

Les Recueils de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre  
sont édités à Bruxelles par la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre  
et imprimés avec l'appui financier de la Défense belge.

RECUEIL  
XIX

Direction:  
Renaissancelaan 30 Avenue de la Renaissance  
B 1000 - Bruxelles / Brussel



The “Recueils” of the International Society for Military Law and the Law of War  
are edited in Brussels by the International Society for Military Law and the Law of War  
and printed with the financial support of the Belgian Ministry of Defence.

L'INTEROPÉRABILITÉ JURIDIQUE ET LA GARANTIE DU RESPECT DU DROIT APPLICABLE DANS LE CADRE  
DES DÉPLOIEMENTS MULTINATIONAUX  
LEGAL INTEROPERABILITY AND ENSURING OBSERVANCE OF THE LAW APPLICABLE  
IN MULTINATIONAL DEPLOYMENTS

**L'INTEROPÉRABILITÉ JURIDIQUE ET LA GARANTIE  
DU RESPECT DU DROIT APPLICABLE DANS LE  
CADRE DES DÉPLOIEMENTS MULTINATIONAUX**

**LEGAL INTEROPERABILITY AND  
ENSURING OBSERVANCE OF THE LAW APPLICABLE  
IN MULTINATIONAL DEPLOYMENTS**

19<sup>e</sup> Congrès international  
19<sup>th</sup> International Congress  
QUÉBEC (Canada)  
1 - 5 mai/May 2012



S. Horvat & M. Benatar (eds.)



**RECUEILS OF THE INTERNATIONAL SOCIETY  
FOR MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR**

**RECUEILS DE LA SOCIETE INTERNATIONALE  
DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE**

Renaissancelaan 30, Avenue de la Renaissance  
1000 Brussels / Bruxelles, Belgium / Belgique  
TEL : +32.2.742.61.78 - FAX : +32.2.742.61.78  
brussels@ismllw.org

**Director - Directeur**  
Frederik NAERT

**Layout - Conception et mise en pages**  
René MARION

**Editorial assistants - Assistants de rédaction**  
Nicole VIERENDEELS, René MARION

**Secretariat - Secrétariat**  
Hans VRANKEN, Luc DE CONINCK

**Translations - Traductions**  
Service de traduction de la Défense belge,  
Adélaïde KANYANGE

**Printing - Impression**  
Printing House of Defense  
Rue d'Evere / Eversestraat, 1140 - Bruxelles / Brussels, Belgique / Belgium

- © La reproduction, même partielle et sous quelque forme que ce soit, des textes publiés dans cet ouvrage est strictement interdite, sauf autorisation expresse, préalable et écrite du Directeur du Recueil.
- © *No part of this publication may be reproduced, in any form or by any means, without the prior, explicit and written permission of the Director of the Recueil.*

RECUEILS  
DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE  
ET DE DROIT DE LA GUERRE

**L'INTEROPÉRABILITÉ JURIDIQUE  
ET LA GARANTIE DU RESPECT DU DROIT  
APPLICABLE DANS LE CADRE  
DES DÉPLOIEMENTS MULTINATIONAUX**

Textes du congrès

**LEGAL INTEROPERABILITY  
AND ENSURING OBSERVANCE  
OF THE LAW APPLICABLE  
IN MULTINATIONAL DEPLOYMENTS**

Congress Proceedings

**Stanislas HORVAT  
Marco BENATAR  
(eds.)**

BRUXELLES / BRUSSELS

2013



## TABLE DES MATIERES / TABLE OF CONTENTS

	Pages
<b>Introduction</b> (français).....	11
<b>Introduction</b> (English).....	13
<b>Comité organisateur</b> .....	16
<b>Organising Committee</b> .....	17
<b>Programme</b> (français).....	20
<b>Programme</b> (English).....	28
<b>Allocutions inaugurales - Opening Speeches</b> .....	35
Allocution inaugurale de S.E.M. Steven Blaney, Ministre des Anciens Combattants du Canada Opening Speech by the Hon. Steven Blaney, Minister of Veteran Affairs, Canada .....	36
<b>Questionnaire</b> (français).....	49
<b>Questionnaire</b> (English).....	55
<b>Rapport général</b> .....	63
<b>General Report</b> .....	121
<b>National Reports / Rapports nationaux</b>	
Algérie - Algeria (français).....	173
Allemagne - Germany (English).....	179
Autriche - Austria (English).....	183
Etats-Unis - United States (English).....	187
Norvège - Norway (English).....	196
Pays-Bas - The Netherlands (English).....	200
Rep. tchèque - Czech Republic (English).....	209
Slovaquie - Slovak Republic (English).....	216
Suisse - Switzerland (English).....	222
Zambie - Zambia (English).....	227
<b>Lectures – Communications</b> .....	229
Necessity and Proportionality in the <i>Jus ad bellum</i> and the <i>Jus in bello</i> (Yoram DINSTEIN).....	231
Air Targeting in Operation Unified Protector in Libya. Jus ad bellum and IHL Issues: An External Perspective (Giulio BARTOLINI) .....	242
Military justice systems (Michael GIBSON).....	280
Private Military and Security Contractors – A Historical Analysis (Christiane OEHMKE)	285
National Authorities Enforcing National Military and Criminal Law in Multinational Operations : Problems, Challenges and Solutions (Alexandra PERZ) .....	296
The Use and Status of Private Military and Security Companies - Practical Experiences from the US and Canada (David ANTONYSHYN) .....	301
The Soldier’s Human Rights (Hellmut KÖNIGSHAUS).....	311
The issue of International Humanitarian Law applicability to recent UN, NATO and African Union peace operations : Libya, Somalia, Democratic Republic of Congo, Ivory Coast... (Tristan FERRARO) .....	315
The Application of Human Rights Law in Peace Operations (Kjetil Mujezinović LARSEN).....	324
The Application of Human Rights Law in Peace Operations Comments (Frederik NAERT).....	336
Observance of International Humanitarian law by Forces under the Command of International Organisations (Arne Willy DAHL) .....	345

Combined Operations – an International War Crimes Perspective (Arne Willy DAHL) .....	364
Observance of International Humanitarian Law by Forces under the Command of the European Union (Frederik NAERT).....	373
El ciberespacio como arma de guerra: La preocupación española y europea ante la yihad (Victoriano PERRUCA ALBADALEJO).....	405
<b>Prix Ciardi 2012 – Ciardi Prize 2012</b> .....	429
<b>Closing speeches – Allocations de clôture</b> .....	435
Allocation de clôture du Général de Brigade Jan Peter Spijk, Président de la Société Closing speech of Brigadier General Jan Peter Spijk, President of the Society .....	437
Allocation de clôture de S.E.M. Peter Mc Kay, Ministre de la Défense du Canada Closing Speech by the Hon. Peter Mc Kay, Minister of Defence, Canada.....	439
<b>LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR</b> .....	445





*Les auteurs sont seuls responsables du contenu de leur contribution et celle-ci ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la politique de l'organisation, de l'autorité ou du pays dont font partie les auteurs.*

All contributions are the sole responsibility of their author and do not necessarily reflect the opinion or policy of the organization or country to which they are affiliated.

# **INTRODUCTION**



## INTRODUCTION (français)

Du 1<sup>er</sup> au 5 mai 2012 s'est tenu à Québec, dans le magnifique cadre du château Frontenac, le XIX<sup>ème</sup> Congrès de la Société Internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre, se rapportant à l'interopérabilité juridique et la garantie du respect du droit applicable dans le cadre des déploiements multinationaux.

Plus de 150 spécialistes d'environ 30 pays à travers le monde se sont réunis pour discuter cette question hautement actuelle. Une dizaine de pays avaient, par la voie de leur ministère de la Défense ou des Affaires étrangères ou de leur groupe national, répondu préalablement à un questionnaire qui portait sur divers aspects de la légitime défense dans le contexte militaire : les bases juridiques nationales de l'emploi à la force, la légitime défense par rapport aux acteurs non-étatiques et dans le contexte des opérations de la paix, la légitime défense individuelle, militaire et la protection des forces par rapport aux règles d'engagement.

Sur base des réponses au questionnaire, le professeur Terry Gill de l'université d'Amsterdam et de l'Ecole militaire des Pays-Bas, le colonel Carl Marchand, chef du département de droit international humanitaire des forces armées suisses, M. Hans Boddens Hosang, directeur adjoint des affaires juridiques au ministère de la Défense des Pays-Bas, et le colonel Dr Paul Ducheine, maître de conférences à l'Ecole militaire des Pays-Bas, ont présenté un rapport général, dont le contenu fut ensuite débattu en assemblée.

Après la présentation du rapport général, on a enchaîné avec un débat sur les principes de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du jus ad bellum, du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'Homme.

La Commission spécialisée du droit des opérations maritimes et aériennes a abordé un nombre de questions d'interopérabilité juridique propres aux opérations multinationales maritimes, aériennes et interarmées, dont l'approche de L'OTAN, les bombardements aériens pendant et avant l'opération « Unified Protector », une analyse combinée de jus ad bellum et de jus in bello du blocage aérien et de la zone d'interdiction aérienne, ou encore quelques problèmes juridiques des opérations modernes multinationales, tels que le blocage naval et l'embargo, le maintien de l'ordre public naval dans le contexte des détroits ou le traitement des pirates capturés.

La Commission de criminologie et de droit pénal militaire s'est intéressée aux autorités nationales chargées de l'application du droit pénal militaire national dans le cadre des opérations multinationales et aux problèmes et défis auxquels elles sont confrontées.

La Commission de l'histoire du droit militaire et du droit de la guerre, pour sa part, a approfondi la question de l'utilisation et du statut des entreprises

militaires et de sécurité privées, avec un compte rendu des expériences pratiques des Etats-Unis et du Canada, et les tentatives de standardisation en cours en matière de la supervision des EMSP, en particulier le processus de Montreux.

La Commission des affaires générales a étudié les droits de l'homme du soldat, tandis que la Commission de droit international humanitaire a focalisé ses travaux sur le respect du droit international humanitaire par les forces placées sous le commandement des organisations internationales.

En plus des sessions des commissions spécialisées, se sont tenues des conférences sur la question de l'applicabilité du droit international humanitaire aux opérations de paix récentes des Nations-Unies, de l'OTAN et de l'UE, sur la justice militaire, concernant le Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités, concernant l'utilisation de la force cybernétique ou encore concernant le projet de la Société portant sur le droit international des opérations de paix.

A la fin des sessions, le jury de la fondation Ciardi a décerné le Prix Ciardi 2012, qui récompense le lauréat du concours Ciardi en matière de droit militaire et droit des conflits armés. Le Dr Matteo Tondini, membre du jury, a remis le prix – par téléconférence interposée – au Dr Steven Dewulf de l'Université d'Anvers (Belgique), pour son ouvrage « The Signature of Evil: (Re)defining Torture in International Law » (Intersentia, 2011). Le jury a attribué une mention spéciale au Dr Frederik Naert du Service juridique du Conseil de l'Union européenne pour la grande qualité académique de son étude « International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights » (Intersentia, 2010).

A l'issue du congrès, les mandats au sein des conseils de direction et d'administration ont été renouvelés. L'ancien vice-président Jan Peter Spijk, général de brigade et chef du service juridique du ministère de la Défense des Pays-Bas, a repris la présidence du président sortant, Arne Willy Dahl, auditeur général près les forces armées norvégiennes. Le Colonel Rolet Loretan (Suisse), ancien premier vice-président, et le Colonel Ali Fatnassi (Tunisie), ancien vice-président, ont quitté leur fonction au sein du Conseil d'administration, tandis que le professeur Wolff Heintschel von Heinegg (Allemagne), et le général Veikko Kavungo (Namibie) l'ont rejoint, de même que le capitaine de vaisseau Fabrizio Ratto-Vaquer (Italie), qui a repris la fonction de trésorier du Colonel Gerard Van Vugt (Pays-Bas). Le Colonel Zafeiropoulos (Grèce) a été élu premier vice-président.

Le congrès a également été l'occasion pour les membres canadiens de décider de former un Groupe national de la Société. Nous leur souhaitons bon vent !

*Stanislas Horvat & Marco Benatar*

## INTRODUCTION (English)

From 1<sup>st</sup> to 5<sup>th</sup> May 2012 the splendid Château Frontenac in Quebec City served as the venue for the XIX<sup>th</sup> Congress of the International Society for Military Law and the Law of War, with as its central theme “Legal Interoperability and Ensuring Observance of the Law Applicable in Multinational Deployments”.

More than 150 specialists from approximately 30 countries representing all corners of the globe met to discuss this highly current issue. Ten countries, through their Ministries of Defence or Foreign Affairs or their national groups, had answered a questionnaire about different aspects of self-defence in the military context: the national legal basis for the use of force, self-defence in relation to non-State actors and in the context of peace operations, personnel and military self-defence and force protection in relation to the rules of engagement.

Drawing upon the answers of the various countries, Professor Terry Gill (University of Amsterdam and Netherlands Defence Academy), Colonel Carl Marchand (Head, Law of Armed Conflict Section, Swiss Armed Forces), Mr. Hans Boddens Hosang (Deputy Director, Legal Affairs, Netherlands Ministry of Defence) and Colonel Dr. Paul Ducheine (Lecturer, Netherlands Defence Academy) presented a general report that was subsequently discussed in plenary session.

After a presentation of the main theme, a debate was held on the principles of necessity and proportionality in *jus ad bellum*, international humanitarian law and international human rights law.

The specialized Committee for the Law of Maritime and Air Operations organized a session on selected questions of legal interoperability specific to multinational maritime, air and joint operations, e.g. the NATO approach to legal interoperability during coalition maritime and air operations, the air targeting experiences of Operation Unified Protector, a combined *jus ad bellum* and *jus in bello* analysis of air blockades and no-fly zones, and a series of legal issues of relevance to modern multinational operations, e.g. naval blockades and embargos, maritime law enforcement in the context of international straits, and the treatment accorded to captured pirates.

The Committee for Military Criminology and Criminal Law focused on national authorities enforcing national military and criminal law in multinational operations and the problems and challenges they face.

The Committee for History of Military Law and the Law of War covered the use and status of private military and security companies – sharing practical experiences from the US and Canada – and the ongoing attempts of standard-setting on the supervision of PMSCs, in particular the Montreux Process.

The Committee for General Affairs investigated the soldier's human rights, whilst the Committee for International Humanitarian Law examined the observance of international humanitarian law by forces under the command of international organizations.

Besides the specialized committees, a number of sessions were held addressing defence procurement law, military justice, the applicability of international humanitarian law to recent UN, NATO and African Union peace operations, the Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities, the use of cyber force and the Society's project on international law in peace operations.

After the sessions, the jury of the Ciardi Foundation awarded the Ciardi Prize 2012, which rewards the best publication submitted in the field of military law or the law of armed conflict. Dr. Matteo Tondini, member of the jury, conferred the Prize – via teleconferencing – to Dr. Steven Dewulf (University of Antwerp, Belgium) for his book *The Signature of Evil: (Re) defining Torture in International Law* (Intersentia, 2011). The jury also honoured the monograph written by Dr. Frederik Naert (Legal Service of the Council of the European Union), *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights* (Intersentia, 2010), with a special mention praising its high academic value.

At the end of the congress the mandates of the office holders in the Board of Directors and the Managing Board were renewed. Former Vice-President Jan Peter Spijk, Brigadier General and Head of the Military Legal Service, The Netherlands, was appointed as President succeeding Mr. Arne Willy Dahl, Judge Advocate General of Norway. Colonel Rolet Loretan (Switzerland), former Senior Vice-President, and Colonel Ali Fatnassi (Tunisia), former Vice-President, left their positions in the Managing Board and Professor Wolff Heintschel von Heinegg (Germany) and General Veikko Kavungo (Namibia) each became Vice-President. Captain Fabrizio Ratto-Vaquero (Italian Navy) joined the Managing Board as Treasurer replacing Colonel Gerard Van Vugt (The Netherlands). Colonel Zafeiropoulos (Greece) was elected Senior Vice-President.

The congress also formed the setting for the Canadian members' decision to establish a new national group of the Society. We wish them all the best!

*Stanislas Horvat & Marco Benatar*

**COMITE ORGANISATEUR**  
**ORGANISING COMMITTEE**



**Comité organisateur**

Général de Brigade Jan Peter SPIJK,  
Chef du service juridique des Forces Armées des Pays-Bas  
et Vice-président de la Société

Général de Brigade (e.r.) Pierre BOUTET,  
Membre du Conseil de Direction de la Société

M. Alfons VANHEUSDEN,  
Conseiller juridique du Cabinet du Ministre de la Défense belge  
et Secrétaire général adjoint de la Société

**Rapporteurs**

Le Professeur Dr Terry GILL,  
Université d'Amsterdam & l'Académie militaire des Pays-Bas

Le Colonel Carl MARCHAND,  
Chef 'Droit Humanitaire' du Ministère de la Défense suisse

**Coordinateurs**

M. Luc DE CONINCK, Secrétariat général  
M. Hans VRANKEN, Secrétariat général

La Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre  
apprécie très fort l'appui du bureau du Juge Avocat Général canadien  
lors de l'organisation du présent Congrès.

**Organising Committee**

Brigadier General Jan Peter SPIJK,  
Head of the Military Legal Service, The Netherlands,  
Vice-President of the Society

Brigadier General (ret.) Pierre BOUTET,  
Member of the Board of Directors of the Society

Mr. Alfons VAN HEUSDEN,  
Legal Advisor Office of the Minister of Defence, Belgium,  
Assistant Secretary General of the Society

**Rapporteurs**

Prof. Dr Terry GILL,  
University of Amsterdam & Netherlands Defence Academy

Colonel Carl MARCHAND,  
Head International Humanitarian Law, Ministry of Defence, Switzerland

**Coordinators**

Mr. Luc DE CONINCK, General Secretariat  
Mr. Hans VRANKEN, General Secretariat

The International Society for Military Law and the Law of War  
gratefully acknowledges the support of the Canadian Judge Advocate General's  
Office in organising this Congress.



## **PROGRAMME**

## Programme (français)

### Mardi 1<sup>er</sup> mai 2012

- Arrivée des participants*
- 09.00 – 12.00 *Réunion du Conseil d'Administration*
- 14.00 – 18.00 *Inscription*
- 14.00 – 17.00 *Réunion du Conseil de Direction*
- 18.00 – 20.00 *Réception de bienvenue*

### Mercredi 2 mai 2012

- Séance plénière*
- Présidence: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées des Pays-Bas et Vice-président de la Société
- 09.00 – 10.00 *Cérémonie d'ouverture*
- Allocution d'ouverture par S.E. M. Steven BLANEY, Ministre des Anciens Combattants du Canada
- Allocution par M. Arne Willy DAHL, Juge-avocat général, Norvège et Président de la Société
- 10.00 – 10.30 *Pause café*
- 10.30 – 12.00 *Rapport général et discussion – Les notions de légitime défense et leur application dans le cadre des opérations multinationales*
- Conférenciers: le Professeur Dr Terry GILL, Université d'Amsterdam et Academie Militaire des Pays-Bas & le Colonel Carl MARCHAND, Chef 'Droit International Humanitaire' du Ministère de la Défense suisse
- 12.00 – 13.15 *Déjeuner*
- 13.15 – 14.45 *Rapport général et discussion – suite*
- Conférenciers: le Professeur Dr Terry GILL, Université d'Amsterdam et Academie Militaire des Pays-Bas & le Colonel Carl MARCHAND, Chef 'Droit International Humanitaire' du Ministère de la Défense suisse
- 14.45 – 15.15 *Pause café*
- 15.15 – 16.30 *Discussion principale – Les principes de nécessité et de proportionnalité dans le cadre du Jus ad Bellum, du Droit international humanitaire et du Droit international des Droits de l'Homme – Sens et interaction*
- Président: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées, Pays-Bas et Vice-président de la Société

- Conférenciers: le Professeur em. Dr Yoram DINSTEIN, Université de Tel Aviv, Israël & le Professeur Dr Jann KLEFFNER, Collège de Défense national, Suède & le Professeur Dr René PROVOST, Université de McGill, Canada
- 16.30 – 17.00 *Allocution – La Justice militaire* par le Général de Brigade Blaise CATHCART, Juge-avocat général, Canada
- 17.00 – 17.20 *Présentation de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*
- Conférencier: M. Alfons VANHEUSDEN, conseiller juridique du Cabinet du Ministre de la Défense belge et Secrétaire général adjoint de la Société
- 17.20 – 18.20 *Assemblée générale*

### **Jeudi 3 mai 2012**

- Sessions en parallèle des commissions spécialisées
- 08.30 – 10.00 **Commission du droit des opérations maritimes et aériennes**  
*Sélection de questions d'interopérabilité juridique propres aux opérations multinationales maritimes, aériennes et interarmées - 1<sup>ère</sup> partie*
- Présidence: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées, Pays-Bas
- *L'interopérabilité juridique pendant les opérations maritimes et aériennes – l'approche de L'OTAN*
  - *Les bombardements aériens pendant et avant l'Opération « Unified Protector »: une vue externe*
- Président: le Commandant Gianmatteo BREDA, Marine italienne, SHAPE
- Conférenciers: le Lieutenant-colonel Mark DAKERS, SHAPE & le Dr Giulio BARTOLINI, Université de Rome III, Italie
- Commission de criminologie et de droit pénal militaire**  
*Les autorités nationales chargées de l'application du Droit pénal militaire national dans le cadre des opérations multinationales – Problèmes, défis et solutions - 1<sup>ère</sup> partie*
- Président: le Professeur Dr Michael NOONE, Université catholique d'Amérique, Washington D.C., Etats-Unis
- Conférenciers: le Colonel Michael GIBSON, Juge-avocat général adjoint, Canada & M. Arne Willy DAHL, Juge-avocat général, Norvège et Président de la Société & le Professeur Dr Geoffrey S. CORN, South Texas College of Law, Etats-Unis

**Commission de l'histoire du droit militaire et du droit de la guerre**

*L'utilisation et le statut des entreprises militaires et de sécurité privées – Historique et futur - 1<sup>ère</sup> partie*

*L'historique de l'utilisation des entreprises militaires et de sécurité privées et les tentatives de standardisation en cours en matière de la supervision des EMSP, en particulier le processus de Montreux*

Président: le Professeur Dr Stefan OETER, Université de Hambourg, Allemagne

Conférenciers : Mme Christiane OEHMKE, Assistante de recherche chez Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin et étudiante doctorale à l'Université de Hambourg, Allemagne & le Colonel Carl MARCHAND, Chef 'Droit International Humanitaire' du Ministère de la Défense suisse

10.00 – 10.30

Pause café

10.30 – 12.00

**Commission du droit des opérations maritimes et aériennes**

*Sélection de questions d'interopérabilité juridique propres aux opérations multinationales maritimes, aériennes et interarmées (avec traduction simultanée - 2<sup>ème</sup> partie*

Présidence: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées, Pays-Bas

- *Le blocage aérien et la zone d'interdiction aérienne (« No-Fly Zone») : une analyse combinée de jus ad bellum et de jus in bello*
- *Quelques problèmes juridiques des opérations modernes multinationales: le blocage naval et l'embargo ; le maintien de l'ordre public naval, dans le contexte des détroits ; le traitement des pirates capturés*

Président: le Commandant Gianmatteo BREDA, Marine italienne, SHAPE

Conférenciers: le Professeur Dr Wolff HEINTSCHEL von HEINEGG, Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder, Allemagne & le Commandant Clive DOW, Marine royale, Royaume-Uni

**Commission de criminologie et de droit pénal militaire**

*Les autorités nationales chargées de l'application du Droit pénal militaire national dans le cadre des opérations multinationales – Problèmes, défis et solutions - 2<sup>ème</sup> partie*

Président: le Professeur Dr Michael NOONE, Université catholique d'Amérique, Washington D.C.

Conférenciers: le Lieutenant-colonel Ruud SCHOONDER WOERD, Conseiller juridique de la Force Aérienne, Pays-Bas & Mme Alexandra PERZ, Conseiller juridique, ACT, OTAN

**Commission de l'histoire du droit militaire et du droit de la guerre**

*L'utilisation et le statut des entreprises militaires et de sécurité privées - 2<sup>ème</sup> partie*

- *Historique et futur*

*L'utilisation et le statut des entreprises militaires et de sécurité privées - Expériences pratiques des Etats-Unis et du Canada*

Président: le Professeur Dr Stefan OETER, Université de Hambourg, Allemagne

Conférenciers: M. James BURGER, Bureau du Conseiller général du Département de la Défense des Etats-Unis et Président honoraire de la Société & le Lieutenant-colonel David ANTONYSHYN, Directeur de Droit internationale et opérationnel, Bureau du Juge-avocat général pour le Canada

12.00 – 13.30

Déjeuner

13.30 – 15.00

**Session sur les marchés publics de la Défense, organisée par le Groupe norvégien de la Société**

*La sécurité dans le doute: éviter des risques inutiles dans le cadre des acquisitions de systèmes de défense majeurs, et les droits de propriété intellectuelle y afférents - 1<sup>ère</sup> partie*

Président: M. Roland TROPE, Avocat du barreau de New York, Etats-Unis, partenaire dans la firme américano-néerlandaise «Trope and Schramm LLP» et Professeur adjoint au département de droit à l'Académie militaire des Etats-Unis

Conférenciers: M. George O. WINBORNE, Bureau du Conseiller juridique du Commandement, Quartier Général du Commandement du Matériel de l'Armée américaine, Arsenal Redstone, Alabama, Etats-Unis & M. Peter S. MARTIN, Avocat du cabinet de Montréal de McCARTHY TETRAULT, Canada & M. Alan MacDONALD, Bureau de l'Avocat-général et Conseiller juridique adjoint de la Section de droit commercial, Département de la Justice – Défense nationale, Canada

**Commission des affaires générales**

*Les droits de l'homme du soldat - 1<sup>ère</sup> partie*

Président: le Dr Alexander PORETSCHKIN, Conseiller juridique en chef du Chef de la Défense allemand

Conférenciers: Mme Christina CERNA, ancien conseiller juridique auprès de l'Organisation des Etats américains & M.



Emmanuel JACOB, Président d'EUROMIL & M. Hellmut KÖNIGSHAUS, Commissaire parlementaire des Forces armées, Allemagne

**Commission de droit international humanitaire**

*Le respect du droit international humanitaire par les Forces placées sous le commandement des organisations internationales - 1<sup>ère</sup> partie*

Présidence: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées, Pays-Bas

Président: le Lieutenant-colonel Marc PHILIPPE, Justice militaire canadienne

Conférenciers: le Professeur Dr Geoffrey S. CORN, South Texas College of Law, Etats-Unis & la Capitaine (Marine) Geneviève BERNATCHEZ, Adjoint du Juge-avocat général (Opérations) Canada

15.00 – 15.30

Pause café

15.30 – 17.00

**Session sur les marchés publics de la Défense organisée par le Groupe norvégien de la Société**

*La sécurité dans le doute: éviter des risques inutiles dans le cadre des acquisitions de systèmes de défense majeurs, et les droits de propriété intellectuelle y afférents - 2<sup>ème</sup> partie*

Président: M. Roland TROPE, Avocat du barreau de New York, partenaire dans la firme américano-néerlandaise «Trope and Schramm LLP» et Professeur adjoint au département de droit à l'Académie militaire des Etats-Unis

Conférenciers: M. George O. WINBORNE, Bureau du Conseiller juridique du Commandement, Quartier Général du Commandement du Matériel de l'Armée américaine, Arsenal Redstone, Alabama, Etats-Unis & M. Peter S. MARTIN, Avocat du cabinet de Montréal de McCARTHY TETRAULT, Canada & M. Alan MacDONALD, Bureau de l'Avocat-général & Conseiller juridique adjoint de la section de droit commercial du Département de la Justice – Défense nationale, Canada

**Commission des affaires générales**

*Les droits de l'homme du soldat - 2<sup>ème</sup> partie*

*Discussion en petits groupes selon la méthode du «World Café»*

Président: le Dr Alexander PORETSCHKIN, avec les conférenciers qui présideront chacun une table

### **Commission de droit international humanitaire**

*Le respect du droit international humanitaire par les Forces placées sous le commandement des organisations internationales - 2<sup>ème</sup> partie*

Présidence: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées, Pays-Bas

Président: le Lieutenant-colonel Marc PHILIPPE, Justice militaire canadienne

Conférenciers: le Dr Frederik NAERT, Service juridique du Conseil de l'Union européenne et Directeur des Publications de la Société, Belgique & M. Arne Willy DAHL, Juge-avocat général, Norvège & M. Stephen J. RAPP, Ambassadeur itinérant chargé du thème des crimes de guerre, Département des Affaires étrangères, Etats-Unis

20.30 – 22.15 Sessions en soirée

20.30 – 21.10 *La Libye, la Somalie, la République Démocratique du Congo, la Côte d'Ivoire... La question de l'applicabilité du DIH aux opérations de paix récentes des Nations-Unies, de l'OTAN et de l'UE*

Président: le Dr Dieter FLECK, Président honoraire de la Société

Conférencier: le Dr Tristan FERRARO, Conseiller juridique au CICR

21.15 – 21.40 *Présentation du « Defense Institute of International Legal Studies »*

Conférencier: le Capitaine (e.r.) Jonathan EDWARDS, Corps des juges-avocats généraux de la Marine des Etats-Unis

21.45 – 22.15 *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités - Sélection des réactions de pays et d'auteurs*

Conférencier: le Dr Marten ZWANENBURG, Conseiller juridique du Ministère de la Défense, Pays-Bas

### **Vendredi 4 mai 2012**

*Séance plénière*

Présidence: le Général de Brigade Jan Peter SPIJK, Chef du service juridique des Forces armées, Pays-Bas

08.00 – 09.00 *Assemblée générale extraordinaire*

09.00 – 09.15 *Présentation du Groupe national canadien*

Conférencier: le Colonel Michael GIBSON, Juge-avocat général adjoint pour la justice militaire du Canada

- 09.15 – 09.45 *L'utilisation de la force cybernétique*  
 Président : M. Alfons VANHEUSDEN, conseiller juridique du Cabinet du Ministre de la Défense belge et Secrétaire général adjoint de la Société  
 Conférencier: le Dr Eneken TIKK, Université de Toronto, Canada  
 Réponse: M. Marco BENATAR, Chercheur à la *Vrije Universiteit Brussel*, Belgique
- 09.45 – 10.15 Pause café
- 10.15 – 11.30 *Rapport préparé dans le cadre du projet de la Société portant sur le Droit international des opérations de paix: l'application du droit international des droits de l'homme dans le cadre des opérations de paix*  
 Président: le Dr Dieter FLECK, Président honoraire de la Société  
 Conférencier: le Dr Kjetil LARSEN, Professeur associé au Centre norvégien pour les droits de l'homme, de l'Université d'Oslo, Norvège  
 Réponse: le Dr Frederik NAERT, Service juridique du Conseil de l'Union européenne et Directeur des Publications de la Société
- 11.40 – 12.00 *Allocution* par S.E. M. Peter MacKAY, Ministre de la Défense nationale, Canada
- 12.00 – 13.30 Déjeuner
- 13.30 – 14.30 *Rapport préparé dans le cadre du projet de la Société portant sur le Droit international des opérations de paix: les détentions en opérations et la surveillance indépendante dans le cadre des opérations de paix*  
 Président: le Professeur Dr Terry GILL, Université d'Amsterdam et Academie Militaire des Pays-Bas  
 Conférencier : le Colonel (e.r.) Roy ABBOTT, Consultant en droit international, Australie
- 14.30 – 15.00 Pause-café
- 15.00 – 15.30 *Remise du Prix Ciardi 2012*  
 Représentants du jury: le Professeur Dr Wolff HEINTSCHELL von HEINEGG, Europa-Universität Viadrina Francfort/Oder, Allemagne & le Professeur Dr Jann KLEFFNER, Collège de Défense national, Suède & le Dr Matteo TONDINI, Editeur en chef de la Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre

*Présentation de la Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 2011*

Conférencier: le Dr Matteo TONDINI, Editeur en chef de la Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre

15.30 – 16.15 *Séance de clôture*

15.30 – 15.45 *Conclusions générales des rapporteurs généraux*

15.45 – 16.15 *Allocutions de clôture*

16.15 – 17.00 *Réunion conjointe des Conseils d'Administration et de Direction*

19.00 – 22.00 *Dîner de clôture*

**Samedi 5 mai 2012**

*Programme socioculturel*

**Dimanche 6 mai 2012**

*Départ des participants*

## Programme (English)

### Tuesday 1 May 2012

*Arrival of Participants*

09.00 – 12.00 *Meeting of the Managing Board*

14.00 – 18.00 *Registration*

14.00 – 17.00 *Meeting of the Board of Directors*

18.00 – 20.00 *Welcome Reception*

### Wednesday 2 May 2012

*Plenary session*

Master of ceremonies: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands, Vice-President of the Society

09.00 – 10.00 *Opening Ceremony*

Opening speeches by the Honourable Steven BLANEY, Minister of Veterans Affairs, Canada

Speeches by Mr Arne Willy DAHL, Judge Advocate General of Norway, President of the Society

10.00 – 10.30 *Coffee/tea*

10.30 – 12.00 *General Report and discussion - The Notions of Self-defence and their Application in Multinational Operations*

Presenters: Prof. Dr Terry GILL, University of Amsterdam and Netherlands Defence Academy & Colonel Carl MARCHAND, Head International Humanitarian Law, Ministry of Defence, Switzerland

12.00 – 13.15 *Lunch*

13.15 – 14.45 *General Report and discussion - Continuation*

Presenters: Prof. Dr Terry GILL, University of Amsterdam and Netherlands Defence Academy & Colonel Carl MARCHAND, Head International Humanitarian Law, Ministry of Defence, Switzerland

14.45 – 15.15 *Coffee/tea*

15.15 – 16.30 *Keynote Discussion - The Principles of Necessity and Proportionality in Jus ad Bellum, International Humanitarian Law and International Human Rights Law – Meaning and Interaction*

Chair: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands, Vice-President of the Society

Presenters: Prof. Dr Yoram DINSTEIN, Professor Emeritus, Tel Aviv University, Israel & Prof. Dr Jann KLEFFNER, National

Defence College, Sweden & Prof. Dr René PROVOST, McGill University, Canada

16.30 – 17.00 *Address - Military Justice* by Brigadier General Blaise CATHCART, TJAG, Canada

17.00 – 17.20 *Presentation of the International Society for Military Law and the Law of War*

Presenter: Mr Alfons VANHEUSDEN, Legal Advisor, Office of the Minister of Defence, Belgium, Assistant Secretary General of the Society

17.20 – 18.20 *General Assembly*

### **Thursday 3 May 2012**

Parallel Specialised Sessions

08.30 – 10.00 **Committee for the Law of Maritime and Air Operations**

*Selected Questions of Legal Interoperability Specific to Multinational Maritime, Air and Joint Operations - Part I*

Master of ceremonies: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands

- *NATO Approach to Legal Interoperability during Coalition Maritime and Air Operations*
- *Air Targeting in the Experiences of Operation Unified Protector and Before: An External Perspective*

Chair: Commander Gianmatteo BREDA, Italian Navy, SHAPE

Presenters: Lieutenant Colonel Mark DAKERS, SHAPE & Dr Giulio BARTOLINI, University of Roma Tre, Rome, Italy

**Committee for Military Criminology and Criminal Law**

*National Authorities Enforcing National Military and Criminal Law in Multinational Operations – Problems, Challenges and Solutions - Part I*

Chair: Prof. Dr Michael NOONE, Catholic University of America, Washington D.C., United States

Presenters: Colonel Michael GIBSON, Deputy Judge Advocate General for Military Justice, Canada & Mr Arne Willy DAHL, Judge Advocate General of Norway & Prof. Dr Geoffrey S. CORN, South Texas College of Law, United States

**Committee for History of Military Law and the Law of War**

*The Use and Status of Private Military and Security Companies - History and Future - Part I*

*The History of the Use of Private Military and Security Companies and the Ongoing Attempts of Standard-setting on the Supervision of PMSCs, in particular the Montreux Process*

Chair Prof. Dr Stefan OETER, University of Hamburg, Germany

Presenters: Mrs Christiane OEHMKE, Research assistant at Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin, doctoral student at the University of Hamburg, Germany & Colonel Carl MARCHAND, Head International Humanitarian Law, Ministry of Defence, Switzerland

10.00 – 10.30

Coffee/tea

10.30 – 12.00

**Committee for the Law of Maritime and Air Operations**

*Selected Questions of Legal Interoperability Specific to Multinational Maritime, Air and Joint Operations*

Master of ceremonies: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands - Part II

- *Air Blockade and No-Fly-Zone: A Combined Jus ad Bellum and Jus in Bello Analysis*
- *A Series of Legal Issues of Modern Multinational Operations: Naval Blockade and Embargo; Maritime Law Enforcement in the Context of International Straits; Treatment of Captured Pirates*

Chair: Commander Gianmatteo BREDA, Italian Navy, SHAPE

Presenters: Prof. Dr Wolff HEINTSCHEL von HEINEGG, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), Germany & Commander Clive DOW, Royal Navy, United Kingdom

**Committee for Military Criminology and Criminal Law**

*National Authorities Enforcing National Military and Criminal Law in Multinational Operations – Problems, Challenges and Solutions - Part II*

Chair: Prof. Dr Michael NOONE, Catholic University of America, Washington D.C., United States

Presenters: Lieutenant Colonel Ruud SCHOONDERWOERD, Legal Advisor, Royal Netherlands' Air Force & Mrs Alexandra PERZ, LL.M., Legal Advisor, Allied Command Transformation, NATO

**Committee for History of Military Law and the Law of War**

*The Use and Status of Private Military and Security Companies - History and Future - Part II*

*The Use and Status of Private Military and Security Companies - Practical Experiences from the US and Canada*

Chair: Prof. Dr Stefan OETER, University of Hamburg, Germany

Presenters: James BURGER, Office of the General Counsel, Department of Defense, United States, Honorary President of the Society & Lieutenant Colonel David ANTONYSHYN, Director of International and Operational Law, Canadian JAG Office

12.00 – 13.30 Lunch

13.30 – 15.00 Defence Procurement Law (Organised by the Norwegian Group of the Society)

*Security on Steep Ground: Averting unnecessary Risks in Acquisitions of Major Defence Systems and the Related Intellectual Property Rights - Part I*

Chair: Mr Roland TROPE, New York lawyer, partner in the U.S. and Netherlands firm of Trope and Schramm LLP, and Adjunct Professor in the Department of Law at the U.S. Military Academy, United States

Presenters: Mr George O. WINBORNE, Office of Command Counsel, U.S. Army Material Command Headquarters, Redstone Arsenal, Alabama, United States & Mr Peter S. MARTIN, Counsel, Montreal offices of McCARTHY TETRAULT (law firm), Canada & Mr Alan MacDONALD, Office of the General Counsel & Deputy Legal Advisor Commercial Law Advisory Services, Department of Justice - National Defence, Canada

#### **Committee for General Affairs**

*The Soldier's Human Rights - Part I*

Chair: Dr Alexander PORETSCHKIN, Head Legal Advisor to the German Chief of Defence and his deputies

Presenters: Mrs Christina CERNA, Formerly Legal Expert at the Organisation of American States & Mr Emmanuel JACOB, President of EUROMIL & Mr Hellmut KÖNIGSHAUS, Parliamentary Commissioner for the Armed Forces, Germany

#### **Committee for International Humanitarian Law**

*Observance of International Humanitarian Law by Forces under the Command of International Organisations (with simultaneous translation - Part I*

Master of ceremonies: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands)

Chair: Lieutenant Colonel Marc PHILIPPE, Judge Advocate General Corps, Canada

Presenters: Prof. Dr Geoffrey S. CORN, South Texas College of Law, United States & Captain (Navy) Geneviève



BERNATCHEZ, Deputy Judge Advocate General (Operations),  
Office of the Judge Advocate General, Canada Canada

15.00 – 15.30

Coffee/tea

15.30 – 17.00

**Defence Procurement Law - Organised by the Norwegian Group of the Society**

*Security on Steep Ground: Averting unnecessary Risks in Acquisitions of Major Defence Systems and the Related Intellectual Property Rights - Part II*

Chair: Mr Roland TROPE, New York lawyer, partner in the U.S. and Netherlands firm of Trope and Schramm LLP, and Adjunct Professor in the Department of Law at the U.S. Military Academy, United States

Presenters: Mr George O. WINBORNE, Office of Command Counsel, U.S. Army Material Command Headquarters, Redstone Arsenal, Alabama & Mr Peter S. MARTIN, Counsel, Montreal offices of McCARTHY TETRAULT (law firm), Canada & Mr Alan MacDONALD, Office of the General Counsel & Deputy Legal Advisor Commercial Law Advisory Services, Department of Justice - National Defence, Canada

**Committee for General Affairs**

*The Soldier's Human Rights - Part II*

*General discussion at small tables as World Café*

Chair: Dr Alexander PORETSCHKIN, together with the presenters, who will chair the respective tables

**Committee for International Humanitarian Law**

*Observance of International Humanitarian Law by Forces under the Command of International Organisations - Part II*

Master of ceremonies: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands

Chair: Lieutenant Colonel Marc PHILIPPE, Judge Advocate General Corps, Canada

Presenters: Dr Frederik NAERT, Legal Service, Council of the European Union, Director of Publications of the Society & Mr Arne Willy DAHL, Judge Advocate General of Norway & Mr Stephen J. RAPP, Ambassador-at-Large for War Crimes Issues, Department of State, United States

20.30 – 22.15

**Evening sessions**

20.30 – 21.10

*Libya, Somalia, Democratic Republic of Congo, Ivory Coast...  
The Issue of IHL Applicability to Recent UN, NATO and African Union Peace Operations*

- Chair: Dr Dieter FLECK, Honorary President of the Society  
 Presenter: Dr Tristan FERRARO, Legal Advisor, ICRC
- 21.15 – 21.40 *Presentation of the Defense Institute of International Legal Studies*  
 Presenter: Captain (ret.) Jonathan EDWARDS, JAGC, USN, United States
- 21.45 – 22.15 *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities - A Selection of Reactions of Countries and Authors*  
 Presenter: Dr Marten ZWANENBURG, Senior Legal Advisor, Ministry of Defence, The Netherlands

### Friday 4 May 2012

- Plenary Session*  
 Master of ceremonies: Brigadier General Jan Peter SPIJK, Head of the Military Legal Service, The Netherlands
- 08.00 – 09.00 *Extraordinary General Assembly*
- 09.00 – 09.15 *Presentation of the Canadian National Group of the Society*  
 Presenter: Colonel Michael GIBSON, Deputy Judge Advocate General for Military Justice, Canada, President of the Canadian National Group
- 09.15 – 09.45 *The Use of Cyber Force*  
 Chair: Mr Alfons VANHEUSDEN, Legal Advisor, Office of the Minister of Defence, Belgium, Assistant Secretary General of the Society  
 Presenter: Dr Eneken TIKK, Post-Doctoral Fellow, University of Toronto, Canada  
 Respondent: Mr Marco BENATAR, Researcher, Vrije Universiteit Brussel, Belgium
- 09.45 – 10.15 Coffee/tea
- 10.15 – 11.30 *Paper Prepared for the Society's Project on International Law in Peace Operations - The Application of Human Rights Law in Peace Operations*  
 Chair: Dr Dieter FLECK, Honorary President of the Society  
 Presenter: Dr Kjetil LARSEN, Associate Professor, Norwegian Center for Human Rights, University of Oslo, Norway  
 Respondent: Dr Frederik NAERT, Legal Service, Council of the European Union, Director of Publications of the Society
- 11.40 – 12.00 *Speech* by the Honourable Peter MacKAY, Minister of National Defence, Canada
- 12.00 – 13.30 Lunch

- 13.30 – 14.30 *Paper Prepared for the Society's Project on International Law in Peace Operations - Operational Detentions and Independent Oversight in Peace Operations*  
Chair: Prof. Dr Terry GILL, University of Amsterdam & Netherlands Defence Academy  
Presenter: Colonel (ret.) Roy ABBOTT, Consultant for International Law, Australia
- 14.30 – 15.00 Coffee/tea
- 15.00 – 15.30 *Award of the Ciardi Prize 2012*  
Representatives of the jury: Prof. Dr. Wolff HEINTSCHELL von HEINEGG, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), Germany & Prof. Dr. Jann KLEFFNER, National Defence College, Sweden & Dr. Matteo TONDINI, Editor-in-Chief of The Military Law and the Law of War Review  
*Presentation of The Military Law and the Law of War Review 2011*  
Presenter: Dr Matteo TONDINI, Editor-in-Chief of The Military Law and the Law of War Review
- 15.30 – 16.15 *Closing Session*
- 15.30 – 15.45 *Concluding Overview by the General Rapporteurs*
- 15.45 – 16.15 *Closing speeches*
- 16.15 – 17.00 *Joint meeting of the Managing Board and the Board of Directors*
- 19.00 – 22.00 *Closing Dinner*

**Saturday 5 May 2012**

*Social-cultural activity*

**Sunday 6 May 2012**

*Departure of the participants*

**ALLOCUTIONS INAUGURALES**

**OPENING ADDRESSES**

**L'honorable Steven Blaney**  
***Ministre des Anciens Combattants***

(English text: see page 41)

Monsieur Arne Willy Dahl, président de la Société internationale et juge-avocat général de Norvège,  
Brigadier-général Jan-Peter Spijk, vice-président de la Société internationale et chef des services juridiques militaires des Pays-Bas,  
Autres membres honorables du conseil d'administration de la Société,  
Brigadier-général Blaise Cathcart, juge-avocat général des Forces canadiennes,

Je suis heureux d'être avec vous ce matin à l'occasion de la séance d'ouverture du 19<sup>e</sup> Congrès de la Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre.

