

הזכות להגנה דיפלומטית כזכות אזרח:
על פריצת "גבולות" בין המשפט הבין-לאומי הפומבי
לבין המשפט החוקתי

איריס קנאור*

“To define or identify in general is nothing other than to trace a border, to assign boundaries or border.”¹

בשנים האחרונות ניתן להצביע על תופעה של גידול במספר התביעות המוגשות על-ידי אנשים פרטיים, המצויים מחוץ לארצותיהם, נגד מדינות אזרחותם, בתובעם שאלה האחרונות יעניקו להם הגנה דיפלומטית, ויתערבו לטובתם אצל המדינות המארחות אותם כאשר אלה מפרות את זכויות האדם שלהם כפי שהן מוכרות במשפט הבין-לאומי. אף-על-פי שלמדינה, לפי המשפט הבין-לאומי הפומבי המסורתי, מסור שיקול-דעת מוחלט בהכרעה אם ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה ובאילו תנאים – שיקול-דעת שגם בתי-המשפט הלאומיים נמנעו מלהעבירו תחת שבט הביקורת – המאמר מצביע על שינוי במגמה ועל נכונות להכרה בזכות להגנה דיפלומטית כחלק מהזכות לאזרחות, הן במשפט הבין-לאומי והן במשפט החוקתי.

המאמר מנתח מגמה זו הן במישור הנורמטיבי – בהציגו את השינויים שאומצו במקורות השונים של המשפט הבין-לאומי ובבוחנו באופן ביקורתי את ההכרעות השיפוטיות של בתי-המשפט הלאומיים – והן במישור התיאורטי, תוך בחינת המושגים "גבול" ו"ריבונות" והתבוננות על האינטראקציה ביניהם ועל הטונספורמציה

* מרצה בכירה, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנהל. ברצוני להודות לחברי מערכת כתב-העת **משפט וממשל** על עבודת עריכה מעולה.

¹ ÉTIENNE BALIBAR, POLITICS AND THE OTHER SCENE 76 (2002).

שהם עוברים לנוכח תופעת הגלובליזציה. הטענה המוצגת במאמר היא שאף-על-פי שהריבונות מאבדת מחשיבותה בעולם גלובלי, נתון עדיין למדינת האזרחות תפקיד מרכזי בשמירה על זכויות האדם של אזרחיה, גם כאשר הם מצויים מחוץ לגבולותיה, וכי מן הראוי להניח את היסודות המשפטיים לחיובה לפעול, במצבים מסוימים, לטובת אזרחיה.

מבוא. א. על גבולות ופריצתם. ב. הגנה דיפלומטית – מתן תפקיד למדינת האזרחות:

1. הגנה דיפלומטית – הגישה המסורתית: זכותה של המדינה; 2. הגנה דיפלומטית – רוחות חדשות: לקראת כינונה של חובה של המדינה. **ג. שיקול-הדעת של מדינת האזרחות במישור החוקתי הפנימי:** 1. הזכות להגנה דיפלומטית כזכות חוקתית מפורשת; 2. הזכות להגנה דיפלומטית כתוצר של יצירתיות שיפוטית – משפט השוואתי; 3. הזכות להגנה דיפלומטית – המצוי והרצוי במשפט הישראלי; 4. השפעת הדין הלאומי על מעמד הזכות להגנה דיפלומטית במישור הבין-לאומי. **ד. תחום התחולה של ההגנה הדיפלומטית:** 1. מושא התחולה של ההגנה הדיפלומטית; 2. יישום התחולה של הגנה דיפלומטית בעניין *מימון-כהן* – הליך נאות ועונש מוות; 3. הגנה דיפלומטית וייצוג דיפלומטי. **ה. תפיסת הריבונות והקשר המשולש בין עם, מדינה וגבולות טריטוריאליים. סיכום.**

מבוא

אזרח ישראלי נוסע למדינה אחרת – למשל, לתאילנד – ורוצח שם את גרושתו, אף היא אזרחית ישראלית. ברגיל, הואיל והמעשה הפלילי נעשה בתאילנד, מדינה זו היא שתינה מסמכות שיפוט כוללת על המקרה, ודינה הוא אשר יוחל במשפט. אולם האזרח הישראלי פונה לרשויות של מדינת-ישראל בבקשה שיבקשו את "הסגרתו" לישראל כדי שיוכל להישפט בישראל, הואיל ובתאילנד, לטענתו, הוא לא יזכה בהליך נאות, ובסופו של המשפט, אם יורשע, עלול להיגזר עליו עונש מוות. ייאמר מייד, בהתנגדותו להישפט בתאילנד הוא טוען למעשה טענה כפולה – הן במישור הריבונות והן במישור של דיני זכויות האדם.² לעניין סמכות השיפוט השאלה היא אם ראוי שתקום למדינת-ישראל, כמדינת האזרחות של הנאשם או למצער כמדינת האזרחות המשותפת של הקורבן והנאשם, זכות לבקש – ואולי אפילו לתבוע – להפעיל את סמכות שיפוט בעניין. אם התשובה לשאלה זו תהא חיובית, יהיה בכך כדי להקנות לישראל אפשרות להחיל סמכות שיפוט באופן אקסטררה-טריטוריאלי. לעניין הדין השאלה היא אם ראוי שמדינת-ישראל תוכל לחייב את תאילנד, כמדינה בעלת סמכות השיפוט הטריטוריאלי, להביא בחשבון נורמות חוקתיות של שיטת המשפט

² LEA BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS 135 (2nd ed. 1995).

הישראלית כאשר היא מעמידה לדין נאשם שהוא אזרח ישראלי. אם התשובה לשאלה זו תהא חיובית, יהיה בכך, לפחות במבט ראשון, כדי להקנות תחולה אקסטר-טריטוריאלית לנורמות חוקתיות ישראליות. אולם עד כמה שמדובר בדרישה לאי-הפרתן של זכויות אדם שאינן מוכרות רק בחוקי-היסוד של שיטת המשפט הישראלית, אלא משקפות נורמות של המשפט הבין-לאומי, מתייתר למעשה הדיון בשאלת התחולה האקסטר-טריטוריאלית של נורמות חוקתיות ישראליות.

מאמר זה עוסק בעיקרו בשאלה אחרונה זו בדבר היקף חובתה של מדינת האזרחות להגן על אזרחיה המצויים מחוץ לגבולות המדינה מפני פגיעות הנעשות כלפיהם על-ידי מדינות זרות תוך הפרת זכויות אדם המוכרות במשפט הבין-לאומי. בית-המשפט העליון של ישראל נדרש זה כבר לשאלה עקרונית זו בעניין **מימון-כהן**,³ אשר נסב על עובדות הדומות למתואר לעיל. במקרה זה תבע העותר כי מדינת-ישראל תעניק לו הגנה דיפלומטית. הגנה דיפלומטית היא אחת מזכויותיה העתיקות ביותר של מדינה במשפט הבין-לאומי, ובמובנה הרחב היא מאפשרת למדינה – ולעיתים אף מחייבת אותה, בתנאים מסוימים – להגן על אזרחיה המצויים תחת ריבונותה של מדינה אחרת ואשר זכויותיהם מופרות על-ידי המדינה המארחת.⁴ בית-המשפט העליון דחה את העתירה, בקובעו שלא עומדת לעותר זכות להגנה דיפלומטית, וכי אין באפשרותו לחייב

³ בג"ץ 3992/04 **מימון-כהן נ' שר החוץ**, פ"ד נט(1) 49 (2004). על הכרעת בג"ץ הוגשה בקשה לדיון נוסף – דנג"ץ 7469/04 **מימון-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-על 2004 (3) 2998 (2004). אף שביית-המשפט העליון קבע כי אכן יש חידוש בהלכה שנקבעה, לנוכח העובדה שזו הפעם הראשונה שביית-המשפט העליון נדרש לבקשה של אדם להעבירו ממדינת-חוץ לישראל כאשר הוא צפוי לעונש מוות אם יורשע במדינה הזרה, סבר בית-המשפט כי אין מקום להורות על דיון נוסף. ראו גם בג"ץ 1049/07 **קאהן נ' שרת החוץ**, תק-על 2007 (1) 2318 (2007).

⁴ המונח "הגנה דיפלומטית", בהתייחסו להגנה על אזרח של מדינה אחת אשר נפגע על-ידי מדינה זרה, עשוי להטעות עד כמה שהוא מעורר אסוציאציה של הגנה הניתנת לדיפלומטים. אכן, במובנו המצומצם מוסד ההגנה הדיפלומטית, כשמו כן הוא, עוסק בזכותם של נציגים דיפלומטים (קונסולים ודיפלומטים) להגן על האינטרסים של המדינה ששלחה אותם ושל אזרחיה. ראו ס' 3(1)(b) ל-Vienna Convention on Diplomatic Relations, Apr. 18, 1961, 500 U.N.T.S. 95, available at untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf וכן ס' 5(a) ו-5(e) ל-Convention on Consular Relations and Optional Protocols, Apr. 24, 1963, 596 U.N.T.S. 262, available at untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf. ודוק, במאמר זה תינתן למילים "הגנה דיפלומטית" פרשנות רחבה יותר, החורגת מעבר לפרשנות המילולית. הגנה דיפלומטית כוללת את קשת ההליכים הבין-לאומיים במסגרת פנייה של מדינה למדינה אחרת בתביעה למלא אחר מחויבויותיה כלפי המדינה הפונה הנובעות מהמשפט הבין-לאומי. ראו: Yoram Dinstein, *Diplomatic Protection of Companies under International Law*, in INTERNATIONAL LAW: THEORY AND PRACTICE: ESSAYS IN HONOUR OF ERIC SUY 505 (Karel Wellens ed., 1998).

את מדינת-ישראל לפעול כדי למנוע פגיעה בזכויותיו על-ידי המדינה המארחת. אולם סקירת המשפט הבין-לאומי והמצב המשפטי בשיטות משפט אחרות בעולם, כפי שתיעשה במאמר זה, תגלה כי מוסד ההגנה הדיפלומטית זוכה בשנים האחרונות בעדנה בלתי-צפויה.⁵ מדינות חזרו לתבוע לפני בתי-המשפט הבין-לאומיים בהסתמך על הפרת הזכות להגנה דיפלומטית לא רק כזכותה של המדינה, אלא גם כזכותו של האזרח שנפגע.⁶ יתר על כן, אזרחים המצויים במדינות זרות תבעו לאחרונה את זכותם להגנה דיפלומטית ממדינת אזרחותם לפני בתי-המשפט הלאומיים שלה.⁷

תחיה-מחדש זו הובילה שופטים ואנשי אקדמיה להתמודדות ביקורתית עם גבולות הסמכות של מדינה אחת – היא מדינת האזרחות – ועם שאלת יכולתה להתערב בהליך הפלילי המתרחש במדינה אחרת, היא המדינה אשר בתחומה הטריטוריאלי נעשה המעשה האסור. תוצאותיה של התמודדות זו הן קריאת-תיגר על המשפט הבין-לאומי הפומבי המסורתי, אשר האדיר את מוסד הריבונות. להלן תוצג הטענה כי יש להרחיב את תחום התפרשותו של מוסד ההגנה הדיפלומטית – הן תוך התבוננות פנימה על מקורותיו שלו מתחום המשפט הבין-לאומי; הן תוך העשרתו באמצעות התבוננות על הקורה בתחומי משפט אחרים, כגון המשפט החוקתי והמשפט ההשוואתי; והן תוך הפרייתו הבין-תחומית באמצעות ניתוח תרבותי של המשפט.

⁵ בית-המשפט של הערכאה הראשונה של הקהילה האירופית הזכיר את ההגנה הדיפלומטית כאמצעי אפקטיבי לשמירה על זכויותיהם של אנשים פרטיים כנגד סנקציות של מועצת הביטחון המכוונות כלפיהם באופן ישיר. ראו, למשל: Case T-253/02 Ayadi v. Council of the European Union, at para. 141 (July 12, 2006), available at eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002A0253:EN:HTML (under appeal, Case C-403/06 P).

⁶ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States), 2004 I.C.J. 12 (Mar. 31), available at supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/decisions/avena LaGrand (Germany v. United States), 2001 (להלן: עניין Avena); 33104icj.pdf I.C.J. 466 (June 27), available at www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf (להלן: עניין LaGrand); Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States), Provisional Measures, 1998 I.C.J. 248 (Apr. 9), available at www.icj-cij.org/docket/files/99/7599.pdf; Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), available at icj-cij.org/docke t/index.php?p1=3&p2=3&code=gc&case=103&k=7a (תלוי ועומד לפני בית-המשפט הבין-לאומי).

⁷ בבית-המשפט של אנגליה: Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [2002] EWCA (Civ) 1598, available at www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.html (להלן: עניין Abbasi). בבית-המשפט של דרום-אפריקה: Kaunda v. The President of the Republic of South Africa, 2004 (להלן: עניין Kaunda) (10) BCLR 1009 (CC)(S. Afr.).

לאחר דיון תיאורטי סביב המושג "גבול", הגדרתו והשפעתו הדינמית על תיחומה הפיזי והפונקציונלי של המדינה הריבונית במשפט הבין-לאומי (פרק א), אעבור לניתוח נורמטיבי של ההיבטים הספציפיים של מוסד ההגנה הדיפלומטית. אדון בשאלה עד כמה הזכות להגנה דיפלומטית היא זכותה של המדינה או זכותו של הפרט, תוך הצגת התמורות שעבר מוסד ההגנה הדיפלומטית במשפט הבין-לאומי (פרק ב) ותוך בחינת האופן שבו נדרשו בתי-משפט לאומיים בעולם למוסד זה, לרבות בחינה ביקורתית של פסיקתו של בית-המשפט בישראל (פרק ג). עוד אבחן את תחום תחולתה המהותית של ההגנה הדיפלומטית, תוך בחינת השאלה בדבר מהות ההפרה של כללי המשפט הבין-לאומי המצדיקה מתן הגנה דיפלומטית, ודיון בשאלה הקונקרטית אם החשש מפני הטלת עונש מוות די בו להצדיק מתן הגנה דיפלומטית (פרק ד). לבסוף אחזור לדיון תיאורטי בקשר שבין תפקיד המדינה, הריבונית המודרנית ומוסד ההגנה הדיפלומטית, תוך התמקדות בטרנספורמציה שראוי כי מוסד זה יעבור לנוכח השינויים העוברים על המדינה הריבונית והאתגרים החדשים שהיא צריכה להתמודד עימם בעידן הגלובליזציה (פרק ה).

א. על גבולות ופריצתם

כאשר חושבים על המושג "גבול" במשפט הבין-לאומי כמוכנו היומיומי, חושבים ברגיל על גבולות כמוכנם הפיזי בלבד – על הסמן הגיאוגרפי בין הפנים לחוץ. תחילת היווצרותה של מדינה מודרנית היא במיקומה במרחב אשר תחום על-ידי גבולות טריטוריאליים. שרטוטם של קווי-מתאר תוך יצירת גבולות מוגנים, וההנחה שהכוח טמון בתחומי גבולות אלה ונתון בידי מערכת מוסדית המשויכת לטריטוריה, הוא האופן המודרני לתיאור המושג "ריבוניות". הגבול הוא אשר מבחין בין ישות ריבונית אחת לאחרת.⁸

הגבול מגדר את הטריטוריה שבתחומה המדינה יכולה להפעיל את סמכות השיפוט שלה. למונח "סמכות שיפוט" יש חשיבות מכרעת כאשר מתארים את מערכת היחסים בין הפרט למדינה.⁹ הוא מציין למעשה את כוחה או סמכותה של המדינה להכפיף פרט כלשהו למשפטה ולחוקיה. סמכות השיפוט מתבטאת באופנים שונים: בפררוגטיבה של המדינה להחיל את הוראות דיניה על אנשים מסוימים, בסמכותם של בתי-המשפט של

⁸ 1 OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 121 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992)

⁹ "When the citizen leaves the national territory, he enters the domain of international law... By receiving the alien upon his territory, the state of residence admits the sovereignty of his national country and the bond which attaches him to it." EDWIN M. BORCHARD, THE DIPLOMATIC PROTECTION OF .CITIZENS ABROAD OR THE LAW OF INTERNATIONAL CLAIMS 26 (1916)

המדינה להכפיף אנשים מסוימים לפורום השיפוטי שלה, ובכוח של המדינה להפעיל את כוחותיה הביצועיים – משטרה, תביעה, צבא וכדומה – כלפי אנשים מסוימים. יושם אל לב כי משמעותה של הריבונות המדינית אכן מתמצה במונופול שיש למדינה על האיסורים המשפטיים בתחומה, דהיינו, על הכוח לאסור דברים אחרים ולהתיר דברים אחרים.

סמכות השיפוט מגדירה גם מערכת יחסים נוספת, היא מערכת היחסים שבין המדינה לבין מדינות ריבוניות אחרות. באופן היסטורי, הכללים בדבר סמכות השיפוט פותחו כדי לאזן בין אינטרסים מנוגדים של ריבונים שונים ביחס להתנהגות ספציפית. המודל הקלסי של הריבונות אישר את המונופול של המדינה במסגרת גבולותיה הגיאוגרפיים הטריטוריאליים. בתוך גבולותיה הפיזיים יש למדינה סמכות פיקוח בלעדית, וכאשר הוצים את גבולות המדינה, הפרטים והרכוש מצויים בתחום הסמכות הטריטוריאלית של מדינה אחרת.¹⁰ הרחבת סמכותה של מדינה אל מעבר לגבולותיה נתפסה כחדירה לתחומי הריבונות של מדינה אחרת וכפגיעה בה.

היה זה במיוחד המשפט הפלילי אשר נתפס במונחים טריטוריאליים שמרניים. אולם קולוניאליזם ואימפריאליזם, מחד גיסא, ותנועת הגירה וחציית גבולות על-ידי פרטים, מאידך גיסא, הובילו לשחיקת הפרדיגמה של סמכות השיפוט הטריטוריאלית. סמכויות שיפוט החלו לחפוף ולהצמיח לעיתים סמכויות שיפוט מקבילות, שכן המיקום הפיזי לא היה חשוב עוד לצורך הקביעה אם מעשה או אדם מסוים נופלים לתחומה של קהילה מסוימת.

לנוכח מציאות זו ניסו בתי-משפט לפתח מודלים של סמכות שיפוט שיביאו בחשבון את העובדה שהתנהגותם של אנשים יכול שתגרום נזק בלי כל קשר לשאלת הגבולות הטריטוריאליים של העולם הווסטפלי הריבוני. ברם, הרחבות אלה נחשבו שיוניות בלבד. המדינה, אשר לה ניתנה סמכות השיפוט הראשית, נהנתה עדיין מסמכות טריטוריאלית. למשל, כאשר מדינת האזרחות של נאשם אשר עשה מעשה פלילי בשטחה של מדינה אחרת רצתה להפעיל את סמכות שיפוטה, היא נתפסה ברגיל כחודרת לריבונותה של המדינה האחרת.

כנרמז לעיל, מבחינת המשפט הבין-לאומי, המבוסס על שוויון בין ריבונים ועל עצמאותן של מדינות, הגבול הינו חלק בלתי-נפרד מהגדרת הריבונות. הוא מגדיר את הנקודה שמעבר לה יופר עקרון אי-ההתערבות.¹¹ המשפט הבין-לאומי העלה על נס את סוגיית יציבותם של גבולות. הרטוריקה בדבר "חדירה" חיזקה את תפיסתם של גבולות כחסם פיזי שקיומו אינו מוטל בספק, ולא אפשרה לראותו כתוצר של מדיניות

¹⁰ Oppenheim's International Law, לעיל ה"ש 8, בעמ' 382.

¹¹ Corfu Channel Case (U.K. v. Alb.), 1949 I.C.J. 4 at 35 (Apr. 9), available at www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf : "[B]etween independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation for international relations?"

פוליטית חברתית. בעוד שבמקרים רבים התרחשה החצנה של גבולות המדינה, במשפט הבין-לאומי נותרה על כנה הפיקציה שלפיה גבולות הם אך ורק גבולות טריטוריאליים. גישה זו לא הותירה מקום להבחנה בין המקום שבו הגבולות הטריטוריאליים ממוקמים פיזית לבין המקום שבו אזרחים "חשים" בקיומו של גבול. להבדיל מקיומה של חשיבה פוליטית מעמיקה על סוגיית הגבולות, השאלה כיצד גבולות משפיעים על חייהם של פרטים נותרה קרקע בתולה. כך, לא התפתחה הבנה מורכבת יותר של המושג "גבול לאומי" מעבר ל"גבול הטריטוריאלי".

מבחינת הזהות הקולקטיבית, הגבול הוא המקום שבו הכוח הריבוני תוחם את "בעלותו" על אזרחיו. הגבול הוא הכלי שבאמצעותו מסווגים פרטים כ"אזרחים", והוא אשר מכונן את המוסדות המעצבים את חייהם של אלה המצויים במקום מסוים. סימון הגבולות מעניק זהות לקבוצת פרטים במבנים של כוח. כך, "אזרחות" ממופה לא-פעם לפי תנאי הולדתו ומקום הולדתו של הפרט. הגבול החיצוני נהפך לגבול פנימי המעצב זהות קהילתנית.

בספרו, שנכתב בשלהי המילניום שחלף, הכתיר Franck את העידן הנוכחי כעידן האינדיבידואליזם.¹² הצבתו של הפרט במרכז הובילה, בין היתר, לטרנספורמציה סוציולוגית תוך נטישת שיוכים לאומיים ישנים ויצירת קהילות וולונטריות חדשות, תת-לאומיות ועל-לאומיות, דוגמת אינטגרציות אזוריות. שינויים פרדיגמטיים ליבו את תופעת הגלובליזציה והובילו להפחתה בחשיבותם של גבולות גיאופוליטיים. כך, בספרות המודרנית נאמר לא-פעם כי אנו חיים כיום ב"עולם ללא גבולות".

תמורות אלה בממדי הזמן והמקום ערערו את היסודות המסורתיים של המדינה, אתגרו את החלוקה המטפיזית בין המימד הפנימי למימד החיצוני של הריבונות, ומוטטו את הביסוס הפילוסופי של הכללים העוסקים בתחימת סמכויות. מושגים כגון "אזרח העולם" או "שלטון ללא ממשלה" חתרו תחת הגבולות האפיסטמולוגיים של התיאוריות המסורתיות של המשפט הבין-לאומי הפומבי והמשפט החוקתי, אשר עוצבו בקפדנות ככוונה להבחין בין הפרט למדינה. ברוח זו ניתן להצביע על פחות במעמדן של זכויות האזרח ועל עלייה בחשיבותן של זכויות האדם הבין-לאומיות ושל נורמות קוסמופוליטיות.¹³

אולם גבולות נושאים עדיין חשיבות כבירה במשפט הבין-לאומי. היחס המורכב של המדינה לאזרחיה, השונה במהותו מהיחס בין המדינה לבין "אזרחי העולם",¹⁴ לא עבר

¹² THOMAS M. FRANCK, *THE EMPOWERED SELF: LAW AND SOCIETY IN THE AGE OF INDIVIDUALISM* (1999).

