



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De oorlog tegen het terrorisme en zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren

Molier, G.

Citation

Molier, G. (2010). De oorlog tegen het terrorisme en zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren. *Vrede En Veiligheid. Tijdschrift Voor Internationale Vraagstukken*, 39(4), 275-300. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16420>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16420>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Artikelen

De oorlog tegen het terrorisme en zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren

GELIJN MOLIER*

Sinds de aanslagen van 9/11 staat in het internationaalrechtelijke debat over het 'ius ad bellum' de vraag naar de rechtmatigheid van zelfverdediging tegen privaatsgeweld centraal. Waar tijdens de Koude Oorlog het statelijke paradigma dominant was en staten over het algemeen vasthielden aan een vorm van statelijke betrokkenheid bij de terroristische aanslag, lijkt de internationale gemeenschap vandaag de dag niet langer principiële bezwaren te hebben tegen een recht van zelfverdediging tegen een terroristische aanval, ook wanneer die niet op enigerlei wijze aan een staat kan worden toegerekend. Voorstanders van de theorie die stelt dat een gewapende aanval op zichzelf voldoende is om het recht van zelfverdediging van toepassing te doen zijn, worden hier aangeduid als aanhangers van de 'inherent recht'-theorie. Degenen die zich op het standpunt stellen dat het recht van zelfverdediging alleen van toepassing is wanneer de gewapende aanval afkomstig is van een staat, dan wel op enigerlei wijze kan worden toegerekend aan een staat, worden aangeduid als aanhangers van de 'link'-theorie. De belangrijkste argumenten pro- en contra de 'link'-theorie, respectievelijk de 'inherent recht'-theorie passeren de revue en gekeken wordt welk van beide de beste papieren heeft. Tot slot volgt een eigen positie die niet zozeer als de spreekwoordelijke gulden middenweg, maar veeleer als een derde positie in het debat moet worden beschouwd.

Inleiding

De regering Obama mag de term 'War on Terror' dan naar de mestvaart van de geschiedenis hebben verwezen, de werkelijkheid is weerbarstig en trekt zich weinig

aan van een verandering in terminologie. De twee internationaalrechtelijke kwesties die met de aanslagen van 9/11 en de in reactie daarop gelanceerde *War on Terror* centraal kwamen te staan, zijn dan ook nog altijd onverminderd

* Mr. G. Molier is universitair docent aan de Rechtenfaculteit van de Universiteit Leiden.

actueel: omvat zelfverdediging ook het recht van geweldgebruik in anticipatie op een terroristische aanval en/of in reactie op een terroristische aanval door een niet-statelijke actor? De eerste kwestie behelst de problematiek van de 'schurkenstaten' die in hun buitenlandse betrekkingen een politiek van agressie voeren. Het tweede punt betreft de problematiek van terroristische groeperingen die al dan niet met steun van een staat terroristische aanslagen beramen op het territorium van een andere staat. In het eerste geval kan worden gedacht aan staten als Noord-Korea en Iran, in het tweede aan groeperingen als Hezbollah in Libanon of al-Qaeda in Jemen of Pakistan.

Hier wil ik me concentreren op de tweede kwestie, te weten de vraag of staten ook een recht van zelfverdediging hebben tegen een terroristische aanslag die niet afkomstig is van een staat, maar van een niet-statelijke groepering. Dat deze ogenschijnlijk eenvoudige juridische vraag bij nader inzien een stuk ingewikkelder blijkt te zijn, heeft vooral te maken met de tekstuele redactie van art. 51 van het VN-Handvest waarin het recht van zelfverdediging wordt omschreven. De eerste zin van deze bepaling luidt: "Geen enkele bepaling in dit Handvest doet afbreuk aan het inherente recht van individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een lid van de Verenigde

Naties, totdat de Veiligheidsraad de nodige maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen."

Wanneer we deze bepaling op zichzelf, dus losstaand van de overige bepalingen van het Handvest beschouwen dan lijkt het antwoord op onze rechtsvraag betrekkelijk eenvoudig: nu art. 51 niet nader specificeert dat de gewapende aanval afkomstig dient te zijn van een staat, valt niet in te zien waarom het recht van zelfverdediging alleen in dat geval van toepassing zou zijn. Het punt is echter dat art. 51 een uitzondering vormt op het geweldverbod van art. 2 lid 4 van het VN-Handvest dat zich uitdrukkelijk richt tot staten. Het enige wat derhalve een gewelddadige schending van het territorium van staat A door staat B kan rechtvaardigen is een eerdere gewelddadige schending van het territorium van staat B door *staat A*.

Voorstanders van de theorie die stelt dat een gewapende aanval op zichzelf voldoende is om het recht van zelfverdediging van toepassing te doen zijn, ongeacht de vraag of deze van een staat of niet-statelijke actor afkomstig is, worden hier aangeduid als aanhangers van de 'inherent recht'-theorie. Degenen die zich op het standpunt stellen dat het recht van zelfverdediging alleen van toepassing is wanneer de gewapende aanval afkomstig is van een staat, dan wel op enigerlei wijze kan worden toegerekend aan een staat, worden

aangeduid als aanhangers van de 'link'-theorie. De vraag of men zich op het ene of het andere standpunt stelt is echter niet louter een academische kwestie, maar heeft wel degelijk grote consequenties voor de realiteit. Ter illustratie: de 'link'-theorie brengt met zich dat Israël geen recht van zelfverdediging kan claimen tegen aanslagen afkomstig van de Palestijnse gebieden; hetzelfde geldt voor een terroristische aanval door een niet-statelijke terroristische groepering afkomstig van falende staten als Somalië en Jemen. Hier passeren dan ook de belangrijkste argumenten pro en contra de 'link'-theorie, respectievelijk de 'inherent recht'-theorie de revue en wordt gekeken welk van beide de beste papieren heeft. Afgesloten wordt met een eigen positie die niet zozeer als de spreekwoordelijke gulden middenweg, maar veel eerder als een derde positie in het debat moet worden beschouwd.

Juridisch kader

Het VN-Handvest en het gebruik van geweld

Cruciaal voor het interpreteren van de bepalingen van het VN-Handvest is het gegeven dat de opstellers daarvan het gebruik van unilateraal militair geweld in de internationale betrekkingen zoveel mogelijk aan banden wilden leggen. Daartoe verboden zij dit in art. 2 lid 4 en eisten zij in art. 2 lid 3 dat

lidstaten hun geschillen vreedzaam zouden beslechten. Hoewel in het verleden wel is getracht te komen tot een interpretatie van art. 2 lid 4 die zou inhouden dat bepaalde vormen van geweldgebruik niet onder het toepassingsbereik hiervan zouden vallen, bijvoorbeeld ter bescherming van mensenrechten, wordt in het algemeen aangenomen dat het verbod alle vormen van geweldgebruik omvat, voor welk doel ingezet dan ook.¹ Hieruit volgt dat elk gebruik van geweld gericht tegen een andere staat of ondernomen op diens grondgebied, onder het geweldverbod valt en alleen rechtmatig zal zijn indien een internationaal erkende rechtvaardigingsgrond toepasselijk is en aan de voorwaarden voor inroeping daarvan is voldaan.

Onder het Handvest geldt dat in twee situaties gerechtvaardigd geweld kan worden gebruikt: de Veiligheidsraad mag tot militaire actie besluiten (art. 42) en gebruikt daarvoor het instrument van de machtiging;² en staten mogen tot militaire actie besluiten als uitoefening van het recht op individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval. Om met de eerste situatie te beginnen: voor de Veiligheidsraad geldt onder art. 39 van het Handvest de opdracht een bedreiging van de vrede, inbreuk op de vrede of daad van agressie vast te stellen en op grond daarvan tot aanbevelingen te komen of te besluiten tot de

dwangmaatregelen van art. 41 en 42. De vrede waarvan sprake is betreft de 'internationale' vrede. Puur interne conflicten vallen hier dus niet onder.³ De situatie die in dit artikel centraal staat - een grensoverschrijdende aanval door een terroristische groepering - zal in beginsel als een bedreiging van de internationale vrede kunnen worden aangemerkt.⁴ Vervolgens heeft de Veiligheidsraad de bevoegdheid om de dwangmaatregelen van art. 41 op te leggen of om tot militaire actie te machtigen.

De tweede mogelijkheid onder het Handvest om rechtmatig geweld te gebruiken is wanneer staten individueel of collectief tot militaire actie komen indien zij het slachtoffer zijn van een gewapende aanval (art. 51). Het Handvest definieert echter niet wat onder een 'gewapende aanval' moet worden verstaan en geeft evenmin aan van wie deze afkomstig dient te zijn. Voordat we nader op deze kwestie ingaan, dient eerst nog iets te worden opgemerkt over de relatie tussen art. 51 en art. 2 lid 4 van het Handvest.

