



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Carleheden

Bushdoktrinen och förhållandet till den internationella rättens självförsvar – det preventiva självförsvarets risker

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Aurelija Lukoseviciene

Termin: HT 2021

Innehåll

ABSTRACT	1
SAMMANFATTNING	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte och avgränsningar	3
1.2 Metod	3
1.3 Material och forskningsläge	4
1.4 Disposition	4
2 GÄLLANDE RÄTT	5
2.1 Våldsförbudet enligt Art. 2.4 FN-stadgan	5
2.2 Rätten till självförsvar enligt Art. 51 FN-stadgan	6
3 PREVENTIVT SJÄLVFÖRSVAR	9
3.1 Bakgrund	9
3.2 Bushdoktrinen	13
4 ANALYS	17
4.1 Bushdoktrinens förenlighet med gällande rätt	17
4.2 Det preventiva självförsvarets risker	20
KÄLLFÖRTECKNING	23
RÄTTSFALL OCH RÅDGIVANDE YTTRANDE	25
LITTERATUR- OCH ARTIKELFÖRTECKNING	26

Abstract

The purpose of the thesis is to analyze and problematize the Bush doctrine in regard to established international law on self-defence.

The right to self-defence is an exception to art. 2.4 in the UN Charter, the prohibition of the use of force, attributed to sovereign states in according to art. 51 UN Charter, as well as customary international law.

It requires at least an imminent attack or threat thereof, to be able to invoke the right to self-defence without breaking the prohibition of the use of force. The Bush doctrine was an attempt by the United States in before the Iraqi invasion in 2003, to bring forward the point in time when the right to self-defence could be invoked.

Due to the consequences that follows with the use of weapons of mass destruction, United States wanted to be able to invoke the right to self-defence even before the attack was imminent, in a preemptive state, using the Bush doctrine to present such a notion.

The Bush doctrine was heavily criticized from other states.

United States paid attention to the critique as they later abandoned talking of preemptive self-defence and instead went with a wide interpretation of what they considered being an "imminent" attack.

In its original version, the Bush doctrine can never be in line with established international law on self-defence. The principles of necessity and proportionality are fundamental in international law and the right to self-defence. The Bush doctrine is in support of preemptive self-defence, which means that the principles of necessity and proportionality are not able to coexist in such a context.

Later, United States changed approach and instead did a wide interpretation of the notion of "imminent" which gained some acceptance from states that earlier had been criticizing the initial Bush doctrine. However, this new interpretation is not a change in practice from the initial doctrine. The purpose is still to let sovereign states act in a preemptive manner.

The right to preemptive self-defence is problematic in regard to international law. If there is given a right to, the two principles of necessity and proportionality can no longer be of equal importance, which easily can jeopardize international law as a whole, since preemptive self-defence gives a state right to act before an attack is imminent, and therefore requires to reduce the importance of necessity and proportionality since they cannot coexist.

The thesis is written with a legal dogmatic method and a critical perspective, accompanied by an international and comparative perspective.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att analysera och problematisera bushdoktrinen i förhållande till gällande rätt på självförsvarsrättens område.

Rätten till självförsvar är en undantagsregel till våldsförbudet i art. 2.4 FN-stadgan vilken tillerkänns suveräna stater enligt art. 51 FN-stadgan samt internationell sedvanerätt.

Det traditionella självförsvaret, såväl som den internationella sedvanerättens rätt till självförsvar, kräver att det föreligger ett åtminstone överhängande hot om väpnat angrepp för att rätten ska kunna åberopas. Bushdoktrinen lanserades av USA inför deras invasion av Irak 2003, som ett försök att tidigarelägga tidpunkten då rätten till självförsvar kunde åberopas. På grund av massförstörelsevapnens allt mer framträdande roll i krigföringen samt de fördömande konsekvenser sådana typer av vapen kunde medföra, menade USA att självförsvarsrätten skulle träda in redan i ett förebyggande, preventivt syfte, innan det förelåg ett överhängande hot om väpnat angrepp. Tolkningen fick kritik från omvärlden som menade att den inte kunde vara förenlig med gällande rätt.

Efter kritiken ändrade USA under senare år inställning. Istället för en rent förebyggande, preventiv rätt till självförsvar gjorde USA istället en vid tolkning av begreppet överhängande, som redan hade varit accepterat i den internationella sedvanerätten (men inte av ordalydelsen i art. 51 FN-stadgan).

I dess initiala tappning är bushdoktrinen inte förenlig med gällande rätt. Kriterierna proportionalitet och nödvändighet är centrala för att rätten till självförsvar ska fungera rent folkrättsligt. När USA istället senare tolkade begreppet överhängande vidsträckt blev fler stater dock allt mer accepterande. I praktiken var den nya tolkningen dock inte någon väsentlig förändring från bushdoktrinens originalversion. Syftet var fortfarande att ge stater rätt att agera i ett förebyggande syfte.

Folkrätten blir lidande ifall rätten till preventivt självförsvar blir verklighet. Kriterierna nödvändighet och proportionalitet får inte lika starkt genomslag. Kriterier som är fundamentala för att inte bara självförsvarsrätten, utan också folkrätten som sådan ska kunna fungera. Om rätten till preventivt självförsvar är given skulle det innebära att stater har rätt att agera innan ett väpnat angrepp är för handen, vilket gör principerna närmast betydelselösa.

Uppsatsen är skriven med en huvudsakligt rättsdogmatisk metod ur en kritisk synvinkel, med ett internationellt och komparativt perspektiv.

1 Inledning

1.1 Syfte och avgränsningar

Uppsatsens syfte är att presentera bushdoktrinen, den tolkning av självförsvarsrätten som framfördes av USA i ett försök att legitimera deras invasion av Irak 2003. Tolkningen analyseras och problematiseras sedan i förhållande till gällande rätt.

Frågeställningar:

- Hur ser gällande rätt ut? (Besvaras löpande)
- Är bushdoktrinen förenlig med gällande folkrättsliga bestämmelser?
- Vilka problem skapar en rätt till preventivt självförsvar?

Med hänsyn till utrymme och tidsbegränsning, kommer självförsvarsrätten inte behandlas uttömmande. Frågan om man har rätt att agera i självförsvar ifall det väpnade angreppet utförs av en icke-statlig aktör kommer behandlas kortfattat och endast för att förtydliga sambandet med USA:s inställning till det preventiva självförsvaret. Rätten till kollektivt självförsvar kommer inte behandlas. Avsnittet om våldsförbudet i art. 2.4 FN-stadgan, självförsvarsrättens huvudregel, behandlas översiktligt. Det andra undantaget till våldsförbudet, Säkerhetsrådets befogenheter enligt kap. VII i FN-stadgan kommer att utelämnas.

Det uppsatsen behandlar utförligare är den rätt till anteciperat självförsvar som utmynnar från självförsvarsbestämmelsen i art. 51 FN-stadgan, våldsförbudets andra undantag. Någon utförlig redogörelse av kravet på uttömmandet av alla tillgängliga medel¹ kommer inte specifikt göras, utan fokus kommer att ligga på principerna om proportionalitet, nödvändighet och omedelbarhet.

Fokus ligger på bushdoktrinen och USA:s långtgående tolkning av självförsvarsrätten. Kort kommer vissa andra länders åsikter beröras men detta endast för att koppla till den amerikanska inställningen.

Syftet är att undersöka bushdoktrinen, och förhållandet till gällande rätt.

1.2 Metod

Uppsatsen är skriven utifrån ett komparativt och internationellt perspektiv. Det komparativa perspektivet syftar till analysen av bushdoktrinen i förhållande till gällande rätt. Det internationella perspektivet syftar till behandlandet av internationella rättskällor.