¹³ SEYLA BENHABIB, *THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN THE GLOBAL ERA* (2002).

¹⁴ Susan Marks, *State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence*, 19 LEDIAN J. INT'L. L. 339 (2006).

מן העולם.¹⁵ יהא מדויק יותר לומר שהמשפט הבין-לאומי מפחית ומגביר בו-זמנית את חשיבותם של הגבולות. כך, חריג אחד מסורתי – ידוע ומוכר במשפט הבין-לאומי – לרעיון השלמות הריבונית הוא זכותה של המדינה ליתן, בתנאים מסוימים, הגנה דיפלומטית לאזרחיה המצויים תחת ריבונותה של מדינה אחרת. חריג זה מייצג למעשה את התפיסה שגבולות אינם תוחמים רק טריטוריות פיזיות, אלא נושאים גם משמעויות נסתרות יותר. הם מגדירים זהויות של אנשים, במיוחד את זהותם כאזרחים או כזרים, מבנים קבוצות של אנשים ואת השתייכותם לקהילות, ותוחמים תחושות של הזדהות וניכור. אשר על-כן, יש מקום לעמוד על טיבו של מוסד ההגנה הדיפלומטית ועל היקפו הראוי לנוכח המציאות המשתנה.

ב. הגנה דיפלומטית – מתן תפקיד למדינת האזרחות

1. הגנה דיפלומטית – הגישה המסורתית: זכותה של המדינה

הגנה דיפלומטית במובנה הקלסי נתנה "קול" למדינת האזרחות להתערב בנעשה בתחומי ריבונותה של מדינה אחרת בשם ההגנה על אזרחיה. היא אפשרה למדינה לפרוץ באופן לגיטימי וחוקי את עקרון הריבונות הטריטוריאלית.¹⁶ ראייה זו של מוסד ההגנה הדיפלומטית בוססה על תפיסתו הפיקטיבית של Vattel שלפיה המדינה היא בעלת הזכות להגנה דיפלומטית, ולא הפרט.¹⁷ תפיסה זו הייתה נגזרת של האורתודוקסייה האתוצנטרית ששלטה במשפט הבין-לאומי הפומבי, אשר העמידה את

¹⁵ Giorgio Gaja, *Is a State Specifically Affected When Its Nationals' Human Rights are Infringed?* in MAN'S INHUMANITY TO MAN: ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW IN HONOUR OF ANTONIO CASSESE 373 (Lal Chad Vohrah et al. eds., 2003)

¹⁶ מגוון האמצעים העומד לרשותה של מדינת האזרחות המעוניינת להעניק הגנה דיפלומטית הינו רחב. הוא כולל, בין היתר, צעדים לא-פורמליים ולא-דיפלומטיים, משא-ומתן עם המדינה המפרה, והגשת תביעה לפני בתי-משפט וטריבונלים בין-לאומיים. כמו-כן, מדינת האזרחות יכולה לנקוט צעדים לא-ידידותיים, כגון סירוב להכיר במדינה הפוגעת, סירוב לחתום עימה על אמנה בין-לאומית, התליה של אמנות בין-לאומיות קיימות והקפאת נכסים זרים. השאלה אם מדינת האזרחות רשאית לעשות שימוש בכוח במסגרת ההגנה הדיפלומטית שנויה במחלוקת. ראו: Wilhelm K. Geck, *Diplomatic Protection*, in I.2. ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1045, 1061 (Rudolf Bernhardt ed., 1992).

¹⁷ אופיו המיוחד של מוסד ההגנה הדיפלומטית קיבל את ניסוחו הקלסי במאה השמונה-עשרה על-ידי De Vattel, *Le Droit des Gens ou les Principes de la Loi Naturelle* 136 (London, 1758), in THE CLASSICS OF INTERNATIONAL LAW (Charles G. Fenwick trans., 1916) "Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen" (עותק שמור בידי המחברת).

המדינה במרכז¹⁸ ואשר לפיה הפרט אינו נמען של זכויות ואינו בעל זכות עמידה במישור המשפטי הבין-לאומי.

אנשים פרטיים נשזרו במערכת זו באופן מיוחד. אזרחות, לאומיות ושמירת אמונים סיפקו את הקשרים בין אנשים פרטיים לבין מדינה מסוימת.¹⁹ איתורה של הקהילה המשפטית אשר מכוננת בגדרה את האומה (האזרחים) של המדינה נעשה לרוב לצורך מגעים פנים-מדינתיים.²⁰ בהתאם לראייה זו, התייחסו אל פרטים כאל "זרים" או כאל "אזרחים", אך לא כאל "בני-אדם". לזרים ניתנה אך הגנה מצומצמת, ולמעשה, הגנתם נתפסה כחלק מהסמכות הריבונית של מדינת אזרחותם.²¹ המדינה היא שנשאה באחריות למעשי אזרחיה הנתונים לפיקוחה, אם פגעו באינטרסים המשפטיים של מדינות-חוץ אחרות.²² כמו-כן, המדינה היא שהייתה זכאית לייצג את אזרחיה ולהגן עליהם מפני פגיעה בהם על-ידי מדינות-חוץ אחרות, כאשר שהו מחוץ לטריטוריה של מדינת האזרחות, באמצעות מוסד ההגנה הדיפלומטית. הפגיעה בפרט על-ידי מדינה זרה נתפסה כפגיעה במדינת אזרחותו.²³ ההגנה הדיפלומטית קשרה בעצם בין הריבונות הטריטוריאלית של מדינה אחת (*Gebietshoheit*) לבין סמכותה של המדינה הריבונית ביחס לאזרחיה (*Personalhoheit*). זכותה של המדינה להבטיח הגנה דיפלומטית לאזרחיה נתחמה באמצעות שורה של דרישות מוקדמות, כגון הדרישה ללאומיות (חייב להתקיים קשר של אזרחות בין המדינה המעניקה הגנה דיפלומטית לבין הפרט שההגנה הדיפלומטית ניתנת לו),²⁴ הדרישה למיצוי תרופות מקומיות

18 JEAN BODIN, ON SOVEREIGNTY, book 1, ch. 8 (Julian Franklin ed. & trans., 1992).

19 YAFFA ZILBERSHATS, THE HUMAN RIGHT TO CITIZENSHIP (2002); MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 584 (5th ed. 2003).

20 Doehring מדגיש כי קיימות הגדרות שונות למדינה לצרכים פנימיים ולצורכי המשפט הבין-לאומי. ראו: Karl Doehring, *State*, in IV.1 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 600 (Rudolf Bernhardt ed., 2000).

21 .DAVID J. HARRIS, CASES AND MATERIALS ON INTERNATIONAL LAW 624 (1998)

22 .IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 497 (6th ed. 2003)

23 Geck, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1046: "Diplomatic protection is to be understood... as the protection given by a subject of international law to individuals, i.e. natural or legal persons, against a violation of international law by another subject of international law". BROWNLIE, לעיל ה"ש 22: "If nationals are subject to injury or loss by an agency for which another state is responsible in law, then... the state of the persons harmed may present a claim on the international plane"

24 Francisco O. Vicuña, *Interim Report on the Changing Law of Nationality of Claims*, in REPORT OF THE SIXTY NINTH CONFERENCE 631, 635 (2000); Craig Forcese, *The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the 'War on Terror'*, 17 EUR. J. INT'L. L. 369 (2006); CARMEN TIBURCIO, THE

(בטרם תוכל מדינה להעניק הגנה דיפלומטית, הפרט אשר זכויותיו נפגעו מחויב למצות את כל התרופות המשפטיות העומדות לרשותו במדינה הפוגעת),²⁵ והדרישה לקיומה של התנהגות בלתי-חוקית שניתן לייחסה למדינה הזרה (יש להראות כי המדינה הזרה הפרה איסור הקבוע במשפט הבין-לאומי הפומבי). בדרישה אחרונה זו אתמקד ביתר פירוט בהמשך.²⁶

ההגנה הדיפלומטית בוססה אומנם על האינטרס של האזרח, אך הקנתה זכות תביעה במישור הבין-לאומי למדינת אזרחותו. זאת, בהתאם לדיכוטומיה שהייתה מקובלת במשפט הבין-לאומי, שלפיה הפרטים הינם המוטבים של זכויות בין-לאומיות אך אינם "נושא" במשפט הבין-לאומי. יודגש כי המדינה התובעת פעלה בהתאם לזכות בין-לאומית הנתונה לה ולה בלבד. במילים אחרות, האינטרס של המדינה התובעת האפיל על האינטרס של הפרט הנפגע. המשפט הבין-לאומי הגן על האינטרס של המדינה התובעת, ואפשר הגשת תביעה בין-לאומית. הזכות המשפטית הבין-לאומית, המקבילה לחובה הבין-לאומית ליתן הגנה מינימלית לזרים,²⁷ הוענקה לא לזר עצמו, אלא למדינת אזרחותו, וכאשר מדינה זו העניקה הגנה דיפלומטית, היא הגנה על האינטרס שלה עצמה. אכן, המדינה נקטה פטרונות כלפי אזרחיה.

גישה מסורתית זו אושרה בפסקי-דין בין-לאומיים רבים. פסק-הדין שמרבים לצטט בהקשר זה הוא פסק-הדין משנת 1924 של ה-Permanent Court of International Justice בעניין *Mavrommatis*, שלפיו: "It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State"²⁸. כך, נקבע שאין לזהות את תביעת המדינה עם תביעת הנפגע. האינטרסים של הפרט שנפגע

HUMAN RIGHTS OF ALIENS UNDER INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 37 (2001).

²⁵ Juliane Kokott, *Interim Report on the Exhaustion of Local Remedies*, in REPORT OF THE SIXTY NINTH CONFERENCE 606 (2000); Annemarieke Vermeer-Künzli, *A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga Omnes*, 56 INT'L & COMP. L.Q. 553 (2007).

²⁶ ראו פרק ד להלן.

²⁷ Dinstein, לעיל ה"ש 4.

²⁸ The *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. U.K), 1924 P.C.I.J. (Ser. B) No. 3 (Aug. 30), available at www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis. עוד נקבע שם כי: "By taking up the case of one of its subjects and by restoring to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right .to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law"

ממוקדים בשיקום זכויותיו או בתרופה אשר תצביע על כך שהוא זכאי שזכויותיו יכובדו.²⁹ המדינה, מאידך גיסא, דרשה פיצוי בגין הפגיעה במעמדה הריבוני.

2. הגנה דיפלומטית – רוחות חדשות: לקראת כינונה של חובה של המדינה

לאחר מלחמת-העולם השנייה עבר המשפט הבין-לאומי שינוי דרמטי ומהפך תפיסתי. הורגשה חשיבותו של הפרט, להבדיל מחשיבות המדינה, ויעד ההגנה עליו הוביל לשינויים בתפיסה הקלאסית של המשפט הבין-לאומי, לדקונסטרוקציה של משטר הריבונות של Vattel, ולהבניית זהויות חלופיות, עצמיות, אוטונומיות. במצב-דברים זה אין זה מפתיע שהמרקם המורכב של העולם החדש לא תאם עוד את התבנית התיאורטית הישנה של המשפט הבין-לאומי,³⁰ אשר מבחינה היסטורית פעל לדכא את הספירה הפרטית ולמנוע דריסת-רגל של הפרט, בניגוד למדינה, במישור הבין-לאומי.³¹ כך החלה להתפתח במישור הבין-לאומי מערכת כללים ופרוצדורות מפורטת שמטרתה להגן על הפרטים מפני עריצותן של המדינות. מדינות החלו לחתום על אמנות לזכויות אדם, אשר העניקו זכויות לכל בני-האדם בלא קשר ללאומיותם. אמנות אלה הושתתו על ההכרה – שהלכה וקנתה לה מקום – שלפיה המשפט הבין-לאומי לא נעשה לטובת המדינות, אלא לטובת הפרטים כבני-אדם, ולא כנתינים של מדינת האזרחות. ההגנה על זכויות האדם חדרה דרך גבולות ריבונותה של המדינה, וקראה למדינה ליתן-וחשבון לעולם שמחוץ לגבולותיה על הנעשה בתחומי הטריטוריה שלה. החלה להתפתח הגישה שלפיה פרטים, ולא רק מדינות, הינם שחקנים בזירה הבין-לאומית. הפרט נתפס לא עוד כמוטב של זכויות שהמדינה זכאית להן, אלא כשחקן עצמאי במישור הבין-לאומי בעל אישיות משפטית. תפיסת הפרט כחלק מהמדינה הושלמה באמצעות תפיסתו כחלק מהאנושות.³²

²⁹ גישה זו ביחס להגנתו של הפרט רלוונטית גם ביחס להגנתן של חברות, ובלבד שהן בעלות "לאומיות" של המדינה התובעת. "לאומיות" זו נקבעת בדרך-כלל לפי מקום ההתאגדות וכתובת המרשם של החברה. ככלל, המדינה לא תוכל להעניק הגנה דיפלומטית למחזיקי מניות של החברה. בעניין, Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., (להלן: עניין *Barcelona Traction*), נקבע כי לבעלי מניות יש זכות תביעה עצמאית כאשר מופרות זכויות ישירות שלהם (לדוגמה, הזכות לדיבידנד או הזכות להשתתפות בהצבעות). ראו: Vaughan Lowe, *Shareholders' Rights to Control and Manage: From Barcelona Traction to ELSI*, in I LIBER AMICORUM JUDGE SHIGERU ODA 269 (Nisuke Ando et al. eds., 2002).

³⁰ ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 12 (2006).

³¹ Anne-Marie Slaughter & William Burke-White, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, 47 HARV. INT'L L.J. 327 (2006).

³² ההקדמה ל-, International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171, available at fletcher.tufts.edu/multi/texts/BH498.txt: "Recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all

אכן, הצביון המובהק ביותר לאמנציפציה של הפרט ממדינת אזרחותו באמנות אלה לזכויות אדם התבטא בכוח שניתן לפרטים במקצת מאמנות אלה לתבוע מדינות בגין הפרת האמנה.³³ פנייה לערכאות בתלונה על יחס שניתן לפרט על-ידי מדינה מארחת אינה נתונה עוד באופן בלעדי לשיקול-דעתה, לסמכותה ולנכונותה של מדינת האזרחות להתלונן, אלא מותנית אך ורק ברצונו של הפרט לאכוף את זכויותיו בהתאם לאמנה.³⁴ כך הוכפף עקרון אי-ההתערבות למשפט ההומניטרי ולהיבטים מסוימים של דיני זכויות האדם. יתר על כן, מדינת האזרחות חדלה ליהנות ממעמד מועדף או בכיר יותר באכיפת הפרות של האמנה מאשר כל אחת מהמדינות שהן צד לאמנה.³⁵ הואיל

members of the human family [as]... the foundation of freedom, justice and peace in the world” (להלן: ICCPR). יודגש כי לאחרונה הוצב הפרט גם כמושא של חובות במשפט הבין-לאומי בהקשר של לחימה בטרור וה-“smart sanctions” שמועצת הביטחון נוקטת. ראו: A: Martin Nettesheim, *U.N. Sanctions Against Individuals – A Challenge of the Architecture of European Union Governance*, 44 COMMON MARKET L. REV. 567 (2007), available at www.grakov-berlin.de/documents/Veroeffentlichungen/un_sanctions_against_individuals.pdf.

ס' 34 ל-Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, available at conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm (להלן: “האמנה האירופית לזכויות אדם”): “The Court may receive applications from any person... claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention... The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right”.

אכן, ניתן לטעון כי מבחינה פורמלית זכות העמידה של הפרט לפני בתי-דין לזכויות אדם נגזרת מהסכמת המדינות, כפי שבאה לידי ביטוי באמנות המייפות את כוחם של הפרטים. אולם יש להדגיש כי ככל שהדבר נוגע באמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 33, בוטל בשנת 1988 הצורך בהסכמה נפרדת של המדינות להפעלת מנגנון להגשת תלונות על-ידי פרטים, כך שכל המדינות החברות באמנה זו מוכפפות באופן אוטומטי לסמכות השיפוט המחייבת של בית-הדין.

ס' 35 ל-ICCPR, לעיל ה"ש 32, קובע: “A State Party to the present Covenant may at any time declare under this article that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications to the effect that a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under the International Law Commission, Report on-Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10 U.N. Doc. A/56/10 (Oct. 24, 2001), available at untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf (להלן: ILC Responsibility of States).” “Scope of international obligations set out in this part” ואשר “The Obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State to several states or to the international community as a whole...” וכן ס' 48, אשר כותרתו “Invocation of responsibility by a State other

ואמנות אלה העניקו זכויות לכל הפרטים חברי הסדר המשפטי בכללותו, ביוצרו מעין תקנת ציבור בין-לאומית,³⁶ ולא לאזרחי המדינה במעמדם כאזרחים בלבד, לכל אחת מהמדינות שהן צד לאמנה ניתנה זכות להגיש תביעה נגד מדינה מפְּרָה.³⁷ שינוי זה היה בו אף כדי להשפיע על הגישה המסורתית למוסד ההגנה הדיפלומטית.³⁸ העובדה שהאמנות הבין-לאומיות לזכויות האדם העניקו זכויות לפרטים גם כנגד מדינת אזרחותם חתרה תחת התפיסה שרווחה ביחס להגנה דיפלומטית, שלפיה מדינת האזרחות היא המחזיקה הבלעדית בזכויות אזרחיה. לטענת מבקריה של הגישה המסורתית למוסד ההגנה הדיפלומטית, הסובלים האמיתיים מהתנהגות הנוגדת נורמות של המשפט הבין-לאומי על-ידי המדינה המארחת הם האזרחים. בלא נזק לאזרחים לא יצמח נזק למדינה. תביעתה של המדינה תלויה בקיומו של קשר של אזרחות עם הפרט הנפגע, ונגזרת מסבלו. הסבל שנגרם לפרט ראוי שימש, לפחות למעשה, קנה-מידה להערכת הפיצויים שמדינת האזרחות רשאית לתבוע. מדינת האזרחות ראוי שתעביר לפרטים הנפגעים את הפיצויים ששולמו. לטענת המבקרים, הצטברותם של מרכיבים אלה מדגימה את חולשתה של הגישה המסורתית.

ההשלכה המרכזית של תפיסה חדשנית זו התבטאה בשאלת שיקול-הדעת של המדינה בהחליטה להימנע מלפעול לטובת אזרח בשם הזכות להגנה דיפלומטית. אלה שראו בזכות זו זכות אזרח גזרו ממנה חובה המוטלת על המדינה לפעול בשמו של האזרח במובן ההופלדיאני, בעוד שלפי הגישה המסורתית של המשפט הבין-לאומי, למדינה הייתה זכות ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה, אבל לא הוטלה עליה חובה לעשות כן.³⁹ המשפט הבין-לאומי השאיר שיקול-דעת למשפט הפנימי של כל מדינה

“Any State other than an injured State is **ואשר קובע:** than an injured State” entitled to invoke the responsibility of another State... if: (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole” **יודגש**.
 כי אין הכוונה להפרה של אמנה כלשהי, אלא רק להפרת אמנות אשר מבטאות אינטרס קולקטיבי. סעיף זה מאפשר לכאורה לכל מדינה לתבוע בגין פגיעה באזרח של מדינה זרה על-ידי מדינה שלישית, דהיינו, כל מדינה יכולה ליתן הגנה דיפלומטית לפרט הנפגע, ולא רק מדינת האזרחות שלו.

³⁶ MANFRED NOWAK, ICCPR COMMENTARY, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (1993)

³⁷ SHABTAI ROSENNE, THE LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL COURT, 1920–2005, vol. III, 1170 (4th ed. 2006)

³⁸ KARL DOERING, VÖLKERRECHT 377 (2nd ed. 2004)

³⁹ Geck, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1051.

ומדינה להחליט אם ומתי ליתן הגנה דיפלומטית.⁴⁰ כתוצאה מכך נהנתה המדינה התובעת מחופש מוחלט להכריע אם להגיש תביעה, אם להמשיך בתביעה שהוגשה, אם יש מקום להגיע לפשרה ובאילו תנאים להתפשר. הפרט שזכויותיו נפגעו היה נתון למעשה לחסדיה של מדינת אזרחותו.⁴¹ עמדה זו אושרה על-ידי בית-המשפט הבין-לאומי בעניין *Barcelona Traction*.⁴²

אולם Dugard, ה-Special Rapporteur ל-International Law Commission (להלן: ה-ILC), שעסקה בנושא ההגנה הדיפלומטית, הזדרז להכיר בתופעת התפיסה ההומניטרית ביחס למוסד זה. הוא הגיע למסקנה שהתפיסה כי הזכות להגנה דיפלומטית היא זכות של המדינה הינה בגדר פיקציה.⁴³ לדירו, התפיסה המסורתית, שראתה בזכות להגנה דיפלומטית זכותה של המדינה, בוססה במשך שנים על הלקונה שהתהוותה במשפט הבין-לאומי, אשר לא העניקה זכות עמידה לפרטים לפני ערכאות שיפוטיות בין-לאומיות. חָסֵר זה הניע רבים לתאר את היחס בין זכות המדינה לזכות האזרח הנפגע באמצעות נוסחות שונות, כגון: הזכות המהותית היא של הפרט הנפגע, אבל הזכות הפרוצדורלית לאכיפת התביעה בגין הפגיעה היא של המדינה;⁴⁴ מדינת

⁴⁰ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) 1955 I.C.J. 4 (Apr. 6), available at www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf

⁴¹ PETER MALANCZUK, AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW 257 (7th ed. 1997)

⁴² עניין *Barcelona Traction*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 44, שם נקבע: "...within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting"

⁴³ International Law Commission, *First Report on Diplomatic Protection*, in U.N. GAOR, 55th Sess., U.N. Doc. A/CN.4/506 12 (Mar. 7, 2000) (prepared by John Dugard), available at untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf (להלן: דוח Dugard), פס' 19: "[I]n some situations the violation of an alien's human rights will engage the interests of the national State... However, in the case of an isolated injury to an alien, it is true that... the notion of injury to the State itself is indeed a fiction" JAMES L. BRIERLY, THE LAW OF NATIONS: AN INTRODUCTION TO THE INTERNATIONAL LAW OF PEACE 276 (Sir Humphrey Waldock ed., 1963) ("[T]here is a certain artificiality in this way of looking at the question. No doubt a state has in general an interest in seeing that its nationals are fairly treated in a foreign country, but it is an exaggeration to say that whenever a national is injured in a foreign state, his state as a whole is necessarily injured too"); CHITTHARANJAN F. AMERASINGHE, LOCAL REMEDIES IN INTERNATIONAL LAW (2004); RICHARD B. LILICH, THE HUMAN RIGHTS OF ALIENS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW 51-61 (1984)

⁴⁴ Geck, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1048.

