

זכויות היסטוריות

מאת

חיים גנז*

א. מושג הזכות ההיסטורית; 1. שתי תפישות של "ההיסטוריות" ושני סוגים של זכויות היסטוריות; (א) ההיסטוריה של הטריטוריה – חוקה ראשונה; (ב) ההיסטוריה של העם – טריטוריות מעצבות; 2. זכויות מוסריות. ב. זכויות היסטוריות מהצדקה לריבונות; 1. זכות המחזיק הראשון; (א) בסיס לזכות לריבונות; (ב) בסיס לזכות למיקום ריבונות; 2. הזכות לקניינים מעצבים; (א) בסיס לזכות לריבונות; (ב) בסיס לזכות למיקומה של ריבונות.

מסניה, דרום-מערב הפלופונס, נכבשה על-ידי הספרטנים במאה השמינית לפנה"ס. את תושביה עשו הספרטנים להלוטים, היינו: עבדי-נצח. לעומת "נצחים" אחרים בהיסטוריה היה נצח זה ארוך יחסית. הוא נמשך רבע מילניום, עד שבאו התבאים וכבשו את מסניה מידי הספרטנים בשנת 371 לפנה"ס. ההיסטוריון היווני איסוקרטס מספר, כי כמה שנים אחר-כך ביכה יורש-העצר הספרטני ארכידמוס את אובדן מסניה במלים הבאות:

... אני, שמוצאי מהראקלס... יהיה עלי להרגיש חרפה, אם לא אנסה בכל כוחי למנוע מטריטוריה זו שהורישו לנו אבותינו, מלהיעשות נחלת עבדינו... ודאי הוא, כי אם אין בכוונתנו להגן על כל קניין שהוא שלנו, גם אם נידרש ליטוש את ספרטה עצמה, אזי אין טעם להיות מודאגים לגבי מסניה. ואולם אם איש מכם לא יאזן להוסיף ולחיות אם ייקרע מעל מולדתו, אזי עליכם להתמיד בעמדתכם לגבי ארץ זו; שכן בשני המקרים יכולים אנו להסתמך על אותם צירוקים ועל אותם טעמים לתביעתנו¹.

הספרטנים המשיכו להסתמך על זכותם ההיסטורית למסניה לפחות 400 שנים נוספות. בהישענם עליה השמיעו תביעות שונות שעמדו לשיפוטו של הקיסר טיבריוס בעשורים הראשונים של הספירה².

כל זה נשמע מוכר ועכשווי למדי. המאמר הזה נכתב בעיצומו של המשבר שנוצר בעטייה של פלישת עירק לכוויית. פלישה זו הוצדקה על-ידי סדאם חוסיין

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1. ראה Isocrates (London, The Loeb Classical Library, G.P. Goold (ed.), English Translation by G. Morlin, 1945) 351, 361. תודתי נתונה לד"ר עידר מלכין מהחוג להיסטוריה באוניברסיטת תל-אביב על שהפנה חשומת-לבי לפרשה זו.

2. ראה Tacitus, *The Annals* IV, Ch. 43.

בטיעונים שונים, וביניהם זה שהסתמך על הזכות ההיסטורית. כוונתו היתה חלק מן הפרובינציה של בצרה, אחת משלוש הפרובינציות של עירק העות'מנית. הטענה שלפיה נגזלה זו מעירק על-ידי הקולוניאליסטים הבריטיים חוזרת ונשנית כבר עשרות שנים מפיהם של פוליטיקאים עירקיים.³

יחס מן הסוג שראה ארכידמוס בין מסניה לספרטה מהדהד בעוצמה גדולה גם במחשבה הפוליטית היהודית. כתב-העת החדש "אלפיים", בגליון 1990 שלו, כולל רב-שיח בין אנשי-רוח מן השמאל ומן הימין, על השאלה "האם שכם ואריאל – כיפו ונגבה?"⁴. בספקו מצע לדיון בשאלה זו, ממשיך "אלפיים" מסורת יהודית-הלניסטית עתיקת-יומין⁵, שביטוייה המובהקים ורבי-המשמעות ביותר במחשבה ובפוליטיקה היהודיים היו במשבר אונגדה ובשורות הפותחות את הכרות העצמאות של מדינת ישראל.

וכך גם אצל עמים אחרים: בין ארכידמוס הספרטני לסדאם חוסיין חזרו ונשנו טיעונים היסטוריים לזכויות טריטוריאליות, בעיקר למן פריחת הלאומיות בראשית המאה הקודמת. לאחר השתלטותו של נפוליון על הגדה המערבית של הריין השמיעו אותם גרמנים לאומניים כגאראס וכארנדט⁶. תומס מסריק ביסס באמצעותם את התעקשותו להכליל בתחומי צ'כוסלובקיה את חבל-הסודטים שהיה מיושב רובו בגרמנים⁷. טיעונים אלה גם מהווים חלק נכבד במכלול תביעותיה של הונגריה על סלובקיה⁸, משמשים יסוד לוויכוח בין רומניה לברית-המועצות באשר למולדביה⁹, ומהווים בסיס לסכסוך שבין הונגריה לרומניה על טרנסילבניה¹⁰. ראוי להוסיף עוד, כי טיעונים של זכויות היסטוריות הושמעו לא רק לגבי טריטוריות: מלינה מרקורי, שרת-התרבות של יוון, דרשה מבריטניה את אוצרות האקרופוליס, על-יסוד טיעונים

3 ראה דו"חות האוזה לשידורים המצויים במכון דיון באוניברסיטת תל-אביב, למשל, מן השבוע האחרון של חודש יוני 1961 (עבר אל-ברם קאסם) ומן השבוע הראשון ואילך של אוגוסט 1990 (סדאם חוסיין).

4 אלפיים, גליון מס' 2, עמ' 283-307.

5 ראה, למשל, סנהדרין צא, א: "כשבאו בני אפריקה לדון עם ישראל לפני אלכסנדרוס מוקדון אמרו לו ארץ כנען שלנו היא דכתיב (במדבר לד, ב): זאת הארץ אשר תפול לכם בנחלה ארץ כנען לגבולותיה וכנען אבוהון דהנהו אינשי הוה (אביהם של אנשים אלה היה, היינו: שלנו)". הברייתא שמתוכה אני מצטט מספרת על גביהא בן פסיסא שקיבל על עצמו ללמד זכות על הצד היהודי ולסתור את טענת האפריקנים, אף הוא מתוך דברי התורה, שנאמר (בראשית ט, כא): "ארור כנען עבד עבדים יהיה לאחיו. עבד שקנה נכסים עבד למי ונכסים למי? ולא עוד אלא כמה שנים שלא עברתונו".

6 ראה 1789-1815 H. Kuhn, *Prelude to Nation-States – The French and German Experience*, 1789-1815 (Princeton, 1967).

7 מסריק:

On mature reflection, many political men with whom I discussed it, recognized [...] that the discontinuity of important sections of our german territory, no less than its ...economic interests, told in favor of our historical right;

(Thomas G. Masaryk, *The Making of a State* [London, 1927] 385-386).

8 ראה 9 Ch. R. R. King, *Minorities Under Communism* (Harvard, 1973).

9 שם, פרק 11.

10 ראה, למשל, A. Ludanyi, "Ideology and Political Culture in Rumania – The Daco-Roman Theory and the Place of Minorities" *Transylvania – The Roots of Ethnic Conflict* (J.F. Cadzow, A. Ludanyi and L.J. Elletto, eds.).

כאלה¹¹. האם יש ממש בטיעונים האלה? האם יכולות זכויות היסטוריות להוות בסיס לזכות לריבונות טריטוריאלית?

אנסה להשיב כאן על השאלות האלה באמצעות טיעונים של מוסר מדיני. אפתח בבירור מושג הזכות ההיסטורית. בירור זה יניב הבחנה בין זכויות המעוגנות בראשונותם של עמים בהיסטוריה של הטריטוריות שלגביהן הם תובעים ריבונות ("זכויות חזקה ראשונה"), לבין זכויות המעוגנות בראשונותן של טריטוריות בהיסטוריה של העמים התובעים את הריבונות ("זכויות לטריטוריות מעצבות"). הבחנה זו, והבחנה נוספת, זו שבין הזכות לעצם הריבונות הטריטוריאלית לזכות צנועה יותר – הזכות למיקומה של ריבונות זו בשטחים מסוימים ולא אחרים – תספקנה את המסגרת לדיון המהותי שאקיים לאחר הבירור המושגי. בדיון זה אנסה לראות תחילה אם זכויות היסטוריות כשהן מובנות כזכויות חזקה ראשונה יכולות להוות בסיס לזכות לעצם הריבונות הטריטוריאלית; ואם לאו, האם הן יכולות להיות בסיס לזכות למיקומה של ריבונות זו. את אותן שאלות אציג בחלק השני של הדיון המהותי לגבי זכויות היסטוריות, כשהן מובנות כזכויות לטריטוריות מעצבות.

א. מושג הזכות ההיסטורית

סיווגן של זכויות כהיסטוריות (ממש כמו סיווגן של זכויות כ"טבעיות"), הוא סיווג לפי מקור צמיחה או צידוק. אין הוא סיווג לפי תוכן הזכות, או מושאה, כמו, למשל, סיווגן של זכויות כקנייניות או כפוליטיות. זכויות היסטוריות יכולות להיות זכויות בעלות תכנים שונים או זכויות לדברים שונים. הן שימשו בסיס לטענות בעלות על חפצים¹² ואדמות, ריבונות על טריטוריות¹³ וזכויות מעמדיות¹⁴. כפי שמרמזות הדוגמאות והדברים שבפתיחה, עניינו המרכזי של מאמר זה הוא בזכויות לריבונות טריטוריאלית – בשאלה אם היסטוריות יכולות להצדיק כאלה זכויות. כדי להשיב על שאלה זו צריך להבין את פשר שני המושגים האלה: "היסטוריות" ו"זכות"¹⁵.

11 את הדוגמא הזאת אני שואל מאבישי מרגלית, "זכויות היסטוריות", עיון לה 252, 254.

12 שם.

13 ראה לעיל, הערות 10-1.

14 ראה (C.J.H. Hays, *The Historical Evolution of Modern Nationalism* (New York, 1949).

15 זכויות היסטוריות והבעיות שהן מעוררות דומות במובנים פורמליים מסוימים לטיפוס אחר של זכויות המשמשות גם הן כבר מאות שנים קריאות-קרב בוויכוחים פוליטיים: הזכויות המכונות "טבעיות". כמו הזכויות ההיסטוריות, גם זכויות טבעיות התיימרו להיות בסיס לזכויות לדברים שונים, למשל, לחיים, לחירות ולשוויון. וכמו שלמושג ההיסטוריות בזכויות היסטוריות יכולים להיות פירושים שונים (שיפורטו מיד בגוף המאמר). כך מושג הטבע שעליו מדובר בהקשרן של זכויות טבעיות הוא מושג שיכולים להיות לו פירושים שונים (למשל: זכויות טבעיות יכולות להיחשב ככאלה מפני שאינן מלאכת חקיקה אנושית והן יכולות להיחשב טבעיות מפני שהן מוקנות לבני-אדם מכוח תכונות טבעיות שלהם). ראה, למשל, L. W. Summner, *The Moral Foundation of Rights* (Oxford, 1987) Ch. 4.

1. שתי תפישות של "היסטוריות" ושני סוגים של זכויות היסטוריות

במובן הרחב מאוד של המלה, "היסטורי" הוא כל מה שהתרחש בזמן. במובן זה כל התעטשות ושיהוק הם היסטוריים. אבל כידוע לכולנו, "היסטורי" משמש בדרך-כלל בהקשרים צרים יותר. אנחנו מתארים באמצעות מושג זה לא את כל העובדות שהתרחשו בזמן, אלא רק את אלה הנתפשות על-ידינו כחוליות בעלות חשיבות בשלשלות דיאכרוניות הנחשבות גם הן לבעלות חשיבות. לדוגמא: ההתנקשות שאירעה בסרייבו באחד הבקרים של קיץ 1914 ביורש-העצר האוסטרי, נתפשת בעינינו כאירוע שהתואר "היסטורי" ראוי לו, בניגוד, למשל, לעובדה שיוורש-עצר זה צחצח את שיניו באותו בוקר; שכן האירוע הראשון נחשב על-ידינו כחוליה בעלת חשיבות בשלשלת דיאכרונית (לפחות בשלשלת אחת כזו) בעלת חשיבות: השלשלת הדיאכרונית שמושאה הוא אירופה.

כשאנו מדברים על זכויות היסטוריות, אנו מדברים על היסטוריות במובן הצר הזה. זכות היסטורית היא זכות המוקנית מכוח אירוע (או אירועים) המתחולל (או המתחוללים) בזמן והמהווה חוליה הנתפשת כבעלת משמעות במסגרת שלשלת דיאכרונית בעלת משמעות¹⁶. היותה של העובדה מקנת הזכות אירוע המתחולל בזמן מהווה רק תנאי הכרחי להיותן של זכויות היסטוריות. אין זה תנאי מספיק, שכן, יהיה זה משונה לומר, למשל, כי הזכויות שיש למדינת ישראל מכוח חוזים שהיא עושה עם מדינות אחרות או הזכויות שיש לכל אחד מאתנו כתוצאה מעסקאות שהוא עושה, הן זכויות היסטוריות¹⁷. מכל-מקום, גם אם מתעקש מישהו לראות בזכויות אלה זכויות היסטוריות, ההיסטוריות של הזכויות המהוות את נושא המאמר הזה ושדוגמאות שלהן מובאות בראשיתו היא היסטוריות במובן הצר. העובדות המקנות זכויות אלה, לא רק שהן אירועים המתחוללים בזמן, אלא אירועים הנתפשים כחוליות בעלות משמעות בשלשלות דיאכרוניות בעלות משמעות. ככאלה אפשר להבין בשני אופנים שיפורטו להלן.

(א) ההיסטוריה של הטריטוריה — חזקה ראשונה

בהתאם לאחד האופנים, זכויות הן היסטוריות מפני שהעובדה המקנה אותן מהווה אירוע משמעותי בהיסטוריה של הטריטוריה (או האובייקט האחר) שהיא מושא הזכות. עובדת היותם של עמים מסוימים הראשונים להחזיק בטריטוריה השנויה במחלוקת (לפחות ראשונים יחסית לעמים הקיימים בעת הסכסוך), נתפשת במסגרת

16 להגדרה אחרת של זכות היסטורית ראה מרגלית (לעיל, הערה 11), 254.

