

י"ז אדר א' תשע"ד
17 פברואר 2014

אל: שר החוץ
מאת: היועץ המשפטי

וינדון: ויילומי שטחים - העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים במסגרת הסדר הקבע עם הפלסטינים -
היבטים משפטיים

תקציר

- העברת טריטוריה מאוכלסת מריבונותה של מדינה אחת לריבונותה של מדינה שניה במסגרת הסדר קבע - גם ללא הסכמתה המפורשת של האוכלוסייה הרלוונטית ומבלי קיום משאל עם - אינה לכשעצמה פסולה על-פי המשפט הבינ"ל, וזאת כל עוד עומדת לאוכלוסייה המועברת אחרות ברורה כלשהי לאחר המעבר. 'כרירת המחדל' היא קבלת אחרות המדינה שאליה הועבר השטח. יודגש כי כל תכנית אשר משאירה את האוכלוסייה המועברת מחוסרת אחרות פסולה על הסף ואסורה מבחינת המשפט הבינלאומי. הסדר כזה יחייב אם כן הסכמת חצד הפלסטיני.
- על אף האמור לעיל, קיימת פרקטיקה מתגבשת בשלם, לתת לאוכלוסייה המועברת זכות בחירה כלשהי, ולאפשר לאוכלוסייה הרלוונטית להישאר במדינה הראשונה (זכות הבחירה הבסיסית) או, לחילופין, לעבור למדינה השנייה אך לשמר את אחרותה במדינה המקורית (זכות הבחירה המורחבת). זכות הבחירה, ככל שהיא קיימת, ניתנת להגבלה, טכנית ומחוקתית, בהסכמת הצדדים.
- אף שהעברת ריבונות על שטח מאוכלס בין מדינות מקובלת כלגיטימית במשפט הבינ"ל (כאמור, בכפוף לסייגט שונים), העברה כפויה של אוכלוסייה נתפסת כיום כבלתי לגיטימית ובלתי חוקית עפ"י המשפט הבינ"ל.
- במסגרת הסכם על העברת שטח מאוכלס, יש לקחת בחשבון חובות כלפי האוכלוסייה המועברת, הן מכוח דיני זכויות האדם הבינלאומיים, והן במישור הדין החוקתי במדינת ישראל. בין היתר, עלולות לעלות סוגיות הנובעות מהפגיעה בימורקם החיים של האוכלוסייה המועברת. קשה בשלב זה לאמוד את מידת והיקף הפגיעה הצפויה בזכויות ובאינטרסים של תושבי השטח המועבר. עם זאת ברור כי במידה ויגובש הסדר כזה, יש

לעת את הדעת לפינוי חולס לאוכלוסייה המועברת וזאת בהתבסס, כן היתר, על תקדימים מהניסיון הישראלי הפנימי.

- מסמך זה בוחן את הסוגיה מהזווית המשפטית הצרה בלבד, בדגש על הדין הבינלאומי. אין התייחסות בנייר זה לשיקולים אחרים כבדי-משקל אשר סוגיה זו צפויה לעורר בחקשר המדיני, כלכלי, חברתי וסכרתי וכו'.

תקדמה

1. נתבקשנו לחקין חוות דעת משפטית בדבר האפשרות של העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים ממדינה אחת לשנייה, וזאת לבחינת האפשרות לכלול מרכיב של החלפת שטחים כחלק מהסדר הקבע עם הפלסטינים, לפיו שטחים מאוכלסים מאזור תמשולש, הנמצאים מעת תחת ריבונות ישראלית יועברו לריבונות המדינה הפלסטינית העתידית.
2. יודגש כי נייר זה מתייחס אך ורק לחיבטים המשפטיים של הרעיון, בדגש על כללי המשפט הבינלי; אולם ברור כי ניתוח משפטי זה הוא רק חיבט אחד של ניתוח מקיף ופעמיק של הרעיון, אשר אמור לבחון את ההצעה והשלכותיה על כלל מרכיביו, לרבות חיבטים מדיניים ופוליטיים, כלכליים חברתיים, תקשורתיים, דמוגרפיים וכיו"ב.
3. היות ומדובר בסקירה כללית של הנושא התייחסנו למגוון חלופות, בעיקר בכל נוגע לאזרחות האוכלוסייה בשטח המועבר. נייר זה מתמקד בארבעה חיבטים מרכזיים של הסוגיה: ראשית, השאלה הבסיסית - האם, על פי המשפט הבינלי מותר להעביר ריבונות על שטחים (כרבות שטחים מאוכלסים) ממדינה אי למדינה ב'; שנית, האם בפרקטיקה ישנם תקדימים היסטוריים להעברות מהסוג הזה; שלישית, מהן החשלוכות של העברה שכזאת על מעמדם של תאזרחים, חן במישור הבינלאומי והן במישור הדין הפנימי; ולבסוף, האם, עפ"י המשפט הבינלי וחבנימי קיימת חובת מיצוי בגין חזעברה הצפויה.

I. העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים בין מדינות: בחינת משפטית ומשונה

4. התגדרה המקובלת להעברת ריבונות על שטח בין מדינות (State Succession) במשפט הבינלי חיתה "החלפתה של מדינה אחת באחרת בכל הנוגע לאזרחות ליחסים הבין לאומיים של טריטוריה"¹ המשפט הבינלי מתייחס כמוכן מאליו לאפשרות של העברת ריבונות על שטח, וכפרט כאשר החלפת הריבונות נעשית מכוח הסכמה בין שתי המדינות.

¹ ראו: סעיף 2 לאמנת וינה בדבר ירושת מדינות ביחס לאמנות, Vienna Convention on Succession of States in Respect to Treaties, UN Doc. A/CN.4.80/31 (1978); "Succession of States means the replacement of one State by another in the responsibility for international relations of territory", ראו בל: MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 959-960 (6th ed., 2008) (להלן: Shaw, 2008).



חלונותיות.² ידגש שאין במשפט הבינלאומי הנבדל עקרונית על העברת הריבונות, גם כאשר מדובר בשטח מאוכלס,³ ונראה שאין גם חובה משפטית מכוח המשפט הבינלאומי לקיים משאל עם בקרב תושבי השטח המועבר.⁴

5. בין העברות הריבונות שהתרחשו במהלך המאה ה-20 והמאה ה-21, ניתן למנות את הדוגמאות הבאות:⁵

א. יוון ובלגריה (1919) - בהסכם שנחתם בסיום מלחמת העולם הראשונה נדרשה בלגריה להעביר שטחים ליוון וליוגוסלביה. ההסכם כלל גם חילופי אוכלוסין משמעותיים בין בולגריה ויוון.⁶

ב. צרפת אלגיריה (הסכם אוואן, 1962) - ההסכם הביא לסיום 132 שנות שלטון של צרפת באלגיריה כשטח מסופק. עכ"י תנאי ההסכם, המתווכים הצרפתים באלגיריה זכו ל"תקופת מעבר" של שלוש שנים שבה יכלו לחזיק באזרחות שתי המדינות במקביל, ולאחר מכן נדרשו לבחור בין שתי האזרחויות.⁷

² מקרים נוספים יכולים להיות היפרדות של טריטוריות מדינות, כמסגרת תהליכי דה-קולוניזציה או במסגרת פיצול מדינות. ליאב אורני, יורם רבין, דודי פלד, העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה פלסטינית: נקודת-מבט של המשפט הבין-לאומי, *משפט וממשל* י, כ"א 191 (תשס"ז) (להלן: אורני, פלד, 2007).

³ ראו: *James Brownlie, Principles of Public International Law* 169 (5th ed., 1995); *James Crawford, The Creation of States in International Law* 330-349 (2nd ed., 2006); 192-194 כ"א, פלד, 2007, שם, כ"א, 192-194 (להלן: Crawford, 2006); שאלו וישראל, רבין שורץ, עוז חידלתי: של תוצאות להעברת שטחים מישראל לפלסטין, כ"א 47-48 (מכון פלורסיטי למחקרי מדיניות מרץ 2006) (להלן: אריאלי, שורץ, 2006); Yuval Shany, *Redrawing Maps: Manipulating Demographics on Exchange of Populated Territories and Self-Determination*, 2 L. & ETHICS HUM. RTS., 301-303 (2008) (להלן: Shany, 2006); ראו גם סעיף 10(1) (לאמנה בדבר צמצום כוח-אדם אזרחי שקובע שכל הסכם להעברת שטח בין מדינות יכול להוראות שמסדקי לזכר שטחים השטח לא יותיר חסרי אזרחות, ובכך מבטיח במשטח בזכות להעביר ריבונות על שטחים מאוכלסים) (1961) (10(1) U.N.T.S. 175, Art. 10(1) 30.6.1961) אך שטח אשוריה אותה, יבין כי ישראל תחמק ואשוריה גם על האמנה בדבר אזרחות, (1961) ישראל חתמה על האמנה ב-30.6.1961 אך שטח אשוריה אותה, יבין כי ישראל תחמק ואשוריה גם על האמנה בדבר מעבר של מחסרי אזרחות משנת 1954 (1954) 360 U.N.T.S. 117 (Convention relating to the Status of Stateless Persons); ⁴ ישראל תחמק על האמנה ב-1.10.1954 (אשוריה אילח ב-23.12.1958).

