



היעדר סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבין-לאומי על המצב המכונה "המצב בפלסטין"

סינופסיס

20 דצמבר 2019

1. מדינת ישראל מחויבת לרעיון הצדק הפלילי הבין-לאומי מראשיתה. מדינת ישראל, שהוקמה בצל האירועים הרי האסון במאה העשרים, בהם שואת העם היהודי, היתה בין המדינות הראשונות שהביעו תמיכה נלהבת בהקמתו של בית דין פלילי בין-לאומי אשר ימצה את הדין עם מבצעי פשעים נוראיים, המזעזעים עמוקות את המצפון האנושי. מדינת ישראל לקחה חלק פעיל במשא ומתן שהוביל לאימוץ אמנת רומא בשנת 1998, והיא ממשיכה להאמין שבית דין פלילי בין-לאומי קבוע, המבצע את תפקידו נאמנה, יכול לתרום תרומה למאבק למען הרתעה וענישה בגין זוועות המוניות.
2. מדינת ישראל היתה שותפה לערכים שהובילו להקמת בית הדין הפלילי הבין-לאומי (להלן: "בית הדין"). אולם, כבר בשלבים המוקדמים של הדיונים על הקמתו של מוסד זה, היא הביעה דאגה עמוקה, המשותפת למדינות נוספות, כי בית הדין עלול להיות חשוף למניפולציות פוליטיות שעלולות להסיט אותו מהמנדט שניתן לו. לאור זאת, מדינת ישראל החליטה לא להצטרף לאמנת רומא בשלב זה, אך המשיכה למלא תפקיד פעיל במאמצים בין-לאומיים שונים על מנת למצות את הדין עם מבצעי הפשעים הבין-לאומיים החמורים ביותר.
3. **הפנייה הפלסטינית לבית הדין הפלילי הבין-לאומי.** הסיכון שבית הדין ינוצל לרעה לשם השגת רווח פוליטי לא לגיטימי, בא לידי ביטוי מובהק בניסיונות הפלסטינים לגרור את בית הדין לעסוק בהיבטים פוליטיים העומדים בליבת הסכסוך הישראלי-פלסטיני. כפי שמראה מזכר היועץ המשפטי לממשלה בעניין "היעדר סמכות שיפוט לבית הדין הפלילי הבין-לאומי על 'המצב בפלסטין'", אשר פורסם ביום 20 דצמבר 2019 (להלן: "מזכר היועץ"), בית הדין נעדר סמכות שיפוט באופן מובהק על מה שמכונה "המצב בפלסטין". למרות זאת, הרשות הפלסטינית חותרת לכך שבית הדין יתעלם מהמסגרת המשפטית המחייבת ומכללי סמכות השיפוט שלו עצמו ויאמץ קביעות שנויות מאד במחלוקת, בין היתר לגבי מעמדה המשפטי של הישות הפלסטינית והריבונות על השטח. קביעות אלו, אם תתקבלנה, יהיו חסרות בסיס ובלתי ראויות לחלוטין מצד ערכאת שיפוט פלילית בין-לאומית.
4. העובדה כי הפלסטינים לעתים קרובות מציגים את טענתם בנושא סמכות השיפוט של בית הדין באופן לא עקבי ורצוף סתירות פנימיות, ממחישה כי אפילו הם אינם מאמינים שטענה זו משכנעת מבחינה משפטית. כך לדוגמה, נציגים פלסטינים שבים ומתבטאים, באופן קבוע, על קיומה של מדינה פלסטינית – שהיא תנאי מקדמי לצורך סמכות השיפוט של בית הדין – כאירוע עתידי ולא כעל מציאות נוכחת (למשל, הנשיא עבאס הצהיר לאחרונה שמדינה כזו "לא תתקיים בקרוב"). יתרה מכך, הפלסטינים מעלים טענה בעלת סתירה פנימית, כאשר הם טוענים בעת ובעונה אחת כי השטח כבוש על ידי מדינת ישראל, וכי במקביל הוא נתון לשליטה אפקטיבית כלשהי של הפלסטינים, שהיא תנאי הכרחי להיווצרותה של מדינה לפי המשפט הבין-לאומי. על הסתירות שבגישה הפלסטינית ניתן ללמוד גם מהעובדה כי לאחרונה טענו בפני בית הדין הבין-לאומי לצדק, כי ירושלים וחלקים מ"הגדה המערבית" הם "קורפוס ספרטום" (*corpus separatum*) שבהם אין לאף אחד מהצדדים ריבונות, ובמקביל טענו את ההפך הגמור בפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי. חוסר עקביות שכזה מצביע על יותר מחוסר



הבנה משפטית. הדבר מלמד על ניסיון להפעלת מניפולציה על בית הדין, כאשר אפילו הצד הפלסטיני מכיר בכך שלא ניתן להציג טענה טובה התומכת בקיומה של סמכות שיפוט.

