



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Max af Klercker

Effektiv kontroll och nya krig

*- en tvärvetenskaplig analys av den internationella
sedvanerätten på statsansvarsområdet*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Anna Nilsson

Termin: HT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	4
LATINSK ORDLISTA	5
1. Inledning	6
1.1 Syfte	7
1.2 Frågeställning	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	9
2. De nya krigen	10
3. Statsansvar	13
3.1 ARSIWA och statsansvar	13
3.2 Rättskällelära	15
4. Test om hänförlighet	16
4.1 Nicaragua – strikt eller effektiv kontroll	16
4.2 Tadić – Jugoslavientribunalens utveckling av <i>overall control</i> -testet	19
4.3 Srebrenica – ICJ:s replik på Tadić	22
4.4 Forskningsläget och debatten kring det bästa testet	23
5. Analys	26
5.1 Det aktuella rättsläget	26
5.2 Gällande rätt i förhållande till de nya krigen	28
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

Summary

The rules of state responsibility are important for making states liable for their breaches of international law. Over the last decades a judicial debate has emerged regarding the responsibility of states for non-state actors acting on the direction or control of states. This thesis examines two different solutions for the attribution to states of conduct by non-state actors proposed by the *International Court of Justice* (ICJ) and the *International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia* (ICTY). Through creating two different tests of attribution the ICJ broadened the scope of state responsibility over non-state actors in its 1986 judgment in the Nicaragua case. The first, strict control test, equates non-state actors with state organs under internal law while the subsidiary, effective control test, creates a state responsibility for specific actions by non-state actors. Control over the actor as a whole or over the specific breaches. The ICTY Appeals Chamber created a conflict in international law that split the scholarly community when, in its Tadić judgment, in critique of the Nicaragua-tests created the overall control test which lowered the threshold of necessary control needed for attribution.

This thesis also has a inter-disciplinary purpose presenting a theory deriving from the field of peace and conflict studies. This theory states that the concept of war is changing. War no longer occur in big clashes between armies of sovereign nations. The new wars are asymmetrical, with lower intensity and contains a larger involvement of non-state actors.

The required level of control created a discourse with profoundly different views. The lack of binding treaties on the law of state responsibility and a divided discourse makes the established law hard to define. With a *de lege ferenda* scope and taking the inter-disciplinary theories of war and non-state actors into account it is relevant to question the conservative notion taken by the defenders of the ICJ tests.

Sammanfattning

Statsansvar är på folkrättens område en viktig pusselbit för att kunna hålla stater ansvariga för folkrättskränkningar. De senaste decennierna har en diskussion skapats om folkrättsligt ansvar för en stat när icke-statliga aktörer agerar på staters uppmaning eller under statens kontroll. Denna uppsats behandlar två olika lösningar på statsansvarsområdet om staters ansvar för icke-statliga aktörer som lagts fram av *International Court of Justice* (ICJ) och *International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia* (ICTY). I Nicaraguafallet utvidgade ICJ statsansvarets tidigare funktion och staters ansvar över icke-statliga aktörers ageranden genom införandet av två kontrolltest. Det första *strict control*-testet likställer juridiskt den icke-statliga aktören med ett statligt organ och det subsidiära *effective control*-testet gör staten ansvarig för aktörens specifika folkrättsstridiga handlingar. Det handlar alltså om kontroll över aktören eller dess handlingar. Genom sitt avgörande i Tadićfallet skapade ICTY en spricka i den juridiska diskursen då överklagandekammaren kritiserade ICJ:s test och sänkte tröskeln för kontroll genom skapandet av *overall control*-testet.

Uppsatsen har förutom ett rättsutredande syfte ett tvärvetenskapligt syfte och en teori från freds- och konfliktvetenskapens område kommer att belysas. Teorin bygger på idén om att krigens form och hur de utspelar sig har förändrats från de storskaliga mellanstatliga konflikterna som folkrätten modellerats för att reglera. De nya krigen är asymmetriska och lågintensiva och utkämpas i större utsträckning med inblandning av icke-statliga aktörer.

Debatten om vilken kontrollnivå som ska krävas har skapat en diskurs med tydligt motstående argument. Med en avsaknad av bindande folkrättsliga källor att se till är rättsläget komplicerat och oklart. Ses rättsläget ur ett *de lege ferenda*-perspektiv där nya teorier om krig och dess aktörer belyses finns det enligt mig dock en anledning att ifrågasätta den konservativa bilden av rättsutvecklingen som presenteras av ICJ-testens anhängare.

Förord

”The barbarity of war between states may have become a thing of the past. In its place is a new type of organized violence that is more pervasive and long-lasting, but also perhaps less extreme”¹

– Mary Kaldor

¹ Kaldor (2012), s. 6 f.

Förkortningar

ARSIWA	Articles of State Responsibility of Internationally Wrongfull Acts.
FN	Förenta Nationerna.
ICJ	International Court of Justice (sv. Internationella domstolen).
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (sv. Jugoslavientribunalen).
ILC	International Law Commission (sv. FN:s folkrättskommission).

Latinsk ordlista

Contra legem	I strid med givna instruktioner.
De facto	[i det här fallet] en aktör som juridiskt betraktas som ett statligt organ trots att inga nationella regler finns.
De jure	[i det här fallet] en aktör som formellt sätt är ett statligt organ.
De lege ferenda	Hur lagen borde vara.
De lege lata	Hur rätten är.
Lex specialis	Specialreglering som har företräde framför generell reglering (lex generalis).
Obiter dictum	Vid sidan av saken, en sidoanmärkning som inte rör själva huvudfrågan i ett avgörande.
Opinio juris	En stats uppfattning om rättens innehåll.
Ultra vires	Utanför given befogenhet.

1 Inledning

En av juridikens grundbultar och främsta funktioner är att reglera vad som händer när en överenskommelse inte följs. Att rättssubjekt hålls ansvariga för sina handlingar är en logisk del i alla rättsområden och folkrätten är inget undantag. En väsentlig skillnad från andra rättsområden är att folkrätten utgår från att främst stater kan avkrävas ansvar när deras internationella förpliktelser bryts – ett ansvar som avkrävs bland annat genom statsansvarsreglerna. Statsansvar är så kallade sekundära folkrättsnormer och blir gällande först när en primär folkrättsnorm har brutits.²

Sedan kalla krigets slut på tidigt 1990-tal kan en förändring urskiljas på freds- och konfliktforskningens område. Inom forskningen talas det om ny typ av internationella konflikter. I dessa konflikter tar icke-statliga aktörer en allt större plats och de spelar en viktigare roll i en utveckling som brukar benämnas *the new wars*.³ 2001 kom *the Articles of State Responsibility of Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA) – en kodifiering av den internationella sedvanerätten på statsansvarsområdet och ett resultat av 50 års utredningsarbete av FN:s folkrättskommission, International Law Commission (ILC).⁴

Då folkrätten är ett system ämnat att bland annat reglera staters mellanhavanden är det relevant att ställa frågan om inte utvecklingen där icke-statliga aktörers inflytande växer riskerar att göra den nuvarande regleringen obsolet.

² Dixon (2013), s. 253; Tahvanainen (2002), s. 31.

³ Kaldor (2012), s. 1 ff.

⁴ Linderfalk (2012), s. 108.

1.1 Syfte

Uppsatsens syfte är att utreda och diskutera statsansvarsreglerna och dess konsekvenser i situationer då stater stöttar icke-statliga aktörers folkrättsstridiga agerande. Syftet är att klargöra rättsläget gällande vilken nivå av kontroll som krävs av en stat för hänförlighet enligt statsansvarsreglerna samt att granska rättsläget från ett icke-juridiskt freds- och konfliktvetenskapligt perspektiv.