Uppsatsen är skriven med rättsdogmatisk metod med kritisk inriktning. Rättsdogmatisk metod utgår från identifierade relevanta rättskällor och analyserandet av gällande rätt.²

¹ Se art. 2.4 och art. 33.1 FN-stadgan

² Sandgren (2015) s. 43

Den kritiska delen innebär att kritiskt granska den rättsdogmatiska lösningen och framhålla konsekvenserna av kritiken.³

Uppsatsen kommer att redogöra för gällande rätt och analysera den breda tolkning av självförsvarsrätten som presenteras i bushdoktrinen. Den kritiska delen i uppsatsen ligger i att kritiskt granska bushdoktrinen i förhållande till gällande självförsvarsrätt.

1.3 Material och forskningsläge

Materialet som används är juridisk litteratur och lagkommentarer för att djupare beskriva gällande rätt kring självförsvarsbestämmelsen och vidare också det preventiva självförsvaret. Rättsfall används men kommer inte fokuseras djupare på i alla avseenden, mer än nödvändigt.

Referat hämtas främst från doktrin och litteratur för att på ett begripligt sätt redogöra för bakgrunden och utvecklingen vad gäller det anteciperade, samt preventiva självförsvaret.

Eftersom uppsatsämnet främst baseras på internationell sedvanerätt är doktrin och litteratur dominerande i uppsatsen. Referat hämtas också i stor utsträckning från officiella FN-dokument, officiella uttalanden samt intervjuer.

Övrigt material som genomgående används i uppsatsen är utdrag ur FN-stadgan, art. 2.4 samt art. 51.

Delar om anteciperat och preventivt självförsvaret finns väl beskrivet i litteraturen, där boken *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. II, av Simma m.fl. samt boken *Preventivt självförsvaret*, av Roland Lohrgen Stahl utförligt behandlar ämnet. Frågan om det preventiva självförsvarets roll och framtid i folkrätten är väl dokumenterad i litteratur och doktrin. Fokus har dock inte tidigare legat på bushdoktrinen explicit, utan varit allmänt hållen.

1.4 Disposition

Uppsatsen består av två delar. Första delen (avsnitt 2 och 3) behandlar gällande rätt och presenterar det preventiva självförsvarets bakgrund samt en redogörelse för bushdoktrinen. Första frågeställningen rörande gällande rätt besvaras löpande i första delen.

Andra delen (avsnitt 4) är uppsatsens analyserande del där de två huvudfrågeställningarna besvaras (se avsnitt 1.2 för huvudfrågeställningarna).

³ Nääv m.fl. (2018) s. 35

2 Gällande rätt

2.1 Våldsförbudet enligt Art. 2.4 FN-stadgan

”All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations.”⁴

Art. 2. 4 FN-stadgan är självförsvarsrättens huvudregel. Inom det internationella samarbetet har förbudet mot våldsanvändning varit grundläggande och fortsätter vara rättesnöret för folkrättens fortlevnad och i arbetet med att förebygga och undvika väpnade konflikter.⁵

Förbudet riktar sig specifikt mot militärt våld. I FN:s Generalförsamlings resolution 2625 (XXV), antaget 24 oktober 1970, nämner församlingen ingenting om andra våldstyper, exempelvis ekonomiskt eller politiskt våld. Våldsrekvisitet ska tolkas snävt. Endast militärt våld inbegrips.⁶ Andra typer av våldsvärkningar på stater, regleras i andra bestämmelser, varför det anses tillräckligt att enbart förbjuda specifikt militärt våld inom ramen för våldsförbudet.⁷

Våldsförbudet gäller endast för suveräna stater. Internationella organisationer eller privata aktörer omfattas inte, jämför art. 4 FN-stadgan, som endast ger suveräna stater rätt till medlemskap i FN.⁸

En stat behöver dock inte i varje sammanhang vara den som står för det direkta våldet.

I *Nicaragua-fallet* fastställde den internationella domstolen ICJ att en stat indirekt kan göra sig skyldig till överträdelse av bestämmelsen genom att stödja en väpnad opposition i en annan stat, under förutsättning att den väpnade oppositionen ägnar sig åt storskaligt våld, och understödet till den väpnade oppositionen uppnår en viss dignitet.⁹

En stat skall avhålla sig från våldsanvändning mot annan stats territoriella integritet och politiska oberoende.¹⁰

Termerna territoriell integritet samt politiskt oberoende ska inte ses som ett försök att snäva ner tillämpningsområdet för bestämmelsen, utan ska tolkas

⁴ Art. 2.4 FN-stadgan

⁵ Simma m.fl. (2012) s. 203 (Vol. I)

⁶ UNGA Res. 2625 (XXV)

⁷ Simma m.fl. (2012) s. 208 – 210 (I)

⁸ Simma m.fl. (2012) s. 213 (I), art. 4 FN-stadgan

⁹ *Nicaragua v United States*, [1986] para. 191 – 201

¹⁰ Art. 2.4

brett. Den territoriella integriteten anses exempelvis överträdad redan genom själva intrånget, även om den attackerande staten inte har för avsikt att överta något territorium i den andra staten.¹¹

Också explicita hot om våldsanvändning är förbjudet. Svårigheter uppstår dock ofta kring när ett hot anses ha överträtt våldsförbudet. Det som med säkerhet kan sägas är att om våldsanvändningen skulle vara förbjuden ifall attacken realiserades, kommer också hot om sådan våldsanvändning vara förbjuden.¹²

Från huvudregeln följer två undantag. Uppsatsens fokus kommer att ligga på det undantag som ges i art. 51 FN-stadgan, och som också erkänns som internationell sedvanerätt, rätten till självförsvar.

2.2 Rätten till självförsvar enligt Art. 51 FN-stadgan

Rätten till självförsvar är ett av två uttryckliga undantag till våldsförbudet. Ska självförsvarsrätten kunna åberopas krävs att vissa uppställda kriterier är uppfyllda.

”Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”¹³

Läses ordalydelsen framgår det att rätten till självförsvar endast får utövas fram till dess att Säkerhetsrådet träder in med åtgärder för att säkerställa den internationella freden. Självförsvarsrätten är subsidiär. Säkerhetsrådet har hela tiden rätt att träda in och ta över ansvaret över situationen.¹⁴

Rätten till självförsvar måste föregås av ett ”väpnat angrepp” av en attackerande stat, innan åberopande av självförsvarsrätten kan göras. Begreppet väpnat angrepp har en snävare innebörd än vad begreppet ”militärt våld” har, som används i art. 2.4 FN-stadgan.¹⁵

Tanken är att stater så långt det går ska avhålla sig från våldsanvändning. Har en stat blivit utsatt för militärt våld är utgångspunkten att staten ska

¹¹ Simma m.fl. (2012) s. 216 (I)

¹² *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons* [1996] Rep 246f, para 48

¹³ Art. 51 FN-stadgan

¹⁴ Art. 51

¹⁵ Gray (2008) s. 118; Dinstein (2012) s. 207

vända sig till Säkerhetsrådet. Deras främsta uppgift är att säkerställa den internationella freden.¹⁶

ICJ har ännu inte landat i en generell definition av vad ett väpnat angrepp innebär, men vad som står klart är att begreppet ska tolkas snävare än begreppet militärt våld. I *Nicaraguafallet* kommer ICJ framförallt fram till, vilket också ger en viss grundläggande förståelse för rekvisitets innebörd, att det endast kan vara fråga om ett väpnat angrepp ifall våldet är av storskalig karaktär.¹⁷

Domstolen undviker dock att närmre precisera det storskaliga våldets dignitet, och någon närmare precisering än så ges inte.

Har ett väpnat angrepp väl konstaterats, som enligt ovan ska innefatta storskaligt våld, har den attackerade staten en inneboende rätt till självförsvar.¹⁸

Ovan har anförts Säkerhetsrådets primära rätt att träda in i konflikten. I det läget måste det initierade självförsvaret upphöra. I övrigt får rätten till självförsvar endast utövas under förutsättning att våldet är nödvändigt, proportionerligt och omedelbart.