5. אין ספק כי מעורבותו של בית הדין בסכסוך הישראלי-פלסטיני, בייחוד בנסיבות שבהן הטיעונים המשפטיים לקיומה של סמכות שיפוט כה רעועים ושנויים במחלוקת, תערים קשיים נוספים על אפשרות הצדדים לקיים שיח אמיתי וכן ולקדם הכרה הדדית, שרק באמצעותם ניתן להשכין שלום בין הצדדים. הניסיון להפיכת המחלוקת הפוליטית הממושכת בין הישראלים והפלסטינים לעניין פלילי, לא יוכל אלא להגביר את הקיטוב ביניהם, באשר הוא מעודד הטחת האשמות הדדיות. הדבר לא יקדם את פתרון הסכסוך, אלא יביא להחרפתו.

6. הפנייה הפלסטינית לא רק חותרת לעשות שימוש בבית הדין כנשק להשגת מטרות פוליטיות; היא גם מעוניינת להביא את בית הדין לעסוק ב"פשעים" לכאורה, שאינם מקיימים את הדרישות המשפטיות של אמנת רומא, ולעודדו להתעלם מהמנדט שלו כבית דין של מוצא אחרון, אשר נועד להתמודד עם הפשעים הבין-לאומיים החמורים ביותר. פעולה בדרך זו, תביא לפגיעה אנושה בנכס החיוני ביותר של בית הדין: יושרתו המשפטית.

7. אכן, היכולת של בית הדין למלא תפקיד חיובי בהשגת צדק פלילי בין-לאומי תלויה, בסופו של דבר, בלגיטימיות שלו. בית הדין לא יכול להרשות לעצמו להיראות כמוסד שפועל ממניעים פוליטיים או תועלתניים. אל לו לבית הדין ליצור את הרושם שהוא פועל ללא ריסון שיפוטי ומבקש להרחיב את גבולות סמכות השיפוט שלו מעבר למנדט שנוסח בקפידה. אולם, אלה הם בדיוק הדברים שבית הדין נקרא לעשות כדי להצדיק החלת סמכות שיפוט על "המצב בפלסטין".

8. **הבסיס לסמכות השיפוט של בית הדין.** לפי סעיף 12 לאמנת רומא, לבית הדין לא הוענקה סמכות שיפוט אוניברסלית משוללת מגבלות. סמכות השיפוט של בית הדין היא תוצר של פשרה עדינה, שביסודה הרעיון לפיו מדינות ריבוניות מאצילות לבית הדין את סמכות השיפוט הפלילית שלהן על שטחן ועל אזוריהן. במילותיו של משרד התובעת, סעיף 12 "משמש לשם האצלה לבית הדין של היכולת הריבונית של העמדה לדין שבידי המדינות החברות עצמן". כפי שמזכר היועץ מבהיר, תנאי מקדמי ויסודי זה לקיומה של סמכות שיפוט אינו מתקיים באופן מובהק בכל הנוגע ל"מצב בפלסטין".

9. תנאים חשובים נוספים להפעלת סמכות השיפוט לא מתקיימים אף הם, בהם משלימות, חומרה ואינטרסים של צדק, כמו גם התנאים של סמכות שיפוט טמפורלית ומהותית. נושאים אלה אינם נדונים במזכר היועץ, וכך גם השאלה האם בית הדין יכול להפעיל סמכות שיפוט על אזרחי מדינות שאינן צד לאמנת רומא.

10. לעתים נטען כי יש להתגבר בכל מחיר על המכשולים הברורים הנוגעים להחלת סמכות השיפוט בעניין "המצב בפלסטין", גם באמצעות טיעונים "יצירתיים". זאת, כך נטען, על מנת לקדם את המאבק נגד הניסיון לחמוק מעונש על ביצוע פשעים בין-לאומיים. טענה זו מופרכת מטעמים רבים, שרק חלקם נדונים במסגרת מזכר היועץ.

11. חשוב מכך; כל גוף שיפוטי רציני חייב לדחות את הרעיון שסמכות שיפוט הינה רק עניין פורמלי. סמכות שיפוט ממלאה תפקיד קריטי בהגדרת הכוחות ותנאי הפעילות של הגוף השיפוטי, וזאת כדי למנוע ניצול לרעה של ההליך השיפוטי ועל מנת ליצור חיץ בין המשפט לבין כוחות פוליטיים ופופוליים; היא הקו המבחין בין מוסד שיפוטי לבין גוף פוליטי. במילותיה של התובעת, החלת סמכות שיפוט על ידי בית הדין "כאשר יסודות ברורים של סמכות שיפוט אינם מתקיימים, אינה יישום נכון של הדין וגם לא יכולה להיחשב כצעד שיפוטי אחראי".



