



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Pontus Askmalm

Om kontraåtgärder och proportionalitet

”An awkward balancing between apples and
oranges”

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Ulf Linderfalk

Termin: HT 2023

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING.....	4
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar.....	6
1.4 Teori, metod och material.....	6
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Disposition	7
2 KONTRAÅTGÄRDER.....	8
2.1 Generellt om kontraåtgärder	8
2.2 Proportionalitet	11
3 RÄTTSFALL	15
3.1 Air Service Agreement.....	15
3.2 Gabcikovo-Nagymaros Project.....	16
4 ANALYS OCH SLUTSATSER	19
KÄLLFÖRTECKNING	23

Summary

Countermeasures are a form of self-help measures that States, under certain conditions, are allowed to take in response to internationally wrongful acts. The concept of countermeasures is based on customary international law and is expressed in the International Law Commission's codification of the law of State responsibility, ARSIWA. A fundamental requirement for a lawful countermeasure is that the measure meets the criterion of proportionality. There is consensus on the existence of a requirement of proportionality, although it is somewhat unclear how the requirement of proportionality should be understood in more detail. This essay investigates how the requirement of proportionality should be understood when countermeasures are taken by injured States. The study shows that the requirement of proportionality has changed over time, with the requirement previously formulated negatively, while now it is expressed positively. However, the idea of a negatively formulated requirement does not seem to be entirely abandoned, and there is some uncertainty about how the requirement in this regard should be understood. The study also indicates that consideration should be given to both quantitative and qualitative elements, while it is somewhat unclear how this balance should be struck and which circumstances that can be taken into account. However, it is clear that qualitative elements can play a decisive role when proportionality is assessed, and that countermeasures can cause more harm than the internationally wrongful act that motivated them. Furthermore, the study indicates that the significance of reciprocity in the proportionality assessment should not be overstated, and that the assessment of purpose should be kept separate from the assessment of proportionality. Finally, it can be said that the assessment of proportionality of countermeasures taken by injured States should be understood in that sense that it raises difficult questions, and that it is somewhat difficult to draw secure conclusions regarding current law in the field. However, it is clear that the principle of proportionality is a tool that enables difficult balancing, while providing some predictability by setting limits on what can be expected from a State taking countermeasures.

Sammanfattning

Kontraåtgärder är ett slags självhjälpsåtgärd som stater under vissa förutsättningar tillåts vidta som ett svar på internationellt felaktiga handlingar. Konceptet kontraåtgärder grundar sig på internationell sedvanerätt, och kommer till uttryck i ILC:s kodifiering av reglerna om statsansvar, ARSIWA. Ett grundläggande krav för en laglig kontraåtgärd är att åtgärden uppfyller kravet på proportionalitet. Det råder enighet om existensen av ett krav på proportionalitet, samtidigt som det i viss utsträckning är oklart hur detta krav närmare bör förstås. I denna uppsats utreds hur kravet på proportionalitet bör förstås vid kontraåtgärder som vidtas av skadade stater. Utredningen visar att kravet på proportionalitet delvis har förändrats över tid, på det sättet att kravet tidigare utformats med en negativ formulering, medan det numera uttrycks med en positiv formulering. Tanken om ett negativt formulerat krav tycks dock inte vara helt övergiven, och det råder viss oklarhet kring hur kravet i detta avseende bör förstås. Utredningen visar också på att hänsyn ska tas till såväl kvantitativa element som kvalitativa element, samtidigt som det i viss mån är oklart dels hur denna avvägning ska ske, dels vilka omständigheter som hänsyn får tas till. Det är dock tydligt att kvalitativa element kan spela en avgörande roll vid proportionalitetsbedömningen, och att kontraåtgärder mycket väl kan orsaka mer skada än den internationellt felaktiga handlingen som har motiverat dem. Vidare visar utredning på att betydelsen av reciprocitet vid proportionalitetsbedömningen inte bör överdrivas, samt att bedömningen av syfte ska hållas avskild från bedömningen av proportionalitet. Slutligen kan sägas att proportionalitetsbedömningen vid kontraåtgärder som vidtas av skadade stater bör förstås på det sättet att bedömningen aktualiserar svåra bedömningsfrågor och att det i viss utsträckning är svårt att dra säkra slutsatser om vad som är gällande rätt på området. Det är dock tydligt att proportionalitetsprincipen är ett redskap som möjliggör svåra avvägningar, samtidigt som den renderar viss förutsebarhet genom att sätta upp gränser för vad som kan förväntas av en stat som vidtar kontraåtgärder.

Förkortningar

ARSIWA	Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)
ARSIWAC	Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)
FNST	Förenta Nationernas stadga (Charter of the United Nations)
ICJ	Internationella domstolen (International Court of Justice)
ICJSt	Stadgan för Internationella domstolen (Statute of the International Court of Justice)
ILC	International Law Commission
USA	Amerikas förenta stater (United States of America)
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Kontraåtgärder är ett gammalt koncept som har sina rötter i antikens Grekland, och härstammar från det som benämns ”reprisals”. Historiskt sett var ”reprisals” ett slags självhjälpsåtgärd, i grunden olagliga åtgärder, som stater tilläts vidta som ett svar på överträdelser av internationell rätt, vilka kunde innefatta såväl internationellt våld som fredliga åtgärder. I och med antagandet av Förenta Nationernas stadga (FNSt) och det internationella våldsförbudet i artikel 2.4 FNSt förbjöds den delen av ”reprisals” som innefattar internationellt våld, medan den delen av konceptet som inte är kopplat till väpnad konflikt kom att benämnas kontraåtgärder.¹