17 זכויות אלה מוקנות לבעליהן מכוחם של אירועים קונטינגנטיים, ואלה סוגו על-ידי ה' ל' א' הארט כזכויות מיוחדות, שאותן הבחין מזכירות כלליות. האחרונות מוקנות לבעליהן מכוח חבונות כלליות שלהם, לא מכוח אירועים או יחסים המיוחדים להם. דוגמא לזכויות מיוחדות הן אלה שיש לנו מכוח עסקאות שעשינו, הבטחות שקיבלנו, קשרים שקשרנו וכו'. דוגמאות לזכויות כלליות הן הזכות לחופש הביטוי, להצבעה וכו' — זכויות המוקנות לנו בתוקף היותנו בעלי תכונה מטריטורית, ולא בתוקף אירוע קונטינגנטי. ראה H.L.A. Hart, "Are There Any Natural Rights?" In: Waldron (ed.), *Theories of Rights* (Oxford, 1984) 84. לדיון ביקורתי בהבחנה ראה J. Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford, 1987) ch.4. ברור שהזכויות ההיסטוריות הנדונות כאן הן תת-קבוצה של זכויות מיוחדות, ואין הן זכויות כלליות.

הסכסוכים הטריטוריאליים שהתעוררו על רקעה של הלאומיות המודרנית בשתי המאות האחרונות, כחוליה החשובה בהיסטוריה של הטריטוריה לצורך קביעת הריבונות עליה.¹⁸

המחלוקת בין הרומנים להונגרים על טרנסילבניה מתרכזת ברובה בשאלה, אם הרומנים הם צאצאיהם של רומאים שהתיישבו בחבל-ארץ זה במאות הראשונות לספירה. בהשיבם בשלילה לשאלה זו, ממהרים ההונגרים לטעון, כי הם בעלי הזכות ההיסטורית על טרנסילבניה. אבותיהם, השבטים המגיאריים שבאו מן האורל והתרועעו עם הכוזרים עד ראשית המאה התשיעית, פלשו אז למרחבים המהווים היום את הונגריה וטרנסילבניה. מקרב העמים הקיימים היום הם אפוא הראשונים לקיים הוויה מאורגנת באזורים אלה. לעומתם הרומנים טוענים, כי הם צאצאי הרומאים שכבשו את דקיה (שכללה את האיזור המכונה מאז סוף ימי-הביניים טרנסילבניה) בראשית המאה השנייה לספירה ולאחר כיבושה והתבוללו בקרב תושביה המקומיים.¹⁹ באמצעות טענה זו הם מנסים לזכות לא רק במוצא מכובד, אלא גם בזכויות ריבונות. אם אמנם נכונה טענתם, אזי בוודאי קדמה חזקתם על טרנסילבניה לזו של ההונגרים.

על יסוד טענה דומה ניסה תומס מסריק, ואף הצליח, לשכנע את מנהיגי המדינות המנצחות במלחמת העולם-הראשונה להכליל את חבל-הסודטים, שהיה מיושב רובו גרמנים, במסגרת הרפובליקה הצ'כוסלובקית. מסריק דיבר על זכותה של צ'כוסלובקיה לריבונות על חבל-הסודטים כעל זכות היסטורית, מפני שמקרב העמים שהתקיימו לאחר מלחמת-העולם הראשונה קדמו הצ'כים לכל האחרים בתור בעלי ריבונות עליו. חבל-ארץ זה היה חלק מממלכת בוהמיה של שלהי ימי-הביניים, והרפובליקה הצ'כוסלובקית שהוקמה לאחר מלחמת-העולם הראשונה היתה יורשתה הלאומית של ממלכה זו.²⁰ תפישת זו של הזכות ההיסטורית — שמכאן ואילך אכנה אותה "תפישת החזקה הראשונה"²¹ — היא זו המובלעת גם בטענותיהם של העירקים הדורשים את כוויית, בטענותיהם של האירנים הטוענים לבעלות על איי בחריין ובטענותיהם של האינדיאנים התובעים מידי מדינת מסצ'וסטס את מרתה'ס ויניארד הסמוכה לבוסטון; והיא רווחת כמובן גם בישראל, בטיעונים עממיים ועיתונאיים הנוגעים לזכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל. אבל הכרזת העצמאות של מדינת ישראל מבליעה פירוש אחר, וכפי שנראה אחר-כך — חשוב הרבה יותר — של ההיסטוריות שעליה מדובר בהקשרן של זכויות היסטוריות.

18 ההיזקקות לזכויות ההיסטוריות במסגרת הסכסוכים האלה היא המצויה, כאמור, במוקד המאמר הזה. חשוב אולי להזכיר כאן כי במסגרת המשפט הבינלאומי ובקשר לסכסוכים שאינם ממוקדים בעניין הלאומי, חזקה ממושכת שגרמה להתיישנותן של זכויות קניין וריבונות קודמות נתפשת לעתים כבסיס לתביעת ריבונות. המשפט הבינלאומי מכנה את הזכויות שיצרת חזקה ממושכת כזו בשם "זכויות היסטוריות". ראה (Y.Z. Blum, *Historic Titles In International Law* (The Hague, 1965).

19 ראה לעיל, הערה 9.

20 ראה לעיל, הערה 7.

21 בעקבות נסיונות שונים להצדיק בדרך זו את זכות הקניין הפרטי. לדיון בכמה נסיונות כאלה (של פפנדרוף, לוק, בנתאם, יום והיגל) ראה (J. Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford, 1987).

(ב) ההיסטוריה של העם – טריטוריות מעצבות

כולנו משננים בילדותנו את הפסוקים הבאים:

בארץ־ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל אנושיים [...]
מתוך קשר היסטורי [...] זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהאחז במולדתם העתיקה²².

פסוקים אלה, יותר משהם מדברים על ראשונות העם היהודי בהיסטוריה של ארץ־ישראל, עניינם ראשונותה של ארץ־ישראל בהיסטוריה של העם היהודי. מדובר כאן על עובדות מקנות זכות, שהן היסטוריות במובן זה שהן בעלות חשיבות מכרעת בתוך השלשלות הדיאכרוניות המהוות חוליות שלהן, ומדובר כאן על שלשלות דיאכרוניות שנושאן הוא בעל הזכות – העם, ולא מושא הזכות – הטריטוריה. ליהודים – כך נטען כאן – יש זכות היסטורית על ארץ־ישראל, לא מפני שמקרב העמים הקיימים היום היו הם מחזיקיה הראשונים. יש להם זכות היסטורית עליה מפני שהיא בעלת חשיבות ראשונית בעיצוב זהותם כישות היסטורית.

אולי גם את תביעתו של מסריק על חבל־הסודטים אפשר להבין בדרך זו: הצ'כים לא רק שהיו העם הראשון מקרב העמים הקיימים לאחר מלחמת־העולם הראשונה להחזיק בו. חבל־ארץ זה גם היה חלק מן הטריטוריה שבתוכה קיימו הצ'כים לראשונה חיים של "קוממיות ממלכתית": ממלכת בודהמיה של שלהי ימי־הביניים היתה הביטוי הריבוני הראשון שלהם, והסודטים, לפחות בחלקם, היו חלק של ממלכה זו. נראה כי גם ההונגרים היו עושים במובן מסוים חסד עם טיעונם ההיסטורי לריבונות על טרנסילבניה אילו סמכו אותו לא על טענת ראשונותם בהיסטוריה של טריטוריה זו, אלא על טענת ראשונותה של טריטוריה זו בהיסטוריה שלהם. טרנסילבניה היתה חלק מן המרחבים שבהם קיבלו ההונגרים על עצמם את הנצרות, והחלו לבנות את מסורתם הפוליטית²³. מוטב להם להסתמך דווקא על עובדה זו, ולא על הטענה כי מקרב העמים הקיימים היו הם ראשונים לקיים בטרנסילבניה הוויה מאורגנת; מפני שאם ראשונות זו היא הקובעת, צריכים הם לתבוע לא רק את טרנסילבניה, אלא גם את האזורים באורל שמהם החלו לנודד השבטים המגיאריים במאות הראשונות לספירה, ואת מרחבי הקווקז שבהם חברו לכוזרים שכידוע כבר אינם קיימים.

אחת התוצאות של המעבר שהתפשה הנוכחית של הזכות ההיסטורית מגיבה מהדגשת ראשונותו של העם בטריטוריה אל הראשונות של הטריטוריה לגבי העם, היא כי הראשונות שבה מדובר היא בעיקרה במובן הערכי ולא כל־כך במובן

22 הכרות העצמאות של מדינת ישראל עיתון רשמי תש"ח 1.

23 על כל הדברים האלה בהיסטוריה ההונגרית ראה, למשל, Oscar Halecki, *Borderlines of Western Civilization* (New York, 1952). ראה גם, Stoiescu, *The Continuity of The Rumanian People* 266, 279.

הכרונולוגי. אמנם, ארץ-ישראל היתה הטריטוריה הראשונה מבחינה כרונולוגית שבה חיו היהודים "חיי קוממיות ממלכתית", אבל הכרזת העצמאות של מדינת ישראל מדגישה לא רק את העובדה הזו: היא מדגישה כי בארץ-ישראל עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית של העם. במלים אחרות: בארץ-ישראל עבר העם היהודי את ההתנסויות שגיבשו אותו כעם. לארץ-ישראל היה תפקיד מכונן בהתהוות זהותו ההיסטורית. ראשונותה לגבי העם היהודי אינה אפוא רק ראשונות של זמן, אלא בעיקר של חשיבות וערך (ואם אנו תופשים את מושג הלאום לא כמושג אתני וגזעי אלא כמושג חזיוני ותרבותי, ניתן אז לומר יותר מכך: כי ראשונותה הערכית של הטריטוריה בחיי העם קודמת מבחינה לוגית לראשונותה הכרונולוגית בתולדותיו, ולא להיפך, היינו: רק מפני שהטריטוריה היתה ראשונה בגיבוש זהותו של העם כעם, היא גם היתה הטריטוריה הראשונה של העם הזה מבחינת הכרונולוגיה). לתפישה הנוכחית של הזכות ההיסטורית, שלפיה יש לעמים זכויות על טריטוריות שהן בעלות חשיבות מכוננת בהווייתם ובזהותם, אקרא "הזכות לטריטוריות מעצבות".

גם בתפישת החזקה הראשונה שלה וגם בתפישתה כזכות לטריטוריות מעצבות יש לזכות ההיסטורית בעיות הקשורות בקני-המידה להחלת מושגי-המפתח שלה. אשר לחזקה הראשונה: מתי נאמר על עם שהוא "מחזיק" בטריטוריה? האם יכול עם להחזיק בקרקע נרחבת יותר מזו שבה חיים בניו?²⁴ רוסו לגלג בעניין זה על הפרקטיקה שהיתה מקובלת על מגלי-עולם אירופאיים במאות הט"ו והט"ז לתפוש חזקה במקומות שאליהם הגיעו, על-ידי השמעת הכרזות בטקסים שיועדו לכך.

כשעמד נוניז באלבאו על שפת-הים והכריז בשם מלכות קסטיליה שהוא קונה את ים-הדרום ואת דרום-אמריקה כולה, כלום היה בכך כדי לשלול מכל התושבים את זכות הקניין עליהם ולנעול את הדלת בפני כל שאר הנסיכים? אם כך הדבר, הרי לשוא חזרו ונשנו הטקסים הללו, כי אפשר היה למלך הקתולי לשבת בחדרו ולרכוש לו את כל העולם כולו בבת-אחת, אם אך היה מוותר אחר-כך על אותם החלקים מממלכתו שנרכשו קודם-לכן על-ידי שאר הנסיכים.²⁵

בתפישתה כזכות לקניינים מעצבים הזכות ההיסטורית מעוררת בעיות דומות. מתי נאמר על טריטוריות או על אובייקטים אחרים כי הם "בעלי ערך מעצב" בזהות ובהוויה ההיסטורית של עם? האם נאמץ לצורך העניין קני-מידה אובייקטיביים ואחידים או כאלה הקשורים בהתנהגות הסובייקטיבית המתועדת של העם אשר בזכויותיו אנו דנים? אלה גם אלה נזכרים בהכרזת העצמאות של ישראל.

אני מאמין שלקשיים האלה יש פתרון. מכל-מקום, איני רוצה להאריך עליהם כאן את הדיבור, מפני שנראה לי כי הבעיות המשמעותיות יותר של הזכות ההיסטורית אינן קשורות בהחלת מושגי-המפתח של תפישותיה השונות; הן קשורות לעצם מעמדה הנורמטיבי, ליכולתה להצדיק את מה שהיא מבקשת להצדיק, מבחינתו של מאמר זה — את הזכות לריבונות טריטוריאלית. האם העובדה שעם מסוים היה

24 ראה גם Waldron (לעיל, הערה 21).

25 רוסו, האמנה החברתית (ירושלים, מאגנס, תשכ"ז) 34-35.

ראשון מקרב העמים הנוכחיים להחזיק בטרטוריה נתונה אמנם מצדיקה הקניית זכויות ריבונות לאותו עם על אותה טריטוריה? האם העובדה שטרטוריה נתונה היא בעלת ערך מעצב בהווה ובהווה ההיסטורית של עם מסוים אמנם מצדיקה הקניית זכויות אלה? כדי להשיב על שאלות אלה עלינו לברר תחילה באילו זכויות מדובר ואת טיבו של מושג הזכות שעליו מדובר.

2. זכויות מוסריות

זכויות היסטוריות משמשות נשק בארגומנטציה בינלאומית ובינדרתית ועל-כן אין טעם לנסות ולראות אם יש לשאלות האלה תשובות במסגרת דתות מסוימות או שיטות-משפט מוניציפליות. אלה חלים על קהל-המאמינים הנמנה עליהם או על ציבור האזרחים הכפופים להם, ועל-כן אין הם יכולים לספק תשובות לבעיות נורמטיביות שבין הקבוצות אשר עליהן הן חלות. העובדה שלפי דתם נתונה למוסלמים זכות על פלשתינה ושלפי היהדות נתונה ליהודים זכות על ארץ-ישראל יוצרת את הקונפליקט ואינה יכולה להוות מקור ערכי לפתרוננו. העובדה שבהתאם לאידיאולוגיה הלאומית הרומנית טרנסילבניה היא רומנית, ואילו לפי האידיאולוגיה הלאומית ההונגרית היא הונגרית, אינה מאפשרת לפתור את הקונפליקט בקשר לחבל-ארץ זה בהתאם לאחת האידיאולוגיות הלאומיות הללו או בהתאם לקביעות מערכות-המשפט של כל אחת מן המדינות הללו.

