



سلسلة ترجمات السجل الرسمي للمحكمة الجنائية الدولية- قضية فلسطين (2)

ملحق عام

تصويب على

ملاحظات الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) بشأن  
طلب الادعاء الحكم بشأن الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية  
الدولية في فلسطين عملاً بالمادة (3/19) (12-18/01-ICC)

تاريخ الوثيقة: 17 آذار/مارس 2020

لغة النص الأصلي: الإنجليزية



إن هذه الترجمة هي من إعداد فريق منظمة القانون من أجل فلسطين – المملكة المتحدة  
هذه الترجمة ليست رسمية. ويتم توفيرها على موقع المنظمة بشكل مجاني

الدائرة التمهيدية الأولى

في حضرة: القاضي بيتر كوفاتش رئيساً

القاضي مارك بيرين دي بريتشامبو

القاضي رين اديلأيد سوفي الابيني –غانسو

الحالة في دولة فلسطين

ملحق عام

تصويب على "ملاحظات الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) بشأن "طلب الادعاء عملاً  
بالمادة (3/19) للحكم بشأن الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية في فلسطين" (ICC-01/18-)  
"12"

المصدر: الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL)

وثيقة يتعين الإخطار بها وفقا للمادة (31) من النظام الأساسي للمحكمة ل:

محامي الدفاع

مكتب المدعي العام

فاتو بن نسودا

جيمس ستيوارت

الممثلين القانونيين للمدعين

الممثلين القانونيين للضحايا

المدعين غير الممثلين  
(المشاركة/ التعويضات)

الضحايا غير الممثلين

مكتب المستشار العام للدفاع  
كزافييه جان كيتا  
ماري أوليري

مكتب المستشار العام للضحايا

بأولينا ماسيدا

سارة بيليت

لودوفيتشا فيركسيو

آنا بونيني

المتقدمون للمشاركة كأصدقاء للمحكمة  
دانييل ريسنر

ممثلي الدول

قسم مشاركة الضحايا وتعويضهم  
فيليب امباخ

المسجل

بيتر لويس

## I. المقدمة:

1. من خلال طلب المدعي العام، فإنه يتوجه إلى الدائرة التمهيدية لإصدار حكم، لأنه، في رأيه، "سوف يضمن اليقين القضائي بشأن مسألة من الممكن أن تظهر في وقت لاحق اثناء السير في الإجراءات، ويحتاج مكتب المدعي العام إلى اليقين فيما يتعلق بالأسس القانونية لأنشطته (وأنشطة المحكمة) في هذه الحالة<sup>1</sup>. وبشكل أكثر تحديداً، فإنها تطلب اليقين بشأن "النطاق الجغرافي لأنشطتها التحقيقية" إذا تم المضي في التحقيق<sup>2</sup>. ومع ذلك، فإن تنوع وجهات النظر التي عبر عنها العدد غير المسبوق من أصدقاء المحكمة المشاركين بما في ذلك الدول والخبراء الذين لا يتفقون مع موقف مكتب المدعي العام، يشير إلى عدم وجود إجابة "مؤكدة" على العديد من الأسئلة التي يطرحها مكتب المدعي العام في طلبه - كما هو مبين بالفقرة 220- سواء فيما يتعلق بوجود الدولة، أو الاقليم، أو السرد التاريخي، أو القيمة الواجب اعطاؤها لتصريحات الهيئات السياسية مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس حقوق الانسان. وتشير الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) على وجه التحديد للمواقف المختلفة والمتناقضة أحياناً التي تبنتها عدة طلبات وفق المادة (103) فيما يتعلق باعتبار فلسطين دولة.

2. هناك دليل آخر على هذا الافتقار إلى اليقين ويتمثل في ذلك النهج الإبداعي الذي يتبناه مكتب المدعي العام في التعامل مع عدد من القضايا الرئيسية، مثل تفسيره للمادة (12) من نظام روما الأساسي أو تحديده لمفهوم للدولة حسب القانون الدولي العام. حيث توضح هذه التفسيرات في حد ذاتها الانفصال بين منطق مكتب المدعي العام والقانون الدولي العام، بالإضافة إلى عدم اليقين الذي يظهر في كل مرحلة.

3. أولاً: هناك عدم يقين بشأن صحة انضمام فلسطين إلى نظام روما الأساسي. والواقع أنه بصرف النظر عن أي معنى خاص يعطى لصيغة "جميع الدول" في المادة (3/125) من نظام روما الأساسي، ينبغي للدائرة التمهيدية أن تقيّم بشكل مستقل ما إذا كان الكيان الذي يرغب بالانضمام إلى نظام روما الأساسي هو "دولة" بموجب القانون الدولي العام. علاوة على ذلك، إن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 19/67 لا يغير هذا الموقف.

<sup>1</sup> Prosecution Request, para. 36.

<sup>2</sup> Prosecution Request, para. 34.

4. ثانياً: هناك عدم يقين بشأن عواقب الانضمام الفلسطيني حتى لو كان صحيحاً. وفي الواقع، فإن المادة (12/2أ) تتطلب تحديداً بأن "دولة ما" موجودة حسب القانون الدولي العام لكي يتاح للمحكمة ممارسة الولاية القضائية. وفي حين أن مكتب المدعي العام أقر بأن فلسطين حالياً ليست دولة بموجب المبادئ القانونية الدولية الراسخة، قدم سلسلة من الحجج القانونية والوقائعية التي يجب رفضها.

5. ثالثاً: خلافاً لحجة المدعي العام، لا توجد أرض فلسطينية تمتلك عليها "دولة فلسطين" الولاية القضائية أو السلطة الكاملة والحصرية لتكون في وضع يسمح لها بتفويض اختصاصاتها الجنائية إلى المحكمة الجنائية الدولية. حيث أن اتفاقيات أوسلو، وخلافاً لرأي المدعي العام، تحد من الولاية القضائية الفلسطينية، والقدرة على الفصل وتنفيذ الأحكام. اتفاقيات أوسلو ليست "اتفاقيات خاصة" بالمعنى المقصود في اتفاقية جنيف الرابعة.

6. رابعاً: وعلى أي حال، لم يطلب مكتب المدعي العام الإذن بفتح تحقيق بموجب المادة (15) عن الفترة السابقة لانضمام فلسطين المزعم إلى نظام روما الأساسي؛ فلا يتوجب على المحكمة الجنائية الدولية ممارسة الاختصاص القضائي لتلك الفترة.

7. لهذه الأسباب، وإذا رأت الدائرة التمهيدية أن الطلب مقبول بموجب المادة (19/3)، ترى الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) أنه يتوجب على الدائرة التمهيدية أن تجد أن مكتب المدعي العام ليس لديه ما يكفي من اليقين لاستيفاء الشرط المسبق لممارسة الولاية القضائية بموجب المادة (12/2أ)، وأن ترفض طلب المدعي العام، وتستننتج أن المحكمة الجنائية الدولية غير مسموح لها حالياً بممارسة الولاية القضائية على هذه الحالة.

## II. الملاحظات:

### (1) كقضية أولية: الاختصاص هو مسألة قانونية وتتطلب اليقين والتأكد

8. كمسألة أولية، ستحتاج الدائرة إلى وضع معيار لتقييم المطالبات القضائية الخاصة بمكتب المدعي العام، والتي بدورها ستحدد كيفية تقييمها ووزن المعلومات المعروضة عليها حالياً. المعيار الصحيح هو "اليقين" ولا شيء أقل من ذلك. يجب عدم الخلط بين معيار "الأساس المعقول للمضي قدماً" للإثبات والمطلوب لتقييم المعلومات وفقاً للمادة (1/53أ) من النظام الأساسي، ودرجة اليقين التي تتطلبها شروط المادة (12) والمسبقة لممارسة

الاختصاص<sup>3</sup>. هذا لأن الفقرة (220) من طلب المدعي العام تطلب من الدائرة التمهيدية الفصل في مسائل قانونية بدلاً من مسائل إثبات الوقائع.

**9.** في حين أن مكتب المدعي العام لا يخصص صراحة جزءاً من طلبه لمسألة المعيار الذي بموجبه ينبغي على قضاة الدائرة التمهيدية تقييم ادعاءاته، فإنه يلمح إلى إمكانية تطبيق "الأساس المعقول للاعتقاد" كمعيار للإثبات لتحديد ما إذا كان الشرط المسبق لممارسة الولاية القضائية بموجب المادة (1/2/12) قد تم استيفاءه<sup>4</sup>. ومع ذلك، فإن المدعي العام يعترف "بواجبه الأساسي لضمان وقوع أنشطته بشكل قانوني ضمن المعايير القضائية للمحكمة في جميع الأوقات"<sup>5</sup>، وأن ذلك الواجب يتم تقاسمه مع الدوائر الأخرى<sup>6</sup> ووفقاً للمدعي العام، السبب الذي جعله يتقدم بطلبه للمحكمة في هذه المرحلة عملاً بالمادة (3/19) هو "ضمان اليقين القضائي بشأن قضية يحتمل أن تنشأ لاحقاً في الإجراءات"، وبالتالي يكون لدى المدعية العامة "اليقين بشأن الأساس القانوني لأنشطتها (وانشطة المحكمة) في هذه الحالة"<sup>7</sup> و"النطاق الجغرافي لنشاطها التحقيقي"<sup>8</sup>.

**10.** المادة رقم (1/19) من نظام روما الأساسي تطالب المحكمة بـ"التحقق" من أنها "تتمتع" بالولاية القضائية. وهذا الطلب، والذي انعكس في مبدأ "كومبتنز-كومبتنز" للمحكمة (the Court's Kompetenz-Kompetenz)، يعني أيضاً أنه يجب على مكتب المدعي العام "تحقيق درجة من اليقين" بأن "معايير الاختصاص المنصوص عليها في النظام الأساسي تم استيفائها"<sup>9</sup>. ومما يعنيه ذلك أيضاً وجوب تأكيد المحكمة من أنه من المسموح لها ممارسة الولاية القضائية قبل أن تقوم بذلك<sup>10</sup>. ينعكس هذا الموقف في السوابق القضائية للمحكمة. ونظرًا لأن تحديد ما إذا كانت الولاية القضائية موجودة أو إذا ما كان من الممكن ممارستها "أمر ذو

<sup>3</sup> Under the Rome Statute, the only provisions relating to jurisdiction in a strict sense (i.e. the existence or circumstance of jurisdiction) are Article 5, which relates to material jurisdiction, Article 11, which relates to temporal jurisdiction, Article 25(1), which relates to jurisdiction over natural persons, and Article 26, which relates to the age of the defendants. Article 13 concerns the "exercise of jurisdiction" while Article concerns "preconditions to the exercise of jurisdiction". As the existence of jurisdiction must be distinguished from its exercise, the territoriality and nationality conditions contained in Article 12 do not determine the Court's

<sup>4</sup> Prosecution Request, n. 348.

<sup>5</sup> Prosecution Request, para. 27.

<sup>6</sup> Prosecution Request, para. 28.

<sup>7</sup> Prosecution Request, para. 36.

<sup>8</sup> Prosecution Request, para. 34.

<sup>9</sup> *Prosecutor v Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, para. 24. See also *Prosecutor v Muthaura et al*, ICC-01/09-02/11-01, *Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Pre-Trial Chamber II, 8 March 2011, para 9 (also relying on its prior decision authorising an investigation at paras. 10-11)

<sup>10</sup> See *Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006*, 13 December 2006, paras. 21-22. See also *Kenya Article 15 Decision*, paras. 38-39 24. See also *Prosecutor v Muthaura et al*, ICC-01/09-02/11-01, *Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Pre-Trial Chamber II, 8 March 2011, para 9 (also relying on its prior decision authorising an investigation at paras. 10-11).

طبيعة قانونية" (بدلاً من "ما إذا كان يمكن أو لا يمكن اعتبار حقيقة معينة من قبل الدائرة على أنها مثبتة بشكل صحيح")<sup>11</sup> يتبع ذلك أن "درجة اليقين" المطلوبة من أجل تحديد ما إذا كانت الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص مستوفاة أم لا. وهذا يعتبر تحليلاً منفصلاً عن تقييم الحقائق بالرجوع إلى معايير إثبات الأدلة.<sup>12</sup> وبناءً على ذلك "لا حاجة إلى أن تتصدى الدائرة للمسألة المتعلقة بطبيعة "معيار الإثبات" والذي يتعين على الطرف الذي يقدم طعناً بالولاية أن يفي به".<sup>13</sup> المطلوب هو اليقين بأن المحكمة إما لديها اختصاص (أو مسموح لها بممارسة الاختصاص) أو لا.<sup>14</sup> السؤال هو مسألة قانونية.<sup>15</sup>

## (2) فلسطين ليست دولة لأغراض المادة (12/2) من نظام روما الأساسي:

**11.** يزعم الادعاء العام أن "فلسطين دولة لغايات المادة (12/2) من نظام روما الأساسي" وجادل بأنه يمكن اعتبارها كذلك إما على أساس أنها دولة طرف، أو كبديل، بموجب "مبادئ وقواعد القانون الدولي ذات الصلة".<sup>16</sup>

**12.** وتلاحظ الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) ان مكتب المدعي العام لم يثبت إلى حد اليقين أن فلسطين دولة يمكنها الانضمام بشكل صحيح الى ميثاق روما الأساسي بموجب المادة (125). وحتى إذا اعتبر انضمامها صحيحاً، لم يثبت مكتب المدعي العام إمكانية اعتبار فلسطين "دولة" بموجب القانون الدولي العام لغرض تحديد إذا كان الشرط الإقليمي المسبق لممارسة الولاية القضائية مستوفى بموجب المادة (12/2). وانطلاقاً من ما يبدو اعترافاً بهذه المشكلة، يقدم مكتب المدعي العام حجة بديلة بناءً على ما يصفه "بمبادئ القانون الدولي ذات الصلة"، التي في الواقع ليس لها أساس يذكر في القانون الدولي، (وهي في أفضل تقدير انتقائية فيما يتعلق بتقييمها للتحقق). وفي هذا السياق، تشير حجة مكتب المدعي العام إلى عملية موجهة نحو

<sup>11</sup> *Prosecutor v Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-1, [Decision on the 'Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court'](#), Pre-Trial Chamber I, 26 October 2011 (hereinafter "*Mbarushimana Decision*").

