

# בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)

## אלן בייקר\*

מבוא

רקע היסטורי

הוראות מרכזיות ועקרונות יסוד

הפשעים שבסמכות בית הדין

סמכות בית הדין והתנאים להפעלתה

עיקרון ההשלמה (קומפלמנטריות)

שיפוט יחידים

העדר תחולה רטרואקטיבית

שיתוף פעולה עם הערכאה

גופי האמנה, מנגנון ומוסדות נלווים

הוראות מהותיות שונות ועקרונות כלליים

בית הדין הפלילי, העם היהודי ומדינת ישראל

מבוא

בימים אלה, שבהם מדינת ישראל מתמודדת עם מאבק יומיומי בטרור, מוטחות במדינת ישראל האשמות קשות על ידי גורמים בינלאומיים שונים בדבר הפרות של אמנות בינלאומיות ובדבר ביצוע פשעי מלחמה. לנוכח האשמות אלו ולנוכח המניעים הפוליטיים, שברוב המקרים הם אשר עומדים בבסיסן, עומדים מקבלי ההחלטות בממשלת ישראל ובצמרת צה"ל וכן שופטי ישראל בפני דילמות מצויאותיות וקשות ביותר הנוגעות הן למישור המשפט הפנימי והן למישור המשפט

\* עורך דין, LL.M., יועץ המשפטי של משרד החוץ.

תודת המחבר נתונה להראל בן-ארי, LL.M., יועץ משפטי בשגרירות ישראל בהאג, על הסיוע שהגיש בכתובת המאמר. המחבר והמערכת מודים עמוקות לעו"ד דסי גרינברג, עוזרת ליועץ המשפטי של משרד החוץ, על סיועה בהוצאת הרשימה מהכוח אל הפועל.

הבינלאומי: איך, מחד גיסא, להילחם בטרור מסוג שהעולם לא ידע עד עכשיו, ומאידך גיסא, לעמוד בנורמות המקובלות בעולם בדבר התנהגות של מדינה דמוקרטית השוחרת חירות ושלו.

דילמה זו מתחדדת עוד יותר עם הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע בו-ביולי 2002, והקונקרטיזציה של הסכנה שמדינאים ישראלים וקצינים ישראלים יעמדו לדין בפני ערכאה זאת ביום מן הימים.

במאמר קצר זה נבקש לפרט את הוראותיה המרכזיות של חוקת בית הדין ואת העקרונות שביסודה תוך שרטוט קווים כלליים לדמות הערכאה והעמדתם אל מול הדילמות הקשות של מדינת ישראל.

## רקע היסטורי

הרעיון להקמת ערכאה פלילית בינלאומית נולד בחוזה השלום שנחתם בוורסאי לאחר מלחמת העולם הראשונה. הצורך בהקמת ערכאה פלילית בינלאומית קבועה נדון פעמים רבות מאז, והוא חודר נוכח זוועות מלחמת העולם השנייה. במהלך המאה הנוכחית הוקמו אמנם מספר טריבונלים אד הוק, בעלי מנדט מוגדר המוגבל בתחולת הזמן, המקום והעניין, לשיפוט פשעים בינלאומיים. בין אלה ניתן למנות את בתי הדין הצבאיים בנירנברג ובטוקיו, שהוקמו לאחר מלחמת העולם השנייה, ואת בתי הדין המאוחרים לשיפוט הפשעים אשר בוצעו ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר.

1 Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg, Aug. 8, 1945; Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, Jan. 19, 1946, as amended Apr. 26, 1946.

2 The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Former Yugoslavia since 1 January 1991 (S.C. Res. 808, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/RES/808 (1993)); The International Tribunal for Rwanda (with the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring states between 1 January 1994 and 31 December 1994) (S.C. Res. 955, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/RES/955 (1994)). בעת האחרונה נבחנה האפשרות להקמת טריבונל לשיפוט פשעים שבוצעו במהלך מלחמת האזרחים בסיירה-ליאון, שיתבסס על סמכות שיפוט לאומית אך יכלול מרכיבים המוכרים מפעילות הטריבונלים הבינלאומיים, כמפורט בהחלטת מועצת-הביטחון 1315. ראו S.C. Res. 1315, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/RES/1315 (2000). כמו כן, דובר על הקמת ערכאה לשיפוט הפשעים אשר בוצעו על ידי משטרו של פול פוט בקמבודיה. זאת במסגרת שיחות שערכה מזכירות האו"ם עם

עם זאת, הקיפאון המדיני והמתרחבות הבין-גושית שאפיינו את עידן המלחמה הקרה, לא אפשרו הקמת ערכאה פלילית בינלאומית קבועה.

האירועים הקשים ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר, לצד נפילת מסך הברזל עמדו ברקע החייאת היוזמה ואפשרו תמיכת מדינות שהתאפיינו בעבר בהסתייגות מרעיון הקמת בית הדין, כדוגמת ארצות הברית ובריטניה.

על רקע התהליכים והאירועים הנזכרים חזרה העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1994<sup>3</sup> והטילה על הוועדה למשפט בינלאומי את משימת הכנתה של טיוטת חוקה לבית דין פלילי בינלאומי. הטיוטה גובשה בראשית שנת 1995 והועברה על ידי העצרת הכללית של האו"ם לעיון שתי ועדות שהקימה לצורך גיבוש טיוטה שתכלול גם את התגובות וההערות של המדינות השונות ובכך תשקף הסכמה רחבה ככל האפשר. במהלך השנים 1996-1998 התנהלו במסגרת זו שישה סבבי דיונים, שבהם נטלה מדינת ישראל חלק פעיל. לקראת השלמת הדיונים על נוסח טיוטת החוקה הוחלט על כינוסה של ועידה דיפלומטית לצורך ליבון הסוגיות המרכזיות השנויות במחלוקת ולצורך אישור טיוטת החוקה של בית הדין. הוועידה התכנסה ברומא בין התאריכים 15.6.1998-17.7.

יצוין כי מתכונת זו שונה בתכלית ממתכונת הקמת הטריבונלים לשיפוט הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה, אשר הוקמו "לאחר מעשה" מתוקף החלטות בעלות תוקף מחייב של מועצת הביטחון של האו"ם במסגרת פעולתה מכוח פרק VII למגילת האו"ם<sup>4</sup>. לעומת זאת, המטרה בכינוס הוועידה הדיפלומטית הייתה הקמת בית דין מכוח אמנה בינלאומית מכוננת שתהייה עצמאית וקבועה, להבדיל מגוף-משנה או גוף-סמך של האו"ם, שתאפשר, כראוי לערכאה פלילית, פעילות שאינה תלויה בהחלטותיו ובחסותו של גוף פוליטי, כמועצת הביטחון של האו"ם, והמשכיות דיונית, שחיונית לגיבוש גוף המשפט הפלילי הבינלאומי ופיתוחו.

ממשלת קמבודיה החל משנת 1997, לאור בקשת ממשלת קמבודיה ומספר ממשלות אחרות שלא על בסיס מנדט מטעם מועצת הביטחון של האו"ם או העצרת הכללית.