Trots att det är erkänt stater emellan att det under vissa förutsättningar är rättfärdigat att vidta kontraåtgärder, finns det en risk för att konceptet kan komma att missbrukas, vilket förstärks av det faktum att stater inte är jämlika. I International Law Commission’s (ILC:s) kodifiering av den internationella sedvanerätten på området, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA), syftar kapitlet om kontraåtgärder till att balansera rätten att vidta kontraåtgärder mot lämpliga begränsningar för att se till att åtgärderna hålls inom rimliga gränser.²

Ett grundläggande krav för att en kontraåtgärd ska vara rättfärdigad är att åtgärden är proportionerlig, vilket kommer till uttryck i artikel 51 ARSIWA. Trots att ordet proportionalitet antyder att det föreligger balans eller jämvikt, råder emellertid oklarhet kring den närmare innebörden av kravet vid kontraåtgärder.³ Vid bedömningen ska hänsyn tas dels till kvantitativa element (”injury suffered”), dels till kvalitativa element (”the gravity of the internationally wrongful act, and the rights in question”). Den avvägning som proportionalitetsbedömningen innebär aktualiserar både svåra och känsliga

¹ Dawidowicz (2017) s. 4 och 17-18; ARSIWAC s. 128 p. 3.

² ARSIWAC s. 128 p. 2.

³ Katselli Proukaki (2010) s. 249.

frågor, och bedömningen har beskrivits som ”an awkward balancing between apples and oranges”.⁴

Professor Ulf Linderfalk menar dock att denna aspekt inte bör överdrivas. Linderfalk pekar på att bedömningen inte skiljer sig från andra bedömningar inom juridiken, där man också ställs inför svåra avvägningsfrågor.⁵ Jämförelse skulle kunna göras med straffrätten, där t.ex. mord översätts till antal år i fängelse. På liknande sätt som vid kontraåtgärder måste man alltså väga kvantitativa och kvalitativa element, där straffet på något sätt förväntas stå i proportion till gärningen. Det finns en poäng med att bedömningen på det sättet inte skiljer sig från andra bedömningar inom juridiken, det ligger helt enkelt i juridikens natur. Samtidigt menar jag att citatet belyser ett intressant problem som kan uppstå vid proportionalitetsbedömningen, som också, i min mening, utgör en av bedömningens stora utmaningar. Det var detta som fångade mitt intresse för ämnet, och något som undersöks närmare i denna uppsats.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att förtydliga vad kravet på proportionalitet innebär vid kontraåtgärder vidtagna av skadade stater. Uppsatsens övergripande frågeställning är följande:

- Hur bör proportionalitetsbedömningen förstås vid kontraåtgärder som vidtas av skadade stater?

För att kunna besvara frågeställningen kommer även följande frågor att behandlas:

- Vad innebär konceptet kontraåtgärder så som detta kommer till uttryck i ARSIWA?

⁴ Franck (2008) s. 716.

⁵ Muntlig kommunikation med professor Ulf Linderfalk den 16 november 2023.

- Vad innebär proportionalitet vid kontraåtgärder och hur bör man se på olika omständigheter vid bedömningen?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till kontraåtgärder enligt ARSIWA.⁶ Eventuella andra former av kontraåtgärder i den internationella sedvanerätten som inte omfattas av ARSIWA ligger utanför denna framställning.

1.4 Teori, metod och material

Reglerna om statsansvar är sekundära regler, medan folkrättsliga förpliktelser är primära regler. Systemet för ansvarsutkrävande är decentraliserat, och stater genomdriver själva sina rättigheter; det finns inget överordnat organ för ansvarsutkrävande. Vidare saknas det rättsligt bindande instrument för statsansvar, men det finns dock en kodifiering som inte har lett till en traktat, ARSIWA, vilken till stor del anses spegla internationell sedvanerätt på området. I denna framställning utgår jag från kontraåtgärder så som konceptet kommer till uttryck i ARSIWA, d.v.s. ”coercive countermeasures”. Reglerna om kontraåtgärder undersöks och analyseras mot bakgrund av hur reglerna har formulerats i ARSIWA, reglernas tillämpning i centrala rättsfall på området, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (ARSIWAC) och uttalanden i doktrin.

Uppsatsen är en rättspositivistisk framställning som syftar till att förtydliga gällande internationell sedvanerätt. Utredningen följer den rättsdogmatiska metoden, där ramarna för framställningen speglas av folkrättens källor så som dessa kommer till uttryck i artikel 38 i stadgan för Internationella domstolen (ICJSt); med andra ord de källor som Internationella domstolen (ICJ) kan använda sig av i sin dömande verksamhet. ARSIWA, ARSIWAC, rättsfall och doktrin används som medel för fastställande av gällande internationell sedvanerätt.

⁶ Jfr Cannizzaro (2001) s. 889-916 där det talas om ”normative countermeasures”, ”retributive countermeasures”, ”executive countermeasures” och ”coercive countermeasures”. Fokus i denna uppsats ligger på s.k. ”coercive countermeasures”.

