



חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה:

**כל מה שבית הדין הפלילי
הבינלאומי בהאג
לא אמור להיות**

ב-20.12.19 הודיעה התובעת הראשית של בית הדין הפלילי הבינלאומי, פאטו בנסודה, כי לאחר יותר מחמש שנים של בדיקה מקדמית היא הגיעה למסקנה כי קיים בסיס סביר לפתיחה בחקירה בנוגע למצב בפלסטין. התובעת קבעה כי התנאים הנדרשים לפתיחה בחקירה מתקיימים וכי יש בסיס סביר להניח כי פשעי מלחמה התבצעו, ועדיין מתבצעים, בגדה המערבית (כולל במזרח ירושלים) וברצועת עזה על ידי ישראל, המאס וזרועות פלסטיניות חמושות אחרות. עם זאת, התובעת בחרה לפנות לשופטי בית הדין כדי שיאשרו את עמדתה לפיה יש לבית הדין סמכות שיפוט בנוגע למצב בפלסטין, בטרם תפתח בחקירה.¹

שעות ספורות לפני שפורסמה הודעתה זו, פרסם היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט, חוות דעת משלו, בה הבהיר את עמדתו לפיה אין לבית הדין סמכות שיפוט כזו. לפי חוות הדעת, לא קיימת – ומעולם לא התקיימה – מדינה פלסטינית ריבונית ולכן גם אין מדינה שתוכל להאציל את סמכות השיפוט שלה לבית הדין.² היועץ מיישש הוא הסמכות המשפטית הבכירה ביותר ברשות המבצעת. מכאן, שחוות הדעת שפרסם מייצגת את עמדתה של ממשלת ישראל בשאלת הסמכות.

המסמך הנוכחי עוסק אך ורק בחוות דעת זו, ומנתח את עמדת היועץ מיישש בשאלת סמכותו של בית הדין בנוגע למצב בפלסטין. אף כי שאלת הסמכות מתמקדת בהיבטים פורמליים ופרוצדורליים, ההכרעה בשאלה זו היא מהותית, שהרי בהיעדר סמכות לא תוכל התובעת להתקדם בחקירה.

קצת רקע היסטורי רלוונטי: ביולי 1998 נחתמה אמנת רומא, המהווה את הבסיס החוקי המסדיר את עבודתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי, העוסק באחריות פלילית של יחידים לביצועם של פשעים בינלאומיים, כולל פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות והפשע של השמדת עם.³ בית הדין אמור לפעול באופן קבוע, בשונה מבתי הדין הבינלאומיים שהוקמו אד-הוק עבור סכסוכים ספציפיים – כמו אלה שעסקו ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה.

במבוא לאמנה מפורט הרציונל להקמתו של בית הדין, ובעיקר רצון של מדינות העולם למנוע את ביצועם של פשעים חמורים, לאחר שבמאה העשרים "מיליוני ילדים, נשים וגברים היו קורבנות לזוועות בלתי נתפסות המזעזעות את המצפון האנושי". התקווה של מנסחי האמנה הייתה כי העמדתם לדין של האחראים לביצועם של פשעים כאלה לא רק תאפשר לקורבנות לזכות בצדק, אלא גם תהווה גורם מרתיע ותמנע את ביצועם מלכתחילה.

האמנה התקבלה בתמיכתן של 120 מדינות. 21 מדינות נמנעו ושיבע התנגדו: סין, עיראק, לוב, קטאר, ארצות הברית, תימן וישראל. ארבע שנים לאחר מכן, בשנת 2002, לאחר שיותר משישים מדינות חתמו על האמנה, היא נכנסה לתוקף ובית הדין החל בעבודתו.

האמנה קובעת שלבית הדין אין סמכות אוניברסלית אלא רק סמכות על מדינות החברות באמנה – במקרים שבהם הפשעים בוצעו בשטחן או על ידי אזרחיהן – או במקרים שהופנו אליו על ידי מועצת הביטחון. מדינות שאינן חברות באמנה רשאיות לקבל את סמכותו של בית הדין אד-הוק, מבלי להצטרף לאמנה כחברות מלאות.⁴

בטרם תפתח בחקירה, על התובעת לבחון שלוש שאלות: האם קיים חשד שבוצע אחד הפשעים המנויים באמנה, האם המקרה קביל: האם המדינה אינה מסוגלת או אינה רוצה לחקור את האדם החשוד בביצוע הפשעים (עקרון המשלימות) והאם העבירות חוצות את רף החומרה ברמה שמצדיקה חקירה של בית הדין; והאם ישנן סיבות מהותיות לקבוע שחקירה כזו לא תשרת אינטרסים של צדק.⁵

¹ Office of the Prosecutor, [Prosecution request pursuant to article 19\(3\) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine](#), הבקשה הוגשה ב-20.12.19, ושוב ב-22.1.20, בעקבות דרישת בית הדין.

² Office of the Attorney General, [The International Criminal Court's Lack of Jurisdiction over the So-Called "situation Palestine"](#), 20 December 2019, ר' גם אגף היועץ המשפטי במשרד החוץ, [היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה "המצב בפלסטין – סינופסיס"](#), 20.12.19.

³ סעיפים 5-8 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי (להלן: אמנת רומא).

⁴ שם, סעי' 12.

⁵ שם, סעי' 53.

כיום חברות באמנת רומא 123 מדינות. ישראל אינה אחת מהן.⁶ ב-2009, לאחר "מבצע עופרת יצוקה" ברצועת עזה, הגישו הפלסטינים לבית הדין הצהרה שבה הודיעו כי הם מקבלים את סמכותו בנוגע למעשים שבוצעו בפלסטין – בהתאם לסעיף 12(3) המאפשר למדינה לקבל אד-הוק את סמכות השיפוט של בית הדין, מבלי לאשרר את האמנה.⁷ בהודעה שפרסם באפריל 2012 קבע התובע הראשי דאז של בית הדין, לואיס מורנו אוקמפו, כי אמנת רומא אינה מספקת כל הנחייה לגבי מה ייחשב למדינה לצורך סעיף 12(3), ושמזכ"ל האו"ם הוא האמור להכריע בשאלה האם פלסטין היא "מדינה". הכרעה זו תתקבל בהתאם להנחיות העצרת הכללית – שהכירה בפלסטין כ"משקיפה" בלבד. מעמד זה, קבע התובע, אינו מספיק לצורך קבלת סמכות השיפוט של בית הדין.⁸

ב-29.11.12 קיבלה העצרת הכללית החלטה שהכירה בפלסטין כמדינה משקיפה שאינה-חברה.⁹ בהודעה שפרסמה התובעת בספטמבר 2014 היא הבהירה שהחלטה זו אינה מכשירה את הפנייה הקודמת של פלסטין לבית הדין, ואולם היא מאפשרת לה לחתום, אם תרצה בכך, על אמנת רומא ולקבל את סמכות השיפוט של בית הדין.¹⁰

ב-1.1.15 הצהירה הממשלה הפלסטינית כי היא מקבלת אד-הוק את סמכות השיפוט של בית הדין, בהתאם לסעיף 12(3) לאמנת רומא, וזאת מאז ה-14.6.13 (אז החל "מבצע שובו אחים" בגדה המערבית וזמן קצר לאחריו "מבצע צוק איתן" ברצועת עזה).¹¹ למחרת, אשררה הממשלה הפלסטינית על האמנה.¹² כשבועיים לאחר מכן פתחה התובעת בבדיקה מקדמית שנועדה להכריע האם ישנו בסיס סביר לפתוח בחקירה בנוגע למצב בפלסטין.¹³ בחלוף חמש שנים, ב-20.12.19, הסתיימה בדיקה זו.

א. הנחת העבודה של היועמ"ש: הצהרת הפלסטינים היא "פוליטית", התובעת "לא מקצועית"

הנחת העבודה של היועמ"ש היא שהפנייה הפלסטינית לבית הדין אינה לגיטימית מלכתחילה שכן היא מונעת אך ורק משיקולים פוליטיים. לפיכך, גורס היועמ"ש, כל מסקנה אליה יגיע בית הדין לפיה יש לו סמכות שיפוט במקרה זה, רק תוכיח את היותו גוף פוליטי, הפועל משיקולים לא ענייניים, ותתבסס בהכרח על הבנה משפטית לקויה ועל העדר מחקר רציני.

היועמ"ש מבהיר כי ישראל – "המחויבת לרעיון הצדק הפלילי הבין-לאומי מראשיתה"¹⁴ – לא חתמה על אמנת רומא בדיוק בגלל החשש שבית הדין יונחה על ידי שיקולים פוליטיים, חשש שליטתו התממש במלואו כעת: "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".¹⁵

ואולם היועמ"ש לא מסתפק רק בהאשמת הפלסטינים, אלא מאשים גם את התובעת של בית הדין בכניעה ללחצים פוליטיים ובחוסר רצינות משפטית. לתפיסתו, העובדה שהתובעת קבעה כי לבית הדין יש סמכות

⁶ ישראל אמנם חתמה על האמנה בשנת 2000 אך לא אשררה אותה, ולכן היא אינה נחשבת לחברה בה. ר' Office of the Legal

Adviser to the Ministry of Foreign Affairs, [Israel and the International Criminal Court](#), June 2002

Palestinian National Authority, Ministry of Justice, [Declaration recognizing the Jurisdiction of the International](#)

[Criminal Court](#), 21 January 2009.

