

*Tina Korošec**

*Maruša Tekavčič Veber***

Pravica do samoobrambe zoper nadržavne akterje v luči boja proti terorizmu

1. Uvod

Pravica do samoobrambe iz 51. člena Ustanovne listine Organizacije združenih narodov (UL OZN), ki je tudi del mednarodnega običajnega prava, je ena od izjem od načela prepovedi uporabe sile in edina pravna podlaga za enostransko uporabo sile.¹ Čeprav je obstoj mednarodnopravnega pravila o samoobrambi nesporen,² pa sta vsebina in domet pravice do samoobrambe nejasna in predmet razhajanj tako v praksi držav kot tudi v razpravah med priznanimi mednarodnopravnimi strokovnjaki. Zaradi vse resnejših in pogostejših terorističnih napadov, ki pomenijo grožnjo mednarodni in državni varnosti, je pravica do samoobrambe, sicer pomembna tema v okviru zakonitosti uporabe sile v mednarodnem pravu,³ pridobila nove razsežnosti. Osrednje sporno vprašanje sklicevanja na 51. člen UL OZN postaja, ali ima država, ki je žrtev terorističnega napada, pravico do

* Univerzitetna diplomirana pravnica, LL.M., asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; tina.korosec@pf.uni-lj.si.

** Univerzitetna diplomirana pravnica, asistentka in doktorska študentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani; marusa.veber@pf.uni-lj.si.

¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 14, 1986, tč. 187–201.

² Glej na primer *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, ICJ Reports 226, 1996, tč. 38 in 96.

³ Randzelhofer; Nolte, v: Simma; Khan; Nolte; Paulus, *THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY* (2012), str. 1400.

samoobrambe, čeprav vojaškega napada ni mogoče pripisati drugi državi. Mednarodna stroka si namreč ni enotna, ali je uporaba sile v samoobrambi omejena na razmerja med državami ali pa je morda dopuščena tudi zoper nedržavne akterje, ki so na ozemlju druge države, čeprav slednja na podlagi pravil o pripisljivosti ne more biti mednarodno odgovorna za napad nedržavnih akterjev.

To vprašanje je postalo še zlasti aktualno po napadih 11. septembra 2001 in vse pogostejših terorističnih napadih Islamske države Iraka in Levanta (ISIL) (angl. *Islamic State of Iraq and the Levant*). Države žrtve teh napadov in tudi ne neposredno oškodovane države so se namreč nanje odzvale z uporabo vojaške sile proti državam, na ozemlju katerih so se nedržavni akterji, ki so napade neposredno izvedli, nahajali.

Članek t. i. tradicionalno branje 51. člena UL OZN ter njegovo razlago s strani Meddržavnega sodišča postavi ob bok novjšim trendom v praksi držav in številnim akademskim razpravam. Avtorici orišeta trenutno prakso in pravne argumente za uporabo sile v samoobrambi zoper nedržavne akterje in ocenita, ali je prišlo do reinterpretacije 51. člena UL OZN ali pa morda celo novega pravila mednarodnega prava. Pri tem se osredotočita na koncept »vojaškega napada« (angl. *armed attack*)⁴ iz 51. člena UL OZN, s poudarkom na izvoru napada (vprašanje *ratione personae*) v povezavi z zahtevo, da se napad pripiše državi. Avtorici poudarita vse večjo vlogo, ki jo ima v teh razpravah t. i. doktrina *unwilling or unable* (doktrina nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice«), v okviru katere posamezna država ne zmore ali noče preprečiti (terorističnih) napadov nedržavnih akterjev, ki izvirajo iz njenega ozemlja. Prispevek obravnava različne primere pretekle uporabe vojaške sile zoper nedržavne akterje, aktualnost obravnavane tematike pa se kaže zlasti v luči iskanja pravne podlage držav, ki danes uporabljajo vojaško silo zoper ISIL na ozemlju Sirije.

2. Pravica do samoobrambe in načelo prepovedi uporabe sile v mednarodnem pravu: tradicionalno razumevanje

Pravica do samoobrambe je neločljivo povezana z načelom prepovedi uporabe sile, zato je v nadaljevanju na kratko predstavljeno tradicionalno razumevanje obeh načel.

Začetki običajnopravne pravice do samoobrambe segajo v leto 1837, ko je v incidentu, v katerem je bila uničena ameriška ladja *Caroline*, prišlo do slavne korespondence med Združenimi državami Amerike (ZDA) in Veliko Britanijo (VB). Državni sekretar ZDA je v t. i. Websterjevi formuli postavil prve mednarodnopravne pogoje za zakonito in legitimno uporabo sile v samoobrambi, ki so postali del običajnega mednarodnega prava: »Samoobramba je upravičena samo v primeru neposredne in neizogibne nevar-

⁴ Uradni slovenski prevod UL OZN uporablja izraz vojaški napad, vendar pa avtorici menita, da bi bil ustrežnejši prevod, tako glede na angleško (*armed attack*) kot glede na francosko različico (*agression armée*) besedila 51. člena UL OZN, oborožen napad.

nosti, ki ne omogoča izbora sredstev in časa za razmišljanje.«⁵ Vendar pa je pomembnost tega instituta prišla do izraza šele v 20. stoletju s splošno prepovedjo uporabe sile v mednarodnih odnosih prek Pakta Društva narodov iz leta 1919,⁶ Pariškega pakta o odpovedi vojni (Briand-Kelloggov pakt) iz leta 1928⁷ in s sprejemom UL OZN leta 1945.⁸

Temeljna pravna podlaga pravice do individualne in kolektivne samoobrambe je 51. člen UL OZN,⁹ ki določa

»neodtujljivo pravico do individualne ali kolektivne samoobrambe ob vojaškem napadu na članico Organizacije združenih narodov, vse dokler Varnostni svet ne sprejme potrebnih ukrepov za ohranitev mednarodnega miru in varnosti.«

Z vključitvijo tega člena v UL OZN je bilo uzakonjeno običajno pravilo pravice do samoobrambe,¹⁰ kar pa ne pomeni, da je slednje prenehalo obstajati. Pravica do samoobrambe torej soobstaja tudi po običajnem mednarodnem pravu in se v delu, ki presega obseg 51. člena UL OZN, uporablja še naprej, če ni nezdružljiva s pomenom in namenom določbe 51. člena UL OZN.¹¹ Pravica držav do samoobrambe v skladu z UL OZN je bila vključena tudi v Osnutek pravil o odgovornosti držav za mednarodno protipravna dejanja (v nadaljevanju ARSIWA),¹² ki ga je Komisija za mednarodno pravo (KMP) leta 2001 predložila v obravnavo Generalni skupščini (GS) OZN.¹³ Člen 21 samoobrambo

⁵ Webster; Shewmaker; Stevens; McGurn, *THE PAPERS OF DANIEL WEBSTER, DIPLOMATIC PAPERS, VOLUME 1, 1841–1843* (1983), str. 856–857; Türk, *TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA* (2015), str. 402–403; Shaw, *INTERNATIONAL LAW* (2014), str. 820.

⁶ Pakt je sicer uporabo sile omejil zgolj delno, države so namreč še vedno imele možnost poseči po ukrepih, ki vključujejo uporabo sile v primeru, ko spor ni bil uspešno rešen po mirni poti. Glej 10., 11. in 16. člen Pakta. League of Nations, Covenant of the League of Nations, 28. april 1919. Glej tudi Türk, *TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA* (2015), str. 400.

⁷ S tem dokumentom se je 62 držav, ki so bile pogodbenice Pakta, odpovedalo vojni kot instrumentu državne politike. General Treaty for the Renunciation of War, (Kellog-Briand Pact), 27. avgust 1928, Pariz. Glej tudi Türk, *TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA* (2015), str. 400.

⁸ Ustanovna listina Združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 1/14. Glej tudi Greenwood, *Self-Defence* (2011), tč. 1.

⁹ Za potrebe tega članka razlikovanje med pravico do individualne in kolektivne samoobrambe ni bistveno, zato avtorici v nadaljevanju uporabljata splošen izraz »pravica do samoobrambe«.

¹⁰ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, str. 14, 94.

¹¹ Prav tam. Razlikovanje med običajnim in pogodbenim pravilom pravice države do samoobrambe odpira številna vprašanja in je predmet razhajanj med teoretiki. Več o tem glej na primer Shaw, *INTERNATIONAL LAW* (2014), str. 820; Švarc, *MEDNARODNO PRAVO UPORABE SILE V KONTEKSTU SODOBNE MEDNARODNE POLITIKE* (2011), str. 93.

¹² Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two).

¹³ Čeprav ne gre za mednarodno pogodbo, se mednarodna sodišča pogosto sklicujejo na ARSIWA in so nekaterim določbam že priznala status običajnega mednarodnega prava. Danes so določbe

določa kot eno od okoliščin, ki izključujejo protipravnost za dejanja, ki sicer v običajnih okoliščinah pomenijo mednarodni delikt.¹⁴

Za zakonito uporabo sile v samoobrambi morajo biti izpolnjeni določeni kriteriji: iti mora za odziv na vojaški napad,¹⁵ sila, ki se pri tem uporabi, pa mora biti nujna in sorazmerna.¹⁶ Člen 51 UL OZN določa tudi, da se morajo ukrepi, sprejeti v okviru samoobrambe, sporočiti VS OZN¹⁷ in prenehati takoj, ko slednji sprejme ustrezne ukrepe za zagotovitev mednarodnega miru in varnosti.¹⁸

Prispevek se osredotoča predvsem na analizo izvora vojaškega napada, ne obravnava pa nekaterih drugih, sicer zelo pomembnih vprašanj, ki se porajajo v zvezi s pravico do samoobrambe, kot je na primer vnaprejšnja samoobramba.

2.1. Vojaški napad

Pravica do samoobrambe se ne sproži ob kakršnikoli uporabi sile, ampak je omejena na primere vojaškega napada, ki v UL OZN ni natančneje opredeljen. Pojem vojaškega napada kot *conditio sine qua non* pravice do samoobrambe je opredelilo Meddržavno sodišče v primeru *Nikaragva*. Vojaški napad po razlagi Sodišča

»ne vključuje zgolj dejanj rednih oboroženih sil preko mednarodnih meja, temveč tudi pošiljanje s strani ali v imenu države oboroženih skupin, neregularnih sil ali plačancev, ki izvedejo napad proti drugi državi, pri čemer ima napad naravo oborožene sile in po obsegu dosega prag (*inter alia*) dejanskega vojaškega napada, storjenega s strani rednih oboroženih sil.«¹⁹

V nadaljevanju je sodišče vzpostavilo tudi razliko med incidentom na državni meji in vojaškim napadom ter s tem razmejilo uporabo sile, ki je prepovedana po četrtem odstavku 2. člena UL OZN, in vojaški napad po 51. členu UL OZN.²⁰ To razlikovanje je

ARSIWA zato obravnavane kot norme *in statu nascendi* ali pa celo kot *lex lata*. Türk, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2015), str. 224.