⁵ יצוין שבפרקטיקה קיימת דוגמאות לעריכת משאלי עם בשאלת העברת ריבונות על טריטוריה, אולם טריכת משאלי העם במקרים אלה נבנה באילוצים פוליטיים או ממוסדות מבח המשפט האנטי-הפילי, ואין בהם כדי לבטל קיומם של דין מנהגי בנושא. לראותה ראו: אורני, רבין, פלד, 2007, לעיל ח"ש 2, עמ' 202; עוד ראו: Timothy W. Winters, *The Blessing of Departure: The Lubliner Plan to Exchange Populated Territories in Cisjordan*, 2 L. & ETHICS HUM. RTS., 30-21 (2006) (להלן: Winters, 2006); Shany, 2006, לעיל ח"ש 3, בעמ' 303. ידגש שהמשפט הישראלי מתייחס עריכת משאל עם ביום לכל המבט או ההלכות במשאל לפיהן "המשפט, השיטות והמנהג של מדינת ישראל לא יחולו על שטח, למעט כאשר ההסכם אושר בהנהגת ריב של 55 חברי כנסת. ראו: חוק סדרי חשלושן והמשפט (בישול חולת המשפט, השיטות והמנהג), תשנ"ט-1999. עוד יש לציין שההצעת חוק יסוד: משאל עם, שמבקשת לעצן עקרונות אלה בחוק סוד, עברה בקריאה ראשונה בכנסת בדיל 2013.

⁶ בהקשר הישראלי ניתן לעיין את "המדינה היגרי" שנחתם בין ישראל ומצרים בפברואר 1950, ובו הסכימו הצדדים על חוקי הסכם שכיתת הנשק משנת 1949, כאשר שכלל חילופי שטחים. המסגרת זו הותאם הכולל כהנר רצועת עזה מורחבת על מנת לכלול את הכפר עבסאן, ובחלוצה העבר לישראל אחד בגודל דומה בשטח הרצועה, ראו: Hane Stribu, *The Boundaries of Israel Today. Severy of*, Israel, 19 (2012).

⁷ ראו: דודי פלד, *המדינה היגרי*, ספר פליטים פלסטינים לתהליכי מדינת ישראל, ביד עמדה, עמ' 52 (מצילית, 2010) (להלן: פלד, עמדה מצילית, 2010).

⁸ ראו: "ירבליים שחורות" ביוזמה ושומרון - מודל הפיני האלגירי ונאלת התאמת לישראל, יאיר שלב, 27 בינואר 2010 (המאמר ומין באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה בקישור: www.idi.org.il/press/מאמרים/מאמרים/ירבליים-שחורות-בישראל).



ג. העברת הריבונות על הונג קונג מבריטניה לסיני (1997) - במסגרת הסכם בין בריטניה וסיני, ולקראת פקיעת הסכם תחמירה בין הצדדים, העבירה בריטניה לסיני את השטחים שהוחזרו וכן שטחים נוספים שנכבשו על ידיה עד קודם לכן. עפ"י ההסדר שנקבע, החושבים המקומיים בעלי האזרחות הבריטית היו אמורים לאבד את אזרחותם הבריטית ולקבל אזרחות סינית, אולם לאחר מתאם זכו תושבים אלה במעמד אזרחי בריטי חדש שנוצר עבורם ואשר אינו ניתן להודשה.⁸

ד. אזור שלווה-חולשניין (דנמרק/גרמניה, 1946) - האזור עבר מספר פעמים במהלך השנים בין דנמרק וגרמניה. בשנת 1920, בעקבות תשאל על, חולק השטח בין דנמרק וגרמניה. לאחר מלחמת העולם השנייה צורף האזור הגרמני למערב גרמניה, והוא מהווה כיום מדינה בגרמניה.⁹

ה. חבל הסאאר (צרפת/גרמניה, 1957) - חבל הסאאר שבגבול צרפת, גרמניה ולוקסמבורג היה אוטונומי עד לשנת 1947, אז הוחלט במשאל עם על איחוד כלכלי עם צרפת. בעקבות משאל עם נוסף בשנת 1957, צורף החבל לספרד גרמניה, וכיום האזור הינו חלק מגרמניה.¹⁰

6. עוד יש לציין שגם פסיקת ביה"ד הבינ"ל בהאג (ה-ICJ) הומכת באפשרות להעביר בפועל את הריבונות בשטח נתון ממדינה אחת למדינה אחרת, תוך מודעות להשלכות המעשה על האוכלוסייה היושבת בשטח.¹¹ כך, לדוגמה, בפסה"ד בעניין אל סלבדור והונדורס משנת 1992 ביה"ד תכריע בסכסוך הגבול שבין שתי המדינות באופן שהייב את העברת הריבונות על שטחים מאוכלסים מסוימים ממדינה אחת לאחרת.¹² ביה"ד הדגיש את תובת הצדדים ליישם את פסה"ד תוך מתן כבוד לזכויות הפרטים ובאופן "אנושי ומאורגן" ("in a humane and orderly manner"), ואף ציטט הצהרה משותפת של הצדדים בה התחייבו להקים וועדה מיוחדת לצורך מציאת פתרונות לסוגיות חאטשיות, חברתיות וכלכליות שקביעת הגבול ביניהן מעוררת.¹³ ביה"ד פסק באופן דומה גם בפסה"ד בעניין ניגריה וקמרון משנת 2002, תוך שהוא מאזכר את התחייבותו של נציג קמרון בפני ביה"ד להמשיך ולספק הגנה ("continue to afford protection") לאזרחים הניגרים בשטח שהריבונות בו תועבר, ותוך

⁸ ראו: אורנד, רכין, פלר, 1007, לעיל הרש 2, עמ' 193.

⁹ ראו: אריאלי, שרץ, לעיל הרש 3, בעמ' 32-35.

¹⁰ ראו: שם, בעמ' 39.

¹¹ ראו: אורנד, רכין, פלר, 1007, לעיל הרש 2, בעמ' 193-192.

¹² ראו: Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras (Nicaragua intervening)), I.C.J. Reports No. 351, Judgment (1992).

¹³ ראו: שם, בפסקה 66.



הדגשת הצורך בשיתוף פעולה בין הצדדים לטובת אוכלוסייה זו, כאופן שיבטיח רמת נגישות זהה לשירותי הינוך ובריאות.¹⁴

7. תקדימים אלה אמנם נבדלים זה מזה ברקע ההיסטורי (הסכמים בסיים מלחמה/קביעת גבול לאחר שלטון קולוניאליסטיים שליטה בשטח וכד') ובאופי ההסדר שנקבע, בפרט ביחס למעמד האוכלוסייה שבשטח המועבר, אולם בכלם בא לידי ביטוי העיקרון הבסיסי לפיו ניתן להעביר בהסכמה ריבונות על שטח מאוכלס בין מדינות.

8. יחד עם זאת, על אף הלגיטימציה שהמשפט הבינ"ל מעניק לעצם העברת הריבונות על שטח מאוכלס, קיימת אי-בהירות באשר לעמדת המשפט הבינ"ל ביחס לסוגיות המשפטיות שמתעוררות כתוצאה ממנושה זה, ובין היתר, ביחס לאזרחות תושבי השטח שהועבר (ראו ניוזות מפורטות לחלן בפרק II).¹⁵ כמו כן, יש לתדגש שבניגוד להיעדר תאיסור על עצם העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים, חילופי אוכלוסין כפריים במסגרת הסדרים טריטוריאליים, ככל הנראה אינם מותרים עוד כיום עפ"י המשפט הבינ"ל. כך, בעוד שרעבר, ובייחוד בתום מלחמת העולם השנייה, חילופי אוכלוסין כמיים נתפסו כאמצעי חוקי, לגיטימי ומעיל לתהליך סכסוכים אתניים,¹⁶ כיום העמדה המקובלת היא שזהו מעשה בלתי חוקי והעברת כפיה של אוכלוסייה אף מוגדרת כבשע בינ"ל בחוקת ביה"ד הפלילי הבינ"ל.¹⁷

9. עוד יש לציין שעל אף ההכרה העקרונית בזכותה של מדינה להעביר ריבונות בחלק משטחה, המניע והמטרה שביסוד החלטה מסוג זה, עשויים להשפיע על מידת הלגיטימיות והחוקיות שמיוחסים למעשה.¹⁸ דוגמה מובהקת לכך היא ניסיונה של דרום אפריקה בשנות ה-70 של המאה ה-20 להעביר ריבונות בחלק משטחיה למדינות עצמאיות שאוכלוסייתן הוגדרה על בסיס אתני ("the Bantustans"). תכנית זו שהייתה חלק ממדיניות

¹⁴ ראו: Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), I.C.J. Reports No. 94, Judgment, paras. 316-317 (2002). כפי שישירות להלן, בססקת 24, בהסכם שנחתם בין הצדדים ליישום פסוקי, חרדגשה חובה קסרין להבטיח את זכויות האדם של תושבי השטח המועבר, ובפרט זכותם להישאר בשטח ולשפר אתריהם.

