

נייר עמדה

שיבת פליטים פלסטינים לתחומי מדינת ישראל

יפה זילברשץ נמרה גורן־אמיתי

עורכת: רות גביזון



מרכז מציל"ה למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית
ירושלים, תש"ע-2010

Return of Palestinian Refugees to The State of Israel

Yaffa Zilbershats and Nimra Goren-Amitai

עורכת הסדרה: רות גביון
עריכת לשון: גלית שמאע
רכזת הפקה: דקלה כהן
גרפיקה: עדי רובין

תוכן נייר העמדה אינו מייצג בהכרח את עמדת מרכז מציל"ה
והוא על אחריות הכותבות בלבד.

© כל הזכויות שמורות למרכז מציל"ה
למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית
ירושלים, תמוז תש"ע, יוני 2010

להזמנות:

מרכז מציל"ה, ת.ד. 8435, ירושלים 91083
טל: 077-4020771/2/3 פקס: 077-4020774
דוא"ל: metzilahorder@metzilah.org.il
www.metzilah.org.il

מרכז מציל"ה נוסד בשנת 2005 במטרה להתמודד עם הנטייה הגוברת, בישראל ובעולם, להטיל ספק בלגיטימיות של לאומיות יהודית ובמידה שבה היא מתיישבת עם ערכים אוניברסליים. **אנו מאמינים:** הציונות ותפיסת העולם הדמוקרטית-ליברלית יכולות ואף חייבות לדור בכפיפה אחת; שיח ציבורי, מחקר וחינוך טומנים בחובם את המפתח לאינטגרציה של ציונות, ערכים יהודיים וזכויות אדם בישראל; אינטגרציה של ערכים אלו חיונית לשגשוגם של מדינת ישראל ושל העם היהודי.

מטרתו העיקרית של מרכז מציל"ה היא לקדם ידע והבנה ולעורר דיון ציבורי בתחומים שאותם אנו רואים כנושאי הליבה של החיים במדינת ישראל ושל שגשוגו של העם היהודי בארץ ובעולם. עם נושאי ליבה אלו נמנים: זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית לאומית ב(חלק מ)ארץ ישראל; זהויות יהודיות בנות זמננו; טיבה ומאפייניה של החברה הישראלית; הדרכים לשמירה על זכויות האדם של כל אזרחי ישראל ותושביה.

אנו סבורים כי בעת האחרונה, שלא כמו בשלביו הקודמים של המפעל הציוני, חסר דיון מעמיק ומבוסס בנושאי הליבה ובהנחות היסוד שלהם. במקרים רבים, חילופי דברים ומחלוקות מתמצים בהפרחת סיסמאות ובהנצחת סטראוטיפים. על כן, מרכז מציל"ה מתמקד הן בבירורים רעיוניים, אקדמיים והיסטוריים הקשורים לנושאים אלו, הן בדיונים מעשיים הנוגעים לעיצוב מדיניות.

בניסיון לתת מענה על צורך חיוני זה שוקד מרכז מציל"ה על פרסום מגוון חיבורים השופכים אור חדש על בעיות יסוד ומניחים תשתית עובדתית, היסטורית ואידאולוגית למחשבה ולפעולה. המרכז שואף להוציא תחת ידיו פרסומים מדויקים ומקצועיים, שיוכלו להניח תשתית מוסכמת לקידומו של דיון ציבורי חיוני בסוגיות המפתח, שהוא חיוני בחברה הישראלית ובעולם היהודי, ולחדד מחדש תובנות יסודיות הנוגעות להם.

מרכז מציל"ה סבור כי מדינת ישראל חיונית לרווחתו ולשגשוגו של העם היהודי, וכי יש לפעול כדי לבסס את יעדיה של ישראל על מלוא רכיביהם: לממש את זכותם של היהודים ושל העם היהודי להגדרה עצמית באמצעות מדינה יהודית במולדתם ההיסטורית; לכבד את זכויות האדם של כל אזרחיה ותושביה; להיות דמוקרטית יציבה, רודפת שלום ומשגשגת הפועלת לרווחת כל תושביה.

חברי הוועד המנהל של מרכז מציל"ה:

אלוף (במיל') גיורא רום – יו"ר

עו"ד יואב ארציאלי

פרופ' אלה בלפר

ד"ר אריאל הלפרין

פרופ' אביבה חלמיש

ד"ר גדי טאוב

ד"ר אלכסנדר יעקובסון

עו"ד משה לוסקי

פרופ' ורד נעם

ד"ר דניאל פוליסר

מאיר קראוס

פרופ' גדעון שמעוני

על הכותבות

פרופ' יפה זילברשץ מכהנת כמשנה לנשיא אוניברסיטת בר-אילן. בוגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטה זו. את תואר המוסמך במשפט בינלאומי קיבלה מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת ניו יורק (NYU) ואת תואר הדוקטור במשפטים מאוניברסיטת בר-אילן. עבודת הדוקטור נעשתה בהנחייתם של פרופ' יצחק קלינגהופר, פרופ' אהרן ברק ופרופ' אהרן אנקר. פרופ' זילברשץ פרסמה מחקרים רבים בתחומי המשפט הבינלאומי, המשפט החוקתי וההגנה על זכויות האדם ואף לימדה קורסים בתחומי המחקר שלה. היא כתבה ספר בנושא האזרחות: *The Human Right to Citizenship* (Ardsley, New York: Transnational Publishers, 2002). פרופ' זילברשץ כיהנה כדיקן הפקולטה למשפטים בבר-אילן בשנים 2005–2007. היא פיתחה בפקולטה תכניות לימודים חדשניות וקלטה לפקולטה חוקרים מובילים מהארץ ומהעולם. הייתה חברה בוועדות ציבוריות וכיום היא מכהנת כסגנית נשיא וכיועצת אקדמית של הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים יהודים. Yaffa.Zilbershats@mail.biu.ac.il

נמרה גורן-אמיתי היא בעלת תואר מוסמך במשפטים מאוניברסיטת בר אילן, בעלת תואר בוגר במשפטים ממכללת "שערי משפט" ובעלת תואר בוגר בסוציולוגיה ובגאוגרפיה מן האוניברסיטה העברית בירושלים. שימשה אחראית מערך החונכות במכללת "שערי משפט". משמשת במשך שנים עוזרת מחקר של פרופ' יפה זילברשץ בתחומי המשפט הבינלאומי והמשפט החוקתי. gorennimra@gmail.com

תודות

ברצוננו להודות לרבים ולטובים שסייעו לנו בנתונים ובמחשבה, ובהם משתתפי הדיון הפנימי שנערך ב-16 בנובמבר 2009. נייר זה הפך שלם ומדויק יותר בשל הערותיהם החשובות. תוכן הדברים אינו מבטא את דעותיהם, והאחריות לדברים מוטלת על הכותבות בלבד.

תודה גם לקרן תקווה על תמיכתה הכספית בהוצאה לאור של נייר עמדה זה.

תוכן העניינים

9	תקציר מנהלים
14	מבוא
19	פרק ראשון: בעיית הפליטים הפלסטינים: עובדות יסוד
19	א. הרקע להיווצרות בעיית הפליטים הפלסטינים
	ב. סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם בעבור הפליטים הפלסטינים
22	במזרח התיכון (אונר"א)
25	ג. מיהו פליט?
25	1. אמנת הפליטים, 1951
27	2. הגדרת פליט במסמכי אונר"א
30	ד. סיכום: מאפייניה הייחודיים של סוגיית הפליטים הפלסטינים
34	פרק שני: זכות השיבה בראי המשפט הבינלאומי
34	א. פתח דבר
34	1. המשפט הבינלאומי: מושגי יסוד
35	2. המשפט הבינלאומי ושיח הזכויות
38	ב. החלטות או"ם בנושא הפלסטיני
38	1. החלטה 194(III)
43	2. החלטות או"ם נוספות
45	ג. דיני זכויות האדם הבינלאומיים וזכות השיבה
46	1. כניסת אדם לארצו
49	2. שרירותיות בהגבלת הכניסה
52	3. איחוד משפחות
53	ד. זכות השיבה ודיני האזרחות במשפט הבינלאומי
54	ה. זכות השיבה ודיני הפליטים
54	1. אמנת הפליטים
55	2. נציבות האו"ם לענייני פליטים
55	3. אונר"א
56	ו. זכות השיבה על פי הדין ההומניטרי ועל פי המשפט הפלילי הבינלאומי
57	ז. סיכום

	פרק שלישי: יישוב סכסוכים פוליטיים-אתניים בחברות מעורבות:
58	הפרדה לעומת שילוב מחדש
	א. סכסוכים אתניים מראשית המאה עד סיום המלחמה הקרה:
58	הפרדה באמצעות חילופי אוכלוסין
62	ב. מחילופי אוכלוסין לטיהור אתני: השיבה כפתרון
65	1. בוסניה והרצגובינה
66	2. אתיופיה
67	3. קפריסין
68	ג. סיכום
70	אחרית דבר
	נספחים
73	נספח א: הנוסח המלא של החלטת העצרת הכללית
73	194(III) מיום 11.12.1948 (באנגלית)
	נספח ב: פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין
77	קפריסין מיום 5.3.2010
83	הערות
98	מקורות

תקציר מנהלים

מבוא

שיבת הפליטים הפלסטינים וצאצאיהם לתחומי מדינת ישראל היא אחת הסוגיות הקשות ביותר שעמן יש להתמודד בבואנו ליישב את הסכסוך הישראלי-פלסטיני. לטענת הפלסטינים, לפליטים ולצאצאיהם יש זכות לשוב לבתיהם שאותם עזבו בשנים 1947-1949. לעומתם, מדינת ישראל מתנגדת נחרצות להכרה בזכות השיבה ולכניסה רחבת היקף של פליטים פלסטינים לתחומיה כחלק מפתרון הסכסוך. היא רואה בכך סכנה לקיום המדינה כמקום שבו ממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית.

מסמך זה מציג את הרקע ההיסטורי והמשפטי של הסוגיה. בבסיסו עומדת הטענה כי מקורות המשפט הבינלאומי אינם מבססים את זכותם המשפטית של הפליטים הפלסטינים לשוב לתחומי מדינת ישראל. סקירת מקרי פליטות אחרים באזורים הסובלים מסכסוכים אתניים בעולם מוסיפה ומלמדת ששיבת פליטים בני קבוצה לאומית אחת לשטח הנשלט בידי קבוצה אחרת בדרך כלל אינה הפתרון ההולם לסיום סכסוך אתני מתמשך. דיון בסוגיה טעונה כזו במסגרת שיח זכויות עלול להקשות על הצדדים את יישוב הסכסוך. לפיכך על ישראל לעמוד על כך שההתמודדות עם נושא הפליטים הפלסטינים תיעשה במסגרת המשא ומתן הפוליטי. עליה להימנע מלדון בסוגיה זו במסגרת שיח הזכויות.

פרק ראשון: בעיית הפליטים הפלסטינים: עובדות יסוד

מטרתו של פרק זה היא להציג את הרקע העובדתי וההיסטורי הנמצא בבסיס תביעת השיבה של הפליטים הפלסטינים וצאצאיהם. רבים מתושביה הערבים של הארץ ברחו או גורשו בעקבות מעשי האיבה שפרצו בארץ ישראל המנדטורית לאחר החלטת עצרת האומות המאוחדות על חלוקת הארץ לשתי מדינות - יהודית וערבית - ובעקבות מלחמת העצמאות של מדינת ישראל. רבים מהם הפכו לפליטים במדינות ערב השכנות. הפליטים הללו הוחרגו מטיפולן של אמנת הפליטים משנת 1951 ושל נציבות האו"ם לענייני פליטים. משנת 1950 הם מטופלים לאור החלטת האו"ם במסגרת מיוחדת: סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם בעבור הפליטים הפלסטינים במזרח התיכון, הלוא היא אונר"א. אונר"א הפכה עם הזמן

לארגון המתפקד כסוכנות סעד ענקית, המטפלת ב-4.7 מיליון איש בקירוב ונמנעת מלשקם את הפליטים. נתון זה נובע מהגדרתה הנרחבת לפליט פלסטיני. הגדרת אונר"א, שלא כמו הגדרת אמנת הפליטים, כוללת גם את צאצאי הפליטים שעזבו את ארץ ישראל המנדטורית וכן את אלו שקיבלו אזרחות בארצות שבהן השתקעו. נוסף על כך פלסטינים רבים החיים מחוץ לתחומי הפעולה של אונר"א רואים את עצמם כפליטים פלסטינים הזכאים לשוב לתחומי מדינת ישראל.

פרק שני: זכות השיבה בראי המשפט הבינלאומי

הפלסטינים מבססים את זכות הפליטים לשיבה על המשפט הבינלאומי. שיח הזכויות בתחום זה התפתח במידה רבה לאחר מלחמת העולם השנייה. באו"ם התקבלו אמנות רבות בנושא זכויות האדם, והמדינות החתומות התחייבו לקיום הזכויות בשטחן. בד בבד הוקמו מנגנוני מעקב ופיקוח על יישום האמנות. מהלך זה הביא להגבלת ריבונות המדינה. על רקע זה בוחן הפרק השני את מקורותיו השונים של המשפט הבינלאומי הקשורים בנושאים הנוגעים לסוגיה במטרה לבדוק אם הם מקנים לפליטים הפלסטינים ולצאצאיהם זכות שיבה.

- **החלטות האו"ם בנושא הפלסטיני** אינן מעניקות זכות שיבה לפליטים הפלסטינים לתחומי מדינת ישראל. ההחלטה העיקרית שעליה מבססים הפלסטינים את טענתם לזכות השיבה היא החלטת העצרת הכללית 194 (III) משנת 1948. החלטה זו ביקשה להתוות דרך כללית לסיום הסכסוך באמצעות הקמת ועדת פיוס. אמנם השבת הפליטים מוזכרת בסעיף 11 של האמנה אך יש לראות בכך חלק ממתווה כללי זה ולא זכות המוקנית לפליטים, ביחוד לנוכח העובדה שההחלטה אינה מזכירה את המונח "זכות". החלטות מאוחרות יותר של העצרת הכללית מכירות בזכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית ובזכות הפלסטינים לשוב לבתיהם. לעומת זאת החלטות מועצת הביטחון 237 ו-242 משנת 1967 ו-338 משנת 1973 קוראות להשגת הסדר צודק של בעיית הפליטים אך אינן מזכירות כלל את זכות השיבה שלהם. החלטות אלו של מועצת הביטחון הן המחייבות ביחסים בין הישראלים לפלסטינים, מפני שהסכמי אוסלו שעליהם חתמו שני הצדדים מעניקים לאימוצן על ידי הצדדים תוקף מחייב.

- **דיני זכויות האדם הבינלאומיים** קבעו הגדרות לא אחידות להיקף הזכות לחופש התנועה, שלעתיים טענת זכות השיבה מתבססת עליה. אחד המסמכים החשובים בנושא זה שעליו מסתמכים הפלסטינים הוא האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966. סעיף 12(4) באמנה קובע איסור

להגביל את זכותו של אדם להיכנס לארצו בצורה שרירותית. נייר העמדה מראה כי הפליטים הפלסטינים אינם עומדים בתנאי הסעיף, ולכן גם הוא אינו מקנה להם זכות לשוב לתחומי מדינת ישראל. ישראל אינה "ארצם" של הפליטים, וגם אם נחשבה ארצם הרי שההגבלה על כניסתם למדינה אינה שרירותית. מדינת ישראל רשאית למנוע את כניסת הפליטים לתחומה, ועל אחת כמה וכמה את כניסתם של צאצאיהם, כיוון שפעולה כזו עלולה לסכן את קיומה של המדינה ואת מימוש זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית בתוכה. נימוק זה תקף גם לגבי הגבלת כניסה לישראל של פלסטיני הנישא לאזרח המדינה והמבקש להשתקע בה במסגרת איחוד משפחות.

- **דיני האזרחות במשפט הבינלאומי** אינם מטילים אף הם חובה על מדינת ישראל להעניק אזרחות לפליטים הפלסטינים. באמנות הבינלאומיות הכלליות ובאלו העוסקות באופן ספציפי בשאלת האזרחות נקבעה זכותו של כל אדם לאזרחות, אך אין חיוב מפורש של מדינה מסוימת להעניק לו אזרחות. הסדרים של הענקת אזרחות לעוזבים את המדינה במקרים של ירושת מדינות, דהיינו במצבים שבהם נוצרת תנועה גדולה של אנשים בעקבות מלחמה שהביאה לשינוי גבולות, טרם גובשו לכלל בינלאומי מחייב, ועל כן אינם מחייבים משפטית בהקשר של סוגיית הפליטים הפלסטינים.
- **דיני הפליטים** מוגדרים בעיקרם באמנת הפליטים משנת 1951. אמנה זו קובעת את זכותם של הפליטים שלא להיות מגורשים לארץ שממנה נמלטו ואשר בה נשקפת סכנה לחייהם או לחירותם. הפרקטיקה של מדינות העולם במשך שנים מעידה כי הן לא פירשו את הזכות הזו כאילו היא קובעת בעקיפין את חובת מדינת המקור לאפשר את השבת הפליטים. גם חוקת נציבות האו"ם לענייני פליטים משנת 1950 קובעת שהשיבה היא רק אחת הדרכים האפשריות ליישוב בעיית פליטים. כך או כך, אמנת הפליטים הִחְרִיגה את הפליטים הפלסטינים מתחום טיפולה והעבירה אותם בהתאם להחלטת או"ם לאחריות אוני"א. עם זאת לא הוטל על הארגון לטפל בשיבת הפלסטינים.
- **הדין ההומניטרי והמשפט הפלילי הבינלאומי** שעניינם הגנה על אזרחים ועל לוחמים בזמן מלחמה ולאחריה אינם כוללים הוראה בדבר זכות שיבת פליטים. הם אוסרים על גירוש בכוח. אולם גם אם בעיית הפליטים נוצרה בחלקה בעקבות גירוש אוכלוסייה משטחי ארץ ישראל המנדטורית, אין במשפט הבינלאומי שום נורמה המחייבת לאפשר שיבה למדינת המקור כסעד לגירוש האסור.

פרק שלישי: יישוב סכסוכים פוליטיים-אתניים בחברות מעורבות: הפרדה לעומת שילוב מחדש

בחינת התקדימים בעולם לפתרון סכסוכים אתניים שמעורב בהם גורלם של פליטים רבים מוכיחה כי הועלו פתרונות שונים להתמודדות עם השאלות הקשורות בבעיה כחלק מניסיון ליישב או לייצב סכסוך לאומי.

עד סיום המלחמה הקרה היה הפתרון הלגיטימי ואף המועדף לסכסוכים אתניים חילופי אוכלוסין כפויים. הנחת המוצא הייתה שפתרון כזה תורם ליציבות המדינות שסבלו ממתחים אתניים. כך היה בהסכמי השלום בין יוון לבלגריה בשנת 1919 ובין טורקיה ליוון בשנת 1923. ועדת פיל משנת 1937, שקראה לחלוקת ארץ ישראל המנדטורית לשתי מדינות, המליצה על חילופי אוכלוסין בהסתמך על התקדים היווני-טורקי. פתרון דומה של העברת אוכלוסין כפויה התקבל בהסכם פוטסדם משנת 1945 אשר קבע כי מיליוני גרמנים יעקרו משטחים במזרח אירופה ויועברו לגרמניה. גם בעת חלוקת הודו להודו ולפקיסטן בשנת 1947 נעשו חילופי אוכלוסין של מיליוני אנשים במטרה להפריד בין שתי קבוצות אתניות מסוכסכות.

אנו רואים אפוא שכאשר נוצרה בעיית הפליטים הפלסטינים, נחשבו חילופי האוכלוסין, בייחוד במקרים של סכסוכים אתניים, פתרון לגיטימי ואף ראוי. אפשר היה לראות את קליטת מאות אלפי הפליטים היהודים ממדינות ערב בישראל, שהתרחשה בד בבד עם בריחתם או עם גירושם של הפליטים הפלסטינים לארצות ערב השכנות, כחילופי אוכלוסין בדיעבד. המציאות החדשה שנוצרה יכולה הייתה לספק תשתית הולמת ליישוב הסכסוך. אולם, שלא כמו מדינת ישראל, מדינות ערב לא פעלו בדרך כלל לקליטת הפליטים וליישובם מחדש אלא עודדו את הנצחת מצב הפליטות ואת שאיפות השיבה לתחומי מדינת ישראל.

לאחר סיום המלחמה הקרה הוגדר תהליך חילופי האוכלוסין טיהור אתני והפך לאסור באופן מוחלט על פי המשפט הבינלאומי. השיבה אומצה על ידי מדינות – בעיקר על ידי מדינות קולטות פליטים – כפתרון המועדף לבעיות הפליטים שנוצרו בעקבות סכסוכים אתניים. אולם מדיניות זו נתקלה במקרים רבים בקשיים ולעתים אף בחוסר אפשרות לממשה. כך **בבוסניה והרצגובינה** למשל שהייתה חלק מיוגוסלביה לשעבר. המלחמה באזור עוררה תנועה מואצת של פליטים. הסכם דייטון משנת 1995 קבע את זכותם לשוב לבתיהם. הלכה למעשה שיבת הפליטים נתקלת עד היום במכשולים רבים, ובכלל זאת בעוינות אתנית ההופכת לעתים לאלימות קשה. באתיופיה נפתרה בעיית פליטים על ידי השבתם **לאתיופיה**, אך לאזור הנבדל במידה רבה מן הבחינה הגאוגרפית ומן הבחינה האתנית מן האזור

שממנו נמלטו. **בקפריסין** הניח מזכ"ל האו"ם קופי אנאן בפני ממשלותיהם של שני חלקי האי הצעה לפתרון בעיית הפליטים שנוצרה כשלושים שנה קודם לכן. הצעתו כללה שיבה מצומצמת ביותר בהיקפה מתוך רצון לשמור על הרוב של כל אחת מן הקהילות האתניות בשטחה שלה. הצעה זו מלמדת שהקהילייה הבינלאומית סבורה גם כיום שיתכן פתרון לגיטימי שאינו כולל שיבה ניכרת של פליטים למקום מושבם הקודם. הנחת העבודה המועילית בנייר היא כי כך ראוי לפעול גם בעניין סוגיית הפליטים הפלסטינים.

חיזוק הלהך רוח זה נתן לאחרונה פסק דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם אשר הכריע במרס 2010 בסוגיית זכויות הקניין של יוונים-קפריסאים שהתגוררו בצפון קפריסין ועברו לדרום האי בעקבות הכיבוש הטורקי. בשל חשיבותו ובשל הרלוונטיות של פסק הדין לסוגיית הפליטים הפלסטינים הובאו עיקריו **בנספח** לנייר זה.

אחרית דבר

הדיון בשאלת השיבה של הפליטים הפלסטינים לתחומי מדינת ישראל חיוני ביותר כדי להבטיח התמודדות מיטבית של המדינה עם הסוגיה במסגרת מהלכים והסכמים מדיניים הצפויים להיחתם בין ישראל לפלסטינים. לנוכח העובדה כי המשפט הבינלאומי אינו מקנה זכות לפליטים הפלסטינים לחייב את ישראל לאפשר להם להתיישב בתחומה ולנוכח פרקטיקת המדינות בהשבת פליטים באזורי סכסוך אתני, מומלץ להעתיק את הדיון בנושא השיבה מתחומי שיח הזכויות לתחומי המשא ומתן הפוליטי. אֵל לה למדינת ישראל להתפתות להכיר בזכות השיבה של הפליטים מתוך הסתמכות על הבטחה או הבנה כי הלכה למעשה לא תתבצע שיבה. אֵל לה לנהוג כך אפילו מתוך מחווה סמלית המבקשת להכיר בסבלם של הפליטים. הזכות הנטענת היא גם זכות של פרטים, ואין זה ברור כלל אם נציגי הפלסטינים מוסמכים לוותר על זכויות כאלה. ואכן, הטענה כי זכות זו אינה ניתנת לוותר מושמעת מפורשות על ידי תובעי הזכות. לכן, כל הכרה בזכות השיבה עלולה לגרור בעקבותיה תביעות שיבה המוניות. פתרון השיבה הגורף אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים ועם הזכויות של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי. ראוי לשים קץ לסבלם של הפליטים הפלסטינים, אך שיבה רחבת היקף אל ישראל של אוכלוסייה שונה, הנבדלת במידה כה רבה במאפייניה התרבותיים והחברתיים מן האוכלוסייה היהודית, ואשר בינה לבין האוכלוסייה היהודית שוררת עוינות כה עמוקה, אינה הפתרון הנכון לסבלם של הפליטים ולבטח אינה הדרך להשגת יציבות באזור.

מבוא

שלושה נושאים עיקריים טרם נידונו בהסכמי הביניים שבין ישראל לפלסטינים מתוך כוונה לעסוק בהם בהסכמי הקבע: מעמדה של ירושלים, הגבולות שבין מדינת ישראל לבין הישות הפלסטינית וסוגיית שיבת הפליטים הפלסטינים וצאצאיהם לתחומי מדינת ישראל. נייר עמדה זה דן בנושא השלישי: שאלת השיבה (אלעאודָה בערבית). נושא השיבה טומן בחובו חשיבות רבה. מדובר בסוגיה רגישה וקשה שבהיעדר התמודדות נכונה עמה אי־אפשר יהיה ליישב את הסכסוך הישראלי-פלסטיני. הפתרון המושמע כיום לסיום הסכסוך המציע שתי מדינות לשני עמים לא יוכל להתממש אם תתאפשר ותמומש זכות השיבה של הפלסטינים לתחומי מדינת ישראל, מאחר שכך היא תחדל מלהיות מדינה בעלת רוב יהודי.

טענת היסוד של הפלסטינים היא ש**זכותם** של הפליטים ושל צאצאיהם לשוב לבתיהם ממש. עצם הגדרת רצונם זה של הפליטים לשוב לבתיהם כ"זכות" ולא רק כ"תביעה" היא בעלת חשיבות שיש לה השלכות תאורטיות, מדיניות ומשפטיות. כך למשל הצירוף "זכות השיבה" מעורר ספק אם במסגרת משא ומתן יגלו המנהיגים הפלסטינים נכונות להגמיש את הדרישה ולוותר על מימוש זכות זו. כך גם אין זה ברור אם ויתור על זכות זו יזכה בתמיכת העם הפלסטיני, ואם לא ייטען שמדובר בזכות אישית שהמנהיגות אינה רשאית לוותר עליה. הן יוזמת השלום הערבית והן יוזמת ג'נבה נוהגות בעמימות בנושא חשוב זה.

העמדה הישראלית הרשמית מתייחסת לשני היבטים בדיון. ראשית, ישראל טוענת כי אין לפליטים פלסטינים (ובעיקר לצאצאיהם) זכות שיבה מתוקף המשפט הבינלאומי הפומבי הכללי ומתוקף מקורותיו העוסקים בעניינם הספציפי. שנית, טענת ישראל היא כי אין תקדים למצב שבו במסגרת פתרון לסכסוך מתמשך בין שתי קבוצות אתניות מוכרת שיבה של בני קבוצה אתנית אחת לשטח המדינה הקולטת שבו מממשת הקבוצה האתנית האחרת את זכותה להגדרה עצמית, באופן שעלול לשבש את יחסי הרוב-מיעוט במדינה זו ולסכן את יציבותה. ישראל גם טוענת שהעובדה כי הפליטים הפלסטינים לא שוקמו ולא נקלטו בארצות אחרות נובעת מאי־הכרה במדינת ישראל, ולכן אין הצדקה לאפשר מימוש כוונה זו באמצעות הטלת החובה על ישראל לקלוט את הפליטים.

ישראל מתנגדת אפוא נחרצות לשלושה סוגי הסדרים: (א) הסדרים מדיניים בינה לבין הפלסטינים ומדינות ערב המכירים בזכות השיבה; (ב) הסדרים המאפשרים

לפלסטינים עצמם לבחור אם להיקלט בתוך גבולות מדינת ישראל; (ג) הסדרים המאפשרים כניסה רחבת היקף של פליטים כאלה לישראל. בניגוד לנושאים רבים אחרים, העמדה הישראלית הרשמית בסוגיית השיבה מוסכמת על חלק ניכר מן המנהיגות הפוליטית בישראל. נושא זה זכה אף בחקיקה מיוחדת בכנסת.¹ למרות זאת נראה כי נושאים ונותנים ישראלים אינם מודעים דיים לרקע ההיסטורי, העובדתי, המשפטי והפוליטי של הסוגיה. ניכר גם חוסר מודעות מסוג זה בקרב הציבור הישראלי ובכלל זאת למקום המרכזי שממלאת טענת השיבה בקרב הערבים בכלל ובקרב הפלסטינים בפרט. מטרת נייר העמדה היא לספק מידע זה כך שהדיון בסוגיית המדיניות הראויה של ישראל כלפי תביעת השיבה של הפלסטינים יוכל להיות מבוסס ומושכל.

הפרק הראשון סוקר את הרקע העובדתי לדיון בתביעת השיבה של הפליטים הפלסטינים וצאצאיהם. פרק זה עוסק בשלושה נושאים: הנושא הראשון דן ברקע ההיסטורי להיווצרות בעיית הפליטים הפלסטינים בעקבות מעשי האיבה והמלחמה שהחלו בגלל סירובם של הפלסטינים ומדינות ערב לאמץ את תכנית האו"ם מיום 29 בנובמבר 1947 לחלק את שטחי ארץ ישראל המנדטורית (אלו השטחים הקרויים באנגלית Palestine, ובערבית – פְּלֶסְטִין) לשתי מדינות: ערבית ויהודית. מעשי האלימות וניצחונם של היהודים במלחמה גרמו מצד אחד להקמת המדינה היהודית – ישראל – על שטח נרחב יותר מזה שיועד לה על פי החלטת החלוקה ומצד אחר לסיפוח החלקים שיועדו למדינה הערבית לירדן ("הגדה המערבית") או להעברתם לשליטת מצרים (רצועת עזה). רק היהודים מימשו, אם כן, את זכותם להגדרה עצמית. רבים מהתושבים הפלסטינים שהתגוררו בשטחי מדינת ישראל – 600,000–700,000 איש – ברחו ממנה או גורשו ממנה. חלק ניכר מהם הפכו לפליטים המתגוררים עד היום בגדה המערבית, ברצועת עזה או במדינות ערב הסמוכות.

הנושא השני של הפרק מתאר את המסגרת הזמנית המיוחדת שהוקמה כדי לסייע לפליטים הפלסטינים על פי החלטות האו"ם: סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם בעבור הפליטים הפלסטינים במזרח התיכון (אונר"א). מסגרת זו מחריגה את הפליטים הפלסטינים מכלל הפליטים האחרים בעולם, הנמצאים בחסות נציבות האו"ם לפליטים. מטרתה של נציבות הפליטים הכללית של האו"ם היא לשקם את הפליטים במגוון דרכים, הכוללות שיבה לארצם אך גם קליטה בארצות אחרות. לעומתה הפכה אונר"א לארגון גדול הפועל עד היום כסוכנות סעד, והיא נמנעה מלשקמם בגלל לחץ פוליטי שהפעילו מדינות הגוש הערבי.

הנושא השלישי בפרק עוסק בשאלה מיהו פליט לפי מסמכי אונר"א. הגדרה זו רחבה יותר מהגדרת הפליט לפי דיני הפליטים הכלליים של המשפט הבינלאומי כפי שמתבטאים באמנת הפליטים ובמסמכי היסוד של נציבות האו"ם לענייני פליטים. להבדיל מן הדין הכללי כוללת ההגדרה על פי אונר"א את האנשים שעזבו את שטח מדינת ישראל, גם אם לימים קיבלו אזרחות ממדינת המקלט, ונוסף על כך את כל צאצאיהם. הגדרה רחבה זו הובילה לכך שכיום רשומים באונר"א 4,718,899 פליטים, שחלקם כאמור בעלי אזרחות במדינות אחרות. נוסף על כך יש פלסטינים שאינם רשומים באונר"א אך עונים על ההגדרה הכללית של פליטים. אלו גם אלו רואים את עצמם פליטים שזכותם לשוב אל מדינת ישראל.

הפרק השני מנתח את המשפט הבינלאומי בעניין טענת הפלסטינים שלפיה מוקנית לפליטים ולצאצאיהם זכות משפטית לשוב לתחומי מדינת ישראל. הכוונה לשטח המדינה גופא, בלא שטחי יהודה ושומרון וחבל עזה. הפרק מציג קריטריונים כלליים לזיהוי נורמות של המשפט הבינלאומי ולקביעת זכויות על פיו. הוא מציג גם את מקורות המשפט הבינלאומי הרלוונטיים לשאלת פליטים בכלל ולסוגיית הפליטים הפלסטינים בפרט. הפרק בוחן ישירות את המקורות ומתמודד עם הטיעונים העיקריים התומכים בטענה כי זכות השיבה מוכרת על ידי המשפט הבינלאומי הנוהג, בין שמדובר בפלסטינים ובין שבבני לאום אחרים שברחו או שגורשו מבתיהם בנסיבות דומות.

בשלב הראשון נבדקות החלטות האו"ם הדנות במישרין בנושא הפלסטיני ומתייחסות לשאלת השיבה, ובראשן החלטה 194 (III). המסקנה העולה מן הבדיקה היא שאין במסמכים אלו כדי לבסס זכות משפטית לשיבת הפליטים הפלסטינים לתחומי מדינת ישראל. בשלב השני נבחנות אמנות בינלאומיות כלליות שאינן עוסקות ישירות בשאלה הפלסטינית אלא בזכויות אדם, בדיני אזרחות, בדיני פליטים ובמשפט הומניטרי. ניתוח הסעיפים הרלוונטיים במקורות המשפטיים הללו, בעיקר על רקע המציאות ששררה בעת שנחקקו ועל פי מטרות המקורות, מוביל אף הוא למסקנה שאין בהם כדי לבסס את זכותם המשפטית של הפליטים הפלסטינים לשוב לתחומי מדינת ישראל.

בפרק השלישי נבחנת השאלה אם בסכסוכים אתניים שאירעו במאה השנים האחרונות שימשה שיבתם של בני קבוצה אחת שברחו או גורשו מבתיהם רכיב בפתרון הסכסוך. ברוב המקרים נענתה שאלה זו בשלילה. מאז תחילת המאה העשרים ועד סיום המלחמה הקרה ראו המדינות בחילופי אוכלוסין פעולה

לגיטימית, העשויה לתרום במידה רבה ליציבותן של מדינות שסבלו ממתחים אתניים. בנסיבות אחרות כשאזרחים בני המיעוט במדינת מוצא מסוימת ברחו או עזבו למדינת מקלט שבה הפכו לרוב, הרי שמדינת המקלט לא דרשה את השבתם למדינת מוצאם. מדינת המקלט קלטה את הפליטים, ובד בבד העבירה למדינת המוצא אזרחים בני מיעוטים אתניים המזוהים עם מדינה זו. התנהלות כזו ביקשה ליצור אזורים גאוגרפיים המאופיינים באחידות אתנית ולתרום בכך להפגת המתחים או לפתרון הסכסוך.

לאחר סיום המלחמה הקרה אסר המשפט הבינלאומי על חילופי אוכלוסין לשם יצירת אזורים הומוגניים. השיבה הוצעה כפתרון מועדף לבעיות של פליטות אך במקרים רבים יישומה נתקל בקשיים רבים ולעתים אף לא מומש. כך ביוגוסלביה לשעבר ובקפריסין. מכאן שגם כיום הפרקטיקה מלמדת כי שיבה אינה הפתרון המומלץ להסדרת סכסוכים אתניים. הנימוק לכך הוא שהשבת פליטים לתוככי מדינה, בעוד המתח האתני קיים, עלולה דווקא להצית את אש המריבה ולא לכבותה. קל וחומר שאם חלפו שנים רבות מאז שנוצרה בעיית הפליטות, השבת המצב לקדמותו מעוררת בעיות קשות רבות, ובמקרים רבים יישומה בלתי אפשרי כמעט.

בפרק האחרון המסכם נעסוק בדרך שבה נדרשת מדינת ישראל להתמודד עם טענת השיבה של הפלסטינים הן במסגרת הסכמים מדיניים בינה לבין הרשות הפלסטינית והן במסגרת פעולות אפשריות בנושא זה גם בהיעדר הסכמים כאלה.

אין ספק כי חיוני למצוא מענה אנושי ומדיני הולם לסוגיית הפליטים. בעיקר נכון הדבר לגבי קהילות פליטים המתגוררות בתנאים קשים במדינות שאינן מוכנות לקלוט אותם ולאפשר להם התאזרחות וקליטה חברתית וכלכלית ראויה. מקרה בולט לכך הוא קהילת הפליטים הפלסטינים בלבנון. חיוני גם שישראל – על מנהיגיה ועל הציבור היהודי החי בה – תבין את עוצמת חלום השיבה בזהות הפלסטינית ואת תחושת העוול שמלווה חלק ניכר מבני העם הפלסטיני.

עם זאת יש להיות מודעים לכך שהכרה בשיבה כזכות עלולה להוביל בעתיד הקרוב או הרחוק למימוש רחב של שיבה פלסטינית בתחומי מדינת ישראל. שיבה כזו, בוודאי בעתיד הנראה לעין שבו שוררים בין שתי הקהילות יחסים של מתח וחשדנות הדדיים, עלולה לגרום למתחים ולא־יציבות. שיבה המונית של הפליטים אף עלולה לערער את קיום הרוב היהודי במדינת ישראל ובכך לסכן את המשך קיום המדינה שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית לאומית.

