

## העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה פלסטינית: נקודת-מבטו של המשפט הבין-לאומי

ליאב אורגד, \* יורם רבין, \*\* רועי פלד\*\*\*

האם מדינת-ישראל רשאית להגיע להסכם עם מדינה פלסטינית עתידית שבמסגרתו תועבר הריבונות בשטחים המאוכלסים על-ידי אזרחים ישראלים-פלסטינים מישראל לפלסטין? אם התשובה לשאלה זו חיובית – מהם התנאים המחייבים את המדינה במסגרת הסכם כזה? במאמר זה המחברים מנסים לענות על השאלות שלעיל מנקודת-מבטו של המשפט הבין-לאומי. הם סוקרים תקדימים היסטוריים, פסיקות של טריבונלים בין-לאומיים, אמנות בין-לאומיות וכן דיונים לקראת גיבושן של אמנות חדשות. המחברים מעמידים שאלות אלה גם מול איסור ההפליה ומול הזכות להגדרה עצמית, כפי שהם מוכרים במשפט הבין-לאומי.

מסקנתם של המחברים היא כי מהלך כזה אפשרי מבחינת הדין הבין-לאומי, וכי למדינה עומדת הזכות להחליט עליו בדרכים המקובלות במשפט החוקתי המקומי, אף ללא עריכת משאל-עם בקרב יושבי השטח. עם זאת, מהלך כזה יחייב את המדינה לעמוד בכמה תנאים מחמירים, שהמרכזי מביניהם הוא מתן זכות בחירה ליושבי השטח באשר לאזרחותם ולמקום מגוריהם. המאמר מתאר את התפתחותה של זכות בחירה זו לאורך השנים. המחברים טוענים כי בעת הזו, לנוכח ההתפתחויות במשפט הבין-לאומי, תידרש ישראל להעניק לתושבים זכות בחירה רחבה, שעיקרה היכולת לבחור בין העתקת מגוריהם אל תחומי מדינת-ישראל בגבולותיה החדשים לבין הישארות בשטח המועבר, ובמקרה של בחירה להישאר בשטח – אם לשמור על

---

\* תלמיד לתואר שני במשפטים, אוניברסיטת קולומביה.

\*\* ד"ר למשפטים ומרצה בכיר, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל.

\*\*\* תלמיד ללימודי מוסמך, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

המחברים מבקשים להודות (לפי סדר א"ב) לרות גביון, אייל גרוס, אלכס יעקובסון, נתן לרנר, אילן סבן, אהוד פרוואר, אמנון רובינשטיין, יצחק רייטר, מיה שטייניץ ויובל שני. כל אתרי האינטרנט המאוזכרים נצפו לאחרונה בתאריך 20.9.2006.

אזרחותם הישראלית או לוותר עליה. מסקנה זו מעוררת ספק בדבר יכולתו של המהלך להשיג את המטרות שתומכיו מייחלים להן.

א. פתח-דבר. ב. העברת ריבונות בין מדינות. ג. מעמדו של משאל-עם בהסכמה על העברת ריבונות. ד. זכות האדם לאזרחות וחובת המדינה למנוע חוסר אזרחות. ה. "בררת-המחדל" ביחס להשלכותיה של העברת ריבונות על אזרחותם של יושבי השטח. ו. זכות הבחירה והזכות לשמור על אזרחות המדינה המעבירה: 1. מ"זכות בחירה ישנה" ל"זכות בחירה חדשה"; 2. למי זכות הבחירה מוענקת? 3. הגבלות של זכות הבחירה: הגבלת זמן והגבלת האזרחות הכפולה. ז. זכות ההגדרה העצמית. ח. איסור הפליה. ט. הערות ראשוניות מכיוונו של הדין החוקתי הישראלי. י. סוף-דבר.

## א. פתח-דבר

בשנים האחרונות הועלו בשיח הפוליטי בישראל הצעות שונות לפתרון הסכסוך הישראלי-פלסטיני. הצעות אלה מבוססות ברובן על הפתרון של "שתי מדינות לשני עמים": חלוקת ארץ-ישראל בין שתי מדינות לאום – פלסטינית ויהודית – תוך הכרה הדדית של כל אחד מהצדדים בזכותו של הצד האחר לחיות במדינה ריבונית עצמאית.<sup>1</sup> שני עקרונות משותפים כמעט לכל ההצעות הללו: האחד, הן רואות בקווי שביתת-הנשק בין ישראל לירדן, כפי שנחתמו בהסכמי רודוס משנת 1949 (להלן: "הקו הירוק"), את נקודת המוצא שלפיה ייקבע קו הגבול בין שתי המדינות; האחר, הן מכירות בכך שהמציאות שנוצרה בשטח, בעיקר למן כיבוש הגדה המערבית על-ידי ישראל בשנת 1967, מחייבת סטיית-מה מקו זה.<sup>2</sup> סטייה כזו עשויה לכלול בתחומי המדינה הפלסטינית העתידית שטחים אשר נמצאים ממערב או מצפון ל"קו הירוק", ולכלול בתחומי מדינת-ישראל שטחים הנמצאים ממזרח או מדרום לו. בין ההצעות השונות הועלו גם תוכניות שלפיהן במסגרת הסטייה מ"הקו הירוק" יועברו לתחומי המדינה הפלסטינית שטחים המאוכלסים על-ידי אזרחים

<sup>1</sup> פתרון זה מקובל על הקהילה הבין-לאומית, והיווה בסיס ל"תוכנית החלוקה" משנת 1947. ראו אלכס יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** 24-44 (2003); רות גביון "הרהורים על המשמעות וההשלכות של 'יהודית' בביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית'" [ratio.huji.ac.il/dp/dp383.pdf](http://ratio.huji.ac.il/dp/dp383.pdf).

<sup>2</sup> הצורך להכיר במציאות דמוגרפית שנוצרה בשטח, ולהתחשב בכך במסגרת המשא-ומתן להסדר-קבע, נידונו במסגרת המשא-ומתן בין הצדדים, גם לאחר שיחות קמפ-דייוויד (2000). מתוך שאיפה ליצור יציבות באזור באמצעות שמירה על רוב לאומי בשתי מדינות הלאום. צורך זה מופיע גם במכתבו של נשיא ארצות-הברית, ג'ורג' ו' בוש, לראש ממשלת ישראל לשעבר, אריאל שרון, מיום 15 באפריל 2004. מכתב זה אושר בשני בתי-המחוקקים בארצות-הברית ומשקף את עמדת הממשל. לנוסח המכתב ראו [www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Speeches/2004/04/Speeches9340.htm](http://www.pmo.gov.il/PMO/Archive/Speeches/2004/04/Speeches9340.htm).

פלסטינים-ישראלים, שבעקבות הסכמי שביתת-הנשק נכללו יישוביהם בתחומי מדינת-ישראל. הצעות אלה הועלו לראשונה על-ידי אקדמאים.<sup>3</sup> לאחרונה הן הוצגו במגרש הפוליטי,<sup>4</sup> ועוררו תגובות חדות, שנחלקו במדויק כמעט לפי קווי החלוקה המפלגתיים.

לסוגיה של העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים יש שני היבטים שזורים: המישור האחד הוא משפטי, ועניינו בשאלה אם מהלך מסוג זה הוא חוקי; המישור האחר הוא מוסרי-ערכי, והוא עוסק בשאלה אם מהלך מסוג זה הוא ראוי, רצוי או נכון. מאמר זה מתמקד אך ורק בפן המשפטי של ההצעות המועלות.<sup>5</sup> הדיון המשפטי צפוי להתעורר בשני מישורים – מישור המשפט הבין-לאומי ומישור המשפט החוקתי (של המדינות או הישויות הרלוונטיות). אנו נעסוק במשפט הבין-לאומי. המשפט החוקתי הישראלי מעורר שאלות מורכבות יותר של עובדה ומשפט, ומצריך דיון נפרד. לקראת סיום נשמיע מקצת מן השאלות שצפויות להופיע בדיון מנקודת-ראותו של המשפט החוקתי. במרכז דיוננו שתי שאלות: האחת, האם במסגרת הסכם הקובע את קו הגבול בין שתי מדינות, רשאית מדינה א להעביר לריבונותה של מדינה ב שטח שבתחומו מתגוררים אזרחים של מדינה א, ואם כן – מהם התנאים לביצועו של מהלך כזה? והאחרת, מה עשויות להיות ההשלכות של מהלך כזה, אם בכלל, על מעמדם האזרחי של יושבי השטח שהועבר ממדינה א למדינה ב? כאמור, ננסה להשיב על שאלות אלה מנקודת-ראותו של המשפט הבין-לאומי.

<sup>3</sup> Uzi Arad, *Territorial Exchanges and the Two-State Solution for the Palestinian-Israeli Conflict* (working paper, submitted for the Herzeliya Conference, January 2006); Uzi Arad, *Swap Meet – Trading Land for Peace (Israeli-Palestinian dispute)*, THE NEW REPUBLIC 16 (Nov. 28, 2005); Sergio DellaPergola, *Demographic Trends in Israel and Palestine: Prospects and Policy Implications*, 103 AMERICAN JEWISH YEARBOOK 3 (2003); ארנון סופר **ישראל, דמוגרפיה 2003-2020 – סיכונים ואפשרויות** (2003); סרג'ו דלה-פרגולה "הדמוגרפיה של ישראל והשטחים: תרחישים ומשמעותם" **מימד** 26, 7 (2003). לניסיון מקיף ראשון לבחון את ההצעות הללו ראו שאול אריאלי, דובי שוורץ והדס תגרי **עוון ואיוולת – על ההצעות להעביר יישובים ערביים מישראל לפלסטין** (2006).

<sup>4</sup> הצעה כזו נכללה במפורש ובפירוט במצעה של מפלגת "ישראל ביתנו", בראשות אביגדור ליברמן, בפרק העוסק ב"חילופי אוכלוסיה ושטחים". למצע המפלגה ראו [www.beytenu.org.il/content.asp?NID=2&CID=9](http://www.beytenu.org.il/content.asp?NID=2&CID=9).

<sup>5</sup> ההצעות שצוינו לעיל נוגעות בחילופי שטחים באזור ואדי ערה והמשולש. מאמר זה אינו עוסק באפשרות של חילופי שטחים בירושלים המזרחית וברמת-הגולן. האפשרות של העברת שטחים אלה – למדינה פלסטינית ולסוריה, בהתאמה – מעוררת שאלות דומות לאלה הנידונות במאמר זה. עם זאת, הבדלים אפשריים בין מעמדם של תושבי האזורים האלה (בין אם קיבלו על עצמם את האזרחות הישראלית ובין אם לאו) לבין מעמדם של הפלסטינים אזרחי ישראל, וכן הבדלים אפשריים באשר למעמדו המשפטי של השטח המועבר, מחייבים התייחסות ומחקר נפרדים.

התזה המוצגת במאמר היא שמבחינת העקרונות המנחים בדין הבין-לאומי אין מניעה עקרונית כי בהסכמה הדדית בין מדינת-ישראל למדינה פלסטינית עתידית ישתנה קו הגבול מעבר ל"קו הירוק", לרבות בדרך של העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מצד לצד. מהלכים של העברת ריבונות התרחשו בעולם הדמוקרטי, ואינם כה חריגים. עם זאת, לצורך יישום של מהלך מעין זה, המשפט הבין-לאומי המודרני דורש עמידה בכמה תנאים קפדניים ונוקשים ביותר, שבמרכזם הענקת זכות בחירה כפולה לתושבי השטח המועבר: האחת, זכות בחירה להישאר בתחומי ריבונותה של מדינת-ישראל; האחרת, זכות לשמירת האזרחות הישראלית במקרה של הישארות רצונית בשטח המועבר למדינה הפלסטינית. לכן, מסקנתנו היא כי בכל העברת ריבונות, אין לאלץ את תושבי השטח לעבור יחד עם השטח, ואין לאלצם לוותר על אזרחותם הישראלית אם עברו עם שטחם למדינה האחרת. החובה למלא אחר תנאים אלה, הנדרשים לפי המשפט הבין-לאומי, עשויה לרוקן מתוכן, במידה רבה, את סיכויי התממשותה של התכלית המוצהרת של מציעי ההצעות לחילופי שטחים מאוכלסים – תכלית של תכנון לאומי שעניינה שימור הרוב היהודי בישראל. נקודה נוספת שראוי להדגישה היא שתנאי חיוני למהלך של חילופי שטחים הוא הסכמתה של המדינה הפלסטינית. יש להניח כי סיכויי התגבשותו של תנאי זה תלויים במידה רבה בעמדתם של הערבים אזרחי ישראל שהם תושבי השטח המוצע.<sup>6</sup>

## ב. העברת ריבונות בין מדינות

מקרים של העברת ריבונות על-ידי שינויי גבול בדרכי שלום, ובכלל זה העברות של ריבונות החלות על שטחים מאוכלסים, הינם נדירים פחות משנהוג לחשוב. במאתיים השנים האחרונות – תקופה שבה התגבשו מדינות הלאום באירופה – התרחשו יותר משלוש מאות וחמישים שינויים כאלה.<sup>7</sup> המשותף לכל המקרים הוא המצב הבסיסי שבו שטח שהיה נתון בריבונותה של מדינה א עבר לריבונותה של מדינה ב, ברוב המקרים מבלי שלאוכלוסייה היושבת בשטח ניתנה אפשרות להשפיע באופן דמוקרטי על מהלך עניינים זה. מובן שיש גם הבדלים משמעותיים בין המקרים – הן בנסיבותיהם

<sup>6</sup> ההצעות המושמעות לחילופי שטחים מאוכלסים מערבות שתי העברות – שטח "פלסטיני" לישראל ושטח ישראלי למדינה הפלסטינית. כדי לפשט מעט את הדיון המורכב הזה, איננו דנים כאן בסוגיה שעניינה האפשרות שבשטחים שאותם תקבל ישראל בהסכם עשויים להתגורר תושבים פלסטינים (נתיני הרשות הפלסטינית), ולא רק מתנחלים/מתיישבים יהודים.

<sup>7</sup> לסקירה מפורטת של מקרים כאלה ראו: ARIE MARCELO KACOWICZ, PEACEFUL TERRITORIAL CHANGE (1994). המחבר מונה 327 מקרים של חילופי ריבונות עד לשנת 1990. נוסף על כך, למן שנת 1990 התרחשו באירופה מקרים רבים של העברת ריבונות בעקבות נפילת "מסך הברזל" והתפרקותה של יוגוסלביה, ובמקומות אחרים בעולם נקבעו בהסכמה שינויי גבול במסגרת הסדרים לסיום סכסוכים בין מדינות.

ההיסטוריות, הן בהיקפי האוכלוסין המושפעים, הן בקשרים בין יושבי השטח שהריבונות בו מועברת לבין המדינות הנוגעות בדבר, וכן בהיבטים רבים נוספים. לא הרי מקרה של העברת ריבונות עקב דה-קולוניזציה כהרי מקרה של העברת ריבונות בשטח בין שתי מדינות עצמאיות וכדומה.

"העברת ריבונות" (State Succession)<sup>8</sup> מוגדרת בסעיף 2 לאמנת וינה בדבר ירושת מדינות ביחס לאמנות, 1978:<sup>9</sup> "החלפתה של מדינה אחת באחרת בכל הנוגע לאחריות ליחסים הבין-לאומיים של טריטוריה". מסמכים בין-לאומיים מאוחרים יותר, העוסקים בנושאים אחרים הקשורים להעברת ריבונות, אימצו הגדרה זאת.<sup>10</sup> התרחיש המוצע של העברת ריבונות בשטחים ממערב ומצפון ל"קו הירוק", מישאל למדינה פלסטינית עתידית, עונה על הגדרה זו, ועל-כן נראה כי יש להחיל עליו את המשפט הבין-לאומי החל על מצב של העברת ריבונות.