האזרחות מחזיקה בזכות של הפרט בנאמנות;⁴⁵ או המדינה נכנסת לנעלי האזרח שהינו בעל הזכות.⁴⁶ אולם כיום, לדעת Dugard, לנוכח השינוי ביחסו של המשפט הבין-לאומי הפומבי כלפי הפרט, אין עוד מקום לשימוש בפיקציות אלה, ויש מקום לראות בזכות להגנה דיפלומטית זכות של הפרט, אשר יכולה להיאכף בעבורו על-ידי המדינה.⁴⁷ אשר על-כן, בטיוטת ההצעה שלו מופיע סעיף שלפיו במצבים מסוימים מוטלת על המדינה חובה ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה:

[U]nless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the state of his/her nationality *has a legal duty* to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a *jus cogens* norm attributable to another state.⁴⁸

45 AMERASINGHE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 55.

46 International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session*, U.N. GAOR, 53rd Sess., Supp. (No. 10) U.N. Doc. A/53/10 (1998), available at untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_53_10.pdf

47 דוח Dugard, לעיל ה"ש 43, בעמ' 12.

48 שם, בס' 4 (ההדגשה שלי – א' ק'). אולם הצעתו זו נתקלה בביקורת לנוכח החריג הרחב שהוצע על-ידי בהמשך ההצעה, בטענה שחריג זה מאפשר למדינות להכניס בדלת האחורית את שיקול-הדעת שלכאורה איברו בסעיף המוצע. ס' 4 קובע כי: "The state of nationality is relieved of this obligation if: (a) the exercise of diplomatic protection would seriously endanger the overriding interests of the state and/or its people" Marjoleine Zieck, *Codification of the Law on Diplomatic Protection: The First Eight Draft Articles*, 14 LEIDEN J. INT'L. L. 209, 221 (2001); John Dugard, *Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission*, 24 AUSTRALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 75, 80 (2005). היו שטענו כי מקומה של ההצעה בתחום דיני זכויות האדם, ולא במסגרת מוסד ההגנה הדיפלומטית. ראו: Pieter H. Kooijmans, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?* in III STUDI DI DIRITTO INTERNAZIONALE IN ONORE DI GAETANO ARANGIO-RUIZ 1975, 1980 (Gaetano Arangio-Ruiz ed., 2003); Vasileios Pergantis, *Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?* 66 ZAÖRV 351, 386 (2006). מכל מקום, נרמה שההצעה "In all fairness, it was probably too much to have expected the Commission to approve article 4 *de lege ferenda* in the light of the scant evidence of state practice in its favor. The Commission is a cautious body, which prefers to act only when state practice and doctrine are fairly settled on a particular matter"

ודוק, עמדתו של Dugard לא התקבלה על דעת ה-ILC, אשר הותירה את הפיקציה בדבר היות הזכות להגנה דיפלומטית זכותה של המדינה, וקבעה בסעיף 2 לדוח המסכם שלה כי: "A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles"⁴⁹ במילים אחרות, ניתן תוקף לשיקול-הדעת הפרוגטיבי של המדינה אם ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחתה אם לאו, ונשללה במפורש כל חובה מצד המדינה לפעול. בהתאם לתפיסה זו, המדינה רשאית להכריע לא להעניק הגנה דיפלומטית לפרט, על-סמך שיקולים פוליטיים ובמנותק מהאינטרסים הישירים של הפרט שנפגע מפעולת המדינה המארכת, מבלי שהיא צריכה אפילו להצדיק את הכרעתה.⁵⁰ אולם לנוכח המחלוקת הציעה ה-ILC בטיסה השנייה לכלול את סעיף 19, שכותרתו "פרקטיקה מומלצת", אשר מייעץ למדינות ליתן הגנה דיפלומטית, במיוחד כאשר הפגיעה בפרט היא חמורה, להביא בחשבון את מאווייו של הפרט הנפגע לגבי סוג הפיצוי המועדף עליו, ולהעביר את הפיצויים לפרט.⁵¹

אכן, הגם שסעיף 19 להצעה השנייה הינו בבחינת נורמה מרוככת שטרם התגבשה לכלל הטלת חובה משפטית של ממש על המדינה,⁵² ניתן להצביע על מהלכים נוספים

⁴⁹ International Law Commission, *Draft Articles on Diplomatic Protection*, U.N. GAOR, 61st Sess., Supp. No. 10 U.N. Doc. A/61/10 (May 15, 2006), available at untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf (להלן: ILC Draft Articles) (ההדגשה שלי – א' ק').

⁵⁰ אכן, המדינה עשויה לשקול שורה ארוכה של שיקולים, כגון: מהות הפגיעה בפרט על-ידי המדינה הזרה (אם הפגיעה היא בחיים, בחירות או ברכוש); חומרת הפגיעה; מהות הנזק שנגרם לפרט ולמדינתו; יחסה של מדינת האזרחות לשיטת המשפט ולזיקה הפוליטית של המדינה הזרה; הסכנה בהחמרת מערכת היחסים עם המדינה הזרה אם יינקטו צעדים קשים; החשש/התקווה שהשימוש במכשיר של הגנה דיפלומטית יסכל/יקדם אינטרסים אחרים (כלכליים) של מדינת האזרחות; חברות בארגון בין-לאומי ידיותי/עוין למדינה המפירה; יוקרתה הפוליטית של מדינת האזרחות כלפי חוץ; ולחץ פנימי באמצעות קבוצות-לחץ. מובן כי השיקול העיקרי מבין שיקולים אלה הוא מערכת היחסים עם המדינה הזרה. Geck, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1062.

⁵¹ ס' 19 ל-ILC Draft Articles, לעיל ה"ש 49, קובע: "A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles should: (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury occurred; (b) take into account, whenever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and (c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions". ראו גם: Annemarieke Vermeer-Künzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, 18 EUR. J. INT'L. L. 37, 61 (2007).

⁵² בדברי ההסבר לס' 19 נאמר: "In these circumstances it is possible to seriously suggest that international law already recognizes the existence of some obligation on the part of a State to consider the possibility of exercising diplomatic protection on behalf of a national who has suffered a significant

במשפט הבין-לאומי שמגמתם היא למעשה ביסוסה של הצעתו המקורית של Dugard על נטייה כזו ניתן ללמוד מעמדת ה-International Law Association (להלן: ה-ILA) ביחס להגנה דיפלומטית. לנוכח האפשרויות ההולכות וגוברות של הפרטים להגיש תביעות במישור הבין-לאומי, הביעה ה-ILA את הדעה כי כאשר נפגעת זכות של הפרט, הוא תובע באופן עצמאי בגין הפגיעה בזכויותיו, ולא זכות נגזרת של מדינת אזרחותו. המדינה יכולה לפעול כשלוחה של הפרט, אבל לא במקומו.⁵³

למעשה, גם בית-המשפט הבין-לאומי סטה מהגישה המסורתית. בעניין *LaGrand* הוא אישר, בהקשר של סעיף 36(1)(b) ל-Vienna Convention on Consular Relations (להלן: VCCR),⁵⁴ את "אופייה הכפול" של הזכות שתבעה מדינת האזרחות – גרמניה – אשר תבעה גם בגין הפגיעה באזרחיה וגם בגין הפרת זכויותיה הישירות מכוח אותו סעיף.⁵⁵ במקום לחזור על הגישה המסורתית בדבר זכותה של המדינה, קבע בית-המשפט כי זכויות הפרט שנוצרו על-ידי האמנה "may be invoked in this Court by the State of the detained person"⁵⁶. ייתכן שיש לפרש את פסק-הדין כמתייחס לזכות הקונקרטי של הפרט העצור לעזרה קונסולרית בלבד,⁵⁷ אבל הלשון שבה בחר בית-המשפט מאפשרת גם פרשנות מרחיבה יותר. משתמע מפרשנות מרחיבה כזו כי סעיפי אמנה אשר מנוסחים בלשון דומה ונדרשים לאינטרסים חשובים

injury abroad. If customary international law has not yet reached this stage of development then draft article 19, subparagraph (a), must be seen as an exercise Diplomatic Protection of Persons and Property, ILS Res. 5/2006, 53 §1 (June 4-8, 2006), available at www.ila-hq.org/pdf/Diplomatic%20Protection/Resolution%205%202006%20Diplomatic%20Protection%20English.pdf

53 Conference of the International Law Association, June 4-8, 2006, *Final Report of the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property*, §II, available at www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm (להלן: ILA Final Report).

54 Vienna Convention on Consular Relations, לעיל ה"ש 4, בעמ' 262.

55 Tim Stephens, *The LaGrand Case (Federal Republic of Germany v. United States of America): The Right to Information on Consular Assistance under the Vienna Convention on Consular Relations: A Right for What Purpose?* 3 AM. J. INT'L L. 143 (2002).

56 עניין *LaGrand*, לעיל ה"ש 6, פס' 77.

57 Mark J. Kadish, *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul*, 18 MICH. J. INT'L L. 565, 593 (1997) כי ראיית ס' 36 באמנה כמקנה זכויות לפרטים מעוררת תמיהה הואיל וההקדמה לאמנה מציינת במפורש שמטרתה "is not to benefit individuals but to ensure efficient performance of functions by consular posts". על היחס בין עזרה קונסולרית להגנה דיפלומטית ראו: Annemarieke Künzli, *Exercising Diplomatic Protection: The Fine Line between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, 66 ZAÖRV. 321 (2006).

של אנשים פרטיים (דוגמת הסעיפים המופיעים באמנות הסגרה) מן הראוי שיפורשו באופן דומה. בהדגישו את הפרט וזכויותיו, סטה בית-המשפט למעשה מפסיקתו הקודמת בעניין *Mavrommatis*. אולם לנוכח ההתייחסות המאופקת והמצומצמת שנקט בית-המשפט הבין-לאומי בנושא זה, קשה לצפות בוודאות את השלכותיה של "גלישה" לשונית זו.⁵⁸ יתר על כן, יש להודות כי אפילו פרשנות מרחיבה לדבריו של בית-המשפט אינה לוקחת אותנו מלוא הדרך. מציאת פורום שבו יוכל הפרט לבחון השערה זו הינה בלתי-אפשרית כמעט, למעט אולי מצבים שבהם בית-משפט לאומי יהא מוסמך לפרש אמנה כזו ולספק את התרופה המתאימה.⁵⁹ אולם יש הקוראים פסק-דין זה – מבלי שהדבר נאמר במפורש על-ידי בית-המשפט הבין-לאומי – כמקנה לאזרחים זכות לדרוש ממדינת אזרחותם להפעיל בשמם הגנה דיפלומטית.⁶⁰

מבלבלת יותר היא פסיקת בית-המשפט הבין-לאומי בעניין *Avena*. בית-המשפט חוזר על קביעתו בדבר המשטר הכפול (הפרת זכות הפרט והפרת זכותה של מדינת האזרחות) כאשר מדינה מארחת מִפְרָה את סעיף 36 ל-VCCR, ומציין כי: "The

⁵⁸ Pergantis, לעיל ה"ש 48, בעמ' 373; *Monic Feria Tinta, Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case*, 12 EUR. J. INT'L. L. 361 (2001); Karin Oellers-Frahm, *Die Entscheidung des IGH in Fall LaGrand – Eine Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit und der Rolle des Individuums in Völkerrecht*, 28 EUGRZ 265 (2001).

⁵⁹ יודגש כי בית-המשפט הבין-לאומי לא הכיר במפורש בזכות של הפרט לפנות אליו כדי לאכוף את זכותו להגנה דיפלומטית. יתר על כן, השופט Oda ציין מפורשות בחוות-דעתו הנפרדת: "If the Court intervenes directly with the faith of an individual, this would mean some departure from the function of the principal judicial organ of the United Nations, which is essentially a tribunal set up to settle inter-State disputes concerning the rights and duties of States. I fervently hope that this case will not set a precedent in the history of the Court... I cannot condone the use of the Court for such matters as the above under the pretext of the protection of human rights." *LaGrand Case (Germany v. United States), Request for the Indication of Provisional Measures*, (Order of Mar. 3, 1999) (declaration of Judge Oda), para. 6, available at www.icj-cij.org/docket/files/104/7730.pdf. ראו Alison Duxbury, *Saving Lives in the International Court of Justice: The Use of Provisional Measures to Protect Human Rights*, 31 CAL. W. INT'L L.J. 141, 171 (2000).

⁶⁰ Colin Warbrick, *Diplomatic Representation and Diplomatic Protection*, 51 INT'L & COMP. L.Q. 723, 731 (2002); Enrico Milano, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?* 35 NETHERLANDS YEARBOOK INT'L. L. 85, 130 (2004) סבור כי נכונותו של בית-המשפט הבין-לאומי לפסוק פיצויים לטובת האזרחים מדגימה את העובדה שהוא מוכן לרתום את מוסד ההגנה הדיפלומטית למען ההגנה על זכויות האזרח.

violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual”⁶¹. אך פסק-דין זה נתפס כשנוי במחלוקת לעניין הבהרת עמדתו של בית-המשפט ביחס לאופייה של ההגנה הדיפלומטית כזכות של הפרט, שכן בית-המשפט ממשיך ומדגיש את זכותה של המדינה לתבוע גם בגין פגיעה ישירה שנגרמה לה (אם כי מציין גם שהמדינה יכולה לתבוע בגין פגיעה עקיפה שנגרמה לה כתוצאה מהפגיעה באזרחיה).⁶²

במאמר מוסגר יצוין כי זכותו של הפרט לאכוף את זכויותיו במישור הבין-לאומי הוכרה לאחרונה גם על-ידי ה-ILC ברוח המסכם שלה לעניין אחריות המדינה (State Responsibility), שם הובלט הקשר בין הזכות להגנה דיפלומטית לבין אחריות המדינה (סעיף 33) ונאמר: “[I]ndividual rights under international law may also arise outside the framework of human rights. The range of possibilities is demonstrated from the judgment of the International Court in the LaGrand Case...”⁶³.

עוד ניתן להזכיר בתחום החקיקה האזורית את סעיף 20 לאמנת הקהילה האירופית, המחייב כל אחת ממדינות האיחוד האירופי ליתן הגנה דיפלומטית לכל אחד מאזרחי הקהילה.⁶⁴ בתחום הפסיקה האזורית יש לשים לב להתפתחות שמתרחשת בפסיקת

⁶¹ עניין *Avena*, לעיל ה"ש 6, פס' 40.

⁶² שם: “[The State] may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on [its] nationals”⁶². ראו גם: Annemarieke Künzli, *Case Concerning Mexican Nationals*, 18 LEDIAN J. INT'L. L. 49, 54 (2005) יש הרואים את האמירה כי התביעה של המדינה יכולה “לבלוע” את התביעה בשם האזרח כחזרה לראייה המסורתית של הזכות להגנה דיפלומטית כזכותה של המדינה. ראו Pergantis, לעיל ה"ש 48, בעמ' 374. מאידך גיסא, לדעה שלפיה פסק-דין זה ממשיך בקו שנקט בית-המשפט הבין-לאומי בעניין *LaGrand Mariana Salazar Alborno, Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection Contemporary Challenges*, 6 ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL 377, 390 (2006).

⁶³ JAMES CRAWFORD, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXTS AND COMMENTARIES 209, Commentary to Articles 33, para. 3 (2002).

⁶⁴ ראו ס' 20 ל-Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, Dec. 24, 2002 O.J. (C 325/35), available at www.europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325EN.003301.html, אשר קובע: “Every citizen of the Union shall, in the territory of a third country in which the Member State of which he is a national is not represented, be entitled to protection by the diplomatic or consular authorities of any Member States...” ושם אל לב כי זכות זו מוכרת רק במישור האזורי של האיחוד האירופי, ונוגעת רק בהגנה

בית-הדין האירופי לזכויות אדם, אשר נכון להכיר בזכות אדם להגנה דיפלומטית.⁶⁵ כך, בעניין *Ilaşcu* קבע בית-הדין האירופי לזכויות אדם כי מדינה תישב כמפירה את החובות המוטלות עליה לפי האמנה האירופית לזכויות אדם אם לא תנקוט את כל האמצעים העומדים לרשותה (במיוחד אמצעים דיפלומטיים) כדי להבטיח שיכובדו זכויות האדם המוכטחות באמנה כלפי אזרחיה כאשר הם שוהים בטריטוריה אחרת.⁶⁶

דיפלומטית במובנה המצומצם, דהיינו, ב"הגנה קונסולרית" בלבד. ראו גם: Torsten Stein, *Die Regelung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union*, in *DER DIPLOMATISCHE SCHUTZ IM VÖLKER- UND EUROPARECHT, AKTUELLE PROBLEME UND ENTWICKLUNGSTENDENZEN 97* (Georg Ress & Torsten Stein eds., 1996).

Georg Ress, *La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique*, in *LA PROTECTION DIPLOMATIQUE: MUTATIONS CONTEMPORAINES ET PRATIQUES NATIONALES 221* (Jean-François Flauss dir., 2003). יש לשים לב שעד לאחרונה תמכה ה-European Commission on Human Rights בהענקת שיקול-דעת רחב למדינות בנוגע להפעלת הזכות להגנה דיפלומטית. ראו, בין היתר: Nadler et Reckziegel v. Germany, App. No. 27718/95 (decision of admissibility) (1996), available at cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=27718/95&sessionid=3318445&skin=hudoc-en: "Even assuming that there existed a positive obligation on the part of a member state to give protection to its citizens against violations of fundamental rights, the Commission considered that as far as international treaties are concerned the Contracting Parties enjoy large discretionary power which is by its nature limited to reaching results acceptable for the Contracting Parties and that the general interest of establishing normal and friendly relations with a neighboring state prevails over Inter-American the individual interests at stake in the present matter" גם ה- Commission on Human Rights לא הכירה – למשל, בעניין *Saldaño* – בחובה של ארגנטינה לפעול לטובת העותר, אזרח ארגנטיני, ולהגיש תביעה נגד ארצות-הברית במסגרת ה-American Convention on Human Rights בגין העובדה שהוא נידון למוות בארצות-הברית. ראו: Victor Saldaño v. Argentina, Petition, Inter-Am. C.H.R., Report No. 38/99 (1999), available at www.cidh.org/annualrep/98eng/Christina M. Cerna, *Extraterritorial*: Inadmissible/Argentina%20Saldaño.htm Application on the Human Rights Instruments of the Inter-American System, in *EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES 141, 144* (Alphonsus P.M. Coomans & Menno T. Kamminga eds., 2004); Banković v. Belgium, App. No. 52207/99, Eur. Ct. H. R., (decision on inadmissibility) (2001), available at cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=52207/99&sessionid=3290325&skin=hudoc-en

Ilaşcu v. Moldova and Russia, App. No. 48787/99 (decision of July 4 2001), available at cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=48787/99&sessionid=3318806&skin=hudoc-en: "Even in the absence of effective control of a territory *outside its borders*, the State still has a

אומנם, יש להדגיש כי בפסק-דין זה נדרש בית-הדין האירופי במישורין אך ורק לחובת מתן "ייצוג דיפלומטי", ולא בהביר במדויק את היקף ההגנה הדיפלומטית שמדינה מחויבת לספק לאזרחיה, אך דומה כי ניתן להצביע, ולו בהססנות, על רוח חדשה הנושבת בין כותלי בית-הדין האירופי לזכויות אדם.

אכן, האתגר האמיתי מצוי, לדעתי, בניסיון לצקת תוכן לגנטיקה המעורבת של הזכות להגנה דיפלומטית, אשר מבוססת הן על זכות של הפרט והן על זכות משלימה של המדינה. ההתפתחות המודרנית המתוארת לעיל הקנתה להגנה הדיפלומטית זהות דואלית, כך שיש לראות את הפגיעה הראשית כפגיעה בפרט, אבל להכיר בעובדה שלמדינה עומדת גם זכות תביעה משלימה. מצד אחד, בהתחשב בזכות הגישה המצומצמת עדיין של הפרט לערכאות בין-לאומיות, ולנוכח חוסר האפקטיביות של חלק מן ההליכים שבהם יש זכות עמידה ישירה לפרטים, יש עדיין מקום לדבר על נחיצותה של המדינה הריבונית בהפעלת הזכות להגנה דיפלומטית. יתר על כן, הואיל ובמסגרת הליך פלילי הנאשם צריך ממילא להתמודד עם הכוחות הריבוניים של המדינה המאשימה אותו, ייתכן שייטב לו אם הגורם שיתקוף את חוקיות ההליך הננקט נגדו יהא מדינת אזרחותו. מוטב לו שלא ימצא עצמו לבדו נגד מנגנוני המדינה בעלת הסמכות הטריטוריאלית, אלא שמדינת אזרחותו תיכנס לנעליו ותגן על זכויותיו.⁶⁷ מצד אחר, הותרת שיקול-דעת מוחלט למדינה בנוגע להחלטה אם ליתן הגנה דיפלומטית אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה בדבר היות זכותה של המדינה אך זכות משלימה לזכותו של הפרט, אשר נהנית מעליונות ומחייבת בחינת יכולתו של הפרט לחייב בנסיבות מסוימות את מדינת האזרחות להגן עליו.⁶⁸

אולם, הואיל ולפי המשפט הבין-לאומי השורר כיום אין חובה בין-לאומית מוכרת (אלא רק מתהווה) שלפיה על המדינות להעניק לאזרחיהן הגנה דיפלומטית, הפרט

positive obligation under Article 1 of the Convention to take the diplomatic, economic, judicial or other measures that it is in its power to take and are in accordance" *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, App. No. 60861/00, para. 101 (decision of Mar. 3 2005), available at cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=60861 "Even in the absence of effective control of a territory with international law to secure to the applicants the rights guaranteed by the Convention", *Perdantis*, לדעה אחרת ראו *Perdantis*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 392.

⁶⁷ Dugard, לעיל ה"ש 48, בעמ' 77.

⁶⁸ דיכוטומיה זו בין זכויות הפרט לבין חובות המדינה מצויה במספר רב של עניינים. דוגמות אנלוגיות ניתן למצוא, למשל, בעניין זכות של פרט למקלט מדיני והעדר חובה של המדינה ליתן לו מקלט כזה. הוא הדין, אם כי מכיוון הפוך, ביחס לזכותה של מדינה שיוסגר אליה אדם שביצע בשטחה פשע, ומאידך גיסא, זכותו החוקתית של אזרח שמדינת אזרחותו לא תסגיר אותו. ראו פרק ד להלן.

הפגוע – שחצה גבולות לאומיים מוכרים במטרה להגשים מאויים אוטונומיים, ואשר נחשף לעריצות ולכוחנות של ריבונים זרים – חוזר בצר לו ותר אחר הקולקטיב החברתי המוכר לו, שעימו הוא מזדהה עדיין, ומחפש חבל-הצלה בשיוך הלאומי הישן. הוא שב למסגרת הריבונית המסורתית, שאותה אָתגר אך מעולם לא ויתר עליה לחלוטין, ותובע ממנה לפרוש עליו את כנפיה ולספק לו הגנה מפני מעצר שרירותי, אי-שמירה על הליך נאות או הפרה אחרת של זכויות האדם הבין-לאומיות. כל שנוטר לו הוא המפלט של המשפט הלאומי. כעת אפנה לבדוק אם נורמות חוקתיות לאומיות מאפשרות לפרט לחייב את המדינה ליתן לאזרחיה הגנה דיפלומטית.

