מי מרוויח מהפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי ומי מסוגל להיאבק בה?

ביקורת ספרים על הספר EYAL BENVENISTI & GEORGE W. DOWNS, BETWEEN FRAGMENTATION AND DEMOCRACY: THE ROLE OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS (Cambridge University Press 2017)

שי דותן*

איל בנבנשתי וג׳ורג׳ דאונס מנתחים בספרם החשוב את תופעת הפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי, את הגורמים לה ואת השלכותיה. הם מצביעים על הסכנות הטמונות בקיומם של גופים בעלי סמכויות מתחרות בזירה הגלובלית, ובוחנים כיצד בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים יכולים להקטין את הסכנות הללו. ביקורת ספרים זו תתמקד בשלושה היבטים של הספר: (1) בחינת הגופים שיש להם אינטרס לקדם את הפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי; (2) ניתוח המוסדות שמסוגלים להילחם בפרגמנטציה; (3) בדיקה מה יכול להניע מוסדות להיאבק בפרגמנטציה.

פתיחה. א. סיכום הספר. ב. מי מרוויח מהפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי? 1. מי מרוויח מהעדר יציבות של המשפט? 2. מי מרוויח מהחלשה של משטר המוניטין? 3. האם מדינות חזקות אינן נפגעות מהעדר התחייבות אמינה? **ג. למי יש כוח להילחם בפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי?** 1. מי עצמאי יותר – בתי־משפט לאומיים או בין־לאומיים? 2. איך שיתוף־הפעולה בין בתי־המשפט הלאומיים נשמר? **ד. למה נלחמים בפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי?** 1. למה בתי־משפט בין־לאומיים מגינים על החלשים? **ה. אחרית־דבר.**

---

* פרופסור חבר למשפט בין־לאומי וציבורי, מרכז המחקר iCourts, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת קופנהגן; LLB, LLM ו־PhD בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. מחקר זה מומן על־ידי Danish National Research Foundation Grant No. DNRF105, ונערך בחסות iCourts – The Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts.

פתיחה

בדיחה מפורסמת מספרת על שני חברים הצועדים ביער כשפתאום מזנק לעברם דוב רעב. שניהם מתחילים לברוח בבהלה. אחרי כמה רגעים של בריחה מהדוב, אומר האחד לחברו: ״מה אנחנו עושים? הרי אין לנו סיכוי לרוץ מהר יותר מהדוב. עדיף כבר שננסה להילחם בו״. עונה לו החבר: ״אבל אני לא צריך לרוץ מהר יותר מהדוב; אני צריך רק לרוץ מהר יותר ממך״. ניתן לחקור את תופעת הפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי מהפרספקטיבה של החבר הראשון: לנסות לראות מה ישפר את התנאים בזירה הגלובלית לטובת כולם, אם כולם ישתפו פעולה. בנבנשתי ודאונס, לעומת זאת, מבינים בספרם את המציאות מנקודת־המבט של החבר השני: כדי להסביר מה קורה בשטח באמת, צריך להבין מה האינטרסים של הפרטים והארגונים השונים, אשר חלק גדול מהזמן מתחרים זה בזה ואינם מחויבים האחד לרווחתו של האחר.

תרומתו המשמעותית של הספר מצויה בכך שהוא מסביר בצורה בהירה ועקבית שורה ארוכה של תופעות בזירה הגלובלית. מצד אחד, צורת החשיבה האסטרטגית שהספר מתאפיין בה חיונית לכל דיון נורמטיבי רציני שיתנהל בשאלת ההתמודדות עם תופעת הגלובליזציה. רק לאחר הפנמת התובנה שאי־אפשר לְצַפּות שפרטים וארגונים יתנהגו באופן עקבי לפי ערכים המוכתבים על־ידי החוקר, ניתן לבחון מהן הפרוצדורות שאכן יובילו לתוצאות טובות יותר. מצד אחר, הראייה הרחבה, המשלבת הסברים למוסדות רבים ושונים זה מזה כחלק מסיפור אחד, מאפשרת להבין תהליכי־עומק משמעותיים שמתרחשים בזירה הבין־לאומית. השילוב של ניתוח אסטרטגי ובחינה של מכלול תופעות הקשורות זו לזו הופך את הספר לתרומה משמעותית וייחודית בעולם המשפט.

חלק מהטיעונים החשובים שבספר ראויים לבחינה תיאורטית נוספת. כאשר מנתחים תמריצים של מספר רב של שחקנים, יכולות לעלות שאלות מדוע לשחקן יש תמריץ מסוים, ולא תמריץ אחר, או אם בראייה שונה מעט של הדברים היה אפשר לְצַפּות שהוא יתנהג אחרת. מטרתה של ביקורת ספרים זו להתמקד בנקודות שבהן ניתן לספק הסברים חלופיים לתופעות המתוארות בספר או להטיל ספק בהוכחתו של ההסבר המוצע.

פרק א מקדים לביקורת ניתוח של הנקודות המרכזיות העולות בספר. פרק ב בוחן את השאלה מי מרוויח מהפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי, על ביטוייה השונים. פרק ג בודק מיהם המוסדות המסוגלים מבחינה פוליטית להילחם בפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי, ופרק ד דן בשאלה מדוע מוסדות נלחמים בפרגמנטציה זו. פרק ה הוא אחרית־דבר.

א. סיכום הספר

קיימת נטייה רווחת להניח שכל החלטה בין־לאומית עדיפה על החלטה שהתקבלה בזירה המדינתית. נטייה זו היא פרי העובדה שבמשך מאות שנים התמקדה הפילוסופיה הפוליטית בזירה המדינתית, והזזירה מפני הסכנות הגלומות בה. אך כיום, טוען הספר, חלק גדול מההחלטות החשובות מתקבלות בארגונים בין־לאומיים הנשלטים על־ידי קומץ של מדינות

חזקות, ובעקיפין על־ידי אותם כוחות מסוכנים ששולטים בפוליטיקה המקומית. התפתחות זו הופכת את מנגנוני האיזונים והבלמים ששימשו באופן מסורתי לבלימת הרשות המבצעת ללא־יעילים.[1]

הזירה הגלובלית והארגונים הבין־לאומיים הפועלים בה פרוצים להשתלטות של קבוצות־אינטרס קטנות, כך הסביר בנבנשתי במאמר שכתב עוד בשלהי האלף הקודם.[2] הספר מסביר כי כיום יש מי שנאבק בהשתלטות זו של מיעוט קטן על ההחלטות המשפיעות על כל תושבי כדור־הארץ – בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים.[3]

תופעת הפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי, אשר תוארה עוד קודם לספר במאמר משותף של בנבנשתי ודאונס,[4] כוללת חלוקה של המוסדות הבין־לאומיים ליחידות רבות ונפרדות עם גבולות חופפים ולא־ברורים. תופעה זו מונעת את המדינות החלשות יותר מלשתף פעולה וליצור קואליציות נגד המדינות החזקות, מכיוון שהן אינן יכולות להסכים על ויתורים הדדיים בתחומים שונים כאשר כל תחום מוסדר על־ידי מוסד אחר.[5] התוצאה היא שקבוצה קטנה של מדינות חזקות, אשר נשלטות בתורן על־ידי אליטה שלטונית מצומצמת, מכתיבות את סדר היום הגלובלי.[6]

פרק 2 בספר מסביר שתופעת הפרגמנטציה פוגעת בלגיטימציה ובמוניטין של המשפט הבין־לאומי, ומאפשרת למדינות החזקות לשלוט בלי הפרעה ואף לחרוג מכללי המשפט ללא סנקציה של ממש.[7] מדינות חזקות יכולות לאיים לפרוש מארגונים בין־לאומיים, בהינתן שהן יכולות להיעזר בקלות בארגונים מתחרים. בגלל מורכבותה של הזירה הבין־לאומית, מבנה המוסדות נראה מקרי, אך הוא משקף לעיתים אסטרטגיה של המדינות החזקות, אשר עיצבו את הזירה הבין־לאומית באופן שמועיל להן.[8]

הספר מתאר ארבע אסטרטגיות של פרגמנטציה: (1) יצירת מספר רב של הסכמים צרים עם פונקציות שונות, במקום הסכמים רחבים; (2) יצירת הסכמים באמצעות משא־ומתן חד־פעמי או כזה המתרחש לעיתים רחוקות; (3) הימנעות מיצירת בירוקרטיה או בתי־משפט עצמאיים והגבלת מוסדות כאלה אם נוצרו; (4) העברת הדיון לזירה מתחרה, לעיתים לא־פורמלית או פרטית, כאשר זירה מסוימת פועלת לטובת המדינות החלשות.[9] מבחינה תורת־משחקית, מטרתן של האסטרטגיות הללו היא להקשות על השחקנים החלשים לראות שהם נוטלים חלק

---

1 Eyal Benvenisti & George W. Downs, Between Fragmentation and Democracy: The Role of National and International Courts 1–2 (2017) (להלן: הספר).

2 Eyal Benvenisti, *Exit and Voice in the Age of Globalization*, 98 Mich. L. Rev. 167, 184–186 (1999).

3 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 3.

4 Eyal Benvenisti & George W. Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*, 60 Stan. L. Rev. 595 (2007).

5 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 15.

6 שם, בעמ׳ 4.

7 שם, בעמ׳ 14.

8 שם, בעמ׳ 16.

9 שם, בעמ׳ 18. האסטרטגיות מתוארות בהרחבה שם, בעמ׳ 30–44.