לנוכח נוקשותו של שיח הזכויות ולנוכח הניתוח המוצע כאן, ולפיו המשפט הבינלאומי עצמו אינו מכיר בזכות השיבה, צריכה ישראל להימנע מהכרה בזכות כזו בחקיקה פנימית או בהצהרות או בהסכמים בינלאומיים. לדעתנו ישראל אינה צריכה להתנדב להכרה כזו. ישראל גם אינה צריכה להכיר באחריותה הבלעדית להיווצרות הבעיה. דעותינו אלה אינן סותרות הצהרות המכירות בעובדה כי נגרם לפלסטינים, כיחידים וכקבוצה, סבל רב בעקבות עקירתם מבתיהם ואינן שוללות תמיכה במהלך בינלאומי רחב שיסייע להם בשיקומם.

פרק ראשון

בעיית הפליטים הפלסטינים: עובדות יסוד

א. הרקע להיווצרות בעיית הפליטים הפלסטינים

זכות השיבה שהפלסטינים טוענים לה היא תולדה של בעיית הפליטים הפלסטינים שנוצרה בעקבות מלחמת העצמאות שהתנהלה בארץ ישראל מסוף שנת 1947 עד ראשית 1949. ביום 29 בנובמבר 1947 התקבלה בעצרת הכללית של האו"ם החלטה 181 בדבר סיום המנדט הבריטי וחלוקת ארץ ישראל המנדטורית לשתי מדינות על בסיס הלאום של אוכלוסייתן: מדינה יהודית ומדינה ערבית.² הערבים תושבי הארץ וכן מדינות ערב, למעט עבדאללה מלך ירדן, דחו את תכנית החלוקה. כל עוד נמשך המנדט הבריטי התבטא סירובם לתכנית במאבק אלים בתוך שטח ארץ ישראל המערבית. עם סיום המנדט הכריזה הנהגת היישוב היהודי על הקמת המדינה, וכוחות צבא של מדינות ערב פלשו לתוכה. מאורעות אלו הביאו לעזיבת מאות אלפי ערבים את שטחי ארץ ישראל המנדטורית שנתפסו בידי היהודים. להערכת אונר"א היה מספרם 700,000 בקירוב. הערכות אחרות הן 500,000–900,000.³ כ-150,000 ערבים נשארו בתוך גבולותיה של מדינת ישראל. בשטחי ארץ ישראל שנשארו בשליטה ערבית לא נותר אפילו יהודי אחד. כל התושבים היהודים ברחו, נהרגו או נשבו.

הסיבות לעזיבת הפלסטינים הערבים תושבי ארץ ישראל שנויות במחלוקת: יש הטוענים כי הפליטים ברחו מפחד הקרבות או שנענו לקריאות מצד המנהיגים המקומיים או מצד מנהיגי ארצות ערב השכנות לעזוב את מקום מגוריהם כדי שלא להפריע לקרבות ובמטרה לשוב לבתיהם לאחר הניצחון. לעומת זאת טוענים הפלסטינים כי הם גורשו בכוח מן השטחים שבשליטת מדינת ישראל. יש אף הטוענים כי הגירוש נעשה על סמך תכנית שהותוותה מראש. כיום מקובל התיאור המפורט של בני מוריס ולפיו חלק מן הפליטים אכן ברחו ואחרים גורשו, אולם פעולות גירוש כאלה לא היו חלק מתכנית מוקדמת.⁴ רוב הפליטים התיישבו במדינות ערב השכנות: ירדן (כולל הגדה המערבית), לבנון, סוריה ורצועת עזה שהייתה בשליטת מצרים. חלקם הפכו לחסרי אזרחות

שכן הם עזבו את שטחי המנדט הבריטי שפסק מלהתקיים, אך לא קיבלו אזרחות במדינה המארחת. אחרים, בעיקר בירדן, קיבלו אזרחות של המדינות הקולטות.⁵ על פליטי 1948 נוספו בשנת 1967 פליטי מלחמת ששת הימים,⁶ שמרביתם עברו לירדן.

רכיב חשוב בסוגיית הפליטים הפלסטינים כיום אינו רק השאלה מה גרם לפליטים לעזוב את בתיהם אלא גם מדוע לא התאפשר להם לשוב לבתיהם לאחר שוך הקרבות. יש המבססים הן את אחריותה של ישראל לפתרון הסוגיה כיום והן את זכות השיבה שהפלסטינים טוענים לה על העובדה כי ישראל מנעה את רוב הפליטים מלחזור לבתיהם לאחר סיום המלחמה ולא העניקה להם אזרחות או תושבות בה. ישראל עשתה זאת באמצעות עריכת מפקד אוכלוסין לאחר קום המדינה: החלטתה הייתה כי יינתנו זכויות לתושבות ולאזרחות רק על פי נוכחות בשטח מדינת ישראל ביום המפקד.⁷

סוגיית הפליטים הפלסטינים בזמן מלחמת העצמאות ולאחריה נידונה בדיונים רבים במוסדות האו"ם. האו"ם ביטא אחריות מיוחדת כלפי המתרחש בשטח שהיה ארץ ישראל המנדטורית בשל העובדה שהאירועים האלימים נבעו מהחלטות הארגון בעניין סיום המנדט הבריטי וחלוקת שטחיו למדינה יהודית ולמדינה ערבית. הסכסוך הישראלי-ערבי, ובעיקר הנושא הפלסטיני, זכו אפוא בתשומת לב רבה ביותר מצד האו"ם, אשר התבטאה בהחלטות רבות שקיבלו העצרת הכללית ומועצת הביטחון במשך השנים.

ההחלטה העיקרית שעליה מבססים הפלסטינים את טענתם לזכות השיבה היא החלטה 194(III) שקיבלה העצרת הכללית של האו"ם ביום 11 בדצמבר 1948, ובעיקר על סעיף 11 בה העוסק בנושא הפליטים.⁸ כאן נציין שאמנם סעיף 11 להחלטה קבע כי הפליטים המעוניינים לשוב לבתיהם ולחיות בשלום עם שכניהם יורשו לעשות זאת מוקדם ככל האפשר, אך יש לזכור שבצד סעיף זה כוללת ההחלטה גם סעיפים נוספים הדנים במגוון היבטים הנוגעים לסיום הסכסוך בין ישראל לפלסטינים, ובבסיסם רעיון הפיוס.⁹ לצרכינו כאן נאמר כי הדיון בשיבת הפליטים היה חלק מן הדיון בסיום מצב המלחמה והאיבה בין הצדדים, וכי ההבנה הייתה כי השיבה היא חלק מתהליך שיכלול השכנת שלום בין הצדדים והכרה במדינה היהודית מצד השכנים הערבים. בעקבות החלטה 194(III) הוקם מנגנון לתיווך בסכסוך, אולם פעולתו לא הניבה הסדר.

מדינות ערב הצביעו נגד ההחלטה שביקשה כאמור להתוות דרך לסיום הסכסוך באמצעות הקמת ועדת פיוס, מפני שהן התנגדו לעצם קיום המדינה, ולא עסקו בשאלות מה יהיו גבולותיה או מה יהיה מעמדה של ירושלים. מנקודת מבטן קבלת ההחלטה על ידן עלולה הייתה להתפרש כהכרתן במדינת ישראל.¹⁰ מדינת

ישראל לא השתתפה בהצבעה מפני שטרם התקבלה כתברה באו"ם. הפלסטינים מבססים את מחויבות ישראל להחלטה 194 (III) על החלטה 273 (III) של העצרת הכללית מיום 11 במאי 1949 העוסקת בדבר קבלת ישראל לאו"ם. וכך נכתב בה:

[העצרת הכללית] מזכירה את החלטותיה מ-29 בנובמבר 1947 ומ-11 בדצמבר 1948 ורושמת לפנייה את ההצהרות ואת ההסברים של נציג הממשלה בפני הוועדה המדינית אד-הוק בהודעה על יישום החלטות אלו [התרגום שלנו - י"ז ונ"ג].¹¹

בחינת לשון החלטה 273 (III) מעלה כי היא אינה מתנה את קבלת ישראל לאו"ם בהתחייבות לקיים את החלטות 181 ו-194 (III), אלא מפנה לדבריו של נציג ישראל בהקשרו. לפיכך אפשר לראות בדברי אבא אבן, נציג ישראל בדיונים על קבלת המדינה לאו"ם, בפני הוועדה המדינית אד-הוק (Ad Hoc Political Committee), פרשנות לגיטימית של עצרת האו"ם להחלטות הללו. עיון בדבריו מלמד כי ישראל ראתה אמנם את עצמה מלכתחילה מחויבת לתכנית החלוקה, אך התנגדות הערבים לתכנית הביאה לשינוי הנסיבות באופן שחייב לשנות את התכנית המקורית. מדינת ישראל מחויבת להגיע להסדר שלום אשר ישקף את רוח תכנית החלוקה לאור שינוי הנסיבות. לפיכך, הדיון בגורל הפליטים יתקיים רק במסגרת הסכם שלום. במסגרת הסדר זה לא שללה מדינת ישראל את אפשרות השיבה, אולם היא סברה שסוגיית הפליטים היא בעיה פוליטית שיש לפתור אותה בדיונים בין מדינות. לשיטתה פתרון הבעיה אינו מתמצה בשיבה דווקא אלא אפשר שפתרון מעשי אחר הוא יישוב הפליטים במדינות השכנות.¹² מכל מקום, ישראל לא ראתה לנכון לאפשר את שיבת הפליטים כל עוד לא הגיעו להסכמות מדיניות בעניין עתיד היחסים בינה לבין שכנותיה. ישראל עמדה כבר בשלב מוקדם זה על הטענה כי הסוגיה היא עניין למשא ומתן פוליטי ולא לשיח זכויות.

נזכיר גם כי להחלטה 194 (III) קדמה החלטת האו"ם מיום 14 במאי 1948 בדבר מינוי מתווך מטעם האו"ם שיעסוק בסכסוך הישראלי-פלסטיני.¹³ לתפקיד מונה הרזן השוודי פולקה ברנדוט. אף על פי שמלכתחילה השקיע המתווך את עיקר מאמציו בניסיון להשיג הפסקת אש בין הצדדים בהתאם לסמכות שהעניק לו האו"ם, הוא עסק גם בבעיית הפליטים הפלסטינים. בדוח שהעביר ברנדוט ביום 16 בספטמבר 1948 הוא קבע שיש לאשר את זכות הפליטים לשוב לבתיהם, על אף התנגדות ממשלת ישראל. עם זאת ברנדוט לא התעלם מן השינויים שחלו בתוך מדינת ישראל וציין כי "תהיה זו טעות להניח כי הפתרון לבעיה יבוא עם ביסוס זכותם של הפליטים לשוב [...] ייתכן כי למרבית הפליטים כבר לא נשאר בתים לחזור אליהם וכי יישובם מחדש במדינת ישראל עלול ליצור בעיה כלכלית

וחברתית סבוכה ביותר".¹⁴ יום לאחר מסירת הדוח נרצח ברנדוט בירושלים בידי אנשי הלח"י.¹⁵ כעבור שלושה חודשים אומצו עיקרי המלצותיו של ברנדוט בהחלטה 194(III), אולם סעיף 11 בהחלטה המתייחס לשיבת הפליטים אינו מתאר אותה כזכות, בניגוד להמלצת ברנדוט. יש לכך חשיבות רבה. נעסוק בעניין זה בפרק הבא של נייר העמדה, אך נציין כאן כי ישראל אכן סירבה לאפשר לפליטים הפלסטינים לחזור לתחומה בהיעדר הסכמי שלום בינה לבין מדינות ערב. סירוב המדינות הערביות לחתום הסכמי שלום עם ישראל יצר מצב מתמשך של שביתת נשק בלבד. גם בשיחות רודוס על שביתת הנשק ניאותה ישראל לקבל לשטחה, במסגרת הסכמי שלום, רק 100,000 פליטים בקירוב. ואולם, התחייבות זו לא מומשה מפני שהשיחות לא הבשילו להסכמים מחייבים. מן ההצעה הישראלית עולה בבירור כי כבר אז סברה ישראל שאין מדובר בזכות אלא בעניין הנתון למשא ומתן פוליטי וכי הסדרי השלום לא יכללו שיבה, מלאה או אפילו ניכרת, של פליטים לשטח המדינה.

ב. סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם בעבור הפליטים הפלסטינים במזרח התיכון (אונר"א)

במהלך מלחמת העולם השנייה ולאחריה נוצר גל גדול של פליטים ועקורים בעיקר באירופה אך גם במקומות אחרים ברחבי העולם. כך התעורר הצורך להקים מוסדות שיעסקו במתן סיוע כולל לפליטים. מאז שנות הארבעים המוקדמות הוקמו כמה ארגונים בינלאומיים שתפקידם להתמודד עם בעיות הפליטים. ביום 3 בדצמבר 1949 החליטה העצרת הכללית של האו"ם על הקמת נציבות פליטים עליונה של האו"ם (להלן: נציבות הפליטים), האמורה לרכז את הטיפול בבעיות הפליטים בעולם.¹⁶ הנציבות אכן הוקמה ב-14 בדצמבר 1950.¹⁷ מטרת הנציבות מתבססת על אמנות הפליטים משנת 1933 ומשנת 1938 ועל הפרוטוקול לאמנות הללו משנת 1939.¹⁸ הנציבות אחראית, נכון לראשית 2009, ל-10.5 מיליון פליטים בקירוב ברחבי העולם.¹⁹ יש לציין כי הנציבות מסייעת לאוכלוסיות נוספות שאינן נכללות בהגדרת הפליטים דוגמת העקורים שהועתקו ממקומותיהם בתוך מדינותיהם וכן פליטים לשעבר ששבו לארצות מוצאם. בראשית 2009 היה מספר הפליטים ושאינם פליטים הנמצאים בחסות נציבות הפליטים 32 מיליון איש בקירוב.²⁰ במועד זה העסיקה הנציבות 6,650 עובדים, שמתוכם 4,900 עובדים מקומיים בארצות שבהן ניתן הסיוע. תקציבה לשנה זו הוא כ-2 מיליארד דולר. מתוך כלל האנשים שהנציבות מסייעת להם 50% מתגוררים באסיה ו-20% באפריקה.²¹

אף שבעיית הפליטים הפלסטינים נוצרה לאחר בעיות פליטים אחרות ולאחר הקמת הגופים הבינלאומיים הללו, הפליטים הפלסטינים אינם מטופלים על ידי הנציבות אלא על ידי גוף מיוחד: סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם בעבור פליטי פלסטין במזרח התיכון (להלן: אונר"א).²² על פליט שנמצא בחסות נציבות הפליטים חלה האמנה בדבר מעמד הפליטים משנת 1951 (להלן: אמנת הפליטים).²³ סימן א בסעיף ד לאמנת הפליטים קובע כי האמנה לא תחול על בני אדם המקבלים סיוע מצד גוף של האו"ם שאינו נציבות הפליטים,²⁴ וסעיף 7 לחוקת נציבות הפליטים קובע שהנציבות לא תסייע לפליט המטופל על ידי ארגון אחר של האו"ם.²⁵ מאחר שגורלם של הפליטים הפלסטינים נתון באחריות אונר"א, פליטים אלו אינם מטופלים על ידי נציבות הפליטים ולכן גם על פי רוב לא חלה עליהם אמנת הפליטים. האמנה חלה רק על פליטים פלסטינים שנמלטו לאזורים שאינם באחריות אונר"א.²⁶ תחום הפעילות של אונר"א מוגבל למזרח התיכון: ירדן, סוריה, לבנון, רצועת עזה והגדה המערבית.²⁷

מסמכי ההכנה של חוקת נציבות הפליטים ושל אמנת הפליטים מלמדים על הסיבות שבגינן הוחלט כי קבוצת הפליטים הפלסטינים תטופל כאמור על ידי גוף נפרד של האו"ם ותהיה כפופה לו ישירות, ולא על ידי נציבות הפליטים המעניקה הגנה וסיוע לשאר הפליטים בעולם. המסמכים מעידים על ההשפעה הרבה שהייתה לנציגי ארצות ערב על ניסוח חוקת נציבות הפליטים ואמנת הפליטים אף שבסופו של דבר חלקן לא אשררו את האמנה. מדברי הנציגים של ארצות ערב בוועידות המכוננות את אמנת הפליטים ואת חוקת נציבות הפליטים, בעיקר אלו של ערב הסעודית, לבנון ומצרים, מתברר כי הסיבות לאי-הצטרפותן לאמנה היו פוליטיות. המדינות הללו חששו שהכללת הפליטים הפלסטינים בהגדרה הכללית של "פליט" תביא להיטמעותם בקרב שאר מקרי הפליטות בעולם ולהידחקותם לקרן זווית. מדינות ערב היו מעוניינות לקבל סיוע חיצוני לפליטים עד מועד השגת הפתרון היחיד האפשרי מבחינתן – השיבה. הן התנגדו לפתרון של יישוב מחדש בתחומן. קבלת ההגדרה הכוללת את הפליטים הפלסטינים בתוך כלל הפליטים בעולם התפרשה בעיניהן כוויתור על תביעתן לראות בשיבה פתרון בלעדי.²⁸ לטענת סעודיה, לבנון ומצרים היה ראוי להבחין בין רוב מקרי הפליטות בעולם אשר לאו"ם לא היה חלק ישיר בגרימתם לבין הפליטות הפלסטיניות שנבעה לדעתם ישירות מהחלטה 181 שקיבלה העצרת הכללית של האו"ם. בשל כך הן סברו שמתקף אחריותו של האו"ם לגורל הפליטים הפלסטינים חובה עליו להקים גוף נפרד שיסייע אך ורק להם. המדינות האלה הובילו לקבלת ההחלטה על הקמת גוף נפרד ועצמאי של האו"ם שיטפל רק בהם.²⁹ הפרדה זו גם אפשרה להגביל את המנדט של

אונר"א לסיוע זמני לפליטים להבדיל מן המנדט שניתן לנציבות האו"ם להביא לשיקומם.

אונר"א הוקמה ביום 8 בדצמבר 1949 מכוח החלטה 302(IV) של העצרת הכללית של האו"ם, ימים ספורים אחרי שהתקבלה ההחלטה להקים את נציבות הפליטים.³⁰ באביב 1950 החלה אונר"א בעבודתה ומאז ועד היום היא פועלת מתוקף כתב מנדט המובא לחידוש העצרת הכללית מדי שלוש שנים. המנדט הוארך ביום 30 ביוני 2008.

ההחלטה על הקמת אונר"א מלמדת שהכוונה הייתה לייסד גוף מסייע זמני אשר יסיים את תפקידו לקראת סוף 1950.³¹ סוכנות הפליטים ראתה את תפקידה העיקרי של אונר"א בסיוע ישיר לפליטים ובהכנת תשתית שתאפשר לחזק את כלכלת המדינות הקולטות כך שהפליטים יוכלו להשתלב בהן ולהיות עצמאיים, כאשר אונר"א תסיים את תפקידה.³²

ואולם, רוב הפליטים ומדינות ערב לא שיתפו פעולה עם הסוכנות במטרתה זו מפני שהתנגדו לפתרון המעדיף השתלבות בארצות מושבם ועמדו על שיבה לישראל. מדינות ערב בדרך כלל לא קלטו את הפליטים בתעסוקה, וכבר בשנה הראשונה דיווחה אונר"א שרשימת הפליטים הנתמכים על ידה לא הצטמצמה. אונר"א לא ביקרה את הפליטים ואת מדינות ערב על אי-שיתוף הפעולה ביישוב מחדש במדינות, והפכה עם השנים מגוף שייעודו המקורי היה כאמור יישוב מחדש, השתלבות בחברה והגשת סעד זמני, לגוף המשמש מעין תחליף לממשלה ושעניינו פיתוח שירותי בריאות, חינוך, תכנון עירוני וכדומה. זו הייתה תכנית העבודה של אונר"א מאז ועד מלחמת ששת הימים וגם אחריה.³³ אין מחלוקת כי אונר"א הפכה הלכה למעשה לסוכנות סעד ענקית אשר במדיניותה האריכה והעמיקה את משך התלות של הפליטים בקצבאותיה ובשירותיה. בכך הנציחה אונר"א את בעיית הפליטים וקיבעה את רעיון השיבה.³⁴

לפי נתוני אונר"א מספר הפליטים הפלסטינים הרשומים ביום 30 ביוני 2009 הוא כ-4.7 מיליון. הדיווחים הרשמיים של אונר"א מלמדים כי בראשית שנת 2009 העסיק הארגון 29,000 איש אשר 99% מתוכם תושבים פלסטינים מקומיים, בעיקר פליטים.³⁵ תקציב הארגון לשנת 2008 היה כ-542 מיליון דולר, אולם הלכה למעשה תקציבו כפול, מפני שיש להוסיף על כך כספים ומוצרים המגיעים ישירות כתרומות לארגון.³⁶

בהשוואה לתקציב נציבות הפליטים אנו רואים שהתקציב לאדם באונר"א גבוה באורח ניכר יותר מזה של נציבות הפליטים. בהנחה שהנציבות מסייעת לכ-32 מיליון איש באמצעות תקציב של כ-2 מיליארד דולר,³⁷ התקציב לאדם הנתמך

על ידי אונר"א גבוה פי 3 לערך מזה המיועד לסייע לאדם הנתמך על ידי נציבות הפליטים.

כמו כן מספר המועסקים באונר"א – המוחלט והיחסי – גבוה הרבה יותר מאשר מספר המועסקים בנציבות הפליטים. באונר"א מועסקים 29,000 עובדים המטפלים בכ-4.7 מיליון פליטים פלסטינים,³⁸ כלומר יחס של עובד אחד לכל כ-160 פליטים. לעומת זאת בנציבות הפליטים מועסקים 6,650 עובדים בלבד המסייעים ל-32 מיליון איש,³⁹ כלומר עובד אחד לכל 4,800 פליטים. אנו רואים אפוא שהיחס בין מספר המועסקים לבין מספר הפליטים גבוה באונר"א פי 30 בהשוואה לזה שבנציבות הפליטים.

ג. מיהו פליט?

הבדל חשוב נוסף בין אונר"א לבין אמנת הפליטים ונציבות הפליטים הוא הגדרת פליט במסמכי היסוד שלהן. ההגדרה מיהו פליט חשובה מטעמים רבים. מן הבחינה המשפטית, הגדרה זו קובעת את הזכאות לסיוע מצד נציבות הפליטים או אונר"א. בהקשר של הפליטים הפלסטינים הגדרה זו עשויה להיות רלוונטית גם לסוגיית השיבה או לסוגיית הפיצויים שלהם זכאים הפליטים. הגדרה זו חשובה במיוחד לקביעת מספרם. היא משפיעה גם על סוגיות של דימוי עצמי ושל זהות ובכלל זאת על תחושת עוול או קורבנות. חשוב לציין כי הגדרות של מושגי מפתח יכולות להיות תלויות בהקשר הדברים ובהיגיון שלהם. ייתכן כי הגיון המושג "פליט" יוגדר בצורות שונות בהתאם להקשרים שונים. נסקור כאן כמה הגדרות כאלה במסמכים בינלאומיים ונעמוד על ההבדלים ביניהן.

1. אמנת הפליטים, 1951

אמנת הפליטים משנת 1951 מגדירה פליט בסימן א, סעיף א כך:

מי שנמצא מחוץ לארץ אזרחותו [...] ובגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת ואינו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור; הנמצא עקב המאורעות האמורים מחוץ לארץ שבה היה קודם לכן מקום מגוריו הקבוע והוא חסר אזרחות ואינו יכול לחזור לאותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור.⁴⁰

ההגדרה המקורית של פליט לפי סימן א לאמנה הוגבלה בזמן ובתחולתה הגאוגרפית: הגנה על פליטים באירופה שלאחר מלחמת העולם השנייה. על פי פירוש דווקני של האמנה, לאור ההקשר ההיסטורי שבו נוצרה לאחר מלחמת העולם השנייה היא אינה הופכת לפליט מי שנרדף על רקע פגיעה בזכויותיו הכלכליות והתרבותיות אלא רק על רקע פגיעה בזכויותיו האזרחיות והפוליטיות. כמו כן ההגדרה אינה חלה על הנמלט מסכסוך מזוין בתוך מדינתו או מסכסוך המתנהל בינו לבין מדינה אחרת. לפיכך קובעת האמנה כי מי שבורח מארצו בגלל מלחמה אינו נחשב פליט. במהלך השנים הורחבה ההגדרה הן באמצעות פרוטוקול לאמנה משנת 1967 אשר הסיר מהגדרת הפליט את מגבלת הזמן והמקום,⁴¹ והן על ידי פירוש תכליתי של האמנה שהביא להרחבת הפרשנות למושג פליט. חקיקה ופסיקות של בתי משפט במדינות שונות הרחיבו את ההגנה של האמנה גם למי שנרדף מסיבות שאינן מנויות באמנה, כמו מי שסובל מאפליה, דוגמת אפליה בגישה לטיפול רפואי, או מי שנפגע קשות בזכויותיו הכלכליות והחברתיות, למשל אי-יכולת להקנות חינוך לילד.⁴²

נציין כי האמנה האפריקנית בעניין פליטים⁴³ הרחיבה את ההגדרה כך שתכלול גם אנשים שנאלצו לעזוב את ארצם מסיבות של אלימות חיצונית, כיבוש, שלטון זר או אירועים הפוגעים במידה רבה בסדר הציבורי בארץ המוצא.⁴⁴ גם הצהרת קרטגנה בעניין פליטים שאומצה בשנת 1984 על ידי מדינות אמריקה הלטינית הרחיבה את הגדרת אמנת הפליטים הבינלאומית למונח "פליט", וכללה בו את מי שחייהם, ביטחונם וחירותם נחשפו לסכנה בגלל מעשי אלימות וסכסוכים פנימיים או חיצוניים או בגלל הפרה קשה של זכויות אדם.⁴⁵

כאמור אמנת הפליטים משנת 1951 חלה רק על הפליטים הנתונים בחסות נציבות הפליטים ולכן אינה נוגעת לרוב הפליטים הפלסטינים המטופלים על ידי אונר"א. רק פלסטינים העונים על הגדרת סימן א באמנת הפליטים, ואינם נמצאים באזורי הפעילות של אונר"א, יקבלו סיוע מנציבות הפליטים.⁴⁶ ואולם, בחינת הוראות האמנה מעלה כי הפליטים הפלסטינים אינם עונים על הקריטריונים שבהגדרת פליט כמשמעותה באמנה, מפני שאין מדובר בבריחת פרטים עקב רדיפה על בסיס מאפיינים המנויים בסימן א; הפלסטינים לא עזבו את ישראל בעקבות רדיפה אישית מן הסיבות המנויות בסימן א אלא כקבוצה עקב מצב מלחמה. יש ביניהם השואפים לשוב אך החזרה נמנעת מהן מסיבות אחרות שאינן מוזכרות באמנה. למרות ההגדרה המצומצמת של אמנת הפליטים יש נטייה להגמיש הלכה למעשה את ההגדרה. הדבר מתבטא בכך שנציבות האו"ם לענייני פליטים הכפופה להגדרת אמנת הפליטים הרחיבה אותה גם לפליטי מלחמה.⁴⁷ מסיבות אלו הנחת העבודה שלנו היא שנכון לדון בקבוצות הגדולות של הפלסטינים במונחים של פליטים.

2. הגדרת פליט במסמכי אונר"א

הגדרת אונר"א את המושג פליט לא התקבלה מעולם בהחלטה פורמלית של העצרת הכללית של האו"ם, אלא היא כלולה במסמכי אונר"א בלבד.⁴⁸ הגדרת הפליט במסמכי אונר"א נרחבת הרבה יותר מאשר הגדרת אמנת הפליטים. אונר"א עמדה תמיד על כך שמדובר בהגדרה מעשית שנועדה לצורך מימוש המטרות הספציפיות שאונר"א הציבה, דהיינו קביעת הזכאים לסיוע שהיא מעניקה. הגדרה זו אינה מחייבת מבחינה משפטית ואין בה, לדעת אונר"א, כדי לקבוע יעדים רחבים יותר, כמו מספר הזכאים לשיבה או לפיצויים.⁴⁹

הגדרת פליט במסמכי אונר"א עברה כמה שינויים. בשנת 1951, מעט לאחר שהוקמה אונר"א, קבעה מי זכאי לסיועה, כלומר מי עונה על ההגדרה של פליט פלסטיני. תחילה קבעה כי פליט הוא אדם נזקק שבעקבות המלחמה בפלסטין איבד את ביתו ואת אמצעי מחייתו.⁵⁰ בסוף אותה שנה צומצמה מעט ההגדרה ונקבע כי פליט הוא נזקק אשר "באופן רגיל היה תושב פלסטין", אך איבד את אמצעי מחייתו ואת ביתו עקב הלחימה.⁵¹ מטרת התיקון, באמצעות המילים "באופן רגיל היה תושב פלסטין" הייתה להסיר מרשימת מקבלי הקצבאות קבוצת לבנונים אשר עבדה בפלסטין המנדטורית והתגוררה בה באורח זמני, ובעקבות אירועי 1948 מצאה מקלט בלבנון. על פי התיקון אלה אינם נחשבים פליטי אונר"א.⁵²

בשנת 1952 שונה הנוסח פעם נוספת. מחד גיסא הורחבה הגדרת הפליט כך שלא כללה עוד את תנאי הנזקקות, מאידך גיסא היא צומצמה כדי לכלול רק תושבי קבע של פלסטין. לפי הגדרה זו פליט נחשב מי שהתגורר באופן רגיל בפלסטין במשך שנתיים לפחות לפני מלחמת 1948, ועקב המלחמה איבד את ביתו ואת אמצעי מחייתו. כל האנשים הללו יכלו להירשם כפליטים ולא היה להם שום צורך להוכיח את נזקקותם כדי לזכות במעמד. גם בקווי היסוד שקבעה אונר"א בשנת 1993 בעניין רישום הפליטים לא הוצבה דרישת הנזקקות לצורך רישום כפליט באונר"א.

אונר"א הגדירה גם את הזכאים לקבל ממנה קצבאות סעד. לא כל הפליטים זכאים לקצבאות אלא רק אלה מתוכם העומדים בכל התנאים האלה: (א) נזקקות; (ב) מגורים באחת הארצות שבהן אונר"א מספקת סיוע מאז היווצרות הקונפליקט; (ג) רישום במסמכי אונר"א לשם קבלת הסיוע.⁵³ השינוי העיקרי בהגדרה מאז שנת 1952 הוא אפוא הסרת דרישת הנזקקות מהגדרת הפליט והצמדתה אך ורק למקבלי קצבאות סעד מאונר"א שיש להניח שרובם הגדול נכללים גם בהגדרת הפליט על פי אמנת הפליטים.

אונר"א התמקדה במשך השנים בהספקת שירותים מעין-ממשלתיים, בתחומי החינוך והבריאות, בתכנון עירוני ובשירותי רווחה, ולא במתן סעד לפליטים

הנזקקים.⁵⁴ הזכאות לשירותים הרחבים הללו שאונר"א מספקת אינה תלויה בנזקקות. כמו כן הוסרה הדרישה למגורי הנרשם כפליט מאז 1948 באחת הארצות שבהן אונר"א מספקת סיוע.⁵⁵ שינוי זה אפשר לרשום גם את אלה שבעבר נפסל רישומם מפני שלא נשארו להתגורר באזורי הפעילות של אונר"א. כיום מי שנרשם כפליט נחשב חוסה תחת כנפי אונר"א ונזקקותו או מקום מגוריו אינם נבדקים כלל.⁵⁶ ההגדרה העדכנית של פליטים פלסטינים על פי אונר"א היא: "אנשים ובני משפחותיהם שחיו בפלשתינה המנדטורית בין יוני 1946 למאי 1948 ואיבדו הן את ביתם והן את מטה לחמם כתוצאה מהמלחמה בין ארצות ערב לישראל".⁵⁷ יש לשים לב שהגדרת פליט על פי אונר"א חלה גם על צאצאי הפליטים משנת 1948.⁵⁸ מלכתחילה הוגבלה תחולת ההגדרה רק לצאצאי האב (צאצאי נשים פליטות שנישאו למי שאינו פליט לא נחשבו פליטים). אולם בעקבות ביקורת בדבר אפליית הנשים הורחבה ההגדרה כך שכללה גם את צאצאיהן.⁵⁹ בעקבות מהלכים אלה של הרחבת ההגדרה מספר הפליטים הפלסטינים הרשומים כיום באונר"א הוא 4,718,899 לפי ההתפלגות הזו:

פליטים רשומים	פליטים רשומים במחנות פליטים	מחנות פליטים רשמיים	אזור פעילות
1,967,414	339,668	10	ירדן
421,993	224,194	12	לבנון
467,417	126,453	9	סוריה
771,143	195,770	19	הגדה המערבית
1,090,932	499,231	8	רצועת עזה
4,718,899	1,385,316	58	סך הכול

מתוך: http://www.un.org/unrwa/hebrew/in_numbers/june09.pdf

מלבד הפליטים הרשומים הנחת העבודה של אונר"א היא שיש שתי קבוצות נוספות של אנשים שאפשר להחשיבם פליטים פלסטינים אף שאינם רשומים ככאלה. הקבוצה הראשונה כוללת פלסטינים וצאצאיהם המתגוררים במדינות שבהן פועלת אונר"א אך אינם רשומים במסמכיה. לפי סקר שנערך בגדה המערבית וברצועת עזה מנתה אוכלוסייה זו בשטחים הללו בשנת 2003 כ-36,000 פלסטינים.⁶⁰ הקבוצה השנייה מתייחסת לפלסטינים המתגוררים דרך קבע בארצות אחרות. ההערכה היא כי קבוצה זו מונה כ-5 מיליון איש, כדבריה של נציבת אונר"א:

האוכלוסייה בת 4.5 מיליון איש ברישומי אונר"א אינה כוללת את הפליטים אשר נמצאים באזור אך לא נרשמו באונר"א, או את הפליטים שבנו את בתיהם במקומות אחרים בעולם, ואשר מספרם מוערך ב-5 מיליון [תרגום שלנו - י"ז ונ"ג].⁶¹

נראה כי נציבת אונר"א עושה כאן שימוש מקובל במונח "פליט", הנבדל מן המשמעות שיש למונח זה באמנת הפליטים. כזכור, האמנה אינה מגדירה פליט מי שקיבל אזרחות במדינת מגוריו וכן אינה רואה בצאצאיו של הפליט פליטים. אמירה זו ממחישה אפוא את הסכנות הטמונות בריבוי ההגדרות של פליט בהקשר זה, ואת הנטייה להחיל את דיני הפליטים גם על אלה שנסיבות חייהם אינן מצדיקות זאת.

תופעה זו מתבטאת גם בכך שמספר הפליטים הפלסטינים לפי רישומי אונר"א עצום אפילו בהשוואה למספר הפליטים הכולל בעולם (לא כולל הפליטים הפלסטינים) אשר בחסות נציבות הפליטים. על פי הנתונים הללו מגיע מספר הפליטים הפלסטינים לחצי כמעט ממספר הפליטים בעולם כולו שבהם מטפלת נציבות הפליטים: כ-4.7 מיליון פליטים פלסטינים שבהם מטפלת אונר"א בהשוואה לכ-10.5 מיליון פליטים שבהם מטפלת נציבות האו"ם.

כאמור, שיעורם העצום של הפליטים הפלסטינים מכלל אוכלוסיית הפליטים בעולם מוסבר באמצעות השוואת הגדרת המושג פליט באונר"א לזו של נציבות הפליטים המתבססת על אמנת הפליטים ועל הפרוטוקול לאמנה. השוואה כזו מעלה שלושה הבדלים עיקריים:

ההבדל הראשון הוא לגבי הצאצאים. הגדרת נציבות הפליטים אינה מחשיבה את צאצאי הפליטים כפליטים, ואילו הגדרת אונר"א כוללת אותם ואף מרחיבה את ההגדרה גם לצאצאי נשים פליטות שנישאו למי שאינו פליט.

ההבדל השני הוא בעניין הפליטים שקיבלו אזרחות במדינת מושבם. נציבות הפליטים, בהסתמך על אמנת הפליטים, מוציאה מכלל הפליטים שעליהם היא פורסת את חסותה את אלה שקיבלו אזרחות במדינות מושבם, ואילו אונר"א קבעה בהגדרתה כי קבלת אזרחות במדינה הקולטת אינה מסיימת את מעמד הפליטות. יוצא אפוא כי הפליטים הפלסטינים בירדן וכן חלק מן הפליטים בסוריה ובלבנון אשר קיבלו אזרחות נכללים בהגדרת פליט.

ההבדל השלישי נגזר ממעשיהם של הפליטים. לפי חוקת נציבות הפליטים פליט שביצע פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות יוצא מהגדרת הפליטות. לו המגבלה הזאת הייתה חלה על פליטי אונר"א, היא הייתה מביאה לכך שטרוריסטים פלסטינים לא היו נחשבים פליטים.

קשה להעריך מה היה מספר הפליטים הפלסטינים (שכולם, לפי התפיסה הפלסטינית, מועמדים למימוש שיבה לישראל) אם הייתה נשמרת ההגדרה המקובלת באמנת הפליטים ובהנחיות הנציבות, אולם ברור כי הוא לא יכול היה להיות גבוה יותר ממספר הפליטים שעזבו בזמן המלחמה. אם ננכה את מספר הפליטים שנפטרו בינתיים ואת אלה שקיבלו אזרחות במדינה אחרת (נזכיר כי רוב הפליטים שהתיישבו בירדן זכו בזמנם לאזרחות ירדנית) הרי ברור שמדובר במספר נמוך בהרבה מ־700,000 הפליטים הפלסטינים שעזבו את שטח מדינת ישראל. העובדה שאונר"א מטפלת כיום ב־5 מיליון פלסטינים בקירוב ממחישה היטב את הפערים הנובעים מן ההגדרות השונות.