כאמור, מקרים של העברת ריבונות שונים זה מזה. חלק מהם בא על רקע היפרדות של טריטוריות ממדינות – כפי שהיה, למשל, בטימור המזרחית – או במסגרת תהליכים של דה-קולוניזציה. מקרים אחרים כוללים פיצול של מדינה אחת לשתי מדינות או יותר, כפי שהיה בצ'כוסלובקיה וביוגוסלביה. ההצעות הנדונות בהקשר הישראלי-פלסטיני נכללות לכאורה בקטגוריה של מקרים שבהם ריבונות בשטח נתון עוברת בהסכמה בין שתי מדינות.

<sup>8</sup> בספרות המשפטית בישראל תורגם המונח State Succession ל"ירושת מדינות". ראו, למשל, יורם דינשטיין **המשפט הבינלאומי והמדינה** 110 (1971). לצורך מאמר זה אנו עושים שימוש במונח "העברת ריבונות", הנראה לנו מתאים יותר לתיאור המהלך מושא המאמר.

<sup>9</sup> Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, Aug. 23, 1978, available at [untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_2\\_1978.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf). (להלן: האמנה בדבר ירושת מדינות ביחס לאמנות).

<sup>10</sup> Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, Apr. 8, 1983, available at [untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_3\\_1983.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_3_1983.pdf) (להלן: האמנה בדבר ירושת מדינות ביחס לרכוש המדינה, ארכיונים וחובות כספיים); סעיף 1 ל- Declaration on the Consequences of State Succession for the Nationality of Natural Persons, 1996 (CDL-INF, 1997, 001E) (הצהרה של הנציבות האירופית לדמוקרטיה באמצעות המשפט – "ועדת ונציה", בדבר ההשלכות של העברת ריבונות על אזרחותם של בני-אדם; להלן: הצהרת ועדת ונציה); סעיף 104 לדברי ההסבר ל- European Convention on Nationality, 1997 (ETS No. 166) (להלן: האמנה האירופית בדבר אזרחות); סעיף 2 לטיטוט סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם, שצורף כנספח להחלטה Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States with Commentaries (1999) (להלן: טיטוט סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי).

בית-הדין הבין-לאומי בהג, כמו-גם בית-הדין הבין-לאומי לבוררות בהג, הכריעו לא-פעם במחלוקות בין מדינות באופן שהביא לידי העברה בפועל של הריבונות בשטח נתון ממדינה אחת למדינה אחרת. בית-הדין היה מודע להשלכות של העברת ריבונות כזו על יושבי השטח הנוגע בדבר (במצב שבו השטח המועבר היה מאוכלס). כך היה, למשל, בשנת 1992, כאשר ניגש בית-הדין להכריע בסכסוך גבול בנוגע לאזור "בולסונס" (bolsones) שבין אל-סלוודור להונדורס. בית-הדין נדרש להכריע היכן עובר הגבול בין שתי המדינות, כאשר לגבי חלק מהאזורים הנתונים במחלוקת היה ברור מי משתי המדינות שולטת באזור בפועל, מעניקה שירותים לתושביו ומחילה עליהם את אזרחותה. בהתייחס לכל אזור כזה טענה אחת המדינות כי תחומי מחוזות היסטוריים של האימפריה הספרדית מחייבים הכרה בכך שהגבול מכיל דה-יורה אזורים המוכרים דה-פקטו כנתונים בתחום המדינה האחרת. בית-הדין היה ער לכך שהחלטתו לגבי חלק מהאזורים מחילה על תושבי אותו אזור ריבונות חדשה, שאולי אין הם רוצים בה, או בלשונו של בית-הדין:

The situation may arise in some areas, whereby a number of the nationals of one party will... find themselves living in the territory of the other...<sup>11</sup>

סוגיה אחרת שהגיעה לבית-הדין הבין-לאומי בהג הייתה סכסוך גבול בין קמרון לניגריה בנוגע לחצי-האי בקסי – אזור עשיר בנפט שנשלט על-ידי ניגריה, ואשר

<sup>11</sup> סעיף 66 לפסק-הדין בעניין סכסוך הגבול בין אל-סלוודור להונדורס: *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) 1992*. לנוסח פסק-הדין המלא ראו אתר בית-הדין הבין-לאומי הקבוע בהג: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org). מקרה נוסף מהשנים האחרונות של העברת ריבונות בשטח מאוכלס, עקב פסק-בוררות של בית-הדין הבין-לאומי לבוררות, אירע בשנת 2001, כאשר בית-הדין אימץ המלצות של ועדה לקביעת הגבול בין אתיופיה לאריתריאה. ראו: *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, Decision on Delimitation rendered April 13, 2002, available at* [pca-cpa.org/PDF/EEBC/EEBC%20-%20Text%20of%20Decision.htm](http://pca-cpa.org/PDF/EEBC/EEBC%20-%20Text%20of%20Decision.htm). קו הגבול שנקבע העביר שטח שהיה בשליטה אפקטיבית אתיופית לתחומה של אריתריאה. שטח זה מאוכלס בבני שבט אירוב, שרואים את עצמם כחלק מאתיופיה, ואשר מחו עקב כך נגד שינוי קו הגבול (לאחר אינטרנט המרכז פעילות מחאה בעניין זה ראו [www.irrob.org](http://www.irrob.org)). פרופ' מייקל רייזמן, חבר הוועדה לקביעת הגבול, כתב בתשובה לשאלת המחברים (בתאריך 26 באפריל 2006) כי על-אף העניין הרב שבעיית אזרחותם של התושבים המועברים מעוררת, הסוגיה צריכה להיות מוכרעת על-ידי המדינות הנוגעות בדבר.

תושביו הם אזרחים ניגרים בני הלאום הניגרי.<sup>12</sup> בית-הדין קבע כי יש להעביר את הריבונות בחצי-האי מידי ניגריה לקמרון, אף שבאזור מתגוררים יותר ממאה אלף ניגרים. יישומה של הפסיקה הושלם בימים אלה ממש, וב-14 באוגוסט 2006 הועבר השטח מניגריה לקמרון בטקס צבאי. פרטי ההעברה יושמו בהתאם להסכם שנחתם בין נשיאי שתי המדינות בחסותו של מזכ"ל האו"ם בתאריך 12 ביוני 2006.<sup>13</sup>

מקרה נוסף של העברת ריבונות בהסכמה על שטח מאוכלס אירע בשנת 1997, כאשר בריטניה העבירה את ריבונותה בהונג-קונג לידי סין. חלק מהשטח המועבר היה בריבונות בריטניה מתוקף הסכם חכירה שנחתם בין שתי המדינות בשנת 1898, וחלקו האחר נכבש עוד קודם לכן על-ידי בריטניה. לקראת פקיעת הסכם החכירה החליטה בריטניה כי אין טעם בהחזקת יתרת השטח, ובחרה להעבירו לסין, וזאת למרות מחאתה של האוכלוסייה המקומית.<sup>14</sup>

לסיכום, אין בנמצא מסמך משפטי המטיל הגבלות עקרוניות על זכותן של מדינות לערוך שינויים בהסכמה בקו הגבול ביניהן. התקדימים ההיסטוריים, אשר לחלקם התייחסנו לעיל, כוללים עושר רב של מקרים שבהם התקיימה העברת ריבונות ללא כל הגבלה. למעשה, קיומן של אמנות בין-לאומיות המסדירות תוצאות של מהלכים כאלה הן אינדיקציה נוספת להעדרו של מחסום בפני העברת ריבונות. עם זאת, קיימים סייגים להעברת ריבונות בשטחים מאוכלסים. כפי שנראה בהמשך, סייגים אלה נובעים מהפרקטיקה של מדינות בעידן זכויות האדם – העידן שלאחר מלחמת-העולם השנייה. הניתן ליישם עקרונות אלה על הסכסוך הישראלי-פלסטיני? הקהילה הבין-לאומית רואה ברובה ב"קו הירוק" את קו הגבול התוחם את שטחה של מדינת-ישראל, שעל בסיסו אמור להיקבע קו הגבול בינה לבין המדינה הפלסטינית העתידית.<sup>15</sup> לפיכך,

<sup>12</sup> *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) 2002. ראו אתר בית-הדין הבין-לאומי, לעיל ה"ש 11.

<sup>13</sup> ראו הודעה לעיתונות מטעם מחלקת יחסי הציבור של האו"ם: [www.un.org/News/Press/docs/2006/afr1397.doc.htm](http://www.un.org/News/Press/docs/2006/afr1397.doc.htm).

<sup>14</sup> ראוי לציין כי עם העברת הריבונות איבדו התושבים המקומיים את אזרחותם הבריטית וקיבלו אזרחות סינית. לאחר לחצים פוליטיים כבדים בבריטניה נחקק חוק המאפשר לתושבים אלה לפנות ולקבל מעמד אזרחי בריטי חדש שנוצר בעבורם, ואשר אינו ניתן להורשה. לתולדות השליטה הבריטית בהונג-קונג ולתהליך העברת הריבונות לסין ראו: FRANK WELSH, A HISTORY OF HONG KONG (1993). לתיאור מפורט של המשא-ומתן בין סין לבריטניה על העברת הריבונות ראו: ROGER BUCKLEY, HONG KONG: THE ROAD TO 1997, 104–127 (1997).

<sup>15</sup> זאת, על בסיס החלטות מועצת הביטחון 242 ו-338. עמדה זו זוכה בחיזוק גם מחוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-לאומי בהג בעניין גר-ההפרדה, אשר הכירה למעשה בגבולות "הקו הירוק". ראו: *Legal Consequences of the Construction by Israel of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, 2004 I.C.J. Rep.

מבחינת המשפט הבין-לאומי, אין מניעה כי בהסכמה בין מדינת-ישראל למדינת פלסטין העתידית ישתנה קו הגבול הנידון ("הקו הירוק"), לרבות בדרך של העברת שטחים מאוכלסים בין הצדדים.

### ג. מעמדו של משאל-עם בהסכמה על העברת ריבונות

בשיח באשר להעברת ריבונות בשטחים מאוכלסים באמצעות הסכמה בין מדינות נשמעת לא-אחת הטענה כי יש לקיים משאל-עם בקרב יושבי השטח באשר לריבונות המועדפת עליהם. לצעד כזה יכולים להיות יתרונות פוליטיים וציבוריים משמעותיים.<sup>16</sup> עם זאת, השאלה החשובה לענייננו היא אם לצורך העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים קיימת במשפט הבין-לאומי חובה לקיים משאל-עם. חובה כזו יכולה להיות מושתתת על שלושה מקורות שונים: אמנה, פסיקה של טריבונל בין-לאומי או דין בין-לאומי מנהגי.

לגבי המקור הראשון ניתן לומר בפשטות כי אין בנמצא אמנה בין-לאומית כלשהי, כללית או אזורית, המחייבת עריכת משאל-עם במצבים של העברת ריבונות בשטח ממדינה למדינה. באשר למקור השני – הפסיקה – הובאו לעיל שתי דוגמות מפסקי-דין של בית-הדין הבין-לאומי בהג שניתנו במהלך חמש-עשרה השנים האחרונות, שבהן נעשו בפועל העברות ריבונות ללא כל התייעצות עם תושבי השטח. מעניין שבימים אלה ממש מתבררת בבית-הדין החוקתי בניגריה עתירה של קבוצת אזרחים ניגרים תושבי אזור הבקסי (שהועבר לקמרון כמתואר לעיל), הטוענת כי ההסכם שנחתם בין ממשלות קמרון וניגריה ליישום החלטת בית-הדין בהג בטל משני טעמים: האחד, הוא סותר את החוק הבין-לאומי, שכן ההחלטה להחיל את ריבונותה של קמרון על האזור התקבלה ללא כל הליך של התייעצות עם האוכלוסייה; האחר, הוא סותר את חוקת ניגריה מכיוון שהוא לא אושר בפרלמנט המקומי.<sup>17</sup> ההחלטה בעתירה צפויה להינתן בקרוב, אך ספק אם בית-המשפט המקומי יבטל הסכם שנערך בחסות האו"ם לשם יישום החלטה של בית-הדין הבין-לאומי בהג.

131 (July 9). על כך ראו דעתו של איל בנבנישתי "בהאג נוסד הקו הירוק" הארץ 12.7.2004.2ב.

<sup>16</sup> לסקירה על השימוש במשאל-עם לצורך קביעת ריבונות בטרטוריות הנתונות במחלוקת ראו: Gary Sussman, *When the Demos Shape the Polis – The Use of Referendums* (2003) *in Settling Sovereignty Issues*. המאמר ניתן לקריאה באתר המכון ליוזמות ולמשאל-עם באוניברסיטת קרוליינה הדרומית: [www.iandrinstitute.org](http://www.iandrinstitute.org). לסקירה של משאל-עם שנערכו בעולם בנושאים טריטוריאליים, הכוללים גם העברות ריבונות, בין השנים 1993-1552, ראו: REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE (David Butler & Austin Ranney eds., 1994).

<sup>17</sup> ראו ידיעה ביומן הניגרי [www.thisdayonline.com/nview.php?id=55766](http://www.thisdayonline.com/nview.php?id=55766), THIS DAY.



**המקור השלישי** שיכול להוות בסיס לקיומה של חובה לקיים משאל-עם במצב של העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים הוא כאמור **המנהג בדין הבין-לאומי**. נפנה כעת לעסוק בשאלה אם קיימת חובה כזו מכוח מקור זה.

הדרך המקובלת לגיבושו של מנהג היא זו המצוינת בסעיף 38(1)(ב) לחוקת בית-הדין הבין-לאומי לצדק, הקובע כי "בית הדין הבינלאומי יפסוק בסכסוכים המובאים בפניו גם בהתאם ל'מנהג הבינלאומי, כראיה לנוהג כללי שנתקבל בבחינת דין"<sup>18</sup>. בהתאם לפרשנות שניתנה לסעיף זה במשפט הבין-לאומי, עיקרון משפטי מתגבש לכלל מנהג מחייב בהתקיים שני תנאים מצטברים: (1) כאשר העיקרון המשפטי הינו ביטוי של הסכמה של מדינות, המשתקפת בפרקטיקה כללית באותן מדינות שעניגוהו בחוקים; (2) כאשר התנהגות זו נובעת מתוך תחושת המחויבות של המדינות כי המנהג הינו מחייב (opinio juris).<sup>19</sup>

לאחר מלחמת-העולם הראשונה ניכרה עלייה ברורה בפופולריות של משאלי-עם כדרך לפתרון מחלוקות בנוגע לשינויי גבול,<sup>20</sup> והסכמות בדבר עריכת משאלים נכללו בכמה וכמה הסדרים במסגרת הסכמי ורסיי. עם זאת, גם בתקופה זו הוכרעו רוב המקרים של שינויי ריבונות בטריטוריות ללא כל התייעצות עם האוכלוסייה המקומית.<sup>21</sup> אחד התקדימים שכלל עריכת משאל-עם בתקופה זו נגע באזור שלזוויג בין גרמניה לדנמרק. לצורכי המשאל חולק האזור לשניים. 80% מיושבי מרכז שלזוויג בחרו להישאר בגרמניה, ו-75% מיושבי צפון שלזוויג בחרו לעבור לריבונותה של דנמרק. אולם בכפרים עם האוכלוסייה הגרמנית באזור הצפוני בחרו יותר מ-75% מהתושבים להישאר בתחום גרמניה.<sup>22</sup> למרות התנגדותם, עבר האזור כולו לריבונות דנמרק.

<sup>18</sup> חוקת בית הדין הבינלאומי, כ"א 1, 237 (נפתחה לחתימה בשנת 1945).

<sup>19</sup> MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 64, 66 (1997).

