



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Vanessa Sidlo

Användningen av kärnvapen som självförsvar

En rättslig analys av kärnvapens legalitet i extrema fall av självförsvar när
statens överlevnad hotas

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Marja Liisa Öberg

Termin: VT 2021

Innehåll

SUMMARY

SAMMANFATTNING

FÖRKORTNINGAR

1	INLEDNING	2
1.1	Bakgrund	2
1.2	Syfte och frågeställning	3
1.3	Avgränsning	4
1.4	Metod och material	5
1.5	Forskningsläge	6
1.6	Disposition	7
2	FOLKRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	8
2.1	Våldsregleringen i FN-stadgan	8
2.1.1	Våldsförbudet	8
2.1.2	Rätten till självförsvar	9
2.2	Statlig överlevnad	10
2.2.1	En fundamental rättighet	11
2.2.2	En ansvarsfrihetsgrund	12
3	KÄRNVAPEN I INTERNATIONELL RÄTT	14
3.1	Historisk översikt	14
3.2	Kärnvapen och FN-stadgan	15
3.2.1	Våldsförbudet	15
3.2.2	Rätten till självförsvar	16
3.3	Kärnvapen och traktat	18
3.3.1	Icke-spridningsavtalet	19
3.3.2	Konventionen om förbud mot kärnvapen	19
3.4	Kärnvapen och internationell sedvanerätt	21
4	ANALYS	23
4.1	Inledande synpunkter	23

4.2	Kort om kärnvapen i internationell rätt	23
4.3	Kärnvapens proportionalitet	25
4.4	Extrema fall av självförsvar	26
5	SLUTSATS	28
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
	Litteratur	29
	FN-resolutioner	31
	Elektroniska källor	32
	Traktat	33

Summary

Nuclear weapons are, to a great extent, powerful military and political weapons. Because of this, the question of its legality in international law has long been debated. When the question was first brought before the International Court of Justice, a new concept “*State survival*”, was coined.

The Court’s use of the concept raised the question on whether State survival constitutes an extraordinary exception that may justify the use of force in specific cases. The purpose of this paper is therefore to investigate whether it is possible for states to use nuclear weapons as self-defence in a situation where their continued survival is at stake.

The paper begins with a presentation of the right to self-defence and the concept of state survival. This is followed by a judicial enquiry of the regulation of nuclear weapons in international law. The enquiry shows that the regulation of nuclear weapons is inadequate. Despite the existence of the treaty on the prohibition of nuclear weapons, its impact has been hampered by the fact that few countries have acceded to the treaty. The general regulation of violence in the UN Charter is therefore paramount for the question of the legality of the use of nuclear weapons.

The analysis illustrates the ambiguity of the legal position regarding nuclear weapons by illuminating how nuclear weapons can be both permitted and prohibited under international law. While the principle of proportionality prevents the use of nuclear weapons in self-defence, the concept of State survival implies that the use of nuclear weapons may be justified in extreme cases of self-defence. However, the concept of State survival has been criticized and its legal status in international law is disputed and undefined. Considering the ambiguity of today’s legal position, it is not possible to reach a definite conclusion on whether the use of nuclear weapons is permitted in extreme cases of self-defence.

Sammanfattning

Kärnvapen är i allra högsta grad kraftfulla militära och politiska vapen. På grund av detta är frågan om dess legalitet i internationell rätt sedan länge omdebatterad. När frågan ställdes inför den internationella domstolen myntades ett nytt begrepp; ”statlig överlevnad”.

Domstolens användning av begreppet väckte frågan om statlig överlevnad utgör ett exceptionellt undantag som kan rättfärdiga våldsanvändning i särskilda fall. Uppsatsen syftar därför till att undersöka om det är möjligt för stater att använda sig av kärnvapen som självförsvar i en situation där deras fortsatta överlevnad står på spel.

Uppsatsen inleder med en presentation av dess folkrättsliga utgångspunkter; rätten till självförsvar och teorin om statlig överlevnad. Därefter följer en redogörelse av kärnvapens reglering i internationell rätt, vilken sker i ljuset av de folkrättsliga utgångspunkterna som redovisats ovan. Redogörelsen visar att regleringen av kärnvapen bristfällig. Trots den nya konventionen om kärnvapenförbud är det i nuläget få länder som anslutit sig vilket än så länge gör förbudet svagt. Istället är det den allmänna våldsregleringen i FN-stadgan som blir central för frågan om kärnvapens laglighet i internationell rätt.

Uppsatsens analys illustrerar det oklara rättsläget genom att belysa hur kärnvapen kan vara både tillåtna och förbjudna i internationell rätt. Medan proportionalitetsprincipen hindrar användningen av kärnvapen i självförsvar, indikerar teorin om statlig överlevnad att användningen av kärnvapen kan rättfärdigas i extrema fall av självförsvar. Teorin om statlig överlevnad är dock kritiserad och dess rättsliga status i internationell rätt är både omtvistad och odefinierad. Mot bakgrund av det oklara rättsläget går det inte att nå en definitiv slutsats om användningen av kärnvapen är tillåtet i extrema fall av självförsvar.

Förkortningar

ARSIWA	Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
FN	Förenta nationerna
FN-stadgan	Förenta nationernas stadga
IAEA	Internationella atomenergiorganet
ICAN	International Campaign to Abolish Nuclear Weapons
ICJ	Internationella domstolen
IHL	Internationell humanitär lag
NTI	Nuclear Threat initiative
NPT	Fördraget om ickespridning av kärnvapen
TPNW	Konventionen om kärnvapenförbud
Para.	Paragraf

1 Inledning

1.1 Bakgrund

År 2021 utgör en betydelsefull milstolpe för regleringen av kärnvapen. Sedan dess första och enda användning i bombningarna av Hiroshima och Nagasaki år 1945, har det pågått en kamp för ett förbud.¹ Rädslan för s.k. ”*kärnvapenterrorism*” har uppstått på senare år och ses som ett av det största och mest omedelbara hotet mot internationell säkerhet.² En ökad oro för ett eventuellt kärnvapenkrig och dess förödande konsekvenser har resulterat i flera antagna resolutioner.³ I år, 75 år efter världens första kärnvapenattack, togs ett historiskt steg när FN:s konvention om förbud mot kärnvapen trädde i kraft. Men frågan är hur pass stort genomslag förbudet kommer att få i praktiken med tanke på att världens kärnvapenstater ännu inte anslutit sig.⁴

Kärnvapen utgör i högsta grad ett kraftfullt militärt och politiskt verktyg som medför ett enormt maktövertag med minimal faktisk maktutövning. Därför är det svårt att ignorera den politiska intressekonflikt som uppstår mellan kärnvapenstater och icke-kärnvapenstater. Den internationella rätten handlar om att reglera dessa typer av mellanstatliga konflikter genom att sätta gränser för staters suveränitet. Ett sådant exempel är våldsförbudet i FN-stadgan⁵. Dess effektivitet är dock liksom övrig internationell reglering beroende av staternas samtycke.⁶

Frågan om kärnvapens lagenlighet i internationell rätt är kontroversiell. När frågan för första gången ställdes inför den internationella domstolen⁷

¹ ICAN: 2020 ICAN made history < https://www.icanw.org/2020_ican_made_history > (Besökt 2021-04-22).

² S/RES/1887; S/RES/2325.

³ Se ex. S/RES/1540; S/RES/1810; S/RES/2055; FN: International convention for the suppression of acts of nuclear terrorism < <https://legal.un.org/avl/ha/icsant/icsant.html> > (Besökt 2021-04-22).

⁴ United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, chap. 26, no. 9.

⁵ The Charter of the United Nations [Härefter FN-stadgan], art. 2(4).

⁶ Linderfalk m.fl. (2020), s. 28–30.