3 G.A. Res. 49/53, U.N. GAOR (1994). למעשה, החל התהליך עוד בשנת 1989 עם אימוץ החלטת העצרת 44/39 פרי יוזמת טרינידד וטובאגו. היוזמה נתמכה על ידי 17 ממדינות אמריקה הלטינית והקריביים, אשר ביקשו להחיות את הדיונים בסוגיית הקמת ערכאה פלילית בינלאומית.

4 אף חוקות הטריבונלים אומצו במסגרת זו כהחלטות של מועצת הביטחון.

הוראות מרכזיות ועקרונות יסוד**הפשעים שבסמכות בית הדין**

לבית הדין סמכות להעמיד פרטים לדין בגין הפשעים החמורים ביותר במישור הבינלאומי המוגדרים בחוקה (the most serious crimes of international concern, ) (as referred to in this Statute)<sup>5</sup>. החוקה מונה ארבע קטגוריות של עברות מסוג זה: השמדת עם (genocide), פשעים נגד האנושות (crimes against humanity), פשעי מלחמה (war crimes) ותוקפנות (aggression)<sup>6</sup>.

ביחס לשלוש הקטגוריות הראשונות, החוקה מספקת רשימה ממצה של מעשים הנופלים בגדרן. רשימת עברות מפורטת זו הופכת, למעשה, את החוקה לקוד פלילי בינלאומי של ממש, כמתחייב מעיקרון החוקיות בפלילים<sup>7</sup>. רשימת העברות מבוססת ברובה על הגדרות שמקורן באמנות בינלאומיות שונות, הגם שבמספר מקרים היא סוטה מן הנוסח המקורי<sup>8</sup>. כך, העברות שכותרתן "פשעים כנגד האנושות", הן העברות המנויות בחוקת בית הדין הצבאי בנירנברג בתוספת שש עברות "מאוחרות", ותחולתן בעתות שלום ובמהלך סכסוכים מזוינים כאחד<sup>9</sup>.

ביחס לפשע התוקפנות, קובעת החוקה כי הגם שהפשע נכלל בסמכות בית הדין, הרי שיישום הסמכות בפועל יתאפשר רק עם אימוץ הוראה בדבר הגדרה מוסכמת של הפשע ושל התנאים להפעלת הסמכות<sup>10</sup>. הסדר זה משקף פשרה פרי

5 "the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute" Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, art. 1 (להלן: "חוקת בית הדין", "החוקה" או "אמנת רומא").

6 סעיף 5 לחוקת בית הדין.

7 ולהבדיל, כאמור, מן השיטה ששימשה בגיבוש חוקת הטריבונלים ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה.

8 לרוב סטיות אלו שוליות. עם זאת, במספר מקרים עלולות סטיות אלו להוביל למצבים שבהם נאשם לא יוכל לזכות להגנה מפני העמדה לדין פעמיים בגין אותה עברה (*ne bis in idem*); ההגנה מעוגנת בסעיף 20 לחוקה.

9 סעיף 7 לחוקת בית הדין.

10 אימוץ הוראה זו יחייב תיקון החוקה בהתאם לאמור בסעיפים 121 ו-123, קרי אימוץ ברוב של שני שלישים על ידי ה-Assembly of States Parties של הגדרה מוסכמת שבע שנים לאחר כניסת החוקה לתוקף במסגרת ה-Review Conference. ראו להלן, בע' 889-888. מנגנון זה עלול, כמוכן, לעורר קשיים בכל הנוגע לצורך בעדכון חקיקה לאומית מיישמת של מדינות שאשררו את החוקה עובר לתיקונה כאמור.

רגישותה הפוליטית של סוגיית התוקפנות בשני מישורים. ראשית, הגדרת המונח, "תוקפנות", מחייבת דיון מהותי באותם המעשים שיבואו בגדר קטגוריה זו. דיון זה, אשר נפתח לאחר מלחמת העולם השנייה ולא הסתיים עד עצם היום הזה, שואב את רגישותו מן העובדה שתוצאותיו יאפשרו הגדרת נסיבות שבהן תיחשב מדינה לתוקפנית תוך איבוד הזכות לפעולת נגד לגיטימית מכוח עיקרון ההגנה העצמית, ונשיאה באחריות לתוצאות הפעולה במישור הבינלאומי, לעומת מדינה שפעולותיה הצבאיות תהוונה הגנה עצמית, קרי מענה לגיטימי וצודק לפעולה התקפית. שנית, הגדרת התנאים להפעלת הסמכות מחייבת הכרעה מעשית ביחס ליחסי הגומלין שבין בית הדין למועצת הביטחון של האו"ם. כיום קובעת מגילת האו"ם כי הסמכות הבלעדית להכרזה על פעולה כתוקפנית נתונה למועצת הביטחון<sup>11</sup>. נשאלת השאלה, האם יוכל בית הדין להפעיל את סמכותו לעניין פשע התוקפנות מבלי להזדקק להחלטה מקדמית של מועצת הביטחון בנושא<sup>12</sup>.

טרור בינלאומי אינו מוגדר כפשע בגדר סמכות בית הדין. הגם שבכתב הסופי של ועידת רומא הוכר כי מעשי טרור הם "serious crimes of concern to the international community"<sup>13</sup>, לא ניתן היה לגבש הסכמה ביחס להגדרת הפשע ולהכללתו בהתאם בסמכות השיפוט של בית הדין<sup>14</sup>.

ההתנגדות להכפפת הפשע לסמכות בית הדין הובאה בעיקר מצד מדינות המערב, אשר סברו כי צעד זה יחטיא את מטרתו, וכי הגדרת הפשע כרוכה בקשיים רבים מדי, ויש לחשוש כי הדיון בסוגיה יהיה מעורב בשיקולים פוליטיים. לגישת מדינות אלו, מוטב כי הטיפול בפשע הטרור ייוותר בידי ערכאות שיפוטיות לאומיות

11 סעיף 39 למגילת האו"ם, במסגרת פרק VII למגילה.

12 ס' 25) סיפא לחוקת בית הדין קובע כי כל הסדר ביחס לפשע התוקפנות יעלה בקנה אחד עם ההוראות הרלבנטיות במגילת האו"ם, ובכך רומז להכרה במעמדה של מועצת הביטחון בהקשר הנדון. ראו COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, OBSERVERS' NOTES, ARTICLE BY ARTICLE 105-06 (Otto Triffterer ed., 1999). ברור כי הדיון בסוגיה מעורר שאלות עקרוניות בכל הנוגע לתלות מוסד שיפוטי הדין פרטים בפלילים בהכרעות גוף פוליטי (שתבניתו אינה שוויונית או ייצוגית) המשקפות מערך נקודתי של יחסי כוחות מדיניים והסדרים גלובאליים.

13 ראו Final Act, UN. Doc. A/CONF.138/10, 17 July 1998, Annex I, Resolution E (hereinafter Final Act).

14 הדבר נכון גם לגבי פשע ה-international trafficking of illicit drugs.

ורשויות חקירה לאומיות, אשר יוכלו ביתר יעילות לחקור פעולות טרור ולהעמיד טרוריסטים לדין.