ד. סיכום: מאפייניה הייחודיים של סוגיית הפליטים הפלסטינים

סוגיית הפליטים הפלסטינים היא בעלת מאפיינים ייחודיים בהשוואה למקרי פליטות אחרים, המשקפים את העובדה כי קבוצה זו הוחרגה במפורש מן המסגרות הרגילות המטפלות בפליטים:

1. **הגדרת פליט פלסטיני:** הגדרת פליט פלסטיני חשובה לקביעת מספרם ויכולה להיות רלוונטית לסוגיות השיבה והפיצויים של הפליטים. ההגדרה בעייתית מאוד ומובילה לתוצאה לא סבירה שלפיה יש כיום בעולם כ־10 מיליון פליטים פלסטינים. תוצאה זו נובעת מכך שהיכללות במסגרת של קבוצת הפליטים הפלסטינים מתבססת הן על ההגדרה הרחבה של מסמכי אונר"א והן על הגמשת ההגדרה של פליט בכלל מכוח אמנת הפליטים משנת 1951.
2. **התארכות תקופת הפליטות:** הפליטים הפלסטינים נשארים במעמד פליטים, וצאצאיהם מצטרפים אליהם בלי קשר לתנאי חייהם, להתערותם במקומות מגוריהם ולמעמדם המשפטי בארצותיהם הקולטות. הפליטות הפלסטיניות נמשכות כבר יותר משישים שנה, וכך נוצר מצב של פליטות רב־דורית המשתרעת על פני ארבעה דורות. להתארכות תקופת הפליטות יכולות להיות תוצאות סותרות. מצד אחד נוצרות הזדמנויות רבות יותר להשתלבות בחברה ובכלכלה, ולקליטה במדינה המארחת. מצד אחר נוצר מנוף לחיזוק תחושות לאומיות וסולידריות קהילתית המלווה בתחושת עוול ובהתחזקות הנכונות להיאבק בו כדי לתקנו. תחושות אלה מתחזקות על רקע הסביבה הזרה ועל רקע הנסיבות הפוליטיות. הדבר נכון בעיקר כאשר המדינות הקולטות אינן מאפשרות קליטה מלאה של הפליטים בתחומן, כפי שקרה בחלק מן המקרים בעניין הפליטים הפלסטינים. כפי שציינו גורם עיקרי למציאות זו הוא כוונתם הפוליטית של מדינות ערב והפלסטינים לשמר, להרחיב ולהנציח את בעיית הפליטים כדי להימנע מן

הצורך להכיר במדינת ישראל כמדינה יהודית. מסיבה זו הוחרגו הפליטים הפלסטינים על ידי הפקדתם באחריות אונר"א. פעולת אונר"א אכן מילאה תפקיד בחיזוק מגמה זו באמצעות הרחבת הגדרת המושג הפליט הפלסטיני וההתמקדות בפעילות מעין-ממשלתית, אשר האריכה את תלותם של הפליטים בשירותיה ופגעה ביכולתם לפתח חיים עצמאיים במדינות המקלט. יש לדייק ולציין שבחלק ממקומות מושבם, ובעיקר בגדה המערבית ובירדן, אין הבדל ניכר בין תנאי מחייתם של פליטים פלסטינים לבין תנאי החיים של האוכלוסייה הכללית שבקרבה הם חיים. בכל זאת אנשים אלו ממשיכים להיכלל במסגרת הגדרת הפליטים הפלסטינים.

3. **הגוף נותן החסות לפליטים:** רוב הפליטים הפלסטינים רשומים באונר"א וזוכים לטיפול הבלעדי בעניינם. לפיכך הם אינם נתונים לחסות נציבות הפליטים, ואמנת הפליטים אינה חלה עליהם. תקציבה של אונר"א ומספר המועסקים על ידה גדולים במיוחד בהשוואה לנציבות הפליטים המתמודדת עם כל שאר מקרי הפליטות בעולם. חלק ניכר מעובדי אונר"א מוגדרים בעצמם פליטים פלסטינים, אך עובדת היותם מועסקים שתפקידם לטפל בפליטים אינה משנה את מעמדם זה. ברי כי מציאות זאת חסרת היגיון ואינה עולה בקנה אחד עם ההגדרה המהותית של פליט.

4. **הנסיבות המדיניות:** מקרי פליטות רבים בעולם נוצרים בעקבות מנוסת אזרחים ממדינה קיימת אשר ממשיכה להתקיים גם לאחר המנוסה. ואולם, האירועים שגרמו להיווצרות בעיית הפליטים הפלסטינים צמחו על רקע שונה. הפליטים הפלסטינים ברחו או גורשו מארץ ישראל המנדטורית במהלך הסכסוך שהתפתח סביב ההחלטה להקים באזור שתי מדינות – יהודית וערבית. עם סיום תקופת המנדט פקעה אזרחותם המנדטורית, ואילו מדינת ישראל לא העניקה להם אזרחות על פי חוקיה מפני שלא היו בתחומה אלא שהו, במקרים רבים, במדינות אויב. יש לזכור שאין מדובר באזרחי מדינת ישראל אשר הפכו לפליטים ועתה מבקשים לשוב למדינת אזרחותם, אלא בפליטים אשר מעולם לא היו אזרחי המדינה. המדינה, שרובם אמור היה להיות בה, לא הייתה קיימת בעת מנוסתם, והם מבקשים לשוב לתחומי מדינה שלא הייתה מעולם שלהם.⁶²

יתרה מזו אין מדובר בסוגיה פורמלית למחצה בלבד אלא בעניין היורד לשורש ההיסטוריה של הסכסוך. בסיום מלחמת העולם השנייה חיו בשטח המנדט כ-1.2 מיליון ערבים וכ-600,000 יהודים. עקרון החלוקה התבסס על הרצון להקים שתי מדינות לאום, כך שבכל אחת מהן יהיה רוב לבני אחד העמים – יהודים וערבים-פלסטינים – ואילו המיעוט של בני העם השני שיבחר להישאר בה ייחנה מזכויות אזרחיות ופוליטיות מלאות. תכנית החלוקה קבעה כי

המדינה היהודית תקבל כ-55% משטחה של ארץ ישראל המנדטורית, ובשטחה היו אמורים לחיות כ-40% ערבים. רק כמה אלפי יהודים חיו באותה עת בשטח שבו הייתה אמורה לקום המדינה הערבית. ההנחה הייתה כי המדינה היהודית תפעל להעלות ארצה במהירות יהודים רבים, כך שהרוב היהודי הקטן יגדל וייתייצב. ואולם בעקבות המלחמה שהחלה בעקבות סירובם של הערבים לקבל את תכנית החלוקה נשארו בשליטת ישראל כ-78% משטחי המנדט. שיבה מלאה של הפליטים הערבים לשטח זה הייתה יוצרת מיידית רוב ערבי באותו שטח וכך מערערת את ההיגיון של החלטת החלוקה עצמה.

5. דמוגרפיה: מספר הפליטים הפלסטינים לפי רישומי אונר"א היה בשנת 2008 כ-4.7 מיליון.⁶³ על פי דיווח נציבות הפליטים של האו"ם מספרם של כל שאר הפליטים בעולם נאמד ב-10.5 מיליון.⁶⁴ הפלסטינים הם אפוא קבוצת הפליטים הגדולה ביותר בעולם.

חלקם היחסי של הפליטים בכלל האוכלוסייה הפלסטינית עצום. מספר הפלסטינים בעולם נאמד ב-10 מיליון, ולפיכך מחצית מן הפלסטינים בעולם מוגדרים על ידי אונר"א פליטים.⁶⁵ גם בקרב כ-5 מיליון הפלסטינים שאינם רשומים באונר"א, משום שהם מתגוררים דרך קבע במדינות מחוץ לתחומי פעילותה או משום שהם מתגוררים בשטחי פעילותה אך לא נרשמו באונר"א, הרוב רואה את עצמו שייך לקבוצת הפליטים הפלסטינים. ברור אפוא כי סוגיית הפליטים הפלסטינים אינה רק סוגיה הומניטרית. יש לה משמעות מדינית מעשית מרחיקת לכת המשפיעה על מאפייני הפתרון האפשרי של הסכסוך הישראלי-ערבי והישראלי-פלסטיני. משמעות מדינית זו אף עמדה מאחורי הכוונה המוצהרת של החרגתם ושל הנצחת מעמדם כפליטים.

6. השפעה על אופייה של מדינת ישראל: החלטה 181, שקיבלה העצרת הכללית של האו"ם, קבעה כאמור את חלוקת ארץ ישראל המנדטורית לשתי מדינות לאום: ערבית ויהודית. מדינת ישראל נוסדה לפיכך מכוח החלטת הקהילה הבינלאומית כמדינתו של העם היהודי. תנאי למימוש זכות ההגדרה העצמית של קבוצה במדינה הוא כי יש לאותה קבוצה רוב יציב באותו שטח. ראינו כי לו מיד לאחר מלחמת השחרור הותרה שיבה מלאה של הפליטים הפלסטינים לתחום שבשליטת ישראל היה נוצר רוב ערבי במדינה. הגורמים שהביאו להנצחת סוגיית הפליטים ולגידול הרב במספרם תקפים גם כיום. שיבה של אוכלוסייה פלסטינית גדולה לתחומי מדינת ישראל תפגע בקיומו של רוב יהודי יציב במדינה ועלולה לסכן הן את מימוש ההגדרה העצמית היהודית במדינת ישראל והן את יציבות האזור כולו. על פי רישומי הלשכה המרכזית

לסטטיסטיקה ב-31 בדצמבר 2008 נאמדה אוכלוסיית ישראל ב-7.373 מיליון תושבים: 75.5% מתוכם יהודים (5.567 מיליון), 20.2% ערבים (1.487 מיליון) ו-4.3% אחרים (319,000).⁶⁶ בהתבסס על נתונים אלה מימוש תביעת השיבה הפלסטינית במלואה יוביל להגדלה פוטנציאלית של אוכלוסיית מדינת ישראל ב-62.6%. הגדלה זו תביא להעלאת חלקה היחסי של האוכלוסייה הערבית ל-50.9% מכלל אוכלוסיית המדינה. מימוש מלא של תביעת השיבה יבטל אפוא את הגיונה של החלטת החלוקה ויערער את מימוש הגדרתם העצמית של היהודים ושל הערבים במדינות נפרדות.

נרחיב בנושאים אלה בפרק הבא העוסק בשאלה: האם תביעת השיבה של הפלסטינים אכן מוכרת כזכות?

פרק שני

זכות השיבה בראי המשפט הבינלאומי

א. פתח דבר

1. המשפט הבינלאומי: מושגי יסוד

המשפט הבינלאומי נבדל ממשפטן הפנימי של מדינות בשני היבטים עיקריים: האחד, למשפט הבינלאומי יש נורמות ראשיות מחייבות אולם הן אינן נקבעות בבית המחוקקים. האחר, למשפט הבינלאומי אין מערכות אכיפת חוק כמו אלו הקיימות בשיטות המשפט של המדינות הדמוקרטיות.⁶⁷

האו"ם הוא ארגון בינלאומי חשוב ביותר, אך גם הוא אינו משמש מוסד מחוקק של המשפט הבינלאומי. אחד הארגונים של האו"ם הוא בית הדין הבינלאומי לצדק שמושב בו בהאג, אך אופן פעולתו שונה מבתי משפט במדינות מפני שנדרשת הסכמת הצדדים כתנאי להפעלת סמכותו. לאו"ם יש סמכויות לאכוף דין בינלאומי במצבים מסוימים, אך סמכויות אכיפה אלה מוגבלות ושונות בטיבן ובהיקפן מאלו הקיימות בשיטות המשפט הפנימיות של המדינות.

במשפט הבינלאומי יש שני מקורות נורמטיביים מחייבים – אִמְנוֹת ומנהגים⁶⁸ – הקונים את תוקפם המחייב מעקרון ההסכמה בין מדינות. אִמְנוֹת הן הסכמים כתובים בין מדינות אשר קל יחסית לאתרן, להגדיר את היקפן ולקבוע מי מחויב בהן. מנהג הוא "פרקטיקה כללית המקובלת בתורת דין"⁶⁹, דהיינו התנהגות עקיבה וברורה של מדינות רבות, לאורך זמן, אשר מקובלת על ידיהן כדין מחייב. מעצם טיבו קשה יותר לאתר מנהג ולהוכיח את קיומו. הטוען לקיומו של מנהג צריך להוכיח כי במשך זמן ממושך מדינות נהגו באופן מסוים המעיד על כך שהתנהגות זו מקובלת עליהן כדין מחייב. מדינה המתנגדת למנהג באופן מתמיד וברור מרגע היווצרותו אינה מחויבת בו.⁷⁰

האמנות והמנהגים הם שווי ערך בדרגתם וברמתם הנורמטיבית. אין ביניהם הייררכיה דוגמת זו הקיימת בשיטות משפט של מדינות בין חוקה, חוקים ותקנות. חיוב מכוח אמנה שווה ערך לחיוב מכוח מנהג. המנהג אינו כפוף לאמנה, והאמנה אינה חשובה או מחייבת יותר ממנהג. עם זאת האמנה מחייבת אך ורק את המדינות שהצטרפו אליה, בעוד שהמנהג מחייב את כל מדינות העולם למעט אלו שהתנגדו לו משחר היווצרותו.

החלטות בית הדין הבינלאומי לצדק, כמו החלטות שקיבלו טריבונלים בינלאומיים אחרים, אינן מקור נורמטיבי מחייב. גם החלטות של ארגונים בינלאומיים ומשנתם של מלומדים אינן נחשבות נורמות מחייבות במשפט הבינלאומי. אלה גם אלה משמשות אמצעי עזר לקביעת כללי המשפט הבינלאומי.⁷¹ החלטות העצרת הכללית של האו"ם גם הן אינן נורמות מחייבות של המשפט הבינלאומי. הן נחשבות אמצעי עזר בלבד.⁷²

2. המשפט הבינלאומי ושיח הזכויות

האמנות והמנהגים הבינלאומיים, כמו פסיקותיהן של הערכאות הבינלאומיות והחלטותיהם של הארגונים הבינלאומיים, עוסקים בנושאים משפטיים רבים ומגוונים דוגמת: ענייני מסים, דיני ים ואוויר, איכות הסביבה וסחר בינלאומי. אחד התחומים שהתפתחו ביותר במשפט הבינלאומי בשנים שלאחר מלחמת העולם השנייה הוא זכויות אדם. ארגון האומות המאוחדות שהוקם עם סיום המלחמה בשנת 1945 חרת על דגלו שני עקרונות עיקריים: איסור מוחלט על שימוש בכוח כאמצעי להשגת מטרות ביחסי המדינות והגנה בינלאומית על זכויות אדם. הרעיונות שעמדו מאחורי ההגנה הבינלאומית של זכויות האדם היו שאין להותיר את הנושא לסמכותן הבלעדית של המדינות הריבוניות ושהמדינות מתחייבות זו כלפי זו לקיים את זכויות האדם בשטחן. הפרת זכויות אדם על ידי מדינה כלפי האנשים החיים בשטחה מתפרשת לא רק כפגיעה בהם אלא גם במדינות העולם שקיבלו על עצמן את ההתחייבויות הבינלאומיות לשמירה על זכויות אדם.

המשטר המשפטי שהתפתח לאחר מלחמת העולם השנייה יצר מנגנוני מעקב על רמת השמירה של זכויות האדם במדינות החתומות על אמנות זכויות אדם. במסגרת זו נוצרו מנגנוני דיווח לוועדות המוקמות מכוח האמנות על הפרת האמנות. במקרים מסוימים יוצרות האמנות מנגנון המאפשר למדינות הרוצות בכך להתיר פנייה ישירה של אזרחיהן לוועדות הללו בעקבות הפרת זכויות אדם כלפיהם על ידי מדינתם.⁷³

זכויות האדם מייצגות ברובן את המשפט הבינלאומי ההסכמי המחייב רק לגבי מדינות החתומות על האמנות הרלוונטיות, אך ההיגיון של שיח זכויות האדם המעמיד זכויות אלה מעל רצונן הפוליטי של המדינות החברות מאפשר מתחת ביקורת ציבורית ברוח האמנות גם על מדינות שלא הצטרפו אליהן. ביקורת כזו נעשית באמצעות ייחוס גורף מדי של אופי מנהגי המיוחס לנורמות הקבועות באמנות, כלומר באמצעות חיוב בנורמות גם מדינות שאינן צד לאמנות. הביקורת הופכת אפקטיבית יותר בשל פעולה רחבת היקף מצד ארגונים בינלאומיים

ומקומיים לזכויות אדם, ובשל העובדה כי חלק ממדינות העולם משתמשות באמות מידה השומרות על זכויות אדם במהלכיהן הדיפלומטיים. אין ספק כי הרעיון של זכויות אדם בינלאומיות מכרסם בעקרון ריבונות המדינה. כרסום זה היה אחת המטרות המוצהרות של פיתוח שיח זכויות האדם עצמו. השיח האפקטיווי העוסק בזכויות אדם הביא לכך שמדינה אינה יכולה לפעול בשטחה כראות עיניה, מפני שהפרת הזכויות נחשבת הפרת התחייבויות כלפי מדינות העולם. במקרים מסוימים הפרות כאלה אף גורמות ללחצים כלכליים ודיפלומטיים על המדינה המפרה. נוסף על כך גם בתי המשפט הפנימיים במדינות רבות מרחיבים את הסתמכותם על נורמות בינלאומיות הקשורות בזכויות אדם.⁷⁴

הרצון שלא להניח את סוגיית זכויות האדם לשיקול דעתן הבלעדי של מדינות הניע את מהפכת זכויות האדם ויש לו חשיבות מוסרית עצומה. עם זאת מהלך מהפכני זה, המגביל את ריבונות המדינות ומצר את מרחב פעולתן, בהטילו עליהן חובות לעגן נורמות של זכויות אדם במשפטן הפנימי ובהכפיפו אותן למנגנונים בינלאומיים שתפקידם לוודא את יישום הנורמות הבינלאומיות בשטחן, ראוי לו שייעשה בזהירות ובאחריות. כך הן לגבי הגדרת הנורמות של זכויות האדם ולגבי אימוצן במערכת המשפט הפנימית במדינות, וכך הן לגבי המנגנונים הבינלאומיים המפקחים על יישומן. הרחבה גורפת של רשימת זכויות האדם המוכרות במשפט הבינלאומי עלולה להעביר סמכויות נרחבות מדי מידי השלטון של המדינות הריבוניות לידי מחליטים ומוסדות בינלאומיים. הדבר עלול לפגוע באפקטיוויות של הדמוקרטיה במדינות אלה וגם ביכולתו של השלטון להתאים את חוקיו ואת הסדריו לצורכי המדינה והחברה.

חשש זה מתחזק לנוכח העובדה כי מוסדות האכיפה הבינלאומיים יהיו בהכרח פוליטיים וינהגו לפי אמות מידה לא אחידות כלפי מדינות שונות. אורבת הסכנה כי לא תושג אכיפה שוויונית של נורמות מחייבות ומוסריות על כל המדינות אלא ייווצר מצב שבו זכויות האדם ישמשו נשק פוליטי בידי מדינות נגד מדינות אחרות.

על רקע זה אנחנו מצדדים בגישה "רזה" ומצמצמת לזכויות האדם הבינלאומיות, הדוגלת רק באימוץ זכויות האדם המינימליות והאוניברסליות החלות על כל המדינות בכל המצבים. המשפט הבינלאומי בכלל ומשפט זכויות האדם בפרט חייבים לסייע לפתור מחלוקות בדרכי שלום ולהגן על זכויות האדם מתוך הנחת קיומן של מדינות עצמאיות ואפקטיוויות. מאפייניהן הייחודיים של זכויות האדם, המאפשרים להן לגבור על רצונן של מדינות ואף על חוקיהן ועל חוקתן, מחייבים נקיטת משנה זהירות הן בהכרה בזכויות כאלה והן בפירושן וביישומן. פירושן

ויישומן של הזכויות צריכים לעמוד במבחן שיכריע אם הדרישה המופנית כלפי מדינה כלשהי נכונה וסבירה לא רק כלפי אותה המדינה במציאות שבה היא נתונה אלא כלפי כל מדינה בתנאים דומים. רק עמידה בדרישה חמורה זו יכולה לקנות לעצמה מעמד של נורמה הגוברת על רצונו המפורש של הגוף המחוקק במדינה ריבונית. בעיקר נכון הדבר כאשר המדינה שבה מדובר היא דמוקרטית.

חשוב לציין כי בגלל ההצלחה הרבה של השיח בנושא זכויות אדם נוטים הצדדים הנמצאים במחלוקת להציג את תביעותיהם לא רק כאינטרס או כרצון אלא כזכות. כך במשפט הפנימי וכך בייחוד במשפט הבינלאומי. הצגה של תביעות כזכות, אם תצלח, יכולה לבסס טענה כי המשא ומתן צריך לעסוק רק במימוש הזכות ובדרכים למימושה, ולא בדיונים העוסקים בעצם קיומה או היקפה. זהו הבדל יסודי, שכן בעת ניהול משא ומתן על תביעה כלשהי יכול הציבור לטעון כי מנהיגיו התגמשו יתר על המידה בנושא, אולם כאשר מדובר בזכות של ממש ויתור מצד מנהיגיו על מימוש מלא של זכות זו יכול להיתפס בעיניו כמעשה אסור עד כדי בגידה ממש.

בשל כל אלה, בעת דיון בסוגיות יסוד כגון התמודדותם הנכונה של הצדדים ושל הקהילה הבינלאומית עם סוגיית הפליטים הפלסטינים, חשוב לבחון תחילה גם את השאלה אם הנושא מתאים לשיח זכויות או שמא ראוי להכריעו באמצעות משא ומתן מדיני. ככל שהנושא עוסק באינטרס אנושי יסודי ובסיסי שחינוי להגן עליו מפני שימוש שרירותי בכוח כך תגבר הנטייה לראות בו עניין של זכות ולא עניין למשא ומתן.

אך טבעי הוא כי צד לסכסוך, בעיקר צד לסכסוך המרגיש חלש, יעמוד על הצגת תביעותיו כעניין של זכויות. ואכן, שיח הזכויות נועד לסייע לחלשים לתבוע את מימוש האינטרסים החיוניים שלהם בלי שיהיו תלויים ברצונו הטוב של החזק. עם זאת ככל שהיקף של מה שנראה מוכרע באמצעות שיח זכויות יהיה נרחב יותר כך תפחת היכולת למצוא פתרון המותאם למציאות חברתית ומדינית מורכבת.

המשפט הבינלאומי מאופיין כיום בגישה מורכבת לשיח הזכויות. מחד גיסא ננקטת זהירות מפני הרחבת מסמכים העוסקים בזכויות האדם. ברוח מגמה זו מוסדות האו"ם מייחסים חשיבות לעובדה שמדינות מסוימות לא חתמו על אמנות מסוימות ועל כן הן אינן מחויבות בזכויות המעוגנות בהן. מאידך גיסא יש נטייה להרחיב את שיח הזכויות באמצעות טענות לקיום זכויות שונות, באמצעות פרשנות מרחיבה של הוראות הכלולות באמנות מרכזיות של זכויות אדם ובאמצעות הכרה גורפת בנורמות אלה כנורמות מנהגיות. נטייה זו קיימת במידה רבה בקרב ארגוני זכויות בינלאומיים אולם היא ניכרת גם בגופים מקצועיים יותר של האו"ם. הוועדה לזכויות האדם (The Commission of Human Rights) הוכרה

כגוף פוליטי ולא ברור אם השינוי שחל בה לאחרונה והפיכתה לנציבות לזכויות אדם (Human Rights Council) שיפרו את המציאות בתחום זה. גם הוועדה המקצועית יותר שנועדה לפקח על יישום האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (The Human Rights Committee) אינה חפה מן הנטייה לחייב מדינה בשם זכויות האדם לעשות דברים שברור למדי כי אי אפשר לחייב בהם כל מדינה, בלי קשר לתנאיה המיוחדים.⁷⁵

כיוון ששיח זכויות האדם הבינלאומי הפך לכלי רב עוצמה, לא רק התנועות הפוליטיות וארגוני זכויות האדם מנצלים אותו לצרכיהם אלא גם המדינות נוהגות כך. תופעה זו מתבטאת הן בהחלטות שיפוטיות ומעין-שיפוטיות והן בהכרעותיהם של ארגונים בינלאומיים ובכלל זאת האו"ם בעניין פרשנות האמנות ויישומן. ניסיון האמתי של האמנות להבחין בין האוניברסלי המחייב את הכול לבין מגוון ההסדרים המיוחדים הלגיטימיים מתפתח לעתים בצורה המקדמת אינטרסים פרטניים של המדינות החזקות או של קבוצת מדינות הנהנית מרוב מספרי ניכר בהצבעה במוסדות הבינלאומיים.⁷⁶

על רקע זה ניגש לבחון את הטענות הפלסטיניות כי המשפט הבינלאומי מקנה לפליטים הפלסטינים ולצאצאיהם זכות לשוב לשטח מדינת ישראל או ליתר דיוק לבתיהם שבשטח ישראל. אין ספק כי מעמדה של תביעת השיבה כזכות הוא עניין בעל חשיבות מרכזית בשיח הפלסטיני. אנו נטען כי בחינה מדוקדקת של בסיס הטענה הזו, על מכלול נימוקיה, מראה כי הטענה הפלסטינית, שלפיה יש לפליטים ולצאצאיהם זכות משפטית מתוקף המשפט הבינלאומי לחזור ולהתיישב בתחומי מדינת ישראל, חסרת בסיס משפטי.

ב. החלטות האו"ם בנושא הפלסטיני

1. החלטה 194(III)⁷⁷

החלטת האו"ם הראשונה שהתייחסה לנושא הפלסטיני הייתה החלטה 194(III) שקיבלה העצרת הכללית ביום 11 בדצמבר 1948. החלטה זו התקבלה אחרי שהוגש דוח ברנדוט, במסגרת ניסיון האו"ם להפסיק את הלחימה בין הצדדים ולהגיע לפתרון מדיני ליישוב הסכסוך ולהפסקת האלימות. ההחלטה עוסקת בהצעה לתיווך ולפיוס בין יהודים לערבים, ונושא הפליטים מאוזכר בסעיף 11 להחלטה. בדרך כלל מצוטט סעיף 11 לבדו ומחוץ להקשרו. כדי להבין את הנאמר בו חיוני לזכור את ההקשר של התקופה ולראות את החלטה בשלמותה. נוסח מלא של ההחלטה (באנגלית) מצורף בנספח א לנייר זה.

העיקרון שאותו מדגישים הפלסטינים בדיונים כיום הוא כי סעיף 11 להחלטה זו מפקיד בידי הפליטים עצמם את זכות ההכרעה אם לשוב או לאו. הנחתם היא כי חלקם לא ירצה לשוב. על בסיס זה טוענים אלה המבססים את זכות השיבה על החלטה 194(III) כי ההחלטה אינה מותירה למדינת ישראל שיקול דעת בשאלה אם להתיר לפליטים לחזור. הפשרה שמוכנים לקבל חלק מדובריהם היא הכרזה מיידיית של מדינת ישראל כי זכות ההחלטה אם לשוב היא של הפליטים עצמם, אגב יצירת תמריצים כלכליים ואחרים שיביאו לכך שהפלסטינים עצמם יבחרו להישאר במקומותיהם.

עמדה זו אינה מקובלת על ישראל כלל וישנם נימוקים כבדי משקל מדוע אין לאמצה. ברור לגמרי כי המכלול של החלטה 194(III) עוסק בניסיון כולל להתמודד עם האלימות ועם אי-השקט ששרר בפלשתינה-א"י בעקבות המלחמה. עיקר ההחלטה הוקדש לניסיון להקים ועדת פיוס שתפעל למען הבאת הצדדים למשא ולמתן ולהסדר קבע. בינתיים ביטאה ההחלטה ניסיון להרגיע את הרוחות ולשמור על הסדר. ההחלטה עוסקת לא מעט במשטר הבינלאומי המיוחד בירושלים (בגבולות רחבים למדי) ובגישה למקומות קדושים אחרים בשטח. בעקבות ההחלטה נעשו אמנם ניסיונות פיוס ותיווך, אך חלקים חשובים בה לא בוצעו, כגון: פירוז ירושלים, הבטחת גישה חופשית אליה ומימוש שליטה בינלאומית בה. גם סעיף 11 העוסק בפתרון בעיית הפליטים לא בוצע. איש לא יעלה על הדעת כיום להמשיך בניסיונות התיווך של ועדת הפיוס, או לחזור לראות בירושלים עיר בינלאומית ללא הסכמת שני הצדדים. נראה אפוא כי גם את סעיף 11 יש לראות כחלק מהחלטה שלא בוצעה ואשר צריכה להיבחן מחדש ולא כהכרזה העומדת לבדה לעולם ועד.

אולם מעבר להקשר חיוני זה עיון בסעיף 11 עצמו אינו מבסס את הטענה כי הסעיף מכיר בזכותם של הפליטים הפלסטינים לשוב לבתיהם.

הטיעון הראשון לכך שהחלטה 194(III) אינה משמשת בסיס לזכות השיבה מתבסס על מקור ההחלטה. המשפט הבינלאומי קובע כי החלטת או"ם היא בגדר המלצה בלבד ואינה נורמה משפטית מחייבת.⁷⁸ משום כך החלטת העצרת הכללית אינה יכולה להקנות זכויות לפלסטינים או לחייב את מדינת ישראל לקלוט פליטים בניגוד לרצונה.

יש הטוענים כי אף על פי שהחלטה 194(III) היא בגדר המלצה בלבד, הרי היא בכל זאת מחייבת מפני שהיא מבטאת נורמות מחייבות של המשפט הבינלאומי שהיו בעת קבלתה.⁷⁹ טענה זו אין לה אחיזה משפטית. עיון בלשון ההחלטה מלמד שהיא מבססת על המשפט הבינלאומי ועל עקרונות ההגיונות והצדק אך ורק

את תשלום הפיצוי בגין פגיעה ברכוש, היינו חלק מן ההיבט הכלכלי של בעיית הפליטים. אין בהחלטה שום אמירה על היות השיבה עצמה מבוססת על המשפט הבינלאומי ועל עקרונות ההגינות והצדק. נוסף על כך התנהגות המדינות מעידה שבשנת 1948, עת התקבלה ההחלטה, לא היה מנהג בינלאומי המחייב מדינות לאפשר שיבת פליטים. מנהג המדינות אז מעיד דווקא ההפך: פורסמו הנחיות המורות לקלוט את הפליטים במדינות המקלט ולא במדינות המוצא, וכן הועברו מיעוטים למדינות הלאום שלהם.⁸⁰

למרות החשיבות שיש בהקפדה על דרכים ליצירת משפט בינלאומי, לדעתנו אין למקור ההחלטה משקל מכריע במקרה זה, מפני שבהקשר של הסכסוך בארץ ישראל המנדטורית הייתה מעורבות רבה מאוד מצד האו"ם. יתרה מזו, גם החלטה 181 עצמה, זו שהורתה על החלוקה למדינה יהודית ולמדינה ערבית, התקבלה על ידי העצרת הכללית.⁸¹ בנסיבות כאלה יהיה זה שגוי לטעון שאין מעמד משפטי להחלטות האו"ם.

הטיעון השני לכך שהחלטה זו אינה משמשת בסיס לזכות השיבה מתבסס על עיון מוקפד בלשון סעיף 11 עצמו הקובע כי העצרת הכללית של האו"ם:

11. Resolves that the refugees wishing to return to their homes and live at peace with their neighbors should be permitted to do so at the earliest practicable date, and that compensation should be paid for the property of those choosing not to return and for loss of or damage to property which, under principles of international law or in equity, should be made good by the Governments or authorities responsible;

Instructs the Conciliation Commission to facilitate the repatriation, resettlement and economic and social rehabilitation of the refugees and the payment of compensation, and to maintain close relations with the Director of the United Nations Relief for Palestine Refugees and, through him, with the appropriate organs and agencies of the United Nations;

ראשית, סעיף 11 קובע כי יותר לפליטים הרוצים לשוב לבתיהם ולחיות בשלום עם שכניהם לעשות כך ב"זמן המעשי הקרוב ביותר". חשוב לציין כי הסעיף אינו נוקט לשון זכות, אף שהמלצותיו של ברנדוט כללו המלצה להכיר בזכות כזאת. במילים אחרות, הייתה מודעות ברורה להבחנה בין הלשון שאותה נוקט הסעיף לבין הקביעה כי זכותם של הפליטים לשוב לבתיהם.⁸² נוסף על כך יש לזכור כי בשנת 1948, עת ניתנה ההחלטה, לא היו מוכרות זכויות ליחידים מכוח המשפט הבינלאומי.

ההחלטה קובעת כי יותר לפליטים החפצים בכך לשוב, ובכך היא מחייבת לאפשר להם לעשות זאת. אולם בעוד שמול כל זכות עומדת חובה, לא מול כל חובה עומדת זכות. כאמור ההחלטה לנקוט לשון היתר ולא לשון זכות הייתה מפורשת ונעשתה מתוך מודעות לכך שהיא אינה תואמת את המלצתו של ברנדוט שהזכירה במפורש את זכות השיבה.

שנית, החלטת האו"ם כוללת תנאי שלפיו יש לאפשר שיבה למדינת ישראל רק לפליטים "הרוצים לחיות בשלום עם שכניהם". הפלסטינים שללו את הלגיטימיות של החלטת 194 (III) במשך שנים רבות בגלל תנאי זה, בטענה שחיובם לחיות בשלום עם הישראלים מחייבם בעקיפין גם להכיר בקיומה של מדינת ישראל.⁸³ ישראל מצדה פירשה את התנאי הזה כמשחרר אותה מהשבת הפליטים הפלסטינים לתחומה. לתפיסת מדינת ישראל כל עוד לא הושג שלום כולל עם כל ארצות ערב באזור, וכל עוד שיבת הפליטים הפלסטינים עלולה לסכן את ביטחונה, אין לדון בנושא השיבה.⁸⁴ הכללתו של תנאי זה בנוסח הסעיף מחלישה מאוד את הטענה כי מדובר בזכות שיבה. ברור כי לפליטים יש אינטרס לשוב לבתיהם, אולם העובדה כי יכולתם לשוב תלויה בעמדתם כלפי הסכסוך מרמזת כי אין מדובר כאן בזכות של ממש אלא בציפייה רגילה של מי שנעקר בעקבות אירוע מסוים ושואף לחזור לביתו עם שוך הסערה. המתרחשות והאלימות שיצרו את בעיית הפליטים יכלו לבוא על פתרון החלקי לפחות רק אם הפליטים היו מקבלים על עצמם שלא להפר את שוב הסדר ולא לפעול נגד השלום ונגד הקמתה של המדינה.

שלישית, הפירוש ששיבת הפליטים לבתיהם היא חלק מתהליך מדיני שייצור שינוי מציאות נרחב יותר זוכה לתמיכה גם מן הקביעה כי היתר לשיבה יינתן "במועד המעשי הקרוב ביותר". הפלסטינים פירשו מילים אלה כמטילות חובה מיידית על ישראל לאפשר את שיבת הפלסטינים. לעומת זאת מדינת ישראל עומדת על כך שכל עוד לא הושג שלום בינה לבין העולם הערבי, ובעיקר כל עוד לא נפתר הסכסוך על שטחי ארץ ישראל המנדטורית, אי אפשר לטעון שמועד מעשי כזה הגיע.⁸⁵ העובדה כי הדרישה להתיר את שיבת הפליטים לבתיהם הותנתה באותו זמן באפשרות מעשית כלשהי רמזה כי בזמן שהתקבלה החלטה 194 (III) עצמה טרם בשלו התנאים האלה. במילים אחרות, גם מביטוי זה אנו למדים כי הכוונה לא הייתה לומר שזכותם של הפליטים לשוב אל בתיהם בכל עת אלא ששיבה כזו היא חלק ממציאות פוליטית שעד כה טרם הושגה.

רביעית, ההחלטה מזכירה את שיבת הפליטים לבתיהם. במצב של עקירה המונית הצעד הראשון לייצוב המצב ולצמצום הסבל האנושי הוא החזרת חיים "נורמליים". נראה כי המטרה הייתה למנוע את המשך ההרס והסבל שנגרמו בעקבות המלחמה על ידי השבת המצב לקדמותו במידת האפשר. נדגיש שוב כי

מדובר באינטרס אנושי ומדיני חשוב, אולם אין מדובר בזכות. יתרה מכך הביטוי "בזמן המעשי הקרוב ביותר" מעורר כמובן קושי רב להתבסס על החלטה 194 (III) בכל עת שלא הייתה סמוכה למועד הקרבות והעקירה. היות שהפלסטינים טוענים שהזכאי לשיבה הוא כל מי שהוגדר פליט על ידי אונר"א, הרי רוב הפלסטינים המוגדרים כיום "פליטים" אינם דווקא אלה שנמלטו מבתיהם אלא אבותיהם עשו זאת. לפיכך שיבת רוב הפליטים הללו לא תוכל לעמוד בדרישת ה"שיבה לבתיהם" מפני שכאמור אין מדובר בפליטים עצמם אלא בצאצאיהם.⁸⁶

חמישית, פירוש כזה לסעיף 11 בהחלטה 194 (III) עולה גם מן החלק השני של הסעיף העוסק בתפקידה של ועדת הפיוס כמסייעת לשיבת הפליטים אך גם ליישובם מחדש ולשיקומם החברתי והכלכלי. הרעיון היה התמודדות ראויה עם בעיית הפליטים שנוצרה, ובוודאי לא הנצחת בעיית הפליטים כך שאף לא אחד מהם יורשה להיקלט או להתיישב מחדש במקום אחר.