1.2 Frågeställning

Uppsatsens första frågeställning är av formen *de lege lata* och beskriver rättsläget. Vilken nivå av kontroll krävs för att en stat genom stöttande, understödande eller kontrollerande kan bli ansvarig för en icke-statlig aktörs folkrättsstridiga agerande?

I analysdelen diskuteras och problematiseras rättsläget utifrån en freds- och konfliktvetenskaplig teori och den andra frågeställningen är av kritisk och av *de lege ferenda* karaktär. Är dagens bestämmelser tillräckliga för att bemöta den nya tidens konflikter?

1.3 Metod och material

För att besvara den första frågeställningen och uppnå uppsatsens syfte används en rättsdogmatisk metod på den internationella rättens område där relevanta rättskällor identifieras och analyseras. För den andra frågeställningen används en kritisk rättsdogmatisk metod med utgångspunkt i resultatet på den primära frågeställningen.⁵

Folkrättens primära rättsnormer är enligt artikel 38(1) i ICJ:s stadga internationella överenskommelser, sedvanerätt och allmänna rättsprinciper.

⁵ Se Kleinman (2013), s. 21 ff, 39 f.

Dessa tre utgör gällande rätt. På statsansvarsområdet är utgångspunkten den internationella sedvanerätten. För att tolka betydelsen och få kunskap om sedvanerättens innehåll används sekundära rättsnormer som rättsfall, doktrin i form av böcker och artiklar och ARSIWA.⁶ Det rättsutredande arbetet för den första frågeställningen bygger på en närgranskning av primärkällorna i form av praxis från internationella domstolar och tribunaler. Dessa kan i en bredare utsträckning bidra till utvecklingen av den internationella sedvanerätten och de används med vissa kompletterande tolkningar av relevanta författare för att belysa olika synsätt på rättsläget. För utredningen av konfliktvetenskapen har verk av *the new war*-doktrinens skapare, doktrinens kritiker och material för att utreda konflikthistoriens utveckling använts.

Utvecklingen kring vilken kontrollnivå som bör tillämpas när icke-statliga aktörers agerande ska kunna hänföras till stater har skapat en debatt kring några olika rättsfall och de test som utvecklades där.⁷ På den ena sidan av diskussionen står ICJ:s avgöranden i Nicaraguafallet⁸ och Srebrenicafallet.⁹ På andra sidan står ICTY:s överklagandekammars avgörande i Tadićfallet.¹⁰

1.4 Avgränsningar

Uppsatsens fokus ligger på statsansvarsreglerna gällande hänförbarhet av handlingar till statliga aktörer. Således kommer inte att beröras t.ex. vilka konsekvenser en internationellt felaktig handling kan få, vilka omständigheter som kan rättfärdiga ett felaktigt agerande eller vilka möjligheter en skadad stat har att agera. Inte heller kommer vad som generellt konstituerar ett regelbrott att beröras då detta definieras genom de primära folkrättsnormernas

⁶ Se artikel 38(1) i ICJ:s stadga; Henriksen (2017), s. 23 ff, 31 ff.

⁷ Crawford (2013) s. 144; även Tyner (2007); Klabbers (2017).

⁸ *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* från 1986 (hädanefter Nicaragua).

⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* från 2007 (hädanefter Srebrenicafallet).

¹⁰ *Prosecutor v. Tadić, IT-94-I-A (1999)* (hädanefter Tadić appeal).

utformning och varierar helt från fall till fall. På grund av uppsatsens begränsade omfång kommer inte lex specialis-reglering gällande hänförbarhetskriterierna, som enligt artikel 55 ARSIWA har företräde, att beröras.¹¹ Uppsatsen fokuseras kring de regler som finns kodifierade i artiklarna 4, 7 och 8 i ARSIWA och kommer inte behandla några andra hänförbarhetskriterier. Endast de av ICJ och ICTY mest tongivande rättsliga avgörandena kommer att beröras då uppsatsens omfång inte tillåter en längre rättsutredning samt att fokus ligger på att beskriva de rättsfall där de olika relevanta kontrolltesten tagits fram. Av samma anledning kommer inte sakomständigheterna i de olika fallen att utförligt avhandlas. I uppsatsen kommer endast de test som tagits fram av ICJ och ICTY att beröras och inte något som tagits fram av andra judiciella organ.

1.5 Disposition

Textens avhandlingsdel är indelad i tre delar. Först tas sikte bortom det folkrättsliga systemet för att belysa hur krig och konflikter utvecklats historiskt med stöd i forskning på freds- och konfliktvetenskapens område. Del två består av en genomgång av statsansvarsreglerna med utgångspunkt i ARSIWA med fokus på bestämmelserna om hänförbarhet till statliga aktörer. Den tredje och sista delen går igenom rättspraxis där de olika hänförbarhetstesterna skapats eller utvecklats. I slutet av del tre belyses den konflikt som avgörandena skapat bland folkrättsforskare. I analysen besvaras frågeställningarna separat.

¹¹ Kolb (2017), s. 72; Crawford (2002), s. 140 f.

2 De nya krigen

”Today inter-state war is an out-of-date model, and so too perhaps are the international legal norms associated with it, which mainly refer to individual states.”¹²

– Herfried Münkler

Sovjetunionens fall och det kalla krigets slut gjorde inte bara att den globala maktbalansen förändrades utan innebar även ett paradigmskifte inom internationella krig och konflikter. Världskrigens skyttegravskonfrontationer mellan stora statliga arméer har ersatts av lågintensiva konflikter mellan allt mer svårdefinierade grupperingar. Krig som tidigare utkämpats på slagfält för att skona den civila befolkningen har flyttat in i städerna och de civila dösoffren ökar. Mellan år 1989 till 1997 utkämpades endast 6 av 103 väpnade konflikter mellan två statliga aktörer.¹³ Denna bild av det samtida konfliktklimatet är central i Kaldors teori om de nya krigen – *the new wars*. Teorin är viktig för att förstå dagens konflikter samt hur de skiljer sig från de absoluta statliga krig som präglat historien sedan den Westfaliska freden.¹⁴ Teorin är inte helt okontroversiell¹⁵ och den vanligaste kritiken är att de ”nya krigen” inte är nya utan har stora likheter med konflikter före den Westfaliska freden. Nytt är inte heller att etnicitet spelar stor roll eller att våld riktas mot civila.¹⁶ Oavsett ställning och kritik mot *the new war-doctrine* visar teorin i allt väsentligt på en ny paradigm inom vilken det internationella konfliktlandskapet förändrats sedan tiden då många av de folkrättsliga regleringarna tillkom.¹⁷

¹² Münkler (2005), s. 135.

¹³ Legnér (2008), s. 515 ff; Kaldor (2012), s. 1 ff.

¹⁴ Se Münkler (2005), s. 33 ff.

¹⁵ Se Reyna (2009) som baserar sin kritik på flera forskares kritik av Kaldors teori.

¹⁶ Reyna (2009), 294 f; Agrell (2017), s. 84 f; Legnér (2008), s. 520.

¹⁷ Münkler (2005), s. 135.

