



האם המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם משפיע?

עמיחי כהן*

האם אכן לאמנות זכויות האדם יש השפעה כלשהי על התנהגות המדינות? האם מדינות נשמעות לאמנות זכויות האדם? האם אכן העובדה שכמעט כל מדינות העולם חתומות היום על אמנות זכויות האדם משפרת את המצב הנוגע לשמירה על זכויות אלה?

פסק הדין *Bare v. Thomas*¹ – נשוא הארה זו, מעיד כי התשובה איננה חיובית בהכרח, וודאי שאיננה פשוטה. בפסק הדין דחה בית המשפט העליון של מדינת ויקטוריה שבאוסטרליה (אחת משתי המדינות החשובות ביותר מבין אלה שמרכיבות את המדינה הפדרלית אוסטרליה), את הדרישה כי טענה לאלמנט משטרתי תיחקר על ידי גורם עצמאי החיצוני למשטרה. יתר על כן – בית המשפט העליון של ויקטוריה דחה את הדרישה תוך שהוא מסכים לכך, או לפחות מוכן להניח, כי המשפט הבין-לאומי אכן דורש חקירה כזו. בית המשפט היה מודע לכך כי הן בית הדין האירופי לזכויות אדם (אשר לאמנה האירופית לזכויות אדם)², והן הוועדה לזכויות אדם (ביחס לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות)³ קבעו כי עצמאות החקירה אכן מהווה נגזרת של הזכות להיות חופשי מאלימות ומעינויים. טענתו המרכזית של בית המשפט הייתה כי החוק בוויקטוריה⁴ אינו מחייב אותו להפעיל את המשפט הבין-לאומי בהקשר זה.

לכאורה, התמונה המתוארת על ידי פסק הדין עגמומית למדי. הצורך לחקור הפרות של דיני זכויות אדם ידוע ומבוסס במשפט הבין-לאומי של דיני זכויות האדם. בית הדין האירופי הדגיש בשורה של פסקי דין לא רק את החובה לחקור הפרות של זכויות, אלא אף פיתח את עקרונות החקירה הדרושה. בין השאר, קבע בית הדין כי החקירה צריכה להיות שקופה, מהירה, אפקטיבית, ועצמאית.⁵ קביעה כי משפטה של ויקטוריה אינו כולל את החובה לביצוע חקירה עצמאית וחיצונית לגוף הנחקר היא לכאורה סטייה משמעותית מסטנדרט הזכויות הרצוי.

בית המשפט של מדינת ויקטוריה פוסע כאן במסורת הבריטית הנמנעת ממגבלות קשוחות על הפרלמנט. על פי אותה המסורת העדיפה ויקטוריה כי זכויות האדם לא יקבלו מעמד חוקתי על חוקי במובן המקובל ברוב מדינות אירופה, ולאחרונה אף בישראל – על פיו בית המשפט יכול פשוט לבטל חוק הפוגע בזכויות אדם. מדיניות זו

* פרופסור למשפטים. מרצה למשפט בין-לאומי בקריה האקדמית אונו, חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

¹ *Bare v. Small* [2013] VSC 129 (Unreported, 25 March 2013) (Austl.)

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11 Rome, 4.XI.1950

³ אמנה בין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

⁴ *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* (Vic) (Austl.) (להלן: "Charter").

⁵ *Isayevav. Russia*, App. No. 57950/00, Eur. Ct. H.R., para. 209–211 (2005)



של הגבלת כוחו של בית המשפט ביחס לזכויות אדם, תואמת את התפיסה המשפטית הכללית באוסטרליה, אשר בחוקתה אין עיגון מפורש לזכויות האדם. העובדה כי בתי המשפט במדינות המשפט המקובל (ואוסטרליה בתוכן) אינם מקבלים את החובה ליישם את התחייבויות זכויות האדם של מדינותיהן בלא חקיקה פנימית הקולטת אמנות אלו אל תוך המשפט הפנימי של אותן מדינות ידועה למדי. הבעייתיות שבגישה זו ברורה, ומובן מאליו כי היא מהווה מכשול בפני יישום אמנות זכויות האדם.

אלא שהתבוננות כזו מגלה רק טפח מתפקידן של אמנות זכויות האדם, ושל דרכי יישומן במשפט הפנימי של המדינות, גם במדינות המשפט המקובל אשר בהן המשפט הבין-לאומי אינו מהווה אוטומטית חלק ממשפט המדינה. תמונה מלאה יותר תיקח בחשבון את התפתחות הכלים במדינות השונות, את רמת זכויות האדם הכללית שלה, ואת דרכי ההשפעה על זכויות האדם.

האם אכן לזכויות האדם באוסטרליה מעמד נמוך יותר?

מצד אחד – ודאי שפסק הדין בעניין *Bare* יכול לתמוך בתזה מעין זו. שהרי לגופו של עניין, פסק הדין קבע כי היות שאין ב-*Charter* הגנה מלאה על הזכות לחקירה עצמאית בית המשפט לא יאשר זאת. מצד שני – ראייה כזו היא ראייה צרה יחסית של השפעת זכויות האדם.

כיצד משפיעות זכויות האדם?

השפעתן של זכויות האדם אינה יכולה להימדד בהשפעתן החוקתית בלבד. בסדרת מאמרים ידועה קבע הרולד קו (*Harold Koh*), לשעבר דיקן בית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל, ועד לא מכבר היועץ המשפטי של משרד החוץ של ארצות-הברית, כי המשפט הבין-לאומי בכלל, וזכויות האדם בפרט, חודרות אל המדינות בתהליך אותו כינה "הפנמה".⁶ קו תיאר תהליך שבו המשפט הבין-לאומי הופך לחלק מהמארג הפנימי של המדינה לא על ידי כפייה חוקית, אלא על ידי דיאלוג – שכנוע וקבלה של אליטות פוליטיות, ושל קבוצות בחברה. בייחוד כאשר עוסקים בזכויות האדם, האימוץ המשפטי של זכויות האדם הוא רק השלב האחרון בקבלתן אל המדינה. התהליך החוקי והמשפטי שבו זכויות האדם הופכות לחלק ממשפט המדינה, ולמחייבות, הוא סיומו של תהליך ארוך שבו מדינה צריכה לנהל שיח של זכויות אדם, ולהכריע בדבר הדרך שבו זכויות האדם ייושמו במדינה.

בלא תהליך כזה, טוען קו, זכויות האדם לא יזכו ללגיטימיות כלשהי. הן לעולם ייתפסו כחלק מדיון חיצוני הנכפה על המדינה, ולא יזכו לתמיכה פוליטית, ציבורית ומשפטית. תהליך הלגיטימציה של זכויות האדם כרוך, אם כן, גם בתהליך קליטה פנימי שאיננו מכניסטי-פורמלי, אלא תהליך ערכי. יש לשכנע את הציבור כי זכויות האדם הבין-לאומיות הן חלק חיוני ממארג הזכויות הפנימי.

⁶ Harold H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 YALE L.J. 2599 (1997).



דווקא תהליך קליטת זכויות האדם אל משפטה של ויקטוריה, מהווה דוגמה לרעיונות של קו.

אוסטרליה היא מדינה פדרלית דמוקרטית, אשר חוקתה אינה כוללת "מגילת זכויות". בשנת 2006 אימצה מדינת ויקטוריה את ה-Charter of Human Rights and Responsibilities⁷ – מגילת זכויות האדם של מדינת ויקטוריה כוללת רשימה של זכויות אדם, שנקלטו אל החוק של מדינת ויקטוריה. אלא שזכויות אלו אינן זכויות חוקתיות במובן המקובל של המילה. ה-Charter של מדינת ויקטוריה קובע לזכויות האדם המנויות בו שני סוגים של תוצאות משפטיות:

ברמה המחייבת – מגילת זכויות האדם קובעת כי זכויות האדם יחייבו כל רשות ציבורית (כל עוד אין חוק הסותר אותן במפורש), וכי בית המשפט יפרש כל חוק בצורה התואמת אותן. במובן זה, אין החוק מוסיף רבות על הנהוג ממילא ביחס להתחייבויות בין-לאומיות ולזכויות אדם על זה שהיה נהוג עוד קודם לו. למעשה, בית המשפט בישראל קבע כללים אלו ביחס לזכויות האדם עוד קודם לחוקי היסוד.

ברמה ההצהרתית – המגילה קובעת כי לכלל הצעת חוק יש לצרף קביעה על פיה החוק תואם את מגילת זכויות האדם.⁸ כמו כן – המגילה גם קובעת כי בית המשפט העליון של מדינת ויקטוריה רשאי להצהיר כי חוק מסוים אינו תואם את מגילת זכויות האדם. הצהרה זו גוררת אחריה מחויבות של השר האחראי על יישומו של החוק להגיב לפסיקת בית המשפט.⁹ סעיף 32 למגילה עוסק בפרשנותה. לפי הסעיף, עת שמפרשים את המגילה, שהמשפט הבין-לאומי ופסיקות טריבונלים זרים ובין-לאומיים, יוכלו להילקח בחשבון.¹⁰

צורה זו של יישום זכויות האדם יכולה להראות בעיני משפטן מן החוץ כבעייתית. עובדת אי-קליטת אמנות זכויות אדם באופן אוטומטי ומחייב במשפטה של ויקטוריה, יחד עם הכלים ההצהרתיים הדלים יחסית, יכולים בעיני כמה משפטנים להעיד על כך כי קליטת זכויות האדם בוויקטוריה חלקית ופגומה.

התאוריה של קו מציעה התבוננות מזווית שונה, ופחות אינטואיטיבית. מגילת זכויות האדם, דווקא מכיוון שהיא אינה קובעת כללים חוקתיים ברורים וחתוכים, מחייבת את מוסדות השלטון והמשפט בוויקטוריה לברר את מידת מחויבותם לזכויות האדם, ומהי צורת יישום הזכויות המתאימה להם. בצורה זו – צוברות זכויות האדם לגיטימיות פנימית, וזאת דווקא מכיוון שהן מיושמות על ידי מוסדות פנימיים, שאינם פועלים לפיהם מכוח כפייה חיצונית, אלא דווקא מכוח דו שיח, ושכנוע פנימי.

גם הסעיפים במגילה המעודדים שימוש במשפט הבין-לאומי ובפרשנות שניתנה לו על ידי גופים בין-

7 Charter, לעיל ה"ש 4.

8 שם, s 28.

9 שם, s 36.

10 שם, s 32(3). "[M]ay be considered in interpreting a statutory provision".



לאומיים תואמת את גישה זו. המגילה מעודדת את הדיאלוג בין הגופים הפנימיים לבתי המשפט הבין-לאומיים, ובכך תומכת בהפנמתו של המשפט הבין-לאומי אל תוך השיח הפנימי של ויקטוריה.

אעז ואומר כי אני סבור ש"זמן מחצית החיים" של פסק הדין *Bare v. Thomas* אינו ארוך במיוחד. בדיוק כפי שוועדת טירקל הישראלית השתכנעה חלקית מן הטענה כי חקירות צריכות להיות עצמאיות במידה רבה,¹¹ סביר להניח כי גם בית המשפט האוסטרלי ישתכנע מטענה זו בעתיד. יש מחיר לכך שלמדינות דמוקרטיות ניתנת האפשרות לקלוט את זכויות האדם אל תוכן בצורה גמישה, אך מול החסרונות והמחיר יש לכך יתרון מסוים – כאשר המדינה מפעילה את דיני זכויות האדם היא עושה זאת מתוך שכנוע פנימי.

יש להבדיל בין טענתי, שהיא תועלתנית בעיקרה, לבין טענה אחרת המועלתית לעתים, ועל פיה זכויות האדם אינן יכולות לזכות להכרה אוניברסלית – פשוט מפני שאין ערכים אוניברסליים. מטעמים שלא ניתן לפרטם כאן, אני סבור כי הנחה זו שגויה. הטענה שלי מוגבלת יותר: מטעמים תועלתניים צריכה הקהילה הבין-לאומית לאפשר למדינות שונות לקלוט את זכויות האדם בצורה המתאימה להן, ובלבד שהן אכן פועלות בתום לב ובנפש חפצה לקליטה כזו.

ועוד, לכפייה חיצונית יש מחירים נוספים: במחקר חדש של *Katrina Linos* ו-*Andrew Guzman* טוענים השניים כי במקום שבו קיימת מערכת אכיפתן של זכויות אדם על ידי מדינות, כמו במדינות הכפופות לשיפוט בית הדין האירופי לזכויות אדם, מתרחשת לעתים תופעה של *Human rights backsliding* (כרסום בזכויות האדם).¹² במדינות שבהן זכויות האדם הן ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מזו שמוגדרת באמנה, ישנה נטייה להפחית את רמת הזכויות עד לרמה הנדרשת על ידי האמנה.

תופעה זו, ככל שהיא קיימת, היא רק דוגמה למחשבה שצריכה לעלות בדבר הצורך באחידות מוחלטת של זכויות האדם.

אכן – זכויות האדם הן מבורכות, וכל פגיעה בהן בעייתית, אך כל דיון בזכויות האדם צריך גם לקחת בחשבון את הצורך לאכוף את הזכויות ולהקנות להן לגיטימיות.

¹¹ ועדת טירקל הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – דו"ח שני 105–111, ס' 67–74 (2013) www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website%20-%20hebrew.pdf

¹² Andrew T. Guzman & Katerina Linos, *Human Rights Backsliding*, CAL. L. REV. (forthcoming), available at <http://www.law.uchicago.edu/files/files/HumanRightsBacksliding3-16-13.pdf>