

השימוש בנשק כימי נגד אזרחי סוריה - האם מצדיק התערבות כוחנית?

פנינה שרביט-ברוך וברנדון ווינשטוק

ב-21 באוגוסט 2013 עשתה ממשלת סוריה שימוש בנשק כימי נגד אזרחיה, וכתוצאה מכך נהרגו למעלה מאלף בני-אדם במתקפה אחת.¹ בעקבות אירוע מחריד זה, מספר מדינות מערביות, במיוחד ארצות-הברית, שקלו לתקוף את סוריה ללא אישור מטעם מועצת הביטחון של האו"ם. מהלך זה עורר בקרב המשפטנים דיון סוער בנוגע לבסיס המשפטי של מתקפה כזו על פי הדין הבינלאומי.

בסופו של דבר, המבצע הצבאי לא יצא לפועל ברגע האחרון. הליכים דיפלומטיים אינטנסיביים שנועדו למנוע את השימוש בכוח, תוך מתן מענה לצורך בהשמדת מצבורי הנשק הכימי של סוריה, הובילו לאימוץ החלטה 2118 של מועצת הביטחון של האו"ם מיום 27 בספטמבר 2013.² החלטה זו דורשת, בין היתר, גילוי והשמדה מואצים של כל הנשק הכימי בסוריה, וקובעת כי במקרה של אי-ציות, יינקטו צעדים בהתאם לפרק VII למגילת האו"ם. פרק זה מאפשר למועצת הביטחון לנקוט נגד מדינה הן אמצעים כוחניים (סעיף 42) והן אמצעים לא-כוחניים (סעיף 41). כך, על פי ההחלטה, לשם נקיטת צעדים כוחניים נגד סוריה במקרה של אי-ציות, תידרש החלטה נוספת של מועצת הביטחון. החלטה כזו כפופה לזכות הווטו של חמש החברות הקבועות במועצת הביטחון, הכוללות את סין ורוסיה, שסביר להניח כי ימשיכו לבלום כל מתן אישור לשימוש בכוח נגד סוריה. אם לא תתקבל החלטה כאמור, עשויה אופציית השימוש בכוח צבאי על ידי ארצות-הברית ובעלות-בריתה לשוב ולעלות, ובכך להציף מחדש את הדיון בדבר חוקיותה של פעולה צבאית כזו.

הנשיא אובמה ביטא את העדפתו לפעול בהתאם לסטנדרטים בינלאומיים מתחילת כהונתו כנשיא, והדגיש את חשיבותה של ארצות-הברית בהצבת דוגמה לקהילה

פנינה שרביט-ברוך היא חוקרת בכירה ומנהלת תכנית המחקר 'משפט וביטחון לאומי' במכון למחקרי ביטחון לאומי.

ברנדון ווינשטוק הוא עוזר מחקר במכון למחקר ביטחון לאומי.
המחברים מודים לאדם ברוזה על הערותיו המועילות.

הבינלאומית.³ לפיכך, למרות שההחלטה האמריקאית האם לעשות שימוש בכוח נגד סוריה מבוססת במקרה זה, כמו במקרים אחרים, באופן בלתי־נמנע על שיקולים אסטרטגיים, כמו גם על שיקולים מוסריים, עדיין חשוב להבין גם את ההיבטים המשפטיים הרלוונטיים של הסוגיה. יתר על כן, להבנת ההיבטים המשפטיים של שימוש בכוח ביחס למצב בסוריה יש השלכות רלוונטיות גם למקרים אחרים, אשר בהם השימוש בכוח עלול להישקל בנסיבות המעוררות דילמות דומות.

הבסיס החוקי במשפט הבינלאומי למתקפה צבאית נגד סוריה ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם רחוק מלהיות חד־משמעי. אי־הבהירות מתחזקת לנוכח העובדה שממשל אובמה נמנע מהצהרה רשמית על עמדתו בדבר הבסיס החוקי למתקפה. רבים מבין המלומדים שהתייחסו לנושא הגיעו למסקנה שאין כל בסיס חוקי במשפט הבינלאומי להתערבות צבאית בסוריה.⁴ אחרים טענו כי פעולה כאמור היא מותרת, בין אם על בסיס הרעיון של התערבות הומניטרית ובין אם על בסיס הצדקות משפטיות אחרות.⁵ כמו כן נשמעו קולות הגורסים כי המשפט הבינלאומי הקיים – ובפרט הנורמות ביחס לשימוש בכוח – אינו מתאים למצב כמו זה השורר בסוריה, וכי יש לפתח סטנדרטים משפטיים חדשים. במאמר זה ננסה להציג ולנתח את העמדות השונות בנושא, תוך התמקדות בחוקיות השימוש בכוח כפועל יוצא מהשימוש הסורי בנשק כימי. לא נעסוק בטענות הקשורות באופן ספציפי להשלכות של אי־ציות פוטנציאלי מצד סוריה להחלטה 2118 של מועצת הביטחון של האו"ם.

השימוש בכוח במגילת האו"ם

סעיף 2 (4) למגילת האו"ם קובע את הכלל הבסיסי לגבי שימוש בכוח, ואוסר על "איום או שימוש בכוח נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או בכל אופן אחר שאינו עולה בקנה אחד עם מטרות האומות המאוחדות".⁶ בהתאם לכך, כל שימוש בכוח נגד סוריה אסור, אלא אם נמצא בסיס תקף לכך במשפט הבינלאומי. יש לציין כי סעיף 2 (4) לא רק אוסר על שימוש בכוח בפועל, אלא אוסר גם על "איום" של שימוש בכוח. לפיכך, הניתוח שיוצג להלן רלוונטי גם ביחס להצהרות שניתנו על ידי הנשיא אובמה, כמו גם על ידי בכירים אמריקאיים ולא־אמריקאיים אחרים בדבר האיום לתקוף את סוריה, על אף העובדה שלבסוף לא נעשה, כאמור, כל שימוש בכוח צבאי.

סעיף 2 (4) אינו אוסר על מדינה לעשות שימוש בכוח כלפי פנים (כלומר, שימוש בכוח מצד מדינה נגד ארגון חמוש הפועל בתוך שטחה), ואף אינו אוסר על בקשה של מדינה כי מדינות אחרות יעשו שימוש בכוח בתוך שטחה שלה. כך, ניתן לטעון כי אם יש לכוחות האופוזיציה של סוריה שליטה אפקטיבית מספקת בתוך סוריה על מנת להיחשב מבחינה משפטית כממשלה החדשה (או שהם עומדים באופן אחר בקריטריונים

למעמד זה), ביכולתם לבקש סיוע ממדינות אחרות במלחמתם נגד "המשטר הקודם של אסד". בנסיבות מעין אלה, התערבות תוך שימוש בכוח לא תהווה הפרה של סעיף 2 (4) למגילת האו"ם.