Kriterierna nödvändighet och proportionalitet har fastställts av ICJ i ett antal rättsfall samt rådgivande yttranden.¹⁹

Nödvändighetskravet innebär att en attackerad stat innan självförsvarsutförandet måste försäkra sig om att det inte finns någon annan tillgänglig åtgärd att vidta än våldsanvändning. Självförsvar ska användas som en sista utväg.²⁰

Även om våldsanvändning verkligen är nödvändigt, om det inte finns några andra tillgängliga medel att tackla den uppstådda situationen med, måste våldsanvändningen också vara proportionerlig.

Proportionalitetskravet är i stora delar sammankopplat med nödvändighetskravet.

Nödvändighetsfrågan svarar på ifall våldsanvändningen är behövlig för att uppfylla syftet med självförsvaret, medan frågan om proportionalitet besvarar hur långt ett sådant nödvändigt agerande får sträcka sig, under förutsättning att det är nödvändigt att agera genom våldsanvändning.²¹

Våldet ska vara proportionellt i förhållande till det hot man vill avvärja.²²

¹⁶ Kap. VII FN-stadgan

¹⁷ *Nicaragua v United States*, [1986] para. 191, 195

¹⁸ Simma m.fl. (2012) s. 1401 (Vol. II)

¹⁹ *Nicaragua v United States*, [1986] para.14, *Oil Platforms* (n76) para. 76 – 77, *Nuclear Weapons* (n80) para. 41 samt *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (n75) para. 147

²⁰ Henriksen (2017) s. 277

²¹ Simma m.fl. (2012) s. 1425 – 1426 (II)

²² Linderfalk m.fl. (2020) s. 197

Det är överhuvudtaget aldrig tillåtet att använda sig av självförsvar i syfte att hämnas. Självförsvaret ska utövas i förhållande till att staten måste försvara sig mot ett väpnat angrepp, vilket också får betydelse för hur rätten till preventivt självförsvar, och bushdoktrinen ska tolkas, i synnerhet eftersom det i de fallen ännu inte har skett något väpnat angrepp.

Higgins uttalade sig i det rådgivande yttrandet ”*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*”:

”Lawful self-defence is restricted to what is necessary for the repelling of an armed attack and must not acquire a retaliatory, deterrent, or punitive character.”²³

Förutom att se till att självförsvaret är nödvändigt och proportionellt måste självförvarsaktionen också utföras med en omedelbarhet. Staten kan inte hävda en laglig rätt till självförsvar om inte motattacken sker i direkt anslutning till det väpnade angreppet, om art. 51 inte ska anses överträdd.²⁴ Antingen redan när det väpnade angreppet pågår, eller inte allt för lång tid därefter.

Gränsdragningen beror på det väpnade angreppets karaktär. Omedelbarheten ska tolkas med en viss flexibilitet då det kan vara svårt för den attackerade staten att urskilja dels från vilken annan stat attacken kom från, dels eftersom tid behövs för att organisera en självförvarsaktion. Betänketid behövs för staten att utreda ifall våldet är nödvändigt och om det inte finns en fredlig lösning att tillta.²⁵

Den internationella sedvanerätten går längre och ger rätt till ett anteciperat självförsvar, innan ett väpnat angrepp rent faktiskt ägt rum.²⁶

²³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Dissenting Opinion Judge Higgins) [2005] Rep 583, para. 5

²⁴ Henriksen (2017) s. 277

²⁵ Ibid

²⁶ Se avsnitt 3

3 Preventivt självförsvar

3.1 Bakgrund

I efterdyningarna av terrorattackerna mot World Trade Center och Pentagon 11 september 2001 har, från framförallt USA, krav ställts på att självförsvarsrätten bör utvidgas till att gälla redan innan ett väpnat angrepp genomförts, i ett preventivt syfte. USA har aktivt, genom bushdoktrinen, försökt utvidga gällande rätt och utveckla en rätt till preventivt självförsvar, en tolkning som, jämfört med det i internationell sedvanerätt redan etablerade anteciperade självförsvaret går ett steg längre.²⁷

I den engelska versionen av art. 51 FN-stadgan, som framställts ovan, ges rätten att agera i självförsvar ”if an armed attack occurs”. Den engelska ordalydelsen kan inte tolkas på annat sätt än att en attack måste vara företagen för att självförsvarsrätten ska vara för handen, och utesluter rätten till anteciperat självförsvar, och därmed också preventivt självförsvar.²⁸

Den franska versionen är betydligt mer tillåtande. Rätten till självförsvar utövas ”dans le cas où un Membre des Nations Unies est l’objet d’une agression armée”.

En rätt till självförsvar ges ”då en medlem är föremål för ett väpnat angrepp”.²⁹

Det går att tolka in en rätt till anteciperat självförsvar redan genom den franska versionen av art. 51. Det är möjligt att vara föremål för ett väpnat angrepp innan ett sådant angrepp faktiskt ägt rum.

Stater som aktivt propagerat för ett anteciperat självförsvar har dock undvikit att uttolka rättigheten ur FN-stadgans bestämmelse och istället förlitat sig på den internationella sedvanerätten.

Tidigare har självförsvarsaktioner utförts, där staterna agerar innan ett väpnat angrepp faktiskt har ägt rum.

Före 11 september, har staterna i fråga dock varit motvilliga att benämna sin självförsvarsaktion som anteciperat självförsvar. Det har funnits en stark motsättning och en tveksamhet hos det internationella samväldet.

Under upptakten till sexdagarskriget 1967, åberopade Israel sin rätt till självförsvar, utan att något väpnat angrepp faktiskt ägt rum. Staten undvek dock att hävda anteciperat självförsvar. Istället menade Israel att arabstaterna i ett tidigare skede hade utfört ett väpnat angrepp och Israels attack därför var ett svar på en tidigare attack.

²⁷ Se avsnittet om Carolinefallet, s. 11 – 12

²⁸ Linderfalk m.fl. (2020) s. 193f

²⁹ Ibid

Det var rent folkrättsligt legitimt för Israel att åberopa självförsvarsrätten som anteciperad, med hänvisning till internationell sedvanerätt. Trots det undvek staten att göra det. Den tveksamhet angående utnyttjandet av rätten till anteciperat självförsvar som uppstod innan sexdagarskriget, är framträdande såväl under Kubakrisen 1962 som Iran-Irakkriget 1980, där Irak först stödde sig på rätten till anteciperat självförsvar, men snabbt skiftade position.³⁰

Det var tydligt att stater generellt föredrog att åberopa den traditionella rätten till självförsvar snarare än den anteciperade självförsvarsrätten, som en legitim möjlighet. Att åberopa självförsvar i ett förebyggande syfte var ovanligt.³¹

Trots motvilligheten har det ändå funnits situationer där det anteciperade självförsvaret uttryckligen åberopats.

7 juni 1981 attackerade Israel Irak i syfte att förstöra en vid tidpunkten ofärdig kärnreaktor sydost om Bagdad. Israel hade misstänkliggjort en kärnreaktor Irak hade köpt av Frankrike 1976. Enligt Israel var kärnreaktorn ämnad att framställa kärnvapen som sedan skulle användas för att eskalera den pågående Arab-israeliska konflikten. Israel menade hela tiden att attacken genomfördes i självförsvarssyfte och hävdade anteciperat självförsvar.³²

Attacken och Israels uppförande möttes av stark kritik.³³

I säkerhetsrådet debatterades frågan. USA menade att Israel inte hade gjort sitt yttersta för att uttömma möjligheterna till fredlig lösning. Vissa stater menade istället att attacken inte kunde anses utgöra självförsvar på grund av att det inte fanns något bevis för att Irak skulle använda reaktorn för att utveckla kärnvapen, det fanns alltså inte här något bevis på ett överhängande hot, vilket i nedan redogörande Carolinefall får anses vara ett krav för rätten till anteciperat självförsvar 1981. Andra stater menade att Israels aktion inte alls kunde utgöra anteciperat självförsvar.³⁴

Ångfartyget Caroline och det rättsfall som utmynnade ur händelsen kom att få en stor betydelse för det anteciperade självförsvarets utveckling.