<sup>20</sup> ראו לעניין זה: MARKKU SUKSI, BRINGING IN THE PEOPLE: A COMPARISON OF CONSTITUTIONAL FORMS AND PRACTICES OF THE REFERENDUM 243 (1993).

<sup>21</sup> שם.

<sup>22</sup> אזור שלזוויג נכבש על-ידי פרוסיה מדנמרק בשנת 1864. לאחר מלחמת-העולם הראשונה נקבע בסעיף 109 להסכם ורסיי, מ-28 יוני 1919 (להלן: הסכם ורסיי), כי עתיד האזור ייקבע במשאל-עם. שני המשאלים נערכו בראשית שנת 1920. מעניין כי בעוד שבמרכז שלזוויג ניתנה לכל יישוב האפשרות להכריע אם רצונו לעבור לדנמרק או להישאר בגרמניה (וכל היישובים בחרו להישאר בגרמניה), צפון שלזוויג הוכרזה כאזור בחירה אחד. מצב זה הביא לידי כך שיישובים שרוב אוכלוסייתם הורכבה מבני הלאום הגרמני, ואשר בהם היה רוב להישארות בתחומי גרמניה, נאלצו לעבור בכפייה לריבונות דנמרק מכיוון שבאזור הבחירה כולו היה רוב לבני הלאום הדני. ראו: Jørgen Kühl, *The National Minorities in the Danish-German Border Region*, 9–10, [www.jur.ku.dk/Balticlaw/PDF/Kuehl.PDF](http://www.jur.ku.dk/Balticlaw/PDF/Kuehl.PDF). לנוסח המלא של הסכם ורסיי ראו [www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/menu.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/menu.htm).

ההכרעה התקבלה אומנם לפי עמדת הרוב במשאל-העם, אך ראוי לשים לב כי היא כפתה על המיעוט הגרמני מעבר לריבונות דנמרק בניגוד לרצונו.

דווקא לאחר מלחמת-העולם השנייה ירדה קרנו של משאל-העם, וההסכמים שנחתמו לאחר המלחמה לא כללו בדרך-כלל דרישה למשאל-עם במסגרת שינויי גבולות והעברות ריבונות, להבדיל מההסכמים שנחתמו לאחר מלחמת-העולם הראשונה.<sup>23</sup>

לשם השלמת הדיון ראוי להתעכב על דיונים בהעברות ריבונות שהתקיימו במדינות דמוקרטיות בשנים האחרונות, ואשר כללו רכיב מרכזי של משאל-עם. נעמוד בקצרה על כמה דוגמות כאלה בטרם נסכם את עמדתנו בשאלה זו.

צוק גיברלטר נכבש על-ידי חיילי הכתר של הממלכה המאוחדת מידי ספרד בשנת 1704. בשנת 1713 העבירה ספרד את השטח באופן רשמי ומוסכם לידי הממלכה המאוחדת, במסגרת אמנת אוטרכט.<sup>24</sup> בסעיף 10 לאמנה נקבע והוסכם כי במקרה שהממלכה המאוחדת תחליט להרחיק את עצמה בכל צורה שהיא משליטה בגיברלטר, זכות הראשונים לרכישת שליטה תינתן בכל עת לממלכת ספרד. במבוא לפקודת "חוקת גיברלטר", משנת 1969, נקבע כי ממשלת הוד-מלכותה לא תהיה לעולם צד להסדר שייעביר את תושבי גיברלטר לריבונותה של מדינה אחרת בניגוד לרצונם החופשי, כפי שיבוא לידי ביטוי באופן דמוקרטי.<sup>25</sup>

בשנות השישים העלתה ספרד דרישות להחזרת השטח לרשותה, בהתבססה על החלטת עצרת האו"ם מס' 1514<sup>26</sup> בדבר עצמאותם של שטחים המצויים בשליטה קולוניאלית, אשר קבעה כי פגיעה באחדות הלאומית ובשלמות הטריטוריאלית של מדינה נוגדת את מגילת האו"ם. בתגובה קיימה בריטניה בשנת 1966 משאל-עם בקרב

<sup>23</sup> SUKSI, לעיל ה"ש 20, בעמ' 248.

<sup>24</sup> הנוסחים האנגלי, הלטיני והספרדי של הסעיף ניתנים לקריאה ב- [www.gibnet.com/texts/utrecht.htm](http://www.gibnet.com/texts/utrecht.htm)

<sup>25</sup> Gibraltar Constitution Order, 1969. הפסקה הפותחת את הפקודה הבריטית המאמצת את חוקת גיברלטר קובעת כדלקמן:

Whereas Gibraltar is part of Her Majesty's dominions and Her Majesty's Government have given assurances to the people of Gibraltar that Gibraltar will remain part of Her Majesty's dominions unless and until an Act of Parliament otherwise provides, and furthermore that Her Majesty's Government will never enter into arrangements under which the people of Gibraltar would pass under the sovereignty of another state against their freely and democratically expressed wishes.

<sup>26</sup> הנוסח המלא של החוקה ניתן לקריאה ב- [www.gibnet.com/texts/gib\\_con.pdf](http://www.gibnet.com/texts/gib_con.pdf) Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, G.A. Res. 1514 (XV), U.N. GAOR, 15th Sess., Supp. No. 16 U.N. Doc. A/4684 (1960).

יושבי הצוק, שבו הם דחו ברוב של 99.5% את הרעיון של מעבר לשליטת ספרד. משאל- עם זה גונה על-ידי העצרת הכללית, בהחלטה מס' 2353, בהיותו נוגד החלטות קודמות שקראו לממשלות בריטניה וספרד להביא לידי סיום את המצב הקולוניאלי בגיברלטר בדרך של הידברות ביניהן, תוך "שמירת האינטרסים של האוכלוסייה".<sup>27</sup> העצרת העדיפה בעניין זה הכרעה בדרך של משא-ומתן בין שתי המדינות, ולא ייחסה כל מעמד שהוא למשאל שנערך בין התושבים.<sup>28</sup>

במהלך שנות השמונים, לאחר הפיכתה של ספרד לדמוקרטיה ולנוכח השיפור ביחסים בינה לבין בריטניה, עלו מחדש רעיונות לסיום השליטה הבריטית בגיברלטר, שנודונו בהליך הידברות רשמי בין שתי המדינות (הליך זה נודע בשם "תהליך בריסל"). ב-12 ביולי 2002 הודיע שר החוץ הבריטי ג'ק סטרו לפרלמנט על הסכמה מתגבשת בדבר שליטה משותפת בחצי-האי.<sup>29</sup> בתגובה הודיעו השלטונות המקומיים על עריכת משאל-עם נוסף בקרב התושבים – רעיון שנדחה מכל וכל על-ידי ממשלת הוד-מלכותה.<sup>30</sup> המשאל נערך בחודש נובמבר 2002, ו-98.97% מהמשתתפים בו דחו את רעיון השליטה המשותפת שהוצג על-ידי השר סטרו. אף שממשלת בריטניה חזרה והודיעה כי מדובר ב"יזומה מקומית",<sup>31</sup> נדמה כי קיימת הסכמה רחבה שהמשאל הביא לידי עיכוב ממושך במשא-ומתן בין הבריטים לספרדים, שהתחדש רק שנתיים מאוחר יותר, ואשר ניתן בו מעמד עצמאי לממשלת גיברלטר הנבחרת. זאת ועוד, נציגי בריטניה נאלצו להדגיש חזרו והדגש כי כאשר יגובש הסכם כולל בדבר עתידה של גיברלטר, הוא יובא למשאל-עם, כמתחייב מחוקת גיברלטר משנת 1969.<sup>32</sup>

כיום ברור כי גורל הריבונות בצוק גיברלטר יוכרע במשאל-עם בין תושבי השטח, לאחר שתגובש טיוטת הסכם בין ממשלת בריטניה לבין ממשלת ספרד. המקור

Question of Gibraltar, G.A. Res. 2353 (XXII), U.N. GAOR 22<sup>nd</sup> Sess., Supp. 27  
.No. 16, U.N. Doc. A/6716 (1967)

28 שם.

29 נוסחה המלא של ההצהרה, שכונתה לימים "הצהרת וסטמינסטר", ניתן לקריאה ב-[www.liberal.gi/straw.asp](http://www.liberal.gi/straw.asp)

30 ראו פסקה 24 לדין-וחשבון בנושא גיברלטר של הוועדה ליחסי חוץ של הפרלמנט הבריטי: House of Commons Foreign Affairs Committee, *Gibraltar*, Eleventh Report of Session 2001–02, [www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200102/cmsselect/cmffaff/973/973.pdf](http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200102/cmsselect/cmffaff/973/973.pdf)

31 Norman Ho, *A Rocky Road: The Political Fate of Gibraltar*, 25(4) RELIGION (2004), [hir.harvard.edu/articles/1177/](http://hir.harvard.edu/articles/1177/)

32 ראו את תגובת משרד החוץ הבריטי על הדוח המאוזכר לעיל בה"ש 30: Eleventh Report from the Foreign Affairs Committee *Gibraltar* Session 2001–02: Response of the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Jan. 2003), available at [www.fco.gov.uk/Files/kfile/Cm%205714,0.pdf#search=%22gibraltar%20referendum%20commitment%20](http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/Cm%205714,0.pdf#search=%22gibraltar%20referendum%20commitment%20)

למחויבות זו הוא כפול: ראשית, חוקת גיברלטר, הכוללת כאמור התחייבות כזו מצד ממשלת הוד-מלכותה; ושנית, התחייבויות פוליטיות של הממשלה, בין היתר בעקבות קמפיין ציבורי תקיף שערכו ממשלת גיברלטר ותושביה. עמדה זו של ממשלת בריטניה ממחישה את היתרונות הציבוריים הגלומים בעריכת משאל-עם, אך בשום שלב לא נטען כי המשפט הבין-לאומי מטיל חובה לקיים משאל כאמור.

דוגמה נוספת היא מעמדם של משאלי-העם בהליך הפרישה של חבל קוויבק מקנדה, שהיה אחד הנושאים המרכזיים בפסק-דין היסטורי שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בקנדה בשנת 1998.<sup>33</sup> פסק-הדין ניתן בתשובה לבקשה לקבלת חוות-דעת שהוגשה על-ידי הממשלה הפדרלית של קנדה. הבקשה הוגשה לאחר שני משאלי-עם שנערכו ביוזמת ממשלת קוויבק במטרה להכריז על פרישתה מהפדרציה הקנדית, ולנוכח התחייבותם של מנהיגי הפוליטיים של קוויבק, שנמנו עם התומכים בפרישה, לקיים משאל-עם שלישי (בשל העובדה כי משאל-העם השני הוכרע על חודו של אחוז אחד בלבד מקולות המצביעים). לנוכח זאת החליטה כאמור הממשלה הפדרלית של קנדה לפנות לבית-המשפט בבקשה שיחווה את דעתו אם עומדת לקוויבק זכות – במשפט החוקתי הקנדי או במשפט הבין-לאומי – להכריז באופן חד-צדדי על פרישה מהפדרציה.<sup>34</sup>

בית-המשפט השיב בשלילה הן לשאלה לגבי מישור המשפט המקומי והן לשאלה לגבי מישור המשפט הבין-לאומי. נקבע כי למשאל-עם, אף אם יוכרע ברוב גדול, אין מעמד משפטי שווה-ערך לחוקה, ולכן הוא אינו יכול לגבור על סמכותם של המוסדות הפדרליים המעוגנת בחוקה של קנדה. כפי שנכתב בפסק-הדין:

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole.<sup>35</sup>

עם זאת קבע בית-המשפט כי הממשלה הפדרלית לא תוכל להתעלם מהלגיטימיות של דרישה להיפרד מהפדרציה על-דרך שינוי החוקה, היה אם זו תתבסס על תמיכתו של

<sup>33</sup> *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (להלן: עניין קוויבק).  
<sup>34</sup> למעשה, השאלה שהופנתה לבית-המשפט הייתה תיאורטית, שכן בשני משאלי-העם שקדמו לפנייה דחו תושבי קוויבק את רעיון הפרישה. למרות זאת החליט בית-המשפט להתייחס לסוגיה זו בשל האפשרות כי בעתיד תשתנה עמדת הציבור.

<sup>35</sup> פסקה 151 לפסק-הדין בעניין קוויבק, לעיל ה"ש 33.

רוב ברור במענה לשאלה ברורה, כפי שיבוא לידי ביטוי במשאל-עם. בית-המשפט קבע כי היה אם ייווצר מצב כזה, יהיו הממשלה הפדרלית, ויחד איתה ממשלות הפרובינציות האחרות, חייבות לפתוח במשא-ומתן עם ממשלת קוויבק בדבר שינוי החוקה בדרך שתיתן תוקף לפרישתה.<sup>36</sup> בית-המשפט קבע עם זאת מפורשות כי החובה לשאת-ולתת בעקבות משאל-העם, אין משמעותה חובה לנהוג על-פי תוצאות המשאל. ייתכן בהחלט, כך לפי בית-המשפט, כי המשא-ומתן ייכשל, ולא תתגבש הסכמה בנוגע לפרישת קוויבק.<sup>37</sup> בית-המשפט נמנע מספקולציה בנוגע להשלכות המשפטיות של כישלון כזה.<sup>38</sup>

בכך יצר בית-המשפט העליון בקנדה חובה חוקתית חדשה שלא הייתה מוכרת קודם לכן, ואשר מכונה מאז "החובה החוקתית לשאת-ולתת". חובה זו מבוססת על העיקרון הדמוקרטי שלפיו משהובעה באופן ברור העדפתם של האזרחים, הממשלה אינה יכולה להישאר אדישה להעדפותיהם. קביעתה של חובה זו ספגה ביקורות לא-מבוטלות מצד משפטנים בקנדה.<sup>39</sup>

בית-המשפט הקנדי ביסס את שתי מסקנותיו (האחת, דחיית מעמדו המשפטי של משאל-עם; והאחרת, החובה לשאת-ולתת על בסיס תוצאות משאל-העם) על ניתוח החוקה הקנדית. פסק-הדין לא כלל כל התייחסות למשפט הבין-לאומי בכל הנוגע למעמדם של משאלי-עם.

נקודה מעניינת נוספת העולה מפסק-הדין הקנדי היא שאלת המיעוטים הילידיים שבתוך קוויבק. אלה הגישו לבית-המשפט הודעה מטעמם הטוענת כי בכל מקרה לא תיתכן הכרה בקוויבק עצמאית, אף לא בדרך של הסכמה עם קנדה, ללא הסכמתם שלהם.<sup>40</sup> ההתייחסות כאן היא למקרה של הסכמה בין שתי מדינות (קנדה ומדינת

<sup>36</sup> בית-המשפט קובע, בין היתר (שם, בסעיפים 88-92):

The federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire... The continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain indifferent to the clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada.

<sup>37</sup> שם, פסקה 96.

<sup>38</sup> שם, פסקה 97.

<sup>39</sup> Dan Usher, *The New Constitutional Duty to Negotiate*, 20 POLICY OPTIONS 41 (1999).