The new war-doctrine står i kontrast mot den traditionella beskrivningen av krig som framfördes av den preussiske generalen Carl von Clausewitz genom sitt omfattande verk *Vom Kriege* (Om Kriget) från 1830-talet. Starkt influerad av Napoleonkrigen beskrevs krig som en fortsättning på politik med andra medel och slagfältet som en duell i stor skala mellan stater där målet var att få motståndaren att vika för segrarens vilja.¹⁸ I teorin beskrev Clausewitz så kallade absoluta krig¹⁹ som kulminerade i stora sammandrabbningar mellan motstående intressen under storslagna former på blodiga slagfält. De absoluta krigen var ännu fiktion under hans levnadstid men kom att närma sig verkligheten allt mer genom den tekniska utvecklingen under de två världskrigen. När gränsen mellan civila och statliga aktörer och mål började suddas ut under de storslagna absoluta krigen under tidigt 1900-tal kom de första tecknen på nya krig att avtecknas. Utvecklingen av militärallianser under de absoluta krigen och efterkrigstiden visar även på det statliga våldsmonopolets avveckling, något som ytterligare beskrivs som en faktor i de nya krigen.²⁰

I maktvakuumet som uppstod efter Sovjetunionens kollaps utvecklades de nya krigen. Principen om *Mutually Assured Destruction*²¹ under kalla kriget innebar att möjligheten att konfrontera en styrkemässigt likställd part försvann och fram växte en mer lågintensiv krigsföring.²² Den nya typen av krig breder ut sig i områden främst där de statliga inkomsterna minskar och i kombination med ökad korruption och brottslighet nedmonteras på så sätt det statliga våldsmonopolet underifrån. Enligt Kaldor leder organiserad brottslighet till icke-statliga paramilitära grupperingars framväxt och ytterligare distinktionssvårigheter mellan legitima och illegitima våldsbrukare. De nya krigen skiljer sig från de gamla genom dess mål, krigsmetoder och finansieringsmetoder. Målet är ofta maktanspråk på basis

¹⁸ Clausewitz (1967), s. 402, 101.

¹⁹ Clausewitz beskrev de absoluta krigen som stora sammandrabbningar på blodiga slagfält som mynnade ut i att en av stridande sidorna förintades av den andre, se Clausewitz (1967).

²⁰ Kaldor (2012), s. 27 f.

²¹ *Mutually Assured Destruction* var det dödläge som rådde under kärnvapenkapprustningen mellan USA och Sovjetunionen. Den stat som valde att avfyra sina vapen skulle också förinta sig själv genom en oundviklig motattack.

²² Münkler (2005), s. 70; Kaldor (2012), s. 5 f.

av identitetsbaserade faktorer som är knutna till en särskild etnicitet, religion, nationalitet eller klantillhörighet och inte på ideologiska eller geopolitiska grunder.²³ De nya krigsmetoderna bygger på en så kallad asymmetrisk krigsföring vilket innebär ett aktivt undvikande av öppna konfrontationer med en starkare part och våldet riktar sig ofta direkt mot den civila befolkningen. Aktörerna rör sig nära civilbefolkningen och destabiliserar denna genom terror, fördrivning och utrensning av oliktankande.²⁴ De nya krigens icke-statliga aktörer saknar staters skattebaserade finansieringsmöjlighet. Istället kommer finansieringen både från externt håll genom understöd av utanförstående stater men också genom bland annat plundring, utpressning och gisslantagningar av civilbefolkningen. Enligt Kaldor skapas många paramilitära icke-statliga grupper av suveräna stater så att staterna kan distansera sig från det mest extrema våldsutövandet.²⁵

De nya krigens syfte är inte, likt Clausewitz menade, att vinna duellen. Syftet är att göda krigets fortlevnad då båda parter gynnas av den lågintensiva konfliktens ekonomiskt och ideologiskt förstärkande effekt. Kaldor nämner USA:s krig mot terrorismen som exempel. USA i sin fortsatta kamp och statusbyggande som demokratins beskyddare. Dess motståndare som användare av kriget som ett rekryteringsverktyg och för att skapa och driva en krigsekonomi på civilbefolkningens bekostnad.²⁶ På grund av detta är de nya krigen svåra att lösa. Münkler menar att det finns en problematik i att dagens juridiska system är föråldrat då det har de gamla symmetriska krigen som utgångspunkt. Det juridiska systemet bör omkonstrueras för att i vidare mån inkludera de nya krigens privata aktörer som inte passar in i det nuvarande symmetriska synsättet.²⁷ Att här föreslå en sådan omkonstruering som Münkler eftersöker ligger dock utanför den här uppsatsens syfte. Med detta sagt ska jag i det följande granska folkrättens regler gällande statsansvar och hänförlighet av icke-statliga aktörers agerande till suveräna stater.

²³ Kaldor (2012), s. 5 ff.

²⁴ *Ibid*, s. 102 f; Agrell (2017), s. 83 ff.

²⁵ Kaldor (2012), s. 108, 97.

²⁶ *Ibid*, s. 118, 218 f.

²⁷ Münkler (2005), s. 135 f.

3 Statsansvar

3.1 ARSIWA och statsansvar

Juridik utan sanktioner blir lätt tandlös och reglerna om statsansvar är därför en viktig komponent på det folkrättsliga området. Dessa sekundära folkrättsliga normer reglerar följder och konsekvenser då primära normer inte efterlevs. Primära normer är skyldigheter som åläggs stater genom bland annat ingångna avtal, traktat eller som binder stater via den internationella sedvanerätten och regleras bland annat i traktaträtten.²⁸ Folkrättens stabilitet bygger dels på suveränitetsprincipen och att stater själva som huvudregel bestämmer vilka primära bestämmelser de vill bli bundna av. Stabiliteten kommer även från de sekundära statsansvarsreglerna och de konsekvenser som följer av brott mot en ingången förpliktelse.²⁹

Redan på 50-talet påbörjade FN:s folkrättskommission ILC arbetet att kodifiera den internationella sedvanerätten på statsansvarsområdet. 2001 var den slutliga texten färdig och även om ARSIWA inte fick formen som en bindande traktat råder i stort sätt konsensus om att större delen av artiklarna bör betraktas som bindande internationell sedvanerätt.³⁰ En internationellt otillåten handling (eng. *internationally wrongful act*) leder enligt artikel 1 ARSIWA till statsansvar. För att en stat ska kunna hållas ansvarig för handlingen krävs enligt artikel 2 ARSIWA att agerandet bryter mot en internationell förpliktelse *samt* att agerandet kan hänföras till staten.³¹ En stat som abstrakt juridisk enhet saknar möjligheten att handla på egen hand. För handling eller underlåtenhet krävs ett agerande eller icke-agerande av fysiska personer vars handlande kan hänföras till staten.³² Reglerna om hänförbarhet

²⁸ Henriksen (2017), s. 127 f.

²⁹ Linderfalk (2012), s. 107; Crawford (2002), s. 32.

³⁰ Dixon (2013), s. 252 f; Henriksen (2017), s. 127 f; Linderfalk (2012), s. 107.

³¹ Crawford (2002), s. 34.

³² *Ibid*, s. 35; Shaw (2014), s. 572.

mellan den agerande personen eller gruppen och staten är således centrala för statsansvarsreglernas funktion.³³

De centrala delarna i ARSIWA som kommer att beröras är som nämnt artikel 4, 7 och 8. Artikel 4 behandlar situationen då ett organ som betecknas som statligt enligt nationell lag (ett sk. de jure-organ) agerar på uppdrag av staten. Det kan röra till exempel statliga tjänstemän, kommunala organ, myndigheter etc.³⁴ En stat kan dock inte undvika ansvar för en enhets agerande genom att inte beteckna den som ett statligt organ i nationell rätt. Även så kallade de facto-organ, som i praktiken agerar som statliga organ, omfattas av artikel 4.³⁵ Nära till artikel 4 kopplas artikel 7 som stadgar att staten är strikt ansvarig även när ett organ, de jure eller de facto, handlar utanför sin kompetens (*ultra vires*) samt när handlandet sker i strid med givna instruktioner (*contra legem*). När t.ex. en tjänsteman agerar i rent privat kapacitet som privatperson saknas dock hänförlighet till staten för personens agerande.³⁶ En klassificering av en icke-statlig aktör som ett de facto-organ (som medför ansvar *ultra vires* och *contra legem*) kräver en mycket hög nivå av kontroll från staten och bör endast ske i exceptionella fall.³⁷ Detta berörs vidare under del 4 nedan.

