

מדינת ישראל  
משרד המשפטים  
State of Israel  
Ministry of Justice

The Department for International Agreements  
and International Litigation

היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות

מ ז כ ר פ נ י מ י  
טיוטא – לא להפצה  
- רגיש -

כ"ז סיון, תשע"א

29 יוני, 2011

**עבודת מטה לסקירת המשמעויות המשפטיות נוכח הפעילות הפלסטינית להכרזה על מדינה -  
חשיפה להליכים משפטיים נגד ישראל ו/או אזרחיה במסגרת טריבונלים בינלאומיים (ICJ, ICC)  
ומנגנוני יישוב סכסוכים בינלאומיים<sup>1</sup>**

במסגרת עבודת המטה לסקירת המשמעויות המשפטיות נוכח הפעילות הפלסטינית להכרזה על מדינה, בחנו מספר היבטים מרכזיים בכל הנוגע להשלכות הקמת מדינה פלסטינית עתידית על חשיפה אפשרית של ישראל להליכים משפטיים בינלאומיים: התדיינות במסגרת מנגנוני יישוב סכסוכים בינלאומיים בכלל, התדיינות בפני בית הדין הבינלאומי (ICJ) בפרט, **והחשיפה של ישראלים להליכים בבית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC).**

**א. השלכות אפשריות להקמת מדינה פלסטינית באשר לחשיפת ישראל למנגנונים ליישוב סכסוכים מול הפלסטינים – עקרונות רוחב משפטיים**

הצטרפותה של מדינה פלסטינית לאמנות בינלאומיות וארגונים בינלאומיים, בהם חברה גם ישראל, עלולה להוביל לחשיפה אפשרית של ישראל למנגנוני יישוב סכסוכים בנושאים שנויים במחלוקת מול הפלסטינים (חשיפה שאינה קיימת כיום). יתכן כי ניתן יהיה להתמודד עם חשיפה זו באמצעות הסתייגויות לתחולת האמנות או המנגנונים לגבי היחסים בין ישראל למדינה הפלסטינית. זאת, במקרים מסוימים<sup>2</sup> (במידה), גם לאחר שישראל השלימה את הליכי ההצטרפות לאמנה. עם זאת, לא בכל המקרים תהיה אפשרות להסתייג, וקשה להעריך כיצד יפרשו פורומים

<sup>1</sup> נכתב על-ידי היחידה להסכמים בינלאומיים

## מ ז כ ר פ נ י מ י טיוטא – לא להפצה - רגיש -

שיפוטיים בינלאומיים הסתייגויות גורפות של ישראל בעניין זה. כמו כן, יש לשים לב להשלכות אפשריות, מדיניות ואחרות, של הסתייגויות בעניין זה. נדגיש כי מדובר בעקרונות רחב משפטיים, ויש אפשרות כי לגבי מנגנונים ספציפיים ניתן יהיה להשתמש גם בכלים אחרים.

אחד ממנגנוני יישוב הסכסוכים המקובל באמנות רבות הינו בית הדין הבינלאומי ( International Court of Justice - ICJ), לגביו יורחב בהמשך. בקצרה יצוין, כי רק מדינות רשאיות להתדיין בפני בית הדין וכי ככלל לצורך הליך יישוב סכסוכים בבית הדין נדרשת הסכמת שני הצדדים להתדיינות. אולם במידה וישראל הסכימה בעבר להפניה לבית הדין כמנגנון יישוב סכסוכים במסגרת אמנה בינלאומית, עשויה ישראל להיות חשופה להליכים ב- ICJ מול הפלסטינים, בכל הקשור לסכסוכים שינבעו מיישומה של אותה אמנה, במקרה בו המדינה הפלסטינית תהפוך לחברה באמנה שכזו. זאת מכיוון שההסכמה להפניית הסכסוך במסגרת האמנה לבית הדין, תתפרש כמתן הסכמה מכללא להתדיינות בבית הדין בנושאים מכוח אמנה זו. כל זאת, במידה וישראל לא תגיש הסתייגות לעצם תחולת האמנה בינה לבין המדינה הפלסטינית או תסתייג מתחולת סעיף יישוב הסכסוכים האמנה ככלל, על ההשלכות הנלוות לכך, ולחילופין שהסתייגות כזו לא תהיה אפשרית או תקפה.

