשיבה מחודשת בתחום זה.

60. היוזמה לעריכת תיקונים חקיקתיים לקראת תחילת פעולתו של בית-הדין יכולה להעשות, בין השאר, לשלוש המטרות הבאות :

(1) חקיקה שתכליתה להתאים את הדין המקומי לדרישות האמנה. האמנה קובעת כי על המדינות החברות לוודא שאין בחקיקה מקומית דבר כדי להגביל את תחולתן של ארבע העבירות שבסמכות ה-ICC.^{xxiv}

(2) חקיקה שתכליתה להשתמש בעיקרון הסמכות המשלימה כדי למנוע העמדה לדין של ישראלים בבית-הדין. המדובר בהטמעת העבירות המצויות בתחום סמכות בית-הדין לתוך חוקי מדינת ישראל, במטרה לאפשר שפיטת עבירות אלו בפני בית משפט ישראלי, ובכך שלילת סמכות בית-הדין.

בהרצאתו של פרופ' ברק נשמעה התייחסות עקיפה לנקודה זו בעת הפרופ' התייחס לטענות "אי-שפיטות" שמעלה המדינה מדי פעם בפעם בפני בג"ץ. פרופ' ברק סבור כי מרגע שקם בית-הדין הבינלאומי טענות אי-שפיטות פועלות כחבר פיפיות כלפי הטוענים אותן שכן הטענה כי הנושא אינו שפיט בירושלים לא תעמוד בפני בית-הדין הבינלאומי. יתרה מכך,

מכח עיקרון הסמכות המשלימה, צופה פרופ' ברק כי עמדתו של ה-ICC תהא: לא שפיט בירושלים – על אחת כמה וכמה שפיט בהאג.

בהנחה שהחסינות המהותית של חברי כנסת אינה ניתנת להסרה או ויתור, יתכן והגשת תביעה כנגד שר השיכון שחתם על תכנית המעניקה הטבות למתיישבים ברמת הגולן לא תוכל להידון בבתי המשפט בישראל, אך כן תוכל להידון בפני ה-ICC

אגב, דוגמא מעניינת למצב בו ל-ICC ישנה סמכות שיפוט מכיוון שבית משפט ישראלי אינו יכול לדון אדם הינה החסינות המהותית המוענקת לחברי

כנסת. הגם שאין בעניין תקדים ישראלי מחייב, הדעה הרווחת בדין האירופי והמקובלת על משפטנים ישראלים ביחס לדין הישראלי, הינה כי החסינות המהותית ("במילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו"), בשונה מהחסינות הדיונית, אינה ניתנת להסרה ואף אינה ניתנת לויתור.²⁶ במצב זה, נראה כי הגשת תביעה, לשם הדוגמא, כנגד שר השיכון על שחתם על תכנית המעניקה הטבות למתיישבים ברמת הגולן, לא תוכל להידון בבתי הדין בישראל, אך כן תוכל להידון בפני ה-ICC.²⁷

כאן המקום לשוב ולהזכיר כי האמנה אינה כוללת הוראות בענין היקף הענישה הנדרש במסגרת הדין המקומי, דבר המותיר למחוקק פתח לאימוץ יסודות העבירה הכלולים באמנת רומא תוך קביעת ענישה מקלה.

(3) חקיקה שמטרתה לטרפד את פעולת בית-הדין – הצלחת פעולתו של בית-הדין תלויה בשיתוף הפעולה לו יזכה ממדינות העולם. כך, למשל, אין ל-ICC זרוע של הוצאה לפועל והוא נסמך בתקציבו על מימון מהמדינות החברות ומתרומות.

²⁶ עפ"י שיחה שהתקיימה ביום 6 ביוני 2002, עם ד"ר סוזי נבות, מרצה בכירה בפקולטאות למשפטים במכללה למינהל ובאוניברסיטה העברית, החוקרת את התחום החוקתי בכלל ואת תחום חסינות חברי פרלמנט בפרט.

²⁷ יש להעיר כי על-פי הדין, מעשים הנופלים לתחום "החמור" שבין העבירות שבאמנת רומא ממילא אינם נחשבים כנעשים "במסגרת התפקיד ולמען מילוי התפקיד" ולכן אינם מוגנים מלכתחילה באמצעות החסינות המהותית.

