



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Torkel Winbladh

Anticipatoriskt självförsvar

- En erkänd rättighet eller ett brott mot internationell
rätt? -

Examensarbete
30 högskolepoäng

Per-Ole Träskman

Folkrätt

Vt 08

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och avgränsningar	4
1.2 Metod och material	5
1.3 Disposition	5
2 ANTICIPATORISKT SJÄLVFÖRSVAR FÖRE FN-STADGAN	6
2.1 Historisk tillbakablick	6
2.2 Caroline	6
2.2.1 Rättighet eller ansvarsfrihetsgrund?	8
3 ANTICIPATORISKT SJÄLVFÖRSVAR EFTER FN-STADGAN	10
3.1 Artikel 2(4)	10
3.2 Art. 51	11
3.3 Tolkning av art. 51	11
3.3.1 Olika skolor	12
3.3.2 Ordalydelsen	12
3.3.2.1 "Armed attack" och "inherent right"	13
3.3.2.1.1 Vad utgör en väpnad attack?	13
3.3.2.1.2 Inkluderar en väpnad attack ett överhängande hot?	15
3.3.2.1.3 Kan handlingar av icke-statliga aktörer utgöra en väpnad attack?	16
3.3.3 Kontexten och efterföljande överenskommelser	18
3.3.4 Statspraxis	19
3.3.4.1 Kubakrisen	20
3.3.4.2 6-dagars kriget	21
3.3.4.3 Bombningen av Osirak	22
3.3.4.4 Operation Iraqi Freedom	23
3.3.4.5 Sammanfattning av praxis	25
3.3.5 Relevanta regler i internationell rätt	26
3.3.6 Ändamål och syfte	28
3.3.7 Travaux préparatoire	29
3.4 Internationell sedvanerätt	30
3.4.1 Statspraxis och opinio juris	31
3.4.2 Jus cogens	34

3.5	Artikel 51 utgör ingen rättighet	36
3.6	Problem med tolkning och metod	37
4	BÖR ANTICIPATORISKT SJÄLVFÖRSVAR ERKÄNNAS I INTERNATIONELL RÄTT?	41
4.1	Parametrar för en rätt till anticipatoriskt självförsvar	41
4.1.1	Bevisbörda	42
4.1.2	Omedelbarhet, nödvändighet, proportionalitet, uttömmande av fredliga medel	42
4.1.2.1	Nödvändighet och överhängande hot	42
4.1.2.2	Proportionalitet	44
4.1.2.3	Uttömmande av fredliga medel	44
4.1.3	Ytterligare hänsynstaganden	45
4.1.4	Sammanfattning	46
4.2	Argument för	47
4.2.1	Massförstörelsevapen	47
4.2.2	Terrorism	48
4.2.3	Ineffektiviteten i FN-systemet	49
4.2.4	Sunt förnuft	50
4.3	Argument mot	50
4.3.1	Det allmänna våldsförbudet	50
4.3.2	Anarki och osäkerhet	51
4.3.3	Ineffektivitet	52
5	SLUTSATS	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	63

Summary

Since the launching of Operation Iraqi Freedom, the issue of anticipatory self-defense has been revitalised within the international debate concerning the use of force. When examining the legal status of the concept, it is important to consider both international conventions and customary international law.

Article 2(4) of the Charter prohibits the general use of force. This prohibition is qualified by article 51, which provides an exception to the proscription of article 2(4) by stating that force may be used in self-defense. When interpreting article 51, in accordance with the general rules of interpretation provided by the Vienna Convention on the Law of Treaties, it becomes obvious that there are ambiguities concerning the terms “armed attack” and “inherent right”. Partly, these ambiguities consist of the question of the scope of an action and when this action amounts to an armed attack, partly, it is unclear what the term “inherent right” refers to. There has been no consensus concerning how article 51 should be properly interpreted in relation to the concept of anticipatory self-defense. Different schools tend to emphasize different aspects. The overall picture, however, indicates some substantial difficulties in reconciling anticipatory self-defense with the Charter, at least if article 51 is considered as proclaiming an actual right.

To answer the question whether customary international law endorses anticipatory self-defense, it is relevant to examine both customary law as it appeared before the introduction of the UN Charter, and to which extent the law has developed since 1945. One of the biggest problems with this examination is how to properly interpret state practice and the different expressions of *opinion juris*. Besides, it is important to establish the implications of a norm being *jus cogens*. No clear picture is distinguishable concerning the international jurisprudence before 1945, which leads to great difficulties in the process of establishing today’s customary international law.

In the debate of the appropriateness of anticipatory self-defense as a legal norm, different kinds of moral and pragmatic arguments are often stressed as being equally important as strictly legal ones. These arguments will probably serve as the political platform on which states will rely when justifying their actions, and thus contribute to the emerging of new state practice.

In any case, to be able to perform an educated assessment of the concept of anticipatory self-defense, it is urgent to more closely define the fundamental parameters of the claimed right.

Finally, it is also necessary to consider the examination of the legal status, as well as the pros and cons, of the claimed right in relation to the actual significance, given by states, of international law within this area.

Sammanfattning

Allt sedan iscensättandet av Operation Iraqi Freedom så har frågan om anticipatoriskt självförsvar flitigt förekommit i den internationella debatten. Vid en utredning av konceptets eventuella rättsliga status så är det viktigt att både undersöka FN-stadgans bestämmelser och internationell sedvanerätt.

FN-stadgan innehåller ett allmänt våldsförbud i artikel 2(4) och ett undantag för rätten till självförsvar i artikel 51. Vid en tolkning av artikel 51, i enlighet med tolkningsbestämmelserna i 1969 års Wienkonvention, så blir det tydligt att vissa tveksamheter existerar kring begreppen "armed attack" och "inherent right". Dels handlar tveksamheterna om var gränserna går för när ett agerande skall anses utgöra en väpnad attack, dels om vad begreppet "inherent right" egentligen hänvisar till. Ingen tydlig konsensus har uppnåtts kring hur artikel 51 egentligen skall tolkas i förhållande till konceptet anticipatoriskt självförsvar, utan olika skolor betonar olika delar. Den övergripande bilden är emellertid att anticipatoriskt självförsvar verkar vara svårförenligt med FN-stadgan på denna punkt, i alla fall om artikel 51 skall anses stadga en rättighet.

När det gäller den sedvanerättsliga rätten till självförsvar, och huruvida denna innefattar anticipatoriskt självförsvar, så är det både relevant att undersöka hur sedvanerätten såg ut innan FN-stadgans tillkomst och i vilken omfattning som sedvanerätten utvecklats sedan 1945. Här kommer vi framförallt in på problematiken kring hur man bäst bör tolka statspraxis och uttryck för *opinio juris*. Dessutom måste man utreda implikationerna av en norms verkan som *jus cogens*. Ingen klar bild framträder kring hur man bäst bör betrakta rättsläget innan 1945 och det är därför svårt att vare sig avfärda eller anamma anticipatoriskt självförsvar som en del av dagens sedvanerätt.

I debatten om anticipatoriskt självförsvars lämplighet som rättslig norm så framförs ofta vissa moraliska och praktiska argument som också är beaktansvärda i sammanhanget. Dessa argument kan nämligen fungera som den politiska plattform från vilken stater kommer att rättfärdiga sina handlingar, och på det viset bidra till uppkomsten av ny statspraxis.

För att överhuvudtaget kunna göra en kvalificerad bedömning av anticipatoriskt självförsvar som koncept, så är det dessutom viktigt att närmare definiera de parametrar som i så fall skulle utgöra stommen i den påstådda rättigheten.

Slutligen måste man väga utredningen om den rättsliga statusen och rättighetens för och nackdelar mot vilken betydelse som stater tillskriver folkrätten i deras agerande på den internationella arenan.

Förkortningar

FN
G.A.
IAEA

ICJ
ILA
ILC
NPT

Res.
S.C.
UN
VCLT

Förenta nationerna
General Assembly
International Atomic Energy
Agency
International Court of Justice
International Law Association
International Law Commission
Treaty on Non-Proliferation of
Nuclear Weapons
Resolution
Security Council
United Nations
Vienna Convention on the Law of
Treaties

1 Inledning

Kl. 05.34 den 20 mars 2003, irakisk tid, så inleddes invasionen av Irak med USA i spetsen. Denna händelse hade under en tid tillbaka föregåtts av ett uttryckligt åberopande, från amerikansk sida, av en rätt för USA att vidta preventiva åtgärder gentemot de ”skurkstater” och terrorister som hotar säkerheten för det amerikanska folket.¹ USA:s påståenden angående denna rätt möttes av blandade reaktioner från omvärlden och inom folkrättslig doktrin blev detta startskottet för en återupplivning av debatten kring anticipatoriskt självförsvar.

Tanken om en rätt till anticipatoriskt självförsvar, eller preventivt självförsvar, är inte någonting nytt för jurister världen över. De flesta nationella rättssystem erkänner en persons putativa självförsvar som en ansvarsfrihetsgrund, där lagligheten bestäms utifrån det rimliga i antagandet att personen var i färd med att bli attackerad. Genom historien har även andra staters ageranden fört upp denna fråga på den folkrättsliga nivån.

I den diskussion som tog fart efter Irakkriget så menade vissa att det anticipatoriska självförsvaret var olagligt eftersom FN-stadgans självförsvarsrätt var betydligt striktare formulerad. Andra hävdade att anticipatoriskt självförsvar sedan lång tid tillbaka i historien varit en erkänd rättighet inom internationell rätt.

1.1 Syfte och avgränsningar

Syftet med denna uppsats är att utreda den rättsliga statusen för anticipatoriskt självförsvar inom folkrätten. För att åstadkomma en sådan utredning kommer jag att, utifrån folkrättens källor, undersöka såväl rättighetens utrymme i internationella traktat som i internationell sedvanerätt. Syftet är också att sätta in folkrätten i dess politiska kontext och betona dels de moraliska argument som ofta åberopas, dels hur stater i praktiken värderar de folkrättsliga bestämmelserna i enskilda fall.

I den internationella debatten förekommer olika begrepp i samband med detta ämne. Ibland används ”anticipatoriskt självförsvar”, som ofta anses innefatta ett krav på existensen av ett överhängande hot. Andra gånger förekommer istället ”föregripande självförsvar” (pre-emptive self-defense), vilket är den linje USA förespråkar och som allmänt sett är mycket bredare, utan krav på att hotet måste vara överhängande. Ibland talas det även om preventiva militära åtgärder eller preventivt handlande. I denna uppsats fokuserar jag först och främst på det anticipatoriska självförsvaret men eftersom argumenten för de olika hållningarna i mångt och mycket sammanfaller med varandra så kommer ingen strikt åtskillnad att göras mellan begreppen. När en uppdelning är relevant så framkommer det i så fall i den fortlöpande texten.

¹ National Security Council, *The National Security Strategy of the United States of America* (September 2002), s. 15. Tillgänglig på: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>

1.2 Metod och material

Jag använder mig i denna uppsats av konventionell rättsvetenskaplig metod, där doktrin, lagtext och rättsavgöranden står i fokus. Framför allt hämtar jag fakta och argument ur de många artiklar som skrivits i ämnet av olika folkrättsexperter i internationella tidskrifter. Ett medvetet val gällande artiklarna är att främst undersöka det som skrivits i ämnet efter 2003. Invasionen av Irak har nämligen varit en viktig katalysator för diskussionen kring anticipatoriskt självförsvar och det är därför intressant att undersöka sådant material som har beaktat betydelsen av denna händelse. Ett påpekande som bör göras angående dessa artiklar är att många av författarna är amerikanska, vilket kan påverka deras uppfattning av, och inställning till internationell rätt inom detta område. Uppfattningarna om lagligheten hos anticipatoriskt självförsvar hos dessa författare går dock vitt isär, så någon tydlig bild av partiskhet är inte urskiljbar.

När det gäller rättspraxis så får först och främst avgöranden från den internationella domstolen (ICJ) relevans och den lagtext som aktualiseras är sådan som återfinns i internationella konventioner, och då framförallt FN-stadgan. I den mån andra dokument används så hämtas dessa i så fall från aktuella regeringars och internationella organisationers hemsidor på Internet.

1.3 Disposition

För att få en historisk tillbakablick så börjar jag med att beskriva de indikationer som finns om hur rättsläget såg ut innan FN-stadgans tillkomst 1945.

Därefter beskriver jag hur rättsläget påverkats av FN-stadgan och andra händelser fram till i våra dagar. För att göra det ger jag mig in i en tolkning av relevanta bestämmelser i FN-stadgan utifrån de tolkningsregler som finns återgivna i 1969 års Wienkonvention. Jag diskuterar även utvecklingen av internationell sedvanerätt, samt alternativa tolkningar av FN-stadgans bestämmelser och vissa metodologiska problem som man stöter på i tolkningsarbetet.

Jag fortsätter sedan med att ställa upp de parametrar som måste inkorporeras i begreppet anticipatoriskt självförsvar, och som måste tas i beaktande vid åberopandet av denna rätt.

Slutligen presenterar jag de mer moraliska, filosofiska och praktiska argument som ofta läggs fram både för och emot det förnuftiga i att erkänna anticipatoriskt självförsvar som en del av internationell rätt.

2 Anticipatoriskt självförsvar före FN-stadgan

2.1 Historisk tillbakablick

Rätten att använda självförsvar är en av de äldsta och mest fundamentala rättigheter som både enskilda individer och stater har kunnat åberopa för att legitimera våldsanvändande gentemot andra. Exakt hur denna rätt till självförsvar har sett ut, och hur den uppkommit, råder det emellertid delade meningar om. Vissa hävdar att det i äldre tid inte talades om en rätt till självförsvar eftersom det inte fanns något allmänt våldsförbud². Andra menar däremot att rätten att bruka våld varit reglerad ända sedan 300-talet.³

Erkännanden av anticipatoriskt självförsvar, som en del av internationell rätt, kan i sin tur härledas till tidiga folkrättsexperter som Hugo Grotius och Emmerich de Vattel. 1625 skrev Grotius i sin avhandling *The Law of War and Peace* att självförsvar är tillåtligt både då man verkligen blir attackerad och då en attack kan förväntas.⁴ Ett århundrade senare skrev Vattel följande:

The safest plan is to prevent evil, where that is possible. A Nation has the right to resist the injury another seeks to inflict upon it, and to use force ... against the aggressor. It may even anticipate the other's design, being careful, however, not to act upon vague and doubtful suspicions, lest it should run the risk of becoming itself the aggressor.⁵

I början av 1900-talet hittar vi återigen ledande folkrättsexperter som proklamerar rätten att preventivt ingripa före man själv, som individ eller stat, blivit attackerad.⁶

Även om stöd för doktrinen om anticipatoriskt självförsvar alltså eventuellt står att finna långt tillbaka i tiden så brukar många tillskriva 1837 års incident med fartyget *Caroline* som markör för modern tids erkännande av doktrинens ställning i internationell sedvanerätt.

2.2 Caroline

Denna incident inträffade under det kanadensiska upproret 1837. Längs med gränsen mellan USA och Kanada fanns vid denna tidpunkt många amerikanska sympatisörer till upproret, vilket fick till följd att flera amerikanska medborgare deltog aktivt i stridigheterna. I december 1837

² Dinstein, s 160f

³ Arend & Beck, s. 9-15

⁴ Rivkin, Casey & DeLaquil , s 470

⁵ Obayemi, s 27

⁶ Brierly var en av de som skrev om detta redan 1928 i första upplagan av verket ”The Law of Nations”. Han upprepade sedan sin tes i de senare upplagorna. Se t.ex. Brierly, s. 407 & 419

lyckades rebeller ta över Navy Island, som ligger på den kanadensiska sidan av Niagarafallen, och ångfartyget *Caroline* åkte mellan Fort Schlosser, New York och Navy Island för att föra med sig manskap, vapen och förnödenheter.⁷

De brittiska styrkorna såg inte med blida ögon på dessa aktiviteter och man bestämde sig rätt snart för att sätta stopp för denna skytteltrafik. Överste McNab, som var brittisk befälhavare, beslöt så att på natten den 29 december attackera fartyget trots att detta då inte längre befann sig på kanadensiskt vatten. Ombord fanns dessutom, förutom besättningen, 23 amerikanska medborgare. Trots att inget motstånd möttes vid attacken så dödades två personer och fartyget sattes i brand och sändes ut över Niagarafallen.⁸

Incidenten föranledde protester från amerikansk sida medan britterna hävdade att inga fel hade begåtts. Saken fick sedan bero ända fram till 1840 då en brittisk man vid namn Alexander McLeod arresterades i New York och fördes inför rätta för sin inblandning i attacken mot *Caroline*. Brittiska protester mot arresteringen fick då den amerikanska statssekreteraren Daniel Webster att upprepa det amerikanska fördömandet av sänkningen av fartyget och en brevväxling kom sedan att ske mellan Webster och den brittiska ministern i Washington. I ett av dessa brev slog Webster fast vad som har kommit att betraktas som de grundläggande villkoren för användandet av våld i självförsvar under internationell sedvanerätt.⁹

Det uttalande av Webster som är flitigast citerat lyder:

It will be for that Government [Storbritannien] to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, - even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, - did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it.¹⁰

Websters definition av rätten till självförsvar anses i allmänhet uttrycka den sedvanerättsliga bilden, även om tolkningarna av hans uttalande går isär. I den kontext som uttalandet gjordes så avsågs en stats intervention på annan stats territorium i självförsvar eller i ett snävt definierat anticipatoriskt självförsvar. Stöd i Websters uttalande har dock återopats även för militära handlingar riktade mot tredje part på annat territorium, mot stater som troligtvis kommer använda våld mot den första staten någon gång i framtiden samt mot en invaderande stat inom den självförsvarande statens eget territorium.¹¹

Kritik har framförts mot att använda Websters formel för all form av självförsvar både på grund av att den kan missbrukas som rättfärdigande av handlingar som egentligen utgör "acts of aggression", samt att den blir

⁷ Kearley, s 328

⁸ Ibid.

⁹ Niv, s 175

¹⁰ *The Caroline Case*, Enclosure 1-Extract from note of April 24, 1841, tillgänglig på: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/britain/br-1842d.htm>

¹¹ Kearley, s 345

missvisande snäv då det kommer till staters rätt till självförsvar i sitt eget land vid händelse av t.ex. en invasion.¹²

Oavsett denna kritik så kvarstår i alla fall det faktum att formeln sätter gränserna för den eventuella rätten till anticipatoriskt självförsvar före FN-stadgans tillkomst.¹³ Dessa gränser kan sammanfattas i principerna om nödvändighet¹⁴, proportionalitet¹⁵, omedelbarhet (d.v.s. att ett hot om en väpnad attack skall vara överhängande)¹⁶ och våld som sista utväg.¹⁷

2.2.1 Rättighet eller ansvarsfrihetsgrund?

Trots den relativa samstämmigheten, mellan Webster och den brittiska ministern Ashburton, kring ramarna för internationell rätt, så menar somliga att Websters uttalanden inte bör ses som ett uttryck för en samtida uppfattning om rätten till självförsvar.

För det första så hävdar dessa kritiker att Websters formel inte stod i överensstämmelse med den statspraxis som existerade vid tillfället. Rådande statspraxis pekade snarare mot en bredare och mer vag rätt till självbevarelse (self-preservation). Till och med USA:s eget agerande i andra fall skulle inte ha levt upp till den snäva definition som Webster ställde upp. Att Webster uttalade sig som han gjorde, och att dessa uttalanden accepterades, var mer ett utslag av politiska motiv. Det faktum att incidenten dessutom var en enskild händelse, i ett mönster av statspraxis som inte bekräftade Websters ställningstaganden, pekar på att *Caroline* inte är en lämplig utgångspunkt för internationell sedvanerätt.¹⁸

För det andra så talades det vid denna tid omväxlande om självförsvar, självbevarelse och nödvändighet. Det är därför osäkert vad Webster egentligen menade då han använde det ena eller det andra begreppet. Även om Webster själv i och för sig flitigast använde begreppet "self-defense" så framgår det av annan brevväxling i anslutning till incidenten att andra såg på det brittiska agerandet som ett utslag av "necessity".¹⁹ Detta synsätt har i våra dagar också anammats av "the International Law Commission" (ILC). ILC har vid ett par tillfällen hänvisat till *Caroline* då man talat om "nödvändighet" som en ansvarsfrihetsgrund i det internationella regelverket för statsansvar. Exempelvis uttalade ILC år 2001 följande:

¹² Kearley, s 344f

¹³ Brownlie, s. 257

¹⁴ "necessity"

¹⁵ "...did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it."

¹⁶ "... instant, overwhelming, leaving ... no moment for deliberation."