### רקע כללי

הכפפת ישראל למנגנוני יישוב סכסוכים בינלאומיים מול מדינות אחרות נעשית באופנים רבים, לרבות במסגרת הסכם רב-צדדי בין מדינות או במסגרת הסכם בין המדינה לארגונים בינלאומיים בהם היא חברה<sup>2</sup>. הליכים ליישוב סכסוכים בינלאומיים יכולים להתנהל במסגרת מנגנונים המוקמים אד הוק לאחר התגלעותו של סכסוך, במסגרת מוסדית קיימת, ובדרכים אחרות. סעיפי יישוב סכסוכים מכפיפים את המדינה במקרים רבים לסמכות השיפוט של המנגנונים שנקבעו בהם, ולמעשה מהווים התחייבות מראש של המדינה להתדיינות משפטית בינלאומית מחייבת, או לפתרון הסכסוך הבינלאומי באופן הקבוע בהסכם. הסכמה מראש של המדינה להתדיינות בפני פורום כאמור לא תאפשר, ככלל, חזרה ממנה.

ההשלכות של פסיקות במסגרות ובפורומים כאמור עשויות להיות מרחיקות לכת ובמסגרתן עשויה להיות מושפעת במידה מסוימת "ריבונותה" של המדינה, שכן מנגנונים אלה עשויים, בין היתר, להידרש לבחינת מדיניותה של המדינה וחקיקתה הפנימית, יישומה ופרשנותה. כמו כן, לפסיקות בפורומים אלה יכולה להיות השפעה על אינטרסים חשובים אחרים של המדינה ואזרחיה, ובהם אינטרסים כלכליים, מדיניים, חברתיים, סביבתיים ועוד.

---

<sup>2</sup> למשל, במידה וההסתייגות מותרת במפורש על-ידי האמנה, וכן מידה שמדינות אחרות כללו הסתייגות דומה

## מ ז כ ר פ נ י מ י טיוטא – לא להפצה - רגיש -

כיום חתומה ישראל על מגוון אמנות רב-צדדיות המעגנות מנגנוני יישוב סכסוכים, כמו גם חברה בארגונים בינלאומיים שונים שבהם קיימים מנגנוני יישוב סכסוכים. ככלל, למרות שהדבר תלוי בעיקרו במהותה של האמנה או הארגון הבינלאומי, רק חברות מלאות (במובחן ממעמד של משקיפות) כפופות למנגנון יישוב הסכסוכים. יש לציין כי כבר כיום, הרש"פ מצויה במעמד של משקיפה (observer mission) במסגרות שונות, כמו למשל במסגרת האו"ם וסוכנותיו, כולל ביחס לאמנות שהאו"ם מופקד עליהן, וכן בארגון WIPO. אך מנגד ישנם ארגונים בינלאומיים אחרים אשר בהם אין לרש"פ מעמד משקיפות, ובחלקם ישראל אף מתנגדת להענקת מעמד שכזה לרש"פ.

באחד הכלים המרכזיים להתמודדות עם יצירת מחויבויות משפטיות הנובעות מיחסים משפטיים במסגרת אמנות בינלאומיות מולטיטראליות, כולל אלו המקימות ארגונים בינלאומיים, הינו השימוש ב"הסתייגות" מתחולה של הוראות אמנה מסויימות. במסגרות שונות, כדוגמת ארגון הסחר העולמי (WTO), קיימים גם מנגנונים נוספים להסתייגות (ראה בהרחבה פרק בנושא ארגונים כלכליים), אך הדיון כעת יתמקד בכלים הרוחביים הקיימים במרבית האמנות.

