

## "כדור הארץ שייך לאנושות כולה":<sup>1</sup> על חובת המדינה להתחשב בזרים

איל בנבנישתי

### 1. הקדמה

בשנת 2006 נתגלה באינדונזיה זן חדש של שפעת עופות קטלנית. בניגוד לשנים קודמות, הפעם אינדונזיה הודיעה שהיא לא תעביר לארגון הבריאות העולמי דגימות של הוירוס החדש, עד שלא יובטח לה שהחיסון שיפותח לשפעת זו יהיה נגיש גם לאזרחיה. החיסונים לשפעת מיוצרים בכמות שמספיקה רק לחלק קטן מאוכלוסית העולם ובמחיר שרק מדינות מפותחות יכולות לרכוש עבור אזרחיהן. אי אפשר ליצר את החיסון ללא הד.נ.א. של הוירוס, ואינדונזיה ביקשה הפעם להתנות את מסירת הד.נ.א. באספקת החיסון לאזרחיה. אך ארגון הבריאות העולמי ומדינות מפותחות ביקרו את אינדונזיה בחריפות, באמרם שלאינדונזיה יש חובה כלפי האנושות כולה לשתף את העולם במידע החיוני למניעת מגיפות. אינדונזיה עמדה במריה, כשהיא מסתמכת על זכותה הריבונית: לטענתה, הד.נ.א. של הוירוס הוא משאב ביולוגי שקיים בשטחה ולכן הוא רכושה הריבוני, ועל-פי המשפט הבינלאומי אין מוטלת עליה החובה לחלוק אותו עם זרים. זאת למרות העובדה שאם תחלוק אותו עם זרים הם יהנו והיא לא תחסר מאומה.

ואמנם, במשפט הבינלאומי של ימינו טענה של אינדונזיה מבוססת היטב. אכן אין עליה חובה לחלוק עם זולתה את המשאבים שמצויים בשטחה הריבוני. אך האם ראוי שתהיה חובה כזו? האם לא נובע מעצם הריבונות, מהזכות לשליטה בלעדית על חלק מכדור הארץ, חובה לשתף אחרים במשאבים הקיימים באותו חלק ויש בהם כדי להיטיב עם האחרים, לפחות כאשר בשיתופם של האחרים לא יגרע דבר מחלקו של המשתף, האחרים נהנים בעוד שהוא לא חסר?

דוגמאות רבות יש למצב כזה בו המדינה המשתפת לא חסרה ואילו מדינות אחרות נהנות, וניתן להמחיש זאת גם בישראל. הנוסעים ברכבת העתידית לירושלים, שמסלולה עובר בחלקו מתחת לשטחה המיועד למדינה הפלסטינית, ייחוו מהדרך הקצרה והמהירה, בעוד שאזרחי המדינה הפלסטינית לא ייחסרו מאומה. הדבר נכון גם במקרים רבים אחרים בהן מדינות ללא מוצא לים מבקשות אפשרות לגשת לנמלים ימיים, וכמובן התעבורה האווירית היא דוגמה יומיומית של הרעיון. מובן שיכולות להיות עלויות לשיתוף, למשל בלאי לכבישים או הגברת סיכונים בטחוניים, אבל השאלה היא האם אין בכל זאת חובה **לשקול** היענות לצרכים הללו, או שמא יש מקום לקבל שרירות שלטונית, שמתבטאת למשל בתלות של אזרחי המדינות השוכנות לצד רוסיה ברצונה הטוב להמשיך לספק גז בו הם יסיקו את בתיהם בחורף הקר. האין מקום להכיר בחובתה של רוסיה חובה 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?<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Emer de Vattel, 1 The Law of Nations or the Principles of Natural Law §203 (1758)

<sup>2</sup> על הנושא ראו

מאמר זה מבקש להציע כיוון אפשרי לפיתוחה של חובת התחשבות ברווחתם של זרים. מדובר בחובה מוגבלת שלא מחייבת הקרבה של אינטרסים לאומיים או הכבדה משמעותית עליהם. זוהי חובה לקחת בחשבון, במסגרת הפעלת שיקול הדעת של הרשות השלטונית, את רווחתם של זרים העשויים להיות מושפעים, באופן שלילי או חיובי, מהחלטתה של הרשות. יש מוסדות שלטוניים שכבר מטמיעים שיקול זה בתהליכי קבלת ההחלטות שלהם. למשל, הבנק המרכזי האמריקאי מתחשב בעת קביעת שער הריבית בהשלכות שתהיינה להחלטה על הכלכלה העולמית. הוא אמנם עושה זאת לא מתוך תחושה של חובה אלא מתוך התועלת שנוצרת למשק האמריקאי,<sup>3</sup> אבל ככל ששיקולים כאלה הופכים להיות עניין של שגרה יש בהם כדי לחזק ציפיות בדבר המשכיותם, וכך מתחזקת המחויבות להמשיך ולשקול אותם.

במאמר אני מציע טיעון נורמטיבי בעד הכרה בחובה כזו ובוחן את היקפה ומגבלותיה. זו חובה שיכולה לנבוע מפרשנות של המשפט הבינלאומי, או מפרשנות הוראות של הדין החוקתי או המינהלי הפנימי. אולם בבסיסה טיעון עקרוני בדבר אחריותה של המדינה הריבונית לשאר אזרחי העולם.