¹⁷ "leaving no choice of means..."

¹⁸ Green, s. 438ff

¹⁹ Green, s. 439

The “Caroline” incident of 1837, though frequently referred to as an instance of self-defence, really involved the plea of necessity at a time when the law concerning the use of force had a quite different basis than it has at present.²⁰

Dessa argument kastar onekligen skugga över påståendet att incidenten *Caroline* utgör en grundpelare för rätten till självförsvar i perioden innan FN-stadgans tillkomst.

Vissa hävdar dock att den ganska begränsade rätten till anticipatoriskt självförsvar som kom till uttryck i *Caroline* incidenten även var en erkänd rättighet i många traktat och allianser för kollektiv säkerhet i början av 1900-talet.²¹ Kellogg-Briandpakten, som slöts mellan USA, Frankrike och tretton andra länder, innebar den första intentionen att införa ett allämnt våldsförbud. Denna konvention innehöll emellertid inget undantag för anticipatoriskt självförsvar. Faktum är att inte ens rätten till självförsvar finns uttryckt i själva lagtexten, även om de många reservationerna till traktaten, och diskussionen mellan länderna vid själva utformningen, talar för att rätten till självförsvar ansågs så pass grundläggande att den inte behövde någon särskild stadga.²² Flera andra traktat mellan 1920 och 1939 verkar också förneka rätten till anticipatoriskt självförsvar.²³

²⁰ International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session, U.N. Doc. A/56/10 (2001), s.81 p.5, tillgänglig på:

<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>

²¹ Martinez, s 130

²² Eckert & Mofidi, s. 130. Kellogg-Briand-pakten återfinns i sin helhet på:

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/kbpact.htm>

²³ Brownlie, s. 259

3 Anticipatoriskt självförsvar efter FN-stadgan

FN-stadgan är att betrakta som en milstolpe i reglerandet av internationella relationer. Det är därför viktigt att noga undersöka vilka möjligheter som denna multilaterala konvention lämnar för enskilda stater att bruka våld gentemot varandra. Det är också nödvändigt, för att få svar på frågan om lagligheten av anticipatoriskt självförsvar, att besvara frågan om, och i så fall hur, den sedvanerättsliga självförsvarsrätten påverkats av FN-stadgans tillkomst.

3.1 Artikel 2(4)

I och med ikraftträdandet av FN-stadgan så begränsades användandet av våld mellan ett stort antal stater på ett uttryckligt sätt i det allmänna våldsförbudet i artikel 2(4). Denna stadga lyder:

All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

Detta förbud utformades för att säkerställa den territoriella integriteten mellan länder och för att en stat skulle kunna vara politiskt självständig gentemot omvärlden. De stora skillnaderna mellan stater i fråga om makt, ideologi och ekonomiska drivkrafter gjorde att denna bestämmelse ansågs nödvändig.²⁴

Den relativt kortfattade utformningen av artikel 2(4) har under årens gång medfört att olika stater velat rättfärdiga sina handlingar genom att peka på eventuella luckor i förbudet. Vissa våldshandlingar har t.ex. ansetts falla utanför artikeln eftersom de inte använts i det internationella förhållandet mellan stater, eller för att de inte varit riktade mot den territoriella integriteten eller politiska självständigheten hos en annan stat.²⁵ Det har även hävdats att vissa handlingar i vart fall inte varit oförenliga med FN-stadgans ändamål och syfte.²⁶ Begreppet "force" har också varit utsatt för tolkning då det har påståtts inbegripa ekonomiska subventioner och andra indirekta handlingar till stöd för militär verksamhet.²⁷

Oavsett dessa eventuella tolkningsutrymmen i artikel 2(4) så anses regeln ändå utgöra ett starkt, generellt förbud för stater mot att bruka varje typ av våld gentemot andra. Denna uppfattning stärks av det faktum att man

²⁴ Gathii, s 71

²⁵ Bordelon, s 116f

²⁶ Detta går jag närmare in på under kap. 4.7

²⁷ Se *Nicaragua v. U.S.*, para. 191-92, 195

i artikel 2(4) valt att använda sig av formuleringen "use of force" istället för t.ex. "war", som man gjorde i Kellogg-Briandpakten,²⁸

Ursprungligen fanns det fyra undantag i FN-stadgan från detta våldsförbud. Idag har två av dem blivit obsoleta²⁹, vilket kvarlämnar: 1) Våld som auktoriserats av Säkerhetsrådet i enlighet med artikel 42, och 2) våld som används i självförsvar i enlighet med artikel 51. Eftersom jag i detta arbete fokuserar på våld som inte auktoriserats av Säkerhetsrådet så återstår endast artikel 51 som legal grund för användandet av våld under FN-stadgan.

3.2 Art. 51

Artikel 51 lyder:

Nothing in the present Charter shall impair the *inherent* right of individual or collective self-defence if an *armed attack* occurs against a Member of the United Nations, *until* the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.³⁰

Artikel 51 bevarar alltså en rätt för stater att försvara sig med militära medel om en väpnad attack uppstår, åtminstone fram till dess att Säkerhetsrådet vidtagit åtgärder nödvändiga för att återställa internationell fred och säkerhet. Någon rätt till anticipatoriskt självförsvar nämns således inte explicit. Frågan är då om en stat endast har rätt att försvara sig om denna först blivit utsatt för en väpnad attack eller om artikel 51 går att tolka på ett sådant sätt att en rätt till anticipatoriskt självförsvar står att finna implicit i texten.

3.3 Tolkning av art. 51

Vid tolkningen av artikel 51 så utgör Wienkonventionen från 1969 en bra utgångspunkt. Artiklarna 31-33, som behandlar tolkning av traktat, motsvarar nämligen även internationell sedvanerätt och kan därför användas för att tolka internationell rätt för de stater som ännu inte är parter till Wienkonventionen. Artikel 31(1) anger att en traktat skall tolkas "in good faith" och i enlighet med den allmänna ordalydelsen av termerna i traktaten i deras kontext och i ljuset av deras ändamål och syfte. Artikel 31(2) fastställer att man i den relevanta kontexten skall inräkna, förutom traktatens text inklusive dess preambel och annex, även de överenskommelser eller instrument som parterna enats om eller accepterat vid slutandet av traktaten. Slutligen framgår det i artikel 31(3) att man vid sidan av kontexten också

²⁸ Murphy, s 706f

²⁹ Artikel 106 & artikel 107 tillsammans med artikel 53

³⁰ Kursiveringarna finns ej i originaltexten

skall beakta efterföljande överenskommelser angående traktatens tolkning eller tillämpning, efterföljande praxis som rör tillämpningen av traktaten, samt andra relevanta regler i internationell rätt som kan tillämpas mellan parterna.

Trots att viss oenighet råder angående vilken vikt som skall läggas vid de olika delarna vid tolkningen av en traktat, så har ICJ fastslagit att man framförallt skall basera sin tolkning på traktatens text.³¹ Om en tolkning i enlighet med artikel 31 emellertid fortfarande skulle ge ett tvetydigt eller otydligt resultat, eller om tolkningen skulle resultera i en absurd eller ologisk slutsats, så skall man, enligt artikel 32, vända sig till förarbetena för vägledning.

3.3.1 Olika skolor

Då artikel 51 i FN-stadgan tolkas i doktrin så används oftast liknande metoder som den som föreskrivs i artikel 31 i Wienkonventionen. Tonvikt läggs dock på olika element i tolkningen och olika slutsatser brukar dras utifrån dessa. Kortfattat kan man säga att de som intar en mer restriktiv hållning menar att artikel 51 utesluter att en stat skulle kunna använda våld innan en väpnad attack har uppstått, medan de som intar en mer tillåtande position hävdar att en stat inte behöver sitta och vänta på att först bli utsatt för en väpnad attack innan en rätt till självförsvar uppstår.³²

Jag kommer i detta kapitel att gå igenom artikel 51 helt utifrån de tolkningsregler som föreskrivs i artiklarna 31-33 i 1969 års Wienkonvention. När det blir aktuellt så kommer jag att behandla de olika argument som brukar föras fram från olika håll gällande tolkningen. Jag kommer även att belysa de eventuella problem som vissa av dessa argument brottas med.

3.3.2 Ordalydelsen

Vid en analys av texten i artikel 51, i ljuset av Wienkonventionens bestämmelser, så framstår det ganska snart att vissa begrepp inbjuder till debatt. Framförallt gäller detta lydelsen ”if an armed attack occurs” och ”inherent right”.

De som förespråkar en restriktiv tolkning av artikel 51 pekar först och främst på att själva upplägget i texten talar för att artikeln utgör ett undantag från en generell regel. Det faktum att det alltså är frågan om ett undantag betyder att just en restriktiv tolkning är påkallad.³³

De som istället talar för en mer tillåtande, eller liberal, tolkning menar först och främst att det av ordalydelsen står klart att artikeln åsyftar den sedvanerättsliga rätten till självförsvar, utan att vilja begränsa denna, och att denna rätt erkänner ancipitoriskt handlande.³⁴

³¹ Shaw, s 842

³² Bordelon, s. 121

³³ Bordelon, s. 122

³⁴ Shah, s. 101f

3.3.2.1 "Armed attack" och "inherent right"

En restriktiv tolkning fokuserar också på att frasen "if an armed attack occurs" innebär att en väpnad attack först måste ha uppstått för att självförsvarsrätten skall aktualiseras.³⁵ Varje försök att rättfärdiga anticipatoriskt självförsvar under artikel 51 skulle alltså falla redan på denna formulering.

Detta är ett väldigt starkt argument som talar för en restriktiv tolkning. Den liberala tolkningen hämtar snarare sina argument ur det faktum att artikel 51 erkänner självförsvarsrätten som en "inherent right". Det har varit delade meningar om vad denna lydelse kan betyda men i och med fallet *Nicaragua* så har det blivit vedertaget att termen åsyftar den sedvanerättsliga rätten till självförsvar.³⁶ Förespråkare för att anticipatoriskt självförsvar ryms inom artikel 51 hävdar därmed att en sådan rätt existerar i internationell sedvana och att artikel 51 inte i sig skapar någon egen rätt till självförsvar utan snarare upprätthåller denna sedvanerätt.³⁷

Att artikel 51 vidare sätter denna "inherent right" i samband med att en väpnad attack uppstår, menar liberala tolkare inte skall ses som en begränsning utan istället som en indikation på en typsituation då självförsvarsrätten kan aktualiseras. I detta sammanhang hänvisas ofta till den franska ordalydelsen av artikel 51 (vilken har samma auktoritet som den engelska), vilken talar om att självförsvar är berättigat om en stat är "l'objet d'une agression armée" (d.v.s. föremål för en väpnad attack). Denna lydelse har hävdats vara mindre restriktiv än den engelska. I vilket fall som helst så vore det, menar förespråkare av en tillåtande tolkning, ologiskt att artikel 51 först skulle stadga att den sedvanerättsliga rätten till självförsvar inte skall anses försvagad i och med FN-stadgan, för att i nästa andetag betydligt begränsa densamma.³⁸

Problemet med detta resonemang är att den liberala/tillåtande skolan dels tar för givet att en rätt till anticipatoriskt självförsvar existerar under internationell sedvanerätt, dels att de drar vidsträckta tolkningar av att lydelsen "inherent" skulle hänvisa till den sedvanerättsliga rätten till självförsvar i sin helhet och inte endast den sedvanerätt som existerar just då en väpnad attack uppstår.

3.3.2.1.1 Vad utgör en väpnad attack?

En annan viktig fråga att ställa sig är vad som egentligen kvalificeras som en väpnad attack. En utgångspunkt för denna diskussion är det faktum att artikel 51, till skillnad från andra bestämmelser i FN-stadgan, inte bara talar om en generell "act of aggression" utan specifikt säger att denna skall vara väpnad. Den franska lydelsen "agression armée" stödjer denna iakttagelse. En implikation av detta är att en aggressionshandling måste ha nått upp till en viss svårighetsgrad, eller omfattning, för att räknas som en väpnad

³⁵ Brownlie, s. 275

³⁶ *Nicaragua v. U.S.*, para. 176

³⁷ Murphy, s. 712f

³⁸ *Ibid.*

attack.³⁹ Denna uppfattning har även kommit till uttryck i flera rättsfall av ICJ, där domstolen har talat om de grövsta formarna av våldsanvändning (vilka utgör väpnade attacker) och andra mindre allvarliga fall som inte aktualiserar artikel 51 men likväl kan innebära brott mot artikel 2(4).⁴⁰

Ytterligare en aspekt som varit föremål för tolkning är frågan vid vilken tidpunkt en väpnad attack skall anses ha uppstått. Det tydligaste fallet är den typiska invasionen, då militär från ett land passerar gränsen till ett annat. Även andra händelser har emellertid diskuterats, särskilt i ljuset av fenomen som moderna missiler och minor. Ett exempel på detta är då amerikanska flyg 1999 patrullerade i en s.k. "no-fly zone" ovanför Irak. Vid detta tillfälle attackerade flygen en irakisk missilavfyringsramp, avsedd för luftvärn, då dess radar hade låsts på ("locked on") de amerikanska planen. I den dispyt som följde av detta så debatterades både frågan om det verkligen varit så att radarn hade låst flygplanen i siktet och huruvida amerikanskt flyg överhuvudtaget hade rätt att vistas i detta luftutrymme. Däremot accepterades helt påståendet att en väpnad attack uppstått då radarn väl låst sitt mål.⁴¹

Vissa har även hävdats att det är berättigat att göra en helhetsbedömning vid avgörandet om en väpnad attack uppstått och inte bara se till den enskilda händelsen. Från den positionen har tanken om en ackumulation av händelser fötts. Enligt de som förespråkar denna idé så kan en stat ha rätt att utöva självförsvar i händelse av t.ex. terroristdåd, även om de enskilda dåden inte når upp till den svårighetsgrad som krävs för en väpnad attack men som tillsammans måste anses utgöra ett exempel på grov våldsanvändning. Det är emellertid svårt att skilja på teorin om en ackumulation av händelser från rena repressalier. Till skillnad från den traditionella rätten till självförsvar, som syftar till att bemöta en väpnad attack med defensiva medel, så är syftet med såväl repressalier som användandet av våld som svar på en ackumulation av händelser snarare att straffa och avskräcka. Båda utövas dessutom efter själva händelserna inträffat, då skadan redan är skedd.⁴² På grund av detta har denna teori heller aldrig accepterats av Säkerhetsrådet.⁴³ Däremot kan eventuellt ICJ ha öppnat för att en ackumulation av händelser kan få betydelse då de i fallet *Nicaragua* uttalade:

Very little information is however available to the Court as to the circumstances of these incursions or their possible motivations, which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an "armed attack" by Nicaragua on either or both States.⁴⁴

Stater har också praktiserat en bredare tolkning av en väpnad attack från att endast gälla en attack mot det egna landets territoriella integritet till att

³⁹ Dinstein, s. 184

⁴⁰ Se t.ex. *Oil Platforms*, para. 51 och *Nicaragua v. U.S* para. 191

⁴¹ Gray, s 108

⁴² Alexandrov, s 166f

⁴³ Dolgopol & Gardam, s 400

⁴⁴ *Nicaragua v. U.S*, para. 231

även omfatta attacker mot militär personal, medborgare, äffärsintressen och egendom, som befinner sig utomlands.⁴⁵

3.3.2.1.2 Inkluderar en väpnad attack ett överhängande hot?

Oberoende av vad internationell sedvanerätt säger om anticipatoriskt självförsvar så har det också hävdats att en stat i enlighet med artikel 51 har rätt att försvara sig i de fall staten är utsatt för ett överhängande hot om en väpnad attack. På detta sätt argumenterar t.ex. domare Schwebel i sin skiljaktiga mening i fallet *Nicaragua*. Han hävdar att artikel 51 endast belyser ett exempel på när självförsvar skall vara berättigat och att texten alltså inte skall läsas ”if, and only if, an armed attack occurs”.⁴⁶

Majoriteten i fallet *Nicaragua* uttalade sig emellertid inte om anticipatoriskt självförsvar eftersom man ansåg att ingen av parterna åberopat detta som grund för sin talan.⁴⁷ Domstolen säger samma sak i fallet *Congo v. Uganda*. Här finns emellertid en intressant omständighet i form av ett dokument från Uganda kallat ”Safe Haven”. I detta dokument lägger Uganda fram de direktiv som Ugandas militär har arbetat efter, gentemot de fientliga grupper som opererat mot Uganda från Kongos territorium. Detta dokument innehåller bl.a. följande punkter:

1. To deny the Sudan opportunity to use the territory of the DRC [Democratic Republic of the Congo] to destabilize Uganda.
2. To enable UPDF [Uganda People’s Defense Force] [to] neutralize Uganda dissident groups which have been receiving assistance from the Government of the DRC and the Sudan.
3. To ensure that the political and administrative vacuum, and instability caused by the fighting between the rebels and the Congolese Army and its allies do not adversely affect the security of Uganda.
4. To prevent the genocidal elements, namely, the Interahamwe, and ex-FAR [Former Armed Forces of Rwanda], which have been launching attacks on the people of Uganda from the DRC, from continuing to do so.
5. To be in position to safeguard the territor[ial] integrity of Uganda against irresponsible threats of invasion from certain forces.⁴⁸

Domstolen gjorde som sagt ingen bedömning av rätten till anticipatoriskt självförsvar som sådant. Den uttalade dock att ingen av ovanstående punkter stod i överensstämmelse med artikel 51 i FN-stadgan, eftersom de inte var en respons på en väpnad attack. Man kan alltså säga att domstolen, i alla fall i den här situationen, var ovillig att tolka in ett överhängande hot i artikel 51.⁴⁹

I ett försök att samla ledande experter inom folkrätten i en redogörelse för ramarna för självförsvarsrätten i internationell rätt, så har auktoriteter som Lowe, Roberts, Sands, Shaw, m.fl. tillsammans utarbetat ”The

⁴⁵ Eckert & Mofidi, s 135

⁴⁶ Dinstein, s 183

⁴⁷ *Nicaragua v. U.S.*, para. 194

⁴⁸ *Congo v. Uganda*, para. 109

⁴⁹ Reisman & Armstrong, 534f

Chatham House Principles of International Law on the Use of Force”.⁵⁰ I detta dokument hävdas att artikel 51 inkluderar ett överhängande hot om en väpnad attack. Det stadgas att:

- Force in self-defence may be used only when: the attack consists of the threat or use of force (not mere economic coercion, for example); when the attacker has the intention and the capability to attack; and the attack is directed from outside territory controlled by the State.
- In the case of a threatened attack, there must be an actual threat of an attack against the defending State itself.⁵¹

För att inte ett handlande i anticipatoriskt självförsvar skall kunna missbrukas så poängterar författarna av dokumentet att en stat alltid måste leva upp till kriterierna ”nödvändighet” (som inkluderar kravet på att hotet skall vara överhängande) och ”proportionalitet”.

Enligt samma linje så argumenterar många att ett överhängande hot skall läsas in i artikel 51 då en stat befinner sig vid den tidpunkt då ytterligare passivitet skulle innebära att en attack på statens territorium skulle vara ett faktum. Grunden för detta påstående är att varje självförsvarsrätt med nödvändighet måste innefatta en rätt att avvärja en attackerande motståndare. Varje annan tolkning är inkompatibel med själva idén om att försvara sig själv.⁵² Ett problem med denna hållning är dock frågan hur bedömningen av om en stat verkligen befinner sig i en sådan situation skall göras. Eftersom artikel 51 inte behandlar denna fråga så skulle troligtvis en hel del lämnas till staters godtycke.

3.3.2.1.3 Kan handlingar av icke-statliga aktörer utgöra en väpnad attack?

Det har länge varit underförstått att en väpnad attack utförs av en stat gentemot en annan stat. En del hävdar därför att detta framgår implicit av artikel 51 trots att det i texten inte finns med något sådant påstående. År 1945, vid stadgans utformande, så var också den allmänna bilden av en attack en armé som går över gränsen från ett land till ett annat. Vissa hävdar emellertid att eftersom artikel 51 är tyst om aktören bakom den väpnade attacken så finns det ingen anledning att tolka in en snäv uppfattning om den eventuelle utövaren.

Efter terroristattackerna den 11 september 2001 i USA, så uttalade Säkerhetsrådet sitt stöd för hållningen att både icke-statliga aktörer och stater som understödjer dessa grupper skall hållas ansvariga för handlingar av denna art. I resolution 1368, som Säkerhetsrådet lade fram redan den 12 september 2001, framgår följande:

The Security Council,
...

⁵⁰ Trots att deltagarna till utformandet av detta dokument tillsammans utarbetat innehållet så poängteras det i inledningen till dokumentet att alla åsikter som framkommer inte nödvändigtvis delas av alla författare.