En stat kan även på grund av sina instruktioner, direktiv eller kontroll bli ansvarig för privata aktörers agerande i enlighet med artikel 8 ARSIWA.

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

Istället för att fokus ligger på aktörens roll i förhållande till staten, som ovan i artikel 4, ligger fokus i artikel 8 på den faktiska folkrättsstridiga handlingen som den icke-statliga aktören begått efter instruktion, direktiv eller under

³³ Kulesza (2016), s. 151.

³⁴ Linderfalk (2012), s. 110 f.

³⁵ Henriksen (2017), s. 132.

³⁶ Tahvanainen (2002), s. 33 ff; Crawford (2002), s. 45; Linderfalk (2012), s. 111.

³⁷ Srebrenica, para. 393.

kontroll av staten.³⁸ Bestämmelsen är ett undantag från principen att privata aktörers handlingar inte kan hänföras till stater. Finns det en länk mellan en privat aktör och staten ska enligt den internationella sedvanerätten således hänförlighet till staten anses föreligga. Den mest komplexa och omtvistade skiljelinjen i bestämmelsen gäller vilken nivå av kontroll som krävs över den icke-statliga aktören för att agerandet ska hänföras till staten.³⁹ Denna gränsdragningsproblematik har gett upphov till konflikten som skapat olika test framtagna av ICJ respektive ICTY. Rättsläget belyses översiktligt i kommentaren till ARSIWA men ILC väljer aktivt att inte ta ställning gällande vilken kontrollnivå som bör krävas.⁴⁰ Problematiken om vilken de olika kontrollnivåerna är central i fortsättningen av uppsatsen.

3.2 Rättskällelära

Den folkrättsliga rättskälleläran bygger på artikel 38(1) i ICJ:s stadga. Den internationella sedvanerätten är en bindande primär rättskälla tillsammans med traktat och generella rättsprinciper. Sedvanerätten är uppbyggd av statspraxis⁴¹ och *opinio juris*.⁴² Varken kodifikationer av sedvanerätt, likt ARSIWA, eller avgöranden från domstolar och tribunaler har status som självständiga rättskällor utan används subsidiärt för att identifiera och tolka de primära rättskällorna.⁴³ Dessa subsidiära rättskällor spelar trots detta å ena sidan en viktig roll för hur stater agerar, vilket i sin tur medverkar till utformningen av sedvanerätten. Å andra sidan är rättsliga avgöranden är endast vägledande och ICJ:s beslut binder endast de i målen inblandade parterna.⁴⁴ Det råder delade meningar om den internationella sedvanerättens innebörd gällande hänförlighet av icke-statliga aktörers handlingar och framför allt vilken kontrollnivå som ska krävas. Konflikten framträder tydligt i ICJ och ICTY:s praxis som i det följande ska behandlas.

³⁸ Crawford (2002), s. 47; Tahvanainen (2002), s. 36 ff.

³⁹ Crawford (2002), s. 47 f.

⁴⁰ *Ibid*, s. 47; Crawford (2013), s. 144; Trapp (2011), s. 42.

⁴¹ Hur stater generellt agerar.

⁴² Vad stater generellt uppfattar som gällande rätt.

⁴³ Henriksen (2017), s. 23 ff.

⁴⁴ *Ibid*, s. 31 f.

4 Test om hänförbarhet

Denna del belyser de två olika test som skapats av ICJ och ICTY:s överklagandekammare för att bestämma den passande kontrollnivå för hänförbarhet till icke-statliga aktörer och dess agerande. Våldigt generellt kan sägas att ICJ:s metod från Nicaraguafallet kräver en hög nivå av kontroll medan överklagarkammaren i ICTY genom Tadićfallet arbetat fram en mer flexibel metod med en lägre tröskel som krav.⁴⁵ ICJ:s avgörande i Srebrenicafallet används i del 4.1 för att förklara domstolens resonemang i Nicaraguafallet samt i del 4.3 för att belysa den kritik som domstolen riktade mot Tadićtestet.

4.1 Nicaragua – strikt eller effektiv kontroll

”[I]t would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed”⁴⁶

– International Court of Justice

Det av ICJ avgjorda Nicaraguamålet från 1987 har varit vägledande på många områden inom folkrätten och så även i utvecklingen av statsansvarsreglerna. I fallet presenterade ICJ två olika test genom en tvåstegslösning på statsansvarsreglernas område. Funktionen var att fastställa vid vilka situationer en icke-statligt aktörs agerande kan hänföras till en suverän stat när aktören inte är ett statligt organ under nationell lag (ett de jure-organ).⁴⁷ Avgörandet kom att påverka utvecklingen av artikel 8 i ARSIWA och bredda regelns tillämpningsområde genom att införa rekvisiten ’direction or control’ och på så sätt sänka den tidigare tröskeln av hänförbarhet.⁴⁸ För förklaringen

⁴⁵ Henriksen (2017), s. 134 ff.

⁴⁶ Nicaragua, para. 115.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 109-115; Talmon (2009), s. 497 f; Milanović (2006), s. 577.

⁴⁸ Tidigare innehöll artikel 8 endast rekvisitet ’instructions’, se Crawford (2013), s. 144.

av Nicaraguafallet är det nyare Srebrenicafallet från 2007 viktigt då det i flera aspekter återknyter till och förtydligar domstolens resonemang i Nicaragua.⁴⁹

I Nicaraguafallet stod ICJ bland annat inför uppgiften att avgöra huruvida handlingar som konstituerade brott mot internationell rätt av vissa privata aktörer i det nicaraguanska inbördeskriget kunde hänföras till USA.⁵⁰ För den här uppsatsens syfte är det främst den icke-statliga gruppen *contras* agerande som kommer belysas. I första hand avgjordes om gruppen kunde definieras som ett statligt de jure-organ i enlighet med nationell rätt. Då detta inte lyckades skapade domstolen två olika kontrolltest.⁵¹ Först prövades *strict control*-testet⁵² och sedan det subsidiära *effective control*-testet.⁵³ Dessa två behandlas nedan.

Gällande *strict control*-testet undersökte domstolen först om det fanns ett beroende- och kontroll förhållande⁵⁴ mellan *contras* och USA som var så starkt att den paramilitära gruppens agerande till fullo kunde likställas med ett amerikanskt statligt de jure-organ.⁵⁵ För att *strict control*-testet ska uppfyllas krävs tre kumulativa rekvisit.⁵⁶ För det första krävs att beroendeförhållandet är fullständigt (*complete dependence*) vilket innebär att den icke-statliga aktören helt saknar autonomi och således endast utgör ett instrument genom vilket staten agerar.⁵⁷ Presumtion för att fullständigt beroende föreligger är till exempel om staten skapat den icke-statliga aktören eller om gruppens möjlighet att genomföra sin verksamhet skulle upphöra om understödet slutade.⁵⁸ För det andra ska kontrollen sträcka sig över hela aktörens verksamhetsområde och för det tredje ska staten faktiskt ha utnyttjat

⁴⁹ Talmon (2009), s. 497 f.

⁵⁰ Nicaragua, para. 20 ff, 93 ff.

⁵¹ Srebrenica, para. 384 ff, 390 ff.

⁵² Här används Talmons benämning, se Talmon (2009), s. 498. Testet kallas även *test of complete control* eller *agency test*.

⁵³ Nicaragua, para. 109 ff, 115 f; Srebrenica, para. 391 ff; Talmon (2009), s. 498.