Office of the Prosecutor, [Situation in Palestine](#), 3 April 2012 ⁸

Resolution adopted by the General Assembly on 29 November 2012, [67/19 – Status of Palestine in the United](#)

[Nations](#), (4 Dec. 2012).

Office of the Prosecutor, [Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda:](#)

[‘The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine’](#), 2 Sep. 2014,

Mahmoud Abbas, President of the State of Palestine, [Declaration Accepting the Jurisdiction of the International](#)

[Criminal Court](#), 31 December 2014.

United Nations, [Rome Statute of the International Criminal Court](#), 17 July 1998, [State of Palestine: Accession](#), 6 Jan. 2015 (C.N.13.2015.TREATIES-XVIII.10 (Depository Notification)

Office of the Prosecutor, [The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a](#)

[preliminary examination of the situation in Palestine](#), 16 January 2015.

¹⁴ היועץ המשפטי לממשלה, [היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה "המצב בפלסטין"](#) –

[תקציר מנהלים](#), סעי' 1.

¹⁵ שם, סעי' 3.

שיפוט על פלסטין מוכיחה, כשלעצמה, שהניתוח המשפטי שלה אינו מספק ואינו מקצועי. בהתחשב בכך, קיים הכרח לבצע כעת מחקר בסוגיה זו (תוך שהוא מרמז שמחקר כזה לא נעשה עד עתה), שיגיע למסקנה שאין לבית הדין סמכות שיפוט בנוגע למצב בפלסטין.¹⁶

לחיזוק עמדתו זו פונה היועמ"ש להודעה שפרסמה התובעת בספטמבר 2014, בה הבהירה כי לבית הדין אין סמכות שיפוט על פלסטין, שכן זו לא חתמה על אמנת רומא. בהודעה זו דחתה התובעת את הטענות של משפטנים, שקראו לה לפרש את האמנה בצורה שבכל זאת תאפשר לה לפתוח בחקירה, והבהירה כי התערבות במקרים שבהם לא התמלאו התנאים הבסיסיים בנוגע לסמכות השיפוט "אינה חוק טוב" ותהיה מעשה שיפוטי בלתי אחראי.¹⁷ למרות השינוי המהותי בנסיבות מאז (חתימתה של פלסטין על האמנה), היועמ"ש מצטט משפט זה כדי לחזק את טענתו שגם כיום אין לבית הדין סמכות שיפוט על פלסטין.¹⁸ זאת, תוך שהוא מתעלם מדבריה של התובעת באותה הודעה לפיהם מעמדה של פלסטין כמדינה משקיפה שאינה-חברה מספיק כדי לאפשר לה להיות מדינה חברה באמנה.

בסיכום חוות הדעת שב היועמ"ש וקובע שכל מסקנה לפיה התמלאו התנאים הנדרשים כדי לקבוע כי לבית הדין סמכות שיפוט במקרה של פלסטין מבוססת על שורה של קביעות משפטיות בלתי סבירות ומפוקפקות והיא מאפשרת ניצול לרעה של בית הדין לצורך מטרות פוליטיות. לפיכך, קובע היועמ"ש, על התובעת להכריע כי אין לבית הדין סמכות שיפוט במקרה זה, ומכריז כי גם אם זו החלטה לא פופולרית, הרי שזוהי הדרך היחידה שבה תוכל התובעת להוכיח כי שיקוליה הם ענייניים בלבד.¹⁹

לתפיסת היועמ"ש, הפנייה של פלסטין לבית הדין היא פוליטית שכן ברור ומוסכם שאין לבית הדין סמכות שיפוט על המצב בפלסטין – "עובדה" שלטעמו ידועה היטב גם לפלסטינים. אולם, אין מדובר בעובדה אלא בפרשנות של היועמ"ש אותה, כפי שנראה להלן, הוא מתקשה להוכיח. אין זאת אלא שהן הטענה לפיה הפנייה הפלסטינית היא פוליטית והן האשמת התובעת בחוסר מקצועיות ובכניעה לשיקולים פוליטיים, נועדו לפגוע בסמכותו של בית הדין ובתדמיתו, במטרה לערער על הלגיטימיות של כל מסקנה אליה יגיע החורגת מהעמדה הישראלית.

ב. היועמ"ש: הכלל הבסיסי לפעולת בית הדין הוא מדינה ריבונית שהאצילה לו את סמכות השיפוט שלה

כאמור, סמכות השיפוט של בית הדין אינה סמכות אוניברסלית אלא סמכות המותנית בהסכמה של המדינה שבה התבצעו הפשעים או המדינה שאזרחיה הם אלה שביצעו אותם, ובכפוף לעיקרון המשלימות. מכאן שהתובעת אינה חופשייה לחקור מדינות על פי שיקול דעתה אלא היא תלויה בכך שהמדינה האצילה לבית הדין את סמכות השיפוט שלה.²⁰

היועמ"ש מקדיש את החלק הראשון של חוות דעתו להוכחת הטענה שרק מדינות ריבוניות יכולות להאציל את סמכותן לבית הדין.²¹ לצורך הוכחת טענתו זו מתבסס היועמ"ש על מגוון מקורות, שחלקם אינם מוכיחים בהכרח את טענתו ואחרים מוכיחים דווקא את ההיפך. להלן כמה דוגמאות לטענות היועמ"ש:

- היועמ"ש קובע כי אמנם המונח "מדינה" אינו מוגדר באמנת רומא, אבל "לא יכול להיות ספק" שהמשמעות שלו צריכה להיות זו המקובלת ומוכרת במשפט הבינלאומי – מדינה ריבונית. לחיזוק טענתו זו הוא מפנה לדו"ח השנתי של התובעת משנת 2019 בנוגע לחקירות המקדמיות וטוען שהיא בעצמה קבעה שם לפרש את המונחים שבסעיף 12(2)(a) בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי.²² ואולם התובעת קבעה שם משהו צנוע בהרבה: המקרה אליו מתייחס היועמ"ש עסק בתלונה שהוגשה נגד

¹⁶ ר', למשל, סעי' 4-3, 16 ו-25 לחוות דעת היועמ"ש, לעיל הערה 2. ר' גם סעי' 7, 13, 29 ו-36 לסינופסיס שפרסם משרד החוץ, לעיל הערה 2.

¹⁷ הודעת התובעת מ-2014, לעיל הערה 9.

¹⁸ סעי' 2 ו-63 לחוות דעת היועמ"ש, לעיל הערה 2.

¹⁹ שם, סעי' 62-63.

²⁰ סעי' 12(2) לאמנת רומא (כאמור על פי סעי' 13 לאמנת רומא, אפשרות נוספת לפתיחה בחקירה היא במקרים שבהם מועצת הביטחון מנחה את התובעת לפתוח בחקירה בנוגע למצב מסוים).

²¹ סעי' 9 לחוות הדעת של היועמ"ש, לעיל הערה 2.

²² שם, סעי' 2.

הפיליפינים. התובעת קבעה כי באותו מקרה לא הייתה לה סמכות לחקור את התלונה שכן היא עסקה באזור הנמצא מחוץ לשטחה של המדינה – תוך שהיא מסתמכת על הפרשנות של מה ייחשב ל"שטח" כזה תחת המשפט הבינלאומי. מדברים אלה קשה להסיק אמירה גורפת בנוגע לדרך שבה יש לפרש את כל המונחים שבסעיף זה. בוודאי שלא ניתן להסיק שהכוונה ב"מדינה" היא רק מדינה ריבונית, כאשר כמה עמודים לאחר הדברים שמצטט היועמ"ש מתייחסת התובעת מפורשות לחקירה המקדמית שלה בנוגע לפלסטיין – לאחר שקבעה שהיא נחשבת למדינה חברה באמנה.

- הוכחה נוספת לכך שמדובר רק ב"מדינה ריבונית" מוצא היועמ"ש באמנת וינה העוסקת בפרשנות של אמנות, הקובעת כי יש לפרש אמנות בתום לב, בהתאם למשמעות הרגילה של המונחים באמנה, ולאור מטרתה ותכליתה.²³ ואולם היועמ"ש אינו מסביר מדוע פרשנות כזו תוביל דווקא לקביעה שהאמנה מתייחסת רק למדינות ריבוניות. הרי פרשנות כזו דווקא תביא לצמצום סמכותו של בית הדין, שנועד להילחם בחסינות הניתנת לאחרים לביצועם של הפשעים החמורים ביותר, הגורמים "זעזוע עמוק למצפון האנושות", ה"מאיימים על השלום, הביטחון והרווחה בעולם". לפיכך הפרשנות שהוא מציע אינה פרשנות ב"תום לב" שהרי היא סותרת את מטרתה ותכליתה של אמנת רומא.