## 2. על הריבונות כנאמנות

מובן שהשאלות שהצגתי הן חלק משאלה כללית ועקרונית יותר בנוגע לעצם המושג ריבונות. אנחנו חיים בעולם שהולך ומתכווץ, שבו התלות ההדדית בין מדינות וקהילות הולכת וגוברת. בעולם זה גם מושג הריבונות משנה צורה. מושג שנוצר בעולם בו המרחקים היו גדולים והמשקים אותרקים לובש פנים חדשות בעולם בו עמים חיים בצפיפות זה ליד זה. הריבונות כיום כבר לא דומה לבעלות על משק בודד בין גיאיות ונהרות אלא לבעלות על דירה קטנה בבית משותף אחד שבו חיות כמאתיים משפחות.

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

---

Eyal Benvenisti, The United States National Security Agency as a "Good Neighbor"? The US Review Group on Intelligence and Communications Technologies and the Surveillance of Foreigners, available at <http://globaltrust.tau.ac.il/the-united-states-national-security-agency-as-a-good-neighbor-the-us-review-group-on-intelligence-and-communications-technologies-and-the-surveillance-of-foreigners>

Marka Peterson, Taking Itself Seriously: Is the Fed More Concerned with Its International Effects Since the Global Financial Crisis? (2015; seminar paper on file with author); Fed Vice Chairman Stanley Fischer, The Federal Reserve and the Global Economy (2014) at <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/fischer20150526a.htm>.

לרבים יהיה מוזר להתייחס לריבונות כמקור לא רק לזכויות אלא גם לחובות שמוטלות על המדינה. כעם ששאף ושואף לחירות מדינית אנחנו מורגלים להתייחס לריבונות כביטוי 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 אמנם חירות, אבל זוהי חירות במובן אחד בלבד: החופש מכפיפות להחלטות של אחרים. המינה הריבונית אינה משחוררת מהחובות שחלות על הכלל ולמען הכלל. את הרעיון הזה ביטא במדויק המשנה לנשיא בית המשפט העליון ש"ז חשין בפרשת שטמפפר הידועה כאשר הדגיש את העצמאות המדינית כזכות להיות כפוף למשפט הבינלאומי: "הכרזת-העצמאות קרעה לפני המדינה החדשה אשנב אל החוקים ואל המנהגות הבין-לאומיים, אשר המדינות כולן נהנות מהם בזכות ריבונותן."<sup>4</sup> הריבונות משמעותה אמנם חירות מאחרים אך היא לא חירות מהכלל.

אמריך דה ואטל הציע כבר בשנת 1758, כאשר הציג את תפיסת הריבונות כחירות כלפי חוץ, שחירות זו היא מוגבלת. החירות מסוייגת בחובת נאמנות כלפי חוץ, נאמנות שנובעת מכך שכדור הארץ שייך לאנושות כולה. כדור הארץ נועד לספק את צרכי האנושות בכללותה, ולכן העם התובע בעלות על חלקת אדמה על כדור הארץ חייב לאפשר לזולתו ליהנות ממנו לפחות אם אין בהנאת הזולת כדי לפגום בהנאתו שלו. כלל זה מוכר במקורותינו כעיקרון של "זה נהנה וזה לא חסר." עד כדי כך דרישתו של ואטל היתה חזקה, שהוא סבר שמדינה שאינה זקוקה לכל אדמתה ומשאביה חייבת לשתף זרים ליהנות מרכושה אם הם יש בכך כדי לספק צרכים חיוניים שלהם. במיוחד הוא התייחס לחובה המוטלת על כל מדינה לשקול קבלת פליטים לתחום המדינה<sup>5</sup>. האם ואטל היה פוסק כנגד אינדונזיה? מוסרית, יש להניח שכן (אם כי יכול להיות שהיה מטיל אחריות גם על יצרניות התרופות). לדעתו, אפילו הקולוניאליזם היה מוצדק כי העמים ב"עולם החדש" וה"ריק" לא היו צריכים את כל המשאבים שלהם ואילו אירופה באותה עת היתה צפופה ורעבה.

כאמור, ואטל גייס לביסוס טיעונו את משפט הטבע. ההבנה שמשאבי העולם הם נחלתם של כולם, ולכן שיש צורך להצדיק את תביעת הריבונות, כמו גם את התביעה לקניין הפרטי, היתה באותה תקופה נחלת רבים. בהקשר הקנייני, ג'ון לוק כבר העלה את הטענות שזכותו של בעל הקניין לשלול את זכות ההנאה של האחרים מותנית בכך שטענת הבעלות מותרת לזולת מספיק, ולא פחות טוב.<sup>6</sup> כיום אפשר להעזר גם בטיעון המבוסס על זכויות האדם: הזכות השווה של 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.

<sup>4</sup> ע"פ 174/54 אנוש שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5, 15 (1956).

<sup>5</sup> Emer De Vattel, 1 The Law of Nations or the Principles of Natural Law §231 & §203.

<sup>6</sup> John Locke, Second Treatise of Government, sec. 33 (C. B. Macpherson ed., 1980) (1690).