השאלות שהצגתי צריכות לקבל מענה מנקודת-מבטה של מערכת נורמטיבית אוניברסלית, קרי: המשפט הבינלאומי הפומבי או המוסר המדיני. כפי שכבר אמרתי, אנסה להשיב עליהן כאן לא מנקודת-המבט של המשפט הבינלאומי, אלא באמצעות טיעונים של מוסר מדיני, בין השאר מפני שבקונפליקטים הבינלאומיים המעוגנים בלאומיות ובתנועות לאומיות מוצגות טענות של זכויות היסטוריות כטענות של מוסר פוליטי: הן מוצגות כטענות בנות תוקף שאינו נשען דווקא על המשפט הבינלאומי המצוי וכבנות תוקף המחייב מעבר לנתיני הקבוצה שמתוכה הן מושמעות. הן נשמעות כך גם מפי מי שמייצגים נקודות-מבט כיתתיות: ארכידמוס, מסריק ובן-גוריון.

יהיו רבים שיחשבו כי דיון כזה אינו אפשרי, מפני שאפשרות קיומן של זכויות מוסריות נראית להם חסרת-שחר. זכויות — הם יאמרו — קיימות אך ורק במסגרת מערכות נורמטיביות קונבנציונליות — מערכות הנוהגות בפועל בקרב חברות אנושיות: מערכות דתיות, מערכות של מוסר רווח, ובעיקר מערכות משפטיות. בהתאם לעמדה זו, מותנה קיומן של זכויות בקיומו של ריבון המטיל חובות על נתיניו באמצעות כללים²⁶ או בקיומן של רשויות המכירות בכללים המטילים כאלה חובות ומעניקים לבני-אדם או לקבוצות אנושיות סמכויות ויתור, העברה ואכיפה של חובות אלה²⁷.

26 זוהי עמדתם של בנתאם ואוסטין.

27 זוהי עמדתו של הארט. גרשון ויילר, במאמרו "נחלת אבות", פילוסופיה של דבר יומיום (תל-אביב, 1977) 97-109, בונה את עמדתו השוללת את קיומן של הזכויות ההיסטוריות על תפישות פוזיטיביסטיות אלה של זכויות.

ואולם קשה לראות מדוע ראוי לעגן את משמעות מושג הזכות (ובעצם גם את משמעותם של מושגים נורמטיביים אחרים, כגון כלל, עיקרון, סמכות וחובה) בפרקטיקות נורמטיביות קונבנציונליות. לכל אחד ממושגים אלה תפקיד ייחודי במחשבה המעשית שלנו. מחשבה זו מתנהלת לא רק במסגרתן של מערכות נורמטיביות הנוהגות בפועל, אלא גם במסגרת מערכות נורמטיביות אידיאליות או ביקורתיות כמו המוסר. אנחנו מדברים על עקרונות מוסריים וחובות מוסריות, ואין כל סיבה שלא נדבר באותו אופן גם על זכויות מוסריות. ראוי אפוא שנבין מושג זה ואת המושגים האחרים על יסוד התפקיד שהם ממלאים בחשיבה המעשית שלנו.²⁸ הגדרה של זכויות (מוסריות, אך גם משפטיות) על יסוד התפקיד שהן ממלאות בחשיבה המעשית הוצעו לאחרונה ניל מקורמיק ויוסף רוז.²⁹ לפי רוז, לטעון שלמישהו (אדם או קבוצה) יש זכות, פירושו לטעון שבמצב הרגיל של הדברים מהווה אינטרס שלו טעם מספיק להחזיק אחרים כמי שמצויים תחת חובה.³⁰ הגדרה זו של זכות היא מוצלחת מפני שהיא מדגישה את התפקיד המיוחד שיש למושג זה במחשבה המעשית שלנו, בין אם היא מוסרית, משפטית או פוליטית. היא מדגישה את העובדה, שלא כל אינטרס שיש לאדם או לקבוצה יכולים לשמש בסיס לזכות. למשל: האינטרס שיש לנו בשלימות הגופנית שלנו הוא חשוב; הוא מצדיק הטלת חובות על אחרים שלא לתקוף אותנו ולכן יש בסיס לטענה שלבני-אדם יש לא רק אינטרס בשלימותם הגופנית, אלא גם זכות לשלימותם הגופנית. לעומת זאת, האינטרס שיש לנו במימון צורכי הבידור שלנו כנראה אינו חשוב דיו. הוא לא מעמיד לנו זכות כלשהי. איש אינו חייב לנו דבר בגינו. הטלת חובות על אנשים פירושו הטלת מגבלות עליהם, וכולנו — כך נראה — לא נוכל, ולכן גם לא נסכים לכך, שכל אינטרס של אדם או קבוצה אחרים יהיו מקור למגבלה ולוויתור מצדנו.

אם זהו אמנם מובן של זכויות, דהיינו: שזכויות הן אינטרסים המהווים טעמים מספיקים להחזקת אחרים כנתונים תחת חובה, אזי כדי לבסס את קיומה של זכות היסטורית לריבונות טריטוריאלית על-פי כל אחת מתפישותיה צריך להגן בעיקר על שני קווים. בקו הראשון צריך להראות, כי מאחורי כל אחת מתפישות אלה עומד אינטרס ממשי. בקו השני צריך להראות, כי האינטרס הזה מהווה טעם המספיק להצדיק הטלת החובות הרלבנטיות על אחרים.

28 יתירה מזאת: ראוי שאת התפקידים שמושגים אלה ממלאים במסגרת מערכות ספציפיות של חשיבה מעשית — מערכות כמו החוק, הדת או הנימוס — נבין על רקע מה שמייחד מוסדות אלה ומבדיל אותם זה מזה. מהלך הפוך — ניסיון להבין באורח כללי מהם חובה, כלל זכות ועיקרון על יסוד התבוננות בחפוקים במסגרת מוסדות מסוימים של חשיבה מעשית כמו דת ומשפט — מוליך לעיוות בהבנתם של מושגים אלה ושל המוסדות המיוחדים הללו. על נסיונות להבין זכויות בכלל על יסוד התבוננות בזכויות משפטיות ועל נסיונות הפוכים להבין זכויות משפטיות על יסוד תיאוריה כללית של זכויות ראה, J. Raz, "Legal Rights" 4 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, רו מונה שם גם את העיוותים שגרמו נסיונות מן הסוג הראשון להבנתן של זכויות משפטיות ומוסריות. ראה בעיקר עמ' 3-5 במאמר זה.

29 N. MacCormick, "Rights in Legislation", in: P.M.S Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society – Essays in Honour of H.L.A. Hart* (Oxford, 1977) 189; J. Raz, "On the Nature of Rights" 93 *Mind* (1984) 194.

30 ההגדרה במדויק: "לפלוני יש זכות" אך ורק אם פלוני יכול להיות בעל זכויות, ואם שאר התנאים שווים. היבט של רוחתו של פלוני (אינטרס שלו) הוא טעם מספיק להחזיק מישהו או משהו אחרים כמי שמצויים תחת חובה" (שם, עמ' 195).

מהלכי כדיונים המהותיים אודות הזכויות ההיסטוריות בחלק הבא של המאמר ייעשו לאורך שני הקווים האלה. אנסה לראות מהו האינטרס שהזכות ההיסטורית בתפישת החזקה הראשונה שלה ובתפישתה כזכות לטריטוריות מעצבות מנסה לגונן עליו. כמרכן אנסה לראות אם אינטרס זה מצדיק את הטלת החובות שאנו מזהים בדרך-כלל כחובות העומדות כנגד זכויות של ריבונות טריטוריאלית (חובות הדומות במידה רבה לחובות שאנו מזהים בדרך-כלל כאלה העומדות גם כנגד זכויות של בעלות קניינית – חובות להימנעות גמורה משימוש, מהנאה, מנוכחות כלשהי, מביצוע עיסקאות וכיוצא באלה במושג הזכות).

ב. זכויות היסטוריות כהצדקה לריבונות

לפני שאעבור לדיון נפרד במידת הצלחתה של כל אחת משתי תפישות הזכות ההיסטורית לבסס זכות לריבונות טריטוריאלית, אקדים ואדחה שני אינטרסים הנראים מועמדים טבעיים להצמיח את הזכות ההיסטורית על שתי תפישותיה. אינטרסים אלה לא יכולים להיות האינטרסים הקשורים בקיום החומרי של העם או האינטרסים הקשורים בהגדרתו העצמית המדינית, באוטונומיה שלו ובעצמאותו. אשר לקיום החומרי, לגביו לא נחוצה כלל ריבונות טריטוריאלית. עמים יכולים להתקיים קיום חומרי גם בלי שיהיו בעלי ריבונות בטריטוריות שבהן חיים בניהם³¹. קל-יחומר שלשם הקיום החומרי לא נחוצה לעמים ריבונות בטריטוריות שבהן היו בעלי החזקה הראשונה או שאליהן הם קשורים קשרים מכוננים.

אשר לטריטוריה הנחוצה לקיום הריבונות המדינית, אילו זה היה האינטרס שעליו ביקשה הזכות ההיסטורית לגונן, לא היה תומך מסריק מתעקש להכליל את חבל-הסודטים בגבולות צ'כוסלובקיה העצמאית ולא היתה הציונות יודעת את משבר אוגנדה³². תביעותיו של מסריק נתבססו על זכויות היסטוריות, ודחיית רעיון אוגנדה התבססה עליהן. ואולם חבל-הסודטים לא היה חיוני לעם הצ'כוסלובקי מבחינת הודקקותו לעצמאות מדינית. היו לעם זה תחומים רבים אחרים שבהם נח-ממשו צרכים אלה – שטחים שהיו מיושבים בבניו, בניגוד לחבל-הסודטים שהיה מאוכלס רובו גרמנים. ובאותו אופן, על רקע הצעת הבריטים ליישב את היהודים

31 ודאי שיתכן אז כי קיום חומרי זה יהיה מאים יותר מכפי שהוא עשוי להיות אם לעם יש ריבונות טריטוריאלית. ייתכן גם, כי קיום חומרי בלא ריבונות טריטוריאלית יהיה פחות מורכב ומגוון מבחינת תחומי העיסוק והמוסדות הפתוחים לבני העם, מכפי שהוא עשוי להיות במסגרת של ריבונות כזו. אבל אין זה הכרחי שכך יהיו הדברים. יתירה מזאת: ייתכנו מצבים שבהם דווקא קיום ריבונות יהיה הרה סכנות פיזיות ומנטליות של עיסוקים ומוסדות, ממצבים שבהם אין לקבוצה הלאומית קיום ריבונות עצמאי. הגשמת הציונות אמורה היתה להשיג לעם היהודי גם ביטחון פיזי גדול יותר וגם מכנה מגוון יותר של תעסוקה ומוסדות. האיומים הכטחוניים על מדינת ישראל ומרכזיותו של הצבא כעיסוק אישי ומוסד לאומי הם סיבות טובות שלא להיות נחרצים מדי באשר לשיפור בביטחון ובמגוון העיסוקים שקיום ריבונות מאפשר. ועוד: הדיון במאמר זה הוא ריחן בשאלה אם זכויות היסטוריות צריכות להיות בסיס לזכויות ריבונות, בעיקר במצב שבו אנשים נהנים מכל שאר זכויותיהם ומקיימים את כל שאר חובותיהם. במצב כזה לא יאיימו יחידים וקבוצות על זכויותיהם של יחידים וקבוצות אחרות ולכן לא תתפרש הטענה כי הריבונות הטריטוריאלית נחוצה כדי לעשות את הביטחון הפיזי לגורל יותר.

32 על מסריק ראה לעיל, הערה 7. על משבר אוגנדה ראה שמואל אלמג, ציונות היסטורית (ירושלים, תשמ"ב) פרק ד.

במזרח-אפריקה לא היתה ארץ-ישראל נחוצה להם לצורך מימוש זכותם לריבונות מדינית. העובדה שבשמה של הזכות ההיסטורית הם סירבו להצעה בדבר אוגדה והתעקשו על ארץ-ישראל מורה, כי לא האינטרס בריבונות מדינית הוא האינטרס שזכות זו אמורה לגנון עליו.

יתירה מאלה: זכות לריבונות טריטוריאלית המבוססת על זכות היסטורית מוגבלת בגבולות הטריטוריה שעליה משתרעת החזקה ההיסטורית. קל לדמיין מצבים שבהם טריטוריה כזו צרה מכדי לאפשר קיומה של ריבונות מדינית, ובעיקר קל לדמיין מצבים שבהם טריטוריה כזו רחבה מן הנחוץ לשם קיום ריבונות מדינית. דוגמת צ'כוסלובקיה של מסריק אולי אף הראתה, כי טריטוריה כזו יכולה להקשות על קיום הריבונות המדינית. מכל אלה נובע בבירור, כי האינטרסים שעליהם הזכות ההיסטורית אמורה לגנון אינם אינטרסים הקשורים במימוש הזכות להגדרה עצמית וריבונות מדינית. מהם אפוא האינטרסים שהזכות ההיסטורית מגוננת עליהם והאם מצדיקים הם חיובם של אחרים בחובות שאנו מזהים בדרך-כלל כאלה העומדות כנגד זכויות של ריבונות פוליטית ושל בעלות קניינית?

אפשר לנסות אולי לטעון, כי האינטרס שעליו אמורה הזכות ההיסטורית לגנון הוא בפשטות האינטרס בטריטוריות שעליהן חלה הזכות. ניתן לומר, שכשם שלכל אדם יש אינטרס בכך שיהיו בידיו נכסים ועושר רבים ככל האפשר, כך לגבי עמים: שליטה על טריטוריות נרחבות ככל האפשר – יהיה מי שיאמר – היא בבחינת אינטרס של כל עם, ואולי מבוססות הזכויות ההיסטוריות לריבונות טריטוריאלית על אינטרס זה. ואולם גם את ההצעה הזאת צריך לדחות: אם נכון הדבר שליחידים ולעמים יש אינטרס בריבוי נכסים, אין הוא חל דווקא על הטריטוריות (ועל נכסים אחרים) שלעמים היתה או יש בהן חזקה ראשונה או קשר מעצב. הוא חל על כל הנכסים שבעולם, בלא שלחזקה הראשונה ולקשר המכונן יש כאן איזשהו תפקיד מיוחד.