- לטענת היועמ"ש, האופן שבו נוסחה האמנה מעיד אף הוא על כך שכוונת המנסחים הייתה שהיא תחול רק על מדינות ריבוניות. כך, למשל, חלק 9 עוסק בשיתוף פעולה בינלאומי, חלק 10 – באכיפה של הוראות האמנה, ועקרון המשלימות – בסמכות השיפוט של מדינות בתוך שטחן. לטענת היועמ"ש, רק מדינות ריבוניות יכולות לבצע מטלות אלה.²⁴ ואולם היועמ"ש מתעלם מהוראות אחרות באמנה, הנותנות מענה בדיוק למצבים שבהם מדינות אינן מסוגלות למלא את ההוראות שבסעיפים אלה, מהן עולה בבירור שאין מדובר בתנאי שבלעדיו אין. כך, בנוגע להעדר אפשרות לשיתוף פעולה וסיוע לבית המשפט – נקבע במפורש כי במקרים שבהם המדינה אינה מסוגלת לשתף פעולה עם בית הדין בשל העדרה של רשות רלוונטית או של מערכת משפט מתפקדת – בית הדין רשאי להסמיך את התובעת למלא תפקידים אלה.²⁵ כך גם בנוגע לעקרון המשלימות – הרי האמנה מבוססת על העיקרון שלפיו במקרים בהם מערכת המשפט אינה רוצה או אינה מסוגלת להשיג את הראיות והעדויות הדרושות או להגיע אל הנאשם ולקיים את ההליכים נגדו, בית הדין יחיל את סמכות השיפוט שלו על אותו מקרה.²⁶

- היועמ"ש מצטט משפט של התובעת בהקשר אחר, לפיו סמכות השיפוט של בית הדין נובעת מקיומה של "סמכות ריבונית לתבוע".²⁷ ואולם בחינת ההקשר שבו נאמרו מילים אלה מעלה דווקא שהתובעת לא התכוונה לצמצם את סמכות השיפוט של בית הדין, אלא ההפך הגמור: הדברים נכתבו במסמך שהיא הגישה לבית הדין בבקשה לחקור את מיאנמר (שאינה חברה בבית הדין) בגין גירוש בני הרוהינגה לבנגלדש הסמוכה (החברה בבית הדין). התובעת ביקשה מהשופטים אישור לפרשנות רחבה של סמכות השיפוט של בית הדין, כזו שתאפשר לה לפתוח בחקירה גם במקרה שבו רק חלק מהפשע בוצע בשטח המדינה החברה באמנה – כמו במקרה של בני הרוהינגה, שבו רק תוצאות הגירוש הן בשטחה של בנגלדש, בעוד היא עצמה אינה נושאת באחריות לפשע. כדי לחזק את טענתה זו, היא קובעת:

Indeed, forced deportations over international borders have been recognised as one of the specific contemporary phenomena requiring a "move beyond our traditional notions of Westphalia" – i.e., jurisdiction solely rooted in a 17th century concept of sovereign territory – "if we are to engage effectively with these challenges."²⁸

כלומר התובעת קוראת דווקא להבנה מרחיבה של סמכות השיפוט של בית הדין, מעבר לתפיסה המסורתית והקשיחה של מדינות ריבוניות, בטענה שפרשנות מרחיבה כזו תשקף באופן מדויק יותר את מטרתה ותכליתה של אמנת רומא, ובכלל זה את כוונתם של מנסחיה להילחם בחסינות הניתנת למבצעייהם של פשעים חמורים. דברים אלה אינם מתיישבים עם פרשנותו של היועמ"ש.

²³ שם, שם.

²⁴ שם, סעי' 13.

²⁵ סעי' (d)(3)57 לאמנת רומא, לעיל הערה 3.

²⁶ שם, סעי' 17.

²⁷ סעי' 14 לחוות הדעת של היועמ"ש, לעיל הערה 2.

²⁸ Office of the Prosecutor, [Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19\(3\) of the Statute](#), Daniel Bethlehem, [The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law](#), EJIL, 25(1), p. 18. 9 April 2018, par. 42. היא מצטטת דברים אלה מתוך מאמר:

- היועמ"ש מצטט מתוך דבריו של נשיא בית הדין, צ'ילה אבואה-אסוג'י, בנאום שנשא במארכ 2019 בפני האסיפה השנתית של האגודה האמריקאית למשפט בינלאומי, לפיהם "אופי סמכות השיפוט של בית הדין... דווקא מאדיר ומדגיש את ריבונות המדינות".²⁹ גם כאן מתעלם היועמ"ש מההקשר שבו נאמרו דברים אלה ומהמסרים העיקריים של הנאום, שלפחות חלקם סותרים את הנאמר בחוות הדעת שלו. כך, הנשיא הדגיש כי מדינות חייבות לציית להוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי, התייחס לחשיבות הטמונה בעשיית צדק בינלאומי, קבע שקיים הכרח להעמיד לדין את האחראים לפשעי מלחמה וקרא לארה"ב לחתום על אמנת רומא. בהמשך, הוא דחה בתוקף את כל הטענות שמופנות לבית הדין לפיהן הוא פועל תחת לחצים פוליטיים (טענות שהיועמ"ש עצמו מעלה) ואת הטענות כאילו בית הדין פוגע בעקרון הריבונות. רק לאחר דברים אלה אומר הנשיא את המשפט שאותו מצטט היועמ"ש, לפיו בית הדין אינו פוגע בריבונות המדינות ושבידוק לצורך כך קיים באמנה "עקרון המשלימות".³⁰ ואולם, הנשיא ממשיך ומבהיר, בניגוד למשתמע מחוות הדעת של היועמ"ש, כי מהותו של עקרון המשלימות אינה שמירה על הריבונות אלא עשיית צדק. והוא מוסיף:

justice may not suffer the fate of the neglected orphan in the province of national sovereignty.³⁰

סוגית מעמדה של "מדינה משקיפה שאינה חברה" – כמו המעמד של פלסטין – באמנת רומא אכן מעלה שאלות שסביר להניח שמנסחי האמנה לא העלו על דעתם, ולכן גם לא התייחסו אליהן באמנה עצמה, ממש כפי שלא התייחסו למצבים מורכבים ספציפיים אחרים. ואולם ברור שלא ניתן לחזות כל סיטואציה עתידית בעת ניסוח אמנות. לענייננו, מדובר במקרה חריג וייחודי, של מעמד שניתן במקרים ספורים בלבד (כיום מחזיקות בו רק פלסטין והוותיקן). בדיוק לצורך כך נקבעו כללי פרשנות, הוכשרו עורכי דין ושופטים ונכתבו מאמרים על ידי פרופסורים למשפטים. כל אלה אמורים לאפשר מתן מענה לשאלה האם לצורך קביעת סמכות השיפוט של בית הדין, ולצורך זה בלבד, יש למדינה המחזיקה במעמד כזה די מאפיינים שיאפשרו לה להצטרף לאמנה.

היועמ"ש מתעלם מכל אלה ובמקום זאת טורח רבות להוכיח שהמשמעות של "מדינה" באמנת רומא היא אך ורק מדינה ריבונית וכי כל פרשנות אחרת אינה לגיטימית. ואולם כל שהיועמ"ש מצליח לבסס הוא את הקביעה שלבית הדין אין סמכות אוניברסלית – סוגיה מובנת מאליה אשר כלל אינה שנויה במחלוקת.

ג. היועמ"ש "מוכיח": לא קיימת מדינה פלסטינית ריבונית

לאחר שקבע שרק מדינות ריבוניות רשאיות להצטרף לבית הדין, עובר היועמ"ש לבחון את השאלה האם פלסטין עונה על התנאים הנדרשים, לתפיסתו, לצורך הכרה בה כמדינה ריבונית. שאלה זו אינה באמת רלוונטית, שהרי איש אינו טוען שפלסטין היא כזו וברור שמדובר בנסיבות ייחודיות: מעמד השטחים הוא עדיין של שטחים כבושים, גבולותיה של פלסטין טרם סוכמו, והרשות הפלסטינית לא שולטת ברצועת עזה. בכל זאת בוחר היועמ"ש לנמק בהרחבה מדוע התשובה לשאלה זו שלילית.

1. ההצטרפות לאמנת רומא לא מעניקה ריבונות לפלסטינים

היועמ"ש טוען כי אין די בהצטרפותם של הפלסטינים לאמנת רומא כדי להפוך את פלסטין למדינה ריבונית, היכולה להאציל את סמכות השיפוט שלה לבית הדין, וזאת משלוש סיבות:³¹

1. החלטת העצרת הכללית בה נקבע מעמדה של פלסטין כמדינה משקיפה שאינה-חברה רק שדרגה את מעמדה באו"ם ולא הכריעה בשאלה המשפטית המהותית בנוגע לקיומה של מדינה פלסטינית ריבונית על פי כללי המשפט הבינלאומי. שדרוג זה חל רק על מוסדות האו"ם, ואין לו השפעה על גופים שמחוץ לו – כמו למשל על בית הדין. ממילא, ההחלטה מתייחסת למדינה פלסטינית כאל שאיפה עתידית בלבד וחלק מהמדינות אף ציינו במפורש שתמיכתן בהחלטה אינה מעידה על כך שעל פי עמדתן קיימת מדינה כזו.