¹⁴ Člen 21 ARSIWA.

¹⁵ Člen 51 UL OZN. V izjemnih primerih je samoobramba dopustna, še preden je bila država žrtev vojaškega napada, in sicer ko druga sredstva niso več mogoča in ni več časa za razmišljanje. Glej Türk, TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2015), str. 403.

¹⁶ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, tč. 176, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, tč. 226; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 168, 2005, tč. 147.

¹⁷ Ta procesna zahteva še ni postala del običajnega mednarodnega prava. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, tč. 200 in 235.

¹⁸ Člen 51 UL OZN.

¹⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, tč. 195.

²⁰ Prav tam. To razlikovanje je po mnenju nekaterih mednarodnih pravnikov sporno, saj v UL OZN zanj ni podlage, sodišče pa ni podalo nobenih smernic, ki bi pomagale razlikovati med uporabo

še posebej pomembno v luči terorističnih napadov in vprašanja, kdaj je uporabljena sila taka, da izpolnjuje prag intenzivnosti vojaškega napada. Kljub različnim pogledom na to, ali osamljen incident pomeni vojaški napad, potreben za odziv v okviru samoobrambe, ali pa je za to potrebnih več takih napadov,²¹ to vprašanje ni predmet tega prispevka.

2.2. Izvor vojaškega napada in vprašanje pripisljivosti

Eno najbolj perečih vprašanj pravice do samoobrambe v okviru boja proti terorizmu je povezano z izvorom vojaškega napada; zlasti, ali je za uporabo pravice do samoobrambe potrebna pripisljivost vojaškega napada določeni državi. Povedano drugače, gre za vprašanje, ali je pravica do samoobrambe omejena na razmerja med državami ali pa je morda mogoča tudi v razmerju do nedržavnih akterjev. Tu pride do trka dveh temeljnih pravic: na eni strani pravice države, ki je tarča napada, odzvati se na vojaški napad, storjen na njenem ozemlju, in na drugi strani pravice do suverenosti države, na ozemlju katere se nahajajo nedržavni akterji, ki so napad izvedli.

Člen 51 UL OZN ne omenja izrecno, ali je vojaški napad zoper članico OZN lahko samo državni napad, in tako »pušča odprto« vprašanje napada s strani nedržavnih akterjev. Medtem ko so dejanja nedržavnih akterjev po obsegu in posledicah pogosto videna kot zmožna izpolniti pogoj intenzivnosti vojaškega napada državne vojske,²² pa ostaja sporno, ali ima država žrtev terorističnega napada pravico do samoobrambe, čeprav vojaškega napada ni mogoče pripisati drugi državi.

Meddržavno sodišče²³ in teoretiki²⁴ so pravico do samoobrambe tradicionalno omejevali na meddržavne odnose. Taka razlaga izhaja predvsem iz tega, da je pravica do samoobrambe izjema od načela prepovedi uporabe sile, pri čemer četrta točka 2. člena UL OZN prepoved uporabe sile izrecno omejuje na odnose med državami: »Članice se v mednarodnih odnosih vzdržujejo groženj s silo ali uporabe sile zoper ozemeljsko celo-

sile in oboroženim napadom kot predpogojem za aktiviranje pravice do samoobrambe. Greenwood, *Self-Defence* (2011), tč. 12.

²¹ Greenwood, *Self-Defence* (2011), tč. 13.

²² Glej na primer Couzigou, *The Fight against the 'Islamic State' in Syria and the Right to Self-Defence*, URL: <http://www.e-ir.info/2016/02/05/the-fight-against-the-islamic-state-in-syria-and-the-right-to-self-defence/>.

²³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, tč. 277; *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, International Court of Justice ICJ Reports 161, 2003, tč. 51; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 136, 2004, tč. 139; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, tč. 146.

²⁴ Glej Shaw, *INTERNATIONAL LAW* (2014), str. 1132; Gray, *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE* (2008), str. 199.

vitost ali politično neodvisnost katere koli države [...]».²⁵ Tudi KMP v Osnutku členov o odgovornosti držav za mednarodna protipravna dejanja in njihovem komentarju možnost samoobrambe kot okoliščine, ki izključuje protipravnost, omejuje zgolj na odnose med državami.²⁶

Vprašanje izvora napada je v več primerih obravnavalo Meddržavno sodišče, ki je vedno znova sprejelo izrazito državnocentrično razlago 51. člena UL OZN in s tem vsaj implicitno zavrnilo možnost, da bi vir vojaškega napada lahko bili izključno nedržavni akterji, čeprav tak napad lahko doseže destruktivnost državnega vojaškega napada.²⁷ Sodišče je prvič zavrnilo možnost uporabe sile v samoobrambi zoper nedržavne akterje v primeru *Vojaške in paravojaške dejavnosti v Nikaragvi in zoper njo (Nikaragva proti ZDA)*, v katerem je jasno povedalo, da je mogoče aktivnosti neregularnih sil opredeliti kot vojaški napad zgolj v primeru, ko so te aktivnosti izvedene v imenu države ali z njeno bistveno vpletenostjo.²⁸ S tem je bil vzpostavljen danes splošno sprejet test učinkovitega nadzora (angl. *effective control*), v okviru katerega bo država odgovarjala za protipravna dejanja nedržavnih akterjev zgolj v primeru, ko so bili akterji pod učinkovitim nadzorom države.²⁹ Ko je Meddržavno sodišče obravnavalo vojaške in paravojaške aktivnosti oboroženih upornikov *Contras*, odgovornosti za kršitve humanitarnega prava ni pripisalo ZDA, saj slednje niso izvajale učinkovitega nadzora nad aktivnostmi *Contras*.³⁰

Izvor vojaškega napada v okviru tradicionalne razlage 51. člena UL OZN, ki njegovo uporabo omejuje na meddržavne odnose, je torej nujno povezan s pravili o pripisljivosti v okviru odgovornosti držav za mednarodno protipravna dejanja. Samo, ko je oborožena sila nedržavnih akterjev na ozemlju neke države pripisljiva drugi državi, lahko govorimo o »vojaškem napadu« (t. i. posredni vojaški napad).

Pozneje je bil test učinkovitega nadzora vključen v 8. člen ARSIWA, na podlagi katerega se

»ravljanje osebe ali skupine oseb po mednarodnem pravu šteje kot dejanje države, če se oseba ali skupina oseb pri svojem ravnanju dejansko ravna po navodilih, po usmeritvah ali je pod nadzorom države.«

²⁵ Gre za načelo, ki ima status običajnega mednarodnega prava, zaradi pomembnosti pa tudi status kogentne norme mednarodnega prava (*jus cogens*). Status peremptorne norme je Meddržavno sodišče potrdilo v primeru *Nikaragva. Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, tč. 188, 190.

²⁶ ARSIWA komentar, str. 74–75.

²⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, tč. 195.

²⁸ Prav tam.

²⁹ Člen 1 ARSIWA.

³⁰ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities*, str. 64–65 in 113. Pozneje je Mednarodno kazensko sodišče za nekdanjo Jugoslavijo v primeru *Tadić* pri ugotavljanju individualne kazenske odgovornosti uporabilo širši test splošnega nadzora (angl. *overall control*), ki pa se do danes v meddržavnih odnosih ni uveljavil. *Prosecutor v. Duško Tadić*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, Case IT-94-1-A, vol. 38, No. 6 (november 1999), str. 1518.

Državnocentrično držo in ozko razlago uporabe sile v samoobrambi je Meddržavno sodišče potrdilo tudi v *Svetovalnem mnenju o pravnih posledicah gradnje zidu na okupiranem palestinskem ozemlju*³¹ in primeru *Oboroženih aktivnosti na ozemlju Konga (Demokratska republika Kongo proti Ugandi)*³² (glej spodaj).

3. Teroristični napadi 11. septembra 2001 kot točka preloma – opustitev pogoja pripisljivosti?

Pred terorističnimi napadi 11. septembra 2001 je bilo torej v pravni stroki in v praksi držav večinsko sprejeto, da je treba za sprožitev pravice do samoobrambe napad pripisati državi.³³ Teroristični napadi 11. septembra 2001 in mednarodni odziv nanje ter vojaška operacija Trajna svoboda (angl. *Operation Enduring Freedom*) pa so postavili pod vprašaj tradicionalno videnje *ratione personae* razsežnosti vojaškega napada (izvor) in z njim povezane restriktivne kriterije pripisljivosti. Zdelo se je namreč nerazumljivo, da se država, ki je utrpela tako hude posledice zaradi terorističnih napadov, ne bi imela pravice odzvati nanje z uporabo sile.

Prizadevanja ZDA, žrtve napadov, za razširitev pravice do samoobrambe in s tem povezane vloge države »gostiteljice« pri preprečevanju terorističnih dejanj z izvorom na njenem ozemlju so bila postavljena v ospredje. K aktualnosti razprave so pripomogli tudi številni drugi primeri, v katerih so napadene države uporabile silo na ozemlju tujih držav kot odgovor na teroristične napade v odsotnosti avtorizacije uporabe sile s strani VS OZN ali privolitve ozemeljske države.

3.1. Odziv mednarodne skupnosti

Mnogi komentatorji so dogodke 11. septembra označili kot prelomno točko za vsebino pravice do samoobrambe. Resoluciji Varnostnega sveta (VS) OZN 1368 in 1373,³⁴

³¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 136, 2004.

³² *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 168, 2005.

³³ Sodnik Kooijmans je tako na primer v svojem ločenem mnenju v Svetovalnem mnenju o gradnji zidu pritrdil, da se je pojem vojaškega napada iz 51. člena več kot 50 let splošno sprejeto razlagal v smislu, da mora za napadom stati druga država. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, str. 230; Ruys; Verhoeven, *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence* (2005), str. 290–291, 312; Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law* (2001), str. 997; Gray, *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE* (2008), str. 199.

