

Séminaire de Droit militaire et de Droit de la Guerre

Association sans but lucratif

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht

Vereniging zonder winstgevend doel



**Le terrorisme
et le droit international**

**Het terrorisme
en het internationaal recht**

**Journées d'étude
des 8 et 9 mai 2003**

**Studiedagen
van 8 en 9 mei 2003**

Session 2002 - 2003

Sessie 2002 - 2003

Editeur responsable - Verantwoordelijk uitgever : Colonel d'Avi BEM Hre / Ere Kol v/h Vlw SBH R. REMACLE

Séminaire de Droit militaire et de Droit de la Guerre a.s.b.l.

Auditorat général près la Cour militaire - Palais de Justice - Place Poelaert - B-1000 Bruxelles.
C.C.P. N° 000-0941070-73 de l'a.s.b.l. «Séminaire de droit pénal militaire» Palais de Justice - B-1000 Bruxelles.

Studiecentrum voor Militair Recht en Oorlogsrecht vzw

Auditoraat generaal bij het militair Gerechtshof - Justitiapaleis - Poelaertplein - B-1000 Brussel
P.C.R. N° 000-0941070-73 - van « Studiecentrum voor militair recht » - Justitiapaleis - B-1000 Brussel.
Tel.(02) 508 60 25 - 508 60 82 Fax : (02) 508 60 87 - E-Mail : srt.sem@tiscali.be

" Le terrorisme et le droit international"

"Het terrorisme en het internationaal recht"

Composition du Groupe d'Etude Samenstelling van de Studiegroep

Président - Voorzitter : M. Christian GOSSIAUX, Conseiller général à la Direction générale Appui juridique et Médiation de l'Etat-major de la Défense.

Membres – Leden : Dhr. Alfons VANHEUSDEN, Adjunct-adviseur bij de Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling van de Defensiestaf.

Dhr. Drs. Frederik NAERT, Assistent internationaal recht aan de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven.

Cdt v/h Vlw Chris DE COCK, Koninklijk Militair School.

M. Eric DAVID, Professeur de droit international public, droit des organisations internationales, droit pénal international et droit des conflits armés à l'Université libre de Bruxelles

Mme Sonja BOELAERT-SUOMINEN, Appeals Counsel auprès du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie.

M. Gérard DIVE, Conseiller adjoint au Service public fédéral Justice

Dhr. Frederic VANNESTE, Assistent rechten van de mens aan de Rechtsfaculteit van de K.U.Leuven

Table des matières Inhoudstafel

Le terrorisme et le droit international – Introduction générale	p. 1
De strijd tegen het internationaal terrorisme en het jus ad bellum	p. 5
Inleiding	p. 5
Voor 11 September 2001	p. 5
De aanslagen van 11 September 2001	p. 6
De aanloop naar operatie enduring freedom	p. 6
 Operatie enduring freedom	 p. 7
1. De gewapende aanval	p. 8
2. De dreigende of actuele aanval	p. 9
3. De noodzakelijke reactie	p. 9
4. De proportionele reactie	p. 10
5. De onmiddellijke reactie	p. 10
6. De reactie met als doel de aanval te stoppen	p. 10
 Na de val van het talibanregime	 p. 12
 De impact van de strijd tegen het terrorisme op het jus ad bellum : Evolutie of revolutie ?	 p. 15
I. Inleidende opmerkingen	p. 15
II. Enkele kritische beschouwingen	p. 17
1. De legaliteit van Operation Enduring Freedom	p. 17
A. Rechtvaardiging	p. 17
B. De voornaamste reacties in vogelvlucht	p. 18
C. Moet een gewapende aanval uitgaan van een Staat ?	p. 19
D. Toerekenbaarheid aan de Taliban	p. 20
E. Noodzaak en proportionaliteit	p. 22
F. Rol van de Veiligheidsraad	p. 25
2. De Amerikaanse National Security Strategy en preventieve selfverdediging	p. 29
A. Naar een uitgebreid recht op preventieve zelfverdediging	p. 29
B. Het VN-Handvest en preventieve zelfverdediging	p. 30
C. Het VN-Handvest en internationaal gewoonterecht	p. 30
D. De Amerikaanse houding t.a.v. andere Staten	p. 32
E. De onderschepte levering Noord-Koreaanse raketten aan Jemen	p. 33
F. Internationale reacties	p. 33
3. De "Jemen strike"	p. 34
4. De oorlog in Irak	p. 34
A. De formele juridische rechtvaardiging : resoluties 678, 687 en 1441 van de Veiligheidsraad	p. 34
B. Andere rechtvaardigingsgronden	p. 35
5. De rol van EU	p. 36
A. Een ruime aanpak van terrorisme	p. 36
B. Vooralsnog geen bevoegdheid inzake collectieve zelfverdediging	p. 36

C. Het toekomstig grondwettelijk verdrag	p. 37
6. De rol van NAVO	p. 39
A. Het strategisch Concept 1999	p. 39
B. Het inroepen van artikel V	p. 40
C. Verdere ontwikkelingen	p. 40
III. Nieuwe regels ?	p. 41
1. De regels uit het VN-Handvest inzake geweldgebruik zijn niet in onbruik	p. 42
2. Zelfverdediging tegen niet-Statelijke actoren ?	p. 42
3. Gemakkelijkere toerekening van daden van niet-Statelijke entiteiten aan Staten?	p. 43
4. Geen geweldgebruik tegen Staten zonder toerekenbaarheid?	p. 43
5. Geen recht op preventieve zelfverdediging?	p. 44
6. De rol van de veiligheidsraad	p. 44
7. De rol van de EU en de NAVO	p. 45
IV Conclusies	p. 45
 Toepasselijkheid van het RGC op de strijd tegen het internationaal terrorisme	p. 47
1. Inleiding	p. 47
2. Het internationaal terrorisme	p. 47
3. Kwalificatie	p. 49
a. Internationaal gewapend conflict	p. 51
b. De rechtstreekse gewapende agressie	p. 52
c. De onrechtstreekse gewapende agressie	p. 52
d. Passiviteit van de Staat	p. 54
e. Niet internationale gewapende conflicten	p. 55
f. geen de <i>facto-orgaan</i>	p. 56
g. Besluit	p. 58
 Terrorisme et jus ad bellum	p. 59
1. Introduction	p. 59
2. L'agression armée	p. 59
3. La légitime défense	p. 61
4. Prérogatives du CS sous l'art. 51	p. 64
5. Conclusion	p. 64
 Terrorisme et droit des conflits armés	p. 67
Introduction	p. 67
1. Qualification du conflit dans la "guerre contre le terrorisme"	p. 67
2. Le statut de combattant	p. 69
3. Méthodes de combat	p. 71
4. Garanties judiciaires en DIH	p. 72
5. Conclusions	p. 76
 Le terrorisme en droit pénal comparé et international	p. 79
Introduction	p. 79
1. Conventions contre le terrorisme	p. 79
2. L'extradition dans la lutte contre le terrorisme	p. 83
3. Le terrorisme et les violations du jus cogens	p. 85

4. La CPI en charge du terrorisme ?	p. 86
5. Conclusion	p. 87

Lutte contre le terrorisme international – les règles en matière de conduite Des hostilités – plan de l'exposé	p. 91
---	-------

De strijd tegen het internationaal terrorisme vanuit mensenrechtelijk oogpunt : Over militairen, terrorisme en het EVRM – Plan van exposé	p. 95
--	-------

LE TERRORISME ET LE DROIT INTERNATIONAL

Introduction générale

Par M. Christian GOSSIAUX

Conseiller Général

Direction générale Appui juridique et Médiation

Ministère belge de la Défense

- I. C'est avec horreur et stupéfaction que le monde a assisté aux attentats meurtriers du 11 septembre 2001 contre New York et Washington et l'émotion provoquée par ces événements tragiques est loin d'être retombée. Des centaines de millions de femmes et d'hommes ont vu, sur leurs écrans, les tours jumelles du World Trade Center s'embraser puis s'effondrer sous leurs yeux. Les conséquences de ces événements continueront à se faire sentir durant des années, d'autant qu'ils ont infléchi durablement la politique extérieure des Etats-Unis et déterminé un nouveau rapport de force sur le plan international.

La guerre du Golfe, le génocide rwandais, les exactions en ex-Yougoslavie, le conflit qui a submergé l'Afghanistan et l'actuelle guerre en Irak ont été l'occasion d'aviver encore l'intérêt porté au droit international et singulièrement au droit international humanitaire. Ils ont posé avec une acuité nouvelle la question des rapports entre les causes d'un conflit, d'une part, et le respect des règles qui régissent la conduite des hostilités et protègent les victimes de la guerre, de l'autre.

C'est précisément dans les moments de crise ou de tensions extrêmes que le droit trouve - ou devrait trouver - toute sa valeur d'exemple, car c'est là que s'éprouve aussi de la façon la plus sournoise la tentation de justifier par la nécessité politique ou militaire le recours à des moyens que l'on répudie par ailleurs.

Comme l'a rappelé le professeur Marc VERDUSSEN⁽¹⁾ au lendemain du 11 septembre 2001, le Congrès des Etats-Unis a voté une loi antiterroriste, appelée "Patriot Act". Des décrets et règlements ont été pris par le président Bush lui-même et par le Ministre de la Justice, Attorney General John Ashcroft. Adoptés précipitamment, sous le coup de l'émotion, ces textes font aujourd'hui l'objet de profondes critiques, tant ils contiennent des restrictions importantes aux droits individuels, garantis par la Constitution américaine. Ronald Dworkin, illustre professeur de l'Université de New York, a été un des premiers à tirer la sonnette d'alarme. « *Si la peur est compréhensible, elle ne devrait pas pour autant ébranler notre discernement et notre décence* ».

Ainsi, les personnes soupçonnées d'activités terroristes peuvent faire l'objet de mesures de détention prolongée sur la base de critères insuffisamment précisés en droit. Les tribunaux militaires sont déclarés seuls compétents pour juger des membres non américains du réseau Al Quaïda. Des garanties juridictionnelles essentielles sont méprisées, spécialement quant à l'établissement de la culpabilité, et le condamné éventuel ne dispose pas d'une voie de recours devant un tribunal indépendant et impartial. Le "Patriot Act" permet enfin de nombreuses ingérences dans la vie privée des citoyens (interception des communications téléphoniques et du courrier électronique, perquisitions domiciliaires, etc.) sans encadrement juridictionnel précis.

⁽¹⁾ Cfr. Marc VERDUSSEN, professeur à l'UCL, "Terrorisme et démocratie" rubrique "Idées" Le Vif/L'Express du 1/11/2002 p. 59.

Bien sûr, les Etats-Unis demeurent un état de droit incontestable, les tribunaux y étant chargés de vérifier la parfaite conformité des lois à la Constitution. Si des poursuites viennent à être entamées à l'encontre de quelque terroriste présumé, il appartiendra aux seuls juges de se prononcer quant à la constitutionnalité des mesures litigieuses décrétées. En dernière instance, la Cour suprême des Etats-Unis devra trancher.

En Europe même, le risque est grand de voir certains états succomber à la tentation de recourir à une définition trop vague du terrorisme faisant appel au seul élément idéologique que constitue l'intention terroriste. Formulé trop largement, cet élément peut générer le risque de faire tomber dans le champ d'application de mesures antiterroristes des comportements relevant davantage de la contestation politique.

Car l'un des enjeux majeurs de la lutte contre le terrorisme c'est aussi la survie d'un modèle démocratique fidèle aux principes qui l'animent. Lorsque la menace terroriste est dirigée contre la démocratie elle-même, sans doute le devoir de sérénité s'impose-t-il davantage. Qu'il s'agisse de la Fraction Armée rouge en Allemagne dans les années 70, ou des Brigades rouges en Italie, la stratégie de la terreur qui était la leur visait sans nul doute à exacerber la fonction répressive de l'Etat et à mettre ainsi au jour les faiblesses structurelles du modèle démocratique pour mieux le subvertir et le faire imploser.

Oussama ben Laden a lui aussi une pensée stratégique cet ordre. Possédé par une vision eschatologique, monstrueuse et folle, il met à son service les moyens parfaitement rationnels d'une modernité qu'il connaît et rejette. Refusant la démocratie qu'il exècre, il instrumente la guerre civile au sein du monde arabe en s'inspirant d'une politique par ailleurs plus panislamiste que panarabe. Il veut en découdre avec les traîtres, les païens, les apostats et les réformistes. Il veut la tête des chrétiens⁽¹⁾.

Pour le combattre, le choix ne se fera dès lors pas entre une vénération absolue et dogmatique pour les droits fondamentaux et une croisade impitoyable et sans bornes contre le type d'hyperterrorisme qu'il incarne. Réalisme et respect du droit ne s'excluent jamais nécessairement. Là aussi, tout est question - sans doute complexe - d'équilibre, de mesure et de proportionnalité.

A ce stade de la réflexion, il est urgent de rappeler que le droit des conflits armés a précisément été adopté pour limiter la violence dans la guerre et quelle que soit la gravité de l'agression subie, quelles que soient les causes défendues par les parties au conflit et les motifs pour lesquels elles ont recours aux armes, l'on ne saurait en tirer argument pour le répudier.

Dans cette perspective, aucun état ni aucun parti ne saurait se proclamer au-dessus du droit, quelle que soit la cause qu'il prétend servir. Inversement, nul ne peut être rejeté en dehors de l'empire et de la protection du droit.

Qu'il s'agisse de "guerre contre le terrorisme" ou de toute autre forme de conflit, il faut veiller à ne pas détruire par les armes les valeurs qu'on prétend protéger par les armes. "*Qui croira à la justice de votre guerre si elle est faite sans mesure*", écrivait François de La Noue, qui fut l'un des meilleurs capitaines d'Henri de Navarre, le futur Henri IV⁽²⁾.

⁽¹⁾ Alexandre ADLER, "J'ai vu finir le monde ancien". Ed. Grasset & Fasquelle; 2002 - p. 140 et 158.

⁽²⁾ cité dans RICR Septembre 2002 Vol. 84 n° 847, p. 545.

Quels que soient les moyens dont il dispose et quelle que soit la violence des attaques dont il se rende responsable, aucun mouvement terroriste ne devrait pouvoir prétendre détruire par ses seules forces une société moderne ni un Etat démocratique fondé sur le respect du droit, sur l'adhésion des citoyens et sur le respect des droits fondamentaux de la personne humaine. De nombreux indices donnent à penser que les chefs des organisations terroristes en sont conscients et qu'ils comptent sur l'émotion provoquée par les attentats qu'ils parviennent à commettre pour amener l'Etat qui en est victime à saper par lui-même les bases sur lesquelles il est fondé. Ce sont ces valeurs qu'il s'agit de protéger.

II. Au plan du strict droit positif, les états de droit ne sont pas restés inactifs dans leur traque du terrorisme.

De nouveaux outils ont été créés afin de faciliter le travail de coopération internationale. Ainsi en est-il du mandat d'arrêt européen qui consacre la reconnaissance réciproque des décisions judiciaires. Lorsque cette mesure entrera en vigueur, un juge national pourra faire procéder à l'arrestation d'un délinquant à l'étranger et demander son extradition sans que le pouvoir exécutif interfère.

Au plan régional européen, la Décision-cadre du 13 juin 2002 du Conseil de l'Union européenne couvre désormais les actes réprimés par les conventions spécialisées lorsqu'ils sont commis dans le but d'intimider une population ou de déstabiliser ou détruire des structures étatiques ou d'une organisation internationale. La participation à une organisation terroriste ainsi que la commission d'actes liés à l'activité terroriste sont également criminalisés⁽¹⁾.

Au niveau des services de police et de renseignement, chaque pays européen a également prévu de détacher davantage d'officiers de liaison à Europol, plus particulièrement chargés de la lutte contre le terrorisme. Par ailleurs, l'unité de coordination Eurojust a été mise en place.

La coopération s'est également renforcée sur le plan national. La Belgique dispose désormais d'une force d'intervention qui réunit régulièrement les services de police, les parquets concernés et les services de renseignement, sous la présidence d'un magistrat fédéral. Un travail important est en outre effectué par le centre de crise du gouvernement qui prend toutes les mesures de protection nécessaires.

Le parquet fédéral, dernière-née des institutions judiciaires, qui s'est substitué aux magistrats nationaux, se trouve désormais au centre de nouveaux enjeux.

Chargé de coordonner, voire d'ouvrir, les dossiers répressifs complexes et spécialisés ainsi que de mener les enquêtes dépassant les limites d'un arrondissement judiciaire ou les frontières du pays dans des domaines tels que le terrorisme, la criminalité organisée, la traite d'êtres humains, ce "haut" parquet qui compte actuellement dix magistrats, exerce également le contrôle sur le fonctionnement de la police fédérale. Et surtout, il s'occupe de la coopération judiciaire internationale.

⁽¹⁾ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, 2002/475/JAI art. 1 à 3.

III. A l'occasion des deux journées d'étude que nous avons programmées, il nous appartiendra donc d'aborder certaines questions fondamentales.

Ainsi :

- les actes de terrorisme peuvent-ils être considérés comme des crimes de guerre soumis à la juridiction universelle et la Cour pénale internationale peut-elle être compétente en la matière ?
- Inversement, le combat contre le terrorisme et la poursuite des personnes suspectées d'avoir commis des actes terroristes sont-ils régis par le droit humanitaire s'ils ont lieu lors d'un conflit armé ?
- Ce droit n'est-il pas un obstacle pour combattre le terrorisme et les terroristes suspectés peuvent-ils être poursuivis pour leurs actes de terreur ?
- Les membres des forces armées ou les "combattants illégaux" suspectés d'avoir commis des actes de terreur sont-ils des personnes protégées par les Conventions de Genève et ont-ils droit à des garanties judiciaires s'ils sont traduits devant les tribunaux ?

DE STRIJD TEGEN HET INTERNATIONAAL TERRORISME EN HET JUS AD BELLUM

Een chronologisch overzicht van de gebeurtenissen, met toelichting van het juridisch kader en de onderlinge verbanden

Door Dhr. Alfons VANHEUSDEN

Adjunct-adviseur

Algemene Directie Juridische Steun en Bemiddeling van de Defensiestaf

INLEIDING

De terroristische aanslagen van 11 september 2001 hebben ongetwijfeld een nieuw tijdperk ingeluid in het domein van de internationale veiligheid.

Terrorisme is inderdaad een reeds lang bestaand zeer, maar de aard van de aanslagen van 11 september 2001 was ongezien:

1. Er was de lange termijnplanning;
2. De terroristen kwamen uit vele verschillende landen;
3. De schaal van menselijke en materiële vernietiging was enorm;
4. Er was de veelvuldigheid en gelijktijdigheid van de aanslagen;
5. Er was de hoge symboolwaarde van de doelwitten;
6. De aanslagen waren gericht tegen het machtigste land ter wereld;
7. Het betrof een 19-voudige zelfmoord;
8. Enz.

Het waren zo ongeziene terreurdaden, dat het ook een drastische reactie heeft veroorzaakt : de mondiale zogenaamde War om Terrorism werd afgekondigd door de VS en met de woorden “you’re either with us or against us” werd de internationale gemeenschap in die strijd meegezogen.

Het is aan mij om u de opeenvolgende gebeurtenissen in dit nieuwe tijdsperk tot op de dag van 8 mei 2003 in herinnering te brengen en de onderlinge verbanden en het juridische kader te schetsen, mij hierbij beperkend tot een ius ad bellum oogpunt, m.a.w. tot dat gedeelte van het internationaal recht dat zegt wanneer een Staat kan overgaan tot geweld, in haar verhouding tot een andere Staat.

Maar voor ik met 11 september 2001 begin, lijkt het mij van belang een aantal gebeurtenissen aan te halen die nog in het vroegere tijdperk gebeurden, maar die de aanloop vormden naar het nieuwe tijdperk dat op 11 september 2001 begon.

VOOR 11 SEPTEMBER 2001

In 1992 werden 3 bomaanslagen gepleegd in Jemen, bedoeld om VS-militairen te doden. De aanslagen werden opgeëist door de internationale terroristische organisatie Al Qaeda.

In 1993 werd er in Somalië een aanval uitgevoerd op de special forces van de VS. Al Qaeda eiste ook hiervoor de verantwoordelijkheid op.

In 1998 werden de VS ambassades in Kenia en Tanzania het doelwit van zware bomaanslagen. In de VS werd Osama Bin Laden hiervoor strafrechtelijk veroordeeld. Op militair vlak werden de aanslagen beantwoord met missiles tegen doelwitten in Afghanistan en Soedan.

In 2000 werd het schip USS Cole het voorwerp van een terroristische aanslag. 17 Amerikaanse militairen kwamen daarbij om. Al Qaeda zou verantwoordelijk zijn.

Deze aanslager kaderden in een afgekondigde jihad, en dat blijkt ook uit tal van verklaringen van Osama Bin Laden uit die tijd.

DE AANSLAGEN VAN 11 SEPTEMBER 2001

Wat er op 11 september 2001 is gebeurd, is een triest maar bekend verhaal. Op die dag hebben 19 terroristen 4 passagiersvliegtuigen gekaapt en de controle van de vliegtuigen overgenomen. 2 vliegtuigen werden te pletter gevlogen tegen de Twin Towers van het WTC in New York, een derde vliegtuig werd te pletter gevlogen tegen het Pentagon en een vierde vliegtuig stortte neer in Pennsylvania omdat passagiers trachtten de controle over het vliegtuig terug over te nemen.

Balans: Ongeveer 3000 doden van meer dan 80 nationaliteiten.

DE AANLOOP NAAR OPERATIE ENDURING FREEDOM

Als reactie op de ongeziene aanslagen plaatste de VS zich onmiddellijk op een soort van oorlogsvoet met het daaraan gekoppelde oorlogsdenken en oorlogstaalgebruik:

1. President Bush kondigde de noodtoestand af;
2. Reservisten werden massaal opgeroepen;
3. Het Congres gaf met een resolutie de President de bevoegdheid “to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons;
4. President Bush sprak van “an act of war against our nation”;
5. Enz.

M.a.w. de VS bewoog snel in een richting die verdergaat dan de tot dan toe hoofdzakelijk gerechtelijke aanpak van terrorisme.

Het onderzoek leidde al snel naar Osama Bin Laden en zijn organisatie Al Qaeda.

En daaropvolgend werden de schijnwerper gericht op de Taliban, de op dat ogenblik de facto regering van Afghanistan (het Taliban regime had op dat ogenblik de controle over zo goed als het hele grondgebied van Afghanistan, maar werd door slechts 3 landen (Pakistan, Saudi-Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten) erkend als de rechtmatige regering van Afghanistan). De Taliban liet Al Qaeda en haar basissen toe op haar grondgebied. Afghanistan vormde voor Al Qaeda de uitvalsbasis en de veilige thuishaven.

Via Pakistan, dat diplomatieke relaties onderhield met de Taliban, vroegen de VS o.a. de uitlevering van de terroristen die verbleven in Afghanistan en de onmiddellijke en definitieve sluiting van de Al Qaeda trainingskampen. Voor Bush was de zaak duidelijk: “They will hand over the terrorists, or they will share in their fate”.

OPERATIE ENDURING FREEDOM

Het gevraagde kwam er niet en Operatie Enduring Freedom werd gelanceerd op 7 oktober 2001, nog geen maand na de aanslagen. Daarbij werden zowel Al Qaeda als Taliban doelwitten aangevallen. De afloop van de oorlog in Afghanistan is bekend: Al Qaeda werd grotendeels verdreven en het Talibanregime werd omver geworpen, om plaats te maken voor een nieuw door de internationale gemeenschap gesteund regime.

Wat was het juridisch kader voor het gebruik van geweld?

Artikel 2(4) van het VN-Handvest verbiedt in de tussenstatelijke relaties het dreigen met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een Staat of het dreigen met of het gebruik van geweld op enige manier die strijdig is met de doelstellingen van de VN.

Op deze ban van het gebruik van geweld tussen Staten bestaan 2 uitzonderingen:

1. Artikel 39 van het VN-Handvest geeft de Veiligheidsraad het recht het bestaan van een bedreiging voor de vrede, een verstoring van de vrede of een daad van agressie vast te stellen en te beslissen welke maatregelen nodig zijn om de internationale vrede en veiligheid te herstellen. Krachtens artikel 42 mag de Veiligheidsraad militair geweld aanwenden als dat nodig is om die kwesties op te lossen (De zogenaamde peace enforcement). De Staten die dat zien zitten, leveren dan hiervoor troepen;
2. De tweede uitzondering kan worden gevonden in artikel 51 van het VN-Handvest en is de internationaalrechtelijke zelfverdediging. Artikel 51 verwijst naar een principe van internationaal gewoonterecht, dat reeds bestond bij de onderhandelingen over het Handvest. Krachtens artikel 51 hebben Staten die het voorwerp zijn van een gewapende aanval het recht zich daar tegen te verdedigen en mogen andere Staten daarbij helpen. Ze moeten niet wachten op de Veiligheidsraad, maar moeten de stappen die ze ondernemen wel rapporteren aan de Veiligheidsraad.

Artikel 51 van het VN-Handvest stelt als voorwaarde voor het recht op zelfverdediging dat men zich verdedigt tegen een “gewapende aanval”. Het zegt niet wat daaronder verstaan moet worden. In het internationaal recht is ook geen definitie daarvan te vinden. Het Handvest zegt ook niet dat daden van zelfverdediging volgens het internationaal gewoonterecht voorts:

- Enkel mogen worden uitgevoerd tegen een dreigende of actuele (doorlopende) aanval;
- Enkel mogen worden uitgevoerd met als doel de dreigende aanval te voorkomen of de doorlopende aanval te stoppen;
- Proportioneel en noodzakelijk moeten zijn. Ik verwijst in dat verband ook naar de advisory opinion van het Internationaal Hof van Justitie over nucleaire wapens die duidelijk stelde dat de voorwaarden van proportionaliteit en noodzakelijkheid ook gelden voor artikel 51 van het Handvest.

Dus 6 voorwaarden moeten vervuld zijn voor een Staat om legitiem over te kunnen gaan tot het gebruik van geweld in het kader van zelfverdediging:

- a. De gewapende aanval;
- b. Die actuele of dreigende (d.w.z. zo goed als onafwendbaar) is, enerzijds en;
- c. De noodzakelijke reactie;
- d. Die proportioneel is;
- e. Onmiddellijk is, en;
- f. Met als doel de aanval te stoppen, anderzijds.

Het gebruik van geweld tegen Al Qaeda in Afghanistan kaderde in het recht van zelfverdediging tegen een gewapende aanval:

1. De gewapende aanval

Niet alle gebruik van geweld vormt een gewapende aanval.

Gebruik van geweld is verboden (art 2(4) van het VN-Handvest) maar zal maar aanleiding geven tot een recht op zelfverdediging in geval van gewapende aanval.

In de Nicaragua zaak stelde het Internationaal Hof van Justitie dat om een gewapende aanval te hebben, een aanval op belangrijke schaal en met belangrijke effecten moet plaatsvinden. Grensincidenten of kleinschalige aanvallen openen geen recht op zelfverdediging. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat een reeks van kleinschalige aanvallen of speldenprikken (die individueel niet de drempel van een gewapende aanval halen) collectief wel als gewapende aanval zou kunnen worden bestempeld.

Dat de aanvallen van 11 september 2001 belangrijk waren, zal niemand betwisten. Dat er wapens in het spel waren (het gaat per slot van rekening om “een gewapende aanval”) kan ook gemakkelijk worden geargumenteerd (vliegtuigen vol kerosine werden gebruikt als bommen). Maar kan een terroristische organisatie wel een gewapende aanval uitvoeren en kan men wel zelfverdediging uitoefenen tegen een terroristische organisatie?

Artikel 51 van het VN-Handvest zegt niets over de entiteit die de gewapende aanval moet uitvoeren, in tegenstelling tot hetgeen het geval is in art 2(4) van het VN-Handvest dat echt alleen tussen Staten bedoeld is. Hieruit kan afgeleid worden dat artikel 51 niet bedoeld was als enkel beperkt tot Staten.

Dit wordt versterkt door het feit dat in de resoluties 1368 (van 12 september 2001) en 1373 (van 28 september 2001) de Veiligheidsraad in het overwegend gedeelte het inherente recht erkende op individuele of collectieve zelfverdediging zoals in het VN-Handvest omschreven.

Op dat ogenblik ging niemand ervan uit dat een Staat achter de aanslagen van 11 september 2001 zou zitten.

Internationaal terrorisme is door de Veiligheidsraad zowel vóór als na 11 september 2001 bestempeld geweest als een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid, wat

aangeeft dat het Handvest van de VN een breder toepassingsveld heeft dan enkel de tussenstatelijke relaties.

Ook de Noord-Atlantische Raad van de NAVO heeft de aanslagen van 11 september 2001 als “armed attack” bestempeld. Dat was van belang in het kader van artikel 5 van het NAVO-Verdrag dat o.a. stelt dat een gewapende aanval tegen één of meer Lidstaten van de NAVO, zal beschouwd worden als een aanval tegen hen allen, en dat voor het eerst in de geschiedenis van de NAVO werd ingeroepen. Dit artikel moet volledig gelezen worden in het licht van artikel 51 van het VN-Handvest, en meer in het bijzonder in het licht van het recht op collectieve zelfverdediging. Het gaat dus om hetzelfde begrip “armed attack”.

De VS en het VK hebben ook bij aanvang van de vijandelijkheden in Afghanistan, aan de veiligheidsraad genotificeerd dat zij operaties uitvoerden tegen Taliban en Al Qaeda krachtens hun recht op individuele en collectieve zelfverdediging. Die notificatie wordt voorgescreven door artikel 51 van het VN-Handvest. De VS liet toe dat Al Qaeda een centrale rol speelde in de aanvallen en dat er een voortdurende bedreiging was wegens de beslissing van het Talibanregime om de delen van Afghanistan die zij controleerde te laten gebruiken door Al Qaeda als operatiebasis. Het doel, zo werd meegedeeld, was verdere aanvallen te voorkomen en af te schrikken en de VS voegde eraan toe “We may find one selfdefence requires further actions with respect to other organizations and other States”. Er is geen noemenswaardig protest geweest tegen de notificaties bij de Veiligheidsraad.

Het verdragsrechtelijke begrip “armed attack” moet worden geïnterpreteerd zoals Staten er in de praktijk (bij de uitvoering van het VN-Handvest) mee omgaan. De aangehaalde gebeurtenissen tonen aan dat een armed attack ook kan uitgaan van een niet-statelijke organisatie.

2. De dreigende of actuele aanval

Er is geen toelating om preventief op te treden in het algemeen. Hooguit mag men onderscheppend optreden. Zo zou een afwerende aanval op de Japanse vliegtuigen die tijdens de Tweede Wereldoorlog onderweg waren naar Pearl Harbour, wel zijn toegelaten geweest.

Wat betreft operatie enduring freedom, moet worden vastgesteld dat er reeds lang geleden een jihad was uitgeroepen tegen de VS en zijn bondgenoten. Er waren in dat verband de aanslagen voorafgaand aan 11 september 2001. Er was 11 september 2001. De vraag stelde zich daarop onmiddellijk wat het volgende doelwit zou zijn. Er is dan ook alle reden om het geheel te zien als een (actuele) doorlopende aanval.

3. De noodzakelijke reactie

D.w.z. dat er geen andere middelen dan het gebruik van geweld meer zijn om de voortzetting van de gewapende aanval stop te zetten. Als het over terrorisme gaat, is dus de vraag of de gerechtelijke weg de voortzetting van de aanval kan stopzetten. Het gaat niet om de vraag of uiteindelijk via de gerechtelijke weg gerechtigheid kan geschieden (de aanvallen van 11 september maakten diverse misdrijven uit – waaronder een misdaad tegen de menselijkheid). De vraag is of de gerechtelijke weg op tijd een stopzetting van de aanvallen kan verkrijgen.

De aanvallen van 11 september 2001 waren een vervolg op aanslagen die eerder werden gepleegd en waarvoor de gerechtelijke weg reeds bewandeld was. Het was dus voor de wereld duidelijk geworden dat de gerechtelijke weg de reeks aanslagen niet met zekerheid kon stoppen. Bovendien stond vast dat de Taliban niet echt bereid was mee te werken...

4. De proportionele reactie

De proportionaliteitsvoorwaarde bij de internationaalrechtelijke zelfverdediging is anders dat de proportionaliteitsvoorwaarde in het ius in bello (In het ius in bello wordt het belang van het militair doelwit afgewogen tegen de collaterale schade (d.w.z. de schade aan burgers of burgergoederen) en mag er tussen de twee geen wanverhouding ontstaan). De bij internationaalrechtelijke zelfverdediging vereiste proportionaliteit is er indien de reactie op de gewapende aanval niet meer is dan het noodzakelijke om de aanval af te wenden en om de bedreiging van voorzienbare toekomstige aanvallen weg te nemen. Soms wordt verkeerdelijk gesuggereerd dat de proportionaliteitsvoorwaarde eist dat de reactie in grootte, aard en gevolgen de aanval niet mag overstijgen. Dat is niet juist. Het gaat hem om het stoppen van waar ze nu mee bezig zijn en in de voorzienbare toekomst mee bezig zullen zijn.

De aanslagen van 11 september 2001 vormden een gewapende aanval. Maar in feite kaderden zij in een lange reeks van aanslagen, die allemaal plaatsvonden in het kader van een jihad, een heilige oorlog tegen de VS. Men mocht dus nieuwe aanvallen verwachten. Om de bedreiging voor nieuwe voorzienbare aanvallen weg te nemen, mochten de VS geweld gebruiken, zoveel als noodzakelijk.

Dit impliceert dat de VS waar nuttig toch de gerechtelijke weg moet volgen. Dat is ook gebeurd: Duizenden verdachten werden wereldwijd opgepakt, hetgeen de nood om (militair) geweld te gebruiken in omvang verkleinde. Maar de VS hebben het recht om door te gaan tot de bedreiging voor toekomstige aanvallen van Al Qaeda volledig verdwenen is.

Het kan proportioneel zijn om door te gaan tot de volledige onderwerping van de vijand (Bijvoorbeeld in het geval van de VS ten aanzien van Japan, na de aanval op Pearl Harbour).

5. De onmiddellijke reactie

Een reactie moet onmiddellijk op een gewapende aanval (als het om een geïsoleerde aanval gaat) volgen. Onmiddellijk wil niet zeggen dat dit binnen enkele uren of dagen moet gebeuren. Een Staat heeft de tijd om zich (o.a. militair) te organiseren. In het geval van operatie enduring freedom, was de reactie zeker niet laattijdig.

6. De reactie met als doel de aanval te stoppen

Er mogen met de reactie geen andere doeleinden worden nagestreefd, dan het stoppen van de aanval.

De vraag of voor operatie enduring freedom aan deze voorwaarde is voldaan, hangt samen met de vraag of operatie enduring freedom wel tegen de Taliban mocht zijn gericht (Cf. infra).

Quid met de territoriale integriteit?

Het recht of zelfverdediging en het recht op territoriale integriteit moeten in zekere zin met elkaar in evenwicht worden gebracht.

De Staat op wiens grondgebied de terroristen zich bevinden en die in staat is er iets aan te doen, moet de kans krijgen daar iets aan het doen. De Staat die niet mee wil werken, moet dulden dat een andere Staat op haar grondgebied haar recht op zelfverdediging uitoefent.

Quid met de operaties tegen de Taliban?

De Taliban bood duidelijk onderdak aan Al Qaeda. Volgens inlichtingen leverde Al Qaeda troepen, wapens en financiën voor de strijd van de Taliban tegen de Noordelijke Alliantie. Al Qaeda hielp blijkbaar ook bij de training van Talibantroepen, enz.

Een internationale terroristische organisatie een uitvalsbasis bieden, is voor een Staat ontegensprekelijk en internationale onrechtmatige daad. Iedere Staat heeft de verplichting om wanneer het kennis van zaken heeft, te verhinderen dat zijn territorium wordt gebruikt op een manier die strijdig is met de rechten van andere Staten (zie bijvoorbeeld de Confu Channel zaak voor het Internationaal Hof van Justitie). Maar dat is geen basis om geweld te gebruiken (Enkel een basis om schadevergoeding te eisen).

Men kan anderzijds niet aantonen dat de Taliban effectief betrokken was bij de planning en/of uitvoering van aanslagen van Al Qaeda. Zelfverdediging tegen de Taliban als reactie op de aanslagen was daarom geen rechtsgrond voor het gebruik van geweld.

De aanslagen zijn niet toerekenbaar aan de Taliban:

- Niet volgens de criteria van de Nicaragua Zaak voor het Internationaal Hof van Justitie: Daar werd geëist dat daarvoor de Staat substantieel betrokken is bij de acties van gewapende groepen;
- Niet volgens de criteria van de Tadic Zaak van het Internationaal Straftribunaal voor Ex-Joegoslavië: Daar werd geëist dat daarvoor algemene controle bestond die verder gaat dan het financieren en uitrusten van gewapende groepen, en die deelname behelst in de planning en supervisie van de militaire operaties.

Welke grond was er dan wel om Taliban aan te vallen?

Er was het recht op zelfverdediging tegen Al Qaeda. Omdat de Taliban geen medewerking leverden om de Al Qaeda bedreiging uit te schakelen, mocht Afghanistan worden binnengedrongen voor het doel Al Qaeda uit te schakelen. Verzet daartegen vanwege de Taliban kon als “armed attack” worden bestempeld. Maar volgens de beschikbare informatie zijn evenwel van in het begin Al Qaeda en Taliban doelen aangevallen...

De vraag stelt zich dus of het door het Handvest van de VN uitgewerkte ius ad bellum niet strikt werd nageleefd, omdat nu eenmaal in de praktijk de strikte naleving van het ius ad bellum niet altijd de meest gepaste oplossing lijkt in gegeven omstandigheden, noch echt afdwingbaar is voor sommige landen. In dit specifieke geval hebben slechts weinigen het verdrijven van de Taliban als een radicaal onrecht ervaren. Per slot van rekening hadden

zij een soort broederschap met het misdadige Al Qaeda, om maar te zwijgen van het waanzinnige beleid dat ze in Afghanistan tijdens hun bewind hebben gevoerd.

Er kan geargumenteerd worden dat de toerekenbaarheidsvereiste zoals uitgewerkt in de Nicaragua Zaak of de Tadic Zaak, niet gelden voor bepaalde (ernstige) daden van internationaal terrorisme. Voor die daden zou de toerekenbaarheidsvereiste dan minder veeleisend zijn. Er kan anderzijds ook geargumenteerd worden dat de toerekenbaarheidsvereiste zoals uitgewerkt in de Nicaragua Zaak of de Tadic Zaak niet meer overeenstemt met het internationaal gewoonrecht. Een en ander zal in de loop der komende jaren wellicht duidelijker worden.

NA DE VAL VAN HET TALIBANREGIME

En zo kom ik tot het post-Afghanistan tijdperk. Zoals misschien wel te verwachten viel, zijn alle terroristische bedreigingen niet weggenomen door de “schoonmaak” in Afghanistan.

Er waren de antraxbrieven, er doken “dirty bombs” plannen op, Richard Reid, de zogenoemde Shoe Bomber, trachtte een aanslag op een vliegtuig te plegen, enz.

In de chronologie valt vooral de maand oktober van 2002 op: Op 6 oktober 2002 werd voor de kust van Jemen de Franse olietanker Limburg het voorwerp van een bomaanslag. Al Qaeda zou hierachter zitten. Op 8 oktober 2002 werden in Kuwait 1 Amerikaanse militair gedood in 1 Amerikaanse militair gewond bij aanslagen. Op 12 oktober 2002 vonden meer dan 180 mensen de dood bij bomexplosies in 2 nachtclubs in Bali (Indonesië). Hier is de goed georganiseerde terroristische organisatie Jemaah Islamiah wellicht de verantwoordelijke, maar voor zover ik weet is het nog niet duidelijk of deze organisatie banden heeft met Al Qaeda.