¹⁵ ראו: Brownlie, 1995, לעיל ח"ס ג, בעמ' 650; עוד ראו: Shaw, 2008, לעיל ח"ס ג, בעמ' 1008-1004.

¹⁶ בין הדוגמאות הבולטות להעברת אוכלוסייה בכפייה כמטרת יישוב טכנוגים טריטוריאליים בראשית המאה ה-20: בולגריה-יוון (1919), תורכיה-יוון (1923), גירוש רבגמים ספרדיים, ציבולובקיה, הונגריה ואוסטריה (1945), תודו-ספרסן (1947) וקפריסין-תורכיה (1974). ראו: ניד עמדה מציליה, 2010, לעיל ח"ס ג, בעמ' 58-64; עוד ראו: מסמך מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "בחירת קיומן של מקבילות היסטוריות לשכנות: ההצטרפות", כתיבה: יהודה טוראן (2.2.2005).

¹⁷ ראו: ניד עמדה מציליה, 2010, שם, בעמ' 58, 62; עוד ראו: Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 3.

(1) For the purpose of this Statute 'Crime against humanity' means any of the following acts which committed as "Art. 7 (1998): part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack... (d) Deportation or forcible transfer of population; (2) For the purpose of paragraph 1... (d) 'Deportation or forcible transfer of population' means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law.

¹⁸ לגישה אחרת, לפיה מניע מילה אינו בהכרח פוסל ביטול אזרחות של תושבי שטח כפיה ראו: Walcz, 2006, לעיל ח"ס ג, בעמ' 2.



האפרטהייד, נועדה להצדיק את שלילת אזרחותם של תושבי דרום אפריקה השחורים, באופן שיבטיח רוב לגן בדרום אפריקה. מטרה זו נתפסה כבלתי לגיטימית ע"י הקהילה הבינ"ל שנמנעה מלהכיר בהעברת הריבונות על השטחים וב"מדינות" שהוקמו בדרך זו.¹⁹

10. לסיכום, אין מניעה מבחינת המשפט הבינ"ל להעביר ריבונות בשטח מסוים ממדינה אחת למדינה אחרת, גם כאשר מדובר בשטח מאוכלס. כמו כן, אין חובה משפטית מכוח המשפט הבינ"ל לקיים משאל עם בקרב תושבי השטח המועבר. יחד עם זאת, וכפי שיפורט בהרחבה לחל, נראה שהמשפט הבינ"ל מטיל הגבלות באשר לחשלוכות האפשריות של הסדר מסוג זה על מעמדם של אזרחי השטח המועבר.

11. בשולי הדברים יש גם לחדגוש את חשיבות ההבחנה בין הסוגיה הנדונה- העברת ריבונות על שטח מאוכלס בין מדינות, ובין העברת אוכלוסייה בכפייה. בעוד שהסדר הראשון מקובל כלגיטימי במשפט הבינ"ל (כאמור, בכפוף לסייגים שיפורטו להלן, כולל החובה למנוע מצב של היעדר אזרחות), העברה בכוח של אוכלוסייה/גירוש נתפסת כיום כבלתי לגיטימית ובלתי חוקית עפ"י המשפט הבינ"ל.

II. השלכות העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים על מעמד האזרחים בשטחים אלו

12. אחת מאבני היסוד בדני זכויות האדם והכינואומיים היא הזכות לאזרחות, והאיסור על שלילה שרירותית של אזרחות. זכות זו עוגנה לראשונה בסעיף 15 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם,²⁰ ואושררה בשנית בסעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחות

¹⁹ ראד: Crawford, 2006, לעיל ח"ש 3, קצמ' 345-358.

²⁰ ראד: Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, Art. 15 (1948). "כל באי עולם זכאי לזכויות אדם, לזכויות חופשיות ולזכויות משפטיות. (1) כל אדם זכאי לאזרחות; (2) לא ייחלץ אדם מלגזירותיו ולא ייחלץ אדם מלזכויותיו. (3) כל אדם זכאי להחליף אזרחותו." "בית הדין הכינואומי בהאג הכיר בהכרזה כמשקפת עקרונות יסוד של זכויות אדם הנגזרות ממגילת האו"ם עצמה וראו: Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Iran v. U.S.A.), 1980 I.C.J. 3, para. 91 (May 24). לנסח ההכרזה לעברית ראו: אתר הכנסת, ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, הנמין בקישור: http://www.knesset.gov.il/doc/he/bun_dec.htm



ופוליטיות, אשר ישראל צד לה.²¹ כאשר למכלול הנשאים הכשורים לאורחות מקובל שום בעיקרם עניין למדינה עצמה, וכי הם מסודרים במישור המשפט הפנימי.²²

13. עם זאת, ככל שהלכה והעמיקה החכמה בחשיבותה של הזכות לאורחות כ"זכות לקבל זכויות", כן התחדדה הדרישה במשפט הבינלאומי למנוע מצבים של חוסר אזרחות (Statelessness).²³ כחלק מתפיסה זו נחתמה האמנה הבינלאומית בדבר צמצום חוסר אזרחות משנת 1948. ישראל חתמה על אמנה זו אך טרם אשררה אותה.²⁴ סעיף 10(ג) לאמנה, המשקף דין כנהוג, קובע כי כל הסכם להעברת ריבונות בין שתי מדינות יכול להסדיר שיבטיח כי איש בשטחים המועברים לא יותר מחוסר אזרחות וחזרה מן ההעברה.²⁵

"(1) Every treaty between Contracting States providing for the transfer of territory shall include provisions designated to secure that no person shall become stateless as a result of the transfer. A contracting State shall use its best endeavours to secure that any such treaty made by it with a State which is not a party to this Convention includes such provisions."

14. בהתאם לאמור עד כה, כל הסדר להעברת ריבונות על שטחים מאוכלסים שייחיד בו כדי להפוך אדם למחוסר אזרחות צמוי להיות מנוגד לדין הבינלאומי.²⁶ למיכך תנאי לחוקת

²¹ ראו: International Covenant on Civil and Political Rights, 31 U.N.T.S. 269, Art. 12(4) (1966) (להלן: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות), אשר קובע כי: "No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country". ישראל חתמה על האמנה בתאריך 19 בדצמבר 1966 ואשררה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991. כאשר לפקטור העניין של סעיף 12(4) ראו חוות הדעת של נשיא וועדה לזכויות אדם (חבר הוועדה הנאול דאן, Parthasarathi Natwarlal Bhagwati, כעניין פטריארס נגד קנדה: "I am of the view that on a proper interpretation, article 12, paragraph 4, protects everyone against arbitrary deportation from his own country... [1] is obvious that if a person has a right to enter his own country and he/she cannot be arbitrarily prevented from entering his/her own country, but he/she can be arbitrarily expelled, it would make non-sense of article 12, paragraph 4. Suppose a person is expelled from his own country arbitrarily because he/she has no protection under article 12, paragraph 4, and immediately after expulsion, he/she seeks to enter the country. Obviously he/she cannot be prevented because article 12, paragraph 4, protects his/her entry. Then what is the sense of expelling him? We must therefore read article 12, paragraph 4, as embodying, by necessary implication, protection against arbitrary expulsion from one's own country. Steward v. J." paragraph 4, as embodying, by necessary implication, protection against arbitrary expulsion from one's own country. Canada, Communication No. 53/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, Individual Opinion by Bhagwati (Dissenting) (Nov. 8, 1996).

²² ראו לדוגמה בדין הישראלי: חוק האזרחות, ס"ח 95, סעיף 11 (תשי"ב-1952).

²³ ראו: אורנג, רבין, פלד, 2007, לעיל ח"ש 2, בעמ' 204.

²⁴ ראו: האמנה לצמצום מחוסרי אזרחות, 1961, לעיל ח"ש 3.

