

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

De legaliteit van anticiperende en preventieve zelfverdediging binnen het internationale recht

Promotor :
Prof. dr. Cedric RYNGAERT

Stijn Troonbeeckx

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

De legaliteit van anticiperende en preventieve
zelfverdediging binnen het internationale recht

Promotor :
Prof. dr. Cedric RYNGAERT

Stijn Troonbeeckx

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

Vaak gebruikte afkortingen

1. VN-Handvest = Handvest van de Verenigde Naties
2. VN = Verenigde Naties
3. IGH = Internationaal Gerechtshof
4. VN-Veiligheidsraad = Veiligheidsraad van de Verenigde Naties
5. VS = Verenigde Staten van Amerika

VOORWOORD

Als onderwerp voor mijn masterscriptie heb ik voor anticiperende en preventieve zelfverdediging binnen het internationale recht gekozen. Ik ben van mening dat oorlogsvoering zo veel als mogelijk moet beperkt worden. Daarom vind ik duidelijkheid binnen de regels van het internationale recht van groot belang. Ik wens mijn promotor te bedanken voor de begeleiding bij het schrijven van deze scriptie. Eveneens wens ik mijn familie en vrienden te bedanken voor de steun die nodig was om het schrijven van deze scriptie mogelijk te maken. Veel leesgenot.

SAMENVATTING

Oorlogen zijn van alle tijden. Het VN-Handvest dat in 1945 werd ingevoerd heeft militaire conflicten tussen staten zo veel mogelijk willen voorkomen. In het VN-Handvest wordt een principiële verbod opgelegd aan staten om geweld te gebruiken bij het oplossen van internationale conflicten. Op dit principiële verbod zijn twee uitzonderingen waarvan één het zelfverdedigingsrecht is. Het zelfverdedigingsrecht vindt zijn basis in het VN-Handvest onder artikel 51 evenals in het internationale gewoonterecht. Volgens het IGH loopt het internationale gewoonterecht parallel met de bepalingen uit het VN-Handvest. Volgens de tekst van artikel 51 HVN is een voorafgaande aanval van de vijandige staat een voorwaarde alvorens staten het zelfverdedigingsrecht mogen invoeren. Onder invloed van de VS zijn er stemmen opgegaan binnen de internationale gemeenschap en in de rechtsgeleerdheid die stellen dat er een internationaal gewoonterecht is gevormd dat de voorwaarde van een effectieve voorafgaande aanval laat vervallen en dat er bijgevolg anticiperende of preventieve militaire maatregelen mogen genomen worden tegen dreigingen die uitgaan van vijandige staten. Na de aanslagen van 9/11 in New York en verder in de nasleep van de oorlog in Irak van 2003 zijn er meer staten gekomen die anticiperende zelfverdediging tegen imminente dreiging van een vijandige staat lijken te erkennen. Toch is het zo dat er geen internationaal gewoonterecht is gevormd dat anticiperende zelfverdediging toelaat. Hiervoor is er te veel afwijzing van het begrip anticiperende zelfverdediging door Zuid-Amerikaanse, Afrikaanse en Aziatische staten. Voor preventieve zelfverdediging is er zo goed als geen steun te vinden binnen de internationale gemeenschap. Buiten het feit dat de meerderheid van de staten ervan uitgaat dat preventieve en anticiperende zelfverdediging niet conform is met het internationale recht is er ook geen politieke steun te vinden voor de uitbreiding van het zelfverdedigingsrecht. De meeste staten zien een uitgebreid zelfverdedigingsrecht als een factor die het gebruik van geweld zou doen toenemen. Bovendien zou een uitgebreid zelfverdedigingsrecht in het internationale gewoonterecht voor een conflict zorgen met de bepalingen in het VN-Handvest. De tekst van het VN-Handvest stelt een duidelijke voorwaarde die zegt dat er zich een voorafgaande aanval moet hebben voorgedaan alvorens een staat het zelfverdedigingsrecht onder artikel 51 HVN kan invoeren. Hiervan afwijken zal moeilijk zijn, eens te meer omdat zo goed als alle VN-Lidstaten het VN-Handvest hebben getekend en geratificeerd.

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	3
SAMENVATTING	5
INHOUDSOPGAVE.....	7
INLEIDING.....	9
DEEL 1: ALGEMENE SITUERING EN OMSCHRIJVING VAN HET ZELFVERDEDIGINGSRECHT VAN STATEN.....	11
1.1 HET ALGEMENE PRINCIPE VAN GEWELDSVERBOD.....	11
1.1.1 <i>Situering</i>	11
1.1.2 <i>Het Handvest van de Verenigde Naties</i>	12
1.1.3 <i>Uitzonderingen op het algemene principe van Interstatelijk geweldsverbod</i>	13
1.2 HET ZELFVERDEDIGINGSRECHT	15
1.2.1 <i>Duiding</i>	15
1.2.2 <i>Voorwaarden voor zelfverdediging onder artikel 51 HVN</i>	15
1.2.3 <i>De rol van de VN-Veiligheidsraad onder artikel 51 HVN</i>	24
1.2.4 <i>Het zelfverdedigingsrecht als internationaal gewoonterecht</i>	24
DEEL 2: ANTICIPERENDE EN PREVENTIEVE ZELFVERDEDIGING; EEN MYTHE OF EEN OPTIE?	29
2.1 PLAN EN DUIDING	29
2.2 DE GEBRUIKTE TERMINOLOGIE.....	31
2.3 VERSCHILLEN IN VISIE.....	32
2.3.1 <i>Verdedigers van een gelimiteerd zelfverdedigingsrecht</i>	32
2.3.2 <i>Verdedigers van anticiperende zelfverdediging</i>	34
2.3.3 <i>Verdedigers van preventieve maatregelen</i>	36
2.3.4 <i>Een analyse van de voornaamste discussies</i>	38
2.4 ANALYSE VAN DE STATENPRAKTIJK BETREFFENDE ANTICIPERENDE OF PREVENTIEVE ZELFVERDEDIGING..	40
2.4.1 <i>De invasie in Irak</i>	40
2.4.2 <i>De verdere evolutie na 2003</i>	47
2.4.3 <i>Noord-Korea en Iran</i>	53
2.4.4 <i>Conclusie betreffende de vorming van een nieuw gewoonterecht</i>	57
DEEL 3: HEEFT DE INTERNATIONALE GEMEENSCHAP NOOD AAN EEN UITBREIDING VAN HET ZELFVERDEDIGINGSRECHT? WAT ZIJN DE OBSTAKELS?	59
3.1 DE POLITIEKE VRAAG NAAR ANTICIPERENDE OF PREVENTIEVE ZELFVERDEDIGING.....	59
3.1.1 <i>De argumentatie voor anticiperende en preventieve Zelfverdediging</i>	59
3.1.2 <i>De achillespees van anticiperende en preventieve Zelfverdediging</i>	60
3.2 HANDVEST VERSUS GEWOONTERECHT	61
3.2.1 <i>Probleemstelling</i>	61
3.2.2 <i>Het verdrag van Wenen</i>	61
CONCLUSIE.....	65
BIBLIOGRAFIE.....	69

INLEIDING

Is anticiperende en/of preventieve zelfverdediging legaal onder het huidige internationale recht? Is er politieke noodzaak om dit te veranderen?

Het principiële verbod voor staten om geweld te gebruiken als oplossing voor geschillen is één van de basisfundamenten van het internationale recht. Op dit basisprincipe vormt het zelfverdedigingsrecht één van de uitzonderingen. Het zelfverdedigingsrecht is opgenomen in artikel 51 HVN en maakt deel uit van het internationale gewoonterecht. Vanaf de invoering in 1945 van het handvest bestaan er binnen de rechtsgeleerdheid discussies aangaande de verhouding tussen het gewoonterecht en artikel 51 HVN. *Is het gewoonterecht dat bestond voor 1945 nog van toepassing of is het hedendaagse gewoonterecht ontwikkeld op basis van en parallel met de bepalingen in het VN-Handvest?*

Eveneens bestaat er verdeeldheid over de betekenis van artikel 51 HVN. De zin 'if an armed attack occurs' uit artikel 51 HVN is het onderwerp van vele debatten. De centrale vraag die zich stelt, is of er zich een voorafgaande gewapende aanval moet hebben voorgedaan alvorens een Staat zich kan beroepen op artikel 51 HVN. *Moet de tekst van artikel 51 HVN restrictief geïnterpreteerd worden of is er ruimte voor zelfverdediging tegen een imminente of kwalitatieve dreiging?*

In de rechtsgeleerdheid bestaan er verschillende visies met betrekking tot anticiperend of preventief zelfverdedigingsrecht. Als eerste is er een groep van rechtsgeleerden die een strikt gelimiteerd zelfverdedigingsrecht verdedigt. Ten tweede is er een groep die voorstander is van de mogelijkheid van zelfverdediging tegen imminente dreigingen. Als derde en laatste is er een groep die verder gaat en het gebruik van preventieve maatregelen tegen potentiële dreigingen in de toekomst verdedigt. Eén van de discussies binnen de verschillende strekkingen handelt over het gewoonterecht dat is ontwikkeld na 1945. Statenpraktijk vormt een belangrijk element in het vormen van internationaal gewoonterecht. Daarom zal hiervan een grondige analyse gemaakt worden. In dit werk zal er toegespitst worden op de statenpraktijk die zich heeft ontwikkeld vanaf de aanslagen van 11 september tot de zeer actuele gebeurtenissen rond Iran en Noord-Korea. *Is er een Internationaal gewoonterecht ontwikkeld dat anticiperende zelfverdediging toelaat? Is er een Internationaal gewoonterecht ontwikkeld dat preventieve zelfverdediging toelaat?*

Als laatste zal er onderzocht worden wat de moeilijkheden zijn wanneer er zich een gewoonterecht zou ontwikkeld hebben of zou willen ontwikkelen in de toekomst dat militaire maatregelen tegen dreigingen mogelijk maakt. *Is er een politiek draagvlak voor anticiperende of preventieve zelfverdediging binnen de Internationale gemeenschap en wat zijn de gevaren? Zou de vorming van gewoonterecht dat anticiperende of preventieve zelfverdediging toelaat voor een conflict zorgen met het VN-Handvest?*

Om de onderzoeksvraag en de subvragen te kunnen beantwoorden zal er in deze scriptie als volgt te werk gegaan worden. In het eerste deel zal het zelfverdedigingsrecht geplaatst worden binnen het internationale recht. De algemene principes en voorwaarden van het zelfverdedigingsrecht zullen besproken en verduidelijkt worden. In het tweede deel gaan we ons toespitsen op de legaliteit van anticiperend en preventief zelfverdedigingsrecht. In dit hoofdstuk zal een korte verwijzing zijn naar de verschillende strekkingen die er zijn binnen de rechtsgeleerdheid en de voornaamste discussies die er bestaan. In dit deel zal de meeste aandacht gaan naar de statenpraktijk en bijgevolg de stand van het hedendaagse gewoonterecht. De statenpraktijk vanaf 9/11 tot nu zal behandeld en geëvalueerd worden. Het derde en laatste deel zal een normatieve bijlage vormen waarin de politieke noodzakelijkheid van het desbetreffende onderwerp aangehaald en besproken zal worden.

Dit onderzoek is relevant omdat desondanks het feit dat er een principieel verbod heerst op het gebruik van geweld, het zeker geen rariteit is. De actualiteit toont dit aan. Wanneer staten het oorlogspad op gaan, willen ze dit steeds juridisch verantwoorden. De legaliteit van anticiperende of preventieve zelfverdediging binnen het internationale recht vormt een discussie binnen de rechtsgeleerdheid. Het is bijgevolg van belang dat er duidelijkheid heerst over de legale status van anticiperende en preventieve zelfverdediging.

DEEL 1: ALGEMENE SITUERING EN OMSCHRIJVING VAN HET ZELFVERDEDIGINGSRECHT VAN STATEN.

In het eerste deel van dit werk zal het zelfverdedigingsrecht geplaatst worden binnen het internationale recht. De algemene modaliteiten zullen besproken worden met voorbeelden vanuit de praktijk. Deze algemene situering is van belang voor de verdere uitwerking van het onderwerp van deze thesis.

1.1 *Het algemene principe van geweldsverbod*

1.1.1 Situering

Het Internationaal recht heeft als doel geschillen die zich voordoen tussen Staten op een vreedzame manier op te lossen. Bij aanvang van dit werk gaan we kijken hoe de internationale gemeenschap het gebruik van geweld tussen Staten heeft geregeld. De rechtsregels die het geweldsgebruik tussen Staten regelen, worden het *ius ad bellum* genoemd.

In 1928 werd het 'Algemeen Verdrag tot Verzaking aan de Oorlog'¹ aanvaard door, op vier na, alle Staten die op dat moment internationaal erkent waren. Met dit instrument, beter gekend als het 'Briand-Kellogg Pact', verbonden de Staten zich ertoe om hun geschillen op een vreedzame wijze op te lossen. Het pact impliceerde een absoluut geweldsverbod. Ondanks dit bleven verschillende staten het inherente recht op zelfverdediging erkennen.

Sinds 1945 is het principe van geweldsverbod vastgelegd in het Handvest van de Verenigde Naties.² Voordien was het internationale gewoonterecht de voornaamste bron van het *ius ad bellum*. Op dit moment is gewoonterecht als nog steeds van belang binnen het *ius ad bellum*. Het gewoonterecht dat gevormd is na 1945 loopt parallel met de bepalingen van het VN-Handvest.³ Het internationale gewoonterecht van voor 1945 wijkt soms af van het VN-Handvest. Er heerst discussie over het feit of het pré-1945 gewoonterecht nog van toepassing is nadat het VN-Handvest werd ingevoerd of niet. Hierover zal later in dit werk een onderbouwd standpunt worden ingenomen.⁴

¹Algemeen Verdrag tot Verzaking aan de Oorlog, Parijs, 27 augustus 1928, *United Nations Treaties Series*, 57.

²Hierna zal het handvest van de Verenigde naties 'VN-Handvest' genoemd worden, wanneer er specifieke artikelen van het handvest worden aangeduid zal er de afkorting 'HVN' worden gebruikt. De Verenigde naties zal aangeduid worden met de afkorting VN.

³M. DIXON, *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 312.

⁴*Infra* 33.

Zoals bevestigd door het Internationaal gerechtshof (IGH) in de *Nicaragua-case*⁵, heeft het principe van geweldloze geschillenbeslechting, de status van *Jus Cogens*.⁶ Ondanks het feit dat deze regels aanzien worden als de meest fundamentele van het Internationaal recht, is het een onderdeel met veel problemen. Er zijn in het verleden evenals in de dagelijkse actualiteit voldoende voorbeelden die aantonen dat geweldsgebruik tussen staten niet zeldzaam is.

1.1.2 Het Handvest van de Verenigde Naties

Het interstatelijk geweldsverbod is vastgelegd in artikel 2§4 HVN⁷:

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

Geweldsgebruik valt alleen onder artikel 2§4 HVN als het gaat omgebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat. Hieruit afgeleid wordt soms geïverd⁸ dat deze bepaling eng moet geïnterpreteerd worden bij het beoordelen of een bepaald geweldsgebruik al dan niet onder artikel 2§4 HVN valt. Vervolgens wordt dan gesteld dat de bepaling het gebruik van geweld toelaat waarbij de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat niet in het gedrang komt. Deze gedachtegang wordt door de meeste auteurs echter niet gevolgd. De meerderheid gaat ervan uit dat de bepaling ruim moet geïnterpreteerd worden en dat artikel 2§4 HVN geldt als een verbod op alle vormen van interstatelijk geweld.⁹ Het IGH heeft de enge interpretatie van het artikel eveneens verworpen in het *Corfu Channel-arrest*.¹⁰ Brazilië was zelfs voorstander om economisch geweld mee onder de bepaling te laten vallen. Dit is echter verworpen en ondertussen is er eensgezindheid dat het artikel enkel militair of gewapend geweld dekt¹¹. Dit wordt bevestigd door de gangbare statenpraktijk.

⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Judgement*, ICJ Reports 1986, 14.

⁶ M. DIXON, *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 309.

⁷ Artikel 2§4 van het Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945, *Can TS* 1945 nr. 7.

⁸ Israël is voorstander van een enge interpretatie.

⁹ M. DIXON, *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 313-315. ; J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 208; C. GRAY, *International Law and the Use of force*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, third edition, 32-33.

¹⁰ IGH, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Preliminary Objection, ICJ Reports 1948, 4.

¹¹ J. WOUTERS, T. RUYSS, *Internationaal recht en het unilateraal gebruik van geweld door Staten: het Jus ad Bellum onder vuur*, 2007, Working Paper, Instituut voor Internationaal Recht K.U. Leuven, <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP111n.pdf>

1.1.3 Uitzonderingen op het algemene principe van Interstatelijk geweldsverbod

Situering

Op het algemene geweldsverbod zijn er uiteraard uitzonderingen. Het zelfverdedigingsrecht is één van de uitzonderingen die er zijn om geweldsgebruik tegen een andere staat te rechtvaardigen. Een grondige analyse van dit zelfverdedigingsrecht vormt de focus van dit werk. Vervolledigend worden ook andere rechtvaardigingsgronden op het algemene geweldsverbod besproken. Zo is een machtiging van de VN-Veiligheidsraad een andere uitzondering op de verbodsregel. Naast deze twee zijn er nog andere rechtvaardigingsgronden die staten aanhalen om hun geweldsgebruik een bepaalde legitimiteit te geven. De humanitaire interventie is hiervan een goed voorbeeld.

VN- Veiligheidsraad

De VN-Veiligheidsraad bestaat uit vijftien leden van de VN, waarvan vijf permanente leden: China, Frankrijk, Rusland, de VS en het Verenigd Koninkrijk. De overige tien landen worden telkens voor twee jaar gekozen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties; elk jaar worden er vijf nieuwe landen gekozen. Van deze tien landen zijn er drie uit Afrika, twee uit Azië, twee uit Latijns-Amerika, één uit Oost-Europa en twee uit een restgroep (West-Europa, Canada, Oceanië), waarvan minstens één uit West-Europa. Van de vijf Afrikaans-Aziatische landen is er altijd één Arabisch land, beurtelings uit Afrika en Azië. De leden van de VN hebben de handhaving van de internationale vrede en veiligheid overgedragen aan de VN-Veiligheidsraad.

De VN-Veiligheidsraad moet in eerste instantie proberen om voor bestaande conflicten een vreedzame oplossing te zoeken.¹² De VN-Veiligheidsraad heeft de mogelijkheid om maatregelen te nemen onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest. Dit zal gebeuren in de vorm van een resolutie.¹³ De VN-Veiligheidsraad kan geweldloze maatregelen nemen, maar mochten deze niet voldoende zijn, kan er ook een machtiging gegeven worden tot gebruik van geweld. Wanneer de VN-Veiligheidsraad de beslissing neemt om militaire actie te ondernemen zijn de VN-lidstaten verplicht om hiervoor gewapende strijdkrachten te leveren.

¹²M. DIXON, *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 329-331.

¹³Voorbeelden zijn de resoluties aangaande Bosnië en Rwanda.

Elk van de permanente leden van de VN-Veiligheidsraad heeft een vetorecht bij het nemen van beslissingen. Dit vetorecht wordt vaak ingeroepen wanneer het onderwerp van de beslissing het starten van militaire interventies inhoudt. Doordat militaire maatregelen via de VN-Veiligheidsraad vaak geblokkeerd worden door een permanent lid dat zijn vetorecht inroept, moeten staten andere rechtvaardigingsgronden inroepen om militaire maatregelen tegen een vijandige staat te kunnen nemen.

Zelfverdedigingsrecht

Wanneer een staat wordt aangevallen, heeft ze het recht zich proportioneel te verdedigen. Het zelfverdedigingsrecht voor staten bestond al in het gewoonterecht alvorens het VN-Handvest werd uitgevaardigd. Behalve het feit dat het recht van zelfverdediging nog steeds een gewoonterechtelijke basis heeft, is het sinds 1945 ook vastgelegd in het VN-Handvest. Over hoe uitgebreid dit zelfverdedigingsrecht nu eigenlijk is, zijn er verschillende meningen. De verdere uitwerking van het zelfverdedigingsrecht vormt de kern van dit werk; hierop wordt dan ook verder ingegaan in de volgende hoofdstukken.