Misschien was het een reactie op die bloedige maand oktober, maar op 4 november 2002 vond in Jemen een spectaculaire counter-terrorism actie plaats. Op die dag vuurde de CIA een missile af op een voertuig vanop een onbemande Predator drone. In het voertuig zaten 6 vermeende Al Qaeda leden waaronder Al-Harithi, die verdacht wordt het brein te zijn achter de aanslag op de USS Cole en ook betrokken te zijn bij de aanslag op de olietanker Limburg.

Uit één en ander kan worden afgeleid dat Jemen met deze actie had ingestemd (Er was geen protest van Jemen, ook niet na een verklaring van de VS over de instemming van Jemen). Op het vlak van territoriale integriteit is dit een belangrijk gegeven. Een ander relevant gegeven is het feit dat in december 2001 meerdere Jeminitische militairen werden gedood bij een poging tot arrestatie van een groep vermoedelijke Al Qaeda-leden, waaronder wellicht Al Harithi.

Men beriep zich weer op het recht op zelfverdediging van een Staat. We moeten dus de 6 criteria natrekken, in de veronderstelling dat de inlichtingen overtuigend genoeg waren.

1. De gewapende aanval: De aanslagen van Al Qaeda tegen de VS (In de eerste plaats met inbegrip van de aanslagen van 11 september 2001) vormen een gewapende aanval (Cf. supra).
2. De (dreigende of) actuele aanval: De aanslag op de Franse olietanker Limburg was pas gebeurd. Al Qaeda bleef duidelijk actief tegen de VS en haar bondgenoten. Zolang Al Qaeda aanslagen blijft plegen, is er sprake van een actuele (doorlopende) aanval.

3. De noodzakelijke reactie: In de Jeminitische kust is het een af en aan varen van olietankers uit het Westen. Het was duidelijk dat die varenden delen van de Westerse economieën veilig moesten worden gesteld. De gerechtelijke weg werd duidelijk al geprobeerd, maar zonder succes. Het was noodzakelijk de terroristen snel aan te pakken om ze te ontmoedigen voor meer en eventueel weer driester aanslagen.
4. De onmiddellijke reactie: De reactie was zeker tijdig.
5. De proportionele reactie: De aanpak was proportioneel, indien gewone arrestatie echt niet mogelijk was.
6. De reactie mag geen andere doeleinden nastreven: Er is geen gegeven gekend dat zou wijzen op het nastreven van andere doeleinden.

En ondertussen kwam ook Irak in het vizier. Volgens de VS is de plotse gedachte opgekomen dat de massavernietigingswapens (te weten chemische en biologische) die Saddam Hoesseins' regime zou bezitten, wel eens in handen zouden kunnen vallen van een internationale terroristische organisatie, zoals Al Qaeda. Die cocktail moest ten alle prijzen vermeden worden.

De internationale gemeenschap (De VN op kop) was het reeds lang eens dat Saddam Hoessein moest ontwapenen ter wille van de internationale vrede en veiligheid. Hij moest zich in de eerste plaats ontdoen voor zijn massavernietigingswapens. De internationale gemeenschap werd in 2002 door de VS gedwongen zijn ogen op Irak te houden. De resolutie 1441 van de VN-Veiligheidsraad van 8 november 2002 verwoordde een compromis door te stellen dat Irak "ernstige gevolgen" zou ondergaan als het door zou gaan met de niet-naleving van zijn ontwapeningsverplichtingen. Een VN-resolutie onder Hoofdstuk VII voor een peace enforcement operatie kwam er ondanks Amerikaanse druk niet. Ondanks verwoede pogingen slaagden de VS en het VK er niet in enige banden tussen Irak en Al Qaeda aan te tonen. Op 19 maart 2003 ging de Amerikaans-Britse operatie Iraqi.freedom van start, buiten het kader van Hoofdstuk VII van het VN-Handvest, tenzij men de magere bewoordingen "serious consequences" van resolutie 1441 zou aanvaarden als toestemming onder Hoofdstuk VII van het Handvest (quod non).

Iedereen weet hoe het in Irak verder afgelopen is. The War on Terrorism heeft met Irak een zijsprongetje gemaakt, misschien wel om wat bij te tanken.

DE IMPACT VAN DE STRIJD TEGEN HET TERRORISME OP HET IUS AD BELLUM: EVOLUTIE OF REVOLUTIE ?

Door Dhr. Frederik Naert

Instituut voor Internationaal Recht, K.U.Leuven

I. Inleidende opmerkingen

Deze tekst is de uitgeschreven versie van mijn mondelinge uiteenzetting op de studiedag waarvan deze publicatie de neerslag is. Net zoals die mondelinge uiteenzetting bouwt zij voort op het juridisch kader en de gebeurtenissen en beschouwingen die werden uiteengezet door de heer Vanheusden.¹ Daarom zou ik de lezer willen vragen eerst die bijdrage te lezen. Dat laat mij toe mij hier te beperken tot enerzijds het plaatsen van enkele kritische kanttekeningen bij een aantal recente gebeurtenissen (II) en anderzijds een poging te ondernemen eventuele wijzigingen in de regels van het *ius ad bellum* te identificeren (III) om af te sluiten met een korte algemene conclusie (IV).

Eerst wil ik echter enkele cruciale punten beklemtonen. Eerst en vooral blijft terrorisme in hoofdorde een strafrechtelijk eerder dan een militair probleem. Dat was traditioneel het geval, zoals blijkt uit talrijke internationale verdragen inzake terrorisme. Hoewel het vandaag de dag duidelijk is dat deze benadering niet altijd meer volstaat, blijft zij nog steeds dominant, althans in Europa. Zo is het gros van de talrijke maatregelen die in het kader van de Europese Unie (hierna ‘EU’) werden aangenomen na ‘11 september’ van strafrechtelijke aard.² Ook de VN-Veiligheidsraad hanteert in hoofdorde een strafrechtelijke aanpak, zowel voor³ als na ‘11 september’.⁴ Het *ius ad bellum* en het *ius in*

¹ Voor een uitvoerigere besprekking van zowel het *ius ad bellum* als andere internationaalrechtelijke aspecten van de strijd tegen het terrorisme, zie F. Naert & J. Wouters, ‘Shockwaves through International Law after ‘September 11’’, in C. Fijnaut, F. Naert & J. Wouters (eds.), *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism. Towards a Transatlantic Dialogue*, te verschijnen in 2004 bij Martinus Nijhoff/Brill.

² Voor een beknopt overzicht van de reacties van de Europese Unie in het Nederlands, zie F. Naert & J. Wouters, ‘Het antwoord van de Europese Unie op “11 september”: enkele kritische kanttekeningen’, *Internationale Spectator* 2001, 587-591, in licht gewijzigde versie tevens gepubliceerd in B. Pattyn & J. Wouters (eds.), *Schokgolven. Terrorisme en Fundamentalisme*, Leuven, Davidsfonds, 2002, 99-108. Voor een uitvoeriger overzicht, zie F. Naert & J. Wouters, ‘The European Union and « September 11 »’, *Indiana International & Comparative Law Review* 2003, 719-775, ook beschikbaar als Working Paper Nr. 40 op <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/wp/index.html>; D. Dubois, ‘The Attacks of 11 September: EU-US Cooperation in the Field of Justice and Home Affairs’, *European Foreign Affairs Review* 2002, 317-335; S. Duke, ‘CESDP and the EU Response to 11 September: Identifying the Weakest Link’, *European Foreign Affairs Review* 2002, 153-169; B. Loïck, ‘La lutte contre le terrorisme dans le cadre du deuxième pilier: un nouveau volet des relations extérieures de l’Union européenne’, *Revue du Droit de l’Union Européenne* 2002, 283-313 ; S. Peers, ‘EU Responses to Terrorism’, *International & Comparative Law Quarterly* 2003, 227-244 en M. Tung-Laï, ‘Les initiatives menées par l’Union dans la lutte antiterroriste dans le cadre du troisième pilier (Justice et affaires intérieures)’, *Revue du Droit de l’Union Européenne* 2002, 261-281. Voor een vergelijking van de Europese en Amerikaanse aanpak, zie C. Fijnaut, F. Naert & J. Wouters (eds.), *supra* noot 1.

³ Zo vroeg de Veiligheidsraad na de aanslag op Pan Am vlucht 103 boven Lockerbie (Schotland) op 21 december 1988 om uitlevering van de verdachten door Libië aan de VS en/of het VK, zie resolutie 731 (VN Doc. S/RES/731, 21 januari 1992, § 3). Toen Libië weigerde de verdachten uit te leveren, volgden er sancties, zie resoluties 748 (VN Doc. S/RES/748, 31 maart 1992) en 883 (VN Doc. S/RES/883, 11 november 1993). Deze werden opgeschorst nadat Libië de verdachten toch uitleverde voor een proces onder bijzondere omstandigheden (VN Doc. S/PRST/1999/22, 9 juli 1999) en beëindigd nadat Libië ook een schadevergoeding aan de slachtoffers had betaald (resolutie 1506, VN Doc. S/RES/1506, 12 september 2003). Zie ook het gelijkaardige uitleveringsverzoek t.a.v. Soedan na de aanslag op de Egyptische President Mubarak in Addis Ababa (Ethiopië) en de sancties voor de weigering daaraan gevuld te geven, dewelke werden ingesteld bij resolutie 1044 (VN Doc. S/RES/1044, 31 januari 1996) *juncto* resoluties 1054 (VN Doc. S/RES/1054, 36 april

bello zijn enkel van belang in omstandigheden waarin het (internationaal) strafrecht niet volstaat, d.w.z. vooral in extreme gevallen van steun aan, of tolerantie van, internationaal terrorisme door een Staat. Het falen van de klassieke strafrechtelijke aanpak was b.v. duidelijk in de Lockerbie zaak, waarin Libië de verdachten niet wou uitleveren maar waarin derde Staten er evenmin op vertrouwden dat het zelf rechtvaardig recht zou spreken aangezien de Libische staat zelf beschuldigd werd van betrokkenheid.⁵ Zelfs in deze zaak bleek overigens een ‘gespierde’ strafrechtelijke benadering, afgedwongen door de Veiligheidsraad, uiteindelijk vrij succesvol. Gevallen waarin het gebruik van geweld noodzakelijk is, blijven waarschijnlijk, ook na ‘11 september’, uitzonderlijk.

Ten tweede kan niet genoeg worden benadrukt dat weliswaar elke vorm van steun aan internationaal terrorisme in strijd is met het internationaal recht, maar dat desondanks dergelijke steun slechts aanleiding *kan* geven tot het recht op zelfverdediging indien er sprake is van een gewapende aanval. Op het tweede deel van deze stelling kom ik verder uitgebreid terug. Laat mij hier enkel aantonen dat het verbod van Staten om steun te verlenen aan internationale terroristen een gevestigde regel is in het internationaal recht. Reeds in 1934 stelde de Volkenbond in een resolutie ‘it is the duty of every State neither to encourage nor tolerate on its territory any terrorist activity with a political purpose’ en ‘every State must do all in its power to prevent and repress acts of this nature and must for this purpose lend its assistance to governments which request it’.⁶ Deze regel werd later herhaaldelijk bevestigd, o.a. door het Internationaal Gerechtshof,⁷ door de Algemene Vergadering van de VN⁸ en door de VN-Veiligheidsraad.⁹ Bovendien houdt steun aan internationaal terrorisme vaak een schending in van het verbod van interventie in interne

1996) en 1070 (VN Doc. S/RES/1070, 16 augustus 1996) en werden beëindigd door resolutie 1372 (VN Doc. S/RES/1372, 28 september 2001). Een gelijkaardig scenario speelde zich eveneens af na de bomaanslagen op de VS-ambassades in Nairobi (Kenia) en Dar-es-Salaam (Tanzania) in 1998, zie de sancties tegen de Taliban in Afghanistan ingesteld door resoluties 1189 (VN Doc. S/RES/1189, 13 augustus 1998), 1267 (VN Doc. S/RES/1267, 15 oktober 1999), 1333 (VN Doc. S/RES/1333, 19 december 2000) en 1363 (VN Doc. S/RES/1363, 30 juli 2001). Alle resoluties van de Veiligheidsraad zijn beschikbaar op <http://www.un.org/documents/scres.htm>. Tenzij anders aangegeven, waren alle hierna geciteerde hyperlinks actief op 6 augustus 2003.

⁴ Zie vooral resoluties 1373 (VN Doc. S/RES/1373, 28 september 2001), 1377 (VN Doc. S/RES/1377, 12 november 2001) en 1456 (VN Doc. S/RES/1456, 20 januari 2003).

⁵ Dit probleem werd treffend geïdentificeerd door rechter Bedjaoui in de *Lockerbie* zaak voor het Internationaal Gerechtshof, zie *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libië t. VK en Libië t. VSA), Beschikkingen van 14 april 1992, dissenting opinions of Judge Bedjaoui, beide beschikbaar op <http://www.icj-cij.org>, § 10.

⁶ Resolutie van 10 december 1934, zoals, geciteerd in Model UN of the Far West, 40th session, 1990, *Program of Action to Eliminate Terrorism*, <http://www.munfw.org/archive/40th/spc1.htm>.

⁷ In de *Corfu Channel* zaak stelde het Internationaal Gerechtshof dat een Staat gebonden is door het ‘general and well-recognized principle [...] not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States’ (*Corfu Channel Case*, 9 april 1949, *I.C.J. Reports* 1949, 22).

⁸ Zij stelde b.v. in haar ‘Friendly Relations Declaration’ van 1970 dat Staten zich moeten onthouden van ‘organising, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to [...] involve a threat or use of force’ (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation amongst States in accordance with the Charter of the United Nations, Annex bij resolutie 2625(XXV) (VN Doc. A/RES/2625(XXV), 24 oktober 1970), 1.I.9). Zie verder o.a. resoluties 40/61 (VN Doc. A/RES/40/61, 9 december 1985), § 6 en 49/60 (VN Doc. A/RES/49/60, 9 december 1994), Annex, § 4 en § 5.a. Alle resoluties van de Algemene Vergadering van de VN vanaf 1963 zijn beschikbaar op <http://www.un.org/documents/resga.htm>.

⁹ Zie b.v. resoluties 687 (VN Doc. S/RES/687, 3 april 1991, Irak, § 32); 748 (VN Doc. S/RES/748, 31 maart 1992, Libië, 6de overweging preambule); 1044 (VN Doc. S/RES/1044, 31 januari 1996, Soedan, § 4(b)); 1160 (VN Doc. S/RES/1160, 31 maart 1998, Kosovo, 3de overweging preambule) en 1189 (VN Doc. S/RES/1189, 13 augustus 1998, Afghanistan, 5de overweging preambule).

aangelegenheden, een verbod dat erkend wordt door het internationaal gewoonterecht.¹⁰ Als een Staat terroristen steunt die een andere Staat willen dwingen zijn houding te wijzigen in aangelegenheden die binnen diens vrije keuze liggen, vormt dit een niet toelaatbare interventie. Zulks is onbetwistbaar als de terroristen een gewelddadige omverwerping van een regime beogen.¹¹

Ten derde zal de nadruk hierna liggen op het recht op zelfverdediging, omdat dit bijna steeds de officiële juridische grondslag is waarop Staten zich beroepen om militaire anti-terrorisme-operaties in het buitenland te rechtvaardigen.¹²

II. Enkele kritische beschouwingen

1. De legaliteit van *Operation Enduring Freedom*

Ik zal hier vooral die punten behandelen die het meest omstreden zijn. Andere aspecten, waaronder de vraag naar de drempel die vereist is om een geweldgebruik te kwalificeren als een gewapende aanval,¹³ zal ik niet bespreken.

A. Rechtvaardiging

Operatie *Enduring Freedom* tegen de Taliban en Al-Qaida werd door de VS en het VK gerechtvaardigd op grond van zelfverdediging.¹⁴ Zij ligt in sommige opzichten in

¹⁰ Internationaal Gerechtshof, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. USA), 27 juni 1986, *I.C.J. Reports* 1986, 14 et seq., § 201-205. Zie ook de Friendly Relations Declaration (*supra* noot 8), 1.III.

¹¹ Internationaal Gerechtshof, *Nicaragua zaak* (*supra* vorige noot), § 240-241 en Friendly Relations Declaration (*supra* noot 7), 1.III.2. Zie ook de Slotakte van de Conferentie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa, Helsinki, 1 augustus 1975, 1.a.VI *in fine*, beschikbaar op <http://www.osce.org> (voor de Nederlandse tekst, zie J. Wouters, *Bronnenboek Internationaal Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 746-753).

¹² Zie C. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 115-119. Voor een studie van het gebruik van geweld door Staten m.b.t. terrorisme, zie het project “Terrorisme et recours à la force: la pratique des Etats”, beschikbaar op <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/terrorisme.html>.

¹³ Uit het verschil tussen de woorden ‘het gebruik van geweld’ tussen Staten in art. 2(4) VN-Handvest en ‘gewapende aanval’ in art. 51 VN-Handvest wordt vrij algemeen aanvaard dat niet elk gebruik van geweld een gewapende aanval vormt. Zie o.a. Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 173-174 en A. Randelzhofer, ‘Article 51’, in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 663-665. Dit werd ook bevestigd door het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua zaak* (*supra* noot 10, § 191-195). De drempel voor een gewapende aanval lijkt echter niet zo hoog, zie Y. Dinstein, *supra* deze noot, 176 en M.N. Schmitt, *Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law*, Marshall Center Paper No 5, november 2002 (beschikbaar op <http://www.marshallcenter.org>), 18-19. Zie voor een uitvoerige besprekking A. Constantinou, *The Rights of Self-defence under Customary International Law and Article 51 of the United Nations Charter*, Brussel, Bruylants, 2000, 63-64. Toch zijn er grenzen en vallen bepaalde gevallen onder deze drempel: zie M.N. Schmitt, *supra* deze noot, 18-19 en M. Krajewski, ‘Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nichtstaatlicher Organisationen - Der 11. September und seine Folgen’, *Archiv des Völkerrechts* 2002, 199-201. Zo allicht de mislukte poging tot een aanslag op voormalig VS-president Bush. In die zin D. Kritsotis, ‘The legality of the 1993 US missile strike on Iraq and the right of self-defence in international law’, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, 172.

¹⁴ Op 7 oktober 2001, de dag dat deze operatie startte, meldden beide Staten haar als een uitoefening van het recht op zelfverdediging aan de Veiligheidsraad, zie Letter Dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Security Council Addressed to the President of the Security Council (VN Doc. S/2001/946, <http://www.un.int/usa/s-2001-946.htm>) en Letter dated 7 October 2001 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the United Kingdom of

het verlengde van eerdere militaire anti-terrorisme-acties van de VS, zowel tegen Staten beschuldigd van terrorisme (zoals in 1986 tegen Libië en in 1993 tegen Irak) als tegen terroristische organisaties of installaties (b.v. in 1998 tegen vermeende terroristische installaties in Afghanistan en Soedan).¹⁵ Deze operatie gaat echter in andere opzichten verder dan deze precedenten. Zo is zij veel omvangrijker dan vorige acties en gaat haar doelstelling, in het bijzondere de nagestreefde regimewissel in Afghanistan, verder dan de doelstellingen in vorige operaties. Een andere nieuwheid is de betrokkenheid van een aanzienlijk aantal bondgenoten (vandaar het gebruik van de term ‘Coalitie’). Zo namen o.a. troepen uit het VK, Australië, Canada, Denemarken en Noorwegen actief deel aan de vijandelijkheden, terwijl vele andere landen andere vormen van steun boden.¹⁶

B. De voornaamste reacties in vogelvlucht

Het is niet de bedoeling hier een uitvoerig overzicht te geven van alle internationale reacties op operatie *Enduring Freedom*. Ik zal slechts kort die reacties opsommen die het meest relevant zijn voor het *ius ad bellum*.

De 19 NAVO-lidstaten beschouwden de aanvallen van 11 september 2001 als een gewapende aanval in de zin van artikel V Noord-Atlantisch Verdrag.¹⁷ De 35 lidstaten van de Organisatie van Amerikaanse Staten (hierna ‘OAS’) beschouwden op hun beurt deze aanvallen als aanvallen op alle OAS-lidstaten en kwalificeerden operatie *Enduring Freedom* als een legitieme uitoefening van het recht op zelfverdediging.¹⁸ De rechtmatigheid van het beroep op zelfverdediging werd eveneens erkend door de EU,¹⁹ de 13 kandidaat-EU-lidstaten²⁰ en de Europese

Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council (beschikbaar op <http://www.ukun.org>).

¹⁵ Zie over deze eerdere acties o.a. C. Gray, *supra* noot 12, 115-119 en het project *supra* noot 12.

¹⁶ Zie Coalition Information Centre, *Campaign Against Terrorism. A Coalition Update*, 11 maart 2002, <http://www.fco.gov.uk/Files/KFile/cicupdate,0.pdf>. Zie ook <http://web.archive.org/web/20030715065048/http://www.centcom.mil/Operations/Coalition/joint.htm>.

¹⁷ Op 12 september 2001 verklaarde de Noord-Atlantische Raad dat ‘if it is determined that this attack was directed from abroad against the United states, it shall be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty, [...]’ (NAVO-persbericht (2001)124, beschikbaar op <http://www.nato.int>). Op 2 oktober 2001 maakte NAVO Secretaris-Generaal Lord Robertson bekend dat ‘it has now been determined that the attack against the United States on September 11 was directed from abroad and shall therefore be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty’ (verklaring beschikbaar op <http://www.nato.int>). Op 8 oktober 2001 drukte de Noord-Atlantische Raad bovenboden zijn volledige steun uit voor operatie *Enduring Freedom* (zie NAVO-persbericht (2001)138, beschikbaar op <http://www.nato.int>). Voor een Nederlandse vertaling van het Noord-Atlantisch Verdrag (Washington DC, 4 april 1949), zie B.S. 1-2 augustus 1949 en J. Wouters, *Bronnenboek Internationaal Recht*, *supra* noot 11, 727-729.

¹⁸ De reactie vanwege de 35 lidstaten van de Organisatie voor Amerikaanse Staten is vooral uitgedrukt in twee resoluties van de Ministers van buitenlandse zaken. Zie de resolutie van 21 september 2001 (‘Terrorist Threat to the Americas, OEA/Ser.F/II.24, RC.24/RES.1/01) en die van 16 oktober 2001 (Support for the measures of individual and collective self-defence established in Resolution RC.24/RES. 1/01, OEA/Ser.F/II.24, CS/TIAR/RES. 1/01), beide beschikbaar op <http://www.oas.org>. Voor een besprekking, zie E. Lagos & T.D. Rudy, ‘preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in the Western Hemisphere: A Post-9/11 Inter-American Treaty’, *Fordham International Law Journal* 2003, 1619-1627 en M. Gorina-Ysern, Inter-American Regional Security Against Terrorism: A Shield and a Sword, Addendum bij F.L. Kirgis, ‘Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon’, *ASIL Insight*, september 2001, <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#addendum6>.

¹⁹ Zie de conclusies van de Buitengewone Europese Raad van 21 september 2001 (‘De Verenigde Staten hebben op grond van Resolutie 1368 van de Veiligheidsraad het recht terug te slaan. [...] De acties moeten een gericht karakter dragen. De acties kunnen zich ook richten tegen de staten die terroristen helpen, steunen of

Conferentie en Rusland, Oekraïne en Moldavië.²¹ Voorts beriep Australië zich op art. IV van het ANZUS-Verdrag.²² Alleen al deze reacties tonen aan dat een zeventigtal landen expliciet operatie *Enduring Freedom* als legaal hebben gekwalificeerd. Bovendien werd de actie ook in de ruimere internationale gemeenschap overwegend goedgekeurd en nauwelijks veroordeeld.²³

C. Moet een gewapende aanval uitgaan van een Staat?

Enerzijds vereist de tekst van art. 51 VN-Handvest niet dat een gewapende aanval van een Staat moet uitgaan om het recht op zelfverdediging te activeren.²⁴ Daarin verschilt het van art. 2(4) VN-Handvest.²⁵ Anderzijds is art. 51 VN-Handvest wel een uitzondering op art. 2(4) VN-Handvest, dat het gebruik van geweld *tussen Staten* regelt.²⁶ Van groot belang is voorts art. 1 van de Definitie van Agressie, aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN in 1974 (hierna ‘Definitie van Agressie’).²⁷ Deze bepaling definieert agressie als het gebruik van geweld *door een Staat*. Indien een gewapende aanval een subcategorie uitmaakt van agressie, moet ook een gewapende aanval dus uitgaan van een Staat. Een dergelijke relatie tussen beide begrippen wordt gesuggereerd door een vergelijking van de Franse en Engelse tekst van art. 51 VN-Handvest (resp. ‘agression armée’ en ‘armed attack’)²⁸ en door

herbergen.’); de Verklaring van de Raad Algemene Zaken van 8 oktober 2001 en de conclusies van de Europese Raad van Gent van 19 oktober 2001, § 1 (allen beschikbaar op <http://ue.eu.int>).

²⁰ Zij sloten zich aan bij de conclusies van de Buitengewone Europese Raad van 21 september 2001 (*supra* vorige noot), zie het persbericht van het Belgisch Voorzitterschap van 22 september 2001, beschikbaar op <http://europa.eu.int>.

²¹ Persbericht van het Belgisch Voorzitterschap van 20 oktober 2001, beschikbaar op <http://europa.eu.int> (‘the countries of the European Conference and Russia, Ukraine and Moldova, [...] expressed their strong solidarity with the United States in the fight against terrorism, and supported the measures taken, including wholehearted support for the action in the framework of legitimate defence and in accordance with the UN Charter and UN Security Council Resolution 1368.’).

²² Zie A. Martyn, *The Right of Self-Defence under International Law - the Response to the Terrorist Attacks of September 11*, Department of the Parliamentary Library (Australia), 1 januari 2002, <http://www.aph.gov.au/library/pubs/CIB/2001-02/02cib08.pdf>, 2 en het persbericht van de Australische Premier van 14 september 2001, http://www.pm.gov.au/news/media_releases/2001/media_release1241.htm. Het ANZUS-Verdrag is het Security Treaty Between the United States, Australia, and New Zealand (San Francisco, 1 september 1951, beschikbaar op <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/intdip/usmulti/usmu002.htm>). Art. IV van dit verdrag luidt: ‘Each Party recognizes that an armed attack in the Pacific Area on any of the Parties would be dangerous to its own peace and safety and declares that it would act to meet the common danger in accordance with its constitutional processes’. Voor een kritische analyse, zie Position Paper of the Australian Section of the International Commission of Jurists on the Appropriate Response of the UN to the Attacks on the USA, 7 november 2001, http://www.ejil.org/forum_WTC/messages/17.html.

²³ Zie L. Condorelli, ‘Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?’, *Revue Général de Droit International Public* 2001, 840, noot 7 (die in de debatten in de Algemene Vergadering van de VN eind 2001 maar vijf veroordelingen vindt (nl. door Irak, Iran, Noord-Korea, Cuba en Maleisië) en duidelijke goedkeuring door meer dan twee derde van de VN-lidstaten. Zie echter O. Corten & F. Dubuisson, ‘Opération “Liberté Immuable”: une extension abusive du concept de légitime défense’, *Revue Général de Droit International Public* 2002, 53 noot 4.

²⁴ Zo M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 25; C. Stahn, ‘International Law at a Crossroads. The Impact of September 11’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2002, 213-214 en R. Wedgwood, ‘Responding to Terrorism: The Strikes Against bin Laden’, *Yale Journal of International Law* 1999, 564.

²⁵ S.D. Murphy, Terrorism and the Concept of “Armed Attack” in Article 51 on the U.N. Charter, 43 *Harvard International Law Journal* 2002, 50.

²⁶ L. Condorelli, *supra* noot 23, 838.

²⁷ Bijlage bij resolutie 3314(XXIX) (VN Doc. A/RES/3314(XXIX), 14 december 1974).

²⁸ Een andere mogelijkheid is dat ‘agressie’ en ‘gewapende aanval’ synoniemen zijn. In dat geval zou echter de kwalificatie ‘armée’ bij ‘agression’ in de Franse tekst overbodig zijn. Een dergelijk identificatie wordt dan ook

het beroep van het Internationaal Gerechtshof op de Definitie van Agressie ter definiëring van het begrip gewapende aanval in de *Nicaragua* zaak.²⁹ Zij wordt ook aanvaard door verschillende auteurs.³⁰ Hoewel deze redenering is niet absoluut sluitend is, aangezien de Definitie van Agressie zelf duidelijk maakt niet exhaustief te zijn en de omvang van het recht op zelfverdediging niet aan te tasten,³¹ stelden de meeste auteurs voor ‘11 september’ toch dat een gewapende aanval enkel van een Staat kan uitgaan.³² Zoals Gray opmerkt, wijst de poging van Staten om steeds een Staat verantwoordelijk te stellen voor een aanval er eveneens op dat Staten de betrokkenheid van Staten nodig achten.³³ Al bij al kan men concluderen dat Staten en auteurs voor ‘11 september’ overwegend van oordeel waren dat zelfverdediging alleen gerechtvaardigd was tegen een aanval door een Staat.³⁴

D. Toerekenbaarheid aan de Taliban

Indien een gewapende aanval enkel van een Staat kan uitgaan, of indien een aangevallen Staat niet alleen de terroristen zelf, maar ook een Staat die hen steunt of tolereert gewapenderhand wil aanpakken, moet de terroristische aanval toerekenbaar zijn aan deze laatste Staat om een gewapende reactie tegen hem te rechtvaardigen.³⁵ Volgens de *Definitie van Agressie* is een gewapende aanval door een niet-Statelijke

verworpen door de meeste auteurs: zie o.a. diegenen geciteerd in noot 30 *infra* die agressie als een ruimer begrip beschouwen.

²⁹ *Supra* noot 10, § 195.

³⁰ O.a. A. Rodelzhofer, *supra* noot 13, 668-669; A. Constantinou, *supra* noot 13, 58-62; Y. Dinstein, *supra* noot 13, 166 en G. Gaja, ‘In What Sense was There an “Armed Attack”?’http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-gaja.html.

³¹ *Supra* noot 27, art. 4 en 6. Zie ook A. Rodelzhofer, *supra* noot 13, 669. De Nederlandse Commissie inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken was tegen de uitbreiding van agressie tot niet-statelijke actoren, maar maakte daarbij wel het voorbehoud dat dit enkel betrekking had of de misdaad agressie, die kon verschillend van agressie in de relaties tussen Staten (*Advies inzake een definitie van het misdrijf agressie, met een voorstudie van Adriaan Bos*, 22 november 2000, 1.3 en 1.7 (destijds beschikbaar op <http://www.minbuza.nl>)).

³² Zo L. Condorelli, *supra* noot 23, 838; B. Conforti, *The Law and Practice of the United Nations*, Den Haag, Kluwer, 2000 (2de ed.), 176; G. Gaja, *supra* noot 30; M. Krajewski, *supra* noot 13, 187-188; K. Manusama, ‘Terrorisme en zelfverdediging in de Veiligheidsraad’, *Vrede en Veiligheid* 2001, 483 en E. Myjer & N. White, ‘The Twin Towers Attack: an Unlimited Right to Self-Defence?’<http://www.jurist.law.pitt.edu/forum/forumnew36.htm>. Vgl. G. Abi-Saab, ‘There is No Need to Reinvent the Law’, september 2002, <http://www.crimesofwar.org/sept-mag/sept-abi.html> (‘Self-defense is [...], exercised against a specific “armed attack” emanating from a state or a subject of international law’).

³³ C. Gray, *supra* noot 12, 99.

³⁴ Een minderheid van auteurs deelde deze mening niet, zo Y. Dinstein, *supra* noot 13, 214-216; T. Franck, ‘Editorial Comment. Terrorism and the Right of Self-Defense’, *American Journal of International Law* 2001, 840; M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 25-27 en R. Wedgwood, *supra* noot 24, 564.

³⁵ Een loutere overtreding van het verbod terrorisme te steunen volstaat daartoe immers niet, zie *supra* (I). Zie ook Y. Dinstein, ‘The Right of Self-Defence Against Armed Attacks’, in M.D. Sandbu & P. Nordbeck (eds.), *International Terrorism. Report from a Seminar Arranged by the European Law Students’ Association in Lund, Sweden, 1-3 October 1987*, Lund, Juristförlaget i Lund, 68-69; M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 47 en R. Wolfrum & C.E. Philipp, ‘The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law’, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2002, 593. Anders: T. Franck, *supra* noot 34, 840-841. Vgl. C. Stahn, *supra* noot 24, 216-218, die stelt dat dergelijke steun een verboden geweldgebruik uitmaakt, maar desondanks geen gewapende aanval omdat volgens hem de drempel voor toerekenbaarheid van een gewapende aanval hoger ligt.

actor toerekenbaar aan een Staat indien deze actor gezonden wordt door de Staat of de Staat substantieel betrokken is bij de aanval.³⁶ Wat precies verstaan moet worden onder substantiële betrokkenheid is omstreden. Volgens het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua* zaak vereist dit effectieve controle over de concrete operatie in kwestie.³⁷ Het Internationaal Straftribunaal voor voormalig Joegoslavië hanteerde echter meer recent in de *Tadic* zaak een lagere drempel, nl. algemene controle over de betrokken niet-Statelijke actor, althans voor militair georganiseerde groepen.³⁸ Maar zelfs deze algemene controle vereiste meer dan de loutere levering van financiële steun, of militaire uitrusting of training.³⁹ Bovendien lijkt de International Law Commission (hierna ‘ILC’) in Artikel 8 van haar *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* van 2001 (hierna ‘Ontwerpstatuten Staatsaansprakelijkheid’) de strengere test van de *Nicaragua* zaak te bevestigen door te vereisen dat ‘the person or group [...] is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct’.⁴⁰ Ondanks de nauwe band die tussen de Taliban en Al-Qaida bestond, is het zeer twijfelachtig of de Taliban een algemene controle hadden over Al-Qaida.⁴¹ Volgens het meest gedetailleerde officiële verslag van hun wederzijdse relatie dat naar mijn weten publiek is gemaakt, een Brits rapport van 2001, verleenden de Taliban in essentie vrij onderdak, terwijl Al-Qaida de Taliban steunde, eerder dan omgekeerd.⁴² Naast toerekenbaarheid op grond van controle, is het gedrag van een niet-Statelijke actor ook toerekenbaar indien de betrokken Staat het gedrag van de niet-Statelijke actor als het zijne aanvaardt.⁴³ Ook dit lijkt *in casu* echter niet het geval.⁴⁴

De brede steun voor de legaliteit van operatie *Enduring Freedom* (zie hoger, II.1.b) geeft aan dat vele Staten desalniettemin van oordeel zijn dat de mate van betrokkenheid in dit geval toch volstond. Enkele officiële verklaringen laten zelfs uitschijnen dat elke vorm van steun aan terrorisme voortaan voldoende is voor actie

³⁶ *Supra* noot 27, art. 3 (g).

³⁷ *Nicaragua* zaak, *supra* noot 10, § 195.

³⁸ Beroepskamer, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1, 15 juli 1999, beschikbaar op <http://www.un.org/icty>, § 97-145. Voor individuen of groepen die niet zo georganiseerd zijn, werden in deze zaak ‘specifieke instructies’ vereist (zie vooral § 137).

³⁹ *Id.*, § 137. Voor een alternatieve test, zie M. Krajewski, *supra* noot 13, 191-195, die argumenteert dat steun die noodzakelijk was voor een specifieke actie ook volstaat, maar concludeert dat dergelijke steun *in casu* niet aanwezig was. Vgl. R. Wolfrum & C.E. Philipp, *supra* noot 35, 595-596 en F. Naert & J. Wouters, *supra* noot 1.

⁴⁰ Aangenomen door de International Law Commission op 31 mei en 3 augustus 2001, zie *Report of the International Law Commission*. *Fifty-third session*, VN Doc. A/56/10, <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>. Zie verder opmerkingen 3 en 5 bij ontwerp art. 8 (*id.*, 105 en 107); O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 65-68 en C. Stahn, *supra* noot 24, 222.

⁴¹ Zo ook M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 10 en 45-46; M. Krajewski, *supra* noot 13, 190 en S. Ratner, ‘Terrorism and The Laws of War: September 11 and its Aftermath’, 21 september 2001, <http://www.crimesofwar.org/expert/attack-ratner.html>. Vgl. G. Gaja, *supra* noot 30 en O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 67-68. *Contra*: C. Stahn, *supra* noot 24, 225-226.

⁴² *Responsibility for the terrorist atrocities in the United States, September 11 2001*, 4 oktober 2001, o.a. beschikbaar op <http://www.ict.org.il/documents/documentdet.cfm?docid=56> en <http://www.ratical.org/ratville/CAH/linkscopy/page3554.html>.

⁴³ Zie Internationaal Gerechtshof, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (VSA t. Iran), *I.C.J. Reports* 1980, 3 *et seq.*, § 69-74 (p. 34-35) en art. 11 ILC Ontwerpstatuten Staatsaansprakelijkheid (‘if and to the extent that the State acknowledges and adopts [the conduct] as its own’).

⁴⁴ Zie ook M. Krajewski, *supra* noot 13, 190-191, die een (zij het halfslachtige) veroordeling door de Taliban vermeld. In die zin, of minstens zeer twijfelend, ook O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 68; M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 46-47; C. Stahn, *supra* noot 24, 219-221 en R. Wolfrum & C.E. Philipp, *supra* noot 35, 594. *Contra*: S.D. Murphy, *supra* noot 25, 50-51.

tegen de steunende Staat. Zie met name de gezamenlijke resolutie van het Amerikaanse Congress *to Authorize the Use of United States Armed Forces Against Those Responsible for the Recent Attacks Launched Against the United States*, die de VS-President toestaat ‘to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons’⁴⁵ en de conclusies van de Europese Raad van 21 september 2001, die stellen ‘De acties kunnen zich ook richten tegen de staten die terroristen helpen, steunen of herbergen’. Anderzijds argumenteren enkele auteurs dat de Veiligheidsraad deze aanpak niet heeft gevolgd en de aanvallen niet aan de Taliban heeft toegerekend.⁴⁶

E. Noodzaak en proportionaliteit

Hoewel noodzaak en proportionaliteit niet in het VN-Handvest staan vermeld als voorwaarden voor het recht op zelfverdediging, aanvaardde het Internationaal Gerechtshof dat ook zelfverdediging onder art. 51 VN-Handvest aan deze twee voorwaarden moet voldoen.⁴⁷

Wat houdt noodzaak precies in? In ieder geval moeten andere middelen ontoereikend zijn om een einde te stellen aan de gewapende aanval wil het gebruik van geweld noodzakelijk zijn. Dit impliceert o.a. dat Staten eerste alle vreedzame middelen die dit resultaat redelijkerwijze kunnen bewerkstelligen, moeten uitputten⁴⁸ (dit conform het algemeen beginsel van vreedzame geschillenbeslechting⁴⁹), incl. de strafrechtelijke aanpak.⁵⁰ Sommige auteurs definiëren noodzaak als hetgeen strikt noodzakelijk is voor het terugslaan van een gewapende aanval.⁵¹ Deze definitie is echter weinig behulpzaam en legt niet echt uit wat noodzakelijk nu juist inhoudt. Ze kan zelfs zo worden geïnterpreteerd dat noodzaak geen afzonderlijke vereiste is, maar eerder een element van de proportionaliteit,⁵² terwijl het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua* zaak beide vereisten als aparte voorwaarden lijkt te behandelen.⁵³ Enkele auteurs argumenteren verder dat zelfverdediging niet noodzakelijk is als de Veiligheidsraad bereid is toereikend op te treden.⁵⁴ Hoewel hier iets voor te zeggen valt, is het in wezen een argument m.b.t. de rol van de Veiligheidsraad, waarop we verder terugkomen. M.b.t. operatie *Enduring Freedom*

⁴⁵ U.S. Public Law 107-40, Joint Resolution to Authorize the Use of United States Armed Forces Against Those Responsible for the Recent Attacks Launched Against the United States, S.J.RES 23, Sept. 18, 2001, beschikbaar via <http://www.asil.org/ilib/ilib0411.htm>.

⁴⁶ L. Condorelli, *supra* noot 23, 839, noot 6 en C. Stahn, *Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say*, http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-stahn.html.

⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*, Advies van 8 juli 1996, I.C.J. Reports 1996, 66 et seq. (ook beschikbaar op <http://www.icj-cij.org>), § 40-41. Het Hof benadrukte voordien reeds dat dit twee voorwaarden zijn voor het recht op zelfverdediging onder internationaal gewoonrecht (*Nicaragua* zaak, *supra* noot 10, § 176).

⁴⁸ Y. Dinstein, *supra* noot 13, 184.

⁴⁹ Zie vooral art. 2(3) en Hoofdstuk VI VN-Handvest.

⁵⁰ M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 20 en 28.

⁵¹ B.v. A. Cassese, ‘Article 51’, in J.-P. Cot & A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Parijs, Economica, 1991 (2de ed.), 774-775 en A. Ranelzhofer, *supra* noot 13, 677.

⁵² Dat lijkt het standpunt van A. Constantinou, *supra* noot 13, 157-163 en A. Ranelzhofer, *supra* noot 13, 677.

⁵³ *Supra* noot 10, zie vooral § 237.

⁵⁴ Zo O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 73-75. Maar zie C. Stahn, *supra* noot 24, 238.

moet gezegd worden dat de VS de Taliban een kans hebben gegeven, zij het onder zeer strikte voorwaarden, om een aanval te voorkomen door op te treden tegen Al-Qaida,⁵⁵ al had de Taliban toen reeds geruime tijd geweigerd bin Laden uit te leveren ondanks een bindende verplichting daartoe onder resoluties van de Veiligheidsraad aangenomen na de aanslagen van 1998 op de Amerikaanse ambassades in Nairobi (Kenia) en Dar-es-Salaam (Tanzania).⁵⁶

Omdat terroristische aanslagen per definitie kortstondig en onverwacht zijn, is het moeilijk erop te reageren in zelfverdediging terwijl ze plaatsvinden. Een geweldgebruik als strafmaatregel nadat de aanslag is beëindigd, is een gewapende tegenmaatregel,⁵⁷ die onrechtmatig is onder internationaal recht,⁵⁸ zoals werd bevestigd door de Veiligheidsraad⁵⁹ en, ten minste in vredestijd, door het Internationaal Gerechtshof.⁶⁰ Anderzijds is het zeer omstreden of preventieve zelfverdediging, d.w.z. actie gericht tegen een nog niet begonnen aanval, onder het VN-Handvest legaal is. Op deze vraag kom ik verder (II.2) uitvoerig terug.

Dit wil echter niet zeggen dat Staten machteloos zijn en verdere aanvallen moeten ondergaan. In eerste instantie dienen zij zich tot de Veiligheidsraad te wenden.⁶¹ Diens bevoegdheid is immers niet beperkt tot gevallen waarin een gewapende aanval plaatsvindt. Integendeel, de Veiligheidsraad kan ook optreden bij ‘loutere’ bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid.⁶² Aangezien de Veiligheidsraad reeds herhaaldelijk dwingende maatregelen heeft genomen ter bestrijding van terrorisme,⁶³ kan men moeilijk argumenteren dat dit nutteloos zou

⁵⁵ Zie b.v. CNN, ‘Bush delivers ultimatum’, 21 september 2001, <http://edition.cnn.com/2001/WORLD/asiapcf/central/09/20/ret.afghan.bush/>.

⁵⁶ Zie resoluties 1189, 1267, 1333 en 1363 (*supra* noot 3).

⁵⁷ Zie over dit soort acties W. O’Brien, ‘Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterror Operations’, *Virginia Journal of International Law* 1989-1990, 421-478; Y. Dinstein, *supra* noot 35, 66-67; W.M. Reisman, ‘The Raid on Baghdad: Some Reflections on its Lawfulness and Implications’, *European Journal of International Law* 1994, 124-129 en R.W. Tucker, ‘Reprisals and self-defence: the customary law’, *American Journal of International Law* 1972, 586-596.

⁵⁸ Friendly relations Declaration, *supra* noot 8, 1.I.6; J.I. Charney, ‘Editorial Comment. The Use of Force Against Terrorism and International Law’, *American Journal of International Law* 2001, 835; C. Gray, *supra* noot 12, 118-119; J. Lobel, ‘The use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan’, *Yale Journal of International Law* 1999, 540; E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 8; M.E. O’Connell, ‘Lawful Responses to Terrorism’, 18 september 2001, <http://jurist.law.pitt.edu/forum/forumnew30.htm> en A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 677. Zie echter Y. Dinstein, *supra* noot 13, 194-203, die ‘defensive armed reprisals’, gericht op het voorkomen van nieuwe aanvallen, als toelaatbaar beschouwt als ze aan de voorwaarden van zelfverdediging voldoen. In die zin ook D. Turns, ‘Terrorism and The Laws of War: September 11 and its Aftermath’, 28 september 2001, <http://www.crimesofwar.org/expert/attack-turns.html>. Maar, zoals Dinstein zelf schrijft (Y. Dinstein, *supra* noot 35, 67), is dit eigenlijk een semantisch debat: wat van belang is, is de defensieve doelstelling, i.t.t. een bestraffend oogmerk. Zo ook W. O’Brien, *supra* vorige noot, 476. Vgl. W.M. Reisman, *supra* vorige noot, 129.

⁵⁹ Zie b.v. resoluties 188 (VN Doc. S/RES/188, 9 april 1964, § 1) en 148 (VN Doc. S/RES/248, 24 maart 1968).

⁶⁰ *Nuclear Weapons Advies*, *supra* noot 47, § 46. In de *Corfu Channel* zaak stelde het Hof voorts dat gewapende interventie onrechtmatig was (*supra* noot 7, 35).

⁶¹ Zo ook J. Lobel, *supra* noot 58, 540 en C. Stahn, *supra* noot 24, 232-233.

⁶² Zie art. 39 VN-Handvest en de praktijk van de Veiligheidsraad terzake. De Veiligheidsraad veroordeelde reeds geruime tijd voor 11 september internationaal terrorisme. Zie bv. De Verklaring van de Voorzitter van de Veiligheidsraad van 9 oktober 1985 en verschillende veroordelingen van concrete aanslagen, o.a. in VN Documenten S/PRST/1994/40 (29 juli 1994) en S/PRST/1996/10 (4 maart 1996). In 1999 nam de Veiligheidsraad resolutie 1269 aan (VN Doc. S/RES/1269, 19 oktober 1999). Deze resolutie was van algemene strekking, veroordeelde terrorisme en riep Staten op terrorisme te voorkomen en te bestrijden.

⁶³ Zie *supra* noot 3.

zijn. Wel kan men argumenteren dat een reeks afzonderlijke maar gerelateerde aanvallen samen als een nog steeds voortdurende aanval kunnen worden beschouwd.⁶⁴ Zoals Gray opmerkt, leek het Internationaal Gerechtshof deze mogelijkheid te aanvaarden in de *Nicaragua* zaak.⁶⁵ Ten slotte stellen sommige auteurs dat een gewapende aanval ook die situaties omvat waarin een tegenstander onherroepbaar besloten heeft een aanval in te zetten.⁶⁶ Dit laatste argument komt echter zeer dicht bij de omstreden preventieve zelfverdediging.

Proportionaliteit heeft betrekking op de verhouding tussen doel en middelen. Het doel van zelfverdediging is het terugslaan van een gewapende aanval. Zelfverdediging is bijgevolg enkel proportioneel als het niet verder gaat dan hetgeen noodzakelijk is voor het terugslaan van de gewapende aanval waarop het een reactie is.⁶⁷ Dit wil geenszins zeggen dat zelfverdediging dezelfde vorm en omvang moet aannemen als de aanval.⁶⁸ Sommige auteurs stellen dat het doel van zelfverdediging zich eveneens mag uitstrekken tot het verwijderen van de dreiging van redelijkerwijze voorzienbare verdere aanvallen.⁶⁹ Dit veronderstelt echter hetzij een recht op preventieve zelfverdediging, hetzij het beschouwen van toekomstige aanvallen als onderdeel van een reeds begonnen (reeks van) aanval(len).

Indien de aanvallen van 11 september 2001 niet toerekenbaar waren aan de Taliban, had de Coalitie niet het recht de Taliban aan te vallen (i.p.v. enkel Al-Qaida), tenzij de Taliban zich tegen de Coalitie hadden verzet wanneer deze Al-Qaida aanviel. Maar zelfs als de Taliban een legitiem doelwit waren van zelfverdediging, rijst de vraag of het doel van deze actie werkelijk vereiste dat de Taliban van de macht werden verdreven, hetgeen duidelijk een van de doelstellingen van operatie *Enduring Freedom* was.⁷⁰ Het is bijgevolg zeer twijfelachtig of operatie *Enduring Freedom* in dit opzicht rechtmäßig was.⁷¹ Daarnaast rijst de vraag of het gebruik van zware

⁶⁴ Zo b.v. Y. Dinstein, *supra* noot 13, 182 en 203 (zij niet specifiek m.b.t. terrorisme); J. Lobel, *supra* noot 58, 543; W. O'Brien, *supra* noot 57, 469-477 (met een nadruk op het afschrikken van verdere aanvallen); M.E. O'Connell, *supra* noot 58; M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 23-25 en 65-66 en R. Wedgwood, *supra* noot 24, 565 en 575-576. Ook M. Shaw lijkt deze mening te delen in een interview op de BBC op 9 oktober 2001, zie http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/1587034.stm.

⁶⁵ C. Gray, *supra* noot 12, 108, verwijzend naar § 231 van de *Nicaragua* zaak (*supra* noot 10). In deze paragraaf stelde het Internationaal Gerechtshof ‘little information is [...] available to the Court as to [...] these incursions [...], which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an “armed attack” [...]’.

⁶⁶ Zo M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 22-23. Vgl. Y. Dinstein, *supra* noot 13, 169-173, die spreekt van ‘interceptive self-defence’ in geval van een ‘imminent’ en ‘practically unavoidable’ aanval.

⁶⁷ C. Gray, *supra* noot 12, 106 en A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 677. Voor een uitvoerigere besprekking, zie A. Constantinou, *supra* noot 13, 161-172.

⁶⁸ C. Gray, *supra* noot 12, 106; A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 677. A. Cassese, *supra* noot 33, 999 en M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 21-22 wijzen erop dat de relevante standaard niet het aantal slachtoffers veroorzaakt door de aanval is. A. Roberts (‘Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War’, *Survival* 2002, 10-11) benadrukt terecht dat het onrechtmatig zou zijn te beogen evenveel mensen te doden als er bij de initiële aanval omkwamen.

⁶⁹ M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 22.

⁷⁰ Dit werd o.a. explicet toegegeven in een document van de Britse Foreign Secretary Jack Straw van 16 oktober 2001 dat werd geciteerd in House of Commons Library, *Operation Enduring Freedom and the Conflict in Afghanistan: An Update*, Research Paper 01/81, 31 oktober 2001, <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01-081.pdf>, 12-13.

⁷¹ Zo ook C. Stahn, *supra* noot 46 en *supra* noot 24, 229-232 en 237 en M. Krajewski, *supra* noot 13, 209.

bombardementen nog noodzakelijk en proportioneel was eens het regime gevallen was.⁷²

F. Rol van de Veiligheidsraad

Zowel de VS als het VK hebben de Veiligheidsraad, conform art. 51 VN-Handvest, meteen na de start van operatie *Enduring Freedom* van deze operatie op de hoogte gebracht d.m.v. een brief waarin ze deze actie als zelfverdediging rechtvaardigden.⁷³ Er zijn echter een aantal andere vragen die van groter belang zijn dan de rapportageplicht waaraan door deze mededeling werd voldaan. Het zijn de volgende.

- 1) Heeft de Veiligheidsraad het recht op zelfverdediging *in casu* erkend? De reactie van de Veiligheidsraad op ‘11 september’ verschilt opvallend van voorgaande reacties op terroristische daden. Ten eerste *erkent*, resp. *bevestigt*, resolutie 1368⁷⁴ en resolutie 1373⁷⁵ het inherente recht op zelfverdediging. Dit is een primeur. Toegegeven, de Veiligheidsraad had, i.t.t. veroordelingen van gewapende anti-terrorisme-operaties in het verleden,⁷⁶ verschillende dergelijke meer recente operaties niet veroordeeld.⁷⁷ Voor 11 september 2001 had hij echter nog nooit het recht op zelfverdediging in een dergelijke context erkend of zelfs maar vermeld. Niettemin blijven vernoemde resoluties dubbelzinnig. Ze stellen immers niet dat er *in casu* een gewapende aanval was, noch dat het recht op zelfverdediging *in casu* van toepassing was.⁷⁸ Men vergelijkt met de ondubbelzinnige tekst van resoluties 660 en 661 inzake Irak/Koeweit.⁷⁹ Dezelfde dubbelzinnigheid is aanwezig in latere verklaringen van de Voorzitter van de Veiligheidsraad⁸⁰ en van

⁷² Deze vraag werd o.a. gesteld door A. Roberts, *supra* noot 68, 20. Ook M. Cogen, ‘Terrorism and The Laws of War: September 11 and its Aftermath’, 7 november 2001, <http://www.crimesofwar.org/expert/attack-cogen.html>; M. Krajewski, *supra* noot 13, 208-209 en E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 8 zijn kritisch over de proportionaliteit van deze operatie.

⁷³ Zie hun brieven naar de Veiligheidsraad, *supra*, noot 14. Het is wel opmerkelijk dat de andere landen die actief bij de operatie betrokken zijn dit bij mijn weten niet hebben gedaan.

⁷⁴ VN Doc. S/RES/1368, 12 september 2001.

⁷⁵ *Supra* noot 4.

⁷⁶ Zo de acties van Israël in Beiroet (Libanon) in 1968 en in Tunis (Tunesië) in 1985, zie resp. resoluties 262 (VN Doc. S/RES/262, 31 december 1968) en 573 (VN Doc. S/RES/573, 4 oktober 1985).

⁷⁷ Met name de acties van de VS tegen Tripoli (Libië) in 1986, tegen Bagdad (Irak) in 1993 en tegen een fabriek in Kartoum (Soedan) en een terroristisch trainingskamp in Afghanistan in 1998. Deze eerste actie werd wel veroordeeld door de Algemene Vergadering van de VN (zie resolutie 41/38 (VN Doc. A/RES/41/38, 20 november 1986)) en ontsnapte bovendien enkel aan veroordeling door de Veiligheidsraad door het veto van de VS, het VK en Frankrijk (er waren 9 stemmen voor een veroordeling, zie Foreign and Commonwealth Office (VK), Table of vetoed draft resolution in the United Nations Security Council 1946-1998, 2000, <http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/unscvetoes.pdf>, 38). De overige drie acties werden noch veroordeeld door de noch Veiligheidsraad, noch de Algemene Vergadering, zie C. Gray, *supra* noot 12, 115-119.

⁷⁸ Zo ook G. Abi-Saab, *supra* noot 32. Contra: R. Wedgwood, ‘Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions’, *American Journal of International Law* 2002, 329.

⁷⁹ Resoluties 661 (VN Doc. S/RES/661, 6 augustus 1990): ‘Affirming the inherent right of individual and collective self-defence, in response to the armed attack by Iraq against Kuwait, in accordance with Article 51 of the Charter’ en 660 (VN Doc. S/RES/660, 2 augustus 1990): ‘Determining that there exists a breach of international peace and security as regards the Iraqi invasion of Kuwait’. Zie ook E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 9-11 en C. Stahn, *supra* noot 46.

⁸⁰ Statement to the press by the President of the Security Council, AFG/152, SC/7167, 8 oktober 2001, beschikbaar op <http://www.un.org>. ‘The permanent representatives made it clear that the military action that commenced on 7 October was taken in self-defence and directed at terrorists and those who harboured them. [...] The members of the Council were appreciative of the presentation made by the [US] and the [UK]’.

de VN-Secretaris-Generaal.⁸¹ De Veiligheidsraad heeft dus niet gezegd dat het hier om een gewapende aanval ging, noch dat er inderdaad een recht op zelfverdediging was. De Algemene Vergadering van de VN heeft overigens het recht op zelfverdediging zelfs niet vermeld in de resolutie waarin het de aanvallen van 11 september 2001 veroordeelde.⁸²

- 2) Houden resoluties 1368 en volgende een machtiging in voor operatie *Enduring Freedom*? De grote meerderheid van auteurs zijn van oordeel dat de betrokken resoluties geen machtiging tot gebruik van geweld inhouden.⁸³ Daarbij speelt vooral het ontbreken van de hiervoor gebruikelijke terminologie ('to use all necessary means') een grote rol. Dit is vooral van belang wanneer (bepaalde aspecten van) operatie *Enduring Freedom* niet onder het recht op zelfverdediging vallen en bijgevolg enkel legaal zijn mits machtiging door de Veiligheidsraad.
- 3) Was een dergelijke machtiging nodig? In principe vereist zelfverdediging geen machtiging door de Veiligheidsraad. Men mag evenwel niet uit het oog verliezen dat zelfverdediging in het collectieve veiligheidssysteem van de VN slechts een uitzondering is⁸⁴ en slechts een subsidair⁸⁵ en tijdelijk⁸⁶ recht. Daarom kan men argumenteren dat, wanneer er tijd is om naar de Veiligheidsraad te gaan, een Staat dit moet doen en om collectieve actie door dit orgaan moet vragen.⁸⁷ Dit doet

⁸¹ Statement to the press by the UN Secretary General, SG/SR/7985, AFG/149, 8 oktober 2001, beschikbaar op <http://www.un.org>: 'Immediately after the September 11 attacks [...] the Security Council [...] reaffirmed the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter [...]. The States concerned have set their current military action in Afghanistan in that context'.

⁸² Resolutie 56/1 (VN Doc. A/RES/56/1, 18 september 2001).

⁸³ Voor een uitvoerige analyse, zie O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 53-54 en C. Stahn, *supra* noot 46. Zie verder ook J.I. Charney, *supra* noot 58, 335; M. Cohn, *supra* noot 32; F.L. Kirgis, 'Security Council Adopts Resolution on Combating International Terrorism', Oct. 1, 2001, addendum to F.L. Kirgis, ASIL Insight, september 2001 (*supra* noot 18), <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#addendum7>; M. Krajewski, *supra* noot 13, 184; M. Matheson, 'Terrorism and The Laws of War: September 11 and its Aftermath', 21 september 2001, <http://www.crimesofwar.org/expert/attack-math.html>; F. Mégret, '"War"? Legal Semantics and the Move to Violence', *European Journal of International Law* 2002, 374-375 en C. Stahn, *supra* noot 24, 239-240. Contra: J. Paust, 'Security Council Authorization to Combat Terrorism in Afghanistan', Oct. 23, 2001, comment to F.L. Kirgis, ASIL Insight, september 2001 (*supra* noot 18), <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#comment4>.

⁸⁴ Zie b.v. I. Brownlie, *International law and use of force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 273; B.-O. Bryde, 'Self-Defence', in R. Bernardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland, Amsterdam, 2000 (2de ed.), Vol. IV, 362 en M. Krajewski, *supra* noot 13, 185-186. Er wordt terecht op gewezen, o.a. door Y. Dinstein (*supra* noot 13, 160-161) en A. Cassese (*supra* noot 51, 771-773), dat zelfverdediging als recht slechts relevant werd toen het gebruik van geweld in beginsel werd verboden.

⁸⁵ A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 677 en M. Krajewski, *supra* noot 13, 211-212.

⁸⁶ C. Gray, *supra* noot 12, 92-94 en L. Condorelli, *supra* noot 23, 838. Zie ook B.-O. Bryde, *supra* noot 84, 362, die dit recht als een 'provisional remedy' kwalificeert en Y. Dinstein, *supra* noot 35, 62-63, die benadrukt dat zelfverdediging voorzien was als een 'interim measure [...] before the mounting of a collective security operation by the Security Council' maar dat dit problematisch is geworden omwille van het (volgens hem) falen van het VN-collectief veiligheidssysteem.

⁸⁷ In die zin ook M. Ratner, 'An Alternative to the Use of U.S. Military Force', 27 september 2001, <http://jurist.law.pitt.edu/forum/forumnew32.htm> en D. Turns, *supra* noot 58. Zie ook O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 73-75 en M. Cohn, *supra* noot 32. Contra: M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 65. Ook contra: E. Benvenisti, 'Terrorism and The Laws of War: September 11 and its Aftermath', 21 september 2001, <http://www.crimesofwar.org/expert/attack-eyal.html>, met het argument dat 'there is no time for Security Council deliberations'. Dit argument overtuigt echter niet, zeker niet *in casu*, vermits er bijna een maand verstreek tussen de aanval en de reactie. Nog contra: S.N. Sinha, 'Terrorism and The Laws of War: September 11 and its Aftermath', 28 november 2001, <http://www.crimesofwar.org/expert/attack-sinha.html>, met het argument dat Staten zich niet tot de Veiligheidsraad moeten wenden 'given the known inability of the Security Council to act decisively, effectively, and in good time'. Ook dit argument, dat twijfelachtig is in het algemeen,

geen afbreuk aan (de autonomie van) het recht op zelfverdediging zolang men aanvaardt dat dit recht blijft bestaan in geval de Veiligheidsraad na een dergelijk verzoek niet of niet afdoende optreedt zonder te ontkennen dat er sprake is van het recht op zelfverdediging. Dit geldt *in casu* des te meer daar er zeker tijd was om deze weg in te slaan (er verstreek bijna een maand tussen de aanslagen en de tegenaanval) en daar de Veiligheidsraad zich bereid had verklaard verdere nodige maatregelen te treffen.⁸⁸ De kans is dan ook zeer groot dat de VS, indien zij daarom had verzocht, een ondubbelzinnige machting tot optreden had gekregen.⁸⁹ Er valt dan ook iets te zeggen voor het argument dat de Veiligheidsraad in deze zijn verantwoordelijkheid niet heeft opgenomen.⁹⁰ Zelfs als men een beroep op de Veiligheidsraad niet noodzakelijk acht, kan men stellen dat het op zijn minst wenselijk ware.⁹¹

Overigens gaat de Veiligheidsraad na ‘11 september’ zeer ver in de strijd tegen het internationaal terrorisme. Dat blijkt vooral uit resolutie 1373 (28 september 2001).⁹² Daarin wordt bv. *elke* daad van internationaal terrorisme als een bedreiging van de internationale vrede en veiligheid bestempeld. In voorgaande gevallen werden de initiële resoluties nooit onder Hoofdstuk VII VN-Handvest aangenomen, hoewel het taalgebruik vaak dicht in de buurt kwam van ‘bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid’,⁹³ en werd slechts het niet naleven van initiële verzoeken tot samenwerking of uitlevering als een bedreiging voor deze vrede en veiligheid gekwalificeerd.⁹⁴ Ook de enige voorafgaande algemene resolutie over terrorisme, resolutie 1269, werd niet onder Hoofdstuk VII VN-Handvest aangenomen, al kwam ook hierin de gebruikte terminologie zeer dicht in de buurt.⁹⁵ Voorts is resolutie 1373 ook omwille van haar algemeen karakter en quasi wetgevende aard baanbrekend.⁹⁶ Dit wordt nog versterkt door het algemeen

kan worden weerlegd in dit specifieke geval aangezien de Veiligheidsraad bijna onmiddellijk zijn bereidheid had geuit verdere maatregelen te treffen (zie *infra* volgende noot). Vgl. C. Stahn, *supra* noot 24, 237-238, die betwijfelt of er een plicht is ‘[to] first exhaust the option of collective security’ maar wel van oordeel is dat men kan argumenteren dat de Veiligheidsraad zowel in de golfcrisis van 1990-1991 als na 11 september de facto een preventief ‘droit de regard’ heeft uitgeoefend.

⁸⁸ In resolutie 1368 (*supra* noot 74), aangenomen de dag na de aanslagen, drukte de Veiligheidsraad reeds zijn vastberadenheid uit ‘to combat by all means threats to international peace and security caused by terrorist acts’ en zijn bereidheid ‘to take all necessary steps to respond to the terrorist attacks of September 11 2001, and to combat all forms of terrorism, in accordance with its responsibilities under the Charter of the United Nations’. In resolutie 1373 (*supra* noot 4) bevestigde de Veiligheidsraad zijn vastberadenheid ‘take all necessary steps in order to ensure the full implementation of [Resolution 1373], in accordance with its responsibilities under the Charter’. Zie ook A. Pellet, ‘No, This is not War!’, http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-pellet.html.

⁸⁹ J.I. Charney, *supra* noot 58, 837; L. Condorelli, *supra* noot 23, 836; F. Mégret, *supra* noot 83, 395 en C. Stahn, *supra* noot 24, 241. Minder zeker: M. Matheson, *supra* noot 83.

⁹⁰ Zo E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 11-12 en 16. K. Manusama, *supra* noot 32, 492-493 en 496 is van oordeel dat de Veiligheidsraad de controle uit handen heeft gegeven.

⁹¹ Zo F. Mégret, *supra* noot 83, 365 en J.I. Charney, *supra* noot 58, 835-839.

⁹² *Supra* noot 4.

⁹³ In resoluties 731, 1044 en 1189 (*supra* noot 4) heette het dat daden van international terrorisme ‘jeopardize the security of States’.

⁹⁴ Zie resoluties 748, 1054 en 1267 (*supra* noot 4).

⁹⁵ *Supra* noot 62 ‘the increase in acts of international terrorism [...] endangers [...] the peace and security of all States’.

⁹⁶ Zie in dit verband de veelzeggende titels van een aantal artikelen, o.a. D. Aston, ‘Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahmen des Sicherheitsrats’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2002, 257-291; K. Dicke, ‘Weltgesetzgeber Sicherheitsrat’, *Vereinte Nationen* 2001, 163-167 en P.C. Szasz, ‘The Security Council Starts Legislating’, *American Journal of International Law* 2002, 901-905. Zie evenwel G. Abi-Saab, *supra* noot 32

en verregaand toezicht op de uitvoering van deze resolutie door het door deze resolutie opgerichte Anti-Terrorisme Comité.⁹⁷ De strekking van resolutie 1373 geeft aan dat ook de Veiligheidsraad internationaal terrorisme nog steeds in belangrijke mate als een strafrechtelijk probleem ziet.

- 4) Volstond het optreden van de Veiligheidsraad om het recht op zelfverdediging op te schorten of te beëindigen? Het recht op zelfverdediging geldt slechts ‘totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen’ (art. 51 VN-Handvest). Voldoen de *in casu* door de Veiligheidsraad genomen maatregelen aan deze voorwaarden? Hoewel het niet bijzonder duidelijk is welke maatregelen hiervoor volstaan,⁹⁸ leggen de meeste auteurs de drempel vrij hoog.⁹⁹ Wellicht moet men van geval tot geval kijken naar de intentie van de Veiligheidsraad en de gevolgen van de getroffen maatregelen. Hoe dan ook, het lijkt er niet op dat de Veiligheidsraad beoogde het recht op zelfverdediging, dat hij weliswaar niet expliciet van toepassing verklaarde maar waarnaar hij wel verwees, op te schorten.¹⁰⁰ Een resolutie in die zin zou hoogst waarschijnlijk niet zijn aanvaard door de VS en het VK.¹⁰¹

We moeten concluderen dat de Veiligheidsraad een fundamenteel dubbelzinnige houding heeft ingenomen door enerzijds de aanvallen van 11 september 2001 als een bedreiging van de internationale vrede en veiligheid te kwalificeren en een reeks maatregelen te nemen (vooral in resolutie 1373) maar anderzijds enkel in het algemeen te verwijzen naar het recht op zelfverdediging. Daardoor heeft hij zijn primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid ten minste deels verwaarloosd. Anderzijds is het beeld niet louter negatief en kan men de verwijzing naar het recht op zelfverdediging vooraleer dit recht werd uitgeoefend met Stahn¹⁰² mogelijk beschouwen als een vorm van preventief toezicht van de Veiligheidsraad op het inroepen van dit recht. Dit doet evenwel de vraag rijzen of het ontbreken van een dergelijke verwijzing in

⁹⁷ De bevoegdheden van dit Comité werden uitgebreid door resolutie 1377 (*supra* noot 4). Zie ook resolutie 1456 (*supra* noot 4). Zie de website van dit Comité (<http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373>) voor meer informatie over de werking ervan. Zie ook E. Rosand, ‘Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism’, *American Journal of International Law* 2003, 333-341, tevens te verschijnen in een geactualiseerde versie in C. Fijnaut, F. Naert & J. Wouters (eds.), *supra* note 1.

⁹⁸ Zie D.W. Greig, ‘Self-defence and the Security Council: what does article 51 require?’, *International and Comparative Law Quarterly* 1991, 398-399.

⁹⁹ Zie vooral Y. Dinstein, *supra* noot 13, 188-189 en de verdere verwijzingen aldaar; C. Stahn, *supra* noot 24, 235-237; T. Franck, *supra* noot 34, 841 en M. Krajewski, *supra* noot 13, 211-212. Iets minder streng zijn A. Ranelzhofer, *supra* noot 13, 677 en F. Méret, *supra* noot 83, 373-374. Vgl. E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 10-12, die benadrukken dat het aan de Veiligheidsraad toekomt om te beslissen op welk ogenblik zijn eigen beslissingen het recht op zelf verdediging beëindigen.

¹⁰⁰ In die zin ook K. Manusama, *supra* noot 32, 495; C. Stahn, *supra* noot 46 en *supra* noot 24, 237 en R. Wolfrum & C.E. Philipp, *supra* noot 35, 587, noot 104 *in fine*. *Contra*: M. Cohn, *supra* noot 32. S.N. Sinha, *supra* noot 87 en C. Stahn, *supra* noot 24, 240 argumenteren dat de Veiligheidsraad stilzwijgend berustte in of instemde (‘acquiesced’) met de door de VS ingeslagen weg.

¹⁰¹ A. Cassese, *supra* noot 33, 996 wijt de ambiguïteit van resolutie 1368 aan de Amerikaanse voorkeur voor een unilateraal optreden. In die zin ook J.I. Charney, *supra* noot 58, 837 en E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 7 en 16, die eveneens spreken van een bewust ambigu taalgebruik in beide resoluties (*id.*, 10-11).

¹⁰² C. Stahn, *supra* noot 24, 237-238 (zie ook *supra* noot 87).

latere¹⁰³ en toekomstige resoluties mag worden geïnterpreteerd als een afwijzen van het recht op zelfverdediging. Dat gaat wellicht te ver.

2. De Amerikaanse *National Security Strategy* en preventieve zelfverdediging

A. Naar een uitgebreid recht op preventieve zelfverdediging?

In september 2002 publiceerde het Witte Huis de *National Security Strategy of the United States of America*.¹⁰⁴ De meest controversiële stelling in dit document is ongetwijfeld de zeer ruime opvatting over preventieve zelfverdediging, in de lijn van eerdere publieke uitspraken van VS-President G.W. Bush in die zin. In deel V van dit document heet het o.a. dat

For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack. Legal scholars [...] often conditioned the legitimacy of preemption on the existence of an imminent threat [...]. We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today's adversaries. [...]. The [US] has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat [...] the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the [US] will, if necessary, act preemptively. [...]. The purpose of our actions will always be to eliminate a specific threat to the United States or our allies and friends. The reasons for our actions will be clear, the force measured, and the cause just.¹⁰⁵

Vooral de uitbreiding naar gevallen waarin er geen onmiddellijke dreiging van een aanval is, vormt ongetwijfeld een aanspraak die verder gaat dan de traditionele opvatting over preventieve zelfverdediging.¹⁰⁶ We gaan hieronder na of een recht op

¹⁰³ Zo valt op dat resoluties die enkele latere ernstige terroristische aanslagen veroordelen, niet verwijzen naar het recht op zelfverdediging, behalve indirect via de verwijzing naar resolutie 1373. Zie b.v. resoluties 1438 (VN Doc. S/RES/1438, 14 oktober 2002), 1440 (VN Doc. S/RES/1440, 24 oktober 2002), 1450 (VN Doc. S/RES/1450, 13 december 2002) en 1465 (VN Doc. S/RES/1465, 13 februari 2003), resp. m.b.t. de aanslag in Bali, de gijzeling in Moskou, de aanslagen op een hotel en een vliegtuig in Kenia en de bomaanslag in Bogota.

¹⁰⁴ Zie <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>. Voor een korte bespreking van de totstandkoming van dit document, zie M.N. Schmitt, 'Preemptive Strategies in International Law', *Michigan Journal of International Law* 2003, 515-518.

¹⁰⁵ Preventieve zelfverdediging word voorop gesteld in de *National Strategy to Combat Weapons of Mass Destruction*, december 2002, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/12/WMDStrategy.pdf>, 3 ('Because deterrence may not succeed, and because of the potentially devastating consequences of WMD use against our forces and civilian population, U.S. military forces and appropriate civilian agencies must have the capability to defend against WMD-armed adversaries, including in appropriate cases through preemptive measures. This requires capabilities to detect and destroy an adversary's WMD assets before these weapons are used.') en in de *National Strategy for Combating Terrorism*, februari 2003, http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/02/counter_terrorism/counter_terrorism_strategy.pdf, 2 ('If necessary, however, we will not hesitate to act alone, to exercise our right to self-defense, including acting pre-emptively against terrorists to prevent them from doing harm to our people and our country').

¹⁰⁶ Voor een analyse van de *National Security Strategy* in dit opzicht, zie A.C. Arend, 'International Law and the Preemptive Use of Military Force', *The Washington Quarterly* 2003, 96-99 en C. Gray, 'The US National Security Strategy and the New Bush Doctrine on Preemptive Self-Defense', *Chinese Journal of International Law* 2002, 441 (de paginanummers waarnaar hier wordt verwezen zijn die van een versie van de tekst die destijds beschikbaar was op <http://www.chinesejil.org/2002b/gray.pdf>).

preventieve zelfverdediging een basis vindt in het internationaal recht en zo ja, of het zo ruim is als de VS beweren.

B. Het VN-Handvest en preventieve zelfverdediging

De legaliteit van preventieve zelfverdediging onder het VN-Handvest is zeer omstreden. De voornaamste reden daarvoor is dat art. 51 enkel spreekt van zelfverdediging ‘in geval van een gewapende aanval’. Een letterlijke lezing sluit dus preventieve zelfverdediging uit.¹⁰⁷ Deze restrictieve interpretatie is ook gerechtvaardigd omdat zelfverdediging onder het VN-Handvest een uitzondering is op het geweldverbod.¹⁰⁸ Het verbaast dan ook niet dat er slechts zelden een beroep wordt gedaan op deze doctrine.¹⁰⁹ Bovendien werd in een van deze zeldzame gevallen, nl. het Israëlische bombardement van een Irakese kernreactor in 1981, de actie door de Veiligheidsraad veroordeeld als ‘a clear violation of the [UN Charter]’,¹¹⁰ en door de Algemene Vergadering van de VN gekwalificeerd als een ‘premeditated and unprecedented act of aggression in violation of the [UN Charter]’.¹¹¹ In 1975 werd een veroordeling door de Veiligheidsraad van een Israëlische aanval tegen Palestijnse kampen in Libanon enkel vermeden door een veto door de VS, naar verluidt omdat de resolutie niet tegelijkertijd terrorisme veroordeelde.¹¹² Anderzijds argumenteren sommige auteurs dat art. 2 Definitie van Agressie de rechtmatigheid van preventieve zelfverdediging niet uitsluit door het eerste gebruik van geweld enkel te beschouwen als ‘prima facie’ bewijs van agressie.¹¹³ Toch lijkt m.i. de correcte conclusie dat preventieve zelfverdediging niet toegestaan is onder het VN-Handvest.¹¹⁴ Ik zal hieronder nagaan of deze doctrine onder internationaal gewoonterecht rechtmatisch kan zijn (II.2.c) en of deze interpretatie in het licht van een aantal recente ontwikkelingen al dan niet gewijzigd is (II.2.d-f).

C. Het VN-Handvest en internationaal gewoonterecht

Het Internationaal Gerechtshof erkende in de *Nicaragua* zaak, mede op grond van de verwijzing in art. 51 VN-Handvest naar een ‘inherent’ recht op zelfverdediging, dat er ook onder internationaal gewoonterecht een recht op zelfverdediging bestaat.¹¹⁵ Hoewel de VS in deze zaak pleitte dat dit recht onder het internationaal gewoonterecht

¹⁰⁷ Y. Dinstein, *supra* noot 13, 165-169 en A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 675-676.

¹⁰⁸ I. Brownlie, *supra* noot 84, 275-278; Y. Dinstein, *supra* noot 13, 165-169 en A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 675-676.

¹⁰⁹ C. Gray, *supra* noot 12, 112 en A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 676. C. Gray (*supra* noot 12, 115) beschouwt de terughoudendheid van Staten om zich te beroepen op preventieve zelfverdediging als sterk bewijs voor de controversiële status van deze rechtvaardiging voor geweldgebruik. Zie ook *infra*, II.4, m.b.t. Irak.

¹¹⁰ Resolutie 487 (VN Doc. S/RES/487, 19 juni 1981). Zie echter A.C. Arend (*supra* noot 106, 95-96) en C. Gray (*supra* noot 12, 114-115), die er beide op wijzen dat niet alle Staten daarbij hun positie baseerden op een afwijzing van het juridisch argument.

¹¹¹ Resolutie 36/27 (VN Doc. A/RES/36/27, 13 november 1981).

¹¹² Zie A. Cassese, *supra* noot 51, 778. Dertien Staten stemden voor en 1 Staat onthield zich, zie Foreign and Commonwealth Office (UK), *supra* noot 77, 29.

¹¹³ B.-O. Bryde, *supra* noot 84, 362.

¹¹⁴ In die zin ook I. Brownlie, *supra* noot 84, 275-278; A. Cassese, *supra* noot 51, 779; B. Conforti, *supra* noot 33, 176; A. Constantinou, *supra* noot 13, 111-121; Y. Dinstein, *supra* noot 13, 165-169 en A. Randelzhofer, *supra* noot 13, 675-676. *Contra*: D.W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, 188-193.

¹¹⁵ *Supra* noot 10, § 175-179.

volledig identiek was aan dat onder het Handvest,¹¹⁶ een mening die ogenschijnlijk gedeeld werd door de International Law Commission,¹¹⁷ verwierp het Hof een dergelijke volledige identiteit.¹¹⁸ Niettemin lijkt de argumentatie van het Hof erop te wijzen dat, wellicht met uitzondering van de institutionele aspecten (zoals de rol van de Veiligheidsraad),¹¹⁹ er weinig substantiële verschillen zijn tussen beide rechten.¹²⁰ Dit lijkt volstrekt logisch: zolang bijna elk land lid is van de VN en gebonden is door het VN-Handvest kan er zich moeilijk een voldoende praktijk ontwikkelen om een daarvan afwijkende gewoonterechtelijke regel te behouden (mocht die nog hebben bestaan toen het Handvest tot stand kwam) of te vormen,¹²¹ tenzij er een uitvoerige praktijk zou zijn die openlijk strijdig is met het Handvest. Deze laatste is o.i. echter onvoldoende aanwezig.

Enkele auteurs poneren dat het VN-Handvest niet langer een juiste weergave bevat van de regels inzake geweldgebruik.¹²² Hun argumentatie overtuigt echter geenszins. Vooreerst negeren zij zowel de officieel ingeroepen rechtvaardigingsgronden als de talrijke veroordelingen van onrechtmatig geacht geweldgebruik, terwijl het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua* zaak poneerde dat beide factoren van groot belang zijn om te beoordelen of het gaat om een schending van een geldend regel dan wel om het vormen van een nieuwe regel.¹²³ Zo somt Arend¹²⁴ als vermeende precedenten o.a. incidenten op die door het overgrote deel van de internationale gemeenschap sterk veroordeeld werden als schendingen van het internationaal recht, b.v. de inval van de USSR in Afghanistan¹²⁵ en van Irak in Koeweit.¹²⁶ Voorts zien deze auteurs over het hoofd dat het aantal Staten dat betrokken is bij gevallen van geweldgebruik die het VN-Handvest te buiten gaan al

¹¹⁶ *Id.*, § 173.

¹¹⁷ In 1966 stelde de ILC dat ‘the great majority of international lawyers today unhesitatingly hold that Article 2, paragraph 4, together with other provisions of the Charter, authoritatively declares the modern customary law regarding the threat or use of force’ (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, 247).

