

זכויות האדם בשטחים הכבושים: השלכות אפשריות של המהלך להכרה במדינה פלסטינית

עו"ד אן סוצ'יו, עו"ד לימור יהודה¹

ספטמבר 2011

מבוא

המהלך הפלסטיני המתוכנן לספטמבר 2011, במסגרתו תתבקש הצטרפותה לאו"ם של פלסטין כמדינה בגבולות 1967, או קבלת הכרה כמדינה מצד המדינות החברות באו"ם, הינו מהלך פוליטי ומדיני, שבנקודת הזמן בה אנו נמצאים כיום קשה לחזות את השלכותיו בכלל ועל הזכויות של בני האדם באזורנו בפרט. השלכות אלה תלויות במידה רבה בהחלטות שיקבלו הדרגים הפוליטיים הישראליים, הפלסטיניים, כמו גם הבינלאומיים, ובמהלכים שיחליטו לנקוט בשטח. אף כי סיכויי פלסטין להתקבל כחברה באו"ם נראים כיום נמוכים לאור וטו אמריקאי הצפוי במועצת הביטחון, הרי שגם להכרה במדינה הפלסטינית מצד רובן המכריע של המדינות החברות באו"ם, יהיו השלכות משמעותיות.

אם תוכר פלסטין כמדינה תפתח בפניה האפשרות להצטרף לאמנות בינלאומיות ולבתי דין בינלאומיים. הצטרפות לאלה עשויה להעמיד כלים חדשים לאכיפת חובותיה של ישראל לכיבוד זכויות האדם של פלסטינים. לצד הזכויות שמקנה סטטוס זה, הכרה בינלאומית בפלסטין כמדינה תחייב אותה לעמוד בסטנדרטים של המשפט הבינלאומי, בחיזוק מחויבותם של גורמי הממשל הפלסטיניים לכיבוד זכויות אדם ובכלל זאת, חיזוק חובותיהם ואחריותם למניעת טרור ואיומים היוצאים מתחומם.

במסמך זה ניסינו למפות סוגיות לגביהן מתעוררות שאלות עקב המהלך האמור, תוך מתן דגש על היבטים בעלי השלכות אפשריות על זכויות האדם של האזרחים החיים במרחב. כארגון זכויות אדם, האגודה לזכויות האזרח אינה נוקטת עמדה בשאלות מדיניות. אולם, לשינויים הפוליטיים באזור עשויות להיות השלכות משמעותיות הקשורות לזכויות אדם, ובחלק מהשלכות אלו עוסק מסמך זה.

¹ ברצוננו להודות לעו"ד אליאב ליבליך על סיועו בהכנת מסמך זה

הכרה במדינה פלסטינית

תנאים להכרה במדינה

על פי המשפט הבינלאומי המינהגי המסורתי, כדי שישות תקבל מעמד של מדינה, עליה לעמוד בארבעה תנאי יסוד הקבועים באמנת מונטוידאו משנת 1933²: אוכלוסיה קבועה; טריטוריה מוגדרת; שלטון אפקטיבי על האוכלוסייה; יכולת לקיים יחסי חוץ.

אמנת מונטוידאו משקפת את **המודל הדקלרטיבי** להכרה במדינות, על פיו אקט ההכרה מצהיר על קיומה של מדינה, אך לא מכונן אותה. לפיכך, קיומה של מדינה הוא עניין שבעובדה: ישות שמקיימת את ארבעת התנאים לעיל הנה מדינה ללא צורך בהכרה בפועל מצד מדינות אחרות. הקושי הוא כמובן, שבהעדר אקט של הכרה מצד מדינות אחרות אין למדינה יכולת לממש את הריבונות שלה באופן מלא.³ על פי **המודל הקונסטיטוטיובי** לעומת זאת, אקט ההכרה מצד מדינות אחרות הוא זה שמעניק למדינה את קיומה.⁴

כבר כיום נראה, שלא קיימת מכשלה משמעותית שתשלול את הטענה כי תנאי מונטוידאו מתקיימים ביישות הפלסטינית. ואולם, אף במקרה בו תתעורר מחלוקת בשאלת עמידתה בתנאי מונטוידאו, ובכלל זאת הספק שמעלה ישראל באשר לקיומו של שלטון אפקטיבי⁵, אין בכך כדי לשלול את האפשרות, כי פלסטין תקבל הכרה נרחבת. במשפט הבינלאומי המודרני, מבחני מונטוידאו אינם חזות הכל. בפועל, העקרונות המרכזיים המנחים כיום בשאלת ההכרה הם **עקרונות פוליטיים וערכיים** הכוללים את זכות ההגדרה העצמית, הגנה על זכויות מיעוטים ועוד.⁶