⁵⁴ Talmon förtydligar att beroendet som den ena parten (*contras*) har av den andra (USA) motsvaras i den starkare partens kontroll över den svagare, Talmon (2009), s. 497 f.

⁵⁵ Nicaragua, para. 109; Srebrenica, para. 391 ff.

⁵⁶ De tre rekvisiten återkommer i ICJ:s domar men spaltas tydligt upp i Talmon (2009), s. 498 ff.

⁵⁷ Nicaragua, para. 109-110, 114; Srebrenica, para. 392 ff.

⁵⁸ Nicaragua, para. 108 ff; Armed Activities, para. 160.

den kontroll som det fullständiga beroendeförhållandet skapat.⁵⁹ Genom ett uppfyllande av *strict control*-testet klassas den icke-statliga aktören som ett de facto-organ under staten (i artikel 4 ARSIWA). Staten blir således ansvarig för allt den icke-statliga aktören gör, även *ultra vires* och *contra legem* (enligt artikel 7 ARSIWA).⁶⁰ I Nicaraguafallet fastställdes ett sådant beroendeförhållande under en viss tid parterna emellan men det fastslogs även att USA under den tiden inte hade utnyttjat den däri medförda kontrollen. En klassificering av *contras* som ett de facto-organ kunde således inte ske genom *strict control*-testet.⁶¹ Att likställa en icke-statlig aktör med ett statligt organ utan stöd i nationell rätt på detta sätt är enligt domstolen exceptionellt och ska endast göras när tydliga bevis finns för ett fullständigt beroendeförhållande.⁶² I Nicaraguafallet var bevisen inte tillräckligt starka och domstolen fortsatte således vidare med det subsidiära *effective control*-testet.⁶³

Effective control-testet tar istället sikte på statens koppling till aktören i varje specifik folkrättsstridig handling. Således handlar det *inte* om att fastställa en de facto-organ status.⁶⁴ För att ansvar ska uppstå när *strict control*-testet misslyckats och *effective control*-testet används krävs bevis för att staten haft en effektiv kontroll över aktörens agerande vid den faktiska överträdelsen.⁶⁵ I Nicaraguafallet fastslogs att USA finansierat, organiserat och militärt tränat *contras* samt försett gruppen med krigsmaterial, hjälpt till i bestämmandet av militära mål, att planera militära operationer samt haft en generell kontroll över gruppens ageranden. Detta till trots saknades tillräckliga bevis för att USA, genom *effective control*-testet, skulle bära ansvaret för de folkrättskränkningar som gruppen *contras* genomförde. Fokus har alltså flyttats från undersökande av beroendeförhållandet mellan aktörerna till statens faktiska kontroll över den icke-statliga aktören när den folkrättsstridiga handlingen begicks. Talmon menar att *effective control*-testet kräver

⁵⁹ Nicaragua, para. 109 f, 114; Srebrenica, para. 392 ff; Talmon (2009) s. 498 ff.

⁶⁰ Nicaragua, para. 277; Srebrenica, para. 397; Talmon (2009), s. 501.

⁶¹ Nicaragua, para. 109, 116.

⁶² Srebrenica, para. 393.

⁶³ Nicaragua, para. 109.

⁶⁴ Srebrenica, para. 397.

⁶⁵ Nicaragua, para. 112, 115.

att staten är inblandad i att planera operationen, välja måltavlor, ge specifika direktiv under operationen och erbjuda understöd. Kontrollen ska bibehållas innan operationen samt i sättet den utförs och slutförs.⁶⁶ Före detta ILC-rapportören och ICJ-domaren Ago understryker att det endast är i ytterst sällsynta undantagsfall där en stat instruerat om specifika uppgifter som internationell rätt kan tillåta hänförlighet av aktörens handlingar till staten och att en hög tröskel därför är nödvändig.⁶⁷ Genom *effective control*-testet blir staten endast ansvarig för enskilda kontrollerade handlingar och således följer inget ansvar *ultra vires* eller *contra legem*.

4.2 Tadić – Jugoslavientribunalens utveckling av *overall control*-testet

”The Appeals Chamber, with respect, does not hold the Nicaragua test to be persuasive”⁶⁸

– Appeal Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

Genom Tadić-fallet kom ICTY:s överklagandekammare att forma ett nytt test gällande hänförlighet till stater för icke-statliga aktörers agerande. Det nya testet utgick från ICJ:s avgörande i Nicaragua-fallet men avvek därifrån. Till skillnad från åklagaren och förstainstansen i Tadić-fallet tolkade ICTY:s överklagandekammare Nicaragua-fallet som att endast ett test hade presenterats. Kammarkaren menade att det ovan presenterade *strict control*-testet främst var ett förtydligande av *effective control*-testets rekvisit och inte ett separat test.⁶⁹ ICTY:s överklagandekammare underkände *effective control*-testet framför allt på grund av att tröskeln som ansågs nödvändig i Nicaragua-fallet för hänförlighet var alldeles för hög. Överklagandekammaren ansåg för det första att Nicaragua-testet gick emot logiken och

⁶⁶ Talmon (2009), s. 502 ff.

⁶⁷ Judge Ago, Sep. Op. i Nicaragua, para.16.

⁶⁸ Tadić appeal, para. 115.

⁶⁹ *Ibid*, para. 106 f; se även Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-T (1997) (hädanefter Tadić), para. 584 ff, 600 ff.

syftet i statsansvarssystemet och för det andra att det inte överensstämde med internationell sedvanerätt.⁷⁰

Det bör dock anmärkas att ICTY i Tadićfallet inte rörde sig inom samma juridiska sfär som ICJ i Nicaraguamålet.⁷¹ ICTY är en tillfällig tribunal vars syfte och jurisdiktionsområde är att pröva fysiska personers ansvar för handlingar begångna på det forna Jugoslaviens område efter 1991. För jurisdiktion krävs det enligt tribunalens stadga att konflikten i fråga är av internationell karaktär.⁷² För att fastslå huruvida konflikten i Bosnien och Hercegovina var internationell behövde tribunalen avgöra om den bosnienserbiska grupperingen Republika Srpska, till vilken Duško Tadić hörde, var tillräckligt nära kopplad till staten Jugoslavien.⁷³ I brist på motsvarande hänförlighetstest för att avgöra frågan huruvida konflikten var internationell eller inte utgick domstolen från ICJ:s hänförlighetstest i Nicaraguafallet som istället rör statsansvar.⁷⁴

Tribunalens första instans applicerade *effective control*-testet och fastslog att någon hänförlighet inte kunde bevisas på grund av testets höga tröskel och konflikten kunde således inte ses som internationell.⁷⁵ I överklagandekammaren medgavs att *effective control*-testet förvisso fyller en funktion gällande hänförlighet mellan en stat och privatpersoners och oorganiserade grupperings handlingar. I dessa fall ansåg kammaren att det fanns en poäng i att ställa höga krav. I enlighet med *effective control*-testet bör, gällande privatpersoners och oorganiserade gruppers agerande, krav ställas på effektiv kontroll vid varje specifikt agerande där en folkrättsstridig handling begås. Gällande ansvar för mer organiserade grupper, exempelvis militära eller paramilitära grupper, menar dock överklagandekammaren att *effective control*-testet inte övertygar i sin utformning. Den höga nivå av

⁷⁰ Tadić appeal, para. 115 ff.

⁷¹ Se kritiken mot Tadićfallet under 4.4.

⁷² Den formella jurisdiktionen fastslås i artikel 1 i ICTY:s stadga och handlingar som prövas under artikel 2 ska bedömas utifrån 1949 års Genèvekonvention som endast gäller för internationella konflikter, se Talmon, 2009, s 504.