<sup>40</sup> Andrew Orkin & Joanna Birenbaum, *The Aboriginal Argument: The Requirement of Aboriginal Consent*, in THE QUEBEC DECISION: PERSPECTIVES ON THE SUPREME COURT RULING ON SECESSION 83 (David Schneiderman ed., 1999).  
Paul Joffe, לעמדה שונה בדבר משמעותו של פסק-הדין בנוגע לקבוצות הילידיות ראו:

קוויבק (החדשה) על העברת השטח לריבונות קוויבק, והטענה היא כי חובה על המדינות לקבל את הסכמתם של תושבי החלקים הצפוניים של קוויבק, שהינם ילידים ששטחיהם סופחו לקוויבק בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים. בית-המשפט סירב להתייחס לטענה זו, ואף שהתווה את העקרונות לפתיחת הליך פרישה של קוויבק, הסתפק באמירה כי את עניינן של הקבוצות הילידיות יש להביא בחשבון במהלך המשא-ומתן בדבר עצמאותה של קוויבק.<sup>41</sup>

יש לשים לב להבדלים חשובים בין המקרה הקנדי לבין המקרה הישראלי-פלסטיני. במקרה הקנדי ביקשה קבוצה לכפות על המדינה פגיעה בריבונותה, ולעשות זאת באמצעות משאל-עם שיתגבר על הזכות המוכרת לשלמות טריטוריאלית. המקרה הישראלי הפוך. היה אם יתגבש הסכם לחילופי שטחים, תהיה זו המדינה שמפעילה את ריבונותה לשם שינוי גבולות, ונשאלת השאלה אם לשם שינוי כזה היא חייבת ליזום משאל-עם בקרב יושבי השטח. הבדל חשוב נוסף הוא המעמד המשפטי של קוויבק כאחד משלושה-עשר המחוזות של הפדרציה הקנדית – מחוז בעל תרבות ושפה נפרדים במידה מסוימת.<sup>42</sup> תומכי ההפרדות בקוויבק טוענים להיותם "עם נפרד". במקרה הישראלי מדובר בתושבי שטח שהינם חלק מעם, אבל אין להם – לפחות בשלב זה – מעמד משפטי עצמאי.

הדוגמה האחרונה שנדון בה כאן היא משאל-העם שהיווה מרכיב מרכזי בהסכם "יום שישי הטוב". הסכם זה ביקש לשים קץ לעשרות שנים של סכסוך עקוב מדם בדבר ריבונותה של בריטניה באירלנד הצפונית.<sup>43</sup> ההסכם עצמו כלל סעיף המחייב את אשורו בשני משאלי-עם מקבילים – באירלנד הצפונית וברפובליקה האירית (שכן יישומו דרש שינויים בחוקתה). משאלי-עם אלה נערכו במאי 1998, ובשניהם זכה "הסכם יום שישי הטוב" בתמיכה של רוב גדול.

הנושאים העיקריים שבהם עסק ההסכם היו: יצירת מוסדות דמוקרטיים חדשים לאירלנד הצפונית; יצירת מסגרות להידוק הקשרים עם הרפובליקה של אירלנד; ומתן אפשרות להעברת הריבונות באירלנד הצפונית מבריטניה לרפובליקה האירית, היה אם יבחרו בכך רוב תושבי אירלנד הצפונית באמצעות משאל-עם.<sup>44</sup> ההסכם הותיר את הסמכות להכריז על משאל-עם כזה בידי ממשלת בריטניה. לפי ההסכם ניתן לקיים

*Quebec Secession and Aboriginal Peoples: Important Signals from the Supreme Court, in THE QUEBEC DECISION: PERSPECTIVES ON THE SUPREME COURT RULING ON SECESSION 137 (David Schneiderman ed., 1999)*

41 שם, בעמ' 84.

42 קוויבק הינה המחוז היחיד בקנדה שבו אנגלית אינה שפה רשמית וצרפתית היא השפה הרשמית היחידה.

43 לנוסח המלא של ההסכם, המכונה גם "הסכם בלפסט", ראו [www.nio.gov.uk/the-agreement](http://www.nio.gov.uk/the-agreement).

44 שם, סעיף 21(2).

משאל-עם אחת לשבע שנים, אם נוכח שר החוץ הבריטי כי סביר שרוב המצביעים יעדיפו התנתקות מבריטניה ומעבר לריבונות אירלנד.<sup>45</sup> עד עתה לא נערך משאל בנוגע לשינוי בריבונות, שכן ההסכם כולל בחובו הנחה מוסכמת כי בשלב זה עמדת הרוב ידועה, ותומכת בהשאת הריבונות הבריטית.<sup>46</sup>

כמו במקרה של גיברלטר, גם במקרה של אירלנד הצפונית עומדת התחייבות קודמת של ממשלת הוד-מלכותה לא לערוך שינויים במעמד השטח מבלי לקבל את הסכמת תושביו. במקרה זה ההסכמה קבועה ב-"Ireland Act" משנת 1949,<sup>47</sup> הקובע בסעיף 2 שכל שינוי במעמדה של אירלנד הצפונית ייעשה אך ורק בהסכמת הפרלמנט של אירלנד הצפונית. בריטניה יזמה משאל-עם ראשון באזור בשנת 1973, במטרה לחזק את ההצדקה להמשך שלטונה, אך המשאל נהפך לחסר ערך לאחר שהוחרם על-ידי הלאומנים, תומכי האיחוד עם אירלנד.<sup>48</sup>

גם באירלנד הצפונית, כמו בגיברלטר, חזרה הממשלה והדגישה את מחויבותה לקבלת הסכמתם של תושבי השטח המדובר לכל פתרון הנוגע בשינויים בריבונות בו. הצהרות אלה שימשו להפגת מתחים מצד תומכי האיחוד עם בריטניה כל אימת שנפוצו שמועות על הסדר מתקרב.<sup>49</sup>

אירלנד הצפונית היא מקרה מיוחד, שכן עיקר הסכסוך במקרה זה היה טמון במחלוקת-דמים בין שתי קבוצות שחבריהן מתגוררים בשטח שלגביו נידונה העברת הריבונות. על-כן במקרה זה משאל-עם נדמה כפתרון האפשרי היחיד שיסיים את המחלוקת בדרכי שלום. נוסף על כך, המשאל נבע מהתחייבויות של ממשלת בריטניה, מהאינטרסים הפוליטיים שלה ומהמצב החוקתי ששרר באירלנד הצפונית.

חשוב לציין כי בכל המדינות המעורבות במקרים שתוארו לעיל (קנדה, בריטניה ואירלנד) וכן בכל הטריטוריות המדוברות (גיברלטר, אירלנד הצפונית וקוויבק) הוכר הכלי של משאל-עם כחלק מהמשפט החוקתי הפנימי, ללא כל קשר להכרעה בסוגיית הריבונות. הדיון באשר להתאמתו של כלי זה למציאות הישראלית ככלל אינו אחד הנושאים שבהם החלטנו לעסוק במאמר זה.<sup>50</sup>

\* \* \*

<sup>45</sup> שם, סעיף 2 ללוח-זמנים 1.

<sup>46</sup> שם, סעיף 1(3) לפרק "סוגיות חוקתיות".

<sup>47</sup> נוסח הפקודה המלא מופיע ב- [www.uniset.ca/naty/IrelandAct1949.pdf](http://www.uniset.ca/naty/IrelandAct1949.pdf).

<sup>48</sup> ראו: MICHAEL J. CUNNINGHAM, BRITISH GOVERNMENT POLICY IN NORTHERN

IRELAND 1969–2000, 13 (2001).

<sup>49</sup> שם, בעמ' 96.

<sup>50</sup> לדיון מפורט ועדכני בנושא זה ראו פנטום בפוליטיקה – ישראל ומשאל העם (דנה אריאלי-הורביץ עורכת, 2006).

לסיכום חלק זה, אי-אפשר להצביע על קיומה של חובה לקיים משאל-עם בנוגע להעברת ריבונות באמנות בין-לאומיות או בפסיקה.<sup>51</sup> בחינה של התקדימים ההיסטוריים מעלה כי משאלי-עם נערכו בדרך-כלל בגלל אילוצים פוליטיים או דרישות של החוק המקומי. מקרים אלה מצטרפים למקרים שהוזכרו לעיל שבהם לא נערך משאל-עם, דוגמת העברת הריבונות בחצי-האי בקסי מקמרון לניגריה, והעברת הריבונות בהונג-קונג מבריטניה לסיין. על-כן מסקנתנו היא כי אי-אפשר לטעון לקיומו של דין מנהגי בנושא זה.

חשוב לציין נקודה נוספת בהקשר של משאלי-עם במקרים של העברת ריבונות. אם יתברר, כפי שנטען על-ידי חלק מהמתנגדים לרעיון העברת הריבונות, כי יש בצעד כזה משום פגיעה אסורה בזכויות אדם מוגנות של תושבי השטח, אזי עצם קיומו של משאל-עם אינו יכול לרפא פגיעה כזו, לכל-הפחות לגבי אותם אלה מבין התושבים שהביעו במשאל את התנגדותם להעברה. הרוב אינו יכול לכפות על המיעוט פגיעה אסורה בזכויותיו, אפילו באמצעות משאל.

הנה כי כן, העבר הקרוב מכיל דוגמות של כוונות לערוך משאלי-עם בנוגע להעברות ריבונות, כמו-גם דוגמות של העברות ריבונות באמצעות הסכמה בין מדינות ללא משאלי-עם. המשותף לכל המקרים הללו הוא שהמשפט הבין-לאומי רוחש כבוד רב לריבונותה של מדינה בכל הקשור לקביעת גבולותיה, והדיונים באשר לאופן אישורם של שינויי גבול מתבססים על הדין המקומי (להבדיל, כפי שיובהר בהמשך, מהדיון בנוגע לגורלם האישי של יושבי השטחים המדוברים). במשפט הבין-לאומי מדינות רשאיות לקבוע ביניהן בהסכמה את קו הגבול. כמו-כן אין מניעה שמדינות יסכימו ביניהן בדרכי שלום על העברת ריבונות בשטח נתון. הדין הבין-לאומי אינו אוסר זאת גם כאשר מדובר בשטח מאוכלס, ונראה כי אין חובה משפטית לקיים משאל בקרב האוכלוסייה המתגוררת בשטח המועבר. אין בכך, כמובן, כדי למנוע קיומו של משאל כזה מסיבות אחרות, כגון מכוח חובה שהמשפט הפנימי במדינה מטיל. יכולה אף להישמע טענה שמשאל כזה מתחייב מסיבות מוסריות או ציבוריות, ואכן בשנים האחרונות גברה תדירותם של משאלי-עם בכלל, ובעניינים טריטוריאליים בפרט. עם זאת, עמדתנו כאן היא כי מבחינה משפטית טהורה אי-אפשר לבסס חובה כזו, והדיון לגביה ראוי שיישאר במישור הפוליטי-הציבורי. מובן שיש לבחון את שאלת קיומם של תנאים למהלך של העברת ריבונות, בין היתר לנוכח ההכרה הגוברת במעמדן של זכויות האדם במשפט הבין-לאומי. זאת נעשה בהמשך.

גורלם של התושבים בעת העברת ריבונות כפוף להגבלות הנובעות ממשטר זכויות האדם. הגבלות אלה יוצגו עתה.

<sup>51</sup> זו גם דעתם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 914-915 (מהדורה שישיית, 2005).



## ד. זכות האדם לאזרחות וחובת המדינה למנוע חוסר אזרחות

העברת ריבונות בשטח בין מדינות מעוררת שורה ארוכה של בעיות במשפט הבין-לאומי. שתי אמנות מיוחדות מסדירות בעיות פרטניות הנובעות מכך – למשל, בכל הנוגע לאחריותן של המדינות הנעברות לקיום אמנות שהמדינות המעבירות חתומות עליהן,<sup>52</sup> ובכל הנוגע לזכויות של המדינות הנעברות ביחס לרכוש, לארכיונים ולחובות כספיים של המדינות המעבירות.<sup>53</sup> אך הסוגיה הרגישה ביותר בהקשר של זכויותיהם של בני-האדם המתגוררים בשטח שהריבונות בו מועברת היא סוגיית האזרחות. העובדה שסוגיה זו לא באה על פתרונה באמנה מעידה לא על חוסר חשיבותה, אלא על מורכבותה, על רגישותה ועל הזהירות הננקטת במשפט הבין-לאומי לגבי התערבות בדין המקומי בענייני אזרחות.

רעיון האזרחות, כמושג המבטא את הקשר המשפטי בין אדם לבין המדינה שהוא משתייך אליה, התפתח באירופה במהלך המאה התשע-עשרה, ככל שהלכה והתפשטה תפיסת המדינה כמסגרת המעניקה זכויות ומטילה חובות.<sup>54</sup> התפתחות חשובה חלה במאה העשרים, כאשר המושג "אזרחות" הוכר לא רק כתיאור של מעמד משפטי, אלא גם כזכות אדם. לראשונה מופיעה האזרחות בהקשר זה בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם,<sup>55</sup> שם נקבע בסעיף 15 כי "כל אדם זכאי לאזרחות" וכי "לא תישלל מאדם אזרחותו דרך שרירות".<sup>56</sup>

מקובל כי מכלול הנושאים הקשורים לאזרחות הם בעיקרם עניין למדינה עצמה, וכי הם מוסדרים במישור המשפט הפנימי. עם זאת, הסדרה של מדינה בכל הקשור לאזרחות צריכים לעלות בקנה אחד עם הגבלות שנקבעו על-ידי המשפט הבין-לאומי

<sup>52</sup> האמנה בדבר ירושת מדינות ביחס לאמנות, לעיל ה"ש 9. יש לציין שלאמנה זו הצטרפו מדינות מעטות בלבד, והיא אינה מייצגת בעיקרה משפט בין-לאומי מנהגי. ראו: Rein Mullerson, *New Developments in the Former USSR and Yugoslavia*, 33 VA. J. INT'L L. 299, 300 (1993); George Miron, *Memorandum of Law: Did the ABM Treaty of 1972 Remain in Force After the USSR Ceased to Exist in December 1991 and Did It Become a Treaty between the United States and the Russian Federation?*, 17 AM. U. INT'L L. REV. 189, 255 (2002).

<sup>53</sup> האמנה בדבר ירושת מדינות ביחס לרכוש המדינה, ארכיונים וחובות כספיים, לעיל ה"ש 10.  
<sup>54</sup> לדיון באזרחות באופן כללי ראו: YAFFA ZILBERSHATS, THE HUMAN RIGHT TO CITIZENSHIP (2002); יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" **מחקרי משפט טז 55 (2000)**.

<sup>55</sup> ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948. לנוסח ההכרזה ראו [www.un.org/Overview/rights.html](http://www.un.org/Overview/rights.html).

<sup>56</sup> קביעתה של "זכות לאזרחות" מעוררת קושי, שכן מקובל כי קיומה של זכות מטיל על גורם כלשהו חובה לממשה, ואילו במקרה זה קשה לאתר גורם ברור שעליו מוטלת החובה לממש את זכותו של אדם חסר אזרחות לאזרחות. ראו: Jose Francisco Rezek, *Le Droit International de la Nationalité*, in 198(III) COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW 333, 354 (1986).

