

ההגנה הטובה ביותר: היא ההתקפה: אסטרטגיית ה-ICC של ישראל

מאי 2024

עו"ד אברהם שלי"ו

ביום ה-20 במאי 2024, התובע של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג (להלן ה-ICC) הגיש בקשה לצווי מעצר נגד ראש ממשלת ישראל בנימין נתניהו ושר הביטחון יואב גלנט. התובע גם הגיש צווי מעצר לארכי-טרוריסטים של החמאס, יחיא סינוואר, מוחמד דף ואיסמעיל הנייה. צווי מעצר אלה מהווים שיא חדש במתקפה הדיפלומטית על המדינה היהודית, שהולכת ומחריפה מאז המתקפה הרצחנית של חמאס בשביעי באוקטובר 2023.

ישראל באופן רשמי דוחה את סמכות השיפוט של ה-ICC על אזרחים ישראלים מכיוון שישראל לא אשררה את אמנת רומא, ולא קיימת מדינה פלסטינית ריבונית.¹ אולם, קיימות מספר אינדיקציות מדאיגות לכך שהממשלה מתכוונת לאמץ מדיניות לא רשמית של שיתוף פעולה עם בית הדין במטרה להפריך את ההאשמות בעניין התנהלותה של ישראל בעזה. אפשר לראות סימן להתפייסות אפשרית מול ה-ICC בביקורו חסר התקדים בישראל של תובע בית הדין כרים חאן בנובמבר 2023. למרות שלא קדמו לביקור הודעות רשמיות מטעם ה-ICC או מטעם ממשלת ישראל, הוא נידון במגעים סודיים ארוכים בין ישראל לבין משרד התובע במשך כמה חודשים לפחות.²

בנייר זה נבקש להוכיח כי שיתוף פעולה עם בית הדין לא יקטין את הסיכוי הגבוה מאוד למתן צווי מעצר נגד בכירים ישראליים, אלא רק יעניק להאשמות שלו משקל רב ולגיטימציה כאשר יינתנו. על ישראל לאמץ במקום זאת מדיניות של אי-שיתוף פעולה ואף התקפה. ה-ICC מעולם עוד לא הצליח להרשיע בתיק ללא שיתוף הפעולה של מדינת הנאשם.

עוד ביום ניסוחה של אמנת רומא המייסדת, היה אפשר לזהות את ה-ICC כאיום אסטרטגי אפשרי נגד מדינת ישראל. במשך שני העשורים שעברו מאז, ה-ICC הראה את עצמו כמי שנחוש להרשיע ישראלים, גם אם

1 "מדינת ישראל דוחה את החלטת בית הדין הפלילי הבינלאומי בדבר סמכות השיפוט לדון בתיק הפלסטיני", משרד החוץ, 5.2.2021, https://www.gov.il/he/pages/fm_gabi_ashkenazi_on_the_decision_by_the_icc

2 "בלעדי: הדיאלוג הסודי בין ה-CCI לישראל, חודשים של משא ומתן הובילו לביקור הפתע" [אנגלית], Bob, Yonah Jeremy. "Exclusive: The Secret Dialogue between ICC and Israel, Months of Negotiations Led to Surprise Visit." The Jerusalem Post | JPost.Com, www.jpost.com/israel-news/article-775955, 5.5.2024. נדלה ביום ה-5.5.2024.

יצטרך לעשות זאת בניגוד לכלליו ונהליו שלו, ובניגוד לדין הבינלאומי הכללי. ה-ICC שיתף פעולה באופן מלא עם המהלך הפלסטיני להפוך את הגופים הבינלאומיים לכלי נשק שנועד לצייר את ההגנה העצמית הישראלית כפשע ולכפות על ישראל ויתורים חד צדדיים.

חובה על מקבלי ההחלטות בישראל להפנים עד תום את העובדה שה-ICC הוא גוף פוליטי, ואין ולו טענה משפטית אחת שתמנע מבית הדין את הרשעתם של ישראלים. אם מדינת ישראל דוחה את סמכות השיפוט של ה-ICC על אזרחים ישראלים, הרי שכל הליך משפטי אינו תקף ואינו לגיטימי, ויש להתייחס אליו כהתקפה על הריבונות הישראלית. בנייר עמדה זה, נסקור את ההיסטוריה הארוכה של ההפליה השיטתית האנטי-ישראלית מצד ה-ICC; נפרט את תפקידו של בית הדין בקמפיין הדיפלומטי הפלסטיני נגד ישראל; נציג מודלים לקמפיינים מוצלחים של אי-שיתוף פעולה שאימצו מדינות אחרות כנגד ה-ICC, ונחתום באסטרטגיה מעשית למניעת צווי מעצר אנטי-ישראליים אפשריים.

1 | ההטיה האנטי-ישראלית המוסדית ב-ICC

א | הפללה של התיישבות יהודית באמנת רומא ובפרקטיקה של ה-ICC

סקירת היחס של ה-ICC לישראל לאורך עשרים שנות קיומו מלמדת על הטיה מובנית והתנהלות של מוסר כפול כלפי המדינה היהודית. ההטיה הזו אינה נחלתו של תובע מסוים, אלא מאפיין מוסדי שטבוע כבר באמנת רומא, שהיא המסמך המייסד של ה-ICC.

ההיסטוריה הטראגית של היהודים בשואה דחפה את מדינת ישראל להיות בין התומכים הראשונים של הרעיון להקמת בית דין בינלאומי שמטרתו להעניש את הפשעים הבינלאומיים המחרידים ביותר.³ אולם, ישראל סירבה לאשרר את אמנת רומא כשהתברר שמדינות ערב הפכו את הכינוס ברומא לפוליטי והכניסו לאמנה ניסוח שסוטה מלשון מהדין הבינלאומי הקיים על מנת להפוך את קיומן של הקהילות היהודיות ביהודה ושומרון לפשע.

תחת הלחץ של מדינות ערב, פרק 8 (2) אימץ את ההגדרה הבאה להעברת אוכלוסייה כפשע מלחמה: "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".⁴ הביטוי "**במישרין או בעקיפין**" נוסף להגדרה המקורית מאמנת ז'נבה בדבר העברת אוכלוסייה, המנוסחת כך: "הכוח הכובש לא יגרש או יעביר חלקים מהאוכלוסייה האזרחית שלו עצמו אל תוך השטח הכבוש".⁵

האיסור הרלבנטי באמנת ז'נבה הרביעית התקבל כמענה לפעולות של גירוש המוני כפוי והעברות אוכלוסין בכפייה שביצעו גרמניה הנאצית, ברית המועצות ובעלי בריתם בתקופת מלחמת העולם השנייה.⁶ מדינות

3 ראו את הצהרת ראש המשלחת הישראלית, השופט ע. נתן, כינוס אמנת רומא, Official Report Vol. II, ה-17 ביולי 1998, בעמ' 122; ואת ההצהרה הישראלית בעת החתימה על חוקת רומא, ב-31 בדצמבר, 2000. כאן

4 ההדגשה לא במקור

5 אמנת ז'נבה הרביעית, סעיף 49.

6 דברי הסבר לאמנת ז'נבה

[Here]. ICRC Commentary to the Fourth Geneva Convention (1958), Article 49. ראו גם

Rostow EV. American Journal of International Law. 1990;84(3):717-720. doi:10.1017/S000293000000485

וכן - J Stone, *Israel and Palestine: Assault on the Law of Nations* (John Hopkins University Press, Baltimore and London)

ערב דרשו שלשון האיסור יתוקן, על מנת לתפור אותו כך שיפילל ישראלים הבוחרים לגור מרצונם ביהודה ושומרון. בזמנו, היה ברור לכל כי האיסור על "העברת אוכלוסייה" באמנת רומא נועד במיוחד לישראל.⁷

מאז, ה-ICC הוכיח שאותו סעיף 8 שנוסח במיוחד לישראל, גם נועד להיות מיושם רק בישראל. הממשלה הטורקית עודדה התיישבות מאסיבית של אזרחים טורקים בצפון קפריסין הכבושה. למרות שיש ל-ICC סמכות שיפוטית בקפריסין כבר עשרים שנה לפחות, התובעים של ה-ICC נמנעו מנקיטת כל צעד ביחס לתלונות של פליטים קפריסאים על פשעי מלחמה בגין הפרות טורקיות של סעיף 8.⁸