⁷³ Tadić appeal, para. 105; Talmon (2009), s. 504; Cassese (2007), s. 655 f.

⁷⁴ Se Tadić, para. 585; Tadić appeal, para. 105.

⁷⁵ Tadić, para. 588, 605; Talmon (2009), s. 504.

kontroll som testet kräver går enligt ICTY emot den sedvanerättsliga regelns logik i artikel 8 ARSIWA. Syftet med regeln är att motverka att stater undviker sina internationella förpliktelser genom att låta icke-statliga aktörer som inte är eller kan betraktas som statliga organ genomföra statens folkrättsstridiga handlingar. Ett agerande på uppdrag av en stat ska kunna hänföras till nämnd stat och en för hög kontrolltröskel riskerar att underminera systemets hela funktion.⁷⁶

När det gällande organiserade och hierarkiskt strukturerade grupper där det är ovanligt att individer tar egna initiativ och strukturen styrs genom en kommandokedja och interna regler kan dock *effective control* inte tillämpas. Här menar ICTY:s överklagandekammare att det är tillräckligt att visa att staten har en *overall control* över en sådan grupp för att gruppens folkrättsstridiga handlingar ska kunna hänföras till staten. *Overall control*-testet kräver att staten understödjer den organiserade gruppen inte bara genom utrustning, träning, finansiering och militär support utan även genom *övergripande* koordinering, organisering eller planering av gruppens militära aktivitet.⁷⁷ Skillnaden mot *effective control* är att *overall control*-testet fokuserar på kontroll över en aktör och inte över en handling. ICTY:s test har således likheter med ICJ:s *strict control*-test som också fokuserar på kontroll över gruppen som helhet.⁷⁸ Skapandet av *overall control*-testet grundas på en ingående utredning av den internationella sedvanerätten som visar att den inte är enhetlig med ICJ:s test i Nicaraguamålet gällande organiserade grupper.⁷⁹ Enligt f.d. ICTY domaren Cassese bidrar *overall control*-testet i kombination med *effective control*-testet till att skapa en flexibilitet som inte fanns tidigare.⁸⁰ Vid *overall control* ska enligt ICTY den icke-statliga aktören betraktas som ett de facto-organ under den kontrollerande staten och således även ansvara för gruppens handlande *ultra vires* och *contra legem*. ICTY

⁷⁶ Tadić appeal, para. 117 ff.

⁷⁷ *Ibid*, para. 120, 131, 137.

⁷⁸ Milanović (2009), s. 316 f; Talmon (2009), s. 506 ff.

⁷⁹ Tadić, para. 124-131.

⁸⁰ Cassese (2007), s. 657.

påpekar att sådana juridiska kryphål som kan uppstå med Nicaraguatestens höga tröskel bör undvikas.⁸¹

4.3 Srebrenica – ICJ:s replik på Tadić

”[T]he ‘overall control’ test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility”⁸²

– International Court of Justice

Av kronologiska skäl är det relevant att kort beröra det även ovan nämnda Srebrenicafallet separat eftersom det kom efter Tadićfallet. De tre refererade rättsfallen knyter tydligt an till varandra i diskussionen om den rätta tolkningen av kontrollrekvisitetet i gällande internationell sedvänja.

I Srebrenicafallet presenterar ICJ en genomgång av rättsläget med hänvisningar till såväl ARSIWA och Nicaraguafallet och slår däri fast att den standard som utarbetades genom Nicaraguafallets två test bör tillämpas. ICJ bemöter även den avvikande uppfattningen som presenterades av ICTY.⁸³ ICJ:s riktar kritik mot ICTY:s avgörande i Tadićfallet på grund av att ICTY saknar jurisdiktion att döma i frågor om statsansvar då tribunalen endast kan pröva fysiska personer och inte staters mellanhavanden.⁸⁴ Domstolen menar att även om det skapade testet fyller en funktion för att bestämma om en konflikt är internationell eller ej är det inte tillämplig på statsansvarsområdet. ICJ menar att ICTY i Tadićfallet går för långt då *overall control*-testet stäcker sig utöver den fundamentala principen att stater endast ska hållas ansvariga för sitt eget handlande samt personer som agerar på dess vägnar.⁸⁵ Detta bör vägas mot att ICTY:s argumentation för *overall control*-testet som hänvisade till den logiska grunden och syftet till bestämmelsen i artikel 8 om att ingen

⁸¹ Tadić appeal, para. 121, 137.

⁸² Srebrenica, para. 406.

⁸³ *Ibid*, para. 390-407.

⁸⁴ Se artikel 1 i ICTY:s stadga.

⁸⁵ Srebrenica, para. 403 ff.

stat ska kunna undvika sitt ansvar genom att låta att folkrättsstridiga handlingar utföras av privata aktörer.⁸⁶

Vilken betydelse Srebrenicafallet har för rättsutvecklingen råder delade meningar om. Vissa menar att det sätter punkt för den utveckling och osäkerhet som rådde efter Tadićavgörandet då ICJ i Srebrenicafallet redogör för rättsläget,⁸⁷ medan andra ser avgörandet som ett steg i en konservativ och bakåtsträvande riktning där ICJ endast lutar sig på sitt eget avgörande.⁸⁸

4.4 Forskningsläget och debatten kring det bästa testet

”The Appeals Chamber in Tadic created a conflict in international law that split the scholarly community”⁸⁹

– Davis B. Tyner

Mycket finns skrivet om de olika testen och det faktum att två internationella dömande organ i den här utsträckningen står emot varandra är ovanligt.⁹⁰ I den mer generella folkrättsliga litteraturen berörs problematiken ofta översiktligt och beskrivs som att ICJ skapat ett test vilket ICTY kritiserat men ICJ senare fastslagit,⁹¹ men som Tyner påpekar har debatten splittrat forskningsläget.

Nicaraguatestens kritiker fokuserar främst, likt ICTY, på ICJ:s höga tröskel och hur den inte ligger i linje med vad som är ’the logic of state responsibility’. Dessa menar att statspraxis vidhåller den höga tröskeln gällande privata och oorganiserade aktörer men inte för organiserade grupper där en lägre tröskel används. Risken är att en för hög tröskel leder till att stater kan, genom stöttande av icke-statliga aktörer, undkomma att stå till svars för

⁸⁶ Tadić appeal, para. 117.

⁸⁷ Se exempelvis Talmon (2009); Crawford (2013); Kolb (2017); Milanovic (2009).

⁸⁸ Cassese (2007), s. 651. Se vidare Trapp (2011); Griebel & Plücker (2008).

⁸⁹ Tyner (2007) s. 885.

⁹⁰ Shaw (2014), s. 809.