De relatie tussen art. 51 en art. 2(4)

Art. 2 lid 4 van het VN-Handvest luidt:

In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met

de doelstellingen van de Verenigde Naties.

Lezing van art. 2 lid 4 leert ons dat niet iedere schending van het geweldverbod automatisch het recht van zelfverdediging 'triggert'. Het begrip 'gewapende aanval' is immers een beperktere term dan de frase 'dreiging of gebruik van geweld'. Het gevolg is dat een staat die het slachtoffer is van geweldgebruik dat niet als een gewapende aanval kan worden gekwalificeerd geen beroep op het recht van zelfverdediging toekomt en hierop dus niet met militaire middelen zou kunnen reageren, aangezien dit op zijn beurt een schending van het geweldverbod zou impliceren. Staat de staat die het slachtoffer is van het geweldgebruik daarmee met lege handen? Niet helemaal, niet-gewelddadige tegenmaatregelen zijn in reactie op een schending van een internationale verplichting toegestaan.⁵ Maar dergelijke maatregelen zullen als reactie op geweldgebruik veelal niet effectief zijn.

Deze op het eerste gezicht onwenselijke uitkomst valt beter te begrijpen wanneer men in het achterhoofd houdt dat de belangrijkste doelstelling van het Handvest (art. 1 par 1) de handhaving van de internationale vrede en veiligheid is en dat ter bereiking hiervan unilateraal geweldgebruik zoveel mogelijk moet worden tegengegaan. Anders gezegd: zolang er geen sprake is van een gewapende aanval, worden staten geacht af te zien

van geweldgebruik in zelfverdediging. Naast de al genoemde niet-gewapende tegenmaatregelen, kan een staat in dat geval slechts de Veiligheidsraad verzoeken om het geweldgebruik waarvan hij het slachtoffer is als een inbreuk op, dan wel bedreiging van de vrede aan te merken en maatregelen overeenkomstig de art. 41 of 42 te nemen. Wanneer de Veiligheidsraad hier niet toe overgaat, staat de staat in kwestie derhalve met lege handen. Maar zelfs wanneer er wel sprake is van een gewapende aanval in de zin van art. 51 is het recht van zelfverdediging niet onvoorwaardelijk van toepassing. Allereerst dient het geweldgebruik in zelfverdediging noodzakelijk en proportioneel te zijn; daarnaast dient de staat die wordt aangevallen zijn zelfverdedigingsacties te rapporteren aan de Veiligheidsraad en dient hij die acties te staken wanneer de Veiligheidsraad zelf maatregelen neemt tot herstel en handhaving van de internationale vrede en veiligheid.

Gewapende aanval

Aangezien het onderwerp van dit artikel de vraag behelst of er een recht van zelfverdediging bestaat in reactie op een gewapende aanval door een terroristische groepering zijn de twee centrale vragen: (1) wanneer is er sprake van een gewapende aanval en (2) van wie dient die aanval afkomstig te zijn? Het moge duidelijk zijn dat de definitie van de term 'gewapende

aanval' in art. 51 allesbepalend is voor de reikwijdte van het recht van zelfverdediging. Hoe ruimer immers dit begrip wordt geïnterpreteerd, hoe eerder het gebruik van geweld in zelfverdediging is gerechtvaardigd. Omgekeerd heeft een enge interpretatie hiervan tot gevolg dat minder snel een gerechtvaardigd beroep op het recht van zelfverdediging kan worden gedaan. Het grote belang van een eenduidige, ondubbelzinnige interpretatie van de term 'gewapende aanval' kan derhalve moeilijk worden onderschat. Opmerkelijk genoeg echter wordt deze term nergens in het VN-Handvest gedefinieerd. Hooguit kan men op basis van de systematische en teleologische interpretatiemethode stellen dat een enge interpretatie hiervan voor de hand ligt gezien het feit dat de belangrijkste doelstelling van het Handvest de handhaving van de internationale vrede en veiligheid is en het instrument om dat te bereiken collectieve actie, dat wil zeggen actie door de Veiligheidsraad onder hoofdstuk VII van het Handvest is. Het recht van zelfverdediging vormt derhalve een uitzondering op het uitgangspunt dat geweldgebruik in de interstatelijke betrekkingen niet is toegestaan en dient dan ook beperkt te worden geïnterpreteerd. Dit neemt echter niet weg dat er bij gebrek aan een definitie wel degelijk onduidelijkheden blijven bestaan over de precieze reikwijdte van dit begrip. Een bestudering

van de zogeheten *travaux préparatoires* brengt ons in dit opzicht ook niet verder.⁶

Hoewel het Internationaal Gerechtshof (IGH) als het meest gezaghebbende rechtsprekende orgaan de term evenmin heeft gedefinieerd, heeft het in de *Nicaragua Case* wel een nadere invulling hieraan gegeven. Het Hof maakt een onderscheid tussen direct en indirect gewapend geweld; beide kunnen onder omstandigheden worden gekwalificeerd als een gewapende aanval. Onder direct geweld verstaat het Hof grensoverschrijdend gebruik van geweld door de ene staat jegens de andere staat, bijvoorbeeld wanneer een regulier leger de grens van een naburige staat overgaat. Van indirect geweld is sprake wanneer het gaat om niet-statelijk grensoverschrijdend geweld bijvoorbeeld door huurlingen of opstandelingen waarbij er sprake is van substantiële bemoeienis door een staat. Of een dergelijk indirect geweldgebruik als een gewapende aanval kan worden aangemerkt hangt op zijn beurt weer af van de omvang en gevolgen ('*scale and effects*') van het geweldgebruik. Een grensincident zou bijvoorbeeld onvoldoende zijn om te kunnen spreken van een gewapende aanval.⁷

Op grond van de overwegingen van het Hof kunnen we onze tweeledige vraag – wanneer is er sprake van een gewapende aanval en van wie dient deze afkomstig te zijn? – als volgt beantwoorden.

Ook niet-statelijke actoren als terroristische groeperingen kunnen een gewapende aanval plegen die derhalve een beroep op het recht van zelfverdediging door de slachtofferstaat (*victim state*) kan rechtvaardigen. Hiervoor dient wel aan de volgende twee voorwaarden te worden voldaan. Ten eerste moet het gaan om significante of ernstige vormen van geweldgebruik; een grensincident of een incidentele gewapende actie is onvoldoende. Ten tweede dient een dergelijke terroristische groepering door of namens de staat te zijn gestuurd, dan wel dient de staat in kwestie substantieel bij dergelijke gewelddadige acties betrokken te zijn. Substantiële betrokkenheid omvat in ieder geval meer dan het verschaffen van wapens, logistieke steun of enigerlei andere vorm van hulp.⁸

Op basis van deze overweging van het Hof kan worden gesteld dat er een recht van zelfverdediging tegen geweldgebruik door een terroristische groepering bestaat, mits dit geweldgebruik ernstig genoeg is om als een gewapende aanval te kunnen worden gekwalificeerd én de staat vanaf wiens grondgebied de terroristische groepering opereert op substantiële wijze bij die gewapende acties betrokken is geweest.

Daarmee worden de volgende twee vragen doorslaggevend: kan een terroristische aanslag als een gewapende aanval worden gekwalificeerd en wat moet worden ver-

staan onder 'substantiële betrokkenheid'? Om met de eerste vraag te beginnen: sinds de aanslagen van 9/11 wordt algemeen aanvaard dat ook terroristische aanslagen het recht op zelfverdediging van toepassing kunnen doen zijn. Daags na de aanslagen nam de Veiligheidsraad Resolutie 1368 aan, waarin hij stelde vastbesloten te zijn "to combat by all means threats to international peace and security caused by terrorist acts, recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter". Ofschoon niet expliciet wordt gesteld dat de aanslagen als een gewapende aanval in de zin van art. 51 kunnen worden aangemerkt, kan uit het feit dat de Veiligheidsraad stelt dat het recht van zelfverdediging van toepassing is, worden afgeleid dat de aanslagen ten minste hiermee op één lijn kunnen worden gesteld.