דוגמה מאלפת אחרת היא הפלישה של רוסיה אל חצי האי קרים ב-2014, כמו גם הפלישה הכללית המאוחרת יותר שלה אל אוקראינה ב-2022. בנובמבר 2016, התובע הראשי של אוקראינה הצהיר כי ממשלתו תיעדה את העברתם של למעלה מ-72,000 מתנחלים רוסים בחצי האי קרים.⁹ ה-ICC פתח בחקירה נגד רוסיה על בסיס זה שאוקראינה קיבלה על עצמה את סמכות בית הדין אד הוק מנובמבר 2013. אולם, מלבד ציון שטחי של העברת אזרחים רוסיים אל תוך חצי האי קרים בבדיקה המקדמית של ה-ICC ב-2017, הסוגייה בולטת מאוד בהעדרה מדו"ח הבדיקה המקדמית של 2020.¹⁰

ב | ההטיה הפרו-פלסטינית של ה-ICC

בינואר 2009, הרשות הפלסטינית הגישה הצהרה המקבלת על עצמה את סמכות ה-ICC בעקבות מבצע "עופרת יצוקה" בעזה.¹¹ בצעד חריג ביותר, התובע דאז לואיס מורנו אוקמפו פתח בהליך התייעצות פומבית לגבי מעמדה המדיני של "פלסטין". בפגישה בשנת 2009 עם הקואליציה של ארגוני החברה האזרחית של ה-ICC, אוקמפו הציע נוסחה רשמית להכרה במדינה פלסטינית תחת הדין הבינלאומי העומדת בסתירה לקריטריונים למעמד של מדינה שנקבעו באמנת מונטווידאו על זכויות וחובות של מדינות.¹² שורה של ארגונים ואקדמאים אנטי-ישראליים, כמו ארגון אל-חק (אותו ישראל הגדירה בשנת 2021 ארגון טרור בגין קשריו עם החזית העממית לשחרור פלסטין), נענו מיד למתווה שהציע אוקמפו לעקוף את הליכי ה-ICC.¹³ בספטמבר של 2010, התובע השיק כתב עת אינטרנטי בשיתוף אוניברסיטת UCLA על מנת "להזמין" אקדמאים להגיש הצדקות משפטיות לחברות הפלסטינים ב-ICC.¹⁴

7 "היועץ בייקר: 'ההסכם החתום אינו מחייב את ישראל'" [אנגלית] Herb Keinon, FM Advisor Baker: 'Initialed agreement does not Commit Israel,' JERUSALEM POST, Jan. 4, 2001; גם Michael Cottier and Elisabeth Baumgartner, 'Article 8(2)(b)(viii)' in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court (CH Beck 2016) 407; Jöbstl H. An Unlikely Day in Court? Legal Challenges for the Prosecution of Israeli Settlements under the Rome Statute. Israel Law Review. 2018;51(3):339-363. doi:10.1017/S0021223718000158 p. 343.

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

9 "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/>

10 ראו פרק 101 של [Preliminary Examination Activities](#) OTP Report on [Preliminary Examination Activities](#) (2017). השוו ל-[Report on Preliminary Examination Activities](#) (2020).

11 ע. קשאן, הצהרה בדבר הכרה בסמכות של ה-ICC, [כאן](#)

12 The situation in Palestine. Opinio Juris. (2012, April 6). <https://opiniojuris.org/2012/04/05/the-situation-in-palestine/>

13 נייר עמדה של אל-חק על סוגיות העולות מהגשת הצהרה של הרש"פ לתובע ה-ICC תחת סעיף 12 (3) לאמנת רומא. [\[here\]](#). 13.10.2010.

14 <http://uclalawforum.com/gaza>

ב-2012, התובע דחה את בקשת הרשות הפלסטינית לחברות, בעוד הוא ממציא קריטריון חדש לפיו, "הקביעה המשפטית בעניין הגדרתה של פלסטין כמדינה לעניין הצטרפותה לאמנת רומא שמורה לגופים הרלבנטיים באו"ם".¹⁵ לעמדה הזו אין כל בסיס באמנת רומא, שהקימה את ה-ICC דווקא כמוסד משפטי שיש לו מעמד עצמאי מהאו"ם. בעוד ההצבעות באו"ם יכולות לנבוע משיקולים פוליטיים, הגדרות האמנה למעמד של מדינה הן משפטיות בלבד.

מילים אלה היו כמובן איתות לרשות הפלסטינית לפעול להכרה מדינית מצד העצרת הכללית (תחת מגילת או"ם, רק מועצת הביטחון רשאית להכיר בחברות חדשות). בדצמבר 2012, העצרת הכללית קיבלה את ההחלטה הלא מחייבת 67/19 המעניקה לרשות הפלסטינית מעמד של "מדינה משקיפה לא חברה" של האו"ם.

כשפאטו בנסודה מונתה לתובעת בית הדין בשנת 2012, היא המשיכה לחזר אחר הרשות הפלסטינית שיצטרפו ל-ICC. במאמר חריג ביותר גם הוא בעיתון ה"גארדיין" הבריטי, היא אמרה במפורש שהחלטת העצרת הכללית פתחה לרש"פ את האפשרות להצטרף אל אמנת רומא אם תבחר לעשות זאת.¹⁶ הרש"פ אכן הגישה הצהרה כזו בראשון בינואר 2015 והתקבלה כחברה ב-ICC בראשון באפריל, 2015.¹⁷

בעוד מהלך חסר תקדים, הערכאה להליכים מקדמיים של ה-ICC הורה לבית הדין לפתוח במבצע איתור נפגעים פלסטינים. זאת מספר חודשים לאחר שהרש"פ הגישה בקשה לתובעת לחקור פעולות ישראליות ב"פלסטין". במילים אחרות, בית הדין פתח במבצע לאיתור נפגעים פלסטינים באופן כמעט מידי, עוד לפני דיון בסוגיות של סמכות שיפוט ולפני המעבר לשלב החקירה.¹⁸

כל הכשלים והפרות הפרוטוקול הללו חותרים תחת הרעיון שה-ICC מתנהל בתום לב. ה-ICC הראה בבירור שהוא מחויב להרשיע את ישראל, בין אם הכללים מאפשרים זאת ובין אם לאו. ייתכנו סיבות פוליטיות מוסדיות רבות לכך שה-ICC מבקש באופן פעיל לחקור את ישראל. ה-ICC ספג בעבר ביקורת על התמקדות לא הוגנת במדינות אפריקה, בעיקר על בסיס העובדה שהרוב המוחלט של המדינות הנידונות כיום בבית הדין הן מדינות אפריקניות.¹⁹ התובעת לשעבר פאטו בנסודה עצמה הכירה בהאשמות לגבי הטיה אנטי-אפריקנית.²⁰ אלא שרוב מדינות המערב אינם עסוקים בסכסוכים אלימים נרחבים, ומעצמות כמו ארה"ב הראו עצמן מוכנות ומזומנות לנקוט בתגובות נגד כלפי חקירות של ה-ICC, בדרכים הכואבות באופן אישי לבית הדין. ההתמקדות בישראל מאפשרת לבית הדין לרדוף מעצמה מערבית בינונית ובכך להשיב לעצמו את האמינות.