⁷ Härefter ICJ.

myntades begreppet ”*State survival*”⁸, genom domstolens observation att stater, i egenskap av sin status som suveräna rättssubjekt har en fundamental rätt att överleva.⁹ Detta härstammar från en uråldrig tanke om självbevarelse, där överlevnadsinstinkten är så stark att staten skulle göra allt för att undvika utplåning och garantera dess fortsatta existens.¹⁰ Således skulle domstolens användning av begreppet statlig överlevnad kunna motivera förekomsten av ett exceptionellt undantag till våldsförbudet.¹¹

Detta väcker frågan om hur rättsläget ser ut när en stats fortsatta existens som rättssubjekt i internationell rätt hotas till en sådan grad att kärnvapen är det enda medlet med vilket staten kan undvika utplåning och garantera sin överlevnad.¹²

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att utreda rättsläget kring lagligheten av att använda kärnvapen inom ramen för staters rätt till självförsvar och analysera hur det förhåller sig till påståendet om att varje stat har en fundamental rätt till statlig överlevnad.¹³ I enlighet med detta syfte kommer uppsatsen att besvara följande frågeställning:

- I vilken utsträckning är det tillåtet att använda kärnvapen i självförsvar när statens fortsatta överlevnad står på spel?

⁸ Härefter statlig överlevnad.

⁹ ICJ Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* [Härefter Kärnvapenyttrandet] para. 14.

¹⁰ Kohen (1999), s. 293–295.

¹¹ Kärnvapenyttrandet, para. 97 och 105(2).

¹² Jeutner (2020), s. 243–244.

¹³ Kärnvapenyttrandet, para. 96.

1.3 Avgränsning

Uppsatsens syfte är att utreda rättsläget vad gäller lagligheten av staters användning av kärnvapen inom ramen för staters rätt till självförsvar. Den rätt som reglerar detta är känd som *jus ad bellum*, tillskillnad från krigets lagar vilka benämns *jus in bello*. Fokus för uppsatsen kommer därför vara *jus ad bellum*, inte *jus in bello*. Det innebär att framställningen inte kommer att undersöka lagligheten av kärnvapen under internationell humanitär rätt¹⁴ eller internationell miljörätt, trots att dessa varit föremål för tidigare forskning på området.¹⁵

Tolkningen av artikel 51 i FN-stadgan och dess tillämpning är kontroversiell men uppsatsen kommer att utgå ifrån en restriktiv tolkning som innebär att självförsvarsrätten är en sedvanerättslig princip vilken är villkorad av FN-stadgan. Därmed förutsätts ett väpnat angrepp för att rätten ska utlösas. Rätten till självförsvar har också begränsats till att inte omfatta anteciperat självförsvar eftersom det anses ligga utanför uppsatsens syfte. Vidare kommer utredningen fokusera på användningen, inte hotet av kärnvapen.

Mot bakgrund av uppsatsens syfte är att utreda rättsläget av kärnvapenanvändning inom ramen för staters självförsvarsrätt kommer framställningen inte ta upp annan reglering av kärnvapen som faller utanför syftet. Vidare kommer uppsatsen endast att beröra de tekniska aspekter av kärnvapen som är nödvändiga för att klargöra och motivera rättsläget. Det innebär att uppsatsen inte kommer att behandla bl.a. den omtvistade frågan om existensen av s.k. rena kärnvapen, som avger mindre radioaktivitet.¹⁶

¹⁴ Härefter IHL.

¹⁵ Se ex. Greenwood (1998); Greenwood (1999); Casey-Maslen (2014); Koppe (2014); Dinstein (2016).

¹⁶ Nystuen (2014), s. 2–3.

1.4 Metod och material

I uppsatsen används en rättdogmatisk metod¹⁷ med ett internationellt perspektiv i syfte att identifiera, tolka och systematisera nuvarande reglering på området kärnvapen användning. Metoden handlar om att tolka och fastställa gällande rätt utifrån de etablerade rättskällorna. Eftersom utgångspunkten för den juridiska argumentationen är ”*de lege lata*”¹⁸ så kommer uppsatsen inte att beröra argument ”*de lege ferenda*”¹⁹, även om de kan vara intressanta ur ett rättspolitiskt perspektiv. Den rättdogmatiska metoden i kombination med det internationella perspektivet blir en naturlig utgångspunkt eftersom uppsatsens syfte är att fastställa kärnvapens lagenlighet i gällande internationell rätt.²⁰

I enlighet med den rättdogmatiska metoden grundas framställningen på de officiella rättskällorna i internationell rätt som stadgas i artikel 38 i ICJ:s stadga²¹. Därmed används internationella traktat, sedvanerätt, allmänna rättsprinciper för att fastställa gällande rätt. Utöver dessa har även ICJ:s praxis och doktrin använts som hjälpmedel för rättsutredningen. De folkrättsliga utgångspunkterna gällande rätten till självförsvar har främst hämtats ifrån FN-stadgan men också internationell sedvanerätt eftersom tillämpningen är beroende därav. Teorin om statlig överlevnad har främst hämtats från doktrin eftersom den saknar uttryckligt stöd i internationell rätt. Den internationella regleringen av kärnvapen har sökts i internationella traktat och doktrin med vägledning av bl.a. ICJ rådgivande avgörande²² om kärnvapens legalitet i internationell rätt.

En nackdel med den rättdogmatiska metoden är att den enbart fokuserar på rättsliga källor.²³ På grund av den internationella rättens politiska karaktär

¹⁷ Kleineman (2019), s. 21.

¹⁸ Hur rätten är [min översättning].

¹⁹ Hur rätten borde vara [min översättning].

²⁰ Sandgren (2018), s. 48–50.

²¹ Statute of the International Court of Justice [Härefter ICJ:s stadga].

²² Kärnvapenyttrandet.

²³ Kleineman (2019), s. 24.

kommer uppsatsen i mån av plats även ta hänsyn till politiska uttalanden i form av policys och resolutioner som är av relevans för frågeställningen. FN:s resolutioner är inte folkrättsligt bindande för medlemsstaterna men är likväl relevanta ur rättslig synpunkt eftersom de ger uttryck för staternas uppfattning om vad som är gällande rätt, så kallad *opinio juris*.²⁴

1.5 Forskningsläge

Frågan om användningen av kärnvapen är laglig eller inte har varit föremål för tidigare forskning. Innan ICJ:s Kärnvapenytttrande har dessa studier generellt sett baserats på en analog tolkning av internationell rätt och traktat som reglerar giftig gas, giftiga vapen och andra massförstörelsevapen.²⁵ Detta forskningssätt har dock kritiserats av bl.a. McDougal och Feliciano som menar att analogierna blir meningslösa eftersom de innebär att man negligerar kärnvapens karaktäristiska drag och hur det påverkar dess lagenlighet.²⁶

Sedan ICJ:s Kärnvapenytttrande har en mängd studier genomförts i syfte att utreda rättsläget kring lagligheten av kärnvapenanvändning under internationell humanitär rätt och internationell miljö rätt.²⁷ Men det finns lite forskning om hur legaliteten eller illegaliteten av användningen av kärnvapen förhåller sig till staters rätt till självförsvar och statlig överlevnad. Därför är förhoppningen att denna uppsats ska analysera hur gällande rätt hanterar situationen där användningen av kärnvapen är statens enda chans till fortsatt överlevnad.

²⁴ Kärnvapenytttrandet, para. 70.

²⁵ Spaight (1947), s. 273–277; Sack (1950).

²⁶ McDougal, Feliciano (1958), s. 831.

²⁷ Se ex. Greenwood (1998); Greenwood (1999); Casey-Maslen (2014); Koppe (2014); Dinstein (2016).

1.6 Disposition

Uppsatsens första kapitel presenterar uppsatsens ämne, dess syfte, metod, material, nödvändiga avgränsningar och övervägningar som har beaktats vid uppsatsen framtagande. Resterande del av uppsatsen har följande disposition.