במשחק חוזר, ולפגוע ביכולתם להתגבר על הפערים בין ההעדפות שלהם.[10] נוסף על הטכניקות הללו מתפתחת תופעה של משפט לא־פורמלי שמקל את פעולתן של המדינות החזקות בדרכים מגוונות: (1) שיתוף־פעולה לא־פורמלי בין ממשלות דרך רשתות תיאום; (2) מוסדות לא־מחייבים; (3) שיתוף־פעולה בין ממשלות לשחקנים פרטיים; (4) גופים פרטיים שקובעים סטנדרטים המסייעים לאסדרה.[11]

בתגובה על האסטרטגיות הללו ניסו המדינות החלשות ליצור סיטואציות רבות יותר של משחקים חוזרים, להגביר את העצמאות וההשפעה של בתי־דין וארגונים רב־לאומיים, וליצור קשרים בין הסכמים באופן שיאפשר הקמת קואליציות.[12] הם נקטו מגוון של טקטיקות נגד פרגמנטציה, כגון נסיונות להחיות זירות שננטשו על־ידי המדינות החזקות, מציאת נקודות של מחלוקת בין המדינות החזקות וניצולן, וקידום עקרונות של שוויון, מִנהל תקין ודמוקרטיה, שיכולים לשפר את מצבן בעתיד ואף לסייע להן לשתף פעולה זו עם זו.[13]

פרק 3 בספר מסביר כי הגורמים העומדים מאחורי הפרגמנטציה הם לא בהכרח המדינות החזקות כמדינות, אלא קבוצות־אינטרס קטנות הפועלות בתוכן. הפרק מפנה לספרות שהתחילה בעבודתו פורצת הדרך של מנקור אולסון, שהסבירה מדוע קבוצות קטנות יכולות להפעיל כוח פוליטי גדול יותר מקבוצות מבוזרות גם במדינות דמוקרטיות.[14] קבוצות־אינטרס קטנות יכולות לנצל את כוחן העדיף כדי לשנות את המשפט הבין־לאומי באופן המתאים להן. על־ידי עיגון הפתרונות המועדפים עליהן באמנות שאינן ניתנות לשינוי באופן חד־צדדי על־ידי מדינה יחידה, קבוצות אלה מגינות על עצמן מפני כוחם של הבוחרים ומפני נסיונות אסדרה שיכולים לפגוע בהם.[15] משא־ומתן בזירה הבין־לאומית נסתר לרוב מעיני הציבור, ומאפשר לקבוצות־האינטרס הקטנות להפעיל את השפעתן ללא התנגדות משמעותית.[16] כך, לדוגמה, ניתן להתגבר על אסדרה שמגבילה חוזים בזירה המדינתית על־ידי חתימה על אמנה שמסיטה את העסקה לזירה הבין־לאומית.[17] החסינות שארגונים בין־לאומיים נהנים ממנה מאפשרת לקבוצות־האינטרס השולטות בהן להמשיך להשפיע ללא התערבות משפטית.[18]

קבוצות־האינטרס הקטנות הצליחו ליצור מסגרת משפטית שאפשרה להן לשלוט במשא־ומתן הבין־לאומי, מצד אחד, לשמר את כוחן של האמנות שנוצרו, מצד אחר, ולהתחמק

---

10 שם, בעמ׳ 28.

11 שם, בעמ׳ 41–42.

12 שם, בעמ׳ 19.

13 שם, בעמ׳ 44–49.

14 ראו (להלן: Olson, Collective Action) Mancur Olson, The Logic of Collective Action 33–34 (1965). בקבוצות קטנות לכל פרט בקבוצה יש אינטרס להשקיע למען הכלל, כי התמורה שהוא יקבל בעבור השקעתו זו תהא גדולה מספיק. בקבוצות גדולות, לעומת זאת, משתלם לכל אחד לרכוב כטרמפיסט על המאמץ של אחרים, וכך כל הקבוצה משפיעה פחות. ראו גם Mancur Olson, The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities 74 (1982).

15 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 52.

16 שם, בעמ׳ 55–56.

17 שם, בעמ׳ 60.

18 שם, בעמ׳ 60–61.

ממחויבויותיהן בקלות יחסית, מצד שלישי.[19] בשלב המשא־ומתן על האמנות כוח ההשפעה של קבוצות־האינטרס גדול במיוחד, כי הן יכולות לפקח על נציגי המדינה ולהעביר להם מידע מוטה. לעיתים קבוצות־האינטרס יכולות להשפיע גם בשלב האשרור של האמנה.[20] מרגע שהאמנה בתוקף יתקשו מתנגדיה לשנותה, משום שהדבר מחייב תיאום בין מדינות שיש להן אינטרסים מתחרים. עד סוף שנות התשעים, כפי שהראה בנבנשתי במאמר משנת 1993,[21] מיאנו גם בתי־משפט לאומיים להפעיל ביקורת שיפוטית משמעותית על אמנות המנוגדות למשפט המקומי או על מדיניות לאומית המנוגדת למוסכם באמנות.[22]

העדר ביקורת שיפוטית של ממש על הפרות של אמנות בין־לאומיות פירושו, למעשה, שמדינות חזקות יכולות לסטות מהן כל אימת שהדבר משתלם להן.[23] בתי־המשפט הלאומיים נמצאו במצב של מירוץ לתחתית – הם נמנעו מלהגביל את הממשלה שלהם כדי לא לפגוע ביתרון התחרותי שלה מול ממשלות אחרות.[24]

קבוצות־אינטרס קטנות מנצלות את הגלובליזציה כדי להגדיל את רווחיהן על־חשבון קבוצות רחבות יותר בארבע דרכים: (1) הגלובליזציה מאפשרת יציאה קלה יותר לשווקים אחרים ולמקלטי־מס, באופן המגדיל את כוח המיקוח של קבוצות־האינטרס מול מדינותיהן; (2) מדינות רבות מתחרות ביניהן על משקיעים, כך שהללו יכולים לסחוט מהן ויתורים משמעותיים; (3) ההחצנות בין מדינה למדינה גדולות מאוד בעולם גלובלי, מה שמאפשר לשחקנים חזקים במדינה א להשפיע על חייהם של אזרחים במדינה ב, ואף להתערב בפוליטיקה המקומית שם; (4) הבעיות בעולם הגלובלי, דוגמת הטרור או שינויי האקלים, מחייבות מענה קולקטיבי, מה שמגדיל את הצורך בארגונים בין־לאומיים, ולקבוצות־אינטרס קטנות יש השפעה משמעותית על ארגונים אלה, כמתואר לעיל.[25]

פרק 4 עוסק ביכולתם של בתי־משפט בין־לאומיים לחזק את הדמוקרטיה ברמה הלאומית וברמה הגלובלית. הבעיה היא שמדינות אומנם מרוויחות מבתי־משפט שנראים עצמאיים ולגיטימיים, אך לא ברור עד כמה הן יסכימו לשאת בתי־משפט בין־לאומיים עצמאיים שמגבילים באופן מהותי את פעולותיהן. השאלה מתי בתי־משפט הם עצמאיים תלויה לא רק בכללים שהם פועלים לפיהם, אלא גם בסביבה הפוליטית – כאשר יש עימות פוליטי בין מדינות שונות או בין זרועות השלטון באותה מדינה, לבתי־המשפט יש עצמאות רבה יותר.[26] שורה ארוכה של חוקרים גילו את התופעה הכללית הזו: עימותים מגבירים את כוחם של בתי־המשפט, ותופעה זו חלה גם בזירה הגלובלית. יתר על כן, בתי־משפט אינם צריכים להמתין

---

19 שם, בעמ׳ 65–66.
20 שם, בעמ׳ 66–67.
21 Eyal Benvenisti, *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, 4 EUR. J. INT'L L. 159 (1993). ראו גם את הגרסה העברית של המחקר: איל בנבנשתי ״השלכות שיקולי ביטחון וקשרי־חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ״ **משפטים** כא 221 (1992).
22 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 71.
23 שם, בעמ׳ 74–77.
24 שם, בעמ׳ 78.
25 שם, בעמ׳ 79–81.
26 שם, בעמ׳ 87–88.

באפס מעשה להיווצרות תנאים של עימות בין גורמים פוליטיים; הם יכולים לפעול ולחזק באופן מכוון גורמים חלשים יחסית, כגון פרלמנטים, ובכך להגדיל את יכולתם להתעמת עם הרשות המבצעת, החזקה יותר.[27] בזירה הבין־לאומית בתי־משפט בין־לאומיים יכולים לחזק מדינות חלשות, וכך ליצור תחרות שמועילה להם לשמר את עצמאותם.[28]

עליית כוחן של מדינות מתפתחות צפויה להקטין את הפער בינן לבין המדינות המפותחות, ובכך להגדיל את העימותים, המסייעים כאמור לבתי־משפט בין־לאומיים להיות עצמאיים יותר.[29] עימותים תוך־מדינתיים, לעומת זאת, אינם צפויים אומנם להגדיל את עצמאותם של בתי־משפט בין־לאומיים אלא במקרים פרטניים ונקודתיים, אך בתי־משפט בין־לאומיים יכולים להרוויח גם מחיזוקם של בתי־משפט לאומיים. בתי־משפט לאומיים נהנים לרוב משופטים המוגנים באופן מלא, מלגיטימציה גבוהה יותר מבתי־משפט בין־לאומיים, וממצב שבו הרשויות האחרות אינן יכולות להימלט מסמכותם, ולכן עצמאותם של בתי־משפט לאומיים גדולה לרוב מזו של בתי־משפט בין־לאומיים.[30] כוחם של בתי־המשפט הלאומיים מודגש במאמר מוקדם יותר של בנבנשתי, המתאר את תפקידם החשוב של בתי־משפט לאומיים בשנים האחרונות באכיפת המשפט הבין־לאומי.[31]

הפרגמנטציה בזירה הגלובלית מקטינה את התחרות בין המדינות השונות הכפופות לסמכותם של בתי־המשפט הבין־לאומיים. התוצאה היא ששופטים בבית־משפט בין־לאומי מודעים לכך שקבוצה קטנה של מדינות חזקות יכולה לפגוע בהם קשות, ועקב כך הם זהירים במיוחד ועצמאיים פחות בפסיקתם.[32] ייתכן שהתגברות התחרות בין המדינות המפותחות למדינות המתפתחות תבלום נטייה זו, ותוביל לפסיקות שמשרתות פחות את האינטרסים של המדינות החזקות.[33]

פרק 5 מתמקד בתפקידם החשוב של בתי־משפט לאומיים בריסון התערבותה של הרשות המבצעת. ממצב שבו בתי־משפט לאומיים התייחסו בעוינות לשימוש במשפט הבין־לאומי, שבו ראו סכנה לריבונות מדינתם, כפי שבנבנשתי עצמו תיאר בראשית שנות התשעים,[34] הם עברו לאחרונה לראות בהישענות על המשפט הבין־לאומי כלי לריסון הלחצים החיצוניים המופעלים על מדינתם ולכן אמצעי היכול לסייע לה. רוב מדינות העולם – למעט ארצות־הברית החזקה, שאינה מאוימת על־ידי הגלובליזציה – יכולות להרוויח מדחיקת לחצים חיצוניים באמצעות הישענות על המשפט הבין־לאומי, אך כדי שבתי־משפט לאומיים יהיו אפקטיביים בפעולה זו, הם צריכים לפעול יחד. החלת המשפט הבין־לאומי פועלת לטובת

---

27 שם, בעמ׳ 92.
28 שם, בעמ׳ 99.
29 שם, בעמ׳ 94.
30 שם, בעמ׳ 96–97.
31 Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AM. J. INT'L L. 241 (2008).
32 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 100–101.
33 שם, בעמ׳ 104.
34 ראו לעיל ה״ש 21.