⁵¹ Wilmshurst, s. 965

⁵² Se t.ex. Wattad, s. 214ff

Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter,

...

3. *Calls* on all States to work together urgently to bring to justice the perpetrators, organizers and sponsors of these terrorist attacks and *stresses* that those responsible for aiding, supporting or harbouring the perpetrators, organizers and sponsors of these acts will be held accountable;⁵³

Att Säkerhetsrådet alltså erkänner en självförsvarsrätt vid en situation som denna, då en attack utförts av en icke-statlig aktör, tyder på att dess inställning till en väpnad attack är att även icke statliga grupper kan utföra sådana. Fler resolutioner, där det talas om att stater får ta "all necessary steps" för att bekämpa terrorism, ger ytterligare stöd för att Säkerhetsrådet numera intagit denna hållning.⁵⁴

I fallet *Nicaragua* gav även ICJ stöd för denna linje då domstolen, med hänvisning till FN:s *Definition of Aggression*⁵⁵, uttalade att:

[I]t may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also "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 its substantial involvement therein".⁵⁶

Domstolen fortsätter med att konstatera att handlingarna måste uppnå en viss svårighetsgrad, eller "scale and effect", för att räknas som en väpnad attack.⁵⁷ Idag råder det ett utbrett samförstånd kring att icke statliga aktörers handlande kan utgöra en väpnad attack, så länge handlingarna uppnår en sådan svårighetsgrad att de skulle räknas som en väpnad attack om handlingarna utförts av en stat. Vad som däremot vållat större oenighet är vilken grad av inblandning som krävs för att en stat skall kunna stå som ansvarig för vissa handlingar och för att berättiga ett agerande i självförsvar för den utsatta staten.⁵⁸

Domstolen i fallet *Nicaragua* menade att endast support till icke-statliga aktörer inte kvalificerade som en väpnad attack utan snarare som ett eventuellt hot eller användande av våld.⁵⁹ Denna uppfattning kritiserades dock hårt av domarna Schwebel (USA) och Jennings (UK) i deras skiljaktiga meningar. Schwebel menade att "substantial involvement" kan innefatta ekonomisk och logistisk support. Han argumenterade vidare för att en alltför snäv definition av vad som utgör en väpnad attack, och därmed när rätten till självförsvar uppstår, erbjuder en möjlighet för mäktiga stater att, genom stark support till icke-statliga aktörers handlande, störta svagare

⁵³ Säkerhetsrådets resolution 1368, tillgänglig på:

<http://www.un.org/documents/ga/res/14/ares14.htm>

⁵⁴ "Necessary steps" tolkas oftast som att inkludera användandet av våld. Se t.ex. Shah, s. 104

⁵⁵ Artikel 3(g) i annexet till G.A. Res. 3314 (XXIX), tillgänglig på:

<http://www.un-documents.net/a29r3314.htm>

⁵⁶ *Nicaragua v. U.S.*, para. 195

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Gray, s 109

⁵⁹ *Nicaragua v. U.S.*, para. 195

stater utan att dessa får någon möjlighet att försvara sig med de medel som kanske är deras enda hopp om överlevnad. Jennings argument grundade sig i samma tanke och att domstolens linje inte var realistisk eftersom maktkamper världen över oftast förs genom splittring, inblandning i andra staters inhemska stridigheter, hjälp och uppmuntran till olika rebelliska grupper, etc.⁶⁰

Andra, som kommenterat fallet *Nicaragua*, har fallit in i kritiken mot majoritetens snäva definition och hävdade att åtminstone tillgodoseendet och levererandet av vapen kombinerat med ekonomisk och logistisk support, i princip kan utgöra en väpnad attack. Varken de skiljaktiga domarna eller dessa kommentatorer har emellertid visat på stöd i statspraxis för en sådan uppfattning. Inte heller Säkerhetsrådet har någonsin identifierat sådana interventioner som någon väpnad attack.⁶¹

Även om icke-statliga aktörers handlande kan utgöra en väpnad attack, och därmed i princip utlösa en stats rätt till självförsvar, så är det en annan fråga på vilka villkor staten i så fall kan utöva denna rätt. Jag återkommer till detta under kapitel 5.

3.3.3 Kontexten och efterföljande överenskommelser

Enligt tolkningsreglerna i Wienkonventionen så skall, förutom ordalydelsen, även traktatens kontext tas i beaktande. Utöver dess text har emellertid FN-stadgan inte någon särskild kontext i Wienkonventionens mening.⁶² Det är dock även aktuellt att väga in efterföljande överenskommelser mellan parterna som är hänförliga till traktaten.⁶³

Till skillnad från överenskommelser och instrument som tillkommit i anslutning till traktaten, och som därmed måste ha alla parter godkännande, så kan efterföljande överenskommelser vara relevant för tolkningen trots att alla parter inte samtyckt till dessa. Följaktligen kan ett antal av Generalförsamlingens resolutioner, som har fått brett stöd bland parterna, erbjuda hjälp vid tolkningen av artikel 51. Ingen av dessa resolutioner säger egentligen någonting om ramarna för rätten till självförsvar. Däremot kan deras bild av våldsanvändning i allmänhet ändå ha betydelse för självförsvarsrättens omfattning.⁶⁴

Först och främst har vi ”The 1965 UN Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty”. Denna resolution säger bl.a att ingen stat får använda sig av, eller uppmuntra användandet av, åtgärder som syftar till att med våld betvinga en annan stat, för att skaffa sig själv fördelar av något slag. Dessutom förbjuds stater att delta i sådana

⁶⁰ Gray, s 110

⁶¹ Gray. S 110f

⁶² Bordelon, s 128

⁶³ Vienna Convention on the Law of Treaties, article 31, para. 3(a)

⁶⁴ Bordelon, s 131

aktiviteter som med våld ämnar störta regimen i ett annat land.⁶⁵ Det har föreslagits att språkbruket i denna resolution tyder på en icke-acceptans mot ett handlande i självförsvar som företas före, eller i alla fall långt före, uppkomsten av en väpnad attack. Samtidigt påpekas det i resolutionen att den inte ämnar påverka aktuella bestämmelser i FN-stadgan.⁶⁶

En annan relevant resolution är ”The 1970 UN Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States In Accordance with the Charter of the United Nations”. Här åläggs stater att avhålla sig från våldsanvändning som lösning av internationella konflikter. Dessutom påpekas att rena repressalier är otillåtna, samt att skyldigheten att lösa dispyter på fredlig väg fortsätter även efter det att initiala försök att göra detta har misslyckats.⁶⁷ Syftet med denna resolution, att stater med ärligt uppsåt skall sträva efter att lösa konflikter på fredlig väg, kan tyckas vara svårt att förena med användandet av våld innan en väpnad konflikt uppstått.⁶⁸

Det argumenteras även för att ett alltför snabbt handlande under rubriken självförsvar kan komma att bryta mot den resolution som domstolen i fallet *Nicaragua* hänvisade till, nämligen ”Definition of Aggression”. Denna resolution slår fast att det första användandet av väpnat våld, i strid med FN-stadgan, skall initialt anses vara bevis för en ”act of aggression”. Inget rättfärdigande för en sådan handling står heller att finna.⁶⁹

De två sistnämnda resolutionerna påpekar dock, liksom den första, att de inte ämnar modifiera någon bestämmelse i FN-stadgan. Detta är också det argument som de som förespråkar en mer tillåtande tolkning brukar föra fram. De som föredrar en restriktiv tolkning brukar däremot hävda att dessa resolutioner förtydligar vissa delar av FN-stadgan och att de därför ger stöd åt uppfattningen att rätten till självförsvar är en väldigt begränsad rätt som endast kan utövas då en väpnad attack *de facto* har inträffat.⁷⁰

3.3.4 Statspraxis

Wienkonventionen tar även upp efterföljande statspraxis som ett medel för tolkningen av en traktat.⁷¹ Vid flera tillfällen sedan FN-stadgans tillkomst har också stater använt våld på ett sätt som på ett eller annat sätt haft karaktären av anticipatoriskt självförsvar. Jag kommer nedan att gå igenom fyra av de mest utmärkande fallen, nämligen Kubakrisen, 6-dagars kriget, Israels bombning av kärnanläggningen Osirak, samt Operation Iraqi Freedom.

⁶⁵ G.A. Res. 2131 (XX), para.1. Tillgänglig på:
<http://www.un.org/documents/ga/res/20/ares20.htm>

⁶⁶ Bordelon, s 129

⁶⁷ G.A. Res. 2625, para. 1. Tillgänglig på:
<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>

⁶⁸ Bordelon, s 129f

⁶⁹ G.A. Res. 3314 (XXIX), arts. 2 & 5. Tillgänglig på:
<http://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm>

⁷⁰ Bordelon, s 130f

⁷¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, article 31, para. 3(b)

3.3.4.1 Kubakrisen

I oktober 1962 blev det känt för amerikansk underrättelsetjänst, via satellitbilder, att Sovjetunionen var i färd med att konstruera, leverera och installera kärnvapenmissiler av medeldistanskaraktär på Kuba. Den 23:e oktober 1962, efter det att Sovjetunionen ignorerat USA:s begäran om att dessa aktiviteter omedelbart skulle upphöra, så gav president Kennedy order om att inrätta en marin karantän runt Kuba. Denna karantän bestod i en blockad mot, och inspektion av, alla ingående fartyg. Allt för att stoppa transporten av missiler och relaterat material och för att framtvinga ett avlägsnande av redan installerade vapen. USA tog, i samband med denna karantän, upp frågan i Säkerhetsrådet och hävdade där att Sovjetunionens handlande utgjorde ett hot mot internationell fred och säkerhet. Konflikten löstes till slut genom bilaterala förhandlingar och Säkerhetsrådet antog aldrig någon resolution.⁷²

I diskussionerna som likväl fördes i Säkerhetsrådet var frågan om anticipatoriskt självförsvar den som debatterades flitigast. USA själv grundade dock inte sina argument i någon rätt till självförsvar överhuvudtaget. Istället åberopades bl.a. artikel 52 i FN-stadgan som rör handlingar företagna av regionala organisationer och regionalt fredsbevarande.⁷³ Problemet med USA:s argumentation var att en liknande blockad anses vara ett brott mot det allmänna våldsförbudet i artikel 2(4) i FN-stadgan och kan därför bara vara legal om den ryms under något av undantagen till förbudet. Det enda undantaget som var aktuellt i detta fall var just artikel 51 och rätten till självförsvar.⁷⁴

USA:s huvudsakliga argument var påståendet att missilerna måste anses vara av offensiv karaktär och därför ett direkt hot mot hela Amerika. Dessutom rubbades den balans som förut, enligt USA:s mening, rått mellan supermakterna. Den stora svagheten med detta resonemang var att placandet av missilerna på Kuba utan större svårighet lika gärna kunde betraktas som defensiva, vilket också var Sovjetunionens och Kubas åsikt. Bara ett år tidigare hade nämligen USA sponsrat försöket att invadera Kuba genom händelserna vid Grisbukten. Sovjetunionens representant belyste detta och poängterade att ingen stat har rätt att bestämma över en annan stats innehav av de vapen som denna stat anser är nödvändiga för sitt försvar. I enlighet med FN-stadgan så har varje stat rätt att försvara sig och inneha militära medel för att garantera sin säkerhet.⁷⁵

Vid diskussionerna i Säkerhetsrådet gav Ghanas representant uttryckligt stöd för en rätt till anticipatoriskt självförsvar i enlighet med Websters formulering. För Ghana var emellertid vapnens karaktär avgörande och då det inte kunnat styrkas att de var att betrakta som defensiva, och då hotet mot USA inte var tillräckligt överhängande, så avlogs karantänen som ej förenlig med folkrätten.⁷⁶

⁷² Martinez, s 136f

⁷³ Alexandrov, s 155f

⁷⁴ Arend & Beck, s 74f

⁷⁵ Franck, s 100

⁷⁶ Arend & Beck, s 75f

Trots att inget formellt åberopande av anticipatoriskt självförsvar, som folkrättslig grund, gjordes vid tidpunkten så kan ändå det faktum att inget fördömande mot denna idé heller gjordes, tyda på en acceptans av denna rätt. Till och med Sovjetunionen och Kuba var noga med att betona den defensiva karaktären hos missilerna, något som eventuellt indikerar att de annars skulle ha ansett att USA haft rätt att vidta preventiva åtgärder.⁷⁷

3.3.4.2 6-dagars kriget

I juni 1967 attackerade Israel Egypten (United Arab Republic) och besegrade snart de samlade arabiska trupperna som hade mobiliserats vid den egyptiska gränsen till Israel. Israel hade innan detta inte själv blivit utsatt för någon attack men de åberopade ändå sin rätt till självförsvar p.g.a. en serie av föregående händelser. Inför Säkerhetsrådet motiverade sig Israel på följande sätt:

[a]n army, greater than any force ever assembled in history in Sinai, had massed against Israel's southern frontier. Egypt has dismissed the United Nations forces which symbolized the international interest in the maintenance of peace in our region, Nasser had provocatively brought five infantry divisions and two armoured divisions up to our very gates; 80,000 men and 900 tanks were poised to move.⁷⁸

Det stod alltså klart att Israel uppfattade den arabiska mobiliseringen som ett allvarligt hot. Det faktum att Egypten dessutom begärt att FN:s fredsbevarande styrkor i skulle lämna området sågs som ytterligare tecken på att en attack mot Israel var överhängande. Egypten å sin sida hävdade att de hade haft uppgifter om en koncentration av Israels väpnade styrkor på andra sidan gränsen och att avlägsnandet av FN:s styrkor snarare gjordes för att Egypten utan inblandning skulle kunna försvara sig vid händelse av en konfrontation.⁷⁹

Israel grundade aldrig sitt agerande i ett uttryckligt erkännande av anticipatoriskt självförsvar som sådant, utan endast i sin rätt till självförsvar i enlighet med artikel 51. Till att börja med hävdade man även att man varit utsatt för en verklig väpnad attack men då detta allt eftersom framstod som mer och mer tvivelaktigt så lades större vikt vid det omedelbara och allvarliga hot som Israel var utsatt för.⁸⁰

Israels attacker slutade, förutom i ett militärt nederlag för de arabiska styrkorna, med att Israel utvidgade sitt territorium till fyra gånger sin ursprungliga storlek i och med ockupationen av Gaza, Västbanken, Sinai och Golanhöjderna. Ett antal resolutioner antogs av Säkerhetsrådet under dessa dagar där alla manade till eldupphör. Ingen av resolutionerna fördömde dock Israels ockupation. Endast den sista resolutionen talade om otillåtligheten i att förvärva territorier genom krigsföring, men erkände samtidigt att Israels tillbakadragande var avhängigt de andra parternas

⁷⁷ Arend & Beck, s 76

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Se t.ex. Alexandrov, s 153f

⁸⁰ Arend & Beck, s 76

upphörande av stridigheter samt respekt för Israels rätt till en fredlig existens innanför gränser fria från våld eller hot om våld.⁸¹

Trots att varken Säkerhetsrådet eller Generalförsamlingen alltså formellt uttryckte stöd för en rätt till anticipatoriskt självförsvar så kvarstår det faktum att inget fördömande gentemot Israels handlande formulerades. Detta trots att Israel inte först blivit utsatt för en väpnad attack och inte kan anses ha uttömt alla diplomatiska medel före den israeliska attacken ägde rum. I ljuset av detta framstår det som rimligt att påstå att Israels handlande gentemot det överhängande hotet i detta fall, av många ansågs som rimligt.⁸²

Å andra sidan ställde sig inte alla stater positiva till Israels handlande. De stater som opponerade sig diskuterade emellertid inte i första hand rätten till anticipatoriskt självförsvar utan tryckte istället på otillåtligheten i att vara den förste att använda våld, oavsett motivering.⁸³ Även om det argumentet i sig talar emot anticipatoriskt självförsvar så stod det samtidigt klart att en stat som Sovjetunionen, som riktade stark kritik mot Israel, inte fick nämnvärt gehör för sina krav i diskussionerna i Säkerhetsrådet.⁸⁴

3.3.4.3 Bombningen av Osirak

I juni 1982 flög israeliskt stridsflyg in över Bagdad och bombade kärnanläggningen Osirak. Som stöd för dessa bombningar uttalade Israel att Irak vid denna anläggning var i färd med att utveckla kärnvapen som i förlängningen kunde hota Israels existens. Irak å sin sida kallade till omedelbart möte i Säkerhetsrådet där man hävdade att bombningarna var grova "acts of aggression" eftersom Osirak endast var ämnad för fredliga medel samt att Irak, till skillnad från Israel, var part till 1968 Treaty on Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) och att reaktorn följaktligen var föremål för inspektion av IAEA. Israel argumenterade för att Iraks inköpsmönster av uran snarare var i linje med vapentillverkning, samt att landets stridslystna retorik bestyrkte dess intention att använda dessa vapen.⁸⁵

Reaktionen från omvärlden på dessa bombningar var i allmänhet mycket negativ och Säkerhetsrådet antog så småningom enhälligt en resolution som fördömde Israels handlande som ett klart brott mot FN-stadgan och folkrätten i övrigt.⁸⁶

Händelsen är dock ett av de få fall de en stat uttryckligen har sökt stöd i en påstådd rätt till anticipatoriskt självförsvar. Den israeliske representanten i Säkerhetsrådet hänvisade till flera auktoriteter inom den folkrättsliga doktrinen som grund för sitt påstående. I diskussionen som sedan fördes i Säkerhetsrådet så visade det sig, föga förvånande, att åsikterna gick åt olika håll gällande denna fråga. Många antog en restriktiv hållning till läsandet av artikel 51 och menade således att en rätt till självförsvar endast uppstod efter

⁸¹ Franck, s 104

⁸² Franck, s 104f

⁸³ Arend & Beck, s 77

⁸⁴ Franck, s 103f

⁸⁵ Franck, s 105

⁸⁶ Alexandrov, s 161

en väpnad attack. Andra talade för en mer liberal tolkning av FN-stadgan och hävdade att anticipatoriskt självförsvar kan tillåtas under förutsättning att hotet är överhängande och alla andra fredliga medel blivit uttömda. Eftersom Israel inte kunde visa på att de varken hade rätt i sak eller att den påstådda faran varit överhängande så levde de inte heller upp till kraven för den rätt de själv åberopade.⁸⁷

Det starka fördömandet av Israels bombningar kan i och för sig ses som ett avståndstagande från anticipatoriskt självförsvar som en påstådd rättighet. Å andra sidan har vissa kritiker pekat på att av diskussionerna i Säkerhetsrådet att döma så var många stater beredda att erkänna stark bevisning för en nära förestående attack som tillräckligt för att utlösa en rätt till självförsvar, men att denna bevisning antingen inte varit tillräcklig i detta fall och att de fredliga och diplomatiska medel som stått till buds inte uttömts.⁸⁸

3.3.4.4 Operation Iraqi Freedom

Den 20 mars, irakisk tid, påbörjades den USA-ledda invasionen av Irak som kom att gå under det amerikanska kodnamnet Operation Iraqi Freedom. Inför invasionen talades det mycket om Iraks påstådda innehav av massförstörelsevapen, Iraks kopplingar till terrornätverket Al Qaida, användandet av våld av den irakiska regimen gentemot den inhemska befolkningen samt Iraks retoriska hot gentemot västvärlden, och då främst USA. När det stod klart att USA var beredd att använda våld utan Säkerhetsrådets godkännande, och invasionen så småningom blev ett faktum, så presenterade USA dock en ny grund för sitt handlande. Denna grund bestod i åberopandet av vissa resolutioner som Säkerhetsrådet bl.a antagit i samband med Iraks invasion av Kuwait och som USA ansåg fortfarande tillät användandet av våld gentemot Irak. Även USA:s allierade i kriget mot Irak, d.v.s. främst Australien och Storbritannien, åberopade dessa resolutioner som legal grund för en invasion.⁸⁹

Stark kritik har emellertid riktats mot hänvisningen till de aktuella resolutionerna (res. 678, res. 687 och res. 1441) som grund för våldsanvändningen i detta fall. Av de tre resolutionerna är det endast res. 678 som uttryckligen auktoriserade användandet av våld gentemot Irak. Denna resolution, som antogs innan det första Gulfkriget, gav Irak en sista chans att dra tillbaka sina trupper ur Kuwait och tillät andra stater att använda alla nödvändiga medel för att se till att så skedde om Irak inte själv fullföljt denna begäran innan den 15 januari 1991. Problemet med åberopandet av resolutionen år 2003 var att den endast tillät användandet av våld under den tidsperiod som krävdes för att säkerställa Iraks tillbakadragande av trupperna ur Kuwait. Som svar på denna problematik hävdades det att res. 678 åter aktiverades om Irak inte levde upp till kriterierna för den föreskrivna vapenvilan i res. 687. Detta argument var dock också mycket tvivelaktigt då artikel 39 i FN-stadgan slår fast att endast Säkerhetsrådet kan bestämma om, och i så fall hur, dess resolutioner skall