באמנות שונות.<sup>57</sup> אחת ההגבלות הללו עוסקת בנושא של שלילת אזרחות. אכן, ככל שהלכה והעמיקה ההכרה בחשיבותה של הזכות לאזרחות כ"זכות לקבל זכויות", כן התחדדה הדרישה בדין הבין-לאומי למנוע מצבים של חוסר אזרחות (statelessness). דרישה זו קיבלה תוקף משפטי באמנה לצמצום חוסר האזרחות, משנת 1961, שעליה חתמה ישראל עוד באותה שנה.<sup>58</sup> סעיף 10 לאמנה מכיל התייחסות ראשונה בעלת תוקף מחייב של המשפט הבין-לאומי למקרים של העברות ריבונות. נקבע כי כל הסכם בנוגע להעברת ריבונות לגבי שטחים בין מדינות שהן צד לאמנה יכלול הסדרים שיבטיחו כי איש לא ייוותר חסר אזרחות כתוצאה מן ההעברה. מדינה שהיא צד לאמנה, החותמת הסכם להעברת ריבונות עם מדינה שאינה צד לאמנה, מתחייבת לעשות כמיטב יכולתה שגם בהסכם זה ייכללו ההסדרים האמורים.<sup>59</sup>

אכן, החשש המרכזי בהקשר של פגיעה בזכויות אדם במקרים של העברת ריבונות בשטח נתון הוא מהיווצרות מצבים של חוסר אזרחות בקרב יושבי השטח. כך עולה מכמה מסמכים והחלטות במשפט הבין-לאומי. למשל, בדברי ההסבר לפרק באמנה האירופית בדבר אזרחות העוסק בהעברת ריבונות נכתב:

The main concern, although not the only one, is the avoidance of statelessness... 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.<sup>60</sup>

מן האמור לעיל, וכן מנוסח האמנה לצמצום חוסר האזרחות שישראל חתמה עליה, ברור כי בכל מקרה של העברת ריבונות שישראל תהיה צד לו, חובה עליה לנקוט צעדים שיבטיחו כי ההסכם שייחתם ימנע מצבים שבהם אזרחים ישראלים ייפכו לחסרי

<sup>57</sup> לעניין זה ראו סעיף 3 לאמנה האירופית בדבר אזרחות, לעיל ה"ש 10; סעיף 2 להצהרת ועדת ונציה, לעיל ה"ש 10. כמו-כן ראו: Johannes M.M. Chan, *The Right to a Nationality as a Human Right*, 12 HUMAN RIGHTS L. J. 1 (1991); וכן פסקה 2 למבוא לטיטוט סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי, לעיל ה"ש 10, שם נקבע כי: "nationality is essentially governed by internal law within limits set by international law".

<sup>58</sup> Convention on the Reduction of Statelessness, Aug. 30, 1961, 989 U.N.T.S. 175 (להלן: האמנה לצמצום חוסר האזרחות). ישראל חתמה על האמנה, אך היא מעולם לא אושרה. באשר להשלכות של אי-אשרור אמנה במישור המשפט הבין-לאומי ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51.

<sup>59</sup> סעיף 10 לאמנה לצמצום חוסר האזרחות, שם, קובע כדלקמן: "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"

<sup>60</sup> פסקה 107 לדברי ההסבר לאמנה האירופית בדבר אזרחות, לעיל ה"ש 10. כן ראו סעיף 4 לטיטוט סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי, לעיל ה"ש 10.

אזרחות כתוצאה מהעברת הריבונות. לכן ברי כי כל הצעה לחילופי שטחים מאוכלסים שיש בה כדי להפוך אדם לחסר אזרחות מנוגדת לדין הבין-לאומי.

## ה. "בררת-המחדל" ביחס להשלכותיה של העברת ריבונות על אזרחותם של יושבי השטח

הנחה מקובלת במשפט הבין-לאומי היא כי התוצאה המיידית של העברת ריבונות היא החלת האזרחות של המדינה המקבלת על היושבים בשטח. כך נקבע בסעיף 1 להצהרת ועדת ונציה, כביטוי ל"הנחה במשפט הבין-לאומי כי האוכלוסייה עוקבת אחר שינוי הריבונות בכל הקשור לאזרחות".<sup>61</sup> עקיבת האוכלוסייה אחר שינוי הריבונות כוללת לכאורה שני מרכיבים: קבלת האזרחות של המדינה המקבלת את הריבונות, ואובדן האזרחות המקורית של המדינה המעבירה את הריבונות. יש אף הרואים בשלילת האזרחות חובה של המדינה המעבירה, הנגזרת מחובתה להכיר בריבונותה של המדינה המקבלת בשטח המועבר לידיה. בדברי ההסבר להצהרת ועדת ונציה נאמר:

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.

זו גם הדעה הרווחת בין מלומדים.<sup>62</sup> הגם שיש מחלוקת בשאלה אם הניסיון המצטבר בהקשר זה מגיע לכדי כלל של המשפט הבין-לאומי,<sup>63</sup> אין חולק כי שינוי אוטומטי של האזרחות היווה את הנחת-המחדל ברובן המכריע של העברות הריבונות. הנחה זו עוגנה בהסכמים בין הצדדים, שבהם הוגדרו גם מקרי הסטייה ממנה.

<sup>61</sup> סעיף 108 לדברי ההסבר לאמנה האירופית בדבר אזרחות, לעיל ה"ש 10. ראו גם: IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 628 (6th ed., 2003).

<sup>62</sup> PAUL WEIS, NATIONALITY AND STATELESSNESS IN INTERNATIONAL LAW 147-152 (2nd ed., 1979).

<sup>63</sup> לעמדה הגורסת כי אין כלל אוטומטי כזה בעל תוקף מחייב ראו: Albrecht Randelzhofer, *Nationality*, in 3 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 501, 505 (Rudolf Bernhardt ed., 1997); Yasuaki Onuma, *Nationality and Territorial Change: In Search of the State of the Law*, 8 YALE J. INT'L L. 1, 2 (1981-1982); WEIS, לעיל ה"ש 62, בעמ' 143. לעמדה דומה של בית-המשפט החוקתי בגרמניה ראו: Kay Hailbronner, *Legal Aspects of the Unification of the Two German States*, 2 EUR. J. INT'L L. 18 (1991). מן העבר האחר, לסקירת העמדה התומכת בקיום כלל של העברה אוטומטית של האזרחות ראו: Onuma, שם, בעמ' 1; Chan, לעיל ה"ש 57, בעמ' 11; DANIEL PATRICK O'CONNELL, THE LAW OF STATE SUCCESSION 246 (1956).

בדצמבר 2000 אימצה עצרת האו"ם החלטה הממליצה למדינות לנהוג במקרים של העברת ריבונות בהתאם לטיטוט סעיפי האמנה של ועדת האו"ם למשפט בין-לאומי,<sup>64</sup> המציעה נוסח לאמנה בין-לאומית חדשה בנושא. גם בנייר זה ההנחה היא שהעברת ריבונות גוררת העברה אוטומטית של האזרחות. סעיף 5 לאמנה המוצעת, שעניינו "הנחת האזרחות" (Presumption of Nationality), מחייב רק קבלה אוטומטית של אזרחות המדינה המקבלת (ללא התייחסות לשלילת האזרחות של המדינה המעבירה). אך סעיף 20, הדן במקרים של העברת ריבונות בחלק משטחה של מדינה, קובע "הענקת האזרחות של המדינה המקבלת והסרת האזרחות של המדינה המעבירה",<sup>65</sup> דהיינו, אובדן האזרחות של מדינה א וקבלת אזרחותה של מדינה ב. עם זאת, להבדיל ממסמכים מוקדמים יותר, במסמך זה מושם דגש רב באפשרויות הסטייה מעיקרון זה, כפי שיידונו בהמשך.

ניתן להסיק מן האמור לעיל כי במצב הנוהג כיום במשפט הבין-לאומי, ובתנאי שהדבר אינו נסתר על-ידי הוראות בהסכם שבין המדינות, העברת הריבונות מובילה כעיקרון להענקת אזרחות על-ידי המדינה המקבלת למי שביום ההעברה הינם תושבי השטח, ולשלילת אזרחותם במדינה המעבירה. עם זאת, תוצאה זו הינה בררת-המחדל; ניתן – ולעיתים נדרש – לחרוג או לסטות ממנה, כפי שיתואר להלן.

## 1. זכות הבחירה והזכות לשמור על אזרחות המדינה המעבירה

### 1. מ"זכות בחירה ישנה" ל"זכות בחירה חדשה"

ברובם המכריע של ההסכמים והאמנות שנחתמו לאורך השנים בנוגע להעברות ריבונות בשטחים מאוכלסים נכללו הוראות בדבר "זכות בחירה" (Right of Option) המוענקת לתושבי השטח שהריבונות בו מועברת. זכות זו מאפשרת להם לבחור בין קבלת אזרחות מן המדינה שאליה עברה הריבונות לבין שמירה על האזרחות של המדינה המעבירה (ולו במחיר של עזיבת השטח). למרות השימוש התדיר בביטוי "זכות בחירה", מושג זה אינו בהיר די צורכו, ואין לו משמעות אחת במסמכים השונים במשפט הבין-לאומי. המושג "זכות בחירה" מבטא רעיונות שונים באשר להיקפה של הזכות, לתנאים שבהם היא ניתנת, לאנשים שהיא מוענקת להם ולמדינות שחובתן להעניקה (כמו-גם לנסיבות היוצרות חובה מעין זו). באשר לפרקטיקה הבין-לאומית, הגם שלא בכל המקרים ניתנה זכות בחירה,<sup>66</sup> היא הייתה מקובלת ברובן המכריע של העברות הריבונות. עם זאת, עצם

<sup>64</sup> ראו טיטוט סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי, לעיל ה"ש 10.

<sup>65</sup> כותרתו של הסעיף היא: "Attribution of the nationality of the successor State and withdrawal of the nationality of the predecessor State".

<sup>66</sup> כך, למשל, לא ניתנה זכות בחירה באחת מהעברות הריבונות הגדולות בהיסטוריה – ההסכם על העברת אלזס-לורן לצרפת לאחר מלחמת-העולם הראשונה. ראו Onuma, לעיל ה"ש 63, בעמ' 8. באזור זה, שהועבר לריבונות גרמניה בשנת 1871, התגוררו יותר

הענקת הזכות וקביעת תוכנה היו כפופות להסכמה בין המדינות המעורבות בהעברה. כמו-כן, חרף הנוהג הקיים להעניק זכות בחירה, נמנעו עד כה טריבונלים בין-לאומיים מלהתערב בהסכמים דו-צדדיים בכל הנוגע לעצם הענקתה של זכות הבחירה ולתוכנה.<sup>67</sup> זכות הבחירה הבסיסית הזו, המכונה בספרות גם "זכות הבחירה הישנה",<sup>68</sup> הייתה מקובלת בהסכמים מן המאה השמונה-עשרה ועד לאמצע המאה העשרים. משמעותה של זכות בחירה זו הייתה מתן אפשרות לתושבי השטח המועבר לבחור לא לקבל את אזרחות המדינה החדשה, וזאת באמצעות יציאה פיזית מהשטח שהריבונות בו מועברת. זכות זו לא הייתה מעוגנת באותה עת במשפט הבין-לאומי, אך הנוהג שהתפתח ברוב האמנות היה להעניקה, כפי שכותב O'Connell בספרו משנת 1956:

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 option...<sup>69</sup>

סעיפים בדבר זכות בחירה היו נפוצים במיוחד בהסכמים השונים שנחתמו לאחר שתי מלחמות-העולם. למשל, הסכמי ורסיי<sup>70</sup> והסכמי טריאנון,<sup>71</sup> שנחתמו לאחר מלחמת-העולם הראשונה, כללו כמות לא-מבוטלת של העברות ריבונות, בין היתר מגרמניה למדינות דנמרק, פולין, איטליה ובלגיה, וכן מהונגריה לצ'כוסלובקיה ולסרביה. בכל

ממיליון וחמש מאות אלף תושבים. סעיף 51 להסכם ורסיי, לעיל ה"ש 22, קבע כי השטח יועבר לריבונות צרפת. ההסכם קבע (בנספח לסעיף 79) כי כל בני הלאום הצרפתי שהתגוררו בשטח לפני העברתו לגרמניה (בשנת 1871), וכן כל מי שנולד בשטח ולאומיותו אינה ידועה, יקבל אוטומטית אזרחות צרפתית. גרמניה, מצידה, התחייבה (בסעיף 52) לא לטעון בשום עת ובשום מקום כי תושבי אלזס-לורן (שאיבדו עתה את אזרחותם הגרמנית) הם אזרחים גרמנים. לקטגוריה זו של אנשים, שהכילה את רוב יושבי השטח, לא ניתנה כל זכות בחירה, והחלת האזרחות הצרפתית ושלילת האזרחות הגרמנית היו אוטומטיות. בני הלאום הגרמני היו היחידים שניתנה להם הזכות לעזוב את השטח, ולגביהם התחייבה גרמניה לקלוט אותם בתחומה, אך לאזרחים גרמנים ממוצא צרפתי לא ניתנה אפשרות כזאת.

<sup>67</sup> Weis, לעיל ה"ש 62, בעמ' 157.

<sup>68</sup> שם, בעמ' 156.

<sup>69</sup> O'Connell, לעיל ה"ש 63, בעמ' 259.

<sup>70</sup> לעיל ה"ש 22.

<sup>71</sup> Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Hungary (signed at Trianon, June 4, 1920, 6 L.N.T.S. 188) (להלן: הסכמי טריאנון). ההסכם קבע את גבולות הונגריה המודרנית לאחר תבוסת האימפריה האוסטרו-הונגרית במלחמת-העולם הראשונה. לנוסח המלא של ההסכם ראו [www.lib.byu.edu/~rdh/wwi/versa/tri1.htm](http://www.lib.byu.edu/~rdh/wwi/versa/tri1.htm).

המקרים האלה נכללו סעיפים בדבר מתן זכות בחירה לתושבי השטח לשמור על אזרחותם הקודמת, בתנאי שיצאו פיזית מהשטח. לדוגמה, סעיף 113 להסכמי ורסיי, הן בהעברת מחוז שלזוויג מגרמניה לדנמרק, קובע 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.

גם בהסכם השלום בין צרפת לאיטליה שנחתם בשנת 1947, ואשר כלל העברת ריבונות בשטחים מאיטליה לצרפת, קיימת פסקה המעניקה זכות בחירה. פסקת זכות הבחירה התנתה את הזכות לשמור על האזרחות האיטלקית בעזיבת השטח שעבר לריבונותה של צרפת.<sup>72</sup> גם ההסכם על העברת אזור טרייסטה מאיטליה ליוגוסלביה, משנת 1954, כלל הסדר זהה.<sup>73</sup>

אולם ספק אם דרישה לעזוב את השטח שבו אדם מתגורר, עקב חילופי ריבונות ועקב רצונו לשמור על אזרחותו המקורית, עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים הבין-לאומיים המקובלים כיום לשמירה על זכויות האדם.<sup>74</sup> זאת, עקב החשיבות היתרה המיוחסת לקשר שבין אדם לביתו ולסביבתו הפיזית, המקימה אינטרס לא להיעקר ממקום מגורים.<sup>75</sup> זו הסיבה שבעטייה החוק הבין-לאומי אוסר מפורשות ונחרצות כל מקרה של העברת אוכלוסין,<sup>76</sup> אך אינו אוסר באופן מפורש ונחרץ שינוי אזרחות (אלא אוסר רק יצירת מצב של חוסר אזרחות, כאמור לעיל).

נראה שכיום יש לדבר על "זכות בחירה" כזכותו של תושב בשטח שהריבונות בו מועברת לשמור על אזרחותו הקודמת תוך שהוא ממשיך להתגורר באותו שטח. עם זאת, האמנה האירופית בדבר אזרחות, משנת 1997, נמנעה עדיין מלכלול זכות בחירה מפורשת זו. כל שקבעה האמנה, בפרק 5 המתייחס להעברת ריבונות ואזרחות (State Succession and Nationality), הוא שבהחלטה בדבר הענקת אזרחות חדשה או

<sup>72</sup> ראו את דברי ההסבר להצהרת ועדת ונציה, לעיל ה"ש 10, הכוללים רשימה מקיפה של מקרי העברת ריבונות באירופה.

<sup>73</sup> שם, בסעיף 91.

<sup>74</sup> שם, בסעיף 89.

<sup>75</sup> לדיון בזכות לא להיעקר ממקום המגורים בהקשרים שונים ראו: Patrick McFadden, *The Right to Stay*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1, 23-24 (1996).