1.5 Forskningsläge

Proportionalitetsbedömningen vid kontraåtgärder har behandlats av flera olika författare. Det råder enighet om att det i den internationella sedvanerätten finns ett krav på proportionalitet, men samtidigt råder delvis delade meningar kring hur detta krav bör förstås. Vad gäller författare som tidigare har behandlat proportionalitetsprincipen vid kontraåtgärder kan bl.a. nämnas Cannizzaro, Dawidowicz, Franck, Katselli Proukaki, O'Connell och O'Keefe.⁷

1.6 Disposition

Följande kapitel inleds med ett avsnitt där jag redogör för de rättsliga förutsättningarna för lagliga kontraåtgärder. Därefter följer ett särskilt avsnitt om kravet på proportionalitet inom ramen för kontraåtgärder. Sedan följer ett kapitel där jag redogör för två centrala fall på området, *Air Service Agreement*⁸ och *Gabcikovo-Nagymaros Project*⁹, vilka ligger till grund för hur man idag förstår kontraåtgärder i den internationella sedvanerätten. Härfter följer ett avslutande analyskapitel, där även mina slutsatser presenteras och frågeställningen besvaras.

⁷ Se källförteckning.

⁸ *Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 Between the United States of America and France*, Arbitral Award of 9 December 1978.

⁹ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

2 Kontraåtgärder

2.1 Generellt om kontraåtgärder

Enligt artikel 22 ARSIWA är en kontraåtgärd en omständighet som utesluter statsansvar. Det är fråga om ett slags självhjälpsåtgärd, i grunden olaglig, men tillåten under vissa förutsättningar som ett svar på en internationellt felaktig handling. Syftet med en kontraåtgärd är att få den ansvariga staten att upphöra med den olagliga handlingen alternativt att utfå reparation. Konceptet skiljer sig från ”retorsion”, vilket förvisso avser ovänliga handlingar, men som till skillnad från kontraåtgärder är lagliga i grunden. Kontraåtgärder är till sin karaktär temporära, och upphör att vara rättfärdigade när den internationellt felaktiga handlingen som motiverat kontraåtgärden har upphört. De förpliktelser som åsidosätts genom en kontraåtgärd upphör inte att existera, varför kontraåtgärder även ska skiljas från t.ex. uppsägning av avtal enligt artikel 60 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).¹⁰

Som ovan nämnts syftar kontraåtgärder till att uppnå ett visst mål, nämligen att få den ansvariga staten att upphöra med den internationellt felaktiga handlingen eller att utfå reparation. Åtgärderna syftar med andra ord till att återupprätta det rättsliga förhållandet mellan den skadade och den ansvariga staten. På det sättet är kontraåtgärder till sin karaktär instrumentella och temporära, vars skador ska vara reversibla¹¹. Detta innebär att lagliga kontraåtgärder inte t.ex. kan ha ett bestraffande syfte, utan åtgärderna tar sikte på att ”inducing the responsible State to comply with its obligations”.¹² Kravet på syfte kommer till uttryck i artikel 49 ARSIWA, där även ett antal andra krav kommer till uttryck:

Article 49. Object and limits of countermeasures

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act

¹⁰ ARSIWAC s. 128-129 p. 3-4.

¹¹ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7, para 89.

¹² ARSIWAC s. 130-131 p. 7.

in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two.

2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.
3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

En grundläggande förutsättning för rätten att vidta kontraåtgärder är att åtgärden sker som ett svar på en internationellt felaktig handling. Det är staten som vidtar kontraåtgärder som själv står risken för bedömningen av om så är fallet, vilket kan ge upphov till statsansvar om bedömningen inte är korrekt.¹³

Det är vanligt förekommande att det görs en uppdelning mellan reciproka och icke-reciproka kontraåtgärder, medan denna uppdelning inte görs i ARSIWA. Med reciproka kontraåtgärder avses åtgärder som speglar den internationellt felaktiga handlingen. Det rör sig här om bilaterala förhållanden, där kontraåtgärden består i att upphöra med en förpliktelse som antingen direkt svarar mot, eller som är direkt kopplad till, den förpliktelse som den ansvariga staten brutit mot.¹⁴

En annan förutsättning är att den stat som vidtar åtgärderna är att anse som en skadad stat.¹⁵ En stat betraktas som skadad under förutsättning att förpliktelsen som brutits gäller i förhållande till en viss annan stat (den skadade staten). Alternativt är en stat att anse som skadad när förpliktelsen gäller i förhållande till en grupp av stater eller hela det internationella samfundet. Detta förutsätter dock att överträdelsen antingen specifikt påverkar en viss stat (den skadade staten), eller att den överträdde förpliktelsen ”is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation”.¹⁶

¹³ ARSIWAC s. 130 p. 1.

¹⁴ ARSIWAC s. 129 p. 5.

¹⁵ Artikel 49 ARSIWA.

¹⁶ Artikel 42 ARSIWA.

Kontraåtgärder får enbart riktas mot den ansvariga staten.¹⁷ Kontraåtgärder rör förhållandet mellan den skadade och den ansvariga staten, vilket innebär att om staten som vidtar kontraåtgärder därigenom begår en internationellt felaktig handling i förhållande till en tredje stat, är statsansvar inte uteslutet i förhållande till denna tredje stat. Ansvar är endast uteslutet i förhållande till den ansvariga staten.¹⁸ Situationen kan illustreras enligt följande exempel. Pondera att det mellan stat A och B finns ett handelsavtal. Stat A bryter mot en av sina förpliktelser enligt avtalet, och stat B vidtar kontraåtgärder i syfte att få staten A att upphöra med avtalsbrottet. Genom staten B:s kontraåtgärder skadas emellertid staten C. I denna situation är, under förutsättning att åtgärderna uppfyller de krav som gäller för lagliga kontraåtgärder, ansvar för staten B uteslutet i förhållande till staten A, men inte i förhållande till staten C.