כך חלק מהאמנות, לרבות אמנות יסוד שונות המקימות ארגונים בינלאומיים<sup>4</sup>, מאפשרות, בעת החתימה או האשרור (השלב בו הופכת האמנה למחייבת עבור המדינה המתקשרת)<sup>5</sup>, צירוף הצהרת הסתייגות מתחולת מנגנון יישוב הסכסוכים בכלל (ואין אף איסור על הסתייגות לגבי תחולת המנגנון כלפי מדינה מסויימת)<sup>6</sup>.

הכלל העיקרי אם כן, הוא כי ניתן להסתייג רק בעת חתימה או אשרור, כך שלכאורה ניתן יהיה להסתייג רק לגבי אמנות שישראל טרם אשררה. עם זאת, לפי הפרקטיקה הנוהגת על-ידי מזכירות האו"ם, במידה ואמנה מאפשרת הסתייגויות או שמדינה אחרת כבר הסתייגה באותו האופן, ניתן (בכפוף לכללים הרגילים להסתייגויות, ובמידה ומדינות אחרות לא מביעות התנגדות תוך תקופת זמן מסוימת) להסתייג גם לאחר חתימה או אשרור<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> מנגנון יישוב סכסוכים יכול להיות מעוגן גם בהסכם או הסדר בין שתי מדינות או בין מדינה לישות מדינית אחרת, אך במקרה כזה הדבר יהיה נתון באופן מוחלט לשיקול דעתם של שני הצדדים, ולכן פחות רלוונטי לדיון ביחס לחשיפה של ישראל, ללא הסכמתה, למנגנון יישוב סכסוכים מול מדינה פלסטינית.

<sup>4</sup> מנגנון יישוב הסכסוכים בין חברות בארגונים בינלאומיים מעוגן ככלל באמנות היסוד. Anthony Aust, Modern Treaty Law and Practice (Cambridge University Press, 2000), p. 297

<sup>5</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, article 19.

<sup>6</sup> כך למשל ב- **International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing, 2001, article 20(2)**. נוסח הסעיף מאפשר הסתייגות ספציפית למנגנון יישוב הסכסוכים כאמור: Each State may at the time of signature, ratification, acceptance or approval of this Convention or accession thereto declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of the present article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 with respect to any State Party which has made such a reservation.

הסכסוכים עליו מדובר כאן הינו בית הדין לצדק (International Court of Justice). Depository Practice, para. 204-206.<sup>7</sup>

**מ ז כ ר פ נ י מ י**  
**טיוטא – לא להפצה**  
**- רגיש -**

ככלל, גם במקרים בהם אין האמנה מאפשרת במפורש להסתייג מהוראותיה, כל עוד אין מדובר בהסתייגות הנוגדת את מטרות האמנה (ונראה כי הסתייגות לעניין מנגנוני יישוב סכסוכים לא תוגדר ככזו),<sup>8</sup> או בהסתייגות האסורה במפורש על פי האמנה, נראה כי אין בעייתיות בקבלת הסתייגות כל עוד מרבית המדינות החברות באותה אמנה לא מתנגדות לכך.<sup>9</sup>

ישנה גם אפשרות, אם כי לא ברור מה תוקפה המשפטי, לפרישה מאמנה והצטרפות מחדש בליווי הסתייגות.<sup>10</sup> **בכל הנוגע להסתייגויות, ובפרט הסתייגויות שלא במעמד ההצטרפות יש לתת את הדעת גם להשלכות המדיניות של הסתייגויות שונות.**

**המצב כיום מול הרשות הפלסטינית**

הרש"פ, במעמדה הנוכחי, אינה יכולה, ככלל, לכפות על ישראל יישוב סכסוכים באמצעות מנגנונים הקיימים באמנות שונות בהעדר מעמד של חברה בהן, ובכלל זה אלו הקיימים בארגונים בינלאומיים. באופן דומה, אין באפשרותה להביא את ישראל להתדיין בפני בית הדין הבינלאומי (ראו הרחבה בנושא זה בהמשך הפרק).<sup>11</sup>