³⁴ Resolucija VS OZN 1368 (2001), *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, UN Doc. S/RES/1368 (2001); Resolucija VS OZN 1373 (2001), *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, UN Doc. S/RES/1373 (2001).

sprejeti takoj po terorističnih napadih, ter operacija Trajna svoboda, ki je sledila, sta po njihovem mnenju razumevanje pravice do samoobrambe razširili na način, ki dopušča uporabo sile zoper nedržavne akterje.³⁵ Avtorici v nadaljevanju ugotavljata, da za tako širitev pravice do samoobrambe ni bilo ustrezne pravne podlage.

VS OZN se je na dogodke odzval s sprejemom resolucij, v katerih je sicer teroristične napade res obravnaval v povezavi s pravico do samoobrambe in pri tem ni naletel na nasprotovanje preostalih držav, vendar je jezik resolucij preveč dvoumen, da bi omogočil enoznačne zaključke v smislu podpore resolucijama kot točki obrata v mednarodnem pravu samoobrambe.³⁶ Zagovorniki širitve mednarodnih pravil o samoobrambi navajajo, da je bila resolucija 1368 sprejeta dan po napadih, ko še ni bilo na voljo zanesljivih informacij o povezavi teroristov z Afganistanom oziroma katerokoli drugo državo. To razumejo kot izraz podpore VS ravnanju držav v samoobrambi zoper vojaški napad ne glede na izvor.³⁷ Vendar pa je treba poudariti, da resoluciji izrecno omenjata naravno pravico do samoobrambe samo v preambuli, v operativnem delu pa govorita o mednarodnem terorizmu zgolj kot o grožnji mednarodnemu miru in varnosti, ne pa o vojaškem napadu. Nadalje, resoluciji govorita o inherentni pravici do samoobrambe »v skladu z UL OZN«, kar ne kaže na to, da se po mnenju VS OZN spreminja dotedanje tradicionalno razumevanje pravice do samoobrambe.³⁸

Podporniki uporabe sile v samoobrambi proti nedržavnim akterjem v svojih argumentih navajajo tudi prakso držav in mednarodnih organizacij po dogodkih 11. septembra. Po neuspehih pogajanjih med ZDA in Talibani, takratno *de facto* vlado Afganistana, so ameriške in britanske koalicijske sile 7. oktobra 2001 ob podpori številnih drugih zaveznikov v Afganistanu začele vojaško operacijo Trajna svoboda.³⁹ Tako ZDA kot tudi VB sta v skladu s procesno zahtevo 51. člena UL OZN pisali VS in svoje vojaško posredovanje utemeljili s sklicevanjem na neodtujljivo pravico do individualne in kolektivne samo-

³⁵ Čeprav resoluciji nista izrecno kvalificirali napadov kot vojaški napad, obe govorita o pravici do samoobrambe, kar po mnenju nekaterih predpostavlja, da naj bi šlo pri terorističnem napadu za vojaški napad. Dinstein, *WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE* (2005), str. 207–208.

³⁶ Na primer Cassese, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law* (2001), str. 996; Ruys, *‘ARMED ATTACK’ AND ARTICLE 51 OF THE UN CHARTER* (2013), str. 441.

³⁷ Kajtár, *Self-Defence Against Non-State Actors* (2013), str. 324.

³⁸ VS po teh dveh soglasno sprejetih resolucijah v podobnih primerih terorističnih napadov ni potrdil pravice napadene države do samoobrambe. Glej na primer Resolucija VS OZN 1530 (2004), UN Doc. S/RES/1530 (2004) in Resolucija VS OZN 1611 (2005), UN Doc. S/RES/1611 (2005), v katerih je VS obsodil teroristične napade na Madrid in London, vendar ostal pri tem, da ta dejanja šteje za grožnjo mednarodnemu miru in varnosti. Potrdil je odločen boj proti vsem oblikam terorizma v skladu s svojimi pristojnostmi na podlagi UL OZN, kar se lahko razlaga kot »zvestoba« VS boju proti terorizmu v okviru kolektivne varnosti.

³⁹ Salazar Torreon, *U.S. Periods of War and Dates of Recent Conflicts*, CRS Report, 27. februar 2015; Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/946 (2001).

obrambe.⁴⁰ Druge države in mednarodne organizacije so operacijo sprejele kot zakonito uporabo sile v samoobrambi,⁴¹ ne glede na to, da je šlo za dejanje zoper drugo državo (Afganistan) v odgovor na napad teroristične skupine (Al Kajda), ki ni bila pod učinkovitim nadzorom države. Države članice Organizacije severnoatlantske pogodbe (NATO) so se na primer prvič sklicevale na 5. člen Severnoatlantske pogodbe⁴² in torej štele, da je šlo pri napadu na ZDA za vojaški napad na državo članico Zveze, ki aktivira pravico do kolektivne samoobrambe.⁴³ Organizacija ameriških držav (OAD) je podobno ugotovila, da je šlo pri terorističnih napadih na ZDA za vojaški napad in podprla izvajanje pravice do samoobrambe.⁴⁴

Pravzaprav univerzalna podpora aktivnostim ZDA v okviru samoobrambe kot odgovor na napade septembra 2001 je postavila pod vprašaj tradicionalno ozko razlago 51. člena UL OZN. Ne glede na to pa je drža Meddržavnega sodišča glede teh vprašanj ostala zelo konzervativna.

3.2. Stališče Meddržavnega sodišča

Meddržavno sodišče je v primerih, ki jih je obravnavalo po 11. septembru, vztrajalo pri državnocentrični drži in ozki razlagi pripisljivosti dejanj nedržavnih akterjev državi v kontekstu pravice do samoobrambe. Najpomembnejša primera v zvezi s tem sta *Svetovalno mnenje o pravnih posledicah gradnje zidu na okupiranem palestinskem ozemlju in Oborožene aktivnosti na ozemlju Konga (Demokratska republika Kongo (DRK) proti Ugandi)*.

V svetovalnem mnenju o gradnji zidu je sodišče izrecno poudarilo, da »51. člen Ustanovne listine priznava neodtujljivo pravico do samoobrambe v primeru vojaškega napada s strani ene države proti drugi državi.«⁴⁵ Ker Izrael ni trdil, da napadi zoper njega prihajajo s strani druge države, ampak s strani nedržavnih akterjev, ki se nahajajo na ozemlju Izraela, je Meddržavno sodišče zaključilo, da 51. člen UL OZN ni pomemben za

⁴⁰ Prav tam; Letter from the representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/947 (2001).

⁴¹ Green, *THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND SELF-DEFENCE IN INTERNATIONAL LAW* (2009), str. 157. Samo Irak je neposredno dvomil v legalnost vojaške operacije. Evropska unija je prav tako izrazila polno podporo dejanjem v samoobrambi v skladu z UL OZN in resolucijo VS OZN 1368 (2001). Glej, 'Conclusions and plan of action of the Extraordinary European Council meeting', EU Doc. CL01-057EN, 21. september 2001.

⁴² Severnoatlantska pogodba, Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 5/04, Uradni list RS, št. 21/2004 z dne 5. marca 2004.

⁴³ Buckley, *Invoking Article 5*, URL: <http://www.nato.int/docu/review/2006/issue2/english/art2.html>.

⁴⁴ *Terrorist Threat to the Americas*, RC.24/RES.1/01, OAS Doc. OEA/Ser.F/II.24/ RC.24/RES.1/01 rev. 1 corr. 1, (Sept. 21, 2001), tč. 1.

⁴⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, tč. 139. Poudarili T. K. in M. T. V.

rešitev tega primera.⁴⁶ To ozko razlago 51. člena UL OZN in odločitev, da ne obravnava tematike nedržavnih akterjev, so kritizirali tako mednarodni strokovnjaki kot tudi sodniki Sodišča.⁴⁷ Sodnik Kooijamans je obžaloval, da je Sodišče obšlo element nedržavnih akterjev, pravne posledice delovanja katerih niso povsem jasne in nedvomno zahtevajo nov pristop v mednarodnem pravu samoobrambe.⁴⁸ Podobno sta sodnik Buergenthal in sodnica Higgins kritizirala formalističen pristop Sodišča in izogibanje odločitvi o vprašanju delovanja nedržavnih akterjev.⁴⁹ Sodnica Higgins je poudarila tudi, da 51. člen nikjer izrecno ne omenja, da bi ta urejal zgolj meddržavne odnose, ampak gre za razlago Meddržavnega sodišča.⁵⁰

V primeru *Oboroženih aktivnosti na ozemlju Konga*, v katerem je DRK Uganda obtožila dejanja oborožene agresije, se je slednja sklicevala na pravico da samoobrambe zoper napade, ki so prihajali iz ozemlja DRK. Uganda je pri tem zagovarjala stališče, da vojaški napadi nedržavnih akterjev, ki jih ozemeljska država »tolerira«, ustvarjajo odgovornost in torej pomenijo vojaški napad v smislu 51. člena UL OZN. Šlo naj bi za poseben standard odgovornosti, ko dejstvo, da država ne onemogoči takih napadov, sproži možnost uporabe sile v samoobrambi.⁵¹ DRK je nasprotno trdila, da sam obstoj nedržavnih akterjev na ozemlju DRK ne pomeni tudi njene odgovornosti za njihova dejanja. Tako razumevanje bi namreč pomenilo izrazito nižanje kriterija pripisljivosti dejanj državi, zlasti v primerjavi z že omenjenim strožjim standardom učinkovitega nadzora.⁵² Sodišče je zavrnilo argumente Ugande in zaključilo, da zgolj neukrepanje DRK zoper nedržavne akterje na njenem ozemlju ne more pomeniti tudi soglasja oziroma toleriranja teh aktivnosti in posledično tudi ne pripisljivosti.

Kljub omenjenim kritikam, ki so sledile svetovalnemu mnenju o gradnji zidu, je Sodišče torej potrdilo svoje stališče o vsebini mednarodnega prava samoobrambe tudi v primeru *Oboroženih aktivnosti na ozemlju Konga*. Ker Ugandi ni uspelo dokazati, da so napadi, ki so prihajali iz ozemlja DRK, pripisljivi tej državi, je sodišče zaključilo, da pravne in dejanske posledice za uporabo samoobrambe v tem primeru niso bile izpolnjene.⁵³ Kljub izrecni prošnji strank v sporu se je sodišče izognilo odgovoru na vprašanje, ki je

⁴⁶ Prav tam.

⁴⁷ Randzelhofer; Nolte, v: Simma; Khan; Nolte; Paulus, *THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS, A COMMENTARY* (2012), str. 1416.