¹¹⁸ *Supra* noot 10, § 174-175.

¹¹⁹ *Nicaragua* case, *supra* noot 35, § 188 en 200.

¹²⁰ Zie vooral de volgende passages uit het arrest (*supra* noot 10): ‘[the customary rule’s] present content has been confirmed and influenced by the Charter’ (§ 176) en ‘the Charter gave expression in this field to principles already present in customary international law, and that law has in the subsequent four decades developed under the influence of the Charter, to such an extent that a number of rules contained in the Charter have acquired a status independent of it. The essential consideration is that both the Charter and the customary international law flow from a common fundamental principle outlawing the use of force in international relations. The differences which may exist between the specific content of each are not, in the Court’s view, such as to cause a judgment confined to the field of customary international law to be ineffective or inappropriate.’ (§ 181).

¹²¹ In die zin ook A. Constantinou, *supra* noot 13, 54-55; C. Gray, *supra* noot 12, 87 en B.-O. Bryde, *supra* noot 84, 363. Volgens I. Brownlie (*supra* noot 84, 280) is er ‘considerable justification for the conclusion that the right of self-defence’ onder internationaal gewoonterecht ‘has a content identical with’ dit recht onder art. 51 VN-Handvest. Die mening wordt gedeeld door M. Krajewski, *supra* noot 13, 187. *Contra*, D.W. Bowett, *supra* noot 114, 184-187 en D. Kritsotis, *supra* noot 13, 171.

¹²² Zie b.v. M.J. Glennon, ‘How War Left the Law Behind’, <http://www.nytimes.com>, 21 november 2002 en A.C. Arend, *supra* noot 106, 89-103, vooral 99-101.

¹²³ *Supra* noot 10, § 186. Voor een gelijkaardig argument, zie M.E. O’Connell, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, augustus 2002, American Society of International Law, Task Force on Terrorism, beschikbaar op <http://www.asil.org/taskforce/index.htm>, 14-15 en, m.b.t. de kwalificatie van anti-terrorisme acties als zelfverdediging, D. Kritsotis, *supra* noot 13, 166 en vooral 175.

¹²⁴ *Supra* noot 107, 100.

¹²⁵ Zie resolutie 35/37 van de Algemene Vergadering van de VN (VN Doc. A/RES/35/37, 20 november 1980).

¹²⁶ Zie resolutie 45/170 van de Algemene Vergadering van de VN (VN Doc. A/RES/45/170, 18 december 1990) en resolutie 660 van de VN-Veiligheidsraad (VN Doc. S/RES/660, 2 augustus 1990)

bij al eerder beperkt is.¹²⁷ Men kan dan ook niet stellen dat er een systematisch falen is van het VN-systeem van collectieve veiligheid.¹²⁸ Dat het VN-Handvest nog steeds het referentiekader bij uitstek blijft inzake het gebruik van geweld blijkt ook uit de recente oorlog in Irak: deze werd immers niet alleen formeel gerechtvaardigd, zowel door de VS als door het VK, op grond van door de Veiligheidsraad aangenomen resoluties – en dus niet als zelfverdediging – maar lokte ook scherp protest uit vanwege vele Staten omdat hij desondanks geen steun zou vinden in het VN-Handvest (zie *infra*, II.4). M.a.w., zowel voor- als tegenstanders baseren zich op het VN-Handvest als centraal referentiekader. Voorts belijdt de NAVO, waarvan de VS deel uitmaken, nog steeds respect voor het VN-Handvest, althans in theorie (zie *infra*, II.6). Het VN-Handvest en de VN zijn dus vooralsnog springlevend, ook al beweren sommigen binnen de huidige VS-administratie het tegendeel.¹²⁹

In wat volgt gaan we er dan ook vanuit dat het Handvest nog steeds de geldende regels inzake het *ius ad bellum* weergeeft. Dit impliceert dat preventieve zelfverdediging geen grondslag heeft in het vigerende internationaal recht.¹³⁰ Zelfs mocht er een afwijkende gewoonterechtelijke regel terzake bestaan, dan nog zou het Handvest primeren voor lidstaten van de VN.¹³¹

D. De Amerikaanse houding t.a.v. andere Staten

Het is zeer twijfelachtig of de VS ook bereid zijn in hoofde van andere Staten een (even ruim) recht op preventieve zelfverdediging te erkennen. Ten eerste bevat de *National Security Strategy* een waarschuwing dat een dergelijk recht geen vrijgeleide voor misbruik is.¹³² Ten tweede is het voorbeeld van de spanningen tussen Rusland en Georgië veelzeggend. Toen Rusland in augustus 2002 enkele militaire acties ondernam tegen vermeende terroristische doelwitten in Georgië,¹³³ werden deze

¹²⁷ Zo somt Arend (*supra* noot 106, 100) 19 incidenten op, waarvan er echter drie de USSR betreffen en 5 de VS. Vgl., m.b.t. zelfverdediging, C. Gray, *supra* noot 12, 119 ('a few states claim very wide rights of self-defence', whereas "the vast majority of other states remain firmly attached to a narrow conception of self-defence').

¹²⁸ Zo ook M. Krajewski, *supra* noot 13, 186-187, die stelt dat er geen sprake is van een 'Systemversagen'.

¹²⁹ Zie vooral Richard Perle's bewering dat de VN dood is, zie R. Perle, 'Thank God for the Death of the UN', *The Guardian*, 21 maart 2003. Voor een gelijkaardige mening, zie M. Glennon, 'Why the Security Council Failed', *Foreign Affairs* 2003, beschikbaar op <http://www.foreignaffairs.org>. Zie echter de reactie daarop door E.Luck, 'The End of An Illusion'; A.-M. Slaughter, 'Misreading the Record' en I. Hurd, 'To Legit to quit', in 'Stayin' Alive: The Rumors of the UN's Death Have Been Exaggerated', *Foreign Affairs* 2003, beschikbaar op <http://www.foreignaffairs.org>.

¹³⁰ In die zin ook I. Brownlie, *supra* noot 84, 275-278 *juncto* 279-280; A. Cassese, *supra* noot 51, 779 en A. Constantinou, *supra* noot 13, 111-121. *Contra*: D.W. Bowett, *supra* noot 114, 188-193. Y. Dinstein (*supra* noot 13, 167) schijnt niet uit te sluiten dat preventieve zelfverdediging onder internationaal gewoonterecht mogelijk rechtmatig is.

¹³¹ Zie b.v. A. Randelzhofer (*supra* noot 13, 678), die beweert dat de Statenpraktijk m.b.t. zelfverdediging onvoldoende in overeenstemming is met het VN-Handvest om het gewoonterecht terzake te hebben gewijzigd maar eraan toevoegt dat dit enkel relevant is voor Staten die geen lid zijn van de VN. Vgl. C. Stahn, *supra* noot 24, 229, die argumenteert dat art. 51 VN-Handvest tussen VN-lidstaten 'supersedes and replaces the traditional right to self-defence'.

¹³² In deel V staat er 'The United States will not use force in all cases to preempt emerging threats, nor should nations use preemption as a pretext for aggression' (*supra* noot 104). M.E. O'conneel, *supra* noot 123, 19 vermeldt de mogelijkheid dat de VS een speciale status zouden opeisen, maar voegt daar meteen – en terecht – aan toe dat dit onverenigbaar is met het fundamenteel internationaalrechtelijk principe van de soevereine gelijkheid van Staten (zoals o.a. neergelegd in art. 2(1) VN-Handvest).

¹³³ Georgië beweerde dat deze aanvallen hadden plaatsgevonden (zie de verklaring van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van 3 september 2002, beschikbaar op <http://www.mfa.gov.ge>), hetgeen echter werd

acties door de VS veroordeeld.¹³⁴ Het later Russische beroep op zelfverdediging tegen Tsjetsjeense terroristen die vanuit Georgië zouden opereren¹³⁵ toont nog maar eens het risico voor misbruik en escalatie aan.

E. De onderschepte levering Noord-Koreaanse raketten aan Jemen

Bovendien lijken de VS zelf goed te beseffen dat er ergens een grens is aan het recht op preventieve zelfverdediging. Dit bleek zeer duidelijk toen de VS in december 2002 een schip met Noord-Koreaanse SCUD-raketten bestemd voor Jemen, dat door Spaanse schepen was tegengehouden en aan de Amerikanen was overgedragen,¹³⁶ vrij snel vrij lieten vertrekken omdat ze geen rechtsgrond hadden om het schip tegen te houden.¹³⁷

F. Internationale reacties

Doordat de internationale gemeenschap in belangrijke mate de legaliteit van operatie *Enduring Freedom* ondersteunde, heeft zij zich in zekere mate uitgesproken voor de rechtmatigheid van zelfverdediging ter preventie van verdere aanvallen, althans in geval van een reeks van aanvallen (dat was immers een essentieel element van de Amerikaanse en Britse motivering¹³⁸). Enkele uitspraken na ‘11 september’ in het bijzonder lijken eveneens een recht op preventieve zelfverdediging tegen terroristen te bevestigen. Zo vereist de OAS-resolutie van 21 september 2001 o.a. steun ‘to prevent future terrorist acts’.¹³⁹ Maar dergelijke formuleringen waren al bij al eerder schaars. Bovendien was de reactie op ‘11 september’ geenszins louter preventief, aangezien er een aanval had plaatsgevonden, en wel de zoveelste in een hele reeks. De sterke reacties op de Australische uitspraken die pleitten voor een recht op preventieve zelfverdediging illustreren zeer duidelijk dat vele Staten zich tegen dit

ontkent door Rusland (zie R. Cottrell, ‘Russia denies its aircraft bombed Georgia’, *The Financial Times online*, 26 augustus 2002 en S.L. Myers, ‘Georgia Moves Against Rebels and Accuses Russia of Airstrikes’, <http://www.nyt.com>, 24 augustus 2002). De Georgische beweringen werden evenwel bevestigd door OVSE monitors (zie b.v. het OVSE persbericht van 23 augustus 2002 getiteld ‘OSCE Chairmanship deeply disturbed over Georgian bombing reports’, beschikbaar op <http://www.osce.org>). Georgië beweerde ook dat er gelijkaardige Russische acties hadden plaatsgevonden in juli 2002 (zie de verklaring van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van 9 augustus 2002, beschikbaar op <http://www.mfa.gov.ge>).

¹³⁴ Zie ‘Statement of the US White House Press Secretary’, 24 augustus 2002, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/08/20020824-2.html> (‘The United States is deeply concerned about credible reports that Russian military aircraft indiscriminately bombed villages in northern Georgia on August 23 [...]. The [US] [...] deplores the violation of Georgia’s sovereignty.’). Zie ook BBC, ‘US rebukes Russia over bombing’, 25 augustus 2002, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/2214995.stm> en C. Gray, *supra* noot 106, 444.

¹³⁵ Volgens verschillende artikelen in de pers schreef de Russische President Putin een brief naar de VN in die zin op 12 september 2002 (zie b.v. P. Baker & B. Glasser, ‘Putin says Russians can attack in Georgia’, *The International Herald Tribune*, 13 september 2002), wellicht niet toevallig rond de verjaardag van ‘11 september’. Zie ook C. Gray, *supra* noot 106, 444. Georgië antwoordde o.a. in de toespraak van de Georgische Minister van Buitenlandse Zaken in de 57ste VN Algemene Vergadering op 19 september 2002 (beschikbaar op <http://www.mfa.gov.ge>).

¹³⁶ Zie T. Shanker, ‘Scud Missiles Found on Ship of North Korea’, <http://www.nyt.com>, 11 december 2002

¹³⁷ Zie D.E. Sanger & T. Shanker, ‘Reluctant U.S. Gives Assent for Missiles to Go to Yemen’, <http://www.nyt.com>, 12 december 2002. Zie ook de bespreking van de NAVO-operatie *Active Endeavour*, *infra*, II.6.

¹³⁸ Volgens de brieven van de VS en het VK aan de Veiligheidsraad (*supra* noot 14) was de campagne bedoeld om te, resp., ‘prevent and deter further attacks’ en ‘avert the continuing threat of attacks from the same source’.

¹³⁹ *Supra* noot 18.

concept verzetten.¹⁴⁰ Ook in het kader van Irak bleek duidelijk dat de meeste Staten een preventieve oorlog niet zagen zitten zonder VN-mandaat.

3. De ‘Jemen strike’

Het doden, d.m.v. een raket afgevuurd door een onbemande ‘predator drone’, van zes vermeende terroristen in Jemen leverde eveneens stof tot discussie op. Vanuit het *ius ad bellum* is de cruciale vraag hier of de operatie plaatsvond met toestemming van Jemen. Aangezien dit het geval lijkt te zijn,¹⁴¹ was de actie niet in strijd met het *ius ad bellum*. Het inzetten van militairen in de strijd tegen terroristen in andere landen met de instemming van die landen lijkt trouwens meer en meer voor te komen. Zo hebben de VS troepen in de Filippijnen en in Georgië met dit oogmerk en zal de EU wellicht bevoegd worden voor dit soort operaties (zie *infra*, II.5.C)

De legaliteit van dit soort ‘gerichte executies’ onder internationaal humanitair recht en/of mensenrechten (indien toepasselijk) daarentegen is meer omstreden. Dit valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.¹⁴²

4. De oorlog in Irak

A. De formele juridische rechtvaardiging: resoluties 678, 687 en 1441 van de Veiligheidsraad

In de aanloop naar de oorlog in Irak was er sprake van verschillende rechtvaardigingsgronden, waaronder preventieve zelfverdediging tegen de dreiging die zou uitgaan van massavernietigingswapens beweerdelijk in het bezit van Saddam, die banden zou hebben met Al-Qaida en/of andere terroristen, een schending van resoluties van de Veiligheidsraad en de wreedaardige aard van het dictatoriale regime (gekend voor zijn talrijke mensenrechtenschendingen) en de gevolgen daarvan voor de Irakese bevolking. Uiteindelijk werden door het VK en de VS t.a.v. de VN als officiële rechtvaardiging voor deze oorlog echter enkel bestaande resoluties van de Veiligheidsraad ingeroepen.¹⁴³ Deze rechtvaardiging is buitengewoon controversieel en werd o.a. verworpen door de drie andere permanente leden van de Veiligheidsraad, nl. China,¹⁴⁴ Rusland¹⁴⁵ en Frankrijk.¹⁴⁶ Het beroep op

¹⁴⁰ Zie b.v. J. Shaw, ‘Startling His Neighbours, Australian Leader Favors First Strikes’, <http://www.nytimes.com>, 2 december 2002.

¹⁴¹ Zie o.a. A. Dworkin, ‘The Yemen Strike: The War On Terrorism Goes Global’, 14 november 2002, <http://www.crimesofwar.org/onnews/news-yemen.html> en W. Pincus, ‘Missile Strike Carried Out with Yemeni Cooperation - Official Says Operation Authorized Under Bush Finding’, *The Washington Post*, 6 november 2002, beschikbaar op <http://www.globalpolicy.org/wtc/targets/2002/1106missile.htm>.

¹⁴² Zie daarover o.a. D. Cassel, ‘International Human rights and the United States Response to 9/11’, in C. Fijnaut, F. Naert & J. Wouters (eds.), *supra* noot 1, 267-274.

¹⁴³ Zie *Letter from Ambassador Negroponte to the Security Council President Concerning Commencement of Military Operations in Iraq*, 20 maart 2003 (VN Doc. S/2003/351, 31 maart 2003, beschikbaar op <http://www.un.int/usa>) en de (UK) *Attorney General’s view of the legal basis for the use of force against Iraq* (<http://www.pm.gov.uk/output/Page3287.asp#>).

¹⁴⁴ China bestempelde deze oorlog als ‘a violation of the U.N. Charter and the basic norms of international law’ (zie Reuters, ‘World Leaders Express Applause, Regret and Anger’, <http://www.nytimes.com>, 20 maart 2003).

¹⁴⁵ Zie de verklaring van President Putin over Irak van 20 maart 2003 (beschikbaar op <http://www.mid.ru>): ‘military actions are taking place contrary to [...] the principles and norms of international law and the Charter of the UN’.

veiligheidsraadresoluties ter rechtvaardiging en het hevige verzet tegen de oorlog op grond van (vermeende) strijdigheid met het VN-Handvest¹⁴⁷ tonen aan dat veruit de meeste Staten het VN-Handvest en zijn regels m.b.t. het gebruik van geweld nog steeds als vigerend recht beschouwen.

B. Andere rechtvaardigingsgronden

i) Preventieve zelfverdediging

Deze oorlog werd niet als een uitoefening van het recht op zelfverdediging aan de Veiligheidsraad gemeld. Dat ondanks de ernstige twijfels over de daadwerkelijk ingeroepen rechtsgrond, toch daarvoor gekozen werd en niet voor zelfverdediging, kan een aanwijzing zijn dat de betrokken Staten van oordeel waren dat zelfverdediging een (nog) minder sterke juridische grondslag was. Deze oorlog lijkt inderdaad uiterst moeilijk als zelfverdediging te kwalificeren. Ten eerste zou het gaan om preventieve zelfverdediging, hetgeen, zoals hoger aangegeven, op zijn minst zeer omstreden is. Ten tweede is het alles behalve duidelijk dat Irak een bedreiging vormde voor de betrokken Staten, zelfs indien het massavernietigingswapens zou hebben (gehad).¹⁴⁸ Het is evenzeer omstreden of het Irakese regime banden had met Al- Qaida.¹⁴⁹ Zelfs als er dergelijk banden zouden geweest zijn, is het onwaarschijnlijk dat ze van aard waren om een toerekening van Al-Qaida's acties aan Irak toe te laten (zie *supra*, II.1.D).

¹⁴⁶ Zie de verklaring van President Chirac in een persconferentie na de Europese Raad van 21 maart 2003: ‘la légalité internationale, dont nous sommes, hélas, sortis avec le déclenchement d'une guerre qui n'a pas été approuvée par le Conseil de Sécurité’ (beschikbaar op <http://www.diplomatie.fr>).

¹⁴⁷ Zie ook de resolutie aangenomen door de Ministeriële Raad van de Arabische Liga op 24 maart 2003 (beschikbaar op <http://www.arableagueonline.org>), waarin deze Raad besliste ‘1. To condemn the American-British aggression against Iraq [...]. 2. To consider this aggression a violation of the Un charter and the principles of international law, a breach of international legitimacy, a threat to international peace and security [...]’.

¹⁴⁸ Zowel in het VK als in de VS is momenteel een hevige controverse aan de gang over de vraag of de dreiging die van Saddam uitging niet werd overdreven. Bij het schrijven van deze bijdrage waren nog geen overtuigende bewijzen gevonden dat Saddam nog steeds over massavernietigingswapens beschikte. Het sterkste bewijs tot nog toe zijn enkele ‘trailers’ die mogelijk zouden zijn gebruikt als mobiele laboratoria, al is zelfs dit zeer omstreden, incl. binnen de VS (zie o.a. D. Jehl, ‘Iraqi Trailers Said to Make Hydrogen, Not Biological Arms’, <http://www.nyt.com>, 9 augustus 2003).

¹⁴⁹ Vgl. b.v. enerzijds het persbericht van het ‘1267 sanctiecomité’ van 26 juni 2003, <http://www.un.org/News/briefings/docs/2003/AlQaedaPressCfc.doc.htm> (‘Asked why the report did not address possible Al Qaeda links to Iraq, Mr. Chandler said nothing had come to the Group’s notice that indicated links between Al Qaeda and the Iraq situation. That was not to say, however, that the link did not exist.’); X., ‘VN ziet geen banden tussen Irak en Al-Qaeda’, *De Standaard online snelnieuws*, 22 januari 2003; J. Risen, ‘Captives Deny Qaeda Worked With Baghdad’, <http://www.nyt.com>, 9 juni 2009 en Council of Foreign Relations, ‘Iraqi Ties to Terrorism’, 29 april 2003, http://www.cfr.org/background/background_iraq_ties.php (‘In the first few weeks after Saddam’s fall from power, though, convincing proof of an Iraq-al-Qaeda link remained lacking’) met anderzijds de redevoering van de Amerikaanse Minister van Buitenlandse Zaken Powell voor de VN-Veiligheidsraad op 5 februari 2003 (<http://www.state.gov/secretary/rm/2003/17300.htm>) en D. Johnston, ‘Senior U.S. Officials Tell Lawmakers of Iraq-Qaeda Ties’, <http://www.nyt.com>, 12 februari 2003. Intussen heeft President Bush toegegeven dat er geen enkel bewijs is dat Saddam een band had met ‘11 september’, al blijft hij erbij dat Irak banden zou hebben gehad met Al-Qaida (D. Milbank, ‘Bush Disavows Hussein-Sept. 11 Link’, *The Washington Post*, 18 september 2003).

ii) Bevrijding / humanitaire interventie

Zoals reeds vermeld, werden ook mensenrechtenschendingen en het lot van de Irakese bevolking aangehaald als motivering voor de oorlog tegen Irak. Juridisch gezien kan men dit argument best kwalificeren als dat van een ‘humanitaire interventie’. De toelaatbaarheid van een dergelijke humanitaire interventie zonder mandaat van de Veiligheidsraad is echter zeer omstreden. Hier verder op in gaan zou het bestek van deze bijdrage te buiten gaan. Het moge volstaan erop te wijzen dat de G77, een groep van 133 landen, herhaaldelijk gesteld heeft dat ‘the so-called right of humanitarian intervention [...] ha[s] no basis in the UN Charter or in international law’.¹⁵⁰

5. De rol van de EU

A. Een ruime aanpak van terrorisme

Wat dat EU betreft wil ik eerst en vooral benadrukken dat deze organisatie – terecht – een zeer ruime aanpak van terrorisme hanteert, waarin vooral de strafrechtelijke benadering centraal staat maar ook vele facetten van de externe betrekkingen van de EU een belangrijke rol spelen.¹⁵¹

B. Vooralsnog geen bevoegdheid inzake collectieve zelfverdediging

De bevoegdheid van de EU op het vlak van vrede en veiligheid en militaire angelegenheden wordt het meest precies omschreven in art. 17 Verdrag betreffende de Europese Unie (zoals laatst gewijzigd door het Verdrag van Nice, hierna ‘EU-Verdrag’).¹⁵² De eerste paragraaf van dit artikel begint als volgt:

Het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid [‘GBVB’] omvat alle angelegenheden die betrekking hebben op de veiligheid van de Unie, met inbegrip van de geleidelijke bepaling van een gemeenschappelijk defensiebeleid, dat tot een gemeenschappelijke defensie *kan leiden* indien de Europese Raad daartoe besluit. In dat geval beveelt hij de lidstaten aan een daartoe strekkend besluit aan te nemen overeenkomstig hun onderscheiden grondwettelijke bepalingen.¹⁵³

Deze bepaling geeft duidelijk weer dat een gemeenschappelijke defensie vooralsnog niet tot de bevoegdheid van de EU behoort.¹⁵⁴ Dat werd in juni 2002 expliciet bevestigd door de Europese Raad.¹⁵⁵ De EU kan daarentegen wel ‘humanitaire en reddingsopdrachten, vredeshandhavingsopdrachten en opdrachten van strijdkrachten

¹⁵⁰ Zie bv. de G77 Ministeriële Verklaringen van 24 september 1999 (<http://www.g77.org/Docs/Decl1999.html>), § 69 en van 10-14 april 2000 (http://www.g77.org/Docs/Declaration_G77Summit.htm), § 54.

¹⁵¹ Voor een overzicht van de globale aanpak van de EU, zie de verwijzingen *supra* noot 2.

¹⁵² Een geconsolideerde versie werd gepubliceerd in het *Publicatieblad C* 325, 24 december 2002 (beschikbaar op http://europa.eu.int/eur-lex/nl/search/search_treaties.html).

¹⁵³ Cursivering door de auteur.

¹⁵⁴ Zie ook J. Wouters & F. Naert, ‘Europese defensie in de NAVO en de Europese Unie: eenheid en complementariteit’, *Vrede en Veiligheid. Tijdschrift voor internationale vraagstukken* 2002/2, 211.

¹⁵⁵ Zie § 4 van de Verklaring van de Europese Raad in reactie op de Nationale Verklaring van Ierland, bijlage IV bij de conclusies van de Europese Raad van Sevilla (21-22 juni 2002, beschikbaar op <http://ue.eu.int/nl/Info/eurocouncil/index.htm>): ‘De Europese Raad erkent dat het Verdrag betreffende de Europese Unie geen bindende verplichtingen inzake wederzijdse defensie oplegt’.

op het gebied van crisisbeheersing, met inbegrip van het tot stand brengen van vrede' ondernemen (art. 17(2) EU-Verdrag). Het is dan ook zeer terecht dat de conclusies van de Buitengewone Europese Raad van 21 september 2001 stellen dat 'De lidstaten van de Unie' bereid waren een rol te spelen bij de Amerikaanse zelfverdedigingsacties, en niet de EU als dusdanig.

Dat wil echter niet zeggen dat de EU geen enkele rol kan spelen in de militaire aspecten van de strijd tegen het internationaal terrorisme. Zij zou dit met name nu reeds kunnen in het kader van operaties toegestaan door de Veiligheidsraad. Voorts kan worden gewezen op de Verklaring van de Europese Raad betreffende de bijdrage van het GBVB, met inbegrip van het EVDB [Europees veiligheids- en defensiebeleid], aan de bestrijding van het terrorisme.¹⁵⁶ Daarin stelde de Europese Raad onder meer dat 'bij de uitwerking van het EVDB meer rekening gehouden worden met de vermogens die nodig kunnen zijn voor terrorismebestrijding, in overeenstemming met de Petersbergtaken en de bepalingen van het Verdrag'.¹⁵⁷ Maar uit de concrete voorgestelde maatregelen blijkt dat het vooral gaat om het beschermen van EU-vredesstroepen tegen terroristische dreigingen.¹⁵⁸ De rol van de EU zal noodzakelijkerwijze beperkt blijven zolang de militaire strijd tegen terrorisme als zelfverdediging wordt gekwalificeerd en de EU daarvoor niet bevoegd is.

In deze materie is de houding van de EU t.a.v. de VN en de Veiligheidsraad van groot belang. De Unie is niet alleen op grond van het EU Verdrag gehouden in het kader van haar gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid te handelen overeenkomstig 'de beginselen van het Handvest van de Verenigde Naties',¹⁵⁹ maar heeft in het kader van haar veiligheids- en defensiebeleid ook explicet te kennen gegeven dat zij 'de primaire verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid [erkent]'.¹⁶⁰

C. Het toekomstig grondwettelijk verdrag

De 'Conventie over de toekomst van Europa' heeft in de zomer van 2003 een ontwerp van Grondwettelijk Verdrag aangenomen,¹⁶¹ dat door de Europese Raad van Thessaloniki werd aanvaard als 'een goede basis [...] voor de start van de Intergouvernementele Conferentie',¹⁶² die uiteindelijk overeenstemming zal moeten bereiken over de definitieve tekst van dit Grondwettelijk Verdrag (dat vervolgens door de lidstaten moet worden geratificeerd). In dit ontwerp vinden we drie belangrijke ontwikkelingen inzake militaire optredens in de strijd tegen het terrorisme.

Ten eerste zou de tekst van de toekomstige grondwet stellen dat het gemeenschappelijk veiligheids- en defensiebeleid de geleidelijke bepaling van een gemeenschappelijk

¹⁵⁶ Bijlage V bij de conclusies van de Europese Raad van Sevilla (21-22 juni 2002, beschikbaar op <http://ue.eu.int/nl/Info/eurocouncil/index.htm>).

¹⁵⁷ *Id.*, § 6.

¹⁵⁸ *Id.*, § 8.

¹⁵⁹ Art. 11(1), 1ste en 3de streepje EU Verdrag.

¹⁶⁰ Zie § 26 van de Conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad van Helsinki, 10-11 december 1999 (beschikbaar op <http://ue.eu.int/nl/Info/eurocouncil/index.htm>).

¹⁶¹ *Ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa*, EU Doc. CONV 850/03, 18 juli 2003, <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.nl03.pdf>.

¹⁶² Zie § 5 van de Conclusies van het Voorzitterschap van deze Europese Raad (beschikbaar op <http://ue.eu.int/nl/Info/eurocouncil/index.htm>).

defensiebeleid van de Unie omvat, dat ‘*zal leiden*’ tot een gemeenschappelijke defensie (zodra de Europese Raad daartoe met eenparigheid van stemmen besluit),¹⁶³ terwijl dat in het huidige EU Verdrag slechts tot een gemeenschappelijke defensie ‘*kan leiden*’.¹⁶⁴ Bovendien kunnen, in afwachting van dit besluit, de lidstaten die dit wensen ‘in het kader van de Unie een nauwere samenwerking op het gebied van de wederzijdse defensie’ instellen, die zou voorzien dat ‘indien het grondgebied van een aan deze samenwerking deelnemende lidstaat gewapenderhand wordt aangevallen, de overige deelnemende staten deze lidstaat met alle militaire en andere middelen waarover zij beschikken hulp en bijstand overeenkomstig het bepaalde in artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties’.¹⁶⁵ Daarbij moeten deze lidstaten nauw samenwerken met de NAVO.¹⁶⁶

Ten tweede zou explicet worden gestipuleerd dat de militaire taken waarvoor de EU bevoegd is, ook een aantal taken omvatten in het kader van de strijd tegen het terrorisme. Art. III-210(1) voorziet nl. dat:

De in artikel I-40, lid 1, bedoelde missies, waarbij de Unie civiele en militaire middelen kan inzetten, omvatten gezamenlijke ontwapeningsacties, humanitaire en reddingsmissies, advies en bijstand op militair gebied, conflictpreventie en vredeshandhaving, missies van strijdkrachten met het oog op crisisbeheersing, met inbegrip van vredestichting, alsmede stabiliseringsoptimalisaties na afloop van conflicten. Al deze taken kunnen tot de strijd tegen het terrorisme bijdragen, ook door middel van steun aan derde landen om het terrorisme op hun grondgebied te bestrijden.

Ten derde zou er een ‘solidariteitsclausule’ in dit grondwettelijk verdrag worden opgenomen. De huidige versie daarvan luidt:

1. De Unie en de lidstaten treden solidair te[s]amen op indien een lidstaat slachtoffer is van een terreuraanslag [...]. De Unie maakt van alle tot haar beschikking staande instrumenten, waaronder de door de lidstaten ter beschikking gestelde militaire middelen, gebruik om:
 - a) - de dreiging van het terrorisme op het grondgebied van de lidstaten te keren;
 - de democratische instellingen en de burgerbevolking tegen een eventuele terroristische aanval te beschermen;
 - op verzoek van de politieke autoriteiten van een lidstaat op diens grondgebied bijstand te verlenen in geval van een terroristische aanval;[...]¹⁶⁷

Aangezien deze teksten nog maar het uitgangspunt zijn voor verdere onderhandelingen, kunnen zij nog worden gewijzigd en blijft het nog afwachten, te meer daar genoegzaam bekend is dat precies op het vlak van defensie wel eens een en ander zou kunnen veranderen.

Bovendien zal de toekomst moeten uitwijzen of, zo deze voorstellen uiteindelijk zouden worden aangenomen, er ook daadwerkelijk gebruik van zal worden gemaakt.

¹⁶³ *Ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa*, supra noot 161, art. I-40(2).

¹⁶⁴ Zie art. 17(1) EU-Verdrag en *supra*, II.5.b.

¹⁶⁵ *Ontwerp-Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa*, supra noot 161, art. I-40(7), verder uitgewerkt in art. III-214.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ *Id.*, art. I-42(1)(a), verder uitgewerkt in art. III-231

In dit opzicht zijn er enkele hoopgevende signalen. Zo heeft de EU te kennen gegeven bereid te zijn om het gebruik van geweld te overwegen in het kader van haar beleid om de proliferatie van massavernietigingswapens tegen te gaan.¹⁶⁸ Daarnaast getuigt ook het huidige ontwerp van een EU Veiligheidsstrategie van een bereidheid op te treden wanneer de internationale regels worden gebroken.¹⁶⁹ Dit wil absoluut niet zeggen dat ik een voorkeur heb voor een al te snel terugrijpen naar militaire oplossingen. Het is echter mijn overtuiging dat de bereidheid om respect voor aangegane verbintenissen in de veiligheidssfeer af te dwingen, desnoods via - door de VN-Veiligheidsraad toegestaan - geweldgebruik, het naleven van deze verbintenissen kan bevorderen en dergelijk geweldgebruik in een aantal gevallen net overbodig kan maken. De rol van de VN is daarbij cruciaal. Het is dan ook geruststellend dat de EU de nadruk blijft leggen op de centrale rol van de VN.¹⁷⁰

6. De rol van de NAVO¹⁷¹

A. Het Strategisch Concept 1999

Terrorisme is niet nieuw voor de NAVO en stond reeds geruime tijd op de agenda van het Bondgenootschap.¹⁷² Bovendien is terrorisme vermeld in het *Strategisch Concept* van de NAVO van 1999, dat daarover het volgende zegt:

Any armed attack on the territory of the Allies, from whatever direction, would be covered by Articles 5 and 6 of the Washington Treaty. [...] Alliance security interests can be affected by other risks of a wider nature, including acts of terrorism, [...] Arrangements exist within the Alliance for consultation among the Allies under Article 4 of the Washington Treaty and, where appropriate, co-ordination of their efforts including their responses to risks of this kind.¹⁷³

Deze tekst duidt enerzijds mogelijk op een ruime interpretatie van het begrip gewapende aanval. Anderzijds impliceren de woorden ‘other risks of a wider nature, including acts of terrorism’, die een contrast lijken te vormen met ‘any armed attack’,

¹⁶⁸ Op 16 juni 2003 keurde de Raad externe zaken *Basic principles for an EU strategy against proliferation of Weapons of Mass Destruction* goed en nam de Raad tevens een Actieplan aan om deze basisprincipes uit te voeren, zie EU Documenten 10352/03, 10 juni 2003 en 10354/1/03 REV 1, 13 juni 2003 (zie ook Bijlage II bij de (Nederlandse) Kamerbrief Verslag Raad Algemene Zaken en Externe Betrekkingen van 16 juni 2003, beschikbaar op <http://www.minbuza.nl>). Zie vooral § 4 en 13 van het eerste van beide documenten.

¹⁶⁹ *A Secure Europe in a Better World*, ontwerp voorgelegd aan de Europese Raad van Thessaloniki van juni 2003.

¹⁷⁰ Id. en de *Basic principles for an EU strategy against proliferation of Weapons of Mass Destruction* (*supra* noot 168, § 4 en 13). Zie ook art. I-3(4) en I-40(1) ontwerp grondwettelijk verdrag (*supra* noot 161). Wel lijkt de formulering i.v.m. de rol van de Veiligheidsraad in de *Basic principles for an EU strategy against proliferation of Weapons of Mass Destruction* (*supra* noot 168) minder sluitend dan in de hoger geciteerde conclusies van de Europese Raad van Helsinki (*supra* noot 160): er wordt gezegd dat ‘The UN Security Council should play a central role’.

¹⁷¹ Zie ook F. Naert & J. Wouters, ‘Responding to International Terrorism: What Role for NATO and the EU?’, in *ASIL/NVIR Proceedings of the Hague Joint Conference 2003* (te verschijnen), tevens beschikbaar op <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir>.

¹⁷² Zie bv. de Verklaring van de Ministeriële Vergadering van de Noord-Atlantische Raad van 29-30 mei 1986 en § 19 van de Rome Declaration on Peace and Cooperation, 8 november 1991, NAVO-perscommuniqué S-1(91)86, beide beschikbaar op <http://www.nato.int>.

¹⁷³ *The Alliance’s Strategic Concept*, Washington, 24 april 1999, § 24, beschikbaar op <http://www.nato.int>.

dat terrorisme (ten minste vooral) werd beschouwd als verschillend van een gewapende aanval.¹⁷⁴

B. Het inroepen van artikel V

Ik heb hierboven (II.1.b) reeds vermeld dat de NAVO als reactie op de aanvallen van 11 september 2001 artikel V van het Noord-Atlantisch Verdrag heeft ingeroepen. Als we echter naar de concrete militaire reactie kijken, valt op dat de VS de voorkeur gaf aan bilaterale steun van bepaalde bondgenoten boven een collectieve reactie door de NAVO als geheel. De concrete acties van de NAVO als dusdanig bleven dan ook eerder beperkt¹⁷⁵ en bestonden voornamelijk uit het sturen van een AWACS-eenheid naar de VS en een vlootonderdeel naar de Middellandse Zee om zo de VS toe te staan meer eigen middelen te kunnen inzetten voor de oorlog in Afghanistan.¹⁷⁶

C. Verdere ontwikkelingen

De NAVO heeft na ‘11 september’ en na de maatregelen gerelateerd aan operatie *Enduring Freedom* wel verschillende maatregelen genomen om haar rol in de strijd tegen het terrorisme te versterken. Ik kan hier enkel die punten benadrukken die van belang zijn voor het *ius ad bellum* en zal daarom voorbijgaan aan de verdere transformatie van de strijdkrachten en militaire structuren en de initiatieven inzake massavernietigingswapens.¹⁷⁷ Wel wil ik hier het *military concept for defence against terrorism* vermelden, dat op de top van Praag werd aangenomen.¹⁷⁸

In het slotcommuniqué van de Noord-Atlantische Raad van Reykjavik van 14 maart 2002 heet het o.a. dat

We reiterate our determination to combat the threat of terrorism for as long as necessary. [...] In keeping with our obligations under the Washington Treaty we will continue to strengthen our national and collective capacities to protect our populations, territory and forces from *any armed attack, including terrorist attack*, directed from abroad. [...] Actions taken to meet this challenge will be in accordance with our decisions and *in full compliance with all our commitments under international law and relevant provisions of the United Nations Charter* and national legislation.¹⁷⁹

Dit lijkt te impliceren dat terroristische aanvallen voortaan niet meer van Staten moeten uitgaan. Deze interpretatie werd ook verdedigd door NAVO Secretaris-

¹⁷⁴ Zo ook G. Gaja, *supra* noot 108.

¹⁷⁵ Zo ook S. Duke, ‘CESDP and the EU Response to 11 September: Identifying the Weakest Link’, *European Foreign Affairs Review* 2002, 163-164 en E. Myjer & N. White, *supra* noot 32, 14-15.

¹⁷⁶ Zie ‘NATO’s Response to Terrorism’, Verklaring van de Noord-Atlantische Raad van 6 december 2001, NAVO-persbericht M-NAC-2(2001)159, 6 december 2001, beschikbaar op <http://www.nato.int>.

¹⁷⁷ Zie vooral een reeks initiatieven genomen op de top van Praag (Prague Summit Declaration, NAVO-persbericht (2002)127, 21 november 2002, beschikbaar op <http://www.nato.int>, vooral § 4) en de oprichting van het Allied Command Transformation, <http://www.act.nato.int>. Zie ook NAVO, ‘September 11 – One year on. NATO’s contribution to the fight against terrorism’, <http://www.nato.int/terrorism/index.htm>.

¹⁷⁸ Prague Summit Declaration, NAVO-persbericht (2002)127, 21 november 2002, beschikbaar op <http://www.nato.int>, § 4(d). Dit document zelf is helaas, bij mijn weten, niet publiek gemaakt.

¹⁷⁹ § 3, beschikbaar op <http://www.nato.int> (eigen cursivering).

Generaal Lord Robertson.¹⁸⁰ Anderzijds vermeldt het communiqué van Reykjavik expliciet dat de NAVO zal handelen in volledige conformiteit met het VN-Handvest en het internationaal recht.

Deze twee elementen werden bevestigd in de Slotverklaring van de top van Praag van november 2002, dat o.a. stelt dat:

we have approved a comprehensive package of measures, based on NATO's Strategic Concept, to strengthen our ability to meet the challenges to the security of our forces, populations and territory, *from wherever they may come*.¹⁸¹

[...]