הטיעון השלישי לכך שביסוס זכות שיבה על החלטה 194 (III) הוא רעוע, מקורו באופן שבו נתפסה ההחלטה בעת שהתקבלה. ראינו כי ארצות ערב והפלסטינים דחו את ההחלטה מפני שראו בה דרישה להכרה במדינת ישראל. בזמן שההחלטה התקבלה הם החזיקו עדיין בגישה היסודית שהניעה אותם לדחות את החלטת החלוקה ולצאת למלחמה כדי למנוע את יישומה. הניסיון לבודד מן ההחלטה את הסעיף העוסק במתן היתר לפליטים הפלסטינים לשוב לבתיהם במטרה לצמצם את האלימות ולסיים את המלחמה במתווה שתי המדינות, ולתת לו פירוש החותר תחת ההיגיון של שתי המדינות, אינו סביר. גם מדינת ישראל כבר בעת קבלת ההחלטה סברה שהיא אינה מחייבת אותה.⁸⁷ אין זה הגיוני לטעון כעבור שנים שההחלטה שאותה דחו הפלסטינים והישראלים בשעה שהתקבלה משמשת מקור משפטי המחייב את הצדדים הללו כיום. יש להבהיר שמדינת ישראל לא דחתה מלכתחילה את האפשרות לקלוט מספר מוגבל של פליטים לתחומה, אך טענה במשך כל השנים שהפתרון האמתי לבעיית הפליטים צריך להיות ביישובם מחדש בארצות ערב. טענתה הכוללת יותר הייתה שמדובר בבעיה פוליטית שצריכה להיפתר באמצעות משא ומתן בין הצדדים.⁸⁸

לסיכום, הדיון המפורט בהחלטה 194 (III) שערכנו בפרק זה חשוב מפני שהחלטה זו אינה רק בחזקת מסמך היסטורי. המאבק הפלסטיני לגיוס מוסדות האו"ם ודעת הקהל לטובתו נשען בחלקו גם על החייאת החלטה 194 (III) כמבססת זכות שיבה פלסטינית מתוקף המשפט הבינלאומי ועל החלטות חדשות יותר בנושא, שחלקן חוזרות על החלטה זו. בהחלטות אלה נעסוק כעת.

2. החלטות או"ם נוספות

ראינו שהחלטות של ארגונים בינלאומיים אינן נורמות בינלאומיות מחייבות במשפט הבינלאומי אלא נחשבות אמצעי עזר בלבד לקביעת כללי המשפט הבינלאומי שהם האמנות והמנהגים. עם זאת לאחרונה מתגבשת גישה שלפיה חזרה על נורמה מסוימת במספר רב של אמנות או של החלטות או"ם, המעידה על קבלת הנורמה בחזקת דין מבססת היווצרות של נורמה מנהגית.⁸⁹ לטענה זו יש בסיס רק אם האמנות או אם החלטות האו"ם חוזרות ומבססות בדיוק אותה הנורמה. לפיכך מנהג יכול להיווצר רק אם החזרה על הנורמה זהה.⁹⁰ יש לזכור גם שמדינת ישראל הביעה מאז ועד עתה התנגדות מפורשת לאימוץ רעיון השיבה כל אימת שהוזכר בהחלטות האו"ם. בשל כך אין לחייב את ישראל לנהוג לפי מנהג זה גם אם התגבש בינתיים.⁹¹

למרות זאת מצאנו לנכון להתייחס לטיעון כי החלטות או"ם אחרות או החלטות המחיות את החלטה 194(III) יוצרות בסיס במשפט הבינלאומי לזכות שיבה פלסטינית. הסכסוך הישראלי-ערבי הניב מספר לא מועט של החלטות או"ם, לרבות החלטות של מועצת הביטחון. נוסף על כך מאז מלחמת יום הכיפורים בשנת 1973 יש נטייה עקיבה של העצרת הכללית לקבל החלטות בנושא הפלסטיני. בשל התפתחויות אלה חשוב לבדוק החלטות או"ם נוספות המתייחסות לסוגיית הפליטים הפלסטינים כדי לברר אם נוצר דין בינלאומי מנהגי או אם התקבלה החלטה מחייבת המכירה בזכות השיבה במקרה הפלסטיני או במקרים דומים אחרים. לטענתנו בחינת מכלול ההחלטות מעלה מסקנה הפוכה.

העצרת הכללית המשיכה לעסוק בסוגיית הפליטים הפלסטינים. כך למשל בשנת 1950 קבע סעיף 4 להחלטת העצרת הכללית 393(V) כי שילובם מחדש של הפליטים בחיים הכלכליים במזרח התיכון, בין באמצעות שיבה ובין על ידי יישובם במדינות המקלט, הוא חיוני הן כהכנה לעת שבה תיפסק הענקת הסיוע הבינלאומי והן לשם השגת שלום ויציבות באזור.⁹² הסעיף מדגיש כי הדבר אינו אמור לפגוע בהוראות סעיף 11 להחלטה 194(III).

ואכן, החלטה זו מחזקת את פירוש החלטה 194(III) שהצענו למעלה וממליצה שוב כי חיוני לפעול לפתרון בעיית הפליטים לא רק באמצעות שיבה למדינת המקור, אלא גם באמצעות שילובם וקליטתם במדינת המקלט. רעיון זה שב וחזר בהחלטות או"ם נוספות עד מלחמת ששת הימים ביוני 1967.⁹³ ישראל התמידה בהתנגדותה להחלטות הללו, מפני שהן שבו והתייחסו בין היתר להחלטה 194(III).⁹⁴ עם זאת ההתייחסות הבינלאומית לסוגיה חושפת מגמה ברורה ועקיבה: הצורך להשיג שלום ויציבות. צורך זה יקודם גם באמצעות פעולות מושכלות

לשיקום הפליטים וליישובם. החלטות אלה אינן סותרות אמנם את הטענה כי יש זכות של שיבה, אך הן ממליצות בבירור על פעולה מיידית ומושכלת להתמודדות עם מצוקת הפליטים גם שלא בדרך של שיבה. ההחלטות אינן מבטלות אמנם את החלטה 194(III), אך הן אינן חוזרות עליה במדויק, ועל כן אין בכך כדי ליצור מנהג בינלאומי. עם זאת נבהיר שאפילו חזרה מדויקת לא הייתה מספיקה כאן לנוכח התנגדותה העקיבה של ישראל לאזכורים אלה.⁹⁵

לאחר מלחמת ששת הימים חל שינוי בהחלטות האו"ם. שינוי זה קיבל משנה תוקף לאחר מלחמת יום הכיפורים בשנת 1973. השינוי התבטא בהחלטות העצרת הכללית של האו"ם שהתייחסה לראשונה לקולקטיב הפלסטיני והכריזה על זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית, לעצמאות לאומית ולריבונות, בעודה נוטשת את ההתייחסות האישית לפליטים הפלסטינים. בהחלטותיה הכריזה העצרת במפורש על "הזכות שאינה ניתנת לוותר" של הפלסטינים לשוב לבתייהם שמהם הועתקו ולקבל בחזרה את רכושם.⁹⁶

מועצת הביטחון נקטה גישה שונה לחלוטין לסוגיה. החלטה 237, מיום 14 ביוני 1967,⁹⁷ מבקשת לסייע בשיבת התושבים שברחו מן האזור מאז פרוץ אירועי האיבה. לשון החלטה לפיכך רכה ומתייחסת רק לפליטים מהגדה המערבית ומרצועת עזה שברחו מן האזור בעקבות מלחמת ששת הימים. ההחלטה כלל אינה מתייחסת לפליטי 1948. לאחר החלטה 237 התקבלה החלטת מועצת הביטחון 242 מיום 22 בנובמבר 1967.⁹⁸ החלטה זו אומצה שוב לאחר מלחמת יום הכיפורים בהחלטת מועצת הביטחון 338 מיום 22 באוקטובר 1973.⁹⁹ ההחלטות הללו קוראות לנסיגת ישראל משטחים שנכבשו בסכסוך, לסיום מצב המלחמה, לכיבוד הריבונות של כל מדינה באזור (כולל ישראל) ולהשגת הסדר צודק של בעיית הפליטים. הצירוף "הסדר צודק" בעניין סוגיית הפליטים אינו מטיל שום חובה להגיע לפתרון המתבסס על החלטה 194(III).¹⁰⁰ להפך. כאן מודגש הצורך למצוא פתרון מעשי לסוגיה במסגרת עסקת חבילה פוליטית כוללת שתבטיח לישראל קיום, הכרה וגבולות בני הגנה.

נושא הפליטים הפלסטינים עלה לדיון בהסכמי השלום שישראל חתמה עם מצרים, עם ירדן ועם הפלסטינים. שלא כמו החלטות האו"ם, הסכמים אלו יוצרים נורמות משפטיות מחייבות. כל אחד מהם מציג הסכמה בעניין זכותם של הפליטים הפלסטינים שברחו מהגדה המערבית או מרצועת עזה לשוב לאזורים אלו. אין בהם שום הסכמה בנושא שיבת פליטי 1948 או 1967 לתחומי מדינת ישראל.¹⁰¹

בהסכמי אוסלו שנחתמו בשנת 1993 התחייב ארגון אש"ף, שהוכר כנציג העם הפלסטיני, לאמץ את החלטות מועצת הביטחון 242 ו-338 וכן לבטל סעיפים

באמנה הפלסטינית הקוראים להשמדת מדינת ישראל.¹⁰² החלטות 242 ו-338, אשר כאמור קובעות את הצורך בהסדר צודק של בעיית הפליטים אך אינן מזכירות את זכות השיבה של הפליטים הפלסטינים, הן החלטות האו"ם היחידות שאליהן מתייחס הסכם אוסלו. לפיכך החלטות אלו בלבד, ולא החלטה 194(III), הן בגדר ההסדרים המשפטיים המחייבים בין ישראל לפלסטינים בעניין הפליטים.

ג. דיני זכויות האדם הבינלאומיים וזכות השיבה

הן ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם שקיבלה העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1948 והן האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 ואמנות אזרחיות העוסקות בזכויות אדם באירופה, באמריקה ובאפריקה, מתייחסות לזכותו של אדם להיכנס למדינתו כחלק מן הזכות לחופש התנועה. הגדרת הזכות אינה אחידה במסמכים אלו. בעוד ההכרזה האוניברסלית והצ'רטר האפריקני בדבר זכויות האדם עוסקים בזכות לשוב (return), הרי כל המקורות האחרים עוסקים בזכות להיכנס (enter) למדינה.¹⁰³ המושג "כניסה" נרחב יותר מהמונח שיבה מפני שהוא כולל לא רק את מי שהיה במדינה וכעת הוא חפץ לשוב אליה, אלא גם את מי שלא היה בה מעולם ורוצה להיכנס לתחומה לראשונה.¹⁰⁴

בבסיס לדיון בנושא השיבה נתייחס לסעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 מפני שזו אמנה אוניברסלית שרוב מדינות העולם חתומות עליה וכך גם מדינת ישראל. עם זאת אין זה ברור כלל אם אמנה זו, אשר נכנסה לתוקף בשנת 1976 ומדינת ישראל אשררה אותה בשנת 1991 ואשר הפלסטינים כמובן אינם צד לה, משקפת משפט מנהגי, ואם כן – ממתני. לכן, גם אין זה ברור כלל שהמושג "הסדר צודק" שעליו מבוססות החלטות מועצת הביטחון 242 ו-338 מחייב לקיים את הוראות האמנה. אף על פי כן נניח שהוראות האמנה מחייבות ולכן נפנה לניתוח מהותי של סעיפיה הרלוונטיים:

סעיף 12(4) לאמנה קובע: "לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא". הטיעון הפלסטיני לזכות שיבה לפליטים הפלסטינים ולצאצאיהם בהסתמך על סעיף זה מתבסס על שני היסודות האלה: (1) שטחי מדינת ישראל הם "ארצו" של הפליט ועל כן מוקנית לו מכוח סעיף זה הזכות להיכנס אליה על פי בחירתו, שהיא הזכות לשיבה; (2) מניעת שיבה של פליטים פלסטינים (וצאצאיהם) למדינת ישראל היא שרירותית (arbitrary).

אנו נעלה שלוש טענות נגד הפרשנות של הפלסטינים לסעיף: (1) אף לא אחת משתי הקביעות האלה אינה חלה על מי שעזב את שטחי מדינת ישראל בזמן המלחמה ולא נכח בה בעת המפקד הקובע; (2) הסעיף עוסק בזכויות של פרטים

אך אינו אמור לחול במקרים של עקירת קבוצות גדולות של אנשים בגלל סכסוך אתני; (3) אין שום בסיס לטענה כי סעיף זה מקנה זכות שיבה או כניסה לצאצאי אלה שעזבו את בתיהם.

1. כניסת אדם לארצו

זכות השיבה מתבססת בראש ובראשונה על זכותו של אדם להיכנס לארצו. לפיכך במקרה של הפליטים הפלסטינים יש לקבוע תחילה כי מדינת ישראל היא ארצם. לצורך הדיון נבחין בין הפליטים שעזבו את ארץ ישראל המנדטורית בזמן המלחמה ואלה שהתגוררו בה לפניו אך לא יכלו לחזור אליה, לבין צאצאיהם של פליטים כאלה, שמעולם לא התגוררו בשטחי מדינת ישראל. נזכיר כי מן הבחינה המשפטית היו הפליטים אזרחי ארץ ישראל המנדטורית ותושביה, אולם אזרחותם פקעה עם תום המנדט וכי ישראל מעולם לא העניקה להם את אזרחותה. נדגיש גם כי חלקם זכו באזרחות אחרת, אולם אחרים נותרו חסרי אזרחות.

השאלה כיצד לפרש את הביטוי "ארצו" בסעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות זכותה לעיון רחב למדי. במסגרת זו נעשה ניסיון הן לעמוד על כוונת המנסחים והן למצוא את הפירוש שנכון לאמץ לאור הגיון האמנה בכלל והגיון הזכות לחופש התנועה בפרט.

לגבי שאלת כוונת המנסחים שוררת מחלוקת בקרב המלומדים שניתחו את עבודת ההכנה לאמנה. שניים מהם, אינגלס (Inglès) וסיגהרט (Sieghart), למדים מעבודת ההכנה לאמנה בנוגע לזכויות אזרחיות ומדיניות שזכות הכניסה למדינה מוקנית לאזרחים בלבד,¹⁰⁵ ואילו מלומד שלישי, נובק (Nowak) גורס שעבודת ההכנה מלמדת כי המונח כולל כל אדם הסבור שזוהי מדינתו ובכלל זה תושבי קבע ואנשים המרגישים שהמדינה היא מולדתם.¹⁰⁶ יש גם מלומד התומך בעמדת ביניים: הורסט הנום (Hurst Hannum) סבור שהמונח "ארצו" (his own country) המובא בסעיף 12(4) לאמנה כולל יותר מן הצירוף "ארץ אזרחותו" (country of which he is a national) המובא במסמכים בינלאומיים אחרים העוסקים בכניסה למדינה. אך לשיטתו אין להרחיב את המונח כך שיכלול גם כל אדם הרואה במדינה את ביתו. בהסתמכו על עבודת ההכנה לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות הוא מסיק שכוונת המנסחים בהשתמשם בצירוף "his own country" הייתה לכלול נוסף על האזרחים גם תושבי קבע, אך לא כל אדם הרואה במדינה את מולדתו.¹⁰⁷

ראוי להדגיש כי לדעת רוב הפרשנים סוגיית הזיקה בין אדם לארצו (או למדינתו) אינה עניין סובייקטיבי בלבד אלא צריכים להיות לה מאפיינים עובדתיים. עמדה זו סבירה בהקשר הזכות הנידונה, מפני שברור כי אדם אינו יכול לחייב מדינה

לאפשר לו להיכנס אליה ולהתיישב בה רק על סמך הטענה כי הוא חש שמדינה זו היא מולדתו.

הוועדה לזכויות האדם שהוקמה מכוח האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קבעה בהחלטותיה לגבי תלונות אינדיווידואליות בעניין סעיף 12(4) לאמנה וכן בהערה הכללית בעניין אותו סעיף שהמושג "ארצו" המובא בסעיף לגבי זכות הכניסה נרחב יותר מן המושג "ארץ אזרחותו" המובא במסמכים בינלאומיים אחרים ומתייחס לאזרחים בלבד ואולי גם לתושבי קבע. כדי לקבוע מה כוללת ההרחבה אימצה הוועדה את מבחן הזיקה האפקטיבית שבין האדם למדינה שמטרתו לקבוע אם זוהי אכן מדינתו שזכותו להיכנס אליה.¹⁰⁸ מבחן הזיקה האפקטיבית נקבע בפסק הדין המנחה בעניין נוטבאום (Nottebohm), ולפיו הזיקה האמתית שבין אדם למדינה נקבעת לפי מידת הקשר שלו אליה במובן של מגורים, עבודה, הימצאות משפחתו בה והשתתפות בחיי הציבור שלה.¹⁰⁹ לפי מבחן זה אין צורך שאדם יהיה אזרח המדינה שאליה הוא מבקש להיכנס, אולם עליו להוכיח שעיקר קשריו המהותיים מכוונים כלפי אותה מדינה. מדובר אפוא במבחן אובייקטיבי.

בהנחה שאנו בוחנים כיום את טענת הפלסטינים שישראל היא מדינתם ועל כן זכותם להיכנס אליה הרי אם נאמץ את הפרשנות הצרה גם בהקשר של המושג "ארצו" שלפיה כניסה בזכות מוקנית רק לאזרחים או לתושבי קבע, ברור שאין להקנות כניסה בזכות לפליטים הפלסטינים שלא היו מעולם אזרחי מדינת ישראל או תושבי קבע שלה. אך גם היצמדות לפרשנות רחבה לא תכלול בהכרח את המחויבות להשיב פליטים פלסטינים. זיקתם האפקטיבית החזקה היא למקום שבו חיו את חייהם, וגם אם עשרות שנים של שהות מחוץ לישראל עברו עליהם בציפייה דרוכה לשוב אליה, הן אינן יוצרות מציאות שבה הקשר האפקטיבי החזק ביותר שלהם הוא לישראל.

בחנית עוצמת טענתם של הפליטים לשוב מיד עם שוך הקרבות, הופכת את הסוגיה לקשה יותר. אמנם גם אז לא הייתה לפליטים הפלסטינים אזרחות ישראלית. אזרחות כזו הוקנתה רק כמה שנים לאחר קום המדינה, על פי חוק האזרחות התשי"ב-1952. אך ברור למדי ששטחי ישראל שבהם התגוררו היו "ארצם". האמנה שנוסחה בשנת 1966 ואשר ישראל אשררה אותה בשנת 1992 אמנם לא הייתה בת תוקף באותה עת, אך אם זכויות האדם באמנה הן רק הצהרה על זכויות אדם הקיימות תמיד – קשה לחשוב איזו ארץ הייתה ארצם ואיזו מדינה הייתה מדינתם פרט לזו שהוקמה על השטחים שבהם היו בתיהם.

עם זאת, אף אם מיד לאחר שוך הקרבות אפשר היה לראות בשטחים שמהם באו הפליטים את מדינתם או את ארצם, קביעה זו נחלשת ככל שחלפו השנים

וככל שנוצרה מציאות פוליטית וחברתית חדשה. קל וחומר שהיא אינה תקפה לגבי צאצאיהם של הפליטים שמעולם לא חיו בשטחי מדינת ישראל. נראה כי סעיף 12 עצמו לא נועד לטפל במציאות הנוגעת בירושת מדינות ובתנודת קבוצות גדולות של אנשים בגלל מלחמה שבעקבותיה חל שינוי בגבולותיהן של מדינות (כפי שנראה בהמשך אין במשפט הבינלאומי עד היום מענה מספק לסוגיות הנוצרות בעקבות ירושה כזאת).

מיהו הזכאי להיכנס למקום כלשהו בטענה כי הוא ארצו? הטיעון הפלסטיני הוא כי לא היה מוצדק בשעתו למנוע את כניסתם מחדש של העוזבים ולכן יש כיום צורך לתקן את הטעות שנעשתה, ובכלל זאת לאפשר גם לצאצאי הפליטים לשוב למקומותיהם. טיעון זה נראה בעינינו חלש. אולם גם אם הוטלה על ישראל החובה לאפשר לפליטים להיכנס ולשוב לבתיהם, הזמן הרב שחלף וניתוק הקשרים האפקטיוויים החלישו את טענתם כי הארץ הזו היא "ארצם". נזכיר כי אין אנו דנים כאן בשאלה אם ראוי לאפשר לפליטים לשוב, אלא אנו מתמקדים בשאלה אם קמה להם הזכות להיכנס לישראל בטענה שזו "ארצם".

ואכן, הטיעון הפלסטיני קובע כי מדינת ישראל נישלה את הפלסטינים וגזלה את ארצם וכי מימוש זכות השיבה הוא התיקון הנדרש כדי להשיב את הארץ לבעליה האמיתיים – הפלסטינים. זוהי טענה פוליטית אידאולוגית. היא ללא ספק עמדה ביסוד הטענות הפלסטיניות מאז ומתמיד. קשה לראות כיצד היא משתלבת בזכות לחופש התנועה המניחה שלמדינות ריבוניות יש שליטה על הכניסה אליהן ובהכרה הבינלאומית במדינת ישראל כמדינה שיש לה זכות לממש את ריבונותה על שטחה.

הטיעון האחרון שמשמיעים הפלסטינים מתייחס לסתירה שבין סירובה של ישראל לראות את שטח המדינה כארצם של הפליטים הפלסטינים לבין ראייתה את המדינה (ואולי את כל ארץ ישראל לפי אחדים) כמולדתם וכארצם של כל היהודים באשר הם. מוסכם עלינו כי הקשר ההיסטורי של הפליטים הפלסטינים לבתיהם עמוק וכי יש לייחס לו חשיבות בצד החשיבות שמייחסים לקשר ההיסטורי של היהודים לארץ ישראל. אך מדיניות הגירה של מדינה אינה מתבססת על זכות היסטורית אלא על ריבונות. הרצון לאפשר ליהודים שליטה על הגירה לחלק מארץ ישראל היה נימוק מכריע להחלטת החלוקה. הפלסטינים יוכלו לבטא את זכותם ההיסטורית לארצם בחוק "שיבה" שיחוקקו בארצם כאשר יזכו בריבונות. אין להם זכות כזאת להיכנס כיום לשטחי מדינת ישראל. סירובם של שלטונות המנדט לאפשר כניסת יהודים שחפצו להיכנס ל"מולדתם" היה לצנינים בעיני היהודים, אולם נעשה במסגרת סמכויותיה המשפטיות, ובעיקר הפוליטיות, של ממשלת המנדט.

2. שרירותיות בהגבלת הכניסה

בהנחה ששטחי מדינת ישראל שאותם עזבו הם "ארצם" של הפליטים הפלסטינים, האם סירוב ישראל לאפשר להם להיכנס הוא "שרירותי" (arbitrary deprivation)?

הפרשנות המקובלת למושג "שרירותי" בהקשר זה הוא כי מניעת כניסה לא תיחשב שרירותית אם היא מוטלת על אדם על ידי בית משפט כעונש חלופי למאסר. הדעה הרווחת היא שכל הגבלה אחרת על זכות הכניסה, שאינה תחליף מאסר היא שרירותית ויש בה הפרת הזכות.¹⁰ כל זה כמובן בהנחה ששיטת המשפט מכירה בעונש של גירוש או של הגליה, ובהנחה שהעונש הוטל כדין.

ואולם, פרשנות צרה זו של החריג מכוונת למקרה הרגיל שאליו כיוון הסעיף: כאשר אין בעיה ממשית בזיהוי הקשר של האדם ל"ארצו" או ל"מדינתו" אך השלטון בארצו בכל זאת אינו מוכן לאפשר לו להיכנס אליה. אחד ההיבטים של עקרון האזרחות (או הזיקה האפקטיווית) הוא שכאשר אין מדינה אחרת כלשהי החייבת לאפשר לאדם להיכנס, מדינתו שלו חייבת בכך. אם מדינה כלשהי מחזיקה בטענות כלפי אדם כזה עליה לבררן בתוכה. ואכן, כשחושבים על זכותו של אזרח (או של תושב קבע או של מישהו שהתגורר במדינה תקופה ממושכת) להיכנס אליה, קשה לחשוב על טעמים עקרוניים המצדיקים את סירוב המדינה לאפשר לו זאת. קשה לחשוב על ניגודים לגיטימיים בין זכויות או בין אינטרסים היכולים להצדיק מניעת כניסה של אדם. אם כניסת אדם כזה מסכנת את המדינה או את תושביה או מאיימת עליהם, רשאית המדינה לנטרל את הסכנה או את האיום על פי חוקיה בדרך אחרת.

מצב זה אינו תקף בעניין טענת השיבה של הפליטים הפלסטינים וצאצאיהם למדינת ישראל. הייחודיות של המצב שנוצר בעקבות מלחמת 1948-1949 ובעקבות מצבים דומים אחרים מחזקת את הקביעה כי אי-אפשר לקבל את הפרשנות הזאת למונח "שרירותי" המופיע בסעיף 12(4) כשמדובר בפליטים הפלסטינים. אפשר לקבל פירוש צר כזה כל עוד אין מדובר בהענקת הזכות לקבוצה גדולה של אנשים, אולם כאשר מרחיבים את היקפה של הזכות לקבוצה גדולה של פליטים, יש להגדיר מחדש מה תיחשב הגבלה שרירותית של הזכות. ההיתר למנוע כניסה "ללא שרירות" נועד לאפשר למדינה להגביל את הכניסה כאשר יש בה כדי ליצור איומים וסיכונים לזכויות או לאינטרסים אחרים. מניעת כניסה תיראה "לא שרירותית" אם יתברר כי הנזק לזכויות ולאינטרסים חשובים הצפוי מהתרת הכניסה חמור הרבה יותר מתוצאות מניעתה וכי מניעת הכניסה היא הדרך היחידה להתמודד עם האיומים הללו.

שיבה לתחומי מדינת ישראל של רבים מאלה המחשיבים את עצמם פליטים פלסטינים עלולה לפגוע קשות בזכותו של העם היהודי בישראל להגדרה עצמית לאומית ותרבותית ונוסף על כך גם בסדר הציבורי במדינה, ברווחת כל תושביה, ללא הבדל לאום או דת, ואף באופייה של המדינה, ברוחה הדמוקרטית וברמת הפיתוח שלה. לפיכך שלילת ההכרה בזכותם של הפליטים הפלסטינים לקבוע אם יממשו את זכותם לשוב או לאו חיונית לקיום מדינת ישראל ולרווחת אזרחיה ותושביה. נקיטת צעד כה חיוני לשלומה ולזהותה של מדינה אינה יכולה להיחשב הגבלה שרירותית של זכות.

סדרת מסמכים בינלאומיים תומכת בראיית מדינת ישראל כמקום שבו מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית לאומית ונותנת תוקף לזכותו של העם היהודי לקיים חיים לאומיים שלמים ועצמאיים בארץ ישראל: הצהרת בלפור מיום 2 בנובמבר 1917, הספר הלבן של צ'רצ'יל משנת 1922, דוח ועדת פיל משנת 1937, דוח ועדת האו"ם שהמליצה על תכנית החלוקה בשנת 1947, החלטה 181 של העצרת הכללית של האו"ם בדבר חלוקת ארץ ישראל המנדטורית לנתיבי מדינת לאום.

רעיון ההגדרה העצמית הבשיל לכדי זכות משפטית במגילת האו"ם ובאמנות זכויות אדם. הזכות הוכרה בסעיפים 1(2) ו-55 של מגילת האו"ם משנת 1945 וכן בסעיף 1 של שתי אמנות זכויות אדם העיקריות משנת 1966: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות.¹¹¹

הזכות להגדרה עצמית טומנת בחובה את הרכיב של בניית ההשתייכות הלאומית, כשבצדה גם האפשרות לכינונה של תרבות ופיתוחה. כדי לממש באופן מלא את ההגדרה העצמית של עם יש לאפשר לו להתקיים כרוב במדינתו, ואכן ביסוד החלטת החלוקה 181 שקיבלה עצרת האו"ם ביום 29 בנובמבר 1947¹¹² עמד הרעיון של שתי מדינות לאום שבכל אחת מהן יהיה רוב לאחד משני הלאומים. כלי עיקרי לשימור הרוב גם בעתיד – רוב יהודי במדינה יהודית ורוב ערבי במדינה ערבית – הוא השליטה על הנכנס לתחום המדינה.¹¹³ גם לצורך כך נחקק במדינת ישראל חוק השבות המעדיף במפורש הגירת יהודים לישראל.¹¹⁴

לאור העובדות הללו ובשל הצורך של העם היהודי לשמור על היותו רוב במדינתו כדי להמשיך ולהתקיים מן הבחינה הלאומית ומן הבחינה התרבותית רשאית מדינת ישראל למנוע את כניסתה של קבוצת אוכלוסייה שהיא פוטנציאלית גדולה מאוד, בעלת צביון לאומי ותרבותי הנבדל במובהק מאוכלוסיית הרוב במדינה ובעלת סדר יום המבקש לשנות את צביונה של המדינה. כניסה למדינה של אוכלוסייה

כזו טומנת בחובה סכנה ממשית לקיומה של מדינת ישראל ולהגדרתה העצמית כמדינה יהודית, אפילו עד כדי חיסולה ככזאת. קל וחומר שכך המצב כאשר בין שתי הקבוצות מתקיים סכסוך המתדרדר לאלימות.

לסיכום, הקביעה כי לפלסטינים שמורה זכות השיבה מכוח חופש התנועה הכללי צריכה להיות תקפה לא רק כיום אלא בכל גגע של הסכסוך, החל ברגע הראשון. ראינו כי סמוך להיווצרות הבעיה לא הייתה הכרה בזכות כזאת מפני שישראל התקבלה לאו"ם בלי לאפשר שיבה ואף בלי להתחייב לאפשר את מימושה בעתיד. שיקול זה התחזק במשך השנים, והוא תקף קל וחומר גם כיום, כאשר מספר הפליטים המקוריים הוכפל ב-6 או ב-7, כאשר בין שתי האוכלוסיות שוררות עדיין עוינות וחשדנות וכאשר התשתית הפיזית שאותה עזבו הפליטים שונה כיום לגמרי מזו שעזבו.

יש הטוענים כי עמדת ישראל – הימנעות מהכרה בזכות השיבה של פליטים פלסטינים וצאצאיהם והתנגדות עקיבה למימוש שיבה כזו בהיקף רחב – פסולה שבעתיים לנוכח ההעדפה שהיא מעניקה לעליית יהודים, שמעולם לא חיו בישראל. לא נרחיב כאן בנושא הצדקת חוק השבות והעדפת עלייה יהודית על פיו.¹¹⁵ נאמר רק כי במשך שנים רבות חיו היהודים כמיעוט במדינות העולם, נרדפו, גורשו, הושמדו ולא יכלו לממש עצמאות לאומית. על כן בידיהם ההצדקה לתקן עוול זה על ידי מתן העדפה בהגירה ליהודים אל המדינה היחידה שבה הם יכולים לממש את זכותם להגדרה עצמית. הצדקה זו מבוססת גם על שיקולים של צדק מתקן, היכולים ליצור חריג מוצדק לעקרון השוויון.¹¹⁶ על פי החלטת החלוקה, מימוש זכות ההגדרה העצמית של היהודים לא היה כרוך בגירוש התושבים הערבים שחיו בשטח שהיה מיועד למדינה היהודית או בעקירתם. כזכור, בעיית הפליטים הפלסטינים נוצרה בעקבות המלחמה שבה פתחו הערבים במטרה לסכל את הקמת המדינה היהודית. גם לאחר סיום מלחמת העצמאות לא הצליחה ישראל להגיע להסכם שלום עם שכנותיה (שבמסגרתו הייתה מיושבת גם בעיית הפליטים). מדינות ערב העדיפו שביתת נשק שלא הייתה כרוכה בהכרה במדינת ישראל. זה היה הרקע לכך שישראל לא נדרשה לאפשר את שיבתם של הפליטים הפלסטינים לבתיהם. זה גם הרקע לכך שעם הקמתה היא לא נדרשה להעניק להם תושבות או אזרחות. כיום, יותר משישים שנה לאחר המלחמה, קליטה רחבה של אוכלוסייה פלסטינית, שחונכה במידה רבה על רגשות של טינה וכעס כלפי היהודים וכלפי מדינת ישראל, בכמות העלולה להפוך אותה לקבוצת הרוב במדינת ישראל, עלולה לסכל את זכותם של היהודים לחיות כאנשים חופשיים במסגרת מדינת שבה הצביון התרבותי השולט במרחב הציבורי הוא יהודי, ולשנות באופן קיצוני את אורחות המשטר והתרבות במדינה.

לאור הנימוקים שפירטנו נראה שהגבלת הכניסה של הפליטים הפלסטינים לתחומי מדינת ישראל לא תיחשב הגבלה שרירותית של זכות הכניסה על פי סעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. קל וחומר שכך המצב לגבי צאצאיהם.

3. איחוד משפחות

הטענה לזכות שיבת הפלסטינים לישראל בישראל נשמעת בישראל גם בהקשר אחר, ולפיו שמורה לפלסטינים זכות הכניסה לישראל כאשר הם נמצאים בקשרי משפחה גרעינית עם אזרחי ישראלי או עם תושב ישראל. המתנגדים לתופעה זו טוענים כי אכן ניכרת מגמת נישואים בין אזרחי ישראל (בעיקר ערבים) לבין פלסטינים שאינם אזרחי ישראל וכי בעבר הורשו בני זוג אלה להיכנס לישראל ולהתאזרח בה. לטענתם מגמה זו רחבה כיום ועלולה להתרחב עוד יותר בעתיד ולהערכתם יש בה מעין מימוש אטי של זכות השיבה. התומכים בהענקת הזכות לפלסטינים הנישאים לאזרחי המדינה להיכנס לארץ ולהתאזרח בה סבורים כי זה הוא מקרה של הגנה על הזכות למשפחה. לעתים הם גם מציינים כי אנשים אלה, שהם פלסטינים הנישאים לאזרחי ישראל, אינם "זרים" במובן המלא של המילה, מפני שישראל הייתה ארצם, ולכן הם צפויים להיקלט בתוך קהילתם הלאומית המקורית.

יהא אשר יהא הדין שצריך לחול על הגירת נישואים של פלסטינים אין זה ברור על מה מתבססת הטענה כי המשפט הבינלאומי הנוגע לזכויות אדם מקנה זכות כזו. הדין הבינלאומי אינו דן במפורש בזכות לאיחוד משפחות בתחומי מדינה מסוימת. המשפט הבינלאומי מבחין בין זכות כניסה של אדם למדינתו לבין הזכות להקים משפחה ואינו קושר בין השניים. לשון אחר, המשפט הבינלאומי אינו קובע שהזכות למשפחה כוללת גם את הזכות להיכנס למדינת בן הזוג. לפיכך הטיעון הפלסטיני לשיבה בזכות כחלק מתהליך איחוד משפחות גם הוא אינו תקף.¹¹⁷

גם אם נניח שהסעיפים הללו בעניין הזכות למשפחה כוללים את הזכות להכניס בן זוג או צאצאים למדינת האזרח, מותר להגביל זכות זו בנימוקים של שמירה על אינטרסים ציבוריים חשובים. כאשר בין ישראל לבין שטחי הרשות הפלסטינית מתקיימים יחסי עימות ועוינות, רשאית ישראל להגביל את ההסדרים החלים על הגירת משפחה כך שלא יאפשרו כניסת אנשים ממדינת אויב. ואכן, דיני זכויות האדם הבינלאומיים מקנים אפשרות להגביל כניסה כזו אם טמונה בה סכנה ביטחונית. סעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 קובע כי מדינה רשאית לגרוע ממחויבותיה לקיים את רוב זכויות האדם בזמן חירום אם הוכרז עליו רשמית וככל שמחייב מצב החירום.¹¹⁸ הזכות למשפחה וכן זכות הכניסה למדינה אינן כלולות ברשימת הזכויות שאין לגרוע

מהן. מדינת ישראל נמצאת במצב של סכסוך מתמשך עם רוב המדינות באזור ועם הפלסטינים, וקיימת בה הכרזה רשמית על מצב חירום.¹¹⁹ כל עוד זו המציאות רשאית מדינת ישראל מתוקף דיני זכויות האדם הבינלאומיים להגביל כניסת אנשים העלולים לאיים על קיומה ועל ביטחונה גם במסגרת הגירת משפחה. גם בימי שלום, לכשיסתיים הסכסוך, מותר יהיה להגביל השתקעות של פלסטינים בקבוצות גדולות בתחומי מדינת ישראל ובכלל זה גם למטרות נישואים. אם הגירת הנישואים תאיים על קיום הרוב היהודי במדינת ישראל, על אופייה הדמוקרטי ועל רווחת תושביה, ותעורר חשש ליציבות המדינה וליכולת מימוש ההגדרה העצמית הלאומית של היהודים במדינת ישראל, גם אז מותר יהיה להגבילה מן הנימוקים שתיארנו בהרחבה.