בשלבים מוקדמים יותר של הסכסוך בסוריה, הכירו מדינות מסוימות בקואליציה הלאומית של המהפכנים הסוריים ובכוחות האופוזיציה בתור הנציגים הלגיטימיים היחידים של העם הסורי. יחד עם זאת, קיים ספק האם בהכרה הקיימת או בהכרה נוספת באופוזיציה הסורית יש יותר מאשר אקט פוליטי גרידא, בעיקר בשל חוסר הלכידות של כוחות האופוזיציה, השליטה הטריטוריאלית הבלתי-מספקת שלהם בסוריה ואי-היכולת שלהם לשלוט בפועל. כפי שצוין על ידי מחלקת המדינה של ארצות-הברית (ביחס ללוב):

"[i]nternational law focuses on the question of recognition, and recognition tends to follow facts on the ground, particularly control over territory. As a general rule, we are reluctant to recognize entities that do not control entire countries because then they are responsible for parts of the country that they don't control, and we're reluctant to derecognize leaders who still control parts of the country because then you're absolving them of responsibility in the areas that they do control."⁷

מעבר לכך, אפילו אם תתקבל הכרה פוליטית מפורשת בכוחות האופוזיציה, הדבר אינו מסיר בהכרח את ההכרה המשפטית ממשטרו של אסד, במיוחד עקב העובדה שמדינות רבות ממשיכות לקיים יחסים דיפלומטיים עם המשטר, ורואות בו את הממשל הלגיטימי.⁸ לאור זאת, התערבות תוך שימוש בכוח בתוך סוריה נגד משטר אסד בתמיכה בכוחות אופוזיציה חמושים תיחשב, ככל הנראה, כהפרה של הוראת סעיף 2 (4) למגילת האו"ם.⁹

חריגים לאיסור על שימוש בכוח המבוססים על מגילת האו"ם

מגילת האו"ם כוללת שני חריגים לאיסור הכללי על שימוש בכוח: החריג הראשון הוא שימוש בכוח המאושר על ידי מועצת הביטחון של האו"ם על פי פרק VII למגילה, כאשר הדבר "דרוש למען שמירה על או השבת השלום והביטחון הבינלאומיים".¹⁰ דוגמאות לכך ניתן למצוא, למשל, באישור מועצת הביטחון של האו"ם לשימוש בכוח נגד עיראק בשנת 1990,¹¹ ובמבצע נאט"ו בלוב בשנת 2011.¹² יחד עם זאת, נכון למועד זה, רוסיה וסין חסמו כל ניסיון מצד מועצת הביטחון של האו"ם לאשר שימוש בכוח נגד סוריה, והפכו חריג זה לבלתי-ישים.

החריג השני לאיסור על שימוש בכוח הוא הגנה עצמית. סעיף 51 למגילת האו"ם מכיר בקיומה של "הזכות הטבועה להגנה עצמית אינדיווידואלית או קולקטיבית, אם מתרחשת התקפה חמושה".¹³ במלים אחרות, אם מדינה הותקפה, יש לה זכות להגיב תוך שימוש בכוח. סעיף זה מכיר גם ברעיון של "הגנה עצמית קולקטיבית", כלומר, השימוש בכוח על ידי מדינה אחת או יותר, אשר נתבקשו לסייע למדינה שהותקפה להגן על עצמה. עד כה, ארצות־הברית או כל מדינה אחרת מבעלות־בריתה באזור לא היו נתונות להתקפה חמושה.¹⁴ לאזרחים הסוריים המותקפים על ידי ממשלתם שלהם אין זכות חוקית לבקש התערבות תוך שימוש בכוח לשם הגנה עליהם, במסגרת סעיף 51. העובדה שהתקפה חמושה בפועל לא בוצעה איננה סוף הסיפור. מן המקובלות היא כי בנסיבות מסוימות, מותר שימוש בכוח נגד מתקפות צפויות. נראה כי הנשיא אובמה רמז לרעיון זה, כאשר טען כי "אם הלחימה תגלוש אל מעבר לגבולותיה של סוריה, נשק (כימי) זה יכול להוות איום על בעלות־ברית כגון טורקיה, ירדן וישראל".¹⁵ על פי הצהרה זו, האיום אינו בהכרח מוגבל לשימוש בנשק כימי מצד סוריה נגד מדינות אלה, אלא מתייחס גם לכך שנשק זה יכול ליפול לידיהן של קבוצות טרור, אשר עלולות לעשות בו שימוש.¹⁶ הדעה הרווחת היא שטענה משפטית תקפה להגנה עצמית מקדימה (anticipatory self defense), בטרם בוצעה התקפה חמושה בפועל, מחייבת קביעה שלפיה קיימת נחיצות לעשות שימוש בכוח על מנת לסכל התקפה חמושה הקרובה להתממש (imminent). פרשת הספינה 'קרולין' (1837)¹⁷ נחשבת, בדרך כלל, כמשקפת את התנאים הדרושים להגנה עצמית מקדימה, אשר לפיהם מדינה חייבת להראות "צורך מיידי, מכריע, בהגנה עצמית, אשר אינו מותיר כל ברירה לנקיטת אמצעים אחרים או זמן לשקילת העניין".¹⁸ לפיכך, על מנת להעלות טענה בדבר הגנה עצמית מקדימה, האיום חייב להיות קונקרטי, וחייב להיות ברור כי שימוש בכוח הוא האפשרות המעשית היחידה.¹⁹ יתר על כן, הדעה המסורתית משווה בין "מימוש קרוב" (imminence) ל"מיידיות" (immediacy), והמשמעות היא שאיום חייב להיות מיידי על מנת להצדיק מתקפה מונעת. אם נחיל קריטריון זה של מימוש קרוב על הסיכון הפוטנציאלי בהקשר הסורי, ברור כי הוא אינו עומד בדרישה זו. לא היה כל איום מיידי לכך שיעשה שימוש בנשק כימי מצד סוריה נגד מדינות שכנות – בין אם על ידי סוריה עצמה ובין אם על ידי ארגוני טרור ששיגו את הנשק האמור – לא בזמן שארצות־הברית שקלה מתקפה נגד סוריה, ולא במועד כתיבת שורות אלה.