Kapitel 2 behandlar de folkrättsliga utgångspunkter som är relevanta för uppsatsens syfte och frågeställning. Detta kapitel är uppdelat i två delar som tillsammans utgör grunden för uppsatsens fortsatta rättsutredning. Den första delen behandlar staters rätt att tillgripa våld i självförsvar enligt FN-stadgan. Den andra delen behandlar teorin om statlig överlevnad och vilken betydelse den har i internationell rätt.

Kapitel 3 innehåller en kort historisk överblick och redogörelse för dagens reglering av kärnvapen i internationell rätt. Detta kapitel är uppbyggt utifrån den internationella rättens källor och består utav tre delar. Den första delen behandlar FN-stadgans våldsreglering i förhållande till kärnvapenanvändning, vilket relaterar till tidigare redogörelse om rätten till självförsvar och statlig överlevnad. Den andra och tredje delen behandlar den rättsliga reglering som befintliga traktat och internationell sedvanerätt medför på området, vilket är nödvändigt för att fullständigt besvara frågeställningen.

I uppsatsens avslutande kapitel 4 förs en självständig diskussion och slutsats, som besvarar frågeställningen mot bakgrund av den rättsutredning som presenterats i tidigare kapitel.

2 Folkrättsliga utgångspunkter

2.1 Våldsregleringen i FN-stadgan

Sedan grundandet av internationell rätt har det gjorts stora ansträngningar för att begränsa staters tillflykt till våld. FN-stadgan undertecknades efter andra världskrigets slut i syfte att upprätthålla den internationella freden och säkerheten.²⁸ Den innehåller därför många bestämmelser som reglerar hot om eller användning av våld.

2.1.1 Våldsförbudet

I artikel 2(4) stadgas ett allmänt våldsförbud som begränsar staters rätt att utöva våld, särskilt väpnat sådant. Bestämmelsen binder endast FN:s medlemsstater men våldsförbudet anses även vara en etablerad internationell sedvanerättslig regel som till stora delar överensstämmer med FN-stadgans innehåll.²⁹ Den har dessutom status som en *jus cogens*-norm vilket innebär att den är tvingande och inte kan avtalas bort.³⁰

Det finns två undantag till våldsförbudet. Det första undantaget är att våldet auktoriseras av FN:s säkerhetsråd enligt artikel 42 FN-stadgan. Det andra undantaget är att våldet rättfärdigas inom ramen för staters rätt till självförsvar enligt artikel 51 FN-stadgan. Medan det första undantaget kräver ett godkännande så innebär det andra undantaget att staterna kan företa våld på eget initiativ.³¹ Undantagen ska dock inte uppfattas som otillåtna avvikelser i förhållande till *jus cogens* utan de avgränsar bara våldsförbudets omfattning.³²

²⁸ FN-stadgan, preambel.

²⁹ FN-stadgan, art. 2(2) och art. 2(6).

³⁰ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) [Härefter Nicaraguafallet], para. 190.

³¹ Kärnvapenyttrandet, para. 96; Jeutner (2020), s. 243.

³² Dinstein (2016), s. 110–111.

2.1.2 Rätten till självförsvar

Rätten till självförsvar är kodifierad i artikel 51 i FN-stadgan och innebär en rätt att använda våld i självförsvar i händelse av en väpnad attack, om det är nödvändigt och i proportion till attacken.

Självförsvarsrätten är inte en fristående rättighet utan den måste föregås av ett ”*väpnat angrepp*”³³. Med det menas mer storskaligt våld av viss intensitet vilket skiljer sig från termen ”*bruk av våld*” som används i artikel 2(4). Följaktligen utgör inte alla överträdelse av våldsförbudet legitima skäl att tillgripa våld i självförsvar utan överträdelsen måste vara tillräckligt grov. Detta förklaras av FN-stadgans syfte om att hålla staters våldsutövning till ett minimum.³⁴

Alla former av självförsvar blir dock inte automatiskt tillåtna bara för att en stat är utsatt för ett väpnat angrepp utan ytterligare fyra krav måste uppfyllas för att våldsanvändningen ska kunna rättfärdigas. Det första kravet framgår direkt av artikel 51 och begränsar våldets varaktighet fram till dess att säkerhetsrådet vidtar nödvändiga åtgärder för att upprätthålla freden.³⁵ De övriga tre framgår inte uttryckligen av FN-stadgan men är väletablerade principer i sedvanerätten. De myntades första gången i det berömda Carolinefallet år 1837³⁶ och anses fortfarande självklara i tillämpningen av självförsvarsrätten vilket har bekräftats av både ICJ³⁷ och statspraxis.³⁸

Principerna i fråga ställer krav på att våldet är nödvändigt, omedelbart samt proportionerligt. Kravet på nödvändighet innebär att självförsvarsåtgärden,

³³ FN-stadgan, art 51.

³⁴ ICJ, *Case concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), para. 51 [Härefter Oilplattformfallet]; Nicaraguafallet, para. 191; Henriksen (2017), s. 273, Linderfalk m.fl. (2020), s. 192.

³⁵ FN-stadgan, art 51.

³⁶ Se Jennings (1938) för fullständig beskrivning av fallet.

³⁷ Nicaraguafallet, para. 194; Oilplattformfallet, para. 43; Kärnvapenyttrandet, para. 41.

³⁸ Gray (2008), s. 149–150; Linderfalk m.fl. (2020), s. 196.

för tillfället och under omständigheterna, är det enda möjliga sättet att avvärja eller förhindra ett väpnat angrepp. Följaktligen ska alla andra fredliga medel blivit uttömda eller ansetts som otillgängliga eller otillräckliga. Omedelbarhetskravet anses utgöra en del av nödvändighetsbedömningen och innebär att försvarsattacken ska ske i direkt anslutning till det väpnade angreppet. Det är därmed inte tillåtet att förhålla sitt försvar i väntan på ett bättre tillfälle för då faller även nödvändigheten av försvarsåtgärden. Proportionalitetsprincipen kräver att våldet står i rimlighetsproportion till den väpnade attacken, både i förhållande till intensitet och varaktighet. Försvarsåtgärden ska alltså begränsas till absolut minimum för att avvärja angreppet.³⁹

Kraven på proportionalitet och nödvändighet används för att legitimera både tillgripandet av våld; *jus ad bellum* och det fortsatta utövandet av våld; *jus in bello*. Deras tillämpning i *jus ad bellum* skiljer sig dock från *jus in bello*. Medan *jus ad bellum* främst styrs av FN-stadgans våldsförbud och dess undantag, styrs *jus in bello* av IHL och de humanitära krav som uppställs där. Bedömningen om kravens uppfyllande sker således mot bakgrund av två separata regleringar med olika syften.⁴⁰ I *jus ad bellum* är bedömningen vapenneutral och enbart inriktad på att begränsa våldets skada till det territorium som attacken kommer ifrån. Men i *jus in bello* sker bedömningen utifrån militär nytta och syftar till att begränsa våldets skada till militära mål. En uppdelning mellan fredstid och krigstid blir därför nödvändig för att avgöra vilka omständigheter som ska beaktas i bedömningen.⁴¹

2.2 Statlig överlevnad

Begreppet statlig överlevnad myntades för första gången i ICJ:s kärnvapenyttrande och grundas i en uråldrig tanke om självbevarelse. I

³⁹ Henriksen (2017), s. 276–277; Gray (2008), s. 149–155; Hayashi (2014), s. 17–21.

⁴⁰ Moussa (2014), s. 65–68; Gardham (1999), s. 275–276.