I artikel 50 ARSIWA anges vissa gränser för kontraåtgärder. Den skadade staten är, i förhållande till den ansvariga staten, skyldig att följa vissa förpliktelser som inte kan vara föremål för kontraåtgärder.¹⁹ Enligt artikel 50.1 ARSIWA får kontraåtgärder inte innefatta hot eller användandet av våld. Inte heller får kontraåtgärder innefatta åtgärder som dels kränker skyddet för grundläggande mänskliga rättigheter, dels påverkar förpliktelser av humanitär karaktär som förbjuder ”reprisals”, dels påverkar andra förpliktelser som lyder under tvingande allmänna folkrättsliga normer. Vidare anger artikel 50.2 ARSIWA att kontraåtgärder inte påverkar förpliktelser som följer av tillämpliga regler om tvistlösningsförfarande mellan den skadade och den ansvariga staten. Den skadade staten måste även respektera diplomatisk och konsulär okränkbarhet (”inviolability”)²⁰.

För kontraåtgärder gäller även vissa förfaranderegler, vilka kommer till uttryck i artikel 52 ARSIWA. Bl.a. ska den skadade staten, innan kontraåtgärder vidtas, uppmana den ansvariga staten att följa sina

¹⁷ Artikel 49 ARSIWA.

¹⁸ ARSIWAC s. 130 p. 4.; Jfr dock ARSIWAC s. 130 p. 5 där det anges att indirekta skador i viss mån inte helt kan undvikas.

¹⁹ ARSIWAC s. 131 p. 1.

²⁰ Artikel 50.2 b ARSIWA.

förpliktelser enligt del två ARSIWA. Som huvudregel ska även den skadade staten informera den ansvariga staten om beslut att vidta kontraåtgärder och bjuda in till förhandling. Vidare anger artikel 52 ARSIWA vissa situationer då kontraåtgärder inte får vidtas, vilket bl.a. som huvudregel gäller då den internationellt felaktiga handlingen har upphört. I sammanhanget kan också nämnas att stater kan bestämma om andra regler som utesluter kontraåtgärder, något som kommer till uttryck i *lex specialis*-bestämmelsen i artikel 55 ARSIWA.²¹

2.2 Proportionalitet

Ytterligare ett krav för en laglig kontraåtgärd är att åtgärden uppfyller kravet på proportionalitet. Kravet är tänkt att fungera som en broms för att förebygga eskalerande våld mellan stater,²² samtidigt som det syftar till att ge förutsebarhet i internationella relationer.²³ Proportionalitetsprincipen kommer till uttryck i artikel 51 ARSIWA, som anger:

Article 51 Proportionality

Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

Att lagliga kontraåtgärder måste uppfylla kravet på proportionalitet råder det ingen tvekan om; kravet är väletablerat och har brett stöd i såväl statspraxis som doktrin och rättstillämpningen.²⁴ Trots att det råder enighet om själva existensen av kravet på proportionalitet, råder samtidigt enighet om att det inte finns någon formel för bedömningen av vad som faktiskt är proportionerligt.²⁵ Cannizzaro pekar på svårigheterna med att bestämma en standard gentemot vilken proportionalitet ska prövas, och menar att svårigheterna grundar sig i avsaknaden av en allmänt accepterad ram för "the scope and nature of the response to international wrongful conduct".²⁶

²¹ ARSIWAC s. 133 p. 10.

²² Franck (2008) s. 715.

²³ Katselli Proukaki (2010) s. 264.

²⁴ ARSIWAC s. 134 p. 2.

²⁵ O'Connell (2008) s. 253.

²⁶ Cannizzaro (2001) s. 890.

Som formuleringen i ARSIWA antyder ska hänsyn tas till såväl kvantitativa ("injury suffered") som kvalitativa element ("the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question"). Enligt ILC hänförs primärt proportionalitet, enligt artikel 51 ARSIWA, till det kvantitativa elementet "injury suffered", samtidigt som hänsyn måste tas till kvalitativa element för att undvika att resultatet blir orättvist ("inequitable results"). Formuleringen "the rights in question" omfattar såväl effekterna som den internationellt felaktiga handlingen har på den skadade statens rättigheter, som på den ansvariga statens rättigheter.²⁷ Avseende kravet på att kontraåtgärder måste vara "commensurate with the injury suffered", uppmärksammar O'Keefe att ordalydelsen inte ger uttryck för att skadan nödvändigtvis måste vara hänförlig enbart till den skada som lidits av den skadade staten som vidtar kontraåtgärden.²⁸ O'Keefe pekar också på att det i viss utsträckning är oklart vilka omständigheter som hänsyn får tas till när det kommer till att väga in kvalitativa element i bedömningen. I *Gabcikovo-Nagymaros Project* ansåg ICJ att Tjeckoslovakiens åtgärder inte levde upp till kravet på proportionalitet eftersom åtgärden inneburit att Ungern blivit "deprived [...] of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube". Samtidigt framhöll ICJ en gemensam rättighet för strandnära stater (s.k. "riparian States") att använda en flod. Här pekar O'Keefe på att det är oklart om rätten för samtliga s.k. "riparian States" också var en omständighet som hänsyn kunde tas till, eller om det enbart var Ungerns rättigheter kopplade till floden Donau som hänsyn kunde tas till.²⁹

Kravet på proportionalitet har formulerats på olika sätt. I *Air Service Agreement* gavs kravet en negativ formulering genom att "the measures taken by the United States do not appear to be clearly disproportionate when compared to those taken by France".³⁰ I *Gabcikovo-Nagymaros Project* gavs

²⁷ ARSIWAC s. 135 p. 6.

