

על חובתה של המדינה להתחשב בזרים



מאת פרופ' איל בנבישתי

להמחיש זאת גם בישראל: הנוסעים ברכבת העתידית לירושלים, שמסלולה עובר בחלקו מתחת לשטחה המיועד של המדינה הפלסטינית, ייהנו מהדרך הקצרה והמהירה, ואזרחי המדינה הפלסטינית לא יחסרו מאומה. הדבר נכון גם במקרים רבים אחרים, למשל כשמדינות ללא מוצא לים מבקשות גישה לנמלים ימיים שבמדינות אחרות, וכמובן גם התעבורה האווירית היא דוגמה יום-יומית של הרעיון. מובן שיכול שיהיו עלויות לשיתוף, למשל בלאי לכבישים או הגברת סיכונים ביטחוניים, אבל השאלה היא אם אין בכל זאת חובה לשקול היענות לצרכים הללו. ואולי יש מקום לקבל שרירות שלטונית שמתבטאת למשל בתלות של אזרחי המדינות השוכנות לצד רוסיה ברצונה הטוב להמשיך לספק להם גז להסקת בתיים בחורף הקר. האין מקום להכיר בחובתה של רוסיה לשקול גם את רווחת שכניה כאשר היא מחליטה על מדיניות ייצוא הגז שלה? ולבסוף, האם יש מקום להכיר בחובה לשמור על זכויות אדם של זרים שחשופים להחלטות שלטוניות? לדוגמה: האם מדינה שמנהלת מעקב אחרי תקשורת אלקטרונית מחויבת לשמור על הפרטיות של אזרחים זרים שמתקשרים ביניהם מחוץ לגבולות המדינה?

הניחו שבמדינה מסוימת התגלה זן של וירוס שהתפשטותו מאיימת על האנושות כולה. האם מוטלת על אותה מדינה החובה לשתף את העולם כולו במידע זה, החיוני למניעת מגפות? מנגד, האם למדינה שבשטחה, ורק בשטחה, נמצא צמח ששורשיו ירפאו את הלוקים במחלה יש חובה לאפשר לחולים ליהנות מהתרופה? התפיסה המסורתית של מושג הריבונות במשפט הבינ-לאומי גורסת בשני המקרים שאין כל חובה כזו, והמדינה רשאית למנוע מאחרים, בשרירות, כל הנאה ממשאבים שמצויים בשטחה הריבוני.

אך האם ראוי שתוכר חובה כזו? האם לא נכון לומר שאת הריבונות, שממנה נובעת הזכות לשליטה בלעדית על חלק מכדור הארץ, יש להבין כזכות שכפופה לחובה לשתף אחרים במשאבים המצויים באותו חלק שיש בהם כדי להיטיב עם האחרים? לפחות כאשר שיתוף זה לא יגרע דבר מחלקו של המשתף, לפי הכלל המקובל גם בתלמוד: "זה נהנה וזה לא חסר"?

יש דוגמאות רבות למצב כזה שבו המדינה המשתפת לא חסרה, וזרים או מדינות אחרות נהנים. ניתן

בעולם שבו עמים חיים בצפיפות זה ליד זה. הריבונות כיום כבר אינה דומה לבעלות על משק בודד בין גיאיות ונהרות אלא לבעלות על דירה קטנה בבית משותף אחד שבו חיות כמאתיים משפחות. הטענה היא שאת המשפט הבינ-לאומי של העולם המתכווץ שבו אנו חיים יש לעצב לפי המציאות המשתנה.

מה המשמעות של הריבונות המדינית בבית משותף גלובלי שכזה? מה היקף האחריות של הדיירים אלו כלפי אלו? האם ניתן להמשיך ולהתייחס אליהם כבעלי המילה האחרונה באשר לחובותיהם כלפי הזולת?