12. על מנת שבית הדין יתקבל כמוסד שיפוטי מהימן, הפעלת סמכות השיפוט על ידו חייבת להיות מבוססת על הנמקה משפטית מדויקת ומבוססת היטב, ברמה הגבוהה ביותר. על בית הדין לוודא שהתנאים המקדמיים להפעלת סמכות השיפוט שלו מתקיימים, לדבוק בתנאי אמנת רומא ולהימנע מנקיטת עמדות שוליים קיצוניות או מפוקפקות. ואולם, על מנת להצדיק הפעלת סמכות שיפוט על "המצב בפלסטין", בית הדין יהיה מוכרח להפר כל אחד מהתנאים החשובים הללו.

13. אלו המבקשים להצדיק בכל מחיר את החלת סמכות השיפוט על "המצב בפלסטין", מציעים שלוש דרכים עיקריות לכך. האחת היא לטעון כי הצטרפותם לכאורה של הפלסטינים לאמנת רומא מספיקה, כשלעצמה, כדי לבסס את קיומה של "מדינה פלסטינית" לצורך סעיף 12 לאמנה. השנייה היא לטעון כי חרף מעמדה המוגבל והשנוי במחלוקת של הישות הפלסטינית, ניתן באופן כלשהו לראות בה מדינה ריבונית לפי המשפט הבין-לאומי. השלישית היא לטעון כי אפילו ישויות שאינן ריבוניות יכולות להעניק סמכות שיפוט לבית הדין הפלילי הבין-לאומי, וזאת בתנאי שהן בעלות סמכות השיפוט הפלילית הנדרשת כדי להאצילה לבית הדין. מזכר היועץ מראה כיצד איך כל אחד מקווי הטיעון הללו נשען על הנמקה משפטית פתלתלה ובלתי משכנעת בעליל, שיש לדחותה, אם בית הדין מעוניין לשמור על מעמדו המשפטי. להלן התייחסות תמציתית לכל אחת משלוש הדרכים שהוזכרו.

14. **הצטרפות לכאורה לאמנה כמקור לסמכות שיפוט.** גם אם רואים בהצטרפות לכאורה של הפלסטינים לאמנת רומא כבעלת תוקף משפטי - הנחה השנויה במחלוקת בקרב מדינות - הטענה לפיה הצטרפות לאמנה מספיקה כדי לבסס קיומה של מדינה פלסטינית לצורך סמכות השיפוט של בית הדין, מנוגדת לא רק למשפט הבין-לאומי ולנוהג המקובל, אלא גם ובמיוחד לכל פרשנות תקפה של אמנת רומא.

15. הרעיון לפיו די בעצם ההצטרפות לאמנה כדי לשמש אבן בוחן לסמכות שיפוט, משמעותו להחליף את הדרישה המשפטית לקיומה של מדינה ריבונית, בפעולה טכנית לחלוטין של הפצת מסמך ההצטרפות לאמנה על ידי נפקד ("דפוזיטר") של אמנה. פעולת ההצטרפות לאמנת רומא - אפילו אם נעשתה כדן - מעולם לא נועדה לשרת מטרה שכזו, או להוות גורם בעל משקל שכזה, במסגרת משטר סמכות שיפוט, המבוסס במובהק על האצלה של "היכולת הריבונית להעמיד לדין". אם בית הדין יתייחס להצטרפות לאמנה כמבחן המכריע בשאלת קיומה של מדינה, הרי שהוא יעקוף את הצורך להתעמת עם השאלה המשפטית החשובה הנוגעת לביסוס סמכות השיפוט, וזאת באמצעות הישענות על פעולה פרוצדורלית למטרות שהיא מעולם לא נועדה להן. מסיבה זו ממש, משרד התובעת ועצרת המדינות החברות באמנת רומא, בדומה לעצרת הכללית של האו"ם והמזכיר הכללי של האו"ם, התייחסו כולם אל המעמד של "פלסטין" באו"ם וכצד לכאורה לאמנת רומא, ככזה שאינו משליך על פתרון השאלה המהותית האם "פלסטין" היא מדינה לפי המשפט הבין-לאומי.