Au nom du gouvernement du Canada, j'ai également le plaisir de vous accueillir sur les lieux de l'une des villes historiques les plus belles de l'Amérique du Nord. La ville de Québec est vraiment un lieu spécial – comme vous êtes sans doute en train de le découvrir – une ville charmante, pleine de vie et si riche culturellement, mais également encore si proche de ses racines militaires. Elle a bien mérité d'être désignée site du patrimoine mondial par l'UNESCO. Alors, bien que je sache que vous avez de longues journées et un horaire chargé devant vous, j'espère que vous vous ferez plaisir en explorant cette ville inoubliable. Je peux vous assurer que vous ne le regretterez pas.

En tant que ministre des Anciens Combattants, c'est un privilège d'être avec vous, en compagnie d'autant de dirigeants mondiaux dans les domaines du droit militaire et du droit de la guerre. C'est une excellente occasion pour moi d'être ici, tant sur le plan professionnel que personnel, tandis que vous vous préparez pour trois journées de présentations et de discussions. Après tout, vos efforts sont opportuns et pertinents pour chaque nation qui a à cœur la santé et la sécurité de ses hommes et femmes en uniforme, et des gens qu'ils défendent et protègent. Compte tenu de l'augmentation du nombre de déploiements multinationaux à l'échelle de la planète, nous ne soulignerons jamais assez l'important et le caractère urgent de votre travail.

Au cours des trois prochains jours, vos discussions et vos débats porteront entre autres sur les points importants suivants :

- Le concept de légitime défense et son application en cours d'opérations multinationales;
- Les principes de nécessité et de proportionnalité dans le domaine du droit international humanitaire et du droit international en matière des droits de la personne;

- La question fascinante, complexe et énormément importante de la justice militaire;
- Les problèmes, les défis et les solutions qui se présentent aux autorités nationales dans l'application du droit national militaire et pénal pendant les opérations multinationales;
- Le recours aux entreprises privées de sécurité militaire et la réglementation à leur sujet;
- Le respect du droit international humanitaire par les forces militaires qui relèvent des organismes internationaux;
- Les droits de la personne des soldats;
- L'utilisation de cyber force.

Ces sujets sont parmi les plus importantes questions d'actualité du domaine du droit international aujourd'hui. Ils illustrent l'importance du respect et de la diffusion du droit international humanitaire pour l'avancement de la primauté du droit sur la scène internationale.

Naturellement, pour la plupart des civils, l'expression « droit de la guerre » semble être un oxymoron, une expression contradictoire. Nous sommes surpris de son existence même parce que, pour nous, la guerre n'est qu'un chaos violent. Mais quand nous en apprenons davantage sur le travail que vous faites, son côté humanitaire, les idéaux que vous poursuivez et l'expertise que vous mettez à profit, nous découvrons combien ces questions sont fondamentales et fascinantes.

Pour ces mêmes raisons, le Canada est le lieu tout désigné pour la tenue de votre 19<sup>e</sup> congrès.

Nous avons apporté, presque depuis les débuts de notre pays, un appui de tous les moments à la défense des lois internationales.

Nous avons été les signataires des principales conventions internationales dans le domaine du droit international humanitaire depuis les années 1890, y compris les conventions de La Haye, les conventions de Genève de 1949 et 1977 et les deux Protocoles additionnels I et II aux conventions, adoptés en 1977.

Le Canada a également été chef de file en créant le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et continue de l'être dans le développement du droit international humanitaire et du droit pénal international.

De plus, nous avons toujours été conscients de l'importance du droit international coutumier et également du droit international conventionnel. Ce fait est illustré chez les hommes et les femmes qui servent dans les Forces canadiennes – les vaillants soldats, marins et membres de la force aérienne qui se sont mérité, à juste titre, la réputation de chefs et de modèles sur le terrain.

On a dit que le caractère n'est en fait qu'une habitude de longue date. Si c'est le cas, nous devons inciter toutes les nations à prendre l'habitude de respecter le droit international fondamental.

Nous devons encourager les nations à accorder une priorité élevée à leur obligation juridique d'enseigner à leurs troupes le droit des conflits armés, et à respecter le droit international humanitaire et le droit international en matière des droits de la personne lorsqu'elles exécutent leurs opérations.

Le Canada fait sa part – non seulement sur la scène internationale, mais aussi ici, au pays. Nous sommes déterminés à former les meilleurs soldats au monde; les hommes et les femmes en uniforme les plus disciplinés et professionnels – parce qu'ils représentent notre nation et nos valeurs en tant que Canadiens.

Nous reconnaissons qu'une formation rigoureuse portant sur la loi et l'importance de la respecter constitue un élément essentiel des opérations militaires dans le monde moderne. C'est pourquoi le Cabinet du Juge-avocat général joue un rôle clé dans les Forces canadiennes, et que son expertise et ses efforts sont reconnus internationalement en ce qui a trait à l'avancement dans les domaines de la justice militaire et du droit des conflits armés.

Je saisis l'occasion pour témoigner une reconnaissance particulière au Cabinet du Juge-avocat général, puisque cette année marque le 100<sup>e</sup> anniversaire de la nomination du premier JAG, le Major-général Henry Smith.

Je suis heureux de mentionner que le juge-avocat général actuel, le Brigadier-général Blaise Cathcart, est parmi nous aujourd'hui et il aura un rôle important à jouer au cours du présent congrès et des efforts futurs de la Société internationale.

Je suis ravi également de voir que le Congrès marque la création d'un groupe national canadien au sein de la Société internationale, dont deviendra président le Colonel Michael Gibson, le juge-avocat général adjoint – Justice militaire, des Forces canadiennes. Il se joint aux 21 autres groupes nationaux chargés d'aider la Société internationale à promouvoir et à stimuler l'étude du droit militaire à l'échelle nationale.

On trouve quelques-uns des meilleurs exemples de professionnalisme militaire ici même dans la province de Québec.

Nos aviateurs de la 3<sup>e</sup> Escadre à Bagotville, au Québec, se sont distingués en préparant et en effectuant des centaines de sorties dans le ciel de la Libye. Nos troupes du Royal 22<sup>e</sup> Régiment à la BFC Valcartier ont été tout aussi extraordinaires en servant avec honneur et distinction au cours de plusieurs déploiements en Afghanistan.

En ce moment, près de 1 200 Canadiens et Canadiennes servent à l'étranger, dans le cadre de missions multinationales, dans certains des endroits les plus troublés au monde, comme l'Afghanistan, le Moyen-Orient, le Soudan dans la région du Darfour, et la République démocratique du Congo.

Ils poursuivent ainsi la longue et fière tradition canadienne en matière de service militaire, en appui aux objectifs de l'Organisation des Nations Unies, de l'OTAN et de la communauté internationale pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Nous figurons parmi les pionniers mondiaux du maintien de la paix. Et plus récemment, nous avons pris la place qu'il nous incombait d'occuper parmi les meilleurs du monde dans le domaine des opérations de soutien de la paix et de combat.

Nous ne reculons pas devant les lourdes tâches des opérations militaires internationales autorisées par l'ONU. Comme l'a dit à l'occasion notre premier ministre, le Canada ne cherche pas la bagarre, mais il n'en a pas peur non plus.

C'est ce que nous sommes. C'est notre histoire.

Le Canada est devenu une nation au cours de la bataille sur la crête de Vimy en 1917, et ses valeurs n'ont pas changé depuis : nous sommes un pays libre et démocratique déterminé à défendre les valeurs que sont les droits de la personne et la primauté du droit.

C'est pourquoi nos hommes et nos femmes courageux ont participé à la mission de combat autorisée par l'ONU et dirigée par l'OTAN en Afghanistan. C'est pourquoi 925 de nos meilleurs et plus brillants hommes et femmes sont encore là-bas – dans le cadre de la mission de l'OTAN – pour veiller à ce que les forces de la sécurité de l'Afghanistan soient bien préparées, bien dirigées et bien équipées.

Notre pays a payé cher un tel service. Le Canada a perdu 158 de ses meilleurs hommes et femmes en Afghanistan. Les blessés – au corps et à l'âme – ont été encore plus nombreux. En tant que ministre des Anciens Combattants du Canada, j'en suis venu à comprendre les réalités du conflit armé d'une façon encore plus profonde et personnelle que je n'aurais pu imaginer.

Et j'en suis venu à comprendre, avec beaucoup de tristesse, les répercussions du service militaire sur les vies humaines, ainsi que l'importance pressante du soutien que le gouvernement doit apporter à ceux et celles qui nous ont servi avec tant de dévouement.

Notre nation a souffert énormément pour protéger nos valeurs communes.



Malgré l'ampleur tragique du sacrifice, le Canada a répondu encore une fois à l'appel qui a été lancé par le monde entier en faveur du peuple libyen, l'an dernier – lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies, avec l'appui de nations arabes, a demandé l'aide à l'OTAN pour mettre en place un blocus au large de la côte libyenne et établir une zone d'exclusion aérienne.

En tout, plus de 2 000 membres des Forces armées canadiennes ont servi dans la région méditerranéenne pour appuyer cette mission. Notre marine et notre force aérienne ont démontré leurs compétences et leur professionnalisme au cours de leur service dans cette région lointaine. En protégeant la population civile de la Lybie, les CF-18 canadiens ont contribué à l'érosion des forces du régime de Kadhafi. Ils ont prévenu d'autres attaques et ont permis au peuple libyen de déterminer leur propre avenir.

Au cours de ces missions, nos soldats, marins et aviateurs se sont comportés de façon admirable en agissant avec honneur, courage et compassion. Et, il convient tout particulièrement de le préciser dans le contexte de ce congrès, en portant une attention particulière et en accordant un profond respect au droit international des conflits armés.

Nous sommes déterminés à bâtir un monde meilleur pour nos enfants et les générations que nous ne connaissons jamais.

Nous sommes déterminés à créer un avenir où la vie humaine est considérée comme un cadeau précieux qui nous est donné.

Et nous sommes déterminés à faire en sorte que tous les peuples vivent en paix et dans la liberté.

De tels idéaux ne peuvent être atteints sans un respect incessant pour les droits de tous les peuples et la sécurité de l'espèce humaine. Aussi, le respect et l'avancement du droit international humanitaire sont essentiels à l'atteinte de ces idéaux.

Vos efforts au cours des trois prochains jours nous aideront à préparer la voie vers un tel monde, vers de telles possibilités.

Je vous souhaite beaucoup de succès tout au cours de vos discussions.

Et, bien sûr, j'espère que vous aurez beaucoup d'agrément à visiter notre ville magnifique.

Merci.

## **The Honourable Steven Blaney**

*Minister of Veterans Affairs*

(version française à la page 36)

Mr. Arne Willy Dahl, President of the International Society and Judge Advocate General of Norway;  
Brigadier-General Jan-Peter Spijk, Vice-President of the International Society and Head of the Military Legal Service of the Netherlands;  
Other esteemed Members of the Managing Board of the Society;  
Brigadier-General Blaise Cathcart, Judge Advocate General of the Canadian Forces;

It is great to be with you this morning for the opening session of the 19th Congress of the International Society for Military Law and the Law of War.

On behalf of the Government of Canada, it is also my pleasure to welcome you to one of North America's most beautiful and historic cities.

Quebec City is a truly special place — as you are no doubt discovering — a charming, vibrant city so rich in culture and still so closely connected to its military roots. It has earned its place as a UNESCO World Heritage Site.

And, so, while I know you have some long days and a busy schedule ahead of you, I hope you will also treat yourself to exploring this unforgettable city. I can assure you ... you will be glad you did.

As Canada's Minister of Veterans Affairs, it is a privilege to be with you ... with so many of the world's leaders in the fields of Military Law and the Law of War.

It is both a great professional and personal opportunity for me to be here as you prepare for three days of presentations and discussions. After all, your efforts are timely and relevant to every nation dedicated to the safety and security of its serving men and women, and the people they defend and protect.

As we witness a rise in the number of multinational deployments around the globe, we cannot overstate the significance and the urgency of your work.

During the next three days, you will consider, discuss and debate such important topics as:

- The notions of self-defence and their application in multi-national operations;
- The principles of necessity and proportionality in international humanitarian and international human rights law;
- The fascinating, complex and extremely important topic of military

justice;

- The problems, challenges and solutions facing national authorities in enforcing national military and criminal law in multi-national operations;
- The use and regulation of private military security companies;
- The observance of International Humanitarian Law by military forces under the command of international organizations;
- The human rights of soldiers; and
- The use of cyber force.

These are among the most important and topical subjects in the field of international law today. They illustrate the importance of respect for, and dissemination of, international humanitarian law to the promotion of the rule of law in the international sphere.

Of course, for most civilians, the expression “law of war” sounds like an oxymoron, a contradiction in terms. We are surprised by its mere existence because we can only comprehend war as violent chaos. And yet, as we learn more about the work you do, its humanity, the ideals you pursue, and the expertise you bring to bear, we come to appreciate how vital and fascinating the issues are.

For those same reasons, Canada is an appropriate place to hold your 19th Congress.

We have, virtually from our inception as a country, been steadfast in our support for and defence of international laws.

We have been signatories to the major international Conventions in the field of international humanitarian law dating back to the 1890s, including the *Hague Conventions*, the *Geneva Conventions* of 1949 and 1977, and to both *Additional Protocols I and II* of the *1977 Conventions*.

Canada also played a leading role in creating the *Rome Statute of the International Criminal Court*, and continues to play a leading role in developing international humanitarian law and international criminal law.

Furthermore, we have always been aware of the importance of international customary law as well as international conventional law.

And it is reflected in our men and women serving in Canada’s Armed Forces — the gallant soldiers, sailors and airmen and airwomen who have earned a well-deserved reputation for being leaders and role models in the field.

It’s been said that character is really just long-standing habit.

If that is true, we have to get all nations into the habit of respecting basic international law.

We have to encourage nations to place a high priority on fulfilling their legal obligation to train their troops on the law of armed conflict, as well as to respect international humanitarian law and international human rights law in the conduct of their operations.

Canada is doing its part — not just on the international scene, but at home, too. We are committed to producing the best soldiers in the world, to producing the most disciplined and professional men and women in uniform — because we see them as an extension of our nation and who we are as Canadians.

We recognize that thorough training in and respect for the law is a vital part of military operations in the modern world. That is why the Office of the Judge Advocate General plays a key role in the Canadian Forces, and is internationally recognized for its expertise and efforts in advancing the fields of Military Justice and the Law of Armed Conflict.

I would like to take this opportunity to pay special recognition to the Office of the Judge Advocate General, as this year marks the 100<sup>th</sup> anniversary of the appointment of Canada's first JAG, Major-General Henry Smith.

I am pleased to note that Canada's current Judge Advocate General, Brigadier-General Blaise Cathcart, is here today and will play a leading role in this Congress and in the future efforts of the International Society.

I am also pleased to note that this Congress marks the creation of a *Canadian National Group of the International Society*, of which Colonel Michael Gibson, the Deputy Judge Advocate General Military Justice of the Canadian Forces, will be the President. He joins the other 21 National Groups to assist the International Society in promoting and advancing the study of military law on the national level.

Some of the best examples of military professionalism may be found right here in the province of Quebec.

Our airmen and women with 3 Wing in nearby Bagotville, Quebec distinguished themselves as they prepared for, and flew hundreds of sorties over Libya. Our troops from the Royal 22<sup>nd</sup> Régiment at CFB Valcartier were equally extraordinary in serving with honour and distinction during several tours of duty in Afghanistan.

As we speak, more than 1,200 Canadian men and women are serving abroad on multi-national missions in some of the most troubled places around the globe ... places like Afghanistan, the Middle East, the Darfur region of Sudan, and the Democratic Republic of Congo.

They are carrying on a long and proud Canadian tradition of military service in support of the goals of the United Nations, NATO, and the international community in the maintenance of international peace and security.

We are among the world's original peacekeepers. And, in more recent times, we have also taken our necessary spot among the world's best in peace-support and combat operations.

We do not shy away from the heavy lifting of UN-sanctioned international military operations. As our Prime Minister has said on occasion, Canada does not go looking for fights, but neither does she run away from them.

This is who we are. This is our history.

Canada came of age during its march to the top of Vimy Ridge in 1917 and she has remained true ever since: We are a free and democratic nation committed to defending human rights and the rule of law.

That is why our courageous men and women were there as part of the UN-mandated and NATO-led combat mission in Afghanistan. It is why 925 of our best and brightest men and women are still there—as part of the NATO mission to ensure the Afghanistan Security Forces are well-trained, well-led and well-equipped.

Our country has paid a great and terrible price for such service. Canada has lost 158 of her finest men and women in Afghanistan. Many more have been wounded — in body and in soul.

As Canada's Minister of Veterans Affairs, I have come to understand the realities of armed conflict in ways that are even more profound and personal than I could have imagined.

I have come to understand, with considerable sorrow, the human toll of military service, and the pressing importance of governments being there to serve those who have served us so well.

Our nations suffer dearly for the protection of our shared values.

In spite of such tragic sacrifice, Canada again answered the world's call in favour of the people of Libya last year — when the Security Council of the United Nations, with the support of Arab Nations, called on NATO to implement a maritime embargo off the Libyan coast and enforce a no-fly zone.

In total, more than 2,000 members of Canada's Armed Forces served in the Mediterranean region in support to this mission. Our navy and air force demonstrated both their skill and their professionalism as they served so far away from home. By protecting the Libyan civilian population, Canadian CF-18s contributed to erode Gaddafi regime's forces, preventing further attack and allowing Libyans to determine their own future

Throughout such missions, our soldiers, sailors, airmen and airwomen have carried themselves admirably ... with honour, with courage and with compassion. And, it must be especially noted in the context of this Congress, with careful attention to and rigorous respect of the international

law of armed conflict.

We are committed to building a better world for our children and for generations we will never know.

We are committed to creating a future in which human life is treated as the precious gift it is.

And we are committed to ensuring that all peoples can live in peace and freedom.

Such ideals cannot be achieved without an unfailing respect for the rights of all peoples and for the safety and security of all humankind. And respect for, and promotion of, international humanitarian law is a key component of achieving this.

Your efforts over the next three days will help us chart the way to such a world, to such possibilities.

I want to wish you great success in your deliberations.

And, of course, I hope that you will equally enjoy your time in our wonderful city.

Thank you.



## **QUESTIONNAIRE**





---

## QUESTIONNAIRE (français)

### **L'interopérabilité juridique et la garantie du respect du droit applicable dans le cadre des déploiements multinationaux**

Le thème du 19<sup>ème</sup> Congrès de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre portera sur l'interopérabilité juridique et la garantie du respect du droit applicable dans le cadre des déploiements multinationaux. L'interopérabilité représente un objectif tout particulier dans le contexte actuel des opérations militaires placées sous le commandement d'organisations internationales – telles que l'Onu, l'UA, l'Otan ou l'UE – ou organisées en coalitions d'Etats. Outre l'évaluation des défis et des solutions possibles dans ce domaine, les congressistes examineront dans quelle mesure les Etats peuvent garantir le respect du droit dans ce contexte multinational souvent complexe.

Une attention toute particulière sera accordée aux notions de légitime défense et à leur application dans le contexte des opérations multinationales. Le présent questionnaire vise à connaître la position de pays à travers le monde et à recueillir des informations juridiques de leur part concernant certaines notions de la Charte des Nations Unies, de la pratique de maintien de la paix et d'autres opérations militaires et, enfin, du droit national. De cette manière, le questionnaire souhaite également contribuer au dialogue international dans ce domaine et à la compréhension de ces notions importantes.

Les Groupes nationaux de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre sont invités à se concerter avec leurs autorités nationales. Les Groupes nationaux qui répondent au présent questionnaire indiqueront quelles réponses reflètent leur propre position et quelles réponses reflètent (selon leur perception) la position de leur pays

Dans le cas où un pays ne souhaite pas prendre position publiquement sur une ou plusieurs questions dans le cadre du questionnaire ou lors du Congrès, il est invité à répondre à cette/ces question(s) spécifique(s) en indiquant « Pas de position publique dans le cadre du présent questionnaire ou lors du Congrès » et à passer à la question suivante. Même des réponses partielles au questionnaire peuvent être utiles pour préparer le Congrès et elles sont par conséquent les bienvenues.

N'hésitez pas à contacter le Secrétariat général si vous avez le moindre doute sur la signification d'une ou plusieurs questions ci-après.

#### **1<sup>ère</sup> partie : La légitime défense nationale servant de base juridique à l'emploi de la force (généralités)**

1. D'après la position de votre pays, le libellé de l'article 51 de la Charte des Nations Unies restreint-il l'exercice de la légitime défense

à une riposte à une agression armée en cours? Dans le cas d'une extension éventuelle de l'étendue de la notion de légitime défense autorisant une riposte aux agressions armées n'ayant pas encore eu lieu, comment votre pays perçoit-il les normes élaborées à l'issue du règlement de l'affaire de la Caroline survenue en 1837 comme une base possible pour ce que l'on qualifie souvent de « légitime défense anticipative » dans la littérature juridique? Votre pays souscrit-il à ces normes dans des déclarations de principe, dans des règlements ou dans des manuels militaires? Faut-il considérer ces normes comme faisant partie intégrante du droit international coutumier?

2. Votre pays dispose-t-il d'une politique concernant l'emploi de la force avant la manifestation d'une menace d'agression concrète et imminente et prévoit-il l'exercice de la légitime défense dans ce genre de situations? Les normes de l'affaire de la Caroline s'appliquent-elles encore dans ce genre de situations ou existe-t-il d'autres normes qui seraient plus pertinentes?
3. Votre pays considère-t-il qu'une agression armée se limite à un acte de force armée (illégal) unique provoquant des effets considérables ou peut-on considérer (dans la vision de votre pays) la combinaison d'une série d'incidents armés mineurs puisant leur origine dans la même source, comme une agression armée qui justifierait une riposte en légitime défense?
4. Votre pays a-t-il une politique ou une position concernant l'acceptation d'invoquer la légitime défense en riposte à une attaque non-cinétique par le recours à ce que l'on qualifie souvent de « guerre cybernétique »? Dans l'affirmative, autorise-t-il de mener une action en légitime défense en riposte à une « attaque cybernétique » et quel seuil de préjudice réel ou potentiel est requis pour appliquer le droit de légitime défense?
5. Votre pays a-t-il une politique ou une position concernant la définition de « la riposte nécessaire et proportionnelle » dans le contexte de la légitime défense (à ne pas confondre avec la nécessité militaire et la proportionnalité dans le contexte du Droit des conflits armés du Droit international humanitaire)?  
Dans l'affirmative, voit-il la proportionnalité plutôt en termes quantitatifs (en d'autres termes, l'ampleur des mesures défensives sera pour ainsi dire proportionnée à l'ampleur de l'agression armée (illégal)) ou en termes qualitatifs (en d'autres termes, l'ampleur des mesures défensives correspondra aux exigences dictées par les circonstances pour mettre fin à l'agression ou pour prévenir de futures agressions), ou une combinaison des deux approches?

6. Votre pays considère-t-il que tous les actes de légitime défense déclenchent une situation de conflit armé (international ou non-international) entraînant ainsi l'applicabilité du Droit des conflits armés / du Droit international humanitaire, ou existe-t-il des situations de recours à la force en légitime défense n'atteignant pas le seuil d'un conflit armé et n'impliquant par conséquent pas l'applicabilité du Droit des conflits armés / du Droit international humanitaire?

## **2<sup>ème</sup> partie: La légitime défense par rapport aux acteurs non étatiques**

1. Votre pays considère-t-il que le droit de légitime défense ne s'applique qu'aux agressions menées par d'autres Etats ou estime-t-il que les agressions menées par des acteurs non-étatiques (comme des groupes armés ou terroristes) équivalent à des agressions armées permettant d'invoquer la légitime défense?
2. Qualité de l'auteur
  - a. Si votre pays reconnaît les acteurs non-étatiques comme des auteurs potentiels d'agressions armées, applique-t-il les mêmes critères pour déterminer l'existence d'une « agression armée » que dans le cas où un Etat est l'auteur (celui qui commet) d'une agression armée? Dans la négative, quels sont les critères qui s'appliquent ?
  - b. Dans quelles circonstances votre pays considérerait-il un Etat tiers étant impliqué indirectement dans une agression armée commise par un acteur non-étatique, comme étant l'auteur ou le co-auteur de l'agression armée?  
 Par exemple : dans la situation où un acteur non-étatique se trouve sur le territoire d'un Etat tiers et que ce dernier n'est pas en mesure ou refuse d'agir à l'encontre de cet acteur non-étatique, cette attitude aurait-elle des conséquences sur le droit de votre pays à exercer la légitime défense à l'encontre de cet Etat tiers ?
3. Quelle est la politique ou la position de votre pays par rapport à un conflit de normes entre (a) le droit de la légitime défense à l'encontre d'un acteur non-étatique qui est l'auteur unique de l'agression armée, et (b) le droit de l'intégrité territoriale de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'acteur non-étatique?

## **3<sup>ème</sup> partie: La légitime défense dans le contexte des opérations des Nations Unies**

N.B.: Seules les opérations menées sous le commandement des Nations Unies (Département des opérations de maintien de la paix de l'ONU) tombent sous l'application de cette partie (la MONUSCO, par exemple). Les opérations menées sous le couvert d'un mandat du Conseil de

Sécurité des Nations Unies qui ont été placées sous le contrôle d'une autre organisation (régionale) ou d'un autre arrangement (la KFOR ou AMIS par exemple) ou qui ont été placées sous contrôle national ne relèvent pas de cette partie du Questionnaire.

1. La doctrine des Opérations de Maintien de la Paix définie dans la Doctrine de Capstone (DPKO mars 2008) reprend les déclarations de principe antérieures de l'ONU selon lesquelles la légitime défense, exercée dans le cadre des Opérations de Paix de l'ONU (« Mission Self-Defense »), comprend l'emploi de la force en réponse à des tentatives visant à empêcher, par la force, l'accomplissement du mandat. Votre pays a-t-il une position quant à la manière d'interpréter ce principe? Quelle est, selon votre pays, la base légale d'une « Mission Self-Défense » de l'ONU en vertu du droit international?
2. Les principes et pratiques de l'ONU mettent également fortement l'accent sur la protection des civils (p.ex. dans la Résolution du Conseil de Sécurité 1674 (2006)) dans plusieurs opérations récentes, comme en République démocratique du Congo, dans la mesure de la faisabilité opérationnelle.  
Quelle est la politique et l'expérience de votre pays dans la mise en oeuvre de la protection des civils sur base du concept de la « Mission Self Défense » ?
3. Votre pays a-t-il formulé des réserves (« caveats ») dans les accords conclus avec le DPKO concernant l'emploi de la force dans le contexte de la « Mission Self-Defense » et/ou de la protection des civils? Dans l'affirmative, veuillez mentionner brièvement en quoi elles consistent et indiquer la raison pour laquelle votre pays les a émises comme conditions de participation à la mission.

#### **4<sup>ème</sup> partie : La légitime défense comprenant la défense de l'unité («Unit Self-Defence»)**

1. Votre pays reconnaît-il le droit aux unités militaires de se défendre en tant qu'unité en dehors du contexte d'une opération militaire spécifique? Dans l'affirmative, quelle est la base légale que votre pays prend en compte pour ce genre de légitime défense: « la légitime défense individuelle collective » (en d'autres termes, chaque membre de l'unité exerce la légitime défense individuelle) ou votre pays reconnaît-il une autre base légale conférant ce droit?
2. Quels sont les critères que votre pays reconnaît comme s'appliquant au droit des unités militaires de se défendre, sur le plan des critères déclencheurs (c'est-à-dire les critères qui donnent le droit d'exercer cette forme de légitime défense)?

3. Quels sont les critères que votre pays reconnaît concernant la définition du terme « unité » dans le contexte de l'exercice de cette forme de légitime défense? Le personnel, les navires, les avions etc. qui se trouvent à proximité et qui sont issus de la même nation sont-ils automatiquement considérés comme faisant partie de « l'unité » agressée ? Votre pays exige-t-il que toutes les unités faisant partie d'une grande unité qui exerce cette forme de légitime défense proviennent de la même nation, ou des unités combinées (c'est-à-dire constituées de sous-unités issues de nations différentes) sont-elles également autorisées à exercer cette forme de légitime défense?

### **5<sup>ème</sup> partie : La légitime défense militaire et la protection de la force par rapport aux Règles d'Engagement (ROE)**

1. Votre pays dispose-t-il d'une législation, de règlements ou de principes spécifiques relatifs à la légitime défense militaire en tant que concept distinct de la légitime défense individuelle en vertu du droit pénal national (voir aussi partie 6)?
2. Les ROE autorisant une « attaque contre des personnes et unités exécutant un acte hostile (ne constituant pas une attaque effective) » ou affichant une « intention hostile (ne constituant pas une attaque imminente) » sont souvent présentées comme étant un instrument visant, entre autres, à garantir une riposte commune à des menaces, malgré les différences nationales par rapport au concept de la légitime défense. Votre pays voit-il ces ROE comme étant une expression du droit de légitime défense ou comme faisant partie intégrante des ROE prévues pour l'accomplissement de la mission?
3. Si des ROE de nature purement défensives sont adoptées/autorisées pour surmonter des différences d'interprétations nationales du droit de légitime défense (militaire ou individuel) et de protection des forces, votre pays trouverait-il opportun que ces ROE soient soumises à des réserves nationales ou devraient-elles rester sans restrictions dans l'intérêt de ripostes uniformes dans le contexte de la protection des forces?

### **6<sup>ème</sup> partie: La légitime défense individuelle et les règles d'engagement (ROE)**

1. Dans quelle mesure la législation, la jurisprudence, etc., de votre pays autorisent-elles les personnes à avoir recours à la force dans le contexte de la légitime défense individuelle? Si votre pays autorise les personnes à avoir recours à la force pour se défendre, votre législation etc. nationale prévoit-elle des limitations ou des restrictions concernant l'emploi de cette force, comme par exemple:
  - a. se rapportant à la défense de la propriété; b. se rapportant à

la défense de tiers; c. se rapportant à un devoir de retraite; d. se rapportant à l'exclusion de l'effet exonérant la culpabilité d'une provocation préalable?

2. En cas d'exercice de la légitime défense individuelle dans un contexte opérationnel militaire, votre pays trouverait-il ce contexte pertinent ou ayant des conséquences sur l'évaluation de la légitimité de l'emploi de la force en situation de légitime défense et quelle importance ou conséquence aurait le contexte opérationnel militaire dans cette évaluation?
3. Votre pays estime-t-il le droit de légitime défense individuelle comme étant un droit naturel en toutes circonstances ou est-il possible de le soumettre à des directives ou réglementations, telles que d'une autorité sur place (p.ex. dans un contexte civil : à un officier de police; dans un contexte militaire : le chef sur place)?
4. Etant donné la nature et les critères indispensables à l'exercice de la légitime défense individuelle, votre pays considère-t-il la légitime défense individuelle comme une base légitime à la conduite des opérations militaires, en particulier des opérations planifiées au préalable lors desquelles des situations impliquant la légitime défense sont susceptibles de se produire?
5. Votre pays considère-t-il la légitime défense comme une justification ou une excuse valables en vertu du droit pénal, de violations du Droit International Humanitaire ou des ROE applicables dans le cadre d'une opération donnée, ou le Droit International Humanitaire et/ou les ROE ont-ils le pas sur le droit de la légitime défense individuelle/ le droit à la vie?

---

## QUESTIONNAIRE (English)

### **Legal Interoperability and Ensuring Observance of the Law Applicable in Multinational Deployments**

The 19th Congress of the International Society for Military Law and the Law of War will deal with legal interoperability and ensuring observance of the law applicable in multinational deployments. The focus on legal interoperability is of particular importance in the contemporary context of military operations under the command of international organisations – like the UN, the AU, NATO or the EU – or in coalitions of States. In addition to identifying the challenges and solutions in this respect, it will be examined how States can ensure observance of the law in this often complex multinational context.

Particular attention will *inter alia* be paid to the notions of self-defence and their application in multinational operations. This questionnaire aims to collect the views and legal information of and from Countries from around the world on distinct notions derived from the UN Charter, the practice of peacekeeping and other military operations, and last but not least national law. In this way the questionnaire also wants to contribute to the international dialogue and understanding on these important notions.

The International Society for Military Law and the Law of War's National Groups are invited to coordinate with their national authorities. National Groups that respond to this questionnaire are requested to indicate which of the responses reflect their own views and which reflect those of their Country (as perceived by them).

If a Country prefers not to take a public position on the occasion of the questionnaire/Congress on one or more of the questions, it is invited to answer the specific question(s) by marking “No public position on the occasion of this questionnaire/Congress” and to go to the next question. Replies to only some of the six parts of the questionnaire can still be very helpful in preparing the Congress and are therefore also welcomed.

Please do not hesitate to contact the General Secretariat, should there be any uncertainty about the meaning of one or more of the questions below.

#### **Part 1. National Self-Defence as a Legal Basis for the Use of Force (General)**

1. Does the wording of Article 51 of the UN Charter restrict the exercise of self-defence to a response to an ongoing armed attack in your country's view? If a wider possibility exists to allow a response to armed attacks which have not yet been initiated, how does your country regard the so-called “Caroline criteria” (taken from the



Caroline incident of 1837), as providing a possible basis for what is often referred to in legal literature as “anticipatory self-defence”? Does your country subscribe to these criteria in policy statements, regulations or military manuals? Are these criteria seen as forming part of customary international law?

2. Does your country have any policy regarding the use of force before a concrete and imminent threat of attack has manifested itself and does it provide for the possibility of the exercise of self-defence in such situations? Do the Caroline criteria still apply in such situations, or are there other criteria which would be more relevant?
3. Does your country view an armed attack as confined to a single act of (illegal) armed force with a substantial effect, or can a number of smaller scale armed incidents which have their origin in the same source be viewed cumulatively as an armed attack which would justify a response in self-defence?
4. Does your country have any policy or view regarding the permissibility of invoking self-defence in response to a non-kinetic attack by means of what is often referred to as “cyber warfare”? If so, does it allow for action in self-defence in response to a “cyber attack” and what would be the threshold of actual or potential harm required to activate the right of self-defence?
5. Does your country have any policy or view of what constitutes a necessary and proportionate response in the context of self-defence (not to be confused with military necessity and proportionality in the context of the Law of Armed Conflict/International Humanitarian Law)? If so, does it see proportionality primarily in quantitative terms (i.e. the scale of the defensive measures must be roughly commensurate with the scale of the (illegal) armed attack) or in qualitative terms (i.e. the scale of the defensive measures must correspond to what is required under the circumstances to end the attack and forestall future attacks), or a combination of both?
6. Does your country see all acts of self-defence as activating a situation of armed conflict (either international or non-international) and the applicability of the Law of Armed Conflict/International Humanitarian Law, or are there situations in which force can be used in self-defence, which do not reach the threshold of an armed conflict and the applicability of the Law of Armed Conflict/International Humanitarian Law?

## **Part 2. Self-Defence in Relation to Non-State-Actors (NSA)**

1. Does your country view the right of self-defence as pertaining solely to attacks by other States, or can attacks carried out by Non-State

Actors (such as armed or terrorist groups) qualify as armed attacks giving rise to the invocation of self-defence?

2. Authorship
  - a. If your country recognizes NSAs as a potential author of armed attacks, do the same criteria apply for determining whether there is an “armed attack” as when a state is the author of (i.e. commits) an armed attack? If not, which criteria do apply?
  - b. In what circumstances would your country consider a third State which is involved (in a designated way) in the armed attack committed by a NSA, as the author or co-author of the armed attack?  
For example: in the situation where a NSA is located on the territory of the third State and this State is unable or unwilling to act against the NSA; would this have consequences for your country’s right to exercise self-defence against that third State?
3. What is your country’s policy or opinion with regard to a conflict of norms between (a) the right of self-defence against a NSA who is the sole author of an armed attack and (b) the right of territorial integrity of the State where the NSA is located?

### **Part 3. Self-Defence in the Context of United Nations Peace Operations**

NB: Only operations conducted under the command and control of the UN (Department of Peacekeeping Operations) are relevant to this part (e.g. MONUSCO). Operations conducted under UN Security Council Mandate which were under the control of another (regional) organization or arrangement (e.g. KFOR, AMIS), or under national control fall outside the scope of this part of the Questionnaire.

1. United Nations Peacekeeping doctrine as formulated in the Capstone Doctrine (DPKO March 2008) repeats earlier UN policy statements that self-defence in the context of UN Peace Operations (“Mission Self-Defence”) includes the use of force in response to forcible attempts to prevent the mandate from being carried out. Does your country have a view on how to interpret this policy?  
What does your country consider as the legal basis for UN “Mission Self-Defence” under international law?
2. UN policy and practice also place a great deal of emphasis upon the protection of civilians (e.g. SC Res. 1674 (2006)) in many recent operations such as those in the Democratic Republic of the Congo, in so far as this is operationally feasible. What is the policy and experience of your country in implementing the protection of civilians on the basis of the concept of “Mission Self-Defence”?

3. Has your country entered restrictions (caveats) into arrangements made with DPKO relating to the use of force in the context of “Mission Self-Defence” and/or the protection of civilians? If, so, please indicate in general terms what these were and why they were put forward as conditions for participation in the mission.

#### **Part 4. Unit Self-Defence**

1. Does your country recognize a right for military units to defend themselves as a unit outside the context of a specific military operation? If so, what does your country consider the legal basis for such self-defence: “collective individual self-defence” (i.e. every member of the unit exercising personal self-defence) or does your country recognize a different legal basis as providing such a right?
2. What criteria does your country recognize as applying to the right of military units to defend themselves in terms of trigger criteria (i.e. the criteria which give rise to a right to exercise this form of self-defence)?
3. What criteria does your country recognize as regards the definition of “unit” in the context of exercising this form of self-defence? Are all nearby personnel, vessels, aircraft, etc., from the same nation automatically considered part of the defending “unit”? Does your country require all units comprising a larger unit which is exercising this form of self-defence to be of the same nation or can combined units (i.e. composed of sub-units from different nations) also exercise this form of self-defence?

#### **Part 5. Military Self-Defence and Force Protection in Relation to Rules of Engagement (ROE)**

1. Does your country have specific legislation, regulations or policy regarding military self-defence as a concept distinct from personal self-defence under national criminal law (see also part 6)?
2. The ROE authorizing “an attack on individuals and units carrying out a hostile act (not constituting an actual attack)” or “demonstrating hostile intent (not constituting an imminent attack)” are sometimes explained as intending, inter alia, to ensure a common response to threats in spite of national differences regarding the concept of self-defence. Does your country consider such ROE an expression of the right of self-defence or part of the ROE for mission accomplishment?
3. If ROE of a purely defensive nature are adopted/authorised to overcome differences in national interpretation of the right of (military or personal) self-defence and force protection, would your country consider it appropriate if such ROE were made subject to

national caveats or should they remain unrestricted in the interest of uniform responses in the context of force protection?

### **Part 6. Personal Self-Defence and ROE**

1. To what extent does your country's legislation, case law, etc., allow individuals to use force in the context of personal self-defence? If your country allows the use of force by individuals to defend themselves, does your national law, etc., contain limitations or restrictions on such use of force, such as a) regarding defence of property; b) regarding defence of others; c) a duty to retreat; and d) negation of the exculpatory nature in the event of prior provocation?
2. In the event of the exercise of personal self-defence in a military operational context, would your country consider that context to be relevant or to have consequences for the evaluation of the legitimacy of the use of force in selfdefence and what relevance or consequence would the military operational context have in that evaluation?
3. Does your country consider the right of personal self-defence to be inherent under all circumstances or can it be subject to direction or regulation, such as from an on-scene authority (e.g. in the civilian context: a police officer; in the military context: the on-scene commander)?
4. Given the nature and criteria for the exercise of personal self-defence, does your country consider personal self-defence as a legitimate basis for the conduct of military operations, especially pre-planned operations where situations involving self-defence are likely to arise?
5. Does your country consider personal self-defence as a valid justification or excuse under criminal law for violation of International Humanitarian Law or the ROE applicable in a given operation or do International Humanitarian Law and/or the ROE take precedence over the right of personal selfdefence/the right to life?



**RAPPORT GENERAL**

**GENERAL REPORT**



## **Rapport général**

**Terry Gill,  
Carl Marchand,  
Hans Boddens Hosang  
et Paul Ducheine\***

*Traduit de l'anglais par Cécile Delfosse, Adélaïde Kanyange,  
Nadine Lauwers et Paul Van Simaey*

- \* Le Dr Terry Gill est professeur de droit militaire à l'Université d'Amsterdam et à l'Ecole Militaire des Pays-Bas.  
Le Colonel Carl Marchand est le chef du département de Droit International Humanitaire des Forces armées suisses.  
Hans Boddens Hosang est le directeur adjoint des affaires juridiques au Ministère de la Défense des Pays-Bas.  
Le Colonel Dr Paul Ducheine est maître de conférences de droit militaire à l'Ecole Militaire des Pays-Bas.