<sup>76</sup> לסקירה מקיפה של נושא העברות אוכלוסין (transfer) במשפט הבין-לאומי ראו דוח של נציבות זכויות האדם של האו"ם: Awn Shawkat Al-Khasawneh & Ribot Hatano, *The Human Rights Dimensions of Population Transfer, Including the Implantation of Settlers* (E/CN.4/Sub.2/1993/17, 1993). כן ראו: Awn Shawkat Al-Khasawneh, *Freedom of Movement: Human Right and Population Transfer* (E/CN.4/Sub.2/1997/23, 1997). הדוחות ניתנים לקריאה באתר נציבות זכויות האדם של האו"ם: [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

שמירה על אזרחות קודמת לתושבי השטח, כל אחת מהמדינות המעורבות צריכה לשקול ארבעה גורמים, שאחד מהם הוא רצונו של התושב.<sup>77</sup> עם זאת, האמנה מותירה את ההכרעה בידי המדינות שהן צד להסכם העברת הריבונות. לעומת זאת, הצהרת ועדת ונציה משנת 1997 כוללת אזכור מפורש של זכות הבחירה. סעיף 13 להצהרה מטיל על המדינה המקבלת את השטח את החובה להעניק לתושבים את הזכות לבחור באזרחות של המדינה המעבירה.<sup>78</sup> סעיף 16 להצהרה קובע מפורשות כי בחירה כזו אינה גוררת חיוב לעזוב את השטח המועבר.<sup>79</sup>

הנה כי כן, "זכות הבחירה החדשה", התואמת כללים מקובלים ומודרניים של הדין הבין-לאומי, מחייבת הן את המדינה המעבירה והן את המדינה המקבלת להעניק לפרט זכות בחירה כפולה: ראשית, זכות בחירה אם להעתיק את מגוריו לתחום ריבונותה של המדינה המעבירה או לעבור (עם השטח) לתחום ריבונותה של המדינה המקבלת; שנית, במקרה של מעבר לתחום ריבונותה של המדינה המקבלת, זכות בחירה לשמור במקביל על אזרחותה של המדינה המעבירה. הענקת זכות בחירה חדשה זו אומנם אינה חובה משפטית מגובשת בדין הנוכחי, אך נראה כי המגמה המסתמנת מוועדת ונציה, ומהתפתחויות נוספות שעליהן נצביע מייד, היא להכיר בה. יש להניח, לפיכך, כי אם הנושא יעמוד על הפרק במקרה הישראלי, זכות הבחירה המודרנית תהיה אחת הדרישות שבהן יצטרך מהלך כזה לעמוד.

## 2. למי זכות הבחירה מוענקת?

זכות הבחירה אינה מוענקת באופן אוטומטי לכל יושבי השטח המועבר. הסעיפים הרלוונטיים בהסכמי טריאנון משנת 1920, אשר העניקו זכות בחירה, קבעו שתושב השטח יוכל לבחור רק באזרחותה של המדינה שבה רוב האוכלוסייה היא מאותו גזע ושפה (race and language) שאליהם הוא משתייך.<sup>80</sup> בהסכמי השלום האיטלקיים משנת 1947 נעשה שימוש במבחן השפה כמבחן היחיד לקבלת זכות הבחירה, ונקבע כי תושב השטח יוכל לבחור באזרחותה של המדינה שבה רוב האוכלוסייה דוברת את

<sup>77</sup> רצון התושב מצוין כגורם השלישי. שלושת הגורמים האחרים הם: הקשר הכן והאפקטיבי של האדם עם המדינה הנוגעת בדבר; מקום מגוריו של האדם בזמן העברת הריבונות; ומוצאו הטריטוריאלי של האדם הנוגע בדבר.

<sup>78</sup> סעיף זה קובע כי: "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".

<sup>79</sup> סעיף זה קובע: "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...".

<sup>80</sup> סעיף 65 להסכמי טריאנון, לעיל ה"ש 71.

שפתו.<sup>81</sup> סעיף 14 להצהרת ועדת ונציה משנת 1997, שהיא הראשונה כאמור שמאזכרת מפורשות את זכות הבחירה המודרנית, קובע כי מתן זכות בחירה יכול להיות מותנה בקיומו של "קשר כן ואפקטיבי" (genuine and effective link) בין תושב השטח לבין המדינה הנוגעת בדבר.<sup>82</sup> הסעיף מפרט את תכניו האפשריים של "קשר אפקטיבי" זה: קשר אתני, קשר לשוני או קשר דתי. משמע, גם בהתאם לאמור בהצהרת ועדת ונציה, זכות הבחירה עשויה להיות מוענקת רק לתושבים המבקשים לבחור באזרחותה של מדינה שעזימה יש להם קשר לשוני, אתני או דתי. מבחן זה מעיד על מתן משקל רב לקשר הלאומי ועל רצון להימנע מ"קריעה" של אדם מסביבתו הלאומית. סעיף 18 לאמנה האירופית בדבר אזרחות, משנת 1997, מציין את "הקשר הכן והאפקטיבי" של אדם עם המדינה שאת אזרחותה הוא מעדיף כאחד השיקולים שעל מדינות לשקול בבואן להכריע בנוגע להענקת אזרחות או לשמירתה בעת העברת ריבונות. מקורו של מבחן "הקשר הכן והאפקטיבי" הוא בפסיקת בית-הדין הבין-לאומי בפרשת **נוטבוים**,<sup>83</sup> ומשם הוא נלקח גם לנוסח האמנה האירופית בדבר אזרחות.<sup>84</sup>

יש לציין כי קיים ספק אם ההצדקה של הימנעות מניתוק אדם מקבוצת-ההתייחסות הלאומית שלו רלוונטית למקרה הישראלי-פלסטיני. המקרה הישראלי-פלסטיני הוא לכאורה מקרה הפוך של אנטי-אירידנטה. ההצעות המועלות במסגרת השיח בארץ מתייחסות לשטח שבו יש אוכלוסייה ערבית-פלסטינית, ועוסקות בהעברת הריבונות בו מישראל, שבה קיים רוב לאומי יהודי, למדינה פלסטינית, שבה יהיה רוב לאומי פלסטיני. הטיעונים המרכזיים של מתנגדי העברה כאמור אינם נוגעים בניתוק מקבוצת הלאום, אלא בעיקר בבעיות הנובעות מפגיעה בזכויות הפוליטיות, האזרחיות והחברתיות-הכלכליות, וכן מהניתוק מן המדינה ומהסביבה החברתית והקהילתית הפנימית לישראל.<sup>85</sup> טענות מכיוון זה יכולים אף להיות מכוונות לקיומו של קשר

<sup>81</sup> Weis, לעיל ה"ש 62, בעמ' 158; (1947) 41 AM. J. INT'L L. 627 (Editorial Comment).  
<sup>82</sup> "In deciding on the granting or the retention of nationality in cases of State succession, each State Party concerned shall take account in particular of: (a) the genuine and effective link of the persons concerned with the State..."

<sup>83</sup> *The Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice (April 6, 1955), 1955 I.C.J. 4. בפסק-דין זה נקבע כי אף שמדינה רשאית לקבוע חוקי אזרחות כראות עיניה, היא אינה יכולה לצפות שהם יוכרו במישור הבין-לאומי אם הם אינם מקיימים את המטרה הכללית של הענקת אזרחות בהתאם לקשר אפקטיבי בין המדינה לבין הפרט. האזרחות, לפי פסק-הדין, אך מתרגמת למונחים משפטיים את העובדה שלפרט יש קשרים קרובים עם אוכלוסייתה של אותה מדינה. תקציר פסק-הדין מופיע באתר בית-הדין הבין-לאומי, לעיל ה"ש 11.

<sup>84</sup> סעיף 113 לדברי ההסבר לאמנה האירופית בדבר אזרחות, לעיל ה"ש 10.  
<sup>85</sup> במחקר שערך מכון "מדה אל-כרמל" למחקרים חברתיים הביעו 91% מהנשאלים, ערבים ישראלים תושבי "המשולש", את התנגדותם לתוכנית חילופי השטחים "שהוכרזה על-ידי ממשלת ישראל". לענייננו מעניין לבחון את הסיבות להתנגדות. לפי הדיווח באתר המכון,



אפקטיבי בין התושבים הערבים בשטח המועבר לבין המדינה, בשל הקשר וההשתייכות התרבותית למיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל.

מבלי להיכנס לניתוח-עומק של סוגיה סבוכה זו, יצוין כי גם אם מקבלים טענה זו, המסמכים הבין-לאומיים הרלוונטיים (קרי, הצהרת ועדת ונציה והאמנה האירופית בדבר אזרחות) רואים בקשר אפקטיבי זה אך שיקול בהחלטה על זכות הבחירה, ולא מחסום המונע את המדינות הרלוונטיות מלהסכים על העברת הריבונות. נקודה נוספת: הגם שאין ספק כי חלק מהעברות הריבונות שנעשו בעבר השפיעו על מצבם הכלכלי של תושבי השטחים המועברים, אף אם במידה פחותה מזו הצפויה במקרה הישראלי-פלסטיני, טענה זו לא עמדה מעולם כמעט במוקד הדיון בנוגע להשלכותיה של העברת הריבונות על אזרחותם של התושבים. חריג לכך, שבו הייתה התייחסות לטענה דומה, הופיע בפסיקת בית-הדין הבין-לאומי בנוגע לגבול בין קמרון וניגריה.<sup>86</sup> במקרה זה טענו התושבים שכתוצאה מההעברה תרד רמת השירותים החברתיים המסופקים להם. בית-הדין לא הושפע מטענה זו, אלא הסתפק בקריאה למדינות לפעול בשיתוף-פעולה כדי לאפשר המשך הנאה משירותים ברמה דומה, ורשם לפניו את התחייבותו של נציג קמרון בהקשר זה:<sup>87</sup>

The implementation of the present Judgment will afford the Parties a beneficial opportunity to co-operate in the interests of the population concerned, 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.

לא מן הנמנע שאם וכאשר יתקיים דיון מעשי בהצעות להעברת ריבונות בשטחים מאוכלסים בין ישראל למדינה פלסטינית, תישמע קריאה דומה, וניתן לטעון כי היענות לה אף מתחייבת מהאחריות של מדינת-ישראל כלפי אזרחיה.

43% מהמתנגדים מחזיקים בעמדה זו מכיוון שייאלצו לעזוב את מולדתם; 33% – מכיוון שמגורים ברשות הפלסטינית יובילו לירידה ברמת חייהם; 22% – מכיוון שיאבדו את מקום עבודתם; 17% – מכיוון שהם אינם רוצים לאבד את זכויותיהם כאזרחים ישראלים; 12% – מכיוון שעתידיה של הרשות הפלסטינית אינו יציב; ו-11% מהמתנגדים ציינו את הניתוק מחברים ומבני משפחה כסיבה להתנגדותם. תיאור המחקר מופיע ב- [www.mada-research.org/sru/press\\_release/survey\\_landPop.shtml](http://www.mada-research.org/sru/press_release/survey_landPop.shtml).

86

לעיל ה"ש 12.

87

שם, פסקות 316 ו-317 לפסק-הדין.

טיוטת סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם משנת 1999,<sup>88</sup> שעוסקת אף היא בנושא, הולכת צעד אחד קדימה וכוללת סעיף מיוחד הנוגע ב"הכרה ברצונם של אנשים הנוגעים בדבר" בכל הנוגע לזכות הבחירה. סעיף 11 קובע כדלקמן:

Each State concerned shall grant a right to opt for its nationality to persons concerned who have appropriate connection with the State if those persons would otherwise become stateless as a result of the succession of States.

סעיף זה מגביל את החובה להעניק זכות בחירה לאותם מקרים שבהם אנשים עלולים להיות חסרי אזרחות. המונח "קשר הולם" (appropriate connection) המופיע בו נועד לכלול קשת רחבה יותר של מקרים מאלה הנכנסים תחת ההגדרה "קשר כן ואפקטיבי" שהוזכרה לעיל.<sup>89</sup> הבחירה במונח זה נבעה מהרצון להימנע ממקרים של חוסר אזרחות, גם אם משמעות הדבר היא הרחבת מעגל הזכאים לזכות הבחירה.<sup>90</sup> בהמשך מציעה הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם קביעה מרחיקת-לכת אף יותר. בסעיף המתיחס ספציפית למקרים של העברת ריבונות בחלקי טריטוריה בין שתי מדינות, הוועדה קובעת כי המדינה המקבלת את השטח תעניק את אזרחותה לתושביו, ואילו המדינה המעבירה את השטח תשלול את אזרחותה מהם, למעט מקרים שבהם ייקבע אחרת באמצעות זכות הבחירה שתוענק לתושבים.<sup>91</sup> מנוסח זה משתמע כי הזכות תוענק במקרה זה לכל יושבי השטח. הגם שקביעה זו מנוסחת בצורה עמומה בסעיף עצמו, היא מובאת במפורש בדברי ההסבר לסעיף זה. הצעה זו להחיל את זכות הבחירה באופן רחב על כל יושבי השטח היא הצעה לשנות את המצב הנוהג במשפט הבין-לאומי, ואינה משקפת את הדין הבין-לאומי העכשווי. אכן, ועדת האו"ם מכירה בכך ומציינת מפורשות בדברי ההסבר לסעיף כי זו עמדתה, אף אם הדבר מהווה "פיתוח פרוגרסיבי של הדין הבין-לאומי".<sup>92</sup>

הפער בין הגישה האירופית, כפי שהובעה בהצהרת ועדת ונציה, לבין גישתה של ועדת האו"ם, שהוצגה זה עתה, התעורר במלוא עוצמתו בישיבת ועדת האו"ם שדנה בטיטת סעיפי האמנה ביוני 1997.<sup>93</sup> קונסטנטין אקונומידס, חבר ועדת האו"ם ומי

<sup>88</sup> לעיל ה"ש 10.

<sup>89</sup> ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט הסמוך לה.

<sup>90</sup> פסקה 9 לדברי ההסבר לסעיף 11 לטיטת סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי,

לעיל ה"ש 10.

<sup>91</sup> שם, בסעיף 20.

<sup>92</sup> סעיף 5 לדברי ההסבר לפסקה 20 של טיוטת סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי,

לעיל ה"ש 10.

<sup>93</sup> לעיקרי הדיון ראו: Summary record of the 2489th meeting, in 1997 YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW COMMISSION 102 (Vol. I, 1997).

שהיה אחראי להכנת הצהרת ונציה, טען כי יש בהצעה זו משום סטייה משמעותית מהמנהג המקובל (traditional practice). הוא טען כי יש להגדיר בצמצום את הזכאים לזכות הבחירה, ושהגדרה רחבה כזו "אינה רק בניגוד למנהג, אלא גם תומנת בחובה סכנות".<sup>94</sup> הממונה על הדוח מטעם ועדת האו"ם, ואצל מיקולקה, הסכים שיש מידה של צדק בטענה זו, ואף ציין שגורמים נוספים מתחו ביקורת על "נדיבותה" של הוועדה בהקשר זה, אך טען כי לאחר היסוס הכריע שזו העמדה שראוי להחזיק בה בסוף המאה העשרים,<sup>95</sup> וכי הנוסח האירופי בדבר "קשר אפקטיבי" עולה כדי הפליה.<sup>96</sup> חשוב לציין כי בסופו של דבר אומץ הנוסח המקורי של דוח ועדת האו"ם על-ידי עצרת האו"ם כנספח להחלטה הממליצה למדינות לנהוג על-פיו (אם כי אין להחלטה זו תוקף משפטי מחייב).<sup>97</sup> בשנת 2004 החליטה העצרת להמשיך לקבל הערות ממדינות חברות בנוגע לנוסח הנייר, ובאשר לשאלה עד כמה ראוי ליצור במשפט הבין-לאומי כלי מחייב בנושא זה.<sup>98</sup>

מן האמור לעיל ניתן להסיק כי במקרה של העברת ריבונות בשטחים בין ישראל למדינה פלסטינית תעלה על הפרק שאלת מתן זכות לתושבי השטח לבחור לשמור על אזרחותם הישראלית. במצב המשפטי הנוכחי במישור הדין הבין-לאומי אין כל אמנה המטילה חובה משפטית להעניק זכות בחירה רחבה לכל תושבי השטח כולם. מתן זכות לתושבי השטח לשמור על אזרחות ישראלית יהיה תלוי בהסכמה שתיווצר בין ישראל למדינה הפלסטינית. עם זאת, כפי שהראינו לעיל, קיימות שתי מגמות מודרניות המחייבות התייחסות: הראשונה – קיומן של כוונות בעלות משקל (אם לשפוט על-פי הצעתה של ועדת האו"ם) לעגן באמנה מחייבת את חובותיהן של מדינות בנוגע לאזרחותם של תושבי שטחים שהריבונות בהם מועברת, לרבות החובה להעניק זכות בחירה בהיקף כזה או אחר; השנייה – הרחבת זכות הבחירה וכן הענקתה לכל יושבי השטח. הגם שמדובר במגמות בלבד, הנתונות במחלוקת, יש להיות מודע אליהן ולהעניק להן משקל ראוי בעת הדיון הציבורי והמשפטי בהצעת חילופי השטחים. על-פי תפיסתנו, הן לפי הגישה האירופית והן לפי גישתה של ועדת האו"ם, תחול זכות הבחירה על תושבי השטח המועבר.