מכאן שכיום, ישראל חשופה ליישוב סכסוכים מול הרש"פ בעיקר מכוח הקבוע בהסכם הביניים בין הצדדים. העיקרון המנחה במסגרת ההסכם הינו יישוב משותף של הסכסוכים באמצעות ועדות משותפות, ללא מעורבות חיצונית של גופים שלישיים או סמכויות שיפוט בינלאומיות. עם זאת, קיימת אפשרות, בהסכמה פרטנית של ישראל והרש"פ, להפנות את סכסוכים לפישור או לבוררות, אך אין קביעה מראש של המנגנון וכיצד זה יתנהל. זאת ברוח הדברים של הצהרת העקרונות (Declaration of Principles) עליה התבסס הסכם הביניים, וכן סעיף יישוב הסכסוכים הקבוע בהסכם הביניים עצמו.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, article 19 (c).

<sup>9</sup> בפועל, כאשר מדובר באמנה עליה מופקד האו"ם (כפי שקורה לגבי מרבית האמנות), מפיץ המזכ"ל את ההסתייגויות בקרב המדינות החברות בלי להתייחס למעמדן המשפטי. Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties, ST/LEG/7/Rev. 1 (1999), para. 181.

<sup>10</sup> Aust, 130

<sup>11</sup> Statute of the International Court of Justice, Article 34(1). יש לציין כי מדינות שאינן חברות באו"ם יכולות להיות חברות בבית הדין לפי תנאים שתקבע העצרת הכללית בהתאם להמלצת מועצת הביטחון. United Nations Charter, Article 93.

<sup>12</sup> בס' 15 להצהרת העקרונות נכתב כי: Disputes arising out of the application or interpretation of this Declaration of Principles, or any subsequent agreements pertaining to the interim period, shall be resolved by negotiations through the Joint Liaison Committee to be established pursuant to Article X above. Disputes which cannot be settled by negotiations may be resolved by a mechanism of conciliation to be agreed upon by the parties. The parties may agree to submit to arbitration disputes relating to the interim period, which cannot be settled through conciliation. To this end, upon the

## מ ז כ ר פ נ י מ י טיוטא – לא להפצה - רגיש -

### המצב לאחר הקמתה של מדינה פלסטינית

לאחר הקמתה, תוכל המדינה הפלסטינית להצטרף כחברה לאמנות בינלאומיות וארגונים בינלאומיים, לרבות כאלו בהם חברה גם ישראל. כך, ובהתאם למבנה ולפרוצדורה הפרטנית של כל אמנה או ארגון, עלולה הצטרפות זו להוביל לחשיפה אפשרית של ישראל למנגנוני יישוב סכסוכים במסגרת אמנות וארגונים אלו, בנושאים שנויים במחלוקת מול הפלסטינים. אופן חשיפה שככלל, אינו קיים כיום.

במצב בו מדינת ישראל אינה מכירה במדינה פלסטינית: במידה וישראל לא תכיר במדינה פלסטינית היא תוכל, לפי הכללים האמורים לעיל, לבקש לצרף הצהרה לפיה אין בחברותה באמנה כדי להכיר במדינה הפלסטינית, או להקים יחסים כלשהם, כולל יחסים משפטיים הרלוונטיים לעניין מנגנון יישוב הסכסוכים באמנה הרלוונטית, בינה לבין המדינה הפלסטינית.<sup>13</sup> מבחינת הפרקטיקה הנוהגת, כל עוד מדינות אחרות החברות באמנה לא תתנגדנה להסתייגות שכזו (וקשה להעריך האם תהיה התנגדות), לא נראה שככלל, לגבי מרבית האמנות, יש בעייתיות משפטית עם הכללת הסתייגות ברוח זו, כאשר ה- depositary יפיץ אותה בקרב המדינות החברות, ללא נקיטת עמדה ביחס לתקפותה.<sup>14</sup> בהנחה שהסתייגות שכזו תואמת את הכללים הרגילים, קיימת אפשרות שיהיה בה כדי למנוע הפעלת מנגנון יישוב סכסוכים הקבוע באמנה הרלוונטית על-ידי המדינה הפלסטינית נגד ישראל.<sup>15</sup> עם זאת, יש להדגיש, כי לא ניתן לצפות כיצד פורומים שיפוטיים בינלאומיים יפרשו הסתייגות שכזו, במידה ויהיה למדינה הפלסטינית מעמד ברור של מדינה.