## TABLE DES MATIERES

	Pages
I. Introduction.....	65
II. Réponses au Questionnaire.....	67
1 <sup>ère</sup> partie: La légitime défense nationale servant de base juridique à l'emploi de la force (Généralités).....	68
2 <sup>ème</sup> partie: La légitime défense par rapport aux acteurs non-étatiques.....	75
3 <sup>ème</sup> partie: La légitime défense dans le contexte des opérations de maintien de la paix des Nations Unies.....	85
4 <sup>ème</sup> partie: Légitime défense de l'unité .....	88
Introduction.....	88
Réponses .....	89
Définition de l'unité.....	93
Unités combinées.....	94
Conclusion .....	94
5 <sup>ème</sup> partie: La légitime défense militaire et la protection des forces par rapport aux règles d'engagement (ROE).....	95
Introduction.....	95
Réponses .....	97
Conclusion .....	101
6 <sup>ème</sup> partie: La légitime défense individuelle et les règles d'engagement (ROE) .....	102
Introduction.....	102
Eléments communs.....	104
Portée du droit de légitime défense individuelle .....	106
La légitime défense et le contexte opérationnel militaire.....	109
Conclusion .....	115
III. Annexe: Définitions .....	117

## I. Introduction

Le droit relatif à l'exercice du droit de légitime défense se manifeste à différents niveaux, allant de la légitime défense nationale de l'État à la légitime défense individuelle des personnes. Tout en partageant les origines intellectuelles communes de la tradition de la « guerre juste » issue du droit naturel, ces différents niveaux reposent sur des bases juridiques distinctes dans le droit positif moderne.<sup>1</sup> Ces différents niveaux de légitime défense jouent et peuvent jouer un rôle dans le contexte des opérations militaires modernes. Il est par conséquent primordial de comprendre ces différents niveaux de légitime défense ainsi que leurs bases juridiques et domaines d'application y afférents pour déterminer leur application dans des cas concrets et la méthode de réglementation de la force afin de respecter le droit international et le droit interne. Malgré des bases juridiques et des domaines et niveaux d'application distincts, ces différents niveaux de légitime défense partagent certains éléments communs, en particulier leur finalité élémentaire commune et la place essentielle qu'ils occupent dans le cadre du droit régissant l'autorisation du recours à la force. Quel que soit le niveau de la légitime défense, l'essence même de ce concept constitue une forme de force légalement autorisée qui peut être utilisée pour repousser, voire maîtriser, la force illégale se présentant sous la forme d'une agression armée ou d'une attaque criminelle.<sup>2</sup> C'est ce qui la caractérise et la distingue des deux autres cas d'usage légal de la force à d'autres fins, tels que le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le maintien de l'ordre, ainsi que les usages de la force sans base légale et par conséquent illégaux *ipso jure*. Il est, d'une part, primordial de comprendre et de reconnaître la finalité et la fonction communes de la légitime défense, la distinguant des autres types et motifs d'utilisation de la force. D'autre part la légitime défense peut aussi entraîner la confusion et une absence de clarté quant au champ d'application et aux limites respectives des différents niveaux où elle peut s'exercer. Il est pratiquement inévitable que ce qui est autorisé au niveau de la légitime défense nationale ne le sera pas nécessairement dans

<sup>1</sup> La nature et les origines historiques de la légitime défense sont notamment abordées dans les travaux de D.W. Bowett, *Self-Defence in International Law* (1958), 3-25; de I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (1963), 251 *et s.* de Y. Dinstein, *War Aggression and Self-Defence*, 4e éd. (2005), 175 *et s.*; de K.Tibori Szabo, *Anticipatory Action in Self-Defence* (2012), 31 *et s.* et de C.H.M. Waldock, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law », dans 41 *RdC* (1952), 455-68.

<sup>2</sup> Le droit de légitime défense se limite par définition à repousser l'usage illégal de la force en cas d'agression armée en cours de réalisation ou manifestement imminente. Il n'a aucune influence sur les ripostes à la force légalement autorisée, comme les actions du Conseil de sécurité ou les cas de légitime défense. Cette constatation résulte de l'axiome selon lequel « il n'y a pas de légitime défense contre la légitime défense », cité en 1949 dans l'arrêt prononcé dans le cadre du Procès des ministères (États-Unis *c. v. von Weizsäcker et al.*, Nuremberg) 1949, 14 *NMT* 314, 329.

un contexte juridique interne fonctionnant habituellement selon un modèle de référence juridique différent. En outre, des termes comme « attaque » ou « agression », « nécessité » et « proportionnalité » n'ont pas nécessairement le même sens par rapport aux différents niveaux et aux différentes bases juridiques de la légitime défense. Si, par exemple, des troupes, des avions militaires ou des navires étaient confrontés à une (menace imminente d') attaque, le droit de riposte est-il régi par le droit conventionnel et coutumier international relatif au droit d'un État de se défendre contre une agression armée, par la législation (pénale) nationale relative au droit de chaque personne à se défendre contre une attaque illégale, ou par la conjonction des deux? Que se passe-t-il si la mission est menée sous mandat d'un organe juridiquement compétent d'une organisation internationale comme le Conseil de sécurité des Nations Unies autorisant le recours à la force dans le cadre de ce mandat? La situation serait-elle différente des autres formes de légitime défense et, dans l'affirmative, de quelle manière? Dans quelle mesure ces différentes manifestations de légitime défense sont-elles apparentées et diffèrent-elles les unes des autres? De quelle manière les États ont-ils essayé de réglementer ou ont-ils réglementé ces différentes manifestations de légitime défense dans leur législation et politique internes?

Ces questions et défis ainsi que leur rôle respectif dans les opérations militaires modernes nous ont amenés à choisir le droit de la légitime défense comme sujet du Rapport général pour le 19<sup>ème</sup> Congrès de la Société et du questionnaire que nous avons transmis aux différents Groupes nationaux de la Société. Comme c'est le cas pour tous les Rapports généraux, les réponses des Groupes nationaux au questionnaire constituent le cœur et la base du Rapport. Toutefois, probablement en raison de la complexité des problèmes abordés dans le questionnaire, les Rapporteurs n'ont reçu que relativement peu de réponses à la date d'expiration du délai (même prolongé).<sup>3</sup> Il s'agit d'une situation pour le moins fâcheuse. La représentativité restreinte et le nombre limité des réponses obligent les Rapporteurs à se limiter à tirer des conclusions limitées. Par conséquent, le Rapport n'exprime pas nécessairement la position de la majorité des nations représentées à la Société, et encore moins l'*opinio iuris* concernant le droit de légitime défense au sens plus large du terme. Il faut par ailleurs souligner que les Rapporteurs se sont exprimés en leur nom propre et qu'ils ne reproduisent pas nécessairement les positions des gouvernements ou organisations pour lesquels ils travaillent.

Nous espérons toutefois que les réponses au questionnaire et les commentaires lanceront le débat et qu'ils seront utiles à tous les membres

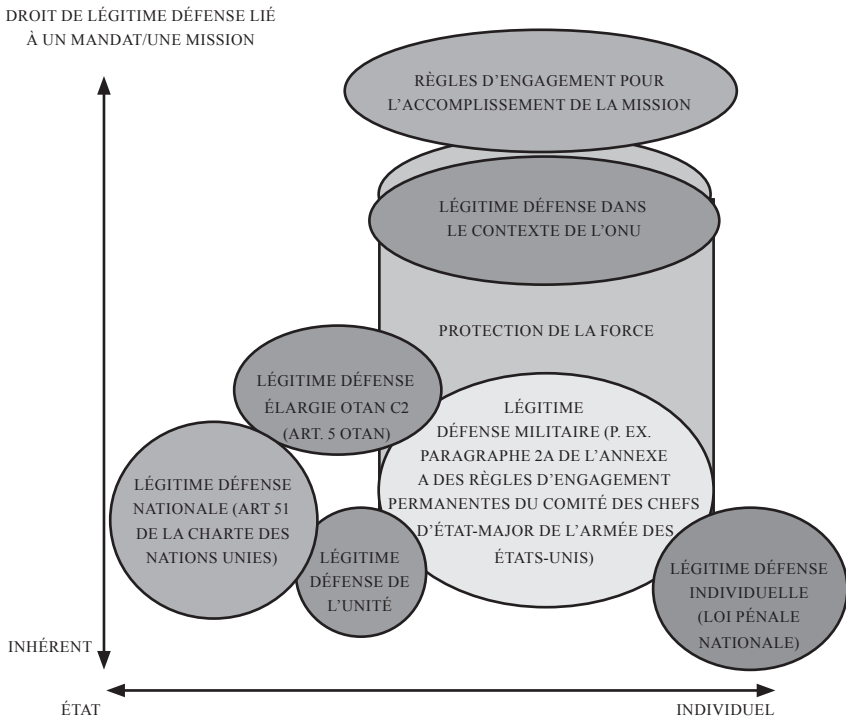
<sup>3</sup> Au moment de la rédaction, seules l'Algérie, l'Autriche, la République tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la République slovaque, la Suisse et la Zambie avaient envoyé leur rapport. Les États-Unis ont envoyé leur rapport ultérieurement. Les Rapporteurs l'ont intégré dans leur rapport dans la mesure du possible.

de la Société pour les aider à clarifier certaines questions controversées et les stimuler à approfondir ce sujet important.

Le questionnaire comprend six parties se rapportant aux différents niveaux de légitime défense. Terry Gill s'est chargé de la préparation des 1<sup>ère</sup> et 3<sup>ème</sup> parties relatives à la légitime défense nationale au sens général du terme et au concept de la légitime défense dans le contexte des Nations Unies par rapport aux opérations de la paix menées sous le commandement du Département des opérations de maintien de la paix de l'ONU (DPKO). Paul Ducheine a traité la 2<sup>ème</sup> partie portant sur la légitime défense nationale, notamment par rapport aux attaques menées par des acteurs non-étatiques. Carl Marchand s'est penché sur la 4<sup>ème</sup> partie relative à la légitime défense de l'unité et sur la 5<sup>ème</sup> partie se rapportant à la légitime défense militaire et à la protection de la force par rapport aux règles d'engagement. Enfin, Hans Boddens Hosang a abordé la 6<sup>ème</sup> partie relative à la légitime défense individuelle et aux règles d'engagement.

## II. Réponses au questionnaire

### Définitions



Ci-dessus, nous donnons une représentation schématique des différentes formes de légitime défense, allant de la légitime défense nationale définie à l'art. 51 de la Charte des Nations Unies à la légitime défense individuelle prévue dans la plupart des codes pénaux nationaux. Les différentes formes se caractérisent par deux dimensions. La première dimension porte sur la nature de l'autorisation, allant du droit naturel de légitime défense au droit lié à un mandat ou au droit autorisé de manière spécifique. La deuxième dimension se réfère au titulaire du droit, en d'autres termes, au sujet habilité.

Une troisième dimension est indiquée par la largeur des objets qui représentent les différentes manières de légitime défense.

### **1<sup>ère</sup> partie: La légitime défense nationale servant de base juridique à l'emploi de la force (Généralités)**

Les instruments juridiques officiels, le droit juridictionnel international et la littérature spécialisée concernant le recours à la force en général et la légitime défense en particulier sont unanimes pour dire qu'au niveau de l'État, la légitime défense nationale est (1) fondée sur le droit conventionnel et sur le droit international coutumier, qu'elle est (2) déterminée par la présence d'une agression armée et qu'elle est (3) régie par des considérations de nécessité, de proportionnalité et d'imminence. Finalement, (4) le Conseil de sécurité des Nations Unies contrôle l'exercice du droit de légitime défense dans le sens qu'il possède l'autorité de déterminer si une situation particulière nécessite la prise de mesures de maintien et de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales et d'évaluer les conséquences possibles de son action sur la poursuite de l'exercice de ce droit. Toutefois, malgré l'existence d'un consensus général sur ces questions fondamentales, la problématique a soulevé beaucoup de controverses et de points de vue divergents par rapport à la nature des actes pouvant constituer une agression armée, à l'auteur potentiel d'une telle agression et à la dimension et aux restrictions temporelles de l'exercice du droit de légitime défense. Ces différences se retrouvent dans la pratique des États et ont motivé les questions posées dans les 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> parties du questionnaire. Dans la mesure où nous avons reçu des réponses, elles reflètent (partiellement) ces différences. Il convient toutefois de souligner que les réponses nous sont parvenues en nombre limité et qu'elles se concentrent essentiellement sur l'espace géographique européen. Cette situation ne nous permet, par conséquent, pas de tirer des conclusions générales concernant l'état de l'opinion à propos de ces points de controverse au sein de la communauté internationale élargie.

1. *D'après la position de votre pays, le libellé de l'article 51 de la Charte des Nations Unies restreint-il l'exercice de la légitime défense à une riposte à une agression armée en cours? Dans le cas d'une extension éventuelle de l'étendue de la notion de légitime défense autorisant une riposte aux agressions armées n'ayant pas encore eu lieu, comment*

*votre pays perçoit-il les normes élaborées à l'issue du règlement de l'affaire de la Caroline survenue en 1837 comme une base possible pour ce que l'on qualifie souvent de « légitime défense anticipative » dans la littérature juridique? Votre pays souscrit-il à ces normes dans des déclarations de principe, dans des règlements ou dans des manuels militaires? Faut-il considérer ces normes comme faisant partie intégrante du droit international coutumier?*

2. *Votre pays dispose-t-il d'une politique concernant l'emploi de la force **avant** la manifestation d'une menace d'agression concrète et imminente et prévoit-il l'exercice de la légitime défense dans ce genre de situations? Les normes de l'affaire de la Caroline s'appliquent-elles encore dans ce genre de situations ou existe-t-il d'autres normes qui seraient plus pertinentes?*

La dimension temporelle de l'exercice du droit de légitime défense a longtemps fait l'objet de controverses dans la pratique des États et dans la littérature spécialisée. Un courant de pensée parmi les juristes considère que le texte de l'article 51 limite l'exercice de la légitime défense à des situations où une agression armée a lieu, en d'autres termes, à une attaque qui est en cours, et rejette l'applicabilité moderne des normes de l'affaire de la Caroline et de la notion de légitime défense anticipative, quelle que soit leur pertinence avant l'adoption de la Charte des Nations Unies. L'autre courant de pensée parmi les États et dans la littérature spécialisée accepte la possibilité de la légitime défense anticipative en réponse à une menace imminente d'attaque et la pertinence des normes de l'affaire de la Caroline au moins comme le reflet du cadre normatif général de l'exercice de la légitime défense, y compris la réponse à la menace manifeste d'une attaque imminente, en l'absence de toute autre alternative possible.<sup>4</sup> Jusqu'à ce

<sup>4</sup> Il est quelque peu simpliste de ramener les auteurs, les décisions judiciaires ou les positions d'un État ou d'une institution internationale à deux catégories de positions soit « restrictives » soit « permissives ». En effet, nous pouvons considérer que les différentes opinions se rapprochent des positions de base dans une certaine mesure. Des exemples pour le courant « restrictif » qui considère que la légitime défense ne contient aucun élément anticipatif se retrouvent entre autres dans les travaux de Brownlie cités dans la note ci-avant, 25 *et s.*, de C. Gray, *International Law and the Use of Force* (2000), 86 *et s.* et à travers les positions exprimées dans les rapports de l'Algérie, de la République slovaque et de la Zambie. Certains auteurs considèrent que la légitime défense anticipative exercée dans le cadre normatif de l'affaire de la Caroline est légale. Citons entre autres Bowett, note 1 ci-avant, 269 *et s.*, T.M. Franck, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks* (2003), 45 *et s.* Les rapports soumis par l'Allemagne, la Norvège, les Pays-Bas, la Suisse et les États-Unis adhèrent également à cette position. Selon les Américains, les critères provenant de l'affaire de la Caroline constituent la norme de base, mais pourraient être trop stricts par rapport à certains types de menaces. Il faut par conséquent éviter de les considérer comme excluant la possibilité de prendre des mesures préemptives face aux « actes de terrorisme et aux États-voyous ».

jour, la Cour internationale de Justice ne s'est pas prononcée de manière définitive sur la question. Des institutions internationales ont toutefois fait d'autres déclarations officielles sur le sujet. En effet, elles appuient la possibilité d'exercer la légitime défense en réponse à une menace manifeste d'agression imminente dans le cadre des normes de nécessité, de proportionnalité et d'imminence élaborées à l'issue du règlement de l'affaire de la Caroline et en cas d'absence de toute autre alternative possible. Citons notamment la position du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement en 2004<sup>5</sup> et la résolution de l'*Institut de droit international* en 2007<sup>6</sup>, auxquelles un des rapports fait référence.<sup>7</sup> Ces deux institutions adhèrent à la possibilité de la légitime défense anticipative en réponse à une menace manifeste d'attaque dans le cadre des normes de nécessité, de proportionnalité et en cas d'absence de tout autre alternative possible, mais rejettent la notion de légitime défense préventive en l'absence d'une agression armée en cours de réalisation ou manifestement imminente.

De manière générale, les réponses au questionnaire traduisent les divergences d'opinion et l'appui général à la possibilité du recours à la légitime défense en réponse à une menace manifeste d'agression imminente dans le cadre normatif de l'affaire de la Caroline. Selon la majorité des rapports, la réponse à une menace manifeste d'une agression imminente est légale dans le cadre strict de la nécessité, de la proportionnalité et de l'imminence, tel que prévu dans l'affaire de la Caroline, bien que certains ne reconnaissent pas nécessairement l'incident de la Caroline comme étant représentatif du droit international coutumier moderne. Une minorité de rapports a rejeté la notion de légitime défense anticipative et la pertinence de l'affaire de la Caroline. Tous les pays, à l'exception évidente des États-Unis, ont rejeté explicitement la possibilité de la légitime défense préventive, exprimant ainsi le consensus général parmi les juristes et la position d'une majorité écrasante d'États selon laquelle la légitime défense préventive n'a pas sa place dans le droit international moderne.<sup>8</sup> Le rapport américain n'adhère pas à la légitime défense préventive, mais a néanmoins nuancé sa position en évoquant que certaines situations peuvent demander

<sup>5</sup> Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement au SG de l'ONU, Doc ONU A59/565 (2004) par. 188, p. 54.

<sup>6</sup> Res. Idi/Iil., 10A, 10ème Commission, Santiago, 27/10/2007.

<sup>7</sup> Voir le rapport soumis par l'Autriche.

<sup>8</sup> Les rapports soumis par l'Algérie, la République slovaque et la Zambie ont rejeté la notion de légitime défense anticipative; les rapports d'Allemagne, des Pays-Bas, de Norvège et de Suisse l'intègrent au droit international coutumier. L'Autriche accepte la possibilité de la défense légitime préemptive dans le contexte limité de l'affaire de la Caroline, tout en signalant toutefois que cet incident s'est déroulé dans un « contexte juridique différent ». Le rapport de la République tchèque n'accepte ni rejette la possibilité de la réponse inconditionnelle à une agression armée imminente. Il préconise une évaluation au cas par cas.

des bases plus larges afin de répondre aux actes terroristes et aux actes des États-voyous.<sup>9</sup>

3. *Votre pays considère-t-il qu'une agression armée se limite à un acte de force armée (illégal) unique provoquant des effets considérables ou peut-on considérer (dans la vision de votre pays) la combinaison d'une série d'incidents armés mineurs puisant leur origine dans la même source, comme une agression armée qui justifierait une riposte en légitime défense?*

Cette question se rapporte bien évidemment à la théorie du cumul des événements aussi appelée la « tactique des coups d'épingle », où une série d'incidents armés temporels et géographiques de moindre importance exécutés simultanément par le même auteur peuvent éventuellement atteindre le seuil d'une agression armée. Cette possibilité a été soulevée, bien qu'indirectement, dans la décision de la Cour internationale de Justice dans le cadre de l'affaire des Plates-formes pétrolières<sup>10</sup> et dans les travaux de la Commission du droit international.<sup>11</sup> Il s'agit essentiellement d'une agression armée progressive et la majorité des avis juridiques exprimés dans les réponses au questionnaire n'exclut pas la possibilité que ces incidents cumulés atteignent le seuil d'une agression armée, justifiant ainsi une action en légitime défense, à condition que ces actes soient suffisamment liés et exécutés par le même auteur.<sup>12</sup> Ce genre de situations pourrait représenter un intérêt tout particulier par rapport aux actions armées menées par un acteur non-étatique. Cette problématique est abordée plus en détail dans la 2<sup>ème</sup> partie de ce rapport.

4. *Votre pays a-t-il une politique ou une position concernant l'acceptation d'invoquer la légitime défense en riposte à une attaque non-cinétique par le recours à ce que l'on qualifie souvent de « guerre cybernétique »? Dans l'affirmative, autorise-t-il de mener une action en légitime défense en riposte à une « attaque cybernétique » et quel seuil de préjudice réel ou potentiel est requis pour appliquer le droit de légitime défense*

Au cours des dernières années, les positions de principe, les rapports de certains États et la littérature spécialisée ont accordé une attention accrue à la guerre cybernétique. La question la plus importante par rapport à la dimension cybernétique de l'utilisation de la force consiste à se demander à partir de quel moment et dans quelles conditions une attaque numérique lancée contre les forces armées d'un État, contre des institutions

<sup>9</sup> Rapport américain, p. 1.

<sup>10</sup> Rapports de la Cour internationale de Justice, 2004, par. 64, p. 191-2.

<sup>11</sup> Rapport du Rapporteur spécial R. Ago, « Addendum au huitième rapport sur la responsabilité des États », Annuaire de la Commission du droit international de 1980, volume II (première partie) 13, p. 69-70.

<sup>12</sup> Tous les rapports, à l'exception évidente de l'Algérie, étaient d'avis que le cumul d'incidents mineurs pouvait atteindre le seuil d'une agression armée.



gouvernementales, une infrastructure vitale ou contre la population civile, peut constituer une agression armée au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, déclenchant ainsi le droit à la légitime défense en réponse à cette attaque. Dans le cas où l'ampleur et les effets d'une attaque cybernétique sont comparables à une attaque cinétique conventionnelle, le droit de légitime défense est d'application, selon un groupe d'États et experts universitaires.<sup>13</sup> Toutefois, la problématique est encore toute récente et de nombreux États doivent encore formuler leur position sur la question. Parmi les réponses que nous avons reçues, un certain nombre d'États qui avaient formulé leur opinion, ont déclaré que la légitime défense pouvait être invoquée si l'attaque cybernétique produisait les mêmes effets qu'une attaque cinétique conventionnelle. D'autres n'ont pas totalement exclu cette possibilité ou devaient encore formuler leur position sur la question.<sup>14</sup>

5. *Votre pays a-t-il une politique ou une position concernant la définition de « la riposte nécessaire et proportionnelle » dans le contexte de la légitime défense (à ne pas confondre avec la nécessité militaire et la proportionnalité dans le contexte du Droit des conflits armés/ du Droit international humanitaire)? Dans l'affirmative, voit-il la proportionnalité plutôt en termes quantitatifs (en d'autres termes, l'ampleur des mesures défensives sera pour ainsi dire proportionnée à l'ampleur de l'agression armée (illégal)) ou en termes qualitatifs (en d'autres termes, l'ampleur des mesures défensives correspondra aux exigences dictées par les circonstances pour mettre fin à l'agression ou pour prévenir de futures agressions), ou une combinaison des deux approches?*

<sup>13</sup> Voir documents de politique générale, notamment le document du Département de la Défense américain intitulé « Strategy for Operating in Cyberspace » (stratégie pour fonctionner dans le cyberspace) publié en juillet 2011; le document du Royaume Uni intitulé « The UK Cyber Security Strategy: Protecting and promoting the UK in a digital world » (la stratégie de sécurité cybernétique britannique : protéger et promouvoir le Royaume-Uni dans un monde numérique) publié en novembre 2011 ainsi que les documents rédigés par le Conseil consultatif sur les Affaires internationales et le Comité consultatif sur les questions de Droit international public des Pays-Bas intitulé « Cyber Warfare » (la guerre cybernétique), n° 77, et publié en décembre 2011.

<sup>14</sup> Selon les rapports d'Allemagne, de la Norvège, des Pays-Bas et de la Suisse, les attaques cybernétiques dont les effets sont comparables à une attaque cinétique conventionnelle, peuvent déclencher l'exercice de la légitime défense. La réponse des États-Unis spécifie que la légitime défense peut se justifier en réponse à une attaque cybernétique sans se référer de manière spécifique à un seuil ou à des critères stipulant les circonstances de justification. L'Autriche, la République tchèque et la République slovaque signalent que la politique en matière de guerre cybernétique est en phase de décision. La Zambie a signalé l'absence de politique dans ce domaine mais n'a pas mentionné d'intention à cet égard. L'Algérie a rejeté l'applicabilité du *ius ad bellum* aux attaques cybernétiques. Selon le rapport algérien, le seul paradigme juridique valable pour répondre aux attaques cybernétiques relève du maintien de l'ordre et du droit pénal.

La proportionnalité et la nécessité relèvent du droit coutumier de légitime défense. Il ressort de la pratique des États, des jugements des tribunaux internationaux et des décisions du Conseil de sécurité ainsi que de la littérature spécialisée que ces deux concepts sont d'une importance primordiale dans la détermination de la légalité des actions en légitime défense. La plupart de ces références ne sont toutefois pas très explicites par rapport à l'acception effective des termes. Les notions de nécessité et de proportionnalité sont des principes généraux de droit et ont une multitude d'applications dont la signification varie en fonction du contexte (notamment en ce qui concerne l'utilisation de la force au niveau international, dans le cadre du droit des conflits armés, dans le contexte du maintien de l'ordre et de la légitime défense individuelle en vertu du droit pénal interne). Pour ce qui est de la légitime défense nationale, la nécessité renvoie en général à la manifestation ou à l'existence d'une menace manifeste d'agression armée et à l'absence de toute autre alternative possible. La proportionnalité se définit essentiellement en termes quantitatifs (l'ampleur des mesures de légitime défense sera proportionnée à l'ampleur de l'agression) ou en termes qualitatifs (l'ampleur des mesures de légitime défense correspondra aux exigences dictées par les circonstances pour repousser ou pour mettre fin à l'agression). Parfois il s'agit de la combinaison des deux approches.<sup>15</sup> Les principes s'expriment en termes généraux, mais il convient toutefois de les relier aux faits et autres circonstances pertinentes d'une situation particulière pour pouvoir les appliquer de manière sensée. La majeure partie des rapports ont fait état de ces considérations, même si certains États répondeurs ne semblent pas avoir de politique ou de position particulière concernant la signification de ces termes, si ce n'est de dire qu'un acte de légitime défense doit être en conformité avec les dispositions du droit international ou, dans certains cas, du droit interne. Pour ce qui est de la première approche, nous pouvons parler de raisonnement circulaire (la nécessité et la proportionnalité découlent du droit international), ou par rapport à la deuxième approche, il s'agit d'un détournement des normes de droit interne pour évaluer une question de légalité en vertu du droit international. La majeure partie des rapports estiment toutefois que les éléments qualitatifs et quantitatifs sont pertinents, avec une prédominance pour les premiers.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Tous les éléments cités font partie intégrante des normes de l'affaire de la Caroline et sont généralement partagés dans la littérature juridique. Voir O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), 151-2; J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (2004), 148-153 et Dinstein, note n° 1 ci-avant, 208-210.

<sup>16</sup> Plusieurs rapports soulignent que la proportionnalité et la nécessité doivent faire l'objet d'une évaluation au cas par cas (l'Allemagne et la Suisse par exemple) et que la proportionnalité comprend des aspects quantitatifs et qualitatifs avec une prédominance de ce dernier (les Pays-Bas et la Zambie par exemple). Un rapport fait tout simplement référence à la norme reconnue en droit international (à savoir la

6. *Votre pays considère-t-il que tous les actes de légitime défense déclenchent une situation de conflit armé (international ou non-international) entraînant ainsi l'applicabilité du Droit des conflits armés / du Droit international humanitaire, ou existe-t-il des situations de recours à la force en légitime défense n'atteignant pas le seuil d'un conflit armé et n'impliquant par conséquent pas l'applicabilité du Droit des conflits armés / du Droit international humanitaire?*

Il est évident que le droit relatif à l'utilisation de la force (*jus ad bellum*) et le droit relatif à la conduite des hostilités et à la protection de certaines catégories de personnes et de biens en temps de guerre (*jus in bello*) constituent des régimes juridiques distincts. Le « *jus in bello* » s'applique à toutes les parties à un conflit armé, indépendamment des considérations de légalité du recours à la force par l'une ou l'autre partie. Malgré la séparation entre les deux systèmes et l'application égale du droit des conflits armés / du droit international humanitaire à toutes les parties à un conflit armé, les deux corps de règles sont néanmoins reliés entre eux bien que le lien exact ne soit pas toujours clair. L'article 2 commun aux Conventions de Genève prévoit que « la Convention s'appliquera en cas de conflit armé international surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ou dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante ». Ce constat pourrait sembler simple et insinuer que tout acte en légitime défense à l'encontre d'un autre État entraînera automatiquement la pleine applicabilité du droit des conflits armés / du droit international humanitaire. Toutefois, il ne semble pas que la pratique des États estime invariablement que tout incident armé, quel que soit son caractère local ou temporaire, entraîne nécessairement un état de conflit armé entre deux États (par exemple, un incident aérien ou maritime ou une confrontation frontalière à petite échelle).<sup>17</sup> Le seuil du conflit armé non international est tout aussi imprécis, mais les critères formulés dans le fameux arrêt Tadic du TPIY concernant l'existence d'un conflit armé prolongé d'une intensité relativement significative entre les forces armées d'un État et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein

---

République tchèque) tandis qu'un autre rapport renvoie aux normes reprises dans la législation interne (la République slovaque). La réponse des États-Unis souligne la relation ou du moins le lien étroit entre la nécessité et la proportionnalité dans le cadre de la légitime défense et la nécessité militaire et la proportionnalité dans le contexte du droit des conflits armés / du droit international humanitaire, mais ne mentionne pas quelles conséquences résultent de cette relation ou de ce lien. La réponse des États-Unis a également fait état de la dimension qualitative et quantitative de la nécessité et de la proportionnalité.

<sup>17</sup> Voir C. Greenwood dans le *Manuel de Droit international humanitaire* de D. Fleck (ed.) (2<sup>ème</sup> édition anglaise, 2008), p. 48. Voir également le « Rapport final sur le terme de conflit armé » rédigé par la Commission sur l'usage de la fore de l'ILA (session de La Haye en 2010).

d'un État, sont généralement acceptés.<sup>18</sup> Malgré l'existence de ces normes générales, dans certains cas, il est difficile de vraiment savoir si le recours à la force en invoquant la légitime défense entraîne l'applicabilité du droit des conflits armés / du droit international humanitaire. Par exemple, il n'y a pas de consensus sur l'applicabilité des règles du droit des conflits armés / le droit international humanitaire aux frappes aériennes ciblées par des aéronefs sans ou avec pilote contre des bases ou des personnes soupçonnées de terrorisme situées à l'étranger. Dans la mesure où le droit relatif à l'usage de la force en situation de légitime défense s'applique à ce genre de situations, il semblerait qu'en principe elles soient régies par le droit des conflits armés / le droit international humanitaire, mais les choses sont loin d'être claires dans certains cas. L'applicabilité de la légitime défense aux acteurs non-étatiques, tels que les groupes armés, est abordée plus en détail dans la deuxième partie du questionnaire. La légitime défense de l'unité dans le cas d'une agression armée locale à petite échelle à l'encontre d'une unité militaire spécifique est par contre abordée dans la 4<sup>ème</sup> partie. Toutefois l'applicabilité générale du droit des conflits armés / du droit international humanitaire à l'usage de la force renferme suffisamment de points de controverse malgré le consensus ci-avant concernant la nature distincte des deux corps de règles pour justifier cette question.

La majorité des réponses des groupes nationaux au questionnaire ont souligné la nature distincte des deux corps de règles et de leurs domaines d'application respectifs. La plupart des groupes nationaux ont par ailleurs fait remarquer que l'existence d'un conflit armé est tributaire des faits, mais beaucoup d'entre eux ont également déclaré qu'il est peu probable que l'utilisation de la force en légitime défense ne débouche pas sur une situation de conflit armé tombant sous l'application du droit des conflits armés / du droit international humanitaire.<sup>19</sup>

## **2<sup>ème</sup> partie : La légitime défense par rapport aux acteurs non-étatiques**

Après l'introduction générale et les résultats décrits dans la première partie, le questionnaire tente d'aborder les circonstances particulières de légitime défense après une agression armée lancée ou menée par ce qu'il est convenu d'appeler les acteurs non-étatiques. A cet égard, quatre thèmes nous intéressent particulièrement.

<sup>18</sup> TPIY, Le procureur c. *Dusko Tadic*, IT-94-I-A, Décision relative à la motion de défense de l'appel interlocutoire concernant le champ de compétences, 2 octobre 1995.

<sup>19</sup> L'Allemagne, les Pays-Bas, la Suisse et l'Autriche ont répondu que tous les recours à la légitime défense entraîneraient l'applicabilité du droit des conflits armés / du droit international humanitaire. Par contre, les États-Unis ont déclaré qu'il y avait des situations impliquant l'utilisation de la force qui ne tombent pas sous l'application du droit des conflits armés / du droit international humanitaire, mais, par principe, les États-Unis l'appliquent chaque fois que la force est utilisée.

Tout d'abord, la question de la **qualité de l'auteur** se pose en cas d'agression armée par des acteurs non-étatiques. Cela vaut notamment pour des entités non-étatiques agissant sur instruction ou pour le compte d'États. Il peut également s'agir d'États engagés d'une manière substantielle dans les attaques perpétrées par des acteurs non-étatiques. Ces attaques dites indirectes sont imputables à l'État impliqué selon les règles primaires du *ius ad bellum* (le droit d'avoir recours à la guerre ou à la force) et/ou les règles secondaires de la responsabilité des États. Parmi les éléments les plus controversés, figurent toutefois la nature, la qualité et le « niveau quantitatif » de cette implication. Par ailleurs, des États peuvent ne pas ou insuffisamment être impliqués dans les agressions perpétrées par des acteurs non-étatiques. Dans le cas échéant, les attaques (si jamais le seuil d'une agression armée est atteint) ne peuvent être imputées qu'aux acteurs non-étatiques. Une des questions principales soulevées à la suite des attentats du 11 septembre était de savoir si des acteurs non-étatiques pouvaient être considérés comme les seuls auteurs d'une agression armée, à savoir sans qu'aucun État ne soit impliqué.

Ensuite, il se pose la question du **seuil** d'une agression armée. Outre le cas où le recours à la force équivaut à une « agression armée » donnant droit à la légitime défense, la question a été posée de savoir si le seuil et/ou les critères appliqués pour des agressions armées déclenchées par des acteurs non-étatiques étaient les mêmes que ceux appliqués aux agressions armées régulières menées par des États.

La troisième question renvoie aux aspects liés à la qualité de coauteur, à l'attribution et au **destinataire** de la légitime défense. Contre qui la légitime défense est-elle dirigée? En toute logique, la légitime défense est dirigée contre le ou les auteurs de l'agression armée. Cette interprétation découle du but poursuivi dans le cadre de la légitime défense. La légitime défense est donc en principe dirigée contre l'attaquant, à savoir le destinataire. Dans le cas qui nous préoccupe, il pourrait s'agir de l'acteur non-étatique. Il n'existe cependant pas d'unanimité parmi les États et les auteurs sur la possibilité de recourir à la légitime défense contre un acteur non-étatique, que celui-ci agisse avec ou sans l'appui substantiel d'un État. Dans certaines circonstances, les États peuvent toutefois être tenus responsables des actes commis par des acteurs non-étatiques. C'était le cas dans l'affaire du Nicaragua. On parle alors d'auteurs multiples. Pour autant qu'elle soit nécessaire et conforme aux autres exigences matérielles et formelles, on peut se demander si l'action de légitime défense doit être dirigée contre l'auteur primaire de l'agression armée (à savoir l'acteur non-étatique), contre l'État impliqué dans l'agression et responsable de celle-ci, ou contre les deux à la fois? Le questionnaire a tenté de se pencher sur les pratiques et les conceptions des États en cette matière.

Pour conclure, la question du conflit de normes peut survenir lorsque des États ayant recours à la légitime défense contre un acteur non-étatique suite aux agressions armées commises par ce dernier, franchissent les frontières d'un autre État (espace aérien, territoire ou eaux territoriales), violant ainsi l'intégrité territoriale des États qui abritent l'acteur non-étatique, mais sans aucune intention d'impliquer l'État dans l'opération. Le questionnaire a tenté de recueillir l'avis des États sur la hiérarchie des normes à cet égard.

1. *Votre pays considère-t-il que le droit de légitime défense ne s'applique qu'aux agressions menées par d'autres États ou estime-t-il que les agressions menées par des acteurs non-étatiques (comme des groupes armés ou terroristes) équivalent à des agressions armées permettant d'invoquer la légitime défense?*

Habituellement les agressions armées sont lancées par des acteurs étatiques, à savoir des armées régulières. C'est dans cet esprit que la Charte de l'ONU fut rédigée. Néanmoins, lors des attaques du 11 septembre, l'auteur s'avéra être un acteur non-étatique agissant pour son compte propre. Cette situation s'écartait visiblement de l'interprétation de la légitime défense acceptée jusqu'en 2001.<sup>20</sup>

Toutefois, l'histoire se souvient d'incidents où des acteurs non-étatiques lancèrent des agressions qualifiées par la suite d'agressions armées suscitant une réaction de légitime défense.

Bien qu'ancienne (datant de 1837), l'affaire de la Caroline sert toujours de base de discussion en cette matière. Il s'agissait d'un groupe de rebelles dont les actes avaient justifié le recours à la légitime défense. Plus récemment, la Turquie a invoqué la légitime défense suite à des attaques commises par le PKK depuis le territoire iraquien.

Avec l'opération Infinite Reach, les États-Unis ont attaqué Al Qaïda au Soudan et en Afghanistan en réponse au bombardement de ses ambassades au Kenya et en Tanzanie en 1998. La Colombie a eu recours à la légitime défense dans le cadre d'une opération contre les FARC en Équateur en 2008.<sup>21</sup> Enfin, les attaques du Hezbollah ont déclenché une réaction de légitime défense de la part d'Israël en 2006.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> P.A.L. Ducheine et E.H. Pouw, « Legitimizing the Use of Force: Legal Bases for Operation Enduring Freedom and ISAF », in: J. van der Meulen, A. Vogelaar, R. Beeres et J. Soeters (eds), *Mission Uruzgan : Collaborating in multiple coalitions for Afghanistan*, Amsterdam: AUP (2012), p. 33-46, p. 39.

<sup>21</sup> Déclaration du Ministère colombien des affaires étrangères n° 081 du 2 mars 2008 (Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia n° 081).

<sup>22</sup> P.A.L. Ducheine et E.H. Pouw, « Operation Change of Direction: A Short Survey of the Legal Basis and the Applicable Legal Regimes » in: M.J. de Weger et F.P.B. Osinga e.a. (eds), *NL Arms, Netherlands Annual Review of Military Studies* (2009), *Complex operations: Studies on Lebanon (2006) and Afghanistan (2006-present)*, Netherlands Defence Academy (Faculty of Military Sciences), pp. 51-96.

Après 2001, un argument fondé plaide en faveur de la position selon laquelle une agression armée peut aussi bien être commise par un État que par un acteur non-étatique.<sup>23</sup> Il se base sur les termes de l'article 51 de la Charte des NU, de la CIJ dans l'affaire du Nicaragua, et surtout des résolutions du Conseil de sécurité 1368 et 1373 (2001). Celles-ci font référence au droit naturel de légitime défense.

Parmi les États sondés, seule une minorité n'adhère pas à ce courant de pensée. Ils limitent le droit de légitime défense aux agressions armées imputables aux seuls États.<sup>24</sup> La majorité estime toutefois que les deux acteurs peuvent être considérés comme auteurs d'agressions armées justifiant le droit de légitime défense.<sup>25</sup>

## 2. *Qualité d'auteur*

- a. *Si votre pays reconnaît les acteurs non-étatiques comme des auteurs potentiels d'agressions armées, applique-t-il les mêmes critères pour déterminer l'existence d'une « agression armée » que dans le cas où un État est l'auteur (celui qui commet) d'une agression armée ? Dans la négative, quels sont les critères qui s'appliquent ?*

La question du seuil de l'agression armée a déjà été abordée de manière générale dans la première partie lors du passage en revue des évaluations par les États de la « tactique des coups d'épingle » et des attaques non-cinétiques (cybernétiques). Dans les deux cas, la conclusion évoquée dans la première partie est qu'un certain nombre d'agressions de moindre importance et/ou des attaques non-cinétiques pourraient être qualifiées d'agressions armées pour autant qu'elles aient été lancées par une armée régulière. Il semble raisonnable qu'au cas où le seuil serait le même pour les États et les acteurs non-étatiques, les deux phénomènes, à savoir l'accumulation des événements et les attaques non-cinétiques, seraient également valables dans le cas d'auteurs non-étatiques. Cette hypothèse reste à vérifier car cette deuxième partie s'adresse au seuil d'une agression armée commise par un acteur non-étatique.

En l'absence d'une définition, l'« agression armée » suscite le débat. De manière générale, une agression armée « normale » se caractérise

<sup>23</sup> Pour la position minoritaire, voir: Myjer, Eric P.J., et White, Nigel D. (2002), « The Twin Towers attack: An unlimited right to self-defence » in *Journal of Conflict and Security Law*, 7(1), pp. 5-17.

<sup>24</sup> La Suisse reconnaît les acteurs non-étatiques comme auteurs pour autant que les agressions armées soient imputables à des États; la République slovaque semble restreindre la qualité d'auteur aux acteurs étatiques. Renvoyant à la situation « clairement hypothétique », de l'implication d'un État tiers conduisant à la légitime défense après une agression par un acteur non-étatique, la Slovaquie semble aller dans le sens de la Suisse.

<sup>25</sup> L'Algérie, la République tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, les États-Unis, la Zambie.

par l'usage de la force armée transfrontalière (conventionnelle et non-conventionnelle) par des forces armées régulières ou irrégulières.<sup>26</sup> Une agression armée « dénote un recours raisonnablement significatif à la force, dépassant le niveau d'un acte criminel ordinaire », par conséquent elle nécessite un niveau minimal en termes d'« ampleur et d'effets ».<sup>27</sup>

Comme l'a clairement indiqué la CIJ dans l'affaire Nicaragua, les agressions armées lancées par des acteurs non-étatiques doivent être comparables aux agressions « normales » lancées par les forces régulières pour être qualifiées de la même manière. Les attaques du 11 septembre ont clairement démontré que les agressions commises par les acteurs non-étatiques avaient un pouvoir de destruction équivalant au potentiel des forces armées d'un État.

La plupart des États qui reconnaissent les acteurs non-étatiques comme auteurs potentiels des faits, s'accordent pour dire que le seuil d'une agression armée pour les États et les acteurs non-étatiques est identique.<sup>28</sup> Parmi les États ayant répondu au questionnaire, seuls les États-Unis semblent vouloir appliquer un seuil différent. Ils estiment qu'il peut s'agir d'autres actes de violence que ceux qui caractérisent les agressions armées « normales ». Ils renvoient notamment aux « actes individuels de violence ou de kidnapping » et/ou (à d'autres) actes terroristes.

- b. Dans quelles circonstances votre pays considérerait-il un État tiers étant impliqué indirectement dans une agression armée commise par un acteur non-étatique, comme étant l'auteur ou le co-auteur de l'agression armée? Par exemple: dans la situation où un acteur non-étatique se trouve sur le territoire d'un État tiers et que ce dernier n'est pas en mesure ou refuse d'agir à l'encontre de cet acteur non-étatique, cette attitude aurait-elle des conséquences sur le droit de votre pays à exercer la légitime défense à l'encontre de cet État tiers?*

Hormis les agressions **directes**, imputables aux acteurs non-étatiques, les agressions armées indirectes, à savoir les agressions armées menées par des agents non-étatiques **pour le compte de ou sous le contrôle d'un État tiers** ne constituent certainement pas une nouveauté. La CIJ a reconnu ces attaques indirectes dans l'affaire du Nicaragua.

<sup>26</sup> Ruys, Tom (2010), *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter - Evolutions in Customary Law and Practice*, New York: Cambridge University Press.

<sup>27</sup> Gill, Terry D., et Fleck, Dieter (2010), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford-New York: Oxford University Press, p. 191

<sup>28</sup> L'Algérie, la République tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège. La réponse de la Zambie n'était pas concluante, la République slovaque et la Suisse réservent le droit de légitime défense à des situations d'agressions armées commises uniquement par des auteurs étatiques.



L'acteur non-étatique pouvant être perçu comme l'auteur primaire de l'agression armée, le pays tiers concerné peut dès lors être considéré comme le co-auteur de ladite agression dans des circonstances bien déterminées. Par conséquent, suivant les principes d'attribution, l'État tiers peut être le destinataire potentiel de la réponse en légitime défense. L'attribution suit avant tout les règles primaires du *ius ad bellum*. Dans l'affaire du Nicaragua, la Cour internationale de Justice a établi qu'indépendamment des attaques directes, les États pouvaient également avoir recours à des attaques indirectes:

En particulier, on peut considérer comme admis que, par agression armée, il faut entendre non seulement [1] l'action des forces armées régulières à travers une frontière internationale mais encore [2] « l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État d'une gravité telle qu'ils équivalent », entre autres, à une véritable agression armée accomplie par des forces régulières, « ou [3] au fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action »<sup>29</sup>.