לרבים יהיה מוזר להתייחס לריבונות כאל מקור לא רק לזכויות אלא גם לחובות שמוטלות על המדינה. כעם ששאף ושואף לחירות מדינית אנחנו מורגלים להתייחס לריבונות כאל ביטוי לעצמאות מדינית שמגשימה את הזכות להגדרה עצמית של העמים. אולם כמו רעיון החירות האישית, חירות מדינית זו היא מוגבלת מטבעה, שכן היא מחויבת להתחשב בחירותם של אחרים. הריבונות היא אומנם חירות, אבל זוהי חירות במובן אחד בלבד: החופש מכפיפות להחלטות של אחרים. המדינה הריבונית אינה משוחררת מהחובות שחלות על הכלל ולמען הכלל. את הרעיון הזה ביטא במדויק המשנה לנשיא בית המשפט העליון שניאור זלמן חשיך בפרשת שטמפפר הידועה, כאשר הדגיש את העצמאות המדינית כזכות להיות כפוף למשפט הבינ-לאומי: "הכרזת העצמאות קרעה לפני המדינה החדשה אשנב אל החוקים ואל המנהגות הבינ-לאומיים, אשר המדינות כולן נהנות מהם בזכות ריבונותן". אומנם משמעותה של הריבונות היא חירות מאחרים, אך היא אינה חירות מהכלל.

כבר בשנת 1758, כאשר הציג את תפיסת הריבונות כחירות כלפי חוץ, הציג אמריך דה ואתל (Emmerich de Vattel) שחירות זו היא מוגבלת; שהחירות מסויגת בחובת נאמנות כלפי חוץ. זוהי נאמנות שנגזרת מהיותו של כדור הארץ שייך לאנושות כולה. ◀

במחקרי שמומן בעזרת מענק מחקר מתקדם (advanced grant) של המועצה האירופית למחקר, ה-ERC, ביקשתי להצביע על היתכנותה של חובה שמוטלת על מדינות להתחשב ברווחתם של זרים, ואפילו להראות ניצנים של הכרה בחובה כזו במשפט הבינ-לאומי הנוהג היום. מדובר בחובה מוגבלת – שלא בהכרח מחייבת הקרבת אינטרסים לאומיים או הכבדה ניכרת עליהם – להביא בחשבון, במסגרת הפעלת שיקול הדעת של רשויות המדינה, את רווחתם של זרים היכולים להיות מושפעים, לשלילה או לחיוב, מהחלטתה של הרשות.

מתברר שיש מוסדות שלטוניים שכבר הטמיעו שיקול מסוג זה בתהליכי קבלת ההחלטות שלהם. למשל, בבוא הבנק המרכזי האמריקאי לקבוע את שער הריבית הוא מתחשב בהשלכות שתהיינה להחלטה על הכלכלה העולמית. הוא אומנם עושה זאת לא מתוך תחושה של חובה אלא מתוך התועלת שמפיק מזה המשק האמריקאי, אבל כששיקולים כאלה הופכים להיות עניין של שגרה, יש בהם כדי לחזק ציפיות בדבר המשכיותם, ובכך מתחזקת המחויבות להמשיך ולשקול אותם. ערכאת הערעור של ארגון הסחר העולמי דרשה ממדינות להתחשב בזרים בעת החלטות על הטלת מגבלות על ייבוא או ייצוא. אשר לעתיד, הצופן בחובו שינויי אקלים קיצוניים, ניתן לחשוב על מצבים תובעניים יותר, שבהם למשל קהילות שלמות מאבדות את יכולתן להמשיך להתגורר באיים שכוסו במי האוקיינוס ומבקשות מפלט במדינות אחרות: האם יש חובה מוסרית ומשפטית לקלוט אותן?

העיון לחובה כזו נמצא בטיעון עקרוני בנוגע להבנה הראויה של מושג הריבונות. אנחנו חיים בעולם שהולך ומתכווץ, שבו התלות ההדדית בין מדינות וקהילות הולכת וגוברת. בעולם זה גם מושג הריבונות משנה צורה. מושג שנוצר בעולם שבו המרחקים היו גדולים והמשקים אוטרקיים לובש פנים חדשות



חובת ההתחשבות בזולת מקבלת משנה תוקף כאשר מנגידים את הזכות להשתתף בהחלטות שמעצבות את סביבת החיים ליחסי הגומלין המורכבים בין הדמוקרטיה המדינתית למוסדות האסדרה והפיקוח הגלובליים, שנוצרו מאז תום המלחמה הקרה. הדמוקרטיה המדינתית מצויה במשבר שרבים מכירים בו. זהו משבר הנובע מהיעדר חפיפה בין הקבוצה הזכאית להשתתף בבחירות לבין זו שמושפעת מתוצאותיה.