²⁹ ע"י 14 לחוות דעת היועמ"ש, לעיל הערה 2.

³⁰ Chile Eboe-Osugi, President of the International Criminal Court, [A Tribute to Robert H. Jackson – Recalling America's Contributions to International Criminal Justice](#), Keynote Address at the Annual Meeting of the American Society of International Law, 29 Mar. 2019.

³¹ סעיפים 21-24 לחוות הדעת של היועמ"ש, לעיל הערה 2.

2. תפקידו של מזכ"ל האו"ם, כאחראי על קבלת החתימות על אמנת רומא, אינו כולל הכרעה בשאלות פוליטיות השנויות במחלוקת – בהן קיומה של מדינה פלסטינית – והסמכויות שהוענקו לו בנושא זה הן אדמיניסטרטיביות בלבד.
3. השתתפותה של הנציגות הפלסטינית במליאת המדינות החברות באמנת רומא לא יוצרת – ולא יכולה ליצור – מדינה פלסטינית. המליאה היא גוף פוליטי וככזה היא אינה מוסמכת להכריע בשאלות משפטיות שנויות במחלוקת, כמו האם פלסטין היא מדינה ריבונית.

אלא שהיועמ"ש מתפרץ לדלת פתוחה: איש אינו טוען שהחלטת העצרת הכללית הקימה את המדינה הפלסטינית או שמזכ"ל האו"ם מוסמך להכריז על מדינה כזו. כל שנטען הוא שהחלטה זו מאפשרת לפלסטין לחתום על אמנות, ובכלל זה על אמנת רומא, ולהצטרף לחברה בבית הדין. דברים אלה עולים בקנה אחד עם חוות דעת שפרסמה המחלקה לעניינים משפטיים באו"ם לאחר קבלת ההחלטה, שבה נקבע, בין השאר, כי בעקבות ההחלטה פלסטין תוכל להצטרף לאמנות הפתוחות לחתימה של כל המדינות.³²

ואכן, בעקבות החלטת העצרת הכללית חתמה פלסטין על כמה אמנות, כולל כאלה העוסקות בזכויות האדם, ובהן האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות והאמנה נגד עינויים. חתימות אלה התקבלו על ידי מזכ"ל האו"ם. פלסטין חתמה גם על ארבע אמנות ג'נבה ועל שני הפרוטוקולים הנספחים, צעד המחייב את הסכמתה של ממשלת שוויץ, ועל תקנות האג – צעד המחייב את הסכמתה של ממשלת הולנד. בנוסף, לאחר ההחלטה הצטרפה פלסטין לשורה ארוכה של מוסדות בינלאומיים, כולל אונסק"ו והאינטרפול. כל זאת עשתה פלסטין אך ורק על בסיס מעמדה החדש בעקבות החלטת האו"ם ובהסכמת הקהילה הבינלאומית.³³ ישראל ניסתה אמנם בזמנו להתנגד למהלכים אלה, בתמיכתה של ארה"ב, ואולם התנגדותה נדחתה.³⁴ היועמ"ש אינו מספק בחוות הדעת כל נימוק לכך שיש לקבל את התנגדותה של ישראל דווקא לעניין אמנת רומא.

2. והיועמ"ש ממשיך: לא קיימת מדינה פלסטין שכן הריבונות בשטחים "מושעית"

בשלב זה ניגש היועמ"ש להבהיר מדוע לדעתו מלכתחילה לא קיימת כלל מדינה פלסטינית ריבונית – שוב, וכאמור, טענה שכלל אינה שנויה במחלוקת. להוכחת טענתו זו מעלה היועמ"ש כמה טענות שעיקרן מובא להלן. התייחסותנו לטענות אלה תובא מיד לאחר מכן.

א. מעולם לא הייתה מדינה פלסטינית, הריבונות על הגדה ועזה מושעית ולישראל יש תביעות על כל השטח:³⁵ היועמ"ש מציין כי לישות הפלסטינית אין – ומעולם לא הייתה – ריבונות על הגדה המערבית ורצועת עזה וכי הריבונות על שטחים אלה הייתה במאה השנים האחרונות "מושעית", כשהשליטה האפקטיבית בהם הייתה תמיד בידי גורמים אחרים. היועמ"ש מדגיש כי ישראל מעולם לא ויתרה על תביעותיה בנוגע לכל השטחים האלה.

בסקירה היסטורית של שנים אלה מפליג היועמ"ש ומתאר כיצד הריבונות על השטחים "הושעתה" בתקופת השלטון הבריטי, שהחל ב-1917, במהלך מלחמת העולם הראשונה. הוא מציין כי בהכירו בקשר ההיסטורי של העם היהודי לפלסטין, כתב המנדט הסמיך את בריטניה לממש את הצהרת בלפור אשר קראה להקמת בית לאומי לעם היהודי. זאת, מבלי לפגוע בזכויות האזרחיות והדתיות (אך לא הפוליטיות) של הקהילות הלא יהודיות, כשזכותו של העם היהודי לבית לאומי הוכרה על כל שטח פלסטין המנדטורית.

היועמ"ש קובע כי החלטת האו"ם מה-29.11.47, שהמליצה על חלוקת השטח בין מדינה יהודית למדינה ערבית, אינה מחייבת, בדומה לכל החלטה אחרת של העצרת הכללית. למרות שמגילת העצמאות עצמה מפנה פעמיים להחלטה זו, באופן בלתי מסויג, היועמ"ש מציין כי היא "התקבלה בחוסר רצון" על ידי הקהילה היהודית בפלסטין, נדחתה לחלוטין על ידי מדינות ערב והפלסטינים, ובמהלך המלחמה הפכה לבלתי רלוונטית. היועמ"ש מדגיש כי ישראל מעולם לא הסכימה לחלוקה זו, גם לא בחתימתה על הסכמי

³² <https://palestineun.org/wp-content/uploads/2013/08/012-UN-Memo-regarding-67-19.pdf>

³³ Al-Haq, *Al-Haq Welcomes UN, Swiss and Dutch Acceptance of State of Palestine's Accession to Treaties*, 10 April 2014.

³⁴ ברק רביד וג'קי חורי, *משבר בשיחות: קרי ביטל בואו לאזור בעקבות פניית עבאס למוסדות בינלאומיים*, הארץ, 14.4.14.

³⁵ סעיפים 27-31 לחוות הדעת של היועמ"ש, לעיל הערה 2. חלק זה של חוות הדעת דומה לתיאור המופיע בדו"ח שפרסמה "הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון" (דו"ח ועדת לוג), שפורסם ב-21.6.12. הממשלה מעולם לא אישרה את מסקנות הדו"ח.

שביתת הנשק ב-1949 (אז שורטט "הקו הירוק"), אז הבהירה שמדובר בגבול זמני בלבד ושחתימתה נעשית מבלי לוותר על זכויותיה.

ביוני 1967, ממשיך היועמ"ש ומתאר, ישראל השיגה, מתוך הגנה עצמית, שליטה על הגדה המערבית ורצועת עזה ואיחודה תחת ריבונותה את ירושלים. היועמ"ש מבהיר כי הטענה ששטחים אלה הם שטחים כבושים אינה מורידה בכהוא זה מטענתה ארוכת השנים של ישראל לטריטוריה זו. ולראיה, בהסכמי אוסלו, שנחתמו בשנות התשעים של המאה הקודמת, הסכימו הצדדים כי הסכסוך ביניהם – ובהם סוגיית הגבולות – יוכרע במשא ומתן בילטרלי, שיוביל לשלום צודק ובר קיימא. היועמ"ש מאשים את הפלסטינים כי הם מפרים הסכמים אלה שוב ושוב, ובאופן שיטתי, כולל באמצעות תמיכה בטרור ובעצם פנייתם לבית הדין. למרות זאת, הוא מציין, הצדדים עדיין מחויבים לקיומו של משא ומתן, שעד לסיומו – הריבונות על שטחי הגדה ורצועת עזה תיוותר מושעית.

ב. הרשות הפלסטינית אינה עונה על הקריטריונים הנדרשים למדינה במשפט הבינלאומי:³⁶ היועמ"ש קובע כי לרשות הפלסטינית אין – ומעולם לא הייתה – שליטה אפקטיבית על השטחים, הנדרשת לצורך הכרה בישות כלשהי כמדינה ריבונית. הוא ממשיך וקובע כי הרשות היא לא יותר מישות משפטית שנוצרה על ידי הסכמים בילטרליים שנחתמו בין ישראל לאש"ף והיא מחזיקה רק בסמכויות שישראל העבירה אליה במסגרת ההסכמים, כשישראל ממשיכה להחזיק בסמכויות השיוריות. בנסיבות אלה, בוודאי שלא ניתן לטעון שיש לה ריבונות על השטחים.