חובת ההתחשבות בזולת מקבלת משנה תוקף כאשר מנגידים את הזכות להשתתף בהחלטות שמעצבות את סביבת החיים אל מול יחסי הגומלין המורכבים בין הדמוקרטיה המדינתית למוסדות האסדרה והפיקוח הגלובלים שנוצרו במיוחד מאז תום המלחמה הקרה. הדמוקרטיה המדינתית מצוייה במשבר שרבים מכירים בו. זהו משבר נובע מהעדר חפיפה בין הקבוצה הזכאית להשתתף בבחירות לבין זו שמושפעת מתוצאותיה. ההנחה הבסיסית של הדמוקרטיה המדינתית בדבר החפיפה בין המחליטים למי שמופע מההחלטה כבר אינה נכונה. הנחה זו היתה נכונה בימים בהם הגבולות הטריטוריאליים הגדירו לא רק את הזכאים להשתתף בבחירות אלא גם את גבולות ההשפעה של ההכרעות השלטוניות. היום הכרעות שלטוניות של מדינה אחת יכולות לגרום תוצאות החורגות בהרבה מתחומי המדינה, ומאידך ישנם זרים שיכולים בעזרת הונם להטות החלטות שלטוניות מקומיות לטובתם. יתר על כן, מדינות רבות מפתחות תלות בהכרעות של מוסדות בינלאומיים, ותלות זו מפחיתה מחשיבות המחוקקים הלאומיים. בישראל כבר נחקקים חוקים שמפנימים מראש סטנדרטים שנקבעים במוסדות בינלאומיים שאינם מותירים למחוקקים מרווח תמרון משמעותי.<sup>7</sup> מאד ייתכן שדווקא השלכת היהב על המוסדות הבינלאומיים והתביעה להשתתף בהחלטות של המוסדות הבינלאומיים ושל הריבונים האחרים במחיר הכפיפות האישית היא הדרך היעילה להשתתפות בהכרעות המעצבות את חיינו.<sup>8</sup> על כל פנים, אם לוקחים ברצינות את זכותנו כבני אדם להיות מסוגלים לכתוב את סיפור חיינו ולהשפיע באופן שווה על סביבת חיינו, הרי ניתן לצפות ממדינות וארגונים שבכוחם לעצב את החיים של אחרים להוסיף למכלול שיקוליהם בעת עיצוב המדיניות שלהם גם את טובתם של הזרים.

### 3. חובת הנאמנות כחובה להתחשב בזולת

מה היקפה של חובת ההתחשבות בזרים, ומי יכריע אם המדינה עמדה בחובה זו? ואטל, בעקבות מורו כריסטיאן וולף, ראה את חובת המדינה כלפי הזרים כחובה מוגבלת שאין בצידה סנקציה. וולף כינה חובה זו "פגומה" (imperfect). החובה היא פגומה כיון שכל מדינה רשאית להציב את צרכיה של אזרחיה כקודמים לצרכיה של המדינות האחרות, ומכיון שכל מדינה היא ריבונית לקבוע מהם צרכיה. יתר על כן, אין בנמצא מנגנון שיפוטי מהימן לפקח על החלטות מסוג זה. כך שכל מדינה נשארת בעלת הסמכות לקבוע אם החובה מחייבת אותה לפעול או שמא היא

<sup>7</sup> למשל, חוק אויר נקי התשס"ח – 2008 שמסתמך על התקנים האירופיים כפי שייקבעו מעת לעת, או חוק ייעול הליכי האכיפה ברשות לניירות ערך התשע"א 2011 שמפנה לתקנים שקובע ה IASB (International Accounting Standard Board).

<sup>8</sup> להרחבה בנוגע לטיעונים אלה ראו

פטורה.<sup>9</sup> המדינה המשופעת בתבואה תקבע אם לספק אותה לשכנתה מוכת הרעב או לסרב לעשות זאת, אם, למשל, היא סוברת שבעתיד היא עצמה עלולה להיזקק לאותה תבואה.

הסיבה לשמירה על סמכותה הבלעדית של כל מדינה להגדיר את צרכיה, כפי שנימק וולף, נעוצה בחירותה של כל מדינה להגדיר. טיעון אחר ידגיש את העדרה של מסגרת מוסדית שתוכל לשקלל באופן מלא ומוסמך את הצרכים של המדינות השונות ולהבטיח למדינות הדדיות בהנאה מהמאמץ המשותף. במאמר משנת 2005 הדגיש הפילוסוף תומס נייגל את הכשלים שבהליך קבלת ההחלטות הגלובלי כעקב אכילס של הטיעון בדבר החלת חובה על ריבונים לחלוק את משאביהם עם זרים. לטענתו, צריכים להתקיים תנאים מוקדמים במוסדות הבינלאומיים שיצדיקו התערבות בסמכותה הריבונית של המדינה לאזן בין צרכיה לצרכי הזולת. המדובר בדרישות הדומות לאלה המצדיקות גביית מיסים מאזרח או הפקעת רכושו לטובת הציבור: האחריות הישירה שיש לגובי המיסים כלפי הנישומים כמי שפועלים בשמם, וההבטחה שהגביה נעשית באופן שיווינוי ולמטרת הכלל. נייגל סבור שתנאים אלה עדיין לא מתקיימים במישור הבין-מדינתי.<sup>10</sup>

על העדרם של מוסדות בינלאומיים כאלה ניתן ללמוד מהמקרה של וירוס העופות שתואר במבוא. ייתכן שאינדונזיה היתה מקבלת על עצמה את המרות של ארגון הבריאות העולמי שהיה מבטיח לאזרחיה נגישות לחיסון בתמורה להעברת הוירוס לתאגיד התרופות. אבל ארגון הבריאות העולמי העדיף באופן עקבי את יצרני התרופות במדינות הצפון על פני הזכות לחיים של תושבי המדינות המתפתחות. יש להניח שמדינות הצפון החזקות ויצרני התרופות היטו את הכף בהחלטה של הארגון.<sup>11</sup> רק צעדה הכוחני של אינדונזיה הוביל לפשרה ראויה שהארגון קיבל בסופו של ההליך.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> כפי שכתב וולף,