כבר משנת 2001 קיימות בארה"ב הצעות חוק הקובעות, בין השאר, כי שיתוף פעולה ומתן תרומות לבית-הדין הבינלאומי יהיה בלתי חוקיות. כן כוללות הצעות החוק הוראות בעניין סמכות הנשיא לפעול בכל אמצעי (למעט שוחד) לשם חילוץ של אנשי צבא ובעלי תפקידים רשמיים של ארה"ב (ומספר מדינות ברית של ארה"ב ובהן ישראל) אשר ה- ICC שופט. בנוסף, נקבעה הוראה שתאסור על נשיא ארה"ב לשלוח סיוע צבאי למדינה החברה ב- ICC (עבור חלק מהמדינות, ובהן ישראל נתפר פטור מיוחד מתחולת הוראה זו).²⁸ במקביל להצעות החוק הללו התקבל בארה"ב חוק המגביל מימון גופים הנותנים מימון ל- ICC.²⁹ יש גורמים הגורסים כי על מדינת ישראל לאמץ חקיקה דומה.³⁰

²⁸ ר' הצעת החוק של הסנאטור ג'סי הלמס : American Servicemember's Protection Act

²⁹ public law 107-77

³⁰ כך למשל עפ"י עמדתה של פרופ' טליה איינהורן, מאוניברסיטת קונקורדיה, חוקרת בכירה במכון T.C.M. Asser, כפי שעלתה בהרצאה שנשאה במסגרת כנס בנושא המשפט הפלילי הבינלאומי שאורגן על-ידי המכללה האקדמית למשפטים ומרכז מינרבה לזכויות אדם, ואשר התקיים בימים 4-5 ביוני 2002.

נספח א'

רשימת המדינות שאישרו את אמנת רומא

| | | |
|-----------------------|---------------------|----------------|
| 1. אוסטריה | 25. הונגריה | 47. סירה לאון |
| 2. איטליה | 26. הרפובליקה | 48. סלובניה |
| 3. איי מרשל | הדמוקרטיה של קונגו | 49. סלובקיה |
| 4. איסלנד | 27. הרפובליקה המרכז | 50. סנגל |
| 5. אירלנד | אפריקאית | 51. ספרד |
| 6. אנדורה | 28. ונצואלה | 52. פארגוואי |
| 7. אנטיגואה וברבודה | 29. טגייקיסטן | 53. פולין |
| 8. אסטוניה | 30. טרינידד וטובאגו | 54. פורטוגל |
| 9. אקוודור | 31. יוגוסלביה | 55. פיג'י |
| 10. ארגנטינה | 32. יוון | 56. פינלנד |
| 11. בוטצואנה | 33. ירדן | 57. פנמה |
| 12. בולגריה | 34. לוקסמבורג | 58. פרו |
| 13. בוסניה-הרצוגובינה | 35. ליכטנשטיין | 59. צרפת |
| 14. בלגיה | 36. לסוטו | 60. קוסטה ריקה |
| 15. בליז | 37. מאוריציוס | 61. קמבודיה |
| 16. בנין | 38. מאלי | 62. קנדה |
| 17. בריטניה | 39. מונגוליה | 63. קפריסין |
| 18. גאנה | 40. מקדוניה | 64. קרואטיה |
| 19. גבון | 41. נאורו | 65. רומניה |
| 20. גרמניה | 42. נורווגיה | 66. שבדיה |
| 21. דומיניקה | 43. ניגר | 67. שוויץ |
| 22. דנמרק | 44. ניגריה | |
| 23. דרום אפריקה | 45. ניו זילנד | |
| 24. הולנד | 46. סאן מרינו | |

רשימת מקורות מרכזיים

ספרות :

- Hebel, Lammers and Schukking, Reflections on the International Criminal Court, T.M.C Asser Press, 1999
- Roy S. Lee, editor, The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Kluwer Law International, 1999
- Ilias Bantekas, Susan Nash, Mark Mackare, International Criminal Law, Cavendish publishing limited, 2001

פרסומים רשמיים של האו"ם

- Rome statute of the International Criminal Court, www.un.org
- Preparatory Commission for the International Criminal Court, 2 November 2000

פרסומים שונים

- USA for the International Criminal Court, different Publications, www.usaforicc.org
- The American Society of International Law, different publications, www.asil.org
- Human Rights Watch, different publications, www.hrw.org
- Independent Student Coalition for the International Criminal Court, different publications, www.isc-icc.org
- NGO Coalition for the International Criminal Court, different publications

- רוברטס אדם, בית הדין הפלילי יוקם היום בניו יורק, הארץ, 11.4.2002
- שגב תום, כתב הגנה, הארץ, 18.1.2002
- הורביץ ניצן, מנהיגים על הכוונת, הארץ, 5.8.2001
- דיין אריה, סוריה כבר מתעניינת בהגשת תביעות נגד מתיישבים בגולן, הארץ, 14.5.2002
- בן אלוף, בן עמי פועל לצירוף ישראל לאמנת ביה"ד לפושעי מלחמה, הארץ, 26.11.2000
- בר-רומי יואל, דווקא ישראל, הארץ, 29.7.1998
- פרימור אדר, פשעים - שאלה של גיאוגרפיה, הארץ, 21.7.1998
- ציטרין בן ציון, היועץ : ביה"ד הפלילי הבינ"ל לא יוכל לדון בתביעות פלשתינאים, הארץ, 8.5.2002
- גוטמן נתן, ארה"ב פרשה מהאמנה להקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי, הארץ, 7.5.2002
- שגב תום, האג זה כאן, הארץ, 3.5.2002