1837 inleddes ett uppror mot det brittiska styret i dåvarande Övre Kanada. Kanadensarna fick understöd i upproret av amerikanska rebeller som aktivt deltog i stridigheterna. Caroline var ett ångfartyg kanadensarna använde för att fly stridigheterna, som hade sin rutt förbi bland annat Navy Island, en ö liggandes intill Niagarafallen på den kanadensiska sidan gränsen. Den 29 december attackeras ångfartyget av brittiska styrkor, som vid tidpunkten för attacken befann sig på amerikanskt vatten, dessutom med 23 amerikanska medborgare ombord. Två personer omkom och ångfartyget totalförstördes.³⁵

³⁰ Gray (2018) s. 171

³¹ Ibid

³² Scott, Billingsley, Michaelsen (2010) s. 132

³³ UN Doc S/PV 2288 (1981), para. 156

³⁴ UN Doc S/PV 2288 (1981)

³⁵ RY Jennings, 'The Caroline and McLeod Cases' (1938) 32 *American Journal of International Law* 82, 84

Daniel Webster, amerikansk statssekreterare, var ur en folkrättslig synpunkt kritisk. Websters skrivelser i en senare brevväxling med en brittisk minister fick betydelse för rätten till självförsvar, vars reglering vid den här tiden inte var fullt utvecklad. Webster menade att briterna hade rätt till att agera i självförsvar. Han uppställde dock vissa kriterier:

”It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, - even supposing the necessity of the moment authorized the to enter [...] – did nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it.”³⁶

Här uppställs en tidig version av kriterierna proportionalitet, nödvändighet och omedelbarhet.

Websters formel vann allmänt gillande och uppfattades också som gällande rätt, vilket sedan inkorporerades i art. 51 FN-stadgan genom lydelsen att en stat har en inneboende rätt till självförsvar. Denna inneboende rätt anspelar på tidigare sedvanerätt på området, vilket Carolinefallet får anses utgöra.³⁷

Det var först i och med det senare ”Caroline-testet” som tydliga kriterier utformades, varefter man tydligt kunde veta när en stat hade rätt att agera i självförsvar, och så även i ett anteciperat syfte.³⁸

Caroline-testets legitimitet bekräftades också efter andra världskriget av Nürnbergtribunalen då domstolen granskade Tysklands invasion av Norge och Danmark. Caroline-testet anses vara internationell sedvanerätt.³⁹

Den självförsvarende staten måste dels visa att deras användande av våld i självförsvar är absolut nödvändigt med hänvisning till ett överhängande hot om väpnat angrepp, dels måste detta nödvändiga våld vara proportionellt i förhållande till det överhängande hotet. Endast i de fall kriterierna är uppfyllda finns en rätt till anteciperat självförsvar.⁴⁰

Caroline-testet har varit viktig för argumentationen också i förhållande till det preventiva självförsvaret, där ledande experters meningar har använts för att legitimera en långtgående tolkning.⁴¹

I uppsatsen har två skilda begrepp förekommit kring den internationella sedvanerättens syn på självförsvarsrätten. ”Anteciperat” respektive

³⁶ Letter dated 27 July 1842 from Daniel Webster to Lord Ashburton, *British and foreign state papers*, vol. (1841 – 1842) 193 – 94

³⁷ Bring och Mahmoudi (2006) s. 96

³⁸ O'Brien (2002). *International law*. Cavendish Publishing Limited. s. 682

³⁹ Ibid; Olusanya (2006) s. 105

⁴⁰ Dinstein (2012). *War, Agression, and Self-Defense* s. 208 – 212, 219 – 220

⁴¹ Se *Nicaragua v United States*, [1986], Dissenting opinion of Judge Schwebel, para. 200

”preventivt” självförsvar. Det anteciperade självförsvaret har sedan Carolinefallet ansetts vara tillåtet och är också inarbetat i FN-stadgan. Är ett väpnat angrepp överhängande kommer det vara tillåtet att agera i självförsvar. Är angreppet inte överhängande är det väpnade angreppet inte längre anteciperat, och då ger inte internationell sedvanerätt heller rätt att agera i självförsvar.

Bushdoktrinen var ett försök att förändra självförsvarsrätten och ge möjlighet att agera i ett preventivt syfte. Det preventiva självförsvaret är ett försök till tidigareläggning av tidpunkten då en stat ges rätt att agera, jämför det med det anteciperade självförsvaret, som varit gällande internationell sedvanerätt sedan Carolinefallet, där det preventiva självförsvaret inte skulle kräva ett överhängande hot om väpnat angrepp.⁴²

Frågans kontroversiella natur har visat sig i flera av ICJ:s avgöranden. I rättsfallet *DRC mot Uganda* tar ICJ endast upp frågan om det traditionella självförsvaret enligt FN-stadgan, och anger att art. 51 endast ger en rätt till självförsvar när ett väpnat angrepp faktiskt ägt rum. Det är inte möjligt, menar domstolen, att ge en stat rätt till anteciperat självförsvar med ledning av ordalydelsen, då den rätten inte innefattas där. Det finns andra tillgängliga metoder att använda sig av för en stat som riskerar att drabbas av ett väpnat angrepp. Uganda hade också hela tiden insisterat att operation ’*Safe Haven*’ inte var fråga om anteciperat självförsvar. Av den anledningen gick ICJ heller inte in och behandlade frågan, men deras uttalande i rättsfallet indikerar på ett motstånd mot att fullt erkänna anteciperat självförsvar.⁴³

Motvilligheten mot tydligheten kring anteciperat självförsvar syns också i *Nicaraguafallet*. Också här undviker ICJ att befatta sig med frågan.⁴⁴ Domare Schwebel, kommenterade faktumet att ICJ inte lyfte frågan.

"Observes that the issue of the lawfulness of a response to the imminent threat of armed attack has not been raised in this case, and that the Court accordingly expresses no view on that issue."⁴⁵

Någon större utveckling på det anteciperade självförsvarets område före terrorattackerna 11 september 2001 uteblev dock.

⁴² Jfr.kriterierna för bushdoktrinen som presenteras nedan i avsnitt 3.2

⁴³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda)*, ICJ Reports (2005) 168, para. 148

⁴⁴ *Nicaragua v United States*, [1986], para. 106

⁴⁵ *Nicaragua v United States*, [1986], Dissenting opinion of Judge Schwebel, para. 347

3.2 Bushdoktrinen

Den 20 mars 2003 påbörjades *Operation Iraqi Freedom*. USA menade att de hade en lagenlig rätt att använda våld mot Irak i självförsvar.⁴⁶

Invasionen var en del i den dåvarande amerikanska presidenten George W. Bush globala krig mot terrorismen, förklarade 20 september 2001 inför en samlad amerikansk kongress, efter terrorattackerna 11 september samma år.⁴⁷

USA, med allierade, menade sig veta att Irak planerade att utforma, och huserade, massförstörelsevapen och därmed också hade de en rätt att agera i självförsvar.⁴⁸

USA hade tidigare försökt förmå FN att utföra vapeninspektioner vilket också FN gjorde i enlighet med resolution 1441.⁴⁹

Inspektionen gav dock inte det resultat USA hade förväntat sig. Några spår av massförstörelsevapen hittades inte.⁵⁰

Förutom en hänvisning till resolutionerna 678 och 687⁵¹ menade USA att de hade en legitim rätt att agera i självförsvar.

Självförsvarsrätten kräver dock, att det åtminstone föreligger ett överhängande hot om väpnat angrepp. I läget strax efter terrorattackerna den 11 september var det för USA inte möjligt att visa ett sådant överhängande hot.⁵²

USA gick då fram med bushdoktrinen.

Bushdoktrinen var en fri tolkning av den självförsvarsrätt som uppställts, dels i art. 51 FN-stadgan, dels i den internationella sedvanerätten. Som visat ovan ges en rätt till självförsvar innan ett väpnat angrepp faktiskt ägt rum, dock under förutsättning att det väpnade angreppet är överhängande, självförsvaret är nödvändigt och proportionellt mot hotet.