"[S]ince . . . every nation is free and by virtue of natural liberty it must be allowed to abide by its own judgement in determining its action, every nation must be allowed to stand by its judgement, as to whether it can do anything for another without neglect of its duty toward itself; consequently if that which is sought is refused, it must be endured, and the right of nations to those things which other nations owe them by nature, is an imperfect right." Christian Wolff, 2 *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, §157 (Joseph H. Drake trans., 1934) (1749).

<sup>10</sup> Thomas Nagel, *The Problem of Global Justice*, 33 *PHIL. & PUB. AFF.* 137 (2005)

<sup>11</sup> על ההטיות בקבלת ההחלטות בארגון הבריאות העולמי ראו

Abigail C. Deshman, *Horizontal Review between International Organizations: Why, How, and Who Cares about Corporate Regulatory Capture*, 22 *The European Journal of International Law*, 1089 (2011).

<sup>12</sup> על ההסדר ראו

World Health Organization Assembly, *Pandemic Influenza Preparedness: Sharing of Influenza Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits* (2011), at [http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA64/A64\\_57Draft-en.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_57Draft-en.pdf).

את טענתם של ואטל ושל וולף מחד, ואת טענתו של נייגל מאידך יש לבחון על רקע מציאות החיים המתפתחת: האם אכן אין בנמצא מוסדות שיוכלו לבחון באופן בלתי תלוי ואמין את שיקול דעתן של המדינות? מאז תום המלחמה הקרה קמו מוסדות על-מדינתיים, איזוריים ובינלאומיים להסדרת יחסי הגומלין בין המדינות בתחומי חיים שונים, כגון סחר במוצרים ושירותים, שמירה על איכות הסביבה, ניצול של משאבי טבע משותפים ושל משאבי הים הפתוח, הגנה על זכויות אדם וזכויות עובדים, ועוד. ברבים מהמוסדות הללו יש גופים שמקבלים החלטות, לפעמים תוך הטלת ביקורת על שיקול דעתן של מדינות. רבים ממוסדות אלה עושים מאמצים לשתף את הציבור הנפגע מהחלטותיהם ולהגשים את מטרת הכלל. כבר קשה לומר שהליכי קבלת ההחלטות הגלובליים במוסדות רבים מנוכרים לחלוטין לרצונות ולשאיפות של אלה המעוניינים בהסדרה או המושפעים ממנה, וההליכים בחלקם לא פחות נגישים ואפקטיביים מהליכי קבלת ההחלטות הפנימיים במדינות. במקביל נוסדו מספר רב של בתי דן בינלאומיים שעוסקים לא רק בסכסוכים בין מדינות אלא גם בביקורת ישירה או עקיפה של החלטות שלטוניות מדינתיות.<sup>13</sup>

אבל ספק רב אם ההליכים הללו מקיימים תמיד או בכלל את הדרישות הגבוהות של לגיטימיות שיפוטית שנדרשת כאמור מהחלטות חלוקתיות, החלטות שמטבען עלולות להיטיב עם אזרחי מדינה אחת ולפגוע באלה של האחרת. ואמנם, כאשר מוסד בינלאומי בעל מוניטין כערכאת הערעור של ארגון הסחר הבינלאומי התיימר לפסול החלטות בעלות משמעות חלוקתית כגון הגבלות על ייצוא של משאבי טבע משיקולים של העדפת התעשייה המקומית, התערבותו נתפשה כבלתי לגיטימית על ידי מדינות רבות.<sup>14</sup>

מעבר לקושי המעשי לקבוע מסגרות גלובליות שיחלקו (ואף יחלקו מחדש) את משאבי הטבע בין המדינות, ומעבר לקושי העקרוני בהתערבות בהחלטות ריבוניות לגבי השימוש במשאבי הלאום, לא ברור אם מסגרות כאלה הן רצויות מבחינה מעשית, שכן לא ברור מדוע החלטה שתתקבל במסגרת כזו תשקלל באופן מושכל וחסר פניות את ההעדפות של כלל בעלי העניין. יש תועלת רבה בשמירה על חופש הפעולה ולכן על סמכות ההכרעה של כל ריבון וריבון כדי שאלה יוכלו לנסות לקדם ב"שוק הגלובלי" את ההעדפות של אזרחיהן.

אבל העדרה של מסגרת שתגביל את סמכות ההכרעה הריבונית לא מאיינת את החובה כלפי הזרים ולא הופכת אותה בהכרח ל"פגומה". בניגוד לעמדתם של וולף וואטל מחד, ושל נייגל

---

<sup>13</sup> להרחבה ראו

Eyal Benvenisti, THE LAW OF GLOBAL GOVERNANCE (THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW "pocket book" series, 2014).