ההנחה הבסיסית של הדמוקרטיה המדינתית בדבר החפיפה בין המחליטים לבין מי שמושפע מהחלטה כבר אינה נכונה. הנחה זו הייתה נכונה בימים שבהם הגבולות הטריטוריאליים הגדירו לא רק את הזכאים להשתתף בבחירות אלא גם את גבולות ההשפעה של ההכרעות השלטוניות. כיום להכרעות שלטוניות של מדינה אחת יכולות להיות תוצאות החורגות בהרבה מתחומי המדינה מחד גיסא, ויש זרים שבעזרת הונם יכולים להטות החלטות שלטוניות מקומיות

כדור הארץ מספק את צורכי האנושות בכללותה, ולכן הריבון התובע בעלות על חלקת אדמה על כדור הארץ חייב לאפשר לזולתו ליהנות ממנה, לפחות אם אין בהנאת הזולת כדי לפגום בהנאתו שלו. כלל זה מוכר במקורותינו כעיקרון, הנזכר לעיל, של "זה נהנה וזה לא חסר". גישה אחרת, שגם היא מנביעה חובות של הריבון כלפי זרים, יכולה להתבסס על עמדתו של ג'ון לוק, שסייג את זכות הקניין בדרישה שהאפשרות של בעל זכות הקניין להדיר אחרים מחלקתו מותנית בכך שלזולת יש חלופה מספקת. כיום אפשר להיעזר גם בטיעון המבוסס על זכויות האדם – הזכות השווה לכל בני האדם למשאבי כדור הארץ, ובמיוחד הזכות להשתתף בהחלטות שמעצבות את סביבת החיים של האדם – כדי לטעון שהריבונות, כרעיון מארגן את חלוקת הבעלות במשאבי העולם, נותנת בידי הריבונים כוח המחייב אותם לנהוג מידה של זהירות והתחשבות במי שעלול להיות מושפע מהפעלת הכוח, גם אם אינו אזרח המדינה.

השתרשותם והתפתחותם של הכללים הללו במשפטן המנהלי של מדינות דמוקרטיות, לרבות כמובן במדינת ישראל, וההיסטוריה של השימוש בהן מעידות שלפחות בחלק מהמקרים ההחלטות שמתקבלות מצליחות לשקלל העדפות של בעלי עניין רבים ולכן מאפשרות חלוקה שוויונית ומידתית של העלויות והתועלות הנובעות מההחלטה השלטונית.

רעיון הריבונות כנאמנות, שמחייב שקלול הצרכים וההעדפות של הזרים שיושפעו מההחלטה השלטונית, אינו מחייב הכפפה של שיקול הדעת הריבוני לטוב הגלובלי. הדרישה היא חשובה אבל מוגבלת. לזרים שאינם יכולים להשתתף בבחירות, ואין להם זכות להשתתפות בהנאה ממשאביה של המדינה, תהיה לפחות הזכות להשתתפות בהחלטות השלטונית שנוגעות להם, ובכך תהיה להם הזדמנות להשפיע על ההחלטה השלטונית המעצבת את חייהם ואת אפשרויותיהם. כאמור, מדובר בזכות להתחשבות בלבד; עדיין מותר למדינה (והיא אפילו חייבת) לתת עדיפות לאזרחיה, בבחינת עניי עירך קודמים. המדינה הריבונית, באופן שיורי, נאמנה לאנושות, אבל בראש ובראשונה היא נאמנה לאזרחיה, ומתפקדה לקדם ולממש את העדפותיהם בנאמנות.