²⁵ ראו: שם, בסעיף 10(ג). יתווד, כפי שנולה מלשון הסעיף, כי האמנה מבטיחה בין שני מצבים. במצב הראשון שתי המדינות המעבירות בהסכמה שטחים ביניהן הן צד לאמנה, במקרה שבו מוסלת עליה החובה לאמץ הסדרים למניעת חוסר אזרחות מצבים של חוסר אזרחות בקרב תושבי השטח המועבר; במצב השני, וההסכם הינו בין מדינה אחת שהיא צד לאמנה ומדינה אחרת שאינה צד לאמנה, כפי שעמיו בהקשר של הסדר פול חלטיסטיים. או-אז מוסלת על המדינה המבירה לנקוט ככל האמצעים הנומרים לשיורה במקרים של העברת ריבונות בשטח נתון הוא מהחזרות מצבים של חוסר אזרחות כדוגמה מן ההעברה. כך עולה גם מדברי החסבר לאמנה האירופית בדבר אזרחות (ETS No. 166, Explanatory Report, para. 107 (1957)), European Convention on Nationality, ודווקא בקיושו: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Hull/166.htm>, עם מניין כי "The main concern, although not the only one, is the avoidance of statelessness... and the focus is therefore on the granting or retention of nationality. This chapter aims to reinforce existing treaty provisions on the avoidance of statelessness, such as Article 10 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness" (להלן: חסבר לאמנה האירופית).

²⁶ ראו: אורנג, רבין, פלד, 2007, לעיל ח"ש 2, בעמ' 204-205.



ההסדר, בראי מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל, הינו כי דפלסטינים יסכימו להקנות אזרחות פלסטינית לתושבי השטחים המועברים.

15. הגנה מקובלת במשפט הבינלאומי היא כי התוצאה חמורית של העברת ריבונות, בחינוד הסדר אחר בין המדינות, היא החלת האזרחות של המדינה המקבלת על היושבים בשטח. "ברירת מחל" או נשענת על החוקה כי האוכלוסייה עקבת אחר שינוי הריבונות בכל הקשור באזרחות.²⁷ וכרי כי עקבות האוכלוסייה אחי שינוי הריבונות כוללת גם את אובדן האזרחות המקורית של המדינה המעבירה את הריבונות. ענין זה נזכר מחובתה של המדינה המעבירה להכיר בריבונותה של המדינה המקבלת בשטח המועבר לידיה ועל האזרחים שהועברו אליה. עמדה זו משתקנת גם מכתיבתם של מלומדים²⁸ ומצאה ביטוי גם בדברי ההסבר של הנציבות האירופית לדמוקרטיה באמצעות המשפט כחלק מ-"הצהרת ונציה בדבר והשלכות של העברת ריבונות על אזרחותם של בני אדם" (לחלק: "הצהרת ונציה").²⁹

"Inhabitants of a territory which is subject to a change of sovereignty usually lose the nationality of the predecessor State. An obligation by the predecessor state to withdraw its nationality from inhabitants of the transferred territory may be seen as corollary of the obligation to recognize the validity of the transfer under international law. Such a reasoning does not apply, of course, when no other nationality is conferred on them as a result of the transfer and they therefore run the risk of becoming stateless."

16. ניתן להטיק מהאמור כי במצב הנוהג במשפט הבינלאומי, ובענין ששתי המדינות מסכימות לכך כחלק מההסדר שינוש, חיי שניום העברת הריבונות מי שהתם תושבי השטח צפויים כעיקרון לזכות באזרחות המדינה המקבלת ולאבד אזרחותם במדינה המעבירה. עם זאת זוחי ברירת-מחל, ובמקרה, צירוב המכריע של ההסכמים והאמנות שוחתנו לאורך השנים בנוגע להעברות ריבונות בשטחים מאוכלסים, יאיוז חריגה או סטייה מברירת-מחל זו.³⁰

17. נראה כי על אף "ברירת המחל", הפרקטיקה המתגבשת כפי שמושתקפת ממרביתם של אותם הסדרים, הינה לכלול הוראות בדבר "זכות בחירה" (Right of Option) המוענקת לתושבי השטח שהריבונות בו מועברת. עם זאת הזכות אינה בחירה די צורכה, ואין לה

²⁷ ראי: ההסבר לאמנת האירופית בטיש אזרחות, לעיל הי"ש 25, בסעיף 108: "the presumption under international law [is] that the population follows the change of sovereignty over the territory in matters of nationality".

²⁸ ראי: למפרית ולזוחיות: אורנר, רבין, פלד, 2007, לעיל הי"ש 2, בעמ' 205.

²⁹ ראי: Consequences of State Succession for Nationality Report by the Venice Commission, European Commission for Democracy through Law, Collection: Science and Technique of Democracy, No. 21, para. 84 (1998).

³⁰ ראי: אורנר, רבין, פלד, 2007, לעיל הי"ש 2, בעמ' 205.

משמעות אחת בהסכמים השונים שנחתמו. בתואם נראה כי עצם הפרקטיקה של מתן זכות בחירה טרם קנתה לעצמה אחיזה כחובה משפטית מבוססת במשפט הבינ"ל.

18. בעבר היה נתון בהקשרים של העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים לעוסק ב-"זכות הבחירה הבסיסית" אשר כללה את מתן האפשרות לתושבי השטח ומנוער לבחור שלא לקבל את אזרחות המדינה המקבלת זאת באמצעות יציאת מיוזם מהשטח שהדיברות בו מתעברת.³¹ ביטוי לזכות זו ניתן למצוא למשל בהסכמי ורסאי והסכמי טריאנון שלאחר מלחמת העולם הראשונה ובהסכמי השלום שלאחר מלחמת העולם השנייה וזוגות איטליה-צרפת (1947) ואיטליה-יוגוסלביה (1954).³²

19. בעידן המודרני ועל רקע התפתחות דיני זכויות האדם המודרניים מזהה מגמה להרחבת של זכות הבחירה, מן הזכות הבסיסית, לזכות מורחבת. לפי עמדה זו הטלת דרישה על אדם לעזוב את השטח שבו מתגורר, עקב חילופי ריבונות ונכח רצונו לשמור על אזרחותו המקורית, איננה עולה כקנה אחד עם החשיבות היתירה המיוחסת לקשר שבין אדם לביתו ולסביבתו הפזיות.³³ "זכות הבחירה המורחבת" אפוא היא זכות כפולה כוללת: ראשית, את זכותו של אדם לבחור באם להעתיק את מגוריו לתחום ריבונותה של המדינה המעבירה או לעבור (עם השטח) לתחום ריבונותה של המדינה המקבלת; ושנית, גם במקרה של מעבר עם השטח לתחום ריבונותה של המדינה המקבלת, זכות הבחירה של אותו אדם לשמור במקביל על אזרחותו במדינה המעבירה.

20. זכות זו מצאה לעצמה ביטוי בשורה של מסמכים והחלטות בינ"ל בעשורים האחרונים. כך הצהרת ונציה של הנציבות האירופית לדמוקרטיה באמצעות המשפט קובעת בסעיפים 13 ו-16 כי:

"(13) In all cases of State succession, when the Predecessor State continues to exist, the Successor State(s) shall grant the right of option in favour of the nationality of the Predecessor State;
(16) The exercise of the right to choose the nationality of the Predecessor State... shall have no prejudicial consequences for those making that choice, in particular with regard to their right to residence in the Successor State"

³¹ יורגב כי הגם שזכות זאת לא הייתה מסוגלת באותה עת כמשפט הבינלאומי, הנהגה שהתחיל החל מן המאה השמונה-עשרה ועד לאמצע המאה העשרים. היה להצביק אותה, ראו: DANIEL PATRICK O'CONNELL, THE LAW OF STATE SUCCESSION 259 (1956). שם מצוין הבהוב כי: "It cannot be said with any authority that international law imposes a duty upon the Successor State to permit the inhabitants of absorbed territory to repudiate its nationality by removing themselves to a foreign country, or by opting for an alternative nationality. It has been customary, however, since at least 1785, to permit such options."

³² ראו: אריזו, ריפון, סלד, 2007, לציל ח"ש 2, כ"א 207-208. כך לדוגמא סעיף 13 לוסכמי ורסאי וסעיף 13 להעברת מתן שלוחים ממרמיה לדגורן קיב"ל כי: "Persons who have exercised the above right to opt must within the ensuing twelve months transfer their place of residence to the State in favour of which they have opted."

³³ ראו: שם, כעמ' 268.