⁹¹ Shaw (2014); Kulesza (2016); Henriksen (2017) m.fl.

folkrättsstridiga handlingar och att det begränsar möjligheten till rättsliga sanktioner.⁹² Griebel och Plücken ifrågasätter ICJ:s fastslagande av *effective control*-testet som standard i Srebrenicafallet då detta missar att ta den växande debatten kring en lägre tröskel på allvar. Författarna menar att diskussionen blossat upp ordentligt efter terrorattentaten i USA den 11 september 2001. Griebel och Plücken uttrycker att även Tadićtestet vidhåller en för hög tröskel i förhållande till förändringen efter 11 septemberattentaten.⁹³ Trapp lyfter fram en teori om att fokus bör ligga på huruvida den icke-statliga aktörens inneboende funktion (eng. *inherent feature*) är att bryta mot folkrätten, t.ex. vid internationell terrorism. Om en nivå av effektiv kontroll krävs för alla handlingar vid bekämpande av staters stöd till terroristorganisationer kommer hänförbarhet enligt Trapp aldrig att kunna ske. Därför menar hon att det krävs en mer flexibel lösning, likt den som presenterades i Tadićfallet.⁹⁴

Den andra sidan som stöttar ICJ:s tvåstegsmetod bygger generellt argumenten kring att ICTY saknade jurisdiktion att bedöma frågan samt kring problematiken med att sänka beviskravet för hänförbarhet. Kritik riktas också mot att ICTY:s överklagandekammare i Tadićfallet feltolkat Nicaraguatesten som ett enda test och att samma test nödvändigtvis inte behöver användas vid statsansvar som vid definierandet av konflikter som internationella. Den utredning av rättsfall och statspraxis som ICTY använde för att stärka sina argument kritiserar för att vara uppbyggd av, för frågan, irrelevanta avgöranden och praxis.⁹⁵ Tyner ställer sig kritisk till *overall control*-testet då det skulle resultera i att stater kan dömas utan tillräckliga bevis för att den faktiskt beordrat den folkrättsstridiga handlingen. Det kan inte anses rättssäkert då staten kan dömas på svaga bevis där ansvar i den specifika handlingen inte måste styrkas. Kravet blir således lägre än att döma en fysisk person.⁹⁶ Kolb uttrycker att en risk med att sänka tröskeln är att det riskerar

⁹² Se exempelvis Cassese (2007); Trapp (2011); Griebel & Plücken (2008).

⁹³ Griebel & Plücken (2008), s. 618 f, 621.

⁹⁴ Trapp (2011), s. 43 ff, 61 f.

⁹⁵ Se här Tyner (2007); Talmon (2009); Milanović (2006) (2009); Crawford (2013).

⁹⁶ Tyner (2007), s. 874.

att få negativa effekter i framtiden då handlingar som idag inte kan förutses kan komma att hänföras till stater. Lösningen på problemet är istället att instifta nya primära rättsnormer som är bindande för staterna.⁹⁷

Vad som gäller juridiskt är således inte helt tydligt. Som Kolb uttrycker det finns tunga argument på båda sidor men vilken metod som bör vinna företräde är inte klart. Kolb uttrycker dock även att Nicaraguatesten bör anses vara gällande på grund av att de tycks vara mer generellt accepterade i internationell praxis.⁹⁸

⁹⁷ Kolb (2017), s. 107.

⁹⁸ *Ibid*, s. 105 ff.

5 Analys

Avhandlingsdelen belyser väsentligen två problem. Det första ligger i att rättsläget är oklart om vad som gäller beträffande vilken kontrollnivå som krävs för hänförlighet till stater för icke-statliga aktörers ageranden. Det andra problemet är att bestämmelserna på området kan anses otillräckliga för att bemöta de nya krigens utmaningar. Problematiken berörs nedan under separata rubriker under vilka de två frågeställningarna besvaras.

5.1 Det aktuella rättsläget

Den centrala utgångspunkten för att svara på frågeställningen är ARSIWA men då kodifieringen inte ger tillräckliga svar gällande nödvändig kontrollnivå för hänförlighet bör sedvanerätten förklaras genom rättsliga avgöranden och doktrin. I förhållande till ARSIWA:s artiklar är den lösning som stadgas i Nicaraguafallet att föredra ur ett rent lagtekniskt då de två testen på ett pedagogiskt sätt knyter an till artiklarna 4 och 8. *Strict control*-testet passar väl ihop med artikel 4 som skapar en organstatus för den icke-statliga aktören samt medför ett ansvar *ultra vires* och *contra legem* enligt artikel 7. Gällande artikel 8 så skapar *effective control* en tydlig förlängning av texten i ARSIWA där det utifrån omständigheterna Nicaragua och Srebrenica framgår i vilken nivå som krävs när stater kontrollerar icke-statliga aktörer. Svårare blir det att få lösningen i Tadić att gå ihop med ARSIWA då bestämmelserna inte gör någon skillnad mellan olika grupper likt ICTY gör. Inte heller går det att direkt implementera *overall control*-testet till artikel 8 då artikeln tar fokus på specifika handlingar och inte en övergripande kontroll. Det är även uppenbart att ICTY:s överklagandekammare felaktigt behandlat Nicaraguadomen utifrån att endast ett test presenterades därifrån och inte två. ICTY bemöter och ersätter ICJ:s *effective control*-test utan att beröra *strict control*-testet. Att det är en feltolkning framgår bland annat av ICJ:s förtydligande i Srebrenicafallet. *Overall control*-testet bör, för att fungera i systematiken, ersätta *strict*

control-testet presenterat av ICJ och således placeras under artikel 4 i ARSIWA vid bestämmandet av de facto-organ till staten. En *overall control* över organiserade grupper kan på så sätt även medföra ansvar utöver given befogenhet (*ultra vires*) och i strid med givna instruktioner (*contra legem*).

Det är problematiskt att påstå att ICTY:s test i Tadić skulle kunna bidra till en utveckling av statsansvarsreglerna. Då den relevanta rättsfrågan i Tadić gällde jurisdiktion och berörde fastställandet av huruvida konflikten var internationell eller intern hade fallet ingenting med statsansvar att göra. ICTY har ingen möjlighet att utdöma statsansvar över stater och att tribunalen i en sådan fråga ändå i någon form av *obiter dictum* kritiserade ICJ och tycks ämna att utveckla statsansvarsområdet är en kärnpunkt i varför konflikten är komplicerad. Tadićtestet kommenteras som sagt av ICJ i Srebrenicafallet med slutsatsen att det inte är ett test som bör tillämpas på statsansvarsområdet utan främst i just att bedöma karaktären på en konflikt. Å ena sidan har ICTY inte jurisdiktion att bedöma frågan, å andra sidan visar den sedvanerättsliga utredning som gjordes i Tadićfallet att det genom statspraxis ställs krav på en lägre tröskel. Samtidigt valde ICJ att i Srebrenicafallet att vidhålla den förhållandevis höga kontrollnivån från Nicaraguafallet. Dock konstituerar varken ICJ eller ICTY:s avgöranden bindande folkrättsliga normer, till skillnad från statspraxis och *opinio juris* i den internationella sedvanerätten. Kontrollrekvisitet gällande hänförlighet är en bestämmelse i utveckling och kombinationen av få rättsliga avgöranden, en otydlighet i ARSIWA samt oenighet i doktrin gör bestämmelsens innebörd otydlig. I avsaknaden av bindande traktat och en överstatlig judiciell ordning kan inget skarpt svar ges på vilken kontroll som krävs för hänförlighet av icke-statliga aktörers beteende. Detta även då ICJ:s uppfattning i den juridiska diskursen ofta uppfattas som den gällande huvudregeln och ICTY:s avgörande som ett instrument i en *de lege ferenda*-diskussion. Rättsläget får således betraktas som oklart.

5.2 Gällande rätt i förhållande till de nya krigen

I det följande kommer rättens utveckling att diskuteras och hur den bör förhålla sig till de nya krigens struktur. Frågeställningens svar och kontentan av analysen är i slutändan en fråga om motstridiga intressen om hur hög kontrollnivå som bör krävas för att stater ska ansvara för icke-statliga aktörers folkrättsstridiga ageranden. Å ena sidan står den statliga suveräniteten som skyddas genom att en hög tröskel innebär att endast de mest självklara, och nästan övertydliga, fallen av kontroll ska kunna hänföras till staten. Motstående intresse, som företräds av bland annat ICTY, ser å andra sidan till hänförlighetsreglernas funktion och syfte. Denna problematik utgår istället från att regelsystemets syfte riskerar att undermineras om *effective control*-testets tröskel används istället för det förespråkade Tadićtestet. Den senare argumentationslinjen bidrar enligt mig med en mer pragmatisk syn på rätten med ett passande *de lege ferenda*-perspektiv.