ד. זכות השיבה ודיני האזרחות במשפט הבינלאומי

הפלסטינים שחיו לפני 1948 בתחומי ארץ ישראל המנדטורית היו אזרחיה, כמו כל אזרח יהודי או אזרח ערבי אחר. הפליטים הפלסטינים, שחיו בשטחי מדינת ישראל, טוענים כי מכוח אזרחות זו הם זכאים לאזרחות של מדינת ישראל שממנה כמובן נגזרת זכות הכניסה לתחומי המדינה.¹²⁰ טענה זו קשה לביסוס.

יש לזכור שמדינת ישראל לא שללה מן הפלסטינים את אזרחותם המנדטורית, מפני שאזרחות זו פגה אוטומטית עם סיום המנדט על פלשתינה-א"י ב-15 במאי 1948. בזמן הקמת המדינה לא היו הפליטים בשטח המדינה ולא היו תושביה. לכן, משפטית, יש לבחון אם המשפט הבינלאומי מחייב את מדינת ישראל להעניק אזרחות לפלסטינים שמעולם לא היו תושבי מדינת ישראל רק מפני שאזרחותם המנדטורית פקעה והם התגוררו בישראל לפני תאריך המפקד הקובע. בחינת דיני האזרחות במשפט הבינלאומי מלמדת שהתשובה על כך שלילית: מדינת ישראל אינה מחויבת להעניק להם אזרחות, מפני שהדין הקיים אינו עוסק במצבים של היווצרות בעיית הפליטים הפלסטינים, כלומר בעקירת אנשים רבים בעקבות סכסוך אתני בנסיבות של ירושת מדינות.

המשפט הבינלאומי מתמודד ישירות עם סוגיית האזרחות בשלושה מקורות עיקריים: דיני זכויות האדם הכלליים, אמנות ספציפיות המטפלות בשאלת האזרחות וטיוטת האמנה המתייחסת לאזרחותם של בני אדם בהקשר של ירושת מדינות. סעיף 15 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם¹²¹ קובע כי לכל אחד יש זכות לאזרחות, אך סעיף זה אינו מטיל חובה ברורה על המדינות להבטיח כי לכל אדם בכל מדינה תהיה אזרחות. יתר על כן, אמנות זכויות אדם נוספות נוקטות לשון רכה בעניין הזכות לאזרחות,¹²² ונמנעות מלחייב מדינות במתן אזרחות.¹²³

גם באמנות העוסקות באופן ספציפי בדיני אזרחות אי־אפשר למצוא חיוב מפורש של מדינות להעניק אזרחות.¹²⁴ מציאות זו נגזרת מרצונן של מדינות לשמר את ריבונותן, הכוללת שמירה על הזכות לקבוע למי להעניק אזרחות. שאלת האזרחות בהקשר של ירושת מדינות צברה תאוצה בעשור האחרון של המאה העשרים בגלל השינויים שהתחוללו בעיקר באירופה בעקבות נפילת ברית המועצות לשעבר. השאלה נידונה באמנת האזרחות האירופית משנת 1997, אך גם בה אי־אפשר למצוא הוראות נוקשות המטילות על המדינה היורשת להעניק אזרחות לאנשים החיים בשטחה ובוודאי שלא לכאלה שעזבו אותה.¹²⁵ הנושא נידון שנית בהרחבה בטיטת האמנה בדבר אזרחותם של בני אדם בהקשר של ירושת מדינות שניסחה ועדת האו"ם למשפט בינלאומי. הטיטה אומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם,¹²⁶ אך טרם הפכה להסכם בינלאומי מחייב. טיטה זו קוראת לשיבה של מי שהוכרח לעזוב את מקום מגוריו בעקבות אירועים הקשורים לסיטואציה של ירושת מדינות וכן להענקת אזרחות לאנשים שמקום מגוריהם הושפע מירושת המדינות.¹²⁷ אך הסדרים אלו אינם מחייבים משפטית בהקשר של סוגיית הפליטים הפלסטינים מפני שהם טרם גובשו לכלל דין בינלאומי מחייב. גם אם לבסוף יתקבלו כאמנה מחייבת הרי שתחולתה תהיה מעתה ואילך ולא על בעיות שנוצרו לפני שנים רבות.

אנחנו רואים כי המשפט הבינלאומי נחלץ לטפל בבעיות של אזרחות שנוצרו בעקבות ירושת מדינות רק לאחרונה, אף על פי שבעיות בהיקף נרחב למדי מסוג זה התעוררו קודם לכן, בוודאי בתקופה שבה נוצרה בעיית הפליטים הפלסטינים.¹²⁸ התעוררות חדשה זו נובעת מן הרצון שזרמי העקורים והפליטים שנוצרו בעקבות סכסוכים ושינויי גבולות וריבונות ישוקמו ככל האפשר במסגרת השטחים שבהם מתחולל השינוי ולא יגלשו למדינות אחרות. מדובר אפוא לא רק בזכות השיבה של העקורים, אלא בעיקר בחובת הקליטה של המדינות החדשות. עם זאת כפי שנראה ניסיון זה אינו עולה תמיד יפה בגלל המציאות שנוצרת בשטחים אלה. נוסף על כך מן הסיבות הקשורות במספר הפליטים, בזמן הרב שחלף מאז היווצרות הבעיה ובהשלכות של אכיפת הכנסה גורפת של פליטים פלסטינים לתחומי מדינת ישראל לא יהיה זה נכון ליישם את השינויים הללו לגבי סוגיית הפליטים הפלסטינים.

ה. זכות השיבה ודיני הפליטים

1. אמנת הפליטים

לאחר מלחמת העולם השנייה התגבשו במשפט הבינלאומי אמנות בנושא זכויות פליטים וחסרי אזרחות. המסמך העיקרי שעסק בנושאים אלו הוא האמנה בדבר

מעמדם של פליטים משנת 1951.¹²⁹ ההגנה העיקרית שהאמנה העניקה לפליטים הייתה הזכות שלא להיות מגורשים ממדינת המקלט ומוחזרים למדינה שממנה נמלטו (non-refoulement) אם יש בחזרה זו כדי לסכן את חייהם או את חירותם מטעמי גזע, דת, אזרחות או השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת.¹³⁰ מדינת המקלט יכולה לשלוח את הפליט למדינה שלישית שמוכנה לתת לו מקלט, אך זאת בתנאי שגם המדינה השלישית מחויבת לעקרון non-refoulement.

קריאת האמנה מלמדת בעקיפין שעיקרון זה מחייב את הפליט לשוב למדינת מוצאו, כאשר הסיבות למקלט חדלות מלהתקיים. בפועל העיקרון לא יושם כסעיף המחייב מדינות לקלוט מחדש פליטים שעזבו אותן. במשך עשרות השנים שחלפו מאז מלחמת העולם השנייה לא תבעו המדינות הקולטות מן הפליטים לשוב לארץ מוצאם. הן אישרו להם לשהות בתחומן בקביעות ואף נתנו להם הזדמנות לקבל אזרחות של המדינה אף שלא הייתה מוטלת עליהן החובה לנהוג כך. המדינות לא סברו שאמנת הפליטים מחייבת את מדינות המוצא לאפשר לפליטים לשוב לתחומן, והלכה למעשה אף לא התבצעה שיבה רחבת היקף. אין זה מפתיע שהפרוטוקול של אמנת הפליטים משנת 1967 לא הזכיר כלל את סוגיית השיבה.¹³¹

2. נציבות האו"ם לענייני פליטים

מסמך חשוב נוסף הנוגע בסוגיית הפליטים הוא חוקת הנציב לענייני פליטים שאימצה העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1950. חוקה זו שימשה בסיס להקמת נציבות האו"ם לענייני פליטים.¹³²

סעיף 1 לחוקת נציבות הפליטים מגדיר את מטרתה כך: "סיוע לשיבה מרצון של פליטים או להטמעתם בקהילות הלאומיות החדשות".¹³³ החוקה מציעה שלוש דרכים חלופיות לפתרון בעיית הפליטים: שיבה מרצון, קליטה במקום מושבם או יישוב מחדש בארץ שלישית. במשך השנים סבר הנציב העליון לענייני פליטים שהשיבה היא הפתרון המועדף ולכן ניסה ליישמה באורח נרחב ככל האפשר. אף על פי כן במקרים רבים לא אפשרו מדינות המוצא את שיבת הפליטים, והנציב לא יכול היה לכפות זאת עליהן.

3. אונר"א

ראינו כי אמנת הפליטים אינה חלה על הפליטים הפלסטינים וכי הם אינם מטופלים על ידי נציבות הפליטים. הפליטים הפלסטינים נמצאים כאמור בחסות אונר"א שהוקמה מכוח החלטת העצרת הכללית של האו"ם (IV)302 בשנת 1949.¹³⁴

על פי סעיף 7 להחלטה תפקידה של אונר"א מתמקד במתן סעד זמני לפליטים הפלסטינים ובהכנתם ליום שבו אונר"א תפסיק את פעילותה.¹³⁵ ההחלטה מזכירה אמנם את החלטה 194(III), אך אינה מטילה על אונר"א את האחריות לשיבת הפלסטינים במסגרת תפקידיה.

ו. זכות השיבה על פי הדין ההומניטרי ועל פי המשפט הפלילי הבינלאומי

המשפט ההומניטרי הבינלאומי עוסק בהגנה על לוחמים ועל אזרחים בזמן מלחמה ולאחריה. משפט זה התפתח באופן נרחב לאחר מלחמת העולם השנייה בשתי דרכים: (1) הגברת ההגנה על לוחמים ועל אזרחים באמצעות אימוץ ארבע אמנות ג'נבה משנת 1949 וכן באמצעות הפרוטוקולים שנוספו לאמנות בשנת 1977; (2) הטלת אחריות אישית על יחידים שביצעו פשעי מלחמה, פשעים נגד השלום, פשעים נגד האנושות והפרות חמורות נוספות של אמנות ג'נבה באמצעות כינון משפט בינלאומי פלילי.

אין בהוראות הללו שום הוראה כללית בדבר זכות השיבה של פליטים. כל שאפשר למצוא הן הוראות בנושא שיבת שבויי המלחמה¹³⁶ והוראות בעניין כיבוד הזכות למשפחה ואיחוד משפחות.¹³⁷ יש לציין שעקרון איחוד המשפחות אינו מטיל חובה מפורשת על מדינה להכניס לתוכה בני משפחה שאינם אזרחי המדינה או תושביה, ועל כן אינו יכול לשמש ערוץ עקיף למימוש השיבה.¹³⁸

גירוש וסילוק בכוח אסורים לפי הדין הפלילי הבינלאומי גם אם השטח שממנו בוצע הגירוש אינו שטח כבוש. עיקרון זה נקבע בצ'רטר של לונדון בשנת 1945,¹³⁹ שכוון את בית הדין הצבאי הבינלאומי בנירנברג לצורך שפיטת פושעי מלחמה נאצים, ובמסמכים בינלאומיים נוספים כמו אמנת ג'נבה הרביעית,¹⁴⁰ חוקת בית הדין הבינלאומי של יוגוסלביה לשעבר,¹⁴¹ חוקת בית הדין הבינלאומי של רואנדה¹⁴² וחוקת רומא משנת 1998 שהקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי.¹⁴³

אולם גם אם נקבל את טענת הפלסטינים שבעיית הפליטים, בחלקה לפחות, נוצרה בעקבות גירוש אוכלוסייה ממדינת ישראל שקמה עם סיום המנדט הבריטי, וגם אם נסכים לכך שבשנת 1949 גירוש נחשב פשע נגד האנושות, אין פירוש הדבר שישראל מחויבת להשיב את הפליטים לתחומה או שלפליטים (ולצאצאיהם) יש זכות לשיבה המטילה חובה כזו על ישראל – אז או עתה. אף על פי שהמשפט הבינלאומי אוסר גירוש בכוח, הסעדים שהוא קובע במקרים כאלו אינם כוללים הטלת חובה ישירה או עקיפה על מדינה להשיב את המגורשים. עם זאת על מדינה המגרשת בכוח אנשים מתחומה מוטלת אחריות מדינה לפעולותיה ועל מבצעי הגירוש עשויה להיות מוטלת אחריות אישית.¹⁴⁴ עם זאת אין במשפט

הבינלאומי שום נורמה המחייבת מדינה לאפשר שיבה כסעד לפעולה האסורה של הגירוש. הפרקטיקה של מדינות מוכיחה טענה זו. דוגמאות תומכות מתייחסות לסעדים שניתנו לפליטים לאחר מלחמת העולם השנייה. מבצעי פשעים במלחמה זו, ובכלל זאת פשעים של הגליה בכוח וגירוש, הועמדו לדין בערכאות מדינתיות ובינלאומיות. במקרים רבים הם הורשעו ונענשו. גרמניה חויבה בתשלום פיצויים לקורבנות, אך לא הוטלה עליה חובה להשיב את הפליטים לתחומה. חובה כזאת גם לא הוטלה מאוחר יותר על מדינות מזרח אירופה. אמנם, היהודים למשל תבעו פיצוי בעבור רכושם האבוד במזרח אירופה, אך לא דרשו לשוב למדינות שמהן גורשו. עם זאת, המשפט הבינלאומי לא חייב במסגרת דיני הפליטים את מדינת המוצא להשיב את הפליטים אליה.

ז. סיכום

שיבה במשמעות של חזרה לארץ מוצא של פליטים אינה זכות משפטית הנלמדת מהתפתחות המשפט הבינלאומי. היא אינה מוענקת בדיני זכויות האדם הכלליים, בדיני האזרחות, בדיני הפליטים או בדין ההומניטרי. לפיכך קביעת הפלסטינים כי עומדת להם זכות שיבה מכוח המשפט הבינלאומי חסרת בסיס.

הפלסטינים גם אינם יכולים לבסס את זכות השיבה על המסמכים הבינלאומיים העוסקים בבעיה הפלסטינית עצמה. המסמכים הללו הם החלטות העצרת הכללית של האו"ם או החלטות מועצת הביטחון אשר אינן כשלעצמן מקור משפטי מחייב בדין הבינלאומי. כמו כן תוכנן שנוי במחלוקת ובצד רעיון השיבה מוצעים בהם פתרונות חלופיים כמו יישוב מחדש או הסדר צודק. כל משא ומתן בין ישראל לפלסטינים חייב להביא בחשבון שמדינת ישראל אינה מחויבת משפטית מתוקף הדין הבינלאומי לאפשר לפליטים הפלסטינים לבחור אם רצונם לשוב לתחומה ולכבד את בחירתם.

חשוב לציין שמימוש רחב היקף של שיבת פליטים פלסטינים וצאצאיהם עלול ליצור מצב בלתי קביל, ולכן אין זה סביר כי הנושא לא יידון במסגרת משא ומתן פוליטי. ואכן ההיסטוריה מלמדת כי בסכסוכים אתניים שיישובם היה כרוך בחריצת גורל של פליטים רבים, הוצעו פתרונות להתמודדות כחלק מן הניסיון ליישב או לייצב את העימותים. אמנם כל סכסוך צריך להיבחן במסגרת מאפייניו הייחודיים, אולם חשוב מאוד לבחון תקדימים מן העולם לפתרון בעיות פליטים במקרים של סכסוכים אתניים. בכך יעסוק הפרק הבא.

פרק שלישי

יישוב סכסוכים פוליטיים-אתניים בחברות מעורבות: הפרדה לעומת שילוב מחדש

סקירת הפתרונות לסכסוכים אתניים בעולם מאז ראשית המאה העשרים ועד היום מלמדת שהיו שתי תקופות עיקריות המתאפיינות בדרכי פתרון שונות: התקופה הראשונה נמשכה עד סיום המלחמה הקרה והיא אופיינה בפתרון בעיות הפליטים בעיקר באמצעות חילופי אוכלוסין ובאמצעות עידוד של הומוגניות אתנית. המטרה הייתה ליצור חפיפה מרבית בין גבולות פוליטיים לבין זהותה האתנית של האוכלוסייה. בתקופה השנייה, הנמשכת מאז שנות התשעים של המאה העשרים ועד היום נעשו ניסיונות להציע את שיבת הפליטים כפתרון עיקרי לבעיית הפליטים ובמסגרת זאת ליצור מנגנונים של שילוב מחדש, אך הלכה למעשה מימוש השיבה נתקל בקשיים רבים. מתברר אפוא שאין לראות בשיבה פתרון בלעדי ויחיד לבעיית הפליטים.

א. סכסוכים אתניים מראשית המאה עד סיום המלחמה הקרה: הפרדה באמצעות חילופי אוכלוסין

בעת שבה נוצרה בעיית הפליטים הפלסטינים (1948) לא נחשבה העברה כפויה של אוכלוסייה בעקבות הסכמים בין מדינות ושינויים פוליטיים פעולה אסורה על פי המשפט הבינלאומי. להפך. עד סיום המלחמה הקרה נחשב פתרון הסכסוכים האתניים בדרך של חילופי אוכלוסייה או העברתה לגיטימי ואף צודק. היה זה אף הפתרון המועדף לסכסוכים אתניים. חילופי אוכלוסין שנועדו להשיג הומוגניות אתנית באמצעות הסכמים בעקבות מלחמה היו מקובלים כדרך למניעת הישנות החיכוכים.

כך למשל בהסכם השלום בין יוון לבולגריה שנחתם בשנת 1919 הוסכם על חילופי אוכלוסין. 46,000 יוונים אזרחי בולגריה נאלצו לעבור ליוון, בעוד ש-96,000 בולגרים אזרחי יוון הועתקו לבולגריה.¹⁴⁵

דוגמה נוספת היא הסכם השלום שנחתם בין טורקיה ליוון בשנת 1923 בעקבות מלחמה ארוכה בין יוון לבין טורקיה שהסתיימה בתבוסת יוון. התבוסה הביאה גל גדול של פליטים יוונים שברחו מפחד הטורקים מבתיהם שבטורקיה ליוון. הסכם השלום בין שתי המדינות כלל חילופי אוכלוסייה כפויים של כ-1.2 מיליון יוונים שהיו אזרחי טורקיה ושל כ-600,000 מיליון טורקים אזרחי יוון שנדרשו לעבור לטורקיה. חילופי האוכלוסין בכפייה נקבעו בסעיף 1 של ההסכם:

החל ב-1 במאי 1923 יתקיימו חילופי אוכלוסין כפויים בין אזרחי טורקיה אשר דתם יונית-אורתודוקסית ואשר חיו בטריטוריה טורקית לבין אזרחי יוון אשר דתם מוסלמית ואשר חיו בטריטוריה יונית. אנשים אלו לא ישובו לחיות בטורקיה וביוון בהתאמה, בלא אישור הממשלה הטורקית או הממשלה היוונית בהתאמה [תרגום שלנו - י"ז ונ"ג].¹⁴⁶

למרות הפגיעה האישית הקשה בכל מי שהועבר בכפייה נתפסו חילופי האוכלוסין כפתרון הטוב ביותר למתח האתני ששרר בין הקבוצות. מעניין לציין כי ביטוי מפורש לכך היה בדוח ועדת פיל הבריטית מיולי 1937 אשר ביקשה להציע פתרון לסכסוך בארץ ישראל המנדטורית בין היהודים לערבים. הוועדה קבעה כי לאור התהום הפעורה בין שתי הקבוצות הלאומיות ולאור השונות הרבה ביניהן אי-אפשר לפתור את הסכסוך ביניהן במסגרת מדינית אחת, ולכן המליצה על חלוקת הארץ לשתי מדינות - ערבית ויהודית - וכן על חילופי אוכלוסין וקרקעות בין שתי המדינות. וכך תיאר הדוח את נסיבות הסכסוך בין היהודים לבין הערבים בארץ ישראל המנדטורית:

סכסוך שאינו ניתן לדיכוי פרץ בין שתי עדות לאומיות בגבולותיה הצרים של ארץ קטנה. כמיליון ערבים עומדים במלחמה, גלויה או נסתרת, עם 400,000 יהודים לערך. אין כל דבר משותף ביניהם. העדה הערבית היא רובה ככולה אסיאתית באפיה, העדה היהודית היא רובה ככולה אירופית. שונות הן זו מזו בדתן ובלשונן. חייהם התרבותיים והחברתיים, דרכי מחשבתם ואורח חייהם רחוקים אלה מאלה לא פחות משאיפותיהם הלאומיות [...] המלחמה וכל התוצאות שבאו בעקבותיה החדירו בלב כל הערבים את התקווה להחיות בעולם ערבי חופשי ומאוחד את המסורת של תור הזהב הערבי. כיוצא בזה, היהודים מושפעים מעברם ההיסטורי. אין אפוא מקום להתבוללות לאומית בין ערבים לבין יהודים [...] הבית הלאומי, כאשר אמרנו לעיל, לא יוכל להיות לאומי למחצה. כל הסבור במסיבות כאלה כי יש בנתינות פלשתנאית (א"י) תוכן

מוסרי כלשהוא, אינו אלא מרמה ומזיק. לא הערבי ולא היהודי מחוננים בחוש של שירות למדינה אחת.¹⁴⁷

לנוכח המצב הזה סברה הוועדה שהפתרון האפשרי היחיד לסכסוך הוא חלוקת הארץ לשתי מדינות. כמו כן המליצה הוועדה על העברת אוכלוסייה וקרקעות. לדעת הוועדה חילופי אוכלוסייה וקרקעות הכרחיים כדי ליישב את הסכסוך באופן יעיל וסופי: "כדי שהחלוקה תביא לידי שלום מוחלט, לא די במתיחת גבול ובייסוד שתי מדינות. במוקדם או במאוחר יצטרכו לסדר העברת קרקעות ועד כמה שאפשר חילופי אוכלוסין". על פי דוח ועדת פיל מדובר בהעברת 225,000 ערבים ו-1,250 יהודים. בלא העברה כזו מספר הערבים במדינה היהודית יהיה זהה כמעט למספר היהודים.¹⁴⁸

ועדת פיל הניחה שיהיו אזורים שבהם חילופי האוכלוסייה ייעשו מרצון, אך באחרים תידרש העברה כפויה: "בנוגע למישורים, לרבות בית שאן, ובנוגע לכל אותן המושבות היהודיות שתשארנה במדינה הערבית כשהחוזים יקבלו תוקף, הרי צריך לקבוע בהסכם כי בדלית ברירה ייעשו החילופין מאונס".¹⁴⁹ הוועדה מציינת מפורשות כי הצעתה נסמכת על התקדים שיצר הסכסוך היווני-טורקי:

בשעתו נמתחה ביקורת חריפה על ד"ר ננסן [הוגה הפתרון של חילופי אוכלוסין בסכסוך היווני-טורקי - י"ז ונ"ג] מחמת האכזריות שבהצעתו, וביצועה המיט אמנם סבלות כבדים מאד על המוני בני אדם. ברם, התוצאות הצדיקו את אומץ ליבם של המדינאים היוונים והתורכים שטיפלו בדבר.

ועל כן:

בשימנו אל לב את האיבה הבולטת הקיימת עתה בין שני העמים ואת התועלת הבולטת שתצמח לשניהם מתוך שאפשרויות החיכוכים בעתיד תמעטנה ככל האפשר, יש לקוות כי גם המנהיגים הערבים וגם המנהיגים היהודים יגלו אותה מידה של מדיניות גבוהה שגילו התורכים והיוונים, ולמען השלום יחליטו אותה החלטה נועזה.¹⁵⁰

הערבים, למעט המלך עבדאללה מעבר הירדן המזרחי, דחו את תכנית ועדת פיל, אך בקרב ההנהגה הציונית נחלקו הדעות בעניינה. בסופו של דבר הסתלקה הממשלה הבריטית מהצעות ועדת פיל, וזו לא יצאה אל הפועל. דוגמה נוספת הממחישה פתרון מתחים אתניים לאחר סיום מצב מלחמה על ידי העברה כפויה של אוכלוסייה היא הכרזת פוטסדם אשר התקבלה על ידי בעלות הברית בשנת 1945 עם תום מלחמת העולם השנייה. בהכרזה זו הוסכם על

עקירת מיליוני גרמנים אשר חיו בפולין, בצ'כוסלובקיה ובהונגריה ועל העברתם לגרמניה.¹⁵¹ העברת האוכלוסייה הייתה כרוכה בגרימת סבל רב למגורשים. רבים, כשני מיליון, מתו בדרך מרעב, ממחלות או ממעשי נקם. בשנים 1945–1947, דהיינו סמוך לתקופה שבה התחוללה מלחמת העצמאות של ישראל, נעקרו מן המדינות הללו כ-12 מיליון איש. מדיניותה של ממשלת גרמניה הפדרלית אשר קלטה את רוב המגורשים כיוונה מלכתחילה לקליטה חברתית וכלכלית מהירה שלהם ולא העלתה שום תביעה בעניין זכותם לשוב לארצות שמהן גורשו. למגורשים ניתנה מיד אזרחות גרמנית, וכבר בסתיו 1949 הוקם בגרמניה הפדרלית המשרד הפדרלי לענייני פליטים. תפקידו היה לתאם פעולות למען שילוב המגורשים בחיי החברה והכלכלה במדינה ולסייע להם בקבלת דיור וחינוך וכן פיצויים ומענקים. במדינותיה של גרמניה הפדרלית הוקמו ענפי תעשייה שבהם התמחו המגורשים במולדתם כדי להקל את קליטתם. עד שנות השישים של המאה העשרים הושלמה קליטתם. אחד הסימנים המובהקים להתערותם במולדתם החדשה היה היעלמותה מהמפה הפוליטית של מפלגת הפליטים – "גוש המגורשים ומשוללי הזכויות".¹⁵² בשנות התשעים של המאה העשרים, עם התפרקות המשטרים הקומוניסטיים במזרח אירופה, שבו והעלו המגורשים הגרמנים, שלא בתמיכת ממשלת גרמניה, את תביעתם להכרה מצד ממשלות מדינות מוצאם בזכות הקניין שלהם על הרכוש שהותירו מאחוריהם ובזכות המולדת שלהם. תביעתם נתקלה בהתנגדות כללית. ממשלת צ'כוסלובקיה דחתה כל תביעה לביטול הצווים אשר הטיל נשיא צ'כוסלובקיה אדווארד בנש לאחר מלחמת העולם השנייה ואשר יצרו את המסגרת החוקית להחרמת הרכוש ולגירוש הגרמנים האתנים בצ'כוסלובקיה.¹⁵³ גם האיחוד האירופי החליט שלא להתנות את קבלת צ'כיה לאיחוד בשנת 2004 בביטול צווי בנש.

חילופי אוכלוסייה התרחשו גם בהודו. בשנת 1947, כאשר הבריטים עזבו את הודו הבריטית, היא חולקה לשתי מדינות: הודו ופקיסטן. החלוקה נועדה להפריד בין ההינדים יוצאי הודו לבין המוסלמים יוצאי פקיסטן כדי למנוע סכסוכים אלימים בין שתי הקבוצות. חלוקה זו הביאה לחילופי אוכלוסייה במספרים עצומים: ההערכות הן שמדובר ב-12–30 מיליון איש. התקווה להשיג שלום בין הצדדים על ידי הפרדה בין הקבוצות נכזבה. למרות חילופי האוכלוסין, נותרו קבוצות מיעוט בכל אחת משתי המדינות, ומיד עם מתן העצמאות פתחה קבוצת הרוב בכל מדינה במעשי אלימות נגד בני המיעוטים: מוסלמים רצחו הינדים בשטח פקיסטן, והינדים וסיקים בהודו פגעו במוסלמים.¹⁵⁴ נציין כי בחוקת הודו נשללת מפורשות זכותם של המוסלמים, שהיגרו לפקיסטן לאחר מרס 1947, לשוב להודו.¹⁵⁵

דפוס פעולה כזה של חילופי אוכלוסייה והעברתה הכפויה שנחשב בזמנו לגיטימי נתפס כיום כטיהור אתני והוא אסור בתכלית האיסור על פי המשפט הבינלאומי. אך יש לזכור שבשנת 1948, עת נוצרה בעיית הפליטים הפלסטינים, נחשבו חילופי האוכלוסין פתרון ראוי במקרה של סכסוכים אתניים בכלל ולאחר מלחמות בפרט. על אחת כמה וכמה אפשר לומר שהיה זה פתרון לגיטימי לבעיית הפליטים הפלסטינים. נזכיר כי בעיית הפליטים הפלסטינים נוצרה בעקבות בריחתם (או בעקבות גירוש לא מתוכנן שנבע מאלוצי המצב) אל ארצות ערב הסמוכות, בעיקר לירדן, לסוריה, ללבנון ולרצועת עזה, בגלל המלחמה שהם פתחו בה כדי לסכל את הקמת המדינה היהודית. בד בבד בתקופה זו הגיעו לישראל המוני פליטים יהודים ממדינות ערב שמספרם דמה לזה של הפליטים הפלסטינים שעזבו את פלשתינה-א". התרחש כאן תהליך שבדיעבד אפשר לפרשו כחילופי אוכלוסין. אפשר היה לצפות שחילופי האוכלוסייה הללו ייצרו פתרון הולם לסכסוך האתני באזור. הדבר לא קרה מפני שלא הייתה התאמה בין התנהלות מדינת ישראל לבין התנהלות שכנותיה. מדינת ישראל השקיעה מאמצים רבים בקליטת הפליטים היהודים וביישובם מחדש, בעוד שבמדינות ערב שאליהן נמלטו הפליטים הפלסטינים לא נהגו כך בדרך כלל בעניינם. מטרתם הייתה כאמור ליצור לחץ על ישראל ועל הקהילה הבינלאומית בשאיפה לכפות את שיבתם ולערער את תקומתה ואת קיומה של המדינה היהודית.¹⁵⁶

ב. מחילופי אוכלוסין לטיהור אתני: השיבה כפתרון

בשנות התשעים של המאה העשרים אירעו שינויים פוליטיים רבים שהעצימו את תופעת הפליטות בעולם. באפריקה ובאסיה התעוררו סכסוכים אתניים רבים, שהיו מלווים לעתים באלימות כלפי מיעוטים בני לאום אחד שחיו בשטחים שהיה בהם רוב של קבוצה אחרת. באירופה, בעקבות נפילת הקומוניזם, התפצלו מדינות גדולות כמו ברית המועצות ויוגוסלביה לשעבר למדינות לאום רבות. תהליך ההתפצלות קבע גבולות חדשים. לעתים נעשה הדבר בהסכמה, אך לעתים הוא לווה בפעולות אלימות. בעקבות אירועים אלו נגרמו באזורים שונים בעולם תופעות קשות כגון רצח עם ובריחת המונים מבתיים בחפשים אחר מקום מקלט. כך הועצמה תופעת הפליטות, ומספר הפליטים בעולם גדל.

בשלב זה המשפט הבינלאומי לא התמקד בבעיות הומניטריות או בפתרון בעיות שהתעוררו בעקבות סיום המלחמה אלא החל להתמודד עם עצם התפתחותם של הסכסוכים האתניים. מטרתו הייתה ליצור משטר משפטי-בינלאומי שימנע מלכתחילה התפרצות של סכסוכים אתניים אלימים באמצעות קביעת נורמות

המונעות מן הצד המנצח ליהנות מן ה"טיהור האתני" שיצר. לפיכך הפך לאסור הפתרון של יצירת אזורים גאוגרפיים הומוגניים מן הבחינה האתנית באמצעות העברה בכוח של אזרחים המשתייכים לקבוצה אתנית מסוימת. "טיהור אתני" הוזכר בהרחבה בהקשר של המלחמה ביוגוסלביה לשעבר בשנות התשעים, ובחוקת רומא, המכוננת את בית הדין הבינלאומי הפלילי, מוגדר הטיהור האתני פשע נגד האנושות.¹⁵⁷ לפיכך, פעולות המכוונות ליצור אזורים הומוגניים מבחינה אתנית באמצעות חילופי אוכלוסין כפויים אינן נראות עוד פתרון חוקי לבעיית פליטים שנוצרה בעקבות סכסוך לאומי או אתני.

אפשר להבין את שינוי המגמה בנושא פתרון בעיית הפליטים בכך שהמציאות הפוליטית של שנות התשעים נבדלה במידה רבה מן המציאות ששררה באירופה בעקבות מלחמת העולם השנייה. המציאות הפוליטית שלאחר מלחמת העולם התאפיינה בגלי פליטים שהיו לפני המלחמה מיעוטים במדינות מגוריהם. הללו נמלטו בזמן המלחמה או לאחריה למדינות לאומיותם בתוך אירופה או למדינות העולם מחוץ לאירופה שהיו בעלות אינטרס לקלוט את הפליטים. מהלך זה שיקף את הרצון העז לבנות ולשקם את אירופה על בסיס יציב, כך שהמדינות לא יכללו בתוכן מיעוטים העלולים לגרום לאי-יציבות או למלחמה כפי שאירע במקרה של המיעוטים הגרמניים בצ'כיה ובפולין בתקופת מלחמת העולם ולפניה. לצורך כך הובעה תמיכה רחבה לא רק בקליטת פליטים במדינת לאומיותם או במדינות שלישיות המעוניינות בהגירה, אלא גם בהעברה כפויה של אנשים למדינות שבהן ייקלטו בתוך הקהילה הלאומית או התרבותית שלהם. יתרה מכך, עקירה כפויה של גרמנים ממדינות אירופה והעברתם לגרמניה נתפסה כחלק מן המחיר שעל גרמניה המובסת לשלם בגלל המלחמה שכפתה על אירופה ועל העולם כולו. מהלך זה יכול היה להתבצע גם הודות לכך שהפליטים שביקשו לעזוב את אירופה מצאו כאמור מקלט במדינות שהיו מעוניינות בקליטתם ולא ראו בקליטת הפליטים איום או סכנה לקיומן.¹⁵⁸

בשנות התשעים עוררו התפצלויות הישיות בגוש הסובייטי ובבלקנים זרמים גדולים של גלי פליטים ממזרח אירופה, שהייתה מפותחת פחות, למדינות המבוססות יותר של מרכז אירופה ומערבה. המהגרים לא נמנו בהכרח עם המיעוטים במדינות שמהן ברחו. מדינות אירופה המפותחות לא היו מוכנות ומעוניינות מסיבות כלכליות ותרבותיות לקלוט פליטים רבים בתחומן. המדינות המפותחות והמתפתחות שאליהן הגיעו הפליטים בשנים האחרונות סבלו ממצב כלכלי קשה שהתבטא גם בשיעורי אבטלה גבוהים. הפליטים היו נטל כבד על כלכלתן ועל כן סירבו לקלוט אותם. נוסף על כך במקרים רבים איימה ההצפה ההמונית של גלי הפליטים על אופייה של המדינה הקולטת ועל תרבותה. מסיבות

אלה רוב מבקשי המקלט בעולם אינם מצליחים לקבל מעמד רשמי של פליט.¹⁵⁹ המדינות הקולטות טוענות שרבים מהם אינם עונים על הקריטריונים הפורמליים של אמנת הפליטים משנת 1951. המדינות נוטות לפרש לחומרה קריטריונים אלו בטענה כי מבקשי המקלט אינם נתונים ברדיפות המסכנות את חייהם אלא מבקשים לנצל את מעמד הפליט כדי לעקוף את חוקי ההגירה. כך נוצרה מדיניות הדוגלת בהחזרת הפליטים למדינת המוצא אגב הכרזה כי זה הפתרון המועדף. זכות השיבה של פרטים הופכת כיום להיות "חובת השיבה" של מדינות המוצא.

בהיעדר רצון לקלוט פליטים במדינות העולם אומצה שיבת הפליטים למקומות מושבם כפתרון מועדף על פני הפתרונות האפשריים האחרים לבעיית הפליטים: אינטגרציה בארצות הקולטות או העברה למדינה שלישית. העדפה זו באה לביטוי בהחלטת העצרת הכללית של האו"ם משנת 1994 בעניין תפקיד נציבות האו"ם לענייני פליטים. ההחלטה קבעה כי שיבה, אם היא בת ביצוע, היא הפתרון הטוב ביותר לבעיית הפליטים.¹⁶⁰ כך גם בעקבות התפרקות ברית המועצות ויצירת מדינות חדשות בשטח¹⁶¹ ניסחה הוועדה למשפט בינלאומי בשנת 1999 טיוטה העוסקת בסוגיית האזרחות במקרים של ירושת מדינות. הטיוטה אומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם.¹⁶² סעיף 14 לטיוטה קורא לאפשר שיבת אנשים שהוכרחו לעזוב את מקום מגוריהם הרגיל בעקבות אירועים הקשורים לירושת מדינות, וסעיף 5 במסמך זה תומך במתן אזרחות של המדינה הירשת לאנשים אשר מקום מגוריהם הקבוע הושפע מירושת המדינות.¹⁶³

במקרים שבהם גם למדינות המוצא יש אינטרס ברור לעודד שיבה מיושמת השיבה הלכה למעשה. נביא שתי דוגמאות לכך: האחת, משבר רואנדה שבו בעקבות ניצחון החזית הפטריוטית הרואנדית (RPD) בשנת 1994 איימה אוכלוסיית הפליטים הגדולה מחוץ למדינה (בזאיר בעיקר) על המשטר ברואנדה. החשש שהפליטים הרואנדים יתקפו את השלטון הביא ללחץ מצד ממשלת רואנדה על הממשלות הקולטות להשיב את הפליטים כדי להגביר את הפיקוח של השלטון על מעשיהם.¹⁶⁴ הדוגמה השנייה היא ההסכם שהושג בין שווייץ לסרי לנקה על שיבת הגולים הטאמילים לתחומי סרי לנקה. שווייץ הבטיחה לסרי לנקה סיוע כלכלי שיעזור בשיקומה בתמורה להשבת הפליטים. סרי לנקה נענתה להצעה.¹⁶⁵

אם הסכסוך זמני ושטחי ואפשר ליישבו כך שיובטחו היציבות והסדר הציבורי במדינות המוצא, סביר שהאנשים יעדיפו לחזור לבתיהם ולתרבותם ולא להפוך לפליטים בעל כורחם. אולם באזורים שבהם מתנהלים סכסוכים אתניים פעילים אין די ברצונן של המדינות הקולטות להשיב את הפליטים לבתיהם. במקרים כאלה ייתכן שלצורך ייצוב המצב ושיקום הפליטים תידרש מציאת פתרונות אחרים לבעיה. אנו רואים אפוא כי גם בעידן שבו הקריאה להשבת פליטים

לבתייהם צוברת תאוצה בתוך שיח הפוליטי ובתוך גופים בינלאומיים האחראים לפליטים לא תמיד פתרון השיבה יהיה אפשרי, מעשי ורצוי. בעיקר נכון הדבר במקרים שבהם מימושו עלול ליצור מתח ועימות בין השבים לבין האוכלוסייה הקולטת.

