

מסבירון: תביעת דרום אפריקה נגד ישראל

בית הדין הבינלאומי

פרופ' עמיחי כהן

ב-29 לדצמבר 2023 פתחה דרום אפריקה בהליך בבית הדין הבינלאומי נגד ישראל. בתביעתה מבקשת דרום אפריקה מבית הדין לקבוע שישראל מפרה את האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (אמנת הג'נוסייד) במסגרת המלחמה בעזה. דרום אפריקה מבקשת מבית הדין להוציא צווים המורים לישראל להפסיק את ביצוע ההפרות הנתענות, ובפועל להפסיק למעשה את המלחמה. **בפתח הדברים, חשוב להבהיר, כי הטיעון שישראל מבצעת רצח עם מופרך ורחוק מהמציאות.** במסבירון זה נבקש להסביר מהו בית הדין הבינלאומי, מהו פשע השמדת העם, וכן את מהות התביעה של דרום-אפריקה נגד ישראל, ואת הסיכונים הכרוכים בה.

מספר התביעות שנדון בפני בית הדין אינו רב – בסך הכל דן בית הדין הבינלאומי ב-191 תיקים בלבד, מרביתם עסקו בסכסוכי גבול בין מדינות.

ההבדל בין בית הדין הבינלאומי לבית הדין הפלילי הבינלאומי - International Criminal Court

חשוב להפריד בין בית הדין הבינלאומי לבין בית משפט בינלאומי אחר: בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) גם הוא יושב בעיר האג שבהולנד. אלא אין קשר בינו לבין בית הדין הבינלאומי. ה-ICC עוסק בשיפוט פלילי של יחידים, ולא בסכסוכים בין מדינות.

השופטים בבית הדין הבינלאומי

בבית הדין 15 שופטים הנבחרים על ידי העצרת הכללית של האו"ם, על פי מפתח גאוגרפי. כיום חברים בבית הדין שופטים מהמדינות הבאות: ארה"ב, צרפת, יפן, גרמניה, אוסטרליה סלובקיה ברזיל, ג'מייקה, הודו, אוגנדה, סין, סומליה, רוסיה, לבנון, מרוקו.

היות ואין שופט ישראלי בבית הדין, לישראל שמורה הזכות למנות שופט מיוחד ("שופט אד-הוק") לתיק נגד ישראל.

חלק א': על בית הדין הבינלאומי

בית הדין הבינלאומי - International Court of Justice

בית הדין הבינלאומי (ICJ) הממוקם בעיר האג שבהולנד מוגדר במגילת האו"ם כגוף השיפוטי המרכזי של האו"ם. בית הדין קובע את עמדתו על פי המשפט הבינלאומי. לבית הדין שתי סמכויות מרכזיות: האחת, לדון בסכסוכים בין מדינות החברות בארגון האו"ם. הסמכות לדון בתביעות בין מדינות מותנית בהסכמת המדינה הנתבעת. השנייה, לתת חוות דעת משפטיות לפי בקשת העצרת הכללית של האו"ם או ארגונים שונים הפועלים תחת חסות האו"ם.

סמכות בית הדין לדון בתביעות בין מדינות מותנית בהסכמת המדינה הנתבעת. הסכמה יכולה להינתן לתביעה מסוימת, ויכולה להינתן גם מראש. בחלק מהאמנות הבינלאומיות – שהן ההסכמים בין המדינות המהווי את התשתית למשפט הבינלאומי – הוענקה מראש ובמפורש סמכות לבית הדין הבינלאומי לדון בתביעות הנוגעות לסכסוכים בקשר לאמנה או בטענות להפרתה. כאשר באמנה בינלאומית כלולה הסכמה לסמכות השיפוט, אין צורך בהסכמתו של בית הדין ביחס לכל תביעה בנפרד. כמעט בכל המקרים המדינות הנתבעות מתייצבות בבית הדין ומגנות על עמדתן.

חלק ב': פשע הג'נוסייד

אמנת הג'נוסייד

התביעה נגד ישראל מבוססת על הטענה כי ישראל מפרה את אמנת הג'נוסייד ומניעתו וענישתו של פשע השמדת העם משנת 1951 (אמנת הג'נוסייד). אמנה זו היא אחת האמנות הראשונות שנחתמו לאחר מלחמת העולם השנייה, והעוסקות בזכויות אדם. הבסיס הרעיוני של האמנה הוא הניסיון להגדיר את פשע השואה, ולמנוע חזרה על אירוע זה. מי ש"המציא" את המונח ג'נוסייד, והיה הכוח המניע מאחורי האמנה היה המשפטן היהודי רפאל למקין - שברח מפולין לארצות הברית בעת מלחמת העולם השנייה. ישראל הייתה מהמדינות שדחפו לניסוח האמנה, ומהמדינות הראשונות שהצטרפו אליה.

הגדרת ג'נוסייד

סעיף 2 לאמנה מגדיר את פשע הג'נוסייד. ההגדרה מבוססת על שני מרכיבים מצטברים.

