

הרפורמה המשפטית ואיום התביעה בבית הדין הפלילי הבין-לאומי

פרופ' יוג'ין קונטורוביץ' ועו"ד אברהם ראסל של"ז

1 הקדמה

בשנים האחרונות, ישראלים וזרים המבקרים הצעות חקיקה שונות,¹ לרבות כאלה שאינן קשורות לסכסוך הישראלי-פלשתיני,² מעלים את האיום של תביעה פלילית בבית הדין הפלילי הבין-לאומי (ה-ICC). ה-ICC צף ועלה כתמה חשובה במיוחד בפולמוס הנוכחי סביב הרפורמה האפשרית במערכת המשפט הישראלית. רבים טענו כי כל שינוי במנגנון בחירת שופטים, היקף סמכותם של השופטים, סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה ואפילו צמצום היבטים מסוימים של ביקורת שיפוטית מנהלית תחשוף חיילים וקצינים ישראלים לתביעה פלילית בהאג.

לדוגמה, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר אביחי מנדלבליט, המתנגד להסרת כוח הטו של עורכי דין ממשלתיים על מדיניות הממשלה, הזהיר: "משעה שמערכת המשפט כאן לא תיתפס [כעצמאית], תישלל מישראל הלגיטימציה הבינלאומית לפעולות צבאיות, והיא תאבד לחלוטין את היכולת להתגונן מפני האשמות בפשעי מלחמה."³ ד"ר גיל-עד נועם, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה למשפט בינלאומי, תיאר את מערכת המשפט הישראלית כ"כיפת הברזל" המשפטית של המדינה, אותה הרפורמה המשפטית מסכנת.⁴ ראש האופוזיציה יאיר לפיד טען שאם הצעת החוק תעבור, חיילי צה"ל בסדיר ובמילואים יתמודדו עם אישומים אפשריים בכל פעם שייצאו לחו"ל.⁵ ההנחה שבבסיס טיעונים אלה היא שה-ICC לא נקט עד כה בהליכי תביעה בגין פשעי מלחמה הודות להסדרים הספציפיים של מערכת המשפט בישראל, ובייחוד הודות ל"מהפיכה המשפטית" של אהרן ברק, שאותה הרפורמה מבקשת לגלול לאחור.

- 1 An Open Letter to the Israeli Government Condemning Annexation [מכתב פתוח לממשלת ישראל בגנות הסיפוח], בלוג 11.06.20, Opinio Juris.
- 2 בשאראת, עודה. "פושעי חוק הלאום להאג", 6.8.2018, haaretz.co.il.
- 3 וייץ, גידי. "מנדלבליט: האסון הזה נועד לעצור את משפט נתניהו. בג"ץ חייב לפסול את החוקים", <https://www.haaretz.co.il/02.02.2023>.
- 4 פרוטוקול ועדת חוקה חוק ומשפט, 12.2.23.
- 5 שומפלי, אטילה, ומורן אזולאי. "לפידי: מתנגד לסרבנות, אבל מבין את מי שקורא לכך. לא אחיה במדינה לא דמוקרטית" ynet.co.il, 26.3.2023.

איום ה-ICC הוכח כבעל השפעה בשכנוע כמה קצינים בסדיר ובמילואים להתנגד באופן מופגן להצעות הרפורמה.⁶ מאות פרקליטים צבאיים שלחו מכתב לממשלה המזהיר אותה מפני השלכות הרפורמה על תביעות מטעם ה-ICC.⁷ שר הביטחון יואב גלנט רמז לסוגיית ה-ICC כשקרא לעצור את הליך החקיקה עקב שיקולים ביטחוניים.