⁴⁸ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, str. 230, tč. 35.

⁴⁹ Prav tam, str. 243, tč. 6.

⁵⁰ Separate Opinion of Judge Higgins in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, str. 215-216.

⁵¹ Verbatim record, Public sitting held on Monday 18 April 2005 in the case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), CR 2005/7, str. 30.

⁵² Prav tam, str. 26.

⁵³ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, tč. 146.

predmet tega članka in ki je v mednarodni skupnosti takrat pridobivalo vse večjo težo, in sicer »ali in pod kakšnimi pogoji sodobno mednarodno pravo dovoljuje pravico do samoobrambe proti obsežnim napadom neregularnih sil.«⁵⁴ Pričakovano se je na Sodišče zopet vsul plaz kritik. V primeru *Nikaragva*, ki ga je sodišče obravnavalo leta 1986, vprašanje nedržavnih akterjev še ni bilo tako pereče, omenjena primera pa sta bila predmet odločanja po dogodkih 11. septembra, ko je bila potreba po rešitvi ali vsaj razjasnitvi tega vprašanja že zelo očitna. Sodnika Koojimans in Simma sta v ločenih mnenjih kritizirala predvsem nepripravljenost Sodišča, da vnovič presodi, ali je standard pripisljivosti učinkovitega nadzora v skladu s sodobnim mednarodnim pravom,⁵⁵ zlasti po dogodkih 11. septembra.⁵⁵ Oba sta menila, da se lahko napad nedržavnega akterja, ki izvira iz ozemlja druge države, obravnava kot vojaški napad, čeprav ni pripisljiv nobeni državi.⁵⁶

Sklepno se lahko odgovore na vprašanje, ali je dejansko prišlo do širjenja pravice do samoobrambe zoper nedržavne akterje za teroristična dejanja ali pa je bila podpora uporabi sile v Afganistanu na podlagi pravice do samoobrambe ZDA zgolj izjema, v grobem razdeli v tri skupine.⁵⁷ Prva skupina ostaja zvesta tradicionalnemu pogledu Meddržavnega sodišča, ki za uporabo sile v samoobrambi zahteva, da se napad teroristične skupine pripiše državi na podlagi njenega učinkovitega nadzora nad nedržavnim akterjem.⁵⁸ Preostali strokovnjaki pa širijo pravico do samoobrambe. Najbolj kontroverzen vidik povsem opušča zahtevo po tem, da se napad nedržavnih akterjev pripiše državi.⁵⁹ V skladu s tem stališčem ima država pravico do uporabe sile v samoobrambi tudi zoper povsem zaseben napad, izveden iz ozemlja države brez njene kakršnekoli podpore. Tretja skupina zagovarja vmesno stališče, v skladu s katerim mora vojaški napad še vedno izvirati iz države, vendar se za vzpostavitev njene odgovornosti za napad zahteva nižji standard pripisljivosti kot učinkovit nadzor.⁶⁰

⁵⁴ Prav tam, tč. 147.

⁵⁵ Separate opinion of Judge Koojimans, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, str. 313. Separate opinion of Judge Simma, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, str. 336.

⁵⁶ Separate opinion of Judge Koojimans, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, str. 314; Separate opinion of Judge Simma, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, str. 337–338.

⁵⁷ Glej na primer Henderson, *The UNSC in the legal regime governing use of force* (2013), str. 157.

⁵⁸ Sikander Ahmed, *War on terrorism* (2010), str. 103.

⁵⁹ Na primer ločena mnenja sodnikov Simme in Koojimansa v primeru oboroženih aktivnosti na ozemlju Konga; Franck, *Editorial Comments: Terrorism and The Right Of Self-Defence* (2001), str. 840; Murphy, *Terrorism and the Concept of Armed Attack* (2002), str. 50; Van Steenberghe, *Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors* (2010), str. 197–199.

⁶⁰ Tams, *Light Treatment of a Complex Problem* (2005), str. 973; Ratner, *Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11* (2002), str. 905, 910; Brent, *Responding to Attacks by Non-State Actors* (2009), str. 133–159.

3.3. *Razvoj po operaciji Trajna svoboda*

Številne države so v letih, ki so sledila operaciji Trajna svoboda, uporabile silo v odgovor na napade terorističnih organizacij in se pri tem bolj ali manj prepričljivo sklicevale na samoobrambo.

Ruski napadi na čečenske položaje na ozemlju Gruzije (soteska Pankisi) v odgovor na predhodne teroristične napade čečenskih upornikov v Rusiji sicer niso naleteli na velik odziv v mednarodni skupnosti, so pa ZDA, ki so se same v podobnem kontekstu v Afganistanu leto prej sklicevale na uporabo sile v samoobrambi, zavrnila pravico Rusije do uporabe sile v samoobrambi na ozemlju Gruzije.⁶¹ Izraelski napadi na palestinske teroristične cilje v Siriji leta 2003 in Hezbolahove v Libanonu leta 2006 so naleteli na kritiko večjega števila držav, ki so obsodile izraelsko uporabo sile.⁶² Tudi mednarodni odziv na posredovanje Izraela v Libanonu je nazoren prikaz tega, kako nedosledna je mednarodna skupnost pri vprašanju dopustnosti uporabe sile v samoobrambi zoper nedržavne akterje. Večina držav je namreč obsodila izraelsko uporabo sile v Libanonu, ampak iz razlogov nesorazmernosti, hkrati pa je načeloma sprejela pravico Izraela do samoobrambe zoper napade Hezbolaha.⁶³ Podobno je bila za mednarodno skupnost problematična sorazmernost (ne pravica do samoobrambe kot taka) turških vojaških operacij zoper Kurdsko delavsko stranko (PKK) v severnem Iraku med letoma 2007 in 2008. V tem primeru je samo Irak izrecno obsodil napade.⁶⁴ Ta krajši pregled, ki odraža nekonsistentnost prakse držav, toda hkrati viden trend opuščanja tega, da bi se terorističen napad moral pripisati državi, da bi lahko napadena država uporabila silo v samoobrambi, je smiselno skleniti s primerom kolumbijskih zračnih sil v Ekvadorju marca 2008. Kolumbija je takrat napadla cilje teroristične skupine FARC na ozemlju Ekvadorja in se pri tem sklicevala na samoobrambo.⁶⁵ OAD, ki je leta 2001 podprla pravico do samoobrambe ZDA, je v tem primeru jasno obsodila Kolumbijo in zavrnila pravico države do uporabe sile zoper teroristično organizacijo v drugi državi brez njene privolitve.⁶⁶ Uporaba sile v samoobrambi zoper napade nedržavnih akterjev, ko teh ni bilo mogoče pripisati državi, je torej ostala problematična.

Nedvomen trend opuščanja zahteve pripisljivosti terorističnega napada državi, da bi lahko govorili o vojaškem napadu, ki aktivira pravico do samoobrambe, pa je razviden ne samo iz prakse držav, ampak tudi iz strokovnih razprav mednarodnopravnih strokovnjakov in pravnih svetovalcev vlad. Ti čedalje glasneje opozarjajo na to, da države, ki se sre-

⁶¹ Reinold, *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11* (2011), str. 256.

⁶² Prav tam, str. 265–268.

⁶³ Prav tam.

⁶⁴ Prav tam, str. 270.

⁶⁵ Deeks, "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework (2012), str. 537.

⁶⁶ OAD, Convocation of the Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, OAS/CP/RES/930 (1632/08).

čujejo z najhujšimi terorističnimi grožnjami, nimajo na voljo ustreznih mehanizmov za učinkovito in mednarodnopravno nesporno spopadanje s takimi grožnjami. Vprašanja dopustnosti uporabe sile v samoobrambi zoper zasebne napade tako na primer obravnavajo Načela mednarodnega prava Chatham House o uporabi sile v samoobrambi,⁶⁷ Priporočila iz Leidna⁶⁸ in Bethlehemova načelih.⁶⁹ Gre za dokumente, ki sicer niso vir mednarodnega prava, kljub temu pa z močno strokovno avtoriteto pod določenimi pogoji priznavajo pravico države do samoobrambe zoper vojaški napad nedržavnega akterja.

4. Pojav doktrine nepripravljenosti ali nezmožnosti države gostiteljice

Kot odziv na neučinkovitost trenutno veljavnega mednarodnega prava za spopadanje s terorizmom se je v letih po 11. septembru 2001 pojavila nova doktrina nepripravljenosti ali nezmožnosti, ki teroristične napade in odzive nanje obravnava neodvisno od testa pripisljivosti.⁷⁰ Zaradi togosti testa učinkovitega nadzora, na podlagi katerega so dejanja nedržavnih akterjev pripisljiva državi v zelo omejenem številu primerov, se je povezava med državo »gostiteljico« in nedržavnimi akterji na njenem ozemlju začela razlagati v smislu nezmožnosti ali nepripravljenosti države preprečiti take teroristične napade. Prav to je skupni imenovalec večine primerov, ko so se države žrtve terorističnih napadov po 11. septembru sklicevale na samoobrambo kot pravni temelj uporabe sile zoper nedržavnega akterja v državi gostiteljici.⁷¹ Tak pristop je povezan z dejstvom, da gre pri odzivih na teroristične napade za zatrevanje izvrševanje samoobrambe na ozemlju države, ki mednarodnopravno sicer ni odgovorna za napade teroristov, se pa ti nahajajo na njenem ozemlju. To vodi v napet odnos med dvema temeljnima praviloma moderne mednarodnopravnega reda: zahtevo po spoštovanju teritorialne suverenosti države »gostiteljice« na eni strani in pravico do samoobrambe države žrtve napadov na drugi. Uporaba sile zoper nedržavnega akterja na ozemlju države gostiteljice brez njene privoli-

⁶⁷ Wilmhurst, Chatham House Principles of International law on the Use of Force by States in Self-Defence, URL: <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>.

⁶⁸ Schrijver; van den Herik, Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law, URL: <http://www.grotiuscentre.org/resources/1/Leiden%20Policy%20Recommendations%201%20April%202010.pdf>.

⁶⁹ Bethlehem, Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense, URL: <http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf>.

⁷⁰ Pojem »nepripravljenosti ali nezmožnosti« države v mednarodnem pravu ni novost, v okviru razprav o dopustnosti enostranske uporabe sile pa doživlja poseben razcvet in razvoj. Strnjeno o nastanku pojma glej v: Starski, The „Unwilling or Unable State“ as a Challenge to International Law, URL: <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/public-international-law/the-unwilling-or-unable-state.cfm#project>.