תחת זאת נקבע כי במסגרת "הוועידה לעיון מחדש" (Review Conference), שאמורה להתכנס שבע שנים מיום כניסת החוקה לתוקף לבחינת תיקונים לחוקה, תישקל מחדש הגדרת פשע הטרור, מתוך כוונה לגבש הגדרה מוסכמת ולהכלילו בסמכות בית הדין.

יש לציין כי לאחר אירועי ה-11 בספטמבר 2001 החלו נשמעים קולות המבקשים לכלול מעשי טרור כה חמורים במסגרת הדיון המהותי בעברות המגבשות פשעים כנגד האנושות<sup>15</sup>.

### סמכות בית הדין והתנאים להפעלתה

רגישותה הפוליטית של סוגיית סמכות השיפוט ומורכבותה הפכו את הדיונים בנושא לאבן הנגף המרכזית במהלך הוועידה הדיפלומטית<sup>16</sup>. ללא ספק, מארג ההוראות הנוגעות לסמכות בית הדין לצד ההוראות בדבר שיתוף הפעולה עם הערכאה, הם לב לבה של החוקה.

את משטר הסמכות של ביה"ד ניתן לתאר כ-"system of automatic jurisdiction". על פי משטר זה, מדינה המאשררת את החוקה והופכת צד לה, מקבלת את סמכות השיפוט של בית הדין ביחס לפשעים שבסמכותו ללא צורך בכל הסכמה נוספת של מדינה זו או של כל מדינה אחרת. יובהר כי המדובר בסמכות שיפוט ביחס לפשעים אשר בוצעו לאחר כניסת החוקה לתוקף ביחס למדינה ובפשעים אשר בוצעו עובר לכניסת החוקה לתוקף ביחס למדינה, ואשר המדינה בחרה להצהיר כן מפורשות לגביהם.

החוקה קובעת כי ישנם שלושה תנאים מקדימים להפעלת הסמכות של בית הדין במקרה נתון, כלומר שלוש חלופות להמרצת תובע בית הדין לפתיחה בהליך

15 עקב אירועי ה-11 בספטמבר הציעה טורקיה במהלך דיוני המושב השמיני של הוועדה המכינה של בית הדין בניו יורק לכלול בסדר היום הצעה לתיקון אמנת רומא כך שתכלול בגדר סמכות השיפוט את פשע הטרור הבינלאומי.

16 מחלוקות ביחס לסוגיה זו הם שהובילו לאימוץ החוקה בדרך של הצבעת רוב, להבדיל מן החזון המקורי של אימוץ בדרך של קונסנוס, המשקף הסכמה כוללת.

תביעה: הגשת תביעה ביוזמת מועצת הביטחון של האו"ם על פי החלטה במסגרת פרק VII למגילת האו"ם; הגשת תביעה ביוזמת מדינה חברה; והגשת תביעה ביוזמת התובע עצמו.

יובהר כי על פי החוקה יש באפשרות המדינה המצטרפת אליה לצרף הצהרה (opt-out declaration), אשר תפטור את המדינה הנדונה מסמכות בית הדין לעניין קטגוריית פשעי המלחמה לתקופה בת שבע שנים ממועד כניסת החוקה לתוקף ביחס למדינה אם הפשע בוצע, לכאורה, על ידי אזרחי המדינה או בשטחה<sup>17</sup>.

ומה באשר למדינה שאינה צד לחוקה? אם מקור התביעה כנגד המדינה הוא במועצת הביטחון של האו"ם, הרי שבית הדין קונה סמכות כפי שהוסבר לעיל, ביחס לפשעים שבסמכות בית הדין אשר בוצעו החל ממועד כניסת החוקה לתוקף<sup>18</sup>. בשני המצבים האחרים, קרי תביעה ביוזמת מדינה חברה או התובע, קונה בית הדין סמכות בהתקיים אחד מארבעת התנאים הבאים: המדינה שבה בוצע הפשע, היא מדינה חברה או שהגישה הצהרה בדבר הסכמה נקודתית לשיפוט לעניין הפשע הנטען; מדינת האזרחות של הנאשם היא מדינה חברה או שהגישה הצהרה בדבר הסכמה נקודתית לשיפוט. כך, למעשה, קיימת אפשרות כי אזרח מדינה שאינה צד לחוקה, המואשם בביצוע פשעים שבסמכות בית הדין ונמצא מחוץ לגבולות מדינתו, יוסגר לבית הדין ויעמוד לדין בלא הסכמת מדינתו. הדבר מתקיים כשלמדינה שבה בוצע הפשע, יש זיקה לבית הדין כאמור, או כשלאזרח אזרחות כפולה, ולמדינת אזרחותו הנוספת יש זיקה לבית הדין.

### עיקרון ההשלמה (קומפלמנטריות)

החוקה קובעת כי סמכות בית הדין היא משנית לסמכויות השיפוט הלאומיות. במובן זה היא קומפלמנטרית, קרי משלימה, סמכויות אלו. עיקרון זה, אשר מהווה אדן מרכזי של המנגנון שמגבשת החוקה, הוא תוצר של פשרה פוליטית שמטרתה יצירת איון מקובל בין הערכאה האוניברסלית לבין רשויות השיפוט הלאומיות.

17 הוראת סעיף 124, אשר מאפשרת הגשת "הצהרת פטור" כאמור, תהא נתונה לעיון חוזר במסגרת ה-review conference. ראו להלן, בע' 888-889.

18 להבדיל ממדינה חברה, אשר קניית הסמכות ביחס אליה היא ממועד כניסת החוקה לתוקף ביחס לאותה מדינה.

לכאורה, החוקה מכירה בקדימות (primary responsibility) רשויות השיפוט הלאומיות הנוגעות בדבר בכל הנוגע להליכי חקירה ולהעמדה לדין בגין ביצוע פשעים בינלאומיים. אולם בפועל אין הערכאה האוניברסלית נדרשת לבטל עצמה בפני הרשויות הלאומיות. כך, בית הדין מחויב בבחינה מקדמית של קבילות (admissibility) כל מקרה הבא בפניו. במסגרת בחינה זו על בית הדין לספק עצמו כי לא מתקיימים בפרשה הליכי חקירה או העמדה לדין על ידי הרשויות המוסמכות במדינה שקונה סמכות שיפוט בנסיבות המקרה, או שלא התקבלה החלטה בדבר אי העמדה לדין עקב חקירת הרשויות המוסמכות כאמור. על בית הדין לוודא כי כל הליך כאמור הוא ראוי וכן (genuine) ואינו נובע מחוסר רצון (unwillingness) או מחוסר יכולת בפועל (inability) לקיים את ההליכים הלאומיים. יובהר כי הגם שהחוקה קבעה נוהל מפורט לערעור על החלטותיו הטרומיות של בית הדין בנושאי סמכות וקבילות, הרי שההכרעה הסופית ביחס למכלול נושאי סמכותו נתונה, כאמור, לבית הדין ולו בלבד. ברור, אפוא, כי בפועל "זכות הראשונים" הנתונה לרשויות השיפוט ושלטונות החקירה הלאומיים מסויגת, באופן שהיא נתונה לבחינת בית הדין וכפופה להערכתו.<sup>19</sup>

### שיפוט יחידים

בית הדין מוסמך לשיפוט יחידים, והחוקה מבססת את עיקרון האחריות הפלילית האישית בגין ביצוע הפשעים שבסמכותה במישור הבינלאומי ומעגנת אותו מפורשות. החוקה מחדשת וקובעת נחרצות כי אחריות זו אינה נסוגה מפני כל מעמד רשמי או חסינות, ובכלל זה חסינות ראש מדינה או ראש ממשלה, חסינות מיניסטריאלית או פרלמנטארית, חסינות דיפלומטית או פקידותית או כל חסינות דיונית או מהותית אחרת, וכי אלו אף אינן מהוות כשלעצמן עילה להפחתת עונש. החוקה קובעת את אחריותם העקרונית של מפקדים צבאיים ושל ממונים אפקטיביים (superiors) אחרים בכל הדרגים ומספקת רשימה ארוכה של האחראים אישית בגין ביצוע עברות נגזרות.<sup>20</sup> יובהר כי מיצוי האחריות הפלילית האישית, אין בה כדי

19 ראו סעיף 17 לחוקת בית הדין.