15 "המצב בפלסטין", משרד התובע, 3.5.2012 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>

16 "האמת על ה-ICC ועזה" [אנגלית] Fatou Bensouda, "The Truth about the ICC and Gaza", the Guardian. 29.08.2014 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/aug/29/icc-gaza-hague-court-investigate-war-crimes-palestine>

17 מדינת פלסטין. ICC-01/18 <https://www.icc-cpi.int/palestine#:~:text=On%202020January%202015%2C%20Palestine,Palestine%20on%201%20April%202015>

18 "ישראל מוחה באופן רשמי על הקריאה החריגה ל'קרבות פלסטינים'", [אנגלית] Michael Bachner and Raphael Ahren. "Israel sad to formally protest ICC's unusual appeal to 'Palestinian victims'", The Times of Israel. 14.08.2018. <https://www.timesofisrael.com/israel-said-to-formally-protest-iccs-unusual-appeal-to-palestinian-victims/>

19 "יציאה מה-ICC" [אנגלית] Michelle Nel and Vukile Ezrom Sibiyi, "Withdrawal from the International Criminal Court", 12 September 2017, <https://www.accord.org.za/ajcr-issues/withdrawal-international-criminal-court/>

20 הצהרת התובעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי, פאטו בנסודה: "ה-ICC הוא בית דין עצמאי ויש לתמוך בו", 24.11.2015 <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-icc-independent-court-must-be>

ג | חוסר סמכות שיפוטית והמשך מדיניות של מוסר כפול

באפריל 2020, תובעת בית הדין הגיעה למסקנה של-ICC אכן יש סמכות שיפוט על "המצב בפלסטין". בפברואר 2021, הערכאה להליכים מקדמיים של ה-ICC אישרה את מסקנותיה של התובעת.²¹ בדצמבר 2019, היועץ המשפטי לממשלה אביחי מנדלבליט פרסם מזכר ארוך המפרט את הליקויים המשפטיים החמורים בטענות ה-ICC לסמכות שיפוט על "המצב בפלסטין". בקצרה, למרות ההצטרפות הטכנית של הרש"פ לאמנות בינלאומיות מסוימות ולמרות ההכרה לכאורה על ידי מדינות מסוימות או על ידי העצרת הכללית, למעשה, מדינה פלסטינית ריבונית אינה קיימת. וודאי שלרשות הפלסטינית אין שליטה בפועל על מזרח ירושלים, עזה או חלקים נרחבים של יהודה ושומרון. הרש"פ מכירה בכך בעצם הטענה שהשטח כבוש בידי ישראל, כלומר נמצא תחת שליטה ישראלית. הרש"פ אף קוראת תדיר להקמת מדינה פלסטינית בעתיד, כשהיא מדגשה בכך את העובדה שמדינה כזו אינה קיימת בהווה. גם לו הייתה קיימת, לרש"פ אין סמכות שיפוטית פלילית לא להלכה ולא למעשה על אזרחים ישראלים, בהתאם להסכמי אוסלו המחייבים את שני הצדדים. על כן, לרש"פ אין כל סמכות שבכוחה להאציל הלאה ל-ICC.²² למעשה, ה-ICC מעולם לא העניק מעמד של חברה לאף מדינה שאינה חברה באו"ם או לאף ישות שהמעמד המדיני שלה נמצא אפילו בצל צלו של מחלוקת (כמו קוסובו, סהרה המערבית וכדו').

רבות מהסוגיות האלה נשמעים בדעת המיעוט של שופט ה-ICC פיטר קובאץ', בו כתב: "גישתה של דעת הרוב, כמו גם ההנמקה שלה, אינן מתאימות לתשובה על השאלה שעומדת בפני ערכאה זו, ובעיניי, אין להן בסיס משפטי באמנת רומא ואף פחות מכך בדין הבינלאומי הציבורי".²³ באופן דומה, ארצות הברית יחד עם שבע חברות ICC מובילות (ביניהן קנדה, אוסטרליה, בריטניה וגרמניה) נקטו בצעד חריג ודחו באופן פומבי את טענת ה-ICC לסמכות שיפוט בישראל.²⁴ שוב, מוכנותו של ה-ICC לאמץ הנמקה משפטית לקויה חותרת תחת טענותיה לאובייקטיביות ותום לב.

חשוב גם להדגיש שבעצם התנאים של החקירה יש הפליה כלפי ישראל. החקירה נפתחה באופן רטרואקטיבי ב-13 ביוני, 2014, יום אחד אחרי שמחבלי חמאס חטפו ורצחו שלושה נערים ישראליים. החקירה נפתחה עם המבצע בעזה ב-2014 נגד חמאס, ובאופן מכוון מתעלמת מפשע המלחמה הפלסטיני שהיה בין המניעים למבצע הזה.

מעבר לכך, החקירה מתמקדת בשלוש האשמות ספציפיות של פשעי מלחמה שביצעה לכאורה ישראל – מבצע צוק איתן בשנת 2014, "התנחלויות" ישראליות, והשימוש בכוח קטלני במרץ 2018 בגבול עזה. בעוד עיקר ההתמקדות היא בישראל, החקירה גם מציינת האשמות של פשעי מלחמה שביצעו "קבוצות חמושים מחמאס ופלסטין".²⁵ פירושו של דבר, פשעי המלחמה השיטתיים של הרש"פ כמו מימון טרור, הסתה והיעלמות כפויה לא יחקרו.

21 מדינת פלסטין. <<https://www.icc-cpi.int/palestine#:~:text=On%202020January%202015%2C%20Palestine,Palestine%20on%201%20April%202015>>

22 היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה "המצב בפלסטין", אביחי מנדלבליט, משרד היועץ המשפטי לממשלה, https://www.gov.il/he/pages/___the_international_criminal_courts_lack_of_jurisdiction_over_the_so_called_situation_in_palestine. 20.77.2019

23 דעת נבדלת חלקית של השופט פיטר קובאץ' 'Prosecution request' Judge Péter Kovács' Partly Dissenting Opinion, Decision on the 'Prosecution request' pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine' Par. 3

24 ראו את כתבי הטענות לידידי בית המשפט שהוגשו על ידי המדינות הרלבנטיות ל-ICC.

25 ראו החלטת הערכאה להליכים מקדמיים של ה-ICC Pre-Trial Chamber I Decision, Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine [\[here\]](#)

וכן- שאלות ותשובות בקשר להחלטה על הסמכות השיפוטית הטריטוריאלית של בית הדין הפלילי הבינלאומי במצב בפלסטין, [\[כאן\]](#)

מאז שהתובע חאן חזר אל המערכה, הוא יצא במספר הצהרות המעידות על כך שהוא מתכוון להניח את נטל הראיות על הישראלים, שייאלצו להוכיח את חפותם מכל ההאשמות. בנאום בקהיר ב-30 באוקטובר 2023, חאן טען שעל ישראל – שכפי שהוא יודע לא מקבלת את סמכות בית הדין – מוטלת החובה:

"להראות כי כל התקפה, כל התקפה הפוגעת באזרחים חפים מפשע או באובייקטים מוגנים, חייבת להתבצע בהתאם לדיני הלחימה ומנהגיה, בהתאם לדיני הסכסוך המזוין.

עליהם להוכיח את יישומם הראוי של עקרונות ההבחנה, הזהירות והמידתיות. ואני רוצה להיות ברור כדי שלא תהיה אי הבנה: ביחס לכל בית מגורים, ביחס לכל בית ספר, לכל בית חולים, לכל כנסייה, לכל מסגד – המקומות האלה מוגנים, אלא אם כן מעמד המוגן אבד. ואני רוצה להבהיר באותה מידה של בהירות שהנטל להוכיח שמעמד ההגנה אבד מוטל על מי שיוזרה, על מי שמשגר את הטיל או את הרקטה המדוברת."²⁶

ההצהרה של חאן מרמזת שישראל אשמה עד שתוכח חפותה. דברים אלה גם מנוגדים לחלוטין לעיקרון על פיו החלטות צבאיות נאמדות על פי המידע (המוגבל על פי רוב) שעמד לרשות מקבלי החלטות בזמן ההחלטה. לאור התנאים הקשים והלחץ הכבד ("ערפל הקרב") בהן התקבלו, בתי משפט ברחבי העולם נמנעים מהתערבות בדיעבד בהחלטות של מפקדים צבאיים.²⁷ באותו נאום, חאן ציין שיש לישראל "פרקליטים צבאיים ומערכת שנועדה להבטיח את עמידתם בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. יש להם עורכי דין שמייעצים לגבי החלטות על מטרות" אם חאן מכיר בכך שיש לצבא הישראלי מנגנונים מובנים להגנה על אזרחים, לא ברור מדוע הוא מייחס לישראל כוונות זדון עד שיוכחו את חפותם. חאן לא דרש רף הוכחה מסוג זה באף סכסוך אחר.

חאן הוסיף וביקר את היקף ומהירות כניסת הסיוע ההומניטרי לעזה, למרות שמצור נחשב לאמצעי חוקי ולגיטימי של מלחמה.²⁸ בעת שנשא דברים ברמאללה, התובע יצא בהצהרה דומה, כשהוא אומר ש"אין צורך לשמור רק על לשון החוק אלא גם על רוח הדברים".²⁹ כמובן שאין כל פרמטר משפטי מקובל על מנת לקבוע את מידת העמידה במבחן ה"רוח" של מידתיות או הבחנה, ו"רוח" אינה מהווה טיעון בסוגיות פליליות.

