

מבט על, גיליון 1044, 15 באפריל 2018

המתקפה בסוריה בתגובה לשימוש בנשק כימי- היבטים משפטיים

פנינה שרביט-ברוך

המתקפה המשולבת של ארצות הברית, בריטניה וצרפת על יעדים סוריים בעקבות השימוש שעשה משטר אסד בנשק כימי מעוררת דיון נרחב בדבר ההיבטים האסטרטגיים של המתקפה וכיצד, אם בכלל, תשפיע על המצב ומאזן הכוחות בסוריה. המתקפה מעוררת גם דיון משפטי ומבליטה שוב את המגבלות של הכללים הקיימים במשפט הבינלאומי ביחס להתמודדות עם מצבים שבהם שימוש בכוח אינו מתבסס על הסמכה של מועצת הביטחון או נובע משימוש הזכות להגנה עצמית. בהקשר זה, עצם הפעולה, ובפרט כשמדובר במתקפה משולבת של מספר מדינות מפתח, יש בה תרומה אפשרית להתפתחות המשפט הבינלאומי ולשינוי הכללים בכל הנוגע להצדקות המשפטיות האפשריות לשימוש בכוח ביחסים בין מדינות.

סעיף 2 (4) למגילת האו"ם קובע את האיסור הבסיסי להשתמש בכוח נגד מדינה. מגילת האו"ם כוללת שני חריגים לאיסור זה: שימוש בכוח המאושר על ידי מועצת הביטחון של האו"ם על פי פרק שבע למגילה ושימוש בכוח במצבים של הגנה עצמית נגד התקפה חמושה, על פי סעיף 51 למגילה.

במקרה הנדון, של המתקפה המשולבת של ארצות הברית, בריטניה וצרפת על יעדים סוריים בעקבות השימוש שעשה משטר אסד בנשק כימי, לא הייתה החלטה של מועצת הביטחון, שאישרה שימוש בכוח. אשר להצדקה המבוססת על זכות ההגנה העצמית, יש קושי רב לטעון כי היא חלה במקרה זה, שכן לא בוצעה התקפה חמושה נגד המדינות שביצעו את התקיפה ואף קשה לטעון כי מעשיו של אסד יצרו איום מוחשי למתקפה צפויה כנגדן, אשר מקים זכות להגנה עצמית מקדימה. אמנם, נטען כי ניתן להצדיק גם הגנה עצמית מניעתית נגד איום עתידי. אולם, הצדקה זו שנויה במחלוקת כשלעצמה וקשה ליישמה במקרה דנן, שכן משטר אסד, או השימוש שלו בנשק כימי, אינו מציב איום פוטנציאלי כלפי המדינות שתקפו.

בעבר הועלה טיעון, המתבסס על הרעיון של הגנה עצמית מניעתית, שהתמקד בשימוש בפעולה מונעת נגד האיום הכללי של התמודדות מול נשק כימי בסכסוכים עתידיים. לפי טיעון זה, העדר מענה כוחני לשימוש בנשק כימי יוביל לשחיקת האיסור הקיים בנושא ולכך שגם בעתיד רודנים וגורמי טרור ישתמשו בנשק כזה. עם זאת, טיעון זה אינו מתיישב עם הבסיס המשפטי הקיים בנוגע לרעיון ההגנה העצמית המניעתית, שלפיו ניתן לעשות שימוש בכוח נגד מדינה רק כאשר קיים איום שמדינה זו תבצע התקפה חמושה. רציונל זה לא יכול לשמש הצדקה לשימוש בכוח נגד מדינה רק על מנת להרתיעה, וקל וחומר נגד מדינות אחרות, מפני שימוש באמצעי לוחמה מסוימים בעתיד.

במהלך שני העשורים האחרונים מתקיים דיון, האם מעבר לחריג ההגנה העצמית, ניתן להכיר גם בחריג של "התערבות הומניטארית", שלפיו ניתן להשתמש בכוח נגד מדינה, במקרים קיצוניים של פגיעה בזכויות אדם, כגון במצבים של השמדת עם וטיהור אתני, על מנת למנוע אסון הומניטארי.