הטענה הקושרת בין תביעה מטעם ה-ICC לבין הרפורמה המשפטית התקבלה כמובנת מאליה. אולם, בחינה מדוקדקת יותר מגלה כי אין בסיס משפטי לאמונה שהסיכוי לפעולה מזיקה מצד ה-ICC יגדל באופן משמעותי על ידי יישום הרפורמה המוצעת של הממשלה, שלא לדבר על יישום מרכיבים קטנים ומאוד מרוככים שלה, הנידונים בעת כתיבת שורות אלה. גרוע מכך, הטענה בעניין ה-ICC חותרת תחת ההתנגדות העקרונית של ישראל לסמכות השיפוט של ערכאה זו. היא נותנת לגיטימציה להתערבותו של ה-ICC נגד ישראל בלי קשר לשאלה אם הרפורמה המשפטית תצא לפועל או לא, ומערערת שנים של דיפלומטיה שהציגה את בית המשפט כלא לגיטימי. בעוד הרפורמה המשפטית לא תשפיע על תביעות של פשעי מלחמה בינלאומיים, אין זה מן הנמנע שמתנגדי הרפורמה שהעלו את הדמון של ה-ICC על מנת לחזק את טענותיהם ולזרוע חשש בקרב חיילי צה"ל, יצרו נבואה המגשימה את עצמה והגדילו את הסיכוי לתביעות נגד חיילים על ידי ה-ICC.

2 ◀ אין ל-ICC סמכות לתבוע את חיילי צה"ל

ל-ICC אין סמכות על חיילים ישראלים, ללא קשר לפרטי מערכת המשפט בישראל, מסיבה אחת פשוטה: לבית המשפט הזה יש סמכות שיפוט רק ביחס למדינות שקיבלו אותה על עצמן באמצעות אשרור האמנה החוקתית שלה, הידועה בשם חוקת רומא. ה-ICC אינו בית משפט פלילי גלובאלי, כי אם גוף הסכמי שיכול להפעיל רק את הסמכות הפלילית שאותה האצילו אליו המדינות החברות בו. ישראל, כמו בנות בריתה ארצות הברית והודו, מעולם לא הצטרפה ל-ICC, מחמת חששות ארוכות שנים מפני הטיה מובנית בבית המשפט נגדה. הדרך היחידה שבה בית המשפט יכול להפעיל סמכות כלפי אזרחים ישראלים, היא במקרה של פשעי מלחמה שהתבצעו בשטחה של מדינה החברה באמנה, מצב שבפשטות אינו מתקיים.

אף לא אחת ממדינות האויב של ישראל השוכנים סביבה הצטרפה ל-ICC. אולם, הרשות הפלשתינית הפכה את בית המשפט לחלק מרכזי בקמפיין שלה ל"בינאום", כשהיא עושה שימוש בהטיה האנטי ישראלית המתועדת היטב שבמוסדות בינלאומיים על מנת להפוך אותה לזירה המועדפת עבור קמפיין דיפלומטי נגד המדינה היהודית.⁸

בדצמבר 2014, ובינואר 2015, הרשות הפלשתינית קיבלה על עצמה את סמכותו של ה-ICC במסגרת חוקת רומא, והגישה בקשות לפתיחה בחקירה של פשעי מלחמה ישראלים לכאורה, לרבות מבצעים צבאיים בעזה ועצם קיומן של קהילות יהודיות ביהודה ושומרון. תחת חוק ה-ICC, רק "מדינות" יכולות להצטרף

6 "המהפכה המשפטית מעמידה את קציני צה"ל בסיכון כפול מול הדין הבינלאומי", עמוס הראל, 9.2.2023, haaretz.co.il.

7 אשכנזי, ביני. "מאות פרקליטים צבאיים: המהפכה המשפטית מסכנת את החיילים", walla.co.il, 26.3.23; פייסבוק, דרכנו "בית המשפט העליון הוא השכפ"ץ שלנו".

8 ראו "The International Criminal Court and the Israeli-Palestinian Conflict", [ה-ICC והסכסוך הישראלי-פלשתיני] ארגון (British-Israel Communication and Research Center) BICOM, פברואר 2021.