היועמ"ש מציין כי לרשות הועברו סמכויות מוגבלות בלבד שאינן כוללות מרכיבים חיוניים של ריבונות, כמו שליטה על המרחב האווירי ואספקטים מרכזיים של גביית מיסים. בנוסף, סמכות השיפוט הפלילית של הרשות הפלסטינית היא מוגבלת ויישום הסמכויות שהועברו אליה – בהן המרחב האלקטרומגנטי, הקמת רשת טלפונים, הענקת שירותים פיננסיים – כפוף להסכמת ישראל או לשיתוף פעולה שלה. בכל מקרה, מוסיף היועמ"ש, כל סמכות שניתנה לרשות הפלסטינית מוגבלת בהסכמים מבחינה גיאוגרפית ופרסונלית, שכן אין לה סמכות על כ-40% מהאוכלוסייה הפלסטינית שחיה ברצועת עזה (המנוהלת על ידי ארגון חמאס), על שטח סי, על ירושלים או על אזרחים ישראלים. ישראל, לעומת זאת, ממשיכה להחזיק בכל סמכויות הביטחון – כולל הגנה על הגבולות והגנה מפני איומים חיצוניים מהים ומהאוויר – והיא זו הנושאת באחריות כוללת על כל האזרחים הישראלים וההתנחלויות.

הסכמים אלה – למרות הפרתם החוזרת ונשנית על ידי הפלסטינים, כפי שהיועמ"ש שב ומדגיש – עדיין מהווים את המסגרת המשפטית המחייבת את הצדדים. היועמ"ש מציין שגם הקהילה הבינלאומית חוזרת ותומכת בהסכמים אלה כמסגרת משפטית מחייבת להסדרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני ולהכרעה של מעמד הריבונות של השטח שבמחלוקת.

היועמ"ש מוסיף שמיותר לציין שנוכחותה של ישראל בגדה המערבית אינה יכולה להיחשב לכיבוש בלתי חוקי. להיפך, היא תואמת לחלוטין את הוראות המשפט הבינלאומי וישראל, מרצונה הטוב, אף מחילה את הסעיפים ההומניטריים של דיני הכיבוש.

ג. הזכות להגדרה עצמית אינה מחייבת דווקא מדינה:³⁷ היועמ"ש מסביר כי המשפט הבינלאומי מבחין בין הזכות להגדרה עצמית לבין מדינה עצמאית וריבונית – שהיא רק אחת הדרכים שבה ניתן לממש זכות זו. גם במקרים שבהם הזכות להגדרה עצמית זכתה לתמיכה בינלאומית נרחבת, ההכרה במדינה נעשתה רק לאחר שהתמלאו כל התנאים הנדרשים במשפט הבינלאומי לצורך הקמה של מדינה. ובכל מקרה, הכרה כזו נעשתה רק בהסכמת המדינה שתבעה גם היא קודם לכן בעלות על השטח. במקרה של פלסטין המציאות אינה כזו, שכן לישראל ישנן תביעות ארוכות שנים בנוגע לשטח הגדה המערבית ורצועת עזה, וישראל והפלסטינים הסכימו במפורש להסדיר את תביעותיהם הסותרות במסגרת משא ומתן.

היועמ"ש גם טוען שבוודאי שלא ניתן להאשים את ישראל בכך שהיא מונעת בכוח הכרה בזכות להגדרה עצמית של הפלסטינים. ישראל הרי לא רק הכירה בזכות הזו וסייעה בהקמתו של ממשל עצמי פלסטיני בדמות הרשות הפלסטינית (למרות שכמה עמודים קודם לכן הוא הבהיר שהיא חסרת שיניים), אלא אף הסכימה להמשיך ולקדם את הממשל העצמי הפלסטיני ונכנסה שוב ושוב למשא ומתן בדיוק לשם כך. בנוסף במהלך השנים הציעה ישראל לפלסטינים הצעות רבות שנועדו לאפשר את הקמתה של מדינה

³⁶ חוות דעת היועמ"ש, לעיל הערה 2, סעי' 33-39.
³⁷ שם, סעיפים 40-41.

פלסטינית, אך הם דחו את כולן. בהתחשב בכך, טוען היועמ"ש כי הניסיון להציג דווקא את ישראל כאילו היא זו השוללת באופן שרירותי את הזכות להגדרה עצמית של הפלסטינים יהיה לא רק שקרי אלא גם יחייב את בית הדין לאמץ נרטיב פוליטי שאינו הולם שום בית משפט, בוודאי לא את בית הדין הפלילי הבינלאומי.

ד. התייחסותם של מדינות אחרות ושל הפלסטינים עצמם למדינה הפלסטינית היא כאל שאיפה עתידית ולא כאל מציאות קיימת:³⁸ היועמ"ש קובע כי עצם ההכרה של מדינות במדינת פלסטין היא חסרת משמעות משפטית ואינה מספיקה לצורך הקמת מדינה. הכרה כזו אינה מחליפה את הדרישות הקבועות במשפט הבינלאומי ומדינות רבות שנטען שהן מכירות במדינה כזו ממשיכות להתייחס למדינה פלסטינית ריבונית כאל שאיפה עתידית.

היועמ"ש מציין שהפלסטינים בעצמם מתייחסים למדינה פלסטינית כאל אירוע עתידי. לתפיסתו, הם סותרים את עצמם כשהם טוענים מצד אחד כי ישראל כובשת את הגדה המערבית ורצועת עזה אך מצד שני כי הם למעשה כבר בגדר מדינה, ודורשים מבית הדין לחקור את המתרחש בשטחים. עמדות סותרות אלה אינן רק "בלבול משפטי", טוען היועמ"ש, הן מעידות על כך שהפלסטינים מנסים להשיג הכרה בהם כמדינה ריבונית בעוד הם עצמם מכירים בכך שאינם כאלה – בניסיון מחושב לכפות על בית הדין להכריע בשאלות שהוסכם שיוכרעו במשא ומתן.

ה. ממילא, היקף השטח הוא בלתי מוגדר וסוגיית הגבולות תוסדר רק בהסדר הקבע:³⁹ היועמ"ש מציין כי חקירה של המצב המתרחש בשטחים תחייב את בית הדין להכריע בנושא הגבולות, שאמור להיות מוסדר רק במסגרת המשא ומתן בין הצדדים על הסדר הקבע. בנסיבות אלה, הכרעה כזו אינה הולמת טריבונל בינלאומי פלילי והיא תהיה לא חוקית ולא לגיטימית היות שתסתור את ההסכמים בין הצדדים ותסכן את המאמצים לפיוס ביניהם.

לחיוזק עמדתו זו בנוגע להעדר הסכמה על הגבולות, היועמ"ש מביא דווקא את חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי לצדק (ה-ICJ) בנוגע לאי-חוקיותה של בניית גדר ההפרדה.⁴⁰ היועמ"ש מציין שבית הדין נמנע מקביעה מפורשת בנוגע לריבוניות על השטחים והסתפק רק בדיון בשאלה איזה חוק חל על השטח שבין הקו הירוק לבין הגבול המזרחי של פלסטין המנדטורית.

ד. במבחן המציאות: הכיבוש חי ובוטח, לא מתנהל שום משא ומתן

בניסיונו להוכיח כי אין מדינה פלסטינית ריבונית – טענה שכלל אינה שנויה במחלוקת – מציג היועמ"ש מציאות המנותקת מהעובדות בשטח וסותרת את עקרונות המשפט הבינלאומי, את החלטות מועצת הביטחון ואת הפרשנות המשפטית המקובלת מזה זמן על הקהילה הבינלאומית.

היועמ"ש טוען כי השטחים אינם כבושים ושמעמדה של ישראל בהם אינו של מדינה כובשת, אלא של מדינה בעלת תביעות על שטח שמעמדו טרם הוכרע. אך העובדה שהגדה המערבית (כולל מזרח ירושלים) היא שטח כבוש מעוגנת בשורה ארוכה של החלטות של גופים שונים, כולל במאות החלטות של מועצת הביטחון ושל העצרת הכללית של האו"ם; בפרשנות של הצלב האדום הבינלאומי; בהחלטתו של בית הדין הבינלאומי לצדק בנוגע לאי-חוקיותה של גדר ההפרדה – החלטה שהיועמ"ש בחר לצטט ממנה פרט חסר משמעות, תוך שהוא מתעלם מקביעותיו המפורשות של בית הדין לפיהן מדובר בשטח כבוש ובאשר להפרות זכויות האדם שישאל מבעצת בו; ובקביעותיהן החוזרות ונשנות של ועדות האו"ם הפועלות מכוחן של אמנות זכויות האדם. לעמדה זו שותף רוב מכריע של מומחים למשפט בינלאומי מישראל ומרחבי העולם.⁴¹

³⁸ שם, סעיפים 42-48.

³⁹ שם, סעיפים 49-54.

⁴⁰ International Court of Justice, [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#), Advisory Opinion of 9 July 2014.

⁴¹ להרחבה של מקורות אלה ופירוט שלהם ר' דו"ח יש דין, [חסר תקדים – ניתוח משפטי של דו"ח הוועדה לבחינת מצב הבנייה ביהודה ושומרון \("ועדת לוי"\)](#), ינואר 2014, עמ' 16-24.