התקדים העיקרי שמוצג לרעיון "ההתערבות ההומניטארית" הוא ההתערבות הצבאית של נאט"ו בקוסובו בשנת 1999. עם זאת, במקום להציג במפורש בסיס זה כהצדקה המשפטית להתערבות זו, מרבית החברות בנאט"ו, כולל ארצות הברית, בחרו להציג רשימה צרה של גורמים נסיבתיים (כולל הפרות של החלטות קודמות של מועצת הביטחון ויצירת מצב של מאות אלפי עקורים), אשר, במצטבר, הצדיקו שימוש בכוח בקוסובו, חרף הלשון של מגילת האו"ם. גישה זו, המגבילה את השימוש בכוח בהתאם לנסיבות ייחודיות, מכונה לעיתים "גישת הגורמים" factors approach)). ראוי להבהיר, כי יש לעיתים נטייה לבלבל בין רעיון ההתערבות ההומניטארית לבין דוקטרינה ה- "אחריות להגן" (R2P), שלפיה במצבים קיצוניים, כגון רצח עם ופשעי מלחמה נרחבים, הקהילה הבינלאומית מחויבת להתערב על מנת לשים קץ לזוועות. עם זאת, דוקטרינה זו נתפסת כבסיס להצדקה של החלטה של מועצת הביטחון של האו"ם לאשר שימוש בכוח, אך לא כבסיס משפטי לשימוש בכוח ללא אישור של מועצת הביטחון.

בריטניה הינה המדינה היחידה שהצהירה במפורש, בהודעה שפורסמה ביום התקיפה, כי התערבות הומניטארית מהווה את הבסיס המשפטי לשימוש בכוח נגד סוריה בתגובה לשימוש בנשק כימי נגד אזרחיה.

אחת הבעיות בהסתמכות על דוקטרינת ההתערבות ההומניטארית בהקשר הסורי הינה, שאם זהו אכן הרציונל להתערבות הצבאית, הרי שמוקד המבצע אמור להיות הקלה על המשבר ההומניטארי בו נתונים האזרחים בסוריה והפסקת האלימות הקשה נגדם. הגבלת ההתערבות הכוחנית רק כתגובה לשימוש בנשק כימי, אשר, בעוד שהוא חמור מאוד וראוי לגינוי, גרם לפחות פגיעות בנפש לעומת אלו שנגרמו כתוצאה משימוש בנשק קונבנציונאלי, מחלישה את ההסתמכות על טיעון זה.

יצוין כי יש קושי להצדיק שימוש בכוח נגד סוריה רק על בסיס הפרת המדינה את האיסור הבינלאומי על שימוש בנשק כימי, למרות שמדובר באיסור חמור בדרגתו. זאת, כיון שהמשפט הבינלאומי המודרני אוסר על פעולת תגמול (reprisal) כוחנית, קרי שימוש בכוח המיועד לאכיפת התחייבויות בינלאומיות.

יש הטוענים, כי אף אם הדין הפורמאלי אוסר על שימוש בכוח במקרה כמו זה של סוריה, עדיין שימוש בכוח יכול להיות מוצדק על פי הרציונל של "לא חוקי אך לגיטימי". כלומר, ישנם מצבים של צורך קיצוני, שבהם מילוי אחר החוק הקיים באופן קפדני יכול לגרום נזק גדול יותר. בהתאם לכך, במקרים מסוימים, שיקולים מוסריים או חששות בנוגע לאיומים קיומיים, יכולים להוות בסיס להצדקת פעולה, המהווה על פניה הפרה של הנורמות המשפטיות הקיימות.