<sup>14</sup> ראו למשל ההחלטות נגד סין של ערכאת הערעור של ארגון הסחר העולמי

China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum, WT/DS431/AB/R (7 August 2014), China – Measures Related to the Exportation

of Various Raw Materials

מאידך, העדרו של מנגנון חיצוני שיצדיק התערבות בהכרעות שלטוניות של ריבונים לא סותם את הגולל על אפשרות פיתוחם של כללים שיחזקו בממשלות לשקלל את ההשלכות של מעשיהן על זרים. במילים אחרות, ישנה דרך ביניים שמדגישה את החובה ההליכית של המדינה הריבונית להתחשב בזולת: כל מדינה נותרת בעלת זכות המילה האחרונה לקבל החלטות בנוגע לשימוש במשאביה הריבוניים ובנוגע להפעלת הסמכויות השלטוניות שלה. אבל ככל שמדובר בהחלטות שיש להן השפעות על זולתן, המדינה חייבת לתת את דעתה להשפעות הללו ולשקלל אותן בין שאר השיקולים שלה.

#### 4. חובת ההתחשבות בזר במהלך הפעלת הסמכות השלטונית

הטענה אותה אפתח בפרק זה מוכרת לחוקרי המשפט המינהלי המדינתי. נקודת המוצא של כללי המשפט המינהלי היא שבעל הסמכות השלטונית מוסמך לקבל החלטה בתחום הסמכות שלו. הוא ורק הוא מוסמך לקבל את ההחלטה ואחרים לא רשאים לקחת בה חלק ללא הסמכה מפורשת. אם יחלוק אותה עם אחרים, הוא יחרוג מסמכותו וההחלטה תיפסל. כדי להבטיח שהוא יקבל החלטה שלוקחת בחשבון את כל המשתנים והשיקולים הנוגעים לעניין כמתחייב בחוק המסמיך, בעל הסמכות חייב בין היתר לקיים הליך שקוף, לאפשר למי שעלול להיפגע מהחלטה לטעון את טענותיו, לנמק את החלטותיו ולהעמיד את נימוקיו לביקורת שיפוטית.

השתרשותם והתפתחותם של הכללים הללו במשפטן המינהלי של מדינות דמוקרטיות, לרבות כמובן במדינת ישראל, וההיסטוריה של השימוש בהן, מעיד על התועלת הנובעת מהן. שימוש בכללים מבטיח, לפחות בחלק מהמקרים, קבלת החלטות שמשקללות העדפות של בעלי עניין רבים ולכן מאפשרות חלוקה שוויונית ומידתית של העלויות והתועלות הנובעות מההחלטה השלטונית.

מכאן שגם אם נדבוק בעמדה המצדדת בזכותה של כל מדינה לשמור על סמכותה הבלעדית להגדיר את צרכיה, הרי עדיין יש מקום להציע שהמדינה המחליטה תקיים הליך "מינהלי" של קבלת החלטות מושכל ומכיל ככל שנוכח ואפשר בנסיבות המקרה. המסקנה השלילית אליה הגיעו וולף וואטל מחד ונייגל מאידך אינה מחייבת ויתור על כל מסגרת משפטית שהיא שתחייב מדינות לתת דין וחשבון לזולת על ההחלטות שיש בהן החצנות שליליות, או החלטות שבהן המדינה מנמנת במכוון מיצירת החצנות חיוביות.

רעיון הריבונות כנאמנות שמחייב דין וחשבון כזה אין משמעו ויתור על הריבונות וגם לא ויתור על סמכויות ההכרעה של המוסדות הלאומיים, ואף לא מחייב בהכרח כפיפה של שיקול הדעת הריבוני לטוב הגלובלי. זו דרישה מוגבלת, אבל משמעותית. כמו בהליכים פנימיים, המחשבה היא שהענקת זכות ההשתתפות בהליכי קבלת ההחלטות לזרים תסייע למדינה לקבל החלטה שמתחשבת גם בטובת הזרים ולפחות תחייב אותה לרסן את עצמה. עבור הזרים שאינם יכולים להשתתף בבחירות ואין להם זכות להשתתפות בהנאה ממשאביה של המדינה, הזכות להתחשבות בהם, גם בדרך של השתתפות בהחלטות השלטוניות שנוגעות להם, יכולה להשפיע על ההחלטה השלטונית המעצבת את חיהם ואפשרויותיהם. כאמור, מדובר בזכות להתחשבות בלבד; עדיין מותר למדינה (והיא אפילו חייבת) לתת עדיפות לאזרחיה, בבחינת עניי עירך

קודמים. המדינה הריבונית היא אולי באופן שיורי נאמנה של האנושות אבל בראש ובראשונה היא נאמנה לאזרחיה ותפקידה לקדם ולממש את העדפותיהם בנאמנות.

חובת ההתחשבות בזר מקבלת גיבוי משמעותי באותן מדינות בהן 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 הבינלאומי אלא גם באה לידי ביטוי במשפט החוקתי ההשוואתי.<sup>15</sup> כאן גם ממשלות מגלות פחות חששות מביקורת שיפוטית מטעם בתי המשפט המדינתיים. החשש מהטייה של שופטים זרים שיחילו משפט זר, או שיגלו חוסר היכרות מספיקה עם אילוצי המדינה המתדיינת לא מתקיים במקרה כזה. ואכן בתי המשפט במדינות רבות – ובמדינת ישראל בפרט – עוסקים כעניין שבשגרה בתביעות של זרים בגין הפעלה של שיקול הדעת השלטוני שלדעתם לא התחשבה בהם במידה הדרושה בחוק.