לבית המשפט.⁹ אף גוף שאינו חבר באו"ם לא הורשה להצטרף אל בית המשפט. אפילו מדינות שזכו בהכרה נרחבת, כדוגמת קוסובו, לא ביקשו להצטרף מפאת המחלוקת סביב מעמדן. ואכן, ב-2009 הרשות הפלשתינית ביקשה להחיל על עצמה את סמכות בית המשפט ונדחתה עקב מעמדה כמי שאינה מדינה.

התובעת מטעם ה-ICC הציעה לרשות הפלשתינית תמרון שיעקוף את הכלל של מעמד מדינה. בעקבות החלטת העצרת הכללית של האו"ם ב-2012 שהתייחסה ל"פלשתיין" כ"מדינה משקיפה", התובעת הזמינה באופן פומבי את "פלשתיין" להגיש הצהרה חדשה. ה-ICC קיבל הפעם את ההצהרה הפלשתינית על סמך החלטת העצרת הכללית.¹⁰ זאת למרות שהעצרת הכללית נעדרת כל סמכות לקבוע את קיומו של מעמד מדינה או של עובדות חוקיות אחרות, ולמרות שמעמד של מדינה נדרש על פי רוב כסטטוס אובייקטיבי שנקבע על פי עמידה בתנאים מעשיים מסוימים ולא כתואר כבוד המוענק על ידי גופים בינלאומיים. אין צורך לומר כי אין עוד מקרה שבו בית המשפט קיבל חברה על בסיס מעין זה.

בית המשפט החל בחקירה ראשונית בשנת 2015. באפריל 2020, התובעת הגיעה למסקנה כי ל-ICC סמכות שיפוטית על "המצב בפלשתיין". בפברואר 2021, הערכאה להליכים מקדמיים של ה-ICC אישרה את מסקנותיה של התובעת. התיק לא התקדם מאז פתיחת החקירה של התובעת במרץ 2021.¹¹

עמדתן של כל ממשלות ישראל, כולל זו של יאיר לפיד, הייתה שטענתו של ה-ICC לסמכות שיפוט על אזרחים ישראלים אינה תקפה בשום מקרה מחוסר סמכות.¹² למעשה, בצעד חסר תקדים, ארצות הברית ועמה שבע מדינות ICC מובילות (ביניהן קנדה, אוסטרליה, בריטניה וגרמניה) גינו ודחו באופן פומבי את טענתו של ה-ICC לסמכות בישראל. דבר זה מדגיש עד כמה חריגה היא התנהלותו של ה-ICC ביחס לישראל.¹³

בדצמבר 2019, היועץ המשפטי לממשלה מנדלבלית פרסם מזכר ארוך הדוחה את טענות ה-ICC לסמכות שיפוט על "המצב בפלשתיין". בקצרה, המצב אינו עומד בתנאי המקדמי היסודי לסמכות שיפוט המעוגנת בחוקת רומא – הדרישה למעמד של מדינה בעלת סמכות פלילית על הטריטוריה והתושבים שלה שאותה האצילה לבית הדין. מדינה פלשתינית ריבונית אינה קיימת, וההכרה לכאורה על ידי מדינות מסוימות או על ידי העצרת הכללית אינה משנה עובדה זו. למעשה, הסכמים מחייבים ישראלים-פלשתיניים משאירים באופן מפורש את גבולות שטחה של מדינה פלשתינית עתידית ליישוב סופי של הסכסוך, מה שמדגיש את העדר הטריטוריה של "פלשתיין". יתירה מכך, לרשות הפלשתינית אין סמכות שיפוט פלילית לא להלכה ולא למעשה על שטח C של יהודה ושומרון, על ירושלים, או על אזרחים ישראלים. בניתוח של מנדלבלית עצמו, אם החקירה הנוכחית של ה-ICC אינה לגיטימית כלל ועיקר, ואם הוא פועל בהתאם לחוק, הוא לא יתבע אף ישראלי. אם ה-ICC יבחר **להתעלם** מהמשפט הבינלאומי, קשה לומר שיתחשב יותר בפרטי המשפט הישראלי המקומי.¹⁴

9 חוקת רומא, סעיף 4(2).