באשר לרצועת עזה, ישראל פינתה ב-2005 את ההתנחלויות שהקימה בה והסיגה ממנה את כוחות צבאה, ומאז היא טוענת שאינה נושאת בשום אחריות כלפי תושבי הרצועה. עמדה זו מתעלמת לא רק מאחריותה של ישראל למצבה של הרצועה לאחר יותר מארבעים שנות כיבוש, במהלכן היא נמנעה מהשקעות משמעותיות בתשתיות ובפיתוח, אלא גם מכך שעד היום ישראל היא הקובעת כיצד ייראו חיי היומיום של תושביה. זאת, בעיקר באמצעות שליטתה המוחלטת כמעט על היבטים רבים של החיים ברצועה, ובכלל זה על תנועת אנשים וסחורות מהרצועה ואליה. לפיכך, גם אם ישראל אינה אחראית עוד לשמירה על הסדר הציבורי בתוך הרצועה, וגם אם לא מוטלות עליה חובות כלליות על פי דיני הכיבוש, אין ספק כי אינה יכולה להתנער לחלוטין מאחריותה למתרחש בתוך הרצועה. כעומק השליטה – כך עומק האחריות.⁴²

ישראל מנהלת מזה יותר מחמישים שנה משטר כיבוש אכזרי ואלים בשטחים, שבמהלכו הצליחה לשנות את דמותם מהקצה אל הקצה. כיום, מחולק המרחב הפלסטיני ליחידות נפרדות ומנותקות, הנבדלות זו מזו באופן בו ישראל מגדירה אותן ובמעמדות השונים שהיא מחילה על תושביהן, אך בכולן חיים פלסטינים ללא זכויות פוליטיות וללא שליטה אמיתית על חייהם – המנוהלים על ידי גורמים ישראלים שונים.

בגדה המערבית, מציאות חייהם של התושבים הפלסטינים מוכתבת בראש ובראשונה על ידי קיומן של כמעט 250 התנחלויות (כולל אלה המכונות "מאחזים") שהקימה בה ישראל, בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי, ושבהן גרים כיום יותר מ-400 אלף אזרחים ישראלים (לא כולל מזרח ירושלים – על כך בהמשך). השלכותיהן ההרסניות של ההתנחלויות על זכויות האדם של הפלסטינים חורגות בהרבה ממאות אלפי הדונמים שנגזלו לצורך הקמתן: קרקעות נוספות הופקעו לטובת סלילת מאות קילומטרים של כבישים עוקפים עבור המתנחלים; מחסומים, שערים, תעלות וערמות עפר שנועדו להגביל את תנועתם של פלסטינים הוצבו בהתאם למיקומן של ההתנחלויות; גישתם של פלסטינים לאדמות חקלאיות רבות – בתוך השטחים שישראל הגדירה כשטחי ההתנחלויות ובסמיכות להם – נחסמה בפועל בפני בעליהן הפלסטינים; והתוואי המפותל של גדר ההפרדה, המנתק קשרים בין קהילות ובין חקלאים לאדמותיהם, נקבע בעומק שטח הגדה – בעיקר כדי להותיר בצדה המערבי כמה שיותר התנחלויות ושטחים להרחבתן.

הפלסטינים בגדה חיים כיום ב-165 "איים" מנותקים הפוזרים בה, כשלכאורה הרשות הפלסטינית אחראית לנהל את חייהם. ואולם, כפי שהיועמ"ש בעצמו הסביר בחוות דעתו, לרשות הפלסטינית אין כמעט סמכויות עצמאיות, ותושבי הגדה עודם חשופים לשגרה יומיומית, אלימה ומשפילה, כתוצאה משליטה קבועה של הרשויות הישראליות בכמעט כל היבט של חייהם: בין השאר, ישראל מונעת מהפלסטינים כמעט כל פיתוח ובנייה, ומותירה אותם כלואים במובלעות צפופות, המנותקות זו מזו ומהמשאבים הנדרשים להן כדי להתפתח ולשגשג; ישראל ממשיכה לפקח על התנועה של כל התושבים – בתוך הגדה, אליה וממנה – והיא מכפיפה את כל תושבי הגדה הפלסטינים למשטר היתרים נוקשה שנוגע לכל תחומי חייהם, המתבסס על החלטות שרירותיות, כאשר דומה שישראל רואה בכל היתר שהיא מנפיקה לפלסטיני מעשה חסד; אנשי כוחות הביטחון הישראליים ממשיכים להיכנס באופן קבוע לבתיהם של תושבי הגדה, בדרך כלל באמצע הלילה, ללא צורך בנימוק כלשהו ותוך הטלת אימה על משפחות שלמות ופגיעה קשה בפרטיותן; וישראל ממשיכה, באמצעות מערכת המשפט הצבאית, לכלוא מדי שנה אלפי פלסטינים, תוך פגיעה קשה בזכויותיהם.

במזרח ירושלים, המהווה חלק מהגדה המערבית אך סופחה לישראל באופן בלתי חוקי ובניגוד לעמדת הקהילה הבינלאומית, מיישמת ישראל מדיניות שנועדה להנציח עליונות דמוגרפית ליהודים בעיר. זאת, בין השאר באמצעות העדר תכנון בשכונות הפלסטיניות, המונע מהתושבים כל אפשרות של בנייה בהתאם לחוק – במקביל להקמת שכונות יהודיות בשטחים שסופחו; באמצעות הימנעות ממתן שירותים בסיסיים ומהשקעת משאבים בהנחת תשתיות בשכונות הפלסטיניות; באמצעות קביעת התוואי של חומת ההפרדה בעיר באופן המותיר מעברו השני כ-40% מתושבי העיר הפלסטינים; ובאמצעות אלימות משטרית והתעמרות. כל זאת כדי להפוך את חיי הפלסטינים לבלתי נסבלים ולגרום להם לעזוב את העיר, לכאורה מרצונם.

ברצועת עזה, הפכה ישראל את התושבים לאסירים בכלא הפתוח הגדול בעולם באמצעות המצור אותו היא מטילה מאז 2007, ויצרה בה במו ידיה אסון הומניטרי: התשתיות ברצועה קרסו מזמן והתושבים נאלצים לחיות ללא אספקה סבירה של מים או חשמל וללא מערכת מתפקדת לניקוז וטיפול בשפכים; סגירת הרצועה וניתוקה משאר העולם הביאו לקריסת הכלכלה, ולכליאת תושביה בשוק עבודה סגור וקטן, ללא

⁴² להרחבה ר' בצלם, [רצועת עזה](#).

כל אפשרויות פיתוח; ההגבלות על הכנסת חומרי בניין לרצועה מונעות מהתושבים לשקם את המבנים והתשתיות שנפגעו בהפצצות הישראליות, בעיקר במהלך שלושה שבבים של הפצצות והפגזות מאז 2008; מערכת הבריאות סובלת ממחסור קבוע בצידוד רפואי, בתרופות ובכוח אדם ומתקשה לתפקד ובמקביל ישראל מטילה הגבלות דרקוניות אפילו על יכולתם של חולים לצאת מהרצועה לצורך קבלת טיפול רפואי. הפגנות של התושבים, בין השאר נגד מדיניות זו, נענו במדיניות פתיחה באש בלתי חוקית שהתירה לחיילים לירות ירי חי וקטלני במפגינים שאינם מסכנים איש, ואשר היו בצידה השני של הגדר. כתוצאה מיישומה של מדיניות זו נהרגו עד עתה יותר ממאתיים בני אדם ונפצעו יותר מ-8,000.

מכל אלה מתעלם היועמ"ש, אך הוא אינו עוצר כאן: בנוסף להכחשת קיומו של הכיבוש, היועמ"ש מתאר את המציאות בשטחים כאילו מדובר בשני צדדים שווים, בעלי תביעות מתחרות על השטח, המנהלים ביניהם בתום לב ומתוך רצון טוב משא ומתן האמור להוביל לפיוס מלא ביניהם. היועמ"ש אף טוען כי מעורבותו של בית הדין תפגע "בסיכויים להשיג את הפתרון הצודק ובר הקיימא שישראלים ופלסטינים כאחד מייחלים לו זמן כה רב".⁴³ נקודה זו הודגשה אף יותר בסינופסיס של חוות הדעת שפרסם משרד החוץ, שם נקבע:

ישראל ממשיכה לקרוא לצד הפלסטיני לזנוח את האסטרטגיה של ניסיון להציג את ישראל בתור הרע בהתגלמותו במוסדות בין לאומיים, ובמקום זאת, להיכנס לדיאלוג כן, ישיר ופתוח... הסכסוך הישראלי פלסטיני הוא סכסוך מורכב... סוג כזה של סכסוך מצריך תהליך של משא ומתן על מנת לקרב אנשים זה לזה, ולא תהליך פלילי שרק ירחיק ביניהם עוד יותר.⁴⁴

אלא שהתייחסות אידיאלית זו למשא ומתן עתידי רחוקה מאוד מתפיסותיה ומפעולותיה של ישראל, שכוונותיה ארוכות הטווח בנוגע לשטחים ידועות מזה זמן רב. מהתבטאויות של גורמים רשמיים ברור כבר מזמן שהכיבוש אינו עניין זמני בעיניה, שאין לה כל כוונה להסכים להקמת מדינה פלסטינית, שלתפיסתה בקעת הירדן ומזרח ירושלים שייכים לה לנצח ושהיא לא תפנה התנחלויות. התבטאויותיו של ראש הממשלה, בנימין נתניהו, במהלך השנים האחרונות מעידות יותר מכל על שאין לו כל כוונה לנהל משא ומתן על אלה:

כך, בדצמבר 2018, בעת שחנך מחלף חדש שישרת את המתנחלים, הכריז נתניהו כי "כל עוד אני ראש ממשלת ישראל אף יהודי אחד לא יעקר מביתו, לא רק שלא יעקרו מביתם, יבנו בתיהם ויוסיפו עליהם... אנחנו עושים עוד חיבור אחד גדול – אנחנו מחברים את המדינה גיאוגרפית, אבל אנחנו גם מחברים את ההווה עם העתיד. ביום ובמקום הזה אנחנו עושים עוד משהו, אנחנו מחברים את ההווה עם העבר".⁴⁵ באפריל 2019 הוא אמר: "אני לא אחלק את ירושלים, לא אעקור אף ישוב ואדאג שנשלוט בכל השטח שממערב לירדן... האם גם נעבור לשלב הבא? התשובה היא כן, נעבור לשלב הבא להחלת ריבונות ישראלית בהדרגה בשטחי יהודה ושומרון. אני גם לא מבדיל בין גושי ההתיישבות לנקודות ההתיישבות הבודדות, כל נקודת ישוב כזאת היא ישראלית מבחינתי. יש לנו אחריות אליהן ולא אעביר אותן לפלסטינים".⁴⁶ ובנאום בספטמבר 2019, זמן קצר לפני הבחירות, אמר ראש הממשלה: "היום אני מודיע על כוונתי להכיל עם הקמת הממשלה הבאה את הריבונות הישראלית על בקעת הירדן וצפון ים המלח. זה יהיה הצעד הראשון אם אקבל את אמונכם... הכרחי שבקעת הירדן תהיה בריבונותנו לעד".⁴⁷

ממילא, גם אם היה מתקיים כעת משא ומתן בין הצדדים, לא ברור הקשר בינו לבין פתיחה בהליכים פליליים בבית הדין נגד האחראים לביצוע פשעים חמורים ולפגיעות בזכויות האדם. שהרי בית הדין אינו צד במשא ומתן בילטרלי כלשהו ומטרתו היא אכיפת הוראות המשפט הבינלאומי ולא פתרון סכסוכים. הוא נועד להבטיח שמבצעי פשעים חמורים לא ייהנו מחסינות ויידרשו לתת את הדין על מעשיהם. ייתכן, כמובן, שצדדים למשא ומתן יסכמו ביניהם כי הם מוותרים על מתן דין וחשבון בגין מעשי העבר – כפי שאכן קרה במקרים שבהם הוקמו ועדות אמת ופיוס, כמו למשל בדרום אפריקה ובמספר מדינות בדרום אמריקה. אבל אלה הן הסכמות פנימיות שבית הדין אינו אמור להיות צד להן, ואף אם היה נדרש להן בעתיד (למשל במסגרת בחינת השאלה האם החקירה לא תשרת אינטרסים של צדק), מה בין זה לבין הכרעה בשאלת סמכות השיפוט של בית הדין כעת?

⁴³ סעי' 9 לתקציר מנהלים, לעיל הערה 14.

⁴⁴ סעי' 41-43 לסינופסיס של משרד החוץ, לעיל הערה 2.

⁴⁵ עדו בן פורת, **כל עוד אני ראש ממשלת ישראל אף יהודי אחד לא יעקר מביתו**, ערוץ 7, 11.12.18.

⁴⁶ **נתניהו: "נחיל ריבונות ישראלית ביו"ש בהדרגה, לא רק על הגושים"**, מעריב אונליין, 6.4.19.

⁴⁷ שירית אביטל כהן והודיה כריש חזוני, **נתניהו: אחיל ריבונות בבקעת הירדן – אם אפצח בבחירות**, מקור ראשון, 10.9.19.

ה. לוז העניין: ישראל רוצה להמשיך לא לשלם שום מחיר על הכיבוש

היועמ"ש פותח את חוות הדעת בקביעה שישראל רואה חשיבות עצומה בעבודתו של בית הדין. הוא ממשיך ומדגיש את מחויבותה "לרעיון הצדק הפלילי הבין-לאומי מראשיתה" ומוסיף כי ישראל, "שהוקמה בצל האירועים הרי האסון במאה העשרים, בהם שואת העם היהודי, הייתה 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".⁴⁸

ואולם למחויבות זו אין זכר בחוות הדעת של היועמ"ש. במקום זאת, מאשים היועמ"ש את התובעת ואת בית הדין בכניעה ללחצים פוליטיים ובעבודה לא מקצועית, תוך שהוא מתבסס על ציטוטים חלקיים ומגמתיים ועל תיאור מופרך של המציאות, במטרה לפגוע בלגיטימציה של בית הדין. כל זאת כדי למנוע את התערבותו של בית הדין במעשיה של ישראל בשטחים וכדי לאפשר לה להמשיך ולנהל את הכיבוש ללא הפרעה, כפי שעשתה במהלך יותר מחמישים השנים האחרונות.

וכך, בעוד היועמ"ש מאשים את הפלסטינים בכך שפנייתם לבית הדין היא פוליטית בלבד, הוא מתעקש לטעון שישראל זכה כשג. זאת, תוך התעלמות מהעובדה שישראל מנהלת בשטחים מזה יותר מחמישים שנה משטר כיבוש אכזרי, בלתי חוקי ובלתי מוסרי, בניגוד מוחלט לעקרונות המשפט הבינלאומי, להחלטות מועצת הביטחון ולפרשנות המשפטית המקובלת על הקהילה הבינלאומית. תוך התעלמות מכך שישראל סירבה לחתום על אמנת רומא בשל שיקולים פוליטיים מובהקים, ובראש ובראשונה בשל הכללת העבירה של העברת אוכלוסייה אזרחית של תושבי המדינה הכובשת לתוך השטח הכבוש ברשימת פשעי המלחמה שבהם בסמכותו לדון. ישראל, שביקשה, ועדיין מבקשת, להמשיך ולהקים התנחלויות בגדה המערבית ולהותיר על כנו את אלה שכבר הקימה – כולן לא חוקיות ממהותן – סירבה לחתום על האמנה.⁴⁹ ולבסוף, תוך התעלמות מאין ספור הוראות של המשפט הבינלאומי – כולל אלה האוסרות על לקיחת שטח בכוח ועל סיפוח חד צדדי, אלה הקובעות מתי שטח ייחשב לשטח כבוש, ואלה המסדירות את סמכויותיו של הכוח הכובש. במקום כל אלה מבקשת ישראל להסתמך בלעדית על ההוראות במשפט הבינלאומי המשרתות את עמדותיה בנוגע לתנאים הנדרשים כדי להיחשב ל"מדינה". כל זאת על מנת להמשיך ולחמוק ממתן דין וחשבון על עשרות השנים בהם היא רמסה – ועדיין רומסת – את הוראות המשפט הבינלאומי.

בנוסף, וכדי להבטיח שבית הדין לא יתערב בנעשה כאן, טורח היועמ"ש להדגיש כי ישראל מטפלת בעצמה, באמצעות המערכות שהקימה, במקרים של הפרת החוק. היועמ"ש מציין כי "ישראל מכירה בכך שהיעדר סמכות של טריבונלים בין-לאומיים על סכסוך כזה או אחר, לא משחרר מדינות מלמלא אחר החובות המשפטיות הבין-לאומיות שלהן". ולכן, "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".⁵⁰

ואולם, כפי שבצלם הוכיח פעם אחר פעם, מערכת אכיפת החוק הצבאית היא לא יותר ממערכת טיוח, העוסקת בהגנה על אנשי כוחות הביטחון שפגעו בפלסטינים – במקום על קורבנותיהם. מערכת זו אינה חוקרת, בהגדרה, את קובעי המדיניות ואת נותני ההוראות והיא מתמקדת רק בחיילים בשטח, ורק במקרים אותם היא מגדירה "חריגים". ואולם אפילו בנוגע לאלה, המערכת עצמה אינה נגישה לפלסטינים שאינם יכולים להגיש בעצמם תלונות על פגיעות בזכויות האדם שלהם והם תלויים בעורכי דין ובארגונים שיעשו זאת עבורם. החקירות עצמן מתנהלות באופן שטחי וכושל, ללא כל ניסיון להגיע לחקר האמת ובמסגרתן לא נאספות כמעט ראיות, מלבד עדויות הנגבות מהחיילים המעורבים (ולעיתים גם מפלסטינים). המערכת מצדיקה שוב ושוב כשלים בחקירה תוך היתלות בקיומם של קשיים ידועים מראש, שמעולם לא נעשה שום ניסיון מהותי לפתור. ולבסוף – שיקוליה של הפרקליטות הצבאית בבואה לסגור את התיקים מתבססים על הנחות שגויות ועל קבלה של גרסאות החיילים, גם כאשר הן רצופות סתירות.⁵¹

⁴⁸ סעי' 1 לתקציר מנהלים, לעיל הערה 14.