<sup>12</sup> E.g. "reasonable basis to believe" (Article 15, Article 53), "reasonable grounds to believe" (Article 58), "substantial grounds to believe" (Article 61), and "beyond reasonable doubt" (Article 66)...

<sup>13</sup> *Mbarushimana Decision*, para. 5.

<sup>14</sup> *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, [Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61\(7\)\(a\) and \(b\) of the Rome Statute](#), [ICC-01/09-02/II-382-Red](#), 23 January 2012, Dissenting Opinion to the Muthaura Confirmation Decision, para. 33.

<sup>15</sup> This finding is in line with prior practice of the Court in similar procedural circumstances: in the Myanmar/Bangladesh Situation, PTC I made a ruling that the ICC "has" jurisdiction under Article 12 without applying an evidential standard of proof. *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, 6 September 2018, ICC-RoC46 (3)-01/18-37, para. 73.

<sup>16</sup> [Prosecution Request](#), Section II (B) (1)-(2).

النتائج، وتبرير النتائج إلى الوراء بعيداً عن النتيجة المرغوبة، واختيار الحجج والحقائق التي تبدو مؤيدة لهذه النتيجة، ولكن لا يمكن دعمها إذا تم فحصها بشكل صحيح.

الدولانية: فلسطين ليست دولة لها صلاحية الانضمام إلى نظام روما الأساسي بموجب المادة (3/125).

**13.** إن نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في هذه الحالة (الاقليمية أو غيرها) يتوقف على (من بين أمور أخرى) اعتبار فلسطين كدولة طرف في نظام روما الأساسي. إلى الحد الذي يُطلب فيه من الدائرة التمهيدية إصدار حكم بشأن أهلية المحكمة الجنائية الدولية لممارسة الولاية القضائية في هذه الحالة، فإن لديها الصلاحية لاتخاذ جميع المحددات القانونية اللازمة لهذا الغرض، بما في ذلك صلاحية تقييم انضمام كيان إلى نظام روما الأساسي، وأي تفسير آخر من شأنه أن يجرّد القضاة من دورهم الأساسي كونهم أوصياء نهائيين على الممارسة الصحيحة للولاية القضائية للمحكمة.<sup>17</sup>

**14.** تنص المادة (3/125) على أنه يمكن "لجميع الدول الانضمام إلى نظام روما الأساسي". نقطة البداية -كما هو الحال مع أي تفسير نصي- يجب أن تكون بالنظر إلى المعنى العادي للكلمات المستخدمة، أي ان الكيان الذي يرغب في الانضمام إلى نظام روما الأساسي هو "دولة" بموجب القانون الدولي العام. وهذا كذلك خصوصاً في ضوء حقيقة أن نظام روما الأساسي لم يعرّف مصطلح "الدولة". وأي معنى خاص، يُستمد على سبيل المثال من الإشارة إلى الممارسة الإدارية للأمين العام للأمم المتحدة، أو حقيقة أن صيغة "جميع الدول" قد يكون لها معنى خاص في ذلك السياق، لا يمكن أن تغير نقطة البداية تلك. يشمل المعنى العادي لكلمة "دولة" معايير الدولة والتي لا تفي بها فلسطين، كما أقر بذلك مكتب المدعي العام نفسه.<sup>18</sup> ولا يمكن ان تكون ممارسة الأمين العام للأمم المتحدة بديلاً لتحديد أن كياناً ما هو "دولة" بموجب القانون الدولي ولأغراض المادة (3/125).

**15.** إن الأمين العام للأمم المتحدة يمارس وظيفة إدارية بحتة كجهة وديعة لصكوك الانضمام،<sup>19</sup> ولا يُطلب منه اتخاذ قرارات قانونية موضوعية، ولا سيما بشأن قدرة الكيان بموجب القانون الدولي. وكما لاحظ الأمين العام للأمم المتحدة في موجز التفسير: "رداً على الأسئلة المطروحة فيما يتعلق بالتفسير المقدم لصيغة جميع الدول، ذكر الأمين العام في عدة مناسبات أن هناك مناطق معينة في العالم وضعها غير واضح. [...] وهو لا

<sup>17</sup> As reflected by the kompetenz-kompetenz principle enshrined in Article 19(1) of the Rome Statute.

<sup>18</sup> See in far bara .32

<sup>19</sup> See IJL Request, para. 3. Todd Buchwald, International Criminal Court and the Question of Palestine's Statehood: Part I, Just Security, 22 January 2020; "The International Criminal Court's lack of jurisdiction over the so-called 'situation in Palestine'", Memorandum by the Office of the Attorney General of the State of Israel, ("AG Memo"), para. 2

يرغب في أن يحدد، بمبادراته الفردية، المسألة السياسية المثيرة للجدل بدرجة كبيرة حول ما إذا كانت المناطق التي لها وضع غير واضح دولاً أم لا. وهو يعتقد أن مثل هذا التحديد يقع خارج اختصاصه".<sup>20</sup> وعلاوة على ذلك، "عندما تم اعتماد صيغة "أي دولة" أو "جميع الدول"، فإن الأمين العام للأمم المتحدة سيكون قادراً على إنفاذها فقط في حال زودته الجمعية العامة بالقائمة الكاملة للدول التي تدخل في هذه الصيغة،<sup>21</sup> وينبغي أن تكون هناك "إشارات لا لبس فيها من الجمعية العامة على أن كيانا معيناً يعتبر دولة".<sup>22</sup> تلاحظ الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) أن الدائرة التمهيدية ملزمة (عملاً بالمادة (1/19)) بتقييم الصحة القانونية لهذه الممارسات التي لا تخلو من الصعوبات.

**16.** أولاً: الاعتماد على الجمعية العامة للأمم المتحدة كمصدر للشرعية لتحديد مضمون صيغة "جميع الدول" يعني الاعتماد على هيئة سياسية قراراتها ليس لها تأثير ملزم بموجب القانون الدولي ولا أي سلطة قانونية مباشرة في حد ذاتها. وبالنظر إلى تنوع الأسباب التي يمكن من خلالها صياغة القرار بطريقة معينة أو اعتماده في لحظة معينة من الزمن، فإن هذا يثير أيضاً مسألة التعسف في تحديد الدولة، وهو ما يتعارض مع اليقين القانوني. ولهذا السبب يجب على الأجهزة القضائية للمحكمة أن تتوخى الحذر قبل الاعتماد على انضمام فلسطين إلى معاهدات أو منظمات أخرى باعتبارها حاسمة لشرعية انضمامها إلى نظام روما الأساسي. لا يوجد سياق آخر ينشئ ولاية قضائية جنائية -تتمتع بصلاحيات فرض العقوبات الملزمة على الأفراد- يشترط مسبقاً متطلبات قضائية تهدف إلى احترام سيادة الدولة. وقبول مثل هذا الدور المحوري للجمعية العامة للأمم المتحدة في سياق المعاهدات المتعددة الأطراف غير التابعة للأمم المتحدة أمر يثير المشاكل لأنه يعطي لهيئة سياسية تابعة لمنظمة دولية سلطة تقرير أي كيان يمكنه الانضمام إلى هيئة أخرى.

**17.** ثانياً: تشير الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) إلى أن الأمين العام للأمم المتحدة لم يمتثل باتباع إجراءاته الخاصة. لم يقدم ملخصه أي أمثلة عن اتصال الأمين العام للأمم المتحدة بالجمعية العامة للأمم المتحدة للحصول على إرشادات، بل إنه افترض ما قد تقوله الجمعية العامة للأمم المتحدة. على سبيل المثال، حين أدرك الأمين العام أن جزر كوك يمكن إدراجها في صيغة "جميع الدول"، اعتمد بشكل حصري على انضمامها إلى منظمة الصحة العالمية.<sup>23</sup> تكمن صعوبة هذا النهج في أنه يزيل التمييز بين صيغة "جميع الدول" و "صيغة فيينا"، من خلال تطبيق "صيغة فيينا" على المعاهدات التي لم تتوفر من أجلها، مثل نظام روما

<sup>20</sup> Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties, para. 81.

<sup>21</sup> Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties, para. 81.

<sup>22</sup> Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties, para. 83.

<sup>23</sup> Summary of Practice of the Secretary-General as Depository of Multilateral Treaties, para. 81.

الأساسي. كما لم يشرع الأمين العام للأمم المتحدة في الحصول على إشارات "لا لبس فيها" من الجمعية العامة للأمم المتحدة في الوضع الحالي -وكما هو موضح أدناه- فإن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (19/67) لم يقدم مثل هذا الإشارة "القاطعة". النتيجة لهذا النهج، الذي يعتمد على انضمام كيان إلى منظمات دولية معينة، هو أن تحديد اكتساب صفة الدولة بموجب القانون الدولي يتم -في الواقع- من خلال قواعد اجرائية لمنظمة معينة باعتباره نتيجة "ضمنية" للانضمام إلى منظمة دولية.<sup>24</sup>

**18.** في نهاية الأمر، يجعل نهج مكتب المدعي العام الاختبار الذي قدمه الأمين العام للأمم المتحدة لتحديد صيغة جميع الدول اختباراً يبدو تلقائياً للدولة من أجل انضمامها إلى المعاهدات الدولية، وهذا بدوره يحجب الغرض من ممارسة الأمين العام للأمم المتحدة، وهو تقديم التوجيه في حل "المواقف السياسية والمثيرة للجدل للغاية"، حيثما تكون الدولة غير واضحة أو متنازع عليها، كما هو الحال في فلسطين. لا يمكن أن يؤدي الاعتماد حصرياً على مثل هذا "الاختبار" للالتفاف على واجب تحديد ما إذا كانت فلسطين "دولة" بموجب القانون الدولي العام. إن الممارسة الإدارية البيروقراطية للأمين العام للأمم المتحدة ليست طريقة مقبولة للتعامل مع مسألة الاختصاص هذه وينبغي رفضها.

#### *يفتقر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (19/67) للتأثير المادي*

**19.** بالإضافة إلى الصعوبات الناشئة عن الدور المفترض والممنوح من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة للأمين العام للأمم المتحدة في تحديد مضمون صيغة "جميع الدول"، فإن الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) تعترض على القيمة التي يعطيها مكتب المدعي العام لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (19/67)، المؤرخ في 2012/11/29. في هذا السياق، في الواقع، فإن القرار 19/67 (الذي منحت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجبه فلسطين مركز الدولة المراقب غير العضو في الأمم المتحدة) لا يشكل أي أساس فيما إذا كانت فلسطين دولة قادرة على الانضمام إلى نظام روما الأساسي.<sup>25</sup>

**20.** أولاً: نتذكر أن "وضع الدولة المراقب غير العضو" لا ينبثق عن ميثاق الأمم المتحدة، ويشكل ابتكاراً للجمعية العامة للأمم المتحدة. وتقتصر وظيفته ببساطة على التعامل مع التفاعلات الإدارية بين كيان ما والأمم المتحدة، وتأثيره داخل حدود الامم المتحدة نفسها فقط. وعلاوة على ذلك، تم منح هذا الوضع في الماضي

<sup>24</sup> Jure Vidmar, 'Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood', 12 Chinese Journal of International Law (2013), 19-41, para. 65.

<sup>25</sup> AG Memo, para. 21.

لكيانات لم تكن دولا بموجب القانون الدولي العام في وقت حصولها عليه، مثل بنغلادش والنمسا.<sup>26</sup> ولا ينبغي اعطاء وزن لاستخدام كلمة "دولة" في القرار (19/67) كمحدد للدولانية الموضوعية، ولا يمكن لوصف "الدولة المراقب غير العضو" أن يكون بديلاً لإثبات أن الكيان هو دولة.

**21.** ثانياً: إن الإعلانات المختلفة التي أدلت بها الدول المعنية عند اتخاذ القرار (19/67) تظهر أن القرار لم يعتبر فلسطين كدولة بموجب القانون الدولي العام. في الواقع، عدة دول أصدرت إعلانات تنص صراحة على أنه لا ينبغي تفسير القرار على أنه اعتراف بدولة.<sup>27</sup> حتى ان إيطاليا والمملكة المتحدة اشترطتا في تصويتها التأكيد على أن فلسطين لن تسعى لإجراءات في المحكمة الجنائية الدولية.<sup>28</sup> ويبدو أيضاً، أن من بين 138 دولة صوتت لصالح القرار، 24 منها، أي ما يقرب من 20%، لا تعترف بفلسطين كدولة، كالنمسا وفرنسا ونيوزلندا. في ظل هذه الظروف، من الصعب تصور أن القرار (19/67) قدم إرشادات "لا لبس فيها" إلى الأمين العام للأمم المتحدة فيما يتعلق بإمكانية وقوع فلسطين ضمن صيغة "جميع الدول".<sup>29</sup>

**22.** وبشكل أعم، فإن اعتماد مكتب المدعي العام على القرار (19/67) يوضح تقييمه لاستنتاجات الهيئات السياسية على أنها "أمور واقع" يمكن أن تعتمد عليها الدائرة التمهيدية بهذه الصورة.<sup>30</sup> إن على الدائرة التمهيدية أن ترفض منهجية مكتب المدعي العام المعيبة، والتي رفض من خلالها إجراء تقييمه المستقل الخاص للوضع القانوني والواقعي. ما من شك في أنه في بعض الظروف، وبينما تكون قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة غير ملزمة بموجب ميثاق الأمم المتحدة، ناهيك عن القانون الدولي العام، فإن ممارسة الجمعية العامة للأمم المتحدة قد تكون بمثابة دليل، على أساس كل حالة على حدة، للرأي القانوني لفرادى الدول حيال قضية معينة.<sup>31</sup> ومع ذلك، هذا الاحتمال لا يبرر النظر في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة على أنها تمثل وجهة نظر "المجتمع الدولي" دون مزيد من التحقيق.<sup>32</sup> هذا سوف يمنح قوة مفرطة للجمعية العامة للأمم المتحدة، ولن يتماشى مع دورها بموجب ميثاق الأمم المتحدة.<sup>33</sup> وتتعارض هذه الممارسة أيضاً مع التزامات مكتب المدعي

<sup>26</sup> Jure Vidmar, 'Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood', 12 Chinese Journal of International Law (2013), 19–41, para. 19-25, noting that "It is thus easier to 'park' a contested entity in the extra-Charter club of non-member States and, by adding the word 'States' into the name of this club, imply that these entities, in fact, are States" (para. 26).