10 ראו "Palestine and the Rome Statute", [פלשתיין וחוקת רומא], אתר Parliamentarians for Global Action, נדלה ב-3.07.23.

11 ראו "Background: The Situation in Palestine" [רקע: המצב בפלשתיין], אתר ה-ICC, נדלה ב-3.07.23.

12 ראש הממשלה לפיד בתגובה לפרסום על פניית אל ג'זירה לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, משרד ראש הממשלה, 06.12.2022. "ישראל תודיע לבית הדין הבינלאומי בהאג: "אין לכם סמכות לדון בפעילות צה"ל", ישראל היום, 8.4.2021.

13 ראו סיכומי יידידי בית המשפט של המדינות הרלבנטיות ל-ICC.

14 ראו "היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה "המצב בפלשתיין", אביחי מנדלבלית, 20.12.2019.

למרות העדר מעמדה המדינתי של הרשות הפלשתינית והעדר סמכות שיפוטית להלכה ולמעשה על ישראלים, ה-ICC קבע בפברואר 2021 שאכן יש לו סמכות שיפוט על ה"מצב בפלשתינ". בהחלטתו ביום 5 בפברואר 2021, הערכאה להליכים מקדמיים הגיעה למסקנה ש"פלשתינ" כוללת את כל מזרח ירושלים, את יהודה ושומרון ואת חבל עזה – כלומר, היא מאשרת את הטענות הקיצוניות ביותר של הפלשתינים לטריטוריה עוד לפני שנפתח הליך פלילי רשמי. ברור מכאן כי ה-ICC החליט **מראש** להתייחס לישראל ככוח כובש. כל ההתפתחויות האלה – הכרה במדינה פלשתינית, פתיחת החקירה, המסקנה שייתכן שהתנחלויות מהוות פשעי מלחמה – התרחשו תחת מערכת המשפט במתכונתה הנוכחית.¹⁵ ברי כי רחשי הכבוד למערכת המשפטית הישראלית לא עצרו בעד בית הדין מנקיטת כל הצעדים המובילים לתביעות של ישראלים. הניסיון מורה כי יש סבירות גבוהה לכך שהוא מתעתד לנקוט בצעד הבא של הגשת כתב אישום פלילי רשמי – ללא קשר לרפורמה משפטית.

3 ◀ עבירת ה"התנחלויות" של ה-ICC מכוונת כלפי ישראל בלבד

ההתמקדות בישראל מובנית לתוך החוק המייסד של ה-ICC. ההגדרה של פשעי מלחמה בחוקת רומא (סעיף 8) מבוססת ברובה על אמנת ז'נבה והסכמים רלבנטיים אחרים. סעיף 49 לאמנת ז'נבה IV קובע כי "הכוח הכובש לא יגרש או יעביר חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלו עצמו אל תוך השטח הכבוש". אולם, סעיף 8(2)(b)(viii) אוסר על "העברה, **במישרין או בעקיפין**, על ידי הכוח הכובש, של חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלו עצמו אל תוך השטח הכבוש, או הגירוש או ההעברה של חלק או של כל אוכלוסיית השטח הכבוש בתוך או אל מחוץ לשטח זה" (ההדגשה שלנו). התיקון הזה הוכנס על פי בקשת מדינות ערב, במאמץ להפוך את מגוריהם של יהודים בקהילות ישראליות ביהודה ושומרון לעבירה פלילית, במקרה היחיד שבו חוקת רומא סוטה מהגדרות אמנת ז'נבה, וכל זאת על מנת לפגוע במדינה מסוימת.¹⁶