ג. שיקול-הדעת של מדינת האזרחות במישור החוקתי הפנימי

1. הזכות להגנה דיפלומטית כזכות חוקתית מפורשת

ברי כי מדינות דמוקרטיות, אשר דוגלות בגישה שאזרחיהן אינם רק מושא של הכוח הריבוני, אלא מהווים מרכיב קונסטיטוטיבי של המדינה, יכירו בקיומה של חובה – מוסרית לכל-הפחות – להגן עליהם מפני הפעלה בלתי-חוקתית של כוחות זרים.⁶⁹ אכן, יותר ויותר חוקות מכילות סעיפים אשר מכירים בזכויותיהם של פרטים להגנה דיפלומטית מפני פגיעות שאירעו מחוץ לגבולות המדינה.⁷⁰ הוראות אלה מעידות למעשה על הכרה הולכת וגוברת של הקהילה הבין-לאומית בצורך בהתקיימותו של מנגנון שיאפשר למדינות האזרחות להגן על זכויות אזרחיהן ברחבי העולם. ודוק, רבות מהוראות חוקתיות אלה מגיעות מחוקותיהן של מדינות קומוניסטיות לשעבר. יתר על כן, גם אם בתי-המשפט במדינות אלה ייאותרו להידרש להוראות אלה כאל הוראות מהותיות, ולא יראו בהן בבחינת הצהרות חגיגיות גרידא, ויהיו נכונים לדון בהיקפה של הזכות הנובעת מהן, הם יכריעו כי הזכות המוגנת אינה זכות מוחלטת, וכי יש לאזנה אל מול זכויות ואינטרסים ציבוריים אחרים. עם זאת, עצם קיומה של הגנה חוקתית כזו מצביע על כך שמדינות אלה אינן שוללות את האפשרות להטיל הגבלות על האוטונומיה של הכרעתן בדבר מתן הגנה דיפלומטית.

2. הזכות להגנה דיפלומטית כתוצר של יצירתיות שיפוטית – משפט השוואתי

בתי-משפט עליונים אחדים במדינות שבהן אין הכרה חוקתית בזכות להגנה דיפלומטית

⁶⁹ מקורה ההיסטורי של הזכות להגנה דיפלומטית בנוהגם של מלכים לכתוב זה לזה ולהתלונן בגין התנהגות לא-נאותה כלפי נתיניהם.

⁷⁰ ראו, למשל, ס' 69(3) לחוקה ההונגרית, הקובע: "Every Hungarian citizen is entitled to enjoy the protection of the Republic of Hungary, during his/her legal staying abroad". ראו גם את חוקותיהן של אלבניה, בלרוס, בוסניה והרצגובינה, בולגריה, קמבודיה, סין, קרואטיה, אסטוניה, גרוזיה, גיאנה, איטליה, קזחסטן, לאוס, לטביה, ליטא, פולין, פורטוגל, קוריאה הדרומית, טורקיה, אוקראינה, וייטנם ויוגוסלביה. מצוטט בדוח Dugard, לעיל ה"ש 43, בעמ' 30, פס' 80.

הכריעו, למרות זאת, כי החלטה של המדינה לא ליתן לאזרחיה הגנה דיפלומטית אינה יכולה להיות חסינה מפני ביקורת שיפוטית.⁷¹ העותרים במקרים אלה טענו כי תרגומה של החובה לאפשר גישה לערכאות ולמתן סעד אפקטיבי לפי המשפט הבין-לאומי משמעותה למצער הטלת חובה על מדינת האזרחות ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה כאשר זכויות האדם שלהם מופרות באופן בוטה. כפי שנראה להלן, שום בית-משפט לא נעתר לבקשת העותרים במלואה, אך חלקם ניאותו להכיר בקיומה של חובה מסוימת של מדינות ליתן הגנה דיפלומטית.

באופן מסורתי נפלה הפעלתה של הגנה דיפלומטית לתחום שיקול-הדעת של המדינה. התוצאה הלוגית של עמדה זו הייתה שעתירה למען הפעלתה של הגנה דיפלומטית נדחתה בהיותה בלתי-שפיטה. בצרפת, למשל, נתפסה ההגנה הדיפלומטית במשך זמן רב כ-*acte de gouvernement* שאינו נתון לביקורת שיפוטית.⁷² אולם בחינת הפסיקה בעת האחרונה מלמדת שטבעה של ההגנה הדיפלומטית השתנה. שופטים נכונים כיום לבחון את העתירה המהותית. הם מכירים אומנם בשיקול-הדעת של המדינה הנלווה להחלטה אם ליתן הגנה דיפלומטית, ואף מציינים כי הרשות המבצעת הינה הרשות המתאימה ביותר להערכת מהותה והיקפה של העזרה שיש ליתן, אולם בה-בעת הם פוסקים כי אין לשלול *a priori* מסקנה הפוכה. דהיינו, ייתכן בהחלט שבית-משפט יגיע בנסיבות מסוימות למסקנה שהרשות המבצעת לא הפעילה את שיקול-דעתה כיאות. כך, כפי שנראה להלן, במצבים שבהם נראתה החלטת הממשלה שרירותית, וכאשר על כפות המאזניים היה חשש ממשי להפרה בוטה של זכויות האדם, היו בית-משפט שהביעו נכונות לראות בכך הפרה של חובות המדינה כלפי הפרט.

ודוק, השאלה איזה דין בדיוק הפרה הממשלה – אם זה הדין הלאומי החוקתי המגן על האזרחים, אם זה המשפט הבין-לאומי הפומבי בכללותו או אם אלה דיני זכויות האדם – אינה מקבלת תשובה חדה מספיק בפסקי-הדין. הגם שהשופטים נדרשים למשפט הבין-לאומי, ההחלטות מבוססות בעיקר על חובות מכוח המשפט החוקתי הלאומי ודיני זכויות האדם.

כך, נהוג לייחס תקדימיות לפסק-הדין של בית-המשפט הגרמני לחוקה משנת 1980 בעניין *Hess*,⁷³ שבו נדרש בית-המשפט להכריע בדבר היקף שיקול-הדעת שעמד לממשלת גרמניה בבקשה להגנה דיפלומטית שהופנתה אליה על-ידי האזרח הגרמני Rudolf Hess. העותר הורשע על-ידי ה-International Military Tribunal בנירנברג

⁷¹ לסקירה מקיפה ראו: Annemarieke Vermeer-Künzli, *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, 75 NORDIC J. INT'L L. 279 (2006)

⁷² Georg Ress, *Mangelhafte diplomatische Protektion und Staatshaftung: Überlegungen zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der auswärtigen Gewalt im französischen und deutschen Recht*, 32 ZAÖRV 425, 451 (1972)

⁷³ Case No. 2 BvR 419/80, Rudolf Hess Case (1980) BVerfGE 55, p. 349 (להלן: *Hess*). עניין *Hess*.

בגין פשעים שביצע במסגרת מעורבותו בשלטון הנאצי, ונידון למאסר-עולם, שאותו ריצה בבית-כלא של בעלות-הברית שהוקם במיוחד למטרה זו ב-Spandau-Berlin. הס עתר לבית-המשפט הגרמני לחוקה, בבקשו, בין היתר, להורות לממשלה לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי לשכנע את בעלות-הברית לפעול לשחרורו המידי (מטעמים הומניטריים, לנוכח העובדה שהוא ישב בכלא במשך שלושים ושמונה שנים, מהן שלוש-עשרה שנים אחרונות בבידוד מוחלט). עוד ביקש העותר כי בית-המשפט הגרמני לחוקה יורה לממשלת גרמניה להפנות את עניינו לבית-המשפט הבין-לאומי, כדי שזה האחרון יפסוק כי המשך מאסרו מהווה הפרה של מגילת האו"ם. למרות העדרה של הוראה מפורשת בעניין זה בחוקה הגרמנית,⁷⁴ פסק בית-המשפט כי על הרשויות הפדרליות של גרמניה מוטלת חובה חוקתית להגן על בני הלאום הגרמני מפני מדינות זרות.⁷⁵ את הבסיס לחובה זו מצא בית-המשפט הגרמני בקשר המיוחד שבין המדינה לאזרחיה, המבוסס על יחסי נאמנות והגנה ("Loyalitäts und Schutzverhältnis").⁷⁶ אולם בית-המשפט המשיך וקבע כי במלאה חובה זו, עומד לרשות הממשלה שיקול-דעת נרחב בהחליטה אם ליתן את ההגנה הדיפלומטית ובאיזה אופן. במקרה זה פנתה הממשלה לבעלות-הברית בשמו של העותר, ואף ששוכנעה בחוקיות של המשך מאסרו, היא התעתדה להמשיך לפעול בעניינו. אף שבית-המשפט קבע כי תפקידו של בית-המשפט מצטמצם רק לבחינת השאלה אם הממשלה הגרמנית השתמשה בסמכותה בשרירות בלא שיש בכוחה ליתן הסבר סביר לסירובה להעניק הגנה דיפלומטית, ולו משיקולים פוליטיים, בפועל הוא בדק את הצעדים הספציפיים שנקטה הממשלה כדי לשפר את מצבו של העותר. לגופו של עניין פסק בית-המשפט הגרמני כי ממשלת גרמניה פעלה באופן נמרץ לטובתו של העותר, וכי העובדה שפעולה זו טרם נשאה פרי אין משמעותה שהיא לא עשתה די ושיש לחייבה לפעול באופן אחר כלשהו.

פסיקה זו פורשה כתואמת את עמדת המשפט הגרמני שלפיה בשאלות הנוגעות ביחסי חוץ, הרשויות הפוליטיות נהנות מחופש פעולה נרחב ולכן משיקול-דעת מקיף.

⁷⁴ להבדיל מחוקת ויימר (Weimarer) Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer) "Dem Ausland gegenüber: 112 בס' אשר קבעה בס' 112: (Verfassung 11 August 1919) haben alle Reichsangehörigen inner- und außerhalb des Reichsgebiets Anspruch All Reich Germans are entitled to (בתרגום לאנגלית: Reich protection against foreign administrations, within and outside of the Reich) protection against foreign administrations, within and outside of the Reich". ראו www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/index.html.

⁷⁵ עניין Hess, לעיל ה"ש 73, בעמ' 395: "...the Federal Government... [has] a constitutional duty to provide protection for German nationals and their interests in relation to foreign States". Eckart Klein, *Anspruch auf diplomatischen Schutz? in DER DIPLOMATISCHE SCHUTZ IM VÖLKER- UND EUROPARECHT, AKTUELLE PROBLEME UND ENTWICKLUNGSTENDENZEN* 125, 130 (Georg Ress & Torsten Stein eds., 1996).

⁷⁶ Klein, שם, בעמ' 128.

בתי-המשפט המנהליים הגרמניים יסתפקו לכן בבחינת מעשי הממשלה ובאיתור טעויות באיזון בין האינטרסים השונים. אולם יש לשים לב שבית-המשפט לא דחה את העתירה בשל היותה בבחינת *acte de gouvernement* ולכן בלתי-שפיטה. נהפוך הוא, בית-המשפט בחן בפירוט את פעולתה של הממשלה. משתמע מפסק-הדין כי ייתכן שבנסיבות אחרות יגיע בית-המשפט למסקנה שהממשלה הפרה את חובתה ליתן הגנה דיפלומטית או לא עשתה די לספק סטנדרט מינימלי של הגנה.

בשנת 1987 נדרש בית-המשפט הספרדי לסוגיה בעניין *Comercial F SA*.⁷⁷ העותרים – אזרחים ספרדים וחברות ספרדיות אשר ניהלו עסקים בגיניאה המשוונית – ביקשו הגנה דיפלומטית בטענה שהופרו כלפיהם זכויות בין-לאומיות במסגרת תהליך כינון עצמאותה של גיניאה המשוונית, אשר לא הצליחה ליתן ביטחון והגנה לתושביה. העותרים טענו להפקעת רכושם. היועץ המשפטי של ספרד טען בשם הממשלה כי הזכות להגנה דיפלומטית היא זכותה של המדינה, ולא זכות של הפרט, וכי המדינה יכולה לסרב ליתן הגנה דיפלומטית בהתאם לשיקוליה הפוליטיים. בית-המשפט דחה טענה זו, וקבע כי יש לבחון את השאלה המהותית כדי שיהיה אפשר להעריך את ההשלכות של אי-מתן זכות תביעה לעותרים לפיצויים. בית-המשפט דחה בסופו של דבר את העתירה מטעמים של שיהוי, אך לא קיבל את טענת ה-*acte de gouvernement*.

שאלה דומה נידונה בשנת 2002 על-ידי בית-המשפט לערעורים באנגליה בעניין *Abbasi*.⁷⁸ העותר, אזרח בריטי, נתפס על-ידי כוחות ארצות-הברית באפגניסטן, הועבר לבסיס Guantnamo Bay בקובה, והוחזק בסתר במשך שמונה חודשים מבלי שהובא לפני שופט, טריבונל או עורך-דין. העותר טען כי ממשלת ארצות-הברית הפרה את זכויות האדם הבין-לאומיות שלו, ולכן הוא תבע סיוע דיפלומטי ממשרד החוץ הבריטי, שלטענתו מחויב, בהתאם למשפט הציבורי האנגלי, לנקוט צעדים לתיקון המצב. בית-המשפט האנגלי פסק כי זכויותיו של העותר אכן הופרו, שהוא הוחזק במעצר שרירותי ושהוא נתון ב"חור שחור" משפטי ("legal black-hole"). אף שבית-המשפט לערעורים האנגלי לא מצא באמנה האירופית לזכויות אדם, כמו-גם בחוק זכויות האדם שאימץ את האמנה לתוך המשפט האנגלי, חובה המוטלת על המדינה ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה,⁷⁹ הוא דחה את הטענה שלפיה אין לבית-המשפט האנגלי סמכות

⁷⁷ JTC, Feb. 6, 1987, Case No. 516, *Comercial F SA v. Council of Ministers*, (ILR, No. 88, pp. 691–697).

⁷⁸ עניין *Abbasi*, לעיל ה"ש 7; Chris Horan, *Judicial Review of Non-Statutory Executive Powers*, 31 FED. L. REV. 551, 564 (2003).

⁷⁹ עניין *Abbasi*, לעיל ה"ש 7, פס' 79: "For these reasons we do not consider that the European Convention on Human Rights and the Human Rights Act afford any support to the contention that Foreign Secretary owes Mr Abbasi a duty to exercise diplomacy on his behalf".

להעביר תחת שבט ביקורתו את החלטת משרד החוץ לסרב ליתן הגנה דיפלומטית לאזרח בריטי אשר כתוצאה מהתנהגותה של מדינה זרה נפגעו זכויותיו הבסיסיות. בית-המשפט עיגן סמכות זו בדוקטרינת הציפיות הלגיטימיות.⁸⁰ ציפייתו הלגיטימית של הפרט היא שבקשתו תישקל ושהגורם המוסמך יאזן בין השיקולים המתחרים.⁸¹ יתר על כן, אף שבמשפט האנגלי הגנה דיפלומטית נתפסת כחלק ממדיניות החוץ, קבע בית-המשפט כי אי-אפשר לומר כי הוצאה לפועל של מדיניות החוץ חסינה מביקורת שיפוטית.⁸² כך, אף שמשרד החוץ נהנה משיקול-דעת רחב לעניין אופן הפעלת סמכותו ליתן הגנה דיפלומטית,⁸³ אל לו למשרד החוץ לסרב לשקול את בקשתו של פרט אשר זכויות האדם הבסיסיות שלו הופרו על-ידי מדינה זרה. במקרה קיצוני של סירוב שרירותי יורה בית-המשפט למשרד החוץ לשקול כבוד-ראש את פנייתו של הפרט. במילים אחרות, אף שאנגליה אינה מכירה בחובה של הכתר ליתן הגנה דיפלומטית לפרט בשל הפרת זכויותיו הבסיסיות, שיקול-הדעת של משרד החוץ נתון לביקורת שיפוטית, ובית-המשפט יבחן אם ההחלטה עשויה להיחשב אי-רציונלית או נוגדת את הציפיות הלגיטימיות. בכך צעד בית-המשפט האנגלי אל מעבר לפסיקתם של בתי-המשפט הלאומיים האחרים, בהתייחסו באופן מפורש לאפשרות שיפסוק בניגוד

⁸⁰ שם, פס' 97: "...it must be a 'normal expectation of every citizen' that, if subjected abroad to a violation of a fundamental right, the British Government will not simply wash their hands of the matter and abandon his to his fate"

⁸¹ בין היתר, על המדינה לשקול את מהות הזכות שנפגעה (הזכות לחיים, לחירות, לרכוש וכדומה), את חומרת הפגיעה, את חשיבות הנזק לפרט ולמדינת האזרחות, את יחסה של מדינת האזרחות לשיטת משפטה ולזיקתה הפוליטית של המדינה המארחת, את היכולת להשתמש בהגנה הדיפלומטית כמנוף להשגת אינטרסים כלכליים ופוליטיים נוספים של מדינת האזרחות ולגיוס דעת-הקהל העולמית בעד נקיטת צעדים על-ידי מדינת האזרחות.

⁸² עניין *Abbasi*, לעיל ה"ש 7, פס' 106: "It is highly likely that any decision of the Foreign and Commonwealth Office, as to whether to make representations on a diplomatic level, will be intimately connected with decisions relating to this country's foreign policy, but an obligation to consider the position of a particular British citizen and consider the extent to which some action might be taken on his behalf, would seem unlikely itself to impinge on any forbidden area. The extent to which it may be possible to require more than that the Foreign Secretary give due consideration to a request for assistance will depend on the facts of the particular case"

⁸³ שם, פס' 105: "In some cases it might be reasonable to expect the Secretary of State to state the result of considering a request for assistance, in others it might not. In some cases, he might be expected to give reasons for his decision, in others he might not. In some cases such reasons might be open to attack, in others they would not"

לעמדת המדינה.⁸⁴ מכל מקום, פסק-הדין מדגיש כי אין מקום לדבר עוד על שיקול-דעת מוחלט של המדינה.

בשנת 2004 נדרש לשאלה זו בית-המשפט לחוקה של דרום-אפריקה בפסק-הדין בעניין *Kaunda*,⁸⁵ ופסק באופן ליברלי אף יותר. העותרים, אזרחי דרום-אפריקה, הוחזקו במעצר בזימבבווה, ויָראו מפני האפשרות שזו האחרונה תסגירם לגינאיה המשוונית לצורך העמדתם לדין. הם טענו כי בגינאיה המשוונית הם לא יזכו בהליך ראוי, וכי הם צפויים לעונש מוות אם יורשעו. העותרים ביקשו לכן שבית-המשפט לחוקה יורה לממשלת דרום-אפריקה לנקוט את כל הצעדים הדרושים על-מנת לשחררם או להסגירם לדרום-אפריקה. עוד ביקשו העותרים להורות לממשלת דרום-אפריקה לדרוש שלא יוטל עליהם עונש מוות, שלא תיפגע זכותם להליך נאות ושישמרו יתר זכויות האדם הבסיסיות שלהם – הן על-ידי זימבבווה והן על-ידי גינאיה המשוונית. בית-המשפט לחוקה של דרום-אפריקה קבע כי אומנם אין עדיין זכות משפטית בין-לאומית להגנה דיפלומטית, אך הכריע באופן תקדימי כי יש לאזרחי דרום-אפריקה זכות חוקתית – הנובעת מהזכות לאזרחות⁸⁶ – לבקש ממדינתם להגן עליהם מפני פעולות בלתי-חוקיות הנעשות על-ידי מדינות זרות: "...South African citizens are entitled to request South Africa for protection under international law against wrongful acts of a foreign state... the citizen is entitled to have the request considered and responded to appropriately... When the request is directed to a material infringement of a human right that forms part of customary international law, one would not expect our government to be passive"⁸⁷. אשר על-כן, בית-המשפט מגיע למסקנה כי מוטלת על הממשלה חובה לשקול את בקשת האזרח להענקת הגנה דיפלומטית, ולדון בה בהתאם לעקרונות החוקתיים. בית-המשפט מציין אומנם אף הוא כי מדובר בתחום שבו הממשלה נהנית משיקול-דעת רחב, אולם פוסק שניתן לחשוב על נסיבות שבהן הפרת זכויות האדם תהא חמורה עד כדי כך שהמדינה לא תוכל לסרב לבקשת האזרח להגנה דיפלומטית. במידה שתבחר, למרות זאת, לא להיעתר לבקשתו, יוכל בית-המשפט לחייבה לנקוט את האמצעים הנדרשים כדי להגן עליו.⁸⁸ עוד מוסיף בית-המשפט

⁸⁴ Charlotte Kilroy, R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs: Reviewing the prerogative, 2 EUR. HUMAN RIGHTS L. REV 222, 229 (2003).

⁸⁵ עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7; Mary Coombs, *Kaunda v. President of the Republic of ;* *South Africa CCT 23/04, 2004 (10) BCLR 1009*, 99 AM. J. INT'L L. 681 (2005).

⁸⁶ ס' 13 (1) לחוקת דרום-אפריקה. ראו: www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm.

⁸⁷ עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7, פס' 60, 63, 64 (ההדגשה שלי – א' ק').

⁸⁸ שם, פס' 69: "A request to the government for assistance in such circumstance where the evidence is clear would be difficult, and in extreme cases possibly

וקובע כי כאשר המדינה מסרבת לדון בבקשתו של האזרח או נוהגת בחוסר תום-לב, בית-המשפט מוסמך לחייבה לשקול את בקשת האזרח.⁸⁹ אולם בית-המשפט נצמד לפרדיגמה שלפיה הרשות המבצעת היא המתאימה ביותר לבחירת פעולת ההגנה שיש לנקוט. שני שופטי מיעוט הרחיקו לכת אף יותר, וקבעו כי חוקת דרום-אפריקה מכילה חובה ליתן הגנה דיפלומטית במצבים מסוימים.⁹⁰ לגופו של עניין קבע בית-המשפט כי העתירה נגד זימבבווה בדבר אפשרות ההסגרה לגיניאה המשוונית תוך הפרת זכויות האדם מקדימה את זמנה. עוד קבע בית-המשפט כי לא הובאו לפניו ראיות לכך שממשלת דרום-אפריקה אינה מתעתדת ליתן הגנה דיפלומטית לעותרים.