בהתחשב בתמיכה הבינלאומית הרחבה בזכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים, והעובדה כי שטחי הגדה המערבית ועזה אינם מהווים חלק ממדינת ישראל הריבונית, הרי שישנה אפשרות ממשית, כי מרבית מדינות האו"ם יתמכו בהכרה במדינה הפלסטינית גם בהעדר עמידה מושלמת בקריטריונים הפורמאליים של אמנת מונטוידאו.

עם זאת, נוכח זאת שישראל כמו גם מדינות נוספות אינן צפויות להכיר במדינה הפלסטינית בשלב זה, הרי ששאלת קיומה של המדינה הפלסטינית לא תיוותר נקייה מספקות, ויכולתה לממש את ריבונותה תוגבל.

הצטרפות לאו"ם

הצטרפות לארגון האו"ם מגלמת בתוכה יתרונות שונים למדינה המצטרפת, ואולם חברות באו"ם אינה תנאי לקיומה של מדינה.⁷

על פי סעיף 4(2) למגילת האו"ם, מדינה רשאית להתקבל כחברה בארגון על פי החלטה של העצרת הכללית, אשר תתקבל ברוב של שני שלישי לפי המלצה של מועצת הביטחון. בהיעדר המלצה מצד

² Convention on the Rights and Duties of States (Montevideo Convention), 26.12.1933.

³ כדוגמת מדינת סומלילנד שעומדת בתנאי אמנת מונטוידאו אולם לא מוכרת על ידי הקהילה הבינ"ל

⁴ Thomas D. Grant, **The Recognition of States**, 2-12 (1999)

⁵ עמדת ישראל כפי שבאה לידי ביטוי בתגובה מיום 30.6.11 באתר [משרד החוץ](#) היא כי במרבית שטחי הגדה המערבית אין לפלסטינים שליטה אפקטיבית וכן כי לרשות הפלסטינית אין שליטה אפקטיבית ברצועת עזה נוכח שלטון החמאס שם.

⁶ James Crawford, **Recognition of States in International Law**, 99-101 (2007).

⁷ כך לדוגמה, טיוואן היא מדינה שאינה חברה באו"ם; שוויץ הצטרפה לאו"ם רק בשנת 2002, למרות שהוכרה ותפקדה כמדינה לכל דבר שנים רבות לפני כן.

מועצת הביטחון, לעצרת הכללית אין סמכות לקבל את פלסטין כחברה באו"ם.⁸ לאור עמדתה של ארה"ב ביחס למהלך החד צדדי של הרשות ולאור זכות הוטו שיש לה במועצת הביטחון, נראה כי סיכוייה של הרשות להתקבל לאו"ם קלושים.

אפשרות חלופית היא קבלת תמיכה בעצרת הכללית. הצבעה בעצרת הכללית הינה הזדמנות בידי הקהילה הבינלאומית להביע, באופן מתואם, עמדה קולקטיבית לגבי מעמדה של פלסטין, וככזו היא בעלת השפעה על השיח הבינלאומי בהקשר זה. משמעות הדבר, שגם אם פלסטין לא תתקבל כחברה באו"ם, היא יכולה להיות מוכרת כמדינה על פי המשפט הבינלאומי, והעצרת הכללית תוכל להזמינה להצטרף לאמנות שונות.⁹

המסגרת הנורמטיבית שתחול בשטחי הגדה ועזה

תחולת דיני הכיבוש

על פי דיני הכיבוש, שאלת קיומה של מדינה אינה רלוונטית לקביעה אם מדובר בשטח כבוש אם לאו, ולכן הכרה במדינה פלסטינית איננה אמורה לשנות כשלעצמה את מעמדה של ישראל ככוח כובש המחזיק בשטח מכוח המשפט הבינלאומי.