ניסיונה של קפריסין, מדינה שבה מתרחשת התנחלות מאסיבית של אזרחי טורקיה, הוא דוגמה מאלפת. למרות בקשות של פליטים קפריסאים מצפון המדינה לפתוח בחקירה של פשעי מלחמה מצד טורקיה על בסיס סעיף 8, התובעת של ה-ICC בחרה לא לעשות דבר ביחס להתנחלות הטורקית, למרות שיש לבית הדין סמכות שיפוטית לכך כבר שני עשורים לפחות.¹⁷

באופן דומה, הכיבוש והסיפוח של חצי האי קרים על ידי רוסיה ב-2014, כמו גם הפלישה הכללית המאוחרת יותר שלה אל אוקראינה ב-2022, לוו במפעל התיישבות מחדש רחב ממדים. בנובמבר 2016, התובע הראשי של אוקראינה הצהיר כי ממשלתו תיעדה את העברתם של למעלה מ-72,000 מתנחלים רוסים בחצי

15 ICC-OTP, הצהרת תובעת ה-ICC, פאטו בנסודה על מסקנות החקירה הראשונית של המצב בפלשתינ, ובקשת פסק דין על היקף תחום השיפוט הטריטוריאלי של בית המשפט, 20 לדצמבר, 2019, Summary of Preliminary Examination Findings;

16 ראו את הצהרת ראש המשלחת הישראלית, השופט ע. נתן, כינוס אמנת רומא, Official Report Vol. II, 17, יולי 1998, בעמ' 122; ואת ההצהרה בעת החתימה על חוקת רומא, 31 לדצמבר, 2000.

17 "Cypriot Group Files War Crimes Complaint against Turkey at International Criminal Court" [ארגון קפריסאי מגיש תלונה על פשעי מלחמה נגד טורקיה ב-ICC], New Europe, 14 ליולי, 2014, www.neweurope.eu/article/cypriot-group-files-war-crimes-complaint-against-turkey-international-criminal-court/

האי קרים.¹⁸ על בסיס הקבלה אד הוק של סמכות בית המשפט מצד אוקראינה, והמסקנות הראשוניות של התובעת שעל פיהן רוסיה אכן ביצעה פשעי מלחמה, ה-ICC פתח בחקירה נגד רוסיה. אולם, מלבד ציון שטחי של העברת אזרחים רוסיים אל תוך חצי האי קרים בבדיקה המקדמית של ה-ICC ב-2017, הסוגיה בולטת מאוד בהעדרה מדו"ח הבדיקה המקדמית של 2020.¹⁹ סעיף 8 נועד עבור ישראל, ועבור ישראל בלבד.

4 עיקרון המשלימות

בהנחה שיש ל-ICC סמכות שיפוטית, הוא מגיש תביעה רק במקומות שבהן המדינה המדוברת "אינה מוכנה או מסוגלת" לחקור או לתבוע פשע.²⁰ דוקטרינת המשלימות לא קשורה באף צורה להליך בחירת שופטים. למעשה, היא לא מתייחסת לבתי המשפט כלל, אלא ל"חוסר המוכנות" של "המדינה" לתבוע, מה שמתמקד ברשות המבצעת. הרפורמה המוצעת אינה נוגעת למערכת המשפט הפלילי בישראל, לעצמאותה או ליכולתם של תובעים לפתוח בהליכים על פשעים שביצעו חיילים. שינוי השיטה לבחירת שופטים לבית המשפט העליון אינו נוגע להליכים פליליים; כך גם כוח הוטו של היועץ המשפטי לממשלה על החלטות ממשלה. אפילו מה שמכונה "פסקת ההתגברות" מתייחס רק לביטול חקיקה על ידי בית המשפט העליון, לא להרשעה או זיכוי פליליים.²¹ התיקון הנדון כעת לביקורת שיפוטית מנהלית על בסיס "סבירות" אף יקרר את ישראל לנהוג במדינות אחרות שבהן נהוגה שיטת המשפט המקובל.²²