Bushdoktrinen lanserades efter 11 september-attackerna som en metod att tackla den oro som fanns över de massförstörelsevapen USA menade att Irak, Iran och Nordkorea utvecklade.

USA skulle nyttja sin rätt till självförsvar genom att agera förebyggande mot terrorister för att förhindra dem från att skada staten och landets medborgare.⁵³

Genom initierandet av bushdoktrinen förflyttade USA gränsen och gjorde en långt vidare tolkning än vad den traditionella självförsvarsrätten tillät. Med tanke på den förstörelse som kärnvapen åsamkar var frågan om preventivt

⁴⁶ Ruys, Corten och Hofer (2018) s. 644

⁴⁷ *Adress to a Joint Session of Congress*, 20 september 2001

⁴⁸ Ruys, Corten och Hofer (2018) s. 645

⁴⁹ GA, resolution 1441 (2002)

⁵⁰ *Ibid*

⁵¹ Ruys, Corten och Hofer (2018) s. 645

⁵² *Ibid*

⁵³ *The National Security Strategy*, september 2002

självförsvar ändå högst aktuell att ställa i det läget. USA krävde en rätt att använda självförsvar redan innan ett väpnat angrepp var överhängande.⁵⁴ Bushdoktrinen presenterades för första gången ordentligt i USA nationella säkerhetsstrategi i september 2002:

”While the US will constantly strive to enlist the support of the international community, we will not hesitate to act alone if necessary, to exercise our right to self-defense by acting pre-emptively against such terrorists, to prevent them from doing harm against our people and our country.”⁵⁵

USA och President Bush fortsatte att hävda en generell rätt till självförsvar också efter invasionen, trots en allt starkare kritikerkår.⁵⁶

Genom bushdoktrinen går tolkningen längre än självförsvarsrätten hittills hade accepterat. Förutom ordalydelsen i art. 51 FN-stadgan som kräver ett redan genomfört eller pågående väpnat angrepp tillåter den internationella sedvanerätten också ett anteciperat självförsvar, som utmynnade ur Carolinefallet.

Vad bushdoktrinen gör gällande är rätten till självförsvar i ett tidigare, preventivt syfte.⁵⁷

USA argumenterade för det preventiva självförsvaret genom att mena att det ligger en inneboende rätt i att agera tidigt mot stater som Irak, Iran och Nordkorea då de huserar kärnvapen, vilket skulle utgöra ett tillräckligt stort hot. Hotet från sådana stater och hotet från terrorister överlappar alltjämt menar USA. USA har rätt att agera i självförsvar eftersom hotet är så pass allvarligt att det kan likställas med ett väpnat angrepp. Att dessa stater har möjlighet att utveckla kärnvapen, och utvecklar kärnvapen, är tillräckligt för att kunna hävda våld i självförsvar preventivt. Hotet skulle vara för allvarligt att vänta in och behöver avvärjas preventivt.⁵⁸

Enligt den nationella säkerhetsstrategin från september 2002 försökte USA också att legitimera sin nya tolkning moraliskt.

De nya hot som börjat uppstå i takt med terrorismens framfart och den stora spridningen av massförstörelsevapen, kräver en tolkning av rätten till självförsvar som innebär att stater har rätt att agera preventivt. Den internationella sedvanerätten har erkänt rätten till självförsvar utan att först behöva ha blivit utsatt för ett väpnat angrepp, så länge hotet om ett sådant väpnat angrepp är överhängande. Det nya hotet kräver att stater anpassar sina möjligheter för att kunna mötas.⁵⁹

⁵⁴ Gray (2018) s. 250

⁵⁵ The National Security Strategy, september 2002

⁵⁶ Ackermann – International Law and the Preemptive Use of Force Against Iraq, *CRS Report for Congress*

⁵⁷ Bring och Mahmoudi (2006) s. 95

⁵⁸ Bring och Mahmoudi (2006) s. 98

⁵⁹ The National Security Strategy, september 2002

Reaktionerna på den nya bushdoktrinen tolkning av rätten till självförsvar var kritiska. Ett fåtal stater var försiktigt positiva till den nya tolkningen medan de allra flesta stater i det internationella samfundet, såväl som i princip alla kommentatorer, var negativt inställda.⁶⁰

2004 uttalade sig FN för första gången kring den nya tolkningen av självförsvarsrätten, genom ”UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change”.

I uttalandet fastställde FN:s högnivåpanel att det fanns en rätt för en hotad stat att agera i självförsvar innan en väpnat attack faktiskt ägt rum, så länge hot om en väpnad attack mot den självförsvarande staten är överhängande, våldet är absolut nödvändigt och det våld som används är proportionellt i förhållande till det överhängande hotet.⁶¹

Uttalandet fastställde den kritik som riktades mot USA:s tolkning och befäste också FN:s inställning. Panelen kritiserade också bushdoktrinen uttryckligen och menade att det inte fanns något stöd för en sådan tolkning i folkrätten.⁶²

Även FN:s dåvarande Generalsekreterare, Kofi Annan, kritiserade bushdoktrinen i ett uttalande från september 2005. Uttryckligen fördömde Generalsekreteraren den amerikanska tolkningen på rätten till självförsvar, som även här uppfattades som våldsanvändning mot icke-överhängande hot. Generalsekreteraren hänvisade istället tillbaka till Säkerhetsrådets befogenheter.⁶³

USA utgav 2006 en ny nationell säkerhetsstrategi där man åter belyste vikten av en bredare tolkning och en rätt till preventivt självförsvar.⁶⁴ Australien det enda land som tillsammans med USA i någon mån var öppet för att diskutera saken. Varken EU eller NATO-länderna i övrigt var för doktrinen och den fortsatte mötas av skarp kritik även från många andra stater. Den generella uppfattningen hos det internationella samväldet var att den långtgående tolkning som USA försökte göra inte accepterades.⁶⁵

Trots det fortsatte USA aktivt propagerat för en bredare tolkning av självförsvarsrätten. Kritiken mot tolkningen fortgick, vilket USA med största sannolikhet också uppmärksammade, med tanke på statens agerande under åren som följde.⁶⁶

Efter den initiala tolkningen, som skulle ge en rätt till självförsvar i ett läge där det inte längre hade krävts ett överhängande hot om väpnat angrepp, ändrade USA kurs.

⁶⁰ WM Reisman, A. Armstrong (2006) 100 AJIL s. 527ff

⁶¹ UNGA; A more Secure World: Our Shared responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change (2 december 2004) UN Doc A/59/565, para. 188

⁶² Ibid

⁶³ UNGA Res 60/1 (16 september 2005) UN Doc A/RES/60/1

⁶⁴ The National Security Strategy, mars 2006

⁶⁵ 2006 Havana Declaration, UN Doc S/2006/780, 29 september 2006, paras. 20, 22.5; UN Doc S/2014/573 at. 28

⁶⁶ WM Reisman, A. Armstrong (2006) s. 549f

Gray skriver att, istället för att som tidigare försöka skapa en ny gren i självförsvarrätten, lutade USA sig mot det redan tillåtande anteciperade självförsvaret och gjorde en bredare tolkning av begreppet ”överhängande”.⁶⁷

USA:s ändrade förhållningssätt i självförvarsfrågan fick också andra stater att ändra sin grundinställning.

Storbritannien, som hela tiden varit USA:s främsta allierade accepterade aldrig doktrinen fullt ut. Till USA:s ändrade förhållningssätt blev staten dock mer accepterande.⁶⁸

Dåvarande Storbritanniens rättslige rådgivare uttalade sig i House of Lords i april 2004 där man i stort sett accepterade den vidsträckta tolkning som USA gjorde av begreppet överhängande.