⁴¹ Moussa (2014), s. 81–83; Gardham (1999), s. 281–282; Hayashi (2014), s. 15.

kontexten förstås därför begreppets innebörd som att statens överlevnadsinstinkt är så stark att den skulle göra allt för att undvika utplåning och garantera dess fortsatta existens. Eftersom konceptet statlig överlevnad saknar uttryckligt stöd i internationell rätt är dess rättsliga status omstridd. I doktrin exemplifieras dock flera möjliga sätt som begreppet kan anses omfattas av internationell rätt. Ett sätt är att se det som en fundamental rättighet och ett annat sätt är att se det som en ansvarsfrihetsgrund vilket därmed utesluter statsansvar för en annars otillåten våldshandling.⁴²

2.2.1 En fundamental rättighet

Existensen av staters fundamentala rättigheter grundas i Hobbes naturrättsliga verk om statssuveränitet⁴³. Enligt naturrätten har stater två typer av rättigheter, en som tillkom staten automatiskt på grund av dess status som suveränt rättsobjekt och en som krävde andra staters samtycke. Medan den förstnämnda existerar oberoende av erkännande måste den senare introduceras i rättssystemet genom samtycke.⁴⁴

Tanken om självbevarelse är lika gammal som den internationella rätten själv och förespråkare av naturrätten anser att det är en fundamental rättighet från vilken man härleder rätten till självförsvar. Därav användes självbevarelserätten tidigare som grund för att rättfärdiga staters rätt att tillgripa våld. Tillämpningen övergavs dock senare eftersom den utnyttjades för att rättfärdiga klara och grova överträdelser av internationell rätt. Synen på självbevarelse som en fundamental rättighet har kritiserats eftersom det innebär att stater kan åsidosätta sina förpliktelser och göra i princip vad som helst när dess existens står på spel. Således underminerar en sådan tolkning rättssystemets funktion.⁴⁵

⁴² Kohen (1999), s. 295–299.

⁴³ Hobbes (1642); Hobbes (1651).

⁴⁴ Kohen (1999), s. 299–303.

⁴⁵ Jeutner (2020), s. 243; Kohen (1999), s. 299–303.

Statlig överlevnad skiljer sig visserligen från begreppet självbevarelse eftersom det indikerar på förmågan att hålla staten vid liv snarare än att rätten att skydda sig från utplåning. Oavsett är det dock svårt att definiera statlig överlevnad som en fundamental rättighet. Internationell rätt kan skydda en stat från utplåning i händelse av en normöverträdelse men den kan inte garantera en stats fortsatta överlevnad. Således är de flesta överens om att statlig överlevnad är en instinkt som inte ska missförstås för en fundamental rättighet.⁴⁶

2.2.2 En ansvarsfrihetsgrund

En ansvarsfrihetsgrund är en omständighet som medför att en stat kan undgå statsansvar för en annars otillåten handling.⁴⁷ Det finns flera ansvarsfrihetsgrunder kodifierade i ARSIWA⁴⁸ men i kontext med konceptet statlig överlevnad är det framför allt grunden självförsvar som blir relevant för diskussionen.⁴⁹

Som konstaterat ovan kan statlig överlevnad inte användas som grund för att tillgripa självförsvar. Däremot har statlig överlevnad använts som en rättfärdigande omständighet inom ramen för självförsvar i extrema fall.⁵⁰ Detta ger upphov till en ny kvalificerad form av självförsvar som kan tolkas på två sätt. Det ena är att den nya formen av självförsvar enbart styrs av statlig överlevnad utan att begränsas av självförsvarsrättens sedvanliga krav på nödvändighet och proportionalitet. Det andra är att den nya formen av självförsvar alltid anses möta kraven på nödvändighet och proportionalitet på grund av att statens överlevnad hotas. Oavsett tolkning blir innebörden densamma: en stat som befinner sig i ett extremt fall av självförsvar tillåts göra vad som helst för att garantera sin överlevnad. Synsättet har kritiserats eftersom det innebär att rätten till överlevnad bara kan åberopas av den utsatta

⁴⁶ Kohen (1999), s. 299–303, 312.

⁴⁷ Linderfalk m.fl. (2020), s. 115.

⁴⁸ International Law Commission, *Articles for Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [Härefter ARSIWA].

⁴⁹ Kohen (1999), s. 393.

⁵⁰ Kärnvapenyttrandet, para. 105(2).

staten. Följaktligen innebär det att internationell rätt värderar en stats överlevnad högre vilket inte går ihop med principen om suverän likställdhet. Å andra sidan menar vissa rättsvetare att inget rättssystem har makten eller rätten att kräva självförstörelse av ett av dess subjekt. Således kan inte ett rättssystem förbjuda en handling som är den sista möjligheten att garantera statens överlevnad.⁵¹

⁵¹ Kohen (1999), s. 293–295 och 299–303; Linderfalk m.fl. (2020), s. 28–30.

3 Kärnvapen i internationell rätt

3.1 Historisk översikt

Efter bombningarna av Hiroshima och Nagasaki under andra världskrigets slut inleddes arbetet för att begränsa spridningen av kärnvapen och förhindra kärnvapenkrig. Det internationella atomenergiorganet⁵² bildades 1957 i syfte att säkerställa en trygg och fredlig användning av kärnenergi samt förhindra att sådan energi används i militära syften.⁵³

År 1970 trädde fördraget om ickespridning av kärnvapen⁵⁴ i kraft för att minska risken för kärnvapenkrig.⁵⁵ I NPT:s fjärde utvärderingskonferens uttrycktes dock en oro över avtalets ineffektivitet gällande nedrustningen och förhindrandet av spridningen av kärnvapen.⁵⁶ Detta föranledde att FN:s generalförsamling begärde ett rådgivande avgörande från ICJ rörande frågan om kärnvapenanvändningens legalitet eller illegalitet i internationell rätt.⁵⁷ ICJ:s Kärnvapenytttrande gav dock inte något direkt svar till frågan utan skapade snarare fler frågetecken om dess laglighet.

Traditionellt sett tycks laglighet för ett specifikt vapen eller krigföringsmetod komma från uttryckliga förbud, vilket också konstaterades i Kärnvapenytttrandet.⁵⁸ Nästkommande avsnitt kommer därför undersöka om det finns ett förbud mot kärnvapen i internationell traktaträtt och sedvanerätt. FN-stadgan behandlas särskilt i ett eget avsnitt eftersom den är av direkt relevans för frågeställningen om rätten till självförsvar.

⁵² Härefter IAEA.

⁵³ Statute of the International Atomic Energy Agency, art. 1 och 2.

⁵⁴ Härefter NPT.

⁵⁵ NPT:s förord.

⁵⁶ FN, 1990 NPT Review Conference, del I – III.

⁵⁷ A/RES/49/75K; Kärnvapenytttrandet, para. 20.

⁵⁸ Kärnvapenytttrandet, para. 51–57.

3.2 Kärnvapen och FN-stadgan

FN-stadgan innehåller varken något förbud mot eller tillstånd för specifika vapen, inklusive kärnvapen, utan dess reglering avser våldsanvändning i allmänhet.⁵⁹ Mest relevant för frågan om kärnvapen och dess legalitet är våldsförbudet och rätten till självförsvar.⁶⁰

3.2.1 Våldsförbudet

Föregående kapitel har redogjort för hur det allmänna våldsförbudet i artikel 2(4) begränsar staters rätt att utöva våld. Med andra ord är all användning av vapen som strider mot artikel 2(4) som regel förbjudet.⁶¹

Kärnvapen är ett kraftfullt vapen som ofta beskrivs som ett hot mot mänskligheten, civilisationen och ekosystemet.⁶² Vid dess detonering frigörs inte bara en hög värme utan också en kraftig och långvarig radioaktiv strålning som orsakar betydligt större skador än konventionella vapen. Detoneringen skulle medföra vidsträckta konsekvenser för alltifrån människor och djur till jordbruk, ekosystem och naturresurser vilket skulle påverka hälsan hos nuvarande och framtida generationer.⁶³ Följaktligen skulle användningen av kärnvapen strida mot det allmänna våldsförbudet i FN-stadgan, vilket konstaterats i flera resolutioner av FN:s generalförsamling och i Kärnvapenyttrandet.⁶⁴

Våldsförbudet gäller dock med undantag för FN-stadgans övriga bestämmelser däribland staters naturliga rätt till självförsvar enligt artikel 51.