1. זכות המחזיק הראשון

(א) בסיס לזכות לריבונות

אם לחזקה הראשונה יש איזשהו תפקיד מיוחד, אם היא מהווה מקור לאינטרס הקיים אך בגינה, קשור אינטרס זה לציפיות המתפתחות אצל מחזיקים ראשונים בקשר לטריטוריות שבהן היתה להם חזקה כזו. דייוויד יום וג'רמי בנתאם החזיקו בדעה שלפיה הראשונים להחזיק בטריטוריה יפתחו ציפיות להוסיף ולהחזיק בה לטווח ארוך³³. כיוון שלכולנו יש אינטרס כי הציפיות שאנו מפתחים תכובדנה על-ידי אחרים ניתן לומר, כי הזכות ההיסטורית בתפישת החזקה הראשונה שלה מצליחה לעמוד במבחן קר-החזית הראשון שזיהיתי לעיל: יש אינטרס שהיא אמורה להגן עליו. שלא כהצעות הקודמות, הנוכחית אינה נכשלת עוד לפני נסיקה; אבל כפי שנראה מיד, היא נכשלת לא הרבה אחריה. נאבחן שתי גרסאות שלה: לפי אחת,

33 Hume, *Treatise on Human Nature* III Ch. 2, Sec. 3; Bentham, "Principles of the Civil Code", 158 (London, 1931) in: C.K. Ogden (ed.), *Jeremy Bentham – The Theory of Legislation* (London, 1931) 158. גם ולדורן (לעיל, הערה 21), 286.

יש לכבד את ציפיותיהם של המחזיקים הראשונים לריבונות, אם ציפיות אלה הן מוצדקות. לפי השנייה, יש לכבד ציפיות אלה גם אם הן בלתי-מוצדקות. אתחיל מן הגרסה האחרונה, שלפיה יש לבני-אדם אינטרס כי ציפיותיהם תכובדנה בין אם הן מבוססות ובין אם לאו. יתר על כן: לא זו בלבד שלאנשים יש אינטרס בכיבוד ציפיותיהם המוטעות, לפעמים יהיה זה נכון לומר כי אינטרס זה ראוי להתחשבות. בטענות הללו יש הרבה אמת. ואולם האינטרס שיש לנו בכך שציפיותינו תכובדנה על-ידי אחרים, הגם שהוא מהווה אולי טעם להתחשבות מצדם, ספק אם הוא מהווה טעם מספיק להצדיק הטלת חובות עליהם. ספק זה מתעצם לממדים מפחידים למדי כשנזכרים כי מדובר לא בחובות פעוטות, אלא בחובות כבדות-המשקל העומדות כנגד הזכות לריבונות טריטוריאלית – חובות הכרוכות בסכנה של אובדן מקורות מחיה ותנאים הכרחיים לחירות. להטיל על אנשים חובות כאלה פירושו לפגוע באינטרסים חשובים שלהם – אינטרסים הנראים בסיסיים יותר וחיוניים יותר מן האינטרס שיש לבני-אדם בכיבוד ציפיותיהם, בעיקר אם ציפיות אלה מוטעות. רוסו הבהיר נקודה זו בבהירות ובחדות:

איך יכול אדם אחד או עם שלם לכבוש חבל-ארץ עצום ולמנוע את כל המין האנושי מליהנות ממנו, אם לא על-ידי מעשה גזילה ראוי לעונש; שהרי על-ידי כך גוזלים משאר בני-האדם מקום יישוב ומזונות שהטבע העניק לכולם במידה שווה?³⁴

צריך לשים לב לכך שבדברים אלה של רוסו מובלעים שני טיעונים חשובים, ולא רק טיעון אחד, נגד הטלת החובות העומדות כנגד הזכות לריבונות טריטוריאלית על כל האחרים העומדים מול תופשי חזקה ראשונה. טיעון אחד נוגע לעוצמת הוויתורים הכרוכים בחובות אלה. השני נוגע לחוסר-השוויון שייווצר עקב קבלתם.³⁵ רוסו מתייחס לאפשרות לרכוש קניין או ריבונות באמצעות חזקה ראשונה, בלי להתייחס אל השאלה מהו האינטרס שהחזקה הראשונה אמורה לגונן עליו. נראה שטיעוניו גוררים את המסקנה, כי יהיה אשר יהיה האינטרס הנוצר על-ידי חזקה ראשונה – אינטרס זה לא יוכל להצדיק הטלת החובות שאנו מזהים כחובות

34 רוסו (לעיל, הערה 34), 25.

35 ולדרון מפתח ומשכלל את שני הטענות האלה בהקשרם של הנטינות לבסס את הקניין הפרטי על זכויות היסטוריות. הוא מפנה אותם לא רק נגד האפשרות שחזקה ראשונה תהווה בסיס לקניין פרטי, אלא נגד האפשרות שזכויות היסטוריות בכלל – יהיה פירושן אשר יהיה – תהיינה בסיס כזה. הוא מצביע על כך, שהכרה בזכויות היסטוריות פירושה מתן כוח מוסרי לבני-אדם להטיל באמצעות פעולות חר-צדדיות שלהם חובות על אחרים, וזאת בניגוד להכרה בזכויות כלליות ובזכויות מיוחדות מסוימות, למשל: אלה הנוצרות כתוצאה מאירועים קונטינגנטיים כמו הבטחות (על ההבחנה בין זכויות כלליות לזכויות מיוחדות ראה לעיל, הערה 17). לבני-אדם – טוען ולדרון באופן משכנע למדי, ובמידה גדולה של תחכום ופירוט שאי-אפשר לעשות להם כאן צדק – אין כל סיבה רצינית להכיר בעיקרון מוסרי שלפיו אחרים יכולים להטיל עליהם באורח חר-צדדי חובות משמעותיות כאלה הקשורות בזכויות הקניין (ראה ולדרון [לעיל, הערה 21], פרק 7). טיעוניו של ולדרון מושמעים כנגד ההיזקקות לזכויות היסטוריות מכל סוג שהוא בהקשר של הצדקת מוסד הקניין הפרטי. בהקשר ההיזקקות לזכויות אלה כדי להצדיק את הזכות לריבונות טריטוריאלית תופשים הטיעונים של רוסו והטיעונים המפורטים יותר של ולדרון, בעיקר כלפי זכויות היסטוריות בתפישתם כזכויות חזקה ראשונה. כפי שיתברר לאחר-מכן בגוף המאמר, אני משוכנע שהם חלים גם כנגד הזכות ההיסטורית בתפישתה כזכות לקניינים מעצבים.

העומדות כנגד הזכות לריבונות טריטוריאלית. מכל-מקום ודאי הוא, כי טיעוניו של רוסו גוררים מסקנה זו, אם האינטרס שבו אמורה זכות המחזיק הראשון להיות מעוגנת הוא האינטרס שיש למחזיק זה בכיבוד ציפיותיו. החובות העומדות כנגד זכות הריבונות הן חובות להימנע לגמרי משימוש במושאי הריבונות (אלא-אם-כן מתיר זאת בעל-הריבונות). הימנעות כזו יכולה לפגוע באינטרסים בסיסיים וחיוניים כמו מגורים ומזונות, ובגלל בסיסיותם וחיוניותם נראים אינטרסים אלה חשובים לאין שיעור מן האינטרס שיש לבני-אדם בכיבוד ציפיותיהם (הטעם להתחשבות שיוצר אינטרס זה נראה לכאורה חלש גם מכדי להצדיק ויתורים מצד אחרים על מקומות שבהם יוכלו הם לממש את חירותם והגדרתם העצמית שלהם – ויתורים שיש סכנה כי יאלצו לעשותם אם תוכר החזקה הראשונה כבסיס לריבונות טריטוריאלית).

צריך לזכור גם, שטיעוניו של רוסו נגד ההכרה בחזקה ראשונה כבסיס לזכות לריבונות טריטוריאלית הם טיעונים היפים כבר לעת שהחזקה הזו עומדת בתוקפה; ואילו רוב השימושים המוכרים לנו בטיעונים של זכויות היסטוריות – שימושים שדוגמאות שלהם הבאתי לרוב בחלק הראשון של המאמר – הם שימושים הנעשים מטעם מחזיקים בעבר כנגד מחזיקים בהווה. הם נועדו לא לתמוך בשימור הסטטוס-קוו, אלא בהשבה לקדמותו של מצב שהתקיים בעבר. אם טיעוניו של רוסו הם טיעונים טובים שלא לתבוע ממי שאינם מחזיקים, להימנע מתביעות חזקה נגד המחזיקים, קל-וחומר שהם טיעונים המסייעים שלא לתבוע ממחזיקים להשיב חזקה למי שאינם מחזיקים.

יתירה מזאת: אם בשמה של הזכות ההיסטורית של המחזיק הראשון נתבעים מחזיקים מאוחרים לוותר על ריבונותם (דה-פקטו) בטרטוריות, עומדים אז כנגד אינטרס כיבוד הציפיות של המחזיק הראשון לא רק האינטרסים הבסיסיים של כל האחרים "במקום יישוב ומזונות שהטבע העניק לכולם" – אינטרסים הקיימים באופן סינכרוני עם אינטרס כיבוד הציפיות של המחזיק הראשון. כנגד אינטרס זה עומדים הפעם גם אינטרסים זהים בתוכנם הנוצרים באופן דיאכרוני לאינטרס המחזיק הראשון – האינטרסים של מחזיקים מאוחרים יותר כי ציפיותיהם-שלהם תכובדנה. לפחות במקרים שבהם מחזיקים האחרונים בטרטוריות לא מכוחם של הסדרים בלתי-צודקים לאחר מלחמה וכיבוש בלתי-צודקים, אלא מכוחן של השתלשלויות אירועים היסטוריים שאת האחריות להם אי-אפשר לייחס להם, סביר להניח כי למחזיקים האחרונים תהייה ציפיות שחזקתם שלהם תכובד – ציפיות שעוצמתן אינה פחותה מעוצמת ציפיותיהם של המחזיקים הראשונים.

אבל לא רק אינטרסים של אחרים עומדים כנגד הכרה בחזקה ראשונה כבסיס לתביעה להשבת מצבים ישנים לקדמותם. כנגד ציפיות המחזיקים הראשונים עומדים אז גם שיקולי מדיניות כלליים מסוג אלה המבססים את מוסד ההתיישנות. החשוב בשיקולים האלה הוא הצורך לשמור על הסדר והיציבות הבינלאומיים. גרוטיוס סבור היה, כי התעלמות מהתיישנות תגרור "אי-נוחות רצינית מאוד מפני שוויכוחים על ממלכות ועל גבולות של ממלכות לעולם אינם באים לידי סיום

עם חלוף הזמן³⁶. שיקול נוסף נוגע לקשיים הנוצרים עם חלוף הזמן בהוכחת זכויות שהתקיימו פעם³⁷.

כל הדברים האלה תופשים בין אם הציפיות של בעלי החזקה הראשונה שעליהן מדובר הן ציפיות עובדתיות ובין אם הן נורמטיביות. במלים אחרות: גם כשבעלי חזקה ראשונה סבורים בטעות כי חזקתם תכובד וגם כשהם סבורים בטעות כי ראוי שחזקתם תכובד, יכולות סברות אלה להיות לכל היותר טעם להתחשבות מצדם של אחרים. אין הן יכולות להיות בסיס להטלת חובות כאלה העומדות כנגד הזכות לריבונות טריטוריאלית³⁸.

אבל מה בדבר האפשרות, כי לבעלי החזקה הראשונה יש ציפיות נורמטיביות מוצדקות שחזקתם תוכר כבסיס לזכות ריבונות? יהיו כאלה שיאמרו כי אם הטיעון מתבסס על הנחה זו, אזי הוא מוכיח את מה שממילא הניח: כי מוצדק לא לסלק בעלי חזקה ראשונה מחזקתם³⁹. ואולם אין זה ברור כלל ועיקר, ש"חטא" הנחת המבוקש עושה את הטיעון הנוכחי למיותר וחסר-ערך.

הדוגמא שלפנינו תעזור, אולי, לראות זאת: מוצדק שמדיניות המינויים של שרי-הממשלה לגופים מקצועיים תתבסס על שיקולים ענייניים. בשל כך יש לכולנו ציפיות נורמטיביות מוצדקות, כי מינויים מקצועיים יהיו מבוססים על שיקולים כאלה. בבקרנו מינויים לא-ענייניים של שרי-הממשלה אנו יכולים להזכיר לא רק

36 Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* על-פי מובאה מבלום (לעיל, הערה 18), 12 והערה 2 באותו עמוד. Hume אומר בעניין זה דברים דומים:

It often happens that the title of first possession becomes obscure through time and that it is impossible to determine many controversies which may arise concerning it in that case, long possession or prescription naturally takes place and gives a person a sufficient property in everything he enjoys.

(יום [לעיל, הערה 33]).

37 בעניין זה ראה בלום (לעיל, הערה 18), 12-13. בלום מונה נימוקים נוספים בעד התיישנות, הנראים לי בלתי-חשובים בהקשר הנוכחי. כבר הזכרתי לעיל (הערה 18), כי המשפט הבינלאומי מכנה זכויות ריבונות הנוצרות כתוצאה מהתיישנות בשם "זכויות היסטוריות". אולי יש יותר מקוריו בעובדה שזכויות היסטוריות אלה הן בעצם "זכויות המחזיק האחרון", בניגוד לזכויות ההיסטוריות הנדונות במאמר זה, שאליהן נזקקים בהקשרם של סכסוכים הממוקדים בלאומיות.

38 הציפיות הנורמטיביות המוטעות ראיות אולי להתחשבות גדולה יותר מן הציפיות העובדתיות המוטעות, מפני שאינן אלה כה גדולה כמו זו שבציפיות העובדתיות. האחרונות נראות חסרות מידה מינימלית של סבירות; ואילו לציפיות הנורמטיביות יש איזשהו הסבר, המצוי בסיבה שבגללה הן מועמדות להיות פתרון לבעיית הקצאתן של הטריטוריות (על כך ראה להלן בגוף המאמר, סעיף 1(ב)). אבל מתוך כך, היינו: מתוך כך שהציפיות הנורמטיביות ראיות להתחשבות גדולה יותר מן הציפיות העובדתיות, אין זה נובע כי הן יכולות להיות בסיס לזכות, לאמור: להטלת חובות על אחרים.

39 נראה כי ולדרך סבור שתזיה זו מניחה את המבוקש: אם מקבלים אנו את הקו שבנחאם, מכל מקום, מבקש גם אותו לפתח, כי ציפיה היא ילד החוק וכי ציפיות "טבעיות" במצב טבע שאין בו חוק תהיינה כנראה מאד חלשות – אזי טיעון זה מניח מראש את קיומם באיזושהי צורה של עצם הכללים והמוסדות שהוא מבקש להצדיק [...].

(ולדרך [לעיל, הערה 21], 286).

