מכון ירושלים לחקר ישראל
מייסודה של קרן צ׳רלס ה׳ רבסון

פניית הפלסטינים לאו״ם להכרה במדינה פלסטינית: ניתוח משפטי-מדיני

גיל-עד נועם

מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל מס׳ 419

פניית הפלסטינים לאו״ם להכרה במדינה פלסטינית: ניתוח משפטי-מדיני

גיל-עד נועם

הדברים הנאמרים בפרסום זה הם על דעת המחבר בלבד.

© 2012, מכון ירושלים לחקר ישראל
בית חי אלישר
רח׳ רד״ק 20, ירושלים 92186

© 2012, The Jerusalem Institute for Israel Studies
The Hay Elyachar House
20 Radak St., 92186 Jerusalem

http://www.jiis.org.il
E-mail: machon@jiis.org.il

על המחבר

עו״ד גיל-עד נועם, חבר צוות החשיבה של מכון ירושלים לחקר ישראל, הוא חוקר ומרצה בתחום המשפט הבין-לאומי בפקולטות למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים ושל אוניברסיטת חיפה, בבית-הספר למשפטים של המסלול האקדמי — המכללה למינהל ובמכללת שערי-משפט. הוא משמש גם כחוקר במכון קונקורד לחקר יחסי הגומלין שבין המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי במסגרת המסלול האקדמי — המכללה למינהל. בשנת הלימודים תשע״ב הוא משתתף כעמית פוסט-דוקטורט בקבוצת מחקר בתחום המשפט הבינלאומי הפלילי במכון ללימודים מתקדמים באוניברסיטה העברית.

צוות החשיבה של מכון ירושלים לחקר ישראל: ירושלים בין ניהול הסכסוך ליישובו

החל משנת 1993 עוסק צוות חוקרים במכון ירושלים לחקר ישראל בחשיבה על העתיד המדיני של ירושלים. מטרות הצוות הן להביא בפני קובעי המדיניות, מעצבי דעת הקהל והציבור המתעניין מידע אמין ועכשווי על המגמות הדמוגרפיות, החברתיות והפוליטיות במזרח ירושלים ובעיר כולה, לגבש חלופות לניהול העיר באין הסדר מדיני וכן חלופות להסדר עתידי. עבודת הצוות עוסקת במגוון נושאים: ניתוח המציאות המורכבת בירושלים והמגמות הנוכחיות, מיפוי העמדות והאינטרסים של הצדדים השונים, לימוד הלקחים ממשאים ומתנים קודמים בנושא ירושלים ובחינת חלופות להסדרי ביניים ולהסדרי קבע.

מרכז הצוות: ד״ר אמנון רמון

חברי הצוות: אורה אחימאיר, מר דוד ברודט, פרופ׳ יעקב בר-סימן-טוב, ד״ר רותם גלעדי, תא״ל (מיל) אודי דקל, פרופ׳ משה הירש, דן הלפרין, ד״ר מאיה חושן, אביאל ילינק, ד״ר הלל כהן, ליאור להרס, פרופ׳ רות לפידות, מר ראובן מרחב, עו״ד גיל-עד נועם, פרופ׳ רובי סייבל, ישראל קמחי, מאיר קראוס, פרופ׳ יצחק רייטר, רוני שקד, יאיר אסף-שפירא, ד״ר עמנואל שרון, אל״מ (מיל) ד״ר דני תרזה.

מכון ירושלים לחקר ישראל נוסד בשנת 1978 והינו מכון למחקרי מדיניות הפועל כעמותה עצמאית, בלתי תלויה וללא מטרות רווח.

מטרת מכון ירושלים לחקר ישראל היא לתרום להעשרת תהליכי החשיבה והתכנון ולהשפיע על תהליך קבלת ההחלטות ועל עיצוב המדיניות בישראל בתחומי המחקר העיקריים של המכון: ירושלים, יישוב סכסוכים, מדיניות סביבה, צמיחה וחדשנות.

המכון פועל להשגת מטרתו באמצעות יצירת ידע רלבנטי, מדויק ומעמיק, ביצוע מחקר רב-תחומי, הכנת המלצות מדיניות והצעות תכנון מבוססות מחקר לתועלת מעצבי מדיניות ומקבלי החלטות ברמות הממשל השונות, ציבור החוקרים, המגזר השלישי והציבור הרחב.

חברי הוועד המנהל של מכון ירושלים לחקר ישראל

דן הלפרין, יו"ר; דוד ברודט, דינה רצ'בסקי, אהוד שפירא, אילן סלומון, רועי פולקמן, סרג'יו דלה-פרגולה, יהודית שלוי, אברהם אשרי, אריאל הלפרין, דני בר-גיורא, חנוך גוטפרוינד, סלי מרידור, עמנואל שרון, רות חשין.

ראש המכון: פרופ' יעקב בר-סימן-טוב **מנהל המכון:** מאיר קראוס

תודות

אני מודה לד״ר אמנון רמון על הסיוע הרב בכל שלבי ההכנה של מסמך זה, וכן לפרופ׳ יעקב בר-סימן-טוב ומאיר קראוס על תמיכתם והארותיהם והערותיהם המועילות. פרופ׳ רות לפידות, פרופ׳ רובי סיבל ופרופ׳ משה הירש העירו הערות מועילות על טיוטה מוקדמת של מסמך זה. האחריות לעמדות המובעות בנייר עמדה זה, ולטעויות בו, הינה של המחבר בלבד.

תוכן העניינים

תקציר — עיקרי הממצאים והמסקנות 9

מבוא 17

פרק ראשון — האם מתקיימים התנאים במשפט הבינלאומי לקיומה של מדינה פלסטינית? 21

פרק שני — הפנייה הפלסטינית לאו"ם 37

פרק שלישי — ההשלכות של הכרה באו"ם במדינה פלסטינית בגבולות 1967 47

פרק רביעי — השפעת מהלך פלסטיני חד-צדדי על מעמד מזרח ירושלים 73

פרק חמישי — סיכום ומסקנות 79

תקציר מנהלים באנגלית iii

תקציר – עיקרי הממצאים והמסקנות

הפנייה הפלסטינית לאו״ם הינה חלק ממהלך פלסטיני רחב, המבקש לקדם את האינטרסים הפלסטיניים שלא באמצעות משא ומתן עם ישראל, אלא באמצעות שימוש במסגרות מדיניות ומשפטיות רב-לאומיות. המהלך הפלסטיני מכיל שני רכיבים שלובים זה בזה: בקשה להכרה במדינה וציון גבולותיה של מדינה זו – קווי שביתת הנשק מ-1949, ובמסגרת זו הכרה במזרח ירושלים כבירת המדינה הפלסטינית. לשני הרכיבים הללו יש משמעויות מדיניות ומשפטיות חשובות, ונייר העמדה מנתח משמעויות אלה ומתייחס להשלכותיהן בטווח הקצר ובטווח הארוך.

בחינת התנאים לקיום מדינה במשפט הבינלאומי מעלה כי הרשות הפלסטינית הינה ישות הקרובה למלא אחר התנאים של מדינה, וניתן להגדירה כ״מעין מדינה״ או ״מדינה בדרך״. במצב של ספק אם ישות מדינית כלשהי הינה מדינה, הכרה בינלאומית רחבה יכולה להטות את הכף לעבר המסקנה שמדינה אכן קיימת. תמיכה רחבה של מדינות באו״ם בהכרה במדינה פלסטינית עשויה להביא למסקנה בדבר קיומה של מדינה פלסטינית הלכה למעשה.

יתרה מכך, האהדה הרבה בקהילה הבינלאומית לזכותם של הפלסטינים למדינה, התמיכה הבינלאומית לצעדים הנמרצים שנקטה הרשות הפלסטינית בשנים האחרונות לשיפור מנגנוני הממשל שלה, והקיפאון המתמשך בתהליך המדיני שיצר מצב שבו ישות לא מדינתית שהוקמה לצרכי ״הסדר ביניים״ פועלת במשך שנים ארוכות ככזו – כל אלה תומכים בפרשנות מקלה של הקהילה הבינלאומית בבחינת התנאים הנדרשים למדינה בהקשר הפלסטיני.

נייר העמדה מנתח את המהלכים האפשריים שבהם יכולים הפלסטינים לנקוט במסגרת האו״ם, ואת השלכותיהם האפשריות. הפלסטינים בחרו בפנייה למועצת-הביטחון של האו״ם כשלב ראשון בדרך לקבלת מדינה פלסטינית כחברה מלאה באו״ם. ככל הנראה, מהלך זה אינו צפוי לזכות ברוב הנדרש במועצת-הביטחון. אולם, נראה שעצם הצבת הנושא על סדר היום של מועצת-הביטחון צפוי להעניק לפלסטינים יתרונות מדיניים. עצם הדיון בשאלת כשירותה של הרשות הפלסטינית כמדינה עשוי לקדם את האינטרסים הפלסטיניים, למשל – על ידי חתירה להגדרת לוח זמנים להקמת מדינה בגבולות זמניים – הצעה שעשויה לעלות כהצעת פשרה אם יסכימו הפלסטינים להשהות את ההצבעה במועצת-הביטחון. בתרחיש קיצוני של קיפאון מדיני ממושך

מאד, מהלך במועצת-הביטחון עשוי להכשיר בעתיד מעורבות בינלאומית כפויה, לרבות שליחת כוחות בינלאומיים לשטחים, על-מנת להביא להקמת מדינה פלסטינית גם ללא הסכמה של ישראל.

ההצלחה של מהלך לקבלת פלסטין כ"מדינה משקיפה" (כרגע פלסטין היא ישות משקיפה, באמצעות נציג אש"פ) באמצעות פניה לעצרת הכללית הינה כמעט בטוחה לאור הרוב האוטומטי שיש למהלך כזה בעצרת הכללית. בדרך זו, או בדרך של הצבעה של העצרת הכללית המכירה במדינה אף ללא שדרוג מעמד המשקיף, יכולה פלסטין לבסס את מעמדה כמדינה. אף שהתנגדות של קבוצה של מדינות בעלות השפעה עשויה לערער את המסקנה בדבר קיומה של מדינה, הרי שבפועל מתן מעמד של מדינה משקיפה על ידי העצרת הכללית יעניק לפלסטין כשירויות רבות של מדינה — הצטרפות לאמנות בינלאומיות חשובות שאינן טעונות חברות באו"ם (כגון אמנות זכויות-אדם), הצטרפות לסוכנויות מיוחדות של האו"ם, ויכולת להתדיין בבתי-דין בינלאומיים, לרבות מתן סמכות לבית-הדין הפלילי הבינלאומי. במהלך כתיבת נייר העמדה הבשיל מהלך פלסטיני שבו אישרה ועידת ארגון החינוך, המדע והתרבות של האו"ם (או"סקו) את קבלתה של פלסטין כחברה בארגון. בטווח המיידי, הרשות הפלסטינית משלמת מחיר על מהלך זה, שגרר עצירת העברת כספים לרשות מישראל והודעה של ארצות-הברית על הפסקת המימון לאונסק"ו (שהיא אחראית לכרבע מתקציבו). אולם, בטווח הארוך שדרוג מעמדה של פלסטין באו"ם וקבלתה כחברה בארגונים בינלאומיים נוספים עשוי להביא לשינויים מדיניים כפויים, ואף לשינויים במצב המשפטי החל בשטחים.

נייר העמדה מנתח את ההשלכות שיהיו להכרה במדינה פלסטינית, הן מבחינת המצב "בשטח", והן מבחינת התנהלות התהליך המדיני בעתיד ותגובות הקהילה הבינלאומית לנוכחות הישראלית בשטחים. מבחינת המצב בשטח, הן ישראל והן הפלסטינים יכולים, מבחינה משפטית, להכריז על ביטול הסכמי אוסלו, שבמרכזם הסכם הביניים מ-1995, שנועד לתקופת ביניים בלבד. רבים מההסדרים הקיימים ממילא אינם מתאימים למדינה, שעצם הקמתה בצעד חד-צדדי מהווה הפרה של ההסכמים. אולם, ביטול ההסכמים לא ישרת את האינטרסים של שני הצדדים. אמנם, תידרש בחינה משפטית של ההתאמה של חלק מההסדרים למצב שבו הרשות הפלסטינית מוכרת כמדינה על ידי הקהילה הבינלאומית, אולם יש אינטרס של שני הצדדים להמשיך ולנהוג לפי ההסדרים הקיימים הלכה למעשה בשטחים. מבחינת ישראל — ההסכמים פוטרים אותה מהאחריות לסמכויות אזרחיות רבות ביחס לאוכלוסייה פלסטינית גדולה. באשר לפלסטינים, הם זקוקים ליציבות ולהמשך קיומם של מנגנוני הממשל הקיימים לצורך המשך בניית התשתית האזרחית למדינה. כמו כן, לפחות בטווח הזמן הקצר, ניתן להניח שהפלסטינים

ינסו למצות את מלוא היתרונות שמעניק מעמד המדינה, תוך ניסיון לצמצם ככל שניתן את החובות המוטלות בדרך כלל על מדינות. זאת, על ידי הדגשת אחריותה של ישראל, לאור העובדה ששטח ניכר של המדינה הפלסטינית נותר כבוש על ידה.

כך, למשל, הסכם הביניים מטיל מגבלות צבאיות וביטחוניות על הפלסטינים, מגביל את גודל הכוח החמוש שרשאים הפלסטינים לקיים, את חימושו ואת התפקידים שהוא רשאי למלא (ביטחון פנים בלבד). מדינה הינה ריבונית להגן על גבולותיה ולקיים כוח צבאי לשם כך (אם אינה מדינה מפורזת), אולם לפחות בטווח הזמן הקצר האינטרס ההדדי של הצדדים הינו לקיים את הוראות ההסכמים הקיימים ולשמור על התיאום הביטחוני ביניהם. מבחינת הפלסטינים, המשך המצב הקיים משרת אינטרס שלהם שלא להיתפס כאיום ביטחוני, להמשיך בביסוס המדינה בתחומים האזרחיים, ולהימנע מלהיתפס כישות חזקה מדי באופן שירחיב יתר על המידה את אחריותה למתרחש בשטחים. בטווח הארוך, קיפאון מדיני מתמשך עשוי להביא את הפלסטינים לפעול להכנסת כוחות רב-לאומיים לשטחים, וכך להגביל את יכולת פעולתה הצבאית של ישראל.

נייר העמדה מנתח כמה מהכשירויות העיקריות שיש למדינות, ובוחן איזה שימוש תוכל מדינה פלסטינית לעשות בהן ואילו אתגרים וסיכויים יוצרות כשירויות אלה מבחינתה של ישראל: באשר ליכולת להצטרף לאמנות בינלאומיות, לא ניתן לקבוע שיכולת זו תרע בהכרח את מצבה של ישראל. התחייבויות מסוימות של פלסטין במישור הבינלאומי הינן התפתחות חיובית מנקודת מבט ישראלית. למשל, הצטרפות של מדינה פלסטינית לאמנות זכויות-האדם ולאמנות ג'נבה, משמעותה לקיחת אחריות בינלאומית על ידי המדינה הפלסטינית לזכויות-האדם בשטחים שבשליטתה המעשית, והתחייבות לנהוג בהתאם לדינים ההומניטאריים בעת לחימה. אמנות זכויות-האדם ואמנות ג'נבה ימשיכו בוודאי לשמש את הפלסטינים גם ככלי למאבק משפטי בישראל, אך אין בכך שינוי לעומת המצב הנוכחי. ישראל ממילא צד לאמנות אלה, והצטרפות הצד הפלסטיני יכולה רק לתרום ל"חלוקה" או "פיזור" של האחריות.

הצעד המטריד ביותר מבחינתה של ישראל הינו הקניית סמכות על ידי המדינה הפלסטינית לבית-הדין הפלילי הבינלאומי לדון בפשע המלחמה של העברת אוכלוסיית המדינה הכובשת לשטח הנכבש ("פשע" שנוסח על פי הצעה ערבית "לפי מידותיה" של מדיניות ההתנחלות של ישראל בשטחים). הכללתו של "פשע" זה בחוקת בית-הדין היוותה את העילה העיקרית לאי-הצטרפותה של ישראל לחוקת בית-הדין. סמכות בית-הדין הפלילי הבינלאומי חלה על כל שטחה של המדינה, כולל שטחים כבושים, וכך מדיניות ישראל בשטחים ובמזרח ירושלים, יכולה לעמוד לבחינה משפטית פלילית. בכירים

ישראליים או מעורבים אחרים בפרויקט ההתנחלויות ובבנייה במזרח ירושלים לאורך השנים עלולים למצוא עצמם נאשמים בהליך פלילי בינלאומי, וסוגיית ההתנחלויות שאמורה הייתה להיות מוכרעת במשא ומתן בין הצדדים תועבר למעשה לבית-הדין, שאינו כפוף להסכמה ישראלית לצורך החלת סמכותו.

ההצטרפות למסגרות בינלאומיות אחרות, לרבות בתי-דין בינלאומיים, אינה מהווה "איום" ישיר מבחינתה של ישראל, לאור הכלל לפיו נדרשת הסכמת שתי המדינות להתדיינות משפטית בינלאומית. אולם, הנגישות שיש למדינה לשורה של פורומים בינלאומיים, כולל לסוכנויות מיוחדות של האו"ם (שחברות בהן אינה טעונה חברות מלאה באו"ם), תאפשר למדינה פלסטינית להביא ביתר קלות לדיון בינלאומי נושאים רבים ומגוונים הקשורים במדיניותה של ישראל בשטחים ובמזרח ירושלים (כגון ענייני בריאות, תעסוקה, הגנה על הסביבה וכדי).

ניהול יחסי החוץ על ידי המדינה הפלסטינית עשוי לשמש מקור למתיחויות ולבעיות משפטיות סבוכות. מכיוון שישראל שולטת באופן כמעט מוחלט (למעט מעבר רפיח) על הכניסה והיציאה מהשטחים, היא תידרש לגבש מדיניות לגבי תנועת דיפלומטים ומשלוחים דיפלומטיים אל המדינה הפלסטינית וממנה. ישראל כנראה תהיה מעוניינת למנוע כניסת נציגים או משלוחים דיפלומטיים ממדינות עוינות שעמן עשויה מדינה פלסטינית לקיים קשרים. הדיפלומטים והמסמכים נהנים מחסינות גם כשהם עוברים ב"מדינה שלישית", שאמנם אינה חייבת לאפשר את המעבר שלהם, אך לאור השליטה של ישראל במעטפת של המדינה הפלסטינית התערבות בתנועה הדיפלומטית למדינה הפלסטינית עשויה לשמש עילה לניגוח של ישראל בפורומים בינלאומיים.

אומנם, ככל שמדינה פלסטינית תתקיים, היא תפעיל ממשל אפקטיבי רק על מקצת השטחים שמעבר לקו הירוק (שטחי A ביהודה ושומרון, ובכפוף ליישום הסכם הפיוס עם החמאס יתכן שגם על רצועת עזה). אולם ככל הנראה ההכרה הבינלאומית תתייחס לכלל השטחים שמעבר לקו הירוק, כולל מזרח ירושלים כבירת המדינה. גם אם המצב בשטח יישאר בשלב ראשון ללא שינוי, ההתייחסות של הקהילה הבינלאומית לנוכחות הישראלית, הצבאית והאזרחית (ההתנחלויות והשכונות היהודיות במזרח ירושלים) תהיה כאל כיבוש של שטחה הלגיטימי של מדינה פלסטינית.

פרק מיוחד במסמך מוקדש למזרח ירושלים. ייחודה של מזרח ירושלים נובע הן מהעובדה שהיא סופחה למדינת-ישראל והן מהעובדה שסוגיית ירושלים מערבת אינטרסים בינלאומיים אחרים, החורגים מהאינטרסים הישראליים והפלסטיניים, כגון אינטרסים דתיים הקשורים בקדושת ירושלים וחשיבותה לשלוש הדתות המונותאיסטיות. נייר

העמדה מצביע על כך **שמחד**, הסיפוח הישראלי של מזרח ירושלים (שנדחה באופן גורף כבלתי חוקי על ידי הקהילה הבינלאומית) עלול להביא לכך שהפלסטינים, אם יזכו בהכרה רחבה במדינה בגבולות הקו הירוק, ינהלו מאבק דיפלומטי ומשפטי אינטנסיבי בצעדים שונים שנוקטת ישראל כחלק מיישום ריבונותה בשטח זה. כך, למשל, מדיניות הבנייה של ישראל במזרח ירושלים עלולה להיות נושא להליכים בינלאומיים, כולל במסגרת דיון ב"פשע ההתנחלויות" בבית-הדין הפלילי הבינלאומי. המדינה הפלסטינית יכולה לנסות לקיים פעילות שלטונית ודיפלומטית במזרח ירושלים שתציב אתגרים בפני רשויות אכיפת החוק של ישראל. **מאידך,** דווקא העובדה שסוגיית ירושלים מערבת אינטרסים בינלאומיים רחבים עשויה להגביל את יכולתם של הפלסטינים לנקוט בצעדים חד-צדדיים מרחיקי לכת בירושלים. ישראל, מצדה, אינה יכולה לקבל מצב שבו סוגיה רגישה ומורכבת כסוגיית ירושלים תוכרע בצורה כפויה.

מבחינת ההשלכות של המהלך הפלסטיני על הסדר מדיני עתידי, נייר העמדה מצביע על תהליך ההתקרבות של העמדה "הבינלאומית" (שבאה לידי ביטוי בעיקר בהצהרות ובמסמכים של הרביעייה הבינלאומית — הקוורטט) לעמדה הערבית (שבאה לידי ביטוי ביוזמה הסעודית לשלום משנת 2002). זאת, בעיקר בסוגיית הגבולות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בקיבוע הקו הירוק כגבול הלגיטימי של המדינה הפלסטינית, ללא משא ומתן. אמנם, העמדה הבינלאומית הדומיננטית אינה מכירה עדיין בקו הירוק כגבול מחייב, אלא תומכת במשא ומתן בסוגיית הגבולות. אולם, העקרונות שנקבעו למשא ומתן זה במפת הדרכים ובהצהרות מאוחרות של הקוורטט מביאים למסקנה שהגבולות הסופיים יהיו קרובים מאד לקו הירוק, עם שינויים מסוימים (כנראה על בסיס חילופי שטחים). גם ניירות בלתי רשמיים שהוחלפו בין הצדדים במשאים ומתנים שהתנהלו בשנים האחרונות מחזקים מסקנה זו. לפיכך, על אף שהעמדה הישראלית הרשמית רואה בנושא הגבולות עניין למשא ומתן, ובקו הירוק קו שביתת נשק בלבד שאינו מחייב כקו גבול, הרי שבפועל תוצאת משא ומתן בין הצדדים בהתאם לעקרונות הקוורטט היתה מביאה כנראה לתוצאה דומה.

לאחר ניתוח מפורט של העמדות המדיניות השונות והבסיס המשפטי להן, נייר העמדה מנתח מספר חלופות שבהן יכולה ישראל לנקוט בתגובה למהלך הפלסטיני. חלופה אחת, שאומצה למעשה, הינה פעולה בדרכים דיפלומטיות על-מנת לסכל מהלכים פלסטיניים בזירה הבינלאומית. נקיטה בדרך פעולה זו אכן יכולה לסכל מהלכים פלסטיניים מסוימים (כגון, מניעת רוב במועצת-הביטחון), אולם בראייה ארוכת טווח, לאור השינויים בעמדות הקהילה הבינלאומית בשנים האחרונות, והתחזקות התפיסה הרואה בישראל אחראית לכישלון התהליך המדיני, ספק אם מהלכים דיפלומטיים

כשלעצמם יוכלו למנוע מהפלסטינים הכרה בינלאומית במדינה בטווח הזמן הבינוני. בדומה לכך, גם הפעלת לחץ כלכלי ומדיני על הרשות הפלסטינית עשויה לכל היותר להביא לעיכוב במהלכים פלסטיניים מסוימים בטווח הזמן הקצר, אך ספק אם הם יובילו לעצירת המהלך המדיני הפלסטיני לאורך זמן. כמו כן, חזרת הפלסטינים למסגרת של משא ומתן דו-צדדי על רקע הפעלת סנקציות כלכליות ומדיניות מפחיתה את סיכויי ההצלחה של המשא ומתן, עלולה לעודד גורמים קיצוניים בחברה הפלסטינית וליצור קשיי לגיטימציה למנהיגות הפלסטינית להגעה להסדר מוסכם עם ישראל.

דרך פעולה נוספת הנבחנת במסמך הינה נקיטת צעדים חד-צדדיים של ישראל, כגון ביטול ההסכמים הקיימים או סיפוח חד-צדדי של גושי התנחלויות לישראל. נראה כי פעולות כאלה ישרתו בעיקר צרכים פוליטיים פנימיים של הממשלה בישראל, אך הן אינן צפויות להניב רווח מדיני כלשהו. להפך, כמוסבר לעיל, ביטול גורף של ההסכמים לא ישרת כנראה את שני הצדדים. סיפוח גושי התנחלויות לא ישנה כמעט דבר מבחינת המצב בשטח, ומבחינה משפטית בינלאומית צעד כזה ייתפס כבלתי-חוקי בדיוק כמו סיפוח מזרח ירושלים. מהלך של סיפוח חד-צדדי צפוי להעניק לצד הפלסטיני יתר תמיכה במאבק הבינלאומי שהוא מנהל נגד מדיניות ההתנחלויות, ולהגדיל את סיכויי ההצלחה של מהלכים בינלאומיים שעלול לנקוט הצד הפלסטיני נגד ישראל, בין היתר בבית הדין הפלילי הבינלאומי. השפעתו הקשה של צעד כזה תהיה ביום שבו תידרש ישראל לפשרות טריטוריאליות, שכן לאור המצב החוקתי בישראל יידרש רוב מיוחד של חברי-הכנסת או אישור במשאל-עם לאישור נסיגה משטחים אלה.

נייר העמדה מצביע על יתרונותיה של דרך פעולה שעיקרה אימוץ עקרוני של המהלך הפלסטיני על ידי ישראל, בכפוף להסתייגויות מסוימות ובתיאום עם הצד הפלסטיני באמצעות משא ומתן. אימוץ עקרוני על ידי ישראל של הבקשה הפלסטינית להכרה כמדינה, בכפוף לעקרונות שנקבעו במפת הדרכים של הסדר מוסכם ושל ניהול משא ומתן על הנושאים שהוגדרו להסדר הקבע, ובהם נושאי הגבולות ועתיד ההתנחלויות, יכול לכלול נכונות להכיר בטווח הזמן הקצר במדינה פלסטינית בפועל בגבולות זמניים. זאת, ברוח השלב השני במפת הדרכים, תוך ניהול משא ומתן מהיר לגיבוש הסדרים מתאימים בשטח. תחימת המשא ומתן בזמן, וניהולו בחסות הקוורטט, עשויים להגביר את האמון בהצעה הישראלית (הגברת האמון נחוצה ביותר נוכח הקיפאון המתמשך בתהליך המדיני, שהאחריות לו מיוחסת על ידי מדינות רבות לישראל). אימוץ ישראלי עקרוני של הכרה במדינה פלסטינית, בכפוף לכך שההכרה תתקבל כתוצאה מהסכם ישראלי-פלסטיני, תקהה חלק ניכר מהעוקץ שנושא עמו המהלך הפלסטיני. מדינות רבות (ובהן רובן ככולן של חברות האיחוד האירופי), התומכות בזכות הקיום של ישראל

בגבולות מוכרים ובטוחים לצד תמיכה בזכות הפלסטינים למדינה ברת-קיימא, צפויות לתמוך במהלך זה. מהלך כזה אינו תובע מישראל "מחיר" מופרז, מכיוון שמתווה מפת הדרכים כולל ממילא את הקמתה של מדינה פלסטינית בגבולות זמניים, בתיאום עם ישראל. המחיר שישראל תידרש לשלם יהיה, כנראה, התחייבות לתקופת הקפאה נוספת של ההתנחלויות (ככל הנראה גם הקפאה לא רשמית ובלתי מוצהרת של תכניות בנייה במזרח ירושלים), ואולי גם פינוי של כמה התנחלויות הנמצאות מחוץ לגושי ההתנחלויות הגדולים. ישראל מצדה תוכל לתבוע החלת שלטון פלסטיני אפקטיבי המחויב להסכמים עם ישראל על רצועת עזה. המשך שלטון החמאס ברצועת עזה יכול לשמש מכשול להגעה להסדר ועילה להכריז על כשלון המשא ומתן. מנגד, הסדר שיבסס מחדש שליטה של הרשות הפלסטינית ברצועת עזה ושיבטיח שקט ביטחוני לישראל בגזרה זו (כנראה בהסתמך על הסכמה פנים-פלסטינית כלשהי, וגיבוי בינלאומי), יכול להיחשב הישג ישראלי שיגביר את התמיכה במהלך כולו בקרב הציבור בישראל.

לאחר הפנייה הפלסטינית לאו"ם פרסם הקוורטט הצהרה שעיקריה קריאה לצדדים לחזור למשא ומתן מוגבל בזמן (הגעה להסכם קבע עד סוף שנת 2012), וזו פותחת פתח ליישום דרך הפעולה המוצעת כאן. הצהרת הקוורטט התקבלה עקרונית על ידי ממשלת ישראל. הצהרת הקוורטט אינה קוראת לפלסטינים לחדול מקידום המהלך באו"ם. אם אכן ישובו הצדדים למשא ומתן על בסיס הצהרת הקוורטט, הצהרה ישראלית עקרונית על נכונות לתמוך בהכרה במדינה פלסטינית באו"ם בהתאם להסכם שיושג, יכולה להסיט את מוקד תשומת הלב העולמית מהמהלך החד-צדדי הפלסטיני ולהחזיר את מרכז הכובד למסגרת המשא ומתן בין הצדדים.

קיים תרחיש סביר (בהתבסס על ניסיון העבר) שבו הצדדים אינם יכולים להגיע להסכם קבע שישים קץ לסכסוך, בעיקר בשל הקושי לגבש הסכמות בנושאי ירושלים והפליטים. במצב כזה, ראוי לבחון את חסרונותיו ויתרונותיו של מהלך מוסכם להסדר ביניים שלפיו תוקם מדינה פלסטינית מפורזת בגבולות זמניים. מחד, ניתן להניח שבמסגרת הסכם על הקמת מדינה פלסטינית בגבולות זמניים תידרש ישראל לפינוי התנחלויות הנמצאות מחוץ לגושי ההתנחלויות הגדולים, אך זאת מבלי לקבל תמורה בדמות הסכם ליישוב סופי של הסכסוך. ישראל תעמוד מול מדינה פלסטינית שיהיו לה תביעות טריטוריאליות ותביעות נוספות (בעיקר — שיבת הפליטים), עם יכולת להפעיל מנופי לחץ בינלאומיים להשגת מטרותיה. מאידך, לקיומה של מדינה פלסטינית בגבולות זמניים ישנו יתרון מבחינת ישראל, במובן זה שלפחות ביחס לחלק מהשטחים ישראל לא תיחשב עוד ככוח כובש, והאחריות הבינלאומית למתרחש בהם תהיה על מדינה פלסטינית. ככל שיימשך תהליך בנייתם וייצובם של מוסדות הממשל הפלסטיני והשיפור

הכלכלי ההדרגתי, ניתן להניח שהאינטרס הפלסטיני והישראלי יהיה לשמר רמת תיאום ושיתוף פעולה גבוהה גם ללא הגעה להסדר קבע, כפי שמוכיח ניסיון השנים האחרונות.

נוכח ההתקרבות בין העמדה הבינלאומית לעמדה הפלסטינית שתוארה במסמך זה, מרחב התמרון ומגוון הפתרונות הריאליים להסדר קבע בסוגיית הגבולות וההתנחלויות הינו מצומצם, וממילא גם במשאים ומתנים קודמים שהתקיימו בין הצדדים חלה התקרבות משמעותית בין הצדדים בנושאים אלה. מהלך פלסטיני חד-צדדי מוצלח (מבחינת הפלסטינים) עלול להציב את ישראל בפני קווי 1967 כנקודת מוצא למשא ומתן עתידי עם מדינה פלסטינית קיימת שישראל התנגדה לה, מבלי שסוכמו הנושאים הסבוכים ובעלי הפוטנציאל הנפיץ של ירושלים והפליטים. ראוי שבבחירת דרך הפעולה הישראלית יינתן משקל ראוי לשיקולים אלה, וכן לסכנות הטמונות בהכרה חד-צדדית במדינה פלסטינית מבחינת יכולתה של מדינה כזו לפעול נגד ישראל בפורומים בינלאומיים שונים ובמיוחד במישור הפלילי הבינלאומי.

מבוא

רקע כללי

נייר עמדה זה מבקש לבחון את ההשלכות של המהלך הפלסטיני, לבקש הכרה כמדינה מהאו״ם, על זירת המאבק המדיני הישראלי-פלסטיני ועל הניסיונות ליישוב הסכסוך. ההנחה היא שהמהלך יגרור שינוי במעמד המשפטי הבינלאומי של הצד הפלסטיני לסכסוך, ולשינוי זה עשויות להיות השלכות מדיניות חשובות. נייר העמדה בוחן את ההשלכות המשפטיות הצפויות, ואת פוטנציאל ההשפעה שלהן על ניהול הסכסוך הישראלי-פלסטיני, על מדיניותה של ישראל בשטחים, על סוגיית מזרח ירושלים ועל החתירה להסדר קבע. ניתוח המצב המשפטי ומשמעויותיו המדיניות ישמשו בסיס לבחינת החלופות האפשריות העומדות בפני ישראל בתגובתה למהלך הפלסטיני החד-צדדי על היבטיו השונים והשפעותיו על המצב בשטחים שמעבר לקו הירוק ובירושלים.