Andere vormen van rechtvaardiging

Buiten de rechtvaardigingsgronden die net zijn aangehaald, worden er soms nog andere zaken ingeroepen die het gebruik van geweld rechtvaardigen. De interventie omwille van humanitaire redenen is een rechtvaardigingsgrond waarop lidstaten zich relatief frequent beroepen om geweldsgebruik te legitimeren. Tegenwoordig gebruikt men voor een humanitaire interventie de term 'responsibility to protect'.¹⁴ Bij humanitaire interventies gaat het om geweldsgebruik van staat A op staat B om de mensenrechten van de onderdanen van staat B te beschermen. Wanneer dit gebeurt op grond van een resolutie van de VN-Veiligheidsraad is er geen probleem. Het gegeven van een humanitaire interventie waarvoor de VN-Veiligheidsraad geen machtiging heeft gegeven, is zeer controversieel.¹⁵ Recentelijk nog hebben de westerse grootmachten een humanitaire interventie gedaan in Libië. De Libiërs moesten beschermd worden tegen de wreedheden van dictator Khaddafi.

¹⁴B. De Belder 'Humanitaire interventie in een nieuw kleedje', *De Morgen* 30 maart 2011, beschikbaar op: <http://www.dewereldmorgen.be/artikels/2011/03/30/r2p-humanitaire-interventie-in-een-nieuw-kleedje>

¹⁵J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 213.

1.2 Het zelfverdedigingsrecht

1.2.1 Duiding

Staten die een gewapende actie ondernemen tegen een andere staat willen zich rechtvaardigen ten opzichte van de Internationale gemeenschap. Het rechtvaardigen van de actie tracht men te doen via een juridische grondslag. Een vaak gebruikte juridische grondslag is het inherente zelfverdedigingsrecht. Het woord inherent betekent dat het onvervreemdbaar is en dat het deel uitmaakt van het internationale gewoonterecht als fundamenteel recht van een staat¹⁶. Het zelfverdedigingsrecht maakt dus deel uit van het gewoonterecht en is tevens vastgelegd in artikel 51 HVN. Het hedendaagse gewoonterecht loopt parallel met de bepalingen van het VN-Handvest¹⁷. Artikel 51 HVN bepaalt het volgende:

*"Geen enkele bepaling van dit Handvest doet afbreuk aan het inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een Lid van de Verenigde Naties, totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen. Maatregelen die door de Leden zijn genomen bij de uitoefening van dit recht tot zelfverdediging dienen onverwijld ter kennis van de Veiligheidsraad te worden gebracht en tasten op geen enkele wijze de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad ingevolge dit Handvest aan om op enigerlei tijdstip over te gaan tot zulk optreden als hij nodig acht voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid."*¹⁸

1.2.2 Voorwaarden voor zelfverdediging onder artikel 51 HVN

Voorafgaande gewapende aanval

In artikel 51 HVN lezen we dat een staat zich enkel met geweld mag verdedigen in geval van een voorafgaande 'gewapende aanval' van de vijandelijke agressor. De vraag is nu wat er juist onder dit begrip valt. Wanneer staat A een luchtaanval uitvoert op staat B zal dit aanzien worden als een gewapende aanval zoals bedoeld in artikel 51 HVN.

¹⁶M. COGEN, *Handboek Internationaal Recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, derde uitgave, 431.

¹⁷*Infra* 33.

¹⁸Artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945, *Can TS* 1945 nr. 7.

Toch is de afbakening van het begrip niet altijd even duidelijk. Daarom zal er een antwoord gegeven worden op twee afzonderlijke vragen. Ten eerste zal de vraag gesteld worden of de gewapende aanval noodzakelijk door een staatsleger moet worden uitgevoerd. Ten tweede zal er gekeken worden of er een zekere graad van ernst moet zijn alvorens de aanval onder artikel 51 HVN kan vallen. Ten derde heerst er discussie of er daadwerkelijk nog wel een voorafgaande aanval moet geweest zijn alvorens men gebruik kan maken van het zelfverdedigingsrecht onder artikel 51 HVN.

1. Enkel gewapende aanvallen die uitgevoerd worden door een staatsleger?

Het IGH heeft het begrip 'gewapende aanval' besproken in de *Nicaragua-case*. Het Hof behandelde eerst de vraag of een gewapende aanval altijd moet uitgevoerd worden door een leger. Op deze vraag heeft het Hof geantwoord dat ook gewelddaden van andere groeperingen, die gesteund worden door een staat of in opdracht ervan handelen, bij het plegen van een gewapende aanval, onder artikel 51 HVN kunnen vallen. Vandaag is er nog weinig discussie over het feit of dit al dan niet mogelijk is. Er heerst wel een discussie over hoe substantieel de bijdrage van een staat moet zijn alvorens het kan aanzien worden als een gewapende aanval die valt onder artikel 51 HVN. Hierover stelt Het Hof dat het begrip 'gewapende aanval' gelimiteerd ingevuld moet worden.¹⁹

In het licht van deze gelimiteerde interpretatie heeft het Hof verder geoordeeld dat de assistentie van rebellen door middel van het ter beschikking stellen van wapens en logistieke steun niet voldoende is om van een gewapende aanval te kunnen spreken.²⁰ Deze gelimiteerde visie van het Hof werd vaak bekritiseerd door rechtsleer uit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Ook de rechters Schwebel (VS) en Jennings (VK) waren het niet eens met deze visie. Zij zijn voorstander van een uitgebreider begrip. De rechters argumenteerden dat wapenbevoorrading van rebellen in samenhang met het geven van logistieke en financiële steun onder het begrip van gewapende aanval zou moeten vallen. Ondanks deze tegenstellingen is het van belang te onthouden dat er voor elke situatie afzonderlijk zal moeten geoordeeld worden of de bijdrage substantieel genoeg was of niet. Elke casus bevat immers unieke elementen en net daarom is de beoordeling van geval tot geval van groot belang.

2. Moet er een bepaalde graad van ernst zijn?

Ook is de vraag gerezen of een gewapende aanval voldoende ernstig moet zijn alvorens het onder artikel 51 HVN kan vallen.

¹⁹Deze stelling wordt gesteund door de statenpraktijk. Zie; C. GRAY, *International Law and the Use of force*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, third edition, 130.

²⁰IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, paragraaf 195.

Het IGH heeft in de *Nicaragua-case* gesteld dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen het begrip 'gebruik van geweld' uit artikel 2§4 HVN en het begrip 'gewapende aanval' uit artikel 51 HVN.²¹ 'Gebruik van geweld' slaat op elke vorm van geweld (ook lichte vormen) terwijl 'gewapende aanval' enkel verwijst naar ernstige gevallen van geweld. Het is dus niet zo dat wanneer een incident de schending van artikel 2§4 HVN uitmaakt, dit automatisch ook het recht geeft aan de staat die werd aangevallen om zich te beroepen op artikel 51 HVN.

Om onder artikel 51 HVN te vallen moet een gewapende aanval voldoende ernstig zijn. Denk bijvoorbeeld aan de situatie van een grensincident waarbij minimaal geweld wordt gebruikt door een staat. Hoewel dit de internationale verantwoordelijkheid van de agressor in het gedrang brengt, betekent dit niet dat de tegenpartij zich zonder meer kan beroepen op haar zelfverdedigingsrecht. De ernst van een gewapende aanval moet in elke zaak concreet beoordeeld worden naargelang de specifieke omstandigheden die er op dat moment heersen.²² Het IGH stelt verder dat een 'gewapende aanval' een zekere schaalgrote en effecten moet hebben om onder artikel 51 HVN te kunnen vallen.

Het vorige roept de vraag op of het nu werkelijk juridisch onmogelijk is om tegenmaatregelen te nemen tegen minder ernstige gevallen van geweldsgebruik. Voor staten die niet rechtstreeks het slachtoffer zijn geweest van dit minder ernstige gebruik van geweld is dit niet mogelijk.²³ Echter door specifiek de term 'niet rechtstreeks betrokken staten' aan te halen, creëert het IGH de impressie dat er wel proportionele maatregelen kunnen genomen worden door staten die direct het slachtoffer zijn geworden van minder ernstig gebruik van geweld. Het verschil in behandeling van staten die direct betrokken zijn en staten die dit niet zijn, vindt zijn oorsprong in het feit dat de internationale gemeenschap wil voorkomen dat conflicten snel escaleren en geïnternationaliseerd worden.²⁴

Het IGH heeft een onderscheid gemaakt tussen ernstige en minder ernstige gevallen van gebruik van geweld. Dit onderscheid wordt in bepaalderechtsleer bekritiseerd.²⁵ Men stelt dat ondanks het feit dat minder ernstige gevallen van geweldsgebruik buiten het toepassingsgebied van artikel 51 HVN kunnen vallen, het IGH toch impliciet het nemen van tegenmaatregelen aanvaardt. Op deze manier creëert het Hof een extra rechtvaardigingsgrond. Het IGH laat immers tegenmaatregelen toe die niet onder artikel 51 HVN vallen.

De vraag kan terecht gesteld worden of het IGH terecht meent dat militaire maatregelen toegelaten zijn waarvoor geen machtiging is van de VN-Veiligheidsraad of die onder het zelfverdedigingsrecht vallen.

²¹ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, paragraaf 195.

²² O. CORTEN, *The Law against War*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2010, 403.

²³ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, paragraaf 211.

²⁴ T. RUYSS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 141.

²⁵ T. RUYSS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 143-149.

3. Moet een voorafgaande gewapende aanval nog wel effectief gebeurd zijn alvorens het zelfverdedigingsrecht van art. 51 HVN kan ingeroepen worden?

De voorwaarde van een voorafgaande 'gewapende aanval' werd net besproken. Hierbij valt op te merken dat de essentie van dit werk handelt over de vraag of er op dit moment nog wel een voorafgaandelijk gewapende aanval nodig is alvorens staten defensieve maatregelen mogen nemen. Denk hierbij aan de begrippen anticiperende en preventieve zelfverdediging. Het is dus best mogelijk dat op het eind van dit werk geconcludeerd kan worden dat het gewoonterecht gecreëerd heeft dat deze voorwaarde mag vervallen.

Noodzakelijkheid

Wanneer een Staat geweld wil gebruiken om zichzelf te verdedigen, moet deze actie noodzakelijk zijn. Daarom is het belangrijk dat we gaan kijken naar wat de term noodzakelijkheid betekent en hoe deze term is geëvolueerd. Om de draagwijdte van de term 'noodzakelijkheid' in te vullen, vormt het *Caroline Incident* van 1837 een goed vertrekpunt. In het Caroline incident werd 'noodzakelijkheid' gedefinieerd als:

'Necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment of deliberation.'²⁶

Deze definitie moet gezien worden in de tijdsgeest van toen. Op dat moment waren er nog geen duidelijk voorgeschreven regels aangaande het gebruik van geweld tussen staten. Er waren met andere woorden niet veel vastgelegde beperkingen in het gebruik van geweld en net daarom speelde noodzakelijkheid een belangrijke rol. Door de weinige beperkingen moest de noodzakelijkheidvereiste er in die tijd voor zorgen dat Staten niet te snel en ondoordacht zouden overgaan tot het gebruik van geweld.²⁷ Vandaag, voornamelijk door de regels die werden ingevoerd in het handvest van de Verenigde Naties, is de mogelijkheid tot geweldsgebruik zeer strikt gelimiteerd.

Ondanks de vaststelling dat de term noodzakelijkheid vandaag toch enigszins anders ingevuld wordt dan pakweg 200 jaar geleden het geval was, beschouwen we de definitie uit het Caroline-Incident toch als startdefinitie om het begrip grondig te analyseren. We gaan bijgevolg over tot een analyse van de term vertrekkende van de 'Caroline'-definitie.

²⁶I. BROWNLIE, *International Law and the Use of force by states*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 43.

²⁷J. GARDAM, *Necessity, proportionality and the use of force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 149.

De "overwhelming"-vereiste zou volgens bepaalde rechtsleer de mogelijkheid tot zelfverdediging beperken tot situaties waar belangrijke rechten en belangen op het spel staan.²⁸ Als de gelimiteerde interpretatietechniek van artikel 51 HVN wordt toegepast dan zal deze vereiste uit zichzelf reeds voldaan zijn.

De "instancy"-vereiste houdt in dat wanneer de aanvankelijke geweldsdaad ten einde is, de schade hiervan geleden is en verder gevaar geweken is, de mogelijkheid van zelfverdediging is verlopen.²⁹ Daarna zou er dan moeten teruggevallen worden op de VN-Veiligheidsraad voor verdere maatregelen. In principe is dit vereiste inherent aan artikel 51 HVN. Deze zienswijze is door sommige staten niet geaccepteerd. Toch wordt het belang van 'instancy' om tot een legitieme uitoefening van zelfverdediging te komen, bevestigd door de statenpraktijk en de commentaren van de rechtsleer hierop³⁰. Hoewel net een definitie gegeven werd van het begrip "instancy", is het nog steeds niet duidelijk wat dit nu exact in praktijk wil zeggen. Wanneer we de definitie strikt zouden toepassen dan zou het zelfverdedigingsrecht stoppen wanneer de gewapende aanval van de andere staat tot een einde komt. Deze strikte visie is niet consistent met de gangbare statenpraktijk, aangezien staten over het algemeen een bepaalde tijd krijgen om hun defensieve actie in te leiden. Een voorbeeld van gangbare statenpraktijk aangaande een ruime invulling van het begrip is het conflict tussen Argentinië en het Verenigd Koninkrijk omtrent de *Falkland Islands*. In 1982 heeft Argentinië de Falkland eilanden, die Britse eigendom waren, bezet. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft de dag van de bezetting beslist om een militaire actie te ondernemen. Binnen de internationale gemeenschap was er toen geen controverse over het feit dat het Verenigd Koninkrijk hiervoor een bepaalde planningstijd zou krijgen.³¹

Ondanks het feit dat de gangbare statenpraktijk, in sommige gevallen, een bepaalde tijd geeft tussen de initiële aanval en de defensieve actie moet het volgende worden onthouden. Hoe ruimer de tijd tussen de aanvankelijke aanval en de defensieve actie, hoe meer druk er zal gelegd worden door de internationale gemeenschap om het conflict verder vreedzaam op te lossen.³²

In de *Nicaragua-case* heeft het IGH beslist dat door het tijdsverloop tussen de initiële aanval en de defensieve actie de omstandigheden waarop de noodzakelijkheid gebaseerd was, gewijzigd waren.³³ Door een wijziging van de concrete omstandigheden heerste er geen noodzakelijkheid meer op het moment van de defensieve actie.

²⁸G. SCHWARZENBERGER, 'The Fundamental Principles of International Law' 1955 verzamelwerk 87 *Recueil des Cours*, 277, 200-210.

²⁹B. CHENG, *General principles of law as applied by International courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 94.

³⁰J. GARDAM, *Necessity, proportionality and the use of force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 150.

³¹ Resolutie 502 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (3 april 1982); <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/435/26/IMG/NR043526.pdf?OpenElement>

³²J. GARDAM, *Necessity, proportionality and the use of force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 150.

³³ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, paragraaf 187-201.

Aangaande de vraag of de vereiste “*leaving no choice of means*” nog van toepassing is onder het regime van het VN-Handvest zijn de meningen verdeeld. Een deel van de rechtsgeleerden stelt dat staten die onder vuur liggen en waaraan redelijkerwijs geen garantie kan gegeven worden over de effectiviteit van vreedzame maatregelen zich mogen verdedigen met een tegenaanval³⁴. In deze visie moet een staat, alvorens een defensie actie in te leiden, altijd nagaan of er geen andere vreedzame alternatieven zijn.³⁵ Een ander deel van de rechtsgeleerden deelt deze mening niet en stelt dat een staat die onder vuur ligt in de regel een noodzaak heeft om zich gewapend te verdedigen³⁶. Deze visie is aannemelijker aangezien het risico voor de aangevallen staat te groot is om zich niet met gewapend verzet te verdedigen. De schade die een staat kan oplopen door zich weerloos te laten afslachten in de ijdele hoop om tot een vreedzame oplossing te komen is te groot.

Proportionaliteit

Om conform artikel 51 HVN te zijn moet de defensieve actie proportioneel zijn. Het is echter niet altijd even duidelijk wat een proportionele reactie nu exact inhoudt. Betreffende de invulling van het begrip ‘proportionaliteit’ heerst geen algemene consensus binnen de internationale gemeenschap. Toch is het mogelijk om de meest voorkomende invulling van het begrip proportionaliteit af te leiden aan de hand van veel voorkomende statenpraktijk, *opinio juris* en dit gecombineerd met de rechtspraak van het IGH.

Om te bepalen wat de voorwaarde ‘proportionaliteit’ inhoudt, moet er gekeken worden naar wat het doel is van het zelfverdedigingsrecht. Het doel van het zelfverdedigingsrecht is de aanval afweren of een onrechtmatige bezetting ongedaan maken. Het valt op te merken dat de defensieve reactie op een gewapende aanval niet als een straf mag beschouwd worden.³⁷ Straffen moet overgelaten worden aan de VN-Veiligheidsraad.

³⁴Zoals voor Koeweit in het conflict aan de Perzische Golf in 1990-1991.

³⁵J.GARDAM, *Necessity, proportionality and the use of force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 152-153.

³⁶O.SCHACHTER, *International Law in Theory and practice*, Dordrecht/ Boston/ London: Martinus Nijhof, 1991, 152.

³⁷I.BROWNLIE, *International Law and the Use of force by states*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 368.

De defensieve maatregelen die worden genomen mogen dus niet verder gaan dan deze die nodig zijn om de aanval af te weren of om de bezetter te verdrijven. In de *Nicaragua-case* heeft het IGH deze visie bevestigd.³⁸ Het IGH stelt dat de focus niet moet gelegd worden bij de aard van de tegenaanval op zich, maar dat er wel dient nagegaan worden wat noodzakelijk is om op de aanvankelijke aanval te kunnen reageren. Het IGH motiveert deze uitspraak met te verwijzen naar het legitieme doel van het zelfverdedigingsrecht zoals bedoeld in het VN-Handvest. Dit wil bijgevolg ook zeggen dat het soort van wapens die gebruikt werden bij de initiële aanval niet altijd van doorslaggevend belang moet zijn om de soort van wapens te bepalen voor de tegenaanval. Zo zou het bijvoorbeeld kunnen dat op een aanval met conventionele wapens gereageerd wordt met een defensieve aanval met kernwapens. Als deze defensieve actie met kernwapens nodig was om de aanvankelijke aanval te kunnen stoppen dan zal deze tegenaanval als legitiem kunnen beschouwd worden.

De statenpraktijk sluit zich in het algemeen aan bij de visie dat zelfverdediging proportioneel is zolang het als doel heeft om de aanvankelijke aanval af te weren. Hiervoor kan verwezen worden naar de gebeurtenissen betreffende de Falkland Islands³⁹ en de conflicten aan de Perzische Golf in 1990-1991.⁴⁰ Deze visie blijkt uit de gemaakte resoluties van de VN-Veiligheidsraad over deze gebeurtenissen.

De aanvankelijke beslissing om over te gaan tot een defensieve actie wordt in de planningsfase op hoog politiek of militair niveau genomen. Dit neemt niet weg dat er toezicht moet blijven op de latere uitwerking van deze beslissing, want ook dit moet proportioneel blijven.⁴¹ Een staat moet er dus op toezien dat de effectieve uitvoering van de tegenaanval ook proportioneel blijft.

Zoals er net werd gesteld is er een algemene eensgezindheid over het feit dat er om de beoordeling te maken of een defensieve actie al dan niet proportioneel is, moet gekeken worden naar het doel van het zelfverdedigingsrecht onder het VN-Handvest. Het is echter nog niet duidelijk wat een proportionele tegenaanval nu concreet inhoudt.⁴² Een vast stramien is moeilijk te bepalen omdat elke situatie afzonderlijk moet beoordeeld worden. Alle aspecten van de aanvankelijke aanval, als deze van de tegenaanval, moeten in overweging worden genomen om tot een besluit te komen over de proportionaliteit van de zelfverdedigingsactie.⁴³

³⁸ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, paragraaf 187-201.

³⁹ Resolutie 502 van de Veiligheidsraad (3 april 1982).