<sup>27</sup> GA Res 67/19 of 4 December 2012, UN Doc A/RES/67/19, para. 2. See also UN Press Release, [General Assembly Votes Overwhelmingly to Accord Palestine 'Non-Member Observer State' Status in United Nations](#), 29 November 2012, GA/11317. Austria has reiterated this position in its request to submit an *amicus curiae* in the current proceedings (ICC-01/18-42).

<sup>28</sup> UNGA Official Records, A/67/PV.44, p. 15 (for the UK), p. 19 (for Italy).

<sup>29</sup> Prosecution Request, paras. 124-126.

<sup>30</sup> Prosecution Request, paras. 10 and 157.

<sup>31</sup> Jure Vidmar, 'Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood', 12 Chinese Journal of International Law (2013), 1941, para. 27.

<sup>32</sup> Prosecution Request, para. 10.

<sup>33</sup> oTP [https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-policy-pe-11\\_2013](https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-policy-pe-11_2013)

العام بموجب نظام روما الأساسي،<sup>34</sup> ومدونة قواعد السلوك لمكتب المدعي العام،<sup>35</sup> وسياسة مكتب المدعي العام نفسه عند إجراء التحقيق الابتدائي: "بينما يتفاعل المكتب مع الدول أو أجهزة الأمم المتحدة أو المنظمات الحكومية أو غير الحكومية أو مصادر موثوقة أخرى، وقد يطلب معلومات منها، فإن أي معلومات يتم تلقيها تخضع للتحليل والتقييم النقدي".<sup>36</sup>

**23.** وأخيراً تشير الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) إلى أن مكتب المدعي العام يعتمد على "ما يبدو مذكرة داخلية مسربة" لمكتب الأمم المتحدة للشؤون القانونية لدعم استنتاجاته فيما يتعلق بالقرار (19/67).<sup>37</sup> ولا يبدو أن مكتب المدعي العام قد اتخذ أي خطوات لتحديد صحة الوثيقة،<sup>38</sup> ولا كيف تم نشر هذه الوثيقة التي تبدو سرية، إذا كانت صحيحة، على موقع البعثة الفلسطينية لدى الأمم المتحدة.<sup>39</sup> على أي حال، فإن هذه المذكرة، حتى لو كانت صحيحة، تتناول المسألة في فقرة واحدة لا تتضمن أي مناقشة قانونية للمحتوى والسياق الفعليين للقرار (19/67) ولا تقدم أي شرح لماذا قد يكون لهذا القرار صلة من الناحية القانونية.<sup>40</sup> في مثل هذا السياق، لا ينبغي منح أي قيمة صالحة أو وزن معياري لهذه المذكرة المزعومة لمكتب الشؤون القانونية للأمم المتحدة.

الدولانية: حتى لو كانت دولة طرف، فإن فلسطين ليست دولة لغايات المادة 12(2).

**24.** في حين أن الانضمام إذا كان باطلاً فإن هذا يعني أنه لا يلزم إجراء مزيد من التحقيقات بموجب المادة 12(2)(أ)، وإذا ما وجدت الدائرة أن انضمام فلسطين أمر صحيح، فإن هذا ليس حاسماً في حد ذاته.<sup>41</sup> لا يزال المرء بحاجة إلى تحديد ما إذا كان مركز الدولة الطرف وحده كافياً لأغراض المادة 12(2). في طلبه، يزعم مكتب المدعي العام أن صحة الانضمام تعني ضمناً عدم الحاجة إلى معالجة هذه المسألة.<sup>42</sup> يدعى مكتب المدعي العام: بأنه "قد يبدو متعارضاً مع مبدأ الفعالية وحسن النية السماح لكيان ما بالانضمام إلى المحكمة الجنائية الدولية وبعد

<sup>34</sup> Rome Statute, Articles 42 and 54(1)(a).

<sup>35</sup> Code of Conduct for the Office of the Prosecutor, para. 49(b).

<sup>36</sup> OTP, Policy Paper on Preliminary Examinations, para. 27.

<sup>37</sup> Prosecution Request, para. 124.

<sup>38</sup> The document indicates that "this memorandum is for internal use only and is not for distribution to Member States or the media."

<sup>39</sup> As suggested by the link provided by the OTP in its Request to view the document: [palestineun.org/wp-content/uploads/2013/08/012-UN-Memo-regarding-67-19.pdf](http://palestineun.org/wp-content/uploads/2013/08/012-UN-Memo-regarding-67-19.pdf).

<sup>40</sup> UN Interoffice Memorandum, 21 December 2012, para. 15.

<sup>41</sup> AG Memo, para. 20.

<sup>42</sup> Prosecution Request, para. 114.

ذلك إنكار حقوق والتزامات الانضمام — أي ممارسة المحكمة لاختصاصها القضائي بالنسبة للجرائم المرتكبة على أراضيها أو من قبل مواطنيها، سواء كانت الدولة هي التي تطالب بذلك أو غيرها.<sup>43</sup>

**25.** يخطئ المدعي العام في صياغة هذه المسألة من حيث "الحقوق والالتزامات". ان مسألة ما إذا كان الشرط المسبق لممارسة الولاية القضائية مستوفى لا علاقة له بحقوق والتزامات الدولة الطرف بموجب نظام روما الأساسي. بدلا من ذلك، إنه قرار موضوعي وقانوني لمسألة قضائية. بهذا المعنى، فإن ادعاء مكتب المدعي العام بأن القيام بمثل هذا الإجراء قد يؤدي إلى أن دولة طرف قد يكون مسموحا لها فقط بالمشاركة الكاملة في جمعية الدول الأطراف (ASP)، هو ادعاء ضعيف الصلة. لا توجد صلة بين الانضمام (والمشاركة اللاحقة في مسائل جمعية الدول الأطراف (ASP) كدولة طرف) ومسألة تحديد ما إذا كانت الشروط المسبقة للمادة 12 لممارسة الاختصاص قد تم الوفاء بها.

**26.** حتى إذا افترضنا أن عبارة "جميع الدول" في المادة 125 من نظام روما الأساسي قد يكون لها معنى خاص، فإن هذا لا يعني ضمنا أن كلمة "الدولة" بموجب قانون المعاهدات ونظام روما الأساسي يجب ان تفسر بنفس الطريقة الخاصة. المادتان (12) و(125) تخدمان أغراضا مختلفة، ويمكن الجدل، ان المادة (12) كنص متعلق بالاختصاص تتطلب تفسيراً أكثر صرامة نظرا الى التبعات المترتبة على استنتاج بموجب المادة (12) (2) بأن الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص مستوفاة.

**27.** يجادل مكتب المدعي العام بأن "الدولة" لأغراض المادتين (1)12 و(3)125 ينبغي أيضا ان تعتبر 'دولة' ضمن المادة (1)12 والمادة (2)12 من النظام الأساسي".<sup>44</sup> هذا الادعاء يخلط بين الوظائف المختلفة للمادة (1)12 والمادة (2)12. في حين أن لغة المادة (1/12)، من خلال استخدام عبارة "الدولة التي تصبح طرفاً في النظام الأساسي"، تشير ضمناً إلى أن قبول الاختصاص المادي للمحكمة هو نتيجة مباشرة للانضمام، فإن هذه اللغة لا تنعكس في المادة (2)12. وهذا امر غير مفاجئ لأنه، خلافا للمادة (1)12، فإن المادة (2)12 لا تتعلق نصياً بوجود الاختصاص بل بالشروط المسبقة لممارسة الاختصاص. لم تصاغ المادة (2)12 (أ) في إطار "القبول". بدلا من ذلك، فهي تعني ضمناً تحديد مستقل وموضوعي للنظر فيما إذا كان الشرط المسبق لممارسة الولاية الإقليمية مستوفى ام لا. بتعبير آخر، يخطئ مكتب المدعي العام بالخلط بين الحالة التي يكون

<sup>43</sup> Prosecution Request, para. 114.

<sup>44</sup> Prosecution Request, para. 103.

فيها وضع دولة طرف (أو إعلان صحيح بموجب المادة 12(3)) شرطاً مسبقاً وضرورياً بموجب المادة (12/2)أ، وبين حالة أن يكون ذلك شرطاً كافياً بموجب المادة.

**28.** بشكل مثير للاهتمام، يزعم مكتب المدعي العام أن "هذا النهج لن يمنع المحكمة من تعريف "الدولة" بشكل مختلف في المواقع الأخرى من النظام الأساسي بالقدر المطلوب. وعلى وجه التحديد، [...]، فإن مثل هذه القرارات لن تمس بالوظائف القضائية للمحكمة في تفسير وتطبيق مصطلح "الدولة" في أجزاء أخرى من النظام الأساسي.<sup>45</sup> وهكذا فإن مكتب المدعي العام يقبل أن كلمة "دولة" في موضع آخر من نظام روما الأساسي يمكن تفسيرها بشكل مختلف عن تفسيره لصيغة "جميع الدول" بموجب المادة 125(3). ومع ذلك، فإنه لم يفسر لماذا لا يمكن اعتبار الحالة كذلك لغايات المادة 12(2)، خصوصاً أنها تتعلق "بالوظائف القضائية الخاصة بالمحكمة" (والتي يعترف مكتب المدعي العام بأنها اعتبارات مادية).<sup>46</sup> في الحقيقة الأمثلة اللاحقة التي قدمها مكتب المدعي العام في الطلب تدعم هذا الرأي.

**29.** على سبيل المثال، يشير مكتب المدعي العام إلى الوضع في جورجيا،<sup>47</sup> حيث كلا من مكتب المدعي العام والدائرة التمهيدية الأولى (في قرار المادة 15) عالجتا حالة أوسيتيا الجنوبية بموجب القانون الدولي العام وتحديداً في سياق تقييم "الاختصاص الإقليمي" بموجب المادة 12(2)أ. وتلاحظ الرابطة الدولية للمحاميين والقانونيين اليهود "IJL" في هذا السياق أيضاً أن مكتب المدعي العام، في ذلك الوقت، طرح كعامل حاسم حقيقة أن أوسيتيا الجنوبية لم تكن عضواً في الأمم المتحدة،<sup>48</sup> ومع ذلك لم يعط أهمية لهذا الوضع في الحالة الراهنة. مكتب المدعي العام لم يوضح لماذا أن النهج الذي تبناه هو والدائرة التمهيدية الأولى في حالة جورجيا يجب ألا يتم تطبيقه على حالة فلسطين، أو كيف يمكن تفسير هذا النهج غير المتسق بشكل ملحوظ بعقلانية.

**30.** ويؤكد مكتب المدعي العام كذلك أنه، في القرار الخاص بجورجيا المادة (15)، "يبدو أن أغلبية الدائرة التمهيدية الأولى اعتبرت أن الإجراءات المحلية التي تجريها الدول بموجب القانون الدولي العام ذات صلة لأغراض تقييم المقبولية بموجب المادة (17).<sup>49</sup> وبعبارة أخرى، يبدو أن مكتب المدعي العام يقبل أن كلمة "دولة" في المادة (17) يمكن تفسيرها وفقاً للقانون الدولي العام عند تحديد وجود إجراءات محلية قد تكون ذات

<sup>45</sup> Prosecution Request, para. 118.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> Prosecution Request, para. 122.

<sup>48</sup> Georgia Article 15 Request, para. 54.

<sup>49</sup> Prosecution Request, para. 118.

صلة بتقييم المقبولية. فلماذا لا ينطبق هذا أيضًا على المادة 12(2)، وكيف يمكن تفسير هذا التناقض عقلاً؟ وتلاحظ الرابطة الدولية للمحامين والحقوقيين اليهود (IJL) أيضاً عواقب حجة مكتب المدعي العام بأن "الدولة" بموجب المادة 12(2)(أ) يمكن تقييمها بشكل مختلف عن المادة (17): تعني أن الدائرة يمكن أن تقبل بدولانية فلسطينية بموجب المادة 12(2)(أ)، ولكن سيكون لها الحرية في الاستنتاج في تقييم المقبولية اللاحق بأن فلسطين ليست دولة بموجب القانون الدولي العام. من المؤكد أن "فعالية" نظام روما الأساسي، كما أشار إليه مكتب المدعي العام عدة مرات، لن ينفع مع مثل هذا النهج المجزأ و(المتناقض).

**31.** الموقف الصحيح هو أنه يجب على الدائرة تفسير كلمة "الدولة" في المادة 12(2) وفقاً لمعناها العادي بموجب القانون الدولي العام. وتعد المادة (12) واحدة من أكثر الأحكام، إن لم تكن الأكثر، المتنازع عليها في مؤتمر روما.<sup>50</sup> ولو افترضنا أن الدول أرادت أن يكون لكلمة "دولة" معنى خاصاً عندما تم التفاوض على المادة (12) في مؤتمر روما فإن لنا أن نفترض أنهم كانوا سوف يشيرون إلى ذلك إما في لغة المعاهدة أو في الأعمال التحضيرية. لكنهم لم يفعلوا، وهذا لسبب منطقي تماماً كان في اعتبارهم وهو أن التعريف بموجب القانون الدولي العرفي سيكون هو السائد.

الدولانية: فلسطين ليست دولة بموجب القانون الدولي العام لأغراض المادة 12(2)(أ).

**32.** يعترف مكتب المدعي العام بأن فلسطين ليست "دولة" بموجب شروط الدولة التي حددها القانون الدولي العرفي على النحو المنصوص عليه في اتفاقية مونتيبيديو لعام 1933 (جنباً إلى جنب مع معيار الاستقلال).<sup>51</sup> وتشير إلى أن "سلطة فلسطين تبدو محدودة جداً على المنطقتين (أ) و (ب) من الضفة الغربية وتخضع لقيود مهمة"<sup>52</sup>، وتقر (وإن كان ذلك في الحاشية) بأن "معيار الاستقلال يحدد عادة مفهوم الدولة" كما هو محدد في حالة جزيرة بالماس.<sup>53</sup> في حين أن هذا كان يجب أن يختم تحليله، يقترح مكتب المدعي العام كبديل،<sup>54</sup> أنه في حالة فلسطين بشكل خاص، يمكن تخفيف الشروط المتعارف عليها لاكتساب صفة الدولة نظراً إلى الطبيعة

<sup>50</sup> W. Schabas and G. Pecorella, 'Article 12', in O. Triffterer and K. Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (C.H. Beck/Hart/Nomos, 3rd ed., 2016), mn-1.