נביא שלושה מקרים המוכיחים שאין לדבוק בשיבה כפתרון לבעיית הפליטים בכל עת. במקרים אלו הוצעה השיבה כפתרון חלקי או מלא, אך מימושה היה קשה ומורכב:

1. **בוסניה והרצגובינה:** מקרה זה מדגים כיצד תפיסת רעיון השיבה כפתרון לבעיית פליטים בעקבות סכסוך אתני אינו בר ביצוע אף על פי שהוסכם עליו משפטית. בוסניה והרצגובינה הייתה אחת משש הרפובליקות שהרכיבו את יוגוסלביה. אוכלוסייתה מנתה כ-4.3 מיליון איש. בעקבות התמוטטות העולם הקומוניסטי במזרח אירופה התפוררה יוגוסלביה ופרצה מלחמה בין קבוצות אתניות בבוסניה והרצגובינה. עד 1992 ברחו מבתייהם 95% מהמוסלמים ומהקרוואטים שהיו בבוסניה. כמיליון איש הועתקו מבתייהם. במהלך המלחמה התמוטטה כלכלת המדינה, ותשתיתה נהרסה. המדינה נחלקה לפי גבולות אתניים, וכך נוצרה תנועה אדירה של פליטים. עד 1995 הועתקו מבתייהם כ-4.4 מיליון איש, שמתוכם כ-1.2 מיליון ברחו לארצות השכנות ולמערב אירופה.¹⁶⁶

הסכם דייטון משנת 1995,¹⁶⁷ שנחתם בין בוסניה והרצגובינה לבין קרוואטיה והרפובליקה הפדרלית של יוגוסלביה,¹⁶⁸ סיים את הסכסוך האלים באזור זה של יוגוסלביה לשעבר.

ההסכם קבע במפורש את זכותם של הפליטים לשוב לבתייהם.¹⁶⁹ בכך הסכם דייטון ביטא את נטייתה כיום של הקהילייה הבינלאומית לעודד שיבת אנשים העוזבים את בתייהם בעקבות מלחמות אשר מעורב בהן גם טיהור אתני.

אולם החיוב החוזי לבדו אינו יכול להכתיב מציאות. למרות ההכרה המשפטית בשיבה כפתרון וכזכות נתקל בקשיים תהליך מימושה. הודעה שפרסם לאחרונה נציב האו"ם לענייני פליטים חושפת כי ניצבים עדיין מכשולים רבים בפני מימוש השיבה.¹⁷⁰ פליטים רבים אשר נקבעה זכותם לשוב אינם מעוניינים בכך. הסיבות לכך הן פחדם מהפרת זכויות האדם שלהם, חששם מהעובדה שלא יוכלו להתפרנס כראוי באזורים שמהם ברחו, וכן הצורך להתגבר על עוינות מצד קבוצות אתניות שהגיעה לכדי מעשי אלימות קשים נגד השבים. בקרוואטיה למשל כמעט שאין חזרה של סרבים שהתגוררו בה בעבר.¹⁷¹ דיווחי האו"ם מלמדים כי מתנהל אמנם תהליך כלשהו של שיבה, אולם הוא נתקל בקשיים שמערימה קרוואטיה. הפליטים השבים סובלים מאפליה, בתייהם תפוסים, הם אינם מוצאים עבודה וסובלים ממעשי התנכלות רבים.¹⁷² נוסף על כך, הסכם דייטון הצליח להביא לסיום

האלימות רק במידה חלקית, והאיזון העדין שנוצר מתבסס על נוכחות נמשכת של כוחות בינלאומיים.

2. אתיופיה: המקרה של אתיופיה מדגים ניסיון לפתרון בעיית פליטים באמצעות שיבה לארץ המוצא, אך לאזור הנבדל מן האזור שממנו ברחו הפליטים הן מן הבחינה הגאוגרפית הן מבחינת הרכב האוכלוסייה. אתיופיים המשתייכים לקבוצה אתנית מאזור טיגראי (Tigray) נמלטו מארצם בעקבות רעב ומלחמות פנימיות והתגוררו במחנות פליטים במזרח סודן. בשנת 1993, בתום שמונה שנות גלות, אירע גל השיבה הראשון לאתיופיה וכעבור שנתיים – הגל השני. בגל השיבה הראשון בשנת 1993 הורשו הפליטים לשוב לאתיופיה אך לא לאזור המקורי שממנו ברחו הממוקם במזרח טיגראי ובמרכזה. הנימוק להגבלה זו היה שהקרע שהשאירו עם עזיבתם הוקצתה כבר לאחרים וכי לא נשארה קרקע פנויה באזור. למרות הזיקה שחשו השבים כלפי אזור מוצאם, ובכלל זאת לאדמה, למשפחה הרחבה ולקהילה המקומית, נמנעה מהם השיבה לאזור זה. ממשלת אתיופיה ביקשה ליישב את מערב המדינה כדי לשלב בין האזור הזה שבו ישבה אוכלוסייה מעורבת, טיגרינית ואמהרית כאחד, לבין אזור טיגראי שאותו עזבו הפליטים. הפליטים, כ־15,000 במספר, הסכימו לבסוף להתיישב באזור במערב המדינה שאינו האזור שאותו עזבו. כעבור שנתיים, בשנת 1995, שינתה הממשלה את מדיניותה ואפשרה שיבה של פליטים נוספים לאתיופיה בתנאי שישובו למקום הולדתם או למקום שבו גרו טרם בריחתם בלי שיקבלו קרקע לעיבוד חקלאי. כעבור רוב הפליטים משמעות ההחלטה הייתה שיבה לאזור מוכה רעב וללא אפשרות תעסוקה. לפיכך רובם התיישבו בערים ולא מימשו את זכותם לשוב לאזור שממנו נמלטו ושכלפיו חשו זיקה עמוקה.¹⁷³

לורה המונד, אנתרופולוגית אשר חקרה את המקרה האתיופי, הסיקה שהפתרון הטוב ביותר לבעיית פליטים אינו בהכרח שיבה למקום שממנו יצאו. כאשר השיבה יוצרת מתחים אתניים, תרבותיים וכלכליים על רקע המצב בארץ המוצא או על רקע השינויים שהתחוללו בה, וכאשר ניכרים הבדלים בין קבוצת הפליטים לבין אוכלוסיית הרוב, אי־אפשר לממשה.¹⁷⁴ לשיטתה, הפתרון ההולם ביותר לפליטים בנסיבות כאלה הוא דווקא התחלה חדשה ולא החייאת העבר.¹⁷⁵ לפיכך במקרים אלה עדיף שהפליטים ישובו לאזור אחר במדינת המקור או שיישאו במדינות המקלט או שימצאו את דרכם אפילו למדינות שלישיות שבהן יוכלו הפליטים לשקם את חייהם ולבנות אותם מחדש. פתרון כזה משרת הן את טובת הפליטים והן את רצונה של מדינת המוצא להימנע מערעור היציבות הפנימית ומליבוי מתחים אתניים, תרבותיים וכלכליים.

3. **קפריסין:** באי קפריסין נוצרה בעיית פליטות בעקבות סכסוך מתמשך בין הקפריסאים-טורקים המוסלמים לבין הקפריסאים-יוונים הנוצרים שהחל בשנת 1965. בשנת 1974 פלשה טורקיה לקפריסין וכבשה אזור בצפון האי. מהלך זה גרם לכך ש-200,000 בקירוב קפריסאים-יוונים שחיו בצפון האי ברחו לחלקו הדרומי שבו חי הרוב היווני, ואילו כ-65,000 קפריסאים-טורקים שחיו בדרום עזבו לצפון האי והתיישבו בבתי הקפריסאים-יוונים שנותרו ריקים. בשני חלקי האי ננקטו מיד צעדים נרחבים לטיפול שנועדו להתמודד עם הפליטים ולשלבם. ממשלת קפריסין היוונית, שקלטה את רוב הפליטים, הקימה סוכנות לטיפול בעקורים ולשיקומם כבר בספטמבר 1974. כעבור זמן קצר הם הועברו ממחנות הפליטים שבהם שוכנו רובם לבתי קבע. כמו כן הוענקו להם שירותים חברתיים וסיוע כלכלי לצורך שיקומם והקמת עסקים. במהלך כשלוש שנים שוקמו רוב הפליטים, השתלבו ותרמו לחיי הכלכלה והחברה בקפריסין היוונית, אף שלא פסקו מלראות את עצמם כפליטים או כזכאים לפיצויים.¹⁷⁶

ב-1 באפריל 2003 פרסם קופי אנאן, מזכ"ל האו"ם, דוח בדבר שליחותו לקפריסין.¹⁷⁷ בדוח עמד אנאן על ההבדל בין שאלת הפליטות בבוסניה והרצגובינה לבין קפריסין, והסביר מדוע שיבה והשבת רכוש, שהוצעו כפתרון הולם בבוסניה והרצגובינה, אינן פתרון הולם לבעיית הפליטים בקפריסין.

אנאן ציין בדוח שיש להבחין בין בעיית הפליטים בקפריסין לבין הבעיה בבוסניה והרצגובינה ולא לחייב בקפריסין פתרון של שיבה כוללת כפי שהוצע בהסכם דייטון. אנאן נימק את השוני במציאת הפתרון המתאים בהדגישו את ממד הזמן, כלומר את העובדה שהמאורעות בקפריסין התרחשו לפני 30-40 שנה, שבמהלכן בנו העקורים מחדש את בתיהם והשתלבו בחברה ובכלכלה. לכן לדבריו בלתי אפשרי להחזיר את המצב המקורי לקדמותו. שיבה אפשרית רק במקום שהיא מוצעת כפתרון לבעיית פליטות שנוצרה זה לא מכבר.

פרטי ההסדר שהוצע מלמדים שהוא מבטא הכרה בייחודו הדמוגרפי של כל אחד מחלקי האי ומציע שיבה מוגבלת ביותר. לשיטתו של אנאן יוקמו שתי ישויות פוליטיות בקפריסין – יוונית וטורקית.¹⁷⁸ כל אחת מהן תקלוט פליטים אגב הקפדה על כך שלא יינתנו להם יותר מ-10% משטחי המגורים והקרקע החקלאית במסגרת המדינית, ולא יותר מ-20% משטחי המגורים והקרקע החקלאית בכל אחד מן היישובים.¹⁷⁹ פתרון זה מלמד שהקהילייה הבינלאומית סבורה שגם אם הפתרון אינו כולל שיבה רחבת היקף של פליטים הרי הוא לגיטימי.

חשוב להזכיר כי הצעתו של אנאן נדחתה על ידי היוונים-קפריסאים, בין השאר בשל העובדה שהצעתו לא כללה הכרה נרחבת יותר בזכות השיבה. מאז התקבלה

קפריסין היוונית לאיחוד האירופי, ונראה כי אין ליוונים כיום תמריץ להגיע להסכם שישנה את המצב הקיים.

ג. סיכום

הפלסטינים טוענים לפתרון בעיית הפליטים באמצעות שיבה לתחומי מדינת ישראל. בפרק זה הצגנו תקדימים רבים ומגוונים מראשית המאה העשרים ועד ימינו המוכיחים שהשיבה אינה פתרון לבעיית פליטים במקום שבו מתקיים סכסוך אתני. בעיית הפליטים הפלסטינים נוצרה בעידן שבו חילופי אוכלוסין פתרו סכסוכים אתניים: יהודים עברו ממדינות ערב לישראל, וערבים-פלסטינים עזבו את שטח ישראל למדינות ערב. הפתרון המעשי לבעייתם היה צריך להיות קליטתם במדינות המקלט, כפי שמדינת ישראל קלטה את היהודים שהגיעו אליה ממדינות ערב. היה זה הפתרון השכיח והלגיטימי לבעיות מסוג זה בעת שנוצרה בעיית הפליטים הפלסטינים בשנת 1948.

גם כיום, כשהמגמה העולמית בפתרון בעיית הפליטים מצדדת בשיבה כפתרון המיטבי, קשה ליישם פתרון כזה במקום המאופיין בסכסוך אתני עמוק, מפני שהשיבה עלולה ללבות את העימות בין הצדדים היריבים. הניסיון לפתור את בעיית הפליטים בחלק ממדינות יוגוסלביה לשעבר מוכיח כי מדובר בפתרון שאי אפשר ליישמו. השבת הפליטים שם התסיסה מחדש את העוינות בין הקבוצות האתניות וגרמה למעשי אלימות והתנכלויות מצד קבוצת הרוב. יש ללמוד, אם כן, שמהלך כזה בהקשר הסכסוך הישראלי-פלסטיני על אחת כמה וכמה שלא יוכל להתממש בגלל היותו גם עמוק ורב שנים. העוינות בין הצדדים הקצינה עם הזמן, ולכן השיבה עלולה להחמיר את המתח ואת האלימות ביניהם. נוסף על כך יש לזכור שמדובר בשתי אוכלוסיות בעלות שונות אתנית ותרבותית. הפליטים המבקשים לשוב לישראל אינם שואפים להשתלב בה כמיעוט בצד הרוב הישראלי אלא מבקשים להפוך את ישראל למדינה פלסטינית ולמנוע את מימוש הגדרתו העצמית הלאומית של העם היהודי במדינת ישראל. זוהי פגיעה בריבונות מדינת ישראל ובזכות להגדרה עצמית של אזרחיה.

הצעתו של מזכיר האו"ם לשעבר קופי אנאן לפתרון הסכסוך בקפריסין כללה את ההכרה בשתי ישויות פוליטיות, שבכל אחת מהן יישמר הרוב של הלאום השולט בישות. שמירת הרוב נדרשה כדי לשמר את אופיין הייחודי של שתי הישויות. לכן התעורר הצורך להגביל את היקף שיבת הפליטים מבני קבוצת המיעוט לשטח שממנו ברחו. היגיון זה עמד גם במוקד תכנית החלוקה מנובמבר 1947 בעניין

פלשתינה-א"י. זה הוא גם ההיגיון של חזון שתי המדינות ממערב לירדן הזוכה כיום בתמיכה בינלאומית רחבה. במסגרת חזון זה יממשו הפלסטינים את זכות השיבה שלהם אל המדינה הפלסטינית. יש לשים לב שאנאן הציע שכל אחד משני הצדדים לא יוכל לרכוש בעלות על יותר מ-10% משטחי המגורים והקרקע החקלאית של הצד שכנגד. זאת כמובן כדי לשמר את הרוב של כל אחת מהישויות. לפיכך, אם נביא בחשבון את שני השיקולים שדוח אנאן מצא רלוונטיים להצעתו – הזמן שחלף וההיבט הדמוגרפי – אפשר להסיק מכך כי דחיית פתרון השיבה של הפליטים הפלסטינים לתחומי מדינת ישראל נראית נכונה וראויה גם לפי תפיסת האו"ם כפי שבאה לביטוי בהצעתו של המזכיר הכללי של הארגון.

אחרית דבר

תביעת השיבה עומדת במוקד סוגיות השנויות במחלוקת שבין הישראלים לפלסטינים, ובמסגרתה דורשים הפלסטינים להכיר בה כזכות. הם מתנגדים בתוקף לכל הצעת פתרון שאינה כוללת הכרה ישראלית בזכותם של הפליטים ושל צאצאיהם לשוב לבתיהם בתחומי מדינת ישראל.

בנייר עמדה זה לא ביקשנו להציע פתרונות אפשריים לסוגיית הפליטים. מטרתנו הייתה לתת מענה לכוונת הפלסטינים להפקיע את נושא הפליטים מתחומי המשא והמתן הפוליטי ולהעבירו אל מחוז שיח הזכויות. הזכויות עומדות מעל הכול ואי-אפשר להפקיען. אם מתקבלת העמדה הפלסטינית שמדובר בזכות, הרי שהמשא ומתן בעניין הפליטים כפוף לזכות זו. בכל עת אפשר יהיה להציפה מעל הסדרי המשא ומתן ולעקוף אותם. הפלסטינים מנסים לעתים לרכך את החשש הישראלי מהכרה בשיבה כזכות בהציעם בצדה הסדרים שיגבילו את מימוש השיבה הלכה למעשה. כך למשל מוצעת הכרה של ישראל בזכות השיבה, אך הסכמה כי זו לא תמומש באופן מלא. הצעה נוספת היא חתימת הסכם כי הזכות תישמר לפליטים ולצאצאיהם, אולם תיקבע מערכת תמריצים כלכליים ומדיניים שתגרום לכך שהפלסטינים לא יממשו את השיבה. הטענה היא כי חלק ניכר מן הצורך הפלסטיני הוא בהכרה בזכות, וכי מרגע שזו תושג אפשר יהיה לנהל משא ומתן על פרטי ההסדרים. הרעיון הפלסטיני הוא כי אפשר להסכים למימוש זכות השיבה בלי לפגוע אנושות בצורך של יהודים לשמור על רוב יציב במדינתם. לפי טענה זו, זכות השיבה מוכרת ממילא במשפט הבינלאומי, ולכן ישראל אינה מוותרת על דבר אם תכיר בה גם כן. לדברי המחזיקים בטענה זו, ההכרה עשויה לקדם את הסיכויים להסדר בכך שתיצור אווירה נוחה יותר לפיוס הנדרש.¹⁸⁰

אין ספק כי אווירה נוחה משמשת רקע חשוב להסכמים. הצהרות סמליות והכרה בסבל עשויות להקל על הצדדים את פתרון המחלוקות ולסייע בהתגברות על משקעי העבר. חשוב כי שני הצדדים יביעו נכונות לצעדים מעין אלה. כך או כך, בנושא זכות השיבה חשוב מאוד להבחין בין הצהרות חגיגיות לבין הכרה בזכות השיבה של פליטים פלסטינים מתוקף המשפט הבינלאומי. עמדתנו בנייר מדיניות זה הייתה כי אֵל לישראל להכיר בזכות מעין זו במסגרת הסכמים בינה לבין הפלסטינים או במסגרת עמדות שהיא משמיעה בפורומים בינלאומיים.

הימנעות כזו אינה שוללת אמנם הסכמה לקליטת מספר מוגבל של פלסטינים, אולם הסכמה כזו אינה צריכה להתבסס על הכרה בזכות. עמדה נחרצת זו נשענת על שלושה טעמים עיקריים. ראשית, הניתוח המשפטי שערכנו מוכיח חד-משמעית כי המשפט הבינלאומי אינו מעניק לפליטים הפלסטינים זכות לחייב את ישראל לאפשר להם להתיישב בתחומה. לפיכך הכרה ישראלית בזכות השיבה מטילה על ישראל חובה חדשה שאין היא חייבת בה ללא הסכמתה. שנית, יש הטוענים כי ההכרה בזכות השיבה עשויה לסייע ביצירת אווירה נוחה להסדר, אולם לדעתנו סביר יותר כי היא עלולה דווקא להקשיח עמדות ולחזק את נטיית המחנה הפלסטיני לסרב להתפשר בנושא זה ולהמשיך לתבוע את מימוש הזכות כעניין של צדק. שלישית, הטיעון הפלסטיני שהכרה סמלית בזכות יכולה להתקיים בצד מציאות של היעדר שיבה הלכה למעשה מתבסס על הנחות מציאותיות חסרות שחר. נסביר: הענקת תמריצים כלכליים לפליטים שידרבנו אותם להישאר מחוץ לישראל לא בהכרח תמנע את השיבה. המוטיבציה הפוליטית של הפליטים לשחרר את פלסטין מהישראלים הציונים יכולה בהחלט לגבור על הפיתוי הכלכלי המוצע להם. כמו כן יש להביא בחשבון את העובדה שאין זה ברור שנציגי הפלסטינים מוסמכים לוותר על זכויות של פרטים. הכרה של ישראל בזכות שהיא סמלית לכאורה עלולה להוביל לסדרת תביעות אישיות מצד פליטים.¹⁸¹

מציאות שבה תמומש כניסה רחבה של פליטים פלסטינים ושל צאצאיהם לתחומי מדינת ישראל או קבלת העיקרון המקנה לפליטים ולצאצאיהם את הזכות לבחור אם ברצונם לשוב לתחומה אינן פתרון קביל של הבעיה. הפתרון אינו אפשרי הן מבחינת הזכויות והאינטרסים של ישראל, של הרוב היהודי בה ושל כלל אזרחיה, והן מבחינת הפליטים עצמם שהם בעלי מאפיינים אישיים קבוצתיים הנבדלים במידה רבה מאלה של אוכלוסיית מדינת ישראל ואשר שואפים להגדרה עצמית משלהם. פתרון פוליטי יהיה קביל רק אם יאפשר לשני העמים לחיות בנפרד בעצמאות, בשלום ובכבוד. כפי שקבעה ועדת פיל וכפי שחזרה וקבעה החלטת האו"ם.

ראוי שהפתרון האפשרי יתייחס למכלול הרכיבים הכלכליים, החברתיים והמדיניים ושיציע הסדר כולל שישמור על הזכויות ועל האינטרסים הבסיסיים של כל הצדדים. בכיוון זה הושקעו מאמצים רבים במסגרת קבוצות עבודה שונות, חלקן משותפות ליהודים ולפלסטינים. ללא ספק הגיעה העת לשים קץ לסבלם האנושי והחברתי של הפליטים הפלסטינים ושל צאצאיהם. ואולם, הקביעה כי המשפט הבינלאומי מכיר בזכות שיבה, ועל כן נושא זה אינו כפוף למשא ומתן,

לא תקרב פתרון כזה אלא תחזק את הנטייה לדחות מתווים של הסכמים ושל שיקום.

גם התקדימים ההיסטוריים שהצגנו מראים כי לפתרון סכסוכים אתניים חריפים נחוצים שכל ישר ותבונה פוליטית. לא נכון לשתק את כל אלה באמצעות יצירת הרושם כי רכיבים עיקריים של הסכסוך יוכרעו בסופו של דבר באמצעות זכויות שהצדדים אינם רשאים להתנות עליהן.

הפחד הקמאי של היהודים בישראל מזכות השיבה, שהביא לחקיקה הנחפזת והמוטעית המתייחסת בחוק עצמו לזכות השיבה, אינו מוצדק ואינו נכון. חשוב להבין את מעמדה המרכזי של השיבה בנרטיב הפלסטיני. נכון גם להביע הזדהות עם הסבל הפלסטיני. סבל זה קיים אף אם הערבים היו אלה שפתחו במלחמה במטרה לסכל את הקמתה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. כמו כן חשוב להתמודד עם הטיועונים המוסריים, ההיסטוריים והמשפטיים שמעלים הפלסטינים. בד בבד יש לדבוק בגישה שביססנו בנייר עמדה זה, ולפיה טיועונים אלה אינם מקנים לפלסטינים ולצאצאיהם שיבה בזכות לתחומי מדינת ישראל.

רק מתוך נקודת מבט כזו אפשר יהיה להתמודד עם טענות הפלסטינים בהיבט ההסברתי ובמשא ומתן. נשוב ונזכיר כי בעיית הפליטים הפלסטינים נוצרה בעקבות מלחמות שבהן פתחו הערבים נגד קיומה של מדינת היהודים. קיום מדינה לעם היהודי על חלק מארץ ישראל המנדטורית היה עמדת האומות בשנת 1947, והוא ממשיך להיות עמדתן גם כיום, אך הדבר אינו מתיישב עם שיבה כוללת של פליטים פלסטינים לתחומי מדינת ישראל. עובדה זו מחזקת את הניתוח שהצגנו בדבר אי־התחולה של הוראות סעיף 12 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות על המציאות העומדת בפנינו. מדינת ישראל אינה "ארצם" של הפליטים הפלסטינים, ומניעת כניסתם לתוכה אינה "שרירותית".

נספחים

נספח א:

הנוסח המלא של החלטת העצרת הכללית של האו"ם 194 (III) מיום 11.12.1948 (באנגלית)

194 (III). Palestine - Progress Report of the United Nations Mediator
The General Assembly,

Having considered further the situation in Palestine,

1. *Expresses* its deep appreciation of the progress achieved through the good offices of the late United Nations Mediator in promoting a peaceful adjustment of the future situation of Palestine, for which cause he sacrificed his life; and Extends its thanks to the Acting Mediator and his staff for their continued efforts and devotion to duty in Palestine;

2. *Establishes* a Conciliation Commission consisting of three States members of the United Nations which shall have the following functions:

(a) To assume, in so far as it considers necessary in existing circumstances, the functions given to the United Nations Mediator on Palestine by resolution 186 (S2-) of the General Assembly of 14 May 1948;

(b) To carry out the specific functions and directives given to it by the present resolution and such additional functions and directives as may be given to it by the General Assembly or by the Security Council;

(c) To undertake, upon the request of the Security Council, any of the functions now assigned to the United Nations Mediator on Palestine or to the United Nations Truce Commission by resolutions of the Security Council; upon such request to the Conciliation Commission by the Security Council with respect to all the remaining functions of the United Nations Mediator on Palestine under Security Council resolutions, the office of the Mediator shall be terminated;

3. *Decides* that a Committee of the Assembly, consisting of China, France, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom and the United States of America, shall present, before the end of the first part of the present

session of the General Assembly, for the approval of the Assembly, a proposal concerning the names of the three States which will constitute the Conciliation Commission;

4. *Requests* the Commission to begin its functions at once, with a view to the establishment of contact between the parties themselves and the Commission at the earliest possible date;

5. *Calls upon* the Governments and authorities concerned to extend the scope of the negotiations provided for in the Security Council's resolution of 16 November 1948 1/ and to seek agreement by negotiations conducted either with the Conciliation Commission or directly, with a view to the final settlement of all questions outstanding between them;

6. *Instructs* the Conciliation Commission to take steps to assist the Governments and authorities concerned to achieve a final settlement of all questions outstanding between them;

7. *Resolves* that the Holy Places - including Nazareth - religious buildings and sites in Palestine should be protected and free access to them assured, in accordance with existing rights and historical practice; that arrangements to this end should be under effective United Nations supervision; that the United Nations Conciliation Commission, in presenting to the fourth regular session of the General Assembly its detailed proposals for a permanent international regime for the territory of Jerusalem, should include recommendations concerning the Holy Places in that territory; that with regard to the Holy Places in the rest of Palestine the Commission should call upon the political authorities of the areas concerned to give appropriate formal guarantees as to the protection of the Holy Places and access to them; and that these undertakings should be presented to the General Assembly for approval;

8. *Resolves* that, in view of its association with three world religions, the Jerusalem area, including the present municipality of Jerusalem plus the surrounding villages and towns, the most eastern of which shall be Abu Dis; the most southern, Bethlehem; the most western, Ein Karim (including also the built-up area of Motsa); and the most northern, Shu'fat, should be accorded special and separate treatment from the rest of Palestine and should be placed under effective United Nations control;

Requests the Security Council to take further steps to ensure the demilitarization of Jerusalem at the earliest possible date;

Instructs the Conciliation Commission to present to the fourth regular session of the General Assembly detailed proposals for a permanent international regime for the Jerusalem area which will provide for the maximum local autonomy for distinctive groups consistent with the special international status of the Jerusalem area;

The Conciliation Commission is authorized to appoint a United Nations representative, who shall co-operate with the local authorities with respect to the interim administration of the Jerusalem area;

9. *Resolves* that, pending agreement on more detailed arrangements among the Governments and authorities concerned, the freest possible access to Jerusalem by road, rail or air should be accorded to all inhabitants of Palestine;

Instructs the Conciliation Commission to report immediately to the Security Council, for appropriate action by that organ, any attempt by any party to impede such access;

10. *Instructs* the Conciliation Commission to seek arrangements among the Governments and authorities concerned which will facilitate the economic development of the area, including arrangements for access to ports and airfields and the use of transportation and communication facilities;

11. *Resolves* that the refugees wishing to return to their homes and live at peace with their neighbors should be permitted to do so at the earliest practicable date, and that compensation should be paid for the property of those choosing not to return and for loss of or damage to property which, under principles of international law or in equity, should be made good by the Governments or authorities responsible;

Instructs the Conciliation Commission to facilitate the repatriation, resettlement and economic and social rehabilitation of the refugees and the payment of compensation, and to maintain close relations with the Director of the United Nations Relief for Palestine Refugees and, through him, with the appropriate organs and agencies of the United Nations;

12. *Authorizes* the Conciliation Commission to appoint such subsidiary bodies and to employ such technical experts, acting under its authority, as it

may find necessary for the effective discharge of its functions and responsibilities under the present resolution;

The Conciliation Commission will have its official headquarters at Jerusalem. The authorities responsible for maintaining order in Jerusalem will be responsible for taking all measures necessary to ensure the security of the Commission. The Secretary-General will provide a limited number of guards to the protection of the staff and premises of the Commission;

13. *Instructs* the Conciliation Commission to render progress reports periodically to the Secretary-General for transmission to the Security Council and to the Members of the United Nations;

14. *Calls upon* all Governments and authorities concerned to co-operate with the Conciliation Commission and to take all possible steps to assist in the implementation of the present resolution;

15. Requests the Secretary-General to provide the necessary staff and facilities and to make appropriate arrangements to provide the necessary funds required in carrying out the terms of the present resolution.

* * *

At the 186th plenary meeting on 11 December 1948, a committee of the Assembly consisting of the five States designated in paragraph 3 of the above resolution proposed that the following three States should constitute the Conciliation Commission: France, Turkey, United States of America. The proposal of the Committee having been adopted by the General Assembly at the same meeting, the Conciliation Commission is therefore composed of the above-mentioned three States.

נספח ב:
פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין קפריסין
מיום 5.3.2010

אחרי שנייר עמדה זה נמסר לעריכה ניתן בבית הדין האירופי לזכויות אדם פסק דין בסוגיית זכויות הקניין של יוונים שהתגוררו בצפון קפריסין ועברו בעקבות הכיבוש הטורקי לדרומה.¹⁸² הזכרנו את קפריסין בפרק השלישי של נייר העמדה כדוגמה למצב פליטות ארוך שנים (כ-35 שנה, מאז 1974). ראינו כי האו"ם העלה הצעה לפתרון המצב הכוללת שיבה סמלית בלבד של פליטים. הצעה זו מלמדת שהקהילייה הבינלאומית סבורה שגם אם הפתרון אינו כולל שיבה ניכרת של פליטים הוא לגיטימי, וזאת בשל הצורך להכיר במציאות שנוצרה ולייצב אותה. הלך רוח זה מקבל חיזוק בפסק הדין. לנוכח חשיבות הפסיקה ולנוכח האופן שבו אחד מבתי הדין הבינלאומיים המכובדים והנחשבים בעולם מאיר את נושא שיבת הפליטים כעבור זמן רב מאז היווצרות הסכסוך המתמשך מצאנו לנכון להביא את עיקרי פסק הדין, ולציין כמה מהשלכותיו על הנושא שלנו, בנספח זה.

בית הדין האירופי לזכויות אדם (להלן: בית הדין) הוא בית משפט בינלאומי שנוסד מכוח האמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950 (להלן: האמנה), ומטרתו לפקח במדינות אירופה החתומות על האמנה על זכויות האדם המוגנות בה. ביום 5 במרס 2010 הכריע בית הדין בעניינם של עותרים יוונים-קפריסאים, שנמלטו מחלקו הצפוני של האי עם כיבושו בשנת 1974 על ידי טורקיה אל חלקו הדרומי (תיאור קצר של האירועים בקפריסין מובא בפרק השלישי של נייר העמדה).

העותרים, 17 במספר, דרשו בעתירתם את השבת בתייהם ואדמותיהם שבתחומי הרפובליקה הטורקית-קפריסאית שבצפון האי. הם טענו כי עם כיבוש האי נמנעה מהם הזכות ליהנות מבתיהם ומאדמתם וכי נפלו קורבן לאפליה. תביעתם הסתמכה על הזכות להגנה על הקניין (סעיף 1 לפרוטוקול הראשון לאמנה: protection of property), על הזכות לכבוד לביתו של אדם (סעיף 8 לאמנה: right to respect for his home) ועל איסור אפליה (סעיף 14 לאמנה). בעקבות הליכים קודמים ובעקבות דרישת בתי הדין הבינלאומיים עיגנה ממשלת קפריסין הטורקית בחוק את אופן הגשת התביעות על ידי תובעים מסוג זה ויצרה מנגנונים המאפשרים שלא להכיר בתביעות כאלה להשבה בעין (דהיינו: השבה בפועל של הנכס הנתבע), אם התקיימו תנאים שנוצרו לאחר מכן המצדיקים פיצויים במקום השבה בעין. העותרים היוונים העדיפו לפנות לבית הדין ולא לממש את זכותם על פי החוק

הצפון-קפריסאי לתבוע בפני ועדת התביעות. הם ביססו את סירובם על הטענה כי ממשלת קפריסין הטורקית אינה חוקית. בית המשפט דחה את העתירות וקבע כי בלי קשר למעמדה של ממשלת קפריסין הטורקית לפי החוק הבינלאומי, ממשלה זו היא הכוח האפקטיבי באזור. לפיכך עקרונות היסוד מחייבים להישמע לחוקיה ולהסדריה, ובכללם אלה המאפשרים בנסיבות מתאימות את הפקעת זכות קניינם של הפליטים היוונים תמורת תשלום פיצויים. נציין במיוחד כמה עיקרים בפסק הדין הרלוונטיים לענייננו:

1. הזמן הרב שחלף מאז היווצרות בעיית הפליטים השפיע במידה רבה על האופן

שבו בית הדין פירש ויישם את הוראות האמנה (פסקות 84-85 לפסק הדין). בית הדין קבע כי הוא מחויב לבחון את המקרים שהוצגו בפניו מנקודת מבט של המציאות המשתנה שנוצרה בעקבות המצב הפוליטי וההיסטורי המורכב והדינמי. פרשנותו איננה יכולה להיות סטטית ואינה יכולה להתעלם משינויי הנסיבות. השופטים ציינו כי במהלך 35 השנה שחלפו מאז אירועי 1974 התחלפו הדורות, והאוכלוסייה המקומית השתנתה. טורקים-קפריסאים שהגיעו מדרום האי התיישבו בצפון. טורקים שהגיעו מטורקיה התיישבו גם הם בצפון האי. חלק ניכר מרכושם של היוונים-קפריסאים החליף בעלות בעקבות תרומה, מכירה או הורשה. חלף הזמן מחליש אפוא את הקשר בין הטוען לזכותו על הנכס לבין הנכס עצמו. יש לכך השלכה על אופיו של הסעד שייחשב כעונה על דרישות האמנה: כאשר השבת הנכס אינה מתאפשרת, פיצוי ייחשב כראוי. בכך מבטא בית הדין הכרה בחופש של המדינות החתומות על האמנה לבחור את האופן שבו הן מממשות את הזכויות המעוגנות בה (פסקאות 113-114).

2. בצד זכויותיהם של הפליטים יש זכויות ואינטרסים של צדדים נוספים שמותר

להביאם בחשבון, כמו זכויותיהם של הגרים או המשתמשים בנכס כיום, או העובדה שהנכסים משמשים לצורכי ציבור או לצורכי ביטחון חיוניים (פסקות 111-113, 116).

בית הדין לא בדק אך ורק את הזכות הנפגעת של העותרים אלא שאל: האם זכות הבעלות והציפייה ליהנות ממלוא התועלת הנובעת ממנה עולות בקנה אחד עם המציאות בפועל? לאור המציאות, האם ראוי לאפשר לעותרים לממש את זכויותיהם? פסק הדין קיבל את טענת הממשלה הטורקית-קפריסאית וציין כי יהיה זה שרירותי, מסוכן ולא סביר לצפות שבית הדין יורה לה להבטיח לאחר 35 שנה את השבת קניינם של העותרים בכל תנאי. מדינה רשאית להביא בחשבון שיקולים נוספים, ובעיקר את מעמדם של הצדדים הנוספים המחזיקים

זה שנים רבות בנכסים. אם בית הדין היה מורה על השבת הרכוש ללא תנאי, הייתה בכך התעלמות מזכויותיהם של המתגוררים עתה בנכסים או משימושים חיוניים לצורכי ציבור שנעשים בהם. לכן, בית הדין הדגיש כי איננו מפרש את האמנה באופן המטיל חובה גורפת ולא מסויגת על הממשלה לפנות בכפייה אוכלוסייה ולגרשה כדי ליישב מחדש את הטוענים לזכותם בנכס ולו גם כדי להגן על זכויות העותרים כפי שהן מעוגנות באמנה (פסקה 116). לדעת בית הדין אין לתקן פגיעות מוקדמות בזכויות הקניין (של היוונים-הקפריסאים) באמצעות גרימת עוולות מאוחרות שאינן מידתיות לטורקים הקפריסאים (פסקה 117). את הפגיעה שנגרמה לעותרים אפשר לתקן על ידי מתן רכוש חלופי (שטח של טורקי-קפריסאי שעבר מדרום האי לצפון, יוחלף בשטח של יווני-קפריסאי שעזב את צפון קפריסין) או באמצעות פיצוי. בכך הרחיב בית המשפט את היקף שיקול דעתן של מדינות או אף של ממשלות אפקטיביות המחזיקות בשטחים לאחר סכסוך, גם אם נשמעות טענות על עצם חוקיותן בשטחים אלה. הוא אפשר להן להכריע לגבי אופן הסדרת תביעות הקניין של העוזבים את השטחים בעקבות הסכסוך, אף על פי שהוא טרם נפתר.