חובת ההתחשבות בזר מקבלת גיבוי רציני באותן מדינות שבהן המשפט החוקתי הפנימי מכיר באותה חובה. ואכן יש בסיס לקביעה שהחובה להתחשב בזר, למשל בכל הקשור במבקשי מקלט או בפעילות של המדינה מחוץ לגבולותיה, מוצאת עוגן לא רק בנורמות של המשפט הבינ-לאומי אלא גם במשפט החוקתי של מדינות שונות שמכיר בזכויות מסוימות של זרים לכניסה ולשהות במדינה. המשפט הבינ-לאומי הנוהג מכיר בחובת ההתחשבות המנהלית בזרים, לרבות החובה לאפשר להם להשתתף בהחלטות שמשפיעות לרעה על זכויותיהם ועל רווחתם. חובה זו הוכרה בפסיקתם של מוסדות שיפוט בינ-לאומיים שפירשו את דיני הסחר הבינ-לאומי או את האמנה

לטובתם, מאידך גיסא. יתר על כן, מדינות רבות מפתחות תלות בהכרעות של מוסדות בינ-לאומיים, ותלות זו מפחיתה מחשיבות המחוקקים הלאומיים. בישראל כבר נחקקים חוקים שמפנימים מראש סטנדרטים שנקבעים במוסדות בינ-לאומיים שאינם מותירים למחוקקים מרווח תמרון רחב.

אם מתייחסים ברצינות לזכותנו כבני אדם להיות מסוגלים לכתוב את סיפור חיינו ולהשפיע כל אחד על סביבת חייו במידה שווה לזו של חברו, ואם רואים במדינה אמצעי להבטחת זכויותיהם של אזרחיה, הרי שבמצאיות של תלות הדדית גוברת והיעדר חפיפה בין המחליטים למי שמושפע מההחלטה, נכון להכליל את התפיסה בדבר המדינה כאמצעי ולומר כי המדינות כולן הן אמצעי להבטחת זכויותיה ורווחתה של כלל האנושות (לרבות הדורות הבאים).

לפיכך ניתן לצפות ממדינות ומארגונים שבכוחם לעצב את החיים של אחרים להוסיף למכלול שיקוליהם בעת עיצוב מדיניותם גם את טובתם של הזרים: כל מדינה נותרת בעלת זכות המילה האחרונה לקבל החלטות בנוגע לשימוש במשאביה הריבוניים ובנוגע להפעלת סמכויותיה השלטונית. אבל כשמדובר בהחלטות שיש להן השפעות על זולתן, המדינה חייבת לתת את דעתה להשפעות הללו ולשקלל אותן עם שאר שיקוליה.

הטענה שאפתח כאן מוכרת לחוקרי המשפט המנהלי הנוהג במדינות דמוקרטיות רבות. נקודת המוצא של כללי המשפט המנהלי היא שבעל הסמכות השלטונית מוסמך לקבל החלטה בתחום הסמכות שלו. כדי להבטיח שהוא יקבל החלטה שמביאה בחשבון את כל המשתגים והשיקולים הנוגעים לעניין כמתחייב מן החוק המסמיך, בעל הסמכות חייב בין היתר לקיים הליך שקוף, לאפשר למי שעלול להיפגע מההחלטה לטעון את טענותיו, לנמק את החלטותיו ולהעמיד את נימוקיו לביקורת שיפוטית.



החלטה עצמאית. משיש הסכמה על העיקרון בדבר החובה לנמק, מתחיל דיון על טיב ההנמקה ועל מידת הביסוס שלה על עובדות. למשל, נשאלות שאלות בדבר החובה לקיים תסקיר השפעה על הסביבה בטרם תקבל החלטה ובדבר החובה לתת הזדמנות נאותה לזרים לטעון טענות לפני שהחלטה התקבלה.

על פי זה אפשר לאתר משתנים שונים שיתוו את מידת ההתחשבות הראויה בזרים בתוך כדי התחשבות במושאי החלטה ובמידת השפעתה על בעלי עניין שונים. למשל, לשיקול של הגנה על ביטחונם של אזרחי המדינה יהיה משקל גדול מזה של הרצון להגן על תעשייה מקומית מסוימת, ומנגד, ככל שהסיכון שהחלטה השלטונית יוצרת לחיי אדם מעבר לגבול (למשל, הקמת כור גרעיני קרוב לגבול המדינה) גדול יותר, יהיה הבסיס לדרוש הנמקה מבוססת ושקולה מוצק יותר. מובן שמתעוררות שאלות עקרוניות קשות כאשר על שתי כפות המאזניים מונחים חיי אדם – למשל החלטה לפתוח סכרים שעומדים להציף ערים במדינה במחיר שהמים הגואים יציפו שטחים

