

משפט בינלאומי פומבי – עבודה 1

לאחר קריאת המאמר, קיבלתי את הרושם כי במשפט הבינ"ל קיימת היררכיה מהותית של נורמות. היררכיה מהותית זו מיוצגת בעיקרה ע"י דוקטרינת היוס קוגנס (*Jus Cogens*), אשר נכנסה אל תוך המשפט הבינ"ל דרך בסעי' 53 לאמנת האמנות. הסעיף קובע כי אמנה תהא משוללת תוקף חוקי אם, בזמן ניסוחה, עמדה בסתירה לנורמה נחרצת (*Peremptory Norm*) של המשפט הבינ"ל. אותה "נורמה נחרצת" הינה נורמה "שהתקבלה והוכרה ע"י הקהילה הבינ"ל של המדינות כולה כנורמה בה שום פגיעה (*Derogation*) לא תתאפשר, אשר שינוי שלה אפשרי רק ע"י נורמה מחליפה בעלת אותו האופי". סעי' 64 לאמנה מוסיף כי כל נורמה נחרצת חדשה של דין בינ"ל כללי שתתקבל, תביא לביטול כל אמנה קיימת המתנגשת עימה. המקור של דוקטרינת היוס קוגנס הינו במערכות המשפט הלאומיות, שם עקרון בסיסי בחוק הינו הגבלת חופש ההתקשרות של הפרטים במדינה בכדי להגן על האינטרס הציבורי. הדעות חלוקות לגבי האם להחיל את הכלל הנ"ל גם בספירת המשפט הבינ"ל.

הנמקה אחת לקידום החלת הרעיון במשפט הבינ"ל באה מכיוונם של מספר תיאורטיקנים, ביניהם קלזן, הטוענים כי חובת הציות הבינ"ל מקורה אינו בהסכמה, אלא מתבססת על נורמה בסיסית וקודמת אשר כופה את חובת הציות. **חוק טבע**. בעצם ניתן לומר כי היוס קוגנס, אשר מוריק מתוכן את רעיון ההסכמה, הינו החלה של עקרון חוק טבע על המשפט הפוזיטיבי.

ביקורת אל מול החלת כללי יוס קוגנס במשפט הבינ"ל מסתמכת על מבנה המערכת הייחודית שלו, הנסמכת על מדינות ריבוניות ושוות אשר הן אלה שמכוננות את החוק, וזאת ע"י שימוש בהסכמה. נורמה תחול על מדינה רק מכוח הסכמתה, או כנובעת מפרקטיקה המקובלת בתורת דין. מנקודת ראות זו, קשה לקבל את קיומו של אינטרס קולקטיבי המסוגל לעקוף את רצון החבר הבודד בחברה הבינ"ל.

יש גם תומכים ביוס קוגנס אשר מבקרים את הגישה הפוזיטיביסטית על שום שאינה מצליחה לתאר נאמנה את הסדר העולמי. לדידו של Tomuschat, מאז כניסתה לתוקף של מגילת האו"ם אנו קרובים יותר מתמיד להווייה של חברה בינ"ל. החברה הזו חיה במסגרת נורמטיבית המאפשרת חופש פעולה רב, דבר המתחייב לנוכח האיומים חסרי התקדים העומדים מולנו כגזע בעידן המודרני. לפי תפישה זו, מדינות "מרדניות" לא רק מרוויחות מדחייה של משטרי הסדרה שאומצו ע"י הרוב המוחלט של המדינות, אלא שהן גם מאיימות על הצלחת המשטרים הנ"ל ואף מהוות איום על כלל האנושות. ההבנה שיש צורך להגביל את חופש הפעולה של המדינות השונות נראית כהולכת ומשתרשת¹. גובר כיום השימוש במונחים כגון "דאגה משותפת למין האנושי" במסמכים משפטיים בינ"ל כדי לזהות דאגות רחבות שיכולות ליצור חלק מהמדיניות הציבורית הבינ"ל. כך גם גוברת ההתייחסות לקהילה הבינ"ל כישות אחת או "סמכות לפעולה משותפת". **מגילת האו"ם** מכילה רשימת עקרונות אשר היא טוענת כי ניתן לכפות אותם על מדינות שאינן צד, אם "הדבר הכרחי לשם שמירה על השלום העולמי והביטחון".

בפועל, במהלך גיבוש הנוסח של אמנת האמנות, הצעה להכנסת כלל יוס קוגנס לאמנה זכתה לתמיכה מצד הגוש הסובייטי והמדינות החדשות שקמו עם תהליך הדקולוניזציה, אך מדינות המערב פחות אהבו את הרעיון, החורג בגסות מאלמנט ההסכמה. בזמן ניסוח אמנת וינה השנייה של חוק האמנות כבר היה מספר רב של מדינות שנמנעו מלהצטרף לאמנה עקב הקושי בבהירות ויכולת הזיהוי של היוס קוגנס. ה-ILC הציע תנאים בנוגע ליוס קוגנס ברוח אמנת האמנות, והצהיר כי איסור השימוש בכוח המצוי במגילת האו"ם הינו "הדוגמא הכי אמינה שיש ליוס קוגנס". כמו כן נאמר בהצעה כי רעיון היוס קוגנס כפי שגולם בסעי' 53 לאמנה היה מוכר במשפט הבינ"ל עוד לפני אמנת האמנות, והיא רק חזקה אותו.