<sup>51</sup> [Prosecution Request](#), para. 145; see also [AG Memo](#), para. 33.

<sup>52</sup> [Prosecution Request](#), para. 145.

<sup>53</sup> [Prosecution Request](#), n. 484 citing *Island of Palmas Case* (1928) 2 RIAA 829, 838 ("Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State").

<sup>54</sup> [Prosecution Request](#), para. 145.

الاستثنائية المزعومة لهذا الوضع.<sup>55</sup> الحجج التي يقدمها مكتب المدعي العام لصالح مثل هذا النهج لا تستند لا للأساس القانوني ولا الواقعي.

**33.** أولاً: إن حق الفلسطينيين في تقرير المصير لا يشكل موضوعياً دولة فلسطينية. في الواقع، في طلبه، لم يقدم مكتب المدعي العام بأية محاولة لشرح العلاقة بين تقرير المصير والدولة، ناهيك عن شرح كيف سيكون للاعتراف بحق الفلسطينيين في تقرير المصير في الوضع الحالي أي تأثير على تحديد ما إذا كانت فلسطين دولة أم لا. والحقيقة هي أن الاعتراف بهذا الحق لا يستتبعه الحق في اعتبارها دولة في حد ذاتها،<sup>56</sup> وليس له أي تأثير محدد على تحديد ما إذا كانت فلسطين دولة حالياً بموجب القانون الدولي. والواقع أن ممارسة الدول لا تشير إلى أن الحق في تقرير المصير يمتد إلى الإنجاز الفعلي للدولة وحدها أو ترسيم الحدود الدولية.<sup>57</sup>

**34.** ثانياً: يدعي مكتب المدعي العام أن "الهدف والغرض" من النظام الأساسي أن ("أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي ككل يجب ألا تمر دون عقاب") هو مبرر للنظر في أن فلسطين دولة بموجب المادة 12.<sup>58</sup> من خلال الاعتماد على هدف وغرض المحكمة الجنائية الدولية للدعوة إلى "تفسير أكثر اتساعاً" للمادة 12،<sup>59</sup> فإن مكتب المدعي العام يعترف بشكل أساسي بأن فهمه للمادة 12 لا يتماشى مع التفسير النصي لتلك المادة. وبشكل أعم، يجب على الدائرة التمهيدية التعامل بحذر مع أي دعوات للتفسير "واسع" النطاق لنظام روما الأساسي الذي، باعتباره قانوناً جنائياً، يخلق توترًا متأصلاً مع مبدأ اليقين القانوني ومبدأ الشرعية الذي يجب أن يكون في صميم أي عملية قانونية جنائية مشروعة.<sup>60</sup> وأخيراً، فإن الإشارة العامة إلى الهدف والغرض من نظام روما الأساسي لا يمكن، بأي حال، أن تشكل أساساً للمحكمة لتجد أن لها اختصاصاً أو مسموحاً لها بممارسة الاختصاص في الحالة التي يكون فيها قبول المادة 12 (2) (أ) غير مؤكد.<sup>61</sup> إن الاستناد بشكل انتقائي إلى فقرات معينة من ديباجة نظام روما الأساسي لا يمكن أن يحل محل وجود أسس قانونية يمكن لها بموجبها أن تمارس الاختصاص، بما في ذلك الشروط المسبقة للمادة 12.

<sup>55</sup> [Prosecution Request](#), para. 144.

<sup>56</sup> [AG Memo](#), para. 40 and n. 97 providing concrete examples of such practice.

<sup>57</sup> J. R. Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford 2007) (hereinafter "[Crawford](#)"), p.446. A. Zemach, 'Assessing the Scope of the Palestinian Territorial Entitlement,' *Fordham International Law Journal* 42:4 (2019) 1203 (hereinafter "[Zemach](#)"), 1237.

<sup>58</sup> [Prosecution Request](#), para. 180.

<sup>59</sup> [Prosecution Request](#), n. 567, favourably quoting M. Vagias, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, (Cambridge 2014), p. 76-77.

<sup>60</sup> D. Jacobs, [Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories](#) in *International Legal Positivism World*, Jean d'Aspremont and Jörg Kammerhofer, eds. (Cambridge 2012).

<sup>61</sup> See Rome Statute, Preamble, recitals 7 and 8. See also *infra* para. 59.

**35.** ثالثاً: يتبنى مكتب المدعي العام استدلالاً قانونياً وواقعياً معيباً عند النظر إلى وجوب اعتبار فلسطين دولة نتيجةً لأنشطة إسرائيل غير القانونية المزعومة (وما يسمى) بـ"أنشطة الاستيطان". لا يوجد في الطلب أي تفسير أو تسبب لتوضيح لماذا هناك تركيز على هذه المسألة. في الواقع، يلاحظ مكتب المدعي العام ما يلي: "من المستحيل تحديد عامل واحد لشرح المأزق المستمر في حالة فلسطين. ولا يتحمل طرف واحد فقط المسؤولية وحده. ولا يمكن للمحكمة ولا ينبغي لها أن تحاول تحديد جميع العوامل المساهمة. هذا ليس ضرورياً للقرار الحالي ويتجاوز بكل احترام اختصاص هذه المحكمة."<sup>62</sup> ثم ينتقل الطلب بعد ذلك حصرياً لمناقشة "الأنشطة الاستيطانية" الإسرائيلية دون أي إشارة إلى سبب انسجام ذلك مع ملاحظات الادعاء العام الخاصة حول مدى تعقيد الوضع. علاوة على ذلك، بينما لا يحاول مكتب المدعي العام شرح كيف يمكن أن يكون للانتهاكات المزعومة للقانون الدولي من قبل دولة ما أي تأثير على تشكيل كيان آخر كدولة. يمكن للمرء أن يخلص إلى أن مكتب المدعي العام يطرح ضمناً نوعاً من مفهوم الدولة العلاجية "remedial statehood"، التي لا يوجد لها أي أساس في القانون الدولي. حتى أنه لا يوجد حق معترف به في القانون الدولي للانسحاب العلاجي "remedial secession"،<sup>63</sup> ناهيك عن "الدولة العلاجية"، ولم يقدّم مكتب المدعي العام بأي محاولة لإثبات خلاف ذلك.

### قرار مكتب المدعي العام المسبق بعدم شرعية "النشاط الاستيطاني"

**36.** إن إشارات مكتب المدعي العام إلى "الأنشطة الاستيطانية" في طلبه هي أكثر إشكالية نظراً إلى ارتباطها بقرارات مكتب المدعي العام فيما يتعلق بالاختصاص الموضوعي، وخاصة ادعائه بوجود أساس معقول للاعتقاد بأن "السلطات الإسرائيلية ارتكبت جرائم حرب بموجب المادة 8 (2) (ب) (8) فيما يتعلق - من بين عدة أمور- بنقل المدنيين الإسرائيليين في الضفة الغربية منذ 2014/6/13.<sup>64</sup> بينما يعد مقبولاً وجود فرق بين عدم القانونية المزعومة "للأنشطة الاستيطانية" بموجب القانون الدولي العام وبين عناصر المادة 8 (2) (ب) (8)، توجد صلة منطقية و(سردية) واضحة بين الاثنين، ومن الصعب عدم رؤية كيف أن القبول غير الحاسم بأن كل "نشاط استيطاني" سيكون غير قانوني بموجب القانون الدولي لا يمثل تحديداً مسبقاً للاستنتاجات التي ينبغي التوصل إليها بموجب المادة 8 (2) (ب) (8) في سياق أي تحقيق مستقبلي. علاوة على ذلك، إذا اتبعت الدائرة التمهيدية منطق مكتب المدعي العام، فستكون في الواقع قد حكمت بشكل مسبق في القضية. ونتيجة أخرى للتأكيد غير المبرر لمكتب المدعي العام فيما يتعلق بالنشاط الاستيطاني في سياق المادة 12(2)(أ)

<sup>62</sup> Prosecution Request, para. 157.

<sup>63</sup> K. del Mar, The myth of remedial secession, in D. French, *Statehood and Self-Determination* (CUP, 2013), at 379.

<sup>64</sup> Prosecution Request, para. 95.

هي أن أي نتائج سلبية مستقبلية تتعلق بالمادة 8 (2) (ب) (8) سيكون لها أثر رجعي مباشر على الاختصاص الموضوعي للمحكمة، مما يخلق عدم يقين قانوني والذي بحكم التعريف يقوض الغرض من الممارسة الحالية.

### (3) لا توجد أرض فلسطينية لأغراض المادة 12(2)(أ)

37. يشير مكتب المدعي العام أن "الاختصاص الإقليمي" للمحكمة يمتد إلى "الأراضي التي احتلتها إسرائيل خلال حرب الأيام الستة في حزيران 1967، وهي الضفة الغربية، بما في ذلك القدس الشرقية، وغزة." هذه المنطقة، وفقاً لمكتب المدعي العام، "محددة من خلال 'الخط الأخضر' (المعروف أيضاً باسم "حدود ما قبل عام 1967")، خط الترسيم المتفق عليه في هدنة عام 1949." حسب وجهة نظر مكتب المدعي العام، "فإن الأرض الفلسطينية المحتلة اعتُرف بها لوقت طويل بأنها الأرض التي يحق للشعب الفلسطيني أن يمارس فيها حقه في تقرير المصير وفي دولة مستقلة وذات سيادة."<sup>65</sup> لا توافق الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) على ذلك.

38. تقتضي المادة 12(2)(أ) من النظام الأساسي من المحكمة تحديد، وذلك كشرط مسبق لأي ممارسة للاختصاص على الجرائم التي تحظرها المادة 5، أن "الدولة التي وقع السلوك المعني على أراضيها" هي طرف في نظام روما الأساسي (أضيف التشديد). بما أن صفة السيادة القانونية على الأراضي التي يُزعم أن الجرائم تقع عليها هي شرط مسبق لممارسة الاختصاص عملاً بالمادة 12(2)(أ) (وكما هو مطلوب أيضاً بموجب المادة 4(2))، يجب أن يكون هناك يقين من أن "الدولة" (والتي يكون ممارسة الاختصاص فيها شرطاً مسبقاً) تمتلك "الإقليم" الذي يوجد أساس معقول للاعتقاد بحدوث سلوك عليه بموجب المادة 5. ينبع هذا التفسير النصي من الكلمات "التي" "duquel" الواردة في المادة 12(2)(أ). إذا كان حق فلسطين في الاختصاص على أرض معينة غير مكتمل، وملكيته الحصرية للأراضي لا يمكن إثباتها على وجه اليقين، فإن هذا بدوره يقدم دليلاً على أن الأرض ليست مملوكة لأي دولة فلسطينية.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> [Prosecution Request](#), para. 138. The OTP adopts the Palestinian Referral's position with respect to the territorial scope of the proposed investigation. See [Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13\(a\) and 14 of the Rome Statute](#), 15 May 2018, Ref: PAL-180515-Ref, paras. 3, 9, n.4.

<sup>66</sup> At various points in the Request the OTP acknowledges the *possessory* interest that is required by Article 12(2)(a). See [Prosecution Request](#), para. 7: "In order to exercise its jurisdiction in the territory of Palestine.."; para. 8 "... the Court may exercise its jurisdiction on its territory pursuant to article 12(2)(a)..."; para. 34: "... the Prosecution must determine whether the criminal conduct (or at least one element of it) has occurred within the 'territory' of a State Party (Palestine in this case)". See also [Prosecution Request](#), para. 49 (where the OTP described the 1949 lines as "territorial borders for temporary administration of these areas" (emphasis added)).

لم تحمل "دولة فلسطين" أبداً حقوق ملكية حصرية في الضفة الغربية أو قطاع غزة أو القدس الشرقية

**39.** منذ عام 1918 ، لم تتمكن أي دولة من تقديم مطالبة غير متنازع عليها ومعترف بها بالسيادة أو الملكية في القدس الشرقية أو الضفة الغربية أو قطاع غزة. في حين أنه، في بعض الأحيان خلال القرن الماضي، قدم العديد من الأطراف مطالبات علنية بالسيادة والملكية على أجزاء من هذه الأراضي، إلا أن جميع هذه المطالبات والإعلانات واجهت اعتراضات بشدة، ولا يمكن النظر إليها على أنها تمنح الحقوق والامتيازات الممنوحة للدول على أراضيها بموجب القانون الدولي.<sup>67</sup>

**40.** في آخر مرة كانت المناطق المشار إليها حالياً بالضفة الغربية وقطاع غزة والقدس الشرقية (بشكل كلي أو مجزئاً) تحت السيادة بلا منازع لدولة معترف بها كانت عام 1918. وفي ذلك العام قامت القوات البريطانية باحتلال المنطقة المعروفة آنذاك كـ "فلسطين"، منهية أكثر من 400 سنة من الحكم العثماني المتواصل. ستسيطر المملكة المتحدة فعلياً على الأراضي (بما في ذلك الضفة الغربية وقطاع غزة والقدس الشرقية) لمدة 30 عاماً وفقاً لنظام الانتداب الذي وضعه مؤتمر سان ريمو عام 1920. لم يحدث في أي وقت خلال هذه الفترة أن تطالب المملكة المتحدة رسمياً بالسيادة أو الملكية على هذه المنطقة، واستقرت بدلاً من ذلك على انتداب فلسطين المؤقت الصادر عن عصبة الأمم التي تم تشكيلها حديثاً (والتي سيشار إليها فيما يلي باسم "الانتداب").

**41.** بموجب الانتداب، أصبح التاج البريطاني "مسؤولاً عن وضع البلاد في ظل ظروف سياسية وإدارية واقتصادية وتأمين إقامة الوطن القومي اليهودي على النحو المنصوص عليه في الديباجة وتطوير مؤسسات الحكم الذاتي، وأيضاً لحماية الحقوق المدنية والدينية لجميع سكان فلسطين، بغض النظر عن العرق والدين."<sup>68</sup> كما نصت المادة 5 من الانتداب على أن "تكون الدولة المنتدبة مسؤولة عن ضمان عدم التنازل عن أو تأجير أو بأي طريقة وضع أي جزء من أراضي فلسطين تحت سيطرة حكومة دولة أجنبية."