20 ראו סעיף 28 לחוקת בית הדין.



לפטור את מדינת הלאום של המורשע או כל מדינה אחרת מכל אחריות כמקובל במשפט הבינלאומי.

### העדר תחולה רטרואקטיבית

כמתחייב מעיקרון החוקיות ומתוקף ההבנה שהחוקה יוצרת מערך שיפוטי ומשפטי נפרד ואוטונומי, נקבע כי סמכות בית הדין אינה חלה על מעשים שבוצעו, לכאורה, טרם כניסת החוקה לתוקף. בכך יש, ככל הנראה, כדי לשלול באופן עקרוני העמדה לדין אף בגין "עברות נמשכות" שביצוען החל עובר למועד זה, בהנחה כי לא ניתן לבסס את מכלול מרכיבי העברה במועד תחולת האיסור.

יש להדגיש, כי פשעים המוגדרים במשפט הבינלאומי המנהגי כפשעים במישור הבינלאומי ובוצעו טרם כניסת החוקה לתוקף, אינם כפופים לכל משטר של התיישנות, ובהתאם ניתן להעמיד בגינם לדין באמצעות מסגרות בינלאומיות ולאומיות שונות מחוץ לחוקה. לעניין החוקה, מכל מקום, משנקנתה סמכות, אין החוקה מכירה בכל טענה בדבר התיישנות.

### שיתוף פעולה עם הערכאה

משטר שיתוף הפעולה עם בית הדין משלים, למעשה, את משטר הסמכות, ומעצם העיסוק במחויבויות המדינות כלפי הערכאה הריהו רגיש וטעון לא פחות. הדבר נכון ברמה העקרונית לאור הנגיסה המתחייבת בריבונות הלאומית ובמישור המעשי עקב הצורך בהתאמות חוקתיות רבות במערכי החקיקה המדינתיים. ככלל, על המדינות החברות חלה החובה לשתף פעולה עם הערכאה באופן בלתי מסויג, ועליהן להבטיח כי חקיקתן הלאומית תאפשר לעשות כן. בית הדין יכול לפנות בבקשת סיוע על פי הסדר נקודתי אף למדינה שאינה צד לחוקה. חוסר שיתוף פעולה מצד מדינה חברה עלול להוביל להעברת הדברים לבחינת מועצת המדינות החברות או אף מועצת הביטחון של האו"ם אם זו יזמה את ההליך המדוברי.<sup>21</sup> משטר שיתוף

<sup>21</sup> יובהר כי החוקה אינה מעניקה באופן מפורש כל סמכות אכיפה לבית הדין, ואף אין להסיק סמכות זו מכללל. ראו Hans-Peter Kaul & Claus Kress, *Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises*, 2 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 143,

הפעולה והסיוע לערכאה חולש על מספר תחומים מרכזיים: העברת מידע, איסוף ראיות וגביית עדויות, מעצר חשודים והעברתם לבית הדין והעברת עדים לבית הדין. יובהר כי הגם שמדינה חברה יכולה לדחות בקשה להעברת מידע או להמצאת ראיה מטעמי סיכון ביטחון המדינה (national security)<sup>22</sup>, הרי שבסופו של יום, אם בית הדין סבור כי המידע חיוני, וכי בנסיבות המקרה הפרה המדינה בסירובה את התחייבויותיה מכוח החוקה, בסמכותו להעביר את הנושא לבחינת עצרת המדינות החברות או למועצת הביטחון<sup>23</sup>.

### גופי האמנה, מנגנון ומוסדות נלווים

חוקת בית הדין, שהינה אמנה בינלאומית רב צדדית, מכוננת ארגון בינלאומי המהווה גוף שיפוטי אוניברסלי ועצמאי. מלבד כינון בית הדין עצמו, החוקה מייסדת את "עצרת המדינות החברות" (Assembly of States Parties)<sup>24</sup>, וכן את גופי המנגנון: הנשיאות (Presidency), תת ערכאות הערעור, השיפוט וקדם המשפט ( Appeals Office of the ), לשכת התובע (Division, Trial Division, Pre-Trial Division), והמוכירות (Prosecutor Registry)<sup>25</sup>.

בתום הוועידה הדיפלומטית הוחלט להקים, כגוף זמני ועד לכינוס עצרת המדינות החברות, את "הוועדה המכינה" (Preparatory Commission). בגוף זה

157. על כן נדמה כי מצבים של אי שיתוף פעולה יחייבו בחינת הנורמות הרווחות במשפט הבינלאומי המנהגי בכל הנוגע לדוקטרינת אחריות המדינה (state responsibility). ראו שם, בע' 169.

22 בסיס מרכזי נוסף לסירוב לשיתוף פעולה הוא סתירה לעיקרון יסודי משפטי בעל תחולה כללית ("existing fundamental legal principle of general application") המעוגן בדין הלאומי, כשהכוונה היא בעיקר לעיקרון חוקתי. ואולם תחולת יסוד זה בבסיס לדחיית בקשת סיוע היא מצומצמת למדי (סעיף 93(3) לחוקה). החוקה אף מספקת הנחיות מפורטות ביחס לקשת מצבים שבהם מוגשות בקשות הסגרה מטעם מדינות, במקביל לבקשת בית הדין להעברת אנשים לרשותו (סעיף 90 לחוקה).

23 כשלב ביניים על המדינה חלה חובה לבוא בדין ודברים עם רשויות בית הדין על מנת לאתר פתרון המניח את הדעת לסוגיית חשיפת המידע מתוך כוונה לקיים שיתוף פעולה עם הערכאה. במסגרת זו על המדינה לנקוט בכל צעד סביר שיאפשר חשיפת המידע המבוקש. היה ולא ניתן למצוא פתרון, על המדינה ליידע את בית הדין או את התובע בדבר הסיבות הנקודתיות להחלטתה לטרב לפניית בית הדין ובתנאי שעצם הפירוט לא יסכן את ביטחונה.

24 ראו סעיף 112 לחוקת בית הדין.

25 ראו סעיף 34 לחוקת בית הדין.