⁸⁷ Arend & Beck, s 78f

⁸⁸ Franck, s 106f

⁸⁹ Peters, s 6f

verkställas. Slutligen åberopades även resolution 1441 som grund för våldsanvändning och framförallt att denna resolution varnade Irak för allvarliga konsekvenser i det fall Irak inte kunde följa de uppställda kriterierna i res. 687. Även om USA tolkade ”allvarliga konsekvenser” som ett tillåtande av våldsanvändning så stod det klart att Säkerhetsrådet inte definierat denna lydelse på det sättet. Istället hade man medvetet avstått från att använda frasen ”alla nödvändiga medel”, som man använt i res. 678.⁹⁰

Oaktat dessa försök att legalt grunda sina våldsanspråk på Säkerhetsrådets resolutioner så menar de flesta experter idag att USA:s egentliga grund för Irakkriget var ett anammande av principen om anticipatoriskt självförsvar, eller föregripande angrepp (pre-emptive strike), vilket kommit till uttryck i en mängd anföranden och dokument från amerikansk sida.⁹¹ I 2002 års ”National Security Strategy of the United States of America” framgår bl.a. följande:

The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction - and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively.⁹²

Denna argumentation går igen i president Bushs tal till nationen 2003, denna gång med ett uttalat påstående om att hotet inte ens behöver vara överhängande:

Some have said that we must not act until the threat is imminent. Since when have terrorists and tyrants announced their intentions, politely putting us on notice before they strike? If this threat is permitted to fully and suddenly emerge, all actions, all words, and all recriminations would come too late. Trusting in the sanity and restraint of Saddam Hussein is not a strategy and not an option.⁹³

Det står alltså klart att det enda logiska argument som USA hade att grunda sitt handlande på var en påstådd rätt till anticipatoriskt självförsvar.⁹⁴

Omvärldens reaktioner mot *Operation Iraqi Freedom* har varit blandade. Klart är i alla fall att ingen av de länder som ingår i koalitionen med USA direkt har grundat sin delaktighet i någon rätt till anticipatoriskt självförsvar. Däremot har dessa länder uttalat sig positiva till denna rätt rent generellt.⁹⁵

Flera av de länder som motsatte sig eller ställde sig neutrala till invasionen har, trots vissa avvisanden av USA:s argument om föregripande angrepp, genom åren agerat på ett sådant sätt att de i handling själva omfamnat samma legala anspråk. Kinas handlande mot Taiwan respektive Taiwans uttalande om sina rättigheter gentemot Kina, ger båda uttryck för

⁹⁰ Ramirez, s 18ff

⁹¹ Cohan, s 313

⁹² *The National Security Strategy of the United States of America* (2002), s 15. Tillgänglig på: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>

⁹³ Gray, s 177

⁹⁴ I sammanhanget har i och för sig tanken om en humanitär intervention lyfts fram som en annan anledning (se t.ex. Sifris, s 544-558), men detta var aldrig ett huvudargument från USA:s sida.

⁹⁵ Reisman & Armstrong, s 538-544

en positiv inställning till anticipatoriskt självförsvar. Ryssland har proklamerat sin rätt till föregripande åtgärder för att motarbeta terrorism, Iran och Nordkorea har båda poängterat att det inte är förbehållet USA att handla preventivt och att amerikanska mål mycket väl kan komma att angripas i föregripande syfte. Israels praxis har, som vi sett, legat längs denna linje och både Frankrike och Indien har i olika försvarspolicys erkänt preventivt militärt handlande som en del av självförsvarsrätten, eller en nödvändighet i bekämpandet av terrorism.⁹⁶

Å andra sidan möttes också argumenten om preventiva angrepp av massiv kritik från vissa håll. Både Tyskland och Spanien, samt ”The Islamic Conference of Foreign Ministers”, avslog dessa argument som helt grundlösa och klara brott mot folkrättsliga regler och principer.⁹⁷ Dessutom är nästan allt stöd för preventivt handlande riktat mot den speciella situation som terroristhotet utgör, inte primärt mot det hot som en stat kan utgöra gentemot en annan.

Stater som Frankrike, Ryssland och Kina var också noga med att påpeka att det i fallet Irak inte hade kunnat påvisas något överhängande hot. Uppdagandet att det sedermera inte gick att styrka att Irak alls haft tillgång till massförstörelsevapen, och misslyckade försök att koppla den irakiska regimen till Al Qaida, bidrog ytterligare till uppfattningen att USA inte ens lyckades bevisa sina egna påståenden och därmed inte hade grund för sina argument.⁹⁸

3.3.4.5 Sammanfattning av praxis

De fall som presenterats ovan är några av de mest utmärkande händelserna där staters handlande och omvärldens reaktioner har speglat inställningen till anticipatoriskt självförsvar. Det finns dock många fler exempel där samma tankar legat till grund för preventivt handlande, framför allt av USA i samband med terrorism.⁹⁹

Som stöd för en rätt till anticipatoriskt självförsvar har det hävdats att motståndet mot de preventiva handlingar som stater genom åren utfört inte först och främst har gällt existensen av anticipatoriskt självförsvar som rättighet betraktad, utan snarare att många av handlingarna inte nått upp till kraven på nödvändighet och proportionalitet.¹⁰⁰

Å andra sidan är det slående att stater har varit så pass motvilliga att rättfärdiga sina handlingar genom att åberopa rätten till anticipatoriskt självförsvar. Istället har man nästan alltid nöjt sig med att hänvisa till artikel 51 och hävdats att man genom denna bestämmelse har rätten på sin sida. Denna försiktighet med att använda sig av anticipatoriskt självförsvar som argument kan mycket väl ses som ett tecken på att stater är medvetna om argumentets tvivelaktiga ställning inom folkrätten.¹⁰¹

⁹⁶ Reisman & Armstrong, s 544-546

⁹⁷ Reisman & Armstrong, s 547

⁹⁸ Gray, s 183

⁹⁹ Se t.ex. Obayemi, s 34 eller Martinez, s 140-144

¹⁰⁰ Sifris, s 539

¹⁰¹ Gray, s 130

3.3.5 Relevanta regler i internationell rätt

Artikel 31, p.3(c) föreskriver att även relevanta folkrättsliga regler, som är tillämpliga mellan parterna, skall tas i beaktande tillsammans med traktatens kontext. I det här fallet blir internationell sedvana högst relevant eftersom denna existerar parallellt med FN-stadgan och är lika applicerbar på en situation mellan parterna som varje aktuell traktatbestämmelse.¹⁰²

Det råder delade meningar om vad den sedvanerättsliga rätten till självförsvar egentligen innehåller för olika delar¹⁰³ men man har kunnat enas om att kriterierna ”nödvändighet” och ”proportionalitet” åtminstone utgör en så pass vital del av denna rätt att de även blir relevanta för tolkningen av artikel 51.¹⁰⁴

En handling i självförsvar har kvalificerats som nödvändig av många olika anledningar. Det kan handla om att hålla tillbaka den som attackerar och hindra denna från att fortsätta attacken eller att återerövra nyligen förlorat territorium. Huvudsaken är att syftet med användandet av våld inte är av vedergällande eller straffande karaktär.¹⁰⁵

Kravet på proportionalitet handlar om att sätta ramarna för den mängd våld som används. Det är inte frågan om ett kriterium som på något vis skulle begränsa storleken på de trupper som sätts in eller som hindrar en stat från att göra mer än att endast mota fienden över landets gränser. Däremot skall det våld som används vara proportionerlig gentemot det anfall man blivit utsatt för i fråga om omfattning, tillvägagångssätt och mål.¹⁰⁶ Våldsanvändningen skall alltså inte vara uppenbart överdriven. Med hänvisning till Websters formulering kan man säga att en handling, för att vara proportionerlig gentemot en attack, skall kunna rättfärdigas med nödvändigheten av ett handlande i självförsvar. Handlingen måste därvid begränsas av denna nödvändighet och klart hålla sig inom dess ramar.¹⁰⁷

Om dessa kriterier således måste mötas för att en rätt till självförsvar skall kunna upprätthållas, så får vi genast problem med den påstådda rätten till anticipatoriskt självförsvar. Bedömningen av om en handling är nödvändig och proportionerlig är ju något som är bundet av fakta i det enskilda fallet. Vid utövandet av ett anticipatoriskt självförsvar har vi inget verkligt fall att göra denna bedömning utifrån.¹⁰⁸

De som föredrar en restriktiv hållning till artikel 51 hävdar, utifrån denna problematik, att fakta i ett fall inte med någon större mening kan analyseras innan dessa fakta ens existerar. Därför kan anticipatoriskt självförsvar omöjligtvis möta kraven på nödvändighet och proportionalitet. De som däremot är för en mer tillåtande tolkning går i allmänhet med på att

¹⁰² Internationell sedvanerätts parallella existens med FN-stadgan bekräftades av ICJ i *Nicaragua v. U.S.*, para. 175-178

¹⁰³ Jag går in djupare på detta under kapitel 4.5

¹⁰⁴ ICJ har i flera fall pekat på att trösklarna ”nödvändighet” och ”proportionalitet” måste nås för att användandet av våld skall kunna falla inom ramarna för självförsvar istället för exempelvis rena repressalier. Se t.ex. *Nicaragua v. U.S.*, para. 176, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, para. 41 & *Oil Platforms*, para. 76

¹⁰⁵ Bordelon, s 135f

¹⁰⁶ Bordelon, s. 136

¹⁰⁷ Se not 10

¹⁰⁸ Bordelon, s 137

proportionaliteten är svår att bedöma vid ett handlande i anticipatoriskt självförsvar, men att kravet på nödvändighet går att ta ställning till om man förutsätter att detta kriterium även omfattar kriteriet ”överhängande fara”.¹⁰⁹

I överensstämmelse med denna åsikt så har författarna till dokumentet ”The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force”¹¹⁰ beskrivit kravet på nödvändighet som nära kopplat till kravet på en överhängande fara:

- Force may be used only when any further delay would result in an inability by the threatened State effectively to defend against or avert the attack against it.
- In assessing the imminence of the attack, reference may be made to the gravity of the attack, the capability of the attacker, and the nature of the threat, for example if the attack is likely to come without warning.
- Force may be used only on a proper factual basis and a proper basis and after a good faith assessment of the facts.¹¹¹

Begreppet ”överhängande fara” är emellertid inte helt oproblematiskt. Vilken grad av säkerhet skall man kräva för att en fara skall anses vara överhängande? Dinstein, som har introducerat termen ”interceptive self-defense”, menar att en stat har rätt att förekomma en väntad attack då denna är överhängande och oundviklig. Som exempel tar han incidenten vid Pearl Harbor. Om USA hade attackerat Japans hangarfartyg då dessa närmade sig Pearl Harbor, men innan de skickat ut sina stridsflygplan, så hade detta svarat mot kravet på nödvändighet.¹¹² Problemet med Dinstains argumentation är att det i praktiken i princip är omöjligt att bedöma om en attack är oundviklig eller inte. Det hade kunnat vara så att Japan inte tänkte inleda ett anfall utan snarare företa en maktdemonstration utanför den amerikanska kusten. Historien är full av exempel på tillfällen då krissituationer, där användandet av våld har verkat ofrånkomligt, i sista minuten har upplösts p.g.a. diplomatiska interventioner, regimförändringar eller andra faktorer.¹¹³

De som förespråkar inkludering av begreppet ”överhängande fara” menar däremot att USA:s nyligen antagna policy av ”pre-emption”, d.v.s. föregripande angrepp, ytterligare skiljer sig från anticipatoriskt självförsvar i det att den förra helt slopat kravet på att faran måste vara överhängande. Å andra sidan har förespråkare för USA:s linje hävdats att det i många fall är mycket enklare och säkrare att förutspå vad som med tiden kommer att inträffa istället för var som med nödvändighet kommer att ske imorgon.¹¹⁴

¹⁰⁹ Murphy, s 711

¹¹⁰ Se not 40

¹¹¹ Wilmshurst, s. 967

¹¹² Dinstein, s.190ff

¹¹³ Rivkin, Casey & DeLaquil, s 484f

¹¹⁴ Rivkin, Casey & DeLaquil, s 485

3.3.6 Ändamål och syfte

I enlighet med tolkningsmodellen i Wienkonventionen så skall en traktat också tolkas i ljuset av dess ändamål och syfte.¹¹⁵ Det är alltså hela traktatens syfte som är intressant i sammanhanget, inte endast den enskilda bestämmelsen. Utifrån denna aspekt kan både den restriktiva och tillåtande skolan anföra intressanta argument.

Den restriktiva skolan fokuserar på att FN-stadgan har som mål att i största möjliga mån begränsa antalet mellanstatliga konflikter. Att då tillåta en tolkning som avsevärt skulle öka risken för våldsanvändning är något som går emot detta mål. Att lämna det upp till en enskilds stats mer eller mindre skönmässiga bedömning huruvida en framtida risk är att betrakta som överhängande eller inte, är något som i samband med dagens teknologi skulle innebära sådana risker som FN-stadgan just tillkommit för att söka undvika.¹¹⁶

FN-stadgan är också konstruerad för att främja fredlig lösning av internationella konflikter. En alltför bred tolkning av självförsvarsrätten skulle på ett allvarligt sätt underminera dessa medel. Den tidsperiod som skulle finnas till hands för fredliga medel att verka skulle vara helt beroende av riktigheten och noggrannheten i bedömningen av hotbilden mot en stat.¹¹⁷

Fördelarna med att ha en entydig och klar regel för den lagliga rätten att använda våld skulle också gå förlorad om anticipatoriskt självförsvar tilläts inom ramen för artikel 51. Om en väpnad attack krävs för att en sådan rätt skall uppstå så står det tämligen klart för stater vilka sorters aktiviteter de bör undvika för att inte själva bli utsatta för angrepp. I en värld där anticipatoriskt självförsvar tilläts så skulle läget vara betydligt osäkrare för en stat angående vilka åtgärder denna kan vidta utan att riskera att bli attackerad.¹¹⁸

Förespråkarna för den tillåtande skolan argumenterar istället för att FN-stadgan är menad som ett instrument för att åstadkomma ett fungerande internationellt system, där internationell fred och säkerhet kan upprätthållas med staterna som främsta subjekt. FN:s syfte har nämligen aldrig varit att fungera som en överstatlig auktoritet för stater att inordna sig under, utan snarare som ett medel för stater att kunna behålla sin suveränitet och integritet. Ett begränsande av den inneboende rätten ("inherent right") till självförsvar skulle vara ett obefogat inkräktande i staters suveränitet.¹¹⁹

Dessutom, menar de liberala tolkarna, har Säkerhetsrådets oförmåga att hittills kunna agera som garant för internationell fred och säkerhet belyst det faktum att just detta, det viktigaste syftet med FN, inte kan uppfyllas med en alltför snäv självförsvarsrätt. I ljuset av dagens utbredning av massförstörelsevapen är det också fel att tolka FN-stadgan på ett sådant sätt att den närmast blir en självmordspakt som illegaliserar de defensiva åtgärder som kan krävas för en stat för att denna skall kunna överleva. Om

¹¹⁵ Artikel 31, p.1 VCLT

¹¹⁶ Bordelon, s 138

¹¹⁷ Bordelon, s 139

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Bordelon, s 139f

lagen säkerställer att en angripande stat alltid har rätt till den första attacken, så ger detta stora militära fördelar till förövaren. Syftet med FN-stadgan var inte att på detta sätt tillåta att det militära läget blir fördelaktigt för de stater som är beredda att utnyttja att andra stater följer lagen.¹²⁰

3.3.7 Travaux préparatoire

I Wienkonventionens tolkningsregler räknas förarbeten som ett supplementärt tolkningsmedel. Det betyder att förarbetena endast skall tas i beaktande för att bekräfta en tolkning som man gjort med hjälp av de ordinära tolkningsmedlen, eller i de fall de ordinära tolkningsmedlen antingen lett till ett tvetydigt eller otydligt resultat eller när de lett till ett resultat som är uppenbarligen absurt eller orimligt. Det råder uppenbarligen delade meningar om huruvida artikel 51, med de ordinära tolkningsmedlens hjälp, bara kan tolkas på ett sätt eller inte. Ur den synvinkeln kan man alltså säga att resultatet av tolkningen av artikeln fortfarande är tvetydigt. Å andra sidan hänvisas det relativt ofta till förarbetena i doktrin, även av de som tycker att tolkningen av artikeln är självklar. I dessa fall handlar det alltså snarare om att visa på att förarbetena styrker den tolkning man själv har gjort. I vilket fall som helst så går även analyserna av förarbetena isär.

Upprinnelsen till frågan om självförsvarsrätten var när man under utformandet av FN-stadgan, under den s.k. San Francisco Konferensen, ställdes inför problematiken att harmonisera redan existerande regionala överenskommelser med FN-stadgan. De regionala överenskommelserna föreskrev ofta att en attack mot ett visst land skulle räknas som en attack mot alla länder i regionen, vilket i sig gav upphov till en rätt till självförsvar för alla inblandade stater. När det stod klart att FN-stadgan skulle komma att innehålla ett kraftfullt, allmänt våldsförbud så oroades dock många stater, främst de Latinamerikanska, för att de regionala överenskommelserna skulle betraktas som stående i strid med våldsförbudet. Det fördes långtgående diskussioner om huruvida man skulle kunna införa ett undantag för just regionala överenskommelser i FN-stadgan men då det påpekades från många håll att detta var onödigt med tanke på att ingenting i stadgan var tänkt att inverka på rätten till självförsvar, så mynnade diskussionerna istället ut i hur ett befästande av rätten till självförsvar skulle kunna se ut.¹²¹

Den kompromiss som till slut blev lösningen på problematiken gick ut på att de regionala överenskommelserna som sådana inte var undantagna det allmänna våldsförbudet och att all våldsanvändning alltså skulle bli underkastad Säkerhetsrådets auktoritet. Den vedertagna rätten till individuellt eller kollektivt självförsvar skulle emellertid inte anses påverkad av detta så länge Säkerhetsrådet underrättades om alla omständigheter angående självförsvarsutövandet, för att bedöma lagligheten i handlandet. Rätten till självförsvar skulle också vara temporär. Så fort Säkerhetsrådet kunnat återställa internationell fred och säkerhet så skulle rättigheten bortfalla. Intentionen med ett stadgande av självförsvarsrätten

¹²⁰ Bordelon, s 140

¹²¹ Alexandrov, s 77-91

var alltså att de regionala överenskommelserna skulle kunna lämnas intakta och att man på samma gång täckte tidsperioden mellan det att en väpnad attack uppstod till dess Säkerhetsrådet hunnit vidta åtgärder. Dessutom skulle bestämmelsen fungera som en säkerhetsventil i det fall FN:s system för fredsbevarande skulle bryta samman.¹²²

Analyserna av diskussionerna vid San Francisco-konferensen tenderar att fokusera på olika element. Den restriktiva skolan lägger tyngdvikten vid att intentionen var att i största möjliga mån begränsa möjligheterna till våldsanvändning, inte att slå vakt om den positiva rätten till våldsanvändning i vissa fall. Stöd för detta står också att finna uttalanden av Harold Stassen, ledare av den amerikanska delegationen, som var den som insisterade på att kravet på en väpnad attack skulle finnas med i ordalydelsen. Då Stassen i efterhand blev ifrågasatt, av de egna leden, för den uppenbara restriktiviteten i kravet på en väpnad attack, så svarade Stassen att "this was intentional and sound. We did not want exercised the right of self-defence before an armed attack had occurred." På frågan vilka medel som stod till buds i det fall en flotta sätter kurs mot USA men ännu inte attackerat, så blev svaret att "we could not under this provision attack the fleet but we could send a fleet of our own and be ready in case an attack came."¹²³ Ur denna synvinkel står det alltså tämligen klart att intentionen från grundarna av FN-stadgan var att stänga dörren för möjligheten till anticipatoriskt självförsvar.