**42.** أدت الاشتباكات المتكررة بين العرب واليهود المقيمين في فلسطين خلال فترة الحكم الانتدابي إلى اقتراحين منفصلين لتقسيم فلسطين.<sup>69</sup> كلاهما لم يكونا ملزمين أو مقبولين،<sup>70</sup> ونتيجة لذلك لم يتم تنفيذ أي منهما. بالتالي، حتى إنهاء الانتداب في أيار 1948، ظلت الأراضي الفلسطينية بدون أي سيادة أو حق قانوني وطني جديد. في تلك الأثناء، شهد بقية الشرق الأوسط تحولاً سياسياً هاماً. حصلت مصر على استقلال رسمي عن

<sup>67</sup> See e.g. M. N. Shaw, *The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority*, 306-307.

<sup>68</sup> Article 2 of the *Palestine Mandate*.

<sup>69</sup> The *Peel Commission Report*, published in July 1937 and the *Report of the United Nations Special Committee on Palestine*, published in September 1947. See also *General Assembly Resolution 181 (II) of 29 November 1947*.

<sup>70</sup> *General Assembly Resolution 181 (II) of 29 November 1947* "was intended as no more than a recommendation." *Crawford*, at 431. See also *Zemach*, 1211.

المملكة المتحدة في عام 1922.<sup>71</sup> نالت سوريا ولبنان استقلالها عن فرنسا الانتدابية في عام 1945، وأنشئت مملكة شرق الأردن الهاشمية في الأراضي الواقعة شرقي نهر الأردن عام 1946.

**43.** أعلنت دولة إسرائيل استقلالها في أيار 1948. لم يشر الإعلان الإسرائيلي إلى حدود معينة.<sup>72</sup> إلا أن الاعلان أدى إلى هجوم فوري من قبل جميع الدول العربية المجاورة العازمة على منع إقامة الدولة اليهودية. في نهاية القتال، تم الاتفاق على خطوط السيطرة العسكرية وتم تحديدها رسميًا في سلسلة من الاتفاقات العسكرية، الموقعة بين شباط ونيسان 1949.<sup>73</sup> لم تحل اتفاقيات الهدنة مسألة السيادة على أي جزء من أراضي الانتداب السابق. في الواقع، فقد تم الاتفاق صراحة على أنه "دون المساس بأي تسوية إقليمية مستقبلية أو خطوط الحدود المستقبلية أو ادعاءات أي من أي الطرفين فيما يتعلق بالأراضي."<sup>74</sup>

**44.** لم تطالب مصر بالسيادة على قطاع غزة المحتل حديثًا، وبدلاً من ذلك شكلت حكومة عسكرية في هذه المنطقة.<sup>75</sup> من ناحية أخرى، فإن إمارة شرق الأردن التي أنهت الحرب بالسيطرة على القدس الشرقية والضفة الغربية قررت (بدعم بريطاني) الخروج عن هذا المسار، وتغيير اسمها الرسمي في عام 1949 إلى "المملكة الأردنية الهاشمية"، وفي وقت لاحق (في نيسان 1950) الإعلان رسميًا عن ضم هذه الأراضي الجديدة. في واقع الأمر، لم يتم الاعتراف بالضم الأردني دوليًا أبدًا، وقد هددت الجامعة العربية المشكلة حديثًا بطرد الأردن من أجل ذلك. من الناحية الموضوعية، كانت المطالبات السيادية الأردنية (التي تم إلغاؤها رسميًا في عام 1988) مشكوكا فيها.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Egypt would only gain actual independence in 1952, following the 23 July Revolution.

<sup>72</sup> The actual language of the [declaration](#), made on May 14 1948, was "We.... hereby declare the establishment of a Jewish State in Eretz-Israel, to be known as the State of Israel."

<sup>73</sup> The OTP asserts that the Green Line represented the "territorial borders for temporary administration of these areas" and cites Dinstein, Black, Benvenisti, and the Wall Advisory Opinion in addition to the agreements themselves. Prosecution Request, para. 49, n.109. This assertion reflects the care which must be taken with the OTP's citation practice. The Dinstein paragraph does not support the proposition that the Green Line represents a "territorial border." On the contrary, it states that the ICJ "took the Green Line for granted as the border between Israel and the West Bank" (emphasis added). See Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2nd Ed. (Cambridge 2019) (hereinafter "Dinstein"), para. 45. Benvenisti does not claim that the Green Line represents "territorial borders". To the contrary, he states that the "territories differed from one another in their geographic and demographic conditions, as well as in their legal status" and continues by adding that the "different statuses of these territories, and developments pertaining specifically to some of these areas, necessitate a distinct analysis of the status of each of them." E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2nd Ed. (Oxford 2012), p.203. Black notes that the "ceasefire line, marked in green ink on UN maps, became known as the 'greenline'." He makes is no reference to "borders" established in 1949. I. Black, *Enemies and Neighbours: Arabs and Jews in Palestine and Israel, 1917-2017* (London 2017), p.130.

<sup>74</sup> [Israel-Jordan Armistice Agreement](#), Art. VI(8), (9). [Egypt and Israel: General Armistice Agreement](#), 24 February 1949, Art. V(2).

<sup>75</sup> The Egyptian administration over the Gaza Strip, later transformed into a Civil Administration, would last until Israeli forces entered the Gaza Strip in June 1967.

<sup>76</sup> Jordanian effective control resulted from a use of force that was not exercised in lawful self-defence. As put by Dr Kattan (in 2009), if "Transjordan was really sincere about entering Palestine on the basis of self-defence, then it would have withdrawn from the territory upon the termination of the war so that the Palestinian Arabs could have set up an independent state.

**45.** في حزيران 1967، خلال حرب الأيام الستة دخلت القوات الإسرائيلية القدس الشرقية والضفة الغربية وقطاع غزة، وطبقت إسرائيل القانون الإسرائيلي على القدس قبل أن يشرع الكنيست عام 1981 قانون أساس، والذي أعلن بموجبه القدس الموحدة عاصمةً لإسرائيل. أنتجت كلتا الحركتين انتقادات دولية كبيرة.<sup>77</sup> وأسست إسرائيل حكومة عسكرية في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة.

**46.** في تشرين الثاني 1988، أعلنت منظمة التحرير الفلسطينية "استقلال دولة فلسطين". صدر هذا الإعلان بدون أن تقوم منظمة التحرير الفلسطينية باستيفاء أي من شروط إقامة الدولة بموجب القانون الدولي، لذا فإن أهميتها القانونية موضع جدل وريبة، وهي، في أعلى مستوياتها، ذات أهمية سياسية وليست قانونية.<sup>78</sup>

**47.** ظل هذا الوضع على الأرض دون تغيير حتى منتصف التسعينات، عندما وقعت إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية سوية سلسلة من الاتفاقات التاريخية في إطار "عملية أوسلو للسلام" وإنشاء السلطة الفلسطينية (PA)، ونقل السلطة إليها تدريجياً على أجزاء من الضفة الغربية وقطاع غزة. وفقاً لعملية أوسلو، سحبت إسرائيل جيشها من جزء كبير من قطاع غزة. في أيلول 2005 انسحبت إسرائيل من طرف واحد من باقي قطاع غزة. في عام 2006 فقدت السلطة الفلسطينية السيطرة على قطاع غزة لصالح حماس. على الرغم من انسحاب إسرائيل من طرف واحد، استمرت الاشتباكات العسكرية بين الجماعات المسلحة في قطاع غزة وإسرائيل. في معظم الحالات، نتج ذلك عن إطلاق النار المتكرر من غزة إلى إسرائيل من الصواريخ والقذائف وقذائف الهاون وغيرها من المقذوفات المتفجرة أو الحارقة، وردت إسرائيل باستهداف جوي لأهداف عسكرية مختارة في غزة. في ثلاث مرات، في 9/2008 و2012 و2014 كانت هناك عمليات مشتركة على نطاق واسع من قبل إسرائيل ضد حماس والجماعات المسلحة الأخرى.<sup>79</sup>

**48.** كان هدف عملية أوسلو هو الوصول إلى "اتفاق الوضع الدائم" بين إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية. لسوء الحظ، حتى الآن فشل الطرفان في التوصل إلى مثل هذا الاتفاق الدائم الذي أدى إلى تعليق وضع الضفة الغربية حالياً في الاتفاق الانتقالي، والمتفق عليها في عام 1995 ("الاتفاق الانتقالي")، والذي

Instead, Jordan annexed it in 1950...". V. Kattan, *From Coexistence to Conquest: International Law and the Origins of the Arab-Israeli Conflict, 1891-1949* (Pluto 2009), p.243. Cf. V. Kattan, *The False Premise Sustaining Israel's West Bank Claim – Part II*, *Opinio Juris*, 8 April 2019 ("Jordan did not annex the West Bank"). Dr Kattan's changing position reflects the inconsistency and uncertainty of territorial claims in this situation.

<sup>77</sup> UNSC Resolution 252 (1968), UNSC Resolution 478 (1980). See also UNSC Resolution 2334 (2016). See also *Legal Consequences of the Building of a Wall in Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004*, ICJ Reports (2004), at 136, 167.

<sup>78</sup> See Dinstein, para. 53.

<sup>79</sup> Dinstein, paras. 49-50. See also para. 172.

بموجبه تنقسم السيطرة على الضفة الغربية بين السلطة الفلسطينية والحكومة العسكرية الإسرائيلية تحت نظام من ثلاث مناطق.<sup>80</sup>

### الاتفاقي الانتقالي "The Interim Agreement": مقدمة

**49.** إن الاتفاق الانتقالي هو وثيقة شاملة تعكس فقط أقرب ما توصل اليه الأطراف بشأن التسوية التفاوضية ولكن لا يزال تحكم اليوم العديد من جوانب العلاقات بين إسرائيل والسلطة الفلسطينية.<sup>81</sup> لا تحتوي الاتفاقية على بند إنهاؤها (كما لم يقرم أي من الطرفين بإنهاء الاتفاق) وتنص كذلك على أنه "لا يجوز لأي من الطرفين أن يبدأ أو يتخذ أي خطوة من شأنها تغيير وضع الضفة الغربية وقطاع غزة انتظاراً لنتائج مفاوضات الوضع النهائي."<sup>82</sup>

**50.** الاتفاق الانتقالي هو اتفاق بين أشخاص القانون الدولي (تحديداً إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية) وتلزم أي خليفة لمنظمة التحرير الفلسطينية.<sup>83</sup> وعلى الرغم من أنها تنص على أن عمر المجلس "لا يتجاوز ... خمس سنوات تبدأ من توقيع اتفاق غزة – أريحا بتاريخ 4 مايو 1994"،<sup>84</sup> الذي كان سينتهي على أبعد تقدير في 13 نيسان 1999،<sup>85</sup> فإنه في ظل عدم وجود بنود إنهاء فإن القانون الدولي العام يفترض أن الاتفاقية الدولية لا تزال سارية المفعول إلا إذا: (1) كان الطرفان يعترزمان بالفعل السماح بإنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها؛ أو (2) إذا كان حق الإنهاء أو الانسحاب "يمكن أن يُستنتج من طابع المعاهدة".<sup>86</sup> الاتفاق الانتقالي نفسه ينص على أن عملية أوسلو "لا رجوع فيها".<sup>87</sup> أعاد الطرفان التأكيد على مبادئ اتفاقيات أوسلو في مذكرة وأي ريفر

<sup>80</sup> Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Oslo II), 28 September 1995 (hereinafter "Interim Agreement").

<sup>81</sup> See AG Memo, para. 36. Dinstein, para. 59: "[Despite] the fact that numerous agreed-upon stipulations have been disregarded and even materially breached, neither the Parties to the 'Oslo Accords' nor the international community are willing to consider them defunct."

<sup>82</sup> Interim Agreement, Art. XXXI (7).

<sup>83</sup> As to whether the Oslo Accords are binding agreements between subjects of international law, see G. R. Watson, The Oslo Accords: International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreements (Oxford 2000), Chapter 5. E. Benvenisti, Forum : Towards Peace in the Middle East ? The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement, 4 EJIL (1993) 542, 545. Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 3. As to whether the Oslo Accords are binding on any successor to the PLO, see Article 10 of ARSIWA. See also International Law Commission, First report on succession of States in respect of State responsibility, A/CN.4/708, Sixty ninth session, 31 May 2017, para. 92. But see Croatia v Serbia (2015), para. 105 (declining to consider whether Article 10(2) expresses a principle that formed part of customary international law in 1991-1992 (or, indeed, at any time thereafter)).

<sup>84</sup> Interim Agreement, Article III(4).

<sup>85</sup> See E. Benvenisti, Forum : Towards Peace in the Middle East ? The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement, 4 EJIL (1993) 542, 547.

<sup>86</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 56(1)(b).

<sup>87</sup> Interim Agreement, Preamble, para. 4.

لعام 1998<sup>88</sup>، ومذكرة شرم الشيخ لعام 1999<sup>89</sup>، وكذلك من بين أمور أخرى في خريطة الطريق لعام 2003<sup>90</sup>، والتي بدورها أعيد التأكيد عليها في قرار مجلس الأمن رقم 2334. وكما يقول البروفيسور شو، فإن الترتيبات التي تم وضعها من خلال أوسلو "ما زالت سارية وتحدد الوضع القانوني بين الطرفين حتى يتم التوصل إلى تسوية نهائية متفق عليها." <sup>91</sup> حتى لو تم إنهاء الاتفاق الانتقالي بشكل قانوني (وهو ما لم يحدث)، توضح المادة 70 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات أن الإنهاء لا يؤثر على أي حق أو التزام أو "وضع قانوني" للأطراف تم إنشاؤه من خلال تنفيذ المعاهدة قبل الإنهاء.<sup>92</sup> ومن أمثلة هذه "الحالات القانونية" ترسيم الحدود والترتيبات الإقليمية والاعترافات.<sup>93</sup>

### الضفة الغربية وقطاع غزة والقدس الشرقية لا تشكل "دولة فلسطين"

**51.** يُظهر التاريخ والمعلومات المعروضة على الدائرة التمهيديّة أن السلطة الفلسطينية لم تكن أبدًا بكاملها فيما يتعلق بالضفة الغربية أو قطاع غزة أو القدس الشرقية، وأنه قد تم استبدالها فعليًا في قطاع غزة منذ عام 2006، وأنه لا يوجد اختصاص جنائي فلسطيني شامل في الأراضي. لم تُحكم الضفة الغربية وغزة والقدس الشرقية كوحدة إقليمية واحدة منذ عام 1918.<sup>94</sup> ليس للسلطات الفلسطينية حق كامل غير متنازع عليه، أو صفة السيادة لممارسة هذه السلطة. هذا أمر جوهري فيما يتعلق بجواز ممارسة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على السلوك الذي يحدث في أرض لا يمكن القول بأي درجة من اليقين أنها أراضي دولة فلسطين.