הכרה של מדינת ישראל במדינה פלסטינית: במידה וישראל תכיר במדינה פלסטינית, עדיין תהיה בידיה את האפשרות המשפטית להסתייג מתחולת מנגנון יישוב הסכסוכים בינה לבין המדינה הפלסטינית או להסתייג ככלל מתחולת מנגנון יישוב הסכסוכים באמנה. לגבי האפשרות הראשונה יש לומר כי למיטב ידיעתנו ישראל לא נהגה כך בעבר מעולם ביחס למדינות אחרות, וכי יש לקחת בחשבון השלכות מדיניות ואחרות לצעד שכזה.<sup>16</sup> זאת לעומת האפשרות השנייה, בה נוקטת ישראל, באופן תדיר יחסית, באמצעות הגשת הסתייגות כוללת למנגנון יישוב סכסוכים באמנות

---

agreement of both parties, the parties will establish an Arbitration Committee. סעיף דומה מופיע בס' 21

להסכם הביניים (Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (1995)).  
<sup>13</sup> מדינות ערב נוהגות כך באופן תדיר. כך למשל הסתייגותה של אלג'יריה לגבי אמנת האו"ם נגד שחיתות. The ratification of this Convention by the People's Democratic Republic of Algeria does not in any way signify recognition of Israel. The present ratification may not be interpreted as leading to the establishment of relations of any kind with Israel.

Depositary Practice, para. 182-184. <sup>14</sup>

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, article 21(1). <sup>15</sup>

<sup>16</sup> יש לציין כי גם מדינות אחרות בד"כ אינן פועלות בצורה זו, וכי המקרה היחיד שידוע לנו הינה הסתייגות שהגישה ארה"ב ביחס לתחולת מנגנון יישוב הסכסוכים של ה-WTO בינה לבין ויטנאם, אותה ביטלה ארה"ב חודשיים לאחר הגשתה. (WT/L/661, Nov. 7, 2006)

מ ז כ ר פ נ י מ י  
טיוטא – לא להפצה  
- רגיש -

אשר במסגרתן ניתנת סמכות לבית הדין (ICJ) להכרעה ביישוב סכסוכים הנובעים מהאמנה<sup>17</sup>. ככלל אין בעייתיות בהסתייגות שכזו, המקובלת על-ידי מדינות רבות וכן ואינה נתקלת בהתנגדות בינלאומית. עם זאת, כאמור לעיל, יש להדגיש כי יהיו מקרים בהם לא יהיה ניתן להסתייג ממנגנון יישוב הסכסוכים (בדרך כלל במקרה של איסור מפורש באמנה לעשות כן, כפי שקיים למשל באמנה למעמדם של פליטים, משנת 1951).<sup>18</sup> במקרה כזה, וללא הסתייגות מעצם היחסים המשפטיים בין המדינות ביחס לאמנה, יחול המנגנון גם ביחסים בין ישראל למדינה הפלסטינית, בהנחה והמדינה הפלסטינית תצטרף כחברה לאותה אמנה.

מצב דומה יחול לגבי אמנה מייסדת של ארגון בינלאומי המכילה בתוכה מנגנון יישוב סכסוכים. עם זאת, במקרה זה, על מנת לצרף הסתייגות לעניין תחולת מנגנון יישוב הסכסוכים, יהיה צורך לרוב לקבל את אישורו של הגוף המוסמך של הארגון הבינלאומי (בד"כ אסיפת המדינות החברות) לקבלת ההסתייגות.<sup>19</sup> בכל הקשור לאמנות מייסדות של סוכנויות מיוחדות של האו"ם ( UN Specialized Agencies),<sup>20</sup> בנוסף למדינות החברות (הגופים המוסמכים), הפרקטיקה הנוהגת הינה לקבל גם את אישורם של הנהלות הסוכנויות לקבלת ההסתייגות (מתוך מגמה להקשות על הסתייגויות במקרים מסויימים).<sup>21</sup>