3. בית הדין תרגם את המונח "בית" (home) באופן דינמי (פסקה 136-137).
 כאמור, אחד מן הטיעונים הראשיים של התביעה היה זכותו של אדם כי יינתן כבוד לקשר שלו עם ביתו. בדונו בטענת אחת העותרות להשבת בית אביה שממנו פונתה בגיל שנתיים פסק בית הדין כי אין די בטענה של העותרת כי נכס מסוים הוא ביתה. מוטל עליה להוכיח שיש לה קשר קונקרטי ומתמיד לשטח או לבית המסוימים. לפיכך, אם העותרת מעולם לא החזיקה בנכס או שהחזיקה בו רק לזמן קצר, ייתכן שקשרה לנכס הוא כה חלש כך שאי-אפשר יהיה לקבוע כי מדובר בפגיעה בזכותה לכבוד לביתה, כמשמעותה בסעיף 8 לאמנה.
 בית הדין קבע כי אין לראות במונח "בית" מילה נרדפת למושג "שורשים משפחתיים" שהוא רגשי ועמום. במקרה הנידון הייתה התובעת צעירה מאוד בעת שעזבה את הנכס הנתבע, ורוב חייה התגוררה עם משפחתה במקום אחר. כיום אין לה קשר קונקרטי לבית, ולפיכך לא קיבל בית הדין את הטענה שהעובדות חושפות פגיעה משמעותית בזכות העותרת לכבוד לביתה.

4. בית הדין הניח שטענות הצדדים משקפות בראש ובראשונה את הסכסוך רב השנים בין קפריסין היוונית לבין טורקיה לגבי עתיד האי ולגבי אופן פתרון בעיית רכושם של הפליטים. פתרון בעיית הפליטים קשור בעיקרו בפתרון הפוליטי שיושג במשא ומתן בין הצדדים המעורבים בסכסוך (פסקה 83).

פסק הדין סקר את המהלכים שנעשו עד כה בניסיון לפתור את הסכסוך בקפריסין, והדגיש את תכניתו של מזכ"ל האו"ם לשעבר קופי אנאן (פסקות 4-16; ראו גם בפרק השלישי של נייר עמדה זה).

השופטים הביעו עמדה שונה במובהק מן המגמה בעולם בעשורים האחרונים. בנייר העמדה תיארו את מגמתם של מדינות המערב ושל האו"ם ומוסדותיו העוסקים בענייני פליטים, החל בשנות התשעים של המאה העשרים, להכרה בזכות השיבה כזכות אישית שהמדינה אינה רשאית לוותר עליה בשם הפרט. הגופים הללו רואים בפתרון השיבה את הפתרון המועדף לפתרון בעיות פליטים. לעומת זאת, פסק הדין של בית הדין האירופי יצא מנקודת מוצא ולפיה לא רק זכותו האישית של הפרט חשובה אלא גם יש להתחשב באינטרסים של המדינות וההסכמים ביניהן. קל וחומר כאשר מימוש הזכות אינו הולם לעתים את המציאות עקב שינויי הזמן ועקב התמורות שעבר הנכס (פסקה 111). ראוי שפתרון בעיית הפליטים ימצא במסגרת משא ומתן פוליטי מתוך שימת לב לשינויי העתים, ולא יוכרע על ידי זכויות שהצדדים אינם רשאים להתנות עליהן. בית הדין ציין כי העותרים אינם מחויבים לפנות לוועדת התביעות הצפון-קפריסאית כדי לממש את זכויותיהם הקנייניות. הם רשאים להמתין לפתרון הסכסוך שיכלול גם פתרון לבעייתם (פסקה 128).

5. בית הדין הבחין בין יחסים בין מדינות לבין זכויות אדם ומימושן (פסקות 92-95).

לפי בית הדין גם כאשר מדובר בכיבוש שאינו חוקי, יש להתחשב במציאות החדשה שנוצרה ולהכיר בהחלטות המוסדות שהוקמו בשטח שנכבש כדי לאפשר את חיי היומיום. לפיכך, אף על פי שהקהילייה הבינלאומית רואה בטורקיה כובש לא חוקי של צפון קפריסין ואינה מכירה בעצמאותה של קפריסין הטורקית, הרי יש לכבד החלטות של גופים שהקים הכוח הכובש, בעיקר כאשר מדובר במימוש זכויות אדם. כאמור, בקפריסין הטורקית הוקמה בשנת 2005 ועדה מעין שיפוטית (Immovable Property Commission - IPC) לטיפול בתביעות הפליטים. הוועדה מטפלת בתביעות לנכסי דלא נידי שהיו רשומים על שם התובעים בשטח קפריסין הטורקית בשנת 1974, ובמטלטלין שהיו בבעלות התובעים עד 1975. לוועדה יש החובה והסמכות לחקור את המקרים המובאים בפניה, לאסוף עדויות ולזמן עדים. החלטותיה מחייבות ובנות אכיפה. בסמכותה להורות על השבת הנכס או על מתן פיצוי תמורתו, או להציע את החלפתו בנכס אחר. הוועדה היא גוף לגיטימי, אף שההכרה בה אינה מעניקה לגיטימציה עקיפה למשטר שלא הוכר כלגיטימי על ידי האו"ם.

בית הדין קבע כי מנגנון ועדת התביעות הוא יעיל וזמין ולכן על העותרים היה לנסות למצות את הסעדים שמציעה להם ועדת התביעות של קפריסין הטורקית (כפי שקובע סעיף 35 לאמנה) טרם הפנייה לבית הדין. לחלופין היה עליהם להמתין לפתרון הסכסוך בין הצדדים. כיוון שלא נהגו כך הוא מצא שהעותרות אינן קבילות.

הלכותיו של בית הדין מחייבות אמנם רק את הקהילייה האירופית, אולם יש בהן כדי להנחות את המעורבים בסכסוך הישראלי-פלסטיני בנושא שיבת הפליטים הפלסטינים בחמישה היבטים עיקריים.

ראשית, האירועים שהביאו ליצירת הפליטות הפלסטיניות התרחשו לפני 62 שנה. קביעת בית הדין האירופי בעניין פליטות בת 35 שנה נכונה על אחת כמה וכמה לגבי זו הנמשכת כבר יותר משישים שנה: במשך השנים הרבות שחלפו מאז חלו באזורנו תהליכים היסטוריים ופוליטיים אשר שינו את המציאות במדינת ישראל ובאזור כולו באופן ניכר, ולכן יש לבחון את בעיית הפליטים ואת הדרכים האפשריות לפתרונה לאור השינויים הללו. גם אם נכיר בפגיעה בפליטים, סעד של שיבה כיום לא רק שאינו מתחייב אלא ייתכן שאינו אפשרי עוד ושאינו רצוי כלל.

שנית, לא ראוי כי טענות הפליטים לשיבה אל "בתיהם" ייראו כעניינים של זכויות אדם הגוברים על נסיבות של סכסוכים פוליטיים. בית הדין קבע כי על היוונים-קפריסאים לבחור בין מימוש תביעתם על פי החוק הצפון-קפריסאי (המאפשר התחשבות במציאות שנוצרה כדי לממש את זכותם בדרך של פיצוי) לבין המתנה לסיום הסכסוך ולמימוש הפתרונות שיגובשו במסגרת ההסכם שיאומץ.

שלישית, בית הדין התייחס לעובדה רלוונטית נוספת להסדרת זכויות הקניין של היוונים בצפון: הפעולה הצבאית בקפריסין גרמה לתנועת יוונים מן הצפון לדרום ולתנועת טורקים מן הדרום לצפון. גם הצעת הפשרה של מזכ"ל האו"ם לשעבר אנאן כללה הגבלות על מימוש שיבה יוונית לצפון (או שיבה טורקית לדרום) כדי לשמר את הרוב האתני בכל אחת מן הקהילות והשטחים. נזכיר כי מאז שקמה מדינת ישראל היא קלטה בשטחה את היהודים שהפכו לפליטים בעקבות מלחמת השחרור וכן את גלי ההגירה הגדולים של היהודים ממדינות מוסלמיות וממדינות רבות אחרות. היא שילבה אותם במסגרות אזרחיות רגילות בתחומה ויישבה אותם ברחבי המדינה, בחלקם באזורים ובבתים שאוכלסו קודם לכן על ידי פלסטינים. גם פלסטינים אזרחי ישראל יושבו בחלק מן הבתים והכפרים שהיו שייכים לפליטים פלסטינים. שיבת פליטים פלסטינים וצאצאיהם לבתיהם ממש או לאדמה שחיו בה בתחומי מדינת ישראל פירושה פגיעה קשה בזכויות מי שחי

כיום במקומות הללו. על פי בית הדין מימוש בעין של תביעת זכות קניין בהקשר כזה אינה יכולה לחייב גרימת אי-צדק למתיישבים הנוכחיים בבתיים או באדמות שהיו שייכים לפליטים.

רביעית, הסעיפים במשפט הבינלאומי העוסקים בזכות השיבה אינם מתייחסים באופן מיוחד לבתי האנשים. לעומת זאת החלטת עצרת האו"ם 194 (III) שנידונה בהרחבה בנייר עמדה זה קבעה כי יש לאפשר לפליטים הפלסטינים לשוב לבתיים בהקדם האפשרי (ובכפוף לתנאים). בשל כך חשובה ההתייחסות של בית הדין לפירוש הנכון בהקשרים כאלה של "הזכות לכבוד לביתו של אדם". בית הדין הבהיר כי טעמה של זכות זו היא להגן על הקשר הקונקרטי של אדם לבית שבו הוא עצמו התגורר במשך תקופה ארוכה, ולא על קשרים עמומים יותר. פרשנות זו חשובה מאוד בהקשר של בעיית הפליטים הפלסטינים, שחלק ניכר מהם – ובעיקר צאצאי מי שעזבו את בתיים בשנת 1948 – מעולם לא התגוררו בבתיים או באדמות או אפילו במדינה שאליה הם רוצים לשוב. קשר היסטורי ורגשי לבתיים או לאדמות, חשוב ככל שיהיה, אינו מבסס תביעת זכות המחייבת התעלמות מהסדרים שנוצרו במהלך תקופה ממושכת שבה העותרים לא חיו במקום, למרות העובדה שנבצר מהם לחיות במקום בגלל נסיבות שחוקיותן שנויה במחלוקת.

חמישית, אי-אפשר להפריז בחשיבות קביעתו של בית הדין כי אין להקיש גזרה שווה מהתמודדות עם טענות על פגיעה בזכויות אדם במצבים של שלום לבין תביעות כאלה המועלות במסגרת סכסוך פוליטי לא פתור. בית הדין העדיף, כפי שמקובל במשפט הבינלאומי, את הסדרת הסוגיות הללו על ידי השלטון האפקטיבי החל בשטחים שבהם מדובר על פני בירורם במישור המשפט הבינלאומי, שאין בידיו היכולת לברר את העובדות הפרטניות ובוודאי שלא לממש את תוצאות פסיקותיו. בית הדין לא ראה בקביעותיו ובשיח ההגנה על זכויות תחליף להליכים הפוליטיים הנעשים בניסיון ליישב את הסכסוך ואת המחלוקות שנוצרו בעקבותיו. נטייה זו הולמת את טענתה העקיבה של מדינת ישראל כי את בעיית הפליטים הפלסטינים יש לפתור במסגרת הסכם שלום כולל, אשר ישמור על הזכויות ועל האינטרסים של כל הצדדים המעורבים בסכסוך. פסק הדין מחזק את הטענה כי אין להכיר כיום ב"זכות" השיבה של הפליטים הפלסטינים ל"בתיים", מפני שהכרה כזו עלולה לחזק את הקיבעון של הסכסוך ולדחות ניסיון להסכם ולשיקום.

הערות

1. חוק שריון שלילת זכות השיבה, התשס"א-2001, ס"ח 1772, עמ' 116. סעיף 2 לחוק קובע: "פליטים לא יוחזרו לשטח מדינת ישראל אלא באישור של רוב חברי הכנסת". בסעיף 1 לחוק מוגדר פליט כ"מי שיצא מגבולות מדינת ישראל בעטייה של מלחמה והוא אינו אזרח מדינת ישראל, לרבות, עקורי 1967 ופליטי 1948 או בן משפחתו".

2. A/Res/181 of November 29 1947, <http://www.un.org/documents/ga/res/2/ares2.htm>.

3. מוריס 1991, 399-397; גזית 1995, 2; סופר ושלו 2004, 6; מוריס 2003, 240; UNRWA . 1983; Lindsay 2009, 3 n. 7

4. מוריס 2003, 240-245; מוריס 1991, בעיקר עמ' 65-86, 91-183.

5. בירדן קיבלו רוב הפליטים הפלסטינים אזרחות, אך אזרחותם לא ביטלה את מעמדם כפליטים, גם לפי סעיף 3 לחוק האזרחות הירדני <http://www.un.org/unrwa/refugees/jordan.html>. בסוריה הוענקו לפליטים הפלסטינים זכויות כמו לשאר האזרחים, למעט הזכות לבחור ולהיבחר. כמו כן הוגבלה זכותם לרכישת קרקע. החוק הסורי מס' 260 מיום 7 באוקטובר 1956 מדגיש כי מוענקות לפליטים כל הזכויות למעט אזרחות, כדי לשמר את אזרחותם המקורית, הפלסטינית לבנונית באמצעות נישואים לאזרחי לבנון או בעקבות לחצים מצד עדות שונות (סונים, שיעים ומרוניטים) לאזרח בני עדתם. אולם רוב הפליטים הפלסטינים בלבנון נחשבים זרים על פי חוק, ועל כן הם נטולי זכויות כמעט לחלוטין וסובלים מהגבלות חברתיות וכלכליות. הם אינם רשאים לעסוק במשרות ממשלתיות ובמקצועות רבים, ובכלל זאת כאלו הדורשים הכשרה אקדמית. מוטלות מגבלות על חופש התנועה שלהם. הכניסה אל המדינה והיציאה ממנה כרוכות בקבלת ויזה לתקופה מוגבלת. הפליטים אינם נהנים משירותי חינוך ובריאות ממשלתיים ומביטוח סוציאלי. ראו <http://www.un.org/unrwa/refugees/lebanon.html>. כמו כן ראו רביד 2001.

6. 300,000 נפש בקירוב. ראו גזית 1995, 2. חלק מפליטי 1967 הם גם פליטי 1947-1949.

7. סעיף 3 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 95, עמ' 146.

8. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/65/IMG/NR004365.pdf?OpenElement>

לנוסח ההחלטה ולדיון מפורט בהחלטה זו ובהחלטות נוספות ראו להלן פרק שני, סעיף ב, וכן נספח א.

9. בעיקר סעיפים 1-6 להחלטה, שם.

10. גלבר 2004, 473.

11. "Recalling its resolutions of 29 November 1947 and 11 December 1948 and taking note of the declarations and explanations made by the representative of the government before the ad hoc Political Committee in report of the implementation of the said resolutions" A/Res/273(III) מתוך <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/044/44/IMG/NR004444.pdf?OpenElement>

12. ראו את סיכום נאומו של אבא אבן מיום 5 במאי 1949 בפני הוועדה, A/AC.24/SR.45, <http://www.unispal.un.org/unispal.nsf/vDateDoc?OpenView&Start=1&Count=270&Expand=61.8#61.8>

ראו דיון על נאום אבא אבן בהרצאתו של איל בנבנישתי מיום 30 בנובמבר 2009 "נאום אבא אבן בדיון על קבלת ישראל לאו"ם" (טרם פורסם). וכך הסביר אבן בדיון ביום 6 במאי 1949:

"The statement of Mr. Ben-Gurion to the Conciliation Commission makes it quite clear that he rejected no principle laid down by the General Assembly, but that the question of return hinged upon two factors : first, the restoration of peace, after which the Arabs would return to their homes in such conditions as would enable them to live at peace with their neighbours ; in other words, not a truce or an armistice, but real peace between Arabs and Jews; and, secondly, there is the question of the extent to which the return of the refugees is practicable. This aspect of the problem is acknowledged by the resolution of the General Assembly itself. Those are the two qualifications to the right of return to which Mr. Ben-Gurion drew attention, but he certainly did not lay down or encourage a rejection of the principle of repatriation".

אבן המשיך והסביר שם את עמדת ישראל, בתשובה להתעקשותו של נציג דנמרק להבין אם ישראל אינה דוחה אך גם אינה מקבלת את רעיון השיבה שבסעיף 11 להחלטה 194 (III). לעמדת ישראל שיבת הפליטים היא אחת הדרכים לפתרון בעייתם, אך יש להביא בחשבון גם את אפשרות פתרון הבעיה על ידי יישובם בארצות ערב השכנות.

"return of Arab refugees was one of the methods of settling this problem. It considers, as the Conciliation Commission considers and as one of the Governments represented in the United Nations, the opinion of which I quoted this morning seems also to consider, that another method of settling the question would be resettlement of the refugees in neighbouring countries"

,A/AC.24/SR/47 http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/AC.24/SR.47&TYPE=&referer=/french/&Lang=E ,בישיבה שנערכה למחרת, ביום 7 במאי 1949, טען אבן בהקשר של סעיף 11 בהחלטה 194 (III) כי מדובר ביחסים בין מדינות ועמים וכי יש לפתור בעיות בדרכים של משא ומתן, http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/AC.24/SR.48&TYPE=&referer=/french/&Lang=E

13. ראו A/Res/186 (S-2), <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/5ba47a5c6cef541b802563e000493b8c/a9a8da193bd46c54852560e50060c6fd?OpenDocument>

14. <http://www.unispal.un.org/unispal.nsf/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/ab14d4.aafc4e1bb985256204004f55fa?OpenDocument>

15. אריאל תש"ד; אנציקלופדיה בריטניקה, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/62357/Greve-Folke-Bernadotte-af-Wisborg>

16. ראו את החלטת העצרת הכללית 319 (IV) מיום 3 בדצמבר 1949, <http://www.un.org/documents/ga/res/4/ares4.htm>. בסעיף 1 הוחלט על הקמת הנציבות העליונה של האו"ם לפליטים (United Nations High Commission for Refugees – UNHCR). הארגון קיבל את סמכויותיו של הארגון הבינלאומי לפליטים (International Refugee Organization - IRO) אשר הוקם בשנת

http://www.avalon.law.yale.edu/20th_century/decad053.asp, קדמה לו סוכנות הסעד והשיקום של האו"ם (United Nations Relief and Rehabilitation Administration) שנוסדה כבר בשנת 1943 לצורך סיוע לפליטים ולאזרחים של בעלות הברית במלחמת העולם השנייה. הארגון הזה המשיך בפעולתו גם לאחר המלחמה עד שנסגר בשנת 1948 לאחר שהעביר חלק ממשימותיו לארגונים בינלאומיים אחרים, ראו <http://www.ushmm.org/wlc/article.php?ModuleId=10005685>.

17. ראו החלטת העצרת הכללית של האו"ם (V)428 מיום 14 בדצמבר 1950, <http://www.un.org/documents/ga/res/5/ares5.htm>.

18. סעיף 6(i)(A) לחוקת נציבות הפליטים, שם. הכוונה לאמנה בדבר מעמד הבינלאומי של הפליטים משנת 1933, לאמנה משנת 1938 בדבר מעמד של פליטים אשר הגיעו מגרמניה ולפרוטוקול שנוסף עליהן משנת 1939.

19. <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c1d.html>.

20. <http://www.unhcr.org/4922d43a0.html>.

21. <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c1d.html>.

22. The United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East הגדרת פליטי פלסטין על פי אונר"א כוללת גם את הפליטים היהודים שברחו משטחי פלשתינה-א"י שנתפסו על ידי ערבים וגם את הערבים שנותרו בישראל אך איבדו את בתיהם ואת מטה לחמם בעקבות המלחמה. אולם ישראל הגיעה להסכם עם אונר"א שלפיו לא ייחשבו "פליטים" אלה החיים בישראל, והיא נושאת באחריות לרווחתם. אונר"א אינה אחראית לפליטים יהודים או ל"פליטי הפנים" הפלסטינים בישראל. לכן מעתה נשתמש בביטוי "פליטים פלסטינים" כתרגום נכון של "פליטי פלסטין".

23. האמנה בדבר מעמד של פליטים, 1951, כ"א 3, 5.

24. שם, בסימן א, סעיף ד לאמנה נקבע כי "אמנה זו לא תחול על בני אדם המקבלים כיום הגנה או סיוע מארגונים או ממוסדות של ארגון האומות המאוחדות, חוץ מהנציב העליון לענייני פליטים מטעם ארגון האומות המאוחדות". נציבות האו"ם לענייני פליטים קבעה בהערת פתיחה לאמנת הפליטים: "The Convention does not apply to those refugees who are the concern of United Nations agencies other than UNHCR, such as refugees from Palestine who receive protection or assistance from the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA)", <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf>

25. "the competence of the High Commissioner shall not extend to a person: [...] (c) Who continues to receive from other organs or agencies of the United Nations protection or assistance", http://www.unhcr.se/en/Publications/Pdf/UNHCR_statute.pdf

26. בעירק למשל חיים פליטים פלסטינים מאז 1948. עירק, שאינה חתומה על אמנת הפליטים, סירבה להעניק להם מעמד של פליטים ואף לא נתנה להם אזרחות. הם אינם מקבלים סיוע מאונר"א בגלל סירוב השלטונות לאפשר לארגון לפעול בארצם. לכן פליטים אלו מוכרים כפליטים על ידי נציבות הפליטים. קבוצות גדולות של פליטים פלסטינים על פי הגדרת אונר"א מתגוררות בארצות הברית, בצ'ילה, בגרמניה ובערב הסעודית. רובם אינם מסווגים כפליטים בסטטיסטיקות הרשמיות של מבקשי המקלט בארצות אלו, ועל כן אין נתונים רשמיים לגבי מספריהם. ראו אומדנים מספריים, <http://www.palestineremembered.com/download/Badil/pal-ref-idp-world-2006.pdf>

27. ראו מפת פעילות אונר"א באתר הארגון <http://www.un.org/unrwa/refugees/images/map.jpg>
28. UN General Assembly Official Records, 5th session, 3rd comm., 328th meeting., para. 52. ראו גם Takkenberg 1998, 57-63. נעיר כי סימן א, סעיף ד לאמנת הפליטים הוצע בידי הנציג המצרי.
29. שם, para. 47. נימוק זה מתעלם מן ההפרה של הפלסטינים ומדינות ערב את החלטה 181 של האו"ם בדבר חלוקת הארץ לשתי מדינות לשני עמים.
30. A/Res/302(IV) of December 8 1949, <http://www.un.org/documents/ga/res/4/ares4.htm>
31. ראו סעיף 5, 6 להחלטה, שם.
32. "evolve a development programme aiming at the economic integration of the refugees in host countries, which would strengthen the economy of the host countries while providing employment to refugees, and thus make them self sufficient to a point where their names could be deleted from the relief rolls", UNRWA 1983, p. 59
33. Lindsay 2009, 15-16
34. שם, 37.
35. <http://www.un.org/unrwa/organization/staff.html>
36. <http://www.un.org/unrwa/finances/index.html>
37. ראו לעיל את הטקסט ליד הערות 20-21.
38. ראו לעיל הערה 35 ואת הטקסט לידה.
39. ראו לעיל את הטקסט ליד הערות 20-21.
40. ראו לעיל הערה 23.
41. פרוטוקול לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 21, 23 (נחתם בשנת 1967), סעיפים 1, 2, 3.
42. ראו Foster 2007, 109-110. ראו שם פירוט מקרים נוספים. פסיקת בית משפט בניו זילנד למשל קבעה כי אפליה יכולה להיות סוג של רדיפה בהקשר של אמנת הפליטים: Refugee Appeal No. 74665/03[2005] NZAR 60. בארצות הברית קבעה הפסיקה כי רדיפה היכולה להעניק מעמד של פליט עשויה לכלול קיפוח חמור בחופש, במזון, במגורים או בתעסוקה או בתעסוקה (9th Cir. 1969) 102, 105-106 בעקבות הפסיקה נחקק חוק Refugee Act, 1980, HR REP NO. 95-549 at 5 1978 אשר פירש רדיפה ככוללת צורות קיפוח חמורות מסוג זה. ראו גם Kritzman-Amir 2008, 115-117, 129-154.
43. The Organization of African Unity [OAU] Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, a regional treaty adopted in 1969, http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Refugee_Convention.pdf
44. סעיף 1(2) לאמנה, שם, קובע: "The term 'refugee' shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality is compelled to leave his

place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin
"or nationality"

Cartagena Declaration on Refugees adopted at Cartagena, Colombia, November 1984, .45
סעיף III(3) קובע שפליטים <http://www.asylumlaw.org/docs/international/CentralAmerica.PDF>
הם גם: "Persons who flee their countries because their lives, safety or freedom have been threatened
by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or
other circumstances which have seriously disturbed public order"

.46 ראו את נייר העמדה שפרסמה נציבות הפליטים באוקטובר 2009 ובו סרטטה קווים
מנחים לקביעת מעמדו של הפליט הפלסטיני של הפליט הפלסטיני "Revised Note on the Applicability of Article 1D of
the 1951 Convention relating to the Status of Refugees to Palestinian Refugees, Article 8", <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4add77d42.pdf>

.47 ראו באתר נציבות הפליטים: "Refugee Status Determination - Identifying who is a
refugee" <http://www.unhcr.org/cgi-in/texis/vtx/search?page=search&docid=43144dc52&query=definition%20of%20refugee>

<http://www.unrwa.org/htemplate.php?id=89> .48

.49 ש.ם.

.50 "A needy person, who, as a result of the war in Palestine, has lost his home and his means
of livelihood" UN Doc. A/1451/Rev.1, Interim Report of the Director of the United Nations
Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, 6 October 1950, para. 15

.51 "A person normally resident in Palestine who has lost his home and his livelihood as a
result of the hostilities, and who is in need", in Report of the Director of UNRWA, 1950-1951,
U.N. GAOR, 6th Sess., Supp. No. 16, at 3, para. 16, U.N. Doc. A/1905, 1951

Takkenberg 1998, 71 .52

.53 "A person whose normal residence had been Palestine for a minimum of two years
preceding the 1948 conflict and who, as a result, had lost both his home and means of livelihood.
A refugee is now deemed to be eligible for UNRWA relief if: (1) he is in need, (2) he has been
residing since the conflict in one of the countries where UNRWA is providing relief, and (3) he is
Cervenak 1994, fn 41 ראו גם "officially and currently registered with UNRWA", UNRWA 1962.
and associated text

.54 תקציב הסעד של אוניר"א הוא כ-10% מתקציב הארגון, ראו UNRWA 2007.

.55 "Under UNRWA's operational definition, Palestine refugees are people whose normal
place of residence was Palestine between June 1946 and May 1948, who lost both their homes and
means of livelihood as a result of the 1948 conflict", <http://www.unrwa.org/etemplate.php?id=86>

.56 Cervenak 1994, fn 14 ana associated text ;Lindsay 2009, 24-25

.57 על פי אתר אוניר"א בעברית <http://www.un.org/unrwa/hebrew/factsheets/general.pdf>
הגדרה זו דומה להגדרה שהתקבלה כבר בשנת 1952, למעט שינוי קל התוחם במדויק יותר את
תקופת המגורים הנדרשת בפלשתינה-א"י.

58. "The descendants of the original Palestine Refugees are also eligible for registration", *Lindsay* 2009, 25, 35. ראו גם <http://www.un.org/unrwa/refugees/whois.html>.
59. *Lindsay* 2009, 25 (para 80[b]). <http://www.unrwa.org/userfiles/20100118134924.pdf>.
60. אל-שיקאקי 2004, 28-29.
61. Abu Zayd 2008. יש המעריכים שמספר הפליטים הפלסטינים שאינם מטופלים על ידי אונר"א נמוך יותר. ראו למשל <http://www.palestineremembered.com/download/Badil/pal-ref-idp-world-2006.pdf>, שם מוערך מספרם בשנת 2006 ב-1.5 מיליון.
62. בכך נבדל המצב בין ישראל לבין פלסטין מן המצב השורר בין הודו לבין פקיסטן. גם שם הייתה בריחה המונית של פליטים בעקבות מלחמה שגרמה להפרדות של מדינה אחת לשתי מדינות אתניות נפרדות, אולם ההינדים ברחו למדינה שהיה בה רוב הינדי (הודו), בעוד שהמוסלמים מהודו ברחו למדינה מוסלמית וזכו באזרחותה (פקיסטן).
63. אחרים מעריכים את מספרם ב-7 מיליון, ובכללם פליטים שאינם רשומים באונר"א, ראו *Dumper* 2006.
64. ראו לעיל את הטקסט ליד הערה 19.
65. בעניין מספר זה והסתייגות ממנו ראו הערות 60-61 ואת הטקסט לידן. ברור כי אם המספר של כלל הפלסטינים בעולם נמוך יותר, הרי שהשיעור היחסי של הפליטים הפלסטינים מכלל הפלסטינים בעולם גבוה יותר.
66. <http://www.cbs.gov.il/www/population/profil.pdf>.
67. אמנם בשנים האחרונות מתעוררים ניצנים לאכיפת דין בינלאומי על ידי ערכאות בינלאומיות באמצעות בתי דין בינלאומיים לזכויות אדם ובאמצעות ערכאות פליליות בינלאומיות כגון: הטריבונלים לשיפוט על פשעי מלחמה ברואנדה (ICTR) ויוגוסלביה (ICTY) ובית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) אך בכל זאת אפשר לומר שאין במישור הבינלאומי מערכות בשלות של שיטור, שיפוט ואכיפה כמו אלו שבמדינות השונות.
68. סעיף 138(1) לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>.
69. שם, סעיף 138(1)(b).
70. ראו *Akehurst* 1997, 47-48; *Jennings and Brownlie* 1990, 10; *Shaw* 1997, 89-90; *Watts* 1992.
71. סעיף 138(1) לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק, לעיל הערה 68.
72. ראו *Brownlie* 1990, 14, 699; *Shaw* 1997, 89; *Akehurst* 1997, 378.
73. לדוגמה: הפרוטוקול האופציונאלי לאמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות מיום 16 בדצמבר 1966 מסמיך את הוועדה לזכויות אדם לדון בתלונות של פרטים נגד המדינות שאימצו את הפרוטוקול. מנגנונים כאלו קיימים גם באמנות האלה: האמנה בדבר ביטול האפליה הגזעית על כל צורותיה (1966); האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, לא אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (1984); האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים (1967); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות מהגרי עבודה ובני משפחתם (1990). לסקירה כללית של מנגנוני הדיווח והמעקב אחר שמירת זכויות האדם ראו בן נפתלי ושני 2006, 209-210, 227-232.

74. ראו Francioni and Conforti 1997. לגבי מדינת ישראל ראו Benvenisti 1997, 207-221; Shany 2006, 341;
75. Gavison (forthcoming b)
76. עדיין לא שכך הוויכוח לגבי האוניברסליות של זכויות האדם שהשמיעו מנהיגי העולם המתפתח שטענו כי האוניברסליות נועדה לכפות על כל אומות העולם את הערכים המערביים. אמנם בוועידת וינה הוכרז מחדש, בהסכמה רחבה, על הדגשת האוניברסליות, אולם טענות על כפייה מערבית – ועתה לגבי כפייה אנטי-מערבית – ממשיכות לעלות במסגרת השיח.
77. על הרקע לקבלת ההחלטה ראו לעיל בפרק הראשון. על הדיונים בעצרת הכללית של האו"ם שקדמו לקבלת ההחלטה ראו United Nations 1950, 166-176.
78. ראו לעיל את הטקסט ליד הערה 72.
79. Boling 2001, 10; Quigley 1998, 211
80. ראו להלן פרק שלישי, סעיף א.
81. ראו גביזון 2009, 15-16.
82. בעניין דוח ברנדוט ראו לעיל הערה 14.
83. Radley 1978, 586, 600
84. כך טען ראש ממשלת ישראל דוד בן-גוריון בנאומו בפני ועידת האו"ם למען פיוס בפלשתינה-א"י ביום 7 באפריל 1949. ראו Freundlich 1984, 561; Radley 1978, 110 גם; The Right of Return of the Palestinian: מחקר שערך האו"ם; Tadmor 1994, notes 403, 424 People, Study prepared by the special unit on Palestinian Rights, 1.11.1978, ch. V, text next to footnote 2, ch. VI, text next to footnote 6 <http://www.unispal.un.org/unispal.nsf/0/805c7314520.35912852569d1005c1201?OpenDocument>
85. שם, פרק V, טקסט ליד הערה 4; Tadmor 1994, 424; Boling 2001, 13 note 36
86. קשה לקבל את התביעה מכוח ירושה בהקשר זה מפני שחלק גדול מן הבתים אינם קיימים עוד ועל הריסותיהם נבנו בתים חדשים, ומפני שאין זה ברור מיהם היורשים ואילו דיני ירושה יש לאמץ.
87. Radley 1978, 599-601; Lapidoth 2001, 211, 235; Klein 1998, 6; Arzt and Zughuib 1992, 1399, 1437. ראו גם את מחקר האו"ם, שם, ch. V. לעתים נשמעת טענת הפלסטינים ולפיה אבא אבן, נציגה של ישראל באו"ם, הצהיר על הסכמתו להחלטה 194(III). טענה זו אינה מדויקת. להצהרתו של אבן בעניין הפליטים ביום 4 במאי 1949 ראו Rosenthal 1986, 15-16.
88. עמדתה של מדינת ישראל מתבטאת בבירור בדיונים באו"ם שקדמו לקבלת ישראל כחברה בארגון. ראו לעיל הערה 12 ואת הטקסט לידה.
89. ראו Jennings and Watts 1992, 48-49; Shaw 1997, 75-76; Akehurst 1997. בפרשת ניקרגואה משנת 1986 קובע בית הדין הבינלאומי לצדק: "opinio juris may, though with all caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties... and the attitude of States towards certain General Assembly Resolutions, and particularly Resolution 2625(xxv) entitled 'Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the UN', I.C.J Reporters, 1986, 14, 76 ILR, at 349

90. שם, עמ' 98; Akehurst 1997, 41-42.
91. ראו לעיל את הטקסט ליד הערה 70.
92. "without any prejudice to the provisions of paragraph 11 of General Assembly Resolution 194 (III) of 11 December 1948, the reintegration of the refugees into the economic life of the Near East, either by repatriation or resettlement, is essential in preparation for the time when international assistance is no longer available, and for the realization of conditions of peace and stability in the area", A/RES/393(V) of December 2 1950, <http://www.nispal.un.org/unispal.nsf/0aad6036b6377e6d0525672e0058609e/ab0321085344ab2a852560eb006a51fa?OpenDocument>
93. A/Res/513 (VI) of January 26 1952; A/Res/ 614 (VII) of November 6 1952; A/Res/1456 (VII) of December 9 1959; A/Res/394(V) of December 14 1950; A/Res/1191 (XII) of December 12 1957; A/Res/1315 (XIII) of December 12 1958; A/Res/1018(XI) of February 28 1957; A/Res/916 (X) of December 3 1955. לנוסח ההחלטות ראו <http://www.un.org/documents/resga.htm>. ראו גם בנבנישתי וזמיר 1998, 59-61; Lindsay 2009, 14; Radley 1978, 603-604.
94. ראו 2, Klein 1998.
95. ראו לעיל על היווצרות מנהג במשפט הבינלאומי את הטקסט ליד הערה 69.
96. החלטות אלו אישרו מפורשות את זכות הפלסטינים לשוב לבתיהם. ראו למשל החלטה 3236 (XXIX) מיום 22 בנובמבר 1974, אשר סעיף 2 בה קובע: "[The General Assembly] Reaffirms also the inalienable right of the Palestinians to return to their homes and property from which they have been displaced and uprooted, and calls for their return" ואישרה החלטה זו ואת זכות הפלסטינים לשוב בהחלטות נוספות. למשל: 3376 (XXX) מיום 10 בדצמבר 1975; 33/28 מיום 7 בדצמבר 1978; 35/207 מיום 16 בדצמבר 1980; 36/226 מיום 17 בדצמבר 1981; 40/25 מיום 29 בנובמבר 1985; 46/87 מיום 16 בדצמבר 1991; 56/33 מיום 3 בדצמבר 2001; 57/107 מיום 14 בפברואר 2003; 59/28 מיום 31 בינואר 2005; 60/36 מיום 10 בפברואר 2006; 62/80 מיום 21 בינואר 2008; 63/26 מיום 22 בינואר 2009; ראו www.un.org/documents/resga.htm
97. S/RES/237 of June 14 1967, www.un.org/documents/scres.htm.
98. שם, S/RES/242 of November 22 1967.
99. שם, S/RES/338 of October 22 1973.
100. כמו כן יש לשים לב שמדובר בפליטים בכלל ולא רק בפליטים ערבים, ועל כן הסדר צודק יכלול גם התייחסות לפליטים יהודים ממדינות ערב.
101. Lapidoth 2001, 238.
102. ראו מבוא וסעיף (9) XXX לפלסטינים להסכם הביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, 28 בספטמבר 1995. <http://knesset.gov.il/process/docs/heskemb.htm>.
103. סעיף 12(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, כ"א 31, 269; סעיף 2(2) לפרוטוקול הרביעי של האמנה האירופית בדבר זכויות אדם משנת 1950, בתוך Brownlie 347, 1992; סעיף 22(5) לאמנה האמריקנית בדבר זכויות אדם משנת 1969, שם, 504; סעיף 13(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, Universal Declaration of Human Rights 1948, [http://www.un.org/ Overview/rights.html](http://www.un.org/Overview/rights.html); סעיף 12(2) לצ'רט האפריקני משנת 1981, בתוך

הערות

Brownlie 1992, 556. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הצ'רטר האפריקני וההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם עוסקים בכניסה ל"ארצו שלו" (his own country). האמנות האירופית והאמריקנית בדבר זכויות אדם משתמשות במונח "ארץ אזרחותו" (the country of which he is a national).