יחד עם זאת, גוברת ההבנה המותחת את גבולות הרעיון של "מימוש קרוב" (imminence), שלפיה שימוש בכוח מניעתי (preemptive) יכול להיות מוצדק כאשר אי־פעולה בזמן נתון תמנע ממדינה את היכולת להגן על עצמה מפני התקפה בעתיד.²⁰ במלים אחרות, "מדינת הקורבן הפוטנציאלית רשאית לפעול תוך שימוש בכוח, אם 'חלון ההזדמנויות' להגן על עצמה באופן אפקטיבי עומד להיסגר".²¹ בדברי הפרשנות

ל'מדריך טאלין' על המשפט הבינלאומי החל על לוחמת סייבר מ-2013, הרעיון של "חלון הזדמנויות" מוסבר ביתר פירוט:

"[t]his window may present itself immediately before the attack in question, or, in some cases, long before it occurs. The critical question is not the temporal proximity of the anticipatory defensive action to the prospective armed attack, but whether a failure to act at that moment would reasonably be expected to result in the State being unable to defend itself effectively when that attack actually starts."²²

העמידה בתנאי של "התממשות קרובה", גם בפרשנותו המרחיבה האמורה, מוטלת בספק ביחס לניתוח המקרה הסורי, שכן בזמן שהמתקפה הצבאית נשקלה, הנשק הכימי נשאר בידיו של משטר אסד, ולא היה איום קונקרטי לכך שייעשה בו שימוש נגד כוחות ארצות הברית או בעלות הברית. כמו כן, לא הייתה אינדיקציה ספציפית לכך שהנשק הכימי עומד ליפול לידיהן של קבוצות טרור, אשר עשויות להשתמש בו באופן דומה.²³ לפיכך, נראה כי האיום שתואר לעיל לא היה קונקרטי, ולא היה קרוב מספיק להתממשות בפועל על מנת להצדיק שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית מונעת, באותה העת שבה נשקלה אפשרות של שימוש בכוח נגד סוריה. טיעון נוסף, המתבסס על הרעיון של הגנה עצמית מניעתית בהקשר הסורי, מתמקד בשימוש בפעולה המונעת נגד האיום הכללי של התמודדות מול נשק כימי בסכסוכים עתידיים. הנשיא אובמה הציג את הרציונל הבא, בהצהירו כי:

"[i]f we fail to act, the Assad regime will see no reason to stop using chemical weapons. As the ban against these weapons erodes, other tyrants will have no reason to think twice about acquiring poison gas, and using them. Over time, our troops would again face the prospect of chemical warfare on the battlefield. And it could be easier for terrorist organizations to obtain these weapons and to use them to attack civilians."²⁴

לעמדתו של ג'ון ב. בלינג'ר (Bellinger), היועץ המשפטי לשעבר של מחלקת המדינה של ארצות הברית בממשלו של הנשיא ג'ורג' וו. בוש, טיעון כזה יכול לספק בסיס לפעולה צבאית מניעתית במסגרת משטר ההגנה העצמית הקולקטיבית. לטענת בלינג'ר, השימוש שעשה המשטר הסורי בנשק כימי נגד אזרחיו מהווה את המניע לזכות השימוש בכוח במסגרת ההגנה העצמית הקולקטיבית, לשם שמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים, ועל מנת להרתיע שימוש עתידי בנשק כימי.²⁵ יחד עם זאת, נראה כי טיעון זה אינו מבוסס על המשפט הבינלאומי המנהגי הקיים בנוגע לרעיון

ההגנה העצמית. הרציונל העומד בבסיס השימוש בכוח מניעתי הוא, שניתן לעשות שימוש בכוח נגד מדינה רק כאשר קיים איום שמדינה זו תבצע התקפה חמושה. קשה להתבסס על רציונל זה על מנת להצדיק שימוש בכוח נגד מדינה רק על מנת להרתיעה, קל וחומר – מדינות אחרות, מפני שימוש באמצעי לחימה מסוימים בעתיד.

התערבות הומניטרית (Humanitarian Intervention)

במהלך שני העשורים האחרונים דנים מלומדים רבים בתחום המשפט בשאלה, האם מעבר לחריג ההגנה העצמית, קיימים חריגים נוספים לאיסור על שימוש בכוח ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם. דיונים אלה מתמקדים בעיקר בחריג הפוטנציאלי של "התערבות הומניטרית". בתמצית, טיעון ההתערבות ההומניטרית מצדיק שימוש בכוח באופן חד־צדדי או רב־צדדי נגד מדינה במקרים קיצוניים, על מנת למנוע אסון הומניטרי, או על מנת להפסיק פגיעה נרחבת בזכויות אדם.²⁶ בריטניה היא תומכת מוצהרת בדוקטרינת ההתערבות ההומניטרית מזה זמן, ובניגוד לארצות־הברית, היא הצהירה באופן פומבי על עמדתה, שלפיה התערבות הומניטרית מהווה בסיס משפטי לשימוש בכוח נגד סוריה, אף ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם. ב־29 באוגוסט 2013, פרסמה ממשלת בריטניה מסמך המצהיר כי:

"[i]f action in the Security Council is blocked, the UK would still be permitted under international law to take exceptional measures in order to alleviate the scale of the overwhelming humanitarian catastrophe in Syria by deterring and disrupting the further use of chemical weapons by the Syrian regime... Such a legal basis is available, under the doctrine of humanitarian intervention, provided three conditions are met: (1) there is convincing evidence... of extreme humanitarian distress on a large scale requiring immediate and urgent relief; (2)... there is no practicable alternative to the use of force if lives are to be saved; and (3) the proposed use of force must be necessary and proportionate... and must be strictly limited in time and scope..... All three conditions would clearly be met in this case."²⁷

התקדים העיקרי שמובא כבסיס משפטי המצדיק שימוש בכוח למטרות הומניטריות, ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם, הוא ההתערבות הצבאית של נאט"ו בקוסובו בשנת 1999. הדעות חלוקות ביחס לשאלה, האם מקרה קוסובו אכן יצר נורמה כללית של התערבות הומניטרית. במקום להציג באופן מפורש את ההצדקות המשפטיות להתערבות הצבאית בקוסובו, רבות מהמדינות החברות בנאט"ו בחרו להציג רשימה צרה של גורמים נסיבתיים (כולל הפרות של החלטות קודמות של מועצת

הביטחון, אי-שיתוף פעולה עם בית הדין הפלילי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY), מאות אלפי עקורים ועוד), אשר במצטבר הצדיקו שימוש בכוח בקוסובו, חרף לשון מגילת האו"ם. גישה זו, המגבילה את השימוש בכוח בהתאם לנסיבות הייחודיות של אותו מקרה ספציפי, מכונה לעיתים "גישת הגורמים" (factors approach).²⁸

מלומדים אחרים סבורים כי התערבות נאט"ו בקוסובו קבעה, למעשה, תקדים רחב הרבה יותר. סר דניאל בתלהם (Bethlehem), לשעבר היועץ המשפטי הראשי של משרד החוץ הבריטי, טוען כי למרות שרוב מדינות נאט"ו לא הציגו באופן פומבי את ההצדקות המשפטיות להתערבות הצבאית בקוסובו – לא כל שכן, לא התבססו על הטיעון של התערבות הומניטרית – הן התערבו בפועל על בסיס זה.²⁹

בתלהם מנתח מספר תקדימים משפטיים ומגיע למסקנה נוספת, שלפיה העיקרון של התערבות הומניטרית מתקיים במשפט הבינלאומי המנהגי מעבר לנסיבות הספציפיות של מקרה קוסובו.³⁰ עם זאת, עמדתו אינה מקובלת על כולם. ישנן מדינות רבות הטוענות כי התערבות הומניטרית טרם בשלה לכדי חריג משפטי מקובל לאיסור על שימוש בכוח לפי סעיף 2 (4) למגילת האו"ם.³¹ זאת ועוד, העובדה כי ארצות-הברית לא ביססה את איומה לנקוט פעולה צבאית נגד סוריה על רציונל ההתערבות ההומניטרית, והשאירה את בריטניה לבדה כטוענת רשמית להצדקה זו, משמשת עדות להסתייגותה של ארצות-הברית מהכרה בקיומה של נורמה משפטית בינלאומית המתירה התערבות הומניטרית.