- בן אלוף, החשש העיקרי: בית הדין ינוצל לניגוח ישראל, הארץ 11.4.2002

שיחות

- מר אלן בייקר, היועץ המשפטי למשרד החוץ
- גב' עירית קאהן, מנהלת המחלקה הבינלאומית, פרקליטות המדינה
- מר דניאל רייזנר, מר מיקל בן-דוד, הפרקליטות הצבאית
- מר יובל ששון, פרקליטות המדינה
- גב' רחל סוכר, פרקליטות המדינה
- פרופ' נתן לרנר, המרכז הבינתחומי, הרצליה
- ד"ר יפה זילברשץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
- השופט (בדימוס) עלי נתן
- עו"ד אנה סיגל, יועצת משפטית של הצלב האדום הבינלאומי, ג'נבה
- ד"ר סוזי נבות, הפקולטה למשפטים, המכללה למינהל / האוניברסיטה העברית

שונות

סדרת הרצאות במסגרת כנס בנושא המשפט הפלילי הבינלאומי שאורגן על-ידי המכללה האקדמית למשפטים ומרכז מינרבה לזכויות אדם, ואשר התקיים בימים 4-5 ביוני 2002. בכנס שה נטלו חלק המרצים הבאים (עפ"י סדר הופעה):

פרופ' קלוד קליין, פרופ' אהרן ברק, ד"ר יפה זילברשץ, ד"ר אסתר כהן, פרופ' נתן לרנר, ע"ד עירית קאהן, פרופ' מרדכי קרמיניצר, ד"ר מנחם הופנונג, פרופ' לאון שלף, ד"ר יובל שני, ד"ר קארין קלוו-גולר, עו"ד לאה צמל, ד"ר משה הירש, השופט (בדימוס) עלי נתן, פרופ' לסלי סבה, פרופ' מיכל פומרנץ, פרופ' טליה אינהורן, עו"ד אלן בייקר, פרופ' אייל בנבנישתי, עו"ד אנה סיגל.

ⁱ אמנת רומא, סעיף 1.

ⁱⁱ אמנת רומא, סעיף 3.

ⁱⁱⁱ אמנת רומא, סעיפים 1 ו-25.

^{iv} אמנת רומא, סעיפים 11(1) ו-24.

^v אמנת רומא, סעיף 12(2)(a). התחולה הטריטוריאלית חלה גם על כלי שיט ומטוסים אשר רשומים במדינה שאישררה את אמנת רומא.

^{vi} אמנת רומא, סעיף 12(2)(b).

^{vii} אמנת רומא, סעיף 12(3).

^{viii} אמנת רומא, סעיף 15(1).

ix אמנת רומא, סעיף 25).

x עבירת רצח העם, כפי הגדרתה בסעיף 6 לאמנת רומא, חלה (בתרגום חופשי) על מעשה מהמנויים להלן, אשר נעשה בכוונה להרוס באופן מלא או חלקי קבוצת אתנית, לאומית, גזעית או דתית, ככזו. ואלו המעשים: הריגה, גרימת פגיעה נפשית או פיסית, פגיעה מכוונת בתנאי החיים של קבוצת אוכלוסין במטרה לגרום להשמדתם הפיסית, נקיטת אמצעים המכוונים לפגוע בשיעור הילודה של קבוצת אוכלוסין, העברה מכוונת של ילדי קבוצה לקבוצה אחרת.

xi עבירת פשעים נגד האנושות, כפי הגדרתה בסעיף 7 לאמנת רומא, חלה, בין השאר (בתרגום חופשי וחלקי) על כל אחד מהבאים, המבוצע כחלק מהתקפה כוללת או שיטתית המכוונת כנגד אוכלוסיה אזרחית (וביודעין על ההתקפה): רצח, השמדה, עבדות, גירוש וטרנספר כפוי (forcible transfer), כליאה, עינויים, תקיפות מיניות לסוגיהן, העלמת אנשים, אפרטהייד ומעשים דומים כיוצא באלו.

xii אמנת רומא, סעיף 26.

xiii אמנת רומא, סעיף 28.

xiv אמנת רומא, סעיף 27.

xv אמנת רומא, סעיף 25(3).

xvi אמנת רומא, ביחס לדרג הפיקוד הצבאי, סעיף 28.

xvii אמנת רומא, סעיף 1, סעיף 17.

xviii בנוסח שבאמנה הביטוי הינו "חוסר עקביות".

xix בנוסח שבאמנה הביטוי הינו "חוסר עקביות" להבדיל מ- "חוסר רצון".

xx אמנת רומא, סעיף 16.

xxi אמנת רומא, סעיף 16.

xxii אלוף בן 11.4.2002.

xxiii הדברים נאמרו במסגרת כנס בנושא המשפט הפלילי הבינלאומי שאורגן על-ידי המכללה האקדמית למשפטים ומרכז מינרבה לזכויות אדם, ואשר התקיים בימים 4-5 ביוני 2002.

xxiv אמנת רומא, סעיף 29.