המסמך נכתב סמוך לפניה הפלסטינית לאו״ם בספטמבר 2011. ב-23 בספטמבר הגיש יו״ר הרשות הפלסטינית מחמוד עבאס (אבו מאזן) למזכ״ל האו״ם באן קי-מון את הבקשה הרשמית לצרף את מדינת פלסטין לאומות המאוחדות. במכתב, צויין כי הבקשה לחברות באו״ם מתבססת על הזכויות הטבעיות, החוקיות וההיסטוריות של העם הפלסטיני ועל החלטת העצרת הכללית של האו״ם 181 מ-29 בנובמבר 1947. בדברי ההסבר לבקשה ובנאומו בעצרת האו״ם ציין עבאס כי הקהילה הבינלאומית ברובה תומכת בזכותם של הפלסטינים למדינה על בסיס גבולות 4 ביוני 1967, שמזרח ירושלים בירתה[1].

ככל הנראה, בטווח הזמן הקצר לא יזכה המהלך הפלסטיני לתמיכת מועצת-הביטחון לקבלת מדינה פלסטינית כחברה מלאה באו״ם. עם זאת, כפי שיוסבר בהמשך, גם לתמיכה רחבה בעצרת-הכללית בבקשה הפלסטינית יש משמעויות משפטיות ומדיניות, לרבות אפשרויות להשתלבות של המדינה הפלסטינית במסגרות חשובות של האו״ם הפתוחות להצטרפות של מדינות שאינן חברות, כולל גישה לבתי-דין בינלאומיים. ניתן להניח שהפלסטינים ינקטו בצעדים שיציבו אתגרים משפטיים ומדיניים מסובכים בפני ישראל הן באמצעות פנייה לפורומים בינלאומיים שונים, לרבות בתי-דין בינלאומיים, ואולי גם באמצעות עידוד פעולות מחאה או מרי אזרחי במטרה לעורר את דעת הקהל

[1] ע׳ אלדר, הפנייה לאו״ם רומזת להכרה במדינה יהודית, *הארץ* 25.9.2011, http://www.haaretz.co.il/news/palestine/1.1482523

הבינלאומית. **יש, אפוא, חשיבות מכרעת למדיניות שתאמץ ישראל בתגובתה ליוזמה הפלסטינית באופן כללי, ולמהלכים הדיפלומטיים, המשפטיים ולצעדי המחאה האזרחית או המחאה האלימה שעלולים לבוא בעקבותיה.**

השפעת המהלך הפלסטיני תיבחן בשלושה מישורים עיקריים, השלובים זה בזה:

המישור הראשון — ניתוח של התנאים הנדרשים במשפט הבינלאומי לקיומה של מדינה: האם צפויים הפלסטינים לעמוד בתנאים אלה, ומהי השפעת ההכרה של מדינות רבות במדינה פלסטינית בעצרת האו״ם על השאלה האם קיימת מדינה פלסטינית ובאילו גבולות; **המישור השני** — ניתוח של השלכות פרטניות שיש להכרה במדינה פלסטינית בעצרת האו״ם. יידונו הכשירויות שיש למדינות המוכרות ככאלה על ידי עצרת האו״ם (גם ללא חברות מלאה באו״ם) וכיצד יוכל הצד הפלסטיני לעשות בהן שימוש על-מנת לקדם את האינטרסים שלו במסגרת הסכסוך. זאת, מתוך הנחה שהפנייה הפלסטינית לאו״ם אינה התרחשות חד-פעמית נטולת הקשר, אלא חלק ממהלך מדיני פלסטיני חד-צדדי שנועד להביא הישגים מדיניים מחוץ למסגרת המשא ומתן. המהלך הפלסטיני שואף להביא לכינונה של מדינה בגבולות קווי שביתת הנשק מ- 1949, שלא כחלק מהסדר מדיני עם ישראל. ניתן להניח שכחלק ממהלך זה ינסו הפלסטינים למצות את מירב היתרונות המדיניים שתקנה להם ההכרה כמדינה. עם זאת, המשפט הבינלאומי גם מגביל מדינות, מטיל עליהן חובות מסוימות ואחריות בגין הפרתן. לפיכך, למהלך הפלסטיני עשויים להיות גם ״מחירים״ מנקודת ראות פלסטינית, ויתרונות מנקודת מבט ישראלית.

המישור השלישי שבו ייבחנו השלכות המהלך הפלסטיני, הוא הקשר שבין מהלך זה לבין המצב השורר בפועל בשטחים שמעבר לקו הירוק ובכלל זה במזרח ירושלים, וכן ההשלכות על קביעת מעמדם העתידי של השטחים. הכרה בינלאומית רחבה בכלל השטחים שמעבר לקו הירוק כטריטוריה של מדינה פלסטינית כבושה, צפויה לערער עוד יותר את הלגיטימציה הבינלאומית להמשך הנוכחות הישראלית האזרחית והצבאית בשטחים (שממילא נתפסת על ידי מרבית הקהילה הבינלאומית כזמנית ובעייתית). הכרה של האו״ם במדינה פלסטינית בגבולות 1967 עלולה להגביל מאוד את יכולתה של ישראל לנהל משא ומתן אפקטיבי על גבולות הקבע, לרבות מזרח ירושלים. ייחודה של מזרח ירושלים, כטריטוריה היחידה מעבר לקו הירוק שאותה סיפחה ישראל, מציב אתגר מיוחד לישראל הן במישור המדיני והן ביחס להתנהלות השוטפת של ישראל במזרח ירושלים כחלק ממימוש ריבונותה. אכן, **הכרה של האו״ם במזרח ירושלים כבירת המדינה הפלסטינית עשויה להשפיע על התייחסות הקהילה הבינלאומית**

לצעדים שנוקטת ישראל במסגרת יישום ריבונותה על מזרח ירושלים, ובמיוחד על בנייה והרחבה של שכונות יהודיות. מנגד, קיבוע גבולות ה-4 ביוני 1967 מגביל את השאיפות הפלסטיניות למדינה בין הים לירדן או להקמת מדינה פלסטינית בגבולות תכנית החלוקה מ-1947, והוא משליך גם על תוקפן של טענות ל"זכות שיבה".[2]

על בסיס הדיון בשיקולים אלה, ייבחנו היתרונות והחסרונות שבתגובות אפשריות של ישראל למהלך הפלסטיני.

מבנה המסמך

המסמך כולל שישה פרקים. הפרק השני בוחן את התנאים לקיומה של מדינה במשפט הבינלאומי ויישומם במקרה הפלסטיני. הפרק השלישי מוקדש לניתוח המשמעויות המשפטיות והמדיניות הפרטניות שיש להכרה במדינה פלסטינית באו"ם. הפרק הרביעי ינתח את ההשלכות של ההכרה במדינה פלסטינית בקווי 1967, הן מבחינת הכשירויות והחובות של מדינה זו במישור הבינלאומי והן מבחינת ההשפעות האפשריות של המהלך הפלסטיני על מעמד השטחים בראיית הקהילה הבינלאומית, כולל דיון במעמד ההתנחלויות והלגיטימיות של נוכחות צה"ל מעבר לקו הירוק. הפרק החמישי מתמקד בהשפעות של המהלך הפלסטיני על מעמד ירושלים, הן מבחינת התייחסות הקהילה

---

[2] היבטים אלה של המהלך הפלסטיני עומדים במרכזה של מחלוקת פנים-פלסטינית על התבונה שבפנייה לאו"ם. בחוות-דעת ששלח להנהגה הפלסטינית פרופ' גיא גודווין-גיל, מומחה למשפט בינלאומי מאוניברסיטת אוקספורד, הוא הזהיר מההשלכות של הכרה באו"ם, בשל הפגיעה במעמדו של אש"פ כנציג הלגיטימי של הפלסטינים (הנהנה כעת ממעמד משקיף באו"ם), ובשל הותרת סוגיית הפליטים שמחוץ לתחומי המדינה הפלסטינית ללא ייצוג באו"ם. פרופ' גודווין-גיל הביע, אפוא, דאגה מהשפעת המהלך על מימוש זכותם הרחבה של הפלסטינים כולם (בשטחים ובפזורה) להגדרה עצמית, ועל "זכות השיבה" [ראו: (24.8.11) "'UN Statehood Bid 'Threatens Palestinians Rights" ב-http://www.maannews.net/eng/ViewDetails.aspx?ID=415804]. מדינות ערב שבשטחן פליטים פלסטיניים רבים אף הן חוששות מהשפעות המהלך הפלסטיני, בעיקר בשל ההשפעות הבעייתיות מבחינתן שיכולות להיות למהלך על פתרון בעיית הפליטים הפלסטינים [ראו, למשל: ל. ברקן, "ירדן: עמדה מעורפלת, מהולה בחששות, כלפי הפנייה הפלסטינית לאו"ם" (16.9.11) ב-http://www.memri.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?lang=he&ID=107345_memri&act=show2&dbid=articles&dataid=3016#_ftnref3. נוכח חששות אלה, מעניין לציין שבפנייה הפלסטינית להכרה, כפי שהוגשה בסופו של דבר למזכ"ל האו"ם (*להלן* הערה 52) נאמר, בין היתר, כי "בקשת פלסטין לחברות מתייחסת גם לזכויות הפליטים הפלסטינים בכפוף לחוק הבינלאומי והחלטות האומות המאוחדות הרלוונטיות לעניין, כולל החלטת העצרת הכללית 194 (1948) ולמעמד הארגון לשחרור פלסטין כגוף החוקי היחיד שמייצג את העם הפלסטיני (*שם*). ראו גם: כ. יעקב ול. ברקן, "השלכות הפנייה הפלסטינית לאו"ם" (2.10.11) ב-http://www.memri.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?lang=he&ID=107345_memri&act=show&dbid=articles&dataid=3024.

הבינלאומית לשאלת הריבונות בירושלים, והן מבחינת התוצאות שעשויות להיות להכרה בינלאומית רחבה במזרח ירושלים כבירת המדינה הפלסטינית על סוגיות פרטניות כגון מעמד תושבי מזרח ירושלים, היכולת של ישראל לנקוט במדיניות בנייה עצמאית במזרח ירושלים וכד׳. הפרק השישי דן במסקנות ובדרכי ההתמודדות השונות העומדות בפני ישראל.

פרק ראשון

האם מתקיימים התנאים במשפט הבינלאומי לקיומה של מדינה פלסטינית?

המהלך הפלסטיני מעורר שתי סוגיות הקשורות והמשפיעות זו על זו, אך חשוב להבחין ביניהן:

האחת — האם על פי המשפט הבינלאומי הכללי יכולה פלסטין להיחשב למדינה?

השנייה — מה הם המהלכים האפשריים שהפלסטיניים יכולים לנקוט במסגרת האו״ם ומה תהיינה השלכותיהם?

פרק זה יעסוק בעיקר בסוגיה הראשונה, ואילו הסוגיה השנייה תידון בעיקרה בפרק הבא. עם זאת, מכיוון שתוצאות המהלך הפלסטיני באו״ם עשויות להשליך, ולו באופן חלקי, על התשובה לסוגיה הראשונה, ולהפך, יכלול פרק זה גם התייחסויות למשמעויות הנובעות מההליך באו״ם. הדיון בפרק הבא יושתת על המסקנות אליהן נגיע בפרק זה.

נקודת המוצא לדיון היא שעל פי המשפט הבינלאומי המצוי, הצהרות של מדינות אחרות כי הן מכירות בישות מסוימת כמדינה אינן יוצרות מדינה. אמנם, בעבר הייתה מקובלת גישה ״קונסטיטוטיבית״ להקמת מדינות, לפיה עצם ההכרה של מדינות זרות בקיומה של מדינה יכולה הייתה ליצור מדינה חדשה. אולם הגישה המקובלת כיום היא הגישה ה״דקלרטיבית״, שלפיה הכרה של מדינות אחרות היא מעשה בעל אופי פוליטי-סובייקטיבי הנתון לשיקול דעתה של כל מדינה, ושאין בה, כשלעצמה, כדי ליצור מדינה חדשה, אלא נדרשים להתקיים תנאים עובדתיים, כגון קיום ממשלה אפקטיבית בטריטוריה מוגדרת.[3] עם זאת, כפי שיוסבר בהמשך, במקרים של ישויות כדוגמת הרשות

[3] לדוגמה, בשנת 1988 הכריז אש״פ על ״עצמאות פלסטינית״ בישיבת המועצה הלאומית הפלסטינית באלג׳יר (לנוסח ההכרזה והרקע לה, ראו: http://www.mideastweb.org/plc1988.htm). העצרת הכללית של האו״ם ״הכירה״ (״acknowledged״) בהכרזה, ואישרה את הצורך לאפשר לעם הפלסטיני לממש את ריבונותו על הטריטוריה שלו שנכבשה ב-1967 [ראו: (15.12.88) "Question of Palestine", UN GA Res. 43/177]. 104 מדינות הצביעות בעד החלטת העצרת-הכללית, 36 מדינות נמנעו ושתי מדינות (ארצות-הברית וישראל) התנגדו. מדינות רבות הכירו במדינה הפלסטינית והתירו לאש״פ לפתוח נציגויות דיפלומטיות בשטחן. על אף המספר הגדול של מדינות שהכירו ב״מדינה״ החדשה, אין ספק שההכרזה לא יצרה מדינה בשל העדר שליטה אפקטיבית של אש״פ על שטחים כלשהם. השינויים המשמעותיים בהשוואה ל-1988 נעוצים בתמורות שיצרו ״הסכמי אוסלו״ בשטח כתוצאה מהקמתה של הרשות הפלסטינית. בנוסף, ההתנתקות

הפלסטינית שהן "מעין-מדינות" או "מדינות בדרך", הכרה של רוב גדול של מדינות העולם במסגרת עצרת האו"ם עשויה להטות את הכף לכיוון המסקנה שאכן קיימת מדינה.[4]

להלן ייבחנו התנאים לקיומה של מדינה על פי המשפט הבינלאומי הכללי:

"מדינה פלסטינית" או "מדינה בדרך"?

התנאים לקיומה של מדינה מעוגנים במשפט הבינלאומי המנהגי, לפיו גוף נחשב למדינה כשמתקיימים ארבעה תנאים עובדתיים מצטברים.[5] התנאים הם: אוכלוסייה קבועה, שטח מוגדר, ממשל אפקטיבי ויכולת לנהל יחסי חוץ עם מדינות אחרות.[6] הכרזה על מדינה אינה נדרשת, אולם היא מהווה מעידה על כך שהגוף המכריז מעוניין להיות מוכר כמדינה. להלן סקירה של כל אחד מהתנאים בהתאם לפרשנות המקובלת במשפט הבינלאומי, ויישומם על המקרה הפלסטיני.

אוכלוסייה קבועה

משמעות הדרישה לאוכלוסייה קבועה הינה קיומה של אוכלוסייה דרך קבע (להבדיל, למשל, מאי קטן שאין בו נוכחות קבועה אלא נוכחות של תיירים בחודשים מסוימים של השנה).[7] מדינה פלסטינית, ללא קשר לגודלה בפועל, תמלא בוודאי אחר תנאי זה.

החד-צדדית של ישראל מרצועת-עזה יצרה שינוי משמעותי בפוטנציאל השליטה הפלסטיני בשטח זה. כמו כן, הסכמתה העקרונית של ישראל (ושל ארצות-הברית) לעקרון שתי המדינות לשני העמים, מביאה למצב שבו יש קונצנזוס בינלאומי על כך שהקמתה של מדינה פלסטינית הינה חלק מפתרון הסכסוך. כפי שנראה בהמשך, שינויים אלה עשויים להביא לשינוי במסקנה המשפטית.

[4] ראו: James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford University Press, 2nd ed., 2006), 27.

[5] התנאים מעוגנים בסעיף 1 לאמנת מונטווידאו בדבר זכויות וחובות של מדינות משנת 1933 (Montevideo Convention on the Right and Duties of States, 26 December 1933). האמנה הינה אמנה אזורית של מדינות אמריקה, אולם התנאים לקיומה של מדינה המפורטים בה נחשבים כמשקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי (ראו: Crawford, *לעיל* הערה 4, בעמ' 45-46).

[6] סעיף 1 לאמנת מונטווידאו הנ"ל: "The state as a person of international law should possess the following qualifications:(a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states".

[7] לניתוח התנאי של "אוכלוסייה קבועה" ראו: Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ' 52-55.

שטח מוגדר

דרישת השטח המוגדר משמעותה שהמדינה תפעל בטריטוריה מוגדרת.[8] אי-בהירות או מחלוקת ביחס לגבולות אינם שוללים את קיום המדינה, כל עוד ברור שהמדינה מפעילה את שליטתה בשטח מוגדר.[9] אין גם דרישה לרציפות טריטוריאלית, אולם ישויות בעלות רמת פיצול גבוהה של יחידות טריטוריאליות עלולות להתקשות ביישום ממשל אפקטיבי ועל כן יש הסבורים כי נדרשת רמה מינימאלית של רצף טריטוריאלי על-מנת להיחשב כמדינה.[10]

כוונת הפלסטינים היא להכריז על מדינה בגבולות 1967, אולם ברור שהרשות הפלסטינית (אם וכאשר תהיה ל"מדינת פלסטין") לא תוכל לקיים שליטה בפועל בחלק ניכר מהשטחים — מזרח ירושלים, ההתנחלויות, ושטחי C — שבהתאם להסכמי אוסלו השליטה הביטחונית המלאה בהם היא בידי ישראל וכלל הסמכויות האזרחיות הקשורות בטריטוריה (כגון, תכנון ובנייה ורישום מקרקעין) נותרו בידי הממשל הצבאי.[11] כמו כן, שליטתה האפקטיבית של הרשות הפלסטינית ברצועת-עזה תלויה ביישום מוצלח של

---

[8] לניתוח התנאי של "טריטוריה מוגדרת" ראו: Crawford, *שם* בעמ' 46-52.

[9] Crawford, *שם* בעמ' 48 מביא את הדוגמה של ישראל בשנים 1948-1949 למצב שבו התקיימה אי-בהירות לגבי הגבולות (המצויים ברובם עד היום במחלוקת) אך למרות זאת התקיימה כנראה "מדינה" גם בשלבים המוקדמים להיווסדה של ישראל בשל קיומו של שטח טריטוריאלי מוגדר שבו הפעילה המדינה את שליטתה.

[10] Crawford, *שם* בעמ' 47. ראו גם: Tal Becker, "International Recognition of a Unilaterally Declared Palestinian State: Legal and Policy Dilemmas". Jerusalem Center for Public Affairs (2000), 16. במסמך זה, שפורסם לפני למעלה מעשור, בקר הביע את עמדתו לפיה הרמה הגבוהה של הפיצול הגיאוגרפי בין האזורים השונים שבהם הרשות הפלסטינית מפעילה את שליטתה מונע התייחסות לטריטוריה הפלסטינית כ"טריטוריה מוגדרת" (ראו גם: ת"א (י-ם) 2538/00 *נוריץ ואח' נ. הרשות הפלסטינית*, פ"מ תשס"ב(2) 776, דעת המיעוט של השופט דרורי, פסקה 73, המאמץ את עמדתו של בקר). ספק אם מסקנה זו היתה נכונה אף לזמנה. על כל פנים, כפי שאראה בהמשך, השינויים שחלו בעשור האחרון ברמת השליטה הפלסטינית המעשית (תכנית פיאד) והפוטנציאלית (רצועת עזה, כאזור בעל רצף טריטוריאלי שהרשות הפלסטינית עשויה לחזור ולבסס בו את שליטתה, וכן פינוי התנחלויות בצפון השומרון), מחלישים את הטיעון שהפיצול הגיאוגרפי כשלעצמו שולל קיומה של מדינה.

[11] The Israeli-Palestinian Interim Agreement (28 September, 1995) (להלן: "הסכם הביניים"). הסכם הביניים מותיר את כלל הנושאים שנותרו להכרעה בהסדר הקבע, ובהם נושא ההתנחלויות, לסמכותה של ישראל [סעיף XVII(8) להסכם הביניים]. באזורי C, הדלילים באוכלוסייה פלסטינית, לרשות הפלסטינית סמכויות החלות רק מבחינה פרסונאלית (סמכויות שאינן קשורות בקרקע) על הפלסטינים המתגוררים באזורים אלה, כלומר — בתחומים כגון כלכלה, בריאות וחינוך. בידי ישראל הסמכויות הקשורות בקרקע — רישום מקרקעין, תכנון ובנייה, מכרות ומחצבים, שיכון ועבודות ציבוריות [סעיף XI להסכם הביניים; נספח 3, תוספת 1, סעיפים 22, 27, 30-31; ראו גם: יואל זינגר, "הסכם הביניים הישראלי-פלשתינאי בדבר הסדרי ממשל עצמי בגדה המערבית וברצועת עזה — כמה היבטים משפטיים" *משפטים* כז (תשנ"ז) 605, 623].

הסכם הפיוס בין פת״ח לחמא״ס, ובשלב זה נראה כי קיימים מכשולים רבים בדרך.[12] אולם, העדר שלטון פלסטיני אפקטיבי בחלקים מהטריטוריה אינו שולל, כשלעצמו, קיומה של מדינה פלסטינית באותם שטחים שבהם היא יכולה להפעיל שלטון כזה. דרישת הטריטוריה המוגדרת עשויה להתמלא גם בשטח גיאוגרפי מצומצם ביותר. יש לבחון, אפוא, האם אופי השליטה שמפעיל הממשל הפלסטיני באזורי A, הכוללים בעיקר את הערים הפלסטיניות ביהודה ושומרון וסביבותיהן, והאם פוטנציאל השליטה של הרשות הפלסטינית ברצועת עזה, מספיק על-מנת לבסס קיומה של מדינה. בכך עוסק התנאי השלישי לקיומה של מדינה בהתאם למשפט הבינלאומי.

ממשל אפקטיבי

הקריטריון העיקרי המבחין בין מדינה לישויות אחרות הוא קיומו של ממשל אפקטיבי.[13] כפי שיוסבר להלן, יישומו של קריטריון זה בהקשר הפלסטיני אינו נותן תשובה חד-משמעית לשאלת קיומה של מדינה, אף שברור שהרשות הפלסטינית מתפקדת, בעיקר בשנים האחרונות, באופן המקרב אותה מאוד למעמד של מדינה. כפי שנראה בהמשך, במצב כזה — של ״מעין מדינה״ או ״מדינה בדרך״, עמדת הקהילה הבינלאומית יכולה להיות בעלת משקל מכריע.

---

[12] תוכנו המדויק של הסכם הפיוס לא פורסם רשמית, אך דיווחים בכלי התקשורת הערביים פירטו את תוכנו המשוער. הספקות לגבי הצלחת ההסכם נובעים מהמחלוקות האידיאולוגיות העמוקות בין שתי התנועות ומשקעי העבר ביניהן, לרבות העדר יישום של הסכמים קודמים שנחתמו בין התנועות. ההסכם אינו כולל פתרונות למחלוקות העיקריות בין הצדדים, אלא דוחה את הטיפול בהן למועד מאוחר יותר, בדרך כלל — לאחר קיום הבחירות, כשנה לאחר ההסכם שנחתם באפריל 2011. נקודת תורפה מרכזית של ההסכם הינה העדר תכנית מדינית משותפת. הצדדים ביקשו לעקוף את העדר ההסכמות ביניהם, ככל הנראה על ידי הקמת ממשלת טכנוקרטים משותפת שלא תוסמך לעסוק בנושאים המדיניים, והותרת התחום המדיני לסמכותו הבלעדית של אש״פ. אמנם, אחת ממטרותיו של הפיוס הינה קידום המהלך של הרשות הפלסטינית להכרה במדינה בגבולות הקו הירוק, אולם החמאס מוכן לאפשר מהלך זה רק כשלב בדרך להשגת המטרה של מדינה פלסטינית בכל השטח שממערב לירדן [לסקירה מפורטת בנושא הפיוס הפנים פלסטיני, ראו: י. יהושע, ״הפיוס הפנים פלסטיני — האם יש בכלל הסכם?״ (27.6.11) http://www.memri.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?lang=he&ID=107345_memri&act=show&dbid=articles&dataid=2896#.TntVsea1Yew.email].

[13] לניתוח תנאי זה, ראו: Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ׳ 55-61. חשיבותו של תנאי זה נובעת מכך שהוא משליך למעשה על התנאים האחרים לקיומה של מדינה: הטריטוריה המוגדרת הינה אותה טריטוריה שעליה מוחל הממשל האפקטיבי, האוכלוסייה הקבועה הינה האוכלוסייה שכפופה לממשל, וכפי שאראה בהמשך, גם התנאי הבא (יכולת לקשור יחסים בינלאומיים) התפרש כדרישה לעצמאות מדינית, הקשורה אף היא קשר הדוק לקיומו של ממשל אפקטיבי (על הזיקות שבין דרישת הממשל האפקטיבי לתנאים הנוספים לקיומה של מדינה, ראו: Crawford, *שם* בעמ׳ 56).

ממשל אפקטיבי נבחן בקיום הפונקציות העיקריות שבאמצעותן מוחלת ריבונות על תושבים בטריטוריה מסוימת: קיום סמכויות חקיקה, יכולות ביצוע ואכיפה, מערכת בתי-משפט, משטרה, צבא (אף שקיומו אינו הכרחי, ותתכן מדינה מפורזת), שליטה על הגבולות ועוד. הדרישה לממשל אפקטיבי נבחנת באופן קפדני יותר ביחס לישויות שאינן מדינה המבקשות הכרה כמדינה, בהשוואה למדינות קיימות. באשר למדינות קיימות, ערעור זמני במידת השליטה (כגון בשל מלחמות אזרחים או כיבוש על ידי מדינה זרה) אינו שולל בדרך כלל המשך קיומה של מדינה.[14]

הפלסטינים יבקשו להכיר במדינה בגבולות קווי שביתת הנשק מ-1949, כלומר — מדינה בשטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים, ורצועת עזה. ביחס לכל אחת מיחידות שטח אלה קיימת רמת ממשל אפקטיבי פלסטיני שונה (ובתוך שטחי יהודה ושומרון קיימים הבדלים ברמות השליטה בין שטחי A, B ו-C. הניתוח להלן יתייחס לשטחי A).

יהודה ושומרון

בחינת פעולותיה של הרשות הפלסטינית בשנים האחרונות מעלה שמבחינות רבות היא פועלת בשטחים שבאחריותה כ"מעין מדינה" או "מדינה בדרך". בשנתיים האחרונות פעל הממשל הפלסטיני, בהנהגתו של ראש הממשלה סלאם פיאד, ליצירת מדינה הלכה למעשה על ידי חיזוק יסודותיה הכלכליים, החברתיים והביטחוניים של הרשות וכינון מוסדות שלטון. זאת, על-מנת לבנות את המדינה "מלמטה למעלה", בלא תלות במשא ומתן המדיני וכדי להוכיח לקהילה הבינלאומית כי הפלסטינים בשלים להקמת מדינה.[15] שיפור ביצועי מנגנוני הביטחון הפלסטיניים בסיוע ארצות-הברית גרם לצמצום הצורך בכניסת כוחות צה"ל לשטחים הפלסטיניים, לצמצום תופעות האנרכיה והפשיעה ולשיפור הביטחון האישי של האוכלוסייה.[16] כמו כן, בוצעו רפורמות במערכת הכלכלית, במנגנוני הרווחה והשירותים החברתיים, שיפור התשתיות ושיפור התנהלות מנגנוני המנהל הציבורי.[17] אין ספק כי הרשות הפלסטינית מפעילה מידה רבה של שליטה על השטחים שבתחומי אחריותה. יש לרשות הפלסטינית גוף מחוקק (המועצה הפלסטינית), ממשלה המטפלת בהיקף רחב של נושאים אזרחיים, משטרה ומערכת משפט אפקטיבית למדי. צעדיה של

---

[14] Crawford, *שם* בעמ' 59.

[15] אפרים לביא, "מדינת פלסטין מהלכה למעשה: אתגרי הפלסטינים וישראל" *עדכן אסטרטגי* 2 (יולי 2011) 37.

[16] *שם* בעמ' 39

[17] *שם* בעמ' 39-41.

ממשלת פיאד התאפשרו גם בשל הקלות של ישראל על תנועת הפלסטינים בשטחים ותיאום ביטחוני משופר עם ישראל. הממשלה הפלסטינית מסתמכת על תמיכה כספית משמעותית של מדינות תורמות, וצעדיה זכו לעידוד ולשבחים של הקהילה הבינלאומית, תוך הכרה מפורשת בכך שמדובר בחלק מתהליך בנייתה של מדינה פלסטינית.[18]

עם זאת, השליטה על נושאים חשובים המצויים בלב הסמכויות הריבוניות של מדינות נותרה בידי ישראל. ישראל שולטת שליטה מלאה במרחב האווירי בשטחים ולא ניתן להעלות כלי טיס לאוויר ללא אישור הגורמים המוסמכים בישראל.[19] בהתאם למשפט הבינלאומי, המרחב האווירי הינו חלק אינטגראלי מהטריטוריה. בידי ישראל האחריות לביטחון המעטפת החיצונית של השטחים.[20] ישראל שולטת שליטה מלאה בכל מעברי הגבול (למעט מעבר רפיח מעזה למצרים). כמו כן, לישראל שליטה משמעותית על תשתיות חיוניות, ובמיוחד ראוי לציין את התלות של הרשות הפלסטינית באספקת המים

---

[18] ראו:

UN Security Council Resolution 1850, 18 December 2008, para. 4:

"[The Security Council] Calls on all States and international organizations… to assist in the development of the Palestinian economy, to maximize the resources available to the Palestinian Authority, and to contribute to the Palestinian institution building programme in preparation for statehood".

כמו כן, ראו הצהרות הרביעייה הבינלאומית (הקוורטט) מהשנים האחרונות. למשל:

Quartet statement in Sharm e-Sheikn, 9 November 2008: "The Quartet renewed its call on relevant states and international organizations to assist in the development of the Palestinian economy, to maximize the resources available to the Palestinian Authority, and to contribute to the Palestinian institution-building program in preparation for statehood."

מסמך זה משבח גם את שיתוף הפעולה בין ישראל לרשות הפלסטינית על רקע הליך אנאפוליס, וקושר בין שיתוף פעולה זה לרפורמות שיושמו בג'ינין, ולפריסת כוחות ביטחון פלסטיניים בחברון.

Middle East Quartet statement from the meeting in Trieste, 26 June 2009:

"The Quartet acknowledged progress made by the Palestinian Authority to reform the Palestinian security sector… It also urged the Palestinian government to enhance its efforts to build the institutions of the future Palestinian state".

בהצהרת הקוורטט מספטמבר 2009 הביע הקוורטט תמיכה בכוונת הפלסטינים לבניית מוסדות של מדינה פלסטינית בתוך 24 חודשים:

Joint Statement by the Middle East Quartet, 24 September 2009:

"… the Quartet welcomes the Palestinian Authority's plan for constructing the institutions of the Palestinian state within 24 months as a demonstration of the PA's serious commitment to an independent state…".

לאחרונה, דווח כי במסגרת המהלך להכרה במדינה, הגישה הרשות הפלסטינית לאו"ם דו"ח על התקדמותה בשורה של נושאים, כגון ניהול פיננסי, ביטחון, מערכת המשפט, מלחמה בשחיתות ושקיפות [ראו: אליאור לוי, "דו"ח פלסטיני לתורמים: כך אנחנו בונים מדינה" *ynet* (13.9.11)].

[19] הסכם הביניים, *לעיל* הערה 11, נספח 1, סעיף XIII(4).

[20] *שם*, סעיפים X(4), XII(1).

מישראל.[21] סחר החוץ הפלסטיני תלוי במידה מכרעת בישראל וההסכמים גם קובעים שישראל והרשות פועלות תחת מעטפת מכס אחת שנמצאת בשליטתה של ישראל, שגובה מכסים ומסים עבור הפלסטינים.[22]

שמירת סמכויות חשובות אלה וסמכויות אחרות בידי ישראל (כמו גם ההכרה כי האחריות הכוללת למתרחש בשטחים הינה בידי ישראל, ושהעברת הסמכויות לידי הרשות הפלסטינית הינה חלק מהסדרי ביניים בלבד) מעוגנת בהסכמים שנחתמו עם הפלסטינים, ובעיקר בהסכם הביניים מ- 1995.[23] ישראל רואה במהלך הפלסטיני הפרה של ההסכמים עמה, האוסרים על צעדים חד-צדדיים וחותרים לפתרון קבע בהסכמה. בתקשורת הופיעו התבטאויות של בכירים ישראליים שקראו לביטול ההסכמים.[24] לא

---

[21] הסכם הביניים כולל הכרה עקרונית של ישראל ב"זכויות המים" של הפלסטינים בגדה המערבית, וקובע שהנושא יידון במסגרת המשא ומתן על הסדר הקבע [*שם*, נספח III, סעיף 40(1)]. במהלך תקופת הביניים נקבעו הסדרים מורכבים ומפורטים, כולל התחייבות של ישראל להקצאות מים מסוימות לפלסטינים מדי שנה, ותיאום שוטף ביחס לניהול משאבי המים באמצעות ועדת מים משותפת ישראלית-פלסטינית (*שם*, סעיף 40).

[22] ההוראות והגבלות השונות על סחר החוץ הפלסטיני נקבעו ב"פרוטוקול פריס" בשנת 1994, המסדיר את היחסים הכלכליים בין הצדדים. הפרוטוקול נקלט לתוך הסכם הביניים (נספח V). ישראל גם גובה מסים מפועלים פלסטיניים העובדים בישראל או בהתנחלויות ומתחייבת להעביר כספי מסים אלה לרשות הפלסטינית (*שם*, סעיף V).

