

לכבוד

מר אביחי מנדלבלית

היועץ המשפטי לממשלה

הנדון: מעמד הגדה המערבית במשפט הבינלאומי

אנו, אנשי אקדמיה ומעשה בתחום המשפט החתומים מטה, נאלצים בצער לתת פומבי לאי-ההסכמות שלנו עם חברינו ועמיתינו.

ביום ה-10 ביוני, 2020, פורסם בשם קבוצת משפטנים מכתב גלוי המיועד לראש ממשלת ישראל ולבכירים ישראלים אחרים.¹ המכתב מתריע מפני אלימות ותביעות פליליות בזירה הבינלאומית, אם ממשלת ישראל הנבחרת תיישם בתאום עם ארצות הברית את הצעתה להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל על חלקים מהגדה המערבית, אשר צפויים להישאר בריבונות קבע של מדינת ישראל בכל הסכם שלום ישראל-פלסטיני.

החתומים מטה מחזיקים בדעות שונות לגבי התבונה שבהצעה אבל אנחנו יודעים כי אם תתקבל החלטה על ידי ממשלת האחדות בישראל היא תבוא לאחר חודשים של דיון ציבורי, ולאחר מערכת בחירות שבה עניין זה היה אחד הנושאים המרכזיים. רבות מן האמירות של עמיתנו, כפי שהובאו במכתב, הינן מטעות או לא מדויקות והן אינן תורמות לדיון זה.

למרבה הצער, המכתב הגלוי מציג בצורה מסולפת הן את דוקטרינות המשפט הבינלאומי הנוגעות להצעה הישראלית-אמריקאית, והן את הרקע ההיסטורי והעובדתי, החיוני כבסיס להחלת המשפט הבינלאומי על הסיטואציה.

המכתב הגלוי מציג טענות משפטיות רבות כאילו אינן קונטרברסליות, ואף לכאורה ככללי-יסוד של המשפט הבינלאומי, על אף שלמעשה הן שנויות במחלוקת עמוקה. כך, לדוגמה, בפתח המכתב מוצגת תפיסה פרשנית מסוימת לגבי מושג ההגדרה-העצמית וקשר בינו לבין "קיום מדיני" עצמאי וריבונות טריטוריאלית, מבלי להכיר בעובדה שישנה מחלוקת משפטית עצומה סביב הסוגייה. אין כל ספק בכך שלא קיימת הסכמה אוניברסאלית לטענה כי הגדרה-עצמית מולידה זכות מוקנית לקיום-מדיני עצמאי או לריבונות טריטוריאלית, ובוודאי שלא לכך שהגדרה-עצמית שקולה מבחינה משפטית לקיום-מדיני עצמאי אליו נלווית ריבונות טריטוריאלית.

¹<http://opiniojuris.org/2020/06/11/an-open-letter-to-the-israeli-government-condemning-annexation/>

גם בנושאים של "סיפוח" ושימוש בכוח, המכתב הגלוי מציג רק עמדה אחת מתוך השקפות רבות המקובלות בעולם המשפט. ישנה אמנם תמימות דעים רחבה כי אין בכוחו של כיבוש עקב שימוש לא חוקי בכוח מזוין (ואולי אפילו כל שימוש בכוח) לשמש עילה לרכישת ריבונות טריטוריאלית. אולם אין הסכמה, ובוודאי שאין תקדים, לטענתם כי עצם השימוש בכוח שולל ביסודו כל עילה משפטית לביסוס ריבונות, גם דוקטרינות אלטרנטיביות שהן שרירות וקיימות.

הדעות שהמכתב הגלוי מייצג כמובן לגיטימיות, אולם כמעט כולן שנויות במחלוקת – הן מבחינת קשרי הגומלין שבין ריבונות טריטוריאלית ודיני התפיסה הלוחמתית, והן מבחינת מעמדן המשפטי של הכרזות העצרת הכללית של האו"ם ומועצת הביטחון. אומנם חלק מהעמדות שהמכתב מייצג הן לגיטימיות וזוכות לפופולאריות בציבור, אך הדבר נכון גם לגבי העמדות המנוגדות אשר נעלמות כליל מהמכתב הנ"ל.

מטריד במיוחד הוא הניסיון להטות את יישום הדוקטרינות המשפטיות השנויות במחלוקת על ידי הצגה מטעה ובררנית של הרקע העובדתי וההיסטורי.

ההטעיה הבולטת ביותר במכתב היא הניסיון לתמצת את הקשר של מדינת ישראל לגדה המערבית בקביעה כי "הגדה המערבית נכבשה [על ידי ישראל] בשנת 1967 בכח הזרוע". כותבי המכתב מתעלמים מהסכמים ואמנות שנכרתו במהלך העשורים שחלפו בין ישראל לשכניה (ירדן ואש"ף), העוסקים בסמכות השלטונית והחוקית המתמשכת של ישראל בשטח או ברובו. עוד רומז המכתב כאילו בית המשפט העליון של מדינת ישראל אסר על החלת הדין הישראלי בגדה המערבית ("סיפוח" במונחי המכתב), בכך שבית המשפט מיישם את דיני התפיסה הלוחמתית, וכן כי ממשלת ישראל התחייבה לא להחיל את הדין הישראלי ביהודה ושומרון ללא צידוק ביטחוני. אבל בניגוד לרמיזות אלה, ישראל למעשה טוענת מזה זמן רב כי יש לה זכויות משפטיות עצמאיות, מבוססות ולגיטימיות בגדה המערבית.