⁷¹ Van Steenberghe, Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors (2010), str. 207.

tve namreč neizogibno pomeni uporabo sile zoper to državo.⁷² To velja tudi v primerih, ko oborožena akcija napadane države ni neposredno usmerjena proti državnim, ampak zgolj proti terorističnim ciljem.

Kot pragmatična rešitev držav žrtev napadov na vprašanje, kako preseči zahtevo po spoštovanju suverenosti države gostiteljice, ki deluje kot ščit teroristov v tuji državi,⁷³ se je v praksi začela pojavljati doktrina nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice«.⁷⁴ ZDA so se tako na primer pri utemeljevanju uporabe sile v samoobrambi v Afganistanu sklicevale na nepripravljenost Talibanov, da zaustavijo nezakonite dejavnosti terorističnih skupin, ki izvirajo iz njenega ozemlja, in tako vzpostavljale povezavo Al Kajde s Talibani.⁷⁵ Če se poudarijo samo bolj znani primeri, je podobne argumente nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice« uporabila Rusija leta 2002 pri utemeljevanju uporabe sile na gruzijskem ozemlju v odgovor na napade čečenskih upornikov,⁷⁶ Izrael leta 2006, ko je napadel cilje Hezbolaha v Libanonu,⁷⁷ Turčija pri napadih na PKK v severnem Iraku leta 2008,⁷⁸ ZDA pri operaciji zoper vodjo Al Kajde (*Operation Neptune Spear*) v Pakistanu⁷⁹ in Kenija leta 2011, ko je na več terorističnih napadov Al-Shabaaba v Keniji odgovorila z vojaško intervencijo v Somaliji.⁸⁰ Bistvo doktrine nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice« je v tem, da lahko napadena država (oziroma država pod neposredno grožnjo vojaškega napada) uporabi silo na ozemlju države »gostiteljice« tudi brez njene privolitve, če ni sposobna ali pripravljena preprečiti terorističnih napadov na drugo državo z lastnega ozemlja.⁸¹

⁷² Na primer Williams, *Piercing the Shield of Sovereignty* (2013), str. 625.

⁷³ Terry, *Germany Joins the Campaign Against Isis in Syria* (2016), str. 49.

⁷⁴ Na primer Deeks, "Unwilling or Unable" (2012), str. 483–550; Wilmhurst, *Chatham House Principles*, URL: <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>; Lubell, *EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS* (2010), str. 42; Svet OZN za človekove pravice, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add. 6 (2010), tč. 35.

⁷⁵ UN Doc. S/2001/946 (2001).

⁷⁶ Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General, Annex, UN Doc. S/2002/1012 (2002).

⁷⁷ VS OZN, 5488th meeting Thursday, 13 July 2006, New York, UN Doc. S/PV.5488 (2006).

⁷⁸ Reinold, *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11* (2011), str. 188–192.

⁷⁹ Deeks, "Unwilling or Unable" (2012), str. 485.

⁸⁰ Letter dated 17 October 2011 from the Permanent Representative of Kenya to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2011/646 (2011).

⁸¹ Lubell, *EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS* (2010), str. 42.

4.1. *Nepripravljenost ali nezmožnost države »gostiteljice« kot del presoje nujnosti samoobrambe*

Doktrina nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice« ni nova samostojna pravna podlaga za uporabo sile zoper teroristično skupino na ozemlju tuje države. Še vedno gre za mednarodnopravna pravila o samoobrambi, le da bistvo ni več pripisljivost terorističnega dejanja državi gostiteljici, temveč presoja nujnosti uporabe sile.⁸² Država pod napadom lahko uporabi silo, ker nima na voljo nobene druge alternative.⁸³ Če teritorialna država sprejme vse razumne ukrepe, da bi se preprečila uporaba njenega ozemlja kot zatočišča za izvajanje terorističnih operacij, potem uporaba sile ni nujna.⁸⁴ Presoja se, ali je država sposobna ustaviti napad v teku oziroma preprečiti prihodnje napade, pri čemer ni bistveno, ali je vojaški napad možno pripisati državi.⁸⁵ Zakonitost pravice do samoobrambe se pri tej doktrini veže na vprašanje, ali država gostiteljica (lahko) izpolni svoje mednarodne obveznosti v odnosu do teroristične skupine na njenem ozemlju.⁸⁶

Pomanjkanje pravne zavesti držav, ki se na doktrino sklicujejo pri utemeljevanju ekstrateritorialne uporabe sile v samoobrambi, ugovori držav gostiteljic (Gruzija, Libanon in Irak),⁸⁷ ter drugih neposredno nevpletenih držav⁸⁸ in tudi sicer nekonsistentna uporaba doktrine (na primer nasprotovanje ZDA posredovanju Rusije v soteski Pankisi),⁸⁹ otežuje postavljanje končnih trditev glede vloge doktrine pri razvoju mednarodnega prava

⁸² Prim. Van Steenberghe, *Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors* (2010), str. 194–195. Nekateri mednarodni pravniki nepripravljenost ali nezmožnost države gostiteljice uporabljajo kot razširjen standard pripisljivosti napada državi. Na primer Randzelhofer; Nolte, v: Simma; Khan; Nolte; Paulus, *THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY* (2012), str. 1418.

⁸³ Arimatsu, *The Law of State Responsibility* (2013), str. 34.

⁸⁴ Na primer Trapp, *The Use of Force Against Terrorists* (2009), str. 1049; Deeks, "Unwilling or Unable" (2012), str. 495.

⁸⁵ Načela Chatham House, Priporočila iz Leidna ter Bethlehemova načela podpirajo, sicer v izjemnih situacijah, uporabo doktrine nepripravljenosti ali nezmožnosti.

⁸⁶ Dinstein, *WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE* (2011), str. 226; Deeks, "Unwilling or Unable" (2012), str. 495. Meddržavno sodišče, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)* (Merits), [1949] ICJ Reports 4, str. 2. Država ima obveznost, da ne dovoli uporabe svojega ozemlja za aktivnosti, ki kršijo pravice drugih držav. Če države ne izkažejo dolžne skrbnosti pri poskusih preprečitve terorističnim organizacijam, da delujejo iz njihovega ozemlja, so lahko mednarodno odgovorne. V delu doktrine »nezmožnost« je država lahko podvržena vojaški sili, čeprav sploh ni kršila mednarodnega prava, kar je zelo problematično. Na primer Ruys; Verhoeven, *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence* (2005), str. 312.

⁸⁷ VS OZN, 5489th meeting Friday, 14 July 2006, New York, UN Doc. S/PV.5489 (2006).

⁸⁸ Na primer Gibanje nevrščenih, Final Document of the 14th Summit Conference of Heads of State or Government of the Non-Aligned Movement, Havana, Cuba, 11-16 September 2006.

⁸⁹ US Department of State, Russian Bombing of Georgia (Press Release, 24 August 2002), URL: <http://2001-2009.state.gov/p/eur/rls/prsr/2002/13002.htm>.

samoobrambe. Posredovanje koalicije zoper ISIL pod vodstvom ZDA v Siriji brez njene privolitve nekateri vidijo kot primer, ki bi lahko pripomogel k razjasnitvi trenutnega položaja te doktrine v mednarodnem pravu samoobrambe.⁹⁰

4.2. Posredovanje koalicije zoper ISIL v Siriji kot nova prelomnica?

Koalicija pod vodstvom ZDA od leta 2014 izvaja vojaške operacije proti ISIL v Iraku.⁹¹ Pravna podlaga za posredovanje te koalicije v Iraku je soglasje oziroma povabilo iraške vlade, ki ga je slednja dala v pismih, naslovljenih na Generalnega sekretarja OZN⁹² in predsednika VS OZN.⁹³ V njih je Irak mednarodno skupnost prosil za pomoč v boju proti ISIL na njegovem ozemlju, zato lahko delovanje koalicije v Iraku uvrstimo v okvir intervencije na povabilo.⁹⁴ Večina avtorjev, ki danes obravnava vprašanje intervencije na povabilo, se strinja, da je ob veljavno danem soglasju vojaška intervencija v prizadeti državi praviloma pravno nesporna.⁹⁵ Soglasje je namreč v skladu s pravili o mednarodni odgovornosti držav ena od okoliščin, ki izključuje protipravnost dejanja, ki bi sicer v običajnih okoliščinah pomenilo mednarodni delikt.⁹⁶

Drugače kot pri Iraku je vzpostavljanje pravne podlage za napade koalicije držav na cilje ISIL v Siriji pravno kompleksnejše in kontroveržno. ZDA so septembra 2014 letalsko vojaško operacijo *Inherent Resolve*, ki je potekala v Iraku, razširile tudi v Sirijo.⁹⁷ Večina drugih držav članic koalicije zoper ISIL se je zračnim napadom v Siriji pridružila leta 2015.⁹⁸ Ker Sirija ni privolila v vojaško intervencijo⁹⁹ in VS OZN ni avtoriziral uporabe sile na podlagi VII. poglavja UL OZN,¹⁰⁰ države izvajanje zračnih napadov utemeljujejo

⁹⁰ Na primer Henderson, Editorial Comment: The Use of Force and Islamic State (2014), str. 209, 221.

⁹¹ Glej na primer Mills, Smith, Brooke-Holland, ISIS/Daesh: the military response in Iraq and Syria, URL: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06995>.

⁹² Letter dated 25 June 2014 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2014/440 (2014).

⁹³ Letter dated 20 September 2014 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2014/691 (2014).

⁹⁴ Uporablja se tudi izraz intervencija ob pristanku prizadete države.

⁹⁵ Shaw, INTERNATIONAL LAW (2014), str. 835; Crawford, STATE RESPONSIBILITY (2013); Corten, THE LAW AGAINST WAR (2012).

⁹⁶ Člen 20 ARSIWA.

⁹⁷ Mills; Smith; Brooke-Holland, ISIS/Daesh: the military response in Iraq and Syria, URL: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06995#fullreport>.

⁹⁸ Prav tam.

⁹⁹ Izjema je Rusija, ki ima privolitev Sirije.

¹⁰⁰ Pri Resoluciji VS OZN 2249 (2015), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, UN Doc. S/RES/2249 (2015) ne gre za avtorizacijo uporabe sile.

s sklicevanjem na individualno in/ali kolektivno samoobrambo.¹⁰¹ Vendar pa se v njihovih pogosto pravno pomanjkljivih argumentih glede obstoja pravice do samoobrambe namesto poskusa vzpostavitve pripisljivosti dejanj ISIL Siriji, pojavlja utemeljevanje zakonitosti uporabe sile po standardu oziroma doktrini nepripravljenosti ali nezmožnosti.