[23] הסכם הביניים קובע שלאחר כינון המועצה הפלסטינית, המינהל האזרחי יבוטל והממשל הצבאי ייסוג, וכי נסיגת הממשל הצבאי לא תמנע ממנו מלהפעיל סמכויות שלא הועברו למועצה [*שם*, סעיף I(5)]. מכאן, שבידי הממשל הצבאי הסמכות השיורית (כלומר — הסמכות ביחס לכל נושא שהאחריות לגביו לא הועברה במפורש לרשות הפלסטינית, או שההסכם שותק לגביה). עניין זה נקבע במפורש בסעיפים I(1) ו-XVII(4) להסכם הביניים. הוראות אלה משקפות את ההבנה שישראל היא מקור הסמכות ובעלת האחריות הבינלאומית הכוללת לשטחים [ראו: זינגר, *לעיל* הערה 11, עמ' 609-610; ראו גם: בג"ץ 2717/96 *וופא נ' שר הביטחון*, פ"ד נ(2) 848, 852-853]. אף שהדבר אינו הכרחי, ויש דוגמאות להסדרים אחרים, הרי שאם אין הוראה אחרת לעניין זה, בדרך כלל בהסדרים של אוטונומיה הסמכות השיורית נותרת בידי הישות שבידה האחריות הכוללת לשטח (ולא בידי הישות האוטונומית) [ראו: רות לפידות, "לסוגיית הסמכויות השיוריות באוטונומיה" *מחקרי משפט* יד (תשנ"ח — 1998) 383]. עם זאת, הובעה גם עמדה לפיה למרות שהרשות הפלסטינית אינה מדינה, יש מקום להטיל עליה אחריות בינלאומית בנושאים שלגביהם יש לה שליטה אפקטיבית בחלק מהשטחים, לרבות נושאים שלא נכללו במפורש בהסכמים, כגון האחריות לקיום זכויות-האדם בשטחים אלה [ראו: Eyal Benvenisti, "Responsibility for the Protection of Human Rights Under the Interim Israeli-Palestinian Agreements" 28 *Isr. L. Rev.* (1994) 297].

[24] באשר לחובה להימנע מצעדים חד-צדדיים, הסכם הביניים, *לעיל* הערה 11, סעיף XXXI(7) קובע: "Neither side shall initiate or take any step that will change the status of the West Bank and the Gaza Strip pending the outcome of the permanent status negotiations". לבחינת האפשרות לביטול הסכמי אוסלו, ראו למשל: ברק רביד, "יועצו של נתניהו לביטחון לאומי, יעקב עמידרור, בוחן את האפשרות לבטל את הסכמי אוסלו", *הארץ* (25.7.11). שם מוסבר, בין היתר, כי מדובר בבחינת הצעות שהועלו על ידי שר החוץ אביגדור ליברמן, אך הדרג המקצועי במשרד החוץ סבור שמדובר בצעד לא מועיל, שירחיב את הדה-לגיטימציה של ישראל, וכן משרדי האוצר והתמ"ת מתנגדים לו בשל המשמעויות הכלכליות שלו, כגון ביטול מעטפת המכס והתוצאות שעלולות להיות נלוות לכך — פגיעה בהסכמי הסחר של ישראל

ניתן לקבוע בוודאות מה יהיה גורלם של הסכמים אלו לאחר הפניה הפלסטינית לאו״ם. האפשרות הסבירה יותר היא שההסכמים לא יבוטלו ושהמצב הבסיסי בשטח, מבחינת חלוקת הסמכויות בין הצדדים, לא ישתנה באופן משמעותי (אף שניתן להניח שבעניינים מסוימים יידרשו שינויים והתאמות, בין אם באמצעות משא ומתן בין הצדדים, ובין אם מתוך הכרה בשינויים שנוצרו בשטח).[25] הן לפלסטינים והן לישראל יש אינטרס שלא להכריז על ביטולם של הסכמי הביניים בשלב זה. בהנחה שהפלסטינים יזכו להכרה בינלאומית רחבה כמדינה בגבולות 1967, האינטרס הפלסטיני הוא שלא להיחשב כאחראים מבחינה בינלאומית לשטח שבו שליטתם אינה מלאה אלא להיחשב למדינה שחלקים גדולים משטחיה נתונים תחת כיבוש זר — של ישראל. מנגד, פעולות של ישראל שיבקשו להגביל את מרחב הפעולה הלגיטימי של הפלסטינים בהתאם להסכמים, בטענה שההסכמים בטלים, תשרת את הטענה הפלסטינית בדבר הכיבוש המתמשך ותאלץ את ישראל לקחת אחריות על תחומים שבשנים האחרונות לא היו באחריותה הישירה.[26]

על כל פנים, גם במצב בו יכריז צד זה או אחר על בטלות ההסכמים, הקביעה האם מתקיים תנאי השלטון האפקטיבי, אם לאו, אינה תלויה במצב המשפטי דה יורה, אלא במצב בשטח. ההנחה הסבירה היא שלא צפוי שינוי במצב שבו ישראל תמשיך להחזיק בידה סמכויות ביטחוניות נרחבות ושליטה באוויר ובמעברי הגבול (אלא אם תיכפה על הצדדים מעורבות בינלאומית בדמות כוחות של האו״ם או של נאט״ו — מצב שאינו

עם האיחוד האירופי ומדינות אחרות, ולחץ בינלאומי כבד על ישראל. למרות זאת, סגן שר-החוץ הביע לאחרונה תמיכה בביטול ההסכמים [אילנה קוריאל, ״אילון: הכרזה על פלסטין תבטל את כל ההסכמים״ *ynet* (13.9.11)].

[25] ראו, למשל, הדיון להלן בנושא קיום יחסים דיפלומטיים על ידי מדינה פלסטינית וההשלכות שיש לו על יכולתה של ישראל למנוע מעבר או כניסה של דיפלומטים זרים. ישראל תצטרך להחליט האם היא מכירה למעשה (גם אם לא להלכה) בקיומה של מדינה לצרכים אלה, על-מנת למנוע מתחים ומשברים בינלאומיים עם מדינות ידידותיות. ניתן לחשוב על פתרון מוסכם בהקשר זה, שבו ישראל תכיר למעשה בחסינות הדיפלומטית של דיפלומטים ממדינות מסוימות שהצדדים יסכימו עליהם (ניתן להניח שיוסכם על מדינות המקיימות קשרים דיפלומטיים עם ישראל), בתמורה לויתור פלסטיני על קבלת נציגים דיפלומטיים לשטחים שבשליטתם ממדינות המוגדרות בישראל כמדינות אויב.

[26] אפשרות נוספת שהעלו בכירים בישראל הינה לנקוט בצעד חד-צדדי של סיפוח של גושי ההתנחלויות לישראל כ״צעד גמול״ לצעד הפלסטיני [ראו למשל: אילנה קוריאל, ״ליברמן: להכרזה פלסטינית יהיו השלכות חמורות״, *ynet* (14.9.11)]. קשה לראות יתרונות של ממש בצעדים כאלה. סיפוח שטחים צפוי לתגובה קשה של הקהילה הבינלאומית, בשל התפיסה הדומיננטית הסבורה שסיפוח חד-צדדי של שטחים שנתפסו בכוח אינו חוקי (ראו להלן — הדיון בעמדת הקהילה הבינלאומית ביחס לחוקיות ההתנחלויות וסיפוח מזרח ירושלים). יחד עם תגובה בינלאומית קשה, שבוודאי לא תאפשר לישראל ליהנות מפירות הסיפוח בתהליך מדיני עתידי, ישראל לא ״תרוויח״ דבר מעשי מצעד כזה שכן ממילא מדובר בשטחים הנתונים לשליטתה המלאה, והתושבים הישראליים החיים שם ממילא הוכפפו מבחינה פרסונאלית למרבית דיני מדינת-ישראל. צעד כזה לא יגביל, אפוא, את מידת השליטה הפלסטינית המעשית בשטח.

נראה סביר בטווח הזמן הקרוב).[27] באזורים שבהם קיימת שליטה ישראלית משמעותית, היכולת של הפלסטינים להביא לשינוי משמעותי במצב בשטח באמצעות צעדים חד-צדדיים מוגבלת ביותר, ובאזורי A ו-B מתקיימת ממילא רמה גבוהה של ממשל פלסטיני אפקטיבי.

לסיכום, הרשות הפלסטינית בשטחי יהודה ושומרון חסרה סמכויות חשובות הנתונות בדרך כלל למדינות ריבוניות, בעיקר בנושאי ביטחון, הסדרת הכניסה והיציאה מן הטריטוריה ותלות בתשתיות הנמצאות בשליטה ישראלית. אולם, בשנים האחרונות, בעיקר בשל פעולותיה של ממשלת סלאם פיאד, התפתח ממשל פלסטיני אפקטיבי בנושאים אזרחיים רבים. במספר החלטות של בתי-משפט בישראל בשנים האחרונות (עוד טרם יישומה של תכנית פיאד) ההתייחסות אל הרשות הפלסטינית היתה כאל ישות שאינה מדינה אך היא "גוף מעין ריבוני" או "קרובה עד מאוד למעמד של מדינה".[28]

רצועת עזה

בהנחה (שסבירותה בטווח הזמן הקרוב אינה גבוהה) שהסכם הפיוס בין הפתח לחמאס ייושם ויוביל לשליטה אפקטיבית של הרשות הפלסטינית גם ברצועת עזה,[29] הרי שבשטחה של הרצועה תקיים הרשות הפלסטינית ממשל אפקטיבי יותר מאשר ביהודה ובשומרון. ההבדלים החשובים הם העדר נוכחות ישראלית (צבאית או אזרחית) בתוך שטח רצועת עזה וקיומו של רצף טריטוריאלי מוגדר ומתוחם שבו אוכלוסייה גדולה. לכך ניתן להוסיף גם את העדר השליטה הישראלית על אחד מגבולות הרצועה — הגבול עם מצרים, ובכלל זה מעבר הגבול ברפיח, אף שמנקודת מבט של רמת השליטה הפלסטינית

---

[27] ראו בעניין זה, הצעתו של נשיא ארצות-הברית לשעבר, ג'ימי קרטר: Jimmy Carter, "After the UN Vote on Palestine" *NY Times*, September 13, 2011.

[28] החלטות בתי-המשפט עסקו בסוגיית החסינות של הרשות הפלסטינית מפני תביעות. נקבע כי מכיוון שחסינות יכולה להיות מוענקת גם לישויות שאינן ממלאות אחר התנאים למדינה אך הן "קרובות עד מאוד למעמד של מדינה", בתי-המשפט יסתמכו על "תעודת שר חוץ" שתקבע את עמדת המדינה בשאלת מעמדה של הרשות הפלסטינית [ראו: ת"א (י-ם) 2538/00 *ליטבק נוריץ נ' הרשות הפלסטינית*, פ"ד תשסב(2) 776, 798-808; בשא (ת"א) 9767/08 *הרשות הפלשתינית נ' נתן פלד ואח'* (25.12.08), פסקאות 7-8]. השופט אוקון בבית-המשפט המחוזי בירושלים אף הרחיק לכת וקבע כי בעקבות הסכם הביניים "רכשה הרשות הפלשתינית מעמד של גוף מעין ריבוני, השולט בפועל על חלק ארץ מדיני" ועל כן היא זכאית לחסינות מפני הוצאה לפועל [בש"א 1008/06 *אגודת מדרשת אלון מורה נ' מדינת-ישראל ואח'* (23.4.06), פסקה 8], אך בית-המשפט העליון דחה את הגישה המבקשת להכריע בסוגיית מעמדה המדיני של הרשות הפלסטינית בין כותלי בית-המשפט, ואישר שבית-המשפט יזדקק בעניין זה ל"תעודת שר חוץ" [ע"א 5093/06 *אגודת מדרשת ארץ ישראל (קדומים) אלון מורה נ' מדינת ישראל* (6.8.08)].

[29] על הסכם הפיוס וחולשותיו ראו *לעיל* הערה 12.

על הכניסה והיציאה מעזה לעובדה זו משמעות מוגבלת, מכיוון שהשליטה הישראלית הוחלפה בשליטה מצרית. ניתן לציין גם את ביטולו החד-צדדי של הממשל הצבאי הישראלי והויתור הישראלי על תביעות טריטוריאליות כלשהן ברצועת עזה במסגרת תכנית ההתנתקות כמקנים יתר לגיטימציה לשלטון פלסטיני בעל סמכויות ריבוניות מלאות בשטח הרצועה.[30] יש לציין שההצהרה של ישראל כי לאחר ההתנתקות היא אינה רואה עצמה אחראית למתרחש ברצועת עזה לא זכתה להכרה בינלאומית רחבה. מדינות רבות וארגוני זכויות-אדם לא ממשלתיים ממשיכים לראות בישראל אחראית לרצועה ומסרבים להכיר בסיום מצב הכיבוש.[31] זאת, בעיקר בשל שליטתה של ישראל על מרבית המעברים היבשתיים ועל המרחב הימי והאווירי, ובשל המצור היבשתי והסגר הימי שהטילה ישראל על רצועת עזה, לאחר עליית החמאס לשלטון. גם אספקת המים, החשמל והדלק לרצועת עזה עדיין תלויה במידה רבה בישראל.[32]

מזרח ירושלים

אין ספק שבכל הקשור למזרח ירושלים הפער בין ההכרה במדינה פלסטינית ככוללת את מזרח ירושלים כבירתה לבין המציאות בשטח הוא המשמעותי ביותר. הממשל האפקטיבי בירושלים נמצא בידיה של ישראל, שהחילה את המשפט, השיפוט והמינהל שלה על מזרח ירושלים, ורואה בשטח זה את עיר הבירה שלה וחלק בלתי נפרד משטחה הריבוני.[33]

---

[30] להצהרות החד-צדדיות של ישראל במסגרת תכנית ההתנתקות, ראו: "The Disengagement Plan – General Outline" באתר משרד החוץ: http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Disengagement+Plan+-+General+Outline.htm.

[31] לסקירת העמדות השונות בסוגיה זו, ראו: הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010: ועדת טירקל, "דין וחשבון: חלק ראשון" (ינואר 2011, שבט תשע"א), עמ' 46-48.

[32] בבג"ץ 9132/07 *אלבסיוני נ' ראש הממשלה* (30.1.08) קבע בג"ץ כי בעקבות ההתנתקות אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית ברצועת עזה ועל כן "אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי" (*שם*, פסקה 12), אך מוטלות על ישראל חובות הנובעות, בין היתר, "ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל" (*שם*).

[33] חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז — 1967, ס"ח תשכ"ז 499, עמ' 74 בצירוף צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז — 1967, ק"ת 2064, תשכ"ז, עמ' 2690, החילו את "המשפט, השיפוט והמינהל" של ישראל על מזרח ירושלים. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל לא חידש דבר בתפיסת ישראל את מזרח ירושלים כחלק אינטגראלי משטחה הריבוני, אך נוסחו לא מותיר עוד ספק שאכן ישראל נקטה באקט של סיפוח של מזרח ירושלים. ראו גם: רות לפידות, "חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל" בסדרת פירוש לחוקי היסוד בעריכת יצחק זמיר (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ט — 1999). על הספק הקל

הזיקות המוגבלות הקיימות בין הרשות הפלסטינית לתושבי מזרח ירושלים אינן מן הסוג שיש בו כדי לבסס שליטה אפקטיבית על טריטוריה.[34]

סיכום: האם קיים ממשל אפקטיבי פלסטיני מעבר לקו הירוק?

העולה מהאמור לעיל הוא שהרשות הפלסטינית מפעילה רמות ממשל אפקטיביות שונות על השטחים מעבר לקו הירוק. גם בשטחים שבהם קיים ממשל פלסטיני אפקטיבי, סמכויות ריבוניות חשובות נותרו בידי ישראל, ואף שניתן לטעון שהרשות הפלסטינית קרובה מאוד למילוי התנאים לקיומה של מדינה בשטחים אלה, קשה לקבוע באופן חד-משמעי שרמת האפקטיביות של הממשל הפלסטיני מבססת קיומה של מדינה.

כפי שיוסבר בהמשך, במצב זה של "מעין מדינה" או "מדינה בדרך", גיוס נרחב של תמיכה בינלאומית להכרה במדינה עשוי להכריע את הכף ולהביא למסקנה שמדינה פלסטינית אכן קיימת. שאלה נוספת, שאף היא תידון בהמשך, היא שאלת גבולותיה של המדינה הפלסטינית וההשלכות של ציון גבולות 1967 בבקשת ההכרה הפלסטינית, בהתחשב בעובדה שחלק ניכר משטחים אלה אינם נתונים לממשל אפקטיבי פלסטיני.

בדבר טיבה של פעולת החלת "המשפט, השיפוט והמינהל" על מזרח ירושלים טרם חקיקתו של חוק יסוד: ירושלים ראו אצל לפידות, *שם*, בעמ' 47-48.

[34] ירושלים מוזכרת בהסכמים עם הפלסטינים כאחד מן הנושאים שיידונו במסגרת המשא ומתן להסדר הקבע, וככזו — אין למועצה הפלסטינית סמכות (jurisdiction) לגביה [הסכם הביניים, *לעיל* הערה 11, סעיף XVII(1)(a)]. ביטוי לזיקתם של תושבי ירושלים הפלסטיניים לרשות הפלסטינית בשלב הביניים נמצא בהסדרים המאפשרים לתושבים אלה להשתתף בבחירות למועצה הפלסטינית כבוחרים, אך נמנעה מהם הזכות להיבחר (למעשה, הוסכם שתושבי מזרח ירושלים בעלי כתובת נוספת בשטחים שמחוץ לירושלים יוכלו להעמיד עצמם לבחירה כמייצגי האזור האחר שבו הם מתגוררים). ראו: הסכם הביניים, *שם*, סעיף II(3), ונספח 2, סעיף VI; זינגר, *לעיל* הערה 11, בעמ' 613-615. הזכות של אדם לבחור למוסדות המדיניים של ישות מדינית זרה אינה מהווה סממן של ריבונות של אותה ישות בטריטוריה בה הוא נמצא. זאת, להבדיל מהזכות להיבחר ובכך ליטול חלק פעיל בממשל, ומכאן ההגבלה על הזכות להיבחר (ראו: רות לפידות, "ירושלים" בתוך רובי סיבל (עורך) *משפט בינלאומי* (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, מהדורה שנייה, תש"ע — 2010) 127). במהלך השנים התעוררו מחלוקות בין ישראל לפלסטינים בקשר להפעלת מוסדות אזרחיים פלסטיניים במזרח ירושלים, וכן מוסדות שקיימו פעילות מדינית ("האוריינט האוס") [על החשיבות הסמלית הרבה שהקנו הפלסטינים לפעילות ב"אוריינט האוס" (שאותו הגדירו כ"מטה של אש"פ בירושלים הכבושה"), עד לסגירתו בידי ישראל, ראו: http://www.orienthouse.org]. ההסכמים אינם מתירים פעילות כזו, אך מכתב ששלח באוקטובר 1993 (כחודש לאחר חתימת הצהרת העקרונות בין ישראל לאש"פ) שר החוץ דאז, שמעון פרס, לשר החוץ של נורבגיה, ושנשמר זמן מה בסוד, ובו הצהרה כי "כל המוסדות הפלסטיניים במזרח ירושלים... ממלאים תפקיד חיוני עבור האוכלוסייה הפלסטינית... והם יישמרו" מעורר שאלות קשות ביחס למעמדו ותוקפו המשפטי ומובנו (לפידות, *שם* בעמ' 128; לפידות, "חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל", *לעיל* הערה 33, בעמ' 34-35).

יכולת לנהל יחסי-חוץ

כאמור, התנאי הרביעי לקיומה של מדינה הינו היכולת לנהל יחסי-חוץ עם מדינות אחרות. תנאי זה התפרש כדרישה לעצמאות מדינית. המשפטן הבינלאומי הבולט, ג'יימס קרופורד, מסביר כי לא מדובר בקריטריון של ממש לקיום מדינה, אלא שילוב של הדרישה לממשל אפקטיבי עם עצמאות — כלומר, שהישות הרלוונטית מפעילה ממשל אפקטיבי בשטח נתון על אוכלוסייה נתונה, ושהיא נתפסת מבחינה בינלאומית כישות עצמאית, קרי — שאין מדינה אחרת השולטת למעשה באותו שטח ביחס לאותה אוכלוסייה.[35] על אף שהתנאי לקיומה של מדינה הוא יכולת לקיים יחסי-חוץ, להבדיל מעצם קיומם של יחסים אלה, ברור שללא הכרה של מדינות במדינה חדשה לא תהיה לה יכולת לקיים יחסים אלה.[36]

הסכם הביניים קובע שהרשות הפלסטינית אינה מוסמכת לנהל יחסי-חוץ, אלא בנושאים מוגדרים (בתחומים כלכליים, תרבותיים, מדעיים וחינוכיים), באמצעות אש"פ.[37] בפועל, הרשות מקיימת באמצעות אש"פ קשרים עם מדינות רבות בעולם.[38] ההכרה הרחבה במדינה פלסטינית בעצרת האו"ם, והתוצאות שעשויות לנבוע מכך

---

[35] Crawford, *לעיל* הערה 4, בעמ' 61-62; וראו על הקריטריון של "עצמאות" *שם* בעמ' 62-89.

[36] לפיכך, אף שהגישה המקובלת גורסת שהכרה של מדינות אחרות אינה תנאי לקיומה של מדינה, הרי שהעדר הכרה גורפת ימנע כנראה מסקנה שקיימת מדינה מכיוון שלא תהיה לה יכולת לקיים יחסים בינלאומיים (ראו: סיבל, *לעיל* הערה 34, בעמ' 83-84). קיימת גישה פחות מקובלת (הגישה הקונסטיטוטיבית) לפיה הכרה של מדינות אחרות הינה תנאי הכרחי לקיומה של מדינה. בפועל, ההבדל בין גישה זו לגישה המקובלת (הדקלרטיבית) לפיה הכרה אינה תנאי לקיומה של מדינה אינו רב, מכיוון שגם על פי הגישה המקובלת לא ניתן לקבוע שקיימת מדינה בהעדר יכולת לקיים יחסי חוץ, ותנאי לכך הינו הכרה של מדינות במדינה החדשה. ראו גם *לעיל* הטקסט הצמוד להערות 3 ו-4.

[37] הסכם הביניים, *לעיל* הערה 11, סעיף IX(5)(a): "In accordance with the DOP, the Council will not have powers and responsibilities in the sphere of foreign relations, which sphere includes the establishment abroad of embassies, consulates or other types of foreign missions and posts or permitting their establishment in the West Bank or the Gaza Strip, the appointment of or admission of diplomatic and consular staff, and the exercise of diplomatic functions". סעיף IX(5)(b) מסייג הוראה זו וקובע כי לאש"פ תהיה סמכות לנהל משא ומתן ולחתום על הסכמים עם מדינות או ארגונים בינלאומיים לטובת המועצה הפלסטינית בנושאים מוגדרים (בעיקר — הסכמים כלכליים מסוימים, הסכמים עם מדינות תורמות בקשר לתמיכתן ברשות הפלסטינית, והסכמים בנושאי תרבות ומדע).

[38] ראו פירוט באתר משרד החוץ הפלסטיני (בערבית) — http://www.mofa.pna.ps/ar/index.php?p=foreign_relations למעלה מ-140 מדינות מקיימות סוג כלשהו של קשרים דיפלומטיים עם אש"פ או עם הרשות הפלסטינית (מתוכן 105 מדינות מקיימות יחסים דיפלומטיים מלאים עם אש"פ). לסקירה מפורטת (הסקירה אינה רשמית, אך מפנה לאתרים הרשמיים של משרדי החוץ הרלוונטיים), ראו: http://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_relations_of_the_Palestine_Liberation_Organization#Bibliography. לשם השוואה, ישראל מקיימת יחסים דיפלומטיים עם 157 מדינות [ראו: http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/Diplomatic+missions/Israel-s+Diplomatic+Missions+Abroad.htm].

ביחס ליכולת של הפלסטינים לנקוט במהלכים בינלאומיים השמורים, ככלל, למדינות (ושיידונו בפרק הבא) מביאים למסקנה הסבירה שהמהלך הפלסטיני יביא למילוי התנאי הרביעי לקיומה של מדינה.[39] התנאי לקיום מדינה שעניינו יכולת לקיים יחסי-חוץ, כיתר התנאים לקיום מדינה, הינו תנאי עובדתי. לפיכך, העובדה שצעדי הפלסטינים מפרים לכאורה חובות משפטיות המעוגנות בהסכמי אוסלו אינה רלבנטית לשאלת התקיימותו של תנאי זה.[40]

שיקולים מיוחדים הרלוונטיים להקשר הפלסטיני

מהדיון עולה כי הרשות הפלסטינית קרובה מאוד לקיום תנאים של מדינה. ספרות המשפט הבינלאומי מתייחסת לישויות כאלה בביטוי הלטיני in statu nascendi (מילולית — של העומד להיוולד).[41] גם אם הרשות הפלסטינית אינה ממלאת אחר התנאים למדינה מבחינה פורמאלית, הרי שבמצב שבו ישות קרובה מאוד למילוי התנאים לקיום מדינה ונראה שבעתיד הלא רחוק תהיה מדינה, הנסיון מצביע על כך שכשירויות מסוימות של מדינה הוענקו לישויות כאלה, ובמיוחד היכולת לרכוש זכויות על פי אמנות בינלאומיות.[42] לפחות ביחס לחובות מסוג erga omnes — חובות כלפי "כולי עלמא", הכוללות, בין היתר, נורמות של זכויות-אדם ושל משפט בינלאומי הומניטארי הנתפסות כהפרות של ערכים המשותפים לקהילה הבינלאומית כולה, הפרקטיקה הבינלאומית מבססת יכולת לתבוע כנגד הפרות אלה גם כשמדובר במדינות בדרך, מבלי לייחס רלוונטיות למועד המדויק של הקמת המדינה (אף שמבחינה פרוצדוראלית היכולת לפנות לבית-הדין שמורה למדינות בלבד, הן יכולות לתבוע גם על הפרות שבוצעו כלפיהן בהיותן

---

[39] ישראל יכולה, לכאורה, לעמוד על מחויבויות הפלסטיניים בהתאם להסכמי אוסלו שלא לקיים יחסי חוץ החורגים מהתחומים המצומצמים שהותרו בהסכמים, ולטעון גם להפרה של החובה הכללית המעוגנת בהסכמים שלא לנקוט בצעדים חד-צדדיים (*לעיל* הערה 24). אולם, נוכח ההכרה הבינלאומית הרחבה הצפויה למהלך הפלסטיני, שבא על רקע קיפאון מדיני מתמשך, נוכח אופיים של ההסכמים שנועדו מלכתחילה להיות "הסכמי ביניים" לתקופה מוגבלת, ונוכח הביקורת הבינלאומית הרחבה על מדיניות ההתנחלות, אין סיכוי של ממש שטענות כאלה יביאו לערעור הלגיטימציה הבינלאומית הרחבה שממנה נהנה המהלך הפלסטיני.

[40] אי-חוקיות הנלווית להקמת מדינה עשויה לגרום למדינות שלא להכיר במדינה חדשה, אך כנראה שאין בה כדי למנוע את עצם הקמתה. על כל פנים, הפרקטיקה של אי-הכרה במדינות בשל אי-חוקיות כנראה אינה עולה לכדי כלל מנהגי, והיא בכל מקרה מצומצמת למקרים של אי-חוקיות חמורה (כגון — מדינה שהוקמה כתוצאה ממעשה תוקפנות, או תוך הפרות חמורות של זכויות-אדם). ראו: סיבל, *לעיל* הערה 34 בעמ' 81-82.

[41] Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ' 658-664.

[42] *שם* בעמ' 661.

״מדינות בדרך״).[43] בהקשר הפלסטיני-ישראלי רלוונטי נושא ההתנחלויות (כולל השכונות היהודיות במזרח ירושלים), שלגביהן קבע בית-הדין הבינלאומי במפורש כי הקמתן הייתה לא חוקית ומהווה הפרה מסוג erga omnes.[44]

אולם, גם אם מבחינה פורמאלית משפטית טהורה, הרשות הפלסטינית היא רק מדינה in statu nascendi (מעמד שכשלעצמו מקנה לה כשירויות מסוימות, כמצוין), הרי שיש שיקולים חזקים המבססים טענה לפיה הנסיבות המיוחדות למקרה הפלסטיני מצדיקות הגמשה של התנאים לקיום מדינה, ואף שינויים. יש לזכור שהמשפט הבינלאומי המנהגי, המעגן את התנאים לקיומה של מדינה, נוצר כתוצאה מהתנהגות מדינות במקרים שונים על פני תקופות ארוכות. המקרה הפלסטיני מציב בפני הקהילה הבינלאומית אתגרים ייחודיים, שיתכן ויגררו התייחסות שונה שתשפיע על עיצובו של הדין בתחום זה. אכן, אפשרות זו הועלתה על ידי ג׳יימס קרופורד, שפרסם את החיבור המקיף ביותר עד כה בנושא הקמת מדינות בהתאם למשפט הבינלאומי, והקדיש במהדורה השנייה של ספרו (משנת 2006), התייחסות נפרדת ומפורטת לסכסוך הישראלי-פלסטיני.[45]

ראשית, מצביע קרופורד, באופן כללי, על כך שהכללים המנהגיים לקיומה של מדינה התגבשו בתקופה שבה זכות ההגדרה העצמית טרם זכתה למעמד החשוב שיש לה היום במשפט הבינלאומי. לפיכך, הוא סבור, שלאור העלייה בחשיבותו של עקרון ההגדרה העצמית, במקרים של הקמת מדינה על רקע מימוש הזכות להגדרה עצמית, רמת האפקטיביות הנדרשת מממשל לצורך הכרה כמדינה תהיה נמוכה יותר מאשר במקרים שבהם מדינות מוקמות שלא כחלק ממימוש לגיטימי של הזכות להגדרה עצמית (למשל — פיצול של מדינות מטעמים פוליטיים, כדוגמת טיוואן).[46] מכיוון שהקהילה הבינלאומית רואה בהקמת מדינה פלסטינית צעד למימוש זכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית,

---

[43] *שם* בעמ׳ 661-663. Crawford סוקר את הפרקטיקה הבינלאומית בעניין זה, ומביא כדוגמה בולטת את נכונות בית-הדין הבינלאומי להכיר בהפרות של האמנה למניעתו ולענישתו של הפשע השמדת עם (״אמנת הג׳נוסייד״) כלפי בוסניה גם בתקופה שבה בוסניה טרם נוסדה כמדינה עצמאית.

[44] *Legal Consequences of the Construction of a Wa11 in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004,* p. *136*, para. 120: "The Court concludes that the Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territories (including East Jerusalem) have been established in breach of international law".

בהמשך דן בית-הדין באופי ההתחייבויות שהפרה ישראל, וקבע כי ההפרות הנוגעות למשפט הבינלאומי ההומניטארי (וכזו, בראיית בית-הדין, היא בניית ההתנחלויות), הינן התחייבויות כלפי כולי עלמא (erga omnes) (שם, פסקאות 155, 157-160).

[45] *לעיל* הערה 4.

[46] *שם* בעמ׳ 128.

ניתן, כנראה, לקבל הגמשה בדרישות הממשל האפקטיבי בשלבים המוקדמים של הקמת המדינה.

אולם, הטענה מרחיקת הלכת והמעניינת ביותר של קרופורד היא שההקשר הישראלי-פלסטיני מצריך לשקול שינוי בכלל המשפטי שאינו מאפשר ליצור מדינה על ידי עצם האקט של הכרה בינלאומית, בהעדר מציאות עובדתית המבססת קיומה של מדינה.[47] זאת, נוכח התמשכות "מצב הביניים", הסטטוס-קוו והקיפאון המדיני בין ישראל לפלסטינים, כאשר ברור שהתוצאה שאליה יש לחתור בהסדר קבע היא הקמת מדינה פלסטינית לצד ישראל. קרופורד מסביר שיתכן שיגיע שלב שבו ניתן יהיה להצדיק, מבחינה בינלאומית, שינוי של הכלל הנ"ל, ובלשונו — "המשפט הבינלאומי יחשיב כעשוי את שאמור להיעשות".[48] ההצדקה המשפטית שמוצא לכך קרופורד היא שאם הסיבה שדבר שאמור להיעשות (הקמת מדינה כהגשמת זכות ההגדרה העצמית) אינו מתבצע בשל מחדל חמור של צד אחד לסכסוך שתוצאתו פגיעה חמורה בצד האחר, הרי שיש למנוע מהצד המבצע את המחדל החמור ליהנות מפירות הפרתו את המשפט הבינלאומי. בלשונו של קרופורד:

> There may come a point where international law may be justified in regarding as done that which ought to have been done, if the reason it has not been done is the serious default of one party and if the consequence of its not being done is serious prejudice to another. The principle that a state cannot rely on its own wrongful conduct to avoid the consequences of its international obligations is capable of novel applications, and circumstances can be imagined where the international community would be entitled to treat a new state as existing on a given territory, notwithstanding the facts.[49]

קרופורד מסביר שנכון לעת כתיבת הדברים (2006) הצדדים עדיין מחויבים להמשך המשא ומתן ולהימנעות מצעדים חד-צדדיים, אך מביע פסימיות לגבי העתיד.[50]

לסיכום, המצב החריג שבו ישות לא מדינתית שהוקמה לצרכי "הסדר ביניים" פועלת במשך שנים ארוכות ככזו (זמן ממושך בהרבה מזה שחזו הצדדים להסכמים שהביאו

---

[47] *לעיל* הטקסט הנלווה להערות 3, 4 ו-36.

[48] Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ' 447-448.

[49] *שם*.

[50] *שם* בעמ' 448.