האינטרס הקולקטיבי, ולכן בתי־משפט לאומיים יכולים להחילו אם הם מאמינים שגם בתי־משפט לאומיים אחרים יעשו זאת.[35]

פרק 5 מסביר כי הרתיעה של בתי־משפט לאומיים מהתערבות בענייני הממשלה נשענה על שלוש הנחות: (1) דיפלומטיה היא עניין לרשות המבצעת, והיא מנותקת מהזירה הפנימית, שבה שולט החוק המקומי; (2) הממשלה מייצגת את כל מי שמושפע מהחלטותיה בצורה טובה; (3) הממשלה מסוגלת לנהל את הדיפלומטיה באופן טוב יותר לבדה, ללא התערבות שיפוטית. כיום שלוש ההנחות הללו כבר אינן נכונות: להחלטות בזירה הבין־לאומית יש השפעה גדולה בתוך המדינה; הממשלות אינן מייצגות נאמנה את כל מי שמושפע מהחלטותיהן, בגלל הכוח המוגזם של קבוצות־אינטרס קטנות;[36] וכיום בית־המשפט מסייע בהקלת הלחץ החיצוני על הממשלה שלו. באשר לנקודה האחרונה, בית־המשפט עושה זאת באמצעות כבילת הרשות המבצעת על־ידי החלטות שיפוטיות. מודלים של משחק דו־שלבי מדגימים כיצד שחקן שכבול על־ידי שחקן אחר יכול להגדיל את כוחו מול שחקן שלישי.[37] באופן דומה, דווקא מכיוון שבית־המשפט הלאומי כובל את הרשות המבצעת של מדינתו, הוא מחזק את כוח המיקוח שלה מול לחצים חיצוניים.[38] התערבותם של בתי־המשפט הלאומיים מחזקת את יכולתם להשפיע על המשפט הבין־לאומי הן על־ידי יצירת מנהג בין־לאומי והן על־ידי הבהרה לבתי־המשפט הבין־לאומיים – אשר זקוקים לבתי־המשפט הלאומיים לשם אכיפת החלטותיהם – שבתי־המשפט הלאומיים דורשים כיום להיות שחקנים מרכזיים בעיצוב המשפט הבין־לאומי.[39]

כדי להצליח במשימתם להשפיע על המשפט הבין־לאומי, בתי־משפט לאומיים צריכים לשתף פעולה זה עם זה משתי סיבות: ראשית, אם בית־משפט לאומי מחיל במדינתו סטנדרטים שמקשים את המלחמה בטרור בהשוואה למצב במדינות שכנות, לדוגמה, יש סכנה שמדינתו תיהפך למקלט בטוח לטרוריסטים, אשר יעבירו אליה את פעילותם משייווכחו כי בה נוח להם יותר לפעול; שנית, כאשר בית־משפט פועל לבדו, יש חשש שיופעל על מדינתו לחץ בין־לאומי להתאים את עצמה למקובל במדינות שכנות.[40]

הספר עמוס בראיות המוכיחות כי בתי־משפט מודעים לצורך בשיתוף־פעולה.[41] מבחינה תורת־משחקית, מכיוון שמדובר במשחק חוזר, יש אפשרות שבתי־המשפט ישתפו פעולה זה עם זה.[42] בתי־משפט יכולים לשתף פעולה באמצעות שיתוף במידע וביקורת על בתי־המשפט שחורגים מהקו המקובל על רוב בתי־המשפט, במקביל להפניות חיוביות לבתי־משפט

35 שם, בעמ׳ 105–107.
36 שם, בעמ׳ 110–111.
37 Robert D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, 42 INT'L ORG. 427 (1988).
38 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 115.
39 שם, בעמ׳ 116–117.
40 שם, בעמ׳ 117–118.
41 שם, בעמ׳ 118.
42 שם, בעמ׳ 119.

שפסיקותיהם זוכות בהסכמה רחבה.[43] פרק 5 מתאר, כדוגמה לכך, את הדרישות שבתי־משפט לאומיים מציגים למדינותיהם בנוגע לאמצעים למלחמה בטרור, תוך שהם מודעים לעמדותיהם של בתי־משפט לאומיים אחרים בנושא זה ואף מושפעים מהן.[44] מאוחר יותר הפרק מדגים מגמות אלה בנוגע לסוגיות של איכות הסביבה והגירה.[45]

המסקנה מניתוח זה היא שבתי־משפט לאומיים מתחילים להשתמש במשפט בין־לאומי בהרחבה ככלי להגן על העצמאות של מדינותיהם אל מול לחץ חיצוני או על העצמאות שלהם עצמם אל מול לחץ הממשלה במדינתם.[46] עם זאת, בתי־המשפט ממשיכים לשרת את האינטרס המדינתי, וכאשר הנזק שנגרם לאינטרס המדינתי מהתערבות שיפוטית עולה על התועלת משיתוף־פעולה שיפוטי, בתי־המשפט לא יתערבו.[47]

פרק 6 מסביר כיצד בתי־משפט בין־לאומיים, למרות מגבלות עצמאותם, יכולים לסייע לבתי־המשפט הלאומיים לשתף פעולה זה עם זה.[48] בתי־המשפט הלאומיים מגבילים את יכולתם של ארגונים בין־לאומיים לפעול באין מפריע. פסיקותיהם של בתי־המשפט הלאומיים מעצבות את המשפט הבין־לאומי המנהגי, ובתי־המשפט הבין־לאומיים מודעים לכך ומשתמשים בפסיקות אלה.[49] בתגובה, מדינות יכולות להעביר החלטות חשובות לארגונים בין־לאומיים וכן לאפיקים לא־פורמליים, לאסדרה פרטית ולבוררות פרטית, וכך לצמצם את הנושאים שבהם בתי־המשפט יכולים להשפיע.[50] בתי־משפט בין־לאומיים מתקשים בהגבלת ארגונים בין־לאומיים, ויצליחו בכך רק כאשר יש מחלוקת בין המדינות שמונעת אותן מלהסכים על שינוי אמנה או מלאיים ביציאה מהארגון. לרוב בתי־המשפט הבין־לאומיים אינם עצמאיים, ואינם יכולים להגביל את המדינות החזקות.[51]

בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים יכולים להרוויח משיתוף־הפעולה ביניהם. בתי־המשפט הלאומיים נהנים מעצמאות רבה יותר ומתמיכה ציבורית חזקה יותר. לבתי־המשפט הבין־לאומיים, לעומת זאת, יש יכולת עדיפה לבדוק את הציות של כל מדינה באופן נקודתי. נוסף על כך, בתי־משפט בין־לאומיים יכולים לקבל את הפרשנות של בתי־המשפט הלאומיים לדין, ולהפוך אותה ללגיטימית באופן שיפעיל לחץ על בתי־משפט לאומיים שסוטים מן השורה.[52] עם זאת, יש פוטנציאל למחלוקת בין בתי־משפט בין־לאומיים, הדורשים ציות לפסיקותיהם, לבין בתי־משפט לאומיים, שרוצים לשמור על שיקול־דעתם לפרש וליישם את הפסיקות

---

43 שם.
44 שם, בעמ׳ 127–128.
45 שם, בעמ׳ 130–143.
46 שם, בעמ׳ 143.
47 שם, בעמ׳ 145.
48 שם, בעמ׳ 149.
49 שם, בעמ׳ 151.
50 שם, בעמ׳ 152.
51 שם.
52 שם, בעמ׳ 153.

הללו.[53] יש לקוות שככל שיגדל הניסיון של בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים בשיתוף־פעולה אלה עם אלה, יגדל גם הכבוד ההדדי ביניהם, והחיכוך ביניהם יפחת.[54]

פרק 7 טוען כי התערבות של גוף אנטי־רובני כבית־המשפט אינה פוגעת בשיח הדמוקרטי, מכיוון שהיא מבטיחה שהאינטרסים של קבוצות רחבות יותר באוכלוסייה יקבלו ביטוי של ממש.[55] בתי־משפט לאומיים מומחים בגילוי עובדות, ויכולים להפיץ מידע אמין שישרת את השיח הציבורי. נוסף על כך, בתי־משפט מחזקים את הגורמים החלשים יותר בדמוקרטיה, כולל מפלגות אופוזיציה, בירוקרטים וממשל מקומי, ובכך מקטינים את הסיכוי שממשלה חזקה תגביל את כוחם. במקביל הם מגדילים את החיכוך בין הרשויות השונות, מה שמוביל להפצה של מידע.[56] בתי־משפט גם אוכפים סטנדרטים של משפט מנהלי שמגבירים את השקיפות השלטונית, ונאבקים על זכויות כחופש הביטוי וחופש המידע, אשר מגדילות את המידע שבידי הציבור הרחב. נוסף על כך, בתי־משפט משמשים בעצמם זירה של עימות בין אינטרסים מנוגדים שמייצרת מידע חשוב.[57] בתי־משפט אינם סוגרים את הדיון הציבורי בפסק־דין אחד, אלא מובילים לתגובה של הרשות המבצעת שמערבת לעיתים גם את הפרלמנט בניסיון לשנות את החוק. הדיאלוג השיפוטי שנוצר מפיץ מידע לציבור.[58]