חאן נקט במספר צעדים על מנת להניח את החקירה נגד ישראל בראש סדר העדיפויות. הוא הקים צוות חקירה מלא והחל לגייס עובדים חדשים לחקירה, לדבריו "תוך גזלת משאבים ממצבים אחרים".³⁰ בשנת 2023, חאן הקצה לראשונה מימון לחקירה של "פלסטין" ומאז ביקש מימון נוסף. על פי יועץ מיוחד של התובע לענייני פשעי מלחמה, "החקירה של פלסטין הייתה רדומה לחלוטין לפני שחאן נכנס לתפקיד, והוא התקדם רק בגלל שהוא דחף לזה".³¹

26 הצהרת התובע כרים א.א. ח'אן בקהיר, על המצב בפלסטין וישראל, 30.10.2023 [כאן]

27 ראו United States v. List, et al. (The Hostage Case), XI TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NMT 1295-96; במשפט גרמני ואירופי, ראו Prosecutor v. Colonel Georg Klein and ECHR Application no. 4871/16, Hanan v. Germany, 561/75 - מוטי אשכנזי נ' שר הבטחון ואח', בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, בג"ץ 910/86 יהודה רסלר ואחרים נגד שר הביטחון.

28 ראו אבי בל, סוגיות משפטיות לגבי המצור על רצועת עזה בעת מלחמה, 16.10.2023 [כאן]

29 "התובע הראשי: יש להראות שהחוק מגן על כולם" [אנגלית] Yonah Jeremy Bob, "ICC Chief Prosecutor: We must show that the law protects all", the Jerusalem Post. 03.12.2023. <https://www.jpost.com/arab-israeli-conflict/gaza-news/article-776326>

30 דברי התובע כרים א.א. ח'אן בפתיחת המושב ה-22 Session of the Assembly of States Parties. The Office of the Prosecutor, 04.12.2023. [here](https://www.icc-cpi.org/press-releases/2023/12/04/icc-chief-prosecutor-karim-a-a-khan-at-the-opening-of-the-22nd-session-of-the-assembly-of-states-parties)

31 Jon Heller, Kevin. "Responding to the Open Letter to the ASP Regarding Palestine." Opinio Juris, December 8, 2023. <https://opiniojuris.org/2023/12/08/responding-to-the-open-letter-to-the-asp-regarding-palestine/>.

2 | אסטרטגיית הבינאום של הרש"פ

הפלסטינים עוסקים כבר זמן רב באסטרטגיה של "בינאום", שהיא הקריאה לקהילה הבינלאומית להפעיל לחץ על ישראל שתבצע וויתורים חד צדדיים, כדי שהם יוכלו להימנע מפשרות מצדם במסגרת משא ומתן דיפלומטי. אסטרטגיה זו דורשת מישראל להתייחס אל ה-ICC כאל איום אסטרטגי ולא כאל שחקן לגיטימי.

אסטרטגיית הלוחמה המשפטית הובהרה בצורה הברורה ביותר בשנת 2001 בפורום הידוע לשמצה של הארגונים הלא ממשלתיים בוועידת דורבן. למעלה מ-1,500 ארגונים ניסחו את הצהרת הפורום ותוכניות הפעולה שלו, שהתוו את תכנית הביצוע לפירוק המדינה היהודית, תוך שימוש בכלים משפטיים ופסודו-משפטיים. התוכנית הייתה להוקיע את ישראל כמדינה גזענית ומדינת אפרטהייד, וכזו שמפרה את הדין הבינלאומי, לבודד אותה, וברבות הזמן לחסל אותה. באזכור מפורש של אמנת רומא, ההצהרה של הפורום קראה:

"לייסד טריבונל לפשעי מלחמה, שיחקור וישפוט את מי שאשם בפשעי מלחמה, במעשים של רצח עם וטיהור אתני, ובפשע האפרטהייד המהווים כולם פשעים נגד האנושות, שבוצעו או שממשיכים להתבצע בישראל או בשטחים הפלסטינים הכבושים".³²

סאיב עריקאת, חבר הוועד הפועל של אש"ף וראש צוות המו"מ הפלסטיני, פרסם נייר רב השפעה ביוני 2015, בו הוא משרטט את המאבק הדיפלומטי מול ישראל, כולל תפקידו של ה-ICC. המטרה של מבצע ה'בינאום' הייתה להביא לכך שהקהילה הבינלאומית תכריח את ישראל לסגת לקווי '67' תוך שהיא גם מקבלת את הדרישות הטריטוריאליות המקסימליות של הרש"פ, בדחייה של כל חשש ביטחוני ישראלי, והגשמה לבסוף של מה שנקרא "זכות השיבה". הבינאום משמעו עקיפת התהליך של יישוב הסכסוך באמצעות משא ומתן, והפעלת לחץ על ישראל לקבל את עמדת הפלסטינים במלואה. תפקיד ה-ICC בקמפיין הזה הוא להפיל את הקהילות היהודיות ביהודה, שומרון ומזרח ירושלים, וכן לפתוח חקירות נגד חיילים ישראלים, ובכך לחבל ביכולתה של ישראל לערוך מבצעים צבאיים.³³

בטור שפרסם בניו יורק טיימס, יושב ראש הרשות אבו מאזן ציין במפורש שמטרת הרש"פ בבקשתה להתקבל כחברה בעצרת הכללית של האו"ם ב-2012 הייתה לקדם לוחמה משפטית נגד ישראל:

"קבלה של פלסטין לאו"ם תסלול את הדרך לבינאום הסכסוך כסוגיה משפטית ולא רק פוליטית. היא גם תסלול את הדרך עבורנו להגיש תלונות נגד ישראל באו"ם, אצל גופי אמנות לזכויות אדם ובבית הדין הבינלאומי לצדק (ה-ICJ)".³⁴

ה-ICC התיר לרש"פ באופן גלוי לעשות שימוש בבית הדין כחרב וכאיום מעל ראשה של ישראל על מנת לסחוט ממנה ויתורים. הפרופסור מרק שאק מספר בפירוט רב בכתבה שפרסם, על השימוש שעשתה הרש"פ בסמכות ה-ICC כמנוף לחץ נגד ישראל, וטען ש"זו הפעם הראשונה בהיסטוריה ששחקן בינלאומי עושה שימוש כה בוטה וכוחני באיום בפנייה ל-ICC".³⁵

32 NGO Forum Declaration and Programme of Action טעיף 113.

33 סא"ל (מיל) יונתן ד. הלוי, "כך נחשפה התכנית המדינית של עריקאת", המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה 11.11.20 [כאן]

34 "המדינה הפלסטינית שמזמן הייתה צריכה להיות", The New York Times, Mahmoud Abbas, "The Long Overdue Palestinian State", 16.06. 2011 <https://www.nytimes.com/2011/05/17/opinion/17abbas.html>.

35 Schack, Marc. "Going to The Hague's Coercive Leverage: The Palestinian ICC Policy during the 2014 Operation Protective Edge." *Journal of international criminal justice* 15.2 (2017): 319-342.

בקצרה, הרש"פ ביצעה את הניסיון הראשון לקבל על עצמה את סמכות ה-ICC מספר ימים לאחר תום מבצע עופרת יצוקה שנערך בין 2008-2009. בזמן המבצע, ישראל נכנסה לעזה ותקפה פעילי טרור של החמאס, לאחר מתקפה של אלפי טילים על ריכוזי אוכלוסייה ישראלית. מטרתה של הרשות, שהפכה בינתיים למוטיב חוזר, היא להגביל את יכולתה של ישראל לפתוח במבצעים צבאיים דומים מחשש לחקירה בינלאומית.