⁴⁹ ר' June 2002. גם מרדכי קרמיצר, [אלה השאלות שביט הדין בהאג ידרש לענות עליהן לפני שיפתח בחקירה נגד ישראל](#), הארץ, 22.12.19.

⁵⁰ סעי' 9 לתקציר מנהלים, לעיל הערה 14.

⁵¹ ר' בצלם, [עלה התאנה של הכיבוש – מערכת אכיפת החוק הצבאית כמנגנון טיוח](#), מאי 2016; ר' גם בצלם, [נהל טיוח – חקירתם לכאורה של אירועי "צוק איתן"](#), ספטמבר 2016.

גם במקרים הבודדים שבהם מחליטה הפרקליטות הצבאית בכל זאת להעמיד לדין מי מאנשי כוחות הביטחון שהיו מעורבים בפגיעה בפלסטינים, רובם המכריע של כתבי האישום יתייחסו לעבירות שוליות, שאינן משקפות את חומרת המעשה, ויובילו לעונשים סמליים בלבד.⁵²

במציאות כזו פלסטינים אינם יכולים לקבל מענה לפגיעה בזכויות האדם שלהם ולפשעים שישראל מבצעת נגדם במסגרת מערכות אכיפת החוק הקיימות או בבתי המשפט הישראליים – ובכלל זה גם לא בבית המשפט העליון.⁵³ זאת בוודאי במקרים שבהם הפגיעה בזכויותיהם מתבצעת כחלק ממדיניות ממשלתית ישראלית מוצהרת – כמו בסוגיית הבנייה בהתנחלויות או בהפצצה של בתי מגורים ברצועת עזה. בנסיבות אלה, פנייה לטריבונל בינלאומי היא האפשרות היחידה העומדת בפניהם כדי לנסות ולמנוע את המשך פגיעות אלה ולהשיג, גם אם באיחור, מידה של צדק.

בסופו של יום, מבקשת ישראל – באמצעות היועמ"ש – שיניחו לה להמשיך וליישם את מדיניותה ללא הפרעה, ולצורך כך מנסים גורמים רישמיים לשווק את מעשיה כאילו היו – ועודם – ללא רבב. כך עולה מתגובותיהם למעורבותו של בית הדין:

כך, בינואר 2015, לאחר שהרשות הפלסטינית הודיעה על הצטרפות פלסטין לבית הדין, אמר ראש הממשלה בנימין נתניהו שזוהי "שערורייה". במכתב ששלח לכמה ראשי מדינות, הוא כתב: "שבעה עשורים לאחר השואה, מפנים הפלסטינים בעזות מצח אצבע מאשימה כלפי ישראל, שהיא הדמוקרטיה המאווימת ביותר בעולם".⁵⁴ אביגדור ליברמן, אז שר החוץ, אמר בתגובה להחלטה זו ש"אותו בית דין שלאחר יותר מ-200 אלף הרוגים בסוריה לא מצא לנכון להתערב בנעשה שם או בלוב או במקומות אחרים, מוצא לנכון 'לבחון' את הצבא המוסרי בעולם, בהחלטה שכולה נובעת משיקולים פוליטיים אנטי-ישראליים".⁵⁵

בנאום שנשא ב-2016 שרת המשפטים דאז אילת שקד, במהלך כנס של ה-Jewish National Fund בניו יורק, היא התייחסה לפנייה לבתי דין בינלאומיים – כמו גם לטענות שהועלו כלפי ישראל על כך שהיא פועלת באופן בלתי חוקי, לארגונים הטוענים שבוצעו פשעים ולניסיונות לעצור מנהיגים ישראלים – כחלק מ"הטרור המשפטי" שאיתו נאלצת ישראל להתמודד (כהגדרתה), שלדבריה אינו אלא "היבט חדש ומודרני של אותו טרור שאנחנו נלחמים בו מזה עשרות שנים, השואב ממקורות אנטישמיים קדומים".⁵⁶

ולאחרונה, בתגובה להחלטת התובעת כי קיים בסיס סביר לפתיחה בחקירה בנוגע למצב בפלסטין, לא הסתפק עוד ראש הממשלה נתניהו באזכור השואה אלא הרחיק לכת אל מעמקי ההיסטוריה: "נאבקנו לפני 2,000 שנה נגד גזירות אנטישמיות של אנטיוכוס שבא לחוקק את זכויותינו... אנחנו כאן היום בזכות המכבים של אז, אבל המאבק לא הסתיים. ביום שישי נתבשרנו שגזירות חדשות מוטלות על העם היהודי – גזירות אנטישמיות של בית הדין הבינלאומי, שבא להגיד לנו שאין לנו זכות לחיות פה ושאם אנחנו פה אנחנו מבצעים פשע מלחמה. אנחנו לא נרכין ראש ונלחם בזה בכל הכלים".⁵⁷

בנוסף להתבטאויות אלה, קרא ראש הממשלה להטיל סנקציות נגד "בית הדין הפלילי הבינלאומי, נושאי תפקידים בו, תובעים, כולם".⁵⁸ בתכנית טראמפ, שהוצגה רק לאחרונה, הופיעה אף דרישה מפורשת מהרשות הפלסטינית "לבטל את כל ההליכים התלויים בבית הדין" נגד ישראל ונגד ארה"ב, ונגד אזרחיה.⁵⁹

⁵² לדוגמאות ר': בצלם, [מעקב אחר טיפול מצ"ח והפרקליטות הצבאית בחקירת מקרי הרג של אזרחים פלסטינים בגדה המערבית החל מאפריל 2011](#).

⁵³ ר' בצלם, [צדק לכאורה – אחריותם של שופטי בג"ץ להריסת בתי פלסטינים ולנישולם](#), פברואר 2019; בצלם, [ויקו למשפט והנה משפט - בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט להכשרת הכיבוש](#), דצמבר 2019.

⁵⁴ שלמה צזנה, ["בהאג יבדקו את ישראל; נתניהו: 'זו שערורייה'"](#), ישראל היום, 18.1.15.

⁵⁵ איתמר אייכנר ואליאור לוי, ["בית הדין בהאג: פותחים בבדיקה ראשונית על פשעי מלחמה בפלסטין"](#), ynet, 17.1.15.

⁵⁶ טקסט המלא של הנאום, ר' [Text of Justice Minister Shaked's JNF speech](#).

⁵⁷ נינה פוקס ואיתמר אייכנר, ["נתניהו השווה בין האג לאנטיוכוס: גזירות אנטישמיות חדשות על העם היהודי"](#), ynet, 22.12.19.

⁵⁸ הדברים נאמרו בראיון של ראש הממשלה, בנימין נתניהו, שהופץ על ידו:

<https://twitter.com/IsraeliPM/status/1219531451445792768>.

⁵⁹ עמ' 39, סעי' 2, לתכנית טראמפ.

דברים אלה מעידים לא רק על סירובה של ישראל לקבל את הלגיטימיות של חקירתה על ידי בית הדין. הם מצביעים על סירובה לקבל את העובדה שגם היא, בדומה לכל שאר מדינות העולם, נדרשת לפעול לפי הוראות המשפט הבינלאומי ועל כך שהיא לא הפנימה "שהעמדה המשפטית הישראלית לגבי מגוון נושאים – החל ממדיניות התקיפה של צה"ל בעזה ועד להתנחלויות – רחוקה בהיבטים רבים מרחק מזרח ומערב מהעמדות המשפטיות המקובלות בעולם".⁶⁰

ישראל נהנית מזה שנים ארוכות מחסינות מוחלטת ביחס למעשיה בשטחים. בתוך ישראל עצמה איש לא נדרש מעולם לשלם מחיר משמעותי על מעשים אלה, בשל החסינות הכמעט מוחלטת שישראל העניקה לעצמה – הן ברמה הפלילית והן ברמה האזרחית.⁶¹ במישור הבינלאומי – למרות טענותיהם של גורמים רשמיים בישראל ש"העולם כולו נגדנו" – נעשה מעט מאוד (אם בכלל) על מנת לכפות עליה לשנות את מדיניותה ובמקום זאת ישראל נהנית מהטבות כלכליות נדיבות ומלגיטימציה למעשיה מצד הקהילה הבינלאומית. עכשיו, כשנראה

להצדיק דווקא את המשך הדיכוי, הגזל וההרג שהיא עצמה אחראית להם. היא דוחה בבוז את המאמץ הבינלאומי של 75 השנים האחרונות לגבש ולאכוף חוקים שיגבילו את הכוח, בניסיון לייצר עולם שונה, שיהיה מבוסס על צדק, שיוויון וכבוד אנושי – לכל בני האדם. אלה הערכים שישראל דוחה בשאט נפש. אלה הערכים שחיוני היום להתעקש על מימושם.

⁶⁰ אייל גרוס, "בדיקת בית הדין בהאג: על ישראל להפנים שכללי המשחק השתנו", הארץ, 18.1.15.
⁶¹ ר' לעיל הערה 51 והערה 53. ר' גם בצלם, פטור בלא כלום – כיצד מועלת ישראל בחובתה לשלם פיצויים לפלסטינים בגין נזקים שגרמו להם כוחות הביטחון, מארס 2017.