Jusqu'à présent, la doctrine légale s'est principalement penchée sur l'interprétation de « l'envoi », à travers les règles secondaires de la responsabilité de l'État dans le cadre de faits internationalement illicites.<sup>30</sup> Toutefois, ces règles secondaires n'ont que très rarement mené à l'attribution de l'agression à un État. Il y a attribution lorsque l'acteur non-étatique agit *de facto* selon les instructions ou dans le cas écheant sous le contrôle effectif de l'État impliqué.<sup>31</sup> La CIJ a confirmé ceci une fois de plus dans l'affaire récente du Génocide.<sup>32</sup>

Autrement, il est possible d'établir l'attribution à partir des règles primaires du *ius ad bellum*, par exemple par la question si un État tiers est « substantiellement engagé » dans les agressions commises par les acteurs non-étatiques, pour que les actes en question lui soient imputés. A cette fin, le concept d'engagement substantiel provenant de l'affaire Nicaragua

<sup>29</sup> CIJ (1986), Affaire du Nicaragua, p. 103, § 195. Dans CIJ (2005), Affaire de la RDC c. l'Ouganda, § 146, l'existence d'une agression directe ou indirecte fut rejetée.

<sup>30</sup> Articles sur la responsabilité de l'État (ARE) pour fait internationalement illicite.

<sup>31</sup> Art. 8 ARE, Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État: « Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ». Voir aussi CIJ (1986), Affaire du Nicaragua, p. 48, § 80 et pp. 64-65, § 115. Le TPIY utilisa un seuil plus bas: « contrôle global »: TPIY, (1999), Tadic (Chambre d'appel: arrêt), § 120, 122. La CIJ confirma son propre seuil: CIJ (2007), Affaire du Génocide (fond).

<sup>32</sup> CIJ (2007), Affaire du Génocide (fond), §401.

est utile.<sup>33</sup> L'engagement substantiel pourrait être constitué des éléments suivants:<sup>34</sup>

- *Connaissance*. L'État tiers savait (ou aurait dû savoir) que les acteurs non-étatiques commettaient des actes illicites sur son territoire.<sup>35</sup>
- *Comportement*. En dépit de la connaissance, l'État tiers omet de prendre les mesures appropriées afin d'empêcher l'abus de son territoire malgré qu'il en ait la capacité. Sur la base des obligations de diligence due<sup>36</sup> et prenant compte des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ou des dispositions contre le terrorisme, l'État devrait prendre de telles mesures préventives.<sup>37</sup> Dans un cas extrême, l'État tiers soutient les opérations des acteurs non-étatiques.
- *Substantialité*. Par son omission ou soutien actif, l'État tiers contribue d'une manière substantielle aux actes illicites des acteurs non-étatiques,<sup>38</sup> et donc facilite leur exécution.

<sup>33</sup> Ducheine, Paul A.L. (2008), *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding: een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terrorisme*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers pp. 175-207. Mais voir aussi: Ruys, Tom (2007), « Crossing the Thin Blue Line: An Inquiry into Israel's recourse to Self-Defense against Hezbollah », in: *Stanford Journal of International Law*, 43, pp. 265-294, p. 281.

<sup>34</sup> A l'origine: Ducheine (2008), pp. 201-202. Aussi utilisé dans Ducheine et Pouw (2009), p. 69.

De même: Nollkaemper, P.A. (2005), « Attribution of Forcible Acts to States: Connections Between the Law on the Use of Force and the Law of State Responsibility », in: Blokker, N. et Schrijver, N. (eds), *The Security Council and the Use of Force. Theory and Reality - A Need for Change?*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 133-171, p. 162; Brown, D. (2003), « Use of Force against terrorism after September 11th: state responsibility, self-defense and other responses », in: 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, pp. 1-53, pp. 16-17, Philipp, C.E. et Wolfrum, R. (2002), « The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law », in: 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, pp. 560-597, p. 592.

<sup>35</sup> Par analogie: CIJ (1949), Affaire du Détroit de Corfou, p. 22; aussi art. 16A RE ; aussi Brown (2003), p. 16.

<sup>36</sup> Voir entre autres CIJ (1949), Affaire du Détroit de Corfou, p. 23. Les obligations de diligence due demandent un certain effort au lieu de garantir un résultat.

<sup>37</sup> Aussi Becker, T. (2006), *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford: Hart Publishing (2006), p. 130, sur la base des résolutions 1373 et 1368 du CS des NU, les États sont obligés de «redoubler d'efforts pour prévenir et éliminer les actes terroristes, y compris par une coopération accrue [...], de collaborer d'urgence pour prévenir et réprimer les actes de terrorisme [...], de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de terrorisme [...], d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes [...] ».

<sup>38</sup> Selon Nicaragua et par analogie avec l'art.16 ARE. Voir e.a.: Gill, T.D. (2003), « The Eleventh of September and the Right of Self-Defense », in: Heere, Wybo et Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre (groupe nationale

- *Lien de causalité* : Il y a un lien de causalité<sup>39</sup> entre la contribution substantielle de l'État tiers sous la forme d'omission ou de soutien actif et les actes illicites des acteurs non-étatiques. De plus, cette relation est prévisible pour un observateur objectif.<sup>40</sup>

Tous les États sondés s'accordent pour dire que dans certains cas précis, les actes violents commis par des acteurs non-étatiques peuvent être imputés à des États tiers impliqués.<sup>41</sup> Les circonstances diffèrent toutefois.

Certains États se fondent sur le « droit international général » sans entrer en détail sur les règles appliquées.<sup>42</sup> Cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont nécessairement d'accord avec un autre groupe d'États qui renvoie (explicitement) aux règles concernant la responsabilité des États. Ce dernier groupe soulève explicitement<sup>43</sup> ou implicitement la question de l'attribution énoncée dans les règles sur la responsabilité de l'État et de l'établissement de la qualité d'auteur des États tiers impliqués.

Certains États estiment que l'*incapacité* et le *manque de volonté* sont des éléments significatifs à cet égard. La République tchèque distingue ces deux concepts: l'*incapacité* suscite l'invocation d'une intervention à la demande (créant ainsi une base légale permettant l'usage de la force par l'État défendeur). Le *manque de volonté* renvoie à une forme d'appui aux acteurs non-étatiques et leurs actes illicites.

La Norvège et les Pays-Bas estiment que les deux concepts peuvent jouer un rôle dans l'établissement de l'attribution. Les États-Unis considèrent que l'instigation, l'appui ainsi que l'incapacité de prévenir des actes illicites suffisent pour l'attribution. L'Algérie semble restreindre le droit de riposte en légitime défense à des cas où l'État est l'auteur direct d'une agression armée. Elle renvoie les autres affaires au Conseil de sécurité, y compris les situations où des États tiers sont impliqués sans être les auteurs directs.

3. *Quelle est la politique ou la position de votre pays par rapport à un conflit de normes entre (a) le droit de légitime défense à l'encontre d'un acteur non-étatique qui est l'auteur unique de l'agression armée et, (b) le droit de l'intégrité de l'État sur le territoire duquel se trouve l'acteur non-étatique?*

---

néerlandais) (éds), *Terrorism and the military: international legal implications*, La Haye: T.M.C. Asser Press, pp. 23-37, p. 29.

<sup>39</sup> Nollkaemper (2005), pp. 160-164, semble utiliser « prévisibilité » au lieu du lien de causalité.

<sup>40</sup> Selon Nicaragua, et Simma, B. (2002), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, p. 801; Nollkaemper (2005), p. 161; Brown (2003), p. 17.

<sup>41</sup> Excepté la Zambie.

<sup>42</sup> L'Allemagne (et la Zambie?).

<sup>43</sup> Les Pays-Bas et la Suisse.

Comme énoncé plus haut, la logique et l'objectif de la légitime défense imposent à l'État agressé de se défendre contre l'agresseur, à savoir l'auteur de l'agression armée. Par conséquent, le destinataire de la légitime défense et l'auteur de l'agression armée ne font qu'un.

Dans la situation du 11 septembre, cette déduction désignerait Al-Qaïda comme étant le destinataire primaire de l'opération liberté immuable (*Enduring Freedom*). La réalité est toutefois bien plus complexe. Toute action de légitime défense à l'encontre d'Al-Qaïda affecte inmanquablement l'(les) État(s) abritant des terroristes (hormis en haute mer). Par conséquent, dans la mesure où Al-Qaïda opérait manifestement depuis le territoire afghan, l'opération liberté immuable s'est également tenue en Afghanistan, portant ainsi atteinte à l'intégrité territoriale du pays. Une lecture moderne du *ius ad bellum* soutient la position selon laquelle l'Afghanistan s'est vu contraint de tolérer le recours à la légitime défense par les États-Unis sur son territoire.<sup>44</sup> La collision potentielle entre les droits de légitime défense et l'intégrité territoriale ou la souveraineté est donc manifeste.

Cette conception actuelle du *ius ad bellum* se trouve toutefois confortée par un exemple irréfutable tiré de l'histoire et du droit coutumier. Il s'agit de l'affaire de la Caroline où la réaction de défense britannique s'est portée contre des acteurs non-étatiques.<sup>45</sup> De plus, l'essence de la légitime défense consiste en une auto-assistance. Cette auto-assistance prend la forme de repousser les attaques, d'inverser les conséquences d'une attaque et d'empêcher des violations ultérieures sous forme de nouvelles attaques. La légitime défense serait illusoire si le destinataire n'était pas également l'auteur. Un contre-argument pourrait provenir des arrêts de la Cour internationale de Justice: pour l'instant, la Cour ne partage pas ce point de vue, sans pour autant le rejeter, ce qui pourrait être qualifié de quatrième argument. En fait, les membres de la Cour sont divisés sur la question. Plusieurs juges ont également émis des critiques à cet égard.<sup>46</sup> On constate en définitive que cette conception résonne dans la doctrine<sup>47</sup>, par

<sup>44</sup> Ducheine (2008), pp. 259-261.

<sup>45</sup> Ducheine et Pouw (2012), p. 40.

<sup>46</sup> Voir l'opinion des juges Higgins (§ 33-34), Buergenthal (§ 6), Kooijmans (§ 35) dans CIJ (2004), Avis consultatif sur le mur, et Simma (§ 6-11), Kooijmans (§ 26-30) dans CIJ (2005), Affaire de la RDC c. l'Ouganda.

<sup>47</sup> E.a. Manusama, K.M. (2006), *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 292-293, qui note que dans UN Doc S/PV.4370 (2001) (Procès-verbal provisoire de la 4370<sup>e</sup> séance du CS (56<sup>e</sup> année)) la légitime défense ne fut pas mentionné car c'était évident; voir aussi UN Doc. S/PV.4413 (2001) (Procès-verbal provisoire de la 4413<sup>e</sup> séance du CS), p. 6-7, 10, où la France et la Norvège soutiennent la légitime défense avant l'approbation de la résolution 1377 du CS. Voir aussi Kirgis, F.L. (2002), *Pre-emptive Action to Forestall Terrorism*, <[www.asil.org/insights/insigh88.htm#author](http://www.asil.org/insights/insigh88.htm#author)> (consulté: 1-4-2012).

exemple dans le rapport de la Réunion d'experts sur les stratégies contre le terrorisme (*Expert Meeting on Counter-Terrorism Strategies*):

It appears that a new understanding is emerging that the right of self-defence also exists in relation to an armed attack which cannot directly be ascribed to another State.<sup>48</sup>

Pour conclure, un des principes de base du droit international réside dans l'obligation des États de respecter la souveraineté d'autres États. Il leur est donc interdit d'exercer leur autorité sur le territoire d'un autre État sans base légitime. Cette règle est confirmée dans l'affaire Lotus.<sup>49</sup> Le droit de légitime défense constitue l'une desdites bases légitimes. Sous réserve des conditions de la nécessité et de la proportionnalité, le droit de légitime défense fait donc l'objet d'une «règle permissive» donnant (temporairement) accès au territoire d'un autre État, même dans le cadre d'opérations de légitime défense menées contre des acteurs non-étatiques sur le territoire d'autres États. En particulier, le principe de nécessité peut de toute évidence empêcher les États défendeurs de recourir à la force, voire même à la légitime défense, si d'autres mesures (violentes ou non-violentes) sont envisageables.

De manière générale, la majorité des États estime que la réponse à cette question relève du cas par cas, en tenant compte de tous les faits et circonstances.

Un certain nombre d'États n'acceptent la violation de l'intégrité territoriale d'un État tiers impliqué que lorsque celui-ci peut être considéré comme l'auteur ou le co-auteur des agressions commises par les acteurs non-étatiques.<sup>50</sup> D'autres États considèrent qu'en cas d'incapacité et de statut de co-auteur (établis par attribution), la légitime défense l'emporte (temporairement) sur l'intégrité territoriale<sup>51</sup>. Pour une minorité d'États, cette prédominance s'applique aussi dans les situations concernant un seul auteur, même s'il s'agit d'un acteur non-étatique, où la légitime défense prévaut également à titre temporaire.<sup>52</sup> L'Algérie semble laisser entendre que l'intégrité territoriale prévaut dans des cas d'attaques menées par des acteurs non-étatiques opérant depuis l'étranger.

<sup>48</sup> Schrijver, N. et Van de Herik, L. (2007), « Counter-terrorism strategies, human rights and international law: meeting the challenges. Expert meeting counter-terrorism strategies (10-13 April 2007) », in: 54 *Netherlands International Law* (3), pp. 571-578, p. 577.

<sup>49</sup> CPJI (1927), S.S. Lotus (France c. Turquie), 7-9-1927, Série A N° 10, p. 18.

<sup>50</sup> La Suisse (et la République slovaque ?).

<sup>51</sup> Les États-Unis, la Norvège, (les Pays-Bas ?).

<sup>52</sup> La République tchèque.

### 3<sup>ème</sup> partie: La légitime défense dans le contexte des opérations de maintien de la paix des Nations Unies

N.B.: Seules les opérations menées sous le commandement des Nations Unies (Département des opérations de maintien de la paix de l'ONU) relèvent de cette troisième partie (notamment la MONUSCO). Les opérations menées sous le couvert d'un mandat du Conseil de sécurité des Nations Unies et placées sous le contrôle d'un autre organisme ou dispositif (régional, tel que la KFOR ou la mission MUAS), ou placées sous contrôle national ne font pas l'objet de cette partie du questionnaire.

1. *La doctrine des opérations de maintien de la paix définie dans la Doctrine de Capstone (DPKO mars 2008) reprend les déclarations de principe antérieures de l'ONU selon lesquelles la légitime défense, exercée dans le cadre des Opérations de Paix de l'ONU), comprend l'emploi de la force en réponse à des tentatives visant à empêcher, par la force, l'accomplissement du mandat (« défense du mandat »/Mission légitime défense). Votre pays a-t-il une position quant à la manière d'interpréter ce principe ? Quelle est, selon votre pays, la base légale d'une « Mission Légitime défense / [Défense du mandat, TG] » de l'ONU en vertu du droit international?*
2. *Les principes et pratiques de l'ONU mettent également fortement l'accent sur la protection des civils (par ex. SC Res. 1674 (2006)) dans plusieurs opérations récentes, comme en République démocratique du Congo, dans la mesure de la faisabilité opérationnelle. Quelle est la politique et l'expérience de votre pays dans la mise en œuvre de la protection des civils sur base du concept de la « Mission Légitime défense / [Défense du mandat, TG] »?*
3. *Votre pays a-t-il formulé des réserves dans les accords conclus avec le DPKO concernant l'emploi de la force dans le contexte de la « Mission légitime défense / [Défense du mandat, TG] » et/ou de la protection des civils? Dans l'affirmative, veuillez mentionner brièvement en quoi elles consistaient et indiquer la raison pour laquelle votre pays les a émises comme conditions de participation à la mission.*

L'ONU a établi de longue date une position qui autorise les forces du maintien de la paix des Nations Unies de recourir à la force dans le but de contrer toute tentative armée d'empêcher l'exécution de leur mandat. Cette position remonte aux années 1960, où elle fut formulée pour la première fois dans le cadre de la mission UNFICYP à Chypre. Elle fut réitérée à maintes reprises les années suivantes dans les déclarations officielles de politique générale des Secrétaires généraux successifs<sup>53</sup>. Ce concept de légitime défense est plus large que le concept original de légitime défense invoqué

<sup>53</sup> Boddens Hosang in Gill, T. et Fleck, D., *The Handbook of the International Law of Military Operations* (2010), p. 418.

lors des premières missions de maintien de la paix de l'ONU. Le concept original relevait avant tout de la légitime défense individuelle en vertu du droit pénal national. La légitime défense est toutefois essentiellement *réactive* dans la mesure où elle autorise l'usage de la force en réponse à une ingérence armée dans l'exécution du mandat. Elle cadre de surcroît avec les principes fondamentaux qui régissent la force de maintien de la paix de l'ONU. Ces principes sont l'impartialité ainsi que la nécessité du consentement et le maintien du consentement de toutes les parties au conflit. En revanche, les limites de l'usage de la force vont plus loin lors de missions d'imposition de la paix menées selon les termes du chapitre VII de la Charte. Ces missions autorisent l'usage de la force au-delà de la légitime défense pour faire respecter tous les volets du mandat de manière *proactive* et de droit ne sont pas soumises au consentement ni à l'impartialité.<sup>54</sup> Cette politique de légitime défense appliquée lors d'opérations de maintien de la paix de l'ONU figure dans le *Rapport Brahimi*<sup>55</sup>. Comme on peut lire dans la question, elle est également reprise dans la doctrine officielle concernant les opérations de paix telle qu'elle figure dans la *Doctrine Capstone*<sup>56</sup>. Pris dans le contexte des autres principes de base de maintien de la paix et de la conduite d'opérations de maintien de la paix contemporaines de l'ONU, le principe de légitime défense peut se décrire sommairement comme une force à laquelle les commandants des forces de l'ONU peuvent recourir en réponse aux ingérences armées d'« éléments perturbateurs » dans l'exécution du mandat. Les commandants peuvent ainsi empêcher un intervenant de manipuler le consentement dans le but d'entraver l'exercice du mandat et de la mission impartie. La politique en question trouve sa base juridique dans les dispositions de la Charte des Nations Unies qui traitent des pouvoirs généraux du Conseil de sécurité dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales et plus précisément dans le texte du mandat. En tant que telle, cette politique diffère fondamentalement des concepts de légitime défense nationale en vertu du droit international et de la légitime défense individuelle en vertu du droit interne. Tous deux sont de nature inhérente, bien que fondés sur des bases légales différentes (le droit international public pour la légitime défense nationale et le droit interne pour la légitime défense individuelle). Par conséquent, la doctrine de « défense du mandat / légitime défense dans le cadre de la mission », devrait être définie dans les Règles d'Engagement (ROE) spécifiques autorisant le recours à la force à d'autres fins que la simple protection des individus exposés à une (menace imminente d')agression illégale ou

<sup>54</sup> *Id.*, p. 419.

<sup>55</sup> UN Doc. A/55/305- S/2000/809.

<sup>56</sup> *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*, Publication internationale DPKO, Secrétariat NU, Mars 2008, disponible en ligne: <[pbpu.unlb.org/pbps/library/Capstone\\_Doctrine\\_ENG.pdf](http://pbpu.unlb.org/pbps/library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf)>. Pour le traitement du recours à la force en cas de légitime défense et de défense du mandat : voir chapitre 3, « Principes de base du maintien de la paix des Nations Unies », 34-5.

attaque.<sup>57</sup> Il est important de noter que l'autorisation d'utiliser la force en vue d'assurer la défense du mandat, ne signifie pas systématiquement le recours effectif à la force, que ce soit dans le cadre de la doctrine ou des pratiques de l'ONU dans les opérations pour le maintien de la paix. De manière générale, il serait politiquement imprudent de recourir à la force en vue de faire respecter le mandat hors du contexte strict de d'une attaque. Cela pourrait engendrer la perte du consentement ou de l'impartialité et ainsi saper la poursuite de la mission. Tout dépendrait de la nature du mandat, des circonstances factuelles pertinentes, et serait soumis à la discrétion de la direction de la mission dans la mesure où cela dépasserait le cadre de la légitime défense individuelle ou de l'unité, sujets qui seront abordés plus loin dans le questionnaire.

Aucune réponse n'a fait état d'actes juridiques spécifiques ou de politiques nationales qui auraient intégré le concept de « défense du mandat / légitime défense dans le cadre de la mission » des Nations Unies. Certains pays interrogés ont précisé que cela dépendait du mandat. D'autres ont évoqué une redondance (au moins) partielle par rapport aux dispositions juridiques nationales sur la légitime défense individuelle. Il doit alors s'agir de la protection des membres de la mission et du personnel associé contre une (menace imminente d')utilisation illicite de la force.<sup>58</sup> Personne n'a fait état de réserves émises quant à la notion de légitime défense des Nations Unies. Plusieurs réponses ont toutefois reconnu n'avoir aucune expérience concrète en la matière, vraisemblablement car leur pays n'a pas participé (récemment) à des opérations de paix dirigées par les Nations Unies avec des contingents armés.

En ce qui concerne les civils, les Nations Unies ont récemment déclaré que la politique de maintien de la paix de l'organisation plaçait leur protection parmi les priorités. Les Nations Unies soulignent la nécessité d'une « approche holistique » fondée sur l'attribution de responsabilités spécifiques aux pays hôtes, aux nations ayant fourni des troupes, aux organes et départements des Nations Unies, y compris le DOMP et les missions de maintien de la paix proprement dites.<sup>59</sup> Bon nombre de missions récentes ou en cours font l'objet de dispositions sur la protection des civils dans le cadre de leurs mandats respectifs.<sup>60</sup> Dans la mesure des moyens

<sup>57</sup> Cammaert et Klappe in Gill et Fleck, *op.cit.*, 154-5.

<sup>58</sup> Le rapport norvégien par exemple fait allusion à la nécessité d'exprimer des aspects liés à la défense du mandat et à l'accomplissement des missions dans les ROE pertinentes. Le rapport allemand souligne le fait que le concept de légitime défense individuelle recouvre en partie la protection des membres de la mission et les civils en danger imminent.

<sup>59</sup> Pour un aperçu de la doctrine de maintien de la paix des Nations Unies concernant la protection des civils, voir <http://www.un.org/fr/peacekeeping/issues/civilian.shtml>.

<sup>60</sup> Un rapport indépendant complet de la politique et de l'historique des Nations Unies en matière de protection des civils, préparé par V. Holt, G. Taylor avec l'aide de



disponibles, la plupart des dispositions imposent la protection des civils en danger dans le cadre de leur mission si leur vie ou leur sécurité est directement menacée. La protection des civils cadre donc en partie avec la plupart des dispositions juridiques nationales relatives à la légitime défense individuelle. Ces dispositions autorisent la protection de tiers contre un recours illégal à la force. La protection peut toutefois comporter des éléments au-delà de ce seuil. Dans la mesure où ils impliquent l'usage de la force (létale), ces éléments nécessitent des autorisations spéciales dans le cadre du mandat et des Règles d'Engagement (ROE) qui l'accompagnent.

Cet aspect est largement abordé dans les réponses au questionnaire. Toutefois, la plupart des pays sondés ont avoué n'avoir aucune expérience en cette matière spécifique, ou ont précisé que la protection des civils devait être conforme avec le droit national et international en la matière. Certains pays sondés ont lié la protection des civils aux pouvoirs attribués dans le Chapitre VII de la Charte au Conseil de sécurité. D'autres encore voient la protection des civils comme essentiellement synonyme de légitime défense individuelle, permettant la protection de personnes, y compris des civils, contre les attaques illégales. Personne n'a fait état de réserves émises concernant la protection de civils dans le cadre d'une opération de maintien de la paix des Nations Unies, même si étant donné que la plupart n'avaient aucune expérience d'opérations récentes dans ce cadre, la question ne s'est jamais posée.

#### **4<sup>ème</sup> partie: Légitime défense de l'unité**

##### **Introduction**

Les réponses à la quatrième partie permettent de dégager certaines tendances générales. Il convient néanmoins de les interpréter prudemment, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, la faible quantité de réponses reçues réduit la portée et la fiabilité de ces tendances. Ensuite, différentes réponses reflètent une certaine confusion dans la compréhension de la question. Cela concerne tout particulièrement le concept de légitime défense de l'unité, que nous définirons dans ce questionnaire comme suit:

*La légitime défense de l'unité* fait référence au droit d'un commandant de prendre toutes les mesures jugées nécessaires pour défendre son unité contre une attaque ou une agression imminente. C'est un droit qui peut également être exercé en dehors du contexte d'un mandat international spécifique ou d'une mission, aussi bien que dans le cadre national (en temps de paix). Pour illustrer l'exercice de ce droit, on peut citer comme exemple le cas d'un navire qui navigue dans le cadre purement national (ou se trouve dans

---

M. Kelly sur l'ordre de DPKO, intitulé *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges* se trouve en ligne sur [http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/B752FF2063E282B08525767100751B90-unocha\\_protecting\\_nov2009.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/B752FF2063E282B08525767100751B90-unocha_protecting_nov2009.pdf).

un port), comme dans le cadre des patrouilles de sécurité nationales, du transit d'un port à l'autre entre des pays alliés, etc., et utilise la force pour se défendre contre une attaque.

En d'autres termes, la notion de « légitime défense de l'unité » fait référence à l'autorisation de recourir à la force contrairement à un motif d'exonération en matière de responsabilité pénale. Par ailleurs, la notion « légitime défense de l'unité » ne doit pas être confondue avec un mandat international spécifique ou une mission, à savoir la protection de la force<sup>61</sup>, la légitime défense étendue,<sup>62</sup> ou encore le droit de recourir à la force durant un conflit armé.

La compréhension de la question risque d'être affectée par la terminologie nationale, à savoir l'absence de la notion « légitime défense de l'unité » en tant que telle dans les systèmes juridiques nationaux respectifs. Toutefois, l'absence de terminologie spécifique ne devrait pas être interprétée comme signifiant l'absence de la substance du concept de « légitime défense de l'unité ».

De manière générale, il serait possible d'affirmer que le concept de légitime défense de l'unité ne semble pas exister en tant que concept distinct du droit de légitime défense individuelle collective dans la plupart des pays qui ont répondu. La légitime défense de l'unité semble plutôt être perçue comme une manifestation spéciale du droit de légitime défense individuelle collective. La légitime défense de l'unité est dès lors régie par le droit de légitime défense individuelle collective. Les conséquences de cette approche sont doubles. D'une part, les critères déclencheurs du droit de légitime défense de l'unité (en tant que manifestation du droit de légitime défense individuelle collective) reflètent les critères déclencheurs du droit de légitime défense en général. D'autre part, le concept de « l'unité » est mal défini et flou.

Il est intéressant de noter que toutes les réponses reçues confirment que la légitime défense de l'unité ou la légitime défense individuelle collective ne se limite pas à des unités provenant d'une même nation mais concerne également des unités combinées.

## Réponses

1. *Votre pays reconnaît-il le droit aux unités militaires de se défendre en tant qu'unité en dehors du contexte d'une opération militaire spécifique? Dans l'affirmative, quelle est la base légale que votre pays prend en compte pour ce genre de légitime défense: « la légitime défense individuelle collective » (en d'autres termes, chaque membre de l'unité exerce la légitime défense individuelle) ou votre pays reconnaît-il une autre base légale conférant ce droit?*

<sup>61</sup> Aux fins du présent rapport, la protection de la force est définie en annexe.

<sup>62</sup> Aux fins du présent rapport, la légitime défense étendue est définie en annexe.

Six rapports nationaux<sup>63</sup> ne connaissent ni le terme légitime défense de l'unité ou le concept de légitime défense de l'unité en tant que droit distinct du droit de légitime défense individuelle collective. Par contre, la substance de la légitime défense de l'unité est régie par le droit général de légitime défense collective individuelle, y compris la légitime défense de tiers. Par conséquent, le droit de légitime défense collective personnelle constitue la base légale du droit des unités de se défendre.

L'Allemagne<sup>64</sup> ainsi que vraisemblablement la Norvège<sup>65</sup>, semblent adopter une approche mixte. Toutes deux connaissent le concept de légitime défense de l'unité qu'elles considèrent toutefois être partie intégrante du droit de légitime défense personnelle. De même, la réponse fournie par les États-Unis confirme sans équivoque que les unités militaires ont le droit de se défendre en tant qu'unité, que ce soit dans le cadre d'opérations militaires spécifiques ou non. Elle admet cependant qu'un tel droit pourrait être considéré comme légitime défense de l'unité ou comme légitime défense collective individuelle.

Enfin, les Pays-Bas semblent être les seuls à séparer clairement le droit de légitime défense de l'unité du droit de légitime défense « individuelle » tant en termes théoriques qu'en termes de fond. Tout d'abord, les Pays-Bas soutiennent que le droit de légitime défense de l'unité n'est pas pertinent en période de conflits armés puisque la base juridique permettant l'usage de la force dans ce contexte est tirée du DIH. Il s'agit du droit des combattants de participer directement aux hostilités. Les Pays-Bas reconnaissent le droit de légitime défense de l'unité en dehors d'un conflit armé : la « légitime défense de l'unité constitue un droit naturel, c'est-à-dire la légitime défense de l'unité n'est pas subordonnée à un mandat ou à une mission. Les Règles d'Engagement ne peuvent donc pas limiter ou restreindre le droit des unités de se défendre, comme c'est le cas pour la légitime défense 'individuelle' ». Si l'on considère la légitime défense dans le contexte du droit pénal, c'est-à-

<sup>63</sup> L'Algérie, l'Autriche, la République tchèque, la Slovaquie, la Suisse et la Zambie.

<sup>64</sup> L'Allemagne a répondu comme suit: « La légitime défense est un droit naturel, universellement reconnu des individus à se défendre eux-mêmes en ayant recours à l'usage nécessaire et proportionné de la force contre une attaque. Le droit de légitime défense individuelle peut émaner du droit international, tout comme le droit de légitime défense nationale combiné avec le statut des unités militaires représentant les droits souverains de leur État. Le droit de légitime défense comprend de par sa portée et sa nature, la légitime défense individuelle ainsi que la légitime défense de l'unité. Il permet le recours proportionné à la force en situation de légitime défense pour la protection du personnel, de l'unité, de forces amies ou de la vie et de la propriété humaine en réaction à une attaque ou une attaque imminente. Une mission de légitime défense peut être basée sur les pouvoirs du Conseil de Sécurité dans le cadre du Chapitre VII ».

<sup>65</sup> La réponse de la Norvège est formulée comme suit: « La Norvège reconnaît le droit des unités militaires de se défendre en tant qu'unité en dehors du cadre d'une opération militaire spécifique. Ce droit est considéré comme un droit de légitime défense collective ».

dire comme motif d'exonération de la responsabilité pénale, et non comme un droit de recours à la force, les membres individuels de l'unité ont le droit de recourir à la légitime défense individuelle, leurs actions individuelles étant coordonnées par le commandant de l'unité.

Les réponses des autres pays ne reflètent pas la distinction néerlandaise entre le droit de légitime défense de l'unité en tant que droit de recourir à la force et la légitime défense en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale. On peut toutefois en retrouver des éléments dans les réponses fournies par l'Allemagne et les États-Unis. L'absence d'une telle distinction peut expliquer pourquoi la plupart des pays interrogés n'ont pas évoqué le concept dans leurs réponses.

Il semble en tous cas que cette distinction et ses conséquences dans le contexte militaire méritent une étude approfondie.

2. *Quels sont les critères que votre pays reconnaît comme s'appliquant au droit des unités militaires de se défendre, sur le plan des critères déclencheurs (c'est-à-dire les critères qui donnent le droit d'exercer cette forme de légitime défense)?*

La plupart des réponses fournies ne considèrent pas le droit de légitime défense de l'unité comme un droit séparé, mais plutôt comme une composante du droit de légitime défense collective individuelle. Les critères déclencheurs sont donc identiques à ceux du droit de légitime défense (collective) individuelle c'est-à-dire une réaction proportionnée à une attaque imminente ou en cours.<sup>66</sup> La République tchèque précise explicitement que le seuil applicable dépend du contexte militaire comme l'intensité faible ou haute de la zone opérationnelle, les ordres militaires, etc.

En revanche, pour l'Allemagne et les Pays-Bas qui considèrent le droit de légitime défense de l'unité comme un droit séparé autorisant les unités à recourir à la force, les critères déclencheurs reflètent ceux du droit de légitime défense des États dans le cadre du droit international public. Il s'agit des critères de l'affaire de la *Caroline*.<sup>67</sup> Par conséquent, le droit de légitime défense de l'unité survient en cas d'attaque imminente et doit être à la fois nécessaire et proportionné.

L'emploi de la force en cas de légitime défense (de l'unité) doit se rapporter à une **attaque (imminente)** de l'unité en question et en plus doit respecter les critères de nécessité et de proportionnalité (voir critères dans l'affaire de la *Caroline*).

- *Nécessité*: les forces militaires sont autorisées à utiliser la force en cas de légitime défense uniquement si les alternatives non-violentes visant

<sup>66</sup> Voir particulièrement les réponses fournies par la Norvège, la République tchèque et la Slovaquie.

<sup>67</sup> Voir la partie 1.

à empêcher ou décourager l'attaque ou l'agression imminente sont a) épuisées, b) inaccessibles ou c) jugées insuffisantes pour défendre les forces en pareilles circonstances. L'emploi de la force est généralement autorisé aussi longtemps que l'agression se poursuit ou si elle est imminente.

- *Proportionnalité*: l'emploi de la force doit être proportionnel. Cela signifie que la nature, la durée et l'étendue de la force utilisée ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour repousser, empêcher ou décourager l'attaque.

De plus, la réponse des Pays-Bas souligne le fait que le droit pénal national, à savoir le droit de la légitime défense individuelle, peut également entrer en jeu lorsqu'il s'agit d'examiner la légalité de l'emploi de la force pour se défendre contre une attaque imminente:

- D'une part, si l'on considère que l'intention ou l'acte hostile ne constitue pas une attaque imminente ou effective, comme dans le contexte des Règles d'Engagement OTAN, la réaction ne relève pas du droit à la légitime défense. Dans ce cas elle relève plutôt de l'accomplissement de la mission. Cela dépend donc de l'autorisation des Règles d'Engagement.
- D'autre part, si l'on considère que l'intention et l'acte renvoient à une attaque effective ou imminente comme pour la règle d'engagement (SROE) américaine, le droit de la légitime défense individuelle s'applique. La réponse des États-Unis interprète l'intention hostile / agression hostile de la même manière. Elle souligne le fait que « l'autorisation d'utiliser la force en cas d' 'intention hostile'<sup>68</sup> dans le cadre des règles d'engagement (Standing ROEs) couvre le concept de légitime défense anticipative ». L'utilisation de la force dans ce cadre reste limitée par les critères de nécessité et de proportionnalité.

Il est difficile de tirer des conclusions générales en raison du peu de réponses obtenues et des confusions d'ordre terminologique autour du droit de légitime défense de l'unité. Néanmoins, il est frappant de constater qu'au moins deux pays sur trois qui reconnaissent un droit distinct de

<sup>68</sup> Conformément à l'annexe A de l'instruction du comité des chefs d'état-major 3121.01A, Règles d'engagement (ROE) permanentes pour les forces américaines du 15 janvier 2000, par. 5 (h) et 5 (c), l'intention hostile est définie comme suit : « Confronté à la présence d'intention hostile, il existe le droit d'un recours proportionné à la force, y compris la force armée en légitime défense. Pour ce faire, l'usage de tous les moyens nécessaires disponibles visant à dissuader ou neutraliser l'agresseur potentiel, ou, en cas de nécessité, à supprimer la menace est permis. L'existence d'une intention hostile qui nécessite un recours à la force proportionnée dans le cadre de la légitime défense doit être fondée sur des preuves qu'une attaque est imminente ». La quantité de preuves nécessaire requise pour déterminer l'intention hostile dépendra du niveau de tension politique sur le plan régional ou international, des préparatifs militaires, des renseignements et des indications et des avertissements.

légitime défense de l'unité, semblent tirer les critères déclencheurs du droit international public. Il s'agit des critères de l'affaire de la *Caroline*, concernant le droit des États à utiliser la force en cas de légitime défense. Cet aspect confirme plutôt l'idée qu'il y a une différence entre le droit de la légitime défense individuelle comme motif d'exonération en matière de responsabilité pénale et le droit à la légitime défense de l'unité en tant que droit d'utiliser la force. Ce dernier est davantage apparenté au droit des États d'utiliser la force. Les liens entre les concepts de légitime défense de l'unité et la légitime défense de l'État dans le cadre du droit public international méritent d'être approfondis.

3. *Quels sont les critères que votre pays reconnaît concernant la définition du terme « unité » dans le contexte de l'exercice de cette forme de légitime défense? Le personnel, les navires, les avions etc., qui se trouvent à proximité et qui sont issus de la même nation sont-ils automatiquement considérés comme faisant partie de l'« unité » qui se défend? Votre pays exige-t-il que toutes les unités faisant partie d'une grande unité qui exerce cette forme de légitime défense proviennent de la même nation, ou sont des unités combinées (c'est-à-dire constituées de sous-unités issues de nations différentes) également autorisées à exercer cette forme de légitime défense?*

### **Définition de l'unité**

L'éventail de réponses fournies sur ce qu'on entend par « unité » au sens de la légitime défense de l'unité peut s'expliquer par la différence de perception entre la légitime défense de l'unité et la légitime défense (collective) individuelle.

D'un côté, il n'est guère étonnant que les pays qui ne connaissent pas le concept distinct de légitime défense de l'unité n'aient qu'une idée vague et mal définie de la définition de l'unité dans le cadre de l'exercice de la légitime défense. En conséquence, l'Autriche, la Norvège et la République tchèque considèrent le droit de légitime défense de l'unité comme le droit de porter assistance à des tiers sans fournir plus de critères par rapport aux limites de cette perception. La Slovaquie inclut également le « personnel à proximité » dans le concept d'unité. L'Algérie définit pour sa part « l'unité » comme une « unité de feu » mais confirme par ailleurs que les unités de renfort continuent d'agir sur la base de la légitime défense de l'unité.

De l'autre côté, l'Allemagne et les Pays-Bas semblent plutôt s'orienter vers une approche fonctionnelle de la définition de l'unité dans le cadre de la légitime défense de l'unité. Par conséquent, le « terme 'unité' devrait être considéré ici dans un sens plus large, si l'on s'en tient à la réponse allemande. Le droit de légitime défense de l'unité s'applique à toutes les agressions contre le personnel et les équipements de la mission ». Le rapport néerlandais souligne plus formellement que « le critère déterminant

est l'exercice de l'activité en tant qu'entité ». Par exemple « des avions qui volent ensemble formant une escadrille, ou encore des navires qui naviguent ensemble ». Dans cet ordre d'idées, les forces armées prises dans leur ensemble ne constituent pas une « unité » dans la mesure où elles n'agissent pas en tant qu'unité unique. De plus, cette conception ne permet pas aux unités de renfort d'agir sur la base de légitime défense de l'unité, mais plutôt sur la base de la légitime défense étendue<sup>69</sup> ou celle de la protection de la force.<sup>70</sup>

Pour finir, la réponse fournie par les États-Unis ne définit pas « l'unité » dans le cadre de la légitime défense.

### Unités combinées

Malgré l'éventail de réponses reçues concernant la définition de « l'unité », toutes confirment que la légitime défense de l'unité n'est pas limitée aux unités de la même nation. Elle s'étend à des unités combinées, c'est-à-dire comprenant des sous-unités d'autres nations.

### Conclusion

La partie 4 du questionnaire illustre parfaitement les nombreuses confusions terminologiques entourant le concept de légitime défense et ses variantes. Selon une majorité de réponses obtenues, l'appellation légitime défense de l'unité est inexistante dans la terminologie nationale. Toutefois, la plupart des pays sondés reconnaissent à une unité le droit de se défendre, y compris dans le cas d'unités combinées, sur la base de la légitime défense individuelle collective. Pour cette même raison, ce sont les pays où le concept de légitime défense de l'unité n'existe pas qui définissent moins bien le terme « unité ».

Le manque d'uniformité par rapport à la terminologie utilisée ne permet pas de conclure automatiquement que la substance du concept de légitime défense de l'unité n'existe pas dans des pays où l'appellation légitime défense de l'unité est inconnue. On peut en revanche se demander si la différence est purement d'ordre terminologique, à savoir la légitime

<sup>69</sup> « La légitime défense étendue est le droit des unités de l'Alliance agissant dans le cadre d'une opération menée par l'OTAN ou sous commandement de l'OTAN de s'entraider en cas d'attaque (imminente). Ceci sera vraisemblablement également le point de vue principal du gouvernement néerlandais. Le droit de légitime défense étendue est tiré de l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord (l'article en question renvoie au principe d'assistance mutuelle dans le contexte de la légitime défense (collective) nationale / art. 51 Charte de l'ONU) et englobe une *expression au niveau de la force du droit de légitime défense nationale collective* ».

<sup>70</sup> « La protection de la force (le droit attribué à une Force autre que celle de l'OTAN de se défendre, comme les forces de maintien ou d'imposition de la paix des Nations Unies) trouve (implicitement) sa source dans le mandat de l'opération en question. Le concept de légitime défense des Nations Unies renvoie dès lors à la protection du mandat ».

défense de l'unité par opposition à la légitime défense individuelle collective, ou s'il existe une différence en termes de substance, à savoir si le contenu et la conceptualisation du droit divergent. Par exemple, le droit de légitime défense de l'unité est-il plus étendu que le droit de légitime défense individuelle? Ou la différence provient-elle du fait que le droit de légitime défense de l'unité équivaut à une autorisation de recourir à la force tandis que le droit de légitime défense individuelle collective correspond à un motif d'exonération aux fins de la responsabilité pénale? Ces questions reflètent la nécessité d'investiguer davantage en vue de clarifier le concept et les contours de la légitime défense de l'unité.

## **5<sup>ème</sup> partie : La légitime défense militaire et la protection des forces par rapport aux règles d'engagement (ROE)**

### **Introduction**

Certaines tendances intéressantes se dégagent des réponses à la partie 5. Toutefois, pour les mêmes raisons qu'à la partie 4, celles-ci doivent être considérées avec prudence. Il s'agit notamment des termes « légitime défense militaire » et « protection de la force » qui, comme l'ont souligné les intervenants néerlandais, peuvent prêter à confusion. Dès lors, avant de développer les réponses, rappelons quelques définitions reprises dans le cadre du présent questionnaire :

La **protection de la force** désigne les actions et les mesures prises par une force militaire dans le cadre de sa mission dans le but de se défendre et d'assurer la sécurité. Ce droit peut découler du mandat de la mission, comme ce fut le cas avec les dispositions d'autorisation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies établissant le mandat de la mission SFOR en ex-Yougoslavie. Voici quelques exemples concrets de l'exercice de ce droit :

- Le recours à la force, généralement en vertu des règles d'engagement, afin de protéger une zone militaire réglementée contre les intrusions non autorisées ;
- Le recours à la force par une unité d'un pays participant A afin de défendre contre des agressions armées les camps ou les patrouilles d'unités d'un pays participant B ;
- la détention et la fouille de personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir l'intention de commettre une attaque ou un acte hostile contre la force militaire.

La **légitime défense militaire** se rapporte à un concept qui peut ou non exister en tant qu'entité distincte dans les approches nationales du droit de légitime défense tel qu'exercé par les forces armées. Les **règles d'engagement** désignent les directives adoptées par les



autorités militaires compétentes qui déterminent les circonstances et les conditions qui permettent l'usage de la force.

La définition exacte peut varier selon les pays.

L'OTAN propose un compromis entre les différentes versions nationales et définit les règles d'engagement comme suit :

« directives destinées aux forces militaires (y compris les individus) qui définissent les circonstances, les conditions, le niveau et les modalités dans lesquels le recours à la force ou des mesures qui pourraient être interprétées comme des provocations, peuvent être mises en œuvre. *Les règles d'engagement ne servent pas à attribuer des tâches, ni à donner des instructions tactiques.* À l'exception de la légitime défense, en temps de paix et au cours d'opérations menées avant le commencement d'un conflit armé, pouvant comprendre des déclarations de contre-surprise ou de contre-attaque, seules les règles d'engagement permettent d'autoriser des forces de l'OTAN/dirigées par l'OTAN à recourir à la force. [soulignement ajouté] »<sup>71</sup>.

Les réponses des États-Unis au questionnaire fournissent un exemple de définition nationale des règles d'engagement :

« directives émises par l'autorité militaire compétente qui déterminent les circonstances et les limites dans lesquelles les forces américaines engageront et/ou poursuivront le combat contre d'autres forces rencontrées ».