חברות כל המדינות אשר חתמו על המסמך הסופי של הוועידה הדיפלומטית<sup>26</sup>. הוועדה קיימה בין השנים 1999-2002 עשרה סבבי דיונים בנושאים שונים - מנהלתיים ומהותיים - החיוניים לתפקודה השוטף של הערכאה<sup>27</sup>. בין היתר, נדרשה הוועדה לגבש המלצות ביחס להגדרת פשע התוקפנות ולתנאים להפעלת סמכות בית הדין ביחס לפשע זה וביחס לטיוטת הוראות סדרי דין וראיות ( Rules of Evidence and Procedure)<sup>28</sup>. חשוב מכל, מנדט הוועדה כולל הכנת טיוטת "מסמך רכיבי הפשעים" (Elements of Crimes). החוקה מורה כי לאחר אימוצו על ידי עצרת המדינות יסייע מסמך יסוד זה לשופטים בפרשנות סמכות בית הדין בנוגע לפשע השמדת העם, לפשעים נגד האנושות ולפשעי המלחמה וביישומה<sup>29</sup>.

עצרת המדינות החברות תיכון עם כניסת החוקה לתוקף ותכנס לפחות אחת לשנה. המדובר בגוף פוליטי שבו חברות המדינות שהן צד לחוקה, על בסיס הצבעה שוויוני. לעצרת סמכויות נרחבות בענייני בקרה ופיקוח, מנהלה ותקצוב וכן סמכויות לדון, להגיש המלצות ואף לעתים להכריע בענייני מהות. יש לציין כי רשימת סמכויות זו אינה רשימה סגורה, והיא ניתנת להרחבה בכפוף לצרכים.

### הוראות מהותיות שונות ועקרונות כלליים

כמקובל בכל קוד פלילי, קובעת החוקה שורה של הגנות ועקרונות שיפוט כלליים. ככלל, בית הדין מוסמך לפסוק עונשי מאסר של עד 30 שנים ואף מאסר עולם אם חומרת המעשה והנסיבות האישיות מצדיקות זאת. בית הדין אף מוסמך לפסוק קנסות והחרמת מה שנרכש עקב ביצוע העברה. לעניין מקורות הדין החל

26 ראו Resolution F13, Final Act, *supra* note 26, בחתימה על ה-Final Act כמסמך אשר מסכם ועידה בינלאומית, מפרט את החלטות מליאת הוועידה ומתעד את התרחשותה, אין כדי ליטול מחויבויות מכוח האמנה עצמה, ואין בינה לבין אשרור החוקה או חתימה עליה דבר.

27 כגון זכויות וחסינויות הנתונות לערכאה ולאנשי המנגנון, הסכם עם מדינת המושב (הולנד), הסכם קישור עם האו"ם ומוסדותיו, סוגיות תקציביות, ענייני כוח אדם וכיוצא באלה.

28 ראו Finalized Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.1 (2000).

29 ראו Finalized Draft Text of the Elements of Crimes, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000). באופן זה, בין היתר, הפכו עצרת המדינות החברות והוועדה המכינה, ביחד עם בית הדין עצמו, לגופי הפרשנות המרכזיים של החוקה. מכל מקום, יש לזכור כי פרשנויות הוועדה המכינה אינן מחייבות, והן בגדר המלצות עד לאימוצן על ידי עצרת המדינות החברות או על ידי בית הדין. ברור, אפוא, כי עד שלא יאומצו סופית כללי הראיות וסדרי הדין, ולא יגובש נוסחו הסופי של מסמך רכיבי הפשעים, לא תעוצב, למעשה, במלואה ולפרטיה תחולת סמכותו של בית הדין.

קובע סעיף 21 לחוקה שבהכרעותיו על בית הדין בראש ובראשונה ליישם את הוראות החוקה, את מסמך "רכיבי הפשעים" ואת תקנות סדרי הדין והראיות. מעבר לכך יונחה בית הדין על ידי הוראות אמנות בינלאומיות רלוונטיות ועל ידי הוראות המשפט הבינלאומי, ובכלל זה דיני המלחמה המנהגיים. כמוצא אחרון יפנה בית הדין לעקרונות כלליים השאובים מדינים לאומיים של שיטות המשפט המוכרות, ובכלל זה אותם דינים של המדינות אשר היו קונות סמכות בנסיבות העניין. בית הדין מוסמך להסתמך על תקדימיו.

### בית הדין הפלילי, העם היהודי ומדינת ישראל

למדינת ישראל, כמדינת העם היהודי, נודעת באורח טבעי תרומה מהותית לקידום החזון להקמת הערכאה הפלילית הבינלאומית. כך, עם ההתעוררות בקרב הקהילה הבינלאומית לאחר משפטי נירנברג ראתה המדינה עצמה אחראית לתמוך בעקביות ברעיון הקמתה של ערכאה פלילית בינלאומית קבועה לשיפוט יחידים והקפידה באמצעות מדינאיה ובכירי משפטניה, לפעול במסגרת בינלאומית למימוש. ברוח זו פעלו עוד בראשית שנות ה-50 נציגי ישראל - ובכללם יוזכרו יעקב רובינסון ז"ל, חיים ה' כהן ז"ל ושבטאי רוזן יבדל"א - בוועדות השונות שהתכנסו לשם גיבוש טיוטות ראשוניות לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי. טיוטות אלו הן שהיוו נקודת מוצא ובסיס לחוקת בית הדין.

בנאמומו במושב הפתיחה של ועידת רומא ביום ה-17 ביוני 1998 הדגיש אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה וראש המשלחת הישראלית לוועידה, את האינטרס המיוחד שיש לישראל בגיבוש חוקת בית דין פלילי בינלאומי נוכח היותו של העם היהודי הקורבן של פשע מהנוראיים הידועים לאדם - השואה - שבמהלכה הושמד כשליש מן העם היהודי.

ברור כי לעם היהודי - לניצולי השואה ולצאצאיהם הנושאים עמם בכל יום את צלקות מעשי הזוועה - יש אינטרס ברור וייחודי בייסוד בית דין כאמור שבו יישפטו מבצעי השמדת עם, זורעי מוות והרס באשר הם.

כך מראשית הדרך ראתה עצמה מדינת ישראל, הן כמי שמייצגת את העם היהודי, והן כמדינה חברה באו"ם ובקהיליית האומות הנאורות, כבעלת אחריות

מוסרית לא רק למעקב אחר הקמת בית דין בינלאומי פלילי, אלא גם בלקיחת חלק פעיל בעיצובו מתוך מטרה למנוע חסינות מפני ענישה (impunity) ולהבטיח רדיפה אחר הצדק ופעולה של בית הדין בלי שיהיו בו השפעות פוליטיות וזרות.

למרות כל האמור לעיל עם תום דיוני הועידה הדיפלומטית ברומא, נאלצה משלחת ישראל להצביע נגד אימוץ חוקת בית הדין<sup>30</sup> לאור הכללתה של פעולת העברת אוכלוסייה על ידי מעצמה כובשת לשטח הכבוש ברשימת פשעי המלחמה שבסמכות השיפוט של בית הדין. ברור היה כי עצם הכללת המעשה כפשע מלחמה חמור, לצד ניסוח העברה, נעשו מתוך מניעים פוליטיים תוך ניסיון להעמיד פעילות התנחלות בשורה אחת עם פשעי המלחמה החמורים ביותר.