למרות התמונה היפה אותה ניסה לצייר ה-ILC, **בפרקטיקה**, כמעט ולא מתקיים כל דיון על יוס קוגנס בזירה הבינ"ל. ב-ICJ המונח מופיע רק בדעות חולקות. המדינות המתדיינות לרוב לא מעלות את הטענה, ואף כשהן כן עושות זאת, ביה"ד הבינ"ל מתחמק ככל שניתן מלבצע כל הצהרה בנושא, ומעדיף להסתמך על אמנות/הסכמים קיימים. אפילו ההחלטה בנושא ניקרגואה, שבד"כ מצוטטת עקב אישור לכאורי של ביה"ד את היוס קוגנס, למעשה לא מכירה ברעיון של נורמות כאלה או בתוכנן. בחו"ד

¹ פרקטיקת המדינות, עם זאת, עדיין לא משקפת במלואה את הצורך ההכרחי הזה.

מייעצת עוקבת לפסק הדין, ביהמ"ש מתאר כללים מסוימים של החוק הבינ"ל בנוגע לזכויות אדם כ"התחשבות בסיסית באנושות" ו"מכונני עקרונות שלא ניתן לסתור במנהג הבינלאומי". עם זאת, לא ניתן להבין מדברים אלה אם ביהמ"ש התכוון שאלה הם כללי יוס קוגנס, או רק מנהג בינ"ל כללי החל על המדינות אפילו מבלי שחתמו על האמנה. **אפילו בתי המשפט לזכויות אדם** נמנעים מלהצהיר על יוס קוגנס, ובפסיקה היחידה של ביהמ"ש לזכויות אדם באירופה שהכירה באיסור על עינויים כיוס קוגנס, קבע ביהמ"ש כי למרות מעמד זה של הזכות אין הוא מוצא בסיס לשלול חסינות מדינית במקרי הפרה. **ועדת זכויות האדם האמריקאית** התייחסה לנושא היוס קוגנס מספר פעמים, בהציעה לקבל אותו כמקור נוסף להתחייבות של מדינות (הועדה קבעה את הזכות לחיים לדוגמא, כיוס קוגנס).

בית הדין הפלילי הבינ"ל של יוגוסלביה לשעבר בפסקתו מ-98' בנושא עינויים הכיר ב**אוביטר** בקיומן של נורמות יוס קוגנס, אשר נהנות ממעמד חזק יותר משל אמנות ואפילו מנהגים בינ"ל רגילים.

חקיקה עדכנית של ה-ILC באמנת ה-*State Responsibility* וההערות הנלוות לה מציגות עמדה המצדדת בקיומן של נורמות יוס קוגנס ובהכרה בהן הנמצאת בפרקטיקה הבינ"ל ובפסיקות טריבונלים ובתי משפט לאומיים ובינ"ל. ההערות מכירות בכך שהנושא עודנו שנוי במחלוקת, אך מוצאות אישוש לעמדתן בקיומו של רעיון ההתחייבות מסוג **Erga Omnes** והכללת רעיון היוס קוגנס באמנת וינה. דרישת הבסיס בחקיקה, לפיה יש להימנע מלהכיר בתוצאות מעשים לא חוקיים, מוצאת תמיכה אף בפרקטיקה של המדינות (לדוגמא בשלילת הכרזות עצמאות חד-צדדיות או סיפוח שטח לא חוקי).

ישנה גם היררכיה בין נורמות רגילות, אשר נוצרת ע"י שימוש בתנאי אי-פגיעה בזכויות מסוימות, פסקות הגבלה והטלת מגבלות על הסתייגויות כדי למנוע מקרים בהם נורמות ממדרג רגיל יתנגשו.² כמו כן, זכויות "בלתי-ניתנות-לכרסום" אשר חוזרות במספר רב של מסמכים (כמו למשל הזכות לחיים וחופש מעינויים, עבדות וחקיקה רטרוא), יש בהן כדי לבסס היררכיה בין הזכויות הפוזיטיביות. יש לציין כי לעליונות אפשרית זו של זכויות האדם אין ביטוי בפרקטיקה של המדינות. היבט נוסף של ההיררכיה הנ"ל הינו עניין **ההסתייגות**, אשר לעיתים לא תותר בנוגע לזכויות הנחשבות "הגרעין הקשה". בעיה בנוגע להיררכיה בין מסמכים עלולה לצוץ במקרה בו נושא מסוים יהא מוסדר באמנה בינ"ל, אך יקום הסדר מאוחר הסותר לו באמנה אזורית. רוב האמנות לא מטפלות בכך.