להקמתה), בצירוף הצעדים הנמרצים שנקטה הרשות הפלסטינית בשנים האחרונות לשיפור מנגנוני הממשל שלה, והתמיכה הבינלאומית בצעדים אלה, כמו גם האהדה הרבה שיש בקהילה הבינלאומית לזכותם של הפלסטינים להגדרה עצמית באמצעות הקמת מדינה — כל אלה עשויים להביא לריכוך משמעותי בעת בחינת התנאים לקיום מדינה פלסטינית (וכפי שיוסבר להלן, מועצת-הביטחון צפויה כנראה להידרש לבחינת תנאים אלה). טענותיה של ישראל המבקשות להסתמך על המצב המשפטי המוכר והקיים עלולות להתברר כסגירת דלתות האורווה לאחר שהסוסים כבר ברחו ממנה.[51] בהתחשב בטיבו של המשפט הבינלאומי המנהגי, שבו הכללים מעוצבים על ידי המדינות עצמן, בהתייחס להתנהגותן במקרים שונים, המקרה הישראלי-פלסטיני עצמו עשוי להתברר בדיעבד כ"מקרה מבחן" חדש, המאתגר את הכללים הקיימים.

[51] במסמך שפרסם לאחרונה משרד החוץ נטען בעיקר כנגד היותו של המהלך הפלסטיני הפרה של ההסכמים, וכנגד השפעתו השלילית על התהליך המדיני. אולם, מסמך זה כולל גם את הטענה כי הרשות הפלסטינית אינה ממלאת אחר התנאים למדינה בשל העדר קיומה של שליטה אפקטיבית ברמה הנדרשת על פי המשפט הבינלאומי:

"…recognition of Palestinian statehood at this time is an untenable move as the Palestinian Authority currently fails to meet the established legal tests for statehood. In particular, the PA does not pass the test of effective government: it does not rule the territory in question"

Israel Ministry of Foreign Affairs, "Behind the Headlines: The Dangers of Premature Recognition of a Palestinian State" (30 June, 2011) [http://www.mfa.gov.il/MFA/Palestinian+State/The+Dangers+of+Premature+Recognition+of+a+Palestinian+State-15-Jun-2011.htm].

פרק שני
הפנייה הפלסטינית לאו״ם

בשלבים הסופיים של גיבוש מסמך זה, התברר כי הפלסטינים בחרו לפנות למועצת-הביטחון בבקשה לחברות מלאה באו״ם.[52] אולם, אם תידחה הבקשה הפלסטינית לחברות מלאה באו״ם (כפי שאכן סביר שיקרה), יתכן שהרשות הפלסטינית תבחר לפנות לעצרת-הכללית של האו״ם בבקשה להכרה כמדינה ו/או לקבלת מעמד כמדינה משקיפה. לפיכך, אתייחס לשתי אפשרויות עיקריות להכרה במדינה פלסטינית במסגרת האו״ם, ואנתח את משמעויותיהן:

האחת — הצטרפות לאו״ם כחברה מלאה;

השנייה — קבלת מעמד מיוחד במוסדות האו״ם כ״מדינה משקיפה״.

להלן ייבחנו התנאים המשפטיים והפוליטיים הרלוונטיים לכל אחת משתי החלופות והתוצאות הנובעות מהתממשותן ביחס ליכולתם של הפלסטינים להשתמש במנגנוני האו״ם השונים לצרכיהם המדיניים. ראשית, כרקע לדיון, אבחן את המעמד הנוכחי של הפלסטינים במסגרת מוסדות האו״ם. לאחר מכן אנתח את המהלכים הפלסטיניים האפשריים.

הפלסטינים וייצוגם באו״ם – המצב הנוכחי

ב-1974 קיבלה העצרת הכללית של האו״ם את אש״פ במעמד של משקיף.[53] בדצמבר 1988, בעקבות ההכרזה של המועצה הלאומית הפלסטינית על עצמאותה של פלסטין, החליטה העצרת הכללית שהתואר ״פלסטין״ יחליף את התואר ״אש״פ״ בהתייחס למעמד המשקיף באו״ם.[54] באותה החלטה (שהתקבלה ברוב גדול) העצרת גם ״הכירה״

---

[52] ראו: UN News Centre, "Ban sends Palestinian application for UN membership to Security Council" (23 September 2011) http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39722&Cr=palestin&Cr1=. וראו: עקיבא אלדר, ״תרגום בקשתו של יו״ר הרשות הפלסטינית ממזכ״ל האו״ם להתקבל כחברה באומות המאוחדות״ *הארץ* (25.9.11).

[53] GA Resolution 3237 (XXIX), 22 November 1974.

[54] GA Resolution 43/177, 15 December 1988.

בהכרזת המועצה הלאומית הפלסטינית על מדינה.[55] לא נעשה אז ניסיון להמליץ על חברות באו״ם לפלסטין, ולאור העדר שליטה אפקטיבית של אש״פ בשטחים הייתה הסכמה בינלאומית רחבה שההכרזה כשלעצמה לא יצרה מדינה.[56] לאחר הקמת הרשות הפלסטינית שדרגה העצרת הכללית את מעמד המשקיף של פלסטין: בין היתר, זכאי נציג פלסטין להשתתף בכל ישיבות העצרת הכללית ולהירשם כדובר בכל ישיבה שהיא — גם בישיבות שאינן עוסקות בענייני המזרח התיכון. לפלסטין גם הזכות להיחשב כמציעה משותפת (יחד עם מדינה חברה) של הצעות החלטה לעצרת הכללית בנושאי פלסטין והמזרח-התיכון.[57] החלטות העצרת הכללית המגדירות את מעמד המשקיף של פלסטין לא התייחסו לסוגיית מעמדה בישיבות מועצת-הביטחון. אולם, במהלך השנים הזמינה מועצת-הביטחון את הנציג הפלסטיני להשתתף כמשקיף בכמה מישיבותיה שבהן נדונו עניינים הנוגעים באופן מיוחד לאינטרסים הפלסטיניים.[58] כמשקיפה, אין לפלסטין זכות הצבעה.

מעמד של ״משקיף״ באו״ם אינו מוסדר מבחינה פורמאלית במגילת האו״ם או במסמך משפטי מחייב אחר, והוא נובע מהפרקטיקה של העצרת הכללית, שהעניקה מעמד של משקיפים לישויות וארגונים שונים. המשותף לכלל המשקיפים הוא שאין להם

---

[55] *שם*. ההחלטה התקבלה בתמיכת 104 מדינות, 36 מדינות נמנעו, ושתי מדינות (ארצות-הברית וישראל) התנגדו. בפסקה 1 נאמר שהעצרת-הכללית "Acknowledges the proclamation of the State of Palestine by the Palestine National Council…". ההחלטה (כמו גם ההכרזה הפלסטינית) נמנעו מהתייחסות חד-משמעית לשאלת גבולותיה של המדינה הפלסטינית. ההקדמה להחלטה של העצרת-הכללית כוללת אזכור של הצעת החלוקה מ-1947 (החלטה 181) תוך ציון העובדה שהחלטה זו קראה, בין היתר, להקמת מדינה ערבית ומדינה יהודית בפלסטין ("Recalling its resolution 181… in which, *inter alia*, it called for the establishment of an Arab State and a Jewish State in Palestine"). פסקה 2 להחלטה כוללת אישור של הצורך לאפשר לעם הפלסטיני לממש את ריבונותו בשטחים שנכבשו מאז 1967 ("Affirms the need to enable the Palestinian people to exercise their sovereignty over their territory occupied since 1967").

[56] Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ׳ 436-441. קרופורד מסביר שאפילו לפי גישה קונסטיטוטיבית המבססת קיום מדינה על הכרה בינלאומית נרחבת (על גישה זו — ראו *לעיל* בהערה 36) לא ניתן לחייב מדינות שנמנעו או שהתנגדו (כישראל או ארצות-הברית) לראות בפלסטין מדינה רק מפני שרוב המדינות הכירו בה (*שם* בעמ׳ 438). אכן, ארגונים בינלאומיים (ארגון הבריאות העולמי, אונסקו, ושוויץ בתפקידה כמקבלת פניות להצטרפות לאמנות ג׳נבה) סירבו לקבל את פלסטין כחברה בהסתמך על ההצהרה הנ״ל (*שם*, בעמ׳ 440).

[57] UN Doc. A/RES/52/250, General Assembly Resolution 52/250, Participation of Palestine in the Work of the United Nations (13 July, 1998).

[58] ראו באתר הרשמי של משלחת פלסטין לאו״ם: http://www.un.int/wcm/content/site/palestine/pid/11550. מועצת-הביטחון התבססה על הסמכות שיש לה להזמין מדינות חברות באו״ם שאינן חברות במועצת-הביטחון לישיבותיה הדנות בנושאים המשפיעים באופן מיוחד על אינטרסים של מדינות אלה. ממילא גם למדינות כאלה המוזמנות לישיבות המועצה אין זכות הצבעה, ולפיכך כנראה שמועצת-הביטחון לא ראתה מניעה עקרונית להזמנת המשקיף הפלסטיני במקרים המתאימים.

זכות הצבעה, אולם פרט לעובדה משותפת זו, היקף ההשתתפות והסמכויות המוענקות נקבע על בסיס פרטני ומשתנה ממקרה למקרה. האו״ם מתייחס לארבע קטגוריות של משקיפים: מדינות לא חברות שהוזמנו להשתתף כמשקיפות — בקטגוריה זו נמצא כיום רק הכס הקדוש (מדינת עיר הוותיקן); ישויות (entities) שהוזמנו להשתתף כמשקיפות — בקטגוריה זו נמצאת פלסטין בלבד; ארגונים בינלאומיים בין-ממשלתיים שקיבלו מעמד משקיפים; וישויות ״אחרות״ בעלות מעמד כזה (בקטגוריה זו כלולים ארגונים כגון הצלב האדום הבינלאומי והוועד האולימפי הבינלאומי).[59]

לסיכום, מעמדה הנוכחי של פלסטין באו״ם הוא של **ישות** (שאינה מדינה) משקיפה. ניתנת לה אפשרות להיות מעורבת באופן משמעותי בדיוני האו״ם, אך כפי שיוסבר בהמשך, מכיוון שאינה נחשבת מדינה, היא אינה יכולה לעשות שימוש ישיר במנגנוני האו״ם הפתוחים למדינות בלבד, כגון ההצטרפות לאמנות בינלאומיות בחסות האו״ם או האפשרות להיות צד להליכים בבית-הדין הבינלאומי.[60]

המהלכים הפלסטיניים האפשריים להכרה כמדינה באו״ם

כאמור, בפני הפלסטינים עומדות שתי אפשרויות עיקריות: הראשונה — פנייה לאו״ם בבקשה להתקבל כמדינה במעמד חברה מלאה, והשנייה — פנייה להכרה כמדינה ושדרוג מעמד המשקיף שלהם מישות משקיפה למדינה משקיפה. המשותף לשתי האפשרויות הוא שבשתיהן מוכרת פלסטין כמדינה על ידי האו״ם. להלן אנתח את שני המהלכים האפשריים ואת משמעויותיהם, וכן אתייחס לאפשרות של פנייה למהלך ״רך״ יותר, בעל אופי הצהרתי.

---

[59] ראו: UN Doc. ST/SG/SER.A/301 *Permanent Missions to the United Nations: No. 301* (March, 2011) in http://www.un.int/protocol/bluebook/bb301.pdf.

[60] מקרה חריג היה בשנת 2004, בחוות-הדעת של בית-הדין הבינלאומי בעניין חוקיות מכשול ההפרדה (*לעיל* הערה 44) שאז אישר בית-הדין לפלסטין להגיש טיעון בכתב ולטעון בעל-פה בפני בית-הדין, בהתחשב במעמד המשקיף שיש לה באו״ם ובעובדה שהיא היתה יוזמת משותפת של הפניה לבית-הדין (כמשקיפה, ניתנה לפלסטין האפשרות להעלות נושאים לסדר היום של העצרת, אך זאת רק במשותף עם מדינות אחרות כיוזמת ״משותפת״). ראו *שם*, פסקאות 4-5 לחוות-הדעת. עם זאת, הבדל עקרוני בין הליכי חוות-דעת מייעצת להליכים יריביים הינו שמדינות וארגונים בינלאומיים הטוענים במסגרת הליכי חוות-דעת אינם ״צדדים״ להליך.

קבלה כחברה מלאה באו״ם

חברות מלאה באו״ם מקנה למדינה החברה כשירויות מלאות במסגרת האו״ם, כולל זכות הצבעה בעצרת הכללית, זכות להתדיין בפני בית-הדין הבינלאומי, זכות להצטרף לארגונים בינלאומיים המהווים ״סוכנויות מיוחדות״ (specialized agencies) של האו״ם ולהצביע באספותיהם וזכות להיות צד לכל האמנות הפתוחות להצטרפות לחברות האו״ם. אולם, מעבר להיבטים הפורמאליים, קבלה כחברה באו״ם מהווה למעשה אישור בדבר מעמדה של ישות כמדינה.[61]

מגילת האו״ם קובעת את תנאי הקבלה לחברות באו״ם, בהתייחס למדינות שלא היו החברות המייסדות. סעיף 4 למגילת האו״ם קובע:

(1) Membership in the United Nations is open to all other peace-loving states which accept the obligations contained in the present Charter and, in the judgment of the Organization, are able and willing to carry out these obligations.

(2) The admission on any such state to membership in the United Nations will be effected by a decision of the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.[62]

הסעיף כולל חלק פרוצדוראלי וחלק מהותי. הדרישות המהותיות שיש לעמוד בהן כדי להתקבל כחברה קבועה באו״ם, הן חמש: 1. מדינה; 2. שוחרת-שלום; 3. מקבלת על עצמה את החובות שבמגילה; 4. האו״ם סבור שהיא יכולה לקיים את החובות; 5. האו״ם סבור שבכוונתה לקיים חובות אלה.

למרות הגיוון הרב של הקהילה הבינלאומית (ואולי בגללו), קבלת מדינות לארגון האו״ם לא עוררה בדרך כלל מחלוקות קשות, וככל שהיו מחלוקות הן יושבו בהסכמה, ולרוב באופן דיסקרטי.[63] במובן זה, המקרה הפלסטיני חריג, אולם חריגותו אינה נובעת

---

[61] ראו, למשל, את דבריו של המלומד ג׳ון דוגארד: "The UN has for practical purposes become the collective arbiter of statehood through the process of admission and non-recognition," [John Dugard, *Recognition and the United Nations* (Cambridge, Grotius, 1987), 126], אך ראו גם: Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ׳ 192-193, המבהיר כי הכרה באו״ם לא תהווה תחליף לקיום התנאים המהותיים למדינה.

[62] Charter of the United Nations, 1945, Article 4.

[63] ראו בהרחבה אצל Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ׳ 180-182. קוסובו, בהכירה בפיצול בקהילה הבינלאומית בשאלת הלגיטימיות של קיומה כמדינה עצמאית ולוטו הרוסי הצפוי במועצת-הביטחון, נמנעה מלהגיש

מהשאלה האם מדינת פלסטין (אם קיימת) ראויה להתקבל לאו״ם, אלא מהשאלה האם להכיר בקיומה של מדינה כזו. במצבים בהם ברור שקיימת ״מדינה״, הדרישות לקבלה לארגון אינן מציבות בפני מדינות רף שקשה לעמוד בו, וכך גם במקרה הפלסטיני — ספק אם ארבע הדרישות הנוספות יעמדו במוקד הדיון לקבלת פלסטין כחברה מלאה בארגון.[64]

אכן, שאלת קבלתה של מדינה פלסטינית כחברה מלאה באו״ם צפויה להיות תלויה בשאלת קיומו של התנאי הראשון — האם קיימת מדינה. הפרקטיקה של האו״ם מלמדת שהארגון העניק לדרישת המדינה את המשמעות שיש לה במשפט הבינלאומי הכללי (ושנדונה בפרק הקודם).[65] עם זאת, כמובן שההכרעה אינה נקייה משיקולים פוליטיים. הכרעות מעין אלה הן דוגמה לזיקה ההדוקה שבין משפט בינלאומי לפוליטיקה בינלאומית — המדינות מונעות משיקולים פוליטיים, אך עליהן להכריע בהתאם למשפט הבינלאומי, שאותו הן עצמן מעצבות באמצעות החלטותיהן.[66]

בקשת הצטרפות לאו״ם. מחלוקות התעוררו בשנים הראשונות של המלחמה הקרה, כשמדינות התנו את הצבעתן בעד קבלת חברות חדשות בקבלת חברות אחרות — בכך דנה חוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבינלאומי הנזכרת *להלן* בהערה 70.

[64] לכאורה, התנאים הנוספים מקנים מרחב פרשני מסוים לאורגני האו״ם בהחלטתם אם לקבל מדינה חדשה לשורות הארגון, אך מרחב פרשני זה מצומצם למדי. באשר לתנאי של היות מדינה ״שוחרת שלום״, מדינות שנמצאו בסכסוך עם מדינות אחרות (כגון ישראל עצמה) התקבלו לארגון, כך שעצם קיומו של סכסוך אינו סותר את עובדת היותה של מדינה ״שוחרת שלום״. תנאי זה, הנתון לפרשנויות סובייקטיביות שונות, פותח פתח לפוליטיזציה משמעותית של ההחלטה על קבלה לאו״ם. אולם, אין לצפות שמדינות משמעותיות, לרבות חברות קבועות במועצת-הביטחון שלהן תפקיד בתהליך השלום הישראלי-פלסטיני (במיוחד ארצות-הברית ורוסיה) יתמכו בדחיית קבלתה של פלסטין מהטעם שאינה ״שוחרת שלום״. גם למדינות המתנגדות למהלך הפלסטיני אין אינטרס להתעמת עם הפלסטינים או עם מדינות ערב על ידי תיוגה של מדינה פלסטינית כמדינה שאינה שוחרת שלום או שאינה יכולה למלא אחר תנאי מגילת האו״ם. מגילת האו״ם אינה מטילה על מדינות חובות הדורשים מאמץ מיוחד או השקעת משאבים משמעותיים, בהנחה שמדובר בישויות שממילא מקיימות אחר התנאים לקיומה של מדינה. החובות העיקריים שמטילה המגילה הינם ממילא חובות המוטלות על מדינות כחלק מהמשפט הבינלאומי הכללי, כגון איסור השימוש בכוח (בכפוף לחריג ההגנה העצמית), מחויבות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום, וחובה כללית לכבד את זכויות-האדם ולפעול לקידומן. החובות המסוימות כלפי הארגון עצמו (כגון השתתפות בהוצאות הארגון) אינם מציבים רף שקשה למדינות לעמוד בו. קשה להצדיק סירוב לקבלת מדינה חדשה המצהירה שהיא יכולה לקיים את החובות שבמגילה, ומטעם דומה לכך שקשה יהיה למדינות לקבוע שפלסטין אינה ״שוחרת שלום״, הרי שמבחינה פוליטית קשה לצפות מצב שבו מדינות משמעותיות המבקשות להיות גורם משפיע ביישוב הסכסוך יקבעו שפלסטין אינה מעוניינת או אינה יכולה למלא אחר החובות שמטילה מגילת האו״ם. מוקד הדיון צפוי, אפוא, להיות בשאלה האם הפלסטינים ממלאים אחר הדרישה ל״מדינה״.

[65] Crawford, *לעיל* הערה 4 בעמ׳ 179.

[66] ראו *לעיל* בסמוך להערות 48-49 את הדיון של קרופורד בדבר האפשרות להחיל על המקרה הפלסטיני קריטריונים משפטיים שונים מהמקובל במשפט הבינלאומי הנוהג.

מבחינת תהליך ההכרעה בשאלת קבלתה של מדינה חדשה, נדרשת החלטה של העצרת הכללית בהתאם להמלצת מועצת-הביטחון. המלצת מועצת הביטחון צריכה להתקבל ברוב הנדרש להחלטות מהותיות, תשע חברות לפחות מתוך חמש עשרה החברות, ללא התנגדות של אף אחת מחמש החברות הקבועות. החלטת העצרת הכללית דורשת רוב של שני שלישים מהמדינות החברות בעצרת הנוכחות בהצבעה, כלומר — בהנחה שכל המדינות תשתתפנה בהצבעה יידרשו הפלסטינים לגייס תמיכה של לפחות 129 מדינות (אך בהנחה סבירה שמקצת המדינות ייעדרו, יוכלו הפלסטינים להסתפק במספר נמוך יותר של מדינות תומכות).[67] מכיוון שהפלסטינים צפויים כנראה לקבל רוב מתאים בעצרת הכללית, המכשלה העיקרית מבחינתם מצויה במועצת- הביטחון.[68] ארצות-הברית כבר הצהירה כי תטיל וטו על המלצה לקבלת מדינת פלסטין כחברה מלאה באו״ם.[69] אם וכאשר יובא העניין להכרעת מועצת-הביטחון, מעניין יהיה לראות כיצד תנמק ארצות-הברית את התנגדותה. כאמור, על הדיון להתמקד בתנאים המנויים במגילת האו״ם. בחוות-הדעת הראשונה שניתנה על ידי בית-הדין הבינלאומי בשנת 1948 נקבע שבמסגרת שיקול-הדעת שיש לארגוני האו״ם אם לקבל מדינות חדשות, עליהן ליישם רק את הקריטריונים הקבועים בסעיף 4 למגילת האו״ם. בית-הדין היה מודע לכך שמדינות מפעילות שיקולים פוליטיים, אולם נקבע שהאו״ם אינו רשאי להתנות את הקבלה בתנאים נוספים על התנאים המעוגנים בסעיף 4 הנ״ל, או לנמק את ההחלטה בדבר אי-קבלה של מדינה לאו״ם בשיקולים שאין להם ביטוי בסעיף זה. יש לציין שבית-הדין סייג את קביעתו להצהרות הגלויות של מדינות במועצת-הביטחון (להבדיל מהצהרות שלא באו לידי ביטוי בדיון עצמו).[70] לאור האמור לעיל, ספק אם דחיית הפנייה של הפלסטינים על ידי מועצת-הביטחון בנימוק שהכרה במדינה שלא במסגרת משא ומתן עם ישראל תזיק לתהליך שלום, תהווה נימוק רלוונטי שלא להמליץ על חברות

---

[67] מגילת האו״ם, *לעיל* הערה 62, סעיף 18(2).

[68] גם אם קיים רוב גדול בעצרת-הכללית, לא ניתן לקבל מדינה חדשה כחברה באו״ם ללא המלצה של מועצת-הביטחון (ראו חוות-דעת בית-הדין הבינלאומי: Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, ICJ Reports 1950, 4). לפיכך, ומסיבות נוספות החורגות מהדיון כאן, נקיטה בהליך הקרוי ״מתאחדים למען השלום״, שלפיו העצרת מוסמכת במקרים מסוימים שבהם מועצת-הביטחון משותקת בשל וטו לאמץ צעדים מסוימים בתחום השלום והביטחון, אינה אפשרית כהליך העוקף סירוב של מועצת-הביטחון לקבל מדינה לאו״ם [ראו: רובי סיבל, ״העצרת הכללית של האו״ם — ׳איחוד למען פלסטין׳״, *מבט על* 251, 14 באפריל 2011 (המכון למחקרי ביטחון לאומי, אוניברסיטת תל-אביב); Aaron Jacob, "Unilateral Declaration of an Independent Palestinian State and the Procedure of 'Uniting for Peace'", *American Jewish Committee* ב-http://www.ajc.org/site/apps/nlnet/content2.aspx?c=ijITI2PHKoG&b=2818295&ct=9311681].

[69] ראו למשל: יצחק בן-חורין, ״ארה״ב מודיעה לראשונה: וטו על מדינה פלסטינית״ *ynet* (8.9.11).

[70] Admission of a State to the United Nations (Article 4 of the Charter), Advisory Opinion of May 28th, 1948, ICJ Reports 1948, 57, 62-63.

באו״ם, בהנחה (שאמנם אינה נקייה מספקות, כפי שראינו לעיל) שאכן קיימת מדינה פלסטינית.

לכאורה, לאור ההצהרה של ארצות-הברית על הווטו שתטיל, אין טעם רב בפנייה של הפלסטינים למועצת-הביטחון כחלק ממהלך לקבלת חברות מלאה באו״ם.[71] אולם, נראה שהפלסטינים יכולים לקצור רווחים מדיניים מעצם הדיון במועצת-הביטחון. פניית הפלסטינים מחייבת את המועצה לדון בכשירותה של הרשות הפלסטינית כמדינה. אם תקבע המועצה שהרשות אינה ממלאת אחר התנאים לקיום מדינה בשל מידת השליטה הישראלית בשטחים, יוכלו הפלסטינים להשתמש בקביעה זו על-מנת להתניע הליכים נוספים באו״ם, למשל — לחתור לגיבוי בינלאומי להקמת מדינה בגבולות זמניים באופן חד-צדדי תוך פרק זמן מוגדר, בצירוף הכרה של מועצת-הביטחון בגבולות 1967 כגבולות הקבע. תרחיש סביר יותר הוא שהמועצה תעשה מאמץ גדול להימנע מדיון כזה ועל כן יוצעו לפלסטינים הצעות מפתות על-מנת לזנוח את יוזמתם בשלב זה. למשל, יתכן שארצות-הברית תרצה להביא למועצת-הביטחון החלטה המכירה, עקרונית, בגבולות 1967 כגבולות הראויים של מדינה פלסטינית עתידית (בכפוף להתאמות הנובעות מהמצב בשטח, וחילופי שטחים), תוך הצבת לוח זמנים להשגת מטרה זו במסגרת משא ומתן. כחלק ממהלך זה יוכלו הפלסטינים לבקש סיוע נוסף מהקהילה הבינלאומית לחיזוק מנגנוני הממשל הפלסטיני בשטחים. יש לציין שמועצת-הביטחון אינה מחויבת להכריע בבקשת החברות תוך פרק זמן קצוב.[72] מועצת-הביטחון תוכל, אפוא, להשהות את הדיון תוך הותרת הנושא על סדר היום מבלי להכריע בו כל עוד מתנהל משא ומתן ישראלי-פלסטיני. כלומר, התהליך המדיני עשוי להתנהל בצלה של הפנייה הפלסטינית לאו״ם, כשאפשרות ההכרעה של מועצת-הביטחון בבקשה הפלסטינית תשמש ״שוט״ וזרז לצדדים להגיע להסדר מוסכם. בתרחיש קיצוני של קיפאון מדיני ממושך מאד, מועצת-

---

[71] ואכן, עצם הפנייה ועיתוי הפנייה היו נתונים בספק זמן קצר לפני פתיחת מושב עצרת האו״ם. ראו, למשל: Ma'an News Agency, "Shaath: Palestinian leaders have clear strategy post-September" (4.9.11) in http://www.maannews.net/eng/Print.aspx?ID=417543. בסופו של דבר בחרו הפלסטינים לפנות למועצת-הביטחון בבקשה לקבלת פלסטין כחברה מלאה באו״ם (*לעיל* הערה 52).

[72] מועצת-הביטחון רק מחויבת להגיש את המלצתה די זמן מראש לפני כינוס של העצרת הכללית. ראו: UN Doc. S/96/Rev.7, Provisional Rules of Procedure of the Security Council, Rules 59-60. כללי הפרוצדורה אף מזכירים במפורש אפשרות של דחיית הדיון בבקשת חברות (בנוסף על האפשרויות של קבלה או דחייה של הבקשה) — *שם*, Rule 60: "If the Security Council does not recommend the applicant State for membership or postpones the consideration of the application, it shall submit a special report to the General Assembly with a complete record of the discussion."

הביטחון עשויה אף להכשיר בעתיד מעורבות בינלאומית כפויה, לרבות משלוח כוחות בינלאומיים לשטחים, על-מנת להקים מדינה פלסטינית, גם ללא הסכמה ישראלית.[73]

שדרוג מעמד המשקיף של פלסטין (אש״פ) למעמד של מדינה

כאמור, בפני הפלסטינים עומדת אפשרות נוספת, שאפתנית פחות, והיא לבקש לשדרג את מעמד המשקיפה למעמד של מדינה משקיפה. מעמד משקיף מוענק על ידי העצרת הכללית מבלי שיש הוראה פורמאלית במגילת האו״ם המסדירה הליך כזה.[74] לפיכך, לא ברור מה תהיה המשמעות המעשית של צעד כזה מבחינת הכשירויות שיהיו לפלסטין כמדינה משקיפה (להבדיל מישות משקיפה) במסגרת האו״ם, ואף לא ברור האם נדרש רוב של שני שלישים בעצרת הכללית או שניתן להסתפק ברוב רגיל.[75] ממילא לא ניתן להעניק למדינה שאינה חברה זכות הצבעה, ומכיוון שלפלסטין יש מעמד חשוב גם כיום במסגרת האו״ם כמשקיפה, המשמעות של מתן מעמד של מדינה משקיפה ככל הנראה לא תהיה רבה. כמדינה (אף שאינה חברה) תוכל פלסטין ליהנות מגישה לבית-הדין הבינלאומי בהאג, אך כפי שיוסבר בהמשך, קשה למדינות לעשות שימוש אפקטיבי בבית-דין זה (בניגוד לבית-הדין הפלילי הבינלאומי) מכיוון שסמכותו לדון בסכסוך מיוסדת על הסכמת שני הצדדים לסכסוך.[76]

---

[73] לפעולה באמצעות מועצת-הביטחון לסיוע בהתבססותה של מדינה חדשה ראו, למשל, את המקרה של מזרח טימור: UN Security Council Resolution 1410 (17 May 2002); ולאחרונה, את המקרה של דרום סודאן: UN Security Council Resolution 1996 (8 July 2011).

[74] *לעיל* הטקסט הסמוך להערה 59.

[75] John Cerone, "The UN and the Status of Palestine — Disentangling the Legal Issues" *ASIL Insights*, Vol. 15, Issue 26 (September 13, 2011) in http://www.asil.org/insights110913.cfm. הספק בנוגע לרוב הנדרש נובע מכך שסעיף 18(2) למגילת האו״ם (*לעיל* הערה 62) קובע כי ״שאלות חשובות״ (important questions) דורשות רוב מיוחס של שני שלישים של המדינות, ולא ברור האם יש לסווג החלטה כזו כ״שאלה חשובה״ [סעיף 18(3) קובע כי ההכרעה בשאלה האם לסווג שאלה כלשהי כ״חשובה״ מוכרעת בהצבעה ברוב רגיל]. סעיף 18(2) מציין במפורש את הנושא של קבלת מדינות חדשות כ״שאלה חשובה״.

[76] היכולת להצטרף כצד לחוקת בית-הדין הבינלאומי פתוחה למדינות החברות באו״ם בלבד, מכיוון שהחוקה היא למעשה נספח למגילת האו״ם. אולם, סעיף 35(2) לחוקה [Statute of the International Court of Justice, Article 35(2)] מסמיך את מועצת-הביטחון לקבוע תנאים לפתיחת שערי בית-הדין בפני מדינות שאינן חברות. כבר בראשית דרכה, בשנת 1946, אימצה מועצת-הביטחון החלטה הקובעת כי מדינות שאינן חברות יכולות למסור הצהרה לרשם בית-הדין שלפיה הן מקבלות את סמכות בית-הדין, בהתאם להוראות מגילת האו״ם, חוקת בית-הדין וכללי בית-הדין, ומקבלת על עצמה לציית בתום-לב להחלטות בית-הדין (Security Council Resolution 9, 15 October 1946).
בהתאם לסעיף 35(2) לחוקת בית-הדין, ולהחלטה מס׳ 9 של מועצת-הביטחון משנת 1946, מדינות שאינן חברות יכולות להצהיר שהן מקבלות את סמכות בית-הדין ולהתדיין בפניו.

חשיבותו של מהלך לקבלת פלסטין כ"מדינה משקיפה" נובעת בעיקר מעצם המהלך של הכרה במדינה, מהלך שעשוי להכריע האם "מדינה בדרך" מהווה מדינה, בהנחה שהרוב בעצרת הכללית לקבלתה יהיה משמעותי, ללא התנגדות משמעותית (למשל — אם מרבית המדינות המסתייגות מחד-צדדיותו של המהלך הפלסטיני יבחרו להימנע ולא להתנגד). כמדינה, תוכל פלסטין להצטרף לאמנות בינלאומיות שאינן דורשות חברות באו"ם כתנאי להצטרפות אליהן, כגון חוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי, או לאמנות שפתוחות להצטרפות של מדינות לא חברות באישורה של העצרת הכללית, כגון אמנות זכויות-האדם.[77]

אולם, לשינוי במעמד המשקיף יש גם מחיר מבחינת הפלסטינים, ולכן מהלך זה שנוי במחלוקת בקרבם.[78] מעמד המשקיף הנוכחי הינו של אש"פ, המייצג את כלל הפלסטינים — בשטחים ובפזורה. מתן מעמד משקיף למדינה פלסטינית בגבולות 1967 יצמצם את יכולת הנציג הפלסטיני לייצג את הפליטים במישור הבינלאומי, מכיוון שהמשפט הבינלאומי אינו מקנה, בדרך כלל, למדינות זכות לייצוג קבוצות מיעוט במדינות זרות.[79] ככלל, נראה כי חיזוק מעמדה של "מדינה פלסטינית" במישור הבינלאומי (בין אם בדרך של קבלת

---

[77] האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות [International Covenant on Civil and Political Rights ("ICCPR")] קובעת בסעיף 48(1) כי האמנה פתוחה להצטרפות של המדינות החברות באו"ם, של מדינות החברות בסוכנויות המיוחדות של האו"ם, של מדינות החברות בחוקת בית-הדין הבינלאומי, או של כל מדינה אחרת שהוזמנה על ידי העצרת הכללית של האו"ם להצטרף לאמנה. הוראה דומה קיימת באמנות זכויות-אדם נוספות — ראו: האמנה הבינלאומית לזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ("ICESCR")], סעיף 26(1); האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית [International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ("CERD")], סעיף 17(1). אמנות נוספות קובעות בפשטות כי הן פתוחות להצטרפות של כל המדינות, ללא זיקה כלשהי לארגון האו"ם או צורך בקבלת אישור מהעצרת הכללית — ראו: האמנה לזכויות הילד [Convention on the Rights of the Child ("CRC")], סעיפים 46, 48; האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים [Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women ("CEDAW")], סעיף 25; האמנה נגד עינויים [Convention Against Torture ("CAT")], סעיף 25; האמנה לזכויות אנשים עם מוגבלויות [Convention on the Rights of Persons with Disabilities ("CRPD")], סעיפים 42, 43. גם אמנות גינבה ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות אלה הם דוגמאות לאמנות חשובות שההצטרפות אליהן אינה טעונה זיקה כלשהי לאו"ם. חוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי פתוחה אף היא לכל מדינה, ללא דרישה לחברות באו"ם (Rome Statute of the International Criminal Court, Article 125). ההצטרפות לארגונים בינלאומיים שונים המהווים סוכנויות מיוחדת של האו"ם פתוחה, כאמור, לכל מדינה. הפרקטיקה של הסוכנויות המיוחדות הינה לפעול בהתאם להנחיות העצרת הכללית בנושאים פוליטיים, ולפיכך סביר שהכרה של העצרת הכללית במדינה פלסטינית תפתח בפני פלסטין את דלתותיהם של ארגונים אלה.