לעתים, יש נטייה לבלבל בין רעיון ההתערבות ההומניטרית לבין הרעיון של "אחריות להגן" (R2P). "אחריות להגן" היא דוקטרינה של "משפט רך",³² אשר החלה להתפתח בראשית המאה ה-21, נוסחה במסמך המסכם של הוועידה העולמית של האו"ם בשנת 2005³³ ואומצה בהמשך על ידי מועצת הביטחון של האו"ם.³⁴ דוקטרינת "אחריות להגן" קובעת כי "כל מדינה היא בעלת האחריות להגן על האוכלוסייה שלה מפני רצח עם, פשעי מלחמה, טיהור אתני ופשעים נגד האנושות. אחריות זו דורשת מניעה של פשעים אלה, לרבות הסתה להם, על ידי אמצעים הולמים ונחוצים".³⁵ במקרה שמדינה אינה מציעה הגנה כאמור, או כאשר היא זו שמפעילה למעשה את האלימות, הקהילה הבינלאומית מחויבת להתערב, בין באמצעי שלום ובין באמצעים צבאיים, על מנת לשים קץ לזוועות המבוצעות.³⁶ כך, מקובל כי דוקטרינה זו מהווה הצדקה להחלטת מועצת הביטחון של האו"ם לאשר שימוש בכוח. יחד עם זאת, קיים ספק רב האם דוקטרינת "אחריות להגן" יכולה לשמש בסיס משפטי, המאפשר התערבות הומניטרית ללא אישור של מועצת הביטחון.

אחת הבעיות בהסתמכות על דוקטרינת ההתערבות ההומניטרית בהקשר הסורי היא, שאם זה אכן הרציונל להתערבות הצבאית, הרי שמוקד המבצע אמור היה להיות הקלת המשבר ההומניטרי שבו נתונים האזרחים בסוריה. על פי ההצהרה הרשמית

לעיל של ממשלת בריטניה, לא נראה כי בריטניה מבססת את ההצדקה המשפטית שלה להתערבות צבאית בסוריה על האלימות הנרחבת נגד האזרחים הסוריים כשלעצמה, אלא, באופן שיש בו מן הסתירה הפנימית, היא מגבילה את ההתמקדות שלה רק לסבל שנגרם לאזרחים הסוריים כתוצאה מהשימוש בנשק הכימי, אשר, בעוד הוא חמור מאוד וראוי לגינוי, גרם פחות פגיעות בנפש לעומת אלו שנגרמו כתוצאה משימוש בנשק קונבנציונלי.³⁷ בהצהרה לעיל של הנשיא אובמה, נראה כי גם הוא מתמקד בבירור במטרה של הרתעת משטר אסד מפני שימוש עתידי בנשק כימי, ולא בהקלת סבלה של האוכלוסייה האזרחית הסורית. כפועל יוצא אפשר להטיל ספק בכך שמבצע צבאי בסוריה, שנועד אך ורק להרתיע נגד השימוש העתידי בנשק כימי, ממלא אחר הדרישה לבסיס עובדתי המצדיק התערבות הומניטרית.

שימוש בכוח בתגובה לשימוש בלתי-חוקי בנשק כימי?

בטיטות החוק שהוגשה על ידי ממשל אובמה לקונגרס האמריקאי, בנוגע לאישור פעולה צבאית בסוריה על ידי כוחות ארצות-הברית, התמקד הרציונל המוצהר של המבצע הצבאי בשימוש הבלתי-חוקי שנעשה בנשק כימי. המבוא למסמך קובע, בין היתר, כי מטרת השימוש בכוח צבאי שלגביו מתבקש האישור "צריכה להרתיע, לשבש, למנוע ולהקטין את הפוטנציאל לשימושים עתידיים בנשק כימי, או בנשק אחר להשמדה המונית..."³⁸.

לאור זאת מתעוררת השאלה, האם מותר להשתמש בכוח נגד סוריה מאחר שהפרה את האיסור הבינלאומי על שימוש בנשק כימי – איסור המקובל באופן אוניברסלי כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב.³⁹ מצד אחד, נטען כי מוצדק השימוש בכוח על מנת לאכוף נורמה מנהגית זו, משום שהאיסור על שימוש בנשק כימי נחשב ככלל יוֹס־קוֹנְגֵּס (כלל בלי-עבור), כלומר, נורמה שהיא כה יסודית במשפט הבינלאומי, עד כדי כך ששום סטייה ממנה אינה מותרת.⁴⁰ ברם, עמדה זו שנויה במחלוקת, משום שהיא עומדת בסתירה לתפיסה שאין לעשות שימוש בכוח על מנת לאכוף התחייבויות בינלאומיות. בהתאם לכך, כל פעולה צבאית שתינקט נגד סוריה מטעם זה תהווה למעשה פעולת תגמול כוחנית – אשר קיימת הסכמה נרחבת כי היא אסורה על פי המשפט הבינלאומי.⁴¹ בהקשר זה, יש הטוענים, כי מעמדה של נורמת היוֹס־קוֹנְגֵּס בנוגע לאיסור על השימוש בכוח חזק יותר מאשר זה של הנורמה הקובעת איסור שימוש בנשק כימי.⁴²

להפר את החוק על מנת לייצר את החוק?