De vraag blijft dan natuurlijk of minder ernstige aanslagen dan die van 9/11 ook als zodanig kunnen worden beschouwd. Veel zal hier afhangen van de feiten en de omstandigheden van het geval. Wettberg hanteert in zijn proefschrift het criterium van '*severe quantitative gravity*'.⁹ In dit verband dient nog iets te worden opgemerkt over de zogenoemde '*pin-prick theory*' of '*accumulation of events*'-doctrine.¹⁰ Waar een enkel grensincident of '*minor use of force*' weliswaar nog niet als een gewapende aanval kan worden aangemerkt, kan de vraag

worden gesteld of al die incidenten bij elkaar genomen dat wel zouden kunnen. Anders gezegd: wanneer Hezbollah continu, dag in dag uit enkele raketten op Israël afvuurt kan deze serie of '*small attacks*' dan cumuleren in een gewapende aanval? Deze kwestie staat ook wel bekend als de '*accumulation of events*'-doctrine of '*zoom*'-theorie.¹¹ Door uit te zoomen van het enkele geweldsincident naar alle incidenten ontstaat een patroon van aanvallen dat naar zijn cumulatieve effect ook als een gewapende aanval zou kunnen worden beschouwd. In de *Oil-Platforms Case* sloot het Hof die mogelijkheid niet op voorhand uit toen het stelde dat:

[...] the question is whether that attack, either in itself or in combination with the rest of the 'series of attacks' cited by the United States can be categorized as an 'armed attack' on the United States justifying self-defence [...]. Even, taken cumulatively [...] these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States.¹²

Deze overweging lijkt erop te wijzen dat in tijd en plaats van elkaar verwijderde minder ernstige aanvallen tezamen een gewapende aanval kunnen vormen. Tegelijkertijd – en hiermee op het eerste oog in strijd – laat het Hof zich enkele paragrafen later ontvallen dat het "does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring

into play the 'inherent right of self-defence'."¹³ Wanneer dit zo is dan *a fortiori* in geval van een terroristische aanslag van het kaliber van 9/11, zo zou men kunnen zeggen. Zemanek concludeert dan ook dat:

regardless of the dispute over degrees in the use of force, or over the quantifiability of victims and damage, or over harmful intentions, an armed attack even when it consists of a single incident, which leads to a considerable loss of life and extensive destruction of property, is of sufficient gravity to be considered an 'armed attack' in the sense of Art. 51 UN Charter.¹⁴

Daarmee lijkt het eerste deel van de vraag – wanneer is er sprake van een gewapende aanval? – de minst problematische te zijn. Terroristische aanvallen kunnen als zodanig worden aangemerkt, mits hierbij een groot aantal slachtoffers valt en grote materiële schade wordt aangericht. Om echter het recht van zelfverdediging van toepassing te laten zijn, dient niet alleen sprake te zijn van een voldoende ernstige aanval, maar dient de staat vanaf wiens grondgebied die terroristische aanval wordt georganiseerd hier tevens substantieel bij betrokken te zijn. Wanneer sprake is van 'substantiële betrokkenheid' is echter moeilijker te beantwoorden. Het Hof geeft eigenlijk alleen een negatieve omschrijving van dit begrip door slechts aan te geven wat hier in elk geval *niet* onder moet worden ver-

staan. Ter beantwoording van de vraag of de Verenigde Staten aansprakelijk konden worden gesteld voor handelingen van de Contra's – gewapende oppositiebewegingen die door de CIA werden ondersteund en uit waren op de omverwerping van het aan de Sovjet-Unie gelieerde Sandinistische regime – stelde het Hof uitdrukkelijk:

For this conduct [i.e. killing, wounding and kidnapping; GM] to give rise to legal responsibility of the United States it would be in principle have to be proved that that State had *effective control* of the military or paramilitary operations *in the course of which* the alleged violations were committed.¹⁵

Hoewel het Hof hier niet de kwestie van de zelfverdediging tegen geweld door niet-statelijke groeperingen behandelde, maar de vraag of bepaalde handelingen van de Contra's aan de Verenigde Staten konden worden toegerekend, zodat Nicaragua de Verenigde Staten aansprakelijk kon stellen voor schendingen van internationale verplichtingen op het gebied van mensenrechten en humanitair recht, wordt de *effective control*-test sindsdien als de algemene maatstaf gehanteerd ter vaststelling van staatsaansprakelijkheid voor private personen of groeperingen. Ofschon het Hof het criterium van 'effectieve controle' evenmin nader uitwerkt lijkt uit de geciteerde passage te kunnen worden afgeleid dat het moet gaan om een vorm

van daadwerkelijke leiding of controle over de specifieke operatie of handelingen waarvoor de aansprakelijkheid wordt geclaimd. In art. 8 van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid is de *effective control*-test gecodificeerd:

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting under the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct.¹⁶

In het commentaar hierop stelt de International Law Commission dat het moet gaan om een *'real link'* tussen de staat en de niet-statelijke actor.¹⁷ Hiervan zou sprake zijn wanneer wordt gehandeld "on the instructions of", or 'under the direction or control' of the State."¹⁸ Het gaat hier om alternatieve criteria, zodat het voor het aannemen van aansprakelijkheid voldoende is wanneer aan één hiervan wordt voldaan.¹⁹ Ofschoon enkele rechters al in hun *dissenting opinions* bij de *Nicaragua Case* ernstige kritiek hadden op het door het Hof aangelegde criterium van *effective control*, aangezien het hiermee in hun ogen de lat voor aansprakelijkheid veel te hoog zou leggen, is het Hof daar in zijn latere uitspraken wel steeds aan blijven vasthouden.²⁰ Na de aanslagen van 9/11 is de kritiek hierop echter steeds luider geworden. De belangrijkste bezwaren die tegen de benadering

van het Hof worden aangevoerd zijn dat deze een vrijbrief biedt aan door staten 'gesponsord' terrorisme, zo lang die sponsoring maar niet de gedaante van *effective control* aanneemt. Daarnaast zou het vereiste van een *'real link'* tussen de staat en de niet-statelijke actor geen uitkomst bieden in geval van staten die niet bereid of niet in staat zijn om operaties door terroristische groeperingen op of vanaf hun grondgebied te voorkomen. Met andere woorden: de *effective control*-test biedt geen uitkomst in een drietal voor ons onderwerp zeer van belang zijnde situaties, te weten die waarin een sterke staat terroristische groeperingen actief steunt, maar verder niet bij de daadwerkelijke uitvoering van een terroristische aanval betrokken is; wanneer een zwakke of falende staat niet in staat is aanslagen door terroristische groeperingen (georganiseerd) vanaf zijn grondgebied te voorkomen; en, ten slotte, de situatie waarin een niet-falende staat operaties door terroristische groeperingen op zijn grondgebied passief steunt of gedooft.

Het is juist in deze context van terrorisme dat wordt gepleit voor het loslaten van de *effective control*-test. Hierbij zijn over het algemeen twee benaderingen te onderscheiden. In de eerste benadering wordt nog wel vastgehouden aan een *'link'* tussen de staat en de niet-statelijke actor – het gedrag van de niet-statelijke actor dient met andere woorden nog altijd aan de

staat jegens wie het recht op zelfverdediging wordt uitgeoefend te kunnen worden toegerekend – maar de drempel voor het kunnen inroepen van aansprakelijkheid wordt aanzienlijk verlaagd. In de tweede benadering wordt de aanwezigheid van een ‘link’ helemaal losgelaten en is slechts nog bepalend de aard en omvang van het geweldgebruik om het recht van zelfverdediging van toepassing te laten zijn. Anders gezegd: wanneer het ‘private geweld’ dermate ernstig is dat het als een gewapende aanval kan worden aangemerkt, is het recht van zelfverdediging van toepassing. Globaal genomen zouden we deze twee benaderingen als respectievelijk de ‘link’-theorie en de ‘inherent recht’-theorie kunnen aanduiden. Hieronder worden de belangrijkste argumenten van aanhangers van de beide benaderingen besproken. Vooraf nog een opmerking van terminologische aard. Met de term ‘*victim state*’ wordt bedoeld op de staat die het slachtoffer is van de terroristische aanval door een niet-statelijke actor. De term ‘*target state*’ is gereserveerd voor de staat vanaf wiens grondgebied de niet-statelijke actor zijn aanval lanceert en jegens wie de *victim state* een recht van zelfverdediging claimt.

De ‘inherent recht’-theorie

Inleiding

In de ‘inherent recht’-theorie staat

de gewapende aanval centraal en ligt de nadruk op het recht van de staat om hiervan gevrijwaard te blijven ongeacht van wie die aanval afkomstig is. Wanneer het behoud of het voortbestaan van de staat op het spel staat moet hij zich kunnen verdedigen ongeacht de vraag of het geweldverbod eerst door een andere staat is geschonden, dan wel een andere staat voor die schending aansprakelijk kan worden gesteld. ‘Inherent’ heeft hier de betekenis van ‘onvervreemdbaar.’ Het gaat hier als het ware om een soort natuurrecht waarop een staat in het geval hij wordt aangevallen altijd een beroep moet kunnen doen, net zoals burgers in iedere samenleving het recht hebben om zich te verdedigen wanneer zij worden aangevallen onverschillig van wie die aanval afkomstig is. Het valt niet te ontkennen dat er een zekere aantrekkelijkheid schuilt in de ‘inherent recht’-theorie in een tijd waarin de grootste bedreigingen voor de veiligheid van de staat lijken uit te gaan van terroristische groeperingen waarvan de ‘link’ met de staat vanaf wiens grondgebied zij opereren lang niet altijd duidelijk is, niet (goed) kan worden aangetoond of zelfs in het geheel niet bestaat.