לצד מאמצי ממשלות רבות בישראל לקדם פשרה טריטוריאלית, עמדה הצהרתן על עליונות הזכויות הישראליות לריבונות. המשפט הישראלי מסמיך את ממשלת ישראל להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים על כל חלק שנכלל בעבר בארץ ישראל המנדטורית, וכך עשתה ממשלת ישראל לגבי מזרח ירושלים בשנת 1967, שבועות אחדים אחרי תפיסת השטח מירדן. לא היה בית משפט בישראל ששלל את הסמכות החוקית לפעולה זו או הטיל ספק בחוקיותה. לא מכבר חזר בית המשפט העליון של ישראל ואישר בבג"צ 1308/17 עיריית סלואד ואח' נ' הכנסת (2020) כי הוא רואה את יהודה ושומרון ככפופים לדיני התפיסה הלוחמתית רק משום ש"עד היום, ממשלת ישראל לא הפעילה את סמכותה הקבועה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 להחיל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על שטחי האזור"

בניגוד לנטען במכתב הגלוי, המעמד הריבוני של הגדה המערבית שנוי במחלוקת מזה זמן רב. לצד האסכולה הגורסת כי ל"מדינה הפלסטינית" יש ריבונות בשטחי הגדה המערבית, או שהזכות להגדרה-עצמית של הפלסטינים מקנה לעם הפלסטיני זכות משפטית שווה-ערך לריבונות טריטוריאלית, ישנה גם אסכולה הגורסת

שדווקא לישראל יש ריבונות טריטוריאלית חוקית בגדה המערבית – או מכוח הדוקטרינה של *uti possidetis juris*, או מכוח חזקה חוקית בשטח מבלי שיהיה תובע מדינתי יריב, או כיורשת תביעת העם היהודי להגדרה-עצמית שנוצרה כזכות חוקית מיוחדת (*lex specialis*) בכתב המנדט על פלשתינה. ישנם גם מלומדים רבים שנוקטים בעמדות אמצע, לפיהן גם לישראל (או לעם היהודי) וגם לפלסטינים יש עילות חוקיות לתבוע זכויות. יש לא מעט אירוניה בהשקפה המובעת במכתב הגלוי המקדשת את גבולות הגדה המערבית כאשר גבולות אלה נוצרו מכח כיבוש צבאי של הממלכה ההאשמית של עבר-הירדן בשנת 1948, ויומרה ירדנית לספח את יהודה ושומרון, שירדן שינתה את שמם ל'גדה מערבית' - מעשים שנהוג לראותם כלא-חוקיים.

בנסיבות אלה, טענת המכתב הגלוי כי החלת החוק, השיפוט והמינהל של ישראל על השטחים זהה ל'סיפוח חד-צדדי של [] חלק מהאזור [] יפר נורמות בסיסיות [ו]יגרור אחריו תוצאות של עוולה בינלאומית" היא הטעיה ויצירת והטיית דין. חריצת דין מראש על חוקיות המדיניות, תוך התעלמות מטענותיו של צד, היא מעשה פסול וחסר יושר אינטלקטואלי. אם שינוי המשפט, השיפוט והמינהל ביהודה ושומרון מקורו במימוש זכות של מדינת ישראל, לא ניתן לתאר זאת כ'סיפוח' של טריטוריה של מדינה אחרת או כהפרה של נורמות-יסוד.

המכתב מוסיף ומאיים "בסנקציות פליליות אישיות" כלפי ישראלים שיהיו מעורבים בהחלטה זו, מה שמבקש בבירור לרמוז על החקירה המתנהלת כיום בבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג בנוגע להתיישבות הישראלית. ביצירת הקשר בין האיום הפלילי ל'סיפוח' מנסה המכתב לרמוז למציאות בה הסנקציות לכאורה לא יושתו אם ישראל תמנע מ'סיפוח'. על אף זאת, דובר רבות על פתיחה ובחקירה פלילית וסנקציות כנגד ישראל בבית הדין הפלילי הבינלאומי ללא קשר להחלת החוק הישראלי בגדה המערבית. אחדים מהחותמים על המכתב הפתוח אף קראו כבר בעצמם לסנקציות כאלה. ההתעלמות מכך הופכת את השימוש ב'אחריות פלילית', יותר לטקטיקת הפחדה פוליטית מאשר ניתוח משפטי.

אנו בטוחים שרבים מעמיתינו שחתמו על המכתב הגלוי החמיצו בשגגה את הפגמים במכתב אשר צירפו לו את שמותיהם. אנו סבורים כי רצוי שישקלו שוב את הדבר. שומה על מלומדי המשפט למנוע את הפיכת המשפט הבינלאומי לכלי נשק פוליטי.

חתמו : (ציון ההשתייכות הוא לצורך זיהוי בלבד)