### 3. הגבלות של זכות הבחירה: הגבלת זמן והגבלת האזרחות הכפולה

גם אם עומדת זכות בחירה לתושבי השטח המועבר, היא כפופה בדרך-כלל להגבלות טכניות ומהותיות. הגבלה טכנית מקובלת היא הגבלת זמן: זכות הבחירה אינה עומדת

<sup>94</sup> שם, בעמ' 103.

<sup>95</sup> שם.

<sup>96</sup> שם, בעמ' 105.

<sup>97</sup> ראו לעיל ה"ש 10.

<sup>98</sup>

החלטה A/RES/59/34 של עצרת האו"ם מיום 16 בדצמבר 2004. ראו [www.un.org/Depts/dhl/resguide/r59.htm](http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r59.htm).

לתושבים באופן קבוע ולזמן בלתי-מוגבל. מימושה קצוב בזמן שהגדירו המדינות שהן צד להעברת הריבונות. בדרך-כלל מדובר בפרק-זמן של חודשים מספר עד שלוש שנים.<sup>99</sup> המשמעות של אי-מימוש הזכות בתקופה המוגדרת היא בדרך-כלל הסתמכות על בררת-המחדל שנידונה לעיל, שלפיה תושב השטח מאבד את אזרחותו במדינה המעבירה.<sup>100</sup>

הגבלה מהותית יותר של הזכות לבחור היא הגבלת האזרחות הכפולה. מדינות שונות נוקטות עמדה משפטית שונה באשר לאפשרות של אזרחיהן להחזיק במקביל אזרחות של מדינה או מדינות נוספות. בעבר נעשו מאמצים בקהילייה הבין-לאומית להביא לידי צמצום התופעה של אזרחויות כפולות או מרובות.<sup>101</sup> לאחר נפילת "מסך הברזל" הסתמנה נטייה גוברת בקרב מדינות לאפשר אזרחות כפולה, אך דמוקרטיות מערביות רבות אינן מתירות זאת עדיין, ביניהן גם ארצות סקנדינביה, גרמניה, אסטוניה ומדינות נוספות. (בהקשר זה, האפשרות לשמור על אזרחות ישראלית בנוסף לאזרחות גרמנית הינה חריג הנובע מן הנסיבות ההיסטוריות המיוחדות. קיימים גם חריגים נוספים).<sup>102</sup>

גם אם קיימת חובה 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. דברי ההסבר לטיטת סעיפי האמנה של האו"ם אינם מעודדים מדיניות של אזרחות כפולה או מרובה, והנושא נותר

<sup>99</sup> הניסיון ההיסטורי מלמד על מגוון רחב של פרקי-זמן המוגדרים בפסקות הנוגעות בזכות הבחירה. להלן כמה דוגמות מרכזיות: בהסכם בין צרפת לאלג'יריה על הענקת עצמאות לאלג'יריה הוגדר פרק-זמן של שלוש שנים; בהסכם בין ספרד למרוקו בדבר העברת אזור סידי-איפני למרוקו הוגדרה תקופה של שלושה חודשים; הסכמי ורסיי העניקו ברוב המקרים פרק-זמן של שנתיים; והסכמי השלום של איטליה משנת 1947 העניקו פרק-זמן של שנה. לדוגמות נוספות ראו: O'CONNELL, לעיל ה"ש 63, בעמ' 263.

<sup>100</sup> כך נשללה אזרחותם של מי שהיו אזרחי צרפת ממוצא אלג'ירי אשר התגוררו באלג'יריה בזמן נסיגת צרפת ממנה ולא מימשו את זכותם להכריז על בחירה באזרחות הצרפתית בתקופת שלוש השנים שהוקצבה לכך בחוק הצרפתי. לדיון מפורט במקרהו של תושב צרפת ממוצא אלג'ירי אשר איבד את אזרחותו וטען כי נודע לו על אובדן אזרחותו רק כאשר ביקשה צרפת לגרשו מתחומה עקב מעשים פליליים שעשה, ראו את פסק-דינו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם: Beldjoudi v. France, 12083/86 [1992] E.C.H.R. 42. (26 March 1992). בית-המשפט אסר את הגירוש מטעמים של פגיעה לא-מידתית בחיי המשפחה של העותר ואשתו (אזרחית צרפתית וילידת צרפת), אך לא חלק על עצם זכותה של צרפת לגרש אדם כזה מתוך מטרה של הגנה על הסדר הציבורי ומניעת פשע.

<sup>101</sup> על רקע זה נחתמה באירופה האמנה לצמצום מקרים של ריבוי אזרחויות: Convention on Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationality, 1963 (ETS No. 43).

<sup>102</sup> סעיף 106 לדברי ההסבר להצהרת ועדת ונציה, לעיל ה"ש 10.

להכרעתה הבלבדית של כל מדינה.<sup>103</sup> סעיפים 9 ו-10 לנייר קובעים מפורשות את זכותה של מדינה להתנות את קבלת אזרחותה בויתור על אזרחותה של מדינה קודמת, ואת זכותה של מדינה מעבירה לשלול את אזרחותה מתושבי השטח אשר קיבלו על עצמם את אזרחותה של המדינה המקבלת את השטח.

מן האמור לעיל עולה כי על-פי המשפט הבין-לאומי צפויות כמה התרחשויות אם יגיעו הישראלים והפלסטינים להסכם הכולל העברת שטחים מאוכלסים. אם תושבי השטחים שבהם תועבר הריבונות מישראל למדינה הפלסטינית יבחרו לשמור על אזרחותם הישראלית, אזי זו מסתמנת יותר ויותר כזכותם. האפשרות לאזרחות כפולה, משמע לשמירה על האזרחות הישראלית לצד קבלת האזרחות הפלסטינית, תהיה נתונה עם זאת להסכמה בין הצדדים, והיא תושפע מהמשפט הפנימי של המדינות הרלוונטיות. מימוש הזכות יהיה מוגבל לפרק-זמן נתון, שלאחריו תינתן אוטומטית האזרחות הפלסטינית לתושבים ללא אפשרות לשמור על האזרחות הישראלית. בפרק-הזמן שבו תינתן אפשרות הבחירה, ואם לא יחול שינוי במצב החוקי בישראל, המתיר אזרחות כפולה,<sup>104</sup> יוכלו הערבים-הפלסטינים תושבי השטח המועבר שיבחרו לעבור לריבונות המדינה הפלסטינית להחזיק באזרחות כפולה – ישראלית ופלסטינית. זאת, כמובן, בכפוף לדין הפלסטיני העתידי, קרי, אם המדינה הפלסטינית העתידית תהיה נכונה לאפשר לאזרחיה להחזיק גם באזרחות ישראלית. פלסטיני שיבחר לשמור על אזרחותו הישראלית ויתגורר במדינה הפלסטינית העתידית יהיה במעמד של אזרח ישראלי המתגורר מחוץ לתחומי מדינת-ישראל, על כל המשמעויות הנובעות מכך, כגון העדר זכות להצביע לכנסת<sup>105</sup> והעדר אפשרות להורשת האזרחות מעבר לדור אחד.<sup>106</sup>

בהקשר של ישראל והפלסטינים עולה השאלה אם העברת ריבונות בשטח הכולל תושבים ילידים<sup>107</sup> משפיעה על מסקנותינו? התשובה לכך שלילית. לא ניכנס להבחנה

<sup>103</sup> פסקה 5 לדברי ההסבר לסעיף 1 לטיוטת סעיפי האמנה של הוועדה למשפט בין-לאומי, לעיל ה"ש 10.

<sup>104</sup> אזרח ישראלי אינו מחויב לוותר על אזרחות זרה כתנאי לאזרחותו הישראלית. לכן, אם תבקש ישראל לשלול את האזרחות הישראלית מתושבי השטחים המועברים שלא יסכימו לוותר על קבלת אזרחות פלסטינית, יהא עליה להציג הצדקה משכנעת וטעם חזק מאוד להבחנה הזו בינם לבין אלה המחזיקים בכל אזרחות זרה אחרת. דרישת ויתור כזו, בהעדר טעם מצדיק משמעותי, תהיה בגדר הפליה אסורה. לדין באזרחות כפולה בישראל ראו זילברשץ, לעיל ה"ש 54.

<sup>105</sup> זכותו העקרונית של אזרח להצביע כפופה להיותו רשום בפנקס הבוחרים. תנאי להיכללות בפנקס הבוחרים הוא היות האזרח רשום במרשם התושבים. אזרח שאינו תושב ישראל אינו רשום בפנקס הבוחרים ולכן אינו זכאי להצביע. ראו סעיף 28 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס"ח 103.

<sup>106</sup> רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1103.

<sup>107</sup> להבחנה בין מיעוט ילידי לבין מיעוט מהגר ראו אילן סבן "קול (דו-לשוני) בודד באפילה?" עיוני משפט כז 109, 130-134 (2003).

– הסבוכה כשלעצמה – בין מיעוט יליד לבין מיעוט לא-יליד במשפט הבין-לאומי, ונאמר רק כי בדין הבין-לאומי העוסק בהעברות ריבונות בשטחים מאוכלסים אין כל אזכור, ולו ברמז, להבחנה בין אוכלוסייה מהגרת לבין אוכלוסייה ילידה. לענייננו ניתן לטעון כי התוצאה של העברת הריבונות תהיה כזו שתהפוך קבוצה ילידה המהווה מיעוט במדינה המעבירה, שבה ה"מהגרים" הם הרוב הדומיננטי, לחלק בלתי-נפרד מהרוב במדינה שבה שולטים הילידים.

## ז. זכות ההגדרה העצמית

שאלה נוספת מתחום המשפט הבין-לאומי היא אם לזכות להגדרה עצמית יש השפעה על האפשרות להעביר שטחים מאוכלסים כאמור. טענה אפשרית שיכולה להישמע בהקשר זה היא כי עצם ההעברה של שטחים מאוכלסים פוגעת בזכות להגדרה עצמית של תושבי השטח (ישראלים ממוצא ערבי).<sup>108</sup>

הזכות להגדרה עצמית (self-determination) הוכרה בסעיף 1(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, משנת 1966, אשר לפיו: "לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי והתרבותי."<sup>109</sup> עניינה של הזכות להגדרה עצמית בשאיפה להבטיח כי כל עם (people) יוכל לבטא את תרבותו במסגרת החיים הציבוריים שלו ולפעול לקידום האינטרסים של בניו.<sup>110</sup> עם זאת, המשפט הבין-לאומי מבחין בין שני מישורים שונים של הזכות: האחד, המישור החיצוני של הזכות להגדרה העצמית, שבמסגרתו הדרך לממש יעדים של הגדרה עצמית היא באמצעות הגדרת הקבוצה כמסגרת מדינית עצמאית (לרוב כינון מדינה עצמאית בשטח שבו הקבוצה הרלוונטית מתגוררת) שההכרעות המרכזיות בה מתקבלות על-ידי אלה הנמנים עם הקבוצה; והאחר, המישור הפנימי או התוך-מדינתי של הזכות להגדרה עצמית, שבמסגרתו עומדות למיעוטים לאומיים זכויות שונות למימוש היבטים מסוימים של הגדרה עצמית (והכרה בזכות לתרבות). הצורך להגן על תרבות המיעוט הוא משמעותי במיוחד במדינת לאום. ככל שהמדינה מקדמת באופן מוצהר ואינטנסיבי יותר את תרבותו של הרוב, וככל שתרבותו של הרוב נהנית ממעמד דומיננטי יותר בחיים הציבוריים, כן מתחזקת

<sup>108</sup> על צרון זה של התושבים ניתן לעמוד באמצעות משאל-עם, אשר לדעתנו, בנסיבות המוסברות, אינו בגדר חובה במשפט הבין-לאומי. ראו פרק ג לעיל.

<sup>109</sup> האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה בשנת 1966). כן ראו סעיף 1(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה בשנת 1966). ישראל אשררה את שתי האמנות בשנת 1992. ראו גם סעיפים 1(2) ו-55 למגילת האו"ם (U.N. Charter).

<sup>110</sup> ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 324, וכן: HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT 973–978 (1996).

החשיבות של יצירת הסדרים שלטוניים שתכליתם שימורה וחיזוקה של תרבותו של המיעוט, ובכלל זה הענקת זכויות מתוחמות של ניהול עצמי, מתן ביטוי לתרבותו של המיעוט בחיים הציבוריים (ובכלל זה לשפתו של המיעוט) וסיוע שלטוני לשימור תרבותו של המיעוט (בעיקר בתחום החינוך), ככל שהללו אינם סותרים באופן משמעותי את עקרונות-היסוד של המדינה.<sup>111</sup>

לדעתנו, הזכות להגדרה עצמית אינה חוסמת הסכם לחילופי שטחים מאוכלסים. הפרקטיקה של המשפט הבין-לאומי מראה כי הזכות להגדרה עצמית לא הובנה מעולם כזו שמקנה לקבוצות מיעוט זכות וטו על עצם העברת שטחים מאוכלסים ממדינה למדינה. ברור כי הזכות להגדרה עצמית במובן החיצוני (הזכות לכינון מדינה עצמאית) אינה עומדת למיעוט הערבי במדינת-ישראל, שכן במובן זה היא קיימת רק ביחס לקבוצות לאומיות שהוכפפו ונשלטו על-ידי שלטון קולוניאלי או ביחס למיעוטים לאומיים שנמצאו תחת משטר דיכוי ששלל מהם כל היבט ממשי של הגדרה עצמית במסגרת המדינית.<sup>112</sup> אולם אם הסכם שלום סופי בין ישראל לפלסטין יהיה מותנה בהחזרת שטחים מאוכלסים כאמור, יהיה בו כדי לקדם פתרון מהסוג של "שתי מדינות לשני עמים", המושתת על זכות ההגדרה העצמית לשני העמים. במובן זה, הסכם חילופי שטחים מאוכלסים, כחלק מהסכם שלום כולל, דווקא יחזק את זכות ההגדרה העצמית, ולא יפגע בה.

נוסף על כך, הסכם חילופי שטחים מאוכלסים אינו פוגע גם בזכות להגדרה עצמית במובנה הפנימי (התוך-מדינית). כאמור לעיל, הענקת זכות בחירה לתושבי השטח המועבר מאפשרת להם לבחור את הזהות המועדפת עליהם. האפשרות האחת היא לממש את זכות ההגדרה העצמית באמצעות בחירה להישאר בשטח המועבר ולהצטרף כאזרח אל המדינה הפלסטינית, שתהיה בעלת זהות לאומית פלסטינית. האפשרות האחרת היא לממש את זכות ההגדרה העצמית באמצעות בחירה להישאר בשטח ישראל ולהשתייך למיעוט הערבי בישראל, אשר עומדת לו, כבר כיום, הזכות לשימור תרבותו ושפתו במסגרות הקיימות במדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

<sup>111</sup> ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 332. לדיון תיאורטי בזכות ההגדרה העצמית ראו חיים גנז מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות (2006).