השימוש באיום של ה-ICC נעשה מפורש יותר בתקופת המבצע בעזה של "צוק איתן", ביולי 2014. יום לפני תחילת המבצע, שיצא לפועל בעקבות החטיפה והרצח של נערים ישראלים, ובעקבות מטחי טילים על יישובים ישראליים, יו"ר הרש"פ עבאס איים שהרשות תערב את ה-ICC אם ישראל תגיב.³⁶ לאחר תחילת הלחימה, בכירת אש"ף חנן אשראווי הצהירה: "יש לנו החלטה להצטרף אל אמנת רומא... כל שאנו זקוקים לו הוא שליחת המכתב... אם ההתקפה תימשך ולא תיעצר, זה יהיה במוקדם ולא במאוחר".³⁷ האסטרטגיה של הרשות הייתה לספק לחמאס חסינות דיפלומטית מול ישראל – כל פעולה נגד חמאס תהפוך לחשיפה אפשרית של חיילי צה"ל להרשעות של ה-ICC. ככזו, חמאס הכריז על תמיכתו בקמפיין ה-ICC של הרש"פ.³⁸ גם אחרי הטבח של 7 באוקטובר, חמאס המשיך לקרוא ל-ICC "להתגבר על הלחץ הפוליטי ולשאת באחריותו להעמיד לדין בכירים ישראליים על ההרג והזוועות ברצועת עזה".³⁹

לקראת סוף אוגוסט 2014, הרשות החלה לאיים שאם מועצת הביטחון לא תאמץ לוח זמנים לנסיגה ישראלית לקווי 67', היא תתקדם עם אסטרטגיית ה-ICC. לבסוף, ב-30 בדצמבר, 2014, הרש"פ הגישה הצעת החלטה במועצת הביטחון באמצעות ירדן. הצעת החלטה S/2014/916 נדחתה, ולמחרת אבו מאזן חתם על אמנת רומא.⁴⁰

על פי מתווה ההחלטה שהוגש, ישראל תקבל באופן חד צדדי את כל הדרישות הפלסטיניות ללא אף ויתור פלסטיני. ישראל תסכים לנסיגה ולהקמת מדינה פלסטינית תוך שניים עשר חודשים, בהתבסס על קווי 67', חלוקת ירושלים, זכות השיבה ונסיגה מלאה של כוחות צה"ל. המתווה שרטט כניעה ישראלית מוחלטת לדרישות הפלסטינים ללא קבלת כל תמורה. במילים אחרות, ישראל תוותר על שטח ולא תקבל שלום.

ה-ICC פעל בשיתוף פעולה מלא עם הרש"פ, והפך את עצמו לחזית נוספת במלחמה הדיפלומטית מול ישראל. במסמך של שאלות ותשובות שפרסם ה-ICC ב-15 בפברואר 2021 כמענה לביקורת, בית הדין טען במרמה ש "הערכאה לא עסקה בשיפוט לגבי סכסוך גבולות על פי החוק הבינלאומי ולא פסקה מראש לגבי השאלה של גבולות עתידיים כלשהם". אולם, בית הדין בעצמו ביסס את קביעותיו הטריטוריאליים על מספר החלטות לא מחייבות של האו"ם, המתייחסות ל"שטח פלסטיני כבוש מאז 1967". החלטת ה-ICC, בעוד

36 עבאס לישראל: מי שמפחד מבית המשפט שלא יבצע פשעים, 'Abbas to Israel: Those Who Fear Courts Must Refrain from Committing Crimes', Middle East Monitor, 7 July 2014, available at <https://www.middleeastmonitor.com/news/middle-east/12599-abbas-to-israel-those-who-fear-courts-must-refrain-from-committing-crimes>

37 "פלסטינים מאיימים להצטרף לבית הדין הפלילי בעקבות הנעשה בעזה", Raphael Ahren, "Palestinians threaten to join International Criminal Court over Gaza", the Times of Israel, 17.07.2014. <https://www.timesofisrael.com/pa-threatens-to-join-icc-other-international-treaties-over-gaza/>

38 "חמאס מכריז על תמיכתו בפניה הפלסטינית להצטרף לבית הדין 'International Criminal Court', The Guardian, 23 August 2014, available at <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/23/hamas-backpalestinian-bid-international-criminal-court>

39 "החמאס דורש מה-ICC להעמיד את ישראל לדין על 'פשעים' בעזה", "Hammas urges ICC to hold Israel accountable over 'crimes' in Gaza", Anadolu Agency. 26.12.2023. <https://aa.com.tr/en/middle-east/hamas-urges-icc-to-hold-israel-accountable-over-crimes-in-gaza/3092249>

40 ראו הצהרה לתקשורת של האו"ם, UN Press Release, 'Note to Correspondents in Response to Questions on Documents 2.1.2015 Submitted by the Permanent Observer of Palestine' <https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2015-01-02/note-correspondentsresponse-questions-documents-submitted> נדלה ב-1.12.2016.

שהיא אינה מחייבת טכנית לגבי גבולות, תהפוך להחלטה לא מחייבת נוספת המוכיחה בטיעון מעגלי, את הבעלות הפלסטינית על כל שטח שבמחלוקת מאז 1967.⁴¹

המשמעות של המוכנות של ה-ICC להפוך לנשק נגד ישראל היא שישראל חייבת להתייחס אל בית הדין כאל איום אסטרטגי ולא כאל מוסד משפטי ניטרלי.

3 | כיצד על ישראל להגיב?

בעוד ישראל הכריזה באופן רשמי על מדיניות של אי שיתוף פעולה עם ה-ICC, בפועל היא לא תמיד מתנהלת על פי מדינות זו.⁴² משפטנים ישראלים בכירים כינו אסטרטגיה זו "דיאלוג", להבדיל מ"שיתוף פעולה".⁴³ בשנת 2016, ישראל התירה למשלחת של ה-ICC לבקר בתל אביב, בירושלים וברמאללה. אולם, שיתוף הפעולה הזה לא מנע או הרתיע את ה-ICC מהתקדמות עם מהלכים עוינים נגד ישראל, בראשם החלטת סמכות השיפוט שלה מ-2019. להיפך, ה-ICC "תלוי כמעט לחלוטין בשיתוף פעולה מצד מדינות כדי להביא חשודים בפשעים לבית המשפט".⁴⁴

בעוד קיימת האפשרות שה-ICC ירשיע חלק ממחבלי החמאס בפשעי מלחמה כדי לשדר איזון, לישראל יש מעט מאוד להרוויח מכך. יש לישראל הרבה יותר מה להפסיד מהרשעתם של ישראלים מאשר להרוויח מהרשעתם של מחבלי חמאס. המדינות המערביות מזהות את חמאס כארגון טרור רצחני, כך שהרשעה לא תשפיע על המוניטין של הארגון כלל. מנגד, הרשעות של ישראלים יהיו רוח גבית לקמפיין הדה-לגיטימציה של ישראל, בחיזוק התדמית השקרית שלה כמדינה סוררת ופורעת חוק. בכל מקרה, הסיכוי שבכירי חמאס יופיעו בפני בית הדין בהאג על מנת להישפט נמוך מאוד. דוגמת מופת לכך היא הטריבוונל המיוחד ללבנון שהוקם בגין רצח ראש ממשלת לבנון בשנת 2005 ונערך במעמד צד אחד, ללא מחבלי החיזבאללה.⁴⁵

הכישלון של ה-ICC בחקירתן של שתי דמוקרטיות נוספות – קניה וארה"ב – יכול להוות דוגמה לצורה שבה אסטרטגיה של אי-שיתוף פעולה ואפילו התנגדות אקטיבית ל-ICC עשויה להצליח.

41 שאלות ותשובות בקשר להחלטה על הסמכות השיפוטית הטריטוריאלית של בית הדין הפלילי הבינלאומי במצב בפלשתינ. להסתמכות המעגלית על הצהרות פוליטיות, ראו - "The evolving language used in UN Resolutions relating to the West Bank, Written Statement submitted by the International Association of Jewish Lawyers and Jurists under ICJ Practice Direction XII in the Advisory Proceedings on the "Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem" as initiated by UNGA A/RES/77/247. P. 43. [\[here\]](#)

42 "Israel 'will not co-operate' with ICC war crimes investigation", BBC, 9.04.2021. "ICC-ה" <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-56687437>

43 הודיה כריש-חזוני. "האורות לא כבים במשרדים": המאמץ נגד האג", מקור ראשון, 19.01.2020. <https://www.makorishon.co.il/news/197999/>

44 Hillebrecht, Courtney, and Scott Straus. "Who Pursues the Perpetrators? State Cooperation with the ICC." *Human Rights Quarterly* 39, no. 1 (2017): 162–163. <http://www.jstor.org/stable/44488976>.

45 Lysander Fremuth, Michael, Andreas Sauermoser, and Konstantina Stavrou. "The Special Tribunal for Lebanon: After the Judgment in Ayyash et al., Justice at Last?" *Opinio Juris*, October 26, 2020. <https://opiniojuris.org/2020/10/26/the-special-tribunal-for-lebanon-after-the-judgment-in-ayyash-et-al-justice-at-last/>.