עד כה, דנו בנושא מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי הפורמלי, בהתבסס על הדין הקיים (*lex lata*). מלומדים מסוימים טוענים, עם זאת, כי אף אם הדין הפורמלי

אוסר שימוש בכוח במקרה כמו זה של סוריה, שימוש בכוח יכול עדיין להיות מוצדק על פי הרציונל של "לא חוקי אך לגיטימי". כדברי אחד הפרשנים: "אלה הטוענים כי החוקיות הבינלאומית היא תנאי בל-יעבור (*sine qua non*) לפעולה לגיטימית בזירה הבינלאומית מתעלמים מן העובדה שישנם מצבים של צורך קיצוני, הן על פי המשפט המדינתי והן על פי המשפט הבינלאומי, אשר בהם, מילוי דרישות החוק הקיים באופן קפדני יכול לגרום נזק גדול יותר".⁴³ בהתאם לכך, במקרים מסוימים, שיקולים מוסריים או חששות בנוגע לאיומים קיומיים יכולים להוות בסיס להצדקת פעולה, אשר מהווה על פניה הפרה של הנורמות המשפטיות הקיימות.⁴⁴

גישה דומה למשפט הבינלאומי רואה בדין הפורמלי, או לפחות בכללים החלים על חוקיות השימוש בכוח, מערכת גמישה ופרגמטית של נורמות, אשר יש 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 הפורמלי של הדין הקיים, כמו בגישת "לא חוקי אך לגיטימי", אולם לעומת הגישה האחרונה, הגישה הפרגמטית אינה מציעה התעלמות מוחלטת מהדין, אלא יישום של פרשנות גמישה לנורמות הרלוונטיות.⁴⁵

נראה כי ארצות הברית-נוקטת גישה זו.⁴⁶ הרולד קו (Koh), לשעבר היועץ המשפטי של מחלקת המדינה של ארצות-הברית, דוחה באופן מוחלט את מה שהוא מכנה "הגישה האבסולוטית" ביחס לבסיס המשפטי של חוקיות השימוש בכוח, כלומר, פרשנות רשמית, נוקשה וקפדנית לזכויות של מדינות על פי מגילת האו"ם. לפי קו, "העמדה האבסולוטית אינה מכירה בכך שלארגון האו"ם יש מספר מטרות – לרבות הגנה על זכויות אדם, קידום ביטחון אזורי והפסקת פגעי המלחמה – ובמקום זאת משטחת אותן ליעד אחד ויחיד: הגנה על הריבונות".⁴⁷ במקום זאת, טוען קו, המשפט הבינלאומי התפתח והוא גמיש דיו לאפשר פעולה צבאית המבוססת על טעמים מוסריים, כגון מניעת זוועות המתרחשות כתוצאה משימוש מכוון בנשק כימי.⁴⁸ במובנים מסוימים, הניתוח שמציע קו בדבר גישה פוטנציאלית לשימוש בכוח בסוריה דומה ל"גישת הגורמים" (factors approach), שיושמה במקרה של נאט"ו בקוסובו. גורמים אלה כוללים, במקרה הסורי, את – "האסון ההומניטרי; הסבירות של זוועות עתידיות; האופי החמור של הזוועות שכבר בוצעו, העולות כדי פשעים נגד האנושות והפרות חמורות של אמנות ז'נבה; השימוש המתועד, המכוון וללא הבחנה בנשק כימי נגד אזרחים, באופן המהווה איום על איסור בן מאה שנים; והסבירות הגדלה והולכת של חוסר ביטחון אזורי".⁴⁹ בהתבסס על גישתו של קו ועל גישת הגורמים הנסיבתיים שהוזכרה לעיל בנוגע לקוסובו, ניתן לטעון כי כאשר הנסיבות המצטברות חמורות מספיק, פעולה צבאית יכולה להיות מוצדקת על בסיס שיקולים מוסריים במצבים הומניטריים קיצוניים, ויש לפרש את המשפט הבינלאומי 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 המנהגי מתפתח על בסיס שילוב פרקטיקה של מדינות (כלומר, האופן שבו מדינות מתנהגות) עם ה־*opinio juris*, שהוא ההצדקה המשפטית העומדת בבסיס התנהגותן של המדינות.⁵⁰ אי לכך, כאשר מדינה פועלת באופן העומד בסתירה למשפט הבינלאומי הקיים, היא יכולה לפתח נורמה מנהגית חדשה שתחליף את הכלל הקודם. זהו הפרדוקס של המשפט המנהגי – "הדרך היחידה לשנות אותו היא להפר אותו".⁵¹ מלקולם שואו (Shaw), מומחה ידוע למשפט בינלאומי, מסביר בספרו כי "התנהגות העומדת בסתירה למנהג כוללת בתוכה את הזרעים של כלל חדש, ואם התנהגות זו מאומצת על ידי מדינות אחרות, המנהג הקודם ייעלם ויוחלף, או לחלופין, יכולה להיות תקופת זמן שבמהלכה שני המנהגים יהיו קיימים בו־זמנית, עד שאחד מהם יהפוך להיות מקובל באופן כללי".⁵² עולה מכך, שאם פעולה צבאית ננקטת בניסיונות כגון המקרה הסורי, תוך הצדקתה כפעולה חוקית, והצדקה זו מאומצת בהמשך על ידי מדינות אחרות, אזי ניתן יהיה לטעון כי נוצרה נורמה משפטית חדשה.

אחד הטיעונים העיקריים כנגד הגישה המתירה שימוש בכוח – במקרים שבהם שימוש מעין זה לגיטימי מבחינה מוסרית, על אף הסתירה עם כללים משפטיים פורמליים – הוא שהדבר יעודד מדינות אחרות להפר את המשפט הבינלאומי לפי רצון. מדינות רבות יכולות להשתמש בכוח על בסיס תפיסתן ביחס למוסר וללגיטימיות, בתאנה כי הן מחילות פרשנות גמישה או יוצרות כללים חדשים, המשקפים את תפיסתן ביחס ל"פרגמטיות" ו"גמישות". מהלך זה יכול, אם כן, להוביל להתגברות המקרים שבהם נעשה שימוש בכוח, ואף להוביל לבסוף להתמוטטות מוחלטת של האיסור המשפטי על שימוש בכוח בין מדינות.⁵³

מצד שני, נקיטה דווקנית של גישה משפטית פורמליסטית וצרה לגבי חוקיות השימוש בכוח אינה מספיקה על מנת להתמודד כראוי עם איומים מתפתחים, כגון השימוש בנשק להשמדה המונית. לעניין זה יפים הדברים שכתבה בעבר רוזלין היגנס (Higgins), שופטת לשעבר בבית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ):

"...if international law was just 'rules', then international law would indeed be unable to contribute to, and cope with, a changing political world. To rely merely on accumulated past decisions (rules) when the context in which they were articulated has changed – and indeed when their content is often unclear – is to ensure that international law will not be able to contribute to today's problems and, further, that it will be disobeyed for that reason."⁵⁴

מסקנה

אין זה מובן מאליו כי קיים בסיס משפטי בינלאומי למתקפה צבאית בסוריה ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם, בתגובה לשימוש שזו עשתה בנשק כימי נגד אזרחיה. הצדקה משפטית אפשרית אחת עשויה להיות החלה של דוקטרינת ההתערבות ההומניטרית. אולם, כפי שצוין, הסתמכות על דוקטרינה זו שנויה במחלוקת. יתר על כן, נראה כי המתקפות הצבאיות שנשקלו על ידי ממשל אובמה וההצדקה להתערבות הצבאית שניתנה על ידי בריטניה כוונו רק למטרת הרתעה מפני שימוש עתידי נוסף בנשק כימי, במקום להיות מכוונות להביא לסיומו של האסון ההומניטרי בסוריה, אשר גרם כבר למעלה מ-100,000 אבידות בנפש. עובדה זו מערערת, במידה מסוימת, את הבסיס להחלת הדוקטרינה של התערבות ההומניטרית.