⁵⁹ Kärnvapenyttrandet, para. 37–39, 105(2)B.

⁶⁰ Kärnvapenyttrandet, para. 38, 49.

⁶¹ Se avsnitt 2.1.1.

⁶² A/RES/1653.

⁶³ Kärnvapenyttrandet, para. 35–36.

⁶⁴ Se ex. A/RES/1653; A/RES/36/92; A/RES/45/59; Kärnvapenyttrandet, para. 105(2)C.

Legaliteten av användningen av kärnvapen blir därmed beroende av om kraven i självförsvarsrätten anses uppfyllda i det specifika fallet, vilket också har bekräftats av ICJ.⁶⁵

3.2.2 Rätten till självförsvar

Artikel 51 i FN-stadgan kan som bekant användas för att rättfärdiga statens våldsanvändning inom ramen för dess naturliga rätt till självförsvar. Till följd av att självförsvarsrätten betraktas som ett undantag till det allmänna våldsförbudet är dock staters möjlighet att utöva våld villkorad av internationell traktat- och sedvanerätt.⁶⁶

Som konstaterat ovan innehåller FN-stadgan inga villkor för specifika vapen. Följaktligen innebär det att artikel 51 FN-stadgan varken utesluter användningen av kärnvapen eller uppställer några särskilda krav för dess tillåtlighet. Bestämmelsen anger snarare vilka förutsättningar som måste föreligga för att rätten till självförsvar ska inträda. Därefter är det de sedvanerättsliga principerna om framförallt nödvändighet och proportionalitet som sätter gränserna för våldets omfattning och intensitet.⁶⁷ Principen om nödvändighet handlar som bekant om tillgripandet av våld överhuvudtaget är rättfärdigat i den specifika situationen. Medan principen om proportionalitet handlar om vilken typ av våld som är rimligt under omständigheterna.⁶⁸

I Kärnvapenyttrandet var det proportionalitetskravet som utgjorde den väsentliga delen av domstolens argumentation. Inledningsvis konstaterades att proportionalitetskravet visserligen inte medför något absolut förbud mot användning av kärnvapen i självförsvar. Däremot ansågs dess omfattande och långvariga konsekvenser ge skäl för att lagligheten av en sådan användning även måste möta de krav som ställs i väpnade konflikter, specifikt i IHL.

⁶⁵ Kärnvapenyttrandet, para. 105(2)C.

⁶⁶ Se avsnitt 2.1.2.

⁶⁷ Se avsnitt 2.1.2.

⁶⁸ Gardham (1999), s. 286.

Följaktligen måste bedömningen om kärnvapens proportionalitet göras i ljuset av både självförsvarsrätten och IHL:s regler och principer.⁶⁹ Domstolen var eniga om att kärnvapen inte anses förenliga med IHL men de fann inte ”tillräckliga element” för att fastställa ett absolut förbud mot kärnvapen som är tillämpligt i alla situationer.⁷⁰ Samtidigt betonades vikten av den fundamentala rätten till statlig överlevnad och därmed rätten till självförsvar i sådana situationer. Följaktligen konstaterade domstolen att kärnvapenanvändning generellt strider mot IHL men att det inte går att nå en definitiv slutsats om dess laglighet i extrema fall av självförsvar där statens överlevnad hotas.⁷¹

Domstolens tvetydiga svar betraktas som ett av dess mest kontroversiella beslut och gör kärnvapenanvändningen beroende av två separata regleringar med olika syften. Detta har skapat debatt kring vilken som ska prioriteras vid tillämpningen. I doktrin är många rättsvetare överens att kärnvapen aldrig kan anses förenliga med IHL på grund av att de orsakar onödigt lidande och har en oförmåga att skilja mellan olika militära mål.⁷² En sådan tolkning ger således IHL en överordnad ställning i förhållande till självförsvarsrätten. Domare Fleischhauer instämmer visserligen att kärnvapen är oförenliga med IHL men invänder mot att ge IHL en överordnad ställning. Han menar att kärnvapen kan användas trots dess oförenlighet med IHL, i extrema fall av självförsvar där statens överlevnad hotas. Slutsatsen grundar han på principen att inget rättssystem kan begära självförstörelse av sina rättssubjekt.⁷³ Fleischhauers tolkning innebär tvärtom att rätten till statlig överlevnad väger tyngre IHL:s humanitära krav.⁷⁴

Innebörden av domstolens referens till *statlig överlevnad* är också omtvistad och har varit föremål för stor kritik eftersom domstolen inte ger någon

⁶⁹ Kärnvapenytttrandet, para. 42.

⁷⁰ Kärnvapenytttrandet, para. 85–89.

⁷¹ Kärnvapenytttrandet, para. 96-97 och 105(2)E.

⁷² Se ex. Separate Opinion of Judge Weeramantry.

⁷³ Separate Opinion of Judge Fleischhauer.

⁷⁴ Moussa (2014), s. 68–73; Gardham (1999) – Se domare Weeramantry m.fl., jfr. domare Fleischhauer m.fl., s. 286–291.

förklaring bakom begreppets härkomst. Kritiker påpekar att rätten till statlig överlevnad är ett påfund av domstolen som saknar rättsligt stöd i internationell rätt och i doktrin förhåller sig de flesta kritiska mot att begreppet har rättslig status.⁷⁵

FN-stadgans bestämmelser kan dock aldrig legitimera användningen av ett vapen som är förbjudet enligt traktaträtt eller sedvanerätt.⁷⁶ Användningen av kärnvapen kan alltså inte rättfärdigas inom ramen för självförsvarsrätten i artikel 51 om samma användning är förbjuden enligt traktat eller internationell sedvänja. Resterande avsnitt redogör därför för regleringen i traktat och sedvanerätt.

3.3 Kärnvapen och traktat

Kärnvapen omfattas inte av de internationella traktat som bl.a. förbjuder användningen av giftiga vapen och inte eller i de traktat som specifikt reglerar massförstörelsevapen.⁷⁷ Däremot finns andra traktat som direkt berör tillgripandet av kärnvapen. Bland de äldsta är Tlatelolcotraktatet⁷⁸ och Rarotongatraktatet⁷⁹ som förbjuder användningen av kärnvapen i särskilda zoner. Båda traktat har tilläggsprotokoll som möjliggör för kärnvapenstater utanför regionerna att ansluta sig till samma förbud.⁸⁰ Många av världens kärnvapenstater har anslutit sig till traktaten men har samtidigt reserverat sig rätten att helt frångå eller i vart fall ompröva förbudet i händelse av en väpnad attack.⁸¹ Mest relevant för kärnvapenregleringen på global nivå är dock NPT och TPNW.

⁷⁵ Se avsnitt 2.2.

⁷⁶ Kärnvapenytttrande, para. 39.

⁷⁷ Kärnvapenytttrandet, para. 51-57.

⁷⁸ Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean, [Härefter Tlatelolcotraktatet].

⁷⁹ Treaty on the Nuclear-Weapon-Free Zone of the South Pacific, [Härefter Rarotongatraktatet].

⁸⁰ Tlatelolcotraktatet, art. 1 och 26; Rarotongatraktatet, art. 1–12

⁸¹ Kärnvapenytttrandet, para. 59 a och 59 b.