גם המשפט הבינלאומי הנוהג מכיר בחובת ההתחשבות מינהלית בזרים, לרבות החובה לאפשר להם להשתתף בהחלטות שמשפיעות לרעה על זכויותיהם ועל רווחתם. חובה זו הוכרה בפסיקה של מוסדות שיפוט בינלאומיים שפירשו את דיני הסחר הבינלאומי או את האמנה בדבר דיני הים. כך נקבע שמדינות שמבקשות לשנות את כללי הייבוא אליהן<sup>16</sup> או הייצוא מהן<sup>17</sup> מחויבות לתת לזרים שעלולים להיפגע מהכללים החדשים זכות טיעון, ומדינות שמעכבות אניות שפעלו בשטחן הימי מחויבות לתת לבעליהן זכות טיעון לפני פגיעה ברכושן.<sup>18</sup> חובת ההנמקה יכולה לפטור את המדינה מאחריות משפטית, כמו למשל בהקשר של החובה להימנע משימוש בכוח צבאי ומפגיעה בחפים מפשע. כך, מדינות העושות שימוש בכוח צבאי כנגד אויביהן מנמקות את צעדן,<sup>19</sup> וצבאות שגורמים נזק לאזרחים במהלך קרב מנמקים את הנחיצות והמידתיות של

<sup>15</sup> ראו

Galia Rivlin, *Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical Aspects of the Extraterritorial Question* 30 BOSTON UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW JOURNAL 135 (2012).

<sup>16</sup>

Appellate Body Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (adopted Nov. 6, 1998).

<sup>17</sup> Rare Earths, supra note 14 ראו

<sup>18</sup> ראו למשל החלטת בית המשפט על פי אמנת דיני הים:

the judgment of the International Tribunal for the Law of the Sea in “*Juno Trader*” (St. Vincent v. Guinea-Bissau), ITLOS Case No. 13 (Dec. 18, 2004)

<sup>19</sup> כפי שמתואר בפסק הדין של בית הדין הבינלאומי לצדק:

Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14



הפגיעה.<sup>20</sup> לבסוף, מדינות שמבקשות לשנות את השימוש במשאבי טבע משותפים חייבות להודיע על כך לשכנותיהן, ואם לא יודיעו ייחשב הדבר כהפרה של הדין גם אם בפועל לא נגרם נזק.<sup>21</sup>

החובה במשפט הבינלאומי להימנע מהחצנות שליליות – ולפחות לנמק החצנות כאלה – הוכר לאחרונה, לפחות במשתמע, בכל הקשור לפגיעה במשאבי הכלל, להבדיל מפגיעה במדינה אחרת. המדובר בפסיקתו האחרונה של בית הדין הבינלאומי לצדק ( International Court of Justice, ICJ) בהתדיינות שבין אוסטרליה ויפן.<sup>22</sup> הסכסוך נגע לפירושה של אמנה שמטרתה הגבלה על ציד לווייתנים.<sup>23</sup> הצדדים לאמנה החליטו להימנע מציד לווייתנים. למרות שיפן היתה מחוייבת להחלטה, היא המשיכה בציד וזאת בהסתמך על סעיף באמנה שהכיר בחריג של ציד "למטרות של מחקר מדעי".<sup>24</sup> יפן טענה ללא מצמוץ שהיא צדה לווייתנים למטרות של מחקר המדעי שתכליתו לברר ממה הם ניזונים, וששיטת המחקר הנחוצה לשם כך היא קטילתם וביתור קיבתם כדי לבדוק את תוכנה. לאחר שמוצה החלק המדעי מוכרים את בשרם, במקום להשמידו.

בפני בית הדין טענה יפן כי אין היא חבה חובת הנמקה למעשיה, וכל עוד אין הוכחה שהיא פועלת בחוסר תום לב הרי היא חופשית לפעול לפי שיקול דעתה הריבוני, שהרי הלווייתנים לא שייכים לאף אחד ויפן לא גורעת מזיקה לאיש. בית הדין דחה את טענתה של יפן. למרות שהסעיף באמנה קובע חופש פעולה למדינה להגדיר את מטרות המחקר המדעי, קבע בית הדין כי הנטל על יפן לנמק את הנחיצות של המחקר המדעי ואת הנחיצות של שיטות המחקר הננקטות, נטל בו היא לא עמדה:

---

<sup>20</sup> Eyal Benvenisti, [Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians](#) 39

ISRAEL LAW REVIEW 81 (2006)

<sup>21</sup> Jutta Brunnée, International Environmental Law and Community Interests: Procedural Aspects (forthcoming in Benvenist and Nolte, Community Interests in International Law, 2016).

<sup>22</sup>

Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226

<sup>23</sup>

International Convention for the Regulation of Whaling (1946)

<sup>24</sup>

Article 8(1) ("any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take, and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions *as the Contracting Government thinks fit*"). (my emphasis).