²⁸ O'Keefe (2010) s. 1159.

²⁹ O'Keefe (2010) s. 1160.

³⁰ *Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 Between the United States of America and France*, Arbitral Award of 9 December 1978, para 83. Vidare pekade tribunalen på svårigheterna med proportionalitetsbedömningen, och konstaterade att "judging the 'proportionality' of counter-measures is not an easy task and can be at best accomplished by approximation."

emellertid kravet en positiv formulering. Här uttalade ICJ att "the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question".³¹ ILC framhåller i ARSIWAC att den försäkran som proportionalitet erbjuder är just att oproportionerliga kontraåtgärder kan ge upphov till statsansvar.³² Samtidigt har kravet på proportionalitet i ARSIWA getts en positiv formulering, vilket grundar sig i oron för missbruk. Det har ansetts att ett negativt formulerat krav skulle kunna ge ett alltför stort svängutrymme i bedömningen.³³

Som tidigare nämnts görs ibland en uppdelning mellan reciproka och icke-reciproka kontraåtgärder. O'Connell anser att endast reciproka kontraåtgärder kan anses vara helt proportionerliga.³⁴ ILC pekar på skillnaderna mellan reciproka och icke-reciproka kontraåtgärder, och framhåller att reciproka kontraåtgärder mer sannolikt uppfyller kravet på proportionalitet.³⁵ Cannizzaro menar att det är rimligt att anta att kontraåtgärden vid överträdelser av bilaterala traktat får stanna vid att vara reciprok. Vid överträdelser av *erga omnes*-förpliktelser menar Cannizzaro att åtgärden får syfta till att få den ansvariga staten att åter följa sina förpliktelser. Cannizzaro pekar på att kontraåtgärder i dessa två situationer skiljer sig till sin natur och funktion, och framhåller att "[w]e could be inclined to accept that a coercive aim, although present in both cases, weighted in the latter situation more heavily than in the former".³⁶ Mot bakgrund av att de åtgärder som parterna vidtar många gånger rör olika regler, menar Katselli Proukaki att den funktion som proportionalitet erbjuder är att balansera motstridiga rättsliga intressen. På detta sätt menar Katselli Proukaki att "proportionality does not resemble reciprocity in that the legal balance cannot be regained by mere application of equivalence because the rights and obligations are different in kind".³⁷

³¹ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7, para 85.

³² ARSIWAC s. 134 p. 1.

³³ ARSIWAC s. 135 p. 5.

³⁴ O'Connell (2008) s. 253.

³⁵ ARSIWAC s. 129 p. 5.

³⁶ Cannizzaro (2001) s. 896.

³⁷ Katselli Proukaki (2010) s. 249.

En central fråga när det kommer till att bedöma proportionalitet är vad kontraåtgärderna ska vara proportionerliga i förhållande till. Här går meningarna isär, där vissa menar att bedömningen bör ta sikte på förhållandet mellan den ansvariga statens olagliga handling och kontraåtgärden. Andra menar att det centrala i stället är intressena som står på spel eller syftet med kontraåtgärden.³⁸ Enligt ILC rör proportionalitet förhållandet mellan den ansvariga statens olagliga handling och kontraåtgärden. ILC pekar på att proportionalitet i vissa avseenden är kopplat till kravet på syfte som artikel 49 ARSIWA ger uttryck för. Detta genom att klart oproportionerliga kontraåtgärder inte nödvändigtvis uppfyller kravet på syfte, samtidigt som åtgärder vilka uppfyller kravet på syfte kan bedömas vara olagliga p.g.a. brister i proportionalitetshänseende.³⁹ Cannizzaro anser däremot att proportionalitet kan komma att få en annan roll med kontraåtgärder som ett instrumentellt koncept, och menar att det kan presumeras att proportionalitet borde bedömas utifrån hur pass lämpliga och rimliga åtgärderna är i förhållande till det eftersträvade syftet (i stället för graden av ekvivalens mellan kontraåtgärden och den ansvariga statens olagliga handling). På det här sättet skulle proportionalitet "be conceived as a relations between aim and means of the action of self-redress".⁴⁰ Cannizzaro anger att "[p]roportionality requires not only employing the means appropriate to the aim chosen, but implies, above all, an assessment of the appropriateness of the aim itself."⁴¹ Denna uppdelning av proportionalitetsbedömningen, som båda ska vara uppfyllda, benämner Cannizzaro "external proportionality" och "internal proportionality". Det förra tar sikte på huruvida syftet är lämpligt, medan det senare tar sikte på lämpligheten av själva åtgärderna i förhållande till det syfte som eftersträvas.⁴²

³⁸ Katselli Proukaki (2010) s. 250.

³⁹ ARSIWAC s. 135 p. 7.

⁴⁰ Cannizzaro (2001) s. 891.

⁴¹ Cannizzaro (2001) s. 897.

⁴² Cannizzaro (2001) s. 899; se även Rayfuse (2004) s. 51.