21. זכות דומה עוגנה גם בסעיף 20 לטיוטת סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם (ILC) משנת 1999 אשר צורפה כנספח לתחלטה 55/153 של העצרת הכללית (התקבלה ללא הצבעה):³⁴

"Article 20: Attribution of the nationality of the Successor State and withdrawal of the nationality of the Predecessor State.
When part of the territory of a State is transferred by that State to another State, the successor State shall attribute its nationality to the persons concerned who have their habitual residence in the transferred territory and the Predecessor State shall withdraw its nationality from such persons, unless otherwise indicated by the exercise of the right of option which such persons shall be granted..."

22. ואולם יובהר כי בדיונים שהתקיימו בישיבת ועדת האו"ם שדנה בטיוטת סעיפי האמנה נשמעו קריאות לפיהן יש בלשון הסעיף משום סטיית משמעותית מהמנהג המקובל. כהתאם לכך הכירח לבסוף וועדת האו"ם בכך שסעיף 20 מהווה דין רצוי, גם אם לא בתכרח דין מצוי.³⁵

23. לבסוף "זכות הבחירה המורחבת" אומצה גם בסעיף 3 להסכם העברת השטחים בין קמרון וניגריה שלאחר החלטת ביח"ד בחאג (Greenlee Agreement). יובהר כי הסכם זה, אשר נחתם בשנת 2006, כלל את האו"ם ומספר מדינות נוספות כעדים:³⁶

"Cameroon, after the transfer of authority to it by Nigeria, guarantees to Nigerian nationals living in the Bakassi Peninsula the exercise of the fundamental rights and freedoms enshrined in international human rights law and in other relevant provisions of international law. In particular, Cameroon shall not force Nigerian nationals living in the Bakassi Peninsula to leave the Zone or to change their nationality..."

24. יובהר עם זאת כי גם לו נאמר כי זכות בחירה, בסיסית או מורחבת, קיימת במשפט הבינלאומי, הרי שזכות זו ניתנת להגבלות טכניות ומחוקיות בהסכמת הצדדים:

³⁴ דאז: Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States (1999), Appendix to UNGA Res. (2000) A/RES/55/153, Art. 20 (2000). טיוטת סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בינלאומי בנושא אזרחות והעברת ריבונות, 1999.
ראוי לחדר כי ביטוי נוסף לזכות בחירה נמצא גם בסעיף 11 לאותם סיוטת סעיפים הנוסק ב-"ליכוד רצונם של הפרטים הנוגעים בדבר" וקובע כי: "States concerned shall give consideration to the will of persons concerned whenever those persons are qualified to acquire the nationality of two or more States concerned; (2) Each State concerned shall grant a right to opt for its nationality to persons concerned who have appropriate connection with that State if those persons would otherwise become stateless as a result of the succession of States." סעיף 11 לחדר כי בסעיף 11 מוגבלת זכות הבחירה רק לאותם פרטים המקיים "קשר ראוי" עם המדינה שכאזרחותה הם מפקשים לבחור, וראו חזית המוצגת במסמך 25 (גב) לעיל זה.
³⁵ ראו שם, ביחס לעמדת ועדת האו"ם: "even if this...". ראו להרחבה: אורגן, רבין, פלד, 2007, לעיל הי"ש 2, בעמ' 113.
מקנין אולם לבין כי ישראל לא הביעה התנגדות ללשונן של סעיף 20 בדיונים שהתקיימו בנושא כחלק מהוועדה השישית המשפטית של האו"ם וראו: Working Paper: Sixth Committee: Nationality in Relation to the Succession of States, Tai Becker (14.9.1998).
³⁶ ראו: Agreement Between the Republic of Cameroon and the Federal Republic of Nigeria concerning the Modalities of Withdrawal and Transfer of Authority in the Bakassi Peninsula (Greenlee Agreement, 2006), תומין בקישור: <http://www.ucdp.uu.se/gpubase/peace/Cam-Nig%2020060612.pdf>

א. הגבלת במישור הזמן - במסגרת הפרקטיקה המתגבשת ניכר כי זכות הבחירה אינה שומדת לתושבים באופן קבוע ולזמן בלתי מוגבל. מימושה קצוב בזמן שתגדירו המדינות שהן צו להעברת הריבונות. בדרך כלל, המדובר בפרק זמן של חודשים ספורים עד שלוש שנים.³⁷

ב. דרישת הקשר המהותי - מבלי להיכנס לניתוח-שטח של סוגיה זו, אשר חרג מהניתוח המשפטי אל השטח הפוליטי-מדיני, די אם נציין כי גם המסמכים הבינ"ל הרלוונטיים (דוגמת האמנה האירופית בדבר אזרחות והצהרת ונציה) מתגים הענקת זכות בחירה בקיומו של "קשר כן ואפקטיבי" בין תושב השטח לבין המדינה הנוגעת בדבר (ככלל המדובר בקשר אתני, לשוני או דתי).³⁸

ג. הגבלת האפשרויות לאזרחות כפולה - גם אם יוחלט להעניק לתושב שטח שהריבונות בו מועברת אפשרות לבחור בין אזרחותה של המדינה המעבירה לבין זו של המדינה המקבלת, אין בחובה זו כשלעצמה כדי לחייב התרת קיומה של אזרחות כפולה. בהקשר זה גם טיוטת סעיף האמנה של ה-ILC מבחירה כי אין האויס מעודד מדיניות של אזרחות כפולה או מרובה, והנושא נותר להכרעתה הבלבדית של כל מדינה ומדינה:

"The recognition of the possibility of multiple nationality resulting from a succession of States does not mean that the Commission intended to encourage a policy of dual or multiple nationality. The draft articles in their entirety are completely neutral on this question, leaving it to the discretion of each and every State."

יובהר עוד כי ככל שתתקבל ההחלטה למנוע האפשרות להחזיק באזרחות כפולה ישראלית-פלסטינית, יצריך הדבר שינוי חוק האזרחות הישראלי. מהלך שכזה עשוי ליצור אתגרים במישור הדין הפנימי טכא העובדה כי הדין הישראלי ככלל איננו מגביל האפשרות להחזיק באזרחות כפולה, למעט במקרים חריגים.³⁹ לפיכך תידרש הנמקה באשר להחלטה להגביל באופן ייחודי את האפשרות להחזיק באזרחות כפולה ישראלית-פלסטינית. עם זאת ייתכן ומהלך שכזה יעמוד במבחן חביקורת השיפוטית ויחיה ניתן להצדיקו, וזאת לאור מורכבות ההסדרים,

³⁷ ראו: אורנג, רבין, כלי, 2007, לעיל הי"ש ג, בעמ' 214-213. כך בהסכם בין צרפת לאלבניה על הענקת עצמאות לאלבניה הוגדר חוק זמן של שארש שנים: בהסכם בין ספרד למרוקו בדבר העברת אוד סיד-איפרי למרוקו והוגדרה תקופת של שלשה חודשים; הכרטי ורסי המוקו ברכ המקרים סרק זמן של שנתיים; והסכמי השלום של איטליה משנת 1947 העניקו חוק זמן של שנה אחת.

³⁸ שט, בעמ' 210-211; עוד ראו לעיל הי"ש 34.

³⁹ ראו: חוק האזרחות, לעיל הי"ש ג, בעמ' 111 (באג2). סעיף זה קובע כי כל מי שרכש אזרחות או זכות לישיבת קבע במדינה או בשטח המגורים בתוספת, וישאי בית המשפט לעניינים מנהליים להקשת סר מפנים לבטל את אזרחותו הישראלית. נכון לשנת 2005 מנויים בהרפסת המדיניות: אידאן, אגנוססאן, לבנין, לוב, סרדאן, סוריה, עיראק, סקיסטאן, חמן וסנט רצונות פנה.