Comme le montrent ces définitions, le terme « protection des forces » se rapporte à une autorisation de recourir à la force.

En revanche, le terme « légitime défense militaire », dépendant de la conception nationale, peut transcender la distinction entre a) l'autorisation de recourir à la force et b) le droit de légitime défense individuelle en tant que motif d'exonération de la responsabilité pénale.

Ces difficultés terminologiques ont créé une confusion dans la compréhension des questions. La (les) question(s) sur ce sujet visai(en) t à établir :

- si les nations utilisent un concept de légitime défense distinct ou différent ;
- ou si elles invoquent pour les forces armées un droit (légal) de légitime défense distinct ou séparé du droit de légitime défense « normal » susceptible d'être exercé par quiconque ;
- dans ce cas, en quoi cette légitime défense « militaire » distincte diffère des formes « normales ».

<sup>71</sup> MC 362/1.

Ces questions se fondaient sur le constat que les règles d'engagement américaines<sup>72</sup> autorisent la poursuite et l'engagement de forces hostiles en tant que droit naturel à la légitime défense. En revanche, les statuts civils relatifs au droit de la légitime défense ne reflètent pas cette autorisation de poursuivre et de (continuer à) engager un adversaire.

Au vu de la formulation des sous-questions individuelles, la majorité des intervenants ont traité la question de la légitime défense militaire comme se rapportant exclusivement au droit de légitime défense en tant que motif d'exonération. Deux facteurs peuvent expliquer ce fait : d'une part, le droit des forces armées de recourir à la force en cas de légitime défense individuelle n'est généralement pas développé dans le droit national. Il est par conséquent logique d'invoquer la légitime défense comme motif d'exonération. D'autre part, le cadre légal national prévoit généralement des autorisations plus amples de recours à la force. Les autorisations ne sont toutefois pas formulées en termes de légitime défense militaire.

En dépit de ces difficultés terminologiques, certaines tendances se dégagent des réponses reçues :

- Tout d'abord, le régime de droit pénal en vigueur dans la majorité des pays sondés ne comporte pas de concept distinct de légitime défense militaire dans le cadre de la responsabilité pénale.
- Ensuite, les intervenants sont divisés sur la question de savoir si les règles d'engagement autorisant une « attaque contre des personnes et unités perpétrant un acte hostile (ne constituant pas une attaque effective) » ou affichant une « intention hostile (ne constituant pas une attaque imminente) » constituent une expression du droit de légitime défense ou font partie intégrante des règles d'engagement prévues pour l'accomplissement de la mission. Cette constatation n'est guère surprenante, compte-tenu des conceptions divergentes concernant le droit de légitime défense (cf. partie 6).
- Enfin, une large majorité des réponses confirment que les États devraient pouvoir formuler des réserves aux règles d'engagement.

## Réponses

*1. Votre pays dispose-t-il d'une législation, de règlements ou de principes spécifiques relatifs à la légitime défense militaire en tant que concept distinct de la légitime défense individuelle en vertu du droit pénal national (voir aussi partie 6) ?*

La grande majorité des sondés (7 sur 10) répondent qu'il n'y a pas de concept distinct de légitime défense militaire en vertu du droit pénal

<sup>72</sup> Règles d'engagement permanentes du Comité des Chefs d'état major des armées américaines (US Joint Chiefs of Staff Standing ROE), CJCSI 3121.01A, 15 janvier 2000, p. A-7.

national.<sup>73</sup> En effet, les règles d'engagement de la République tchèque prévoient explicitement que le même concept de légitime défense s'applique dans un contexte militaire.

Par ailleurs, il semble qu'il faille ajouter l'Algérie à cette majorité. Le droit interne algérien prévoit à la fois la légitime défense individuelle et le recours à la force pour l'accomplissement de la mission comme motifs d'exonération. L'on peut dès lors en déduire que la légitime défense individuelle n'inclut pas l'accomplissement de la mission dans le système algérien et que l'accomplissement de la mission n'est pas défini en termes de légitime défense militaire. A l'instar de la réponse algérienne, plusieurs autres participants indiquent que le cadre légal national autorise expressément le recours à la force dans des circonstances qui ne relèvent pas du droit de légitime défense individuelle,<sup>74</sup> y compris dans les règles d'engagement.<sup>75</sup>

Il semble que seuls les États-Unis et la Zambie reconnaissent clairement un droit de légitime défense militaire distinct. Il est toutefois difficile de déterminer si le droit de légitime défense militaire est considéré comme un motif d'exonération en vertu du droit pénal de ces pays ou comme une autorisation de recourir à la force. Le rapport zambien note qu'il existe « une politique relative à la légitime défense militaire en tant que concept distinct de la légitime défense individuelle en vertu du droit pénal national ». Dans le même ordre d'idées, le rapport américain précise que « la légitime défense militaire est normalement autorisée dans des règles d'engagement et des règles de recours à la force, ce qui, bien qu'apparenté, diffère de la légitime défense individuelle dans le droit interne ». De plus, les règles d'engagement (standing ROEs) « ne limitent pas l'autorité et l'obligation intrinsèques d'un commandant » d'agir en légitime défense de l'unité et de forces américaines à proximité, ce qui indique que le droit de légitime défense (militaire ou de l'unité) est un droit naturel. Toutefois, ni les États-Unis ni la Zambie ne précisent davantage la nature et la portée du droit de légitime défense militaire, probablement en raison de la formulation de la question qui suggère une réponse fermée.

Enfin, la réponse néerlandaise cite un exemple intéressant de la manière dont l'usage de la force conformément aux règles d'engagement peut être considéré comme une circonstance excluant l'illicéité.<sup>76</sup> La législation ou les règlements néerlandais ne parlent pas du concept de « légitime défense militaire ». Selon le contexte, les Néerlandais se réfèrent plutôt au DIH, à la protection des forces et à la doctrine de l'OTAN relative à l'usage de la force et

<sup>73</sup> L'Autriche, la République tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Slovaquie, la Suisse.

<sup>74</sup> L'Autriche et la Slovaquie.

<sup>75</sup> Cf. notamment la réponse des Pays-Bas.

<sup>76</sup> Contrairement au terme « motif d'exonération de la responsabilité pénale », utilisé précédemment dans le présent rapport, la réponse néerlandaise parle de « circonstance excluant l'illicéité ».

aux règles d'engagement. Cette doctrine comprend les concepts de « légitime défense étendue » et de « légitime défense de l'unité ». En tant que tels, ces concepts ne constituent pas une circonstance excluant l'illicéité en vertu du Code pénal néerlandais. Toutefois, l'autorisation de recourir à la force dans ces situations est généralement reprise dans les règles d'engagement. Celles-ci peuvent être prises en considération pour l'application de circonstances excluant l'illicéité. Plutôt que la légitime défense, les règles d'engagement peuvent être invoquées pour deux circonstances excluant l'illicéité :

- un « ordre officiel donné par une personne compétente »<sup>77</sup> ; ou
- une « circonstance excluant l'illicéité pour le personnel militaire qui agit dans l'exercice officiel de sa fonction, conformément aux règles définies pour l'exercice de cette fonction »<sup>78</sup>. Ce motif fut récemment intégré au Code pénal militaire en 2010 par le biais de l'expression « règles définies » faisant référence aux règles d'engagement.

En conclusion, la majorité des rapports nationaux indique qu'il n'y a pas de droit de légitime défense militaire distinct, du moins dans le cadre de la responsabilité pénale. Toutefois, comme l'illustre la réponse néerlandaise, l'autorisation de recourir à la force en dehors du contexte de la légitime défense individuelle peut être invoquée dans d'autres circonstances excluant l'illicéité. L'Algérie, qui reconnaît explicitement l'accomplissement de la mission comme une circonstance excluant l'illicéité, semble avoir adopté une approche similaire.

2. *Les règles d'engagement autorisant une 'agression contre des personnes et unités exécutant un acte hostile (ne constituant pas une agression effective)' ou affichant une 'intention hostile (ne constituant pas une agression imminente)' sont souvent présentées visant, entre autres, à garantir une riposte commune à des menaces malgré les différences nationales par rapport au concept de la légitime défense. Votre pays voit-il ces règles d'engagement comme étant une expression du droit de légitime défense ou comme faisant partie intégrante des règles d'engagement prévues pour l'accomplissement de la mission?*

Les réponses sont divisées sur la question. Cinq pays considèrent que le droit de légitime défense individuelle ne couvre pas l'usage de la force en réponse à un acte hostile ou une intention hostile.<sup>79</sup> En revanche l'autorisation de recourir à la force dans ces circonstances est fondée sur les règles d'engagement prévues pour l'accomplissement de la mission.

Les Républiques tchèque et slovaque estiment pour leur part que le droit de légitime défense individuelle est suffisamment large que pour couvrir ces exemples; l'usage de la force en réponse à un acte hostile ou à une intention

<sup>77</sup> « Bevoegd gegeven ambtelijk bevel », art. 43 du Code pénal.

<sup>78</sup> Art. 38 (2) du Code pénal militaire.

<sup>79</sup> L'Autriche, la Norvège, les Pays-Bas, la Suisse, la Zambie.

hostile relève donc du droit de légitime défense individuelle. La Slovaquie précise que le droit de légitime défense individuelle couvre une intention hostile ou un acte hostile en dehors du cadre d'un conflit armé étant donné que lors d'un conflit armé, le DIH s'applique et que de telles règles seraient alors jugées nécessaires pour l'accomplissement de la mission.

Il convient également d'inclure la réponse américaine à ce groupe comprenant le droit de légitime défense au sens large: d'après les États-Unis, ces règles « pourraient être soit une expression du droit de légitime défense, soit une expression spéciale d'accomplissement de la mission », ce qui montre que le droit de légitime défense est suffisamment large que pour couvrir ces cas.

Enfin, pour émettre une dernière réserve, au moins un pays sondé, à savoir la Suisse, indique que le droit de recourir à la force pour accomplir la mission pourrait être bien plus limité si les forces armées agissent à l'étranger dans le cadre d'opérations de soutien à la paix. Tandis que le système juridique national offre aux forces armées suisses un droit de recours à la force relativement étendu pour accomplir leur mission,<sup>80</sup> leurs pouvoirs sont considérablement plus restreints dans le cadre de missions de soutien à la paix à l'étranger, et ce pour des raisons politiques, telles que la neutralité.

3. *Si des règles d'engagement de nature purement défensives sont adoptées/autorisées pour surmonter des différences d'interprétations nationales du droit de légitime défense (militaire ou individuelle) et de protection des forces, votre pays trouverait-il opportun que ces règles d'engagement soient soumises à des réserves nationales ou devraient-elles rester sans restrictions dans l'intérêt de ripostes uniformes dans le contexte de la protection des forces ?*

<sup>80</sup> Aux termes de la Loi militaire et du Décret gouvernemental relatif aux pouvoirs de police des forces armées, le recours aux armes à feu par des forces armées en état de légitime défense se limite à la défense de sa personne ou des autres contre une agression en cours ou imminente. En vertu de ce cadre juridique national, l'usage de la force par les forces armées est régi par le principe de proportionnalité. Par conséquent, le recours aux armes à feu par les forces armées est une mesure prise en dernier recours (ultima ratio).

En outre, le Décret gouvernemental relatif aux pouvoirs de police des forces armées prévoit une autorisation plus large de recourir aux armes à feu si cela s'avère nécessaire pour l'accomplissement de la mission, c'est-à-dire :

- pour prévenir une violation grave du secret militaire ;
- pour arrêter des personnes soupçonnées d'avoir commis un crime grave ou de représenter un danger imminent pour la vie ou la santé de personnes tierces ;
- pour libérer des otages ;
- pour protéger des installations d'utilité publique, ou des installations représentant un danger pour la société en raison de leur vulnérabilité, contre un danger imminent ;
- pour empêcher un retrait illégal d'équipements dangereux pour la société ; pour protéger d'importantes installations militaires.

A l'exception de la Zambie, tous les pays interrogés semblent s'accorder pour dire qu'en principe, il devrait être possible de soumettre ces règles d'engagement à des réserves nationales. On garantit ainsi une conformité avec la législation nationale<sup>81</sup>. Plusieurs réponses soulignent cependant qu'il convient généralement d'éviter ces réserves nationales<sup>82</sup>. Il est intéressant de noter que la conformité au droit pénal national semble être la raison principale de plaider pour l'émission des réserves quant aux règles d'engagement. Autrement dit, la raison sous-jacente est la protection du soldat individuel contre toute responsabilité pénale nationale.

Enfin, les Pays-Bas font remarquer que ces deux possibilités ne s'excluent pas forcément, contrairement à ce que suggère la question. La question semble en effet demander aux sondés de choisir entre a) la pertinence de formuler des réserves et b) la riposte uniforme dans le cadre de la protection des forces, devant être obtenue sans réserves. Les Pays-Bas sont du même avis que les autres sondés, à savoir que l'imposition de réserves à des règles d'engagement est une prérogative de l'État. Toutefois, selon les Pays-Bas, la possibilité d'émettre des réserves ne compromet pas nécessairement l'uniformité des réponses attendues, qui pour le moins peut être garantie dans une certaine mesure. Il suffit de mettre en œuvre les règles d'engagement « sans restriction » par le biais des messages et de la matrice de mise en œuvre des règles d'engagement.<sup>83</sup> La mise en œuvre de règles d'engagement sera ainsi matériellement « sans restriction ».

## Conclusion

Les réponses à la 5<sup>ème</sup> partie du questionnaire indiquent que la majorité des pays ne connaissent pas de concept de légitime défense militaire distinct, du moins au niveau de la responsabilité pénale. Outre la valeur limitée de cette constatation en raison du faible nombre de réponses obtenues, trois nouvelles questions découlent des réponses fournies.

Tout d'abord, la distinction entre le droit de légitime défense individuelle et un droit séparé de légitime défense militaire, lorsqu'il existe, serait un terrain fertile de recherche. Plus particulièrement, on peut se demander si le droit de légitime défense militaire représente une circonstance excluant l'illicéité distincte au niveau de la responsabilité pénale. Si cela est le cas, quand et comment ce droit diffère du droit de légitime défense individuelle? Par ailleurs, la question se pose de savoir si le droit de légitime défense militaire peut également autoriser le recours à la force indépendamment de toute autre base légale.

<sup>81</sup> L'Algérie, l'Autriche, la République tchèque, la Slovaquie, les Etats-Unis.

<sup>82</sup> L'Allemagne, la Norvège, la Suisse.

<sup>83</sup> [Traduction :] « Comme les règles d'engagement auxquelles il a été fait allusion dans cette question visent à harmoniser les réponses des différents TCN dans des opérations de coalition, il est souhaitable que celles-ci soient mises en œuvre (via les messages et la matrice IMPL des règles d'engagement) « sans restriction ».

Ensuite, bien que le concept de légitime défense militaire n'existe pas dans le système juridique de la majorité des sondés, il semble intéressant d'examiner si les autorisations légales expresses de recourir à la force en dehors du cadre de la légitime défense individuelle contiennent, explicitement ou implicitement, la substance d'un droit de légitime défense militaire.

Troisièmement, puisque la majorité répond qu'il n'existe pas de droit de légitime défense militaire distinct en vertu du droit pénal interne, il semble utile d'explorer plus avant la question de savoir si l'autorisation de recourir à la force dans d'autres circonstances pourrait entraîner d'autres circonstances excluant l'illicéité, à l'instar du système pénal néerlandais.

Les points de vue divergent sur la question de savoir si un acte hostile ou une intention hostile donne lieu à la légitime défense. Rien d'étonnant compte tenu des nombreuses interprétations nationales données à la portée du droit de légitime défense. Un débat s'impose sur l'interprétation et l'application des concepts « d'acte hostile » et « d'intention hostile ». Ceci devrait permettre de déterminer le sens véritable du droit de légitime défense.

Par ailleurs, un des pays interrogés fait remarquer que l'autorisation de recourir à la force lors d'opérations à l'étranger peut être limitée pour des raisons de politique. Il serait intéressant d'approfondir la question de savoir si d'autres pays établissent des différences similaires entre le droit de recourir à la force chez eux et le droit de recourir à la force à l'étranger dans une série de contextes opérationnels.

Enfin, les sondés sont pratiquement unanimes sur le fait qu'il devrait être possible d'émettre des réserves quant aux règles d'engagement, notamment pour assurer la conformité avec le droit pénal interne. D'autre part, ils confirment que ces réserves sont à éviter dans la mesure du possible afin d'obtenir une réponse uniforme. La proposition néerlandaise tente de concilier ces deux constatations apparemment contradictoires. Il serait d'ailleurs utile de discuter de la faisabilité de cette proposition néerlandaise et de ses implications pratiques dans un contexte opérationnel.

## **6<sup>ème</sup> partie : La légitime défense individuelle et les règles d'engagement**

### **Introduction**

Dans les limites posées par le nombre de réponses restreint, dont certaines soulignent que les réponses ne reflètent pas (nécessairement) la position officielle du gouvernement du pays en question, certaines tendances intéressantes ont toutefois pu être dégagées de cette 6<sup>ème</sup> partie. Par ailleurs, plusieurs réponses ont révélé un manque de clarté des questions posées. Outre les définitions fournies dans l'annexe au rapport général, l'analyse suivante des réponses à la partie 6 recadre si nécessaire le sens initial de la question.

De manière générale, la dernière partie du questionnaire se penche sur certains conflits ou dilemmes potentiels liés aux rapports entre les

règles d'engagement en tant que document opérationnel se rapportant normalement à des opérations militaires spécifiques et le droit de légitime défense individuelle tel qu'habituellement défini ou régi par les lois nationales en matière de droit pénal. Ces conflits ou dilemmes peuvent non seulement découler de divergences possibles entre des champs d'application de la loi, mais aussi de différences par rapport au destinataire: le personnel militaire (règles d'engagement) ou toute autre personne, y compris les civils (légitime défense, droit pénal).<sup>84</sup>

Les règles d'engagement ne peuvent pas produire de nouveaux droits de recourir à la force qui n'existaient pas préalablement par rapport à la base légale applicable à la conduite de l'opération concernée. Les règles d'engagement peuvent toutefois expliciter la loi en « traduisant » des droits de recourir à la force génériques ou implicites en directives opérationnelles claires et spécifiques. En outre, les règles d'engagement peuvent limiter le droit de recourir à la force sur la base de considérations militaires stratégiques ou de politique. Inversement, les règles d'engagement précisent généralement qu'elles ne restreignent ni n'invalident de quelconque manière le droit naturel de légitime défense.

Il s'avère que le droit de légitime défense en tant que concept général jouit d'une reconnaissance universelle sous une forme ou une autre. Les positions nationales sur l'étendue de ce droit varient, ainsi que l'avis sur les éléments (si ils existent) qui peuvent limiter ce droit ou invalider la justification généralement fournie par l'invocation de la légitime défense dans le système pénal national. Par ailleurs, il peut y avoir incompatibilité entre les intérêts des opérations militaires, y compris le respect de la hiérarchie militaire et de l'unité de commandement, et les droits individuels naturels de chaque individu. Enfin, un droit communément considéré comme une exception au monopole gouvernemental sur l'usage de la force dans l'État de droit, ou comme une forme étroitement réglementée mais autorisée d'auto-assistance des citoyens en dehors des limites de la responsabilité de l'État pour la sécurité de la population, peut s'avérer une base controversée pour planifier et mener des opérations militaires préméditées en vue de réaliser des objectifs politiques ou stratégiques.

<sup>84</sup> La contribution des États-Unis est complexe à cet égard. D'après leurs réponses, le droit de légitime défense dans un contexte militaire diffère du droit de légitime défense tel que défini dans les lois nationales (généralement au niveau de chaque État fédéré) relatives à cette question. Dès lors, leurs réponses à la partie 6 du questionnaire semblent refléter presque exclusivement le droit de légitime défense tel qu'applicable dans le contexte militaire plutôt que comme révélateur des points de vue nationaux sur la légitime défense en général ou telle que définie dans le droit (pénal) interne. Étant donné que le droit de légitime défense individuelle dans le contexte militaire aux États-Unis est régi par les règles d'engagement et que les règles d'engagement sont susceptibles d'être ajustées pour les besoins de l'opération ou du déploiement concerné, l'étendue du droit de légitime défense, y compris la limite de l'application et la portée du droit de légitime défense individuelle, peut également varier selon les situations.



## Éléments communs

Deux éléments, étroitement liés au débat sur les conflits et dilemmes potentiels exposés ci-dessus, n'étaient pas abordés spécifiquement dans le questionnaire, mais reviennent tout de même de manière récurrente dans les réponses des groupes nationaux. Le premier est le statut du droit de légitime défense individuelle dans le système juridique national. Étant donné que le droit de légitime défense individuelle est conceptuellement lié au droit à la vie, deux approches sont possibles dans le système juridique national. Le droit de légitime défense individuelle peut être considéré comme un droit positif, à savoir un droit qui peut être exercé à tout moment et n'est soumis qu'aux restrictions légales. Il peut également être perçu comme une circonstance excluant l'illicéité, c'est-à-dire comme une justification ou une excuse pour un acte qui normalement serait illégal.

Dans les réponses reçues, cinq pays considèrent le droit de légitime défense individuelle comme un droit individuel, ou ont formulé leur réponse de manière à suggérer l'existence d'un droit positif.<sup>85</sup> Le système juridique des cinq autres pays ayant répondu considèrerait le droit de légitime défense individuelle comme une circonstance excluant l'illicéité.<sup>86</sup> Trois des pays sondés ont explicitement fait référence au droit à la vie.<sup>87</sup>

Le lien entre le droit à la vie et la légitime défense a été envisagé sous différents angles dans la littérature académique.<sup>88</sup> Dériver des droits positifs, pour des individus, de droits de l'homme généralement exprimés sous forme d'interdictions applicables aux États soulève des questions complexes de philosophie du droit. Dès lors, une distinction s'impose entre les droits de l'homme en tant qu'expression du droit naturel et les droits de l'homme tels que définis dans des actes internationaux comme le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) et la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Ces derniers s'adressent spécifiquement aux États et le droit à la vie tel qu'ils le définissent n'est pas absolu.<sup>89</sup> Les pays

<sup>85</sup> L'Algérie, la République tchèque, la Norvège, la République slovaque et la Zambie.

<sup>86</sup> L'Autriche, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suisse et les États-Unis.

<sup>87</sup> L'Algérie, l'Autriche et la Zambie. Cela ne veut pas dire que les autres pays ne reconnaissent pas ce lien, c'est simplement un constat que ce lien a été spécifiquement mentionné par ces trois pays.

<sup>88</sup> Pour une approche philosophique du droit, nous vous renvoyons entre autres aux ouvrages suivants: Ferzan, K.K., « Self-Defence and the State », in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5:449, 2008; et Wallerstein, S., « Justifying the Right to Self-Defense: A Theory of Forced Consequences », in *Virginia Law Review*, Vol. 91:999, 2005. Pour un point de vue plus spécifique sur le droit positif de légitime défense tel que découlant du droit à la vie, cf. Stephens, D., « Rules of Engagement and the Concept of Unit Self-Defence », in *Naval Law Review*, Vol. 45, 1998 et Maxwell, M.D., « Individual Self-Defence and the Rules of Engagement: Are the Two Mutually Exclusive? », in *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, Vol. 41 (1-2), 2002.

<sup>89</sup> L'article 6 du PIDCP interdit la privation *arbitraire* de la vie, ce qui autorise d'autres

qui fondent un droit positif de légitime défense sur le droit (passif) à la vie s'appuient donc probablement sur la version de droit naturel de ce concept. Le rapport de l'Algérie semble clairement exprimer ce point de vue.

Les systèmes juridiques qui traitent le droit de légitime défense comme une circonstance excluant l'illicéité ne rejettent pas pour autant le droit à la vie, qu'il s'agisse d'un concept de droit naturel ou qu'il soit exprimé dans des instruments relatifs aux droits de l'homme. Au contraire, ces systèmes cherchent plutôt à réglementer le recours à la force entre citoyens de telle manière que le recours à la force par d'autres parties que les organes de l'État (par exemple autres que la police ou les forces armées) en vue de défendre le droit à la vie se limite à des circonstances exceptionnelles. Le principe de base est que le recours à la force entre citoyens est illégal, sauf dans des situations où les circonstances sont telles qu'exceptionnellement, l'usage de la force est justifié. Ces deux approches constituent en fait un reflet renversé: le recours à la force est justifié sauf s'il ne répond pas aux critères (droit positif), ou le recours à la force est illégal sauf s'il satisfait aux critères (circonstance excluant l'illicéité). Il va sans dire qu'aucun des deux systèmes n'est intrinsèquement correct ou incorrect.

Un second élément commun qui se dégage des réponses alors qu'il n'était pas spécifiquement ciblé par les questions mérite également d'être mentionné dans le présent rapport. Il s'agit de la référence à la nécessité, à la proportionnalité et à la nature illicite de l'agression contre laquelle on se défend. La nécessité et la proportionnalité en tant que critères de légalité de l'usage de la force dans le cadre de la légitime défense nationale font partie intégrante du droit international coutumier.<sup>90</sup> Ces critères s'avèrent également communs aux diverses approches de la légitime défense qui existent en droit interne. Tous les pays sauf un ont mentionné la nécessité comme étant un critère légal de recours justifié à la légitime défense individuelle, et de même, tous les pays sauf un (autre que le pays susmentionné) ont cité la proportionnalité comme l'un de ces critères.<sup>91</sup> Enfin, tous les pays sauf trois ont précisé que leur droit interne relatif à la légitime défense exigeait que l'agression contre laquelle on se défend soit une agression illégale.<sup>92</sup>

---

formes (légales) de privation de la vie. L'article 2 de la CEDH précise les exceptions (légales) au droit à la vie, y compris, en combinaison avec l'article 15, alinéa 2, de la CEDH, les actes licites de guerre.

<sup>90</sup> Cf. entre autres l'arrêt sur le fond de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), 27 juin, 1986, §176 et 194, et l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, 8 juillet 1996, §§ 41 *et s.*

<sup>91</sup> Il convient de noter que le questionnaire ne demandait pas spécifiquement aux sondés d'aborder ces principes. Le fait que certains participants n'aient pas mentionné un ou les deux ne signifie pas que leur droit interne ne les considère pas comme des critères obligatoires.

<sup>92</sup> Cf. note de bas de page précédente. L'exigence d'illégalité de l'agression contre

## Portée du droit de légitime défense individuelle

La question 1 de la partie 6 entendait déterminer non seulement si le droit interne des participants reconnaissait le droit de légitime défense individuelle (ce à quoi tous les sondés ont répondu par l'affirmative), mais également si les lois nationales régissant la légitime défense individuelle autorisaient son exercice ou son invocation dans certaines situations données. Ces situations provenaient en partie de problèmes régulièrement rencontrés au cours d'opérations militaires, et en partie de divergences d'opinion relevées sur ces sujets dans le passé. Il s'agissait de la défense de la propriété, la défense de tiers, le devoir de saisir l'opportunité de battre en retraite et l'influence d'une provocation antérieure.

### *a) Défense de la propriété*

Si le droit de légitime défense individuelle est considéré comme lié à, ou comme étant une expression du droit à la vie, la défense de la propriété peut poser problème par rapport à l'exercice de ce droit. Le droit à la vie n'équivaut pas, légalement ou théoriquement, au droit à (la jouissance paisible de) la propriété. Par ailleurs, si le droit à la vie est considéré comme primant sur tout autre droit, ce que semble suggérer son positionnement dans les instruments relatifs aux droits de l'homme, alors la défense de la propriété matérielle peut difficilement constituer une justification suffisante pour prendre la vie d'autrui. Sur la base de ce raisonnement ou pour d'autres raisons, un rapport a mentionné que le droit interne de son pays n'autorisait effectivement pas l'exercice de la légitime défense individuelle dans le cadre de la défense de la propriété.<sup>93</sup>

Quelques pays considèrent toutefois que certaines propriétés peuvent exceptionnellement être de telle nature à justifier un recours à la force pour leur défense, malgré les risques que ce recours à la force représente pour la vie. C'est le cas notamment lorsque la propriété elle-même peut entraîner un risque pour la vie (les armes par exemple) et que sa perte placerait une telle chose dangereuse dans de mauvaises mains. De même, si les objets en question sont indispensables à la survie (permanente) d'une ou plusieurs personnes, la défense de cette propriété contre le vol ou la destruction est suffisamment liée à la défense de la vie pour justifier l'exercice de la légitime défense individuelle. Cinq réponses ont adopté ces positions, ou des positions similaires évoquant des circonstances exceptionnelles ou des

---

laquelle on se défend vise entre autres à exclure la légitime défense individuelle comme justification pour l'usage de la force envers des agents chargés de l'application des lois.

<sup>93</sup> Notez que l'Allemagne n'est certainement pas la seule dans cette position. En effet, la législation sur la légitime défense en Belgique, par exemple, n'autorise elle non plus le recours à la légitime défense individuelle dans le cadre de la défense de la propriété, et limite ce recours à la défense de personnes. Le fait qu'un seul sondé ait adopté cette position illustre cependant plutôt le faible nombre de réponses que le caractère unique de cette position.

seuils élevés de nécessité ou de proportionnalité, en termes de légitime défense individuelle dans le cadre de la défense de la propriété.<sup>94</sup>

Trois sondés ont déclaré que leur droit interne permet l'exercice de la légitime défense individuelle dans le cadre de la défense de la propriété, sans toutefois énoncer de restrictions à l'exercice de ce droit.<sup>95</sup> Comme dit précédemment dans la présente analyse, le fait de n'avoir mentionné aucune exigence ou nuance supplémentaire ne signifie pas pour autant que la législation du pays en question n'en comporte pas. Par ailleurs, on trouve d'autres exemples de systèmes juridiques nationaux qui autorisent le recours à la force dans le cadre de la défense de la propriété personnelle en tant que telle.<sup>96</sup> Au vu des commentaires ci-dessus sur les critères primordiaux de nécessité et de proportionnalité, il est toutefois probable que les systèmes pénaux autorisant le recours à la force dans le cadre de la défense de la propriété imposent néanmoins quelque sorte de limite à ce recours à la force, que ce soit en termes de contexte<sup>97</sup> ou en termes de preuve (solide) de la nécessité ou de la proportionnalité.

### ***b) Défense de tiers***

La légitime défense individuelle est généralement considérée comme un droit individuel et personnel. Il n'en découle donc pas automatiquement que l'exercice de ce droit s'étend à la défense de tiers. D'autre part, la légitime défense individuelle et le droit à la vie sont naturellement liés. Il serait dès lors logique de conclure que lorsque d'autres personnes se trouvent en danger (de mort), il est permis de leur porter secours ou assistance afin d'assurer leur droit à la vie. Pas étonnant que les dix participants aient tous répondu que les lois nationales relatives à la légitime défense individuelle autorisaient l'exercice de la légitime défense individuelle pour défendre des tiers.<sup>98</sup> Comme l'ont mentionné certains sondés, il existe également un

<sup>94</sup> L'Algérie, la République tchèque, les Pays-Bas, la Norvège, la Suisse.

<sup>95</sup> L'Autriche, la République slovaque et la Zambie. Toutefois, l'Autriche distingue la « vraie » légitime défense individuelle de la légitime défense exercée par les pouvoirs publics, tels que la police, dans l'exercice de leur fonction.

<sup>96</sup> Certaines lois étatiques des États-Unis d'Amérique illustrent ce cas, comme l'Indiana (IC 35-41-3-2) et le Nevada (NRS 193.240). Certains États limitent le recours à la force dans le cadre de la défense de la propriété à la force non-létale, par exemple New York (Code pénal § 35.25). Notez que les réponses des États-Unis reflétaient le droit de légitime défense individuelle tel qu'applicable au sein des forces armées et ont juste mentionné que les règles d'engagement couvrant ou réglant cette légitime défense pouvaient limiter le droit de défense de la propriété.

<sup>97</sup> Certaines lois étatiques mentionnées dans la note précédente font la distinction entre le vol (simple) d'une part et le cambriolage d'un domicile privé ou d'un véhicule privé verrouillé d'autre part.

<sup>98</sup> Cf. note de bas de page 13 relative à la réponse des États-Unis : dans les règles d'engagement couvrant la légitime défense individuelle dans le contexte militaire, le droit de défendre des tiers peut être également réglementé.

lien entre cette forme d'exercice de la légitime défense individuelle et le concept dans certains systèmes juridiques qui oblige les individus à prêter assistance aux personnes en danger, s'ils peuvent le faire sans se mettre en danger eux-mêmes.<sup>99</sup>

### *c) Devoir de retraite*

Pour autant que le système juridique national considère l'usage de la force dans le contexte de légitime défense individuelle comme une situation exceptionnelle, les lois nationales ou la jurisprudence peuvent imposer des exigences ou des seuils supplémentaires pour un tel recours à la force. Citons l'exemple courant du devoir de retraite lorsqu'une issue se présente et que cette retraite peut résoudre la situation sans recourir à la force.<sup>100</sup> Un concept similaire à la question du devoir de retraite (ou dans le cas contraire de maintien de sa position) est la fameuse « doctrine du château » (*castle doctrine*). Cette doctrine stipule qu'en cas de devoir de retraite, ce devoir ne doit pas être mis en œuvre si la nécessité de se défendre se produit dans son domicile. Dans ce cas, le domicile est le « château » dont on n'a pas à s'enfuir.<sup>101</sup>

Malheureusement, cinq pays seulement ont répondu à la sous-question relative au devoir de retraite. Trois d'entre eux ont indiqué que leur législation nationale concernant la légitime défense ne comportait pas de devoir de retraite.<sup>102</sup> Les deux autres ont répondu que s'il existait une voie permettant de battre en retraite, cela jouerait un rôle dans la réalisation du critère de nécessité requis pour plaider avec succès la légitime défense.<sup>103</sup> Tandis que ce résultat donnerait une répartition plus ou moins équitable entre le devoir de retraite et l'absence du devoir de retraite, le peu de réponses reçues à cette question ne permet pas d'élever cette observation au rang de conclusion valable ni de servir de base pour généraliser.

<sup>99</sup> Cf. par exemple la réponse de la République slovaque. Aux Pays-Bas, ce devoir est établi dans l'article 450 du Code pénal.

<sup>100</sup> Par exemple, la Cour suprême des Pays-Bas a décidé le 21 novembre 2006 que lorsqu'une possibilité de retraite se présente, l'argument de la légitime défense peut être refusé si cette issue annule le critère de nécessité requis pour recourir à la force dans le cadre de la légitime défense; cependant, la décision des tribunaux dépendra de l'ensemble des faits et circonstances de l'affaire (NJ 2006, 650). Pour un autre point de vue sur cette question, cf. Wells, A., « Home on the Gun Range: Discussing Whether Kansas' New Stand Your Ground Statute Will Protect Gun Owners Who Use Disproportionate Force in Self-Defense », in *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2008.

<sup>101</sup> Cf. par exemple les lois du Commonwealth du Massachusetts, Partie IV, Titre II, Chapitre 278, Section 8A et les lois de l'Iowa, Titre XVI, sous-titre 1, Chapitre 704, alinéa 704.1. Cf. également Levin, B., « A Defensible Defense? Reexamining Castle Doctrine Statutes », in *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 47, 2010.

<sup>102</sup> L'Autriche, la République tchèque, la Suisse.

<sup>103</sup> Les Pays-Bas, la Norvège.

#### ***d) Provocation préalable***

Si la légitime défense constitue une exception légale à la nature illégale de l'usage de la force entre simples citoyens, en toute logique, l'abus de ce droit poserait problème. Non seulement, en recourant de manière immodérée à cette justification, l'exception deviendrait la règle, mais aussi cela transformerait le droit de légitime défense d'une mesure de dernier recours pour les personnes agressées en un instrument dont les plus forts se serviraient pour opprimer les plus faibles dans la société. Différents concepts ont donc été utilisés dans la jurisprudence pour définir l'exercice du droit de légitime défense et le limiter à son objectif premier au sein de la société. Ces concepts déterminent à quel point la personne invoquant la légitime défense est responsable ou coupable de l'émergence de la situation qui nécessite un recours à la légitime défense. Ils intègrent les résultats dans l'évaluation visant à déterminer si la légitime défense était justifiée.<sup>104</sup> Le meilleur exemple de ces tests concerne la question de la provocation préalable.

La relation entre provocation et légitime défense peut être complexe d'un point de vue pénal si la provocation est elle-même considérée comme une circonstance atténuante, voire un motif d'exonération en soi. Deux intervenants ont fait remarquer que leur système juridique ne considérerait pas la provocation comme une justification, mais plutôt comme une circonstance atténuante pour juger le comportement.<sup>105</sup> Malheureusement, cette réponse n'a pas permis de déterminer clairement si cette approche de la provocation influencerait également la justification de la légitime défense si l'agression contre laquelle on se défendait avait été provoquée au préalable par la personne invoquant la légitime défense. Le questionnaire n'était sans doute pas suffisamment clair ou précis à ce niveau-là. Quatre réponses ont précisé que la provocation préalable affecterait la justification de légitime défense.<sup>106</sup>

#### **La légitime défense et le contexte opérationnel militaire**

Le questionnaire posait quatre questions portant spécifiquement sur l'interaction entre le droit de légitime défense tel que défini dans le droit national d'une part, et la planification et la conduite d'opérations militaires

<sup>104</sup> La responsabilité pénale peut revêtir de nombreuses formes – de la préméditation à diverses formes de négligences – et la plupart n'a pas d'équivalent dans les différents systèmes pénaux. Dans le cadre de la présente discussion, il convient d'opérer une distinction conceptuelle entre la responsabilité de la force réellement utilisée, et la responsabilité d'avoir provoqué ou créé les circonstances nécessitant l'usage de la force. Autrement dit, la force utilisée pour éviter une agression peut être justifiée par la légitime défense, mais si l'agression n'aurait tout simplement pas eu lieu sans les actions de la personne invoquant le droit de légitime défense, l'on peut se demander si le recours à la légitime défense était juridiquement légitime.

<sup>105</sup> L'Algérie et la Norvège.

<sup>106</sup> L'Autriche, la République tchèque, les Pays-Bas et la Suisse.

d'autre part, ainsi qu'entre la légitime défense et les paramètres légaux d'opérations militaires. L'objectif était d'examiner les divers points de vue exprimés par les groupes nationaux par rapport à certains des conflits et dilemmes abordés dans l'introduction.

### *a) Restrictions à l'exercice du droit de légitime défense*

Qu'il s'agisse d'un droit positif ou d'une circonstance excluant l'illicéité, le droit de légitime défense est considéré comme naturel. Il relève de la responsabilité personnelle de l'individu qui l'invoque. Cela signifie que l'individu doit justifier ses actes personnellement et ne peut invoquer une autre autorité ou forme d'autorisation. Dans un contexte militaire, cela peut en outre signifier que l'individu n'est pas obligé de respecter ou d'obéir à la chaîne de commandement lorsqu'il s'agit de cas de légitime défense individuelle. Cette approche est compréhensible si le droit de légitime défense est lié à au droit à la vie ou s'il en découle. D'un autre côté, si chaque membre des forces armées se réserve le droit de recourir à la force à tout moment de sa propre initiative, cela risque de sérieusement compliquer ou de compromettre l'accomplissement de la mission, le commandement de l'unité et la sécurité de la force.

Voici deux exemples concrets pour illustrer la complexité exposée ci-dessus. D'un côté, les militaires ne doivent évidemment pas sacrifier leur vie lorsque celle-ci est menacée et qu'ils se trouvent sous le commandement d'un officier qui, à cause d'une éventuelle erreur stratégique ou de jugement, n'autorise pas l'usage de la force (défensive) contre un assaillant. L'obéissance à la chaîne de commandement militaire ne doit pas atteindre le niveau d'obéissance suicidaire. A l'inverse, un soldat qui décide de son propre chef d'ouvrir le feu sur un ennemi perçu comme tel sur la seule base de l'évaluation du risque ou des informations tactiques dont il dispose, risque de mettre son unité en danger et de compromettre la mission si ses informations se révèlent fausses ou incomplètes, ou si la mission exige une exécution furtive et secrète.

Cinq pays ont répondu que le droit de légitime défense individuelle ne faisait l'objet d'aucune restriction ou réglementation par un commandant sur place, ou que de telles restrictions ne relèveraient pas de l'autorité de commandement dont est investi un commandant sur place.<sup>107</sup> Quatre réponses ont précisé que le droit de légitime défense individuelle était en principe illimité, mais qu'il permettait toutefois un certain degré de restriction ou de contrôle.<sup>108</sup> Trois d'entre elles ont cependant souligné qu'en cas de restriction ou contrôle, les intérêts en jeu devraient être suffisamment graves (par exemple le risque pour l'unité tout entière) pour justifier cette ingérence

<sup>107</sup> L'Algérie, l'Autriche, l'Allemagne, la Norvège, la Zambie.

<sup>108</sup> La République tchèque, les Pays-Bas, la République slovaque, la Suisse. La République slovaque a fait remarquer qu'une telle restriction ou un tel contrôle doit respecter le droit national.

avec le droit de légitime défense individuelle. Deux des rapports ont utilisé le terme « dévastateur » pour décrire le degré de gravité requis pour justifier le contrôle ou la restriction du droit de légitime défense individuelle. Pour eux, une telle restriction ou un tel contrôle aurait donc un caractère exceptionnel et ne serait autorisé que dans de rares cas.<sup>109</sup> Les États-Unis ont répondu sans équivoque que l'exercice de la légitime défense individuelle dans le contexte militaire était soumis à des directives et des règlements.<sup>110</sup>

**b) L'influence de circonstances militaires sur la légitimité de la légitime défense individuelle**

Au regard de certaines réponses reçues, et quand lues en combinaison avec les autres réponses à la partie 6 du questionnaire, cette question n'était pas aussi clairement formulée ou explicite que souhaité. La question devait permettre d'examiner si l'évaluation légale de la légitimité du recours à la légitime défense individuelle, c'est-à-dire l'évaluation par un juge de la justification du recours à la force en situation de légitime défense individuelle, était influencée par des circonstances prévalant dans le cadre d'une opération militaire et dans ce cas, quelle serait cette influence. Cette question reposait sur le constat que dans certains systèmes juridiques, la culpabilité ou la responsabilité d'avoir causé ou créé les circonstances nécessitant la légitime défense invalide ou limite la justification de la légitime défense individuelle, comme abordée plus haut lorsqu'il fut question de provocation.<sup>111</sup> En d'autres termes, une personne qui se met consciemment et délibérément en danger, ne peut plus invoquer pleinement la légitime défense individuelle. Le raisonnement juridique, parfois appelé *culpa in causa*, sur lequel est basé ce concept est similaire au raisonnement derrière la provocation. Il repose sur le principe que si l'on est à l'origine de l'agression contre laquelle on se défend, l'on ne se trouve pas en situation de légitime défense individuelle.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Les Pays-Bas et la Suisse.

<sup>110</sup> Il convient toutefois de noter que l'étendue et le contenu du droit de légitime défense individuelle diffèrent selon qu'il s'agisse de l'application militaire ou « civile » de ce droit aux États-Unis.

<sup>111</sup> Une exception au *culpa in causa* et à la provocation se produit lorsque l'agression provoquée ou initiée est tellement grave ou manifestement irraisonnée, au point qu'elle donne lieu à une (nouvelle) situation de légitime défense individuelle.

<sup>112</sup> Ce concept est étroitement lié au problème de la provocation et à la question du devoir de retraite. La différence entre la provocation et la *culpa in causa* se situe au niveau de l'immédiateté du rapport, ou lien, entre l'agression contre laquelle on se défend et les actions antérieures de la partie qui se défend. Dans le cas de la provocation, l'agression résulte directement des actions antérieures de la partie défenderesse, et devrait donc plus justement être qualifiée de *dolus in causa*, tandis que dans le cas de la *culpa in causa*, la partie défenderesse s'est consciemment et délibérément mise en danger, sachant pertinemment qu'en agissant ainsi, elle provoquerait probablement l'agression et serait par conséquent forcée de recourir à la légitime défense. Les lois autorisant les parties qui se défendent à maintenir leur position, c'est-à-dire qui n'imposent pas de devoir de



Cependant, il n'est pas rare de voir les forces militaires se mettre consciemment et délibérément en danger dans l'exercice de leurs fonctions. Dans les systèmes juridiques reconnaissant la *culpa in causa*, soit dans la législation sur la légitime défense, soit dans la jurisprudence concomitante, un conflit pourrait naître par rapport à l'exercice de la légitime défense individuelle par du personnel militaire dans le cadre d'opérations militaires. Cette question du questionnaire visait donc à examiner si le contexte militaire ou les tâches militaires du personnel concerné seraient évalués à la lumière de ces éléments et dans l'affirmative, comment.