הפרשנות המקובלת במשפט הבינלאומי היא שדיני הכיבוש חלים על שטחים בהם קיימת נוכחות של כוחות זרים היכולים לממש שליטה אפקטיבית על החיים של האוכלוסייה המקומית. כיבוש אינו פונקציה של נוכחות צבאית קבועה אלא של יכולת לשלוט על השטח במובן זה שהמעצמה הכובשת מסוגלת לבצע פעילות שלטונית במקום.¹⁰

על פי המצב כיום, ישראל היא השולטת בשטחי הגדה המערבית, ועל היבטים רבים של החיים ברצועת עזה. בנוגע לגדה המערבית, הרי שבכפוף לסמכויות מסוימות שישראל העבירה לרשות הפלסטינית במסגרת הסכם הביניים ומאפשרת לה להפעיל, הרי שהיא זו שמחזיקה בכל סמכויות השלטון, ובכללן, שליטה מלאה בשטחי C (62% משטח הגדה), ירושלים, מקורות המים, שליטה אזרחית וצבאית על האוויר, שליטה אזרחית וצבאית על כל מעברי הגבול בגדה, כניסה ויציאה מהגדה, ועוד.

עזה

בעקבות ההתנתקות מרצועת עזה בקיץ 2005 הודיע מפקד כוחות צה"ל באזור על סיום הממשל הצבאי ברצועה. העמדה הישראלית הרשמית גורסת, כי מאז ההתנתקות אין לישראל שליטה על

⁸ בחוות דעת של ה-ICJ מ-1950 נקבע כי:

"The admission of a State to membership in the United Nations, pursuant to paragraph 2 of article 4 of the Charter, cannot be effected by a decision of the General Assembly when the Security Council has made no recommendation for admission..." (International Court of Justice, "Advisory Opinion: Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations," 3 March 1950, 4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/9/1883.pdf>)

⁹ כגון האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (סעיף 48 לאמנה), האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (סעיף 26 לאמנה) והאמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (סעיף 17 לאמנה)

¹⁰ בן נפתלי ושני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום עמ' 138-139 (2006); בג"צ 102/82 צמל נ' שר הביטחון, פ"ד לז(3) 365, 372-374 (1983); Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, p.28-29 (1957).

הנעשה ברצועה ועל כן תם הכיבוש הישראלי ברצועה ועמו גם חובותיה המשפטיות של ישראל כלפי האוכלוסייה בשטח זה על פי דיני הכיבוש.¹¹

ואולם, השאלה אם יש לראות בישראל כוח כובש בעזה שנויה במחלוקת. רבים בקהילה הבינלאומית ובקרב משפטנים בינלאומיים דוחים את עמדתה הרשמית של ישראל, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעמדת המזכיר הכללי של האו"ם¹² בעמדות של משפטנים,¹³ ובדוחות של ארגוני זכויות אדם.¹⁴ אחרים גורסים, כי לאחר ההתנתקות אין עוד בידי ישראל היכולת להפעיל את השליטה האפקטיבית המגבשת מעמד של כוח כובש.¹⁵

קיימת האפשרות, כי בנוגע למעמדה של רצועת עזה ההכרה במדינה פלסטינית ריבונית תביא לבחינה מחדש של עמדה זו.

נציין, כי בלא תלות בשאלה אם עזה מצויה עדיין תחת כיבוש ישראלי אם לאו, ישראל נושאת באחריות משפטית לנעשה ברצועה בהיבטים שונים הן נוכח שליטתה במעברים היבשתיים לרצועת עזה למעט מעבר רפיח, במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים, והן נוכח שליטתה ומחדליה בעבר.

שטחי A

ישראל כבר הביעה בעבר את העמדה לפיה האזורים שהועברו לשליטת הרשות, קרי שטחי A, אינם עוד באחריותה ועל כן היא אינה אחראית על קיום זכויות האדם של הפלסטינים בשטחים אלה.¹⁶ ואולם בניגוד לעזה, ישראל לא הכריזה עד היום על סיום הכיבוש בשטחי A.

על פי הסכם הביניים ישראל ממשיכה להחזיק באחריות לביטחון האזור בכל שטח הגדה, ובכלל זאת בשטחי A. אף בפועל, מפעילה ישראל את שליטתה בדרכים שונות, ביניהן: ביצוע חיפושים ומעצרים

¹¹ לפירוט העמדה ראו באתר הפרקליטות הצבאית "המסגרת המשפטית לפעילות צה"ל ברצועת עזה", ניתן לעיון בכתובת: <http://www.law.idf.il/935-4489-he/Patzar.aspx>. בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (2008) נקבע, כי מאז ההתנתקות ישראל איננה נושאת עוד במכלול החובות לפי דיני הכיבוש, ואולם נושאת היא בחובות מכוח מצב הלחימה באזור, מידת שליטתה במעברים, והתלות שנוצרה במהלך שנות השלטון הצבאי הישראלי.