בתי־משפט יכולים לשתף פעולה זה עם זה בגיבוש סטנדרטים משותפים הנדרשים מן המדינות. עם זאת, המחויבות העליונה של בתי־משפט לאומיים היא למדינתם, ביודעם שהם זקוקים לתמיכה ציבורית כדי לשרוד. לכן בתי־משפט לאומיים לא יגבילו את הרשות המבצעת באופן שיפגע בכלכלת מדינתם, לדוגמה.[59]

בתי־משפט בין־לאומיים מגינים על הדמוקרטיה בשלוש דרכים נוספות: (1) הם נאבקים למען מיעוטים המבודדים מהעשייה הפוליטית, ואף למען קבוצות רחבות שאינן יכולות להתארגן ולהשפיע על הפוליטיקה; (2) הם יכולים לחזק את בתי־המשפט הלאומיים מול הגופים הפוליטיים במדינותיהם; (3) הם יכולים למנוע לחצים של מדינות חזקות או תאגידים רב־לאומיים על מדינות, על־ידי אכיפת סטנדרטים משפטיים על גופים המנסים להתחמק מהם.[60]

ניתן לכאורה לחשוש שבתי־משפט של מדינות חזקות ינצלו את כוחם העדיף כדי לשרת את האינטרסים של מדינתם על־חשבון מדינות חלשות. עם זאת, הסכנה הגלומה בבתי־משפט בהקשר זה קטנה מזו הנשקפת מהרשות המבצעת, מכיוון שבתי־משפט מתמחים באסטרטגיות של דה־פרגמנטציה ויצירת משפט ברור ונגיש, בעוד הרשות המבצעת מתמחה בטכניקות פרגמנטציה של הפרד ומשול.[61] על־ידי שיתוף־פעולה עם בתי־משפט אחרים, בתי־משפט

---

53 שם, בעמ׳ 163.
54 שם, בעמ׳ 164.
55 שם, בעמ׳ 165.
56 שם, בעמ׳ 169–170.
57 שם, בעמ׳ 170.
58 שם, בעמ׳ 172.
59 שם, בעמ׳ 174.
60 שם, בעמ׳ 174–175.
61 שם, בעמ׳ 177.

לאומיים מסוגלים להתמודד עם לחצים של מדינות חזקות וחברות פרטיות, והסכנה הדמוקרטית שהם מציגים קטנה בהרבה מזו הטמונה בארגונים בין־לאומיים, כמפורט לעיל.[62]

חשש נוסף הוא שבתי־משפט בין־לאומיים לוקים בכשל אנטי־רובני, מכיוון שהם אינם נבחרים על־ידי הציבור במדינות שתחת סמכותם ואינם מייצגים אותו.[63] תשובתו של הספר לבעיה זו היא שהתפיסה המסורתית של דמוקרטיה אינה מתאימה לעולם הגלובלי החדש. כל דמוקרטיה צריכה להביא בחשבון את האינטרסים של זרים אשר אינם בעלי זכות בחירה בתוכה אך מושפעים ממדיניותה. מכיוון שכך, התערבות של בתי־משפט בין־לאומיים במטרה לחזק את אותם גורמים שאין להם השפעה פוליטית מתחייבת מערכי הדמוקרטיה. אכן, בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים פועלים להגנה על זרים בתחומים מגוונים. נוסף על כך, בתי־משפט בין־לאומיים מאפשרים למדינות מתפתחות להשפיע על החלטות פוליטיות רלוונטיות במדינות מפותחות.[64]

הספר מתאר שלוש בעיות נוספות שעולות מהתערבות של בתי־משפט:

1. התערבות זו עלולה להפוך את הארגונים הבין־לאומיים ללא־אפקטיביים. אולם כנגד זה יש לזכור כי התערבות של בתי־משפט יכולה להגדיל את ההשפעה של קבוצות רחבות יותר על מקבלי החלטות, וכי היא מרוסנת על־ידי הצורך בשיתוף־פעולה בין בתי־משפט ובציות מצד מדינות וארגונים בין־לאומיים, נוסף על תלותם של בתי־המשפט בתמיכה ציבורית.
2. בטווח הקצר התערבות שיפוטית עלולה לפגוע בלגיטימיות של ארגונים בין־לאומיים. לעומת זאת, ייתכן בהחלט שביקורת תוביל לשיפור בפרוצדורות של ארגונים בין־לאומיים, ובכך דווקא תגביר את הלגיטימיות שלהם בטווח הארוך.
3. התערבות של בתי־משפט לאומיים עלולה להניע ממשלות של מדינות חזקות לנקוט אמצעים כדי לברוח מביקורת. מדינות כבר מנסות להימלט מביקורת על־ידי העברת החלטות חשובות לאסדרה לא־פורמלית ונקיטת מדיניות של הפרטה, לדוגמה. גם סכנה זו אינה גדולה כל־כך בהכרח – הן מכיוון שבתי־משפט מסוגלים להגיב בהחלה של פיקוח משפטי גם על גורמים פרטיים, והן מכיוון שמדינות חזקות מרוויחות מקיומם של משטרים יציבים כארגונים בין־לאומיים לגיטימציה ויכולת אכיפה מוגברת, ולכן הן לא יוותרו עליהם בקלות רבה כל־כך.[65]

הספר מסתיים בניתוח פסק־הדין המפורסם של בית־המשפט האירופי בעניין *van Gend en Loos*,[66] שקבע כי משפט האיחוד מקנה באופן ישיר זכויות לפרטים, אשר יכולים להסתמך עליהן בבואם לפני בתי־משפט לאומיים. ניתוח אסטרטגי של התנהגות בית־המשפט האירופי מלמד כי בית־המשפט סבר כי שיתוף־פעולה עם בתי־המשפט הלאומיים יכול להגן על המדינות החלשות יותר באיחוד (בלגיה, הולנד ולוקסמבורג) מפני לחץ של המדינות החזקות.

---

62 שם, בעמ׳ 178–179.

63 שם, בעמ׳ 179.

64 שם, בעמ׳ 180–183.

65 שם, בעמ׳ 183–187.

66 Case 26/62, NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratis der Belastingen, [1963] ECR 1.

באופן דומה, בזירה הגלובלית שיתוף־פעולה בין בתי־המשפט הלאומיים יכול להגן על המדינות המתפתחות. יחד עם בתי־המשפט של המדינות החלשות באיחוד, בית־המשפט האירופי עצמאי דיו להגן על זכויות האזרחים. כך, התערבות של בתי־משפט לאומיים דווקא מגינה על הדמוקרטיה, במקום לפגוע בה.[67]

ב. מי מרוויח מהפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי?

1. מי מרוויח מהעדר יציבות של המשפט?

משמעותה העיקרית של תופעת הפרגמנטציה שבה עסקינן היא העדר משפט בין־לאומי יציב ואכיף. ברגע שהמוסדות האמורים לאכוף את המשפט מוחלשים, וכל גוף חזק מספיק יכול להימנע מלציית, המשפט אינו חסם של ממש בפני בעל הכוח הנוכחי. על רקע זה עולה השאלה: האם למדינות החזקות ביותר כיום בעולם המפותח יש אינטרס משמעותי למנוע היווצרות של משפט בין־לאומי יציב בעל מוסדות חזקים? נדמה שהתשובה לשאלה הזו היא שהדבר משתלם למדינות החזקות רק אם הן צופות שהן ימשיכו לשמור על ההגמוניה שלהן גם בעתיד.

הספרות המשפטית טענה כי כאשר צפויים חילופי שלטון מהירים במדינות דמוקרטיות, משתלם למפלגה השולטת כרגע ליצור בית־משפט חזק, כדי שההסכמים שעליהם חתמה עם קבוצות־אינטרס ייאכפו על־ידי בית־המשפט גם אחרי תום תקופת שלטונה.[68] באופן דומה ניתן לטעון כי אם מדינות מפותחות סוברות כי חלק מהמדינות המתפתחות יתחזקו בעתיד ביחס למצבן כיום, אזי זהו דווקא האינטרס של המדינות החזקות כיום ליצור משטר בין־לאומי יציב עם מוסדות מתפקדים, שיאפשר להן לשמר את ההסכמות שהן הגיעו אליהן עם קבוצות־אינטרס גם כאשר כוחן ייחלש.

למעשה, יש חוקרים הטוענים כי חלק מהמניע לגל העולה של ביקורת חוקתית במדינות דמוקרטיות, וביניהן ישראל, הוא חששה של האליטה השולטת כיום שהיא תאבד מכוחה, ורצונה ליצור מערך של זכויות שיובטח לה גם כאשר היא תוחלף בהגמון אחר.[69] ניתן להקיש מכך שגם במשפט הבין־לאומי מדינות ששולטות כיום וצופות שהן יאבדו את הבכורה בעתיד צריכות לפעול לגיבוש משפט שאינו ניתן לשינוי על־ידי מי שיחליף אותן בשלטון. נכון

---

67 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 187–193.

68 William M. Landes & Richard A. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 J.L. & ECON. 875 (1975); J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. LEGAL STUD. 721, 725 (1994); TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 25 (2003).

69 Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*, 25 L. & SOC. INQUIRY 91, 138 (2000); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 44, 214 (2004); Michael Mandel, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, 33 ISR. L. REV. 259 (1999).

שלהגמון הנוכחי הדבר המיטבי הוא לשלוט ללא כל מגבלה, אך אם אובדן השלטון נראה באופק, עדיף להגמון לבטח את עצמו על־ידי כבילת מחליפיו העתידיים.