3.3.1 Icke-spridningsavtalet

NPT trädde i kraft 1970 och är ett av de mest betydelsefulla multilaterala traktaten på kärnvapenområdet eftersom det uppmanar till nedrustning och syftar till att stoppa spridningen av kärnvapen. NPT erkänner fem officiella kärnvapenstater⁸² och förpliktigar dessa att inte överlåta kärnvapen eller hjälpa och uppmuntra andra staters utveckling av kärnvapen. I sin tur förbinder sig icke-kärnvapenstaterna att inte ta emot eller skaffa kärnvapen.⁸³

Tillskillnad från ovanstående traktat reglerar NPT spridningen och nedrustningen av kärnvapen snarare än användningen av dem.⁸⁴ Det är uppbyggt på tre grundpelare: förhindrandet av kärnvapenspridning, nedrustningen av kärnvapen och staters rätt till fredlig användning av kärnkraft. Med 189 anslutna länder, däribland de fem officiella kärnvapenstaterna har NPT ett stort inflytande på kärnvapenregleringen.

Vid dess ikraftträdande hade NPT en provotid på 25 år men vid 1995 års översynskonferens beslutades att avtalet skulle förlängas på obestämd tid. På konferensen berördes inte bara NPT:s grundpelare utan även användningen av kärnvapen. Vid förlängningen avgav de fem kärnvapenstaterna ensidiga förklaringar som å ena sidan förpliktar dem till att inte använda kärnvapen mot icke-kärnvapenstater, å andra sidan lämnar utrymme till att frånga bestämmelserna om de skulle utsättas för ett väpnat angrepp.⁸⁵

3.3.2 Konventionen om förbud mot kärnvapen

TPNW⁸⁶ antogs den 7 juli 2017 av 122 stater i syfte att fylla ut den lucka som finns i internationell rätt gällande kärnvapenanvändning. Trots ett stort stöd för dess antagande är det dock få stater som har ratificerat konventionen vilket

⁸² USA, Ryssland, Storbritannien, Frankrike och Kina.

⁸³ NPT, art. 1–3.

⁸⁴ NPT, förord.

⁸⁵ Kärnvapenyttrandet, para. 59 c.

⁸⁶ Konventionen om kärnvapenförbud [Härefter TPNW].

gör den icke-bindande för de flesta stater, inklusive kärnvapenstater.⁸⁷ Konventionen är det första internationella traktatet som kategoriskt förbjuder hot om och användningen av kärnvapen eller andra nukleära explosiva vapen.⁸⁸ Innan dess antagande fanns det inget globalt förbud mot användningen av kärnvapen trots dess förödande och långvariga konsekvenser. Varken NPT eller tidigare nämnda traktat stadgade ett förbud mot användning eller besittning av kärnvapen som är tillämpligt för alla parter och inte begränsat till specifika geografiska regioner.⁸⁹

Förutom användning eller hot om användning så förbjuder TPNW även stater från att utveckla, testa, producera, förvärva, sprida eller lagra kärnvapen på sitt territorium eller område under dess jurisdiktion.⁹⁰ Likaså förbjuds stater att initiera, assistera eller uppmuntra andra stater i någon av dessa förbjudna aktiviteter.⁹¹

I samband med ratificeringen förpliktas konventionsstaterna att inge en deklARATION till FN:s generalsekreterare om deras kärnvapensstatus.⁹² De stater som äger, besitter, kontrollerar eller har några kärnvapen på sitt territorium eller område under dess jurisdiktion binder sig till att följa en nedrustningsplan som bestäms av konventionsstaterna och ett säkerhetsavtal som ingås med IAEA.⁹³ TPNW förpliktar vidare konventionsparterna att hjälpa individer som blivit utsatta för användning eller testning av kärnvapen samt vidta åtgärder för att återställa miljön i de områden som skadats av användningen.⁹⁴

TPNW skiljer sig från NPT på flera sätt. För det första gör TPNW ingen skillnad på kärnvapenstater och icke-kärnvapenstater utan förpliktelserna i

⁸⁷ NTI, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons < <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> > (Besökt 2021-05-15).

⁸⁸ TPNW, art. 1.1.d.

⁸⁹ Se ovan i avsnitt 3.3.

⁹⁰ TPNW, art. 1.1.a-c. g.

⁹¹ TPNW, art. 1.1.e-f.

⁹² TPNW, art. 2.1a-c.

⁹³ TPNW, art. 4.2-3.

⁹⁴ TPNW, art. 6.1-2.

konventionen är lika för alla konventionsstater. För det andra innehåller TPNW skyddsbestämmelser för individer och miljön, vilket NPT saknar. Således är förpliktelserna i TPNW mer långtgående än förpliktelserna i NPT som enbart fokuserar på att hindra kärnvapenstaters spridning av kärnvapen.

3.4 Kärnvapen och internationell sedvanerätt

Internationell sedvanerätt är oskrivna regler som blivit folkrättsligt bindande för alla stater. Sedvanerätten är ett resultat av staters handlingsmönster över tid, så kallad *statspraxis* och en rättslig övertygelse om att det är gällande rätt, så kallad *opinio juris*.⁹⁵ För att utröna om det finns en sedvanerättslig regel för kärnvapen användning krävs således en utredning av staters beteende och deras rättsliga inställning till beteendet.⁹⁶

I debatten om kärnvapens legalitet i internationell rätt tycks det råda enighet om att statspraxis ger uttryck för en icke-användning av kärnvapen. Staternas inställning till beteendet skiljer sig dock åt, vilket gör det svårare att fastställa en enhetlig *opinio juris*. I Kärnvapenyttrandet framförde förespråkare av kärnvapenförbud att faktumet att stater besitter kärnvapen men inte använder dem är ett bevis för en *opinio juris*. Medan motståndare av kärnvapenförbud menade att det är en avskräckningspolitik som ger upphov till praxisen om icke-användning.⁹⁷ Huruvida avskräckningspolitiken kan anses ha tillräcklig rättslig giltighet och kraft för att ge stöd till en sedvanerättslig norm är dock tveksamt. Det finns dock de som framhåller att avskräckningspolitiken bör erkännas rättslig innebörd eftersom det sedan länge har använts i statspraxis.⁹⁸

De resolutioner som antagits av FN:s generalförsamling indikerar på en framväxande *opinio juris* men det stora antalet negativa och nedlagda röster

⁹⁵ ICJ, *Continental Shelf* (Libyen v. Malta), para. 27.

⁹⁶ Linderfalk m.fl. (2020), s. 34–36.

⁹⁷ Kärnvapenyttrandet, para. 65–66.

⁹⁸ Kärnvapenyttrandet, Jfr. Domare Ferrari Bravos deklARATION s. 283–284; Domare Guillaumes separata åsikt, s. 290–291.

gör det svårt att påvisa en enhetlig statspraxis. Således medför spänningen mellan *opinio juris* och statspraxis att det saknas tillräckliga bevis för en sedvanerättslig regel som förbjuder kärnvapenanvändning.⁹⁹

⁹⁹ Kärnvapenyttrandet, para. 68–73.

4 Analys

4.1 Inledande synpunkter

Analysen syftar till att besvara uppsatsens centrala frågeställning och illustrerar problematiken som uppstår när två normer som är direkt motsägelsefulla blir samtidigt tillämpliga i ett visst konkret fall. Medan proportionalitetsprincipen begränsar staters våldsutövning i självförsvar så innebär teorin om statlig överlevnad att all typ av våldsutövning rättfärdigas mot bakgrund av statens rätt att existera. Det väcker frågan om hur rättsläget ser ut när tillgripandet av kärnvapen är en stats sista chans att rädda sin fortsatta överlevnad.

Analysen bygger bara på teoretiska antaganden eftersom det i nuläget saknas avgöranden i praktiska exempel. Dispositionen är uppdelad på följande sätt. Inledningsvis kommer en kort analys av dagens reglering av kärnvapens i internationell rätt eftersom detta utgör utgångspunkten för svaret av frågeställningen. Därefter kommer den fortsatta analysen diskutera de två argumenten som är mest centrala i den rättsliga debatten och frågan om kärnvapens laglighet i extrema fall av självförsvar.