<sup>112</sup> ראו לעניין זה את דבריו הנחרצים של בית-המשפט העליון של קנדה בפרשת קוויבק, לעיל ה"ש 33:

a right to secession only arises under the principle of self-determination of people at international law where "a people" is governed as part of a colonial empire; where "a people" is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where "a people" is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state.

## ח. איסור הפליה

שאלה אחרונה מתחום המשפט הבין-לאומי שעשויה להתעורר בהקשר הישראלי-פלסטיני נוגעת בעקרון השוויון ובאיסור ההפליה. איסור ההפליה קבוע בסעיף 1(א) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, משנת 1966,<sup>113</sup> כמו-גם באמנות חשובות נוספות.<sup>114</sup> הסעיף מגדיר "אפליה גזעית" כהבחנה על בסיס גזע, שמגמתה או תוצאתה הן פגיעה בזכויות אדם או בחירויות-יסוד. הטענה שניתן להעלות לכאורה בענייננו היא כי חילופי שטחים בין ישראל למדינה הפלסטינית, שיכללו העברה של שטחים המאוכלסים על-ידי אזרחים ערבים ישראלים, מהווים הפליה אסורה על בסיס לאום. טענה זו מגלמת בתוכה את ההנחה כי במעבר מישראל למדינה הפלסטינית יש משום פגיעה בזכויות אדם או בחירויות-יסוד, שכן אם אין פגיעה כזו, אין מדובר בהפליה אסורה.<sup>115</sup> לדעתנו, בהתקיים תנאים של מתן זכות בחירה כפולה לתושבי השטח להמשיך להתגורר בתחומי מדינת-ישראל כאזרחיה ואף להתגורר כאזרחיה בתחומי המדינה הפלסטינית, וכן בהנחה שההסכמים בין ישראל למדינה הפלסטינית יבטיחו את זכויותיהם של תושבים אלה,<sup>116</sup> אין זה הכרחי שההעברה תביא לידי פגיעה כאמור. עצם העובדה שהפרקטיקה של חילופי שטחים מאוכלסים הינה מקובלת למדי, הן מבחינת המקרים לאורך ההיסטוריה והן לנוכח עיגונה באמנות, מצביעה על כך שהמשפט הבין-לאומי אינו מתייחס להעברת שטחים הנעשית בהתאם לכללים, תוך מתן זכות בחירה לפי מצוות המשפט הבין-לאומי, כאל הפליה אסורה.

## ט. הערות ראשוניות מכיוונו של הדין החוקתי הישראלי

בחרנו לא לעסוק במאמר זה בזווית-הראייה של המשפט החוקתי הישראלי. עם זאת, נרצה להשמיע כמה הערות ראשוניות.

<sup>113</sup> האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה בשנת 1966). ישראל חתמה על האמנה עם קבלתה, ב-7 במרס 1966, והיא נכנסה לתוקף לגבי ישראל בשנת 1979.

<sup>114</sup> ראו גם סעיף 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 109, בעמ' 205, וכן סעיף 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 109.

<sup>115</sup> האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, לעיל ה"ש 113, אוסרת מעשים מפלים "שמגמתם או תוצאתם יש בהן כדי לסכל את ההכרה, ההנאה או השימוש... על בסיס שווה של זכויות האדם וחירויות היסוד".

<sup>116</sup> למעט זכויות הנובעות ממגורים בישראל, כגון הזכות לבחור לכנסת, אשר יוענקו רק לאלה שיחליטו להישאר בישראל.



ההנחה היא שהסכם הנוגע בהעברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה פלסטינית – אם ייחתם כזה בעתיד – יעוגן גם בחוק של הכנסת,<sup>117</sup> כחלק מחקיקה שתסדיר באופן סופי את סיום הסכסוך. חוק זה עלול לפגוע בזכויותיהם של תושבי השטח שיועבר לריבונותה של המדינה הפלסטינית, שהינם רובם ככולם אזרחי ישראל בני הלאום הפלסטיני. מהותן והיקפן של הזכויות הנפגעות, וכן עוצמת הפגיעה, יהיו תלויים, באופן טבעי, באופיו של החוק המסדיר ובהוראותיו. בהנחה שהחוק המסדיר יעניק זכות בחירה כלשהי לתושבי השטח המועבר, הזכות לאזרחות של התושב עצמו אינה צפויה להיפגע, הואיל ותעמוד לו האפשרות לשמור על אזרחותו הישראלית.<sup>118</sup> זאת, בהנחה שיישמר חופש התנועה בין ישראל לפלסטין לגבי אזרחים אלה (סגירת מעבר הגבול לגביהם עלולה ליצור סיכוכים משפטיים אחרים). בהינתן זכות בחירה, ובהנחה שהדין החוקתי אכן יתיר העברת ריבונות כזו, יתחייב עדיין דיון בפיצוי הולם בגין זכויות האדם שייפגעו, וביניהן הזכות לקניין של התושבים בשטח המועבר.<sup>119</sup>

בחירת חוקתיותו של מהלך מעין זה, ובעיקר מידתיותו, תלויה, מטבע הדברים, במשתנים רבים האפופים כעת אי-ודאות. לכן בשלב זה קשה לאמוד את מידת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים של תושבי השטח ואת היקף הפגיעה. חוקתיותו של מהלך מעין זה תלויה במשתנים מגוונים, שיהיה צורך להעמידם בביקורת שיפוטית בבוא העת. ביניהם ניתן למנות את הנסיבות המדיניות-הבטחוניות באותה עת ואת טיבו של הסדר השלום שבמסגרתו יוסכם על מהלך של העברת ריבונות (האם מדובר בהסדר-קבע לסיום הסכסוך הישראלי-פלסטיני? מה טיב ההסדר? האם ההסדר יכלול גבול פתוח וחופש תנועה בין המדינות?); את עוצמת הפגיעה בזכויותיהם של

<sup>117</sup> לדיון בשאלה אם לשם ביטול ההחלה של המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת-ישראל בשטח מסוים נחוצה חקיקה של הכנסת (ומה טיבה), ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 920-921, 934-935.

<sup>118</sup> כנגד זה, ברור כי חוק העברת שטחים מאוכלסים שישלול את אזרחותם הישראלית של תושבי השטח המועבר, ללא מתן זכות בחירה, יעורר בעיות משפטיות סבוכות, גם בהנחה שהתושב המועבר יזכה באזרחות פלסטינית ועל-כן לא יישאר חסר אזרחות. שלילת אזרחות ללא הענקת זכות בחירה פוגעת בשלל הזכויות הפוליטיות, האזרחיות והחברתיות הנובעות מאזרחות בישראל. לחשיבותה של זכות האזרחות ראו בג"ץ 2757/96 אלראי נ' **שר הפנים**, פ"ד נ(2) 18 (1996); בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' **שר הפנים**, פ"ד נב(4) 690 (1998); בג"ץ 754/83 רנקין נ' **שר הפנים**, פ"ד לח(4) 113 (1984); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1106-1113.

<sup>119</sup> ראו, בהקשר אחר, בג"ץ 1019/06 המועצה האזורית מטה בנימין נ' **מ"מ ראש הממשלה** (טרם פורסם, ניתן ביום 1.2.2006). לסוגיה המורכבת של פיצוי הולם בשל העברת ריבונות, אשר דיון בה חורג ממסגרתו של מאמר זה, ראו: Ana Stanic, *Financial Aspects of State Succession: The Case of Yugoslavia*, 12 EUR. J. INT'L L. 751 (2001); STATE SUCCESSION IN MATTERS OF PROPERTY AND DEBTS (Justitia et Pace, Institute de Droit International, Vancouver, 2001); ASPECTS OF THE LAW OF STATE SUCCESSION (International Law Association, Berlin Conference, 2004).

התושבים (האם תינתן לתושבים אפשרות לשמור על הנכסים? מהו שיעור ירידת הערך של הנכסים כתוצאה מהעברתם לריבונות פלסטין? מהו שיעור הפיצוי שיינתן לתושבי השטח בשל הפגיעה בזכויותיהם?); את טיבה של זכות הבחירה שתינתן לתושב השטח (מינימלית או רחבה? מה היא תכלול?); את היקף התופעה (מספר התושבים שיבחרו לעבור לריבונותה של המדינה הפלסטינית, ולעומתם – מספר המתנגדים למהלך של העברת הריבונות); את זהותו ומעמדו של השטח המועבר;<sup>120</sup> את אופיו של המשטר הפלסטיני שאליה תועבר הריבונות בשטח (שישליך גם על מידת ההרעה של התנאים והזכויות של תושבי השטח); ואת המצב המשפטי הישראלי בעת העברת הריבונות בכל הנוגע לכללי הורשת אזרחות, לדיני אזרחות כפולה וכדומה.

במאמר זה איננו נוקטים עמדה משפטית לגבי מידת חוקתיותו של מהלך מדיני מסוג של העברת ריבונות, שפרטיו אינם ידועים כלל ואשר סיכויי התממשות אינם ניתנים להערכה. דיון זה, מבלי שעומדות על הפרק הוראות חוק קונקרטיות ומבלי שידועות כל הנסיבות הרלוונטיות, הוא בלתי-אפשרי ובשלב זה תיאורטי מדי.

## י. סוף-דבר

בשיח הציבורי והאקדמי סביב ההצעות להעברת ריבונות באזורים מסוימים של ישראל למדינה פלסטינית עתידית הוצגו שתי גישות קוטביות: האחת, שמדובר ברעיון אפשרי במישור המשפטי, ואולי אף רצוי במישורים אחרים, ובלבד שיעשה בהסכמה בין ישראל לפלסטין; והאחרת, שמדובר בהצעה בלתי-חוקית בעליל, הגובלת בגזענות. כפי שהוצג במאמר זה, המציאות המשפטית – למצער הדין הבין-לאומי – מושתתת על פסיפס משפטי מורכב יותר.

מהניתוח שלעיל עולות כמה מסקנות. ראשית, מדינות רשאיות לקבוע ביניהן בהסכמה את קו הגבול. במסגרת זאת אין מניעה משפטית, בהתאם לדין הבין-לאומי, לנקוט גם מהלך של העברת ריבונות בשטח מאוכלס ממדינה אחת למדינה אחרת. שנית, לפי המגמות המודרניות המתפתחות בדין הבין-לאומי, נדרש כי במסגרת מהלך

<sup>120</sup> כך, למשל, הועבר "אזור המשולש" בעבר לריבונותה של ישראל מבלי שנדרשה הסכמת התושבים בשטח ומבלי שניתנה להם זכות בחירה. ראו הסכם ממלכת הירדן ההאשמית-ישראל על שביתת נשק כללית (נחתם בשנת 1949), המכונה "הסכם רודוס". בהסכם סופח אזור ואדי עארה לישראל לפי הסכמה מדינית בין ישראל לירדן. עם זאת צוין בהסכם כי הצדדים יוכלו – "בהסכמה הודדית" ו"בכל עת" – "לתקן את ההסכם או כל תנאי מתנאיו או להפסיק את תקפם". ניתן לטעון כי הואיל וירדן העבירה בהסכם השלום עם ישראל את כל זכויותיה בשטחים שממערב לירדן לרשות הפלסטינית, וכן ויתרה על כל תביעה בהם, ישראל והרשות הפלסטינית מוסמכות כעת, "בהסכמה הודדית", לדון בעתיד השטח לאור התנאים של הסכם רודוס. לנוסח ההסכם (בעברית) ראו [www.knesset.gov.il/process/docs/armistice\\_jordan.htm](http://www.knesset.gov.il/process/docs/armistice_jordan.htm).

כזה תינתן זכות בחירה מורחבת לכלל התושבים לשמור על אזרחותם הישראלית, אף אם יבחרו לעבור לריבונותה של המדינה הפלסטינית. הענקת זכות זו ומידת מימושה על-ידי התושבים עשויות להשליך על יכולתו של המהלך לקדם את התכלית שלשמה נועד, ולכן היא עשויה להשליך גם על חוקתיותו. **שלישית**, אף שלא עסקנו כאן בדיון מעמיק במשפט החוקתי של ישראל, אנו נוטים לדעה כי אין לומר באופן קטגורי כי המהלך חוקתי, או להפך – שהוא בלתי-חוקתי. העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים עשויה לטעמנו להיות בלתי-חוקתית בנסיבות מסוימות או חוקתית בנסיבות אחרות – למשל, כאשר קיימת הסכמה רחבה לכך בקרב תושבי השטח המועבר. **רביעית**, קיים ספק גדול אם מהלך זה, שנועד להשיג תכלית של שימור רוב יהודי<sup>121</sup> (כמו-גם את התכלית הנוספת של הכרה, ככל האפשר, במציאות שנוצרה בשטח משני עברי "הקו הירוק"), אכן צפוי להשיג את תכליתו. זאת, אם מידת היענותם של האזרחים הערבים לו תהיה נמוכה. בנסיבות אלה נשמטת הקרקע הפוליטית והמשפטית שעליה הוא נשען. **נקודה אחרונה**: קיים ספק גדול אם מהלך זה – גם בהנחה שהוא ישיג את התכליות שלשמן נועד – הינו אמצעי רצוי מבחינות אחרות. הנזק שצפוי להיגרם למרקם העדין והרגיש של יחסי יהודים וערבים בישראל עלול להיות גדול מן התועלת שתופק מסוג כזה של מהלך. זאת ועוד, לא בטוח כלל שהמדינה הפלסטינית תסכים לסוג כזה של מהלך – הסכמה שהיא תנאי חיוני לתקפותו במשפט הבין-לאומי. לפיכך, בלי הסכמה רחבה מצד התושבים בשטח המיועד להעברה, שתיתן מענה משיבי-רצון לסוגיות אלה, לא יהיה ראוי לקדם רעיונות כאמור, ככל שמטרתם הבלעדית היא שימור הרוב היהודי.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> תכלית של תכנון לאומי, שבבסיסה השאיפה לשימור רוב יהודי, הינה תכלית לגיטימית וראויה במשפט הישראלי. השאלה היא, כתמיד, סוגיית האמצעים הנבחרים להשגתה. לעניין זה ראו את הדיון אצל אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" **הפרקליט** מח 315, 341-346 (2006); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (טרם פורסם, ניתן ביום 11.5.2006), פסקה 16 לפסק-דינו של השופט חשין. לדעה הפוכה ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643 (2005).

<sup>122</sup> השוו לרובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 51, בעמ' 412: "נראה לכן כי בכפוף למתן זכות בחירה (מוגבלת בזמן) לכל אזרח, המתגורר בשטחים המועברים, לשמור על אזרחותו הישראלית, לבחור לעבור להתגורר במקום הנותר בריבונות ישראלית, ולשמור על הזכויות הסוציאליות שהיו מוקנות לו אלמלא בוצעה העברת הריבונות (לרבות הזכות לחינוך, לבריאות, לתשלומי הביטוח הלאומי, ועוד) – אין מניעה משפטית להעברה כאמור של שטחים. עם זאת נראה לנו שהקשיים המעשיים הכרוכים בהעברה זו; הפגיעה בזכויות האזרחים המתגוררים בשטחים שהריבונות בהם עוברת; והעלבון שייגרם לאוכלוסיה הערבית בישראל, מחייבים ויתור על מכשיר זה לשימור הרוב היהודי". השוו גם לנעמה כרמי **חוק השבות – זכויות הגירה וגבולותיהן** 47-48 (2003).