Er is echter een belangrijk juridisch nadeel aan deze theorie verbonden en dat is dat zij in gebreke blijft waar het de rechtvaardiging van de schending van het territorium van de *target state* betreft. Anders ge-

zegd: zelfs wanneer er sprake is van een gewapende aanval door een niet-statelijke actor dan nog kan dit *op zichzelf* niet een schending van de territoriale integriteit of soevereiniteit van de *target state* rechtvaardigen. Immers, ook al is het gebruik van geweld door de *victim state* slechts gericht tegen de terroristische groepering en niet tegen de *target state* zelf, in juridische zin blijft er sprake van een gebruik van geweld *tegen* de *target state*. Daarmee schendt de *victim state* het geweldverbod jegens de *target state* tenzij het recht van zelfverdediging jegens de *target state* van toepassing is. Maar dit is nu juist niet het geval aangezien de *target state* zelf geen gewapende aanval heeft gepleegd jegens de *victim state*. Ofwel het recht van zelfverdediging rechtvaardigt slechts het gebruik van geweld jegens de *aanvaller* en wanneer dat geen staat is, maar een niet aan de staat gelieerde groep personen is de inzet van militaire middelen op het grondgebied van de *target state* bij afwezigheid van een gewapende aanval *door* de *target state* onrechtmatig tenzij die gewapende aanval hem kan worden toegerekend.²¹ De enige manier waarop aan dit dilemma valt te ontkomen is door aan te tonen dat de statenpraktijk en rechtsopvattingen van staten hebben geleid tot de ontwikkeling van een gewoonterechtelijke regel²² die niet langer vasthoudt aan enigerlei vorm van toerekening, maar op grond waarvan een

gewapende aanval door een terroristische groepering *op zichzelf* al voldoende is voor de uitoefening van het recht van zelfverdediging door de *victim state*. En dit is dan ook precies wat een aantal auteurs heeft gepoogd te doen.²³

Statenpraktijk en Opinio Iuris als grondslag voor zelfverdediging tegen privaat geweld

Een aantal auteurs is van mening dat de statenpraktijk met bijbehorende rechtsopvattingen inmiddels heeft geleid tot een regel van internationaal gewoonterecht waarin niet langer een bepaalde link is vereist tussen de terroristische groepering en de staat, maar op basis waarvan een gewapende aanval door een niet-statelijke actor een zelfstandige grond is voor een gerechtvaardigd beroep op het recht van zelfverdediging.²⁴

Het vertrekpunt van hun analyses vormt stevast de aanslagen van 9/11. In reactie hierop startten de Verenigde Staten en Groot-Brittannië (terzijde gestaan door Australië en Polen) een bommcampagne tegen al-Qaeda en de Taliban (*Operation Enduring Freedom*). Later werden ook grondtroepen ingezet en werd in samenwerking met de zogeheten Noordelijke Alliantie (Afghaanse oppositietroepen) de Taliban uit Kaboel verdreven. De Verenigde Staten en Groot-Brittannië rechtvaardigden hun acties in een brief aan de Veiligheidsraad met een beroep op het recht van zelfverdediging.²⁵ De Veiligheids-

raad leek deze claim te steunen aangezien hij in de daags na de aanslagen aangenomen Resolutie 1368 stelde “recognizing the inherent right of individual and collective self-defence”, zij het niet in een operationele paragraaf, maar in de preambule van de resolutie. En enkele dagen later toen inmiddels iets meer bekend was over de herkomst van de aanslagen herhaalde de Veiligheidsraad in Resolutie 1373 deze formulering. De tekst van deze twee unaniem aanvaarde resoluties én het feit dat een overgrote meerderheid van de statengemeenschap de gewapende acties van de Amerikanen en Britten steunde, althans zich hier niet op juridische gronden tegen verzette, wordt door veel auteurs aangevoerd als hét bewijs dat voor het recht van zelfverdediging tegen een aanslag door terroristische groeperingen niet langer een vorm van toerekening van die aanslag aan de *target state* vereist is. De Amerikanen hebben immers niet gepoogd aan te tonen dat de Talibanregering instructies zou hebben gegeven aan al-Qaeda dan wel leiding zou hebben gegeven aan de uitvoering van de operatie die uitmondde in de aanslagen. Evenmin stelden zij dat de Talibanregering vooraf op de hoogte was van het voornemen de aanslagen uit te voeren. Waarschijnlijk viel dat ook niet aan te tonen. Toch aanvaardde de internationale gemeenschap dat de Amerikanen zich konden beroepen op het recht van zelfverde-

diging en dat de bondgenoten van de Verenigde Staten het recht van collectieve zelfverdediging konden uitoefenen.²⁶

Zoals gezegd, de auteurs die stellen dat de ‘link’-theorie niet (langer) van toepassing is, voeren allen de Afghanistan case ter onderbouwing van hun stelling aan.²⁷ Dat neemt niet weg dat de meesten van hen erkennen dat één zwaluw nog geen zomer maakt en dat er voor een verandering of ontwikkeling van een gewoonterechtelijke regel meer nodig is dan één gunstig precedent; vandaar dat zij trachten te bewijzen dat de statenpraktijk sindsdien een bevestiging vormt van de ‘trend’ die met de Afghanistan-oorlog zou zijn gezet, te weten dat er ook een recht van zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren bestaat *zonder* dat er sprake is van ‘*substantial state involvement*’ van de *target state*. Steenberghe noemt de oorlog van Israël tegen Hezbollah in Libanon in 2006, de invasie door Turkije van een groot deel van Noord-Irak ter bestrijding van de PKK in februari 2008 en ten slotte de invasie van Gaza door Israël in december 2008 en januari 2009 teneinde Hamas uit te schakelen als ‘trend’-bevestigende voorbeelden. In al deze drie situaties werden er gewapende acties uitgevoerd door niet-statelijke actoren zonder dat de staat vanaf het grondgebied waarvan zij hun acties ondernamen daar op enigerlei wijze bij betrokken was. Op basis van een grondige analyse van

deze praktijk stelt hij:

One may thus conclude from the international reaction to recent state practice, [...] that this practice evidences a clear tendency towards allowing a state to act in self-defence in response to attacks, even if these attacks are committed by non-state actors *only*.

In other words, in view of recent state practice, which supplements Enduring Freedom, private armed attacks nowadays seem to be enough to trigger the right of self defence of the victim state.²⁸

De meest uitvoerige analyse van de statenpraktijk is echter afkomstig van Wettberg. In zijn proefschrift over de legaliteit van zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren onderzoekt hij de statenpraktijk vanaf de totstandkoming van het VN-Handvest in 1945 tot en met 2007. Hij komt tot de conclusie dat staten weliswaar niet een *explicit* recht van zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren hebben erkend, maar dat zij tegelijkertijd sinds 1950 evenmin ooit hebben gesteld dat een staat zich niet op het recht van zelfverdediging zou kunnen beroepen *omdat* de agressor geen staat zou zijn. Aldus is zijn eindconclusie dat:

The events of September 11, 2001 and the subsequent conflicts between a state and non-state actor indicate a change with regard to self-defence against non-state actors, if not already the manifestation of a broader regime. States

have not suddenly agreed that self-defence may be applied vis-à-vis non-state actors – to reiterate this clearly: nobody had ever denied it *expressis verbis* – but post-September 11 states openly announced their support for an according interpretation of Article 51 of the Charter.²⁹

Zelfverdediging als een vorm van extraterritoriale rechtshandhaving

Aangezien het altijd moeilijk is om vast te stellen op welk moment een bepaalde statenpraktijk zich heeft ontwikkeld tot een gewoonterrechtelijke regel, zoekt een aantal auteurs de oplossing in een andere richting.