¹² Situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967- Note by the Secretary-General, UN Doc. A/61/470, 27.9.2006, para. 7.

ניתן לעיון בכתובת:

<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/22f431edb91c6f548525678a0051be1d/2e64a5d7f563f5468525720a0052603d>

¹³ Nicholas Stephanopoulos, "Israel's Legal Obligations to Gaza after the Pullout", *Yale Journal of International Law*, Vol. 31, 524 (2006); Mustafa Mari, "The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End to Occupation?" *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 356 (2005)

עמדה זו אומצה גם על ידי הדווח המיוחד לעניין השטחים הפלסטינים הכבושים בדו"ח שפירסם ב-2007: Prof. John Dugard, the UN Special Rapporteur for the Occupied Palestinian Territories. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967, Implementation of G.A. Res. 60/251 of Mar. 15, 2006, U.N. Doc. A/HRC/4/17 (2007).

¹⁴ גישה, "כובשים מנותקים. מעמדה המשפטי של רצועת עזה" ינואר 2007.

¹⁵ Yuval Shany, "The Law Applicable to Non-occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. The Prime Minister of Israel", *Israel Law Review*, Vol. 42, 2009; Yuval Shany, "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate," *Israel Law Review*, Vol. 41 (2008); Yuval Shany, "Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement," *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, (2005)

¹⁶ Second Periodic Report of the State of Israel under the International Covenant on Civil and Political Rights, para 8, UN Doc. CCPR/ISR/2001/2 (2001); Second Periodic Report of the State of Israel under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, para. 6-8, UN Doc. E/1990/6/Add.32 (2001).

באזור A, שיפוט פלסטיניים תושבי שטח A בבתי משפט צבאיים על עבירות בטחון¹⁷, סמכות שיפוט בלעדית על ישראלים המבצעים עבירות בשטחים (ובכלל זה בשטחי A)¹⁸.

בית המשפט הצבאי לערעורים חזר וקבע כי כל האזור, כולל שטח A, נותר תחת תפיסה לוחמתית של ישראל.¹⁹ בית המשפט קבע כי האזור כולו הוא "יחידה טריטוריאלית אחת", כי סמכותו של מפקד האזור חלה על האזור כולו, וכי סמכותו של המפקד הצבאי בנוגע לשטח A מעולם לא בוטלה באופן גורף, אלא צומצמה בהסכם הביניים. במקרה אחר קבע:

"שגם DE FACTO אין להתכחש לשליטה הרציפה של צה"ל על שטח A, כאשר גם בימים בהם חיילי צה"ל לא נכחו פיזית בשטח, שלטו עליו במידה רבה אמצעים אחרים. לאור האמור, עפ"י המשפט הבינלאומי נותרו בידיו של המפקד הצבאי הסמכויות הביטחוניות הנובעות מחובתו הבסיסית להבטיח את הסדר הציבורי בשטח הנתון לשליטתו."²⁰

לסיכום, לשאלת ההכרה במדינה פלסטינית אין כשלעצמה השפעה על מידת השליטה של ישראל על שטחי הגדה המערבית, ועל מעמדה ככוח כובש בהם. נוכח שטחם הקטן של שטחי A, היותם נפרדים האחד מן השני, כאיים בתוך "שטח C" הנשלט באופן מלא על-ידי ישראל, הרי שאף אם תבצע ישראל שינויים בדפוס פעולתה בשטחים אלה, ואף אם תכריז על "סיום הכיבוש" בהם, אנו סבורים כי לא ניתן לראות בהם שטחים עצמאיים.