”The concept of what constitutes an imminent attack will develop to meet new circumstances and new threats. For example, the resolutions passed by the Security Council in the wake of 11 september 2001 recognised both that large-scale terrorist action could constitute an armed attack that will give rise to the right of self-defence and that force might, in certain circumstances, be used in self-defence against those who plan and perpetrate such acts and against those harbouring them, if that is necessary to avert further such terrorist attacks [...] It must be right that states are able to act in self-defence in circumstances where there is evidence of further imminent attacks by terrorist groups, even if there is no specific evidence of where such an attack will take place or of the precise nature of the attack.”⁶⁹

Ytterligare stöd för den nya tolkningen gav Storbritanniens rättslige rådgivare 2017 där denne befattade sig med samma juridiska tolkning kring begreppet överhängande som också Brian Egan, det amerikanska utrikesdepartementets juridiska rådgivare tidigare gjort.

”The imminence [...] is to be determined by a list of factors including not only the nature and immediacy of the attack, but also the probability of an attack, wheter there is a pattern of continuing armed activity, the likely scale of the attack and the injury likely to result, and the likelihood that there will be other opportunities to take action in self-defence. [...] imminence in time is no longer an essential requirement. Such a wide conception of imminence does not seem to provide any significant constraint on the use of force.”⁷⁰

⁶⁷ Gray (2018) s. 252

⁶⁸ Gray (2018) s. 252

⁶⁹ Storbritanniens rättslige rådgivares uttalande, House of Lords 21 april 2004, Vol. 660, c369 – 72; UK Materials on International Law, 75 BYIL (2004) 822 – 3

⁷⁰ Storbritanniens rättslige rådgivares uttalande, IISS, 11 januari 2017

4 Analys

4.1 Bushdoktrinsens förenlighet med gällande rätt

Kan bushdoktrinen vara förenlig med internationell självförsvarsrätt?

Det stora problemet tycks ha varit avsaknaden av att behöva förhålla sig till ett överhängande hot om ett väpnat angrepp. Bushdoktrinen är svår att få samstämmig med kriterierna om proportionalitet, nödvändighet och omedelbarhet.

Art. 51 FN-stadgan, kräver att ett väpnat angrepp är för handen för att en attackerad stat ska ges rätt att agera.

Tas utgångspunkt enbart i art. 51, och bortser man från den internationella sedvanerätten, faller bushdoktrinen redan i starten. Ett pågående väpnat angrepp är ett uttryckligt krav för att generera en rätt till att agera i självförsvar.

Bushdoktrinen skapades för att legitimera USA:s våldsanvändning mot ett vid tidpunkten presumerat hot om väpnat angrepp. I det uppkomna läget kan det givetvis inte generera någon rätt att agera i självförsvar.

Det har länge funnits en motvillighet att acceptera också den av internationell sedvanerätt legitimerade rätten till anteciperat självförsvar. Kommentatorer, och även stater, har länge menat att art. 51 FN-stadgan ska vara den enda gällande rätten för självförsvaret och tydligt satt sig emot en rätt till preventivt självförsvar.⁷¹

Anteciperat självförsvar är tillåten i den internationella sedvanerätten, dock med många kritiker, som dock alltmer tycks ha svängt i sin inställning och menar att självförsvar ska vara tillåtet åtminstone där Carolinefallet drar gränsen.⁷²

Den internationella sedvanerätten ger en stat rätt att agera i självförsvar i ett tidigare läge än vad art. 51 FN-stadgan ger. Enligt Carolinefallet som är refererat ovan i avsnitt 3.1, och vars innehåll erkänts som internationell sedvanerätt, ger en stat rätt att agera när ett hot om väpnat angrepp anses överhängande, under förutsättning att det använda våldet är absolut nödvändigt och det nödvändiga våld som senare används är proportionellt i förhållande till det överhängande hotet. Kravet på våldets nödvändighet och proportionalitet är också förekommande i art. 51 FN-stadgan.

Bushdoktrinen är inte fullt oförenlig med den internationella sedvanerätten. Dock blir det, på grund av utformningen, svårt att härleda självförsvarsvåldet till en nödvändighet. Ifall ett väpnat angrepp inte är

⁷¹ WM Reisman, A. Armstrong (2006) s. 547ff

⁷² Simma m.fl. (2012) s. 1423 (II); se också avsnitt 3.1 om Carolinefallet

på tänkt, hur kan det då korrelera med en absolut nödvändighet att använda våld?

Enligt Websters framtagna teori från brevväxlingen, som är refererat i avsnitt 3.1, krävs nödvändighet i agerandet, omedelbarhet i hotet och proportionalitet i reaktionen.

Här är det inte möjligt att hitta någon uttrycklig rätt till preventivt självförsvar, eftersom ifall en stat agerar preventivt kommer kriterierna aldrig att kunna uppfyllas.

Det måste vara absolut nödvändigt att använda våldet i en självförsvarssituation. Nödvändigheten ska vara direkt, överväldigande och inte lämna någon som helst förutsättning för tveksamhet eller möjlighet till att agera på annat sätt, i överensstämmelse med Websters formel.

Bushdoktrinen kan inte korrelera med de kriterierna. Argumentet om preventivt folkrättsenligt självförsvar faller på bristande bevisning. Det är svårt att koppla en absolut nödvändig våldsanvändning, i förhållande till vad bushdoktrinen menar är ett hot. Det är möjligt att ett hot kan finnas där, men i ett sådant tidigt skede är hotet aldrig överhängande. Då kan heller inte våldet vara absolut nödvändigt, vilket är ett kriterium för rätten till självförsvar, såväl i art. 51 FN-stadgan som i den internationella sedvanerätten. Ska bushdoktrinen kunna vara legitim i förhållande till gällande rätt krävs det i princip att kriteriet om nödvändighet tas bort.

Ytterligare ett kriterium för att kunna åberopa rätten till självförsvar, är att det våld som absolut nödvändigt måste användas, också måste vara proportionellt i förhållande till tidigast det överhängande hotets effekt. Även här finns det brister i hur bushdoktrinen är utformad.

Proportionaliteten ska ses i förhållande till det hot man vill avvärja.

Eftersom bushdoktrinen ger en stat rätt att agera i ett förebyggande syfte blir det svårt att förutse exakt vilken typ av våld och hur mycket den typen av våld ska användas för att uppfylla proportionalitetskravet.

Medlen som används i självförsvarssyfte samt omfattningen av självförsvaret får aldrig vara oproportionerligt i förhållande till det väpnade angreppets karaktär.

Det fordras alltså en viss vetskap om hur det väpnade angreppet kommer att se ut för att kriteriet om proportionalitet ska kunna uppfyllas.

För att bushdoktrinen skulle vara förenlig hade det krävts att det väpnade angreppet ligger närmre i tid för att kunna uppfylla åtminstone proportionalitetskravet.

Principerna kräver, som Randelzhofer och Nolte skriver, att stater som vill agera i självförsvar uppmärksammar och noga utreder specifika detaljer för den aktuella aktionen samt skapar sig en klar övergripande bild av situationen.⁷³

⁷³ Simma m.fl. (2012) s. 1426 (II)

Bushdoktrinen rätt till självförsvaret ligger inte tillräckligt nära i tiden i förhållande till det kommande väpnade angreppet för att vara möjlig att förena med kriterierna om nödvändighet och proportionalitet.

Det sista kravet som ställs upp vad gäller den traditionella självförsvarsrätten är kravet på omedelbarhet. En självförsvarsaktion måste också vara omedelbar i förhållande till det väpnade angreppet. Bushdoktrinen är en del av den internationella sedvanerättens självförsvaret där samma kriterium inte kan ställas. Ett väpnat angrepp har ännu inte ägt rum. Enligt den internationella sedvanerättens regler måste istället hotet om ett väpnat angrepp vara överhängande, istället för att självförsvarsaktionen måste vara omedelbar.⁷⁴

Bushdoktrinen var ett försök att vidga självförsvarsrätten. I dess initiala tolkning är bushdoktrinen inte förenlig med gällande rätt. Kravet på proportionalitet och nödvändighet kräver att hotet om ett väpnat angrepp ligger närmre i tiden än vad bushdoktrinen förmår.