בית-המשפט העליון של דרום-אפריקה נדרש אף הוא לסוגיה בשנת 2005 בעניין *Van Zyl*.⁹¹ רכושם של העותרים – כמה חברות כרייה של יהלומים שהיו פעילות בלסותו – הופקע מבלי ששולם להם פיצוי כלשהו. העותר *van Zyl* פנה לממשלת דרום-אפריקה בבקשה להגנה דיפלומטית. בית-המשפט העליון של דרום-אפריקה עיכב את ההליכים עד להכרעת בית-המשפט לחוקה בעניין *Kaunda*, אך לבסוף הבחין בין המקרים בהסתמך על שלושה טעמים: ראשית, הפרת זכויות האדם במקרה זה הייתה בוטה פחות מזו שנידונה בעניין *Kaunda*; שנית, אין להשוות בין זכויות של פרט לבין זכויות של חברות; שלישית, יש הבדל בין הפרת זכויות אדם בין-לאומיות לבין הפרת הזכות המינימלית להגנה על רכוש. בין אם נסכים לקביעה כי פגיעה בזכות הקניין אינה דומה להפרת זכויות אדם מהותיות ובין אם לאו, בית-המשפט היה נכון להכיר בחובה ליתן הגנה דיפלומטית במקרה של הפרה חמורה של זכויות האדם, אם כי הגביל אותה למצבים של הפרות חמורות של זכויות האדם של אנשים פרטיים.

סיכום-ביניים יוביל למסקנה כי בתי-המשפט הלאומיים שינו את יחסם לשיקול-הדעת של הממשלות בהחליטן אם ליתן הגנה דיפלומטית אם לאו. יש אשר ביססו את גישתם על הנאמר – ולו באופן חלקי – בחוקותיהן של המדינות השונות, ויש שביססו זאת על הדוקטרינה של ציפיות לגיטימיות. בכל מקרה, בתי-המשפט הלאומיים היו

impossible to refuse. It is unlikely that such a request would ever be refused by government, but if it were, the decision would be justiciable, and a court could order the government to take appropriate measures”⁸⁹

שם, פס' 80, 81: “If government refuses to consider a legitimate request, or deals with it in bad faith or irrationally, a court could require government to deal with the matter properly”⁹⁰

שם, פס' 169 לפסק-דינו של שופט המיעוט Ngcobo: “There is a compelling argument for the proposition that states have, not only a right but, a legal obligation to protect their nationals abroad against an egregious violation of their human rights”⁹¹

Van Zyl v. The Government of the Republic of South Africa, 2005 (11) BCLR 1106 (HC) (S. Afr.), available at www.legalbrief.co.za/filemgmt_data/files/Van%20Zyl%20J%20v%20State.pdf

נכונים לבחון אם הממשלות טיפלו בבקשה להגנה דיפלומטית ברצינות הראויה. בהגבילם את שיקול-הדעת של המדינות, כמו-גם בעצם נכונותם להעביר את שיקול-הדעת תחת שבט הביקורת השיפוטית, הדגישו החלטותיהם של בתי-המשפט הלאומיים את החשיבות שהם מייחסים לתפקיד המדינה בהגנה על זכויות הפרט של אזרחיהן.

3. הזכות להגנה דיפלומטית – המצוי והרצוי במשפט הישראלי

בניגוד להלך-הרוח הנושב מהפסיקה שנותחה לעיל, החלטת בית-המשפט בישראל בעניין מימון-כהן שללה קיומה של חובה המוטלת על ממשלת ישראל להעניק לאזרחיה הגנה דיפלומטית כאשר הם שוהים מחוץ לטריטוריה של מדינת-ישראל. העותר, שהואשם ברצח בתאילנד, פנה ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה כי יפעל להסגרתו לישראל על-מנת שיעמוד לדין בישראל, בטענה שבתאילנד הוא צפוי לעונש מוות, ומשום שלנוכח סדרי הדין בתאילנד, לא מובטח שיינתן לו משפט הוגן.⁹² בית-המשפט ראה בזכות להגנה דיפלומטית זכותה של המדינה, ובלשונו: "הזכות להגנה דיפלומטית היא זכותה של המדינה ולא זכותו של הפרט."⁹³ לפיכך, המשיך בית-המשפט, "למדינה מסור שיקול דעת אם להפעיל את זכותה להגנה דיפלומטית ולאזרח אין, במישור הבינלאומי, זכות לקבלת הגנה כזאת ממדינת האזרחות."⁹⁴ בית-המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה אם עומדת לעותר, במישור המשפט הפנימי, זכות לכפות על המדינה את ההתערבות הנדרשת לטובתו.⁹⁵ עם זאת, נראה כי בית-המשפט נוטה לגישה כי אין מוטלת על המדינה חובה ליתן הגנה דיפלומטית, שכן הוא רואה את התנהגותה של המדינה לא במישור החובה, אלא מתחום ההומניות והחמלה. עוד קבע בית-המשפט כי "גם אם אניח, שבנסיבות המקרה אין זה סביר שהמדינה תעמוד מנגד ולא תעשה מעשה כדי למלט את העותר מעונש מוות, שיקול הדעת כיצד להשיג מטרה זו מסור בידי המדינה."⁹⁶ בית-המשפט לא היה נכון לבחון את סבירות פעולתה של המדינה.

דומה כי נכונותו של בית-המשפט בישראל לשקול מדי פעם במסגרת הכרעותיו שיקולים הנתפסים על-ידי שיטות משפט אחרות כשיקולים פוליטיים,⁹⁷ ותפיסתו

92 עניין מימון-כהן, לעיל ה"ש 3, פס' 21.

93 שם, פס' 22.

94 שם.

95 שם, פס' 23.

96 שם, פס' 25.

97

בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151 (1961). ראו, באנלוגיה מדינית ההסגרה, בג"ץ 6915/04 פיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פדאור (3) 631, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (2005). ראו בכלליות: THOMAS M. FRANCK, POLITICAL QUESTIONS/JUDICIAL ANSWERS: DOES THE RULE OF LAW APPLY TO FOREIGN AFFAIRS? (1992).

המרחיבה ביחס לסוגיית השפיות, ⁹⁸ אינן עולות בקנה אחד עם רתיעתו מהחלתה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית דווקא בשאלת ההגנה הדיפלומטית. יתר על כן, לדעתי בית-המשפט נאחז בסיווגים ארכאיים ומלביש את מוסד ההגנה הדיפלומטית במחלפות מיושנות – בדבר היות הזכות של המדינה, ולא של הפרט – מבלי להבחין באופנה החדשה, שהחלה פורצת את דרכה בעיצוב מודרני, האוסרת החלטה שרירותית ואי-שקילת הבקשה להגנה דיפלומטית כדבעי. בית-המשפט אינו שת ליבו לכך שהתיאוריה שהפרידה בעבר באדיקות בין המדינה הריבונית לבין הפרט החלה להיות מושפעת מדיאלוג חדשני, וכי הולכים ומתהווים מודלים מתוחכמים יותר להבנת קשרים מורכבים אלה – בדבר האופן שבו ריבוניים מתייחסים זה לזה, האופן שבו קהילות נוצרות והאופן שבו מדינה מתייחסת לאזרחיה – אשר יש בהם כדי להשפיע על מעמדו של מוסד ההגנה הדיפלומטית במשפט הבין-לאומי ובמשפט החוקתי.

בית-המשפט הישראלי היה יכול לילך בדרכו של בית-המשפט של דרום-אפריקה ולהסתמך על הזכות לאזרחות. חוקי-היסוד במשפט הישראלי אינם מקנים אומנם זכות-יסוד לאזרחות, אך בית-המשפט פסק לא-פעם כי הזכות לאזרחות, אף שטרם עוגנה בחוק-יסוד, היא זכות-יסוד לפי מהותה. ⁹⁹ כפי שקבע בית-המשפט של דרום-אפריקה, הזכות לאזרחות היא זכות מורכבת שאינה כוללת אך את זכות ההצבעה לפרלמנט, אלא יש בה גם כדי להטיל חובות על המדינה ביחסי החוץ שלה. ¹⁰⁰

דרך חלופית שהייתה פתוחה לפני בית-המשפט הייתה להתרכז בהיקף שיקול-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בהחליטו אם ליתן הגנה דיפלומטית אם לאו, ולקבוע כי מדובר אומנם בשיקול-דעת רחב, אך שיקול-דעת זה לעולם אינו מוחלט. הוא היה יכול לקבוע כי למדינה יש אומנם שיקול-דעת להחליט על הפרטים, דהיינו כיצד בדיוק תינתן ההגנה הדיפלומטית, אך אל לה לשלול את ההגנה עצמה באופן שרירותי וללא סיבה מספקת, ועליה למלא אחר הדרישה הבסיסית לכיבוד של הזכות.

⁹⁸ בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 275 (2004).

⁹⁹ בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, פס' 5 לפסק-דינו של השופט זמיר (1998): "האזרחות היא זכות יסוד. כך מקובל במשפט הבינלאומי... כך מקובל גם במשפט של מדינות רבות שקבעו את האזרחות כזכות חוקתית... ואף כי בישראל לא זכתה האזרחות למקום של כבוד בחוק יסוד, אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד, בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, שממנה צומחת הדמוקרטיה"; בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, פס' 4 לפסק-דינו של השופט זמיר (1996); בג"ץ 754/84 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ברק (1984).

¹⁰⁰ עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7, פס' 185 לפסק-דינו של שופט המיעוט Ngcobo: "...the right of citizenship must comprehend the right of a citizen to request protection from the government when any of his or her human rights are violated or threatened with violation, whether the citizen is in South Africa or abroad. This right should vest in all citizens by virtue of their South African citizenship"

לצורך כך היה בית-המשפט יכול להקיש מהיחס שהוא נותן לשיקול-הדעת שמסור לשר המשפטים בשאלות של הסגרה.¹⁰¹ באנלוגיה, הוא היה יכול לקבוע כי מן הראוי שחובת המדינה תכלול מתן משקל נאות לכל בקשה להגנה דיפלומטית; כי על היועץ המשפטי לממשלה לשקול את הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה;¹⁰² כי הוא צריך לקבוע פרוצדורה ראויה לשקילת הבקשה; וכי עליו לנמק את החלטתו, לבל יסרב לבקשה באופן שרירותי.¹⁰³ בקביעה כזו היה כדי להגביר את שקיפות פעולתה של הרשות המבצעת, ולחייב את המדינה לנמק מהו החשש למדיניות החוץ שהיא רואה לנגד עיניה בסרבה ליתן הגנה דיפלומטית.¹⁰⁴ בכך היה בית-המשפט הופך את זכות ההגנה הדיפלומטית מזכות סובייקטיבית של המדינה לזכותו האובייקטיבית של הפרט, ברוח הפסיקה שתוארה לעיל.¹⁰⁵

¹⁰¹ בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1987): "סמכותו של השר... איננה בלתי מוגבלת, ואין בידי, כסברת המשיבים, שיקול דעת מלא ובלתי מוגבל... משמעות הדברים היא, כי אמנם יש בידי השר הכוח שלא להסגיר, אך הפעלתו של שיקול דעת כאמור מוגבלת רק לנסיבות מיוחדות וכבודות משקל". בית-המשפט הוסיף וקבע כי על השר להפעיל את שיקול-דעתו בהתחשב בתכליתו של חוק ההסגרה. במסגרת שיקוליו יכול שר המשפטים לשקול שיקולים מדיניים, שיקולים פרסונליים-הומניטריים ושיקולים רלוונטיים אחרים. בהתייחסו לאופן קבלת ההחלטה המנהלית, קבע בית-המשפט כי זו צריכה להתבסס על בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית. הבדיקה הקודמת לקבלת ההחלטה צריכה להיות תלת-שלבית: הגדרת הטעם לאי-ההסגרה, בדיקת הנושא מבחינה עובדתית, קבלת מסקנה בהתאם לאמות-המידה המיוחדות המאפיינות את הפעלת שיקול-הדעת לפי חוק ההסגרה. עירית קאהן "דיני הסגרה" **משפט בינלאומי** 261 (רובי סיבל עורך, 2003).

¹⁰² בתשובה לעתירה בעניין **מימון-כהן**, לעיל ה"ש 3, מסרה באת-כוח המדינה כי מדיניותו של היועץ המשפטי היא לסרב לבקשת הסגרה כאשר העברה נעשית בשטחה של מדינה זרה. גם אם ברגיל מדובר במדיניות מוצדקת, על פניו עולה מתשובה זו כי היועץ המשפטי לא שקל במקרה זה את נסיבות המקרה המיוחדות, קרי, החשש להטלת עונש מוות והעדרו של הליך נאות. אשר על-כן, החלטתו של היועץ המשפטי היא שרירותית ביחס לעותר הספציפי.

¹⁰³ ראו עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7, פס' 192 לפסק-דינו של שופט המיעוט Ngcobo: "In my view, the duty of the government entails a duty to properly consider the request for diplomatic protection. The government must carefully apply its mind to the request and respond rationally to it. This would require, amongst other things, the government to follow a fair procedure in processing the request and it may be required to furnish reasons for its decisions. The request for diplomatic protection cannot be arbitrarily refused".

¹⁰⁴ למעשה, במקרה זה לא עשתה ישראל דבר לטובת אזרחיה, למעט התחייבות לפני בית-המשפט שאם ייגזר דינו של העותר למיתה, תבקש ישראל באופן רשמי ממלך תאילנד לחון את העותר. עניין **מימון-כהן**, לעיל ה"ש 3, פס' 25. ראו הניתוח בפרק ד להלן.

¹⁰⁵ Klein, לעיל ה"ש 75, בעמ' 134.

4. השפעת הדין הלאומי על מעמד הזכות להגנה דיפלומטית במישור הבין-לאומי

מידת הרלוונטיות של ההכרה בזכות להגנה דיפלומטית על-ידי חוקותיהן של המדינות השונות לקיומה של זכות כזו במישור הבין-לאומי הינה שנויה במחלוקת. בית-המשפט הבין-לאומי בעניין *Barcelona Traction* קבע כי הכרעות לאומיות לעניין מעמדה של הזכות להגנה דיפלומטית אינן נושאות משמעות כלשהי במישור הבין-לאומי, ולכן אינן משפיעות על הגדרת הזכות להגנה דיפלומטית במשפט הבין-לאומי. כל פעולתן היא במסגרת המשפט הלאומי.¹⁰⁶ אולם קביעה זו מייצגת תפיסה דואליסטית קיצונית כלפי המשפט הבין-לאומי, שאין מקום להצדיקה. נהפוך הוא, שומה עלינו להביא בחשבון את ההכרה ההולכת וגוברת על-ידי המשפט החוקתי הלאומי של המדינות השונות בזכות של הפרט להגנה דיפלומטית בבואנו להכריע בשאלה אם ראוי להכיר בקיומה של זכות כזו גם במישור הבין-לאומי,¹⁰⁷ שכן החלטות של בתי-משפט לאומיים משפיעות על המשפט הבין-לאומי, בהיותן פרקטיקת מדינות מתהווה, ובכך הן מהוות מקור של המשפט הבין-לאומי הפומבי.¹⁰⁸

אכן, דומה כי דיני ההגנה הדיפלומטית הינם קורבן ציני של אופן פיתוחו של המשפט הבין-לאומי המנהגי – הדורש פרקטיקה של מדינות כבסיס לשינויו – שכן אף-על-פי שמדינות רבות כבר כוללות בחוקותיהן ובפסיקתן חובה משפטית להעניק הגנה דיפלומטית, רווחת עדיין הרתיעה מפני הכרה בנוהג זה כיוצר נורמה של המשפט הבין-לאומי המנהגי.¹⁰⁹

ד. תחום התחולה של ההגנה הדיפלומטית

1. מושא התחולה של ההגנה הדיפלומטית

ביטוי נוסף לגישה ההומניטרית, הממלאת תפקיד מרכזי בהגדרה המודרנית של מוסד ההגנה הדיפלומטית, נוגע בדיון בדבר מידת החומרה של הכלל המופר על-ידי המדינה המארחת אשר תצדיק הידרשות למנגנון של הגנה דיפלומטית מצידה של מדינת האזרחות.¹¹⁰ מחלוקת התעוררה בין המדינות השונות סביב השאלה איזו התנהגות

¹⁰⁶ עניין *Barcelona Traction*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 44, פס' 78: "All these questions [the existence of domestic remedies for controlling the State in the exercise of diplomatic protection] remain within the province of municipal law and do not affect the position internationally"

¹⁰⁷ דוח Dugard, לעיל ה"ש 43, בעמ' 30, פס' 80.

¹⁰⁸ ס' 138(ד) לחוקת בית-הדין הבין-לאומי. ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 30, בעמ' 404.

¹⁰⁹ עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7, פס' 148-149 לפסק-דינו של שופט המיעוט Ngcobo.

¹¹⁰ כאמור, קיימים שני מרכיבים נוספים לזכות להגנה דיפלומטית, קרי: הדרישה ללאומיות והדרישה למיצוי הליכים על-ידי הפרט עובר להפעלת הזכות. ראו טקסט ליד ה"ש 24 ו-25 לעיל. גם היקפן של דרישות אלה מושפע מהגישה המסורתית לעומת גישת זכויות האדם. כך, למשל, ביחס לדרישה ללאומיות ניתן לשאול מדוע הפרט הנפגע צריך להיות אזרח

פוגענית של המדינה המארחת תיחשב כרצינית דייה ולכן כמצדיקה התערבות מכוח ההגנה הדיפלומטית. מצד אחד, מדינות מתפתחות תמכו בהחלת הסטנדרט של "יחס לאומי", המחייב מדינה ליתן לזרים יחס שאינו נחות מהיחס שהיא נותנת לאזרחיה. מבחן זה אינו מציב אמת-מידה מהותית לחוקיות התנהגותה של המדינה המארחת, וחושף את הזרים לאותה פגיעה בזכויות שמדינות מארחות עלולות לבצע נגד אזרחיהן.¹¹¹ מדינות מפותחות, לעומת זאת, תמכו בהחלת הסטנדרט המחייב את המדינה המארחת ליתן לזרים "יחס מינימלי לפי המשפט הבין-לאומי".¹¹² דהיינו, מדינה תיחשב כמעניקה יחס פוגעני לזרים אם תפגע בזכויות האדם המינימליות שמדינה מחויבת ליתן לאזרחיה שלה בהתאם למשפט הבין-לאומי ההסכמי והמנהגי.¹¹³ בתקופה שלפני ניסוחן של אמנות זכויות האדם הבין-לאומיות,¹¹⁴ נשא סטנדרט זה משמעות של denial of justice, אשר כלל, בין היתר: שלילת הזכות להליך הוגן במסגרת הליכים פליליים; שימוש שרירותי בכוח מנהלי; והפרת הזכות לחופש הביטוי, לחופש הדת ולחופש לעבור ממדינה למדינה.¹¹⁵ בשיח המודרני, ולנוכח הגידול בהיקף פרישתו של המשפט הבין-לאומי הפומבי, נהפך מובנו של המונח denial of justice למופשט עוד יותר, והוא אינו ניתן להחלה באופן מכני. עם זאת, ניתן לומר שהוא כולל, בין היתר, שלילת גישה לערכאות, שלילת נורמות בדבר הגינות פרוצדורלית ואי-קיומו של הליך נאות בהקשר של הליכים משפטיים. מלבד זאת הוא כולל גם שלילת פיצויים אשר מקובל לפוסקם בשיטות המשפט המרכזיות בעולם,

של המדינה התובעת גם בעת התביעה, ולא רק בעת הפגיעה. ולגבי החובה למצות הליכים לפני המדינה המארחת ניתן לעורר את השאלה מדוע הדרישה למיצוי הליכים על-ידי הפרט הנפגע הינה דרישה מוקדמת לקבילות תביעתה של המדינה. הואיל וסוגיות אלה מהוות יישום של התיאוריה המוצגת לעיל, והואיל והן טרם נותחו על-ידי הפסיקה הישראלית, בחרתי לא להידרש להן בפירוט במאמר זה.

Craig Forcece, *Shelter from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law*, 37 GEO. WASH. INT'L L. REV. 469, 473 (2005).¹¹¹

לאחרונה נדרש בית-המשפט הבין-לאומי למונח the international minimum standard relating to foreign nationals בהתייחסו ליחס שניתן על-ידי קונגו לאזרחים אוגנדים, וקשר אותו למוסד ההגנה הדיפלומטית. ראו: Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (Dec. 19, 2005), available at www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf.¹¹²

Detlev Vagts, *Minimum Standard*, in III ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 408, 408-409 (Rudolf Bernhardt ed., 1997).¹¹³

ראו במיוחד ס' 16(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 33; ס' 14(1) ל-ICCPR, לעיל ה"ש 32; וס' 8 ל- American Convention on Human Rights, available at www.hrcr.org/docs/American_Convention/oashr4.html.¹¹⁴

JAN PAULSSON, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW 10 (2005).¹¹⁵

ושלילת הגנה משטרית.¹¹⁶ ודוק, תוכנו של המושג מעורפל עדיין ואינו ודאי. היו שנדרשו להחלטת ה-U.S. v. Mexico General Claims Commission בעניין *Neer Claim* כדי לקבוע את היקפה של ההתנהגות הפוגענית שיצדיק נקיטת הגנה דיפלומטית. באותו מקרה נקבע כי היחס לזר צריך לעלות כדי יחס מקומם אשר ננקט בחוסר תום-לב ומהווה התעלמות רצונית מחובותיה של המדינה לפעול בהתאם לרף ההגנה שהושת על-פי המשפט הבין-לאומי:

...the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.¹¹⁷

ודוק, למרות ההסתמכות הרחבה על הכרעה זו, מדובר בהכרעה מיושנת. בראייה מודרנית יש התנהגויות אשר אינן עולות כדי מעשים פוגעניים, שרירותיים, שנעשים בחוסר תום-לב, ובכל-זאת ראוי שייחשבו בלתי-צודקות ובלתי-שוויוניות ולכן פסולות ומצדיקות התערבות של מדינת האזרחות. כפי שציין Warbrick, סטנדרט "הדגל השחור" עומד בניגוד מוחלט לתכתיבים המדויקים יותר של אמנות זכויות האדם.¹¹⁸ אכן, בעניין *Mondev* דחה הטריבונל שהוקם על-פי ה-North American Free Trade Agreement (NAFTA) את המבחן שהוצע בעניין *Neer Claim*, וקבע סטנדרט של התנהגות הגונה ושוויונית שהינו תובעני אף יותר מהסטנדרט שנקבע על-ידי אמנות בין-לאומיות להגנה על זכויות אדם.¹¹⁹ כך, מדינה המעניקה זכויות-יתר

¹¹⁶ BRIERLY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 286: "The term 'denial of justice' is sometimes loosely used to denote any international delinquency towards an alien for which a state is liable to made reparation... There are many possible ways in which a court may fall below the standard fairly to be demanded of a civilized state... [including] corruption, threats, unwarrantable delay, flagrant abuse of judicial procedure, a judgment dictated by the executive, or so manifestly unjust that no court which was both competent and honest could have given it"

¹¹⁷ United States v. Mexico (Neer Claim) General Claims Commission 4 U.N.R.I.A.A. 60 (Oct. 15, 1926)

¹¹⁸ Warbrick, לעיל ה"ש 60, בעמ' 726.