⁴⁰ Resolutie 660 van de Veiligheidsraad (2 augustus 1990) en Resolutie 661 van de Veiligheidsraad (6 augustus 1990).

⁴¹ J.GARDAM, *Necessity, proportionality and the use of force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 156.

⁴² J.GARDAM, *Necessity, proportionality and the use of force*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 159.

⁴³ M.MCDOUGAL, F.FELICIANO, *Law and minimum world Public Order*, Yale, Yale University Press, 1961, 243.

Om een concreter beeld te krijgen van het begrip proportionaliteit zullen er nu enkele cases volgen waar de proportionaliteit ter discussie stond. Ten eerste zal het conflict in de Perzische Golf van in 1990-1991 besproken worden. Ten tweede zal het conflict in Zuid-Ossetië worden toegelicht.

1. Conflict Perzische Golf

In het conflict aan de Perzische Golf in 1990-1, alwaar Koeweit werd aangevallen en vervolgens bezet door Irak, waren de volgende elementen bepalend om de proportionaliteit af te leiden. De grote schaalomvang van de aanvankelijke aanval was een belangrijke factor om de proportionaliteit van de tegenaanval te kunnen bepalen. De destructieve en geografische impact die de tegenaanval heeft (ook op derdestaten) was dit eveneens. Er werd ook gekeken naar de kwetsbaarheid van de regio en het aantal burgerslachtoffers die door de militaire tegenaanval zouden kunnen vallen. Een andere zeer bepalende factor in de proportionaliteitsbeoordeling waren de capaciteit en bekwaamheid van het Iraakse leger. Vragen als hoeveel weerwerk men mag verwachten van de tegenstander en hoe hoogstaand de militaire technieken van de tegenstander zijn, zijn hier relevant. David Hannay, de Britse vertegenwoordiger in de VN-Veiligheidsraad, zei hierover het volgende:

" Some have suggested that military action being taken by the allies is in some way excessive of disproportionate and thus exceeds the ' all necessary means' authorized in resolution 678 (1990) to bring about the liberation of Kuwait. But the nature and scope of the military action is dictated not by some abstract set of criteria but by the military capacity of the aggressor, who have refused all attempts to remove him from Kuwait."⁴⁴

De factoren die net werden aangehaald, zijn waardemeters om te bepalen of een tegenaanval al dan niet proportioneel is. Dit zijn niet de enige factoren die in overweging kunnen worden genomen. Evenmin zijn dit vaststaande factoren die elke keer bij de proportionaliteitstoets van hetzelfde belang zullen zijn. Bij elk incident moet echter afzonderlijk gekeken worden naar welke factoren, in dat specifieke geval, doorslaggevend zijn. Toch is het zo dat de aangehaalde criteria vaak terugkomen bij de proportionaliteitstoets. Bijgevolg geven ze een beeld van wat belangrijk kan zijn in de overweging of een tegenaanval proportioneel is of niet.

⁴⁴Verklaring van het Verenigd Koninkrijk in de VN-Veiligheidsraad, (14 februari 1991); *UN doc S/PV 2977*, Deel 2 § 72 (14 februari 1991).

2. Conflict Zuid-Ossetië

In 2008 tracht Zuid-Ossetië⁴⁵ zich af te scheiden van Georgië. Hierbij wordt het nodige geweld gebruikt. Georgië tracht deze afscheiding te voorkomen en valt op 07 augustus 2008 Tsinvali (Provinciehoofdstad) binnen. Over het feit dat er onrechtmatig geweld was gebruikt door de provincie Zuid-Ossetië is er geen discussie. Als we willen weten of het proportionaliteitsprincipe al dan niet werd geschonden door de Georgische tegenaanval, moeten we gaan kijken of de tegenaanval op deze manier noodzakelijk was om de bezetting ongedaan te maken.

Uit een onafhankelijk rapport⁴⁶, dat werd aangevraagd door de Europese Unie, bleek dat het geweld dat gebruikt werd door Georgië, overvloedig was om de bezetter (Zuid-Ossetië) te verdrijven. Georgië had zijn doel ook kunnen bereiken door andere middelen te gebruiken. Door middelen die minder verregaand waren en hetzelfde effect⁴⁷ zouden hebben gehad. Eén van de factoren die bij de totstandkoming van deze conclusie een grote rol heeft gespeeld, is het grote aantal burgerslachtoffers die gevallen zijn door de tegenaanval. Ook de negatieve invloed op de regio zelf werd mee in overweging genomen.

Later in het conflict is Georgië echter zelf het slachtoffer geworden van een disproportionele Russische tegenaanval. Tijdens het conflict in Zuid-Ossetië heeft Georgië geweld gebruikt tegen Russische vredeshandhavers. Rusland heeft hierop gereageerd met een tegenaanval die gesteund was op het recht van zelfverdediging.⁴⁸ Het doel van deze defensieve actie was het beschermen van de Russische onderdanen. Aanvankelijk werd de Russische actie als een legitieme uitoefening van het zelfverdedigingsrecht aanzien. Dit beeld veranderde wanneer het conflict zich dieper in Georgië begon af te spelen. De Russische actie werd hierdoor niet meer als proportioneel aanzien omdat het geweldsgebruik verder ging dan nodig om het aanvankelijke doel te bereiken, namelijk de Russische onderdanen in Zuid-Ossetië te beschermen.⁴⁹

⁴⁵Zuid-Ossetië is een Georgische provincie. Ondanks het feit dat deze provincie niet als een staat is erkend door de Internationale Gemeenschap, waren de regels van het *ius ad Bellum* toch van toepassing op het conflict tussen Georgië en Zuid-Ossetië.

⁴⁶EUROPEAN UNION, Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, European Union Report, 30 September 2009, beschikbaar op: www.ceiig.ch/Report.html

⁴⁷Namelijk de bezetter verdrijven.

⁴⁸Zelfverdediging als bescherming voor de Russische onderdanen die verbleven in Zuid-Ossetië.

⁴⁹Zie de beoordeling van het EU-rapport 'EU Report targets both sides in Georgia-Russia conflict' door Iliopoulos Katherine (advocaat internationaal recht in Den Haag), beschikbaar op: www.crimesofwar.org/commentary/eu-report-targets-both-sides-in-georgia-russia-conflict/

Rusland heeft de actie achteraf nog willen rechtvaardigen door te stellen dat de uitbreiding van het conflict de bedoeling had om de Georgiërs te beschermen tegen hun eigen regering. Deze stelling werd door Europa niet aanvaard. Bovendien werd in het rapport vermeld dat Rusland de militaire actie van de NAVO in Kosovo ook niet als humanitaire interventie had aanvaard. Uit het vorige kan geconcludeerd worden dat Rusland zich aanvankelijk terecht heeft beroepen op zelfverdediging onder artikel 51 HVN. Door het conflict verder te laten uitbreiden is de defensieve actie verder gegaan dan wat nodig was om de Russische onderdanen te beschermen waardoor de geweldactie als disproportioneel beschouwd kan worden.

1.2.3 De rol van de VN-Veiligheidsraad onder artikel 51 HVN

Wanneer staten zelfverdediging hebben ingeroepen om een militaire actie te verantwoorden is er een belangrijke rol weggelegd voor de VN-Veiligheidsraad. In een eerste fase is het de betrokken staat zelf die moet oordelen of ze al dan niet tot zelfverdediging over gaat. Om te voorkomen dat zelfverdediging te pas en te onpas gebruikt wordt, is het belangrijk dat er in een tweede fase, door een 'onafhankelijk' orgaan, geoordeeld wordt over de in eerste fase genomen beslissing. Artikel 51 HVN geeft de VN-Veiligheidsraad de taak om de uitoefening van het zelfverdedigingsrecht door een staat te beoordelen. Het is bijgevolg een verplichting voor staten om, na een ondernomen actie onder artikel 51 HVN, de VN-Veiligheidsraad hiervan op de hoogte te brengen. Zoals bij de bespreking van de vorming gewoonterecht zal worden aangehaald⁵⁰, kunnen resoluties van de VN-Veiligheidsraad bijdragen tot het vaststellen van een gewoonterrechtelijke regel. Uit deze elementen kan worden geconcludeerd dat er een belangrijke taak is weggelegd voor de VN-Veiligheidsraad.

1.2.4 Het zelfverdedigingsrecht als internationaal gewoonterecht

Situering

Parallel met de bepalingen van het VN-Handvest wordt het zelfverdedigingsrecht verder uitgewerkt in het internationale gewoonterecht. Eerst zullen we bespreken hoe gewoonterecht gevormd wordt. Dit is van belang omdat we later in dit werk gaan analyseren wat de huidige stand is van het gewoonterecht.

⁵⁰*Infra* 22.

Verder zal er onder deze titel voor de eerste keer kennisgemaakt worden met de tegenstellingen tussen 'restrictionists' en 'counter-restrictionists'. De restrictionists zijn voorstander van een uitgebreid zelfverdedigingsrecht en stellen dat het gewoonterecht dat reeds bestond voor de invoering van het VN-Handvest ook vandaag nog van toepassing is. De counter-restrictionists zijn voorstander van een gelimiteerd zelfverdedigingsrecht en beweren dat door de invoering van de bepalingen in het VN-Handvest het gewoonterecht dat bestond voor 1945 buiten beschouwing moet worden gelaten.⁵¹ Zoals reeds werd gesteld heeft dit zijn belang omdat de restrictionists claimen dat het gewoonterecht dat bestond voor 1945 een ruimere invulling van het zelfverdedigingsrecht toelaat en bijgevolg anticiperende en/of preventieve zelfverdediging toegelaten is.

Vorming van gewoonterecht⁵²

Omdat er later in dit werk de beoordeling gaat gemaakt worden of er al dan niet gewoonterecht gevormd is dat anticiperende of preventieve maatregelen toelaat is het van belang dat de vorming van internationaal gewoonterecht wordt besproken.

Het gewoonterecht is een rechtsbron binnen het internationale recht. Uit artikel 38, §1, sub b van het statuut van het Internationaal Gerechtshof blijkt dat een gewoonterechtelijke regel wordt gevormd door een materieel element (*statenpraktijk*) en een subjectief element (*opinio juris*). Dit wordt bevestigd in rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof⁵³. Statenpraktijk doelt op de veelvuldige herhaling, over een zekere duur, van gelijklopende gedragingen door staten in een bepaalde aangelegenheid. Opinio juris betreft de overtuiging van staten dat de bewuste gedragingen in deze aangelegenheid een verplichtend karakter hebben. In wat volgt worden deze twee concepten verder uitgewerkt.

De ontwikkeling van een gewoonterechtelijke regel begint bij de vaststelling van een ruime *statenpraktijk* die wijdverbreid, eenvormig en standvastig is. Een gewoonterechtelijke regel kan niet worden ingeroepen als er onzekerheid of contradictie is binnen de statenpraktijk.⁵⁴ Dit wil niet zeggen dat een gewoonterechtelijke regel perfect moet zijn. Met andere woorden is het niet nodig dat staten zich altijd conform de regel gedragen. Het is natuurlijk altijd mogelijk dat een Staat niet conform het gewoonterecht handelt waarbij deze handeling dan geen indicatie is van inconsistentie of wijziging van de gewoonterechtelijke regel, maar wel een handeling is die in strijd is met het internationale recht.

⁵¹ *Infra* 23.

⁵² M. DIXON, *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 30-40; J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 41-44.

⁵³ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, 22.

⁵⁴ IGH, *Asylum Case (Columbia v. Peru)*, judgement, *ICJ Reports* 1950, 15-16.

Er zijn geen richtlijnen aangaande de *duurtijd* die statenpraktijk moet hebben alvorens het een gewoonterechtelijke regel kan vormen. Het Internationaal Gerechtshof stelt dat dit voor elke regel apart moet bekeken worden en dat de duurtijd zal afhangen van het onderwerp waar de regel over handelt.⁵⁵ Niet iedere staat is op elk vlak even actief. Binnen het *ius ad bellum* zijn de Verenigde Staten (VS) zeer actief.⁵⁶ Statenpraktijk van de VS is daarom van grotere waarde dan statenpraktijk van landen die binnen het *ius ad bellum* helemaal niet actief zijn.⁵⁷

Dit wil echter niet zeggen dat de statenpraktijk van de VS op zichzelf voldoende is om een gewoonterechtelijke regel te vormen. De praktijk van de VS zal belangrijk zijn maar absoluut niet allesbepalend. Alleen handelingen die uitgaan van organen die bevoegd zijn op internationaal vlak kunnen aan de grondslag liggen van het vormen van een gewoonterechtelijke regel. Dit kan zich in verschillende vormen manifesteren zoals onder meer regeringspraktijk, diplomatieke briefwisseling en reacties op handelingen van andere staten. Ook Resoluties van de Algemene vergadering en de VN-Veilighedsraad zijn van een niet te onderschatten invloed op de vorming van gewoonterecht.

Wanneer de praktijk zodanig is dat hieruit *de rechtsovertuiging vloeit dat men handelt overeenkomstig een juridische verplichting*, is er opinio juris. Door het krijgen van opinio juris onderscheidt de gewoonterechtelijke regel zich van een gebruik. Volgens het IGH is opinio juris een onmisbaar element bij het vaststellen van een gewoonterechtelijke regel.⁵⁸ Ondanks het feit dat het Hof duidelijk stelt dat opinio juris een onmisbaar element omvat, is men minder duidelijk over hoe dit dan concreet moet worden vastgesteld. Voorbeelden van handelingen waaruit opinio juris kan worden afgeleid zijn; de motivering van een staat om een eigen defensieve actie te verantwoorden en de beoordeling van een defensieve actie van een andere staat.

Restrictionists versus Counter-restrictionists

Dat het zelfverdedigingsrecht deel uitmaakt van het internationale gewoonterecht staat niet ter discussie. Waar wel uiteenlopende visies over bestaan is over de toepassing van het gewoonterecht wat bestond voor het VN-Handvest. Het gewoonterecht loopt parallel met de bepalingen uit het handvest van de Verenigde Naties. Dit geldt althans voor het gewoonterecht dat ontstaan is onder invloed van het VN-Handvest. De vraag rijst nu of het gewoonterecht dat al bestond voor de invoering van het VN-Handvest nog van toepassing is of niet.

⁵⁵IGH, *North sea continental shelf cases* (Germany v. Netherlands), judgement, *ICJ Reports* 1969, xx.

⁵⁶Een land dat zeer actief is binnen een bepaalde materie wordt ook een 'interesting state' genoemd.

⁵⁷J. WOUTERS, *Internationaal recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 43.

⁵⁸IGH, *the case of S.S. Lotus* (France v. Turkey), judgement, *ICJ Reports* 1927, 26-30.

Een kleine groep van rechtsgeleerden (*the restrictionists*) is van mening dat de internationale gemeenschap met de invoering van de artikelen 2§4 HVN en 51 HVN geen beperking heeft willen stellen aan het toen reeds bestaande zelfverdedigingsrecht (het oude gewoonterecht). Volgens deze visie is het gewoonterecht, dat voor de invoering van de artikelen al bestond, dus nog steeds van toepassing.⁵⁹ Deze visie botst met de uitspraak van het IGH in de *Nicaragua-case*.⁶⁰ Het Hof stelt dat al het hedendaags internationaal gewoonterecht ontwikkeld is onder de invloed van het VN-Handvest. De meerderheid van de rechtsgeleerden (*the counter-restrictionists*) baseert zich op deze uitspraak en gaat ervan uit dat door het invoeren van de bepalingen in het VN-Handvest, het gewoonterecht dat voordien bestond niet meer van kracht is.⁶¹ Deze meerderheidsgroep bepaalt bovendien dat de restrictionists in hun argumentatie vaak terugvallen op gewoonterecht dat lange tijd voor het VN-Handvest bestond en niet naar het gewoonterecht zoals het zich ontwikkelde vlak voor het invoeren van de bepalingen van het VN-Handvest. De counter-restrictionists zijn tevens van mening dat de bepalingen in het VN-Handvest een vereenzelviging waren van het geldende gewoonterecht van dat moment. De vraag rijst nu waarom de al dan niet toepasselijkheid van het gewoonterecht van voor het VN-Handvest van belang is voor deze studie. Het belang bevindt zich in het feit dat de restrictionists ervan uitgaan dat het gewoonterecht dat bestond voor de invoering van het VN-Handvest anticiperende zelfverdediging toelaat. De twee meningen zullen later in dit werk vergeleken worden.⁶²

⁵⁹D. W. BOWETT, *Self Defense in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958,187.

⁶⁰IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, 14.

⁶¹T. RUYS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 10-11.

⁶²*Infra* 33.

DEEL 2: ANTICIPERENDE EN PREVENTIEVE ZELFVERDEDIGING; EEN MYTHE OF EEN OPTIE?

In het tweede deel van dit werk zal er geanalyseerd worden of anticiperende en/of preventieve zelfverdediging een basis heeft in het internationale recht. Hierbij zullen de verschillende strekkingen binnen de rechtsgeleerdheid met elkaar vergeleken worden en zal er een grondige evaluatie volgen van de stand van het huidige gewoonterecht betreffende het besproken onderwerp.

2.1 Plan en Duiding

Zoals in de inleiding al werd gesteld is het kernthema van dit werk de (il)legaliteit van anticiperende en/of preventieve zelfverdediging. Zoals er in deel 1 werd gesteld is een staat pas gemachtigd om zich militair te verdedigen als er zich voorafgaandelijk een gewapende aanval heeft voorgedaan. De vraag die in deel 2 zal gesteld worden, is nu net of een staat nog altijd moet wachten tot het effectief is aangevallen. Met andere woorden of er een legale mogelijkheid is om al anticiperend of preventief militaire maatregelen te nemen.

Volgens artikel 51 HVN moet een staat effectief zijn aangevallen alvorens het zich mag beroepen op zelfverdediging.⁶³ Ondanks de duidelijke bepalingen in het handvest stellen er zich veel problemen over dit gegeven. Zo werd het VN-Handvest geschreven in een tijdsgeest waarin fenomenen zoals terrorisme en de dreiging van chemische wapens niet actueel waren. Bijgevolg gaan er stemmen op dat de zuivere bepalingen van het VN-Handvest geen antwoord bieden op de hedendaagse dreigingen waarmee staten worden geconfronteerd.

De bepalingen in het VN-Handvest werden destijds ingevoerd om te voorkomen dat staten te gemakkelijk naar wapens zouden grijpen om hun geschillen op te lossen. Naast de bepalingen in het VN-Handvest is er ook nog het gewoonterecht. Zoals reeds aangehaald, heerst er discussie of het gewoonterecht dat voor het handvest bestond van toepassing bleef of niet.⁶⁴ Het IGH heeft in de Nicaragua-case van 1985 gezegd dat het gewoonterecht parallel loopt met het VN-Handvest. Het Hof ging verder met te stellen dat het gewoonterecht dat voordien bestond bijgevolg niet meer van toepassing is.

⁶³Supra 11.

⁶⁴Infra 33.

In dit hoofdstuk zullen de volgende vragen beantwoord worden:

1. *Is er een internationaal gewoonterecht ontwikkeld dat anticiperende zelfverdediging toelaat?*
2. *Is er een internationaal gewoonterecht ontwikkeld dat preventieve zelfverdediging toelaat?*

Vooreerst zal het verschil aangehaald worden tussen de begrippen anticiperende en preventieve zelfverdediging. Deze begrippen worden in de literatuur al eens door elkaar gebruikt en daarom is het belangrijk dat er verduidelijkt wordt wat er exact met elk begrip bedoeld wordt. Anticiperende zelfverdediging staat in dit werk voor zelfverdediging gericht tegen een imminente dreiging. Preventieve zelfverdediging staat in dit werk voor zelfverdediging gericht tegen een potentiële dreiging in de toekomst.

Daarna zal er stilgestaan worden bij de verschillende gangbare strekkingen binnen de rechtsgeleerdheid over dit onderwerp. Drie visies zijn te onderscheiden. Ten eerste is er de strikt gelimiteerde visie. Aanhangers van deze visie gaan ervan uit dat het recht van zelfverdediging strikt moet worden toegepast en dat er bijgevolg geen enkele vorm van anticiperende of preventieve maatregelen mogelijk zijn. Ten tweede wordt de groep rechtsgeleerden onderscheiden die het nemen van anticiperende maatregelen verdedigt wanneer er een dreiging heerst die imminent is. Een derde visie wordt ingenomen door een beperkte groep die preventieve maatregelen mogelijk acht als er dreiging heerst, en dit zelfs zonder de noodzaak dat de dreiging imminent moet zijn.