הקריאה בספרם של בנבנשתי ודאונס מעלה את השאלה מדוע המדינות השולטות כיום בעולם אינן טורחות לבטח את עצמן מפני ירידה בכוחן בעתיד על־ידי יצירת משפט אחיד עם מוסדות קבועים.[70] הספר טוען כי דווקא המדינות החלשות כיום הן שנאבקות לגיבוש עקרונות בסיסיים של שלטון החוק,[71] שאולי יכולים לעזור להן כיום אך יהיו שימושיים במיוחד כדי להגן על המדינות החזקות בעתיד אם יאבדו מכוחן. תשובה אפשרית אחת היא שההגמוניה של המדינות החזקות יציבה מספיק, כך שאין להן חשש מהעתיד או צורך לבטח את עצמן באופן זה. השאלה אם זה אכן המצב היא אמפירית, ואי־אפשר לבחון אותה בגבולות ביקורת זו. יש לציין, עם זאת, שהספר עצמו גורס כי צפויה עלייה בכוחן של המדינות המתפתחות.[72]

אפשרות אחרת, מעניינת יותר, היא שמשפט בין־לאומי יציב הוא אולי אינטרס ארוך־טווח של המדינות החזקות, אך מי שבאמת מושך בחוטים ומשפיע על הפרגמנטציה הן קבוצות־אינטרס קטנות במדינות החזקות, שאינן מחויבות למה שיועיל למדינה כולה בעתיד, אלא רק למה שיועיל למגזר הצר שלהן בהווה. הספר הרי מדגים כי העולם נשלט על־ידי המדינות החזקות, אשר נשלטות בתורן על־ידי קבוצות־אינטרס קטנות. לא מן הנמנע אם כן שקבוצות־האינטרס הקטנות בתוך המדינות החזקות יניעו תהליכים שיועילו להן גם אם הם יפגעו במדינות שמתוכן הן פועלות.

פתרון אפשרי זה מעלה כמובן את השאלה אם קבוצות־האינטרס הקטנות חזקות דיין לגרום לכך שהמדינות החזקות יפעלו בניגוד לאינטרס שלהן כמדינה. ניתן לשאול את השאלה הזו בשני היבטים: היבט נקודתי והיבט רחב יותר. בהיבט הנקודתי, הספר דן בתהליכי המשא־ומתן האופייניים לחתימה על אמנות, ומדגים את כוחן הרב של קבוצות־האינטרס בהשתלטות על תהליכים אלה.[73] הדבר ייתכן בהחלט, אך מעלה את השאלה, מנקודת־המבט הרחבה יותר, מדוע מדינות רבות ושונות זו מזו יְיַצרו ויְתַחזקו – במקביל ולאורך שנים רבות כל־כך – תהליכים הפוגעים ברצון הרוב. בהתעלם מהאפשרות של תאונה היסטורית, נראה שהסיבה האפשרית היחידה לכך היא שהרוב אינו חזק דיו להתמודד מול קבוצות־האינטרס הקטנות.

הספר מציע תימוכין תיאורטיים חזקים לטענה זו, הנשענים על תיאוריה כלכלית המעוגנת היטב בספרות. ליבה של הספרות הזו היא הטענה כי קבוצות־אינטרס קטנות יכולות לעבוד כגוף אחד משום שלפרטים המועטים שבהן לא משתלם לרכוב כטרמפיסטים על מאמץ של אחרים,[74] ומשום שקל יותר להפיץ מידע בתוך קבוצה קטנה ממין זה.[75] בעולם גלובלי

---

70 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 187. הספר גורס כי למשטרים יציבים כגון ארגונים בין־לאומיים ואמנות מפורטות יש יתרונות מבחינת המדינות ההגמוניות, מפני שניתן לאכוף אותם ביעילות והם מספקים לגיטימציה לחברים בהם. כלומר, הספר מכיר בכך שמי שמסוגל לעצב את המשטר המשפטי כרצונו, משתלם לו שהמשטר הזה יהיה יציב ויחייב את כולם, כולל את מתחריו הפוטנציאליים.

71 שם, בעמ׳ 46.

72 שם, בעמ׳ 94.

73 שם, בעמ׳ 66–71.

74 ראו Olson, Collective Action, לעיל ה״ש 14, בעמ׳ 33–34.

לקבוצות אלה יש יתרון נוסף בדמות היכולת לאיים שהן יעברו למדינה אחרת וישללו ממדינתן עסקאות נחשקות והכנסה ממיסים.[76]

אף־על־פי שהטיעון הכלכלי בזכות כוחן הרב של קבוצות האינטרס הקטנות הוא הטיעון המקובל בספרות, חשוב לציין כי לאחרונה יש הקוראים עליו תיגר. גונר טרומבול טוען בספרו כי במדינות דמוקרטיות מתקדמות אינטרסים מבוזרים מצליחים פעמים רבות להתגבר על קבוצות־אינטרס צרות. הסיבה לכך היא שהקושי המרכזי בשיתוף־פעולה בקבוצות־אינטרס הוא לא הבעיה של טרמפיסטים הנהנים ממוצר ציבורי מבלי לשאת במחיר; הבעיה האמיתית היא ליצור נרטיב המספק לפרטים הצדקה לפעולה. דווקא בקבוצות־אינטרס קטנות קשה יותר לגבש נרטיב מצדיק, מכיוון שהוא ייחשף על־ידי העיתונות כאגואיסטי וכמנותק מטובת הכלל. לקבוצות רחבות יותר באוכלוסייה יש יתרון בהיבט הזה, והן יכולות ליצור נרטיב מצדיק שיסייע להן להתארגן.[77] כדי להניע תהליכים של ממש במדינה, יש צורך בשיתוף־פעולה בין שניים מתוך שלושה שחקנים מרכזיים: (1) הממשלה; (2) קבוצות־אינטרס צרות; (3) אקטיבסטים המייצגים את הציבור הרחב. בתנאים מסוימים הציבור הרחב יכול להתאגד באופן שמאפשר לו ליצור קואליציה עם הממשלה, הנתמכת בנרטיב מצדיק חזק, וכך להתגבר על קבוצות־האינטרס הקטנות.[78]

המדינות החזקות בספרם של בנבנשתי ודאונס הן דווקא מדינות דמוקרטיות מתקדמות הנהנות מעיתונות חופשית, אשר לפי תיאורו של טרומבול לא ייפלו בקלות ברשתן של קבוצות־אינטרס קטנות. ניתן לצפות שלפחות חלק מהמדינות החזקות ינהגו באופן שתואם את האינטרסים של רוב הציבור בתוכן. לכן, מי שסובר כי המדינות החזקות עומדות לאבד מכוחן בעתיד אמור לצפות שהן יְבַטחו את עצמן על־ידי גיבוש המשפט הבין־לאומי וכלים אפקטיביים לאכיפתו. הטוען כי המדינות החזקות אינן עושות כן, כפי שטוענים בנבנשתי ודאונס, צריך להסביר מדוע. לחלופין, ייתכן שחלק מהכוחות הנלחמים בפרגמנטציה, כגון בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים, עושים זאת בתמיכתן של מדינות חזקות הרוצות לבטח את עצמן מפני אובדן ההגמוניה העולמית שלהן.

2. מי מרוויח מהחלשה של משטר המוניטין?

בנבנשתי ודאונס מדגישים בספרם כי אחת הסכנות בפרגמנטציה היא פגיעה במוניטין של המשפט הבין־לאומי כמערכת אחידה.[79] אכן, מאמר קודם של דאונס מדגים את הסכנה שביצירת משטרי מוניטין מרובים באופן שהפרה בתחום אחד של המשפט הבין־לאומי לא

---

75 Susanne Lohmann, *An Information Rationale for the Power of Special Interests*, 92 AM. POL. SCI. REV. 809, 812 (1998).

76 Eyal Benvenisti, *The Margin of Appreciation, Subsidiarity and Global Challenges to Democracy*, 9 J. INT'L DISP. SETTLEMENT 240, 247 (2018).

77 GUNNAR TRUMBULL, STRENGTH IN NUMBERS: THE POLITICAL POWER OF WEAK INTERESTS 18 (2012).

78 שם, בעמ׳ 22–26.

79 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 14.

תשפיע על המוניטין של המדינה המפֻרה ביחס לסוגיות אחרות.[80] הטיעון המרכזי הוא פשוט: בתחומים שונים יש עלויות ציות שונות, מצד אחד, וחשיבות שונה לשמירה על מוניטין גבוה, מצד אחר. לכן מוניטין של מדינה בתחום זכויות האדם, לדוגמה, אינו צריך להשפיע על המוניטין שלה בתחום איכות הסביבה.[81]

הספר המרכזי על מוניטין במשפט הבין־לאומי, שנכתב על־ידי אנדרו גוזמן, חולק על תובנה זו. גוזמן מסביר כי מוניטין של מדינות מנבא למעשה את מידת נכונותן לשאת בהפסדים הגלומים בציות למשפט הבין־לאומי בעבור תמורה עתידית בדמות שותפות בקהילה הבין־לאומית. המשתנה החשוב כאן הוא שיעור הריבית לצורכי היוון (discount rate) של המדינה – כמה היא מעריכה את העתיד בהשוואה להווה. אם המדינה מעריכה את העתיד כחשוב ביחס להווה,[82] היא תהיה מוכנה לציית גם תוך תשלום מחיר כבד, בלי קשר ישיר לתחום המשפט שבו מדובר.[83] גוזמן מסביר כי גם טשטוש הגבולות בין תחומי המשפט הבין־לאומי וכן האופן שבו אנחנו תופסים מדינות שהן מפֻרות חוק סדרתיות מנוגדים לתפיסה של תחומי מוניטין נפרדים לגמרי. עם זאת, גם גוזמן מודה כי ייתכן בהחלט שמדינות ישמרו מוניטין חזק יותר בתחומים מסוימים מאשר בתחומים אחרים, הגם שתהיה השפעה מסוימת בין תחומי המוניטין השונים.[84] פירוש הדבר הוא שפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי מחלישה את כוחן של סנקציות המוניטין בגין הפרות המשפט אך אינה מבטלת אותן: הפרות בתחום אחד ישפיעו על המוניטין של המדינה גם בתחומים אחרים.

בהינתן שהן אינן יכולות להיפטר לגמרי מכוחו של המוניטין בזירה הבין־לאומית, האם יש למדינות החזקות אינטרס להחליש את תפקידו? כדי להשיב על שאלה זו, יש להבין מדוע מדינות זקוקות למוניטין. הסיבה המרכזית שבעטייה מדינות זקוקות למוניטין היא כדי שהן יוכלו להתחייב בצורה אמינה כלפי מדינות אחרות. המוניטין הוא הוכחה שהמדינה מעריכה את התועלות העתידיות כחשובות בהשוואה לאלה שבהווה ולכן לא תתפתה להפר את ההסכמים שעליהם חתמה.[85] ככל שלמדינה יש מוניטין גבוה יותר, היא תפסיד יותר מהפרה של המשפט הבין־לאומי, שכן הפיחות שיחול במוניטין שלה – קרי, בציפייה של הקהילה הבין־לאומית שהיא תציית למשפט הבין־לאומי – יהיה קיצוני יותר מהפיחות שהיה חל במוניטין של מדינה

---

80 George W. Downs & Michael A. Jones, *Reputation, Compliance and Development*, *in* THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON INTERNATIONAL COOPERATION: THEORETICAL PERSPECTIVES 117 (Eyal Benvenisti & Moshe Hirsch eds., 2004).