Het feit dat de *target state* in de praktijk vaak ook een *verwijt* kan worden gemaakt met betrekking tot het niet tegengaan van de terroristische activiteiten op zijn grondgebied vormt voor een aantal auteurs de reden om de bewijsplicht inzake de toerekening van de gewapende aanval niet zozeer bij de *victim state* te leggen, maar om de *target state* hiervoor in beginsel verantwoordelijk te houden, tenzij laatstgenoemde zich kan disculperen door aan te tonen dat hij aan zijn *due diligence*-verplichting heeft voldaan om zijn grondgebied niet te laten gebruiken voor terroristische acties; *ergo* dat hij alle redelijkerwijs te verwachten maatregelen heeft genomen om die acties tegen te gaan. Maar zelfs wanneer de *target state* wel aan zijn *due diligence*-verplichting zou hebben voldaan dan nog zou er een recht van zelf-

verdediging bestaan wanneer zich desondanks toch een terroristische aanval voordoet. De redenering is in dat geval dat de *verantwoordelijkheid* voor de handhaving van de verplichting om zijn territoir niet te laten gebruiken voor terroristische acties overgaat op de internationale gemeenschap en/of op de staat jegens wie de terroristische dreiging is gericht.

De meest gedetailleerde juridische uitwerking van deze positie vinden we bij Yoram Dinstein. Zijn voorstel behelst een soort tweetrapsraket. In geval staat X een gewapende aanval afkomstig van een niet-statelijke actor niet kan of niet wil voorkomen, dient *victim state* Y eerst toestemming te vragen aan staat X om de terroristische groepering in kwestie uit te schakelen alvorens hij gerechtigd is om geweld te gebruiken. Pas op het moment dat staat X deze toestemming weigert, kan staat Y zich beroepen op een hele specifieke vorm van zelfverdediging, die Dinstein aanduidt met de term 'extraterritoriale rechtshandhaving'. Daarmee wordt benadrukt dat staat Y niets anders doet dan staat X' plicht tot handhaving van zijn 'contraterrorisme verplichtingen' over te nemen.³⁰ Omdat deze 'rechtshandhavende' militaire maatregelen een grensoverschrijdend karakter hebben, moeten zij om toegestaan te zijn derhalve wel onder de rubriek van zelfverdediging worden gebracht. Vandaar dat Dinstein stelt dat:

Extra-territorial self-defence is a form of self-defence and it can be undertaken by Utopia against terrorists and armed bands inside Arcadian territory only in response to an armed attack unleashed by them from that territory. Utopia is entitled to enforce *international law* extra-territorially if and when Arcadia is *unable and unwilling* to prevent repetition of that armed attack.³¹

Op deze wijze verwordt de *due diligence*-verplichting tot handhaving van zijn contraterrorisme-verplichtingen *de facto* tot een resultaatsverplichting voor de *target state*. De *feitelijke* niet-handhaving van zijn contraterrorisme-verplichtingen – ongeacht de oorzaak hiervan – tot uiting komend in de gewapende acties door de terroristische groepering én (cumulatief) de weigering van toestemming voor het overdragen van deze 'rechtshandhavingsbevoegdheid' aan de daarom verzoekende staat triggert immers het recht van zelfverdediging als een vorm van extraterritoriale internationaal recht handhaving. Anders gezegd: de weigering van toestemming wordt tot onderdeel van de *due diligence*-verplichting gemaakt. De redenering is dan dat een staat pas dan alle maatregelen heeft genomen die hij redelijkerwijs geacht wordt te kunnen nemen op het moment dat hij bij gebreken onmacht om zelf een einde te maken aan terroristische activiteiten op zijn grondgebied de door de aanval getroffen staat vraagt om dit voor hem te doen, dan wel

een aanbod hiertoe van de *victim state* niet weigert.

De 'link'-theorie

Aanhangers van de 'link'-theorie erkennen dat niet-statelijke actoren steeds vaker op eigen houtje – dat wil zeggen onafhankelijk van een staat opereren – en dat zij steeds beter in staat zijn tot het plegen van aanslagen met een omvang waartoe in het verleden alleen staten in staat waren, ook wel aangeduid met de term 'catastrofaal terrorisme'.³² Ondanks deze veranderde context verdient het volgens hen toch nog altijd de voorkeur om vast te houden aan een vorm van link of betrokkenheid tussen de staat enerzijds en de terroristische aanslag anderzijds. Het loslaten van dit vereiste zou niet alleen een breuk met het systeem van internationaal recht vormen, maar zal volgens hen met het oog op de enorme hoeveelheid niet-statelijke terroristische groeperingen ook leiden tot een geweldsspiraal. Op grond hiervan wijzen Ruys en Verhoeven de 'inherent recht'-theorie dan ook uitdrukkelijk af.³³ Tegelijkertijd geven zij toe dat de *effective control*-test in het post-9/11-tijdperk niet langer een werkbaar criterium is, aangezien deze een te hoge drempel voor aansprakelijkheid eist.

Zij opteren voor een herinterpretatie van de term 'substantiële betrokkenheid'. Een dergelijke herin-

terpretatie is volgens hen eveneens verenigbaar met de statenpraktijk zoals die sinds de aanslagen van 9/11 heeft plaatsgevonden. Zij stellen voor om het uit het internationaal strafrecht afkomstige criterium '*aiding and abetting*' dat dient ter vaststelling van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid ook op het staatsaansprakelijkheidsrecht van toepassing te verklaren, zij het met enige kleine wijzigingen. Het eerste element ('*aiding*') vereist dat er praktische handelingen hebben plaatsgevonden die kunnen worden aangeduid als 'assistentie' (inclusief de verschaffing van wapens) of als 'aanmoediging'. Tegelijkertijd moeten deze handelingen substantieel hebben bijgedragen aan het plegen van het misdrijf, i.c. de aanslag. Vervolgens dient de '*abettor*' te weten dat door hem uitgevoerde handelingen een bijdrage leverden aan het plegen van de aanslag. En tot slot is er nog een aspect waarin de strafrechtelijke notie van '*aiding and abetting*' niet voorziet, maar dat wel van cruciaal belang is voor de problematiek van zelfverdediging tegen niet-statelijke actoren, te weten het probleem van het verschaffen van een schuilplaats of '*safe haven*' aan particuliere groeperingen. Volgens de auteurs kan ook de "harbouring of actors committing attacks abroad" het recht van zelfverdediging van toepassing doen zijn op voorwaarde dat: "by giving shelter the state substantially contributes to the com-

mission of private attacks and that the state is aware of this."³⁴ Uiteindelijk komen zij tot de volgende omschrijving van het door hen voorgestelde criterium van *'aiding and abetting'* ter vervanging van de *effective control*-test en ter nadere invulling van het door het Hof in de *Nicaragua Case* gestelde criterium van *'substantiële betrokkenheid'* als voorwaarde voor het plegen van een gewapende aanval:

The notion of *'aiding and abetting'* may prove a useful yardstick for self-defence in cases of *'indirect military aggression'*. It not only comprises a broader range of activities in support of private groups than that envisaged by the ICJ in *Nicaragua*, but also takes account of the intention of states. This means that states giving support to private groups (e.g. financial or humanitarian aid) will not be exposed to military actions, if they are unaware that that support is used to commit attacks abroad. It is also a positive element that the assistance must have substantially contributed to the commission of private attacks.³⁵

Becker gaat nog een stap verder doordat hij het criterium van *'wetenschap'* van het plegen van de aanslag afwijst met het oog op de bewijsrechtelijke problemen die dat oplevert. In plaats daarvan stelt hij dat een *oorzakelijk* verband tussen de schending van de *due diligence*-verplichting van de staat inzake het nemen van contraterrorismemaatregelen en het plegen van de terroristische aanslag door de

niet-statelijke actor een voldoende voorwaarde is om het recht van zelfverdediging van toepassing te doen zijn. Wanneer een staat de capaciteit heeft om terroristische groeperingen die actief zijn op zijn grondgebied aan te pakken, maar hij laat na zijn veiligheidstroepen hiertegen op te treden dan is dit in principe een schending van de algemene plicht "to exercise due diligence in preventing terrorist action. It is a wrongful omission for which State responsibility may be engaged."³⁶ Daarmee is echter nog niet gezegd dat deze ommissie ook de oorzaak is van de private terroristische aanval, pas wanneer:

It can be demonstrated that the State had actual or *constructive* knowledge of an impending attack, as well as the opportunity to prevent it, it is appropriate to speak of its wrongful omission in *causal* terms. Where, for example, the State was notified of the location and operation of a terrorist cell within its territory and, being equipped to act against it, chose not to do so, its illicit inaction is necessarily a cause of the subsequent terrorist activity and ground for a broader State responsibility. In this instance, the State's failure is both the condition *sine qua non* and the proximate or foreseeable *cause* of the subsequent terrorist activity.³⁷

Het vereiste van *'wetenschap'* wordt derhalve geobjectiveerd: niet alleen wanneer de staat daadwerkelijk op de hoogte is van een op handen zijnde aanval, maar ook

wanneer hij dat had kunnen zijn en geen maatregelen neemt wanneer dat wel in zijn macht ligt, is hij niet alleen aansprakelijk voor het schenden van zijn contraterro-rismeverplichtingen, maar óók voor de terroristische aanval zelf. Daarmee gaat deze benadering nog een stap verder dan Ruys en Verhoeven, aangezien de *'mere toleration'* van terroristische activiteiten of de *'failure to prevent'* op zichzelf al een voldoende voorwaarde kunnen zijn voor het aansprakelijk stellen van de staat voor de terroristische aanval en daarmee – mits de aanval voldoende ernstig is – het recht van zelfverdediging van de *victim state* van toepassing te doen zijn. Hoewel de lat voor staatsaansprakelijkheid bij beide benaderingen dus aanzienlijk lager wordt gelegd, kan geen van beide voorzien in de situatie van *failed states*³⁸ en in die waarin staat X aansprakelijk is voor het gedrag van niet-statelijke actor Y opererend vanaf het territorium van staat Z; te denken valt aan steun van Iran voor Hezbollah opererend vanaf Libanees grondgebied. Hoezeer men de criteria voor toerekening of betrokkenheid ook oprekt of versoepelt, dit probleem zal blijven bestaan. Ondertussen is het gevolg van deze versoepeling wel dat het onderscheid tussen de 'link'-theorie en de 'inherent recht'-theorie *de facto* vrijwel verwaarloosbaar wordt.³⁹ Dit brengt ons bij de afsluitende paragraaf.