Den tillåtande skolan har emellertid pekat på anda indicier för att styrka sin sak. Framför allt menar man att det framgår tydligt av de diskussioner som fördes vid konferensen att man inte ämnade förändra den inneboende rätten till självförsvar. Den rättighet som stadgas i artikel 51 är alltså endast ett erkännande av denna rätt och inget försök till förändring. Hade intentionen istället varit att modifiera rätten till självförsvar så skulle en djup och välgrundad diskussion av frågan ha förts. Som det såg ut nu så talade snarare tystnaden kring frågan om en eventuell modifiering av självförsvarsrätten för att någon sådan inte var avsedd.¹²⁴ Den tillåtande skolans argument på denna punkt förutsätter naturligtvis att en rätt till anticipatoriskt självförsvar existerade inom sedvanerätten innan FN-stadgans tillkomst. Ett påstående som vi sett inte är helt okontroversiellt.

3.4 Internationell sedvanerätt

Att en rätt till självförsvar existerar i internationell sedvanerätt är idag ett accepterat påstående. Det har påståtts att den rätt till självförsvar som eventuellt en gång funnits i internationell sedvanerätt ersatts av regleringen i FN-stadgan då denna trädde ikraft. Denna hållning har emellertid kritiserats och till slut övergivits i och med fallet *Nicaragua*. Den internationella domstolen (ICJ) uttalade i denna dom att:

¹²² Alexandrov, s 92f

¹²³ Franck, s 50

¹²⁴ Niv, s 180

There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence ... It will therefore be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have an identical content.¹²⁵

Den praktiska betydelsen av att internationell sedvanerätt överlevt FN-stadgan är potentiellt väldigt stor. För det första så är de stater som fortfarande inte är parter till FN-stadgan likväl bundna av de sedvanerättsliga reglerna om självförsvar. För det andra så uppkommer tillfällen där FN-stadgan inte kan tillämpas mellan parterna vid en domstolsprövning av ICJ.¹²⁶ För det tredje så är internationell sedvana intressant då artikel 51 i FN-stadgan explicit refererar till denna rätt och alltså därmed tillåter sig att influeras av denna. Slutligen innebär detta faktum dessutom det absolut starkaste argumentet för förespråkarna av anticipatoriskt självförsvar. Om denna rätt existerade i sedvanerätten innan FN-stadgans tillkomst, och sedvanerätten inte utplånades i och med FN-stadgans tillkomst, så är hela problematiken med FN-stadgans till synes restriktiva hållning till självförsvarsrätten inte längre en avgörande faktor.¹²⁷

Många av dagens auktoriteter inom folkrättslig doktrin verkar vara överens om att en rätt till anticipatoriskt självförsvar, med krav på en överhängande fara för en väpnad attack, existerade i internationell sedvanerätt innan 1945. Om vi antar detta som utgångspunkt, hur har denna rätt i så fall påverkats sedan 1945 och hur ser den ut idag? För att få svar på den frågan så är det viktigt att ha klart för sig hur internationell sedvanerätt utvecklas och vilka fenomen som påverkar utvecklingen.

3.4.1 Statspraxis och opinio juris

Internationell sedvana består av regler som inte grundar sig i traktat eller andra explicita uttryck från staters sida. I artikel 38 i "Statute of the International Court of Justice" så rankas Internationell sedvana som en av folkrättens tre primära källor, vid sidan av internationella konventioner och allmänna rättsgrundsatser. I artikel 38 (b) beskrivs internationell sedvana som "evidence of a general practice accepted as law". Ur detta kan man utläsa att för att exempelvis en påstådd rättighet skall kvalificera som del av internationell sedvanerätt så krävs dels att staters praxis bekräftar utövandet av denna rättighet, dels att staterna utövat denna rättighet p.g.a. att de ansett att det överensstämmer med gällande lag. Denna mer psykologiska komponent av sedvanerätten brukar kallas för *opinio juris* och kan komma till uttryck på en mängd olika sätt. Till exempel så har statsrepresentanters yttranden, medgivande till dokument antagna av internationella konferenser,

¹²⁵ *Nicaragua v. U.S.*, para. 178-179

¹²⁶ Ett sådant tillfälle kan uppstå, som i fallet *Nicaragua*, då parterna gemensamt kommit överens om att domstolen inte skall uppta vissa typer av dispyter, så som tolkningen av multilaterala traktat.

¹²⁷ Kearley, s 327

generalförsamlingens resolutioner och till och med kvalificerad tystnad, då en stat varit direkt berörd av ett agerande från annan stat, ansetts kunna ge uttryck för *opinio juris*.¹²⁸ Sedvanerätten är alltså helt styrd av att stater faktiskt anser att de agerar i enlighet med gällande lag, det räcker inte med att stater har uttalat sig positivt om ett handlande rent generellt eller att en stat ofta handlar på ett visst sätt. Ett illustrerande exempel är användandet av tortyr. Enligt Amnestys rapporter så förekommer tortyr i ett stort antal stater men ingen av dessa skulle troligtvis anse att användandet av tortyr står i överensstämmelse med internationell rätt.¹²⁹ ICJ har beskrivit betydelsen av *opinio juris* på följande sätt:

The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.¹³⁰

När det gäller statspraxis så kan man av ICJ:s uttalanden att döma sluta sig till att denna måste vara allmän, utbredd i tiden och huvudsakligen sammanhängande för att kunna bidra till förekomsten av en sedvana. Det är dessutom på det viset att statspraxis som möter dessa kriterier kan anses indikera *opinio juris* i frågan.¹³¹

Sedvanerätten kan naturligtvis förändras med tiden men exakt hur denna förändringsprocess ser ut verkar kunna variera från fall till fall. Å ena sidan så har varje paradigmskifte börjat med ett första steg, å andra sidan så betraktas inte varje avsteg från en befintlig sedvana som början till en ny. ICJ har konstaterat att en sedvanerätt inte kräver ett fullständigt konsekvent efterlevande, utan endast en i huvudsak enhetlig statspraxis. Eventuella avsteg i praxis är då snarare att betrakta som brott mot befintlig sedvana.¹³²

Att statspraxis även måste vara utbredd i tiden har utmanats av vissa inom doktrin. Det har påståtts att om ett fenomen plötsligt dyker upp på den internationella arenan, och en överväldigande *opinio juris* utkristalliserar kring hur detta fenomen bör regleras, så krävs i stort sett inget tidsspänn för att en ny sedvanerätt skall anses vara etablerad. Man brukar tala om tillkomsten av ”instant customary law”. Som exempel tas ofta den situation som rådde vid krigsutbrytandet 1914, då användandet av flyg plötsligt gjorde det påkallat att ha regler för användandet av luftrummet.¹³³ Idén om ”instant customary law” är emellertid kontroversiell och har ännu inte erkänts av ICJ.

Huvudfrågan för vårt vidkommande är till att börja med om, och i så fall hur, rätten till anticipatoriskt självförsvar har påverkats genom åren från och med FN-stadgans tillkomst. Det första vi har att undersöka då är vad statspraxis efter 1945 har visat på. Det finns flera fall då stater helt eller

¹²⁸ Dixon, s 32f och Corten, s. 817

¹²⁹ Cohan, s 297

¹³⁰ *North Sea Continental Shelf* (Germany v. The Netherlands), para. 77

¹³¹ Shaw, s 72-80 och Dixon, s 34

¹³² Gathii, s 79

¹³³ Cohan, s 297ff

delvis har grundat sitt handlande på ett anticipatoriskt tänkande och de fyra fall som diskuterats under kapitel 4.3.4, d.v.s. kubakrisen, 6-dagars kriget, bombningen av Osirak och Operation Iraqi Freedom, utgör de mest anmärkningsvärda av dessa. Som vi kunde konstatera i de fallen så åberopades emellertid aldrig rätten till anticipatoriskt självförsvar som grund av de länder som handlat. Frågan är då om man skall se till vad stater verkligen gör eller det de säger att de gör? Kring denna fråga finns det olika uppfattningar¹³⁴ men det faktum att stater inte uttryckligen har förklarat att de handlat i enlighet med rätten till anticipatoriskt självförsvar talar för att de inte ansett att den rättigheten varit en del av gällande lag. Däremot kan man eventuellt hävda att de stater som agerat i dessa fall trots allt hänvisat till rätten till självförsvar rent generellt, så som den kommer till uttryck i FN-stadgan, och att deras handlande ryms inom dess ramar. Om rättigheten i FN-stadgan således kan anses innefatta ett anticipatoriskt självförsvar så ackompanjeras staternas handlande av *opinio juris*. Det stora problemet med den statspraxis det är frågan om i dessa fall, är att av omvärldens reaktioner att döma så är det långt ifrån alla stater som ställt upp på att händelserna varit legala. Kärnpunkten i frågan kan dock undvikas även här, då merparten av den kritik som riktats mot de aktuella händelserna består i att agerandet i det enskilda fallet inte svarat mot kriterierna om nödvändighet och proportionalitet, snarare än att rätten till anticipatoriskt självförsvar har ifrågasatts.¹³⁵

Det förefaller i vilket fall som helst högst tvivelaktigt att någon ”instant customary law” har framkommit under senare tid gällande preventiva våldshandlingar. Händelserna den 11 september 2001 till trots så kan man egentligen inte säga att något nytt fenomen har blommat upp rörande t.ex. terrorism och dessutom har USA:s agerande i framför allt Irak stött på kritik från flera håll i världen, något som pekar på avsaknaden av den överväldigande världssopinion som skulle krävas för *opinio juris* i frågan.

Statspraxis verkar alltså kunna gå att tolka på olika sätt. Vissa menar att statspraxis inte kan anses stödja en rätt till anticipatoriskt självförsvar medan andra hävdar att varken statspraxis eller uttryck för *opinio juris* sedan 1945 talar emot att sedvanerätten, så som den såg ut innan FN-stadgans tillkomst, har fortsatt att opåverkat existera.¹³⁶

Ett uttryck som talar för att en rätt till anticipatoriskt självförsvar fortsatt att existera inom sedvanerätten är de uttalanden som gjorts av ”the United Nations High-Level Panel on Threats, Challenges and Change”, som menar att:

The language of this article [artikel 51] is restrictive ... However, a threatened State, according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is *imminent*, no other means would deflect it and the action is proportionate. The problem arises where the threat in question is not imminent but still claimed to be real: for example the acquisition, with allegedly hostile intent, of nuclear weapons-making capability.¹³⁷

¹³⁴ Se t.ex. Gray, s 130

¹³⁵ Se not 95

¹³⁶ Martinez, s 157

¹³⁷ Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility* (2004), UN Doc. A/59/565, s. 54, p. 188. Tillgänglig på:

Panelen verkar alltså ha anammat en mer tillåtande syn på självförsvarsrätten, i alla fall i de situationer då en stat står inför ett överhängande hot om en väpnad attack. Det intressanta i sammanhanget är att panelens uttalande inte verkar ha stött på några nämnvärda reaktioner. Detta skulle kunna ses som en indikation på att internationell sedvanerätt anses innefatta en rätt till anticipatoriskt självförsvär. Den förra generalsekreteraren i FN, Kofi Annan, uttalade sig år 2005 på ett liknande sätt:

Imminent threats are fully covered by Article 51, which safeguards the inherent right of sovereign States to defend themselves against armed attack. Lawyers have long recognized that this covers imminent attack as well as one that has already happened.¹³⁸

Dessa uttalanden är emellertid endast, i bästa fall, indicier för viss *opinio juris*. Dessutom kompliceras bilden ytterligare p.g.a. den höga normativa status som det allmänna våldsförbudet anses besitta.

3.4.2 Jus cogens

Jus cogens är ett ganska luddigt begrepp även om det används rätt flitigt i folkrättsliga diskussioner. Själva grundtanken med en *jus cogens*-norm är emellertid att denna norm anses så pass auktoritativ att den har företräde vid en konflikt med andra normer. Enligt Wienkonventionen från 1969 så skall en regel av detta slag vara accepterad av det internationella samhället i sin helhet som en norm som inte tillåter några avsteg och som endast kan modifieras av en efterföljande norm av samma karaktär. Dessutom har det påpekats att en norm av *jus cogens* karaktär inte kan ersättas av en traktatbestämmelse.¹³⁹

För att en norm skall uppnå en status av *jus cogens* måste alltså normen dels universellt erkännas som en regel i allmän internationell rätt, dels accepteras som en ovillkorlig regel utan möjlighet till avsteg. En traktat som fattas i strid med en gällande *jus cogens* norm skall förklaras ogiltig, medan en traktat som visar sig stå i strid med en nyligen tillkommen *jus cogens* norm skall anses upphöra från och med den tidpunkt som normen anses vara accepterad.¹⁴⁰

När det gäller förhållandet mellan normer av *jus cogens*-karaktär och artikel 103 i FN-stadgan, som föreskriver att åtaganden under FN-stadgan har företräde framför förpliktelser i andra internationella överenskommelser, så har denna artikel ingen betydelse för *jus cogens*.¹⁴¹

<http://www.un.org/secureworld/report.pdf>

¹³⁸ Report of the Secretary-General, *In larger freedom: Towards development, security and human rights for all* (2005), UN Doc. A/59/2005, s. 33, p. 124. Tillgänglig på:

<http://www.un-ngls.org/UNreform/UBUNTU-1.pdf>

¹³⁹ Shaw, s. 117

¹⁴⁰ Shaw, s. 118

¹⁴¹ Shaw, s. 119

Inte ens envetna motståndare kan alltså vinna någon framgång med sina invändningar mot en *jus cogens*-norm. I fallet *Nicaragua* slog domstolen vidare fast att det allmänna våldsförbudet var ett tydligt exempel på en regel med *jus cogens*-karaktär.¹⁴²

Eftersom ett begränsat antal stater inte kan skapa en ny sedvanerättslig regel som står i strid med *jus cogens* så menar den restriktiva skolan att även om man skulle finna att viss statspraxis sedan 1945 talade för anammandet av anticipatoriskt självförsvar så står denna praxis i så fall i strid med *jus cogens*, nämligen våldsförbudet. Att alltså föreslå att en rätt till anticipatoriskt självförsvar har vuxit fram genom statspraxis och *opinio juris* sedan 1945 är ett hopplöst företag eftersom den eventuella praxis och *opinio juris* som finns angående detta i vilket fall som helst inte är i närheten av vad som krävs för att ersätta en befintlig *jus cogens*-norm.¹⁴³

Det argument som återstår för förespråkarna av anticipatoriskt självförsvar, som en del av internationell sedvanerätt, är då att hävda att denna rättighet var en del av sedvanerätten redan innan FN-stadgans tillkomst. Även självförsvarsrätten, som undantag till våldsförbudet, måste nämligen anses utgöra *jus cogens* och många forskare anser att denna rätt har varit allmänt erkänd sedan långt tillbaka i tiden. Ofta hänvisas till Websters stadganden i *Caroline* incidenten men även uttalanden i samband med Kellogg-Briandpakten åberopas som stöd.¹⁴⁴ Om alltså rätten till självförsvar var *jus cogens* redan innan FN-stadgans tillkomst, och om denna regel innefattade rätten till anticipatoriskt självförsvar, så är det högst tvivelaktigt att en nyckelaspekt av rätten till självförsvar utan vidare diskussion anses ha avtalats bort i en multilateral traktat, eller i bästa fall överförts till Säkerhetsrådet för bedömning.¹⁴⁵ Implikationerna av ett sådant resonemang är vidsträckta. I så fall skulle nämligen alla åtgärder av Säkerhetsrådet som kunde bedömas gå emot en stats rätt till självförsvar strida mot *jus cogens*.¹⁴⁶

Skarp kritik har emellertid riktats mot påståendet att självförsvarsrätten alls var en *jus cogens*-norm innan FN-stadgans tillkomst. Dinstein argumenterar t.ex. för att synen på självförsvar som en rättighet endast är relevant i samband med ett allmänt förbud mot våldsanvändning. Utan ett våldsförbud så behöver ju inte självförsvaret rättfärdigas, annat än på politisk grund. Eftersom ett allmänt våldsförbud såg dagen först vid Kellogg-Briandpaktens införlivande 1928, och sedan stärkte sin position i och med FN-stadgan 1945, så är det relevant att fråga sig vilken statspraxis som kan påvisas mellan 1928 och 1945 som skulle stärka rätten till anticipatoriskt självförsvar?¹⁴⁷ Dinstein menar vidare att alla hänvisningar

¹⁴² *Nicaragua v. U.S.*, para. 188-190

¹⁴³ Gathii, s. 80-82 & 95

¹⁴⁴ Rivkin, Casey & DeLaquil, s. 477

¹⁴⁵ Rivkin, Casey & DeLaquil, s. 476f

¹⁴⁶ Zayac, s. 448

¹⁴⁷ Det finns i och för sig exempel under denna tidsperiod som skulle kunna betraktas som uttalade stöd för anticipatoriskt självförsvar. 1939 så förklarade t.ex. Storbritannien och Frankrike att om Tyskland invaderade Polen så skulle de betrakta detta som en krigshandling riktad mot de båda länderna, trots att de själva inte blev anfallna. Orsaken var naturligtvis rädslan för framtida attacker och både Storbritannien och Frankrike handlade i

till fallet *Caroline* är missvisande eftersom agerandet från den brittiska sidan i detta fall aldrig var av preventivt slag. De åtgärder som vidtogs var även handlingar som inte var av krigsnatur. Frågan var inte om Storbritannien hade rätt att gå i krig med USA p.g.a. någon rätt till självförsvar. Det hela handlade istället om ifall Storbritannien hade rätt att vidta åtgärder av självförsvarskaraktär inom amerikanskt territorium, utan att hamna i en väpnad konflikt med USA.¹⁴⁸

Även de som inte ställer upp på att rätten till självförsvar innefattar en rätt till anticipatoriskt självförsvar måste dock gå med på att den sedvanerättsliga regleringen ser annorlunda ut än den i FN-stadgan. Det är nämligen vedertaget att komponenterna ”nödvändighet” och ”proportionalitet” är viktiga ingredienser i självförsvarsrätten trots att ingen hänvisning till dessa överhuvudtaget går att utläsa ur artikel 51. ICJ har just åberopat internationell sedvanerätt i de fall rätten till självförsvar behandlats och påpekat att utövandet av självförsvar alltid måste vara nödvändigt och proportionerligt för att vara legalt. Åsikten har därför lagts fram att FN-stadgans bestämmelse i artikel 51 och sedvanerätten påverkar och begränsar varandra. Den ena genom principerna om nödvändighet och proportionalitet, den andra genom kravet på en väpnad attack som utlösningmekanism.¹⁴⁹

3.5 Artikel 51 utgör ingen rättighet

En intressant analys av artikel 51 handlar om att denna bestämmelse egentligen inte alls ger upphov till någon särskild rättighet utan snarare är en följd av FN-stadgans konstruktion. Förespråkare av denna hållning menar att ordalydelsen i artikel 2(4) i FN-stadgan talar för att användningen av våld endast är förbjudet i de fall det syftar till att beröva en stat dess territorium, underminera dess självständighet eller i annat fall är oförenligt med FN-stadgans syften. Det främsta syftet med FN-stadgan står att finna i artikel 1, vilken lyder:

To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;¹⁵⁰

Argumentationen går ut på att varje våldsanvändning som inte är oförenlig med dessa syften, och som inte syftar till att förvärva territorium eller ta över styret av ett annat land, inte är förbjuden under FN-stadgan. Ett militärt agerande som alltså t.ex. syftar till att bevara internationell säkerhet på ett effektivt sätt är tillåtet. Ibland, menar man, kan ett visst användande av våld

enlighet med sina ultimatum när väl Polen invaderades. För diskussion av detta se t.ex. Rivkin, Casey & DeLaquil, s. 470

¹⁴⁸ Dinstein, s.184f

¹⁴⁹ Niv, s. 182

¹⁵⁰ Tillgänglig på <http://www.un.org/aboutun/charter/>

till och med vara det enda sättet att effektivt bevara den internationella säkerheten.¹⁵¹

Förespråkare för denna linje hävdar att konstruktionen av FN-stadgan också talar för en sådan tolkning. Det är ingen slump att självförsvarsrätten återfinns i kapitel VII, där Säkerhetsrådets befogenheter målas upp. Artikel 51 skall alltså ses som en påminnelse om att trots att ansvaret för internationell fred och säkerhet vilar på Säkerhetsrådet så skall inget i FN-stadgan anses eliminera staters rätt till självförsvar. Om en väpnad attack uppstår så skall en stats användande av våld, i försvar mot denna, *per se* inte anses hota internationell fred och säkerhet. Om en väpnad attack däremot ännu inte uppstått så måste staten ifråga väga in alla omständigheter och basera sin analys av läget på de grundpelare som artikel 2(4) föreskriver, för att kunna göra en bedömning av huruvida preventiva åtgärder är befogade eller inte.¹⁵²

Den här typen av argumentation är mycket kontroversiell inom folkrättslig doktrin och den brottas fortfarande med grundläggande problem som vad internationell sedvanerätt egentligen säger om anticipatoriskt självförsvar, och hur bedömningen skall göras av kriterierna nödvändighet och proportionalitet för ett bemötande av en handling som ännu inte inträffat?