לחלופין, מתקפה צבאית נגד סוריה, המבוססת על הסבל הנוראי של האזרחים ועל החומרה שבשימוש בנשק כימי, יכולה להתבצע מבלי להתייחס לכללים הפורמליים של המשפט הבינלאומי, תוך הסתמכות, במקום זאת, על טיעונים מוסריים ואתיים ועל גישה גמישה לדין. יישום פרשנות גמישה למשפט החל עשוי גם להוביל ליצירתן של נורמות חדשות, הואיל והמשפט הבינלאומי מתפתח בעיקר דרך פרקטיקה של מדינות, לרבות תוך התבססות על האופן שבו הן מצדיקות את פעולותיהן (*opinio juris*). על כן, מצער הדבר שארצות-הברית נמנעה עד כה מהצגת עמדה רשמית בדבר ההצדקות המשפטיות העומדות בבסיס המתקפה הצבאית נגד סוריה (לרבות הבסיס המשפטי למתקפה עתידית, במקרה של אי-ציות להחלטה 2118 של מועצת הביטחון). הדבר מצמצם במידה רבה את האפשרות לפתח את המשפט הבינלאומי בנושא זה, היות שארצות-הברית אינה מספקת את ה-*opinio juris* הנדרש.

הגישה הקוראת ליישום גמיש של הכללים המסדירים את השימוש בכוח מעוררת טיעוני נגד כבדי משקל, שלפיהם – אם ארצות-הברית ובעלות-בריתה מוכנות להתעלם מן הדין הקיים, הרי מדינות אחרות יכולות להשתמש באותה הצדקה לשימוש בכוח בעתיד, והדבר מסכן את המבנה השברירי ממילא של המשפט הבינלאומי בתחום זה. מצד שני, קבלת הרעיון שהמשפט הבינלאומי – על בסיס פרשנות צרה ודווקנית של מגילת האו"ם – חוסמת מדינות משימוש 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 בעולם.

בסופו של דבר, הדיון על הבסיס המשפטי למתקפה צבאית נגד סוריה, כמו גם ההצדקות המשפטיות שצוינו במאמר זה, משקפים מחלוקת משמעותית בנוגע למשפט הבינלאומי העוסק בחוקיות השימוש בכוח. דיון זה כולל שתי עמדות מנוגדות: אלה המאמינים כי יש למלא אחר דרישות הדין בקפידה, על מנת שלא להסתכן בהתמוטטות המסגרת המשפטית כולה, ואלה המאמינים כי פרשנות מחמירה מעין זו של הדין

הקיים, המאפשרת למעשה תוצאות בלתי־מוסריות או בלתי־הגיוניות, תביא לבסוף למצב שבו יתעלמו מן המשפט, ובעקבות כך תוביל גם היא להתמוטטותה של המערכת המשפטית. בעוד שתי העמדות הן בעלות הגיון, אנו משוכנעים יותר בעמדה השנייה, ומאמינים כי גישה גמישה למשפט הבינלאומי ביחס לשימוש בכוח אינה רק עדיפה, אלא אף מחויבת.

הערות

- 1 Joby Warrick, *More than 1,400 killed in Syrian chemical weapons attack, U.S. says*, THE WASHINGTON POST, August 30th, 2013, http://www.washingtonpost.com/world/national-security/nearly-1500-killed-in-syrian-chemical-weapons-attack-us-says/2013/08/30/b2864662-1196-11e3-85b6-d27422650fd5_story.html
- 2 Sam Dagher, Farnaz Fassihi, Adam Entous, *U.S. Suspects Syria Used Gas*, THE WALL STREET JOURNAL, August 21st, 2013. <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887324165204579026123332790830>
- 3 S.C. Res. 2118, U.N. Doc. S/RES/2118 (Sep. 27, 2013). ראו, למשל, את נאום פרס נובל של הנשיא אובמה: "To begin with, I believe that all nations – strong and weak alike – must adhere to standards that govern the use of force. I – like any head of state – reserve the right to act unilaterally if necessary to defend my nation. Nevertheless, I am convinced that adhering to standards, international standards, strengthens those who do, and isolates and weakens those who don't." – President Barack Obama, *A Just and Lasting Peace*, Nobel Lecture (Dec. 10, 2009).
- 4 ראו, למשל, להלן: Julian Ku, *Would Syria's Use of Chemical Weapons Change the Legality of U.S. Intervention?*, OPINIO JURIS, December 7th, 2013; Deborah Pearlstein, *So Was Congress Thinking of Authorizing Force in Syria?*, OPINIO JURIS, April 26th, 2013; John Quigley, *Syria Insta-Symposium: John Quigley on Intervention*, OPINIO JURIS, August 31st, 2013; Shane Darcy, *Military force against Syria would be a reprisal rather than humanitarian intervention, but that doesn't make it any more lawful*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, September 1st, 2013; Oona A. Hathaway and Scott J. Shapiro, *Authorization for action in Syria*, THE WASHINGTON POST, August 28th, 2013; Carsten Stahn, *On 'Humanitarian Intervention', 'Lawmaking' Moments and What the 'Law Ought to Be'—Counseling Caution Against a New 'Affirmative Defense to Art. 2 (4)' After Syria*, OPINIO JURIS, October 8th, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/10/08/guest-post-humanitarian-intervention-lawmaking-moments-law-counseling-caution-new-affirmative-de/>
- 5 ראו דיון להלן.
- 6 מגילת האו"ם, סעיף 2 פסקה 4.
- 7 הסנאט של ארצות־הברית, ועדה ליחסי חוץ, לוב וכוחות לחימה, S. Hrg. 112–189, 28 ביוני 2011, 39, http://www.fas.org/irp/congress/2011_hr/libya.pdf
- 8 Dapo Akande, *Self Determination and the Syrian Conflict – Recognition of Syrian Opposition as Sole Legitimate Representative of the Syrian People: What Does this Mean and What Implications Does it Have?*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL

- LAW, December 6th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/self-determination-and-the-syrian-conflict-recognition-of-syrian-opposition-as-sole-legitimate-representative-of-the-syrian-people-what-does-this-mean-and-what-implications-does-it-have/>
- 9 התערבות כזו יכולה להיחשב גם כהפרה של עקרון אי-התערבות – ראו פסק דינו של ביה"ד הבינלאומי לצדק בעניין ניקרגואה: Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, 205 (June 27).
- 10 מגילת האו"ם, סעיף 42. הנוסח באנגלית – "necessary to maintain or restore international peace and security."
- 11 S.C. Res. 678, U.N. Doc. S/RES/678 (Nov. 29, 1990).
- 12 S.C. Res. 1973, U.N. Doc S/RES/1973 (Mar. 17, 2011). מעניין לציין, כי רוסיה וסין הביעו הסתייגויות לגבי הפרשנות של החלטה זו כמאשרת שימוש בכוח.
- 13 מגילת האו"ם, סעיף 51. הנוסח באנגלית – "inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs."
- 14 היו מספר אירועים קטנים מעבר לגבול, כגון, פגזים תועים לתוך השטחים של טורקיה וישראל. יחד עם זאת, ספק האם אלה מהווים "התקפה מזוינת" על ידי סוריה נגד מדינות אלה, ובכל מקרה, מדינות אלה לא ביקשו סיוע מארצות-הברית כדי להגן על עצמן.
- 15 הנשיא ברק אובמה, הערות של הנשיא בנאום לאומה בנוגע לסוריה (10 בספטמבר 2013). דניאל ביתלהם (Daniel Bethlehem) מציין בהקשר זה כי "the recent request by Turkey under the framework of NATO, now agreed, to be provided with Patriot missile batteries to protect against the risk of a Syrian use of chemical weapons, suggests the possibility of a collective self-defence rationale for military intervention to address such a threat." – Daniel Bethlehem, *A Brief Reply on the Legal Bases for Intervention in Syria*, OPINIO JURIS, December 8th, 2012, – <http://opiniojuris.org/2012/12/08/a-brief-reply-on-the-legal-bases-for-intervention-in-syria/>
- 16 הנשיא מתייחס לאפשרות זו באומרו כי "... יתכן שיהיה קל יותר לארגוני טרור להשיג נשק כזה ולעשות בו שימוש כדי לתקוף אזרחים" – שם. ראו גם: Ashley Deeks, *Syria, Chemical Weapons, and Possible U.S. Military Action*, LAWFARE, December 10th, 2012.
- 17 מקורה של פרשת 'קרוליין' היה במרד נגד השלטון הבריטי בקנדה בשנת 1837. כוחות בריטיים השמידו את ספינת הקיטור קרוליין, ששימשה להעברה של אנשים ותחמושת, כאשר הייתה בנמל של ארצות-הברית, והרגו שני אנשים. במכתב מיום 24 באפריל 1841, הדגיש מזכיר המדינה של ארצות-הברית, דניאל וובסטר, כי על מנת שהפשיטה תהיה חוקית, היה על ממשלת בריטניה להראות "צורך מיידי, מכריע, בהגנה עצמית, אשר אינו מותיר כל ברירה לנקיטת אמצעים אחרים או זמן לשקילת העניין", וכי אף אם קיים צורך כזה, "הפעולה המוצדקת על ידי הצורך בהגנה עצמית חייבת להיות מוגבלת לאותו צורך ונשמרת בבירור בתחומה" – Max Planck – ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW.
- 18 R.Y. Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, 32 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 82, 89 (1938).
- 19 "We must recognize that there may well be situations in which the imminence of an attack is so clear and the danger so great that defensive action is essential for self-preservation... But we should avoid interpreting the customary law as if it broadly authorized preemptive strikes and anticipatory defense in response to threats." – Oscar Schachter, *The Right of States to Use Armed Force*, 82 MICHIGAN LAW REVIEW 1620, 1634 (1984).
- 20 Michael Schmitt, *The Syrian Intervention: Assessing the Possible International Law Justifications*, 89 U.S. NAVAL WAR COLLEGE, INTERNATIONAL LAW STUDIES 744, 744 (2013).
- לניתוח מפורט יותר ראו, למשל,

- Sean D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense* 50 VILLANOVA LAW REVIEW 699, (2005).
- 21 Schmitt, שם בעמ' 748.
- 22 TALLINN MANUAL ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER WARFARE 61 (Michael N. Schmitt, gen. ed., 2013).
- 23 Schmitt, לעיל ה"ש 20. ראו גם Deeks, לעיל ה"ש 16.
- 24 הנשיא ברק אובמה, לעיל ה"ש 15.
- 25 John B. Bellinger III, *A Tough Case For Strikes on Syria*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, September 10th, 2013, <http://www.cfr.org/syria/tough-case-strikes-syria/p31375>
- 26 MALCOLM SHAW, INTERNATIONAL LAW (6th ed., 2008) 1155. לעיל של הרעיון ראו: 1158 –
- 27 לטקסט הרשמי ראו: <https://www.gov.uk/government/publications/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position-html-version>. בסופו של דבר, הפרלמנט הבריטי דחה את הבקשה של ממשלת בריטניה לאשר את השימוש בכוח בסוריה. יחד עם זאת, דחייה זו לא היתה מבוססת על הפנייה לשיקולים משפטיים, ועל כן לא נראה כי היא משפיעה על התוקף של התזה המשפטית של ממשלת בריטניה.
- 28 Deeks, לעיל ה"ש 16.
- 29 Sir Daniel Bethlehem, *Stepping Back a Moment – The Legal Basis in Favour of a Principle of Humanitarian Intervention*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, September 12th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/stepping-back-a-moment-the-legal-basis-in-favour-of-a-principle-of-humanitarian-intervention/>
- 30 שם. ביחס לסוריה, בתלהם טוען כי מעבר לניתוח הכללי של התנאים להעלאת טענה של התערבות הומניטרית, ניתוח מלא ידרוש שקילה של נושאים משפטיים אחרים רבים מאוד, כולל, לפחות: (א) ההשפעה המשפטית של היעדר הפעולה של מועצת הביטחון; (ב) ההשפעה המשפטית של שימוש בנשק כימי, להבדיל מהפרות הומניטריות מסיביות אחרות שאירעו בעבר; (ג) ההשפעה המשפטית של החלטות הליגה הערבית; (ד) ההשפעה המשפטית של ההתנגדות של רוסיה, סין, איראן ומדינות אחרות לאפשרות ההתערבות; וכן (ה) ההשפעה המשפטית של מעבר הפליטים המסיבי מעבר לגבול לטורקיה, לירדן ולמקומות אחרים.
- 31 קיימת "מידה מועטה מאוד של תמיכת מדינות בהשקפה, שלפיה המשפט הבינלאומי מתיר למדינות לעשות שימוש בכוח מחוץ לשטחן מטעמים הומניטריים" – Dapo Akande, *The Legality of Military Action in Syria: Humanitarian Intervention and Responsibility to Protect*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, August 28th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/humanitarian-intervention-responsibility-to-protect-and-the-legality-of-military-action-in-syria/>. בנוסף, לאחר ההתערבות של נאט"ו בקוסובו, G77 (המורכבת מ-133 מדינות חברות באו"ם) הצהירה על דחייה של "הזכות" לכאורה של התערבות הומניטרית, אשר אין לה כל בסיס משפטי במגילת האו"ם או בעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. Declaration of the South Summit from the Group of 77 South Summit (April 2000), para. 54, http://www.g77.org/summit/Declaration_G77Summit.htm
- 32 "משפט רך" כולל מסמכים (כגון החלטות, הוראות של אמנות אשר טרם נכנסו לתוקף, דוחות בינלאומיים וכד'), וכן נורמות, אשר "לכולם יש קרבה מסוימת לדין ויש להם רלוונטיות משפטית מסוימת, אולם בה בעת הם אינם מחייבים מבחינה משפטית כשלעצמם". MAX PLANCK – ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW.
- 33 2005 World Summit Outcome, G.A. Res. 60/1, U.N. Doc. A/RES/60/1 (Sept. 16, 2005).
- 34 S.C. Res. 1674, U.N. Doc. S/RES/1674 (Apr. 28, 2006).