[78] *לעיל* הערה 2.

[79] יובל שני, "משמעות ההכרה הבינלאומית במדינה הפלסטינית", המכון הישראלי לדמוקרטיה (11.9.11) ב-http://www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/440.aspx.

חברות מלאה באו״ם ובין אם בדרך של שדרוג מעמד המשקיף) יוביל להמשך המגמה של החלשת מעמדו הבינלאומי של אש״פ.[80]

נוסף על שתי האפשרויות של בקשה להצטרפות לאו״ם כחברה מלאה או של בקשה לשדרוג מעמד המשקיפה, יכולים הפלסטינים לנקוט במהלכים צנועים יותר של פנייה לעצרת הכללית או למועצת-הביטחון בהצעות החלטה מרוככות בנוסחן שיכירו באופן הצהרתי בזכות הפלסטינים למדינה ו/או בזכותם הלגיטימית למדינה בגבולות 1967, או החלטות אחרות שיהוו הישג מנקודת מבט פלסטינית מבלי להצהיר ישירות על הכרה במדינה. הסיכוי שיושג רוב משמעותי להחלטות כאלה, שיכלול גם תמיכה של מדינות מערביות חשובות, גבוה יותר.

לאור הקונצנזוס הבינלאומי המסתמן שההסדר הטריטוריאלי בין ישראל לפלסטינים צריך להיות מבוסס על קווי 1967, לעומת ההתנגדות הקיימת אצל קבוצת מדינות קטנה אך משמעותית (ארצות-הברית ומדינות מערביות נוספות) להכיר במדינה פלסטינית שלא מוקמת כתוצאה מתהליך מדיני עם ישראל, יתכן שהפלסטינים יאלצו להסתפק בשלב זה במהלך מוגבל שבו האו״ם יתייחס לגבולותיה העתידיים של מדינה פלסטינית. הניסיון של מדינות אירופאיות ושל ארצות-הברית למנוע מהפלסטינים לממש את המהלך המשמעותי של הכרה במדינה, יכול להביא לנכונות גדולה יותר להציע לפלסטינים פיצוי בדמות מהלכים או״מיים אחרים המקדמים את האינטרס הפלסטיני. למשל, החלטה מחייבת של מועצת-הביטחון לפי פרק 7 למגילת האו״ם, המכירה בכך ששטחה של המדינה הפלסטינית ״יהיה מבוסס״ או ש״צריך להיות מבוסס״ על קווי 1967, תוך אזכור צרכי הביטחון של ישראל והדגשה שמדינה כזו צריכה לקום כתוצאה ממשא ומתן עם ישראל, יכולה להיחשב כהישג פלסטיני, אף כי מוגבל בהרבה מההישג שאליו חתרו מלכתחילה.

[80] *שם*.

פרק שלישי
ההשלכות של הכרה באו״ם במדינה פלסטינית בגבולות 1967

לא ברור איזה מהתרחישים שנדונו לעיל יתממש ומתי. אולם, המגמות הפלסטיניות ברורות: ככל שהקיפאון המדיני יימשך, יבקשו הפלסטינים לעשות שימוש במסגרות הבינלאומיות הרב-צדדיות ככלי לקידום מטרתם — הקמת מדינה פלסטינית בגבולות 1967, עם מזרח ירושלים כבירתה. מכיוון שיש הסכמה בינלאומית רחבה מאוד על כך שהסדר הקבע צריך להוליך לתוצאה כזו (או לתוצאה קרובה), הרי שסיכויי המהלך הפלסטיני להתקבל כמדינה חברה באו״ם (או, לפחות, כמדינה משקיפה) יגדלו ככל שיגבר התסכול בקהילה הבינלאומית מהעדרו של תהליך מדיני אפקטיבי בין ישראל לפלסטינים. התנגדותן של מדינות חשובות באירופה, ושל ארצות-הברית, למהלך הפלסטיני אינה נובעת מהתנגדות עזה לתוכנן של ההצהרות הפלסטיניות, אלא בעיקר מהתנגדות לאופיו החד-צדדי של המהלך, ותמיכה בפתרון באמצעות הסכם בין ישראל לפלסטינים. התנגדות זו תיחלש או תיעלם ככל שתגבר ההכרה שמשא ומתן בין הצדדים לא צפוי להניב תוצאות, וכי הצדדים מצויים במבוי סתום.

בהנחה שהמהלך הפלסטיני להכרה כמדינה (משקיפה או חברה מלאה) יצלח -בחלוף תקופה לא ארוכה — נבחן להלן מה יהיו השלכותיו:

זכויות וחובות של מדינה פלסטינית בהתאם למשפט הבינלאומי: כללי

המשפט הבינלאומי מקנה למדינות שורה של זכויות וכשירויות: המדינה חסינה מפני שיפוט של בתי-משפט זרים (כפוף לחריגים מנהגיים), וכך גם נושאי תפקידים בכירים בה — הנהנים מחסינות אישית ופונקציונלית; למדינות אחרות אסור להתערב בעניינים הנחשבים כענייניה הפנימיים של מדינה; יש איסור על שימוש בכוח כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של מדינה או כל שימוש אחר בכוח שאינו תואם את מגילת האו״ם; אם מתבצעת מתקפה חמושה נגד מדינה היא זכאית לפעול בהגנה עצמית; כמדינה היא בעלת כשירות להצטרף לאמנות בינלאומיות, ולארגונים בינלאומיים

בין-ממשלתיים, כולל הסוכנויות המיוחדות של האו״ם (ארגון הבריאות העולמי, ארגון העבודה העולמי ועוד); בתי-משפט בינלאומיים ומנגנוני יישוב סכסוכים בינלאומיים אחרים פתוחים בפני מדינות, כולל בית-הדין הבינלאומי בהאג.

כמובן, צידו השני של מטבע הזכות הוא החובה — מדינה פלסטינית לא רק תיהנה מזכויות וכשירויות אלה, אלא גם תחויב בהן כלפי מדינות אחרות. הבעיה מבחינתה של ישראל (והיתרון מבחינת הפלסטיניים) הוא שניתן להניח שבשלבים הראשוניים לקיומה, מדינה פלסטינית שתוכר שלא בדרך של משא ומתן עם ישראל, תקיים מידת שליטה מוגבלת בלבד על הטריטוריה שלה. פרט להשלכות המדיניות שיש לעובדה שישראל תמשיך להיחשב ככובשת של חלקים מהמדינה הפלסטינית (שיידונו להלן), במצב זה של שליטה מוגבלת ניתן לשער שמדינה פלסטינית תבקש לעשות שימוש מרבי בכשירויות ובזכויות שמקנה לה המשפט הבינלאומי, אך במקביל תטען לחובות ולאחריות מוגבלות למתרחש בשטחה בשל היותה מדינה כבושה. יתרה מכך, מעמד המדינה יקנה לפלסטינים כלים אפקטיביים להתמודדות עם השלטון הצבאי הישראלי ועם מדיניות ההתנחלויות של ישראל שאינם מצויים בידיהם כיום. המסגרת הבינלאומית העיקרית שבה תוכל מדינה פלסטינית למצוא כלים כאלה היא בבית-הדין הפלילי הבינלאומי, כפי שיוסבר בהמשך.

אילו השפעות צפויות להיות לזכויות ולחובות של מדינה פלסטינית במישור הבינלאומי, וכיצד המעמד של מדינה צפוי לשנות את המצב הנוכחי? שאלה זו תידון בשני מישורים שיש ביניהם השפעה הדדית: האחד — שינויים המשפיעים על אופן התנהלות הקשרים השוטפים בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני, במיוחד בכל הקשור לאחריות למתרחש בשטחים; השני — שינויים באופייה של המסגרת המדינית שבה פועלים הצדדים בחתירה ליישוב הסכסוך.

יחסי ישראל-פלסטינים ״בשטח״

תוקף ההסכמים הקיימים

השינויים ״בשטח״ יושפעו במידה רבה מאופן ההתייחסות של הצדדים להסכמים הקיימים ביניהם. המהלך הפלסטיני לקבלת הכרה כמדינה עצמאית עומד בניגוד להסכמים, הכוללים חובה להימנע מצעדים חד-צדדיים שבכוחם להשפיע על אופי הסדר הקבע שלא בדרך של משא ומתן בין הצדדים.[81] במקרה זה לא מדובר רק על צעד הצהרתי (אף שגם צעד הצהרתי יכול להיחשב כמנוגד להסכמים). אם הרשות הפלסטינית תראה בעצמה מדינה, היקף הכשירויות שלה יהיה רחב באופן משמעותי מ״רשות פלסטינית״

[81] סעיף XXXI(7) להסכם הביניים, המצוטט *לעיל* בהערה 24.

שהיא יציר ההסכמים ושסמכויותיה מסתכמות באלו שהוענקו לה בהסכמים בין ישראל לאש״פ. כשמדובר במדינה, הנחת היסוד מתהפכת — מדינות הינן ריבוניות לפעול בכל עניין, למעט אם המשפט הבינלאומי קובע מגבלות על פעילותן. נוכח שינוי יסודי וחד-צדדי זה, באפשרות ישראל להודיע על בטלותם של ההסכמים בינה לבין הפלסטינים.[82] גם הפלסטינים יכולים לנקוט בצעד דומה. ההסכם המסדיר את מכלול היחסים בין ישראל לפלסטינים הוא הסכם הביניים משנת 1995. על פי הסכם זה היו הצדדים אמורים להגיע להסדר קבע בשנת 1999. משלא הוגשם יעד זה, יתכן שהצדדים היו רשאים לשנות מהסכם זה ואף לחתור לביטולו כבר לפני שנים לא מעטות, שהרי מדובר בהסכם ״ביניים״ בלבד. אולם, גם לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה ובמהלכה, נמנעו שני הצדדים מלהודיע על ביטול ההסכם, וכך גם לאחר ההתנתקות (ובעיקר לאחר עליית החמא״ס לשלטון), אף שברור שההתנתקות (כצעד חד-צדדי של ישראל) הפכה חלק מההסדרים לבלתי רלוונטיים. עמדתה הרשמית של ישראל שהיא ממשיכה ליישם את הוראות הסכם הביניים ורואה בו כתקף גם בנוגע לרצועת עזה ״ככל שהדבר רלבנטי ואפשרי״.[83] ״מפת הדרכים״ שאותה הציגה הרביעייה הבינלאומית (הקוורטט) בשנת 2003, ושאומצה על ידי ישראל והפלסטינים, קובעת כי פתרון הסכסוך יתבסס, בין היתר, על ״ההסכמים הקיימים״.[84]

---

[82] ראו *לעיל* בהערה 24 את הדיון בהצעות לביטול הסכם הביניים, וראו גם את הדיון *לעיל* בסמוך להערה 39. דיני האמנות מאפשרים לצד לאמנה דו-צדדית לבטל או להשעות את קיומה של האמנה, כולה או חלקה, במקרה של ״הפרה מהותית״ (material breach) (ראו: Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Article 60). אמנם, מבחינה פורמאלית הסכם הביניים איננו אמנה מכיוון שלא מדובר בהסכם בין שתי מדינות, אולם נראה כי ניתן להחיל, בהתאמות הנדרשות, את דיני האמנות על הסכם זה (ראו גם: *שם*, סעיף 3, הקובע שאין לראות באמנה כהסדר שלילי ביחס להסכמים בינלאומיים שנכרתו בין מדינות לנושאי משפט בינלאומי אחרים. יתכן שניתן לראות באש״פ, כארגון שקיבלת לגיטימציה בינלאומית לשמש כנציגו של העם הפלסטיני כ״נושא משפט בינלאומי״ לעניין זה).

[83] ראו, באתר הפרקליטות הצבאית: ״המסגרת המשפטית לפעילות צה״ל ברצועת עזה״ ב-http://www.law.idf.il/935-4489-he/patzar.aspx.

[84] A Performance-Based Roadmap to a Permanent Two-State Solution to the Israeli-Palestinian Conflict, 30 April 2003. בהקדמה למפת הדרכים נאמר, בין היתר, כי: "The settlement will resolve the Israel-Palestinian conflict, and end the occupation that began in 1967, based on the foundations of the Madrid Conference, the principle of land for peace, UNSCRs 242, 338 and 1397, **agreements previously reached by the parties**, and the initiative of Saudi Crown Prince Abdullah — endorsed by the Beirut Arab League Summit…" (ההדגשה הוספה). מפת הדרכים אף מפנה ל״הסכמים הקודמים״ בשני מקומות נוספים: בשלב הראשון שבו מתחייבת ישראל, בין היתר, לפתוח מחדש מוסדות פלסטיניים שאותם סגרה במזרח ירושלים, נאמר בין היתר שפתיחת המוסדות תיעשה בהתבסס על ההתחייבות שמוסדות אלה יפעלו באופן מדוקדק בהתאם להסכמים הקודמים שנחתמו בין הצדדים; בשלב השני של מפת הדרכים נאמר שהקמת מדינה פלסטינית בגבולות זמניים תיעשה תוך יישום הסכמים קודמים (הקובעים נסיגה מדורגת של ישראל), על-מנת להבטיח רציפות טריטוריאלית מרבית.

אכן, כמו במצבי משבר קודמים, נראה כי גם לישראל וגם לפלסטינים יש אינטרס להימנע מהודעה על בטלות הסכם הביניים, אף שברור שיעלו שאלות משפטיות מסובכות (שהדיון בהן חורג ממסגרת נייר עמדה זה) בקשר למעמד הוראות שונות בהסכמים כתוצאה מהכרה במדינה פלסטינית. האינטרס המשותף בקיום ההסכמים נובע גם מהצורך בקיום מנגנוני התיאום הביטחוני, ושורה של הסדרים המאפשרים את הניהול היומיומי של השטחים, כגון ועדות המים המשותפות ועוד.[85]

יש לציין כי נוסף על התרחיש של המשך פעולת הצדדים בהתאם להסכמים הקיימים, ועל התרחיש הקיצוני של ביטול מוחלט של ההסכמים, יתכן גם תרחיש שלישי, שבו הצדדים ינהגו על פי ההסכמים הקיימים אך יכירו במפורש בבטלותם של חלק מההסדרים או ינהלו משא ומתן על שינויים. דוגמה בולטת לכך הוא הנספח הכלכלי להסכמי אוסלו (פרוטוקול פריז) המעגן הסדרים כגון מעטפת המכס המשותפת והשימוש במטבע הישראלי על ידי הרשות הפלסטינית.[86] כחלק מהמעבר מ"רשות פלסטינית" ל"מדינה פלסטינית", ורצונם של הפלסטינים לזכות בעצמאות כלכלית, הודיע יושב-ראש הרשות כי ידרוש דיון מחודש בהוראות פרוטוקול פריז.[87] צעד חד-צדדי של הפלסטינים בעניין זה לא יהיה בעל משמעות מעשית נוכח השליטה של ישראל במעברי הגבול, ומכאן במעבר הסחורות אל השטחים הפלסטיניים ומהם.[88] אולם, יתכן שהצדדים יוכלו לנהל משא ומתן על שינויים מסוימים בהסדרים הקבועים בפרוטוקול פריז. אף שבראיה פלסטינית שינויים כאלה נובעים מחתירתם לעצמאות כלכלית, כחלק מייסוד המדינה הפלסטינית, הסכמה של ישראל לשינויים מסוימים אינה מחייבת אותה, כמובן, להכיר במדינה פלסטינית. הבעת נכונות ישראלית לנהל משא ומתן על מקצת ההסדרים בתמורה להתחייבות פלסטינית לשוב ולנהל משא ומתן על מכלול הנושאים להסדר הקבע בהתאם להסכמים הקיימים, עשויה לקדם שיבה למסגרת הדו-צדדית של משא ומתן.[89]

---

[85] על פי ידיעות בתקשורת, אפשרות ההודעה על ביטולו של הסכם הביניים נשקלה על ידי הדרג המדיני בישראל, אך ככל הנראה נדחתה על ידי מרבית הגורמים המקצועיים (*לעיל* הערה 24). גם אם ישראל תבחר לנקוט בצעדים חד-צדדיים משלה, כגון סיפוח חד-צדדי של שטחי התנחלויות (ולכך אתייחס בפרק הסיכום והמסקנות), הודעה על ביטול מוחלט של ההסכמים הקיימים הינה בעייתית מבחינת האינטרס הישראלי. זאת, מכיוון שהסכם הביניים מספק את המסגרת המשפטית המאפשרת לישראל להימנע מהפעלת סמכויות אזרחיות רבות ביחס לאוכלוסייה פלסטינית גדולה הכפופה למעשה לשלטון הפלסטיני, ולישראל אין עניין בהחזרת האחריות לידיה בטיפול בנושאים אלה.

[86] *לעיל* הערה 22.

[87] ראו למשל: תני גולדשטיין, "שינוי פרוטוקול פריז? איום בלי משמעות מעשית", *ynet* (25.9.11).

[88] *שם*.

[89] יש לציין ששר החוץ, אביגדור ליברמן, הגיב בדחייה נחרצת לקריאת יושב-ראש הרשות הפלסטינית לפתוח מחדש את פרוטוקול פריז [יהונתן ליס, "ליברמן: לא נפתח את פרוטוקול פאריס" *הארץ* (26.9.11)].

בהנחה (הסבירה יותר) שהצדדים ימשיכו לנהוג בהתאם להסדרים הקיימים בשטחי יהודה ושומרון (ובמידה מוגבלת, ברצועת עזה) מתוקף הסכם הביניים, יש לבחון איזה שימוש מעשי יכולים הפלסטינים לעשות במעמד החדש כמדינה. זאת, בהתחשב בכך שחלק גדול משטחה של המדינה החדשה מוחזק על ידי צבא זר (הצבא הישראלי), שיש בה נוכחות אזרחית של מדינה זרה (ההתנחלויות), ושחופש הפעולה של מוסדות המדינה החדשה, כמו גם חופש התנועה וחירויות נוספות של תושביה מוגבל במידה רבה בשל השלטון הצבאי.

להלן כמה דוגמאות בולטות להיבטים מעשיים שיכולים להיות לפעולות הפלסטינים בשטחים במסגרת של מדינה.

היבטים צבאיים וביטחוניים

בשטחים הכפופים לממשל צבאי יש למדינה הכובשת סמכויות רחבות לנקוט בפעולות צבאיות שונות ברמות עצימות שונות כדי להתמודד עם איומים ביטחוניים שמקורם בשטח הנתון לשליטתה.[90] הסכם הביניים הותיר את האחריות הכוללת לביטחונם של ישראלים ושל ישובים ישראליים ואת האחריות ל"ביטחון חוץ" בידי ישראל, וכן את הסמכות לנקוט בצעדים לשם מימוש אחריות זו בכל מקום, כולל שטחי A.[91] קיום מדינה פלסטינית בפועל באזורים מסוימים, תגביל את היכולת של ישראל לנקוט בפעולות צבאיות כנגד אותם שטחים. ככלל, המשפט הבינלאומי אוסר על שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של מדינה אחרת או בכל דרך אחרת שאינה

---

[90] לסקירת המסגרת הנורמטיבית החלה על ניהול פעולות הלוחמה בשטחים הנתונים לממשל הצבאי הישראלי, ראו למשל בפרשת ה"סיכולים הממוקדים": בג"ץ 769/02 *הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל* (14.12.06).

[91] הסכם הביניים, *לעיל* הערה 11, סעיף X(4) קובע כי: "Israel shall continue to carry the responsibility for external security, as well as the responsibility for overall security of Israelis for the purpose of safeguarding their internal security and public order", וסעיף XII(1) קובע, בין היתר: "Israel shall continue to carry the responsibility for defense against external threats, including the responsibility for protecting the Egyptian and Jordanian borders, and for defense against external threats from the sea and from the air, as well as the responsibility for overall security of Israelis and Settlements, for the purpose of safeguarding their internal security and public order, and will have all the powers to take the steps necessary to meet this responsibility". הסיפא לסעיף זה התפרשה (ויושמה) על ידי ישראל כמקנה לה סמכות לפעול לצרכי הביטחון הללו בכל שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה (כולל שטחים שהועברו לסמכות הרשות הפלסטינית) ללא הגבלה ובהתאם לשיקול-דעתה הבלעדי (ראו: זינגר, *לעיל* הערה 11, בעמ' 622).

מתיישבת עם מטרות האו״ם.[92] ישראל תוכל, אפוא, לפעול בכוח כנגד מדינה פלסטינית רק אם תעמוד בתנאי חריג ההגנה העצמית:[93] על ישראל יהיה להראות שהיא הייתה נתונה ל״מתקפה חמושה״ מצד המדינה הפלסטינית (דרישה שהתפרשה כשימוש בכוח שעבר סף עצימות גבוה — ירי מצומצם בנשק קל, למשל, לא יקנה כנראה לישראל זכות לשימוש נרחב בכוח מעבר לתגובה המיידית לאירוע),[94] ולעמוד בתנאי ה״נחיצות״ (necessity) והמידתיות, כלומר — להראות שהשימוש בכוח מהווה צורך חיוני, מיידי ומכריע, שאינו מותיר ברירה באשר לאמצעים, ושהשימוש בכוח הוא סביר ומידתי ביחס לאיום.[95]

אמנם, עקרון המידתיות חל על פעולות לוחמה שמבצעת ישראל ללא קשר לשאלת קיומה של מדינה.[96] יתרה מכך, עמדתה הרשמית של ישראל היא כי היא פועלת בהגנה עצמית גם כנגד ארגוני הטרור בשטחים, ועל כן, לכאורה, תחולת חריג ההגנה העצמית בעקבות קיומה של מדינה פלסטינית אינה משנה דבר.[97] אולם, הגישה לפיה הגנה עצמית אפשרית כלפי גורמים לא-מדינתיים נתונה במחלוקת, וגם בית-המשפט העליון בישראל

---

[92] האיסור הבינלאומי המנהגי על שימוש בכוח מעוגן בסעיף 2(4) למגילת האו״ם (*לעיל* הערה 62) הקובע כי "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations". על איסור השימוש בכוח, ועל הזיקה בין איסור זה לבין עקרונות הריבונות והשוויון הריבוני, ראו: הראל בן-ארי, ״איסור השימוש בכוח״ בתוך: *סיבל, לעיל* הערה 34 בעמ׳ 499-502.

[93] מגילת האו״ם, *לעיל* הערה 62, סעיף 51: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security". אף שהסעיף מפנה לזכות הגנה עצמית של חברות האו״ם, הוא משקף בעיקרו את המשפט הבינלאומי המנהגי, המקנה ״זכות אינהרנטית״ להגנה עצמית, כלשון הסעיף. ראו גם: עו״ד אן סוציו ועו״ד לימור יהודה, ״זכויות האדם בשטחים הכבושים: השלכות אפשריות של המהלך להכרה במדינה פלסטינית״, האגודה לזכויות האזרח (ספטמבר 2011), עמ׳ 8.

[94] לניתוח התנאי של ״התקפה חמושה״ ראו: בן-ארי, *לעיל* הערה 92, בעמ׳ 503-504.

[95] בן-ארי, *שם*, בעמ׳ 507-508. על עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי, ראו גם: יובל שני, ״השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי״ *המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 75* (תשס״ט, 2009), עמ׳ 104-118.

[96] שני, *שם* בעמ׳ 55-103.

[97] לעמדת המדינה ראו, למשל, בג״ץ 769/02, *לעיל* הערה 90 בפסקה 10 לפסק הדין: ״עמדת המשיבים היא שיש לדחות את הטענה שישראל רשאית להתגונן כנגד הטרור תוך שימוש באמצעים של אכיפת חוק בלבד. אין עוד מחלוקת כיום כי מדינה רשאית להגיב בכוח צבאי על מתקפת טרור נגדה. זאת, מכוח זכותה להגנה עצמית הקבועה בסעיף 51 למגילת האו״ם, המאפשרת למדינה להגן על עצמה מפני ׳התקפה חמושה׳... לא יכול להיות כל ספק שמתקפת הטרור כנגד ישראל עונה להגדרה של התקפה חמושה״.

נמנע, עד כה, מלהכריע בה במפורש מתוך מודעות למחלוקת בעניין זה.[98] למעשה, ההצדקות המשפטיות לפעולות צבאיות שונות שנוקטת ישראל בשטחים במאבקה בטרור מעוגנות במסגרת דיני הלחימה החלים בשטחים כבושים, ללא הכרח להידרש לטענת ההגנה העצמית.[99] השינוי המשמעותי הנובע מהקמתה של מדינה פלסטינית הוא שפעולות צבאיות כנגד מדינה זו צפויות להיבחן בקפדנות יתר על ידי הקהילה הבינלאומית. זאת, כאמור, מאחר שכשמדובר במדינה זרה הכלל הוא שאין להשתמש בכוח ועל המדינה המשתמשת בו לבסס את קיומם של התנאים המצדיקים הגנה עצמית כחריג לאיסור השימוש בכוח. תקיפה של מדינה זרה שלא בהגנה עצמית עשויה להיחשב לפשע של תוקפנות, המבסס אחריות פלילית אישית של מנהיגים פוליטיים ומפקדים

---

[98] לעמדה השוללת קיומה של זכות הגנה עצמית כנגד גורמים לא מדינתיים המצויים תחת שליטתה של המדינה, ראו, למשל, עמדת העותרים בבג"ץ 769/02 הנ"ל, *שם* בפסקה 4 לפסק-הדין: "...זכותה של ישראל לנקוט בפעולות צבאיות של הגנה עצמית, מכוח סעיף 51 למגילת האו"ם משנת 1945, אינה חלה על הסכסוך הנדון. זכות ההגנה העצמית נתונה למדינה בתגובה להתקפה חמושה של מדינה אחרת. שטחי האזור מצויים בתפיסה לוחמתית של מדינת ישראל, ועל כן סעיף 51 כלל איננו חל על עניינו. כשם שהמדינה אינה יכולה לטעון להגנה עצמית כנגד אוכלוסייתה שלה, כך אין היא יכולה לטעון להגנה עצמית כנגד תושבים המצויים תחת כיבוש של צבאה. כנגד אוכלוסיה אזרחית נכבשת אין זכות להגנה עצמית אלא זכות לאכיפת חוק בהתאם לדיני התפיסה הלוחמתית". אמנם, בית-המשפט דחה את גישת העותרים לעניין זה (*שם*, בפסקה 21), אך נמנע מלקבוע במפורש שיש תחולה לסעיף 51 למגילת האו"ם לעניין זכות ההגנה העצמית.

במקום אחר הביע בית-המשפט העליון (מפי הנשיא ברק) את דעתו כי ראוי שתהיה תחולה לסעיף זה גם ביחס ללחימה בשטחים, אך נמנע מלהכריע בכך לאור המחלוקת בעניין זה, ולאור עמדת בית-הדין הבינלאומי בחוות-הדעת בעניין חוקיות מכשול ההפרדה (*לעיל* הערה 44, פסקה 138) לפיה אין זכות הגנה עצמית בשטח הכבוש. ראו: בג"ץ 7957/04 *מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל* (15.9.05), פסקה 23 לפסק-הדין: "בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג נקבע כי אין לבסס את הסמכות להקמת הגדר על דיני ההגנה העצמית. הטעם לכך הוא, שסעיף 51 למגילת האומות המאוחדות מכיר בזכות הטבעית להגנה עצמית כאשר מדינה אחת תוקפת צבאית מדינה אחרת. מכיוון שישראל אינה טוענת שההתקפה עליה באה ממדינה זרה, אין תחולה להוראה זו לעניין הקמת החומה... גם כוחה של מדינה להגנה עצמית מפני הטרור הבינלאומי אינה מסמיכה את ישראל להפעיל את דיני ההגנה העצמית כנגד הטרור הבא מהאזור, שכן טרור זה אינו בינלאומי, אלא מקורו בשטח הנשלט על ידי ישראל בתפיסה לוחמתית. גישתו זו של בית הדין הבינלאומי בהאג אינה נקייה מספיקות)... גישתו של בית הדין הבינלאומי בהאג קשה לנו. היא אינה מתבקשת מלשונה של הוראת סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות.... ספק אם היא תואמת את צרכיה של הדמוקרטיה במאבקה בטרור. מנקודת מבטה של זכות ההגנה העצמית של מדינה, מה לי התקפת טרור עליה הבאה ממדינה אחרת, ומה לי התקפת טרור עליה משטח שמחוצה לה הנתון לתפיסתה הלוחמתית? ומה דינו של טרור בינלאומי החודר לשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, תוך שהוא מופעל מתוך אותו שטח על ידי שלוחיו המקומיים של הטרור הבינלאומי? כאמור, אין לנו צורך לבחון סוגיה זו לעומקה, שכן מצאנו כי הוראת סעיף 43 לתקנות האג מסמיכה את המפקד הצבאי לנקוט בכל הפעולות הדרושות לשמירה על הביטחון. בגדרן של אלה נכללו בוודאי כל אותן פעולות שהזכות להגנה עצמית מאפשרת אותן. נשאיר, אפוא, את בחינתה של שאלת ההגנה העצמית לעת מצוא".

[99] ראו, למשל, סעיף 43 לתקנות האג הנזכר בבג"ץ 7957/04 הנ"ל *שם*.

צבאיים.[100] לעומת זאת, המשפט הבינלאומי מניח שמדינה המחזיקה שטח כבוש, בממשל צבאי, רשאית לנקוט בפעולות צבאיות בכפוף למגבלות שמטילים דיני הלוחמה בכלל, ודיני הכיבוש בפרט.

כמובן שכללי השימוש בכוח יטילו את אותן מגבלות גם על מדינה פלסטינית ביחסיה עם ישראל. אכן, המדינה הפלסטינית עשויה לשאת באחריות בינלאומית על פעולות כנגד ישראל שמקורן בשטחה. זאת, על בסיס אחריות ישירה לפעולות שבוצעו בשליטתה האפקטיבית של המדינה ואולי אף על ידי אורגנים רשמיים של המדינה, או על בסיס אחריות למחדל של אי פעולה כנגד ארגונים ופרטים הפועלים משטחה.[101] אולם, המצב המורכב שעתיד להיווצר בשטח צפוי להציב אתגרים קשים לישראל. לפלסטינים יש אינטרס לראות בעצמם כ"מדינה כבושה" ובכך להסיר מעצמם אחריות לפעולות שונות העלולות להתבצע מצד ארגונים שאינם סרים למרות הממשל המרכזי. מנגד, השטחים כולם אינם יכולים להיחשב ככבושים מרגע ייסודה של המדינה שכן אז לא יתמלאו התנאים לקיומה של מדינה. הכרה פלסטינית ובינלאומית בחלק מהאזורים כשטחיה של המדינה שעליהם היא מפעילה ממשל אפקטיבי הינה הכרחית. **כפי שהוסבר כאן, הכרה כזו יכולה לשרת את הפלסטינים מבחינת המגבלות שיוטלו על ישראל ביחס לאפשרות לפעולה צבאית בשטחים אלה, אך מדינה פלסטינית תישא באחריות בינלאומית לפעולות אלימות היוצאות משטחה.**[102]

עם זאת, ניתן להניח שתהיה עמימות ביחס לתיחום המדויק של השטחים שייחשבו כשטחי המדינה הפלסטינית, מאחר שרמות השליטה של מנגנוני הממשל הפלסטיניים בשטחים אינן אחידות, ומאחר שהאינטרס הפלסטיני הוא להימנע מהגדרה חד-צדדית

---

[100] על פשע התוקפנות ראו: עמיחי כהן, "המשפט הפלילי הבינלאומי" אצל סיבל, *לעיל* הערה 34 בעמ' 394-396. בשנת 2010 קיבלה עצרת המדינות החברות בחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי החלטה המגדירה את פשע התוקפנות ומתקנת את חוקת בית-הדין (בכפוף לאשרור עתידי של התיקון על ידי מדינות חברות) על-מנת שבית-הדין יוכל בעתיד להעמיד לדין על פשע זה [ראו: Resolution RC/Res.6 *The Crime of Aggression* (11 June, 2010)].

[101] על סוגיית הייחוס של אחריות בינלאומית ראו: משה הירש, "אחריות בינלאומית" אצל סיבל, *לעיל* הערה 34, בעמ' 263-275, וראו במיוחד על סוגיית הייחוס של אחריות בינלאומית למדינה על פעולות של אנשים פרטיים (שאינם אורגנים של המדינה) *שם* בעמ' 269-271.

[102] אמנם, בהנחה שלא ניתן לייחס פעולות אלימות ישירות לאורגנים של המדינה הפלסטינית, הרי שעל פי המבחן המקובל במשפט הבינלאומי יש צורך לבסס "שליטה אפקטיבית" של המדינה הפלסטינית על פעולותיהם האלימות הספציפיות של הארגונים (על פי מבחן פחות מקובל די ב"שליטה כללית"). אולם, אפילו אם לא ניתן יהיה לייחס את הפעולות עצמן למדינה, ניתן יהיה, במקרים מתאימים, להטיל עליה אחריות לאי-מניעתן או להעדר מאבק אפקטיבי בטרור כנדרש על פי שורה של אמנות בינלאומיות והחלטות מועצת-הביטחון (לסוגיית מבחני הייחוס של אחריות בינלאומית בהקשר זה ראו הירש, *שם* בעמ' 269-270; לחובות המוטלות על מדינות לעניין המאבק בטרור, ראו: גיל לימון, "טרור במשפט הבינלאומי" אצל סיבל, *שם* בעמ' 597-626).