גם מערכת המשפט הנוכחית שיש בישראל לא תתאים להשקפותיו של ה-ICC לגבי הדרישה למשלימות. הבולט מבין הפשעים לכאורה אותם חוקר ה-ICC הוא הפשע הלכאורי של התרת מגורי יהודים ביהודה ושומרון. אלא שבית המשפט העליון הישראלי מעולם לא התייחס לכך כאל סוגיה פלילית. ישראל אינה חוקרת או תובעת את אזרחיה על מגורים בעיר העתיקה ולא תעשה כך לעולם – מאחר שאין היא רואה בכך פשע. עבור ה-ICC, משלימות נכנסת לתוקף על בסיס חקירה פלילית לכל הפחות.²³ אי חקירה המסתמכת על שיפוט שקול שלא התבצע פשע לא יהיה כנראה מספיק. ההחלטות לגבי חקירה מתקבלות על ידי התובעים בפרקליטות, שבסופו של תהליך נמצאים תחת פיקוח של היועץ המשפטי לממשלה, באופן שאינו מושפע מהרפורמה המוצעת. למעשה, משפטנים רבים ציינו כי זהו חלק מעוצמת טקטיקת ה-ICC הפלשתינית –

18 "Ukrainian Prosecutor Called Exact Number of Occupants in Crimea" [התובע האוקראיני מנה את מספרם המדויק של המתנחלים בחצי האי קרים], QHA Ukrainian News Agency, ה-23 לנובמבר 2016.

<http://qha.com.ua/en/politics/ukrainian-prosecutor-called-exact-number-of-occupants-in-crimea/ukrainian-prosecutor-called-exact-number-of-occupants-in-crimea/139491/>

19 ראו פרק 101 של OTP Report on Preliminary Examination Activities (2017). השוו ל-Report on Preliminary Examination Activities (2020).

20 חוקת רומא, סעיף 17(1)(א)

21 ראו תיקון חוק יסוד השפיטה ותיקון חוק יסוד הממשלה – הייעוץ המשפטי לממשלה המוצעים.

22 "עילת הסבירות בהיבט השוואתי", פרופ' טליה איינהורן, הוגש לוועדת חוקה חוק ומשפט לדיון ב-26.06.2017.

23 ראו OTP Situation in Iraq/UK, Final Report, 9 לדצמבר 2020, מסקנות בעמ' 180.

טובה ככל שתהיה המערכת המשפטית בישראל, היא לעולם לא תעמוד בדרישות האג לעניין זה.²⁴

אם העברת הרפורמה בכללותה משמעה שאבדה כל הסתמכות על בתי המשפט הישראליים, פירושו של דבר הוא שאין לראות במערכות המשפט של רובן המכריע של מדינות החברות ב-ICC מערכות משפט עצמאיות. מערכות פגומות פוליטית על פי השקפה זו כוללות את קנדה, שבה ראש הממשלה בוחר את שופטי העליון; צרפת, שבה שופטי המועצה החוקתית נבחרים על ידי נשיאי הרפובליקה, האסיפה הלאומית והסנאט; וגרמניה, שבה שופטי בית המשפט לחוקה נבחרים על ידי בחירה והצבעה בבודנסטאג ובבונדסראט.²⁵ עצמאות שיפוטית מעולם לא נחשבה תלויה במינוי עצמאי, אלא רק באורך הכהונה ובהיעדר התערבות פוליטית בהליכים.