- 35 2005 World Summit Outcome, לעיל ה"ש 33, פסקה 138.
- 36 הפסקה האופרטיבית של מסמך הסיכום של הוועידה העולמית (World Summit Outcome), מצהירה כי: "The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis..." – שם, פסקה 139.
- 37 בתלהם, המקבל את הגישה שלפיה התערבות הומניטרית יכולה לשמש באופן פוטנציאלי בתור בסיס משפטי למתקפה נגד סוריה, מזהיר כי "השאלה האם התערבות על בסיס טעמים הומניטריים תוערך לבסוף כחוקית, תהיה מותנית, באופן ניכר, גם בעובדות (לרבות כובד הראיות שעליהן יסתמכו), ובהערכה של המטרה הראויה של כל פעולה, כאמור, ובסבירות שמטרה זו תושג." – Bethlehem, לעיל ה"ש 29.
- 38 נוסח טיוטת החקיקה באשר לאישור השימוש בכוח על ידי הכוחות המזוינים של ארצות-הברית בקשר לסכסוך בסוריה – <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/aumfresolutiontext.pdf>
- 39 איסור זה מופיע גם באמנת הנשק הכימי משנת 1993 (1993 Chemical Weapons Convention) [CWC], אולם סוריה לא היתה צד לאמנה זו בעת המתקפה הכימית ב-21 באוגוסט 2013 (סוריה אשררה את האמנה האמורה ב-14 בספטמבר 2013). מעבר לכך, סוריה היתה מחויבת על פי הפרוטוקול לאיסור על השימוש בגזים חונקים, מרעילים או אחרים ובשיטות מלחמה בקטריולוגיות משנת 1925 (Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare), אשר אוסר שימוש בשיטות לוחמה אלו בסכסוכים מזוינים בינלאומיים.
- 40 Kenneth Anderson, *Legality of Intervention in Syria in Response to Chemical Weapon Attacks*, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, Aug. 30, 2013, <http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/21/legality-intervention-syria-response-chemical-weapon-attacks>
- 41 שם. ראו בנוסף: Carsten Stahn, *Syria and the Semantics of Intervention, Aggression and Punishment*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, September 19th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/syria-and-the-semantics-of-intervention-aggression-and-punishment/>
- 42 Anderson, לעיל ה"ש 40.
- 43 Michael Ignatieff, *How to Save the Syrians*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS, September 13th, 2013.
- 44 Jack Goldsmith, *More on the UN Charter, Syria, and* Anderson, לעיל ה"ש 40. ראו גם: "Illegal but Legitimate", LAWFARE, September 5th, 2013, <http://www.lawfareblog.com/2013/09/more-on-the-un-charter-syria-and-illegal-but-legitimate/>
- 45 Kenneth Anderson, *Five Fundamental International Law Approaches to the Legality of a Syria Intervention*, LAWFARE, September 5th, 2013, <http://www.lawfareblog.com/2013/09/five-fundamental-international-law-approaches-to-the-legality-of-a-syria-intervention/>
- 46 Anderson, לעיל ה"ש 40 – "[t]he United States by and large adopts a pragmatic view of international law, and this provides perhaps the best, or at least most plausible, argument in favor of intervention to address violations of the norm against chemical weapons use by the Assad regime. The argument is that the United States acts to defend a norm that, while

- lacking formal expression in a strictly legalistic sense, has long endured as a profound humanitarian constraint.”
- Harold Koh, *Syria and the Law of Humanitarian Intervention (Part III – A Reply)*, JUST SECURITY, October 10th, 2013, <http://justsecurity.org/2013/10/10/syria-law-humanitarian-intervention-part-iii-reply/>
- Harold Koh, *Syria and the Law of Humanitarian Intervention (Part II: International Law and the Way Forward)*, JUST SECURITY, October 2nd, 2013, <http://justsecurity.org/2013/10/02/koh-syria-part2/>
- ; see also Jens Iverson, *Guest Post: The New Haven School on Syria—Observing Professors – Koh and Stahn*, OPINIO JURIS, October 16th, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/10/16/jens-iverson-guest-post-new-haven-school-syria-observing-professors-koh-stahn/>
- 49 שם.
- 50 פרופ' Malcolm Shaw מסביר, כי: ".... את המהות של המשפט המנהגי יש לחפש בראש ובראשונה בפרקטיקה בפועל וב-*opinio juris* של מדינות" (עמוד 74). בנוגע לפרקטיקה של מדינות, שואו מצייך, כי "ישנן מספר נקודות שאותן יש לשקול ביחס למהות של פרקטיקה מסוימת הנהוגה על ידי מדינות, לרבות משכה, העקביות, החזרה והכלליות שלה" (עמוד 76). *opinio juris* מתמקד ב"כיצד מדינה רואה את התנהגותה שלה". כפי שהוא מסביר – ה"עמדה" של *opinio juris*, קרי, האמונה שהמדינה מחויבת מבחינה משפטית, היא גורם ההופך את הנהוג למנהג, והופך אותו לחלק מן הכללים של המשפט הבינלאומי. במלים אחרות מעט, מדינות יתנהגו בצורה מסוימת משום שהן משוכנעות כי הן מחויבות לעשות כן." (עמוד 84) – Shaw, לעיל ה"ש 26. לענין זה ראו Akande, לעיל, ה"ש 31. אקנדה מסביר שזאת הסיבה שעל מנת שבריטניה תצליח לראות את חזונה לגבי המשפט הבינלאומי בסוגיית ההתערבות ההומניטרית מתממש, עליה להתעקש על כך שאותו חזון כבר התממש. זהו ההיבט שמתחייב מן המרכיב של *opinio juris* בהיווצרותו של כלל מנהגי.
- 51 Akande, לעיל ה"ש 31.
- 52 Shaw, לעיל ה"ש 26, עמ' 91.
- 53 Carsten Stahn, *On 'Humanitarian Intervention'*, ראו: 'Lawmaking' Moments and What the 'Law Ought to Be'—Counseling Caution Against a New 'Affirmative Defense to Art. 2 (4)' After Syria, OPINIO JURIS, October 8th, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/10/08/guest-post-humanitarian-intervention-lawmaking-moments-law-counseling-caution-new-affirmative-de/>. לניתוח השוואתי של העמדות של Koh של Stahn, ראו Iverson, לעיל ה"ש 48.
- 54 ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT 3 (1994).