הסכמי אוסלו²¹ (הסכם הביניים)

מהלך פלסטיני לקבלת הכרה בפלסטין כמדינה עצמאית מהווה מהלך חד-צדדי העומד בניגוד להסכם, ופותח את הפתח להודעה על בטלותם או ביטולם של ההסכמים. ואולם, ביטולם המוחלט של ההסכמים איננה תוצאה הכרחית. כך, שכן למרות הפרות חוזרות ונשנות של הסכם הביניים, עד היום, אף אחד מהצדדים להסכמים, לא הודיע על ביטולם. באתר הפרקליטות הצבאית הובעה עמדה זו: "השאלה בדבר תוקפו של הסכם הביניים התעוררה לראשונה זמן קצר לאחר פרוץ העימות המזוין בשטחי איו"ש ורצועת עזה... על אף סימן השאלה הגדול המרחף מעל סוגייה זו מאז אותה עת, עד כה, אף צד לא הכריז באופן רשמי על כך שהוא רואה את הסכם הביניים, או חלקים ממנו, כבטלים. למעשה, שני הצדדים המשיכו במידה רבה לקיים חלק מהוראות הסכם הביניים וליישמן בפועל." וכך גם לאחר ההתנתקות מעזה "...למעט אותם הסדרים שהפכו לבלתי רלוונטיים או לבלתי ישימים

¹⁷ לפי סעיף 7(ד) לצו בדבר הוראות בטחון, בית משפט צבאי מוסמך לדון גם פלסטיניים שעברו באזור A עבירה אשר פגעה או נועדה לפגוע בביטחון האזור. למפקד כוחות צה"ל שמורה הסמכות לקבוע כי מעשה מסויים מהווה עבירה גם אם נעשה בשטחי A כל עוד מדובר בעניין בטחוני המשפיע על בטחון האיזור או מדינת ישראל (2533/07 [התביעה הצבאית נ' אחמד עיסא](#), 27.09.07).

¹⁸ על פי הסכם הביניים (פרק 1, סעיף 3) לישראל נותרה הסמכות הבלעדית לדון בעבירות שבצעו ישראלים בשטח A. לרשות הפלסטינית אין סמכות לעצור ישראלי גם אם יש חשד שביצע עבירה בשטח A, אלא רק לעכבו עד להגעת הסיוור המשותף.

¹⁹ עמ' (איו"ש) 2016/07 [עיסא \(עגול\) נ' התובע הצבאי](#), 16.5.2007; ע' (איו"ש) 3924/06 [סעדי נ' התובע הצבאי](#), 17.10.2007.

²⁰ ע' (איו"ש) 3924/06 [סעדי נ' התובע הצבאי](#), 17.10.2007. פסק דינו של המשנה לנשיא, סא"ל בנישו.

²¹ הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה משנת 1995

לאור השינויים שחלו במציאות העובדתית והמשפטית, יש להמשיך ולתת את הדעת להסכם הביניים כמקור משפטי ביחסים בין הצדדים לו.²²

נראה לפיכך, כי שאלת תוקף ההסכמים וקיום הסדרים רלוונטיים מתוכם נתונה, כבעבר, להחלטתם ולפעולתם הלכה למעשה של שני הצדדים. ברי כי להחלטת הצדדים בסוגיה זו עשויות להיות השלכות משמעותיות על היבטים רבים המוסדרים כיום בהסכמים.

נקודה מרכזית נוספת בהקשר זה נוגעת למעמדה של הרשות הפלסטינית. מאז הקמתה שואבת הרשות את סמכותה מהסכם הביניים. במקרה של קבלת הכרה במדינה פלסטינית ישתנה מקור הסמכות, והממשלה הפלסטינית תשאב את סמכותה מעצם קיומה של המדינה.

שינויים במסגרת המשפטית והמוסדית הבינלאומית

הצטרפות לאמנות בינלאומיות

אם תוכר פלסטין כמדינה, הדבר יאפשר לה להצטרף לאמנות בינלאומיות שונות, לרבות אמנות זכויות אדם, והסכמי סחר, וכן להצטרף לארגונים בינלאומיים. אמנות זכויות האדם העיקריות אינן דורשות חברות באו"ם כתנאי להצטרפות. שורה של אמנות פתוחה בפני כל מדינה **שהוזמנה על ידי העצרת הכללית** של האו"ם להצטרף:

האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) - האמנה אינה דורשת חברות באו"ם כתנאי להצטרפות, אך כן דורשת הזמנה על-ידי העצרת הכללית. (סעיף 48 לאמנה)

האמנה הבינלאומית לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות (ICESCR) (סעיף 26 לאמנה)

האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (ICERD) (סעיף 17 לאמנה)

אמנות נוספות פתוחות להצטרפות מדינות בתנאים מקלים יותר (אף ללא הזמנה מהעצרת הכללית):
האמנה לזכויות הילד (CRC); האמנה בדבר חיסול ההפליה נגד נשים על כל צורותיה (CEDAW);
האמנה נגד עינויים (CAT); אמנות גינבה והפרוטוקולים הנספחים.