והקשרים העתידיים בין שתי המדינות השכנות. מנגד, שאלת נוספת המחייבת התייחסות בהיבט זה היא האם בצד הפלסטיני יתירו אפשרות של החזקת באזרחות כפולה פלסטינית-ישראלית בחתאם לחוק האזרחות הפלסטיני.⁴⁰

2. הגבלות על היקף זכויות האזרח מכוח מגורי החוץ - יובהר כי ככל שתותר זכות בחירה, וככל שפלסטיני יבקש לשמור על אזרחותו הישראלית תוך שהוא מתגורר כמדינה הפלסטינית העתידית, חרי שהוא יהיה במעמד של אזרח ישראלי המתגורר מחוץ לתחומי מדינת-ישראל. כך אותו אדם לא יוכל להצביע לכנסת, ותימנע ממנו האפשרות להורשת אזרחותו, מעבר לדור אחד.⁴¹

25. מן האמור לעיל ניתן להסיק, כי במקרה של העברת ריבונות בין ישראל למדינה פלסטינית עתידית ועלה על הפרק שאלת מתן זכות לתושבי השטח לבחור האם לשמור על אזרחותם הישראלית, בין אם על דרך של יציאה מיוזם מהשטח המועבר וחשיבות/כניסה חזרה לישראל ("זכות הבחירה הבסיסית") ובין אם על דרך של סירוב לאבד את האזרחות הישראלית (ולקבל את האזרחות הפלסטינית) תוך חשאיות בשטח המועבר ("זכות הבחירה המורחבת"). יובהר כי במצב המשפטי הנוכחי במישור המשפט הבינ"ל מתן זכות בחירה לתושבי השטח לשמור על אזרחותם הישראלית תהיה תלויה בהסכמה שתיווצר בין ישראל לבין המדינה הפלסטינית. חגם שישנן מגמות הנוטות לדרוש קיומה של זכות בחירה, בסיסית או מורחבת, אין היא מחויבת מבחינה המשפט הבינ"ל להסכמי או המנהגי. כמו כן ככל שתיתכן זכות בחירה שכזאת, בין אם בסיסית או מורחבת, הרי שניתן להגבילה במסגרת צורות, זאת לרבות על דרך של הגבלות במישור הזמן, צמצום הנחנים מחזקות על דרך של דרישת קשר מהותי, הגבלות על היקף זכויות האזרח מכוח מגורי חוץ והגבלת האפשרות לאזרחות כפולה.

III. הסדר להעברת ריבונות על שטחים מאוכלסים בראי משפטת המגזר של ישראל: בחינה ראשונית

26. ראשית יש לציין כי כל ניסיון לבחינת חוקתיותו של הסדר להעברת ריבונות, ובעיקר מידתיותו של אותו ההסדר, הן בראי המשפט הבינ"ל, ובוודאי שבראי משפטת החוקות

⁴⁰ ראו בקשר זה: Asant Khalil, Palestinian Nationality and Citizenship Current Challenges and Future Perspectives, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (2007), available at <http://cadmus.eui.eu/handle/18148/162/CARDIM%20RR-2007-07.pdf?sequence=1>, חילול מצין שם בעמ' 42 בדברת טוליים כו כי על פי טיוטת החוקה הפלסטינית יהודים אדם זכאים לאזרחות פלסטינית אך עם זאת הוא אינו שולל את האפשרות כי בעתיד יחאפשר ליהודים שיבקשו בכך לזכות באזרחות פלסטינית או לשמור אזרחות כפולה. וראו שם: "According to the Draft... Palestinian Constitution [Jews] are not entitled to Palestinian Citizenship and are excluded from any chance of obtaining Palestinian citizenship: a blatant discrimination. However, this is hypothetical, as these Jews now enjoy full Israeli citizenship and are unlikely to want a Palestinian one. This does not rule out that in the future some Jews may opt for Palestinian citizenship or dual citizenship."

⁴¹ ראו: אורגנר, רבין, פלד, 2007, לעיל ח"ש 2, בעמ' 215.

27. עם זאת ברור כי כל הסדר כזה, בין אם יכלול לבסוף הענקת זכות בחירה לתושבי השטח המועבר ובוודאי שאם לאו, עלול להיות מלווה בפגיעה במקצת הזכויות וההחזירויות של תושבי האזור המועבר. אותם תושבים עשויים למצוא עצמם כעת במדינה שונה באופן ניכר ממדינת ישראל בכל הקשור לנושאים כלכליים, תנאי חיים וזכויות אישיות, ובכך עלולים להיפגע זכויות שונות, ביניהם ניתן לאזכר את חופש העיסוק, חופש התנועה, הזכות לחינוך, הזכות לבריאות, הזכות לביטחון סוציאלי, הזכות לבחור ולהיבחר וזכויות קנייניות מסוימות.⁴²

28. רובו של הזכויות המובאות לעיל מוכרת בזכויות יסוד חוקתיות בדין הפנימי של ישראל.²⁹ אחרות משונות כחלק מהקורמס החסכמי של דיני זכויות האדם הבינלאומיים, אשר ישראל צד לו.³⁰ כמכלול נוטה בניץ לבחון את הפגיעה האפשרית בזכויות אלה תחת המסגרת של "מקס חיים".³¹ קרי, במסגרת בניץ תבחן יכולתה של האוכלוסייה

The combined effect of denationalization and loss of the "אזרחות ישראל" (Shany, 2008: 42) affected individuals' rights to residence in their previous state of nationality could adversely affect the enjoyment of a host of human rights depending in law and fact... For example, the right to vote and take part in public life, the right to work, the right to social security, adequate standard of living, health services, and education may all be compromised as the result of the excision "from the Israeli political and social systems of Israel, thereby eroding its fundamental values."

48 ראו לדוגמה: כרוך סיווד: כבוד האזרחים והחירות, מ"ה (תשס"ב-1992), בעמ' 9 (דעות הקצות); בעמ' 6 (הקובע של אורז ליכנס למדינתו); בעמ' 3 (לחקר סיווד: חוקת העיתונות, 1456 (תשס"ד-1994) (הרשם העיסוק); דהגר סוד כי קודה גוספה של וכיות העצמית להיפוך (הגמל הזכות לקדם מינימלי בבכור, הזכות לחיי משפחה, הזכות לשליחות) הוסר ע"י בג"ץ כנכונות יסודי קהילות בין הישראלי. לעומת של תלמי הזכיות כשיר עצמיות להיפוך מקדמה מבט וקצות סודי-שדאליה: 981, אילן סבן, אורחות ומחלבים שלחקה: מוסס, מטר וקצות הזכיות להצטרף ישראלי-הוללים סטחים מאובלסילס וקצות הזכיות הזכיות להצטרף להגמל הזכיות להיפוך (החל: סבן, 2016).

המחבר לנסח בשבועות אחרונים, שהתקיימו ב-2010 (1977): 19-20. לעיל 10.
ראו לדוגמה: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, לעיל 21. ראו גם בסעיף 2 (הזכות למעורבות בתחומה)
והזכויות הטקטיות באמנה; בסעיף 21 (1) (הזכות להתעורר והזכות לבחור מקום מגורים); בסעיף 12 (4) (הזכות של אדם להימנע
למנוע); בסעיף 25 (הזכות למחור ולחיבתור); וכן בסעיף 27 (הזכויות של מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים, לקיים את תרבותם,
להחיות בהם ולשמוע על מועצותיהן או להשתתף בלשונם, בהתאם לאם הם תושבי הארץ או תושבי חוץ); בסעיף 28 (האמנה הבינלאומית
בדבר זכויות כלכליות, תרבותיות וחברתיות, 1966, כ"א 31, ע"מ 285 (ישראל תומכת על האמנה בתאריך 19 בדצמבר 1965 ואשררה
ב-19 בדצמבר 1965); בסעיף 29 (הזכות לביטחון סוציאלי לרבות ביטחון טרעאלי);
בסעיף 31 (הזכות למסע חופשי); בסעיף 12 (הזכות לבריאות); וכן בסעיף 13 (הזכות למעורבות); לתרבות; נוספה אמנה אחרונה:
בסעיף 11 (הזכות למסע חופשי); בסעיף 12 (הזכות לבריאות); וכן בסעיף 13 (הזכות למעורבות); לתרבות; נוספה אמנה אחרונה:
בסעיף 11 (הזכות למסע חופשי); בסעיף 12 (הזכות לבריאות); וכן בסעיף 13 (הזכות למעורבות); לתרבות; נוספה אמנה אחרונה:

העניין להסדע והאמנות המנוגות אותו דאג ארגוני, שדור (2006) לעיל ח"ס נ' 287/04-15-05.
 * בפסקה בית הדין האירופי לזכויות אדם מוכרזת הוכחה ל-חיים טרסטים במסגן מקבילת לרשקסרנט "פרקם חיים" נאשראליה
 זכות ל-חיים טרסטים המנוגות בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם פורטת, כי שתיא כוללת את כלל הקשרים האישיים בין
 הפרט לבין הקהילה שבה הוא חי וכן את הזדהות ההכרחית על הפרט נארג: Ober v. The Netherlands, App. No. 46410/99, ECHR.
 2006) (2006) "Grated Chamber Judgment, para. 55: "human beings and the outside world... and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity
 Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other "human beings and the outside world... and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity
 זאת אחרים טרסטי לעלות לכדי מניעה במוסדס לכבוד לחיים טרסטים, כדי להכיר במידן זה נועה כהרד לבחון את מידת הקשר
 בין הפרט למקום מגוריו, על גורמדי כריכיתם של הקשרים התברוריים, התברוריים והמספחתיים שלו כגורם מדינה, מצבו המשפחתי
 בתרבותית קרשיו הצמי לו ולבני משפחתו בתצאה נהמכרת, להרובה כנורסו פרטנר הזכות "חיים טרסטים" באמנה האירופית
 המספיקת כהרד האירופי: על דיון, המספיקת המכלולית וסאלת זכותם של מכלולית להישאר בשטח לאחד הקבוצות השלימה בן
 תורמלים כהרד העשרות, כפרון פרטסיו וממריטת חבליטות, ממשס ומסלול יל חשעיה 63-61 (2011) (להלן: דיון, 2011). ייבחר כי
 שוראל איננה כהרד האירופית (312). European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, U.N.T.S. 2231 (1950).
 כהתאם איננה מחייבת להוצאת האמנה או לפרשנות של כהרד האירופי לזכות את האמנה, גם זאת, מוכח