Hannum 1987, 56 .104

Sieghart 1985, 115 ;Ingles 1963 .105

Nowak 1993, 219-220 .106

"The only additional category besides citizenship or nationality to which reference is made in the travaux is that of permanent residence". Hannum 1987, 59 .ראו .107

UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add 9, 2.11.1999, at 5-6. ראו בעניין זה גם Lawland 1996, 532, 551-555 .108

"The Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) 1955, ICJ 4", American Journal of International Law 396 (1955) .109

Zilbershats 2002, 48 ;Lawland 1996, 547 .110

111. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 (לעיל הערה 103) והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, כ"א 31, 205. שתיהן אושררו על ידי מדינת ישראל בשנת 1991. הסעיף קובע כי "לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, חברתי והתרבותי".

112. לעיל הערה 2.

113. גביון 2010, 29-33.

114. חוק השבות, התש"י-1950. ללשון החוק ראו http://www.knesset.gov.il/laws/special/heb/chok_hashvut.htm

115. בעניין זה ראו גביון 2010, 29-33.

116. גביון מזכירה טיעון זה בהקשר של הצדקת חוק השבות (שם). ראו גם גנז 1998, 342-341.

117. נושא איחוד משפחות או הגירת נישואים אינו מוסדר במשפט הבינלאומי במפורש. את הנורמות הרלוונטיות אפשר אולי להסיק בעקיפין מסעיפי אמנות בינלאומיות המעגנים את הזכות למשפחה, כמו סעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 (לעיל הערה 103). הסעיף קובע: "המשפחה היא היחידה הטבעית והבסיסית של החברה וזכאית להגנה של החברה והמדינה". ראו גם סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 (לעיל הערה 103). במדינת ישראל קובע סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003, ס"ח 1901, עמ' 544 כי פלסטינים תושבי השטחים המוחזקים אינם רשאים להגר לישראל למטרות נישואים (החוק הוארך לאחרונה בצו עד 21 ביולי 2010. קובץ תקנות התשס"ה, עמ' 113). חוקיותו של חוק זה נידונה בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (טרם פורסם; 2006). הרכב מורחב של 11 שופטי בית המשפט העליון דחה את העתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל. ראו גם זילברשץ 2006.

118. סעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 (לעיל הערה 103).
119. במדינת ישראל הוכרז מצב חירום שנמשך מ-15 במאי 1948 עד 1997. החל בשנת 1997, בהסתמך על סעיף 49 לחוק יסוד הממשלה התשנ"ב, ס"ח 1396, עמ' 214, וחוק היסוד שהחליף אותו (סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה התשס"א, ס"ח 1780, עמ' 158), יש להכריז על מצב החירום מדי שנה, וכך אכן נעשה. לעמדת המשפט הישראלי בעניין איחוד משפחות ראו בג"ץ 7052/03 (לעיל הערה 117).
120. ראו Quigley 1998, 210.
121. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (לעיל הערה 103).
122. האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית משנת 1965 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 UNTS 195); אמנת האזרחות האירופית משנת 1997 (European Convention on Nationality, E.T.S. No. 005).
123. האמנה האירופית לזכויות אדם (לעיל הערה 103); האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (לעיל הערה 103); האמנה בדבר מעמדם של פליטים (לעיל הערה 23); האמנה בדבר מעמדם של חסרי אזרחות משנת 1954 (Convention Relating to the Status of Stateless Persons, 1954, 360 UNTS 117).
124. Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930, L.N.Doc.C.24M.13 1931 V; Convention on Nationality of Married Women, 1957, 309 UNTS 65; Convention on the Reduction of Statelessness, 1961, 989 UNTS 175; Article 3 of Declaration of the Rights of the Child, 1959, U.N. G.A.Res. 1386(XIV) of 20.11.1959; Harvard Draft Convention on Nationality, 1929, 23 Am. J. In'l. L 11(Special Supp.) 1929; Article II of the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1973, 1015 UNTS 243; Article 9 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 1979, 1249 UNTS 13; Articles 7, 8 of the Convention on the Rights of the Child, 1989, 1577 UNTS 3. אמנות אלו מטילות חובה על המדינות להעניק אזרחות לחסרי אזרחות בהתבסס על מקום הלידה של חסר האזרחות ובהתניית הענקת האזרחות לחסר האזרחות בהגעתו לגיל מסוים ובמגורים במדינה שבה נולד.
125. אמנת האזרחות האירופית משנת 1997 (לעיל הערה 122) אימצה את גישת האמנה בדבר הפחתת חסרי אזרחות משנת 1961 (Convention on the Reduction of Statelessness, שם). היא קובעת כי במקרה של ירושת מדינות יתאמצו הצדדים לאמנה להסדיר את נושא האזרחות על ידי הסכם ביניהן, ואם אפשר ויש צורך, ישלבו בהסכם גם מדינות אחרות. כשאי אפשר להגיע להסכם ישתדלו הצדדים למנוע מצב של חסרי אזרחות. האמנות הללו מבססות משטר גמיש בענייני אזרחות. הן ממליצות על כך שמדינות יגיעו להסכם מרצונן. אם לא הצליחו להגיע להסכם, בכל זאת שמור מקום לשיקול דעת נרחב של המדינות בפתרון הבעיה של חסרי אזרחות. ייבחנו הנושאים הקשורים לעברו של האדם, כמו מקום לידתו ומגוריו בעת ירושת המדינות, מול נושאים הקשורים בזיקה בהווה של האדם למדינה.
126. Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States. הטייטה אומצה בהחלטת העצרת הכללית: A/Res/55/153, 12 December 2000, <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r55.htm>
127. סעיף 14 לטייטת האמנה, שם, קורא לאפשר שיבה של אנשים שהוכרחו לעזוב את מקום מגוריהם הרגיל בעקבות אירועים הקשורים בירושת מדינות. "A State concerned shall take

all necessary measures to allow persons concerned who, because of events connected with the succession of States, were forced to leave their habitual residence on its territory to return thereto”
 סעיף 5 לטייטה, שם, קובע שמי שמקום מגוריו הרגיל נמצא בתחום שהושפע על ידי ירושת המדינות יקבל בדרך כלל את אזרחות המדינה הירשת: “Subject to the provisions of the present draft articles, persons concerned having their habitual residence in the territory affected by the succession of States are presumed to acquire the nationality of the Successor State on the date of such succession”

128. ראו להלן, אחרית דבר.

129. לעיל הערה 23.

130. סעיף 33 לאמנת הפליטים, שם. עקרון non-refoulement מעוגן גם באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועוונשים אכזריים, לא אנושיים או משפילים משנת 1984, ומעמדו כיום הוא כעיקרון מחייב של המשפט הבינלאומי המנהגי. בשנת 1995 קבע בית המשפט העליון כי העיקרון חל בישראל ומחייב אותה במסגרת ההגנה על כבוד האדם ועל קדושת חייו. ראו בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים פ"ד מט(3) 843, 848 (1995).

131. לעיל הערה 41.

132. לעיל הערה 17.

133. “To facilitate the voluntary repatriation of such refugees, or their assimilation within new national communities”

134. ראו לעיל הערה 30. לתולדות אונר"א ראו לעיל פרק ראשון, סעיף ב.

135. [The General Assembly] Establishes the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East: (a) 'To carry out in collaboration with local governments the direct relief and works programmes as recommended by the Economic Survey Mission' (b) To consult with the interested Near Eastern Governments concerning measures to be taken by them preparatory to the time when international assistance for relief and works projects is no longer available" אונר"א פירשה את תמצית תפקידה במתן סיוע לפליטים ובהכנתם ליום שבו ייפסק "evolve a development programme aiming at the economic integration of the refugees in host countries, which would strengthen the economy of the host countries while providing employment to refugees, and thus make them self sufficient to a point where their names could be deleted from the relief rolls", UNRWA 1983

136. סעיפים 6, 118, 134 לאמנת ג'נבה הרביעית, Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/geneva07.htm>

137. שם, סעיף 85.

138. ראו לעיל הערות 117-119 ואת הטקסט לידן.

139. : סעיף 6 (c) לצ'רטר The Charter of the International Military Tribunal (IMT) in Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (London Agreement), 8.8.1945, 82 U.N.T.S. 280

140. סעיף 147 לאמנת ז'נבה הרביעית (לעיל הערה 136).

141. סעיף 2 לחוקת בית הדין, Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, S.C.Res. 827, 25.5.1993, U.N. Doc.S/RES/827 (1993), 32 I.L.M. 1203 (1993).

142. סעיף 3 לחוקת בית הדין, Article 3 of Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1.1.1994 and 31.12.1994, S. C. Res. 955, 8.11.1994, U.N. Doc.S/RES/955(1994), 33 I. L. M. 1598(1994)

143. סעיף 7 לחוקת רומא, Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 37 I.L.M. 999 (1998)

144. לעניין אחריות מדינה, דראפט של תיוטת האמנה בדבר אחריות מדינה, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001 של נורמות נחרצות של המשפט הבינלאומי, http://www.ntreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf. בעניין האחריות האישית, הבסיס לכך מונח בסעיף 6 לצ'רטור של לונדון (לעיל הערה 139).

145. Treaty of Nueilly, 27.11.1919, http://www.wi.lib.byu.edu/index.php/Treaty_of_Neuilly

146. Convention Concerning the Exchange of Greece and Turkish Populations, July 1923, 32 L.N.T.S. 75; Benvenisti 2003, 7 ראו גם; www.jstor.org/pss/2212847 ראו 30, 1923, 32 L.N.T.S. 75; Benvenisti and Zamir 1995, 295, 321-322; Rosand 1998, 1091, 1115-1116. מתנהל ויכוח על מספר האנשים שנכללו בחילופי האוכלוסין. נשמעת טענה כי רוב היוונים בשטחי טורקיה ברחו טרם כניסת ההסכם לתוקף וכי רבים מהם מתו בדרך או נרצחו בידי הטורקים. לכן הועברו בעקבות ההסכם רק כ-190,000 יוונים משטח טורקיה ליוון. ראו למשל Gibney 2005, 377.

147. הרצאת הוועדה המלכותית לפלשתינה (א"י), הוגשה לפרלמנט על ידי מזכיר הממלכה לענייני המושבות בפקודת הוד מלכותו בחודש יולי 1937, תרגום רשמי בעמ' 270. לתמצית הדוח ראו League of Nations, Mandates, Palestine, Report of the Palestine Royal Commission, Presented by the Secretary of State for the Colonies to the United Kingdom Parliament (July 1937), Summary of Report, 136-143.

148. שם, 283-284.

149. שם, 285.

150. שם, 284-285.

151. Potsdam Declaration. ראו סעיף XII להכרזה http://www.valon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp

152. בנין 1998, 229, 230-234; Marrus 1985, 327-330.

153. Benvenisti and Zamir 1995, 51-53. בעניין עמדת גרמניה ראו למשל את הודעתו של קנצלר גרמניה גרהרד שרדר מיום 19 בנובמבר 2004 בדבר דחיית גרמניה את תביעות הקניין

בצ'כיה של הגרמנים המגורשים, ועל כך שעניין זה לא יעמוד כמכשול ביחסים שבין שתי המדינות
<http://www.encyclopedia.com/doc/1P2-16638430.html>

Weiss 2003, 455 .154

155 ראו בחוקת הודו (Part II, art. 7, <http://www.lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf>)

156. לעניין השתלשלות העניינים הפוליטית באזור ראו לעיל פרק ראשון, סעיף א.

157. סעיף 7 לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי (לעיל הערה 143); סעיף 2 לחוקת בית הדין בעניין הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר (לעיל הערה 141). ראו גם סעיף 3 לחוקת בית הדין בעניין הפשעים שבוצעו ברואנדה (לעיל הערה 142).

158. ואכן, העקורים היהודים באירופה היו נטל כבד מפני שלא הייתה מדינה – באירופה או מחוצה לה – שהייתה מוכנה לקלוט אותם.

159. על פי פרסומי נציבות הפליטים בשנת 2007 ביקשו מקלט כ־654,000 איש ב־154 מדינות. 210,000 קיבלו מעמד פליט על פי אמנת הפליטים או שקיבלו הגנה חלופית אחרת לפי חוקי המדינה אף שאינם עונים על הגדרת פליט באמנת הפליטים. שיעור מקבלי המקלט כפליטים או מסיבות הומניטריות אחרות על פי חוקי המדינות השונות מתוך כלל האנשים שבקשתם נידונה בשנה זו היה כ־45%, ראו <http://www.unhcr.org/4981c37c2.html>. בשנת 2006 הוגשו ב־151 מדינות בעולם 605,000 בקשות מקלט חדשות. באותה שנה הוכרו 196,000 איש כפליטים על פי אמנת הפליטים (או שקיבלו הגנה חלופית במדינה). שיעור מקבלי המקלט כפליטים או מסיבות הומניטריות אחרות על פי חוקי המדינות השונות מתוך כלל האנשים שבקשתם נידונה בשנה זו היה כ־39%, ראו <http://www.unhcr.org/478ce2bd2.html>

160. "The ideal solution to refugee problems". ראו GA Res. 49/169, 23 Dec. 1994, סעיף 9 להחלטה <http://www.un.org/Depts/dhl/res/resa49.htm>. ראו גם החלטה 152 / 50 מיום 21 בדצמבר 1995; Takkenberg 1998, 319-320.

161. התפוררות ברית המועצות לשעבר בשנת 1991 והקמת מדינות חדשות בעקבות זאת עוררו סכסוכים אלימים בין הרוב במדינות הללו לבין מיעוטים אתניים שחיו בהן. בעקבות זאת נוצר גל גדול של פליטים. כך היה בשנת 1991 בגרוזיה עקב המאבק בין הרוב למיעוט באוסטיה. מטג'יקיסטן נמלטו בשנת 1992 פליטים טג'יקים לאפגניסטן, לקזחסטן ולקירגיסטן. מחבל נגורנר-קרביץ שבאזרבייג'אן נמלטו פליטים ארמנים-נוצרים לארמניה (שבה יושבו מחדש) ומוסלמים ברחו לאזורים אחרים בשליטת אזרבייג'אן (רובם מתגוררים במחנות פליטים). כאשר המדינות הבלטיות, ליטא, אסטוניה ולטביה, קיבלו עצמאות ונחקקו בהן חוקים שנועדו להגביל את מעמד המיעוטים שבתוכן, יצאו מהן המוני אזרחים ממוצא רוסי שהועברו לארצות הללו בעבר על ידי השלטון הסובייטי. עתה מחשש לחייהם כמיעוט אתני ובגלל קשיים כלכליים ברחו חזרה לתחומי רוסיה. על הפליטות בתחומי ברית המועצות לשעבר ראו בפירוט באתר נציבות הפליטים <http://www.unhcr.org/pub/PUBL/3b55832f4.html>

162. ראו לעיל הערה 126.

163. ראו לעיל הערה 127.

Black and Koser 1999, 5 .164

McDowell 1999, 126, 127-129 .165

UNHCR 2000, 218 .166

Dayton Peace Agreement, <http://www1.umn.edu/humanrts/icty/dayton/daytonannex7.html>. 167

168. הרפובליקה הפדרלית של יוגוסלביה כללה בעת חתימת החוזה את סרביה ואת מונטנגרו. בשנת 2006 סרביה נפרדה ממונטנגרו.

169. סעיף 1(1) לנספח VII בהסכם (להלן הערה 170) קובע: "All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They shall have the right to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any property that cannot be restored to them. The early return of refugees and displaced persons is an important objective of the settlement of the conflict in Bosnia and Herzegovina. The Parties confirm that they will accept the return of such persons who have left their territory, including those who have been accorded temporary protection by third countries"

170. דוח UNHCR משנת 2009 <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/4922d4300.pdf>. ראו גם בודו European Forum for Democracy and Solidarity מיום 30 בדצמבר 2007 http://www.europeanforum.net/country/bosnia_herzegovina_u.

171. ראו דוח של עו"ד פרטיטור, עובד בבוסניה מטעם הארגון לביטחון ולשיתוף פעולה באירופה <http://www.hagada.org.il/hagada/html/modules.php?name=News&file=article&sid=55>. ראו גם דווח של Human Rights Watch משנת 2003, <http://www.hrw.org/en/node/12271/section/1>.

172. דוגמאות נוספות להתנגשויות אתניות על רקע שיבת פליטים אפשר למצוא במקומות נוספים בעולם. דוגמה אחת לכך היא רואנדה, שבה נוצרה בעיית פליטים בעקבות רצח העם בשנת 1994 ושבה התיישבו הפליטים, בעיקר בני שבט הוטו, בארצות השכנות. שיבת הפליטים הותרה כעבור שנתיים ונמשכת שנים רבות. חלקם חשש לשוב עקב פחד ממעשי שבט הטוצי, ואילו רבים מהשבים נתקלו במעשי אלימות קשים הן מצד אזרחים בני הטוצי והן מצד השלטונות. ראו דוח מזכ"ל האו"ם מיום 17 לספטמבר 1999 בדבר זכויות האדם ברואנדה, http://www.unhcr.org/refworld/country_REFERENCE,,,RWA,456d621e2,3ae6af334,0.html. דוגמה נוספת היא גואטמלה שבה התחוללה מלחמת גרילה בשנים 1960–1996 ובעקבותיה ברחו רבים מן המדינה למקסיקו, לארצות הברית, לבלזי ולמקומות נוספים. בעקבות ההסכם שחתמו הגולים עם ממשלת גואטמלה, הם החלו לשוב למולדתם. שיבתם, שהחלה בשנת 1996, לוותה במעשי רצח שביצע הצבא והתנכלויות מצד האוכלוסייה המקומית. יש לציין שהרקע לכך לא היה אתני אלא פוליטי: השבים באו מארצות דמוקרטיות עם מודעות עמוקה לזכויות אדם ולכן נחשדו בשיתוף פעולה עם כוחות הגרילה ועוררו חשד והתנגדות מצד השלטון. ראו דוח נציבות האו"ם לענייני פליטים משנת 2000: Refugee Repatriation and Reintegration in Guatemala. Lessons Learned from UNHCR's Experience http://www.repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo:3637.

Hammond 1999, 227; 2004, 36, 37–46. 173

Hammond 1999, 227. 174

175. שם. בעמ' 229, היא מציעה: "I offer an alternative to the 'repatriation=homecoming' model. I show that the assumption that it is desirable and possible for returnees to regain that which they had before becoming refugees is flawed. Whether a returnee comes back to his or her

birthplace or settles in an entirely new environment, he/she considers return to be more of a new beginning than a return to the past”

176. ראו באתר מחלקת המחקר של ספריית הקונגרס האמריקני, 1991:
<http://www.country-data.com/cgi-bin/query/r-3502.html> וכן <http://www.country-data.com/cgi-bin/query/r-3478.html>

177. UNSC, S/2003/398, Report of the Secretary General on his mission of good office in Cyprus / http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unfcyp/rep_mgo.shtml. מועצת הביטחון אישרה את תכניתו של אנאן בהחלטה S/2003/398 מיום 1 באפריל 2003. נציין שהרוב היווני בקפריסין דחה את הצעת מזכ"ל האו"ם במשאל עם בטענה שההצעה נותנת משקל רב מדי למיעוט הטורקי.

178. אנאן חתם את הצעתו, שם, בהערה הזאת: “this approach, particularly when married to the territorial adjustment described below, strikes a fair balance between competing legitimate interests and individual human rights and respects the principle of bi-zonality and international law (including international human rights law and the fourth Geneva Convention)” .אנו רואים אפוא שלדעת אנאן יש בהסדר המוצע איזון הוגן בין האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים לבין זכויות אדם. לטענתו, ההסדר עולה בקנה אחד עם עקרון חלוקת המדינה לשני אזורים (bi-zonality), כשכל אזור נשלט על ידי אחד משני הצדדים (טורקי ויווני) ועם הדין הבינלאומי, ובכלל זאת דיני זכויות אדם והדין ההומניטרי.

179. סעיף 109 לדוח אנאן (לעיל הערה 177), מציע: “In addition, reinstatement would not be possible for more than 20 per cent of the residences and land in any village or town (with the exception of a few specific cases) and for more than 10 per cent of the residences and land in either constituent state. According to United Nations estimates, the absolute maximum number of current users in the Turkish Cypriot State who might have to move from where they currently live under the property arrangements would be 15,000 to 18,000 persons”

180. ראו למשל Abu-Sitta 1997.

181. נזכיר כי חלק ממנהיגי הציבור הערבי בישראל כלל אינם מוכנים לקבל את הקביעה כי הם מיעוט במדינה, מפני שלטענתם לפליטים הפלסטינים ולצאצאיהם יש זכות להיכנס למדינה ולקבל את אזרחותה, ולכן הם בעצם הרוב בארץ.

182. ראו את פסק הדין באתר בית הדין האירופי לזכויות אדם <http://cmiskp.echr.coe.int/tkpl197/view.asp?action=html&documentId=864000&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

מקורות

מקורות ראשוניים

אמנות בינלאומיות

- טיוטת אמנת הרווארד בדבר אזרחות, 1929.
- הצ'רטר של לונדון, 1945.
- מגילת האו"ם, 1945.
- ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948.
- ארבע אמנות ג'נבה, 1949.
- האמנה האירופית בדבר זכויות אדם, 1950.
- האמנה בדבר מעמדם של פליטים, 1951.
- אמנה בדבר מעמדם של חסרי אזרחות, 1954.
- אמנה בדבר אזרחותן של נשים נשואות, 1957.
- ההכרזה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, 1959.
- אמנה בדבר הפחתת חסרי אזרחות, 1961.
- האמנה בדבר ביעור כל צורה של אפליה גזעית, 1965.
- האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966.
- האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966.
- פרוטוקול לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, 1967.
- האמנה האמריקנית בדבר זכויות אדם, 1969.
- האמנה בדבר היבטים ספציפיים של בעיות פליטים באפריקה, 1969.
- האמנה הבינלאומית בדבר ביעור וענישה של פשע האפרטהייד, 1973.
- האמנה בדבר ביעור כל צורה של אפליה גזעית נגד נשים, 1979.
- האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, 1984.
- הכרזת קרטנגה על פליטים, 1984.
- חוקת בית הדין הבינלאומי בדבר פשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר, 1993.
- חוקת בית הדין בדבר פשעים שבוצעו ברואנדה, 1994.
- הסכם דייטון, 1995.

אמנת האזרחות האירופית, 1997.
חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, 1998.
טיוטת האמנה בדבר אזרחותם של בני אדם בהקשר לירושת מדינות, 2000.
טיוטת האמנה בדבר אחריות מדינות על פעולות בינלאומיות בלתי מוצדקות, 2001.
הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, 28 בספטמבר 1995.

החלטות או"ם בנושא הפלסטינים

A/RES/181 of November 29 1947
A/RES/186 (S-2) of May 14 1948
A/RES/194(III) of December 11 1948
A/RES/273(III) of May 11 1949
A/RES/319(IV) of December 3 1949
A/RES/302(IV) of December 8 1949
A/RES/393(V) of December 2 1950
A/RES/394(V) of December 14 1950
A/RES/428(V) of December 14 1950
A/RES/513 (VI) of January 26 1952,
A/RES/ 614 (VII) of November 6 1952
A/RES/916 (X) of December 3 1955
A/RES/1018(XI) of February 28 1957
A/RES/1191 (XII) of December 12 1957
A/RES/1315 (XIII) of December 12 1958
A/RES/1456 (VII) of December 9 1959
S/RES/237 of June 14 1967
S/RES/242 of November 22 1967
A/RES/2535(XXIV) A-C of December 10 1969
A/RES/2672 (XXV) of December 8 1970
A/RES/2792(XXVI)A-E of December 6 1971
A/RES/2963(XXVII)A-F of December 13 1972
S/RES/338 of October 22 1973

A/RES/3089(XXVIII) A–E of December 7 1973
A/RES/3236 (XXIX) of November 22 1974
A/RES/3376(XXX) of December 10 1975
A/RES/33/28 of December 7 1978
A/RES/35/207 of December 16 1980
A/RES/36/226 of December 17 1981
A/RES/40/25 of November 29 1985
A/RES/46/87 of December 16 1991
A/RES/ 49/169 of December 23 1994
A/RES/50/152 of December 21 1995
A/RES/56/33 of December 3 2001
A/RES/27/107 of February 14 2003
S/2003/398 of April 1 2003
Report of the Secretary-General on his mission of good office in Cyprus, 2003
A/RES/59/28 of January 31 2005
A/RES/60/36 of February 10 2006
A/RES/62/80 of January 21 2008
A/RES/63/26 of January 22 2009

פסיקות בית המשפט העליון

בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים פ"ד מט(3) 843 (1995).
בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (טרם פורסם; 2006).

מקורות משניים

ספרים ומאמרים

אל-שיקאקי, ח', 2004. "דעת הקהל הפלסטינית", בתוך ר' נץ (עורך), סוגיית הפליטים הפלסטינים וזכות השיבה, תל אביב: מרכז תמי שטיינמן למחקרי שלום, עמ' 28–40.
אריאל, א', תש"ך. "ברנדוט פולקה", האנציקלופדיה העברית כרך ט, עמ' 821–822.
בנבנישתי, א' וא' זמיר, 1998. הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני, ירושלים: מכון ירושלים לחקר ישראל.

מקורות

- בן נפתלי, א' וי' שני, 2006. **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, תל אביב: רמות, אוניברסיטת תל אביב.
- בנץ, ו', 1998. "זרים במולדת: בריחה-גירוש-אינטגרציה", בתוך ע' היילברונר ומ' צימרמן (עורכים), **הגרמנים 1990-1945**, ירושלים: הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, עמ' 229-234.
- גבזון ר' (עורכת), 2009. **שישים שנה להחלטת כ"ט בנובמבר 1947 - החלטת החלוקה והמחלוקת סביבה: מקורות ועיונים**, ירושלים: מרכז מציל"ה.
- , 2009. **שישים שנה לחוק השבות: היסטוריה, אידאולוגיה, הצדקה**, ירושלים: מרכז מציל"ה.
- גזית, ש', 1995. **בעיית הפליטים הפלסטינים** (מחקר מס' 2), תל אביב: אוניברסיטת תל אביב, מרכז יפה למחקרים אסטרטגיים.
- גלבר, י', 2004. **קוממיות ונכבה: ישראל הפלסטינים ומדינות ערב 1948**, אור יהודה: דביר.
- גנז, ח', 1998. "לאומיות והגירה", בתוך מ' מאוטר, א' שגיא ור' שמיר (עורכים), **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית**, תל אביב: רמות, אוניברסיטת תל אביב, עמ' 341-360.
- הרצאת הוועדה המלכותית לפלשתינה (א"י)**, הוגשה לפרלמנט בידי מזכיר הממלכה לענייני המושבות בפקודת הוד מלכותו בחודש יולי 1937 - תרגום רשמי. [וועדת פיל].
- זילברשץ, י', 2006. "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל: פתיחת דיון", **משפט וממשל** י': 87-116.
- מוריס ב', 1991. **לידתה של בעיית הפליטים הפלסטינים 1947-1949**, תל אביב: עם עובד.
- , 2003. **קורבנות: תולדות הסכסוך הציוני-ערבי 1881-2001**, תל אביב: עם עובד.
- סופר, א', וג' שלו, 2004. **מימושה בפועל של 'תביעת השיבה' הפלסטינית**, חיפה: אוניברסיטת חיפה, הקתדרה לגיאואסטרטגיה ע"ש ראובן חייקין.
- רביד, י', 2001. "הפליטים הפלסטינים", <http://www.biu.ac.il/Besa/publications/mideast45.pdf>

Abu-Sitta, S. H., 1997. "The Feasibility of the Right of Return", <http://prn.mcgill.ca/prn/papers/abusitta.html>

Abu Zayd, K., 2008. **Palestine Refugees: Exile, Isolation and Prospects**, Annual Edward Said Lecture presented at Princeton University, 6.5.2008, http://www.un.org/unrwa/news/statements/2008/SaidPrinceton_6May08.html

Akehurst, M., 1997. **Akehurst's Modern Introduction to International Law** (7th revised ed.), Florence, KY: Routledge.

Arzt, D. E., and K. Zughaib, 1992. "Return to the Negotiated Lands: The Likelihood and Legality of Population Transfer Between Israel and a Future Palestinian State", **New York University Journal of International Law and Politics** 24: 1399-1514.

Benvenisti, E., 1997. "The Attitude of the Supreme Court of Israel Towards the Implementation of the International Law of Human Rights", in F. Francioni and

B. Conforti (eds), **Enforcing International Human Rights in Domestic Courts**, Netherlands: Kluwer, pp. 207-221.

Benvenisti, E., 2003. **The Right of Return in International Law: An Israeli Perspective** (draft), <http://www.tau.ac.il/law/members/benvenisti/work.html>

Benvenisti, E., and E. Zamir, 1995. "Private Claims to property Rights in the Future Israeli–Palestinian Settlement", **American Journal of International Law** 295 (89).

Black, R., and K. Koser, 1999. "The End of Refugee Cycle?", in idem (eds.), **The End of Refugee Cycle? Refugee Repatriation and Reconstruction**,. New York: Berghahn Books: 2–17.

Boling, G. J., 2001. **The 1948 Palestinian Refugees and the Individual Right to Return**, An International Law Analysis, Bethlehem: Badil Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights.

Brownlie, I., 1990. **Principles of Public International Law** (4th ed.), Oxford: Clarendon Press.

—, 1992. **Basic Documents on Human Rights** (3rd ed.) Oxford: Clarendon Press.

Cervenak, C., 1994. "Promoting Inequality: Gender–Based Discrimination in the UNRWA's Approach to Palestine Refugee Status", **Human Rights Quarterly** 16: 300-374.

Dumper, M. , 2006. "Introduction: The Comparative Study of Refugee Repatriation Programmes and the Palestinian Case", in Dumper, M. (ed.), **Palestinian Refugee Repatriation: Global Perspective**, UK: Routledge, 1–20.

Foster, M., 2007. **International Refugee Law and Socio–Economic Rights: Refugee from Deprivation**, Cambridge: Cambridge University Press.

Francioni, F., and B. Conforti (eds), 1997. **Enforcing International Human Rights in Domestic Courts**, Netherlands: Kluwer.

Freundlich, Y. (ed.), 1984. **Documents on the Foreign Policy of Israel**, Vol. 2: October 1948 - April 1949 , Jerusalem: Government Printer.

Gavison, R., (forthcoming a). "Taking States Seriously and the Human Rights Discourse".

—, (forthcoming b). "Immigration and the Human Rights Discourse: The Universality of Human Rights and the Relevance of States and of Numbers", **Israel Law Review**

Gibney, M. J., and R. Hansen (eds.), 2005. **Immigration and Asylum: from 1900 to the present**, vol. 3, Santa Barbara: ABC–Clio.

Hammond, L., 1999. "Examining the Discourse of Repatriation: Towards a More Proactive Theory of Return Migration", in R. Black and K. Koser (eds.), **The End of Refugee Cycle? Refugee Repatriation and Reconstruction**, New York: Berghahn Books, pp. 227-244.

—, 2004. “Tigrayan Returnees’ Notions of Home: Five Variations on a Theme”, in F. Markowitz and A. H. Stefansson (eds.), **Homecomings: Unsettling Paths of Return**, LanhamLexington Books, pp. 36-53.

Hannum, H., 1987. **The Right to Leave and to Return in International Law and Practice**, Dordrecht Nijhoff.

Ingles, J., 1963. “Special Rapporteur: Study of Discrimination in Respect to the Right of Everyone to Leave Any Country, Including His Own and to Return to His Country”, **U. N. Pub. Sale no. 64 XIV 2**, (first issued as U.N. Doc. E/CN/4 Sub.2/220/Rev.I).

Isotalo, R., 2007. “Palestinian Return: Reflections on Unifying Discourses, Dispersing Practices and Residual Narratives”, in E. Benvenisti, C. Gans and S. Hanafi, (eds.), **Israel and The Palestinian Refugees**, Berlin, Heidelberg: Springer, 159-188.

Jennings, R., and A. Watts (eds.), 1992. **Oppenheim’s International Law** (9th ed.), London: Longman.

Klein, M., 1998. “Between Right and Realization: The PLO Dialectics of the ‘Right to Return’”, **Journal of Refugees Studies** 11 (1): 1-19.

Kritzman-Amir, T., 2008. “Socio-Economic Refugees”, Ph.D Dissertation, Faculty of Law, Tel Aviv University.

Lapidoth, R., 2001. “Israel and the Palestinians: Some Legal Issues”, *Die Friedens-Wart*, **Journal of International Peace and Organization** 76: 211-240.

Lawland, K., 1996. “The Right to Return of Palestinians in International Law”, **International Journal of Refugee Law** 8: 532-568.

Lindsay, J. G., 2009. **Fixing UNRWA: Repairing the UN’s Troubled System of Aid to Palestinian Refugees**, Washington: Washington Institute for Near East Policy.

Marrus, M. R., 1985. **The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century**, New York Oxford University Press.

McDowell, C., 1999. “The Point of No Return: The Politics of the Swiss Tamil Repatriation Agreement”, in R. Black and K. Koser (eds.), **The End of Refugee Cycle? Refugee Repatriation and Reconstruction**, New York: Berghahn Books, pp. 126-141.

Nowak, M., 1993. **U.N. Convention on Civil and Political Rights (CCPR)**, Commentary Kehl, Germany: Engel.

Quigley, J. 1998. “Displaced Palestinians and a Right of Return”, **Harvard International Law Journal** 39: 171-229.

Radley, K. R., 1978. “The Palestinians Refugees, The Right to Return in International Law”, **American Journal of International Law** 72: 586-614.

Rosand, E., 1998. “The Right to Return under International Law Following Mass Dislocation: The Bosnia Precedent”, **Michigan Journal of International Law** 19: 1091-1139.

Rosenthal, Y. (ed.), 1986. **Documents on the Foreign Policy of Israel**, vol. 4, Jerusalem: Israel State Archives .

Shany, Y., 2006. "How Supreme is the Supreme Law of the Land? A Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Conventions upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts", **Brooklyn Journal of International Law** 31: 341-404.

Shaw, M. N., 1997. **International Law** (4th ed.), Uk: Oxford University Press

Sieghart, P., 1985. **The Lawful Rights of Mankind**, Oxford: Oxford University Press.

Tadmor, Y., 1994. "The Palestinians Refugees of 1948: The Right to Compensation and Return", **Temple International and Comparative Law Journal** 8: 403-434 .

Takkenberg, L., 1998. **The Status of Palestinian Refugees in International Law**, Oxford: Clarendon Press.

United Nations, 1950. **Yearbook of the United Nations**, 1948-49, <http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194849index.html>

UNHCR, 2000. **The State of the World's Refugees: Fifty Years of Humanitarian Action**, Oxford, University Press.

—, 2007. UNRWA in Figures, 31.12.2007, <http://www.un.org/unrwa/publications/pdf/uif-dec07.pdf>

—, 1983. **A Brief History**, 1950-1982, Vienna: UNRWA.

—, 1962. **The Problem of the Rectification of the UNRWA Relief Rolls (1950-1962)**, information Paper no. 6.

Walzer, M., 1994. **Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad**, Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Weiss, J., 2003. "India and Pakistan: A Cautionary Tale for Israel and Palestine", **Connecticut Journal of International Law** 18: 455-478 .

Zilbershats, Y., 2002. **The Human Right to Citizenship**, Ardsley, New York: Transnational Publishers, Inc.

אתרי אינטרנט

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home>

<http://www.un.org/unrwa/>

http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp

<http://www.un.org/documents/resga.htm>

נציבות האו"ם לענייני פליטים

אונר"א

אמנות בינלאומיות

החלטות האו"ם

פרסומים נוספים שראו אור במרכז מציל"ה:

מגמות דמוגרפיות בישראל

מאת: עוזי רבהון וגלעד מלאך (2008)

שישים שנה להחלטת כ"ט בנובמבר 1947 – החלטת החלוקה

והמחלוקת סביבה: עיונים ומקורות

עורכת: רות גביזון (2009)

התמודדות עם הגירה גלובלית – מתווה למדיניות הגירה לישראל

מאת: שלמה אבינרי, אמנון רובינשטיין וליאב אורגד (2009)

שישים שנה לחוק השבות: היסטוריה, אידאולוגיה והצדקה

מאת: רות גביזון (2009)

בחירות אזוריות בישראל

מאת: ניר אטמור, יצחק בננסון, אברהם דיסקין וולד חרבש (2009)

פרסום משותף למכון ון ליר בירושלים ומרכז מציל"ה