“ When reviewing the grant of a special permit authorizing the killing, taking and treating of whales, the Court will assess, first, whether the programme under which these activities occur involves scientific research. Secondly, the Court will consider if the killing, taking and treating of whales is “for purposes of” scientific research by examining whether, in the use of lethal methods, the programme’s design and implementation are reasonable in relation to achieving its stated objective.<sup>25</sup>”

המיוחד בפסק הדין הוא הפירוש המצר של החריג בדבר המחקר המדעי שמכפיף את החלטתה של יפן למבחן מידתיות נוקשה. מה הרציונל מהפרשנות המצרה, שאינה מתבקשת מלשון הסעיף?<sup>26</sup> בית המשפט לא מרחיב, אבל קשה להתחמק מהמחשבה שהמניע לפרשנות הצרה הוא התייחסות למשאבי הטבע בים הפתוח (הלווייתנים במקרה זה) כבעלי חשיבות לאנושות כולה ולכן חסינים בפני ניצול שרירותי חד-צדדי. לכן כל מדינה שמבקשת לגרוע ממשאבי האנושות חייבת לנמק זאת בפני זולתה ולשכנע שהגריעה עומדת במבחני הנחיצות והמידתיות.

עדיין מדובר בחובת הנמקה במקרה של גריעה, של יצירת החצנה שלילית, להבדיל ממצב של מניעת החצנה חיובית, כמו למשל אי ההסכמה למסור את הד.נ.א. של וירוס שפעת העופות למפתחי החיסונים הזרים, או סירובה של רוסיה לספק גז לשכנותיה שמשוועות לחימום בחורף הקפוא. בהקשר זה עדיין לא מוכרת במשפט הבינלאומי הפוזיטיבי חובה משפטית כללית לתרום לרווחה המצרפית, ואף לא חובה לשקול לעשות כן. יחד עם זאת מתפתחת בשנים האחרונות הכרה בחובה לפעול במקרי חירום של אסונות טבע<sup>27</sup> או אסונות ידי אדם כגון השמדת עם.<sup>28</sup> רעיון הריבונות כנאמנות לאנושות עשוי להשלים את מעגל ההחלטות השלטוניות שמחייבות לקיחה בחשבון של צרכי הזר, גם כשמדובר בהימנעות מהחצנות חיוביות.

ניתן איפוא לזהות במשפט הבינלאומי נכונות הולכת וגוברת לדרוש ממדינות לנמק את החלטותיהן בתחומים שונים, כל זאת מבלי להתערב בתוכן ההחלטה ולפקפק בעצם הסמכות של המדינה לקבל החלטה באופן עצמאי. ברגע שיש הסכמה על העקרון בדבר החובה לנמק מתחיל דיון על טיב ההנמקה, ועל מידת הביסוס שלה על עובדות. נשאלות שאלות לגבי למשל

<sup>25</sup> פסקה 67 לפסק הדין שבהערה 22 לעיל.

<sup>26</sup> ראו הנוסח של הסעיף, הערה 22 לעיל

<sup>27</sup> ראו

The Duty to Provide Humanitarian Assistance in the Event of Disasters, <http://globaltrust.tau.ac.il/the-duty-to-provide-humanitarian-assistance-in-the-event-of-disasters>

<sup>28</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bos. & Herz. v. Serb. & Mont.), 2007 ICJ REP. 43, paras. 396–407 (Feb. 26); W. Michael Reisman, Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder, 40 CASE W. RES. J. INT’L.L. 57 (2008).

החובה לקיים תסקיר השפעה על הסביבה בטרם תתקבל החלטה,<sup>29</sup> ולגבי החובה לתת הזדמנות נאותה לזרים לטעון טענות לפני שהחלטה התקבלה.<sup>30</sup>

בהתאם אפשר לאתר משתנים שונים שיתוו את מידת ההתחשבות הראוייה בזרים, תוך התחשבות במושאי החלטה ובמידת השפעתה על בעלי עניין שונים:

(א) ביחס לאופי החובות ניתן להציע ששיקולים של שמירה על חיי אדם הנמצאים בגרעין הפנימי של חובות הריבון ביחס לאזרחיו, יהיו שיקולים שידרשו הנמקה קלת משקל, בעוד ששיקולים כלכליים, כמו למשל הרצון לתמרץ תעשייה מקומית, יידרשו הנמקה מבוססת יותר.<sup>31</sup> מאידך, יהיה בסיס להצדקה של דרישת הנמקה מחמירה כשמדובר בהחלטה שלטונית שיוצרת סיכון לחיי אדם מחוץ לגבולות המדינה,<sup>32</sup> לעומת החלטה שיוצרת אילוצים כלכליים במדינות שכנות. כמובן שמתעוררות שאלות עקרוניות קשות כאשר בשתי כפות המאזניים נמצאים חיי אדם – למשל, החלטה לפתוח סכרים שעומדים להציף כפרים במחיר שהמים הגואים יציפו שטחים במורד הנהר – ויש להניח שבמקרה כזה הנמקה מבוססת בדבר מידת הסיכון תפטור מדינה מאחריות לנזק, שכן כאמור בהתנגשות חזיתית המדינה רשאית להעדיף את אזרחיה על פני אזרחים זרים.

(ב) ביחס למידרג החובות ניתן למשל להסכים ביתר קלות על חיובה של מדינה להתחשב בצרכי הזר במצבים בהם לא יגרם לה כל נזק. אלה מצבים של "זה נהנה וזה לא חסר": מדינה יכולה למקם מפעל מרעיש בקרבת הגבול עם המדינה השכנה או במרוחק ממנו מבלי שייפגע לה כל אינטרס; מדינה שנמצאת במעלה הנהר יכולה לאפשר לספינות זרות לשוט במעלה הנהר מבלי שייגרע ממנה דבר; מדינה שיש לה מוצא לים יכולה לאפשר מעבר של סחורות מנמליה לשטחה של מדינה שכנה ללא מוצא לים מבלי שייגרם לה נזק; מדינה יכולה לחלוק מידע ביחס לנגיפים שהתגלו בשטחה; מדינה חסונה, רחבת ידיים, ובעלת אוכלוסיה הומוגנית תוכל לקלוט פליטים

---

29

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay), [2010] ICJ Rep 14-107; and Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica), 16 December 2015; .(at <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=150> (accessed 9 January, 2016

<sup>30</sup> shrimp turtle הערה לעיל

<sup>31</sup> General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, Art. XX(j), TIAS No. 1700, 55 UNTS 194.