ההשלכה של הצטרפות מדינה פלסטינית לאמנות היא בראש ובראשונה הטלת חובות על המדינה הפלסטינית ביחס לאנשים שתחת שליטתה, והכפפתה למנגנוני פיקוח של האו"ם כדוגמת הוועדות האמונות על יישומן של האמנות. להצטרפות זו עשויה להיות השפעה גם על יחסיה עם ישראל והמתנחלים.

הצטרפות לבתי משפט בינלאומיים

אפיק פעולה נוסף שייפתח בפני פלסטין, אם תוכר כמדינה, הינו הצטרפות לארגונים בינלאומיים שונים, ובכללם, בתי משפט בינלאומיים:

בית הדין הבינלאומי לצדק שבהאג (ICJ) - בית הדין עוסק באחריותן של מדינות ואינו עוסק באחריותם של פרטים. בית הדין הינו בית המשפט הבינלאומי הבכיר והחשוב ביותר מבין הגופים

²² "המסגרת המשפטית לפעילות צה"ל ברצועת עזה", אתר הפרקליטות הצבאית. ניתן לעיון בכתובת: <http://www.law.idf.il/935-4489-he/Patzar.aspx>

השיפוטיים הבינלאומיים. זאת, הן מבחינת היוקרה והן מבחינת סמכות השיפוט.²³ על פי סעיף 35 לחוקת בית הדין, חברות באו"ם אינה תנאי לחברות בבית הדין. לפיכך, אף אם פלסטין לא תתקבל כחברה באו"ם היא תוכל להצטרף לבית הדין.

סמכות השיפוט של ה-ICJ אינה מחייבת, במובן זה שברירת המחדל הינה שהבאת נושא לדיון דורשת את הסכמתם של שני הצדדים.

בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) – בית הדין הפלילי עוסק באחריותם של פרטים למעשים המהווים פשעים בינלאומיים (פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות והשמדת עם). הקמת בית הדין נועדה למנוע מצב שבו אדם החשוד בביצוע פשעים בינלאומיים לא ייתן את הדין משום שהמדינה בעלת הזיקה המסורתית למעשה נמנעת מלהעמידו לדין. לפיכך, בית הדין לא יפעיל סמכותו במקרים בהם המדינה הרלבנטית מפעילה את סמכותה באופן ראוי.

סמכות השיפוט של בית הדין קמה בשלושה מקרים²⁴: (א) כאשר האקט הנידון התבצע בטריטוריה של מדינה חברה; (ב) כאשר האקט בוצע על ידי אזרח של מדינה חברה; או (ג) מקום בו מועצת הביטחון העבירה את העניין לטיפולו של התובע.

סעיף 125(3) לחוקת רומא קובע כי כל מדינה רשאית להצטרף לבית הדין, וכי ההצטרפות תיעשה באמצעות הפקדת מסמך ההצטרפות בידי מזכ"ל האו"ם. גם כאן, אי-חברות באו"ם איננה מונעת ממדינות להצטרף לבית הדין. לדוגמה, שווייץ הצטרפה לאו"ם רק בשנת 2002, אך אישרה את אמנת בית הדין כבר בשנת 2001. **עם קבלת הכרה בינלאומית רחבה במדינה פלסטינית, ייפתח הפתח בפני פלסטין להצטרף לבית הדין.**

החידוש שבהצטרפותה של המדינה הפלסטינית לבית הדין הפלילי תביא להחלת סמכותו על מעשים הנעשים במסגרת הסכסוך הישראלי-פלסטיני: ראשית, על פלסטינים החשודים בביצוע פשעים בינלאומיים; ושנית, על פעולותיהם של חשודים ישראלים המתבצעות בשטחי המדינה הפלסטינית. כפי שצוין, סמכות בית הדין לא תופעל במקרים בהם המדינה הרלבנטית הפעילה את סמכותה באופן ראוי, דהיינו, חקרה כיאות, והעמידה לדין במקרים הנדרשים.