We underscore that our efforts to transform and adapt NATO should not be perceived as a threat by any country or organisation, but rather as a demonstration of our determination to protect our populations, territory and forces *from any armed attack, including terrorist attack*, directed from abroad. We are determined *to deter, disrupt, defend and protect against any attacks on us, in accordance with the Washington Treaty and the Charter of the United Nations*.¹⁸²

Ook hier wordt beklemtoond dat de NAVO zal handelen in overeenstemming met het VN-Handvest. Om die reden kan, in het licht van wat daarover hierboven is gezegd, de vage passage i.v.m. de vastberadenheid ‘to deter, disrupt, defend and protect against any attacks on us’ m.i. moeilijk aanzien worden als een goedkeuring van preventieve zelfverdediging.

De NAVO houdt het niet bij woorden, maar heeft ook een eerste daadwerkelijke anti-terorisme-operatie gestart, operatie *Active Endeavour*.¹⁸³ Deze operatie was begonnen als een begeleiding van burgerschepen door een NAVO-vlootonderdeel door de Straat van Gibraltar¹⁸⁴ en werd recent uitgebreid tot zekere ‘boarding’ operaties.¹⁸⁵ Daarbij werd duidelijk gesteld dat deze ‘boarding’ operaties zullen plaatsvinden in overeenstemming met het internationaal recht.¹⁸⁶

III. Nieuwe regels?

De brede steun voor operatie *Enduring Freedom*, en in het bijzonder de vrij algemene expliciete aanvaarding van zelfverdediging als juridische grondslag voor deze operatie, is weliswaar geen volledige breuk met de houding ten aanzien van vroegere militaire anti-terorisme-operaties, maar gaat in verschillende opzichten toch duidelijk verder dan de houding voor ‘11 september’. De vraag is evenwel of dit getuigt van een gewijzigde interpretatie van het recht op zelfverdediging, dan wel of dit enkel een reactie is te wijten

¹⁸⁰ Zie zijn toespraak ‘Towards the Prague Summit’ tot de Parlementaire Vergadering van de NAVO te Istanbul, op 15 november 2002: ‘[...] the invocation of Article 5 [...] extended our collective defence commitment to the scenario of a terrorist attack by a non-state actor’.

¹⁸¹ *Supra* noot 178, § 3 (eigen cursivering).

¹⁸² *Id.*, § 4 (eigen cursivering).

¹⁸³ Zie AFSOUTH, fact-sheet ‘Operation Active Endeavour’, <http://www.afsouth.nato.int/operations/Endeavour.htm>.

¹⁸⁴ NAVO-persbericht (2003)16, 5 maart 2003, beschikbaar op <http://www.nato.int>.

¹⁸⁵ Zie ‘NATO Ships Start Boarding Operations in Mediterranean’, AFSOUTH-persbericht, 30 april 2003, beschikbaar op <http://www.nato.int> en AFSOUTH fact-sheet Operation Active Endeavour, *supra* noot 152.

¹⁸⁶ Beide in vorige noot geciteerde documenten stellen dat ‘Boarding operations will be conducted in accordance with the rules of international law and are of a compliant nature’.

aan de bijzondere omstandigheden van de aanslagen van 11 september 2001 en die daartoe beperkt zal blijven. Alleen de toekomst zal dit uitwijzen.¹⁸⁷ Ik zal hier enkel trachten te identificeren welke regels *mogelijk* gewijzigd zijn en in welke zin.

1. De regels uit het VN-Handvest inzake geweldgebruik zijn niet in onbruik

Zoals hoger (II.2.C) werd opgemerkt, argumenteren enkele auteurs dat de regels van het VN-Handvest inzake geweldgebruik geërodeerd zijn en niet langer het *ius ad bellum* correct weergeven. Deze stelling lijkt mij echter op grond van voorgaande analyse niet correct. Ten eerste berust, zoals reeds werd aangetoond, de officiële juridische grondslag voor zowel operatie *Enduring Freedom* (zie *supra*, II.1) als de oorlog tegen Irak (zie *supra*, II.4) op het VN-Handvest. Ten tweede heeft de reactie op de oorlog tegen Irak zeer duidelijk aangetoond dat veruit de meeste Staten de regels van het VN-Handvest nog steeds als het referentiekader beschouwen wat betreft het gebruik van geweld. Ook in het kader van de NAVO wordt nog steeds herhaald dat de NAVO zal handelen conform het Handvest (zie *supra*, II.6). Als bepaalde wijzigingen zich zouden doorzetten, is er bijgevolg veeleer sprake van een *gewijzigde interpretatie* van het recht op zelfverdediging zoals dit door art. 51 VN-Handvest wordt erkend.

Dit neemt niet weg dat, als de Veiligheidsraad in de toekomst onvoldoende zou optreden t.a.v. ernstige bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid, dit ertoe kan leiden dat de regels van het VN-Handvest *op termijn* daadwerkelijk zouden kunnen worden verworpen door een aantal landen. Om dit te vermijden is een versterking van de rol van de Veiligheidsraad van cruciaal belang. Ik kom daar verder (zie *infra*, III.6) op terug.

2. Zelfverdediging tegen niet-Statelijke actoren?

De ruime steun voor de legaliteit van operatie *Enduring Freedom* kan, indien zij navolging krijgt, tot verschillende conclusies leiden. Een van de mogelijke conclusies is dat een gewapende aanval in de zin van art. 51 VN-Handvest voortaan ook door een niet-Statelijke actor kan worden uitgevoerd¹⁸⁸ en dat een dergelijke aanval aanleiding geeft tot een recht op zelfverdediging tegen deze actor. De hoger geschatte evolutie binnen de NAVO (II.6.C) versterkt de kans dat deze interpretatie zich zal doorzetten. De reacties op de recente Israëlische luchtaanval op een vermeende terroristische basis in Syrië¹⁸⁹ tonen anderzijds aan dat er nog geen eensgezindheid is hierover.¹⁹⁰

Als dat gebeurt, rijst de vraag naar de territoriale integriteit en soevereiniteit van de Staat op wiens grondgebied de terroristen zich bevinden. Een militaire actie in een andere Staat zonder diens toestemming, zelfs als die niet gericht is tegen die Staat zelf maar enkel tegen de terroristen, schendt immers diens soevereiniteit en territoriale

¹⁸⁷ Zo ook A. Cassese, *supra* noot 33, 997 en O. Corten & F. Dubuisson, *supra* noot 23, 53-54 en 76.

¹⁸⁸ Dit lijkt de conclusie van A. Cassese, *supra* noot 33, 997. Zie ook R. Wolfrum & C.E. Philipp, *supra* noot 35, 589-590; M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 64 en M. Krajewski, *supra* noot 13, 196-199, die argumenteren dat dit inderdaad het geval is ten gevolge van een gewijzigde interpretatie van art. 51 VN-Handvest.

¹⁸⁹ Zie o.a. ‘Syria asks U.N. to condemn Israel’, 5 oktober 2003, <http://edition.cnn.com/2003/WORLD/meast/10/05/mideast.reaction/> en J.W. Anderson, ‘Israeli Airstrike Hits Site in Syria’ *The Washington Post*, 6 oktober 2003.

¹⁹⁰ Vele landen veroordeelden deze actie en verschillende landen bestempelden haar als een schending van het VN-Handvest (verslag van de 4836^{ste} bijeenkomst van de Veiligheidsraad, VN Doc. SC/7887, 5 oktober 2003).

integriteit. Dit lijkt echter onoverkomelijk indien men zelfverdediging tegen niet-Statelijke actoren aanvaardt in gevallen waarin men hun daden niet kan toerekenen aan een Staat. Waarschijnlijk biedt de vereiste *noodzaak* hier een zekere waarborg. Deze voorwaarde vereist immers de uitputting van alternatieven die een kans op slagen hebben. Het voor de hand liggende alternatief is uiteraard een verzoek aan de betrokken Staat om zelf op te treden. Als deze daar niet in slaagt, zou men verder kunnen gaan en kunnen vereisen dat de Staat die wil optreden zijn hulp aanbiedt om met instemming van de betrokken Staat op diens grondgebied op te treden. Het is vooral wanneer een Staat niet wil optreden dat aan de noodzaak voldaan *kan* zijn.

Bij dit alles geldt uiteraard nog steeds dat het geweld dat door terroristen wordt gebruikt zodanig moet zijn, qua schaal en gevolgen, dat het als een gewapende aanval kan worden gekwalificeerd. Niet elke gebruik van geweld is immers een gewapende aanval.¹⁹¹ In dit opzicht stelt Krajewski voor een hogere drempel te ontwikkelen voor een gewapende aanval door niet-Statelijke actoren om te vermijden dat terroristische aanslagen al te gemakkelijk als een gewapende aanval zouden worden aanzien.¹⁹² Er zijn evenwel nog geen tekenen dat een dergelijke differentiatie inderdaad tot stand zal komen.

3. Gemakkelijkere toerekening van daden van niet-Statelijke entiteiten aan Staten?

Dat niet enkel Al-Qaida, maar ook de Taliban het doelwit vormden van de zelfverdedigingsactie door de VS en het VK, en de ruime steun daarvoor, geven aan dat er waarschijnlijk een lagere drempel is tot stand gekomen voor het toerekenen van handelingen van private personen of groepen aan een Staat.¹⁹³ Als deze evolutie zou worden bevestigd, kan het enige tijd duren vooraleer duidelijk wordt onder welke voorwaarden dergelijke toerekening voortaan mogelijk is. Over de wenselijkheid ervan kan met discussiëren: enerzijds verhoogt het de kans op interstatelijk geweldgebruik maar anderzijds kan het steun door Staten aan terroristen en opstandelingen ontraden.

4. Geen geweldgebruik tegen Staten zonder toerekenbaarheid?

Als zelfverdediging tegen niet-Statelijke actoren toelaatbaar is of wordt, rijst de vraag of zij tevens geweldgebruik rechtvaardigt tegen een Staat die deze actoren steunt wanneer deze steun, zelfs onder een verlaagde drempel (zie *supra*, III.3), niet leidt tot toerekenbaarheid van de handelingen van de terroristen aan de hen steunende Staat. Een aantal auteurs lijkt dit - m.i. terecht - uit te sluiten,¹⁹⁴ tenzij de betrokken Staat zich militair verzet tegen, en tussenkomt in, de zelfverdedigingsactie tegen de terroristen.¹⁹⁵ Volgens een aantal auteurs zou dit ook, altijd of ten minste doorgaans, in

¹⁹¹ Zie *supra* noot 13.

¹⁹² Zie M. Krajewski, *supra* noot 13, 199-201.

¹⁹³ Zo ook M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 67-69; K. Manusama, ‘Re: SC resolution 1368 and self-defence’, http://www.ejil.org/forum_WTC/messages/7.html en *supra* noot 32, 493-494 en 497 en C. Stahn, *supra* noot 24, 226-228.

¹⁹⁴ Zo R. Wolfrum & C.E. Philipp, *supra* noot 35, 591, die van oordeel zijn dat het viseren van de Taliban enkel rechtmäßig was in zoverre de aanvallen van 11 september aan hen toerekenbaar waren. In die zin ook Y. Dinstein, *supra* noot 35, 69-71 en *supra* noot 13, 213-221, die argumenteert dat een Staat (enkel) geweld mag gebruiken als een maatregel van extraterritoriale ordehandhaving tegen terroristen die deze Staat aanvallen vanuit een andere Staat.

¹⁹⁵ Zo R. Wolfrum & C.E. Philipp, *supra* noot 35, 591; M. Krajewski, *supra* noot 13, 205-207 en M.N. Schmitt, *supra* noot 13, 31-37 en 42-47, vooral 42 en 44.

strijd zijn met de proportionaliteitsvereiste.¹⁹⁶ Slechts enkelen aanvaarden een ruimer recht om ook tegen de steunende Staat op te treden.¹⁹⁷ In dit verband kan worden opgemerkt dat de VS-aanvallen van 1998 als reactie op de aanslagen tegen de ambassades in Afrika enkel (vermeende) terroristische doelwitten trof, en niet de Staten die van steun of onderdak werden beschuldigd.¹⁹⁸ Bovendien, zelfs indien actie tegen de Staat mogelijk zou zijn, dan nog heeft de proportionaliteitsvereiste tot gevolg dat die acties beperkt moeten zijn tot wat noodzakelijk is om verdere terroristische aanvallen te verijdelen.

5. Geen recht op preventieve zelfverdediging?

Zoals hierboven (II.2 en II.4) werd aangetoond, is de VS zelf eerder voorzichtig in het effectief inroepen van preventieve zelfverdediging in concrete gevallen en lijkt zij niet geneigd een dergelijk recht aan andere Staten toe te kennen. Bovendien zijn de meeste Staten gekant tegen een recht op preventieve zelfverdediging, dat niet of moeilijk te verzoenen valt met het VN-Handvest. Ook de positieve houding ten overstaan van operatie *Enduring Freedom* getuigt niet noodzakelijk van een aanvaarding van dit recht.¹⁹⁹

Indien er niettemin toch een ruimere aanvaarding zou ontstaan van een recht op preventieve zelfverdediging, rijst de vraag naar de grenzen daarvan. Dit des te meer mocht men dit recht uitbreiden tot gevallen waarin er geen onmiddellijke dreiging is, zoals de *National Security Strategy* beoogt.²⁰⁰ De nood aan een afbakening in dit scenario is erg groot omwille van het voor de hand liggende risico op misbruik.

6. De rol van de veiligheidsraad

Zoals hierboven (II.1.F) reeds aangegeven, heeft de Veiligheidsraad een dubbelzinnige houding aangenomen na ‘11 september’. Enerzijds is hij zelf een zeer belangrijke rol gaan spelen in de strijd tegen het terrorisme, o.a. d.m.v. resolutie 1373.²⁰¹ Anderzijds verwijst hij – weliswaar *in abstracto* – naar het recht op zelfverdediging en kan men niet ontkennen dat de VS en het VK zeer bewust voor een unilateraal optreden (al was het strikt genomen niet echt unilateraal) hebben gekozen.

Het valt af te wachten of de Veiligheidsraad in de toekomst, ook in extreme gevallen waarin geweldgebruik nodig is, zijn verantwoordelijkheid ten volle zal opnemen. Deze overweging geldt zowel voor terrorisme als voor massavernietigingswapens. In dit verband kan men zich de vraag stellen of de Veiligheidsraad niet hoognodig een algemene strategie moet formuleren en afdwingen inzake massavernietigingswapens -

¹⁹⁶ Zo b.v. B.-O. Bryde, *supra* noot 84, 363; A. Cassese, *supra* noot 33, 997 en 999 en M. Krajewski, *supra* noot 13, 209.

¹⁹⁷ Zo T. Franck, *supra* noot 34, 840-841 en M. Cogen, *supra* noot 72.

¹⁹⁸ Hetgeen door R. Wedgwood (*supra* noot 24, 566) werd beklemtoond wanneer zij de legaliteit van deze acties verdedigde. Hetzelfde geldt voor de recente Israëlische luchtaanval op een vermeende terroristische basis in Syrië (zie *supra* noot 189).

¹⁹⁹ C. Gray, *supra* noot 106, 444, komt tot een gelijkaardige conclusie m.b.t. de *National Security Strategy* van de VS. Zie ook C. Stahn, *supra* noot 24, 232-233. Vergelijk L. Condorelli, *supra* noot 23, 839-843, die een ruimere aanvaarding ziet, maar pleit voor nadere analyse om na te gaan of dit aanvaardingsproces nog aan de gang is, dan wel reeds voltooid is.

²⁰⁰ *Supra* noot 104. Zo ook A.C. Arend, *supra* noot 106, 98-99 en C. Gray, *supra* noot 106, 441.

²⁰¹ In die zin L. Condorelli, *supra* noot 23, 832-836 en P.-M. Dupuy, P.-M. Dupuy, ‘The Law after the Destruction of the Towers’, http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-dupuy.html.

zeg maar een resolutie over massavernietigingswapens naar analogie van resolutie 1373 inzake terrorisme. Het huidige geheel van internationale verdragen en afspraken m.b.t. deze regels berust immers op vrijwillige participatie en heeft tot gevolg dat het voor Staten die geen dergelijke afspraken aangaan en verbintenissen op zich nemen, volledig rechtmatig massavernietigingswapens kunnen produceren, bezitten en exporteren. Ook een aanpak van *failed States* dringt zich op.

7. De rol van de EU en de NAVO

Naast een daadkrachtige Veiligheidsraad kan ook de versterking van regionale veiligheidsorganisaties bijdragen tot een geringere drang naar unilateraal geweldgebruik.

In Europa zijn er indicaties van een toegenomen slagkracht van zowel de NAVO als de EU (zie *supra*, II.5 en II.6). Daarbij hanteert de EU een ruime aanpak en beschikt zij over een uitgebreide waaier van instrumenten in tal van beleidsdomeinen, terwijl binnen de NAVO een militaire benadering domineert. Wel verklaren beide organisaties te zullen handelen conform het VN-Handvest, al bewijst de NAVO-actie tijdens de Kosovo crisis in 1999 dat dit geen zekerheid biedt voor het daadwerkelijk naleven van dit Handvest wat de NAVO betreft. De erkenning van het primaat van de Veiligheidsraad door de EU lijkt te getuigen van een sterkere verbintenis terzake. De vraag blijft wel of lidstaten in geval van een nieuwe ernstige terroristische aanval ook effectief gebruik zullen maken van de mechanismen binnen beide organisaties. We kunnen dat wel hopen, maar enkel de toekomst zal dit uitwijzen.

Verder dragen de ontwikkelingen binnen de NAVO ongetwijfeld bij tot een waarschijnlijke herinterpretatie van het begrip gewapende aanval en de daaraan verbonden uitbreiding van het recht op zelfverdediging zoals hoger aangegeven.

Hoogevend is voorts ook de toenemende samenwerking tussen de VN (incl. de Veiligheidsraad) en regionale organisaties in het kader van de handhaving van de internationale vrede en veiligheid.²⁰²

IV. Conclusies

Er zijn duidelijke aanwijzingen dat enkele regels van het *ius ad bellum* geherinterpreteerd zijn sinds '11 september'. In verschillende opzichten is het evenwel nog te vroeg om met zekerheid een wijziging vast te stellen, laat staan om de precieze contouren daarvan te identificeren. Er lijkt bijgevolg wel sprake van een evolutie maar, althans tot op heden, niet van een revolutie, noch van een terugkeer naar een waarachtig *ius ad bellum*.

Het is echter in ieder geval cruciaal dat het bestaande multilaterale kader voor het gebruik van geweld wordt versterkt, om het gevaar van een terugkeer naar een volledige liberalisatie van het geweldgebruik af te wenden.

²⁰² Zie b.v., m.b.t. terrorisme, resoluties 1377 en 1456 van de Veiligheidsraad (beide *supra* noot 4) alsook Security Council presidential statement 2002/38 (VN Doc. S/PRST/2002/38, 17 december 2002, beschikbaar op <http://www.un.org/documents/pstatesc.htm>) en de bijzondere bijeenkomst van de maart 2003 van het Anti-Terrorismecomité van de Veiligheidsraad met regionale organisaties (zie http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/regional_action.html). Zie meer algemeen de vijfde *High-Level Meeting between the UN and Regional Organizations* in juli 2003.

TOEPASSELIJKHEID VAN HET RGC OP DE STRIJD TEGEN HET INTERNATIONAL TERRORISME

Door Cdt v/h Vlw C. DE COCK (Koninklijke Militaire School)

1. Inleiding.

Het recht van de gewapende conflicten bevat een aantal uiteenlopende regels, die traditioneel worden opgedeeld in twee verschillende rechtstakken. Het “*ius ad bellum*”, of thans het “*ius contra bellum*” zoals ingebet in art.2§4 UNO-HV, regelt de voorwaarden waaronder het gebruik van geweld in de internationale betrekkingen geoorloofd is. Het “*ius ad bellum*” werd deze voormiddag reeds uitvoerig behandeld. De voorwaarden waaronder het gebruik van gewapend geweld in de strijd tegen het internationaal terrorisme geoorloofd zijn in het kader van art.51 van het UNO-HV zullen derhalve niet meer besproken worden in dit tweede gedeelte, dat volledig in het teken staat van het “*ius in bello*”. Deze tweede rechtstak van het recht der gewapende conflicten, het “*ius in bello*”, legt zich toe op de regels die van kracht zijn eens de vijandelijkheden uitgebroken zijn.

Beide rechtstakken, het “*ius contra bellum*” en het “*ius in bello*” bestaan onafhankelijk van elkaar, dit wil zeggen dat éénmaal de vijandelijkheden zijn uitgebroken, het “*ius in bello*” zich oplegt aan alle oorlogvoerenden, ongeacht het antwoord op de vraag naar de legaliteit van het gebruik van geweld door deze oorlogvoerenden.

2. Het internationaal terrorisme

De vraag naar de toepassing van het “*ius in bello*” op handelingen die gecatalogeerd kunnen worden als zijnde “internationaal terrorisme”, stelt reeds een probleem bij gebreke aan een éénduidige definitie van het concept. Omdat het begrip “terrorisme” uiteenlopende concepten en verschillende vormen van geweld, van politieke druk, e.d. omvat, bestaan er daaromtrent verschillende definities, zowel op sociologisch als op juridisch vlak.

Thans wordt het terrorisme genormeerd in talrijke verdragen, die elk hun eigen toepassingsgebied definiëren. Vanuit deze verschillende conventies, is het niet eenvoudig om een eenduidige begripsomschrijving van het internationaal terrorisme te distilleren. Ter titel van illustratie volstaat het te verwijzen naar o.m. het Verdrag van New York van 15 december 1997, “*International Convention for the Suppression of terrorist Bombings*”, dat luidens artikel 3 toepassing vindt indien de handeling een grensoverschrijdend karakter vertoont, en derhalve duidelijk past in het kader van het “internationaal” terrorisme.

Het Verdrag definieert terrorisme als zijnde:

” Any person commits an offence within the meaning of this convention if that person unlawfully and intentionally delivers, places, discharges or detonates an explosive or other lethal device in, into or against a place of public use, a State or Gvt facility, a public transportation system or an infrastructure facility:
(a) with the intent to cause death or serious bodily injury; or

(b) *with the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system, where such destruction results in or is likely to result in major economic loss”.*

Maar anderzijds heeft dit Verdrag ook zijn beperkingen, in die zin dat luidens artikel 19§2 de activiteiten van de strijdkrachten gedurende een gewapend conflict niet onder de toepassing van dit Verdrag vallen, in zoverre zij geregeld worden door andere bepalingen van het internationaal recht, maw.: het internationaal humanitair recht. Andere gewapende groepen zouden dan wel weer onder de toepassing van dit verdrag vallen, aangezien artikel 1§4 een strikte omschrijving geeft van de strijdkrachten, nl.:

“the armed forces of a State which are organized, trained and equipped under its internal law for the primary purpose of national defense or security, and persons acting in support of those armed forces who are under their formal command, control and responsibility”.

Verschillende auteurs hebben getracht om het concept af te bakenen. Opdat terrorisme een misdrijf zou uitmaken, dienen volgens GUILLAUME de volgende drie constitutieve bestanddelen vervuld te zijn:²⁰³

- “*des actes de violences de nature à provoquer des morts ou des dommages corporels graves;*
- *une entreprise individuelle ou collective tendant à la perpétration de ces actes;*
- *et un but avoué: créer la terreur dans le public*” (het betreft hier dus een bijzonder opzet).

Het tweede probleem betreft dan het onderscheid tussen het nationaal en het internationaal terrorisme. Volstaat de aanwezigheid van één extraneïteitselement om bepaalde handelingen te catalogeren als “internationaal terrorisme”, of heeft het terrorisme per definitie een internationaal karakter omdat het de waarden van de internationale gemeenschap schendt?

Het onderwerp van deze namiddag slaat op de toepassing van het “*ius in bello*” in de strijd tegen het internationaal terrorisme.

In het algemeen worden terroristische aanvallen gekenmerkt door drie karakteristieken die verschillen ten aanzien van de klassieke gewapende conflicten:²⁰⁴

- aanvallen worden meestal uitgevoerd door niet-Staat actoren;
- de identiteit van de aanvallers en hun affiliatie met andere entiteiten, waaronder Staten, zijn zelden duidelijk;en
- de door hen gehanteerde middelen en methoden van oorlogvoering zijn, per definitie, strijdig met het internationaal humanitair recht aangezien niet-strijders het voorwerp van hun aanvallen uitmaken.

De volgende voorbeelden tonen aan dat het niet eenduidig vaststaat welke rechtsregels in welke situaties van toepassing zijn:

²⁰³ GUILLAUME, G., geciteerd in: ASCENSIO, H., DECAUX, E., PELLET, A., Droit International Pénal, Editions A. PEDONE, 2000, Paris, p.459.

²⁰⁴ Müllerson, R., Jus ad Bellum: Plus ça change (le monde), plus c'est la même chose (le droit)?, Conference on International Law and The War on terrorism, o.c.; p. 18.

a. Voorbeeld 1:

De gebeurtenissen van 11 september 2001 zijn genoegzaam bekend? Kunnen of dienen deze terroristische handelingen gekwalificeerd te worden als oorlogsdaden en is het recht der gewapende conflicten daarop van toepassing?

Quid, in voorkomend geval, met betrekking tot de toepassing “*ratione temporis*” van het internationaal humanitair recht? Dient 11 september 2001 als vertrekdatum genomen te worden voor het bepalen van een (internationaal) gewapend conflict, of start het gewapend conflict met de Amerikaanse interventie in Afghanistan op 06 oktober ?

b. Voorbeeld 2:

Hoe dienen de gebeurtenissen in Tchetchenië gekwalificeerd te worden? Betreft de Russische interventie een zuivere interne politie-aangelegenheid dat tot doel heeft de orde te herstellen of betreft het op zijn minst een niet-internationaal gewapend conflict?

Deze vraag is niet zuiver academisch, gelet op onder meer de gebeurtenissen in de “*Nord Ost*”-gijzelingszaak in Moskou. Gaat het hier om het al dan niet herstellen van de interne openbare orde en, zo ja, welke middelen mogen daartoe worden ingezet? *In casu*, was het gebruik van gassen toelaatbaar?

c. Voorbeeld 3:

Quid met de Koerdische kwestie en de strijd van het Turkse leger tegen de zgn. terroristen van de PKK? Welke regels zijn hierop van toepassing?

d. Voorbeeld 4:

Zelfde vraag met betrekking tot het gebruik van geweld door de Israëlische strijdkrachten in de door Israël bezette gebieden? Is het toelaatbaar om kopstukken van terroristische organisaties te vermoorden?

Maar ook omgekeerd: *quid* met de veelvuldige zelfmoordaanslagen door Palestijnse strijders in Israël? Kunnen deze handelingen gecatalogeerd worden als misdaden tegen de mensheid?

e. Voorbeeld 5

Tenslotte kan als laatste voorbeeld verwezen worden naar de Amerikaanse raketinslag op een voertuig in Jemen, waarbij zes vermeende terroristen om het leven kwamen. Is het toelaatbaar om vermeende terroristen fysiek uit te schakelen?

3. Kwalificatie

Teneinde na te gaan of het recht der gewapende conflicten en, in voorkomend geval, welke van deze regels van toepassing zijn in de strijd tegen het internationaal terrorisme, dient men in de eerste plaats de aard van het conflict te bepalen.

Voor elk concreet geval zal men dus dienen na te gaan welke regels toepasbaar zijn. M.a.w.: men dient het conflict te kwalificeren.²⁰⁵

Traditioneel onderscheidt men daarbij twee strategische situaties. Enerzijds de internationale gewapende conflicten, die de inwerkingtreding van de internationale verdragen dienaangaande bewerkstelligen, waaronder de vier Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, de Conventies van Den Haag van 18 oktober 1907 alsook het Eerste Aanvullend Protocol van 8 juni 1977 (voor zover Partijen deze geratificeerd hebben). Anderzijds onderscheidt men de interne conflicten, die genormeerd worden door het gemeenschappelijk art.3 van de Conventies van Genève en eventueel het Tweede Aanvullend Protocol op diezelfde Conventies van Genève, voor zover geratificeerd door de oorlogvoerende Partijen.

In alle andere gevallen, waaronder situaties van interne ongeregeldheden en spanningen, zoals rellen, op zichzelfstaande en sporadisch voorkomende daden van geweld en andere handelingen van soortgelijke aard, die niet te beschouwen zijn als gewapende conflicten, wordt de toestand genormeerd door de verdragen inzake mensenrechten, waaronder het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1966.

De inwerkingtreding van de Conventies van Genève en de toepasselijkheid van de daarin opgenomen regels geven echter aanleiding tot problemen in de strijd tegen het internationaal terrorisme. Immers, artikel 2 bepaalt namelijk dat de Verdragen van toepassing zijn ”*ingeval een oorlog is verklaard of bij ieder ander gewapend conflict dat ontstaat tussen twee of meer van de hoge verdragsluitende partijen, zelfs indien de oorlogstoestand door één der partijen niet is erkend. Het verdrag is eveneens van toepassing in alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een hoge verdragsluitende partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet*”²⁰⁶. Het betreft hier dus de interstaatse gewapende conflicten, daar waar het internationaal terrorisme in de meeste gevallen uitgaat van terroristische organisaties, d.w.z. niet-Staatsactoren.

De vraag stelt zich dus in welke mate de Conventies van Genève alsnog toepassing zouden kunnen vinden in de gevallen waarin een Staat X gewapend geweld gebruikt tegen een terroristische organisatie in Staat Y?

Om deze vraag te beantwoorden dient men de volgende situaties te onderscheiden, vertrekende van de betrokkenheid van twee fictieve Staten X en Y:

- Staten X en Y zijn betrokken in een klassiek internationaal gewapend conflict. Daarbij hanteert Staat X terrorisme als middel of methode van oorlogvoering tegen Staat Y (of omgekeerd); of
- Staten X en Y zijn niet betrokken in een internationaal gewapend conflict, maar:
 - (1) Staat X stuurt een gewapende bende die terroristische handelingen stelt op het grondgebied van Staat Y (maw. daden die gericht zijn tegen Staat Y);

²⁰⁵ BASSIOUNI, M., C., *Jurisdiction in "terrorism" cases*, Conference on International Law and The War on Terrorism, United States Naval War College, June 26-28 2002, p. 12-13.

- (2) Staat X tolereert de aanwezigheid van een terroristische organisatie op zijn grondgebied en blijft passief ten aanzien van de handelingen die door deze organisatie verricht worden tegen Staat Y;
- (3) Staat X tolereert de aanwezigheid van een terroristische organisatie op zijn grondgebied en steunt bovendien deze organisatie door financiële en logistieke steun, raadgevers, training, e.d....

a. Internationaal gewapend conflict

De eerste situatie is deze van een klassiek internationaal gewapend conflict, d.w.z. in de letterlijke betekenis van de bewoordingen, waarbij twee of meer Staten (in casu Staat X en Staat Y) betrokken zijn en één of meerdere van de oorlogvoerende Partijen middelen en/of methoden van oorlogvoering hanteren die als terrorisme gekwalificeerd kunnen worden.

Het moge duidelijk wezen dat in dergelijke gevallen de Conventies van Genève (alsook de andere instrumenten die van toepassing zijn tijdens internationale gewapende conflicten) toepassing vinden.

Het recht der gewapende conflicten verbiedt op uitdrukkelijke wijze het gebruik van terroristische methoden van oorlogvoering gericht tegen de burgerbevolking. Het volstaat te verwijzen naar:

- artikel 33 CG IV: “ *noch de burgerbevolking als zodanig, noch de burgers het voorwerp van een aanval mogen vormen*”;
- artikel 51§2 GP I: “*daden van geweld of bedreiging met geweld, waarvan het belangrijkste oogmerk is de burgerbevolking angst aan te jagen, verboden*”;
- artikel 25 van H IV:“*het aanvallen of bombarderen van onverdedigde steden verboden is*”.

Indien gepleegd ter uitvoering van een plan of beleid of als onderdeel van het op grote schaal plegen van dergelijke misdaden, hetzij als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, met kennis van de aanval, kunnen deze handelingen gecatalogeerd worden als oorlogsmisdaden of misdaden tegen de mensheid, overeenkomstig artikel 146 CG IV, artikel 85,§3, a en d GP I en de artt. 8 (voor wat betreft de oorlogsmisdaden) en 7 (voor wat betreft de misdaden tegen de mensheid) van het Statuut van het Permanent Strafgerechtshof.²⁰⁶ Opvallend hierbij is de afwezigheid van het bijzonder opzet dat deze vormen van terrorisme kenmerken, gelegen in “*het oogmerk om de burgerbevolking angst aan te jagen*” als constitutief element van deze daden van geweld in hun kwalificatie als oorlogsmisdaad of misdaad tegen de mensheid.²⁰⁷

Het is bovendien niet langer vereist dat deze handelingen, om gecatalogeerd te kunnen worden als misdaden tegen de mensheid, gepleegd werden tijdens een gewapend conflict. Ook in vredestijd kunnen dergelijke handelingen, voor zover de constitutieve

²⁰⁶ SCHRIJVER, N., Responding to international terrorism: moving the frontiers of international law for ‘enduring freedom’?, *N.I.L.R.*, 2001, Den Haag, p. 291.

²⁰⁷ CASSESE, A., Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law, *E.J.I.L.*, 2001, Vol.12 N° 5, p. 995.

bestanddelen ervan vervuld zijn, aanleiding geven tot misdaden tegen de mensheid, zoals bevestigd door de Beroepskamer van het ICTY in de *Tadic*-zaak.²⁰⁸

b. De rechtstreekse gewapende agressie

Quid ingeval een terroristische organisatie aanvallen plant en/of uitvoert vanop het grondgebied van Staat X gericht tegen Staat Y? Kan ook dan het recht der gewapende conflicten ingang vinden?

Drie situaties dienen daarbij onderscheiden te worden:

- de rechtstreekse gewapende agressie;
- de onrechtstreekse gewapende agressie; en
- de passiviteit van de Staat.

De eerste situatie betreft het geval waarin een Staat gewapende bendes naar een andere Staat stuurt. In dat geval bestaat er geen twijfel omtrent de kwalificatie van het conflict. Resolutie 3314 (XXIX) van 14 december 1974 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties herneemt in artikel 3 explicet deze handelingen als voorbeeld van een gewapende agressie gericht tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een andere Staat.²⁰⁹ Deze vorm van agressie, zoals hernoemd in art.3(g) van deze resolutie, werd door het Internationaal Gerechtshof bovendien als internationaal gewoonterecht gekwalificeerd.²¹⁰

In dat geval betreft het een internationaal gewapend conflict waarop de regels van het internationaal humanitair recht toepassing vinden.

c. De onrechtstreekse gewapende agressie

Het tweede geval betreft de problematiek van wat door sommige auteurs omschreven werd als een “*indirecte gewapende agressie*”. De vraag die dan rijst betreft de mate waarin de handelingen van een terroristische organisatie toegeschreven kunnen worden aan deze Staat, m.a.w.: “Handelt deze terroristische organisatie als een *de facto* orgaan van de Staat?”²¹¹ Indien het antwoord op deze vraag bevestigend is, dan betreft het ook hier een internationaal gewapend conflict, waarop het recht der gewapende conflicten toepassing vindt. De Staat, in casu Afghanistan, wordt dan via

²⁰⁸ ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Tadic, par. 251:” (...) *Thus the “attack on the civilian population” is here equated to “the armed conflict”. The two concepts cannot, however, be identical because then crimes against humanity would, by definition, always take place in armed conflict, whereas under customary international law these crimes may also be committed in times of peace.(...)*”.

²⁰⁹ Resolutie 3314 (XXIX), 14 december 1974, art.3, g):” *L'un des quelconque actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit, sous réserve des dispositions de l'article 2 et en conformité avec elles, les conditions d'un acte d'agression: L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat (...)*”.

²¹⁰ IGH, Nicaragua v. United States of America, 1986, par. 103.

²¹¹ ILC Draft Articles on State Responsibility, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement N° 10 (A/56/10, chap. IV.E.2), art.8:*” *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'état d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat*”.

deze “*longa manus*”- constructie, als mededader beschouwd van de terroristische organisatie Al Quaeda.²¹²

Het criterium dat gehanteerd dient te worden teneinde deze vraag te beantwoorden, is het **controle-criterium** dat door de Staat op deze organisatie wordt uitgeoefend. In de *Nicaragua*-zaak, stelde het Internationaal Gerechtshof een hoge drempel om de handelingen van een gewapende groep toe te schrijven aan een vreemde Staat. In casu betrof het de hulp die de Verenigde Staten geleverd hadden aan de contra's door de financiering, de organisatie, de training, de bevoorrading ervan, alsook de selectie van de doelwitten en de planning van de hele operatie. Het Hof oordeelde dat de aansprakelijkheid van de Verenigde Staten voor de handelingen van de contra's slechts in het geding kon komen ingeval “*effectieve controle*”(**effective control**) werd uitgeoefend door de Verenigde Staten op de militaire operaties, waarin de beweerde schendingen (van de mensenrechten en het humanitair recht) werden begaan:²¹³

“All the forms of United States participation mentioned above,(...), would not in themselves mean that the united States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law (...”).

In zijn arrest van 15 juli 1999, in de *Tadic*-zaak, werd het criterium van de effectieve controle door de Beroepskamer van het ICTY (d.i. het Joegoslaviëtribunaal) echter verlaten voor een ander controle-criterium, namelijk dat van de globale controle (**overall control**)²¹⁴. In casu diende het Tribunaal de vraag te beantwoorden in welke mate de strijdkrachten van de Bosnische Serviërs gecontroleerd werden door de Federale Republiek van Joegoslavië. Daarbij stelde het Tribunaal dat een onderscheid diende gemaakt te worden tussen, enerzijds, de handelingen van individuen of niet georganiseerde groepen, waarvoor de vereiste van specifieke instructies of richtlijnen of *ex post facto* - goedkeuring noodzakelijk is, en, anderzijds, de *overall control*-test voor wat de georganiseerde gewapende groepen betreft. Is dus niet vereist om deze band aan te tonen: het uitvaardigen van specifieke richtlijnen, noch de selectie van concrete doelwitten.

A posteriori goedkeuring van een onrechtmatige handeling en de beslissing om deze handeling vol te houden, kunnen er ook toe leiden dat deze handelingen, hoewel oorspronkelijk gesteld door private personen, beschouwd kunnen worden als handelingen van staatsagenten. Ik verwijst hierbij naar de beslissing van het Internationaal Gerechtshof in de *Teheran*-zaak, waar de Amerikaanse ambassade bezet werd door Iraanse studenten en de goedkeuring ervan door Ayatollah Khomeini leidde tot de verdere bezetting ervan.

Het controle-criterium leidt dus tot een kwalificatie als een internationaal gewapend conflict, aangezien handelingen van deze groepen toegeschreven kunnen worden aan de vreemde Staat.

Indien uit de feiten echter blijkt dat het controle-criterium niet vervuld is, dient men over te gaan tot de **fragmentering van het conflict** teneinde na te gaan welke regels, al

²¹² CONDORELLI, L., Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?, *R.G.D.I.P.*, 2001, 105/4, p. 838-839.

²¹³ ICJ, *Nicaragua v. the United States of America*, par. 115.