יתירה מזאת, הרפורמה הנדונה באביב 2023 מתמקדת ב"דוקטרינת הסבירות" מעשה ידי השופטים, ובסמכותו המחייבת של היועץ המשפטי לממשלה. ה-ICC הוא גוף בינלאומי, שבו חברות מדינות עם מגוון רחב של שיטות משפטיות ופוליטיות, לרבות מונרכיות. אין דבר בהיסטוריית השפיטה עד כה שמצביע על כך שעיקרון המשלימות דורש ארגון מסוים ולא אחר של איזון סמכויות, או שהניתוח המשפטי של המשלימות מתייחס בכלל לכל הדקויות של החוק המקומי, כמו יכולתו של בית המשפט העליון למנוע מינויים או החלטות אחרות של שרים הנתונות לשיקול דעתם. למעשה, בית הדין העלה את עקרון המשלימות כסיבה לדחיית סוגיות שבהן מעורבת בריטניה, שם הממשלה לא מחויבת לעצתו של היועץ המשפטי, יכולה תמיד לבקש ייעוץ נפרד, ואשר לה דוקטרינה צרה בהרבה של "אי-סבירות".²⁶ למעשה, הוא אף ציין את החקירה הפלילית התלויה ועומדת בגינאה כתנאי העונה על דרישות המשלימות, ללא כל דיון בפרטי השיטה המשפטית של המדינה, אשר תוארה במחלקת המדינה של ארצות הברית כ"מאויישת בחסר, מושחתת ועמומה" וכן "נעדרת עצמאות" באופן יסודי.²⁷ דבר אחד הוא להתנגד לרפורמה המשפטית המוצעת בכללותה או בחלקה, אולם דבר אחר ובלתי סביר בעליל הוא לטעון שהיא הופכת את שיטת המשפט הישראלית לפחות אמינה מזו של גינאה.

24 רונן, יעל. "Taking the Settlements to the ICC? Substantive Issues" [תביעת ההתנחלויות ב-ICC? סוגיות מהותיות]. American Journal of International Law, 111:57-6

בוסקו, דוד. (2016) "Palestine in the Hague: justice, geopolitics, and the international criminal court" [פלשתין בהאג: צדק, גיאופוליטיקה ובית הדין הפלילי הבינלאומי], Global Governance, 22:155. "מעבר לכך, לישראל אין הגנת משלימות על ההתנחלויות; היא אינה יכולה לטעון באופן סביר שהיא חקרה את התנהגותה שלה. בית המשפט העליון נדרש למגוון סוגיות הנוגעות להתנהגות ישראלית בשטחים הכבושים, אולם נמנע משאלת החוקיות הבסיסית של ההתנחלויות ומעולם לא הכריע אם פעולת התנחלות יוצרת אחריות פלילית. כישלונה של המערכת המשפטית בישראל לשקול סוגיות אלה יכולה להקל על דרכו של ה-ICC להפעיל ביקורת".

25 כהן, ש.ג., נטף, ש. ובקשי, א. (2021). "בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי". פורום קהלת.

26 בקשי, א. (2016). "הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות". פורום קהלת.

27 Guinea - United States Department of State – נדלה ב-2 ליולי, 2023.

העלאת הטענה לפעולה מצד ה-ICC כטענה נגד הרפורמה המשפטית, הופכת את מה שישראל קבעה שהוא חקירה לא לגיטימית לכלי של שימור הסטטוס קוו הפוליטי המקומי. אין לראות בכל תביעה תיאורטית של ה-ICC גורם בקבלת ההחלטות הדמוקרטית בישראל. על אזרחי ישראל להיות חופשיים לעצב בכלים דמוקרטיים את המסגרת החוקתית והמוסדית שלהם ללא איומים או כפייה חיצוניים. בוודאי שהעלאת בית משפט מוטה וחסר אחריותיות דמוקרטית, שביקש שוב ושוב להרחיב באופן לא לגיטימי את תחום שיפוטו, לא יכולה להוות בסיס עקרוני להגנה על סמכויות בית המשפט העליון בישראל. עצם הטענה מגביר את הסיכוי לפעולה של ה-ICC נגד ישראל – אם הדבר אפשרי בכלל.