81 שם, בעמ׳ 118.

82 מטבע הדברים, תועלת בהווה עדיפה תמיד על תועלת בעתיד, אך השאלה היא עד כמה היא עדיפה. שיעור ריבית נמוך פירושו שחלוף הזמן מפחית את ערכה של תועלת עתידית לאט יותר משיעור ריבית גבוה.

83 ANDREW T. GUZMAN, HOW INTERNATIONAL LAW WORKS: A RATIONAL CHOICE THEORY 33–36 (2008).

84 שם, בעמ׳ 100–103.

85 שם, בעמ׳ 33–36.

עם מוניטין נמוך שהייתה מבצעת הפרה דומה. לכן למדינות עם מוניטין גבוה יש אינטרס חזק במיוחד לשמר אותו ולשאת בעלויות המתחייבות.[86]

כפי שהדגים הכלכלן דייוויד ריקרדו בתחילת המאה התשע־עשרה, גם אם מדינה יעילה יותר ממדינות אחרות בייצור כל המוצרים הנחוצים לה, עדיין קיים מבחינתה יתרון לסחר בין־לאומי, כי כך היא יכולה להתמקד בייצור מוצרים שבהם היתרון היחסי שלה מובהק יותר. באופן דומה, כל המדינות, גם החזקות ביותר, מרוויחות מסַחר עם מדינות אחרות, אף אם הן חלשות בהרבה ומפותחות פחות. מובן שמדינות מרוויחות גם מהסכמים רבים אחרים שאינם כלכליים גרידא. אך כדי שייסגרו עסקאות, מדינות צריכות להיות מסוגלות להתחייב למלא את חלקן בעסקה.

ברגע שכוחו של המוניטין נשחק, גם כוחן של המדינות החזקות להתחייב בצורה אמינה נחלש, וכך היכולת שלהן לסגור עסקאות עם המדינות החלשות קטֵנה. קשה להבין מדוע המדינות החזקות יפעלו בניגוד לאינטרסים שלהן באופן כזה. ייתכן שהדבר קשור לאינטרסים של קבוצות־אינטרס קטנות בתוך המדינות החזקות שמרוויחות דווקא ממה שמחליש את כוחן החוזי של המדינות שלהן, אך לא ברור בדיוק מדוע הסבר חלופי זה תקף.

3. האם מדינות חזקות אינן נפגעות מהעדר התחייבות אמינה?

החלופה היחידה למשטר אפקטיבי של מוניטין ליצירת התחייבות אמינה היא משטר משפטי עם סנקציות יעילות על הפרתו, אך בנבנשתי ודאונס טוענים בספרם כי לא רק שמשטר כזה לא נוצר, אלא להפך – בזכות הפרגמנטציה מדינות חזקות יכולות להימלט מכל הסכם שאינו נושא חן בעיניהן. מכיוון שבתי־המשפט הלאומיים נמנעו עד לא מזמן מאכיפת הסכמים על ממשלותיהם, כדי לא לפגוע ביתרון התחרותי שלהן, התוצאה היא שמדינות חזקות יכלו לבחור לא לציית לאמנות שהן חתמו עליהן, מבלי לשאת כמעט בשום סנקציה.[87] דבר זה משרת כמובן את האינטרסים של המדינות החזקות ex post, שהרי הן יכולות לבחור לא לציית כל אימת שהדבר אינו משתלם להן. אך ex ante פירוש הדבר שהמדינות החזקות אינן יכולות להתחייב באופן אמין, ולכן הן לא יוכלו לחתום על הסכמים שיועילו להן.

אם המדינות החזקות אכן יכולות להימלט מהסכמים שהן חתמו עליהן, ייתכן שמדובר בנכס השמור לבעליו לרעתו. מעבר לשאלה האמפירית כמה קל למדינות החזקות להימלט מהסכמים שהן חתמו עליהם, עולה השאלה הנורמטיבית מהי מידת הקלות המיטבית של הפרת הסכמים מבחינתן של מדינות חזקות. התשובה לשאלה הנורמטיבית מחייבת לפתור בעיית אופטימיזציה לא־פשוטה שתבדוק כמה המדינות החזקות מרוויחות מיכולתן להיכנס להסכמים בהשוואה לכמה הן מרוויחות מיכולתן להתחמק מהסכמים שהן חתמו עליהם. ניתן לצפות

---

86 ראו Oona A. Hathaway, *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72 U. CHI. L. REV. 469, 510 (2005); Shai Dothan, *A Virtual Wall of Shame: The New Way of Imposing Reputational Sanctions on Defiant States*, 27 DUKE J. COMP. & INT'L. L. 141, 188–189 (2017) (המאמר מספק גם תימוכין אמפיריים לטיעון תיאורטי זה); GUZMAN, לעיל ה״ש 83, בעמ׳ 83.

87 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 74–79.

שהמדינות החזקות – לפחות ככל שהן משרתות את האינטרס שלהן כמדינה, ולא נגררות אחרי קבוצות־אינטרס קטנות – יפעלו באופן שתואם את האופטימום שנוצר. הן לא ישמרו על האפשרות לסגת מהסכמים בכל מחיר, כדי לשמר את יכולתן ליצור הסכמים עתידיים. ייתכן שהכוחות הנאבקים בפרגמנטציה, שבהם יעסוק הפרק הבא, הצליחו במשימתם, בין היתר משום שבאופן עקיף הם שירתו את יכולתן של המדינות החזקות לזכות שוב באפשרות להתחייב באופן אמין.

ג. למי יש כוח להילחם בפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי?

1. מי עצמאי יותר – בתי־משפט לאומיים או בין־לאומיים?

פרק 4 בספר גורס כי עצמאותם של בתי־המשפט הבין־לאומיים נובעת לא רק מהכללים החלים על מינוי שופטים וכדומה, אלא גם מהסביבה הפוליטית שבה בית־הדין פועל. ככל שיש עימות גדול יותר בין שחקנים מתחרים, לבתי־המשפט יש כוח רב יותר לנהוג באופן עצמאי. לטיעון זה יש כוח הסברי גדול, והוא מקדם את הספרות על עצמאותם של בתי־דין בין־לאומיים מהוויכוח הקלסי בשאלה אם מדינות חזקות ייצרו בתי־משפט עצמאיים כי הם דרושים להן כדי לתת התחייבויות אמינות[88] או שמא הן לעולם לא יפקירו החלטות שיכולות לפגוע בהן בידי בית־משפט שאינו בשליטתן.[89]

רמת המחלוקת הפוליטית ופערי הכוחות בין הצדדים הנאבקים זה בזה יכולים בהחלט להשפיע על בית־המשפט. הספר מסביר גם כי בתי־המשפט יכולים להשפיע על התנאים שבהם הם פועלים על־ידי חיזוק גורמים חלשים יחסית, כפרולמנטים, באופן שיאפשר לגורמים כאלה להתעמת מול גורמים חזקים יותר, כרשות המבצעת.[90] בתי־משפט גם יכולים לחזק את המדינות החלשות באופן יחסי, כדי לחזק את התחרות בין המדינות.[91] עולה השאלה אם יש משהו שבתי־המשפט יכולים לעשות אשר אינו כרוך בהתערבות ישירה בכוחו של שחקן אחר אך עדיין יגדיל את עצמאותם. בתי־משפט בין־לאומיים נבדלים זה מזה בכוחם, ונראה סביר שההבדלים הללו קשורים לא רק לתנאים שבהם הם נמצאים, אלא גם להיסטוריה שלהם ולהתנהגותם האסטרטגית.

במקום אחר טענתי כי בתי־משפט בין־לאומיים פועלים באופן אסטרטגי להגדלת המוניטין שלהם. כל מקרה של ציות לבית־משפט מגדיל את המוניטין שלו, מכיוון שהציות שולח איתות שיש ציפייה בקהילה הבין־לאומית לציות לבית־המשפט, ושמדינות שלא יצייתו לבית־המשפט יספגו פגיעה במוניטין שלהן. לעומת זאת, כל מקרה של אי־ציות פוגע במוניטין של בית־המשפט. המדינות זקוקות למוניטין שלהן כדי שיוכלו להתחייב באופן אמין, ולכן הן יצייתו

---

88 Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, 93 CAL. L. REV. 899 (2005).

89 Eric A. Posner & John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 CAL. L. REV. 1 (2005).

90 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 92.

91 שם, בעמ׳ 99.

לבית־המשפט כל אימת שעלות הפגיעה במוניטין שלהן מאי־ציות גדולה מעלות הציות לפסק־הדין. על־ידי בניית היסטוריה של ציות, בית־המשפט יכול להגדיל את המוניטין שלו, וכך להקשות על מדינות לא לציית לו בעתיד או לפגוע בו בדרכים אחרות.