Tot slot

Sinds de aanslagen 9/11 staat de vraag naar de rechtmatigheid van zelfverdediging tegen privaat geweld centraal in het internationaal rechtelijke debat over het *ius ad bellum*. Waar tijdens de Koude Oorlog het statelijke paradigma dominant was en staten over het algemeen vasthielden aan een vorm van statelijke betrokkenheid bij de terroristische aanslag, lijkt de internationale gemeenschap vandaag de dag niet langer principiële bezwaren te hebben tegen een recht van zelfverdediging tegen een terroristische aanval ook wanneer die niet op enigerlei wijze aan een staat kan worden toegerekend. Daarmee is echter nog niet gezegd dat zich al een daadwerkelijke gewoonterechtelijke regel heeft gevormd met als inhoud dat er in geval van een terroristische aanslag door een niet-statelijke actor op zichzelf al een recht van zelfverdediging zou bestaan. Hoewel een aantal auteurs beweert dat statenpraktijk en *opinio iuris* al tot een dergelijke conclusie nopen, is een meerderheid van de gezaghebbende auteurs van mening dat dit (nog) niet het geval is. Zolang zich (nog) geen gewoonterechtelijke regel heeft ontwikkeld, zal derhalve moeten worden gekeken wie van hen de beste argumenten heeft. Aanhangers van de 'inherent recht'-theorie wijzen over het algemeen op de tekst en het doel van het VN-Handvest. Noch de tekstue-

le noch de teleologische interpretatiemethode wijzen erop dat de gewapende aanval afkomstig dient te zijn van een staat, dan wel hieraan moet worden kunnen toegerekend. Het doel van dit recht is immers dat een staat zich kan verdedigen tegen aanvallen van buitenaf onverschillig van wie die aanval afkomstig is. In die zin is er sprake van een 'inherent', dat wil zeggen onvervreemdbaar recht.

Aanhangers van de 'link'-theorie benadrukken daarentegen de systematische interpretatiemethode. Art. 51 dient gelezen te worden in samenhang met art. 2 lid 4 en art. 1 lid 1 van het VN-Handvest. Art. 51 is met andere woorden een uitzondering op het interstatelijk geweldverbod. Alleen een gewelddadige schending van de territoriale soevereiniteit door *een staat* kan derhalve het recht van zelfverdediging van toepassing doen zijn. Deze interpretatie is ook in overeenstemming met de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof. Tegelijkertijd moet er op worden gewezen dat een viertal rechters van datzelfde Hof, die allen ook gezaghebbende wetenschappers zijn geweest, aanzienlijke kritiek op deze benadering hebben geuit.⁴⁰ De conclusie is derhalve dat noch aanhangers van de 'link'-theorie, noch aanhangers van de 'inherent recht'-theorie '*knock-down-arguments*' voor hun positie hebben. Zolang zich nog geen gewoonrechtelijke regel heeft uitgekristalliseerd lijken beide posi-

ties op juridische gronden verdedigbaar, waarbij de kanttkening dient te worden gemaakt dat de 'link'-theorie theoretisch gezien de sterkste papieren heeft.

Hoewel theoretisch gezien het meest overtuigend, schiet de 'link'-theorie mijns inziens in de praktijk tekort. Het grootste praktische bezwaar hertegen is dat zij niet voorziet in de situaties die in de praktijk nu juist het meest urgent zijn, te weten die van falende staten en die waarin staten terroristische groeperingen sponsoren die actief zijn op het grondgebied van andere staten. In dergelijke situaties waarin regels van staatsaansprakelijkheid per definitie geen uitkomst bieden, waarin er met andere woorden sprake is van een juridische lacune dient een beroep op algemene beginselen van internationaal recht uitsluitel te geven. Nollkaemper spreekt in dit verband van '*safety valves*' die een uitkomst bieden in noodsituaties en zonder welke een juridisch systeem niet levensvatbaar is.

In dit geval is het beginsel dat ten grondslag ligt aan het recht van zelfverdediging: *self-preservation*. In algemene zin verwijst *self-preservation* naar unilaterale actie door een staat in "response to a compelling need to preserve the state in one form or another."⁴¹ Het gaat dan om op zichzelf beschouwd onrechtmatige acties bijvoorbeeld gericht op de "protection of the state, its possessions and the lives and property of its citizens".⁴² Doordat

deze acties worden ingegeven door een dwingende noodzaak tot behoud van de staat zou hieraan het onrechtmatige karakter komen te ontvallen. Rechtsfilosofisch beschouwd kan *self-preservation* worden gezien als een soort basisbeginsel dat ten grondslag ligt aan een gedecentraliseerde rechtsorde waarvan soevereine staten zowel de rechtsscheppers als de rechtshandhavers zijn. Green verwoordt dit als volgt:

Given that international law is a non-hierarchical system without a centralized legislator and is comparatively lacking in core enforcement mechanisms, a theoretical natural law right of unilateral self-preservation can be seen as a key underlying basis for many of the norms that have developed within that system.⁴³

Zelfverdediging als een 'inherent recht' lijkt ook te verwijzen naar deze notie van *self-preservation* als een soort natuurrecht. Een vergelijkbare gedachte treffen we aan in de overweging van het Internationaal Gerechtshof in de *Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* waarin het stelde dat het gebruik van nucleaire wapens in extreme situaties "in which the very survival of states would be at stake" toelaatbaar zou zijn.⁴⁴

Een dergelijke redenering kan naar analogie worden toegepast op situaties van catastrofaal terrorisme door niet-statelijke actoren waarin

het voortbestaan van de staat eveneens op het spel kan staan. De redenering is dan dat in statelijke noodsituaties de beperkingen die het positieve internationaal recht aan het recht van zelfverdediging stelt ondergeschikt zijn aan het meta-juridische beginsel van *self-preservation* op grond van het uitgangspunt dat van geen enkele staat verwacht kan worden dat hij passief zijn eigen vernietiging ondergaat.

Kan het beginsel van *self-preservation* ons de weg wijzen in de keuze tussen de 'link'-theorie en de 'inherent recht'-theorie? Het probleem met *self-preservation* is dat het meer werkzaam is op het niveau van achter de regels liggende algemene beginselen of aan het systeem ten grondslag liggende basishnormen dan dat het een eigenstandige juridische betekenis heeft in de vorm van een afzonderlijk recht of een specifieke juridische rechtvaardigingsgrond voor op zichzelf onrechtmatig gedrag.⁴⁵ Het dient meer als een soort overkoepelende term te worden gezien dat "encompasses a range of concepts that all possess a good deal more specificity under contemporary international law than self-preservation does itself."⁴⁶ Anders gezegd: het beginsel *self-preservation* kan de 'inherent recht'-theorie weliswaar rechtvaardigen,⁴⁷ maar verschaft op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond voor de gewelddadige schending van de territoriale soevereiniteit van de *target*

state. Pas wanneer afscheid wordt genomen van het traditionele soevereiniteitsconcept waarin een eenmaal erkende staat voor eens en altijd verzekerd is van de soevereine rechten van territoriale integriteit en politieke onafhankelijkheid zal dit anders zijn.