16. החלטת העצרת הכללית של האו"ם מספר 67/19 (2012) שצוטטה על ידי נציגים פלסטינים ככזו שמהווה הוכחה לקיומה של מדינה, הצטמצמה לעניין פרוצדורלי, קרי: הייצוג הפלסטיני בתוך מסגרת האו"ם בלבד, וזאת להבדיל מגופים חיצוניים לאו"ם, כגון בית הדין הפלילי הבין-לאומי. עניין זה אושר על ידי מזכ"ל האו"ם עצמו. המעמד של "מדינה משקיפה שאינה חברה" שהוענק ל"פלסטין" בהחלטה 67/19 לא עוגן במגילת האו"ם, והוא נוצר כדי לאפשר השתתפות רחבה יותר בעבודת האו"ם. אכן, החלטה זו לא התייחסה לשאלה המהותית של מדינה פלסטינית, ואף לא היתה יכולה לעשות זאת, שכן החלטות העצרת הכללית של האו"ם אינן בעלות תוקף מחייב ואין בכוחן לכונן מדינות, ופשיטא שהחלטות כאלו אינן יכולות להכריע בשאלת קיומה של מדינה באופן המחייב כלפי כולי עלמא. יתרה מכך, רבות מהמדינות שתמכו בהחלטה התייחסו למדינה פלסטינית כשאיפה עתידית שתושג



באמצעות משא ומתן לשלום, ולא כמציאות משפטית קיימת, והדבר אף בא לידי ביטוי בלשון ההחלטה עצמה.

17. זאת ועוד, הפעולה האדמיניסטרטיבית של הפצת מסמכי ההצטרפות לכאורה של הפלסטינים לאמנת רומא בהתבסס על החלטה 67/19, לוותה בהבהרה מפורשת מצדו של מזכ"ל האו"ם בתפקידו כנפקד ("דפוזיטר") האמנה, לפיה אין בכך כדי להשליך על שאלות משפטיות, כגון שאלת קיומה של מדינה פלסטינית. אין בכך כל הפתעה. דיני האמנות והנוהג המקובל מבחינים באופן ברור ועקבי בין הפעולה הטכנית של הצטרפות לאמנה, לבין השאלה המהותית האם הישות שהצטרפה היא מדינה בהתאם למשפט הבין-לאומי.

18. באופן דומה, השתתפותה של "פלסטין" בעצרת המדינות החברות באמנת רומא התאפשרה על בסיס ההבנה, אשר אושרה במפורש על ידי העצרת, כי אין לגזור מהשתתפות זו מסקנות לגבי סוגיות משפטיות שייתכן שיובאו בפני גופים של בית הדין. בדומה לכך, בהחלטתה מחדש ינואר 2015 לפתוח בבדיקה מקדמית לגבי מה שכונה על ידה "המצב בפלסטין", אמרה תובעת בית הדין, כי החלטה זו נעשתה על בסיס ה"סטטוס" של הישות הפלסטינית בתוך האו"ם ולא על בסיס קיומה של מדינה כשלעצמה, ועל כן נעשתה מבלי להשליך על שאלת סמכות השיפוט של בית הדין, שעודנה תלויה ועומדת.

19. הצטרפות לאמנה, אפוא, אפילו אם נעשתה ללא התנגדות, אינה, ומעולם לא היתה, גורם המכריע את שאלת קיומה של מדינה לפי המשפט הבין-לאומי. האפשרות שישות תיחשב כצד לאמנה הודות למנגנונים פרוצדורליים או פוליטיים, אין משמעה כי אותה ישות עומדת בתנאים המשפטיים לקיומה של מדינה. בלבול בין ההצטרפות הלכאורית לאמנת רומא לבין הדרישה לקיומה של מדינה ריבונית שהאצילה לבית הדין את סמכות השיפוט הפלילית שלה על שטח או על אזרחים, תפגע אנושות בעמדה עקבית ומבוססת זו לפי המשפט הבין-לאומי.

20. סמכות השיפוט הפלילית של בית הדין לא יכולה להישען על פיקציה משפטית. הצטרפות לאמנה, או מעמד של "מדינה חברה", היא עניין טכני שאין לו כל קשר לתנאי משפטי מהותי זה. הדבר אושר על ידי מזכ"ל האו"ם, עצרת המדינות החברות בבית הדין, ומשרד התובעת עצמו. קבלה של צעד פרוצדורלי זה כמבחן תקף לסמכות שיפוט פלילית ממשית, משמעותה חתירה תחת תנאי אמנת רומא וכוונת מכונניה.

21. **קיומה של מדינה כבסיס לסמכות שיפוט.** אם מתבצעת בחינה מהותית בשאלת קיומה של מדינה פלסטינית, המסקנה הבלתי נמנעת היא שלא קיימת מדינה ריבונית פלסטינית בעת הזו, כך שהתנאים המקדימים לסמכות השיפוט של בית הדין אינם מתקיימים. כאמור במזכר היועץ, בחינה חסרת פניות של הרקע העובדתי והמשפטי הרלוונטי אינה יכולה להוביל אלא למסקנה זו.