גישה דומה למשפט הבינלאומי רואה בדין הפורמאלי, או לפחות בכללים החלים על חוקיות השימוש בכוח, מערכת גמישה ופרגמטית של נורמות, שיש לפרשן באופן שמביא בחשבון מציאויות משתנות. גישה פרגמטית מעין זו למשפט הבינלאומי בכלל, ולמשפט הישים ביחס לשימוש בכוח בפרט, טומנת בחובה גם היא התעלמות מסוימת מהנוסח הפורמאלי של הדין הקיים, כמו בגישת "לא חוקי אך לגיטימי", אולם לעומתה, הגישה הפרגמטית אינה מציעה התעלמות מוחלטת מהדין, אלא יישום של פרשנות גמישה לנורמות הרלוונטיות. נראה, כי ארצות הברית נוקטת גישה זו, כפי שעלה מדבריו של פרופ' הרולד קו, שהיה היועץ המשפטי של מחלקת המדינה של ארצות הברית בתקופת ממשל אובמה - שהיה מחויב הרבה יותר לעמידה בכללי

המשפט הבינלאומי לעומת ממשל הנשיא טראמפ. בנאום שנשא הוא דחה את "הגישה האבסולוטית" ביחס לבסיס המשפטי של חוקיות השימוש בכוח, וטען שהמשפט הבינלאומי התפתח והנו גמיש דיו כדי לאפשר פעולה צבאית המבוססת על טעמים מוסריים, כגון מניעת זוועות המתרחשות כתוצאה משימוש מכוון בנשק כימי. בהתבסס על גישה זו ועל ניתוח מקרה קוסובו, ניתן לטעון, כי כאשר הנסיבות המצטברות חמורות מספיק, פעולה צבאית יכולה להיות מוצדקת על בסיס שיקולים מוסריים, במצבים הומניטאריים קיצוניים, ועל המשפט הבינלאומי להיות מפורש בהתאם.

מעבר לכך, יישום הגישה הגמישה והפרגמטית למשפט הבינלאומי עשוי להוביל לשינוי הדין הקיים תוך התאמתו למציאות החדשה. לצורך כך, יש לזכור כי המשפט הבינלאומי המנהגית מתפתח על בסיס השילוב של פרקטיקה של מדינות וה-*opinio juris*, שהוא ההצדקה המשפטית שבבסיס התנהגותן של המדינות. אי לכך, כאשר מדינה פועלת באופן העומד בסתירה למשפט הבינלאומי הקיים, היא יכולה לפתח נורמה מנהגית חדשה, שתחליף את הכלל הקודם, והדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בהתנהגות של מספר מדינות מרכזיות במתואם, ותוך הסכמה, מפורשת או בשתיקה, של מדינות רבות אחרות. לצורך זאת נחוץ שהמדינות התוקפות יסבירו את הרציונל המשפטי העומד בבסיס המתקפה הצבאית.

הגישה הקוראת ליישום גמיש של הכללים המסדירים את השימוש בכוח מעוררת טיעוני נגד כבדי משקל, לפיהם אם ארצות הברית ובנות בריתה מוכנות להתעלם מן הדין הקיים, גם מדינות אחרות יכולות להשתמש באותה הצדקה על מנת להשתמש בכוח בעתיד, מה שיסכן את המבנה השברירי ממילא של המשפט הבינלאומי בתחום זה. מצד שני, ונראה כי זה העיקר - קבלת הרעיון שהמשפט הבינלאומי - על בסיס פרשנות צרה ודווקנית של מגילת האו"ם - חוסם מדינות מלהשתמש בכוח במצבים שבהם שיקולים של היגיון, אתיקה ומוסר מחייבים זאת, יכולה, בסופו של דבר, להביא לסיכול המטרה העיקרית של מגילת האו"ם - שמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים.

נוכח העובדה כי מדינות בפועל מתנהלות באופן המעיד כי שימוש בכוח במקרים כגון המקרה דן הוא מוצדק מבחינתן, ולאור העובדה כי נראה שהדיון על חוקיות הפעולה מעניין רק את הקהילה המשפטית, נראה כי ברמה המוסרית והמעשית כאחד, גישה גמישה למשפט הבינלאומי ביחס לשימוש בכוח אינה רק עדיפה אלא אף מחויבת.