**52.** بموجب الاتفاق الانتقالي،<sup>95</sup> فإن الضفة الغربية وقطاع غزة (ولكن ليس القدس الشرقية) يتم تعيينها كوحدة إقليمية واحدة.<sup>96</sup> هذا لا يعني أنه تم الاتفاق على أن الضفة الغربية وقطاع غزة (أقل من ذلك، أنها بالفعل)

<sup>88</sup> Israel-Palestinian Liberation Organization, Wye River Memorandum, 1998, 37 ILM 1251 (1998).

<sup>89</sup> Sharm-el-Sheikh Memorandum on Implementation Timeline of Outstanding Commitments of Agreements Signed and the Resumption of Permanent Status Negotiations, 1999, 38 ILM 1465 (1999).

<sup>90</sup> Letter Dated 7 May 2003 from the Secretary-General addressed to the Security Council, Annex: A Performance- Based Road Map to a Permanent Two-State Solution to the Israeli- Palestinian Conflict, U.N. Doc. S/2003/529, 30 April 2003.

<sup>91</sup> M.N. Shaw, The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law, JICJ 9 (2011), 301-324, 308. See also, e.g., M. Rabbani, 'Twenty Years of Oslo and the Future of the Two-State Paradigm', in *20 Years Since Oslo: Palestinian Perspectives*, Heinrich Böll Stiftung (2013), p.29: Oslo has, in practice, "been among the most successful diplomatic agreements of the twentieth and for that matter twenty-first centuries. This becomes all the more apparent if we analyse Oslo in terms of what the agreement actually consists of, and the context in which it was produced and implemented..."

<sup>92</sup> Article 70(1)(b) and Article 71(2)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

<sup>93</sup> G. Fitzmaurice, Special Rapporteur, *Law of Treaties – Second Report*, Document A/CN.4/107, ILC Yearbook, Vol II (1957) 16, 67. Similarly, Article 54(b) of the Vienna Convention shows that States cannot simply release themselves at will from binding treaty obligations. See M. Newton, *How the ICC Threatens Treaty Norms*, 425.

<sup>94</sup> See *supra* section 39-48.

<sup>95</sup> See *supra* paras. 49-50.

<sup>96</sup> *Interim Agreement*, Article XI(1). See also *Prosecution Request*, para. 66.

ستشكل أراضي دولة فلسطينية. توضح الاتفاقات أن ترسيم الحدود الدائمة بين إسرائيل والدولة الفلسطينية المستقبلية متروك لمفاوضات الوضع النهائي.<sup>97</sup> على وجه التحديد، يقول دانيال ريزنر: "تم الاتفاق على صيغة "الوحدة الإقليمية الواحدة" لأول مرة بين إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية في سياق إعلان المبادئ الصادر في سبتمبر 1993 (المادة الرابعة) والذي بدأ عملية أوسلو. تم نسخها لاحقاً إلى الاتفاقيات التالية في إطار عملية أوسلو مثل الاتفاق الانتقالي. لا ينبغي للمرء أن يقرأ في هذه الصيغة أكثر مما تحتوي عليه: (1) السبب الأساسي لإدراج النص هو لتهدئة مخاوف منظمة التحرير الفلسطينية من أن إسرائيل سوف تحاول فصل قطاع غزة عن الضفة الغربية، تاركة للفلسطينيين السيطرة على أجزاء فقط من الأولى؛ (2) إنه لا يغير الحقيقة التاريخية المتمثلة في أن الضفة الغربية وقطاع غزة لم تكن موجودة قط كوحدة إقليمية واحدة تحت حكومة حصرية للسيادة منذ عام 1918؛ و (3) لم تكن صيغة "الوحدة الإقليمية الواحدة" تهدف أبداً إلى ترسيم حدود الضفة الغربية وقطاع غزة التي كانت متروكة خصيصاً للوضع الدائم.<sup>99</sup> لم تخضع القدس الشرقية أبداً للسيطرة الفلسطينية. في الواقع، مثل قضايا الحدود والمستوطنات الإسرائيلية، يحتفظ الاتفاق الانتقالي بوضعه كقضية يتم التفاوض عليها في محادثات الوضع النهائي.<sup>100</sup>

#### القرارات السياسية لا تؤسس للمطالبة الفلسطينية بالأراضي

53. يستند مكتب المدعي العام في تحديده للنطاق الإقليمي للوضع على ما يصفه بأنه "آراء المجتمع الدولي كما عبرت عنها الجمعية العامة للأمم المتحدة في المقام الأول،"<sup>101</sup> أو، في موضع آخر، على أنه "نهج الأمم المتحدة."<sup>102</sup> ويدعي أن تصريحات تلك الهيئة مهمة لأن "الجمعية العامة تتحمل "المسؤولية الدائمة" عن حل قضية فلسطين".<sup>103</sup> إن اعتماد مكتب المدعي العام على مثل هذه القرارات والبيانات لتحديد النطاق الإقليمي للممارسة المسموح بها لاختصاص المحكمة أمر غير مناسب.

<sup>97</sup> See e.g. [Interim Agreement](#), Articles XIII(2)(b)(8), XVII(1)(a), XXXI(5).

<sup>98</sup> For a summary of Daniel Reisner's experience as a negotiator on the Israeli side, see [IJL Request](#), para. 5.

<sup>99</sup> Daniel Reisner: "Both sides understood that, in the context of the Permanent Status Agreement, they would most probably need to deviate from this principle in order to attain a lasting peace. Using Oslo's 'single territorial unit formula' as the OTP does (i.e. as a basis for alleging that a claimed Palestinian state has sovereignty over all of the West Bank and the Gaza Strip, plus East Jerusalem, which is not even part of the formula) equates to assuming that Israel would have agreed to waive all of its territorial, security and other claims during the negotiations. Such an assumption has no basis in fact, logic or law." For other negotiators' perspectives, see J. Singer, 'The West Bank and Gaza Strip: Phase Two', in Justice, December 1995; R. Shehadeh, [From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian Territories](#) (Kluwer 1997), p.20.

<sup>100</sup> [Interim Agreement](#), Articles XIII(2)(b)(8), XVII(1)(a), XXXI(5).

<sup>101</sup> [Prosecution Request](#), para. 11.

<sup>102</sup> [Prosecution Request](#), para. 45.

<sup>103</sup> [Prosecution Request](#), para. 11.

**54.** أولاً، هذه الادعاءات تعتبر إشكالية للأسباب التالية: (1) تشير القرارات التي يشير إليها مكتب المدعي العام إلى المسؤولية الدائمة للأمم المتحدة وليس الجمعية العامة للأمم المتحدة؛ (2) حقيقة أن تعلن الجمعية العامة للأمم المتحدة من تلقاء نفسها عن دور لها لا تعني شيئاً بالنسبة لسلطة الجمعية العامة للأمم المتحدة؛ و (3) هذه الإعلانات لا تزيل الطابع السياسي لعملية صنع القرار في الجمعية العامة للأمم المتحدة. إن تحديد إقليم الدولة هو مسألة قانونية. وإن الاعتماد على قرارات هيئة سياسية لتحديد مسألة قانونية أمر خاطئ من ناحية قانونية.<sup>104</sup>

**55.** ثانياً: لا تتناول أي من البيانات التي يعتمد عليها مكتب المدعي العام مسألة حامل صفة السيادة القانونية، ولا ترسيم حدود إسرائيل أو فلسطين، على العكس من ذلك، يشير القرار 67/19 (الذي يعتمد عليه مكتب المدعي العام بشكل كبير)، صراحة إلى ضرورة حل قضية الحدود عن طريق المفاوضات، مسلطاً الضوء على أن قضايا الأراضي لا تزال غير محلولة. وهو لا يمنع مبادلة الأراضي (التي يتفق الجميع تقريباً على أنها ضرورية لأي حل قائم على دولتين).<sup>105</sup> يترك القرار وفق بنوده ذاتها مسألة المسار المحدد لرسم الحدود ليكون في المفاوضات السياسية، وليس بواسطة المحامين الدوليين.<sup>106</sup>

**56.** علاوة على ذلك، يترك قرار مجلس الأمن 2334 مسألة الحدود مفتوحة. وبينما يشير القرار إلى الأراضي الفلسطينية، فإنه لا يتخذ قرارات بشأن نطاقها. في الواقع، من خلال الحث على تكثيف وتسريع الجهود الدبلوماسية الدولية والإقليمية الهادفة إلى تحقيق سلام عادل ودائم على أساس "قرارات الأمم المتحدة ذات الصلة، ومرجعيات مدريد، بما في ذلك مبدأ الأرض مقابل السلام، ومبادرة السلام العربية، وخارطة الطريق التي وضعتها اللجنة الرباعية"، يترك القرار 2334 الباب مفتوحاً لمسألة وضع أراضي الضفة الغربية وحدود الدولة الفلسطينية في المستقبل.<sup>107</sup> لا تشكل التصريحات السياسية التي يدلي بها المقررون الخاصون أو مجلس الاتحاد الأوروبي حدود فلسطين؛<sup>108</sup> يجب وضع مثل هذه التصريحات ضد الاعتقاد القانوني "opinio juris" الذي عبرت عنه الدول في هذه الإجراءات، بما فيها الولايات المتحدة الأميركية.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Consider a scenario where a majority in the UNGA declares that a certain territory annexed from State A, an ICC State Party, by State B, a non-State Party, belongs to the latter. Would that be a basis to argue that the territorial precondition pursuant to Article 12(2)(a) is not satisfied?

<sup>105</sup> See Dinstein, para. 58

<sup>106</sup> See D. Luban, "Palestine and the ICC – Some Legal Questions", Just Security, 2 January 2015.

<sup>107</sup> See P. Sharvit Baruch, 'UN Security Council Resolution 2334 (2016) - An Analysis', Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 48, 275, 329-333.

<sup>108</sup> Prosecution Request, para. 212.

<sup>109</sup> See Secretary of State Mike Pompeo's statement on settlements: "After carefully studying all sides of the legal debate, this administration agrees with President Reagan. The establishment of Israeli civilian settlements in the West Bank is not per se inconsistent with international law." See also Peace to Prosperity: A Vision to Improve the Lives of the Palestinian and Israeli People, White House, January 2020.

57. في الوقت نفسه، يتجاهل مكتب المدعي العام تأثير قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 242 (1967) و338 (1973) اللذان على الرغم من عدم اعتمادهما بموجب الفصل السابع إلا أنهما يؤسسان إطاراً للسلام تم إقراره والاتفاق عليه بشكل متبادل من قبل الطرفين. يترك القراران 242 و338 الباب مفتوحاً لإمكانية -في الواقع الأرجحية- للسيادة الإسرائيلية في أجزاء من الضفة الغربية في اتفاقية سلام نهائية. ينص القرار 242 على أن السلام ينبغي (وليس يجب) أن يشمل انسحاب القوات الإسرائيلية من "أراض احتلت في النزاع الأخير" "from territories occupied in the recent conflict"، وليس من جميع الأراضي التي احتلت في ذلك النزاع.<sup>110</sup> وتشير مداولات مجلس الأمن إلى أن هذه الصياغة لم تكن مصادفة، وكان العديد من واضعيها يقصدون أن الانسحاب "مطلوب من بعض المناطق وليس كلها".<sup>111</sup> القرار 338 "يدعو" الأطراف إلى تنفيذ القرار 242. يظل مخطط "الأرض مقابل السلام" الموجود في القرار 242 حجر الزاوية لمخطط السلام في الشرق الأوسط. جميع الاتفاقات الإسرائيلية مع منظمة التحرير الفلسطينية، بما في ذلك الاتفاق الانتقالي تستحضر كلاً من القرارين 242 و338.<sup>112</sup> وهذا دليل يؤكد الموقف القائل بأن الإطار ذي الصلة بالتسوية الإقليمية يبدأ بالقرار 242، وأن أي حق فلسطيني أو صفة في ممارسة السلطة على الأراضي المتنازع عليها (وسكانها) ليس بالضرورة حصرياً.

#### 4 لا يمكن لفلسطين أن تفوض ولاية قضائية جنائية على أراضٍ لا تمتلكها

58. تحدد الشروط المسبقة للمادة 12(2) العلاقة بين الممارسة المسموحة لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية والوضع القانوني للدول الأطراف في المحكمة، وأراضيهم، والوضع القانوني لمواطنيهم. في الحالات التي يتم فيها ممارسة الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية بموجب المادة 13(أ) أو 13(ج) من نظام روما

<sup>110</sup> Notably, [Resolution 242](#) (1967) also interrelates Israeli withdrawal with its right to "secure and recognized boundaries free from threats or acts of force." See also A. J. Goldberg, 'United Nations Security Council Resolution 242 and the Prospects for Peace in the Middle East', 12 (2) Col. J. Transnat'l L. (1973) 187 (hereinafter "Goldberg"), 190.

<sup>111</sup> See Goldberg, 190-192 (Amb. Arthur Goldberg, US ambassador to the UN in 1967, suggesting that there is no single, objectively correct interpretation of Resolution 242, that its ambiguities were intended, and that the vagueness and flexibility enabled the parties to accept the resolution). A. Gerson, Israel, the West Bank and International Law, 76. See also Security Council, S/PV.1382 (OR), 22 November 1957, para. 93 (where Mr Eban (Israel) said: "For us, the resolution says what it says. It does not say that which it has specifically and consciously avoided saying").