22. לפני שפונים לניתוח המשפטי של שאלה זו, המהווה חלק משמעותי ממזכר היועץ, יש לציין כי האופן התועלתני שבו הפלסטינים מבקשים לעשות שימוש בבית הדין מציבה מוסד זה בעמדה רעועה במיוחד. הפנייה הפלסטינית מבקשת למעשה מטריבונל פלילי לקבל החלטה המצויה הרבה מעבר ליכולתו הכללית, ומעבר לכל קונצנזוס בין-לאומי, שתומך בכך שהסכסוך הישראלי-פלסטיני יפתר באופן מוסכם באמצעות משא ומתן בין הצדדים. יתרה מכך, הפנייה הפלסטינית מבקשת לקבוע שיש לבית הדין סמכות שיפוט ביחס לאזרחי מדינה (ישראל) שאינה צד לאמנת רומא ולא הסכימה להיות כפופה להכרעות של גוף בין-לאומי זה.

23. אין זה מפתיע שהקהילה הבין-לאומית מתייחסת פעם אחר פעם לקיומה של מדינה פלסטינית כאל שאיפה עתידית. מבחינה משפטית ברורה, מדינה פלסטינית מעולם לא התקיימה, והיא אינה מתקיימת כיום. הרקע ההיסטורי והמשפטי והמציאות הנוכחית בשטח, מצביעים על כך שהריבונות על יהודה ושומרון ורצועת עזה מושעת (in abeyance),



ועל כך שהישות הפלסטינית לא עומדת באופן מובהק בתנאים לקיומה של מדינה לפי המשפט הבין-לאומי. בפרט, ברור כי אין לישות הפלסטינית שליטה אפקטיבית בשטח הנדון, כפי שהיא עצמה הודתה פעם אחר פעם. המרחב האווירי, גבולות ואחריות כוללת לביטחון – נושאים שמהווים אינדיקציות בסיסיות לקיומה של מדינה – נותרו כולם תחת שליטתה של ישראל בהתאם להסכמים הקיימים בין הצדדים, ובהינתן משא ומתן על הסדר קבע שטרם הבשיל. עצם המאמץ הדרוש כדי לייצר טיעון משפטי התומך בקיומה של מדינה בניגוד למציאות כהווייתה, הינו ראיה ניצחת לכך שכל מסקנה כזו תשקף מניעים פוליטיים לא לגיטימיים, ולא ניתוח משפטי מפוכח וחסר פניות.

24. הסתירה הפנימית שהוזכרה לעיל, הנובעת בהכרח מהטענה שהשטח כבוש לצד טענה מקבילה כי קמה מדינה פלסטינית באותו שטח, אולי מלמדת על כך יותר מכל. השתיים לא יכולות להתקיים בעת ובעונה אחת. אם השטח כבוש, אזי נובע מכך בהכרח כי השליטה האפקטיבית עליו נתונה בידי ישראל. עם זאת, כדי שהישות הפלסטינית תהפוך למדינה, מתחייב מכך שהשליטה האפקטיבית בשטח תהיה פלסטינית. שני אלה לא יכולים לדור בכפיפה אחת. מדינה פלסטינית לא התקיימה לפני שישראל החילה את שליטתה על השטחים בשנת 1967, ואף מדינה לא יכולה לקום בשעה שמדינת ישראל ממשיכה לשלוט כדין שליטה אפקטיבית בשטח. מסמכים פלסטיניים רשמיים של "יחידת הסיוע למשא ומתן" (Negotiation Support Unit), המצוטטים במזכר היועץ, מעידים על כך שגם הפלסטינים עצמם גרסו כי העמדה לפיה השטח הנדון כבוש "שוללת את השליטה האפקטיבית הנדרשת לצורך היווצרותה של מדינה". אם בית הדין יקיים בחינה משפטית וחסרת פניות, ניתוח זה יביא בהכרח לסיום הדיון ולדחיית הפנייה הפלסטינית.

25. לא ניתן לרפא את הפגם שבאי העמידה של הישות הפלסטינית בתנאים לקיומה של מדינה ריבונית באמצעות הטענה להכרה של מספר מדינות ב"פלסטין". בהתאם למשפט הבין-לאומי, אין בכוחה של הכרה לכוון מדינה. כמו כן, כאשר בוחנים את הדברים מקרוב, מגלים כי מקרים רבים שבהם נטען שמדינות הכירו במדינה פלסטינית מהווים למעשה גילויים של אהדה פוליטית מצד מדינות. זאת, בעוד שמדינות אלו סבורות שמבחינה משפטית מדינה פלסטינית היא שאיפה עתידית שטרם הוגשמה. לכך יש להוסיף, שמספר משמעותי של מדינות, אינן מכירות ב"פלסטין" כמדינה באופן שאינו משתמע לשני פנים, ומצדדות במשא ומתן כדרך היחידה לקביעת מעמדה הסופי של הישות הפלסטינית. תהיה זו שגיאה משפטית וכן צעד בלתי חכם מצדו של בית דין פלילי להתערב בשאלה זו ולהשתמש ב"הכרה" כאמת מידה כלשהי בהקשר זה.