דברים אלה אינם משכנעים. וראי שכללים נוהגים של חברות מדיניות או של הקהילה הבינלאומית הם בסיס מוצק לציפיות, אבל אין הם הבסיס האפשרי היחיד של ציפיות. לכן הטענה שחזקה ראשונה יוצרת ציפיות אינה חייבת להניח מראש קיומם של כללים המכבדים חזקה ראשונה.

את העיקרון שמינויים כאלה פסולים, למשל, מפני שהם פוגעים ביעילות המשק, אלא גם מפני שהם פוגעים בציפיותינו המוצדקות. הטיעון שהם פסולים מפני שהם פוגעים בציפיותינו המוצדקות אמנם מניח את המבוקש, כי מינויים כאלה הם פסולים. אבל אין הוא מיותר: הוא מראה כי מינויים כאלה הם פסולים לא רק, למשל, מטעמים הקשורים ליעילות עבודתה של הממשלה, אלא גם מפני שהם פוגעים בציפיות המוצדקות של האזרחים ומהווים משום-כך הפרת-אמונים.

כדי להראות שציפיותיהם של בעלי חזקה ראשונה כי חזקתם תכובד אמנם מהווה נימוק לכיבודה, נחון אפוא להראות כי יש לפחות צידוק אחד אחר לציפייה זו.⁴⁰ כפי שאראה מיד, ניתן להצדיק ציפיות של בעלי חזקה ראשונה כי ריבונותם תמוקם במקום חזקתם. לא ניתן להצדיק ציפיות מצדם כי חזקתם תכובד או תקנה להם ריבונות. הטיעון הנוכחי נכשל אפוא בנקודה הנוכחית. יתר על כן: גם אלמלא נכשל בה, לאמור: גם אם ציפיותיהם של בעלי החזקה הראשונה כי חזקתם תכובד היו מוצדקות, ספק אם היה בהן כדי לבסס זכות לריבונות. הטעמים שבגללם נכשל האינטרס בכיבוד ציפיותיהם המוטעות מלבסס זכות כזו וחוסר-יכולתו של אינטרס זה לעמוד בתחרות עם האינטרסים של המיועדים להיות בעלי החובות שכנגד זכות הריבונות הם טעמים שהיו מכשילים גם את האינטרס בכיבוד הציפיות המבוססות. כפי שרמזתי זה עתה, החזקה הראשונה, לפחות בעת שהיא עומדת בתוקפה, יכולה לבסס ציפיות לא לעצם הזכות לריבונות טריטוריאלית, אלא למיקומה של ריבונות זו. ציפיות אלה, כפי שאראה מיד, הן ציפיות מוצדקות והן מצדיקות גם הטלת החובות העומדות כנגד הזכות למיקום ריבונות. במלים אחרות: הן מבססות זכות זו. אולי יש בעובדה זו לספק ביאור לכוח-המשיכה שיש לחזקה הראשונה ולהסביר את העובדה שהיא מטעה רבים כל-כך לחשוב שיש בה משום בסיס לעצם זכות הריבונות. אבל מחשבה זו, כפי שהראיתי כאן, היא מוטעית.

(ב) בסיס לזכות למיקום ריבונות

אילו חזקתם הראשונה של עמים בטריטוריות נתונות שימשה בסיס לעצם זכותם לריבונות טריטוריאלית, היתה חזקה זו מצדיקה לא רק זכות זו, אלא גם קובעת את גודלן ומיקומן של הטריטוריות שלגביהן יש לעמים זכויות ריבונות. אבל ההיפך אינו נכון: מכך שחזקה ראשונה אינה מהווה בסיס לזכות לריבונות טריטוריאלית לא נובע בהכרח, כי לא ראוי שחזקה תשפיע על גודלן ומיקומן של הטריטוריות שתוקצינה לריבונותם של עמים, אם אמנם יש להם זכות לריבונות כזאת על בסיס עצמאי מרעיון החזקה הראשונה.

ראוי שלעמים תהיה זכות לריבונות טריטוריאלית, אם ראוי שתהיה להם זכות להגדרה עצמית מדינית. אניח כאן כי אמנם ראוי שהזכות האחרונה תתקיים, וזאת על יסוד האינטרס שיש לעמים בחופש ובהגדרה עצמית מדינית. ברור כי אם ראוי

40 הנימוק האחר לא חייב להיות אינטרס שלהם; הוא יכול להיות נימוק המבוסס על מטרות חברתיות או על חובות. לעניין כיבוד הציפיות יש חשיבות מיוחדת. הוא שיעשה את החזקה הראשונה לזכות, מפני שנכון יהיה לומר שיש אינטרס לבעלי חזקה ראשונה שציפיותיהם יכובדו, ורק אינטרסים אינדיבידואליים מצדיקים זכויות (ראה גם הערה 44).

שתהיה לעמים זכות להגדרה עצמית מדינית, בהכרח ראוי גם שתהיה להם זכות לריבונות טריטוריאלית; שכן זהו תנאי הכרחי (לפחות מבחינה אמפירית) למימושה של זכות ההגדרה העצמית המדינית. השאלה שרצוני להשיב לה כאן היא, האם רצוי שעקרונות קביעת גודלן ומיקומן של הטריטוריות שראוי כי יהיו בריבונותם של עמים לצורך מימוש זכותם להגדרה עצמית מדינית, אכן יתבססו על חזקתם הראשונה?

נראה, כי לפחות כבסיס לפתרון שאלת גודלן של הטריטוריות נדונה החזקה הראשונה לגורל דומה שלו נדונה כבסיס לעצם הזכות לריבונות טריטוריאלית ומאותם טעמים. כשם שאין זה ראוי להכיר בזכות הריבונות הטריטוריאלית על יסוד חזקה ראשונה, מפני שהכרה כזו פירושה הטלת חובות על אחרים העלולה לפגוע באינטרסים מאוד בסיסיים שלהם – באינטרס שלהם להגדרה עצמית מדינית ולקיום חומרי – כך אין זה ראוי להכיר בחזקה הראשונה כבסיס לקביעת גודל הטריטוריות שעליהן זכותם של עמים להגדרה עצמית ראויה להתממש. הכרה כזו עלולה לסכן את אותם אינטרסים.

בהקשר הנוכחי מקבל טעם זה משנה־תוקף, שכן בהקשר זה הנחנו כי עצם זכותם של עמים לריבונות טריטוריאלית נגזרת מזכותם להגדרה עצמית מדינית. אם השימוש בחזקה הראשונה כבסיס לקביעת גודלן של הטריטוריות שעליהן תתממש זכות הריבונות הטריטוריאלית עלול לפגוע בסיכויי מימוש זכותם של אחרים להגדרה עצמית מדינית, פירושו של דבר הוא שההיזקקות לחזקה הראשונה כאן עלולה לפגוע במימוש עצם העיקרון שאותו ביקשנו לממש באמצעותה.

ואולם ההיגיון הזה אינו חל כשנוקקים לחזקה הראשונה כבסיס תשובה אך ורק לשאלת מיקומן של הטריטוריות שבהן יממשו עמים את זכותם לריבונות טריטוריאלית. היא יכולה לשמש בסיס כזה מפני שהחובות העומדות כנגד הזכות למיקום ריבונות רחוקות מאוד מלהיות כרוכות בווייתורים שכלולות בהם החובות העומדות כנגד זכות הריבונות. כפי שראינו, האחרונות אפשר שתהיינה כרוכות, בנתוני מוגבלות שטחיו ומשאביו של העולם, בויתור מצד רבים על מקורות מחיה, מגורים וחירות. אבל אם החזקה הראשונה מבססת רק זכות למיקום ריבונות בשטחים שלגביהם תופשת חזקה זו, ולא זכות לריבונות על כל השטחים האלה, אזי החובות שכנגדה כרוכות לא בסכנת ויתור על מקורות מחיה, מגורים וחירות, אלא בסכנת ויתור על מימושם של אלה באזורים מסוימים – האזורים שבהם זוכים אחרים לממש את זכות הריבונות שלהם. רבים יסכימו לכך שוויתורים אלה אינם גדולים מדי, יחסית לציפיותיהם של המחזיקים הראשונים לזכות במיקום ריבונותם הפוליטית, לפחות בחלק מן השטחים שהם מחזיקים הראשונים.

יתר על כן: ציפיות אלה, בניגוד לציפיות המחזיקים הראשונים לזכות בריבונות על יסוד חזקתם, הן ציפיות שניתן להצדיקן. הן מוצדקות מפני שלשאלת מיקומה של הריבונות הטריטוריאלית, בניגוד לשאלת עצם הזכות לריבונות זו והיקפה, אין פתרונות מעשיים שניתן לגזורם משיטה של צדק מהותי (למשל: שוויון חירויות בין עמים כבסיס לעצם הזכות לריבונות וצרכים חומריים כבסיס להיקפה)⁴¹. פתרון

41 פתרונות מהותיים כאלה יכולים היו להיות תודנות בין עמים בטריטוריות שונות, אבל זה כמובן לא מעשי.

יכול להימצא רק בשיטות של צדק פרוצדורלי טהור, כמו, למשל, הטלת מטבע⁴². ואם להיזקק למקורות, מדוע לא לדבוק כבר במקורות ההיסטורית, בעובדה שעמים מסוימים קדמו במקרה לאחרים באזורים מסוימים? במה עדיפה המקורות המלאכותית הנוצרת על ידי הטלת מטבע, על פני המקורות ההסטורית?⁴³ יתר על כן: השימוש בחזקה הראשונה כדי לפתור את בעיית מיקומן של הריבונות הטריטוריאליות של העמים השונים תהיה הפרוצדורה הפשוטה, הנוחה והזולה ביותר. כל פרוצדורה אחרת עלולה לגרור נדודי עמים – מהלך יקר הכרוך למצער בהרבה אי-נוחות. ובכן, ציפויותיהם של המחזיקים הראשונים כי חזקתם זו תשמש בסיס למיקום זכויות הריבונות שלהם הן ציפיות מבוססות, והן מבססות, כפי שראינו כבר, זכות למיקום ריבונותם⁴⁴.

ואולם כל הדברים האלה, אם הם תקפים, הריהם כאלה רק כאשר החזקה הראשונה עומדת בעינה, היינו: רק כאשר המחזיק הראשון הוא גם המחזיק הנוכחי. אם עם מסוים שהיה המחזיק הראשון של טריטוריה נתונה כבר אינו מחזיק באותה טריטוריה, שוב אין שיקולי המקורות ההיסטורית, הנוחות והמחיר תומכים במיקום ריבונותו בה ובציפיות תואמות מצד בניו. ההיפך הוא הנכון: שיקולים אלה תומכים במיקום ריבונותם של המחזיקים הנוכחיים באותה טריטוריה ובציפיות מצדם כי ימוקמו בה. במלים אחרות: השיקולים שבגללם חזקה ראשונה היא בסיס טוב לקביעת מיקום זכויות הריבונות של עמים תומכים בחזקה הראשונה לא כל כך מפני שהיא הראשונה, אלא מפני שהיא החזקה הנוכחית. תמיכתם נתונה לכל המחזיק בפועל בטריטוריה, בין אם הוא המחזיק הראשון ובין אם הוא מחזיק לאחר-מכן. בשל כך, משאיבד המחזיק הראשון את חזקתו למישהו אחר, עוברת תמיכתם של אותם שיקולים אל אותו מישהו אחר⁴⁵.

כנגד הדברים הללו יהיה אולי מי שיטען, כי הם מבליעים תפישה פשטנית מדי

42 על מושג הצדק הפרוצדורלי הטהור ראה J. Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard, 1971) 86.

43 כדי לראות שכן הם פני הדברים צריך רק לדמיין מין מצב התחלתי עם מסך בערות, כנוסה רליסיאני. מה שאנשים יודעים הוא, שהם שייכים לעם מסוים ושהעם הזה ממוקם בטריטוריה מסוימת; אבל הם לא יודעים לאיזה עם הם שייכים ובאיזו טריטוריה הוא ממוקם. האם יבחרו בהטלת מטבע או בהישארות במקומותיהם? הסיכון שיהיו במקומות גרועים יותר עקב הטלת מטבע דומה לסיכון שיהיו במקומות גרועים עקב הישארות במקומות שבהם הם נמצאים ממילא. לכן סביר שיבחרו באפשרות האחרונה.

44 ראוי להעיר כאן כי הציפיות, ולא צידוקיהן, הן היכולות לשמש עוגן לטיעון על יסוד זכות; שכן צידוקיהן אינם קשורים לאינטרסים אינדיבידואליים, ורק האחרונים יכולים לשמש עוגן לטיעונים על יסוד זכויות. השיקולים שלפיהם דבקות במקורות ההיסטורית עדיפה במקרה הנוכחי על פני שימוש במקורות מלאכותית, שהיא נוחה חולה יותר, הם שיקולי מדיניות, ולא שיקולי זכויות (על ההבחנה בין טיעונים על יסוד זכויות לבין טיעוני מדיניות ראה, Dworkin, *Taking Rights Seriously* 90–96, 169–176; ולדרון (לעיל, הערה 21), 64–79. העובדה שהציפיות, ולא צידוקיהן, הן עוגן הטיעון על יסוד זכויות, צריכה לתת גם משנה-תוקף לחשוכה שהשבתי במטגרת הדיון בחזקה ראשונה כבסיס לזכות הריבונות להשגה שלפיה ההזקקות לציפיות מוצדקות היא מיותרת ואולי אף מניחה את המבוקש. לפי הנטען כאן, ההזקקות לציפיות המוצדקות לא רק שאינה מיותרת במובן זה שהיא מוסיפה טיעון חדש על הטיעונים שמספקים צידוקי הציפיות הללו, אלא היא מוסיפה את הטיעון היחיד על יסוד זכויות.

45 כל זה כפוף כמובן לכך, שבעל החזקה המאוחרת לא רכש אותה באופנים הראויים להתנגדות מוסרית. אם רכש אותה באופנים כאלה, אזי, ראשית, גם לא ייהנה מתמיכת הנימוק הראשון שהובא לעיל כנימוק התומך בחזקה נוכחית כבסיס לזכות למיקום ריבונות, היינו: עריפתה של המקרה ההיסטורית על-פני מקורות מלאכותית; שכן חזקתו אינה תוצאה של מקורות נייטרלית מבחינה מוסרית. שנית, יהיו נימוקים שלא לאפשר לו ליהנות מחזקה זו – נימוקים הקשורים בצורך להילחם בהישגים הבאים באלמות.