1 יסוד הכוונה - כוונה להשמיד. דורש כי מבצע הפשע עשה זאת בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או של חלק משמעותי מתוך קבוצה לאומית, אתנית, גזעית או דתית. יסוד זה מבדיל את פשע הג'נוסייד משאר הפשעים החמורים על פי המשפט הבינלאומי, והופך אותו ל"פשע הפשעים".

2 היסוד העובדתי - ביצוע מעשים חמורים. האמנה מגדירה שורה של מעשים שביצועם עונה על דרישת היסוד העובדתי:

- הריגת אנשים הנמנים עם הקבוצה.
- גרימת נזק חמור, בגוף או בנפש, לאנשים הנמנים עם הקבוצה.
- העמדת הקבוצה בכוונה תחילה בתנאי חיים שיש בהם כדי להביא לידי השמדתם הגופנית, כולה או מקצתה.
- קביעת אמצעים שכוונתם למנוע את הילודה בקבוצה.
- העברת ילדי הקבוצה לקבוצה אחרת בדרך כפייה.

סמכות להורות על סעדים זמניים

בית הדין יכול להורות על סעדים זמניים - הוראות מיידיות ודחופות למניעת הרעת המצב - במקרים בהם התביעה היא על פניה מתקבלת על הדעת (plausible)

תיקים נוספים נגד ישראל בפני בית הדין הבינלאומי

אין כרגע כל תיק נוסף המתנהל בפני בית הדין שבו ישראל תובעת או נתבעת. בשנת 2004 פרסם בית הדין חוות דעת מייעצת לבקשת העצרת הכללית של האו"ם שבה קבע שבנית גדר הפרדה ביהודה ושומרון מפרה את המשפט הבינלאומי. כיום מתנהלת הליך נוסף של בקשה לחוות דעת בפני בית הדין בעניין חוקיות הכיבוש הישראלי בשטחים.

מינויו של אהרן ברק לבית הדין

היות ואין שופט ישראלי בבית הדין, לישראל שמורה הזכות למנות שופט מיוחד ("שופט אד-הוק") בתיק נגד ישראל. ישראל בחרה למנות את הנשיא בדימוס של בית המשפט העליון, אהרן ברק, לתפקיד זה.

משקלו של מינוי זה רחב הרבה יותר מאשר מינוי אחד מתוך שישה-עשר השופטים. המטרה של השופט בדימוס אהרן ברק היא להביא את נקודת המבט הישראלית אל ההליך. מעמדו כאחד מגדולי השופטים החיים בעולם, ניסיונו הרב כשופט, ופסיקותיו פורצות הדרך במשפט בינלאומי, ודאי ישפיעו על עמדותיהם של שופטים נוספים. האמון הרב שרוחשים לו כשופט עצמאי שאינו חושש מפני האוהזים בשלטון, תורם להערכה הרבה לה הוא זוכה.

מובן מאליו שמינויו לא מבטיח הצלחה לישראל, אך הוא בהחלט משפר את הסיכויים של ישראל להימנע מהחלטות בעייתיות במיוחד, מבחינתה, של בית הדין.

הטענה של דרום אפריקה נגד ישראל

יסוד הכוונה: דרום אפריקה מבססת את התביעה בעיקר על שורה ארוכה של אמירות של פוליטיקאים ואנשי צבא בהווה ובעבר אותן היא מפרשת כקריאות להשמדת עם. למשל: קריאתו של השר אליהו להטלת פצצת אטום על עזה, או האמירה שהושמעה על ידי כמה פוליטיקאים לפיה בעזה "אין בלתי מעורבים".

יסוד עובדתי: דרום אפריקה טוענת כי במלחמה בעזה מבצעת ישראל הפרות של המשפט הבינלאומי העונות על דרישת היסוד העובדתי בעבירת הג'נוסייד. כך לגבי מספרי האזרחיים ההרוגים בעזה, כך לגבי המשבר ההומניטארי, וכך לגבי הפגיעה הנרחבת בתשתיות העיר עזה, ההופכת את המגורים בה לבלתי אפשריים.

טענות הנגד של ישראל

יסוד הכוונה: ישראל תטען כי הציטוטים שהובאו בתביעה הוצאו מהקשרם, וכי בכל מקרה מי שאמר את הדברים אינו מבין מקבלי ההחלטות. מקבלי ההחלטות בישראל – חברי קבינט המלחמה, הרמטכ"ל ומפקדים בכירים בצה"ל מקפידים לציין כי ישראל נלחמת בחמאס בלבד, וכי היא אינה מבקשת לפגוע באזרחים פלסטינים.

יסוד עובדתי: ישראל טוענת כי היא פועלת על פי כללי המשפט הבינלאומי הן בעצם היציאה למלחמת הגנה עצמית, והן במהלך הלחימה עצמה.