26. הזכות הפלסטינית להגדרה עצמית גם היא אינה יכולה לסייע להתגבר על היעדר עמידה בתנאים לקיומה של מדינה. המשפט הבין-לאומי מבחין בצורה ברורה בין הגדרה עצמית לבין המעמד המשפטי של מדינה, ולהבחנה זאת סיבות טובות. הראשונה נוגעת לזכותם של עמים לקבוע את גורלם המדיני ולשקוד בחופשיות על קידום הכלכלי, החברתי והתרבותי, ואילו האחרון הוא רק תוצאה אפשרית אחת של מימוש הזכות. השאלה האם הגדרה עצמית פלסטינית תושג בסופו של דבר באמצעות הקמת מדינה היא עניין למשא ומתן פוליטי עתידי, ולא להבניות משפטיות מלאכותיות.

27. טענות פלסטיניות שלפיהן ישראל מונעת מהפלסטינים להגשים באופן מלא את זכותם להגדרה עצמית, ושמניעה זו צריכה לרפא באופן כלשהו את אי עמידתם בתנאים לקיומה של מדינה, הינן משוללות יסוד. הישות הפלסטינית פועלת כגוף מוסמך לממשל עצמי בהתאם להסכמים הביטורליים עם ישראל. מדינת ישראל אף הסכימה לקדם את השלטון העצמי הפלסטיני ופעם אחר פעם השקיעה מאמצים במשא ומתן שנועד בדיוק למטרה זו. כל זאת, למול הפרות יסודיות חוזרות ונשנות מצד הפלסטינים, בניגוד להתחייבויותיהם בהסכמים.



הפרות אלה כוללות תמיכה שיטתית בטרור והסתה לאלימות, וכן את הניסיון לטעון לקיומה של מדינה באופן חד צדדי בגופים כמו בית הדין הפלילי הבין-לאומי, תוך פריצת המסגרת ההסכמית.

28. במישור העקרוני יותר, הטענה שעוללות ישראליות לכאוריות יכולות לפצות על אי העמידה של הישות הפלסטינית בתנאים לקיומה של מדינה, מבקשת מבית הדין לאמץ טיעון מופרך וחסר תוקף משפטי, ולאמץ אל חיקו נרטיב פוליטי וחד צדדי. זאת, תוך התעלמות מסיבובים פלסטינים מתועדים וסדרתיים להצעות ישראליות ובין-לאומיות להקים מדינה לאורך עשורים. ברור כי מהלך כזה לא יהיה ראוי מצדו של כל בית דין, על אחת כמה וכמה בית דין פלילי בין-לאומי.

29. לסיכום, אל מול מציאות זו, יהא זה בלתי מתקבל על הדעת אם בית הדין יקבע שמדינה פלסטינית קיימת. אכן, אימוץ מסקנה לפיה קיימת בעת הזו מדינה פלסטינית יחייב את בית הדין להעדיף תיאוריות משפטיות מגמתיות וחסרות ביסוס על פני עקרונות משפטיים ברורים ועקביים, תוך התעלמות מהעובדות לאשורן. מהלך כזה יחשוף את בית הדין להאשמה כי החלטותיו משרתות מטרות פוליטיות שסומנו מראש. דבר לא יכול לגרום נזק חמור יותר לבית הדין או למאמצים ההדרגתיים, אך החשובים, לקדם את הצדק הפלילי הבין-לאומי.

30. **האצלה על ידי ישויות שאינן במעמד ריבוני כבסיס לסמכות שיפוט.** לבסוף, גם אם תינתן לאמנת רומא פרשנות שגויה ולפיה ישויות שאינן במעמד ריבוני יכולות להעניק סמכות שיפוט לבית הדין, ההסכמים הקיימים בין הישראלים לפלסטינים מבהירים כי כעניין משפטי ומעשי, אין לפלסטינים סמכות שיפוט פלילית על אזור C, על ירושלים ועל אזרחים ישראלים – ומכאן שאין ביכולתם להאציל כדין סמכות שיפוט כזו. זהו עיקרון משפטי בסיסי שאדם או ישות אינם יכולים להעביר את מה שאינו ברשותם. משכך, שוב תידרש "לוליינות משפטית" בלתי סבירה כדי לטעון שיש לפלסטינים סמכות שיפוט פלילית מסוג כלשהו על אזרחים ישראלים, שאותה הם יכולים להאציל לבית הדין. הישות הפלסטינית מעולם לא היתה בעלת סמכות כזו – בין אם זו סמכות חקיקה ואסדרה (סמכות פרספקטיבית), סמכות שיפוטית או סמכות אכיפתית – וודאי שאין לה סמכות זו כיום. אכן, סמכות שיפוט זו מוחרגת במפורש על ידי אותם הסכמים אשר כוננו את הרשות הפלסטינית.