יתרונו של המודל הדינמי הזה נעוץ ביכולתו להסביר התנהגויות הנראות תמוהות מצד בית־המשפט. כך, כאשר בית־המשפט משתמש בהנמקה שאינה מעוגנת היטב בדין, ובכך פוגע בלגיטימיות שלו, הוא נוטל סיכון גדול יותר לאי־ציות בטווח הקצר. עם זאת, ציות לפסיקה עם הנמקה לא־פורמליסטית מהווה איתות משמעותי יותר לכך שלבית־המשפט יש מוניטין גבוה, כי רק בית־משפט עם מוניטין גבוה היה זוכה בציות לפסיקה מסוג זה. לכן בית־המשפט יכול לנקוט אסטרטגיה ארוכת־טווח שיש בה סיכון וסיכוי – הוא מגדיל את הסיכון לאי־ציות במקרה נתון, אך מאפשר למוניטין שלו לצמוח לאורך זמן. הטקטיקות שבתי־המשפט משתמשים בהן כדי לאזן בין הסיכוי לסיכון מורכבות ושונות ממקרה למקרה, והבנתן מאפשרת להפיץ אור על הפרקטיקה של בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים כאחד.[92]

התובנה שבתי־משפט יכולים לפעול באופן אסטרטגי כדי להגדיל את המוניטין שלהם ובכך להקטין את היחשפותם ללחצים פוליטיים גם מטילה ספק בתקפותן של השוואות כלליות בין בתי־משפט לאומיים לבתי־משפט בין־לאומיים. הספר מדגיש כי בתי־משפט לאומיים נהנים לרוב מעצמאות גדולה יותר מפני שהשופטים בהם מוגנים יותר ונהנים מלגיטימציה גדולה יותר, ומשום שמדינות אינן יכולות פשוט לצאת מתחום השיפוט שלהם. אלה נימוקים כבדי־משקל, אך יש להם נימוקי־נגד: הרשות המבצעת יכולה לרוב לשנות בקלות רבה את החוק המקומי, בעוד שיתוף־פעולה בין מדינות לשינוי אמנה הוא לעיתים בלתי־אפשרי כמעט; הרשות המבצעת יכולה לעיתים להשפיע על תקציבו של בית־המשפט או על סמכות השיפוט שלו, דבר שהוא קשה הרבה יותר בזירה הבין־לאומית; בשלב מינוי השופטים שליטתה של הרשות המבצעת היא משמעותית על־פי־רוב, בעוד בזירה הבין־לאומית נדרש תיאום מקיף בין נציגים של מדינות רבות לשם מינוי שופטים חדשים. מכל מקום, מכיוון שהמוניטין של בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים כאחד הוא דינמי ותלוי בהיסטוריה ובאסטרטגיה של כל בית־משפט באופן פרטני, ייתכנו בהחלט מקרים ספציפיים של בתי־משפט לאומיים בעלי מוניטין ועצמאות נמוכים ובתי־משפט בין־לאומיים בעלי מוניטין ועצמאות גבוהים. בנבנשתי ודאונס מודעים למורכבות הזו, ומדגישים כי התובנה שבתי־משפט לאומיים עולים בעצמאותם על בתי־משפט בין־לאומיים חלה רק ברוב המקרים.[93] אך ייתכן שמועיל יותר לזנוח את ההבחנה הזו, החלה רק בחלק מהמקרים, ולהתמקד במוניטין של כל בית־המשפט בנפרד – לאומי או בין־לאומי.[94]

---

92 SHAI DOTHAN, REPUTATION AND JUDICIAL TACTICS: A THEORY OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS (2015).

93 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 97.

94 ראו DOTHAN, לעיל ה״ש 92, בעמ׳ 102–105.

2. איך שיתוף־הפעולה בין בתי־המשפט הלאומיים נשמר?

פרק 5 בספר מתמקד בהתגברות נכונותם של בתי־המשפט הלאומיים להתערב בסוגיות כגון מלחמה בטרור, איכות סביבה והגירה. הרעיון הבסיסי הוא שבתי־המשפט מבינים כי כדי להגן על מדינותיהם מפני לחץ חיצוני, עליהם לכבול את שיקול־הדעת של הרשות המבצעת על־ידי חיובה לעמוד בסטנדרטים מסוימים. הסיכון במהלך הזה הוא כפול: בית־משפט שמגביל את מדינתו עלול להפוך אותה לפגיעה יחסית למדינות אחרות – לדוגמה, להפוך אותה לעיר־מקלט לטרוריסטים; כמו־כן, המדינה עלולה ליהפך לקורבן לסנקציות וללחצים בין־לאומיים שהיא לא תוכל לעמוד בהם.[95] הפתרון שהספר מציע לבעיות הללו הוא שיתוף־פעולה בין בתי־המשפט הלאומיים. אם כל בתי־המשפט הלאומיים ידרשו ציות לסטנדרט דומה, שום מדינה לא תיפגע במידה משמעותית ביחס לשכנותיה או תספוג ביקורת ממדינות אחרות.

הבעיה הראשונה בטיעון הזה, שעליה עמד טום גינזבורג במאמר תגובה על מאמר קודם של בנבנשתי ודאונס, היא שלא ברור שציטוט חיובי של בית־משפט על־ידי בית־משפט זר מועיל לו בהכרח ושביקורת בהכרח פוגעת בו.[96] בספר יש דוגמאות רבות לציטוטים וללמידה הדדית בין בתי־המשפט. על קיומה של פרקטיקה כזו של ציטוט אין חולק, אך אין בה כדי להוכיח שבתי־משפט רואים בציטוט שלהם פרס, ובביקורת של בית־משפט אחר – עונש חמור דיו לשנות את התנהגותם. כדי לשכנע שציטוט של בתי־משפט אינו נעשה רק כמוקד להשראה או כמקור ללגיטימציה מחוגים של משפטנים ואקדמאים, אשר אינם מהווים גורם שמשפיע באופן מהותי על תוכן ההחלטה, יש צורך בתיאור משכנע של תמריצי בתי־המשפט.

אף אם נניח כי בתי־משפט שמעוניינים לשמור על הלגיטימציה שלהם יתייחסו ברצינות לביקורת ולדברי שבח מבתי־משפט אחרים, לא ברור מדוע יש לבתי־משפט תמריץ חזק מספיק לחלק ציונים לבתי־משפט אחרים. מה מניע בית־משפט לצטט בהסכמה בית־משפט של מדינה אחרת? בהנחה שציטוט של בית־משפט ממדינה אחרת מסייע לבית־המשפט הזר והופך אותו לחסין יותר מביקורת, הדבר מסייע בעקיפין לכוח המיקוח של מדינתו, לפחות לפי הטיעון של בנבנשתי ודאונס. כל כמה שהמדינות מתחרות זו בזו, סיוע עקיף של בית־משפט לאומי למדינה זרה יכול בהחלט לפגוע במדינתו שלו; לכל־הפחות הוא לא יעזור לה ויועיל למתחרותיה.

מדוע שבית־משפט יבקר בית־משפט ממדינה אחרת? הרי הדבר אינו מועיל לו ולמדינתו (מלבד תועלת עקיפה, המתפזרת בין כלל המדינות, הודות לשיפור בשיתוף־הפעולה בין בתי־המשפט), ויכול בהחלט להביא לידי כך שבית־המשפט המבוקר יגיב במטבע דומה ויבקר אותו. אם לבתי־משפט אכפת מביקורת, הם ייזהרו מלבקר זה את זה, מחשש שביקורת תוביל לביקורת הדדית. חשוב להדגיש כי הנזק שנגרם בגלל חריגה של בית־משפט זר מהקו הכללי של המשפט הבין־לאומי מתפזר בין כל בתי־המשפט, בעוד בית־משפט שמשמיע ביקורת בגין חריגה זו נושא לבדו במלוא עלותה של הביקורת, ולכן לא סביר שיש לו אינטרס לנהוג כך.

---

95 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 117–118.

96 Tom Ginsburg, *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs*, 20 EUR. J. INT'L L. 1021, 1023 (2009).

האפשרות שבתי־משפט שאינם מצטטים בהסכמה בתי־משפט אחרים או מבקרים אותם ייחשפו בעצמם לביקורת על התנהגות זו נראית רחוקה מאוד ובלתי־סבירה. בית־משפט שמעורב פחות בשיח המתנהל בין בתי־המשפט אולי יאבד מעט מיוקרתו ומהשפעתו, אך קשה להאמין שבית־משפט שאינו מעורב בסוגיה יבדוק את כנותה ודיוקה של הביקורת שבית־משפט א מעביר על בית־משפט ב, ויגמול לו על איכות הביקורת הזו בהתייחסות חיובית או שלילית, לפחות לא באופן פומבי מעל דפי פסק־דין. לכן כל כמה שיש ביקורת ומחמאות הדדיות בין בתי־משפט, הדבר יכול לשרת אינטרסים צרים, כגון רצון בשיתוף־פעולה נקודתי או עוינות הדדית. לחלופין, ייתכן בהחלט שביקורת ופרגון הדדי בין בתי־משפט פשוט אינם בעלי ערך אסטרטגי של ממש, אלא נובעים מעניין אינטלקטואלי של שופטים או מסיבות נקודתיות שאינן משפיעות באמת על שיתוף־הפעולה בין בתי־משפט, כפי שמציע גינזבורג, כמתואר לעיל.

בניתוח תורת־משחקי, גם אם שיתוף־פעולה הוא האינטרס הקולקטיבי, לכל בית־משפט יש אינטרס להיות סלחן יותר עם מדינתו, כדי להגן על האינטרסים שלה, כפי שבנבנשתי ודאונס מודים.[97] כדי ששיתוף־הפעולה יצליח בכל־זאת, צריך שיהיה תמריץ חזק מספיק לבתי־משפט אחרים להעניש את מי שסוטה משיתוף־הפעולה. הספר גורס כי גם במשחק של דילמת אסיר חוזרת מרובת משתתפים, חזרה על המשחק יכולה להביא לידי שיתוף־פעולה.[98] אכן, משחק החוזר פעמים רבות **יכול** להסתיים בשיתוף־פעולה, אך אינו מוביל לכך **בהכרח**. למעשה, לעיתים אסטרטגיות לא־שיתופיות שאינן יעילות לקבוצה דווקא מתפשטות ושורדות מבחינה אבולוציונית אפילו במשחקים כגון ציד האייל (Stag Hunt),[99] שהם יציבים יותר לשיתוף־פעולה מדילמת האסיר.[100] חוקרים דוגמת אלינור אוסטרום בדקו באופן אמפירי שיתוף־פעולה בין שחקנים מתחרים, וציינו כי אחד מתנאי־היסוד שמאפשרים שיתוף־פעולה כזה הוא מערך של ענישה מתאימה ומדורגת.[101] לא ברור כיצד מערך כזה מתקיים ביחס שבין בתי־משפט לאומיים.