א | קניה - אי שיתוף פעולה

בשנת 2011, נשיא קניה קנייטה וסגן הנשיא רוטו הואשמו בפשעים נגד האנושות בגין חלקם באלימות ששטפה את המדינה בעקבות הבחירות לנשיאות ב-27 בדצמבר 2007.⁴⁶ הממשלה בקניה נקטה במספר אסטרטגיות על מנת לערער את התביעה, בהן מסע דיפלומטי אזורי נגד בית הדין וסירוב עקבי לשתף פעולה עם החקירה.⁴⁷ בעקבות מאמציהם, בדצמבר 2014 בוטל כתב האישום נגד קנייטה, וכתב האישום נגד רוטו בוטל באפריל 2016.⁴⁸ קניה, כמעצמה אזורית בינונית, ממחישה כי אי-שיתוף פעולה ישראלי עם בית הדין הפלילי הבינלאומי יכול לשאת פרי.

קניה נקטה במספר מהלכים דיפלומטיים על מנת לערער על הלגיטימיות של חקירת ה-ICC. בפסגה של האיחוד האפריקאי בינואר 2011, האיחוד יצא בהכרזה שביקרה את גישת ה-ICC בעניין של קניה וקרא לו לדחות את החקירה. במשך השנתיים הבאות, קניה פנתה מספר פעמים למועצת הביטחון בבקשה להצביע על דחייה. בשנת 2013, האיחוד האפריקאי שוב אימץ החלטה שהתנגדה להתערבות ה-ICC בקניה. האיחוד האפריקאי גם דן ביציאה המונית של מדינות באפריקה מאמנת רומא, למרות שלא התקבלה החלטה בעניין.⁴⁹ דיפלומטים מקניה פעלו באופן אקטיבי כדי לעודד מדינות אפריקניות לתמוך ביציאה מאמנת רומא.⁵⁰ מעל במות מגוונות, קניה העלתה את הטענה שה-ICC אינו מכבד ריבונות אפריקנית והוא מהווה אמצעי של אימפריאליזם מערבי.⁵¹

גם מבית, קניה פעלה ליצור דה-לגיטימציה לבית הדין. מיד לאחר שהוגשו כתבי האישום של קנייטה ורוטו, הפרלמנט הקנייתי העביר שני הצעות ליציאה מאמנת רומא, כמו גם ביטול החקיקה המקומית הרלבנטית המעניקה ל-ICC סמכות שיפוט. למרות העדר ההשפעה המעשית המשפטית על החקירה מנקודת מבטו של בית הדין, ההצעות הבהירו את נחישותה של הממשלה לא לנהל שיח עם ה-ICC. לאחר הבחירות בקניה בשנת 2013, הפרלמנט העביר שתי הצעות דומות, שגם הן לא הגיעו בסוף לכדי חקיקה.⁵² במרוץ לבחירות 2013, קנייטה ורוטו רצו על מצע המדגיש את הריבונות של קניה בעמידתה מול התערבות ה-ICC.⁵³

הממשלה של קניה סירבה בעקביות למסור ראיות או לאפשר גישה לעדים.⁵⁴ פרקליט המדינה הודיע לבית הדין שעל מנת לספק לו רישומים פיננסיים ומסמכים אחרים נדרש צו בית משפט קנייתי.⁵⁵ בית הדין ציין

- 46 בית הדין הפלילי הבינלאומי, המצב ברפובליקה של קניה, www.icc-cpi.int/kenya?ln=en International Criminal Court, Situation in the Republic of Kenya
- 47 לקשת האסטרטגיות, ראו Laurence R. Helfer; Anne E. Showalter, "Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy against the ICC," *International Criminal Law Review* 17, no. 1 (2017): 1-46
- 48 משרד התובע של ה-ICC, הצהרת התובעת פאטו בנסודה, Office of the Prosecutor, ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the Withdrawal of Charges Against Mr Uhuru Muigai Kenyatta, 5 December 2014; Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, 5 April 2016, ICC, Trial Chamber v(A), Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal, Icc-0/09-01/11.
- 49 ראו Helfer and Showalter בעמ' 9-15.
- 50 Ludger Schadomsky 'The African Union Debates Its Relationship with the International Criminal Court, DW, 11 October 2013, <www.dw.com/en/the-african-union-debates-its-relationship-with-the-international-criminal-court/a-17151963>
- 51 "הנשיא תוקף את המערב על ה-ICC", President Uhuru Hits out at the West over ICC: Speech by his Excellency Hon. Uhuru Kenyatta, Daily Nation, 12 October 2013, <<https://nation.africa/kenya/news/president-uhuru-hits-out-at-the-west-over-icc-90349>>
- 52 Helfer and Showalter בעמ' 15-18.
- 53 Helfer and Showalter בעמ' 36-37.
- 54 משרד התובע של בית הדין הפלילי הבינלאומי, הצהרת התובע Office of the Prosecutor, ICC, Statement by the Prosecutor on the Decision to Withdraw Charges Against Mr. Muthuara, n1 March 2013, <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=OTP-statement-n-o-3-2013>
- 55 Tom Maliti, 'Kenya's Attorney General Says a Court Order is Needed to Get Kenyatta Financial Records, International Justice Monitor, 13 February 2014, <www.ijmonitor.org/2014/02/kenyas-attorney-general-says-a-court-order-is-needed-to-get-kenyatta-financial-records/>

שהממשלה "סיכלה באופן בלתי מוצדק" את החקירה.⁵⁶ התובע הודה בקושי הקיים להביא עדים למשפט, כשהוא כותב על "דיווחים שהתקבלו מעדי תביעה על כך שהפכו למטרה של גורמים רשמיים שביקשו להשפיע על עדותם, כאשר "חלק מפקידי הממשל בקניה עודדו אקלים אנטי-ICC בקניה..."⁵⁷

לא נראה שאסטרטגיית ההתחמקות של קניה פגעה במעמד הבינלאומי שלה. מנגד, ביטול האישומים נגד קנייטה ורוטו נחשב "כישלון משמעותי" ו"מכה קשה" לבית הדין.⁵⁸

ב | ארצות הברית: אסטרטגיה של מתקפה

ארצות הברית חתמה בתחילה על אמנת רומא בשנת 2000, אולם הודיעה רשמית למזכיר הכללי של האו"ם בשנת 2002 שאין לה כוונה לאשרר את האמנה. ארצות הברית חששה שמחויבותה הבינלאומית תחשוף אותה באופן מיוחד לחקירות פוליטיות מגמתיות נגדה.

בשנת 2002, ארצות הברית חוקקה את חוק ההגנה על חיילי ארצות הברית, המעניק לנשיא את הסמכות, "בכל האמצעים המתאימים והנדרשים, להביא לשחרורו של כל משרת בכוחות ארצות הברית או של בעלות בריתה שנעצרו או נכלאו מטעמו או על פי בקשתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג". החוק אוסר על כל רשויות הממשלה לתת סיוע ל-ICC ואוסר על מתן סיוע צבאי לכל מדינה חברה מלבד מדינות בעלות ברית או מדינות החתומות על הסכמים בילטרלים (הסכמי סעיף 98). ארצות הברית גם מבקשת ממדינות לחתום על הסכמי סעיף 98, על פיהם הם מסכימים שלא להעביר אמריקנים אל ה-ICC. ראו בנספח ב' את נוסח ההסכמים.