**ג. חשיפה להליכים בבית הדין הבינלאומי – (ICJ) International Court of Justice**

בית הדין הבינלאומי (ICJ) הינו האורגן השיפוטי המרכזי של האו"ם אשר הוקם מכוח מגילת האו"ם, ופועל בהתאם לחוקה המופיעה כנספח למגילה זו. בית הדין מוסמך לפסוק בסכסוך בין צדדים, ואז נותן הוא פסק דין, ויכול והוא לשמש למתן חוות דעת משפטיות על פי בקשת גורמים מסויימים בתוך האו"ם.

**הכרעה בסכסוכים (Contentious Jurisdiction)**

בהתאם לחוקתו, ICJ מוסמך להכריע בסכסוך בין מדינות<sup>22</sup> בלבד. סעיף 34(1) לחוקת בית הדין קובע:

<sup>17</sup> כך למשל הסתייגה ישראל ממנגנון יישוב הסכסוכים באמנה למניעת פשע מאורגן. In accordance with Article 35 paragraph 3 of the Convention the State of Israel declares that it does not consider itself bound by Article 35 paragraph 2, which stipulates that all disputes concerning the interpretation or application of the Convention shall be referred to the International Court of Justice.

<sup>18</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, art. 42(1).  
<sup>19</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, article 20(3); Aust 113, Depository Practice, para. 197-198.

<sup>20</sup> גופים הפועלים בחסות האו"ם אך אינם חלק ממנו ( למשל: ICAO (תעופה), UNESCO (תרבות), IMF (קן המטבע).

<sup>21</sup> Depository Practice, para. 199-203.

<sup>22</sup> סעיף 34 לחוקת בית הדין –

## מ ז כ ר פ נ י מ י טיוטא – לא להפצה - רגיש -

"Only states may be parties in cases before the Court."

על פי חוקתו, מוסמך ICJ לדון בענייניהן של מדינות שהן צד לחוקתו. כל חברות האו"ם הן אוטומטית צד לחוקת ICJ, כאשר גם מדינה שאינה חברה באו"ם רשאית להיות חברה בבית הדין, וזאת בהתאם להחלטה של העצרת הכללית בהמשך להמלצה של מועצת הביטחון בעניינה<sup>23</sup>. מעבר לכך, מוסמך בית הדין אף לדון בעניינן של מדינות שאינן חברות בחוקתו, בכפוף לתנאים הקבועים בסעיף 35 לחוקה, קרי בתנאים שיקבעו על ידי מועצת הביטחון<sup>24</sup>. בקצרה, על מנת שמדינה שאינה חברה בחוקת בית הדין תוכל לפנות לבית הדין ולהסכים להחלטת סמכותו לגביה, עליה להגיש לרשם בית הדין הצהרה לפיה היא מקבלת את סמכותו וכי תקיים את החלטותיו. הצהרה כזו יכולה להינתן אד-הוק בהתייחס לסכסוך פרטני או כקבלה נרחבת של סמכות בית הדין לכל סכסוך עתידי.

*מכאן, שבמידה והמדינה הפלסטינית תתקבל כחברה באו"ם, תהפוך היא באופן אוטומטי לחברה בבית הדין. במקרה בו תוכר כמדינה, באופן חלקי או גורף מבלי שתתקבל כחברה באו"ם, תוכל המדינה הפלסטינית לבקש להצטרף כחברה בחוקת ביה"ד. מעבר לכך תוכל המדינה הפלסטינית לבקש לקבל את סמכות בית הדין, גם מבלי שתהיה חברה בו, וזאת בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 35 לחוקה ובהחלטת מועצת הביטחון בנושא זה כמפורט לעיל.*