גם אם בתי־המשפט הבין־לאומיים יכולים לסייע בקידום שיתוף־פעולה בין בתי־משפט, כמתואר בפרק 6 בספר, הדרך המרכזית שבה הם עושים זאת היא על־ידי יצירת דין לגיטימי ואחיד המשמש נקודת מוקד (focal point) לבתי־המשפט. אולם באופן כזה בתי־המשפט הבין־

---

97 הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 117–118, 145.

98 שם, בעמ׳ 119.

99 משחק ציד האייל מתייחס לסיטואציה הדומה לציד משותף: שיתוף־פעולה בין הציידים יוביל לתפיסתו של אייל – תוצאה אשר מועדפת על כל הציידים. לעומת זאת, כל צייד לבדו יכול לצוד רק ארנבת, השווה פחות מחלקו היחסי באייל שאפשר לצוד במשותף. במשחק זה, בניגוד לדילמת האסיר, שיתוף־הפעולה אפשרי (אם כי לא הכרחי), גם כאשר המשחק אינו חוזר. אם צייד סבור שהצייד האחר ישתף פעולה, משתלם לו לשתף פעולה גם כן ולצוד אייל יחד. אם צייד סבור שהצייד האחר לא ישתף פעולה, משתלם לו לבחור גם הוא באי־שיתוף פעולה, כדי שיצליח לצוד ארנבת, ולא יישאר ללא שלל ציד כלל.

100 Paul G. Mahoney & Chris W. Sanchirico, *Competing Norms and Social Evolution: Is the Fittest Norm Efficient?*, 149 U. PA. L. REV. 2027, 2050 (2001).

101 ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION 90 (1990).

לאומיים יכולים לקדם תיאום בין בתי־המשפט הלאומיים רק ככל שהאינטרסים שלהם אינם מתנגשים. אם יש אינטרסים סותרים משמעותיים בין בתי־המשפט הלאומיים המשרתים כל אחד את מדינתו, אין די בכך להוביל ליצירת חזית אחידה בין בתי־המשפט הלאומיים.

ד. למה נלחמים בפרגמנטציה של המשפט הבין־לאומי?

רוב ספרם של בנבנשתי ודאונס הוא דסקריפטיבי – הוא מתאר מציאות נתונה שבה שחקנים כגון ממשלות, בתי־משפט לאומיים ובתי־משפט בין־לאומיים מתנהגים באופנים שונים. חלקים בספר הם נורמטיביים ומסבירים, לדוגמה, את הסכנות בפרגמנטציה או את היתרונות של התנהגות שיפוטית מסוימת. עם זאת, העובדה שהתנהגות שיפוטית מסוימת רצויה ומועילה לציבור הרחב אין בה כדי להציג מענה לשאלה מה יניע בתי־משפט לנהוג באופן כזה. כדי להסביר התנהגות שיפוטית, יש להראות שהאינטרס של שופטים כפרטים או האינטרס של בית־המשפט כגוף הוא לנהוג באופן מסוים. פרק 7 בספר מעלה שאלות מספר בנוגע להוכחתם של אינטרסים כאלה.

1. למה בתי־משפט בין־לאומיים מגינים על החלשים?

חלק 7.3.2 בספר נותן תשובה טובה למה שנראה כביקורת על האופי האנטי־רובני של פעילותם של בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים: בתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים כאחד אינם כוללים שופטים העומדים לבחירות ומקבלים ייפוי־כוח מהציבור. בתי־משפט בין־לאומיים בעייתיים במיוחד בהיבט זה, מכיוון שהם פועלים מחוץ למדינה, וכך אינם מהווים חלק ממערך האיזונים והבלמים הדמוקרטי ואינם כפופים למוסדות נבחרים. התשובה לביקורת מצביעה על כך שהחלופה להתערבות של בתי־משפט היא פרגמנטציה שבה אין למעשה השפעה פוליטית אמיתית לציבור רחב שמושפע מההחלטות של המדינות ולעיתים אינו יכול להצביע בהן, כגון זרים שרווחתם מושפעת מהחלטותיהן של המדינות הללו. הספר טוען כי בתי־משפט מחויבים להגנתם של אותם זרים חסרי השפעה פוליטית.

הטיעון הזה תקף מן הבחינה הנורמטיבית. כדי להצדיק התערבות שיפוטית, ניתן להראות שיש כשלים בהליך הדמוקרטי המתנהל ללא התערבות שיפוטית, כחלק ממסורת אינטלקטואלית שמקורה בטיעונו של ג׳ון הרט אילי בזכות התערבות לשם הגנה על מיעוטים שאין להם ייצוג דמוקרטי אמיתי.[102] נוסף על כך ניתן להראות שהחלופה, דהיינו התערבות שיפוטית, יכולה להוביל לתוצאות טובות יותר. אין כל פגם בדיון נורמטיבי השואל מתי ראוי שבתי־משפט לאומיים או בין־לאומיים יתערבו בהחלטות של הרשות המבצעת.[103]

---

102 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).

103 ראו, למשל, את ספרי המוקדש כולו לשאלה מתי נכון שבתי־משפט בין־לאומיים יתערבו בהחלטות מדינתיות, תוך בחינת שיקולים של לגיטימיות, היכולת לתת החלטות טובות יותר, השפעה על השיח הציבורי והנעת תהליכים המובילים לתוצאות חיוביות: SHAI DOTHAN, INTERNATIONAL JUDICIAL REVIEW: WHEN SHOULD INTERNATIONAL COURTS INTERVENE? (2020)

אך ניתוח חלקו השני של הטיעון, דהיינו הטענה שבתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים אכן פועלים למען זרים שאין להם כוח פוליטי, מעלה באופן מיידי את השאלה — למה בעצם? הפרק כולל כמה דוגמאות של התנהגות שיפוטית שאכן מגינה על זרים, אך כיצד ניתן ללמוד מדוגמאות אלה שמדובר בתופעה כללית? מהי הערובה לכך שבתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים ימשיכו בקו זה ויגנו דווקא על מי שאין לו כוח פוליטי? כוחו הגדול של הספר טמון בכך שנוסף על הצגת דוגמאות אמפיריות הוא מספק לרוב בסיס תיאורטי המסביר את הדוגמאות הללו ומבטיח כי אין מדובר במקריות גרידא, אלא בהתנהגות כללית החוזרת על עצמה מכיוון שהיא משרתת את האינטרסים של הנוגעים בדבר.[104] אולם בנקודה שבה הספר דן בנטייתם של בתי־משפט להגן דווקא על מי שאינם בעלי עוצמה פוליטית, ההסבר התיאורטי לכך אינו ברור מספיק.

במקומות אחרים הספר אומנם מסביר את מחויבותם של בתי־המשפט לחיזוק הגורמים החלשים יותר דווקא, כגון חיזוק פרלמנטים מול הרשות המבצעת בזירה המדינתית[105] וחיזוק מדינות חלשות מול מדינות חזקות בזירה הבין־לאומית.[106] חיזוק הגורמים החלשים מגביר את התחרות בין השחקנים השונים, והדבר מאפשר לבית־המשפט עצמאות גדולה יותר, כי הוא יכול לשמש בורר אובייקטיבי בין כוחות שקולים.[107] ניתן לנסות להחיל הסבר זה גם על התופעה של הגנת זרים שהאינטרסים שלהם נפגעים, אך הוא נראה דחוק במקצת. לא נראה סביר שהתועלת הכללית שתצמח לאזרחי מדינות מתפתחות מהגנה של בתי־משפט בין־לאומיים על האינטרסים שלהם תחזק את כוחן של מדינות עניות אלה במידה כזו שהן יהוו משקל־נגד משמעותי למדינות החזקות ויאפשרו לבית־המשפט מרחב תמרון גדול יותר בעתיד. לא ברור מדוע לא משתלם יותר לבתי־משפט לאומיים ובין־לאומיים כאחד לשרת את האינטרסים של המדינות השולטות כרגע בעולם, במקום להילחם בקרב מאסף לטובת השחקנים החלשים ביותר. הספר משכנע שהתנהגות כזו היא מוצדקת ולגיטימית, אך אינו מסביר מדוע בתי־משפט אכן נוהגים באופן זה.

ה. אחרית־דבר

בשולי הדברים ראוי להוסיף גילוי נאות: איל בנבנשתי היה המנחה שלי בעבודת הדוקטורט. הוא שימש לי מנטור ומורה־דרך, ולימד אותי באופן אישי את רוב מה שאני יודע על משפט בין־לאומי ועל תחומי ידע רבים אחרים. את ג׳ורג׳ דאונס פגשתי רק פעם אחת, אך הפגישה איתו נחקקה בזכרוני כפגישה עם אדם חכם, רחב־אופקים, צנוע ונעים. הצטערתי מאוד לשמוע

---

104 ראו הספר, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 197, שם מסביר בנבנשתי באחרית־דבר כי מול ביקורת שהתייחסה לדוגמאות שהוא ודאונס הביאו כאל דוגמאות לא־מייצגות, הביטחון שלהם בתקפותן נבע מהבנת האינטרס של בתי־המשפט בשימור כוחם.

105 שם, בעמ׳ 92.

106 שם, בעמ׳ 99.

107 שם, בעמ׳ 90.

על פטירתו של דאונס בטרם עת, ואני רואה בספר היפה הזה אנדרטה לשותפות אינטלקטואלית ייחודית בין שני חוקרים גדולים שנגדעה באֵיבָהּ.

תרומתו הגדולה של הספר, בדומה להרבה מכתיבתם של בנבנשתי ודאונס, נובעת מההבנה שלמוסדות משפטיים יש כוח אדיר לנתב את התנהגותם של בני־אדם לכיוונים מוסריים, רצויים ומועילים. טבע האדם מאפשר לו לבחור בין טוב לרע, אך הבחירה הזו אינה חופשית. בני־אדם הפועלים כחלק מחברה מוסללים לכיווני התנהגות וחשיבה מסוימים, ששליטתם בהם מוגבלת מאוד. רק בדרך של עיצוב פרוצדורות מתאימות – תוך ירידה לפרטים, הבנה של האינטרסים הרלוונטיים ובחינה של העובדות בשטח – ניתן להעלות את החברה האנושית על המסלול הנכון. התובנות העמוקות שבספר יכולות לסייע בהתמודדות עם כמה מהאתגרים הגדולים ביותר שהאנושות ניצבת בפניהם כיום.