Nadat de academische verschillen zijn besproken, zal er concreet geanalyseerd worden op welke manier staten zich gedragen. De statenpraktijk die zich heeft ontwikkeld tijdens de oorlog in Irak, na de oorlog in Irak, tot deze die zich op dit moment nog aan het vormen is zal worden toegelicht. Bij deze toelichting zal geconcludeerd worden of er op dit moment een gewoonterecht is ontwikkeld dat anticiperende en/of preventieve zelfverdediging toelaat. Het kan niet ontkend worden dat de VS zeer actief zijn binnen het *ius ad Bellum* en daarom zullen ze veel voorkomen in deze analyse. Er zal in dit werk echter niet enkel gekeken worden naar statenpraktijk van de VS. Ook de praktijk van andere staten wordt besproken. Sommige auteurs maken de fout om zich enkel te focussen op het gedragingen, verklaringen en meningen van de VS.⁶⁵ Deze fout zal in dit werk niet gemaakt worden.

⁶⁵C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford university press, 2008,166.

2.2 De gebruikte terminologie

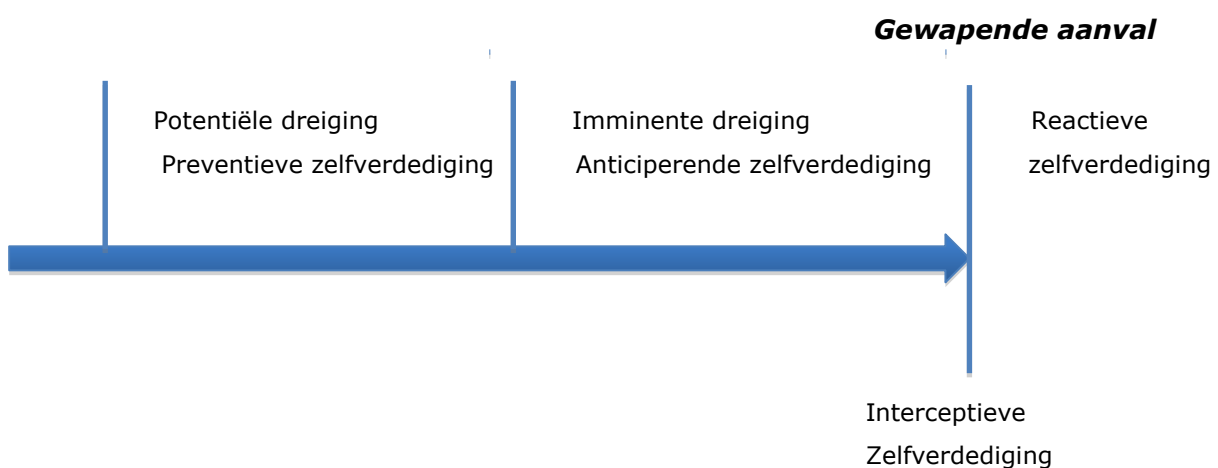
De termen voor de verschillende soorten van zelfverdediging worden vaak door elkaar gebruikt. Ook de verschillen in terminologie van de Nederlandstalige literatuur met de Engelstalige literatuur is opmerkelijk. Daarom is het belangrijk dat er duidelijk gesteld wordt wat er precies met de gebruikte term bedoeld wordt.

Met 'interceptieve zelfverdediging' wordt bedoeld dat een Staat reageert op een aanval die is gelanceerd maar zijn doel nog niet heeft bereikt. Bijvoorbeeld een raket die onderweg is naar zijn doel. Deze vorm van zelfverdediging wordt in dit werk aanzien als zijnde reactieve zelfverdediging op een voorafgaande gewapende aanval. Dit begrip zal bijgevolg niet verder besproken worden.

'Anticiperende zelfverdediging' is een maatregel gericht tegen een nakende aanval die nog niet is gestart maar waar de voorbereiding ervan al wel is begonnen. Bij anticiperende zelfverdediging moet de uitgaande dreiging *imminent* zijn. De tijd tussen de dreiging die er heerst en de mogelijke uitwerking hiervan moet dus aangevoeld worden als zeer kort. Neem bijvoorbeeld het geval waar legerstroepen worden klaargestoomd om aan de aanval te beginnen.

'Preventieve zelfverdediging' is een maatregel gericht tegen potentiële toekomstige dreigingen die nog niet gematerialiseerd hebben. Dit omvatten met andere woorden maatregelen tegen *niet-imminente* dreigingen.

Figuur 01



2.3 *Verschillen in visie*

Zoals reeds werd aangehaald zijn er verschillende groepen te onderscheiden binnen de rechtsgeleerdheid. De twee grote groepen die in de meeste literatuur worden onderscheiden zijn de 'restrictionists' en de 'counter-restrictionists'.⁶⁶ De restrictionists zijn voorstander van een uitgebreid zelfverdedigingsrecht waar ook anticiperende maatregelen mogelijk zijn. Volgens een nog radicaler deel van de restrictionists zijn zelfs preventieve maatregelen mogelijk. In dit gedeelte zal daarom ook een onderscheid gemaakt worden binnen de groep van de restrictionists in de voorstanders van anticiperende maatregelen en de voorstanders van preventieve maatregelen. De counter-restrictionists zijn voorstander van een gelimiteerd zelfverdedigingsrecht dat strikt naar de bepalingen van het VN-Handvest moet worden toegepast.

2.3.1 Verdedigers van een gelimiteerd zelfverdedigingsrecht

Als eerste bespreken we de rechtsgeleerden die zich houden aan de strikte interpretatie van het handvest.⁶⁷ In de Engelstalige lectuur wordt deze groep de 'counter-restrictionists' genoemd. Deze groep verzet zich tegen elke vorm van preventieve maatregelen, ook tegen anticiperende maatregelen.

De 'counter-restrictionists' kenmerken zich doordat ze de tekst van artikel 51 het VN-Handvest letterlijk interpreteren. Bijvoorbeeld, de bepaling '*If an armed attack occurs*' kan niet anders worden gelezen of ingevuld dan dat het zich verzet tegen elke vorm van preventieve maatregelen. Uit de voorbereidende werken concluderen voorstanders van deze strikte visie dat de bepalingen in VN-Handvest net de bedoeling hebben om ongecontroleerd interstatelijk geweldsgebruik tegen te gaan.⁶⁸

⁶⁶Supra 22.

⁶⁷ C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford university press, 2008; Y.DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; I.BROWNLIE, *International Law and the Use of force by states*, Oxford, Clarendon Press, 1968; T. RUYS, '*Armed attack*' and article 51 of the UN-charter, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; P. JESSUP, *a Modern Law of nations*, Osmania, Osmania University, 1948; L. HENKIN, *International Law: Politics, Values and Functions*, 1990; O. CORTEN, *The Law against War*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2010; M.E. O'CONNEL: *The myth of preemptive self-defense*, ASIL, 2002, 20.(p22)

⁶⁸"Preamble" van het handvest van de Verenigde naties (26 juni 1945); <http://www.un.org/en/documents/charter/>

Deze auteurs stellen het als volgt:

Ian Brownlie; "the view that Article 51 does not permit anticipatory action is correct and . . . arguments to the contrary are either unconvincing or based on inconclusive pieces of evidence."⁶⁹

Philip Jessup; "Under the Charter, alarming military preparations by a neighboring state would justify a resort to the Security Council, but would not justify resort to anticipatory force by the state which believed itself threatened."⁷⁰

Louis Henkin; allowing anticipatory action "would replace a clear standard with a vague, self-serving one, and open a loophole large enough to empty the rule."⁷¹

Christine Gray erkent het feit dat er een groep van rechtsgeleerden is die stelt dat op basis van statenpraktijk van de VS het zelfverdedigingsrecht is uitgebreid en bijgevolg anticiperende en/of preventieve maatregelen mogelijk zouden zijn. Gray verwerpt deze stelling echter door aan te halen dat deze enkel gebaseerd is op statenpraktijk van de VS. Volgens Gray is er een vaste meerderheid van Staten die achter de strikte interpretatie van artikel 51 HVN blijft staan.⁷²

Ten tweede halen de counter-restrictionists aan dat wanneer anticiperende of preventieve maatregelen mogelijk zijn, de proportionaliteit hiervan heel moeilijk af te wegen is. Zoals eerder werd aangehaald, is de proportionaliteit van een defensieve actie een hekel punt.⁷³ Het is volgens de counter-restrictionists onmogelijk om af te wegen of een defensieve actie al dan niet proportioneel is, als er geen voorafgaande gewapende aanval geweest is. Het is onduidelijk aan de hand van welk objectief gegeven de proportionaliteit dan afgewogen dient te worden. Hierdoor zal de proportionaliteitstoets een nog meer subjectief gegeven worden aangezien er geen objectieve criteria zijn om te toetsen.⁷⁴

⁶⁹I. BROWNLIE, *International Law and the Use of force by states*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 287.

⁷⁰P. JESSUP, *a Modern Law of nations*, Osmania, Osmania University, 1948, 166.

⁷¹L. HENKIN, *International Law: Politics, Values and Functions*, 1990, 156.

⁷² C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford university press, 2008, 166.

⁷³Supra 16.

⁷⁴ I. BROWNLIE, *International Law and the Use of force by states*, Oxford, Clarendon Press, 1968; T. RUYSS, 'Armed attack' and article 51 of the UN-charter, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 261.

Ten derde halen de counter-restrictionists aan dat wanneer er dreiging heerst, staten altijd militaire voorbereidingen kunnen treffen voor het geval wanneer er zich een gewapende aanval zou voordoen. Zoals VS-Gouverneur Stassen het stelt; 'om klaar te zijn wanneer een aanval komt'. Op deze manier kunnen er volgens de restrictionists concrete maatregelen worden genomen zonder dat er preventief geweldsgebruik moet aan te pas komen. Yoram Dinstein stelt het als volgt:

"When a country feels menaced by the threat of an armed attack, all that it is free to do--in keeping with the Charter--is make the necessary military preparations for repulsing the hostile action should it materialize, as well as bring the matter forthwith to the attention of the Security Council."⁷⁵

2.3.2 Verdedigers van anticiperende zelfverdediging

De rechtsgeleerden die de mogelijkheid van anticiperende maatregelen verdedigen gaan ervan uit dat Staten defensieve militaire maatregelen mogen nemen wanneer er een imminente dreiging heerst.⁷⁶ Volgens deze groep⁷⁷ is het mogelijk voor een staat om militaire maatregelen te nemen als er van een vijandige staat *imminente* dreiging uitgaat.

De verantwoording voor deze visie vindt men in verschillende argumenten. Als eerste en belangrijkste argument stelt men dat de schrijvers van het VN-Handvest niet de bedoeling hadden om het zelfverdedigingsrecht, wat op dat moment al bestond, te limiteren. Het was volgens hen eerder de bedoeling om de mogelijkheid tot een defensieve actie op een gewapende aanval als voorbeeld te stellen en niet om het gewoonterecht dat voordien al bestond buiten toepassing te laten. Wat door deze groep vaak wordt aangehaald is 'the Caroline-doctrine'.⁷⁸ Deze doctrine is tot stand gekomen door een incident waarbij Britse troepen een schip hadden aangevallen dat zich in Amerikaanse wateren bevond. Op het schip zaten Canadese rebellen die gesteund werden door Amerikaanse sympathisanten en die van plan waren om Canada aan te vallen.

⁷⁵Y.DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 187.

⁷⁶M.MCDOUGAL, F.FELICIANO, *Law and minimum world Public Order*, Yale, Yale University Press, 1961; D. W. BOWETT, *Self Defense in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958.

⁷⁷Ook 'the restrictionists' genoemd. Aangezien wij een onderscheid maken tussen de verdedigers van anticiperende zelfverdediging en de verdedigers van preventieve zelfverdediging en deze beide groepen tot de 'restrictionists' kunnen gerekend worden, zullen we deze term verder niet meer gebruiken bij de bespreking van de verschillende visies.

⁷⁸Deze definitie werd in dit werk al gebruikt om de het begrip 'noodzakelijkheid' te beschrijven.

Na het incident vroeg de Amerikaanse aan de Britse overheid om aan te tonen dat de aanval gebeurd was conform een bepaalde formule: *Necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation.*⁷⁹ De Britse overheid accepteerde deze formule en zo was de Caroline-Doctrine geboren. Volgens aanhangers van deze visie toont deze formule eveneens aan dat de dreiging wel degelijk imminent moet zijn alvorens er defensieve maatregelen kunnen worden genomen. De tijd tussen de dreiging die er heerst en de aanval die er zit aan te komen moet heel kort zijn.

Ten tweede stelt men dat de tekst van het VN-Handvest niet zo restrictief is als de counter-restrictionists claimen. MC Dougal and Feliciano stellen hetvolgende: 'If an armed attack occurs' is niet hetzelfde als 'If, and only if, an armed attack occurs'. Deze auteurs gaan ervan uit dat de schrijvers van het VN-Handvest expliciet 'only if' zouden hebben opgenomen wanneer ze dit als enige situatie wilden nemen waar zelfverdediging mogelijk is. Volgens deze groep hebben de schrijvers van het VN-Handvest de reactieve zelfverdediging willen vastleggen in het VN-Handvest als een voorbeeld van zelfverdediging die mogelijk is binnen het internationale recht zonder dat men andere vormen heeft willen uitsluiten. In deze redenering stelt men verder dat de schrijvers van het VN-Handvest bijgevolg anticiperende maatregelen niet hebben willen uitsluiten.⁸⁰

Ten derde stelt men dat het internationale gewoonterecht dat is gevormd na 1945 anticiperende maatregelen mogelijk maakt. De verdedigers van anticiperende zelfverdediging halen daarbij diverse voorbeelden aan zoals de 'quarantaine' van Cuba in 1962, de aanval van Israël op Irak in 1982, de aanval van de VS op Libië in 1986 en tal van verklaringen die in de nasleep van 9/11 werden gemaakt die pro anticiperende zelfverdediging zijn. Verder in dit werk zal onderzocht worden of er op dit moment al dan niet gewoonterecht is gevormd dat anticiperende maatregelen toelaat. In dit werk zal er gefocust worden op statenpraktijk vanaf de gebeurtenissen van 9/11 tot nu. Na deze analyse zal blijken of dit argument overeind blijft.

⁷⁹ JENNINGS, 'The Caroline and McLeod cases', *Am. J. Int'l L.*, 1938, 90

⁸⁰ M. MCDUGAL, F. FELICIANO, *Law and minimum world Public Order*, Yale, Yale University Press, 1961, 237.

2.3.3 Verdedigers van preventieve maatregelen

Als laatste onderscheiden we een groep van rechtsgeleerden die de mogelijkheid tot het nemen van preventieve maatregelen verdedigt.⁸¹ Niettegenstaande het feit dat men het eens is met de verdedigers van anticiperende maatregelen over het feit dat staten niet moeten wachten tot een gewapende aanval zich heeft voorgedaan alvorens men defensieve maatregelen kan nemen, houdt deze groep er een andere visie op na wat betreft de criteria die men hanteert bij de beslissing of er al dan niet defensieve maatregelen moeten genomen worden. Terwijl bij de vorige groep de vereiste van de aanwezigheid van een imminente dreiging centraal stond, centraliseert deze groep de aard of soort van de dreiging. Ze argumenteren dat de dreiging die er heerst, dient afgewogen worden aan de hand van kwalitatieve factoren zoals de graad van waarschijnlijkheid dat een aanval zich in de toekomst zal voordoen, de mogelijkheden die er nog zijn om het conflict op een vreedzame manier op te lossen en de potentiële schade die een mogelijke aanval zou kunnen veroorzaken. Dit laatste criterium staat centraal in de argumentatie van deze groep. Deze rechtsgeleerden argumenteren dat de wereld veranderd is sinds 1945 en dat door de moderne oorlogsmiddelen die vijandige staten hebben of zouden kunnen hebben het niet meer mogelijk is om te lang te wachten met het nemen van gepaste defensieve militaire maatregelen. Zij verwijzen hier specifiek naar de nucleaire en terroristische dreiging die uitgaat van bepaalde vijandige staten. Door hun haat tegen het Westen vormen deze staten volgens de verdedigers van preventieve maatregelen een potentiële dreiging voor staten zoals de VS en daarom mogen preventieve militaire maatregelen niet worden uitgesloten.

Aangezien de kwalitatieve criteria als basis worden genomen, is het volgens deze visie dus ook mogelijk om naast anticiperende ook preventieve maatregelen te nemen.⁸² De mogelijkheid tot het nemen van preventieve maatregelen is nog een stap verder dan de mogelijkheid tot het nemen van anticiperende maatregelen. Dus ook tegen aanvallen die zich ergens in de toekomst zouden kunnen voordoen zouden preventieve maatregelen mogelijk zijn. Bijgevolg zou het zelfverdedigingsrecht sterk uitgebreid worden wanneer deze visie zou worden gevolgd. Deze rechtsgeleerden zetten hun argumentatie kracht bij door te verwijzen naar statenpraktijk van de VS. Voorbeelden hiervan zijn; de aanval van de VS op Irak in 1993, de aanval van de Verenigde Staten op Irak in 2003 en de aanval van de VS op Afghanistan in 1998.

⁸¹J. YOO, "International Law and the War in Iraq", *Am. J. Int'l L.*, 2003, 563-572-574; A.D.SOFAER, "On the necessity of pre-emption", *Eur. J. Int'l L.* 209, 2003, 219-220.

⁸²*Supra* 16 (zie verschil anticiperende en preventieve maatregelen).

Abraham D. Sofaer stelt dat wanneer de principes van proportionaliteit⁸³ en noodzakelijkheid⁸⁴ worden gevolgd preventieve zelfverdediging mogelijk is:

"Anticipatory or preemptive self-defense is simply governed by the principles of necessity and proportionality."⁸⁵

Ondanks het feit dat deze visie door haast alle rechtsleer verworpen wordt, heeft ze toch een degelijke uitwerking gekregen in de zogenaamde *Bush-Doctrine*. Na de aanslagen van 9/11 op het World Trade Center werd de operatie 'Enduring Freedom' ingeroepen. Onder het mom van deze operatie werden er maatregelen genomen tegen Afghanistan.⁸⁶ De oorlog in Afghanistan werd aangevat zonder veel protest binnen de internationale gemeenschap. Geleidelijk aan werd de focus verlegd naar andere 'vijandige staten' waaronder Irak. Met een toenemende terroristische en nucleaire dreiging op de loer heeft president G.W. Bush een nieuwe nationale strategie (*national security strategy*⁸⁷) uitgewerkt. De nieuwe strategie moest de VS beschermen tegen zulke dreigingen. Eén van de belangrijkste toespraken die president Bush heeft gedaan in aanloop naar de ontwikkeling van de *Bush doctrine* is de volgende:

"We cannot defend America and our friends by hoping for the best. We cannot put our faith in the word of tyrants, who solemnly sign non-proliferation treaties, and then systemically break them. If we wait for threats to fully materialize, we will have waited too long — Our security will require transforming the military you will lead — a military that must be ready to strike at a moment's notice in any dark corner of the world. And our security will require all Americans to be forward-looking and resolute, to be ready for preemptive action when necessary to defend our liberty and to defend our lives."⁸⁸

⁸³Supra 16.

⁸⁴Supra 14.

⁸⁵ A.D.SOFAER, "On the necessity of pre-emption", *Eur. J. Int'l L.* 209 2003, 219-220; <http://ejil.oxfordjournals.org/content/14/2/209.full.pdf>.

⁸⁶Afghanistan zou de terroristische organisatie 'Al Qaida' steunen.

⁸⁷ US DEPARTMENT OF STATE, *National Security Strategy*, Washington: White House, 17 September 2002, beschikbaar op: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

⁸⁸President G.W.Bush sprak de aspiranten van de 'U.S. Military Academy (West Point)' toe op 1 Juni 2002 en laat duidelijk verstaan dat de Verenigde Staten preventieve maatregelen nemen moest dit nodig zijn.