ISIL deluje iz ozemlja Sirije, ki ni več pod dejanskim nadzorom države.¹⁰² Še več, Sirija je v nemednarodnem vojaškem spopadu z ISIL. Pripisovanje terorističnih dejanj ISIL Siriji, vključno z napadi v Iraku, bi tako pomenilo očitno nižanje standardov pripisljivosti nedržavnega akterja državi. Namesto pripisljivosti aktivnosti ISIL Siriji so države ravnanje v Siriji kot odgovor na teroristične napade utemeljevale z nepripravljenostjo ali nezmožnostjo Sirije preprečiti napade, ki prihajajo iz njenega ozemlja. To izhaja zlasti iz pism VS OZN, v katerih nekatere države izrecno poudarjajo, da njihova uporaba sile na sirske ozemlju ni usmerjena zoper državo ali njeno prebivalstvo, ampak teroristično organizacijo.¹⁰³ Avtorici tega prispevka na podlagi tega sklepata, da so države, udeležene v napadih na sirske ozemlju, sprejele koncept vojaškega napada ne glede na izvor in tako pragmatično opustile zahtevo po tem, da se napad pripiše državi kot predpogoj pravice do samoobrambe, ne da bi se pri tem spustile v teoretično upravičevanje njihovih pogledov.

ZDA, Kanada, Avstralija in Turčija v pismih VS OZN utemeljujejo svoje napade na ISIL s pravico do samoobrambe, ki jo razumejo kot pravico ukrepati, ko grožnja napadov prihaja iz ozemlja države (Sirije), ki ni pripravljena ali sposobna preprečiti napadov (ISIL) iz njenega ozemlja.¹⁰⁴ VB se v pismih VS OZN sicer ni izrecno sklicevala

¹⁰¹ V obeh primerih gre za isto sporno vprašanje zakonitosti uporabe sile v samoobrambi zoper nedržavnega akterja na ozemlju države, ki ni odgovorna za vojaški napad teroristične skupine, zato razlikovanje med individualno in kolektivno samoobrambo za to razpravo ni relevantno. Letter dated 24 July 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/563 (2015); Letter dated 7 September 2015 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/688 (2015); Identical letters dated 8 September 2015 from the Permanent Representative of France to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/745 (2015); Letter dated 9 September 2015 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the President of the Security Council UN Doc. S/2015/693 (2015); Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/946 (2015); Letter dated 7 June 2016 from the Permanent Representative of Belgium to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2016/523; Cameron, Memorandum to the Foreign Affairs Select Committee, URL: <https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/foreign-affairs/PM-Response-to-FAC-Report-Extension-of-Offensive-British-Military-Operations-to-Syria.pdf>, str. 15.

¹⁰² Na primer UN Doc. S/2015/946 (2015).

¹⁰³ UN Doc. S/2015/693 (2015); UN Doc. S/2015/946 (2015); UN Doc. S/2016/523.

¹⁰⁴ Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2014/695 (2014);

na doktrino nezmožnosti ali nepripravljenosti, vendar pa je takratni premier Cameron v kontekstu razprave o samoobrambi VB v parlamentu označil režim Asada za nepripravljenega ali nesposobnega sprejeti nujne ukrepe za preprečitev nadaljnjih napadov na Irak, VB in njihove zaveznike.¹⁰⁵ Prav tako se Nemčija in Belgija v pismih nista izrecno sklicevali na nezmožnost ali nepripravljenost sirske vlade, sta pa poudarili dejstvo, da slednja ne izvršuje dejanskega nadzora nad ozemljem, od koder izvirajo vojaški napadi ISIL, kar kaže na uporabo doktrine v delu »nezmožnost države gostiteljice«.¹⁰⁶

4.3. Težave pri uvajanju doktrine nepripravljenosti ali nezmožnosti

Kljub morda na prvi pogled skoraj soglasni podpori tej doktrini v primeru Sirije več razlogov govori proti temu, da bi doktrina že postala del veljavnega mednarodnega prava. Države, ki so kot del koalicije proti ISIL pod vodstvom ZDA sodelovale v Iraku, so sprva oklevale, ali naj vojaško uporabo sile razširijo tudi v Sirijo, čeprav je bilo znano, da ima ISIL bazo na sirskeem ozemlju.¹⁰⁷ Nizozemska si je sicer pozneje premislila in se odločila za vojaško ukrepanje v Siriji, vendar je še leta 2014 izrazila prepričanje, da za vojaške operacije v Siriji nima mednarodnopravne podlage.¹⁰⁸ Kanada je ravnala obratno in februarja 2016 prenehala izvajati bojne operacije v Siriji,¹⁰⁹ ki jih je sprva utemeljevala s pravico do samoobrambe zoper napade ISIL. Med glavnimi razlogi za njeno odločitev se omenja krhka pravna podlaga za uporabo sile v kolektivni samoobrambi, ker napadov ISIL v Iraku ni možno pripisati Siriji.¹¹⁰ Poleg tega je danes samo manjši del koalicije držav zoper ISIL dejansko udeležen v aktivnostih v Siriji.¹¹¹ Zgovorno je tudi dejstvo, da nekatere države, ki sodelujejo v napadih v Siriji, niso posebej obveščale VS OZN v skladu s procesno zahtevo 51. člena UL OZN.¹¹² Ta neaktivnost se lahko razume kot indic, da te

Letter dated 31 March 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/221 (2015); UN Doc. S/2015/745 (2015); UN Doc. S/2015/563 (2015).

¹⁰⁵ Cameron, Memorandum to the Foreign Affairs Select Committee, URL: <https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/foreign-affairs/PM-Response-to-FAC-Report-Extension-of-Offensive-British-Military-Operations-to-Syria.pdf>, str. 16.

¹⁰⁶ UN Doc. S/2015/946 (2015); UN Doc. S/2016/523.

¹⁰⁷ Arimatsu; Schmitt, *Attacking Islamic State and the Khorasan Group* (2014), str. 4.

¹⁰⁸ Rapaport, *Dutch Parliament Commits Soldiers, F-16s to Fight Isis in Iraq*, URL: <http://www.nltimes.nl/2014/09/24/parliament-commits-troops-isis-fight/>.

¹⁰⁹ Mills; Smith; Brooke-Holland, *ISIS/Daesh: the military response in Iraq and Syria*, URL: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06995#fullreport>.

¹¹⁰ Lesperance, *Canada's Military Operations Against Isis*, v: *Canadian International Lawyer*, 10 (2015) 2, str. 61.

¹¹¹ Za seznam držav glej Mills; Smith; Brooke-Holland, *ISIS/Daesh: the military response in Iraq and Syria*, URL: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06995#fullreport>.

¹¹² Prav tam.

države niso prepričane o pravni podlagi – uporabi sile na podlagi pravice do samoobrambe – v primeru Sirije. Čeprav sklicevanja na doktrino nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice« v preteklosti niti v primeru Sirije niso naletela na večji negativen odziv v mednarodni skupnosti, tega ni treba nujno razlagati kot tiho odobranje tako širokega razumevanja pravice do samoobrambe. Pogosto so v ozadju molka držav razlogi mednarodne politične oportunitete. Nadalje, države »gostiteljice« vztrajno zavračajo vpekljavo doktrine v mednarodno pravo samoobrambe.¹¹³ Sirija je tako v pismih VS OZN poudarila, da se bo navzočnost tuje države na njenem ozemlju brez njenega soglasja pod krinko boja proti terorizmu obravnavala kot kršitev sirske suverenosti.¹¹⁴ Tudi Rusija si je v luči turškega posredovanja v Siriji prizadevala za sprejetje resolucije VS OZN, ki bi zahtevala spoštovanje suverenosti in teritorialne neodvisnosti Sirije.¹¹⁵ Ko je decembra 2015 Turčija s svojimi vojaškimi silami brez predhodnega soglasja vstopila v severni Irak zaradi groženj nedržavnih akterjev, je Irak nemudoma obsodil vojaške premike, ki so usmerjeni v boj proti terorizmu brez dovoljenja iraške vlade.¹¹⁶ Ravnanje turških oboroženih sil je Irak razumel kot očitno kršitev mednarodnega prava in dejanje agresije.

Standard nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice« je trenutno še preveč nejasen in prepuščen preveliki diskreciji napadene države, da presodi, kdaj je država res nepripravljena ali nezmožna, da bi se lahko izkristaliziral v pravilo mednarodnega prava. Del stroke sicer identificira nekaj temeljnih načel ter parametrov uporabe testa, kot je na primer prednost soglasja države gostiteljice (poiskati soglasje, razen če bi to bilo brezpredmetno), vendar gre pri tem samo za akademsko razpravo.¹¹⁷ V praksi države redko opredelijo, na podlagi česa in kdaj so izpolnjeni pogoji za to, da je mogoče državo identificirati kot nepripravljeno ali nezmožno.¹¹⁸

¹¹³ Na primer primer Libanona v UN Doc. S/PV.5489 (2006).

¹¹⁴ Identical letters dated 17 September 2015 from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/719 (2015).

¹¹⁵ Tasnim News Agency, US, France Oppose UN Resolution to Respect Syrian Sovereignty, URL: <http://www.tasnimnews.com/en/news/2016/02/20/1005892/us-france-oppose-un-resolution-to-respect-syrian-sovereignty>.

¹¹⁶ Note verbale dated 16 September 2015 from the Permanent Mission of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2015/723 (2015); Letter dated 11 December 2015 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/963 (2015).

¹¹⁷ Na primer Deeks, "Unwilling or Unable" (2012), str. 483–550.

¹¹⁸ Države v primeru Sirije tega niso utemeljile. Prim. Gorman; Barnes, Spy, Military Ties Aided bin Laden Raid, URL: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704083904576334160172068344.html>.