<sup>112</sup> See [Declaration of Principles](#), Article I; [Agreement on Gaza Strip and Jericho Area](#), Preamble; and [Interim Agreement](#), Preamble. These resolutions were also similarly endorsed by the Arab League in its March 2002 [Arab Peace Initiative](#)..

الأساسي، يكون مصدر سلطة المحكمة هو سلطة الدول السيادية المفوضة لممارسة -أي للحكم والتنفيذ- اختصاص قانوني جنائي.<sup>113</sup>

**59.** شرع مكتب المدعي العام على أساس أن إذن المحكمة لممارسة الاختصاص القضائي ناشئ عن الاختصاص الجنائي المفوض من دولة فلسطين.<sup>114</sup> في حالة بنغلاديش، اعتمدت الدائرة التمهيدية الثالثة " PTC III " أيضاً على مفهوم الولاية الإقليمية المنقولة (أو المفوضة).<sup>115</sup> وبما أن المحكمة الجنائية الدولية هي محكمة جنائية دولية قائمة على المعاهدات، وتمارس سلطات إنفاذ العقوبات على أساس السلطة المستمدة من الدول، فإن هذا يتفق مع هدفها وغرضها. وبالفعل، في ديباجة نظام روما الأساسي، تؤكد الدول الأطراف من جديد مقاصد ومبادئ السيادة المستمدة من ميثاق الأمم المتحدة (بما في ذلك مبدأ عدم التدخل) وتؤكد أنه لا يجوز اعتبار أي شيء في نظام روما الأساسي بمثابة تفويض لتدخل دولة طرف في الشؤون الداخلية لأي دولة.<sup>116</sup>

**60.** ويترتب على ذلك أن طبيعة الصلاحيات - السلطة - التي تفوضها الدول إلى المحكمة الجنائية الدولية تختلف عن الوظائف والسلطات المجمعة في وكالة متخصصة مثل اليونسكو. فالمحكمة الجنائية الدولية لا تعمل ببساطة على المستوى الدولي، بل لديها القدرة على معاقبة الأفراد. كما أن ممارسة اختصاصها القضائي مستمد من سلطتها كمحكمة دولية لممارسة الولاية القضائية الجنائية التي تناط عادة بالدول. ينبع هذا من الموقف القائل بأن ممارسة اختصاص محكمة جنائية دولية هو، على نحو فعال، ممارسة سلطة سيادية (أي السلطة المتوفرة في السيادة للحكم بموجب القانون الجنائي والمعاقبة على انتهاكاته)،<sup>117</sup> ويشرح سبب كون ممارسة الاختصاص القضائي من قبل المحاكم الجنائية الدولية - وإنفاذها للحق في المعاقبة الدولي " an international ius puniendi "، إذا صح التعبير - مشروط مسبقاً بموافقة الدولة أو مجلس الأمن (وليس موافقة الجمعية العامة

<sup>113</sup> The OTP recognises that the Court's jurisdiction is derived from the existence of a "sovereign ability to prosecute". [Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19\(3\) of the Statute](#), ICC RoC46(3)- 01/18-1, para. 49, 9 April 2018. See also [AG Memo](#), paras. 14, 15.

<sup>114</sup> See Prosecution Request, para. 43: See also paras. 178, 185.

<sup>115</sup> Bangladesh-Myanmar Article 15 Decision, 14 November 2019, paras. 55, 60.

<sup>116</sup> Rome Statute, Preamble, Recitals 7 and 8.

<sup>117</sup> D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford 2005), 5. See also M. Koskeniemi, "Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian 'Tradition', EJIL Vol. 30 No.1, 17-52, 42-43 (Although "sovereignty and property arose from the same acts, they were not to be confused. What was acquired as 'sovereignty' was 'jurisdiction' either in a territorial or a personal sense") citing DIBP, bk II, ch. III, s.IV, 456457.

للأمم المتحدة، على سبيل المثال).<sup>118</sup> بموجب المادة 12 من نظام روما الأساسي، هذه الموافقة تستند بدلا من ذلك على السلوك الإجرامي الذي يحدث في أراضي الدول الأطراف أو من قبل مواطني الدول الأطراف.<sup>119</sup>

**61.** إن موافقة الدول على الالتزام بالنظام القانوني لنظام روما الأساسي أو ميثاق الأمم المتحدة هي المصدر، بشكل مباشر أو غير مباشر، لسلطة المحكمة الجنائية الدولية لممارسة اختصاصها بموجب المادة 13(أ) و13(ج) (كشروط مسبق بموجب المادة 12) من نظام روما الأساسي من جهة، والمادة 13(ب) من نظام روما الأساسي من جهة أخرى. بدون موافقة الدول، سواء على النظام القانوني لنظام روما الأساسي أو على ميثاق الأمم المتحدة، لن يكون للمحكمة سلطة شرعية لممارسة اختصاصها. يُستمد "نموذج التفويض" بالتالي من قانون المنظمات الدولية، فضلاً عن مبدأ الموافقة،<sup>120</sup> بغض النظر "عما إذا كان من الممكن تصور أن صلاحيات المحكمة متميزة وأوسع من الاختصاص الكلي للمحاكم المحلية أم لا،"<sup>121</sup> في تنفيذ المعاقبة الدولية.

ليس للسلطات الفلسطينية أهلية وضع القوانين لكي تقوم بتفويض الاختصاص الجنائي إلى المحكمة الجنائية الدولية

**62.** يزعم مكتب المدعي العام أن "مواد اتفاقية أوسلو الثانية التي تنظم ممارسة السلطة الفلسطينية للولاية القضائية الجنائية تتعلق باختصاص الإنفاذ للسلطة الفلسطينية" في مقابل "اختصاصها بوضع القوانين" "prescriptive jurisdiction". معتبرا أن فلسطين تمتلك "القدرة على منح المحكمة الجنائية الدولية الاختصاص"،<sup>122</sup> يتبع ذلك أن "حل الالتزامات المتضاربة المحتملة للدولة [كذا] ليس مسألة تؤثر على اختصاص المحكمة".<sup>123</sup> ولكن وفقاً لتحليل مكتب المدعي العام نفسه، فإن فلسطين ليست حالياً "دولة" بموجب القانون الدولي العام، كما أنها لا تمتلك القدرة على الانضمام إلى نظام روما الأساسي حتى عام 2012.<sup>124</sup>

<sup>118</sup> Article 12, Article 13(b). The risks of hegemonic abuse arising from the exercise of the ius puniendi of the international community, absent proper application of the preconditions to the exercise of jurisdiction, are demonstrated by the Request. By viewing a majority of States - such as the 122 States Parties to the Rome Statute, or a majority in the UNGA, as representing the will of the "international community" as a whole renders both the Court and the UNGA vulnerable to a tyranny of the majority, in other words hegemonic abuse on an international scale. See S. Kay QC and J. Kern, Preconditions to the exercise of jurisdiction over nationals of non-States Parties, paras. 15, 23-24, 30, 19 August 2019, Cf. e.g. C. Kreß, 'Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal', Brussels 2019, p.16, 18, 22

<sup>119</sup> Considering the scope of paragraph 220 of the Prosecution Request, this is without prejudice to the position under customary international law that the ICC is not permitted to exercise jurisdiction over nationals of nonStates Parties absent a Security Council referral. See S. Kay QC and J. Kern, Preconditions to the exercise of jurisdiction over nationals of non-States Parties, 19 August 2019

<sup>120</sup> See e.g. J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (Cambridge 2009), 184-186.

<sup>121</sup> [Prosecution Request](#), para. 117, n.380.

<sup>122</sup> [Prosecution Request](#), para. 184. See also para. 185 (characterising the Interim Agreement as a "bilateral arrangement limiting the enforcement" of domestic jurisdiction).

<sup>123</sup> [Prosecution Request](#), para. 185.

<sup>124</sup> [Prosecution Request](#), para. 121.

كما رأينا، فإن الحقوق الممنوحة - والالتزامات التي تعهدت بها - منظمة التحرير الفلسطينية من خلال اتفاقية أوسلو تعكس الغياب التاريخي والمستمر لولاية فلسطينية عامة وشاملة قضائية أو تنفيذية في جميع أنحاء الضفة الغربية وقطاع غزة والقدس الشرقية.<sup>125</sup>

**63.** علاوة على ذلك، يعتمد مكتب المدعي العام على المادة 1(2) من الملحق الرابع للبروتوكول المتعلق بملحق الشؤون القانونية للاتفاق الانتقالي ليؤكد، بموجبه، أن إسرائيل "كان عليها الحفاظ على" الولاية القضائية الجنائية الوحيدة" على الجرائم المرتكبة "في الأقاليم الواقعة خارج الولاية القضائية العامة لفلسطين، والجرائم التي يرتكبها الإسرائيليون." <sup>126</sup> بالإشارة إلى "الولاية القضائية العامة لفلسطين"، وهو تعبير لا يوجد في أي مكان في الاتفاق الانتقالي، فإن مكتب المدعي العام يبتكر ولاية قضائية لم يتم إنشاؤها من خلال عملية أوسلو. إن اختصاص السلطة الفلسطينية وقدرة منظمة التحرير الفلسطينية على المستوى الدولي لا يمكن مساواتها "بالولاية القضائية العامة" لفلسطين، والتي، من الناحية القانونية، لا وجود لها ببساطة.

**64.** كما يتجاهل تحليل مكتب المدعي العام أن يلفت انتباه الدائرة التمهيدية إلى المادة الأولى 1(أ) من الملحق الرابع للاتفاقية المرحلية، والتي بموجبها وافقت منظمة التحرير الفلسطينية على منع فرض القانون الجنائي من قبل السلطة الفلسطينية على المنطقة ج والمستوطنات.<sup>127</sup> ولم يتطرق مكتب المدعي العام إلى أن المادة 1(2)(ب) تنص على أن إسرائيل لها "ولاية جنائية منفردة" على الجرائم التي يرتكبها الإسرائيليون في المنطقتين أ و ب.<sup>128</sup> الحقيقة أن نص البند الأخير على أن إسرائيل "تمتلك" (على عكس "سوف تمارس") مثل هذه الولاية القضائية يؤكد على أن إسرائيل تظل السلطة المنفردة ذات الاختصاص لفرض القانون الجنائي على الإسرائيليين في الضفة الغربية، وقطاع غزة، والقدس الشرقية. وقد تم تنفيذ هذا التقسيم للمسؤولية على الأرض منذ 25 عامًا، مما يمنع السلطات الفلسطينية من التراجع عن موافقتها من "الباب الخلفي" من خلال ادعاء

<sup>125</sup> AG Memo, para. 59.

<sup>126</sup> Prosecution Request, para. 70 citing Article I(2) of Annex IV of the Interim Agreement.

<sup>127</sup> Article I(1)(a) of the Protocol Concerning Legal Affairs appended to the Interim Agreement.

<sup>128</sup> Article I(2)(b) of the Protocol Concerning Legal Affairs appended to the Interim Agreement.

تفويض سلطة لا تملكها للمحكمة الجنائية الدولية.<sup>129</sup> تقر السوابق القضائية لهذه المحكمة على وجه التحديد بأن القانون لا يتغاضى بسهولة عن مثل هذه الحالات.<sup>130</sup>

**65.** هذه مشكلة سلطة وليست مشكلة إنفاذ.<sup>131</sup> اتفاقيات أو سلو ليست "ترتيباً تعاقدياً" contractual arrangement "يحد من ممارسة السلطة القضائية الفلسطينية. وبدلاً من ذلك، اسست الاتفاقيات السلطة الفلسطينية ثم فوضت لها سلطة محدودة لوضع القوانين. وهذا يعكس الوضع المتنازع عليه للأراضي المعنية حيث تظل السيادة معلقة.<sup>132</sup> على هذا النحو، فإنها تعكس الاستقلالية المحدودة للفلسطينيين التي أسستها عملية أو سلو.<sup>133</sup> والنقطة الحيوية لهذه الغايات هي أن "الدولة الطرف يجب أن تمتلك السلطة القضائية وقت ارتكاب الجريمة المزعومة".<sup>134</sup>

**66.** يترتب على ذلك أنه لا يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أن تستمد أي سلطة من الولاية القضائية الجنائية الفلسطينية المفوضة فيما يتعلق بالأراضي من المنطقة ج (بما في ذلك المستوطنات) والقدس الشرقية،<sup>135</sup> أو على الإسرائيليين. فيما يتعلق بالمناطق أ وب وقطاع غزة، تلاحظ الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) أن الطبيعة المحدودة للحكم الذاتي الفلسطيني يمكن القول إنها غير كافية أيضاً لتشكيل السلطة العامة المطلوبة لمنح القدرة لتفويض الاختصاص إلى المحكمة الجنائية الدولية. وفي هذا الصدد، ينبغي على الدائرة

<sup>129</sup> See CA (JER) 5074/03, *A.G. & ors. v. Palestinian Authority* (Apr. 24, 2017), Nevo Legal Database (Hebrew) (Isr.) (where plaintiffs ("P") were Palestinians residing in the West Bank who were arrested, detained and tortured by the PA on suspicion of acting as "collaborators" with Israel. The PA's authority to arrest P under the Oslo Accords was considered. The Court ruled that alleged collaboration with Israel falls under the category of "security offences" which, under the Oslo Accords, are subject to Israeli jurisdiction. The detention was unlawful and constituted a cause of action in tort. The PA's Deputy Attorney-General, Dr Ahmad Barak, appeared as a witness on behalf of the Respondent and stressed the binding nature of the Accords and their limitations on the PA's jurisdiction, including prescriptive jurisdiction. See paras. 258 (where Dr Barak agreed, in principle, that the PA legislative power derives from the Oslo Accords), 263 (where it was stated that Art. XVIII(4)(a) of the *Interim Agreement* clearly and unequivocally delimits the legislative (i.e. prescriptive) powers of the Palestinian Council [i.e. the PA]), 438 (where Dr Barak agrees that the Respondent's legislative powers were limited and the Oslo Accords bind PA Officials because "the Oslo Accords equal law" and "the Oslo Accords are above the law"), 440.