חשוב לשים לב לבעיה משמעותית שיש לישראל בנושא של "הסתה לביצוע השמדת עם" – שכאמור לעיל מהווה פשע כשלעצמה, גם בלי קשר לביצוע השמדת עם ממש. חלק מהאמירות המצוטטות על ידי דרום אפריקה, והמופיעות מעת לעת בציבור בישראל, עולות כדי הסתה לג'נוסייד. העובדה שאין שום סנקציה – פלילית או פוליטית – נגד ביטויים מעין אלו עלולה להתפרש כהפרה של החובה של ישראל למנוע הסתה להשמדת עם.

חובות המדינה לפי האמנה

לפי אמנת הג'נוסייד (סעיף 3) חובת המדינה היא למנוע ולהעניש לא רק על ביצוע או סיוע לביצוע של השמדת- עם אלא גם על קשירת קשר לבצע, הסתה ישירה ופומבית או ניסיון לבצע השמדת- עם. סעיף 9 לאמנת הג'נוסייד קובע שכל הסכסוכים בין המדינות החברות ידונו בפני בית הדין.

כיצד ניתן להוכיח כוונה לביצוע ג'נוסייד?

ניתן כמובן להוכיח את הכוונה לביצוע ג'נוסייד על ידי הצהרות מפורשות של ראשי המדינה או מבצעי הפשע. אך מדינה יכולה להסתיר את הכוונה לביצוע של ג'נוסייד. בית הדין קבע שניתן להוכיח את הכוונה מאחורי הפשעים גם ללא הצהרות מפורשות, וניתן להסיק על הכוונה מתוך המעשים. אולם, בית הדין הציב רף גבוה מאוד למסקנה כזו: רק אם מתקיים ביצוע שיטתי של פשעים, שלא ניתן להסביר אותם אלא בכך שקיימת תוכנית סדורה לביצוע ג'נוסייד.

חלק ג': התביעה של דרום אפריקה נגד ישראל

מדוע מאשימה דרום אפריקה את ישראל בביצוע ג'נוסייד?

לשאלה זו תשובה משפטית ותשובה פוליטית.

משפטית: כאמור, דרום אפריקה מאשימה את ישראל בביצוע פשע הג'נוסייד מכיוון שכך תוכל לכפות עליה להתדיין בבית הדין הבינלאומי. לפי סעיף 9 לאמנת ג'נוסייד, ישראל התחייבה מראש לקבל על עצמה את סמכות השיפוט של בית הדין בכל הנוגע לטענות הקשורות להפרת האמנה, וממילא היא מחויבת על פי המשפט הבינלאומי להופיע לדיון בבית הדין.

פוליטית: דרום אפריקה היא שותפה של הפלסטינים בפעילות הבינלאומית נגד ישראל מזה שנים רבות. זוהי תגובה מאוחרת לכך שישראל תמכה בשלטון האפרטהייד בדרום אפריקה. בנוסף, זהו שיקוף של העמדה הדרום אפריקאית לפיה ישראל היא מדינה קולוניאליסטית השוללת את זכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים.

משמעות הדין ביום חמישי

התביעה של דרום אפריקה היא חלק ממאמץ מתמשך של הפלסטינים וכמה מדינות נוספות להציב את ישראל כמדינה מצורעת - כזו שמדינות שומרות חוק נזהרות משיתוף פעולה איתה. הפסד בדיון עלול להכניס את ישראל למצב מאוד בעייתי בזירה הבינלאומית.

בנוסף, לבית הדין סמכות להוציא צווים זמניים במקרים דחופים. סעדים זמניים יכולים להיות טריוויאליים למדי, כמו למשל הוראה לישראל לא לבצע רצח עם, או משמעותיים יותר - כמו למשל הוראה לישראל להפסיק את האש בצורה מיידית, או לאפשר הכנסה בלתי מוגבלת של סיוע הומניטארי. נראה ששיקר המאמץ של ישראל וההשתתפות שלה בהליך נועדו לכך שהסעדים שיקבעו על ידי בית הדין לא יהיו כאלו שייתפסו כמפריעים למאמץ המלחמתי בעזה.

מה יקרה אם ישראל לא תישמע להוראות בית הדין?

לבית הדין אין משטרה או כוח צבאי שיכול לאכוף את פסיקותיו. אבל הפרה של הוראה ישירה של בית הדין נתפסת בצורה גרועה מאוד במדינות רבות, ותרע את מצבה של ישראל בזירה הבינלאומית. כך למשל: סביר להניח שמדינות רבות יימנעו ממכירת נשק לישראל אם ישראל תפר צו של בית הדין לבצע הפסקת אש.

לסיכום,

התביעה של דרום אפריקה נגד ישראל מציבה אתגר משמעותי בפני ישראל לעת הזו. ישראל מתייחסת ברצינות לאתגר. היא משקיעה משאבים משפטיים וכספיים בהתמודדות עם התביעה.

כדי להגדיל את סיכויי ההצלחה של ישראל בתביעה, ראוי שהרשויות בישראל יפעלו בצורה תקיפה יותר כנגד הקריאות הנשמעות לעיתים, העלולות להתפרש מילולית כקריאות לרצח עם. הטעם לכך אינו רק התביעה של דרום אפריקה, שיח כזה גם חותר תחת עקרונותיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.