Uit deze uitspraak kan duidelijk afgeleid worden dat president Bush vindt dat de VS preventieve maatregelen kunnen nemen tegen vijandige staten. Uiteindelijk is er op 17 september 2002 dan een definitieve strategie uitgewerkt met verschillende doelen.⁸⁹ Voor de studie van het preventieve zelfverdedigingsrecht zijn voornamelijk het derde en het vijfde doel relevant:

"The third goal is to strengthen alliances to defeat global terrorism and work to prevent attacks against us and our friends."

"The fifth goal is to prevent our enemies from threatening us, our allies and our friends with weapons of mass destruction."

Deze twee doelen werden met elkaar gelinkt en zo hebben de VS het preventieve zelfverdedigingsrecht voor zichzelf gecreëerd in de vorm van de Bush-doctrine.

2.3.4 Een analyse van de voornaamste discussies

1. Over het al niet van toepassing zijn van gewoonterecht dat bestond voor 1945.

De voorstanders van anticiperende maatregelen halen aan dat het gewoonterecht dat bestond voor het invoeren van het handvest blijft bestaan naast artikel 51 HVN. Zo zou de Caroline-doctrine, die anticiperende maatregelen mogelijk maakt, van toepassing blijven. Dit argument is echter voorbijgestreefd. De restrictionists halen terecht aan dat men altijd verwijst naar gewoonterecht dat bestond lang voor de invoering van het VN-Handvest en niet naar gewoonterecht dat er bestond vlak voor de invoering van het VN-Handvest.⁹⁰ Maar ook al zou het gewoonterecht dat bestond voor 1945 anticiperende maatregelen hebben mogelijk gemaakt, dan nog heeft artikel 51 HVN dit gewoonterecht gemodificeerd. Het was immers de bedoeling dat met de invoering van het VN-Handvest het geweldsgebruik tussen staten zo beperkt mogelijk zou blijven. Hierbij moet aangehaald worden dat de leden van de Verenigde Naties het VN-Handvest hebben ondertekend en dus kan aangenomen worden dat de internationale gemeenschap achter de tekst van het handvest staat.⁹¹

⁸⁹ US DEPARTMENT OF STATE, National Security Strategy, Washington: White House, 17 September 2002, beschikbaar op: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

⁹⁰ Bovendien is het *Caroline-Incident* volgens de 'counter-restrictionists' geen toepassing van anticiperende zelfverdediging. De gewapende aanval was volgens hen al gestart, wat het Caroline incident een toepassing van het klassiek zelfverdedigingsrecht maakt en niet van anticiperend zelfverdedigingsrecht. Zie O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 622; Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 184.

⁹¹ De staten die het geratificeerd hebben zijn terug te vinden op de officiële website van de Verenigde Naties, zie <http://www.un.org>

Ook het IGH heeft geconcludeerd dat het gewoonterecht dat bestond voor 1945 buiten beschouwing moet worden gelaten.⁹² Het Hof stelt dat het gewoonterecht zich parallel ontwikkelt met het handvest. Uit deze vaststellingen kan worden afgeleid dat de bepalingen in het VN-Handvest een verdere modificering waren van het zelfverdedigingsrecht en dat het gewoonterecht dat bestond voor 1945 niet meer van toepassing is. Yoram Dinstein stelt het als volgt:

*"it can be taken for granted that pre-Charter customary international law is swayed by the charter insofar as it is incompatible with the Charter rules on the use of force, and that, grosso modo, customary and charter Ius ad Bellum have converged."*⁹³

2. Over de tekstuele interpretatie

De rechtsgeleerden die de legaliteit van anticiperende of preventieve zelfverdediging verdedigen, halen aan dat de schrijvers van artikel 51 HVN niets hebben willen uitsluiten. Er staat volgens deze groep niet 'if, and only if ...' in de tekst en bijgevolg stelt men dat preventieve maatregelen niet per se uitgesloten zijn. Dit argument is weinig overtuigend. Ten eerste is het zelfverdedigingsrecht een uitzondering op het algemene geweldsverbod en daarom moet het restrictief geïnterpreteerd worden. Ten tweede blijkt uit de artikelen 2(4) HVN (the threat of force) en 39 HVN⁹⁴ (threats to the peace) dat de schrijvers van het VN-Handvest wel degelijk hebben nagedacht over situaties waar er dreiging heerst. Toch hebben ze ervoor gekozen om dit niet op te nemen in artikel 51 HVN. Uit deze argumenten blijkt dat de schrijvers van het handvest de mogelijkheid van zelfverdediging hebben willen uitsluiten wanneer er geen voorafgaande aanval is geweest. Bijgevolg is de argumentatie dat in de tekst van het VN-Handvest niet 'only if' staat vermeld weinig overtuigend.

3. Over de evolutie van het gewoonterecht na 1945

De discussie die verder in dit werk gevoerd zal worden, gaat over het al dan niet bestaan van een gewoonterecht dat anticiperende of misschien zelfs preventieve maatregelen toelaat. De restrictionists halen aan dat er tot op heden geen gewoonterecht bestaat dat preventieve of anticiperende maatregelen toelaat. Dit wordt tegengesproken door de andere groepen.⁹⁵

⁹² IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, 14.

⁹³ Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 96.

⁹⁴ Artikel 39 van het Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945, *Can TS* 1945 nr. 7.

⁹⁵ Met andere groepen worden hier enerzijds de verdedigers van de mogelijkheid tot het nemen van anticiperende maatregelen en anderzijds de verdedigers tot het nemen van preventieve maatregelen bedoeld.

De voorstanders van anticiperende zelfverdediging halen aan dat er gewoonrecht is ontwikkeld dat militaire maatregelen toelaat wanneer er een imminente dreiging heerst. De voorstanders van preventieve maatregelen gaan zelfs verder en stellen dat er zich een gewoonrecht heeft ontwikkeld dat militaire maatregelen toelaat tegen potentiële dreigingen. Uit de analyse die verder volgt van het huidige gevormde gewoonrecht zal moeten blijken welke van de drie scholen het dichtst bij de juridische waarheid staat.

2.4 Analyse van de statenpraktijk betreffende anticiperende of preventieve zelfverdediging

2.4.1 De invasie in Irak

De situatie voor 2001

Voor 2001 halen de restrictionists, in hoofdzaak, drie cases aan, namelijk; 'The Cuban missile crisis (1962)', 'The Six Day War (1967)' en 'The Osiraq strike'. De restrictionists zien deze cases als voorbeelden van statenpraktijk, en meer bepaald als statenpraktijk dat een voorbeeld is van anticiperende of zelfs preventieve zelfverdediging. De counter-restrictionists houden er een tegengestelde visie op na. Deze arresten zijn al meermaals besproken in diverse literatuur en in dit werk zal de focus liggen op recente statenpraktijk.⁹⁶Omdat de situatie voor 2001 in dit werk niet verder zal worden geanalyseerd, zal over de stand van het internationale gewoonrecht op dat moment een concluderende stelling worden ingenomen die aansluit bij de auteurs C.Gray en T.Ruys:

*Uit de meerderheid van de statenpraktijk kan afgeleid worden dat er voor 2001 geen gewoonrecht is gevormd dat anticiperend of preventief zelfverdedigingsrecht toelaat.*⁹⁷

⁹⁶Tom Ruys geeft onder meer een correcte bespreking van deze cases. Daarom zal er in dit werk niet verder bij stilgestaan worden. T. RUYS, 'Armed attack' and article 51 of the UN-charter, Cambridge, Cambridge University Press, 2010,267-305.

⁹⁷C. GRAY, International Law and the Use of Force, Oxford, Oxford University Press, 2008,195; T. RUYS, 'Armed attack' and article 51 of the UN-charter, Cambridge, Cambridge University Press, 2010,305.

Van de Bush-doctrine naar de oorlog in Irak

De Bush-doctrine werd reeds toegelicht.⁹⁸ De Bush-doctrine is ontstaan naar aanleiding van de aanslagen van 9 september 2001.⁹⁹ Twee vliegtuigen boorden zich in de WTC-torens van New York, een ander vliegtuig crashte in het Pentagon en een laatste stortte neer in een veld in Pitsburg. Bij deze aanslagen verloren 3000 mensen hun leven. De gruwelijke beelden waren wereldwijd live te volgen op diverse tv-kanalen. Al snel werd duidelijk dat het was opgezet door de terroristische organisatie Al Qaida die gesteund werd door de Afghaanse overheid. Als antwoord op deze aanslagen startten op 7 oktober 2001 de VS en het Verenigd Koninkrijk een militaire actie tegen Al Qaida, de Taliban en het regime in Afghanistan. Deze operatie werd 'Operation Enduring Freedom' genoemd en kreeg wijdverspreide steun binnen de internationale gemeenschap.¹⁰⁰ Maar hier bleef het niet bij. De Bush Administration begon al snel verder te kijken dan naar de Afghaanse situatie alleen. Men ging ook kijken naar andere staten die een dreiging vormden of zouden kunnen vormen voor de VS. Preventieve maatregelen tegen deze staten werden niet uitgesloten. Dit was de eerste aanzet naar de Bush doctrine. Aanvankelijk leek er ook wel enig begrip voor dit soort van aanpak en soortgelijke doctrines begonnen zich te ontwikkelen. Een voorbeeld hiervan is de 'European Security Strategy'.¹⁰¹ Begin 2002 begonnen meerdere VS- en VK-regeringsleden hun ongerustheid uit te drukken over het feit dat Saddam Hoessein al meermaals niet heeft meegewerkt met wapeninspecties die werden opgelegd aan Irak in Resolutie 687¹⁰² (1991). Verder stellen de twee landen ook dat wanneer Irak zijn internationale verplichtingen blijft schenden, militaire maatregelen niet uitgesloten zijn. Op 29 januari 2002 geeft president Bush zijn State of the Union en zegt daar het volgende over Irak:

*"Iraq continues to flaunt its hostility toward America and to support terror. The Iraqi regime has plotted to develop anthrax, and nerve gas, and nuclear weapons for over a decade. This is a regime that has already used poison gas to murder thousands of its own citizens -- leaving the bodies of mothers huddled over their dead children. This is a regime that agreed to international inspections -- then kicked out the inspectors. This is a regime that has something to hide from the civilized world. States like these, and their terrorist allies, constitute an axis of evil, arming to threaten the peace of the world. By seeking weapons of mass destruction, these regimes pose a grave and growing danger."*¹⁰³

⁹⁸Supra 32.

⁹⁹NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, 9-11 Commission Report, 22 July 2004, Washington, White House, beschikbaar op: www.9-11commission.gov.

¹⁰⁰Verklaring van de Secretaris-Generaal Robertson, 2 oktober 2001, UNYB 65-6.

¹⁰¹ EUROPEAN UNION, *European Security Strategy*, 12 December 2003, beschikbaar op <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf> Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat er enkel gedacht werd dat deze strategy soortgelijk was. Er zal later blijken in dit werk dat deze strategy geen preventieve zelfverdediging wenst goed te keuren.

¹⁰²Resolutie 687 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (3 april 1991).

¹⁰³ 'State of the union' van president G.W. Bush, Washington, 29 januari 2002, beschikbaar op; <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html>

Op 12 september 2002 bracht president Bush de kwestie 'Irak' voor op de Algemene Vergadering van de VN. Hij was van oordeel dat de Iraakse dictator, Saddam Hoessein, de mensenrechten van zijn eigen volk op een gruwelijke manier schond en dat de wapeninspecteurs al jaren geen inspectie meer konden uitvoeren.¹⁰⁴ Het was dan ook geen verrassing dat vijf dagen na deze voordracht de nieuwe *US National Security Strategy (Bush-doctrine)* werd voorgesteld.¹⁰⁵ Uiteraard werd Irak hierin vernoemd als 'rogue State'.¹⁰⁶ Door sommigen wordt zelfs aangehaald dat de Bush-doctrine gecreëerd is met het oog op de invasie in Irak.¹⁰⁷ Deze signalen werden uiteraard ook opgemerkt in Irak. De Iraakse regering verklaarde hierop volgend dat zij verdere inspecties op hun wapenarsenaal zou toelaten en zo werd Resolutie 1441¹⁰⁸ gemaakt. Deze resolutie werd aanzien als een laatste kans voor Irak om zich te houden aan de verplichtingen die hen werden opgelegd door de internationale gemeenschap. Ondanks er over het algemeen een positieve analyse werd gemaakt door de inspecteurs aangaande de medewerking van Irak, waren er geruchten die erop wezen dat de medewerking van Irak niet altijd volledig was.¹⁰⁹ Ten gevolge hiervan werd de druk door de VS en het VK opgevoerd. Vervolgens werd in maart 2003 de zaak dan terug voor de Veiligheidsraad gebracht waarna een conflict ontstond binnen de permanente leden. De VS en het Verenigd Koninkrijk waren vragende partij voor een resolutie die hen zou toestaan om tegen Irak automatisch geweld te mogen gebruiken indien dit nodig moest zijn. Frankrijk, Rusland en China weigerden dit.¹¹⁰ Meer nog, de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties waarschuwde de Verenigde Staten en zijn bondgenoten:

"If the US and Others were to go outside the Council and take military action it would not be in conformity with the Charter."¹¹¹

Omdat dit over een specifieke casus waar het preventieve zelfverdedigingsrecht op zich eigenlijk niet ter discussie stond kan deze verklaring niet gezien worden als een rechtstreekse afwijzing van preventieve zelfverdediging in het algemeen door de Secretaris-Generaal. Toch lijkt de Secretaris-Generaal te bedoelen dat in dit specifieke geval het gebruik van preventieve maatregelen aanzien zullen worden als een inbreuk op het VN-Handvest. Desalniettemin is het moeilijk te bepalen of deze verklaring nu een afwijzing van het preventieve zelfverdedigingsrecht op zich was, of gewoon een verwijzing naar het feit dat de VN-Veiligheidsraad geen resolutie heeft goedgekeurd om tot militaire maatregelen over te gaan.

¹⁰⁴Opmerkingen van president Bush in de Algemene vergadering, 12 september 2002, *UN Doc. A/57/2*, 10.

¹⁰⁵*Supra*, 32.

¹⁰⁶US DEPARTMENT OF STATE, *National Security Strategy*, Washington: White House, 17 September 2002, 14: beschikbaar op: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>

¹⁰⁷T. RUYSS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 311.

¹⁰⁸Resolutie 1441 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (8 november 2002).

¹⁰⁹Bekijk in het VN jaarboek van 2003, 288,315,327,330.

¹¹⁰Bekijk in het VN jaarboek van 2003, *UNYB 2003*, 330-2.

¹¹¹Persconferentie van de VN-secretaris, Den Haag, 10 maart 2003, beschikbaar op www.un.org .

Ondanks groot politiek protest, demonstraties van de bevolking en de waarschuwing van Secretaris-Generaal van de VN brengen de VS¹¹², het Verenigd Koninkrijk¹¹³ en Australië¹¹⁴ op 20 maart 2003 de VN-Veilighedsraad op de hoogte dat de zij militaire acties hebben ingezet tegen Irak.

De ingeroepen justificaties en de reacties hierop

Als eerste is het belangrijk om na te gaan welke justificatie er door de betrokken staten zelf werd ingeroepen om de oorlog tegen Irak te rechtvaardigen. Australië¹¹⁵ en het Verenigd Koninkrijk¹¹⁶ rechtvaardigden hun acties door te verwijzen naar resolutie 687¹¹⁷. Volgens deze staten gaf de resolutie hen het recht om te reageren op schendingen van Irak met alle middelen die nodig zijn. Er werd niet rechtstreeks, zelfs niet onrechtstreeks, verwezen naar anticiperende of preventieve zelfverdediging. In de rechtvaardiging van de Verenigde staten was het echter anders. In de laatste paragraaf stond het volgende:

*" The actions undertaken are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area. Further delay would simply allow Iraq to continue it's unlawful and threatening conduct."*¹¹⁸

Ondanks deze link naar het preventieve zelfverdedigingsrecht veranderen de VS nadien van tactiek. In een debat op 27 maart 2003 in de VN-Veilighedsraad verwijzen de VS naar de resoluties 678, 687 en 1441 om hun acties te verantwoorden. Er werd niet meer verwezen naar preventieve zelfverdediging of naar de Bush-doctrine.¹¹⁹ Dit is op opmerkelijk aangezien de VS in eerste instantie wel meermaals naar hun recht van preventieve zelfverdediging verwezen.

¹¹²UN Doc.S/2003/351, 20 maart 2003.

¹¹³UN Doc.S/2003/350, 20 maart 2003.

¹¹⁴UN Doc.S/2003/352, 20 maart 2003.

¹¹⁵ UN Doc.S/2003/352, 20 maart 2003.

¹¹⁶UN Doc.S/2003/350, 20 maart 2003.

¹¹⁷Resolutie 678 van de Veiligheidsraad (29 november 1990).

¹¹⁸UN Doc.S/2003/351, 20 maart 2003.

¹¹⁹Ondanks het gegeven dat in de aanloop naar de oorlog in Irak de Bush-doctrine werd ontwikkeld en in de vorming van deze doctrine meermaals werd verwezen naar de dreiging die uitgaat van Irak. Er kan dus gesteld worden dat de oorlog in Irak werd ingeleid met de Bush-doctrine maar deze doctrine uiteindelijk niet gebruikt werd als rechtvaardigingsgrond.

De meerderheid van auteurs is het erover eens dat de VS, op internationaal vlak althans, preventieve zelfverdediging uiteindelijk niet als rechtvaardigingsgrond heeft willen gebruiken om de oorlog in Irak te rechtvaardigen.¹²⁰ Uit de verklaringen die werden afgelegd door de drie betrokken staten was het duidelijk dat het debat betreffende de oorlog hoofdzakelijk zou gaan over de al dan niet autorisatie van de interventie door de VN-Veiligheidsraad, en dus niet over de legaliteit van het preventieve zelfverdedigingsrecht. Toch is het belangrijk om naar de reacties op de oorlog in Irak binnen de internationale gemeenschap te gaan kijken. Dit omdat de VS, door de uitwerking van de Bush-doctrine, in eerste instantie wel de indruk hebben gewekt zich te gaan beroepen op het preventieve zelfverdedigingsrecht om de oorlog tegen Irak te rechtvaardigen.

Een deel van de staten¹²¹ sluit zich aan bij de rechtvaardiging die werd gegeven door de drie betrokken staten en stelt dat Irak door zijn gedrag zelf aansprakelijk is voor de gevolgen ervan. Een tweede groep van staten¹²² gaf de VN-Veiligheidsraad het advies om de meningsverschillen betreffende de legaliteit van de interventie aan de kant te zetten. Deze groep wil zich bemiddelend opstellen en vindt dat de internationale gemeenschap zich nu moet concentreren op het humane aspect van de oorlog. Een derde groep van staten¹²³, de meerderheid, vond de interventie in Irak een schending van het VN-Handvest. Dit was geen betoog tegen preventieve maatregelen op zich, maar simpelweg de gedachte dat men aan de oorlog begonnen was zonder autorisatie van de VN-Veiligheidsraad.

Als laatste waren er slechts enkele staten die een verwijzing maakten naar anticiperende en/of preventieve zelfverdediging. Deze verklaringen zijn van belang voor deze studie en zullen daarom worden besproken.

Iran

"The unilateral war against Iraq does not meet any standard of international legitimacy. It is not waged in self-defence against any prior armed attack. Nor, even by any stretch of imagination, could Iraq, after 12 years of comprehensive sanctions, be considered an imminent threat against the national security of the belligerent powers."¹²⁴

¹²⁰ Y.DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001,183; T. RUYS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 316; D. MURPHY, "Assessing the legality of invading Iraq", *Georgetown L. J.*,2004, 92(4), 174.

¹²¹Zie document UN Doc 4721,19 maart 2003 en UN doc. S/PV. 4726. De volgende landen: Spanje, Koeweit, Polen, Singapore, Japan, Georgië, Litouwen, Albanië, IJsland, Mongolië, El Salvador, Bulgarije.

¹²²UN doc. S/PV. 4726. De volgende staten: Chili, Argentinië, Columbia, Noorwegen, Canada, Thailand, Slovaakse Republiek, Angola, Kameroen.

¹²³UN doc. S/PV. 4726. De volgende staten: Algerije, Arabische liga, Indonesië, Yemen, Cuba, Brazilië, Zuid-Afrika, Cuba, Nieuw Zeeland, Indië, Zwitserland, Jamaica, Vietnam, Rusland, Palestina, Pakistan, Frankrijk, Syrië, Wit Rusland.

