

מסתבך והולך: המשפט הבינלאומי בעידן של תמורות

על: "The Perplexities of Modern International Law"

מאת שכתאי רוזן¹

יובל שני*

שכתאי רוזן הגו אחד המשפטנים הבינלאומיים הידועים והמוערכים ביותר בעולם. הוא אף נמנה עם אותם מומחים ישראלים ספורים שהצליחו לבסס להם מוניטין כלל עולמי בתחום זה. הקריירה המשפטית המרשימה שלו משתרעת על פני למעלה מחמישים שנים וכוללת שירות ממושך במשרד החוץ הישראלי, שם מילא קשת רחבה של תפקידים משפטיים ודיפלומטיים, חברות בוועדות בינלאומיות נחשבות, ובהן ועדת האו"ם לזכויות אדם וועדת האו"ם למשפט בינלאומי, שלל מינויים אקדמיים, פרקטיקה עשירה כעורך דין בינלאומי (לרבות הופעות בפני מספר בתי דין בינלאומיים, ובראשם בית הדין הבינלאומי בהאג) ושורה נכבדת של פרסומים, ובראשם הספר הדפיניטיבי – בה' הידיעה – שנכתב על בית הדין הבינלאומי בהאג: *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*². ההכרה בחשיבות פועלו האקדמי והמעשי של רוזן באה לידי ביטוי, בין היתר, בפרסים שבהם זכה, ובהם פרס ישראל ומדליית כבוד מטעם האגודה האמריקאית למשפט בינלאומי. על רקע רקורד מרשים זה, אין זה מפתיע כי האקדמיה למשפט בינלאומי היושבת בהאג בחרה ברוזן להעביר בשנת 2001 את הקורס הכללי היוקרתי בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי. יש לציין, כי הייתה זו הפעם הראשונה שהכבוד להעביר קורס זה, המוענק למומחים העולמיים הבכירים ביותר בתחום, נפל בחלקו של ישראלי. הפרסום נשוא רשימה זו, הגו גרסה ערוכה של ההרצאות שהעביר רוזן בהאג בקיץ 2001, אשר ראה אור ככרך נפרד במסגרת הפרסום הרשמי של הקורסים המועברים באקדמיה – ה-*Recueil des Cours (collected courses)*. למעשה מדובר בספר מבוא למשפט הבינלאומי, המציג, כקודמיו בסדרה, את הפרספקטיבה הייחודית של חוקר מוביל בתחום המשפט הבינלאומי על הדיסציפלינה המשפטית האמורה. עם זאת, בשונה מספרי מבוא "רגילים" המציגים תמונת רוחב שטחית למדי של ענפי המשפט הבינלאומי, וכתובים באופן שבו הפן האינפורמטיבי והסקירתי דומיננטי ביחס לפן

* דוקטור למשפט בינלאומי, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.
1 S. Rosenne "The Perplexities of Modern International Law" 291 *Recueil des Cours* (2002) 9-472.
2 S. Rosenne *The Law and Practice of the International Court 1920-1996* (Hague, vol. 1-3, 1997).

הביקורתי והתאורטי, להרצאות המועברות באקדמיה בהאג "ערך מוסף": חלק ניכר מהקורסים המועברים בהאג מתאפיינים בהעמקה רבה יותר באותם תחומים שבהם מתמחה המרצה; יתר על כן, הפרספקטיבה הביקורתית של המרצה באה במקרים רבים לידי ביטוי מעניין ומקורי גם בעת דיון בנושאים "קנוניים" סטנדרטיים.

בהרצאותיו של רוזן אכן מופיע אותו "ערך מוסף" המצדיק את קריאת הכרך או לפחות כמה מפרקיו הבולטים על ידי כל אותם אלה המוצאים עניין בתחום המשפט הבינלאומי. אף שרוזן אינו מתיימר להציג תאוריה כללית אודות מהותו של המשפט הבינלאומי,³ הרי שניתן לחלץ שלוש תובנות חשובות העוברות כחוט השני בהרצאותיו.

ראשית, המשפט הבינלאומי הפוזיטיבי מייצג מערכת משפטית מתוחכמת ומקיפה, וניתן למצוא בו רמה משביעת רצון של הכוונה לשיתוף פעולה בין השחקנים הבינלאומיים השונים.⁴ מכאן נובעת גישתו הבסיסית של רוזן שהיא גישה אופטימית בנוגע לפוטנציאל הגלום בכללי המשפט הבינלאומי ובמוסדותיו, הכוללת קריאה לאימוץ עמדה ערכית המצדדת בחיזוק הלגיטימיות של הכללים והמוסדות הבינלאומיים.