הרטוריקה שנשמעת בעניין ה-ICC במסגרת הפולמוס סביב הרפורמה המשפטית, מעניקה לגוף זה כבוד ואימתנות רבים הרבה יותר ממה שהוא ראוי לו. בעשרים שנות קיומו של ה-ICC, הוא הרשיע רק שישה בני אדם בפשעי זוועה.²⁸ לא עלה בידו עד היום להטיל סנקציות משמעותיות על מדינות שסירבו לשתף עמו פעולה. בשנת 2019, הערכאה להליכים מקדמיים דחתה את בקשת התובעת לפתוח בחקירה של פשעי מלחמה לכאורה שביצעה ארה"ב באפגניסטן, כשהיא מזכירה באופן מפורש אי-שיתוף פעולה מצד האמריקנים. מאוחר יותר, בשנת 2020, ערכאת הערעור הפכה את ההחלטה, ונענתה תוך זמן קצר בסנקציות אמריקניות על פקידי ה-ICC. כשהתובעת החליטה להמשיך בחקירתה בשנת 2020, הפעולות האמריקניות סווגו כבעלי תיעדוף נמוך והסנקציות הוסרו. הסאגה הזו מדגימה את חוסר יכולתו של ה-ICC לפעול בהיעדר שיתוף פעולה מצד המדינה. אין זה אומר שפעולה שלילית של ה-ICC אינה נושאת מחיר דיפלומטי כלשהו, אולם אין היא בבחינת סנקציה הרת אסון הדורשת את הטיית מאזן השיקולים בהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטיות בישראל.²⁹

ההטיה המערכתית של ה-ICC נגד ישראל, והשורה הארוכה של ההחלטות חסרות הבסיס החוקי לרעתה, קיימות גם תחת מערכת משפט שלא עברה רפורמה. ה-ICC נמנע מפתיחה בחקירה של הפרות בוטות הרבה יותר של זכויות אדם, לרבות רצח עם ופשעים נגד האנושות, והתמקדה במקום זאת בישראל. למעשה, הוא דחה באופן פרטני את התביעה בעניין ההתנחלות הרוסית בחצי האי קרים, או הטורקית בצפון קפריסין. כל זאת מצביע על כך שהוא אינו מייצג משפט בינלאומי אלא פוליטיקה בינלאומית של המכנה המשותף הרחב ביותר, והיא שתקבע את פעולותיו העתידיות כלפי ישראל – פעולות שיהיו קרוב לוודאי עוינות. אולם אין אף חלק ברפורמה שיגדיל באופן משמעותי את הסיכוי לפעולה עוינת. מנגד, העלאת ה-ICC כאיום בדיונים על הרפורמה עלולה דווקא להגדיל את הסיכוי לפעולה נגד ישראל בכך שהיא מסמנת שהאליטות בישראל מקבלות אותו כלגיטימי. אכן, כשמתנגדי הרפורמה משתמשים ב-ICC כדי לזרוע פחד בקרב חיילי צה"ל, הם למעשה מבקשים להעניק השפעה משפטית מקומית למוסד שממשלות ישראל שנבחרו באופן דמוקרטי סירבו להצטרף אליו.

28 ראו יוג'ין קונטורוביץ' (Overview), "International Courts & Tribunals" [ערכאות ובתי משפט בינלאומיים (מבט-על)], ELGAR, 28 ENCYCLOPEDIA OF CRIMINAL LAW & CRIMINAL JUSTICE (עתיד לצאת ב-2023).

29 יתירה מזאת, הדוקטרינה של ה-ICC מעדיפה את ההעמדה לדין של קצינים בכירים יותר מפאת יכולתו המוגבלת מאוד של הערכאה. כך שאם יש למן דהוא בסיס לחשוד מתביעה לא לגיטימית אלה השרים בממשלה הנוכחית. העובדה שאינם חוששים ככל הנראה יתר על המידה עולה בקנה אחד עם העובדה שהרטוריקה לגבי ה-ICC מיוצרת ברובה לאזני הציבור. ראו פלקס, מרטי. "The ICC wants" [ה-ICC רוצה את פוטין – מה עכשיו?], Central for Strategic and International Studies., 20.03.23.