3.6 Problem med tolkning och metod

Olika skolor tenderar att lägga vikt vid olika delar vid tolkningen av artikel 51 i FN-stadgan. Även vid en analys av internationell sedvana så betonas ofta olika händelser och fenomen beroende på vad man söker bevisa. Oavsett vilken skola man svär sig till så måste man emellertid brottas med vissa problem som är förknippade med den metod man valt. En del folkrättsexperter pekar på att förespråkare av olika skolor härvidlag borde vara noggrannare med att klargöra varför deras val av metod är att föredra framför andras, inte enbart peka på det rimliga i resultatet av denna metod.

Den restriktiva skolan lägger t.ex. ofta tonvikt vid ordalydelsen i artikel 51 och att den utgör en tröskel som ingen annan skola lyckas ta sig över utan att våldföra sig på det allmänna språkbruket. En viktig poäng som denna skola dock ofta förbiser är möjligheten för stater att omtolka betydelsen i stadgan genom praxis. Sedan FN-stadgans tillkomst har många bestämmelser tolkats om utan att någon öppning för detta har funnits i ordalydelsen. Röstningsreglerna för de permanenta medlemmarna i FN är ett sådant exempel, tolkandet av hänvisningen i artikel 23 till Sovjetunionen till att betyda Ryssland ett annat. Den restriktiva skolan gör även bedömningen att relevant statspraxis är för knapphändig och tvivelaktig för att bestyrka en rätt till anticipatoriskt självförsvar men man förklarar inte varför liknande mängd praxis har bedömts tillräcklig för annan omtolkning av FN-stadgan. Dessutom är det inte ovanligt att förespråkare för en restriktiv hållning lägger möda på att bevisa att förarbetena till FN-stadgan talar för en

¹⁵¹ Rivkin, Casey & DeLaquil, s. 474f

¹⁵² Rivkin, Casey & DeLaquil, s. 475-478

restriktiv tolkning av artikel 51, trots att Wienkonventionen från 1969 tydligt markerar att användandet av förarbeten endast är ett supplementärt tolkningsmedel.¹⁵³

Förespråkarna av den tillåtande/liberala skolan är å sin sida ofta mindre intresserade av själva ordalydelsen i artikel 51 utan pekar istället på statspraxis eller FN-stadgans ändamål och syfte. Ofta är det dock oklart varför just denna skolas syn på FN-stadgans ändamål och syfte är den rimligaste och varför vissa element i utvald statspraxis är viktigare än andra. För de mest radikala inom denna skola så framstår också det faktum att ett stort antal konflikter mellan stater sedan 1945 har innefattat våldsanvändning, som ett tecken på att FN-stadgans bestämmelser kring våldsanvändandet saknar normativ verkan. De som hävdar detta bortser då emellertid helt från möjligheten att FN-stadgans existens kanske har inneburit att långt många fler konflikter har lösts genom andra medel än våld, just p.g.a. att många stater anser det som oacceptabelt att bryta mot våldsförbudet. Dessutom behöver upprepade brott mot en regel inte innebära att regelns normativa verkan försvagas, på samma sätt som det faktum att många mord begås i ett land inte inverkar på den lag som förbjuder sådana handlingar.¹⁵⁴

Som vi berört tidigare så är det även relevant för analysen av statspraxis ifall man ser till vad stater verkligen gör eller det de säger att de gör. Å ena sidan så kan man tolka den omständigheten att stater mycket sällan har rättfärdigat sina handlingar med hänvisning till anticipatoriskt självförsvar som att de inte betraktar detta som en hållbar rättslig grund. Å andra sidan så kan uttalanden om grunden för ett handlande ofta vara väldigt vaga och generella, som t.ex. att man generellt sett anser sig handla i enlighet med FN-stadgans bestämmelser. Det kan också ifrågasättas om man verkligen inte skall sätta någon betydelse vid en situation där stater t.ex. kontinuerligt handlar i anticipatoriskt självförsvar men hävdar att de handlat i försvar mot en väpnad attack, trots att några väpnade attacker uppenbarligen inte förekommit. För sedvanerättens vidkommande saknas i dessa fall en tydlig *opinio juris* men för tolkningen av en traktatsbestämmelse kan det få betydelse. Problemet med detta närmande är istället att göra en korrekt analys av vad stater faktiskt gör.¹⁵⁵

I en analys av vad stater egentligen gör så kan det visa sig påfallande svårt att dra tydliga gränser mellan självförsvar mot en väpnad attack och anticipatoriskt självförsvar. Till exempel så är det klart accepterat att en stat som blivit invaderad men lyckats driva tillbaka angriparen över gränsen, har rätt att sätta upp en ”buffertzona” till dess att ett definitivt vapenstillestånd kan konstateras. Man kan dock fråga sig varför en sådan zon tillåts om den väpnade attacken redan avväjts, om inte för att försäkra sig om att inga nya attacker iscensätts. Även i de fall då ingen regelrätt invasion är aktuell, exempelvis vid bombningar av en stats militära baser, så har den attackerade staten en erkänd rätt till militära motåtgärder i självförsvar. Detta trots att motåtgärderna inte syftar till att stoppa bombningen, eftersom denna redan avslutats, utan istället till att avskräcka och förhindra framtida attacker. Det

¹⁵³ Murphy, s. 721f

¹⁵⁴ Murphy, s. 723f

¹⁵⁵ Murphy, s. 724-730

”klassiska” självförsvaret är på detta sätt ofta inriktat på framtiden, vilket blir ännu tydligare när vi har att göra med terrorism. USA:s svar på terroristdåden den 11 september 2001 sågs av många som ett utövande av en klassisk rätt till självförvar. Sett till situationen som sådan var dock attacken redan avslutad då USA agerade och inget i de militära åtgärder som sattes in kunde förminska effekterna av den attack som varit.¹⁵⁶ Frågan är om inte USA:s handlande bäst beskrivs som antingen vedergällande eller preventivt, med siktet inställt på att förhindra liknande attacker i framtiden. Samma fråga går att ställa om USA:s bombningar i Libyen 1986 som svar på att en bomb exploderat på ett tyskt diskotek som ofta besöktes av många amerikanska medborgare.¹⁵⁷

Ett annat stort problem, som man måste adressera då man granskar statspraxis, är hur man skall behandla omvärldens reaktioner. Ofta tar man statsrepresentantens uttalanden som bevis på en stats inställning till det legala i frågan. Inte alltför sällan kan emellertid andra skäl ligga bakom varför ett land uttalar sig positivt eller negativt om visst handlande från vissa stater. Ett fördömande av ett agerande kan ha politiska eller moraliska motiv och ett positivt bemötande kan i lika hög utsträckning bero på en vilja att skaffa sig mäktiga allierade eller en förhoppning om ekonomiska fördelar. Frågan är också om man verkligen skall lägga lika stor vikt vid t.ex. Andorras åsikt i en fråga som Kinas? Eller är det kanske enbart demokratiska samhällen som bör få sin röst hörd?¹⁵⁸

Andra problem handlar om frekvensen i statspraxis och skillnaden mellan äldre och närliggande praxis. När det gäller frekvensen så bör man iaktta att det är skillnad på om man ser till statspraxis som ett tecken på en sedvanerätt eller som ett led i tolkningen av en traktatbestämmelse. Det kan också vara intressant att utöka omfattningen av den praxis man studerar, dels gällande antalet stater man tittar på, dels gällande de handlingar man lägger fokus på. Som statspraxis skulle man nämligen också kunna räkna de tillfällen då en stat varit beredd att agera i anticipatoriskt självförvar men valt att inte göra så av andra anledningar än att man ansett det olagligt.¹⁵⁹

När det gäller äldre kontra ny statspraxis så görs det oftast ingen skillnad på dessa. Faktum kvarstår dock att vissa tidsepoker har präglats av olika fenomen, så som politisk bipolarisering under kalla krigets dagar eller en rädsla för internationell terrorism i våra dagar. Dessutom har vissa handlingar fördömts vid tidpunkten för utförandet men applåderats av många i efterhand, som exempelvis Israels bombning av Osirak vilken fördömdes av Säkerhetsrådet men av många ansågs som ett lyckat agerande när vapeninspektörer 1991 kunde avslöja ganska långt framskriden utveckling av kärnvapen i Irak.¹⁶⁰

Slutligen är det också värt att belysa att användandet av travaux préparatoires av FN-stadgan är olyckligt, inte bara av den anledningen att dessa är sekundära källor vid tolkningen av en traktat, utan också för att FN-stadgan utformades av en handfull stater medan parterna till densamma idag

¹⁵⁶ Ronzitti, s.354f

¹⁵⁷ Murphy, s. 735

¹⁵⁸ Murphy, s 736f

¹⁵⁹ Murphy, s 737-740

¹⁶⁰ Murphy, s 745

är ofantligt många. Dessutom menar många att en traktat som FN-stadgan bör tolkas dynamiskt och inte i enlighet med den världsbild som begränsade grundarnas horisonter 1945.¹⁶¹

¹⁶¹ Murphy, s. 745f

4 Bör anticipatoriskt självförsvar erkännas i internationell rätt?

Så länge inte ICJ uttalar sig i frågan så lär inte heller konsensus nås angående den rättsliga ställningen för anticipatoriskt självförsvar. Oavsett dess rättsliga ställning så är det dock också relevant att beakta vilka argument som finns för och emot att anticipatoriskt självförsvar bör erkännas i internationell rätt. Dessa argument kommer nämligen att inverka på konceptets framtida status eftersom staters praxis ofta styrs av uppfattningar om hur de vill att världen skall se ut. För att få en tydlig bild av kontexten för dessa argument så är det även viktigt att begreppet ”anticipatoriskt självförsvar” analyseras och definieras.

4.1 Parametrar för en rätt till anticipatoriskt självförsvar

I de diskussioner som genom åren uppkommit mellan stater angående anticipatoriskt självförsvar så har det oftast handlat om ifall ett handlande varit förhastat eller inte. Ingen egentlig genomgång har dock gjorts av själva innehållet i den påstådda rätten. Det exakta innehållet är emellertid mycket viktigt att definiera, så att vi vet vad vi tar ställning till.

Med dagens skiftande uttalanden om betydelsen av denna rätt så kommer konkurrerande tolkningar att fortsätta finnas. Det vore därför högst tillfredsställande om ILA, eller annat lämpligt organ, kunde kodifiera självförsvarsrätten mer i detalj. I avsaknad av en sådan kodifikation så har istället ansatser till detta gjorts i doktrin och som väntat ser listan över rekvisiten olika ut. En del nöjer sig med FN-stadgans ordalydelse, med tillägg för kriterierna ”nödvändighet” och ”proportionalitet”, där utrymme ges för ”överhängande fara”. Andra skriver in en rätt till s.k. ”interceptive self-defense”.¹⁶² Många har dock även försökt att ringa in rätten till anticipatoriskt självförsvar och lägga fram de parametrar som gäller för en sådan rätt, förutsatt att den existerar.

Det tydligaste avstampet för de flesta i en sådan process är att avskärma anticipatoriskt självförsvar från föregripande självförsvar (pre-emptive self-defense). Medan anticipatoriskt självförsvar av många antingen anses inkluderad i artikel 51 eller i internationell sedvanerätt, så är det högst tvivelaktigt om föregripande självförsvar har någon rättslig ställning överhuvudtaget. När det gäller föregripande självförsvar så gör sloandet av kravet på ett överhängande hot att endast de som förespråkar att artikel 51

¹⁶² Se t.ex. Peters, s. 12

inte utgör någon rättighet alls verkar kunna argumentera för legaliteten i denna tes på ett någorlunda stringent sätt.

I följande kapitel kommer jag att presentera de parametrar som de allra flesta anser vara vitala för rätten till anticipatoriskt självförsvar och hoppas med det kunna ge en relativt klar bild av vad vi egentligen har att ta ställning till.

4.1.1 Bevisbörda

Den första aspekten av ett anticipatoriskt självförsvar är att bevisbördan ligger på den stat som åberopar denna rätt att visa på klara, tillräckliga bevis för att en sådan situation föreligger som berättigar användandet av våld i preventivt syfte. Här blir det ytterst en fråga om graden och kvaliteten av underrättelseuppgifter, när det gäller allt ifrån den förväntade attackens natur och hur pass överhängande faran är till potentialen och kapaciteten hos attacken att orsaka allvarlig skada. Dessutom måste det visas att alla diplomatiska medel blivit uttömda.¹⁶³ Stater skulle emellertid inte behöva röja sina källor inom underrättelseverksamheten, så bevisningens art kan komma att skilja sig åt från fall till fall. Säkerhetsrådet kan vidare, i enlighet med artikel 34 i FN-stadgan, undersöka bevisningens trovärdighet.¹⁶⁴

4.1.2 Omedelbarhet, nödvändighet, proportionalitet, uttömmande av fredliga medel

Varje hänvisning till anticipatoriskt självförsvar som en del av internationell sedvanerätt måste acceptera de begränsande faktorerna omedelbarhet, nödvändighet, proportionalitet och uttömmande av fredliga medel. Dessa faktorer är dels tillämpliga på den ”traditionella” rätten till självförsvar, dels på den rätt till anticipatoriskt självförsvar som anses ha existerat i internationell sedvana innan FN-stadgans tillkomst. Den enda skillnaden i fallet med anticipatoriskt självförsvar, från traditionellt självförsvar, är att kravet på omedelbarhet översätts till att betyda att en attack måste vara hotande nära, d.v.s. att hotet måste vara överhängande. I avsaknad av dessa kriterier är användandet av våld istället att betrakta som en olaglig repressalie.¹⁶⁵

4.1.2.1 Nödvändighet och överhängande hot

I enlighet med Websters uttalande, i brevväxlingen som följde i spåren av *Caroline* incidenten, där han sade att ett hot måste vara ”instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for

¹⁶³ Rothwell, s. 352

¹⁶⁴ Martinez, s. 167f

¹⁶⁵ Martinez, s. 169

deliberation”¹⁶⁶, så måste alltså användandet av våld i anticipatoriskt självförsvar vara nödvändigt för att den kommande attacken skall kunna avvärjas. Kraven på att ett hot måste vara överhängande och att åtgärden måste vara nödvändig innebär ofta den högsta tröskeln att nå upp till för att kunna rättfärdiga våldsanvändandet. Till skillnad från Bush-administrationens yttranden så är de flesta även överens om att det krävs mer än en synlig mobilisering av militära trupper för att denna tröskel skall nås.¹⁶⁷

Bedömningen om faran för en attack är överhängande skulle naturligtvis behöva göras i det enskilda fallet. Omständigheter så som förekomsten av tidigare attacker kan dock fungera som stöd för att det är ett reellt hot. I vilket fall måste det stå klart att en stat inte har ”råd” att vänta på att en attack skall bli verklighet och att attacken inte går att stoppa vid gränsen. Dessutom skulle den förväntade attacken behöva ligga mycket nära i tiden. Finns det fortfarande tid att vända sig till Säkerhetsrådet så uppfylls inte kravet på att hotet skall vara överhängande.¹⁶⁸ Operation Iraqi Freedom föregicks t.ex. av en längre tids militär mobilisering och vissa diplomatiska och strategiska manövrar, något som tyder på att det hot om en väpnad attack som man såg från Irak, i vart fall inte kan ha ansetts överhängande.¹⁶⁹

Kravet på att hotet skall vara överhängande är emellertid en problematisk faktor att bedöma.¹⁷⁰ Ännu mer problematisk framstår den då vi har att göra med internationell terrorism och de stater som upplåter sitt territorium för terroristverksamhet. Vissa hävdar att man kan väga in faktorer som dessa staters regimers karaktär, staternas tidigare ageranden i strid med internationell rätt, sponsring av terroristceller, utvecklande av massförstörelsevapen, etc., men ingen tydlig gräns har föreslagits för när sådana faktorer blir så pass många och allvarliga att kravet på överhängande hot uppnåtts.¹⁷¹

Vissa hävdar dock att när ett hot även inkluderar en fara för massiv skada så måste vi vara mer liberala i bedömningen. Professor Yoo uttalar sig på följande vis:

The test for determining whether a threat is sufficiently 'imminent' to render the use of force necessary at a particular point has become more nuanced than Secretary Webster's nineteenth-century formulation. Factors to be considered should now include the probability of an attack; the likelihood that this probability will increase, and therefore the need to take advantage of a limited window of opportunity; whether diplomatic alternatives are practical; and the magnitude of the harm that could result from the threat. If a state instead were obligated to wait until the threat were truly imminent in the temporal sense envisioned by Secretary Webster, there is a substantial danger of missing a limited window of opportunity to prevent widespread harm to civilians.¹⁷²

¹⁶⁶ Se not 9

¹⁶⁷ Martinez, s.170

¹⁶⁸ Martinez, s. 171f

¹⁶⁹ Cohan, s. 330

¹⁷⁰ Se diskussionen på s. 26

¹⁷¹ Cohan, s. 329

¹⁷² Shah, s. 114f

4.1.2.2 Proportionalitet

Om bedömningen av proportionaliteten i de traditionella självförsvårshandlingarna är problematisk, så är den nästan omöjlig att göra när det gäller handlingar som är riktade mot en attack som ännu inte uppstått. Visst handlande måste emellertid så gott som alltid undvikas för att ett agerande skall kunna betraktas som proportionerligt. Till exempel så räknas onödig förstörelse av civil egendom och onödigt mänskligt lidande nästan uteslutande som oproportionerliga effekter. En stat skall även använda minsta möjliga våld för att ändå effektivt kunna försvara sig.¹⁷³

Man kan dock fråga sig om inte användandet av våld mot något som endast är ett hot inte alltid är oproportionerligt? Helst eftersom även om en aggressionshandling kan förutses med väldigt stor säkerhet så är det kanske svårare att veta om denna handling verkligen kommer nå upp till den svårighetsgrad, i form av ”scale and effect”¹⁷⁴, som krävs för att utgöra en väpnad attack. Denna fråga blir ännu svårare att besvara när det gäller hotet från internationell terrorism eftersom terroristdåd ofta är svåra att förutsäga omfattningen av.

Försök har gjorts att delvis definiera principen om proportionalitet, i detta sammanhang, i termer av att den troliga skadan av en preventiv åtgärd skall vara markant mindre än den förväntade skadan av en attack.¹⁷⁵ Problemet med en sådan definition är att den innehåller många separata bedömningar som skall göras samtidigt. Dels måste man göra en bedömning av vad den troliga skadan kommer att bli, dels måste man försöka bedöma vad skadan av en framtida attack förväntas bli. Sedan måste dessa bedömningar vägas mot varandra i en separat bedömning. Vad skall t.ex. räknas som skada? Är det antalet människoliv som räknas? Är en skada på egendom och infrastruktur relevant? Skall man räkna ett angrepp på utövandet av demokrati som särskilt skadligt? Är störtandet av en tyrannisk regim proportionerligt mot ett förväntat bombdåd med 2000 döda, eller är just störtandet av ett lands regering egentligen den största skadan man kan åsamka en annan stat?

4.1.2.3 Uttömmande av fredliga medel

Kravet på att alla fredliga medel skall uttömmas innan en rätt till självförsvår uppstår kan härledas direkt från Websters uttalande om att ett agerande i självförsvår endast kan bli aktuellt som en sista utväg, efter att man kunnat visa på att försök till lösning genom fredliga medel varit fruktlösa.¹⁷⁶

Kravet finns även med i FN-stadgan. Dels så talar det allmänna våldsförbudet i artikel 2(4) om att stater skall lösa sina konflikter på ett sådant sätt att det inte utgör ett hot mot internationell fred och säkerhet, dels så stadgar artikel 33 att varje konflikt som trots allt kan komma att hota internationell fred och säkerhet först skall försöka lösas med fredliga medel.

¹⁷³ Martinez, s. 175ff

¹⁷⁴ Se not 46

¹⁷⁵ Cohan, s. 355

¹⁷⁶ Se not 9

Exempel på de olika fredliga medel som står till buds framkommer i artikel 33(1).