<sup>32</sup> כך למשל עולה השאלה אם מוצדק לדרוש ממדינה לסכן את חיי לוחמיה על מנת לצמצם בשעת קרב את הפגיעה באזרחי האוייב. אין אפשרות לענות על שאלה זו מבלי שהבהרנו קודם לכן את המסגרת העקרונית של חובת הנאמנות הגלובלית של הריבונים.

שמתקשים למצוא מדרך לרגליהם. העקרון זה נהנה וזה לא חסר הוא עקרון עתיק במשפט הבינלאומי<sup>33</sup> ויש לו השלכות רבות בבית המשורתף הגלובלי של ימינו.

(ג) ביחס למעגלים של בעלי הזכויות, ניתן להציע שעוצמת החובה תלך ותחלש ככל שמעגל בעלי העניין יהיה רחוק יותר. זהו הרחבה של העקרון בדבר "עניי עירך קודמים" שיש לו גם הגיון כלכלי ופוליטי. לעיתים מעגל בעלי העניין יושפע מריחוק גיאוגרפי. כך יהיה בהקשר של החלטות בעלי השלכות סביבתיות,<sup>34</sup> ובהקשר של חובת הצלה במקרה של אסונות טבע או אסונות ידי אדם כגון מצבים של השמדת עם במדינה שכנה.<sup>35</sup>

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. Iris Marion Young הציעה שמי שנהנה מתהליכי הייצור חייב לגלות אחריות למי שעבודתו תרמה להנאה זו.<sup>36</sup> לפי אותו הלך מחשבה ניתן לומר שצרכנים שמגדירים לעצמם דרישות שנוגעות לבטיחות המזון אותו הם צורכים חייבים לקחת בחשבון את ההשלכות של אותן דרישות על החקלאים שמגדלים את אותו מזון. 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.

---

<sup>33</sup> זה היה ההגיון של גרוטיוס כאשר הוא טען לחופש השייט בים הפתוח HUGO GROTIUS, MARE LIBERUM [THE FREEDOM OF THE SEAS] (Ralph von Deman Magoffin trans., James Brown Scott ed., Oxford Univ. Press 1916) (1609).

<sup>34</sup> כפי שהציעה הוועדה שהוקמה כדי להציע לייעל את היישום של אמנת אארהוס לשיתוף הציבור בהחלטות בנושא שמירת הסביבה:

the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, June 25, 1998, UN Doc. ECE/CEP/43, [38 ILM 517 \(1999\)](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf), available at <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>. See UN Economic & Social Council, Decision I/7, Review of Compliance, UN Doc. ECE/MP.PP/2/Add.8 (Apr. 2, 2004), at <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/mop1/ece.mp.pp.2.add.8.e.pdf>

<sup>35</sup> ראו הערות 27-28 לעיל.

<sup>36</sup>

Iris Marion Young, Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model, *Social 23 Philosophy and Policy*, 102 (2006).

**5. סיכום**

בבית המשותף הגלובלי, הריבונות הינה חירות ובצידה אחריות. בראש ובראשונה אחריות כלפי פנים אך גם כלפי חוץ, כלפי האנושות. הטענה בפרק זה היא שההכרה ברעיון הריבונות כנאמנות לאנושות כולה היא חיונית כדי לממש את זכויות האדם במובנם הבסיסי ביותר של הזכות לקחת חלק באופן שווה בהחלטות שמעצבות את החיים. רעיון הנאמנות לאנושות מחייב לפחות את ההכרה בחובה להתחשב בזרים ככל שמדובר בהחלטות שיש בהם כדי להשפיע על זרים.

חובה זו יכולה לכלול גם חובה לכפוף את החלטות כאלה לפיקוח חיצוני מוגבל ומותנה, אב לא זה החשוב. הפוטנציאל העיקרי של חובת ההנמקה כחלק מחובת ההתחשבות כלפי זרים אינו בהערכה שיפוטית שמסיימת את הדיון (והרבה פעמים שנוייה במחלוקת) אלא בהליך ההידברות שנפתח בעקבותיו ושביכולתו להניע מדינות להגיע באמצעות שכנוע הדדי לעמק השווה. ההנמקות הן המפתח לקידום החלטות שמערבות את כל בעלי העניין, שמשקפות ומשקללות ככל האפשר את העדפותיהם. אין לדעת מה היה פוסק בית דין בינלאומי אילו המחלוקת בין אינדונזיה לשאר העולם היתה מגיעה לפיתחו, ואפשר בבירור לדעת מה היה קורה אילו לארגון הבריאות העולמי היה כוח לכפות את רצונו על אינדונזיה ולהכריח אותה למסור את הד.נ.א. של הוירוס החדש. לעומת זאת, הדיון הפתוח שנוצר עם ההנמקה של ממשלת אינדונזיה הוא זה שהתווה את הפתרון הראוי והביא להגשמתו.