סוגיית ההתנחלויות

אחת ההשלכות הדרמטיות של מהלך ההכרה במדינה פלסטינית עשויה להימצא בהצטרפותה של פלסטין לבית הדין הפלילי הבינלאומי. בהקשר זה, יש ליתן תשומת לב מיוחדת לסעיף בחוקת בית הדין הקובע כי הַעֲבָרָה, בין אם ישירה או בלתי ישירה, של אוכלוסיית המעצמה הכובשת לשטח הכבוש, מהווה פשע מלחמה.²⁵ המשמעות היא, כי ההתנחלויות יהפכו לסוגיה של משפט בינלאומי פלילי, וייפתח הפתח להעמדה לדין של ישראלים האחראים להקמה או הרחבה של התנחלויות.

²³ M. Shaw, *International Law*, p. 960 (2003).

²⁴ ICC Statute art. 12-13.

²⁵ ICC Statute art. 8(2)(b)(viii).

במסמך "Elements of Crime" של בית הדין הפלילי הבינלאומי הוכנסה ביחס לסעיף זה ההערה הבאה: "The term 'transfer' needs to be interpreted in accordance with the relevant provisions of International Humanitarian Law". (הערת שוליים 44).

יש להזכיר את חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין גדר ההפרדה, אשר קבעה, כי כמעשה המחזק ומקבע את ההתנחלויות, בניית הגדר בקטעים, בהם היא מקיפה את ההתנחלויות מהווה, פעולה בלתי חוקית והפרה של סעיף 6)49(לאמנת ג'נבה.²⁶

ירושלים המזרחית

מהמידע המתפרסם עולה, כי המהלך המתוכנן להכרה במדינה פלסטינית יכלול התייחסות גם לגבולותיה של המדינה הפלסטינית, אשר יוגדרו על פי קווי ה-4 ביוני 1967 ("הקו הירוק"). שטח זה כולל את ירושלים המזרחית.

שטח ירושלים המזרחית, להבדיל מיתר הגדה המערבית סופח לישראל, והוחלו עליו "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה"²⁷. ואולם, למרות שלפי הדין הפנימי הישראלי מזרח העיר נחשבת כחלק מן המדינה, נדחתה גישה זו על-ידי הקהילה הבינלאומית, הרואה בשטח זה חלק מהשטח בו ישראל מחזיקה ככוח כובש.²⁸

משמעות הדבר היא, כי מבחינה בינלאומית דינה של ירושלים המזרחית כדין יתר הגדה המערבית. יוצא מכך, למשל, שסמכות בית הדין הפלילי הבינלאומי תחול גם על מעשיה של ישראל במזרח העיר (לדוגמא, בניית שכונות חדשות).

יציאה למבצעים צבאיים

כפי שהוסבר, מעמדה של ישראל ככובשת בשטחי הגדה לא צפוי להשתנות עקב מהלך ההכרה עצמו. ככוח כובש תמשיך ישראל להחזיק באפשרות השימוש בכוח, בגבולות המותר והאסור על פי דיני הכיבוש.

ואולם, שונים פני הדברים באשר לשטחים לגביהם נטען, כי ישראל חדלה להחזיק בהם ככוח כובש. לגבי שטחים אלה, נראה כי לצורך הצדקת שימוש בכוח באזורים אלה, ובטרם יציאה למבצע צבאי, יהיה על ישראל להוכיח את התקיימותם של כל תנאי ההגנה העצמית: התרחשה התקפה חמושה משמעותית (שפורשה כשימוש בכוח בהיקף ניכר²⁹); השימוש בכוח נחוץ באופן מיידי ולא קיימת אפשרות לנקוט באמצעים אחרים; התגובה היא מידתית ויחסית.

שבויי מלחמה

הכרה בפלסטיין כמדינה והצטרפותה לאמנות ג'נבה עשויה לחייב את ישראל לשנות את התייחסותה ללוחמים פלסטינים, המהווים חלק מכוחות סדירים או הפועלים בשם המדינה, ולהכיר בהם כזכאים

²⁶ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, para. 122, 9.7.2004; סעיף 9 לחוות דעתו של השופט בורגנטל.

²⁷ ההחלה נעשתה מכוח הוראת סעיף 111 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. הוראה זו הוספה לפקודת סדרי השלטון והמשפט בתשכ"ז-1967 (בחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967). כן ראו סעיף 5 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל; ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481-512 (2005).