3 Rättsfall

3.1 Air Service Agreement⁴³

I fallet hade det amerikanska flygbolaget Pan American Airways (Pan Am) informerat franska myndigheter om att den rutt som man körde mellan västkusten och Paris skulle läggas om genom en s.k. ”change of gauge” i London. Upplägget innebar att Pan Am, på inresa till Paris från västkusten i USA, först skulle landa i London och där byta till ett mindre flygplan, som sedan skulle flyga till Paris. Utresor från Paris till västkusten i USA skulle också gå via London, där byte till ett större flygplan skulle ske.⁴⁴

Franska myndigheter vägrade att godkänna upplägget eftersom detta ansågs stå i strid med det avtal (section VI of the Annex to the 1946 Air Service Agreement) som fanns mellan USA och Frankrike, vilket endast reglerade s.k. ”change of gauge” i de avtalslutande staternas territorium. Frankrike menade att ett sådant byte av flygplan i en tredje stats territorium inte var förenligt med avtalet. USA menade att upplägget var förenligt med avtalet, medan Frankrike vidhöll sin ställning och reserverade sig att vidta lämpliga åtgärder.⁴⁵

Efter ett par flygningar enligt den nya rутten, vilka Franska myndigheter betraktade som olagliga flygningar, suspenderades Pan Am’s flygningar till Paris.⁴⁶ Senare beslutade United States Civil Aeronautics Board bl.a. om en order (som inte verkställdes) enligt “Part 213 of its Economic Regulations”, vilken syftade till att förhindra Air France från att flyga mellan Los Angeles och Paris via Montreal under den tid som Pan Am var förhindrad att flyga sin rutt till och från Paris med byte av flygplan i London. USA och Frankrike

⁴³ *Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Arbitral Award of 9 December 1978.

⁴⁴ Ibid para 2.

⁴⁵ Ibid para 3.

⁴⁶ Ibid para 4.

ingick härefter en s.k. ”*Compromis of Arbitration*”, och ärendet hänsköts till skiljedomstol.⁴⁷

En av frågorna i målet var om USA haft rätt att vidta de ovannämnda åtgärderna. Tribunalen uttalade att det är en välkänd regel att kontraåtgärder “must [...] have some degree of equivalence with the alleged breach”, samtidigt som den framhöll att ”judging the ’proportionality’ of counter-measures is not an easy task and can at best be accomplished by approximation”. Vidare ansåg tribunalen det vara grundläggande att hänsyn inte enbart togs till de skador som drabbat de berörda bolagen, utan i bedömningen skulle hänsyn även tas till ”the importance of the questions of principle arising from the alleged breach”. I ljuset av omständigheterna i fallet ansåg tribunalen att USA:s kontraåtgärder inte framstod som ”clearly disproportionate when compared to those taken by France”. Samtidigt pekade Tribunalen på att varken USA eller Frankrike hade lagt fram tillräckligt med bevis för att den skulle kunna bedöma frågan om proportionalitet.⁴⁸

3.2 Gabčíkovo-Nagymaros Project⁴⁹

I fallet hade Ungern och Tjeckoslovakien ingått ett avtal om att bygga dammar längs floden Donau, vilket skulle ske som en ”joint investment”. Projektet syftade till att producera vattenkraftsel, förbättra sjöfarten och att förhindra översvämningar.⁵⁰ I Ungern hade projektet fått omfattande kritik, vilket ledde till att den ungerska regeringen beslutade om att suspendera arbetet i Nagymaros. Ungern beslutade senare att överge arbetet i Nagymaros.⁵¹ Samtidigt som parterna höll förhandlingar, började Tjeckoslovakien undersöka alternativa lösningar. En av dessa alternativa lösningar, ”Variant C”, innebar ”a unilateral diversion of the Danube by Czechoslovakia on its territory”.⁵² Tjeckoslovakien påbörjade senare arbete i

⁴⁷ Ibid para 8-9.

⁴⁸ Ibid para 83.

⁴⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

⁵⁰ Ibid para 15.

⁵¹ Ibid para 22.

⁵² Ibid para 23.

enlighet med ”Variant C”, varefter Ungern terminerade (sade upp) avtalet.⁵³ Parterna kom senare överens om att hänskjuta tvisten till ICJ,⁵⁴ som meddelade dom i målet den 25 september 1997.

Den första frågan som domstolen tog ställning till var om Ungern haft rätt att suspendera och därefter överge arbetet som Ungern åtagit sig genom avtalet.⁵⁵ ICJ bedömde att Ungern inte haft en sådan rätt.⁵⁶

Den andra frågan som domstolen tog ställning till var om Tjeckoslovakien haft rätt att ensidigt fortsätta arbetet.⁵⁷ Slovakien pekade bl.a. på att Tjeckoslovakien hade en skyldighet att minimera skadorna som uppstått till följd av Ungerns olagliga handlingar.⁵⁸ I första hand argumenterade Slovakien för att åtgärden var laglig. I andra hand menade Slovakien att ”Variant C” var rättfärdigad som en kontraåtgärd.⁵⁹

Efter att ICJ bedömt att påbörjandet av ”Variant C” inte var förenligt med avtalet, och därmed utgjorde en internationellt felaktig handling, övergick domstolen till frågan om åtgärden kunde vara rättfärdigad som en kontraåtgärd.⁶⁰ ICJ uttalade att ”the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question”.⁶¹ ICJ menade att Tjeckoslovakien hade berövat Ungern sin rätt till ”an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube” genom att ensidigt ta kontroll över en delad resurs. Härigenom ansåg ICJ att Tjeckoslovakien ”failed to respect the proportionality which is required by international law”.⁶² Det var således inte fråga om en laglig kontraåtgärd, och ICJ anförde att det i det läget inte var nödvändigt att bedöma andra krav för lagliga kontraåtgärder, såsom att syftet med en kontraåtgärd måste vara att

⁵³ Ibid para 23.