5. Sklep

Uporaba sile v samoobrambi zoper nedržavne akterje na ozemlju druge države, ki nima učinkovitega nadzora nad nedržavnim akterjem, ostaja kontroverzna. Meddržavno sodišče, KMP in nekateri mednarodnopravni strokovnjaki možnost uporabe sile v samoobrambi omejujejo na države, realnost mednarodnega terorizma in neučinkovitost obstoječih mehanizmov mednarodnega prava v boju zoper terorizem pa delujeta kot spodbujevalca trendov širjenja pravice do uporabe sile v samoobrambi tudi zoper izključno zasebne vojaške napade (terorističnih skupin). Države so si svoje odzive na napade nedržavnih akterjev v preteklosti prizadevale utemeljevati s pripisljivostjo delovanja nedržavnih akterjev državi gostiteljici, v zadnjih letih pa se je, zlasti v okviru vojaškega posredovanja zoper ISIL v Siriji, pojavila nova doktrina nepripravljenosti ali nezmožnosti države »gostiteljice«. Gre za pragmatično »rešitev« držav, ki je kot del presoje nujnosti samoobrambe namenjena upravičenju uporabe sile v samoobrambi na ozemlju druge države zoper vojaški napad nedržavnega akterja, ne da bi bilo treba izkazati pripisljivost vojaškega napada z uporabo standarda učinkovitega nadzora države »gostiteljice«.

Avtorici menita, da je še prezgodaj govoriti o nastanku nove norme običajnega mednarodnega prava, saj za to ni izpolnjen nobeden od dveh kumulativnih pogojev. Praksa držav, ki si prizadevajo za širitev pravice do samoobrambe tudi kot odgovor na nedržavni vojaški napad, ko je država »gostiteljica« nepripravljena ali nezmožna sama zaustaviti nezakonito delovanje nedržavnih akterjev iz njenega ozemlja, je kljub razvoju v Siriji neenotna. Prav tako ni nedvoumnih izkazov pravne zavesti držav (*opinio iuris*), da se je treba doktrine držati, ker gre pri tem za mednarodnopravno obveznost.

Kljub temu pa ni mogoče spregledati izrazitega porasta sklicevanja na to doktrino, kar kaže na to, da bi lahko imela doktrina v prihodnosti, če se ustrezno izkristalizirajo pogoji za njeno uporabo kot argumenta, ki prevlada nad *prima facie* kršitvijo teritorialne suverenosti druge države, pomembno vlogo v mednarodnem pravu kot del razlage 51. člena UL OZN. Če se države v prihodnje ne bodo negativno odzvale na uporabo sile v samoobrambi zoper nedržavne akterje na tujem ozemlju, pri čemer bo drugi državi mogoče očitati zgolj nepripravljenost ali nezmožnost, da se sama spopade s teroristično grožnjo, ki izvira iz njenega ozemlja, se namreč lahko vzpostavi splošno sprejeta praksa držav. Slednje služi kot pomožno sredstvo (širše) interpretacije pravice do samoobrambe iz 51. člena UL OZN, kar lahko sčasoma pripelje do drugačnega razumevanja vsebine pravice do samoobrambe, kot ta izhaja iz trenutno tradicionalnega državnocentričnega pogleda.¹¹⁹

Uporaba doktrine nepripravljenosti ali nezmožnosti je v marsikaterem pogledu nejasna in odpira številna vprašanja. Gre namreč za popolno opustitev pogoja pripisljivosti vojaškega napada državi, zato je treba biti pri njeni dejanski izvedbi zelo previden.

¹¹⁹ Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb, Uradni list RS, št. 87/11, točka c tretjega odstavka 31. člena.

Enostranska uporaba sile na ozemlju druge države bi lahko postala dopustna v prevelikem številu primerov, kar bi lahko vodilo v zaostritev odnosov med državami in povečano število vojn, posledično pa bi lahko tudi ogrozilo mednarodni mir in varnost. Tako novo razumevanje pravice do samoobrambe bi omogočilo močnejšim državam praktično neomejeno možnost intervencije v razmeroma šibkejših državah pod argumentom boja proti terorizmu.

Problem z nedržavnimi akterji, ki se v tem prispevku nakazuje, ima širše razsežnosti. Državocentrično mednarodno pravo se tradicionalno izogiba problemu nedržavnih akterjev. Čeprav se slednjim ne priznava status subjekta v mednarodnem pravu, se bo mednarodno pravo v prihodnosti moralo začeti ukvarjati s čedalje močnejšimi in vplivnejšimi nedržavnimi akterji.

Literatura in viri

- Arimatsu, Louise: *The Law of State Responsibility in Relation to Border Crossings: An Ignored Legal Paradigm*, v: *International Law Studies Series*, 89 (2013), str. 21–53.
- Arimatsu, Louise; Schmitt, Michael N.: *Attacking Islamic State and the Khorasan Group: Surveying the International Law Landscape*, v: *Columbia Journal of Transnational Law Bulletin*, 53 (2014) 1, str. 1–29.
- Bethlehem, Daniel: *Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors*, URL: <http://www.un.org/law/counsel/Bethlehem%20-%20Self-Defense%20Article.pdf> (3. april 2016).
- Brent, Michael: *Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence*, v: *Australian International Law Journal*, 16 (2009) 7, str. 133–159.
- Buckley, Edgar: *Invoking Article 5*, URL: <http://www.nato.int/docu/review/2006/issue2/english/art2.html> (3. april 2016).
- Cassese, Antonio: *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, v: *European Journal of International Law*, 12 (2001) 5, str. 993–1001.
- Corten, Olivier: *THE LAW AGAINST WAR: THE PROHIBITION ON THE USE OF FORCE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW*, Hart Publishing, Oxford 2012.
- Crawford, James: *STATE RESPONSIBILITY: THE GENERAL PART*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.

- Deeks, Ashley S.: "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense, v: *Virginia Journal of International Law*, 52 (2012) 3, str. 483–550.
- Dinstein, Yoram: *WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE* (5. izdaja), Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Franck, Thomas M.: Editorial Comments: Terrorism and the Right of Self-Defence, v: *American Journal of International Law*, 95 (2001) 4, str. 839–843.
- Gorman, Siobhan; Barnes, Julian E.: *Spy, Military Ties Aided bin Laden Raid*, URL: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704083904576334160172068344.html> (2. maj 2016).
- Gray, Christine D.: *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE*, Oxford University Press on Demand, Oxford 2008.
- Green, James: *THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND SELF-DEFENCE IN INTERNATIONAL LAW*, Bloomsbury Publishing, Oxford 2009.
- Grenwood, Christopher: *Self-Defence*, v: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, april 2011.
- Henderson, Christian: Editorial Comment: The Use of Force and Islamic State, v: *Journal on the Use of Force and International Law*, 1 (2014) 2, str. 209–222.
- Irene Couzigou: *The Fight against the 'Islamic State' in Syria and the Right to Self-Defence*, URL: <http://www.e-ir.info/2016/02/05/the-fight-against-the-islamic-state-in-syria-and-the-right-to-self-defence/> (3. maj 2016).
- Kajtár, Gábor: *Self-Defence Against Non-State Actors – Methodological Challenges*, v: *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae*, 54 (2013), str. 307–332.
- Lesperance, Robert J.: *Canada's Military Operations against Isis in Iraq and Syria and the Law of Armed Conflict*, v: *Canadian International Lawyer*, 10 (2015) 2, str. 51–63.
- Lubell, Noam: *EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS*, Oxford University Press, New York 2010.
- Michael, Brent: *Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence*, v: *Australian International Law Journal*, 16 (2009), str. 133–159.
- Mills, Claire; Smith, Ben; Brooke-Holland, Louisa: *ISIS/Daesh: the military response in Iraq and Syria*, URL: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06995> (15. maj 2016).

- Murphy, Sean D.: Terrorism and the Concept of Armed Attack in Article 51 of the UN Charter, v: Harvard International Law Journal, 43 (2002) 1, str. 41–52.
- Paust, Jordan J.: Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond, v: Cornell International Law Journal, 35 (2002) 3, str. 533–557.
- Rapaport, Emma: Dutch Parliament Commits Soldiers, F-16s to Fight Isis in Iraq, URL: <http://www.nltimes.nl/2014/09/24/parliament-commits-troops-isis-fight/> (15. maj 2016).
- Ratner, Steven R.: Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11, v: AJIL, 96 (2002) 4, str. 905–921.
- Reinold, Theresa: State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11, v: American Journal of International Law, 105 (2011) 2, str. 244–286.
- Ruys, Tom: 'ARMED ATTACK' AND ARTICLE 51 OF THE UN CHARTER: EVOLUTIONS IN CUSTOMARY LAW AND PRACTICE, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Ruys, Tom; Verhoeven, Ruys: Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence, v: Journal of Conflict & Security Law, 10 (2005) 3, str. 289–320.
- Salazar Torreon, Barbara: U.S. Periods of War and Dates of Recent Conflicts, CRS Report, 27. februar 2015.
- Schrijver, Nico; van den Herik, Larissa: Leiden Policy Recommendations on Counterterrorism and International Law, URL: <http://www.grotiuscentre.org/resources/1/Leiden%20Policy%20Recommendations%201%20April%202010.pdf> (2. april 2016).
- Shah, Sikander Ahmed: War on Terrorism: Self Defense, Operation Enduring Freedom, and the Legality of U.S. Drone Attacks in Pakistan, v: *Washington University Global Studies Law Review*, 9 (2010) 1, str. 77–129.
- Shaw, Malcolm N.: INTERNATIONAL LAW (7. izdaja), Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Simma, Bruno; Khan, Daniel-Erasmus; Nolte, Georg; Paulus, Andreas (ur.): THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS, A COMMENTARY (3. izdaja), Vol. II, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Švarc, Dominika: MEDNARODNO PRAVO UPORABE SILE V KONTEKSTU SODOBNE MEDNARODNE POLITIKE: doktorska disertacija, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana 2011.
- Tams, Christian J.: Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case, v: European Journal of International Law, 16 (2005) 5, str. 963–978.