²⁸ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, para. 70-78, 9.7.2004

²⁹ Nicaragua V. U.S., 1986, ICJ 14 paras., 187-201

למעמד של "שבויי מלחמה" על פי אמנת ג'נבה השלישית³⁰. למעמד זה נלוות הגנות שונות, ובראשן חסינות משפטית מפני העמדה לדין פלילי בגין ההשתתפות בלחימה.³¹

עד היום, היחס אל פלסטינים שנתפסו הינו כאל אזרחים המשתתפים באופן בלתי חוקי בלחימה³², כשבפועל הם מוחזקים בידי ישראל במעצר או במאסר במסגרת הליך פלילי, במסגרת מעצר מנהלי, או במסגרת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים.

אחריות המדינה הפלסטינית להפרות זכויות אדם

הכרה במדינה הפלסטינית והצטרפותה לאמנות בינלאומיות ולבתי משפט בינלאומיים תטיל עליה חובות ותעמיד אותה בפני מנגנוני ביקורת בינלאומיים האמונים על פיקוח על יישום אמנות זכויות האדם. חובות אלה יחייבו אותה בראש ובראשונה כלפי האזרחים הנתונים לשליטתה, אך משליכה אף על חובותיה כלפי ישראלים ובכללם מתנחלים.

המדינה הפלסטינית תישא, הן על פי כללי אחריות מדינה (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) והן מכוח חובותיה לכיבוד זכויות האדם, בחובה לנקוט באמצעים הנדרשים כדי למנוע הפרות זכויות אדם מצד רשויות שלטוניות ואורגנים רשמיים. כן היא עשויה לשאת באחריות אף לאיומים מצד ארגונים ואזרחים הפועלים בתחומה נגד ישראלים ומתנחלים, בכפוף למידת השליטה שתמצא בידיה ולאפשרויות הפעולה שיעמדו לרשותה.

פועל יוצא מהצטרפותה לאמנות ולבתי משפט בינלאומיים הוא, כי טענות בדבר הפרות זכויות אדם שמבצעת המדינה הפלסטינית יוכלו להתברר בפני פורומים בינלאומיים שונים. בין היתר, במידה שלא תנקוט בצעדים הנדרשים לחקירה והעמדה לדין של אנשים החשודים בביצועם של פשעים בינלאומיים ניתן יהיה להפנות הנושא לטיפולו של בית הדין הפלילי הבינלאומי. כך, למשל, חשדות לקיומם של מעשי עינויים המבוצעים על-ידי גורמי ממשל פלסטיניים או מטעמם, הרג אזרחים שרירותי, ירי קסאמים לעבר אוכלוסייה אזרחית בישראל, וכן החזקתו של גלעד שליט כבן ערובה, יכולים להיות מובאים לדיון הן בפני ועדות האו"ם הרלבנטיות והן כסוגיה לטיפולו של בית הדין הפלילי הבינלאומי.

³⁰ רק לוחם זכאי למעמד של שבוי מלחמה. סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית, מונה שתי קטגוריות של לוחמים: הקטגוריה הראשונה כוללת את כל אנשי הכוחות המזוינים של הצדדים לסכסוך; הקטגוריה השנייה כוללת לוחמים בצבא בלתי סדיר, שבהתקיים ארבעה תנאים המנויים בסעיף א. מפקד עליהם אדם האחראי לפקודיו ב. יש להם סמל אבחנה קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק ג. נושאים נשק בגלוי ד. מנהלים את פעולותיהם בהתאם לחוקי המלחמה ומנהיגיה יהיו גם הם זכאים למעמד של שבוי מלחמה.

חשוב להדגיש, כי בכדי שלוחם יזכה למעמד זה עליו להבדיל עצמו מן האוכלוסייה האזרחית באמצעות סימן זיהוי ונשיאת נשק בגלוי.

³¹ בן-נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, בעמ' 162 (2006).

³² ארנה בן-נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, בעמ' 164 (2006); בפסק הדין של בית הדין הצבאי הישראלי בפרשת קאסם (1969), נקבע כי לוחמי החזית העממית לשחרור פלסטין אינם מייצגים את ממשלת ירדן או כל מדינה אחרת, ועל כן אינם זכאים להגנות של אמנת ג'נבה השלישית (רמ/4/69 **התובע הצבאי נ' קאסם** (פסקי דין נבחרים של בתי המשפט הצבאיים בשטחים המוחזקים, כרך א' (תש"ל) 402). בבג"צ נקבע גם כי אין לראות בארגונים הפועלים בגדה ארגונים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם (בג"צ 2967/00 **בתייה ארד נ' כנסת ישראל**, נד(2) 188, 190 (2000)).