של היחס בין זכויות לבין צידוקיהן. טעות היא לחשוב – יטען בעל העמדה הנוכחית – שזכויות פוקעות באופן אוטומטי עם פקיעת צידוקיהן והיעלמות העובדות שהקנו אותן. מרגע שזכות (או הכלל המקנה אותה) נוצרה, היא הופכת להיות טעם עצמאי לפעולה – טעם שכוחו בלתי-תלוי בטעמים ובעובדות שבגללם נוצרה⁴⁶. כיוון שהמחזיקים הראשונים היו ראשונים לרכוש את זכות מיקומה של הריבונות בטריטוריות שבהן החזיקו ראשונים, זכות זו עומדת בעינה גם אם פקעו הטעמים שביססו אותה (ממש כמו שחוקי הפרלמנט ממשיכים לחייב גם אם הטעמים שבגללם נחקקו חדלו כבר להתקיים).

איני משוכנע שעמדה זו היא תמיד נכונה⁴⁷. מכל-מקום, גם אם היא נכונה, היינו: גם אם לזכות למיקום ריבונות המבוססת על חזקה ראשונה יש קיום עצמאי ובלתי-תלוי בהמשך קיומם של הטעמים שבגללם נוצרה לראשונה, ספק אם היא אמנם ממשיכה להתקיים כבסיס תביעות להחזרת מצבים ישנים לקדמותם. מקור אחד לספק הזה קשור בטעמים הניצבים נגדה בעת שמנסים להשתמש בה כבסיס לתביעות כאלה – טעמים שלא ניצבו נגדה בעת שתמכה בשימורם של מצבים קיימים. מקור שני לספק הנוכחי קשור בשאלה מיהם בעלי הזכות למיקום ריבונות: הפרטים המרכיבים את העם או העם.

אשר לעניין הראשון: כנגד ההיזקקות לחזקה ראשונה כבסיס למיקום ריבונות בהקשרים של החזרת מצבים ישנים לקדמותם ניצבים טעמים משני סוגים: ניצבים כנגדה בראש-ובראשונה טעמים הקשורים באינטרסים של המחזיקים הנוכחיים של הטריטוריות. ההיזקקות לחזקה הראשונה כבסיס לזכות למיקומה של ריבונות פירושה הוא, כי אפשר שהתושבים הנוכחיים של הטריטוריה יחויבו למצער לוותר על השתייכותם למסגרת הריבונית של עמם, ולמירב – להחליף את מקומות-מגוריהם הנוכחיים במקומות-מגורים אחרים ולוותר על מימוש האינטרס והזכות ההיסטורית של הקבוצה הלאומית שלהם לטריטוריות מעצבות (זכות זו מבססת, כפי שאראה מיד, זכות למיקום ריבונות בעוצמה גדולה משעושה זאת זכות החזקה הראשונה). נכון שוויתורים אלה אינם כה דרמטיים כמו הוויתורים העלולים להיות כרוכים בהכרה בחזקה ראשונה כבצידוק לעצם זכות הריבונות הטריטוריאלית. אף-על-פי-כן אלה הם ויתורים משמעותיים מאוד. משקלם נראה גדול ממשקל האינטרס שביסוד זכות החזקה הראשונה – האינטרס של המחזיקים כי ציפיותיהם יכובדו.

הסוג האחר של הטעמים הניצבים נגד ההיזקקות לחזקה הראשונה כבסיס להחזרת מצבים ישנים לקדמותם הם שיקולי יעילות ומדיניות כלליים התומכים

אבל אם לחזקות המאחרות לא נלחם כל הצבעים המוסריים השליליים האלה, יתמכו הטעמים שהוצגו לעיל כטעמים התומכים בבסיס הריבונות על חזקה ראשונה דווקא בחזקות המאחרות.

46 ראה, למשל, J. Rawls, *Practical Reason and Norms* (London, 1975), בעיקר בפרקים 2 ו-3; "Two Concepts of Rules", in: P. Foot (ed.), *Theories of Ethics* (Oxford, 1967) 144–170.

47 ראה Ch. Gans, "Mandatory Rules and Exclusionary Reasons" 15 *Philosophia* (1986) 373–394. טענתי שם כי ייתכנו מצבים שבהם זכויות, כללים והחלטות מוספים להתקיים בעיקר בעמ' 382–387. אלא שהם אינם תקפים עוד. אבל זה בתנאי שנוצרו טעמים חדשים התומכים בהם.

בהתיישנות – שיקולים שעיקרם כבר הזכרתי לעיל: הצורך שלא לגרום טלטלות ואי-נוחות ומחיר כלכלי כבד, הצורך לשמור על הסדר והיציבות הבינלאומיים והקשיים הנוצרים עם חלוף הזמן בהוכחת זכויות שהתקיימו פעם. דומה כי השפעת שתי קבוצות השיקולים האלה על האפשרות להיזקק אל החזקה הראשונה כבסיס להשבת מצבים ישנים לקדמותם היא קטלנית, גם כשמדובר רק בזכות למיקום ריבונות ולא בזכות הריבונות עצמה.

אשר לעניין השני: אם הזכות למיקום ריבונות מכוחה של חזקה ראשונה היא זכות שנושאה הם הפרטים המרכיבים את העם, אזי גם אם אין היא פוקעת כבסיס להשבת מצבים ישנים לקדמותם מכוח פקיעת צידוקיה, היא פוקעת או מכוח מותם של נושאה (בהנחה, כמובן, שמדובר בניסיון להשיב לקדמותו מצב שהתקיים לפני זמן רב). מי שמבקש לדחות טענה זו צריך להוכיח אחת משתיים: כי מדובר בזכות קבוצתית – זכות של העם ולא של הפרטים הנמנים עליו – או כי הזכות האינדיבידואלית שבה מדובר היא מסוג הזכויות העוברות בירושה. אם הזכות היא זכות קבוצתית, אין היא פוקעת מכוח הטיעון הנוכחי, מפני שמכוח ההנחות המוכללות בדיון זה, העם, בעליה, בניגוד ליחידים המרכיבים אותו, לא חדל להתקיים בין העת שהחזקה הראשונה עמדה בעינה לבין העת שבה מנסים להיזקק אליה כדי להשיב לקדמותו את המצב הישן. אם הזכות היא זכות אישית של הפרטים המרכיבים את העם, אין היא פוקעת אם היא מסוג הזכויות העוברות בירושה. כיוון שהבאתי לעיל טעמים הנראים לי קטלניים לגמרי לגבי האפשרות להשתמש בחזקה ראשונה כבסיס לזכות להשבת מיקומי ריבונות לקדמותם, לא אתעמק כאן בשאלה אם הזכות למיקום ריבונות היא זכות קבוצתית או אינדיבידואלית⁴⁸, ובשאלה אם במקרה שהיא זכות אינדיבידואלית, אם היא גם כזו העוברת בירושה. אסתפק רק במה שעשיתי כאן: הצבעה על פוטנציאל המחלוקת הטמון בשאלות האלה.

מסקנת הדיון בחלק הזה של המאמר היא כי החזקה הראשונה, לא רק שאינה יכולה לשמש בסיס לעצם זכות הריבונות הטריטוריאלית כאשר נזקקים אליה כבסיס להשבת מצבים לקדמותם. לצורך עניין זה היא גם לא יכולה לשמש בסיס לזכות המצומצמת יותר – הזכות למיקום הריבונות הטריטוריאלית. בנוקדה זו צריך לזכור, כי לזכות ההיסטורית, שזכות החזקה הראשונה היא אחת משתי תפישותיה, נזקקים בעיקר כדי לתבוע השבת מצבים ישנים לקדמותם, ולא כל-כך כדי לתבוע שימורם של מצבים קיימים. גורל קצת שפיר יותר צפוי, כפי שאראה עתה, לפירוש השני הניתן לזכות ההיסטורית – פירושה כזכות לקניינים מעצבים.

48. השיקולים אם הזכות למיקום הריבונות הטריטוריאלית היא זכות קבוצתית או אינדיבידואלית צריכים להיות דומים לשיקולים אם זכות הריבונות הטריטוריאלית עצמה, זכות ההגדרה העצמית הלאומית וזכויות לאומיות אחרות הן זכויות של קבוצה או של הפרטים המרכיבים את הקבוצה. בעניין זה ראה Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (Princeton, Forthcoming) Chs. 2,3.

2. הזכות לקניינים מעצבים

(א) בסיס לזכות לריבונות

שלא כבמקרה תפישתן הקודמת, לזכויות ההיסטוריות בתפישתן כזכויות לקניינים מעצבים אין בעיה משמעותית בקו הראשון שבו צריך להגן עליהן כבסיס לזכויות ריבונות טריטוריאלית. הנסיונות לאתר אינטרסים שזכויות אלה אמורות להגן עליהם אינם צריכים להיות מאומצים כלי-כך, כפי שהיו הנסיונות שעשיתי לעיל לחלוץ איזשהו אינטרס האמור להיות מוגן על-ידי הזכות ההיסטורית בתפישת החזקה הראשונה. אם בטריטוריות מסוימות התרחשו האירועים הנחשבים למעצבים את הזהות ההיסטורית של עמים, ועמים הם בעיקר יצורים היסטוריים, אזי תיתפשה אותן טריטוריות בעיני אותם עמים כטריטוריות הקשורות קשר עמוק ומשמעותי להווייתם. הטענה כי משום כך יש לאותם עמים איזשהו אינטרס חשוב באותן טריטוריות אינה זקוקה לראיות מפולפלות. להביא ראיות לקיומו של אינטרס כזה כמוהו כנסיון להוכיח כי הקשר בין ילדים להוריהם, או בין אדם לגופו ולרוחו, הם מקור לאינטרסים מיוחדים. דומה כי קיומם של אינטרסים כאלה הוא ברור ומובחן ואינו מצריך הוכחה.

ואולם הגם שלא צריך להביא ראיות לעצם קיומם של אינטרסים אלה, טיבם, ומשום-כך גם השלכותיהם הנורמטיביות, הם עניין לפרשנות. אפשר לחשוב על הקשר שבין עמים לבין הטריטוריות שבהן התרחשו האירועים שיצרו וגיישו אותם עמים, כעל קשר אורגני⁴⁹, קשר של "דם ואדמה". במצב-רוח פחות רומנטיים ויותר ליברליים אפשר לחשוב על הקשר הזה באמצעות דימויים עזים פחות, למשל: דימוי הקשר שבין אדם לבין חפצים היקרים לו, כאלה המעוררים אצלו זכרונות חשובים⁵⁰. כל הדימויים האלה עצמם ניתנים לפרשנויות שונות, למשל: האם הקשר האורגני בין עם לארצו הוא כקשר שבין אדם לגופו? האם הוא כקשר שבין אדם להוריו? ואם מדובר בקשרים לא-אורגניים, ברי שאלה יכולים להימצא על קשת נרחבת של עוצמות.

לכל אחד מן הדימויים האלה ולכל אחת מפרשנויותיהם עשויות, כאמור, להיות השלכות נורמטיביות שונות. הדברים הללו תופשים בעיקר כשבאים לבדוק את כוחו של האינטרס שמייצגים דימויים אלה בתחרות שהוא צריך לעמוד בה כדי להיות בסיס לזכות. כזכור, כדי לשמש בסיס לזכות, לא די שיש אינטרס בקניינים המעצבים. צריך גם שאינטרס זה יכריע אינטרסים של בעלי החובות שכנגד הזכות – אינטרסים העלולים להיפגע אם תוטלנה חובות אלה. אם האינטרס שיש לנו בטריטוריות המכוננות של עמנו כמוהו כאינטרס שיש

49 חלק מן הדברים שאומר י"ג פייכטל בנאום השמיני במסגרת הנאומים אל האומה הגרמנית אפשר להבין בדרך זו.

50 קרל אוליבקרוונה פירש את תורת הקניין הפרטי של לוק על יסוד קשרים רומים. ולדרון מבקר אותו על-כך, בעיקר בדרך של הצבעה על דוגמאות העושות איחוא ואיטלולא את טענת ההודות עם החפצים שאדם תופש או משקיע בהם עבודה. ראה ולדרון (לעיל, הערה 21), 195-198. הגם שהתיזה של אוליבקרוונה בקשר ללוק אינה קבילה מהטעמים שמטביר ולדרון, נראה כי ביחס לקשר בין עם לבין טריטוריות המעצבות שלו היא בודאי חופשה.

לנו כבני-אדם פרטיים באיברים של גופנו, דומה כי הוא מהווה אז בסיס לא לזכות ריבונות גרידא, אלא לזכות ריבונות מוחלטת; שכן, יהיו אשר יהיו האינטרסים של אחרים שייפגעו כתוצאה מסירובנו לתרום להם מאברי-גופנו — דומה שעדיין יש לנו ריבונות על איברים אלה, ואיש אינו רשאי לקחתם מאתנו.

אבל ספק אם זכותו של עם לטריטוריות המעצבות שלו צריכה להיחשב בעינינו זהה לגמרי לזכותו של אדם על גופו וחלקיו. את הזכות האחרונה ניתן להצדיק בכך שהיא חלק מן הזכות שיש לבני-אדם לבעלות על עצמיותם⁵¹ או בכך שהיא מתבקשת מזכותם לאוטונומיה אישית⁵². אשר לצידוק הראשון: בגלל הקשיים הפילוסופיים הכרוכים במושג העצמיות, אין הרעיון שבבסיסו ברור כל צורכו גם במקריהם של בני-אדם בשר-ודם. הוא בעייתי שבעתיים בהקשרם של עמים. האומנם נרצה לומר כי טריטוריות שבהן נתעצבו עמים הן חלק מעצמיותם? כדי להשיב תשובה חיובית על שאלה זו צריך לעמוד על מטפיסיקה שגבולותיה חורגים הרבה מגבולות המאמר הנוכחי — מטפיסיקה שתיתקל תמיד בדוגמא הנגדית של העם היהודי שקיים עצמיות גם בלא ששהה בטריטוריה שבה נתעצב — הטריטוריה של ארץ-ישראל.