²¹⁴ ICTY, IT-94-1-A, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic*, 15 july 1999, par. 120 en 145.

dan niet van het internationaal humanitair recht, toepasselijk zijn. In de hierboven reeds aangehaalde *Nicaragua*-zaak, oordeelde het Internationaal Gerechtshof dat het bewijs van het effectieve controle-criterium niet vervuld was. Aldus stelde het Hof dat het conflict tussen de Verenigde Staten en Nicaragua gekwalificeerd diende te worden als een internationaal gewapend conflict, daar waar het conflict tussen Nicaragua en de contra's bestempeld moest worden als een intern gewapend conflict en derhalve genormeerd werd door de bepalingen van het gemeenschappelijk artikel 3 CG.²¹⁵

Vertaald naar het conflict in Afghanistan, stelt zich dus de vraag of Al Quaeda beschouwd kan worden als *de facto* handelend orgaan van de Taliban. Daarbij kan men o.m. uitgaan van de bewoordingen van diverse resoluties van de Veiligheidsraad, waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat terroristen verwelkomd en gevormd worden, alsook dat terroristische daden georganiseerd worden op Afgaans grondgebied, inzonderheid in de gebieden onder controle van de Taliban.²¹⁶ In voorkomend geval dient het hele conflict immers beschouwd te worden als een internationaal gewapend conflict, waarop de desbetreffende humanitaire regels van toepassing zijn. De vraag naar het statuut van de Al Qaeda strijders dient dan ook opgelost te worden op grond van de relevante bepalingen van het recht der gewapende conflicten, te weten de artt. 13,13 en 4 van CG I,II en III en de artt. 43 en 44 GP I (m.b.t. het statuut van strijder en krijgsgevangene ingeval van gevangenneming door de vijand) en de artt. 5 CG III en art. 45 GP I (ingeval er twijfel bestaat over hun statuut). In dat geval dient hun status vastgesteld te worden door een bevoegd gerecht. Ter vervollediging dient men er op te wijzen dat noch Afghanistan, noch de Verenigde Staten Partij zijn bij GP I, maar de relevante bepalingen van de CG zijn dienaangaande voldoende duidelijk

Indien daarentegen het controle criterium niet toelaat Al Qaeda te beschouwen als *de facto* orgaan van de Taliban regering, dient men het conflict te fragmenteren in, enerzijds, het conflict tussen Afghanistan en de Verenigde Staten, tussen de "Noordelijke Alliantie" en de "Taliban", en, anderzijds, het conflict tussen Al Qaeda en de Verenigde Staten.²¹⁷ Waar de kwalificatie van de eerste twee conflicten geen zichtbare moeilijkheden opleveren (een internationaal gewapend conflict / niet internationaal gewapend conflict), stelt zich echter de vraag naar het juridisch regime in het conflict tussen Al Qaeda en de Verenigde Staten.

Vandaar ook dat sommige auteurs de stelling verdedigen dat, zodra er sprake is van een buitenlandse interventie die toelaat de activiteiten verder te zetten, het conflict niet gefragmenteerd dient te worden, doch in zijn totaliteit als een internationaal conflict moet beschouwd worden.²¹⁸

d. Passiviteit van de Staat

De derde en laatste situatie betreft de passieve houding van een Staat t.o.v. terroristische organisaties.

²¹⁵ ICJ, *Nicaragua v. USA*, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 27 June 1986, par. 219.

²¹⁶ VR Resolutie 1214, 8 december 1998; VR Resolutie 1267, 15 oktober 1999; VR Resolutie 1333, 19 december 2000.

²¹⁷ Zie ook: CONDORELLI, L., *o.c.*, pp.844-848.

²¹⁸ DAVID, E., *Principes de droit des conflits Armés*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p.137-140.

Wat zijn de gevolgen m.b.t. de toepasselijkheid van het recht der gewapende conflicten indien de Staat, in casu Afghanistan, niet optreedt tegen gewapende groepen of terroristische organisaties die optreden vanaf zijn grondgebied (in casu, Al Quaeda)?²¹⁹

Het stilzitten van de Taliban werd reeds vanaf 1998 in meerdere resoluties van de Veiligheidsraad aangehaald (zie supra). Kan (of moet) de Staat zich verzetten tegen het gebruik van geweld door een andere Staat (het slachtoffer) gericht tegen de terroristische organisatie die verblijft op zijn grondgebied? Het antwoord op deze vraag dient door bepaalde auteurs *prima facie* ontkennend beantwoord te worden. Een Staat die het gebruik van zijn grondgebied toelaat om terroristische aanvallen te lanceren tegen een andere Staat kan zich niet verzetten tegen de uitoefening van de wettige zelfverdediging door die Staat tegen deze terroristische organisatie, waartegen het zelf niet wil of kan optreden. Zoniet zou er sprake kunnen zijn van medeplichtigheid, waarbij de afhankelijkheidsrelatie geen rol meer speelt. Ook in zulke gevallen is het recht der gewapende conflicten van toepassing.²²⁰

Men assimileert derhalve een terroristische aanval door een terroristische organisatie (een niet – Staat actor) met een gewapende agressie door een Staat.²²¹

Sommige auteurs menen daarentegen dat het toleren van een terroristische organisatie op zijn grondgebied of zelfs de aanmoediging ervan onvoldoende zijn om te besluiten tot een gewapende aanval vanwege deze Staat.²²² Resolutie 3314 (XXIX) van 14 december 1974 kan dan niet bij analogie worden toegepast op niet-Staat actoren, daar waar artikel 3 stelt “ *dat een Staat zijn grondgebied niet ter beschikking mag stellen van een andere Staat om daden van agressie te plegen tegen een derde Staat* ”.²²³

e. Niet internationale gewapende conflicten

Net zoals het hanteren van terrorisme als middel en/of methode van oorlogvoering verboden is tijdens internationale gewapende conflicten (zie supra), verbiedt ook het Tweede Aanvullend Protocol op de CG deze technieken.

Artikel 4 GP II bepaalt uitdrukkelijk dat “ *onverminderd het algemene karakter van de voorgaande bepalingen zijn en blijven de volgende handelingen, gericht tegen allen die niet rechtstreeks of niet meer deelnemen aan de vijandelijkheden, te alle tijde en op iedere plaats verboden: daden van terrorisme (§2, d) , alsook de bedreiging met deze daad (§2, h)* ”.

Het onderscheid tussen niet-internationale gewapende conflicten, genormeerd door de mini-conventie van het gemeenschappelijk artikel 3 CG, enerzijds, en een toestand van interne ongeregeldheden waar het recht der gewapende conflicten geen toepassing vindt, anderzijds, kan het best geïllustreerd worden aan de hand van de *Tablada*-zaak.

Wat zijn de feiten? Op 23 en 24 januari 1989 was er een gewapende confrontatie tussen de gewapende strijdkrachten van Argentinië en munitors bij een aanval op de Tablada

²¹⁹ BYERS, M., *ICLQ*, , 2002, vol.51, p. 408.

²²⁰ Müllerson, R., *o.c.*, p. 25.

²²¹ Zie ook CASSESE, A., *o.c.*, pp. 993-1001.

²²² Zie o.m. ERICKSON, R., Legitimate Use of Force Against State Sponsored Terrorism, U.S. Air War College, 1989, p.134.

²²³ Resolutie 3314, *o.c.*, art. 3, f): “ *Le fait pour un Etat d’admettre que son territoire, qu’il a mis à la disposition d’un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d’agression contre un Etat tiers* ”.

Basis, voor een duur van ongeveer 30 uren. Aangezien interne ongeregeldheden uitgesloten zijn van het toepassingsveld van het internationaal humanitair recht, diende de inter-Amerikaanse Commissie voor de Mensenrechten het conflict te kwalificeren.

Hoewel deze gewapende confrontatie slechts 30 uren duurde, oordeelde de Commissie in zijn arrest van 18 november 1997, dat de drempel voor toepassing van het gemeenschappelijk artikel 3 CG in dit concreet geval bereikt was.²²⁴ De Commissie liet zich o.m. leiden door de zorgvuldig geplande, gecoörineerde en uitgevoerde aanval, gericht tegen een militair objectief, zijnde de Tablada Basis.

De Commissie voegt er bovenbien aan toe dat de beginselen van het gewoonrecht de partijen ertoe verplichten de burgerbevolking rechtstreeks aan te vallen en het onderscheid te maken tussen militaire objectieven/strijders, enerzijds, en, burgers, anderzijds. Bovendien dient de burgerbevolking volgens andere gewoonrechtelijke beginselen gespaard te worden en dienen de nodige voorzorgen genomen te worden teneinde incidentele schade (of collaterale schade) te beperken bij aanvallen op militaire doelwitten.²²⁵

f. Geen *de facto*-orgaan

Tenslotte dient nog bepaald te worden welke regels van toepassing zijn op het conflict tussen een Staat en een gewapende groep, indien uit de controle-test volgt dat er geen sprake is van *de facto*-handelend orgaan en het conflict gefragmenteerd dient te worden. Kan het gemeenschappelijk artikel 3 CG hier een oplossing bieden? Hoewel zeer controversieel, kunnen daarvoor drie argumenten worden aangehaald.

In de eerste plaats kan verwezen worden naar resolutie 1269 van 19 oktober 1999 van de Veiligheidsraad, waarin gesteld wordt dat het noodzakelijk is de strijd tegen het terrorisme op nationaal vlak te intensificeren en de doeltreffende internationale samenwerking te versterken, “*gebaseerd op de beginselen van het UNO Handvest en de normen van het internationaal recht, inzonderheid de eerbiediging van het internationaal humanitair recht en de mensenrechten*”.

Ten tweede kan verwezen worden naar het arrest van het Internationaal Gerechtshof in de reeds voornoemde *Nicaragua*-zaak, waarin het Hof stelt dat het gemeenschappelijk artikel 3, in het geval van een internationaal gewapend conflict, voorzieningen bevat die een minimum minimorum uitmaken, naast de uitgewerkte voorzieningen die ook van toepassing zijn in internationale conflicten, als “*elementary considerations of humanity*”.²²⁶

Ten derde zou men de *Tablada*-argumentatie *mutatis mutandis* kunnen toepassen op de strijd tegen terroristische organisaties, uitgaande van de zorgvuldig geplande, gecoördineerde en uitgevoerde aanvallen vanwege deze terroristische organisaties.

Tot slot dient ook gewezen te worden op de bepalingen van de relevante verdragen inzake de mensenrechten, waaronder het reeds aangehaalde BuPo-Verdrag en het EVRM., waarover tot op heden niet werd gesproken. In verscheidene arresten heeft het

²²⁴ Inter-American Commission on Human Rights, Report N° 55/97, Case N° 11.127, par.154-156.

²²⁵ *Ibid*, par. 177.

²²⁶ IGH, Nicaragua v. United States of America, o.c., par. 218.

Europees Hof erop gewezen dat de middelen waarover de overheid beschikt en gebruik maakt in de strijd tegen het terrorisme, niet ongelimiteerd zijn.

Hierbij kan verwezen worden naar de beruchte ***Mc Cann – zaak*** van het EHRM. Het betreft hier de fysieke uitschakeling van drie IRA terroristen door soldaten van de SAS (Special Air Service) in Gibraltar. Uit intelligence-bronnen was men op de hoogte gesteld van een nakende bomaanslag in Gibraltar door het IRA tijdens het optreden van een militaire muziekkapel. De verwachting daarbij was dat, in voorkomend geval, er veel burgerslachtoffers zouden vallen. Het IRA procédé zou daarbij bestaan uit het tot ontploffing laten brengen van een bomauto.

Op 6 maart 1988 werden de drie IRA terroristen door leden van de SAS op straat doodgeschoten, waarbij het vermoeden rees dat zij bleven vuren op hun slachtoffers, terwijl deze reeds op de grond ineen gestuikt waren.

De vraag rees dus of het gebruik van geweld, *in casu* letaal geweld, gerechtvaardigd was en proportioneel, gelet op de bepaling van art.2 van het EVRM²²⁷ dat het recht op leven garandeert en tot de harde kern van de mensenrechten behoort, waarvan in geen enkel geval mag worden afgeweken overeenkomstig artikel 15 EVRM. Bovendien diende het Hof ook na te gaan of deze anti-terroristische operatie zodanig gepland en gecontroleerd was teneinde het gebruik van letaal geweld tot het minimum te beperken.

Hoewel het Hof oordeelde dat de handelingen van de soldaten niet incompatibel waren met de verplichtingen hen opgelegd door het EVRM, kan men niettemin vaststellen dat ook hier de proportionaliteitsregel toepassing vindt. In de bewoordingen van het Hof: "The Court must decide if the force used was compatible with art.2 and decide whether the force used by the soldiers was ***strictly proportionate*** to the aim of protecting persons against unlawful violence".

Opmerkelijk in de rechtspraak van het Hof, is ook de beoordeling van de planning en de organisatie van zulke operaties. In dezelfde *McCann*-zaak, oordeelde het Hof dat de wijze waarop de operatie georganiseerd en ondernomen was, op grond van de op dat ogenblik beschikbare informatie, wel een inbreuk vormde op art.2 EVRM. Het betrof hier o.m. de beslissing om Savage, Farrell en Mc Cann niet tegen te houden aan de grens (arrestatie), zodat de operatie wel moest leiden tot de dood van de drie IRA leden eenmaal de soldaten het vuur geopend hadden.²²⁸ Het Hof oordeelde immers: "(...)The Court must also decide whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities to minimise, to the greatest extent possible recourse to lethal force(...)".

Waaronder het Hof besloot: " (...) that the killing of the three terrorists constituted the use of force which is no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Art.2".

²²⁷ Art.2, §2 EVRM: " de beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied, in geval zij het gevolg is van geweld dat absoluut noodzakelijk is:

- a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld;
- b. teneinde een rechtmatige arrestatie te verrichten (...);
- c. ten einde, door middel van wettige maatregelen, eenoproer of opstand te onderdrukken".

²²⁸ ECHR, McCann and Others v. the United Kingdom, Case N° 17/1994/464/545, 27 september 1995, par. 213.

Wat kunnen we hieruit nu besluiten? Dat bij de planning van anti-terroristische operaties, de overheid (dus haar agenten) gehouden is bepaalde regels te eerbiedigen, waaronder alle mogelijke voorzorgen in de keuze van middelen of methoden van dergelijke veiligheidsoperaties. Zo oordelde het Hof in de Ergi-zaak, waar een jong meisje om het leven was gekomen toen het Turks leger een hinderlaag opstelde in de nabijheid van een dorp in haar strijd tegen de PKK:

“ (...) *The responsibility of a State is not confined to a situation where there is misdirected fire from its agents and a civilian has been killed, but also to where the State fails to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and in any event to minimising incidental loss of civilian life*”.

g. Besluit

Uit het voorgaande kan gesteld worden dat, in de strijd tegen het internationaal terrorisme, het recht der gewapende conflicten toepassing vindt voor zover deze gepleegd werd in het kader van internationaal gewapende conflicten. Uit de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof (in de *Nicaragua-zaak*) en de Beroepskamer van het ICTY (in de *Tadic-zaak*), geeft het controle-criterium, noodzakelijk om de handelingen van een gewapende groep toe te schrijven aan een vreemde Staat waardoor het conflict gecatalogeerd kan worden als een international gewapend conflict, aanleiding tot verschillende invullingen: “*effective control*“ versus “*overall control*“.

Maar ook in die situaties waar het recht der gewapende conflicten niet van toepassing is, zijn Staten niet onbeperkt in de keuze van hun middelen of methoden in de strijd tegen het internationaal terrorisme. Zoals hierboven uiteengezet (o.m. in de *McCann-zaak* en de *Ergi-zaak*), leggen ook de mensenrechten bepaalde beperkingen op, die nauw aansluiten bij bepalingen van het internationaal humanitair recht, zoals het proportionaliteitsbeginsel en de te nemen voorzorgsmaatregelen in de keuze van anti-terorisme operaties teneinde het incidenteel verlies van burgerlevens zoveel mogelijk te beperken. Deze beginselen sluiten zeer nauw aan bij de verplichtingen van het internationaal humanitair recht, te weten:

- het proportionaliteitsbeginsel: de artt. 52, par.5, b) en 57, par.2, b) GP I;
- het voorzorgsbeginsel, zoals omvat in Hoofdstuk IV van GP I (artt.57 en 58).

Ik dank U voor uw aandacht.

TERRORISME ET JUS AD BELLUM

Par M^elle Barbara LECQ
Stagiaire à la Commission Européenne

1. Introduction

Le recours à la légitime défense est actuellement régulé en droit international par l'art. 51 de la Charte des Nations Unies. Il est généralement considéré que les principes autorisant un tel recours ont été formellement établis lors de l'affaire du *Caroline* et qu'ils relèvent du droit international coutumier, liant non seulement les Etats parties à la Charte, mais également les quelques Etats non-membres. L'art. 51 proclame :

Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

La référence à un droit naturel de légitime défense indique clairement que les éléments fondateurs de ce droit sont à rechercher en droit coutumier, non dans la Charte. Dès lors, le recours à la légitime défense se voit limité de deux manières : il doit, d'une part, répondre aux exigences du droit coutumier et il prend fin, d'autre part, lorsque le Conseil de Sécurité (CS) prend les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationale. L'art. 51 indique par ailleurs de manière générale dans quelles conditions un Etat peut faire appel à son droit de légitime défense : en cas d'agression armée.

Afin de déterminer si un attentat terroriste justifie le recours à la légitime défense, il faudra donc déterminer si celui-ci est constitutif d'une agression armée (1) et si les conditions sont réunies pour justifier le recours à la légitime défense (2). Il s'agira ensuite de définir quels types de mesures prises par le CS mettraient prématurément un terme au droit à la légitime défense. (3)

2. L'agression armée

D'importantes zones d'ombre demeurent en ce qui concerne la détermination d'actes constitutifs d'un agression armée. De prime abord, l'expression semble renvoyer à la rés. 3314 (XXIX) de l'Assemblée Générale des Nations Unies (AG) sur la définition de l'agression. Néanmoins, les versions anglaises de la Charte et de la rés. emploient un vocabulaire légèrement différent (respectivement « *armed attack* » et « *agression* »). Par ailleurs, si la cour proclame dans l'affaire *Nicaragua* que la notion d'agression armée recouvre certains des aspects de la définition de l'agression, elle ne spécifie pas si ces deux concepts doivent être traités comme identiques.²²⁹ Elle note néanmoins que la définition coutumière de l'agression armée inclut les actions de groupes armés commanditées par un Etat, telles que définies dans l'art. 3 g) de la rés. 3314, et d'une gravité telle qu'elles équivaut à une véritable attaque armée dirigée par des forces armées régulières.

²²⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, jugement du 27 juin 1986, § 195.

A cet égard, la Cour semble estimer que pour constituer une agression armée, un acte doit avoir une importance et une intensité considérables, à l'instar de ce qu'établit la rés. 3314. En effet, la cour affirme entre autres que l'échelle à laquelle est conduite une attaque ainsi que ses effets permettent de la qualifier d'attaque armée. Elle exclut ainsi expressément qu'un simple incident de frontière y soit assimilé. Ceci nous renvoie à l'art. 2 de la rés. 3314 spécifiant que l'insuffisante gravité peut être une base justifiant que le CS établisse qu'un événement n'est pas constitutif d'une agression. De même, les exemples énumérés à l'art. 3 alinéas a) à d) de la même résolution semblent suggérer qu'une agression doit impliquer l'attaque par l'ensemble des forces armées d'un pays, ou du moins par une section substantielle de celles-ci, et que cette attaque doit viser l'intégralité des forces armées adverses, ou au minimum l'une de leurs composantes, ou le territoire adverse.

D'autre part, tant au regard de la rés. 3314 que de la décision sur le *Nicaragua*, il semble que des bandes armées puissent commettre une agression armée à la condition qu'elles soient sponsorisées par un Etat. *A contrario*, une attaque par de tels groupes qui ne bénéficierait pas du support d'un Etat ne pourrait être définie comme agression armée. Ainsi, la rés. 3314 déclare en son art. 1er que l'agression est l'emploi de la force armée par un Etat ou l'envoi par un Etat de bandes armées dont les actes équivalent à ceux d'une armée en campagne. La Cour suit ce raisonnement. En revanche, elle exclut qu'un support logistique ou en armes à des rebelles puisse être considéré comme une intervention étatique suffisante pour que les actes d'une bande armée soit imputable à cet Etat. Depuis, la chambre d'appel du TPIY a estimé dans l'affaire *Tadic* que l'existence d'un contrôle des groupes rebelles par un Etat suffirait à rendre ce dernier responsable de leurs actes, indépendamment du type de soutien qui leur serait fourni.²³⁰

A contrario, la rés. 3314 ainsi que la décisions dans les affaires *Nicaragua* et *Tadic* indiquerait qu'une entreprise armée commise par des forces non gouvernementales sans le soutien/la supervision d'un Etat à l'encontre d'un autre ne serait pas qualifiable d'attaque/d'agression armée.

La doctrine récente et la pratique ont néanmoins vu un certain nombre de voix s'élever pour soutenir qu'une agression armée peut être le fait de groupements agissant indépendamment et commettant des actes aux dimensions et conséquences limitées.

Ainsi, la mention dans le préambule des rés. 1368 (2001) et 1373 (2001) du CS du droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective a été considérée par certains comme une assimilation des événements du 11/9 à une agression armée. Dans la mesure où il n'était pas de prime abord évident que ces attentats pourraient être imputables à un Etat, cela impliquerait que le CS estimait qu'une agression armée pouvait être le fait d'une organisation terroriste ne bénéficiant pas d'un soutien étatique et que le droit à la légitime défense pouvait donc être exercé à son encontre. Cependant, dans la mesure où cette mention ne faisait pas partie du corps opératoire de ces résolutions, elle peut également être interprétée comme un rappel du droit à la légitime défense dans le cas où ces attentats seraient imputables à un Etat. Il est à cet égard significatif que le CS ait mentionné dans la partie opératoire de la rés. 1368 des « attaques terroristes », et non des attaques armées ou une agression.

²³⁰ *Procureur c. Dusko Tadic*, TPIY, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, IT-94-1, §§ 116-17.

Le Conseil de l'Atlantique Nord a, en revanche expressément déclaré que les attentats du 11/9 constituaient une attaque armée, telle que mentionnée dans l'art. 5 du traité de Washington, et autorisant le recours à la légitime défense individuelle ou collective.²³¹

En outre, quelques auteurs se sont prononcés pour l'assimilation d'actes terroristes d'une certaine amplitude à une agression armée.²³² Néanmoins, la plupart des auteurs semblent rester prudents quant à étendre le concept d'attaque armée aux actes d'organisations non-étatiques.²³³

Il est dès lors permis de s'interroger quant à la possibilité de déterminer en droit qu'une agression armée a eu lieu si ses auteurs relèvent d'un groupement non-étatique ne bénéficiant pas du soutien d'un Etat. En effet, s'il est possible que les événements du 11/9 résultent en un changement quant à la définition coutumière de l'agression armée, faute d'une quelconque pratique à cet égard ou d'une *opinio juris* claire, il est difficile d'établir que cela aie d'ores et déjà eu lieu. Du reste, déterminer qu'une agression organisée par des bandes non-étatiques a eu lieu et ouvre le droit à la légitime défense ne va pas sans poser de problème sur le plan des relations inter-étatiques. Il est par ailleurs notable que l'opération « *Enduring Freedom* », en s'attaquant au gouvernement taliban auquel les attentats ont été imputés *ex post facto*²³⁴, a évité les inconvénients que poserait le recours à la légitime défense contre une organisation terroriste, sur le territoire d'un Etat tiers.

3. La légitime défense

Dans la perspective où un Etat serait la victime d'un attentat terroriste constitutif d'une agression armée²³⁵, celui-ci serait autorisé à faire usage de son droit de légitime défense, dans la mesure où les circonstances rencontreraient les standards définis dans l'affaire du *Caroline*. Un certain nombre d'obstacles compliquent en revanche *a priori* le recours à la légitime défense dans l'hypothèse où il serait admis qu'une agression armée ne doit pas nécessairement être imputable à un Etat.

Lors de l'incident du *Caroline*, le secrétaire d'Etat américain Daniel Webster indiqua dans un courrier diplomatique que la légitime défense doit se limiter aux cas où « *the necessity of self-defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation* ». Les mesures adoptées ne doivent cependant pas être déraisonnables ou excessives.²³⁶ En d'autres termes, le recours à la légitime défense est soumis aux critères de

²³¹ Déclaration du Conseil de l'Atlantique Nord, 6 décembre 2001, Communiqué de presse M-NAC-2 (2001) 159.

²³² Voir entre autres DINSTEIN Yoram (2001), *War, Aggression and Self-Defence* (3ème éd.), Cambridge, Cambridge University Press, p. 214 ; MÜLLERSON Rein (2002), ‘*Jus ad Bellum : Plus ça change (le monde) plus c'est la même chose (le droit) ?*’, in US Naval War College, *International Law and the War on Terrorism*, pp. 17-19 ; MURPHY Sean D. (2002), ‘Terrorism and the Concept of « Armed Attack » in Article 51 of the U.N. Charter’, 43 *Harvard Internatioanl Law Journal* p. 49.

²³³ CASSESE Antonio (2001), ‘Terrorism is also Disrupting Some Crucial legal Categories of Internatioanl Law’, 12 *EJIL* p. 997 ; BYERS Michael (2002), ‘Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September’, 51 *ICLQ* pp. 409-10 ; KAIKOBAD Kaiyan Homi (1992), ‘Self-Defence, Enforcement Action and the Gulf Wars, 1980-88 and 1990-91’, 43 *BYBIL* 317.

²³⁴ C'est ce que l'on est en droit de conclure en relisant les événements à la lumière de l'affaire des otages. CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, ordonnance du 12 mai 1981, § 74.

²³⁵ Telle qu'incontestablement reconnue en droit coutumier, c'est-à-dire dans le cas où cette attaque est imputable à un Etat.

²³⁶ DIXON M. et McCORQUODALE R. (2000), *Cases and Material on International Law* (3ème éd.), Londres, Blackstone.

nécessité, de proportionnalité et d'immédiateté.²³⁷ En effet, la légitime défense a pour but de déjouer ou de refouler une attaque en cours.²³⁸ Dès lors, les moyens employés doivent être circonscrits à ceux nécessaires à cet effet, ne pas excéder ceux utilisés dans le cadre de l'agression armée et se limiter à répondre à un risque immédiat. Notons cependant que, dans le cas où le recours à la légitime défense amènerait le déclenchement d'un conflit armé, la partie attaquée serait en droit de considérer que la nécessité impose par exemple la poursuite du conflit jusqu'à la reddition de l'ennemi.²³⁹ Dans ce cas, la proportionnalité se soumettrait à la nécessité.

Néanmoins, même dans ces conditions, le principe de nécessité doit être respecté strictement, de sorte que l'objectif doit demeurer la suppression de la menace immédiate. Dès lors, la notion de frappe préventive s'éloigne clairement de la définition coutumière de la légitime défense, en ce qu'elle n'est pas une réponse à une attaque mais une anticipation de celle-ci.²⁴⁰ Ceci dit, il serait imaginable que la réponse d'un Etat agressé requiert un certain délai, en vue, par exemple, de mobiliser ses forces armées. Ceci ne poserait pas de problème sur le plan légal, à partir du moment où l'opération de légitime défense répond néanmoins aux limitations coutumières. En revanche, des frappes telles que celles opérées suite aux attentats de 1998 contre les ambassades américaines de Dar-es-Salam et Nairobi sembleraient plutôt assimilables à des actes de représailles en ce qu'il est douteux que ces attentats soient qualifiables d'agressions armées et parce que ces ripostes n'avaient apparemment pas pour but de viser une quelconque infrastructure directement en cause lors des attentats dans le but de faire cesser ceux-ci. A cet égard, en développant une rhétorique relative à la guerre contre le terrorisme, le gouvernement de G. W. Bush semble avoir délibérément tenté d'élargir autant que possible le concept de légitime défense, de sorte que tout Etat ou organisme susceptible de participer à quelque attentat terroriste que ce soit pourrait être l'objet de mesures dites de légitime défense.²⁴¹

En ce qui concerne l'existence d'un droit, avancé par certains, de légitime défense contre une organisation non-étatique qui ne bénéficierait pas du soutien d'un Etat, force est de constater qu'il est susceptible de poser un problème majeur, en ce qu'il pourrait mener à des violations de l'interdiction du recours à la force. En effet, le droit de légitime défense est coutumièrement considéré comme une dérogation à la prohibition du recours à la force par un Etat contre un autre. Au niveau de la Charte, cela signifie que l'art. 51 permet de déroger à l'art. 2 §4. En d'autres termes, en instiguant une agression armée, un Etat renonce en quelque sorte à sa protection contre le recours à la force, dans ses relations avec la victime et avec tout autre Etat que celle-ci appellera à la rescousse, et ce, tant que le droit de légitime défense peut être exercé à son encontre. En revanche, dans l'hypothèse d'un droit à la légitime défense contre un organisme non-étatique, rien ne justifierait en droit l'usage de la force contre un autre Etat ou sur le territoire de celui-ci.

Plusieurs hypothèses se présentent en effet. Conformément aux principes d'égalité souveraine, de non-intervention et de prohibition de l'usage de la force entre Etats, le pays

²³⁷ *Nicaragua*, § 176 et CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, arrêt du 13 décembre 1999, § 41. Quoique dans les deux affaires la cour ne mentionne pas l'immédiateté, la notion de nécessité semble l'inclure en ce qu'elle implique le recours aux moyens disponibles pour déjouer une attaque en cours.

²³⁸ CONDORELLI Luigi (2001), 'Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ?', 105 *RGDIP*, p. 838.

²³⁹ KAIKOBAD Kaiyan Homi (1992), p. 337.

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ Voir lettre datée du 7 octobre 2001 du gouvernement américain au CS, UN Doc. S/2001/946.

attaqué peut requérir de l'Etat sur le territoire duquel se situe l'organisation terroriste de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à l'agression armée.

L'Etat attaqué peut également requérir et obtenir l'autorisation de l'Etat tiers d'exercer son droit de légitime défense directement sur son territoire. Il s'agit, dans ce cas de figure, de coopération policière ou militaire de prime abord conforme au droit international.²⁴²

Dans l'hypothèse d'un Etat auquel manquerait la capacité ou la volonté de mettre un terme à l'attaque armée lancée depuis son territoire, la situation est plus complexe. Certains auteurs affirment en effet qu'un tel cas de figure constituerait une violation des obligations de cet Etat et autoriserait dès lors l'Etat en légitime défense à exercer son droit sur son territoire. Ce point de vue est partiellement conforté par le projet de responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI.

En effet, le raisonnement suivant est imaginable. Un groupement terroriste capable de lancer une agression ayant l'amplitude et les effets équivalents à ceux d'une armée en campagne exerce de facto une prérogative étatique, la défense du territoire. Par ailleurs, la présence d'un tel groupement sur un territoire, avec les moyens que celui-ci peut posséder, constitue une remise en cause du monopole légitime de la force de l'Etat. Le premier critère de l'art. 9 dudit projet est donc rempli : l'organisation exerce de facto des prérogatives de puissance publique. De plus, il doit exister une carence ou une absence des autorités officielles à cet égard. Enfin, les actes de l'organisation terroriste doivent être tels que dans une situation où ils seraient le fait de personnes agissant à titre privé, ceux-ci requerraient que la puissance publique adopte des mesures appropriées pour y mettre un terme. Si ces trois critères sont remplis, les actes du groupe terroriste sont considérés comme fait de l'Etat au sens de l'art. 9 du projet.²⁴³ Ce cas de figure pourrait, par exemple, être celui d'une situation de « *failed State* ». En vertu de l'art. 41 §3 du projet, l'imputabilité de ces actes à l'Etat permettrait l'adoption de mesures autorisées en droit international. Bien que le cas de la légitime défense ne soit pas expressément mentionné, il peut en être conclu qu'à l'instar d'un acte d'agression directe, cette situation autoriserait l'Etat en légitime défense à faire usage de la force contre l'Etat incriminé, dans les respects de critères afférents à la légitime défense. En tout état de cause, il s'agirait donc de cibler le groupe terroriste dans le but de mettre fin à son agression armée. Cette approche permettrait également de légaliser une intervention dans le cas où l'Etat sur le territoire duquel réside le groupement terroriste n'est pas en mesure de mettre un terme à son attaque armée. Ceci devrait néanmoins rester conforme aux critères de proportionnalité, nécessité et immédiateté. Dès lors, la suggestion de Yoram Dinstein que l'invasion du Liban par les forces israéliennes en 1982 était légale²⁴⁴ semble difficilement admissible, dans la mesure où l'occupation du territoire s'est prolongée durant une vingtaine d'années. Par ailleurs, le manque de capacité ou de volonté d'un Etat à mettre un terme à une agression ne peut être postulé. L'Etat attaqué doit donc laisser l'opportunité à celui-ci de démontrer sa bonne foi, avant de considérer que les circonstances autorisent une intervention sans l'aval de ce pays.

²⁴² Voir par exemple l'attaque d'un véhicule par un avion télécommandé de la CIA sur le sol yéménite. Washington Post, NY Times et le Times du 5 novembre 2002.

²⁴³ Voir commentaires du Projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001), adoptée par la CDI à sa 53ème session, Documents officiels de l'Assemblée Générale, 56ème session, Supplément N°10 (A/56/10), ch. IV E 2.

[http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_commentaries\(e\).pdf#pageMode=bookmarks](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_commentaries(e).pdf#pageMode=bookmarks)

²⁴⁴ DINSTEIN Yoram (2001), War, Aggression and Self-Defence, Cambridge, Cambridge University Press, p. 218.

Ceci dit, les cas de figure où le manque de capacité ou de volonté d'un Etat seront parfaitement évidents risquent d'être anecdotiques, face à toutes les situations où l'Etat en légitime défense argumentera dans ce sens, alors que l'Etat incriminé protestera de sa bonne foi. Dès lors, cette approche ouvre également la porte à nombre d'abus potentiels par un usage illégal de la force sous couvert de légitime défense.

L'autorité du CS permet partiellement de répondre à ce risque. Cependant, en l'état actuel de son fonctionnement, elle donne pratiquement la possibilité aux membres permanents d'avoir recours à cette théorie sans être soumis à d'autre revue que celle de la communauté internationale.

4. Prérogatives du CS sous l'art. 51

Les interprétations convergent quant à l'acception à donner aux « mesures nécessaires » que le CS devrait prendre pour rétablir la paix et la sécurité internationale.

En tant que « droit inhérent », le recours à la légitime défense ne doit pas faire l'objet d'une autorisation du CS. Dès lors, les références dans des résolutions du CS à ce droit confirment son existence sur le plan coutumier mais ne confèrent pas de nouveaux droits sur le plan légal. De plus, si le fait de rapporter au CS les mesures prises en légitime défense renforce de prime abord leur légitimité, ne pas les rapporter ne remet pas leur légalité en cause.

Dès lors que le CS s'est saisi d'une question, deux tendances se distinguent : l'une qui donne la priorité à la légitime défense, l'autre qui fait primer l'autorité des décisions prises sous le chapitre VII par le CS.

La première tendance met l'accent sur la nécessité que les mesures du CS soient effectives pour qu'elles puissent suppléer au droit à la légitime défense. Dans cette optique, les mesures art. 41 et 42 mettent un terme au droit à la légitime défense, à condition qu'elles aient un effet décisif sur l'agression armée et que celle-ci cesse.

La deuxième tendance accorde la primauté à l'autorité du CS dans le cadre du ch. VII sur le droit à la légitime défense. Dès lors, si le CS adopte des mesures dans le cadre de l'art. 41 et que celles-ci résultent dans la cessation de l'agression armée, le recours à la légitime défense doit s'achever. Si les mesures se montrent inefficaces, l'Etat attaqué est en droit de se défendre, tant que le CS n'a pas pris toutes les mesures envisageables pour rétablir la paix et la sécurité internationale. En revanche, si les mesures sont adoptées dans le cadre de l'art. 42, l'Etat attaqué devrait mettre un terme à son usage légitime de la force dès lors que le CS lui en intime l'ordre. Dans l'hypothèse où un tel ordre serait manifestement illégal au regard du *jus cogens* (par exemple si un pays se voyait contraindre de renoncer à une partie de son territoire), l'Etat attaqué ne serait cependant pas obligé de s'y plier.

5. Conclusion

Les circonstances dans lesquelles le recours à la légitime défense est autorisé sont dans l'ensemble relativement claires. En particulier, en dépit de la rhétorique récente des Etats-Unis, d'Israël et de l'Australie, il semble que la notion de légitime défense préventive soit globalement rejetée.

Il reste néanmoins difficile de déterminer si un nouveau type de légitime défense, opposable à des organisations non-gouvernementales, est ou non en voie d'émerger. S'il existe une pression dans ce sens de la part de quelques gouvernements et un certain nombre de chercheurs, cette notion pose des problèmes substantiels et non résolus en termes d'usage de la force. Il est à cet égard légitime de se demander si cette approche n'est pas susceptible de bouleverser l'équilibre établi par la Charte et de déforcer le CS en tant qu'organe destiné à rétablir et protéger la paix et la sécurité internationale.

Ceci est d'autant plus vrai dans la mesure où le droit à la légitime défense possède une existence propre, indépendante de la Charte. Il semble à cet égard qu'il faille envisager le rôle du CS comme justifiant l'arrêt de la légitime défense dès lors que les mesures adoptées se sont montrées efficaces. Ce serait du moins une lecture logique combinant le respect de la Charte et celui du droit inhérent à la légitime défense.

Documents officiels

CS résolution 1368 (2001), 12 septembre 2001, S/RES/1368 (2001).

AG résolution 3314 (XXIX), Définition de l'agression, 14 décembre 1974, A/RES/3314.

AG résolution 1, Condamnation des attaques terroristes perpétrées aux Etats-Unis d'Amérique, 12 septembre 2001, A/RES/56/1.

Déclaration du Conseil de l'Atlantique Nord, Communiqué de Presse (2001) 124, 12 septembre 2001, 40 *ILM* 1267.

Rapport de la CDI sur le travail de sa 53ème session, Docs. Officiels de 'AG, 56ème session, Suppl. N°10, A/56/10, ch. IV E 1.

Déclaration du Conseil de l'Atlantique Nord, Communiqué de Presse M-NAC-2 (2001) 159, 6 décembre 2001.

Articles

ABRAMOWITZ David (2002), 'The President, the Congress, and the Use of Force : Legal and Political Considerations in Authorising Use of Force against International Terrorism', 43 *Harvard International Law Journal* 71.

BYERS Michael (2002), 'Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September', 51 *ICLQ* 401.

CASSESE Antonio (2001), 'Terrorism is also Disrupting some Crucial Legal Categories of International Law', 12 *EJIL* 993.

CONDORELLI Luigi (2001), 'Les attentats du 11 septembre et leur suite : où va le droit international ?', 105 *RGDIP* 829.

DINSTEIN Yoram (2001), War, Aggression and Self-Defence, Cambridge, Cambridge University Press.

GAJA Giorgio (1993), ‘Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial’, 97 *RGDIP* 297.

GILL T.D. (1995), ‘Legal and some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter’, 26 *Netherlands Yearbook of International Law* 33.

GREIG D.W. (1991) ‘Self-Defence and the Security Council : What Does Article 51 Require’, 40 *ICLQ* 366.

KAIKOBAD KAIYAN Homi (1992), ‘Self-Defence, Enforcement Action and the Gulf Wars, 1980-88 and 1990-91’, 43 *BYBIL* 299.

MÜLLERSON Rein (2002), ‘Jus ad bellum : Plus ça change (le monde) plus c'est la même chose (le droit) ?’, in US NAVAL WAR COLLEGE, International Law and the War on Terrorism, Newport, US Naval War College.

MURPHY John (2002), ‘International Law and the War on Terrorism :The Road Ahead’, in US NAVAL WAR COLLEGE, International Law and the War on Terrorism, Newport, US Naval War College.

MURPHY Sean D. (2002), ‘Terrorism and the Concept of « Armed Attack » in Article 51 of the U.N. Charter’, 43 *Harvard International Law Journal* 41.

MYJER Eric P.J. (1997), ‘Some Reflections on Collective Security and the Use of Force : A Critical Review of Dinstein’s War, Aggression and Self-Defence’, 44 *NILR* 89.

SCHRIJVER Nico (2001), ‘Responding to International Terrorism : Moving the Frontiers of International Law for ‘Enduring Freedom’ ?’, 48 *NILR* 271.