En raison peut-être du manque de clarté de la question ou de la reconnaissance limitée de la *culpa in causa* dans les systèmes juridiques nationaux, cinq rapports n'ont pas considéré comme pertinent le lien entre légitime défense et opérations militaires, ou ont interprété la question comme se rapportant soit à la légitime défense en tant que base à la conduite d'opérations militaires<sup>113</sup>, soit à la relation entre la légitime défense et la base légale (internationale) applicable à l'opération militaire.<sup>114</sup>

Cinq réponses ont indiqué que les circonstances militaires dans lesquelles les membres du personnel militaire étaient susceptibles d'exercer leur droit de légitime défense individuelle joueraient un rôle dans l'évaluation de la légitimité du recours à la légitime défense. Certains exemples mentionnaient le lien entre les circonstances et les critères de nécessité et de proportionnalité.<sup>115</sup> D'autres expliquaient en termes plus généraux l'impact des circonstances entourant le recours à la légitime défense sur l'évaluation de la légitimité ou du caractère raisonnable de l'usage de la force en situation de légitime défense individuelle.<sup>116</sup>

### ***c) La légitime défense individuelle comme base à la conduite d'opérations militaires***

La question de savoir si les sondés considèrent la légitime défense individuelle comme une base légitime pour la planification ou la conduite d'opérations militaires reprenait essentiellement les concepts discutés ci-dessus. Tout d'abord, le statut de légitime défense individuelle en tant que droit positif ou circonstance excluant l'illicéité peut être pertinent

---

retraite, sont conceptuellement moins compatibles avec le principe de *culpa in causa* que les lois (ou la jurisprudence) qui comportent un devoir de retraite. A titre d'exemple de *culpa in causa*, citons l'arrêt de la cour d'Arnhem, aux Pays-Bas, du 24 février 2006 (LJN AV2574), rejetant l'argument de la légitime défense après que le défendeur soit retourné à trois reprises à l'endroit qu'on lui avait intimé de quitter, entraînant une bagarre au cours de laquelle le défendeur avait blessé physiquement une autre personne.

<sup>113</sup> Ce sujet est traité séparément à la question 4 de la partie 6 du questionnaire.

<sup>114</sup> Les cinq pays étaient l'Algérie, l'Autriche, l'Allemagne, la République tchèque et la Zambie.

<sup>115</sup> La République tchèque et la Suisse.

<sup>116</sup> Les Pays-Bas, la Norvège et les États-Unis.

pour la question de savoir si le recours pré-planifié à la force militaire peut se baser sur la légitime défense individuelle. Si la légitime défense individuelle est considérée comme une justification, basée sur la nécessité, la proportionnalité, l'immédiateté et d'autres critères similaires, à l'usage de la force qui serait illégal, elle est difficilement compatible avec le recours à la force pré-planifié dans un contexte militaire. Ensuite, les questions portant sur le devoir de retraite, la provocation et la *culpa in causa* peuvent aussi être considérées conjointement avec la question de savoir si la légitime défense individuelle peut fournir une base légitime à l'usage (pré-planifié) de la force militaire ou à la conduite d'opérations militaires (pré-planifiées).

Il va sans dire que d'autres bases du droit (international) des opérations militaires procurent des fondements bien plus clairs et solides aux opérations militaires ou à l'usage pré-planifié de la force militaire. Au moins un pays a formulé cette remarque dans sa réponse à cette question.<sup>117</sup> Néanmoins, trois rapports considéraient aussi la légitime défense individuelle comme une base possible pour les opérations militaires.<sup>118</sup> Six pays ont indiqué que la légitime défense individuelle ne pouvait pas servir de base à la conduite ou à la planification d'opérations militaires.<sup>119</sup> Les États-Unis ont répondu que la légitime défense individuelle était une partie légitime des opérations militaires et qu'elle figurait dans toutes les règles d'engagement. Cette réponse ne précisait toutefois pas clairement si les États-Unis considéraient la légitime défense individuelle en soi comme une base légale suffisante à la planification et à la conduite d'opérations militaires (pré-planifiées).

Ce qui est probablement une des observations les plus intéressantes à tirer des réponses à cette question, est l'absence de lien entre les réponses à cette question et les réponses aux autres questions de cette partie du questionnaire. Ceci est flagrant parce que la question intègre principalement plusieurs concepts précités. Les intervenants ayant répondu que le droit de légitime défense individuelle était un droit positif ne le considéraient pas forcément comme une base pour la conduite ou la planification d'opérations militaires. Inversement, rejeter la justification de la légitime défense individuelle en cas de provocation préalable n'excluait pas nécessairement le fondement des opérations militaires sur le droit de légitime défense individuelle. Au vu des réponses à cette question, on peut néanmoins conclure que, indépendamment du rôle potentiel des concepts abordés dans les législations nationales relatives à la légitime défense individuelle, il y a une réticence indéniable à utiliser le droit de légitime défense individuelle comme base de la conduite d'opérations militaires (pré-planifiées).

<sup>117</sup> L'Allemagne.

<sup>118</sup> L'Algérie, la République tchèque et l'Allemagne.

<sup>119</sup> L'Autriche, les Pays-Bas, la Norvège, la République tchèque, la Suisse et la Zambie.

***d) La relation entre légitime défense et règles d'engagement, droit humanitaire et droit des conflits armés***

Cette question pourrait à première vue paraître inutile pour deux raisons:

1. Comme stipulé dans l'introduction, la relation entre règles d'engagement et légitime défense est clairement définie par une déclaration d'usage dans toutes les règles d'engagement. Elle stipule que les règles d'engagement n'invalident ou ne limitent en rien le droit naturel de légitime défense; et
2. Les poursuites pour violations du droit des conflits armés et du droit humanitaire ont lieu dans le cadre du droit pénal. Ce dernier comprend les justifications et causes d'excuse acceptables dans ce contexte, par conséquent également la possibilité d'invoquer la légitime défense individuelle pour se justifier.<sup>120</sup>

Alors que certains pays ont fait remarquer que le problème soulevé par cette question ne se poserait pas, soit en raison des observations ci-dessus soit parce que les conflits entre les obligations légales leur paraissaient peu probables<sup>121</sup>, la question visait à évaluer la mesure dans laquelle les pays considéraient le droit de légitime défense comme réellement naturel en toutes circonstances. L'objectif était donc d'encourager une réflexion et une considération similaires à celles soulevées à la question 3 (portant sur les restrictions ou le contrôle du droit de légitime défense individuelle par des commandants sur place).

Concernant le conflit abordé entre le droit des conflits armés, ou le droit humanitaire international, et la légitime défense individuelle, deux pays ont affirmé que cette dernière ne justifierait pas une violation des droits susmentionnés.<sup>122</sup> Huit rapports ont répondu (ou sous-entendu) que si un tel conflit devait se produire, le droit de légitime défense individuelle pourrait constituer une justification légitime.<sup>123</sup> Quant au conflit potentiel entre les règles d'engagement et le droit de légitime défense individuelle, seuls cinq pays ont fourni une réponse spécifique. Tous furent cependant unanimes sur la primauté du droit de légitime défense individuelle dans ce type de conflit.<sup>124</sup>

<sup>120</sup> Concernant les poursuites internationales de violations du droit des conflits armés, nous renvoyons à l'article 31, paragraphe 1 (c) du Statut de la Cour pénale internationale, exonérant de la responsabilité pénale les personnes agissant raisonnablement en situation de légitime défense.

<sup>121</sup> De telles observations furent soulevées, par exemple, par la République tchèque, les Pays-Bas et la Norvège.

<sup>122</sup> La République tchèque et la Zambie.

<sup>123</sup> L'Algérie, l'Autriche, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la République slovaque, la Suisse et les États-Unis.

<sup>124</sup> L'Autriche, la République tchèque, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Norvège.

## Conclusion

La partie 6 du questionnaire a d'une part servi de base pour une analyse de droit comparé sur la question de la légitime défense individuelle telle que définie dans les différents systèmes juridiques nationaux. Elle a permis d'approfondir certains aspects de ce droit, notamment sa portée ainsi que plusieurs enjeux parfois considérés comme des circonstances atténuantes, voire de facteurs invalidants du rôle du droit de légitime défense comme justification en droit pénal. En raison des divergences entre les systèmes pénaux et les approches nationales du droit de légitime défense individuelle, il n'est guère surprenant que les réponses aient donné des points de vue tout aussi divergents. Il existe cependant une exception à cette observation: la reconnaissance quasi universelle, du moins parmi le faible nombre de participants au questionnaire, du droit de défendre les autres et, en ce qui concerne la légitime défense individuelle en général, des critères de nécessité, de proportionnalité et d'illégalité de l'agression contre laquelle on se défend.

Un deuxième objectif de la partie 6 était d'examiner les points de vue nationaux sur la relation entre la légitime défense individuelle et les aspects plus spécifiques aux opérations militaires ainsi que le contexte militaire. Cette partie du questionnaire a généré une uniformité bien plus grande au niveau des réponses, ne révélant que quelques divergences mineures de points de vue. Nous avons, ici aussi, constaté une exception qui doit être mentionnée. En effet, les avis étaient partagés sur la restriction ou le contrôle de l'usage de la force en situation de légitime défense individuelle dans le cadre d'opérations militaires. Près de la moitié des pays ayant répondu rejetaient tout contrôle ou toute restriction de la sorte, tandis que l'autre moitié semblait les autoriser dans des conditions extrêmes.

Au regard de ces divergences, et des observations précédentes concernant le nombre restreint de réponses ainsi que du manque de clarté de certaines questions de cette partie, il est difficile, voire risqué, d'émettre des conclusions générales à propos des positions nationales sur la base des réponses à cette partie du questionnaire. Tout au plus, pouvons-nous formuler les généralités suivantes.

Le droit de légitime défense individuelle est généralement reconnu dans les systèmes juridiques nationaux, soit comme un droit positif soit comme une circonstance excluant l'illicéité. Les principes de nécessité – le recours à la force en vertu de ce droit doit être raisonnablement nécessaire dans les conditions données – et de proportionnalité – l'usage de la force en situation de légitime défense doit être raisonnablement proportionné à la menace contre laquelle on se défend – sont des critères communs qui permettent de déterminer si le recours à la légitime défense était légitime et justifié. De même, il semble y avoir un consensus pour dire que le droit de légitime défense individuelle ne peut être appliqué qu'en réaction à une agression

illégal. Lorsque ces conditions sont réunies, le droit de légitime défense individuelle couvre toujours la défense de tiers.

La défense de la propriété divise les avis. Certains autorisent l'usage de la force en situation de légitime défense pour défendre la propriété (privée), contrairement à d'autres. D'autres encore n'autorisent ce recours que dans des circonstances exceptionnelles. De même, l'obligation de retraite divise les participants, la moitié estimant qu'une issue de retraite possible est pertinente du moins en ce qui concerne le critère de nécessité, l'autre moitié ne reconnaissant pas d'obligation de retraite.

Concernant l'interaction entre le droit de légitime défense individuelle et les opérations militaires, seule la question des restrictions, ou des contrôles exercés sur l'exercice du droit de légitime défense individuelle, semble diviser les pays interrogés. Environ la moitié n'autorise pas de restrictions ni de contrôle sur le droit (naturel) de légitime défense individuelle. L'autre moitié l'autorise avec réticence mais uniquement à titre exceptionnel lorsque l'exercice individuel de ce droit produirait des effets bien plus conséquents (« dévastateurs ») pour le reste de l'unité.

En ce qui concerne la relation entre la légitime défense individuelle et la planification ou la conduite d'opérations militaires, une large majorité semble ne pas considérer la légitime défense individuelle comme une base valable pour planifier ou conduire ce type d'opérations.

Enfin, pour ce qui est des conflits potentiels entre le droit de légitime défense individuelle et le droit des conflits armés ou le droit international humanitaire, ou les conflits entre la légitime défense individuelle et les règles d'engagement en vigueur au cours d'une opération donnée, pratiquement tout le monde s'accorde pour dire que le droit de légitime défense individuelle peut servir de justification dans les deux cas.

En conclusion, le droit de légitime défense individuelle est bien reconnu dans les systèmes juridiques nationaux, mais ne doit pas interférer avec la planification, la conduite ou les lois et règlements applicables aux opérations militaires. En ce sens, ce questionnaire a confirmé que « ces règles d'engagement n'annulaient ou ne limitaient en rien le droit naturel de légitime défense ».

### III. Annexe: Définitions

Après en avoir discuté avec plusieurs groupes nationaux, il s'avère que certains termes utilisés dans les questionnaires n'étaient pas suffisamment clairs. Leur interprétation a dès lors pu varier. Les définitions suivantes sont fournies en vue de faciliter les débats lors du congrès ainsi que pour garantir l'uniformité des comptes-rendus des réponses des différents pays interrogés. Dans certains cas, des exemples pratiques ont été joints, notamment pour en améliorer la compréhension.

**La légitime défense anticipative** désigne le droit naturel d'un État de riposter en cas d'agression armée imminente selon les conditions de l'« affaire de la Caroline ».

**La légitime défense préemptive** est synonyme de légitime défense anticipative.

**La légitime défense préventive** désigne l'usage de la force par des États en vue d'anticiper une menace potentielle dans le futur.

**La légitime défense nationale** désigne le droit des États de se défendre, soit à titre individuel, soit collectivement, contre une agression armée ou une agression armée imminente. Ce droit est notamment invoqué dans l'article 51 de la Charte des Nations Unies. L'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord est basé sur ce droit (et il fait référence à l'article 51 de la Charte de l'ONU). A titre d'exemple de l'exercice de la légitime défense nationale, on peut citer le recours à l'usage de la force par les États-Unis d'Amérique suite aux attaques terroristes du 11 septembre 2001.

**La légitime défense militaire** se rapporte à un concept qui peut ou non exister en tant qu'entité distincte dans les approches nationales du droit de légitime défense tel qu'exercé par les forces armées. Les questions à ce sujet devaient établir dans quelle mesure, pour les forces armées, les nations utilisaient un concept distinct ou différent de légitime défense ; ou s'ils faisaient plutôt usage d'un droit (légal) distinct ou différent de légitime défense pour les forces armées, comparé au droit « normal » de légitime défense tel que tout le monde peut l'exercer. Le cas échéant, en quoi un tel droit de légitime défense « militaire » distinct diffère des formes « normales » de légitime défense. Les questions s'inspiraient du constat que la règle d'engagement (Standing ROE) des Chefs d'état-major interarmées des États-Unis<sup>125</sup> autorisait la poursuite et l'engagement de forces hostiles en tant que droit naturel à la légitime défense (CJCSI 3121.01A, 15 janvier 2000, p. A-7). En revanche, les statuts civils relatifs aux droits de la légitime défense ne reflètent pas cette autorisation de poursuivre et de (continuer à) agresser un adversaire.

**La protection de la force** désigne les actions et les mesures prises par une force militaire dans le cadre de sa mission dans le but de se défendre

<sup>125</sup> [http://www.fas.org/man/dod-101/dod/docs/cjcs\\_sroe.pdf](http://www.fas.org/man/dod-101/dod/docs/cjcs_sroe.pdf).

et d'assurer la sécurité. Ce droit peut découler du mandat de la mission, comme ce fut le cas avec les dispositions d'autorisation des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies établissant le mandat de la mission SFOR en ex-Yougoslavie. Voici quelques exemples concrets de l'exercice de ce droit :

- Le recours à la force, généralement en vertu des Règles d'Engagement, afin de protéger une zone militaire réglementée contre les intrusions non-autorisées;
- Le recours à la force par une unité d'un pays participant A afin de défendre contre des agressions armées les camps ou les patrouilles d'unités d'un pays participant B;
- la détention et la fouille de personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir l'intention de commettre une attaque ou un acte hostile contre la force militaire.

**La légitime défense étendue** désigne le concept de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord autorisant les troupes d'un pays de l'OTAN à prêter assistance aux troupes d'un autre pays de l'OTAN en vue de se défendre contre une attaque ou une agression imminente. Tant les troupes en appui que les troupes assistées doivent relever du commandement unifié de l'OTAN dans le cadre d'une opération de l'OTAN ou d'une opération menée par l'OTAN au moment où l'assistance est prêtée. En termes d'exemples pratiques, il n'existe pas de différence entre cette forme de légitime défense et la « légitime défense militaire » telle que définie plus haut. La distinction faite entre les deux formes de légitime défense est fondée sur la base du droit proprement dit. Alors que la légitime défense militaire, telle que définie plus haut, découle (spécifiquement ou implicitement) du mandat, le droit de légitime défense étendue dérive quant à lui de la base de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et du droit de légitime défense national (collectif).

**La légitime défense des Nations Unies** désigne le droit des forces sous le commandement et le contrôle des Nations Unies de se défendre dans les conditions définies par les Nations Unies (plus particulièrement le Département des opérations de maintien de la paix). Les exemples pratiques ne diffèrent en rien du droit de la légitime défense militaire tel que défini plus haut. La distinction provient de la relation de commandement et de contrôle entre les Nations Unies et la force et du statut de la force en tant que mission des Nations Unies. Il est à noter que le Département des opérations de maintien de la paix du Secrétariat des Nations Unies considère que ce droit couvre une intervention armée en cas d'attaque, d'agression imminente ou d'ingérence armée dans l'exécution de la mission.

**La légitime défense de l'unité** fait référence au droit d'un commandant de prendre toutes les mesures jugées nécessaires pour défendre son unité

contre une attaque ou une agression imminente. C'est un droit qui peut également être exercé en dehors du contexte d'un mandat international spécifique ou d'une mission, aussi bien que dans le cadre national (en temps de paix). Pour illustrer l'exercice de ce droit, on peut citer comme exemple le cas d'un navire qui navigue dans le cadre purement national (ou se trouve dans un port), comme dans le cadre des patrouilles de sécurité nationales, du transit d'un port à l'autre entre des pays alliés, etc., et utilise la force pour se défendre contre une attaque.

**La légitime défense personnelle (ou individuelle)** désigne le droit des particuliers, qu'ils soient militaires ou civils, de se défendre. Ce droit est couramment contenu dans les législations nationales ou dans les statuts au niveau du droit pénal national. On pourrait prendre à titre d'exemple de l'exercice de ce droit, le recours à la force par une personne en vue de se défendre en cas de vol à main armée ou de cambriolage dans son domicile privé.





## **General Report**

**Terry Gill,  
Carl Marchand,  
Hans Boddens Hosang  
and Paul Ducheine\***

- \* Dr. Terry Gill is Professor of Military Law at the University of Amsterdam and Netherlands Defence Academy.  
Colonel Carl Marchand is Head of the Department of International and Humanitarian Law of the Swiss Armed Forces.  
Hans Boddens Hosang is Deputy Director of Legal Affairs at the Netherlands Ministry of Defence.  
Colonel Dr. Paul Ducheine is Associate Professor of Military Law at the Netherlands Defence Academy.

**TABLE OF CONTENTS**

	Pages
I. Introduction.....	123
II. Answers to the Questionnaire.....	125
Part 1: National Self-Defence as a Legal Basis for the Use of Force General Issues.....	126
Part 2: Self-Defence in relation to Non-State Actors (NSA).....	132
Part 3: Self-Defence in the Context of United Nations Peace Operations.....	140
Part 4: Unit Self-Defence.....	143
Introduction.....	143
Answers.....	144
Definition of Unit.....	147
Combined Units.....	148
Conclusion.....	148
Part 5: Military Self-Defence and Force Protection in Relation to the Rules of Engagement (ROE).....	149
Introduction.....	149
Answers.....	151
Conclusion.....	155
Part 6: Personal Self-Defence and ROE.....	156
Introduction.....	156
Common elements.....	157
Scope of the right of personal self-defence.....	159
Self-defence and the military operational context.....	162
Conclusion.....	167
III. Annex: Definitions.....	169

## I. Introduction

The law relating to the exercise of the right of self-defence manifests itself at different levels, ranging from national self-defence of the State to the personal self-defence of the individual. These different levels, while sharing a common intellectual root in the natural law “just war” tradition, have distinct legal bases in modern positive law.<sup>1</sup> These different levels of self-defence can and do play a role in contemporary military operations and understanding their differences and distinct legal bases and areas of application is crucial to determining when they are applicable and how force must be regulated to ensure compliance with both international and domestic law. Notwithstanding their distinct legal bases and areas and levels of application, they share certain common elements, especially in their shared basic purpose and essential place within the law governing the permissibility of the use of force. The essence of self-defence at whatever level is that it is a form of lawfully sanctioned force which can be employed to repel or if necessary overcome unlawful force in the form of an unlawful armed attack or criminal assault.<sup>2</sup> This is what characterizes it and sets it apart from both other lawful uses of force for other purposes, such as the maintenance of international peace and security and the maintenance of law and order, as well as uses of force which do not have a legal basis, and are therefore *ipso iure* unlawful. While an understanding and acknowledgement of the shared common purpose and function of self-defence is essential in distinguishing it from other types and grounds for using force, it can also potentially lead to confusion and lack of clarity as to the scope of application and respective limits of the various levels at which it can be exercised. It is almost inevitable that what may be permissible at the level of national self-defence, may not extend to the exercise of self-defence within a domestic legal context usually operating within a different legal paradigm. Likewise, terms such as “attack”, “necessity” and “proportionality” do not necessarily mean the same thing in relation to the different levels of and legal bases for self-defence. If, for example, a unit of troops, military aircraft or naval vessels is confronted with (the imminent threat of) attack, is the right of response governed by international treaty and customary law relating to the right of a State to defend itself against an armed attack, by

<sup>1</sup> The nature and historic roots of self-defence are treated in inter alia D.W. Bowett, *Self-Defence in International Law* (1958) 3-25; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (1963), 251 *et seq.*; Y. Dinstein, *War Aggression and Self-Defence*, 4th ed. (2005), 175 *et seq.*; K.Tibori Szabo, *Anticipatory Action in Self-Defence* (2012) p. 31 *et seq.* and C.H.M. Waldock “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, in 41 RdC (1952), 455-68.

<sup>2</sup> The right of self-defence is by definition limited to repelling illegal prior or impending use of force. It has no bearing upon responding to force which is legally sanctioned, such as Security Council action or self-defence. This follows from the axiom that “there is no self-defence against self-defence”, which was stated in the 1949 decision in the *Ministries case (USA v. von Weiszäcker et al., Nuremberg)* 1949, 14 NMT 314, 329.

national (criminal) legislation relating to every individual's right to defend him/herself against unlawful assault, or by a combination of these? What if the mission is operating under a mandate issued by a legally competent organ of an international organization such as the United Nations Security Council allowing it to use force in defence of said mandate? Would that differ and, if so, how, from other forms of self-defence? How do these different manifestations of self-defence relate to and differ from each other? How have States (attempted to) regulate these different manifestations of self-defence in their domestic law and policy?

These questions and challenges and their respective roles in contemporary military operations were the underlying reason to choose the right of self-defence as the topic for the Society's General Report to the 19<sup>th</sup> Congress, and for the questionnaire which was distributed to the various National Groups making up the Society. As with all General Reports, the answers to the questionnaire furnished by the National Groups form the core and basis upon which the Report is based. However, perhaps due to the complexity of the issues addressed in the questionnaire, relatively few responses were at the disposal of the Rapporteurs by the time the deadline had expired (and been extended).<sup>3</sup> This is unfortunate, to say the least, since it limits both the ability of the Rapporteurs to draw any but the most tentative of conclusions from the limited number of responses and the representative nature of the responses. Consequently, the Report does not necessarily reflect the views of the majority of nations represented in the Society, much less serve as an indication of *opinio iuris* relating to the law of self-defence in a wider sense. It also must be stressed that the views expressed by the Rapporteurs in this report are done in a personal capacity and do not necessarily reflect the viewpoints of any government or organization they work for.

Nevertheless, it is hoped that the answers to the questionnaire and the comments provided will stimulate discussion and perhaps be of service to all members of the society for the purpose of clarifying some controversial issues and stimulating further research on this important topic.

The questionnaire is subdivided into six parts relating to the various levels of self-defence. Parts 1 and 3 relating to national self-defence in a general sense and the United Nations concept of self-defence in relation to Peace Operations conducted under the direction of the UN Department of Peacekeeping Operations (DPKO), were prepared by Terry Gill. Part 2 relating to national self-defence specifically in relation to attacks conducted

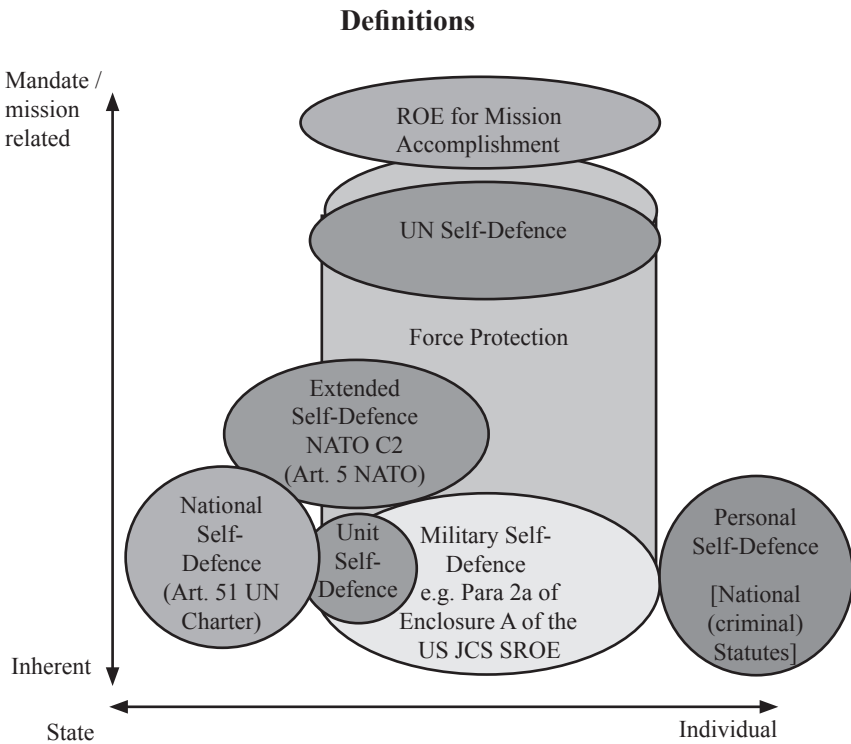
<sup>3</sup> At the time of writing there were only reports received from Algeria, Austria, Czech Republic, Germany, Netherlands, Norway, Slovak Republic, Switzerland and Zambia. A report was later received from the United States which has been incorporated as far as possible into this report. It should be emphasized that all reports were submitted by the national groups of the Society and do not necessarily reflect the views of the governments of the States concerned.

by “non-State entities” was prepared by Paul Ducheine. Part 4 relating to “Unit Self-Defence” and Part 5 relating to “Military Self-Defence and Force Protection in relation to Rules of Engagement” were prepared by Carl Marchand and Part 6 relating to “Personal Self-Defence and Rules of Engagement” was prepared by Hans BoddensHosang.

## II. Answers to the Questionnaire

Schematic representation of the various forms of self-defence, ranging from national self-defence as defined in art. 51 UN Charter, to personal self-defence as regulated in most domestic penal codes. The various forms have been marked by two dimensions. The first is the nature of the authority, ranging from an inherent right to a mandated or specifically authorized right. The second dimension refers to the ownership of the right, the subject entitled to the right.

A third dimension is introduced by means of the width of the objects representing the *modi* of self-defence.



## **Part 1: National Self-Defence as a Legal Basis for the Use of Force (General Issues)**

There is general agreement in authoritative legal instruments, international case law, and academic literature relating to the use of force in general and self-defence in particular that national self-defence at the level of the State is (1) grounded in both conventional and customary international law, that it is (2) predicated upon the occurrence of an armed attack and (3) is governed by considerations of necessity, proportionality, immediacy, as well as being (4) subject to the ultimate authority of the United Nations Security Council in terms of the Council's powers to determine whether a particular situation requires the taking of measures to maintain and restore international peace and security and to determine what the consequences of any action it elects to take may be upon the continued exercise of the right of self-defence. However, notwithstanding this general consensus regarding these core issues, there is considerable controversy and divergence of views regarding the nature of acts which can constitute an armed attack, the potential authorship of an armed attack, and the temporal dimension and limitations to the exercise of self-defence. These differences are reflected in State practice and were the motivation behind the questions posed in Parts 1 and 2 of the questionnaire. To the extent the responses were provided, these differences were (partially) reflected in the answers provided, although it must be stressed that the limited number of responses and their geographical concentration to primarily European states makes it difficult to draw general conclusions as to the state of opinion within the wider international community regarding these points of controversy.

1. *Does the wording of Article 51 of the UN Charter restrict the exercise of self-defence to a response to an ongoing armed attack in your country's view? If a wider possibility exists to allow response to armed attacks which have not yet been initiated, how does your country regard the so-called "Caroline criteria" (taken from the Caroline incident of 1837), as providing a possible basis for what is often referred to in legal literature as "anticipatory self-defence"? Does your country subscribe to these criteria in policy statements, regulations, or military manuals? Are these criteria seen as forming part of customary international law?*
2. *Does your country have any policy regarding the use of force before a concrete and imminent threat of attack has manifested itself and does it provide for the possibility of the exercise of self-defence in such situations? Do the Caroline criteria still apply in such situations, or are there other criteria which would be more relevant?*

The temporal dimension of the exercise of the right of self-defence has long been a point of controversy in State practice and legal literature on the topic. One school of opinion argues that the text of Article 51 restricts the

exercise of self-defence to situations where an armed attack occurs, which in that view essentially means is ongoing, and rejects the contemporary applicability of the ‘Caroline criteria’ and the notion of anticipatory self-defence, whatever their relevance may have been prior to the adoption of the UN Charter. The other body of opinion amongst both States and in legal literature accepts the possibility of anticipatory self-defence in response to an imminent threat of attack and the relevance of the Caroline criteria as reflecting at least the general normative framework for the exercise of self-defence, including in response to the manifest threat of imminent attack, where no other feasible alternatives are available.<sup>4</sup> There has been to date, no definitive pronouncement on this issue by the International Court of Justice, although there are a number of other authoritative pronouncements by international bodies which support the possibility of exercising self-defence in response to a manifest threat of imminent attack within the Caroline normative framework of necessity, proportionality, immediacy and lack of feasible alternatives. These include the position taken by the High Level Panel on Threats, Challenges and Change in 2004<sup>5</sup> and the resolution of the *Institut de droit international* in 2007,<sup>6</sup> both of which were referred to by one of the respondents to the questionnaire.<sup>7</sup> Both of these bodies accepted the possibility of anticipatory self-defence in response to a manifest threat of imminent attack within the well established criteria of necessity, proportionality and lack of feasible alternatives found in the Caroline formula, while rejecting the notion of “preventive self-defence” in response to situations where an attack had not commenced or was not manifestly imminent.

By and large, this division of opinion and the overall support for the possibility of recourse to self-defence in response to a manifest threat

<sup>4</sup> While it is something of an oversimplification to classify a particular author, court decision or position taken by a State or other international body as being simply “restrictive” or “permissive”, it is fair to say that a particular view tends more or less towards one of the basic views. Examples of the view that self-defence does not contain an anticipatory element include *inter alia* Brownlie in n.1 above, 25 *et seq.*, C. Gray, *International Law and the Use of Force* (2000), 86 *et seq.* and a number of States including the views expressed in the reports of Algeria, Slovak Republic and Zambia. Authors which view anticipatory self-defence within the confines of the Caroline criteria as lawful include *inter alia* Bowett, n.1 above, 269 *et seq.*; T.M. Franck, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks* (2003), 45 *et seq.*; and the positions taken by the respondents in the reports submitted by Germany, Norway, Netherlands, Switzerland and the United States. The last named respondent indicated that while the Caroline criteria were seen as the guiding standard, they may be too strict in relation to certain kinds of threats and should not be seen as precluding pre-emptive action against “terrorist acts and rogue states”.

<sup>5</sup> Report of the High Level Panel on Threats, Challenges and Change to the UNSG, UN Doc. A/59/565 (2004) para. 188, p.54.

<sup>6</sup> Res. Idi/Iil., 10A, 10th Commission, Santiago, 27/10/2007

<sup>7</sup> See report submitted by Austria.



of imminent attack within the normative framework of the Caroline criteria were reflected in the answers to the questionnaire. The majority of the respondents took the position that response to a manifest threat of imminent attack would be lawful within the strict conditions of necessity, proportionality and immediacy as laid down in the Caroline formula, although some did not necessarily acknowledge the Caroline incident itself as reflective of contemporary customary international law. A minority of respondents rejected the notion of anticipatory self-defence and the relevance of the Caroline formula. All respondents, with the apparent exception of the United States explicitly rejected the possibility of preventive self-defence, reflecting the general consensus in legal opinion and the position of the overwhelming majority of States that this has no place in contemporary international law.<sup>8</sup> The US report, while not endorsing “preventive self-defence”, took the position that there may be situations in which a broader basis for responding to “terrorist acts and acts by rogue states” may be necessary.<sup>9</sup>

3. *Does your country view an armed attack as confined to a single act of (illegal) armed force with a substantial effect, or can a number of smaller scale armed incidents which have their origin from the same source be viewed cumulatively as an armed attack which would justify a response in self-defence?*

This question relates, of course, to the ‘accumulation of events’ theory, sometimes referred to as the ‘*Nadelstichtaktik*’, whereby a series of temporally and geographically related smaller scale armed incidents carried out by the same author together rise to the level of an armed attack. This possibility has been raised, albeit indirectly, in the ruling of the International Court of Justice in the *Oil Platforms* case<sup>10</sup> and in the work of the International Law Commission.<sup>11</sup> This is in essence a phased armed attack and the majority of legal opinion likewise reflected in the responses to the questionnaire does not rule out the possibility of such incidents cumulatively rising to the level of an armed attack, thereby justifying a response in self-defence, provided they are sufficiently connected and

<sup>8</sup> The respondents from Algeria, Slovak Republic and Zambia rejected the notion of anticipatory self-defence.; those from Germany, Netherlands, Norway and Switzerland viewed as part of customary international law, while Austria accepted the possibility of “pre-emptive” self-defence within the “narrow limits” of the Caroline criteria, while noting that the Caroline incident occurred in a “different legal setting”. The response from the Czech Republic neither accepted nor rejected the possibility of response to an imminent armed attack outright, stating that it would be subject to a case by case assessment.

<sup>9</sup> US Report, p.1

<sup>10</sup> ICJ Reports, 2004, para.64, p.191-2.

<sup>11</sup> Report by Special Rapporteur R. Ago, “Addendum to the Eighth Report on State Responsibility”, 1980 II (I) *Yearbook of the International Law Commission* 13, p. 69-70.

are carried out by the same author.<sup>12</sup> Such situations could be particularly relevant in relation to armed actions conducted by a non-State actor which is treated in more detail in Part 2 of this Report.

4. *Does your country have any policy or view regarding the permissibility of invoking self-defence in response to a non-kinetic attack by means of what is often referred to as “cyber warfare”? If so, does it allow for action in self-defence in response to a “cyber attack” and what would be the threshold of actual or potential harm required to activate the right of self-defence?*

The subject of “cyber warfare” has received increasing attention in recent years in both policy positions and reports of some States and in academic literature. The question as to when and under which conditions an attack launched by digital means against a State’s armed forces, governmental institutions, vital infrastructure or civilian population could constitute an “armed attack” in the sense of Article 51 of the UN Charter, thereby triggering the right to invoke self-defence in response thereto is, perhaps the most important question in relation to the cyber dimension of the use of force. A number of States and academic experts have taken the position that in the event the scale and effects of a cyber attack are comparable to a conventional kinetic attack, the right of self-defence would, in principle, be applicable.<sup>13</sup> However, the topic is still very new and many States have yet to formulate a position on the matter. Of the respondents to the questionnaire, a number of States which had formulated an opinion, took the position that self-defence could be invoked if a cyber attack had comparable effects as a conventional kinetic attack. Others did not rule out the possibility, or had yet to formulate a position on the question.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> All respondents with the apparent exception of Algeria were of the opinion that a series of smaller scale incidents could cumulatively rise to the level of an armed attack.

<sup>13</sup> See Policy Papers of *inter alia* the United States “Department of Defense Strategy for Operating in Cyberspace”, released July 2011; the United Kingdom “The UK Cyber Security Strategy: Protecting and promoting the UK in a digital world” released November 2011; and the Netherlands Advisory Council on International Affairs and Advisory Committee on issues of Public International Law, “Cyber Warfare”, no. 77, released December 2011.

<sup>14</sup> The Reports of Germany, Norway, Netherlands and Switzerland expressed the view that if a cyber attack had comparable effects as a conventional kinetic attack, it could trigger the exercise of the right of self-defence. The United States response indicated that self-defence could be justified in response to a cyber attack without specifically referring to a threshold or criteria indicating under which circumstances this would be justified. The reports by Austria, the Czech Republic, and the Slovak Republic indicated that the formulation of policy relating to cyber warfare was ongoing. Zambia indicated it had no policy on the matter but did not indicate whether one was being considered, while Algeria rejected the applicability of the *ius ad bellum* to cyber attacks, indicating that the only proper legal paradigm relating to responding to cyber-

5. *Does your country have any policy or view of what constitutes a necessary and proportionate response in the context of self-defence (not to be confused with military necessity and proportionality in the context of the Law of Armed Conflict/International Humanitarian Law)? If so, does it see proportionality primarily in quantitative terms (i.e. the scale of defensive measures must be roughly commensurate with the scale of the armed attack) or in qualitative terms (i.e. the scale of the defensive measures must correspond to what is required under the circumstances to end the attack and forestall future attacks), or a combination of both?*

Proportionality and necessity are part of the customary law relating to self-defence and are generally recognized in State practice, the judgments of international courts and decisions of the Security Council and in academic literature as being of paramount importance in determining the legality of acts taken in self-defence, although there is relatively little guidance in most of these references as to what the terms actually mean. The notions of necessity and proportionality may well qualify as general principles of law and have numerous applications which can mean different things in different contexts (e.g. in relation to the use of force at the international level, in the context of the law of armed conflict, in relation to law enforcement and personal self-defence under domestic criminal law etc.). In relation to national self-defence necessity generally refers both to the occurrence of or existence of a manifest threat of armed attack and to the lack of feasible alternatives, while proportionality is often defined primarily in either quantitative terms (measures of self-defence must not greatly exceed the scale and intensity of the attack), or in qualitative terms (measures of self-defence must not exceed what is required to repel or overcome the attack under the particular circumstances), or a combination of both.<sup>15</sup> While the principles are capable of a general definition, they must be seen in connection with the factual, and other relevant circumstances relating to a particular situation for them to be capable of being applied in a meaningful way. This was largely reflected in the answers of the respondents to the questionnaire, although some respondents seemed to have no particular policy or viewpoint as to what the terms meant beyond stating that an act of self-defence must conform to what is allowed under either international or, in some cases, domestic law. This would in relation to the former be something of a circular reasoning (i.e. necessity and proportionality are what international law says that they are), or in relation to the latter, a misapplication of domestic law standards to assess a question of legality under international law. Nevertheless, most respondents found

---

attack in its view is one of law enforcement and criminal law.

<sup>15</sup> All the mentioned elements are part of the criteria relating to the Caroline incident and are also generally shared in the legal literature. See e.g. O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991) 151-2, J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (2004), 148-153 and Dinstein, n.1 above, 208-210.

that both qualitative and quantitative elements were relevant, with the former predominating.<sup>16</sup>

6. *Does your country see all acts of self-defence as activating a situation of armed conflict (either international or non-international) and the applicability of the Law of Armed Conflict/International Humanitarian Law, or are there situations in which force can be used in self-defence, which do not reach the threshold of an armed conflict and the applicability of the Law of Armed Conflict/International Humanitarian Law?*

It is axiomatic that the law relating to the use of force (*ius ad bellum*) and the law relating to the conduct of hostilities and protection of certain categories of persons and objects in warfare (*ius in bello*) are separate bodies of law and that the latter applies to all parties to an armed conflict, irrespective of considerations related to the legality of the recourse to force by either side. Notwithstanding this separation and equal applicability of the LOAC/IHL to all parties to an armed conflict, there is nevertheless a degree of connection between the two, although it is not always clear what the degree of connectivity is. Common Article 2 to the Geneva Conventions provides that an international armed conflict exists whenever armed force is applied by a State against another State, or in cases of total or partial occupation. This would seem to be straightforward and imply that any act undertaken in self-defence against another State will automatically result in the full applicability of the LOAC/IHL. However, it does not seem that State practice invariably considers that any armed incident, no matter how local and temporary in nature, necessarily triggers a state of armed conflict between two States (e.g. an aerial or maritime incident or small scale border clash).<sup>17</sup> The threshold of non-international armed conflict is even less clear, but the criteria stated in the famous Tadić decision of the ICTY relating to the existence of protracted, armed violence of a relatively significant intensity between the armed forces of a State and an organized armed group, or between armed groups within a State, are generally

<sup>16</sup> Several respondents emphasized that proportionality and necessity must be assessed on a case by case basis (e.g. Germany, Switzerland) that proportionality included both quantitative and qualitative elements with the latter predominating (e.g. Netherlands, Zambia) and one simply referred to the standard recognized in international law (Czech Republic), while another referred to standards contained in domestic legislation (Slovak Republic). The United States response indicated that it saw a link, or in any case a close relationship between necessity and proportionality in the context of self-defence and military necessity and proportionality in the context of LOAC/IHL although it did not indicate what this link or relationship entails. The US response also indicated that necessity and proportionality had both a qualitative and quantitative dimension.

<sup>17</sup> See C. Greenwood in D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2nd ed. (2008)), p. 48. See also ILA Committee on the Use of Force “Final Report on the Meaning of Armed Conflict (Hague Session 2010).

accepted.<sup>18</sup> Notwithstanding these general standards, there is a lack of clarity in some cases whether a particular use of force undertaken under the guise of self-defence triggers the applicability of the LOAC/IHL. For example, there is no universal agreement regarding the applicability of the rules contained in the LOAC/IHL to targeted air strikes by unmanned or manned aircraft against suspected terrorist bases or individual terrorist suspects located abroad. To the extent, that the law relating to the use of force in self-defence is applicable to such situations, it would seem that they would, in principle, be governed by the LOAC/IHL, but this is less than clear in some cases. The applicability of self-defence to non-State actors, such as armed groups is covered in more detail in Part 2 of this questionnaire, while the question of unit level self-defence in relation to a small scale local armed attack against a specific military unit is dealt with in Part 4, but the general applicability of LOAC/IHL to the use of force was considered to contain enough points of controversy, despite the abovementioned general agreement regarding their separate character to warrant this question.

The majority of respondents emphasized the separate character of the two bodies of law and their respective spheres of application and emphasized that the existence of an armed conflict would depend on the factual situation, but many likewise stated that it would be unlikely that a use of force in self-defence would not result in a situation of armed conflict to which the LOAC/IHL would apply.<sup>19</sup>

## **Part 2: Self-Defence in relation to Non-State Actors (NSA)**

In addition to the general Introduction (above) and the results of Part I (General Issues of National Self-Defence), the questionnaire sought to account for the particular circumstances of self-defence after an armed attack launched or conducted by so called Non-State Actors. In this respect, four issues are of special interest.

First of all, the question of **authorship** arises whenever an armed attack is conducted by others than States. This may not only be the case in situations where non-State agents act under instructions or on behalf of States, but also in circumstances where States arguably are substantially involved in the attacks by the non-State actors. One of the most debated elements in these so called indirect attacks that, under the primary rules of the *ius ad bellum* and/or the international rules of State responsibility are attributable to the State involved, is the nature, the quality and ‘quantity’ of the involvement.

<sup>18</sup> ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-I-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct. 1995.