מעבר לדרישת קיומה של מדינה, נדרשת הסכמת המדינות להתדין בפני ICJ על מנת שזה ירכוש סמכות שיפוט בעניינן<sup>25</sup>. הסכמה זו של המדינות אינה נובעת מעצם חברותן של המדינות הללו בחוקת בית הדין, אלא נדרשת פעולה אקטיבית לקבלת סמכות השיפוט. הסכמה כזו יכולה להינתן לצורך דיון ספציפי בהסכם אד-הוק (compromis), במסגרת תניית שיפוט באמנה בינלאומית הכוללת הסכמה של הצדדים להסכם להעביר סכסוכים עתידיים הקשורים לאמנה הרלוונטית לבית הדין (סעיף יישוב סכסוכים), או מכוח הכרזה מיוחדת מכוח "הסעיף האופציונאלי" בחוקת בית הדין<sup>26</sup>.

---

[http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER\\_II](http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II)

I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1998 (fifth edition), 713 (להלן בראונולי א. בן-נפתלי וי. שני, *המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום*, הוצאת רמות (2006), 344 (להלן – בן-נפתלי ושני) 972 (second edition), (2003) M. Shaw, *International Law*. Cambridge University Press (להלן שאו).

<sup>23</sup> סעיף 94 למגילת האו"ם.

<sup>24</sup> Security Council Resolution 9 (1946).

<sup>25</sup> ICJ Statute, Article 36 (בראונולי, עמ' 714, שאו עמ' 975).

<sup>26</sup> הסדר הסעיף האופציונאלי מצוי בסעיף 36(2) לחוקת ICJ אשר מסמיך את המדינות החברות בחוקה להכריז בכל עת א-פרוורית על הסכמתן לסמכות ה- ICJ בכל סכסוך בינלאומי שהן צד לו, או ביחס לקבוצות מסוימות של סכסוכים.

## מ ז כ ר פ נ י מ י טוֹטָא – לֹא לְהַפְצִיָּה - רְגִישׁ -

באשר להסכמה לסמכות השיפוט, ישראל לא קיבלה על עצמה סמכות שיפוט במסגרת הסעיף האופציונאלי.<sup>27</sup> מעבר לכך, במקרים רבים הסתייגה ישראל מתניות שיפוט המפנות ל-ICJ במסגרת אמנות והסכמים שונים להם היא צד<sup>28</sup>, אולם ישנם חריגים בהם ישראל לא הסתייגה מתניית שיפוט בהסכמים/באמנות.<sup>29</sup> במקרים אלו תניה זו מהווה למעשה הסכמה של ישראל להתדיינות בגין הפרת מחויבויות באמנות/הסכמים אלו. על כן, חברות של המדינה הפלסטינית באותן אמנות, עשויה לחשוף את ישראל להליכים בפני בית הדין בכל הנוגע ליישום אותן אמנות. עם זאת, יש לציין כי ישראל תוכל לבקש להסתייג מתחולת סעיף סמכות השיפוט ביחסים בינה לבין המדינה הפלסטינית, גם אם לא הגישה כל הסתייגות לסמכות השיפוט בעבר.<sup>30</sup> כפי שצוין גם בפרק הנ"ל העוסק בסוגיית יישוב הסכסוכים, להגשת הסתייגויות כאמור עלולות להיות השלכות מדיניות.

*לסיכום, גם בהיותה מדינה, ואף מדינה החברה בבית הדין, לא תוכל המדינה הפלסטינית לכפות על ישראל התדיינות בפני בית הדין ללא הסכמתה של ישראל עם זאת, יש לשים לב למקרים החריגים בהם הסכמה זו ניתנה באמצעות תנית שיפוט באמנה בה שתי המדינות תהיינה צד ומבלי שאחת מהן הסתייגה מתניה זו.*