בדבר דיני הים. כך נקבע שמדינות שמבקשות לשנות את כללי הייבוא אליהן או הייצוא מהן מחויבות לתת לזרים שעלולים להיפגע מהכללים החדשים זכות טיעון, ומדינות שמעכבות אוניות שפעלו בשטחן הימי מחויבות לתת לבעליהן זכות טיעון לפני פגיעה ברכושם. חובת ההנמקה יכולה לפטור את המדינה מאחריות משפטית, כמו למשל בהקשר של החובה להימנע משימוש בכוח צבאי ומפגיעה בחפים מפשע. כך, מדינות המשתמשות בכוח צבאי נגד אויביהן מנמקות את צעדן, וצבאות שגורמים נזק לאזרחים במהלך קרב מנמקים את נחיצות הפגיעה ואת מידתיותה. לבסוף, מדינות שמבקשות לשנות את מהות השימוש במשאבי טבע משותפים חייבות להודיע על כך לשכנותיהן, ואם לא יודיעו – ייחשב הדבר להפרת הדין גם אם בפועל לא נגרם נזק.

ניתן אפוא לזהות במשפט הביין-לאומי נכונות גוברת והולכת לדרוש ממדינות לנמק את החלטותיהן בתחומים שונים מבלי להתערב בתוכן החלטה ומבלי לפקפק בעצם הסמכות של המדינה לקבל



הם צורכים חייבים להביא בחשבון את השלכותיהן של אותן דרישות על החקלאים שמגדלים את אותו מזון. למשל, דרישה שהחקלאים ישתמשו בחומרי הדברה שמפחיתים את הסיכון לצרכנים אולם מגבירים את הסיכון לחקלאים, צריכה לעמוד בדרישות חובת ההנמקה.

מובן שיש לשקלל שיקולים נוספים, כגון יכולתה היחסית של המדינה לקיים בדיקה מושכלת בטרם החלטה וכן האחריות ההיסטורית שלה למצב שנוצר.

בבית המשותף הגלובלי הריבונות היא חירות שבצידה אחריות: בראש ובראשונה אחריות כלפי פנים אך גם כלפי חוץ, כלפי האנושות. הטענה המוצעת היא שההכרה ברעיון הריבונות כנאמנות לאנושות כולה חיונית למימוש זכויות האדם במובנה הבסיסי ביותר של הזכות להיות שותף שווה להחלטות שמעצבות את החיים. רעיון הנאמנות לאנושות מחייב לפחות את ההכרה בחובה להתחשב בזרים אם מדובר בהחלטות שיש בהן כדי להשפיע על זרים.

המצויים בשטחה של מדינה אחרת במורד הנהר – יש להניח שבמקרה כזה הנמקה מבוססת למידת הסיכון תפטור מדינה מאחריות לנזק, שכן כאמור בהתנגשות חזיתית המדינה רשאית להעדיף את אזרחיה על פני אזרחים זרים. ניתן להציע גם שעוצמת החובה כלפי הזרים תיחלש ותלך ככל שמעגל בעלי העניין יהיה מרוחק יותר מבחינה גאוגרפית או מבחינת הקשר לאזרחי המדינה. זוהי הרחבת העיקרון בדבר "עניי עירך קודמים", שיש לו גם היגיון כלכלי ופוליטי.

במקרים רבים אחרים מעגל בעלי העניין יושפע מקשרי מסחר ומתהליכי ייצור. כך למשל הדבר כשמדובר בתהליכי ייצור של מוצרים שמקורם בעבודה בתנאי ייצור קשים ומסוכנים במפעלים במדינות מתפתחות שמי שנהנה ממחרם הזול הם הצרכנים במדינות הצפון העשירות. איריס מריון יאנג הציעה שמי שנהנה מתהליכי הייצור חייב לגלות אחריות כלפי מי שעבודתו תרמה להנאה זו. לפי אותו הלך מחשבה, ניתן לומר שצרכנים שמגדירים לעצמם דרישות שנוגעות לבטיחות המזון שאותו