När ingen tid finns kan en väg genom fredliga medel dock vara omöjlig. Dessutom försvårar återigen hotet från internationell terrorism bilden eftersom stater inte kan förhandla med terrorister, annat än i de fall terrorismen är statssponsrad.¹⁷⁷

4.1.3 Ytterligare hänsynstaganden

En mycket viktig utgångspunkt, då det gäller en hotbild mot en stat, är att det alltid är Säkerhetsrådet som i första hand skall vara den aktör som handhar dessa situationer, annat än i de allra mest akuta fallen.¹⁷⁸

En annan viktig fråga att beakta är mot vilka som ett anticipatoriskt självförsvar har riktats genom tiden och hur det kommer att användas i framtiden, förutsatt att rättigheten accepteras i internationell rätt. Historiskt sett har det anticipatoriska självförsvaret riktats både mot andra stater och mot icke-statliga aktörer. I våra dagar är emellertid icke-statliga aktörer, d.v.s. terroristorganisationer, de som många anser utgör det största hotet mot staters säkerhet. Som vi sett under kapitel 4.3.2.1.3 så kan icke-statliga aktörers handlande, under vissa specifika förutsättningar, utgöra en väpnad attack mot en stat. Att då en principiell rätt till självförsvar uppstår är en sak, en annan sak är hur denna stat kan utöva självförsvaret. Eftersom terroristorganisationer inte är stater så finns det inget land som den utsatta staten direkt kan vända sina militära insatser mot.

En del hävdar i detta sammanhang, i enlighet med ICJ:s dom i fallet *Nicaragua*, att en stats sponsring av terrorister inte medför att denna stat blir ansvarig för terroristernas handlingar.¹⁷⁹ Andra menar däremot att stater under vissa förutsättningar visst kan hållas ansvariga för en organisations terroristverksamhet. Exakt vad som krävs av en stat för att bli ansvarig är inte helt klart. Vissa pekar på ett ”but for” test, där den avgörande faktorn skall vara att terroristverksamheten inte hade kunnat fortlöpa om det inte hade varit för en viss stats inblandande (”but for” the assistance of the state)¹⁸⁰ De flesta förespråkarna för denna linje är inne på samma spår och ofta betonas existensen av en ”real link” och att staten måste ha utövat ”effective control”, eller åtminstone ”overall control”, över terroristorganisationen.¹⁸¹

Svårigheten med att bestämma om sådan kontroll existerar är dock att terroristverksamhet kan förekomma på en stats territorium av olika anledningar. Man kan tänka sig att terroristgrupper rent faktiskt är att betrakta som en del av statens organisation, eller att de ”endast” är, på ett eller annat sätt, sponsrade av staten. Det kan också tänkas att staten inte aktivt deltar i terroristverksamheten men att den tillåts verka från statens territorium, eller att staten faktiskt inte har någon reell möjlighet att

¹⁷⁷ Martinez, s. 178

¹⁷⁸ Martinez, s. 168f

¹⁷⁹ Cohan, s. 317f

¹⁸⁰ Dolgopol & Gardam, s. 407ff

¹⁸¹ Shah, s. 108

bekämpa verksamhetens utövande.¹⁸² Beroende på vilken av dessa situationer som är för handen så måste statens ansvar bedömas därefter.

För att en stat skall ha rätt att utöva våld gentemot en annan stat i anticipatoriskt självförsvar, som svar på ett förväntat angrepp från en icke-statlig aktör, så krävs det alltså enligt förespråkarna dels att angreppet skulle utgöra en väpnad attack, dels att terroristdåden går att hänföra till staten ifråga.¹⁸³

En sista implikation som en rätt till anticipatoriskt självförsvar skulle bära med sig är det, för internationell rätt i och för sig självklara, faktum att alla stater, oavsett styrelseskick, ideologisk övertygelse och brottsliga förflytna, i så fall har rätt att åberopa denna rättsliga grund. Hur uppenbart detta påpekande än kan te sig så talar retoriken i USA:s påståenden, om att föregripande angrepp kan vara berättigat gentemot ”skurkstater”, för att den grundläggande tanken om likhet inför lagen för alla suveräna stater utmanas när det kommer till anticipatoriskt självförsvar.¹⁸⁴

4.1.4 Sammanfattning

Olika uppfattningar råder kring den legala ställningen hos rätten till anticipatoriskt självförsvar i internationell rätt. Om denna rätt dock har en plats inom folkrätten, eller i framtiden kommer att få det, så är det viktigt att noga fastställa dess parametrar för att på ett kvalificerat sätt kunna bedöma olika situationers överensstämmelse med utövandet av rättigheten. Ovan har jag diskuterat de olika grundpelarna i det anticipatoriska självförsvaret och deras implikationer för ett utövande. Inom i stort sett alla seriösa utredningar i frågan så betonas dessa grundpelare på ett eller annat sätt. Rothwells uppställning ligger exempelvis mycket nära:

- The State which seeks to rely upon the doctrine has sought to use international mechanisms, through both the United Nations, and other international organizations including relevant regional organizations, to peacefully settle the dispute.
- The State which seeks to rely upon the doctrine has exhausted all available and practical legal means to settle the dispute.
- The State is responding to an overwhelming and clear threat and intention to use force by another state, an agent of the State. Or from terrorists sponsored or supported by the State.
- The State when seeking to exercise the right adheres to the principles of necessity and proportionality and other relevant provisions of international law, including international humanitarian law.
- The State exercising the right immediately reports the matter to the United Nations Security Council for its further action.¹⁸⁵

I ljuset av dessa parametrar så framstår definitionen av det anticipatoriska självförsvaret som eventuellt kan komma att accepteras av

¹⁸² Gazzini, s. 332f

¹⁸³ Shah, s. 109-110

¹⁸⁴ Garwood-Gowers, s. 68ff

¹⁸⁵ Rothwell, s. 352f

stater som ett ganska snävt koncept. Många påpekar därför att exempelvis invasionen av Irak, med bushdoktrinen som legal grund, inte lever upp till de höga trösklar som rätten till anticipatoriskt självförsvar ställer upp.¹⁸⁶

4.2 Argument för

I debatten om anticipatoriskt självförsvar så anför inte bara rent legala argument för dess vara eller icke vara. Även mer moraliska eller politiska åsikter präglar starkt den internationella debatten. Trots att dessa argument inte direkt har någon betydelse för det aktuella rättsläget så påverkar åsikterna naturligtvis både tolkningar av befintliga utsagor och instrument, samt utvecklingen av framtida normer.

Under följande kapitel kommer jag att beröra de argument som oftast läggs fram för att rätten till anticipatoriskt självförsvar borde ha en självklar plats inom folkrätten. Inget påstående står emellertid oemotsagt och det är därför viktigt att med kritiska ögon granska varje argument för sig.

4.2.1 Massförstörelsevapen

Ett ofta anför argument i dessa sammanhang är att tillgängligheten, verkningsgraden och effektiviteten hos moderna massförstörelsevapen styrker det rimliga i att anticipatoriskt självförsvar accepteras av stater. De som pekar på detta fenomen menar att massförstörelsevapen är speciella eftersom de i en första attack kan döda tusentals, kanske miljontals, människor och förstöra landets möjligheter att effektivt försvara sig. Dessutom är tiden som står till förfogande för en stat att försvara sig på i stort sett obefintlig. President Bush uttryckte tydligt denna idé då han talade för en invasion av Irak p.g.a. de massförstörelsevapen man ansåg var under utvecklande där:

America must not ignore the threat gathering against us. Facing clear evidence of peril, we cannot wait for the final proof - the smoking gun - that could come in the form of a mushroom cloud.¹⁸⁷

Ofta pekas det även på att vid andra världskrigets slut, då FN-stadgan utformades, så förutsåg man inte att den militära utvecklingen skulle leda till vapen som kunde orsaka sådan överväldigande och omedelbar förödelse. Anticipatoriskt självförsvar behövs således, menar man, för att en stat skall kunna försvara sina invånare. En sådan rätt är också det enda som kan avskräcka stater i färd med att utveckla kärnvapen från att fortsätta denna verksamhet.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Se t.ex. Eckert & Mofidi, s.145ff

¹⁸⁷ Press Release, *President Bush Outlines Iraqi Threat* (7 oktober 2002), tillgänglig på: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/print/20021007-8.html>

¹⁸⁸ Martinez, s. 159f

Andra hävdar dock att förekomsten av massförstörelsevapen inte leder till denna slutsats utan snarare stärker argumenten emot ett erkännande av anticipatoriskt självförsvar, eftersom en stats felbedömning i frågan kan få så ödesdigra konsekvenser. Om exempelvis spänningarna mellan två kärnvapenmakter blir extremt hög så kan det vara så att den enda säkerheten de egentligen har mot ett ödeläggande krig är just en klar regel som förbjuder anticipatoriskt självförsvar. Utan en sådan regel är det mycket oklart vid vilken tidpunkt stater får använda våld. Är det när missiler produceras; när en anläggning är redo att sättas igång; när missilerna armeras; eller när missilerna faktiskt har skjutits iväg? Om man inte lägger ribban vid den senaste av dessa händelser så står det klart att risken för kärnvapenkrig ökar.¹⁸⁹

Dessutom är det osäkert var man lägger ribban om förekomsten av massförstörelsevapen i händerna på en öppet fientlig stat i sig kan utgöra grund för anticipatoriskt självförsvar. Denna åsikt har ju framförts av USA men vad var det som särskiljde Iraks förhållande till USA från en mängd andra relationer mellan stater i världen? Om fientliga intentioner i samband med massförstörelsevapen är nog som grund så skulle t.ex. även en mängd arabstater ha rätt att vidta åtgärder mot Israel.¹⁹⁰

4.2.2 Terrorism

Den internationella terrorismens styrkebesked det senaste årtiondet och den sårbarhet mot terroristdåd som uppdagades den 11 september 2001, är andra faktorer som många hävdar starkt talar för att rätten till anticipatoriskt självförsvar borde accepteras av det internationella samhället. Terrorismens okonventionella metoder, att slumpmässigt attackera civila mål, försvårar användandet av mer traditionella medel för begränsning och avskräckning. Samtidigt vill stater naturligtvis skydda sina medborgare på ett effektivt sätt och i fallet med terrorism så måste staten vara den som agerar först om medborgarna överhuvudtaget skall kunna skyddas. De som pekar på terrorismen som ett nytt hot mot staters integritet menar därmed att folkrätten inte borde kunna förvägra en stat dess enda möjlighet till försvar, d.v.s. preventiva våldsåtgärder.¹⁹¹ I anslutning därtill brukar man peka på att grundarna av FN-stadgan inte hade förutsett fenomenet terrorism, så som det ser ut idag, och att rätten att använda våld på lagligt sätt alltid måste tolkas dynamiskt, utifrån samtidens förutsättningar.¹⁹²

Alldeles oavsett dessa mer moraliska och politiska argument för att rätten till anticipatoriskt självförsvar borde innefattas i internationell rätt, så finns det andra aspekter av bemötandet av internationell terrorism som är rättsligt problematiska.

Som vi redan sett under kapitel 5.1.3 så uppstår substantiella svårigheter då man försöker koppla terroristgrupper till specifika stater. Det har framkastats att internationell sedvanerätt numer, genom tillkomsten av en

¹⁸⁹ Alexandrov, s. 159, 162

¹⁹⁰ Dearsley, s. 146

¹⁹¹ Martinez, s. 160f

¹⁹² Cohan, s. 319f

”instant customary law”, endast kräver att en stat ”hyser” terrorister för att verksamheten skall vara hänförlig till staten ifråga.¹⁹³ Den uppfattningen går emellertid emot både ICJ:s linje och andra internationella *ad hoc* tribunalers utlåtanden.¹⁹⁴ Dessutom har ILC stadgat, i artikel 8 i 2001 års ”Draft Articles” angående statsansvar, att en person eller grupp av personer måste stå under ledning eller kontroll av en stat, för att denna stat skall bli ansvarig för personens/gruppens handlingar.¹⁹⁵

Förutom problemet med att göra en stat ansvarig för terroristgruppers handlande så är det heller inte alltid så lätt att avgöra varifrån ett terroristdåd skall anses komma ifråga. Vid händelserna den 11 september 2001 så visade det sig att dessa iscensatts av 19 st. personer som alla var bosatta i USA. Om den attacken hade kunnat förutsägas så hade man brottats med det faktum att hotet, i alla fall i en direkt betydelse, härrörde från amerikanskt territorium.¹⁹⁶ En sådan slutsats skulle vara mycket problematisk för utövandet av en självförsvarsrätt eftersom ICJ i ”Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory” har uttalat att det inte går att åberopa självförsvar gentemot aktivitet som härrör från ett territorium som staten själv utövar kontroll över.¹⁹⁷

Å andra sidan kvarstår argumentet att dagens terrorism arbetar i global skala och att terroristernas möjlighet att göra skada beror på att det finns stater som upplåter sitt territorium eller aktivt sponsrar verksamheten. Med tanke på terrorismens mekanismer, i form av blixttackor och självmordsbombare, så kanske preventiva åtgärder är det enda möjliga försvaret.¹⁹⁸

4.2.3 Ineffektiviteten i FN-systemet

Ett annat argument som ofta läggs fram är att en rätt till anticipatoriskt självförsvar är att föredra så länge Säkerhetsrådet är oförmöget att effektivt agera mot olika hot mot internationell fred och säkerhet. Man menar att vetorätten i Säkerhetsrådet ofta sätter käppar i hjulet för snabba och kraftfulla insatser då internationella hot uppstår. Stater som verkligen är utsatta för överhängande hot om allvarligt våldsanvändande från en annan stat bör dock inte behöva bli tvingade att agera utanför lagens ramar.¹⁹⁹

Mot detta argument har andra pekat på omständigheten att Säkerhetsrådet under senare tid, genom sin ”Counter-Terrorism Committee”, har lagt ned betydande tid och möda på att utveckla system för att bekämpa internationell terrorism och att Säkerhetsrådet därför idag är i stånd att bemöta terroristhot på ett lämpligt sätt.²⁰⁰

¹⁹³ Sifris, s. 534

¹⁹⁴ Se not 167

¹⁹⁵ Artikel 8 i ”Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” (2001)

¹⁹⁶ Niv, s. 191

¹⁹⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, *Advisory Opinion*, para. 139-140

¹⁹⁸ Cohan, s. 319

¹⁹⁹ Se t.ex. Kearley, s.345f

²⁰⁰ Dolgopol & Gardam, s. 401

4.2.4 Sunt förnuft

Sunt förnuft är sällan ett starkt argument i folkrättsliga sammanhang men trots det är det ändå till det sunda förnuftet som förespråkare för anticipatoriskt självförsvar vänder sig då man vill visa på det absurda i att alltför strikt begränsa självförsvarsrätten.

Den starkaste anledningen till att sunt förnuft skulle kunna vara vägledande menar man består i att det inte är rimligt att en stat skall behöva sitta och vänta på att bli anfallen innan man har rätt att vidta militära motåtgärder. Man argumenterar för att ett litet tätbefolkat land mycket väl skulle kunna förlora alla möjligheter att försvara sig om man skulle vara tvungen att se på hur bomberna faller innan man kan slå tillbaka.²⁰¹

I samband med detta har det också pekats på att staters inhemska rättssystem erbjuder exempel på det orimliga i den restriktiva skolans hållning. I de flesta inhemska rättssystem betraktas det nämligen som ett fullt legitimt självförsvar om man lyckas avvärja en person som är i färd med att hugga dig med kniv. Däremot räknas det i allmänhet inte som legitimt om du skulle låta dig själv bli huggen, gå hem och plåstra om dina sår, för att en vecka senare söka upp förövaren i dennes bostad och skjuta honom. Enligt den restriktiva skolan, menar opponenterna, skulle rättsläget vara det diametralt motsatta inom folkrätten. En stat har inte rätt att föregripa anfallaren. Däremot har staten rätt att mobilisera sin militär och lägga upp en viss taktik, efter det att staten blivit utsatt för en väpnad attack, för att i efterhand göra en motattack på fiendens territorium. Allt med åberopandet av rätten till självförsvar som legal grund.²⁰²

Även om man går med på det rimliga i detta resonemang så behöver man emellertid inte anse att det med nödvändighet talar för en rätt till anticipatoriskt självförsvar. Då en person avvärjar en annan person, som är i färd med att hugga den första personen med kniv, kan man då inte säga att en väpnad attack redan har uppstått? Är det inte en bättre metafor att likna anticipatoriskt självförsvar vid att en person bestämmer sig för att bränna ner den andra personens verkstad, för att det där tillverkas knivar som den första personen känner utgör ett hot mot dennes säkerhet?

4.3 Argument mot

Som vi sett ovan så står sällan argumenten för ett anticipatoriskt självförsvar oemotsagda. Det finns dock även andra argument som många menar talar emot att rättighetens existensberättigande.

4.3.1 Det allmänna våldsförbudet

En del stater pekar ofta på att för att det allmänna våldsförbudet i artikel 2(4) i FN-stadgan skall ha någon verklig effekt så krävs det att staters

²⁰¹ Se t.ex. Franck, s. 107

²⁰² Cohan, s. 336

möjligheter att använda våld mycket noga begränsas och att undantaget för självförsvar tolkas mycket restriktivt. Problemet med detta argument är att det verkar finnas tendenser hos det internationella samhället att acceptera användandet av våld som varken ryms inom ramarna för artikel 51 eller som auktoriserats av Säkerhetsrådet. Exempel på detta är att både Säkerhetsrådet och många stater har översett med situationer där våld använts för att skydda en stats medborgare utomlands eller befria gisslan. Våldsanvändande har ibland även accepterats på humanitära grunder, i åberopande av nödvändighet och för att stödja demokrati och folks rätt till självbestämmande.²⁰³

4.3.2 Anarki och osäkerhet

Argumentet att ett acceptande av anticipatoriskt självförsvar skulle leda till en osäker värld, där alltför stora och viktiga beslut lämnas åt staters mer eller mindre godtyckliga bedömning, är nog den åsikt som används flitigast av kritiker. Eftersom bedömningarna av de kriterier som måste uppfyllas, för att anticipatoriskt självförsvar skall bli aktuellt, är så svåra och osäkra att göra, så menar man att det skulle finnas väldigt få garantier för att vissa färgstarka stater inte skulle bli attackerade om anticipatoriskt självförsvar tilläts. Det är dessutom så att själva förekomsten av en rätt till anticipatoriskt självförsvar för många skulle kunna ligga till grund för att själva utnyttja denna rätt. I fallet Operation Iraqi Freedom så gav USA i stort sett ett ultimatum till Irak att följa resolution 1441.²⁰⁴ Om Irak inte gjorde det så talade USA:s retorik, i samband med strategiska och diplomatiska åtgärder, för att Irak skulle komma att invaderas av USA och dess allierade. Hade anticipatoriskt självförsvar varit lagligt, helst i den bredare bemärkelse som USA argumenterar för, så hade alltså Irak någon gång under denna tidsperiod haft starka skäl att anta att USA skulle komma att agera preventivt och då själv haft all rätt att attackera USA i föregripande syfte.

En pragmatisk hållning till anticipatoriskt självförsvar är att när en stat står inför en situation som staten uppfattar som en trängande fara så kommer denna stat att vidta defensiva åtgärder oavsett vad internationell rätt säger. Det är dock att föredra att stater gör det valet i åberopande av nödvändighet snarare än under en princip som även skulle göra det lättare för en stat att inleda en attack under förevändningen anticipatoriskt självförsvar.²⁰⁵ Quigley uttrycker sin oro på liknande sätt:

An expansive notion of anticipatory self-defense is a danger to international order. In a world which is hard pressed to stop aggressive war, it makes little sense to open a loophole large enough to accommodate a tank division.²⁰⁶

²⁰³ Martinez, s.164

²⁰⁴ Peters, s. 6

²⁰⁵ Martinez, s. 165

²⁰⁶ Quigley, s. 257

4.3.3 Ineffektivitet

Det är i sammanhanget dessutom en mycket komplex process att bedöma vad som är nödvändigt att göra för att avskräcka från en framtida attack, om det alls är möjligt att göra en sådan bedömning. Det är överhuvudtaget tvivelaktigt om våldsanvändning är ett effektivt vapen mot terrorism. Och om det inte står klart att preventivt våld har någon inverkan på framtida attacker så kan det ifrågasättas om det verkligen är en nödvändig respons.²⁰⁷

Andra menar tvärtom att det just är för att traditionella medel för avskräckande inte fungerar mot internationell terrorism som föregripande självförsvar är nödvändigt.²⁰⁸

²⁰⁷ Gray, s. 167

²⁰⁸ Rivkin, Casey & DeLaquil, s.488

5 Slutsats

Diskussionen om anticipatoriskt självförsvar har varit särskilt livlig i den internationella debatten alltsedan Operation Iraqi Freedom sattes igång. I och med att USA i sin retorik så tydligt talat för att de anser sig ha rätt till preventiva våldsåtgärder då landets säkerhet hotas, så har världssamhället kanske mer än någonsin varit tvunget att lyfta upp frågan till ytan för närmare dissekering. Många olika åsikter och argument har florerat i debatten, både mellan stater och i folkrättslig doktrin, men ingen konsensus har nåtts i frågan.