המועברת להמשיך ולקיים את אותם הקשרים החברתיים, הכלכליים, התרבותיים והקהילתיים אותם קיימה בשטחי מדינת ישראל בטרם חתעברה.⁴⁶ חמונה "מרקס חיים" השתרש בפסיקת בג"ץ בשורה של הקשרים, זאת חן ביחס למגיעה בזכויות האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים כתוצאה מבניית גדר הביטחון,⁴⁷ והן בזכויות האוכלוסייה היהודית אשר פונתה מגושי החתישבות ברצועת עזה אגב תכנית ההתנתקות. בהקשר האחרון ציין השופט לוי כי:

"הפנינו- זאת נדע- אינו רק עקירה מביתם ששימשו קורת גג, ולא מאדמח שעובדה, וגם לא ממפעלים ואזורי תעשיה שהוקמו בעמל ובמאמון רב. זהו בראש ובראשונה הרס של מרקם חיים, של אמונת בעקרונות יסוד למיחם לכל אדם, כאשר הוא, נתונה הזכות לבחור את מקום מגוריו, לבחור את הקהילה אליה הוא רוצה להשתייך, לבחור את המקום והדרך בה ימצא את לחמו, ולהרדיל, גם את המקום בו יביא את יקיריו למנוחת עולמים וגם המקום שהוא עצמו מבקש להיטמן בו בבוא שעתו".⁴⁸

29. על מדינת ישראל מוטלת אפוא החובה, כחלק מההסדר, לשמר ככל הניתן את מרקם החיים של תושבי האזורים המאוכלסים המיועדים להעברה, רובם ככולם אזרחי המדינה. סביר להניח, שככל שההסדר בנוגע למרקם החיים יהיה מפורט יותר ויקיים, ככל הניתן, את התנאים ששררו באותם האזורים לפני העברה, יגדל הסיוכו שההסדר יעמוד בבקורת ציבורית ושיפוטית.

30. בעבור אותם מקרים שבחם תזווח פגיעה בזכויות ובחירויות יסוד של האזרחים המועברים, הרי שעל פי הדין הישראלי, תקום חובה בהצקת פיצויים. המחוקק קבע בסעיף 21(2) לחוק ייסום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005 את הסטנדרט הרצוי ביחס לחיקף הפיצויים במצבים שכאלה: "פיצויים הוגנים וראויים בנסיבותיו המיוחדות של העניין". בג"ץ ציין ביחס לסעיף זה של לחוק כי: "נראה לנו כי בעיקרו של דבר, ומתוך

המניסין הרב שלו וזהו ביהרר ייחבן שלסטנדרטים הוגנים בהגנה מפני העברה אוכלוסייה על פי האמנה עשיר להיות משקל בינלאומי וציבורי גם כפנינו.

⁴⁶ להרחבה מקודה זו ראו: סבן, 2010, לעיל היס 43, בעמ' 6. היבט אחד של החיים הקהילתיים אשר עוגן כבר בסיטת טעיו ראוונה של הועדה למשפט בינלאומי בגישא אורחות והעברת ריבונות, 1999, לעיל היס 34, נוגע לאחזות המשפחה (family) המעוגנת בסעיף 12 לסיטת שם קבע כי: "Where the acquisition or loss of nationality in relation to the succession of States would impair the unity of a family. States concerned shall take all appropriate measures to allow that family to remain together or to be reunited".

⁴⁷ ראו לדוגמה: בב"ץ 2150/07 אבו-עטייה נ' שר ושותיו (טרם פורסם, 29.12.2009) במדב תגובה רכבים פלסטינים ככתיס 443. שט מציין השופט סוגלמן כי: "כרצוני להודיש כי במקום שהחבר ניתן, יש לעשות כל מאסץ להבטיח את ההגנה על הנסעים בבדישו האזור ועץ מציאח אמצעים המוגנים במדב פחותה באוכלוסייה הפקוסית, טחיא אוכלוסייה מוגנת. על המפקד הצבאי להימנע ככל הניתן משימוש באמצעי כה קיצוני כהודרה מהאלטת של התושבים המוגנים משימוש בדרך מסוימת, אשר פגיעתו באוכלוסייה שלמה היא קשה והוא משבש את חודי החיים ומרקם החיים שלה".

⁴⁸ ראו: בג"ץ 1661/05 המרעצה האזרחית תלך עזה נ' בנסת ישראל מיד נתון, 481, רכרי השופט לוי במסקה 3.



מבט על הטיפול והממוצע, הפיזי שנקבע בחוק ישום ההתנתקות הוא ראוי, והוא מגשים את אמת המידה שהציב לעצמו.⁴⁹

31. נגזר מאלה כי ככל שהמדינה היבחר לקיים הסדר להעברת שטחים, בפרמטרים שיוגדרו על-ידי הצדדים, הרי שיחית עליה לפצות בגין הטקס שייגרמו לאוכלוסייה המקומית המאוכלסת בשטחים אלו. מההלכות שנקבעו בעניין ההתנתקות אנו למדים כי תנאי לחוקיות המשפטית של כל הסדר עתידי שפון בקיומו של מנגנון פיזי ראוי וחלם.⁵⁰ מנגנון שכזה בודאי שידרש להתייחס לשורה של שיקולים ובנימס: שיעור ירידת ערך הנכסים כתוצאה מהעברת הריבונות לפלסטין; דמי הסתגלות וגמול מרישה בגין הפסקת או תצבלת התעסוקה בישראל; שיפוי בסיוע לרכישת דיור חלופי או בגין עסקים שאבדו; וכן תחולת דיני ביטוחים סוציאליים ודיני מיסים. שוב נדגיש כי תיקף הפיצוי יהיה תלוי בהסדר שייקבע, קרי בזכות הצחירה ובמידת הפגיעה באותן הזכויות שמזינו לעיל.

32. אך לצד פיצויים אלה יש שישקשו להחדש גם לשאלת הפגיעה הנגזרת מהעברתם של אותם אזרחים למדינה הפלסטינית העתידית. מדינה זו עשויה להיתפס, כך מעלים המקורגים, כמדינה בלתי-יציבה מבחינה טליטית וכלכלית, הנעדרת שירותי רווחה מספקים (בייחוד בהיבטי החינוך, הבריאות והשירותים הסוציאליים), ואשר איננה דמוקרטית דיה.⁵¹ שאלה שעשויה לעלות בחקשר הזה היא, מהן החובות המוטלות על מדינת ישראל בגין הרעה אפשרית ברמת החטא מוכויות אלו, בצל המעבר למדינה הפלסטינית. כפי שכבר ראינו בעניין אל-סלודור-חונדורס (1992) ובעניין נגריה-קמרון (2002) הפרקטיקה המקובלת הינה לאפשר לצדדים לפעול בשיתוף פעולה כדי להבטיח המשך הנאה משירותים ברמה דומה, גם אם לא זהה.⁵² יודגש כי פרקטיקה זו איננה חפה מביקורת.⁵³

⁴⁹ ראו, שם, במסקנה 140.

⁵⁰ ראוי לציין כי שאלת מרקם החיים והקשריהם הסובבים לעיל להישג פיצויים נשקלה, בכפוף לשינויים מתחככים, גם בדיונים הבין-משרדיים שהתקיימו ביחס לעתידו של כפר עזרי.

⁵¹ להרחבה בקורת זו ראו: סמך, 2010, לעיל חיש 41, בעמ' 4.

⁵² ראו לעיל במסקנה 4. כך לדוגמא בפרשת נגריה-קמרון, 2002, לעיל חיש 14. שם לא הושגע ביהדי מסגרת של ירידה ברמת השירותים החברתיים שייחשקו לאזרחים הנזכרים המעורבים. ביהדי והמחקר בלרשום לפניו את התחייבותה של ממשלת קמרון בחקשר זה רצון כי: "The implementation of the present judgment will afford the Parties a beneficial opportunity to co-operate in the * in order notably to enable it to continue to have access to educational and health services comparable to those it currently enjoys... The Court takes note with satisfaction of the commitment thus undertaken in respect of these areas where many Nigerian nationals reside."