4.2 Kort om kärnvapen i internationell rätt

Utifrån redogörelsen i kapitel 2 kan man konstatera att användningen av kärnvapen och dess reglering är sedan länge ett omtvistat område. Kärnvapens laglighet är beroende av en avsaknad av ett uttryckligt förbud.¹⁰⁰ Idag finns det få traktat som specifikt reglerar kärnvapen. TPNW är nyast och dessutom det första som stadgar ett absolut förbud mot kärnvapen för de länder som tillträtt konventionen. I nuläget har TPNW dock inte lyckats

¹⁰⁰ Se avsnitt 3.1.

uppnå en universell effekt på den internationella regleringen av kärnvapen på grund av bristande anslutningar.¹⁰¹ Däremot kan dess antagande, liksom många av FN:s resolutioner ha betydelse för den internationella sedvanerätten eftersom de tycks ge stöd för den framväxande opinio juris om kärnvapens illegalitet.¹⁰² Idag är det dock omöjligt att fastställa en enhetlig opinio juris eftersom många stater tycks vara ovilliga att ratificera TPNW som därmed helt skulle hindra användningen av kärnvapen, även inom ramen för rätten till självförsvar.¹⁰³ Således ger sedvanerätten inte heller något klart svar angående kärnvapens legalitet eller illegalitet i internationell rätt.

Istället är det den allmänna våldsregleringen i FN-stadgan som har störst relevans. Som konstaterats ovan innebär våldsförbudet i artikel 2(4) att det är förbjudet att använda kärnvapen liksom andra konventionella vapen i våldsutövning mellan stater.¹⁰⁴ Frågan blir därför om kärnvapen kan tänkas rättfärdigas inom ramen för rätten till självförsvar som stadgas i artikel 51 FN-stadgan. Självförsvarsrätten är ett villkorat undantag till våldsförbudet. Dess tillåtlighet är därmed beroende av de krav som ställs på våldets omfattning och intensitet.

I Kärnvapenyttrandet var domstolen enig om att en användning av kärnvapen som inte uppfyller kraven i artikel 51 är olaglig. Kraven omfattar en bedömning enligt nödvändighetsprincipen och proportionalitetsprincipen *ad bellum*.¹⁰⁵ I debatten om kärnvapens legalitet eller illegalitet är det framförallt kravet på proportionalitet som utgör den väsentliga delen av diskussionen och det är således här som debattörer skiljer sig åt.

¹⁰¹ Se avsnitt 3.3.

¹⁰² Se avsnitt 3.4.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Se avsnitt 3.2.

¹⁰⁵ Ibid.

4.3 Kärnvapens proportionalitet

Användningen av kärnvapen i självförsvar förutsätter att tillgripandet av ett sådant vapen anses proportionerligt i förhållande till det väpnade angreppet. Det krävs således en balans mellan de två våldsutövningarna, men exakt hur avvägningen går till i praktiken är oklart vilket försvårar tillämpningen av principen.¹⁰⁶

I Kärnvapenytttrandet drar ICJ slutsatsen att proportionalitetskravet inte utesluter tillgripandet av kärnvapen i alla fall av självförsvar men att det samtidigt ställer krav på att våldet möter kraven som uppställs i IHL. Således utökar ICJ den traditionella tillämpningen av proportionalitetskravet *ad bellum* till att även omfatta en bedömning *in bello*. Tillskillnad från *ad bellum* innehåller *in bello* humanitära komponenter vilket innebär att bedömningen tar större hänsyn till våldets konsekvenser för omgivningen. Eftersom kärnvapen till sin karaktär är ett massförstörande vapen som vid detonering ödelägger stora områden kan de aldrig anses förenliga med IHL. Således kan de heller inte vara proportionerliga eftersom ICJ konstaterat att proportionalitetsbedömningen ska göras i ljuset av IHL.¹⁰⁷ Problemet med domstolens resonemang är att de verkar missa att proportionalitetskravet *ad bellum* är vapenneutralt tillskillnad från proportionalitetskravet *in bello*.¹⁰⁸ Kärnvapens utmärkande egenskaper och långtgående konsekvenser är därför inte direkt relevanta för bedömningen.

Det är dock svårt att inte låta bedömningen påverkas av kärnvapens karaktär som massförstörelsevapen, vilket också märks i rättsliga utlåtanden och doktrin. Domare Weeramantry exempelvis, grundade sin ståndpunkt för kärnvapens olaglighet i att de orsakar onödigt lidande och är oförmögna att skilja mellan olika militära objekt.¹⁰⁹ Detta upprepas även i doktrin vilket

¹⁰⁶ Se avsnitt 3.2.2.; jfr. avsnitt 2.1.2.

¹⁰⁷ Se avsnitt 3.2.2.

¹⁰⁸ Se avsnitt 2.2.

¹⁰⁹ Se avsnitt 3.2.2.

innebär att den dominerande synen tycks vara att kärnvapen aldrig kan anses proportionerliga. Följaktligen verkar IHL och dess humanitära krav anses väga tyngre än staters rätt till självförsvar. Domare Fleischhauer instämmer att det är svårt att förena kärnvapen med IHL:s humanitära krav på grund av dess förödande effekter men påpekar att varken IHL eller något annat rättssystem kan begära självförstörelse av dess rättssubjekt. Han menar istället att kärnvapens oförenlighet med IHL inte spelar någon roll i extrema fall av självförsvar där statens överlevnad står på spel.¹¹⁰ Således innebär hans tolkning tvärtom att rätten till självförsvar skulle prioriteras framför IHL om statens överlevnad hotas. Detta väcker frågan om det finns en form av kvalificerat självförsvar mot vilken även oproportionerligt våld kan rättfärdigas.

4.4 Extrema fall av självförsvar

ICJ:s tvetydiga svar i det omtalade Kärnvapenyttrandet antyder att kärnvapen kan användas, trots dess oförenlighet med proportionalitetskravet, i extrema fall av självförsvar där statens överlevnad står på spel. Men att rätten statlig överlevnad skulle föranleda ett undantag från proportionalitet är, som konstaterat ovan, tveksamt.¹¹¹

Den första svårigheten är att fastställa begreppets rättsliga innebörd. Begreppet statlig överlevnad har kritiserats för att vara ett påhitt av ICJ och dess rättsliga status är omdebatterad. Å ena sidan indikerar domstolens ordval att det utgör en fundamental rättighet vilken därmed ger stater en rätt att utöva våld utan begränsning. Å andra sidan ger domstolens övriga resonemang uttryck för att begreppet utgör en ansvarsfrihetsgrund vilken kan rättfärdiga en otillåten våldsutövning som gått utöver de sedvanliga kraven. Problemet med den första tolkningen är att den resulterar i en urholkning av rättssystemet i stort eftersom det berättigar stater att åsidosätta sina övriga

¹¹⁰ Se avsnitt 3.2.2.

¹¹¹ Se avsnitt 2.2.

förpliktelse när dess överlevnad hotas. Problemet med den andra tolkningen är istället att enbart den ena parten i konflikten erkänns en rätt till statlig överlevnad. Det innebär att internationell rätt skulle medge en större rätt till överlevnad för en stat framför en annan vilket strider mot faktumet att stater är jämlika i egenskap av att vara suveräna rättsobjekt. Tvetydigheten i ICJ:s yttrande gör det således svårt att fastställa vilken, om än någon, rättslig status som begreppet bör tillmätas.