¹¹⁹ "To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitable without necessarily acting in bad faith." *Mondev International Ltd. v. United States*, Award of Oct. 11, 2002, 42 ILM 85

לאזרחיה צריכה, בשם האיסור להפלות, להעניק יחס מועדף זה גם לזרים. עם זאת, ממש כמו הביקורת שהושמעה על המבחן שהוצע בעניין *Neer Claim*, גם כאן מדובר במבחן מופשט המטיל חובות בלתי-מוגדרות על המדינות. כמו-כן, אין זה ברור אם סטנדרט שפותח על-ידי טריבונל העוסק בשאלות מתחום הכלכלה ישים גם בתחומים אחרים.¹²⁰

בסעיף 4 לטייטה שהציג Dugard ל-ILC צומצמה ההגדרה, ונקבע כי החובה ליתן הגנה דיפלומטית חלה רק על פגיעה בנורמות העולות כדי דין עליון קוגנטי: "injury results from a grave breach of a *jus cogens* norm attributable to another State".¹²¹ אכן, נורמות בין-לאומיות שעולות כדי *jus cogens* משקפות את הערכים הבסיסיים ביותר של הקהילה הבין-לאומית.¹²² אין ספק שביטוייה של ההגנה הדיפלומטית יוצא אל מחוץ לגבולות המדינה, אל מדינות ריבוניות אחרות, ומתערב במאזן המותר והאסור בהן. יכולתה של המדינה לפעול לטובת אזרחיה מחוץ לטריטוריה שלה, במקום שבו מדינה אחרת מפעילה את ריבונותה שלה, מבוסס על הכלל כי "אין לאגרוף של מדינה כלשהי קיום מחוץ לגבולותיה, אלא בסייגים בודדים, שהגדירה קהילת העמים בני-התרבות בחסכנות ובזהירות רבה".¹²³ אם היא באה לאסור התנהגות המתרחשת בתחום ריבונותה של מדינה אחרת, היא פורצת את עקרונות הריבונות המדינית, ואין היא יכולה להימלט מן הצורך לתת הצדקה מעולה לכל פרטייה של פריצה זו.¹²⁴ לכן ההגנה הדיפלומטית מאפשרת התערבות בריבונותה של מדינה אחרת אך ורק כאשר המדינה הזרה פוגעת בנורמות בסיסיות הלקוחות מהמשפט הבין-לאומי ביחסה כלפי אזרחיה של המדינה הטוענת להגנה דיפלומטית.

אולם ה-ILC לא תמכה בהצעה זו – לא רק בגלל תפיסת ההגנה הדיפלומטית כחובה של המדינה, ולא כזכות, כאמור לעיל, אלא גם לנוכח החשש שתיחום התחולה

(NAFTA Ch. 11 Arb. Tr., 2003), available at www.state.gov/documents/organization/14442.pdf, ראו גם Forcese, לעיל ה"ש 24, בעמ' 378.

¹²⁰ לטענה שאכן ניתן לעשות אנלוגיה בין התחום הכלכלי לתחומים אחרים ראו Forcese, לעיל ה"ש 111, בעמ' 478.

¹²¹ דוח Dugard, לעיל ה"ש 43, בעמ' 9, פס' 28.

¹²² שם, בעמ' 33, פס' 89; Dugard, לעיל ה"ש 48, בעמ' 81. על מהות הנורמות העולות כדי *jus cogens* ועל חובות שהן בבחינת *erga omnes*, ראו בכלליית: Erika de Wet, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, 19 LEIDEN J. INT'L. L. 611, (2006) 614.

¹²³ יורם שחר "בגנות התחולה הנצינולית של דיני העונשין" פלילים ה 5, 6 (1996).

¹²⁴ "סמכותה הפנימית של המדינה כפופה להגבלה חשובה... לגבי עניינים פליליים המשפט הבינלאומי הוא המציב את גבולות הסמכות הפנימית, והמחוקק הלאומי איננו זכאי להקנות לבתי המשפט בארצו סמכות החורגת מעבר לגבולות אלה." יורם דינשטיין סמכויות המדינה כלפי פנים 94 (1972).

של ההגנה הדיפלומטית להפרות של דין קוגנטי עלול לרוקן למעשה את המושג "הגנה דיפלומטית" מתוכנו, הואיל והפרה של נורמה העולה כדי *jus cogens* היא ממילא עניין לכל המדינות להתערב בו ולמנוע אותו.¹²⁵ למעשה, אם הפרה זו הינה אכן עניין לכל המדינות, אזי היא יוצאת מתחום ההגנה הדיפלומטית, שכן אין מדובר עוד בזכות של אזרח המדינה, אלא בזכותה של הקהילה הבין-לאומית בכללותה.¹²⁶ יש להזכיר בהקשר זה גם את עמדת ה-ILA, שלפיה קיימת אי-ודאות לגבי מהות הנורמות העולות כדי *jus cogens*¹²⁷

בסופו של דבר הגדירה ה-ILC, בסעיף 1 לטיטה השנייה, את היקף ההגנה הדיפלומטית באופן הבא: "Diplomatic protection consists of invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to implementing such responsibility"¹²⁸. סטנדרט זה תואם את הנאמר לעניין אחריות המדינה,¹²⁹ ומייצג את המצב המשפטי הרווח כיום. גם סעיף 19 לטיטה השנייה קובע כי על מדינת האזרחות לשקול בחיוב הענקת הגנה דיפלומטית כאשר נגרמה "פגיעה משמעותית" (significant injury) על-ידי המדינה המארחת. התיחום המדויק של "הפגיעה המשמעותית" נותר ללא הכרעה, אף שמובן כי היא כוללת הפרה חמורה של זכויות אדם.

ייתכן שיהיו מי שיתריסו נגד המודל המרחיב המוצג כאן כי הוא מקנה הזדמנות נוספת למדינות דמוקרטיות ליברליות מערביות – שיגלו בוודאי נכונות רבה להגן על זכויות אזרחיהן כפי שהן עושות בתחומי הטריטוריות שלהן – לנקוט אימפריאליזם רעיוני כלפי תרבויות ומדינות המצויות מחוץ למעגל "מובחר" זה, ולכפות על

¹²⁵ Milano, לעיל ה"ש 60, בעמ' 105, מדבר בהקשר זה על "a form of diplomatic protection of a third state". ראו גם Forcese, לעיל ה"ש 24, בעמ' 391.

¹²⁶ ראו דיון מפורט בשאלה ספציפית זו אצל Vermeer-Künzli, לעיל ה"ש 25, בעמ' 561.
¹²⁷ ILA Final Report, לעיל ה"ש 53, בס' VIII. ראו גם: Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Feb. 3, 2006, available at www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf; Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Merits) (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Feb. 26, 2007, available at www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf. לדין במעמד ה-*jus cogens* ראו: Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, 100 AM. J. INT'L L. 291 (2006); Erika de Wet, *The International Constitutional Order*, 55 INT'L. COMP. L.Q. 51 (2006).

¹²⁸ ILC Draft Articles, לעיל ה"ש 49.

¹²⁹ ILC Responsibility of States, לעיל ה"ש 35, ס' 48-42.

האחרונות, כמדינות מארחות, נורמות שאינן מקובלות עליהן. זו ההתרסה המוכרת שלפיה העולם המערבי הוא האתר המרכזי שבו מתרחש הייצוא של טובין בדבר "שלטון החוק", ומדינות העולם השלישי מקבלות תכתיב זה בהכנעה.¹³⁰ יש אומנם ממש בטענה זו, המושמעת תדירות למן מהפכת זכויות האדם הבין-לאומית שאירעה בעקבות מלחמת-העולם השנייה, אולם זה רק חלק מסיפור מורכב הרבה יותר. נורמות חוצות גבולות בשני הכיוונים. כך, הגם שנורמות האוסרות פשעי-מלחמה ופשעים נגד האנושות פותחו על-ידי בעלות-הברית במשפטי נירנברג, כיום הן נטענות נגד האופן שבו מעצמת-העל ההגמונית – ארצות-הברית – נלחמת באפגניסטן ובעיראק, ונגד האופן שבו היא מחזיקה אנשים במעצר ב-Guantanamo Bay. מובן שכוח הינו גורם שיש להביאו בחשבון, אך לפי המודל המוצע כאן, יהיה אפשר לעיתים לטעון לזכויות גם כנגד החזק והכוחני. אכן, משפטן בין-לאומי אינו יכול לא להצטער על ההיבטים הפוליטיים החזקים המעורבים בתהליך קבלת ההחלטות לעניין הענקת הגנה דיפלומטית ברמה הבין-לאומית וברמה הלאומית כאחד. התוצאה של מעורבות זו היא כפולה: ראשית, הפרטים אינם מקבלים הגנה מספקת; שנית, מדינות חזקות מצליחות לקדם את יעדיהן בלא שימוש בהגנה דיפלומטית.¹³¹ ודוק, מנקודת-המבט של מי שמוטרד ממצבם של הפרטים יותר מאשר ממצב המדינות, ניתן לומר שבעולם של ימינו יש פחות מדי הגנה דיפלומטית, ולא הגנה עודפת. ניצול לרעה של זכות המדינה להגנה דיפלומטית מושך אומנם תשומת-לב רבה יותר, אך בפועל הוא קורה לעיתים תכופות פחות מאשר הזנחה מיותרת של אזרחים פגועים על-ידי מדינותיהם.

באופן קונקרטי ניתן לספק להתרסה זו כמה תשובות. ראשית, אין זה המקום לעסוק בטענת האימפריאליזם המערבי, הואיל ותנאי מקדמי להחלת נורמות של מדינת האזרחות הוא קיומו של קשר הדוק בין הנורמה לבין הפרט שהנורמה מוחלת עליו, עד

¹³⁰ ניתן למצוא טיעון זה במקורות רבים. ראו, בין היתר: Anne F. Bayefsky, *Cultural Sovereignty, Relativism, and International Human Rights: New Excuses for Old Strategies*, 9 *RATIO JURIS* 42 (1996); Thomas M. Franck, *Are Human Rights Universal?* 80 *FOREIGN AFFAIRS* 191 (2001).

¹³¹ יתר על כן, כאשר כנגד מדינה המעוניינת ליתן הגנה דיפלומטית עומדת מדינה בעלת משקל פוליטי ניכר וכוח כלכלי רב, הנחושה בעמדתה, מידת האפקטיביות של ההגנה הדיפלומטית מוטלת בספק. אשר על-כן, מדינות רבות מסתייגות ממתן הגנה דיפלומטית אף כאשר אין עומדים בדרכן מכשולים ומגבלות כלשהם. כך, למשל, לאחרונה הושמעה טענה נגד האפקטיביות של הגנה דיפלומטית שמטרתה לתמוך באנשים פרטיים לבל יינקטו נגדם צעדים בהתאם להחלטות מועצת הביטחון בשל מעורבותם הלכאורית במימון פעילות טרור. חוסר האפקטיביות נובע מכך שרבים משמות האנשים הפרטיים שנכללים בהחלטות מועצת הביטחון נמסרו על-ידי ממשלת ארצות-הברית, וסיכוייה של מדינת האזרחות להתמודד עם רצונה של מעצמת-העל הוא קטן. ראו: Isabelle Ley, *Legal Protection Against the UN/Security Council between European and International Law: A Kafkaesque Situation*, 8 *GERMAN L. J.* 279, 283 (2007).

כדי כך שנאמר כי דווקא אי-החלטה מהווה חשיפה של הפרט לנורמות שאינן נהנות מלגיטימיות כלפיו. **שנית**, הזכויות שמדובר בהן בהקשר זה הן לעיתים קרובות זכויות שליליות, ולא חיוביות, בבחינת מגן, ולא חרב. בהכללה, אלה זכויות המנסות לקבוע את תנאי-הסף להפעלה לגיטימית של כוחה של המדינה. **שלישית**, אין מדובר בהחלת נורמות מקומיות ייחודיות, אלא דווקא נורמות בעלות גוון אוניוורסלי קוסמופוליטי, וגם בכך יש כדי להקהות את עוקצה של טענת האימפריאליזם. **רביעית**, היא זה פשוטי לחשוב שאנשים מפתחים תרבות מקומית אשר מנותקת מזכויות האדם הבין-לאומיות. ראיית התרבות כדבר סטטי, מנותק, המתנגד לשינוי עומדת בסתירה להגדרת התרבות על-ידי אנתרופולוגים, אשר מדגישים את היות התרבות תוצר היסטורי של דיאלקטיקה מתמדת בין מתחים פנימיים ועימות עם השונה, לרבות ניסיונות למנף רעיונות חדשים, דוגמת זכויות אדם בין-לאומיות. **לבסוף**, היא זה בבחינת עלבון לתפיסת הכבוד והחירות של הפרט להניח שזכויות אדם ונורמות קוסמופוליטיות הן תוצר של תרבויות מערביות בלבד, וכי אין להרחיב את תחולתן על פרטים אחרים ולתרבויות אחרות בכל העולם. נהפוך הוא, יש לקוות שלתפיסה זו של המשפט הפלילי תהא השפעה על הנורמות בדבר נאותות ההליך במדינה המארכת, כך שאזרחי המדינה המארכת יפעילו לחץ על מדינתם ליתן גם להם זכויות בדומה לאלה הניתנות לזרים. זכויות אדם גלובליות ונורמות קוסמופוליטיות יוצרות תנאי-סף חדשים להומניות חוצת גבולות.

2. יישום התחולה של הגנה דיפלומטית בעניין מימון-כהן – הליך נאות ועונש מוות
 העותר בעניין **מימון-כהן** ביקש הגנה דיפלומטית שכן לטענתו, בהליך שיתקיים נגדו בתאילנד לא תישמר זכותו להליך הוגן. זכות זו הינה ללא ספק זכות מוכרת במשפט הבין-לאומי, אשר הפרתה עולה כדי הסטנדרט המינימלי המוצג לעיל בדבר denial of justice.¹³² אך הואיל והעותר לא הביא ראיות לתמיכת טענותיו בדבר פגיעה בהליך נאות, צדק בית-המשפט בקובעו כי אין באפשרותו לקבוע כי שיטת המשפט של תאילנד לא תאפשר לעותר משפט הוגן.¹³³

סבוכה יותר היא הידרשותו של בית-המשפט לטענת העותר שלפיה הוא צפוי בתאילנד להטלת עונש מוות בסיום ההליכים נגדו אם יורשע ברצח. נשאלה השאלה אם הטלת עונש מוות נופלת לדלת אמות העניינים המצדיקים הפעלת הזכות להגנה דיפלומטית. הגם שקיימת מגמה הולכת ומתחזקת לביטול עונש המוות במישור הבין-לאומי, והטלתו אף אינה מתיישבת עם תפיסת זכויות האדם של ישראל,¹³⁴ עונש המוות לא נאסר לחלוטין על-ידי האמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות,

¹³² Forcese, לעיל ה"ש 24, בעמ' 376; SHAW, לעיל ה"ש 19, בעמ' 735.

¹³³ עניין **מימון-כהן**, לעיל ה"ש 3, פס' 21.

¹³⁴ לפי הדין הישראלי ניתן להטיל עונש מוות רק במקרים ספורים. ראו ס' 99-97, 300(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 322; ס' 43 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171.

וטרם נאסר כליל על-ידי המשפט הבין-לאומי. יתר על כן, ישראל אינה צד לאמנה אשר אוסרת הטלת עונש מוות, למעט האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר אינה מטילה כאמור איסור מוחלט על השתת עונש מוות.¹³⁵ אשר על-כן, דייק בית-המשפט בעניין מימון-כהן בקובעו: "...לפיכך, הטלת עונש מוות על העותר, אם יורשע בדינו, אינה עולה כדי הפרת זכויות אדם על פי המשפט הבינלאומי, והיא אינה מקימה לישראל, במישור המשפט הבינלאומי, זכות להגנה דיפלומטית בעניינו של העותר כלפי תאילנד."¹³⁶

זהו ללא ספק המצב השורר כיום, אך נדמה כי אף בעניין זה לא שית-המשפט ליבו למגמה המסתמנת בעולם.¹³⁷ כך, מספר המדינות שביטלו את עונש המוות בתחומן גדל באופן עקבי למן סוף מלחמת-העולם השנייה.¹³⁸ כשני שלישים ממדינות העולם אינן מטילות עוד עונש מוות. לא זו בלבד שמדינות אלה אוסרות עונש מוות בתחומן הטריטוריאלי, אלא הן מרחיבות ביטול זה באופן עקיף בכך שהן מסרבות להסגיר אנשים המצויים בתחומן עד אשר יקבלו אישור לכך שלא יוטל על המוסגר עונש מוות.¹³⁹ רבות מאמנות ההסגרה כוללות זכות של מדינה לסרב להסגרה בכפוף

¹³⁵ ס' 6(2) ל-ICCPR, לעיל ה"ש 32, קובע: "In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgment rendered by a competent court".

¹³⁶ עניין מימון-כהן, לעיל ה"ש 3, פס' 19.

¹³⁷ לביקורת נגד ראיית המגמה כנורמה פסקנית ראו: Robert Gregg, *The Death Penalty: The European Tendency Toward Non-Extradition to the United States in Capital Cases: Trends, Assurances, and Breaches of Duty*, 10 INT'L & COMP. L. REV. 113 (2002).

¹³⁸ The Secretary-General, *Report of the Secretary General on Capital Punishment and Implementation of the Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, U.N. Doc. E/2005/3 (Mar. 9, 2005) הקובע כי נכון לסוף שנת 2003, 80 מדינות ביטלו לחלוטין את עונש המוות, 12 מדינות הותירו את עונש המוות רק לפשעים חריגים, 41 מדינות לא הפעילו את עונש המוות, ו-62 מדינות בלבד דוגלות עדיין בעונש מוות.

¹³⁹ לגבי מדינת-ישראל ראו ס' 16 לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, ס"ח 174, הקובע כי "לא יוסגר מבוקש על עבירה שדינה במדינה המבקשת הוא עונש מוות, כשאין דינה כך בישראל, אלא אם נתחייבה המדינה המבקשת שלא יוטל עליו עונש מוות, ושם הוטל או יוטל – יוחלף בעונש קל מזה".

לערבות כזו. מגמה עולמית זו מובילה לבידודן ההולך וגובר של מדינות המתעקשות לדבוק בעונש מוות.¹⁴⁰

יתר על כן, פרוטוקול מס' 13 של האמנה האירופית לזכויות אדם, שנכנס לתוקף ב-1 ביולי 2003, הינו האמנה הבין-לאומית הראשונה שמצדדת בביטול עונש מוות בכל התנאים וללא חריגים.¹⁴¹ באותה רוח ניתן להזכיר את שלוש האמנות הבין-לאומיות האחרות נגד הטלת עונש מוות: פרוטוקול מס' 6 של האמנה האירופית לזכויות אדם,¹⁴² הפרוטוקול האופציונלי השני של האמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות,¹⁴³ והפרוטוקול של האמנה האמריקאית לזכויות האדם לביטול עונש המוות.¹⁴⁴ עוד יש לציין כי לפי המשפט הבין-לאומי חל איסור על הטלת עונש מוות על קטינים (מי שהורשע בגין פשע שביצע כאשר היה מתחת לגיל שמונה-עשרה). אומנם, על פניו, האיסור בדבר הטלת עונש מוות טרם התגבש לכלל משפט בין-לאומי מחייב, אולם ייתכן שבית-המשפט היה יכול לסווגו כנורמה בהתהוות שהינה בעלת אופי כלפי כולי עלמא (*erga omnes*).¹⁴⁵

דרך הנמקה חלופית שבית-המשפט הישראלי היה יכול לאמץ, אילו בחר בכך, היא הקביעה כי מדיניות שיש בה כדי לחשוף אזרח ישראלי לאפשרות של עונש מוות אם

¹⁴⁰ William A. Schabas, *Indirect Abolition: Capital Punishment's Role in Extradition* *Law and Practice*, 25 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 581 (2003). עם זאת, מדינה יכולה בהחלט להתעלם מהבקשה, כפי שעשתה פרגוואי ביחס לבקשה של ארצות-הברית בעניין *Beard v. Green*, 523 U.S. 371 (1998), כמתואר על-ידי Duxbury, לעיל ה"ש 59, בעמ' 149.

¹⁴¹ Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty in all circumstances, May 3, 2002, available at www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5C22A47-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf. כיום התומות על הפרוטוקול 39 מבין 45 המדינות החתומות על הפרוטוקול.

¹⁴² Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death Penalty, Apr. 28, 1983, שם. כיום התומות על הפרוטוקול 46 מבין 47 המדינות החתומות על הפרוטוקול.

¹⁴³ Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolishing of the Death Penalty, G.A. Res. 44/128 (Dec. 15, 1989), available at www.ohchr.org/english/law/pdf/ccpr-death.pdf די 35 מדינות ונחתם על-ידי 60 מדינות.

¹⁴⁴ Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty (Aug. 6, 1990), available at www.hrea.org/feature-events/oas-protocol_en.html, אשר נחתם על-ידי 9 מדינות ואושר על-ידי 8 מדינות.

¹⁴⁵ de Wet, לעיל ה"ש 127, בעמ' 62: *erga omnes* norms, ie norms whose customary and/or *erga omnes* character are still "In addition, there is a... layer of emerging *erga omnes* norms, ie norms whose customary and/or *erga omnes* character are still disputed, but which are gaining increased recognition in international law"

יורשע מהווה כשלעצמה יחס אכזרי ומשפיל.¹⁴⁶ ניתן להידרש בטיעון זה להיקש מעניין *Soering*, שם פסק בית-הדין האירופי לזכויות אדם כי אנגליה מנועה מלהסגיר אזרח גרמני שנמצא בטרטוריה שלה לארצות-הברית לא בשל החשש שיוטל עליו עונש מוות, אלא בשל העובדה שחשיפתו ל-"death row" עולה כדי הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם בדבר "inhuman or degrading treatment or punishment".¹⁴⁷ פסק-דין זה עסק אומנם בשאלת הסמכות להסגיר, אך דומתני כי ניתן להחילו באופן אנלוגי גם על הזכות להגנה דיפלומטית. חשיפתו של אזרח לאפשרות של הטלת עונש מוות והפקדת עתידו בידי שליש המדינה הזרה, כאשר ניתן לנסות להשפיע על ההליך עובר להחלטה על הטלת עונש המוות, יש בה משום חשיפתו לאפשרות שהוא יעבור יחס משפיל – דבר הנוגד את המשפט הבין-לאומי.¹⁴⁸ עוד היה אפשר להזכיר כי בית-הדין האירופי לזכויות אדם קבע זמן קצר לפני שנפסק עניין **מימון-כהן**, באמרת-אגב בעניין *Jorgov*,¹⁴⁹ כי לנוכח יחסן המשתנה של מדינות אירופה לעונש המוות, המתבטא בכך שכולן ביטלו אותו למעשה, החלתו של עונש מוות בנסיבות מסוימות – למשל, לאחר הליך שאינו הוגן – יכול שתעלה היא עצמה כדי יחס לא-אנושי.¹⁵⁰ אכן, אפשרות זו מועלית כאן בזהירות, הואיל ופסיקתו של בית-הדין האירופי אינה מחייבת כידוע את בית-המשפט של ישראל. אך לנוכח מעמדו המרכזי של בית-הדין האירופי בראש המערכת הבין-לאומית המתקדמת ביותר

¹⁴⁶ זו הייתה עמדת ה-Society for the Abolition of the Death Penalty in South Africa, שהוגשה כ-amicus curiae לבית-המשפט לחוקה של דרום-אפריקה. ראו עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7, פס' 100.