31. **בעיית ההיקף הטריטוריאלי.** כל אחת משלוש הדרכים התיאורטיות לקביעה שקיימת לבית הדין סמכות שיפוט, אשר הוזכרו מעלה, עומדת בפני קושי משפטי נוסף שאין ביכולתה להתגבר עליו. סעיף 12 לאמנת רומא מחייב שההתנהגות שבית הדין רשאי להפעיל סמכות שיפוט לגביה, תתרחש ב"שטח של" המדינה הרלוונטית. במסגרת דוח הבדיקות המקדמיות האחרון, משרד התובעת עצמו פירש דרישה זו ככזו שמשמעותה שטח ריבוני. עם זאת, בנסיבות המצב הנוכחי, לא קיים שטח ריבוני פלסטיני, מכיוון שאין מדינה פלסטינית. בנוסף, תחת כל פרשנות אפשרית, קביעת היקף השטח של הישות הפלסטינית בהכרח תגרור את בית הדין להתערב, באופן בלתי הולם לחלוטין מצדו של טריבונל פלילי בין-לאומי, בעניין שהצדדים הסכימו במפורש להכריעו באמצעות משא ומתן עתידי ביניהם. החלטות מועצת הביטחון של האו"ם מספר 242 (1967) ו-338 (1973), אשר מגדירות את תנאי המסגרת למשא ומתן ישראל-פלסטיני (משום שהצדדים קיבלו אותן ככאלה), מציינות במפורש כי "גבולות בטוחים ומוכרים" לא נקבעו מראש וכי יהיה צורך לנהל משא ומתן לגביהם. הקהילה הבין-לאומית ממשיכה לקרוא לצדדים לקיים דיאלוג זה.

32. אם בית הדין יתיימר לאמץ קביעות שבבירור צריכות להתקבל על ידי הצדדים בכפוף להסכמים המחייבים, תהיה זו חריגה מקוממת מסמכותו. בית הדין אינו יכול או רשאי לקבל קביעות כאלה. אין ספק שמייסדי בית הדין מעולם לא תכננו להקים טריבונל פלילי שיתערב בסכסוכים טריטוריאליים, ועל אחת כמה וכמה ללא הסכמת המדינות הנוגעות לדבר. בית



הדין לא יכול לעקוף זאת באמצעות הסתמכות, למשל, על שטח הנתון לכאורה תחת כיבוש, או על מונחים פוליטיים ובלתי מחייבים לחלוטין כמו "השטחים הפלסטינים הכבושים". כעניין משפטי, מקובל לראות במונחים אלה ככאלו שלא נועדו להשליך על השאלה משפטית הבסיסית ביחס לריבונות. אם הצדדים עצמם (והקהילה הבין-לאומית לצדם) הגדירו את השטח והגבולות כנושאים שטרם הוכרעו, באיזו זכות בית הדין ייטול לעצמו את התפקיד להכריע בנושא זה?

33. **משמעויות עבור בית הדין.** הפנייה הפלסטינית לבית הדין, מעבר לנזק שהיא גורמת לסיכויי השלום, עלולה לגרום נזק בלתי הפיך לבית הדין עצמו, אם הוא יחרוג מסמכותו ויבצע מניפולציות משפטיות – מן הסוג שנדרש לעשות על מנת להחיל סמכות שיפוט על "המצב בפלסטין".

34. אכן, יש מי שמעוניינים להשליך על בית הדין, בדרך של ברירת מחדל, את האחריות לטפל בכל סכסוך שנראה קשה לפתרון – אך זהו מתכון לכישלון. הקריאה לבית הדין לחרוג מסמכותו, מבקשת ממנו לא רק להפר אמונים לאופיו השיפוטי, אלא גם להתפרק כליל מיושרתו השיפוטית.

35. כפי שמשרד התובעת ובית הדין חזרו וציינו, בית הדין מעולם לא נועד או תוכנן להיות מנגנון מתאים להתמודדות עם כל מצב סכסוך, יהיה אשר יהיה. אם בית הדין יאפשר שמשאביו ינוצלו לרעה, על חשבון תיקים בהם סמכות השיפוט שלו מבוססת היטב, הוא יוכיח את צדקתם של משמיציו, וינחית מכה הרסנית על מעמדו הבין-לאומי.