Som ovan visat ändrade USA inställning efter den skarpa kritik staten hade fått. Istället för ett renodlat preventivt självförsvaret adopterade staten den internationella sedvanerätt redan existerande anteciperade självförsvarsrätten och tolkade istället begreppet överhängande på ett bredare sätt, vilket gör den nya tolkningen mer trogen gällande rätt.⁷⁵

Den nya tolkningen av när ett hot är överhängande är inte lika kontroversiell som den ursprungliga versionen av bushdoktrinen, vilket också syntes när Storbritannien accepterade att en sådan tolkning kan göras.⁷⁶ Anledningen till det är att USA i och med den nya tolkningen erkänner kravet på att hotet åtminstone måste vara överhängande innan självförsvarsrätten kan vara för handen, vilket också är tillåtet i den internationella sedvanerätten, om än i en annan tolkning.

Att ett hot om väpnat angrepp är överhängande är nödvändigt för att en tolkning ska kunna stämma överens med gällande rätt. Av den anledningen är inte bushdoktrinen i dess ursprungliga form möjlig att använda för att legitimera en aktion i självförsvaret. USA:s nya vidsträckta tolkning av begreppet överhängande hot om väpnat angrepp är ett nödvändigt ont för att kunna vara förenlig med den internationella sedvanerätten och art. 51 FN-stadgan.

Är en sådan vid tolkning av begreppet överhängande möjlig att göra? FN-stadgan är utformad efter ett klart och tydligt mål vilket är att minimera våldsanvändningen.⁷⁷

Den nya tolkningen som USA presenterade fick visserligen stöd av Storbritannien, som tidigare inte accepterade den initiala bushdoktrinen (se ovan, avsnitt 3.2), vilket kan ses som ett steg i riktning mot

⁷⁴ Martinez (2004) s. 169

⁷⁵ Avsnitt 3.2

⁷⁶ Avsnitt 3.2

⁷⁷ Kap. VII FN-stadgan

överensstämmelse med gällande rätt. Den nya tolkningen är dock inte till innehållet någon förändring. Tanken är fortfarande att självförsvaret, i praktiken, ska vara preventivt och gälla som förebyggande. Den vida tolkningen av begreppet överhängande har fört doktrinen närmre gällande rätt, dock inte tillnärmelsevis i fas med nuvarande krav på nödvändighet och proportionalitet.

Det som gör den nya tolkningen möjlig att förena med gällande rätt är exempelvis Storbritanniens rättslige rådgivares uttalanden från 2004 och 2017, som ger en viss legitimitet, vilket den ursprungliga bushdoktrinen saknade.⁷⁸

Ett vedertaget begrepp är inte hugget i sten och ords betydelse skiftar i takt med tiden. Begreppet överhängande betyder inte samma sak idag som det gjorde 1837.

Den nya tolkningen har, till skillnad från den initiala bushdoktrinen som unisont sågades, visserligen kritiserats på liknande grunder, men också accepterats.⁷⁹

Det finns en klar linje i dagens gällande rätt. Preventivt självförsvaret är i sig inte möjligt i den form som presenteras i bushdoktrinen ursprungliga version, dock finns det till synes, visat i praxis, utrymme att, i takt med nya hinder och nya möjligheter, utvidga innebörden av vad ett överhängande hot om väpnat angrepp är, och därmed också möjliggöra för en rätt närmre preventivt självförsvaret.

4.2 Det preventiva självförsvarets risker

Enligt den nationella säkerhetsstrategin från september 2002 krävde USA att man utvidgade självförsvarsrätten till att gälla redan preventivt.

Bushdoktrinen blev hårt kritiserad och är inte möjlig att förena med gällande rätt, på grund av de problem som skapas ifall den skulle bli verklighet.

Att ge bushdoktrinen innehåll status som självförsvarsrätt skulle kräva att kriterierna om nödvändighet och proportionalitet förändras i grunden.

Frankrikes dåvarande President Chirac kritiserade bushdoktrinen i en intervju i *New York Times* i september 2002 där han varnade för de effekter som ett tillåtande av ett preventivt självförsvaret för med sig.

Chirac menade att ifall en nation tillåter sig agera preventivt, kommer andra länder naturligt göra likadant.⁸⁰

Chirac fångar problemet med att tillåta ett preventivt självförsvaret. Risken att folkrättens mest grundläggande regel, att länder så långt det går ska avhålla sig från våldsanvändning inte längre har en lika stark hållning är uppenbar.

⁷⁸ Avsnitt 3.2

⁷⁹ Not. 65 – 66 – Storbritannien ändrade inställning. Australien har varit försiktigt positiv till bushdoktrinen redan från början – Ruys (2010) s. 330

⁸⁰ Intervju, Jacques Chirac, *New York Times*, 8 september 2002

Att legitimiteten urvattnas har också varit den mest förekommande kritiken.⁸¹

Ett tillåtande av preventivt självförsvar medför en situation där gränsen för när självförsvarsrätten kan åberopas varken är klar eller förutsägbar.

Problemet med ett preventivt självförsvar utan kriterierna om nödvändighet och proportionalitet är risken för missbruk. Utan tydliga gränser för en undantagsregel, gränser som är svåra att sätta för ett preventivt självförsvar, kommer missbruket att eskalera. Också det kan återkopplas tillbaka till vad Jacques Chirac sade i intervjun med *New York Times* i september 2002.⁸²

Något som är viktigt i sammanhanget är att självförsvarsrätten är ett uttryckligt undantag till våldsförbudet i art. 2.4 FN-stadgan. Varje självförsvarsrätt måste innefatta en rätt att avvärja en annan, attackerande stat. Självförsvarsrätten är en rätt att agera som svar på en tidigare attack, alternativt ett överhängande hot om sådan attack.⁸³

Genom att tillåta en preventiv möjlighet förlorar självförsvarsrätten sin mening i den aspekten.

Våld ska användas endast då det är absolut nödvändigt. Ett preventivt självförsvar kan inte leva upp till de kriterierna. Ett tillåtande av en sådan vid självförsvarsrätt hade gjort kriteriet om nödvändighet närmast lönlöst.

Våld kommer alltid att tillgripas av stater. Det krävs dock, för att våldsförbudet ska ha någon som helst bäring, att möjligheterna att använda våld kraftigt och tydligt begränsas. Det ligger i undantagets betydelse att självförsvarsrätten ska tolkas restriktivt. Ett preventivt självförsvar skulle skapa betydligt större oförutsägbarhet. Det är också vad de allra flesta stater är överens om och den stora kritiken som riktats.

Skulle USA ges en rätt till preventivt självförsvar mot Irak i läget som uppstod efter terrorattackerna 2001 hade det inte gått att legitimera i efterhand. Osäkerheten var påvisat stor med tanke på att det också visade sig att Irak inte hade några massförstörelsevapen (se avsnitt 2.3).

I en artikel 1996 uttryckte sig den australienske advokaten och senare politikern John Quigley:

”An expensive notion of anticipatory self-defense is a danger to international order. In a world which is hard pressed to stop aggressive war, it makes little sense to open a loophole large enough to accommodate a tank division.”⁸⁴

Det går också att fråga sig kring den effekt som våldsanvändning i ett preventivt syfte verkligen har. Det är svårt att mäta en preventiv

⁸¹ Avsnitt 3.2

⁸² Not. 75

⁸³ Wattad (2006) s. 214ff

⁸⁴ Quigley (1996) s. 257

våldsanvändnings effekt. Har ett preventivt självförsvar ingen tydlig avskräckande effekt kan konceptet som sådant också starkt ifrågasättas.⁸⁵

USA är den stat som i princip ensam aktivt argumenterat för rätten till preventivt självförsvar.⁸⁶

De har fört en kritisk argumentation mot gällande rätt där bushdoktrinen försökt vara en utveckling av den, enligt deras mening, otillräckliga självförsvarsrätten.⁸⁷

Argumenten har varit ett försök att få omvärlden att tillåta våldsanvändning innan det är försent. Med de nya metoderna för krigföring, framförallt massförstörelsevapen, finns ett behov av att agera innan vapnen kan användas, med tanke på vapnens förödande effekter, menar exempelvis President Bush.⁸⁸

USA har framfört synpunkter på att rätten till preventivt självförsvar bör ges när det finns misstanke om kärnvapen hos en öppet fientlig stat (se ovan avsnitt 3.2), dock måste det åtminstone vara säkert att det verkligen finns massförstörelsevapen, något som USA inte kunde försäkra sig om.