של גבולות מדינה בשטח מצומצם משמעותית מגבולות 1967. אי-בהירות זו יכולה ליצור עמימות משפטית לגבי מסגרת הדינים החלה על השימוש בכוח בחלק מהשטחים, והיא עלולה להביא לשימוש מניפולטיבי בדיני השימוש בכוח על ידי שני הצדדים.

היבט ביטחוני נוסף שיש לשים לב אליו בהקשר של הקמת מדינה פלסטינית הוא סוגיית חימושה של מדינה כזו. הסכם הביניים מטיל מגבלות על הכוח החמוש שיכולים הפלסטיניים להחזיק: על גודלו, על חימושו, על המקומות בהם הוא רשאי לפעול ועל התפקידים שהוא רשאי למלא (ביטחון פנים ופעולות שיטור כנגד פשיעה בלבד). יתכן שמדינה פלסטינית שהייתה קמה כתוצאה מהסכם עם ישראל הייתה אף היא מפורזת (כלומר, ללא צבא ועם הגבלות על סמכויותיה הביטחוניות).[103] אולם, הקמת מדינה פלסטינית כצעד חד-צדדי יוצרת אפשרות לשינוי המצב הקיים. לכאורה, כחלק מהפררוגטיבה הריבונית הקיימת המאפשרת למדינות להגן על שטחן, תוכל מדינה פלסטינית להקים כוח צבאי גדול (להבדיל מכוחות השיטור הקיימים) ובעל חימוש משמעותי יותר. עם זאת, הסבירות לכך בטווח הזמן הקרוב אינה גדולה הן בשל הקושי המעשי, והן בשל האינטרס הפלסטיני לשמר את הטענה בדבר נחיתות מול ישראל הכובשת וגם כדי לא להיתפס כאיום ביטחוני ולהימנע מנטילת אחריות ביטחונית רחבה מדי וכדי להתמקד בשלבים הראשונים של בניין המדינה בתחומים האזרחיים. מהצהרות של בכירים פלסטיניים, ניתן להניח שבטווח הזמן הקרוב התיאום הביטחוני בין הצדדים ישמר, ברוח הסכם הביניים.[104] בטווח הארוך אין לשלול תרחיש קיצוני שבו קיפאון מדיני מתמשך יביא את הצד הפלסטיני לבקש גיבוי בינלאומי באמצעות מועצת-הביטחון ו/או ארגון נאט"ו להכנסת כוחות רב-לאומיים לשטחים כדי להגביל את פעולותיה הצבאיות של ישראל

הצטרפות לאמנות בינלאומיות

ככלל, הרלוונטיות של ההצטרפות לאמנות בינלאומיות היא בעיקר במישור הבינלאומי. להצטרפות למרבית ההסכמים הבינלאומיים אין השפעה ישירה "בשטח" (אף שיכולה להיות לכך השפעה של ממש על ניהול מדיניות החוץ הפלסטינית). אולם, ישנן אמנות שלהצטרפות אליהן השפעה ישירה על הדין המתקיים בשטח ועל ההתנהלות הפנימית של מדינות. מדובר בעיקר באמנות בנושא זכויות-אדם, אמנות בנושא המשפט הבינלאומי ההומניטארי (המשפט החל בעת סכסוכים מזוינים), אמנות לשיתוף פעולה בנושאים

[103] ראו: מכון ראות, "מדינה פלסטינית מפורזת" (20.7.09) ב-http://reut-institute.org/Publication.aspx?PublicationId=3674

[104] ראו למשל: אבי יששכרוף, "אבו מאזן: 'כל עוד אני בלשכתי התיאום הביטחוני יישמר'" *הארץ* (6.9.11).

פליליים (כגון אמנות הסגרה), הסכמים בינלאומיים מסוימים בתחום ההגנה על הסביבה וההצטרפות לבית-הדין הפלילי הבינלאומי (ידון בנפרד).

שיקולי תדמית ויוקרה בינלאומיים ורצון להגברת הלגיטימציה הבינלאומית עשויים להביא את המדינה הפלסטינית לבקש להצטרף לאמנות זכויות האדם העיקריות, ויתכן שגם לאמנות ג'נבה, לפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה ולאמנות נוספות מתחום המשפט הבינלאומי ההומניטארי. ההצטרפות למרבית אמנות אלה אינה מותנית בחברות מלאה באו"ם.[105]

מדינות המצטרפות לאמנות זכויות-האדם (הנהנות מהצטרפות רחבה ביותר) מתחייבות לכבד, להגן ולהגשים את זכויות-האדם המנויות בהן כלפי כל המצויים בשטחן והכפופים לשיפוטן.[106] מכיוון שחלק ניכר מזכויות-האדם הבסיסיות הן חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, משמעות ההצטרפות לאמנות היא בעיקרה הצהרתית, אך גם בעלת משמעויותמוסדיות חשובות. המדינות המצטרפות מכפיפות עצמן לחובת דיווח שוטפת לוועדות המומחים המפקחות על האמנות, ולדיון בוועדות אלה באופן שבו הן מיישמות את האמנות. מדינות יכולות להכפיף עצמן למנגנונים המאפשרים הגשת תלונות בינלאומיות של אינדיבידואלים נגד המדינה בגין הפרת הוראות האמנה, באמצעות הצטרפות לפרוטוקולים לאמנות אלה.[107] מנקודת מבט ישראלית, להצטרפות פלסטינית לאמנות זכויות-אדם יש יתרונות (בניגוד לבעייתיות העולה מהצטרפות פלסטינית לחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי, שתידון בהמשך). אמנות זכויות-אדם חלות על אנשים פרטיים הנמצאים בשליטת המדינה המצטרפת (ב-jurisdiction שלה) או בשטחה.[108] ישראל מוחזקת אחראית למתרחש בשטחים בשל הממשל הצבאי על ידי

---

[105] *לעיל* הערה 77.

[106] ראו, למשל, סעיף 2(1) לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות: "Each State party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant…".

[107] לסקירת מנגנונים אלה ראו: רובי סיבל, "אזרחות וזכויות האדם" אצל *סיבל*, לעיל הערה 34 בעמ' 216-217.

[108] *לעיל* הערה 106. המילה "and" (בביטוי "within its territory and subject to its jurisdiction") לא התפרשה כיוצרת שנית תנאים מצטברים, אלא כמחייבת מדינות בשטחן, וגם בשטחים נוספים שאינם חלק מהטריטוריה המוכרת של מדינה (למשל, שטחים כבושים), אך שבהם המדינה מפעילה את סמכותה (jurisdiction) למעשה. אף שבעבר היו שחלקו על גישה זו, ובעיקר פקפקו בתחולה המקבילה של דיני זכויות-האדם ושל המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הרי שהגישה הדומיננטית כיום היא כי אמנות זכויות האדם חלות בכל מקום שבו מדינה מפעילה "jurisdiction", והשאלה הקריטית הינה אפוא איזו מידה של שליטה מספיקה על-מנת לבסס "jurisdiction" לעניין זה [ראו, למשל בבג"ץ 7957/04, *לעיל* הערה 98, בפסקה 27, שם נמנע בג"ץ מלהכריע הכרעה מחייבת האם אמנות זכויות-האדם חלות מבחינה משפטית מעבר לקו הירוק, אך מוכן להניח שכך הוא המצב; בפסקי-דין נוספים החיל למעשה בג"ץ את הוראות אמנות זכויות-האדם בבוחנו את פעולות צה"ל בשטחים [ראו למשל: בג"ץ 2150/07 *אבו צפייה נ' שר הביטחון* (29.12.09), פסקה 16, ופסקי-הדין הנזכרים שם].

הוועדות השונות המפקחות על אמנות זכויות-אדם, שישראל צד להן. קשה לראות כיצד נטילת אחריות על ידי המדינה הפלסטינית ולו למקצת השטחים יכולה להזיק לישראל. הצטרפות של פלסטין לפרוטוקולים (שישראל אינה צד להם) המאפשרים הגשת תלונות על ידי אינדיבידואלים כנגד המדינה, משמעותה שאינדיבידואלים יוכלו לתבוע את המדינה המצטרפת בלבד — כלומר, פלסטין.[109] השפעה עקיפה על ישראל יכולה להיות על ידי העלאת נושאים הקשורים לשליטה הישראלית בשטחים כדיון אגבי לאחריותה של המדינה הפלסטינית. ניתן להניח ששותפות פלסטינית פעילה בפורומים הבינלאומיים לזכויות-אדם אכן תשמש לניגוח ישראל, אך בכך אין שינוי של ממש מהמצב הקיים היום. צעד פלסטיני של נטילת אחריות בינלאומית לתחום השמירה על זכויות-אדם בשטחים שבשליטת המדינה הפלסטינית, אינו יכול להרע את מצבה של ישראל בתחום זה, אלא להפך.[110] לדוגמה, אם יתרחשו אירועים אלימים בשטחים שלרשויות המדינה הפלסטינית תהיה שליטה עליהם, הרי שאמנות זכויות-אדם יוכלו לספק מסגרת משפטית ומוסדית בינלאומית לדון בשאלת האחריות הפלסטינית להשלכות של אירועים כאלה (בניגוד לדיון הדומיננטי בשיח זכויות האדם הבינלאומי עד כה, המניח אחריות בלעדית של ישראל למתרחש בשטחים).

ההשלכות של הצטרפות פלסטין לאמנות ג'נבה מצריכות ניתוח מפורט החורג ממסגרת מסמך זה. האמנות נתפסות ממילא כמנהגיות ועל כן מחייבות את כלל המדינות (גם כאלה שלא הצטרפו אליהן). מכיוון שישראל רואה עצמה מחויבת לנהוג על פי הוראות אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים, הרי שבדומה לאמנות זכויות-אדם להצטרפות צד מדינתי שני לסכסוך הכפוף להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי באופן ברור וחד-משמעי, עשויות להיות השפעות חיוביות מבחינתה של ישראל. אם מדינה פלסטינית תקים כוח חמוש, תחולת אמנת ג'נבה השלישית בדבר שבויי מלחמה תחייב את ישראל להתייחס לחברי כוח חמוש כזה שייתפסו על ידה כאל שבויי מלחמה.[111]

---

[109] ראו, למשל, סעיף 1 לפרוטוקול האופציונאלי של האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות: "A State Party to the Covenant that becomes a Party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation **by that State Party** of any of the rights set forth in the Covenant. **No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party to the Covenant which is not a Party to the present Protocol**" (ההדגשות הוספו). (the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 1).

[110] ראו לעניין זה *לעיל* הערה 93, דו"ח האגודה לזכויות האזרח בעמ' 9.

[111] סעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית קובע כי אנשי הכוחות המזוינים של מדינה שהיא צד לסכסוך זכאים למעמד שבויי מלחמה. לפיכך, על אנשי הכוחות המזוינים של מדינה פלסטינית לא יחול חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, תשס"ב — 2002, שכן חוק זה חל רק בהעדר תחולה לאמנת ג'נבה השלישית [סעיף 1 לחוק זה קובע כי "חוק זה נועד להסדיר את כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, אשר אינם זכאים

למדינה פלסטינית תהיה כשירות להצטרף לאמנות הסגרה ולאמנות לסיוע ולשיתוף פעולה בעניינים פליליים. על פי הסכם הביניים, לרשות הפלסטינית אין סמכות פרסונאלית כלפי אזרחים ישראליים, גם אם אלה פועלים בשטחי A או B.[112] יתכן שבשלב הראשון לא תהיה המדינה הפלסטינית מעוניינת לשנות את המצב הקיים בנושא זה. אולם, בהתחשב בכך שפרוגטיבה בסיסית של כל מדינה היא להפעיל את שיפוטה הפלילי על הנמצאים בשטחה (בכפוף לחריגים מסוימים), ללא קשר למוצאם הלאומי, ספק אם מגבלה זו תעמוד על כנה לאורך זמן, במיוחד בתקופות של מתיחות מדינית וביטחונית בין הצדדים. עובדה זו, בצירוף הכשירות להצטרף לאמנות הסגרה, עלולה לחשוף ישראלים לסכנת הסגרה והעמדה לדין במדינות אויב או במדינות המפעילות סמכות שיפוט אוניברסאלית על פשעי מלחמה ופשעים בינלאומיים נוספים. כמובן שלסוגיה זו קשר הדוק לסוגיית בית-הדין הפלילי הבינלאומי.

הצטרפות לבית-הדין הפלילי הבינלאומי

נראה כי נושא זה עלול להיות מקור לדאגה לישראל משלוש סיבות עיקריות:

ראשית, בניגוד למשטרים בינלאומיים אחרים לבית-הדין הפלילי סמכות טריטוריאלית על שטחן של המדינות המסכימות לשיפוטו, מבלי שיש רלוונטיות לשאלה האם האחריות לפשעים הבינלאומיים רובצת על המדינה המסכימה או על מדינה אחרת שפעלה בשטחה או שכבשה אותה.[113] מכאן, שהכרה בינלאומית רחבה בפלסטין בגבולות

למעמד של שבויי מלחמה...", וסעיף 2 מגדיר "לוחם בלתי חוקי" — "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל... שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית...".

[112] הסכם הביניים, *לעיל* הערה 11, סעיף XVII(2)(c): "The territorial and functional jurisdiction of the Council will apply to all persons, except for Israelis, unless otherwise provided in this Agreement". החריג נוגע לישראלים המקיימים עסקים בתחום הרשות הפלסטינית, הכפופים לסמכותה האזרחית (אך לא הפלילית) [*שם*, נספח IV, סעיף III(2); וראו גם: זינגר, *לעיל* הערה 11 בעמ' 617-618].

[113] חוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי, *לעיל* הערה 77, סעיף 12(2)(a). על הפרשנות הרחבה של הסמכות הטריטוריאלית של בית-הדין, ראו למשל: William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010), 285. מסביר שם, בין היתר, כי Schabas "There is no requirement that the territorial jurisdiction conferred upon the Court by ratification or accession is limited to territory over which a State actually exercises effective control". בהמשך, Schabas מביא מספר דוגמאות, ובהן רמת הגולן, הנחשבת כשטח סורי, ועל כן מאפשרת לסוריה את האפשרות להקנות לבית-הדין סמכות שיפוט לגביה אם תבחר להצטרף לחוקת בית-הדין או להסכים לשיפוטו. לדעתי, המקרה הפלסטיני הינו בכל זאת ייחודי, מכיוון שחלקים ניכרים מהטריטוריה מעולם לא היו בפועל בשליטת המדינה הפלסטינית. לפיכך, ניתן לעורר את השאלה האם עצם ההכרה הבינלאומית הרחבה בגבולות 1967 כגבולות הלגיטימיים של מדינה פלסטינית תספיק

1967, כולל מזרח ירושלים, עלולה לחשוף את כלל פעולותיה של ישראל בטריטוריה זו לסמכותו של בית-הדין. המשמעות היא שבית-הדין הפלילי הבינלאומי יהיה מוסמך לבחון את אחריותם הפלילית האישית של ישראלים הפועלים בשטחים לפשעים בינלאומיים בסמכות בית-הדין.

שנית, מדינה פלסטינית תוכל להסכים לסמכותו של בית-הדין ללא תלות בחברותה באו״ם (חוקת בית-הדין אינה מתנה הצטרפות לחברות באו״ם).[114] יתרה מכך, פלסטין אף אינה חייבת להצטרף לחוקת בית-הדין (ובכך לחשוף גם את פעולותיה שלה לסמכות בית-הדין). בפני מדינות שאינן צד לחוקת בית-הדין פתוחה האפשרות להפנות פשע בסמכות בית-הדין שבוצע לכאורה בשטחן לסמכות בית-הדין.[115] אכן, הרשות הפלסטינית פנתה, בחודש ינואר 2009, לבית-הדין בבקשה כללית שיחקור פשעים שבוצעו על ידי ישראל בפלסטין החל משנת 2002 (אף שברור שהכוונה היתה לפשעים שבוצעו לכאורה במהלך מבצע עופרת יצוקה בעזה).[116] התובע הבינלאומי טרם הכריע בבקשה זו, בעיקר בשל הקושי להכריע האם יש לראות ברשות הפלסטינית מדינה לצרכי הענקת סמכות לבית-הדין.[117] הכרה רחבה באו״ם במדינה פלסטינית, וכמובן מתן מעמד מדינה משקיפה

לצורך ראיית השטחים כולם כנתונים לסמכות הטריטוריאלית של בית-הדין הפלילי מבלי ששטחים אלה היו אי פעם או הינם בשליטה פלסטינית.

[114] *לעיל* הערה 77.

[115] *שם*, סעיף 12(3): "...a State which is not a Party to this Statute... may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question...". על הבעייתיות שמעורר סעיף זה, בעיקר בשל החשש משימוש מניפולטיבי שיעשו בו מדינות שלא רואות עצמן מחויבות להצטרפות מלאה לחוקת בית-הדין, ראו Schabas, *לעיל* הערה 113 בעמ׳ 287-291.

[116] Palestinian National Authority, Ministry of Justice, Office of the Minister, "Declaration Recognising the Jurisdiction of the International Criminal Court", 21 January 2009.

[117] לעמדות השונות בעניין זה, ראו: International Criminal Court, Office of the Prosecutor, "Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements" (3.5.10) http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/palestine/summary%20of%20submissions%20on%20whether%20the%20declaration%20lodged%20by%20the%20palestinian%20national%20authority%20meets?lan=fr-Fr. ראו גם: Yael Ronen, "ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities" *J Int Criminal Justice (2010) 8(1)*, 3-27; Yuval Shany, "In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute: A Response to Yael Ronen" *J Int Criminal Justice (2010) 8(2)*, 329-343; Alain Pellet, "The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court" *J Int Criminal Justice (2010) 8(4), 981-999*; Malcolm N. Shaw, "The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law" *J Int Criminal Justice (2011) 9(2)*, *301-324*.

או חברה מלאה לפלסטין, עשויה להכריע את הכף ולגרום לתובע לקבל את הפנייה הפלסטינית או לאפשר לה להגיש פנייה מחודשת.[118]

שלישית, חוקת בית-הדין כוללת פשע מלחמה, שהוכנס לחוקת בית-הדין חרף התנגדות נחרצת של ישראל, ולפיו "העברה, באופן ישיר או עקיף, על ידי מדינה כובשת של אוכלוסייתה האזרחית לטריטוריה הכבושה", מהווה פשע מלחמה.[119] הכללתו של פשע מלחמה זה בחוקת בית-הדין היתה העילה העיקרית להימנעותה של ישראל מלהצטרף לחוקת בית-הדין הפלילי הבינלאומי עם ייסודו בשנת 1998.[120] הפלסטינים יוכלו להפנות לבית-הדין את "פשע ההתנחלויות". בכירים ישראליים או מעורבים נוספים בפרויקט ההתנחלויות לאורך השנים עלולים למצוא עצמם כנאשמים במשפט פלילי בינלאומי, וההכרעה בסוגיית ההתנחלויות שאמורה הייתה (על פי הסכמי אוסלו ומפת הדרכים) להיות מוכרעת במשא ומתן בין הצדדים, תועבר למעשה לפורום שיפוטי בינלאומי. יש לציין שבית-הדין הבינלאומי (הלא פלילי) כבר קבע בשנת 2004 שההתנחלויות אינן חוקיות. זאת, במסגרת הדיון בחוקיות מכשול ההפרדה שבנתה ישראל בשטחים. אולם, קביעה זו ניתנה במסגרת חוות-דעת מייעצת, ללא התייחסות לנושא האחריות הפלילית.[121]

חשוב לציין שפנייה פלסטינית לבית-הדין הפלילי הבינלאומי בהאג לא תוביל בהכרח לפתיחת הליכים בבית-הדין, שכן לתובע שיקול-דעת בעניין זה, בין היתר על סמך שיקולים של חומרה (גם בהשוואה לסיטואציות אחרות שבהן מטפל בית-הדין). יתכן שבאופן לא רשמי גם הרגישות הפוליטית של הסוגיה, כמו גם בעייתיות העבירה מבחינת המשפט הפלילי (שכן אין מדובר בעבירה רגילה, אלא בהפללה של פרקטיקה רחבה המתקיימת לאורך שנים כחלק ממדיניות מתמשכת) תביא את בית-הדין להימנע מלדון בה. אולם, עצם היכולת הפלסטינית לאיים בפנייה כזו והעובדה שההכרעה נתונה

---

[118] ניתן אולי לעורר ספק בסמכותו של בית-הדין לאפשר למדינה חדשה להעניק לו סמכות רטרואקטיבית ביחס לפשעים שבוצעו בשטחה של המדינה טרם הקמתה (ראו: Schabas, *לעיל* הערה 113 בעמ' 290). אולם, "פשע" ההתנחלויות שאליו אתייחס מיד, עשוי להיחשב כעבירה נמשכת.

[119] סעיף 8(2)(b)(8): The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies.

[120] Statement by Judge Eli Nathan, Head of the Delegation of Israel to the Rome Conference (http://www.un.org/icc/speeches/717isr.htm) — בהצהרה זו הצהיר נציג ישראל, השופט נתן, בין היתר כי: "Needless to say, Mr. President, had sub-para. viii not been included my Delegation would have been able proudly to vote in favour of adopting the Statute".

ראו גם: Ariel Zemach, "Fairness and Moral Judgments in International Criminal Law: The Settlement Provision in the Rome Statute" *41 Colum. J. Transnat'l L. 895* (2003).

[121] *לעיל* הערה 44.

בידי התובע הבינלאומי ובידי בית-הדין, שאינם כפופים להסכמה ישראלית, מהווים, ובצדק, מקור לדאגה עמוקה בישראל.

פניה לבתי-דין או לפורומים בינלאומיים אחרים

כמדינה (גם שאינה חברה באו״ם), פלסטין תוכל להתדיין בפני בית-הדין הבינלאומי הרגיל בהאג (המכריע בסכסוכים בין-מדינתיים).[122] הליך יריבי בפני בית-הדין הבינלאומי (בניגוד להליכי חוות-דעת מייעצת, כפי שהיה בעניין מכשול ההפרדה בשנת 2004), דורש את הסכמת שתי המדינות לסכסוך, ועל כן לא ניתן יהיה לגרור את ישראל להליך כזה ללא הסכמתה.[123]

אם פלסטין תזכה לחברות מלאה באו״ם או למעמד של מדינה משקיפה, יהיה לה קל יותר, מבחינה מעשית, ליזום פנייה של העצרת הכללית של האו״ם בבקשה לחוות-דעת מייעצת בנושאים שונים הקשורים בסכסוך, כגון סוגיית ההתנחלויות.[124] אולם, חשוב לציין שקבוצה גדולה יחסית של מדינות לא רואה בעין יפה את השימוש בהליך של בקשת חוות-דעת לצרכים כאלה, והדבר בא לידי ביטוי בהתנגדותן של מדינות חשובות להעברת הדיון בסוגיית חוקיות מכשול ההפרדה לבית-הדין בשנת 2004, על אף עמדתן ששללה את בניית המכשול.[125]

---

[122] *לעיל* הערה 76.

[123] חוקת בית-הדין הבינלאומי, *לעיל* הערה 76, סעיף 36. על דרישת ההסכמה להתדיינות בפני בית-הדין, ראו: יובל שני, ״יישוב סכסוכים בדרכי שלום״ ב-*סיבל*, *לעיל* הערה 34 בעמ׳ 862. בשנת 1985 ביטלה ישראל את ההסכמה הכללית (בכפוף להסתייגויות רבות) שנתנה להתדיינות בפני בית-הדין [התחייבות שניתנה לפי ״הסעיף האופציונאלי״ — סעיף 36(2) לחוקת בית-הדין]. ישראל מקפידה להסתייג מסעיפים באמנות רב-צדדיות שאליהן היא מצטרפת והמקנים לבית-הדין סמכות לדון בסכסוכים הקשורים באמנה.

[124] מגילת האו״ם, *לעיל* הערה 62, סעיף 96(a) מקנה סמכות לעצרת הכללית או למועצת-הביטחון להפנות שאלות לבית-הדין לצורך חוות-דעת מייעצת. בחוות-הדעת בעניין מכשול ההפרדה דחה בית-הדין את הטענה כי העצרת הכללית אינה מוסמכת להעביר לבית-הדין בקשה לחוות-דעת לאחר שמועצת-הביטחון דחתה בקשה כזו (חוות-הדעת, *לעיל* הערה 44, פסקאות 25-35), ובכך אישר למעשה שימוש של הצד הערבי ברוב הכמעט אוטומטי שממנו הוא נהנה בעצרת-הכללית כאמצעי להעברת הכרעות פוליטיות למישור המשפטי באמצעות הפנייתן לחוות-דעת מייעצת לבית-הדין. בית-הדין דחה גם טענה לפיה לא ראוי ליתן חוות-דעת בנושא הנתון לסכסוך בין שני צדדים היכולים להתדיין ביניהם ומחויבים לנהל משא ומתן (*שם*, פסקאות 46-50). יתכן שינוי בגישת בית-הדין בעניין זה לאחר הקמתה של מדינה פלסטינית מכיוון שהרשות הפלסטינית (בניגוד למדינה) לא יכולה היתה להיות צד להליכים יריבים ״רגילים״, ואף שהדבר לא שימש נימוק גלוי להחלטה לקבל את הבקשה לחוות-דעת יתכן שעובדה זו השפיעה על גישת בית-הדין שפתחה למעשה את שערי בית-הדין בפני הרשות הפלסטינית במסגרת הליכי חוות-דעת מייעצת.

[125] ההחלטה להפנות את חוות-הדעת לבית-הדין התקבלה ברוב של 90 מדינות, 8 מתנגדות ו- 74 מדינות נמנעות. לרקע על ההחלטה ופירוט ההצהרות של נציגי מדינות שונות טרם הצבעתן ראו: UN Doc. GA/10216, Press Release, "General Assembly Adopts Text Requesting International Court of Justice to Issue Advisory Opinion on West Bank Separation Wall" (8.12.03).

פלסטין תוכל לבקש להצטרף לארגונים בינלאומיים בעלי מנגנוני יישוב סכסוכים (במיוחד ראוי לציון ארגון הסחר העולמי — שם היא צפויה לתהליך קבלה ממושך שבמסגרתו תיבחן עמידתה בסטנדרטים של הארגון).[126]

ככלל, עצם יכולתה של פלסטין להתדיין בפורומים משפטיים בינלאומיים, אינה מהווה בהכרח חסרון מבחינת ישראל, לאור הכלל שלפיו בדרך כלל נדרשת הסכמת שתי המדינות להתדיינות משפטית בינלאומית (החריג לעניין זה הוא התחום הפלילי, שנדון לעיל, ובמידה מסוימת גם ההתדיינות בפני מנגנון יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר הבינלאומי). יתכן שבעתיד יתעוררו נושאים שונים ששני הצדדים — הישראלי והפלסטיני, יחשבו שראוי להכריע בהם על דרך של הכרעה שיפוטית, על אף שעמדתה הבסיסית של ישראל הינה להשתדל להימנע מהכרעות כאלה (מקרה נדיר שבו הסכימה ישראל למנגנון שיפוטי היה בבוררות על טאבה, שתוצאותיה ידועות).

פלסטין תוכל גם להצטרף לארגונים בינלאומיים וסוכנויות של האו״ם, גם ללא חברות מלאה באו״ם. פורומים בינלאומיים אלה (ארגון הבריאות העולמי, ארגון העבודה העולמי, הארגון הבינלאומי לקניין רוחני וכד׳) יכולים לשמש זירות גם לדיונים בעלי השלכות מדיניות, אף שהצמצום המקצועי של הנושאים מפחית מחשיבותם של פורומים אלה ככלי מדיני מרכזי שבו יכולים הפלסטיניים לעשות שימוש. נראה כי הצטרפות לארגונים כאלה תשמש בעיקר כדי לבסס את מעמדה של פלסטין כמדינה שווה במשפחת העמים. כצעד ראשון פנתה הרשות הפלסטינית בבקשת הצטרפות לארגון החינוך, המדע והתרבות של האו״ם (אונ״סקו), וב-31.10.11 אישרה ועידת אונ״סקו את קבלתה של פלסטין כחברה.[127] בתגובה הודיעה מחלקת המדינה של ארצות-הברית, האחראית לכ-22 אחוזים מתקציב הארגון (כ-80 מיליון דולר בשנה), שהיא תחדל להעביר לו כספים. הרשות הפלסטינית הצהירה על כוונתה לפנות בבקשות דומות להתקבל לסוכנויות או״ם נוספות.[128]

---

[126] וכן יידרש אישור של שני שלישים מהמדינות החברות לקבלתה. ראו: שביט מטיאס, ״הסכמי סחר בינלאומיים ומנגנוני יישוב סכסוכים״ *בסיבל, לעיל* הערה 34 בעמ׳ 731.

[127] קבלה לארגון אונס״קו של מדינה שאינה חברה באום טעונה אישור של שני שלישים מהמדינות המשתתפות בהצבעה (ללא ספירת המדינות הנמנעות). ההחלטה על קבלת פלסטין כחברה התקבלה ברוב של 107 מדינות שתמכו בהצטרפותה של פלסטין, לעומת 14 מתנגדות ו-52 נמנעות (ראו: http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/general_conference_admits_palestine_as_unesco_member_state/?cHash=2e78f9798af62b5766cb64a26ecabd84). ההרכב הכמעט זהה של ועידת אונס״קו (ושל סוכנויות או״ם אחרות) להרכב העצרת-הכללית של האו״ם משקף, למעשה, את התמיכה הרחבה שיש למהלך הפלסטיני בעצרת-הכללית.

[128] ראו: ברק רביד, ״אחרי אונס״קו — הפלסטינים יבקשו הכרה מ-16 סוכנויות או״ם״ *הארץ* (1.11.11).

היבטים מעשיים של ניהול יחסי חוץ וחסינויות דיפלומטיות

מדינה פלסטינית תוכל לקשור קשרים דיפלומטיים עם מדינות ברחבי העולם, וכך להעניק על פי שיקול-דעתה הבלעדי מעמד דיפלומטי לאנשים שונים המשמשים בשירות החוץ שלה, שייהנו, ככלל, מחסינות דיפלומטית.[129] חסינות דיפלומטית, המונעת, בין היתר, מעצר, מאסר או שיפוט פלילי, מוענקת גם לראש המדינה, ראש הממשלה ושר החוץ.[130] מעבר לחסינות לה יהיו זכאים דיפלומטים פלסטיניים במדינות השירות שלהם, מדינות שבהן עוברים דיפלומטים אלה מחויבות להעניק להם חסינות מפגיעה בדרך למדינות היעד ובחזרה מהן וחובה זו חלה גם ביחס לבני משפחתם, וכן ביחס לתכתובות דיפלומטיות ולמשלוחים דיפלומטיים הנהנים מחסינות במעברים.[131] אמנם, המדינה השלישית אינה חייבת לאפשר כניסתם של דיפלומטים או משלוחים דיפלומטיים לתחומה מלכתחילה. החובה להעניק חסינות לדיפלומטים ולמשלוחים במעבר חלה רק מרגע שהדיפלומט נכנס כדין לשטחה של מדינה שלישית. אולם, בהתחשב בכך שקשה לתאר מצב של יציאת פלסטינים מהשטחים לחו"ל ללא מעבר במחסומים ובנקודות גבול ישראליות (למעט מעבר רפיח), ישראל אינה "מדינה שלישית" רגילה, והיא עשויה לעמוד בפני אתגר לא פשוט. אמנם, גם היום מאפשרת ישראל, בהתאם להסכמים, תנועה חופשית יחסית, של אח"מים פלסטיניים, אולם קיומו של מיניסטריון חוץ פלסטיני בעל קשרים ענפים, בין היתר עם מדינות עוינות לישראל, עלול להציב בפני ישראל אתגרים מסובכים. למשל, כיצד יש לנהוג במשלוחים שייצאו מהשטחים הפלסטיניים ויסומנו כמשלוחים דיפלומטיים בדרך למדינות זרות/עוינות? כיצד יש לנהוג בדיפלומטים פלסטיניים במחסומים? כיצד יש לנהוג בדיפלומטים זרים שיבקשו להיכנס לשטחים

---

[129] כישות משפטית, מדינה פלסטינית תיהנה (בכפוף לחריגים) מחסינות מפני שיפוט בבתי-משפט של מדינות זרות. אולם, שאלת חסינותה של המדינה הפלסטינית מפני שיפוט בתי-המשפט בישראל תוכרע על פי "תעודת שר חוץ", כך שככל הנראה ללא הכרה של ישראל במדינה הפלסטינית לא יעניקו בתי-המשפט בישראל חסינות לרשות הפלסטינית, ועשרות תביעות נזיקיות ואחרות התלויות ועומדות כעת נגד הרשות הפלסטינית בבתי-משפט בישראל יוכלו להמשיך ולהתברר.יש לציין שלגבי מרבית התביעות הנזיקיות הנוגעות לאחריות הרשות הפלסטינית לפגיעה באזרחים ישראליים בשל מעשי טרור, ניתן לטעון לקיומו של חריג לחסינות הריבון (החריג הנזיקי), אך עד היום בתי-המשפט לא דנו בתחולתו של חריג זה מן הטעם שהחסינות לא חלה מלכתחילה בהעדר קיומה של מדינה (ראו פסקי-הדין המוזכרים *לעיל* בהערה 28).

[130] אמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961), סעיפים 29-31. האמנה משקפת משפט בינלאומי מנהגי. ראו: גיל-עד נועם, "הדין הדיפלומטי וחסינות אישית" *בסיבל*, *לעיל* הערה 34 בעמ' 406-410. על חסינות ראשי מדינה, ראשי ממשלה ושרי חוץ ראו *שם* בעמ' 418-421.