### חוות דעת מייעצת (Advisory Opinion)

ה-ICJ מוסמך לספק חוות דעת מייעצת לעצרת הכללית של האו"ם, מועצת הביטחון ולאורגנים וסוכנויות של האו"ם שקיבלו הרשאה לשם כך.<sup>31</sup> תנאי הסף הנדרשים לצורך התדיינות בפני ה-ICJ, קרי קיום מדינה והסכמת הצדדים, אינם נדרשים לצורך גיבוש חוות דעת מייעצת על ידי בית הדין. לשם כך נדרשת אך פניה של העצרת הכללית של האו"ם, מועצת הביטחון או גופי א"ם אחרים המוסמכים לעשות כן במסגרת הנושאים עליהם הם אמונים. מכאן, שבמידה והמדינה הפלסטינית תצליח להביא לכך שמועצת הביטחון, העצרת או אחד מהגופים המוסמכים יפנו לביה"ד לקבלת חוות דעתו, הרי שההליך יוכל להתקיים ללא הסכמתה של ישראל. יצוין, כי הפלסטינים עשו כן גם מבלי שהוכרו כמדינה, כך למשל בהליך שהתקיים בשנת 2004 בעניין גדר

<sup>27</sup> ישראל הפקידה בעבר הכרזה מכוח הסעיף האופציונאלי אשר סויגה בהתייחס להתדיינות הקשורה במישרין או בעקיפין לסכסוך הישראלי הערבי, אך ביטלה הכרזה זו כבר בשנות השמונים (בן נפתלי ושני, ע"מ 345).

<sup>28</sup> ראה: Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984).

<sup>29</sup> כך למשל, באמנת הגינוסייד (1948) והאמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951). ההבדל בין שתי אמנות אלו הוא שבאמנת הגינוסייד יש אפשרות להסתייג לסמכות ה-ICJ (ו-16 מדינות אכן עשו כן), ואילו באמנת הפליטים, באופן שאינו שכיח, חל איסור מפורש לעשות כן.

<sup>30</sup> ראו הרחבה בפרק העוסק בחשיפה למנגנוני יישוב סכסוכים.

<sup>31</sup> פרק 4 לחוקת בית הדין –

http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER\_II, סעיף 96 לחוקת האו"ם, (בראוני עמ' 725, סייבל עמ' 696).



מ ז כ ר פ נ י מ י  
טיוטא – לא להפצה  
- רגיש -

ההפרדה<sup>32</sup>. עם זאת, כמדינה, ובוודאי כמדינה החברה באו"ם, נראה כי אפשרות זו תהא פשוטה יותר מבחינה פרוצדוראלית.

הגם שחוות דעת כאמור אינה מחייבת מבחינה פורמאלית ומשכך אינה אכיפה, ביכולתה להניע תהליכים פוליטיים שסופם אימוץ החלטות מחייבות בידי גופים בינלאומיים כדוגמת מועצת הביטחון. כמו כן יכולות להיות השלכות אחרות רבות, לרבות השפעה על מדינות או ארגונים שונים לנקוט פעולות בעקבותיה, והשלכות לגבי תביעות בינלאומיות בפורומים אחרים.

מבחינה משפטית ישנה נטייה במישור הבינלאומי לראות בחוות דעת של בית הדין הבינלאומי כמצהירה על הדין הבינלאומי ויש סבירות כי למסקנות המשפטיות של חוות הדעת תהיה השפעה על טריבונלים בינלאומיים, ארגונים בינלאומיים, ובתי משפט מדינתיים – ככל שנושאים הרלוונטיים להכרעת בית הדין יובאו בפניהם. כפי שראינו, מסקנות חוות הדעת לעניין הגדר שבות ומועלות כנגד ישראל פעם אחר פעם בפני פורומים בינלאומיים רבים ומשמשות כפלטפורמה לפעילות בינלאומית בעניין<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion of 9 July 2004, 43 I.L.M 1009.

<sup>33</sup> כך למשל בשנת 2006, מכוח החלטה של העצרת הכללית הוקם מרשם לרישום נזקים שנגרמים עקב בניית גדר ההפרדה. GA Res. A/RES/ES-10/17 (2006) **Establishment of the United Nations Register of Damage Caused by the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory**