

ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΤΜΗΜΑ ΔΙΕΘΝΩΝ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΜΕΤΕΠΤΥΧΙΑΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΩΝ
ΣΠΟΥΔΩΝ

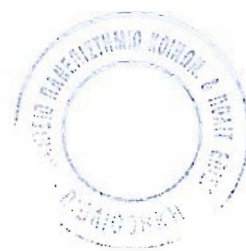
ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

***Η ΙΕΡΑΡΧΙΑ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ
ΣΤΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟ***

ΙΩΑΝΝΑ ΔΗΜΟΠΟΥΛΟΥ

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ
ΣΤΕΛΙΟΣ ΠΕΡΡΑΚΗΣ

ΑΘΗΝΑ 2009



MET
AHM



Η Ιεραρχία
των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου
στο Διεθνές Δίκαιο

Ιωάννα Δημοπούλου

"If nations are allowed to commit genocide with impunity, to hide their guilt in a camouflage of lies and denials, there is a real danger that other brutal regimes will be encouraged to attempt genocides. Unless we speak today of the Armenian genocide and unless the Government recognizes this historical fact, we shall leave this century of unprecedented genocides with this blot on our consciences."

-Caroline, Baroness Cox, House of Lords, April 1999

Συντομογραφίες

ΑΠΠ	Α' Παγκόσμιος Πόλεμος
ΒΠΠ	Β' Παγκόσμιος Πόλεμος
ΓΣ	Γενική Συνέλευση των Ηνωμένων Εθνών
ΔΔ	Διεθνές Δίκαιο
ΔΠΔ	Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο
ΔτΑ	Δικαιώματα του Ανθρώπου
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση
ΕΚ	Ευρωπαϊκή Κοινότητα
ΗΕ	Ηνωμένα Έθνη
ΜΚΟ	Μη Κυβερνητικές Οργανώσεις
ΟΑΕ	Οργανισμός Αφρικανικής Ενότητας
ΟΑΚ	Οργανισμός Αμερικανικών Κρατών
ΟΑΣΕ	Οργανισμός για την Ασφάλεια και τη Συνεργασία στην Ευρώπη
ΣΑ	Συμβούλιο Ασφαλείας των Ηνωμένων Εθνών
ΣτΕ	Συμβούλιο της Ευρώπης
ΧάρτΗΕ	Χάρτης των Ηνωμένων Εθνών

ACHPR	African Charter on Human and Peoples Rights
ACHR	American Convention on Human Rights
ACP	African, Caribbean, Pacific
AJIL	American Journal of International Law
ALI	American Law Institute
CERD	Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination
CCL	Control Council Law
ECHR	European Convention on Human Rights
ECourtHR	European Court of Human Rights
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
EJIL	European Journal of International Law
HRC	United Nations Human Rights Commission
ICC	International Criminal Court
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
ILC	International Law Commission
IMT	International Military Tribunal
NATO	North Atlantic Treaty Organisation
PICJ	Permanent International Court of Justice
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UNHRC	United Nations Human Rights Committee

Περιεχόμενα

Προλεγόμενα

1. Εισαγωγή

Α΄ Μέρος

ΣΚΙΑΓΡΑΦΗ ΤΗΣ ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΚΑΙ ΤΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ ΤΕΣΣΑΡΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ: JUS COGENS, ΑΠΑΡΕΓΚΛΙΤΑ ΔΤΑ, ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ERGA OMNES, ΚΡΑΤΙΚΗ ΚΑΙ ΑΤΟΜΙΚΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

• Κεφάλαιο 1ο

Ιεραρχική Ανωτερότητα των Απαρέγκλιτων ΔτΑ

1. Ιεραρχική Ανωτερότητα των Απαρέγκλιτων ΔτΑ

2. Ιεραρχία ΔτΑ και Jus Cogens

2.1 Η αρχή jus cogens και η Διάσκεψη της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών

2.2 Εννοιολογικά ερωτήματα από την έλλειψη ορισμού

2.3 Νομολογία του ICJ

2.4 Ιεραρχία στο Διεθνές Δίκαιο

3. Απαρέγκλιτα ΔτΑ και Jus Cogens

3.1. Ποια Δικαιώματα Χαρακτηρίζονται Απαρέγκλιτα: Τρόποι Καθορισμού

3.1.1 Περιορισμοί στην Αναστολή: Αναγκαιότητα - Αναλογικότητα

3.2. Jus Cogens και Απαρέγκλιτα ΔτΑ

3.2.1 Το Περιεχόμενο των Jus Cogens ΔτΑ

3.2.2 Βασανιστήρια

3.2.3 Η Παράνομη Χρήση Βίας

3.2.4. Jus Cogens και ΔΑΔ

3.2.5 Ο Χάρτης των ΗΕ

4. Jus Cogens και Απαρέγκλιτα ΔτΑ: Σύγχρονη Εφαρμογή

4.1 Διεθνής Δικαιοδοσία

4.2 Δίκαιο Έκδοσης

4.3 Ανθρωπιστική Επέμβαση

5. Συμπεράσματα

•Κεφάλαιο 2ο

Υποχρεώσεις Erga Omnes και Ιεραρχία ΔτΑ

1. Υποχρεώσεις Erga Omnes: Φυσιολογία και Χαρακτήρας

1.1. Οι Υποχρεώσεις Erga Omnes: Η Φυσιολογία

1.1.1 Erga Omnes και Προσδιορισμός των Μερών με Νομικό Συμφέρον στην Εκπλήρωση των Υποχρεώσεων

1.1.2 Οι Υποχρεώσεις Erga Omnes Δεν Αφορούν στη Ratione Matreriae Των Υποχρεώσεων

1.2 Ο Erga Omnes Χαρακτήρας των Υποχρεώσεων ΔτΑ και η Ενισχυμένη Κανονιστική τους Δράση

1.2.1 Τα Draft Articles της ILC για τα Θιγόμενα Κράτη και η Δυνατότητα των Κρατών να Διατείνονται Νομικό Συμφέρον

1.2.2 Η Υπόθεση Barcelona Traction

1.2.2 Δικαιώματα του Ανθρώπου Tout Court και Δημιουργία Υποχρεώσεων Erga Omnes

2. Πρακτική των Κρατών και Μη Νομικά Μέτρα Εφαρμογής των Υποχρεώσεων Erga Omnes

2.1 Επίκληση της Αρχής Erga Omnes για την Επιβολή Συλλογικών ή Ατομικών Μέτρων για Παραβιάσεις Συγκεκριμένων Υποχρεώσεων και Η Αποφυγή Δημιουργίας Προηγούμενου ως Υποβάθμιση της Κανονιστικής Δύναμης της Αρχής

2.1.1 Μονομερή μέτρα

2.1.2 Επανορθώσεις

2.1.3 Αντίποινα

2.1.4 Μέτρα που Αφορούν Δικαιώματα του Ανθρώπου

3. Συμπεράσματα

•Κεφάλαιο 3

Ιεραρχία ΔτΑ, Ευθύνη του Κράτους και Ατομική Ποινική Ευθύνη

1. Ratione Materiae των Διεθνών Εγκλημάτων του Κράτους

1.1 Δυσκολίες

1.2 Ειδικά Εγκλήματα

1.2.1 Επίθεση

1.2.2 Αυτοδιάθεση

1.2.3 Δουλεία, Γενοκτονία, Apartheid

2.Ιεραρχική αξία - Αποτίμηση

3. Ατομική Ποινική Ευθύνη και Διεθνής Ένοπλη σύγκρουση

3.1 Σύγχρονες Εξελίξεις

3.1.1 Ο Κώδικας της ILC για την Ειρήνη και την Ασφάλεια της Ανθρωπότητας

3.1.2 Το Ad Hoc Δικαστήριο της Πρώην Γιουγκοσλαβίας

3.1.3. Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο

4. Εγκλήματα κατά της Ανθρωπότητας

4.1 Αδικήματα που Συνιστούν Εγκλήματα κατά της Ανθρωπότητας

4.2 Ιδιωτική Δράση

4.3 Φυσικά ή Νομικά Πρόσωπα

4.4. Η Βάση της Ιεραρχικής Διαφοροποίησης Ανάμεσα σε Εγκλήματα
Πολέμου και Εγκλήματα Κατά της Ανθρωπότητας

5. Άλλα Διεθνή Εγκλήματα

5.1 Γενοκτονία

5.2 Δουλεία

5.3 Βασανιστήρια

6. Συμπεράσματα

Β' Μέρος

ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΕΣ ΣΚΕΨΕΙΣ ΚΑΙ ΕΚΤΙΜΗΣΕΙΣ

Η ΠΡΟΣΠΑΘΕΙΑ ΑΝΕΓΕΡΣΗΣ ΜΙΑΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΙΚΗΣ, ΚΑΘΕΤΗΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΟΠΟΙΗΣΗΣ
ΕΠΙΛΕΓΜΕΝΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ: Η ΑΝΑΓΚΗ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΤΑΞΗΣ.

1. Επιλογικά

1.1 Η Εμφάνιση Μίας Συνταγματικής Τάξης

1.1.1 Ο Ρόλος του Jus Cogens Στην Εμφάνιση Νέας Συνταγματικής
Τάξης

1.1.2 Οι Άλλες Ιεραρχικές Κατηγορίες

1.2 Στόχος: Ένα Διευρυμένο Πλαίσιο Αναγνωρισμένων Ανώτερων Κανόνων

Προλεγόμενα

1. Εισαγωγή

Με τις μεταβάσεις στα πολιτικά συστήματα της Ανατολικής Ευρώπης, νέες δημοκρατίες αναδύθηκαν ενώ στην Αφρική και την Ασία πολλές χώρες πίεσαν για την προστασία και την απόδοση της ανάλογης σημασίας στα δικαιώματα του Ανθρώπου (ΔτΑ). Νέες προκλήσεις απειλούν την εφαρμογή των ΔτΑ στις παλιές δημοκρατίες - οργανωμένο έγκλημα - ενώ οι υπερ-εθνικές δικαστικές δομές και δυνάμεις αστυνόμευσης, εφαρμογής του νόμου και υπηρεσίες πληροφοριών - σημαντικές για την "μάχη ενάντια στην τρομοκρατία" που δημιουργήθηκαν για να μας προστατεύσουν- βρίσκονται στη διαδικασία διαγραφής της κρατικής κυριαρχίας και αμφισβήτησης οποιασδήποτε προστασίας των ΔτΑ.

Εντούτοις, η τελευταία 10ετία του 20ου αιώνα έρχεται να αντιταχθεί σε μία συντηρητική προσέγγιση υπό τη βάση του Διεθνούς Δικαίου αφού έχει χαρακτηριστεί από αρκετά ευοίωνα και πρωτόγνωρα γεγονότα για την προστασία των ΔτΑ. Η ίδρυση του ΔΠΔ, η οποία σηματοδότησε μία ιστορική καμπή στο ρεύμα προς τη διεθνοποίηση του δικαστικού συστήματος στα πλαίσια των ΔτΑ, η δίωξη στη Βρετανία του πρώην πρωθυπουργού της Χιλής Augusto Pinochet με κατηγορίες βασανιστηρίων και η δικαστική επιδοκιμασία της εξω-εδαφικής δικαιοδοσίας, χαρακτηριστική της ανανεωμένης πολιτικής θέλησης, τουλάχιστο από κάποια κράτη, για την προώθηση των σκοπών της διεθνούς δικαιοσύνης στα εσωτερικά δικαστικά όργανα, η επέμβαση στο Κόσσοβο με διατυπωμένο στόχο αυτόν της προαγωγής του ανθρωπιστικού σκοπού, η δίωξη και καταδίκη AL Bashir, ενάντια στην ατιμωρησία, είναι κάποιες μόνο από τις εξελίξεις που προσέφεραν μία αισιόδοξη αίσθηση ότι η διεθνής νομική θεωρία των ΔτΑ θα βγει στις δικαστικές αίθουσες και το προσκήνιο της πολιτικής σκηνής.

Μία σειρά εξελίξεων δημιούργησε τις προϋποθέσεις όπου τα ΔτΑ θα εξελίσσονταν ανελκτικά στη διεθνή πολιτική και δικαστική ημερήσια διάταξη. Η αποδοχή του

"human rights paradigm" του Β' Παγκοσμίου Πολέμου σαφώς προκάλεσε θετικές συλλογικές δράσεις των κρατών, όπως τον ΧάρτΗΕ και την προαγωγή των ΔτΑ ως βασικού στόχου των ΗΕ και την υιοθέτηση από τη ΓΣ του γονιμοποιού θεσμού των ΔτΑ, της UDHR. Ακολούθως, την υιοθέτηση των διεθνών συμβάσεων ανθρωπιστικού δικαίου¹, του International Bill of Human Rights καθώς και διαφόρων θεματικών και περιφερειακών συνθηκών ΔτΑ. Υπό την αιγίδα του Συμβουλίου ΔτΑ των ΗΕ εναρμονίστηκαν διάφορες σκέψεις σχετικές με τα ΔτΑ μέσω των θεματικών και τους εξειδικευμένους ανά χώρα μηχανισμούς αναφορών. Με την κατάχρηση αυτών των μηχανισμών από κράτη, επίμονους ακτιβιστές, ΜΚΟ και κυβερνήσεις ωστόσο, τα δόγματα της κρατικής κυριαρχίας και της εθνικής δικαιοδοσίας έχουν διαβρωθεί. Με το τέλος του Ψυχρού Πολέμου, η κοινότητα των ΔτΑ ήταν έτοιμη να πιέσει για πολιτικά μέτρα που θα αναλογούσαν στα νομικά standards που είχαν ήδη αποδεχθεί τα κράτη.

Εξετάζοντας την νέα αυτή θέση των ΔτΑ στο ΔΔ είναι προφανές ότι, όλοι οι κανόνες οι οποίοι μπορεί να θεωρηθεί ότι ανήκουν στο γενικό corpus των ΔτΑ δεν προήχθησαν με το ίδιο σθένος αλλά, τα κράτη ήταν εκείνοι οι δρώντες οι οποίοι έθεσαν τις προτεραιότητες για τη συλλογική εφαρμογή. Για παράδειγμα, οι αντιπροσωπείες των κρατών ήταν εκείνες που αποφάσισαν στη Ρώμη να περιορίσουν τη *rationae materiae* του δικαστηρίου στα εγκλήματα γενοκτονίας, επίθεσης, εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και τα πιο σημαντικά εγκλήματα πολέμου.

Είναι, επίσης, ευρέως αποδεκτό ότι τα ΔτΑ αποτελούν ένα καθεστώς. Η αρχή που υπογραμμίζει το μη ιεραρχημένο καθεστώς ΔτΑ είναι αυτή που πρεσβεύει ότι τα ΔτΑ είναι "αδιαίρετα, αλληλοεξαρτώμενα, αλληλένδετα", όπως επιβεβαίωσε η Διακήρυξη

-
- ¹ First Geneva Convention "for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field" (first adopted in 1864, last revision in 1949). Second Geneva Convention "for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea" (first adopted in 1906). Third Geneva Convention "relative to the Treatment of Prisoners of War" (first adopted in 1929, last revision in 1949). Fourth Geneva Convention "relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War" (first adopted in 1949, based on parts of the 1907 Hague Convention IV). Protocols: Protocol I (1977): Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. As of 12 January 2007, it had been ratified by 167 countries. Protocol II (1977): Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. As of 12 January 2007, it had been ratified by 163 countries.

της Βιέννης το 1993 ², μία αρχή αβέβαιη αν αναλογιστεί κανείς τις πραγματικές προτεραιότητες των δικαιούχων αλλά και των κρατών που έχουν αποδεχτεί τις σχετικές υποχρεώσεις. Οι ανησυχίες των διεθνών μη-κυβερνητικών οργανισμών, οι επίσημες δηλώσεις των μεμονωμένων κρατών και οι αποφάσεις που αφορούν καταστάσεις εξειδικευμένες ανά χώρα στο Συμβούλιο ΔτΑ και το ΣΑ των ΗΕ, αποκαλύπτουν μία προτεραιότητα σε κάποια δικαιώματα-πυρήνες: το δικαίωμα στη ζωή, ελευθερία από τα βασανιστήρια και τις παραβιάσεις που συνιστούν γενοκτονία, τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και τα εγκλήματα πολέμου συναντούν την πιο αυστηρή διερεύνηση. Τα οικονομικά, κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα αλλά και μερικά δικαιώματα "τρίτης γενιάς", όπως το δικαίωμα στην ανάπτυξη, έχουν λάβει την προσοχή κάποιων οργάνων των ΗΕ και απασχολούν ορισμένες αναπτυσσόμενες χώρες και ΜΚΟ. Ωστόσο, οι προσπάθειες για εφαρμογή παραμένουν νωθρές. Άρνηση του δικαιώματος στο φαγητό, την υγεία αλλά και ένα κατοικήσιμο περιβάλλον είναι πραγματικά όσο ουσιαστικά δικαιώματα όσο η ελευθερία από τα βασανιστήρια ή την αυθαίρετη αφαίρεση της ζωής. Οι απόψεις όμως αναφορικά με την κάλυψη κοινωνικών, οικονομικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων από το καθεστώς ΔτΑ δεν θα συζητηθεί εδώ. Η υιοθέτηση προτεραιοτήτων από τα κράτη, τους διακυβερνητικούς και μη-κυβερνητικούς θεσμούς, με ικανότητα να κατευθύνουν την τη διεθνή πολιτική και νομική agenda, άσχετα από τις επιρροές που επηρεάζουν τις αποφάσεις τους, έχουν αντίκτυπο στο νομικό καθεστώς των κανόνων των ΔτΑ. Σε κάποιο βαθμό, οι συνέπειες της αναγνώρισης ιεραρχίας στα διεθνή ΔτΑ είναι βασικά αποδεχτές' για παράδειγμα, ελάχιστοι θα διαφωνούσαν ότι το δικαίωμα ελευθερίας από τη γενοκτονία είναι πιο επιτακτικό ως δικαίωμα από αυτο στην επιστημονική πατρότητα ³. Και τα δύο δικαιώματα είναι σαφώς δεσμευτικά υπό το ΔΔ αλλά η παραβίαση του πρώτου δημιουργεί αναμφισβήτητες νομικές (και ηθικές) συνέπειες συμπεριλαμβανομένης και της πολιτικής και ατομικής ποινικής ευθύνης. Θα θεωρούσαμε το δικαίωμα σε ένα περιβάλλον όχι υποβαθμισμένο σε υψηλότερη θέση από το δικαίωμα στο όνομα, για παράδειγμα. Είναι σαφώς πολλές οι συγκρίσεις που θα μπορούσαν να καταδείξουν τις επιλογές της διεθνούς κοινότητας ως προς τα ΔτΑ

² Στην Παγκόσμια Διάσκεψη Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων των Ηνωμένων Εθνών. Vienna Declaration and Programme of Action, 25 June 1993, αναπαρ. 32 International Legal Materials 1661 (1993), παράγ. 5. Η Διακήρυξη συνεχίζει: "The international Community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis".

³ άρθρο 15 ICCPR

συμπεριλαμβανομένου του γεγονότος ότι οι περιβαλλοντικοί κανόνες δεν έχουν λάβει αναγνώρισης υπό το θετικό διεθνές δίκαιο.

Η δυσκολία στην αποδοχή της ιεραρχίας των δικαιωμάτων παραλληλίζεται με τη διαμάχη για τη φύση του διεθνούς δικαίου. Θεωρητικοί έχουν εκφράσει αμφιβολίες για το αν θα μπορούσε να υπάρξει στο ΔΔ ένα κάθετο καθεστώς που θα διακρίνεται σε δικαιώματα ανώτερα και κατώτερα. Η άνοδος του θετικισμού μέχρι το τελευταίο μισό του 20ου αιώνα υποστήριζε ότι το ΔΔ έχει οριζόντια δομή, μη αναγνωρίζοντας ιεραρχία στους κανονισμούς και τους κανόνες του. Αυτή η άποψη έχει παραμεριστεί. Η έρευνα αυτή βασίζεται στην υπόθεση ότι το ΔΔ δεν μπορεί πλέον να θεωρείται αποκλειστικά οριζόντιας δομής. Η διεθνής νομική τάξη έχει ωριμάσει σε τέτοια έκταση ώστε να επιτρέπει την εμφάνιση διαφορών σχετικά με την αξία και τη λειτουργία συγκεκριμένων κανόνων δικαίου όχι μόνο όσον αφορά στην αξία που η διεθνής κοινότητα έχει αποδώσει σε συγκεκριμένους κανόνες αλλά από διαδικαστικής άποψης όπου οι μηχανισμοί εφαρμογής ποικίλουν.

Και μπορεί η ιεραρχία στο ΔΔ να βρίσκεται σε ανέλιξη, δεν είναι όμως αξίωμα και σαφώς χρίζει περαιτέρω ανάπτυξης. Έτσι το ενδιαφέρον μας θα στραφεί σε αυτά τα ανθρώπινα δικαιώματα και τους κανόνες που έχουν ξεκάθαρα νομική αξία και αναζητούμε να αποδείξουμε ποιοι από αυτούς δημιουργούν την μεγαλύτερη υποχρέωση στα κράτη και άλλους διεθνείς δρώντες και σε ποια, οι δρώντες, έχουν αποδώσει μεγαλύτερη σημασία. Σχηματικά, δεν θα εξεταστεί κάθε ένα από τα ανθρώπινα δικαιώματα και όχι μόνο τα ΔτΑ *stricto sensu* αλλά και οι κανόνες ευρύτερης εμβέλειας, εκείνοι, για παράδειγμα, που στοχεύουν στην προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Περιλαμβάνονται λοιπόν και οι κανόνες ΔΑΔ και διεθνούς ποινικού δικαίου, αναφορικά με τους κανόνες των ανθρωπιστικών συνθηκών της Χάγης και της Γενεύης και τα διεθνή ποινικά όργανα με δικαιοδοσία επί των εγκλημάτων πολέμου. Οι κατηγορίες δε, των κανόνων τους οποίους έχουμε ξεχωρίσει και θεωρούμε ότι εμφανίζουν ιεραρχία είναι οι: *jus cogens*, υποχρεώσεις *erga omnes* και διεθνή εγκλήματα.

Στο πρώτο κεφάλαιο, θα εξεταστούν οι αναγκαστικοί κανόνες του ΔΔ, *jus cogens* κανόνες. Στην κατηγορία αυτή ανήκουν οι ανώτεροι κανόνες ΔΔ. Αν και τα χαρακτηριστικά της κατηγορίας αυτής δεν έχουν συμφωνηθεί διεθνώς, η αποδοχή της

αρχής ωστόσο, έχει διευρυνθεί με την επίκλησή της από διεθνή δικαιοδοτικά όργανα. Σύμφωνα με τον ορισμό που δίνεται στη Συνθήκη της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών, ο όρος περιλαμβάνει τους κανόνες "που έχουν γίνει αποδεκτοί και έχουν αναγνωριστεί από τη διεθνή κοινότητα κρατών στο σύνολό της, από τους οποίους δεν επιτρέπεται παρέκκλιση"⁴. Βέβαια, δεν δίνεται καθοδήγηση στην αναγνώριση των συγκεκριμένων κανόνων που αναγνωρίζονται ως αναγκαστικοί ωστόσο, η δικαστική πρακτική με την αύξηση των αναφορών στην αρχή έχει βοηθήσει στην συγκεκριμενοποίηση του όρου. Για παράδειγμα η Δι-αμερικανική Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων έχει επικαλεστεί την αρχή σχετικά με την απαγόρευση εκτέλεσης ανήλικων εγκληματιών, το ICTY σχετικά με το καθεστώς των βασανιστηρίων στο ΔΔ, το ICJ σχετικά με τα επιχειρήματα του Βελγίου υποστηρίζοντας την αρχή της ανθρωπιστικής επέμβασης στη διεθνή νομική πρακτική και, το British House of Lords σχετικά με τα βασανιστήρια στην υπόθεση Pinochet. Αν και υπάρχει ένα παγκόσμιο consensus σχετικά με τα ΔτΑ και την αρχή *jus cogens*, εντούτοις, ένας περιορισμένος αριθμός ΔτΑ έχει γενικά γίνει αποδεκτός ως αναγκαστικός.

Εξετάζοντας την αρχή *jus cogens* θα γίνουν παρεκβάσεις αναφορικά με τα απαρέγκλιτα ΔτΑ. Το ICCPR, η ECHR και η ACHR αναγνωρίζουν έναν πυρήνα δικαιωμάτων από τον οποίο δεν επιτρέπεται παρέκκλιση, ακόμα και σε περιόδους έκτακτης ανάγκης. Δεν θεωρούμε ότι τα απαρέγκλιτα δικαιώματα θα έπρεπε να ανήκουν σε άλλη ερευνητική κατηγορία δεδομένου ότι η ικανότητα του κράτους να παρεκκλίνει από συμβατικές υποχρεώσεις ΔτΑ είναι θέμα περιπτώσεων αναγκαιότητας και αναλογικότητας αφού ακόμη και τα μη απαρέγκλιτα δικαιώματα μπορούν μόνο να περιοριστούν και όχι να εξαλειφθούν. Αναγνωρίζουμε ιεραρχικά δύο βάσεις: η μία αφορά στον θεμελιώδη χαρακτήρα του δικαιώματος. Μία εναλλακτική βάση αναγνώρισης ενός δικαιώματος ως απαρέγκλιτου αποτελεί η θέση ότι παρέκκλιση από τέτοιο δικαίωμα δεν μπορεί ποτέ να είναι αναγκαία σε κατάσταση εκτάκτου ανάγκης. Έτσι αντιμετωπίζουμε την μη παρέκκλιση ως παράγοντα εξακρίβωσης του χαρακτήρα *jus cogens* ενός κανόνα ΔτΑ.

Υποχρεώσεις *erga omnes* σημαίνει ουσιαστικά υποχρεώσεις έναντι όλων και

⁴ "norms accepted and recognized by the international community of states as a whole as [norms] from

αναδείχθηκαν μέσω της υπόθεσης Barcelona Traction του ICJ το 1970, το οποίο απεφάνθη ότι υπάρχουν δύο είδη υποχρεώσεων των κρατών, οι πρώτες ανάμεσα στα κράτη και οι δεύτερες προς την "διεθνή κοινότητα στο σύνολό της" ⁵. Οι υποχρεώσεις erga omnes δημιουργούν νομικά συμφέροντα στα κράτη και αποτελούν σημαντικές υποχρεώσεις, κάποιες από τις οποίες αφορούν ΔτΑ. Η άποψη που έχουμε υιοθετήσει σχετικά με τα ΔτΑ είναι ότι γενικά δημιουργούν υποχρεώσεις erga omnes. Έτσι τα ΔτΑ ανήκουν σε όλους διότι η υποχρέωση σεβασμού τους δεν περιορίζεται σε διμερείς σχέσεις. Επιπροσθέτως, ενώ το erga omnes δόγμα μπορεί να τοποθετήσει τα ΔτΑ σε δυνατή ιεραρχικά θέση ωστόσο, δεν προσφέρει κάποια βάση για διαφοροποίηση ανάμεσα στους κανόνες του σώματος των ΔτΑ.

Στο τρίτο κεφάλαιο θα ασχοληθούμε με τα διεθνή εγκλήματα, όπερ μεθερμηνευόμενο, την ευθύνη των κρατών αλλά και την ατομική ποινική ευθύνη η οποία, αντίθετα με τα εγκλήματα που διαπράττονται από τα κράτη βασίζεται σε κανόνες με εννοιολογική συνεκτικότητα' από τις Συνθήκες της Γενεύης του 1949 και τα πρωτόκολλα του 1977 ⁶ μέχρι το Χάρτη του Διεθνούς Στρατιωτικού Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης για να δημιουργήσουν τα δύο ad hoc δικαστήρια για την Πρώην Γιουγκοσλαβία και τη Ρουάντα αλλά και το ΔΠΔ. Για σχεδόν πενήντα χρόνια η ILC ⁷ έχει προσπαθήσει να δημιουργήσει έναν ομοιόμορφο κώδικα ευθύνης των κρατών. Η αναγνώριση μίας κατηγορίας παράνομων πράξεων τα οποία ονόμασε διεθνή εγκλήματα τα οποία περιελάμβαναν, inter alia, τη γενοκτονία, τη δουλεία, το apartheid αλλά και τη μόλυνση της θαλάσσιας ατμόσφαιρας, κατέληξε σε αποτυχία της ILC να θέσει γερά θεμέλια για την επαρκή αναγνώριση των διεθνών εγκλημάτων, με αποτέλεσμα την υποβάθμιση της υπόστασης των εγκλημάτων των κρατών στο ΔΔ. Αντίθετα όμως με τα εγκλήματα των κρατών η ατομική ποινική ευθύνη έχει επιτύχει έναν εξαιρετικό βαθμό εννοιολογικής συγκρότησης με ευρέως αποδεκτούς κανόνες, ένα γερά δομημένο σώμα κανόνων. Από τη μία πλευρά η νομοθεσία των ανθρωπιστικών οργάνων που κορυφώνεται με τις Συνθήκες της Γενεύης του 1949 και

which no derogation is permitted" Αρθ. 53, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

⁵ Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v Spain), Sec. Phase (Judgment), 1970 ICJ, par. 32

⁶ Id 1

⁷ International Law Commission, όργανο των ΗΕ επιφορτισμένο με το έργο της κωδικοποίησης και προοδευτικής ανάπτυξης του ΔΔ

τα πρόσθετα Πρωτόκολλα του 1977⁸ που έδωσαν το καθεστώς των "grave breaches" και από την άλλη τα διεθνή ποινικά όργανα και ιδιαίτερα τον International Military Tribunal Charter ο οποίος εφαρμόστηκε στην Νυρεμβέργη καθώς και ο Allied Control Council No. 10 για τη δίκη εγκληματιών του Β' Παγκοσμίου Πολέμου, έχουν παράσχει ένα επισταμένο σώμα κανόνων, η παραβίαση των οποίων δημιουργεί ατομική ποινική ευθύνη. Αυτές οι όψεις συνδυάστηκαν για να δημιουργήσουν τη *ratione materiae* των ποινικών καταστατικών των ICTY, ICTR και του ICC. Το ιεραρχικό χαρακτηριστικό του ενιαίου αυτού σώματος κανόνων είναι ότι η παραβίαση οποιουδήποτε από αυτούς τους κανόνες ενέχει ποινική ευθύνη. Εκτός λοιπόν από το να αναγνωρίσουμε τους κανόνες αυτούς που αποτελούν διεθνή εγκλήματα, σε αντίθεση με τις παράνομες πράξεις που δεν δημιουργούν διεθνείς ποινικές συνέπειες, ερευνούμε τις σχέσεις ιεραρχίας ανάμεσα σε αυτούς τους κανόνες: αν υπάρχει ποινική ευθύνη σε διεθνείς ή και εσωτερικές συγκρούσεις, αν απαιτείται μία πράξη ή συστηματικό σχέδιο, αν και νομικά πρόσωπα είναι υπόλογα, κτλ. .

Η εργασία ολοκληρώνεται με τα τελικά συμπεράσματα.

⁸ Id 1

Α΄ Μέρος

ΣΚΙΑΓΡΑΦΗ ΤΗΣ ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΚΑΙ ΤΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ
ΤΕΣΣΑΡΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ:
JUS COGENS, ΑΠΑΡΕΓΚΛΙΤΑ ΔΤΑ,
ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ERGA OMNES,
ΚΡΑΤΙΚΗ ΚΑΙ ΑΤΟΜΙΚΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

- Κεφάλαιο 1ο

Ιεραρχική Ανωτερότητα των Απαρέγκλιτων ΔτΑ

1. Η Ιεραρχική Ανωτερότητα των Απαρέγκλιτων ΔτΑ

Θα ξεκινήσουμε διερωτώμενοι αν τα απαρέγκλιτα δικαιώματα αποτελούν ανώτερους κανόνες ανεξαρτήτως της σχέσης τους με την αρχή *jus cogens*. Αλλά ούτεως ή αλλιώς, δεν διαπλέκεται η μη παρέκκλιση με την αρχή *jus cogens*;

Το ICCPR, η ECHR και η ACHR περιέχουν προβλέψεις που επιτρέπουν την παρέκκλιση από τις υποχρεώσεις των κρατών, σχετικά με συγκεκριμένα δικαιώματα, με προϋπόθεση την ανακήρυξη ενός κράτους σε κατάσταση εκτάκτου ανάγκης ενώ, ταυτόχρονα, αυτά τα όργανα προβλέπουν ότι συγκεκριμένα δικαιώματα δεν μπορούν ποτέ να ανασταλούν ή να περιοριστούν ακόμα και σε καταστάσεις εθνικής ανάγκης. Το κράτος-μέλος, φυσικά, θα πρέπει να κηρύξει επίσημα ("officially proclaim") καθεστώς εκτάκτου ανάγκης καθώς και να ενημερώσει τα άλλα κράτη-μέλη σχετικά με τις διατάξεις από τις οποίες θα παρεκκλίνει και τους λόγους για τους οποίους θα προβεί σε ενέργειες αναστολής δικαιωμάτων.⁹ Σε καμία όμως περίπτωση δεν μπορούν να ανασταλούν δικαιώματα όπως αυτά που ορίζονται στα άρθρα 6 (δικαίωμα στη ζωή), 7 (ελευθερία από βασανιστήρια ή άλλη απάνθρωπη συμπεριφορά), 8 (1&2) ελευθερία από τη δουλεία, 11 (ελευθερία από φυλάκιση μόνο για λόγους ανικανότητας εκπλήρωσης συμβατικής υποχρέωσης), 15 (ελευθερία από ποινική δραστηριότητα αναδρομικά (*nullum crimen sine lege*)), 16, (δικαίωμα στην αναγνώριση νομικής προσωπικότητας) και άρθρο 18 (δικαίωμα στην ελευθερία της σκέψης, της συνείδησης και της θρησκείας).¹⁰ Η ECHR επιτρέπει την περιστολή δικαιωμάτων "in time of war or other public emergency threatening the life of the nation"¹¹ "to the extent strictly required by the exigencies of the situation provided

⁹ ICCPR άρθρο 4(3)

¹⁰ ICCPR άρθρο 4(2)

¹¹ ECHR άρ. 15(1) Ως κατάσταση εκτάκτου ανάγκης, ο πόλεμος, σαφώς και υφίσταται και στο ICCPR

that such measures are not inconsistent with other obligations under international law". Εδώ αναφέρονται ως απαρέγκλιτα τα δικαιώματα που προβλέπουν το άρ. 2 (δικαίωμα στη ζωή εκτός των περιπτώσεων θανάτου από νόμιμες πολεμικές ενέργειες (!)), άρ. 3 (ελευθερία από βασανιστήρια και άλλη απάνθρωπη και ταπεινωτική μεταχείριση και τιμωρία), άρ.4(1) ελευθερία από τη δουλεία, άρ.7 (nullum crimen sine lege).¹²

Το λιγότερο αυστηρό κριτήριο αναγκαιότητας για κήρυξη κατάστασης εκτάκτου ανάγκης δίνεται από το ACHR, όπου αναστολή δικαιωμάτων μπορεί να διαταχθεί σε περιπτώσεις "war, public danger, or other emergency that threatens the independence of security of a State Party"¹³ με μέτρα αναστολής μόνο "to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the grounds of race, colour, sex, language, religion, or social origin". Προβλέψεις απαρέγκλιτων δικαιωμάτων περιλαμβάνονται στο άρ. 3 (δικαίωμα νομικής προσωπικότητας), άρ. 4 (δικαίωμα στη ζωή), άρ. 5 (δικαίωμα στην ανθρώπινη μεταχείριση), άρ. 9 (ελευθερία από ex post facto laws), άρ. 12 (ελευθερία συνείδησης και θρησκείας, άρ. 17 (οικογενειακά δικαιώματα), άρ. 18 (δικαίωμα σε όνομα), άρ 19 (δικαιώματα του παιδιού), άρ. 20 (δικαίωμα στην εθνικότητα), άρ. 23 (το δικαίωμα συμμετοχής στην διακυβέρνηση). Το άρθρο 27 (2) απορρίπτει την αναστολή "of the judicial guarantees essential for the protection of such rights".

Σχολιαστές όπως ο Van Boven έχουν υποστηρίξει ότι ακριβώς αυτή η διχοτόμηση μεταξύ απαρέγκλιτων και μη δικαιωμάτων αποτελεί απόδειξη για την ύπαρξη ενός σκληρού πυρήνα θεμελιωδών δικαιωμάτων.¹⁴ Αν και αυτή η διεκδίκηση είναι ακριβής, υπάρχουν παράγοντες οι οποίοι πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν για την αξιολόγηση των απαρέγκλιτων δικαιωμάτων και το κατά πόσο είναι ανώτερα η όχι, όπως το γεγονός ότι η διαφορά ανάμεσα σε απαρέγκλιτα και μη μπορεί να είναι μικρή. Το ICCPR, η ECHR και η ACHR εξασφαλίζουν ότι τα απαρέγκλιτα

παρά το γεγονός ότι δεν αναφέρεται.

¹² ECHR άρ. 15 (2)

¹³ ACHR άρ. 27(1)

¹⁴ Van Boven, T., C., Distinguishing Criteria of Human Rights, στο Vasak, K., και Alston, P., eds, 1 The International Dimensions of Human Rights 43, 1982

δικαιώματα θα προστατεύονται από την αναστολή σε καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης. Τα απαρέγκλιτα και μη δικαιώματα δεν βρίσκονται όμως σε πόλωση: τα ΔτΑ γενικά είναι ελαστικά σε πλαίσιο και περιεχόμενο. Η υποχρέωση των κρατών να σέβονται τα ΔτΑ υπό το ΔΔ μπορεί να αποτελεί αντικείμενο οποιονδήποτε περιορισμών από τους οποίους αυτοί που επιτρέπονται σε κατάσταση εκτάκτου ανάγκης είναι οι πιο ακραίοι. Πολλά από τα ΔτΑ προσδιορίζονται στις συνθήκες ΔτΑ από τις περιοριστικές ρήτρες (limitation clauses), που εξυπηρετούν την αναστολή του συγκεκριμένου δικαιώματος αντισταθμίζοντάς το σε σχέση με το συμφέρον του κράτους, όπως είναι η προστασία της εθνικής ασφάλειας, της δημόσιας υγείας ή της ηθικής τάξης. Για παράδειγμα, το δικαίωμα στην ελευθερία της σκέψης, της συνείδησης και του θρησκευματος, όπως εκφράζονται στο άρθρο 18 του ICCPR, ενώ ανήκει στα απαρέγκλιτα, "παρακωλύεται" από περιοριστική ρήτρα: [Restrictions] necessary to protect public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedoms of others" (άρθρο 18.3 σχετικά με την ελευθερία έκφρασης της θρησκείας και των πιστεύω ενός ατόμου).¹⁵ Το πλαίσιο δε, ενός δικαιώματος εξαρτάται από τον ορισμό και την ερμηνεία: για παράδειγμα το δικαίωμα στη ζωή (άρ. 6 ICCPR) δεν προϋποθέτει ελευθερία από την θανατική ποινή και ακόμα πιο ειδικά, τα περισσότερα όργανα ΔτΑ δεν περιλαμβάνουν κοινές θέσεις ως προς την θανατική ποινή ή σχετικά με το πότε αρχίζει η ζωή. Τα δικαιώματα επιδέχονται ερμηνείες από νομικές διαδικασίες συμπεριλαμβανομένης και της αναστολής υπό καθεστώς εκτάκτου ανάγκης.

2.Ιεραρχία ΔτΑ και Jus Cogens

Είναι ίσως απίθανο να προσδιορίσει κανείς οριστικά τα ανθρώπινα δικαιώματα που αποτελούν κανόνες jus cogens σήμερα ειδικά, δεδομένης της διεθνούς νομικής ανάπτυξης. Η Διάσκεψη της Βιέννης δεν προσφέρει ιδιαίτερη καθοδήγηση. Η βιβλιογραφία αποκαλύπτει προτάσεις για συμπερίληψη κάποιων δικαιωμάτων¹⁶ στο

¹⁵ Higgins, R., Derogations under Human Rights Treaties, 48 British Yearbook of International Law 281, 283, 6 (1976-7)

¹⁶ Brownlie, I., Principles of Public International Law, 513, 1990, (περιλαμβάνει την απαγόρευση της γενοκτονίας, την αρχή της μη φυλετικής διάκρισης, εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, την αρχή της αυτοδιάθεσης και τους κανόνες που απαγορεύουν το εμπόριο δούλων.)

corpus του δικαίου ΔτΑ.¹⁷

Η Σύμβαση της Βιέννης και ο ορισμός του *jus cogens* που αποδέχεται, δίνει απλά μία κατεύθυνση προς την αναγνώριση, αυτή της μη παρέκκλισης ("a norm from which no derogation is permitted").¹⁸ Στο πλαίσιο των ΔτΑ αυτή η αντίληψη συσχετίζεται με την εφαρμογή του συμβατικού δικαίου ειδικά για τα δικαιώματα εκείνα τα οποία κατηγοριοποιούνται ως απαρέγκλιτα στις βασικές συνθήκες ΔτΑ. Εδώ ενέχεται ο πειρασμός να μεταφέρουμε απλά την αρχή της μη-παρέκλισης των συμβατικών κανόνων στο δόγμα *jus cogens*. Δεδομένου του γεγονότος ότι η μη-παρέκλιση vis-a-vis τις συνθήκες ΔτΑ σχετίζεται με ενδεχόμενη εξέταση της ιεραρχίας στο δίκαιο των ΔτΑ χρειάζεται προσοχή στην επιβολή μη-παρέκλισης στο συμβατικό πρόσχημα της, όσον αφορά στα ΔτΑ, το *jus cogens*.

2. 1 Η αρχή *jus cogens* και η Διάσκεψη της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών

Η ελαστικότητα του *jus cogens* είναι εμφανής όταν βλέπουμε τη δουλειά της ILC και τις travaux preparatoires της Συνθήκης της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών τον Μάιο του 1969 στην Διάσκεψη των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο των Συνθηκών. Στο τελικό κείμενο, οι διατάξεις σχετικά με το *jus cogens* είχαν κωδικοποιηθεί ως εξής:

Article 53

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law ("jus cogens")

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

¹⁷ McDougal, Lasswell and Chen, Human Rights and World Public Order, 1980, 339-50

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 53, *Treaties conflicting with a peremptory norm*

Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law ("jus cogens")

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

Σε μία ουσιαστικά ταυτολογική δομή η λειτουργικότητα επιδέχεται κριτικής αφού αναγνωρίζονται οι αναγκαστικοί κανόνες από το νομικό τους αποτέλεσμα και όχι από χαρακτήρα τους και ουσιαστικά μόνο στους συμβατικούς κανόνες. Φυσικά, λείπει οποιαδήποτε πληροφορία σχετικά με την αναγνώριση ενός κανόνα jus cogens. Αυτή η καθοδήγηση θα πρέπει να έρθει εκτός συνθήκης και βέβαια δημιουργείται και το ζήτημα της επιβεβαίωσης της έννοιας και του περιεχομένου ενός κανόνα jus cogens αποκλειστικά με τους όρους της Συνθήκης της Βιέννης.

Οι εκθέσεις των μελών της ILC αντανakλούν ένα ευρύ φάσμα απόψεων σχετικά με τη φύση και την ουσία των κανόνων jus cogens. Πολλά από τα μέλη για παράδειγμα, υποστηρίζουν ότι jus cogens είναι «οι προβλέψεις του Χάρτη των ΗΕ καθώς και των Συνθηκών για την πειρατεία, τη δουλεία και τη γενοκτονία», ¹⁹ «οι αρχές του ΔΔ οι οποίες συνιστούν τη διεθνή δημόσια τάξη», ²⁰ «οι ελάχιστοι κανόνες διεξαγωγής των Διεθνών σχέσεων», ²¹ κανόνες αδιαπραγμάτευτοι στη διεθνή ζωή και βαθιά ριζωμένοι στη διεθνή συνείδηση, ²² «το ελάχιστο αναγκαίο για την ύπαρξη της διεθνούς κοινότητας» ²³ καθώς και «κανόνες που ισχύουν προς όφελος της διεθνούς κοινότητας στο σύνολό της». Στην έλλειψη σχετικού ορισμού παραθέτουμε τη μη αναγκαιότητα ύπαρξης του κανόνα όπως την εξέφρασαν μέλη της επιτροπής. ²⁴ Η Επιτροπή αναγνώρισε ότι δεν υπάρχει απλό κριτήριο για την ταυτοποίηση ενός κανόνα ΔΔ ως jus cogens αλλά διευκρίνισε ότι "είναι η φύση του αντικειμένου με το οποίο ασχολείται που του δίνει το χαρακτήρα jus cogens". ²⁵

of general international law ("jus cogens")

¹⁹ 1963 2 Yearbook of the ILC 63

²⁰ Id, 65

²¹ Id, 76

²² 1966 1 Yearbook of the ILC μέρος 1ο, 39

²³ Id

²⁴ 1963 1 Yearbook of the ILC 65-66

²⁵ 1966 2 Yearbook of ILC 248

Αν και η πλειοψηφία των χωρών, οι αποστολές των οποίων συμμετείχαν στην Συνθήκη της Βιέννης, υποστήριζαν την αρχή, ωστόσο, ορισμένα κράτη εξέφρασαν το σκεπτικισμό τους σχετικά με πιθανή κακή, πολιτικά, χρήση του όρου.²⁶ Ακόμα και έτσι, το γεγονός ότι η έννοια είχε επιβεβαιωθεί με την υιοθέτησή της από την Διάσκεψη της Βιέννης, η αρχή *jus cogens* είχε πλέον αμετάβλητη και ανέκκλητη θέση στο ΔΔ.

2.2 Εννοιολογικά ερωτήματα από την έλλειψη ορισμού

Επίκληση της αρχής έγινε από την Κύπρο το 1964, όταν η τελευταία ανακήρυξε ότι η Συνθήκη των Εγγυήσεων ανάμεσα στην Τουρκία, την Ελλάδα και το Ηνωμένο Βασίλειο, η οποία προέβλεπε το δικαίωμα κάθε χώρας μονομερούς επέμβασης σε περίπτωση παραβίασης της κυριαρχίας και συνταγματικής τάξης της Κύπρου, ήταν κενή περιεχομένου αφού εμπεριείχε πρόβλεψη κατά παράβαση κανόνα *jus cogens* σχετικά με την απαγόρευση της επέμβασης. Η απόφαση του ΣΑ δεν εξέφραζε σχετική απάντηση αν και τα κράτη ήταν επιφυλακτικά να ανοίξουν ζητήματα ΔΔ στα πλαίσια της αρχής *jus cogens*, τουλάχιστο για τις δεκαετίες '60 και '70.

2.3 Νομολογία του ICJ

Το Δικαστήριο έδωσε το βηματισμό για μία προσεκτική επίκληση των αναγκαστικών / υποχρεωτικών κανόνων επαναλαμβάνοντας στο γνωστό *erga omnes dictum* στην υπόθεση *Barcelona Traction*:

*An essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State (...). ... In view of the importance of the rights involve, all states can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.*²⁷

Είναι διακριτό ότι η έννοια *erga omnes* είναι ξεχωριστή από αυτή της *jus cogens*. Το

²⁶ Hannikainen, L., *Preremptory Norms In International Law*, 1988, 169-74

²⁷ Υπόθεση *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd., (Belgium v. Spain)*, Judgment 1970 ICJ Report 3, 33

γεγονός και μόνο ότι μία υποχρέωση αφορά "τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της" δεν αποδίδεται ως αναγκαστική υποχρέωση. Υπάρχει όμως μία ευδιάκριτη σχέση: οι κανόνες που λογικά μπορούν να χαρακτηριστούν αναγκαστικοί δημιουργούν υποχρεώσεις erga omnes διότι η εφαρμογή μίας συνθήκης που αποκλίνει από τον κανόνα θα εμπεριέχει αναγκαστικά την παραβίαση της επιβαλλομένης υποχρέωσης από τον κανόνα σε οποιοδήποτε κράτος το οποίο δεν είναι μέλος της Συνθήκης.²⁸ Το παραπάνω συμπέρασμα δεν ισχύει vice versa ειδικά αφού όλοι οι κανόνες erga omnes δεν έχουν διεθνή εφαρμογή δεδομένου ότι δεν έχουν γίνει αποδεκτοί από όλα τα κράτη.

Το 1980, στην υπόθεση Tehran Hostage,²⁹ το ICJ αναφέρθηκε στο απαραβίαστο των διπλωματικών αποστολών και πρεσβειών ως θεμελιώδη αναγκαιότητα και προϋπόθεση για τη διεξαγωγή των σχέσεων των κρατών:

*[wrongly] to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in condition of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.*³⁰

Στην υπόθεση Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, η Νικαράγουα έθεσε ανοιχτά το επιχείρημα της παραβίασης από τις ΗΠΑ κανόνα jus cogens ενάντια στη χρήση βίας. Το Δικαστήριο, ενώ στήριξε την απόφασή του στο εθιμικό δίκαιο, ωστόσο, αντιμετώπισε ευνοϊκά το επιχείρημα της Νικαράγουα τονίζοντας:

*The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the laws of treaties, expressed the view that the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule of international law having the character of jus cogens.*³¹

²⁸ Gaja, Jus Cogens Beyond the Vienna Convention, 172 Recueil des Cours 281, 1981

²⁹ Υπόθεση United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran), 1980, ICJ

³⁰ Id Rep3, 286, παράγραφοι 38, 41.

³¹ 1986, ICJ Rep. 14, 100-01

Αλλά κι αν ακόμα το Δικαστήριο είχε βασιστεί στο γεγονός ότι η παράνομη χρήση βίας αποτελούσε κανόνα *jus cogens* δεν θα καινοτομούσε, αφού ο συγκεκριμένος κανόνας είναι μεταξύ των πιο αποδεχτών και λιγότερο αμφιλεγόμενος από τους κανόνες *jus cogens*. Το σημαντικό γεγονός εδώ είναι ότι το ICJ συνέχισε να αποφεύγει άμεση εξέταση της αρχής και μετέπειτα, στην υπόθεση *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (advisory opinion), όταν αποφάσισε ότι, το ερώτημα το οποίο του ετέθη περιοριζόταν στην εφαρμογή τέτοιων κανόνων και αρχών σε υποθέσεις καταφυγής στα πυρηνικά όπλα και όχι αν αυτοί οι κανόνες έχουν το καθεστώς *jus cogens*.

Στις απόψεις τους όμως κάποιοι δικαστές είναι λιγότερο επιφυλακτικοί' αν και οι προσωπικές απόψεις των δικαστών δεν έχουν μεγάλη επιρροή, ωστόσο είναι σημαντικές διότι αποκαλύπτουν τη σύγχρονη δικαστική σκέψη και τάση. Μία από τις πιο τολμηρές τέτοιες εκφάνσεις σχετικά με τα ανθρώπινα δικαιώματα ήταν η *dissenting opinion* του Δικαστή Tanaka στις υποθέσεις *South West Africa*:

Provisions of the constitutions of some countries characterise fundamental human rights and freedoms as "inalienable", "sacred", "eternal", "inviolable", etc. Therefore, the guarantee of fundamental human rights and freedoms possesses a super-constitutional significance.

*If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to be belonging to the *jus cogens*.*³²

Το συμπέρασμα του δικαστή Tanaka, ότι η αρχή *jus cogens* υπό το ΔΔ αναλογεί σε θεμελιώδεις αρχές στην κορυφή των κανονιστικών δομών, μπορεί να εκπορεύεται και από πηγές θετικού δικαίου.

Στην υπόθεση *Barcelona Traction*, ο δικαστής Amoun διατύπωσε ως δεδομένη την

³² Υποθέσεις *South West Africa*, 2η φάση, 1966 ICJ Rep. 6, 298, Tanaka Dissenting

άποψη ότι οι αρχές των ΔτΑ, όπως εκφράζονται στον πρόλογο του ΧαρτΗΕ έχουν το καθεστώς jus cogens.³³

Μία γενναία εφαρμογή της αρχής προτάθηκε από το ad hoc Δικαστή Lauterpacht στη φάση του 1993 της υπόθεσης Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide³⁴ σχετικά με τα προφανή αποτελέσματα της απόφασης 713 του ΣΑ των ΗΕ η οποία επιβάλλει embargo όπλων στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη:

*The prohibition of genocide (...) has generally been accepted as having the status not of an ordinary rule of international law but of jus cogens. (...) The concept of jus cogens operates as a concept superior to both customary international law and treaty. (...) Now it is not to be contemplated that the Security Council would ever deliberately adopt a resolution clearly and deliberately flouting a rule of jus cogens or requiring a violation of human rights. But the possibility that a Security Council resolution might inadvertently or in an unforeseen manner lead to such a situation cannot be excluded. And that, it appears, is what happened here. (...) The Security Council resolution can be seen as having in effect called on Members of the United Nations (...) to become in some degree supporters of the genocidal activity of the Serbs and in this manner and to that extent to act contrary to the rules of jus cogens.*³⁵

Όπως ο ίδιος ο δικαστής τόνισε "η απόφαση στο σύνολό της ήταν κενή και αναποτελεσματική"³⁶ με ιδιαίτερη έμφαση στη σχετικότητα της απόφασης με την αρχή jus cogens.³⁷

2.4 Ιεραρχία στο Διεθνές Δίκαιο

Στο ΔΔ η αρχή jus cogens έχει τη θέση της στην ιεραρχία. Ο Ροζάκης πιστεύει ότι η αρχή έχει εμπλουτίσει την ιεραρχία στην κανονιστική τάξη:

³³ Υπόθεση Barcelona Traction, (separate opinion Judge Amoun), 1970 ICJ Rep. 3, 301

³⁴ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1993 ICJ Rep. 325, 407

³⁵ Id. 440-1, παράγραφοι 100 - 102

³⁶ "Void and legally ineffective" id στην 441, παράγ. 103-04

³⁷ "The relevance here of jus cogens should be drawn to the Security Council" id στην παράγ. 104

*The jus cogens norms are norms not permitting derogation from their content by rules of particular treaties. Consequently, the validity of the particular conventional rules depend upon their compliance with the hierarchically higher peremptory norms (...). The novel scheme introduced in international law consists (...) of the hierarchically superior norms of jus cogens and the hierarchically inferior of particular law.*³⁸

Ο Hannikainen όμως αντικρούει το παραπάνω επιχείρημα λέγοντας ότι οι κανόνες jus cogens δεν αντιπροσωπεύουν απαραίτητα τους πιο θεμελιώδεις ή σημαντικούς κανόνες αφού το αναγκαστικό δίκαιο δεν δημιουργεί την πηγή που εξουσιοδοτεί την τη δημιουργία κανόνων jus dispositivum.³⁹

Ένας κανόνας μπορεί να θεωρηθεί "ανώτερος", inter alia, σε διαδικαστικό ή λειτουργικό επίπεδο. Ένας αναλυτής όμως, που ακολουθεί μία πιο λειτουργική προσέγγιση, μπορεί να υπογραμμίσει ότι το υψηλότερο καθεστώς των κανόνων προέρχεται από την ιδιότητά τους, της οποίας η παραβίαση θέτει ζήτημα ποινικής ευθύνης. Επιπλέον, είναι η *ratione materiae* ενός κανόνα η οποία δίνει τη βάση για την ιδιότητα jus cogens η οποία είναι μόνο μία όψη της ιεραρχίας:

*(...) their status must be inferred from the stipulation that peremptory norms are not subject to derogation by ordinary norms. (...) What appears to be a hierarchically arranged legal order could be something very different, i.e, a legal order in which different kinds of law seem to be of differing importance because of the functions they perform. Although individual peremptory norms seem to have a content intrinsically more important than ordinary rules, it may actually be that they perform a function more vital to the workings of the legal order than do the overriding number of individual norms not designated as peremptory.*⁴⁰

3. Απαρέγκλιτα ΔτΑ και Jus Cogens

³⁸ Ροζάκης, Χ., The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties 1976, 19-22

³⁹ Hannikainen, supra n. 9, 10-11

⁴⁰ Onuf, N. G., Birney, R. K., Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future, 4 Denver journal of International Law and Policy 187, 193-95 1974

3.1 Ποια Δικαιώματα Χαρακτηρίζονται Απαρέγκλιτα: Τρόποι Καθορισμού

Η δυνατότητα ενός κράτους να περιορίσει ένα δικαίωμα δεν διαφέρει και πολύ ανάμεσα στα απαρέγκλιτα και μη δικαιώματα. Είναι χαρακτηριστικό ότι τα κράτη σχεδιάζοντας τις ρήτρες περιστολής (derogation clauses) επέλεξαν μία συγκεκριμένη ομάδα δικαιωμάτων ως απαρέγκλιτων. Αυτό είναι μία απόδειξη ότι τα κράτη έχουν αποδώσει μεγαλύτερη προτεραιότητα στην υποχρέωση σεβασμού τους στα συγκεκριμένα δικαιώματα. Δεν θα πρέπει λοιπόν η αυξημένη υποχρέωση να ενισχύει και την κανονιστική δύναμη του δικαιώματος; Τα απαρέγκλιτα δικαιώματα δεν συνυπάρχουν απαραίτητα με τα θεμελιώδη: στο ICCPR, ένα σαφώς θεμελιώδες δικαίωμα, αυτό στη ζωή, βρίσκεται δίπλα σε ένα φανερά λιγότερο επιτακτικό δικαίωμα, αυτό της ελευθερίας από τον εγκλεισμό. Στην πραγματικότητα τα κράτη έχουν αποδώσει το καθεστώς της μη αναστολής σε κάποια δικαιώματα στη βάση α. της αξιολόγησης της κανονιστικής ποιότητας ενός δικαιώματος, κατά πόσο το συγκεκριμένο δικαίωμα είναι αναγκαστικό, σημαντικό ή θεμελιώδες, όπου ο σεβασμός για τα συγκεκριμένα δικαιώματα επιβάλλεται να αποδίδεται ακόμα και σε καταστάσεις έκτακτης ανάγκης και, β. τα δικαιώματα που έχουν ασυλία στην αναστολή και στερούν το κράτος από την ευκαιρία παράνομου περιορισμού τους.

Στην ECHR περιλαμβάνονται μόνο τέσσερα απαρέγκλιτα δικαιώματα, βάση του α. προαναφερόμενου σκεπτικού, του σχετικού με την υψηλή κανονιστική ποιότητα του δικαιώματος που χαρακτηρίζεται ως απαρέγκλιτο (επίσης απαρέγκλιτα στο ICCPR και ACHR). Σύμφωνα με τον Hartman, "the designation of these rights as non-derogable expresses two principles: first, that derogation should not excuse acts that would constitute an international crime, such as genocide or slavery; and second, that these rights are essential to human dignity".⁴¹ Σαφώς και το δικαίωμα στη ζωή, την ελευθερία από βασανιστήρια και άλλη απάνθρωπη ή ταπεινωτική μεταχείριση, την ελευθερία από τη δουλεία και την ελευθερία από την επιβολή νομοθεσίας αναδρομικής ισχύος, αποτελούν θεμελιώδη δικαιώματα αλλά το τελευταίο από αυτά τα δικαιώματα μπορεί να χαρακτηριστεί ως λιγότερο αναγκαστικό από άλλα δικαιώματα που δεν αναγνωρίζονται ως απαρέγκλιτα και επιπλέον δεν μπορεί να ειπωθεί ότι η αναστολή αυτών των τεσσάρων δικαιωμάτων δεν θα μπορούσε ποτέ να

⁴¹ Hartman, J., F., Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies, 22 Harvard Journal

διαταχθεί σε κατάσταση εκτάκτου ανάγκης, όπως στην περίπτωση του βασανισμού ενός ατόμου για εξαναγκασμό και απόσπαση σημαντικών πληροφοριών για τα συμφέροντα της εθνικής ασφάλειας. Αυτή η παραβίαση θα ήταν παράλογη πράξη, ωστόσο δεν είναι αναγκαστικά παράλογο μέσο για την επίτευξη ενός νόμιμου στόχου, σύμφωνα με την πραγματικότητα. Άρα χαρακτηρίζεται το δικαίωμα ως απαρέγκλιτο όχι λόγω μη χρησιμότητας της αναστολής αλλά, βάση της αξίας ότι ούτε η διατήρηση της ζωής ενός έθνους αξίζει την φθορά της ανθρώπινης αξιοπρέπειας που γονιμοποιούν τέτοιες παραβιάσεις.

Στο ICCPR τρία δικαιώματα χαρακτηρίζονται απαρέγκλιτα τα οποία δεν έχουν το ίδιο καθεστώς στην ECHR. Δύο από αυτά δεν σχετίζονται απόλυτα με το καθεστώς έκτακτης ανάγκης, δεδομένου του ότι είναι δύσκολο να φανταστεί κανείς μία κατάσταση ανάγκης κατά την οποία προέκυψε η ανάγκη αναστολής του δικαιώματος της νομικής αναγνώρισης ενός ατόμου (ICCPR art. 16; ACHR art. 3) η της ελευθερίας από τη φυλάκιση με την αιτιολογία της ανικανότητας να εκπληρώσει το άτομο τις υποχρεώσεις του όπως αυτές απορρέουν από τη σύναψη μίας σύμβασης (ICCPR art. 11).⁴² Φυσικά, η σημασία του τελευταίου δικαιώματος μπορεί να αποτελεί δικαιολογία για την κράτηση ενός πολιτικού αντιπάλου ειδικά αν το κράτος έπρεπε να αναγνωρίσει τους περιορισμούς της αναστολής. Δεδομένου του ότι αποτελεί ένα είδος αυθαίρετης κράτησης, είναι δύσκολο να φανταστεί κανείς γιατί άλλες μορφές παράνομης κράτησης, όπως αυτές από τις οποίες προσπαθεί να προστατεύσει το άρθρο 9 του ICCPR, θα μπορούσε να επιτραπεί σε καθεστώς έκτακτης ανάγκης.

Κάποιοι πιστεύουν ότι οι συνθήκες ΔτΑ θα έπρεπε να περιλαμβάνουν μόνο τα θεμελιώδη δικαιώματα και να αποκλείονται τα δικαιώματα που δεν σχετίζονται με τις καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης' ο ψυχολογικός αντίκτυπος για τα κράτη θα ήταν να τα σέβονται περισσότερο.⁴³

of International Law 1,15, 1981

⁴² Η Επιτροπή των Ειδικών του ΣτΕ καθόρισαν το δικαίωμα στην νομική αναγνώριση ενός ατόμου ως ήδη υπάρχουσα και προστατευόμενη σε άλλα άρθρα της ECHR συμπεριλαμβανομένου και αυτού του μη περιστελλόμενου δικαιώματος της ελευθερίας από τη δουλεία. Βλ. Oraa, J., Human Rights in States of Emergency in International Law 116, 98

⁴³ Id

Επιπλέον, ένας ακόμα λόγος για την αποφυγή εξομοίωσης των απαρέγκλιτων με τα θεμελιώδη δικαιώματα είναι ότι, εκτός των τριών οργάνων ΔτΑ τα οποία εξετάσαμε παραπάνω, ούτε οι ποικίλες θεματικές συνθήκες ΔτΑ, ούτε και ο Αφρικανικός Χάρτης περιλαμβάνουν προβλέψεις σχετικές με την αναστολή δικαιωμάτων σε καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης. Έτσι τα δικαιώματα υπό το ICCPR είναι απαρέγκλιτα όπως είναι και υπό την Convention for the Elimination of all forms of Racial Discrimination και Convention on the Rights of the Child.⁴⁴ Υπό συγκεκριμένες συνθήκες τα κράτη μπορούν να καταφύγουν σε εναλλακτικά μέσα για το περιορισμό των δικαιωμάτων που περιλαμβάνονται σε αυτές τις συνθήκες, όπως και στα ICCPR, ECHR, ACHR. Έτσι δεν θα πρέπει να θεωρηθεί ότι τελικά τα δικαιώματα που περιλαμβάνονται σε αυτές τις άλλες συνθήκες είναι κανονιστικά ισότιμες με όλα τα απαρέγκλιτα δικαιώματα των τελευταίων συνθηκών ή ανώτερα του απαρέγκλιτου δικαιώματος. Η Συνθήκη λοιπόν για τα Δικαιώματα του Παιδιού περιλαμβάνει πολλές ουσιαστικές διατάξεις vis-a-vis τα παιδιά παράλληλα με αυτές του ICCPR, συμπεριλαμβανομένων και των απαρέγκλιτων. Έτσι, η μη αναστολή θα πρέπει να αφορά σε εκείνα τα θεμελιώδη δικαιώματα τα οποία επιδέχονται αναστολής σε καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης.

3.1.1 Περιορισμοί στην Αναστολή: Αναγκαιότητα - Αναλογικότητα

Ακόμα όμως και σε καταστάσεις έκτακτης ανάγκης ο θεμελιώδης πυρήνας ενός δικαιώματος θα πρέπει να παραμένει λειτουργικός δεδομένου ότι το κράτος εφαρμόζει μέτρα αναστολής στα πλαίσια των ορίων που προσδιορίζονται με συγκεκριμένους όρους των συνθηκών ΔτΑ. Θα ήταν λάθος να υποθέσει κανείς ότι η ανακήρυξη ενός κράτους σε κατάσταση εκτάκτου ανάγκης είναι αρκετή για να εξουσιοδοτήσει ένα κράτος να μηδενίσει τα δικαιώματα που δεν προστατεύονται ως απαρέγκλιτα. Τα κράτη παραμένουν ευθυγραμμισμένα νομικά με τις καλά χαραγμένες αρχές της αναγκαιότητας και την αναλογικότητας χάριν των προβλέψεων των συντακτών του ICCPR. Η ικανότητα αναστολής δίνεται μόνο για να περιορίσει το πλαίσιο συγκεκριμένων δικαιωμάτων και όχι να καταργήσει αυτά τα δικαιώματα. Για παράδειγμα, ο Hartman παραθέτει ότι η συγκεκριμένη διάταξη στο ICCPR σχετικά με το στοιχείο της αναγκαιότητας "signifies that the entire state, rather than a

⁴⁴ Lucker-Babel, M., The Non Derogable Rights of the Child in the Light of the United Nations

discrete segment of the population, must be menaced, and that some fundamental element of statehood, such as the functioning of the judiciary or legislature or the flow of crucial supplies must be seriously endangered". Από την άλλη πλευρά το στοιχείο της αναλογικότητας στοιχειοθετεί και ορίζει το πόσο μακριά θα φτάσει το κράτος στην εφαρμογή αυτών των μέτρων. Όπως προσδιορίζει το άρθ. 4 του ICCPR το κράτος μπορεί να πάρει σχετικά μέτρα μόνο "to the extent strictly required by the exigencies of the situation". Έτσι η αναγκαιότητα συμπίπτει με την αναλογικότητα. Το ECourtHR έχει θέσει τα standards ικανοποίησης του στοιχείου της αναλογικότητας όπως αυτά έχουν συνοψιστεί στο report των United Nations Experts ως " measures adopted apt to contribute to the solution of a specific problem which forms part of the emergency which is affecting the country in question; is the problem such that normal measures would be inadequate and, thirdly, would other emergency measures having a lesser impact on human rights be able to solve the problem in question." ⁴⁵

Επιπροσθέτως της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας ένας ακόμα περιοριστικός παράγοντας στη συμπεριφορά του κράτους αποτελεί το γεγονός ότι κανένα μέτρο αναστολής δεν πρέπει να υιοθετηθεί το οποίο θα " involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin". Καθορίζονται λοιπόν εμπόδια στο κράτος- μελλοντικό παραβάτη και ειδικά αφού τα μέτρα αναστολής θα πρέπει να συνάδουν με τις υποχρεώσεις του κράτους στα πλαίσια του ΔΔ, περιλαμβάνοντας υποχρεώσεις υπό το εθνικό δίκαιο και άλλες συνθήκες ΔτΑ και ΔΑΔ στις οποίες το κράτος είναι μέλος. ⁴⁶

3.2. Jus Cogens και Απαρέγκλιτα ΔτΑ

Σε εναρμόνιση με τα παραπάνω επιχειρηματολογούμε ότι όλα τα δικαιώματα διατηρούν έναν de facto απαρέγκλιτο πυρήνα. Αυτό το επιχείρημα φέρνει την έρευνα ξανά στο σημείο ότι το κενό μεταξύ απαρέγκλιτων και μη δικαιωμάτων είναι πολύ στενό και ότι τα κράτη μπορεί γενικά να μην αποκλίνουν από τις υποχρεώσεις τους

Convention on the Rights of the Child, Premont et al., σελ. 390

⁴⁵ Report of the Meeting of Experts on Rights not Subject to Derogation during States of Emergency and Exceptional Circumstances (Geneva, 17-19 May 1995), παράγραφος 12, ανατύπωση στο Premont et al., Non-Derogable Rights and States of Emergency 27, 1996, αναφορικά με την υπόθεση Lawless.

⁴⁶ Nowak, M., ICCPR Commentary 78-79, 1993

σε τέτοιο βαθμό ώστε τα συσχετιζόμενα δικαιώματα να εξαφανίζονται εξ' ολοκλήρου. Παρά το συμπέρασμα, φαίνεται συνετό να διατηρήσουμε τη μη αναστολή των δικαιωμάτων ως σημείο έναρξης του *jus cogens* και μπορεί να είναι πιθανό να αποδείξουμε ότι τα अपαρέγκλιτα δικαιώματα διατηρούν κάποιο βαθμό μη αναστολής λειτουργικά, γεγονός όμως παραμένει ότι τα κράτη δεν έχουν αποδεχτεί αυτά τα δικαιώματα ως απαρέγκλιτα νομικά, όπως απαιτείται για να χαρακτηριστούν ως *jus cogens*. Αντίθετα, οι νομοθέτες επινόησαν το διαχωρισμό ανάμεσα σε απαρέγκλιτα και μη δικαιώματα, μία διαφοροποίηση η οποία τονίζεται ιδιαίτερα και ενδυναμώνεται στη θεωρία και τη πρακτική. Φυσικά κάποια απαρέγκλιτα δικαιώματα μπορούν να είναι και *jus cogens* αν υπάρχουν συναφή πειστήρια στις συνθήκες ΔΤΑ που εισηγούνται σχετικά. Σε αντιδιαστολή, αποδείξεις για το γεγονός ότι τα απαρέγκλιτα δικαιώματα είναι *jus cogens* έρχονται από την εδραίωση και κατοχύρωσή τους ως απαρέγκλιτα στις συνθήκες ΔΤΑ.

Όπως έχει ειπωθεί παραπάνω, ένα απαρέγκλιτο δικαίωμα μπορεί να αποκτήσει το συγκεκριμένο status, όχι γιατί είναι πιο θεμελιώδες από άλλα, αλλά γιατί καμία κατάσταση εκτάκτου ανάγκης δε θα αποτελούσε λογικά, βάση αναστολής του. Έτσι, αυτά τα δικαιώματα των οποίων ο απαρέγκλιτος χαρακτήρας προέρχεται αρχικά από τη μη εφαρμογή της περιστολής σε καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης μπορούν να απαλειφθούν από την εξέτασή τους ως *jus cogens*. Επίσης, ένας συγκεκριμένος αριθμός δικαιωμάτων θα έπρεπε να ανήκουν στα *jus cogens*, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων τα οποία μπορεί να είναι απαρέγκλιτα από συνέπεια.

Για να προέλθει ένας *jus cogens* κανόνας άμεσα από συμβατική πηγή θα ήταν αναγκαίο η συνθήκη να είναι διεθνώς αποδεκτή για να ικανοποιεί την προϋπόθεση κατά την οποία όλα ή τουλάχιστον η πλειοψηφία των κρατών να έχουν αποδεχτεί τον κανόνα ως αναγκαστικό. Όταν ο Sztucki το 1974 απέρριψε την πιθανότητα τα ανθρώπινα δικαιώματα να μπορούν να χαρακτηριστούν *jus cogens* γιατί δεν ήταν πραγματικά "enforceable rules of international law", το συμπέρασμά του ήταν εν μέρη στοιχειοθετημένο στην παρατήρηση ότι το ICCPR δεν είχε ευρέως επικυρωθεί.

⁴⁷ Σήμερα, με 164 κράτη να έχουν επικυρώσει το ICCPR η κατάσταση έχει

⁴⁷ Sztucki, J., *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of the Treaties*, 1974, σελ 86

διαφοροποιηθεί.⁴⁸ Μία επιπλέον ένσταση στην αποδοχή των συμβατικών κανόνων ως *jus cogens* είναι ότι τα κράτη μπορεί να έχουν τη δυνατότητα να καταγγείλουν την συνθήκη κι έτσι να αμφισβητήσουν την ανάδειξη των περιεχομένων δικαιωμάτων ως *απαρέγκλιτων*.⁴⁹ Κατά την άποψη όμως της Human Rights Committee (εφεξής HRC), το όργανο που είναι υπεύθυνο για την εφαρμογή του ICCPR, "a state may not denounce that treaty".⁵⁰ Επιπλέον η HRC πρότεινε πως κάθε επιφύλαξη που προσβάλει όχι μόνο την αρχή *jus cogens* αλλά και τους εθιμικούς κανόνες ή το άρθρο 4 (διάταξη σχετική με την κατάσταση εκτάκτου ανάγκης), θα κηρύσσεται παράνομη ως μη συμβατή με το αντικείμενο και τον σκοπό του ICCPR.⁵¹

Τουλάχιστο μερικές από τις *απαρέγκλιτες* διατάξεις που προβλέπονται στα όργανα ΔτΑ, ενώ εκπορεύονται από το συμβατικό δίκαιο, είναι πλέον θεμελιωμένες στο *corpus* του εθιμικού δικαίου. Δεν γνωρίζουμε αν τα δικαιώματα που προβλέπονται στο ICCPR είναι εθιμικού δικαίου, σίγουρα πάντως υπάρχει η άποψη ότι τα "θεμελιώδη", *απαρέγκλιτα* δικαιώματα έχουν εισαχθεί στο έθιμο. Η HRC παραθέτει ως εθιμικά τα δικαιώματα *vis a vis* με τη δουλεία, τα βασανιστήρια ή άλλη σκληρή, απάνθρωπη και ταπεινωτική μεταχείριση ή τιμωρία, αυθαίρετη στέρηση της ζωής, αυθαίρετη σύλληψη και κράτηση, ελευθερία σκέψης, συνείδησης και θρησκείας, τεκμήριο αθωότητας, εκτέλεση εγκύων ή παιδιών, υπεράσπιση εθνικού, φυλετικού ή θρησκευτικού μίσους και γάμου, την απόλαυση της μειονοτικής κουλτούρας, της εξάσκησης της θρησκείας ή τη χρήση της γλώσσας.⁵²

It has been suggested that a human rights norm cannot be deemed jus cogens if it is subject to derogation in time of public emergency (...). non-derogability in emergency and jus cogens are different principles responding to different concerns, and they are not necessarily congruent. In any event, the rights recognised in clauses (a) to (f) of this section are not subject to derogation in emergency under the Covenant. Article 4

⁴⁸ www.unhchr.ch/pdf/report.pdf

⁴⁹ Βλ. Hannikainen *supra* note 9

⁵⁰ Issues Relating to the Continuity of Obligations to the International Covenant of Civil and Political Rights. general comment no. 26 (61), adopted 29 Oct. 1997, UN doc A/53/40.Vol.I, Annex VII. Η επιτροπή θεωρεί ότι η Β. Κορέα παρέμεινε δεσμευμένη στο ICCPR, παρά την απόφασή της να καταγγείλει τη συνθήκη το 1997.

⁵¹ Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant, General comment No. 24 (52), παραγρ. 8 και 10, 4 Νοεμ. 1994, Un Doc A/50/40, Vol. I, Annex V.

⁵² Lachs, M., General Course in Public International Law, 169 *Receuil des Cours* 9, 202, 1980, παραγ. 8

of the Covenant explicitly excludes from derogation the right to life and freedom from slavery and from torture, as well as from racial discrimination. Freedom from arbitrary detention is not included among the non-derogable provisions but since derogation is permitted only "in time of public emergency which threatens the life of the nation", and only "to the extent strictly required by the exigencies of the situation", detentions that meet those standards presumably would not be arbitrary".

53

Η επεξηγηματική σημείωση αναγνωρίζει ότι η μη αναστολή και η αρχή *jus cogens* δεν είναι ταυτόσημες, μία άποψη η οποία συμφωνεί με αυτή που υποστηρίζει ότι τα απαρέγκλιτα δικαιώματα δεν είναι απαραίτητα και ανώτεροι ιεραρχικά κανόνες. Κι ενώ πολλές από τις γενικές συνθήκες ΔτΑ διατηρούν τη διχοτομία ανάμεσα σε απαρέγκλιτα και μη δικαιώματα, η ταυτότητα των δικαιωμάτων αυτών, για τα οποία η αναστολή απορρίπτεται, αλλά και οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες η αναστολή μπορεί να συμβεί, ποικίλει από συνθήκη σε συνθήκη.

Εύλογα, το ICCPR περιβάλλεται με μεγαλύτερο κύρος από τα περιφερειακά όργανα και θα πρέπει να αντανakλά τουλάχιστο τα δικαιώματα αυτά που θεωρούνται απαρέγκλιτα από τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της. Αλλά είναι το ICCPR πιο αντιπροσωπευτικό του *consensus* των κρατών από την ACHR η οποία έχει αναλογικά παρόμοιο αριθμό υπογραφών στην περιοχή που καλύπτει; Η ιδέα του "περιφερειακού *jus cogens*" έχει υποστηριχθεί από την ACommissionHR. Αν η αρχή *jus cogens* είναι μία εξελισσόμενη έννοια, τότε θα πρέπει να δοθεί βάρος στις διατάξεις περί αναστολής σε πιο πρόσφατες συνθήκες, οι οποίες αποδίδουν το μεγαλύτερο αριθμό απαρέγκλιτων δικαιωμάτων.

Λογικά δεν υπάρχει τίποτα που να περιορίζει ένα μη απαρέγκλιτο δικαίωμα να αποκτήσει το καθεστώς του *jus cogens*, όσο το δικαίωμα αυτό περιορίζεται σε σχέση με το χαρακτήρα του ως *jus cogens* στο πλαίσιο "κατάσταση μη εκτάκτου ανάγκης". Και πάλι η εφαρμογή της αναστολής είναι γενικά στενή έννοια που απαιτεί για την επίκλησή της ανακήρυξη κατάστασης εκτάκτου ανάγκης και τις αρχές της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας, όπως έχει ήδη ειπωθεί. Θα έπρεπε ίσως να πούμε ότι το πλαίσιο ενός συγκεκριμένου δικαιώματος περιορίζεται σε καταστάσεις

⁵³ American Law Institute, Restatement (Third) of Foreign Relations Law, 1987, section 702,

για τις οποίες η πιθανότητα αναστολής δεν εφαρμόζεται. Για παράδειγμα, η απαγόρευση της χρήσης βίας, κανόνας *jus cogens*, δεν εφαρμόζεται όταν αυτή χρησιμοποιείται για λόγους άμυνας. Αυτός ο περιορισμός μπορεί να θεωρηθεί μέρος κανόνα ενάντια στη χρήση βίας ή ως εξαίρεση στον κανόνα. Σε κάθε περίπτωση ο περιορισμός δεν επηρεάζει το καθεστώς *jus cogens* του πυρήνα του κανόνα ενάντια στη χρήση βίας.

Η περίπτωση των απαρέγκλιτων δικαιωμάτων ως *jus cogens* δεν είναι επαρκώς βάσιμη. Το δόγμα της μη αναστολής δίνει λίγες αποδείξεις ως προς το πώς συγκεκριμένοι κανόνες γίνονται αντιληπτοί και αξιολογούνται από τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της. Οι αποδείξεις έτσι υποστηρίζουν τον χαρακτήρα *jus cogens* των τεσσάρων δικαιωμάτων κοινά απαρέγκλιτων υπό το ICCPR, την ECHR και την ACHR: το δικαίωμα στη ζωή, την ελευθερία από τα βασανιστήρια και την απάνθρωπη ή ταπεινωτική μεταχείριση ή τιμωρία, ελευθερία από τη δουλεία και την ελευθερία από την αναδρομική ποινική ευθύνη. Η απαγόρευση ενάντια στην φυλετική διάκριση γενικά αναφέρεται ως *jus cogens* από τους μελετητές⁵⁴ και η Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD) έχει επιτύχει ευρεία επικύρωση.

3.2.1 Το Περιεχόμενο των Jus Cogens ΔτΑ

Είναι σημαντικό ότι τα δικαιοδοτικά και οιοιδήποτε δικαιοδοτικά όργανα έχουν αρχίσει να ενσωματώνουν το δόγμα *jus cogens* στην ανάλυσή των ΔτΑ παρέχοντας τη βάση περεταίρω εξέλιξης και αφομοίωσης στη διεθνή νομολογία.

3.2.2 Βασανιστήρια

Given the extraordinary consensus, we conclude that the right to be free from official torture is fundamental and universal, a right deserving of the highest status under

Reporter's note 11

⁵⁴ Γράφοντας το 1967 ο Schwelb παρατήρησε ότι "if there is a subject matter in present day international law which appears to be a successful candidate for regulation by peremptory norms, it is certainly the prohibition of racial discrimination". Schwelb, E., Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission, 61 AJIL 956, 1967

*international law, a norm of jus cogens. The crack of the whip, the clamp of the thumb screw, the crush of the iron maiden and, in this more efficient modern time, the shock of the electric cattle prod are forms of torture that the international order will not tolerate. To subject a person to such horrors is to commit one of the most egregious violations of the personal security and dignity of a human being.*⁵⁵

Ακολούθως της απόφασης στην υπόθεση *Siderman*, πολλά ομοσπονδιακά δικαστήρια επιβεβαίωσαν ότι η απαγόρευση των βασανιστηρίων είναι κανόνας *jus cogens*. Πραγματικά τα βασανιστήρια, περισσότερο ίσως από οποιαδήποτε άλλο από τα ΔτΑ είναι δικαστικά αποδεχτό ως δικαίωμα *jus cogens*. Αυτή η αναγνώριση δόθηκε και από το ICTY' το δικαστήριο στην υπόθεση *Furudzija*, παραθέτοντας, *inter alia*, την υπόθεση *Siderman* ως υπόδειγμα, όρισε:

*Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody may deviate.*⁵⁶

Τα βασανιστήρια φαίνεται να δημιουργούν δυσκολία, παρ' όλα αυτά, αναφορικά με το εθιμικό δίκαιο, δεδομένης της πραγματικότητας που υποστηρίζει ότι η πρακτική των κρατών σχετικά με τα βασανιστήρια δεν συγχρονίζεται με την *opinio juris*. Στην υπόθεση *Siderman*, το δικαστήριο επέτρεψε το στοιχείο του *opinio juris* να είναι αρκετό παρατηρώντας:

that states engage in official torture cannot be doubted, but all states believe it is wrong, all that engage in torture deny it, and no state claims a sovereign right to torture its own citizens. Under international law, any state that engages in official torture violates jus cogens.

3.2.3 Η Παράνομη Χρήση Βίας

⁵⁵ *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, obiter dictum, 507 U.S. 1993

Αν και η παράνομη χρήση βίας δεν αποτελεί παραβίαση ΔτΑ, τυπικά όμως μία τέτοια δραστηριότητα ακολουθείται από συνέπειες που επηρεάζουν άμεσα αυτόν τον τομέα του ΔΔ. Στην υπόθεση *Committee of US Citizens in Nicaragua v. Reagan*,⁵⁷ μία ιδιωτική, αστική πράξη των ομοσπονδιακών δικαστηρίων των ΗΠΑ, το δικαστήριο⁵⁸ απεφάνθη ότι το Κογκρέσο των ΗΠΑ, αποφασίζοντας να υποστηρίξει τους *contras*, είχε ασκήσει νόμιμη δύναμη, αγνοώντας το εθιμικό δίκαιο και τον ΧάρτΗΕ και, σε κάθε περίπτωση, ο ΧάρτΗΕ δεν εκχωρεί κανένα δικαίωμα σε άτομα να ζητήσουν αποζημίωση.⁵⁹

Οι ενάγοντες είχαν επιχειρηματολογήσει ότι η επιλογή της κυβέρνησης να αγνοήσει την απόφαση του ICJ, αποτελούσε παραβίαση του κανόνα *jus cogens* σχετικά με τη χρήση βίας, αλλά, επίσης, ότι η παράνομη χρήση βίας και επέμβαση αποτελούν από μόνες τους παραβιάσεις *jus cogens* σύμφωνα με αποδείξεις του ICJ. Το δικαστήριο φαίνεται να "άφησε την πόρτα ανοιχτή" για μελλοντικές προκλήσεις του σε κυβερνητικές δραστηριότητες όταν συντρέχει παραβίαση *jus cogens*. Αυτό που ήταν ιδιαίτερα σημαντικό όμως, σχετικά με την απόφαση του δικαστηρίου, ήταν το γεγονός ότι φαινόταν να αποδέχεται την προοπτική ένας κανόνας *jus cogens* να αψηφήσει πράξεις εσωτερικών δικαιοδοτικών οργάνων.

3.2.4. Jus Cogens και ΔΑΔ

Το κοινό άρθρο 3 των τεσσάρων Συνθηκών της Γενεύης του 1949 προβλέπει, ότι οι διατάξεις του δεν είναι αντικείμενο αναστολής, αν και δεν αποκαλείται αναστολή δικαιώματος *per se*. Οι Συνθήκες της Γενεύης έχουν επικυρωθεί σχεδόν παγκόσμια αλλά με την εξαίρεση του κοινού άρθρου 3, η προστασία τους εφαρμόζεται μόνο σε συγκρούσεις διεθνούς χαρακτήρα.⁶⁰ Το άρθρο απαγορεύει "at any time and in any way whatsoever" τις επόμενες πράξεις:

☞ *violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel*

⁵⁶ *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment, No. IT-95-17/1-T στην 59, παράγρ. 154

⁵⁷ 859 F.2b 926 (DC Circuit Court of Appeals 1988)

⁵⁸ *Id*

⁵⁹ *Id* 935 -8

treatment and torture

↳ *taking of hostages*

↳ *outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment*

↳ *the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognised as indispensable by civilised nations.* ⁶¹

Η πρόβλεψη ότι όλες οι προστασίες τις οποίες εγγυάται το άρθρ. 3 εφαρμόζονται υπό όλες τις συνθήκες ακόμα και σε συγκρούσεις διεθνούς χαρακτήρα, αποτελεί ισχυρή απόδειξη για να θεωρήσουμε τις παρεχόμενες προστασίες *jus cogens*. Δεδομένου ότι αυτοί οι κανόνες πρέπει να γίνονται σεβαστοί σε καταστάσεις ένοπλης σύγκρουσης, καταστάσεις υπερβολικής βαρύτητας σε σχέση με εκείνες εκτάκτου ανάγκης στις οποίες τα κράτη μπορούν να επικαλεστούν την αναστολή δικαιωμάτων, μπορούμε να αποδεχτούμε αυτούς τους κανόνες ως πιο θεμελιώδεις από τα απαρέγκλιτα ΔτΑ. Και στις δύο περιπτώσεις ωστόσο μειώνεται το πλαίσιο εφαρμογής αφού για να ικανοποιηθούν οι προϋποθέσεις εφαρμογής η κατάσταση θα πρέπει να έχει υπερβεί το όριο όπου τα κράτη θέλουν να αναγνωρίσουν ακόμα και την ελάχιστη εφαρμογή.

⁶² Ο Marks προτείνει ότι και τα απαρέγκλιτα δικαιώματα που προστατεύονται από το κοινό άρθρο 3 είναι *jus cogens* και "if one segregates the mutually overlapping provisions of these source, one discovers an undestructible core of human dignity. This band of norms, narrower than *jus cogens*, consists of prohibition of torture, slavery, degrading or humiliating treatment or punishment, the arbitrary deprivation of life, adverse discrimination and judicial guarantees recognised as indispensable". ⁶³

Η πρόσφατη όμως αναβίωση του διεθνούς ποινικού δικαίου σχετικά με την ατομική ποινική ευθύνη, απαιτεί ευρύτερο φάσμα ανθρωπιστικών κανόνων από αυτούς που εκφράζονται στο δίκαιο των ΔτΑ και το κοινό άρθρο 3 να ληφθούν υπόψη' κατά τη διάρκεια της γονιμοποιού φάσης της ανάπτυξης του *jus cogens* στη Συνθήκη της Βιέννης, ο Waldock παρέθεσε πράξεις παράλειψης οι οποίες αποτελούν διεθνές έγκλημα ως παράδειγμα *jus cogens*.

⁶⁰ Το Πρωτόκολλο II του 1977 αφορά εσωτερική ένοπλη σύγκρουση

⁶¹ Συνθήκες I-IV

⁶² Βλ. Koopmans, P., H., In the Shadowland Between Civil War and Civil Strife: Some Reflections on the Standards Setting Process, στο Delissen, A., Tanja, G., eds, Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead: Essays in Honour of Fritz Kalshoven 225, 228 (1991)

⁶³ Marks, S., P., Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations:

Το ερώτημα εξακολουθεί να υπάρχει ως προς το αν οποιαδήποτε πρόβλεψη ΔΑΔ η παραβίαση της οποίας δεν επισύρει ποινική ευθύνη αλλά είναι διεθνής μπορεί να χαρακτηριστεί ως *jus cogens*.⁶⁴ Το θέμα της εγκληματικότητας είναι σαφώς διαφορετικό από αυτό της νομιμότητας. Όμως, αν τα κράτη δεν έχουν αποδεχτεί την επιβολή της ποινικής ευθύνης για την παραβίαση αυτών των προβλέψεων δεν είναι πιθανό να τους αποδώσουν την απαραίτητη σημασία ώστε να τα χαρακτηρίσουν αναγκαστικό δίκαιο.

3.2.5 Ο Χάρτης των ΗΕ

Τα προαναφερθέντα απαρέγκλιτα δικαιώματα και ανθρωπιστικοί κανόνες μπορούν να αποτελούν μία *de minimus* αναφορά δικαιωμάτων *jus cogens*. Η λίστα όμως δε διευρύνεται αρκετά ώστε να περιλαμβάνει αρκετά μεγάλο μέρος των διεθνών ΔΤΑ ως *jus cogens*. Μία πιο φιλελεύθερη προσέγγιση δίνεται από τον Χάρτη ΗΕ δεδομένου ότι η *ratione materiae* είναι σαρωτική και η αποδοχή του οργάνου διεθνής. Πολύ σημαντικό, αναφορικά με το ζήτημα που ερευνούμε, είναι το άρθρο 103 το οποίο προβλέπει:

[i]n the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present charter shall prevail.

Η πρόβλεψη της προληπτικής αρχής στο κείμενο του άρθρου 103 δεν σημαίνει βέβαια ότι όλος ο Χάρτης ΗΕ ερμηνεύεται ως *jus cogens*. Ο Χάρτης ΗΕ βέβαια περιλαμβάνει προβλέψεις υπερβολικά ευρείες, οι οποίες συνίστανται από ασαφείς και γενικές αρχές, ενώ άλλες αφορούν διαδικαστικούς κανόνες. Το ερώτημα ανακύπτει εδώ ως προς το αν ένας κανόνας *jus cogens*, ο οποίος δεν είναι μέρος του Χάρτη ΗΕ, επικρατεί σε σχέση με έναν μη αναγκαστικό κανόνα του Χάρτη ΗΕ. Αυτή η ερώτηση είναι πραγματικά ακαδημαϊκή αφού, όπως ο Macdonald υπογραμμίζει:

"[g]iven the generality and comprehensiveness of the Charter, it is not easy to

Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts, στο Vasek and Alston, *supra* note 28, 203

imagine a principle of jus cogens that is not mentioned or at least implied in the document".

Σύμφωνα με τη γενική άποψη, μόνο οι πιο σημαντικές ή θεμελιώδεις προβλέψεις του ΧάρτΗΕ είναι jus cogens ⁶⁵ και οι περισσότεροι ερευνητές περιλαμβάνουν τις προβλέψεις ΔτΑ του ΧάρτΗΕ ανάμεσα σ' αυτές. Το άρθρο 55 προβλέπει σχετικά:

The United Nations shall promote (...) universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion".

Με την εξαίρεση της υποχρέωσης της μη διάκρισης στη βάση κανενός από τα αναφερόμενα πεδία, ο ΧάρτΗΕ δεν είναι ρητός σε σχέση με συγκεκριμένους κανόνες ΔτΑ που υποπίπτουν στην αρμοδιότητά του με αποτέλεσμα την ύπαρξη ποικίλων ερμηνειών. Σύμφωνα με τις διατάξεις ECOSOC 1235, 1967 και 1503, 1970:

"any flagrant and mass violations of basic human rights by member States constitute violations of the Charter, because they constitute a negation of Article 56". ⁶⁶

Αυτές οι αποφάσεις βέβαια δεν καλύπτουν ειδικά ΔτΑ αλλά ένα εύρος παραβιάσεων. Διαφορετικά η φράση "human rights and fundametal freedoms" του άρ. 55 μπορεί να έχει πραγματικό μέτρο τους κανόνες που προβλέπονται στην Universal Declaration. Τα Σύμφωνα ή τουλάχιστον το ICCPR μπορεί να θεωρηθεί δόκιμη έκφραση των "θεμελιωδών" ή "βασικών" δικαιωμάτων.

4. Jus Cogens και Απαρέγκλιτα ΔτΑ: Σύγχρονη Εφαρμογή

Ως συμπέρασμα, τα ΔτΑ jus cogens επεκτείνονται από "θεμελιώδη απαρέγκλιτα δικαιώματα" σε ένα corpus που θα περιελάμβανε τις προβλέψεις των διεθνών συμφώνων ΔτΑ καθώς και ανθρωπιστικούς κανόνες. Αν και το σύνολο των ΔτΑ δεν

⁶⁴ Βλ. Hannikainen, supra n. 9, 596-713

⁶⁵ Schwelb, supra n. 42, 960

⁶⁶ "all Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organisation for the achievement of the purposes set forth in Article 55". (Ειδικά 55. c)

έχει την αποδοχή του αναγκαστικού δικαίου ωστόσο, θα μπορούσε να ισχύει η άποψη ότι τα "θεμελιώδη" απαρέγκλιτα δικαιώματα, των οποίων η παραβίαση ενέχει ποινική ευθύνη, είναι *lex lata jus cogens*. Η διεκδίκηση ότι τουλάχιστον κάποιοι από αυτούς τους κανόνες είναι *jus cogens* ενισχύεται από τις σύγχρονες εξελίξεις νομολογίας και πρακτικής, σε περιορισμένο όμως βαθμό. Αυτές οι εξελίξεις καταδεικνύουν ότι η αρχή *jus cogens* είναι κατοχυρωμένη στο *corpus* των ΔτΑ του ΔΔ.

Εδώ τίθεται το ερώτημα αν η ύπαρξη αυτού του δόγματος σ' αυτό το πλαίσιο υπηρετεί ως όργανο προώθησης και ενίσχυσης της προστασίας ΔτΑ. Αυτό το ερώτημα αφορά φυσικά και την ύπαρξη ιεραρχίας στα ΔτΑ στο ΔΔ. Ένα στοιχείο για να μετρήσουμε τη δύναμη μίας διεθνούς υποχρέωσης είναι ή έκταση στην οποία το κράτος, για παράδειγμα, αποδέχεται τον κανόνα ως δεσμευτικό και ειδικά ως νόμιμο. Ένας κανόνας *jus cogens* είναι εξ' ορισμού στο υψηλότερο επίπεδο υποχρεώσεων των κρατών αφού τα κράτη τον αποδέχονται ως αναγκαστικό και δεσμευτικό. Η αποδοχή ωστόσο πρέπει να γίνεται χρήσιμη στην πράξη. Παρά τη βιβλιογραφία, μόνο οι πρόσφατες εξελίξεις προοιωνίζονται νέα θεώρηση του *jus cogens* σχετικά με την εφαρμογή του.

Το ICTY, η IACHR και το United Kingdom House of Lords έχουν αποφανθεί σχετικά με την αρχή. Επιπλέον, το Βέλγιο επικαλέστηκε την αρχή για την αιτιολόγηση ανθρωπιστικής επέμβασης. Μέσα από τη νομολογία και την πρακτική θα δούμε ότι η αρχή μπορεί να κερδίζει έδαφος στο ΔΔ αν και η κρυστάλλωση της αρχής είναι δυσδιάκριτη.

4.1 Διεθνής Δικαιοδοσία

Όπως οι Βρετανικές και Ισπανικές αρχές έπραξαν αναφορικά με την έκδοση του πρώην δικτάτορα της Χιλής Augusto Pinochet, οι εθνικές αρχές που θέλουν να προβούν σε έκδοση κρατουμένου μπορεί να διατείνονται ότι η φύση των εγκλημάτων είναι υψίστης σοβαρότητας και τότε το ερώτημα που θα πρέπει να απαντηθεί είναι αν ο *jus cogens* χαρακτήρας των κανόνων που έχουν παραβιαστεί αντιπαρέρχονται της άμυνας του εκδιδόμενου για τη μη παράδοσή του.

Έχει ειπωθεί παραπάνω ότι οι κανόνες *jus cogens* δημιουργούν υποχρεώσεις *erga*



omnes και συνεπώς η εφαρμογή του δικαίου που απαγορεύει την παραβίαση ενός δικαιώματος *jus cogens* είναι θέμα αρμοδιότητας των κρατών. Όταν δε, μία τέτοια παραβίαση συνιστά διεθνές έγκλημα και εγείρει ζητήματα ποινικής ευθύνης, κάθε κράτος θα πρέπει να έχει δικαιοδοσία δίωξης των υπευθύνων. Δικαιοδοσία εν πρώτοις, έχει το κράτος στου οποίου το έδαφος η παράβαση έχει διαπραχθεί αλλά και άλλα κράτη, δεδομένης της σύνδεσής τους με την παραβίαση, μπορούν να τεκμαίρονται δικαιοδοσία βάση της *active personality principle*, *passive personality principle*, *protective principle*. Οι *Aut dedere aut judicare* διατάξεις συμπεριλαμβάνονται σε διάφορες πολυμερείς συνθήκες σχετικές με τα διεθνή εγκλήματα, εξοπλίζοντας τα κράτη με το δικαίωμα και συνάμα την υποχρέωση άσκησης οικουμενικής δικαιοδοσίας. Η πιο αξιοσημείωτη από αυτές τις προβλέψεις ΔτΑ είναι αυτές για τα βασανιστήρια στην Συνθήκη Κατά Των Βασανιστηρίων ⁶⁷ και για τα εγκλήματα πολέμου που αποτελούν σοβαρές παραβιάσεις των Συνθηκών της Γενεύης του 1949.

Ενώ οι πολυμερείς συνθήκες που αφορούν στην πειρατεία, το δουλεμπόριο, τη γενοκτονία, τα εγκλήματα πολέμου, τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας (και με την διεθνή δικαιοδοσία να επεκτείνεται), το *highjacking*, την τρομοκρατία, το *apartheid* και τα βασανιστήρια μπορεί να επιβάλουν υποχρεώσεις *aut dedere aut judicare*, ωστόσο, δεν υπάρχει μία γενική εθιμική αρχή σχετικά με τη διεθνή δικαιοδοσία που θα επιβάλει τέτοια υποχρέωση σε μη κράτη-μέλη.

Η γονιμοποιός επίκληση της αρχής σε εσωτερικό δικαστικό πλαίσιο έγινε στην υπόθεση *Eichman* ⁶⁸ κατά την οποία το Ισραήλ επιχειρηματολόγησε ότι είχε δικαιοδοσία επί του ναζιστή εγκληματία βασισμένο στις αρχές της παθητικής, ενεργητικής και διεθνούς δικαιοδοσίας. Το δικαστικό προηγούμενο όμως της υπόθεσης αυτής δεν παρείχε μία ρητή βάση *jus cogens*. Πρόσφατα, σχετικά, τα δικαιοδοτικά όργανα εξέτασαν τις δικαστικές επιπτώσεις της αρχής στις αποφάσεις τους. Για παράδειγμα το ICTY υιοθέτησε την άποψη ότι ο *jus cogens* χαρακτήρας των βασανιστηρίων καθιστά διαθέσιμη την διεθνή δικαιοδοσία:

⁶⁷ CONVENTION AGAINST TORTURE and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations

⁶⁸ 36 ILR 18 (Isr. Dist. Ct. Jerusalem 1961)

*[i]t would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every state is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign states and on the otherhand bar states from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for states' universal jurisdiction [has been] found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes.*⁶⁹

Στην υπόθεση Pinochet το επιχείρημα για την διεθνή δικαιοδοσία είχε γίνει αποδεχτό από έναν από τους επτά Law Lords κατά την ακρόαση της υπόθεσης. Ως αποτέλεσμα αυτής της περιορισμένης κατανόησης της εθιμικής διάστασης της διεθνούς εγκληματικότητας πέντε δικαστές καθόρισαν ότι μόνο αυτά τα εγκλήματα που έχουν διαπραχθεί μετά τις 29/09/1988, όταν το Ηνωμένο Βασίλειο ανέλαβε τις υποχρεώσεις του υπό τη Συνθήκη κατά των Βασανιστηρίων, μπορούν να θεωρούνται εγκλήματα έκδοσης. Οι δικαστές αναγνώρισαν ότι η απαγόρευση των βασανιστηρίων είναι jus cogens ενώ ο ανώτερος δικαστής έθεσε το ζήτημα του συσχετισμού του jus cogens με τη διεθνή δικαιοδοσία. Συμπεραίνουμε λοιπόν ότι όλα τα εγκλήματα βασανιστηρίων εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των κρατών, ακόμα και πριν την εισδοχή τους στη Συνθήκη κατά των Βασανιστηρίων αφού πριν την ύπαρξη της συνθήκης αυτής "torture was a crime in the highest sense".⁷⁰ Το ερώτημα λοιπόν τίθεται, γιατί η εφαρμογή της διεθνούς δικαιοδοσίας δεν υπερπηδά την ασυλία; Όταν η παραβίαση ενός jus cogens κανόνα ενέχει ποινική ευθύνη όπως τα βασανιστήρια, τα μέτρα διεθνούς εφαρμογής είναι απαραίτητα στην εκπλήρωση των υποχρεώσεων της μη διάπραξης του διεθνούς εγκλήματος σε παραβίαση ενός κανόνα αναγκαστικού δικαίου. Αντίθετα ο Lord Millet θεώρησε ότι:

Crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a

⁶⁹ Prosecutor v. Anto Furundzika, Judgment, No. IT-95-17/1-T, παραγ. 156 (10/12/1998)

*peremptory norm of international law so as to infringe a jus cogens. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order.*⁷¹

Επίσης,

*[every] State has jurisdiction under customary international law to exercise extraterritorial jurisdiction in respect to international crimes which satisfy the relevant criteria (...). Customary law is part of the common law, and accordingly I consider that the English courts have and always have had extra - territory criminal jurisdiction in respect of crimes of universal jurisdiction under customary international law.*⁷²

4.2 Δίκαιο Έκδοσης

Περιπτώσεις ανακύπτουν κατά τις οποίες ένα άτομο που αντιμετωπίζει την έκδοση δικαιολογημένα φοβάται την προοπτική να γίνει θύμα παραβιάσεων ΔτΑ με την άφιξη στη χώρα που αιτήθηκε την έκδοση. Υπό τις διατάξεις μίας τυπικής διμερούς συνθήκης έκδοσης το άτομο προς έκδοση, με την έναρξη των διαδικασιών έκδοσης, έχει να καταφύγει σε ορισμένες μόνο πειστικές άμυνες. Η εξαίρεση του πολιτικού αδικήματος αφορά στη φύση του φερόμενου αδικήματος έκδοσης και όχι στην μεταχείριση του ατόμου μετά την άφιξη στην αιτούσα χώρα.⁷³ Η υποχρέωση αυτής της μεταχείρισης προκύπτει από την Συνθήκη Σχετικά με το Καθεστώς των Προσφύγων του 1951 και ειδικά την διάταξη περί non-refoulement η οποία απαγορεύει την επιστροφή του ατόμου όπου μπορεί να του ασκηθεί δίωξη.⁷⁴ Έτσι, πολλά άτομα υπό καθεστώς έκδοσης δεν ικανοποιούν τις προϋποθέσεις για να λάβουν το καθεστώς του πρόσφυγα. Η Συνθήκη κατά των Βασανιστηρίων και άλλης

⁷⁰ 38 ILM 589

⁷¹ Ex Parte Pinochet, 38, ILM, 649

⁷² Id, 650

⁷³ Gilbert, G., Aspects of Extradition Law 113-39 (1991)

⁷⁴ Η δίωξη πρέπει να βασίζεται σε ένα από πέντε τεκμήρια: άρθρο 33 της Συνθήκης για τους πρόσφυγες προβλέπει ειδικά ότι: «[n]o Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers or territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion" (189 UNTS 150) (υπεγράφη 28 Ιουλίου 1951)

Σκληρής, Απάνθρωπης και Ταπεινωτικής Μεταχείρισης ή Τιμωρίας επίσης περιλαμβάνει στο άρθρο 3 διάταξη περί non-refoulement η οποία απαγορεύει την απέλαση, επιστροφή ή έκδοση "where there are substantial grounds for believing that [the person] would be in danger of being subjected to torture". ⁷⁵

Υπό το άρθρο 53 της Συνθήκης της Βιέννης, σύμφωνα με τον ευρύ, αυτό, αποδεκτό ορισμό, μία συνθήκη η οποία έρχεται σε σύγκρουση με έναν κανόνα jus cogens είναι άκυρη. Έτσι μία διάταξη σε συνθήκη έκδοσης το αποτέλεσμα της οποίας μπορεί να είναι η υποχρέωση ένα κράτος να εκδώσει ένα άτομο σε μία χώρα όπου πιθανώς το άτομο να υποστεί βασανιστήρια ή παρόμοια μορφή παραβίασης των ΔτΑ, θα διευκολύνει την παραβίαση ενός κανόνα jus cogens. Τέτοια διάταξη δεν έχει λόγο ύπαρξης. Το Ινστιτούτο Διεθνούς Δικαίου το 1983 έθεσε το ζήτημα στους ακόλουθους όρους:

Today it is argued that extradition treaties should not be enforced if enforcement would violate a human rights norm external to the treaty. This argument, premised on the notion that there are certain higher norms in the field of human rights which take precedence over extradition treaties owes its origin to the notion of jus cogens (...). The recognition of certain higher peremptory norms as served to provide the judicial link between extradition and human rights... ⁷⁶

Συνεχίζει διαχωρίζοντας τα "absolute rights" από εκείνα "which may be more easily curtailed", όπως η ελευθερία έκφρασης και συμπεραίνει ότι μόνο τα πρώτα είναι κατάλληλα εκτίμησης κατά τις διαδικασίες έκδοσης. ⁷⁷ Τελικά, το Ινστιτούτο υιοθέτησε ως μέρος της απόφασής του, διάταξη που προβλέπει:

"[i]n cases where there is a well-founded fear of the violation of the fundamental human rights of an accused in the territory of the requesting state, extradition may be refused..." ⁷⁸ Αυτή η απόφαση υπολείπεται στο να δώσει στα ΔτΑ στο πλαίσιο της έκδοσης, απήχηση jus cogens δεδομένου ότι, η γλώσσα φαίνεται να δίνει τελική

⁷⁵ Υιοθετήθηκε 10 /12/ 1984, GA Res 39/46, 39 GAOR, Supp. No51, UN Doc. A/39/51, 197 (1984)

⁷⁶ 60 Yearbook of the Institute of International Law 214 (1983) στις 223-4

⁷⁷ Id στην 230

⁷⁸ Id στην 306

δικαιοδοσία επί του θέματος στο κράτος που προχωρεί σε έκδοση, μία διαδικασία μη συμβατή με τον επιτακτικό ενός αναγκαστικού κανόνα.⁷⁹ Επιπλέον, η πρόταση του Ινστιτούτου δεν εννοεί ότι η συνθήκη ή κάποια συγκεκριμένη διάταξη θα είναι άκυρη αλλά ότι θα εξυπηρετεί ως προς την εκμηδένιση των παράνομων αποτελεσμάτων των συνθηκών σε περιπτώσεις όπου η εφαρμογή τους θα έρθουν σε σύγκρουση με κανόνα jus cogens.

Η Ευρωπαϊκή νομοθεσία έχει έρθει αντιμέτωπη με το θέμα στην υπόθεση Soering.⁸⁰ Στον Soering, γερμανικής καταγωγής, είχε απαγγελθεί κατηγορητήριο για φόνο στη Βιρτζίνια των ΗΠΑ, όπου αν καταδικαζόταν μπορεί να αντιμετώπιζε την ποινή του θανάτου. Επιχειρηματολόγούσε ότι η έκδοσή του από το Ηνωμένο Βασίλειο στις ΗΠΑ θα αποτελούσε παραβίαση της απαγόρευσης ενάντια στην απάνθρωπη και ταπεινωτική μεταχείριση του άρθρου 3 της ECHR αφού, ως αποτέλεσμα της καταδίκης του σε θάνατο θα έπρεπε να περάσει ένα παρατεταμένο χρονικό διάστημα περιορισμού. Το ECourtHR συμφώνησε με τον κατηγορούμενο στη βάση ότι όταν ο αιτών υποδεικνύει "substantial grounds" να πιστεύει ότι η έκδοση θα έχει ως αποτέλεσμα "real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment" το συμβαλλόμενο κράτος πρέπει να αρνηθεί την έκδοση.⁸¹

Η απόφαση στην υπόθεση Soering είναι δεσμευτική για τα κράτη-μέλη της ECHR και περιορίζεται σε παραβιάσεις της συνθήκης όχι παραβιάσεις υπό το γενικό ΔΔ. Η UNHRC έχει πάρει θέση παρόμοια με του ECourtHR, όταν αποφάσισε ότι ο Καναδάς έχει παραβιάσει τις υποχρεώσεις του υπό το άρθρο 7 του ICCPR με την έκδοση ενός ύποπτου εγκληματία στην Καλιφόρνια όπου, αν καταδικαζόταν, μπορεί να εκτελούνταν σε θάλαμο αερίων.⁸² Ούτε το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ούτε και η Επιτροπή ΔτΑ έκανε σαφή δήλωση στο jus cogens ως βάση για την αναστολή της έκδοσης.

Η επιρροή των ΔτΑ στο δίκαιο της έκδοσης παραμένει ένα ενδιαφέρον ζήτημα. Το 1990 η ΓΣ των ΗΕ υιοθέτησε μία Model Treaty για την έκδοση υπό την οποία τα

⁷⁹ Meron, T., Human Rights Law Making in the United Nations, 190 (1986), 196

⁸⁰ Η υπόθεση Soering, ECHR (Ser. A), Vol. 161 (1989)

⁸¹ Id παράγρ. 91

⁸² Ng v. Canada, CCPR/C/49/D/469 1991 ; 98 ILR 479, 504

συμβαλλόμενα κράτη ήταν υποχρεωμένα να αρνηθούν την έκδοση *"if the person whose extradition is requested has been or would be subjected in the requesting State to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or if that person has not received or would not receive the minimum guarantees in criminal proceedings as contained in the International Covenant on Civil and Political Rights, article 14 (para.3 (f)).*⁸³

Μία εννοιολογική δυσκολία μπορεί να προκύψει στην εφαρμογή του jus cogens στο πλαίσιο της έκδοσης κρατουμένου. Η σχέση ανάμεσα στην πράξη ενός κράτους, έκδοσης ενός ατόμου σε άλλη χώρα και ο φόβος της ζημίας από την παράβαση ενός κανόνα jus cogens, μπορεί να είναι επουσιώδης για να ισοδυναμεί σε παράβαση αναγκαστικού κανόνα per se. Ενώ σε ένα κράτος με την έκδοση συνεπάγονται υποχρεώσεις (non-refoulement) είναι λιγότερο ξεκάθαρο σε ποιο βαθμό μπορεί να επισύρεται ευθύνη για παραβίαση jus cogens κανόνα από το κράτος υποδοχής. Σύμφωνα με την πρακτική των κρατών, τα κράτη φαίνονται απρόθυμα να εισάγουν όρους ΔτΑ στις συνθήκες έκδοσης που συμφωνούν. Χωρίς περαιτέρω εφαρμογή και εξέλιξη του jus cogens στη διεθνή πρακτική, η προοπτική της κρατικής προσφυγής στο jus cogens παραμένει μακρινή.

4.3 Ανθρωπιστική Επέμβαση

Η ανθρωπιστική επέμβαση, αναφορικά με το αν τα κράτη έχουν δικαίωμα να καταφεύγουν στη χρήση βίας, μονομερώς ή συλλογικά για ανθρωπιστικούς σκοπούς, είναι άλλο ένα πεδίο στο οποίο η αρχή jus cogens έχει θέση. Μπορεί η προσφυγή στην ένοπλη βία να αποτρέψει ή να ανακόψει μαζικές παραβιάσεις ΔτΑ ή μία ανθρωπιστική καταστροφή να είναι αιτιολογημένη σε νομική βάση;

Οι σχολιαστές που αρνούνται το δικαίωμα στην μονομερή ή συντονισμένη ανθρωπιστική επέμβαση τονίζουν δύο ουσιαστικές διατάξεις του ΧάρτηΗΕ: το άρθρο 2.4 επιβάλλει απαγόρευση στη χρήση βίας.⁸⁴ Οι μόνες σημαντικές εξαιρέσεις που βασίζονται στο ΧάρτηΗΕ είναι το δικαίωμα στην άμυνα σε μία ένοπλη επίθεση υπό το άρθρο 51 και η δράση σε απάντηση απειλής ή παραβίασης της ειρήνης και της

⁸³ UN GAOR Resolution 45/116 , Adopted Dec 14, 1990, UN Doc A/Res.45/116 (3 April 1991)

ασφάλειας με εξουσιοδότηση του ΣΑ των ΗΕ υπό τις διατάξεις του Κεφαλαίου VII.

⁸⁵ Πέρα από αυτές τις προβλέψεις δεν υπάρχει συμβατική νομική βάση για μία πειστική ανθρωπιστική επέμβαση. Ο δεύτερος σχετικός κανόνας του ΧάρτΗΕ, το άρθρο 2.7 αντανακλά επίσης εθιμικό δίκαιο. Η διάταξη απορρίπτει την επέμβαση σχετικά με θέματα που άπτονται της εσωτερικής δικαιοδοσίας ενός κράτους. ⁸⁶ Αυτή η αρχή επαναλαμβάνεται σε ποικίλες αποφάσεις των ΗΕ. ⁸⁷ Φυσικά, πολιτικοί λόγοι μπορεί να δικαιολογούν την καταλληλότητα της ανθρωπιστικής επέμβασης, όπως είναι η πρακτική των κρατών να χρησιμοποιούν την ανθρωπιστική επέμβαση για την αιτιολόγηση απώτερων στόχων και συμφερόντων. ⁸⁸

Η θέση αυτή βρίσκει εκτεταμένη υποστήριξη σε αποφάσεις του ICJ, την κρατική πρακτική και τους ακαδημαϊκούς συγγραφείς. ⁸⁹ Σε απάντηση στη θέση των ΗΠΑ στην υπόθεση Νικαράγουα, το ICJ εξήγγειλε ότι:

"The use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure (...) respect [for human rights in Nicaragua]" and "the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States".

Ο Rodley, ανάμεσα σε άλλους, πιστεύει ότι με αυτή τη γλώσσα το δικαστήριο παίρνει θέση ανάμεσα σε όσους πιστεύουν ότι το δόγμα της ανθρωπιστικής επέμβασης δεν έχει εγκυρότητα. ⁹⁰

Τα αντεπιχειρήματα που υποστηρίζουν το δικαίωμα στην ανθρωπιστική επέμβαση παίρνουν διάφορες μορφές. Δημιουργικές αναγνώσεις του άρ. 2.4 του ΧάρτΗΕ και διευρυμένες ερμηνείες των ΔτΑ σχετικές με τα άρ. 55 και 56 του ΧάρτΗΕ. Κάποιοι προωθούν το επιχείρημα ότι το εθιμικό δίκαιο επιτρέποντας την ανθρωπιστική

⁸⁴ Simma, B., Nato, The UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 EJIL 1,2 (1999)

⁸⁵ Ειδικά τα άρθρα 39-42

⁸⁶ Βλ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 1986, ICJ Rep. 14, 106-10.

⁸⁷ GA Res 2131 (XX), UN GAOR, 20th Sess., Supp. No. 14 and GA Res 2625 (XXV), UN GAOR, Supp. No. 18

⁸⁸ Kritsiotis, D., Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention, 19 Michigan Journal of International Law, 1005, 1007; 1020-1039 (1998)

⁸⁹ Brownlie, I., International Law and the Use of Force by States 338-42, 1963

⁹⁰ Rodley, N. S., Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case Law of the World Court, 38

επέμβαση, όπως αποδεικνύουν η πρακτική των κρατών και η θεωρία,⁹¹ προηγείται των κανόνων του ΧάρτΗΕ.⁹² Όσον αφορά στην άποψη του ICJ, μία εναλλακτική ανάγνωση της απόφασης στην υπόθεση Νικαράγουα αποκαλύπτει ότι το Δικαστήριο δεν απέρριπτε την πιθανότητα της ανθρωπιστικής επέμβασης αλλά ότι καταδίκασε την επέμβαση ως παράνομη υπό το φως των ειδικών περιστάσεων που χαρακτηρίζαν τις πράξεις των ΗΠΑ στη Νικαράγουα.

Η δράση του NATO στο Κόσσοβο έδειξε ότι τα επιχειρήματα αυτά ήταν προγνωστικά. Αν και κάποια κράτη προέβαλαν αντιρρήσεις σχετικά με τη νομιμότητα της επέμβασης του NATO, τα κράτη γενικά έδειξαν μία *ex post facto* αποδοχή της επέμβασης όπως απέδειξε η απόφαση 1244 του ΣΑ των ΗΕ με το πέρας των επιχειρήσεων. Αυτή η απόφαση εξουσιοδότησε το NATO να παίζει τον κυρίαρχο, μετά-συγκρουσιακό ρόλο της ασφάλειας στο Κόσσοβο ένας πραγματικά περίεργος τρόπος να ανταμείψει κανείς τους παραβάτες του κύριου διεθνούς κανόνα ενάντια στην παράνομη χρήση βίας. Ένας νέος κανόνας αναδύθηκε (;).

Όπως κάποια ΔτΑ και κανόνες του ΔΑΔ είναι *jus cogens*, κάθε προσπάθεια χρήσης βίας για την πρόληψη ή την διακοπή των παραβιάσεων αυτών των κανόνων θα συνεπαγόταν τη σύγκρουση δύο κανόνων *jus cogens*. Ενώ τα κράτη έχουν σαφώς την υποχρέωση να μην παραβιάζουν τα ΔτΑ με χαρακτήρα *jus cogens*, είναι, ωστόσο, λιγότερο σαφές αν έχουν την υποχρέωση να λαμβάνουν θετικά μέτρα εφαρμογής των κανόνων αυτών.

Η βάση του *jus cogens* για τη αιτιολόγηση της ανθρωπιστικής επέμβασης δεν είναι απλά μία θεωρία. Το Βέλγιο επικαλέστηκε την επιταγή προστασίας των *jus cogens* ΔτΑ στην προφορική διαδικασία στην Case Concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium),⁹³ όπου η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γιουγκοσλαβίας αξίωσε από το δικαστήριο να διατάξει προσωρινά μέτρα, ώστε τα κράτη-μέλη του NATO να σταματήσουν και να απόσχουν από πράξεις βίας:

International and Comparative Law Quarterly 321, 332 (1989)

⁹¹ Beyerlin, U., Humanitarian Intervention, Bernhardt, ed., II Encyclopedia of Public International Law, 927 (1995)

⁹² Schweigman, D., Humanitarian Intervention under International Law, 6 Leiden Journal of International Law 91, 94-96 (1993)

⁹³ Αίτημα για προσωρινά μέτρα, ανατ. 38 ILM 950 (1999)

The acts of bombing (...) are in breach of the obligation not to resort to the threat or use of force against another State which exists as a general rule of customary law and as a basic principle of the Charter of the United Nations and has a nature of jus cogens". ⁹⁴

Όμως το Βέλγιο, με βάση πάντα το jus cogens, παρέθεσε μία νομική αιτιολόγηση της ανθρωπιστικής επέμβασης για τη χρήση βίας:

[T]he Kingdom of Belgium (...) felt obliged to intervene to forestall an ongoing humanitarian catastrophe, acknowledged in the Security Council Resolutions. To safeguard what? To safeguard (...) essential values which also rank as jus cogens. Are the right to life, physical integrity, the prohibition of torture, are these not norms with the status of jus cogens? They undeniable have this status, so much so that international instruments on human rights (...) protect them in a waiver clause (...) thus they are absolute rights, from which we may conclude that they belong to the jus cogens. Thus, NATO intervened to protect fundamental values enshrined in the jus cogens and to prevent an impending catastrophe recognised as such by the Security Council. ⁹⁵

Το Βέλγιο χρησιμοποίησε επίσης το επιχείρημα της αναγκαιότητας:

The notion of a state of necessity (...) is unquestionably acknowledged in international law (...) A state of necessity is the cause which justifies the violation of a binding rule in order to safeguard, in face of grave and imminent peril, values which are higher than those protected by the rule which has been breached... What are the highest values which their intervention attempts to safeguard? They are rights of jus cogens... ⁹⁶

Μόνο το Βέλγιο είχε αυτή τη θέση σχετικά με το jus cogens στις ακροάσεις και το επιχείρημα δεν θα πρέπει να υπερεκτιμηθεί. Όπως παρατηρεί ο Kritsiotis πριν την

⁹⁴ www.icj-cij.org/icjwww/ldoc

⁹⁵ Id

⁹⁶ Id

επέμβαση στο Κόσσοβο:

The conflict between humanitarian intervention and sovereignty (...) manifests itself in the realm of jus cogens where states have rallied behind certain principles which are or have been depicted as "peremptory norms of public international law" (...).

*[The] responses to humanitarian tragedies (of one form or another) could be interpreted as a series of freak impulses or reflexes with limited or no legal significance: these responses have occurred as a matter of fact, but it is questionable whether these responses can be said to have given rise to a new phenomenon as a matter of law. An alternative view would be to regard the world (meaning the states that compose it) as having experienced some sort of humanitarian awakening in the normative sense; so that there are now normative cases where the community concern (such as the prevention of genocide) has expressed itself over and above individual claims of sovereignty and principles prohibiting intervention and the use of force. The growing bank of state practice which has accumulated in recent times must therefore force the question as to whether, in their increasing number, these responses are indeed the result of specific normative decisions made by states when faced with the conflicting priorities of jus cogens.*⁹⁷

Τα επιχειρήματα που τέθηκαν από το Βέλγιο στο ICJ θα προσέδιδαν αξιοπιστία στην άποψη ότι έχει εμφανιστεί στον τομέα της διεθνούς πρακτικής των κρατών τουλάχιστο μία κίνηση προς την αλλαγή της κανονιστικής θεώρησης στο θέμα της ανθρωπιστικής επέμβασης.

5. Αξιολόγηση

Η αρχή jus cogens έχει αναδυθεί ως βασικό εννοιολογικό πρότυπο πάνω στο οποίο η διεθνής νομική κοινότητα έχει αναλάβει να διευθετήσει τους ουσιωδώς ανώτερους κανόνες του διεθνούς δικαίου. Η υιοθέτηση του άρθρου 53 της Συνθήκης της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών, το 1969 αποτελούσε μία σημαντική στιγμή αυτής της εξέλιξης όπου τα κράτη, σχεδόν με ομοφωνία αποδέχτηκαν, κατ' αρχήν, την ύπαρξη αναγκαστικών κανόνων στο ΔΔ αν και η σημασία, αν όχι η νομιμότητά του, είχαν

⁹⁷ Kritsiotis, D., Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention, 19 Michigan Journal of

τεθεί υπό αμφισβήτηση από υποστηρικτές αλλά και σκεπτικιστές της αρχής. Από τα τέλη του 20ου αιώνα όμως, κράτη, εσωτερικά και διεθνή δικαστικά όργανα και ερευνητές έχουν κάνει εκτεταμένες αναφορές στο *jus cogens*. Αυτοί οι διεθνείς παίκτες δεν είχαν δυσκολία να αναγνωρίσουν την αρχή και πέρα από το πρωτότυπο συμβατικό πλαίσιο των μονομερών πράξεων, οι οποίες, ή τα αποτελέσματα των οποίων, αποτελούν παραβίαση του κανόνα *jus cogens*.

Ενώ η εξακρίβωση του *jus cogens* στα ΔτΑ δεν έχει προσεγγίσει ποτέ ένα διεθνές consensus, ωστόσο, μπορούμε να αποσπάσουμε έναν minimum πυρήνα δικαιωμάτων αναφορικά με ανάλογα απαρέγκλιτα δικαιώματα, συμβατικά, διεθνούς ποινικού δικαίου και δικαστικών και θεωρητικών δηλώσεων και αναφορών. Έτσι, με ασφάλεια περιλαμβάνουμε ανάμεσα σε αυτούς τους αναγκαστικούς κανόνες το δικαίωμα στη ζωή (συμπεριλαμβανομένων των απαγορεύσεων της γενοκτονίας, των συνοπτικών και εξωδικαστικών εκτελέσεων και την απαγόρευση των βασανιστηρίων), τη σκληρή, απάνθρωπη και ταπεινωτική μεταχείριση και τιμωρία, την παράνομη κράτηση, τις φυλετικές και άλλες μορφές διακρίσεων, τη δουλεία και το δουλεμπόριο, τις παραβιάσεις του ΔΑΔ (συμπεριλαμβανομένων των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας και κάποιων εγκλημάτων πολέμου). Οι διεθνείς πρωταγωνιστές έχουν επικαλεστεί την αρχή *jus cogens* αναφορικά με τα οικονομικά, κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα καθώς και τα δικαιώματα τρίτης γενιάς σπάνια.

Αν και πλέον μία καλά εδραιωμένη νομική αρχή, η συνολική χρήση του *jus cogens* στη διεθνή πρακτική συνεχίζει να είναι διάχυτη και σπασμωδική. Έχουμε περιγράψει κάποια από τα πλαίσια στα οποία η αρχή ήδη εξυπηρετεί, λειτουργικά, ως δόγμα. Σε συμφωνία όμως, με τη γενική φύση της διεθνούς νομολογίας κάποια συμφωνία θα μπορούσε να υπάρξει στο μέλλον, όταν η πολιτική θέληση θα είναι έτοιμη να ενώσει τις εξελίξεις.

Κεφάλαιο 2ο

Υποχρεώσεις Erga Omnes και Ιεραρχία ΔτΑ

1. Υποχρεώσεις Erga Omnes: Φυσιολογία και Χαρακτήρας

1.1. Οι Υποχρεώσεις Erga Omnes: Η Φυσιολογία

1.1.1 Erga Omnes και Προσδιορισμός των Μερών με Νομικό Συμφέρον στην Εκπλήρωση των Υποχρεώσεων

Κυριολεκτικά, όλοι οι κανόνες του εθμικού δικαίου δημιουργούν υποχρεώσεις erga omnes.⁹⁸ Επίσης, όλα τα κράτη - μέλη σε μία πολυμερή συνθήκη αναλαμβάνουν υποχρεώσεις προς όλα τα κράτη - μέλη της συνθήκης αυτής έστω κι αν υπάρχουν ειδικά διμερή συμφέροντα ανάμεσα στα συμβαλλόμενα μέρη. Έτσι, η ορολογία erga omnes θα ήταν κάτι όχι περισσότερο από περιγραφικό διάνθισμα για να υποδεικνύει υποχρεώσεις οι οποίες είναι δεσμευτικές στα κράτη vis-a-vis τα υπόλοιπα κράτη σε οποιαδήποτε σφαίρα νομικής σχέσης. Περιγράφοντας την έννοια erga omnes το ICJ στην υπόθεση Barcelona Traction, θεώρησε ότι το καθοριστικό θέμα ήταν αυτό του locus standi, για παράδειγμα, ότι η ταυτότητα της οντότητας που έχει την νομική ικανότητα να έχει αξιώσεις για συγκεκριμένες παραβιάσεις υποχρεώσεων. Επιβεβαιώνοντας ότι "all States can be held to have a legal interest in their protection", το ICJ εισηγείτο ότι, το αποτέλεσμα erga omnes πυροδοτείται για αυτές τις υποχρεώσεις για την παραβίαση των οποίων "the corresponding rights of protection are in the possession of each and every state".⁹⁹ Ποια είναι όμως η ταυτότητα αυτών των συγκεκριμένων υποχρεώσεων που δημιουργούν το συγκεκριμένο αποτέλεσμα;

1.1.2 Οι Υποχρεώσεις Erga Omnes Δεν Αφορούν στη Ratione Materiae Των Υποχρεώσεων

Οι υποχρεώσεις Erga Omnes δεν αποτελούν βασικούς ή ουσιαστικούς κανόνες του ΔΔ αλλά, είναι υποχρεώσεις που εγείρουν συγκεκριμένες νομικές συνέπειες ή δευτερεύοντες κανόνες του ΔΔ. Ο Arangio-Ruiz, πρώην Rapporteur για την ευθύνη

⁹⁸ Ago, R., *Obligations Erga Omnes and the International Community*, Weiller, Cassese and Spinedi, eds., *International Crimes of State* 237 (1989)

⁹⁹ de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* 53, 1996

των κρατών στην ILC, προτείνει:

[T]he concept of erga omnes obligation is not characterised by the importance of the interest protected by the norms - this aspect being typical of jus cogens - but rather by the "legal indivisibility" of the content of the obligation, namely by the fact that the rule in question provides for obligations which bind simultaneously each and every addressee with respect to all others. This legal structure is typical not only of peremptory norms, but also of other norms of general international law and of a number of multilateral treaty rules (erga omnes partes obligations).¹⁰⁰

1.2 Ο Erga Omnes Χαρακτήρας των Υποχρεώσεων ΔτΑ και η Ενισχυμένη Κανονιστική τους Δράση

1.2.1 Τα Draft Articles της ILC για τα Θιγόμενα Κράτη και η Δυνατότητα των Κρατών να Διατείνονται Νομικό Συμφέρον

Η ILC συμπέρανε ότι όταν μία erga omnes υποχρέωση παραβιάζεται όλα τα κράτη στα οποία οφείλεται η σχετική υποχρέωση, θεωρούνται θιγόμενα. Αυτή η αρχή απεικονίζεται στο άρθρο 40 (16) του Draft Articles on State Responsibility του 1996 που καθορίζει το θιγόμενο κράτος ως:

(e) if the right infringed by the act of a State arises from a multilateral treaty or from a rule of customary international law, any other State party to the multilateral treaty or bound by the relevant rule of customary law, if it is established that (...)

(ii) the infringement of the right by the act of a State necessary affects the enjoyment of the rights or the performance of the obligations of the other States parties to the multilateral treaty or bound by the rule of customary law; or

(iii) the right has been created or is established for the protection of human rights and fundamental freedoms (...)

3. In addition, "injured state" means, if the internationally wrongful act constitutes an international crime (...) all other States.¹⁰¹

¹⁰⁰ Arangio-Ruiz, G., Fourth Report on State Responsibility, A/CN.4/444/Add.1, 31, 1992, Παράρτημα

¹⁰¹ Report της ILC, 58th session, UNGAOR, 51st Session, Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 1996, 141-42

Η προσέγγιση της ILC επιβεβαιώνει την άποψη ότι οι υποχρεώσεις erga omnes μπορούν να αποδοθούν με συνθήκη ή έθιμο. Όπως παρατηρεί ο Annacker, "[t]he source of a norm by itself does not allow any conclusions regarding the structure of the obligations imposed and of the rights conceded by the primary norm or the regime of responsibility (secondary norms).¹⁰² Το άρθρο 40 (3) επίσης επιβεβαιώνει την αρχή ότι τα διεθνή εγκλήματα έχουν erga omnes αποτέλεσμα. Κάποιοι δε, ερευνητές έχουν την άποψη ότι μόνο τα διεθνή εγκλήματα είναι erga omnes,¹⁰³ αν και η άποψη αυτή δεν είναι ευρέως αποδεκτή.¹⁰⁴

1.2.2 Η Υπόθεση Barcelona Traction

Στην υπόθεση Barcelona Traction έγινε ευθεία αναφορά μόνο σε τρία ΔτΑ - γενοκτονία, δουλεία, φυλετικές διακρίσεις - και αυτό δεν σημαίνει ότι οι υποχρεώσεις ΔτΑ περιορίζονται σε αυτά. Οι υποχρεώσεις erga omnes επεκτείνονται και σε άλλα ΔτΑ αλλά περιορίζονται μόνο στα "basic rights of the human person", σύμφωνα με τη φρασεολογία του Δικαστηρίου στην Barcelona Traction.¹⁰⁵ Ένα εμφανές πρόβλημα που ανακύπτει από την προσέγγιση αυτή είναι ότι όλο το φάσμα μίας κατασκευής γίνεται περίπλοκο δεδομένου ότι η έννοια erga omnes δεν μπορεί να περιοριστεί σε ένα dictum ειδικά όταν το dictum αυτό αφήνει την έννοια απροσδιόριστη. Η εγκυρότητα βέβαια είναι αδιαπραγμάτευτη, ωστόσο, με τη χρήση της έκφρασης "basic human rights" το ICJ άφησε το πεδίο αναφοράς της έννοιας σχετικά με τα ΔτΑ ανοιχτό σε διαφορετικές ερμηνείες. Προκαλεί προβληματισμό δε, το γεγονός ότι το 1970 όταν το δίκαιο ΔτΑ δεν ήταν ανεπτυγμένο και σαφώς πριν μπουν τα δύο σύμφωνα σε ισχύ, το ICJ θα απείχε από την αναφορά συγκεκριμένων ΔτΑ tout court ως erga omnes. Αντίθετα, ξεχώρισε κάποια από τα πιο αναγνωρισμένα και αδιαπραγμάτευτα δικαιώματα ως παραδείγματα. Έτσι κι αλλιώς και μόνο το γεγονός

¹⁰² Annacker, C., The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law, 46 Austrian Journal of Public International Law, 136, 1994

¹⁰³ Βλ. Fourt Report supra n. 100 στην 13

¹⁰⁴ Report of the International Law Commission on the Work of its 48th Session, UN GAOR: το κείμενο αναγνωρίζει την έννοια erga omnes μέσα από έναν διευρυμένο ορισμό της έκφρασης "injured states".

¹⁰⁵ Oellers-Frahm, K., The Erga Omnes Applicability of Human Rights, 30 Archiv Des Volkerrechts 28, 31 1992

ότι το δικαστήριο έθεσε το θέμα των erga omnes ήταν μεγάλο βήμα.¹⁰⁶ Παρόλα αυτά δεν φαίνεται να υπάρχει συγκεκριμένο νόημα στη φράση " basic human rights". Ο Partsch, για παράδειγμα, απορρίπτει τη φράση στην εξέταση του πεδίου των ΔτΑ και των θεμελιωδών ελευθεριών του άρθρου 55 του ΧάρτΗΕ. Επιχειρηματολογεί ότι :

*....the special significance attributed to the qualification of a right or freedom as "fundamental" or "basic" does not correspond to the terminology used in the practice of the UN. In numerous instruments, the terms "human rights", "fundamental freedoms", and a number of similar expressions are used interchangeably, without distinguish between different categories of guarantees or establishing a hierarchy. The unity, indivisibility and equality of all human rights comprise a kind of dogma that is frequently reiterated.*¹⁰⁷

Αυτή η εξήγηση απηχεί την ανάλυση του Meron. Καταλήγει ότι η υπόθεση Barcelona Traction είναι διφορούμενη ως προς το αν "basic rights of the human person", τα οποία εγείρουν υποχρεώσεις erga omnes, είναι συνώνυμα με τα ΔτΑ tout court ή περιορίζονται σε δικαιώματα στενά συσχετιζόμενα με το "human person", όπως η προστασία από τη δουλεία και τις φυλετικές διακρίσεις. Επιπλέον, ο διαχωρισμός μεταξύ βασικών ΔτΑ και ΔτΑ δεν είναι αυταπόδεικτη.¹⁰⁸ Ο Meron υποθέτει ότι "international practice and scholarly opinion seem to have moved well beyond the erga omnes dictum of Barcelona Traction: perhaps the distinction between basic human rights and human rights tout court, as regards their erga omnes character, can no longer be supported".¹⁰⁹ Ο Partsch πιστεύει ότι μία πραγματιστική λύση θα ήταν η αποδοχή των ΔτΑ που καταγράφονται στην UDHR ως βασικά.¹¹⁰

1.2.3 Δικαιώματα του Ανθρώπου Tout Court και Δημιουργία Υποχρεώσεων Erga Omnes

Σχολιάζοντας στο πλαίσιο της διάταξης της εσωτερικής δικαιοδοσίας του άρθρου

¹⁰⁶ Το dictum δέχτηκε εχθρική κριτική βλ. Weil, Towards Relative Normativity in International Law? , 77 American Journal of International Law 413, 431-33 1983

¹⁰⁷ Partsch, Simma et al, στην 779

¹⁰⁸ Meron, T., On a Hierarchy of International Human Rights, 80 AJIL 1, 10 1986

¹⁰⁹ Id 13

¹¹⁰ Partsch, supra n. 107

2(7) του Χάρτη, ο Ermacora παραθέτει ότι τα ΔτΑ tout court, όπως αποδίδονται στην UDHR, είναι erga omnes.¹¹¹ Το Institut de Droit International ακολουθεί παρόμοια φιλοσοφία στην απόφαση του 1989 με τίτλο "Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States". Το άρθρο 1 προβλέπει:

Human rights are a direct expression of the dignity of the human person. The obligation of states to ensure their observance derives from the recognition of this dignity as proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights.

*The international obligation, as expressed by the International Court of Justice, is erga omnes; it is incumbent upon every state in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. The obligation further implies a duty of solidarity among all states to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world.*¹¹²

Ακολουθώντας την άποψη κατά την οποία οι υποχρεώσεις erga omnes καθορίζονται ως υποχρεώσεις της διεθνούς κοινότητας στο σύνολό της και όχι διμερώς, το ερώτημα είναι αν κάποιος τις θεωρεί (δεσμευτικές) υποχρεώσεις ή όχι. Αν είναι δεσμευτικές, τότε αναγκαστικά εγείρουν ζητήματα υποχρεώσεων erga omnes. Αναφορικά με τις υποχρεώσεις που επιβάλλονται σε ένα κράτος από σχετική συνθήκη ΔτΑ, όλες οι υποχρεώσεις είναι erga omnes. Έτσι, όλες οι υποχρεώσεις που επιβάλλονται από την Συνθήκη για τα Δικαιώματα του Παιδιού είναι erga omnes για όλα τα κράτη που έχουν επικυρώσει τη συνθήκη. Πέρα από το πλαίσιο της συνθήκης, ο καθορισμός των κανόνων που δημιουργούν υποχρεώσεις erga omnes εξαρτάται από την άποψη σχετικά με το ποια ΔτΑ είναι μέρος του εθνικού δικαίου. Για παράδειγμα, το ALI αναγνωρίζει πολύ συγκεκριμένα δικαιώματα¹¹³ ως έχοντα εθνικό χαρακτήρα: η λίστα κατηγορήθηκε ως μικρή και τοπικιστική. Σημαντικό στοιχείο όμως για τη συζήτησή μας είναι το γεγονός ότι το ALI αναγνώρισε τις υποχρεώσεις που

¹¹¹ Simma, B., et al., eds. The Charter of the United Nations 152-53, 1994

¹¹² Institut de Droit International, tableau des Resolutions adoptees (1957-91) 207-13

¹¹³ Τα δικαιώματα που αναγνωρίζει το ALI ως εθνικού δικαίου σύμφωνα με την 3rd Restatement of Foreign Relations Law (1987), (Sect. 702), είναι: γενοκτονία, δολοφονία ή εξαφάνιση ατόμου, βασανιστήρια και άλλη απάνθρωπη μεταχείριση, δουλεία ή δουλεμπόριο, συστηματική φυλετική διάκριση, παρατεταμένη παράνομη κράτηση, σχέδιο συστηματικών παραβιάσεων αναγνωρισμένων

απορρέουν από αυτά τα δικαιώματα ως erga omnes, θεωρώντας ότι το εθιμικό δίκαιο ΔτΑ και οι erga omnes υποχρεώσεις ΔτΑ ανήκουν και καλύπτουν το ίδιο πεδίο.

2. Πρακτική των Κρατών και Μη Νομικά Μέτρα Εφαρμογής των Υποχρεώσεων Erga Omnes

Στο ΔΔ η εφαρμογή των δικαιωμάτων μέσω δικαστικού ή άλλου forum αποτελεί την εξαίρεση παρά τον κανόνα και γι' αυτό θεωρούμε αναγκαίο να καθορίσουμε τη φύση μέτρων που τα κράτη μπορούν νόμιμα να πάρουν, χωρίς δικαστική παρέμβαση, σε απάντηση μίας παραβίασης σε erga omnes υποχρέωση. Με δεδομένο ότι σε τέτοιες παραβιάσεις όλα τα κράτη είναι θιγόμενα, πρέπει να εξεταστεί αν το καθεστώς της ευθύνης των κρατών εφαρμόζει δευτερεύοντες κανόνες αναφορικά με επιτρεπόμενες αντιδράσεις των κρατών που έχουν αντικειμενικά θιγεί σχετικά με συμφέροντα αντίστοιχα με αυτά των κρατών που έχουν υποκειμενικά θιγεί από συνηθισμένες παραβιάσεις. Μόνο τα κράτη που έχουν αντικειμενικά θιγεί επιτρέπεται να πάρουν, για παράδειγμα, μονομερή μέτρα σε απάντηση παραβίασης; ή πρέπει αυτά τα κράτη να βασίζονται σε συλλογικά μέσα για το λόγο αυτό;

2.1 Επίκληση της Αρχής Erga Omnes για την Επιβολή Συλλογικών ή Ατομικών Μέτρων για Παραβιάσεις Συγκεκριμένων Υποχρεώσεων και Η Αποφυγή Δημιουργίας Προηγούμενου ως Υποβάθμιση της Κανονιστικής Δύναμης της Αρχής

Οι υποχρεώσεις erga omnes αφορούν "την διεθνή κοινότητα στο σύνολό της". Η "διεθνής κοινότητα" όμως δεν είναι μία οργανική οντότητα αλλά μία αφηρημένη κατασκευή ακαθόριστου χαρακτήρα. Αν και ο όρος θα μπορούσε να αναφερθεί στα άτομα όσο και στα κράτη, τέτοια όμως ερμηνεία δεν έχει υιοθετηθεί από την πρακτική των κρατών ή τους ερευνητές. Αν παρέχονται δικαιώματα στη διεθνή κοινότητα, παρόλα αυτά, μία οντότητα με διεθνή νομική προσωπικότητα πρέπει να τα δικαιολογεί.¹¹⁴ Αυτός ο ρόλος μπορεί να ικανοποιηθεί από το κάθε κράτος, με την ιδιότητά του ως μέλους της διεθνούς κοινότητας και από ένα συλλογικό σώμα, με την

διεθνώς ΔτΑ.

¹¹⁴ Ο Ago πιστεύει ότι το Δικαστήριο στην υπόθεση Barcelona Traction, χρησιμοποιώντας την έκφραση "διεθνής κοινότητα στο σύνολό της" στόχευε όχι όλα τα κράτη αλλά τη διεθνή κοινότητα να είναι ο φορέας της αντίδρασης σε περίπτωση παραβίασης erga omnes υποχρέωσης. Supra n. 98 στην 238

ικανότητα αντιπροσώπευσης της διεθνούς κοινότητας σε (κάποια) νομικά της συμφέροντα. Τα ΗΕ με τα επικουρικά τους όργανα είναι η αρχική επιλογή. Η δυνατότητα όμως, αυτού του σώματος να δρα δυναμικά είναι περιορισμένη, *de jure* από τον ΧάρτΗΕ¹¹⁵ και *de facto* λόγω της απροθυμίας των μελών να αναστατώνουν τις διεθνείς σχέσεις. Φυσικά, υπάρχει η πιθανότητα και άλλες διακυβερνητικές οντότητες, όπως είναι οι περιφερειακοί οργανισμοί, να παίξουν ρόλο εφαρμογής. Ο ΟΑΚ, ο ΟΑΕ, το ΣτΕ, η ΕΕ και ο ΟΑΣΕ μπορούν να λειτουργήσουν χωρίς κάποια από τα νομικά κωλύματα των ΗΕ.

2.1.1 Μονομερή μέτρα

Υπάρχει ωστόσο, αντιπαράθεση όσον αφορά τη μονομερή δράση η οποία μπορεί να είναι νομικά επιτρεπτή από τα κράτη. Το 1976, η ILC πρότεινε σχετικά με τις υποχρεώσεις *erga omnes* "every state must be considered justified in invoking - probably through judicial channels - the responsibility of the State committing the internationally wrongful act".¹¹⁶ Δικαστικά *fora* δεν είναι πάντα διαθέσιμα. Πέρα από τα δικαστικά όμως μέτρα τα κράτη έχουν στη διάθεσή τους κάποιες δυνατότητες σύμφωνα με τους κανόνες περί ευθύνης των κρατών. Έχουν το δικαίωμα *uti singuli* να επιπλήξουν και να απαιτήσουν να σταματήσει η παραβίαση.¹¹⁷ Βέβαια, το κράτος είναι ελεύθερο να υιοθετήσει αυτή τη συμπεριφορά ακόμα κι αν η παραβίαση δεν αφορά υποχρέωση *erga omnes*.

2.1.2 Επανορθώσεις

Σχετικά με τις επανορθώσεις οι οποίες αφορούν ένα αντικειμενικά θιγόμενο κράτος υπάρχει ζήτημα ως προς την αποκατάσταση. Μία κοινή άποψη είναι ότι αυτή η προσέγγιση έχει συγκεκριμένο σκοπό σε σχέση με αυτόν της ευθύνης των κρατών διότι το κράτος στοχεύει στην αποκατάσταση του συμφέροντος της κοινότητας ενώ τα υποκειμενικά θιγόμενα κράτη με στόχο μία συνηθισμένη αξίωση περί ευθύνης του κράτους, αναζητούν την αποζημίωση για να αποκαταστήσουν πρωταρχικά, μία υλική

¹¹⁵ Υπό το κεφάλαιο VII του ΧάρτΗΕ οι δυνατότητες επιβολής του ΣΑ των ΗΕ περιορίζονται σε αντιδράσεις ως προς τη διατήρηση και αποκατάσταση της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας.

¹¹⁶ Report of the International Law Commission on the Work of its 28th session, UN GAOR Supp. No 10, 99; UNDoc A/31/10 1976

¹¹⁷ Schachter, O., General Course in Public International Law, 178 *Receuil des Cours* 10, 341-42, 1982

βλάβη. Ο Annacker επιχειρηματολογεί ότι ένα αντικειμενικά θιγόμενο κράτος θα έπρεπε να αναζητεί τέτοιους τρόπους αποκατάστασης ως αποζημίωση εκ μέρους, για παράδειγμα, ενός θύματος βασανιστηρίων.¹¹⁸

2.1.3 Αντίμετρα

Τα αντίμετρα, συμπεριλαμβανομένων και των αντιποίνων, είναι η πιο σοβαρή αντίδραση στις παραβιάσεις ΔτΑ. Ο Gaja υποστηρίζει ότι, όλα τα κράτη θα έπρεπε να παίρνουν αντίμετρα, διαφορετικά, το δίκαιο θα εξυπηρετεί μόνο την προστασία του κράτους-παραβάτη.¹¹⁹ Σε σχέση με τις παραβιάσεις ΔτΑ, το επιχείρημα της αποτελεσματικής αποκατάστασης είναι ιδιαίτερα ισχυρό αφού, δεν υπάρχει αντικειμενικά θιγόμενο κράτος για να απαντήσει εκ μέρους των θιγόμενων ατόμων. Τέτοια αντίμετρα είναι κατάλληλα όταν λαμβάνονται συλλογικά¹²⁰ μία *de lege ferenda* πρόταση παρά γενική αρχή του δικαίου. Σε κάθε περίπτωση, τα αντίμετρα θα πρέπει να συνάδουν με τους ανθρωπιστικούς κανόνες και δεν μπορούν να ενέχουν την τιμωρία αλλά να ικανοποιούν τις αρχές της αναλογικότητας και να μην αποτελούν τα ίδια παραβιάσεις υποχρεώσεων *erga omnes*.¹²¹

2.1.4 Μέτρα που Αφορούν στα ΔτΑ

Ο Henkin υποστηρίζει ότι "international human rights agreements are like other international agreements creating legal obligations between the parties and international responsibility for their violation (...)" έτσι "there is nothing in the character of human rights obligations, or in the principle of human rights agreements that suggests that is exclusive and intended to replace the ordinary remedies available to any party to an agreement for breach by another party".¹²² Τελικά, ο περιορισμός της αντίδρασης σε συλλογική, θα μπορούσε να θέσει τις παραβιάσεις των υποχρεώσεων *erga omnes* σε θέση κατώτερη από τις παραβιάσεις υπό την προοπτική

¹¹⁸ Supra n. 102, στην 154

¹¹⁹ Supra n. 28, στην 155-56

¹²⁰ Alland, D., International Responsibility and Sanctions: Self-Defence and Countermeasures in the ILC Codification of Rules Governing International Responsibility, in Spinedi and Simma eds., United Nations Codification of State Responsibility 115, 134-5, 1987

¹²¹ Gaja, supra n. 28, στην 156

¹²² Henkin, L., Human Rights and Domestic Jurisdiction, T. Buergenthal, ed., Human Rights, International Law and the Helsinki Accord 21, 30, 1977

εφαρμογής των υποχρεώσεων.

3. Συμπεράσματα

Δεδομένου του γεγονότος ότι τα ΔτΑ δεν μπορούν να υποβαθμιστούν σε υποχρεώσεις ανάμεσα σε κάποια μόνο κράτη, θεωρήσαμε τις υποχρεώσεις ΔτΑ ως *erga omnes*. Δεν φαίνεται να υπάρχει συνεκτική βάση για να συμπεράνουμε ότι συγκεκριμένες, διεθνείς, νομικές υποχρεώσεις ΔτΑ αποδίδονται στη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της και άλλες σε μεμονωμένα κράτη. Με τη σχετική ανάλυση συμπεραίνουμε ότι τα ΔτΑ, από τη φύση τους, δεν μπορούν να περιοριστούν σε διμερές επίπεδο και έτσι τα αποδεχόμαστε ως *erga omnes* υποχρεώσεις. Όλα τα κράτη δεν έχουν τις ίδιες υποχρεώσεις *erga omnes*. Υπάρχουν πολλές συμβατικές υποχρεώσεις που δεν θεωρούνται εθιμικού χαρακτήρα και έτσι αποδίδονται στα κράτη που έχουν υπογράψει τη σχετική συνθήκη. Οποιοσδήποτε όμως υποχρεώσεις ΔτΑ τις αποδεχόμαστε ως *erga omnes*. Με αυτό το δεδομένο, κάθε κράτος έχει τη δυνατότητα να διατείνεται νομικό συμφέρον όσον αφορά στα ΔτΑ των ατόμων με τα οποία διαφορετικά το κράτος θα ήταν ασύνδετο. Οι κανόνες που προκύπτουν από τις υποχρεώσεις *erga omnes* έχουν λοιπόν ενισχυμένη κανονιστική δύναμη. Εντούτοις, η σπουδαιότητα των *erga omnes* είναι στη σύγχρονη νομική τάξη υποτιμημένη από την απροθυμία των κρατών και του ICJ να επιτρέψουν σχετικούς, διαδικαστικούς κανόνες που θα δώσουν τη δυνατότητα στα κράτη να διεκδικήσουν συμφέροντα *erga omnes*. Τα κράτη από την άλλη συνηθίζουν να διεκδικούν τους πιο αδύναμους τρόπους αποκατάστασης και επανόρθωσης της ευθύνης των κρατών σε αναζήτηση αποζημίωσης για αυστηρά αντικειμενικά συμφέροντα ΔτΑ. Έτσι, η έννοια των υποχρεώσεων *erga omnes* δεν έχει εκτεταμένα εφαρμοστεί στα ΔτΑ μέσω της πρακτικής των κρατών. Ενώ μπορεί να επικαλεστούν την αρχή *erga omnes* για να αιτιολογήσουν μονομερείς ή συλλογικές αντιδράσεις σε παραβιάσεις συγκεκριμένων υποχρεώσεων, ωστόσο, τα κράτη, είναι απρόθυμα να δημιουργήσουν τέτοιο προηγούμενο το οποίο μπορεί να συνεπάγεται μελλοντικούς περιορισμούς στη δική τους δράση.

Ιεραρχία ΔτΑ, Ευθύνη του Κράτους και Ατομική Ποινική Ευθύνη

1. Ratione Materiae των Διεθνών Εγκλημάτων του Κράτους

1.1 Δυσκολίες

Η λίστα των προτεινόμενων διεθνών εγκλημάτων του άρθρου 19¹²³ αντανακλά τις ανησυχίες του παρελθόντος. Αν και η συμπερίληψη μεγάλης κλίμακας περιβαλλοντικών αδικημάτων ήταν σαφώς προχωρημένη, ωστόσο, η αποκάλυπτη προσοχή στην αποικιακή κυριαρχία και το apartheid εμφανίζεται αναχρονιστική. Από την άλλη πλευρά, παραβιάσεις που στην σύγχρονη νομική κουλτούρα είναι παγκόσμια αποδεκτές και επισύρουν ατομική ποινική ευθύνη, όπως τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, συγκεκριμένα εγκλήματα πολέμου και τα θεμελιώδη ΔτΑ, δεν αναφέρονται στο άρθρο 19.¹²⁴ Φαίνεται ότι, αφού υιοθετήθηκε η απόφαση να παραμεριστεί μία αναλυτική απαρίθμηση των βασικών κανόνων και αντί αυτής, να παρατεθούν μόνο παραδείγματα εγκλημάτων, οποιαδήποτε επιλογή υποψήφιων μεμονωμένων κανόνων ήταν καταδικασμένη να δημιουργεί αντιρρήσεις.

Υπάρχουν, φυσικά, πιο ουσιώδη ζητήματα, όπως αυτά προκύπτουν από το σχέδιο. Το

¹²³ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, A/51/10/Article 19. *International crimes and international delicts* 1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached. 2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime. 3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from: (a) A serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression; (b) A serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination; (c) A serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid; (d) A serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas. 4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict.

¹²⁴ Ο Rosenne παρατηρεί ότι οι υποπαράγραφοι (a) και (b) φαίνεται να "relate to acts by and directly attributable to the State" ενώ η (c) μπορεί να περιλαμβάνει πράξεις του κράτους και του ατόμου και η (d) αφορά συνήθως σε πράξεις ατομικές. Rosenne, S., *State Responsibility and the International Crimes: Further Reflections on Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility*, 30 *International Law and Politics* 145, 152 (1997-8)

διεθνές έγκλημα αναγνωρίζεται ως "international obligation so essential for the protection of fundametal interests of the international community".¹²⁵ Βασισμένη στην Συνθήκη της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών σχετικά με την αρχή *jus cogens*, η ILC αφήνει "στην διεθνή κοινότητα στο σύνολό της" να καθορίσει τι μπορεί να αποτελεί τέτοιου είδους υποχρέωση. Ο Spinedi έχει ξεχωρίσει τρεις βάσεις που έχουν προωθηθεί από την ILC σχετικά' είναι η εντατική κωδικοποίηση των διεθνών εγκλημάτων, η μη κωδικοποίηση θεμελιωδών κανόνων που θα περιπλεκόταν με την παραπάνω λογική και το γεγονός ότι θα ήταν πολύ δύσκολη η επίτευξη συμφωνίας πάνω σε μία ατελείωτη λίστα.¹²⁶ Σχετικά με την κωδικοποίηση των διεθνών εγκλημάτων, ένα από τα πρώτα προβλήματα που προκύπτουν, είναι η συμπερίληψη διάταξης που επιβεβαιώνει ότι κάθε αναδυόμενος κανόνας που θεωρείται έγκλημα από τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της, ενδεχόμενα θα μπορούσε να προστεθεί ως συγκεκριμένη δραστηριότητα. Σχετικά με τα άλλα δύο σημεία, η ILC μπορεί να ήταν αποφασισμένη να αποφύγει την ανάπτυξη σώματος θεμελιωδών κανόνων αλλά, με την εισαγωγή τέτοιων κανόνων στο άρθρο 19 έχει ξεκινήσει ένα δύσκολο δρόμο προσέγγισης της άποψής της. Στη διεθνή τάξη του 1970 η επίτευξη συμφωνίας ήταν σίγουρα μία δύσκολη υπόθεση αλλά, όπως και στην περίπτωση του *jus cogens*, η χρήση αυτού του ταυτολογικού και ακαθόριστου ορισμού καθιστά το κείμενο περισσότερο επιφανειακό. Η ILC επιβεβαίωσε ότι "η διεθνής κοινότητα στο σύνολό της" δεν σήμαινε ομοφωνία αλλά αποδοχή από τις πλειοψηφίες στις ομάδες των κρατών.¹²⁷ Όμως, τα μπλοκ των κρατών του 1976 έχουν εξαφανιστεί από το σύγχρονο διεθνές σκηνικό. Πραγματικά, ο στόχος στις διεθνείς σχέσεις έχει προσανατολιστεί στον διαχωρισμό, με τα κράτη να δημιουργούν συμμαχίες βάση θέματος. Αυτή η τάση ήταν εμφανής στη Διεθνή Διάσκεψη της Ρώμης για τη δημιουργία του ICC όπου οι ΗΠΑ απομονώθηκαν από τους συνήθεις συμμάχους τους του "Δυτικού Μπλοκ". Σε μία διεθνή τάξη μειωμένης ομαλότητας, το καθήκον της αντίληψης της άποψης "της διεθνούς κοινότητας στο σύνολό της" γίνεται όλο και περισσότερο αβάσιμο. Το επιχείρημα της αντιπροσώπευσης της "διεθνούς κοινότητας" από την ILC και την ΓΣ των ΗΕ αντίστοιχα, σχετικά με το σχεδιασμό και την υιοθέτηση κώδικα, είναι σαν να ξεγυμνώνει το θέμα, αφήνοντας

¹²⁵ Άρθρο 19 (2), Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, A/51/10

¹²⁶ Spinedi, *supra* n. 98, 23-24

¹²⁷ 1976, 2 ILC Yearbook 219

μόνο κάποια ζητήματα, ίσως, για μελλοντική πιθανόν θεώρηση.

Αντίθετα με τη Συνθήκη της Βιέννης, το σχέδιο της ILC διάνθισε την "international community as a whole" με την παρουσίαση τεσσάρων κατηγοριών διεθνών εγκλημάτων. Η ILC διασχίζει το κατώφλι του θεμελιώδη κανόνα με την παράθεση συγκεκριμένων παραδειγμάτων εγκλημάτων που ανήκουν στη σφαίρα των αντίστοιχων κατηγοριών. Αλλά κάθε μία από τις τέσσερις υποπαραγράφους του άρθρου 19 (3) χαρακτηρίζεται από την προϋπόθεση, οι παραβιάσεις των υποχρεώσεων να είναι σοβαρές. Αν βέβαια είναι ζήτημα ουσιαστικής σημασίας, δεν είναι εξ' ορισμού σοβαρή η παραβίαση; Η χρήση του "such as" θέλει να υποδηλώσει ότι η λίστα είναι ανεξάντλητη αλλά δεν μπορεί να αρνηθεί κανείς ότι, κάθε κανόνας που έχει θέση σε αυτήν την εκλεκτή ομαδοποίηση θα θεωρείται αναπόφευκτα ότι κατέχει πραγματικά υψηλή σημασία. Για παράδειγμα, θα μπορούσε να ζητηθεί από ένα κράτος να υιοθετήσει μία θετική προσέγγιση ως προς το ότι τα βασανιστήρια περικλείονται από το 3 (c) ως "obligation of essential importance for safeguarding the human being" ενώ, για τη δουλεία, ακριβώς επειδή αναφέρεται ρητά, δεν θα μπορούσε κανείς να αμφισβητήσει την πραγματικότητα.

Το σχέδιο κατηγορήθηκε αρχικά ως πολιτικού και ιδεολογικού παρά νομικού χαρακτήρα αλλά έτσι κι αλλιώς, αυτή η κριτική ήταν αναμενόμενη. Κάποιοι αντιτάχθηκαν σε συγκεκριμένες θέσεις της ILC υπέρ της μίας ή της άλλης γραμμής της διεθνούς πολιτικής τάξης των 60 και 70. Όπως υποστηρίζει ο LC Green, "the omission of hijacking and terrorism and the inclusion of colonial domination and apartheid were indicative of the ideology of the socialist and developing countries which have gained the upper hand".¹²⁸ Ο Mohr, αντιθέτως, οπαδός του Σοβιετικού μπλοκ, υποστηρίζει την άποψη ότι η επίθεση, η αποικιοκρατία, το apartheid και η γενοκτονία αποτελούν παραβιάσεις οι οποίες "beyond no doubt constitute international crimes".¹²⁹ Η διεθνής, ιδεολογική ευθυγράμμιση η οποία επακολούθησε στο ξεκίνημα της κατάρρευσης του κομμουνισμού Σοβιετικού τύπου, περισσότερο μπερδεύει παρά ξεκαθαρίζει τα πράγματα. Το κείμενο φαίνεται σήμερα ξεπερασμένο.

¹²⁸ Green, L.C., *New Trends in International Criminal Law*, 11 *Israel Yearbook on Human Rights* 4, 28-9, 1981

¹²⁹ Mohr, M., *The ILC's Distinction Between "International Crimes" and "International Delicts" and Its Implications*, Spinedi and Simma eds., *United Nations Codification of State Responsibility* 126, 1987, 117-8

Το apartheid είναι πλέον κατάλοιπο του παρελθόντος.¹³⁰ Αντίθετα, η διάβρωση του δόγματος της εσωτερικής δικαιοδοσίας σχετικά με τα ΔτΑ είχε ως αποτέλεσμα τη διεύρυνση του status που τα κράτη είναι πρόθυμα να αποδώσουν σε συγκεκριμένους κανόνες ΔτΑ. Η αύξηση της διασυνοριακής, περιβαλλοντικής υποβάθμισης απέδειξε ότι είναι επείγουσα και επιβλητική η αναβάθμιση του διεθνούς περιβαλλοντικού δικαίου, έστω και αν η πολιτική θέληση αντιμετώπισης του ζητήματος λείπει, ενώ, τα εγκλήματα πολέμου και τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας έχουν αποκτήσει επιπρόσθετη σημασία με την προοδευτική κωδικοποίηση σε καταστατικά όπως του ΔΠΔ και των ad hoc δικαστηρίων για την πρώτη Γιουγκοσλαβία και τη Ρουάντα.

1.2 Ειδικά Εγκλήματα

1.2.1 Επίθεση

Η επίθεση μπορεί να είναι ο λιγότερο αμφιλεγόμενος κανόνας αρχικά, ανάμεσα σε συγκεκριμένους κανόνες που ξεχώρισαν για να συμπεριληφθούν ως παραδείγματα διεθνών εγκλημάτων στο σχέδιο κειμένου του άρθρου 19. Η γενική απαγόρευση της χρήσης βίας, εκτός από την περίπτωση της άμυνας, βρίσκονται ανάμεσα στους πιο καθιερωμένους διεθνείς κανόνες, κανόνας jus cogens και είναι ένας από τους λίγους θεμελιώδεις κανόνες που προβλέπονται στον ΧάρτηΗΕ.¹³¹ Η ILC έχει αναφερθεί στην επίθεση ως το "supreme international crime".¹³² Πραγματικά, το International Military Tribunal της Νυρεμβέργης όρισε ότι "aggression contains within itself the accumulated evil of the whole" όλων των άλλων εγκλημάτων πολέμου.¹³³ ¹³⁴ Η δυσκολία δημιουργείται όχι με την αδιαπραγμάτευτη γενική αρχή ότι η επίθεση αποτελεί σοβαρή διεθνή παραβίαση, αλλά, ως προς την αποδοχή ενός συνεκτικού και

¹³⁰ Στη Ρώμη κάποια κράτη πίεσαν για την συμπερίληψη του apartheid ως εγκλήματος κατά της ανθρωπότητας και τελικά προστέθηκε στο Καταστατικό στο άρθρο 7 (1) (j)

¹³¹ Άρθρο 2.4 ορίζει "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations".

¹³² 1976, 2 YILC 121

¹³³ "violations of the laws or customs of war"; including but not limited to "murder, the ill-treatment or deportation of civilian residents of an occupied territory to slave labor camps", "the murder or ill-treatment of prisoners of war", the killing of hostages, "the wanton destruction of cities, towns and villages, and any devastation not justified by military, or civilian necessity". Werth, N., Bartosek, K., Panne, Margolin, J.L., Paczkowski, A., Courtois, S., The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression, Harvard University Press, 1999, σελ 5

¹³⁴ Διεθνές Στρατιωτικό Δικαστήριο της Νυρεμβέργης, Judgments and Sentences, 1 Oct 1946, 41 AJIL

λειτουργικού ορισμού του αδικήματος, ένα έργο την ανάληψη του οποίου η ILC έχει αποποιηθεί.¹³⁵ Ο ορισμός που περιλαμβάνεται στην απόφαση της ΓΣ του 1974 σχετικά έχει επικριθεί ότι υστερεί σε νομική ακρίβεια έχοντας σχεδιαστεί, από πρόθεση, διφορούμενα.¹³⁶ Σε κάθε περίπτωση, η απόφαση αυτή πάρθηκε ως μέσο κατεύθυνσης του ΣΑ των ΗΕ στις συσκέψεις του και όχι ως μέσω με νομικό αποτέλεσμα. Έτσι, ένα σημαντικό μέρος του περιεχομένου του δεν είναι παγκόσμια αποδεκτό από τα κράτη- μέλη του. Ο 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind¹³⁷ περιλάμβανε έναν ορισμό που ακολουθούσε την απόφαση της ΣΑ των ΗΕ. Όμως, η ILC, στην εκδοχή του 1996 του Draft Code, απομακρύνθηκε από μία τέτοια προσέγγιση υιοθετώντας έναν ορισμό περισσότερο ευθυγραμμισμένο με αυτόν που ορίστηκε στη Νυρεμβέργη.¹³⁸ Μετά από εκτεταμένη αντιπαράθεση στη Διάσκεψη της Ρώμης, οι σχεδιαστές του Καταστατικού του ΔΠΔ περιέλαβαν την επίθεση ανάμεσα στα αδικήματα στα οποία το Δικαστήριο θα είχε δικαιοδοσία *ratione materiae* να εκδικάσει κι επειδή οι αντιπρόσωποι δεν μπορούσαν να καταλήξουν σε έναν ορισμό το ζήτημα αφέθηκε για μελλοντική επαναδιαπραγμάτευση.¹³⁹ Αν προκύψει μία γενικά αποδεκτή φόρμουλα δεν είναι ξεκάθαρο αν ο ορισμός θα είναι "μεταβιβάσιμος" από το περιεχόμενο της ατομικής ποινικής ευθύνης σε αυτή της κρατικής ευθύνης. Η διαφορά μεταξύ των δύο καθεστώτων πιθανόν έγκειται στο γεγονός ότι σχετικά με το τι συνιστά πράξη επίθεσης αλλά αναφορικά με τις συνέπειες που απορρέουν από αυτή.¹⁴⁰

Το ΣΑ των ΗΕ έχει την δυνατότητα και ιδιαίτερα την ευθύνη, να καθορίζει αν μία συγκεκριμένη πράξη επίθεσης έχει σημειωθεί και, σε δεδομένες συγκυρίες να παίρνει επανορθωτικά μέτρα. Ωστόσο, η ευθύνη καθορισμού δίνει στο ΣΑ μία λειτουργία οιονεί δικαστικής, όχι νομοθετικής, φύσης.¹⁴¹ Σχετικά με τη συμπεριφορά εκείνη που θα αποτελούσε επίθεση σε επίπεδο διεθνούς εγκλήματος χρειάζεται *a priori*

172, 186 (1947)

¹³⁵ Η ILC εξέφρασε την άποψη ότι " the responsibility for providing a definition rests with other bodies", 1976, 2 YILC 121

¹³⁶ Ferencz, B. C., The United Nations Consensus Definition of Aggression: Sieve or Substance, 10 Journal of International Law and Economics 701, 1975

¹³⁷ 1991, 2 YILC 79

138

¹³⁹ Καταστατικό της Ρώμης του ΔΠΔ, UN Doc. A/Conf.183/9, article 5, para. 2

¹⁴⁰ Στο ελάχιστο, είναι ασφαλές να υποθέσουμε ότι η επίθεση θα περιλαμβάνει πράξεις υπό το άρθρο 39 του ΧάρτΗΕ, δηλαδή αυτές που το ΣΑ των ΗΕ θεωρεί ως επίθεση όπως κι εκείνες που θα πυροδοτούσαν το δικαίωμα της άμυνας υπό το άρ. 51 του ΧάρτΗΕ

καθοδήγηση. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι διαπράττονται κατάφορες παραβιάσεις της απαγόρευσης της επίθεσης, στις οποίες ένας κανόνας με την καθαρότητα έστω, του άρθρου 2.4 του ΧάρτΗΕ για τη χρήση βίας είναι αναγκαίος, όπως στην περίπτωση της επέμβασης του Ιράκ στο Κουβέιτ. Ωστόσο, τα κράτη που καταφεύγουν στη χρήση βίας σήμερα αποδέχονται την απαγόρευση της επίθεσης εξ' αρχής. Όταν προκύπτουν ερωτήματα σχετικά με τη συμπεριφορά τους, τα κράτη χαρακτηρίζουν τη συμπεριφορά τους αυτή εκτός του περιεχομένου του ορισμού.¹⁴² Μέχρι την αποδοχή διεθνώς συμφωνημένου ορισμού ο κανόνας που απαγορεύει την επίθεση θα παραμείνει ένας κανόνας που φαίνεται απροσδιόριστος ως προς την αποδοχή συνεπειών.

1.2.2 Αυτοδιάθεση

Η παράγραφος 3 (b) αφορά στο "safeguarding of the rights of self-determination of peoples", από τη "maintenance by force of colonial domination". Στις ερμηνευτικές σημειώσεις η ILC υποστηρίζει ότι η έκφραση "by force" "should be understood as meaning against the will of the subject population, even if that will is not manifested, or has not yet been manifested, by armed opposition".¹⁴³ Το δικαίωμα στην αυτοδιάθεση είναι ένας καθιερωμένος κανόνας του ΔΔ ο ποίος πιθανώς συνιστά κανόνα jus cogens και erga omnes.¹⁴⁴ Το ICJ έχει επιβεβαιώσει το ανώτερο καθεστώς του.¹⁴⁵ Το δικαίωμα στην αυτοδιάθεση περιλαμβάνεται και στο ICCPR αλλά και το ICESCR.¹⁴⁶ Επίσης, επιβεβαιώνεται σε αποφάσεις της ΓΣ των ΗΕ ενώ οι πιο σημαντικές είναι, η απόφαση 1514 (XV)¹⁴⁷ και η 2625 (XXV).¹⁴⁸ Ο ΧάρτΗΕ,

¹⁴¹ Sinclair, I., State Responsibility and the concept of Crimes of State, στο supra n. 98 στη 224

¹⁴² Συνήθως επικαλούνται άμυνα υπό το 51 του ΧάρτΗΕ (πχ οι δραστηριότητες των ΗΠΑ στη Νικαράγουα), ή επίθεσης σε περιοχή υπό την κυριαρχία τους (επέμβαση του Ιράκ στο Κουβέιτ)

¹⁴³ 1976 2 YILC 121

¹⁴⁴ Brownlie, I., Principles of Public International Law 513, 1990

¹⁴⁵ Υπόθεση Ανατολικού Τιμόρ (Portugal v. Australia), 1995, ICJ, Rep. 89, 90, όπου επιβεβαιώνεται η αυτοδιάθεση ως erga omnes κανόνας. Επίσης, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 1971 ICJ Rep. 16, 31 καθώς και υπόθεση Western Sahara Case, 1975 ICJ Rep., 12, 33

¹⁴⁶ Το άρθρο 1, κοινό στα δύο Σύμφωνα, ορίζει: "[a]ll peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status andfreely pursue their economic, social and cultural development".

¹⁴⁷ 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries, 15 UN GAOR Supp. No 16, 66, UN Doc. A/4684 (1960)

¹⁴⁸ 1970 Declaration on Friendly Relations, 25 UN GAOR Supp. No 28, 121, UN Doc. A/8018 (1970)

ενώ δεν συντάσσει το δικαίωμα στα πλαίσια της δεσμευτικής, νομικής υποχρέωσης για τα κράτη, ωστόσο, διακηρύττει στο άρθρο 1, παρ. 2, ότι ένας από τους σκοπούς των ΗΕ είναι "to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples".

Η αυτοδιάθεση ως διεθνής, νομικός κανόνας έχει δημιουργήσει δυσκολίες ως προς τον ορισμό του, ίσως και περισσότερο από την επίθεση. Είναι σαφές, περά από κάθε αμφιβολία, ότι οι αποικίες έχουν το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης, ακόμα και με απόσχιση, τουλάχιστο υπό την περιοριστική αντίληψη του να αφορούν περιοχές οι οποίες κατακτήθηκαν από Δυτικές δυνάμεις στην Αφρική, τη Μέση Ανατολή, την Ασία και την Αμερική πριν τον ΧάρτΗΕ. Τα ΗΕ έχουν επίσης αναγνωρίσει περιγραμματα ότι κάποια συγκεκριμένα απελευθερωτικά κινήματα έχουν το δικαίωμα της αυτοδιάθεσης αν και, τέτοιου είδους αναγνώρισης έχει εφαρμοστεί μόνο σε ορισμένες περιπτώσεις όπως στο καθεστώς του apartheid στην Ν. Αφρική και τον Παλαιστινιακό λαό vis a vis τις περιοχές υπό κατοχή από το Ισραήλ. Τα ΗΕ έχουν επίσης δεχθεί αξιώσεις αυτοδιάθεσης στο πλαίσιο της Μαροκινής κατοχής της Δ. Σαχάρα¹⁴⁹ και της Ινδονησιακής κατοχής του Α. Τιμόρ.¹⁵⁰

Είναι φανερό ότι δεν υπάρχει ενιαία βάση της αρχής, νομική ή άλλη, πάνω στην οποία οι διεθνείς παίκτες έχουν αναγνωρίσει το δικαίωμα στην αυτοδιάθεση αλλά, η αναγνώριση βασίζεται σε πολιτικές σκοπιμότητες. Η αντίληψη ότι ένας λαός έχει το δικαίωμα στην αυτοδιάθεση μετατράπηκε σε δυναμική αρχή των διεθνών σχέσεων με την κατάρρευση της προ-Πρώτου Παγκοσμίου Πολέμου, ευρωπαϊκής τάξης. Γεννημένη ως ιδέα τμηματικά, από το σχέδιο 14 σημείων του Woodrow Wilson και τη Διάσκεψη Ειρήνης των Βερσαλλιών, η οποία έδωσε την ώθηση εφαρμογής της αρχής για να δημιουργήσει ένα καινούργιο χάρτη της Ευρώπης. Σύμφωνα με το μοντέλο των Βερσαλλιών, το δικαίωμα στην αυτοδιάθεση απολάμβανε ένας πληθυσμός βάση της εθνικής ταυτότητας.¹⁵¹ Όμως, αυτή η αντίληψη της έννοιας του λαού δεν ερμηνεύεται πάντα κυριολεκτικά. Η Commission of Inquiry που διορίστηκε από το Allied Supreme Council για να επιλύσει μία διαμάχη σχετικά με τα νησιά

¹⁴⁹ βλ. Απόφαση της ΓΣ των ΗΕ, 40/50 GAOR 40th Session, Supp. 53, σελ 268 (1985)

¹⁵⁰ βλ. Απόφαση της ΓΣ των ΗΕ, 3485 GAOR, 30th Sess. Supp. 34, p. 118 (1975), (SC Resolution 384 (1975), Resolutions and decisions 10)

¹⁵¹ Whelan, A., *Wilsonian Self-Determination and the Versailles Settlement*, 43, *International and Comparative Law Quarterly* 99, (1994)

Aaland (όπου οι περισσότεροι από τους κατοίκους ήταν Σουηδοί που επιθυμούσαν να αποσχιστούν από την Φιλανδία), υιοθέτησε την άποψη ότι η αρχή της αυτοδιάθεσης "had not yet attained the status of a positive rule of international law".¹⁵² Απορρίπτοντας το δικαίωμα στην απόσχιση, η Επιτροπή έκρινε την υπόθεση βασισμένη στο σκεπτικό ότι, για να επιτραπεί ένα τέτοιο δικαίωμα θα πρέπει να αμφισβητήσει κανείς "the very idea of the State as a territory and political unity".¹⁵³

Η ένταση ανάμεσα στην εδαφική ακεραιότητα των κρατών και την αυτοδιάθεση είναι εμφανής στην απόφαση 1514 του 1960 της ΓΣ των ΗΕ η οποία προβλέπει την αυτοδιάθεση των λαών ενώ επιβεβαιώνει ότι "any attempt aimed at the partial or total disruption of the unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations".¹⁵⁴ Παρόμοια, η Declaration on Friendly Relations του 1970, επιβεβαιώνει ταυτόχρονα ότι "all people have the right freely to determine, without external interference, their political status" και επίσης ότι η "territorial integrity and political independence of the State are inviolable". Κανένα από αυτά τα όργανα, σημειώνουμε, δεν προσφέρει ορισμό των "λαών".¹⁵⁵ Κι ενώ είναι ξεκάθαρο ότι η ΓΣ των ΗΕ επεδίωξε να περιορίσει την έννοια της αυτοδιάθεσης ουσιαστικά στο πλαίσιο των αποικιών, ο Franck υποστηρίζει ότι:

*resolution 1514 utterly fails to make this inconsistency coherent by reference to a rational basis for distinguishing between those entitles [to self - determination] and those not (...) That incoherence could only be cured by the nations formulating a new rule based on rationally defensible distinctions between the cases to which the principle would apply and those to which it would not. This has not happened and thus, the power of the principle of self-determination has diminished and so has belief in the legitimacy of the UN system which oversees its application.*¹⁵⁶

Όταν η ασάφεια μίας αρχής επηρεάζει δυσμενώς την νομιμότητα αυτής της αρχής, καθιστά τη συνεπή εφαρμογή σε ένα θετικό, νομικό πλαίσιο, σχεδόν αδύνατη. Οι

¹⁵² Franck, T., The Power of Legitimacy Among Nations 160 (1990)

¹⁵³ Id

¹⁵⁴ GA Res 1514 supra n. 144

¹⁵⁵ GA Res 2625 supra n. 145

όροι του "έθνους" και του "λαού" μένουν ακαθόριστοι. Όταν η διεθνής κοινότητα, όπως διαφαίνεται από τα όργανα των ΗΕ, επιδιώκει να εφαρμόσει την έννοια έξω από το αποικιακό πλαίσιο, το έχει πράξει μόνο σε περιπτώσεις όπου οι "λαοί" που αφορά είχαν διεθνή και εκτεταμένη πολιτική αποδοχή και υποστήριξη όπως στις περιπτώσεις των Παλαιστίνιων και του Αφρικανικού λαού. Αλλά όπως υποστηρίζει ο Koskeniemi:

*the [Resolution 1514] definition of colonisation as "alien subjugation, domination and exploitation" is not limited to a Third World context but seems to cover all situations where a foreign minority imposes its rule on the majority. It is not difficult to extend this sense to any situation where an ethnic group becomes the object of human rights abuses or at least a denial of equal rights (...). If the call for national self-determination does not emerge from any given, authentic "nationhood", but is only a way to enlist popular support for the struggle against political oppression, there seems to be no way of identifying the "nations" that possess the right without the identification of oppression, that is to say, the existence (or absence) of a legitimate case of political struggle. How, one may ask, can international lawyers be expected to do this?*¹⁵⁷

Ο Tomuschat υποστηρίζει ότι η άσκηση της αυτοδιάθεσης υπό τη μορφή της απόσχισης πρέπει να γίνεται αποδεκτή ως η τελευταία λύση όπως στην περίπτωση που έχει διαπραχθεί γενοκτονία.¹⁵⁸ Κάποιοι θα εγκατέλειπαν την ιδέα και θα προσανατολίζονταν στην ενίσχυση των καθεστώτων για τις μειονότητες στα πλαίσια των υπάρχοντων κρατών, όπως έχει πράξει ο ΟΑΣΕ.¹⁵⁹ Ο Franck προτείνει ως πλαίσιο ορισμού το εξής: self-determination is a right applicable to any distinct region in which the inhabitants do not enjoy rights equal to those accorded all people in other parts of the same state".¹⁶⁰ Στα ίδια πλαίσια ο Kirgis, παροτρύνεται από τις διατάξεις

¹⁵⁶ Franck, supra n. 152, στην 164-5

¹⁵⁷ Koskeniemi, M., National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice, 43 International and Comparative Law Quarterly 247-8 and 262 (1994)

¹⁵⁸ Tomuschat, C., Self-Determination in a Post-Colonial World, Tomuschat ed., Modern Law of Self-Determination 1, 9-11 (1993)

¹⁵⁹ 1990 Document of The Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE (Copenhagen Document) Council of Europe Press Basic Texts, Human Rights in International Law 424 (1992)

¹⁶⁰ Franck, supra n. 152 στην 168

της 1970 Declaration on Friendly Relations και της Vienna Declaration and Programme of Action, που απαλλάσσουν τις κυβερνήσεις οι οποίες "represent the whole people belonging to the territory without distinction". Επιβεβαιώνει όμως, ότι είναι συζητήσιμο ότι η opinio juris, πλέον, υποστηρίζει ότι το δικαίωμα στην απόσχιση είναι διαθέσιμο ενάντια σε μία κυβέρνηση που δεν εκπροσωπεί την ομάδα που εξασκεί αυτό το δικαίωμα.¹⁶¹ Έτσι παραθέτει οχτώ λόγους για την εξάσκηση του δικαιώματος της αυτοδιάθεσης συμπεριλαμβανομένου και αυτού της απόσχισης.¹⁶² Σε συμφωνία με την προειδοποίηση που περιλαμβάνεται στην Διακήρυξη του 1970, ο κατάλληλος τρόπος εξάσκησης του δικαιώματος πρέπει να καθορίζεται από την εξισορρόπηση κάποιων παραγόντων: το επίπεδο της αποσταθεροποίησης που μπορεί να δημιουργήσει η αξίωση αυτή και η έκταση στην οποία η κυβέρνηση είναι αντιπροσωπευτική του πληθυσμού που έχει την αξίωση.

Ωστόσο, το παραπάνω μοντέλο φαίνεται θεωρητικό. Ακόμα κι αν περισσότερες εκδοχές γίνονταν αποδεκτές ως θετικό δίκαιο, η πολυπλοκότητά του το καθιστά ακατάλληλο ως προς την ακριβολογία του ορισμού που απαιτείται για να επιβάλλει ένα διεθνές έγκλημα την κρατική ευθύνη. Είναι ένα νόμιμο κράτος, σχετικά με την αυτοδιάθεση και την απόδοση σε μία συγκροτημένη ομάδα του πληθυσμού περιορισμένης αυτονομίας ή δικαιωμάτων μειονοτικών, διεθνώς υπόλογο αν χρησιμοποιήσει βία για να αποτρέψει ενδεχόμενη απόσχιση; Η αυτοδιάθεση με τον σαρωτικά πολιτικό της χαρακτήρα είναι απόλυτα ανθεκτική στην υπέρ-απλούστευση που απαιτεί η γλώσσα των κανόνων και των καταστατικών. Σε κάθε περίπτωση, μέχρι το περιεχόμενο και το αντικείμενο του δικαιώματος της αυτοδιάθεσης εξεταστεί και αναπτυχθεί διεξοδικά κατά το ΔΔ, η *ratione materiae* θα παραμείνει ακατάλληλη για τα διεθνή εγκλήματα.

1.2.3 Δουλεία, Γενοκτονία, Apartheid

¹⁶¹ Kirgis, F. L., The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, 88 AJIL 304, 306 (1994)

¹⁶² Id στην 307: 1. the right to be free from colonial domination
2. the right to remain dependent
3. the right to dissolve a state
4. the disputed right to secede
5. the right of divided states to reunite
6. the right of limited autonomy, short of secession
7. rights of minority groups within a larger political entity
8. the internal self-determination freedom to choose one's own form of government

Η υποπαράγραφος 3 (c) φαίνεται πως είναι αρκετά περιεκτική, καλύπτοντας τα ΔτΑ γενικά. Ακολουθεί το *erga omnes dictum* στην υπόθεση *Barcelona Traction*.¹⁶³ Είναι δύσκολο να διαφωνήσει κανείς με την επιλογή των συγκεκριμένων ΔτΑ που προσδιορίζονται. Η απαγόρευση της γενοκτονίας, της δουλείας και του apartheid είναι σίγουρα ανάμεσα στους πιο θεμελιώδεις κανόνες των ΔτΑ. Είναι το αντικείμενο οργάνων *hard law* στη μορφή διεθνών συνθηκών οι οποίες περιγράφουν τους κανόνες αυτούς και παρέχουν συγκεκριμένο ορισμό. Αναφορικά με το σύγχρονο συσχετισμό, το apartheid έχει εξαλειφθεί με την αλλαγή του καθεστώτος στην Αφρική το 1994, ακόμα κι αν η φυλετικές διακρίσεις παραμένουν διαδεδομένες και επικρατούσες σε πολλά μέρη του κόσμου. Εντούτοις, η δουλεία, ή τουλάχιστο οι πρακτικές της δουλείας, διατηρούνται, αν και προσελκύουν ανεπαρκή διεθνή προσοχή. Η γενοκτονία, όπως αποδείχθηκε με τα γεγονότα της προηγούμενης δεκαετίας, είναι ένα ζωντανό φαινόμενο.

Η *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*, ορίζει το αδίκημα στο άρθρο 2.¹⁶⁴ Σχετικά με τη γενοκτονία, η *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*¹⁶⁵ προβλέπει ρητά στο άρθρο 1 ότι η γενοκτονία είναι διεθνές έγκλημα. Ο ορισμός έχει αποδειχθεί αρκετά ευπροσάρμοστος για να συμπεριληφθεί, χωρίς ουσιαστική αναθεώρηση, στα Καταστατικά του ICC, ICTY και ICTR.¹⁶⁶ Τελικά, υπάρχει ένας ουσιαστικός, εγκληματικός πυρήνας, εύκολα αναγνωρίσιμος ως γενοκτονία.

Η δουλεία είναι πιο προβληματική ως έννοια. Η ελευθερία από τη δουλεία είναι ένα

¹⁶³ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, 1970 ICJ Rep. 3, βλ. [1976] 2 Yearbook of ILC 26

¹⁶⁴ 13 ILM 50, (1974)

¹⁶⁵ 78 UNTS 277

• ¹⁶⁶ **Article 2** In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group. **Article 3** The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide.

απαρέγκλιτο δικαίωμα όπως προβλέπει το άρθρο 8 του ICCPR.¹⁶⁷ Ο Bassiouni καταμετρά περίπου 78 όργανα του ΔΔ από διάφορους τομείς του ΔΔ οι οποίοι, με κάποια φόρμα, απαγορεύουν ή περιορίζουν τη δουλεία και τις σχετικές πρακτικές.¹⁶⁸ Το αδίκημα καθορίζεται σαφώς σε πολλά από αυτά τα όργανα, συμπεριλαμβανομένης της Slavery Convention του 1926,¹⁶⁹ την Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery του 1956,¹⁷⁰ την International Labour Organisation's Convention (No 29) σχετικά με την εξαναγκαστική εργασία¹⁷¹ και την Convention (No 105) σχετικά με την απαγόρευση της εξαναγκαστικής εργασίας.¹⁷² Για να αποκομίσουμε από αυτό το αμάλγαμα έναν ορισμό κατάλληλο για τον προσδιορισμό του αδικήματος ως διεθνούς εγκλήματος στα πλαίσια του άρθρου 19, είναι υψηλή προσδοκία. Τέτοιος ορισμός θα μπορούσε να αντανakλά τους περιορισμένους όρους της Συνθήκης του 1926 όπου "the powers attaching to the right of ownership" πρέπει να εξασκούνται στο θύμα. Διαφορετικά, θα μπορούσε να ενστερνιστεί το πιο εκτεταμένο πεδίο των μεταγενέστερων οργάνων που περιλαμβάνουν την απαγόρευση των πρακτικών της δουλείας, όπως η δουλεία λόγω χρέους, η εξαναγκαστική εργασία και η πώληση γυναικών και παιδιών. Ένα report του 1984 από το Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities περιλαμβάνει ως σύγχρονες εκδηλώσεις της δουλείας και των πρακτικών της δουλείας "(...) apartheid, colonialism, slavery - like practices involving women, debt-bondage, exploitation of child labour, illicit traffic in migrant workers, exploitation of hard-drug addicts, traffic in children, tradition slavery and other serious situations".¹⁷³ Ο Bassiouni υποδεικνύει ότι ακόμα και οι πρακτικές της δουλείας λόγω χρέους καθώς και την εξαναγκαστικής εργασίας, που είναι συμβατικά παράνομες, εξασκούνται de facto χωρίς τα κράτη που διαπράττουν το έγκλημα να παραβιάζουν, τεχνικά, τις συνθήκες, θέτοντας υπό αμφισβήτηση την επάρκεια αυτών των οργάνων στον αντίστοιχο προσδιορισμό της πρακτικής αυτής.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Infra chap1

¹⁶⁸ Bassiouni, M.C., Enslavement as an International Crime, 23 New York University Journal of International Law and Politics 445, 459-517 (1991)

¹⁶⁹ 60 LNTS 253

¹⁷⁰ 266 UNTS

¹⁷¹ 38 UNTS 3

¹⁷² 320 UNTS 191

¹⁷³ Bassiouni, supra n. 168, στην 457,

¹⁷⁴ Id στην 458

Η ουσιαστική δυσκολία στην παράγραφο 3 (c) υπάρχει στο τι παραλείπεται από αυτήν. Αν ένα ποινικό καθεστώς κρατικής ευθύνης πρόκειται να γίνει αποδεκτό, τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και συγκεκριμένα εγκλήματα πολέμου θα πρέπει να επισύρουν ποινική ευθύνη των κρατών, όπως επισύρουν ατομική ποινική ευθύνη. Παραβιάσεις *jus cogens* ή εθνικών ΔτΑ, τουλάχιστον αυτές που συμβαίνουν σε συστηματική και εκτεταμένη κλίμακα, θα πρέπει σαφώς να αναφερθούν.

2. Αποτίμηση

Τελικά, αναλύοντας τις δομικές δυσκολίες του άρθρου 19 συμπεραίνουμε ότι: αν τα εγκλήματα δεν είναι δυνατό να περιγραφούν και να οριστούν επαρκώς παρά, με τους πιο απλουστευμένους όρους, η συστατική λειτουργία του άρθρου 19 σχετικά με την κρατική ευθύνη, δεν εκπληρώνεται. Αν είναι πολιτικά αδύνατο για την ILC να προετοιμάσει ένα καλοσχεδιασμένο σύνολο θεμελιωδών κανόνων, θα ήταν καλύτερα να παραλειφθούν ουσιαστικοί κανόνες ευθύνης των κρατών. Από την οπτική των ΔτΑ, η επιλεκτικότητα των Draft Articles μπορεί να θέσει μεγαλύτερο ρίσκο από αυτό που θα έθετε ένα καθεστώς που δεν θα ανέφερε συγκεκριμένους κανόνες αλλά που θα υπέθετε ένα γενικό καθεστώς ευθύνης των κρατών που αποδίδει παρόμοια μέτρα σε όλες τις παράνομες συμπεριφορές του κράτους. Είναι απίθανο να επιτευχθεί μία συγκροτημένη διευθέτηση του θέματος, σε πρακτικό επίπεδο, ώστε να δημιουργηθεί ένας μηχανισμός για τον καθορισμό των πράξεων εκείνων που συνιστούν διεθνή εγκλήματα, παρόμοιο με τον τρόπο που υιοθετήθηκε για το *jus cogens* (αλλά δεν δοκιμάστηκε) στη Συνθήκη για το Δίκαιο των Συνθηκών. Όπως τονίζει ο Rosenstock, μέλος της ILC : "[t]here is no comparable institution for denominating certain actions as criminal, no likelihood states would consider accepting one and no bases whatsoever for dealing with the notion of states as criminals".¹⁷⁵

Από όλη την αντιπαράθεση που προέκυψε από το διαχωρισμό εγκλήματος / αδικήματος (crime / delict) η ILC απομακρύνθηκε από τον καθορισμό επιπτώσεων σε τέτοιες παραβιάσεις, πιο αυστηρών από αυτές που ξεχώρισε ως κατάλληλες για την

¹⁷⁵ Rosenstock, R., An International Criminal Responsibility of States?, International Law on the Eve

διάπραξη απλών αδικημάτων. Επειδή η ILC είχε περιοριστεί αρχικά στην ανάπτυξη δευτερευόντων κανόνων, αντί να συγκεντρώνει τις προσπάθειές της σε συγκεκριμένες, ουσιαστικές όψεις της ευθύνης των κρατών, περιορίστηκε να υιοθετήσει "a least common denominator approach", ενώ οι περιγραφόμενες συνέπειες έπρεπε να είναι κατάλληλες για κάθε αδίκημα. Επίσης, στην απόφαση σχετικά με το ποιος επιπρόσθετος συνέπειες μπορούσε να καταλογίσει σε παραβιάσεις που ισοδυναμούν με διεθνή εγκλήματα, η ILC έπρεπε να συμπεριλάβει μόνο αυτές που προσidiaζαν με όλων των διεθνών εγκλημάτων αν και είχε καταλήξει ότι τα διεθνή εγκλήματα δεν έχουν την ίδια βαρύτητα. Ως αποτέλεσμα, οι επιπρόσθετες συνέπειες που θα απέδιδε η ILC σχετικά με την ευθύνη για διεθνή εγκλήματα φαίνονται ασήμαντες αν και κάποιοι στην ILC, συμπεριλαμβανομένου και του Rapporteur Arangio-Ruiz, πρότειναν πιο δυνατά μέτρα.¹⁷⁶ Η ILC παρεμποδιζόταν από το γεγονός ότι σε επίπεδο *lex lata* κανόνων, μόνο εκείνες οι πράξεις που συνιστούν απειλή για την ειρήνη και την ασφάλεια ή παραβίαση της ειρήνης, όπως η επίθεση, έχουν σαφώς ειδικές συνέπειες και επιπτώσεις.

Οι συνέπειες αυτές που απορρέουν από διεθνή αδικήματα δίνονται στα άρθρα 41-53 του σχεδίου.¹⁷⁷ Το άρθρο 41 απαιτεί από τα κράτη να σταματήσουν οποιαδήποτε παράνομη συμπεριφορά διεθνούς χαρακτήρα. Το άρθρο 43 καλύπτει τους τρόπους επανόρθωσης, διαθέσιμους στα θιγόμενα κράτη. Αυτοί είναι "restitution in kind, compensation, satisfaction and assurances and guarantees of non-repetition", με τον περιορισμό ότι η αποζημίωση δεν μπορεί να "result in depriving the population of a state of its own means of subsistence". Σημαντική είναι η διάταξη στην παράγραφο 2 "that account shall be taken of any contributory damage by the injured state or its subject national". Η επανόρθωση σε είδος, για παράδειγμα αποκατάσταση της κατάστασης στο προηγούμενο καθεστώς της,¹⁷⁸ περιορίζεται περισσότερο από το άρθρο 43 με την : "(a) material impossibility, (b) such restitution breaching a peremptory norm of international law, (c) the restitution constituting a burden out of all proportion to the benefit which the injured State would gain from obtaining restitution in kind instead of compensation, (d) the jeopardy to the political

of the 21st Century 265, 272 (1997)

¹⁷⁶ Seventh Report of the Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/469 & Addis 1 - 2 (1995)

¹⁷⁷ 1996 ILC Report *supra* n. 123, στην 141-170

¹⁷⁸ 1993, 2 YILC (μέρος 2) 62

independence or economic stability of the offending State when the injured State would not be similarly affected without receiving the restitution". Οι περιορισμοί (c) και (d) δεν εφαρμόζονται όταν η επανόρθωση έγκειται σε ζημία ως αποτέλεσμα διεθνούς εγκλήματος.

Οικονομική αποζημίωση προβλέπεται στο άρθρο 44 όταν "the damage is not made good by restitution in kind".¹⁷⁹ Το άρθρο 45 προβλέπει ότι όταν εμπεριέχεται ηθική ζημία και θεωρηθεί αναγκαία για την επανόρθωση, η ικανοποίηση είναι διαθέσιμη. Η ικανοποίηση μπορεί να πάρει τη μορφή της απολογίας αναφορικά με την ελάχιστη ζημία ή τη ζημία που αντανακλά τη βαρύτητα σοβαρής παραβίασης και πειθαρχική δράση ή τιμωρία για κάθε σοβαρή παρεκτροπή ή ποινικό αδίκημα αξιωματούχων ή ιδιωτών. Η παράγραφος 3 δε, του άρθρου 45 ορίζει ότι η ικανοποίηση "does not justify demands which would impair the dignity of the state which has committed the internationally wrongful act". Αυτός ο περιορισμός θα ήταν μη λειτουργικός αναφορικά με ένα διεθνές έγκλημα. Επίσης, το θιγόμενο κράτος έχει το δικαίωμα, σύμφωνα με το άρθρο 46, να λάβει επιβεβαίωση σχετικά με τη μη επανάληψη της παράνομης πράξης.

Οι πιο σοβαρές συνέπειες θα ήταν φυσικά η λήψη αντιμέτρων, που μπορούν να πείσουν το κράτος-παραβάτη να παράσχει επανορθώσεις υπό τα άρθρα 41-46. Τα αντίμετρα είναι υποκείμενο περιορισμών συμπεριλαμβανομένης της υποχρέωσης της διαπραγμάτευσης και της υποβολής της αντιπαράθεσης σε διαδικασία επίλυσης όπως ορίζεται στο τρίτο μέρος του σχεδίου. Τα αντίμετρα πρέπει να αναστέλλονται όταν η διαδικασία επίλυσης της διαφοράς βρίσκεται σε εξέλιξη και η παράνομη πράξη έχει παύσει. Επιπροσθέτως, οποιαδήποτε αντίμετρα πρέπει να εκπληρώνουν την προϋπόθεση της αναλογικότητας υπό το άρθρο 49. Τα απαγορευμένα αντίμετρα περιλαμβάνουν την απειλή ή χρήση βίας όπως απαγορεύεται και από το ΧάρτΗΕ, "extreme economic or political coercion designed to endanger the territorial integrity or political independence" του κράτους - παραβάτη, παραβίαση της διπλωματικής ασυλίας, "any conduct which derogates from basic human rights" και πράξεις "in contravention of a peremptory norm of general international law".

¹⁷⁹ Η ILC βασίστηκε σε διακήρυξη του PICJ στην υπόθεση Chorzow Factory (Merits) όπου η

Το περιορισμένο εύρος των επιπρόσθετων συνεπειών των παράνομων πράξεων, οι οποίες συνιστούν διεθνή εγκλήματα, είναι εντυπωσιακό. Η πρώτη συνέπεια σχετίζεται με τη διάταξη των Draft Articles που προβλέπει ότι το θιγόμενο κράτος δεν δικαιούται παροχή αποκατάστασης που θα ήταν δυσανάλογη με αυτή της αποζημίωσης. Αυτή η διάταξη δεν θα ήταν εφαρμόσιμη αναφορικά με ένα διεθνές έγκλημα. Η ILC δικαιολογεί αυτή την έλλειψη βασιζόμενη στο γεγονός ότι "restitution is essentially the restoration of the situation as it existed prior to the unlawful act, and (...) a wrongdoing state ought never to be able to retain the fruits of its crime, or benefit from the wrongdoing that is a crime, however painful or burdensome restoration might be".¹⁸⁰ Δύσκολα μπορεί να φανταστεί κανείς τη μορφή τέτοιου είδους αποκατάστασης σε σοβαρές περιπτώσεις παραβιάσεων ΔτΑ, όπως η γενοκτονία. Στην πραγματικότητα, η αποκατάσταση σε είδος δεν είναι κυριολεκτικά πιθανή. Έτσι, η υλική αποκατάσταση είναι η πιο συνηθισμένη μορφή αποζημίωσης. Η δεύτερη συνέπεια, όπου η αποκατάσταση η οποία "would seriously jeopardise the political independence or economic stability" θα ήταν αποδεκτή στην περίπτωση διεθνούς εγκλήματος, είναι σαφώς πιο σημαντική αν και δεν είναι ακριβώς ξεκάθαρο τι εννοείται με τη φράση "political independence and economic stability". Αλλά πιο εφήμερη είναι η τρίτη συνέπεια που ορίζεται ως η ικανοποίηση "that would impair the dignity" του κράτους παραβάτη. Το σκεπτικό που ακολουθείται είναι ότι "by reason of its crime, the wrongdoing state has itself forfeited its dignity".¹⁸¹ Επιπλέον συνέπειες από την παραβίαση των υποχρεώσεων που συνιστούν διεθνές έγκλημα σχετίζονται με τις υποχρεώσεις που δεσμεύουν τρίτα κράτη υπό το άρθρο 53 του σχεδίου. Οι συνέπειες είναι ότι τα κράτη 1. δεν πρέπει να αναγνωρίσουν ως νόμιμη την κατάσταση που δημιουργήθηκε από το έγκλημα, 2. δεν πρέπει να αποδώσουν αρωγή και βοήθεια στο κράτος που έχει διαπράξει το έγκλημα διατηρώντας την κατάσταση που έχει δημιουργηθεί, 3. να συνεργαστούν με άλλα κράτη για την εκτέλεση των υποχρεώσεων υπό τις υποπαραγράφους (α) και (β) και 4. να συνεργαστούν με άλλα κράτη για την εφαρμογή των μέτρων σχετικά με την εξάλειψη των συνεπειών του εγκλήματος. Ο λόγος για την επιβολή αυτών των υποχρεώσεων είναι το γεγονός ότι όλα τα κράτη έχουν "interest (...) in the prevention and

αποζημίωση θεωρείται η βασική μορφή επανόρθωσης

¹⁸⁰ 1996 ILC Report, supra n. 123, στην 168

¹⁸¹ "What this position seems to achieve is that the wrongdoing state could not even try to use the 'dignity argument' ". Korkeakivi, A., Consequences of "Higher" International Law: Evaluating Crimes of State and Erga Omnes, 2 Journal of International Law Studies 81, 95 (1996)

suppression of international crimes which, by definition, as per draft article 19, impair fundamental interests of the international community". Η επιβολή υποχρεώσεων σε τρίτα κράτη, στο δίκαιο της ευθύνης των κρατών, μπορεί να είναι μία καθιερωμένη αρχή όσον αφορά στην επίθεση ως έγκλημα, αλλά όχι απαραίτητα για όλα τα αδικήματα που θεωρούνται διεθνή εγκλήματα στο σχέδιο της ILC. Αντίστροφα, μόνο κάποιες εγκληματικές συμπεριφορές μπορεί να απαιτούν τη μη-αναγνώριση και τη συνεργασία που αναφέρεται στο άρθρο 53.¹⁸² Υπάρχει μία πιθανώς σημαντική επίπτωση που τα εγκλήματα των κρατών μπορεί να έχουν σε επίπεδο ειδικών επιπτώσεων που αφορά στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η εγκληματική πράξη ισοδυναμεί με παραβίαση κανόνα *erga omnes*. Ορίζοντας το "θιγόμενο κράτος", η ILC αποφάσισε στο άρθρο 40 να αναγνωρίσει όλα τα κράτη ως θιγόμενα κράτη, αν η διεθνώς εγκληματική πράξη συνιστά "διεθνές έγκλημα". Έτσι, υπό το προτεινόμενο σχέδιο, τα εγκλήματα του κράτους ρητά δημιουργούν υποχρεώσεις *erga omnes*.

Το ενδιαφέρον ωστόσο, της διεθνούς κοινότητας, έχει πρόσφατα εστιάσει στη δημιουργία βιώσιμων καθεστώτων ατομικής ποινικής ευθύνης ειδικά με τα ICTY και ICTR και βέβαια με τη δημιουργία του ICC. Πραγματικά, κάποια κράτη, αλλά και ερευνητές, έχουν αμφισβητήσει τη βασιμότητα της αρχής της ευθύνης των κρατών για συγκεκριμένες τουλάχιστο δράσεις, ειδικά αυτές που αφορούν στα ΔτΑ. Η λογική είναι ότι το να εφαρμοστεί η αρχή αυτή σε αυτές τις περιπτώσεις είναι σαν να επιβάλλεται μία μορφή συλλογικής ευθύνης και υπαιτιότητας που μεταφέρει την ενοχή από τα ένοχα άτομα στον αθώο γενικό πληθυσμό.

Δεν είναι βέβαια, μόνο αυτές οι εξελίξεις που έχουν βοηθήσει στην περιθωριοποίηση της έννοιας της εγκληματικότητας αναφορικά με την ποινική ευθύνη του κράτους. Το υποκειμενικό πρόβλημα έγκειται στην εννοιολογική δυσαρμονία της σχέσης ανάμεσα στην έννοια της εγκληματικότητας βάση εσωτερικού δικαίου και τις παραδοσιακές θεωρίες για την ευθύνη των κρατών. Η εγκληματικότητα είναι μία συμπεριφοριολογική ιδιότητα και κατηγορία που συνδέεται με το άτομο και όχι με το κράτος. Υπό τα περισσότερα εσωτερικά νομικά συστήματα η εγκληματική δράση γενικά, στηρίζεται σε ένα συστατικό στοιχείο, αυτό της παρουσίας ή της απουσίας του διανοητικού παράγοντα, ένα χαρακτηριστικό έμφυτο στον άνθρωπο και όχι τη

¹⁸² βλ. Korkeakivi, id στην 92

συλλογική συνείδηση. Άρρηκτα συνδεδεμένο με την ιδέα της εγκληματικής ευθύνης στο εσωτερικό δίκαιο, είναι η συνέπεια των ποινικών κυρώσεων για εγκληματική συμπεριφορά, που αφορά, σε σοβαρές παραβιάσεις, στην απώλεια της ζωής ή της ελευθερίας. Όμως, ούτε η θεωρητική αυτή βάση της εγκληματικής ευθύνης αλλά ούτε και οι συνέπειες θα ήταν κατάλληλες να μεταφερθούν στη διεθνή τάξη, δεδομένου ότι τα κράτη δεν έχουν οργανική υπόσταση. Φυσικά, υπό κάποιες κρατικές δικαιοδοσίες μία συλλογική οντότητα μπορεί να αντιμετωπιστεί ως πρόσωπο με νομική προσωπικότητα για λόγους ποινικής ευθύνης. Σε τέτοιες περιπτώσεις ο διανοητικός παράγοντας των ατόμων που δρουν εκ μέρους της συλλογικής αυτής οντότητας μπορεί να αποδοθεί στην οντότητα αυτή. Οι κυρώσεις παίρνουν τη μορφή χρηματικής ζημίας. Έτσι, όπως υποστηρίζει ο Meron, "some of the antipathy to state crimes may result from concerns regarding state sovereignty, as opposed to the notion of criminal responsibility of a collective body".¹⁸³

Σε αντίδραση αυτής της δυσαρμονίας ανάμεσα στα νομικά καθεστάτα, κάποιοι ερευνητές επιτέθηκαν στην ιδέα των εγκλημάτων του κράτους αλλά κατέστη σαφές ότι η ουσιαστική διαφωνία σχετικά με την αντίληψη περί διεθνών εγκλημάτων ανήκε σε εννοιολογικό πλαίσιο. Τα μέλη της ILC δεν σκόπευαν, σαφώς, να προτείνουν την εγκληματική ευθύνη των κρατών για συγκεκριμένα αδικήματα σύμφωνα με την ερμηνεία του όρου στο εσωτερικό δίκαιο αλλά, την υιοθέτηση του όρου "διεθνή εγκλήματα" για την ισχυρή, συμβολική αντήχηση. Σκόπευαν δε, να εξασφαλίσουν ότι ο αναδυόμενος κώδικας θα κατεδείκνυε αποφασιστικά ότι κάποιοι κανόνες είναι προέχουσας σημασίας και ότι ιδιαίτερα σοβαρές συνέπειες θα ακολουθούσαν από παραβιάσεις τέτοιας βαρύτητας. Αυτές οι συνέπειες δεν θα είναι ποινικές με σκοπό τη δίωξη, έστω κι αν κάποια κράτη - παραβάτες μπορεί να τις ερμηνεύσουν έτσι. Όμως, δεδομένης της περιορισμένης έκτασης των κυρώσεων για τα διεθνή εγκλήματα που υιοθέτησε τελικά η ILC στα Draft Articles του 1996 πολλοί ερευνητές αμφισβήτησαν αν ένα τέτοιο διπλό καθεστώς θα ήταν αποδοτικό. Έχοντας αποφύγει την παράθεση καθορισμένων αδικημάτων στα οποία θα εφαρμοζόταν ένα σκληρό καθεστώς συνεπειών, η ILC αναλώθηκε σε μία άσκηση που της έλειπε η χρησιμότητα και η συνεκτικότητα.

¹⁸³ Meron, T., Is International Law Moving Towards Criminalisation, 9 EJIL 18, 20 (1998)

Όταν η ILC, κατά τη δεύτερη ανάγνωση, αντιμετώπισε ξανά το ερώτημα των εγκλημάτων του κράτους το 1998, ήταν εμφανές ότι υπήρξε διάχυτη δυσαρέσκεια ανάμεσα στα μέλη της με την έννοια που είχε αποδοθεί στο σχέδιο του 1996. Ο νέος Special Rapporteur επιχειρηματολόγησε στην πρώτη αναφορά, ότι το άρθρο 19, σε αντίθεση με άλλα σημεία, απέτυχε να κερδίσει ισχυρό έρεισμα στη διεθνή νομική τάξη.¹⁸⁴ Υποστήριξε ότι η εισαγωγή της έννοιας των εγκλημάτων του κράτους εξυπηρετούσε την παρεμπόδιση της ανάπτυξης "of other categories of obligation in the hierarchy of international law", όπως οι *erga omnes* και οι *jus cogens*.¹⁸⁵ Σκιαγράφησε δε, πέντε πιθανές προσεγγίσεις για επεξεργασία στη δεύτερη ανάγνωση:

*(a) the approach embodied in the present draft articles; (b) replacement by the concept of "exceptionally serious wrongful acts"; (c) a full scale regime of State criminal responsibility to be elaborated in the draft articles; (d) rejection of the concept of state criminal responsibility; and (e) exclusion of the notion from the draft articles, without prejudice to (i) the general scope of the draft articles and (ii) the possible further elaboration of the notion of "State crimes" in another text.*¹⁸⁶

Στην επόμενη συζήτηση επί της προτάσεως, τα μέλη της ILC υιοθέτησαν ευρέως διυστάμενες απόψεις. Ενώ δεν υπήρξε consensus σχετικά με το αν η έννοια των διεθνών εγκλημάτων έπρεπε να διατηρηθεί, υπήρχε, όμως, υποστήριξη κάποιας φόρμας διαφοροποιημένου καθεστώτος σχετικά με το πώς θα ενσωματωθούν τα δόγματα των *erga omnes* και *jus cogens*. Η συζήτηση παράγαγε σχόλια σχετικά με τα κριτήρια που μπορούν να αποσπαστούν από αυτό το δόγμα για να παράσχουν νέα βάση για ένα ιεραρχικό καθεστώς ευθύνης των κρατών.¹⁸⁷ Ένα κοινό επιχείρημα ήταν ότι χρειαζόταν περισσότερη προσοχή στο συσχετισμό του συγκεκριμένου θεμελιώδους κανόνα με τις συνέπειες παραβίασής του.¹⁸⁸ Βέβαια η ILC συνέχισε στην επεξεργασία άλλων ζητημάτων που αφορούσαν στον κώδικα ενώ ανέθεσε το ζήτημα των διεθνών εγκλημάτων σε ομάδα εργασίας.

¹⁸⁴ βλ. Official Records of the GA, 53rd Sess. Supp. No10, UN Doc. A/53/10 (1998) παράγρ. 251

¹⁸⁵ *id* παράγρ. 251

¹⁸⁶ *Id* παράγρ. 252

¹⁸⁷ *Id* παράγρ. 304

Έτσι τα εγκλήματα των κρατών μπορεί να μην επιβιώσουν ως κανονιστική κατηγορία στον τομέα της κρατικής ευθύνης, το ζήτημα όμως εξετάστηκε για βάσιμους λόγους. Πρώτον, δεν είναι αμελητέο ότι η ILC είχε επεξεργαστεί κατά τη διάρκεια των συνεδριάσεων την παραβίαση συγκεκριμένων κανόνων ως πιθανά εγκλήματα κράτους. Τα συμπεράσματα της ILC θα πρέπει να ληφθούν υπόψη όταν μελετάται η ιεραρχία των κανόνων, ακόμα κι αν κάποια από τα συγκεκριμένα παραδείγματα της ILC παραμένουν προβληματικά.

Δεύτερον, η εμπειρία του άρθρου 19 αναδεικνύει κάποιους από τους κινδύνους που πρέπει να αποφευχθούν στην προσπάθεια της ενίσχυσης της νομιμότητας για την ανάπτυξη της κανονιστικής ιεραρχίας ή στην συνολική προοδευτική ανάπτυξη του ΔΔ. Οι αρχές *jus cogens* και *erga omnes* στο ξεκίνημά τους στην νομική ορολογία, αν όχι δογματικοί *tabula rasa*, ήταν παρόλα αυτά όχι ανεπτυγμένες ως έννοιες. Τα εγκλήματα, από την άλλη πλευρά, είναι κατανοητά μέσα και έξω από το νομικό κόσμο και ούτε η διαδεδομένη ούτε η επαγγελματική ή επίσημη αντίληψη της εγκληματικότητας πρόκειται να διαφοροποιηθούν με διακήρυξη οποιουδήποτε οργάνου των ΗΕ ή διακυβερνητικού θεσμού.

Επιπλέον, στη διατύπωση καθεστώτος ευθύνης των κρατών δεν υπάρχουν ενδοιασμοί μεταξύ ανώτερων και κατώτερων κανόνων. Αν πρόκειται να προκύψει μία καταγραφή ουσιαστικών, συγκεκριμένων κανόνων, οι κανόνες θα πρέπει να είναι παγκοσμίως συναίνεσης και σε σχέση με τη νομική ποιότητα και την αυξημένη σημασία τους που θα τους φέρει, πιθανώς, κοντά σε κανόνες *jus cogens*.

3. Ατομική Ποινική Ευθύνη και Διεθνής Ένοπλη σύγκρουση

Οι πρώτες εκδηλώσεις διεθνούς, ατομικής, ποινικής ευθύνης αφορούσαν τους *hostis humani generis*, το αρχέτυπο των οποίων, ο πειρατής.¹⁸⁹ Η διεθνής ποινική ευθύνη για την πειρατεία είναι γενικά αποδεκτή αφού, σκέψεις σχετικά με την κρατική κυριαρχία δεν υφίστανται στην ανοιχτή θάλασσα.

Σήμερα η διεθνής ποινική ευθύνη έχει την πιο εκτεταμένη ανάπτυξη υπό το δίκαιο

¹⁸⁸ Id παράγ. 303, 305

των ενόπλων συγκρούσεων, ειδικά σχετικά με τους κανόνες της διεθνούς ένοπλης σύγκρουσης. Το γεγονός ότι η ποινική ευθύνη προβάλλεται τόσο εμφανώς σε αυτό το πλαίσιο οφείλεται στα ειδικά, νομικά χαρακτηριστικά της διακρατικής σύγκρουσης δεδομένου ότι άμεσα έξω-εδαφικά συμφέροντα εμπλέκονται στην διεξαγωγή των εχθροπραξιών μεταξύ των κρατών και η επικάλυψη της κρατικής κυριαρχίας διαπερνάται πιο εύκολα. Αντίθετα με το τι συμβαίνει στην πλειοψηφία των περιπτώσεων παραβίασης ΔτΑ που επισύρουν ποινική ευθύνη στο εσωτερικό δίκαιο, τα κράτη δεν έχουν καταφέρει να αποδώσουν τη ρύθμιση της συμπεριφοράς των αξιωματούχων και των στρατιωτών τους στην αποκλειστικότητα της εσωτερικής δικαιοδοσίας. Επιπλέον, η διεξαγωγή διεθνούς ένοπλης σύγκρουσης, η οποία ενέχει την φυσική παρουσία των υπηκόων ενός κράτους στο έδαφος ενός άλλου έχει διευκολύνει το δεύτερο στην φυσική κράτηση και κατ' επέκταση, στο να κερδίσει τη δικαιοδοσία των υπηκόων άλλου κράτους. Έτσι, ενώ για καιρό υπήρχε ένα αντιληπτό και όχι απαραίτητα, κατανοητό corpus συμβατικών και εθιμικών, διεθνών κανόνων σχετικά με τις ένοπλες συγκρούσεις, μόνο από το Β' Παγκόσμιο Πόλεμο, οι κανόνες που καλύπτουν την εγκληματικά παράνομη συμπεριφορά, έχουν βρεθεί στο επίκεντρο της προσοχής. Μία ακόμα πιο πρόσφατη, σχετικά, εξέλιξη είναι και η επέκταση αυτού του δικαίου στις μη διεθνείς συγκρούσεις, που έγινε εφικτή εξαιτίας της διάβρωσης του δόγματος της εσωτερικής δικαιοδοσίας στο τελευταίο μισό του 20ου αιώνα.

Το *jus in bello* υπήρχε, με τη μία ή την άλλη μορφή, από την αρχαιότητα.¹⁹⁰ Σήμερα, η διεθνής ρύθμιση των συγκρούσεων σηματοδοτήθηκε με την υιοθέτηση συμβατικών οργάνων. Αυτές οι συμβάσεις αποτελούν το Δίκαιο της Χάγης και ελέγχουν τα μέσα και τις μεθόδους της διεξαγωγής εχθροπραξιών αλλά και το Δίκαιο της Γενεύης σχετικά με τη μεταχείριση και προστασία των ατόμων στα πλαίσια του πολέμου.¹⁹¹ Όμως, η ρύθμιση του ΔΑΔ συνδέθηκε με την άμεση εφαρμογή αυτού του δικαίου με τη μορφή της ποινικής δίωξης όχι νωρίτερα από τη δημιουργία των ποινικών δικαστηρίων μετά τον ΒΠΠ. Παρόλα αυτά η γενική αρχή της ατομικής ποινικής ευθύνης στον πόλεμο έχει αναγνωριστεί από καιρό υπό το εθιμικό δίκαιο. Ο Draper παραθέτει την παραδοσιακή αντίληψη των εγκλημάτων πολέμου:

¹⁸⁹ Jennings, R., Watts, A., eds., 1 Oppenheim's International Law, 9th edition, 1992, σελ. 746

¹⁹⁰ Green, L. C., The Contemporary Law of Armed Conflict 276, 1993

¹⁹¹ Id στην 28-29

*By [the law relating to war criminality] is meant the law determining what violations of the laws and customs of war are of such gravity that a belligerent may try and punish those who have committed them and have fallen into its hands. This engages the customary law right of the belligerent to try and punish enemy personnel who have committed such violations and have fallen into its hands. Further, it includes the type of jurisdiction that may be exercised by a belligerent over such offender, the mode of trial, the procedures to be adopted and the manner of proof of the offences charged.*¹⁹²

Συνακόλουθο αυτής της αντίληψης περί εγκληματικότητας στον πόλεμο είναι η έννοια του "privileged combatant"¹⁹³ όπου ο έχων το καθεστώς, απολαμβάνει δικαιωμάτων που δεν έχουν οι πολίτες. Ενώ ένα μέλος του αντίπαλου στρατοπέδου μπορεί να διωχθεί για την παραβίαση των κανόνων και εθίμων του πολέμου, το άτομο που χαίρει αυτού του καθεστώτος είναι άνοσο από τη δίωξη για πράξεις οι οποίες υπό κανονικές συνθήκες, θα αποτελούσαν εγκλήματα υπό το εσωτερικό δίκαιο αλλά είναι σύννομες όταν διαπράττονται κατά τη διάρκεια εχθροπραξιών. Πριν την έναρξη των διεθνών προσπαθειών προς την κωδικοποίηση των κανόνων του πολέμου η πιο σοβαρή περίπτωση εγκλήματος πολέμου, υπό το εθιμικό δίκαιο, ήταν, ίσως, η εξαπάτηση.¹⁹⁴ Σχετικά με τη δίωξη και την τιμωρία των παραβατών στην προ-κωδικοποίησης εποχή, τέτοιες πρωτοβουλίες, ήταν ζήτημα του κράτους χωρίς διεθνή μεσολάβηση.

3.1 Σύγχρονες Εξελίξεις

3.1.1 Ο Κώδικας της ILC για την Ειρήνη και την Ασφάλεια της Ανθρωπότητας

Οι σχεδιαστές των Συνθηκών της Γενεύης του 1949 προτίμησαν να παραιτηθούν από το κτίσιμο πάνω στο νομικό οικοδόμημα του Χάρτη του IMT και τους απογόνους του

¹⁹² Draper, G.I.A.D., The Modern Pattern of War Criminality, 6 Israel Yearbook on Human Rights 9, 10 (1976)

¹⁹³ Third Geneva Convention "relative to the Treatment of Prisoners of War" (first adopted in 1929, last revision in 1949)

¹⁹⁴ id, σελ. 12, 'Acts of perfidy, such as the use of poison weapons, were considered to constitute a breach of honour in violation of mores'.

λόγω, ουσιαστικά, της απροθυμίας να αναπαράξουν, να επέμβουν και να προκαλέσουν τριβή σε σχέση με την προσπάθεια της ILC για τη δημιουργία του Draft Code on Peace and Security of Mankind (εφεξής Draft Code).¹⁹⁵ Η ILC ξεκίνησε την προσπάθεια το 1949 όταν ήταν ακόμα εδραίο το δίκαιο της Νυρεμβέργης αλλά δεν ολοκλήρωσε το τελικό σχέδιο μέχρι το 1996. Αυτή η εκδοχή του Draft Code¹⁹⁶ περιελάμβανε μακριά λίστα αδικημάτων, διαχωρισμένης σε επτά κατηγορίες. Για να αποτελεί έγκλημα ένα αδίκημα ενάντια στην ειρήνη και την ασφάλεια της ανθρωπότητας πρέπει να έχει διαπραχθεί "in a systematic manner or on a large scale".¹⁹⁷ Οι ερμηνευτικές σημειώσεις της ILC εξηγούν ότι δεν αποτελούν όλα τα εγκλήματα πολέμου εγκλήματα ενάντια στην ειρήνη και την ασφάλεια της ανθρωπότητας αλλά μόνο αυτά τα οποία έχουν υψηλό επίπεδο σοβαρότητας.¹⁹⁸ Οι επτά κατηγορίες περιλαμβάνουν αντίστοιχα τις σοβαρές παραβιάσεις των Συνθηκών της Γενεύης του 1949,¹⁹⁹ σοβαρές παραβιάσεις του πρώτου Πρωτοκόλλου και του άρθρου 85(3),²⁰⁰ σοβαρές παραβιάσεις του πρώτου Πρωτοκόλλου και του άρθρου 85(4),²⁰¹ του δευτέρου Πρωτοκόλλου άρ. 4(2),²⁰² το κοινό άρθρο 3 των Συνθηκών της Γενεύης, παραβίαση των Συνθηκών της Χάγης, αλλά και νέα εγκλήματα όπως η καταστροφή του φυσικού περιβάλλοντος.

Ο σχεδιασμός κατηγορήθηκε ως δύσχρηστος.²⁰³ Μέχρι την ολοκλήρωσή του είχε καταστεί πλεονάζων από την εμφάνιση των ad hoc ποινικών δικαστηρίων και το

¹⁹⁵ Gutteridge, J. A. C., The Geneva Conventions of 1949, 26 British Yearbook of International Law 294, 304-05 (1949)

¹⁹⁶ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the ILC on the work of its 48th session, UN GAOR 51st sess. Supp. No 10, UN Doc. A/51/10 (1996) 9-120

¹⁹⁷ id 110

¹⁹⁸ id 113-14, παράγ. 5-8

¹⁹⁹ First Geneva Convention "for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field" (first adopted in 1864, last revision in 1949). Second Geneva Convention "for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea" (first adopted in 1906). Third Geneva Convention "relative to the Treatment of Prisoners of War" (first adopted in 1929, last revision in 1949). Fourth Geneva Convention "relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War" (first adopted in 1949, based on parts of the 1907 Hague Convention IV). Protocol I (1977): Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts. As of 12 January 2007, it had been ratified by 167 countries. Protocol II (1977): Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts. As of 12 January 2007, it had been ratified by 163 countries.

²⁰⁰ id

²⁰¹ id

²⁰² id

²⁰³ Alain, J., Jones, J.R.W.D., A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of

προπαρασκευαστικό έργο για το ΔΠΔ. Ούτως ή άλλως, μεγάλο μέρος της αναλυτικής δουλειάς της ILC για την πραγματοποίηση του Draft Code επηρέασε σημαντικά την ανάπτυξη του αναδυόμενου ποινικού δικαίου.

3.1.2 Το Ad Hoc Δικαστήριο της Πρώην Γιουγκοσλαβίας

Τυχαιές πολιτικές συγκυρίες και ειδικότερα το τέλος της διεθνούς τάξης του Ψυχρού Πολέμου και η επιθυμία των κρατών να δράσουν αποφασιστικά σε σοβαρές καταστάσεις, επέτρεψαν στο μοντέλο της Νυρεμβέργης να γίνει η βάση της διαπραγμάτευσης διεθνών, ποινικών κανόνων σε αίθουσες δικαστηρίων, έξω από τα ακαδημαϊκά κείμενα. Το ICTY δημιουργήθηκε με την απόφαση του 827 του ΣΑ των ΗΕ το 1993, κατά τη διάρκεια της κορύφωσης της ένοπλης σύγκρουσης στην πρώην Γιουγκοσλαβία. Στην απόφαση, η οποία βασίστηκε σε μία αναφορά του ΓΓ των ΗΕ,²⁰⁴ το ΣΑ υιοθέτησε το καταστατικό του ICTY. Το ICTY είχε το δικαίωμα δίωξης "serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991".²⁰⁵ Οι σχεδιαστές του καταστατικού του ICTY υιοθέτησαν μία περιοριστική μεθόδευση στην ικανοποίηση της αποφασιστικότητάς τους σχετικά με το ποιες παραβιάσεις του δικαίου του πολέμου να συμπεριλάβουν ως θεσπισμένα εγκλήματα πολέμου. Το άρθρο 2, με τίτλο Grave Breaches of the Geneva Conventions of 1949 είναι μία απλή επιβεβαίωση των διατάξεων για τις σοβαρές παραβιάσεις ενώ το άρθρο 3 ("Violations of the laws or customs of war") είναι ουσιαστικά μία επανα-κωδικοποίηση του παραρτήματος της IV Συνθήκης της Χάγης του 1907. Επίσης, προβλέπει ότι η δικαιοδοσία σχετικά με το δίκαιο και τους κανόνες του πολέμου περιλαμβάνει και δεν περιορίζεται στα αδικήματα που απαριθμούνται. Από την άλλη πλευρά, ο ΓΓ των ΗΕ, στην αναφορά του στο ΣΑ, επικαλέστηκε την αρχή *nullum crimen sine lege*²⁰⁶ για να υποστηρίξει ότι η *ratione materiae* του

Crimes against the Peace and Security of Mankind, 8 EJIL 100, 115 (1997)

²⁰⁴ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) (presented 3 may 1993), S/25704

²⁰⁵ Το ΣΑ λειτούργησε υπό το Κεφάλαιο VII του Χάρτη ΗΕ για την διατήρηση και αποκατάσταση της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας. Η βάση αυτή αμφισβητήθηκε από πολλούς ερευνητές

²⁰⁶ Article 3
Violations of the laws or customs of warThe International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:(a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
(b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

Καταστατικού θα πρέπει να αποτελείται από "rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise".²⁰⁷ Η αναφορά προσδιόριζε τέτοιους κανόνες όπως αυτοί που ενσωματώθηκαν στις Συνθήκες της Γενεύης του 1949, την IV Συνθήκη της Χάγης του 1907 και τους προσαρτημένους κανόνες, τη Συνθήκη της Γενοκτονίας του 1948 και τον Χάρτη του IMT.²⁰⁸ Αυτός ο κατάλογος είναι σαφώς πιο διευρημένος από τα Καταστατικά του ΒΠΠ αν και υπήρξε η κριτική ότι ένας αριθμός σημαντικών εγκλημάτων πολέμου, ειδικά τα αδικήματα του Πρωτοκόλλου 1, δεν είχαν συμπεριληφθεί ρητά.

Στην πρώτη της βασική απόφαση, σχετικά με τη δικαιοδοσία του δικαστηρίου, το ICTY Appeals Chamber απέδωσε στο άρθρο 3 μία φιλελεύθερη ερμηνεία θεωρώντας ότι το άρθρο "cover[ed] all violations of international humanitarian law other than the "grave breaches" of the four Geneva Conventions [or other provisions of the Tribunal's Statute]...".²⁰⁹ Η διάταξη "functions as a residual clause designed to ensure that no serious violation of international humanitarian law is taken away from the jurisdiction of the International Tribunal".²¹⁰ Το Appeal Chamber αποφάσισε ότι το άρθρο θα πρέπει να περιλαμβάνει:

- (i) *violations of the Hague Law on international conflicts;*
- (ii) *infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as "grave breaches" by those Conventions;*
- (iii) *violations of common article 3 and other customary rules on internal conflicts;*
- (iv) *violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered qua treaty law...*²¹¹

(c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings;

(d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;

(e) plunder of public or private property.

²⁰⁷ Report of the Secretary General, supra n. 203 στην 161, 175, παράγ. 34

²⁰⁸ id 175-6

²⁰⁹ Prosecutor v. Dusko Tadic (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1-AR72 (2 October 1995) στην 45-50, παράγ. 87

²¹⁰ Id στην 50, παράγ. 88

²¹¹ Id στην 51, παράγ. 89

Το Appeals Chamber πήγε ακόμα πιο μακριά από το να κρατήσει απλά ότι η εγκληματική ευθύνη απέρρεε από το άρθρο 3 αλλά, σε συμφωνία με την αρχή *nullum crimen sine lege* και συγκεκριμένες ανακηρύξεις του ΣΑ των ΗΕ, το Εφετείο κατέστησε σαφές, όπως το IMT 50 χρόνια πριν, ότι η ποινική ευθύνη για συγκεκριμένες παραβιάσεις υπήρχαν ήδη υπό το εθιμικό δίκαιο.²¹²

3.1.3. Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο

Μέχρι σχετικά πρόσφατα, θα ήταν δύσκολο να υποστηρίξει κανείς ότι η υιοθέτηση της αρχής της ατομικής ποινικής ευθύνης υπό το ΔΔ για την παραβίαση ενός διεθνούς κανόνα απαιτητάως κατέληγε σε ενίσχυση αυτού του κανόνα. Η νομιμότητα της ατομικής ποινικής ευθύνης έχει υποσκαφτεί από τη σποραδική και *ad hoc* διοίκηση της ποινικής δικαιοσύνης στο διεθνές σύστημα. Ενώ η ακανόνιστη χρήση και αναποτελεσματική εφαρμογή του ΔΔ δεν είναι μοναδική στον τομέα του ποινικού δικαίου, το χάσμα ανάμεσα σε αρχή και εφαρμογή είναι μεγάλο. Τα δικαστήρια του ΒΠΠ έγιναν αντιληπτά από κάποιους ως μία ποικιλία της δικαιοσύνης του νικητή, μία έγκυρη αντίληψη, αν αναλογιστεί κανείς ότι μόνο οι παραβάτες του Άξονα βρέθηκαν στη δικαιοδοσία των οργάνων που δημιουργήθηκαν από τις Συμμαχικές Δυνάμεις. Μέχρι το ΣΑ των ΗΕ να δημιουργήσει τα *ad hoc* δικαστήρια για την πρώην Γιουγκοσλαβία και τη Ρουάντα, υπήρχε απουσία διεθνών οργάνων με δικαιοδοσία στα εγκλήματα πολέμου. Οι υποθέσεις στα εσωτερικά δικαστήρια που εφήρμοζαν το ΔΔ για τη δίωξη εγκληματιών πολέμου ήταν διάσπαρτα και πολλά από αυτά που συγκλήθηκαν αφορούσαν ζητήματα σχετικά με τον ΒΠΠ παρά πιο σύγχρονες υποθέσεις. Τα *ad hoc* δικαστήρια έχουν υπάρξει στόχος κατά περίπτωση, ενώ η ύπαρξή τους είναι εξαρτημένη από την προσωρινή πολιτική θέληση του ΣΑ των ΗΕ. Η αντίληψη της επιλεκτικής εφαρμογής του διεθνούς ποινικού δικαίου αποδυναμώνει το κανονιστικό περιεχόμενο που υποστηρίζει όλο το καθεστώς.

Όπως διαφαίνεται από τις εργασίες της ILC και από τα αποτελέσματα ερευνών, η δημιουργία ομοιόμορφου, παγκόσμιου συστήματος διεθνούς ποινικής δικαιοσύνης είναι σημαντικός στόχος προς επίτευξη. Από τη στιγμή που απορρίφθηκαν ως δονκιχωτικές από τους πραγματιστές θεωρητικούς, οι προσπάθειες για την επίτευξη

²¹² Id στην 68, παράγ. 128-9

αυτού του καθεστώτος, υπήρξε μεγάλη ανταπόκριση ιδιαίτερα το 1998, με την υιοθέτηση του Καταστατικού της Ρώμης για το ΔΠΔ με ψήφους 120-7.²¹³ Κορύφωση ετών παρατεταμένων διαπραγματεύσεων, η υιοθέτηση σηματοδότησε μία άνευ προηγουμένου αποφασιστικότητα από τους πολιτικούς παράγοντες να εφαρμόσουν ένα σύνολο κανόνων που είχαν επίσημα αποδεχτεί. Αν και οι διστάμενοι στη Ρώμη ήταν δύο μόνιμα μέλη του ΣΑ των ΗΕ, η Κίνα και οι ΗΠΑ, οι ενστάσεις τους ωστόσο, δεν αφορούσαν στη δικαιοδοσία *ratione materiae*.²¹⁴ Έτσι, είναι ασφαλές να ειπωθεί ότι το Καταστατικό του ICC αποτελεί μία έγκυρη κωδικοποίηση της σύγχρονης κατάστασης του διεθνούς ποινικού δικαίου.

Το άρθρο 5 του Καταστατικού παρέχει στο ICC δικαιοδοσία *ratione materiae* για εγκλήματα πολέμου, εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, γενοκτονία και δυνητικά, το έγκλημα της επίθεσης.²¹⁵ Το άρθρο 8 δημιουργεί μία αυστηρή αλλά όχι υπερβολική αφετηρία για την υπαγωγή των εγκλημάτων πολέμου στη δικαιοδοσία του ICC. Έτσι, η δικαιοδοσία του δικαστηρίου επεκτείνεται στα εγκλήματα "in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes" χωρίς στόχο τη δημιουργία ορισμού των εγκλημάτων πολέμου υπό το ΔΔ.²¹⁶ Τα εγκλήματα πολέμου που απαριθμούνται στο Καταστατικό του ICC είναι όμοια με αυτά του Καταστατικού του ICTY. Στα υπο-άρθρα 8(2)(α) και (β) καταγράφονται σοβαρές παραβιάσεις υπό τις Συνθήκες της Γενεύης καθώς και 26 τύποι σοβαρών παραβιάσεων των κανόνων και εθίμων του πολέμου ξεκινώντας από την σκόπιμη στοχοποίηση πολιτών και ατόμων που δεν παίρνουν μέρος (άμεσα) στις εχθροπραξίες. Ανάμεσα σε αυτές τις διατάξεις, όπου η υιοθέτηση φαίνεται να αποτελεί μία προοδευτική εξέλιξη του δικαίου, βρίσκεται εκφρασμένο ρητά, το αδίκημα της σεξουαλικής βίας ως "Grave Breach" καθώς και η στρατολόγηση, στράτευση ή χρησιμοποίηση παιδιών κάτω από την ηλικία των 15 ετών στις εχθροπραξίες.²¹⁷

²¹³ Υιοθετήθηκε από την UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court στις 17 Ιουλίου του 1998 (UN Doc. A/Conf.183/9 (1998), 37 ILM 999 (1998))

²¹⁴ Scheffer, D.J., The United States and the International Criminal Court, 93 AJIL 12 (1999)

²¹⁵ Δίνεται η προϋπόθεση, το έγκλημα της επίθεσης (άρθρο 5,1,d) να εισέλθει στη δικαιοδοσία του δικαστηρίου όταν ορισμός του θα συμφωνηθεί από τα κράτη υπό τους όρους του άρθρου 5,2, 121 και 123 του Καταστατικού

²¹⁶ Askin, K. D., Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court, 10 Criminal Law Forum 33, 50 (1999)

²¹⁷ Άρθρα 8(2)(b) (xxii) και (xxvi)

4. Εγκλήματα κατά της Ανθρωπότητας

Τη φράση "εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας" σπάνια την έχουν επικαλεστεί πριν τον 20ο αι.. Ιχνηλατώντας την εξέλιξη αυτής της κατηγορίας αδικημάτων στην πρακτική των κρατών ανατρέχουμε πίσω μέχρι τον ΑΠΠ. Κατά τη διάρκεια αυτού του πολέμου η Γαλλία, η Μεγάλη Βρετανία και η Ρωσία εξέδωσαν κοινή διακήρυξη στις 28 Μαΐου του 1915 κατά την οποία αναγνώρισαν τις ωμότητες εναντίον των Αρμενίων στην Τουρκία ως "crimes against humanity and civilisation".²¹⁸ Η Commission on the Responsibility of the Authors of War and on Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Customs of War, που δημιουργήθηκε στην προκαταρκτική Διάσκεψη Ειρήνης του Παρισιού, εξέδωσε αναφορά το 1919 στην οποία αναφερόταν επαναλαμβανόμενα στους "laws of humanity" και πρότεινε, η παραβίαση αυτών των κανόνων να είναι αντικείμενο ποινικής δίωξης.²¹⁹ Όμως οι ΗΠΑ εξεδήλωσαν την αντίθεσή τους στην συμπερίληψη των παραβιάσεων του δικαίου της ανθρωπότητας στην Συνθήκη Ειρήνης των Βερσαλλιών, αρχικά με το επιχείρημα ότι ο χαρακτήρας της έννοιας ήταν κενός περιεχομένου και ότι στερούνταν προηγούμενου στο τότε υπάρχον δίκαιο.²²⁰ Έτσι, οι διστάμενοι των ΗΠΑ στην Επιτροπή σημείωσαν ότι "[t]he laws and principles of humanity vary with the individual, which, if for no other reason, should exclude them from consideration in a court of justice, especially one charged with the administration of criminal law".²²¹

Αν τα κράτη διατήρησαν τη διάθεση αποφυγής της αποδοχής διεθνούς, νομικού ενδιαφέροντος σχετικά με εγκλήματα που διαπράχθηκαν σε αποκλειστικά εσωτερικά πλαίσια, τα Συμμαχικά κράτη χαλάρωσαν αυτή τη θέση κατά τον ΒΠΠ. Οι Σύμμαχοι είχαν υιοθετήσει μία εντελώς παράλογη πρακτική έκδοσης διακηρύξεων, επικρίνοντας την πολιτική εξόντωσης των Εβραίων από το ναζιστικό καθεστώς στις κατεχόμενες από τους Γερμανούς περιοχές ενώ, παρέλειπαν να αναφέρουν την ίδια πρακτική σε σχέση με τους Γερμανούς Εβραίους.²²² Προς το τέλος του πολέμου

²¹⁸ Schwelb, E., Crimes Against Humanity, 23 British Yearbook of International Law 178, 181 (1946)

²¹⁹ Id 180-81

²²⁰ Id 181-82

²²¹ Bassiouni, M.C., Crimes Against Humanity in International Criminal Law, 172, (παραπομπή στην Αναφορά της Επιτροπής του 1919

²²² Schwelb, supra n. 217, 183-184

κάποιοι ηγέτες των Συμμάχων άρχισαν να μιλούν για εγκληματική δίωξη που θα κάλυπτε τις εσωτερικές αυτές κτηνωδίες. Αυτά τα συναισθήματα εκφράστηκαν στο Καταστατικό του IMT υπό τις διατάξεις σχετικά με τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας. Προσδιορίστηκαν δε, στο άρθρο 6(c) αυτού του οργάνου ως:

namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. ²²³

4.1 Αδικήματα που Συνιστούν Εγκλήματα κατά της Ανθρωπότητας

Η επικύρωση του CCL No 10 ²²⁴ σηματοδότησε το στόχο επέκτασης της λίστας εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας του IMT συμπληρώνοντας τα εγκλήματα της φυλάκισης, των βασανιστηρίων και του βιασμού. Προέβλεπε δε, ότι η λίστα των αδικημάτων θεωρούνταν ανεξάντλητη χρησιμοποιώντας στην απαρίθμηση τη φράση "including but not limited to". Φυσικά, η διάταξη του Χάρτη του IMT ήταν ελαστική αφού "άλλες απάνθρωπες πράξεις" βρίσκονταν ανάμεσα στα αδικήματα του οργάνου. Η ILC μέσα από ποικίλες επανεκδόσεις του Draft Code επεξεργάστηκε συστηματικά το κανονιστικό περιεχόμενο των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας. Το Draft Code του 1954 σχεδιάστηκε βασισμένο στενά στο Χάρτη του IMT, με μικρές τροποποιήσεις, όπως η πρόσθεση των "cultural grounds" βάση εκδίωξης. ²²⁵ Το Draft Code του 1991, αντίθετα, εξέφρασε τη σύγχρονη αλλαγή στο σκηνικό της διεθνούς νομολογίας, όπου οι σχεδιαστές απέφυγαν τον όρο "εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας" επιλέγοντας αντί αυτού μία βασικά κυρίαρχη βάση ΔτΑ. Μέχρι την υιοθέτησή του, η ILC παρακινούμενη από την υιοθέτηση των καταστατικών των ad hoc δικαστηρίων και την παράλληλη επεξεργασία, από την ILC, του καταστατικού του ICC, ο κώδικας αντιπροσώπευε μία αναβίωση του δόγματος της εποχής της

²²³ Χάρτης του IMT, 82 UNTS 284

²²⁴ "Allied Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Humanity," 20 Δεκεμβρίου 1945, Official Gazette and Control Council for Germany, No 3 Berlin, 31 January 1946 [CCL 10]. Reprinted in 1 Ferencz 488; 1 Friedman 908; Bassiouni, M.C., Crimes Against Humanity in International Criminal Law, 590

²²⁵ 1996 ILC Draft Code, supra n. 195, 93-94

Νυρεμβέργης. Ανάμεσα στις προσθήκες συγκαταλέγονται "persecution on ethnic grounds, institutionalised discrimination on racial; ethnic or religious grounds" (σχετικά με την παραβίαση θεμελιωδών ΔτΑ και ελευθεριών με αποτέλεσμα την εξαθλίωση μέρους του πληθυσμού), "arbitrary deportation or forcible transfer of population; arbitrary imprisonment; forced disappearance of persons; rape, enforced prostitution and other forms of sexual abuse; and other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity such as mutilation and severe bodily harm".²²⁶ Τα καταστατικά των ICTY και ICTR αντανakλούν μία πιο δυναμική προσέγγιση, περιλαμβάνοντας ως εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας τη δολοφονία, την εξόντωση, την υποδούλωση, την απέλαση, τη φυλάκιση, τα βασανιστήρια, το βιασμό, τις διώξεις για πολιτικούς, φυλετικούς και θρησκευτικούς λόγους καθώς και άλλες απάνθρωπες πράξεις.

Η δικαιοδοσία *ratione materiae* του καταστατικού του ICC περιλαμβάνει και ενισχύει τον πυρήνα της λίστας του IMT. Ένας αριθμός δε, αδικημάτων καθορίζονται περαιτέρω στο καταστατικό.²²⁷ Επιπροσθέτως της απαγόρευσης της απέλασης, περιλαμβάνεται και η "forcible transfer of population" (1(d)) και έτσι περικλείονται διατάξεις εσωτερικών μετακινήσεων - εκτοπίσεων. Η φυλάκιση, που συμπεριλαμβανόταν στις ερμηνείες των CCL 10, ICTY και ICTR, συμπληρώνεται με "other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental international law". Η διάταξη σχετικά με τα σεξουαλικά αδικήματα είναι πιο εκτεταμένη από ότι σε προηγούμενα όργανα, περιλαμβάνοντας το βιασμό, τη σεξουαλική δουλεία, την εξαναγκαστική πορνεία, την αναγκαστική εγκυμοσύνη, την εξαναγκαστική στέρωση ή οποιαδήποτε άλλη μορφή σεξουαλικής βίας σχετικής βαρύτητας.

Μία σημαντική και προοδευτική εξέλιξη είναι η συμπερίληψη, για πρώτη φορά σε συνθήκη των ΗΕ, της απαγόρευσης ενάντια στην εξαναγκαστική εξαφάνιση προσώπων.²²⁸ Το έγκλημα του apartheid αναγνωρίζεται επίσης, ως αδίκημα. Η λίστα χαρακτηρίζεται ως ατελείωτη με την προσθήκη "other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health". Ενώ αυτή η διάταξη είναι πιο περιοριστική από την "other

²²⁶ 1996 ILC Draft Code, supra n. 195, 83-84

²²⁷ Άρθρο 21(1)

²²⁸ Ορίζεται στο άρθρο 2 (1)

inhumane acts" φράση του IMT, είναι ωστόσο, πιο προσαρμόσιμη σε έναν ποινικό κώδικα.

Το έγκλημα της δίωξης έχει δεχθεί επεξεργασία υπό το καταστατικό του ICC. Για να αποτελεί έγκλημα κατά της ανθρωπότητας η δίωξη θα πρέπει να στοχεύει "against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender (...) or other grounds that are universally recognised as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the Jurisdiction of the Court" 1((h)). Με την συνηθισμένη του έννοια, ο όρος "εκδίωξη" ("persecution"), μπορεί να απευθύνεται σε άτομο αλλά υπό κάποια νομικά όργανα, συμπεριλαμβανομένου του Χάρτη του IMT και της Συνθήκης για τους Πρόσφυγες, η "εκδίωξη" πρέπει να κατευθύνεται σε άτομο λόγω της ταυτότητας της ομάδας του. Το καταστατικό του ICC έχει διευρύνει το target group πέρα από τις πολιτικές, φυλετικές και θρησκευτικές κατηγορίες που αναγνωρίζονται από το Χάρτη του IMT. Συνάμα αναζητά να περιορίσει τις μορφές της "εκδίωξης" με δύο τρόπους. Πρώτον, υπό την παράγραφο 2(g), η "εκδίωξη" ορίζεται ως: "the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity". Έτσι, η "εκδίωξη" έχει συνδεθεί με το δίκαιο των ΔτΑ. Δεύτερον, η "εκδίωξη" δεν στέκεται από μόνη της ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας αλλά σε συνδυασμό με κάποιο άλλο έγκλημα. Αυτό που αποτρέπει να αποτελέσει η "εκδίωξη" "merely an auxiliary offense or aggravating factor" σε άλλο έγκλημα είναι ότι παρόμοια συνδυαστικά εγκλήματα δεν είναι ανάγκη να διαπράττονται σε εκτεταμένη και συστηματική βάση όταν ενώνονται με τη εκδίωξη ενώ, όταν υπάρχουν μόνα τους χρειάζονται αυτό το ευρύ και εκτεταμένο πλαίσιο διάπραξης.²²⁹ Υπό το Χάρτη του IMT, τον CCL 10 και το Καταστατικό του ICTY, έγκλημα τύπου εκδίωξης θεωρείται μία ομάδα αδικημάτων που διαφοροποιούνται από τα εγκλήματα τύπου δολοφονίας. Η διαφορά έγκειται στην προϋπόθεση το πρώτο να έχει διαπραχθεί με πρόθεση διάκρισης ενάντια σε ένα άτομο - μέλος μίας ομάδας για να αναχθεί σε έγκλημα κατά της ανθρωπότητας. Το Καταστατικό του ICTR παρέκαμψε την τυπολογία της προϋπόθεσης και υποστήριξε οι πράξεις που καταγράφονται και όχι μόνο η "εκδίωξη" να "committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian

²²⁹ Robinson, D., Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference, 93, AJIL 54-55, 1999

population on national, political, ethnic, racial or religious grounds". Το ICTY στην απόφαση Tadic κατέληξε στο συμπέρασμα ότι παρόμοια πρόθεση διάκρισης θα απαιτούνταν και υπό το Καταστατικό του ICTY.²³⁰ Παρόλα ταύτα, βασιζόμενο στο εθνικό δίκαιο όπως επίσης και το άρθρο 5 του Καταστατικού του, το δικαστήριο απέρριψε την ερμηνεία ότι δεν χρειαζόταν πρόθεση διάκρισης για τα εγκλήματα μη εκδίωξης.²³¹ Το Καταστατικό του ICC περιορίζοντας τη διάταξη σχετικά με την πρόθεση διάκρισης στην υποπαράγραφο 1(h) στην εκδίωξη, επιβεβαιώνει ότι δεν χρειάζεται πρόθεση διάκρισης για κανένα από τα υπόλοιπα εγκλήματα. Έτσι, υπό την επικρατούσα, σύγχρονη άποψη η διάκριση είναι στοιχείο μόνο της εκδίωξης ως εγκλήματος κατά της ανθρωπότητας και όχι των άλλων παραβιάσεων που συνιστούν την κατηγορία των αδικημάτων.

4.2 Ιδιωτική Δράση

Μία σημαντική ερώτηση που προκύπτει εξετάζοντας το πλαίσιο της διεθνούς ατομικής ευθύνης, είναι αν οι αυστηρά ιδιωτικές οντότητες και φορείς μπορεί να καθίστανται υπεύθυνοι για τη διάπραξη διεθνών εγκλημάτων ή, αν τα άτομα θα πρέπει να δρουν υπό επίσημη ιδιότητα για να υφίσταται ποινική ευθύνη. Ενώ είναι θεμελιωμένο ότι συγκεκριμένα εγκλήματα όπως, η πειρατεία, η συμμετοχή στο δουλεμπόριο και η πρακτική της δουλείας, η γενοκτονία, μπορούν να διαπραχθούν από ιδιωτικούς παράγοντες δεν υπάρχει τέτοιο σαφές standard σχετικά με τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας. Ο Χάρτης του IMT προέβλεψε ότι το δικαστήριο "shall have the power to try and punish persons (...) acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organisations".²³² Το συμπέρασμα που απορρέει από αυτήν την ερμηνεία είναι ότι ενώ ένας παραβάτης δεν είναι ανάγκη να είναι κυβερνητικός αξιωματούχος, για να ικανοποιεί την προϋπόθεση να "acting in the interests" ενός κράτους, πρέπει να υπάρχει ένα συνδετικό στοιχείο ανάμεσα στην πράξη του παραβάτη και την επίσημη πολιτική. Εντούτοις, ούτε ο CCL 10, τα καταστατικά των ad hoc δικαστηρίων αλλά ούτε και το καταστατικό του ICC καθιστά ξεκάθαρη οποιαδήποτε παρόμοια απαίτηση σε κρατική συμπεριφορά. Πράγματι, το United States Military Tribunal, ενεργώντας σύμφωνα με

²³⁰ Prosecutor v. Tadic, (Opinion and Judgment), IT-94-1-T (7 May 1997) 248-50, par. 650-2

²³¹ Tadic, Judgment, id

²³² IMT Χάρτης άρθρο 6, supra n. 222

τους όρους του CCL 10. σχετικά με τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, όρισε ότι:

"International law, as much binds every citizen just as does ordinary municipal law. Acts adjudged criminal when done by an officer of the Government are criminal also when done by a private individual. The guilt differs only in magnitude, not in quality".

233

Υπογραμμίζοντας ότι ο καταλογισμός ατομικής ευθύνης είναι, χωρίς καμία προκατάληψη, ευθύνη που μπορεί να προκύψει για κάθε κράτος, η ILC στις ερμηνευτικές σημειώσεις του Draft Code του 1996 σημείωνε ότι *"it is possible, indeed likely (...) that an individual may commit a crime (...) as an "agent of the state" (...) ", " on behalf of the state", "in the name of the state" or even in a de facto relationship with the State, without being vested with any legal power"*.²³⁴ Φανερά, η ανάμειξη του κράτους τότε, αν και συνήθως παρούσα, δεν είναι επίσημη προϋπόθεση στην υπόθεση ατομικής ευθύνης για εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας.²³⁵ Ο Bassiouni προτείνει ότι *"state action or policy"* μπορεί να είναι ένα στοιχείο απαραίτητο για τα διεθνή εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας ως προς το διαχωρισμό τους από τα κοινά αδικήματα που προσδιορίζει το εσωτερικό δίκαιο.²³⁶ Ωστόσο, δεδομένων των διαπραγματεύσεων στη Ρώμη, όπου ο ορισμός που έδωσε το ICC απαιτεί μία οργανωτική πολιτική και ένα κράτος επιθετικό, το σημερινό καθεστώς του νόμου σχετικά, παραμένει διφορούμενο.

4.3 Φυσικά ή Νομικά Πρόσωπα

Ένα σχετικό ζήτημα, όχι μικρότερης σημασίας, είναι αν η ιδιωτική οντότητα, όπως μία επιχείρηση, μπορεί να θεωρηθεί ποινικά υπεύθυνη για εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας όπως τα άτομα. Στα πλαίσια συγκεκριμένων εσωτερικών δικαιοδοσιών, μία επιχείρηση μπορεί να θεωρηθεί υπεύθυνη αφού το common law για παράδειγμα, διατηρεί ευρύτερες παραμέτρους από αυτές που τηρεί το civil law,

²³³ Στο re Flick and other, United States Military Tribunal, Nuremberg, 22 December 1947, 14 International Law Reports 266, 269 (1947)

²³⁴ 1996 ILC Report, supra n.180 στην 30

²³⁵ Ratner, S., Abrams, J., Accountability for Human Rights Atrocities in International Law 88, (1998), 66-67

²³⁶ Bassiouni, supra n. 220, στην 247

για την αναγνώριση της επιχειρησιακής ποινικής ευθύνης.²³⁷ Στο ερώτημα των εγκληματικών οργανώσεων, το IMT είχε την εξουσία από το Χάρτη να ανακηρύξει συγκεκριμένες επιχειρήσεις, φορείς κλπ, ως εγκληματικές και να διώξει μέλη, άτομα, που ανήκουν σε τέτοιες ομάδες.²³⁸ Παρόμοια διάταξη ορίστηκε και από το CCL 10. Το IMT περιέγραψε μία εγκληματική οργάνωση ως "analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is cooperation for criminal purposes. There must be a group bound together and organised for a common purpose".²³⁹ Επιπροσθέτως, "the group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter".²⁴⁰ Σε αυτήν την περίπτωση, οι συγκεκριμένες ομάδες που παραπέμφθηκαν ως εγκληματικές στη Νυρεμβέργη ήταν ή επίσημες, κυβερνητικές ή στενά συνδεδεμένες ή διαπλεκόμενες με κυβερνητικές ομάδες.²⁴¹

Ανάμεσα στις δίκες που διεξήχθησαν από τα Συμμαχικά Δικαστήρια βάση του CCL 10, κάποιο προηγούμενο πραγματικά προέκυψε για να θεωρηθούν κάποιοι αξιωματούχοι, ανήκοντες σε συλλογικό φορέα, εγκληματικά υπεύθυνοι για εγκλήματα κατά του δημοσίου που διαπράχθηκαν από τον φορέα αυτόν,²⁴² ενώ εξαιρέθηκε η πιθανότητα ευθύνης εγκληματικής συμπεριφοράς της φορέα.²⁴³ Έτσι, οι αξιωματούχοι των εταιριών Farben και Krupp κρίθηκαν ένοχοι για εγκληματική συμπεριφορά. Σε άλλη μία αξιοσημείωτη υπόθεση, τη Zyklon B, ο ιδιοκτήτης και ένα στέλεχος των Tesch και Stabenow κρίθηκαν ένοχοι από Βρετανικό Στρατιωτικό Δικαστήριο με την κατηγορία ότι είχαν πουλήσει μεγάλες ποσότητες δηλητηριώδους αερίου σε Γερμανικά στρατόπεδα συγκέντρωσης με τη γνώση ότι το αέριο θα χρησιμοποιούνταν για τη διάπραξη μαζικής εξόντωσης.²⁴⁴

²³⁷ Wells, C., Corporations and Criminal Responsibility 94-116 (1993)

²³⁸ Χάρτης IMT, άρθρα 9 και 10, supra n. 222

²³⁹ IMT (Nuremberg) Judgments and Sentences, ανατύπωση 41 AJIL 251 (1947)

²⁴⁰ id

²⁴¹ Το δικαστήριο αποφάσισε ότι τα SS, η Γκεστάπο και οι ηγετικές ομάδες του κόμματος των Ναζί ήταν εγκληματικές. Ωστόσο δεν καταδίκασε άτομα για συμμετοχή σε καμία από αυτές τις ομάδες.

²⁴² Σύμφωνα με την υπόθεση Krupp, ενώ οι αξιωματούχοι, διοικητές του φορέα, μπορεί να θεωρηθούν υπεύθυνοι για τις εγκληματικές ενέργειες του οργανισμού, τα άτομα θα πρέπει να έχουν γνώση και να κατευθύνουν τις εγκληματικές πράξεις ή να επιτρέπουν τη διεξαγωγή τους. Krupp and Others, USMT at Nuremberg, 30 June 1948, 15 International Law Reports 620, 627, 1948

²⁴³ Στην απόφαση για την υπόθεση Karuch and Others, αποφασίστηκε: "the corporate defendant, Farben, is not before the bar of this tribunal and cannot be subjected to criminal penalties in these proceedings. We have used the term Farben as descriptive of the instrumentality of cohesion in the name of which the enumerated acts (...) were committed. But corporations act through individuals..." , 15 International Law Reports 668, 678 (1948)

²⁴⁴ Cowles, W. B., Trials of War Criminals, (Non Nuremberg), 42 American Journal of International

Στη Διάσκεψη του ICC υπήρξε σημαντική υποστήριξη από κάποιες αντιπροσωπίες σχετικά με την εφαρμογή της ποινικής ευθύνης σε νομικά πρόσωπα σε αντίθεση με τα φυσικά πρόσωπα. Μία συλλογική οντότητα θα πρέπει τότε να περνάει στη δικαιοδοσία του δικαστηρίου ως παράγοντας με νομική προσωπικότητα. Η Γαλλία κατέθεσε μία πρόταση σχετικά με τους όρους του Καταστατικού για τις εγκληματικές εταιρίες η οποία απορρίφθηκε για το λόγο ότι η ίδια η αρχή της εταιρικής ποινικής ευθύνης δεν αναγνωρίζεται σε μερικά εσωτερικά συστήματα και έτσι δεν υπάρχουν κοινά αποδεκτά μέσα εφαρμογής.

4.4. Η Βάση της Ιεραρχικής Διαφοροποίησης Ανάμεσα σε Εγκλήματα Πολέμου και Εγκλήματα Κατά της Ανθρωπότητας

Η αντιπαράθεση σχετικά με το αν η νομική ιεραρχία ενεργοποιείται στο διεθνές ποινικό δίκαιο έχει διατυπωθεί και προβληθεί στο ICTY, ιδιαίτερα μέσα από τις διστάμενες απόψεις των Δικαστών Shahabuddeen και Cassese. Στην υπόθεση Tadic ο κατηγορούμενος εφesiβάλλε την απόφαση της ποινής του. Ένα από τα σημεία διαμάχης ήταν αν μία πιο σκληρή ποινή θα έπρεπε να επιβληθεί σε ένα αδίκημα εγκλήματος κατά της ανθρωπότητας από εκείνη για ένα έγκλημα πολέμου, έστω κι αν η υποκείμενη συμπεριφορά ήταν παρεμφερής. Σε άλλη υπόθεση, οι δικαστές είχαν υποστηρίξει ότι τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας per se ήταν πιο σοβαρά από τα εγκλήματα πολέμου.²⁴⁵ Στην υπόθεση Erdemovic, οι δικαστές McDonald και Vohrah παρέθεσαν την παρακάτω πρόταση:

*It is on their very nature that crimes against humanity differ in principle from war crimes. Whilst rules proscribing war crimes address the criminal conduct of a perpetrator towards an immediate protected object, rules proscribing crimes against humanities address the perpetrator's conduct not only towards the immediate victim but also towards the whole of humankind.*²⁴⁶

Στην έφεση για την ποινή στην υπόθεση Tadic, το Εφετείο απέρριψε την προσέγγιση

Law 299, 317-18, 1948

²⁴⁵ Prosecutor v. Tadic, Sentencing Judgment, IT-94-1-T, 14 July 1997, 38, παράγρ.73

²⁴⁶ Prosecutor v. Erdemovic Judgment, Appeals Chamber, IT-96-22-A στην 17, παράγρ. 21

ότι "there is in law no distinction between the seriousness of a crime against humanity and than of a war crime".²⁴⁷ Σε διαφορετική άποψη, ο δικαστής Shahabuddeen, έθεσε τη δική του άποψη αναφορικά με το λόγο για τον οποίο αυτό το συμπέρασμα θεωρήθηκε εύλογο. Σημείωσε, ότι τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας δεν είναι σαφώς πιο σοβαρά από τα εγκλήματα πολέμου. Οι πράξεις που αποτελούν εγκλήματα πολέμου μπορούν υπό κάποιες συνθήκες να δημιουργήσουν σοβαρότερες συνέπειες από κάποια εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας. Σε κάθε περίπτωση, ένα έγκλημα μπορεί να αποδειχθεί ως πιο σοβαρό "ουσιωδώς", αλλά δεν είναι απαραίτητα πιο σοβαρό "δικαστικά" ή "νομικά". Στην αποδοχή της κατηγορίας των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας, η διεθνής κοινότητα σκόπευε να γεμίσει ένα κενό, με το να καταστήσει διεθνώς την εγκληματική συμπεριφορά εκτός της ομπρέλας των εγκλημάτων πολέμου, αλλά όχι απαραίτητα να δημιουργήσει μία πιο κρίσιμη κατηγορία εγκλημάτων. Ακόμα κι αν ένα ειδικό κοινωνικό ενδιαφέρον θα μπορούσε να προστατευτεί από τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, το γεγονός ότι προστατεύονται διαφορετικά ενδιαφέροντα από τις δύο κατηγορίες υποδηλώνει ότι κάθε ένα από αυτά τα συμφέροντα είναι πιο επιτακτικά.²⁴⁸

Ο δικαστής Cassesse, αντιθέτως, επικεντρώθηκε στα στοιχεία των εν λόγω εγκλημάτων για να φτάσει σε αντίθετο αποτέλεσμα. Επιπροσθέτως του *actus reus* ενός εγκλήματος, όπως είναι η πράξη του παραβάτη, πρέπει να λάβουμε υπόψη το στοιχείο *mens rea*, όχι λιγότερο σημαντικό στοιχείο του αδικήματος. Για να είναι κάποιος υπόλογος για ένα έγκλημα κατά της ανθρωπότητας, πρέπει να γνωρίζει ότι η πράξη του, ένας φόνος για παράδειγμα, είναι μέρος μίας εκτεταμένης και συστηματικής πρακτικής κι έτσι συνιστά "system criminality as opposed to just individual criminality".²⁴⁹

Clearly, the reaction of the international community to such a crime must be more severe than in cases where the same conduct attributed to the accused amounts to a war crime. For, if classified as a crime against humanity, murder possesses an objective of greater magnitude and reveals in the perpetrator a subjective frame of mind which may imperil fundamental values of the international community to a

²⁴⁷ Prosecutor v. Tadic Judgments in Sentencing Appeals, 26 January 2000, παράγ. 69

²⁴⁸ Id, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen

²⁴⁹ Id, Separate Opinion of Judge Cassesse, παράγ. 14

*greater extent that in the case where that offence should instead be labelled as a war crime.*²⁵⁰

Οι δικαστές του ICTY στην εφετική απόφαση για την ποινή, στην υπόθεση Tadic, συνέκριναν τις δύο κατηγορίες κανόνων. Στο πλαίσιο αυτό, αυτό που πρέπει να εκτιμηθεί είναι η πράξη που έχει διαπράξει ο κατηγορούμενος ανεξαρτήτως κατηγορίας στην οποία ανήκει. Η κανονιστική ποιότητα των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας θα είχε σαφώς ενισχυθεί αν η πλειοψηφία κατά τη έφεση υιοθετούσε την άποψη του δικαστή Cassesse, ή αυτή των δικαστών McDonald και Vohrah όπως αυτές εξεφράσθησαν στην υπόθεση Erdemovic και απέδειξαν απερίφραστα ότι τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας είναι *per se* πιο σοβαρά από τα εγκλήματα πολέμου. Εντούτοις, ακόμα κι αν δεχθούμε την απουσία διαφοράς στις κατηγορίες για σκοπούς απονομής ποινής, δεν συνεπάγεται ότι τα εγκλήματα πολέμου και τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας είναι κανονιστικά όμοια. Η παρατήρηση του δικαστή Cassesse ότι ένα έγκλημα το οποίο είναι μέρος μίας δραστηριότητας εκτενούς και συστηματικής κλίμακας είναι σαφώς πιο σοβαρή επίθεση στις αξίες της κοινότητας θα πρέπει να υιοθετηθεί. Επιπλέον, υπάρχει η τοποθέτηση σχετικά με την εκτίμηση για την πολιτική, των δικαστών McDonald και Vohrah, ότι τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας αφορούν όχι μόνο άτομα ως θύματα αλλά και την ανθρωπότητα στο σύνολό της. Όπως ειπώθηκε παραπάνω, οι ατομικές υποχρεώσεις σχετικά με τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας σε διαχωρισμό από τα εγκλήματα πολέμου, είναι αναγκαστικές ώστε να έχουν αποκτήσει το καθεστώς του διεθνούς εγκλήματος ακόμα και στο εσωτερικό δίκαιο με παρόν ή όχι το στοιχείο της ένοπλης σύγκρουσης.

5. Άλλα Διεθνή Εγκλήματα

5.1 Γενοκτονία

Η Γενοκτονία, ενώ συνιστά έγκλημα κατά της ανθρωπότητας,²⁵¹ έχει ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που την ξεχωρίζουν από άλλα εγκλήματα αυτής της τάξης. Ο όρος

²⁵⁰ Id, παράγ. 15

²⁵¹ Dinstein, Y., Crimes Against Humanity, στο Makarczyk, ed., Theory in International Law at the Threshold of the 21st Century 891, 896-901 (1996)

γενοκτονία, ήταν απών μέχρι το 1944, οπότε και επινοήθηκε από τον R. Lemkin σε αντίδραση στη σχεδόν ολοκληρωτική καταστροφή του Εβραϊκού πληθυσμού της Ευρώπης στο ΒΠΠ. ²⁵² Ενώ η γενοκτονία *per se* ήταν απύσχα από τα αδικήματα τα οποία απαριθμήθηκαν στα Χάρτη του ΙΜΤ και την απόφαση του δικαστηρίου, η δίωξη στη Νυρεμβέργη αναφέρθηκε, ωστόσο, στη γενοκτονία στο κατηγορητήριο. Το 1946 η ΓΣ των ΗΕ ανακήρυξε τη γενοκτονία έγκλημα υπό το διεθνές δίκαιο. ²⁵³ Η Συνθήκη για τη Γενοκτονία που υιοθετήθηκε το 1948, επανέλαβε αυτήν την διακήρυξη ²⁵⁴ και όρισε τη γενοκτονία ως:

...genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;*
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.* ²⁵⁵

Παρά τους περιορισμούς, αυτός ο ορισμός έχει αποδειχτεί ανθεκτικός, έχοντας ενσωματωθεί *verbatim* στα καταστατικά των ICTY, ICTR και ICC. Μία παράλειψη συγκεκριμένα έχει αποδειχτεί ουσιαστικό εμπόδιο στην εντύπωση συγκεκριμένων περιστατικών μαζικών θανατώσεων ως γενοκτονία. Ο ορισμός αποτυγχάνει να συμπεριλάβει τις πολιτικές ομάδες ανάμεσα στην κατάταξη των θυμάτων αν και αυτή η τάξη έχει αναφερθεί στην απόφαση της ΓΣ 96 (Ι).

Η γενοκτονία έχει ένα μοναδικό χαρακτηριστικό ανάμεσα στα διεθνή εγκλήματα. Όχι μόνο η διάπραξη της γενοκτονίας ενέχει ατομική ποινική ευθύνη υπό τη Συνθήκη αλλά, επίσης, το αδίκημα της συννομωσίας για τη διάπραξη γενοκτονίας, η άμεση και δημόσια υποκίνηση διάπραξης, η απόπειρα διάπραξης γενοκτονίας καθώς και η συνέργεια στη γενοκτονία.

²⁵² Lemkin, R., *Genocide as a Crime under International Law*, 41 AJIL 145, (1947)

²⁵³ Απόφαση της ΓΣ των ΗΕ 96 (Ι), 11 Δεκεμβρίου 1996, UN Doc. A/64/Add. 1 στην 188-89 (1946)

²⁵⁴ Άρθρο Ι, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Δεκέμβριος 9, 1948, 78 UNTS 277

Λίγο αργότερα από την υιοθέτηση της Συνθήκης της Γενοκτονίας, το ICJ αναγνώρισε ότι η γενοκτονία απαγορεύεται από το εθιμικό δίκαιο.²⁵⁶ Το γενικό πλαίσιο της γενοκτονίας υπό την Συνθήκη είναι ευρύ. Μπορεί να διαπραχθεί στα πλαίσια πολέμου ή ειρήνης (άρθρο I), εμφύλιας ή διεθνούς σύγκρουσης. Εντούτοις, σε αντιδιαστολή με τις Συνθήκες της Γενεύης του 1949, τα κράτη μέλη δεν έχουν συμβατική υποχρέωση να διώξουν ή να εκδώσουν ένας ύποπτος γενοκτονίας αλλά, αυτά τα άτομα τα οποία έχουν κατηγορηθεί για παράνομες πράξεις υπό τη Συνθήκη για τη Γενοκτονία Πρέπει να " tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction".²⁵⁷ Αυτή η διάταξη επιτρέπει την ανεκτική και όχι την αναγκαστική δικαιοδοσία. Στην υπόθεση Eichmann, το Ισραηλινό Περιφερειακό Δικαστήριο αποφάσισε ότι η οικουμενική δικαιοδοσία ίσχυε για το έγκλημα της γενοκτονίας²⁵⁸ και αντίστοιχη υποστήριξη σε αυτήν την πρόταση έχει αποδοθεί από την επικείμενη βιβλιογραφία και νομολογία.

Το 1998, το ICTR, διεξήγαγε την πρώτη διεθνή δίκη ατόμου με την κατηγορία της γενοκτονίας.²⁵⁹ Το δικαστήριο κατέληξε ότι η εθνότητα των Τούτσι, που συνιστούσε τον πληθυσμό-θύμα, δεν ήταν μία ομάδα ξεχωριστή από αυτήν των Χούτου στην οποία ανήκαν οι περισσότεροι των κατηγορουμένων. Αυτό που ήταν αντίθετα κρίσιμο για τους δικαστές ήταν η επικράτηση μίας κοινά αντιληπτής διαφοράς ανάμεσα στις ομάδες, αποτέλεσμα της οποίας ήταν να θεωρούνται "distinct stable permanent group".²⁶⁰

5.2 Δουλεία

Έχουμε συζητήσει το έγκλημα της δουλείας αναφορικά με την ευθύνη των κρατών.

²⁵⁵ id άρθρο II

²⁵⁶ Reservations to the Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1951, ICJ Reports, 15,23

²⁵⁷ Συνθήκη για τη Γενοκτονία, άρθρο VI

²⁵⁸ Γενικός Εισαγγελέας στην υπόθεση Israel v. Eichmann, 36 ILR 18, 39 (Isr. Dist.Ct. - Jerusalem 1961

²⁵⁹ Prosecutor v. Akayesu, ICTR -96-4-T (1998)

²⁶⁰ id 196

Σε αυτό το πλαίσιο η ILC έχει προτείνει η δουλεία να αποτελεί διεθνές έγκλημα για το σκοπό της ευθύνης των κρατών. Πράγματι, η δουλεία ήταν ένα από τα πρώτα αναγνωρισμένα διεθνή εγκλήματα που σχετίζονται με τα ΔτΑ. Οι διεθνείς ποινικές επιπτώσεις της δουλείας έχουν αναγνωριστεί από το 1815 με την επικύρωση της Declaration Relevant to the Universal Abolition η οποία αναγνωρίζει το καθήκον των μερών να διώξουν και να τιμωρήσουν τους συμμετέχοντες στο εμπόριο δούλων.²⁶¹ Όλο και περισσότερες συνθήκες με παρόμοια αποτελέσματα υπογράφηκαν ανάμεσα σε πολλές ευρωπαϊκές δυνάμεις το 19ο αιώνα²⁶² και μία βασική συνθήκη με στόχο την πρόληψη και τη καταστολή του δουλεμπορίου αλλά και την απαγόρευση της δουλείας που τελικά υιοθετήθηκε συμβατικά το 1926.²⁶³ Η Συμπληρωματική Συνθήκη για την Απαγόρευση της Δουλείας του 1956²⁶⁴ διέκρινε τον ορισμό της δουλείας και περιέλαβε σχετικές πρακτικές όπως, debt bondage, serfdom και την πώληση γυναικών για γάμο χωρίς τη συγκατάθεσή τους. Αυτή η Συνθήκη διακήρυξε ότι "[t]he act of enslaving another person or of including another person to give himself or a person dependant upon him into slavery" θα είναι ποινικό αδίκημα υπό το εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών.²⁶⁵ Επιπροσθέτως, ακόμα και τα αδικήματα της απόπειρας και συνέργειας θεωρούνται ποινικές πράξεις βάση αυτής της διάταξης.

Στα πλαίσια της ευθύνης των κρατών, παρά την αποδοχή από τα κράτη της ποινικοποίησης της δουλείας, οι συνθήκες οι οποίες απαγορεύουν την πρακτική της δουλείας δεν έχουν αυξήσει τις διαδικασίες εφαρμογής και σίγουρα όχι στην ποινική σφαίρα. Πολλές de facto πρακτικές βρίσκονται εκτός πεδίου συνθηκών. Υπό το Καταστατικό του ICC δε, η δουλεία αναγνωρίζεται μόνο ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας και όχι ως ανεξάρτητο αδίκημα.²⁶⁶ Έτσι, μία πράξη δουλείας ως εκτεταμένη και συστηματική πρακτική θα υπέπιπτε υπό τη δικαιοδοσία του ICC ενώ, ένα μεμονωμένο περιστατικό θα εξαιρείτο.

²⁶¹ Bassiouni, M.C., Enslavement as an International Crime, 23 New York Journal of International Law and Politics 445, 459-60, 1991

²⁶² id

²⁶³ Συνθήκη για την Καταστολή του Δουλεμπορίου και της Δουλείας, 25 Σεπτεμβρίου 1926, 60 UNTS 253

²⁶⁴ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, Ecosoc Res 608 (XXI) 30 April 1956, 266 UNTS 3, 1957

²⁶⁵ id άρθρο 6 (I)

²⁶⁶ Καταστατικό ΔΠΑ, άρθρο 7(I) (c)

5.3 Βασανιστήρια

Τα βασανιστήρια βρίσκονται ανάμεσα σε αυτές τις ποινικές πράξεις που μπορούν υπό κατάλληλες συνθήκες να αποτελέσουν έγκλημα πολέμου ή έγκλημα κατά της ανθρωπότητας. Τα βασανιστήρια δικαιολογούν ξεχωριστή αναφορά έχοντας υπάρξει το αντικείμενο ειδικής νομικής μεταχείρισης. Μία πράξη βασανισμού, έστω κι αν διαπράττεται κατά τη διάρκεια πολέμου ή ειρήνης, συνιστά έγκλημα υπό το ΔΔ. Δεν υπάρχει απαίτηση ύπαρξης καθεστώτος διεθνούς σύγκρουσης ή οι πράξεις βασανισμού να αποτελούν μέρος εκτεταμένου και συστηματικού σχεδίου επιθέσεων, συνθήκες που μπορεί να αποτελούν το πλαίσιο εγκλήματος πολέμου ή κατά της ανθρωπότητας. Η διεθνής εγκληματικότητα σχετικά με τα βασανιστήρια έχει τη γένεσή της στο δίκαιο ΔτΑ παρά στο ΔΑΔ. Και η Διακήρυξη της ΓΣ των ΗΕ του 1975 για τα Βασανιστήρια ²⁶⁷ και η Συνθήκη του 1984 Ενάντια στα Βασανιστήρια και Άλλη Σκληρή, Απάνθρωπη και Βασανιστική Μεταχείριση και Τιμωρία ²⁶⁸ αναγνωρίζουν τα βασανιστήρια ως απαρέγκλιτο δικαίωμα και έγκλημα. Υπό τη Συνθήκη για τα Βασανιστήρια, άρθρο 4(1): "Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture". Άλλο ένα μοναδικό χαρακτηριστικό του εγκλήματος των βασανιστηρίων είναι ότι οι παραβάτες είναι υποκείμενα υποχρεωτικής διεθνούς δικαιοδοσίας. Υπό τα άρθρα 5 και 8 της Συνθήκης των Βασανιστηρίων τα κράτη μέλη είναι υποχρεωμένα να αποδεχτούν αυτή τη δικαιοδοσία ή ένα μηχανισμό έκδοσης κατηγορουμένων.

Τα βασανιστήρια όπως και η δουλεία δεν περιλαμβάνονται στο Καταστατικό του ICC ως ανεξάρτητο έγκλημα. Εντούτοις, εμφανίζεται σε αριθμό παραλλαγών είτε ως έγκλημα κατά της ανθρωπότητας ή έγκλημα πολέμου. ²⁶⁹ Η υπόθεση Pinochet

²⁶⁷ Άρθρο 7, Declaration on the Protection of all Persons from being subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, GA Res 4352 (XXX); UN GAOR 30th Sess., Supp. No. 34, 91; UN Doc. A/10034 (1975); UN Human Rights - A Compilation of International Instruments, ST/AR/1/Rev. 5 (Vol.I/ Part 1) 290 1994

²⁶⁸ GA Res. 39/46 10 December 1984, UN Doc. A/39/51 (1984)

²⁶⁹ ICC, supra, άρθρο 7(f) (έγκλημα κατά της ανθρωπότητας), άρθρο 8 (2) (a) (ii) (1949 Geneva Grave Brach War Crime), art. 8 (2) (c) (i) (war crime in non international armed conflict), sexual violence 7(1) (g), 8 (2) (b) (xii), 8 (2) (d) (vi), causing great suffering or serious injury to body or health art. 8 (2) (a) (iii), humiliating and degrading treatment that may fall short of torture art. 8(2) (b) (xxi), 8 (2) (c) (ii)

διευκρίνισε το σημαντικό έρεισμα της απαγόρευσης των βασανιστηρίων και την εγκληματική ευθύνη που απορρέει.. Οι Βρετανοί Law Lords αποφάσισαν ότι το άρθρο 4 (1) της Συνθήκης των Βασανιστηρίων όρισε ότι υπήρχε δικαιοδοσία σχετικά με το δόγμα της ανοσίας του αρχηγού κράτους ακόμα και για μία πράξη βασανιστηρίων. Αυτή η απόφαση εκδόθηκε από ένα προσεκτικό νομικά θεσμό σε μία ατμόσφαιρα δυνατών πολιτικών πιέσεων για υιοθετήσει και να υποστηρίξει μία αντίθετη άποψη.

6. Συμπεράσματα

Η προηγούμενη παρουσίαση του διεθνούς καθεστώτος ατομικής ποινικής ευθύνης αποκαλύπτει ένα ιεραρχικό σχήμα που υπογραμμίζει τη θετική, θεμελιωμένη διατύπωση κανόνων. Διακρίνοντας τις κανονιστικές προτεραιότητες που υιοθετήθηκαν από τους βασικούς διεθνείς παίκτες, αναγνωρίσαμε αυτές τις παραβιάσεις που διαχωρίστηκαν για απόδοση ποινικών κυρώσεων. Το γεγονός ότι τέτοιες παραβιάσεις υποχρέωσεων ενέχουν ατομική ποινική ευθύνη εξ αρχής τις διαχωρίζει από άλλες αδικηματικές πράξεις που γεννούν ατομική ή κρατική ευθύνη. Έπειτα κατηγοριοποιήσαμε αυτούς τους κανόνες με αναφορά την έκταση την οποία οι διεθνείς παίκτες έχουν αποφασίσει να επιτρέψουν τη διεθνοποίηση των ποινικών κανόνων για να αντιμετωπίσουν πιθανή σύγκρουση κρατικών συμφερόντων. Μόνο οι κανόνες υψηλής σημασίας μπορούν να παραβιάσουν τα εμπόδια μεταξύ διεθνούς ένοπλης σύγκρουσης και εσωτερικής και καθεστώτων πολέμου από ειρήνης. Έτσι οργανώσαμε ιεραρχικά τα αδικήματα που επισύρουν ποινική ευθύνη από την άποψη της εφαρμογής των κανόνων, η παραβίαση της οποίας δημιουργεί αυτήν την ευθύνη. Οι κανόνες που διέπουν τη διεξαγωγή διεθνούς και εσωτερικής ένοπλης σύγκρουσης προσλαμβάνουν ανώτερη θέση ιεραρχικά από εκείνους που εφαρμόζονται στη διεθνή ένοπλη σύγκρουση αποκλειστικά. Οι κανόνες που εφαρμόζονται σε καιρό ειρήνης και περιπτώσεις ένοπλης σύγκρουσης, είναι τοποθετημένοι ακόμα υψηλότερα ενώ, εμφανίζονται κοντά στην κορυφή, οι κανόνες που ενέχουν ποινική ευθύνη ακόμα και στην απουσία μη εκπλήρωσης υποχρέωσης σε εκτεταμένη ή συστηματική κλίμακα. Θεωρώντας ότι τα κράτη διαμορφώνουν τους διεθνείς κανόνες σε έναν συνεκτικό τρόπο, το γεγονός ότι οι δραστηριότητες που είναι παράνομες όταν διαπράττονται στα πλαίσια διεθνούς ένοπλης σύγκρουσης είναι νόμιμες, ή τουλάχιστον όχι εγκληματικές, σηματοδοτεί μία ελαστική υποχρέωση στους κανόνες. Αυτός ο

κανόνας δεν είναι επιτακτικός αρκετά για να διαταράξει την αρχή της κυριαρχίας η οποία έχει παραδοσιακά προστατεύσει τα κράτη και τους πολίτες από το διεθνή ποινικό έλεγχο. Από την άλλη πλευρά ανήκουν οι ποινικοί κανόνες που εφαρμόζονται άσχετα από την ύπαρξη ένοπλης σύγκρουσης. Αυτοί οι κανόνες ξεπερνούν τις αρχικές μορφές του ΔΑΔ και συμπίπτουν με το δίκαιο των ΔτΑ επιβάλλοντας την υπόστασή τους σε τομείς που ανήκαν στην κρατική ευθύνη.

Υπάρχουν φυσικά περιορισμοί σε αυτή τη μεθοδολογία ταξινόμησης. Κάποιοι αναγκαστικοί κανόνες για μία κατάσταση μπορεί να είναι άσχετοι σε μία άλλη. Σε αυτές τις περιστάσεις μπορεί να λείπει μία κατάλληλη βάση για σύγκριση. Για παράδειγμα, είναι πιθανό η απαγόρευση της δολοφονίας αντίπαλου μαχητή ύπουλα να είναι όσο σημαντική όσο το έγκλημα κατά της ανθρωπότητας του διωγμού για θρησκευτικούς λόγους. Αλλά ο λόγος για τον οποίο ο πρώτος δεν εφαρμόζεται σε καιρό ειρήνης δεν απορρέει από σχετική ασήμαντότητα αλλά γιατί η δραστηριότητα σχετίζεται με μία κατάσταση εγγενή σε ένοπλη σύγκρουση. Οι κανόνες του ΔΔ, συμπεριλαμβανομένων και αυτών που ενέχουν ποινικές προεκτάσεις, έχουν αναπτυχθεί ιστορικά και όχι με ένα μονολιθικό σχέδιο αλλά, μιας και οι ίδιοι οι κανόνες έχουν αποκτήσει ένα ενισχυμένο καθεστώς που έχει ισχυροποιηθεί μέσω της δυναμικής της διεθνούς νομικής πρακτικής, τείνουν να επιτύχουν καθεστώς *gravitas* η οποία απολήγει στα κράτη με τη μορφή προσταγών αναγκαστικής πολιτικής.

Η υποχρέωση αυτής της διαδικασίας αντανακλάται στην έντονη δραστηριότητα από πλευράς εξελίξεων στα τέλη της δεκαετίας του 1990. Οι αρχές της Νυρεμβέργης αναβίωσαν με την ίδρυση των *ad hoc* διεθνών ποινικών δικαστηρίων. Οι ποινικοί κανόνες τους οποίους σπάνια επικαλέστηκαν, όπως αυτοί η παραβίαση των οποίων αποτελούν εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, αναδύθηκαν και βρήκαν λειτουργία. Ξαφνικά τα κράτη και οι άλλοι διεθνείς παίχτες έχουν υποχρεωθεί να δώσουν προσοχή στα διεθνή εγκλήματα. Αρχηγοί οι οποίοι είχαν υποθέσει ότι οποιεσδήποτε παράνομες πράξεις θα καλύπτονταν από την κρατική ασυλία συνειδητοποίησαν ότι θα κλιθούν να δώσουν λόγο για οποιαδήποτε παράνομη συμπεριφορά. Τα κράτη έχουν γίνει πρόθυμα να εφαρμόσουν, σε διεθνές επίπεδο, συγκεκριμένους διεθνείς κανόνες και standards, ακόμα και σε σχέση με καταστάσεις όπου εγκληματικές πράξεις έχουν περιοριστεί εδαφικά σε εθνικό σκηνικό ή όπου το ανθρωπιστικό ενδιαφέρον που υπαγορεύεται από μεγάλης κλίμακας ένοπλη σύγκρουση δεν έχει

καλυφθεί. Το έγκλημα των βασανιστηρίων έχει φτάσει σε επίπεδο όπου ο διαπράττων το έγκλημα, ακόμα και πρώην αρχηγός κράτους, μπορεί να διωχθεί εκτός της χώρας του/της για μία εγκληματική πράξη.

Β' Μέρος

ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΕΣ ΣΚΕΨΕΙΣ ΚΑΙ ΕΚΤΙΜΗΣΕΙΣ

Η ΠΡΟΣΠΑΘΕΙΑ ΑΝΕΓΕΡΣΗΣ ΜΙΑΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΙΚΗΣ,
ΚΑΘΕΤΗΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΠΙΛΕΓΜΕΝΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ:
Η ΑΝΑΓΚΗ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΤΑΞΗΣ.

1. Επιλογικά

Στα προηγούμενα κεφάλαια σκιαγραφήσαμε την εξέλιξη και το περιεχόμενο τεσσάρων κατηγοριών διεθνών κανόνων: *jus cogens*, απαρέγκλιτα ΔτΑ, υποχρεώσεις *erga omnes*, κρατική και ατομική ποινική ευθύνη. Κάθε μία από αυτές τις κατηγορίες συνιστά ξεχωριστή κατασκευή από άποψη ύλης αλλά και διαδικαστικά. Μαζί προσφέρουν καθοδήγηση προς μία προσπάθεια ανέγερσης μίας συστηματικής κάθετης κατηγοριοποίησης επιλεγμένων κανόνων από τους διεθνείς νομοθέτες. Πρωταρχικά, ερευνήθηκαν οι νομικές βάσεις και η ανάπτυξη αυτών των κατηγοριών κι έπειτα έγινε μία αναγνώριση των ειδικών ΔτΑ και των κανόνων του ΔΑΔ που εμπεριέχουν, με στόχο την παράθεση αυτών που τους έχει αποδοθεί ένα εμφανές μέτρο υψηλής κανονιστικότητας.

Ως αρχικό τόλμημα θεωρήσαμε απαραίτητο να δώσουμε ένα σκεπτικό για την υπόθεση που κάναμε ότι η ιεραρχία είναι πιθανή, ακόμα και απαραίτητη, προϋπόθεση διεθνούς νομικής κανονιστικότητας. Προτείναμε ότι η δύναμη κάθε κανόνα στο ΔΔ εξαρτάται σημαντικά από την ανάλογη δύναμη της υποχρέωσης που έχουν αναλάβει τα κράτη σχετικά με το σεβασμό αυτού του κανόνα, δεδομένου ότι η υποχρέωση είναι θεμελιώδες στοιχείο του ΔΔ. Εντούτοις, τα συστατικά υποκείμενα της διεθνούς κοινωνίας, στη θεμελίωση της προσταγής των υποχρεώσεων, έχουν αναγκαστικά ενστερνιστεί μία ετερογενή μορφή νομολογίας, ιδεολογίας και πολιτικής φιλοσοφίας. Η προσπάθεια να αναγνωρίσουμε οποιαδήποτε ομοιόμορφη η παγκόσμια βάση για την υποχρέωση που διατρέχει τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της είναι μία δονκιχωτική άσκηση. Στην θετικιστική παράδοση, η συναίνεση έχει αναγνωριστεί ως

η πρωταρχική βάση της διεθνούς υποχρέωσης. Πολλοί ερευνητές έχουν περιορίσει τα ερωτήματα σχετικά με την υποχρέωση σε λειτουργικούς όρους και απλά συμπεραίνουν ότι η υποχρέωση είναι έμφυτα απαραίτητη για τη βιωσιμότητα της κοινωνίας των κρατών και τη λειτουργία της διεθνούς νομικής τάξης. Χρησιμοποιώντας αυτά τα δεδομένα και υποθέτοντας ότι ένας κανόνας δημιουργείται ως νόμιμος, αποδεκτός και τοποθετείται στη δεσμευτική πλευρά του συνόλου, η δύναμή του μπορεί να κριθεί περαιτέρω από την σημασία που του έχει αποδοθεί από τους αποδέκτες.

Από αυτό το σημείο ξεκινά και η έρευνά μας. Επικεντρωθήκαμε στα ΔτΑ και τους ανθρωπιστικούς κανόνες που είναι αδιαπραγμάτευτου νομικού χαρακτήρα και ψηλά, στο φάσμα των υποχρεώσεων. Οι κανόνες *jus cogens*, ή αναγκαστικοί κανόνες, ενώ έχουν στενά εννοιολογικά προηγούμενα, είναι *per se* μία σχετικά πρόσφατη σύλληψη των μέσων του 20ου αιώνα. Ο ορισμός του *jus cogens* ως κανόνα "accepted and recognised by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted" παραμένει το ευρέως αναγνωρισμένο σημείο εκκίνησης οποιασδήποτε έρευνας επί του ζητήματος. Εντούτοις, ο ορισμός από μόνος του είναι ουσιαστικά ταυτολογικός και ανεπαρκής προς καθοδήγηση σχετικά με τον καθ' ύλην προσδιορισμό του *jus cogens*. Η συσσωρευμένη νομική έρευνα και η πρακτική των κρατών ξεκαθάρισαν ότι το *jus cogens* δεν περιορίζεται στις συμβατικές υποχρεώσεις αλλά πρέπει να διευθύνει τη συμπεριφορά των κρατών συμπεριλαμβανομένης της δημιουργίας του εθιμικού δικαίου και τη διάπραξη μονομερών ενεργειών. Υπό τη θετικιστική αντίληψη ένας κανόνας μπορεί να λάβει το καθεστώς του *jus cogens* μόνο όταν υπάρχει *consensus* ή συμφωνία ανάμεσα στα κράτη σχετικά με την ύπαρξη του κανόνα και του αναγκαστικού του χαρακτήρα. Οι κανόνες *jus cogens* μπορεί να εκπορευτούν από συνθήκη ή έθιμο, αν και οι δύο πηγές παρεμποδίζονται από συγκεκριμένες εννοιολογικές δυσκολίες αλλά και από πρακτικούς περιορισμούς αναφορικά με την ικανότητά τους να ικανοποιήσουν αυτό το επιτακτικό καθεστώς.

Επίσης ερευνήσαμε τους απαρέγκλιτους συμβατικούς κανόνες και ως ιεραρχική κατηγορία και ως σημείο κατάταξης της αναγνώρισης της ύλης *jus cogens* των ΔτΑ. Δεδομένου ότι οι αντίστοιχοι ορισμοί απαρέγκλιτων δικαιωμάτων και *jus cogens* στενά παραλληλίζουν ο ένας τον άλλο, σε μία αρχική ματιά, οι δύο έννοιες φαίνεται να διασυνδέονται. Υπό το ICCPR καθώς και την Ευρωπαϊκή και Αμερικανική

περιφερειακές συνθήκες ΔτΑ, τα κράτη μπορούν να λάβουν μέτρα που παρεκκλίνουν από συγκεκριμένες υποχρεώσεις τους, αντικείμενο πολλών παραγόντων, οι πιο σημαντικοί από τους οποίους είναι αυτοί της αναλογικότητας, της αναγκαιότητας και τη μη διάκρισης. Συγκεκριμένα δικαιώματα, ωστόσο, καθορίζονται σε αυτά τα όργανα ως απαρέγκλιτα ακόμα και κατά τη διάρκεια καταστάσεων εκτάκτου ανάγκης.

Αναγνωρίζουμε τρεις παράγοντες που αποδεικνύουν την μη παρέκκλιση προβληματική ως πηγή ανώτερης κανονιστικότητας. Πρώτον, η ικανότητα ενός κράτους να παρεκκλίνει από τις υποχρεώσεις του ΔτΑ είναι τόσο ανοιχτά διαγραμμένη ώστε να καθιστά το λειτουργικό διαχωρισμό ανάμεσα στα απαρέγκλιτα και μη δικαιώματα υπερβολικά στενή. Δεύτερον, όσο κι αν επιδιώχθηκε ένας διαχωρισμός ανάμεσα στις δύο κατηγορίες στα γενικά όργανα ΔτΑ, ωστόσο οι δημιουργοί τους συνέλαβαν δύο τελείως ξεχωριστές βάσεις που υπογραμμίζουν αυτόν τον διαχωρισμό βασιζόμενοι στο περιεχόμενο του εν λόγω δικαιώματος. Συγκεκριμένα τα απαρέγκλιτα δικαιώματα αποκομίζουν το καθεστώς τους από συλλογισμούς δομημένους επάνω στην αξία ή τη σημασία του κανόνα ενώ, για άλλους, παρέκκλιση από τον κανόνα δεν θα μπορούσε ποτέ να σχετίζεται με καταστάσεις εκτάκτου ανάγκης. Τέλος, συγκεκριμένα δικαιώματα, όπως κάποια δικαιώματα των μειονοτήτων, μπορεί να θεωρούνται απαρέγκλιτα επαγωγικά, ακόμα κι αν δεν καθορίζονται ως απαρέγκλιτα ρητά υπό τις διεθνείς συνθήκες. Συνολικά, τα απαρέγκλιτα δικαιώματα είναι και υπέρ και υπό περιεκτικά ως η πρωταρχική πηγή κανονιστικής ιεραρχίας.

Για τους προαναφερόμενους λόγους, τα απαρέγκλιτα δικαιώματα δεν θα πρέπει να θεωρούνται ότι έχουν τα ίδια πλαίσια με τα δικαιώματα *jus cogens*. Εντούτοις, κάποια από τα απαρέγκλιτα δικαιώματα θα ήταν ισχυροί υποψήφιοι *jus cogens*. Αυτά τα δικαιώματα είναι υποσύνολα συμβατικών δικαιωμάτων για τα οποία η θεμελιώδης σημασία δημιουργεί τη βάση της μη παρέκκλισης και δικαιώματα που θεωρούνται απαρέγκλιτα επαγωγικά. Έτσι, τα δικαιώματα που είναι κοινά απαρέγκλιτα υπό τις γενικές συνθήκες και έχουν το καθεστώς *jus cogens* είναι: το δικαίωμα στη ζωή, της ελευθερίας από τα βασανιστήρια και την απάνθρωπη ή ταπεινωτική μεταχείριση ή τιμωρία, ελευθερία από τη δουλεία και ελευθερία από την αναδρομική ποινική ευθύνη. Η απαγόρευση πολλών μορφών διακρίσεων, της παράνομης κράτησης και

συγκεκριμένων νομίμων εγγυήσεων, απαρέγκλιτα δικαιώματα, επαγωγικά, θα πρέπει να γίνονται αντιληπτά ως αναγκαστικοί κανόνες. Επιπλέον αποδείξεις σχετικά με την ταυτότητα των απαρέγκλιτων δικαιωμάτων που έχουν χαρακτήρα *jus cogens*, μπορεί να εκπορεύονται από σημαντικές δικαστικές αποφάσεις. Για παράδειγμα, το ICTY και το House of Lords της Μεγάλης Βρετανίας έχουν αναγνωρίσει την απαγόρευση των βασανιστηρίων ως *jus cogens*. Επιπροσθέτως, πολλά ομοσπονδιακά δικαστήρια στις ΗΠΑ έχουν ανακηρύξει τα βασανιστήρια, τη γενοκτονία και τη δουλεία, τη συνοπτική εκτέλεση, τις εξαφανίσεις, την απάνθρωπη και ταπεινωτική μεταχείριση και την παράνομη χρήση βίας ως *jus cogens*. Τέλος, πολλοί κανόνες του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου που έχουν νομικές ιδιότητες συγγενείς της μη παρέκκλισης είναι πιθανώς *jus cogens*. Αυτοί περιλαμβάνουν τους κανόνες που έχουν ενσωματωθεί στο Καταστατικό του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου και ειδικά αυτούς που εκπορεύονται από το κοινό άρθρο 3 των Συνθηκών της Γενεύης του 1949.

Οι κανόνες *jus cogens* στο πεδίο των δικαιωμάτων του ανθρώπου κληροδοτούνται χωρίς αμφιβολία με ενισχυμένη κανονιστική δύναμη αλλά το φερόμενο υψηλό καθεστώς τους δεν έχει γενικά θεμελιωθεί από την πρακτική αποτελεσματικότητα. Αρκετές σύγχρονες εξελίξεις σηματοδοτούν την αλλαγή εν προκειμένω. Έχουμε παραθέσει κάποιες από αυτές τις πρόσφατες τάσεις: προτάσεις των διεθνολόγων κατά τις οποίες η έκδοση ή η απέλαση ενός ατόμου από ένα κράτος θα πρέπει να απορρίπτεται όταν το άτομο υπάρχει πιθανότητα να υποβληθεί σε παραβίαση ενός δικαιώματος *jus cogens* στο κράτος που δέχεται το άτομο αυτό, περιοδικές υποβολές σε δικαστικά *fora* και βιβλιογραφία σχετικά με το γεγονός ότι η οικουμενική δικαιοδοσία θα πρέπει να είναι διαθέσιμη για εγκλήματα που διαπράττονται κατά παράβαση κανόνων *jus cogens*, την επίκληση του καθεστώτος *jus cogens* ενός κανόνα για την υπερπήδηση αξιώσεων κυριαρχικής ασυλίας σε ποινικές διαδικασίες, επιχειρήματα σχετικά με το ότι η διάπραξη σοβαρών παραβιάσεων *jus cogens* μπορεί να παράσχει μία επαρκή νομική βάση για ανθρωπιστική επέμβαση. Αυτές οι προσπάθειες έχουν αντιμετωπιστεί με ανεπιτυχή και αναποτελεσματικές συνέπειες. Παρόλα ταύτα, το δόγμα του *jus cogens*, όταν περιορίζεται στο θεωρητικό πεδίο, μνημονεύεται συχνά και παρατίθεται από δικαιοδοτικά όργανα και κράτη, συγκεκριμένα από τα διεθνή ποινικά δικαστήρια, από το House of Lords στην υπόθεση Pinochet, από το Βέλγιο στο Διεθνές Δικαστήριο στη Γιουγκοσλαβική

πράξη εναντίον των κρατών του NATO κλπ.

Η αρχή *erga omnes* αναδύθηκε από την αφάνεια μέσα από την υπόθεση *Barcelona Traction* του 1970, όπου το ICJ ανακήρυξε ότι, όλα τα κράτη έχουν νομικό συμφέρον στην προστασία συγκεκριμένων δικαιωμάτων και ότι οι υποχρεώσεις *vis a vis* αυτά τα δικαιώματα οφείλονται στη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της. Κάποιοι σχολιαστές πρόσεξαν τη φράση του δικαστηρίου "*basic rights of the human person*", όπως επίσης και τη σαφή αναφορά στη δουλεία και τις φυλετικές διακρίσεις, σε υποστήριξη της πρότασης ότι συγκεκριμένα μόνο ΔτΑ δημιουργούν υποχρεώσεις *erga omnes*. Όμως, φαίνεται ότι δεν υπάρχει πειστικός λόγος να υποθέσει κανείς ότι οποιαδήποτε υποχρέωση σχετική με τα ΔτΑ με νομικό χαρακτήρα θα πρέπει να αφορά τη διεθνή κοινότητα στο σύνολό της ενώ άλλο αφορά μόνο ένα κράτος ή ομάδα κρατών. Συνεπώς, η πιο σωστή άποψη είναι ότι συγκεκριμένοι τύποι νομικών κανόνων, από τη φύση τους, δημιουργούν υποχρεώσεις *erga omnes*. Οι σχετικές υποχρεώσεις σε τέτοιους κανόνες είναι αμείωτες σε ομάδες διμερών σχέσεων. Οι υποχρεώσεις ΔτΑ είναι η επιτομή της αρχής *erga omnes* αφού εξυπηρετούν όχι το υποκειμενικό συμφέρον των κρατών αλλά το καλό τρίτων μερών και συγκεκριμένα των ατόμων ή ομάδων ή ίσως τη διεθνή κοινότητα. Έτσι, όλα τα ΔτΑ σε σχέση με τα οποία ένα κράτος έχει υποχρεώσεις θα πρέπει να δημιουργούν υποχρεώσεις *erga omnes*.

Ο χαρακτήρας *erga omnes* των υποχρεώσεων ΔτΑ, ενώ μπορεί να ενισχύσει το καθεστώς των ΔτΑ στο ΔΔ, δεν παρέχει κατάλληλη βάση με την οποία θα μπορούσε να επιτευχθεί ένας ιεραρχικός διαχωρισμός ανάμεσα στα μεμονωμένα δικαιώματα. Σχετικά με την πρακτική αποτελεσματικότητα, το δόγμα *erga omnes* πρωταρχικά εξυπηρετεί στην αναγνώριση νομικού συμφέροντος από ένα τρίτο μέρος που έχει υποστεί υποκειμενική βλάβη. Εντούτοις, έχοντας ένα αφηρημένο συμφέρον δεν είναι απαραίτητα ισοδύναμο να έχεις τη δυνατότητα να επιβάλλεις τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτό το συμφέρον. Η αρχή *erga omnes* δεν φαίνεται να έχει υπολογίσιμες επιπτώσεις για τέτοιου είδους εφαρμογή, τουλάχιστον όχι τώρα. Το ICJ έχει ερμηνεύσει τα αποτελέσματα των *erga omnes* συντηρητικά και συγκεκριμένα στην υπόθεση Ανατολικού Τιμόρ, όπου το δικαστήριο απαγόρευσε στην Πορτογαλία να επιβεβαιώσει τα δικαιώματα του Α. Τιμόρ ενάντια στην Αυστραλία δεδομένης της απουσίας της Ινδονησίας ως μέρος της υπόθεσης. Έξω όμως από το δικαστικό πλαίσιο, ένα κράτος όχι αντικειμενικά θιγόμενο μπορεί να πάρει ισχυρά μέτρα,

μονομερώς ή συλλογικά, σε αντίδραση μίας παραβίασης *erga omnes*. Τυπικά, εντούτοις, τα κράτη έχουν επιδείξει απροθυμία να επικαλεστούν τέτοιου είδους μέτρα με την δικαιολογία *erga omnes*.

Όταν ένα κράτος παραβιάζει μία υποχρέωση ΔτΑ τότε τίθεται ζήτημα ευθύνης του κράτους. Στο πολύχρονο project σχεδιασμού ομοιόμορφου κώδικα για την ευθύνη των κρατών, η International Law Commission συνεπλάκη με το ερώτημα σχετικά με το αν συγκεκριμένες σοβαρές παραβιάσεις μπορούν να επισύρουν έναν υψηλό βαθμό ευθύνης για τα κράτη - παραβάτες. Η ILC παρουσίασε μία θετική ανταπόκριση σε αυτήν της ερώτηση επινοώντας τα Draft Articles on State Responsibility, ένα project που ξεκίνησε τη δεκαετία του '50 και η πρώτη ανάγνωση του οποίου ολοκληρώθηκε το 1996. Το 1976 η ILC αναγνώρισε μία κατηγορία σοβαρής παραβίασης που όρισε ως "διεθνή εγκλήματα" και τοποθέτησε την αρχή στο άρθρο 19 των Draft Articles. Ωστόσο, η επιβίωσή του ήταν υπό αμφισβήτηση. Οι ενδείξεις ήταν ότι η σύλληψη του άρθρου 19 αποτελούσε μία ανεπιτυχή προσπάθεια δημιουργίας κανονιστικής ιεραρχίας στα πλαίσια της ευθύνης των κρατών.

Οι έμφυτες δυσκολίες στην έννοια των διεθνών εγκλημάτων των κρατών είναι ποικίλες. Πρώτον, η εφαρμογή της ορολογίας του ποινικού δικαίου στο πεδίο της κρατικής ευθύνης ήταν ατυχής. Η εγκληματικότητα παραδοσιακά συνδέεται με την με την ατομική και όχι με την ευθύνη των κρατών. Αν και πολλοί υπέρμαχοι της έννοιας των εγκλημάτων του κράτους απλά αποσκοπούσαν στη σηματοδότηση του όρου "διεθνή εγκλήματα" ιδιαίτερων αδικηματικών πράξεων ("wrongful acts"), η επίκληση του ποινικού δικαίου που αντηχεί ποινικές επιπτώσεις, προκάλεσε μία αντίθετη αντίδραση από πολλά κράτη. Δεύτερον, σύμφωνα με τους όρους των Draft Articles, μόνο ελάχιστα πιο σοβαρές συνέπειες απορρέουν από τη διάπραξη εγκλημάτων από τα κράτη από αυτές που είναι ακολουθούν τα αδικήματα ("delicts"). Έτσι, έχει υπάρξει ιδιαίτερος σκεπτικισμός σχετικά με το σκοπό και τη χρησιμότητα της δημιουργίας ενός συγκεχυμένου και δισχιδούς συστήματος. Τελικώς, ο σχηματισμός από την ILC σχετικά με τη *ratione materiae* των διεθνών εγκλημάτων ήταν στην καλύτερη των περιπτώσεων ανεπαρκής και στην χειρότερη αυθαίρετος. Η ILC δημιούργησε ένα υβρίδιο ανάμεσα σε ένα καθεστώς ουσιαστικών κανόνων και ένα σχέδιο γενικών οδηγιών σχετικά με τα είδη των παραβιάσεων που μπορούν να συνεπάγονται ποινική ευθύνη των κρατών. Το αποτέλεσμα ήταν ένα υποτυπώδες

συνονθύλευμα. Τα παραδείγματα των διεθνών εγκλημάτων που παρέθεσε η ILC ήταν ακατάλληλα. Παραβιάσεις ρητά αναφερόμενες, όπως η επίθεση και η παραβίαση του δικαιώματος στην αυτοδιάθεση, παρέμειναν περιγραμματικές, για να κωδικοποιηθούν ως βασικοί κανόνες στα άρθρα. Από την άλλη πλευρά, πολλές παραβιάσεις τις οποίες θα περίμενε κανείς να ενέχουν σοβαρές συνέπειες, όπως τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και συγκεκριμένα εγκλήματα πολέμου, παραλήφθηκαν να αναφερθούν.

Κατά τη δεύτερη ανάγνωση των Draft Articles, η ILC φαίνεται να εγκαταλείπει την ιδέα των διεθνών εγκλημάτων του κράτους και διακρίνεται θεωρητικά μία τάση ενσωμάτωσης των αρχών *jus cogens* και *erga omnes*.

Η ιδέα της ατομικής ευθύνης, σε αντίθεση, έχει παράξει τον πιο ρητό, κατανοητό και αποτελεσματικό προσδιορισμό υπέρ - κανονιστικών κανόνων. Υπάρχει υπό το ΔΔ ένα *corpus* αποδεκτών υποχρεώσεων, άμεσα επιβεβλημένων και δεσμευτικών προς τα άτομα. Αναφορικά με έναν αριθμό από αυτές τις υποχρεώσεις, οι παραβιάσεις ενέχουν ποινική ευθύνη. Συγκρουόμενες όμως, διαμάχες έχουν προκύψει σχετικά με τη *ratione materiae* των ποινικών κανόνων. Οφείλοντάς το στο όχι ευνοϊκό, διεθνές, πολιτικό κλίμα και το "πάγωμα" της εφαρμογής του διεθνούς ποινικού δικαίου μετά τις δίκες του ΒΠΠ, οι πρωτοβουλίες που σκόπευαν στο ξεκαθάρισμα της διεθνούς ποινικής κανονιστικότητας, στη διάρκεια του Ψυχρού πολέμου, δεν ευδοκίμησαν. Οι ανθρωπιστικές συνθήκες και συνθήκες ΔτΑ που υιοθετήθηκαν αυτήν την περίοδο παρέπεμψαν το θέμα της ποινικής ευθύνης στην αποφασιστικότητα των κρατών. Αν και οι Συνθήκες της Γενεύης του 1949 δημιούργησαν την κατηγορία των σοβαρών παραβιάσεων ("*grave breaches*"), η έννοια δεν ήταν απόλυτα σύμφωνη με αυτή των διεθνών εγκλημάτων και στη έλλειψη διεθνούς συστήματος εφαρμογής, το καθεστώς έχει αποδειχτεί αναποτελεσματικό.

Το ΣΑ Των ΗΕ, μέσω της δημιουργίας των *ad hoc* δικαστηρίων για την Γιουγκοσλαβία και τη Ρουάντα (1993 και 1994 αντίστοιχα) αναβίωσαν το σώμα των νομικών κανόνων της εποχής της Νυρεμβέργης. Η αποτελεσματική λειτουργία αυτών των δικαστηρίων έχει αποτελέσει την απαρχή μίας καινούργιας εποχής εφαρμογής του ΔΔ. Το Καταστατικό του ICC, που υιοθετήθηκε στη Ρώμη το 1998, εδραίωσε τις ποικίλες και μερικές φορές, αντικρουόμενες προσεγγίσεις που περιλαμβάνονται

στους κώδικες της εποχής της Νυρεμβέργης, τις τρεις εκδοχές του Draft Code της ILC σχετικά με τα Crimes against the Peace and Security of Mankind, των Συνθηκών της Γενεύης του 1949 και τα Πρωτόκολλα του 1977 καθώς και τα καταστατικά των ad hoc δικαστηρίων. Επειδή το Καταστατικό του ICC έχει υπογραφεί και επικυρωθεί από την πλειοψηφία των κρατών, θεωρείται το κυρίαρχο όργανο στο αντικείμενο των διεθνών ποινικών κανόνων.

Ένα συγκεντρωτικό σχήμα κρατικών προτεραιοτήτων εμφανίζεται στο καθεστώς του διεθνούς ποινικού δικαίου. Έχουμε προσδιορίσει πέντε επίπεδα ιεραρχίας. Τα επίπεδα ένα και δύο, σχετικά με τη γενοκτονία, τα βασανιστήρια και τη δουλεία, αποτελούν αυτούς τους κανόνες η παραβίαση των οποίων συνεπάγεται ποινική ευθύνη ανεξαρτήτου αν το αδίκημα έχει διαπραχθεί σε καιρό πολέμου ή ειρήνης ή κατά τη διάρκεια εσωτερικής ή διεθνούς σύγκρουσης. Το τρίτο επίπεδο, που περιλαμβάνει εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας, τοποθετείται σε μέσου επιπέδου τάξη στην ιεραρχία, δεδομένου ότι τα αδικήματα που περιλαμβάνει είναι τέτοια που απαιτούν μία ενισχυμένη άποψη παραβίασης. Έτσι, υπό το ICC, οι παραβιάσεις των εγκλημάτων ενάντια στην ανθρωπότητα πρέπει να διαπράττονται ως μέρος μίας συστηματικής και εκτεταμένης επίθεσης εναντίον ενός πληθυσμού. Το τέταρτο επίπεδο, περιλαμβάνει κανόνες που εφαρμόζονται μόνο όταν υπάρχει καθεστώς ένοπλης σύγκρουσης, εσωτερικής ή διεθνούς. Τέλος, οι παραβιάσεις που καλύπτονται από το πέμπτο επίπεδο δημιουργούν συνέπειες ποινικής ευθύνης μόνο σε περιπτώσεις διεθνούς ένοπλης σύγκρουσης.

Έχουμε ερευνήσει τις παραπάνω κατηγορίες για να μπορέσουμε να αξιολογήσουμε την έκταση στην οποία μία αυτονόητη, αν και διερευνητική, κάθετη κλίση καταδεικνύεται, γενικά, στο ΔΔ και ειδικά στα κανονιστικά σχήματα με επιπτώσεις για τα ΔτΑ και το ανθρωπιστικό δίκαιο. Στα πλαίσια της αναζήτησης σχετικά με την προαναφερθείσα έρευνα, έχουμε απόσχει από τη σύνταξη οποιασδήποτε ιεράρχησης κανόνων. Θα προσέθετε ελάχιστα να επινοήσουμε ένα τέχνασμα στερημένου θεμελίωσης στον κόσμο της διεθνούς νομικής πρακτικής. Είναι σίγουρα πιθανό να προφητεύσουμε από αυτές τις κατηγορίες συγκεκριμένους νομικούς κανόνες που φαίνεται ότι ξεχωρίζουν στο ΔΔ. Παρόλα αυτά, ούτε οι δογματικές ιδιότητες ούτε το υλικό περιεχόμενο των κατηγοριών όπως η jus cogens και erga omnes και οι σοβαρές πράξεις που επισύρουν την ευθύνη των κρατών είναι παγκοσμίως αποδεκτές ή

ανεπτυγμένες. Το να επιχειρήσουμε μία ενιαία λίστα θα ήταν εικασία. Εντούτοις, με την κατανόηση ότι ένας αριθμός επιπρόσθετων κανόνων θα μπορούσε να συμπεριληφθεί, προτείναμε ένα minimum απολογισμό που περιλαμβάνει τους πιο ευρέως αποδεκτούς κανόνες στις κατηγορίες, όπως ακολουθεί (Πίνακας 1):

Πίνακας 1	Jus Cogens	Απαρέγκλιτο Συμβατικό Δικαίωμα Ρητό ή Συνεπαγόμενο	Δημιουργεί Υποχρεώσεις Erga Omnes	Εγκλημα του Κράτους Ρητό υπό το Σχέδιο Αρθρου 19 της ILC	Διεθνές Εγκλημα / Ατομική Ευθύνη
Συνολτική, Αυθαίρετη ή Εξοδικαστική Θανάτωση	X	X	X		
Γενοκτονία	X	X	X	X	X
Εξαφανίσεις	X	X	X		
Βασανιστήρια	X	X	X		X
Σκληρή, Απάνθρωπη ή Ταπεινωτική Μεταχείριση ή Τιμωρία	X	X	X		X

Διακρίσεις (Φυλετική, Φύλου, Θρησκευτική, Γλωσσική, Κοινωνικής Ομάδας, Μειονότητα)	X	X	X		
Παράνομη Κράτηση	X	X	X		
Δουλεία	X	X	X	X	X
Αναδρομική Ποινική Ευθύνη	X	X	X		
Δικαίωμα στην Ισότητα Απέναντι Στο Νόμο πχ Δίκαιη Δίκη (ICCPR Δικαιώματα άρθρο 14)	X	X	X		
Δικαίωμα στην Αυτοδιάθεση (Για Αποικίες και	X	X	X	X	
Παράνομη Χρήση Βίας Συμπεριλαμβανο μένου του Εγκλήματος της Επίθεσης	X		X	X	X

Σοβαρές Παραβιάσεις των Συνθηκών της Γενεύης του 1949 και του Πρωτοκόλλου Ι του 1977	X		X		X
Παραβιάσεις του Κοινού Άρθρου 3 των Συνθηκών της Γενεύης του 1949	X		X		X
Εγκλήματα Κατά της Ανθρωπότητας (Καταστατικό ICC)	X		X		X
Άλλες Σοβαρές Παραβιάσεις που Περιλαμβάνονται στο Καταστατικό ICC	X		X	X	X
Σοβαρές Περιβαλλοντικές Παραβιάσεις	X		X	X	

1.1 Η Εμφάνιση Μίας Συνταγματικής Τάξης

Το ΔΔ φαίνεται να βρίσκεται σε σημείο μετάβασης από ένα οριζόντια δομημένο σύνολο διακρατικών σχέσεων σε ένα περισσότερο περίπλοκο και ποιοτικά διαφοροποιημένο σύστημα. Το ερώτημα που συναντάται συχνά ωστόσο, είναι το αν η διεθνής νομική τάξη διέπεται από μία συγκροτημένη δομή ή αν είναι απλά αναγώγιμη σε ένα σώμα διακρατικών συμφωνιών και εθίμων κάθε ένα από τα οποία περιορίζεται σε μία προαποφασισμένη *ratione materiae*. Όπως το έθεσε ο Hart: "Does international law contain basic rules or "rules of recognition" by reference to which the validity of the other rules of the system is assessed and in virtue of which the rules constitute a single system?"²⁷⁰ Ή απλά αποτελείται από ένα σώμα ανόμοιων και ασύνδετων πρωτευόντων κανόνων υποχρεώσεων;

Ο ΧάρτΗΕ, σίγουρα ένα θεμελιώδες νομικό κείμενο που περιέχει αυτό που μπορεί να θεωρηθεί ως στοιχεία βασικού δικαίου, αφ' εαυτού του δεν αποτελεί αυτό που μπορεί να χαρακτηριστεί ως τα στοιχεία ενός *bona fide* συντάγματος.²⁷¹ Ο ΧάρτΗΕ θεσμοθετεί τους σκοπούς και τις λειτουργίες των ΗΕ και εξυπηρετεί ως το θεμελιώδες όργανο αυτού του σώματος και όχι της παγκόσμιας κοινότητας *in abstracto*. Αν και σχεδόν όλα τα κράτη είναι μέλη των ΗΕ, ο ΧάρτΗΕ δεν δημιουργήθηκε με στόχο να ελέγξει όλες τις διεθνείς νομικές σχέσεις των κρατών. Τα ΗΕ παραμένουν περιορισμένα σε όρους *ratione materiae*, αν και όχι αποκλειστικά, σχετικά με τους σκοπούς για τους οποίους δημιουργήθηκαν όπως ορίζει το άρθρο 1 του ΧάρτΗΕ.²⁷² Αυτοί οι σκοποί, ωστόσο, αν και συντάχθηκαν ελεύθερα και

²⁷⁰ Hart, H. L.A., *The Concept of Law* 233 (2d ed. 1994)

²⁷¹ MacDonald, R. St. J., *The United Nations Charter: Constitution or Contract*, *Contemporary Problems of International Law* 889, 1988

²⁷² Article 1 The Purposes of the United Nations are: To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace; To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace; To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and

καλύπτουν ένα ευρύ πλαίσιο *ratione materiae* απέχουν πολύ από το να εξαντλήσουν τους τομείς που μπορεί να αφορούν οι διεθνείς νομικές σχέσεις. Επίσης, μπορεί να περιορίζουν αλλά δεν ελέγχουν άμεσα τις διμερείς και πολυμερείς σχέσεις ή τη μονομερή δραστηριότητα στην οποία μπορεί να προσφύγουν τα κράτη έξω από την αιγίδα των ΗΕ.

Αν υπάρχει ένα διεθνές σύνταγμα ή έστω τα σπερματικά στοιχεία αυτού, θα αποτελείται αναγκαστικά από τους κανόνες του εθιμικού ή του γενικού διεθνούς δικαίου αλλά θα περιλαμβάνει επίσης τους κανόνες της νομοθετικής διαδικασίας του ΔΔ. Συγκεκριμένες, γενικές, πολυμερείς συνθήκες, αν έχουν γενική αποδοχή, όπως επίσης και, γενικές αρχές του δικαίου θα έχουν θέση στο πλαίσιο. Έτσι, ο ΧάρτΗΕ θα ήταν τότε ένα εξέχων στοιχείο, ειδικά, δεδομένου του άρθρου 103 σχετικά με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τις διατάξεις του Χάρτη που κυριαρχούν έναντι οποιασδήποτε αντικρουόμενης υποχρέωσης.²⁷³

Χωρίς να ψάχνουμε βαθιά στη γενική συνταγματική θεωρία, παρατηρούμε ότι όσον αφορά σε συγκεκριμένα, εσωτερικά, συνταγματικά συστήματα μπορεί να παρέχεται ένα σώμα θεμελιωδών νόμων που έχουν την προτεραιότητα έναντι άλλων, νόμοι οι οποίοι μπορεί να συγκρούονται. Έτσι, καμία καταστατική ή διοικητική διάταξη ή μεμονωμένη πράξη δεν είναι συνταγματική όταν συγκρούεται με αυτούς τους θεμελιώδεις κανόνες. Σε άλλες δικαιοδοσίες ένας καταστατικός, βασικός νόμος μπορεί να περιλαμβάνει τους ανώτερους ουσιαστικούς κανόνες του ΔΔ. Ο Hart έχει προτείνει ότι αν το ΔΔ ήταν να εξελιχθεί σε βαθμό ώστε συγκεκριμένοι κανόνες να περιορίσουν αποτελεσματικά τα κράτη που δεν ήταν μέλη της συμφωνίας που τους θεμελιώνει, τότε αυτοί οι κανόνες θα είχαν προκύψει νομοθετικά. Το ΔΔ θα περιελάμβανε τότε "a rule of recognition".²⁷⁴ Θα υποστηρίζαμε ότι, η εμφάνιση του *jus cogens* αποτελεί μία ένδειξη ότι η διεθνής τάξη περιλαμβάνει έναν κανόνα αναγνώρισης και, έτσι, ένα στοιχειώδες σύνταγμα.

in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

²⁷³ Article 103 In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

²⁷⁴ Hart, *supra* n. 270, 236

1.1.1 Ο Ρόλος του Jus Cogens Στην Εμφάνιση Νέας Συνταγματικής Τάξης

Από εννοιολογικής άποψης, το jus cogens φαίνεται να αποτελεί την πιο υποσχόμενη δομή πάνω στην οποία μπορεί να δημιουργηθεί μία οιονεί συνταγματική τάξη διεθνών κανόνων. Ως λειτουργική κατηγορία του ΔΔ, το jus cogens είναι γενικά αποδεκτό από τους περισσότερους από τους κεντρικούς διεθνείς παίκτες συμπεριλαμβανομένων των κρατών, των υπαρχόντων διεθνών ποινικών δικαστηρίων, της ILC, ποικίλα εσωτερικά δικαστικά σώματα και τους ειδικούς. Πραγματικά, ένα modicum consensus έχει εμφανιστεί σε υποστήριξη της πρότασης ότι το jus cogens δεν είναι απλά ένα εργαλείο σχετικό με το δίκαιο των συνθηκών αλλά ότι ελέγχει και περιορίζει το σχηματισμό του εθιμικού δικαίου και την έκφραση των μονομερών ή συλλογικών συμπεριφορών των κρατών. Έτσι, ο σεβασμός για έναν κανόνα jus cogens πρέπει πάντα να προηγείται σε σχέση με έναν άλλο κανόνα, οποιαδήποτε κι αν είναι η συμπεριφορά των κρατών. Πέρα από αυτό το σημείο, οι προσπάθειες των διεθνών παραγόντων να συμπληρώσουν τα περιεχόμενα του δόγματος παραμένουν σε πρωταρχικό στάδιο αν και κάποια απτά αποτελέσματα έχουν προκύψει.

Το jus cogens περιστασιακά έχει γίνει αντικείμενο ειρωνείας. Ο Weil θεωρούσε την εμφάνισή του παθολογία του διεθνούς συστήματος.²⁷⁵ Χαρακτηριστικά, οι ερευνητές έχουν εκφράσει σκεπτικισμό σχετικά με το εύρος της επιρροής του ή την πιθανότητα αναγνώρισης των κανόνων του. Ο Christenson περιέγραψε, αν και διφορούμενα, το jus cogens ως "hopeless chimera and hopeful myth".²⁷⁶ Πραγματικά, για κάποια περίοδο μετά την υποδοχή του στην Vienna Convention on the Law of Treaties του 1969, το jus cogens αιωρείται στην διεθνή νομική κοινότητα ως ο ενοχλητικός επισκέπτης. Αλλά το jus cogens δεν αναδύθηκε από μία παρόρμηση των αντιπροσωπειών στη Βιέννη. Όπως διαπίστωσαν η ILC και τα κράτη, έπρεπε να σχεδιάσουν ένα εννοιολογικό όχημα που θα εμπεριείχε υψηλότερους κανόνες δικαίου για μελλοντική χρήση, ακόμα κι αν παρέμενε τελείως άδειο για το προβλεπόμενο μέλλον. Όταν οι διεθνείς σχέσεις, ειδικά στην πολιτική τους διάσταση, ωριμάσουν, σε τέτοιο επίπεδο ώστε, ο όρος "διεθνής κοινότητα" να λάβει σοβαρό νόημα, ένα

²⁷⁵ Weil, P., Towards Relative Normativity in International Law? 77 AJIL 413 (1983)

²⁷⁶ Christenson, G.A., Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society, 28 Virginia Journal of International Law, 585, 589 (1988)

κατάλληλο δόγμα και μηχανισμός θα είναι διαθέσιμος ώστε να επιτρέψει στην κοινότητα να εκφράσει τις κοινές της αξίες και αρχές. Εν τω μεταξύ, το μέγιστο που θα μπορούσε να επιτευχθεί θα είναι ο ορισμός ταυτολογικής δομής, στερημένος από καθοδήγηση, για να αναγνωρίσει το περιεχόμενο του *jus cogens*. Επειδή οι αναγκαίες, θεσμικές διαδικασίες για να συμπληρωθεί το περιεχόμενο και η λειτουργία του *jus cogens* λείπουν στην διεθνή νομική τάξη, το δόγμα των αναγκαστικών κανόνων έπρεπε να αναπτυχθεί μέσω πρακτικής και νομολογίας. Λίγοι, βέβαια, πίστεψαν ότι μία τέτοια διαδικασία θα ξεδιπλωνόταν με ταχύτητα και χωρίς αμφισημία. Αλλά, ξεκινώντας τη δεκαετία του '80, αυτή η διαδικασία έγινε προφανής και από τη δεκαετία του '90 επιταχύνθηκε. Οι αναφορές στο *jus cogens* στα διεθνή δικαστήρια, εσωτερικά δικαστήρια και οι επίσημες αναφορές είναι αρκετές. Πραγματικά το δόγμα, γίνεται θύμα της επιτυχίας του. Η ελεύθερη και χωρίς περιορισμούς επίκληση του όρου μπορεί τελικά να συνεισφέρει στην υποτίμηση της αποτελεσματικότητάς του. Από αυτήν την άποψη, δεν εξυπηρετεί την εξέλιξη των ΔτΑ σχετικά στην αναφορά όλου του *corpus* των ΔτΑ ως *jus cogens*.²⁷⁷

Η γενική αποδοχή ιεραρχίας στους διεθνείς κανόνες ΔτΑ θα ήταν ωφέλιμο επακόλουθο αν και οι υποστηρικτές των ΔτΑ τείνουν να είναι καχύποπτοι σχετικά την προώθηση της ιεραρχίας στα ΔτΑ με το φόβο ότι μία γενική αναγνώριση ανώτερων κανόνων θα δημιουργούσε πισωγύρισμα για δεσμεύσεις που έχουν ήδη αναληφθεί. Ο κίνδυνος υπάρχει στην πιθανότητα υποτίμησης κανόνων που δεν έχουν υψηλό κανονιστικό επίπεδο, ένα σημαντικό ζήτημα, αφού οποιοδήποτε καθεστώς του ΔΔ που συνεισφέρει στην διευκόλυνση την υποτίμησης συγκεκριμένων υποχρεώσεων ΔτΑ θα αποτελούσε ένα βήμα πίσω.

Βαραίνοντας στην αντίθετη πλευρά οι θετικές ευκαιρίες που μπορεί να δημιουργηθούν από την αποδοχή των κανόνων *jus cogens*, ειδικά ως μέρος μίας ευρύτερης κίνησης προς τη συνταγματικότητα. Η εμφάνιση ενός λειτουργικού, συνταγματικού καθεστώτος θα εξυπηρετούσε την ενδυνάμωση όλων των υπαρχόντων κανόνων. Στα πλαίσια οποιουδήποτε καλά δομημένου, νομικού συστήματος οι συνταγματικές διατάξεις που αντιπροσωπεύουν θεμελιώδεις αρχές μπορεί να υπερπηδήσουν δευτερεύοντες κανόνες χωρίς αυτό να σημαίνει ότι οι τελευταίοι θα

²⁷⁷ Supra n., κεφάλαιο, 159

παραμεληθούν ως δίκαιο. Μπορεί επίσης να ειπωθεί, ότι επειδή η διεθνής νομική τάξη παραμένει υποτονική, χωρίς να έχει προσεγγίσει μία ολοκληρωτική συνταγματική διάσταση, εκφράσεις υπέρ-κανονιστικότητας δεν πρέπει να επιτρέπονται. Αλλά μία συνταγματική τάξη θα καρποφορήσει μόνο με την ανάπτυξη καθέτων σχέσεων ανάμεσα στους θεμελιώδεις κανόνες.

Αν αυτή η άποψη είναι αρκετά αφηρημένη ή μακρινή παραμένουν πραγματιστικοί λόγοι για τους υποστηρικτές των ΔτΑ να υποστηρίζουν την ανάπτυξη ενός πιο περίπλοκου, διεθνούς καθεστώτος δικαίου. Μερικώς, διότι η διεθνής έννομη τάξη είναι αδύναμη, τα κράτη θα υιοθετήσουν προτεραιότητες ανάμεσα στις υποχρεώσεις ασχέτως οποιονδήποτε διατυπωμένων κοινοτυπιών σχετικά με το αδιαίρετο των ΔτΑ. Αυτές οι επιλογές δεν γίνονται με τα ενδιαφέροντα των δικαιούχων των δικαιωμάτων ως στόχο. Είναι σαφώς προτιμητέο οι αποφάσεις των κρατών να ελέγχονται, σε κάποιο βαθμό ή να επηρεάζονται, από συγκροτημένες και θεμελιώδεις κανονιστικές γραμμές που προέρχονται από το ΔΔ παρά από την αναγκαιότητα αποκλειστικά βραχυπρόθεσμων πολιτικών πλεονεκτημάτων. Ως αποδεκτή αρχή το *jus cogens* θα έπρεπε να αποτελεί τον θεματοφύλακα της ανώτερης κανονιστικότητας ΔτΑ.

Επανεξετάσαμε συγκεκριμένες εφαρμογές *jus cogens* ΔτΑ που έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί ή έχουν προταθεί προς χρήση στην πρακτική. Συγκεκριμένα, αξιολογήσαμε τις ανεπιτυχείς προσπάθειες να συσχετιστούν οι παραβιάσεις *jus cogens* ως βάση: για την άρνηση έκδοσης, τη διεθνή δικαιοδοσία, του παραμερισμού του δόγματος της κρατικής κυριαρχίας σε ζητήματα δίωξης για εγκληματικές πράξεις, της δικαιολόγησης της ανθρωπιστικής επέμβασης.

Είναι σχεδόν τετριμμένο να πούμε ότι η υπερφίαλη ρητορική που αναπτύσσεται από τα κράτη σχετικά με τις δεσμεύσεις ΔτΑ δεν υφίσταται όταν αντιπαρά τίθενται οι δεσμεύσεις αυτές με καταστάσεις που απαιτούν δυναμική δράση. Από την οπτική της δημόσιας πολιτικής υπάρχει κάποιο *consensus* ότι σε καταστάσεις μεγάλης βαρύτητας κάποιας μορφής ανταπόκριση, από διπλωματικά διαβήματα έως και οικονομικές κυρώσεις και στο έπακρο, η ανθρωπιστική επέμβαση, είναι αναγκαία. Πράγματι μπορεί να υπάρχει νομική υποχρέωση σε κάποιες περιπτώσεις για δράση όπως στην περίπτωση της γενοκτονίας όπου η επέμβαση είναι απαραίτητη. Τα κράτη γενικά και σε συλλογικό, θεσμικό επίπεδο και μονομερώς, έχουν αναλάβει να

ικανοποιούν αυτές τις προκλήσεις αντιδρώντας με έναν *ad hoc* τρόπο. Όταν τα κράτη αντιδρούν δυναμικά σε κάποιες περιπτώσεις, ειδικά όταν υπάρχει απώτερος σκοπός, όταν υπάρχει ανώτερο πολιτικό και οικονομικό κίνητρο, ενώ παραιτούνται σε άλλες περιπτώσεις συγκριτικής βαρύτητας, είναι εμφανές ότι ανοίγονται στην κατηγορία της εφαρμογής "διπλών standards". Επιτρέποντας την αποδοχή των ποικίλων, αντικρουόμενων συμφερόντων των κρατών, που αυτά υιοθετούν κατά τη διεξαγωγή των διεθνών σχέσεων, είναι πιθανό τα ΔτΑ σπάνια να στοιχειοθετούν τον βασικό παράγοντα σχετικά με το πότε και αν θα πρέπει να επέμβουν. Εντούτοις, η δημιουργία συγκροτημένων κανόνων σχετικά τις συγκυρίες κατά τις οποίες η ανθρωπιστική επέμβαση μπορεί να δικαιολογείται στη νομολογία και όχι στα πολιτικά συμφέροντα των κρατών, δεν μπορεί παρά να εξυπηρετεί τα ΔτΑ.

Οι προτάσεις του Βελγίου στο ICJ σε απάντηση της νόμιμης δράσης της Γιουγκοσλαβίας ενάντια στα κράτη του NATO αποτελούσε την πρώτη προσπάθεια από ένα κράτος να χρησιμοποιήσει το *jus cogens* ως κριτήριο για ανθρωπιστική επέμβαση.²⁷⁸ Το νομικό gambit του Βελγίου είναι σημαντικό. Αλλά ενώ η αφορμή των παραβιάσεων *jus cogens* μπορεί να αποτελεί αποδεκτή νομική βάση για ανθρωπιστική επέμβαση, υπάρχουν ωστόσο, συγκεκριμένες καταδικαστικές προτάσεις. Πρώτον, σε συμφωνία με την αρχή της αναλογικότητας η επέμβαση είναι δικαιολογημένη μόνο αν οι παραβιάσεις έχουν ενισχυμένη μορφή, για παράδειγμα έχουν φτάσει στο επίπεδο της εκτεταμένης και συστηματικής πρακτικής. Δεύτερον, προσκόλληση στην αρχή της αναγκαιότητας θα σήμαινε ότι ανθρωπιστική επέμβαση θα μπορούσε να γίνει όταν όλα τα άλλα νόμιμα μέσα αντίδρασης θα είχαν εξαντληθεί ή υπήρχε καθεστώς χρονικής επείγουσας ανάγκης. Επίσης, από πολιτικής και όχι νομικής άποψης, πρέπει να ερευνηθεί αν όλες οι παραβιάσεις *jus cogens* θα δικαιολογούσαν την ανθρωπιστική επέμβαση. Φυσικά, η υπόθεση χρήζει επέμβασης για να περισταλεί η γενοκτονία ή εκτεταμένη και συστηματική άρνηση του δικαιώματος στη ζωή. Αλλά σχετικά με πρακτικές ανάλογου πλαισίου, για παράδειγμα τα βασανιστήρια ή την παράνομη κράτηση, που συμβαίνουν σε σημαντικό αριθμό χωρών, η επέμβαση θα ήταν πολιτικά αβάσιμη και από ανθρωπιστικής άποψης, ανεπιθύμητη. Η έξοδος από αυτό το δίλημμα μπορεί να υπάρχει στην ανάπτυξη διπλής προσέγγισης του *jus cogens* όπου οι πιο σοβαρές

²⁷⁸Supra n. , 348 - 49

παραβιάσεις θα δικαιολογούσαν την ανθρωπιστική επέμβαση αλλά "δευτερεύουσες μορφές" θα δικαιολογούσαν κυρώσεις εκτός στρατιωτικής ανάμιξης, με οικονομικό στόχο.

Το αποτέλεσμα της διεύρυνσης της εφαρμογής του *jus cogens* εννοιολογικά και περιγραφικά θα έχει αμοιβαία και ενισχυτικά αποτελέσματα: όση περισσότερη αναφορά γίνεται στους αναγκαστικούς κανόνες τόσο περισσότερο το νόημα τους εγκαθιδρύεται στο ΔΔ. Από την άλλη πλευρά, οι διεθνείς παίκτες θα αποκτήσουν άνεση στην επίκληση του δόγματος στην πρακτική. Η πρόκληση για τους υποστηρικτές των ΔτΑ βρίσκεται στην επιβεβαίωση ότι το εύρος των αναγνωρισμένων ΔτΑ με το καθεστώς *jus cogens* είναι επαρκώς διευρυμένο και ότι το δόγμα *jus cogens* δεν χρησιμοποιείται ως μέσο αδικαιολόγητου περιορισμού της *ratione materiae* των συμφωνιών ή των επίσημων πολιτικών και αποφάσεων. Για παράδειγμα, αν και η "conditionality principle" προκαλεί την δυσαρέσκεια των κρατών ανάμεσα στα βασικά ανεπτυγμένα κράτη στα οποία και απευθύνεται, έχει τοποθετηθεί στην αναπτυξιακή πολιτική της ΕΕ εν πρώτοις στην Συνθήκη Lome και βέβαια στην Συμφωνία Cotonou ανάμεσα στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα και τα ACP κράτη. Το τελευταίο αυτό όργανο, που υπεγράφη το 2000, επιβεβαιώνει στο άρθρο 9 ότι ο σεβασμός "for all human rights and fundamental freedoms are an integral part of sustainable development" και προβλέπει ότι τα μέλη της συμφωνίας "undertake to promote and protect all fundamental freedoms".²⁷⁹ Αν και παραμένει αδιευκρίνιστο το ποια ειδικά ΔτΑ θα συμπεριληφθούν υπό αυτήν την διάταξη η χρήση του προσδιορισμού "όλα" υποδηλώνει ένα αναγκαστικά ευρύ πλαίσιο από αυτά τα ΔτΑ που έχουν το χαρακτήρα *jus cogens*.

Κάποιοι ερευνητές έχουν εκφράσει τις ανησυχίες τους σχετικά με το αν οι προσπάθειες να συνδεθεί το *jus cogens* με την οικουμενική δικαιοδοσία θα είχαν ανάδρομο στόχο αφού συγκεκριμένα, δυνητικά, διεθνή, ποινικά αδικήματα που μπορεί να μην ήταν *jus cogens* αλλά είναι κατάλληλα για την οικουμενική δικαιοδοσία μπορεί να εξαιρεθούν.²⁸⁰ Ο Bassiouni, υπό την ιδιότητά του ως UN

²⁷⁹ Partnership Agreement between the Members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the One Part, and the European Community and its Members States of the Other Part (Συμφωνία Κοτονού).

²⁸⁰ Μισθοφόροι όπως δίνεται στην International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 19 ILM 90, 1990

Human Rights Commission Special Rapporteur είχε την εντολή του σχεδιασμού βασικών αρχών και κατευθυντήριων γραμμών σχετικά με τα δικαιώματα στην αποκατάσταση, αποζημίωση και επανόρθωση για τα θύματα σοβαρών παραβιάσεων ΔτΑ και θεμελιωδών ελευθεριών αρχικά υπό διάταξη που αναγνώριζε το καθήκον των κρατών να ασκούν δίωξη για παραβιάσεις *jus cogens*. Δυσμενής κριτική, ένα μέρος της κατευθυνόμενο ενάντια στο περιοριστικό περιεχόμενο της πρότασης, ώθησαν τον Special Rapporteur να αποσύρει την διάταξη από το τελικό του report.²⁸¹

1.1.2 Οι Άλλες Ιεραρχικές Κατηγορίες

Συμπεράναμε σχετικά με τις υποχρεώσεις *erga omnes* ότι δεν εξυπηρετούν το διαχωρισμό ανάμεσα στους κανόνες ΔτΑ αφού τα ΔτΑ, από τη φύση τους, δημιουργούν υποχρεώσεις προς όλα τα μέλη της διεθνούς κοινότητας. Οι υποχρεώσεις *erga omnes* όμως στο μέλλον μπορεί να αποτελέσουν μία διεθνή συνταγματική αρχή δεδομένου ότι η λειτουργία της στο ΔΔ δεν προϋποθέτει οποιαδήποτε συμφωνία από τα κράτη για να ενεργοποιήσουν το δόγμα σχετικά με τη *ratione materiae* στην οποία αναφέρεται. Δεν είναι αδιανόητο ότι οι *erga omnes* μπορεί να αποδεχτούν οργανικές προς την βελτίωση της πραγματοποίησης και εφαρμογής συγκεκριμένων ομάδων κανόνων ειδικά όσον αφορά στα ΔτΑ. Η εκπλήρωση μίας τέτοιας προοπτικής θα εξαρτηθεί από τη θέληση των κρατών να επικαλεστούν τις υποχρεώσεις *erga omnes* ως νομική βάση για την υπεράσπιση των δικαιωμάτων και των συμφερόντων των μειονοτήτων για παράδειγμα. Προφανώς, κάποια στιγμή, έχοντας γίνει σχετικές αναφορές στις *erga omnes* από τα διεθνή δικαστικά και νομοθετικά όργανα θα είναι αδύνατο να αποφευχθεί η ενεργοποίηση του δόγματος. Όταν επέλθει αυτή η ευκαιρία σχετικά με τις υποχρεώσεις ΔτΑ, το δόγμα δεν θα πρέπει να υποσκαφτεί από οποιαδήποτε τάση διαχωρισμού κάποιων βασικών ή θεμελιωδών δικαιωμάτων από το *corpus* των δικαιωμάτων που υπάρχει υπό το ΔΔ.

Η κατηγορία των διεθνών εγκλημάτων στο πλαίσιο της ευθύνης των κρατών έχει γίνει και φαίνεται να έχει την τάση να παραμείνει επ' αόριστον σε εκκρεμότητα.

²⁸¹ Final Report of the Special Rapporteur, M. Cherif Bassiouni, υποβλήθηκε σύμφωνα με απόφαση της Επιτροπής 1999/33, UN Doc E/CN.4/2000/62 παράγ. 8. Ένα προηγούμενο ανέκδοτο σχέδιο που περιελάμβανε την διάταξη *jus cogens* είχε υποβληθεί στα κράτη και τους οργανισμούς για σχολιασμό.

Εντούτοις, η αναμενόμενη στροφή στην προσέγγιση σχετικά με τις σοβαρές παραβιάσεις από την ILC σχετικά με τα Draft Articles μπορεί να επαναφέρει τις προοπτικές εμφάνισης κάποιας μορφής διαχωριστικών κριτηρίων ανάμεσα στους κανόνες. Η ILC εξετάζει το ερώτημα σχετικά με το αν θα μπορούσε να ερευνήσει το θέμα στα πλαίσια των υποχρεώσεων *erga omnes* ή του *jus cogens*. Ενώ οι *erga omnes* είναι σημαντικές αναφορικά με τα νομικά συμφέροντα και το *locus standi*, η ILC θα πρέπει να βασίσει την προσέγγισή της στις επιπτώσεις των σοβαρών παραβιάσεων του *jus cogens*. Θα ενίσχυε την αποτελεσματικότητα του δόγματος αν ξεκάθαρες και εύκολα αναγνωρίσιμες συνέπειες είχαν παγκόσμια συμφωνηθεί για παραβιάσεις υποχρεώσεων που απορρέουν από αναγκαστικούς κανόνες.

Στον τομέα του διεθνούς ποινικού δικαίου και της ατομικής ευθύνης μία σημαντική, διαχωριστική γραμμή έχει ήδη προκύψει που διαχωρίζει κανόνες του ΔΔ ανάμεσα σε αυτούς που επισύρουν διεθνή ποινική ευθύνη και αυτούς που δεν επισύρουν διεθνή ποινική ευθύνη ή τουλάχιστον αυτούς για τους οποίους υπάρχει διχογνωμία. Το Καταστατικό του ICC αποτελεί την επιτακτική και έγκυρη εκπροσώπηση αυτού του διαχωρισμού. Το διεθνές ποινικό δίκαιο παρέχει ένα ογκώδες σώμα θεμελιωδών κανόνων *jus cogens*. Ωστόσο, τα κωδικοποιημένα διεθνή εγκλήματα αφορούν πρωταρχικά αν και όχι αποκλειστικά, κανόνες υπό το παραδοσιακό ΔΑΔ. Οι κανόνες ΔτΑ *stricto sensu* εξαιρούνται, κατά μεγάλο μέρος, από το καθεστώς. Με την συμβατική δομή του ICC που περιέχει μηχανισμούς για τροποποιήσεις *ratione materiae* είναι ανοιχτός ο δρόμος για ένα πιο διευρυμένο σώμα διεθνών ποινικών κανόνων που μπορεί να αναπτυχθεί μακροπρόθεσμα. Προσπάθειες σαν κι αυτές που καταβλήθηκαν στη υπόθεση Pinochet και είχαν στόχο να ενεργοποιήσουν την αρχή της οικουμενικής δικαιοδοσίας, για κάποια τουλάχιστο διεθνή εγκλήματα όπως τα βασανιστήρια, τα εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας και σοβαρά εγκλήματα πολέμου, θα ήταν ιδιαίτερα ευπρόσδεκτες.

1.2 Στόχος: Ένα Διευρυμένο Πλαίσιο Αναγνωρισμένων Ανώτερων Κανόνων

Στην παρούσα φάση εξέλιξης στην ανάπτυξη του ΔΔ είναι αδιανόητο ότι τα ΗΕ ή άλλη περιφερειακή ομάδα ή ομαδοποίηση κρατών θα επιδοκίμαζαν ανοιχτά οποιοδήποτε σχήμα ιεραρχίας στους κανόνες ΔτΑ σε συμβατική ή διακηρυκτική μορφή. Στην πραγματικότητα, ο στόχος έχει πάρει τελείως άλλη κατεύθυνση με τα

όργανα αυτά να δίνουν έμφαση στην αλληλεξάρτηση και το αδιαίρετο των δικαιωμάτων. Κι ενώ είναι ξεκάθαρο ότι τα κράτη ως μέρος μιας πολιτικής, μπορεί de facto να υποστηρίζουν ή να παραμελήσουν κάποια δικαιώματα, λιγότερο ή περισσότερο, έχουν επίσημα χαράξει τη γραμμή σχετικά με την ενότητα των δικαιωμάτων όταν αποφαινόμενοι στην διεθνή δημόσια αρένα. Οποιαδήποτε πρόταση κράτους ή συλλογικού οργάνου για την επίσημη δημιουργία σχήματος ιεραρχίας, θα ήταν πολιτικά αβάσιμη και θα μπορούσε να προκαλέσει μόνο ασήμαντη αντίδραση.

Τα κράτη και άλλοι διεθνείς παράγοντες τείνουν να επιδεικνύουν τις προτεραιότητες τους σχετικά με τα ΔτΑ μέσω πιο έμμεσων τρόπων. Κάποια ΔτΑ μπορεί να υποστούν καλοπροαίρετη παραμέληση όσο η συζήτηση συγκεκριμένων θεμάτων αποφεύγεται στα διεθνή meetings ή κατά τη διάρκεια διμερών επαφών. Ένας εμπειρογνώμονας των ΗΕ μπορεί να λάβει την εντολή να ερευνήσει τη συνολική κατάσταση των ΔτΑ σε μία συγκεκριμένη περιοχή αλλά θα επιλέξει να επικεντρωθεί σε συγκεκριμένα, ΔτΑ. Οι ΜΚΟ και τα media παίζουν έναν χρονίζοντα ρόλο στην εκχώρηση προτεραιότητας σε ευνοούμενα ΔτΑ και στη εξαφάνιση άλλων. Πράγματι, οι μεγαλύτερες, επικρατούσες ΜΚΟ περιγράφουν την εντολή τους ως θέμα πολιτικής. Όλοι αυτοί οι διεθνείς παίκτες εκπέμπουν ισχυρά παραδείγματα που υποδεικνύουν τα δικαιώματα και τους κανόνες που αντιλαμβάνονται ως σημαντικά συχνά με όρους που συμβαδίζουν με τις προσδοκίες των μελών τους.

Η δυσκολία είναι ότι τα κράτη αποκρύπτουν τις προτεραιότητες τους από τα όργανα του θετικού δικαίου. Ακόμα και οι περιορισμένες κατηγορίες που αναφέραμε δεν αντιστοιχούν σε μία πειστική έκφραση προτιμήσεων. Τα κράτη ήταν πρόθυμα με την υιοθέτηση της Vienna Convention on Treaties να αναγνωρίσουν την έννοια του jus cogens. Όμως, από τότε φαίνονται ικανοποιημένα να βλέπουν ότι το δόγμα παραμένει στερημένο ουσίας έστω κι αν οι στασιαστικές δυναμικές των διεθνών νομικών διαδικασιών έχουν παροτρύνει σε μία μέτρια κινητικότητα. Τα κράτη έχουν απομακρυνθεί από τις υποχρεώσεις erga omnes και αναφορικά με τις αρχές της ιεραρχίας στην ευθύνη των κρατών ένα project κωδικοποίησης κατά τον τελευταίο μισό αιώνα, έχει μείνει δίχως επίλυση. Και μόνο στα λίγα προηγούμενα χρόνια οι πολιτικές συνθήκες επέτρεψαν για μία καθαρή ιεραρχία ανάμεσα στους κανόνες του ΔΑΔ να εμφανιστεί, με αποτέλεσμα τον αναγνωρισμένο διαχωρισμό ανάμεσα σε κανόνες που επισύρουν διεθνή ποινική ευθύνη και δευτερεύοντες. Όπως αναφέρει ο

Alston "the effective enforcement of human rights may be hampered by an over proliferation of human rights and a modicum of quality control may be desirable".²⁸²

Το γεγονός ότι οι κανόνες που έχουν παρατεθεί πιο πάνω σε ένα μινιμαλιστικό, σημερινό στιγμιότυπο είναι ζωτικής σημασίας, δεν πρέπει να αμφισβητηθεί. Προβληματικά, ίσως, οι ιεραρχικές κατηγορίες που ερευνήθηκαν αφορούν συγκεκριμένα αστικά και πολιτικά δικαιώματα ή κανόνες ανθρωπιστικού δικαίου. Τα οικονομικά, κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα χωρίς να αναφέρουμε τα δικαιώματα τρίτης γενιάς, είναι σχεδόν ανύπαρκτα στον ιεραρχικό χάρτη. Όπως οι υποστηρικτές τους ακούραστα και δικαίως διακηρύσσουν, τουλάχιστον κάποια από αυτά δεν είναι λιγότερο ουσιαστικά στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια από ότι τα θεμελιώδη πολιτικά και αστικά δικαιώματα. Η μάχη σχετικά με το αν τα οικονομικά, κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα συνιστούν "πραγματικό" δίκαιο έχει κριθεί θετικά. Αλλά, πολλά κράτη δεν είναι πρόθυμα να πάρουν στα σοβαρά τις υποχρεώσεις τους για το σεβασμό αυτών των δικαιωμάτων κι έτσι υποβαθμίζουν τη νομιμότητα των ίδιων των κανόνων.²⁸³ Αν είναι προσφύες να καθορίζεται προτεραιότητα ανάμεσα στα δικαιώματα, είναι απόλυτα ανάρμοστο να γίνεται με την τοποθέτηση των πιο σημαντικών οικονομικών, κοινωνικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων σε κατώτερη σχέση αναφορικά με τα συνομολογά τους αστικά και πολιτικά δικαιώματα.

Ανάμεσα στα πιο επιτακτικά από όλα τα ΔτΑ είναι το δικαίωμα στην τροφή, τη στέγαση και την υγεία, κάθε ένα από τα οποία είναι άρρηκτα συνδεδεμένο με την ανθρώπινη επιβίωση. Επιπροσθέτως, το δικαίωμα σε ένα υγιές ή τουλάχιστο κατοικήσιμο περιβάλλον είναι επίσης συνδεδεμένο με ζητήματα επιβίωσης. Το καθεστώς των περιβαλλοντικών κανόνων θα έπρεπε έτσι να αναβαθμιστεί. Από την παραβίαση αυτών και άλλων σημαντικών και παραμελημένων κανόνων θα έπρεπε να απορρέουν συνέπειες όμοιες με αυτές των σοβαρών παραβιάσεων: ένα κράτος που ακολουθεί μία πολιτική όχι βασισμένη στην αρχή της αναγκαιότητας, που οδήγησε σε εκτεταμένη πείνα του πληθυσμού του, ένας υπουργός που αρνείται το δικαίωμα στην

²⁸² Alston, P., Conjuring up New Human Rights: A Proposal or Quality Control, 78 AJIL 607, 1984

²⁸³ Steiner, H. J., Alston P., International Human Rights in Context, 256-71996Αν και το ICESCR είναι ευρέως αποδεκτό "a failure to take particular steps to entrench those rights constitutionally, to adopt any legislative and administrative provisions based explicitly on the recognition of specific economic and social rights as human rights, or to provide effect means of redress to individuals or groups alleging violations of those rights".

εκπαίδευση στα θηλυκά μέλη του πληθυσμού, μία εταιρία που μολύνει τους φυσικούς πόρους του πληθυσμού.

Γεγονός παραμένει ότι πολλά σημαντικά δικαιώματα όχι μόνο δεν είναι υπέρ-κανονιστικά αλλά το αντίθετο, ακόμα κι αν αποτελούν θεμελιωμένους κανόνες του ΔΔ. Ένας λόγος για τον οποίο αυτοί οι κανόνες έχουν μειωμένο κανονιστικό καθεστώς είναι ότι κάποια κράτη δεν τους αποδέχονται ως αναγκαστικούς, αν τους αποδέχονται καθόλου.

Αυτή η μελέτη βασίστηκε μάλλον στο προφανές: η δημιουργία διεθνών νομικών κανόνων, η υποχρέωση σεβασμού των κανόνων που διακηρύσσονται και η βαρύτητα που τους δίνεται, ήταν και παραμένει πρωταρχικά ζήτημα της αποφασιστικότητας των κρατών. Στον τομέα των ΔτΑ και του ανθρωπιστικού δικαίου, ακόμα και τα πιο προοδευτικά των κρατών ενστικτωδώς αποστρέφονται τον αυτοπεριορισμό των δυνάμεών τους και την ανάληψη υποχρεώσεων ΔτΑ. Εντούτοις, η αποδοχή ενός κανόνα από ένα κράτος και η θέλησή του να του αποδώσει την απαραίτητη σημασία, μπορεί να εξαρτάται από εξωτερικούς παράγοντες. Ανάμεσα στους πιο οργανικά σημαντικούς παράγοντες που επηρεάζουν την ανάπτυξη των ΔτΑ και των ανθρωπιστικών κανόνων, μπορεί να βρίσκεται η πίεση που ασκεί ο πληθυσμός, οι ΜΚΟ, τα media, τα οργανωμένα πολιτικά κινήματα και η κοινωνία των πολιτών γενικά.

Πολλοί παρατηρητές στη Διάσκεψη της Ρώμης που υιοθέτησε το καταστατικό του ICC, έμειναν κατάπληκτοι από τον σημαντικό ρόλο που έπαιξαν οι ΜΚΟ στην άσκηση πίεσης και το lobbying των επίσημων αντιπροσωπιών για την υιοθέτηση του τελικού καταστατικού και την διαβεβαίωση ότι το προϊόν θα άξιζε τελικά τον κόπο.²⁸⁴ Αυτή η ενεργητική συμμετοχή τώρα, οδηγεί όλους τους διεθνείς νομοθέτες ΔτΑ, από τις διακηρυκτικές αποφάσεις της HRC έως τις προσπάθειες επικράτησης των ΔτΑ στις πολιτικές και τις πρακτικές των διεθνών οικονομικών και εμπορικών θεσμών.

Πολλές ΜΚΟ και ακαδημαϊκά ιδρύματα έχουν λειτουργήσει ως κινητήριες δυνάμεις

²⁸⁴ Pace, W. R., Thieroff, M., Participation of Non-Governmental Organisations, in Lee, R. S., Ed.,

και δυνάμεις πίεσης πίσω από την επιτυχή θεσμοποίηση των ΔτΑ. Το ίδιο δεν θα μπορούσε να ειπωθεί για τη Vienna Convention on the Law of Treaties vis a vis jus cogens ή την έρευνα της ILC για την ευθύνη των κρατών.

Αν και ασχοληθήκαμε σε αυτές τις σελίδες με τα κράτη και τις υποχρεώσεις τους, επιχειρούμε να καταθέσουμε αυτά τα τελευταία σχόλια για να προτείνουμε ότι η αναμενόμενη άνοδος του καθεστώτος των διεθνών κανόνων θα πρέπει να κατευθυνθεί μακριά από εθνικά υπουργεία και προς τις δραστηριότητες της κοινωνίας των πολιτών. Με κάποια δόση αισιοδοξίας, η "διεθνής κοινότητα στο σύνολό της" θα αποκολληθεί νοηματικά από τις κρατικές προσδέσεις για να καταδείξει μία παγκόσμια κοινωνία με ανθρώπινα άτομα. Τη στιγμή που ένα διεθνές σύνταγμα θα είναι υπαρκτό, οι κανόνες που έχουν γίνει αποδεχτοί και αντανakλούν παγκόσμιες, θεμελιώδεις αξίες, θα είναι αυτοί που θα έχουν κερδίσει τη συγκατάθεση και την αποδοχή της διεθνούς κοινότητας στην κυριολεκτική της σημασία.

Βιβλιογραφία

Ago, R., Obligations Erga Omnes and the International Community, in Weiller, Cassese and Spinedi, ed., International Crimes of State 237, 1989

Ago, R., Positive Law and International Law 51 AJIL 691, 1957

Akehurst, M., The Hierarchy of the Sources of International Law, 47 British Yearbook of International Law 274, 1974-75

Allot, P., Eunomia: A New Order for a New World, 1990

Alston, P., Conjuring up New Human Rights: A Proposal For Quality Control, 78 AJIL 607, 1984

Ambos, K., General Principles in the Rome Statute, 10 Criminal Law Forum 1, 1999
American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, 1987

Arangio- Ruiz, G., Fourth Report on State Responsibility, UN Doc A/CN.4/444 and Adds. 1, 2 and 3 (1992)

Bassiouni, M. C., Crimes Against Humanity in International Criminal Law, 1992

Bassiouni, M. C., Enslavement as an International Crime, 23 New York University Journal of International Law and Politics 445, (1991)

Bassiouni, M. C., International Extradition: United States Law and Practice, 1996

Beyerlin, U., Humanitarian Intervention, in Bernhardt, ed., II Encyclopedia of Public International Law, 1995

van Boven, T.C., Distinguishing Criteria of Human Rights, in K. Vasak and P. Alston eds., 1 The International Dimensions of Human Rights 43, 1982

Brownlie, I., International Law and the Use of Force by States, 1963

Brownlie, I., System of the Law of Nations, State Responsibility, Part I, 1983

Cassese, A., Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?, 10 EJIL, 23,

1999

Christenson, G. A., The World Court and Jus Cogens, 81 American Journal of International Law, 93, 1987

Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, 14 AJIL 95, 1920

Cowless, W. B., Trials of War Criminals (Non-nuremberg), 42 American Journal of International Law, 299 1948

D' Amato, A., It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!, 6 Connecticut Journal of International Law, 1, 1990

Danilenko, G., M., International Jus Cogens: Issues of Law Making, 2 EJIL 42, 1991

Dinstein, Y., Crimes Against Humanity, in Makarczyk, ed., Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century (Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski) 891, 1996

Dinstein, Y., The Erga Omnes Applicability of Human Rights, 30 Archiv Des Volkerrechts 16, 1992

Ferencz, B. C., The United Nations Consensus Definition of Aggression: Sieve or Substance, 10 Journal of International Law and Economics 701, 1975

Franck, T., The Power of Legitimacy Among Nations 160 (1990)

Friedmann, W., The Changing Structure of International Law, 1964

Gaja, G., Jus Cogens Beyond the Vienna Convention, 172 Recueil des Cours 271 1981

Gaja, G., Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts, in Weiller, Cassese and Spinedi, eds., International Crimes of State 151, 1989

Gray, M.A., The International Crime of Ecoside, 26 California Western International Law Journal 215, 1996

Gilbert, G., Aspects of Extradition Law (1991)

Green, L. C., The Contemporary Law of Armed Conflict, 1993

Hannikainen, L., Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, 1988

Hart, H. L.A., The Concept of Law 233 (2d ed. 1994)

Hartman, J., Derogation From Human Rights Treaties in Public Emergencies, 22 Harvard Journal Of International Law 1, 1981

Higgins, R., Derogations under Human Rights Treaties, 48 British Yearbook of International Law 281, 1976-7

International Law Commission, Report to the General Assembly (second session), 1950, 2 Yearbook of the International Law Commission

International Law Commission, Report to the General Assembly (sixth session), 1954, 2 Yearbook of the International Law Commission

International Law Commission, Report on the work of its twenty – eighth session, 1976, 2 Yearbook of the International Law Commission, part 2

International Law Commission, Report on the work of its thirty – seventh session, 1985, 2 Yearbook of the International Law Commission

International Law Commission, Report on the work of its forty – third session, 1991, 2 Yearbook of the International Law Commission

International Law Commission, Report on the work of its forty – fifth session, 1993, 2 Yearbook of the International Law Commission, part 2

International Law Commission, Report on the work of its forty – seventh session, 1995, 2 Yearbook of the International Law Commission, part 2

International Law Commission, Report on the work of its forty – eighth session, Official Records of the General Assembly, 51st. Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996)

International Law Commission, Report on the work of its forty – eighth session, Official Records of the General Assembly, 51st. Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10 (1996)

Kirgis, F. L., The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, 88 AJIL (1994)

Krec'a, M. , Some Reflections on Main Features of Jus Cogens as Notion of International Public Law., in R. Gutierrez Guirardot , et al., eds., New Direction in International Law, 27 1982

Kritsiotis, D., Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention, 19 Michigan Journal of International Law 1005 (1998)

Kooijmans, P., H., In the Shadowland Between Civil War and Civil Strife: Some Reflections on the Standards Setting Process, στο Delissen, A., Tanja, G., eds, Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead: Essays in Honour of Fritz Kalshoven (1991)

Koskenniemi, M., From Apology to Utopia, 1989

Lee, R. S., The International Criminal Court / The Making of the Rome Statute, 391,

1999

Lemkin, R., Genocide as a Crime under International Law, 41 AJIL, (1947)

MacDonald, R. S. J., Fundamental Norms and the Development of Fundamental Principles of International Law, 25 Canadian Yearbook of International Law 115, 1987

McDougal, Lasswell and Chen, Human Rights and World Public Order, 1980

Marks, S. P., Principles and Norms of Human Rights Applicable in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts, in Vasek and Alston, eds., 1 The International Dimensions of Human Rights, 1982

Marouda, M. D., Η Διεθνής Ευθύνη για Παραβιάσεις του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου Τελύμενες σε Ένοπλες Συρράξεις: Η Κρατική και Ατομική Ποινική Ευθύνη Σε Κίνηση, Αθήνα 2004

Marouda, M. D., Το Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την Πρώην Γιουγκοσλαβία και η Εξέλιξη του Διεθνούς Ανθρωπιστικού Δικαίου ιδίως όσον αφορά τα Εγκλήματα Πολέμου και τα Εγκλήματα κατά της Ανθρωπότητας : Ζητήματα Εφαρμογής τους σε Συρράξεις Μη Διεθνούς Χαρακτήρα, Σάκκουλας, Αθήνα, 2001

Meron, T., Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, 1989

Meron, T., Is International Law Moving Towards Criminalisation, 9 EJIL 18, 20 (1998)

Meron, T., On a Hierarchy of International Human Rights, 80 AJIL1, 1986

Oellers-Frahm, K., The Erga Omnes Applicability of Human Rights, 30 Archiv Des Volkerrechts 28, 31 1992

Onuf, N. G. and Birney R. K., Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future, 4 Denver Journal of International Law and Policy 187, 1974

Oraa, J., Human Rights in States of Emergency in International Law, 1992

Pace, W. R., Thieroff, M., Participation of Non-Governmental Organisations, in Lee, R. S., Ed., The International Criminal Court / The Making of the Rome Statute 391, 1999

Partsch, K., article 55(c) (commentary), Simma B., eds., The Charter of the United Nations 778, 1994

Περράκης, Στ., Διεθνής Προστασία των Δικαιωμάτων Του Ανθρώπου, Σάκκουλας, Αθήνα, 1987

Περράκης, Στ., Το Διεθνές Δικαστήριο των Ηνωμένων Εθνών : Ανιχνεύσεις μιας Δικαιοδοτικής Διαδρομής στην Ειρηνική Επίλυση των Διεθνών Διαφορών,

Σάκκουλας, Αθήνα, 2001

Perrakes, St., International Criminal Court : a new dimension in international justice : questions and prospects for a new humanitarian order: proceedings of the colloquium organized by the Hellenic Ministry of Foreign Affairs, the Hellenic Ministry of ational Defence and the Institute of International Relations (Section on human rights and humanitarian law policy), Santorini, 14-16 September 2000 / edited by S. Perrakis, Sakoulas, Athens, 2002

Premont et al., eds., Non-Derogable Rights and States of Emergency 349, 1996

Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780, 1992 UN Doc. S/1994/674

Report of the Meeting of Experts on Rights not Subject to Derogation during States of Emergency and Exceptional Circumstances (Geneva, 17-19 May 1995), reprinted in Premont D., et al., Non-Derogable Rights and States of Emergency 1996

Robinson, D., Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference, 93, AJIL, 1999

Rodley, N. S., Human Rights and Humanitarian Intervention: The Case Law of the World Court, 38 International and Comparative Law Quarterly(1989)

Rosenne, S., State Responsibility and the Internatonal Crimes: Further Reflections on Article 19 of the Draft Articles on State Responsibility, 30 International Law and Politics (1997-8)

Rosenstock, R., An International Criminal Responsibility of States?, International Law on the Eve of the 21st Century (1997)

Schwelb, E., Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission, 61 AJIL, 1967

Simma, B., Nato, The UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 EJIL (1999)

Simma B., eds., The Charter of the United Nations 1994

Sinclair, I., State Responsibility and the concept of Crimes of State, in Weiller, Cassese and Spinedi, eds., InternATIONAL Crimes of State 224, 1989

Spinedi and Simma eds., United Nations Codification of State Responsibility 115, 1987

Tomuschat, C., Self-Determination in a Post-Colonial World, Tomuschat ed., Modern Law of Self-Determination 1, 1993

United Nations Conference on the Law of Treaties, Vienna Conference Proceedings, Official Records 1968

United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 1948

United Nations, Comments on the Draft Articles on State Responsibility 37 International Legal Materials 468, 1998

Verdross, A., Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, 60 AJIL 55, 1966

Waldock, H., Second Report on the Law of Treaties, 1963, 2 Yearbook of the International Law Commission

Weil, P., Towards Relative Normativity in International Law? , 77 American Journal of International Law 413, 1983

Weiller, J.H.H., Cassese, A., Spinedi, M., eds., International Crimes of State (1989)

Πίνακας Υποθέσεων

Permanent International Court of Justice

Chorzow Factory Case (Jurisdiction), 1927 PICJ (Ser.. A) No 9: 151

International Court of Justice

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes of Genocide (Advisory Opinion), 1951 ICJ Rep. 15:39, 233

South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa) (Preliminary Objections) 1962 ICJ Rep. 319: 137

South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa) (Second Phase) 1966 ICJ Rep. 6: 63, 136

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), Second Phase (Judgment), 1970 ICJ Rep. 3:59, 63, 123-4, 131-32, 135-36, 173

Namibia Case, (Legal Question for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia) (South West Africa) (Advisory Opinion) 1971 ICJ Rep. 16:19, 168

Nuclear Test Cases, 1974 ICJ Rep.99: 132

West Sahara Case, 1975 ICJ Rep. 12:168

Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran), 1980 ICJ Rep. 3:60

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 1986 ICJ Rep. 14:60-61, 116-17, 212

Case Concerning Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Provisional Measures), 1993 ICJ Rep. 3: 63-64

Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia) (Judgment), 1995 ICJ Rep. 89: 132, 137, 168

Case Concerning Legality of the Use of Force (Yugoslavia v. Belgium) (Request for Provisional Measures), 38 ILM (1999): 119-20

Διεθνή Ποινικά Δικαστήρια ΒΙΠΠ

International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment, 41 AJIL 172 (1947): 197, 198-9, 227-8

Flick and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 10 April 1948, 15 ILR 266: 219, 226

Karuch and Others (IG Farben Trial), United States Military Tribunal, Nuremberg, 29 July 1948, 15 ILR 620: 226, 227, 228

Krupp and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30 June 1948, 15 ILR 620: 228

Zyklon B, (British Military Tribunal), 42 American Journal of International Law 299 (1948): 228

Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για την πρώην Γιουγκοσλαβία

Prosecutor v. Dusko Tadic (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1-AR72 (2 October 1995): 208, 213-4, 220

Prosecutor v. Dusko Tadic (Opinion and Judgment) IT-94-1-T (7 May 1997): 223, 225

Prosecutor v. Anto Furundzija, IT-95-17/1-T (10 December 1998): 58-59, 92-93, 108

Prosecutor v. Erdemovic (Judgment Appeals Chamber), IT-96-22-A (7 October 1997): 230

Διεθνές Ποινικό Δικαστήριο για τη Ρουάντα

Prosecutor v. Akayesu (Judgment), ICTR 96-4-T (2 September 1998): 225, 227, 233

Ευρωπαϊκό Σύστημα

Soering Case, ECHR(Ser. A)Vol. 161(1989): 103

Ισραήλ

Eichmann Case, 36 ILR (Israel Dist Ct. - Jerusalem 1961), affirmed, 36 ILR 277 (Sup. Ct. Israel 1962): 107, 233

ΗΠΑ

Committee of US Citizens in Nicaragua v. Reagan, 859 F. 2d 929 (D.C. Cir. 1988): 94-95

Siderman De Blake v. Republic of Argentina, 965 F. 2d 699 (9th Cir.1992). cert. denied, 507 US 1017 (1993): 55-56, 92, 111, 256



ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ
ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Τηλ. 210 - 92 01 001

ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΕΠΙΣΤΡΟΦΗΣ

ΠΑΝΤΕΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ



002000109784