אשר לצידוק השני: זכותם של בני-אדם לאוטונומיה אישית מבוססת על האינטרס שיש להם באוטונומיה כזו — האינטרס שיש להם בקיומם של תחומים פיזיים ונפשיים הנתונים למרותם ושבהם איש זולתם אינו מתערב. גבולות האוטונומיה האישית של בני-אדם אינם ברורים לגמרי. נראה כי בתחום הפיזי הם צריכים להשתרע לא רק על הגוף, אלא גם על מינימום של עצמים חומריים חיצוניים לגוף (למשל: בגדים, בית). ואולם הגוף מהווה תחום שראוי לראות בו את הגרעין המינימלי של האוטונומיה האישית בתחום החומרי, בגלל הקשר הטבעי והאינטימי שיש בין בני-אדם לבין גופם ומפני שתכולתו וגבולותיו של הגוף אינם ניתנים למניפולציה נרחבת ומהירה על חשבון גופם של אנשים אחרים. הנימוק האחרון הזה ודאי שאינו יכול לתמוך בזכות דומה של עמים על הטריטוריות המעצבות שלהם. הללו ניתנות למניפולציה על-חשבון טריטוריות של עמים אחרים. ואשר לנימוק הראשון, הגם שניתן לומר כי קשרים אינטימיים וטבעיים מן הסוג הקיים בין אנשים לבין גופם קיימים גם בין עמים לבין הטריטוריות המעצבות שלהם, נראה כי הטבעיות והאינטימיות כאן הן פחות נקיות וניצחות מכפי שהן בקשר שבין אדם לגופו. נראה אפוא, כי לא ראוי להרחיק לכת בהיקש שבין האינטרס של אנשים בגופם לבין האינטרס של עמים בטריטוריות המעצבות שלהם⁵³. הראשון יכול להיות בסיס לזכות ריבונות, ואף לריבונות מוחלטת. לא כן השני.

למי שמתעקש בכל-זאת על ההיקש הזה, למי שסבור כי זכותו של עם על הטריטוריות המעצבות שלו זהה לזכותו של אדם על גופו, צריך להזכיר כי הזכות האחרונה, גם אם היא נראית מוחלטת, הריהי כזאת רק כל עוד מצויים איברי הגוף בגוף. למשל: אם ניטלה מאתנו אחת מכליותינו, אפילו בניגוד להסכמתנו,

51 לדיון מרחק על הזכות לבעלות עצמית ובעמדות של הוגים שונים לגביה ראה ולדרון (לעיל, הערה 21), בעיקר 398-408.

52 על האינטרס והזכות לאוטונומיה ראה Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 369-378.

53 ספק גם אם זכותו של אדם על גופו היא לגמרי מוחלטת. ולדרון נוגע בדיון בעניין זה. ראה לעיל, הערה 51.

והושתלה אצל משהו שלא יוכל להוסיף לחיות בלעדיו, דומה שלא ראוי אז כי נממש את זכותנו עליה בדרך של השכתה לגופנו. לכל היותר ראוי שזוכה אז בפצויות. במלים אחרות, ובמינוח שהשתמשתי בו כבר לעיל: אם מבינים אנו את הזכות ההיסטורית בתפישתה כזכות לקניינים מעצבים, על יסוד המשלת הקשר בין עם לטריטוריה לקשר שבין אדם לגופו, אזי אמנם יש זכות כזו. אבל אז ראוי לממשה בעין רק לצורך שמירה על מצבים קיימים. אין זה ברור כלל ועיקר שראוי לממשה כדי להשיב מצבים ישנים לקדמותם. ולזכות ההיסטורית — כפי שכבר הזכרתי לא פעם, נזקקים בפועל בעיקר כדי לתמוך בדרישות מן הסוג האחרון.

דימוי הקשר שבין עם לבין הטריטוריות המכוננות שלו לקשר שבין אדם להוריו הוא טבעי יותר מן הדימוי הקודם. הוא כידוע גם רווח יותר. הביטוי העברי "מולדת", הביטוי הרומי "Patria" והביטוי הגרמני "Vaterland" תומכים בטענה זו. האחרון היה מרכזי בתורותיהם הלאומיות של הרדר ופיכטה שכבר הזכרתי לעיל. יחסית לדימוי הקודם, מיטיב הדימוי הנוכחי עם נסיונם של הטוענים כי הזכות ההיסטורית היא בסיס לזכות לריבונות טריטוריאלית. האינטרס שביסוד הקשר המכונן בין טריטוריות שלגביהן נדרשת זכות היסטורית לבין העם הדורש זכות זו הוא בהתאם לדימוי קשר ההורות — האינטרס שיש לאוהבים להימצא עם מושאי אהבתם, ולא להיות מורחקים מהם; האינטרס שיש להם שלא להעביר את חייהם בערגה ובגעגועים. אינטרס זה, שלא כאינטרס שיש לנו כאיברי גופנו, אינו מאבד בכחא-זה מתוקפו כבסיס תביעה להשבת מצבים לקדמותם. עוצמתו בהקשרה של תביעה כזו כמותה כעוצמתו בעת שהוא משמש בסיס תביעה לשימורם של מצבים בעינם. דברים דומים ניתן לומר על דימוי הקשר בין עם לבין הטריטוריות המכוננות שלו לקשר שבין אדם לחפצים היקרים לו.

השאלה היא, אם עוצמתם של האינטרסים האלה מאפשרת להם להיות בסיס מוצק לזכויות ריבונות, היינו: זכויות שהחובות העומדות כנגדן הן חובות הימנעות של אחרים משימוש ומהנאה בטריטוריות שעליהן חלה הריבונות. בנקודה זו קשה לומר דברים נחרצים. כדאי להיזכר כאן בדוגמא שהבאתי כבר בראשית החלק הראשון של המאמר — הדוגמא של מלינה מרקורי התובעת מן הבריטים להחזיר ליוון את אוצרות האקרופוליס. ההשוואה בין מקרה זה לבין מה שמצוי במוקד ענייננו כאן — זכויות היסטוריות כבסיס לזכות לריבונות טריטוריאלית — יכולה אולי לאפשר לנו שיפוט יחסי מסוים. נראה, כי האינטרסים שיש לבריטים ביוקרת המוזיאונים שלהם הם יריבים נוחים יותר לאינטרס המכונן שיש ליוונים באוצרות האקרופוליס, מן היריבים המזומנים לאינטרסים הנסכים על טריטוריות מכוננות. כזכור, הללו הם האינטרסים הבסיסיים והחיוניים ביותר שיש לבני-אדם — האינטרסים שלהם ב"מקום יישוב ומזונות" שעליהם מדבר רוסו, והאינטרס של בני-אדם בחירות ובביטוי עצמי לאומי.

אין זה ברור אפוא כי הזכות ההיסטורית, גם בתפישתה כזכות לטריטוריות מעצבות, יכולה להיות בסיס לזכות הריבונות עצמה. אין זה ברור שהיא יכולה להיות בסיס כזה לצורך שימורם של מצבים קיימים, וודאי שאין זה ברור כי היא יכולה להיות בסיס כזה לצורך השבה לקדמותם של מצבים ישנים. ואולם,

כפי שנראה מיד, אפשר לראות בה בסיס לזכויות מצומצמות יותר: בעיקר לזכות למיקומה של הריבונות הטריטוריאלית.

(ב) בסיס לזכות למיקומה של ריבונות

ההבחנה בין הזכות לעצם הריבונות הטריטוריאלית לבין הזכות למיקום הריבונות הווסברה כבר בעת הדיון בזכות ההיסטורית תחת תפישתה כזכות המחזיק הראשון. כפי שהנחתי שם, אניח גם כאן, כי לעמים יש זכות לריבונות טריטוריאלית וכי זכות זו נגזרת מן הזכות להגדרה עצמית מדינית. ביסוס זה של הריבונות מותיר פתוחות את שאלות ההיקף והמיקום של הטריטוריות שבהן תתממש. הראיתי לעיל, כי זכות המחזיק הראשון יכולה להיות בסיס תשובה לשאלת המיקום. הטעמים שבגללם יכולה היתה לעשות זאת חלים במשנה-תוקף במקרה של הזכות לטריטוריות מעצבות.

כזכור, זכות המחזיק הראשון יכולה להיות בסיס לזכות למיקומה של ריבונות, מפני שהחובות העומדות כנגד זכות זו רחוקות מלהיות כרוכות בויתורים שכלולות בהם החובות העומדות כנגד זכות הריבונות עצמה. כיוון שזכות המיקום אינה גוררת בהכרח כי הריבונות תשתרע על-פני כל הטריטוריות ההיסטוריות, אין החובות שכנגדה כרוכות בסכנה שבעלי אותן חובות ייאלצו לוותר על מקורות מחיה, מגורים וחירות. הן כרוכות רק בסכנה שייאלצו לוותר על מימושם של אלה באזורים מסוימים – האזורים שבהם זוכים אחרים לממש את זכות הריבונות שלהם⁵⁴.

אם ויתורים אלה נחשבים לקבילים יחסית לאינטרס שביסוד זכותו של המחזיק

54 אילו היתה ההכרה בקשר המעצב בסיס לעצם זכות הריבונות ולא רק בסיס לזכות מיקומה, היתה בכך סכנה שאחרים ייאלצו לוותר על מקורות מחיה, מגורים וחירות ולא רק על מימושם באזורים מסוימים, מפני שיתכן כי תחומי כדור-הארץ שהיו נותרים פנויים לאחר הקצאת ריבונות בהתאם לקשרים מעצבים לא היו מספיקים למגוריהם ולצורכיהם של אנשים וקבוצות שיווצרו בעתיד. אולי צריך להוסיף ולהעיר כאן, כי ברור שאם הזכות למיקום ריבונות אינה גוררת מיקום הריבונות על-פני כל הטריטוריות שלגביהן יש לבצע הזכות אינטרס של קשר מעצב, אין זכות זו מספקת באופן אופטימלי את האינטרס הזה. בעצם ההבנה הווסלה היא מבליעה אך סיפוק חלקי שלו. ניתן אולי להשיג ולומר, כי אם הזכות למיקום מובנת באופן החלקי הזה (והיא מוכרחה להיות מובנת באופן הזה מפני שאחרת פירושה המעשי הוא זכות לריבונות, ולא רק למיקומה), ניתן היה להשיג את אותה מטרה על-ידי תפישה מוגבלת של הזכות לעצם הריבונות. ניתן היה לומר שקשר מעצב מקנה את עצם הזכות לריבונות, שזכות זו היא זכות לכאורה (*Prima Facie*) הצריכה לסגת לפעמים בפני זכויות בסיסיות יותר של אחרים ושצריך לזכור כאן את התנאי הלוקיאני על הקניין המושג באמצעות השקעת עבודה. ייתכן שניתן היה לומר את הדברים האלה, אבל אם מערכת הריבונות הטריטוריאליות בעולם מבוססת בראש-דבראשונה על הזכות להגדרה עצמית, והיקפן של ריבונות אלה מבוסס על צרכים חומריים או שיטת צדק חלוקתי אחרת – אין הרבה טעם לדבר או על האינטרס בטריטוריות מעצבות כאינטרס המעצב את עצם הזכות לריבונות; שכן זכויות ריבונות כאלה תיסוגנה תמיד מפני זכויות ריבונות המבוססות על הזכות להגדרה עצמית שהיקפן נקבע כשיטת צדק חלוקתי. מוטב לדבר או על הזכות למיקום ריבונות כזכות היונקת מן האינטרס בטריטוריות מעצבות. דיבור כזה גם יאפשר מתן ביטוי ברור יותר לאלמנט הלקסיקלי, המוחלט, של זכויות: החובות שכנגדן תהיינה בעלות שליטה מוחלטת באינטרס של בעלי אותן חובות לחיות גם במקום מגוריהם וגם תחת ריבונות עמם. מצד שני, הן לא תכרענה את האינטרס של בעלי אותן חובות שלקבוצתם הלאומית יהיה ביטוי מדיני ואת האינטרס שלהם למקום-מגורים ולמזונות.

הראשון – האינטרס בכיבוד ציפיות – קל-וחומר שראוי להם להיחשב קבילים יחסית לאינטרס שיש לעמים ולבניהם בטריטוריות המכוננות שלהם. לדידם של עמים ושל אנשים שיש להם תודעה לאומית, האינטרס שלא להיות מרוחקים מן הטריטוריות המעצבות שלהם נוגע לנימים הקשורים בתפישת הזהות העצמית שלהם.⁵⁵ הציפיות והרגשות הנלווים לעניין זה קשורים לרבדים אנושיים הרבה יותר עמוקים מן הציפיות הנוצרות אצל מחזיקים ראשונים. ציפיותיהם של אלה, אם הן מבוססות, הריהן כאלה, כפי שראינו, מכוחם של שיקולי רציונליות אובייקטיבית – שיקולים ניטרליים לגמרי מן הבחינה האישית. כל זה בהיפוך גמור לרגשות ולציפיות הסובבות סביב האינטרס בקניינים מעצבים – אינטרס הקשור לרבדים עמוקים של האישיות גם כמוצאו (תפישת הזהות העצמית) וגם בתוצאות שיש לאי-סיפוק (תחושות של תלישות וגעגועים).

העוצמה הרבה שבה מבססת הזכות לטריטוריות מעצבות את הזכות למיקום ריבונות אינה היתרון היחיד שלה על-פני הביסוס שהחזקה הראשונה מעניקה לזכות זו. יש לה יתרונות כבדי-משקל נוספים: אחד, אולי החשוב שבהם, הנובע באופן חלקי מן היתרון הקודם, הוא היותה מועמדת רצינית לבסס את זכות מיקומה של הריבונות לא רק בהקשרים של שימור הסטטוס-קוו, אלא גם בהקשרים של השבת מצבים ישנים לקדמותם. זכות המחזיק הראשון יכולה היתה להיות בסיס לזכות המיקום רק בהקשרים של שימור מצבים קיימים, גם מפני שהטעמים שהצדיקה – הטעמים המבססים את ציפיות המחזיקים הראשונים כי ריבונותם תמוקם במקום חזקתם הראשונה – מאבדים את תוקפם במקרה שהחזקה הראשונה חדלה להיות חזקה בפועל וגם מפני שבמקרה זה ניצבים נגדם טעמים שלא ניצבו נגדם בעת שתמכו בשימורם של מצבים קיימים (אינטרסים וציפיות של המחזיקים החדשים ושיקולי המדיניות התומכים בהתיישנות). הזכות לטריטוריות מעצבות בוודאי שאינה סובלת מן החסרון הראשון. האינטרס שיש לעמים ולבניהם שלא להיות מנותקים מן הטריטוריות המעצבות שלהם הוא אינטרס בר-תוקף גם כשהללו מחזיקים בטריטוריות האלה וגם כשאינם מחזיקים בהן. טעמו של האינטרס הזה, שלא כטעמים המבססים את ציפיות המחזיקים הראשונים, אינו פג עם אובדן החזקה.⁵⁶ אף-על-פי-כן, כשמנסים להשתמש בזכות לטריטוריות מעצבות כדי לדרוש החזרת מצבים ישנים לקדמותם, ניצבים נגד האינטרס שביסוד הזכות הזו אותם שיקולים הניצבים בהקשר זה גם נגד זכות המחזיק הראשון. התשובה לשאלה

55 מאלפים בעניין זה דבריו של פרנץ אופנהיימר בקונגרס הציוני השישי. הוא ריכר על געגועיהם בני אלפיים השנים של היהודים לארץ-אבותיהם, ובין השאר אמר: "הקצאת מרחבי החרוש הנהדרים ביותר בקנדה או בארגנטינה לא תוכל למתוח את כוחותיו של היהודי הנווד, כמו ההתיישבות בערבה מרולדל, שבתוכה זורם הירדן ושעליה משקיף הלכנון". ראה שמואל אלמוג, ציונות והיסטוריה (ירושלים, תשמ"ב) 189.