De relevanta instrumenten att undersöka, utifrån folkrättens källor, är internationella konventioner samt internationell sedvanerätt. När det gäller internationella konventioner så är FN-stadgan den traktat som står som utgångspunkt i detta fall. Dels så har FN-stadgan företräde framför andra multilaterala traktat, dels så har FN-stadgan global räckvidd med sina – för närvarande – 192 medlemsstater.²⁰⁹ När det kommer till internationell sedvanerätt så är det både relevant att se till hur denna såg ut innan FN-stadgans tillkomst och hur den påverkats av FN-stadgans existens alltsedan 1945 och fram till i våra dagar.

De bestämmelser som aktualiseras i FN-stadgan är framför allt det allmänna våldsförbudet i artikel 2(4) samt undantaget från detta förbud för självförsvar i artikel 51. Vid en tolkning av artikel 51, i enlighet med 1969 års Wienkonvention och dess tolkningsregler, så står det klart att en viss oklarhet existerar kring begreppen ”armed attack” och ”inherent right”. Förespråkare för en restriktiv tolkning av artikel 51 trycker på att rätten till självförsvar förutsätter att en stat först blivit utsatt för en ”armed attack”, medan de som förespråkar en mer tillåtande tolkning fokuserar på att artikel 51 hänvisar till självförsvaret som en ”inherent right”. Domstolen i fallet *Nicaragua* slog fast att den hänvisningen pekar på den sedvanerättsliga självförsvarsrätten och den tillåtande skolan hävdar således att sedvanerätten ger en rätt till anticipatoriskt självförsvar och därför finns inget hinder mot ett utövande av den rättigheten i artikel 51.

En tillåtande tolkning av artikel 51 på denna grund är emellertid tvivelaktig. Det verkar nämligen ologiskt att den mest uppenbara rätten till självförsvar, i respons till en väpnad attack, skulle ha ansetts behöva vara föremål för begränsande villkor medan det anticipatoriska självförsvaret skulle vara befriad från desamma. Som Dinstein har uttryckt situationen:

What is the point in stating the obvious (*i.e.* that an armed attack gives rise to the right of self-defence), while omitting any reference whatever to the ambiguous circumstances of an allegedly permissible preventive war? Preventive war in self-defence (if legitimate under the Charter) would require regulation by *lex scripta* more acutely than a response to an armed attack, since the opportunities for abuse are incomparably greater.²¹⁰

²⁰⁹ <http://www.un.org/members/list.shtml>

²¹⁰ Dinstein, s. 185

Liksom Dinstein håller jag med om att varje försök att inlemma anticipatoriskt självförsvar i artikel 51 är att tänja på ordalydelsen alltför långt. En del hävdar dock att efterföljande statspraxis har pekat på att stater inte ser något hinder i artikel 51 mot anticipatoriskt självförsvar och att artikeln därför bör omtolkas. Det problematiska i detta resonemang är emellertid att stater sällan, för att inte säga aldrig, explicit har förlitat sig på en rätt till anticipatoriskt självförsvar i sina argument. Även om man ser till hur de *de facto* har agerat så kvarstår det faktum att staters handlande i strid med en befintlig regel lika gärna kan ses som brott mot denna, som ett försök att modifiera regeln. När det dessutom gäller omvärldens reaktioner så har dessa dels varit färgade av olika länders politiska och moraliska uppfattningar, snarare än vad de ansett vara gällande rätt, dels varit långt ifrån samstämmiga. Statspraxis som grund för en modifiering av artikel 51 till att även omfatta anticipatoriskt självförsvar är därmed även det alltför svagt som argument.

Den enda möjligheten att komma ifrån restriktiviteten i artikel 51 verkar vara att i så fall göra den tolkningen att artikel 51 egentligen inte alls är avsedd att stadga en rättighet, utan istället är en påminnelse om att ifall en väpnad attack uppstår så skall inga av FN-stadgans hänsynstaganden inverka på rätten till självförsvar. Om man däremot vill bruka rätten till självförsvar, utan att en väpnad attack uppstått, så måste man se till så att man inte bryter mot FN-stadgans syften. Om dessa syften, i det enskilda fallet, endast kan uppnås med hjälp av preventivt handlande av stater, så menar förespråkarna för denna linje att det egentligen inte finns några hinder för ett utövande av anticipatoriskt självförsvar. Hur innovativ denna tolkning än må te sig så är den dock mycket kontroversiell och dessutom aldrig framlagd av någon stat som grund för statens handlingar.

Även om inte FN-stadgan ger något stöd för anticipatoriskt självförsvar så kvarstår emellertid möjligheten att internationell sedvanerätt kan göra det. I det sammanhanget är det viktigt att kolla på både statspraxis och *opinio juris*, d.v.s. om stater handlat som de gjort eftersom de ansett det stå i överensstämmelse med gällande rätt. Den statspraxis som studeras efter 1945 är här densamma som man tittar på när det gäller tolkningen av artikel 51. Man stöter därför på samma problem som i det sammanhanget. Dessutom kan det tyckas tyda på bristande *opinio juris* att stater är så pass obenägne att uttalat stödja sig på anticipatoriskt självförsvar som en rättighet. Ytterligare ett problem när det gäller sedvanerätten är att våldsförbudet i FN-stadgan (med tillhörande undantag i artiklarna 51 och 42) är allmänt betraktade som *jus cogens*, d.v.s. som ovillkorliga regler med extra hög normativ status. En sådan regel kan endast ersättas av en annan regel av *jus cogens*-karaktär, vilket kräver entydig statspraxis av viss frekvens och som spänner över en betydande tidsperiod. Dessutom krävs överväldigande *opinio juris*. Den statspraxis som förekommit efter 1945, och den uppfattning om rättsläget som stater har gett uttryck för sedan dess, mäktar inte med att omkullkasta en *jus cogens*-regel.

Vissa har framkastat idén om att självförsvarsrätten efter den 11 september 2001 genomgick en förändring genom s.k. "instant customary law". Förutom att denna idé i sig är kontroversiell så hamnar man här

återigen i konflikt med det faktum att det i så fall skulle krävas massiv, samstämmig *opinio juris*, något som inte kan bevisas.

De som trots detta pekar på internationell sedvanerätt, som grund för anticipatoriskt självförsvar, hävdar att denna rättighet existerade innan FN-stadgans tillkomst och redan då var att betrakta som *jus cogens*. I sådant fall är det snarare artikel 51 som får stryka på foten eftersom en traktatbestämmelse inte så lätt kan modifiera en *jus cogens*-regel. De som förespråkar denna linje försöker peka på att anticipatoriskt självförsvar varit en erkänd rättsgrundsats sedan lång tid tillbaka. Ofta åberopas Websters uttalanden i incidenten *Caroline* som stöd för detta argument. Flera problem ligger dock i vägen för att en sådan argumentation omedelbart skall kunna godtas.

För det första är det inte helt klarlagt att Webster överhuvudtaget talade om självförsvaret som en rättighet. Vissa bedömare menar att en rimligare förklaring är att Webster talade om självförsvar i samband med åberopandet av "nödvändighet" som en ansvarsfrihetsgrund i de internationella statsansvarsreglerna.

För det andra så menar många att det vid tidpunkten för Websters uttalanden inte existerade något våldsförbud i internationell rätt. Websters utsagor om länders utövande av självförsvar hade därför andra motiv än att försöka definiera lagligt våldsanvändande, detta eftersom länder rent rättsligt inte behövde ange några skäl alls för att använda våld gentemot omvärlden.

För det tredje är det i vilket fall som helst tvivelaktigt om en enskild incident, och några länders diskussion om internationell rätt, räcker för att slå fast en norm av *jus cogens*-karaktär. Den första ansatsen till ett våldsförbud utarbetades i Kellogg-Briandpakten, som slöts 1928. Mellan 1928 och 1945 kan det emellertid inte påvisas att praxis och *opinio juris* talar för att en *jus cogens*-norm angående anticipatoriskt självförsvar kunnat uppstå.

Argumentet att anticipatoriskt självförsvar var accepterat innan 1945 och långt tillbaka i tiden är dock inte heller helt lätt att vederlägga. En hel del indikationer finns för att stater sedan länge agerat i preventiva syften och auktoriteter inom internationell rätt talar så tidigt som på 1600-talet om det rimliga att försvara sig mot anfall man ser komma.

Alla tveksamheter gällande anticipatoriskt självförsvar och dess rättsliga ställning till trots så kvarstår ändå frågan hur åberopandet av denna rättighet skulle bemötas av omvärlden om det uttryckligen gjordes. Verkligheten verkar tala för att svaret på denna fråga beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Om en stat lägger fram överväldigande bevis för att en attack mot staten är att förvänta inom en mycket snar framtid, och FN är inkapabel att agera av politiska skäl, då skulle troligtvis ett militärt handlande under anticipatorisk flagg inte ifrågasättas av övriga stater. Detta gäller särskilt om det militära våldet ansågs vara proportionerligt ifråga om varighet och omfattning och om det kunde visas att agerandet kom att uppfylla sitt syfte med så små indirekta skador som möjligt, helst om motivet för agerandet dessutom ansågs vara genuina säkerhetsskäl.

Om denna tes stämmer så skulle det i så fall vara frågan om ett accepterat tummande på gällande rätt. Det förståeliga i denna acceptans består i att ingen stat rimligen borde behöva passivt sitta och se på när en attack, stor nog att krossa landets möjligheter till försvar, iscensätts. Eller som Thomas Jefferson har uttalat:

A strict observance of the written laws is doubtless one of the high duties of a good citizen, but it is not the highest. The laws of necessity, of self-preservation, of saving our country when in danger, are of higher obligation. To lose our country by a scrupulous adherence to written law, would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us; thus absurdly sacrificing the end to the means.²¹¹

Faran med denna hållning är att internationell rätt kring våldsutövning i så fall tenderar att styras av "the rule of men" snarare än "the rule of law". I brist på regleringar så lämnas alltid utrymme för godtycke och i ett system influerat av godtycke så är risken stor att dagordningen sätts av de mäktigaste, mest inflytelserika aktörerna.

Det är utan tvivel lätt att förstå den enskilda statens oro för framtida attacker och det är inga problem att se det rimliga i att en stat hellre vill avvärja en angripare än att vänta på att bli anfallen. Detta gäller inte minst i en värld som plågas av terrorism och den relativa lättåtkomligheten av massförstörelsevapen.

Problemet är bara att internationellt användande av våld inte är en angelägenhet endast för den enskilda staten. Ett angrepp på ett annat land, preventivt eller inte, får ofta effekter som blir tydliga på det globala planet. Det kan handla om allt ifrån ekonomiska faktorer för andra stater till rent miljömässiga konsekvenser. Den enskilda staten har därför, förutom ansvaret för sitt eget folk, även ett solidariskt ansvar för den globala situationen. Undersökningar finns på att föregripande militära initiativ har startat 29,5% av alla konflikter sedan 1945.²¹² Detta är kanske inte ett stort problem om alla dessa situationer ändå hade resulterat i en väpnad konflikt, men det finns i så fall inget utrymme för felbedömningar.

Frågan är emellertid om ett anticipatoriskt självförsvar inom mycket snäva ramar verkligen bäst definieras som en preventiv åtgärd och inte ändå som ett traditionellt självförsvar. Det kan nämligen tyckas berättigat att ställa sig frågan om inte t.ex. en flotta som sätter kurs mot en annan stats kust kanske bäst betraktas som ett inledande på en väpnad attack. Är det inte rimligt att den avsändande staten får stå sitt kast i en sådan manöver, även om det verkliga motivet råkar vara att staten "bara" ville skrämmas eller göra någon form av maktdemonstration. Det är ju inte direkt en orimlig tolkning av situationen att den avsändande staten ämnar attackera den andra staten ifråga. Ett sådant resonemang skulle i så fall innebära ett godtagande av Dinstains diskussion kring "interceptive self-defense" inom ramen för begreppet "armed attack".

Slutligen skall det även påpekas att idén om anticipatoriskt självförsvar, helst inom snäva ramar, egentligen inte är så kontroversiell som den ibland framstår som. I alla fall inte om man jämför med den "traditionella"

²¹¹ Obayemi, s. 35

²¹² Schildkraut, s. 222

självförvarsrätten. Allt självförvar har nämligen ett preventivt syfte. Man försvarar sig kanske mot en attack som har hänt, och fortsätter hända, men syftet med självförsvaret är ju att framtiden förhoppningsvis skall vara befriad från liknande attacker. Om en fiendestat släpper bomber på en annan stats territorium, och denna stat replikerar med att skicka missiler tillbaka, så skulle detta troligtvis betraktas som "traditionellt" självförvar mot en väpnad attack. Missilernas syfte är emellertid inte att begränsa eller på något sätt driva bort de bomber som släppts, utan helt enkelt att förstöra fiendens möjligheter att utföra liknande attacker i framtiden. Den enda skillnaden mellan denna situation och ett anticipatoriskt självförvar är att man i den situationen har starkare bevis för att framtida attacker kommer att inträffa. Man återkommer då emellertid återigen till frågan om bevisning, vilket talar för att stark bevisning troligtvis skulle vara tillräckligt för omvärldens acceptans av utövandet av anticipatoriskt självförvar.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Alexandrov, Stanimir A.** *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1996
- Arend, Anthony Clark
Beck, Robert J.** *International Law and the Use of Force*, Routledge, London, 1993
- Brierly, James Leslie** *The Law of Nations – An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., Oxford University Press, London, 1963
- Brownlie, Ian** *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, New York, 1963
- Dinstein, Yoram** *War, Aggression and Self-Defence*, 4th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- Dixon, Martin** *Textbook on International Law*, 4th ed., Oxford University Press, New York, 2005
- Dolgopol, Ustinia
Gardam, Judith (ed.)** *The Challenge of Conflict: International Law Responds*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2006
- Franck, Thomas M.** *Recourse to Force: State Action Against Threats an Armed Attacks*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- Gray, Christine** *International Law and the Use of Force*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2004
- Shaw, Malcolm N.** *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003

Artiklar

- Bordelon, Chris** *The Illegality of the U.S. Policy of Preemptive Self-Defense Under International Law*, 9 Chap. L. Rev. 111 (2005-2006)
- Cohan, John Alan** *The Bush Doctrine and the Emerging Norm of Anticipatory Self-Defense in Customary*

- International Law*, 15 Pace Int'l L. Rev. 283 (2003)
- Corten, Olivier** *The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate*, 16 Eur. J. Int'l L. 803 (2005)
- Dearsley, Justine** *The Use of Force in International Law a Case Study – The Invasion of Iraq, 2003*, 10 Canterbury L. Rev. 121 (2004)
- Eckert, Amy E.
Mofidi, Manooher** *Doctrine or Doctrinaire – The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense Under International Law*, 12 Tul. J. Int'l & Comp. L. 117 (2004)
- Garwood-Gowers,
Andrew** *Pre-Emptive Self-Defence: A Necessary Development or the Road to International Anarchy?*, 23 Aust. YBIL 51 (2004)
- Gathii, James Thuo** *Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-Emptive War Under the Doctrine of Sources*, 43 Osgoode Hall L.J. 67 (2005)
- Gazzini, Tarcisio** *The Rules on the Use of Force at the Beginning of the XXI Century*, 11 J. Conflict & Security L. 319 (2006)
- Green, James A.** *Docking the Caroline: Understanding the Relevance of the Formula in Contemporary Customary International Law Concerning Self-Defense*, 14 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 429 (2006)
- Kearley, Timothy** *Raising the Caroline*, 17 Wis. Int'l L.J. 325 (1999)
- Martinez, Lucy** *September 11th, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense*, 72 UMKC L. Rev. 123 (2003-2004)
- Murphy, Sean D.** *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, 50 Vill. L. Rev. 699 (2005)
- Niv, Ady** *The International Court of Justice under the Scrutiny of Article 51*, 2 IDF L.R. 174 (2005-2006)

- Obayemi, Olumide K.** *Legal Standards Governing Pre-Emptive Strikes and Forcible Measures of Anticipatory Self-Defense Under the U.N. Charter and General International Law*, 12 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 19 (2006)
- Peters, Katie** *International Law and the Use of Force*, 4 Queensland U. Tech. L. & Just. J. 1 (2004-2005)
- Quigley, John** *A Weak Defense of Anticipatory Self-Defense*, 10 Temp. Int'l & Comp. L.J. 255 (1996)
- Ramirez, Jorge Alberto** *Iraq War: Anticipatory Self-Defense or Unlawful Unilateralism*, 34 Cal. W. Int'l L.J. 1 (2003-2004)
- Reisman, Michael W.,
Armstrong, Andrea** *The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense*, 100 Am. J. Int'l L. 525 (2006)
- Rivkin, Jr., David B.,
Casey, Lee A.,
DeLaquil, Mark Wendell** *Preemption an Law in the Twenty-First Century*, 5 Chi. J. Int'l L. 467 (2004-2005)
- Ronzitti, Natalino** *The Expanding Law of Self-Defence*, 11 J. Conflict & Security L. 343 (2006)
- Rothwell, Donald R** *Anticipatory Self-Defence in the Age of International Terrorism*, 24 U. Queensland L.J. 337 (2005)
- Schildkraut, Ryan** *Where There are Good Arms, There Must be Good Laws: An Empirical Assessment of Customary International Law Regarding Preemptive Force*, 16 Minn. J. Int'l L. 193 (2007)
- Shah, Niaz A.** *Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-Emption: International Law's Response to Terrorism*, 12 J. Conflict & Security L. 95 (2007)
- Sifris, Ronli** *Operation Iraqi Freedom: United States v Iraq – The Legality of the War*, Melb. J. Int'l L. 521 (2003)
- Wattad,
Mohammed Saif-Alden** *Resurrecting "Romantics at War": International Self-Defense in the Shadow of the Law of War – Where are the Borders?*, 13 ILSA J. Int'l & Comp. L. 205 (2006)

Wilmshurst, Elizabeth *The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence*, 55 ICLQ 963 (2006)

Zayac, Jr., Robert A. *United States' Authority to Legally Implement the Self-Defense and Anticipatory Self-Defense Doctrines to Eradicate the Threat Posed by Countries Harboring Terrorists And Producing Weapons of Mass Destruction*, 29 S. Ill. U. L.J. 433 (2005)

FN-dokument

General Assembly Resolution 3314 (XXIX) (14 December 1974), UN Document: A/RES/33/14 (1974), tillgänglig på: <http://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

General Assembly Resolution 2625 (XXV) (24 October 1970), UN Document: A/RES/26/25 (1970), tillgänglig på: <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

General Assembly Resolution 2131 (XX) (21 December 1965), UN Document: A/RES/21/25 (1965), tillgänglig på: <http://www.un.org/documents/ga/res/20/ares20.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Security Council Resolution 1368 (12 September 2001), UN Document: S/RES/1368 (2001), tillgänglig på: <http://www.un.org/documents/ga/res/14/ares14.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Report of the Secretary-General, *In larger freedom: Towards development, security and human rights for all* (2005), UN Doc. A/59/2005, tillgänglig på: <http://www.un-ngls.org/UNreform/UBUNTU-1.pdf> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility* (2004), UN Document: A/59/565, tillgänglig på: <http://www.un.org/secureworld/report.pdf> (Den 23:e maj 2008 12:00)

International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of its FiftyThird Session*, UN Document: A/56/10 (2001), tillgänglig på: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Draft articles on *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, tillgänglig på:

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Den 23:e maj 2008 12:00)

Övriga dokument

National Security Council, *The National Security Strategy of the United States of America* (September 2002), tillgänglig på:

<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Press Release, *President Bush Outlines Iraqi Threat* (7 oktober 2002), tillgänglig på:

<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/print/20021007-8.html>

(Den 23:e maj 2008 12:00)

The Caroline Case, tillgänglig på:

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/britain/br-1842d.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Internationella konventioner

Kellog-Briand Pact, 27 August 1928, 46 Stat 2343, TS No 796, 94 LNTS 57, tillgänglig på: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/kbpact.htm> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Charter of the United Nations, signed at San Francisco on 26 June 1945, entered into force 24 October 1945, tillgänglig på:

<http://www.un.org/aboutun/charter/> (Den 23:e maj 2008 12:00)

Vienna Convention on the Law of Treaties, opened for signature on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, tillgänglig på:

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Den 23:e maj 2008 12:00)

Rättsfallsförteckning

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) Judgment of 19 December, ICJ Reports 2005

Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July, ICJ Reports 2004

Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November, ICJ Reports 2003

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July, ICJ Reports 1996

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June, ICJ Reports 1986

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment of 20 February, ICJ Reports 1969