En precies dit – een herijking van het soevereiniteitsbegrip dat ten grondslag ligt aan het klassieke internationaal recht – is het idee achter het in 2005 tijdens de World Summit van staten opgestelde en door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aanvaarde beginsel van de *responsibility to protect*. Door het soevereiniteitsbegrip dat hieraan ten grondslag ligt naar analogie toe te passen op de situatie van terroristisch geweld door niet-statelijke actoren kan naar mijn mening een oplossing worden gevonden worden voor het dilemma waarvoor het klassieke internationaal recht staten plaatst wanneer zij zich willen beroepen op zelfverdediging in reactie op privaat geweld zonder statelijke betrokkenheid.⁴⁸

De belangrijkste doelstelling van de opstellers van het rapport *The Responsibility to Protect* behelst een herijking of herinterpretatie van het traditionele soevereiniteitsconcept. Soevereiniteit dient niet langer te worden opgevat in termen van 'control' maar van 'responsibility'. De primaire verantwoordelijkheid van de staat betreft de bescherming van zijn bevolking in termen van het garanderen van

diens mensenrechten en veiligheid.⁴⁹ Het gaat hier echter om een 'duale' verantwoordelijkheid. Dat wil zeggen dat de verplichting van de staat tot bescherming niet alleen bestaat in relatie tot zijn eigen bevolking, maar ook jegens de internationale gemeenschap. Een staat die niet bereid of niet in staat is om die verplichting te handhaven, is niet alleen in gebreke jegens zijn eigen burgers, maar schendt ook een verplichting jegens de internationale gemeenschap. Op dat moment gaat de beschermingsverplichting als het ware over op de internationale gemeenschap die in plaats van de staat mag optreden ter effectuering hiervan. In beginsel door het treffen van vreedzame maatregelen, maar als het niet anders kan ook door middel van het nemen van militaire maatregelen, in dat geval bij voorkeur geautoriseerd door de Veiligheidsraad. Mocht de Veiligheidsraad niet tot overeenstemming kunnen komen, dan kunnen staten ook individueel militaire actie ondernemen, maar dergelijke actie is dan niet langer legaal, hooguit legitiem mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.⁵⁰

Hoewel de *responsibility to protect* expliciet ziet op de situatie waarin een staat niet bereid of in staat is om mensenrechtenschendingen binnen zijn eigen territorium te voorkomen en niet zozeer op mensenrechtenschendingen die het gevolg zijn van een terroristische aanslag afkomstig van een niet-statelijke

groepering uit een andere staat, kan de logica die aan dit concept ten grondslag ligt evenzeer worden toegepast op laatstgenoemde situatie. De redenering is dan als volgt: als soevereiniteit *primair* betekent dat de staat de verplichting heeft om zijn *eigen bevolking* te beschermen tegen mensenrechtenschendingen dan is het voor de uitoefening van die beschermingsplicht om het even of de *oorzaak* van de schending van mensenrechten binnen of buiten die staat is gelegen.⁵¹ Aangezien een terroristische aanslag of hij nu afkomstig is van binnen of van buiten de staat veelal tot doel heeft zoveel mogelijk burgerslachtoffers te maken, valt het beschermen van zijn *eigen bevolking* tegen terroristische aanslagen bij uitstek onder de reikwijdte van de *responsibility to protect*.⁵² Wanneer de *responsibility to protect* tegelijkertijd inhoudt dat staten niet alleen actie ter bescherming van hun *eigen* bevolking moeten nemen, maar zelfs militair mogen ingrijpen ter bescherming van de bevolking van een *andere staat* wanneer laatstgenoemde hiertoe zelf niet bereid of niet in staat is,⁵³ dan is een militair optreden in een andere staat ter bescherming van de *eigen bevolking* logischerwijs *a fortiori* toegestaan. Net zoals zelfverdediging ter bescherming van eigen onderdanen verblijvend in een andere staat juridisch een minder omstreden categorie is dan humanitaire interventie,⁵⁴ zo zou een ingrijpen in

een andere staat ter effectivering van de beschermingsplicht voor de *eigen bevolking* minder omstreden moeten zijn dan een ingrijpen in een andere staat ter bescherming van de *niet-eigen bevolking*. Kortom, niets weerhoudt ons ervan om op basis van het soevereiniteitsconcept dat ten grondslag ligt aan de *responsibility to protect* op te treden tegen een terroristische dreiging afkomstig van een niet-statelijke actor opererend op het grondgebied van een andere staat.

De opdeling van de *responsibility to protect* in drie fases, te weten een *responsibility to prevent*, een *responsibility to react* en een *responsibility to rebuild* kan wederom naar analogie worden toegepast.⁵⁵ De *responsibility to prevent* ziet dan op vreedzame maatregelen die de bedreigde staat neemt om de terroristische dreiging te voorkomen, mochten die maatregelen onvoldoende zijn – tot uiting komend in een daadwerkelijke terroristische aanslag op zijn grondgebied – dan wordt de *responsibility to react* getriggerd en is het in beginsel aan de Veiligheidsraad om toestemming te geven voor militaire maatregelen om de terroristische groepering uit te schakelen, maar mocht de Raad niet tot overeenstemming komen dan kan de *victim state* geweld gebruiken als een vorm van extraterritoriale handhaving van zijn beschermingsplicht.

Wanneer eenmaal tot geweldgebruik door de *victim state* wordt overgegaan dienen de volgende

criteria in acht te worden genomen. Er moet een *rechtvaardige reden* zijn, dat wil zeggen de terroristische aanslag moet hebben geleid tot een grootschalig verlies aan mensenlevens. Daarnaast moet er sprake zijn van een *juiste intentie*: het primaire doel van de militaire actie door de *victim state* moet de uitschakeling van de terroristische groepering zijn, opdat zijn bevolking beschermd is tegen toekomstige aanslagen. Het gebruik van geweld moet een *ultimum remedium* zijn: pas nadat alle vreedzame middelen zijn ingezet ter bestrijding van de terroristische groepering is militaire actie gerechtvaardigd. Verder moet er sprake zijn van *proportionele middelen*: de omvang, duur en intensiteit van de geplande militaire interventie moet worden beperkt tot het minimum dat noodzakelijk is ter bereiking van de gedefinieerde doelstelling van uitschakeling van de terroristische groepering. Tot slot dient te worden voldaan aan het criterium van *redelijke vooruitzichten*, er moet een aanzienlijke kans bestaan op succes in het elimineren van de terroristische groepering in die zin dat de gevolgen van het militaire optreden niet slechter zijn dan de consequenties van niet optreden.⁵⁶ Na de militaire actie ter uitschakeling van de terroristische groepering rust er op de *victim state* nog een *'responsibility to rebuild'* dat wil zeggen dat deze de *target state* dient te assisteren bij herstel en wederopbouwwerkzaamheden

waarbij tevens de oorzaken van het terrorisme dienen te worden bestreden teneinde een hernieuwde terroristische dreiging te voorkomen.⁵⁷

Op deze wijze kan een theoretische grondslag worden verschaft aan Dinstains zelfverdediging als een vorm van extraterritoriale rechtshandhaving die zijn aangrijpingspunt heeft in the *responsibility to protect* en geworteld is in een concept van soevereiniteit als verantwoordelijkheid. Daarmee is niet gezegd dat de *responsibility to protect* in de juridische grondslag kan voorzien voor het gebruik van geweld in reactie op een terroristische aanslag door niet-statelijke actoren; die grondslag dient nog altijd te worden gezocht in het recht van zelfverdediging zelf. Maar zoals de *responsibility to protect* het gebruik van unilateraal geweld ter bescherming van mensenrechten op zichzelf evenmin kan rechtvaardigen,⁵⁸ maar in het licht van de massale aanvaarding daarvan door de internationale gemeenschap wél minder omstreden kan doen zijn, zo zou een zelfverdedigingsactie – die primair de bescherming van de eigen burgerbevolking tegen terroristische aanslagen tot doel heeft – eveneens eerder aanvaardbaar kunnen zijn door deze te zien als in lijn met de *responsibility to protect*-doctrine en als een logisch uitvloeisel van een concept van soevereiniteit als verantwoordelijkheid.