TERRORISME ET DROIT DES CONFLITS ARMÉS

Par M^e Babara LECQ
Stagiaire à la Commission Européenne

Introduction

Le concept de guerre contre le terrorisme, tel qu'employé par le Département de la Défense américain (DOD) et la Maison Blanche, a mené à un usage souvent étonnant de la terminologie du droit des conflits armés. Ainsi, les attentats du 11 septembre 2002 sont-ils qualifiés d'actes de guerre, alors que ni les membres d'Al Qaeda ni ceux des forces talibanes ne se voient dans un premier temps reconnaître le titre de combattant lors du conflit en Afghanistan. Le DOD reconnaît finalement le statut de combattant aux Talibans qui se rendent à cette occasion, mais leur dénie le statut de prisonnier de guerre (POW). Par ailleurs, des individus arrêtés en Bosnie-Herzégovine, en Algérie ou même aux Etats-Unis sont qualifiés de combattants illégaux, à l'instar des membres d'Al Qaeda arrêtés en Afghanistan, et transférés à Guantanamo Bay, au camp X-Ray ou, s'ils sont américains, sur des bases militaires américaines. Dans les deux cas, il ne se voient pas autorisés à contacter un avocat et *a fortiori* à mettre en cause leur détention par une procédure d'*habeas corpus*. Aucune charge ne pèse, du reste, sur eux lors de leur arrestation. Enfin, toujours dans le cadre de la guerre contre le terrorisme, une voiture contenant sept hommes est bombardée par un avion de la CIA au Yémen faisant six victimes.

Ainsi, la guerre contre le terrorisme semble remettre entièrement en cause le droit des conflits armés : le conflit est d'ordre universel ; tout le monde peut être considéré comme combattant – et personne à la fois – ce qui rend quasiment toute cible légitime, un individu arrêté, quel que soit le lieu et les circonstances, ne bénéficie d'aucun droit ni d'aucun recours juridictionnel. Ceci nous amène à une triple interrogation. Soit le droit des conflits armés, qui aux dires du DOD ne régule pas de manière satisfaisante ces situations, est entièrement à revoir. Soit il est tout simplement dépassé ; la guerre contre le terrorisme ne doit dès lors plus être régie par ses règles. Soit il reste pertinent et d'application quand ladite guerre prend la tournure d'un conflit armé et laisse la place, dans les autres cas de figure, à un autre corpus de droit – pénal international, pénal interne, des droits de l'homme, etc.

Dans les lignes suivantes, nous tenteront de mettre en avant en quoi le DCA demeure pour l'essentiel entièrement pertinent dans le contexte actuel, comment il permet d'aborder le cas particulier de groupes terroristes, et dans quelle mesure il s'agirait de faire preuve d'inventivité afin que des aspects d'un conflit ne tombent pas dans un trou noir juridique.

1. Qualification du conflit dans la « guerre contre le terrorisme »

L'hypothèse d'un conflit opposant un Etat à une organisation terroriste est susceptible de soulever des difficultés en terme de classification dans le cadre du DCA. Or même si les éléments du DCA régissant les conflits internationaux et internes tendent à converger, il demeure nécessaire de déterminer sous quel régime tombent des affrontements armés. Dans la perspective d'un conflit opposant les forces armées de deux Etats, dont l'un se bat en coopération avec une milice dont les actes sont qualifiables de terroriste, il fait peu de doute que le droit relatif aux conflits internationaux est d'application. En revanche, dans l'hypothèse d'un Etat déclenchant un conflit armé sur le territoire d'un pays tiers contre une organisation terroriste, mais sans s'opposer aux forces nationales, trouver une réponse définitive se révèle plus ardu. Conformément à l'art. 2 commun et à l'art. 1 §3 du Protocole Additionnel II (PAII), une situation d'occupation partielle ou totale de territoire par un Etat est régie par le Droit des Conflits Armés (DCA), même si celle-ci ne rencontre

aucune opposition. Occupation doit ici être entendu dans un sens très large. En effet, elle inclut non seulement l'hypothèse où un Etat exerce de manière prolongée son autorité de facto sur un territoire, mais aussi toute autre avancée de troupes sur un territoire étranger susceptible d'amener la population civile à tomber sous leur pouvoir. Ainsi, le DCA est applicable à une incursion de courte durée par des troupes sur le territoire d'un autre Etat lorsque des civils tombent aux mains de celles-ci.²⁴⁵ Le DCA serait donc applicable dans le cas d'une incursion de forces d'un pays sur le territoire d'un autre aux fins de frapper un groupe terroriste. Cependant, le DCA serait essentiellement applicable dans le chef de ces deux Etats dans leurs relations avec les combattants et civils ressortissant de l'Etat ennemi.²⁴⁶

Qu'en est-il en revanche du cas d'un bombardement du camp de l'organisation dite terroriste situé sur le territoire d'Utopia par les forces de Friendliland depuis le territoire de celui-ci ou d'un pays allié ? En tout état de cause, si ce bombardement présente un quelconque risque à l'égard des populations civiles, il est néanmoins difficile de le qualifier d'occupation. Du reste, les commentaires du CICR qualifient d'arme conflit tout différent réglé au moyen de la force entre des forces armées.²⁴⁷ Doit-on en déduire qu'*a contrario*, l'usage de la force par une armée contre une organisation qui n'est pas rattachée à un Etat ne relève pas du conflit armé ? Ou s'agirait-il d'un conflit armé interne ? Dans la mesure où celui-ci n'a pas lieu sur le territoire de Friendliland, une telle qualification au sens de l'art. 1 §1 du PAII devrait être écartée. L'art. 3 commun ne permet *prime facie* pas non plus de réguler une telle situation en ce qu'il ne couvre que des conflits ayant lieu à l'intérieur des frontières d'un pays et opposant le gouvernement de celui-ci à des forces insurgées.²⁴⁸ Cela signifie-t-il dès lors qu'un bombardement, même massif et prolongé, par Friendliland, d'installations qualifiées de terroristes sur le territoire d'Utopia ne serait pas constitutif d'un conflit armé au sens du DCA, faute d'opposition des forces de ce dernier ? Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a estimé que l'art. 3 couvre en réalité non seulement des conflits internes, mais aussi des conflits internationaux, et qu'il constitue un corpus de règles minimales d'humanité applicables durant tout conflit armé.²⁴⁹ Il semblerait dès lors logique qu'une situation où il est fait usage de la force à une échelle assimilable à un conflit armé contre une organisation non-étatique soit régie par les règles contenues dans l'art. 3 commun, même si le conflit ne rentre par ailleurs pas nettement dans les catégories de conflits internationaux ou internes. D'autre part, dans l'hypothèse où de tels conflits viendraient à se multiplier, il serait envisageable que la définition des conflits internationaux s'élargisse progressivement afin d'inclure sur le plan coutumier des opérations militaires en territoire étranger contre une organisation non-étatique. Dans ce cas de figure, les règles coutumières relatives aux conflits internationaux lieraient en principe les différents belligérants, indépendamment de l'origine nationale du groupe non-étatique.

²⁴⁵ PICTET Jean (éd.) (1958), Commentaires. IVème Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, CICR, pp. 60-61.

²⁴⁶ Art. 5 Convention de Genève I (GCI), art. 4 Convention de Genève II (GCII), III (CGIII) et IV (cgIV).

²⁴⁷ PICTET Jean. (1958), CGIV, p. 20.

²⁴⁸ *Id.*, p. 36.

²⁴⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, jugement du 27 juin 1986, § 218.

2. Le statut de combattant

Le droit international humanitaire distingue les personnes affectées par un conflit armé en deux catégories ou statut primaire : combattants et civils. De ces statuts découlera un statut secondaire lorsque la situation de ces personnes se modifiera (capture, internement, etc.) au cours du conflit.²⁵⁰

L'art. 4 de la CGIV définit implicitement comme combattants les membres des forces armées d'une partie au conflit, d'une milice ou d'un corps de volontaires dont l'organisation se conforme au DCA, est dirigée par une personne responsable de ses subordonnés, arbore un signe distinctif et dont les membres portent ouvertement les armes.²⁵¹ Ceci semble conforme aux règles ultérieures établies par les art. 43 et 44 du Protocole Additionnel I (PAI), ainsi que par les dispositions du Code Lieber et de la Convention de La Haye IV de 1907, qui ne spécifient pas explicitement que ces critères concernent également des forces armées, mais semblent indiquer implicitement que ce sont les caractéristiques relatives à l'armée d'un Etat. Le PAI supprime cependant l'obligation de porter un uniforme ou un signe distinctif, dans la mesure où le combattant porte ses armes ouvertement durant le déploiement précédent une attaque et durant chaque engagement militaire.²⁵² Un certain nombre d'Etats ont émis une réserve à cet égard, déclarant qu'ils considèrent cette disposition applicable uniquement en cas d'occupation ou de guerre de libération nationale.²⁵³ Les gouvernement successifs des Etats-Unis semblent avoir également pris cet élément en considération dans leur choix de ne pas ratifier le protocole. Dès lors, pour ses Etats et dans leurs relations avec tout autre Etat partie qui n'aurait pas émis d'objection à leur réserve, un combattant est requis de porter l'uniforme en-dehors de conflits se déroulant sur un territoire occupé ou durant une guerre de libération. Néanmoins, la pratique de ces mêmes Etats, en ce compris les Etats-Unis, semble tendre vers la reconnaissance du statut de combattant, même quand celui-ci ne porte pas l'uniforme, à condition que son absence ne constitue pas une forme de perfidie ou ne soit pas liée à des activités d'espionnage.²⁵⁴

D'autre part, le statut de combattant dépend aussi de ce que les forces auxquelles il appartient respectent le Droit International Humanitaire (DIH).²⁵⁵ En revanche, son statut n'est pas remis en cause s'il commet lui-même des violations du DIH.²⁵⁶ Il est pour le moins difficile de déterminer dans quelles situations les violations de forces armées pourraient être d'une ampleur telle qu'elles justifiaient qu'un individu se voit refuser la reconnaissance de son statut de combattant. En tout état de cause, au regard de l'esprit des CG, une telle hypothèse serait logiquement limitée à des cas exceptionnels : il a été suggéré que ce serait une possibilité si des forces armées faisaient état de leur intention de

²⁵⁰ IPSEN Knut (1999), ‘Combatants and Non-Combatants’, in FLECK Dieter, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Oxford, Oxford University Press, pp. 65-66.

²⁵¹ L'art. 43 du PAI et les commentaires y afférents rendent en effet clair que ces quatre critères s'appliquent non seulement aux troupes mentionnées dans l'art. 4 §2 de la CGIII mais également aux autres organisations militaires mentionnées dans l'art. 4. SANDOZ Yves *et al.* (éd.) (1987), Commentaire sur les Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève/Dordrecht, CICR/Martinus Nijhoff, pp. 514-15.

²⁵² Art. 44 §3.

²⁵³ En particulier l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, le Canada, la France, l'Irlande, la République de Corée et le Royaume-Uni. L'Espagne et l'Italie ne reconnaissent son application qu'en cas d'occupation. Voir CICR, Etats parties et signataires par traités, www.cicr.org/ihl.

²⁵⁴ American Bar Association Task Force on Enemy Combatants (2002), ‘Preliminary Report’, 08-02-02, p. 10.

²⁵⁵ Commentaires PAI, PP. 524-25.

²⁵⁶ Art. 85 CGIII, art. 44 §2 PAI.

n'avoir aucun égard pour le DIH et commettaient conséutivement un nombre considérable d'infractions graves.²⁵⁷

L'autre statut primaire déterminé par le DIH est celui de civil. Quoique la CGIV soit destinée à protéger cette catégorie, elle ne la définit pas explicitement.²⁵⁸ L'art. 50 du PAI définit le civil négativement en tant que personne qui n'appartient pas aux forces armées telles que définies par l'art. 4 A §§1-3 et 6 de la CGIV et l'art. 43 du PAI. Cette définition négative exclut qu'un individu protégé par le DIH ne soit pas couvert par l'un des deux statuts : toute personne est soit un combattant, soit un civil.²⁵⁹ Il semble qu'une évolution ait eu lieu entre la rédaction de l'art. 4 et du titre II de la CGIV et celle de l'art. 50 du PAI : en effet, si le lien de nationalité joue un rôle essentiel afin de déterminer si un individu est protégé par la CGIV, l'idée d'absence d'allégeance semble émerger afin de couvrir l'essentiel de la population.²⁶⁰ Cette dernière optique, si elle s'impose coutumièrement, permettrait de fournir une protection beaucoup plus satisfaisante aux ressortissants d'Etats neutres ou ayant conservé des relations diplomatiques avec l'Etat partie au conflit aux mains desquelles ils se trouvent.

Dans le cadre de l'opération militaire « *Enduring Freedom* » menée sur le territoire afghan contre les forces talibanes et les troupes d'Al-Qaeda, la Maison Blanche a décrété que parmi les individus combattant aux côtés des forces ennemis, seuls les Talibans étaient couverts par les CG, contrairement aux membres d'Al-Qaeda. Il semble qu'il faille comprendre que les Talibans sont ainsi les seuls à voir leur statut de combattant reconnu. La Maison Blanche a néanmoins conclu qu'aucun des membres de ces deux organisations ne bénéficierait du statut de prisonnier de guerre.²⁶¹

Face à cette situation, il est opportun de se pencher sur l'applicabilité du statut de combattant à des individus ayant pris les armes dans un cadre autre que celui de l'armée d'un Etat. Deux questions se posent essentiellement : un individu peut-il se voir reconnaître le statut de combattant s'il se bat sans signe distinctif ? Un individu perd-il son statut de combattant s'il a violé le DCA durant le conflit ou s'il a commis d'autres infractions antérieurement ou durant le conflit armé ? L'art. 44 du PAI permet d'envisager deux changements progressifs au niveau du droit coutumier. D'une part, tant que des combattants ne cherchent pas délibérément à dissimuler leur statut en ne portant pas ouvertement leurs armes lors du déploiement précédent une attaque ou durant celle-ci, il semble que le port de l'uniforme ou d'un signe distinctif soit en voie de perdre de son importance. Ceci se justifierait notamment par l'impossibilité croissante d'identifier le statut d'individus dans le cadre des méthodes de combat modernes impliquant techniques de camouflage et armes à longue portée. On peut en trouver un écho dans la requête formulée par certains que l'absence d'uniforme ne soit pas en tant que telle assimilée à un acte d'espionnage, et que ce dernier ne soit déduit que d'action indiquant clairement la volonté d'effectuer une mission d'espionnage. D'autre part, dans la mesure où l'art. 44 §4 prescrit que le combattant qui ne porte ni signe distinctif ni ouvertement ses armes durant un engagement est déchu de son statut de prisonnier de guerre, mais pas des droits y afférents, il semblerait logique de considérer que similairement, un individu n'arborant pas de signe distinctif au regard de l'art. 4 de la CGIII ne se voit pas attribuer le statut de

²⁵⁷ Commentaires PAI, p. 524-25.

²⁵⁸ Art. 4 CG et commentaires CGIV, p. 45.

²⁵⁹ Commentaire CGIV, p. 51 et Commentaires API, pp. 609-12.

²⁶⁰ KRIANGSAK Kittichaisaree (2001), International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, pp. 139-42.

²⁶¹ White House Fact Sheet on the Status of Detainees at Guantanamo, 07-02-02, disponible sur www.whitehouse.gov.

prisonnier de guerre, mais en conserve néanmoins les priviléges. En effet, en toute logique, un individu est en principe soit un combattant, soit un civil. Il ne peut pas choisir à sa guise de passer d'une catégorie à l'autre. Un acte gouvernemental peut démettre un combattant de ses fonctions et le ramener, le cas échéant, à la vie civile. En revanche lui-même ne peut pas choisir de passer d'un camp à l'autre à volonté. Dès lors, le fait qu'un combattant habituellement en uniforme soit capturé dans des circonstances où il en est démuni ne devrait pas entraîner qu'il perde son statut de combattant. S'il est capturé durant un déploiement ou une attaque, il pourrait éventuellement être jugé pour perfidie, ou, si les circonstances le justifient, pour espionnage. Néanmoins, il semblerait logique qu'il conserve par ailleurs son statut.²⁶² A cet égard, la question se pose de savoir s'il en est de même dans l'hypothèse où les forces auxquelles le combattant appartient n'arborent simplement pas de signe distinctif. Dans la mesure où ces troupes respecteraient par ailleurs toutes les autres régulations du DCA et n'auraient pas recours à une tenue civile à des fins perfides, il serait envisageable qu'elles soient néanmoins reconnues au regard de l'art. 4 de la CGIII.²⁶³

3. Méthodes de combat

Le DCA prohibe explicitement l'usage de méthodes qualifiables de terroristes contre les populations ennemis. Ceci peut partiellement être déduit des art. 53 et 83 de la CGIV. Cette règle est, en outre, explicitement formulée dans les art. 51 et 53-56 du PAI et 4, ainsi que 13-16 du PAII. Sont ainsi interdites les attaques contre des populations ou de biens civils, des lieux religieux ou culturels ainsi que contre des installations dangereuses lors de conflits internationaux et internes. Plus spécifiquement, les art. 51, §2 du PAI et 13, §2 du PAII interdisent l'usage d'actes de violence ou de menaces dont l'objet primaire est derépandre la terreur parmi les populations civiles. Il doit à cet égard être souligné que les dits actes ou menaces ne doivent pas nécessairement viser la population destinée à être menacée. Une partie pourrait par exemple menacer d'exécuter des militaires originaires d'une région, ou d'exterminer les habitants d'une autre région, afin de terroriser la population locale et d'obtenir l'un ou l'autre avantage. En toute logique, ce cas de figure constituerait une menace de violence destinée à terrifier une population et serait par conséquent prohibé par les articles susmentionnés.

Notons cependant que le fait d'attaquer ou de menacer des civils dans le but de répandre la terreur n'est pas constitutif d'un crime de guerre en l'état actuel du droit international. En revanche, les attaques dirigées contre des populations ou des installations civiles, des biens religieux ou culturels, etc, sont clairement prohibées et constitutives de crimes de guerre durant des conflits internationaux et internes. De même, des attaques qui résulteraient dans des pertes civiles ou dans la destruction de tels biens en raison de leur aspect indiscriminé

²⁶² Voir ainsi art. 29 de l'annexe à la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre terrestre : un espion est un individu agissant clandestinement, sous de fausses apparences, éventuellement portant un déguisement. En revanche, un soldat qui ne porte pas un déguisement mais agit dans des circonstances similaires n'est pas un espion. La volonté délibérée de tromper semble donc jouer un rôle central dans le crime d'espionnage. Par opposition, le fait d'agir ouvertement – y compris sur le plan du port des armes – sans chercher à tromper impliquerait qu'une personne conserve son statut de combattant. Il semble que l'espionnage soit considéré de manière identique à la perfidie : il constitue une violation du DCA, qui peut entraîner un procès, mais ne justifie pas que le combattant impliqué antérieurement dans de telles activités perde son droit au statut de pow.

²⁶³ Citons par exemple le cas des combattants nord-vietnamiens qui se virent généralement reconnaître le statut de prisonniers de guerre par les forces américaines en dépit de l'absence de signe distinctif.

sont prohibées.²⁶⁴ Remarquons encore que le statut du TPIR prévoit même expressément en son art. 8, d) que le tribunal est compétent pour les actes de terrorisme, dans la mesure où ils constituent un crime de guerre.

Au regard de ce qui précède, il apparaît donc très clairement que tout acte qualifiable de terroriste est vraisemblablement prohibé par le DCA et même constitutif de crime de guerre. En somme, l'attaque de toute cible non strictement militaire qui ne soit pas conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité est strictement interdite.

On doit sur ce point rejeter l'assertion suivant laquelle les combattants de guerres de libération des uns sont les terroristes des autres. S'il est vrai que le flou séparant des troubles d'un véritable conflit armé interne peut rendre incertaine la frontière entre les deux types d'individus dans leur rapport aux autorités, il est en revanche très clair que, lorsqu'un conflit s'est déclenché, quel que soit son motif, l'attaque de civils et d'infrastructures civiles, en violation des principes de nécessité et proportionnalité, constitue une violation du DCA.

4. Garanties judiciaires en DIH

Ainsi qu'il a été vu plus haut, toute personne protégée par le DIH est soit un combattant, soit un civil. Il n'existe pas d'exception à cette règle. Si une personne se trouve aux mains d'une partie à un conflit et n'est, en raison de sa nationalité, pas protégée par le DIH, son sort tombe sous l'égide du droit des droits de l'homme. Il n'est donc pas de situation où un individu ne soit pas protégé par l'un ou l'autre.²⁶⁵

Si un individu est arrêté durant un conflit et qu'il s'avère qu'il est protégé par le droit de droits de l'homme, la puissance sous la juridiction de laquelle il se trouve a le devoir de respecter tous ses droits sur le plan judiciaire. Elle ne peut dès lors le maintenir emprisonné sans lui communiquer les bases sur lesquelles il a été arrêté, sans lui laisser une possibilité de recours face à cette arrestation et l'opportunité de rencontrer un avocat afin de pouvoir se défendre, etc.²⁶⁶

En ce qui concerne les individus protégés par le DIH, il semble qu'il y ait une présomption qu'une personne est un civil si elle est arrêtée en civil et ne participant pas aux combats.²⁶⁷ La présomption équivalente existe dans le chef de combattants : un individu arrêté en uniforme et participant aux combats est présumé combattant attribué au statut de POW.²⁶⁸ En cas de doute, la puissance sous le contrôle de laquelle se trouve l'individu en détention se doit d'établir un tribunal conformément aux art. 5 de la CGIII et 45 du PAI, afin de permettre l'adjudication de la question. En tout état de cause, il ne fait aucun doute que toute situation où un individu qui a pris les armes semble ne pas avoir droit à être traité comme POW doit faire l'objet d'une décision judiciaire. En effet, si la personne ne

²⁶⁴ Art. 147 de la CGIV ; art. 2-3 du statut du TPIY ; art. 4 du statut du TPIR ; art. 8 du statut de la CPI.

²⁶⁵ Soulignons que selon le Comité des droits de l'homme de Nations Unies, le droit des droits de l'homme ne s'applique pas uniquement lorsqu'un Etat exerce sa souveraineté sur un territoire, mais également quand il exerce une juridiction *de facto*. Donc le cas d'une occupation ou une situation où un pays en autoriserait un autre à exercer sa juridiction sur un territoire impliquerait, sauf accord contraire express, que l'Etat qui contrôle le territoire y est responsable du respect des droits de l'homme, conformément à sa législation nationale. Voir MERON Theodor (1995), 'Extraterritoriality of Human Rights Treaties', 89 *AJIL*, p. 79.

²⁶⁶ Art. 9-17 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966.

²⁶⁷ Art. 4-5 de CGIV ; art. 50 de PAI ; se déduit également de l'art. 13 du PAII.

²⁶⁸ Art. 4-5 de CGIII et 45 de PAI.

possédait pas le titre de combattant, elle est susceptible d'être poursuivie pour sa participation au conflit. Il est donc indispensable de s'assurer auparavant de son statut.²⁶⁹ De plus, conformément à l'art. 45, §1, si une personne semble avoir droit au statut de POW ou proclame qu'elle y a droit, ou si la partie pour qui elle combattait le proclame, la question doit être éclaircie devant un tribunal. Notons au passage qu'en dépit de ce que les Etats-Unis n'ont pas ratifié le PAI, la régulation 190-8 de l'armée américaine datée du 1er octobre 1997 prévoit aussi en son point 1-6 qu'un tribunal doit juger de la question si un prisonnier proclame avoir droit au statut de POW, même si les circonstances indique le contraire. Par ailleurs, comme indiqué plus haut, certains gouvernements, dont celui des Etats-Unis, ont fait preuve de flexibilité lors de conflits antérieurs, quand il s'agissait d'accorder le statut de POW à d'apparents combattants illégitimes ou à des combattants n'étant pas attitrés au statut de POW.

Si un individu est déclaré civil, sa participation éventuelle aux combats peut faire l'objet de poursuites. Indépendamment de ceci, il peut éventuellement être interné si les circonstances le requièrent. Dans ce cas, conformément aux articles 43 et 78-79 de la CGIV, il a droit de faire appel de son internement dans les plus brefs délais. Par la suite, la nécessité de l'internement devra faire régulièrement l'objet d'une révision, de préférence tous les trimestres. Dans l'hypothèse où un individu n'est pas interné, la puissance sous la juridiction de laquelle il se trouve peut néanmoins l'emprisonner, dans le respect des garanties judiciaires, et en particulier de son droit d'appel face à cette décision. Conformément aux art. 64-78, il peut être jugé pour des actes commis durant l'occupation ou sa participation illégale aux combats. Par ailleurs, il semble logique que la puissance détentrice puisse aussi le juger pour des violations du droit en vigueur antérieurement à l'occupation, dans le cadre de l'exercice de sa juridiction sur le territoire. Qu'en est-il si l'administration judiciaire de la puissance désire obtenir l'extradition d'un individu en relation avec des crimes commis antérieurement à l'occupation, et éventuellement sur un autre territoire ? Au vu des art. 64 et 66-67 de la CGIV, il semble que les cours nationales ou, à défaut, les cours militaires établies par la puissance occupante soient compétentes, si toutefois la législation en vigueur sur le territoire, y compris les traités appropriés, donne aux cours nationales une telle base juridictionnelle. Dans le cas contraire, et en dépit du silence de la CG à ce sujet, il serait imaginable que l'administration judiciaire en question transmette une demande d'extradition aux autorités régissant le territoire occupé. Dans ce cas de figure, l'individu conserve tous ses droits et priviléges de civil. De plus, au regard de l'art. 77 et au vu des pratiques concernant l'extradition de nationaux, il semblerait logique que suite à son jugement et aux éventuels appels, la personne soit rapatriée sur le territoire occupé afin d'y purger sa peine ou d'être relâchée.

En outre, par analogie à l'art. 127 de la CGIV, si une personne internée est transférée pour des raisons de sécurité vers le territoire national de la puissance détentrice, par exemple, elle devrait en principe recouvrir la liberté durant l'année suivant la fin des hostilités ou, en tous les cas, à la fin de l'occupation.²⁷⁰ En outre, si un individu a fait l'objet d'une procédure pénale en territoire étranger, il devrait, par analogie avec l'art. 119 de la CGIII, être rapatrié au plus tard à la fin de sa peine.

Lors d'un conflit non international, tout individu demeure protégé par les dispositions pertinentes du Pacte sur les droits civils et politiques. Par ailleurs, dans la mesure où le PAII prévoit expressément en son art. 6 des garanties judiciaires pour les individus soupçonnés d'avoir commis des crimes en relation avec le conflit armé, il semble que les

²⁶⁹ Art. 45, §2 du PAI.

²⁷⁰ Art. 6 de CGIV.

personnes jugées pour d'autres infractions bénéficient *a fortiori* de ces garanties minimales.

Au regard des dispositions mentionnées, il apparaît qu'une puissance désireuse de poursuivre des civils pour leur participation à des actes terroristes ne soit pas démunie, même lorsque celle-ci est antérieure au déclenchement du conflit. En effet, seront en principe compétents les cours nationales ou les tribunaux établis par la puissance et jugeant selon le droit national. Le cas échéant, l'extradition d'un individu serait envisageable dans le respect de ses droits. Son procès sur le territoire de la puissante occupante devrait demeurer conforme aux prescriptions de la CGIV. Un emprisonnement prolongé sans que le civil n'ait de voie de recours, ne soit informé des charges qui pèsent contre lui ou n'ait de possibilité de se défendre violerait clairement les garanties judiciaires protégeant les civils. Il en serait de même s'il était jugé par un tribunal n'offrant pas les garanties d'indépendance et d'impartialité, si les voies de recours lui étaient fermées ou si, par exemple, son emprisonnement se maintenait après qu'il ait purgé sa peine, en dépit de la fin de l'occupation. En règle générale, il semble que les CG fournissent ainsi un cadre satisfaisant pour la protection des civils et permette néanmoins de lutter efficacement contre le terrorisme.

Les combattants internés obtiennent en principe le statut de POW. Dans l'hypothèse où ils seraient arrêtés dans une situation qui ne leur donne pas droit à ce statut, il semblerait conforme à l'esprit des CG de leur accorder néanmoins les droits et priviléges des POW, conformément ou par analogie à l'art. 44 du PAI. Si cette optique est néanmoins rejetée par la puissance sous l'autorité de laquelle ils se trouvent, ils doivent dès lors être traités comme des civils.²⁷¹

Le régime des POW se distingue essentiellement de celui des civils en ce qu'il est régi par le droit de la puissance détentrice applicable à ses propres forces armées, plutôt que par le droit en vigueur sur un quelconque territoire occupé.²⁷² Ainsi les POW peuvent être traduits devant les tribunaux militaires de la puissance détentrice ou devant une cour civile, suivant ce que prévoit la législation de la puissance à l'égard de ses forces armées.²⁷³ Ces tribunaux doivent présenter toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité et permettre au POW de bénéficier de toutes les garanties judiciaires, ainsi que des droits appropriés à sa défense. Ces cours pourront également connaître d'infractions commises antérieurement à la capture.²⁷⁴

La détention préventive d'un POW précédant son procès n'excédera pas trois mois, à moins qu'une durée supérieure ne soit prévue pour les membres des forces armées de la puissance détentrice.²⁷⁵ Le POW sera jugé devant les mêmes cours, en bénéficiant des mêmes droits et garanties que les membres des forces nationales.²⁷⁶ Il ne pourra pas être

²⁷¹ L'art. 5 de la CGIV indique clairement à cet égard que les espions sont considérés et protégés comme civils.

Il en va de même pour d'autres individus qui se verraiient refuser la reconnaissance en tant que combattant.

²⁷² Art. 82 de CGIII.

²⁷³ Art. 84 de CGIII.

²⁷⁴ Art. 85 de CGIII. Il sera cependant essentiel que ceci ne viole pas le principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. En effet, on n'imaginera pas un procès relatif à un acte de droit commun commis sur le territoire d'un Etat, où il ne constituait pas une infraction, et faisant ultérieurement l'objet de poursuites devant les cours de la puissance détentrice, alors que celles-ci ne sont en principe pas compétentes. Ainsi, dans l'hypothèse d'un conflit entre le Pakistan et l'Inde, il serait inacceptable qu'un militaire indien soit jugé par une cour pakistanaise, en fonction du droit pakistanais et éventuellement de la sharia, pour des actes commis antérieurement au conflit, sur le territoire indien et non réprimés par le droit indien.

²⁷⁵ Art. 103 de CGIII.

²⁷⁶ Art. 84, 87-88, 99, 102, et 104-108 de CGIII.

condamné à une peine plus sévère.²⁷⁷ En outre, les opportunités pour faire appel du jugement seront les mêmes que pour les membres de forces nationales.²⁷⁸

Notons encore qu'ainsi qu'indiqué à l'art. 44, §2 du PAI, la commission d'infractions au DIH ne remet pas en cause le droit d'un combattant à être considéré comme POW. Par analogie, la commission d'autres crimes violent ou non le droit international ne devrait pas plus remettre en question le statut de POW. Par ailleurs, conformément à l'art. 119 de la CGIII, la puissance détentrice peut détenir un POW jusqu'à ce qu'il ait purgé sa peine, même si le conflit a touché à son terme. Dès que la POW a fini de purger sa peine, il doit être rapatrié.

A nouveau, le DIH semble offrir un cadre satisfaisant dans la lutte contre le terrorisme. En fait, il sera probablement encore plus avantageux de juger un combattant pour des actes terroristes, plutôt qu'un civil. En effet, si la puissance détentrice est le *forum delicti commissi*, elle préférera vraisemblablement que l'affaire soit soumise à ses cours. C'est ce que prévoit expressément la CGIII à l'égard des POW. Le seul impératif est que les POW bénéficient d'un traitement non moins avantageux que celui accordé aux membres des forces nationales.²⁷⁹

Soulignons pour conclure que les garanties judiciaires accordées aux civils comme aux POW font partie d'un noyau inaliénable de droits garantis par le DIH. Le fait de priver un civil ou un POW de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement constitue une infraction grave aux CG, ainsi qu'un crime de guerre au regard de l'art. 3 commun.²⁸⁰ L'écrasante majorité des Etats le comptent également parmi les violations du droit international humanitaire.²⁸¹ Certains pays énumèrent en outre parmi les crimes de guerre le fait de reporter indûment le rapatriement de prisonniers de guerre.²⁸²

Au regard de ce qui précède, il est clair que le maintien dans une situation d'incertitude des prisonniers de Guantanamo constitue une violation du DIH. Si le statut de nombreuses personnes peut être discuté, vu leur nationalité, il est par contre clair que les ressortissants afghans doivent être protégés soit comme civils, soit comme POW, et bénéficient de toutes les garanties afférentes à ce statut. S'il s'avérait que leurs droits les plus fondamentaux à un procès équitable ont été violés, la responsabilité des Etats-Unis serait engagée. La responsabilité pénale individuelle des personnes ayant ordonné un procès manifestement illégal ou ayant émis un ordre établissant des cours violent les garanties judiciaires fondamentales pourrait également être engagée.

²⁷⁷ Art. 87-88 et 102 de CGIII.

²⁷⁸ Art. 106 de CGIII.

²⁷⁹ Notons cependant que dans les Etats qui autorisent les châtiments corporels, y compris l'amputation, sont considérés à la limite de pratiques inhumaines. Dans ce cas de figure, une telle puissance détentrice aurait vraisemblablement intérêt à éviter que les POW ne soient soumis à de telles peines, de peur que celles-ci soient ultérieurement considérées comme une forme de torture ou de traitement inhumain.

²⁸⁰ Art. 130 de CGIII ; art. 147 de CGIV ; art. 4 du statut du TPIR ; art. 8 du statut de la CPI.

²⁸¹ Voir par exemple (extraits de <http://www.cicr.org/ihl-nat>) Code Pénal d'Azerbaïdjan, Règles disciplinaires des forces armées du Burkina Faso, National Defence Act au Canada, Code Pénal croate, Geneva Convention Law et Additional Protocol I Law à Chypre, Code Pénal de la République tchèque, la Loi sur les CG du Luxembourg, Code Pénal du Mali, Décret sur la discipline des forces armées au Sénégal, Code Pénal slovène, Code pénale espagnol.

²⁸² Voir idem.

5. Conclusion

Le DCA n'a dans l'ensemble pas été rédigé dans le but de répondre aux problèmes soulevés par le terrorisme. Néanmoins, il s'avère relativement efficace à réguler les actes terroriste durant un conflit armé ou à déterminer le statut d'individus tels que ceux emprisonnés à Guantanamo. Au minimum, le DCA fournit des pistes à explorer, par exemple en ce qui concerne l'émergence potentielle d'un nouveau type de conflits opposant Etats et organisation non-gouvernementales.

Néanmoins, l'actualité des deux dernières années peut éveiller une certaine inquiétude. En effet, peu importe la pertinence du DCA aujourd'hui, dès lors que la plus puissante armée choisit de ne le respecter que suivant ses conditions, la crédibilité de tout l'édifice juridique est remis en cause.²⁸³

Documents officiels

White House Fact Sheet, Status of Detainees at Guantanamo, 7 février 2002.

Inter-American Commission on Human Rights, Décision du 12 mars 2002 concernant les détenus de Guantanamo Bay, 23 *HRLJ* 15.

Commentaires du CICR

CGIII : art. 2, 3 et 4

CGIV : art. 4, 5, et 147.

PAI : art. 43 44, 51, 75 et 85.

PAII : art. 13.

Articles

AMERICAN BAR ASSOCIATION TASK FORCE ON TREATMENT OF ENEMY COMBATBATS, Preliminary Report, 8 août 2002.

AMERICAN BAR ASSOCIATION TASK FORCE ON TERRORISM AND THE LAW, Report and Recommendantions on Military Commissions, 4 janvier 2002.

DORF Michael C. (2002), ‘What is an « Unlawful Combatant » and Why It Matters’, Findlaw, 23 janvier 2002.

DORF Michael C. (2002), ‘Who Decides Whether Yaser Hamdi, or Any Other Citizen, Is an Enemy Combatant ?’, Findlaw, 21 août 2002.

²⁸³ On ne saurait par ailleurs trop rappeler le laxisme qui semble avoir régné dans le traitement conjoint des combattants talibans et Al Qaeda par notamment les troupes afghanes, américaines et britanniques. Il semble à cet égard qu'un certain nombre de crimes de guerre, dont des meurtres et des actes de torture, aient été pratiqués à moyenne échelle, sans faire, pour l'instant, l'objet de poursuites au sein des forces concernées. Voir pour information sites de Human Rights Watch (www.hrw.org) ou d'Amnesty International (www.amnesty.org), par exemple.

ELSEA Jennifer (2001), ‘Trying Terrorists as War Criminals’, CRS Report for Congress.

ELSEA Jennifer (2002), ‘Treatment of « Battlefield Detainees » in the War on Terrorism’, CRS Report for Congress.

GASSER Hans-Peter (1986), ‘Interdiction des actes de terrorisme dsan le droit international humanitaire’, 760 *RICR* 207.

GASSER Hans-Peter (2002), ‘Acts of Terror, « Terrorism » and International humanitarian Law’, 847 *RICR* 547.

MERON Theodor (1998), ‘Classification of Armed Conflicts in the Former Yugoslavia : Nicaragua’s Fallout’, 92 *AJIL* 236.

NAQVI Yasmin (2002), ‘Doubtful Prisoner of War Status’, 847 *RICR* 571.

RAMASASTRY Anita (2002), ‘Do Hamdi and Padilla Need Company ?’, FindLaw, 21 août 2002.

ROGERS APV (2002), ‘The Use of Military Courts to Try Suspects’, 51 *ICLQ* 967.

SHELTON Dinah (2002), ‘The Legal Status of the Detainees at Guantanamo Bay : Innovative Elements in the Decision of the Inter-American Commission on Human Rights of 12 March 2002’, 23 *ILM* 13.

WECKEL Philippe (2002), ‘Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo’, 106 *RGDIP* 357.

WEDGWOOD Ruth (Prisoners of a Different War’, Yale Law School website, 30 janvier 2002.

LE TERRORISME EN DROIT PENAL COMPARE ET INTERNATIONAL

Par M^elle Barbara LECQ
Stagiaire à la Commission Européenne

Introduction

L'étude du terrorisme dans le contexte du *jus ad bellum* et du *jus in bello* démontre que ceux-ci ne peuvent constituer les cadres exclusifs de la lutte anti-terroriste. En effet, la plupart des attentats ne sont pas constitutifs d'une agression armée et n'ont pas lieu dans le contexte d'un conflit armé : ils ne sont dès lors pas régis par ces domaines du droit international. En revanche, si l'on admet que le problème du terrorisme relève avant tout de l'ordre pénal, il peut être attaqué par l'intermédiaire d'une procédure pénale appropriée.²⁸⁴ Ceci nécessite une législation interne et internationale adéquate et est susceptible d'impliquer le monde judiciaire domestique comme international.

Afin d'évaluer la qualité des outils à notre disposition dans la lutte contre le terrorisme, il est pertinent de se pencher, dans un premier temps, sur le corps de conventions internationales adressant directement le problème. Ceci nous permettra entre autres d'envisager la coopération inter-étatique et ses failles.

Nous nous pencherons ensuite sur le statut de la prohibition du terrorisme en droit pénal international. Le but est de déterminer en quoi la prohibition des violations du *jus cogens* pourrait indirectement permettre de s'attaquer au terrorisme.

Nous aborderons, pour finir, les perspectives offertes par la CPI dans la lutte contre le terrorisme.

1. Conventions contre le terrorisme

Définition d'un acte terroriste

Pas moins d'une vingtaine de traités à caractère régional ou universel ont été adoptés afin de limiter certaines activités terroristes. Ceux-ci sont en général d'ordre réactif, en ce qu'ils tentent de répondre à la multiplication d'un type particulier d'attentats. Chaque traité vise dès lors à protéger un type de cible particulier de sorte que dans leur ensemble, ils constituent un patchwork de mesures destinées à réprimer le terrorisme. Sont ainsi protégés les aéronefs et aéroports, les navires et plates-formes fixes, les personnes jouissant d'une protection internationale et les matières nucléaires.²⁸⁵ Les instruments régionaux, ainsi que les récentes conventions sur les attentats à l'explosif et sur le financement du terrorisme, tentent en revanche de s'attaquer au terrorisme dans sa globalité.²⁸⁶ Cette diversité de

²⁸⁴ VAN DEN WYNGAERT Christine (1990), 'The Political Offence Exception to Extradition : How to Plug the « Terrorist's Loophole » without Departing from Fundamental Human Rights ?', 62 *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 291.