מעבר לעצם הכללת הפעולה ברשימת פשעי המלחמה, מעיד נוסח העברה - פרי יזמת משלחות מצרים וסוריה - על מניעי היזמה לעיגון ההוראה בחוקה, קרי ניסיון להגדיר פעילות התנחלות כפשע מלחמה חמור. כך, קובעת החוקה כי לבית הדין סמכות לגבי פשעי מלחמה, וכי המושג, "פשע מלחמה", כולל העברה על ידי המדינה הכובשת של חלק מהאוכלוסייה שלה, במישורין או בעקיפין, לתוך השטח הכבוש על ידה<sup>31</sup>.

ביסודה שאובה ההוראה מהוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 85(4)(a) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה<sup>32</sup>. על פי הפרשנות המקובלת לאמנה,

30 120 מדינות הצביעו בעד אימוץ החוקה, 21 נמנעו ו-7 מדינות התנגדו, בכללן ישראל, ארצות הברית וסין וככל הנראה, גם עירק, לוב, תימן וקטאר. לפי בקשת ארצות הברית, ההצבעה התנהלה באופן רשמי כ-non-recorded vote, ולכן לא קיים רישום רשמי של המדינות אשר הצביעו נגד אימוץ החוקה, למעט אלו אשר צירפו הסבר הצבעה, כישראל.

31 ראו הוראת סעיף 8(2)(b)(viii) לחוקת בית הדין: "The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory;"

32 אמנת ג'נבה הרביעית אוסרת על מעצמה כובשת לגרש או להעביר חלקים מאוכלוסייתה משטח אל השטח הכבוש. ההוראה, המעוגנת בסעיף 49 לאמנה, קובעת בזו הלשון: "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שנכבש על ידה" (אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 12- באוגוסט 1949, כ"א 1, ע' 559, 579) "The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own population into the territory it occupies". Geneva (Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949

סעיף 85(4)(a) לפרוטוקול I לאמנות ג'נבה ( Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977) קובע בהסתמך על הוראת סעיף 49 הנ"ל להלן:

מטרת סעיף 49 היא למנוע את הפרקטיקה שאומצה במהלך מלחמת העולם השנייה, שבמסגרתה הועברה אוכלוסייה לשטחים שנכבשו, מתוך מניעים פוליטיים וגזעיים. מדהקשר ההיסטורי הזה, שמהווה יסוד רווח לפרשנות ההוראה בדבר איסור העברת (transfer) אוכלוסייה, ברור כי כוונת ההוראה הנדונה לאסור פעילות יזומה שמהותה העברה כפויה של חלקים מאוכלוסיית המדינה הכובשת לשטח הכבוש. אין לזהות, אפוא, פעילות כזו של העברת אוכלוסייה יזומה וכפויה עם מדיניות ההתנחלות, החסרה כל יסוד של כפייה שמטרתו דומה למטרת הפרקטיקה שסעיף 49 מבקש לשלול. מטרת הוספת המילים "directly or indirectly", שנוסחה על ידי המצרים, לסעיף 8 של חוקת בית הדין על האמור בסעיף 49 לאמנת ג'נבה - המהווה חריגה וסטייה ברורה מרוח ההוראות הנזכרות ומלשונן - שנוסחה על ידי המצרים, היא, כמובן, הרחבת תחולת העברה במטרה להתאימה למדיניות ההתנחלות של

---

... the following shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed willfully and in violation of the [Geneva] Conventions or the Protocol:  
... the transfer by the occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies ... in violation of Article 49 of the Fourth [Geneva] Convention.

הוראה זו מבקשת לעגן את מעמד האיסור המעוגן באמנת ג'נבה הרביעית כ"הפרה חמורה" (grave breach) במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי. משמעותו של מעמד זה מובהרת בסעיף 85(5) לפרוטוקול, שקובע: "... grave breaches of [the Geneva Conventions and the Protocol] shall be ... regarded as war crimes".

באופן זה מבקשת הוראת סעיף 85 לפרוטוקול להשוות את מעמד האיסור בדבר העברת אוכלוסייה למעמד "פשע מלחמה", על כל המשתמע מכך על פי המשפט הבינלאומי הפלילי (כגון גיבוש אחריות פלילית אישית במישור הבינלאומי, קיומה של סמכות שיפוט אוניברסלית ואי תחולת הוראות בדבר התיישנות וכיוצא באלה).

יובהר כי כל האמור ביחס לפרשנות הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה וביחס לאי תחולתה לעניין פעולת התנחלות, תקף, כמובן, לעניין פרשנות הוראת סעיף 85(4)(a) לפרוטוקול: מאחר שאין לפרש את הוראת סעיף 49 כחלה על פעילות התנחלות, הרי שאין לראות בפעילות זו "הפרה חמורה" כלשהי של הדין ההומניטרי מכוח סעיף 85 לפרוטוקול, וממילא אין היא עולה כדי "פשע מלחמה". מכל מקום, ולחילופין, גם לגישת המפרשים את הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית כחלה, לכאורה, על פעילות התנחלות, הרי שבנבדל מהוראות אמנה זו, אין מקובל לראות בהוראות הפרוטוקול הוראות אשר זכו למעמד של הוראות מנהגיות המשקפות הסכמה רחבה של קהיליית העמים. לבטח אין לראות בהוראה כגון סעיף 85(4), המהווה חידוש וחריגה ברורה מהוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה (וכן מרשימת ההפרות החמורות המצויה בסעיף 147 לאמנה ואינה כוללת את האיסור בדבר העברת אוכלוסייה במסגרת ההפרות החמורות של האמנה), הוראה מנהגית מקובלת. יצוין כי מדינת ישראל, כמו גם ארצות הברית, מתנערת באופן עקבי מהכרה בהוראות המעוגנות בפרוטוקול I כהוראות מנהגיות מקובלות ובהתאם, מתנגדת נחרצות להצטרפות כצד לו.

מדינת ישראל. נוסח זה חורג בעליל מן המסגרת המוכרת והמקובלת של המשפט הבינלאומי.<sup>33</sup>

אופן הצבעתה של ישראל בוועידת רומא ומורת הרוח בקרב הקהילייה המשפטית והפוליטית בישראל כתוצאה מן הניסיון הבוטה להפוך את החוקה ואת בית הדין העתידי לכלי פוליטי לצד הטמעת ההבנה כי הוראות החוקה מקנות לבית הדין סמכות שיפוט רחבה החולשת אף על אורחי מדינות שאינן צד לחוקה, הובילו לפתיחת דיון ציבורי מתוקשר, במישור הפרלמנטרי ובקרב חוגים מקצועיים, בכל הנוגע לאפשרות חתימתה של ישראל על חוקת בית הדין. דיון זה, אשר היווה מצע לדיוני הממשלה, אשר נדרשה להחליט בנושא, נערך במקביל להידינויות בקרב הממשל האמריקאי ותוך החלפת דעות ותיאום עמדות עם בכירי הפקידות הפדרלית.