¹²⁴UN doc. S/PV. 4726, 33.

Iran wijst hier de mogelijkheid tot preventieve en/of anticiperende maatregelen af door te stellen dat zelfverdediging enkel kan wanneer er een aanval aan vooraf gaat. Algerije¹²⁵ geeft een gelijkaardige verklaring.

Libanon

" Since Article 51 ... recognizes the right... only if an armed attack occurs"

Libanon is duidelijk. Men verwijst naar een restrictieve toepassing van artikel 51 HVN. Zelfverdediging is volgens hen alleen mogelijk wanneer er zich een voorafgaande aanval heeft voorgedaan.

Maleisië

"pre-emptive use of force threatens the very foundation of international law."¹²⁶

Ook Maleisië en Yemen¹²⁷ wijzen de mogelijkheid van preventieve maatregelen als zelfverdedigingsmechanisme af. Zij gaan zelfs een stap verder en stellen dat het toelaten van preventieve zelfverdediging ervoor zou zorgen dat de fundamentele van het internationale recht hierdoor in het gedrang zouden komen.

Een meerderheid van de staten die zich hebben uitgesproken over een uitgebreid zelfverdedigingsrecht staan er afwijzend tegenover. Deze staten verwijzen in hoofdzaak naar de tekst van artikel 51 HVN die duidelijk stelt dat zelfverdediging tegen dreigingen niet mogelijk is. Bovendien geven deze staten ook een politieke boodschap. Zij wijzen namelijk op het gevaar dat een uitbreiding van het zelfverdedigingsrecht met zich zou meebrengen. Deze staten vinden het algemene principe dat op staten rust om hun geschillen op te lossen op een geweldloze manier van groot belang. Bijgevolg stellen zij dat het toelaten van anticiperende en/of preventieve zelfverdediging de fundamentele van het internationale recht in gedrang brengt. In het derde deel van dit werk zal de politieke noodzakelijkheid die er al dan niet heerst betreffende anticiperend en/of preventieve zelfverdediging verder besproken worden¹²⁸.

¹²⁵UN doc. S/PV. 4726, 10.

¹²⁶UN doc. S/PV. 4726, 8. *Maleisië haalt niet alleen aan dat preventieve maatregelen niet conform het internationale recht is maar waarschuwt bovendien op het gevaar dat deze uitbreiding zou opleveren voor de fundamentele van het internationale recht.*

¹²⁷ UN doc. S/PV. 4726, 13.

¹²⁸*Infra* 52.

Conclusies betreffende Irak

1. Uit de vaststellingen die werden gedaan kan omwille van twee redenen geconcludeerd worden dat de oorlog in Irak niet kan aanzien worden als statenpraktijk van preventieve zelfverdediging. Ten eerste vonden de staten, die de oorlog steunden, hun motivatie niet in de doctrine van preventieve zelfverdediging.

C. Gray verwoordde dit als:

'Although about forty-five states were willing to offer military or political support to the USA in its use of force against Iraq, it's seems that non did so on the basis of the doctrine of pre-emptive self-defence.'¹²⁹

Ten tweede stond voor de staten die de oorlog hebben veroordeeld, de legaliteit van preventieve zelfverdediging, niet ter discussie.

2. Het argument dat uiteindelijk is aangehaald door de staten die de militaire actie in Irak zijn begonnen was zwak.¹³⁰ Toch heeft men voor dit argument gekozen en niet voor preventieve zelfverdediging. Dit toont aan dat de doctrine van preventieve zelfverdediging niet voldoende steun genoot binnen de internationale gemeenschap.

3. De staten¹³¹ die zich hebben uitgelaten over preventief zelfverdedigingsrecht staan er afwijzend tegenover.

4. Ondanks dat de invasie in Irak niet rechtstreeks als een voorbeeld van preventieve zelfverdedigingsrecht beschouwd kan worden, is het toch belangrijk geweest in het wetenschappelijk debat omtrent de (il)legaliteit van preventieve zelfverdediging.¹³² Dit omdat de VS in eerste instantie zichzelf leek te beroepen op het preventieve zelfverdedigingsrecht. Door deze opgewekte schijn zijn er toch reacties gekomen van bepaalde staten die dit preventieve zelfverdedigingsrecht hebben afgewezen en heeft het bovendien ook voor vele debatten binnen de rechtsgeleerdheid gezorgd.

¹²⁹ C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 221.

¹³⁰ P. MATEJA 'The politics of self-defence: beyond a legal understanding of international norms', *Cambridge Review of International Affairs*, 2011, 245-264.

¹³¹ Iran, Yemen, Algerije, Libanon en Maleisië.

¹³² T. RUYLS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 318.

2.4.2 De verdere evolutie na 2003

De start van de oorlog tegen Irak is alweer een decennium achter ons. Verder zal een analyse volgen van de evolutie van statenpraktijk na Irak. We behandelen de vraag of de Bush-doctrine voor een evolutie van de statenpraktijk gezorgd heeft of dat men deze doctrine geheel of gedeeltelijk verworpen heeft. Op het einde van deze titel zal er speciale aandacht zijn voor de actuele gebeurtenissen rond Iran en Noord-Korea.

Verklaringen pro anticiperende en/of preventieve zelfverdediging

Na de start van de operatie in Irak en de invoering van de National Security Strategy komen er verschillende pleidooien die gelijkaardig zijn aan de Bush-doctrine. In december 2002 komen er bij tijdens de 'Bali bombing' meer dan 80 Australische toeristen om. De Australische eerste minister reageert met te stellen dat het huidige internationale recht niet meer adequaat genoeg is om op de moderne dreigingen te reageren en oppert ervoor om de bepalingen in het VN-Handvest te herschrijven¹³³. Rusland claimt het recht te hebben om preventieve maatregelen te nemen tegen terroristische groeperingen in naburige staten.¹³⁴ In de Franse 'Loi de programmation' van 2003 tot 2008 bepaalt men dat Frankrijk; '*buitenlandse dreiging moet identificeren en voorkomen. In het licht van deze strategie worden anticiperende maatregelen niet uitgesloten*'.¹³⁵ Verder is er nog de 'European Security Strategy', ontwikkeld in 2003, die voorschrijft dat het nemen van preventieve maatregelen ernstige problemen in de toekomst kan vermijden.¹³⁶

¹³³ XX 'Australia ready to strike abroad', *BBC News* 1 december 2002; M.REISMAN, A.C.ARMSTRONG: 'The Claim of preventive self-defense' *Am. J. Int'l L.* 2006,538-540.

¹³⁴ XX 'Russia targets top Chechen rebels', *BBC News* 8 september 2004.

¹³⁵ FRANSE MINISTERIE VAN DEFENSIE, 'Loi de programmation militaire 2003-2008', annex, hoofdstuk 3-6, beschikbaar op:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000234154&dateTexte=&categorieLien=id>

¹³⁶ EUROPEAN UNION, *European Security Strategy*, 12 December 2003, 11; beschikbaar op <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf> Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat er enkel gedacht werd dat deze strategie soortgelijk was. Er zal later blijken in dit werk dat deze strategy geen preventieve zelfverdediging wenst goed te keuren.

De staten die gekend zijn als voorstanders van anticiperende of preventieve maatregelen zoals de VS, het Verenigd Koninkrijk¹³⁷ en Israël¹³⁸ laten zich ook nog eens uit als voorstanders van preventieve zelfverdediging. Maar hier blijft het niet bij. Japan vindt dat het VN-Handvest defensieve maatregelen toelaat wanneer staten geconfronteerd worden met een imminente dreiging¹³⁹. Liechtenstein¹⁴⁰, Singapore¹⁴¹, Oeganda¹⁴², Zwitserland¹⁴³ en de Koreaanse Republiek¹⁴⁴ volgen deze stelling.

Uit voorgaande verklaringen wordt duidelijk dat sommige landen anticiperende of preventieve maatregelen accepteren. Toch moet dit genuanceerd worden omwille van twee redenen. Ten eerste werden veel van de verklaringen gegeven in een periode die internationaal heel onstabiel was. Er moet dusdanig rekening mee worden gehouden dat veel verklaringen eerder politiek geïnspireerd waren, eerder dan dat de staten er werkelijk van overtuigd waren dat preventieve of anticiperende maatregelen juridisch mogelijk zijn. Ten tweede hebben sommige landen hun vorige verklaringen bijgesteld. In dit werk werd de vorming van het gewoonterecht besproken. In deze bespreking werd gesteld dat de statenpraktijk die, samen met de opinio juris, zorgt voor de vorming van gewoonterecht standvastig moet zijn. Het wispelturige gedrag van sommige staten geeft geen blijk van standvastigheid van hun visie betreffende anticiperende en/of preventieve zelfverdediging.

¹³⁷UN Doc. A/59/PV.85,26.

¹³⁸ISRAELISCH MINISTERIE VAN BUITENLANDSE ZAKEN, 'position paper of the government of Israel', 1 juli 2005, beschikbaar op; <http://www.mfa.gov.il/MFA/Foreign+Relations/Israel+and+the+UN/UN+reform/United%20Nations%20Reforms%20-%20Position%20Paper%20of%20the%20Government%20of%20Israel%20-%20July%202005>

¹³⁹ Persmededeling van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van Japan, 27 september 2002, beschikbaar op; <http://www.mofa.go.jp/announce/press/2002/9/0927.html> 'Our position is that if there is imminent threat to one country, a preemptive strike or preemptive attack is allowed under the UN Charter, and we are carefully studying the content of the new US strategy, or doctrine, to find out if there is any change or departure from the basic position. Moreover, we understand that the United States will not exercise a preemptive strike in violation of any international law.'

¹⁴⁰Verklaring van Liechtenstein in een Informele vergadering van de algemene raad van de VN, 21 april 2005. (Dit was een reactie op het rapport van de VN- Secretaris-Generaal ' In larger freedom').

¹⁴¹Verklaring van Singapore in een Informele vergadering van de algemene raad van de VN, 27 januari 2005. (Dit was een reactie op het High-Level panel's report on threat).

¹⁴²Verklaring van Oeganda in een Informele vergadering van de algemene raad van de VN, 1 juli 2005. (Dit was een reactie op het High-Level panel's report on threat).

¹⁴³ UN Doc. A/59/PV.86,22.

¹⁴⁴Verklaring van de Zuid-Koreaanse Republiek in de algemene vergadering van de VN, 21 april 2005.

Als voorbeeld haal ik het gedrag van Rusland aan. Zoals reeds werd besproken claimde Rusland het recht te hebben om preventieve maatregelen te nemen tegen terroristische groeperingen in naburige staten. Maar wanneer er in februari 2005 door het Russische Ministerie van Buitenlandse Zaken een persmededeling werd gegeven die specifiek handelde over de mogelijkheid van preventieve acties tegen terroristische groepering in buurlanden hield men er een heel andere visie op na dan voordien. Rusland verduidelijkte dat een aanval tegen deze groeperingen kan; *'Where a country has been subjected to a terrorist attack and there are serious grounds to believe that a repetition of this attack from an identified source is inevitable'*. Uit deze verklaring blijkt dat Rusland toch een voorafgaande aanval nodig acht alvorens men tot defensieve maatregelen kan overgaan.¹⁴⁵

Wat de 'European Security Strategy' betreft is eveneens enige nuance aangewezen. De bepaling die door sommige staten beschouwd wordt als een aanvaarding van het gebruik van preventieve maatregelen is de volgende:

*" We need to be able to act before countries around us deteriorate, when signs of proliferation are detected, and before humanitarian emergencies arise. Preventive engagement can avoid more serious problems in the future. A European Union which takes greater responsibility and which is more active will be one which carries greater political weight."*¹⁴⁶

Hoewel het op het eerste zicht wel zo lijkt, is dit geen acceptatie van preventieve militaire maatregelen, maar eerder een oproep tot het preventieve voorkomen van conflicten op een vreedzame manier. Daarom is het niet correct te stellen dat de 'European Security Strategy' een erkenning van het preventieve zelfverdedigingsrecht is. Integendeel, het doel van deze strategy lijkt om net zo weinig mogelijk militair op te treden.

¹⁴⁵T. RUYSS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 334.

¹⁴⁶ EUROPEAN UNION, *European Security Strategy*, 12 December 2003, 11; beschikbaar op <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/78367.pdf>

Dit wordt meer dan duidelijk in een verklaring van de Europese Unie aan de VN:

"The EU agrees with the Secretary-General on the need to address the threats to our security preventively. In that respect we acknowledge development - above and beyond its central importance as a pillar in its own right - as the first line of defense in a collective security approach based on prevention. Respect for human rights, justice and rule of law are also crucial in this regard. The EU also supports the strengthening of the role of the Secretary-General in preventive diplomacy. In this regard, we agree with the Secretary-General that good offices have indeed helped in preventing many conflicts. We therefore strongly welcome his initiative to strengthen the United Nations capacity in this regard."¹⁴⁷

Ondanks de net aangebrachte nuancering valt niet te ontkennen dat het aantal staten die anticiperende zelfverdediging erkennen, is gestegen. Voor preventieve zelfverdediging is er binnen de internationale gemeenschap echter zo goed als geen steun te vinden. Neem Frankrijk bijvoorbeeld. Frankrijk erkent dan wel het recht van zelfverdediging wanneer er imminente dreiging heerst, in dezelfde programmawet verwerpt men echter het preventieve zelfverdedigingsrecht:

Frankrijk

" La France refuse tout concept de légitime défense préventive..."¹⁴⁸

Voor Duitsland kunnen we een soortgelijke analyse maken. Duitsland erkent het recht van zelfverdediging op een imminente dreiging. Duitsland stelt het met de woorden:

Duitsland

" unmittelbar bevorstehenden Angriff "¹⁴⁹

Duitsland erkent het recht van anticiperende zelfverdediging maar wijst preventieve zelfverdediging expliciet af.¹⁵⁰ Uit het woordgebruik van de Duitse regering blijkt dat men veel waarde hecht aan het imminentegehalte van de dreiging.

¹⁴⁷ Verklaring van de EU, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005. Beschikbaar op http://www.eu-un.europa.eu/articles/en/article_4661_en.htm.

¹⁴⁸ FRANSE MINISTERIE VAN DEFENSIE, 'Loi de programmation militaire 2003-2008', annex, hoofdstuk 3-6, beschikbaar op: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000234154&dateTexte=&categorieLien=id>

¹⁴⁹ DUITSE BUNDESREGERING, Antwoord op een parlementaire vraag aangaande de Europese veiligheidstrategie, 21 mei 2004, Akte 15/3181.

¹⁵⁰ DUITSE BUNDESTAG, verklaring van de Minister van Buitenlandse Zaken, 22/09/2003, Berlijn, akte 15/3635. Beschikbaar op: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/036/1503635.pdf>

Ook Japan, Liechtenstein, Oeganda, Zwitserland, en Singapore vinden het imminentievereiste belangrijk. De bewoordingen die de Japanse en Zwitserse overheden gebruiken zijn duidelijk.

Japan

Zwitserland

"...if there is imminent threat..."¹⁵¹ "Absolutely imminent"¹⁵²

Verklaringen contra anticiperende of preventieve zelfverdediging

In het vorige gedeelte werd al duidelijk dat er voor preventieve zelfverdediging weinig of geen steun te vinden is binnen de internationale gemeenschap. De meerderheid van de Staten keurt ook anticiperende zelfverdediging af. Turkije¹⁵³, Argentinië¹⁵⁴ en Mexico¹⁵⁵ wijzen erop dat zelfverdediging als antwoord op imminente dreiging zeer controversieel is binnen de internationale gemeenschap. Deze landen betwisten de legaliteit van anticiperende zelfverdediging. Andere landen gaan nog verder in de afwijzing van anticiperende zelfverdediging. China stelt het duidelijk:

" Peaceful settlement of disputes is a fundamental principle of the UN Charter and international law. China has always advocated the peaceful settlement of international disputes and opposes the use or threat of force in international relations. In view of the differences in the causes of crises and their circumstances, it is unrealistic and may be highly controversial to form criteria that are universally applicable to all situations. We endorse the view that Article 51 of the Charter needs neither rewriting nor reinterpretation. The Charter has explicit provisions on the use of force, namely, except in case of self-defense against armed attacks, any use of force must have the authorization of the Security Council. Any "imminent threat" should be carefully judged and handled by the Security Council in view of the specific circumstances." ¹⁵⁶

¹⁵¹ Persmededeling van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van Japan, 27 september 2002, beschikbaar op; <http://www.mofa.go.jp/announce/press/2002/9/0927.html>

¹⁵² UN Doc. A/59/PV.86,22.

¹⁵³ Verklaring van Turkije, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005: "The premise that "Article 51 of the UN Charter covers imminent attack and that the right of self-defence can be evoked accordingly" is not a universally accepted interpretation in international law.", beschikbaar op <http://www.un.int/turkey/stat13.html> .

¹⁵⁴ Verklaring van Argentinië, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005.

¹⁵⁵ Verklaring van Mexico, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005.

¹⁵⁶ Verklaring van China, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005. Beschikbaar op <http://www.china-un.org/eng/hyyfy/t192893.htm> .

De verklaring van China wordt specifiek aangehaald omdat ze verschillende aspecten omvat in de afwijzing van anticiperende zelfverdediging. Ten eerste verwijst China terug naar het fundamentele principe van de geweldloze conflicthantering. Daaropvolgend stelt men dat anticiperende maatregelen niet kunnen genomen worden dan wel door de Veiligheidsraad. Als laatste wordt, naast het feit dat men stelt dat anticiperende maatregelen niet conform het internationale recht zijn, ook een politiek standpunt ingenomen waarin men geen reden ziet om het handvest te herschrijven of anders te gaan interpreteren.

Ook Pakistan¹⁵⁷, Vietnam¹⁵⁸, Maleisië¹⁵⁹, Wit-Rusland¹⁶⁰, Indonesië¹⁶¹, Bangladesh¹⁶², Algerije¹⁶³, Iran¹⁶⁴, Cuba¹⁶⁵, Costa Rica¹⁶⁶, Indië¹⁶⁷ en Egypte¹⁶⁸ keuren anticiperende of preventieve maatregelen af. Deze staten verwijzen naar de tekst van artikel 51 van het VN-Handvest die limitatief moet worden geïnterpreteerd. Er wordt gesteld dat de tekst duidelijk is en enkel zelfverdediging toelaat wanneer er voorafgaandelijk een gewapende aanval is geweest.

Conclusie

Ondanks een toename van het aantal staten dat voorstander is van anticiperende zelfverdediging is er in de nasleep van Irak nog altijd een meerderheid van staten die het afkeuren. Voornamelijk Aziatische, Afrikaanse en Zuid-Amerikaanse Staten verzetten zich tegen anticiperende maatregelen. De steun voor anticiperende zelfverdediging komt voornamelijk van Europese staten zoals Duitsland en Frankrijk.

¹⁵⁷ Verklaring van Pakistan, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005; *UN Doc. A/59/PV.86*,5.

¹⁵⁸ Verklaring van Vietnam, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005; *UN Doc. A/59/PV.86*,22 .

¹⁵⁹ Verklaring van Maleisië, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005, paragraaf 14.

¹⁶⁰ Verklaring van Wit-Rusland, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 22 april 2005, paragraaf 4.

¹⁶¹ Verklaring van Indonesië, Informal Consultations of the General Assembly, New York, 22 februari 2005, *UN Doc. A/59/PV.88*,26.

¹⁶² Verklaring van Wit-Rusland, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 21 april 2005.

¹⁶³ *UN Doc. A/59/PV.86*,9.

¹⁶⁴ *UN Doc. A/59/PV.86*,17.

¹⁶⁵ *UN Doc. A/59/PV.89*,14.

¹⁶⁶ Verklaring van Costa Rica, Informal Consultations on the Report of the High-Level Panel, 31 januari 2005, beschikbaar op www.un.int .

¹⁶⁷ *UN Doc. A/59/PV.90*,24.

¹⁶⁸ Verklaring van Egypte, Informal thematic consultations of the General Assembly on 'in larger freedom', New York, 21 april 2005; *UN Doc.A/59/PV.86*, 12.