²⁸⁵ Convention sur le marquage des explosifs aux fins de détection, 1991 ; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, 1988, et Protocole sur les plates-formes fixes, 1988 ; Convention sur la protection physique des matières nucléaires, 1979 ; Convention internationale contre la prise d'otages, 1979 ; Convention sur la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, 1973 ; Convention pour la répression d'actes contre la sécurité de l'aviation civile, 1971 et Protocole additionnel pour les aéroports civils, 1988 ; Convention pour la suppression de la capture illicite d'aéronefs, 1970 ; Convention relative aux infractions survenant à bord d'aéronefs, 1963.

²⁸⁶ Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 1999 ; Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, 1997 ; Traité sur la coopération à la lutte contre le terrorisme entre Etats de la CEI, 1999 ; Convention de l'OUA sur la lutte contre le terrorisme, 1999 ; Convention de

traités pose deux problèmes apparents. Premièrement, ils présentent le risque de laisser un vide juridique dans certains domaines. En outre, faute d'avoir tous été ratifiés par la plupart des Etats, ces traités sont diversement applicables de par le monde, créant des espaces où certains types d'actes seront conventionnellement prohibés et pas d'autres.

Une piste envisagée a été la création d'un traité d'ordre universel englobant toutes formes de terrorisme.

Etape intermédiaire entre un instrument régissant un aspect pointu du terrorisme et un tel traité, la convention de 1997 sur les attentats à l'explosif régit de manière large les actes commis à l'explosif dans ou contre des lieux publics et destinés à provoquer des dommages corporels ou matériels sérieux.²⁸⁷ On doit néanmoins s'étonner de ce que les activités de forces armées couvertes par le droit humanitaire ou d'autres règles de droit international sont exclues de la portée de ce traité.²⁸⁸ Plusieurs remarques doivent être faites à cet égard. D'une part, durant un conflit armé, la catégorie d'individus autorisés à faire usage de la force comprend outre les forces armées certaines milices, des groupes de volontaires, de résistants, les participants à une levée en masse, etc.²⁸⁹ Il semble dès lors incongru que seuls les membres des forces armées soient exclus de la portée du traité. Le résultat pourrait en effet être que tous les actes de forces non-gouvernementales soient qualifiés de terroriste au regard de la convention, mais que les mêmes actions commises par les forces armées ne le soient pas. Par ailleurs, s'il est vrai que dans certaines circonstances, des manœuvres militaires légales en DCA sembleraient violer ce traité, il n'en demeure pas moins que les membres de forces armées peuvent aussi avoir recours à des méthodes terroristes en violation du DIH et de ce traité. Il serait dès lors tout à fait envisageable que de tels actes soient réprimés au regard du DCA et de cette convention.²⁹⁰ Similairement, il semble absurde d'exclure *ipso facto* tout acte commis par des forces armées qui soit régi par d'autres règles de droit international. Dans la mesure où il n'est pas certain que l'on puisse déterminer qu'un acte terroriste ne fait par définition pas partie des actes de la fonction, cela revient à accorder un blanc-seing à des forces armées.²⁹¹

Par ailleurs, celle-ci vient allonger la liste des traités couvrant un aspect limité du terrorisme et rendant plus complexe la répression globale de celui-ci.

Sur le plan régional, les conventions relatives au terrorisme présentent des différences marquées quant aux actes incriminés. Ainsi, la récente Décision-cadre du 13 juin 2002 du Conseil de l'UE couvre les actes réprimés par les conventions spécialisées, lorsqu'ils sont commis dans le but d'intimider une population ou de déstabiliser ou détruire des structures

l'Organisation de la conférence islamique sur la lutte contre le terrorisme, 1999 ; Convention arabe sur la suppression du terrorisme, 1998 ; Convention régionale de l'ASCR sur la suppression du terrorisme, 1987 ; Convention européenne sur la répression du terrorisme. Conclue à Strasbourg le 27 janvier, 1977 ; Convention de l'OEA pour la répression des actes de terrorisme, 1971.

²⁸⁷ Art. 2.

²⁸⁸ Art. 19, §2.

²⁸⁹ Voir art. 4 de CGIII et art. 43-44 du PAI.

²⁹⁰ Ceci par analogie à la pratique en vigueur dans les TPI d'inculper un individu pour un acte sous les différents chefs d'accusation applicables. Ainsi un même acte peut constituer à la fois une violation grave des CG et un crime contre l'humanité, par exemple.

²⁹¹ Ce que recouvre l'expression 'autres règles de droit international' n'est du reste pas clair. Ainsi, les forces armées sont, en temps de paix, soumises au droit des droits de l'homme. Est-ce à dire que cela suffit à les exempter d'une violation de cette convention ? Cela semblerait un résultat pour le moins déraisonnable. Voir globalement sur l'exemption des forces armées lettre commune de HRW et Amnesty International, 28 janvier 2002, <http://www.globalpolicy.org/wtc/terrorism/2002/0128aihrw.htm>.

étatiques ou d'une organisation internationale.²⁹² La participation à une organisation terroriste²⁹³ ainsi que la commission d'actes liés à l'activité terroriste²⁹⁴ sont également criminalisées.

La convention de l'OEA de 1971 se borne à couvrir le rapt, l'homicide et les attentats contre les personnes protégées internationalement.²⁹⁵ La Convention européenne de 1977 inclut, quant à elle, les infractions à la convention de 1970 sur la capture des aéronefs, à la convention de 1971 sur la sécurité de l'aviation civile, les attaques contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté de personnes internationalement protégées, l'enlèvement arbitraire et l'usage d'explosifs ou d'armes à feu susceptibles de provoquer des dommages corporels.²⁹⁶ Le traité anti-terroriste de l'Association sud-asiatique de coopération régionale recouvre, à l'instar du précédent, les conventions de 1970 et 1971, la convention de 1973 sur les personnes internationalement protégées, ainsi que toute autre convention de l'ASCR qui crée une obligation de poursuivre ou extrader, de même que le meurtre et autres violences corporelles, l'enlèvement, l'usage d'armes à feu ou d'explosifs destinés à perpétrer des actes de violence indiscriminés impliquant des dommages corporels ou matériels.²⁹⁷

Au regard de la convention arabe sur le même sujet, est considérée comme acte terroriste toute infraction à la convention de 1963 sur les actes commis à bord d'aéronefs, à la conventions de 1970, à celle de 1971 et son protocole de 1984, à la convention de 1973 sur les personnes internationalement protégées, à celle de 1979 contre la prise d'otages et de 1982 sur le droit de la mer, lorsque cet acte est commis dans l'objectif d'avancer un agenda criminel et de répandre la terreur, de mettre la liberté ou la sécurité de personnes en danger, ou d'occuper ou endommager des ressources naturelles, ou des installations privées ou publiques.²⁹⁸ Est également couverte l'attaque de chefs d'Etat, ministres, diplomates et de leurs proches.²⁹⁹ La convention contre le terrorisme de la conférence islamique reprend pour l'essentiel la précédente, mais rajoute à la liste des crimes couverts les infractions visées par la convention de 1979 sur les matières nucléaires, la convention de 1988 sur la sécurité de la navigation maritime, la convention de 1991 sur le marquage des explosifs et la convention de 1997 sur les attentats à l'explosif.³⁰⁰ Dernièrement, la convention de l'OUA de 1999 sur la répression du terrorisme se rapproche de l'esprit de la Décision-cadre de l'UE. Elle vise à criminaliser toute infraction au droit interne d'un Etat susceptible de menacer l'intégrité physique ou la liberté d'individus ou de causer des dommages à une propriété privée ou publique ou à des ressources naturelles lorsque celle-ci est commise dans le but de déstabiliser ou de contraindre un Etat ou une population et d'imposer un agenda.³⁰¹ La convention de l'OUA partage une spécificité avec celle des Etats arabes et de la conférence islamique. Toutes excluent que soit considérée comme

²⁹² Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, 2002/475/JAI, art. 1.

²⁹³ Art. 2.

²⁹⁴ Art. 3.

²⁹⁵ Convention pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales, 2 février 1971, 1438 UNTS 197, art. 2-3.

²⁹⁶ Convention européenne pour la répression du terrorisme, 27 janvier 1977, 1137 UNTS 98, art. 1.

²⁹⁷ Convention régionale de l'ASCR pour la suppression du terrorisme, 4 novembre 1987, <http://untreaty.un.org/French/Terrorism.asp>, art. 1.

²⁹⁸ Convention arabe pour la suppression du terrorisme, 22 avril 1998, art. 1, §§ 2-3.

²⁹⁹ Art. 2, b).

³⁰⁰ Convention de l'Organisation de la conférence islamique sur la lutte contre le terrorisme international, 1er juillet 1999, annexe à la résolution n° 59/26-P, art. 1, §4. Notons que ce paragraphe exclut néanmoins que les infractions visées relèvent de la compétence d'un Etat si celui-ci a une législation qui l'exclut ou s'il n'est pas partie au traité y afférent. En résumé, cette convention crée un régime qui perpétue précisément le manque d'homogénéité du droit international afférent au terrorisme.

³⁰¹ Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, 14 juillet 1999, art. 1, §3.

terroriste une action menée dans le cadre de l'exercice du droit à l'auto-détermination.³⁰² A l'instar de ce qui a été dit sur les clauses similaires relatives aux forces armées, il semble difficile de justifier en droit cette disposition. Elle participe dès lors à déforcer le régime anti-terroriste plutôt qu'à le consolider.

La nouvelle convention inter-américaine contre le terrorisme couvre quant à elle les infractions aux conventions spécialisées susnommées.³⁰³ Elle prévoit que les Etats qui ne sont pas partie à l'un d'entre eux sont liés par tous les autres, à l'exception de celui-là. De la sorte, la convention inter-américaine participe également au manque d'uniformité de la législation pénale internationale.³⁰⁴

De manière générale, on peut distinguer deux tendances quant à la définition d'un acte terroriste. En ce qui concerne le fond, les Etats européens, américains, africains et asiatiques semblent tendre vers une approche qui englobe les infractions visées par les instruments spécialisés existant. Les Etats arabes et membres de la conférence islamiques ont en revanche opté pour une définition inclusive qui comprend non seulement ces infractions, mais également potentiellement tout acte de violence contre des personnes ou des biens, et en particulier l'assassinat de dignitaires. Au niveau de la forme, seuls les pays européens et africains semblent avoir opté pour la mention *in extenso* des infractions couvertes, alors que les Etats arabes, américains et islamiques se contentent de renvoyer aux conventions en vigueur. Les Etats asiatiques ont opté pour une voie médiane en ayant recours simultanément aux deux approches.

Le projet de convention générale sur le terrorisme international constitue une tentative de compléter le corpus de traités existant. En effet, il est en particulier destiné à couvrir les actes terroristes présentant un élément d'extranéité qu'aucun autre texte ne viserait.³⁰⁵ La définition des actes couverts est très large et se rapproche entre autres substantiellement de la convention de l'OUA et de la Décision-Cadre du Conseil de l'UE. Elle recouvre tout acte commis illicitement et intentionnellement qui provoque la mort ou des dommages corporels, des dommages matériels à une propriété privée ou publique ou à l'environnement ou d'autres dommages matériels destinées à entraîner une perte économique substantielle, lorsque cet acte a pour but d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à un certain type de comportement.³⁰⁶ La combinaison de la gravité des actes incriminés et de la motivation permet d'écartier le risque que des actes d'une importance anecdotique ne soient également couverts.

Il doit cependant être noté qu'un élément indirectement lié à la définition du terrorisme fait l'objet de désaccords substantiels. En effet, le projet d'article 18 prévoit que l'action de forces armées dans le cadre de conflits armés ou dans tout autre contexte n'est pas couverte par ce texte.³⁰⁷ Les Etats liés aux conventions arabe, africaine et de la conférence islamique

³⁰² Art. 2, a) de convention arabe ; art. 2, a) de convention islamique ; art. 3, a) de convention OUA.

³⁰³ Inter-American convention against terrorism, 3 juin 2002, [www.oas.org,,](http://www.oas.org/) art. 2, §1.

³⁰⁴ Par ailleurs, il est légitime de se demander si la référence à un autre traité amène à importer uniquement les définitions des infractions, ou si les réserves et la pratique y afférentes doivent également être prises en compte.

³⁰⁵ Rapport du Comité Spécial créé par la résolution 51/210 de l'AG, sixième session, A/57/37, Annexe II, art. 2 bis, <http://www.un.org/law/terrorism/index.html>.

³⁰⁶ *Idem*, art. 2. A noter que la version française du projet place l'élément relatif à la motivation dans le paragraphe concernant des dommages entraînant d'importantes pertes économiques, excluant de prime abord qu'il constitue un élément de l'infraction pour les deux autres types de violation. Néanmoins, les versions anglaises et espagnoles du texte, ainsi que le projet indien originel indiquent clairement que ce critère doit être lu comme s'appliquant également aux autres infractions.

³⁰⁷ *Idem*, Annexe IV.

se sont prononcés quant à eux pour l'ajout d'une clause permettant que les combattants de guerre de libération ne soient pas couverts non plus. L'objectif de ces démarches est d'éviter que des actes légaux au regard du DCA puissent faire l'objet de poursuites par l'intermédiaire de cette convention. On doit à cet égard regretter que le projet ne s'inspire pas plus des textes de DCA en vigueur. A cet sujet, on pourrait imaginer une clause déclarant grosso modo :

- « Les activités menées par les membres de groupes,
a) tels que les forces armées d'une partie à un conflit, une milice, un corps de volontaires ou tout toute autre organisation assimilée à des forces armées ;
b) ayant été établis conformément à l'art. 4, §§ 1-3 et 6 de CGIV ou à l'articles 43 du PAI ou à l'article 1, §1 du PAII ;
c) en tant qu'elle sont régies par le DCA et conformes à celui-ci ; ne sont pas régies par la présente convention. »

Une telle approche permettrait de protéger tout combattant légitime de poursuites abusives pour des actes conformes au DCA, tout en s'assurant que dans les cas où il y a concours d'infraction, une personne puisse être poursuivie au regard de la convention et du DCA. En effet, en l'état actuel du projet, il est à craindre que certains actes légaux sur le plan du DCA soient incriminés par la convention et que certains actes prohibés par le DIH ne le soient pas.

2. L'extradition dans la lutte contre le terrorisme

La répression transnationale du terrorisme n'est pas uniquement rendue difficile par l'aspect morcelé des conventions y afférentes. Les difficultés inhérentes au processus d'extradition constituent également un frein considérable. L'extradition, qu'elle se base sur un traité bilatéral d'extradition ou une convention comprenant une clause à ce sujet, est en effet traditionnellement sujette à un certain nombre de limitations : règle de la double peine, protection des ressortissants nationaux, exception pour crimes politiques, etc. Certaines de ces restrictions ont été justifiées en tant que protection des droits de l'homme. Néanmoins, il semble qu'une analyse en profondeur serait appropriée afin d'évaluer dans quelle mesure chacune d'elles est effective pour protéger les droits de l'homme.³⁰⁸ En particulier, afin de rendre la lutte contre le terrorisme aussi effective que possible, il est opportun de s'assurer que les clauses relatives aux droits de l'homme ne créent pas une situation d'immunité *de facto*. Dans un même temps, il est indispensable que les exceptions qui constituent des protections individuelles efficaces ne se voient pas supprimées.

Dans ce cadre, l'exception relative aux crimes politiques semble être la plus problématique. En effet, lorsqu'elle est invoquée par un Etat, celui-ci se montre souvent peu enclin à engager de poursuites contre l'individu qu'il est désireux de protéger, même quand une convention crée en principe l'obligation *aut dedere aut judicare*. Une telle situation est préjudiciable à la coopération judiciaire, dans la mesure où elle est susceptible de créer une immunité *de facto* face aux poursuites. Une solution envisagée par la plupart des traités relatifs à l'extradition est de déclarer que les actes couverts ne seront pas considérés comme des crimes politiques. Il est néanmoins remarquable qu'aucune

³⁰⁸ LAGODNY Otto (1990), 'Human Rights in the Field of Extradition', 62 *Rev. Intl. de Droit Pénal*, p. 50.

définition internationalement acceptée de la notion de crime politique ne semble exister.³⁰⁹ On notera par exemple que l'attaque de dépôts militaires lors d'un conflit opposant des forces armées à un groupe de guérilleros pourrait être qualifiée par certains d'acte terroriste et par d'autres d'acte de guerre conforme au droit de conflits armés. Supprimer *per se* l'interdiction d'extrader pour des crimes politiques est ainsi susceptible d'envoyer un individu dans un Etat où il fera l'objet de poursuites voire d'un procès d'ordre avant tout politique. Cela semble donc être une approche non conforme aux intérêts des droits de l'individu extradé.³¹⁰

En revanche, faute de limitations, les Etats requis tendent à faire usage de la clause des crimes politiques en fonction des affinités les rattachant à l'Etat requérant.

Il semblerait dès lors qu'un compromis doive être trouvé dans l'établissement de critères normatifs destinés à évaluer si le crime pour lequel l'extradition est requise relève ou non de la catégorie des crimes politiques.³¹¹ A l'instar de ce qui existe dans la convention européenne de 1977, à l'art. 13 §1, ont été suggérés comme éléments déterminants la gravité de l'acte, le fait qu'il ait créé un danger collectif, qu'il ait visé des personnes étrangères aux motifs qui l'ont inspiré ou qu'il ait impliqué l'usage de moyens cruels et perfides. La prise en compte de tels critères permettrait d'écartier que l'extradition soit refusée sur base de motifs indépendants du crime en question.

Afin d'éviter par ailleurs que des terroristes n'échappent à des poursuites grâce à leur fuite à l'étranger, la plupart des conventions relatives au terrorisme prévoient une clause créant une obligation de poursuivre si l'extradition est refusée. Quelques problèmes se posent néanmoins. En particulier, les procédures entamées par un Etat autre que celui du *forum delicti commissi* sont susceptibles d'impliquer le transfert de preuves que l'Etat requérant pourrait être réticent à partager après s'être vu refuser l'extradition sur base de son caractère politique. De manière générale, l'établissement d'un dossier conséquent risque d'être beaucoup plus difficile faute d'avoir les preuves matérielles et les témoins éventuels à disposition. En outre, l'Etat requis a le devoir de soumettre le dossier aux autorités compétentes. Celles-ci n'ont en revanche aucune obligation d'engager des poursuites et ont toute liberté pour déterminer le type d'infraction sur base desquelles celles-ci seraient engagées, etc. De la sorte, il est apparu que l'obligation *aut dedere aut judicare* fait pratiquement l'objet de violations dans la majorité des refus d'extradition, ou au moins d'une lecture très flexible.³¹² L'effectivité de la lutte contre le terrorisme implique donc qu'en cas de refus d'extrader, un Etat s'assure qu'une enquête effective est ouverte. Il pourrait éventuellement être intéressant, de ce point de vue, d'envisager la création d'un Rapporteur similaire à celui existant notamment pour la torture, et qui se charge du suivi des Etats quant à leur obligation *aut dedere aut judicare* dans des dossiers de terrorisme ou concernant d'autres crimes internationaux.

³⁰⁹ VAN DEN WYNGAERT Christine (1990), 'The Political Offence Exception to Extradition : How to Plug the « Terrorist's Loophole » without Departing from Fundamental Human Rights', 62 *Rev. Intl. Dr. Pén.*, p. 295.

³¹⁰ *Idem*, p. 294.

³¹¹ LUBET Steven (1990), 'The Political Offence Exception', 62 *Rev. Intl. De Droit Pénal*, p. 105.

³¹² VAN DEN WYNGAERT Christine (1990), *op. cit.*, p. 294.

3. Le terrorisme et les violations du jus cogens

Le terrorisme n'est, en règle générale, pas considéré comme une violation *du jus cogens*. Il n'a dès lors pas été inclus dans le projet de 1996 de la CDI de Code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Néanmoins, dans certaines circonstances, des infractions qualifiées de terroriste pourraient également être prohibées en tant qu'actes de torture, comme crimes de guerre, contre l'humanité, voire comme crimes de génocide. Il s'agirait, dans ce cas, d'un concours d'infraction.

L'art. 1 de la convention de 1984 sur la torture et l'art. 7, §2 al. 7 du statut de la CPI indiquent clairement que l'infliction d'une sévère douleur physique ou mentale à une personne sous la garde d'une autre constitue un acte de torture. Dès lors, certains cas de prise d'otages impliquant la torture de ces derniers pourraient être poursuivis à la fois comme acte terroriste sous la convention contre la prise d'otages et la convention globale contre le terrorisme, ainsi que comme violation de la convention de 1984.

Dans l'hypothèse où un acte terroriste est commis au cours d'un conflit armé, il se peut qu'il constitue une infraction grave aux conventions de Genève ou un crime de guerre. Pour ce faire, il est indispensable que la commission du crime soit intrinsèquement liée à l'existence du conflit, voire en soit le produit direct.³¹³ En outre, l'auteur de l'infraction doit être membre des forces armées d'une partie au conflit ou avoir un lien suffisant avec celles-ci, grâce à sa capacité officielle, par exemple.³¹⁴ De surcroît, le crime doit avoir visé une personne protégée par le DIH.³¹⁵³¹⁶ En tant qu'elles sont commises conformément aux circonstances énumérées, les infractions suivantes pourraient constituer un crime de guerre : l'homicide intentionnel, la torture et le traitement inhumain, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, la destruction extensive de propriété, la prise d'otages, le fait de diriger une attaque contre des civils ou des biens civils, contre du personnel ou des installations humanitaires, contre des installations dédiées à la religion, la culture, l'éducation, ainsi que contre des hôpitaux, etc...³¹⁷

Ainsi, l'attaque à l'explosif d'un hôpital public ou d'un dépôt de ressources alimentaires appartenant à une agence humanitaire par les membres de forces armées participant à un conflit serait susceptible de constituer à la fois une violation du projet de convention globale contre le terrorisme et un crime de guerre. Notons à nouveau à cet égard qu'il est indispensable que l'art. 18 du projet de convention soit rédigé de telle manière que ne soient exclus du champ d'application de la convention que les actes légaux au regard du DCA. Le concours d'infractions permet ainsi de multiplier les chances que l'auteur d'un acte terroriste soit poursuivi pour celui-ci.

Ainsi qu'il a été fréquemment répété au sujet des attentats du 11 septembre, un acte terroriste peut également constituer un crime contre l'humanité. Ceci est vrai que l'attentat

³¹³ Proc. C. Kayishema et Ruzindana, jugement du TPIR, 21 mai 1999, ICTR-95-1-T, §§ 186-88 (Kayishema et Ruzindana); art. 8 de Commission préparatoire pour la CPI, Eléments des crimes, adopté le 2 novembre 2000, Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (PCNICC).

³¹⁴ Kayishema et Ruzindana, § 175.

³¹⁵ De sorte qu'en principe un crime commis contre une personne qui ne constitue pas un combattant ou un civil « ennemi » tels que protégés par les CG et les PA n'est pas un crime de guerre.

³¹⁶ Art. 8 et suivant de PCNICC ; BARBOZA Julio (1999), ‘International Criminal Law’, 278 *Recueil de l'Académie*, pp. 158-60 ; ABELLÁN HONRUBIA Victoria (1999), ‘La responsabilité internationale de l’individu’, 278 *Recueil de l'Académie*, pp. 349-50.

³¹⁷ Voir art. 50 CGI, art. 51 CGII, art. 130 CGIII, art. 147 CGIV, art. 2-3 du statut du TPIY ; art. 4 du statut du TPIR ; art. 8 du statut de la CPI ; art. 20 du Code de la CDI.

ait lieu en temps de paix ou durant un conflit armé.³¹⁸ Par ailleurs, le crime doit être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile et en relation avec elle.³¹⁹ Une attaque généralisée est, dans ce contexte, une attaque créant un nombre important de victimes. Une attaque systématique est une attaque présentant un élément d'organisation et de coordination.³²⁰ L'auteur doit être conscient de ce que son acte fait partie de cette attaque.

Dans ce contexte, un acte terroriste constitué d'un crime, d'une forme d'extermination, d'un acte de torture, d'un viol ou d'une violence sexuelle ou d'un autre acte inhumain pourrait être un crime contre l'humanité.³²¹

Ainsi, le détournement simultané de plusieurs avions lancés contre des immeubles fortement peuplés pourrait constituer une attaque systématique contre une population civile, dont chacun des meurtres serait assimilable à un crime contre l'humanité.

Il apparaît clairement que les critères relatifs aux crimes de guerre et contre l'humanité rendent leur usage dans la lutte contre le terrorisme peu pratique, voire improbable. Il n'est néanmoins pas inutile de les garder à l'esprit puisque certaines infractions pourraient, par exemple, ne pas relever de la compétence d'un Etat en tant qu'actes terroristes (parce qu'il n'est pas partie au traité approprié), alors qu'elles le seraient en tant que crimes de guerre.

Le crime de génocide est dans ses grandes lignes définis similairement au crime contre l'humanité. Il se distingue essentiellement par le fait qu'il est commis avec l'intention d'exterminer en tout ou en partie un groupe national, racial, ethnique ou religieux.³²² Dès lors, la charge de la preuve en devient d'autant plus ardue et la possibilité de démontrer qu'un acte de terrorisme est également un acte génocidaire diminue proportionnellement.

4. La CPI en charge du terrorisme ?

Avant d'étudier la pertinence de l'introduction du terrorisme comme crime couvert par le statut de la CPI, il convient de rappeler que les négociations précédant l'adoption du traité de Rome ont vu un certain nombre d'Etats arabes, des Caraïbes et latino-américain, ainsi que l'Inde et la Turquie insister pour que le terrorisme relève de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Un certain nombre de pays se sont fermement opposés à cette suggestion, parmi lesquels le groupe des « *like-minded States* »³²³ et les Etats-Unis.³²⁴ Les arguments avancés contre l'inclusion du terrorisme ont été de deux ordres. D'une part, celui-ci, de moindre importance que le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité déforcerait l'aspect symbolique de la Cour. D'autre part, les structures complexes de réseaux terroristes seraient plus aisément démantelées dans le cadre de la coopération inter-étatique, alors qu'elles risqueraient de condamner la Cour sur le plan financier et organisationnel.³²⁵ En dépit des événements advenus depuis l'été 1998, il ne semble pas que

³¹⁸ *Proc. c. Tadic*, TPIY jugement en appel, §§ 249 et 272 (Tadic appel); *Proc. c. Blaskic*, TPIY jugement, §§ 66-68.

³¹⁹ Tadic appel, § 271.

³²⁰ Kayishema et Ruzindana, § 123 ; *Proc. c. Akayesu*, TPIR jugement, § 580.

³²¹ Art. 7 du statut de la CPI, art. 18 du projet de code de crimes contre la paix et la sécurité du genre humain.

³²² Art. 2 de la convention de 1948 contre le génocide ; Kayishema et Ruzindana, § 578.

³²³ Qui ont poussé et animé les débats antérieurs à Rome et comprennent la plupart des Etats de l'UE, le Canada, etc.

³²⁴ DOBELLE Jean-François (1999), ‘Position des Etats dans la négociation’, in Colloque Droit et Démocratie,

La Cour Pénale Internationale, Paris, La Documentation française, p. 17.

³²⁵ PELLET Alain (1999), ‘Compétence matérielle et modalité de la saisine’, in *idem*, pp. 42-43.

les positions étatiques sur ce sujet aient substantiellement changé. De plus, l'opposition américaine farouche à la Cour rendrait fort improbable que la Maison Blanche et le Département d'Etat poussent la CPI à obtenir une compétence dans un domaine auquel ils accordent la priorité.

Ceci dit, certains arguments pointent en faveur de l'inclusion du terrorisme. Ainsi, celle-ci éviterait en principe qu'un individu ne bénéficie d'une immunité *de facto* et permettrait qu'il soit jugé dans un forum imperméable aux pressions politiques extérieures et offrant de garanties d'impartialité.³²⁶ Il doit néanmoins être souligné qu'un Etat qui refuserait d'extrader ou de poursuivre un individu pourrait également manquer de bonne volonté quant à son transfert vers la CPI. Celle-ci ne constituerait donc pas une garantie contre l'impunité.

Par ailleurs plusieurs éléments pencheraient contre l'inclusion. En particulier, une procédure afférente à des actes terroristes impliquerait vraisemblablement que la CPI requière des documents relatifs aux investigations de forces de police nationales. Nombre d'Etats se sont traditionnellement montrés relativement peu enclins à partager leurs informations, à moins qu'une telle collaboration ne leur apporte un gain direct et immédiat. Le bureau du Procureur de la CPI pourrait donc se retrouver avec de dossiers qu'il est incapable de compléter faute d'obtenir des informations déterminantes.³²⁷

En outre, les Etats qui ont lutté pour l'inclusion du terrorisme dans la compétence de la Cour ont également fait pression pour que le trafic de drogues soit inclus. Il est dès lors vraisemblable que ce ne serait pas une mais chacune de ces catégories qui devrait être introduite. Il est indéniable que cela alourdirait à l'extrême la charge de la Cour. Par ailleurs, faute de clarifications, tomberaient sous la compétence de la Cour non seulement les crimes les plus sérieux relatifs au terrorisme et au trafic de drogue, mais également les infractions d'une gravité moindre.

Au vu de ces arguments, d'une part, et de la position d'une majorité d'Etats, de l'autre, il semble plus qu'incertain que le terrorisme apparaisse dans les années à venir dans le statut de la CPI. Par ailleurs, ces derniers mois ont prouvé que les Etats affectés par le terrorisme mettent l'accent sur des actions coup de poing par leurs forces de police, après des périodes prolongées de surveillance. La CPI manquerait logiquement du personnel indispensable et de la logistique nécessaires à une telle approche et il est fort improbable qu'un Etat soit prêt à mettre ses forces au service d'une enquête de la CPI sans y trouver de bénéfice.

5. Conclusion

La création de la CPI a amené nombre d'observateurs à espérer, dans leur engouement, qu'elle mettrait fin à la situation d'immunité qui prévaut de fait pour nombre de crimes. Le 11 septembre a étendu pour beaucoup ces espoirs aux actes terroristes. Il faut néanmoins constater que c'est vraisemblablement par la coopération judiciaire inter-étatique que passe la lutte contre le terrorisme. D'abord parce que l'expérience dans ce domaine facilite le travail quotidien. On peut par exemple espérer que le modèle du mandat d'arrêt

³²⁶ VERDOODT Kris (2002), ‘A Role for the International Criminal Court in the Fight against Terrorism ?’, Institute for International Law’s website, KUL.

³²⁷ Cf. art. 93 du statut de la CPI lié aux informations relevant de la sécurité nationale.

européen³²⁸ s'exportera, de sorte que les procédures d'extradition soient facilitées. En dépit des dangers que crée la menace terroriste, cette collaboration renforcée ne doit pourtant pas se faire aux détriments du respect des droits de l'homme. Ainsi que l'ont observé de nombreuses ONG, des associations d'avocats et la presse internationale, la « guerre contre le terrorisme » s'est traduite par une multiplication des violations des individus, un des cas les plus frappants étant les Etats-Unis. Il reste donc fondamental que les Etats puissent refuser l'extradition pour des motifs humanitaires. L'accent doit néanmoins être mis sur leur devoir d'engager une procédure judiciaire dans ce cas. Dans ce contexte, il pourrait être dans l'intérêt d'ONG, et d'autres observateurs de la vie politique, de mettre l'accent sur la responsabilité individuelle de chaque Etat de poursuivre les auteurs d'actes de terrorisme et de rendre globalement leur système judiciaire plus effectif. Ceci ne peut, en effet, que contribuer à la lutte contre une culture globale d'impunité.

Documents officiels

Convention européenne pour la répression du terrorisme, 27 janvier 1977, 1137 UNTS 98.

Convention régionale de l'ASCR pour la suppression du terrorisme, 4 novembre 1987.

Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, 15 décembre 1997

Convention arabe pour la suppression du terrorisme, 22 avril 1998.

Convention de l'Organisation de la conférence islamique sur la lutte contre le terrorisme international, 1er juillet 1999, annexe à la résolution n° 59/26-P

Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, 14 juillet 1999

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 9 décembre 1999,

Convention inter-américaine contre le terrorisme, 3 juin 2002.

Rapport du Comité Spécial créé par la résolution 51/210 de l'AG, A/57/37,

Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, 2002/475/JAI.

Articles

DUGARD John & VAN DEN WYNGAERT Christine (1998), ‘Reconciling Extradition with Human Rights’, 92 *AJIL* 187.

LAGODNY Otto (1990), ‘Human Rights in the Field of Extradition’, 62 *Rev. Intl. de Droit Pénal* 45.

LUBET Steven (1990), ‘The Political Offence Exception’, 62 *Rev. Intl. De Droit Pénal* 103.

³²⁸ Journal officiel L 190, 1 ! juillet 2002, p.1.

KASIRER Nicholas (1990), ‘Defense, Exceptions and Exemptions to Extradition’, 62 *Rev. Intl. Dr. Pén.* 91.

VAN DEN WYNGAERT Christine (1990), ‘The Political Offence Exception to Extradition : How to Plug the « Terrorist’s Loophole » without Departing from Fundamental Human Rights’, 62 *Rev. Intl. Dr. Pén* 291.

WILLIAMS Sharon A. (1990), ‘Nationality, Double jeopardy, Prescription and the Death Sentence as Bases for Refusing Extradition’, 62 *Rev. Intl. Dr. Pén* 259.

WIMS Michael D. (1990), ‘Re-Examining the Traditional Exceptions to Extraditions’, 62 *Rev. Intl. Dr. Pén* 325.

WISE Edward M. (1990), ‘Extradition : The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Judicare’, 62 *Rev. Intl. Dr. Pén* 109.

PLAN DE L'EXPOSE
LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME INTERNATIONAL
LES REGLES EN MATIERE DE CONDUITE DES HOSTILITES

Par M. Eric DAVID,
Professeur à l'ULB.

- Pas de règle du *jus in bello* concernant spécifiquement la **lutte** contre le terrorisme international
- Nombreuses règles de droit international sur le terrorisme international **comme tel**
 - règles du DIH applicables au terrorisme
 - règles du droit international général applicables au terrorisme en cas de conflit armé
 - règles relatives à certaines méthodes de lutte contre le terrorisme en cas de conflit armé

I. Règles du DIH applicables au terrorisme

- A. Droit de Genève
 - 4^e CG, art. 33
 - 2^e PA, art. 4 § 2, d
- Actes de terrorisme = peines collectives + dol spécial (répandre la terreur)
- B. Droit de La Haye
 - 1^{er} PA, art. 51 § 2
 - 2^e PA, art. 13 § 2
- Actes de terrorisme = attaques contre des civils + dol spécial (répandre la terreur)

Actes de terrorisme du DIH interdits à un double titre :
 - en tant que peines collectives ou en tant qu'attaques dirigées contre des civils
 - en tant que faits destinés à terroriser
- Responsabilité aggravée de l'auteur du fait terroriste

II. Règles du droit international applicables au terrorisme en cas de conflit armé

- A. Droit international général
 - A/Rés. 2625, 24 octobre 1970, 1^{er} Principe, 9^e al. ; 3^e principe, 3^e al. : interdiction du terrorisme au titre des interdictions du recours à la force et de l'intervention contre un Etat
 - Application du droit international général en cas de conflit armé, sauf si conflit armé = changement fondamental de circonstances (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 62)
 - Qu'est-ce que le terrorisme ?
- B. Droit pénal international
 - Le terrorisme en tant que fait spécifiquement incriminé par certaines conventions
 - détournements d'avions (La Haye, 1970)
 - attentats contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 1971 et 1988)

- attentats contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 1988)
- attentats contre des personnes internationalement protégées (Genève, 1937, Washington, 1971, NU, 1973)
- prise d'otages (NU, 1979)
- attentats contre missions de maintien de la paix et personnel associé (NU, 1994)
- vol et usage illicite de matières nucléaires (Vienne, 1980)
- attentats à l'explosif (NU, 1998)
- financement du terrorisme (NU, 2000)
- Le terrorisme en tant que fait défini de manière générique
- faits destinés à tuer ou blesser grièvement une personne
- faits destinés à causer des dommages graves à des biens publics ou privés en vue d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou ne pas faire quelque chose (CG, 1937 ; OUA, 1999 ; NU, 2000 ; Décision-cadre UE, 2002 ; projet de convention NU)
- Pas d'obstacle de principe à l'application du droit international général, public et pénal, dans le droit des conflits armés → possibilité de concours idéal d'infractions
- toutefois, inapplication de certains instruments précités en cas de conflit armé,
- en raison du texte de l'instrument (prise d'otages, art. 12 ; attentats contre forces de maintien de la paix, art. 2 ; attentats à l'explosif, art. 19 ; faits visés par décision-cadre UE, préambule, § 11 ; projet de convention NU, art. 18 § 2)
- en raison du contexte : situation de conflit armé

III. Règles relatives à certaines méthodes de lutte contre le terrorisme

A. Droit de La Haye

Problème des attentats ciblés

- règle générale de proportionnalité
- Statut du TMI de Nuremberg, art. 6, c (*in fine*)
- Principes de base sur le recours à la force par les responsables de l'application des lois, art. 2 et 9 (recommandés par AGNU, A/Rés. 45/121, 14 déc. 1990, § 3)
- Cour EDH, *McCann et al. c/ R.-U.*, 27 sept. 1995, (§§ 149 et 212)

► Interdiction claire des attentats ciblés

B. Droit de Genève

Problème de la torture

- art. 3 commun aux 4 CG de 1949
- Convention EDH, art. 3 et 15
- Pacte de 1966, art. 4 et 7
- Convention des NU de 1984, art. 2 § 2

► Interdiction claire de la torture et pas de justification par l'art. 31 § 1, c, du Statut de la CPI (*cfr.* art. 21 § 3)

IV. Conclusions

- Le terrorisme visé par le DIH est déjà interdit par d'autres règles du DIH ; la qualification « terroriste » aboutit à une aggravation de la responsabilité de l'auteur
- Les interdictions du terrorisme valables en temps de paix restent valables en temps de conflit armé, sauf si le fait perd sa coloration « terroriste » en raison du contexte du conflit armé
- Les méthodes de lutte contre le terrorisme, en cas de conflit armé, restent entièrement soumises au droit des conflits armés et aux droits de l'homme applicables à ces situations

**DE STRIJD TEGEN HET INTERNATIONAAL TERRORISME
VANUIT MENSENRECHTELIJK OOGPUNT:
OVER MILITAIREN, TERRORISME EN HET EVRM**
Door Dhr. Frederic VANNESTE

PLAN VAN EXPOSE

I. Inleiding

A Mensenrechten staan niet in de weg van een efficiënte terrorismebestrijding

B Afbakening van de voordracht adhv 3 woorden: EVRM, terrorisme en militairen

II. Het EHRM als hoeder van de rechtsstaat, de democratie en de mensenrechten

A. Het Europees Hof Voor de Rechten van de Mens stelt zich terughoudend op in militaire aangelegenheden

1 Het begrip rechtsmacht (arrest *Bankovich t/ België e.a.*)

2 Immunitieit in burgerlijke procedures (arrest *Mc Elhinney t/ Ierland*)

3 Het recht op leven (arrest *Mc Cann t/ Verenigd Koninkrijk*)

4 Het recht op privacy : onderscheppen van telecommunicatie (arrest *Klass t/ Duitsland*), verzamelen van persoonsgegevens (arrest *Rotaru t/ Roemenië*) en infiltratietechnieken (arrest *Lüdi t/ Zwitserland*)

5 Afwijkingen in tijden van nood

B. Het Hof trekt toch een aantal kijtlijnen

1. Absolute mensenrechten

2. Overige mensenrechten: waarborgen tegen misbruik

a Verbod van vrijheidsberoving (arrest *Brannigan en Mc Bride t/ Verenigd Koninkrijk*)

b Terughoudendheid tegen speciale terrorismetribunalen (arrest *Incal t/ Turkije*)

III Besluit

Imprimerie Drukkerij
CTIDN CVILV
Martelarenstraat, 181
1800 Vilvoorde

Numéro de Dépôt Légal / Afdeling Wettelijk Depot : D/2003/8547/2– 380 Ex

Imprimé en Belgique Gedrukt in België Printed in Belgium