בערבו של יום 31 בדצמבר 2000, שעות אחדות לפני חלוף המועד האחרון לחתימה ובמקביל לפרסום הודעת הבית הלבן בדבר חתימת ארצות הברית, התקבלה החלטת ממשלת ישראל לחתום על חוקת בית הדין.<sup>34</sup> בכך הייתה ישראל

33 בהקשר זה יצוין כי בטיוטת מסמך רכיבי הפשעים (Elements of Crime) מופיעה כיום הערת שוליים, אשר נוספה נוכח חששות ישראל ונוכח המחלוקת ביחס לפרשנות הוראת סעיף 8(2)(b)(viii), הקובעת מפורשות:

The term "transfer" needs to be interpreted in accordance with the relevant provisions of international humanitarian law.

UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft text of the Elements of Crimes, at 28, fn. 44.

34 החלטת ממשלת ישראל מס' 2804 (החלטת צוות השרים לענין חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, מיום ה' בטבת התשס"א (31.12.2000), אשר קיבלה תוקף באותו יום), קובעת בוו הלשון:

מחליטים, בסמכות הממשלה מכוח החלטתה מס' 2798 מיום 31/12/2000 ובשינוי לעמדה המפורטת של הממשלה ברישא של החלטתה האמורה - להסמיך את שגריר ישראל באומות המאוחדות להודיע על נכונותה של ישראל לחתום על חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) ולחתום עליה.

צוות השרים רושם לפניו את ההבהרות המשפטיות הברורות שנתקבלו, לפיהן, אין בעצם החתימה משום פגיעה באינטרסים של ישראל, וזאת בין היתר על רקע צרופה של הסתייגות ברורה של ממשלת ישראל לאמנה, בכל הקשור לפרשנות הנוגעת לאינטרסים של ישראל לרבות שלילת ניצול החוקה על דרך הפרשנות - למטרות פוליטיות נגד ישראל ואזרחיה

[ברור כי במילים, "צרופה של הסתייגות", הכוונה להצהרה אשר צירפה המדינה במעמד החתימה על החוקה, ולא להסתייגות (reservation) במובן דיני האמנות - א"ב].

למדינה ה-139 והאחרונה במניין החותמות. לחתימתה על החוקה צירפה ישראל הצהרה שהבהירה את עמדותיה<sup>35</sup>. בין היתר, הדגישה ישראל בהצהרתה כי היא דוחה כל ניסיון לניצול החוקה על דרך הפרשנות למטרות פוליטיות נגד ישראל ואזרחיה.

חוקת רומא נכנסה לתוקפה - ובית הדין נכון - ביום 1 ביולי 2002, עם אשרורה של החוקה על ידי 60 מדינות ביום 11 באפריל 2002<sup>36</sup>. סמוך לאחר השגת 60 האשרורים הנדרשים רגשה הקהילה הבינלאומית עקב מספר מהלכים אשר נקטה ארצות הברית בהנהגת ממשל הנשיא בוש לשם הבהרת הסתייגויותיה ועמדותיה הבלתי מתפשרות בכל הנוגע לפעילות הערכאה ולתחולת הוראות אמנת רומא. כך, ביום 6 במאי 2002, הודיעה ארצות הברית באיגרת רשמית למזכ"ל האו"ם כי היא אינה מתכוונת לאשרר את אמנת רומא, ובהתאם, אין היא רואה עצמה כבולה בכל מחויבות משפטית כתוצאה מחתימתה<sup>37</sup>. במקביל החלה ארצות הברית בפעילות דיפלומטית לשם השגת חסינות מלאה לחייליה העושים במסגרת כוח שמירת השלום של האו"ם בבוסניה מפני העמדה לדין בפני בית הדין ואף התנתה בכך את חידוש מנדט הכוח על ידי מועצת הביטחון. דרישה זו, אשר הובילה לביקורת

---

צוות השרים רושם לפניו את המגעים שקוימו בדרגים בכירים עם הממשל של ארצות הברית כדי להבטיח הגנה על האינטרסים הישראליים על פי האמנה וכדי שעמדתה של ישראל בדבר פרשנות האמנה תוכה להגנתה של ארה"ב.

החלטה זו שינתה את עמדת ממשלת ישראל בהחלטתה מבוקר אותו היום (החלטת ממשלת ישראל מס' 2798 מיום 31.12.2000) כי

מחליטים בשלב זה, לא לחתום על חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, אולם אם ארה"ב תחליט עד הערב לחתום על החוקה, בניגוד לעמדתה עד כה - להסמיך צוות שרים בראשות ראש הממשלה ושר הביטחון ובהשתתפות שר החוץ, שר המשפטים, שר הפנים ושר הבריאות, להחליט על דעת הממשלה באם לחתום על החוקה בכל זאת, לאחר הבהרות מארה"ב בעניין הגיבוי שיינתן לעמדת ישראל על הליקויים בחוקה.

Rome Statute of the International Criminal Court, Israel: Signature, Statement, Reference: 35  
C.N. 1463.2000.TREATIES-69 (Depositary Notification) 11 January 2001

36 זאת על פי לוח הזמנים שמתווה סעיף 126 לחוקה. הלכה למעשה יתחיל בית הדין לפעול רק עם מינוי השופטים ובחירת התובע ומוכירות בית הדין על ידי עצרת המדינות החברות - הליך שעתידי להסתיים לקראת מחצית שנת 2003. מכל מקום, תלונות וחומר ראיות אשר יתקבלו החל מיום 1 ביולי - מועד כניסת החוקה לתוקף והיום הקובע לעניין תחולת סמכותו של בית הדין - יתויקו ויירשמו בתיאום עם צוות הפועל מטעם משרד החוץ של המדינה המארחת, הולנד.

37 את לשון האיגרת ניתן למצוא ב-<http://www.un.org/law/icc/index.html>.



בינלאומית קשה ועוררה התנגדות נחרצת מצד מדינות האיחוד האירופי, הסתכמה לאחר דיונים קשים בהחלטת פשרה שלפיה, יוארך מנדט כוח השלום תוך ויתור מצד ארצות הברית על דרישתה לחסינות גורפת לחייליה, אך תוך הבטחת חסינות מפני חקירה או תביעה למשך שנה לחיילי אותן המדינות שלא אשררו את אמנת רומא<sup>38</sup>. המשבר הדיפלומטי שקדם לקבלת החלטת הפשרה, העמיד באופן ברור את ארצות הברית ואת מדינות האיחוד האירופי משני צדי המתרס בכל הנוגע לגיבוי פעולת בית הדין הפלילי הבינלאומי. מצב דברים זה זכה לחידוד עם קידומה של יוזמת חקיקה פדרלית אמריקאית - The American Servicemembers' Protection Act, אשר אומץ על ידי הסנאט האמריקאי ביום 7.6.2002 ונחתם על ידי הנשיא ביום 2.8.2002<sup>39</sup> - המעניקה לנשיא ארצות הברית את הסמכות לנקוט בכל אמצעי על מנת להגן על אינטרסים אמריקאיים מפני בית הדין הפלילי הבינלאומי, לרבות שימוש בכוח צבאי לשחרור עצורים אמריקאיים המצויים ברשות בית הדין. יוזמת חקיקה זו, אשר זכתה באירופה לכינוי "Hague Invasion Law", העלתה באופן משמעותי את רף המתיחות הדיפלומטית בין ארצות הברית למדינות האיחוד האירופי בעניין בית הדין לשיאים חדשים והובילה לחילופי מסרים קשים בין וושינגטון למוסדות האיחוד האירופי ולממשלת הולנד. במקביל לפעילות במישור הרב צדדי נקטה ארצות הברית צעדים גם במישור הדו צדדי בכך שיוזמה חתימה על הסכמים בילטרליים עם מדינות שמטרתם מניעת העברת אזרחים לידי בית הדין. ביום 4 באוגוסט 2002 חתמו ארצות הברית ומדינת ישראל על הסכם דו צדדי להגנה על אזרחים מפני העברה לבית הדין הפלילי הבינלאומי<sup>40</sup>. לאור חששן מן המגמה המסתמנת לשימוש לרעה בחוקת בית הדין למטרות פוליטיות קובעות בהסכם זה המדינות החתומות כי לא תסגרנה או תעברנה בדרך אחרת אזרחים של המדינה השנייה לבית הדין או למדינה שלישית אשר תעבירם לבית הדין. ההסכם שואב את