Den andra svårigheten är att definiera begreppets praktiska tillämpning. Förutsatt att det finns extrema fall av självförsvar som innebär en rätt till statlig överlevnad, av vad, när och hur aktualiseras rätten i praktiken? Kärnvapenyttrandet ger ingen vägledning om vad som konstituerar en sådan extrem situation vilket gör det svårt att definiera vad för typ av omständigheter som utgör ett hot mot statens fortsatta överlevnad. Dessutom är alla stater olika, vissa är på grund av sin storlek, ekonomi etc. svagare respektive starkare än andra. Således har stater olika förutsättningar att klara av attacker vilket gör svårt att definiera vilka omständigheter som skulle konstituera en sådan extrem situation vilken berättigar användning av kärnvapen i självförsvar för att rädda statens överlevnad.

5 Slutsats

För att svara på frågan i vilken utsträckning som kärnvapen kan användas i extrema fall av självförsvar där statens fortsatta överlevnad står på spel måste svaret delas upp i två scenarion. I det första har staten tillträtt TPNW och då är svaret enkelt: Kärnvapenförbudet gäller utan undantag. I det andra scenariot har staten inte tillträtt TPNW och då är svaret mer komplicerat.

Med undantag för TPNW finns det inget absolut förbud mot kärnvapen i internationell traktaträtt. Bristande underlag för statspraxis och opinio juris gör det dessutom svårt att fastställa ett sedvanerättsligt förbud. Därmed blir FN-stadgans bestämmelser avgörande. Utifrån ovanstående analys kan man konstatera att möjligheten att tillgripa kärnvapen inom ramen för rätten till självförsvar är snäv. Avgörande är framförallt vilken innebörd proportionalitetsprincipen ges men också vilken rättslig status som begreppet statlig överlevnad tillmäts.

Det är svårt att förena kärnvapen med proportionalitetskravet på grund av dess förödande karaktär. Således kan en kärnvapenanvändning inte rättfärdigas som självförsvar. Å andra sidan öppnar teorin om statlig överlevnad upp en svag möjlighet att använda kärnvapen i extrema fall av självförsvar när statens överlevnad hotas. Det är dock oklart hur ett sådant extremt fall av självförsvar definieras och tillämpas i praktiken. Teorin om statlig överlevnad och dess rättsliga status är dessutom omtvistade och faktumet att teorin har mött stor kritik talar emot att det skulle accepteras som internationell rätt. Mot bakgrund av detta samt att teorin om statlig överlevnad ännu förhåller sig oklar till självförsvarsrätten, går det inte att nå en definitiv slutsats om användningen av kärnvapen i självförsvar kan tillåtas då statens överlevnad står på spel. Således förblir frågan om kärnvapens legalitet i extrema fall av självförsvar oreglerad.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Casey-Maslen, Stuart (2014), 'The use of nuclear weapons under rules governing the conduct of hostilities'. I Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart; Golden Bersagel, Annie (eds.), *Nuclear weapons under international law*, Cambridge University Press, s. 91-127.

Dinstein, Yoram (2016), *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press.

Greenwood, Christopher (1999), 'Jus ad bellum and Jus in bello in the Nuclear weapons Advisory Opinion'. I Boisson de Chazournes, Laurence; Sands, Philippe (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, s. 247-266.

Greenwood, Christopher (1998), 'The law of weaponry at the start of the new millennium'. I Schmitt, M.; Green, L. C., (red.) *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, International law studies series, US Naval War College, Rhode Island s. 185-232.

Hayashi, Nobuo (2014), 'Using force by means of nuclear weapons and requirements of necessity and proportionality ad bellum'. I Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart; Golden Bersagel, Annie (eds.), *Nuclear weapons under international law*, Cambridge University Press, s. 15-30.

Henriksen, Anders (2017), *International law*, Oxford University press.

Hobbes, De Cive (1642), section II, ch. VI, par. X (S. Sorbière (trad), *Le citoyen ou les fondements de la politique* (1649), Flammarion, 1982), s. 147-66

Hobbes, Leviathan, Or, Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil (1651), ch. XVIII. R. M. Hutchins (eds.), *Great Books of the Western World*, Encyclopedia Britannica 1987, vol. 23, s. 101-4.

Jennings, Robert Y., *The Caroline and Mcleod Case*, AJIL, 32, s. 82, 91.

Jeutner, Valentin (2020), 'Both the Rule and the Exception – The Concept of a Legal Dilemma and the Survival of the State'. I Bartels, Lorand; Paddeu, Federica (eds.), "*Exceptions in International Law*", Oxford University Press, s. 242-255.

Kohen, Marcelo G. (1999), 'The notion of 'state survival' in international law'. I Boisson de Chazournes, Laurence; Sands, Philippe (red.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, s. 293–314.

Koppe, Erik V. (2014), 'Use of nuclear weapons and protection of the environment during international armed conflict'. I Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart; Golden Bersagel, Annie (eds.), "*Nuclear weapons under international law*", Cambridge University Press, s. 247-268.

Linderfalk, Ulf; Nilsson, Anna; Sjöstedt, Britta; Wong, Christoffer (2020), *Folkrätten i ett nötskal*, Studentlitteratur.

McDougal, Myres S.; Feliciano, Florentino P., 'International coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War', *Yale Law Journal* 1958, Vol. 67, s. 771-845.

Moussa, Jasmine (2014), 'Nuclear weapons and the separation of jus ad bellum and jus in bello'. I Nystuen, Gro; Casey-Maslen, Stuart; Golden Bersagel, Annie (eds.), "*Nuclear weapons under international law*", Cambridge University Press, s. 59-87.

Kleineman, Jan (2019), 'Rättsdogmatisk metod'. I Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (eds.), "*Juridisk metodlära*", Studentlitteratur AB, s. 21–46.

Sack, Alexander N. (1950), 'ABC-Atomic, Biological, Chemical Warfare in International Law', *Lawyers Guild Review*, vol. 10.1, s. 161-181.

Sandgren, Claes (2018), "*Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*", Norstedts juridik.

Spaight, J.M. (1947), "*Air Power and War Rights*", Longmans, Green and Co., London.

FN-resolutioner

FN Generalförsamling

A/RES/1653, *Declaration on the Prohibition of the use of nuclear and thermonuclear weapons.*

A/RES/36/92, *Review of the implementation of the recommendations and decisions adopted by the General Assembly at its tenth special session.*

A/RES/45/59, *Review and implementation of the concluding document of the 12th special session of the General Assembly.*

FN Säkerhetsråd

S/RES/255, *Question relating to measures to safeguard non-nuclear-weapon States parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons.*

S/RES/1887, *Maintenance of international peace and security: Nuclear non-proliferation and nuclear disarmament.*

S/RES/2325, *Non-proliferation of weapons of mass destruction.*

S/RES/1540, *Non-proliferation of weapons of mass destruction.*

S/RES/1810, *Non-proliferation of weapons of mass destruction.*

S/RES/2055, *Non-proliferation of weapons of mass destruction.*

Elektroniska källor

ICAN, 2020: Here's how we made history, < https://www.icanw.org/2020_ican_made_history > (Besökt 2021-04-22).

Nuclear Threat Initiative (NTI), Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, < <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> > (Besökt 2021-05-15).

United Nations, 1990 NPT Review Conference < <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt-review-conferences/> > (Besökt 2021-04-20)

United Nations, International convention for the suppression of acts of nuclear terrorism > <https://legal.un.org/avl/ha/icsant/icsant.html> < (Besökt 2021-04-22).

United nations Treaty Collection, Status of Treaties, chapter 26 < https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-9&chapter=26 >, (Besökt 2021-04-21)

Traktat

Charter of the United Nations, 59 Stat. 1031; TS 993; 3 Bevans 1153.

Statute of the International Atomic Energy Agency, 276 UNTS 3.

Statue of the International Court of Justice, 3 Bevans 1179; 59 Stat. 1031; T.S 993.

Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 729 UNTS 161.

Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, A/CONF.229/2017/8.

Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and Caribbean, 634 UNTS 326.

Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-free Zone, 1445 UNTS 177.