דוגמא למעמד מיוחד תיאורטית המוקנה לנורמה ניתן לראות בסיווג נורמות של הסדרה פנימית במדינה כלפי כולי עלמא (*Erga Omnes*). ייחודן של הנורמות הינו בכך שלרוב אין מדינה נפגעת (שכן מדובר בזכויות להסדרה פנימית, למשל זכויות אדם), אך למרות זאת קבע ה-ICJ כי "לאור חשיבות הזכויות המעורבות, כל המדינות בעלות עניין חוקי בהגנה עליהן". העובדה שכל המדינות יכולות להגיש תלונה על הפרת הזכות הופכת את הסבירות שאכן תוגש תלונה בעקבות הפרה לגבוהה בהרבה, דבר המרמז על עדיפות מסוימת המוקנית לנורמות מסוג *Erga Omnes*, אפילו אם אינן נחשבות לעליונות באופן ממש.

בנושא הפשעים הבינ"ל, משפטי נירנברג מלמדים כי דבקות בחוק המדיני אין בה כדי לפטור מאחריות על הפרת דין פלילי בינ"ל. המחברת טוענת כי אם כן ניתן אף לתאר מקרה בו אחריות פלילית בינ"ל תוטל על צדדים להסכם בילטרלי שסותר דין פלילי בינ"ל, וכך יקבלו נורמות המשפט הפלילי הבינ"ל מעמד הגובר על זה של חוקים בינ"ל אחרים המתבצעים בפרקטיקה. הטריבונל הפלילי הבינ"ל ביוגוסלביה לשעבר קבע כי בין הפשעים הבינ"ל עצמם לא קיים מדרג, ואין היררכיה פנימית.

שחקן נוסף בזירת הדין הבינ"ל הוא **החוק הרך**. מדובר בכל מסמך אשר אינו אמנה המכילה סטנדרטים מחייבים, וככזו אינה מהווה חוק "קשיח". הפרקטיקה מראה בברור שהחלטות, הצהרות של ועידות ומסמכים דומים אינם חוק. בעוד דרישות החוק הרך לעיתים מתקרבות לאלה של חוק קשיח, דוגמת פיקוח על ציות, עדיין מדובר במסמך לא מחייב, שמדינות מנסחות ומסכימות עליו בגלל היותו כזה, ולכן הוא אינו דין. צדדים לרוב בוחרים במסלול זה כדי לחסוך קשיים פוליטיים, זמן ניסוח ועלות כספית של בחירה בדרך האמנות. לכן עצם כך שהחלטות כוללות הצהרות נורמטיביות אין בה כדי להפוך לחוק, אלא לחוק רך, אשר אינו נחשב "דין" או מקור רשמי לנורמות.

² הן בתוך מסמך, בין שני מסמכים, או בין שני משטרי הסדרה שונים. בהתנגשות בין מסמכים מטפלת אמנת האמנות – המאוחר קובע, בכפוף לעליונות מגילת האו"ם אשר נתפשת כבעלת מטרות המהוות "סדר חברתי" לפיו אמנות וארגונים בינ"ל צריכים להתאים עצמם.

לעיתים נעשה שימוש בחוק רך כמשלים לאמנות, אך מדובר רק בהרחבה של נורמה קיימת, ואין אפשרות לסתור את החוק.

לסיכום, ניתן לראות כי הכרה בנורמות מסוג יוס קוגנס קיימת במשפט הביני"ל בחקיקה (באמנות), אם כי בפסיקה ההכרה הינה לרוב מסויגת, או מוזכרת באוביטר (כך למשל ביהמ"ש בארה"ב קבע באוביטר כי לנורמות יוס קוגנס מעמד גבוה יותר משל דין ביני"ל רגיל, וככאלה הן אף גוברות על חוק פדראלי. בשוויץ לעומת זאת, נקבע כי יוס קוגנס הוא מגבלה **מהותית** על יכולת שינוי החוקה). מדובר בנושא המצריך הסדרה, שכן בגלל שאין הסכמה על המנגנון היוצר את כללי היוס קוגנס, או על הפרוצדורה לשינוי והחלפתם, כיום אין תשובה חד-משמעית לגבי עצם קיומם של כללי היוס קוגנס בדין הביני"ל המהותי. הנורמות קמו כדי לאפשר לעקוף רצון של "מתנגד המתעקש" לנורמה של מנהג ביני"ל מחייב, אך מקרים כאלה הם נדירים שכן רוב הנורמות המוכרות כיוס קוגנס הינן מנהגים ביני"ל מחייבים המקובלים על כלל המדינות.

נראה כי הפרקטיקה של המדינות מביעה דרישה להסדרה של נושא היוס קוגנס וכליו, קודם שתאמץ אותו לחיקה.