¹⁴⁷ *Soering v. United Kingdom*, App. No. 14038/88, para. 91 (decision of July 7, 1989), available at cmiskp.echr.coe.int//tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=200&sessionId=2550288&skin=hudoc-en&attachment=true; Short, Hoge Raad der Nederlanden [HR] [Supreme Court of the Netherlands], 30 March 1990, 29 ILM (Neth.)

¹⁴⁸ לקו טיעון מקביל ראו: Geoffrey Sawyer, *The Death Penalty is Dead Wrong: Jus Cogens Norms and the Evolving Standard of Decency*, 22 PEN. ST. INT'L L. R. 459 (2004).

¹⁴⁹ *Jorgov v. Bulgaria*, Judgment, App. No. 40653/98, para. 72 (decision of Mar. 11, 2004) available at cmiskp.echr.coe.int//tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=4258&sessionId=2550288&skin=hudoc-en&attachment=true

¹⁵⁰ ראו גם: *Amatkulov & Askarov v. Turkey*, App. No. 46827/99, para. 68 (decision of Feb. 4, 2005), available at cmiskp.echr.coe.int//tkp197/view.asp?item=2&portal=hbk&action=html&highlight=46827/99&sessionId=3319523&skin=hudoc-en; *Öcalan v. Turkey*, App. No. 46221/99, para. 167 (decision of May 12, 2005), available at cmiskp.echr.coe.int//tkp197/view.asp?item=3&portal=hbk&action=html&highlight=46221/99&sessionId=3319523&skin=hudoc-en

להגנה על זכויות האדם, השפעתו גולשת אל מעבר למחייב מבחינה נורמטיבית, ויש בפסיקתו כדי להשפיע על בתי-משפט לאומיים רבים בהידרשם לפרשנות של נורמות המגינות על זכויות אדם.¹⁵¹

3. הגנה דיפלומטית וייצוג דיפלומטי

גם אם לא עומדת לעותר זכות להגנה דיפלומטית, שכן לא מתקיים אחד התנאים המוקדמים להחלטה, יש עדיין מקום לדון בשאלה אם עומדת לאזרח זכות לייצוג דיפלומטי. אכן, יש להבחין בין ייצוג דיפלומטי (diplomatic representation) לבין הגנה דיפלומטית (diplomatic protection). ייצוג דיפלומטי מתייחס לצורות שונות של תקשורת בין ממשלה אחת לאחרת, שבמהלכן אחת מביעה את מורת-רוחה בנוגע לפעולה או למחדל של האחרת.¹⁵² אין זה הכרחי שהממשלה תייחס התנהגות בלתי-חוקית למדינה האחרת, ובכל מקרה היא אינה יכולה לדרוש תגובה מצד הממשלה האחרת. היא מסתכנת בתגובה קרה אך נמרצת של המדינה הזרה, שלפיה העניין שבגינה התלוננה המדינה מצוי בסמכותה הבלעדית של המדינה שכלפיה הוגשה התלונה. כדוגמה לייצוג כזה ניתן להביא את תגובתו של האיחוד האירופי על הטלת עונש מוות על-ידי ארצות-הברית. הואיל ולא היה אפשר להראות שהוצאה להורג הינה בגדר הפרת חובה של המשפט הבין-לאומי על-ידי ארצות-הברית, בחר האיחוד האירופי לנסות להשפיע על מדיניותה של ארצות-הברית באמצעות ייצוג דיפלומטי, ובו תביעה כי למרות הכל לא תבוצע ההוצאה להורג.¹⁵³ ייצוג דיפלומטי יכול שיהיה האקורד הראשון בתהליך הענקתה של הגנה דיפלומטית (אם כי הוא אינו תנאי ראשוני רשמי, להבדיל ממיצוי תרופות מקומיות, למשל).

ברי כי לישראל יש זכות לייצג את אזרחיה לפני מדינה זרה גם כאשר זו האחרונה לא הפרה נורמה של המשפט הבין-לאומי.¹⁵⁴ ודוק, ייצוג דיפלומטי, אף יותר מאשר הגנה

¹⁵¹ de Wet, לעיל ה"ש 122, בעמ' 629.

¹⁵² טווח האמצעים שעומדים לרשות המדינה בנותנה הגנה דיפלומטית הינו רחב יותר. ברגיל תנקוט המדינה פעולות דיפלומטיות לא-פורמליות או תשלח מחאה פורמלית למדינה הזרה. היא יכולה להגיש תביעה נגד המדינה המפרה לפני בית-המשפט הבין-לאומי. היא יכולה גם להפעיל לחץ לא-ידידותי במישור היחסים הבין-לאומיים, בסרבה להכיר בממשלה הזרה, בסרבה לחתום עימה על אמנות או בהחליטה להשעות את יישומן של אמנות תקפות. כמו-כן, המדינה יכולה לנקוט פעולות תגמול (reprisal). מכל מקום, המדינה אינה יכולה להפעיל כוח נגד הממשלה הזרה.

¹⁵³ עניין *Housel*, אשר הוצא לבסוף להורג. ראו: www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty /HouselGAGovLett.htm.

¹⁵⁴ ראו גם עניין *Kaunda*, לעיל ה"ש 7, פס' 214 לדעת המיעוט של השופטת O'regan, אשר קובעת: "However, it is also clear that a state has the right to make representation to other states on behalf of its nationals even when there is no established infringement of international law, although this does not constitute diplomatic protection, but merely diplomatic or at times consular representation"

דיפלומטית, נתון באופן מובהק לשיקול-דעתה של הממשלה. הקשר ההדוק בין המנגנונים של ייצוג דיפלומטי והגנה דיפלומטית הינו ברור, אך אין לזהות ביניהם – לא לעניין המטרה שאותה נועדו לשרת ולא לעניין נגישותם.

כך, בעניין **מימון-כהן** התחייב היועץ המשפטי לממשלה, במסגרת ההליך, כי אם ייגזר דינו של העותר למיתה, תבקש ישראל באופן רשמי ממלך תאילנד לחון את העותר. בית-המשפט הזכיר זאת, וציין כי בכך תמלא המדינה את חובתה, ככל שקיימת כזאת, כלפי הנאשם. זו לכאורה הייתה גם דרכה של ממשלת דרום-אפריקה בעניין *Kaunda*. הגם שבית-המשפט של דרום-אפריקה סירב להורות לממשלה לנקוט צעדים נוספים מעבר לאלה שנקטה לטובת העותרים, הוא הביע ציפייה שהממשלה תמשיך לפעול לטובת העותרים ברוח הדוקטרינות שנוסחו על-ידיו בפסק-הדין.¹⁵⁵ ודוק, דומה שגם בעניין זה נאות בית-המשפט בדרום-אפריקה לנקוט נימה אסרטיבית יותר כלפי רשויות הממשל מזו שנקט בית-המשפט העליון של ישראל.

מובן כי על מדינת האזרחות להימנע מניצול לרעה של הזכות לייצוג דיפלומטי, אך אין בכך כדי למנוע שימוש בזכות זו. אם מדינות יאותו לגלות סובלנות כלפי פניות כאלה, אזי לייצוג הדיפלומטי תהא השפעה ממתנת על הריבונות הזרה, ויהא בכך משום קידום ההגנה על זכויות האדם. אומנם, ייצוג דיפלומטי אינו סביל לחלוטין. יש בו מסר ריבוני היוצא אל מחוץ לגבולות המדינה ונכנס לגבולותיה של מדינה ריבונית אחרת. אך יש בו התערבות מתונה במאזן המותר והאסור מחוץ לגבולות המדינה. אם תאומץ העמדה שלפיה תוטל חובה על מדינות להפעיל את קשריהן הדיפלומטיים למען שמירה על זכויות אדם של אזרחיהן, אזי הפעלת הזכות לייצוג דיפלומטי לא תעלה כדי כניסה אלימה, חצופה ותקיפה לריבונותה של המדינה המארחת.¹⁵⁶ משמעותה, בפרפרזה על

¹⁵⁵ שם, פס' 65, 69, 127, 133, 202.

¹⁵⁶ בהקשר זה כדאי להזכיר באופן אנלוגי את ההבחנה שהמשפט הבין-לאומי עושה בין "jurisdiction to prescribe" לבין "jurisdiction to enforce". ככל שהדבר נוגע במונח הראשון, בית-הדין הבין-לאומי קובע בהקשר זה: "Far from laying down a general prohibition to the effect that State may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable." The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey), 1927 PCIJ (Ser. A) No. 10, at 19 (Sep. 7, 1927), available at www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus. נדמה כי למדינה תהא זכות להסדיר עניינים הנופלים מחוץ לתחום שיפוטה לנוכח הקשר שקיים בינה לבין אזרחיה. ככל שהדבר נוגע במונח השני, עקרון הריבונות הטריטוריאלית אוסר כידוע את הפעלת סמכות השיפוט – דהיינו, ביצוע *acta iure imperii* – בטריטוריה של מדינה אחרת בלא הסכמתה. כפי שנקבע ב-*Palmas Island Arbitration Award* "Sovereignty in the relations between States: Island Arbitration Award signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the

דבריו של שחר, תהא שליחת מסר מנומס וכנוע, שאינו מחציף פנים נגד ריבונותה של המדינה המקבלת אותו.¹⁵⁷

ה. תפיסת הריבונות והקשר המשולש בין עם, מדינה וגבולות טריטוריאליים

אכן, התחייה-מחדש של הזכות להגנה דיפלומטית מעלה תמיהות וקשיים גדולים, בין באשר לזהותו המדויקת של האינטרס הנפגע ובין באשר לתפיסת היחס בין עם, טריטוריה ומדינה במשפט הבין-לאומי, במיוחד בתקופה שבה המשפט הבין-לאומי נמצא בעיצומו של שינוי פרדיגמטי לנוכח תופעת הגלובליזציה. קשרים אלה הם ציר הטיעון העיקרי שיוצג להלן, וגבולות סמכותה של מדינה לפעול מחוץ לתחום ריבונותה לטובת אזרחיה הם בליבו של הדיון.

מוסד ההגנה הדיפלומטית מייחד את פעילותה של המדינה הריבונית לטובת אזרחיה, אך אין הוא הביטוי היחיד לכך.¹⁵⁸ כך, למשל, למרות המגבלה הטריטוריאלית, קיימת הרחבה מקובלת של המשפט הפלילי הלאומי בדבר שמירה על אזרחי המדינה מעבר לגבולות הטריטוריאליים של המדינה בדוגמת התחולה הפרסונלית הסבילה. סעיף 14 לחוק העונשין מחיל את דיני העונשין של ישראל על "עבירות-חוץ נגד חיי אזרחי ישראל או תושבי ישראל, גופו, בריאותו או חירותו...", אולם סעיף זה מטיל הגבלה חשובה מאוד על יכולתה זו של מדינה לצאת אל מחוץ לגבולות הטריטוריה שלה כדי להגן על מי שבחר להישאר אזרח או תושב שלה כאשר הוא שוהה מחוץ למדינה, והיא שאותה עברה תהווה עברה גם לפי דיניה של מדינת האירוע. כלומר, אין מדינה יכולה לפעול בחופשיות בהתעלם מכל גורם משפטי זר.

מקור חשוב נוסף ללימוד היחס בין המדינה לבין אזרחיה הוא דיני ההסגרה. הסגרה מתבטאת בכך שמדינה אחת מוסרת באופן פיזי אדם למדינה אחרת לשם העמדתו לדין או הענשתו בה.¹⁵⁹ ודוק, מדינות רבות – בעיקר בקונטיננט האירופי – עומדות בתוקף

right to exercise therein, to the exclusivity of any other State, the functions of a State." REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, vol. 2, 820, 838 (1949) לכן אכיפת מקרים אלה, הנופלים מסטנדרט ההגנה הבין-לאומי, צריכה להיעשות בהכנעה ובנימוס.

¹⁵⁷ שחר, לעיל ה"ש 123. ראו ס' 1 ל-ILC Draft Articles, לעיל ה"ש 49, אשר קובע כי במסגרת ההגנה הדיפלומטית יפעילו המדינות "diplomatic action or other means of peaceful settlement".

¹⁵⁸ Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEORETICAL INQUIRES IN LAW 389 (2007).

¹⁵⁹ הבסיס להסגרה הוא חובתה של מדינה – שבה מתגורר אדם שנמצא אשם בביצוע עברה כלפי מדינה אחרת – להענישו או להסגירו, אם כי לגישתו של דינשטיין, לא התגבש כלל כזה במשפט הבין-לאומי המנהגי המודרני. ראו יורם דינשטיין *אמנות בינלאומיות* 152 (1974).

על כך שאין להסגיר אזרח שלהן למדינות זרות, אף בהעדר הוראה בנידון באמנות ההסגרה שהן כורתות.¹⁶⁰ אי-הנכונות של מדינות אלה להסגיר את אזרחיהן, הגם שפשעו במדינה אחרת, מבוססת על רצונן להגן על אזרחיהן, אך גם על הזיקה הטריטוריאלית.¹⁶¹

לעומת ביטויים אלה של היחס בין המדינה לאזרחיה, ההגנה הדיפלומטית מבוססת על פיקציה.¹⁶² הפגיעה באזרח המדינה נתפסת כפגיעה במדינתו, ומכוח פיקציה זו

¹⁶⁰ בישראל, במשך תקופה מסוימת (משנת 1978), תוקן חוק ההסגרה כך שהגבלה האפשרות להסגיר אזרחים. אולם בעניין ע"פ 6182/98 **שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נג (1) 625 (1999), עלתה סוגיית זיקתו של האזרח לישראל. אף שבית-המשפט פסק ברוב דעות כי אמת-המידה היחידה לאזרחותו של אדם לפי חוק ההסגרה היא היותו אזרח לפי חוק האזרחות, הוא ביקר את המצב המשפטי הקיים, שבו ההגנה שבחוק ההסגרה חלה אף על אזרחים שאין להם כל זיקה לישראל. בעקבות פרשה זו שונה חוק ההסגרה כך שההגנה המיוחדת לאזרחי ישראל תינתן רק לאותם אזרחים שהם גם תושבי ישראל, ונאמר בדברי ההסבר כי אין מקום לספק הגנה לאזרח שבחר לעזוב את מדינת-ישראל ולהעתיק את מרכז חייו למדינה אחרת. בעניין ע"פ 3025/00 **הרוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 111, 123 (2000), נדרש בית-המשפט למשמעות המונח "תושב", וקבע: "ביסוד ההוראה מונח הרעיון כי 'תושב ישראלי' זיקה ממשית למדינת ישראל, בה מצוי מרכז חייו, וגורלו נקשר עם גורלה. זיקה ממשית מתבטאת במכלול הקשרים (הסובייקטיביים והאובייקטיביים) עם מדינת ישראל, אשר מתוכם צומחת המסקנה כי מדינת ישראל – ולא המדינה המבקשת את הסגרתו – היא מרכז חייו של האדם."

¹⁶¹ ודוק, לעניין ההגנה על אזרחים מפני הסגרה ראו לאחרונה את פסק-דינו של בית-המשפט הגרמני לחוקה, שלפיו "חוק ההסגרה האירופי" שנחקק בגרמניה, אשר אפשר הסגרת אזרחים גרמנים למדינה החברה באיחוד האירופי, נוגד את ס' 16(2) לחוקה הגרמנית, הקובע: "No German may be extradited to a foreign country. The law can provide otherwise for extraditions to a member state of the European Union or to an international court of justice as long as the rule of law is upheld" בהנמקתו הדגיש בית-המשפט הגרמני לחוקה את חשיבות הזכות לאזרחות כמבטאת את הקשר בין האזרח לבין מדינתו, ואת חובת המדינה להגן על אזרחיה ולשמור על עקרונות הוודאות המשפטית וההגנה על אמון הציבור במדינה. עם זאת, ציין בית-המשפט לחוקה כי הגנות חוקתיות אלה מתייחסות לאזרחים אשר ביצעו עבירות שיש להן קשר משמעותי מקומי. כאשר אזרחים מבצעים עבירות מחוץ לגרמניה, עליהם להביא בחשבון שהם יישאו באחריות. Bundesverwaltungsgericht [BverfG] [Federal Constitutional Court] July 18, 2005 [BVR] 2236/04 (F.R.G), available at www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvt223604.html. היבטים מסוימים של הקשר בין אזרחי הקהילה לבין מדינות הקהילה נידונו בהליך שתקף את חוקיותו של "חוק ההסגרה האירופי". ראו: Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* (June 23, 2007), available at curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=en&num=79929496C19050303&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET; Ilias Bantekas, *The Principle of Mutual Recognition in EU Criminal Law*, 32

EUR. L. REV. 365 (2007).
¹⁶² Vermeer-Künzli, לעיל ה"ש 51.

מוענקת זכות התערבות למדינת האזרחות. המדינה נדמית כניזוקה כתוצאה מהיחס הפוגעני שניתן לאזרח על-ידי המדינה המארחת. מאחורי פיקציה זו מובלעת ההנחה שאזרחים הינם מרכיב חיוני של המאפיינים הטריטוריאליים של המדינה, ולכן עוול שנעשה לאזרח משפיע על זכויות המדינה.¹⁶³ אכן, ב-ILC התנהל דיון ממושך בנוגע לפיקציה זו, וגישותיהן של המדינות התפלגו סביב שאלה זו. היו מדינות שראו בפגיעה באזרח פגיעה במדינה, וביקשו לשמר את הפיקציה, והיו מדינות שטענו כי הפגיעה היא באזרח בלבד, ולפיכך לו צריכה להיות השליטה המלאה בתביעה, וכי הגיעה העת לנטוש את הפיקציה כליל. כפי שהדגמתי לעיל, ה-ILC ניסתה לאזן בין שתי העמדות, בשומרה על הפיקציה בסעיף 1, מצד אחד, ובהוסיפה את סעיף 19 הייחודי, מן הצד האחר.

אכן, כיום ניתן למצוא בדוקטרינה של הגנה דיפלומטית כללים סותרים רבים ביחס לקשר שבין האזרח למדינתו. לדוגמה, על-מנת שהמדינה תוכל לטעון להגנה דיפלומטית, עליה להוכיח קיומו של קשר אזרחות בינה לבין הפרט הנפגע לא רק בעת הפגיעה, אלא גם בעת הפעלת ההגנה הדיפלומטית. דרישה זו מדגישה את מרכזיותו של הפרט בתביעה, לעומת ראיית הפגיעה כעניין שהופקע מהפרט ונהפך לאינטרס מדינתי גרידא.¹⁶⁴ הוא הדין לעניין הקירוב שנוצר בין משטר ההגנה הדיפלומטית לבין משטר אחריות המדינה במשפט הבין-לאומי. מאידך גיסא, הדרישה למיצוי סעדים מקומיים על-ידי האזרח הנפגע במדינה המארחת מסייעת בהגנה על ריבונותה של המדינה המארחת, ומדגישה את האופי הבין-מדינתי של מוסד ההגנה הדיפלומטית.

ביטויים מעורפלים אלה לקשר הייחודי שבין האזרח למדינתו הריבונית מבליטים את הבעייתיות בקשר המורכב שבין המדינה לבין אזרחיה המצוי מחוץ לטריטוריה. כפי שראינו לעיל, ההיגיון שהצדיק את הבנאום הדרמטי של זכויות האדם לא הצליח לתפוס את מקומו בהקשר של הביסוס התיאורטי של הדוקטרינה בדבר הגנה דיפלומטית, וקיים עדיין חוסר רצון לבסס את תפקידה של המדינה ליתן הגנה דיפלומטית על חובה משפטית. ייתכן שסירוב זה נובע מהחשש שאם ייפכו מדינות העולם למקור הגנה אוניוורסלי לבני עמן בכל מקום שהם יושבים בו, הדבר עלול לגרום

¹⁶³ Phoebe Okowa, *Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility*, in INTERNATIONAL LAW 473 (Malcolm D. Evans ed., 2003)

¹⁶⁴ במילים אחרות, אם הפיקציה המשפטית הופכת את הפגיעה בפרט לזכות תביעה של המדינה, אזי יש חשיבות לאזרחותו בעת הפגיעה, ולא בעת מתן ההגנה הדיפלומטית. עם זאת, ניתן לפרש את הדרישה לקיומו של קשר אזרחות גם בעת מתן ההגנה הדיפלומטית כמבססת את הטענה ההפוכה בדבר שימור הפיקציה של ראיית הפגיעה בפרט כפגיעה במדינה, שכן היא מדגישה את הצורך בשמירת האינטרס המשפטי של מדינת האזרחות לאורך כל הזמן.

את מדינות העולם למערבולת של אלימות.¹⁶⁵ ייתכן שהסירוב נובע מהקושי לפענח את הקשר המורכב שבין המדינה לבין אזרחיה, שכן לצד הדיון במוסד ההגנה הדיפלומטית אין ניתוח מעמיק של מידת אחריותה של מדינת האזרחות למעשיו של אזרח במדינה המארחת. אולם בכל-זאת, כמודגם לעיל, הפיקציה המקורית הרואה פגיעה באזרח כפגיעה במדינתו הולכת ונזנחת, ותחתיה מתהווה ונרקם קשר מורכב יותר אשר מדגיש את הפגיעה בפרט ושולל את שיקול-הדעת המוחלט של המדינה בהכרעה אם ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה אם לאו.