I min mening står sig inte heller ICJ:s avgöranden och dess fasthållande av *effective control*-testets höga kontrolltröskel väl med den utveckling som den freds- och konfliktvetenskapliga teorin om de nya krigen presenterar. Ett krav på effektiv kontroll vid varje genomförd folkrättsstridig handling skulle förvisso leda till väldigt få fall av stater som på oriktig grund belastas med folkrättsligt ansvar. Dock skulle det samtidigt leda till att väldigt många fall där stater *har* varit inblandade med en egen politisk agenda och stöttat terrorist- eller paramilitära grupper kan undvika ansvar när det gäller den utövade kontrollen. Detta är någonting som i min mening bör undvikas. Teorin om icke-statliga aktörers inneboende funktion är enligt mig en viktig pusselbit i problematiken. En grupp vars inneboende funktion är att begå våldsbrott behöver i verkligheten aldrig några direkta order från den utanförstående staten om vilka exakta handlingar som ska begås. Vid en stats ekonomiska stöttning, militära träning och koordinering av insatser av en grupp som i sin existens agerar på eget våldskapital går det emot hänförlighetsreglernas syfte att inte kunna fastställa ansvar för den stöttande

staten. Frågan är dock vilken problematik det medför att sänka tröskeln för alla typer av grupper. I till exempel Nicaraguafallet hade *contras* inte en inneboende funktion att begå folkrättsstridiga handlingar utan var av en mer paramilitär struktur. Genom att sänka tröskeln för alla organiserade grupper med *overall control*-testets rekvisit skulle följderna bli att stater kan hållas ansvariga även då icke-statliga aktörer agerar *ultra vires* och *contra legem*. Frågan är om det är rimligt att hålla stater ansvariga för ett agerande av en organiserad grupp som går utöver statens syfte med understödet? Viktigt att ha i åtanke är dock att även *overall control*-testet ställer, enligt mig tillräckligt, höga krav på koppling mellan aktörerna. Genom en tillämpning av *overall control*-testet skulle färre stater kunna utnyttja Nicaraguafallets höga kontrolltröskel för att kanalisera sitt folkrättsstridiga beteende.

Med en traditionell Clausewitziansk syn på vad krig är riskerar vi att helt förbise de nya krigens utmaningar. Krig förs idag i allt mer begränsad utsträckning mellan suveräna stater som står ansvariga under folkrätten. New war-doktrinen pekar ut en tydlig problematik i det folkrättsliga systemet. Det juridiska system vi förlitar oss på för världslig stabilitet bygger på hörnstenar med idéer om att det främst är stater som agerar mot varandra på en synlig arena av öppen krigsföring. Samtidigt förändras världen och de forna fältkrigen har blivit lågintensiva och asymmetriska konflikter mellan suveräna stater och icke-statliga aktörer. Resultatet blir en spelplan där endast en av spelarna är bunden av spelets regler. Vidare stöds inte sällan denne obundne spelare av en starkare part i form av en suverän stat som väljer att inte delta aktivt. För att folkrätten ska vara fortsatt relevant krävs en utveckling där denna problematik fortsätter att synliggöras och bearbetas, men det finns självklart också risker med att sänka tröskeln allt för lågt. Jag anser t.ex. inte att den rättsliga utvecklingen bör närma sig en situation där endast ekonomiskt understöd är tillräckligt för att hänförlighet till en stat ska kunna ske. En sådan utveckling hade skapat en rad nya gränsdragningsproblem gällande vilken typ, mängd och kontinuitet av understöd som ska omfattas och det hade riskerat att skapa en alldeles för lös och fluktuerande gränsdragningsplan. Utan att vidare reda i frågan om var en exakt tröskel bör gå så

instämmer jag i stort med ICTY:s avgörande i Tadić-fallet. En sådan ordning med en sänkt tröskel för organiserade grupper med krav på *overall control* och ett generellt vidhållande av *effective control*-testet för privata och oorganiserade aktörer gällande specifika handlingar skulle bidra till ökad flexibilitet. På så sätt hålls juridiken gällande kontrollrekvisitet på statsansvarsområdet relevant i förhållande till de utmaningar de nya krigen innebär med det växande antalet icke-statliga aktörer.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur och artiklar

Agrell, Wilhelm (2017). ”Historiska och samtida krig”, i Aggestam, Karin – Kristine Höglund (red.), *Om krig och fred: en introduktion till freds- och konfliktstudier*. Lund: Studentlitteratur, s. 71-86.

Cassese, Antonio (2007). *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. The European Journal of International Law, vol. 18 no. 4, s. 649-668.

Clausewitz, Carl von (1967). *On war* [förkortad version med förord av Anatol Rapoport]. Originalöversättning från 1908. Harmondsworth: Penguin.

Crawford, James (2002). *The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press.

Crawford, James (2013). *State responsibility: the general part*. Cambridge: Cambridge University Press.

Dixon, Martin (2013). *Textbook on International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Griebel, Jörn & Milan Plücker (2008). *New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia*. Leiden Journal of International Law, vol. 21, s. 601-622.

Henriksen, Anders (2017). *International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Kaldor, Mary (2012). *New and old wars: organized violence in a global era*. 3:e upplagan. Cambridge: Polity.

Klabbers, Jan (2017). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kleineman, Jan (2013). ”Rättsdogmatisk metod”, i Korling, Fredric – Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*. Lund: Studentlitteratur, s. 21-45.

Kolb, Robert (2017). *The international law of state responsibility; an introduction*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Kulesza, Joanna (2016). *Due diligence in international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Legnér, Mattias (2008). *De nya krigens kultur: en litteraturöversikt*. Historisk tidskrift, vol. 128, no. 3, s. 511-520.

Linderfalk, Ulf (2012). *Folkrätten i ett nötskal*. Lund: Studentlitteratur AB.

Milanović, Marko (2006). *State Responsibility for Genocide*. The European Journal of International Law, vol. 17, no.3, s. 553-604.

Milanović, Marko (2009). *State Responsibility for Acts of Non-state Actors: A Comment on Griebel and Plücker*. Leiden Journal of International Law, vol. 22, s. 307-324.

Münkler, Herfried (2005). *The new wars*. Oxford: Polity.

Reyna, Stephen (2009). *Taking place: 'new wars' versus global wars*. Social Anthropology/Anthropologie Sociale, vol. 17, no. 3, s. 291-317.

Shaw, Malcolm N. (2014), *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Tahvanainen, Annika (2002). *Statsansvar för allvarliga förbrytelser mot förpliktelser gentemot det internationella samfundet i sin helhet*. Åbo: Rättsvetenskapliga institutionen.

Talmon, Stefan (2009). *Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities*. *International & Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol 58, July, s. 493-517.

Trapp, Kimberly N. (2011). *State responsibility for international terrorism: problems and prospects*. Oxford: Oxford University Press.

Tyner, Davis (2007). *Internationalization of War Crimes Prosecutions: Correcting the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia's Folly in Tadic*. *Florida Journal of International Law*, vol. 58, s. 843-885.

Övrigt

Ago, Roberto, Separate opinion, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports (1986) s. 14. Avgörande 27.06.86.

Rättsfallsförteckning

International Court of Justice (ICJ)

Armed Activities – Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), ICJ Reports (2005) s. 168.

Nicaraguafallet – Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports (1986) s. 14.

Srebrenicafallet – Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports (2007) s. 43.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)

Tadić – Prosecutor v. Tadić, IT- 94-1-T. International Tribunal of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 7.5.1997.

Tadić appeal – Prosecutor v. Tadić, IT- 94-1-A. Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 15.7.1999.