2.4.3 Noord-Korea en Iran

Noord-Korea

A. Stilte betreffende anticiperende of preventieve zelfverdediging

Het langlopende conflict met Noord-Korea wordt besproken als volgende casus alwaar preventieve of anticiperende maatregelen mogelijk zouden worden gebruikt.¹⁶⁹ De gebeurtenissen die zich momenteel betreffende Noord-Korea afspelen zijn het bewijs dat de legaliteit van anticiperende of preventieve zelfverdediging zeer controversieel is. Noord-Korea heeft meermaals bedreigd¹⁷⁰ met een aanval op Zuid-Korea, Japan en de VS. De VS, Zuid-Korea en Japan nemen dit ernstig en gaan ervan uit dat Noord-Korea een bedreiging vormt voor hun nationale veiligheid. Dit blijkt duidelijk uit de uitspraak van Chuck Hagel (VS-Minister van Defensie):¹⁷¹

"They have a nuclear capacity now. They have a missile delivery capacity now. And so, as they have ratcheted up their bellicose, dangerous rhetoric, and some of the actions they have taken over the last few weeks, present a real and clear danger "

Chuck Hagel verklaart bovendien dat Noord-Korea in het bezit is van nucleaire capaciteit en dat ze raketten hebben ontwikkeld die nucleaire bommen kunnen lanceren. Noord-Korea dreigt openlijk en op constante basis met geweld tegen de drie geïsoleerde staten. Bovendien maken ze nucleaire wapens voor oorlogsvoering. Het gedrag van Noord-Korea op dit moment gaat veel verder dan het gedrag van Irak in 2002. Er is op dit moment duidelijk een imminente dreiging aan het adres van de drie staten die geïsoleerd worden. Bovendien valt de situatie binnen het kader van de Bush-doctrine aangezien de dreiging die er heerst van nucleaire aard is (kwalitatieve dreiging).

¹⁶⁹ C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford university press, 2008, 222-224.

¹⁷⁰ XX 'North Korea threatens to strike without warning' *CNN*, 15 April 2013 <http://edition.cnn.com/2013/04/15/world/asia/north-korea-ultimatum>; *The guardian*, 26 maart 2013; *Reuters*, 15 april 2013, <http://www.reuters.com/article/2013/04/15/us-korea-north-idUSBRE93D0DS20130415>

¹⁷¹ Chuck Hagel die spreekt universiteit voor defensie in Washington; interview te bekijken op: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/northamerica/usa/9970396/US-defence-secretary-North-Korea-presents-a-real-and-clear-danger.html>

Ondanks al deze elementen van concrete dreiging wordt er door geen enkele van de drie staten verwezen naar de mogelijkheid van anticiperende of preventieve maatregelen tegen Noord-Korea¹⁷². Integendeel, men doet er alles aan om dit op te lossen via internationale diplomatie en de VN-Veiligheidsraad.

Wat de geviseerde staten wel hebben gedaan, is een wapenschild geplaatst zodat men een mogelijke aanval van Noord-Korea kan afweren.¹⁷³ Dit is in lijn met de stelling van Y. Dinstein:

*"When a country feels menaced by the threat of an armed attack, all that it is free to do--in keeping with the Charter--is make the necessary military preparations for repulsing the hostile action should it materialize, as well as bring the matter forthwith to the attention of the Security Council."*¹⁷⁴

B. Heropwaardering van de VN-Veiligheidsraad

De betrokken Staten lijken het met de internationale gemeenschap eens te zijn dat maatregelen niet unilateraal moeten worden genomen maar wel via de VN-Veiligheidsraad. Op 7 maart 2013 is de zaak voor de VN-Veiligheidsraad gekomen alwaar men in resolutie 2094¹⁷⁵ het gedrag van Noord-Korea ten strengste heeft veroordeeld. Toch werden er geen concrete maatregelen genomen, of werd er geen autorisatie gegeven tot geweldsgebruik tegen Noord-Korea. China heeft handelsbelangen met Noord-Korea en deze hebben uiteraard een rol gespeeld binnen de besprekingen in de VN-Veiligheidsraad. Uiteindelijk zijn de VS en China tot een overeenkomst gekomen waarbij men vreedzaam tot een oplossing voor Noord-Korea wil komen.¹⁷⁶

Zelfs het ontbreken van concrete maatregelen zorgt er momenteel niet voor dat de geviseerde staten verwijzingen maken naar de mogelijkheid tot het nemen van anticiperende of preventieve maatregelen.

¹⁷²Op de officiële websites van buitenlandse zaken van de drie betrokken landen wordt niet verwezen naar de mogelijkheid tot het nemen van anticiperende of preventieve maatregelen. Zie; voor de Verenigde Staten <http://www.state.gov/p/eap/ci/kn/>, voor Zuid-Korea; http://www.mofat.go.kr/ENG/policy/kpen/nknuclear/overview/index.jsp?menu=m_20_20_10 en voor Japan; http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/n_korea/index.html.

¹⁷³Reuters, 4 april 2013, <http://www.reuters.com/article/2013/04/04/us-korea-north-idUSBRE93002620130404>

¹⁷⁴Y.DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 187.

¹⁷⁵Resolutie 2094 van de Veiligheidsraad, 07 Maart 2013.

¹⁷⁶ Reuters, 13 April 2013, beschikbaar op : <http://www.reuters.com/article/2013/04/13/us-korea-north-usa-idUSBRE93C01Z20130413>

De Eerste minister van Japan is zelfs tevreden met het resultaat van de onderhandelingen binnen de VN-Veiligheidsraad:

"Japan highly appreciates that the United Nations Security Council condemned the nuclear test by North Korea as a violation of relevant Security Council resolutions, and decided on measures to add and strengthen sanctions. Having worked toward a firm response by the Security Council, in close coordination with the United States and other countries concerned, Japan welcomes the adoption of the Security Council resolution."¹⁷⁷

Het conflict is momenteel nog volop aan de gang en voorbarige conclusies zijn gevaarlijk. Toch kan er vastgesteld worden dat er ondanks de concrete dreiging die Noord-Korea vormt nog niet verwezen is naar het zelfverdedigingsrecht. Vermoed wordt dat de geviseerde landen beseffen dat de legaliteit van anticiperende of preventieve zelfverdediging zeer controversieel is binnen de internationale gemeenschap en dat VN-Veiligheidsraad beter geplaatst is om beslissingen te nemen betreffende uitgaande dreigingen.¹⁷⁸ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de VS in het conflict dat momenteel loopt tegen Iran een andere houding in neemt.

Iran

A. Oproep tot preventie

De VS en Israël gaan ervan uit dat Iran een nucleair programma onderhoudt met als doel kernwapens te ontwikkelen. Iran vormt, als kernmacht, een bedreiging voor de Westerse wereld maar voornamelijk voor Israël. De twee landen beargumenteren hun vermoeden met het feit dat Iran controles van het Internationaal atoomenergieagentschap omzeilt en dreigende taal uitspreekt tegen Israël. Dit conflict vertoont vele gelijkenissen met de aanloop van de 2003-invasie in Irak. Tot op heden zijn er geen militaire maatregelen tegen Iran ondernomen. Toch verschilt het gedrag dat de VS innemen in dit conflict met het gedrag dat het ze innemen in het conflict met Noord-Korea.

¹⁷⁷ Commentaar op resolutie 2094 van de Eerste Minister van Japan, 8 maart 2013, beschikbaar op http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2013/3/0308_04.html.

¹⁷⁸ Wanneer deze landen, die toch wel concreet bedreigd worden door Noord-Korea, preventieve of anticiperende maatregelen als een legale optie zouden zien dan was dit naar mijn mening op zijn minst al aangehaald geweest. Al was het maar om politieke druk uit te oefenen.

In dit conflict verwijzen de VS wel naar de mogelijkheid tot het nemen van preventieve maatregelen. In september 2012 werd de kwestie 'Iran' besproken tijdens de debatten van de Algemene vergadering. VS-President B. Obama stelt het tijdens de debatten als volgt:

*"Make no mistake, a nuclear armed Iran is not a challenge that can be contained, ...noting that it would threaten the security of Israel and the stability of the Gulf nations and the international economy. That was why a coalition of Governments was holding Iran accountable, and the United States would "do what it must" to prevent it from acquiring a nuclear weapon"*¹⁷⁹

Zoals blijkt uit zijn uitspraak, sluit President B. Obama preventieve militaire maatregelen niet uit. Dit is toch een opmerkelijk verschil met de houding die er in het conflict met Noord-Korea wordt ingenomen. Het is geen verrassing dat Israël zich aansluit bij de Verenigde Staten aangaande de kwestie 'Iran'. Israël stelt het als volgt:

*"Just days ago at the United Nations, United States President Barack Obama had reiterated that a nuclear-armed Iran could not be contained. Indeed, the goal to prevent such a reality united Israelis and Americans, as well as others around the world"*¹⁸⁰.

Er is geen twijfel over het feit dat Israël er voorstander van is om preventieve maatregelen te nemen tegen Iran. Ook tijdens het bezoek van president B. Obama aan Israël op 21 maart 2013 worden er gelijkaardige verklaringen gegeven. President B. Obama erkent dat Israël het recht heeft om preventieve militaire maatregelen te nemen tegen Iran.¹⁸¹ De VS zelf lijken voorlopig nog de voorkeur te geven aan een diplomatieke oplossing maar sluiten een militaire tussenkomst niet uit.

B. Reactie van de Internationale gemeenschap

De houding van de VS en Israël over de mogelijkheid van preventieve maatregelen tegen Iran vindt weinig steun binnen de internationale gemeenschap. In de debatten binnen de algemene vergadering verwijst de meerderheid van de staten naar de VN-Veiligheidsraad om verdere stappen te ondernemen.

Er is geen expliciete steun te vinden binnen de internationale gemeenschap voor een unilaterale actie van de VS en Israël. Iran stelt dat de beschuldigingen die gemaakt worden onterecht zijn en vindt eveneens dat de kwestie moet geregeld worden binnen de VN-Veiligheidsraad.

¹⁷⁹Verklaring van de VS, Debatten binnen de Algemene vergadering 67^{ste} sessie, New York, 25 september 2012; beschikbaar op <http://gadebate.un.org/67/united-states-america>.

¹⁸⁰Verklaring van Israël, Debatten binnen de Algemene vergadering 67^{ste} sessie, New York, 27 september 2012; beschikbaar op <http://gadebate.un.org/67/israel>.

¹⁸¹ Persmededeling van Netanyahu, *The Guardian*, 21 maart 2013, 'He appreciates the fact that the President has reaffirmed Israel's right to defend itself, "independently," if necessary'.

Rusland waarschuwt expliciet voor het gevaar van unilateraal geweldsgebruik. Rusland stelt dat het VN-Handvest strikt moet geïnterpreteerd worden en dat fundamentele principes zoals staatssoevereiniteit en het vreedzaam oplossen van geschillen moeten geherwaardeerd worden.

*"Indeed, the world order was threatened by the arbitrary interpretation of essential principles, he said, citing non-use or threat of force, peaceful settlement of disputes, sovereignty, territorial integrity and non-interference in internal affairs. Decisions on sanctions must be taken with the understanding that they should not lead to isolation, but to dialogue. Urging the Council to resume discussions on the humanitarian limits of such measures, he said unilateral sanctions undermined international efforts. Such issues were linked to the responsibility to protect, he said, noting that discussion of that concept should be held on the basis of approaches agreed upon at the 2005 World Summit, which had reaffirmed the need to observe Charter principles in responding to intra-State conflicts."*¹⁸²

Het is duidelijk dat er op dit moment zeer weinig steun te vinden is voor preventieve maatregelen tegen Iran. Zoals ook al bleek uit verklaringen betreffende het conflict met Noord-Korea blijkt dat de internationale gemeenschap het de taak vindt van de VN-Veiligheidsraad om maatregelen te nemen tegen dreigingen die uitgaan van bepaalde staten. Op dit moment lijkt de legaliteit van preventieve en anticiperende zelfverdediging ver weg.

2.4.4 Conclusie betreffende de vorming van een nieuw gewoonterecht.

Sommige auteurs, zoals Reisman en Armstrong,¹⁸³ vinden dat er na de oorlog in Irak een gewoonterechtelijke regel is gevormd die anticiperende of zelfs preventieve zelfverdediging legitiem mogelijk maakt. De meerderheid is er echter van overtuigd dat anticiperende en preventieve zelfverdediging niet conform is met het internationale recht.¹⁸⁴ In dit werk sluiten we ons aan bij de meerderheidsgroep. Zoals we hebben vastgesteld is er voor preventieve maatregelen heel weinig steun te vinden binnen de internationale gemeenschap.

¹⁸²Verklaring van Rusland, Debatten binnen de Algemene vergadering 67^{ste} sessie, New York, 27 september 2012; beschikbaar op: <http://gadebate.un.org/67/russian-federation>.

¹⁸³ M.REISMAN, A.C.ARMSTRONG: 'The Claim of preventive self-defense' *Am. J. Int'l L.* 2006,538-540.

¹⁸⁴ C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford university press, 2008; T. RUYTS, 'Armed attack' and article 51 of the UN-charter, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; A.C.AREND: 'International law and the preemptive use of military force', *The Washington Quarterly*, 2003, 26:2, 89-103. J. WOUTERS, T. RUYTS, 'The legality of anticipatory military action after 9/11: the slippery slope of self-defence', *59 Studia Diplomatica*, 2006, 45-67.

Voor anticiperende maatregelen is er binnen de internationale gemeenschap meer steun te vinden. Het is maar de vraag of deze steun voldoende is om te besluiten dat er een gewoonterechtelijke regel gevormd is. Een regel van internationaal gewoonterecht wordt gevormd door statenpraktijk en opinio juris.¹⁸⁵ De statenpraktijk moet wijdverbreid, eenvormig en standvastig zijn. We hebben vastgesteld dat dit duidelijk niet het geval is. Er is voornamelijk binnen de Aziatische, Afrikaanse en Zuid-Amerikaanse Staten nog te veel afwijzing van anticiperende zelfverdediging. In de recente verklaringen en ontwikkelingen betreffende Noord-Korea en Iran is gebleken dat de steun voor anticiperende zelfverdediging ver te zoeken is. De opinio juris omtrent anticiperende zelfverdediging is nog dramatischer. Als voorbeeld neem ik de verklaring van Australië¹⁸⁶, een land dat bij de voorstanders van een uitgebreider zelfverdedigingsrecht wordt gerekend. Australië stelt dat het huidige Internationaal recht niet meer adequaat genoeg is om hedendaagse dreigingen op te lossen. Dit is een pleidooi voor een uitgebreider zelfverdedigingsrecht maar tegelijkertijd houdt deze verklaring ook in dat Australië ervan uitgaat dat anticiperende zelfverdediging niet conform het internationale recht is. Uit de analyse van de statenpraktijk blijkt dat er zich geen internationaal gewoonterecht heeft ontwikkeld dat anticiperende en/of preventieve zelfverdediging mogelijk maakt.¹⁸⁷

¹⁸⁵Infra 21.

¹⁸⁶ 'XX'Australia ready to strike abroad', *BBC News* 1 december 2002; M.REISMAN, A.C.ARMSTRONG: 'The Claim of preventive self-defense' *Am. J. Int'l L.* 2006,538-540

¹⁸⁷ A. DE HOOGH, MOLIER G: 'Anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire actie en de Bush-doctrine noodzakelijk kwaad of heilloze geweldsspiraal?' *Vrede en Veiligheid*, 2005, 25; "Samenvattend kan worden gesteld dat de praktijk en opinio iuris van staten geen steun bieden voor preventieve militaire acties in geval van dreigingen op termijn. Voor wat betreft een daadwerkelijke dreigende gewapende aanval is de statenpraktijk beperkt en de opinio iuris verre van eenduidig."

DEEL 3: HEEFT DE INTERNATIONALE GEMEENSCHAP NOOD AAN EEN UITBREIDING VAN HET ZELFVERDEDIGINGSRECHT? WAT ZIJN DE OBSTAKELS?

Het derde deel van dit werk omvat een normatief gedeelte. Zoals er in het vorig deel werd vastgesteld heeft er zich geen gewoonterecht ontwikkeld dat anticiperende en/of preventieve zelfverdediging mogelijk maakt. In dit deel zal gekeken worden of er een politieke vraag is om dit mogelijk te maken. Ook zal in dit deel gekeken worden of de ontwikkeling van een meer uitgebreid zelfverdedigingsrecht in het gewoonterecht niet in conflict komt met het VN-Handvest.

3.1 De Politieke vraag naar anticiperende of preventieve zelfverdediging

3.1.1 De argumentatie voor anticiperende en preventieve Zelfverdediging

In deel 2 van dit werk werd vastgesteld dat er op dit moment geen basis bestaat in het internationale recht voor anticiperende of preventieve zelfverdediging. De vraag kan nu gesteld worden of de legalisering van anticiperende of preventieve zelfverdediging wenselijk is. Bepaalde Staten zoals de VS, Israël en Australië¹⁸⁸ pleiten ervoor. De roep om het zelfverdedigingsrecht uit te breiden, is al decennia aan de gang. De Staten die voorstander zijn van anticiperende en/of preventieve zelfverdediging stellen dat de tekst van het VN-Handvest niet meer is aangepast aan de hedendaagse dreigingen. Men stelt dat de ontwikkeling van massavernietigingswapens en het dreigende terrorisme ervoor zorgen dat er niet meer kan gewacht worden tot een aanval zich effectief heeft voorgedaan. Daarom zijn de voorstanders van mening dat het politiek noodzakelijk is om anticiperende en/of preventieve maatregelen toe te laten.

¹⁸⁸Zie 'Australia ready to strike abroad', *BBC News* 1 december 2002; M.REISMAN, A.C.ARMSTRONG: 'The Claim of preventive self-defense' *Am. J. Int'l L.* 2006,538-540.

In 1962 stelde VS-President Kennedy het reeds als volgt:

"We no longer live in a world where only the actual firing of weapons represents a sufficient challenge to a nation's security to constitute maximum peril. Nuclear weapons are so destructive and ballistic missiles are so swift, that any substantially increased possibility of their use or any sudden change in their deployment may well be regarded as a definite threat to peace."¹⁸⁹

3.1.2 De achillespees van anticiperende en preventieve

Zelfverdediging

Er kan niet ontkend worden dat de aard van oorlogsvoering gewijzigd is en dat de middelen die er vandaag zijn destructiever zijn dan deze die er waren op het moment dat het VN-Handvest werd geschreven. Toch is het twijfelachtig of dit argument overtuigend genoeg is om de internationale gemeenschap te kunnen overtuigen. In het algemeen is er weinig politieke steun te vinden binnen de internationale gemeenschap voor de vorming van een doctrine die anticiperende en/of preventieve maatregelen toelaat. Staten kennen het gevaar van deze doctrine. Het probleem wat zich stelt is dat er geen objectieve factor is waaraan kan getoetst worden. Aan de hand van welke criteria moet er geoordeeld worden of er anticiperende of preventieve maatregelen kunnen genomen worden? Het toelaten van defensieve maatregelen zonder dat er zich voorafgaandelijk een aanval heeft voorgedaan, zet de deur open voor ongecontroleerd gebruik van geweld. Ongecontroleerd geweldsgebruik tussen staten is nu net wat de schrijvers van het VN-Handvest wilden voorkomen. Deze problematiek werd duidelijk wanneer Noord-Korea en Iran eveneens naar de doctrine begonnen te verwijzen in de conflicten met de VS. In februari van het jaar 2003 stelt Noord-Korea dat het volgens de doctrine van preventieve zelfverdediging gerechtvaardigd zou zijn om een aanval uit te voeren op de VS¹⁹⁰. Dit zou volgens Noord-Korea beter zijn dan te wachten tot de VS klaar is met Irak. Ook Iran maakt in 2004 een verwijzing naar de mogelijk om anticiperende of preventieve maatregelen te nemen tegen de VS. Iran stelt dat deze mogelijkheid geen monopolie is van de VS en dat men het kan gebruiken om een aanval van de VS te voorkomen op hun nucleaire faciliteiten.¹⁹¹

¹⁸⁹Geciteerd in S.D. MURPHY: 'The Doctrine of Preemptive Self-Defense', *Villanova Law Review*, GWU Legal Studies Research Paper No. 140; GWU Law School Public Law Research Paper No. 140, 65 (voetnoot 60); Beschikbaar op SSRN: <http://ssrn.com/abstract=707523>.