⁵⁴ Ibid para 24.

⁵⁵ Ibid para 27.

⁵⁶ Ibid para 59.

⁵⁷ Ibid para 60.

⁵⁸ Ibid para 68.

⁵⁹ Ibid para 69.

⁶⁰ Ibid para 78 och 82.

⁶¹ Ibid para 85.

⁶² Ibid para 85.

”induce the wrongdoing State to comply with its obligations under international law, and that the measure must therefore be reversible”.⁶³

⁶³ Ibid para 87.

4 Analys och slutsatser

Utifrån den undersökning som jag har gjort kan förstås att proportionalitetsprincipen är ett verktyg som genom åren har kommit att användas med delvis olika innebörd. Fallen *Air Service Agreement* och *Gabcikovo-Nagymaros Project* visar på en utveckling av kravet på proportionalitet. I det förstnämnda fallet formulerades kravet negativt på det sättet att åtgärderna inte får vara oproportionerliga. I det senare fallet har kravet däremot kommit att formuleras positivt genom att åtgärderna måste vara ”commensurate with the injury suffered”. Denna positiva formulering har senare inspirerat ILC i sin kodifiering av reglerna om statsansvar, där kravet har formulerats positivt. Samtidigt tycks tanken om ett negativt formulerat krav inte helt övergiven; ILC uttrycker i ARSIWAC att den försäkran som proportionalitet erbjuder är just att oproportionerliga åtgärder kan ge upphov till statsansvar. Denna ambivalens har gjort att innebörden av kravet i detta avseende har varit svårfångad, och något som i min mening går stick i stäv med en av de funktioner som proportionalitetsprincipen ska fylla, nämligen att ge förutsebarhet. Detta är något som jag anser bidrar till den osäkerhet som råder kring hur principen bör förstås. Samtidigt är det tydligt att proportionalitetsprincipen fungerar som en broms, och sätter gränser för hur stater får agera när deras rättigheter kränks. På detta sätt kan proportionalitetsprincipen trots allt sägas ge viss förutsebarhet för såväl de inblandade staterna som för utomstående tredje stater.

Vad gäller uppdelningen mellan reciproka och icke-reciproka åtgärder, verkar den rådande uppfattningen vara att reciproka åtgärder enklare uppfyller kravet på proportionalitet. Vissa författare tycks mena att det vid reciproka kontraåtgärder föreligger ett slags presumtion för proportionalitet, och andra tycks mena att det endast vid reciproka kontraåtgärder kan råda fullständig proportionalitet. Jag anser dock att betydelsen av reciprocitet vid proportionalitetsbedömningen inte bör överdrivas. Reciprocitet är möjligtvis en omständighet som, på ett generellt plan, i vart fall inte talar emot proportionalitet. I min mening kan det dock vara vanskligt att dra alltför långtgående slutsatser avseende frågan om proportionalitet baserat på om

kontraåtgärden är reciprok eller inte. Vid bilaterala förhållanden är det inte otänkbart att effekterna av en kontraåtgärd, som visserligen är reciprok, kan drabba den ansvariga staten hårdare än den skadade staten. T.ex. drabbas givetvis en ansvarig exportberoende stat hårdare av att en inte lika exportberoende skadad stat åsidosätter motsvarande förpliktelser enligt ett handelsavtal; den ansvariga statens rättigheter är också en omständighet att ta hänsyn till vid bedömningen av proportionalitet.

Mot bakgrund av hur kravet på proportionalitet har kommit att utformas i ARSIWA och rättspraxis är det tydligt att hänsyn ska tas till såväl kvantitativa som kvalitativa element. Denna svåra avvägning är något som i praktiken, i min mening, alltid torde aktualiseras; inte enbart p.g.a. att pengar är svårt att väga mot ideella värden, utan även mot bakgrund av det faktum att stater inte är jämlika. Att bedöma proportionalitet är således inte en enkel uppgift, och det har ansetts att bedömningen ”can be at best accomplished by approximation”.⁶⁴ Det är i min mening svårt att närmare ange vilken vikt som ska läggas vid olika typer av omständigheter. Så som ILC har tolkat den avvägning som ska ske, ska proportionalitetsbedömningen primärt hänföras till det kvantitativa elementet ”injury suffered”. Utifrån fallen *Air Service Agreement* och *Gabcikovo-Nagymaros Project* anser jag det dock vara svårt att dra säkra slutsatser kring huruvida så faktiskt sker i rättstillämpning. Vad som däremot, mot bakgrund av dessa fall, med säkerhet kan sägas är att kvalitativa element har spelat en avgörande roll vid bedömningen av proportionalitet, och att lagliga kontraåtgärder mycket väl kan orsaka mer omfattande skador än den olagliga handling som de utgör ett svar på.⁶⁵

Vad gäller det kvantitativa elementet ”injury suffered”, får det i viss mån anses vara oklart vilken skada som hänsyn kan tas till. Precis som O’Keefe noterar, avgränsar inte formuleringen i ARSIWA skadan till den skada som lidits av den skadade staten. Det tycks alltså inte vara uteslutet att det här även finns utrymme att beakta skador som lidits av andra stater än den skadade

⁶⁴ Jfr *Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 Between the United States of America and France*, Arbitral Award of 9 December 1978, para 83.