אכן, לדידי, סירוב שרירותי של מדינה ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה כאשר זכויות האדם הבסיסיות שלהם נפגעות עלול להוביל לתוצאה חמורה – הכחשה דה-פקטו של קיום קשר של אזרחות. אזרח הסובל ממחדל של מדינתו בהגנה עליו מקביל למעשה במעמדו לאדם נטול אזרחות. אומנם מעמדם של פרטים במשפט הבין-לאומי הולך ומתחזק, אך חשיבותה של המדינה כמייצגת את אזרחיה יקר עדיין מפז. במקביל, חשיבותה של הטריטוריה הולכת ונחלשת בהקשרים מסוימים, הואיל והיא אינה עוד בבחינת גורם מכריע להתארגנות חברתית ופוליטית כפי שהייתה בעבר. מבחינה היסטורית, הקשר שמכונן בין המדינה לאזרח באמצעות הזכות לאזרחות מצוי בבסיס המטרה של קיום המדינה. זו הסיבה לכך שאנו אזרחים, ולא נתינים.¹⁶⁶ האזרח רשאי לסמוך על המדינה שתגן על זכויותיו ותאכוף אותם, ונמעני האמנה החברתית צריכים להיות מסוגלים ליהנות מהגנת המדינה, בתנאים מסוימים, בלי קשר למקום שבו הם נמצאים. פיתוחה של תיאוריה פוליטית נורמטיבית בדבר קשרים טרנס-לאומיים אלה

¹⁶⁵ כפי שמציין De Vabres, "הניסיון מוכיח שסמכות המבוססת על רצון להגן על אזרחים... אינה יכולה להיות מושגת מבלי לעורר רגישויות זרות ומבלי לגרום סכסוכים מסוכנים בין מדינות". HENRI DONNEDIEU DE VABRES, LES PRINCIPES MODERNES DU DROIT PENAL INTERNATIONAL 107 (1928).

¹⁶⁶ "An ideological preference for the term 'citizen' over the rival 'subject' has been frequent since the American and the French revolutions, it being assumed that the latter suggests a condition of subservience which the former does not. More philosophically, one can be a 'citizen' only within a certain constitution, which defines the rights and duties of citizenship, but one can be *subject* to unconstituted power. In a political philosophy it has therefore been of great importance since ancient times to attempt to give the basis of citizenship and so justify and legal determination. Aristotle defines a citizen as anyone who can 'hold office', and subsequent extensions of this idea have involved the thought that citizenship (as opposed to subjecthood) is possible only where there are sufficient offices open to all. This thought is fundamental to modern constitutionalism, and provided the term 'office' is not interpreted too narrowly, can be seen to capture much of the idea of mutual responsibility invoked in the legal definition." ROGER SCRUTON, A DICTIONARY OF POLITICAL THOUGHT 71 (1996).

נמצא עדיין בחיתוליו. אולם לכשתפתח, היא תיגע בוודאי באופן שבו מחויבות לצדק גלובלי משתרעת מעבר למגבלות הטריטוריאליות וקושרת בין אנשים המצויים ברחבי העולם בלי קשר לגבולות הטריטוריאליים הפוליטיים. היקפה הראוי של ההגנה הדיפלומטית ימלא תפקיד חשוב במסגרתה של תיאוריה זו.

אמת, הקשר בין הפרט למדינה הינו מורכב ורחוק מהגישה הבינרית הרואה בריבונות או לחלופין בפרט את חזות הכל. הגישה המסורתית להגנה הדיפלומטית – אשר מדגישה את חשיבותה של הריבונות המדינתית ואשר יש עדיין מי שתומכים בה גם כיום, כפי שהודגם לעיל – הינה מאכזבת ואינה תואמת את המציאות הרווחת לאחר תקופת המלחמה הקרה ואת תופעת הגלובליזציה. כך, באנלוגיה לרברי Marks, דיון המתמקד במרכזיותה של המדינה מעניק משקל לא-פרופורציונלי לרעיון הריבונות של המדינה, כאשר מה שחשוב למעשה הוא המרכיב האנושי.¹⁶⁷ המונח הקלסי "ריבונות מדינית", במובן של סמכות פוליטית בלעדית המושרשת בטריטוריה מסוימת, חשוף כיום לביקורת מכל החזיתות.¹⁶⁸ ליברלים, כלכלנים, תומכי איכות הסביבה ופוסט-מודרניסטים מצביעים על שמירתה של הטריטוריאליות כמסד הריבונות. נשמעות יותר ויותר קריאות-תיגר על מונח זה ועל היבטיו השונים. העברת הסמכויות מהמדינה הריבונית ליחידות תת-מדינתיות, לגופים על-לאומיים ולישויות שאינן מדינה עוררה את השאלה אם יש לזנוח לחלוטין – או לכל-הפחות לשכתב – את מושג הריבונות כמקור הסמכות האולטימטיבית. תופעה זו זוכה לאחרונה בכתיבה אקדמית ניכרת ובמונחים מודרניים.¹⁶⁹ התופעה הפוסט-טריטוריאליה מבוססת על התרחשותם של אירועים המפוררים את חומת הריבונות, לנוכח העובדה שהמדינה אינה מצליחה לשלוט בתקריות אשר מתחוללות בתחומה ומאיימות על שלמותה ושלותה. הכלכלה הגלובלית, הסחר ומעבר ההון הבין-לאומי, הטכנולוגיה הצבאית המתקדמת ופעילות הטורר, מהפכת זכויות האדם והדרישה לשמירה על איכות הסביבה – כל אלה מעורדים חשיבה על חלופות במקום שבו הריבונות הטריטוריאליה נכשלה, ועל מודלים חדשים לשליטה בעולם.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Marks, לעיל ה"ש 14, בעמ' 343.

¹⁶⁸ Michael Reisman, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, 84 AM. J. INT'L L. 867 (1990); SUSAN STRANGE, *THE RETREAT OF THE STATE: THE DIFFUSION OF POWER IN THE WORLD ECONOMY* (1996); Anne-Marie Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, 6 EUR. J. INT'L L. 503 (1995).

¹⁶⁹ Eyal Benvenisti, *The US and the Use of Force: Double Edged Slaughter Hegemony and the Management of Global Emergencies*, 15 EUR. J. INT'L L. 677 (2004).

¹⁷⁰ Alfred Van Staden & Hans Vollaard, *The Erosion of State Sovereignty: Towards a Post-territorial World?*, in STATE, SOVEREIGNTY, AND INTERNATIONAL GOVERNANCE "Today :33 פס' 43, העיל ה"ש 165. דוגרד דוח (Gerard Kreijen ed., 2002)

יתר על כן, השיח המודרני עוסק באפשרות הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הבין-לאומי.¹⁷¹ הקהילה הבין-לאומית נעה לכיוון של סדר משפטי המבוסס על שלטון החוק, בעניין ההגנה על זכויות אדם אזוריות ויישוב סכסוכים במסגרת ארגון הסחר הבין-לאומי, חלף ריבונות מדינתית וכוחנות. זוהי התפתחות הגיונית שמטרתה ליתן לאזרח הגנה בתנאי הגלובליזציה. נהוג כיום לדבר על בתר-ריבונות, ריבונות שיתופית, ריבונות מעורבת וכדומה.¹⁷² היות הריבונות במרכז תשומת-הלב נובע מהתחושה שהסדר הבין-לאומי הישן – שאבן-הבניין המרכזית שלו הייתה המושג "ריבונות" – מתערער, וכי אנו מצויים בשלב שבו טרם נמצאו אבני-בניין חלופיות חדשות.¹⁷³

there is a general agreement that norms of *jus cogens* reflect the most fundamental values of the international community and are therefore most deserving on international protection. It is not unreasonable therefore to require a State to react by way of diplomatic protection to measures taken by a State against its nationals which constitute the grave breach of a norm of *jus cogens*. If a State party to a human rights convention is required to ensure to everyone within its jurisdiction effective protection against violation of the rights contained in the convention and to provide adequate means of redress, there is no reason why a State of nationality should not be obliged to protect its own national when his or her most basic human rights are seriously violated abroad”
 ראו גם: Dominic McGoldrick, *Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES* 41, 62 (Alphonsus Coomans ed., 2004)¹⁷¹
 Ernst-Ulrich Petersmann, *How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?* 20 MICH. J. INT'L L. 1 (1998);
 Christian Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, 44 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 170 (2001)¹⁷²
 מבין שלל החיבורים האקדמיים בנושא, בחרתי להפנות לשיח המתנהל בין מדינות האיחוד האירופי, שהינו השיח המתקדם ביותר בתחום. ראו: EUROPEAN CONSTITUTIONALISM BEYOND THE STATE (Joseph H.H. Weiler & Marlene Wind eds., 2003); NEIL MACCORMICK, *QUESTIONING SOVEREIGNTY: LAW, STATE AND NATION IN THE EUROPEAN COMMONWEALTH* (1999)¹⁷³
 יש להודות כי למן מלחמת-העולם השנייה יש שיפור משמעותי בהגנה על זכויות האדם במשפט הבין-לאומי, במיוחד בתחום האזורי. בעת ובעונה אחת, תופעת הפגיעה בזכויות אדם מתחזקת במקומות כגון אפריקה, טימור המזרחית, קוסובו וכדומה. אין זה מופרך לטעון כי במקרים מסוימים (רואנדה, קונגו ואנגולה) איבדה המדינה עצמה את יכולתה לתפקד כבסיס למתן הגנה בהתאם לתפיסה המסורתית. מדינות אלה אינן מסוגלות לספק לאזרחיהן את ההגנה הנדרשת, הן במישור הלאומי והן במישור הבין-לאומי. וכאשר מתקיימות זוועות בוטות של הפרות המוניות של זכויות האדם, הקהילה הבין-לאומית אינה מוצאת לרוב את הדרכים המתאימות לפעול להגנתם של האזרחים. ניתן לסכם ולומר כי הבנאום של זכויות האדם יצר תמונה לא-מאוזנת, והדגש בחשיבות הריבונות מהווה

הגלובליזציה מתוארת לרוב כעמעום מעמדה של המדינה הריבונית, סופה של הזכות לאזרחות, היעלמותה של הפוליטיקה הדמוקרטית והמרתה בחברה העולמית. אולם דומה כי המושג "ריבוניות" לא ייזנח. המונח "ריבוניות" שנוי במחלוקת במובן זה שהוא אינו מבטא סטנדרט נורמטיבי, אלא תוכנו משתנה, ומימושו מעורר מחלוקות בדבר נאותות ישומו.¹⁷⁴ זהו מושג מורכב המבוסס על ממדים שונים ומשמעויות מגוונות. אי-אפשר לייחס לו משמעות-ליבה, אלא כל שניתן הוא להידרש לפרדיגמות משותפות כנקודת מוצא לדין. מונח זה אינו פתוח לחלוטין ואינו סגור לחלוטין. הוא דינמי ורפלקטיבי, ומפתח את הערכים שהוא מכיל, לרבות דמוקרטיה וזכויות אדם. לכן הוא גמיש דיו לשקף את מקצת – אם כי לא את כל – התמורות במציאות הפוליטית המשפטית, וכן שינויים פרדיגמטיים. אכן, הגלובליזציה מובילה אומנם לטרנספורמציה של המדינה הריבונית, אך לא בהכרח להיעלמותה המוחלטת. הגלובליזציה מחייבת הגדרה מחדש של הריבוניות, אשר תכונן מחדש את רעיון האזרחות ואת הקשר בין האזרח למדינה. אשר על-כן, הסוגיה שאנו עוסקים בה שונה במקצת מהשיח הרווח, שכן אין עניינה דקונסטרוקציה של הריבוניות והטלת חבויות כלליות על מדינות כל העולם, אלא הגדרתה מחדש של הריבוניות ככל שהדבר נוגע בחובות המדינה כלפי אזרחיה. לנוכח התמוססותם של הגבולות הגיאוגרפיים של המדינה, ניתן לומר כי החובות והאחריות של המדינה כלפי אזרחיה השתנו. הם מתקיימים באופן בלתי-תלוי במיקומם הטריטוריאלי של האזרחים. מרכז-הכבוד במערכת היחסים שבין המדינה לאזרחיה מוסט לכיוון תפקידה של המדינה כמספקת הגנה. ההגנה ניתנת על בסיס מושגים של אחריות ושייכות, ולא על בסיס נוכחות טריטוריאלית. היא מבחינה בין הנוכחות הפיזית של האזרח במדינה לבין נוכחותו המשפטית בה. אף שמבקש ההגנה הדיפלומטית אינו נוכח פיזית במדינת אזרחותו, הוא משתייך אליה משפטית. בעידן הגלובלי אין למעשה סיבה לתת מעמד של כבוד לנוכחות פיזית בטריטוריה של המדינה, לנוכח יכולתם של אותם אזרחים המצויים מחוץ לטריטוריה לשמור על קשרים וירטואליים עם המדינה על-ידי אמצעים טכנולוגיים מקרבים. ייתכן שיהיה צורך לבחון את הזיקה וההשתייכות של אזרח אל מדינת האזרחות שלו כאשר הוא מצוי מחוץ לטריטוריה שלה, אבל מן הראוי שהבחינה תהיה מהותית ותבחן אמות-מידה חברתיות, ולא תסתפק במיקומו הטריטוריאלי של האזרח המבקש הגנה. מכל מקום, גם בעולם גלובלי המדינה היא עדיין הגורם המרכזי שיש לו היכולת להשפיע על נסיבות חייהם של האזרחים, ומחויבותה לפעול למען הצדק גולשת אל מעבר לגבולותיה

חלק מההסבר למצב-דברים זה. ראו גם: Michael Reisman, *Designing and Managing the Future of the State*, 8 EUR. J. INT'L. L. 409, 416 (1997).
 Samantha Besson, *Book Review: Sovereignty in Transition*, 3 INT'L J. CONST. L. 174 (2005), 147, 149.

הטריטוריאליים. דווקא בעולם גלובלי על המדינה הריבונית להתמקד בפיקוח על אנשים, ולא בפיקוח על טריטוריה.¹⁷⁵

הקושי של אנשים פרטיים להגן על זכויותיהם הנובעות מהמשפט הבין-לאומי ניתן להדגמה באמצעות הפניה לכמה הכרעות שניתנו לאחרונה על-ידי בתי-משפט בין-לאומיים ולאומיים. כך, למשל, בית-הדין האירופי לזכויות אדם הכיר בכך שלמדינה עומדת הגנת החסינות המדינתית אף אם מושמעות כלפיה טענות כי היא אחראית לעיניינם.¹⁷⁶ גם בית-הלורדים באנגליה הכיר לאחרונה בחסינות המדינה.¹⁷⁷ יתר על כן, גם במצבים שבהם הפרט יכול להגיש תביעת פיצויים נגד מדינה זרה בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מפגיעה בזכויותיו, סיכויי האכיפה של תביעות אלה נמוכים. מאידך גיסא, בתביעות בין מדינות, טענת החסינות לא תעמוד. כדוגמה נוספת ניתן להזכיר את כישלונן של תביעות מטעם אזרחי הקהילה האירופית נגד הכללת שמותיהם ברשימות של פעילי טרור – תביעות שהתבררו לפני הערכאה הראשונה של בית-המשפט של הקהילה האירופית.¹⁷⁸ התביעות נדחו בהסתמך על טענת חסינותם של המדינות הזרות והארגונים הבין-לאומיים, אולם בית-המשפט פסק כי אין בכך כדי לפטור את המדינות והארגונים הבין-לאומיים מאחריות לנוכח האפשרות ליתן לאותם תובעים הגנה דיפלומטית. במצב המשפטי הנוהג כיום אין מנוס מהמסקנה כי אומנם לפרט עומדות זכויות רבות יותר במשפט הבין-לאומי מאשר בעבר, אך היקף התרופות שהוא יכול לממש מצומצם עדיין. תפקידה של מדינת האזרחות, אשר מייצגת אותו ופועלת למענו במישור הבין-מדינתי, נותר עדיין תפקיד מרכזי.

שינויים אלה מכוננים את תפקידה הראשון במעלה של מדינת האזרחות – להגן על אזרחיה מפני איומים חיצוניים על זכויותיהם, בלי קשר לשאלה היכן אירעה הפגיעה. תפיסת המטרה הסופית של המשפט הבין-לאומי צריכה לכלול הכרה בחובותיה של המדינה לאזרחיה שלה מעבר לגבולות הלאומיים. דבר זה מגדיל את הישענותה של החברה האזרחית על המדינה. התפקיד המגן של המדינה מרמז על מתן מחסה וביטחון

¹⁷⁵ Catherine Dauvergne, *Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times*, 67 MOD. L. REV. 588, 593 (2004).

¹⁷⁶ Al-Adsani v. the United Kingdom, App. No. 35763/97, para. 55 (decision of Nov. 21, 2001), available at cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&port.al=hbkm&action=html&highlight=35763/97&sessionid=3295387&skin=hudoc-en

¹⁷⁷ Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell and others v. Al-Dali and others and the Kingdom of Saudi Arabia [2006] A.C. 26 (HL) (Appeal taken from EWCA civ.)(U.K.), available at www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones-1.htm

¹⁷⁸ Case T-306/01 Yusuf v. Council of the European Union, 2005 ECR II-3533; Case T-315/01 Kadi v. Council of the European Union, 2005 ECR II-3649; Mielle Bulterman, *Fundamental Rights and the UN Financial Sanction Regime – the Kadi and Yusuf Judgments of the CFI*, 19 LEDIAN J. INT'L. L. 753 (2006)

מפני סכנה המושגת על-ידי גורם חיצוני, אך מאידך גיסא, הוא מרמז על הפעלת סמכויות על-ידי המדינה המגוננת בטריטוריה חיצונית לה.¹⁷⁹ ברוח זו אך הגיוני להתאים את התפיסות המסורתיות כלפי מוסד ההגנה הדיפלומטית לעולם החדש.¹⁸⁰

סיכום

מאמר זה מעלה שאלות נורמטיביות בדבר תפקידה של המדינה הדמוקרטית בתהליך הבלתי-נמנע של הגלובליזציה. חציית גבולות וניעות חברתית מאתגרות את המושג "גבול", כך שהוא עובר טרנספורמציה ואינו נתפס עוד כמונחים טריטוריאליים בלבד, אלא במושגים פונקציונליים. הקשר בין המקומי לגלובלי מחייב הגדרה מחדש של ציבור עולמי ושל צורות מגוונות של סולידריות חוצת גבולות, מחד גיסא, ושל האזרחות הלאומית, מאידך גיסא. ברי כי אין עוד מקום לחזור לתפיסה המיושנת של מדינת הריבונות ולשוויון מכני בין ריבונים. יש צורך לחשוב מחדש על שלטון החוק ועל ביטויים דמוקרטיים של שלטון הפרושים על-פני העולם כולו.

בחינתם של שינויים אלה, והניסיון למצוא את האיזון הראוי בין קבלת האוטונומיה של הפרט לבין תפקידה של המדינה, נעשים במאמר זה מבעד למשקפי הדוקטרינה המסורתית בדבר ההגנה הדיפלומטית. לאחר הצגת השינויים ההיסטוריים שעברו על מוסד משפטי זה, המאמר בוחן את מעמדו המודרני הן במישור המשפט הבין-לאומי הפומבי והן במישור הלאומי. הוא בוחן את הדוקטרינה ואת התיאוריה בכל אחד מהמישורים הללו ואת האינטראקציה ביניהם.

התקווה שההגנה הדיפלומטית תתייטר לנוכח ריבוי של אמנות זכויות האדם הבין-לאומיות טרם התממשה. אשר על-כן, הגנה דיפלומטית נותרת, למרות כל חסרונותיה, אמצעי חיוני לשיפור מעמד המשפטי של אזרחים השוהים במדינה זרה. אכן, הגלובליזציה מקילה את תנועתם של אנשים, טובין, הון ושירותים באופן שחוצה גבולות, ובכך תורמת להגברת החירות האישית. אולם התופעה של חציית הגבולות

¹⁷⁹ Daniel Béland, *Insecurity, Citizenship and Globalization: The Multiple Faces of State Protection*, 23 *SOCIOLOGICAL THEORY* 25, 27 (2003).

¹⁸⁰ Michael K. Addo, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) ("Breard") and LaGrand (Germany v. United States of America), Applications for Provisional Measures*, 48 *INT'L & COMP. L.Q.* 673, 680 (1999); Peter J. Spiro, *Globalization and the (Foreign Affairs) Constitution*, 63 *OHIO ST. L.J.* 649, 715 (2002). זכויות האדם כזכויות של הפרטים, ולא של המדינה, יש השלכות מקיפות על הגדרת ההגנה הדיפלומטית. הדבר צריך להתבטא לא רק ביכולת של הפרט לכפות את מדינת האזרחות ליתן לו הגנה דיפלומטית, אלא גם בהעדר זכות למדינה לתבוע הגנה על פרט בניגוד לרצונו, בזכות הפרט לפיצויים הנפסקים לטובת מדינת האזרחות וכדומה. ראו Gaja, לעיל ה"ש 15; AMERASINGHE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 434.

נושאת בקרבה גם תופעות שליליות, כגון פשיעה ואלימות בין-לאומיות. אימוצן של דרכים חדשות להתבוננות על מוסד ההגנה הדיפלומטית ושימוש בכלים אנליטיים אשר ירחיבו את תחום תחולתו המצומצם, כמוצע במאמר זה, יכול שיספקו מודל מקיף יותר שיתמודד בהצלחה עם המורכבות העולמית של חציית הגבולות על היבטיה החיוביים והשליליים – מורכבות אשר הדוקטרינה המשפטית המסורתית אינה כשירה להתמודד עימה.

אכן, במישור הלאומי המאמר מצביע על ההזדמנות שחמקה מבין ידיו של בית-המשפט העליון הישראלי בעניין מימון-כהן – ההזדמנות להיות מורה-דרך בהשתתת דרכי חשיבה חדשות ובניסוח קווים מנחים להתמודדות עם המורכבות הנורמטיבית של אכיפת זכויות האדם במישורים הבין-לאומי והלאומי; הזדמנות אשר שופטים ומלומדים בין-לאומיים ולאומיים נטלו לידיהם, בעשותם שימוש בזכות להגנה הדיפלומטית תוך שהם מצהירים עליה כזכות דואלית הן של מדינת האזרחות אך גם – וכאן החידוש – של הפרט הנפגע, ובגוזרם מכוחה חובה חוקתית המוטלת על המדינה, בתנאים מסוימים, ליתן הגנה דיפלומטית לאזרחיה כאשר הם חשופים לפגיעה בזכויות האדם הבין-לאומיות שלהם על-ידי מדינה זרה.

טרנספורמציה זו וההכרה בקיומה של חובה למתן הגנה דיפלומטית במישור הלאומי והבין-לאומי לא יפתרו את כל הבעיות שפרטים מתמודדים עימן במדינות זרות. אולם הכרה כזו תאפשר בכל-זאת לקדם את הפעילות האנושית חוצת הגבולות תוך שמירת הזכויות הקשורות לכך. ההגנה על אזרחים תהא רחבה יותר אם ממשלותיהם יהיו מחויבות ליתן הגנה דיפלומטית מפני הפרות של זכויות אדם בסיסיות. גישה כזו תקדם את המטרה הבסיסית של התמקדות בפרט, אשר ככלות הכל הוא אשר עלול לסבול מהתעללות ומפגיעה בזכויותיו על-ידי המדינה המארחת. יציקת תוכן חדש למוסד ההגנה הדיפלומטית תיצור גם אתגרים חדשים למדינה הריבונית ותתרום לתהליך המתמשך של התאמת תפקידה למציאות של ימינו.