<sup>130</sup> *Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, Appeals Chamber, ICC-02/05-01/09-397-Corr, 6 May 2019, paras. 4 ("The law does not readily condone to be done through the back door something it forbids to be done through the front door"), 127 citing *Glinski v. Mclver* [1962] AC 726, at 780-781 per Lord Devlin.

<sup>131</sup> Cf. C. Stahn, 'Response: The ICC, Pre-Existing Jurisdictional Treaty Regimes, and the Limits of the Nemo Dat Quod Non Habet Doctrine', 49 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 443 (2016) (hereinafter "Stahn (2016)"), p.446, 450.

<sup>132</sup> The Oslo Accords define the legal situation as between the parties until such time as a final agreed settlement has been concluded. See *Legal Consequences of the Building of a Wall in Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004*, ICJ Reports (2004), at 136, 137. See also *supra* para. 39-48. Cf. Stahn (2016), p.451. See J. Singer "The Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements: Some Legal Aspects" (1994) 1 *Justice* 4.0

<sup>133</sup> See J. Singer.

<sup>134</sup> M. Newton, 385, arguing that the Court must respect the normative impact of *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* as part of the "principles and rules of international law" and noting Article 21(1)(b) of the Rome Statute. See also p. 398. See also *The Island of Palmas case (or Miangas) (Award)* II RIAA 829, ICGJ 392 (PCA 1928) 842.

<sup>135</sup> *Interim Agreement*, Article XVII(1)(a).

التمهيدية أن تقاوم الإلحاح على تطبيق نهج وظيفي محدود للولاية القضائية التي تعتمد حصراً، كما قد يجادل البعض، على وجود بعض القدرة الجنائية الفلسطينية للإنفاذ على الفلسطينيين في المنطقتين أ وب، وقطاع غزة. إن إثبات وجود صفة السيادة القانونية لغايات تحديد وجود الدولة وتحديد القدرة على التفويض -سواء كان ذلك في المنطقة أ أو المنطقة ب أو المنطقة ج أو القدس الشرقية أو قطاع غزة- هو أحد متطلبات شرط الإقليمية المسبق المنصوص عليه في المادة 12(2)(أ). على وجه الخصوص، يعد أي اختصاص جنائي وظيفي قد تمارسه السلطة الفلسطينية في المنطقتين أ وب (أو الذي ربما تمارسه حماس في غزة) غير كاف (عند النظر إليه في سياق القيود الأخرى التي وافق عليها الفلسطينيون في اتفاقيات أوسلو)،<sup>136</sup> لإثبات حق الملكية الحصرية على هذه المناطق التي تعتبر ضرورية لاستيفاء شرط الإقليمية المسبق لممارسة الولاية القضائية بموجب المادة 12(2)(أ). بكلمات أخرى، فإن الولاية القضائية الجنائية الجزئية والمحدودة والوظيفية في حد ذاتها لا تكفي لإثبات الصفة السيادية الفلسطينية على هذه الأرض.

#### اتفاقيات أوسلو: إن اتفاقيات أوسلو ليست اتفاقية خاصة لأغراض اتفاقية جنيف الرابعة "GCIV"

**67.** يؤكد مكتب المدعي العام أن اتفاقيات أوسلو "قد تم وصفها بأنها "اتفاقية خاصة" وفق بنود اتفاقية جنيف الرابعة."<sup>137</sup> يقترح مكتب المدعي العام أن منظمة التحرير الفلسطينية، بوصفها ممثلاً للشعب الفلسطيني، لم تكن في حالة مستقلة وموضوعية بما فيه الكفاية لتقدير الآثار المترتبة على التخلي عن حقوقهم بموجب الاتفاقية.<sup>138</sup> ثم يواصل مكتب المدعي العام الادعاء بما يلي: "بناءً على ذلك، وإلى الحد الذي يمكن تفسير أحكام اتفاقيات أوسلو على أنها تستبعد من اختصاص السلطة الفلسطينية في واجب محاكمة الأفراد الذين يُزعم أنهم مسؤولون عن الانتهاكات الجسيمة بموجب المادة 146(2) (أو تفويض مثل هذا الواجب لمحكمة دولية)، فإن هذه الأحكام لا يمكن أن تكون حاسمة بالنسبة للمحكمة."<sup>139</sup>

**68.** أولاً: تجدر الإشارة إلى أن الحماية الممنوحة "للأشخاص المدنيين" مدرجة في البابين الثاني والثالث من اتفاقية جنيف الرابعة ولا تتضمن "واجب المقاضاة" على الانتهاكات الجسيمة (المذكورة في الباب الرابع، المتعلق "بتنفيذ الاتفاقية"). واجب مقاضاة الانتهاكات الجسيمة عملاً بالمادة 146(2) لا علاقة له - من حيث منح حماية خاصة للمدنيين - بالمواد 7 أو 8 أو 47؛ لا يمكن الاستدلال على أنه يمتد إلى تفويض الاختصاص

<sup>136</sup> See AG Memo, para. 35.

<sup>137</sup> Prosecution Request, para. 186 citing GCIV, articles 7, 14, 15, 17, 108. A. Azarov and C. Meloni, 'Disentangling the Knots: A Comment on Ambos' Palestine, 'Non-Member Observer' Status and ICC Jurisdiction', EJIL Talk!, 27 May 2014.

<sup>138</sup> Prosecution Request, para. 188.

<sup>139</sup> Prosecution Request, para. 188.

الجنائي إلى محكمة جنائية دولية.<sup>140</sup> إن إدعاء مكتب المدعي العام فيما يتعلق بالمادة 146(2) لا يمكن أن يحل محل الطبيعة الحاسمة لاتفاقيات أوسلو فيما يتعلق بالنطاق الإقليمي للحالة، ولا هو ذا صلة بتحديد أوسع لما إذا كان الشرط المسبق لممارسة الولاية القضائية بموجب المادة 12(2)(أ) مستوفى. وهو لا يحل القضايا الأساسية التي تنشأ عن غياب السيادة الفلسطينية القانونية.

**69.** ثانياً: لا يعترف مكتب المدعي العام بأنه من خلال عملية أوسلو وافق الجانبان على تعليق المطالبات حتى إتمام المفاوضات حول الوضع الدائم.<sup>141</sup> إن موافقة منظمة التحرير الفلسطينية على متابعة المسار المحدد للمفاوضات مع إسرائيل تمت بحرية، عملاً وممارسة لحق الفلسطينيين في تقرير المصير.<sup>142</sup> ولم يكن سيشهدا رئيس الولايات المتحدة وممثلي دول من بينها روسيا ومصر والأردن والنرويج والاتحاد الأوروبي لو لم يكن الأمر كذلك.<sup>143</sup> بخلاف تأكيد مكتب المدعي العام<sup>144</sup>، فإن هذا الوضع لا يتشابه مع انفصال أرخبيل شاغوس (Chagos) عن موريشيوس (Mauritius). ولم تؤسس عملية أوسلو "مستعمرة جديدة" ولكن حكماً ذاتياً فلسطينياً ومساراً للوصول إلى دولة فلسطينية.<sup>145</sup>

**70.** نصت المادة السابعة من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه لا "يؤثر أي اتفاق خاص تأثيراً ضاراً على وضع الأشخاص المحميين". تنص المادة 47 من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه لا يجوز حرمان الأشخاص المحميين من مزايا الاتفاقية بموجب أي اتفاق مبرم بين "سلطات الأراضي المحتلة" ودولة الاحتلال.<sup>146</sup> لكن اتفاقات أوسلو ليست "اتفاقيات خاصة" كما هو مفهوم في المادة 7 وليست اتفاقيات مبرمة بين دولة الاحتلال و"سلطات الأراضي المحتلة" التي نظمتها المادة 47. تم توقيع اتفاقيات أوسلو بين إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية، وهذه الأخيرة كيان معترف به من قبل إسرائيل على أنه يمثل الشعب الفلسطيني مع الحق في تقرير المصير. لا يمكن أن يكون هناك حكم ذاتي - كمرحلة تمهيدية للاستقلال - بدون تفويض السلطة والمسؤولية.

<sup>140</sup> As the OTP notes, the Geneva Diplomatic Conference "specially wished to reserve the future position" with respect to whether Article 146(2) of the Fourth Geneva Convention extended to surrender to an international criminal court *with jurisdiction* ("competence... recognized by the Contracting Parties"). [Prosecution Request](#), n. 603 *citing* ICRC Commentary to Article 146 GCIV, p. 593.

<sup>141</sup> Interim Agreement, Article XXXI(6) - (7). See also P. Malanczuk, "[Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law](#)," 7 EJIL (1996) 485 500, 493.

<sup>142</sup> P. Malanczuk, 493-494.

<sup>143</sup> The Interim Agreement was signed by Yitzhak Rabin (Israel), Shimon Peres (Israel), and Yasser Arafat (PLO). It was witnessed by President William J. Clinton (USA), Secretary Warren Christopher (USA), Andrei V. Kozyrev (Russian Federation), Amre Moussa (Egypt) Hussein Ibn Talal (Jordan), Bjorn Tore Godal (Norway), and Felipe Gonzalez (EU).

<sup>144</sup> [Prosecution Request](#), para. 188.

<sup>145</sup> *Cf. Chagos Advisory Opinion*, para. 172.

<sup>146</sup> Article 47 GC IV.

الغرض من المادتين 7 و 47 هو ضمان حماية سكان الأراضي التي لا تزال تحت الاحتلال العسكري؛ والغرض من اتفاقيات أوسلو كان التوصل إلى تسوية سلمية دائمة وحاسمة.

### (5) المادة 12(3): أثر إعلان فلسطين المؤرخ في 1 يناير/كانون الثاني 2015

71. يؤكد مكتب المدعي العام في طلبه على ما يلي: "إن النتيجة القانونية للإحالة في عام 2018 هي أن المدعي العام لم يعد مطالبًا بطلب إذن الدائرة التمهيدية بفتح تحقيق بموجب المادة 15(3) من النظام الأساسي، الآن هي مقتنعة بأن الشروط المنصوص عليها في المادة (1/53) من النظام الأساسي قد استوفيت."<sup>147</sup> في حالة إذا قررت المحكمة أن فلسطين دولة لأغراض نظام روما الأساسي وهي قادرة على إحالة الوضع إلى المحكمة الجنائية الدولية، فإن الرابطة الدولية للمحامين والقانونيين اليهود (IJL) تلاحظ أنه يمكن الطعن في موقف مكتب المدعي العام بشكل قانوني للفترة التي تسبق 1 نيسان 2015، وأن مكتب المدعي العام مطالب بالحصول على إذن بموجب المادة 15(4) لتلك الفترة.<sup>148</sup>

72. في الواقع، الإحالة الفلسطينية عام 2018 لا تشير إلى نطاق زمني محدد لكنها تدعو ببساطة مكتب المدعي العام للتحقيق "وفقًا للولاية الزمنية للمحكمة."<sup>149</sup> وبالتالي، فإن الإحالة تتوخى السلوك الذي يسبق تاريخ دخول قانون روما الأساسي حيز التنفيذ بالنسبة لفلسطين. في هذا الصدد، يمكن القول إن من غير الجائز أن تحيل الدولة الطرف حالةً سبقت انضمامها إلى نظام روما الأساسي، لأنه قبل ذلك التاريخ، لم يكن لديها الأهلية للإحالة، لأن هذا الحق حصري للدول الأطراف. نتيجة لذلك، فإن الانضمام إلى نظام روما الأساسي يخلق فقط الحقوق المستقبلية عندما يتعلق الأمر بإحالة حالة إلى المحكمة. أي فهم آخر يتعارض مع القراءة الأساسية للمادة 11(2) من نظام روما الأساسي ويفتح الباب أمام انضمامات استراتيجية إلى نظام روما الأساسي للسماح بإحالة الحالات المتعلقة بالدول الأخرى التي تغطي فترة زمنية قبل بدء نفاذ النظام الأساسي للدولة المنضمة.

73. إن حقيقة وجود إعلان بموجب المادة 12(3) تهدف فلسطين بموجبه إلى الاعتراف باختصاص المحكمة منذ عام 2014 لا يغير هذا التحليل. في الواقع، ان إعلان المادة 12(3) يختلف عن الإحالة. إنها ليست آلية

<sup>147</sup> Prosecution Request, para. 4.

<sup>148</sup> See D. Jacobs, *Methodological challenges relating to the use of third-party Human Rights Fact-Finding in Preliminary Examinations*, 27 May 2019, paras. 20-25.

<sup>149</sup> Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute, 15 May 2018.

تحريك، وحتى إذا أصدرت الدولة إعلاناً بموجب المادة 12(3)، فهذا لا يعني أن مكتب المدعي العام يجب ألا يطلب إذنا من الدائرة التمهيدية لفتح تحقيق بموجب المادة 15 في حالة عدم وجود الإحالة الرسمية.<sup>150</sup>

74. إن مسألة النطاق الزمني للإحالة لها تأثير مباشر وحاسم على الشروط الإقليمية المسبقة لممارسة الاختصاص: في الواقع، إذا ذهبت الدائرة التمهيدية إلى أن مكتب المدعي العام ملزم بالحصول على إذن لفتح تحقيق للفترة السابقة على دخول نظام روما الأساسي حيز التنفيذ بالنسبة لفلسطين، هذا يعني أنه، في حالة غياب مثل هذا الإذن، ستكون المحكمة ممنوعة من ممارسة الاختصاص القضائي تماماً لتلك الفترة.

قدمت مع الاحترام إلى:

جوشوا كيرنن

الدكتور دوف جاكوبس

دانيال ريزنر

توقيع

توقيع

توقيع

مؤرخ في اليوم السابع عشر من مارس 2020 في تل أبيب، إسرائيل، لاهاي، هولندا، ولندن- إنجلترا

<sup>150</sup> Ivory Coast, [Article 15 Decision](#), 15 November 2011.

# LAW FOR PALESTINE

القانون من أجل  
فلسطين



للتواصل أو إبداء التعليقات  
بشأن هذه النسخة المترجمة  
أو طلب نسخة مطبوعة

Law for Palestine,  
Royston Court, 30 Carlton road  
Manchester - United Kingdom  
M16 8LN

Email: [info@law4palestine.org](mailto:info@law4palestine.org)



© All Rights Reserved August 2020

[www.law4palestine.org](http://www.law4palestine.org)