⁶⁵ Jfr *ibid*, där kontraåtgärderna ansågs vara mer omfattande än den handling som hade motiverat dem, men ändå proportionerliga.

staten som vidtar kontraåtgärden. Vidare verkar det i viss mån vara oklart vilka kvalitativa element som hänsyn får tas till vid bedömningen av proportionalitet. Det är oklart om ICJ i fallet *Gabcikovo-Nagymaros Project* tog hänsyn till en gemensam rätt för samtliga strandnära stater kring floden Donau (s.k. "riparian States"), eller om det uteslutande var Ungerns rätt kopplade till floden som medförde att Tjeckoslovakiens åtgärd inte ansågs leva upp till kravet på proportionalitet. I vart fall utesluter vare sig formuleringen i ARSIWA eller kravets utformning i rättstillämpningen en sådan möjlighet att ta hänsyn till andra staters rättigheter än den staten som vidtar kontraåtgärder.

Mot bakgrund av den utveckling som har skett på området, där kontraåtgärder numera har kommit att ses som ett medel för att uppnå "compliance" anser jag det vara fullt rimligt att låta syftet få spela en central roll vid bedömningen av proportionalitet. De teoretiska ramarna för bedömningen som Cannizzaro förespråkar anser jag ligga helt i linje med tankarna om kontraåtgärder som ett instrumentellt koncept. Fasta teoretiska ramar för bedömningen skulle bidra till såväl ökad förutsebarhet som att fånga upp nyanser av konceptet kontraåtgärder vilka annars skulle kunna gå förlorade. Den koppling som ILC lyfter fram mellan proportionalitet och syfte anser jag dock inte speglar detta synsätt. I stället lyfter ILC fram en koppling som har att göra med att syfteskrevet och proportionalitetskravet står på egna ben, men där viss överlappning ändå sker på det sättet att oproportionerliga åtgärder som uppfyller kravet på syfte kan vara att betrakta som olagliga just p.g.a. brister i proportionalitetshänseende och vice versa. Det är också tydligt att kraven på proportionalitet och syfte hålls åtskilda i rättstillämpningen.⁶⁶ Mot denna bakgrund bör proportionalitetsbedömningen, i min mening, i dagsläget inte förstås på något annat sätt än att syftet med en kontraåtgärd hålls avskild från proportionalitetsbedömningen.

⁶⁶ Jfr *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7, para 87, där ICJ inte bedömde syftet med Tjeckoslovakiens åtgärder p.g.a. brister i proportionalitetshänseende.

Syftet med denna uppsats har varit att förtydliga vad kravet på proportionalitet innebär vid kontraåtgärder vidtagna av skadade stater, med den övergripande frågeställningen: hur bör proportionalitetsbedömningen förstås vid kontraåtgärder som vidtas av skadade stater?

Vad gäller konceptet kontraåtgärder, så som detta kommer till uttryck i ARSIWA, kan sägas att det är ett instrumentellt koncept med ett tydligt angivet syfte. Åtgärderna måste uppfylla vissa materiella krav, samtidigt som vissa förfaranderegler måste respekteras för att åtgärderna ska vara tillåtna. Reglerna som ARSIWA ger uttryck för syftar till att förhindra missbruk, samtidigt som konceptet kontraåtgärder utgör ett viktigt verktyg för att påtvinga efterlevnad av internationella åtaganden stater emellan.

Slutligen, vad gäller frågan om hur proportionalitetsbedömningen bör förstås vid kontraåtgärder som vidtas av skadade stater, kan sägas att bedömningen aktualiserar svåra frågor och jag anser det i viss utsträckning är svårt att dra säkra slutsatser om vad som är gällande rätt på området. Det är dock tydligt att proportionalitetsprincipen är ett redskap som möjliggör svåra avvägningar, samtidigt som den renderar viss förutsebarhet genom att sätta upp gränser för vad som kan förväntas av en stat som vidtar kontraåtgärder.

Källförteckning

Litteratur

Cannizzaro, Enzo (2001) 'The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures'. *European Journal of International Law*, vol. 12 nr. 5, s. 889-916.

Dawidowicz, Martin (2017), *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Franck, Thomas M. (2008), 'On Proportionality of Countermeasures in International Law'. *American Journal of International Law*, vol. 102 nr. 4, s. 715-767.

Katselli Proukaki, Elena (2010), *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, London/New York: Routledge.

O'Connell, Mary Ellen (2008), *The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement*, New York: Oxford University Press.

O'Keefe, Roger (2010), 'Proportionality', i Crawford, James, Pellet, Alain och Olleson, Simon (reds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University press, s. 1157-1168.

Rayfuse, Rosemary (2004), 'Countermeasures and High Seas Fisheries Enforcement'. *Netherlands International Law Review*, vol. 51 nr. 1, s. 41-76.

International Law Commission (ILC)

ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10).

ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001).

Internationella traktat och konventioner

UN, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, UNTS Vol. 1155, 331 (1969).

Rättsfall

Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 Between the United States of America and France, Arbitral Award of 9 December 1978.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

Övrigt

Muntlig kommunikation med professor Ulf Linderfalk den 16 november 2023.