[131] אמנת וינה, *שם*, סעיף 40.

הפלסטיניים ממדינות עוינות לישראל? שאלות אלה רלוונטיות, בשינויים מסוימים, גם למשלחות קונסולריות ול"משלחות מיוחדות" של גורמים רשמיים ממדינות זרות שיבקשו להיכנס לשטחים הפלסטיניים לצרכי ניהול משא ומתן או קיום פגישות וועידות בנושאים שונים הקשורים ביחסים הבינלאומיים של המדינה הפלסטינית. נושאים אלה עלולים לשמש מקור למתיחות בינלאומית ולניגוחה של ישראל בפורומים בינלאומיים.

השלכות המהלך הפלסטיני על התנהלות התהליך המדיני בעתיד, ועל התייחסות הקהילה הבינלאומית לנוכחות הישראלית בשטחים

בתרחיש הסביר הצפוי בטווחי הזמן הקצר והבינוני שלפיו הצדדים לא יודיעו על ביטול ההסכמים הקודמים, ושלפחות ברמה ההצהרתית הם יישארו מחויבים להמשך קיומו של משא ומתן ביניהם, יש לשאול מה יהיו ההשלכות של המהלך הפלסטיני על התהליך המדיני. זאת, מעבר לכלים משפטיים בינלאומיים שבהם יוכלו הפלסטיניים לעשות שימוש ושנסקרו לעיל (שהמשמעותי ביותר שבהם הוא בית-הדין הפלילי הבינלאומי). לכאורה, התשובה פשוטה: לא צפוי שינוי — כפי שלפני המהלך הפלסטיני ראתה הקהילה הבינלאומית בישראל אחראית למתרחש בשטחים בהיותה כוח כובש, כך גם לאחר ההכרה במדינה פלסטינית תמשיך ישראל להיחשב ככובשת של שטחי יהודה, שומרון ומזרח ירושלים (ובעיני חלק מהקהילה הבינלאומית — גם של רצועת עזה).[132] מאז 1967 ראתה הקהילה הבינלאומית בפעילות ההתנחלות של ישראל, כולל השכונות במזרח ירושלים, מדיניות בלתי לגיטימית והפרה של הדין הבינלאומי, ולכאורה גם בעניין זה ההכרה במדינה פלסטינית בגבולות הקו הירוק אינה אמורה לחולל שינוי.

השינוי, שלכאורה נראה זניח, הוא שבעקבות המהלך הפלסטיני יהיה ברור מיהו הצד "הנכבש" — השטחים ייחשבו בעיני חלק ניכר מהקהילה הבינלאומית כשטחים שעתידם המדיני הוכרע, בהיותם שייכים למדינה פלסטינית וישראל תיחשב ככובשת טריטוריה של מדינה אחרת — מדינת פלסטין. כפי שאסביר להלן, תפיסה חדשה זו של מעמד השטחים אמנם לא תחולל בהכרח שינוי מורגש בשטח בטווח הזמן המיידי, אולם היא צפויה לצמצם את מרחב הלגיטימיות של פעולות של ישראל בשטחים, במיוחד בכל הקשור להתנחלויות ולהרחבת השכונות היהודיות במזרח ירושלים.

---

[132] על המחלוקת בעניין מעמדה המשפטי של רצועת עזה לאחר ההתנתקות ראו *לעיל* הערות 31-32.

להלן יובאו בקצרה העמדות העיקריות בשאלת לגיטימיות ההתנחלויות וסיפוח מזרח ירושלים (באופן כללי בלבד, שכן נושא מזרח ירושלים יידון בפרק החמישי ביתר הרחבה). לאחר מכן אבחן את ההשפעות האפשריות של הכרה בינלאומית רחבה במדינה פלסטינית על ההכרעה בסוגיות אלה. לצורך נוחות הדיון, ניתן לתאר שלוש עמדות עיקריות: העמדה הישראלית, העמדה הערבית, ועמדה שהיא למעשה אוסף של עמדות בעלות גוונים שונים, אך ניתן להכלילה בשם "העמדה הבינלאומית".

העמדה הרשמית של ישראל, היא כי זכותם של יהודים להתיישב בארץ ישראל המנדטורית כחלק מהקמת ה"בית הלאומי" הוכרה על ידי חבר הלאומים בכתב המנדט, וכי גבולותיה של המדינה היהודית לא הוכרעו לאחר מלחמת העצמאות ונקבעו קווי שביתת-נשק זמניים בלבד, ובהם "הקו הירוק". לטענת ישראל, שטחי הגדה ומזרח ירושלים לא היו שייכים לריבון חוקי כלשהו כאשר ישראל תפסה אותם במלחמת מגן חוקית (מאחר שהסיפוח הירדני של הגדה המערבית היה בניגוד למשפט הבינלאומי האוסר על סיפוח טריטוריה שנכבשה בכוח — במקרה זה, כתוצאה מתוקפנות ירדנית), ועל כן ישראל זכאית לתבוע ריבונות על שטחים אלה.[133] בפועל, ישראל סיפחה רק את מזרח ירושלים,[134] וביתר השטחים החילה ממשל צבאי, אולם עמדת ישראל היא שגם בשטחים אלה יש לאזרחיה זכות להתיישב מהטעמים שהובאו לעיל, וכי בכל משא ומתן עתידי תוכל ישראל לתבוע שחלק משטחי יהודה ושומרון ישארו בריבונותה. בעקבות תכנית ההתנתקות ויתרה ישראל על תביעה טריטוריאלית כלשהי בעזה.[135] ישראל קיבלה את העקרונות שנקבעו בהחלטת מועצת-הביטחון 242 משנת 1967 לשלום במזרח התיכון, שעיקרם נסיגה של ישראל משטחים שנכבשו "בסכסוך האחרון" (כלומר, במלחמת ששת הימים), והכרה בזכותן של כל המדינות באזור לקיום במסגרת גבולות "מוכרים ובטוחים", ללא איום או שימוש בכוח.[136] בהסכמי קמפ דייויד משנת

---

[133] ראו: רובי סיבל, "סוגיות משפטיות הכרוכות בגבולות מדינת ישראל" *בסיבל, לעיל* הערה 34 בעמ' 103-114.

[134] ישראל החילה את המשפט, השיפוט והמינהל שלה גם על רמת הגולן, אולם רמת הגולן אינה טריטוריה שלא היה בה ריבון חוקי קודם, שכן אין מחלוקת שסוריה החזיקה בריבונות חוקית ברמת הגולן (שמרבית שטחה אינו כלול בשטח ארץ ישראל המנדטורית). ראו סקירה כללית בנושא הגבול עם סוריה אצל סיבל, *שם* בעמ' 119-120.

[135] *לעיל* הערה 30.

[136] UN Security Council Resolution 242, November 22, 1967, para. 1. פסקה 2 להחלטה כוללת הכרה בצורך לאפשר חופש שיט במים בינלאומיים באזור, בצורך בפתרון צודק לבעיית הפליטים, והצורך להבטיח עצמאות מדינית של כל מדינה בטריטוריה שלה באמצעים שונים, הכוללים אזורים מפורזים. על החלטה 242 וחשיבותה כמסגרת לפתרון הסכסוך הישראלי-ערבי בכלל והסכסוך הישראלי-פלסטיני בפרט, ראו: סיבל, *לעיל* הערה 133 בעמ' 107-109; רות לפידות, "החלטת מועצת הביטחון מספר 242 משנת 1967" *משרד החוץ: 50 השנים הראשונות* (משה יגר, יוסף גוברין ואריה עודד עורכים, תשס"ב — 2002) 840; Ruth Lapidoth, "Security Council Resolution 242 at Twenty Five" 26 *Isr. L. Rev.* (1992) 295.

1978 הסכימה ישראל לנהל משא ומתן על אוטונומיה לפלסטינים בשטחים.[137] בהצהרת העקרונות בין ישראל לאש"פ משנת 1993 הכירה ישראל באש"פ כנציג הלגיטימי של הפלסטינים, ובכך שיישומה של החלטה 242 בשטחים תעשה מול הפלסטינים ואש"פ.[138] בהסכמים שנחתמו בין ישראל לפלסטינים בשנות ה-90 אין אזכור מפורש להקמתה של מדינה פלסטינית, אולם מאוחר יותר הביעו הצדדים את הסכמתם למפת הדרכים שהציגה הרביעייה הבינלאומית — הקוורטט (האו"ם, האיחוד האירופי, ארצות-הברית ורוסיה) ולפיה סיום הסכסוך יושג באמצעות הקמת מדינה פלסטינית שתוקם בתיאום עם ישראל.[139] ישראל העבירה "הערות" על כמה ממרכיבי מפת הדרכים, אך אלו לא נגעו להקמת המדינה, ובהמשך הצהירו ראשי ממשלות ישראל (כולל ראש הממשלה הנוכחי, בנימין נתניהו) על נכונותם להכיר במדינה פלסטינית בתנאים מסוימים, כחלק מיישוב הסכסוך.[140] בכל ההתפתחויות האלה אין כדי לשנות את עמדתה הבסיסית של ישראל לפיה הקו הירוק, כקו שביתת נשק זמני שנקבע ב- 1949, אינו מונע ממנה לתבוע ריבונות על שטחים שמעבר לקו הירוק ולהתיר לאזרחיה להתיישב בשטחים אלה. עמדה זו תקפה, אף ביתר שאת, ביחס למזרח ירושלים, שישראל רואה בה חלק אינטגראלי משטחה הריבוני.

העמדה הישראלית נדחתה באופן גורף על ידי הקהילה הבינלאומית, כולל מדינות ידידות ובראשן ארצות-הברית. אולם, דחייתה של העמדה הישראלית אין משמעותה שהקהילה הבינלאומית מאוחדת בתפיסתה באשר למעמד השטחים ולמעמדו של הקו

---

[137] Camp David Accords, September 17, 1978.

[138] מנסחי החלטה 242 ראו בירדן את המדינה שלטובתה יש לסגת משטחים של הגדה המערבית, ואין בהחלטה אזכור של הפלסטינים. ב- 1988 ויתרה ירדן על תביעתה לריבונות על הגדה המערבית (להשפעה האפשרית של עובדות אלה על הרלוונטיות של החלטה 242 ראו אצל סיבל, *לעיל* הערה 133 בעמ' 109). אולם, סעיף 1 להצהרת העקרונות בין ישראל לאש"פ משנת 1993 (Declaration of Principles on Interim Self Government Arrangements, September 13, 1993) מצהיר מפורשות כדלקמן:

"The aim of the Israeli-Palestinian negotiations within the current Middle East peace process is, among other things, to establish a Palestinian Interim Self-Government Authority, the elected Council (the "Council"), for the Palestinian people in the West Bank and the Gaza Strip, for a transitional period not exceeding five years, leading to a permanent settlement based on Security Council Resolutions 242 and 338. It is understood that the interim arrangements are an integral part of the whole peace process and that the negotiations on the permanent status will lead to the implementation of Security Council Resolutions 242 and 338".

[139] לעיל הערה 84. מפת הדרכים כוללת שלושה שלבים בדרך לפתרון הקבע. בשלב השני (phase II) — שלב המעבר, אמורים הצדדים, בין היתר, לנהל משא ומתן ולהביא להקמתה על הקמת מדינה פלסטינית בגבולות זמניים. בשלב השלישי (phase III) — ההגעה להסכם קבע וסיום הסכסוך, כולל, בין היתר, הגשמה של חזון שתי המדינות.

[140] ראו למשל: נאום ראש הממשלה במרכז בגין-סאדאת באוניברסיטת בר-אילן, 14.6.09 ב-http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Speeches/2009/06/speechbarilan140609.htm.

הירוק כבסיס להסדר עתידי וללגיטימיות של תביעות ישראליות לחלק מהשטחים במסגרת הסדר הקבע. כאמור, בהתייחסות הקהילה הבינלאומית לשאלות אלה ניתן להבחין בין העמדה הערבית, לבין עמדה שאותה נכנה "העמדה הבינלאומית".

העמדה הערבית, גרסה מאז ומתמיד שהכיבוש הישראלי אינו לגיטימי ושהשטחים כולם, כולל מזרח ירושלים, חייבים לעבור לריבונות ערבית-פלסטינית. עמדה זו מתבססת, בין היתר, על הנוסח הצרפתי של החלטה 242 שאותו ניתן, לכאורה, לתרגם כקורא ל"נסיגה של כוחות מזוינים ישראליים מ**ה**שטחים שנכבשו בסכסוך האחרון" (לעומת הנוסח האנגלי — "שטחים שנכבשו..."), ללא יידוע).[141] העמדה הערבית מוכנה לראות בקו הירוק קו של פשרה, הערבים מוותרים על תביעותיהם הטריטוריאליות בשטחים שבתוך הקו הירוק ומכירים בקיומה של ישראל, אך דוחה פשרה נוספת מעבר לקו הירוק (אף שתיתכן נכונות מוגבלת לחילופי שטחים). ביטוי לעמדה זו נמצא, למשל, ביוזמה הסעודית, שאומצה על ידי הליגה הערבית.[142]

העמדה "הבינלאומית", המיוצגת בשנים האחרונות בעיקר על ידי הרביעייה הבינלאומית — "הקוורטט", היא שנושא הגבולות וגורל ההתנחלויות צריך להיות מוכרע כחלק ממשא ומתן בין הצדדים. בניגוד לעמדה הערבית, נמנעה הקהילה הבינלאומית מלהגדיר את קווי 1967 כקו הגבול הלגיטימי היחיד. אמנם, מבחינה משפטית התפיסה השלטת בקהילה הבינלאומית היא שהקמת ההתנחלויות (לרבות השכונות היהודיות בירושלים) אינה חוקית, בהיותן בשטח כבוש ועל כן מהוות הפרה של אמנת ג'נבה הרביעית האוסרת על מדינה כובשת להעביר אוכלוסייה שלה לשטח הכבוש.[143] כמו כן נטען, שדינים אלה חלים על כל שטח שנתפס תוך שימוש בכוח (מבלי שיש רלוונטיות לשאלת לגיטימיות השימוש בכוח), ועל כן סיפוח מזרח ירושלים אינו חוקי ואינו מקנה לישראל זכות ליישב בה את אוכלוסייתה.[144] אולם, על אף עמדה משפטית זו, הקהילה

---

[141] לדיון בנוסחים השונים ובפרשנותם ראו *לעיל* הערה 136, וכן: רות לפידות, "עיוות משמעותה של החלטת מועצת הביטחון מס' 242 (1967)" *משפט וצבא* 16 (התשס"ג) 789, 804-800. נוסף על כך, הטיעון הערבי מבקש להתבסס גם על ההקדמה להחלטה 242 שבה המועצה מדגישה ש"אין לרכוש שטחים במלחמה" ("Emphasizing the inadmissibility of acquisition of territory by war"). על פי הפרשנות הישראלית, משמעות אמירה זו הינה ביטוי לעקרון של המשפט הבינלאומי לפיו כיבוש אינו מעניק ריבונות, אך אין מניעה לרכוש ריבונות בהסכם שלום (ראו: סיבל, *לעיל* הערה 136 בעמ' 108).

[142] Beirut Declaration on Saudi Peace Initiative — 28 March, 2002: "…calling for full Israeli withdrawal from all the Arab territories occupied since June 1967, in implementation of Security Council Resolutions 242 and 338… and the land for peace principle, and Israel's acceptance of an independent Palestinian state with East Jerusalem as its capital".

[143] סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית; UN Security Council Resolution 446 (22 March, 1979); חוות-הדעת של בית-הדין הבינלאומי בעניין מכשול ההפרדה, *לעיל* הערה 44, פיסקה 120.

[144] Security Council Resolution 478, 20 August 1980. ראו גם: לפידות, *לעיל* הערה 34 בעמ' 126-127.

הבינלאומית נמנעה עד כה מלקבוע כי סיום הסכסוך חייב להיות מושג על ידי פינוי מוחלט של ההתנחלויות.

עמדת הקהילה הבינלאומית, הנמנעת מקביעות מחייבות בסוגיית הגבולות ומעמדן העתידי של ההתנחלויות, נותרה על כנה גם בעשור האחרון, כפי שמשתקף מהחלטות מועצת-הביטחון, ממפת הדרכים ומהצהרות הקוורטט בשנים האחרונות.[145] המשקל הרב שיש להצהרות הרביעייה נובע מהרכבה, הכולל את האו״ם, שתי מעצמות (רוסיה וארצות-הברית) ואת הארגון העל-לאומי המשמעותי של האיחוד האירופי.

אולם, לא ניתן להתעלם מהעובדה שעל רקע כשלון הצדדים להגיע להסדר, חלה התקרבות בין העמדה הבינלאומית לעמדה הערבית. ההתקרבות בין העמדות נובעת גם משינוי בעמדות הצד הערבי ומהתקרבותו לדרישות הקהילה הבינלאומית. שינוי בולט בשטח הוא ההתנערות של חלקים רחבים בחברה הפלסטינית ובממשלה ממעשי אלימות. ביטוייה המשפטיים של התקרבות זו משתקפים בצמצום מרחב התמרון של הצדדים (בעיקר של ישראל) בעיצוב הסדר הקבע על ידי הקביעות הבאות של הרביעייה בשנים האחרונות: ראשית — תוקם מדינה פלסטינית (על פי מפת הדרכים — עוד בשלב המעבר לפני הסדר הקבע, בגבולות זמניים); שנית — על המדינה הפלסטינית להיות ״ברת קיימא״ (viable) וליהנות מרציפות טריטוריאלית (contiguity);[146] שלישית — דרישה חד-משמעית מישראל להקפיא את הבניה בהתנחלויות, כולל הרחבה כחלק מתגובה ל״גידול הטבעי״.[147]

---

[145] מפת הדרכים (*לעיל* הערה 139) המשקפת את עמדת הרביעייה הבינלאומית, משמרת למעשה את התפיסה של הסכמי אוסלו לפיהם ההתנחלויות הינן נושא שיוכרע במסגרת השיחות על הסדר הקבע (במפת הדרכים — בשלב השלישי). עם זאת, בשלב הראשון (phase I) מפת הדרכים תובעת מישראל פירוק של כל ההתנחלויות שהוקמו החל מחודש מרץ 2001, והקפאה של כל פעילות ההתנחלות (כולל בשל ״גידול טבעי״).בשלב השני (שלב ״המעבר״), כחלק מהקמת מדינה פלסטינית בגבולות זמניים, מפת הדרכים מציינת את הצורך ב״פעולה נוספת״ בעניין ההתנחלויות (״further action on settlements״) על-מנת לקדם את הרציפות הטריטוריאלית של המדינה הזמנית. מועצת-הביטחון אימצה את מפת הדרכים ואת צעדי הרביעייה הבינלאומית כמתווה ראוי ליישוב הסכסוך (ראו למשל: Security Council Resolution 1850, December 16, 2008).

[146] ראו, למשל: Joint Statement by the Middle-East Quartet, 24 September 2009: "The Quartet reiterates that the only viable solution to the Israeli-Palestinian conflict is an agreement that ends the occupation that began in 1967; resolves all permanent status issues as previously defined by the parties; and fulfils the aspirations of both parties for independent homelands through two states for two peoples, Israel and an independent, contiguous and viable state of Palestine, living side by side in peace and security".

[147] Joint Statement by the Middle-East Quartet, 24 September 2009: "The Quartet urges the government of Israel to freeze all settlement activity, including natural growth; and to refrain from provocative actions in East Jerusalem".

ישראל קיבלה על עצמה את שתי הקביעות הראשונות, אך למעט תקופת הקפאה מוגבלת של הבנייה בהתנחלויות שנמשכה עשרה חודשים, מסרבת לאמץ את הקביעה השלישית. הצד הפלסטיני נאלץ להכפיף את עצמו לעמדה הבינלאומית בכך שהסכים, בוועידת מדריד ובתהליך אוסלו, שנושאי הגבולות, ההתנחלויות, הפליטים וירושלים יוכרעו בהסדר הקבע. בעקבות ההבנה שהתהליך המדיני אינו מוביל לתוצאות המקוות מבחינתם, פנו הפלסטיניים למהלך הבינלאומי של בקשת הכרה מהאו״ם. לאור זאת מתעוררות השאלות האם וכיצד ישפיע מהלך זה על עתיד השטחים ומזרח ירושלים ועל יכולתה של ישראל לדבוק בעמדותיה המקוריות ולנהל משא ומתן מדיני על בסיסן?

בטווח הזמן הקצר, ההתמודדות של ישראל עם המהלך הפלסטיני יכולה להיעשות (כפי שאכן נעשה) באמצעות מאמץ דיפלומטי לשכנע מדינות רבות ככל שניתן באיחוד האירופי שלא לתמוך במהלך וללחוץ על הפלסטינים לשוב ולנהל משא ומתן עם ישראל. בהעדר רוב במועצת-הביטחון או בשל הווטו האמריקאי, ככל הנראה יסוכל המהלך הפלסטיני להצטרפות כחברה מלאה באו״ם. גם אם יהיה רוב מספיק בעצרת הכללית לשדרוג מעמדה של פלסטין ל״מדינה משקיפה״, התנגדותן או הימנעותן של קבוצת מדינות בעלות השפעה (בעיקר מדינות אירופאיות) תביא לערעור הלגיטימציה של המדינה, ולקשיים מעשיים בתפקודה במישור הבינלאומי והפנימי (אולי כתוצאה מקיצוץ בתרומות). כתוצאה מכך, ניתן יהיה אולי לערער על עצם קיומה של המדינה. ניתן להשוות זאת למקרה של קוסובו, שנותרה שנים לאחר הכרזת עצמאותה במצב שבו מעמדה המדיני לא ברור. חשוב מכך, בהינתן העמדות הברורות של שתיים מחברות הרביעייה — ארצות-הברית ורוסיה, המנטרלות זו את זו (רוסיה תומכת בהכרה במדינה הפלסטינית ואילו ארצות-הברית מתנגדת), יש חשיבות מכרעת לעמדת האיחוד האירופי, שנכון לרגע זה, בשל הפיצול בעמדת מדינות שונות בתוכו, לא גיבש עמדה. נראה שאם תכיר העצרת הכללית ברוב הדרוש במדינה פלסטינית ותעניק לה מעמד משקיפה, האו״ם, בתפקידו בקוורטט, יהיה מחויב לייצג עמדה זו. מכאן, שלעמדה האירופית חשיבות רבה, ומכאן החשיבות שבמיקוד מאמצים דיפלומטיים של ישראל לשכנוע מדינות אירופאיות שלא לתמוך במהלכים הפלסטיניים באו״ם. אולם, הצלחה של ישראל בסיכול מהלך כזה או אחר של הפלסטינים בטווח הזמן הקצר אינה תחליף לגיבוש מדיניות כללית, בהתחשב בכך שהמהלך הפלסטיני באו״ם הינו חלק מהמגמה הכללית (שתוארה לעיל) של התקרבות בין העמדה הערבית-פלסטינית לעמדה הבינלאומית, ושל ניסיון פלסטיני להביא להכרעות מדיניות במסגרות בינלאומיות במקום תהליך מדיני עם ישראל. ניתוח האפשרויות העומדות בפני ישראל על-מנת להתמודד עם מהלכי ה״בינאום״ הפלסטיניים ייעשה בהמשך, בפרק המסקנות.

חשוב לציין שמדינות שמתנגדות למהלך הפלסטיני מבססות את עמדתן בעיקר על חשש ליציבות האזור ולהעדר הלגיטימיות של מהלכים חד-צדדיים בהינתן סיכוי ליישוב הסכסוך במשא ומתן, ולא בגלל התנגדותן למדינה פלסטינית, ואף לא התנגדות עקרונית לגבולות הקו הירוק. ככל שיחלוף זמן ללא משא ומתן מדיני אפקטיבי, עמדת מדינות אלה עלולה להשתנות. הקוורטט שיבח, בהצהרותיו בשנים האחרונות, את צעדי הפלסטינים לבניית ממשל בר-קיימא וסייע לפלסטינים במאמצים אלה.[148] שינוי או קריאה מחדש של מפת הדרכים על ידי הקוורטט, כמאפשרת לפלסטינים לעבור לשלב השני ולבנות את מדינתם בגבולות זמניים, תוך הכרה בגבולות 1967 כגבולות סופיים אף בהעדר הסכמה של ישראל, הוא תרחיש אפשרי במהלך השנים הבאות, במיוחד אם לא תושג התקדמות של ממש במשא ומתן בין ישראל לפלסטינים.

כפי שהוסבר לעיל, תחום חשוב שבו ניכרת התקרבות של העמדה הבינלאומית לעמדה הערבית הוא התגובה לבנייה בהתנחלויות. הדבר משתקף בדרישה החד-משמעית של הרביעייה הבינלאומית מישראל לחדול מבנייה בהתנחלויות, גם מטעמים של "גידול טבעי".[149] בהקשר זה, יתכן שהמהלך הפלסטיני יניב לפלסטינים הישגים משמעותיים גם אם ייכשלו במאמציהם לקבל מעמד של חברה באו"ם. כאמור, הפלסטינים יוכלו לפנות לעצרת הכללית בבקשה לשדרוג מעמד המשקיף שלהם ל"מדינה משקיפה", ו/או בבקשה להצהרה כללית בדבר הכרה במדינה פלסטינית בגבולות הקו הירוק, וככל הנראה צפוי רוב גדול בעצרת הכללית למהלך כזה. על רקע זה, סיכויי הקבלה של פניה פלסטינית לבית-הדין הפלילי הבינלאומי בסוגיית ההתנחלויות גדלים מאוד. כאמור, הצבא, הממשל הצבאי הישראלי וההתנחלויות כולן, ויתכן שגם שכונות שבנתה ישראל במזרח ירושלים (ועל כך בפרק הבא) יפעלו בטריטוריה שלבית-הדין הפלילי הבינלאומי תהיה, כנראה, סמכות לגביה.[150] במקביל, יתכן שייעשה שימוש גובר בהליכים משפטיים המבוססים על סמכות שיפוט אוניברסאלית נגד בכירים ישראליים בגין פעולות ישראל במה שייחשב בעיני מדינות זרות כפעולות בשטחה הכבוש של מדינה זרה. עצם האיום

---

[148] *לעיל* הערה 18.

[149] *לעיל* הערה 147.

[150] ניתן לעורר ספק בדבר סמכותו של בית-הדין הפלילי הבינלאומי על טריטוריה שבה לא תהיה למדינה הפלסטינית שליטה בפועל. אמנם, ברור שמנסחי חוקת בית-הדין התכוונו שסמכותו תחול גם על טריטוריות הכבושות ממדינה שהסכימה לשיפוט בית-הדין, אולם המקרה הפלסטיני הינו ייחודי: אין מדובר במדינה שחלקים ממנה נכבשו, אלא במדינה שמרגע הקמתה מצהירה על עצמה כעל כבושה במרבית משטחה, ומדובר בשטח שבו לעולם לא שלטה מדינה זו בפועל. אל מול עובדה ייחודית זו תעמוד, כנראה, הכרה בינלאומית רחבה בכך שגבולותיה הלגיטימיים של המדינה הפלסטינית הם גבולות הקו הירוק. העובדה שישראל עצמה רואה עצמה מחויבת לאמנות ג'נבה ביחס למרבית השטח (פרט למזרח ירושלים) אף היא תומכת בהיות השטח כפוף לדיני הכיבוש, ולפיכך טענה פלסטינית לסמכות בית-הדין על "פשע ההתנחלויות" עשויה למצוא דלת פתוחה ואוזן קשבת אצל בית-הדין למרות ייחודיותן של הנסיבות.

בפנייה פלסטינית לבית-הדין הפלילי הבינלאומי יכולה לשמש קלף חזק בידיהם אם וכאשר ישובו הצדדים לנהל משא ומתן. בינאומה של סוגיית ההתנחלויות עשוי לאפשר לפלסטינים לכפות על ישראל הקפאה מוחלטת ואף פינוי של התנחלויות, ברוח האמור בשלב השני של מפת הדרכים, על-מנת לאפשר קיומו של רצף טריטוריאלי למדינה פלסטינית בגבולות זמניים.

לסיכום, המהלך הפלסטיני להכרה באו״ם הינו חלק ממגמה להגיע להישגים מדיניים באמצעות מהלכים בינלאומיים, מחוץ למסגרת של משא ומתן מדיני עם ישראל. גם אם בטווח הקצר יכולה ישראל לבלום מהלכים פלסטיניים מסוימים באו״ם באמצעות מהלכים דיפלומטיים ותמיכה אמריקנית, בטווח הארוך לא ניתן יהיה להתעלם מההתקרבות בין העמדה הבינלאומית לעמדה הערבית-פלסטינית. תמיכה בינלאומית רחבה, ואף קונצנזוס בינלאומי, המכיר במדינה פלסטינית בגבולות 1967, שמזרח ירושלים בירתה, אינו נראה כתרחיש דמיוני. התממשותו של תרחיש זה תעמיד את ישראל בפני מציאות מדינית שונה. יש הבדל בין ההסתכלות (הנוכחית) של הקהילה הבינלאומית על השטחים כטריטוריה שגבולותיה עתידים להיקבע במשא ומתן, תוך הכרה ריאלית בכך שגושי התנחלויות יהיו בריבונות ישראלית, לבין הכרה במדינה פלסטינית, שאמנם כבושה בחלקה הגדול, אך הקו הירוק הוא קו הגבול הלגיטימי שלה. במצב החדש, ישראל עלולה לעמוד בעמדת נחיתות במשא ומתן עתידי על שאלת הגבולות, כאשר הותרת גושי התנחלויות בשליטת ישראל תתבסס כנראה על עקרון של חילופי שטחים. כמו כן, לשינוי בתמונת המצב המדיני עשויות להיות השלכות מעשיות מיידיות על התנהלותה של ישראל בשטחים, בין היתר בשל האפשרות של מדינה פלסטינית לפנות לבית-הדין הפלילי הבינלאומי. הכרה בינלאומית רחבה (גם אם לא תתרחש בקרוב) במדינה פלסטינית בגבולות 1967 כחלק ממהלך פלסטיני חד-צדדי, צפויה להגביל למעשה את יכולתה של ישראל לבנות בהתנחלויות, ויתכן שגם בשכונות במזרח ירושלים (על כך ראו בפרק הבא), ולהצר את מרחב הפעולה של צה״ל בשטחים.

פרק רביעי
השפעת מהלך פלסטיני חד-צדדי על מעמד מזרח ירושלים

מבחינת העמדה הפלסטינית, דין מזרח ירושלים כדין יתר שטחי הגדה המערבית, והמדינות שעתידות לתמוך במהלך הפלסטיני להכרה במדינה יתמכו, ככל הנראה, בהצהרה על גבולות 1967 ובכך שמזרח ירושלים תהיה בירת המדינה הפלסטינית. אולם, ראוי לנתח את המקרה של ירושלים בנפרד מהניתוח של השטחים האחרים משלושה טעמים עיקריים. האחד, מזרח ירושלים הוא שטח שסופח למעשה למדינת-ישראל, שהכפיפה אותו לדיניה, לשיפוט ולמנהל שלה.[151] תושבי השטח הפלסטינים הם במעמד תושבי-קבע של ישראל (חלקם הקטן אף אזרחים) — מעמד המקנה להם שורה של זכויות אזרחיות, כלכליות וחברתיות בישראל. הטעם השני הוא שבסוגיית ירושלים מעורבים אינטרסים בינלאומיים רחבים, החורגים מהאינטרסים של הצדדים לסכסוך, כמו אינטרסים דתיים, ועל כן הקהילה הבינלאומית מתייחסת לירושלים כאל נושא נפרד על סדר היום של הסכסוך הישראלי-ערבי.[152] הטעם השלישי הוא שבניגוד לשטחים

---

[151] ב-27 ביוני 1967 קיבלה הכנסת את החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז — 1967, ס"ח תשכ"ז מס' 499, עמ' 74, המוסיף לפקודה את סעיף 11ב הקובע: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". מכוח הוראה זו הוציאה הממשלה את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז — 1967, ק"ת 2064, תשכ"ז, עמ' 2690 שמכוחו הוחל "השיפוט, המשפט והמינהל" של המדינה על העיר העתיקה, על השכונות המזרחיות והצפוניות של העיר, ועל שטח המשתרע מעטרות שבצפון העיר עד קרוב לקבר רחל בדרום, ובמזרח עד מורדותיו המזרחיים של הר הצופים (ראו: לפידות, *לעיל* הערה 33 בעמ' 52). אף שהתעוררה מחלוקת משפטית ביחס למשמעות הקביעה בדבר החלת "השיפוט, המשפט והמינהל", נראה כי למעשה מדובר בסיפוח השטח לשטחה הריבוני של ישראל (ראו: לפידות, *שם*, בעמ' 47-48). חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל משנת 1980 מחזק מסקנה זו.

[152] דוגמה לכך נמצאת בהוראה שנכללה בסעיף 9(2) להסכם השלום בין ישראל לירדן, לפיה: "Israel respects the present special role of the Hashemite Kingdom of Jordan in Muslim Holy shrines in Jerusalem. When negotiations on the permanent status will take place, Israel will give high priority to the Jordanian historic role in these shrines" [Israel-Jordan Peace Treaty (26 October, 1994), Article 9(2)]. פרופ' לפידות מציינת שבנובמבר 1996 הודיע המלך חוסיין שאצרו מוכנה לוותר על תפקידה במקומות הקדושים ולהעביר תפקיד זה למדינה פלסטינית שבירתה ירושלים, לכשתקום, ומעירה כי "אופייה ותוקפה המשפטי של הודעה זו מעוררים ספקות" (לפידות, *לעיל* הערה 33 בעמ' 37). ראו גם: ר' מרחב ור' גלעדי, "הממלכה ההאשמית הירדנית ותפקידה בהסדר קבע עתידי בירושלים — היבטים משפטיים, מדיניים ומעשיים", *מכון ירושלים לחקר ישראל — דפי רקע לקובעי מדיניות* (1999).