- Tasnim News Agency: US, France Oppose UN Resolution to Respect Syrian Sovereignty, URL: <http://www.tasnimnews.com/en/news/2016/02/20/1005892/us-france-oppose-un-resolution-to-respect-syrian-sovereignty> (3. maj 2016).
- Terry, Patrick: Germany Joins the Campaign Against Isis in Syria: A Case of Collective Self-Defence or Rather the Unlawful Use of Force? v: *Russian Law Journal*, 4 (2016) 1, str. 26–60.
- Trapp, Kimberley N.: The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams, v: *European Journal of International Law*, 20 (2009) 4, str. 1049–1055.
- Türk, Danilo: TEMELJI MEDNARODNEGA PRAVA (2. pregledana in dopolnjena izdaja), GV Založba, Ljubljana 2015.
- US Department of State: Russian Bombing of Georgia (Press Release, 24 August 2002), URL: <http://2001-2009.state.gov/p/eur/rls/prsrl/2002/13002.htm> (3. april 2016).
- Van Steenberghe, Raphaël: Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward? v: *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010) 1, str. 183–208.
- Webster, Daniel; Shewmaker, Kenneth E.; Stevens, Kenneth R; McGurn, Anita: THE PAPERS OF DANIEL WEBSTER, DIPLOMATIC PAPERS, VOLUME 1, 1841–1843, University Press of England, Hanover 1983.
- White, Nigel D.; Henderson, Christian: RESEARCH HANDBOOK ON INTERNATIONAL CONFLICT AND SECURITY LAW, Edward Elgar Publishing, Glos 2013.
- Williams, Gareth D.: Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test, v: *University of New South Wales Law Journal*, 36 (2013) 2, str. 619–641.
- Wilmhurst, Elizabeth: Chatham House Principles of International law on the Use of Force by States in Self-Defence, URL: <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106> (3. april 2016).

Right to Self-Defence against Non-State Actors in the Context of Fight against Terrorism

(Summary)

The existence of an inherent right to self-defence in international law is nowadays undisputed and has long been a part of customary international law. It represents one of the exceptions to the prohibition of the use of force and the only legal justification for the unilateral use of force in contemporary international community. Against this background self-defence has become a focal point for the discourse on the lawfulness of the use of force in international law and is gaining new dimensions due to the ever so present threat of global terrorism. In several instances the threat materialized in the form of terrorist attacks being as destructive (with respect to the scope, duration and intensity of the employed armed force) as conventional actions of national military forces, which triggered discussions on the possibility to use force in self-defence against non-state actors situated in another country. In this context the question central to the use of force in self-defence, and therefore also to this paper, has become the origin of the armed attack. Thus, while the scale and effects requirements of an armed attack have been increasingly perceived as potentially fulfilled in the case of the attack of non-state actors, in particular terrorist groups, the central controversial question has continuously remained unanswered and awaits further clarification: can a state attacked by a non-state actor invoke Article 51 of the United Nations (UN) Charter even if the attack cannot be legally attributed to another state and thus emanates from a subject different than state. This has become especially pertinent after the 9/11 attacks and in the context of ISIL (Islamic State of Iraq and the Levant) terrorist attacks. Both triggered forceful reactions of injured (and also not directly injured) states towards other sovereign states where terrorist groups responsible for acts were located.

This contribution aims to juxtapose traditional reading of Article 51 of the UN Charter and its interpretation by the International Court of Justice (ICJ) with contemporary developments in state practice and subsequent scholarly writings. The authors focus on the legal interpretation of an 'armed attack' from Article 51 of the UN Charter, in particular the source of such attack and corresponding rules for attribution, as well as the role the "unwilling or unable" doctrine has started to play in this context. While bearing in mind all relevant instances of the use of self-defence as reactions to terrorist attacks, the situation in Syria is in the centre of attention as a possible 'game changer' when it comes to the legality of the use of self-defence against non-state actors positioned on the territory of another state.

The legal basis for contemporary self-defence is Article 51 of the UN Charter providing for an inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the UN. Traditionally, the scope of this Article is limited to interstate relations and may be triggered only as a response to an armed attack.

Modalities of the latter were most famously defined by the ICJ in the *Nicaragua case* in which a very narrow “effective control” standard for the attribution of acts of non-state actors to a state as a precondition for an armed attack and thus a lawful use of force in self-defence was established.

However, more expansive reading of Article 51 of the Charter as presupposing for the right to self-defence against non-state actors gained an unprecedented impetus after the 9/11 attacks and with the subsequent events. The bases for this new line of reasoning were two Security Council (SC) resolutions 1368 and 1373 adopted in the aftermath of the terrorist attacks in 2001 in which SC explicitly referred to the right of self-defence. This was interpreted as a clear confirmation that the right to self-defence does not require a state armed attack, but can also be triggered by attacks of non-state actors. The reasoning was buttressed by the fact that Article 51 of the UN Charter remains silent on the origin of the armed attack thereby not excluding the possibility of a non-state armed attack. As a response to 9/11 attacks the US and the UK sent their military forces to Afghanistan (Operation Enduring Freedom) and argued that the use of force was legally justified by their right to self-defence. Although both states established a link between the Al Qaeda and the Taliban (then *de facto* government in Afghanistan), this link was far from effective control standard.

Regardless of this clear deviation from the traditional reading of Article 51 of the UN Charter, operation Enduring Freedom received support from other states and international organisations. The law of self-defence was seemingly gaining new dimensions. This was, however, not confirmed in the subsequent practice of the ICJ. In the two cases decided by the ICJ after the 9/11 attacks, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* and *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, the Court did not change its view and implicitly rejected the existence of a non-state armed attack. Because the ICJ avoided to address the evermore important question of non-state actors and lawful use of force against them, it was subject to many critiques coming from within (in the form of dissenting opinions) as well as from the outside of the Court.

Scholarly views on the subject after 9/11 attacks can be categorised into three different groups. One, more traditional group of scholars, remains faithful to the ICJ’s reasoning, requiring the attribution of the non-state actor attack under the effective control standard. However, this traditional understanding is challenged by the two other groups. Second, the most controversial one, completely abandoned the attribution requirement and thus acknowledged a private armed attack as sufficient to trigger the right of self-defence, whereas the third one merely loosened the “effective control” threshold of the attribution, which still remains *conditio sine qua non* for the lawful use of force in self-defence. Like scholarly writings, state practice in the aftermath of the 9/11 attacks remained very diverse and unsettled when states resorted to the use of force against non-state actors on the territory of another state invoking self-defence as their legal basis. All

things considered, it is difficult to draw clear cut conclusions on a changed paradigm of international law of self-defence, but the trend in abandoning the attribution criterion in order to trigger the right of self-defence is noticeable. Also, an increasing number of think-tanks have become occupied with the problem that states, victims of the attacks, are without effective mechanisms to address terrorist threats originating from a territory of another state to which they cannot be traditionally attributed.

The reason that this question remains unsettled lays in the fact that the absence of the attribution of the attack requirement brings about tensions between the respect for territorial sovereignty of the host state and the right of self-defence of the attacked state. Even if the force the states use in self-defence against terrorist attack on the territory of another state is directed against the terrorist goals, this inevitably means the use of force against that state and a subsequent breach of its sovereignty. To pragmatically solve the tension and justify the *prima facie* violation of another state's sovereignty, the unwilling or unable doctrine has been invoked on several occasions.

A common denominator of the past cases in which a non-state actor's attack could not have been reasonably attributed to another state, is that victim states still tried to establish some kind of a link between the non-state actor and the host state, although not in the sense of effective control. The link is the inability or unwillingness of the host state to prevent the non-state actor's attacks emanating from its territory. Invocation of this increasingly popular doctrine can be detected in cases, such as Russian use of force against Chechen rebels in Georgia, Israel's attacks against Hezbollah in Lebanon and the Operation Neptune Spear in which the US killed Osama bin Laden in Pakistan. The unwillingness or inability of the host state has not emerged as an independent legal basis for the extraterritorial use of force against non-state actors. It is considered as being part of the necessity test for a legal exercise of self-defence. In other words, according to the supporters of the doctrine, the victim states can employ force in self-defence if they have no other alternative. If the host state takes all reasonable measures to prevent the use of its territory as a shelter for terrorist activities, the use of force by the victim state against the host state will not be necessary. The centre of the attention in the law of self-defence is therefore shifting from the attribution of the attack of non-state actor, to the imposition of new obligations on states hosting terrorist groups.

However, the inconsistent practice of states after 9/11, especially the response of the international community to the invocation of self-defence in such a context and objections of host states (e.g. Georgia, Lebanon and Pakistan) to such wide understanding of the right to self-defence prevent the doctrine from becoming a part of international law. The context of Syria where the doctrine seems to be used fairly often by the states building their argument of conducting air strikes in Syria in self-defence has been perceived as a possible clarification moment for the status of the doctrine in international law.

States that joined the Coalition against ISIL in Syria have in several instances referred to the individual or collective self-defence to justify their military air strikes on the Syrian

territory without its consent. Yet, Syria is itself in a non-international armed conflict with ISIL. Moreover, this non-state actor has been operating from the territory no longer under control of the Syrian government. To attribute ISIL attacks in Iraq, Paris or Brussels to Syria would mean stretching the attribution rules far beyond the effective control standard. Statements of states that are a part of the Coalition against ISIL in Syria show that the attribution of ISIL attacks to Syria was not their intention. They seem to have accepted the concept of an armed attack regardless of its origin and pragmatically abandoned the attribution requirement without going into theoretical justification for this step. The US, Canada, Australia, Turkey and the UK have explicitly referred to their right to respond and take measures when the attacks originate from the territory of a state that is not willing or able to prevent them, as is in their opinion the case with Syria and ISIL.

Despite this impression of a broad support for the doctrine in the context of Syria and ISIL, there are strong reasons against this doctrine becoming a part of international law. Several states have been at least initially hesitant to expand their military operations from Iraq to Syria in the absence of its consent, despite the fact that ISIL has had a strong base on its territory. Canada for example ceased its operation in Syria in February 2016 because of a murky legal basis for its presence there. Moreover, there are just a few members of the Coalition against ISIL engaged in operations in Syria. Of those that are involved in Syria several have not reported the use of force in self-defence to the SC as required by Article 51 of the UN Charter. In addition, host states persistently reject the arguments underlying this doctrine and consider the use of force of other states on their territory under the disguise of a counter-terrorism argument as acts of aggression as well as a violation of their territorial sovereignty.

The doctrine itself is currently still normatively too vague to be clarified in the context of Syria. There are no generally accepted conditions set to declare a state unwilling or unable, which means discretion of states is dangerously wide. Merging these obstacles with the ambiguous state practice and an apparent absence of *opinio iuris*, the conclusion that can be made is that the use of force in self-defence against non-state actors on the territory of another state remains controversial. Yet, an undeniable trend, especially in Syria, cannot be overlooked. It is not excluded that a private armed attack and the doctrine may once, if the two elements for make-up of a custom are fulfilled, become a rule of customary international law or at least change the interpretation of Article 51 of the UN Charter. This may be so especially if the international community does not raise voice and object when states invoke self-defence against non-state attacks. If this development of the doctrine into international law actually ever happened, the unilateral use of force on the territory of another state under the counter-terrorism argument would become possible in numerous cases which could lead to escalation of wars, consequently endangering international peace and security.