⁵³ ראו ספרות של יובל שני לית כל שישנו "חשש ממשי ונחזה" להרעה חריפה ברמת זכויות האדם שתסופק לאזרחים המעורבים, הרי שישראל עשויה להיחשב כמי שסייעה לאותן והפרתה על דרך תמימה בהסדר. ראו: Shany, 2008, לעיל חיש 3, בעמ' 305 שם מציין כי "Given the inadequacy of the human rights and social service conditions in Palestine... there is no reasonable expectation that the said rights would be fulfilled by the new political framework in which the individuals affected by the territorial transfer find themselves. Such a result appears to be incompatible with the 'real risk' doctrine developed in international human rights law, which bars states from creating conditions that will most certainly facilitate violations of human rights by third states. Hence, states could be, at times, responsible for facilitating human rights violations by other states if such Real risk doctrine has been * violations are sufficiently grave and reasonably foreseeable applied almost exclusively to cases of extradition or deportation in which individuals faced specific harm, such as torture, or suffered a specific medical condition requiring treatment. It has never been applied to a generalized denationalization resulting



33. ובנוסף לכל אלה ניתן לפנות בקצרה עוד מספר משוכות במישור החוקתי אשר חסדר לחעברת ריבונות בשטחים מאוכלסים עשוי לעורר:

א. **מסקת החגבלה** - ההנחה היא שהסכם תנוגד בחעברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה פלסטינית עתידית, ובוודאי שמתן פיצויים לאוכלוסייה המועברת, עוגן גם בחוק של הכנסת. חוק זה עלול כפי שכבר נוכחנו לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות של אזרחי ישראל תושבי השטחים המועברים ולכן חייב לעמוד בדרישות מסקת החגבלה.⁵⁴ מהותן והיקפן של הזכויות הנפגעות, וכן עוצמת הפגיעה, יהיו תלויים באופן טבעי, באופיו של החוק המסדיר ובהוראותיו.

ב. **שוויון ומיעדר אפליה** - הזכות לשוויון מוכרת בזכות יסוד בישראל,⁵⁵ ומשגנת, בין היתר, גם באמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, שישראל צד לה.⁵⁶ סוגיות הנגועות להפרת הזכות לשוויון עשויות לעלות במספר הקשרים הנוגעים לחסדר לחעברת שטחים מאוכלסים:

i. קיומה של אוכלוסייה שאיננה ערבית (יהודית, נוצרית או אחרת) באזורים המיועדים להעברה - האם גם אוכלוסייה זו תועבר במסגרת החסדר.

ii. **השוואת הזכויות** (דוגמת זכות הבחירה) והתנאים (בעיקר בתיבטי מנגנון הפיצויים) המוענקים להתיישבות היהודית ביחודה ושומרון המועברת לשטח ישראל למול אזרחי השטחים המועברים למדינת הפלסטינית. זאת כמובן בכפוף לשינויים המתחייבים ולהיקף הפגיעה הצפויה בהתחשב בחבדלים בין הקבוצות.

from a transfer of sovereignty... But transfer is possible- we agree on that- and in the postwar era many states have formed from other, existing states without anyone suggesting that their varying ability to realize progressive human rights- or their surrendering of existing political commitments- constituted a violation of human rights
Timothy W. Waters, *A Different Departure: A* וראו: "of existing political commitments- constituted a violation of human rights
Reply to Shany's "Redrawing Maps: Manipulating Demographics on Exchange of Populated Territories and Self-Determination", 2(1) L. & ETHICS HUM. RTS., 313-314 (2008).

⁵⁴ יאנו: שנין 8 לחוק יסודי: חבר האדם וחירותו: שנין 4 לחוק יסודי: חופש היסוד.
ראו: בנין 6421/02 הנגד המועצה להיסטוריה של ישראל ו"המנכ"ל, פ"ד סא(1) 619 (2006), חב"י הנשיא (כתוארו דא) בוק בטקסיה
⁵⁵ "הזכות לשוויון הזכרה בזכות אדם בישראל. כפי במגילה העצמאות נקבע כי מדינת ישראל "תקים שוויון זכויות חברתי ומדני גמור לכל אזרחיה כלי הכולל דת, גזע וסנין... השוויון הוא זרך יסוד לכל חברה דמוקרטית... תחושת חוסר השוויון היא מהקשה ונפוצה שיש. היא פוגעת במוחות המאחרים את החברה. היא סוגלת בזכות העצמית של האדם".

⁵⁶ ראו: 195, 660 U.N.T.S. 21 Dec. 1965, 660 U.N.T.S. 195, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 Dec. 1965, 660 U.N.T.S. 195.
ישראל החמה על האמנה בתאריך 7 במרץ 1966 ואשררה אותה בתאריך 2 ביוני 1979. האמנה אושרה על כל אפליה בין בני-אדם על בסיס גזע, צבע או מוצא אתני. המדינה התחייבה על האמנה להוויכוח לבצע כל פעולה הנחוצה כדי לקדם על מדיניות לאומית או מקומית ולבטל כל חוק או תקנה שיש בהם כדי ליצור או להגביר אפליה על רקע גזעי.

סיכום

34. לסיכום, אפשרות העברת הריבונות על שטחים מאוכלסים למדינה הפלסטינית העתידית במסגרת הסדר קבע מעלה שאלות כבדות-משקל רבות, כולל, אך לא רק, שאלות משפטיות הנוגעות למשפט הבינ"ל והדין הישראלי הפנימי, וחוקותי בפרט.
35. ג'ן ווגשפטי, מצאנו כי אין מניעה מבחינת המשפט הבינ"ל, להעביר שטחים מאוכלסים מריבונותה של מדינה א' לריבונותה של מדינה ב', וזאת כל עוד מסדירים את מעמדה האזרחי של האוכלוסייה המועברת. יודגש כי כל תפנית אשר משאירה את תושבי השטחים המועברים ללא אזרחות כלשהי הינה פסולה על הסף ויגמדת בסתירה לדין הבינ"ל המנחה ומחייביות ההסכמיות של ישראל. המשמעות של כלל זה היא שבמסגרת הסדר קבע עם הפלסטינים, הכולל רכיב של העברת ריבונות על שטחים מאוכלסים, יש, בראש ובראשונה, לוודא כתנאי מקדים כי מתגבשת הסכמה מפורשת בין הצדדים לגבי מעמד האוכלוסייה המועברת לאחר ההעברה, המבטיחה את אזרחותם במדינה כלשהי.
36. מעבר לתנאי בסיסי זה, המונע אפשרות של היעדר אזרחות (Statelessness) יש לקחת בחשבון את עקרונות המשפט הבינ"ל המתגבשים, כפי שגם משתקפים בפרקטיקה המקובלת ברחבי העולם, לתת לאוכלוסייה המועברת את האפשרות לבחור להישאר במדינה א', ונדן שנכסזם מועברים למדינה ב' ("זכות הבחירה הבסיסית"); וייתכן אף לאפשר זכות בחירה נוספת, גם באם עברו, לשמור על אזרחותם במדינה א' ("זכות הבחירה המורחבת"). בהקשר הזה יצוין כי אי-מתן זכות בחירה לאוכלוסייה המועברת לשימור אזרחותה הישראלית לאחר ההעברה עשוי אף לעורר קושי במישור הדין הפנימי/חוקתי.
37. העברת הריבונות על שטחים מאוכלסים, בין אם תינתן זכות בחירה ובין אם לאו, כמובן מעוררת סוגיות רבות במישור של דיני זכויות האדם, כולל, בין היתר, שאלות הנוגעות למגיעה ב-ימרקס החיים של האוכלוסייה המועברת. פגיעות אלו, וכן תקדימים ישראלים רלוונטיים, כולל החתנתקות מעזה, מחדדים את הצורך בהסדר לפיצוי הולם בגין הפגיעות שעשויות להתרחש כתוצאה מהעברת הריבונות על השטחים.
38. מעבר לסוגיות המשפטיות המוזכרות לעיל - אזרחות, פיצויים והפרקטיקה המתגבשת בעולם - נזכיר כי מדובר בנושא מורכב ביותר המעלה שאלות לא רק במישור המשפטי

אלא בתחומים רבים אחרים, בין היתר המישור המדיני/פוליטי, הכלכלי (כולל מיצוי עבור
רכוש ומגיעה בזכויות שונות), החברתי (בין היתר יחסי יהודים/ערבים במדינת ישראל),
כמו גם במישור התדמית/הקשורת/הסברתי (כולל שאלות לגבי הושפעה של מתלך כזה
על תדמיתה של ישראל בעולם).

בברכה,


אהוד קיין