האחרים שמעבר לקו הירוק, אוכלוסיית מזרח ירושלים כוללת מספר גדול מאד של תושבים יהודים (כמאתיים אלף תושבים), שהם כארבעים אחוז מכלל האוכלוסייה בשטח זה (כארבע-מאות ושבעים אלף תושבים).[153]

מחד, ההבדלים בין מזרח ירושלים ליתר השטחים מעבר לקו הירוק מבססים את החשש להשלכות קשות במיוחד של המהלך הפלסטיני על יכולתה של ישראל ליישם את ריבונותה במזרח ירושלים. ישראל עלולה למצוא עצמה מתמודדת עם אתגרים מדיניים ומשפטיים מסובכים, שיתכן וילוו בצעדי מחאה אזרחית ואף באלימות קשה מצד הפלסטינים. אפשרות זאת רלוונטית כמובן גם לשטחים שמעבר לקו הירוק. אולם, מטעמים שיובהרו בהמשך, הפוטנציאל לעימותים קשים בירושלים גדול יותר. **מאידך**, דווקא מורכבותה של סוגיית ירושלים והאינטרסים הבינלאומיים המעורבים בסוגיה זו, יכולים למתן השלכות בעייתיות של המהלך הפלסטיני, ולשמש זרז להשבת הצדדים למסגרת של משא ומתן בחסות בינלאומית, על-מנת לגבש פתרון מוסכם למכלול הסוגיות המדיניות, הדתיות, האזרחיות והמוניציפאליות המתעוררות בהקשר זה.

הסכסוך הישראלי-פלסטיני בשאלת ירושלים: עמדת הקהילה הבינלאומית

כאמור, בית-הדין הבינלאומי כבר הצהיר בחוות-הדעת בעניין מכשול ההפרדה על אי-חוקיותן של כלל ה"התנחלויות", כולל שכונות שבנתה ישראל במזרח ירושלים.[154] הקהילה הבינלאומית מאוחדת בראייתה את הסיפוח של מזרח ירושלים כבלתי-חוקי, אף שנמנעה עד עתה מקביעה רשמית וחד-משמעית מהו הפתרון הראוי לסוגיית ירושלים.[155] הקהילה הבינלאומית, שכאמור יש גם לה אינטרסים בירושלים, מכירה במורכבותו של נושא זה. מפת הדרכים תיארה בקווים כלליים את המתווה להסדר הקבע בסוגיית ירושלים כך:

---

[153] הנתונים מתייחסים לשנת 2009. ראו: מכון ירושלים לחקר ישראל, שנתון סטטיסטי — 2011, לוח ג/10 — אוכלוסיית ירושלים לפי גיל, דת ופריסה גיאוגרפית, 2009 ב-http://jiis.org.il/.upload/yearbook/2010-2011/C/shnaton%20C1011.pdf. על פי הנתונים הנזכרים שם, ב-2009 התגוררו במזרח ירושלים 466,646 תושבים, מתוכם 186,929 יהודים.

[154] *לעיל* הערה 44. ראו גם: Moshe Hirsch, "The Legal Status of Jerusalem Following the ICJ Advisory Opinion on the Separation Barrier" 38 *Isr. L. Rev.* (2005) 298.

[155] *לעיל* הערה 146. לסקירת העמדה הישראלית והפלסטינית, כולל העמדות שהוצגו במשא ומתן בראשית שנות ה- 2000 ראו: Hirsch, *שם* בעמ' 299-302.

…a negotiated resolution on the status of Jerusalem that takes into account the political and religious concerns of both sides, and protects the religious interests of Jews, Christians, and Muslims worldwide, and fulfills the vision of two states, Israel and sovereign, independent, democratic and viable Palestine, living side-by-side in peace and security.[156]

גורל העיר נותר, אפוא, נושא למשא ומתן של הצדדים כאחד מן הנושאים על סדר היום במסגרת המשא ומתן על הסדר הקבע. ההפניה לחזון שתי המדינות במפת הדרכים בהקשר לירושלים רומזת, אף כי לא מצהירה במפורש, על הסדר של שתי בירות לשתי מדינות. יש לציין שהקהילה הבינלאומית לא הכירה להלכה, אף שהכירה למעשה, בריבונותה של ישראל במערב ירושלים.[157] התגובה הבינלאומית לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל מ-1980 התבטאה בהוצאת השגרירויות הזרות ממערב העיר.

סוגיית ירושלים נדונה על ידי הצדדים בכמה סבבי שיחות בשנים האחרונות מתוך כוונה להגיע לפתרון הוגן ומעשי. המורכבות של הנושא, על היבטיו הסמליים, הדתיים והמוניציפאליים מקשה על הגעה לפתרון.[158]

השלכות אפשריות של המהלך הפלסטיני להכרה במדינה שבירתה מזרח ירושלים

פנייה פלסטינית לבית-הדין הפלילי הבינלאומי בעניין ה"התנחלויות", לרבות שכונות במזרח ירושלים, עשויה להיות בעלת השלכות קשות על יכולתה של ישראל לממש מדיניות של בנייה ופיתוח בירושלים. ניתן להניח שישראל לא תבנה שכונות חדשות במזרח ירושלים, אולם הגינוי הבינלאומי המתלווה בדרך כלל להרחבה של שכונות קיימות עלול להיות מגובה בהליכים משפטיים בינלאומיים. בכירים בממשל המרכזי

---

[156] *לעיל* הערה 84, Phase III.

[157] לפידות, *לעיל* הערה 33, בעמ' 40-42.

[158] לדיון בכמה מהסוגיות הקשות הניצבות כמכשול להגעה להסדר מדיני בירושלים, ראו למשל את הפרסומים הבאים בהוצאת מכון ירושלים לחקר ישראל: האגן ההיסטורי של ירושלים — בעיות וחלופות לפתרונן, א' רמון (עורך), 2007; האגן ההיסטורי של ירושלים — תמונת מצב וחלופות להסדר, צוות חשיבה (עבור כנס הרצליה), 2006; מעורבות בין-לאומית בירושלים — רקע ומשמעויות, דפי רקע לקובעי מדיניות, קובי מיכאל, 2003; מעורבות בין-לאומית ב"אגן הקדוש" בירושלים: חלופות אפשריות, דפי רקע לקובעי מדיניות, משה הירש, קובי מיכאל, 2003; המקומות הקדושים בירושלים העתיקה: אופציות לניהולם במסגרת הסדר מדיני, י' רייטר, 2008.

ובמערכת העירונית עלולים להיות נושא לחקירה פלילית בינלאומית ולשיפוט פלילי בינלאומי. כאמור לעיל, עצם האיום בהליכים כאלה עלול להביא את ישראל לשנות את מדיניותה למעשה, גם אם לא תצהיר על כך במפורש, כמו הימנעות מהרחבת שכונות יהודיות במזרח ירושלים.

הענקת אזרחות פלסטינית לתושבי מזרח העיר באופן חד-צדדי על ידי "מדינה פלסטינית" ו/או ניסיון של מוסדות שלטוניים פלסטיניים לבסס את שליטתם במזרח העיר, ותגובות נגד של משטרת ישראל, עלולים ליצור תנאים להתלקחות אלימה, ומשבר בינלאומי — בעיקר אם מדובר יהיה במעורבות של מדינות זרות, כמו ניסיון פלסטיני להביא שגרירויות זרות למזרח העיר. למשל, אזרח זר שיגיע למזרח ירושלים כשגריר למדינה הפלסטינית יציב בפני הרשויות הישראליות אתגר בעל השלכות בינלאומיות רחבות (ראו הדיון בעניין החסינות הדיפלומטית).[159] יתכן שצעדים כאלה יגובו על ידי ארגונים בינלאומיים לא-ממשלתיים ואולי גם על ידי ממשלות זרות, במטרה לגרום לישראל מבוכה דיפלומטית. מעצר של גורמי ממשל פלסטיניים עלול אף הוא לגרור תגובה בינלאומית חריפה. בעוד שבשטחים שמעבר לקו הירוק יכולה ישראל לקבל הרחבה מסוימת של סמכויות הרשות הפלסטינית וצעדים סמליים שניתן לצפות שילוו את הקמת המדינה החדשה, יכולתה של ישראל לגלות סובלנות כלפי צעדים כאלה במזרח ירושלים אינה רבה לא רק בשל הרגישות הלאומית, הדתית והסמלית, אלא גם בשל מגבלות משפטיות. החוק הישראלי אוסר על העברת כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים.[160] יש לציין שגם הסכמי אוסלו הטילו מגבלות על פעילות הרשות הפלסטינית במזרח ירושלים, ואף לכך יש ביטוי בחוק הישראלי.[161] פעילות מדינית פלסטינית משמעותית במזרח ירושלים תגרור כנראה תגובה של רשויות האכיפה ושל מערכת המשפט בישראל. תגובה זו יכולה לכלול מעצרים, חקירות והליכים פליליים כנגד גורמים שיקיימו פעילות מדינית מטעם המדינה הפלסטינית, או צווי סגירה שיוצאו למוסדות שתנסה המדינה להפעיל במזרח ירושלים. תגובה פלסטינית עממית לצעדים אלה עלולה להביא להתדרדרות השטח לאלימות.

יתכן שמהלכים חד-צדדיים בוטים של הפלסטינים בירושלים יתקלו בהתנגדות מצד חלקים בקהילה הבינלאומית בשל רגישותה של סוגיית ירושלים, גם בעיני הקהילה הבינלאומית, כולל אינטרסים שיש למדינות בנכסים שונים ובמקומות קדושים,. חוסר

---

[159] *לעיל* פרק IV.ב.5.

[160] סעיף 6 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, המשוריין מפני שינוי על ידי סעיף 7 לחוק היסוד (הקובע שאין לשנות את סעיף 6 אלא בחוק יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת).

[161] חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), תשנ"ה — 1994, ס"ח תשנ"ח 1497, עמ' 85. ראו גם: לפידות, *לעיל* הערה 33 בעמ' 34-35, 37-38.

יציבות בירושלים, עד כדי סכנה לעימות מזוין, אינו משרת את האינטרס של גורמים רבים בקהילה הבינלאומית, לרבות מדינות מוסלמיות מתונות. מורכבות סוגיית ירושלים מקנה תמיכה רחבה להסדר מדיני מוסכם.[162] עם זאת, המשמעות של המגמות הבינלאומיות שתוארו לעיל יכולה לבוא לידי ביטוי בהקשר של ירושלים ביתר מעורבות בינלאומית במסגרת המשא ומתן המדיני, ובתרחישים קיצוניים כמו משלוח כוחות בינלאומיים לירושלים.

ספק אם צעדים חד-צדדיים הפגנתיים בירושלים ישרתו גם את האינטרס הפלסטיני. הצד הפלסטיני יכול לקצור רווח מדיני משמעותי מעצם פניה או איום בפניה לבית-הדין הפלילי הבינלאומי, ובכך לגרום להקפאה למעשה של בנייה בשכונות יהודיות במזרח ירושלים. צעדים חד-צדדיים נוספים "בשטח" יכולים להיות בעלי ערך תעמולתי והסברתי, אך ספק אם הם יובילו להישגים מדיניים כלשהם או ישפיעו על התנהלות התהליך המדיני בעתיד.

לסיכום, הזירה הירושלמית היא בעלת פוטנציאל גבוה במיוחד לעימות. בין ניסיונות פלסטיניים ליישם ריבונות פלסטינית בעיר הלכה למעשה, לבין ישראל הרואה בשטח ירושלים המזרחית והמערבית חלק אינטגראלי משטחה הריבוני טמונה הסכנה . מאידך, דווקא מורכבותה של סוגיית ירושלים והאינטרסים הבינלאומיים המעורבים בה עשויים לתמוך בהפעלת לחץ על הצדדים לסכסוך לפתור את המחלוקות ביניהם בדרך של משא ומתן. ההבנה כי בסוגיית ירושלים הפיכת הקו הירוק לקו גבול מדיני לא תביא, כשלעצמה, לפתרון מעשי של הסכסוך (תובנה שכנראה תקפה במידת מה גם ביחס לגושי ההתנחלויות הגדולים), עשויה לתרום לשיבה למסגרת הבילטראלית של יישוב הסכסוך.

[162] על ההקשר הבינלאומי הרחב שמעוררת סוגיית ירושלים ועל ההשפעות האפשריות של עירוב גורמים שלישיים בהסדר עתידי בירושלים, ראו: Hirsch, *לעיל* הערה 154 בעמ' 305-311.

פרק חמישי
סיכום ומסקנות

מסמך זה הצביע על ההשלכות של המהלך הפלסטיני לבקשת הכרה מהאו״ם כמדינה. נראה כי שילובם של שני תהליכים — פיתוח מנגנוני הממשל הפלסטיני והתשתית האזרחית ברשות, והתגברות התמיכה הבינלאומית בהקמת מדינה פלסטינית בגבולות הקו הירוק (במקביל לייאוש הגובר בקהילה הבינלאומית מהעדר תוצאות בתהליך המדיני בין ישראל לפלסטינים) — עשוי להוביל בסופו של דבר למסקנה שמדינה זו אכן תקום, אף שחלקים ניכרים משטחה יהיו במעמד של שטחים כבושים על ידי ישראל. מצב זה, בצירוף הכרה בינלאומית נרחבת במדינה כזו (גם ללא קבלה כחברה מלאה באו״ם), יאפשר למדינה הפלסטינית, בין היתר, להתקבל לשורה של פורומים בינלאומיים ולהצטרף לאמנות בינלאומיות.

המעבר מפעולה במסגרת ״ישות״ (הרשות הפלסטינית) שהולדתה בהסכמים בין ישראל לאש״פ, לפעולה במסגרת מדינה, יעמיד את ישראל בפני מציאות חדשה. מציאות זו טומנת בחובה אתגרים וקשיים, שהעיקרי שבהם הוא היכולת של הפלסטינים להעביר את הדיון בנושא ההתנחלויות למישור המשפטי הבינלאומי ולאיים בהליכים פליליים-בינלאומיים כנגד בכירים ישראליים. לצד אתגרים אלה, להתנהלות של ישראל מול מדינה פלסטינית שתתקיים, בפועל, בגבולות זמניים יכולות להיות השפעות חיוביות. מדינה פלסטינית תישא באחריות בינלאומית להפרות של המשפט הבינלאומי של האורגנים שלה, או לאי מניעה של פעילות הארגונים המזוינים משטחה. הצטרפות של מדינה פלסטינית לאמנות זכויות-אדם, לאמנות ג׳נבה ולאמנות נוספות המטילות על מדינות חובות ומגבלות שונות, יכולה לתרום לביסוס שלטון החוק וזכויות-האדם בשטחים, וליצירת מצב מאוזן יותר ביחס שבין ישראל לפלסטינים מבחינת החובות החלות עליהם בהתאם למשפט הבינלאומי.

בכל הקשור לתהליך המדיני, מסמך זה הצביע על ההתקרבות בין העמדה הערבית-הפלסטינית לעמדה ״הבינלאומית״, ועל הקשר בין תהליך התקרבות זה לבין המהלך הפלסטיני. התנגדותה של ישראל למהלך, החותר להישגים מדיניים מחוץ למסגרת המשא ומתן, מובנת, אולם בבחירה של דרכי פעולתה ותגובתה למהלך הפלסטיני על ישראל לשקול מגוון רחב של שיקולים. בפני ישראל עומדות מספר דרכים לפעולות אפשריות, ולהלן אבחן בקצרה את עיקריהן, על יתרונותיהן וחסרונותיהן:

דרך פעולה אחת, שאומצה בפועל על ידי ישראל, היא לפעול בדרכים דיפלומטיות על-מנת לסכל את המהלך הפלסטיני באו״ם. סיכויי ההצלחה של פעולה זאת הינם חלקיים — אכן, בטווח הזמן הקצר ניתן לסכל, בעיקר באמצעות הווטו האמריקאי, את קבלתה של פלסטין כחברה מלאה באו״ם. קשה יותר יהיה לסכל מהלך חלופי של קבלת מעמד של מדינה משקיפה, מכיוון שהפלסטינים נהנים מרוב גדול של מדינות התומך בהם בעצרת הכללית. כפי שהוסבר, תמיכה רחבה בעצרת הכללית של האו״ם תעניק, כנראה, לפלסטין מעמד של מדינה בשורה של פורומים בינלאומיים, ותעלה מאד את הסיכויים שפנייתה לבית-הדין הפלילי הבינלאומי תתקבל. גם בתרחיש הפחות סביר שלפיו ישראל תצליח באמצעי שכנוע דיפלומטיים למנוע מהפלסטינים את הרוב הנדרש לקבלת מעמד של מדינה משקיפה בעצרת הכללית, הרי שלאור ההתקרבות בין העמדה הבינלאומית לעמדה הפלסטינית, הצלחה כזו תהיה כנראה לא יותר מאשר דחייה זמנית של המהלך הרצוי על ידי הקהילה הבינלאומית. בהעדר התקדמות בתהליך המדיני והקמתה של מדינה פלסטינית בהסכם עם ישראל, ניתן לצפות שהנושא ישוב ויעלה על סדר היום הבינלאומי ועם חלוף הזמן לישראל יהיה קשה יותר לשכנע מדינות להתנגד להכרה במדינה פלסטינית.

דרך פעולה **שנייה** העומדת בפני ישראל היא לשכנע את ארצות-הברית (ואולי גם מדינות נוספות בעלות השפעה), להפעיל לחץ על הרשות הפלסטינית, בעיקר באמצעות איום בצמצום המענקים הכספיים המועברים אליה. זאת, על-מנת לאלץ את הרשות לסגת מיוזמתה החד-צדדית ולנהל משא ומתן עם ישראל על הסדר הקבע בהתאם להסכמים הקודמים ולמפת הדרכים. נראה שישראל נקטה גם בדרך זו. ידיעות שפורסמו לאחרונה מצביעות על כך שהקונגרס האמריקאי אכן שוקל לפגוע ברשות הפלסטינית באמצעות צמצום משמעותי ואף ביטול של התמיכה הכספית הגדולה שארצות-הברית מעבירה לרשות מדי שנה, כמו גם הסיוע האמריקאי לרשות בבניית מנגנוני הביטחון והממשל.[163] לא ניתן לשלול את האפשרות שצעדים כאלה, אם יינקטו, אכן יהוו תמריץ לרשות הפלסטינית לשוב לשולחן המשא ומתן ולזנוח או להקפיא את המהלך באו״ם. מנגד, צמצום התמיכה הכלכלית ברשות הפלסטינית עלול ליצור תסכול עמוק בקרב האוכלוסייה הפלסטינית בכלל, והנמנים על מנגנוני הרשות הפלסטינית בפרט (שמשכורותיהם משולמות ברובן מכספי המדינות התורמות). תסכול זה יגבר וילווה באכזבה קשה אם הלחץ הבינלאומי אכן יישא פרי והרשות תחזור בה ממהלכיה באו״ם. כתוצאה מכך, ניתן לצפות לעלייה בכוחן של התנועות הפלסטיניות המתנגדות לפשרה

[163] בעניין זה קיימת, כנראה, מחלוקת בין הממשל האמריקאי לקונגרס. ראו, למשל: ״מחלקת המדינה בארה״ב מנסה לחדש את הסיוע לפלסטינים״ *גלובס* (4.10.11) ב-http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000687715.

מדינית, ובראשן החמא״ס, ולהתגברות הסיכוי לעימות אלים.[164] מטבע הדברים, בנסיבות כאלה יהיה קשה לנהל משא ומתן מדיני, וגם אם יתנהל משא ומתן כזה יהיה קושי רב להגיע להסכמות במסגרתו.

דרך פעולה **שלישית** היא שישראל תנקוט בצעדים חד-צדדיים משלה בתגובה למהלך החד-צדדי הפלסטיני. במסמך זה נדונה האפשרות של ביטול ההסכמים הקיימים בין ישראל לפלסטינים, או של סיפוח חד-צדדי של גושי התנחלויות לישראל.[165] כפי שהסברתי, קשה למצוא יתרונות של ממש במהלכים כאלה. ביטול ההסכמים הוא כנראה צעד אפשרי מבחינה משפטית, אולם ללא ביטול ההסכמים על ידי הצד הפלסטיני קשה לראות יתרונות בצעד כזה. כפי שהוסבר, האינטרס המשותף של הצדדים הוא להימנע ממצב של כאוס משפטי בשטחים, ולשמר ככל שניתן את שיתוף הפעולה הביטחוני המתקיים כיום.[166] לישראל יש עניין ביציבות מרבית וברגיעה ביטחונית, וכן לא להיות אחראית לחיי היומיום של אוכלוסייה פלסטינית גדולה. לפלסטינים יש עניין ביציבות זו לפחות בטווח הזמן הקצר, על-מנת לאפשר להם לבסס את כלכלתם, את מוסדות הממשל ואת התשתית האזרחית למדינה ברת-קיימא. אמנם, פעולה של הפלסטינים במסגרת של מדינה תצריך אולי בחינה מחדש של חלק מההסדרים הקיימים, אולם ביטול גורף של ההסכמים לא ישרת כנראה את שני הצדדים. צעדים חד-צדדיים של ישראל בדמות סיפוח גושי התנחלויות (שלגביהם התבטאו לאחרונה בכירים ישראליים) לא ישנו כמעט דבר מבחינת המצב בשטח (שהרי ממילא המתנחלים כפופים במידה רבה מאוד לדין הישראלי שהוחל על ההתנחלויות בצווים של המפקד הצבאי), אינם צפויים לזכות ללגיטימציה בינלאומית להפך — מבחינה משפטית בינלאומית הם ייתפסו כבלתי-חוקיים בדיוק כמו סיפוח מזרח ירושלים, והשפעתם של צעדים אלה תהיה ביום שבו תידרש ישראל לפשרות טריטוריאליות, שכן לאור המצב החוקתי בישראל יידרש רוב של חברי-הכנסת ואישור במשאל-עם לאישור נסיגה משטחים אלה.[167] קשה גם לראות כיצד סיפוח חד-צדדי של התנחלויות ישמש להפעלת לחץ על הצד הפלסטיני, להפך — הדבר יכול לסייע לפלסטינים לגיוס תמיכה בינלאומית נגד ישראל. כמובן שצעדים חד-צדדיים שייעשו כתגובה למהלך פלסטיני, בהנחה שהמהלך הפלסטיני יצלח ומדינה פלסטינית תזכה להכרה בינלאומית רחבה, לא ימנעו (ויתכן שאף יעודדו) שימוש

---

[164] לביקורת על כוונת הקונגרס האמריקני לקצץ בתשלומים המועברים מארצות-הברית לרשות הפלסטינית, בשל החשש מההשפעה שתהיה לכך על החברה הפלסטינית, ראו למשל במאמר המערכת של *הניו-יורק טיימס*: Palestinian Statehood (11.9.11).

[165] *לעיל* פרק IV.ב.1; וכן ראו *לעיל* הערות 24, 26 ו-85.

[166] *שם*.

[167] ראו, החוק שהתקבל בשנת 2010: חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע״א — 2010, ס״ח 2263 תשע״א, עמ׳ 58.

אפשרי של הפלסטינים בבית הדין הפלילי הבינלאומי ובפורומים בינלאומיים אחרים נגד ישראל.

דרך הפעולה ה**רביעית** היא שישראל תאמץ את הבקשה הפלסטינית להכרה כמדינה מהאו״ם, אך זאת בכפוף לעקרונות שנקבעו במפת הדרכים של הסדר מוסכם ושל ניהול משא ומתן בהסדר הקבע על נושא הגבולות, ירושלים, הפליטים ועתיד ההתנחלויות. אימוץ עקרוני של הבקשה הפלסטינית יכול לכלול נכונות להכיר בטווח הזמן הקצר במדינה פלסטינית בפועל בגבולות זמניים ברוח השלב השני במפת הדרכים, תוך ניהול משא ומתן מהיר לגיבוש ההסדרים המתאימים בשטח לצורך כך (אולי תוך נסיגה ישראלית משטחים מסוימים על-מנת להבטיח רציפות טריטוריאלית).[168] ישראל יכולה להצהיר כי לאחר גיבוש ההסדרים המוסכמים בין הצדדים היא תתמוך בפנייה פלסטינית לאו״ם לקבל הכרה כמדינה בגבולות זמניים, ולאחר מכן יתנהל משא ומתן על הסדר הקבע בהתאם למפת הדרכים. תחימת המשא ומתן בזמן, וניהולו בחסות הרביעייה הבינלאומית, עשויים להגביר את האמון בהצעה הישראלית (הגברת האמון נחוצה ביותר נוכח הקיפאון המתמשך בתהליך המדיני, שהאחריות לו מיוחסת על ידי מדינות רבות לישראל). אימוץ ישראלי עקרוני של הכרה במדינה פלסטינית, בכפוף לכך שההכרה תתקבל כתוצאה מהסכם ישראלי-פלסטיני, תקהה חלק ניכר מהעוקץ שנושא עמו המהלך הפלסטיני.[169] מדינות רבות (רובן חברות האיחוד האירופי), התומכות בזכות הקיום של ישראל בגבולות מוכרים ובטוחים לצד תמיכה בזכות הפלסטינים למדינה ברת-קיימא, צפויות לתמוך במהלך זה. מהלך כזה אינו תובע מישראל ״מחיר״ מופרז, מכיוון שמתווה מפת הדרכים כולל ממילא את הקמתה של מדינה פלסטינית בגבולות זמניים, בתיאום עם ישראל. המחיר שישראל תידרש לשלם יהיה, כנראה, התחייבות לתקופת הקפאה נוספת של ההתנחלויות, ככל הנראה גם הקפאה לא רשמית ובלתי מוצהרת של תכניות בנייה במזרח ירושלים, ואולי גם פינוי של כמה התנחלויות הנמצאות מחוץ לגושי ההתנחלויות הגדולים. ישראל מצדה תוכל לתבוע החלת שלטון פלסטיני אפקטיבי המחויב להסכמים עם ישראל על רצועת עזה. המשך שלטון החמאס ברצועת עזה יכול לשמש מכשול להגעה להסדר ועילה להכריז על כשלון המשא ומתן. מנגד, להסדר שיבסס מחדש שליטה של הרשות הפלסטינית ברצועת עזה ושיבטיח שקט ביטחוני לישראל בגזרה זו (כנראה בהסתמך על הסכמה פנים-פלסטינית כלשהי, וגיבוי בינלאומי), יכול להיחשב הישג ישראלי שיגביר את התמיכה בתהליך כולו בקרב הציבור בישראל.

---

[168] לעיקרי השלב השני במפת הדרכים בהקשר זה ראו *לעיל* הערות 84 ו-145.

[169] ראו, ברוח זו: מאיר קראוס, ״אסטרטגיה ישראלית לקראת ספטמבר״, באתר מכון ירושלים לחקר ישראל: http://www.jiis.org.il/?cmd=media.377&act=read&id=710.

דרך הפעולה הרביעית שתוארה לא התממשה עד עתה. אולם, לאחר הפנייה הפלסטינית לאו״ם פרסם הקוורטט הצהרה שעיקריה קריאה לצדדים לחזור למשא ומתן מוגבל בזמן בחסותו (הגעה להסכם קבע עד סוף שנת 2012), וזו פותחת פתח ליישום דרך הפעולה המוצעת כאן.[170] הצהרת הקוורטט מיום 23.9.11, הנחשבת נוחה לישראל מבחינת נוסחה (למשל — היא אינה קוראת במישרין להקפאה של הבנייה בהתנחלויות, אף שהדבר נזכר במסמכים קודמים), התקבלה עקרונית על ידי ממשלת ישראל.[171] הצד הפלסטיני נמנע כנראה מקבלה רשמית של הצעה זו אך למעשה חודשו המגעים בין ישראל לפלסטינים בחסות הקוורטט על בסיס ההצהרה הנ״ל, כשלב בדרך למשא ומתן ישיר.[172] הצהרת הקוורטט אינה קוראת לפלסטינים לחדול מקידום המהלך באו״ם. אם אכן ישובו הצדדים למשא ומתן על בסיס הצהרה זו.

הצהרה ישראלית עקרונית על נכונות לתמוך בהכרה במדינה פלסטינית באו״ם בהתאם להסכם שיושג, יכולה להסיט את מוקד תשומת הלב העולמית מהמהלך החד-צדדי הפלסטיני ולהחזיר את מרכז הכובד למסגרת המשא ומתן בין הצדדים. היתכנותו של מהלך ישראלי כזה בטווח הזמן הקרוב תלויה, כמובן, בשאלה אם ממשלת ישראל הנוכחית יכולה ורוצה להגיע להסדר מוסכם עם הפלסטינים בהתאם למפת הדרכים ולהצהרות הקוורטט. הצהרתה העקרונית של ממשלת ישראל ״המקדמת בברכה״ את הצהרת הקוורטט היא איתות בכיוון זה, אך המבחן האמיתי לכוונותיהם של שני הצדדים יהיה אם וכאשר הם ישובו לשולחן המשא ומתן הישיר.

ראוי לציין תרחיש סביר (בהתבסס על ניסיון העבר) שבו הצדדים אינם יכולים להגיע להסכם קבע שישים קץ לסכסוך, בעיקר בשל הקושי לגבש הסכמות בנושאי ירושלים והפליטים. במצב כזה,יש לבחון את חסרונותיו ויתרונותיו של מהלך מוסכם להסדר ביניים שלפיו תוקם מדינה פלסטינית מפורזת בגבולות זמניים. ניתן להניח

---

[170] Statement by the Middle-East Quartet, 23 September 2011. על האפשרות לשימוש של ארצות-הברית בקוורטט כאמצעי לסיכול מהלך פלסטיני חד-צדדי באו״ם, ראו: David Makovsky, "The Palestinian Bid for UN Membership: Rationale, Response, Repercussions", The Washington Institute for Near East Policy, Policy Note number 7 (September 2011), 5-7.

[171] ראו: ״ישראל מברכת על קריאת הרביעיה הבינלאומית לקיום משא ומתן ישיר בינה לבין הרשות הפלסטינית״, משרד ראש הממשלה (2.10.11) ב-http://www.pmo.gov.il/PMO/Communication/Spokesman/2011/10/spokequart021011.htm. נאמר שם, בין היתר, כי ״אף שלישראל ישנן מספר השגות, אותן היא תעלה במשא ומתן, היא קוראת לרשות הפלסטינית לנהוג כמוה ולהצטרף למשא ומתן ישיר ללא דיחוי״.

[172] ראו: Office of the Quartet Representative, "Tony Blair and Quarter Envoys Meet with Israeli and Palestinian Negotiators" (26.10.11) ב-http://www.quartetrep.org/quartet/news-entry/tony-blair--and-quartet-envoys-meet-with-israeli-and-palestinian-negotiators/.

שבמסגרת הסכם על הקמת מדינה פלסטינית בגבולות זמניים תידרש ישראל לפינוי התנחלויות הנמצאות מחוץ לגושי ההתנחלויות הגדולים, וזאת מבלי לקבל תמורה בדמות הסכם ליישוב סופי של הסכסוך. ישראל תעמוד מול מדינה פלסטינית שיהיו לה תביעות טריטוריאליות ותביעות נוספות (בעיקר — שיבת הפליטים), ותהיה לה יכולת להפעיל מנופי לחץ בינלאומיים להשגת מטרותיה.

לקיומה של מדינה פלסטינית בגבולות זמניים (שיהיו כנראה רחבים אך במעט מאזורי A ו-B שבשליטת הרשות הפלסטינית כיום) ישנו יתרון מבחינת ישראל, במובן זה שלפחות ביחס לחלק מהשטחים ישראל לא תיחשב עוד ככוח כובש, והאחריות הבינלאומית למתרחש בהם תהיה על מדינה פלסטינית, על כל המשתמע מכך.[173] ככל שיימשך תהליך בנייתם וייצובם של מוסדות הממשל הפלסטיני והשיפור הכלכלי ההדרגתי, ניתן להניח שהאינטרס המשותף הפלסטיני והישראלי יהיה לשמר רמת תיאום ושיתוף פעולה גבוהים גם ללא הסדר קבע, כפי שמוכיח ניסיון השנים האחרונות.[174]

נוכח ההתקרבות בין העמדה הבינלאומית לעמדה הפלסטינית שתוארה במסמך זה, מרחב התמרון ומגוון הפתרונות הריאליים להסדר קבע בסוגיית הגבולות וההתנחלויות מצומצם, וממילא גם במשאים ומתנים קודמים שהתקיימו בין הצדדים חלה התקרבות משמעותית בנושאים אלה. מהלך פלסטיני חד-צדדי מוצלח (מבחינת הפלסטינים) עלול להציב את ישראל בפני קווי *1967* כנקודת מוצא למשא ומתן עתידי עם מדינה פלסטינית קיימת שישראל התנגדה לה, מבלי שסוכמו הנושאים הסבוכים ובעלי הפוטנציאל הנפיץ של ירושלים והפליטים. בבחירת דרך הפעולה הישראלית ראוי שיינתן משקל לשיקולים אלה, וכן לסכנות הטמונות בהכרה חד-צדדית במדינה פלסטינית מבחינת יכולתה של מדינה כזו לפעול נגד ישראל בפורומים בינלאומיים שונים ובמיוחד במישור הפלילי הבינלאומי.

---

[173] *לעיל* הערות 101-111 והטקסט המפנה אליהן.

[174] על הקושי להגיע להסדר הקבע, וקריאה ליוזמה מדינית המבוססת, בשלב ראשון, על הסדרים זמניים, ראו למשל: יעקב בר סימן טוב, "כיצד ניתן להיחלץ ממצב הקיפאון המדיני בהסדר מוסכם?" באתר מכון ירושלים לחקר ישראל http://www.jiis.org.il/?cmd=media.377&act=read&id=708 וב-*NRG מעריב* (13.4.11): http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/231/903.html?hp=1&cat=479.