Noten

1. Randelzhofer, A. (2002), Article 2 par. 4, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary. Second Edition*, Oxford: Oxford University Press, p. 123.
2. Blokker, N. (1997), Grenzen aan de macht(iging)? Over de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad en delegatie aan 'coalitions of the able and willing', *Nederlands Juristenblad*, 72, pp. 1547-1553.
3. Frowein, J. (2002), Article 39, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary. Second Edition*, Oxford: Oxford University Press, pp. 720-721.
4. Vgl. S/RES/1368, 12 September 2001 en S/RES/1373, 18 September 2001. In beide resoluties stelde de Veiligheidsraad dat: "[...] such acts [i.e. the terrorists attacks of 9/11; GM], like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security, [...]".
5. Zie art. 50 van de Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid. Crawford, J. (2002), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 281-302, in het bijzonder pp. 288-289.
6. Randelzhofer, A. (2002), Article 51, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, p. 792; Wettberg, G. (2007), *The International Legality of Self-Defence Against Non-State Actors: State Practice from the U.N. Charter to the Present*, Berlin: Peter Lang, p. 20; Kammerhofer, J. (2004), Uncertainties of the Law on Self-defence in the United Nations Charter, *Netherlands Yearbook of International Law*, 35, p. 194. Contra: Murphy, S.D. (2005), Self-defence and the Israeli Wall Advisory Opinion: an ipse dixit from the ICJ?, *American Journal of International Law*, 99, p. 70.
7. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, par. 195. Hierna: *Nicaragua Case*.
8. *Ibid.*, par. 195.
9. Wettberg (2007), pp. 64-65, 66.
10. Dinstein, Y. (2005), *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 230-231; Gray, G. (2008), *International Law and the Use of Force*, Oxford: Oxford University Press, p. 155; Kammerhofer (2004), pp. 175-178; Van Steenberghe, R. (2010), Current legal developments. Self-defence in response to attacks by non-state actors in the light of recent state practice: A step forward?, *Leiden Journal of International Law*, 22, p. 203.
11. *Ibid.*
12. *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, International Court of Justice, 6 November 2003, par. 64 (hierna: *Oil Platforms Case*). Cursivering toegevoegd. In dezelfde zin: *Case Concerning Armed Activities On the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, International Court of Justice, 19 December 2005, par. 146 (hierna: *Armed Activities Case*).
13. *Oil Platforms Case*, par. 72.
14. Zemanek, K., Armed attack, in: *Max Planck Encyclopedia of Public In-*

- ternational Law*, pp. 2-3, par. 10; op: www.mpepil.com.
15. *Nicaragua Case*, par. 115. Cursivering toegevoegd.
 16. Crawford (2002), p. 110.
 17. *Ibid.*, p. 110, par. 1.
 18. *Ibid.*.
 19. *Ibid.*, p. 113, par. 7.
 20. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian Territory*, International Court of Justice, 6 July 2004, par. 139 (hierna: *Wall Opinion*); *Armed Activities Case*, par. 146; *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, International Court of Justice, 26 February 2007, par. 400, 406.
 21. Kammerhofer, J. (2007), *The Armed Activities Case and non-state actors in self-defence law*, *Leiden Journal of International Law*, 20, par. 3.1.3.
 22. Vergelijk de veelgeciteerde passage uit de *Nicaragua Case* (par. 176): "It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which 'subsumes and supervenes' customary international law. It rather demonstrates that in the field in question [...] customary international law continues to exist alongside treaty law. The areas governed by the two sources of law thus do not exactly overlap, and the rules in question do not have the same content."
 23. Zie bijvoorbeeld Ducheine, P. (2008), *Krijgsmacht, geweldgebruik & terreurbestrijding*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, pp. 216-217.
 24. Zie: Wettberg (2007), pp. 209, 228; Van Steenberghe (2010), p. 199, 207; Wedgwood, R. (2005), *The ICJ Opinion on the Israeli security fence and the limits of self-defence*, *American Journal of International Law*, 99, p. 58; Franck, T.M. (2002), *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 67; Dinstein (2005), pp. 206-207; Barbour, S.A. & Z.A. Salzman (2008), *The tangled web: The right of self-defence against non-state actors in The Armed Activities Case*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 40, p. 87.
 25. Zie: *International Legal Materials* (40) 2001, p. 1281. En ook: s/2001/946, 7 October 2001 en s/2001/947, 7 October 2001.
 26. Zie: Gray (2008), pp. 198-199. Voor collectieve zelfverdediging, zie de verklaring afkomstig van de NAVO in: *International Legal Materials* (40) 2001, p. 1267. Dit was de eerste keer in de geschiedenis van de NAVO dat art. 5 van het NAVO-verdrag werd ingeroepen door de NAVO: www.nato.int/.
 27. Het meest uitgesproken is Dinstein (2005), pp. 206-207.
 28. Van Steenberghe (2010), p. 199, resp. p. 207. Cursivering toegevoegd.
 29. Wettberg (2007), p. 209.
 30. De term 'contraterrorisme verplichtingen' is afkomstig van: Becker, T. (2006), *Terrorism and the State: Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford: Hart Publishing, p. 118-131.
 31. Dinstein (2005), p. 247. Cursivering toegevoegd.
 32. In het geval van catastrofaal terrorisme gaat het om situaties waarin er honderdduizenden slachtoffers zijn en hele steden worden verwoest. Becker (2006), p. 355.
 33. Ruys, T. & S. Verhoeven (2005),

- 'Attacks by private actors and the right of self-defence, *Journal of Conflict & Security Law*, 10, p. 312.
34. *Ibid.*, p. 317. Tams sluit zich bij dit criterium aan. Zie: Tams, C.J. (2009), The use of force against terrorists, *The European Journal of International Law*, 20, pp. 385-386.
35. Ruys & Verhoeven (2005), p. 316.
36. Becker (2006), p. 334.
37. *Ibid.*, p. 334. Cursivering toegevoegd.
38. Dit word ook door de auteurs erkend. Zie: Ruys & Verhoeven (2005), pp. 317-319; Becker (2006), pp. 354-355.
39. Vgl. Kammerhofer (2007), par. 3.1.2.
40. Separate Opinion of Judge Higgins in Wall Opinion, par. 33; Separate Opinion of Judge Kooijmans in Wall Opinion, par. 35; Declaration of Judge Buergenthal in Wall Opinion, par. 5-6; Separate Opinion of Judge Kooijmans in Armed Activities Case, par. 25-31, in het bijzonder par 30-31; Separate Opinion of Judge Simma in Armed Activities Case, par. 7-13, in het bijzonder par. 12-13.
41. Green, J.A., Self-preservation, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par. 1, op: www.mpepil.com.
42. *Ibid.*, par 1.
43. *Ibid.*, par. 5.
44. *Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, International Court of Justice, 8 July, par. 105.
45. Bowett, D.W. (1958), *Self-Defence In International Law*, Manchester: Manchester University Press, p. 10; Kirsch, N. (2001), *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Berlin: Springer, p. 331.
46. Green, par. 4.
47. Franck lijkt te verwijzen naar 'self-preservation' ter legitimering van zijn keuze voor de 'inherent recht'-theorie: "Any other reading of Article 51 would base the right of self-defence not on a victim state's 'inherent' powers of self-preservation, but [...]"; Franck, T.M. (2001), Terrorism and the right to self-defence, *American Journal of International Law*, 95, p. 843. Cursivering toegevoegd.
48. Ondanks het feit dat de opstellers van het ICISS Rapport stellen dat de *responsibility to protect* betrekking heeft op een andere situatie; International Commission on Intervention and State Sovereignty (2001), *The Responsibility to Protect*, Ottawa: International Development and Research Centre (hierna: ICISS Rapport), p. VIII. Desalniettemin erkennen de opstellers dat "responding to terrorist attacks in one's own state' is from a legal perspective less controversial than coping with human protection claims in other states."
49. ICISS Rapport, p. 13.
50. *Ibid.*, pp. 32-37, 55.
51. ICISS Rapport, p. XI: "State sovereignty implies responsibility, and the primary responsibility for the protection of its people lies with the state itself."
52. Vergelijk de verklaring van Israël in de Veiligheidsraad met betrekking tot de invasie in Gaza: "Protecting the lives and well-being of one's citizens is not only a right, but also a *responsibility of every sovereign State*. With its military operation the State of Israel is fulfilling that responsibility." (S/PV.6060, 31 December 2008, p. 6). Cursivering toegevoegd. Zie ook: Wedgwood (2004), p. 61; Canor, I. (2006), *When Jus ad Belum meets Jus in Bello: The occupier's right of self-defence*

- against terrorism stemming from occupied territories, *Leiden Journal of International Law*, 19, p. 148.
53. ICISS Rapport, p. xi: "Where a population is suffering serious harm, [...] and the state in question is unwilling or unable to halt or avert it, the principle of non-intervention yields to the international responsibility to protect."
54. Zie: Molier, G. (2003), *De (on)rechtmatigheid van humanitaire interventie. Respect voor staatssoevereiniteit versus bescherming van mensenrechten?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 87-90, 91,
55. ICISS Rapport, p. xi.
56. Vgl. ICISS Rapport, pp. xii, 32-37. Zie ook het voorwoord op p. ix: "In particular, the precautionary principles outlined in our report do seem to be relevant to military operations, both multilateral and unilateral, *against the scourge of terrorism*." *Cursivering toegevoegd*.
57. Vgl. ICISS Rapport, p. ix.
58. Zie: Molier, G. (2006), *Humanitarian intervention and the responsibility to protect after 9/11*, *Netherlands International Law Review*, 53, pp. 47-52.