בשנת 2006, התובעת בנסודה ביקשה לפתוח בחקירה מקדמית של אפגניסטן שתכלול פעולות אמריקניות במלחמה נגד הטליבן ואל-קאעידה. בנסודה הגישה בקשה רשמית לבית הדין לפתוח בחקירה רשמית רק בשנת 2017.⁵⁹ בכירים אמריקנים גינו את בית הדין כמוסד לא לגיטימי ואיימו על בכירי ה-ICC בסנקציות ואפילו בכתבי אישום. מזכיר המדינה דאז מייק פומפיואו הכריז על סירוב לבקשות לוויזה של צוות ה-ICC המעורב בחקירה נגד אזרחים אמריקנים.⁶⁰ בהחלטה בשנת 2019, הערכאה להליכים מקדמיים של ה-ICC דחתה את הבקשה לפתוח בחקירה מהטעמים שהיא אינה משרתת את עיקרון הצדק, ושיש לה סיכוי נמוך של הצלחה. כפי שכתבה הערכאה: "התנאים הנוכחיים השוררים באפגניסטן הופכות את הסיכויים לחקירה ולכתב אישום מוצלחים לקטנים מאוד... דבר זה... יוביל לתסכול וייתכן אף לעוינות כלפי בית הדין ובכך

56 *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, 31 March 2014, ICC, Trial Chamber v(B), Decisions on the Prosecutions Applications for a Finding of Non-Compliance Pursuant to Article 87(7) and for an Adjournment of the Provisional Trial Date, ICC-01/09-02/11-908, www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1755190.p

57 "עדים בקניה מסתכנים בהטרדות" 5, Institute for War & Peace Reporting, Bernard Momanyi, 'Kenya Witnesses Face Harassment', June 2013, <www.iwpr.net/report-news/kenya-witnesses-face-harassment>

58 BBC News. "Dismissal of case against Kenya's Ruto huge blow to ICC." BBC, 5 April 2016, <https://www.bbc.com/news/world-africa-35974172>; The Global Observatory. "Not Guilty, Not Acquitted: Kenyan Ruling a Major Setback for ICC". 11 April 2016, <https://theglobalobservatory.org/2016/04/international-criminal-court-kenya-ruto-kenyatta/>

59 "The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, requests judicial authorisation to commence an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan", 20.11.2017. <https://www.icc-cpi.int/news/prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-requests-judicial-authorisation>

60 "ארה"ב תדחה בקשות וויזה לחברי ה-ICC", the Guardian, "US to deny visas for ICC members investigating alleged war crimes", 15.04.2019. <https://www.theguardian.com/us-news/2019/mar/15/mike-pompeo-us-war-crimes-investigation-international-criminal-court>

שפיע לרעה על עצם יכולתו לחתור באופן אמין למטרות שלשמה הוא הוקם".⁶¹

במרץ 2020, ערכאת הערעור הפכה את ההחלטה, ופתחה בחקירה של המצב באפגניסטן.⁶² תגובת הנגד של ממשל טראמפ היה צו נשיאותי המורה לדחות את הוויזות של בנסודה ושל פקיסו מוצ'וצ'וקו, ראש האגף לסמכות שיפוט, משלימות ושיתוף פעולה במשרד התובעת של ה-ICC ולהטיל עליהם סנקציות.⁶³ פומפיו גם נסע לאפגניסטן כדי לעודד את הממשלה האפגנית לבקש דחייה רשמית. ברבות הזמן, ממשל ביידן הסיר את הסנקציות, באפריל 2021.⁶⁴ בספטמבר 2021, התובע חאן הודיע על חידוש החקירה באפגניסטן, כשהוא מתמקד רק בטליבן ובמדינה האיסלמית.⁶⁵

4 | המלצות

ההיסטוריה של עשרים השנים האחרונות מלמדת באופן שאינו משתמע לשני פנים כי ה-ICC הוא כלי נשק פוליטי נגד מדינת ישראל. שיתוף פעולה עם החקירה שלו רק תעניק לו לגיטימציה ותאפשר לבית הדין להעמיד פנים שיש לו ענין בהליכי חקירה הוגנים ובניתוח משפטי ענייני. בית הדין כשל בהרשעותיו (המועטים) ללא שיתוף הפעולה של מדינת הנאשמים. המקרים של קניה וארצות הברית מדגימים כי אי-שיתוף פעולה עקבי ופעולות התקפה יכולים להרתיע פעולה עוינת של ה-ICC.

האסטרטגיה החדשה של ישראל דורשת ארבעה צעדים:

1. האחריות על נושא ה-ICC צריכה לעבור מידיהם של משפטנים לידי משרד ראש הממשלה. מדינת ישראל חזרה והצהירה שהיא לא מכירה בסמכותו של ה-ICC. על כן, כל הליך משפטי אינו לגיטימי וככזה, על הגופים המשפטיים – היועץ המשפטי לממשלה, המחלקה למשפט בין-לאומי של משרד המשפטים, היועצים המשפטיים של משרד החוץ, מחלקת הייעוץ והחקיקה של הפרקליטות הצבאית – להפסיק את התקשרות עם ה-ICC. יש להקים מחלקה מיוחדת של משרד ראש הממשלה שתהיה אמונה על תיאום האסטרטגיה מול ה-ICC, תחת שליטתו הישירה של ראש הממשלה.

2. חקיקה המגינה על ישראלים – על הכנסת לחוק חוק על פי המודל של החוק להגנה על חיילי ארצות הברית. חקיקה כזו תאסור על כל רשות ממשלתית לשתף פעולה עם ה-ICC ללא החלטת ממשלה. לממשלה תהיה הסמכות לעשות שימוש בכל האמצעים הנדרשים על מנת לשחרר ישראלים שנעצרו. אף רשות ממשלתית לא תשתף פעולה עם כל מדינה המשתפת פעולה עם הליכים נגד מדינת ישראל. יסורבו אשרות כניסה לישראל של פקידי ה-ICC. הצעות חוק כאלה עלו בעבר, לאחרונה במרץ 2023.⁶⁶

Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 12 April 2019. Par 96 [\[here\]](#) 61

Afghanistan: ICC Appeals Chamber authorises the opening of an investigation, 5 March 2020 [\[here\]](#) 62

"Executive Order 13928 of June 11, 2020". Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court. [\[here\]](#) 63

"Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court", Antony J. Blinken, April 2, 2021. [\[here\]](#) 64

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following ח'אן א.א. הצהרת התובע כרים א.א. ח'אן the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan. 27 Sept 2021. [\[here\]](#) 65

ראו הצעת חוק הגנה על ישראלים מפני מוסדות בין-לאומיים עוינים, התשפ"א-2021 [\[כאן\]](#) 66

3. הסכמים בילטרליים - על מדינת ישראל לשכנע את בעלות בריתה לחתום על אמנות חסינות בילטרליות על פיהם שתי המדינות לא ישתפו פעולה עם תביעת אזרחים של הצד השני בידי ה-ICC ללא הסכמתה של אותה המדינה, ולא יסגירו או יעבירו אזרחים לתחום השיפוט של ה-ICC ללא הסכמתה של המדינה. (נוסח להסכמה בהתבסס על ההסכם האמריקני בנספח ב).

4. מסע הסברה ציבורי שמטרתו בניית קונצנזוס מבית, וחשיפת ההטיה האנטי-ישראלית בחו"ל - בעוד שמדינת ישראל מעולם לא קיבלה את סמכותו של בית הדין, הרשות הפלסטינית קיבלה אותה ברצון. בית הדין לא יכול כעת לדחות את סמכות שיפוטה כדי להימנע מהרשעתם של פשעים פלסטינים. לבית המשפט יש גם סמכות על פלסטינים בעלי אזרחות כפולה (בעיקר ירדנית). פלסטינים הפועלים בשם חמאס, פת"ח וארגוני טרור אחרים או על דעת עצמם ביצעו פשעי מלחמה חמורים נגד ישראלים ופלסטינים. על ישראל לדרוש באופן ציבורי שה-ICC יוציא נגדם כתבי אישום על בסיס זה שהרשות הפלסטינית אינה יכולה לטעון לחוסר סמכות. ישראל תפרסם ברבים את התיקים וסעיפי האישום. אם ה-ICC יימנע מפעולה, הדבר יחשוף ביתר שאת את ההטיה האנטי ישראלית, גם בעיני הציבור הישראלי וגם בעיני הקהילה הבינלאומית.

נספח א' | הצעת חוק הגנה על ישראלים מפני מוסדות בין-לאומיים עוינים, התשפ"ג-2023

מטרה 1. מטרתו של חוק זה להגן על אנשי כוחות הביטחון ותושבי ישראל מפני פגיעה אישית מצד מוסדות בין-לאומיים עוינים, המבקשים לפגוע בהם בשל מעשים שעשו בשטחה של ישראל או בשליחות מטעם מדינת ישראל, בין שהמעשים מהווים עבירה לפי החוק בישראל ובין שאינם עבירה לפי החוק בישראל.