36. הן משרד התובעת והן אורגנים אחרים של בית הדין חזרו והדגישו כי הלגיטימציה והעתיד של בית הדין תלויים במחויבותו לחוסר פניות משפטיות ועצמאות שיפוטית. אבל בכדי שעצמאות וחוסר פניות יהיו לא רק מילים מן השפה אל החוץ, הן צריכות להתקיים ולהיראות כמתקיימות, בהחלטות שמשרד התובעת ובית הדין עצמו מקבלים בעולם המעשה. אם מדובר ביותר מסתם מילים, אז המסקנה בדבר היעדר סמכות על המצב הנוכחי אינה שנויה במחלוקת – היא בלתי נמנעת.

37. **סיכום.** בשאלת סמכות השיפוט של בית הדין על "המצב בפלסטין", התנאי המקדים הבסיסי – שקיימת מדינה שיש לה סמכות שיפוט פלילית על שטחה ועל אזרחיה, ושהאצילה סמכות זו לבית הדין – פשוט לא מתקיים, כך שבית הדין נעדר סמכות באופן מובהק.

38. בסופו של דבר, קביעה זו אינה מורכבת מבחינה משפטית. הצטרפות לאמנה, אפילו אם היא תקפה, לא עונה על המבחן המהותי לקיומה של סמכות שיפוט לפי אמנת רומא. בחינה מהותית מלמדת כי אין מדינה פלסטינית, ומעולם לא היתה. כמו כן, אין לישות הפלסטינית כל היקף טריטוריאלי מוסכם, ואין סמכות שיפוט פלילית פלסטינית על אזרחים ישראלים, שניתן להאציל לבית הדין. יהיה זה עיוות של הדין, ולא יישום של הדין, לטעון אחרת – במיוחד כאשר הדברים נעשים בקשר למדינה שלא הסכימה לסמכות השיפוט של בית הדין.

39. מה שנדרש במצב הזה, אפוא, אינו יכולת משפטית, אלא יושרה משפטית. מה שנדרש הוא מחויבות איתנה להחלה פשוטה של מושכלות יסוד משפטיות, שאינה מושפעת על ידי מה שנתפס כיותר פופולארי או נוח מבחינה פוליטית. יושרה משמעויה להיות נאמן לייעודו של בית הדין כמוסד שיפוטי, ולא לאפשר לו להיות מנוצל למטרות פוליטיות.

40. ישראל מכירה בכך שהיעדר סמכות של טריבונלים בין-לאומיים על סכסוך כזה או אחר, לא משחרר מדינות מלמלא אחר החובות המשפטיות הבין-לאומיות שלהן. בהקשר הנוכחי, ישראל נכונה ומסוגלת לתת מענה לדרישות פלסטיניות בדרך של משא ומתן בילטרלי ישיר, ובאפיקים שונים שמאפשרים מתן סעד, בכללם מנגנוני בדיקה וביקורת רב-מערכתיים שכבר



עומדים על מכונם. ביניהם, מערכת המשפט של ישראל, שעצמאות שופטיה, איכות החלטותיה, ועומק המחויבות שלה לשלטון החוק – נהנים מהכרה עולמית.

41. כמו כן, ישראל מאמינה כי הטרגדיה של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ניתנת לפתרון אך ורק באמצעות דיאלוג ישיר בין הצדדים, שיש בו רגישות לצרכים ולשאיפות של הישראלים והפלסטינים גם יחד. ישראל ממשיכה לקרוא לצד הפלסטיני לזנוח את האסטרטגיה של ניסיון להציג את ישראל בתור הרע בהתגלמותו במוסדות בין-לאומיים, ובמקום זאת, להיכנס לדיאלוג כן, ישיר ופתוח.

42. הסכסוך הישראלי-פלסטיני הוא סכסוך מורכב. זה סכסוך שעולות בו טענות לגבי הזכויות והחובות של שני עמים, יהודים ופלסטינים, ולא רק של עם אחד; זה סכסוך שנגרם בו סבל לשני עמים, ולא רק לעם אחד. סוג כזה של סכסוך מצריך תהליך של משא ומתן על מנת לקרב אנשים זה לזה, ולא תהליך פלילי שרק ירחיק ביניהם עוד יותר.

43. השאיפה לשלום, השאיפה לצדק, האינטרסים של מי שהושפעו על ידי הסכסוך – אלו כולם ערכים שאמנת רומא נועדה לקדם, אך עלולים בסופו של דבר להיפגע – אם בית הדין יעמיד עצמו כמכשיר לניצול פוליטי ויתערב בנסיבות בהן הוא נעדר סמכות באופן כה מובהק.