56 ראוי להעיר כאן, כי ייתכן שעוצמת הקשר אל הטריטוריה המעצבת תהיה שונה בקרב עמים שונים ובקרב הפרטים הנמנים עליהם. ואולם נראה, כי למן הסף שהחל ממנו הקשר הוא קשר משמעותי לא ברור אם ראוי שלהבדלי העוצמות בקשר יהיו השלכות מעשיות כלשהן, בעיקר מפני שאין זה ברור לגמרי כיצד למדוד עוצמות אלה; ומפני שמרגע שנקבע כי הקשר המעצב הוא בסיס מוצק מספיק לזכות למיקום הריבונות, שאלת היקף הטריטוריות שעליהן משתרעת הריבונות צריכה להיקבע בעיקר לפי שיקולים של צדק חלוקתי (המבוססים על הצרכים התומריים של העמים – צרכים הנקבעים לפי היקפם המספרי).

האינטרס בטריטוריות מעצבות אמנם מצליח לגבור על שיקולים אלה תלויה כמובן בהערכת עוצמתם היחסית. על יסוד הדברים שכבר אמרתי לעיל בקשר לאינטרס הזה, ודאי שהוא מועמד הרבה יותר רציני לעשות זאת מן האינטרס שביסוד זכות המחזיק הראשון. השאלה אם הוא באמת עושה זאת תלויה בכוח שראוי לייחס לשיקולים העומדים כנגדו.

החשובים שבהם הם לאו דווקא שיקולי המדיניות הכלליים התומכים בהתיישנות, אלא השיקולים הקשורים באינטרסים של מחזיקי השטחים שבהם אמורה להתמקם מחדש ריבונותו של העם בעל הקשר המעצב. אם אמנם תתמקם הריבונות הזו בשטחים שבהם הם יושבים, עלולים להיפגע האינטרסים שלהם לחיות במסגרת הפוליטית המממשת את זכות עמם-שלהם לריבונות פוליטית או האינטרס שלהם להוסיף ולהתגורר במקומות שבהם הם רגילים להתגורר. האינטרס הראשון ייפגע אם הם יסיפו להתגורר במקומותיהם גם תחת שלטון העם האחר ששב לחדש שם את ריבונותו. האינטרס השני ייפגע אם יידרש מהם או אם הם יעדיפו להעתיק את מגוריהם מן המקומות האלה. שני האינטרסים אינם בעלי העוצמה שיש לאינטרסים שבגינם הזכות לקניינים מעצבים לא היתה יכולה לשמש בסיס לעצם הזכות לריבונות. המעתיק את מקום-מגוריו אינו כמי שמצוי בסכנה של העדר מקום-מגורים; ומי שחי תחת ריבונותו של עם אחר אינו כמי שלעמור-שלו אין כלל ביטוי ריבוני⁵⁷.

אף-על-פי-כן, שני האינטרסים הם חשובים. קשה להשיב בהחלטיות לשאלה אם עוצמתם גדולה או קטנה מעוצמת האינטרס של עמים בטריטוריות מעצבות. אבל צריך להצביע על העובדה שההיגיון הפנימי של הטענות המרכזיים במאמר זה מאפשר לפגוע בהם. בהתאם לטיעונים אלה, החזקה הראשונה וגם האינטרס בטריטוריות מעצבות אינם יכולים לשמש בסיס לעצם זכות הריבונות. זכות זו — כך הונח כאן — שואבת את תוקפה מן הזכות להגדרה עצמית לאומית, ואת היקפה הטריטוריאלי משיקולים של צדק מחלק בין אומות. פירוש הדבר הוא, שניתן לדרוש מבניו של עם אחד להעתיק את מגוריהם או לחיות תחת ריבונותו של עם אחר, כדי לאפשר לאותו עם אחר לממש את זכותו-שלו לריבונות בהיקף הנגזר מצורכי הצדק המחלק. מכאן לא נובע ישירות, כי ניתן לדרוש מבניו של עם אחד להעתיק את מגוריהם או לחיות תחת ריבונותו של עם אחר כדי לאפשר לעם אחר לממש את האינטרס שלו בקניינים מעצבים; שכן האינטרס האחרון אינו כה בסיסי כמו אלה המבססים את זכות ההגדרה העצמית הלאומית והזכות לעצם הריבונות הטריטוריאלית. ואולם עצם העובדה שלעמים מוצדק לדרוש העתקת מגורים או חיים תחת ריבונותם של אחרים עושה את השאלה אם מוצדק לעשות

57 כאמור (לעיל, הערה 54), כרוכה ההכרה בקשר המעצב כבסיס לעצם זכות הריבונות בסכנה כזו מפני שייתכן כי תחומי כדור-הארץ שיוותרו פנייים לאחר הקצאת ריבונות בהתאם לקשרים מעצבים לא יספיקו למגוריהם ולצורכיהם של אנשים וקבוצות שיווצרו בעתיד. מימושה של סכנה כזו אינו הכרחי, אבל הוא אפשרי ואף צפוי. אין הוא כלל צפוי אם הקשר המעצב הוא אך בסיס לזכות למיקום ריבונות, מפני שזכות זו אינה קובעת, כאמור, את ההיקף הטריטוריאלי של הריבונות. היקף זה נקבע, כאמור, לפי שיקולים של צדק חלוקתי המבוססים על הצרכים החומריים של העמים — צרכים הנקבעים, כאמור, לפי היקפם המספרי.

זאת כדי לאפשר לאחרים לממש את האינטרס שלהם בקניינים מעצבים לשאלה שאין לדחות מענה חיובי עליה על הסף.

בנקודה זו ראוי להבחין בין שלושה הקשרים מעשיים שבהם יכולה לצוף הזכות לקניינים מעצבים כבסיס לזכות למיקומה של ריבונות: הקשרים שבהם מדובר בעם אשר זכותו לריבונות טריטוריאלית אינה ממומשת ואין טריטוריות פנויות לגמרי שבהן ניתן לממשה, הקשרים שבהם יש טריטוריות כאלה והקשרים שבהם מדובר בעם אשר זכותו לריבונות טריטוריאלית ממומשת, אך לא בטריטוריות המעצבות שלו. דומה כי המקרה הקל ביותר מבחינתה של הזכות לטריטוריות מעצבות הוא המקרה הראשון. כשזכות זו היא פרוטית לזכות לריבונות טריטוריאלית, אזי כיוון שמכוח הזכות האחרונה ניתן להכפיף אנשים לריבונותם הלאומית של עמים אחרים, ואולי אף להעתיק את מקומות מגוריהם, ראוי לעשות זאת, מכוחה של הזכות לטריטוריות מעצבות, דווקא לתושבים של הטריטוריות המעצבות הרלבנטיות (תוך גילוי רגישות לאפשרות שאף להם יש קשר מעצב לטריטוריות אלה – על כך ראה גם להלן). שני המצבים האחרונים הם קשים יותר מפני שבהם הזכות לטריטוריות מעצבות צריכה להצדיק בכוחות עצמה, בלי שהיא רוכבת על גבה של הזכות לריבונות טריטוריאלית, עקירת אנשים ממקומות מגוריהם או כפיפתם לריבונות לא להם. ספק אם במקרים כאלה האינטרס בטריטוריות מעצבות יכול להצדיק הטלת חובות כאלה. המצב – כך נראה לי – הוא מצב של דילמה מוסרית. הכרעות שבו צריכות להיות קשורות לתנאים נסיבתיים, ולפעמים גם אלה לא יספקו בסיסים מוצקים להכרעה.

הזכות לטריטוריות מעצבות קרובה מאוד אל קרהסיום שבו יכולה היתה לבסס זכות למיקום ריבונות גם בהקשרים של החזרת מצבים לקדמותם. לפחות במקרה שבו היא רוכבת על גב הזכות לריבונות טריטוריאלית ואינה נעה אך בכוחות עצמה היא מגיעה אל קרהסיום הזה. כל זה בניגוד גמור לזכות החזקה הראשונה. בנקודה זו ראוי להזכיר יתרון נוסף שלה. כפי שהראיתי לעיל, יכולתה של זכות המחזיק הראשון לשמש בסיס לזכות מיקומה של הריבונות בהקשרים של השבת מצבים ישנים לקדמותם היא מפוקפקת, לא רק מפני שטעמה פג מרגע שהחזקה הראשונה חדלה להיות חזקה בפועל; היא מפוקפקת גם מפני שהיא תלויה בהיותה של הזכות למיקום ריבונות זכות קבוצתית או זכות אישית העוברת בירושה. אם היא זכות אישית שאינה עוברת בירושה, אין היא יכולה לשמש טיעון להשבת מצבים לקדמותם, מפני שבעליה עברו מן העולם. לדידה של הזכות לטריטוריות מעצבות הבעיה הנוכחית אינה קיימת. גם אם אין היא זכות קבוצתית וגם אם אין היא זכות אישית העוברת בירושה, היא יכולה לשמש בהקשרים של השבת מצבים לקדמותם, מפני שטעמיה מקנים אותה באופן אישי לבני הקבוצה הלאומית בין אם הם מחזיקים בפועל בטריטוריות המעצבות ובין אם לאו. הם מקנים לבני הקבוצה הלאומית את הזכות למיקום ריבונות, בין אם הללו משתמשים בה לצורך תמיכה כתביעה לשימור מצבים קיימים ובין אם הם משתמשים בה לצורך תביעה להחזרת מצבים ישנים לקדמותם.

ראוי להוסיף עוד, כי ההיגיון המאפשר לגזור מן הזכות ההיסטורית, בתפישתה כזכות לטריטוריות מעצבות, את זכות מיקומה של הריבונות, מאפשר לה לשמש

בסיס לשורה של זכויות נוספות המבטיחות שמירת קשר עם הטריטוריות ההיסטוריות. לנגד עיני עומדות זכויות כמו קיום מאחזים של בעלי הקשר המעצב בטריטוריות שאליהן יש להם קשר כזה ושבהן אין להם ריבונות. מאחזים כאלה יכולים ליהנות, למשל, מחסינות קניינית. העם המארח אותם יכול לקבוע בחוקיו כי אין הם ניתנים להעברה למי שאינם בני העם המתארח – זה שיש לו קשר עיצובי אליהם. זכויות נוספות היכולות לבטא את הכרת העם הריבון בקשר המעצב של עם אחר לטריטוריות המצויות בריבונותו יכולות להיות קשורות במתן עדיפות לבני העם האחר הזה בהגירה אל טריטוריות אלה או בביקורים בהן.

הזכויות האלה שהצלתי מן הזכות ההיסטורית בתפישתה כזכות לטריטוריות מעצבות הן הרבה פחות ממה שהיו מעוניינים בו אלה המרכיבים להשמיע תביעות של זכויות היסטוריות. הללו, כשהם מדברים על זכות היסטורית, מדברים על הזכות לעצם הריבונות הטריטוריאלית; לא רק על הזכות למיקומה, וודאי שלא על זכויות פחותות מריבונות. אף-על-פי-כן נראה לי, כי זכויות פחותות אלה הן חשובות, והצדק מחייב פעמים רבות את בעלי הריבונות הטריטוריאלית להעניקן, ואת בעלי הקשר המעצב להסתפק בהן ולא לחתור אל יותר מהן (היינו: השגת הריבונות עצמה).

אסיים בהצבעה על מגבלה נוספת של הזכות ההיסטורית הנתפשת כזכות לטריטוריות מעצבות (מגבלתה המרכזית היא אי-יכולת לבסס את הזכות לעצם הריבונות, אלא אך זכויות פחותות מכך). בניגוד לתפישתה כזכות של חזקה ראשונה, אין תפישתה הנוכחית מניחה לה להיות בהכרח זכות אקסקלוסיבית. נקודה זו ראויה להבלטה, מפני שהיא תושפת היבט מתעתע בדור-משמעות של הזכות ההיסטורית. אם זכות טריטוריאלית היא היסטורית בגלל ראשוניותו של העם בהיסטוריה של הטריטוריה, אזי עם זה הוא הבעלים האקסקלוסיבי של זכות זו. שהרי (בכפיפות לקשיים הקשורים באינדבידואציה של טריטוריות) אין זה סביר שיותר מעם אחד היה ראשון בהיסטוריה של טריטוריה. לעומת זאת, אם זכות היא היסטורית בגלל ראשוניותה של הטריטוריה בהיסטוריה של העם, אין זה הכרחי שעם זה הוא הבעלים האקסקלוסיבי של זכות זו; שהרי טריטוריה אחת יכולה להיות ראשונית בהיסטוריות של יותר מעם אחד. אחת הסיבות לכך שמי שמרכיבים להשתמש בתביעות של זכות היסטורית מעדיפים, גם בלי שהם מודעים לכך, לדלג הלוך ושוב בין שתי משמעויותיה, הוא רצונם ליהנות משני העולמות. מצד אחד, הם מבקשים ליהנות מן האקסקלוסיביות הנלווית לזכות ההיסטורית בתפישת החזקה הראשונה שלה. מצד שני, מבקשים הם להינות מן הכוח הנורמטיבי הלא-מבוטל הנלווה לתפישתה כזכות לקניינים מעצבים.

אבל את המקל הזה, כמו הרבה מקלות אחרים, אי-אפשר להחזיק בשני קצותיו. אם הזכות ההיסטורית היא זכות של חזקה ראשונה, אזי היא אקסקלוסיבית מבחינת בעליה, אך כפי שראינו במפורט לעיל, היא גם ריקה מבחינה נורמטיבית; ואם הזכות ההיסטורית היא זכות לקניינים מעצבים, אזי היא בעלת כוח נורמטיבי מסוים, אך אין היא בהכרח אקסקלוסיבית. כבסיס לזכות למיקומה של ריבונות היא טומנת בחובה את האפשרות שבעליה יצטרך לחלק את הטריטוריות ההיסטוריות

חיים גנז

משפטים כ"א תשנ"ב

שלו גם עם מי שאינם בעלי קשר היסטורי לטריטוריות אלה. קל-וחומר שיהיה
עליו לחלקן עם מי שיש להם זכות דומה לשלו.