Som tidigare presenterats ovan förändras omvärlden snabbare än juridiken, massförstörelsevapnens ödesdiga konsekvenser skulle legitimera en rätt till preventivt självförsvar, vilket är en viktig poäng, dock inte ur ett rent juridiskt perspektiv. Folkrätten vilar på vissa grundläggande principer som blir lidande genom ett tillåtande av ett preventivt självförsvar.

Bushdoktrinen kan inte, på det sätt den är utformad, vara förenlig med nu gällande rätt. Kraven på nödvändighet och proportionalitet är grundläggande i den meningen att konceptet kring ett våldsförbud förlorar sin kraft utan en strängt hållen och svårtillgänglig undantagsmöjlighet.

⁸⁵ Liknande åsikt framträder i Grays bok, se s. 167

⁸⁶ Avsnitt 3.2

⁸⁷ Nationella säkerhetsstrategin, september 2002

⁸⁸ President Outlines Iraqi Threat (2002)

Källförteckning

Address to a Joint Session of Congress and the American People (*hämtad 2022-01-02*) – <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>

Ackermann – International Law and the Preemptive Use of Force Against Iraq, *CRS Report for Congress* (*hämtad 2022-01-02*) – https://www.everycrsreport.com/files/20030317_RS21314_ce56b20ca1f8fd_e8854c7e91bd84ad647b49ccb1.pdf

Chirac, J. (den 8 september 2002). Interview with Jacques Chirac. New York (*hämtad 2022-01-02*) – <https://www.nytimes.com/2002/09/08/international/europe/interview-with-jacques-chirac.html>

GA Resolution 1441 (2002) (*hämtad 2022-01-02*) – <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/1441.pdf>

ILC, Draft Articles on the Law of Treaties, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II (*hämtad 2022-01-02*) – https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf

Letter dated 27 July 1842 from Daniel Webster to Lord Ashburton, *British and foreign state papers*, vol (1841 – 1842) 193 – 94 (*hämtad 2022-01-02*) – https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web1

President Bush Outlines Iraqi Threat (*hämtad 2022-01-02*) – <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/10/20021007-8.html>

Storbritanniens rättslige rådgivares uttalande 2017, vid det Internationella institutet för strategiska studier, 11 januari 2017 (*hämtad 2022-01-02*) – <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/01/United-Kingdom-Attorney-General-Speech-modern-law-of-self-defense-IISS.pdf>

Storbritanniens rättslige rådgivares uttalande, House of Lords 21 april 2004, Vol.660, c369 – 72 (*hämtad 2022-01-02*) – https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldhansrd/vo040421/text/40421-07.htm#40421-07_head0

The National Security Strategy of the United States of America, september 2002 (*hämtad 2022-01-02*) – <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2002/nss5.html>

The National Security Strategy of the United States of America, mars 2006 (hämtad 2022-01-02) – <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/sectionV.html>

UN Doc S/PV 2288 (1981) (hämtad 2022-01-02) – <https://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/4AED70BAA0B37B53052567FD00762F30>

UN Doc S/2006/780, 2006 Havana Declaration (hämtad 2022-01-02) – <https://undocs.org/S/2006/780>

UN Doc S/2014/573 (hämtad 2022-01-02) – <https://undocs.org/S/2014/573>

UNGA; A more Secure World: Our Shared responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change (2 december 2004) UN Doc A/59/565 (hämtad 2022-01-02) – https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/565

UNGA Res 60/1 (16 september 2005) UN Doc A/RES/60/1 (hämtad 2022-01-02) – <https://undocs.org/A/RES/60/1>

UNGA Res. 2625 (XXV) (24 oktober 1970) (hämtad 2022-01-02) – <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/25A1C8E35B23161C852570C4006E50AB>

Rättsfall och rådgivande yttranden

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) (2005) (hämtad 2022-01-02) - <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>

Armed Activities on the Territory of the Congo (New application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda), Jurisdiction and Admissibility [2006] (hämtad 2022-01-02) - <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>

Caroline affair (1842)

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996) (hämtad 2022-01-02) – <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States) (1984) (hämtad 2022-01-02) – <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (1996) (hämtad 2022-01-02) – <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-EN.pdf>

Litteratur- och artikelförteckning

- Bowett, D. W. (1958). *Self-Defence in International Law*. Manchester: Manchester University Press.
- Bring, O., & Mahmoudi, S. (2006). *Internationell våldsanvändning och folkrätt* (1:1 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik.
- Dinstein, Y. (2012). *War, Aggression and Self-Defence* (5 uppl.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Gray, C. (2018). *International law and the use of force* (4 uppl.). Oxford: Oxford University Press.
- Henriksen, A. (2017). *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Jennings, R. (Januari 1938). The Caroline and McLeod Cases. *American Journal of International Law*, 32(1).
- Kaikobad, K., Hartmann, J., Warbrick, C., & Williams, S. (2004). United Kingdom Materials on International Law. *British Yearbook of International Law*, 75(1), 595 - 962.
- Linderfalk, U., Nilsson, A., Sjöstedt, B., & Wong, C. (2020). *Folkrätten i ett nötskal*. Lund: Studentlitteratur.
- Martinez, L. (2003-2004). Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense. *UMKC Law Review*, 72, s. 169.
- Nääv, M., Zamboni, M., Andersson, H., Bakardieva Engelbrekt, A., Bastidas, V., Grahn-Farley, M., . . . Wahlgren, P. (2018). *Juridisk Metodlära* (2 uppl.). Lund: Studentlitteratur.
- O'Brien, J. (2001). *International Law* (2 uppl.). Birkbeck Law Press.
- Olusanya, o. (2006). *Identifying the aggressor under International Law: A principles approach*. Peter Lang.
- Quigley, J. (1996). A Weak Defense of Anticipatory Self-Defense. *Temple International and Comparative Law Journal*, 10(1), ss. 236 - 255.
- Reisman, W. M., & Armstrong, A. (2006). The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-defence. *American Journal of International Law*, 100(3), ss. 525 - 550.
- Ronzitti, N. (2006). The Expanding Law of Self-Defence. *Journal of Conflict & Security Law*, 11(3), 343 - 359.
- Ruys, T. (2010). *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ruys, T., Corten, O., & Hofer, A. (2018). *The Use of Force in International Law* (1 uppl.). Oxford: Oxford University Press.
- Sandgren, C. (2015). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* (3 uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik.
- Scott, S. V., Billingsley, A., & Michaelsen, C. (2010). *International Law and the Use of Force: A Documentary and Reference Guide*. Santa Barbara, California: ABC-Clio/Greenwood Publishing Group, Inc. .
- Simma, B., Khan, D.-E., Nolte, G., & Paulus, A. (2012). *The Charter of the United Nations: A Commentary* (3 uppl., Vol. 2). Oxford: Oxford University Press.

- Simma, B., Khan, D.-E., Nolte, G., & Paulus, A. (2012). *The Charter of the United Nations: A Commentary* (3rd suppl., Vol. 1). Oxford: Oxford University Press.
- Wattad, M. S.-A. (2006). Resurrecting romantics at war: International Self-Defense in the Shadow of the Law of War - Where are the Borders. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 13(1).