¹⁹⁰XX, *The Guardian*, 6 februari 2003.

¹⁹¹XX, *NY Times*, 20 augustus 2004.

Uit officiële verklaringen van Iran en Noord-Korea is duidelijk gebleken dat deze landen geen voorstander zijn van anticiperend of preventief zelfverdedigingsrecht. Daarom moeten deze verklaringen geplaatst worden binnen een politieke context¹⁹² waar de zwakte van anticiperend of preventief zelfverdedigingsrecht blootgelegd werd. Staten zijn zich ervan bewust dat de aard van oorlogsvoering veranderd is en de middelen destructiever zijn, toch weegt dit niet op tegen de negatieve gevolgen die een erkenning van anticiperend of preventief zelfverdedigingsrecht zou hebben. Om deze redenen is de politieke nood aan een uitgebreid zelfverdedigingsrecht minimaal.¹⁹³

3.2 *Handvest versus gewoonterecht*

33.2.1 Probleemstelling

Zoals reeds werd vastgesteld, laat het internationale gewoonterecht geen anticiperende of preventieve maatregelen toe.¹⁹⁴ We zullen er nu vanuit gaan dat er tot de vaststelling was gekomen dat het gewoonterecht was geëvalueerd naar een erkenning van anticiperende zelfverdediging. Of anders gesteld; wat als het internationale gewoonterecht in de toekomst nog evalueert naar een erkenning van anticiperende of misschien zelfs preventieve maatregelen. Zou dit voor moeilijkheden zorgen in verhouding tot de bepalingen in het VN-Handvest?

3.2.2 Het verdrag van Wenen

Vooreerst moet er teruggekoppeld worden naar de analyse¹⁹⁵ die in dit werk gemaakt werd aangaande de tekstuele interpretatie van artikel 51 HVN. De tekst in het VN-Handvest is duidelijk. Het zelfverdedigingsrecht kan enkel gebruikt worden als er een voorafgaande gewapende aanval aan vooraf is gegaan. Maar is er dan nog wel ruimte voor interpretatie wanneer een tekst zo duidelijk is als deze van artikel 51 HVN? Deze vraag wordt beantwoord in het verdrag van Wenen.¹⁹⁶ Hierin worden de modaliteiten bepaald aangaande de interpretatie van internationale verdragen.

¹⁹²T. RUYS, *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010,334.

¹⁹³A. DE HOOGH, MOLIER G: 'Anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire actie en de Bush-doctrine noodzakelijk kwaad of heilloze geweldsspiraal?' *Vrede en Veiligheid*, 2005, 32.

¹⁹⁴*Supra* 52.

¹⁹⁵*Supra* 34.

¹⁹⁶Het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties van 21 Maart 1986, *B.S.* 25 december 1993.

De Artikelen 31 en 32 van het verdrag van Wenen verduidelijken in hoeverre de tekst van een verdrag mag geïnterpreteerd worden.

Art. 31¹⁹⁷

1. Een <verdrag> moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het <verdrag> in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het <verdrag>.

2. Voor de uitlegging van een <verdrag> omvat de context, behalve de tekst, met inbegrip van preambule en bijlagen :

a) iedere overeenstemming die betrekking heeft op het <verdrag> en die bij het sluiten van het <verdrag> tussen alle partijen is bereikt;

b) iedere akte opgesteld door een of meer partijen bij het sluiten van het <verdrag> en door de andere partijen erkend als betrekking hebbende op het <verdrag>.

3. Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met :

a) iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het <verdrag> of de toepassing van zijn bepalingen;

b) ieder later gebruik in de toepassing van het <verdrag> waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het <verdrag> is ontstaan;

c) iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.

4. Een term dient in een bijzondere betekenis verstaan te worden als vaststaat dat dit de bedoeling van de partijen is geweest.

Art. 32¹⁹⁸

Er kan een beroep worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging en in het bijzonder op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het <verdrag> is gesloten, om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 te bevestigen of de betekenis te bepalen wanneer de uitlegging, geschied overeenkomstig artikel 31 :

a) de betekenis dubbelzinnig of duister laat; of

b) leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is.

¹⁹⁷Artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties van 21 Maart 1986, B.S. 25 december 1993.

¹⁹⁸Artikel 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties van 21 Maart 1986, B.S. 25 december 1993.

De 'gewone' tekstuele (terminologische) betekenis van de zin " *...if an armed attack occurs...*" is duidelijk en ondubbelzinnig. Dit hoeft verder geen betoog meer. Artikel 51 HVN is een uitzondering op het algemene principe van geweldsverbod. Rekening houdend met de context dat artikel 51 HVN een uitzondering vormt op een algemeen principe, kan het niet anders dan restrictief geïnterpreteerd worden. Er is bovendien geen algemene overeenstemming tussen partijen om af te wijken van deze duidelijke tekst. Het doel van de bepalingen in het handvest bestaat erin het geweldsgebruik tussen staten zo veel mogelijk te beperken. Dit heeft tot gevolg dat een interpretatie conform het doel van het VN-Handvest er niet toe zou leiden dat de tekst ruim mag geïnterpreteerd worden. Bijgevolg kan er alleen maar besloten worden dat de erkenning van anticiperende en/of preventieve zelfverdediging binnen het internationale gewoonterecht in conflict zou staan met de bepalingen in het VN-Handvest.¹⁹⁹ Dit is problematisch voor de legaliteit van het anticiperende zelfverdedigingsrecht. Ten eerste is dit een probleem omdat niet mag vergeten worden dat het VN-Handvest zo goed als door elke staat werd geratificeerd, ook door de staten die voorstander zijn van anticiperende of preventieve maatregelen.²⁰⁰ Ten tweede heeft het Internationaal gerechtshof gesteld dat het gewoonterecht parallel moet lopen met de bepalingen van het VN-Handvest.²⁰¹ Er kunnen met andere woorden geen twee afzonderlijke vormen van gewoonterecht gevormd worden.²⁰²

¹⁹⁹ A.G. HAMID , 'The legality of anticipatory self-defence in the 21st century world order; a re-appraisal', *Netherlands International Law Review*, 2007, 454. (441-490). "Therefore, under the law of the Charter, 'armed attack' is an essential require- ment for the exercise of the right of self-defence, that the phrase 'if an armed attack occurs' ordinarily means that there must have been an actual armed attack or an on-going one, and that anticipatory self-defence is contrary to the natural and ordinary meaning of the terms of Article 51."

²⁰⁰De ratificaties van het handvest zijn terug te vinden op de officiële website van de Verenigde Naties: www.un.org.

²⁰¹IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986, 14.

²⁰²Namelijk één gewoonterecht conform de bepalingen van het VN-Handvest en één gewoonterecht afwijkend van het VN-Handvest.

CONCLUSIE

In het eerste deel van dit werk werd het zelfverdedigingsrecht in algemene vorm besproken. De voorwaarden die nodig zijn om onder artikel 51 HVN te vallen werden geanalyseerd. Hieruit is gebleken dat er zelfs binnen het klassieke zelfverdedigingsrecht al grote moeilijkheden rijzen betreffende het bepalen van de noodzakelijkheid en de proportionaliteit. Verder zal er in deze conclusie niet meer stilgestaan worden bij het klassieke zelfverdedigingsrecht. In wat volgt zal er samenvattend en gestructureerd geantwoord worden op de vragen die er in de inleiding werden gesteld. Als laatste zal er een centrale conclusie geformuleerd worden.

1. Is het gewoonterecht dat bestond voor 1945 nog van toepassing of is het hedendaagse gewoonterecht ontwikkeld op basis van en parallel met de bepalingen in het VN-Handvest?

De argumenten van de groep van rechtsgeleerden die pleiten voor de toepassing van het gewoonterecht dat bestond voor 1945 zijn weinig overtuigend. Ten eerste verwijzen zij maar al te graag naar gewoonterecht dat bestond lang voor de invoering van de bepalingen in het VN-Handvest. Bovendien heeft het IGH duidelijk gesteld dat het hedendaagse gewoonterecht ontstaan is onder invloed van het VN-Handvest en bijgevolg er parallel mee loopt. Het gewoonterecht dat bestond voor 1945 is bijgevolg niet meer van toepassing.

2. Moet de tekst van artikel 51 HVN restrictief geïnterpreteerd worden of is er ruimte voor zelfverdediging tegen een imminente of kwalitatieve dreiging?

De verdedigers van een ruime interpretatie van artikel 51 HVN halen aan dat de tekstuele betekenis anticiperende en/of preventieve maatregelen niet uitsluit. Men haalt hiervoor aan dat in de tekst niet ... *'if, and only if'* wordt vermeld. Bovendien stelt men dat de schrijvers van het VN-Handvest niet aan het begrip 'dreiging van een aanval' hebben gedacht en het bijgevolg het ook niet hebben willen uitsluiten. Deze argumentatie is niet overtuigend. Ten eerste is artikel 51 HVN een uitzondering op het algemene principe van geweldsverbod. Een uitzondering op een algemene regel kan niet anders dan restrictief worden gelezen. Ten tweede hebben de schrijvers van het VN-Handvest wel nagedacht over het begrip 'dreiging van een aanval'. Dit blijkt uit het feit dat in de artikelen 2(4) HVN en 39 HVN wel over dreiging wordt gesproken. De conclusie kan niet anders zijn dan dat de tekst van artikel 51 HVN restrictief moet geïnterpreteerd worden.

3. Zou de vorming van gewoonterecht dat anticiperende en/of preventieve zelfverdediging toelaat voor een conflict zorgen met het VN-Handvest?

Stel dat we in dit werk tot de vaststelling waren gekomen dat er een internationaal gewoonterecht ontwikkeld was dat anticiperende of preventieve maatregelen zou toelaten. Of stel dat het internationale gewoonterecht in de toekomst zo zou evolueren. Zorgt dit dan voor een conflict met het VN-Handvest? Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet er eerst teruggekoppeld worden naar punt 2 van deze conclusie. In punt 2 is er tot de vaststelling gekomen dat de tekst van artikel 51 HVN duidelijk is en restrictief moet geïnterpreteerd worden. Is er dan nog wel ruimte voor verdere interpretatie van artikel 51 HVN? De Artikelen 31 en 32 van het verdrag van Wenen inzake verdragrecht bepalen de modaliteiten van de uitlegging van een verdrag. Na analyse van de modaliteiten van deze artikelen moet er besloten worden dat de vorming van een internationaal gewoonterecht dat anticiperende of preventieve maatregelen toelaat in conflict zou zijn met artikel 51 HVN. Dit is problematisch voor de voorstanders van anticiperende of preventieve maatregelen.

4. Is er een Internationaal gewoonterecht ontwikkeld dat preventieve zelfverdediging toelaat?

Het toelaten van preventieve zelfverdediging zou betekenen dat er militair mag gereageerd worden op een dreiging die zelfs niet 'imminent' moet zijn. De gekende voorstanders van preventieve zelfverdediging zijn de VS en Israël. In dit werk werd echter tot de conclusie gekomen dat voor deze vorm van zelfverdediging weinig steun te vinden is binnen de internationale gemeenschap. De meeste staten die voorstander zijn van een uitbreiding van het zelfverdedigingsrecht leggen de nadruk op de imminentievereiste. Concluderend kan gesteld worden dat er zich geen preventief zelfverdedigingsrecht heeft ontwikkeld binnen het internationale gewoonterecht.

5. Is er een Internationaal gewoonterecht ontwikkeld dat anticiperende zelfverdediging toelaat?

Na de aanslagen van 9 september 2001 in New York is, voornamelijk onder invloed van de VS, het aantal staten dat voorstander is van anticiperende zelfverdediging toegenomen. Toch werden bepaalde verklaringen die pro anticiperende zelfverdediging waren later genuanceerd en sommige verklaringen werden zelfs totaal veranderd. Daarnaast werd er vastgesteld dat er in Zuid-Amerikaanse, Afrikaanse en Aziatische Staten nog veel afwijzing is van het begrip anticiperende zelfverdediging. Er kan gesteld worden dat een meerderheid van de staten anticiperende zelfverdediging afkeurt en bijgevolg is er geen statenpraktijk gevormd die wijdverbreid, eenvormig en standvastig is. Er is op dit moment geen gewoonterecht dat anticiperende maatregelen toelaat. Dit werd nog maar eens te meer duidelijk in de bespreking van de laatste ontwikkelingen rond Noord-Korea en Iran.

6. Is er een politiek draagvlak voor anticiperende of preventieve zelfverdediging binnen de Internationale gemeenschap en wat zijn de gevaren?

Als laatste werd onderzocht of de internationale gemeenschap nood heeft aan de uitbreiding van een zelfverdedigingsrecht waarbij militaire maatregelen kunnen genomen worden tegen dreigingen. Ook hierop moet ontkennend geantwoord worden. Voornamelijk vanuit de VS en Israël wordt er gepleit voor een uitbreiding van het zelfverdedigingsrecht. Toch is er bij de meerderheid van de staten een politieke terughoudendheid over dit onderwerp. Het legaliseren van militaire maatregelen ten opzichte van dreigingen zou ervoor zorgen dat er een subjectieve wildgroei komt van het gebruik van deze optie. Het doel van het VN-Handvest is om ongecontroleerd geweldsgebruik tegen te gaan. Het legaliseren van anticiperende en/of preventieve zelfverdediging zou daarom meer kwaad dan goed doen.

Als centrale conclusie kan gesteld worden dat anticiperende en preventieve zelfverdediging illegaal is binnen het internationale recht. Bovendien is er geen politieke nood om dit te veranderen.

BIBLIOGRAFIE

1. Verdragen, Resoluties en Primaire bronnen

A. Verdragen

Algemeen Verdrag tot Verzekering aan de Oorlog, Parijs, 27 augustus 1928.

Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945, *Can TS* 1945 nr.7.

Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties van 21 Maart 1986, *B.S.* 25 december 1993.

B. Resoluties en primaire documenten

Resolutie 502 van de VN-Veiligheidsraad (3 april 1982).

Resolutie 660 van de VN-Veiligheidsraad (2 augustus 1990).

Resolutie 661 van de VN-Veiligheidsraad (6 augustus 1990).

Resolutie 678 van de VN-Veiligheidsraad (29 november 1990).

Resolutie 687 van de VN-Veiligheidsraad (3 april 1991).

Resolutie 1441 van de VN-Veiligheidsraad (8 november 2002).

Resolutie 2094 van de VN-Veiligheidsraad (7 Maart 2013).

UN doc S/PV 2977, 14 februari 1991.

UN Doc S/PV 4721, 19 maart 2003.

UN doc. S/PV 4726, 19 maart 2003.

UN Doc.S/2003/350, 20 maart 2003.

UN Doc.S/2003/351, 20 maart 2003.

UN Doc.S/2003/352, 20 maart 2003.

UN Doc. A/59/PV.85.

UN Doc. A/59/PV.86.

UN Doc. A/59/PV.87.

UN Doc. A/59/PV.88.

UN Doc. A/59/PV.89.

UN Doc. A/59/PV.90.

DUITSE BUNDESREGERING, *Antwoord op een parlementaire vraag aangaande de Europese veiligheidstrategie*, 21 mei 2004, Akte 15/3181.

DUITSE BUNDESTAG, *verklaring van de Minister van Buitenlandse Zaken*, 22/09/2003, Berlijn, akte 15/3635.

EUROPEAN UNION, *European Security Strategy*, 12 December 2003.

EUROPEAN UNION, *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, European Union Report*, 30 September 2009.

FRANSE MINISTERIE VAN DEFENSIE, *Loi de programmation militaire 2003-2008*.

ISRAELISCH MINISTERIE VAN BUITENLANDSE ZAKEN, *'position paper of the government of Israel'*, 1juli 2005.

NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, *9-11 Commission Report*, 22 July 2004, Washington, White House.

US DEPARTMENT OF STATE, *National Security Strategy*, Washington: White House, 17 September 2002.

2. Rechtspraak

IGH, *the case of S.S. Lotus* (France v. Turkey), judgement, *ICJ Reports* 1927

IGH, *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), Preliminary Objection, *ICJ Reports* 1948

IGH, *Asylum Case* (Columbia v. Peru), judgement, *ICJ Reports* 1950

IGH, *North sea continental shelf cases* (Germany v. Netherlands), judgement, *ICJ Reports* 1969

IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 1986

3. Rechtsleer

AREND A.C., 'International law and the preemptive use of military force', *The Washington Quarterly*, 2003, 26:2, 89-103.

BOWETT D. W., *Self Defense in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, 294p.

BROWNLIE I., *International Law and the Use of force by states*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 532p.

CHENG B., *General principles of law as applied by International courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 491p.

COGEN M., *Handboek Internationaal Recht*, derde uitgave, Mechelen, Kluwer, 2003, 490p.

CORTEN O., *The Law against War*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2010, 569p.

DE HOOGH A., MOLIER G., 'Anticiperende zelfverdediging, preventieve militaire actie en de Bush-doctrine noodzakelijk kwaad of heilloze geweldsspiraal?' *Vrede en Veiligheid*, 2005, 37p.

DINSTEIN Y., *War, aggression and self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 376p.

DIXON M., *Textbook on International Law*, 6th edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 372p.

GARDAM J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 259p.

GRAY, C., *International Law and the Use of Force*, tweede uitgave, Oxford, Oxford university press, 2004, 334p.

HENKIN L., *International Law: Politics, Values and Functions*, 1990, p.

JENNINGS, 'The Caroline and Mcleod cases', *Am. J. Int'l L*, 1938, 82-99.

JESSUP P., *a Modern Law of nations*, Osmania, Osmania University, 1948, p.

MATEJA P., 'The politics of self-defence: beyond a legal understanding of international norms', *Cambridge Review of International Affairs*, 2011, 245-264.

MCDUGAL M, FELICIANO F., *Law and minimum world Public Order*, Yale, Yale University Press, 1961, 872p.

MURPHY D., "Assessing the legality of invading Iraq", *Georgetown L. J.*, 2004, 92(4), 173-180.

MURPHY D., 'The Doctrine of Preemptive Self-Defense', *Villanova Law Review*, GWU Legal Studies Research Paper No. 140; GWU Law School Public Law Research Paper No. 140, 66p.

O'CONNEL M.E., *The myth of preemptive self-defense*, *ASIL*, 2002, 22p.

REISMAN M., ARMSTRONG A.C., 'The Claim of preventive self-defense' *Am. J. Int'l L*. 2006, 525-550.

RUYS T., *'Armed attack' and article 51 of the UN-charter*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 585p

SCHACHTER O., *International Law in Theory and practice*, Dordrecht/ Boston/ London: Martinus Nijhof, 1991,152p.

SCHWARZENBERGER G., 'The Fundamental Principles of International Law' 1955 verzamelwerk 87 *Recueil des Cours*, 195-333.

SOFAER A.D., "On the necessity of pre-emption", *Eur. J. Int'l L.* 209,2003, 209-226.

WEISBURD M., *Use of force: The practice of states since World War 2*, Pennsylvania, The Pennsylvania state University Press, 1997, 396p.

WOUTERS J., *Internationaal recht in kort bestek*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, 369p.

WOUTERS J., RUYS T., 'The legality of anticipatory military action after 9/11: the slippery slope of self-defence', *59 Studia Diplomatica*, 2006, 45-67.

WOUTERS J., RUYS T., *Internationaal recht en het unilateraal gebruik van geweld door Staten: het Jus ad Bellum onder vuur*, 2007, Working Paper, Instituut voor Internationaal Recht K.U. Leuven,31p.

YOO J., "International Law and the War in Iraq", *Am. J. Int'l L.* ,2003, 563-576p.

4. Gebruikte websites

www.un.org

www.ceiig.ch

www.crimesofwar.org

www.law.kuleuven.be

www.oxfordjournals.org

www.state.gov

www.washingtonpost.com

www.demorgen.be

www.9-11commission.gov

www.legifrance.gouv.fr

www.consilium.europa.eu

www.mfa.gov.il

www.mofa.go.jp

www.eu-un.europa.eu

www.bundestag.de

www.un.int/turkey

www.china-un.org

www.mofat.go.kr

www.reuters.com

www.icj-cij.org

www.nytimes.com

www.guardian.co.uk

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

De legaliteit van anticiperende en preventieve zelfverdediging binnen het internationale recht

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2013**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Troonbeeckx, Stijn

Datum: **16/05/2013**