הגדרות 2. בחוק זה –
"בית הדין הפלילי הבין-לאומי" – בית הדין הפלילי הבין-לאומי ומוסדות אחרים שהוקמו לפי האמנה הבין-לאומית Rome Statute of the International Criminal Court מיום 17.6.1998;

"בני בריתה של ישראל" – ארצות הברית של אמריקה או מדינה או ישות בין-לאומית אחרת שקבע שר המשפטים בצו;

"הליך נגד מדינת ישראל" – חקירה, הליך מקדמי או הליך מסוג כלשהו המתנהלים במוסד בין-לאומי עוין נגד אחד מאלה:

(1) אזרח או תושב קבע של ישראל בגין מעשה או מחדל שעשה בשטח מדינת ישראל או בשטח הנתון לשליטתה, ובכלל זה אזרח יהודה ושומרון;

(2) כוחות הביטחון או נגד משרת כוחות הביטחון;

(3) מי שפעל מטעם מדינת ישראל או רשות מרשויותיה, לרבות רשות מקומית;

(4) בני בריתה של ישראל;

"כוחות הביטחון" – צבא הגנה לישראל, שירות הביטחון הכללי, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, משטרת ישראל, שירות בתי הסוהר, או גוף אחר העוסק בעקיפין או במישרין בביטחון מדינת ישראל או בהגנת תושביה, שקבע שר המשפטים בצו;

"מוסד בין-לאומי עוין" – בית הדין הפלילי הבין-לאומי או מוסד בין-לאומי אחר שקבע שר המשפטים בצו בהתייעצות עם ועדת החוץ והביטחון של הכנסת;

"משרת כוחות הביטחון" – אדם שפעל או פועל מכוח הנחיה, פקודה או הוראה שניתנה מטעם אחד או יותר מכוחות הביטחון, או אדם שנתן הנחיה, פקודה או הוראה לכוחות הביטחון מכוח סמכות לפי דין.

3. הגנה על משרתי כוחות הביטחון ועל ישראלים

רשות מרשויות השלטון בישראל או גוף הפועל מטעמה לא יקיימו כל קשר ישיר או עקיף, ביוזמתן או שלא ביוזמתן, עם מוסד בין-לאומי עוין או עם מי שפועל מטעמו, אלא לפי החלטה של הממשלה ובדרך שתקבע.

אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכויות המוקנות לצורך הליך שיפוטי לשופט כהגדרתו בחוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002.⁶⁷

הממשלה מוסמכת להשתמש בכל אמצעי שנראה לה נחוץ כדי להביא לשחרורו של אזרח או תושב ישראל המוחזק על ידי כל גורם בקשר להליך נגד מדינת ישראל.

רשות בישראל לא תקיים כל שיתוף פעולה עם מדינה שנודע כי היא מסייעת במתן מידע להליך נגד מדינת ישראל, לרבות הסכמי סחר, בריתות צבאיות ושיתוף פעולה מודיעיני, ואם היה קיים שיתוף פעולה כאמור – תשעה אותו הרשות לאלתר;

על אף האמור בסעיף קטן (ד), הממשלה רשאית לאשר את המשכו של שיתוף פעולה כאמור, למשך שלושה חודשים בכל פעם, מנימוקים שירשמו ויוצגו בפני הכנסת או בפני ועדת החוץ והביטחון של הכנסת בתוך שבוע ימים מיום שניתן האישור.

לא יפנה אדם בין במישרין ובין בעקיפין, אל מוסד בין-לאומי עוין בבקשה לפתיחה בהליך נגד מדינת ישראל.

4. עונשין

העובר על הוראות סעיף 2, דינו – מאסר שבע שנים.

בחוק ההסגרה, התשי"ד-1954,⁶⁸ בסעיף 2ב, בסופו יבוא:

5. תיקון חוק ההסגרה

"(ג) לא יוסגר אדם הנמצא בישראל למוסד בין-לאומי עוין, למדינה או לכל גורם זר, אם יש יסוד להניח כי הבקשה או הצו להסגרה הוצאו בקשר ישיר או עקיף להליך נגד מדינת ישראל. לעניין הוראה זו – "מוסד בין-לאומי עוין", ו"הליך נגד מדינת ישראל" – כהגדרתם בחוק ההגנה על ישראלים מפני מוסדות בין-לאומיים עוינים (הוראות ותיקוני חקיקה), התשפ"ג-2023."

67 ס"ח התשס"ב, עמ' 590.

68 ס"ח התשי"ד, עמ' 208.

6. תיקון חוק הכניסה לישראל בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952⁶⁹, בסעיף 2, בסופו יבוא:

"(1) (ו) לא יינתנו אשרה ורישיון ישיבה מכל סוג שהוא, לישראל או לשטחים הנתונים בשליטתה, למי שהוא אחד מאלה:

(א) אדם שיש יסוד לחשד כי הוא פועל או צפוי לפעול מטעם מוסד בין-לאומי עוין בקשר ישיר או עקיף להליך נגד מדינת ישראל;

(ב) אדם שיש יסוד לחשד כי הוא פועל או צפוי לפעול בין מטעם עצמו ובין מטעם מדינה או גוף אחר שפנו למוסד בין-לאומי עוין בבקשה לפתיחת הליך נגד מדינת ישראל, בקשר ישיר או עקיף להליך האמור.

(2) על אף האמור בסעיף-קטן זה, שר הפנים רשאי, בהתייעצות עם שר החוץ, ליתן אשרה ורישיון לישיבת ביקור, אם נוכח כי הדבר נחוץ לביטחון המדינה או ליחסי החוץ שלה.

(3) בסעיף זה – "מוסד בין-לאומי עוין" ו"הליך נגד מדינת ישראל" – כהגדרתם בחוק ההגנה על ישראלים מפני מוסדות בין-לאומיים עוינים (הוראות ותיקוני חקיקה), התשפ"ג-2023.

7. ביצוע ותקנות שר המשפטים ממונה על ביצועו של חוק זה, והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו.

◀ נספח ב' | הסכמי חסינות בילטרליים

- א.** בהינתן האשרור בדבר חשיבות העמדתם לדין של מי שמבצעים רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה,
- ב.** בהינתן שאמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי שנערכה ברומא ביום 17 ביולי 1998 על ידי ועידת האומות המאוחדות של נציגי המדינות בעלי סמכות למנות שגרירים, בדבר הקמת בית דין פלילי בינלאומי, נועדה להשלים ולא להחליף את סמכות השיפוט הפלילית הלאומית,
- ג.** בהינתן העובדה שממשלת מדינת ישראל הביעה את כוונתה לחקור ולהרשיע מעשים שנעשו על ידי בכיריה, עובדיה, אנשי צבא או אזרחים זרים, בכל מקום שבית הדין הפלילי הבינלאומי טוען שנמצא בתוך תחום השיפוט של בית הדין,
- ד.** בהינתן סעיף 98 של אמנת רומא,
- ה.** אנו מסכימים בזאת כדלהלן:

- 1.** בהסכם זה- "אדם" הינו פקידי ממשל בהווה או בעבר, עובדים (לרבות עובדי קבלן) או אנשי שירות הביטחון או אזרחים של אחד הצדדים.
- 2.** אדם השייך לאחד הצדדים הנוכח בשטחו של הצד השני, בהעדר הסכמה מפורשת של הצד הראשון,
- (א)** לא יוסגר או יימסר בכל דרך לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג לכל מטרה שהיא, וכן
- (ב)** לא יוסגר או יימסר בכל דרך לכל ישות אחרת או לכל מדינה שלישית וכן לא יגורש למדינה שלישית למטרת הסגרתו או העברתו לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג.
- 3.** כאשר מדינת ישראל מסגירה, מוסרת או מעבירה למדינה שלישית בדרך כלשהי אדם השייך לצד השני, ישראל לא תסכים להסגרה או העברה של אותו אדם לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג על ידי המדינה השלישית ללא ההסכמה המפורשת של ממשלת X.
- 4.** כאשר ממשלת X מסגירה, מוסרת או מעבירה בצורה כלשהי למדינה שלישית אדם השייך למדינת ישראל, ממשלת X לא תסכים להסגרה או העברה של אותו אדם לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג על ידי המדינה השלישית ללא ההסכמה המפורשת של ממשלת ישראל.
- 5.** הסכם זה ייכנס לתוקף מרגע החלפת ההודעות של הצדדים בדבר אישור השלמת הדרישות המשפטיות הדרושות כדי לתת תוקף להסכם במדינה של כל צד. ההסכם יישאר בתוקף עד לשנה אחת לאחר התאריך בו אחד הצדדים הודיע לשני על כוונתו לסיים את ההסכם. הוראות הסכם זה ימשיכו לחול ביחס לכל פעולה המתרחשת, או לכל האשמה שעולה לפני תאריך תפוגת ההסכם בפועל.