38 על פי החלטת מועצת הביטחון 1422 מיום 15.7.2002, מנצלות חברות המועצה את הוראת סעיף 16 לחוקת בית הדין ומבקשות לדחות לתקופה של 12 חודשים כל חקירה או תביעה אפשרית נגד חיילי כוח או"ם ממדינה שאינה צד לחוקה. על פי החלטה, הנחיה זו ניתנת להארכה. ראו UN Doc. <http://www.un.org/Docs/scres/2002/res1422e.pdf> (RES/1422 (2002), available at

39 P.L. 107-206, sec. 2001 *et seq.*, 116 Stat. 899 (see 22 U.S.C. §§ 7401 *et seq.*)

40 Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the United States of America regarding the surrender of persons to the International Criminal Court, Aug. 4, 2002 (טרם פורסם).

כוחו מסעיף 98 לחוקת רומא, אשר קובע, בין היתר, כי אין להעביר אדם לבית הדין אם העברה זו אינה עולה בקנה אחד עם התחייבויות בינלאומיות של המדינה המעבירה. כאמור, מדובר בחלק ממגמה רחבה של חתימת "מערכת הסכמי הגבלה" על ידי ארצות הברית מכוח סעיף 98, מתוך מטרה לחסום את האפשרות שאזרחים אמריקאיים הנמצאים מחוץ לארצות הברית יוסגרו לבית הדין או יועברו אליו.<sup>41</sup> עם כניסת החוקה לתוקף סביר כי אף הממשל בישראל יידרש לעיצוב מדיניותו בנוגע לאשרור החוקה. עמדת ממשלת ישראל בעת כתיבת שורות אלו היא "לא להצטרף לבית-הדין הפלילי הבינלאומי בהאג"<sup>42</sup>.

פרוצה ושנויה במחלוקת כלל שתהיה, חוקת רומא על מנגנון הערכאה שהיא מכוננת, מהווה הישג חסר תקדים ופריצת דרך רעיונית בתחומי המשפט הבינלאומי וניהול היחסים הבינלאומיים. מעבר להיבט המעשי המיידני של יצירת מנגנון שיפוטי אוניברסלי קבוע ועצמאי להעמדת יחידים בכל הדרגים לדין על פי הוראות הדין הבינלאומי ומתוקף הסכמה בינלאומית רחבה, הרי שמעצם אימוצה חוקת רומא היא בראש ובראשונה אמירה ערכית וביטוי לשינויים גלובליים בתפיסות מוסריות, חברתיות ופוליטיות. הגם שעקב אילוציו המבניים של המשפט הבינלאומי בן זמננו החוקה היא פרי הסכמה ופשרה בין-מדינתית, הרי שהחוקה ובית הדין הם תוצרים על-מדינתיים יש מאין. תוצרים אלה, לכל הפחות במישור הרעיוני, הם כלי שרת של הקהילייה הבינלאומית, הנבדלת מסכום שחקניה הריבוניים. אשר על כן נדמה כי יש להשקיף על החוקה כהישג היסטורי, להבינה כתוצר של פשרה וכניסיון להשיג בסיס הסכמה רחב ככל הניתן לפעילות הערכאה האוניברסלית ומעבר לכל, לפרש את הוראותיה ברוח זו.

אליה וקוץ בה. היותה של חוקת רומא תוצר של פשרות פוליטיות ושל ניסיון להשיג בסיס הסכמה רחב ככל הניתן לפעילות בית הדין אינה בלי מחיר. ספק אם יישום הוראותיה יהיה נקי משיקולים פוליטיים שאת ניצניהם ניתן היה לראות בעת ניסוח סעיף 8 לחוקה. החשש מפני פוליטיזציה ומפני ניצול לרעה מעמיד את ישראל בפני דילמה קשה לאור המציאות שבה היא מוצאת את עצמה, שרויה במאבק קיומי

41 יצוין כי מדינות האיחוד האירופי מטילות ספק בחוקיותם של ההסכמים הללו.

42 ראו החלטה מס' 2128 של הממשלה מיום 30.6.2002, "בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג".

יומיומי נגד הטרור ומנהלת מדיניות בניהול שטחים שלא תמיד מקובלת בקהילה הבינלאומית. לכן האפשרות של העמדתם לדין של קציני צה"ל ושל בכירי המדינאים בישראל יכולה להפוך לאפשרות ממשית, שאליה תצטרך ישראל להיערך על אף המניעים הפוליטיים שיעמדו, ללא ספק, בבסיס התביעות כנגד אישיות ישראלית, מתוך ידיעה כי ניתן יהיה להעמיד לה הגנה ראויה ומשכנעת. יתר על כן, בחוקה עצמה נכללו גם כמה מגבלות לגבי העמדה לדין, ובכללן האפשרות של מתן הצהרה על חסינות מפני תביעות בגין פשעי מלחמה למשך שבע שנים מיום האשרור כך שהצטרפות לחוקה תבטיח, למעשה, חסינות מסוימת לאזרחי ישראל. שנית, החוקה של בית הדין אינה חלה רטרואקטיבית, כלומר בית הדין הפלילי ישפוט אנשים רק על עברות שבוצעו לאחר הקמתו. שלישית, מועצת הביטחון של האו"ם רשאית למנוע או לעכב חקירה או תביעה של תובע מטעם בית הדין למשך שנה, תקופה שניתן להאריך מעת לעת. רביעית, חוקת רומא מקנה עדיפות למערכת המשפט המקומית.

אך השאלה המרכזית שצריכה להעסיק את ישראל היום, היא אם מדינת ישראל יכולה להצטרף לחוקה נוכח הנסיבות, המציאות וסכנת הפוליטיזציה. סוגיה זו נשארת בינתיים בגדר דילמה בלתי פטורה. אם דילמות אלה תמצאנה פתרונותיהן, ומדינת ישראל לא תעמוד בנסיבות כה חריגות, ברור כי מחובתה המוסרית והמדינית כמדינה נאורה להצטרף לחוקה. האם יהפוך בית הדין לכלי שרת נוסף בידי מרעינו? האם שאיפתם של הוגי החוקה ומנסחיה להקים ערכאה בינלאומית פלילית עצמאית נקייה משיקולים פוליטיים הייתה בסך הכל חלום באספמיה? ימים יגידו.