שנית, המשפט הבינלאומי הנו מערכת בעלת רמת מורכבות הולכת וגוברת המתאפיינת בחפיפה רבה בין תכני הכללים הראשונים והשניונים של השיטה. כתוצאה מכך, קובע רוזן כי יש לנתח סוגיות של דין מהותי ופרוצדורלי, לרבות שאלות הקשורות להפעלתם של מנגנוני יישוב סכסוכים, בראייה רחבה, חוצה ענפי משפט.⁵ בכך, יוצא רוזן חוצץ, במידה רבה, נגד מגמות "סקטוריאליזם" רווחות בפרשנות וכיישום הדין הבינלאומי.⁶

שלישית, המשפט הבינלאומי נוצר ומיושם באמצעות אינטראקציה מתמשכת בין תהליכים פוליטיים ומשפטיים.⁷ על רקע זה, יש לראות את המשפט הבינלאומי כאחד האמצעים העומדים לרשות ה"שחקנים" הפועלים במישור הפוליטי הבינלאומי, ויש לרחות גישה הדוגלת בכיישום עיוור ודווקני של כללים משפטיים, שנוקם הפוליטי לקהילה הבינלאומית בכללותה (כפי שזו מיוצגת על ידי גופים בינלאומיים, כגון מועצת הביטחון של האו"ם) רב מתועלחם. מכאן שרוזן מתייחס בסלחנות ואף באהדה לפרשנות "יצירתית" של כללי המשפט הבינלאומי על ידי השחקנים העיקריים בזירה הבינלאומית.⁸

3 .Rosenne, *supra* note 1, at pp. 24, 470

4 .*Ibid*, at pp. 38, 464

5 .*Ibid*, at pp. 45, 470 ראו למשל, דיון ביחס בין העמדה לדין של פושעי מלחמה ולתביעות נגד

מדינות בגין אחריותן לפשעים מטעמן. *Ibid*, at p. 220

6 לעמדה דומה, ראו: Unification: Some Concluding Remarks, G. Abi-Saab "Fragmentation or

7 .Remarks" 31 *N.Y.U.J. Int'l. L. & Pol.* (1999) 919

8 .Rosenne, *supra* note 1, at p. 468

ראו למשל: *Ibid*, at pp. 166-167

מסחבך והולך: המשפט הכינלאומי בעידן של תמורות

מנקודות מוצא אלו יוצא רוזן לבחון את סוגיות היסוד של המשפט הבינלאומי – מקורות המשפט הבינלאומי, דיני אחריות המדינה, דיני האמנות וזהות בעלי האישיות המשפטית הבינלאומית; את הענפים המרכזיים בתחום המשפט הבינלאומי – דיני השימוש בכוח, דיני זכויות האדם, המשפט ההומניטרי, דיני הים ודיני החלל; ואת המוסדות המשפטיים הבינלאומיים המרכזיים – בתי הדין הבינלאומיים והארגונים השייכים ל"משפחת" האו"ם. מטבע הדברים, רמת הפירוט וההתעמקות בנושאים השונים אינה אחידה, ומשקפת, ללא ספק, את תחומי העניין של המחבר. כך למשל, הפרקים העוסקים בנושא דיני ים ודיני חלל מקיפים ביותר, ונוגעים בכל הסוגיות המרכזיות בתחום (רוזן שימש, בין היתר, כשגריר ישראל לוועידות ניסוח אמנות הים של 1958 ו-1982). לעומתם, הפרקים העוסקים באחריות בינלאומית, בזכויות אדם ובמשפט ההומניטרי מעמיקים פחות, לטעמי, ומקרישים מקום רב מדי לתיאור ההתפתחות ההיסטורית של ענף המשפט הרלוונטי על חשבון דיון ביקורתי ברציונלים של הכללים המרכזיים הקיימים באותם ענפי משפט. נקודה נוספת, מעט מאכזבת, הנה רתיעתו של רוזן מלהרחיב בנושא הזווית הישראלית של הדיון (כמה נושאים הקושרים למשפט הבינלאומי וישראל מוצגים בכרך בתמציתיות רבה, ואין כלל דיון בנושאים חשובים כגון עמדת ישראל בנוגע לאמנת הים של 1982⁹, מעמד החלטה 242 של מועצת הביטחון¹⁰ ועוד). מבחינת הקורא הישראלי, זוהי ללא ספק החמצה, שכן רוזן, בתור מי שמצוי היה במרבית צומתי ההכרעה שנקרו בפני שירות החוץ הישראלי מאז קום המדינה, נמצא בעמדה יוצאת דופן להציג את הדילמות הייחודיות שבפניהן עומדת ישראל בנוגע ליחסי הגומלין שלה עם הקהילה הבינלאומית בכללותה. עיקר כוחו של הכרך הנו בהצגת הידע האנציקלופדי המצוי בידי רוזן וביכולתו של רוזן לדון בסוגיות בינלאומיות ובתהליכים ספציפיים מפרספקטיבה רחבה. יש לציין לטובה במיוחד את הדיונים המעמיקים והמרתקים שמקיים רוזן ביחסים שבין דיני אמנות בינלאומיות לדיני אחריות בינלאומית¹¹ וביחסים שבין נורמות המטילות אחריות כלפי כולי ד'עלמא (erga omnes) לנורמות קונגטיות¹². בדיון הראשון, מצביע רוזן על המצב המשפטי שלפיו הפרת אמנה מצמיחה סעדים הן מן המישור ה"תחזי" (דיני אמנות) והן מן המישור ה"נוזיקי" (דיני האחריות הבינלאומית), ועומד על העובדה כי קיימים פערים בעייתיים בטווח הכיסוי ובדרך היישום של שני המקורות האלטרנטיביים מהם אנו מחלצים כללים מסדר שני (למשל, דיני האמנות מקנים ככלל סעד רק במקרה של הפרה מהותית, ואילו דיני האחריות אינם כוללים מבחן סף דומה).

- United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 Dec. 1982, UN Doc. 9
A/CONF.62/122 (1982), 21 I.L.M. (1982) 1261
U.N. Security Council Resolution 242, 22 November, 1967, UN SCOR, 22nd Sess., 10
1382nd mtg. (1967) 8
.Rosenne, *supra* note 1, at pp. 398-399, 411-412 11
Ibid, at pp. 403-404 12

במסגרת הדיון השני הנזכר לעיל, מציע רוזן כי כל נורמה קוגנטית תיחשב כנורמה המכוונת כלפי כולי ד'עלמא, אך לא כל נורמה המכוונת כלפי כולי ד'עלמא תיחשב כקוגנטית.

מקור כוח אחר של הכרך, הנו גישתו הפרגמטית של המחבר והאופן המשכנע שבו הוא מציג את המשפט הבינלאומי כשיטת משפט "אמיתית", המקיימת יחסי גומלין חיוביים עם "העולם האמיתי". כך, למשל, מסביר רוזן בצורה מאלפת כי ההבדלים בין אמנה בינלאומית "רשמית" למסמך הבנות בלתי מחייב עשויים להיות זניחים, שכן קיומה של כוונה פוליטית למלא אחר המסמך – היא מעמדו המשפטי אשר יהא – הנה במקרים רבים האלמנט המכריע באשר למידת יישומו¹³. רוזן גם מזהה באופן מדויק את כישלונו של המשפט הבינלאומי למנוע סכסוכים חמושים פנים-מדינתיים כגורם מרכזי לחוסר יציבות בינלאומית¹⁴. עם זאת, גם התיאור ה"דיאליסטי" של יישום כללי המשפט הבינלאומי מושפע מן הפרספקטיבה האופטימית של המחבר על המשפט הבינלאומי. לדוגמה, תופעת ה"פוליטיזציה" של תהליכים משפטיים בינלאומיים רבים מגונה בכרך בלשון רפה למדי¹⁵, מבלי להדגיש את השלכות התופעה על מידת הלגיטימיות שציבורים רחבים מייחסים למשפט הבינלאומי. נראה כי בסופו של יום, רוכש רוזן אמון במוסדות המשפט הבינלאומי – באו"ם, בבתי הדין הבינלאומיים ובמוסדות אחרים – ורואה בשיפור שיתוף הפעולה של המדינות עמן אמצעי מרכזי להגברת השפעתם של כללי המשפט הבינלאומי. מכאן שלשיטתו מבנה המערכת הבינלאומית אינו שורש הבעיה אלא מקור הפתרון. ניתן כמובן לחלוק על השקפה זו, אך קשה שלא להתרשם מן העצמה שבה מציג רוזן את הטיעון כדבר היתרונות שיצמחו לקהילה הבינלאומית משימוש מושכל יותר בכלי המשפט הבינלאומי העומדים לרשותה.

ניתן לציין גם כי רוזן נוקט בכרך עמדות בכמה שאלות ספציפיות השנויות במחלוקת בקרב מומחי המשפט הבינלאומי, ולעמדותיו בסוגיות אלה משקל סגולי ניכר. כך, למשל, סבור רוזן כי היווצרות מנהג בינלאומי מחייבת התנהגות בפועל, וכי לא ניתן להסתמך רק על הצהרות בנושא¹⁶; כי הנוהג הקיים בהצבעות באו"ם, שלפיו אין לחשב מדינות נמנעות בגדר המדינות המשתתפות בהצבעה לצורך חישוב רוב מיוחס, הנו בלתי חוקי¹⁷; וכי יש מקום להכיר בקיומה של זכות אדם בעלת מעמד-על לחיים בשלום וביטחון¹⁸. נקודה מעניינת במיוחד הנה עמדתו של רוזן בנוגע

Ibid, at p. 359 13

Ibid, at p. 137 14

ראו למשל: *Ibid*, at p. 239 15

A.E. Roberts "Traditional and Modern: על הדיון בסוגיה, ראו: Approaches to Customary International Law: A Reconciliation" 95 *A.J.I.L.* (2001) 757 16

Rosenne, supra note 1, at p. 428 17

Ibid, at p. 239 18

מסתבך והולך: המשפט הבינלאומי בעידן של תמורות

להשתתפות ישויות מעין-מדינתיות במסגרות בינלאומיות המיועדות, באופן מסורתי, למדינות בלבד. לשיטתו של רוזן, אין הצדקה כי ישויות כאמור, אשר הנן בעלות כשירות מסוימת לקיים יחסי חרץ, לא תיחשבנה כמדינות לצורך פנייה לגופים כדוגמת בית הדין הבינלאומי בהאג. נראה כי משמעות עמדתו של רוזן הנה כי ניתן לפרש אמנות בינלאומיות באופן יצירתי אשר יקנה זכויות מכוונות גם לשחקנים מעין-מדינתיים. למסקנה זו, השלכות חשובות למשל בכל הנוגע לאפשרויות העומדות בפני הרשות הפלשתינית להשתתף בהליכים משפטיים בינלאומיים נגד ישראל (למשל, לפי חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי¹⁹).

על צד השלילה (אשר אינה רבה כלל ועיקר), ניתן לציין, כאמור, כי מספר פרקים בכרך סובלים מדיספרופורציה בין התיאור ההיסטורי של התפתחות ענפי המשפט הבינלאומי לבין הדיון בעקרונות הדין המנחה ענפים אלה. עוד ניתן לבקר את ההחלטה לדון במשפט הבינלאומי הפלילי במסגרת הפרק הדין במשפט הבינלאומי הומניטרי (פרק 5). לאור התפתחותו המואצת של המשפט הבינלאומי הפלילי בעשור האחרון, נדמה לי כי הוא זכאי להתייחסות נפרדת (בין היתר, מכיוון שחלק מהעברות הנופלות בגדרו אינן נובעות מהמשפט ההומניטרי). עוד ראוי לציין כי הכרך סובל ממספר פגמים עריכתיים אשר מעיבים מעט על ההנאה ממנו. בין פגמים אלו מצויים היעדרו של תוכן עניינים ומספר טעויות בשמותיהם של פסקי דין ואמנות (למשל פס"ד Thetic במקום פס"ד Tadic בעמוד 12 ואמנת אוסלו במקום אוטווה, בעמוד 159).

לסיכום, הרצאותיו של רוזן בהאג הנן טקסט משפטי מעניין וחשוב. הן מייצגות נאמנה את הזרם הפוזיטיביסטי-ראליסטי במשפט הבינלאומי ואת הגישה שלפיה טמון בכללי המשפט הבינלאומי ובמסודותיו פוטנציאל בלתי ממוצה לקידום רווחתה של הקהילה הבינלאומית ולהגנה על האינטרסים שלה. כישראלים – הרגילים לעתים תכופות לאמץ עמדה ביקורתית או סקפטית באשר לתועלת שבשימוש במשפט הבינלאומי – החשיפה למשנתו הסדורה והמנומקת של רוזן הנה חשובה במיוחד. הגם שהיחסות לעמדותיו של רוזן לא תוביל בהכרח לשינוי רדיקלי במגמות הדינאמיות הרווחות בישראל, הרי שהיא תהפוך את הדין הציבורי והאקדמי בנושא לדין מושכל ומתוחכם יותר.

19 לדין בנושא ראו י' שני "ישראלים על ספסל הנאשמים: השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא על מדינת ישראל" המשפט 15 (תשס"ג) 28.