<sup>19</sup> e.g. Germany, The Netherlands. Switzerland. Austria responded that all uses of self-defence would trigger the applicability of the LOAC/IHL, while the US stated there were situations in which force would be used to which LOAC/IHL might not apply, but that as a matter of policy the US applied it whenever force was used.

Moreover, States may have no or insufficient involvement in the attacks originating from non-State actors, whereby the armed attack (if and when the threshold of armed attack is reached) cannot be attributed to a State and is hence attributable to the NSA only. One of the main questions raised after ‘9/11’ was whether NSA qualify as the author of an armed attack by themselves, i.e. without involvement of other States.

Secondly, the question of **threshold** of the armed attack is of relevance. Apart from the issue when the use of force amounts to an ‘armed attack’ giving rise to the right of self-defence, the question was posed whether the threshold and/or the criteria for armed attacks originating from NSA are identical to those for regular armed attacks (i.e. conducted by States).

The third issue at stake refers to the elements of co-authorship, attribution and **addressee** of self-defence: against whom is self-defence directed? Logically, self-defence is directed against the author(s) of the armed attack. This interpretation flows from the purpose of self-defence (see Introduction above). Hence, self-defence normally will be addressed to the attacker, i.e. the addressee. In situations of attacks conducted by NSAs, this addressee could be a non-State actor. However, there is no unanimity amongst States and writers regarding the possibility of exercising self-defence against a NSA, acting with or without significant State support. States nevertheless, as was evident from the Nicaragua case, can – under circumstances – be held responsible for the acts of non-State actors, resulting in a multiple authorship. The question then arises whether the response in self-defence – if necessary, and according to other constitutive and substantive requirements – should be directed against the primary author of the armed attack (i.e. the NSA), against the State involved and responsible for the attacks, or against both? The questionnaire strove to analyse State practise and States’ views in this debate.

Finally, the question of a **conflict of norms** may arise when States direct their self-defence response after armed attacks by NSA against that NSA, without having the intent to involve another State in that operation, however by crossing its borders (i.e. entering its airspace, territory or territorial waters) violating the territorial integrity of the States where the NSA is located. The questionnaire sought to account for State’s views on the hierarchy of norms in this respect.

*1. Does your country view the right of self-defence as pertaining solely to attacks by other States, or can attacks carried out by Non-State Actors (such as armed or terrorist groups) qualify as armed attacks giving rise to the invocation of self-defence?*

Typically, armed attacks are launched by State actors, ordinarily regular armed forces, which was also the general idea when the UN Charter was crafted at the end of WWII. In the ‘9/11’ attacks, however, the author turned

out to be a non-State actor operating on its own behalf, e.g. a terrorist group called Al Qaida. This circumstance ostensibly diverged from the accepted views on self-defence up to/until 2001.<sup>20</sup>

Notwithstanding the ideas in 1945, history recorded incidents in which NSAs have launched attacks that were qualified subsequently as armed attacks giving rise to self-defence responses. Dated, but nevertheless the starting point for any discussion in this field, is the 1837 Caroline case in which the acts of a rebel group triggered the right of self-defence. More recently, Turkey resorted to self-defence operations after attacks by the PKK, operating from Iraqi territory (i.a. UN Doc S/1995/605), the US responded with Operation Infinite Reach against Al Qaida in Sudan and Afghanistan after the bombing of its embassies in Kenya and Tanzania (UN Doc S/1998/780), Colombia appealed to self-defence in an operation against the FARC in Ecuador (2008),<sup>21</sup> and Hezbollah's 2006 attacks triggered Israel to respond in self-defence, which was criticised by some for reasons of (inter alia) proportionality (UN Doc. S/2006/515).<sup>22</sup>

After 2001, relying on the wording of article 51 of the UN Charter, on the ICJ in the Nicaragua case, but most convincingly on the UN Security Council Resolutions 1368 and 1373 (2001) referring to the inherent right of self-defence, a valid argument can be made to uphold the position that the author of an armed attack can be a State as well as a NSA.<sup>23</sup> This position takes into account the threshold requirement of an armed attack in the latter situation (see below pt. 2.a.).

A minority of respondent States do not follow this line of thinking, but limit the right to self-defence to armed attacks attributable to States only.<sup>24</sup> The majority however is of the opinion that both actors qualify as author

<sup>20</sup> P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw, 'Legitimizing the Use of Force: Legal Bases for Operation Enduring Freedom and ISAF', in: J. van der Meulen, A. Vogelaar, R. Beeres and J. Soeters (eds.), *Mission Uruzgan : Collaborating in multiple coalitions for Afghanistan*, Amsterdam: AUP (2012), 33-46, at 39.

<sup>21</sup> Declaration of the Ministry of Foreign Relations of Colombia No. 081 (Mar 2, 2008). Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia No. 081.

<sup>22</sup> P.A.L. Ducheine & E.H. Pouw, 'Operation Change of Direction: A Short Survey of the Legal Basis and the Applicable Legal Regimes', in: M.J. de Weger & F.P.B. Osinga e.a. (eds.), *NL Arms, Netherlands Annual Review of Military Studies (2009), Complex operations: Studies on Lebanon (2006) and Afghanistan (2006-present)*, Netherlands Defence Academy (Faculty of Military Sciences), 51-96.

<sup>23</sup> For a minority view: Myjer, Eric P.J., & White, Nigel D. (2002), "The Twin Towers attack: An unlimited right to self-defence". in : *Journal of Conflict and Security Law*, 7(1), 5-17.

<sup>24</sup> Switzerland acknowledges the authorship on NSAs as far as the armed attack are attributable to States; the Slovak Republic apparently restricts the authorship to State actors only. Referring to the "clearly hypothetical" situation of a third State involvement that leads to the invocation of self-defence after a NSA attack, Slovakia appears to be much in line with Switzerland.

of an armed attack triggering the right to self-defence.<sup>25</sup>

## 2. *Authorship*

- a. *If your country recognizes NSAs as a potential author of armed attacks, do the same criteria apply for determining whether there is an “armed attack” as when a State is the author of (i.e. commits) an armed attack? If not, which criteria do apply?*

In general terms, the issue of the threshold of an armed attack was already addressed in Part 1 when overseeing State’s appreciation of the *Nadelstichtaktik* and non-kinetic (i.e. cyber) attacks. In both situations, it was envisaged that a number of smaller attacks and/or a non-kinetic attack could qualify as an armed attack conducted in a conventional manner (with regular armed forces in a conventional and single attack). It seems fair to say that, if and when the threshold is alike for State and non-State actors, these two manifestations are also valid in cases of non-State authors. This premise is yet to be tested, as this part 2 portrays to the threshold of an armed attack in case of a non-State author (i.e. a NSA).

As an “armed attack” is not defined, it is subject to debate. In general, a ‘normal’ armed attack is characterized by the application of cross-border (conventional or unconventional) armed force by regular or irregular armed forces.<sup>26</sup> As an armed attack “denotes a reasonably significant use of force which rises above the level of an ordinary criminal act”, it requires a minimum level in terms of ‘scale and effects’.<sup>27</sup>

As the ICJ made clear in the Nicaragua case, armed attacks originating from NSAs should be comparable to ‘normal’ armed attacks launched by regular forces in order to qualify alike. Hence, as the ‘9/11’ attacks made clear, it is now evident that NSA are potentially capable of launching attacks with a similar devastating effect as regular forces do.

The majority of States acknowledging the potential authorship of NSAs, are in agreement that the threshold of an armed attack in cases of State and non-State authors are equal.<sup>28</sup> Of the responding States, only the US seems to apply a threshold that may differ as it relates to potentially different acts of force compared to ‘normal’ armed attacks, for instances by referring to “individual acts of violence or kidnapping” and/or (other) terrorist acts.

- b. *In which circumstances would your country consider a third State which is involved (in a designated way) in the armed attack*

<sup>25</sup> Algeria, Czech Republic, Germany, The Netherlands, Norway, the United States, Zambia.

<sup>26</sup> Ruys, Tom (2010), *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter - Evolutions in Customary Law and Practice*, New York: Cambridge University Press.

<sup>27</sup> Gill, Terry D. & Fleck, Dieter, (2010), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford; New York: Oxford University Press, 191.

<sup>28</sup> Algeria, Czech Republic, Germany, The Netherlands, Norway. Zambia’s answer was non-conclusive, the Slovak Republic and Switzerland reserve the right of self-defence to situations of armed attacks by State authors only.



*committed by a NSA, as the author or co-author of the armed attack? For example: in the situation where a NSA is located on the territory of the third State and this State is unable or unwilling to act against the NSA; would this have consequences for the right for your country to exercise self-defence against that third State?*

Apart from direct armed attacks that can be ascribed to NSAs, so called indirect armed attacks, i.e. armed attacks conducted by non-State agents on behalf of or under control of a Third State, are anything but a new phenomenon in international law. The ICJ recognized these indirect armed attacks in the Nicaragua case. As the NSA can be seen as the primary author of the armed attack, the Third State involved may – under designated circumstances – be portrayed as the co-author of that attack, and thereby qualify through attribution as a potential addressee for the response in self-defence. Attribution first of all follows the primary rules of the *ius ad bellum*. In the Nicaragua case the International Court of Justice ascertained that, apart from direct attacks, States can also (have) carry out indirect attacks:

In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as not merely [1] action by regular armed forces across an international border, but also [2] “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, “or [3] the substantial involvement therein”.<sup>29</sup>

Up to now, legal doctrine has mainly focused on the interpretation of the “sending of” via the secondary rules of State responsibility for international wrongful acts.<sup>30</sup> These secondary rules, however, only have rarely led to attribution to a State. There is attribution when the non-State actor *de facto* acts according to the instructions, or, alternatively, under the effective control of the State involved.<sup>31</sup> This was once more confirmed in the recent Genocide case.<sup>32</sup>

Most often, attribution is established via the primary rules of the *ius ad bellum*, i.e. whether a Third State is “substantially involved” in the NSA’s

<sup>29</sup> ICJ (1986), Nicaragua case, p. 103, § 195. [Accent: PD]. In ICJ (2005), DRC-Uganda case, § 146, the existence of a direct and indirect attack was rejected.

<sup>30</sup> Articles on State Responsibility (ASR) for Wrongful Acts.

<sup>31</sup> Art. 8 ASR Conduct directed or controlled by a State: “The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.” [Accent: PD]. Also: ICJ (1986), Nicaragua case, p. 48, § 80, en ICJ (1986), Nicaragua case, pp. 64-65, § 115. The ICTY applied a lower threshold: “overall control”: ICTY (1999), Tadic (Appeal: judgment), § 120, 122. The ICJ maintained its own norm: ICJ (2007), Genocide case (judgment).

<sup>32</sup> ICJ (2007), Genocide case (judgment), § 401.

attacks, so that those actions must be attributed to that Third State. To this end, the concept of substantial involvement from the Nicaragua case may be helpful.<sup>33</sup> The components of substantial involvement could be constituted as follows:<sup>34</sup>

- Knowledge. the Third State has (or should have) knowledge of wrongful acts committed by the NSA (on its territory).<sup>35</sup>
- Conduct. In spite of this knowledge the Third State refrains from taking suitable measures to prevent this abuse of its territory, while it does have the possibilities to do so. On the basis of due diligence requirements,<sup>36</sup> e.g. with regard to resolutions of the UN Security Council and anti-terror stipulations, it should take those preventive measures.<sup>37</sup> In the extreme case the Third State supports the NSA operations.
- Substantiality. Through this omission or active support the Third State contributes substantially to the NSA's wrongful acts,<sup>38</sup> making them simpler to carry out.

<sup>33</sup> Ducheine, Paul A.L. (2008), *Krijgsmacht, Geweldgebruik & Terreurbestrijding: een onderzoek naar juridische aspecten van de rol van strijdkrachten bij de bestrijding van terrorisme*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (diss. UvA). 175-207. But see: Ruys, Tom, (2007), "Crossing the Thin Blue Line: An Inquiry into Israel's recourse to Self-Defense against Hezbollah" in: *Stanford Journal of International Law*, 43 (Summer), 265-294, at 281.

<sup>34</sup> Originally: Ducheine (2008), p. 201-202. Also used in Ducheine & Pouw (2009), 69. Likewise: Nollkaemper, P.A. (2005), 'Attribution of Forcible Acts to States: Connections Between the Law on the Use of Force and the Law of State Responsibility', in: Blokker, N. & N. Schrijver (eds.), *The Security Council and the Use of Force. Theory and Reality - A Need for Change?*, Leiden: MartinusNijhoff Publishers, 133-171, at 162; Brown, D. (2003), 'Use of Force against terrorism after September 11th: state responsibility, self-defense and other responses', in: 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 1-53, at 16-17; Philipp, C.E. & Wolfrum, R., (2002), 'The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law', in: 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 560-597, at 592.

<sup>35</sup> By analogy: ICJ (1949), Corfu Channel case, 22; also art. 16 ASR. Also Brown (2003), 16.

<sup>36</sup> See i.a. ICJ (1949), Corfu Channel case, 23. Due diligence obligations require a certain effort, rather than guaranteeing result.

<sup>37</sup> Also Becker, T. (2006), *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford: Hart Publishing (2006), 130, based on UN SC Resolutions 1373 and 1368, States are obliged "to exercise due diligence in preventing all acts or terrorism [...], the duty to actively and fully cooperate with other states [...] in preventing terrorist offences [...]; the duty to abstain any form of toleration, acquiescence, encouragement, or support for acts of terrorism [...]".

<sup>38</sup> After Nicaragua and by analogy of art. 16 ASR. See i.a.: Gill, T. D. (2003), 'The Eleventh of September and the Right of Self-Defense', in: Wybo P Heere & International Society for Military Law and the Law of War (Netherlands National Group) (Eds.), *Terrorism and the military: international legal implications*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 23-37, at 29.

- Causality. The substantial contribution in the form of omitting or supporting by the Third State has a causal relation<sup>39</sup> with the NSA's international wrongful acts and is foreseeable for every objective observer.<sup>40</sup>

All respondent States are in agreement that violent acts committed by NSAs can – in designated circumstances – be attributed to Third States involved.<sup>41</sup> The circumstances however, seem to differ. Some States rely (rather inconclusively) upon “general international law” without elaborating upon the rules applied.<sup>42</sup> Whether or not they are thereby in agreement with another group of States that (explicitly) refers to the rules on State Responsibility or not, is unclear. The latter group explicitly<sup>43</sup> or implicitly raises the issue of attribution under the rules of State Responsibility and establishing (co-)authorship of the Third States involved. Some States are of the opinion that *inability* and *unwillingness* are relevant factors in this respect. The Czech Republic differentiates between these two concepts, the former creating an invocation to an invitation upon request (and thereby establishing a legal basis for the use of force by the defending State, i.e. consent), the latter indicating a form of support for the NSA and its wrongful acts. Norway and the Netherlands are of the view that both concepts may play a role in the establishment of attribution. The US considers instigation or support sufficient for attribution, as it does for failure to prevent wrongful acts. Algeria appears to restrict the right to respond in self-defence to cases, where the State is the direct author of an armed attack, referring other situations to the Security Council, the latter including situations where third States are involved without being the direct author.

3. *What is your country's policy or opinion with regard to a conflict of norms between (a) the right of self-defence against a NSA who is the sole author of an armed attack and (b) the right of territorial integrity of the State where the NSA is located?*

As stated before, the logic and purpose of self-defence dictates that the attacked State defends itself against the attacker, *id est* the author of the armed attack, and therefore, that the addressee of self-defence and the author of the armed attack are one and the same.

In the ‘9/11’ situation, this deduction would designate Al Qaida as the primary addressee of *Operation Enduring Freedom*. The reality, however, is far more intricate as any action in self-defence against Al Qaida inevitably, (except for the High Seas) affects the harbouring State(s). Thus, since it

<sup>39</sup> Nollkaemper (2005), 160-164, seems to be using “foreseeability” instead.

<sup>40</sup> After Nicaragua, and Simma, B. (2002), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, p. 801; Nollkaemper (2005), 161; Brown (2003), 17

<sup>41</sup> Zambia excepted.

<sup>42</sup> Germany (and Zambia?).

<sup>43</sup> The Netherlands and Switzerland.

was evident that Al Qaida was operating from (*inter alia*) Afghan territory, *Enduring Freedom* logically also took place in Afghanistan, thereby interfering with its territorial integrity. Yet, a modern reading of the *ius ad bellum* supports the argument that Afghanistan had to tolerate the United States' resort to self-defence on its territory.<sup>44</sup> The potential collision of the rights of self-defence and territorial integrity or sovereignty is thereby evident.

Endorsement for this contemporary interpretation of *ius ad bellum*, however can be found in the fact that, firstly, history and, secondly, customary law provide for an undisputable example in this respect, i.e. the Caroline case as the British defensive reaction was directed against non-State actors.<sup>45</sup> Moreover, the essence of self-defence, thirdly, is self-help. This takes the form of repelling attacks, reversing consequences of attacks and preventing subsequent breaches in the form of other attacks. Self-defence would be illusive if the addressee and the author were not one and the same. A counter-argument might be derived from the rulings of the International Court of Justice: for the time being, the Court does not share this view. The Court, nevertheless, does not reject this interpretation either, which can be seen as a fourth argument, in particular, as the Court is internally divided over this issue, and as several prominent judges have voiced criticism with regard to this aspect.<sup>46</sup> Finally, there is support in legal doctrine for this view,<sup>47</sup> as is shown in the report of the *Expert Meeting on Counter-Terrorism Strategies*:

It appears that a new understanding is emerging that the right of self-defence also exists in relation to an armed attack which cannot directly be ascribed to another State.<sup>48</sup>

Concluding, one of the basic principles of international law is that States must respect the sovereignty of other States, and, that therefore they are not allowed – without a legitimate basis – to exert their authority on the territory

<sup>44</sup> Ducheine (2008), 259-261.

<sup>45</sup> Ducheine & Pouw (2012), 40.

<sup>46</sup> See the Opinions of the judges Higgins (§ 33-34), Buergenthal (§ 6), Kooijmans (§ 35) in ICJ (2004), Palestinian Wall case, and Simma (§ 6-11), Kooijmans (§ 26-30) in ICJ (2005), DRC-Uganda case.

<sup>47</sup> I.a. Manusama, K.M. (2006), *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, Leiden: MartinusNijhoff Publishers, 292-293, noting that in UN Doc S/PV.4370 (2001) (Provisional Records of the 4370th meeting of the SC (56th year)) self-defence was not mentioned, as it was evident; also UN Doc. S/PV.4413 (2001) (Provisional Records of the 4413th Meeting of the SC), 6-7, at 10, where France and Norway supported self-defence prior to acceptance of UN SC Resolution 1377. Also Kirgis, F.L. (2002) Pre-emptive Action to Forestall Terrorism, <[www.asil.org/insights/insigh88.htm#author](http://www.asil.org/insights/insigh88.htm#author)>, (viewed: 1-4-2012).

<sup>48</sup> Schrijver, N. & v.d. Herik (2007), L., *Counter-terrorism strategies, human rights and international law: meeting the challenges. Expert meeting counter-terrorism strategies* (10-13 April 2007), in: 54 *Netherlands International Law* (3), 571-578, at 577.

of another State. This was confirmed in the *Lotus case*.<sup>49</sup> The right of self-defence – on the condition that the limiting conditions of necessity and proportionality are met – is such a legal basis and provides a “permissive rule” to (temporarily) enter the territory of another State, even in the case of self-defence operations directed against NSAs on the territory of other states. Obviously, it is clear that the principle of necessity in particular, may prevent defending States from resorting to the use of force or even self-defence if other (non-forceful or forceful) measures are at hand.

The majority of States is of the view that, in general, this question has to be answered on a case by case situation, taking all circumstances and facts into account. A number of States reserve the infringement on the territorial integrity of a third State involved to those cases where that State qualifies as the (co-)author of the NSA’s attacks.<sup>50</sup> Other States consider cases of inability and co-authorship (established through attribution) situations where self-defence prevails (and the territorial integrity temporarily yields).<sup>51</sup> The latter prevalence is also applicable according to a minority of States in cases of a single, be it non-state authorship, where self-defence also prevails temporarily.<sup>52</sup> Algeria seems to imply that territorial integrity prevails in cases of attacks conducted by NSAs that operate from abroad.

### **Part 3: Self-Defence in the Context of United Nations Peace Operations**

NB: Only operations conducted under the command and control of the UN Department of Peacekeeping Operations (DPKO) are relevant to this part (e.g. MONUSCO). Operations conducted under UN Security Council mandate which were under the control of another (regional) organization or arrangement (e.g. KFOR, AMIS), or under national control fall outside the scope of this part of the Questionnaire.

1. *United Nations peacekeeping doctrine as formulated in the Capstone Doctrine (DPKO March 2008) repeats earlier UN policy statements that self-defence in the context of UN Peace Operations includes the use of force in response to forcible attempts to prevent the mandate being carried out (“defence of the mandate”/mission self-defence. Does your country have a view on how to interpret this policy? What does your country consider as the legal basis for UN “Mission Self-Defence/ [Defence of the Mandate, TG]” under international law?*
2. *UN policy and practice also place a great deal of emphasis upon the protection of civilians (e.g. SC Res. 1674 (2006)) in many recent operations such as those in the Democratic Republic of the Congo, in so*

<sup>49</sup> PCIJ (1927), S.S. Lotus (France v. Turkey), 7-9-1927, Series A No. 10 PCIJ (Lotus case), 18.

<sup>50</sup> Switzerland and the (Slovak Republic ?).

<sup>51</sup> US, Norway, (the Netherlands ?)

<sup>52</sup> Czech Republic.

*far as this is operationally feasible. What is the policy and experience of your country in implementing the protection of civilians on the basis of the concept of “Mission Self-Defence/ [Defence of the Mandate, TG]”?*

3. *Has your country entered restrictions (caveats) into arrangements made with DPKO relating to the use of force in the context of “Mission Self-Defence/[Defence of the Mandate, TG]” and/or the protection of civilians? If so, please indicate what these were and why they were put forward as conditions for participating in the mission.*

The UN has long had a stated policy that UN peacekeeping forces have the authority to use force in response to armed attempts to prevent them from carrying out the mandate. This policy dates back to the 1960’s when it was first formulated in connection with the UNFICYP mission in Cyprus and was repeated over the years in official policy statements by successive UNSG’s.<sup>53</sup> This concept of self-defence is broader than the original concept of self-defence in the earliest UN peacekeeping missions, which was essentially one of personal self-defence under national criminal law. Nevertheless, it is essentially *reactive* in that it is seen as authorizing force in response to armed interference with the mandate and is additionally seen in connection with the other bedrock principles of UN Peacekeeping, namely impartiality and the necessity of consent and maintenance of consent of all parties to a conflict. This is in contrast to the use of force in peace enforcement missions conducted under Chapter VII of the Charter, whereby necessary force beyond self-defence is normally authorized to *proactively* enforce all elements of the mandate and neither consent nor impartiality are legally required.<sup>54</sup> This policy relating to self-defence in the context of UN peacekeeping operations was reaffirmed in the *Brahimi Report*<sup>55</sup> and as stated in the question, included in the UN official doctrine on Peace Operations as set out in the *Capstone Doctrine*.<sup>56</sup> Seen in context with the other bedrock principles of peacekeeping and the practice of contemporary UN Peace Operations it can best be summarized as a form of authorized force which is intended to enable UN Force Commanders to respond to armed interference with the mandate by so-called “spoilers” and prevent the manipulation of consent by a particular party to frustrate the conducting of the mandate and assigned mission. It has its legal basis in the UN Charter provisions relating to the Security Council’s general powers

<sup>53</sup> Boddens Hosang in T.D. Gill & D. Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations* (2010), 418.

<sup>54</sup> *Id.* at 419.

<sup>55</sup> UN Doc. A/55/305- S/2000/809.

<sup>56</sup> *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*, DPKO International Publication, UN Secretariat, March 2008, available online at <pbpu.unlb.org/pbps/library/Capstone\_Doctrine\_ENG.pdf> . For treatment of the use of force in self-defence and defence of the mandate see Chapter 3, “Basic Principles of United Nations Peacekeeping at 34-5.

in the maintenance of international peace and security and specifically in the mandate itself. As such it differs fundamentally from both the concept of national self-defence under international law and personal self-defence under domestic law which are inherent in nature, albeit founded on different legal bases (public international law for national self-defence and domestic law for personal self-defence). Accordingly, the UN doctrine of “defence of the mandate/mission self-defence”, would have to be worked out in specific ROE which authorized the use of force for purposes going beyond protecting persons subjected to (imminent danger of) unlawful assault or attack.<sup>57</sup> It should be stressed that authorization of the use of force in defence of the mandate is not always synonymous with actually using force, either in UN doctrine or practice in relation to peacekeeping. In many cases, it may not be politic to use force to enforce the mandate beyond responding to actual attack if this would mean the loss of consent or impartiality thereby undermining the continuation of the mission. This would be dependent upon the nature of the mandate, the relevant factual circumstances and at the discretion of the Mission leadership in so far as it went beyond either personal or unit self-defence, which are treated elsewhere in the questionnaire.

None of the respondents indicated that there were specific legal instruments or national policies which had been adopted incorporating the UN concept of “defence of the mandate/mission self-defence”. Some respondents indicated that it would be dependent upon the mandate and others indicated that it (at least) partly overlapped with national legal provisions relating to personal self-defence in so far as it concerned the protection of members of the Mission and associated personnel from (imminent threat of) unlawful force.<sup>58</sup> No respondent indicated that caveats had been entered regarding the notion of UN self-defence, although several respondents indicated that they had no practical experience with it, due presumably to the fact, that their country has not (recently) participated in a UN commanded Peace Operation with armed contingents.

As regards protection of civilians, the UN has indicated in recent policy statements that protection of civilians is a key priority of UN peacekeeping and stressed that it requires a “holistic approach” including specific responsibilities for the Host Nation, Troop Contributing Nations, UN organs and departments, including DPKO and the Peace Operation Missions themselves.<sup>59</sup> Many current or recent Missions have included specific provisions relating to the protection of civilians in their respective

<sup>57</sup> Cammaert & Klappe in Gill & Fleck, n. 18 above, 154-5.

<sup>58</sup> For example, the Norwegian report referred to the need to formulate elements related to defence of the mandate and mission accomplishment in relevant ROE and the German report noted that the concept of personal self-defence partially overlapped with the protection of members of the mission and civilians in imminent danger.

<sup>59</sup> For a current overview of UN Peacekeeping Doctrine relating to the Protection of Civilians see <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/civilian.shtml>.

mandates.<sup>60</sup> In most of these, the Mission is tasked with protecting civilians in danger of imminent threat to their lives or safety to the extent possible within mission capabilities. Protection of civilians is therefore partly compatible with most national legal provisions relating to personal self-defence allowing for protection of third persons against illegal force. However, it can include elements which go beyond this threshold and those would have to be based on specific authorization in the Mandate and attendant ROE in so far as they involved the use of (lethal) force.

This is largely reflected in the responses to the questionnaire. However, most respondents either reported having no experience in relation to this specific issue or stated that protection of civilians would have to be in accordance with relevant national and international law. Some linked the protection of civilians to the Chapter VII powers of the Security Council, while others saw it as largely synonymous with personal self-defence allowing for protection of persons, including civilians from unlawful assault. No respondent indicated that caveats had been entered regarding the protection of civilians in a UN Peace Operation, although most had no experience in recent UN Operations, and therefore the question would not have arisen in any case.

## **Part 4: Unit Self-Defence**

### **Introduction**

Several general trends can be extrapolated from the answers provided to Part 4, although they need to be treated with caution for two reasons. First, the small number of responses received inherently limits the significance and reliability of the general trends. Second, several answers indicate a lack of clarity in understanding the questions, namely in respect of the concept of unit self-defence. Unit self-defence for the purposes of this questionnaire is defined as:

**Unit Self-Defence** refers to the right of a commander to take all necessary measures in defence of his unit against an attack or an imminent attack, which may also be exercised outside the context of a specific international mandate or mission and while acting on a national (peacetime) basis. An example of the exercise of this right would be the use of force by a naval vessel to defend against an attack, while the naval vessel was under sail (or in the harbour) on a purely national basis, such as in the context of national security patrols, transit from harbour to harbour between allied nations, etc. In other words, the term unit self-defence refers to an authorisation to use

<sup>60</sup> A comprehensive independent report on the UN's policy and record with regard to the Protection of Civilians, prepared by V. Holt, G. Taylor with assistance from M. Kelly at the behest of DPKO entitled *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges* can be found online at [http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/B752FF2063E282B08525767100751B90-unocha\\_protecting\\_nov2009.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/B752FF2063E282B08525767100751B90-unocha_protecting_nov2009.pdf).



force, as opposed to an exculpatory ground for the purposes of criminal liability. Moreover, the term unit self-defence is not to be confused with either a specific international mandate or mission, namely force protection<sup>61</sup> or extended self-defence,<sup>62</sup> nor the right to use force during armed conflict.

The understanding of this question may be tainted by the national terminology, namely the absence of the term unit self-defence as such in the respective national legal systems. However, the absence of the specific terminology should not be taken as indicating the absence of the substance of the concept of “unit self-defence.”

In general, it seems possible to assert that the concept of unit self-defence does not seem to exist as a concept separately from the right to collective personal self-defence in the majority of the countries answering. Instead, unit self-defence seems to be perceived as a special manifestation of the right to collective personal self-defence. Unit self-defence is thus subsumed in the right to collective personal self-defence. The consequences from this approach are twofold. On the one hand, the trigger criteria for the right to unit self-defence (as a manifestation of the right to collective personal self-defence) mirror the trigger criteria for the right to self-defence in general. On the other hand, the concept of “unit” is ill-defined and vague.

Interestingly enough, all responses received confirm that unit self-defence or collective personal self-defence is not limited to units of the same nation, but applies to combined units as well.

## Answers

1. *Does your country recognize a right for military units to defend themselves as a unit outside the context of a specific military operation? If so, what does your country consider the legal basis for such self-defence: “collective individual self-defence” (i.e. every member of the unit exercising personal self-defence) or does your country recognize a different legal basis as providing such a right?*

Six of the respondents<sup>63</sup> do not know either the term unit self-defence or the concept of unit self-defence as a separate right from the right to collective personal self-defence. Instead, the substance of unit self-defence is subsumed under the general right of collective personal self-defence, including self-defence of others. Hence, the right to collective personal self-defence constitutes the legal basis for the right of units to defend themselves.

<sup>61</sup> For the purposes of this questionnaire, Force Protection is defined in the Annex.

<sup>62</sup> For the purposes of this questionnaire, Extended Self-Defence is defined in the Annex.

<sup>63</sup> Algeria, Austria, Czech Republic, Slovakia, Switzerland and Zambia.

Germany<sup>64</sup> and probably as well Norway<sup>65</sup>, seem to adopt a mixed approach in the sense that they both know the concept of unit self-defence, but consider it as part and parcel of the right of personal self-defence. Similarly, the US answer unambiguously confirms that military units have a right to defend themselves as a unit both during and outside a specific military operation, but acknowledges that such a right might be considered either as unit self-defence or as collective personal self-defence.

Finally, the Netherlands seem to be the only country to make a clear distinction, both in conceptual and substantive terms, between the right to unit self-defence and the right to “personal” self-defence: First of all, the Netherlands assert that the right to unit self-defence is not relevant during times of armed conflict since the legal basis to use force in such a context derives from IHL, namely the right of combatants to directly participate in hostilities. Outside an armed conflict, the Netherlands recognizes the right of unit self-defence: “Unit self-defence is an inherent right, i.e. unit self-defence is not dependent on a mandate or a mission. ROE can therefore not limit or restrict the right of units to defend themselves, as is the case with respect to ‘personal’ self-defence”. If self-defence is considered in the criminal law context, i.e. as an exculpatory ground, and not a right to use force, individual members of the unit have the right to personal self-defence, with their individual actions being coordinated by the unit commander.

The Dutch distinction between the right to unit self-defence as the right to use force as opposed to self-defence as an exculpatory ground for criminal liability is absent in the other national answers provided, although one can find traces of it in both the German and the US answer. The absence of such a distinction might further account for the inexistence of the concept in the answers provided for by the majority of countries.

In any event, it seems that this distinction and its consequences for the military context merits further research.

<sup>64</sup> The answer by Germany reads as follows: “Self-defence is a universally recognised inherent right of individuals to defend themselves using necessary and proportionate force against attack. The right to personal self-defence may be derived from international law as well as the right to national self-defence which is combined with the status of military units as representatives of the sovereign rights of their State. The right of self-defence by its scope and nature includes personal self-defence as well as unit self-defence. It permits a proportional use of force in self-defence for the protection of personnel, the unit, friendly forces or human life and property in reaction to an attack or an imminent attack. Mission self-defence may be based on Chapter VII powers of the Security Council.”

<sup>65</sup> The answer by Norway reads as follows: “Norway recognises a right for military units to defend themselves as a unit outside the context of a specific military operation. This is seen as a right of collective self-defence.”

2. *What criteria does your country recognize as applying to the right of military units to defend themselves in terms of trigger criteria (i.e. the criteria which give rise to a right to exercise this form of self-defence)?*

Since the majority of the answers provided does not consider the right to unit self-defence as a separate right, but rather as part of the right to collective personal self-defence, the trigger criteria are the same as for the right to (collective) personal self-defence, namely a proportionate reaction to an imminent or ongoing attack.<sup>66</sup> The Czech Republic expressly specifies that the applicable threshold would be influenced by the military context, such as the high or low intensity operational area, military orders etc.

In contrast, for both Germany and the Netherlands who view the right to unit-self-defence as a separate right entitling units to use force, the trigger criteria mirror the trigger criteria for the right to self-defence of nations under public international law, namely the *Caroline* criteria<sup>67</sup>: Hence, the right to unit self-defence arises in case of an imminent attack and must be both necessary and proportionate.

The use of force in (unit) self-defence must be related to an **(imminent) attack** on the unit in question and must additionally meet the criteria of necessity and proportionality (cf. *Caroline* criteria).

- *Necessity*: military forces are permitted to use force in self-defence only if non-forceful alternatives to prevent or deter the attack or imminent attack a) have been exhausted b) are unavailable or c) are deemed insufficient to defend forces in those circumstances. The use of force is generally authorised as long as the attack continues or is imminent.
- *Proportionality*: the use of force must be proportional, which means that the nature, duration, and scope of force used should not exceed what is required to repel, prevent or deter the attack.

Furthermore, the Dutch answer points out that national criminal law, i.e. the right to personal self-defence, might come into play as well when discussing the legality of the use of force to defend oneself against an imminent attack:

- On the one hand, if hostile intent or hostile act are understood as not constituting an imminent or actual attack, as in the NATO ROE context, the reaction thereto does not form part of the right to self-defence, but mission accomplishment. Therefore, it depends on ROE authorization.
- On the other hand, if, as it is the case of the US SROE, hostile intent and hostile act are understood as referring to an actual or imminent attack, the right to personal self-defence is applicable. Adopting the same understanding of hostile intent/hostile attack, the US reply points

<sup>66</sup> See in particular the answers provided by Norway, Czech Republic and Slovakia.

<sup>67</sup> See part 1.

out that “the authorization to use force against ‘hostile intent’<sup>68</sup> in the Standing ROEs embraces the concept of anticipatory self-defence”, to be limited by the criteria of necessity and proportionality.

It is difficult to draw general conclusions in light of the limited numbers of answers provided as well as the terminological confusion surround the right of unit self-defence. Nonetheless, it is striking that at least two out of the three countries which recognize a separate right of unit defence seem to draw the trigger criteria from public international law, namely the *Caroline* criteria, in respect of the right of states to use force in self-defence. This aspect seems to confirm the view that there is a difference between the right to personal self-defence as an exculpatory ground for criminal liability and the right to unit self-defence as a right to use force, more akin to the right to use force for states. The linkages between the concepts of unit self-defence and state self-defence under public international merit further exploration.

3. *What criteria does your country recognize as regards the definition of “unit” in the context of exercising this form of self-defence? Are all nearby personnel, vessels, aircraft, etc., from the same nation automatically considered part of the defending “unit”? Does your country require all units comprising a larger unit which is exercising this form of self-defence to be of the same nation or can combined units (i.e. composed of sub-units from different nations) also exercise this form of self-defence?*

### **Definition of Unit**

The range of answers provided with respect to what constitutes a “unit” for the purposes of unit self-defence can be explained by the diverging understandings of unit self-defence and collective (personal) self-defence respectively.

On the one hand, not surprisingly, countries that do not know the separate concept of unit self-defence have a vague, ill-defined understanding of what constitutes a unit for the purposes of the exercise of self-defence. Hence, Austria, Norway and the Czech Republic consider the right to unit self-defence as the right to assist others, without providing any further criteria on the limits of this conception. Similarly, Slovakia includes “nearby personnel” in the concept of unit. Finally, Algeria defines “unit” as a fire

<sup>68</sup> Pursuant to the Chairman, Joint Chiefs of Staff Instruction 3121.01A, Standing Rules of Engagement for U.S. Forces, Enclosure A (15 January 2000), Paras. 5(h) and 5 (c), hostile intent is defined as “When hostile intent is present, the right exists to use proportional force, including armed force, in self-defense by all necessary means available to deter or neutralize the potential attacker, or if necessary, to destroy the threat. A determination that hostile intent exists and requires the use of proportional force in self-defense must be based on evidence that an attack is imminent. Evidence necessary to determine hostile intent will vary depending on the state of international or regional political tension, military preparations, intelligence and [indications] and [warning] information.”

unit (“unite de feu”), but also confirms that reinforcement units still act on the basis of unit self-defence.

On the other hand, both Germany and the Netherlands appear to adopt a functional approach to the definition of unit for the purposes of unit self-defence. Thus, according to the German response “the term ‘unit’ should be understood here in a wider sense. The right of unit self-defence applies to all attacks against personnel and equipment of mission.” More expressly, the Dutch report points out that the “crucial criterion is the activity as one single unit, such as for example “aircraft flying together as a single flight or ships sailing together.” Under this conception, the entire armed forces cannot constitute a “unit” since they will not act as a single unit. Moreover, under this conception, reinforcement units cannot act on the basis of unit self-defence, but act either on the basis of extended self-defence<sup>69</sup> or force protection.<sup>70</sup>

Finally, the US answer does not provide a definition of “unit” for the purposes of self-defence.

### **Combined Units**

Despite the wide range of answers in respect of the definition of “unit”, all responses received confirm that unit self-defence is not limited to units of the same nation, but extends to combined units, i.e. units including subunits of other nations.

### **Conclusion**

Part 4 of the questionnaire exemplarily illustrates the many terminological confusions surround the concept of self-defence and its variations. Pursuant to the majority of the answers received, the term unit self-defence does not exist in the national terminology. However, at the same time, the majority of the respondents recognise the right of a unit to defend themselves, including in cases of combined units, on the basis of collective personal self-defence. For the same reason, the term “unit” is somewhat ill-defined in countries where the concept of unit self-defence does not exist.

Such a lack of uniformity in respect of the terminology to be used cannot automatically lead to the conclusion that the substance of the concept of unit

<sup>69</sup> “Extended self-defence is the right of Alliance units operating within a NATO-led operation or under NATO command to assist each other in the event of an (imminent) attack. This will probably also be the primary view of the Dutch Government. The right to extended self-defence is derived from Article 5 of the North Atlantic Treaty (which Article refers to the principle of mutual assistance in national (collective) self-defence / Art 51 UNCh) *and encompasses a force-level expression of the right to collective national self-defence.*”

<sup>70</sup> “Force protection (the right for a Force other than a NATO force to defend itself, such as UN peacekeeping or peace enforcement forces) is (implicitly) derived from the mandate of the operation in question. The UN concept of self-defence thus refers to protection of the mandate.”

self-defence does not exist in countries which do not know the term unit self-defence. Instead, the question arises whether the difference is purely terminological, i.e. unit self-defence as opposed to collective personal self-defence or whether there is a difference in terms of substance, i.e. whether the content and conceptualisation of the right is different. For example, is the right to unit self-defence broader than the right to personal self-defence? Or does the difference stem from the fact that the right to unit self-defence amounts to an authorisation to use force while the right to collective personal self-defence amounts to an exculpatory ground for the purposes of criminal liability? These questions indicate the need for further research to clarify both the concept and contours of unit self-defence.

## **Part 5: Military Self-Defence and Force Protection in Relation to the Rules of Engagement**

### **Introduction**

Some interesting patterns emerge from the answers provided to Part 5, but they need to be treated with caution for the same reasons as in Part 4. In particular, as pointed out by the Dutch respondents, the terms “military self-defence” and “force protection” are open for misinterpretation. Therefore, before moving to the discussion of the answers, a series of definitions for the purposes of this questionnaire is provided:

**Force protection** refers to those actions and measures taken by a military force in the context of its mission, to defend itself and to ensure security. This right may be derived from the mandate for the mission, such as the authorizing provisions of the United Nations Security Council resolutions which set forth the mandate for the SFOR mission in the former Yugoslavia. Practical examples of the exercise of this right would be:

- the use of force, usually pursuant to the relevant Rules of Engagement, to defend a military restricted area against unauthorized intrusion;
- the use of force by a unit from participating country A to defend against armed attacks on the compounds or patrols of units from participating country B;
- the detention and search of persons reasonably suspected of intending to commit an attack or hostile act against the military force.

**Military self-defence** refers to a concept which may or may not exist as a separate entity in national approaches to the right of self-defence as exercised by the armed forces.

**Rule of Engagement (ROE)** refer to the directives adopted by the competent military authorities that outline under what circumstances and conditions force may be used.

The precise definition may vary in the different countries.

As a compromise between national differences, NATO defines ROE as:

“directives to military forces (including individuals) that define the circumstances, conditions, degree, and manner in which force, or actions which might be construed as provocative, may be applied. *ROE are not used to assign tasks or give tactical instructions.* With the exception of self-defence, during peacetime and operations prior to commencement of an armed conflict, which may include declarations of counter surprise or counter aggression, ROE provide the sole authority to NATO/NATO-led forces to use force. [emphasis added.]”<sup>71</sup>

The US report to the questionnaire provides an example of a national definition of ROEs:

“directives issued by competent military authority which delineate the circumstances and limitations under which United States forces will initiate and/or continue combat engagement with other forces encountered.”

As these definitions illustrate, the term “force protection” relates to an authorisation to use force.

In contrast, depending on the national conception, the term “military self-defence” may cut across the distinction between a) the authorisation to use force and b) the right to personal self-defence as an exculpatory ground for the purposes of criminal liability.

The terminological difficulties resulted in a lack of clarity in understanding the questions. The question(s) on this topic were intended to ascertain:

- whether nations utilised a separate or different concept of self-defence;
- or in fact, a separate or distinct (legal) right to self-defence for the armed forces as compared to a “normal” right to self-defence as may be exercised by anyone;
- if so, how such a separate “military” self-defence differs from the “normal” forms of self-defence.

The questions were inspired by the observation that the US Standing ROE<sup>72</sup> authorize pursuit and engagement of hostile forces as part of the inherent right of self-defence while civilian statutes on the right of self-defence do not seem to reflect such an authority to pursue and (continue to) engage an adversary.

<sup>71</sup> MC 362/1.

<sup>72</sup> US Joint Chiefs of Staff Standing ROE, CJCSI 3121.01A, 15 January 2000, p. A-7.

Due to the framing of the individual sub-questions, the majority of the respondents treated the question of military self-defence as relating exclusively to the right to self defence as an exculpatory ground. This might be explained by two factors: On the one hand, the right of the armed forces to use force in personal self-defence is frequently not further determined in national law, thus logically one falls back on the right of self defence as an exculpatory ground. On the other hand, broader authorisations to use force are usually expressly provided for in the national legal framework and not framed in terms of military self-defence.

Despite these terminological difficulties, some patterns emerge from the responses received:

- First, the criminal law system of the large majority of the respondents does not include a separate concept of military self-defence for the purposes of criminal liability.
- Second, the respondents are split in respect of the question whether ROE's authorizing "an attack on individuals and units carrying out a hostile act (not constituting an actual attack)" or "demonstrating hostile intent (not constituting an imminent attack)" constitute an expression of the right of self-defence or an expression of ROEs for mission accomplishment. In light of the diverging conceptions with respect to the right of self-defence (see Part 6), such an outcome is hardly surprising.
- Third, a clear majority of the respondents confirm that national caveats to ROEs should be possible.

## Answers

*1. Does your country have specific legislation, regulations or policy regarding military self-defence as a concept distinct from personal self-defence under national criminal law (see also Part 6)*

The overwhelming majority of the respondents, namely seven out of ten, indicate that there is no distinct concept of military self-defence under national criminal law.<sup>73</sup> Indeed, the Czech Standing Rules of Engagement expressly provide that the same concept of self-defence applies in a military context.

Furthermore, it seems that Algeria must be included in this majority as well since Algerian national law provides for both personal self-defence and the use of force for mission accomplishment as exculpatory grounds. One can deduce from this that personal self-defence does not include mission accomplishment in the Algerian system and that mission accomplishment is not framed in terms of military self-defence. Similarly to the Algerian response, a series of other respondents indicate that the national legal

<sup>73</sup> Austria, Czech Republic, Germany, the Netherlands, Norway, Slovakia, Switzerland.



framework specifically authorises the use of force in circumstances not covered by the personal right to self-defence,<sup>74</sup> including in ROEs.<sup>75</sup>

It seems that only the US and Zambia clearly recognise a separate right of military self-defence. However, it is not quite clear whether the right of military self-defence exists as an exculpatory ground under national criminal law or as an authorization to use force. The Zambian report indicates that there is “a policy regarding military self-defence as a concept distinct from personal self-defence under national criminal law.” Along the same lines, the US report specifies that “military self-defence is normally authorized in rules of engagements and rules for the use of force, which is different, albeit related to, personal self-defence in municipal law.” In addition, the standing rules of engagement “do not limit a commander’s inherent authority and obligation” to act in self-defences of the unit and of US forces in the vicinity, which indicates that the right of (military or unit) self-defence is inherent. However, neither the US nor Zambia provide further details as to the nature and scope of the right of military self-defence, probably due to the framing of the question that suggests a yes or no answer.

Finally, the Dutch answer points out an interesting example of how the use of force in conformity with ROE can be taken into account as a circumstance precluding wrongfulness.<sup>76</sup> The Dutch legislation or regulations do not refer to the concept of “military self-defence.” Instead, depending on the context, the Dutch rely on IHL, force protection and the NATO doctrine on use of force and ROE. The latter includes the concepts of “extended self-defence” and “unit self-defence.” As such, these concepts are not a circumstance precluding wrongfulness in the Dutch Criminal Code. However, the authorisation to use force in these contexts are usually included in the ROE, which may be taken into account in the application of circumstances precluding wrongfulness. Rather than under self-defence, the ROE may be taken into account for two circumstances precluding wrongfulness:

- “validly given command (order)”<sup>77</sup>; or
- “circumstance precluding wrongfulness for military personnel acting in the official exercise of their duties in accordance with the rules laid down for those duties.”<sup>78</sup> This ground was newly inserted into the Military Criminal Code in 2010 with the phrase “rules laid down” referring to ROE.

<sup>74</sup> Austria and Slovakia.

<sup>75</sup> See in particular the reply of the Netherlands.

<sup>76</sup> Instead of “exculpatory ground for the purposes of criminal liability”, used previously in this report, the Dutch answer to the questionnaire refers to “circumstance precluding wrongfulness.”

<sup>77</sup> “Bevoegd gegeven ambtelijk bevel”, Art 43 Criminal Code.

<sup>78</sup> Art 38 (2) Military Criminal Code.

In conclusion, the majority indicates that there is no separate right of military self-defence, at least for the purposes of criminal liability. However, as the Dutch answer illustrates, the authorisation to use force outside the context of personal self-defence might be taken into account under other circumstances precluding wrongfulness. Algeria, which expressly recognises mission accomplishment as a circumstance precluding wrongfulness, seems to have adopted a similar approach.

2. *The ROE authorizing ‘an attack on individuals and units carrying out a hostile act (not constituting an actual attack)’ or ‘demonstrating hostile intent (not constituting an imminent attack)’ are sometimes explained as intending, inter alia, to ensure a common response to threats in spite of national differences regarding the concept of self-defence. Does your country consider such ROE an expression of the right of self-defence or part of the ROE for mission accomplishment?*

The respondents are split in respect of this question. Five countries consider that the right to personal self-defence does not cover the use of force in response to a hostile act or a hostile intent.<sup>79</sup> Instead, the authorization to use force under those circumstances are based on the ROE for mission accomplishment.

In contrast, pursuant to the Czech and Slovak answer to the questionnaire, the right of personal self-defence is sufficiently broad to cover such instances; thus, use of force in response to a hostile act or hostile intent falls under the right of personal self-defence. Slovakia specifies that the right of personal self-defence covers hostile intent and hostile act outside the context of an armed conflict since, during an armed conflict, IHL applies and such rules would be considered as necessary for mission accomplishment.

The US answer must be included in this group of a broad right to self-defence as well: Pursuant to the US answer such rules “could either be a statement of the right of self-defence or a special statement of mission accomplishment”, which indicates that the right of self-defence is sufficiently broad to cover such instances.

Finally, as a last caveat, at least one respondent, namely Switzerland, mentions that the right to use force for mission accomplishment might be considerably more restricted if the armed forces operate abroad in the context of peace support operations. Thus while the Swiss armed forces enjoy a relatively broad right to use force for mission accomplishment pursuant to the national legal system,<sup>80</sup> such powers are considerably

<sup>79</sup> Austria, Norway, Netherlands, Switzerland, Zambia.

<sup>80</sup> Pursuant to the Military Act and the Governmental Decree on Police Powers of the Armed Forces, the resort to firearms by armed forces in self-defence is limited to the defence of oneself or others against an ongoing or imminent attack. Under that national legal framework, the use of force by the armed forces is governed by the principle of proportionality. Consequently, the resort to firearms by the armed forces

more restricted in the context of peace support mission abroad for policy reasons, such as neutrality.

3. *If ROEs of a purely defensive nature are adopted/authorized to overcome differences in national interpretation of the right of (military or personal) self-defence and force protection, would your country consider it appropriate if such ROE were made subject to national caveats or should they remain unrestricted in the interest of uniform responses in the context of force protection?*

With the exception of Zambia, all of the Respondents seem to agree that in principle it should be possible to subject such ROEs to national caveats, in particular in order to ensure conformity with the relevant national legislation.<sup>81</sup> However, several Respondents point out that such national caveats should generally be avoided.<sup>82</sup> Interestingly enough, the main reason to advocate for the possibility to add caveats to ROEs seems to be in order to ensure conformity with national criminal law. In other words, the underlying reason is to shield the individual soldier from national criminal responsibility.

Finally, the Netherlands point out that these two possibilities are not necessarily mutually exclusive, contrary to what the question suggests. The question seems to require the respondents to choose between a) the appropriateness of adding caveats and b) the uniform response in the context of force protection, to be secured without caveats. The Dutch respondents agree with the other respondents that it is a state prerogative to add caveats to particular ROEs. However, according to the Dutch, the possibility to add caveats does not necessarily undermine the uniform responses which can, at least to some extent, be ensured by implementing the ROEs “unrestricted” through the ROE Implementation messages and – matrix.<sup>83</sup> Therefore, the implementation of ROEs would be materially “unrestricted.”

---

is a measure of last resort (ultima ratio).

In addition, the Governmental Decree on Police Powers of the Armed Forces provides for a broader authorization to resort to firearms if necessary for mission accomplishment, namely:

- to prevent a serious breach of the military secret;
- to arrest persons suspected of having committed a serious crime or of representing an imminent danger to the life or health of third persons;
- to free hostages;
- to protect public services facilities, or facilities representing a danger for the society due to their vulnerability, against an imminent danger;
- to prevent the unlawful removal of equipment dangerous for society; to protect important military facilities.

<sup>81</sup> Algeria, Austria, Czech Republic, Slovakia, US,

<sup>82</sup> Germany, Norway, Switzerland.

<sup>83</sup> “Since the ROE referred to in this question are intended to harmonise the responses of the various TCN in coalition operations, it is advisable that these are implemented (through the ROE IMPL messages and – matrix) as “unrestricted”.

## Conclusion

The answers provided to Part 5 of the Questionnaire indicate that in the majority of countries no separate concept of military self-defence exists, at least for the purposes of criminal liability. Apart from the limited significance of this finding on account of the small number of answers received, three follow up questions emerge from the answers provided.

First, the distinction between the personal right of self-defence and a separate right of military self-defence, where it exists, would undoubtedly be a fruitful ground for further research. In particular, one wonders whether the right of military self-defence is a separate circumstance precluding wrongfulness for the purposes of criminal liability, and if yes, whether and how it differs from the personal right of self-defence. In addition, the question arises whether the right of military self-defence can constitute as well an authorisation to use force independently from any other legal basis. Second, although the concept of military self-defence does not exist in the majority of the respondents' legal system, it seems worthwhile to discuss whether the substance of a right of military self-defence is contained, explicitly or implicitly, in the express legal authorisations to use force outside the context of personal self-defence.

Third, since the majority indicates that there is no separate right of military self-defence under national criminal law, it seems worthwhile to further explore the question whether the authorization to use force under other circumstances might lead to other circumstances precluding wrongfulness, in analogy with the Dutch criminal system.

The views whether a hostile act or hostile intent gives rise to self-defence are quite varied, which is not surprisingly in light of the many national understandings on the scope of the right of self-defence. A discussion as to how the concepts of "hostile act" and "hostile intent" are understood and applied by the various respondents is necessary in order to foster the proper understanding of the right of self-defence.

Moreover, one respondent country points out that the authorisation to use force during operations abroad may be limited for policy reasons. The question whether similar differences exist in other countries between the right to use force at home and the right to use force abroad in a variety of operational contexts merits further consideration.

Finally, the respondents almost unanimously agree that it should be possible to add caveats to the ROE, in particular to ensure conformity with national criminal law. At the same time, they confirm that such caveats should be as far as possible avoided in order to ensure a uniform response. The Dutch suggestion seems to be an attempt to reconcile these two apparently contradictory statements. A discussion on the feasibility of the Dutch proposal and its practical implications in an operational context might be useful as well.

## Part 6: Personal Self-Defence and ROE

### Introduction

Within the confines inherent in the limited number of responses received, several of which furthermore emphasized that the answers provided were not (necessarily) the official views of the governments in question, a number of interesting patterns were evident in the answers provided in part 6 of the questionnaire. At the same time, several responses appeared indicative of a lack of clarity in the questions themselves. In addition to the definitions provided in the Annex to the reports in general, the discussion below on the answers to part 6 will also incorporate, where appropriate, an explanation as to what the question was initially intended to address.

In general, the final part of the questionnaire was intended to explore some of the possible conflicts or dilemmas inherent in the interaction between Rules of Engagement, as an operational document normally related to specific military operations, and the right to personal self-defence as normally set forth or regulated by national statutes on criminal law. Such conflicts or dilemmas can result not only from possible divergences between applicable fields of law, but also from differences between those addressed: military personnel (ROE) or all persons, including civilians (self-defence, criminal law).<sup>84</sup>

Rules of Engagement (ROE) cannot create rights to use force which do not already exist on the basis of the applicable legal basis for the conduct in question. ROE can, however, explicate the law by “translating” generic or implicit rights to use force into clear and specific operational directives. Additionally, ROE can limit the right to use force, on the basis of policy or strategic military considerations. Conversely, ROE generally contain a statement to the effect that nothing in the ROE limits or negates the inherent right to self-defence.

The right to self-defence as a general concept appears to enjoy universal recognition in some form or another. National interpretations as to extent of this right vary, however, as do national views on which factors (if any) may attenuate this right or even negate the justification normally provided by a plea of self-defence within the national criminal law system.

<sup>84</sup> The response by the United States provided some complexity in this regard, as the answers seemed to indicate that the right of self-defence in a military context differs from the right of self-defence as set forth in national (usually at the level of the individual states) statutes on this issue. Consequently, the responses to part 6 of the questionnaire seem to reflect almost exclusively the right of self-defence as applicable in the military context, rather than being indicative of national views on personal self-defence in general or as set forth in national (criminal) law. As the right of personal self-defence in the military context in the United States is subject to regulation by ROE and the ROE may be tailored to suit the operation or deployment in question, the extent of the right of self-defence, including the threshold of application and the scope of the right of personal self-defence, can equally vary between specific situations.

Furthermore, the interaction between the interests of military operations, including respect for military hierarchy and unity of command, and inherent personal rights of every individual may be at odds. Finally, a right which is commonly seen as an exception to the governmental monopoly on the use of force within the rule of law, or as a closely regulated but authorised form of self-help for individual citizens outside the confines of State responsibility for the safety of the populace, may be a controversial basis on which to plan and carry out premeditated military operations to achieve political or strategic objectives.

### Common elements

Two elements, which tie in closely with the discussion on the possible conflicts and dilemmas outlined above, were not specifically addressed in the questionnaire but appear as common themes within the answers provided by the national groups. The first of these elements is the status of the right of personal self-defence within the national legal system. As the right of personal self-defence is conceptually related to the right to life, two approaches are possible within the national legal system. The right to personal self-defence can be seen either as a positive right, that is a right which may be exercised at all times subject only to the restrictions set forth by law, or as a circumstance precluding wrongfulness, that is as a justification or excuse for an otherwise unlawful act.

In the answers provided, five nations viewed the right to personal self-defence as a personal right, or worded their answers in such a way that a positive right was assumed to exist.<sup>85</sup> The legal system of the other five respondent nations viewed the right to personal self-defence as a circumstance precluding wrongfulness.<sup>86</sup> The link to the right to life was mentioned explicitly by three of the respondent nations.<sup>87</sup>

The link between the right to life and self-defence has been discussed from various viewpoints in academic writing.<sup>88</sup> Deriving positive rights for individuals from human rights generally expressed as prohibitions

<sup>85</sup> Algeria, Czech Republic, Norway, Slovak Republic and Zambia.

<sup>86</sup> Austria, Germany, Netherlands, Switzerland and the United States.

<sup>87</sup> Algeria, Austria and Zambia. It should be noted that this does not preclude recognition of this link by the other nations, but is merely an observation that this link was specifically mentioned only by these three nations.

<sup>88</sup> A philosophy of law approach may be found *inter alia* in Ferzan, K.K. "Self-Defence and the State", in: *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5:449, 2008; and Wallerstein, S., "Justifying the Right to Self-Defense: A Theory of Forced Consequences", in: *Virginia Law Review*, Vol. 91:999, 2005. For a more specific view on the positive right of self-defence as derived from the right to life, see Stephens, D., "Rules of Engagement and the Concept of Unit Self-Defence", in: *Naval Law Review*, Vol. 45, 1998 and Maxwell, M.D., "Individual Self-Defence and the Rules of Engagement: Are the Two Mutually Exclusive?", in: *Military Law and Law of War Review*, Vol. 41 (1-2), 2002.

applicable to States leads to complex questions of legal philosophy, and distinction is therefore necessary between human rights as an expression of natural law and human rights as set forth in international instruments such as the Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights. As the latter specifically address States and the right to life as expressed in them is not absolute,<sup>89</sup> those nations basing a positive right to self-defence on the (passive) right to life most likely base this right on the natural law version of the concept. Certainly the contribution by Algeria appears to express this view.

Legal systems which treat the right to self-defence as a circumstance precluding wrongfulness do not thereby dismiss the right to life, whether as a natural law concept or as expressed in human rights instruments. Rather, such systems seek to regulate the use of force between citizens in such a way that the use of force by others than State organs (e.g. other than by the police or the armed forces) in defending the right to life is limited to exceptional circumstances. The basic principle is that the use of force between citizens is illegal, except where circumstances were such that, as an exception, the use of force was justified. The two approaches are therefore essentially mirror images: the use of force is justified, unless it fails to meet the criteria (positive right), or the use of force is illegal, unless it meets the criteria (circumstance precluding wrongfulness). Needless to say, neither system is inherently wrong or right.

A second common element in the answers that was not expressly asked for but still merits mention in this report is the reference to necessity, proportionality and the unlawful nature of the attack being defended against. While necessity and proportionality as criteria for the legality of the use of force in national self-defence are part of international customary law,<sup>90</sup> they appear to be common to the various national law approaches to self-defence as well. All but one nation mentioned necessity as a legal criterion for legitimate recourse to personal self-defence and all but one (different) nation mentioned proportionality as such a criterion.<sup>91</sup> Finally, all but three nations stated that their national law on self-defence contained a requirement that the attack being defended against must be an unlawful attack.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Article 6 of the ICCPR prohibits arbitrary deprivation of life, allowing other (lawful) forms of deprivation of life. Article 2 of the ECHR specifies the (lawful) exceptions to the right to life, including, in conjunction with article 15, paragraph 2, of the ECHR, lawful acts of war.

<sup>90</sup> See *inter alia* the International Court of Justice judgment on the merits in the case of *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), 27 June, 1986, §176 and 194 and the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 July 1996, §§ 41 *et seq.*

<sup>91</sup> It should be noted that since the questionnaire did not specifically ask respondents to refer to these principles, the fact that some respondents did not mention either or both of these principles does not mean that their national law does not consider them mandatory criteria.

<sup>92</sup> See previous footnote. The requirement of unlawfulness of the attack being defended

## Scope of the right of personal self-defence

Question 1 of part 6 was not only intended to ask whether the national law of the respondents recognized the right of personal self-defence (to which all respondents replied in the affirmative), but also whether the national law governing personal self-defence allowed the exercise or invocation of personal self-defence in certain specific situations. These situations were derived partly from issues commonly found in the context of military operations and partly from prior experience with divergent views on such matters. These situations were defence of property, defence of others, the duty to utilise an available avenue of retreat and the influence of prior provocation.

### a) defence of property

If the right of personal self-defence is considered to be related to, or an expression of, the right to life, then the defence of property can provide difficulties in relation to the exercise of this right. The right to life is not the same, legally or conceptually, as the right to (undisturbed enjoyment of) property and if the right to life is considered superlative over any other rights, as its positioning in human rights instruments seems to suggest, then the defence of material property cannot easily be seen as sufficient grounds to take another person's life. Whether on the basis of this reasoning or for other reasons, one respondent indicated that the national law in question indeed does not allow the exercise of personal self-defence in defence of property.<sup>93</sup>

In some national views, certain property can exceptionally be of such a nature that the use of force in defending that property could be considered justified in spite of the concomitant risks to life. This is the case, for example, if the property itself could represent a risk to life, such as in the case of weapons, and the loss would place such dangerous items in the wrong hands. Similarly, if the items in question were indispensable for the (continued) survival of a person or persons, the defence of such property against theft or destruction once again becomes sufficiently linked to defending life that the exercise of personal self-defence in such circumstances can be considered justified. Five of the respondents took such positions, or similar positions of citing exceptional circumstances or high thresholds of necessity or proportionality, in terms of personal self-defence in defence of property.<sup>94</sup>

---

against serves *inter alia* to preclude personal self-defence as a justification for the use of force against law enforcement officers.

<sup>93</sup> It should be noted that Germany is certainly not unique in this position, however, as the law of self-defence in Belgium, for example, similarly does not allow the exercise of personal self-defence in defence of property and limits that exercise to defence of persons. The fact that only one respondent took this view is therefore more indicative of the low number of responses than of the uniqueness of this position.

<sup>94</sup> Algeria, Czech Republic, Netherlands, Norway, Switzerland.



Three respondents stated that their national law allows the exercise of personal self-defence in defence of property, without stating any further limitations on such exercise of this right.<sup>95</sup> As has been stated previously in this analysis, the fact that additional requirements or nuances were not mentioned does not as such indicate that the national laws in question do not contain them. On the other hand, there are other examples of national law systems which allow the use of force in defence of personal property as such.<sup>96</sup> Given the previous comments on the overriding criteria of necessity and proportionality, however, it is quite likely that criminal law systems authorizing the use of force in defence of property would nonetheless impose some form of threshold on such use of force, either in terms of context<sup>97</sup> or in terms of (high levels of) proof of necessity or proportionality.

### ***b) defence of others***

As personal self-defence is commonly considered a personal, individual right, it does not follow automatically from that concept that the exercise of that right extends to defence of others. On the other hand, the inherent link between personal self-defence and the right to life would logically lead to the conclusion that where others are in (mortal) danger, aid or assistance would be authorized to ensure the right to life of those others. It was therefore not entirely surprising that all ten respondents unanimously indicated that the national statutes on personal self-defence authorized the exercise of personal self-defence in defence of others.<sup>98</sup> As some respondents mentioned, there is also a link between this form of exercising personal self-defence and the concept in some legal systems actively requiring individuals to render assistance to those in need, to the extent that they are able to do so without endangering themselves.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Austria, Slovak Republic and Zambia. Austria did, however, distinguish between “true” personal self-defence and self-defence exercised by public authorities, such as the police, in the exercise of their duties.

<sup>96</sup> Certain State statutes in the United States of America are examples of this, such as Indiana (IC 35-41-3-2) and Nevada (NRS 193.240). Some limit the use of force in defence of property to non-deadly force, such as New York (Penal Code § 35.25). It should be noted that the responses provided by the United States reflected the right of personal self-defence as applicable within the armed forces, and merely indicated that the ROE covering or regulating such self-defence may contain limitations on the right to defend property.

<sup>97</sup> Some of the statutes referred to in the previous footnote differentiate between theft or larceny on the one hand and burglary of a private home or locked private vehicle on the other hand.

<sup>98</sup> See footnote 13 as regards the response by the United States: in the ROE covering personal self-defence in the military context, the right to defend others may equally be regulated.

<sup>99</sup> See, for example, the response by the Slovak Republic. In The Netherlands, this duty is set forth in Article 450 of the Criminal Code.

### ***c) duty to retreat***

In so far as the national legal system views the use of force in the context of personal self-defence as an exceptional situation, national laws or case law may impose additional requirements or thresholds on such use of force. One common example of this is the duty to retreat in situations where an avenue of retreat is available and such retreat can offer a resolution to the situation without necessitating recourse to the use of force.<sup>100</sup> A companion concept to the issue of the duty to retreat (or, alternatively, a right to stand your ground) is the so-called “castle doctrine”, which states that where a duty to retreat exists, that duty need not be carried out if the necessity to defend arises inside the home; the concept being that the home is the “castle” and one need not flee any further.<sup>101</sup>

Unfortunately, only five respondents gave specific answers to the sub-question regarding the duty to retreat. Three of these respondents indicated that their national self-defence law contained no duty to retreat.<sup>102</sup> The other two indicated that an available avenue of retreat would have consequences for meeting the necessity criterion for a successful plea of self-defence.<sup>103</sup> While this result would lead to an approximate 50 – 50 division between no duty to retreat and a duty to retreat, the very limited number of responses on this specific issue precludes elevating that observation to the status of a valid conclusion or basis for extrapolation.

### ***d) prior provocation***

If self-defence is considered a legitimate exception to the otherwise illegal nature of the use of force between private citizens, it stands to reason that abuse of the right would be of concern. Not only would unbridled recourse to a claimed justification eventually transform the exception to the rule, it would also transform the right of self-defence from a last refuge for those being attacked into a tool for abuse by the stronger against the weaker parties in society. Various concepts have therefore been used in case law to define and limit the exercise of the right of self-defence within the confines

<sup>100</sup> For example, the Supreme Court of The Netherlands ruled on 21 November, 2006, that where an avenue of retreat is available, a plea of self-defence can be rejected if such an avenue negates the necessity criterion for the use of force in self-defence, although a specific determination by the courts will depend on all the facts and circumstances of the case (NJ 2006, 650). For a different view on this issue, see Wells, A., “Home on the Gun Range: Discussing Whether Kansas’ New Stand Your Ground Statute Will Protect Gun Owners Who Use Disproportionate Force in Self-Defense”, in: *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2008

<sup>101</sup> For example, see the statutes of the Commonwealth of Massachusetts, Part IV, Title II, Chapter 278, Section 8A and the statutes of Iowa, Title XVI, subtitle 1, Chapter 704, paragraph 704.1. See also Levin, B., “A Defensible Defense? Reexamining Castle Doctrine Statutes”, in: *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 47, 2010.

<sup>102</sup> Austria, Czech Republic, Switzerland.

<sup>103</sup> Netherlands, Norway.

of its original purpose in society. These concepts test the level to which the person invoking the right of self-defence was responsible or culpable for causing the situation in which recourse to self-defence became necessary and incorporating the results into the evaluation as to whether the self-defence was justified.<sup>104</sup> The clearest form of these tests is the question of prior provocation.

The relationship between provocation and self-defence can be complex from a criminal law perspective if provocation is itself seen as a mitigating or even exculpatory factor on its own. Two respondents pointed out that in their legal systems, provocation was not a justification but would be considered a mitigating factor in judging the behaviour.<sup>105</sup> Unfortunately this did not provide enough clarity on whether this approach to provocation would also affect the justification of self-defence, if the attack being defended against was previously provoked by the person claiming self-defence. The questionnaire may not have been sufficiently precise or clear on this aspect. Four respondents indicated that previous provocation would affect the justification of self-defence.<sup>106</sup>

### **Self-defence and the military operational context**

The questionnaire contained four questions specifically related to the interaction between the right of self-defence as set forth in national law and the planning and conduct of military operations, as well as between self-defence and the legal parameters for military operations. The intention was to explore the various views expressed by the respondents on some of the conflicts and dilemmas mentioned in the introduction above.

#### ***a) restrictions on the exercise of the right of self-defence***

The right of self-defence, whether as a positive right or a circumstance precluding wrongfulness, is considered inherent and a personal responsibility of the individual invoking it. While this means that the individual must justify his or her actions personally and cannot refer to other authority or other forms of authorisation, in a military context it can also mean that the individual need not observe or obey the military chain of command where matters of personal self-defence are concerned. From

<sup>104</sup> Criminal responsibility can take many forms, ranging from premeditated intent to various forms of negligence, and most do not translate well between the various criminal law systems. In the present discussion, a conceptual distinction needs to be made between responsibility for the actual force which was used, and responsibility for causing, or creating, the circumstances in which force had to be used at all. Put differently, force used to ward off an attack may be justified by self-defence but if the attack would not even have taken place without the actions of the person invoking the right of self-defence, the legal question can be raised whether the recourse to self-defence was legitimate.

<sup>105</sup> Algeria and Norway.

<sup>106</sup> Austria, Czech Republic, Netherlands and Switzerland.

a perspective in which the right of self-defence is related to, or derived from, the right to life, this is an understandable approach. On the other hand, if every individual member of the armed forces in essence reserves the right to use force on his or her own recognizance at any time, this can cause serious risks or complications for mission accomplishment, unity of command and force security.

Two practical examples can illustrate the complexity outlined above. At one extreme, it is clear that servicemen do not need to sacrifice their lives when faced with mortal danger and under the command of an officer who, perhaps through faulty judgment or strategic error, fails to authorize the use of (defending) force against an attacking enemy. Obedience to the military chain of command need not, of course, attain the level of suicidal obedience. At the other extreme, a soldier who individually decides to open fire on a perceived enemy, on the basis of only the risk assessment or tactical information available to that soldier, may put his or her unit at risk and may jeopardise the mission if his or her information is faulty or incomplete or if the mission requires stealth and covert execution of the mission.

Five respondents indicated that the right of personal self-defence was not subject to any restriction or regulation by an on-scene commander, or that such restrictions would fall outside the aegis of the command authority vested in any on-scene commander.<sup>107</sup> Four respondents indicated that the right to personal self-defence was unrestricted in principle, but allowed for some level of restriction or control.<sup>108</sup> Three of these respondents did emphasize that any such restriction on, or control over, the right to personal self-defence would have to be related to interests of sufficient gravity, such as the risk to the unit as a whole, to warrant such interference with the right of personal self-defence. Two of the respondents used the word “devastating” to describe the level of severity required to justify controlling or restricting the right to personal self-defence, indicating that such restriction or control would be considered an exception and would only be permissible in rare cases.<sup>109</sup> The United States indicated unequivocally that the exercise of personal self-defence in the military context was subject to direction and regulation.<sup>110</sup>

### ***b) the influence of military circumstances on the legitimacy of personal self-defence***

Based on a number of the responses received and when viewed in combination with the other questions of part 6 of the questionnaire, this

<sup>107</sup> Algeria, Austria, Germany, Norway, Zambia.

<sup>108</sup> Czech Republic, Netherlands, Slovak Republic, Switzerland. The Slovak Republic indicated that any such restriction or control must be in keeping with national law.

<sup>109</sup> Netherlands and Switzerland.

<sup>110</sup> It should be noted, however, that the scope and content of the right of personal self-defence appears to differ between the military application of this right and the “civilian” right of personal self-defence in the United States.

question was not as clearly stated or explained as would perhaps have been desired. The question was originally intended to explore whether the legal evaluation of the legitimacy of recourse to personal self-defence, that is the evaluation by a judge as to whether the use of force in the context of personal self-defence was justified, would be influenced by the circumstances prevalent in a military operation and, if so, what such influence would be. This question was premised by the observation that in some legal systems, as was previously referred to in connection with provocation, culpability or responsibility for causing or creating the circumstances in which self-defence subsequently becomes inevitable negates or limits the justification of personal self-defence.<sup>111</sup> Put simply, if one places oneself knowingly and deliberately in harms' way, then one cannot subsequently enjoy the full justification of personal self-defence. The legal reasoning behind this concept, sometimes referred to as *culpa in causa*, is similar to that behind provocation and is based on the principle that if the attack being defended against was, essentially, one's own fault, then the situation is not one of legitimate self-defence.<sup>112</sup>

Placing oneself knowingly and deliberately in harm's way is, however, not unusual for military forces while carrying out their duties. In legal systems which recognize *culpa in causa* either in the law on self-defence or in concomitant case law, a potential conflict can occur in regards to the exercise of personal self-defence by military personnel in the context of military operations. This question of the questionnaire was therefore intended to explore whether, and if so, how the military context or the military tasks of the personnel in question would be evaluated in this light. Possibly due to either the lack of clarity in the question or the perhaps limited recognition of *culpa in causa* in national legal systems, five of

<sup>111</sup> An exception in both *culpa in causa* and provocation occurs when the provoked or instigated attack is of such gravity or is so manifestly unreasonable that it thereby gives rise to a (new) situation of legitimate self-defence.

<sup>112</sup> This concept is very closely related to both the issue of provocation and the issue of the duty to retreat. The difference between provocation and *culpa in causa* is one of immediacy as regards the connection, or nexus, between the attack being defended against and the previous actions of the defending party. In the case of provocation, the attack was the direct result of the previous actions of the defending party, thus more appropriately labeled *dolus in causa*, while in the case of *culpa in causa* the defending party knowingly and deliberately placed himself or herself in harm's way even though it was clear that an attack was likely to occur by doing so, thus causing a contrived recourse to self-defence. Statutes authorising defending parties to stand their ground, i.e. which do not contain any duty to retreat, are conceptually less compatible with the concept of *culpa in causa* than statutes (or case law) which do contain a duty to retreat. An examples of *culpa in causa* is the ruling by the district court of Arnhem, in The Netherlands, of 24 February, 2006 (LJN AV2574), in which a defendant's plea of self-defence was rejected after the defendant returned three times to the same locale from which he had been requested to leave and a fight subsequently occurred in which the defendant caused physical harm to another person.

the respondents either saw no relevancy in the relationship between self-defence and military operations or interpreted the question as either pertaining to self-defence as a basis for conducting military operations<sup>113</sup> or pertaining to the relationship between self-defence and the applicable (international) legal basis for the military operation.<sup>114</sup>

Five respondents indicated that the military circumstances in which military personnel might exercise their right of personal self-defence would play a role in evaluating the legitimacy of the recourse to self-defence. In some instances, specific reference was made to the relationship between the circumstances and the criteria of necessity and proportionality,<sup>115</sup> while others referred in more general terms to the role the circumstances surrounding the recourse to self-defence would have in determining the legitimacy or reasonableness of the use of force in personal self-defence.<sup>116</sup>

### ***c) personal self-defence as a basis for conducting military operations***

The question whether respondents considered personal self-defence a legitimate basis for planning or conducting military operations essentially integrated several of the concepts discussed above. Firstly, the status of personal self-defence as a positive right or as a circumstance precluding wrongfulness may be relevant for the question whether pre-planned use of military force can be based on personal self-defence. If personal self-defence is viewed as a justification, conditional on necessity, proportionality, immediacy and other similar criteria, for otherwise illegal use of force, that would not readily be reconcilable with pre-planned use of force in a military context. Secondly, the questions on the duty to retreat, provocation and *culpa in causa* similarly can be seen in conjunction with the question as to whether personal self-defence can provide a legitimate basis for (pre-planned) military use of force or conducting (pre-planned) military operations.

It goes without saying that other bases in the (international) law of military operations provide far clearer and more solid foundations on which to base military operations or pre-planned military use of force. This was pointed out by at least one respondent as part of the answer to this question.<sup>117</sup> Nonetheless, three respondents also considered personal self-defence as a possible basis for military operations.<sup>118</sup> Six respondents indicated that personal self-defence could not serve as a basis for the conduct or planning of military operations.<sup>119</sup> The United States indicated that personal self-defence is a legitimate part of military operations and is addressed in all

<sup>113</sup> This topic is addressed separately in relation to question 4 of part 6 of the questionnaire.

<sup>114</sup> The five respondents were Algeria, Austria, Germany, Slovak Republic and Zambia.

<sup>115</sup> Czech Republic and Switzerland.

<sup>116</sup> Netherlands, Norway and United States.

<sup>117</sup> Germany.

<sup>118</sup> Algeria, Czech Republic and Germany.

<sup>119</sup> Austria, Netherlands, Norway, Slovak Republic, Switzerland and Zambia.

ROE. This did not make it clear, however, whether the United States would consider personal self-defence by itself as sufficient legal basis for the planning and conducting of (pre-planned) military operations.

What is perhaps one of the more interesting observations to be drawn from the answers to this question, especially given that this question essentially integrates several of the preceding concepts, is that there is no correlation between the answers provided to the other questions in this part of the questionnaire and the answers provided to this question. Respondents who indicated that the right of personal self-defence is a positive right did not necessarily consider personal self-defence a basis for conducting or planning military operations. Conversely, negation of the justification of personal self-defence by prior provocation did not necessarily rule out basing military operations on the right of personal self-defence. Given the responses to this question, however, the conclusion can be drawn that regardless of the role the stated concepts may play in the national laws regarding personal self-defence, there is a distinct reluctance to use the right of personal self-defence as a basis for conducting (pre-planned) military operations.

***d) relationship between self-defence and ROE, humanitarian law and the law of armed conflict***

This question could, on the face of it, be considered superfluous for two reasons:

1. the relationship between ROE and self-defence, as was stated in the introduction, is clearly defined by the customary statement in all ROE that nothing in the ROE negates or limits the inherent right of self-defence; and
2. the prosecution of violations of the laws of armed conflict and humanitarian law takes place in the context of criminal law, including the justifications and excuses permissible in such a context and therefore also including recourse to the justification of personal self-defence.<sup>120</sup>

While some respondents pointed out that the issue raised by this question would not arise, either because of the observations above or because conflicts between the legal obligations were considered unlikely,<sup>121</sup> the question was intended to test the level to which respondents considered the right to self-defence to be truly inherent under all circumstances. It was therefore intended to provoke similar thought and consideration as was intended with question 3 (regarding restrictions or control of the right of personal self-defence by on-scene commanders).

As regards the proposed conflict between the laws of armed conflict, or international humanitarian law, and personal self-defence, two respondents

<sup>120</sup> As regards international prosecution of violations of the laws of armed conflict, see article 31, paragraph 1 under (c), of the Statute of the International Criminal Court, which excludes criminal responsibility for persons acting in reasonable self-defence.

<sup>121</sup> Such observations were made, for example, by the Czech Republic, Netherlands and Norway.

indicated that personal self-defence would not justify violation of the laws referred to.<sup>122</sup> Eight respondents indicated (or appeared to indicate) that even were such a conflict to occur, the right of personal self-defence could provide a legitimate justification.<sup>123</sup> As regards a possible conflict between the ROE and the right of personal self-defence, only five respondents gave a specific answer. All five were unanimous, however, that in the event of such a conflict, the right of personal self-defence would prevail.<sup>124</sup>

## Conclusion

Part 6 of the questionnaire on the one hand provided a basis for comparative law analysis on the issue of personal self-defence as set forth in the various national legal systems, including a few of the more in-depth aspects of this right. Such aspects included the scope of the right of personal self-defence and several issues sometimes seen as mitigating or negating factors for the role of the right of self-defence as a justification in criminal law. Given the divergences between national criminal law systems and national approaches to the right of personal self-defence, it is not surprising that the answers provided equally divergent views. An exception to that observation is the almost universal acceptance, or at least almost universal among the few respondents, of the right to defend others and, as regards personal self-defence in general, of the criteria of necessity, proportionality and the unlawfulness of the attack being defended against.

A secondary purpose of part 6 was to explore the national views on the relationship between personal self-defence and the more specific aspects of military operations and the military context. This part of the questions yielded far greater unity of response, with only limited divergence of views. Here, too, an exception is worth mentioning. The aspect of restricting or controlling the use of force in personal self-defence in the context of military operations yielded an almost 50 – 50 split between the respondents, with nearly half rejecting any such restriction or control and the other half seeming to allow such restriction or control under extreme circumstances. Given these divergences and, furthermore, given the observations made above regarding the limited number of responses and several issues regarding the lack of clarity in some of the questions in this part of the questionnaire, it is difficult, or at best risky, to postulate general conclusions on national views on the basis of the responses to this part of the questionnaire. At most, the following general statements seem justified. The right of personal self-defence is generally recognized in national legal systems, whether as a positive right or as a circumstance precluding wrongfulness. The principles of necessity, meaning the recourse to the

<sup>122</sup> Czech Republic and Zambia.

<sup>123</sup> Algeria, Austria, Germany, Netherlands, Norway, Slovak Republic, Switzerland and United States.

<sup>124</sup> Austria, Czech Republic, Germany, Netherlands and Norway.



use of force under this right must have been reasonably necessary under the circumstances, and proportionality, meaning the use of force in self-defence must have been reasonably commensurate with the threat being defended against, are common criteria to determine whether the recourse to self-defence was legitimate and justified. Similarly, there appears to be consensus that the right of personal self-defence is only applicable in response to an unlawful attack. Where such criteria are met, the right of personal self-defence always encompasses the defence of others.

Defence of property is a divisive issue. While some allow the use of force in self-defence in defence of (private) property, others do not, and still others only allow this in exceptional circumstances. Similarly, the duty to retreat appears to split respondents down the middle, with half considering an available avenue of retreat at least relevant in terms of the necessity criterion and the other half not recognizing any duty to retreat.

When it comes to the interaction between the right of personal self-defence and military operations, only the issue of restrictions on, or direction of, the exercise of the right of personal self-defence gives rise to dissent. Approximately half do not allow any restrictions or direction in regards of the (inherent) right of personal self-defence. The other half reluctantly does so, but only under extreme circumstances, where the individual exercise of this right would cause far-reaching (“devastating”) effects for the rest of the unit.

As regards the relationship between personal self-defence and the planning or conducting of military operations, there appears to be a clear majority that does not consider personal self-defence a viable basis for planning or conducting such operations.

Finally, as regards hypothetical conflicts between the right of personal self-defence and the laws of armed conflict, or international humanitarian law, or between personal self-defence and the ROE applicable in a given operation, there appears near-consensus that the role of the right of personal self-defence as a justification applies equally in such situations.

In summation, then, the right of personal self-defence is clearly recognized in national law systems but is best kept separate from the planning, conduct or laws and regulations applicable to military operations. In that sense, the questionnaire has confirmed that “nothing in these ROE negates or limits the inherent right of self-defence.”

### III. Annex: Definitions

From discussions with various national groups, it has become clear that some of the terminology used in the questionnaire was not as clear as was intended or desired and that consequently certain terms were not interpreted uniformly. In the interest of facilitating the debate during the Congress in Quebec and ensuring uniformity in the reports on the national answers to the questionnaire, the following working definitions are provided. Where appropriate or where it was deemed conducive to a better understanding, practical examples have been included.

**Anticipatory Self-Defence** refers to the inherent right of a State to respond to an imminent armed attack under the conditions of the ‘Caroline case’.

**Pre-emptive Self-Defence** is a synonym for Anticipatory Self-Defence.

**Preventive Self-Defence** refers to the use of force by States in anticipation of a potential future threat.

**National Self-Defence** refers to the right of States to defend themselves, either individually or collectively, against an armed attack or an imminent armed attack. This right is set forth, *inter alia*, in Article 51 of the Charter of the United Nations. Article 5 of the North-Atlantic Treaty is based on this right (and refers to Article 51 of the UN Charter). An example of the exercise of national self-defence was the recourse to the use of force by the United States of America following the terrorist attacks of September 11, 2001.

**Military Self-Defence** refers to a concept which may or may not exist as a separate entity in national approaches to the right of self-defence as exercised by the armed forces. The question(s) on this topic were intended to ascertain whether nations utilised a separate or different concept of self-defence, or in fact a separate or distinct (legal) right to self-defence, for the armed forces as compared to a “normal” right self-defence as may be exercised by anyone and, if so, how such a separate “military” self-defence differs from the “normal” forms of self-defence. The questions were inspired by the observation that the United States Joint Chiefs of Staff Standing ROE<sup>125</sup> authorize pursuit and engagement of hostile forces as part of the inherent right of self-defence (CJCSI 3121.01A, 15 January 2000, p. A-7), while civilian statutes on the right of self-defence do not seem to reflect such an authority to pursue and (continue to) engage an adversary.

**Force Protection** refers to those actions and measures taken by a military force in the context of its mission, to defend itself and to ensure security. This right may be derived from the mandate for the mission, such as the authorizing provisions of the United Nations Security Council resolutions which set forth the mandate for the SFOR mission in the former Yugoslavia.

<sup>125</sup> [http://www.fas.org/man/dod-101/dod/docs/cjcs\\_sroe.pdf](http://www.fas.org/man/dod-101/dod/docs/cjcs_sroe.pdf).

Practical examples of the exercise of this right would be:

- the use of force, usually pursuant to the relevant Rules of Engagement, to defend a military restricted area against unauthorized intrusion;
- the use of force by a unit from participating country A to defend against armed attacks on the compounds or patrols of units from participating country B;
- the detention and search of persons reasonably suspected of intending to commit an attack or hostile act against the military force.

**Extended Self-Defence** refers to the North Atlantic Treaty Organisation concept authorizing troops from one NATO nation to render assistance to troops from another NATO nation for the purpose of defence against an attack or imminent attack. Both the assisting and the assisted troops must be under unified NATO command in the context of a NATO or NATO-led operation at the time of rendering such assistance. In terms of practical examples, there are no differences between this form of self-defence and “military self-defence” as defined above. The distinction between the two forms lies in the basis for the right itself. Where military self-defence, as defined above, is derived from the mandate (whether specifically or implied) the right of extended self-defence is derived from the basis of the North-Atlantic Treaty Organisation and the right of (collective) national self-defence.

**United Nations Self-Defence** refers to the right of forces under United Nations command and control to defend themselves, as defined by the United Nations (especially the Department of Peacekeeping Operations). Practical examples do not differ from the right of military self-defence as defined above. The distinction is derived from the command and control relationship between the United Nations and the force and the status of the force as a United Nations mission. It should be noted that the Department of Peacekeeping Operations of the United Nations Secretariat considers this right to cover armed response to an attack, an imminent attack or armed interference with the execution of the mission.

**Unit Self-Defence** refers to the right of a commander to take all necessary measures in defence of his unit against an attack or an imminent attack, which may also be exercised outside the context of a specific international mandate or mission and while acting on a national (peacetime) basis. An example of the exercise of this right would be the use of force by a naval vessel to defend against an attack, while the naval vessel was under sail (or in the harbour) on a purely national basis, such as in the context of national security patrols, transit from harbour to harbour between allied nations, etc.

**Personal (or individual) Self-Defence** refers to the right of individuals, whether military or civilian, to defend themselves. This right is commonly set forth in national laws or statutes in the context of national criminal law.

An example of the exercise of this right would be the use of force by a person to defend against armed robbery (“mugging”) or against burglary in his or her private home.